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]I804:24011-200000236694

2008年 8月
博士學位 論文

被疑者의 人權保障制度에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

梁 東 實

被疑者의 人權保障制度에 관한 硏究

A Study on the Guarantee System of Human Rights for a Suspect

2008 年 4 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

梁 東 實

被疑者의 人權保障制度에 관한 硏究

指導敎授　　文　正　珉

이 論文을 法學博士學位 申請論文으로 提出함

2008 年　4 月　　日

朝鮮大學校 大學院

法　學　科

梁　東　實

梁東實의 博士學位 論文을 認准함

委員長　全 南 大 學 校　敎授　安 銅 準

委　員　光州女子大學校　敎授　曺 道 鉉

委　員　草 堂 大 學 校　敎授　金 運 坤

委　員　朝 鮮 大 學 校　敎授　金 鍾 九

委　員　朝 鮮 大 學 校　敎授　文 正 珉

2008 年　6　月　　日

朝鮮大學校 大學院

目　　次

Abstract

第1章　序 論 1

Ⅰ. 問題의 提起 1

Ⅱ. 硏究의 目的 3

Ⅲ. 硏究의 範圍와 方法 4

第2章　被疑者 人權保障制度에 관한 一般的 考察 6

Ⅰ. 序說 6

Ⅱ. 被疑者의 訴訟法上 地位 8

1. 被疑者의 意義 8

2. 被疑者의 訴訟法上 地位 10

Ⅲ. 搜査構造와 人權保障 11

1. 意義 11

2. 搜査構造論 12

3. 現行法上의 搜査構造 15

Ⅳ. 被疑者 拘束의 制限原理 17

1. 意義 17

2. 適法節次의 原理 18

3. 無罪推定의 原理 19

4. 必要最小限度의 原理 22

Ⅴ. 被疑者 拘束의 基本原則 23

1. 意義 23

2. 强制處分法定主義 23

3. 令狀主義 25
4. 比例性 原則 27
Ⅵ. 檢察搜査와 被疑者의 逮捕·拘束 29
1. 檢察搜査의 意義 29
2. 被疑者의 逮捕·拘束 32
3. 被疑者의 憲法訴願 33

第3章 被疑者 人權保障制度에 관한 外國 立法例 35
Ⅰ. 人權保障制度의 沿革 35
Ⅱ. 英國 38
1. 人身保護令狀의 意義 38
2. 人身保護令狀의 性格 39
3. 人身保護令狀의 節次 40
4. 人權保障制度의 特徵 42
Ⅲ. 美國 42
1. 人身保護令狀의 意義 42
2. 人身保護令狀의 節次 44
3. 人權保障制度의 特徵 47
Ⅳ. 佛蘭西 48
1. 豫審制度 48
2. 司法統制 50
3. 人權保障制度의 特徵 51
Ⅴ. 獨逸 51
1. 自由剝奪에 관한 一般節次 51
2. 司法節次 53
3. 人權保障制度의 特徵 54
Ⅵ 日本 55
1. 逮捕前置主義 55

2. 拘留質問 56
3. 拘留理由開示制度 58
4. 拘留의 取消 및 執行停止 60
5. 人權保障制度의 特徵 61

第4章 現行法上 被疑者의 人權保障制度 62
Ⅰ. 序說 62
Ⅱ. 被疑者 逮捕·拘束 前 人權保障制度 63
1. 拷問禁止 63
2. 任意同行 64
3. 陳述拒否權 66
4. 國選辯護人 選定權 74
5. 辯護人 接見交通權 76
6. 辯護人의 被疑者訊問 參與權 79
7. 被疑者訊問調書의 閱覽 및 增減·變更請求權 91
8. 鑑定受託人의 選定에 대한 參與權 93
Ⅲ. 被疑者 逮捕·拘束 後 人權保障制度 94
1. 미란다 原則 94
2. 拘束令狀實質審査 96
3. 逮捕·拘束適否審査 99
4. 被疑者保釋 105
5. 拘束의 執行停止 및 取消 108
6. 逮捕·拘束事由의 通知 109
7. 拘束期間 및 再拘束의 制限 109
8. 檢事의 逮捕·拘束場所 監察 111
9. 違法蒐集證據排除法則 112
10. 刑事補償 115

第5章　被疑者 人權保障制度의 問題點 및 改善方案 121
Ⅰ. 序說 121
Ⅱ. 被疑者 逮捕·拘束 前 問題點 및 改善方案 122
1. 被疑者訊問을 위한 出席要求 122
2. 陳述拒否權의 告知 129
3. 苛酷搜査의 禁止 133
4. 被疑者訊問의 主體와 參與者 138
5. 被疑者訊問에서의 辯護人 및 家族 등 補助人 參與 143
6. 逮捕現場에서의 令狀없는 押收·搜索·檢證의 制限 153
7. 留置場 被疑者에 대한 身體檢査 156
8. 逮捕前置主義의 導入 168
9. 緊急逮捕의 制限 172
Ⅲ. 被疑者 逮捕·拘束 後 問題點 및 改善方案 175
1. 常時 夜間 令狀實質審査 175
2. 判事의 被疑者審問調書 作成 177
3. 拘束令狀實質審問期間의 拘束期間 不算入 178
4. 被疑者審問을 위한 被疑者의 留置 및 護送 179
5. 拘束令狀에 대한 抗告 182
6. 檢事作成 被疑者訊問調書의 證據能力 183
7. 檢事 및 檢察搜査官에 대한 除斥·忌避 187
8. 檢察搜査官의 刑事責任 189
9. 國家人權委員會의 强制搜査權 191
10. 國民의 人權意識 194

第6章　結 論 196

參考文獻 200

Abstract

A Study on the Guarantee System of Human Rights for a Suspect

Yang, Dong Sil
Advisor : Prof. Moon, Jeong Min, Ph.D.
Department of Law
Graduate School of Chosun University

Criminal procedure act have purpose and ideology that maintain the existence of nation and social order, guarantee the personal basic rights, and find out the truth of case. However, the risk of unfairly infringing the suspect's basic human rights grow high, in focusing on discovering the substantial truth for revealing the truth of case. Therefore, the ideology of Criminal procedure act is that two ideologies of discovering the substantial truth and securing the suspect's basic human rights are harmonically realized on the equal level without contradictions.

By this problem, this dissertation studied on the guarantee system of human rights for a suspect, focusing the problems of prosecutors' criminal investigation.

Definitely, to seek rational and systematic equipment about legislational regulation and judicial control with centering around the document study about rule and judicial precedent, this dissertation finds the unprepared points of current law system leading to the development of criminal procedure by reviewing the legislative examples of each nation and comparing with the guarantee system of human rights for a suspect in revised Criminal procedure act.

This study, however, limits the range into the problems and improvement methods of the guarantee system of human rights for a

suspect in Criminal procedure act, in order to escape from committing error of conceptional logic and being isolated from actual affairs and to accomplish further democratic prosecutors' criminal investigation.

This dissertation consists of six chapters as follows. The first chapter, introduction, makes a statement about a question, purpose, and range and methods of this study. The second chapter suggests the methods that seeks to understand the guarantee of the human rights for a suspect in prosecutors' investigation occurring in current provisions and actual affairs, by considering the basic theories of the guarantee of the human rights for a suspect - meaning and status of a suspect, restriction and guarantee of the human rights, investigation structure and guarantee of the human rights, limit principles and basic principles of suspect restriction. The third chapter tries to deduce practical problems in current law by considering foreign legislative examples about the guarantee of the human rights for a suspect in England, the U.S.A., France, Germany, Japan. The fourth chapter seeks for examples and overall problems of infringement against the human rights for a suspect occurring in prosecutors' investigation process, by studying the guarantee systems of the human rights for a suspect in current law and the actual application conditions of these systems after dividing current guarantee systems into ones before arrest and restriction of a suspect and ones after that. The fifth chapter protects human dignity and enhances awareness of human rights of a suspect in prosecutors' investigation process by suggesting the problems and improvement methods about the guarantee system of human rights for a suspect occurring in prosecutors' investigation process. The last sixth chapter suggests reasonable conclusion for the guarantee system of human rights for a suspect to make an effect by summarizing the already mentioned problems and improvement methods about the guarantee system of human rights for a suspect.

In this context, this dissertation studied establishment methods of constitutional criminal procedure suitable for guarantee of the human rights according to principles of assumption of innocence, legal procedure prescribed in the Constitution. In other words, a suspect is only a person under suspicion that is assumed to be innocent until

conclusion of guilty sentence and all the criminal case procedures must be sought in the range of appropriate procedures that crime suspicion is revealed to concrete practical truth.

To guarantee the human rights for a suspect in prosecutors' investigation process, improvement points are as follows.

First, request for attendance for questioning a suspect in prosecutors' investigation process must include investigation contents. After sufficient time for preparing the answers, atmosphere for fully explanation and statement must be developed. In statement, a counsel and assistant must participate. Right to refuse to make statements must be concretely noticed and harsh actions like violent language must be banned. Because close physical examination of a suspect before arrest and restriction has many factors in infringement of human rights, concrete practical way must be described in ACT ON THE PERFORMANCE OF DUTIES BY POLICE OFFICERS as well as directive of National Police Agency and necessity, last resort and rule of least infringement must be followed in operation.

Second, arrest warrant and apprehension for questioning a suspect, related with substantial inspection of a warrant of confinement is subject to illegal a restriction in violation of warrant principle in the Constitution. Because apprehension for examining propriety or impropriety of request for a warrant of confinement means problem of beforehand restriction for deciding whether to restrict, it is reasonable for the judge to examine the necessity of restriction by introducing arrest-prepositive principle. As institution of a warrant of arrest becomes in name only due to extremely low usage rate, institutional supplement that limits emergency arrest and urge a warrant of arrest is needed.

Third, related with restriction period of a suspect, too long restriction period of a prosecutor and investigative authority may cause various types of infringement and long restriction in house of custody and house of detention may make it possible for investigative authority to compel confession. So current 10 to 20 days of restriction period must be reduced period of substantial inspection of a warrant of confinement must be included in restriction period, and

nighttime system of substantial inspection of a warrant must be established at all times.

Fourth, attorney's participation in examination of suspect is permitted for control of abuse of investigation right of investigative authority, but only in case of situation that attorney can't be assigned and of assignment private-appointed defense attorney, attorney can participate in examination of suspect. Due to limited usage like a suspect lack of economic ability, institutional supplement is needed to the degree of assistant's participation like family and to introduction of court-appointed defense attorney system and public defense attorney system of public-service judge advocate in Legal Aid Corporation so that attorney can participate in examination of suspect of investigative authority to all suspects.

Fifth, review system on legality of arrest and confinement admit right to request of family, inmate and employer in current law, but appointment right of court-appointed defense attorney has no admission. This must be improved so that acts for request the review on legality of arrest and confinement in principle by attorney forced principle and the arrested or requester demands court-appointed defense attorney court assign in virtue of its authority.

Sixth, serious limitation of basic human rights follows arrest and restriction of a suspect, which must be used as last method only in case of reasonable public needs without other methods for effective struggle against the crime. Therefore, court decides bailment of suspect in virtue of its authority on condition of payment of guaranty money on the legal assumption of restriction, while defendant can demand bailment. Thus it must be revised for a suspect himself to exercise right to request bailment so that a suspect substantially protects and appropriately defends himself in hereafter investigation procedure.

Lastly, to substantially guarantee the human rights for a suspect and control illegal arrest and restriction, first of all, awareness of human rights of ordinary people including those who operate institution is important as well as improvement and supplement about institution.

第1章　序 論

Ⅰ. 問題의 提起

민주주의 국가에 있어서 법률문화의 정착은 법 이론의 발전뿐만 아니라 법을 적용하는 사법기관의 역할에 따라 결정된다고 할 수 있을 것이다. 따라서 수사로부터 공판에 이르기까지 被疑者나 피고인의 人權[1]을 保障하면서 適法한 節次에 의하여 충분한 증거수집과 심리를 거쳐서 일반국민이 신뢰할 수 있는 迅速하고 公正한 裁判이 이루어져야 함은 민주주의 국가의 당연한 요청이라고 생각한다.

그러나 국가권력은 국가 자체의 존립과 사회의 질서를 유지하기 위하여 어느 정도 개인의 자유로운 생활영역에 대한 제한이 필요하지만 그 제한도 개인의 생명·신체·자유·재산 등의 기본적 생활이익 및 국민의 자유와 권리가 보장될 수 있을 때 그 권력의 정당성이 인정된다고 할 수 있을 것이다. 형벌의 정당성이나 기능도 이러한 국가의 임무에서 찾을 수 있으며 그 범위 내에서 일반예방 및 특별예방의 효과를 달성할 수 있을 것이다. 따라서 형벌권의 발동은 어떤 행위가 개인의 생활영역을 침해하거나 위태롭게 할 때에 한하여 필요악으로 행하여져야 하며 國家의 搜査權은 國家의 存立과 社會秩序를 維持하기 위한 必要 最小限度에 그쳐야 하므로 검찰수사[2]에 있어서도 이를 바탕으로 피의자의 인권을 최대한 보장하도록 배려하여야 할 것이다.

그동안 檢察搜査는 피해자 및 목격자 등 참고인 진술을 토대로 범죄사실을 입증하고 증거를 수집하는 방법으로 수사를 진행하여 왔다. 이에 따라 피해자 측의 청탁수사 또는 피의자에 대한 강압수사·편파수사 등의 오해를 불러

---

1) 人權이라 함은 헌법과 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다(국가인권위원회법 제2조 제1호).

2) 여기서 檢察搜査란 '검찰청의 검사실 및 수사관실 등에서 이루어지는 모든 범죄수사 활동'을 말한다고 할 수 있는데, 일반적으로 경찰수사(사법경찰관 및 기타 수사기관 포함)가 '범죄의 혐의 유무를 명백히 밝혀 범인을 검거하고 증거를 수집·보전하는 수사활동'이라고 한다면 검찰수사는 여기에 '공소제기와 유지 여부를 결정하기 위한 수사'를 포함하는 넓은 개념이다.

왔으며, 법원에서는 피해자 등의 참고인 진술과 이를 토대로 수집된 증거의 증거능력이 부족하고 신빙할 수 없다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하는 등으로 무고한 국민이 불의의 피해를 입게 되는 사례가 있어왔다. 이로 인하여 피해자 측의 진술만을 토대로 수사에 임할 것이 아니라 피의자의 진술을 경청할 필요가 있다는 인식을 갖게 되면서 피의자의 인권보장제도에 대한 관심이 고조되게 된 것이고 현행 형사소송법에서도 피의자의 인권보장을 위한 새로운 제도들이 도입되게 된 것이다.

검찰수사에 있어서도 범인을 신속·정확하게 체포하고 증거를 수집·보전하기 위하여 國家의 强制力이 必要하게 된다. 그 결과 수사기관이 필요하게 되고 그에 의하여 수사활동은 전개되는 것이다. 搜査의 本質이 實力行使를 要求하는 것이라면 피의자 기타 관계인의 인권을 침해할 가능성도 그 만큼 크다는 점에서 피의자에 대한 拘束은 형사소송의 진행을 확보하기 위한 不可缺한 制度이다. 그러나 구속에 의하여 국민의 자유는 현저히 제한되지 않을 수 없으며 또한 구속은 형사절차의 확보를 위하여 국민에게 과하여진 特別犧牲이므로 다른 방법에 의하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없는 불가결한 경우에 한하여 最後의 手段으로 認定될 때 비로소 피의자의 인권도 보장될 수 있을 것이다.

검찰수사에 있어서 피의자의 인권보장에 관한 기본적인 사고 및 제도를 경시하고 被疑者에게 虛僞 陳述을 强要하고 暴言·暴行 및 脅迫을 가한 사례가 2006년 제이유그룹 로비의혹사건[3] 수사과정에서 발생한 사실도 있다. 특히 2002.10.26. 서울지방검찰청 강력부에서 발생한 살인용의자 조모씨 고문치사 사건[4]은 우리나라 국민뿐만 아니라 전 세계적으로 엄청난 파장을 안겨주었고

---

3) 한겨레 21, “이슈추적 과연 한 검사의 일탈이었나”, 2007.2.15. 한겨레21 제648호. 「제이유그룹 로비의혹사건 수사과정에서 터진 검찰의 이른바 ‘피의자 거짓 진술강요 사건’은 검찰 초유의 일이다. 그동안 자백을 받기 위해 추가 혐의를 제시한다거나, 밤샘조사 과정에서 강압적인 분위기를 조성하면서 자백을 강요한다거나, 심지어 피의자에게 폭언하거나 폭행한 사실이 드러나기도 했다. 그러나 사실이 아닌 내용을 법정에까지 가서 증언하라고 피의자에게 강요한 사실이 입증자료와 함께 공개된 것은 이번이 처음이다.」

4) 인터넷한겨레, “살인용의자 검찰에서 조사받다 숨져”, 2002.10.27.자 「살인사건에 연루돼 검찰에 연행됐던 조천훈(32)씨가 조사를 받던 중 갑자기 의식을 잃고 쓰러져 병원으로 옮겨졌으나 숨졌다. 유족들은 ‘조씨의 한쪽 눈에 멍이 들고 뒷머리, 다리 등에 타박상이 있었다.’며 구타 의혹을 제기했다. 검찰은 ‘구타 등 가혹행위는 없었던 것으로 파악됐지만 조사도중 무릎을 꿀린 적이 있고 병원으로 후송된 뒤 검안과정에서 팔꿈치와 무릎 등에 생채기가 발견됐으나 사인과는

많은 검찰 직원들조차도 아직까지 그런 고문이 있어 왔느냐에 대해 의아해 한 것이 사실이고 정말 부끄러운 일이었다. 이제는 이러한 구태의연한 수사 관행을 벗어버리고 과학수사와 인권수사가 이루어져야 한다는 공감대를 갖게 되었으며 이러한 의도에서 본 연구를 시작하게 된 동기가 되었다.

Ⅱ. 硏究의 目的

형사소송법은 형법을 적용하여 국가형벌권을 적정하게 실현함으로써 형법의 이념을 달성함을 그 목적으로 한다. 이러한 목적은 진실과 정당한 법적용에 근거한 수사와 판결에 의하여 달성될 수 있고 實體的 眞實發見이 형사소송법의 最高의 理念이 되는 이유도 여기에 있다. 그러나 수사기관은 강제처분에 의하여 범죄의 혐의를 밝히고 증거를 수집·확보함에 있어서 필연적으로 피의자 또는 제3자의 기본적 인권을 침해할 우려가 있지만 강제처분은 기능적인 형사사법의 이익을 위하여 결코 포기할 수 없는 제도이며 어떤 이유에서도 강제처분의 필요성을 부정할 수는 없을 것이다.[5)]

그러나 한편 피의자는 물론 피고인도 유죄판결이 확정될 때까지는 무죄의 추정을 받는다. 無罪의 推定을 받는 피의자에 대하여 유죄판결이 확정되기 전에 자유형과 같은 효과를 가지는 강제처분을 과할 수 없는 것이다. 특히 강제처분에 의한 구속은 사전 刑罰로서의 성질을 가질 수 없고 형사소송의 목적을 위하여 피의자에게 特別犧牲을 요구하는 것이 되지 않을 수 없다.[6)] 즉 구속은 다른 방법에 의하여 피의자의 효과적인 범죄에 대한 투쟁이 불가

관련이 없는 것으로 보인다.'고 말했다.」 ; 인터넷한겨레, "국제앰네스티, 검찰 고문치사사건 철저수사 촉구", 2002.11.7.자. 「고문과 같은 인권침해는 어떤 상황에서도 용납될 수 없으며 이와 같은 행위에 관련된 모든 사람들은 법에 따라 처벌을 받아야 한다.」 ; 동아닷컴, "고문치사, 터질 일 터졌다", 2002.11.9,자 「컴퓨터 관련업체 모임의 회장으로 중소기업을 경영하고 있는 K씨는 요즘 몸서리쳐지는 나날을 보내고 있다. 최근 서울지검 강력부에서 발생한 '살인용의자 조천훈씨 고문치사 사건'으로 몇 년 전의 악몽이 떠올랐기 때문이다. 검찰은 당시 제 발로 찾아간 그를 낚아채듯 특별조사실로 끌고 올라가 '불지 않는다.'며 폭행했고, 나중에는 '억지'혐의를 덮어씌워 구속까지 시켰다.」

5) Jung/müller-Dietz(hrg.), *Reform der Untersuchungshaft*, Labs fotosatz Gmbh, 1983, S.10

6) Löwe/Rosenberg, *Die Stratprozeßordnung und das Gerirchtsverfassungesetz mit Nebengestzen, Großkommentar*, 24.Aufl., Walter de Gruyter, 1989, vol 144, Rn.4.

능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 最後의 手段으로 사용될 때에만 그 정당성을 인정하지 않을 수 없게 된다. 따라서 피의자에 대한 구속은 효과적인 형사사법의 기능과 개인의 자유에 대한 기본권의 침해라는 대립되는 이익이 정면으로 충돌하는 형사사법에 있어서 어두운 부분이라고 할 수 있다. 이에 따라 현행 형사소송법의 입법과정에서도 피의자의 구속을 제한하고 인권을 보장할 수 있는 제도적 장치들에 대한 논의가 쟁점이 되어 피의자의 인권보장을 위한 많은 규정들이 대폭 개정되거나 신설되었다.

이러한 점을 고려하여 본 연구에 있어서는 현행 형사소송법상의 피의자에 대한 인권보장제도에 관한 규정이 가지고 있는 문제점을 지적하고, 수사의 효율성과 기본적 인권의 보장이라는 상호 모순되는 형사소송의 두 이념을 적절히 조화하면서 이에 대한 합리적인 개선방안을 제시하고자 한다.

Ⅲ. 硏究의 範圍와 方法

형사소송법은 國家의 存立과 社會秩序를 維持하고 개인의 기본적 人權을 保障하면서 사건의 眞實을 糾明함이 그 목적이며 이념인 것이다. 그런데 사건의 진실을 명백히 밝히고자 실체적 진실발견에 집중하다 보면 자칫 피의자의 기본적 인권이 부당하게 침해될 위험이 도사리고 있게 된다. 따라서 형사소송법의 이념은 실체적 眞實發見과 피의자의 人權保障이라는 두 이념이 서로 모순되는 것이 아니고 상호 대등한 가운데 調和롭게 實現되어야 한다.

이에 따라 피의자의 인권보장제도에 관한 연구에 있어서는 檢察搜査의 문제점을 中心으로 입법적 규제와 사법적 통제에 대한 합리적이고 제도적인 장치를 모색하기 위하여 외국의 입법례를 검토하고, 현행 형사소송법상 피의자의 인권보장 제도와 비교 검토해 봄으로써 현행 법제도의 미비점을 파악하여 찾아 형사절차의 발전을 가져올 수 있고 보다 나은 민주지향적인 검찰수사가 이루어질 수 있도록 형사소송법상의 피의자 인권보장제도의 문제점과 개선방안을 제시하는 데에 그 범위를 한정하였다.

따라서 본 연구는 6장으로 구성되어 있는데, 제1장 서론에서 문제의 제기

와 목적 및 연구범위와 방법을 제시하였으며, 제2장에서는 피의자의 인권보장에 관한 기본이론으로 피의자의 소송법상 지위, 수사구조와 인권보장, 피의자 구속의 제한원리와 기본원칙을 고찰하여 현행법 규정과 실무상 발생되는 피의자의 체포·구속과 피의자 인권보장에 관한 이해를 도모하기 위한 방법을 제시하고자 하였다. 제3장에서는 피의자의 인권보장에 관한 외국의 입법례로 영국, 미국, 불란서, 독일, 일본의 제도들을 고찰함으로써 현행법상의 현실적인 문제점을 파악하고자 하였다. 제4장에서는 현행법상 피의자의 인권보장제도와 관련된 것으로 피의자 체포·구속 전 인권보장제도와 체포·구속 후 인권보장제도로 구분하여 현행법상의 인권보장 제도는 어떠한 것이 있으며 이러한 제도들이 언제 어떻게 운용되고 있는지를 검토함으로써 검찰수사 과정에서 발생되는 피의자 인권침해 사례와 종합적인 문제점을 도출하고자 하였다. 제5장에서는 검찰수사 과정에서 발생되는 피의자 인권보장 제도의 문제점 및 개선방안을 제시하여 인간의 존엄성을 보호하고 검찰수사 과정에서 피의자에 대한 인권의식을 고양하도록 하였고, 제6장에서는 피의자 인권보장제도에 관한 문제점과 개선방안을 요약·정리함으로써 피의자의 인권보장제도가 실효성을 거둘 수 있도록 타당한 결론을 제시하고자 한다.

연구의 방법은 문헌 조사에 중점을 두고 해석학적 방법과 비교법적 방법에 의하여 국내외 학자의 저서와 논문을 참고하고 헌법재판소 및 대법원 판례를 연구 검토함으로써 서술적 방법으로 이론을 종합하였으며, 국내 형사사법기관의 각종자료 및 정기간행물을 분석 고찰하는 내용분석 방법을 병행하여 규범적 측면에서 합리적이고 타당한 검찰수사에 있어서 피의자의 인권보장제도에 관한 문제점 및 개선방안을 제시하고자 종합적으로 분석·검토하였다.

第2章　被疑者 人權保障制度에 관한 一般的 考察

Ⅰ. 序說

국가와 사회가 존립을 유지하고 국민이 자유와 행복을 누리면서 평온한 생활을 영위하기 위해서는 범죄가 발생하면 신속히 범죄자를 색출하여 적정한 절차에 따라 국가형벌권을 행사해야 한다는 것은 자명한 진리라고 할 수 있으며 이러한 국가형벌권을 행사하는 절차가 형사소송절차인 것이다.

그런데 형사사법기관이 국가형벌권을 행사하기 위해서는 범죄사실에 대한 증거를 수집·보전하고 소송수행과 형의 집행을 확보하기 위해서 강제력의 행사를 요소로 하는 강제처분이 불가피하게 되는데 이러한 강제처분 중에서도 피의자의 신체의 자유를 제한하는 逮捕와 拘束이라고 할 수 있다. 이러한 피의자의 신체의 자유를 제한하는 체포와 구속은 지금까지의 사회생활로부터 격리시킴으로써 가족관계, 직업활동, 사회생활 등 다방면에 걸쳐서 중대한 위해를 가하게 된다. 따라서 人身拘束[7]은 인간의 가장 기본적 권리인 身體의 自由에 대한 本質的인 侵害를 가져오는 강제처분이며 국가공권력의 상징으로 표현될 만큼 강력한 의미를 가지고 있다고 할 수 있다.

이러한 체포와 구속은 신체의 자유를 침해하는 것을 전제로 하여 적정한 국가형벌권의 행사를 통한 實體的 眞實發見이라는 형사소송법상의 이념과 헌법상 個人의 基本的 人權保障이라는 서로 대립되는 이념이 충돌하는 형사사법에 있어서 가장 첨예한 문제영역이라고 할 수 있다.

특히 우리나라는 國際人權規約에 가입하게 되어 1990년 7월부터 그 적용을 받고 있다. 동 규약의 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)」은 제9조에서 신체자유권을 규정하고 있다. 즉 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 체포 또는 구금되지 않으며(동조 제1항), 체포시 체포이유를 고지 받을 권리(제2항), 구속전피의자신문제도 즉, 구속영장실질심사(제3항), 신속한 재판을 받을 권리(제4항), 위법한 체포·구속에 대한 형사보상청구권(제5항) 등을

7) 人身拘束이란 사람의 신체의 자유를 제한하는 대인적 강제처분으로서 체포와 구속을 포함하는 개념이라고 할 수 있다(신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2008, 198면).

규정하고 있다.[8)]

우리나라 憲法도 인권사상의 시대적 변화에 따라 피의자의 인권옹호에 만전을 기하기 위하여 신체의 자유를 최대한 보장하고 있다. 헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다."라고 규정하고 있다. 또한 제12조는 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다."라고 규정하여 기본권보장의 대원칙을 선언하고 있다. 인권보장을 위한 구체적인 제도로서는 罪刑法定主義와 체포·구속·압수·수색 등의 强制處分法定主義, 고문금지와 묵비권의 보장, 令狀主義, 구속 및 재구속의 제한, 自白의 證據能力 制限, 검사의 구속장소 감찰제도 등의 장치를 마련하여 부당한 신체자유의 침해를 예방하고, 체포·구속적부심사제도, 보석 및 구속의 집행정지제도, 강제처분에 대한 항고, 刑事補償, 국가배상 등의 규정을 두어 부당한 신체자유의 침해로부터 구제받을 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 제27조 제4항에서는 "형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다."라는 無罪推定의 原則을 선언하고 있을 뿐만 아니라 형사소송법 제199조 제1항에서는 "강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다." 라고 규정하여 형사절차에 있어서 강제처분은 必要最小限度에 한하도록 제한하고 있다.

이에 따라 刑事訴訟法은 피의자의 수사에 관하여 不拘束搜査를 原則으로 규정하고[9)] 强制搜査는 법률로 엄격히 制限하여 형사절차에 관한 최저 기준을 제시하고 있는 헌법규범을 구체적으로 구현하고 있다. 특히 대표적인 대인적 강제처분인 체포와 구속에 대하여는 엄격한 요건과 절차에 따른 事前令狀에 의하도록 하고 예외적으로 인정되는 사후영장에 의한 구속은 현행범체포와 긴급체포에 한정하고 있다.

따라서 檢察搜査에 있어서 逮捕·拘束은 어떠한 경우에 있어서도 사전형벌로서의 의미를 가질 수 없으며 형사소송의 목적달성을 위하여 개인에게 특별

---

8) 국제인권규약의 상세한 내용은 International Human Rights(국제인권법), T. Buergenthal 著(양건, 김재원 譯), 교육과학사, 1992. 참조.

9) 형사소송법 제198조 제1항은 '피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다.'라고 불구속수사원칙을 규정하고 있다.

희생을 요구하는 것이므로 필요최소한도로 제한되어야 하며 다른 방법에 의하여 효과적인 범죄에 대한 예방이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 最後 手段으로 사용될 때 그 정당성이 인정된다고 할 수 있다.[10)]

또한 검찰수사에 있어서 피의자의 인권보장에 대해서는 여러 가지 규정이 강조되고 있으나 그 실제 운용에 있어서는 불분명한 입법태도와 불합리한 여러 제도의 시행으로 말미암아 인권침해의 가능성이 상존하고 있는 실정이다. 따라서 그 운영에 있어서 개인의 기본적 인권보장에 만전을 기하여야 하며 그러기 위해서는 우리의 형사절차에서도 헌법정신이 최대한 구현되도록 노력하여야 한다.

형사절차에서 신체의 자유가 어느 정도 보장되는가는 그 나라의 법문화와 민주주의의 성숙도를 나타내는 시금석이요 거울일 뿐만 아니라 약자에 대한 인권보호의 수준은 곧 선진 법치국가의 척도이기도 하다. 이하에서는 피의자의 의의와 지위, 수사구조와 인권보장 그리고 피의자 구속의 제한원리 및 기본원칙, 검찰수사와 피의자의 체포·구속 등에 대하여 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 被疑者의 訴訟法上 地位

1. 被疑者의 意義

被疑者라 함은 搜査機關[11)]에 의하여 犯罪의 嫌疑를 받고 搜査의 對象으로

---

10) Böing. Heinz, *Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren*, ZStW., 91, S.380, Band, 1979, Heft2. ; 종래에 있어 우리의 인신구속은 피의자의 구속이 유죄추정의 사회적 편견과 함께 법정 구속사유와는 별개로 관행적인 기준인 법외적인 사유, 즉 수사의 편의나 일반예방을 통한 범죄투쟁의 수단, 피해변상의 도구 등의 소위 '위장된 구속사유(Apokrypher Haftgrund)들이 구속여부의 결정에 작용하여 구속은 판결전의 형벌로서 기능하였으며 우리는 이러한 응보적 구속관행에 무감각하게 길들여져 왔음을 부인할 수 없다(위장된 구속의 문제점에 대해서는 김경선 "위장된 구속사유", 「영장실질심사제도Ⅱ」, 법원행정처, 1997. 7, 429면 ; 남영찬, "구속제도의 운용방향", 「영장실질심사제도Ⅲ」, 법원행정처, 1997.11, 392면).

11) 搜査機關이란 법률상 범죄수사의 권한이 인정되어 있는 국가기관으로 경찰과 검찰 등 일반사법경찰관리와 환경·산림·보건위생 등 특별사법경찰관리를 말한다 ; 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2007, 176면 ; 신동운, 앞의 책, 38면.

되어 있는 자를 말한다. 따라서 피의자는 수사개시(범죄인지) 이후의 개념이므로 범죄인지 이전의 被內査者와 구별되며 공소제기 이전의 개념이므로 被告人과도 구별된다.[12)]

수사기관이 수사를 개시한 때에 피의자로 된다. 따라서 검찰수사관이 犯罪를 認知하고 수사를 개시하는 경우에는 검찰수사관이 犯罪認知書를 作成하여 서명·날인한 때에 피의자로 된다. 또한 수사기관이 범죄를 인지하는 때에는 범죄인지서(검사 및 검찰수사관의 경우) 또는 범죄인지보고서(사법경찰관의 경우)를 작성하여야 한다.[13)]

수사기관이 범죄를 인지하는 것을 立件이라고 하며 입건 이전의 조사를 內査라고 한다. 내사를 받는 자를 被內査者라고 하며 피내사자는 입건에 의해서 비로소 피의자로 된다.[14)] 따라서 사법경찰관으로부터 직무질문을 당하는 자도 피의자가 아니며 직무질문의 결과 사법경찰관이 범죄를 인지하고 수사를 개시한 때에 비로소 피의자로 된다.

수사기관이 현행범인을 발견하거나 인도받은 경우에는 그 발견시 또는 인도를 받은 때가 피의자의 시기이다.

그러나 告訴나 告發事件의 경우에는 수사기관에 고소 또는 고발이 접수된 때에 피의자로 된다. 즉 고소장·고발장이 수사기관에 제출된 때가 피의자의 시기이며 구두고소 또는 구두고발의 경우에는 검찰수사관이 피의자신문조서를 작성한 때가 피의자의 시기가 된다. 또한 범인이 검찰 등 수사기관에 自首한 경우에는 자수한 때에 피의자로 된다.

피의자는 공소제기에 의하여 피고인으로 전환되므로 公訴提起時가 피의자의 종기가 된다. 공소제기 후에 수사기관이 관련사건에 대하여 피고인을 조사하는 경우에도 이는 피고인에 대한 수사(피고인진술조서)이지 피의자에 대한 수사(피의자신문조서)가 아니다.[15)]

---

12) 이재상, 앞의 책, 101면 ; 신동운, 앞의 책, 54면 ; 백형구, 「형사소송법강의」, 1988, 박영사, 383면 ; 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982, 107면 ; 배종대/이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2001, 99면 ; 신양균, 「형사소송법」, 법문사, 2004, 78면.

13) 신동운, 앞의 책, 55면.

14) 검찰수사 실무에서 아직 피의자로 입건되지 않았지만 범죄혐의가 인정되어 사실상 수사를 개시한 상태라면 내사라고 할 수 없다고 한다(신동운, 앞의 책, 36면).

15) 이재상, 앞의 책, 101면 ; 신동운, 앞의 책, 56면 ; 신양균, 앞의 책, 79면.

피의자는 不起訴處分의 확정에 의해서도 피의자로서의 지위가 소멸한다. 따라서 검사의 불기소처분에 대해서 고소인 또는 고발인이 抗告 또는 裁定申請을 한 경우에는 그 절차가 종결되기 이전 까지는 피의자의 지위가 소멸하지 아니한다.

2. 被疑者의 訴訟法上 地位

가. 搜査構造와의 關係

피의자의 소송법상의 지위는 수사의 구조에 따라 다르다. 大陸法系에 있어서는 수사절차의 직권적 관료주의 성격으로 인하여 피의자는 본질적으로 수사의 대상에 불과하나 英美法系의 당사자주의에 있어서는 수사절차의 인권보장적 성격에 의해서 대륙법계에 비하여 피의자의 지위가 상당히 강화되어 있다. 우리나라의 형사소송법은 직권주의와 당사자주의를 절충하고 있어서 피의자의 지위가 강화되어 있다고 볼 수 있다.[16)]

나. 基本的 地位

현행 형사소송법상 피의자는 기본적으로 搜査의 대상(客體)에 불과하며 수사의 주체가 아니다. 피고인은 소송의 주체로서 검사와 대등한 당사자의 지위에 있으나(무기평등 및 당사자대등의 원칙) 피의자는 수사의 대상에 불과하다는 점에서 차이가 있다.

다. 準當事者的 地位

피의자의 지위가 기본적으로 수사의 대상임에 불과하다고 할지라도 규문절차에 있어서의 피의자와 같이 인격적 주체성이 말살당한 단순한 수사의 객체는 아니라고 할 수 있다.

현행법상 피의자는 無罪로 推定되므로 피의자에 대한 인권보장적 견지에서 피의자의 구속 등 강제수사에 관하여 사법적 통제를 가하는 한편 피의자에게

16) 백형구, 앞의 책, 384면 ; 신동운, 앞의 책, 57면 ; 신양균, 앞의 책, 79면.

辯護人選任權, 陳述拒否權 등을 인정하고 있으며 또한 피의자는 피의자신문을 위한 출석요구를 거부할 수 있고 피의자신문의 장소에서 언제든지 퇴거할 수 있으므로 피의자 신문절차에 있어 아무런 수인의무가 없을 뿐만 아니라 피의자신문조서 작성시 辯護人의 參與를 申請할 수 있다.[17] 따라서 현행법상 피의자는 수사의 주체는 아니더라도 준당사자적 지위에 있다고 할 것이다.[18]

Ⅲ. 搜査構造와 人權保障

1. 意義

수사는 고유한 의미에서 소송이 아니라 소송을 위한 사전 준비절차, 즉 형사사건에 관하여 공소를 제기하고 이를 수행하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 절차에 지나지 않는다. 소송의 준비절차인 搜査에 있어서는 搜査機關의 彈力的이고 合目的的인 활동이 요구되는 節次임을 부정할 수 없다. 그러나 피의자를 순수한 수사의 객체로만 파악하여 수사기관의 지나친 재량을 인정할 때에는 피의자의 인권보장을 기대할 수 없게 된다.[19] 특히 수사에 있어서는 어느 정도 강제처분이 불가피하지만 이러한 강제처분은 피의자의 기본적 인권침해의 가능성이 있으므로 인권보장의 견지에서 법률이 정하는 적정절차에 따라야 한다.[20]

수사기관의 활동도 궁극적으로는 사법적 억제라는 메커니즘과 관련이 있고, 사건단위의 수사라는 원칙에 따라서 特定한 犯罪事實이 搜査活動의 範圍를 결정하는 기능을 갖고 있으며 피의자의 부존재 내지 불확정의 단계도 있을 수 있지만 결국은 확정해야 하므로 개념적으로 피의자의 존재를 전제로 하여 행하여진다는 점 등을 고려한다면 공판과 동일시할 수는 없지만 이와

17) 형사소송법 제243조의2 제1항은 "검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족 또는 형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다."라고 규정하고 있다.

18) 백형구, 앞의 책, 385면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 173면 ; 이재상, 앞의 책, 181면.

19) 차용석, "수사구조론", 「월간고시」, 1986.4, 22면.

20) 전용득, 「피의자구속론」, 법문사, 2000, 29면.

유사한 사법절차로 이해하지 않을 수 없다.[21] 이와 같이 수사가 법적으로 규제된 司法節次라고 한다면 이러한 搜査는 어떠한 構造的 特質을 가지고 있느냐에 관한 문제가 바로 수사구조론이다.

현행 수사절차는 재판기관이 아닌 수사기관에 의하여 행해지는 절차이며 공판절차의 전단계적 준비절차라는 점에 특색이 있기 때문에 공판절차의 구조와 별도로 수사절차의 구조를 논하는 실익이 있는 것이다.[22]

2. 搜査構造論

수사구조론은 수사절차의 구조적 특질에 관한 이론적 검토로서 수사절차를 규문적 구조로 파악하려는 수사관을 糾問的 搜査觀이라 하고, 이를 탄핵적 구조로 파악하려는 수사관을 彈劾的 搜査觀이라고 하는데 이러한 수사구조론은 일본의 平野龍一 교수에 의해서 제기된 문제라고 한다.[23] 탄핵적 수사관을 처음 주장한 平野龍一 교수의 견해에 의하면 수사의 구조에 관하여 규문적 수사관과 탄핵적 수사관이라는 서로 대조적인 수사관이 있다고 한다.[24]

가. 糾問的 搜査觀

규문적 수사관이란 搜査는 搜査機關이 被疑者를 調査하기 위한 節次로서 강제처분도 이를 위하여 인정되는 것이며 다만 강제처분의 남용을 방지하기 위하여 법원 또는 법관에 의한 억제가 행하여지므로 피의자에게 적법한 강제처분에 대한 수인의무가 있게 된다. 즉 규문적 수사관이란 수사절차가 검사를 주재자로 하는 搜査機關과 그 상대방인 被疑者의 不平等·垂直關係로 구성되어 있다고 보는 견해이다. 규문적 수사관에 의하면 수사절차는 수사기관

---

21) 이에 대하여 수사는 다음과 같은 이유로 행정절차로 보는 견해가 있다. 첫째 수사는 행정기관인 수사기관이 주재하는 절차이고, 둘째 수사의 대상인 사실은 상당한 정도로 가변적이며 무방식이고, 셋째 피의자는 처음에는 미확정인 경우가 대부분이고 범죄사실도 가변적이다(鴨良弼, '訴訟管理權', 「刑法雜誌」(제15권 2호), 日本刑法學會, 162면) ; 전용득, 앞의 책, 29면.

22) 신동운, 앞의 책, 107면 ; 전용득, 앞의 책, 30면.

23) 백형구, 앞의 책, 341면.

24) 平野龍一, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 1983, 83면.

의 독자적인 판단아래 범인을 발견하고 범죄사실과 증거를 조사하기 위한 합목적적인 절차이며 피의자에 대한 강제처분권은 수사의 주재자인 檢事의 固有權限이라고 본다. 그러므로 拘束의 事由와 必要性에 대한 판단은 檢事가 하게 된다. 따라서 규문적 수사관에 의하면 피의자의 인신구속은 증거수집의 목적 또는 수사의 필요에 의한 증거인멸의 방지를 위한 것으로 이해한다.

令狀의 性質에 관해서도 강제처분권이 본래 수사기관에 있지만 그 남용을 억제하기 위하여 법관이 허가한다는 許可狀으로 보게 된다.[25] 따라서 피의자 구속의 경우 영장청구에 대한 法官의 審査는 形式的 合法性 유무에 限定되고 구속의 필요성이라는 합목적적 사항에 까지 법관의 심사는 미칠 수 없다고 할 것이다.

규문적 수사관을 주장하는 입장에서는 다음과 같은 논거를 제시하고 있다. 수사절차는 어디까지나 공소제기 여부를 결정하기 위한 準備段階로서 獨自的 性質을 가지며 탄핵적 수사관에서 주장한 바와 같이 공판절차의 사전연장으로 볼 수 없고, 피의자의 방어권행사는 규문적 수사관을 택한다고 하여 제한되거나 탄핵적 수사관을 택한다고 하여 신장되는 것도 아니고 被疑者의 人權保障은 수사구조의 문제가 아니라 헌법상의 適法節次에서 由來하는 것으로 수사구조의 특수성에 좌우되지 않는다고 한다.[26]

나. 彈劾的 搜査觀

탄핵적 수사관은 搜査節次에 搜査機關과 被疑者 이외에 제3의 기관인 法官의 介入을 인정한다. 즉 수사절차를 법원에 公訴를 提起하기 위한 準備段階로 보는 것이다. 탄핵적 수사관에 의하면 수사에 필요한 강제처분권은 法院의 固有權限에 속한다고 본다. 그리고 수사는 당사자의 일방인 수사기관의 소송준비활동에 불과한 것이므로 대등하여야 할 일방 당사자에게 상대방 당사자의 인신을 구속하여 신문하는 권한을 인정하는 것은 허용될 수 없다고 본다. 탄핵적 수사관에 의하면 피의자의 인신구속은 장래 행하여지는 재판을 위하여 도주의 우려를 방지함으로써 피의자의 인신구속은 장래 행하여지는

25) 이재상, 앞의 책, 179면 ; 신동운, 앞의 책, 107면.

26) 전용득, 앞의 책, 31면 ; 이재상, 앞의 책, 180면.

재판을 위한 것으로 이해된다. 탄핵적 수사관에 의하면 구속영장의 법적성질은 법원이 구속의 사유 및 그 필요성에 대하여 판단하여 그 집행을 수사기관에게 명하는 命令狀으로 보게 된다. 다만 구속을 하지 않아야 할 사정변경이 생기면 구속하지 않아도 되고, 구속된 경우에는 수사기관이 석방하여도 좋다는 條件附 命令狀의 성질을 갖는다고 한다.[27]

초기의 탄핵적 수사관이 주로 영장과 피의자신문의 법적성질을 해명하기 위하여 주장된 것임에 반하여 田宮 裕교수는 수사의 내용적 실질적 구조를 설명하기 위한 이론으로서 규문적 수사관과 탄핵적 수사관에 상응하여 수사관을 예비재판적 규문방식과 공판중심적 탄핵방식으로 구별하고 전자의 특징이 예비재판주의, 권력집중주의, 직권주의에 있다고 지적한다.[28]

탄핵적 수사관은 다음과 같은 논거를 들고 있다. 공정한 제3자로서 법관을 개입시킬 때 搜査權의 濫用을 抑制할 수 있고 헌법은 적법절차의 원칙을 선언하여 피의자·피고인의 실질적 방어권을 보장하고 있는데 공판절차에 있어서는 당사자주의를, 수사절차에 있어서는 탄핵적 수사관을 채택할 경우에 피의자는 단순한 수사 객체로서의 지위에서 벗어나 防禦權의 主體로서 각종 방어활동의 신장이 가능해 진다는 것이다. 요컨대 규문적 수사관은 수사활동에 관한 수사기관의 합목적적인 판단을 존중함에 반하여, 탄핵적 수사관은 수사기관의 지위를 상대화하고 피의자의 독자적인 방어활동을 폭넓게 인정하고자 하는 견해라고 할 수 있다.[29]

다. 訴訟的 搜査觀

소송적 수사관은 수사절차의 특질을 제시하면서 규문적 수사관과 탄핵적 수사관이라고 하는 두 개의 기본적인 수사구조론과 달리 搜査節次의 獨自性 및 重要性을 强調하는 견해이다.[30] 이 견해에 의하면 수사는 기소·불기소의 결정이라는 독자의 목적을 가진 절차로서 檢事를 종국적 判斷者로 하여 司法

27) 이재상, 앞의 책, 179면 ; 신동운, 앞의 책, 107면 ; 전용득, 앞의 책, 32면.

28) 田宮 裕, 「刑事訴訟法Ⅰ」, 有斐閣, 1985. 32면.

29) 전용득, 앞의 책, 32면 ; 신동운, 앞의 책, 65면.

30) 이재상, 앞의 책, 180면 ; 신동운, 앞의 책, 110면 ; 신양균, 앞의 책, 63면.

警察官吏와 被疑者·변호인이 서로 對立하는 訴訟構造를 갖는 節次라는 것이다.[31]

일본의 경우 법률전문가인 검사는 예외적으로 수사권을 가지며 주도적인 수사의 주체는 사법경찰관리로서 피의자와 대립한다(일본형사소송법 제189조 내지 제191조). 여기서 법률전문가인 검사를 제3의 심판기관으로 설정하고 사법경찰관리와 피의자를 대립·갈등하는 당사자로 관념하여 수사절차를 마치 공판절차에서와 같은 소송구조로 파악하려는 시도가 바로 소송적 수사관이다. 소송적 수사관에서는 搜査節次를 訴訟構造化 함으로써 피의자의 지위를 단순한 수사의 객체로부터 사법경찰관리와 대등한 수사절차상의 주체로 격상시킬 수 있다고 한다.

그러나 이러한 소송적 수사관은 일본과는 달리 사법경찰관리에게 독자적인 수사권이 인정되지 않기 때문에 우리 형사소송법의 체계와는 다르다고 한다. 다시 말하면 우리 법체계상 檢事는 搜査의 主宰者이며 司法警察官吏는 그 補助者이기 때문에 수사절차에서는 원칙적으로 搜査機關과 被疑者의 兩面關係가 성립할 뿐이라고 한다. 그 밖에 소송적 수사관의 난점으로는 피의자를 수사의 주체로 볼 수 없고 검사가 직접 수사하는 경우에는 검사를 제3자로 하는 삼면관계는 성립할 수 없다는 점 등이 지적되고 있다.[32]

3. 現行法上의 搜査構造

수사구조를 둘러싼 규문적 수사관과 탄핵적 수사관의 대립은 형사소송의 구조에 관한 이론상의 직권주의와 당사자주의의 대립에 그 뿌리를 두고 있다고 할 수 있다. 이렇게 볼 때 공판절차에서 국가기관인 법관에게 실체적 진실발견의 책임과 의무를 부여하는 職權主義의 입장에서는 국가기관으로서 수사의 주재자인 검사에게 실체적 진실발견의 책무를 지우는 糾問的 搜査觀과 결부되기 쉽고, 이에 반해 소송절차에서 피고인의 인권보장을 중시하여 실체적 진실발견의 원동력을 갈등·투쟁하는 대립 당사자의 소송활동에서 구하는

31) 石川才顯, 「刑事訴訟法 講義」, 日本評論社, 1974, 94면 ; 신동운, 앞의 책, 110면.

32) 이재상, 앞의 책, 180면 ; 백형구, 앞의 책, 347면 ; 신동운, 앞의 책, 111면 ; 신현주, 「형사소송법(신정판)」, 박영사, 1999, 178면 ; 차용석, 「형사소송법」, 세영사, 1998, 226면.

當事者主義의 입장에서는 피의자의 인권보장을 중시하고 수사기관과 피의자의 상호관계를 대등한 수평적 관계로 인식하는 彈劾的 搜査觀과 결부되기 쉽다고 본다. 그러나 규문적 수사관은 수사절차상의 강제처분을 수사 주재자인 검사의 고유권한이라고 봄으로써 헌법에서 규정한 법관에 의한 영장의 원칙(헌법 제12조 제3항)을 외면하는 흠이 있으며, 탄핵적 수사관은 공소제기를 결정하기 위한 절차인 수사절차를 공판절차의 사전연장으로 무리하게 확장하는 흠이 있다.[33]

현행 형사소송법은 소송절차에서 직권주의나 당사자주의의 어느 한쪽 입장을 취한 것은 아니고 양 주의를 혼합·절충한 형태로 되어 있다. 즉 職權主義를 基礎로 하면서 當事者主義를 加味하는 형태로 소송절차에서의 실체적 진실발견을 도모하고 있다. 그리고 소송절차에 있어서 직권주의와 당사자주의를 혼합·절충한 형태를 취하고 있는 것과 마찬가지로 수사절차에 있어서는 糾問主義와 彈劾主義를 혼합·折衷한 形態를 취하고 있다고 본다.[34]

따라서 수사기관에 의한 물리력의 행사를 수반하지 않는 任意搜査의 경우에는 검사를 주재자로 하는 搜査機關과 被疑者만이 수사절차에 등장하고 제3의 기관인 법관은 개입할 여지가 없다. 이때에는 피의자의 기본적 인권을 해칠 염려가 없으므로 수사기관의 합목적적 판단을 존중해도 무방하다. 따라서 임의수사의 경우에는 糾問的 搜査觀이 타당하다고 본다. 그러나 수사기관이 물리력을 행사하는 强制搜査의 경우에는 헌법이 규정한 영장주의의 원칙에 따라서 수사절차에 반드시 法官이 介入하여야 한다. 이때 영장발부의 주체인 법관은 수사절차상의 강제처분을 고유권한으로 보유하고 있으며 검사는 법관에게 강제수사권의 발동을 청구함에 그친다고 한다.[35] 이렇게 본다면 강제수사의 경우에는 彈劾的 搜査觀이 적절하다고 보며 피의자의 인권보장을 위하여서도 이러한 견해가 타당하다고 생각한다.

---

33) 신동운, 앞의 책, 106면 ; 전용득, 앞의 책, 34면.

34) 이에 대해 수사를 소송구조로 파악하는 것은 수사의 본질을 오해한 것이라고 비판하고 있다(이재상, 앞의 책, 180면) ; 신양균, 앞의 책, 64면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 172면.

35) 신동운, 앞의 책, 109면.

Ⅳ. 被疑者 拘束의 制限原理

1. 意義

누구나 범죄의 혐의를 받아 피의자 또는 피고인이라는 곤혹스러운 지위로 전락할 가능성을 배제하지 못한다. 또한 국가권력의 수단인 형사사법은 불가피하게 개인의 권리를 침해할 수 있으며 이러한 刑事節次는 有罪人에 대하여 뿐만 아니라 無罪人에 대하여도 진행되고 더 나아가 제3자의 이익을 침해할 수도 있다. 이러한 가능성으로부터 우리 모두를 보호하고자 하는데 형사소송법의 존재의의가 있다.[36)]

따라서 형사사법의 전체를 지배하는 지도이념은 피의자에 대한 강제처분에 있어서 實體的 眞實發見主義와 형벌권의 대상이 되는 개인에 대한 人權保障의 調和에 있다. 국가형벌권의 실현은 사회질서유지나 공공복리를 위하여 필요불가결한 국가적 요청이라고 할 수 있는데 이러한 요청에 부응하기 위해서는 강제력의 행사가 불가피하게 된다. 이 가운데 개인의 자유를 가장 극심하게 침해하는 것이 신체에 대한 체포와 구속이다. 비록 피의자의 체포와 구속이 실체적 진실발견을 위한 불가피한 것이라고 할지라도 수사기관이 강제처분을 행사하여 증거를 수집·보전함에는 필연적으로 피의자의 인권을 침해할 수밖에 없게 되어 헌법상의 기본권 보장제도와 충돌하게 된다.

이러한 실체적 진실발견주의와 개인의 인권보장이라는 상반되는 양자의 조화를 위하여 강제처분은 형벌권 실현을 위한 필요최소한도에 그쳐야 하며 특히 신체에 대한 체포와 구속은 더욱 엄격한 절차에 따라 제한되어야 한다. 우리 헌법 제12조 제1항에서도 국가의 형벌권은 법률이 정하는 적법한 절차에 의하여야 한다는 적법절차의 원리를 구현하고 있으며 또한 우리 헌법 제27조 제4항에서는 형사 피고인 및 피의자의 무죄추정권을 천명하고 있다. 이러한 헌법상의 원리는 피의자 구속을 제한하고 피의자의 인권보장을 위한 지도원리로 작용하고 있으므로 형사소송에 있어서 인신구속은 적법절차의 원

36) 전용득, 앞의 책, 35면.

리, 무죄추정의 원리와 필요최소한도의 원리에 따라 제한되어야 한다.

2. 適法節次의 原理

적법절차(due process of law)의 원리는 형사절차의 전체를 지배하는 지도원리이므로 수사절차에 있어서도 지도원리로 작용하고 있다. 즉 수사의 상당성은 적법절차의 원리를 그 이념으로 하고 있으며 수사의 민주화 경향에 따라 人權保障의 基礎原理인 적법절차의 원리는 수사절차에 있어서 더욱 강조되고 있다.

적법절차의 개념은 1215년 영국의 대헌장(Magna Charta)에서 그 기원을 찾을 수 있으며[37] 1628년 권리청원 제4조에서 확인되었고,[38] 적법절차의 개념이 실정법상 처음으로 수용된 것은 1791년 미국헌법 수정 제5조인데 이는 聯邦政府에 대한 제한만을 목적으로 한 것이었으나 그 이후 1868년 헌법 수정 제14조 제1항의 채택으로 州政府에 대하여도 제한을 가하기에 이르렀다. 미국의 형사절차에서 적정절차의 의미는 연방헌법에 규정된 형사피의자의 기본적 인권을 재판관할권이 다른 주법원에 까지 직접 적용할 수 있도록 함으로써 획기적으로 기본권 신장을 가능하게 하였다는 것이다.[39]

우리나라에서는 제6공화국 헌법에 의하여 처음으로 적법절차의 원리가 명시되었는데 헌법 제12조 제1항은 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."라고 규정하고 있으며, 동조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."라고 규정하고 있다.

형사절차에서 실체적 진실발견이 기본과제이지만 국가형벌권 실현의 목표로써 객관적 진실규명을 꾀한다고 하더라도 그 수단과 절차는 공동체의 법적

---

37) 대헌장 제39조에서는 '자유인은 헌법적 재판에 의하거나 국법에 의하지 아니하고는 체포, 구류, 법외방치 또는 추방을 당하거나 기타 방법에 의한 침해를 당하지 아니한다.'라고 규정하고 있다.

38) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2000, 433면.

39) 전용득, 앞의 책, 36면.

확신인 기본권 보장과 공평성의 요청에서 벗어나지 않아야 한다는 것이다. 우리 헌법이 형사소송의 헌법화를 확립하여 형사피의자의 기본적 권리에 관하여 매우 상세한 규정을 두고 있는 것은 바로 적법절차의 중요성을 강조한 것이라고 할 수 있다.[40]

적법절차의 원칙은 형사절차에 있어서 그 절차를 규율하는 법이 형식적 의미의 법률로 정하여져야 할 뿐만 아니라 그 법률의 내용이 정의에 합치되어야 한다는 것임을 요한다. 즉 節次의 合法性(legality) 뿐만 아니라 절차의 正當性(legitimacy)까지 保障되어야 한다는 뜻이다. 적법절차의 요청은 공동체의 저변에 깔려 있는 기본적 이념에서 출발하기 때문에 包括的이고 多義的인 意味를 갖는다. 따라서 적법절차의 구체적 모습은 개별적 사안을 전제로 하여 밝혀져 나가게 된다. 우리 헌법이 규정하고 있는 고문을 받지 아니할 권리(헌법 제12조 제2항 전단), 진술거부권(헌법 제12조 제2항 후단), 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항) 및 그 밖의 각종 기본권 조항들은 모두 적법절차의 원칙을 구체적으로 실현하기 위한 것이라고 할 수 있다.[41]

3. 無罪推定의 原理

무죄추정(presumption of innocence)의 원칙이라 함은 刑事節次에서 被告人 또는 被疑者의 有罪判決이 確定될 때까지는 無罪로 推定된다는 원칙을 말한다. 피고인은 물론 피의자에 대해서도 무죄추정이 적용됨은 당연하다.[42] 따라서 무죄추정은 수사절차 뿐만 아니라 공판절차를 지배하는 지도원리인 것이다. 무죄추정의 원칙은 法治國家의 原理에 그 기초를 두고 人身拘束에 관해서는 制限原理로 작용하며 피의자의 人權保障을 위한 指導原理이므로 刑事司法의 民主化를 위한 기초적 原理에 해당한다.

무죄추정은 프랑스(佛蘭西) 혁명의 정치적 소산인 권리선언 제9조가 "누구든지 범죄인으로 선고되기 전까지는 무죄로 추정된다."라는 규정을 둔데서

40) 이재상, 앞의 책, 26면.

41) 신동운, 앞의 책, 8면.

42) 이재상, 앞의 책, 111면 ; 백형구, 앞의 책, 37면 ; 신동운, 앞의 책, 626면 ; 신현주, 앞의 책, 241면.

유래하였고 獨逸의 학자들은 “의심스러운 때에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo) 라는 法諺을 만들어냄으로써 무죄추정은 大陸法系의 형사절차를 지배하는 기본원리로 확립되었다.[43]

한편 영미법에서는 피의자의 인권보장적 요청에 의하여 일찍부터 무죄추정이 형사절차의 기본원리로 인정되었는데 英國에서는 형사절차의 개혁이 17세기 후반부터 서서히 진행되어 19세기에 와서 무죄추정이란 표현을 사용하게 되었지만 그 보다 훨씬 일찍부터 당사자소송주의, 전문법칙 및 배심제도 등이 확립되었으므로 실질적으로는 무죄추정의 원칙이 구현되었다고 볼 수 있다. 美國에서는 많은 州의 制定法에 의하여 이 원칙이 선언되었다. 예컨대 뉴욕州의 형사소송법에는 “피고인은 자기의 무죄가 합리적 의심을 품게 할 여지가 없을 정도로 입증될 때까지는 무죄추정을 받을 권리가 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 추세에 따라 世界人權宣言 제11조 제1항은 “형사범죄의 소추를 받은 사람은 모두 자기의 변호에 필요한 모든 보장이 주어진 공개적 재판에서 법률에 따라 유죄로 입증될 때까지는 무죄로 추정되는 권리를 가진다.”라고 규정하여 무죄추정이 형사피의자 및 피고인의 기본적 권리임을 선언하기에 이르렀다.[44]

우리나라는 제5공화국 헌법 이전의 시기에는 무죄추정의 원리가 성문법에 직접적으로 규정되지 아니하였고 단순히 형사절차에 있어서 피고인 보호를 위한 지도적 이념으로 주장되었을 뿐이었다. 그러나 1980년 제5공화국 헌법 제26조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하여 무죄추정의 원리에 대한 헌법적 근거를 마련하였고 이에 따라 형사소송법 제275조 제4항에 의하여 기본권으로 계속 유지되고 있다. 또한 우리나라가 1990년부터 가입하여 발효 중인 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제조약」 제14조 제2항에서도 무죄추정의 원리를 선언하고 있다. 무죄추정은 단순한 이념적 선언규정이 아니라 刑事節次에서의 實踐原理로 구현되고 있는 法的 規範으로써 언제나 불리한 처지에 놓여 있는 피의자·피고인의 인권을 보호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 최소한도에 그치게 하

43) 이재상, 앞의 책, 110면 ; 백형구, 앞의 책, 37면.

44) 전용득, 앞의 책, 38면.

자는 것으로써 인간의 존엄성 존중을 궁극적 목표로 하고 있는 憲法理念에 그 基礎를 두고 있는 것이다.[45]

무죄추정의 원칙이 가지는 내용은 크게 거증책임에 관한 사항, 인신구속의 제한(임의수사의 원칙, 불구속수사의 원칙, 불필요한 고통 금지), 불이익 처우 및 부당한 대우의 금지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 피고인은 무죄로 추정되므로 소추자가 피고인의 유죄를 입증하지 않는 한 무죄로 인정하여야 한다. 따라서 범죄사실의 존재에 관해서는 검사가 擧證責任을 부담하여야 하는데 이에 따른 원칙으로 "의심스러운 때에는 피고인의 이익(in dubio pro reo)으로" 판단하여야 한다는 법원칙이 작용하며, 이 원칙은 무죄추정의 원칙과 같은 개념으로도 이해되고 있다.[46] 즉 有·無罪가 분명하지 아니하여 법관이 유죄의 확신에 이르지 못한 경우에는 무죄를 선고하여야 한다는 것이다. 이때 피고인은 자신의 무죄를 적극적으로 주장·입증할 필요가 없으며 침묵으로 일관하여도 무방하다.[47] 무죄추정의 원칙에 따르면 刑의 加重事由의 存在뿐만 아니라 형의 減免事由의 不存在에 대하여도 檢事가 擧證責任을 지게 된다. 또한 의심스러운 때에는 피고인의 이익으로 판단하여야 한다는 원칙은 대법원 판례의 확립된 견해이기도 하다.[48]

둘째, 무죄추정의 원칙은 피의자의 人身拘束 자체를 制限하는 원리로 작용하므로 피의자를 구속한다는 것은 원칙적으로 무죄추정의 원칙에 위배된다. 무죄추정을 받는 자에게 형벌을 과할 수 없으므로 인신구속은 어떠한 경우에 있어서도 事前刑罰(vorgenommene Strafe)로서의 성질을 가질 수 없으며 형벌의 목적을 추구하기 위한 一般豫防 또는 特別豫防의 效果를 기대하는 것도 허용되지 않는다.[49]

셋째, 무죄추정의 원칙은 형사절차에 있어서 피고인 및 피의자가 국가기관으로부터 不當한 待遇를 받는 것을 禁止할 것을 요구하고 있다.[50] 따라서 법

---

45) 헌법재판소, 1992.1.28. 1991헌마111 ; 신동운, 앞의 책, 627면.

46) 차용석, "무죄추정법리에 비쳐본 형사절차상의 제 문제", 「고시연구」, 1988.7, 203면.

47) 신동운, 앞의 책, 628면.

48) 대법원, 1985.12.24.선고 1985도2178 판결; 1986.2.25.선고 1985도2686 판결; 1991.11.12.선고 1991도1278 판결; 1993.3.23.선고 1992도3327 판결; 2006.12.22.선고 2004도7232 판결.

49) 신동운, 앞의 책, 629면 ; 전용득, 앞의 책, 39면.

원과 검사 등 형사절차에 관여하는 국가기관은 설사 피고인이 범죄혐의를 받아 기소되었더라도 유죄의 판결이 확정될 때까지 범인으로 예단하거나 불이익한 처우를 행하여서는 아니 되며 가능한 한 일반인과 대등하게 인간의 존엄성을 보장하여야 한다는 것이다. 무죄추정의 원리는 형사절차에 있어서 피고인이 불이익 처우를 받지 않도록 방지하는 기능을 하고 있지만 헌법과 형사소송법은 이미 진술거부권 등을 비롯하여 형사피고인의 기본적 인권을 구체적으로 특정하여 규정하고 있는 경우가 많기 때문에 무죄추정권은 이들 규정에 대하여 보충적 지위에 있다고 볼 수 있다.[51]

4. 必要最小限度의 原理

강제처분 중에서도 개인의 신체 자유를 본질적으로 제한하는 피의자 구속은 인권제한적 처분이므로 인권보장을 위해서는 필요한 최소한도의 범위 내에서만 허용되어야 한다.

필요최소한도의 원리를 강제처분의 제한에 관한 지도원리로 이해하는 견해가 있으나 임의수사도 필요최소한도의 범위 내에서만 허용되어야 하므로 搜査의 一般的 指導原理라고 이해하여야 한다. 따라서 필요최소한도의 원리는 수사의 조건에 관한 이론적 근거이며 실정법상 搜査比例의 原則으로 나타난다고 한다.[52]

수사에 있어서 필요최소한도의 원리는 수사권의 발동과 행사를 제한하는 인권보장적인 원리로 작용하고 있으므로 현행 형사소송법도 제199조 제1항에서 수사는 원칙적으로 任意搜査에 의하고 "강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다." 라고 규정하고 있다. 즉 범죄혐의의 존재를 수사개시의 요건으로 규정하고 (법 제195조) 임의수사의 경우에도 수사의 필요성을 수사의 조건으로 규정하고 있을 뿐만 아니라(법 제199조 제1항, 제221조) 수사기관의 강제처분인

50) 피의자 또는 피고인에게 모욕적인 말을 하는 것도 무죄추정의 원칙에 반한다(백형구, 앞의 책, 39면, 주 3) 참조).

51) 신동운, 앞의 책, 628면.

52) 백형구, "강제처분의 본질과 지도원리", 「고시계」, 1986.8, 336면.

구속·압수·수색·검증의 필요성을 그 강제처분의 요건으로 규정하고 있다(법 제201조, 제215조 내지 제217조 등). 따라서 이러한 원리들은 피의자의 구속을 제한하고 피의자의 인권보장을 위한 지도원리로 작용하고 있다.

Ⅴ. 被疑者 拘束의 基本原則

1. 意義

被疑者 拘束은 대인적 강제처분으로서 피의자의 도주나 증거인멸의 방지를 위한 강제처분이므로 身柄確保와 公判廷 出席 및 刑執行의 확보를 위하여 이루어지고 있다. 그러나 신체의 자유는 근대 헌법이 보장하는 가장 기본적인 자유로서 모든 사회적·경제적·정신적 자유의 근간이 되므로 그것이 보장되지 않으면 그 밖의 자유나 권리의 향유는 말할 것도 없고 인간의 존엄성의 유지와 민주주의 그 자체의 존립마저 위협받게 될 수 있다.

따라서 강제처분은 강제력의 행사를 요소로 하고 이와 같은 강제처분은 실체적 진실발견이라는 형사소송의 이념을 구현하고 신속하고도 적정한 재판의 진행으로 형사소송의 목적을 달성하기 위하여 인정되어야 한다.

과거 유럽의 규문주의 형사절차에서는 피의자에 대한 인신구속이 거의 무제한적으로 허용되었으며 부당한 구속을 방지하고 구제하기 위한 기본원칙은 존재하지 않았다. 그러나 개인의 기본적 인권이 최고의 가치로 보장되고 있는 오늘날의 법치국가에 있어서는 피의자 구속에 관하여 강제처분법정주의, 영장주의, 비례성 원칙 등과 같은 기본원칙을 헌법과 형사소송법에 명문으로 규정하여 구속을 제한함으로써 피의자의 인권보장에 이바지하게 되었다.[53]

2. 强制處分法定主義

강제처분법정주의는 수사상 强制處分의 種類와 要件 및 節次는 刑事訴訟法

53) 전용득, 앞의 책, 41면.

에 의하여 規定할 것을 요구하는 원칙으로 수사상 강제처분은 형사소송법에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 허용된다는 것이다(법 제199조 제1항). 즉 강제처분은 형사소송법이 규정하고 있는 유형에 해당하고 형사소송법이 규정한 요건과 절차를 준수한 경우에 한하여 그 적법성을 인정받게 된다.[54]

따라서 强制處分은 인권 제한적 처분으로서 必要惡이므로 필요최소한도의 범위 내에서만 허용되어야 하며 강제처분의 행사도 법이 정한 적법절차에 따라 상당한 방법으로 행사되어야 한다. 그러므로 필요최소한도의 원리와 적법절차의 원리는 강제처분을 제한하는 지도원리로 작용하고 이러한 지도원리는 피의자의 기본적 인권보장에 바탕을 두고 있다.[55]

현행법상 강제처분법정주의는 강제처분권의 발동에 있어서 법률적 근거를 요한다는 형식적 원리에 그치는 것이 아니라 강제처분의 요건과 절차에 대해서도 법률적 규제를 가하여야 한다는 실질적 원리이다.[56]

첫째, 강제처분의 種類는 법률로서 規定하여야 한다는 것이다. 즉 현행법상 허용되는 수사상 강제처분에는 搜査機關의 대인적 강제처분으로서 현행범인 체포 및 피의자 구속(영장에 의한 구속, 긴급체포), 수사기관의 대물적 강제처분으로서 사법경찰관에 의한 압수·수색·검증이 있고, 검사의 청구에 의하여 判事가 행하는 강제처분으로써 증거보전을 위한 강제처분(법 제184조), 참고인에 대한 증인신문(법 제221조의 2), 피의자의 감정유치(법 제221조의 3)가 규정되어 있다. 수사상 참고인에 대하여는 원칙적으로 인신구속이 허용되지 아니하나 국가보안법위반 피의사건에 대해서는 일정한 요건 아래 구인 및 유치가 허용되도록 규정하고 있다(국가보안법 제18조).

둘째, 강제처분의 要件을 엄격하게 制限하고 있다는 것이다. 즉 피의자에 대한 구속의 실질적 요건으로 범죄의 객관적 혐의와 구속의 필요성이 요구되고(법 제70조, 제201조, 제200조의 2, 제200조의 3), 그 절차적 요건으로 범죄사실의 요지와 변호인의 선임권을 고지할 것이 요구되고 있다(법 제209조, 제 72조).

셋째, 강제처분의 節次에 대해서도 적법절차의 원리에 의한 인권보장이라

54) 이재상, 앞의 책, 210면 ; 신동운, 앞의 책, 158면.

55) 백형구, 앞의 책, 246면.

56) 이재상, 앞의 책, 210면 ; 백형구, 앞의 논문, 336면.

는 견지에서 法律로서 規定하여야 한다는 것이다. 특히 영장제시의 원칙(법 제85조 제1항, 제200조의5, 제209조, 제118조, 제219조), 피의자신문시 변호인 참여권(법 제243조의2), 압수·수색·검증에 대한 피의자·변호인 등의 참여권(법 제121조, 제210조), 영장의 야간집행 제한(법 제125조, 제219조) 등은 인권보장이나 적법절차의 보장을 위한 법률적인 규제인 것이다.[57]

넷째, 강제처분을 실시한 후의 절차에 대해서도 인권보장을 도모하기 위하여 法律的 規制를 가하고 있다는 것이다. 긴급체포 후 석방통지(법 제200조의4), 구속의 통지(법 제87조, 제209조), 범죄사실의 요지 및 변호인 선임권의 고지(법 제88조, 제209조), 변호인의 접견·교통권의 보장(법 제89조, 제90조, 제209조), 구속기간의 제한(법 제92조, 제202조, 제203조) 등 강제처분의 절차에 관한 구체적인 규정들은 결국 피의자의 인권보장을 위한 것이다.

3. 令狀主義

영장주의라 함은 법원 또는 수사기관이 刑事節次에서 强制處分을 함에는 법원 또는 法官이 발부한 令狀을 必要로 한다는 주의를 말한다.[58] 헌법은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고 규정함으로써(헌법 제12조 제3항, 제16조) 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있다.

영장주의는 강제처분에 있어서 인권보장을 도모하려는 것을 목적으로 한다. 즉 법관의 공정한 판단에 의하여 수사기관에 의한 강제처분 권한의 남용을 억제하고 시민의 자유와 재산권의 보장을 실현하기 위한 원칙이다. 법관의 공정한 판단에 의한 강제처분의 제한이라는 점에서 강제처분에 대한 사법

57) 백형구, 앞의 책, 248면 ; 전용득, 앞의 책, 43면.

58) 헌법재판소, 2006.7.27.선고 2005헌마 277결정(헌법재판소 공보 제118호) ;「헌법 제12조 제3항의 영장주의는 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙으로 소변을 받아 제출하도록 한 것은 강제처분이라고 할 수도 없어 영장주의의 원칙이 적용되지 않는다.」라고 판시한 바 있고, 또한 1997.3.27.선고 96헌바28,31,32결정 (헌공 제21호) ;「형사절차에 있어서 영장주의란 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데 있다.」고 판시하였다.

적 통제라고 할 수 있으며, 구체적 사건에 대하여 강제처분의 적법여부를 심사한다는 의미에서 수사기관의 자의에 의한 강제수사의 억제형식이라 할 수 있다.[59] 영장주의는 法院 또는 법관에 의한 강제처분이냐, 搜査機關에 의한 강제처분이냐에 따라 영장주의가 갖는 의미에는 차이가 있을 수 있는데, 前者의 경우에는 강제처분의 주체가 법원 또는 법관이므로 강제처분권 발동의 제한이라는 것은 의미가 없으며 강제처분을 집행하는 수사기관의 권한남용을 방지하고 집행절차의 적정을 도모하려는데 영장주의의 주된 목적이 있으나, 後者의 경우에는 집행절차의 적정뿐만 아니라 수사기관의 강제처분권 발동에 대한 사법적 통제를 통하여 수사기관에 의한 강제처분권의 남용을 방지하고 인권보장을 도모하려는데 영장주의의 주된 취지가 있으며 영장주의가 수사기관의 강제처분에 관하여 특히 강조되고 있는 이유도 여기에 있다고 한다.[60]

우리나라에 있어서 영장주의는 1948년 美軍政法令 제176호 형사소송법의 개정에 의하여 도입되었는데 동 법령은 법관의 영장에 의하지 아니하면 인신구속과 압수·수색 등을 행할 수 없도록 규정하면서 이를 위하여 수사기관에게 고유의 강제처분권을 인정하였던 朝鮮刑事令 제12조를 폐지하였다. 법관에 의한 영장이라는 문명사회의 대원칙은 1912년 조선형사령이 시행된 이래 1948년에 이르기까지 실로 36년 만에 비로소 이 땅에 도입되고 실현되었던 것이며 비로소 일본 식민지 형사사법의 잔재와 멍에를 벗을 수 있었던 것이다. 그 이후 헌법이나 형사소송법은 영장주의를 강제처분의 기본원칙으로 채택하고 있다.[61]

영장주의는 강제처분을 할 당시에 이미 영장이 발부되어 있을 것을 요한다는 의미이므로 여기에서의 영장은 사전영장을 말한다. 따라서 강제처분을 한 후에 사후영장을 발부받는 경우는 영장주의의 예외가 된다.[62]

우리나라 憲法 제12조 제3항은 영장주의 원칙을 천명하고 있으며 이에 따

---

59) 이재상, 앞의 책, 211면 ; 신동운, 앞의 책, 159면 ; 강구진, 앞의 책, 178면.

60) 백형구, 앞의 책, 251면.

61) 백형구, 앞의 책, 251면.

62) 이재상, 앞의 책, 211면 ; 김기두, 「형사소송법(전정신판)」, 박영사, 1987, 217면 ; 이에 대하여 사후적으로 법관의 영장을 필요로 하는 사후영장에도 영장주의의 정신이 관철되고 있다고 하며 사후영장을 발부받는 경우를 영장주의 예외라고 보는데 의문을 표시하는 견해도 있다(신동운, 앞의 책, 161면 참조).

라 刑事訴訟法은 강제처분 전반에 걸쳐 영장주의의 원칙을 명문으로 규정하고 있고 영장주의의 취지를 관철하기 위해 令狀提示의 原則을 채택하고 있다(법 제85조 제1항, 제209조, 제118조, 제219조).[63]

法官에 의한 영장은 事前令狀을 原則으로 하지만 예외적으로 현행범인 체포, 긴급체포, 체포현장 또는 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서의 압수·수색·검증의 경우와 같이 강제처분의 긴급성과 필요성이 요청될 때에는 사전영장주의의 예외가 인정된다. 강제처분권이 남용될 우려가 없는 경우에도 영장주의의 예외가 인정되고 있는데 공판정에서의 압수·수색·임의제출물 또는 유류물의 압수가 그러한 경우이다. 令狀主義의 例外에는 사후에 영장을 요하는 경우와 사후에도 영장을 요하지 아니하는 경우가 있다. 긴급체포(법 제200조의3, 제217조 제1항), 현행범인 체포(법 제211조, 제216조 제3항) 또는 범죄 장소에서의 압수·수색·검증(법 제216조 제3항) 등이 전자에 해당하고 임의제출물의 압수(법 제108조, 제218조), 체포목적의 수색(법 제216조 제1항 제1호), 체포현장에서의 압수·수색·검증(법 제216조 제1항 제2호) 등은 후자에 해당한다.

그리고 법관이 발부하는 令狀은 그 內容이 特定되어야 한다. 즉 일반영장의 발부는 금지된다. 범죄사실과 피의자는 물론 인치·구금할 장소 등은 특정되어야 한다(법 제209조, 제75조). 다만 통신비밀보호법은 통신의 특수성에 비추어 일정기간에 걸쳐 포괄적으로 통신제한조치를 허가하는 영장발부를 인정하고 있다(동법 제5조 제2항).[64]

4. 比例性의 原則

수사절차에 있어서 개인의 기본권 침해는 어디까지나 사건의 의미와 기대되는 형벌에 비추어 상당성이 유지될 때에만 허용된다는 것을 비례성의 원칙(*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*)이라고 한다. 비례성의 원칙은 강제처분의 실행과 기간 및 방법을 제한하는 이념이 된다.[65] 따라서 搜査에 의한 利益(公

63) 백형구, 앞의 책, 251면.

64) 신동운, 앞의 책, 161면 ; 이재상, 앞의 책, 211면.

益)과 수사로 인한 法益侵害(私益)가 부당하게 均衡을 잃어서는 안 된다는 것이다.

비례성의 원칙은 强制處分 뿐만 아니라 任意搜査에도 요구되는 원칙이고 拘束에 대해서 뿐만 아니라 對物的 강제처분에도 당연히 適用되는 수사의 기본원칙이다.[66]

형사소송법에 근거를 둔 강제수사라 할지라도 임의수사의 경우와 마찬가지로 그 구체적 실행과 기간 및 방법은 비례성의 원칙에 따르지 않으면 안 된다. 따라서 체포·구속은 기대되는 형벌의 범위를 넘을 수 없고 강제처분은 임의수사에 의하여서는 형사절차의 목적을 달성할 수 없는 경우에 필요최소한도 내에서만 허용되어야 한다. 이러한 요청을 분명히 하여 형사소송법은 "강제처분은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다."라고 규정하여(법 제199조 제1항 단서 후단) 강제처분비례의 원칙을 명시하고 있다.[67]

인신구속은 구체적 사건의 개별적·사실적 상황을 고려하여 수사의 목적 달성에 적합하여야 하고 다른 수단에 의하여 그 목적을 달성할 수 없을 뿐만 아니라 적합한 수단 가운데 최소한의 기본권 침해를 가져오는 수단을 선택하여야 하며 이와 같은 수단의 선택이 인신구속의 목적과 그것이 수반하는 기본권 침해 사이에는 균형이 있어야 한다. 따라서 비례성의 원칙은 체포와 구속이 법적으로 허용되는 경우에도 그 명령과 집행 또는 계속을 한계 지우는 기능을 한다. 이와 같이 체포·구속은 형사소송의 목적을 달성할 수 없는 경우에 최후의 수단으로만 인정되어야 하며, 기대되는 형벌의 범위를 넘을 수 없다. 예컨대 구속이 선고된 형보다 장기간일 때 혹은 벌금형이나 집행유예를 선고하여야 할 것임에도 불구하고 구속을 계속하는 것은 이 원칙에 반한다고 할 수 있다.

형사소송법이 "多額 50만원이하의 罰金·拘留 또는 科料에 해당하는 죄의

---

65) Hinrich Rüping, *Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren*, ZStW., 91, 1979, Heft2. S.358 ; 이재상, 앞의 책, 212면.

66) Kleinknecht, T./ Meyer-Go"Bner, K. *Strafproze"Bordnung*, 44.Aufl, C.H. Beck, 1999, Rn18 ; Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, 24.Aufl., Verlag C.H. Beck, 1995, S.219. ; 이재상, 앞의 책, 212면.

67) 이재상, 앞의 책, 212면 ; 신동운, 앞의 책, 158면.

현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 현행범인으로 체포할 수 있다."(법 제214조)고 규정하고 있는 것도 비례성의 원칙을 표현한 것이라고 할 수 있다.[68] 또한 구속의 사유가 소멸되었거나 보석제도나 구속집행정지제도 등 구속보다 경미한 침해에 의하여 구속의 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 구속을 계속하는 것은 비례성의 원칙에 반한다고 해야 한다.[69]

그리고 수사비례의 원칙은 수사기관이 강제처분을 위한 실력행사를 하는 경우에 강조되나 수사권의 발동에 관해서도 적용된다. 예컨대, 수사기관이 죄질과 침해의 정도가 극히 경미한 사건을 입건하는 것은 수사비례의 원칙에 의해서 범죄인지권의 남용이 될 수도 있다고 본다.[70] 이와 같은 피의자 구속의 기본원칙 들은 피의자 구속을 제한하여 피의자의 인권보장을 위한 지도원리로 작용하고 있는 것이다.

Ⅵ. 檢察搜査와 被疑者의 逮捕·拘束

1. 檢察搜査의 意義

일반적으로 檢察搜査란 '검찰청의 검사실 및 수사관실 등에서 이루어지는 모든 범죄수사 활동'이라고 말할 수 있는데 구체적으로 대검찰청에서 발행한 「檢察搜査實務」[71]에 의하면 검찰수사의 종류를 크게 피의자신문과 참고인조사로 대별하면서 수사서류의 작성과정으로 간이조서, 자수조서, 진술서, 범죄인지, 수사보고서로 구분하고, 수사실행 중 수사절차로 체포, 구속, 실황조사, 검증, 압수·수색, 검시, 감정유치, 감정촉탁, 증거보전, 증인신문청구로 구분하고 있다. 그리고 수사실행 관련 부수절차로는 정보보고, 지명수배·지

68) 법 제70조 제2항 및 제201조 제1항 단서의 '경미한 사건의 구속제한'도 비례성원칙의 한 표현이라고 할 수 있다.

69) Gössel, K. H., *Strafverfahrensrecht,* W. Kohlhammar, 1977, S.71 ; 이재상, 앞의 책, 212면.

70) 백형구, 앞의 책, 364면.

71) 대검찰청, 「검찰수사실무」, 1998.12. 본문내용 참조.

명통보 및 해제, 선도조건부기소유예, 출국금지 및 해제, 불기소사건 재기, 사건처분결과의 관련기관통보, 범죄통계원표작성, 사실조회, 촉탁수사, 우편진술제도, 소재수사로 구분하여 자세히 설명하고 있다.

그러나 여기서 검찰수사란 檢事室에서 이루어지는 檢事의 사법경찰관(경찰, 국가정보원, 특별사법경찰관 등 포함)이 송치한 형사사건에 대한 보완수사 즉 공소제기나 공소유지 여부를 결정하기 위한 피의자신문 및 참고인 진술조서 작성과 범죄혐의 인정되지 않거나 수사미진 사항에 대한 피의자신문과 참고인 진술조서 작성, 검사의 인지수사사건, 고소·고발 등 직접수사사건에 대한 수사와 검찰청 수사과 搜査官室에서 이루어지는 搜査官[72]의 범죄정보에 의한 범죄인지 수사사건, 진정·내사사건, 고소·고발 및 검사의 수사지휘사건에 대한 수사를 말한다고 할 수 있다.

그 이외에 조사과 수사관실에서 이루어지는 고소·고발사건 등에 대한 수사 및 집행과에서 이루어지는 벌과금미납자·자유형미집행자에 대한 벌과금 징수 및 형집행을 위한 수사활동 등 검찰청의 여러 분야에서 이루어지는 각종 수사활동이 있으나, 檢察搜査란 주로 수사과 수사관실에서 이루어지는 수사관의 범죄인지 수사활동과 검사실에서 이루어지는 검사의 공소제기 및 유지여부를 결정하기 위한 수사활동에 중점을 두고 있다고 할 수 있다.

그리고 여기서 검찰수사관은 크게 두 가지로 분류하여 언급할 수 있는데 각급 검찰청 수사과에서 범죄인지수사권을 가지고 수사업무에 종사하는 수사사무관(5급)을 搜査官이라고 불러왔으나, 최근 통상 대외명칭으로 경찰관에 대응한 의미에서의 검찰수사관[73]이라는 명칭사용을 허용함에 따라 대외명칭으로 사용하고 있는 檢察搜査官이란 검사실에서 검사의 수사업무에 참여하는 참여계장과 기타 수사업무에 종사하는 일반직 검찰 8-9급 공무원을 통틀어 일반적으로 검찰수사관이라고 부르기도 한다(검찰청법 제46조).[74]

---

72) 여기서의 '搜査官'이란 형사소송법 제196조 제1항에 규정된 사법경찰관으로서의 수사관을 의미하는데, 본 연구에서는 여기서의 수사관을 포함하여 '檢察搜査官'이라고 부르기로 한다.

73) 형사소송법 제243조에 의하면 "검사가 피의자를 신문함에는 검찰청수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 하여야 하고 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 한다."라고 규정하고 있는데, 동법 제25조에서 규정하고 있는 법원사무관 등(법원서기관, 법원사무관, 법원주사, 법원주사보) 과는 전혀 다른 개념으로 규정되어 있어 이는 입법의 오류라고 하지 않을 수 없으므로 "검찰수사서기관·수사사무관·검찰주사·검찰주사보(이하 '검찰수사관 등'이라고 한다)"로 재정비되어야 할 것으로 본다.

그동안 검찰청법의 변천사를 보면 광주지방검찰청의 경우 수사과 수사관실이 종전에는 3-4개실에서 현재 2개실로 축소되어 운영되고 있는 등 검찰일반직 공무원의 수사업무 범위는 점점 약화되는 경향이 있고 검사의 인원은 매년 확대되어 감에 따라 검사 책임아래 검찰수사관을 활용한 인지수사가 확대되는 경향이 있는데 사법경찰관리의 송치사건 처리와 공소제기 및 유지 등으로 검사의 인지수사에는 한계가 있을 수밖에 없고, 수사과 수사관의 인지수사활동이 축소되어 간다면 종국에 가서는 검찰은 수사기관 특히 사정기관으로서의 위상(상징적 면모)을 상실하고 결국은 공소기관으로서 자리매김하지 않을까 우려되므로 각급 지방검찰청 및 지청의 수사과 수사관실을 대폭 확충하고 수사관의 인지수사권을 적극 확대·활용하여 公職選擧 및 公職非理事犯 등에 대한 情報蒐集 및 搜査活動을 强化하는 것이 지방자치제 시행이후 심사승진 등으로 공직사회에 뿌리내리기 시작하는 공직부패사범을 척결하고[75] 정의사회를 구현할 수 있는 지름길이라고 생각된다.[76]

따라서 본 연구에 있어서는 검찰청 수사과 수사관실에서 搜査官의 책임아래 이루어지는 檢察認知搜査를 中心으로 被疑者의 人權保障制度에 관하여 檢討하면서 아울러 검사실에서 이루어지는 검사의 송치사건 조사 및 인지사건에 대한 수사에 있어서 피의자의 인권보장제도도 함께 연구하기로 한다.

---

74) 검찰청법 제46조 제1항은 '검찰주사·검찰주사보는 다음 각호의 사무에 종사한다. 제1호 검사의 명을 받은 수사에 관한 사무, 제2호 형사기록의 작성과 보존, 제3호 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행자로 지정을 받은 검사의 소송업무의 보좌 및 이에 관한 기록 기타 서류의 작성과 보존에 관한 사무, 제4호 기타 검찰행정에 관한 사무', 제2항은 '검찰수사서기관·수사사무관은 검사를 보좌하여 그 지휘를 받아 범죄수사를 행한다.', 제3항은 '검찰서기·검찰서기보는 검찰수사서기관·검찰사무관·수사사무관·검찰주사·검찰주사보를 보좌한다.'라고 규정하고 있다.

75) 2007.6.11.자 인터넷 네이버뉴스 : 「광주지방검찰청 해남지청(지청장 양부남)은 그동안 뇌물수수혐의로 조사를 받아 온 박희현 海南郡守에 대해 구속기소하고 부인 최모씨에 대해 불구속기소 및 해남군청 관련 공무원 등 11명이 뇌물수수방조와 뇌물공여 등 혐의로 검찰에서 조사를 받고 있다고 발표하였다. 아울러 이번 수사는 賣官賣職과 같은 지역의 묵과할 수 없는 不正腐敗 관행에 대해 수사기관이 어떠한 역할을 할 수 있느냐를 잘 보여준 수사라고 말하고 향후 이러한 잘못된 관행이 사라질 수 있는 계기가 마련되었으면 한다고 덧붙였다.」; 2007.10.13.자 인터넷 법률신문 「해남지원(지원장 박강회 부장판사)은 5일 인사청탁과 함께 군청 소속 공무원들로부터 거액의 뇌물을 받은 혐의(특가법상 뇌물수수)로 기소된 박 전 군수에 대해 지난 7월 내린 보석허가 결정을 취소하고 징역 4년의 실형을, 부인 최모(56)씨에 대해 징역 3년에 집행유예 4년을 각각 선고했다. 재판부는 또 이들 부부에게 4,000만원씩의 추징금을 선고했다.」

76) 김종일, "검찰수사요원의 전문화방안", 「해외연수법무공무원연구논문집(Ⅰ)」, 법무연수원, 2005.2. 97면 이하 참조.

2. 被疑者의 逮捕·拘束

우리나라 검찰수사 및 형사소송절차에 있어서 피의자의 인권을 유린해 온 수단 중 하나가 체포와 구속이라고 할 수 있다. 逮捕란 실력으로서 피의자에 대한 신체의 자유를 억압하여 특정한 장소에 引致하는 것을 말하고, 拘束이란 형사절차를 관철시키기 위하여 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 제한하는 강제처분을 말하며 이것은 매우 넓은 의미로써 체포·연행·구인·구금을 포함하는 의미로 사용하고 있다. 여기서 連行이란 체포하여 동행하는 것을 의미한다. 그리고 拘引이란 신문의 목적으로 법원 기타 장소에 인치하여 최대 24시간 동안 억류할 수 있는 것을 의미하고 拘禁이란 실력으로써 교도소 또는 구치소에 유치하고 그 장소 이외에는 나가지 못하게 하는 강제처분으로 이때의 구금이란 미결구금을 말하며 자유형의 일종인 拘留(형법 제41조)와는 구별된다.[77]

헌법 제12조에서는 체포와 구속이라는 용어만을 사용하고 있으나, 형사소송법에서는 헌법상의 용어와 달리 구인·구금·긴급체포 등 다양한 용어를 사용하고 있다. 형사소송법에서의 구속은 구인과 구금을 포함하는 개념으로 규정되어 있는데(법 제69조) 이때의 의미는 헌법상의 구속과 같은 뜻으로 보인다. 그런데 형사소송법상 구속을 반드시 이와 같은 의미로만 사용하지 않고 구금을 의미하는 용어로도 사용하고 있는 경우가 많다(법 제202조, 제203조, 제205조). 그리고 구속영장에서는 구인과 구금을 구별하지 않고 구속영장이라는 용어를 사용하고 있다(법 제201조).[78]

3. 被疑者의 憲法訴願

헌법 제12조에서는 적법절차의 원칙을 규정하면서 특히 검찰수사관 등 수사기관에 의하여 구속된 피의자에 대한 기본권으로서 영장주의, 구속적부심

---

77) 이재상, 앞의 책, 239면 이하 참조 ; 신동운, 앞의 책, 199면 ; 이재석, “현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 「형사정책」 제11호, 한국형사정책학회, 1999.10, 182면.

78) 여기서는 대인적 강제처분인 피의자의 체포·구속을 중심으로 피의자의 인권보장제도를 연구하기로 한다.

사청구권, 무죄추정권, 진술거부권, 변호인의 도움을 받을 권리 등을 보장하고 있다. 한편 헌법은 법률이 정하는 '헌법소원에 관한 심판'을 헌법재판소에서 담당하도록 함으로써 憲法訴願制度를 채택하였다(헌법 제111조 제1항 제5호). 헌법소원제도는 입법·사법·행정의 公權力 濫用과 악용으로부터 헌법상 보장된 國民의 自由와 權利를 保護하는 헌법재판제도로서 헌법재판소법에서 그 자세한 내용을 규정하고 있다(동법 제68조 내지 제75조). 따라서 피의자의 인권보장과 관련하여 檢察搜査官의 公權力 濫用 등으로 인하여 헌법에 보장된 基本權을 侵害받은 자는 헌법소원을 청구할 수 있다(동법 제68조 제1항). 다만 헌법소원은 그 본질상 補充的인 權利救濟 수단이기 때문에 다른 법률에 규정된 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 청구할 수 있도록 하고 있다(동법 제68조 제1항 단서). 그러나 통상적인 권리구제 수단을 거치게 함으로써 제소권자에게 회복할 수 없는 중대한 불이익이 발생할 것이 확실시되는 예외적인 경우에는 불법적인 공권력 행사를 직접 헌법소원의 대상으로 삼도록 하는 것이 바람직하다고 본다.[79] 헌법재판소도 判例를[80] 통하여 다음 세 가지 경우에 보충성의 예외를 인정하고 있다. 즉 심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우, 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없는 경우, 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우 등이 바로 그것이다. 따라서 검찰수사관 등 수사기관에 의하여 구속된 자는 그 拘束과 執行節次에 있어서 搜査機關의 權力濫用으로 헌법상 보장된 基本權을 侵害당했을 경우에는 형사소송법에 규정된 구속적부심사청구(형사소송법 제214조의2), 준항고(동법 제417조) 등 불복절차를 거친 후에 헌법소원을 제기할 수 있도록 규정되어 있다. 이러한 예로는 긴급체포 또는 현행범체포의 요건에 해당되지 않는데도 영장 없이 체포·구속당한 경우, 헌법상 보장된 변호인의 도움을 받을 권리로서 보장된 변호인과의 접견교통권이 제한을 받은 경우 등을 들 수 있다.[81] 이러한 헌법소원에 대하여 헌법재판소는

---

79) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2003, 821면.

80) 헌법재판소 결정 1989.9.4. 1988헌마 22 ; 같은 취지의 결정으로 헌법재판소 결정 1992.1.28. 1991헌마 111 ; 헌법재판소 결정 1993.5.13. 1991헌마 190.

81) 헌법재판소, 1992.1.28. 1991헌마 111 결정 ; 미결수용자의 변호인 접견시 '수용자 접견과 서

그 청구가 이유 있는 때에는 침해의 원인이 된 공권력의 행사가 위헌인 법률에 기인한 것이라고 인정될 때에 당해 법률이 위헌임을 확인할 수 있다(헌법재판소법 제75조 제5항).

이와 같이 헌법소원은 특히 수사기관의 구속에 있어서 심판절차 진행에 소요되는 시간적인 제약 때문에 기본권의 침해에 대한 즉각적인 구제의 실효성에는 의문이 있지만 선언적 의미에서 그 구속이 헌법상 보장된 기본권을 침해한 것이라는 점을 확인하고 개선하도록 하는 의미는 있다고 본다.[82)]

신 수발은 교도관의 참여 또는 검열을 요한다.'는 행형법 제18조 제3항을 남용하는 것은 변호인의 도움을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌이라고 판시한 바 있다.

82) 신현진, 앞의 논문, 32면.

第3章　被疑者 人權保障制度에 관한 外國 立法例

Ⅰ. 人權保障制度의 沿革

형사소송법상 被疑者의 人權保障에 대한 역사는 强制處分 制限의 歷史라고 할 만큼 형사사법 절차에서 강제처분에 관한 논의가 중요한 위치를 차지하고 있다. 즉 강제처분의 제한에 따라 그 형사사법 절차가 민주적인지 아니면 비민주적인지를 결정지을 수 있을 정도로 중요한 위치를 차지하고 있다. 西洋의 경우 중세부터 근세 초기 절대주의 국가의 규문주의 형사절차에 있어서는 피의자 등에 대한 구속·압수·수색 등과 같은 강제처분은 거의 무제한적으로 허용되었으며 특히 고문은 강제처분의 일종으로 자백이 증거의 여왕이라고 불릴 만큼 自白을 얻기 위한 手段으로 拷問이 성행하였다. 이러한 고문이 합법적으로 인정되는 규문주의는 로마시대부터 뿌리를 찾을 수 있고 게르만법에서는 그 말기에 와서 '프랑크의 규문절차'가 확립되었다.[83] 이 시기에는 재판의 전 과정을 통해 모든 권한이 법관에게 집중되고 일방적으로 수사하고 결론을 내리며 판결하는 제도인데 규문주의 형사절차의 금자탑이라고 할 수 있는 것이 소위 1532년에 제정된 'Carolina 형사법전'이다. 그 이후 유럽에서는 1789년 프랑스혁명[84]을 통하여 천부적이고 불가침·불가양의 자연권으로서 평등권, 신체의 자유, 사상·표현의 자유, 소유권 절대의 자유 등 인권을 보장함과 아울러 1791년 헌법으로 채용하고 강력한 보장을 하기에 이르렀으며 1808년에 탄생된 '治罪法'(code d'instruction criminal)의 형사절차에 있어서 피의자의 인권이 실질적으로 보장되는 역사가 시작된 것이다. 이러한 과정에서 인권보장을 고려한 강제처분의 제한이 이루어졌으며 그 실질적 계기는 民主的 彈劾主義 형사제도가 確立되면서 시작되었다고 할 수 있다. 그리고 이러한 탄핵주의 형사절차가 확립된 계기는 英國에서의 영장제도

83) 김기두, 앞의 책, 6면.

84) 1789.6. 프랑스 국민의회가 인권선언의 제정 작업에 착수하였고, 7.14. 헌법위원회가 설치되면서 그 초안이 제출되었다. 이 초안에 대해서는 여러 가지 수정안이 제출되어 심의한 결과 8.26. 최종적으로 전문과 17개조로 구성된 프랑스 인권선언이 채택되었다(강정식, 「세계문화사」, 형설출판사, 1994, 377면 참조).

와 1679년 인신보호법(The Habeas Corpus Act) 중에서 인신보호영장(The Writ of Habeas corpus) 제도에서 비롯된 것이라고 한다. 영국의 인신보호영장제도는 로마의 Justinian 법전에 인신보호영장의 주요원리가 수록된 것으로 보아 Common Law에서 유래된 것이라고 볼 수 있다.[85]

이러한 인신보호영장제도는 美國에 수계되어 미국수정헌법 제5조와 제14조에서 '법의 적정절차에 의하지 아니하고는 신체의 자유를 구속당하지 않는다.'라고 규정함으로써 강제처분에 관한 인권보장제도로서 확립되었다. 우리나라의 체포·구속적부심사제도는 영미법상의 인신보호영장(writ of habeas corpus)에서 유래하는 제도라고 한다.[86]

獨逸의 인신보호영장 조항(Habeas Corpus Artikel des Grundgesetzes)은 서독기본법 제104조 제2항과 제3항에서 '자유박탈의 허용과 계속은 법률의 근거 아래에 법관만이 결정한다.'라고 규정하여 종래 대륙법계의 헌법과는 달리 형사적인 체포·구금 이외에 보호수용의 개념을 도입하고 절차적인 보장에 중점을 두어 자유박탈의 모든 절차를 사법절차화 하여 인권보장을 제도화하였다는 점에 중요한 의미가 있고,[87] 독일헌법 제12조 제1항은 "법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 … "이라고 규정하여 국민의 신체의 자유에 관계되는 사항에 관한 처분은 법률과 적정절차에 의해서만 하도록 명문으로 규정하고 있는 점에서 형사피의자의 인권보장의 의미가 뚜렷해진 것이라는데 그 의의가 있다고 한다.

과거 우리나라의 高麗왕조시대나 朝鮮왕조시대의 형사절차는 糾問主義적 성격에 있어서 서양의 형사절차와 대동소이하며 특히 조선왕조는 범죄수사의 폐단을 시정하고 구속 등의 제한을 위한 갖가지 제도들이 마련되어 형사절차상 많은 발전을 보였는데,[88] 이는 모두 明나라의 大明律直解를 模倣하여 적용한 것이라고 한다.[89] 그 이후 조선왕조 말기 한일합방으로 대륙법계의 형

---

85) 피의자 구속에 있어서 인권보장은 1776년 미국의 버지니아 권리장전과 독립선언, 1789년 프랑스혁명 이후 제정된 1808년의 治罪法(Code D'instruction Criminal)에서 형사절차에 있어서 피의자 인권이 실질적으로 보장되는 역사가 시작되었다고 한다 ; 신현진, 앞의 논문, 8면.

86) 이재상, 앞의 책, 263면.

87) 강구진, 앞의 책, 206면.

88) 서일교, 「조선왕조형사제도연구」, 박영사, 1969, 329면 이하 참조.

사소송 절차가 우리나라에 계수됨으로써 강제처분에 대한 법제화가 비로소 규정되게 되었으나 日帝 말기의 치안유지법과 전시형사특례법 등의 제정으로 인권보장제도는 발전되지 못하고 말았다. 그러다가 해방 후 1948년의 美軍政 법령 제176호 형사소송법의 개정에 의하여 인권과 피고인의 참여권을 보장하는 영미법상의 형사절차가 일부 수용되었고 1954년 2월에 현행 형사소송 법전이 제정되어 같은 해 9. 23일 공포·시행되기에 이르렀다.

이후 형사소송법은 1961년의 제1차 개정, 1963년 12월 13일의 제2차 개정에 의하여 인권보장적 제도가 강화되었다. 그러나 1973년 1월 25일 비상국무회의에서 의결된 제3차 개정에 의하여 인권보장의 취지가 후퇴하였고(구속적부심사제도 폐지, 긴급구속요건 완화, 간이공판절차의 신설 등), 1973년 12월 20일 제4차 개정에서 일부제도(필요적 보석의 예외사유, 긴급구속범위 등)가 제3차 개정 이전으로 환원되었다. 1979년 12·12 사태 직후 신군부는 유화정책의 일환으로 1980년 12월 18일 제5차 개정에 의하여 구속적부심사제도의 제한적 부활과 무죄추정의 원칙을 명문으로 선언하였다. 그리고 1987년 11월 28일의 제6차 개정은 노태우 정권의 창출과정에서 등장한 민주화 물결에 따라 인권보장제도(구속적부심사 청구권의 제한 철폐, 피해자 진술권 보장, 체포·구속사실 및 그 이유의 고지, 국선변호인 선임제도의 확대 등)를 대폭 강화하였다. 1994년의 제7차 개정은 도농복합형태의 市설치에 따라 자격형의 수형인명부 등본의 송부에 관한 규정을 약간 손질하였다. 그리고 1995년 12월 20일 공포되어 1997년부터 시행된 제8차 개정은 人身拘束制度를 대폭 개선하였고(체포제도의 도입, 긴급체포제도, 구속영장실질심사제도 등) 訴訟經濟를 도모하는 제도를 강화(기피신청 기각사유의 확대, 대표변호인제, 궐석재판의 확대, 간이공판제도의 전면 확대 등)하는 등 형사소송법의 법치국가적 기틀에 큰 폭의 변화를 가져왔다. 1997년 12월 13일 제9차 개정은 영장실질심

89) 朝鮮王朝 500년에 걸쳐 刑法의 基本이 되었던 大明律은 수차의 改正을 거쳐 편찬된 것인데 첫 번째는 明太祖 朱元章이 吳나라 元年(1368)의 唐律를 模倣하여 吏律, 戶律, 禮律, 兵律, 工律 등 289개 條의 律을 頒布한 바, 이것이 최초의 明律이다. 그 후 洪武 7년(1374)에 기존의 6분주의를 버리고 各例, 衛禁, 職制, 戶婚, 鹿庫, 檀興, 盜賊, 虛僞, 雜犯, 捕亡, 斷獄 등 606조의 律로 改正하였는데 이것이 大明律이고 그 후 1389년에 各例 · 吏 · 戶 · 禮 · 兵 · 刑 · 工 등 460조로 改正하고 다시 1397년에 22律을 개정 반포하였는데 이것이 오늘날 전해오는 大明律이다. 大明律直解는 趙浚이 檢校中樞院 高士嘆과 金祇에게 飜譯시키고 이것이 鄭道傳과 工曹典書 唐誠이 潤色하여 太祖 4년(1395)에 出版한 것이다(박병호, 「한국법제사」, 법문사, 1995, 415면 참조).

사 절차의 개시를 판사의 직권사항에서 피의자 및 그 관계인의 신청이 있을 경우로 제한하는 것으로 변경하였으나,[90] 2007년 6월 1일 제10차 개정에서는 변호인의 피의자신문 참여권, 필요적 구속영장실질심사, 체포·구속적부심사 제도의 확대, 긴급체포 후 석방피의자에 대한 법원통지 제도 등 피의자의 인권보장 제도가 대폭 강화되기에 이르렀고 2007.12.21. 제11차 개정에서는 强力犯罪 등에 대한 公訴時效가 延長되고 첨단산업분야 등에 대한 수사와 재판 절차에서 전문수사자문위원과 전문심리위원의 자문을 받을 수 있도록 하는 등 일부 조문을 개선·보완하였다.

이하에서는 우리나라의 현행법상 피의자 인권보장제도를 언급하기에 앞서 우리나라의 형사소송절차에 영향을 미친 영미법계와 대륙법계 및 일본의 형사소송절차에서의 인권보장제도가 무엇인지를 비교·검토하기로 한다.

Ⅱ. 英國

1. 人身保護令狀의 意義

영국의 인신보호영장제도인 habeas corpus는 원래 영국의 Common Law에서 유래하여 수세기에 걸쳐 왕권에 대한 정치적·헌법적 투쟁의 핵심적 기능을 수행하여 온 제도라고 할 수 있다. 영국에서의 habeas corpus 라는 말은 'You have the body' 라는 의미로서[91] 구속자를 일정한 시간과 장소를 정하여 그의 신체를 법원 또는 법관 앞에 출석할 것을 명하고 그 구속이유에 대하여 대답할 것을 명하는 영장으로서 간단히 말하면 구속된 자를 법원에 출석하도록 명령하는 영장을 말하는 것으로서 1641년과 1679년의 Habeas Corpus Act에 의하여 확립된 것이다. 1641년의 인신보호법은 국왕에게 상당한 이유 없이 사람을 체포할 수 없도록 하고 체포된 자는 인신보호영장에 의하여 拘束의 適法性에 대한 司法的 審査를 받을 수 있도록 하였고, 1679년의

90) 배종대/이상돈, 앞의 책, 7면 ; 신현진, 앞의 논문, 11면.

91) 원래 habeas는 have, corpus는 body 라는 뜻을 가지는 말로써 The writ of habeas는 The writ of habeas corpused subjiciendumet Recipiendum이며, ad subjiciendum at rectpiendum은 submit it and receive의 의미를 갖는다고 한다.

Habeas Corpus Act에 의하여 누구든지 適法節次에 의하지 않고는 자유를 박탈당하지 않는다는 원칙이 확립되어 이 영장을 이용할 사법적 권한이 강화되었다고 한다.[92]

2. 人身保護令狀의 性格

인신보호영장(the writ of habeas corpus)이 갖는 성격으로서는 첫째, 臣民의 自由를 確保하기 위하여 발부되는 것으로 國王의 特權에 속하는 令狀(prerogative writ)으로서의 특징을 가진다. 즉 감옥에 수감되어 있든지, 개인의 구속 아래에 있든지를 불문하고 불법 또는 부당한 구속으로부터 자유를 즉각 회복시켜 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 가진다는 것이다. 둘째, 인신보호영장은 국왕의 특권에 속하는 영장이며 例外的 節次라는 점에서 일반의 다른 신병제출 명령장과 구별된다는 것이다. 즉 통상적 구제방안이 통용되지 않거나 이것이 적당치 못하다고 인정되는 경우에 한하여 발하여지는 영장인 것이다. 셋째, 인신보호영장을 발부함에 있어서는 발부해야 할 필요가 相當하다는 理由가 立證되지 않으면 안 되기 때문에 신청만 하면 당연히 발부되는 영장이 아니라는 것이다.[93] 넷째, 인신보호영장은 이것이 발부되어야 하는 상당한 이유, 예컨대 拘束이 不法으로 행하여졌다든지 하는 證明이 있는 경우에 국민은 영장의 발부를 청구할 수 있는 권리를 가진다. 이런 의미에서 권리로서 청구할 수 있는 영장(writ of right)이며 이 영장의 발부여부는 법관이나 법원의 재량이 인정되지 않는다. 그런데 인신보호영장을 청구하는 권리는 보통법상의 권리로서 인신보호법 제정 이전의 고대로부터 존재하였던 권리로 전해지고 있다.[94] 다섯째, 인신보호영장은 行政각부장관이든 軍 당국자이든

---

92) LaFave/Israel, *Criminal Procedure,* West publishing Co., 1985, p.1313 ; Kadish/Schulhofer/Paulsen, *Criminal Law and its Processes*, 4th Edition, 1989, p.844 ; 이재상, 앞의 책, 265면.

93) 현재 영국의 habeas corpus는 위법한 구속에 대한 방지책으로 충분한 기능을 다하지 못하고 있으며 실제 별로 사용하지 않는 제도라고 한다(Jescheck/Krümpelmann, *Die Untersuhungshaft im deutschen,* ausländischen und internationalen Recht, 1971, S.163).

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 손해배상을 받거나 불법행위를 행한 자의 처벌을 요구하려면 다른 법적절차가 필요하다는 것이다.[95]

3. 人身保護令狀의 節次

인신보호영장을 신청할 수 있는 자는 본인은 물론 관계있는 자의 대리신청이 가능하며[96] 代理申請의 경우에는 여러 가지의 편의가 제공되어 있다. 피구금자 이외의 자에게도 신청권을 인정함은 국가에 대한 자유보장에 만전을 기하려는데 있다. 이러한 신청은 사인이 불법구금을 한 경우에도 마찬가지로 적용되고 신청자의 영장이 거부된 경우에는 고등법원의 다른 법관에게 다시 신청할 수 있다.

인신보호영장의 管轄은 최고법원(The Supreme Court of Judicature)에 속해 있는 고등법원(High Court of Justice) 내의 왕좌부(The Queens Bench Division)에 있다.[97]

假命令 제도는 피구금자를 일일이 런던까지 연행하거나 송치하는 불편을 덜기 위하여 재판관행으로서 인정하고 있다. 즉 신청자는 고등법원의 법관 또는 王座府의 合議裁判所에 인신호보영장 발부의 假命令을 신청할 수 있으며 신청자는 그 이유를 충분히 표시하여야 하지만 거의 대부분은 증거가 없음이 명백하게 밝혀진 경우를 제외하고는 宣誓供述書를 제출하게 되면 許可가 된다.[98]

---

94) There is no such thing in law as writs of grasp and favour issuing from the judge ; they are all writs of right but they are not all writs of corse.

95) 이재상, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원, 1991.9, 99면 ; 신현진, 앞의 논문, 13면.

96) 이재상, 앞의 책, 100면 ; 전용득, 앞의 책, 171면.

97) Supreme Court of Judicature Act(1873년)에 의하면 Supreme Court of Judicature는 High Court of Appeal로 구성되어 있고, High Court of Justice는 Chancery Division, Queen's Bench Division의 3부로 되어 있다(田中和大, 「英美法概論」, 有斐閣, 1975, 133면).

98) Rules of Supreme Court(RSC), Ord. 54, r. 1(2), (3).

令狀은 본인을 구속한 자나 구속하였다고 인정되는 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.

答辯은 영장발부통지서에 기재된 장소에서 하게 된다. 1679년의 법률은 원칙적으로 3일 이내로 제한되어 있었으나 1816년 개정된 법은 休廷期에 發付된 영장은 開廷期에 答辯을 할 수 있도록 규정하고 답변서에는 구속의 이유를 자세히 기재하도록 하고 있다.

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

첫째, 直接的인 方法은 피구금자의 신청을 이유 있다고 인정하면 즉시 석방결정을 하게 되지만 신청이 이유 없다고 하는 경우에는 신속한 재판을 확보할 수 있게 되어 부당하게 오래 구금되는 것이 간접적으로 정지된다.

둘째, 間接的인 方法은 대역죄 또는 중죄의 경우에 순회재판소에서 기소되지 않으면 석방이 허락된다. 다만 예외적으로 구금이 인정되는 경우에는 소추자 측의 증인이 출두하는 경우에 한한다. 그러나 차기의 순회재판소에서도 사건이 심리되지 않는 경우에는 피구금자를 반드시 석방해야 되는데 이는 1679년의 人身保護律에 그 근거를 두고 있다. 그 이후 1889년의 개정된 법에서 중한 죄나 경미한 죄를 구분함이 없이 치안판사로 구성된 순회재판소의 공판정에서 피고인에 대한 신속한 재판이 시행되기에 이르렀다.

不服方法으로 신청자는 고등법원 또는 법관이 가명령의 발부를 거부하거나 또는 석방거부의 판결이 있는 때에는 抗訴院에 항소할 수 있고 항소원의 결정에 대하여는 貴族院에 다시 상소할 수 있다. 그러나 법원이 신청한 것 중에 석방명령을 한 경우에는 상소는 인정되지 않는다. 또한 법원의 판례로 상소가 인정되지 않는 경우로는 외국에 대한 犯罪引渡命令이 있는 경우 등을 들 수 있다.

그리고 인신보호영장에 불복한 被疑者는 裁判所 侮辱罪로 벌금 또는 금고형에 처하도록 하고 있다. 또한 休廷期에 영장의 발부를 거부한 法官에게도 벌금이 부과되며 피의자가 이의 지불을 청구할 수 있다.[99]

4. 人權保障制度의 特徵

영국의 피의자 구속제도로는 令狀逮捕와 無令狀逮捕로 나뉘고 체포된 이후 피의자 구속의 문제는 경찰 및 법원에서의 보석의 문제로 환원된다는 점에서 영국법의 특징이 있다. 또한 피체포자가 경찰서에 유치되면 즉시 구속 경찰관이 그에 대한 기소여부를 결정한다. 즉 구속 경찰관은 체포의 이유가 된 범죄에 관하여 기소하기에 충분한지를 심사해야 한다. 이때 충분한 증거가 있어 기소가 결정되면 피의자를 보석으로 석방한다. 그러나 사회적 위험성, 도주의 위험성 등의 사유가 있을 때에는 예외적으로 보석을 허가하지 않을 수 있는데 이때 법원은 보석제한사유에 해당하지 않는 한 반드시 보석을 허가해야 한다는 것이다.[100]

保釋은 특별한 조건 없이 피의자가 정해진 일시에 법정에 출석할 것만을 조건으로 허가될 수도 있지만 일반적으로 피고인의 출석을 담보하기 위하여 필요하다고 인정되는 범위 내에서 조건이 부과되기도 한다.

한편 인신보호영장제도로서 피의자 및 피고인의 불법구금을 규제하는데, 불법 구금된 피의자 또는 피고인 및 그의 변호인, 기타 이해관계인은 人身保護令狀을 청구할 권한이 있다. 이때 청구를 받은 법원은 피구금자를 법원에 인치하여 심리하고 심리 후 근거 없는 구금이라고 판단되면 피구금자를 석방하도록 하고 있다.

Ⅲ. 美國

1. 人身保護令狀의 意義

미국에서의 인신보호영장제도는 영국의 1679년 Habeas Corpus Act를 모델로 한 법률을 제정하게 되었고 많은 식민지의 재판소에서 영장제도를 채택하

99) 영국법상 penal action 이라고 하며, 이는 민사소송법적인 성격을 가지기 때문에 정부에서는 불기소처분을 할 수 없다고 한다.

100) 전용득, 앞의 책, 172면.

였다. 1689년에 Massachusetts의 판사 Dulley가 不法徵稅의 거절을 이유로 구금된 John Wise에게 영장발부를 거부함으로써 민사상의 청구를 당한 적이 있었고, 1692년에는 South Carolina와 Massachusetts에서 1679년 영국의 인신보호법과 유사한 법률을 제정하였다.[101] 이와 같은 인신보호영장의 권리가 개인적 자유의 기본적 보호수단으로 인정되어진 것은 미국의 독립전쟁이 일어날 즈음이었는데, 그 구체적인 사례는 1774년에 대륙회의(Continental Congress-미국식민지대표기구로 1776년 독립선언 발표)에서 '퀘백'시민에게 행한 연설내용[102] 중 'Habeas corpus'라고 하는 영장에 의하여 미국법의 보호를 받는 신체의 자유에 잘 나타나 있고 1776년의 미국연방헌법 제1조 제9항 제2호는 "人身保護令狀의 특권은 반란 또는 외환에 의하여 공공의 안전이 요구할 때가 아니면 정지되지 아니한다."라고 규정하고 있었다. 다만 인신보호영장은 1861년 남북전쟁 당시 Lincoln 대통령의 포고령으로 영장이 일시정지 되었는데 1871년 의회는 전쟁 후 남부재건의 곤란과 관련하여 대통령에게 영장을 정지할 수 있는 권한을 부여하였다.[103]

이러한 전개과정에서 가장 중요한 의미를 부여할 수 있는 것은 1867년의 법률에서 당시 존재하는 Habeas corpus의 재판권을 확대하여 누구든지 미국의 헌법 또는 조약이나 법률을 위반하여 구속될지도 모르는 경우를 포함하게 되었으며[104] 다시 1874년에 법으로 제정되어 1948년까지 계속하여 존속하게 되었다. 20세기 중엽에는 형사피고인의 헌법상 권리에 대한 미국 연방대법원의 해석이 점차로 자유주의적인 경향을 보이게 됨에 따라 州 또는 聯邦형무소 수감자의 Habeas corpus 청원은 다수에 이르게 되었고 대법원은 형사소추에 있어서 豫審判事(Trial Judge)가 빈곤한 피고인임에도 불구하고 변호인을 선임하지 않는 것은 재판상 오류(jurisdictional error)이며 habeas corpus에 의한 구제사유에 해당된다고 판시하였다.[105] 그 이후 의회는 1948년에

---

101) 신현진, 앞의 논문, 15면.

102) 1774.10.26.자 서한에는 人身保護令狀을 미국인에게 향유할 수 있는 권리로서 代議政府 · 陪審制度 · 자유로운 土地所有權과 동등시 했다고 한다(Zecnariah Chafee Jr., *Documents on Foundamental Human Rights*, Second Pamphlate, 1961, p.168-169).

103) 신현진, 앞의 논문, 15면.

104) 이재상, 앞의 책, 266면.

Substitute Procedure를 입법화하기에 이르렀는데,[106] 이것은 죄수가 제정법상의 신청(motion)을 이용하지 않았거나 그 신청이 기각된 경우에 제정법상의 구제가 구금의 적법여부를 심사하기에 부적당하다고 여겨지지 않는 한 거부되어서는 안 된다는 것으로 제정법상 절차의 유효성은 대법원에 의하여 지지되었다.

현재 인신보호영장은 형사소송과 관계없는 경우에도 이용할 수 있게 되어 "미연방법원 및 재판절차에 관한 법률"(The Judiciary and Judicial Procedure Act)에 자세한 규정을 두고 있으며[107] 미국의 habeas corpus는 자유를 위한 기본적 보장책으로서 미국문명의 핵심이 되는 인권보장적 가치를 지니고 있다고 할 수 있다.[108]

2. 人身保護令狀의 節次

가. 請求

첫째, 인신구속영장의 請求事由는 미국헌법이나 기타 법률·조약에 위배되어 권리가 박탈당한 모든 경우 즉, 不法拘禁된 경우에 발생한다. 따라서 ① 형사상의 상소가 불가능할 때와 유죄판결의 실효성이 문제될 때, ② 국제간 또는 각 州사이에 범인인도영장(Warrant of extradition or of interstate rendition)에 의해 체포된 경우와 그 영장의 실효성을 결정하기 위한 경우 또는 검사가 피의자를 기만하여 유죄의 답변을 강요한 경우,[109] ③ 피의자의 신문이 진술거부권 및 변호인의 도움을 받을 권리의 고지 없이 행하여진 경우(강요된 자백),[110] ④ 배심원의 배정에 있어서 차별이 있는 경우 등과 같이 적법한 절차에 관한 헌법상의 권리에 위배되었음을 이유로 하여 인신구속영

105) Johnson V. Zerbst, 304 U.S. 458(1938).

106) 28 U.S.C. Section 2255.

107) 28 U.S.C, 2241-53, 2255.

108) Saltzburg, Stephen A., *Supplement to American Criminal Procedure,* West Publishing Co., 3rd edition, 1991, p.1168 ; 이재상, 앞의 책, 266면.

109) Smith v. O' Grady, 312 U.S. 329(1941).

110) Leyra v. Eenno, 347 U.S. 556(1954).

장을 청구하여 구제된다.[111]

둘째, 청구절차는 管轄區域에서 法律에 의하여 規定되어 있다. ① 신청은 피구속자 또는 신청인이 서명하고 서약된 서면으로 한다. 다만 서약된 서면에는 피구속자의 수감 또는 구속자의 성격 및 구속의 이유 등을 기재하여야 한다.[112] ② 州의 수감자가 연방법원에 영장을 신청하려면 州의 적정한 구제조치를 취해야 하지만 구제절차가 없거나 수감자의 권리를 보호하는 구제절차가 비합리적인 때에는 그렇게 하지 않는다.[113] ③ 수감자가 법원의 판결에 의하여 구속된 때와 판결이 위법 또는 법률에 위배되었거나 관할권 없이 행하여 졌거나, 기타의 사유로 석방될 것을 주장하는 자는 법원에 그 판결의 파기 또는 변경신청을 언제라도 할 수 있다.[114] ④ 그리고 불법구금으로 인한 자유를 회복할 권리청구는 기간에 대한 제한을 받지 않는다.

나. 審査

첫째, 인신보호영장의 審査機關은 최고법원의 대법관, 지방법원 및 순회판사가 각각 그 관할범위 내에서 발부할 수 있다.[115] 다만 최고법원의 대법관과 지방법원의 순회판사는 인신보호영장의 신청을 심리하지 않고 관할 지방법원에 이송할 수 있으며,[116] 聯邦法院은 州에서 구속된 자를 인신보호영장으로 釋放시킬 수 있으나 州法院은 인신보호영장으로는 석방시킬 수 없다.

둘째, 審査節次는 ① 영장신청을 접수한 법원이나 대법관 또는 판사는 신청자격이 없음이 밝혀지지 않는 한 영장을 발부하여야 하며 영장을 발부할 수 없을 때에는 발부하여서는 안 될 이유를 명백히 하여 명령하여야 한다. 또한 신청인이나 피구속자는 선서한 후 답변서에 기재한 사실을 부인하거나 다른 중요한 사실을 주장할 수 있다.[117] ② 州의 公務員 또는 州의 法律에 의

111) Brown v. Allen, 344 U.S. 433, 467-72, 477-82(1953).

112) 28 U.S.C. 2242.

113) 28 U.S.C. 2254(b).

114) 28 U.S.C. 2255.

115) 28 U.S.C. 2241(a).

116) 28 U.S.C. 2241(b).

117) 28 U.S.C. 2243.

하여 拘束된 자는 審問에 앞서 영장발부시 대법관이나 판사가 지정하는 州의 검찰총장 기타 적당한 공무원에게 告知되어야 한다.[118] ③ 법원의 판결에 의한 수감자를 위하여 영장을 신청한 때에는 구속자는 신청자가 그 신청서류를 첨부하지 않을 경우 기소장, 신청인의 답변, 판결 등에 관한 부본을 즉시 법원에 제출하여야 하며 이 경우 영장에 대한 답변서와 이유제시명령에 관한 답변서를 첨부하여야 한다.[119] ④ 영장신청을 접수한 대법관이나 州당국에 의하여 구금된 자를 구제하도록 하고 있다.[120] ⑤ 영장신청에 있어서 증거는 口述로 함이 원칙이나 證言錄調書(Orally by-deposition) 기타 판사의 재량에 의하여 宣誓陳述書(affidavit)에 의하여 채택할 수 있다. 다만 선서진술서를 채택하는 경우에 당사자는 선서진술인에 대한 審問書를 제출하거나 그에 대응한 선서진술서를 제출케 할 수 있다.[121]

다. 決定

법원에 제출된 영장은 略式으로 審査하게 되며 결정 후에는 법과 정의가 요구하는 바에 따라 처리한다.[122] 법원의 결정에 의하여 구속된 자를 위한 영장신청은 구금의 적법성이 인정되어 법원 또는 판사에 의하여 결정되었거나 신청인이 새로운 근거를 제시하지 못하면 판사 또는 법원이 구금의 적법성을 인정하지 않을 수 있다.[123]

라. 不服方法

수감자는 영장신청이 거부된 때에 上訴할 수 있으나 州의 법원 판결에 의한 영장신청은 상소이유의[124] 상당한 검토가 있어야만 상소가 가능하다.[125]

---

118) 28 U.S.C. 2252.

119) 28 U.S.C. 2249.

120) 28 U.S.C. 2251.

121) 28 U.S.C. 2246.

122) 28 U.S.C. 2243.

123) 28 U.S.C. 2244.

124) 상소이유에 대한 기준이 애매모호하므로 현행 법규를 개정하여 州의 수감자도 聯邦의 수감자와 같이 권리로서 上訴할 수 있도록 하자는 견해가 있다(Federal Habeas Corpus, 83 Harvard

상소기간은 상소대상 결정이 선고된 후 30일 이내이고 국가기관이나 공무원이 당사자에 해당되는 경우에는 60일 이내에 상소하여야 한다.[126] 따라서 인신보호영장의 절차는 간접적인 재심리 또는 판결에 대한 비정상적인 인권보장을 위한 불복수단이라고 할 수 있다.

3. 人權保障制度의 特徵

미국의 인권보장제도는 크게 逮捕와 재판전의 석방 즉 保釋이라는 절차로 이루어진다. 체포에는 비교적 엄격한 요건 아래 발부되는 영장에 의한 체포와 영장에 의하지 않는 체포로 구분된다. 그러나 미국에서는 오래전부터 영장 없는 체포가 광범위하게 인정되어 왔다. 따라서 체포를 위한 실질적 요건이 존재하면 경찰관은 피의자를 영장 없이 체포할 수 있다.

미국의 체포·구속제도는 일단 수사기관으로 하여금 법원의 개입 없이 피의자의 신병을 확보할 수 있도록 하는 한편 사후에 반드시 법원의 심사를 받도록 함으로써 국가형벌권의 적정한 실현과 피의자의 인권보장이라는 형사사법절차의 양대 이념의 조화를 꾀하고 있다.

미국 형사절차에 있어서 또 하나의 특징은 범죄를 세분화하여 그에 따라 형사절차가 다르게 규율된다는 것이다. 각 州에 따라 차이가 있으나 일반적으로 경죄는 1년 이하의 징역형에 처하는 범죄, 중죄는 1년을 초과하는 징역형에 처할 수 있는 범죄를 말하며 이러한 구분은 특히 영장에 의하지 아니한 체포와 보석의 결정에 영향을 미치게 된다.

그리고 체포된 즉시 보석이 이루어지는 절차를 구비하고 있는 점이 미국법의 큰 특색이기도 한다. 즉 체포된 피의자는 수사기관으로부터 보석을 허가받을 수도 있고 치안판사 앞에 인치되어 심문을 받은 후 보석결정을 받을 수도 있다. 한편 보석은 보증금납입조건부 보석뿐만 아니라 선서나 확약에 의한 보석제도도 있다. 또한 구속된 피의자는 인신보호영장을 청구하여 법관으

Law Review, 1195(1970).

125) 28 U.S.C. 2253.

126) The Federal Rules of Appellate Procedure 22(b).

로부터 구속의 합당성 여부를 심사받을 수 있다.[127]

Ⅳ. 佛蘭西

1. 豫審制度

프랑스 형사소송절차는 우리나라의 기소편의주의와 같이 검사의 기소에 의하여 본안재판을 하는 것이 아니라 일단 豫審節次(L'instruction préparatoire)를 거쳐서 裁判回附여부를 決定하게 된다. 즉 訴追와 豫審 및 裁判의 3단계 절차로 구성되어 있다. 예심은 검사에 의하여 소추된 유죄의 증거가 있는지의 여부를 심사하여 형사절차를 진행할 것인지 아니면 인권보장을 위해 중지할 것인지를 결정하는 제도를 의미하는데 예심판사는 수사권을 가지고 있을 뿐만 아니라 구속의 선고와 그 집행에 대한 권한이 있으므로 법원의 예심절차는 프랑스에서 중요한 의미를 갖고 있다.[128]

가. 拘引 및 逮捕節次

예심에서는 구인된 피의자가 소환에 불응하면 예심판사(Le Juge d' instruction)[129]는 소환장(Le mandat de comparution)을 발부하여 심문하여야 한다.[130] 다만 심문할 수 없을 때에는 피의자를 구치소에 인치하되 24시간 이상 유치할 수 없도록 하고 있다. 이 기간이 만료되면 구치소장은 직권으로 피의자를 검사에게 송치하고 검사는 예심판사 등에게 즉시 심문할 것을 청구하게 되며[131] 심문이 불가능한 때에는 피의자를 석방하여야 한다.[132]

---

127) 전용득, 앞의 책, 163면.

128) 이재상, 앞의 책, 136면 ; 신현진, 앞의 논문, 20면 ; 전용득, 앞의 책, 144면.

129) 임두빈, "프랑스의 사법제도", 「변호사협회지」, 1972, 193면.

130) 소환장(Le mandat de comparution)은 구인장(Le mandat d'amener)이나 구금장(Le mandat de depot)과 같다.

131) 정진섭, "프랑스 형사소송법상의 예심제도", 「법률신문」, 1986.2.16, 12면.

132) Max Weber에 의해서 정의된 「관료적 특별능력 부여의 제 과정」에 의한 경찰의 기능적 분석은 J. SUSINI에 의해서 기도된 바 있다.(J. SUSINI, R.S.C. 1966, S.936 ; code de

나. 拘禁

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 받게 된다.[133] 예심판사는 체포 후 48시간 이내에 심문을 행하고 금고형(Une Peine demprisoment Correctionelle) 이상의 형에 해당된 때에는 구금영장(Mandat de dépòt)을 발부하고 拘束의 理由를 說示(Ordonnance de mise en détetion)할 수 있도록 하고 있다.[134] 또한 피의자에게 접견교통권과 기록열람권 등 변호인의 도움을 받을 권리를 고지하여야 하며 그 취지를 조서에 기재하여야 한다.[135]

다. 拘束審査節次

예심판사는 가벼운 범죄의 경우 구속영장발부 후 4월이 경과하기 전에 구속심사를 하여야 하며 수사상 필요한 때에는 1차에 한하여 4월까지 기간을 연장할 수 있다.[136] 이 기간을 연장할 때에는 검사 및 피의자나 변호인의 의견을 들은 후 특별한 이유를 제시하여야 한다.[137] 또한 법적 구속기간과는 관계없이 형사절차의 모든 과정에서 구속을 심사할 수 있으며 필요한 때에는 구속영장을 취소할 수 있다.[138] 따라서 피의자와 변호인은 언제든지 서약을 조건으로 석방을 청구할 수 있는 권리를 가지며,[139] 검사는 언제든지 피의자의 석방을 청구할 수 있고 이에 따라 예심판사는 검사의 청구가 있는 날로부터 5일 이내에 석방을 결정하게 된다.[140]

---

prosédure pénale(c.p.p.), 125-2. 3.

133) C.P.P. 260 ; Penal Code 121-3.

134) C.P.P. 135 -1 ; 이재상, 「각국의 구속제도」, 한국형사정책연구원, 1991.9, 143면.

135) C.P.P. 135 -1.

136) C.P.P. 145 -1.

137) C.P.P. 145 -5.

138) C.P.P. 147.

139) C.P.P. 148 -1.

예심판사가 규정된 5일 이내에 석방 여부의 결정을 하지 못하면 피의자는 중죄소추부에 석방을 청구할 수 있고 중죄소추부는 피의자의 청구를 접수한 날로부터 15일 이내에 이를 결정하여 피의자를 직권으로 석방하게 된다.[141]

피의자와 검사는 구속기간의 연장이나 석방신청에 대한 예심판사의 결정에 대하여 重罪訴追部에 上訴할 수 있으며 중죄소추부의 결정에 대하여 다시 파기원(Le cour de Cassation)에[142] 상소할 수 있다. 검사는 원칙상 예심판사의 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 효력이 지속된다.[143]

2. 司法統制

사법통제(Le Contròle Judiciaire)는 프랑스 형사소송법에 새로이 도입된 제도이다. 이는 구금사례를 줄이기 위하여 피의자를 구금하는 대신에 法院의 일정한 支配 아래 둠으로써 拘禁의 目的을 達成하고 피의자의 인권보장을 도모하기 위한 제도이다. 그 대상자는 자유로운 상태에 놓이게 되지만 예심판사가 부과하는 특정구역의 이탈금지, 거소이전의 금지, 정기적 출두의무, 보증금납입의무 등의 제약을 받게 된다.[144] 또한 이것은 구금과 마찬가지로 예심상 필요하거나 보안상의 조치로서 행하여지게 된다. 그러나 개인의 자유를 제약하는 조치이기 때문에 예심판사의 결정에 의하여 발하게 되고 그 결정은 피의자를 懲役刑 이상의 형에 처할 경우에만 가능하게 된다.[145] 그러나 피의자에게 사법통제를 명할 것인가는 法官의 自由裁量에 맡겨져 있으므로 구속영장을 발부할 경우에 요구되는 이유의 설시는 요구되지 아니하며, 피의자는 사법통제명령에 대하여 다툴 수 없게 된다.[146]

---

140) C.P.P. 147 -2.

141) C.P.P. 148 -6.

142) 파기원은 프랑스의 대법원을 말한다.

143) C.P.P. 138 -1.

144) C.P.P. 138 -2.

145) 박희태, "구속제도에 관한 연구", 건국대학교 박사논문, 1997, 34면.

3. 人權保障制度의 特徵

프랑스의 형사소송법(Code de procédure pénale ; C.P.P.)은 범죄수사를 위하여 검사와 사법경찰관에게 광범위한 수사권을 부여하고 있는 한편 수사의 독립성·공정성을 보장하기 위하여 정치권력으로부터 중립적인 지위에 있는 판사를 수사의 단계에 관여시켜 인권보장에 만전을 기하고 있다. 즉 검사와 사법경찰관은 초동수사를 담당하고 본격적인 수사권은 豫審判事에게 부여하여 사실상 예심이 수사절차의 한 부분을 이루고 있다. 그리고 프랑스 형사소송법상 범죄는 사안의 경중에 따라 그 절차가 달라진다는 것이다. 예심은 모든 重罪에 대하여는 필요적으로, 輕罪에 대하여는 임의적으로 행하여지며 違警罪에 대하여는 예외적으로 검사의 청구가 있는 경우에 행하여지며 예심판사는 증거수집, 증인신문, 압수·수색·검증 및 통신감청을 할 수 있을 뿐만 아니라 소환영장, 구금영장, 체포영장을 발부할 권한이 있다.[147]

구속 피의자의 인권보장제도로는 拘束審査制度, 司法統制 등이 있는데 예심판사는 범죄의 경중에 따라 구속심사를 한다. 한편 예심판사는 구속 이외의 다른 수단으로서 구속의 기능을 대신할 수 있으면 피의자에 대하여 일정한 조건을 부가하여 구속을 대체하는 사법통제를 할 수도 있는데 보석은 이 사법통제의 한 유형으로서 보증금보석을 의미한다.

Ⅴ. 獨逸

1. 自由剝奪에 관한 一般節次

가. 基本法의 規定

인신보호영장(habeas corpus)의 조항이라 불리는 서독기본법(Grundgesetz) 제2조 제2항에서는 “누구든지 生命權 및 身體不可侵權을 가진다. 신체의 자

146) 이재상, 앞의 책, 154면.

147) 전용득, 앞의 책, 143면.

유는 불가침하다. 이 권리들은 법률의 근거에서만 침해될 수 있다."라고 규정하여 신체의 자유를 제한할 경우에는 형식적 법률의 원칙에서만 그 절차가 가능하다고 함으로써 신체에 대한 실제법적 보장을 하고 있다.[148] 또한 동법 제104조에 "자유박탈에 있어서의 법적보장"(Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung)이라는 규정을 두어, ① 신체의 자유는 형식적 법률의 근거 아래서 이에 규정된 방식에 의해서만 제한될 수 있으며, ② 자유박탈의 허용 및 계속에 관하여는 판사만이 결정하여야 하며, ③ 누구든지 범죄혐의로 체포된 자(Vorläufige Festnahme)는 늦어도 체포 후 그 익일까지 판사에게 인치되어야 함과 이의신청의 기회를 주어야 하며, ④ 자유박탈의 허용과 계속에 관한 모든 결정은 지체 없이 피구속자의 친족이나 그가 선임하고 있는 자에게 고지하여야 한다고 규정하여 절차법적 인권보장 규정으로서의 자유박탈의 절차를 구체적으로 규정함과 동시에 이를 사법화 하고 있다. 또한 공권력에 의해 그 권리가 침해되는 경우에는 소송에 의해 구제될 수 있다고 규정하고 있다.[149]

나. 刑事訴訟法의 規定

(1) 豫審節次

형사소송법(Strafprozeßordnung, StPO)의 구속심사청구는 언제나 가능하며 피의자가 미결구금(Untersuchungshaft) 중에 있는 경우에는 拘束命令 取消의 가부와 執行停止의 가부에 관하여 그 심사를 법원에 청구할 수 있다. 신청은 변호인 및 법정대리인이 할 수 있지만 변호인은 피의자의 명시적인 의사에 반할 수 없다.[150] 또한 피의자에게 변호인이 없으면서 구속심사 신청이나 항고를 제기함이 없이 3개월간 심리와 구금이 계속 중인 때에는 법원 직권으로(von Amtswegen) 구속심사를 행할 수 있다.[151] 그리고 심문을 행한 후에는 2월이 지난 후 다시 심문을 청구할 수 있다.[152]

148) 권영성, 「독일헌법론(상)」, 박영사, 1976, 198면.

149) 신현진, 앞의 논문, 23면.

150) StPO, 118 -6, 297, 298.

151) StPO, 117 -5.

152) StPO, 118 -5 ; 독일의 구속심사제도는 적법여부를 심사하는 제도가 아니라 구속의 계속이 필요한가를 심사하는 제도라는 점에서 영미의 인신보호영장(habeas corpus)과 구별된다.

(2) 拘束審査

구속심사 신청이 있으면 판사는 그 심사를 행하고 심리구속 유지결정의 중요한 사항에 대하여는 개별적으로 조사를 명할 수 있다.[153] 또한 구속의 집행이 3월 이상 계속되었다고 검사·피고인 또는 법정대리인이 신청한 경우나 피의자에게 변호인이 없는 때에는 심리구금의 기간 동안 변호인을 선임할 수 있다.[154]

구속심사에 관한 재판은 피의자의 신청이 있거나 또는 법원의 직권으로 구술변론(mündliche Verhandlung)을 거쳐 행하게 된다.[155] 구술변론은 지체 없이 하여야 하지만 피의자의 동의가 있을 때에는 2주일을 초과할 수 있다.[156] 그리고 피의자가 변론에 출석을 포기하거나 장거리에 있거나, 질병 기타 불가피한 사유가 있을 때에는 변론에 인치되지 않지만 그 이외에는 변론에 인치된다.[157]

(3) 審理決定

재판(Entscheidung)은 결정(Beschiuß)의 형식으로 행하게 되고 구술변론을 종결한 때에는 적어도 1주일 이내에 심리결정의 내용을 통지하여야 한다.[158] 그리고 결정의 내용은 구속영장의 이유나 다른 선행결정의 이유를 인용하여도 된다.[159]

2. 司法節次

자유박탈에 관한 사법은 연방법에 근거하여 자유박탈시 체포·구속과 같은 특별한 규정이 없는 경우에는 사법절차법의 사법절차에 의하여 결정된다. 즉

153) StPO, 117 -3.

154) StPO, 117 -4.

155) StPO, 118 -4.

156) StPO, 118 -5.

157) StPO, 118 -a 1. 2.

158) StPO, 118 -a. 4.

159) StPO, 307 -1.

사법절차법은 자유박탈시 刑事訴訟法 등의 特別한 規定이 없는 경우에 자유박탈에 관한 절차법으로서 適用되고 있다.[160]

자유박탈에 대한 심사는 자유가 박탈될 자의 주소지를 관할하는 법원이 담당하게 되며 법원은 자유가 박탈될 자를 口述로 審問(mündliches Hören)하여야 한다. 그러나 심문은 반드시 공개적으로 하지 않아도 되며 합목적적으로 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 뿐이지 자유의 제한을 명할 수는 없다. 따라서 자유박탈을 명하는 결정에는 자유박탈의 계속에 관하여 직권으로 1년 이내에 기간을 정하여야 하며, 행정관청에 의한 잠정적인 보호수용은 그 다음 날까지 판사의 결정을 받아야 하고 그렇지 않는 경우에는 석방하여야 한다.

자유박탈에 대한 법원의 결정은 즉시항고 할 수 있으며 즉시항고는 지방법원에서 결정하고 그 결정에 대하여는 다시 고등법원에 재 즉시항고(Sofortige weitere Beschwerde)를 제기할 수 있다.[161]

3. 人權保障制度의 特徵

독일의 인신구속절차는 체포와 구속을 구분하지 아니하고 拘束으로 一元化되어 있다. 구속은 영장에 의한 구속과 영장에 의하지 않는 구속(현행범체포 및 가체포=긴급체포)으로 구분된다. 독일은 강제처분의 목적과 개인의 인권보장을 위하여 형사소송법 제112조 제1항 후단 및 제113조에 比例性原則을 규정하여 사안의 중대성과 예상되는 형벌 등의 법적 결과 사이에 형평을 잃지 않도록 하고 있다. 영장에 의하여 구금된 자는 지체 없이 관할법관 앞에 인

160) 「자유박탈에 관한 사법절차법」은 1956년에 제정되어 1973년 3월에 개정되었다. 이 법에서의 자유의 박탈은 피수감자의 의사에 반하여 또는 심신상실 상태에서 교도소 · 구치소 또는 제한된 보호시설 등에 수용되는 것을 말한다(권영성, 앞의 책, 198면).

161) 1950년의 재판소법에 의하면 일반재판소는 「구재판소」(Amtsgerichte), 「지방재판소」(Landgerichte), 「고등재판소」(Ober Bundesgericht), 「연방고등재판소」(Obeere Bundesgericht) 및 「연방최고재판소」(Oberste Bundergericht)로 구성되어 있다. 이중 구재판소는 구재판소판사(Amtsrichter)가 단독으로 민·형사사건 중에서 소액 및 가벼운 범죄에 속하는 사건을 재판한다.

치되어 신문을 받고 계속 구금여부가 결정되는데 이때 구금영장이 발부된 자는 拘束審査나 拘束抗告를 청구할 수 있다. 한편 구속의 목적이 다른 대체수단에 의해서도 달성될 수 있다고 판단되면 법관은 구속의 執行停止를 명할 수 있다. 保釋은 구속의 집행정지를 위한 대체수단으로 인정되는데 물적·인적 담보의 제공을 조건으로 한다. 이러한 보석에는 당연히 피의자의 보석청구가 허용된다. 그러나 법관은 피의자의 청구나 동의 없이도 보석명령을 결정할 권한이 있다.

독일의 피의자 인권보장을 위한 구속제도의 특징은 구속의 요건으로 再犯의 危險性도 독립된 구속사유로 인정하고 있다는 것이다. 즉 성범죄, 상해, 중절도, 강도와 공갈죄 등에 대하여 범죄의 혐의가 있고 확정판결 전에 동종의 범죄행위를 반복 또는 계속할 위험성이 인정될 때에는 구속할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 독일 형사소송법은 프랑스와 같은 예심제도를 취하고 있었으나 1975.1.7. 법률 개정을 통하여 신속한 형사절차의 진행과 인권보장을 목적으로 예심제도를 폐지하고 검사를 수사의 주재자로 인정하면서 수사상 필요한 일반적인 구속은 판사가 하도록 하고 있다. 또한 독일연방공화국 기본법은 영국과 미국의 인신보호영장제도를 채택하고 그 시행 법규로서 "自由剝奪에 관한 司法節次法"(Gesetz über gerichliches Verfuhren)을 제정하여 불법구금의 전반에 걸치는 被疑者 人權保障을 위한 구제제도를 마련하고 있다.[162)]

Ⅵ. 日 本

1. 逮捕前置主義

일본 형사소송법은 본래 대륙법계의 직권주의를 토대로 한 것이었으나 2차 대전 후 미군정하에서 영미법 특히 미국법적 사상을 수용하여 1949년에 개혁된 형사소송법을 제정하였다. 영미법계의 適法節次 原理를 받아들이고 수사

162) Werner Schütz, *Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland*, 1950, S.104 ; 조병수, "보석시비", 「사법행정」, 1968.2, 12면 ; 전용득, 앞의 책, 133면 이하 참조.

기관에게 일반적인 강제처분권을 주되 반드시 사전 또는 사후에 법관의 영장을 발부받을 것을 요건으로 하는 令狀主義를 채택하였다.[163] 그리고 피의자의 인권보장을 확보하고 수사의 합목적성과 신속성을 도모하기 위하여 종래의 예심판사제도를 폐지하고 檢事를 搜査의 主宰者로 하되 인신구속절차를 逮捕와 拘留(우리나라의 拘束과 같은 제도)의 두 단계로 나누어 운영하면서 체포전치주의를 채택하고 있다.[164]

逮捕前置主義란 피의자를 구류하기 위해서는 반드시 체포가 선행되어야 한다는 원칙을 말한다. 일본 형사소송법에서 피의자의 신병을 확보하기 위한 대인적 강제처분은 체포와 구류로 이원화되어 있고 체포전치주의는 체포와 구류의 각 단계에서 인신구속의 이유를 심사하여 불필요한 구속을 방지하고 피의자나 피고인의 인권을 보장하기 위한 제도이다.[165]

체포는 피의자의 신병확보를 위하여 최초로 행하여지는 강제처분으로서 구류단계까지의 단기간의 유치를 목적으로 하며, 이에는 통상체포와 긴급체포, 현행범인 체포로 나누어진다. 이에 대하여 구류는 피의자 또는 피고인을 구금하는 재판과 그 집행을 말한다.[166] 일본 형사소송법은 피고인에 대한 보석만을 인정하고 피의자에 대해서는 보석을 인정하지 않고 있는데 그 이유는 우리나라의 구속기간이 10일인데 비하여 피의자의 구류기간이 48시간이라는 단기간이기 때문에 굳이 피의자 보석을 인정할 필요가 없다는 것이다.

2. 拘留質問

피의자나 피고인을 구류함에 있어서는 피의사실을 고지하고 피의자의 진술을 들은 후 구류장 발부 여부를 결정하는데 被疑事實을 알리고 陳述의 기회를 주는 절차를 실무상 구류질문이라고 한다.[167] 이는 우리나라의 구속전피의

163) 일본 헌법 제33조는 「누구라도 현행법으로 체포되는 경우를 제외하고는 권한을 가진 사법관헌이 발하고 범죄를 명시한 이유가 붙은 영장(理由となっている犯罪を明示する令狀)에 의하지 아니하면 체포되지 않는다.」라고 규정하여 영장주의 원칙을 천명하고 있다.

164) 전용득, 앞의 책, 173면.

165) 松尾浩也, 「刑事訴訟法(上」, 弘文堂, 1979, 97면 ; 高田卓爾, 「刑事訴訟法」, 青林書院, 1984, 362면.

166) 피의자의 체포와 구류에 있어서도 사람에 대한 搜索 · 押收 · 逮捉이 이루어진다.

자신문 즉, 拘束令狀實質審査制度와 유사한 피의자의 인권보장제도라고 할 수 있다.

가. 方法

구류의 청구를 받은 재판관이 구류질문을 담당하며 보통 상당한 경력을 가진 단독판사가 영장업무를 전담하고, 구류질문은 통상 구류청구가 된 날 또는 그 다음날(피고인 구류의 경우에는 기소장이 접수된 날 또는 그 다음날)에 심문한다.

나. 審問節次

피의자나 피고인을 구류할 때 구류청구서에 기재된 피의사실에 대하여 구류청구에 관계된 피의사실을 낭독하는 경우가 많으나 사건의 동일성을 명확하게 하고 피의자가 이에 대하여 적절한 해명을 할 수 있을 정도로 구체적으로 상세하게 고지하여야 한다.[168] 구류질문시 피의자에게 黙秘權과 변호인 변호인선임권의 고지 필요성에 대하여 구류질문은 진술과 변명을 듣기 위한 것이므로 묵비권을 고지할 필요가 없다는 견해가 있으나,[169] 구류질문 역시 구류재판을 위한 심사절차이고 묵비권은 피의자의 기본적 권리이므로 지체 없이 고지할 필요가 있다는 견해[170]가 통설이고 실무상으로도 이를 고지하고 있다. 그리고 辯護人選任權에 대해서는 체포시에 변호인선임권을 고지하여 주고 있으므로 고지하여 줄 필요가 없다는 견해가 있지만 실무상으로는 이를 고지하여 주고 있다.

---

167) 일본 형사소송법 제61조는 '피고인의 구류는 피고인에 대하여 피고사건을 고하고 이에 관한 진술을 들은 후가 아니면 이를 할 수 없다. 다만 피고인이 도망한 경우에는 그러하지 아니하다.' 라고 규정하고 있고, 동법 제207조는 '구류의 청구를 받은 재판관은 그 처분에 관하여 재판소 또는 재판장과 동일한 권한이 있다'라고 규정하고 있으므로 수소재판소의 피고인 구류에 관한 권한은 성질에 반하지 아니하는 한 피의자의 구류에 관하여도 준용된다고 함이 통설이고 실무이다. ; 법원행정처, 「새로운 인신구속제도 연구」, 1996.11.28, 608-617면 참조.

168) 서범정, "일본의 인신구속제도에 관한 고찰", 「각국의 구속제도에 관한 연구」, 법무연수원, 1998, 133면.

169) 高田卓爾, 「刑事訴訟法」, 青林書院, 1984, 210면.

170) 田宮 裕, 「刑事訴訟法Ⅰ」, 有斐閣, 1985. 32면.

다. 拘留裁判의 不服 (準抗告)

구류청구의 각하재판에 불복이 있으면 檢察官은 준항고를 제기할 수 있고(법 제429조 제1항 제2호) 관할은 원재판이 간이재판소에서 이루어진 때에는 관할 지방재판소가 관할하며, 기타의 재판관에 의하여 이루어진 때에는 그 재판관이 소속하는 재판소에서 관할하는데 모두 合議部이어야 한다(법 제429조 제1항 제3호).

준항고재판소는 검찰관의 준항고가 부적법하거나 이유 없을 때에는 결정으로 기각하고(법 제432조, 제426조 제1항), 이유 있을 때에는 구류청구를 각하한 원재판을 취소하고 구류장을 발부한다(법 제432조, 426조 제2항).

또한 구류청구 각하에 수반하는 석방명령에 대해 검찰관이 그 집행정지를 구할 수 있는가에 대하여 다툼이 있지만, 실무상으로는 형사소송법 제432조의 준용에 의한 제424조에 의해 준항고재판소(또는 원재판관)에 집행정지의 직권발동을 구함으로써 피의자의 신병을 계속 구류한 채 준항고 판단을 기다리는 방식으로 운용하고 있다.[171]

被疑者 역시 구류를 인용한 재판에 대하여 불복이 있으면 준항고를 제기할 수 있는데 '범죄혐의 없음'을 이유로 준항고를 제기할 수 있는가에 대하여는 법 제420조 제3항에서 "구류에 대하여는 … 범죄혐의 없음을 이유로 항고할 수 없다."라고 규정하고 있어 다툼이 있으나, 실무에서는 범죄혐의 없음을 이유로 하는 준항고는 부적법하지만 준항고심이 구류의 이유와 필요를 판단함에 있어 통상 범죄혐의 유무는 그 전제로서 불가피한 것이므로 직권으로 이를 판단하고 있다. 또한 준항고는 拘留의 裁判에만 認定되고 체포에 관한 재판에는 준항고 할 수 없다는 것이 통설이고 판례의 태도이다.[172] 그리고 판례는 구류의 재판이 있는 후 피의자가 기소된 때에는 준항고의 실익이 없다.[173]

---

171) "구류청구 각하의 재판집행은 준항고의 재판이 있을 때까지 이를 정지한다."는 결정을 하고 있다고 한다(석창목, "일본의 인신구속절차에 관한 연구", 「외국사법연수논집(12)」, 법원행정처, 1994.12.30, 727면.)

172) 日本最高裁判所 決定, 昭和 57.8.27. 형집 36.6, 726.

173) 日本最高裁判所 決定, 昭和 59.11.20, 형집 38.11, 2984.

3. 拘留理由開示制度

구류이유개시제도란 不當한 拘禁을 防止하기 위하여 公開法廷에서 拘留理由를 開示하는 제도이다. 일본 헌법 제34조는 "누구든지 정당한 이유가 없으면 구금되지 아니하고 요구가 있으면 그 이유는 즉시 본인 및 변호인이 출석한 공개의 법정에서 개시되지 않으면 안 된다."라고 규정하고 있는데 이에 근거하여 일본 형사소송법 제82조 제1항은 "구류되어 있는 피고인은 법원에 구류이유의 개시를 청구할 수 있다."라고 규정하여 구류이유개시제도를 채택하고 있다. 이는 구금의 이유를 공개법정에서 명백히 하여 불법구금으로부터 피구금자를 구제하기 위한 인권보장제도로 이해되고 있다.[174]

구류이유개시는 구류되어 있는 피고인 내지 피의자와 그의 변호인, 법정대리인, 보좌인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 기타 이해관계인의 청구에 의하여 행하여진다(동법 제82조 제1항, 제2항). 구류이유의 개시는 공개의 법정에서 하여야 하나(동법 제83조 제1항) 반드시 공판기일에서 행할 것을 요하지는 않고 따로 구류이유개시 기일을 지정하여 행할 수도 있다(동 규칙 제82조, 제83조).

개시기일의 법정에서 재판장은 구류의 이유를 고지하여야 하며 그 개시정도는 피의자 또는 피고인이 죄를 범하였음을 의심하기에 충분한 상당한 이유가 있다는 것과 주거부정, 죄증인멸 내지 도주우려 등(동법 제60조 제1항 각호의 사유)이 있음을 구체적으로 알리면 족하다.[175]

이러한 제도는 영미의 habeas corpus와 같이 부당한 구금으로부터의 司法的 救濟를 위한 제도이지만 habeas corpus와는 성질을 달리하는 日本의 固有한 制度라고 할 수 있다. 즉 구류이유개시제도는 구금의 이유를 공개법정에서 개시할 것을 요구함에 그치고 이에 의하여 間接的으로 不法拘禁을 防止하고자 하는 제도인 점에서 불법구금 된 자의 석방을 명하는 제도인 habeas

---

174) 高田卓爾, 앞의 책, 249면.

175) 구류이유 및 필요성 전부에 대하여 그 사유를 구체적으로 알리는 외에 그 존재를 증명하는 증거를 제시할 필요가 있다는 견해도 있으나, 특히 피의자 수사단계에서 구체적인 증거내용의 개시는 수사의 密行性을 위하여 피하여야 할 것이며, 특히 증거인멸의 우려가 있음을 이유로 구류를 인정하고 있는 것이므로 피의자 및 관계인의 앞에서 증거의 내용을 밝히는 것은 불합리하다는 지적이 있다(전용득, 앞의 책, 181면.) ; 석창목, 앞의 논문, 736면.

corpus와 구별된다고 한다.[176] 따라서 우리나라의 逮捕·拘束適否審査制度와는 다른 일본 고유의 피의자·피고인에 대한 인권보장제도라고 할 수 있다.

4. 拘留의 取消 및 執行停止

拘留의 取消란 구류의 이유 또는 구류의 필요가 없게 된 때에 검찰관, 피고인, 변호인, 법정대리인, 보좌인, 배우자, 직계친족, 형제자매의 請求에 의하거나 職權으로 裁判所의 決定에 의하여 구류를 取消하는 제도이다(동법 제87조 제1항). 이 제도는 피고인을 조기에 석방하기 위한 제도이지만 피의자의 구류에도 준용된다(동법 제207조 제1항). 이 경우에는 구류이유개시의 청구와는 달리 이해관계인의 청구권은 없고 檢事를 請求權者로 한 것은 사실관계를 알고 있을 뿐만 아니라 피의자의 정당한 이익을 수호할 객관의무가 있다는 점을 근거로 한다.[177] 그리고 검사는 법원의 취소재판을 기다리지 않고 언제라도 스스로의 판단으로 피의자를 석방할 수도 있다(동법 제208조의2). 이는 우리나라의 구속취소와 유사한 피의자·피고인에 대한 인권보장제도라고 볼 수 있다.

拘留의 執行停止란 구류의 집행을 一時的으로 停止하여 피고인 또는 피의자의 구속을 해제하는 제도이다. 구류의 집행정지는 法院의 職權으로만 할 수 있다. 즉 재판소는 적당하다고 인정될 때에는 피의자를 친족, 보호단체, 기타의 자에게 위탁하거나 주거를 제한하여 구류의 집행을 정지할 수 있다(동법 제95조).

실무상으로는 질병의 치료를 위한 입원(단, 일본 감옥법 제43조에 정한 병원이송의 조치에 의한 대응이 곤란한 경우), 양친이나 배우자의 중병·사망,[178] 가정의 중대한 재해, 입학시험 등의 경우가 이에 해당한다고 한다.[179]

---

176) 이재상, 앞의 책, 267면.

177) 곽병선, “피의자 구속에 관한 연구”, 원광대학교 박사학위 논문, 1991, 97면

178) 東京地方法院 判決, 昭和, 39.9.29.

179) 東京地方法院 決定, 昭和, 42.2.21. 에서는 구의회의원 입후보의 선거준비를 위한 정지를 인정하고 있고, 名古屋地方法院 決定, 昭和, 40.9.28. 에서는 폭력단체의 해단식 참석을 위한 정지를 인정하지 않고 있다.

이러한 제도는 우리나라의 구속집행정지제도와 유사한 피의자·피고인의 인권보장제도라고 볼 수 있다.

5. 人權保障制度의 特徵

일본의 인신구속제도는 逮捕와 拘留로 나누어지는데 逮捕前置主義를 도입하고 있다는 것이다. 피의자를 구속하기 위해서는 반드시 체포가 선행되어야 한다. 또한 체포된 피의자를 법관 앞에 인치하여 법관으로 하여금 피의자를 필요적으로 심문하도록 하는 拘留質問을 실시하고 있다. 이는 구속의 초기단계부터 엄격한 사법적 통제를 가하여 피의자의 인권보장을 도모하기 위함이라고 본다.

그리고 피의자가 구속된 경우에는 그 이후 신병처리에 관한 사항을 수사기관이 주도하여 결정하게 되고 법원은 구속기간의 연장에 관여하는 정도의 영향력을 발휘할 뿐이고 강력한 통제를 가할 수 없다. 그러나 수사기관의 拘束期間이 20일로 短期間에 制限되어 있고 義務的 保釋이 인정될 뿐만 아니라 拘留理由開示, 拘留의 取消와 執行停止制度 등으로 수사기관의 부당하고 장기적인 구속을 방지하여 피의자의 인권보장을 도모하고 있다.

第4章　現行法上 被疑者의 人權保障制度

Ⅰ. 序說

피의자의 인권보장을 위한 강제처분의 제한은 헌법상의 요청이다. 헌법은 强制處分法定主義(제12조 제1항), 拷問의 금지와 自己負罪强要의 禁止(동조 제2항), 수사기관의 강제처분에 대한 令狀主義原則(동조 제3항), 無罪推定의 原則(제27조 제4항) 등을 선언하고 있다.

이러한 헌법의 정신에 따라 형사소송법은 강제처분법정주의 및 임의수사의 원칙을 수사의 기본원칙으로 규정(제199조 제1항)하면서 구속사유를 엄격히 제한하는 등 不拘束搜査의 原則(제198조 제1항)을 선언하고 있다.

그러나 우리나라의 현실은 입법의 미비 내지 과오라기보다는 잘못된 인식과 제도의 운용으로 인하여 오히려 구속수사가 원칙적인 것처럼 운영되어 온 점이 없지 않았다. 형사소송법에는 분명히 주거부정, 증거인멸 또는 도망의 염려가 있는 경우에만 구속을 할 수 있도록 규정되어 있으나 이러한 본래의 구속사유가 아닌 사유, 즉 搜査의 便宜性(피의자신문 및 자백획득의 필요성), 범죄에 대한 응징, 被害辨償의 수단 또는 一般豫防의 일환으로 구속이 이용되어 왔던 것이 우리의 현실이었으며 이러한 현실이 법조계 및 사회일반인으로부터 묵시적으로 용인되어 왔다고 할 수 있다.

따라서 이 장에서는 이러한 인신구속제도의 폐해를 방지하고 무엇보다 불필요한 구속을 억제하여 檢察搜査에 있어서 피의자의 인권을 보장하기 위한 방안을 모색하고자 먼저 現行法上의 被疑者에 대한 人權保障制度로는 어떠한 것들이 있으며 이러한 인권보장제도는 언제, 어떻게 운용하여야 할 것인지를 살펴보기 위하여 피의자의 체포·구속 전 인권보장제도와 피의자의 체포·구속 후 인권보장제도로 나누어 고찰해 보고자 한다.

Ⅱ. 被疑者의 逮捕·拘束 前 人權保障制度

1. 拷問의 禁止

憲法은 고문의 絶對的 禁止를 宣言하고(헌법 제12조 제2항) 刑法 등은 고문을 범죄로 규정하여 刑事處罰을 하고 있으며(형법 제125조, 특정범죄의 가중처벌 등에 관한 법률 제4조의2), 헌법과 刑事訴訟法은 拷問에 의한 自白의 證據能力을 절대적으로 否定하고 있다(헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제309조).

그럼에도 불구하고 박종철 고문치사 사건 및 살인용의자 조모씨 고문치사 사건[180] 그리고 2006년에 발생한 제이유그룹 로비의혹사건 수사과정에서[181] 보는 바와 같이 범죄수사의 실제에 있어서는 아직까지도 고문 내지 가혹행위가 근절되지 아니하고 발생하고 있는 이유는 自白의 證據價値와 搜査의 密行性에서 그 원인의 일부를 찾을 수 있을 것으로 본다. 수사단계에서 피의자가 자백한 경우와 자백하지 아니하고 범행을 부인하는 경우 사이에는 수사의 목적달성이라는 측면에서 현저한 차이가 있다. 피의자가 자백하지 아니하면 피의자의 구속, 증거의 수집 등 수사의 진전이 거의 불가능한 경우가 적지 않다. 예컨대 간통죄, 뇌물죄, 마약밀매, 간첩행위 등과 같이 수사가 밀행적으로 행하여지는 범죄인 경우에는 피의자가 범행을 부인하면 수사의 진전이 거의 불가능하게 된다.[182] 이와 같은 범죄행위에 대한 수사단계에서의 자백의 필요성은 자백강요를 목적으로 한 고문 등의 원인이 되는 경우가 있어 왔다.

수사기관의 被疑者訊問은 非公開적으로 실시되므로 검찰수사관이 피의자에게 고문을 가한 사실을 피고인이 공판정에서 입증한다는 것은 극히 어려우며 이에 따라 고문에 의해 이루어진 강요된 자백도 유죄의 증거로 사용될 여지

---

180) 2002.10.27.자 인터넷한겨레신문을 보면 검찰에서 살인용의자 조모씨를 조사하는 과정에서 무릎을 꿀린 적이 있고 병원으로 후송된 뒤 검안과정에서 팔꿈치와 무릎 그리고 등에 생채기가 발견된 것으로 보아 수사과정에서 고문 등으로 사망했다는 것임

181) 2007.2.15.자 한겨레21의 기사내용을 보면 검찰청 검사실에서 피의자에게 사실이 아닌 내용을 법정에 가서 증언하라고 피의자에게 강요한 사실이 입증자료(녹음테이프)와 함께 공개되었다는 것이다.

182) 오병주, "인권법제정을 계기로 살펴 본 주요 쟁점사항의 검토", 「법조」 제49권(통권 제531호), 2000.12.1, 60면 이하 참조.

가 있게 된다. 고문금지를 선언한 헌법규정이나 고문을 범죄로 명시한 형법 등의 규정만으로는 고문억지가 완벽하게 확보될 수 없을 것이다.

따라서 검찰수사에 있어서 피의자신문시 변호인의 참여 및 증거능력의 제한 등 제도적인 보완뿐만 아니라 범죄수사단계에서부터 검찰수사관 등 수사기관이 피의자 또는 참고인에게 폭언·폭행 및 고문을 가하지 못하도록 단독조사와 밀실수사[183]를 금지하고 수사담당자를 상대로 하는 주기적인 교양과 훈련 및 과학적인 수사기법의 개발 등이 더욱 절실히 요청된다고 하겠다.

2. 任意同行

가. 意義

임의동행이란 수사기관이 被疑者의 同意를 얻어 피의자와 수사기관까지 함께 가는 것을 말한다. 임의동행에는 형사소송법 제199조 제1항에 의한 任意搜査로서의 임의동행과 경찰관직무집행법에 의한 職務質問을 위한 임의동행으로 구분할 수 있다.[184] 형사소송법에 의한 임의동행은 피의자신문을 위한 보조수단으로 임의수사로서의 성질을 가지며 이를 수사수단으로서의 임의동행이라고 한다. 이에 반하여 경찰관직무집행법 제3조에 의한 임의동행은 범죄예방과 진압을 위한 행정처분이다. 그러나 임의동행으로 인하여 구속으로 발전하거나 또는 수사가 계속된 경우의 임의동행의 성질에 관하여는 견해가 대립하고 있다. 불심검문에 의한 임의동행은 수사의 단서에 불과하고 이에 의하여 범죄의 혐의가 밝혀질 때에 비로소 수사가 개시된다는 견해도 있다.[185] 그러나 불심검문과 임의수사를 구별하는 기준이 명백하지 않으므로 형사소송법의 강제수사를 경찰관직무집행법상의 처분을 통하여 도피하는 것을 방지하기 위하여 행정목적에서 사법목적으로 이행된 때에는 이를 하나로 관찰하여 형사소송법상의 제한규정에 따르게 하는 것이 타당하다고 본다. 따라서 경찰관의 불심검문을 이용하여 피의자를 구속한 때에는 임의동행 당시부

183) 密室搜査란 특별조사실과 같은 공개되지 않는 장소에서 수사를 진행하는 경우를 말한다.

184) 이재상, 앞의 책, 213면 ; 신동운, 앞의 책, 167면.

185) 차용석, 앞의 책, 107면 ; 백형구, “임의수사의 본질과 한계”, 「고시계」, 1982.11, 118면.

터 강제처분이 있다고 보고 구속에 이르지 않은 때에도 이를 형사소송법상의 임의동행과 같이 취급하는 것이 옳다고 할 것이다.[186]

나. 適法性

임의동행은 강제수사의 일종으로 법적 근거가 없는 한 허용되지 않는다고 해석하는 견해도 있다.[187] 그러나 임의동행은 被疑者의 承諾을 전제로 한 任意搜査이며 형사소송법은 피의자에 대한 출석요구 방법을 제한하지 않고 있으므로 사회통념상 신체의 속박이나 심리적 압박에 의한 자유의 구속이 있었다고 할 수 없는 객관적 상황이 있는 때에는 허용된다고 해야 한다.[188] 그러나 임의동행이라고 할지라도 그 과정에서 강제력이나 심리적 압박이 개입되어 강제연행이 된 때에는 임의동행의 한계를 벗어나게 된다. 임의동행에 있어서 임의성의 요건은 엄격히 해석하여야 하므로 임의동행을 위한 실력행사는 허용될 수 없다고 해야 한다.[189]

다. 强制連行과 拘束

임의동행의 형식을 취한 경우에도 강제의 실질을 갖춘 때에는 임의수사로 인정될 수 없는 강제수사, 즉 체포 또는 구속에 해당한다. 임의동행의 형식으로 피의자를 연행한 경우에 이미 체포영장이 발부된 때에는 물론, 긴급체포의 사유가 있는 때에는 임의동행으로 인하여 수사로 이행된 때에 체포되었다고 해석해야 한다. 이 경우에 적법하게 체포 또는 구속되었다고 하기 위하여 체포 당시에 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주는 등 적법한 절차가 준수되어야 하는 것은 물론이다.[190] 체포 또는 구속영장이 발부되지 않고 긴급체

---

186) 이재상, 앞의 책, 214면 ; 대법원, 2006.7.6 선고, 2005도6810 판결 ; 「행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 경찰관직무집행법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우에는 형사소송법이 적용되어야 한다.」고 판시하였다.

187) 신동운, 앞의 책, 166면.

188) 이재상, 앞의 책, 214면 ; 강구진, 앞의 책, 185면 ; 백형구, 앞의 책, 414면 ; 차용석, 앞의 책, 106면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 214면 ; 신양균, 앞의 책, 125면 ; 김기두, '임의수사와 인권보장', 「고시연구」, 1983.4, 27면.

189) 이재상, 앞의 책, 214면.

포 사유가 없음에도 불구하고 수사기관이 强制力을 行使하거나 心理的 壓迫을 행사하여 連行한 때에는 형법상의 불법체포·감금죄가 성립하게 된다.[191]

따라서 임의동행은 수사의 편의를 위하여 실무상 사용되고 있지만 강제수사와의 구별이 곤란하고 영장주의를 탈법적으로 악용할 우려가 있으므로 이를 지양하고 自進出席에 의한 수사 내지는 逮捕令狀에 의한 搜査가 이루어져야 할 것이다.

3. 陳述拒否權

가. 意義

진술거부권이란 피의자 또는 피고인이 수사절차나 공판절차에서 搜査機關 또는 法院의 質問에 대하여 일체의 陳述 및 개개의 진술을 拒否할 수 있는 權利로서(제244조의3, 제283조의2) 영미의 자기부죄거부의 특권(Privilege against self-incrimination)에서 유래하는 권리라고 한다.[192]

자기부죄거부의 특권은 17세기 말 영국의 사법절차에 기원을 두고 미국 헌법 수정 제5조가 '누구든지 형사사건에 있어서 자기의 증인이 되는 것을 강요받지 아니한다.'(No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself)라고 규정한 데서 유래하는 것이다. 그러나 자기부죄거부의 특권에는 피의자의 진술거부권 이외에 증인의 증언거부권이 포함되어 있다. 피고인이나 피의자가 가지는 이러한 권리를 진술거부권 또는 黙秘權이라고 한다.[193]

진술거부권은 피의자 또는 피고인의 인권을 보장하고 당사자주의의 전제인 武器平等의 原則을 실질적으로 실현하기 위하여 인정된 것이다. 피고인에게 진실을 진술할 의무가 있다고 할 때에는 검사에게 공격의 무기를 제공하게 되어 무기평등의 원칙은 실현될 수 없기 때문이다. 피의자도 당사자는 아니

190) 대법원, 1994.3.110선고 1993도958 ; 1994.10.25.선고 1994도2283 ; 1995.5.9.선고 1994도3016 판결.

191) 이재상, 앞의 책, 215면.

192) 신동운, 앞의 책, 778면.

193) 이재상, 앞의 책, 112면.

지만 장차 당사자가 될 소송의 주체라는 점에서 피의자에 대하여도 진술거부권을 인정하고 있다. 이러한 의미에서 진술거부권은 강제된 자백에 대한 문명적 보장책이며 당사자가 제공해야 할 진실을 제한하는 실정법적 기준이 된다고 할 수 있다.[194] 헌법은 제12조 제2항에서 '모든 국민은 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.'라고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본적 인권으로 보장하고 있으며 이에 따라 형사소송법 제244조의3 제1항은 被疑者의 진술거부권의 구체적 고지의무를 규정하고, 被告人에 대한 진술거부권의 고지는 동법 제283조의2에서 규정하고 있다.[195]

나. 自白의 任意性

진술거부권과 자백배제법칙과의 관계에 관하여 진술거부권과 자백의 임의성법칙은 엄격히 구별해야 하는 별개의 법칙이라는 견해도 있다.[196] 이는 ① 진술거부권이 17세기에 확립되었음에 반하여 자백의 임의성법칙은 18세기에 보통법에 의하여 확립된 것으로 歷史的 沿革을 달리하고, ② 진술거부권은 진술의 내용을 문제삼지 않는 증거법칙임에 대하여 자백의 임의성법칙은 虛僞排除를 존재이유로 하는 진실발견을 위한 증거법칙이므로 원리를 달리하고, ③ 진술거부권이 진술의무를 과하여 진술을 강요하는 것을 금하는 것임에 대하여 자백의 임의성법칙은 폭행·협박·기망 등의 사실상의 불법행위에 의한 자백강요를 금하는 것이므로 實體的 效果가 다르며, ④ 진술거부권은 공판정에 출석한 피고인을 대상으로 하는 것이나 자백의 임의성법칙은 여기

194) LaFave/Israel, *Criminal procedure*, West Publishing Co., 1985, p.1136.

195) 형사소송법 제244조의3 제1항은 피의자에 대하여 「검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각 호의 사항을 알려주어야 한다. 제1호 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있다는 것, 제2호 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것, 제3호 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것, 제4호 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것」이라고 규정하고, 동법 제283조의2 제1항은 「피고인은 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다.」 제2항은 「재판장은 피고인에게 제1항과 같이 진술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다.」라고 규정하여 피의자·피고인의 진술거부권 및 수사기관 또는 재판장의 진술거부권 고지의무도 함께 규정하고 있다고 본다.

196) 백형구, 앞의 책, 95면 ; 신동운, 앞의 책, 781면 ; 김희옥, "진술거부권을 논함", 「월간고시」 1984.11. 40면 ; 신양균, 앞의 책, 535면.

에 제한되지 않는다는 점을 이유로 한다.[197]

그러나 진술거부권과 자백의 임의성법칙(Voluntariness Test)이 역사적 연혁을 달리하는 것은 부정할 수 없지만[198] 1960년대 이후 미국에서의 자백배제법칙의 전개는 임의성 없는 자백을 배척하는 근거가 허위배제에 있는 것이 아니라 적정절차를 위반하였다는 점에 있고, 따라서 임의성 없는 자백은 자백획득과정이 적정절차에 위반하였다는 이유로 배척되는 것으로 파악하게 되었다.[199] 특히 1964년의 Escobedo 사건에서 변호인의 도움을 받을 권리를 침해하여 얻은 자백의 증거능력을 부정하고,[200] 1966년 Miranda 사건이 수사기관에서 진술거부권을 고지하지 않고 획득한 자백을 배척함에 따라[201] 搜査에는 自白排除法則이 적용되고 公判에는 陳述拒否權이 적용된다는 도식관계는 근거를 잃게 되었고 진술거부권이 금하는 강요의 의미도 사실상의 강요를 포함하는 것으로 변화하지 않을 수 없게 되었다.[202] 자백배제법칙의 증거금지화 및 허위배제설로부터 違法排除說로의 발전에 의하여 양자는 共通의 原理에 의하여 一體化되고 있다.[203]

다. 陳述拒否權의 主體

헌법 제12조 제2항은 모든 國民에게 진술거부권을 보장하고 있으므로 진술거부권의 주체에는 제한이 없다. 피의자뿐만 아니라 피고인도 진술거부권을 가진다. 의사무능력자인 피의자의 代理人(제26조)도 진술거부권의 주체가 된다. 피의자인 法人의 대표자도 그의 진술이 피의자의 법인에 대한 증거가 된다는 점에서 진술거부권을 가진다고 해야 한다. 또한 진술거부권은 外國人에게도 적용된다.[204]

---

197) 이재상, 앞의 책, 113면.

198) LaFave-Israel, op.cit., p.264, p.883 ; Edward W. Clwary, *McCormick on Evidence*, 5th ed., West publishing co., 1999, p.279, p.372 ; 이재상, 앞의 책, 113면.

199) LaFave-Israel, op.cit., p.265 ; 이재상, 앞의 책, 113면.

200) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964).

201) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966).

202) 강구진, 앞의 책, 234면.

203) 이재상, 앞의 책, 114면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 101면.

라. 陳述拒否權의 範圍

(1) 陳述强要의 禁止

진술거부권은 刑罰 또는 기타의 制裁에 의한 진술강요의 금지를 본질적 내용으로 한다. 따라서 피의자는 수사기관이나 법원의 신문에 대하여도 진술할 의무가 없다. 즉 각개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있고 시종일관 침묵할 수도 있다.

강요당하지 않는 것은 陳述에 한하므로 指紋과 足形의 채취, 身體의 측정, 寫眞撮影이나 身體檢査에 대하여는 진술거부권이 미치지 않는다. 그러나 진술인 이상 口頭의 진술에 한하지 아니하고 이에 갈음하는 書面에 대하여도 진술거부권이 적용된다. 따라서 피의자는 검찰수사관 등 수사기관의 陳述書 提出要求를 拒否할 수 있다고 본다.

문제는 거짓말탐지기(polygraph)에 의한 檢査와 痲醉分析이 진술거부권의 침해가 될 수 있는가에 있다. 거짓말탐지기에 의한 검사에 대하여는 신체의 生理的 변화를 검증하는 것이지 진술증거는 아니므로 진술거부권이 적용되지 않는다는 견해[205]도 있으나 생리적 변화가 독립하여 증거로 되는 것이 아니고 진술과의 대응관계에서 비로소 의미를 가지는 것이므로 진술거부권의 범위에 속한다고 해석함이 타당하다.[206] 痲醉分析은 직접 진술을 얻어 내는 것이므로 진술거부권을 침해하는 것이라는 점에 대하여는 異論이 없다.[207]

(2) 陳述의 範圍

헌법은 형사상 자기에게 불리한 진술의 강요를 금지하고 있다. 여기서 불리한 진술이란 刑事責任에 관한 것이며 민사책임은 포함되지 않지만 형사책임에 관한 한 범죄사실 또는 간접사실 뿐만 아니라 犯罪事實 발견의 端緖가 되는 사실도 포함한다고 해석된다. 그러나 형사소송법 제244조의3 및 제283조의2는 단순히 피의자·피고인은 개개 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있

204) 이재상, 앞의 책, 114면 ; 신동운, 앞의 책, 782면.

205) 서일교, 앞의 책, 252면.

206) 김희옥, 앞의 논문, 42면.

207) 강구진, 앞의 책 235면 ; 서일교, 앞의 책, 252면.

음을 규정하고 있으며 진술의 내용을 불이익한 진술에 제한하지 않고 있다. 따라서 형사소송법에 의하여 피의자 또는 피고인에게 인정되는 진술거부권의 진술 내용은 이익·불이익을 불문하고 있으므로 이러한 의미에서 형사소송법은 헌법상의 진술거부권의 범위를 확장하고 있다고 할 수 있다.[208] 증인의 증언거부권이 자기에게 불이익한 증언에 제한되어 있는 것과 구별된다.

(3) 人定訊問

진술거부권이 인정되는 진술의 범위에 관하여 특히 인정신문에 대하여도 陳述을 拒否할 수 있는가에 대하여 문제가 있었다. ① 성명·연령·직업·주거·본적 등에 대한 인정신문은 피의자나 피고인에게 불이익한 진술이 아니고 진술거부권의 고지는 인정신문이 끝난 후에 행하는 것이라는 이유로 진술거부권이 적용되지 않는다는 消極說[209]과 ② 진술거부권의 범위에는 제한이 없으므로 인정신문에 대하여도 진술을 거부할 수 있다는 積極說[210] 및 ③ 성명이나 직업 등의 진술에 의하여 범인임이 확인되거나 증거수집의 계기를 만들어주는 경우에는 진술거부권이 인정된다는 折衷說[211]이 대립되고 있었다. 日本의 판례는 소극설의 입장에서 성명을 묵비한 변호인선임계의 효력을 부인한 바 있다.[212]

생각건대 피고인이 거부할 수 있는 진술은 이익·불이익을 불문하고, 진술이 불이익한가를 판단할 객관적 기준이 없으며 이를 피고인의 주관에 의하여 판단할 때에는 절충설은 사실상 적극설과 같은 결과를 초래하며, 인정신문을 위한 진술의 강요를 허용하는 것은 진술거부권을 인정한 취지에 반할 뿐만 아니라, 진술거부권과 진술거부권의 고지가 동의어는 아니라는 점에서 볼 때 인정신문에 대하여도 진술거부권을 인정하는 적극설이 타당하다.[213] 이러한 견해에 따라 현행 형사소송법은 인정신문 전에 진술거부권을 고지하도록 규

---

208) 강구진, 앞의 책, 233면 ; 김기두, 앞의 책, 206면 ; 백형구, 앞의 책, 97면 ; 신동운, 앞의 책, 783면 ; 김희옥, 앞의 논문, 42면.

209) 서일교, 앞의 책, 254면.

210) 이재상, 앞의 책, 116면 ; 백형구, 앞의 책, 97면 ; 김희옥, 앞의 논문, 43면.

211) 김기두, 앞의 책, 60면 ; 정영석, 앞의 논문, 42면.

212) 日最判 1957.2.20 (刑集 11-2, 802).

213) 이재상, 앞의 책, 116면.

정하고 있어 인정신문에 대하여도 진술을 거부할 수 있다고 할 것이다.[214]

마. 陳述拒否權의 告知

(1) 告知의 方法

진술거부권을 알지 못하면 진술거부권의 행사를 실질적으로 보장할 수 없게 되므로 진술거부권의 고지는 진술거부권의 전제가 된다고 할 것이다. 진술거부권의 고지는 피의자나 피고인에게 진술거부권이 있음을 이해할 수 있도록 明示的으로 告知할 것을 요한다. 동일한 수사기관의 일련의 수사과정에서는 신문시마다 이를 고지할 것을 요하지 않는다. 그러나 신문이 상당한 기간 동안 중단되었다가 다시 개시되거나 조사자가 경질된 때에는 다시 고지하여야 한다.[215]

(2) 不告知의 效果

진술거부권을 고지하지 아니한 경우에 진술거부권에 대한 침해가 된다는 점에는 이론이 없다. 피의자에 대한 진술거부권의 고지는 피의자를 심리적 압박감에서 해방되게 하여 진술의 자유 내지 임의성을 확보한다는 의미를 가지게 된다. 여기서 진술거부권의 불고지와 진술의 임의성의 관계가 문제된다. 이에 관하여 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 위법수집증거의 배제법칙에 의하여 자백의 증거능력을 부정해야 한다는 견해[216]와 진술거부권을 고지하지 않고 얻은 자백은 그 임의성에 의심있는 경우에 해당하여 증거능력을 부정해야 한다는 견해[217]가 대립하고 있다.

---

214) 형사소송법은 수사단계에서의 피의자에 대한 진술거부권과 공판단계에서의 피고인에 대한 진술거부권의 고지내용을 각각 달리 규정하고 있는데, 제244조의3 제1항에서는 「검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각호의 사항을 알려주어야 한다. 1. 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 아니 할 수 있다는 것, 2. 진술하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것, 3. 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것, 4. 신문을 받을 때에는 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것」이라고 규정하고, 제283조의2 제1항에서는 「피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다」라고, 제2항은「재판장은 피고인에게 제1항과 같이 진술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다.」라고 규정하고 있다. 그리고 제284조에서 '인정신문'을 규정하고 있으므로 인정신문 이전에 진술거부권을 행사할 수 있도록 고지하여야 한다고 본다.

215) 이재상, 앞의 책, 116면 ; 신동운, 앞의 책, 785면.

216) 백형구, 앞의 책, 99면.

判例는 위법하게 수집된 증거라는 이유로 증거능력을 부정하고 있다.[218]

생각건대 진술거부권의 고지라는 형식적 기준에 의하여 진술의 임의성이 영향을 받는다고 할 수는 없지만 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 진술의 자유를 보장하기 위한 전제가 충족되지 않았고, 자백배제법칙의 이론적 근거가 위법배제에 있다고 해석할 때에 진술거부권의 고지를 요구하는 규정에 위반한 때에는 任意性에 疑心 있는 境遇에 해당하여 自白의 證據能力을 否定해야 한다고 해석하는 견해가 타당하다.[219]

바. 抛棄

진술거부권의 포기를 인정할 것인가에 대하여도 견해가 일치하지 않는다. 피의자가 진술거부권을 포기하고 피의사건에 관하여 진술을 할 수 있음은 당연하다는 견해[220]도 있다. 피의자나 피고인이 진술거부권을 행사하지 않고 진술할 수 있음은 물론 당연하다. 그러나 이를 진술거부권의 포기라고 할 수는 없다. 일단 진술을 시작한 경우에도 피의자는 개개의 질문에 대하여 언제든지 진술을 거부할 수 있기 때문이다. 이러한 의미에서 형사소송법상으로는 진술거부권의 포기가 인정되지 않는다는 견해가 타당하다.[221]

사. 效果

(1) 證據能力의 排除

진술거부권에 의하여 피의자의 진술을 강요할 수 없으므로 진술거부권을 행사하였다는 이유로 형벌 기타 제재를 과할 수 없고 진술거부권을 침해한

---

217) 서일교, 앞의 책, 254면 ; 김희옥, 앞의 논문, 45면.

218) 대법원, 1992.6.23.선고 1992도682 ;「형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부정되어야 한다.」

219) 이재상, 앞의 책, 117면 ; 백형구, 앞의 책, 100면.

220) 백형구, 앞의 책 98면 ; 김희옥, 앞의 논문, 43면.

221) 정영석, 앞의 논문, 45면 ; 이재상, 앞의 책, 117면.

강요에 의하여 받은 자백은 임의성이 없으므로 증거능력이 부정된다.

검찰수사관 등 수사기관이 피의자를 신문하면서 진술거부권을 고지하지 않은 경우에 그 피의자신문에 의한 자백은 증거능력이 없지만 공판절차에서 재판장이 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 자백의 증거능력을 부정할 수 없다는 견해[222]도 있으나 자백배제법칙이나 위법수집증거배제법칙은 수사기관의 신문에 대하여만 적용되는 법칙이 아니기 때문에 진술거부권에 대한 침해가 있는 이상 이 경우의 자백도 증거능력이 부정되어야 한다.[223]

(2) 不利益推定의 禁止

진술거부권의 행사를 피고인에게 불이익한 간접증거로 하거나 또는 이를 근거로 유죄의 추정을 하는 것은 허용되지 않는다. 진술거부권의 보장을 무의미하게 할 우려가 있기 때문이다. 이러한 의미에서 진술거부권의 행사는 自由心證主義에 대한 예외가 된다고 할 수 있다. 진술거부권을 행사하였다는 이유로 피의자를 구속할 수 없다는 견해[224]도 있다. 그러나 진술거부의 사실을 근거로 구속 또는 보석의 사유인 증거인멸의 염려가 있는가를 판단하는 것은 진술거부권의 효과와는 별개의 문제라고 한다.[225]

진술거부권의 행사를 양형에서 고려할 수 있는가에 대하여 消極說은 피의자의 진술의 자유를 보장하기 위하여 이를 양형에서 고려하는 것은 허용되지 않는다고 주장한다.[226] 그리고 범인의 개전이나 회오는 양형에서 고려해야 할 사정이며 자백에 의하여 개전의 정을 표시한 자와 진술거부권을 행사한 자를 같이 처벌하는 것은 합리적이라고 할 수 없으므로 양형에서의 고려는 허용된다는 적극설[227]이 판례의 태도[228]이다. 그러나 현행법에 보장된 진술거부권을

222) 백형구, 앞의 책, 99면.

223) 신동운, 앞의 책, 787면 ; 이재상, 앞의 책, 119면.

224) 신동운, 앞의 책, 788면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 106면.

225) 강구진, 앞의 책, 236면 ; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2006, 377면.

226) 신동운, 앞의 책, 789면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 107면.

227) 강구진, 앞의 책, 236면 ; 백형구, 앞의 책, 101면 ; 김희옥, 앞의 논문, 47면 ; 정영석, 앞의 논문, 45면 ; 이재상, 앞의 책, 119면.

228) 대법원, 2001.3.9. 2001도192 판결 ;「피고인의 진술거부권 행사가 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나

행사하였다고 하여 양형에서 고려한다는 것은 입법취지에 반하므로 피의자의 인권보장 견지에서 소극설이 타당하다고 생각된다.

4. 國選辯護人 選定權

憲法 제12조 제4항 단서는 국선변호제도의 대상을 被告人으로 限定하고 있다. 이에 따라 刑事訴訟法도 拘束前被疑者審問의 경우(제201조의2 제8항)와 逮捕·拘束適否審査의 경우(법 제214조의2 제10항)에 法院이 職權으로 국선변호인을 選定할 수 있을 뿐이고 피의자에게는 국선변호인 선임권을 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 우리 법규상 수사단계의 피의자는 국선변호를 청구할 수 없다고 보는 것이 일반적 견해이다.[229] 반면 미국이나 독일에서는 搜査段階에 있는 被疑者에 대하여도 國選辯護人의 選任이 가능하도록 규정되어 있다.[230]

피의자가 피의자신문단계에서 변호인의 법률적 조력을 받는 것은 재판단계 이상으로 중요하다고 본다. 유죄의 결정적 증거로 사용되는 자백진술의 대부분이 이 단계에서 이루어지기 때문이다. 그러나 經濟的 理由 등으로 私選 辯護人을 選任할 수 없어 피의자신문단계에서 변호인의 조력을 받는 피의자는 많지 않은 것이 현실이다. 따라서 社會國家的 基本理念을 實踐하고 피의자신문에 있어서 인권보장과 당사자대등주의를 실현하기 위해서는 被疑者에게도 國選辯護人制度를 擴大할 필요성이 인정된다.[231] 또한 일정한 범죄, 예컨대

법관을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작될 수 있다」.

229) 이은모, "수사절차에서의 변호권보장의 의미와 내용", 「법학논총」 제14집, 한양대학교 , 1997.10, 271면. 반면 미국헌법에서 the accused를 피고인만이 아니고 피의자·피고인을 포함하는 것으로 확대해석하는 것과 같이 우리나라 헌법 제12조 제4항 단서의 형사피고인도 피의자를 포함하는 것으로 넓게 해석하여 피의자에 대한 국선변호제도를 인정하지 않고 있는 형사소송법은 위헌으로 보아야 한다는 주장도 있다(문홍주, "변호인의 조력을 받을 권리", 「법제연구」 제2권 1호, 한국법제연구원, 1992, 122면 ; 차용석, 「형사소송법」 1997, 214면 참조).

230) 피의자의 국선변호인선임제도에 대한 미국, 독일의 입법례에 대해서는 이재상/박미숙, "수사절차상 피의자의 변호에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 1994, 114-122면 참조.

231) 강구진, 앞의 책, 143면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책 131면 ; 백형구, 앞의 책, 109면 ; 신양균, 앞의 책, 420면 ; 이은모, 앞의 논문, 272면 ; 이재상, 앞의 책, 138면 ; 이재상/박미숙, 앞의 책, 125면 ; 정영석/이형국, 앞의 책, 96면. 이상철/최석윤, "국선변호인제도에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 1994, 55면 ; 한편 국제인권규약 제14조 제3항과 국제연합의 피구금자보호준

필요적 변호사건에 해당하는 중요한 범죄의 수사에 있어서는 반드시 변호인과의 접견을 허용하고 피의자신문이 이루어지도록 하기 위해서 또는 피의자신문에 변호인의 참여가 법적으로 보장되어 있으므로 그 적용을 확대하기 위해서라도 피의자에 대한 국선변호제도의 확대가 필요한 실정이다.

피의자에 대한 국선변호인제도를 도입하더라도 현실적으로 어느 범위의 피의자까지 국선변호인제도를 인정할 것인지에 대해서는 견해가 대립한다. 사형·무기 등의 重大한 事件에 한정하자는 견해,[232] 拘束된 被疑者에게만 인정하자는 견해,[233] 피의자에게 형사소송법 제33조의 피고인에 대한 국선변호인 선정사유가 존재하거나 피의사건이 제282조의 必要的 辯護事件에 해당하는 경우에 인정하자는 견해,[234] 피의자가 구속된 사건 중 제33조 또는 282조에 해당하는 경우에 인정하자는 견해[235] 등이 있다. 그러나 사형·무기 등의 중대한 사건에만 한정하는 것은 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리를 지나치게 제한하는 결과가 된다. 또한 구속된 피의자에게 변호인의 조력이 절실하게 필요한 것은 사실이지만 구속되지 않은 피의자에게도 무기평등의 원칙을 실현하고 인권이 보장된 가운데 피의자신문을 받을 수 있도록 하기 위해서는 반드시 변호인의 도움이 필요하다고 해야 한다.

이런 점에서 피의자에 대한 국선변호인제도는 중대사건이나 피의자의 인신이 구속된 경우로 한정할 것은 아니라고 본다. 따라서 다수견해가 주장하는 바와 같이 피의자에게 형사소송법 제33조의 국선변호인 선정사유가 존재하거나 피의사건이 제282조의 필요적 변호사건에 해당할 정도로 중대한 경우에는 국선변호제도를 반드시 적용하는 것이 바람직하고,[236] 그 이외 一般事件의 경

칙의 원칙 제17조 제2항 등에서 피의자국선변호제도가 확인되고 있으므로 동 규약 및 그 의정서의 가입국이며 국제연합 가입국인 우리나라는 피의자국선변호제도를 채택해야 할 국제법적 의무를 지고 있다는 견해도 있다(정영일, "형사변호인제도의 개선방향", 「형사정책」 제7호, 1995. 247면).

232) 강구진, 앞의 책, 143면.

233) 백형구, 앞의 책, 127면.

234) 이은모, 앞의 논문, 272면 ; 이재상/박미숙, 앞의 책, 125면 ; 정영일, 앞의 논문, 247면.

235) "피의자 국선변호인제도 도입을 위한 형사소송법 개정건의", 「인권보고서」, 대한변호사협회, 2001, 388면.

236) 형사소송법 제282조 「제33조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건 및 같은 조 제2항·제3항의 규정에 따라 변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못한다. 단, 판결

우에는 被疑者의 申請에 따라 법률구조공단 소속 공익법무관을 활용하여 모든 피의사건으로[237] 확대 적용하는 방안이 적극적으로 검토되어야 한다. 아울러 현행 형사소송법은 제33조의 국선변호인 선정사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못한다고 규정하고(제282조) 있을 뿐이고 피의자의 국선변호인 선임권을 인정하지 않고 있으므로 조만간 입법적 개선이 이루어져야 할 것이다.

5. 辯護人 接見交通權

검찰수사관 등 수사기관을 상대로 자신의 결백을 주장하기 위하여 힘겨운 싸움을 벌려야 하는 피의자의 입장에서 가장 큰 도움은 역시 법률전문가인 변호인의 조력을 받는 것이라고 본다. 변호인은 피의자에게 진술거부권, 고문을 받지 않을 권리, 조서열람 및 증감·변경 청구권 등 형사소송법상의 권리를 알려 줄 뿐만 아니라 心理的 安定感을 안겨주고 구체적인 질문에 대한 답변 방법 등을 조언하며 違法搜査 여부 등도 監視하게 된다.[238] 또한 변호인의 조력은 곧 피의자의 防禦權을 補充하여 주고 피의자신문에 있어서 무기평등의 원칙을 실현하는 방법이기도 한다.

특히 체포·구속으로 인신이 속박된 피의자는 방어준비에 제약이 따르기 마련이고 심리적으로 매우 불안한 상황에 처하게 되며 수사기관의 강력한 추궁이 예상되기 때문에 변호인의 조력이 더욱 절실하게 필요한 입장이다.[239] 그러나 체포·구속기간 동안 피의자를 압박하여 자백을 받아 내려는 수사기관의 입장에서는 가급적 외부와의 접견교통이 차단된 상태에서 조속히 조사

만을 선고할 경우에는 예외로 한다.」

237) 2004.9.23.선고 2000헌마138 결정 ;「불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다.」

238) 이은모, 앞의 논문, 266면 ; 정영일, 앞의 논문, 241-242면 참조.

239) 헌법재판소, 1992.1.28.선고, 1991헌마111 결정 ;「헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것」이라고 판시하였다.

를 마무리하기를 원하게 된다. 게다가 체포된 피의자의 경우에는 48시간 이내에 석방 또는 구속영장청구를 결정해야 하는 시간적 제약이 따르기 때문에 변호인과의 접견교통으로 인한 조사지연을 꺼리게 된다. 이런 이유 때문에 수사기관은 피의자를 구금장소로부터 조사실로 계속 소환·신문함으로써 사실상 접견교통권을 침해하거나 수사방해 등을 이유로 접견을 지연 또는 불허하거나[240] 심지어 접견내용을 청취함으로써[241] 피의자와 변호인간의 접견교통권을 침해하려고 한다.

그런데 헌법은 누구든지 체포·구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다(제12조 제4항 전단). 형사소송법에도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 인신구속을 당한 피의자와의 접견교통권이 보장되어 있다(제34조). 이러한 접견교통권은 체포·구속된 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있도록 하는 刑事節次상 가장 重要한 權利일 뿐만 아니라, 辯護人의 固有權 가운데서 가장 중요한 권리에 속한다.[242] 물론 접견교통권도 기본권의 범위 내에서 법률로 제한될 수 있음은 당연하다. 그러나 현행법상 피의자와 변호인의 접견교통권은 이것을 제한하는 법률이 없기 때문에 아무런 제한 없이 보장되고 있다. 따라서 법원의 결정이나 수사기관의 처분에 의하여도 변호인의 접견교통권은 제한될 수 없다.[243]

그러므로 검찰수사관 등 수사기관은 피의자신문 전이나 신문 중이라도 변호인의 접견요청이 있을 경우에는 즉시 조사를 중단하고 먼저 접견을 허락하

---

240) 대법원 2007.1.31.선고 2006모657 결정 ;「변호인의 접견교통의 상대방인 신체구속을 당한 사람이 그 변호인을 자신의 범죄행위에 공범으로 가담시키려고 하였다는 등의 사정만으로 그 변호인의 신체구속을 당한 사람과의 접견교통을 금지하는 것이 정당화될 수는 없다.」

241) 대법원 2003.1.10.선고 2002다56628 판결 ;「국가정보원 직원이 사진촬영을 한 이유는 차후에 접견을 거부당하였다고 억지 주장을 하는 경우가 있어 그러한 경우를 대비하기 위하여 증빙자료를 남기기 위한 목적으로 사진을 촬영한 것이어서 정당행위에 해당한다거나, 접견 직전 사진촬영에 대하여 사전 고지하였을 때 원고로부터 아무런 이견이나 제지가 없어 묵시적으로 사전 승낙 또는 사후 승인을 받았다는 취지의 항변을 배척한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 수 없다.」

242) 배종대/이상돈, 앞의 책, 128면 ; 이은모, 앞의 논문, 267면 ; 이재상, 앞의 책, 139면 ; 임동규, 앞의 책, 88면.

243) 대법원 1996.6.3. 선고 1996모18 판결 ; 「접견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다.」

여야 한다. 그리고 변호인과의 접견교통은 감시 받지 않는 자유로운 접견교통과 비밀보장을 내용으로 하기 때문에 입회나 감시, 수수한 서류나 물건의 압수는 허용되지 않는다.[244] 만약 접견교통권을 수사기관이 침해하였을 경우에는 준항고제도(법 제417조)를 통해 침해행위의 취소를 청구할 수 있고 또한 접견교통권을 침해한 상태에서 얻은 피의자의 자백은 증거능력을 부인함으로써 접견교통권의 침해를 견제할 수 있다고 할 것이다.[245] 한편 임의동행 형식으로 연행되어 조사를 받는 피의자가 조사도중 자유로이 변호인을 접견할 수 있어야 함은 물론이다.[246]

辯護人 接見交通權의 認定範圍와 관련하여서는 형사소송법 제282조의 필요적 변호사건에 해당하는 중대한 사건(사형·무기 또는 단기 3년 이상의 징역·금고)뿐만 아니라 一般事件에 있어서도 被疑者의 申請이 있을 때에는 피의자신문에 들어가기에 앞서 먼저 辯護人과의 接見을 거치도록 하기 위해서는 전면적인 국선변호인제도의 도입이 요청된다고 하겠다.[247] 수사기관의 관행은 가급적 변호인과의 접견이 있기 이전에 자백을 받아내려고 한다. 이는

---

244) 헌법재판소, 1992.1.28. 선고 1991헌마111 결정 ; 「변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이며 이러한 접견교통권의 충분한 보장은 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. 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 아니다.」

245) 대법원, 199.9.25. 선고 1990도1586 판결 ; 「헌법상 보장된 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하는 유죄의 증거에서 실질적이고 완전하게 배제하여야 하는 것인 바, 피고인이 구속되어 국가안전기획부에서 조사를 받다가 변호인의 접견신청이 불허되어 이에 대한 준항고를 제기 중에 검찰로 송치되어 검사가 피고인을 신문하여 제1회 피의자신문조서를 작성한 후 준항고 절차에서 위 접견불허처분이 취소되어 접견이 허용된 경우에는 검사의 피고인에 대한 위 제1회 피의자신문은 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태가 계속된 상황에서 시행된 것으로 보아야 할 것이므로 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다.」

246) 배종대/이상돈, 앞의 책, 262면 ; 신양균, 앞의 책, 181면 ; 백형구, 앞의 책, 115면 ; 신동운, 앞의 책, 93면 ; 이재상, 앞의 책, 259면 ; 대법원 1996.6.3. 선고 1996모18 판결 ; 「변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 되므로, 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야 하고, 임의동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우에도 이는 마찬가지다.」

247) 배종대/이상돈, 앞의 책, 131면 ; 신양균, 앞의 책, 420면.

변호인과의 접견교통 이후에는 피의자신문이 그만큼 쉽지 않다는 것을 반증하고 있다. 따라서 필요적 변호사건에 해당하는 중대한 사건뿐만 아니라 일반적인 사건에 있어서도 피의자의 방어권 보장을 위하여 변호인과의 접견교통이 먼저 이루어지도록 국선변호인 제도의 도입을 적극 검토할 필요가 있다.

피의자에게 이미 변호인이 선임되어 있거나 또는 선임의사가 있는 경우에는 피의자의 신청에 의하여 즉시 변호인 접견요청의사를 통보하고 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 국선변호인의 선임을 통하여 변호인의 조력을 거친 다음에 피의자신문이 개시될 수 있도록 해야 한다. 물론 이 문제는 전에 검토한 피의자에 대한 국선변호인제도의 확대가 선결조건으로 되어 있기는 하지만 그 보다도 변호인과의 접견교통권은 법률적으로 문외한인 피의자 또는 피고인의 가장 본질적이고 핵심적인 법률상 조언을 받을 권리로서 국선변호인 선정 이전에 수사기관에서 조사를 받고 있는 모든 피의자에게 확대·적용되어야 할 것이다. 따라서 수사기관에서 조사를 받게 되는 모든 피의자에게 변호인과의 접견교통권이 보장되고 나서 피의자의 선택에 따라 국선 또는 사선변호인의 선임 여부가 결정되어야 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

6. 辯護人의 被疑者訊問 參與權

가. 意義

일반적으로 형사소송의 기본이념을 '適正節次의 原則'이라고 말한다면 형사절차의 내용은 實質的 法治國家의 原理에 따라 적정하게 구성되고 운용되어야 한다는 것을 의미한다. 이러한 의미에서 적정절차의 원칙이 형사절차에 구현되어 피의자의 기본적 인권이 보장될 필요가 있다고 하겠다. 적정절차의 원칙에 따른 피의자의 보호는 자유민주주의의 요청으로서 무조건적이고 무제한적인 실체적 진실주의에 대한 한계로 작용한다. 따라서 적정절차의 원칙에 의한 피의자의 인권보장은 형사절차의 첫 단계인 수사절차에서 특히 중요하다고 할 것이다.[248] 왜냐하면 수사의 밀행성과 합목적성으로 인하여 수사

248) 이재상, 앞의 책, 140면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 133면.

기관의 수사활동이 위법 또는 부당하게 행해질 위험이 다른 어느 단계보다도 크기 때문이다. 수사단계에서의 피의자의 기본적 인권은 변호인의 충분한 조력에 의해 비로소 보장될 수 있으며 피의자에게 변호인의 조력을 충분히 보장하기 위해서는 원칙적으로 체포된 때부터 수사의 모든 단계에 걸쳐 변호인이 참여할 수 있어야 한다는 것은 무죄의 추정을 받는 피의자의 지위라는 관점에서 볼 때 당연하다고 할 것이다.

그러나 개정전 형사소송법에는 피의자의 신문에 대한 변호인의 참여권을 인정하는 명문의 규정이 없었다. 이러한 이유로 변호인의 피의자신문참여권의 인정여부에 관한 논의가 지속적으로 진행되어 오다가 2003년 송두율 교수 사건에 직면하면서 가속화의 계기가 되었다고 할 수 있다. 더욱 大法院은 이 사건에서 辯護人의 被疑者訊問參與權을 憲法上의 辯護人의 助力을 받을 權利의 내용이라고 판시하였다.[249] 이는 대법원이 형사소송법 개정이 이루어지지 않은 상태에서 "헌법적 형사소송"(verfassungsrechtliches Strafprozeß)의 관점에서 변호인의 피의자신문참여권을 헌법상의 권리로 인정한 것이라고 하겠다.[250] 이에 이어 2004.8.30. 법무부가 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 규정(제243조의2)을 포함한 형사소송법 개정안을 발표하였고 2007.4.30. 이와 같은 내용의 형사소송법 개정안이 국회에서 의결되어 2007.6.1. 법률 제8496호로 공포되고 2008.1.1.부터 시행되기에 이르렀다.

이하에서는 그동안 논의되어 온 변호인의 피의자신문참여권의 인정배경과 그 필요성 및 정당성 등에 관하여 자세히 검토하기로 한다.

나. 辯護人의 被疑者訊問參與權 認定背景

검찰수사관 등 수사기관에 의해 진행되는 피의자신문은 한편으로는 피의자의 진술에 의존하여 증거를 획득·수집한다는 점에서 실체적 진실발견에 기여하고 피의자신문을 통하여 피의사건을 명확하게 밝히고 새로운 사실을 조사·평가함으로써 수사기관의 수사활동을 보다 효율적으로 행사할 수 있게

249) 대법원, 2003.11.11.선고 2003모402 결정.

250) 헌법적 형사소송의 의미는 헌법규정은 형사소송의 재판규범을 형성한다는 점과 형사소송법률의 내용이 공정한 재판 또는 적정절차의 이념에 일치해야 한다는 점을 모두 형사소송 안으로 끌어 들이기 위한 '언어의 전략'이라고 하는 견해가 있다(배종대/이상돈, 앞의 책, 5면 이하 참조).

한다는 점에서 기능적인 형사사법의 보장을 그 목적으로 한다고 할 수 있다.[251] 다른 한편 피의자신문은 피의자가 자신에게 유리한 사실을 주장할 수 있는 기회를 제공함으로써 피의자의 인권보호에 이바지한다는 의미를 가지기도 한다.[252] 이러한 의미에서 볼 때 수사절차에서의 피의자신문은 社會秩序를 維持하고 일반인의 법익을 보호하기 위한 보호목적과 被疑者의 구체적인 기본적 人權을 保障하기 위한 法治國家的 保障이라는 과제가 첨예하게 대립하는 영역이라고 할 수 있다.[253]

일반적으로 수사기관의 피의자신문에 의하여 수사의 방향이 결정되고 피의자의 신문에 의해 획득된 자백이나 진술은 공판절차에서의 중요한 증거자료로 사용되기도 한다.[254] 이러한 의미에서 수사절차에서 수사기관에 의해 행해지는 피의자에 대한 신문은 공판절차에서 피고인의 유·무죄를 결정하는데 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 사실상 피의자신문은 수사기관에 의하여 자백을 얻어내기 위한 중요한 수단으로 이용되고 있다는 점에서 피의자의 신문과정은 피의자의 인권을 침해할 가능성이 가장 크다고 할 수 있으므로,[255] 피의자신문에 있어서의 기본적인 과제는 피의자의 자백을 획득하기 위한 자백의 강요로 인한 인권침해의 방지라고 할 수 있다.[256] 따라서 검찰수사관 등 수사기관에 의한 피의자신문이 적법성 및 정당성을 확보하기 위해서는 피의자의 신문시에 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 실질적으로 보장해야 한다는 문제가 제기되었다.

그러나 개정전 형사소송법은 제287조 제1항에서 공판절차에서 변호인이 피고인의 신문에 참여하는 권리를 절대적으로 인정하고 있는 반면, 수사절차에

---

251) C. Winter, *Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren*, Frankfurt, a.M. u.a. 1991, S.77f.

252) 박미숙, “변호인의 피의자신문참여권”, 「형사정책연구」 제6권 제3호(1995년 가을호), 한국형사정책연구원, 173면 참조.

253) 신현진, 앞의 논문, 104면.

254) D. Krausw, *Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren*, StV 1984, S.174. ; J. Welp, *Anwesenheitsrechte und Benachrichrichtigungspflichten*, JZ 1980, S.136f.

255) 이재상, 앞의 책, 140면.

256) 박미숙, 앞의 논문, 173면.

서 변호인의 피의자신문 참여권을 인정하는 명문의 규정을 두지 않아 이로 인해 이를 해석상 인정할 수 있는지가 문제되었다.

(1) 肯定說

첫째, 형사소송법 제48조 제5항은 피의자신문조서의 정확성에 대한 異議申請權을 인정하고 있는데, 이를 근거로 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정할 수 있다.[257]

둘째, 형사소송법 제34조는 구속피의자에 대한 변호인의 接見交通權을 규정하고 있는데 이러한 권리가 실질적으로 보장되기 위해서는 원칙적으로 피의자나 변호인이 원하는 경우에는 언제든지 신문중임을 불문하고 변호인의 접견이 이루어질 수 있어야 하고 신문도중이라는 이유로 변호인의 접견을 지연하는 것을 변호인의 접견교통권 방해로 해석할 경우에는 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 변호인의 접견교통권의 일부로 인정할 수 있다.[258]

셋째, 헌법 제12조 제4항은 辯護人의 助力을 받을 權利 그리고 동조 제5항에는 이러한 권리를 고지 받을 권리가 규정되어 있는 점으로 보아 체포·구속된 피의자에게 가장 중요한 시기라고 볼 수 있는 수사기관에 의한 피의자신문에 변호인의 참여가 인정되지 않는다면 헌법규정은 실질적인 의미를 상실하게 된다고 할 수 있으므로 위 헌법규정을 근거로 변호인의 피의자신문참여권을 인정하여야 한다는 견해가 있다.[259]

(2) 否定說

첫째, 헌법상 포괄적이고 추상적인 의미를 지닌 권리는 하위법률의 입법에 의하여 비로소 구체적으로 현실화된다고 할 수 있다. 따라서 헌법 제12조 제4항만을 근거로 형사소송법상 아무런 명문규정도 없는 변호인의 피의자신문 참여권을 인정하는 것은 입법권이 없는 司法機關이 새로운 권리를 창설하는 구체적인 立法行爲를 한 것이라고 할 수 있으므로 헌법상 인정되고 있는 삼권분립의 정신과 충돌한다고 할 수 있다.[260]

---

257) 신동운, 앞의 책, 183면.

258) 주명수, “변호인 접견교통권”, 「인권보고서」 제4집, 대한변호사협회, 1990, 328 - 338면.

259) 신성철, “피고인의 방어권행사에 있어서의 절차상 문제점”, 「형사법에 관한 제문제(상)」, 재판자료 제49집, 법원행정처, 1990, 195면.

둘째, 현행법상 구속기간이 경찰은 10일, 검찰은 10일 내지 20일로 제한되어 있는 상황에서 볼 때 변호인이 구속기간 동안 계속 입회하는 것은 搜査의 障碍要因으로 작용하므로 현실적으로 매우 곤란하다고 할 것이다.[261]

셋째, 현행법의 규정으로 미루어 보아 搜査秘密을 維持할 필요가 있다는 점과 형사소송법 제243조가 피의자신문시 참여할 수 있는 자로 변호인을 포함시키지 않고 있다는 점을 근거로 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정할 수 없다.[262]

넷째, 형사소송법 제312조가 수사기관에 의해 작성된 피의자신문조서에 대하여 證據能力이나 證明力을 制限하는 것은 법원이나 법관의 면전조서와는 달리 제3자의 입장에서 작성된 것이 아니라는 이유로 신용성이 결여될 가능성이 있음을 고려한 것이다. 따라서 형사소송법상 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 절대적 증거능력을 인정하지 아니하고 신용성을 보장할 만한 일정한 요건 아래서만 증거능력을 인정한 것 자체가 피의자신문시 변호인의 참여권이 인정되지 않는다는 전제 아래 도입된 증거법의 원리라고 할 수 있다. 이에 의하면 만일 수사기관이 피의자를 신문할 때 변호인의 참여를 전면적이고 무제한적으로 인정한다면 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 신용성이 결여될 가능성이 없으므로 이 조서의 증거능력을 제한할 필요가 없어 이를 절대적으로 제한하는 것이 논리적이라는 이유로 변호인의 참여권을 부정하고 있다.[263]

---

260) 오세인, "변호인의 피의자신문참여 문제에 대한 고찰",「형평과 정의」, 대구지방변호사회, 1999.12, 82면 참조. 그러나 기본권에 대한 현대적 해석론에 따르면 지유권적 기본권의 하나인 변호인의 조력을 받을 권리 및 접견교통권은 구체적인 입법이 없이도 개인이 자신을 위하여 국가의 일정한 행위나 부작위를 요구할 수 있는 현실적 권리로서 모든 국가권력을 직접 구속하는 주관적 공권이라고 한다(권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2000, 273면 참조).

261) 신현진, 앞의 논문, 115면.

262) 이재상, 앞의 책, 139면 ; 송광섭, 앞의 책, 93면 ; 이재상/박미숙, 앞의 책, 107면 참조.

263) 오세인, 앞의 논문, 84면 참조. 그러나 수사기관의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권이 인정된 상태에서의 변호인의 접견교통권은 법원으로서도 신용성의 정황적 보장을 자유심증에 의해 폭넓게 인정할 여지가 있으므로 오히려 내용만 부인하면 증거능력이 부정되는 경찰단계의 피의자신문조서에 대해서도 그 증거능력을 인정한 것은 그리 어렵지 않을 것이다. 왜냐하면 만일 변호인이 피의자신문에 참여한 상태에서 조서가 작성되었다면 법정에서 그 서명 날인이나 내용을 부인하는 경우는 거의 발생하지 않을 것이기 때문이라고 한다(황윤상, "형사소송법상 변호인의 접견교통권에 대한 연구", 성균관대학교 석사학위논문, 2001.10, 92면 註 175 참조).

(3) 判例

2003년 언론보도에 의해 일반 국민의 관심이 집중되었던 송두율 교수의 국가보안법위반 사건에서 구속된 송두율 교수의 변호인단은 서울지방법원에 변호인의 참여를 허용하지 아니한 검찰의 처분을 취소해 달라는 준항고를 청구하였다. 2003.10.31. 서울지방법원은 피고인의 신문과정에 변호인이 참여하는 권리는 憲法상 규정된 辯護人의 助力을 받을 權利에 포함되며 변호인의 피의자신문참여권의 여부에 관한 법률이 없는 상태에서 이 권리를 제한하는 것은 위법하다고 결정하였다.[264] 검찰은 서울지방법원의 이러한 결정에 대해 즉시항고 하였으나, 2003.11.11. 대법원은 피의자신문시 변호인의 참여권을 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용이라고 판시하여 검찰의 즉시항고를 기각하는 결정을 내림으로써 이 권리를 "헌법적 형사소송"의 관점에서 헌법상의 권리로 인정하기에 이르렀다.[265]

대법원은 "현행법상 신체구속을 당한 사람과 변호인 사이의 접견교통권을 제한하는 규정은 마련되어 있지 아니하므로 신체구속을 당한 사람은 수사기관으로부터 피의자신문을 받는 도중에라도 언제든지 변호인과 접견교통하는 것이 보장되고 허용되어야 할 것이고 이를 제한하거나 거부하는 것은 신체구속을 당한 사람의 辯護人과의 接見交通權을 제한하는 것으로서 위법임을 면치 못한다고 할 것이다. 형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만 위와 같은 내용의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐만 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어 구금된 피의자는 刑事訴訟法의 위 규정을 類推適用 하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 '적법절차주의'를 선언한 헌법정신에도 부합한다고 할 것이다."라고 판시하였다.

대법원은 변호인의 피의자신문참여권이 헌법에 보장되어 있는 변호인의 조

---

264) 서울지방법원, 2003.10.31.선고 2003초기2787 결정.

265) 대법원, 2003.11.11.선고 2003모402 결정.

력을 받을 권리의 내용에 포함된다는 "憲法的 刑事訴訟論"의 모범을 보여준 해석이었다는 점에서 획기적인 의미를 가진다고 할 수 있고,[266] 법률의 미비에도 불구하고 형사절차는 헌법정신을 충실히 구현하는 방향으로 해석·운영되어야 한다는 것을 분명하게 밝혔고 기본권의 보장을 위하여 법해석의 철학적 기초를 「인간과 시민의 제 권리에 대한 선언」[267] 제5조의 정신에 두었다고 할 수 있다.[268] 그 밖에도 대법원의 이러한 결정은 피의자의 변호인참여에 대한 요청이 거부된 상태에서 획득한 자백의 증거능력을 부정할 수 있는 중요한 근거를 제공하였으며 피의자신문시 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 얻은 자백의 증거능력을 부정한 1992도682 판결[269]과 더불어 미국연방대법원에 의해 확립된 "Miranda원칙"[270]을 선언한 것이라고 평가할 수 있다는 견해도 있다.[271]

---

266) 이와 관련하여 헌법재판소는 2004.9.23.선고 2000헌마138 결정에서 불구속 피의자에 대한 변호인의 피의자신문참여권을 인정하고 있다 ; 「불구속 피의자나 피고인의 경우 형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조언과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구하는 것은 신문과정에서 필요할 때마다 퇴거하여 변호인으로부터 조언과 상담을 구하는 번거로움을 피하기 위한 것으로서 불구속 피의자가 피의자신문장소를 이탈하여 변호인의 조언과 상담을 구하는 것과 본질적으로 아무런 차이가 없다. 형사소송법 제243조는 피의자신문시 의무적으로 참여하여야 하는 자를 규정하고 있을 뿐 적극적으로 위 조항에서 규정한 자 이외의 자의 참여나 입회를 배제하고 있는 것은 아니다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인의 조언과 상담을 원한다면, 위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있고 그가 이에 해당한다고 하지 않는 한 수사기관은 피의자의 위 요구를 거절할 수 없다.」

267) 1789년 프랑스 혁명의 인권선언(Declaration des droites de I'homme et de Citoyen)이라고도 하는데, 제5조에는 "법은 오직 사회에 해로운 행위만을 금지한다. 법에 의해 금지되지 않는 한 아무 것도 방해받지 않으며, 누구도 법에 의해 규정되지 않는 일을 하도록 강요받지 않는다."라고 규정하고 있다.

268) 조국, "피의자신문시 변호인참여권 소고", 「형사정책연구」 제14권 제4호(2003년 겨울호), 한국형사정책연구원, 188면 이하 참조.

269) 대법원, 1992.6.23.선고 1992도682 판결.

270) 이 원칙은 개인이 구금되거나 어떤 중요한 방법으로 국가기관에 의해 자유가 박탈되어 신문을 받는 경우에는 미국연방헌법 수정 제5조의 '자기부죄특권'이 침해된 것이고 구금 중 신문동안에 피의자가 변호인의 도움을 받지 못하는 경우에는 경찰의 신문 중에 내제하는 강요를 일소하는데 적절한 보호장치가 사용되었다고 보기 어려우므로 경찰의 구금 중 피의자신문에 의해 획득된 모든 자백의 사용을 금지한다고 판시한 미국연방대법원의 1966년 Miranda v. Arizona 판결[384 U.S. 694(1966)]에 의해 확립된 이론이라고 한다.

271) 윤영철, "피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고", 「형사정책연구」 제16권 제1호, 한국형사정책연구원, 2005년 봄호, 63면 참조.

(4) 檢討

수사기관에 의한 피의자신문은 사실상 수사절차의 초기단계로서 이를 통해 피의자의 자백을 획득하거나 다른 다양한 수사의 목적을 달성하는데 유용한 수단이 된다고 하겠다. 피의자신문에 의해 획득된 피의자의 자백이나 진술은 범죄해명 및 피의자의 유죄를 입증하는데 결정적인 의미를 가지므로 형사절차 중 수사기관의 피의자신문절차만큼 논쟁이 심한 절차가 없다고 할 정도로 수사기관의 피의자신문단계는 오늘날의 헌법과 형사소송에서 매우 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.

개정전 형사소송법에 변호인의 피의자신문참여권에 관한 명문의 규정이 없다고 할지라도 형사소송법 제48조 제5항에 의거하여 이를 인정하지 못할 바는 아니지만, 이는 변호인의 조서기재의 정확성에 대한 이의제기권과 피의자신문참여권의 구별을 고의적으로 간과하는 해석이라는 비판을 면키 어렵고 이러한 해석론적 해결은 변호인의 피의자신문참여권의 인정여부에 관한 논쟁을 불식시킬 수 없는 미봉책에 불과하다고 할 것이다.[272] 이러한 관점에서 검찰수사관 등 수사기관의 피의자신문에 대하여 변호인의 참여권을 명문으로 인정하는 것이 타당하다는 지적에 따라 현행 형사소송법은 제243조의2를 신설하여 변호인의 피의자신문참여권을 인정하기에 이르렀다.

다. 辯護人의 被疑者訊問參與權 認定必要性

변호인의 피의자신문참여권은 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리 중 구체적으로 변호인의 접견교통권의 절대적 보장에서 도출될 수 있는 접견교통권의 일부로서 인정될 수 있다. 이처럼 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정할 수 있다면 실제적으로 이를 인정할 필요성이 있는가를 살펴보아야 할 것이다.

변호인의 피의자신문참여권이 인정되는 경우 한편으로는 특히 검찰수사관의 마약 및 조직범죄 등 강력사건 수사과정에서 빈번하게 발생하고 있는 구

272) 김일수, “현행 변호인제도의 문제점”, 「대한변호사협회지」, 1985.11/12, 대한변호사협회, 37면 ; 박미숙, 앞의 논문, 196면 ; 신현진, 앞의 논문, 104면, 117면 ; 이재상, 앞의 책, 140면 ; 이재상/박미숙, 앞의 책, 108면 ; 황윤상, 앞의 논문, 93면.

속피의자에 대한 매일 출석요구 및 폭언 등 가혹행위, 여죄수사에 대한 협박과 자백유도 등 불법·부당한 수사행태를 원천적으로 방지할 수 있고, 다른 한편으로는 무기평등의 원칙에 따른 피의자의 소송법상의 지위를 실질적으로 보장할 수 있게 되어[273] 피의자의 방어능력을 획기적으로 향상시킬 수 있는 장점이 있다고 하겠다.[274]

또한 변호인이 수사기관의 피의자신문시에 참여할 수 있다면 변호인은 수사기관이 피의자신문과 관련하여 적정절차를 준수하는지를 감시할 수 있게 되고,[275] 더 나아가 피의자의 답변을 보충하여 줌으로써 피의자의 실질적인 방어권 행사를 가능하게 할 수 있을 것이다.

특히 개정전 형사소송법은 제312조 제1항에서 검사가 작성한 피의자신문조서에 증거능력을 강화하여 인정하고 있었다. 따라서 피의자신문조서가 변호인의 조력 없이 검사의 위압적인 분위기에서 제대로 진술하지 못한 채 작성되었다고 하더라도 그 증거능력이 그대로 인정받게 되고 추후에 공판정에서 진실을 밝히더라도 번복되기 어렵기 때문에 피의자의 인권보호차원에서 변호인의 피의자신문참여권이 인정될 필요가 있고,[276] 이를 통해 고문·강압 등에 의한 수사기관의 불법수사를 근절할 수 있는 효과가 발생하는 장점이 있다고 할 수 있다.

결국 형사소송의 이념이라고 할 수 있는 헌법상 인정되어 있는 '適正節次의 原則'의 실현과 피의자의 인권을 보호하는 搜査活動의 民主化를 위해서는 변호인이 검찰수사관 등 수사기관의 피의자신문에 참여하는 권리를 인정할 필요가 있다고 하겠다.

라. 辯護人의 被疑者訊問參與의 正當性

그렇다면 검찰수사관 등 수사기관의 피의자신문에 변호인이 참여할 권리는 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리와 구체적으로는 변호인의

---

273) 황윤상, 앞의 논문, 116면 ; J. Welp. a.a.O., s.136.

274) 국회사무처 예산정책국, 「2002년도 국정감사자료집(Ⅱ)」, 2002, 248면.

275) 박미숙, 앞의 논문, 196면, 198면 참조.

276) 국회사무처 예산정책국, 앞의 책, 248면 이하 참조.

접견교통권의 무제한적 보장에서 그 정당성의 근거를 찾을 수 있다고 하겠다.

(1) 憲法上 辯護人의 助力權

검찰수사관 등 수사기관에 의한 피의자의 신체구속은 피의자에게 심리적 공황상태를 초래하고 수사기관은 이를 이용하여 피의자의 자백을 유도하기 위해 노력하게 된다. 여기서 자유민주주의의 요청인 동시에 실질적 법치주의의 근간이고 우리나라 헌법의 요청이기도 한 "適正節次의 原則"에 의한 피의자의 기본적 인권의 보장이 필요하게 된다.[277] 적정절차 원칙(헌법 제12조 제1항)의 보장이라는 헌법의 이념에서 피의자의 인권보장과 관련하여 가장 중요한 논점이 되는 것이 바로 '변호인의 조력을 받을 권리'이다. 이에 따라 헌법은 제12조 제4항과 제5항에서 "변호인의 조력을 받을 권리"와 이를 "고지 받을 권리"를 규정하고 있다.

적정절차의 원칙은 공정한 재판의 원칙, 비례성의 원칙과 피의자보호의 원칙을 그 내용으로 하는데 피의자의 방어권이 보장되고 무기평등의 원칙과 無罪推定의 原則이 실현될 것을 요구한다. 실제로 대부분의 경우 법률 문외한인 피의자는 수사기관이나 법원에 비하여 그의 지위가 열등하기 때문에 상대적으로 우월한 지위에 있는 검찰수사관 등 수사기관은 실체적 진실의 발견을 위하여 종종 피의자의 거짓 자백의 위험성을 증가시키는 불법적 수사활동을 하게 된다. 무기평등의 원칙이 그의 형사절차상의 구체적 지위의 보장을 위한 기본원칙으로서 중요한 의미를 가지는 이유가 바로 여기에 있다고 할 것이다. 실질적 무기평등의 의미에서 피의자에게 형사절차에 참여할 수 있는 동등한 지위를 부여하는 것이 변호인의 조력을 받을 권리이다. 이러한 변호인의 조력을 받을 권리는 수사기관에 대하여 피의자에게 독립한 구체적 지위를 보장해줄 뿐만 아니라 효과적인 변호권을 보장해 줌으로써 형사절차의 진행과 결과에 영향을 미치게 한다.[278]

헌법 제27조 제4항과 형사소송법 제275조의2는 "무죄추정의 원칙"을 명

---

277) 피의자의 기본권보장을 형사절차상의 최우선과제로 설정할 경우 적정절차의 원칙과 실체적 진실발견이 서로 대립하면 전자를 우선시켜야 한다는 견해가 있다(우상욱, "피의자의 인권보장에 관한 연구", 경기대학교 통일안보전문대학원 석사논문, 2001.12, 14면 참조).

278) 황윤상, 앞의 논문, 14면.

문으로 규정하고 있다. 무죄추정의 원칙은 언제나 불리한 위치에 놓여 인권이 침해되기 쉬운 피의자의 지위를 옹호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요최소한도에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄과 가치를 궁극적인 목표로 하고 있는 헌법의 법치국가이념에 근거하고 있다.[279] 무죄추정의 원칙을 보장받는 피의자는 그 스스로 증거를 수집하거나 변호할 능력이 없는 자들이 대부분이다. 이러한 피의자를 변호하기 위해서 변호인에게는 가능한 한 형사절차의 초기단계에서부터 변호의 기회가 주어져야 할 것이다. 무죄추정의 원칙과 관련하여 변호인의 역할은 수사기관의 압력을 배제하여 피의자에 대한 충격을 완화시킴으로써 신체구속 등에서 오는 피의자의 심리상태를 안정시키고 피의자의 방어권행사를 실질적으로 보장하며, 다른 한편으로는 밀행적 수사활동에서 발생하기 쉬운 위법한 수사활동을 감시하고 후일 그 위법을 다툴 수 있도록 준비하는데 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.[280] 이를 위하여 변호인은 피의자의 무죄를 위한 증거 또는 피의자의 석방을 위한 증거를 제출할 수 있도록 해야 하며, 동시에 변호인에게는 피의자가 확정판결을 받기까지 무죄로 취급되는지의 여부에 대하여 형사절차를 감시할 의무가 있다. 이러한 무죄추정의 원칙은 수사기관에 의한 피의자신문에서부터 법원에 의한 판결 이전까지 지속적으로 보장되어야 할 것이다. 이처럼 무죄추정을 받고 있는 피의자에 대하여 신체구속의 상황에서 발생하는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되지 않도록 보장하기 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있는 것이다.[281]

(2) 辯護人의 接見交通權

변호인의 접견교통권은 구속된 피의자의 형사소송법상 권리인 동시에 변호

279) 무죄추정의 원칙은 ① 법원은 증거에 의하여 합리적 의심이 없을 정도로 피고인의 범죄사실에 대한 심증을 형성하여야 하며, 의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게 판결을 하여야 하고, 피고인은 자신의 무죄를 적극적으로 주장·입증할 필요가 없으므로 침묵하여도 된다. ② 법원과 검사는 유죄의 판결이 확정될 때까지는 피의자·피고인을 범인으로 예단하거나 불이익하게 처우해서는 안되며, 가능한 한 일반인과 동등하게 인간의 존엄과 가치를 보장하도록 해야 한다. ③ 피고인이 유죄판결이 확정되기 전까지는 유죄판결에 수반되는 사회적·윤리적 비난을 피고인에게 가할 수 없다. ④ 소송경제적인 측면에서 피고인을 공판단계에서 무죄 석방하는데 소요되는 비용뿐만 아니라 피고인의 변호를 위한 필요부담을 감소시켜야 한다는 것을 내용으로 하고 있다.

280) 우상욱, 앞의 논문, 25면.

281) 헌법재판소, 1992.1.28.선고 1991헌마111 결정 ; 황윤상, 앞의 논문, 14면 이하 참조.

인의 소송법상의 권리이기도 한 兩面的 權利인 점에 특색이 있다고 할 것이다. 신체구속으로 인하여 신체활동의 자유가 제한당한 피의자는 변호인 등과의 접견교통을 통해 수사절차에서 방어준비를 할 수 있으므로 이들의 방어준비를 위한 필수적 요청이라고 할 수 있다. 또한 접견교통권은 피의자의 구속으로 인한 정신적·육체적 고통을 최소한도로 감소시키는 역할을 한다. 다시 말하면 변호인은 접견을 통하여 구속된 피의자의 상태를 파악하여 그에 따른 적절한 대응책을 강구하고 피의사실이나 공소사실의 의미를 설명해 주고 그에 관한 피의자의 의견을 듣고 대책을 의논하며 그들의 진술방법·정도·시기·내용 등에 대하여 변호인으로서의 의견을 말하고 법률적 조언도 하고 진술거부권이나 서명날인거부권의 중요성과 유효적절한 행사방법을 가르쳐 주고 이들의 적절한 행사에 의하여 억울한 옥살이를 면할 수 있다는 것을 인식시켜 주어야 한다.[282] 이러한 점에서 접견교통권은 구속된 피의자를 위한 인권보장적 제도로서 특히 방어권의 보장을 위한 권리라고 할 수 있다. 누구든지 체포·구금을 당할 때에는 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법에 의해 보장되어 있으므로 이의 핵심적인 내용을 형성하는 접견교통권 역시 헌법상의 기본권이라고 할 수 있고 이러한 접견교통권은 無罪推定의 原則에 근거를 두고 있다고 할 수 있을 것이다.

그리고 구속된 피의자의 변호인과의 접견교통권은 문자 그대로 "절대적" 그리고 "충분히" 보장되어야 하므로[283] 이를 제한하는 어떠한 법률규정도 없으며 이 권리는 법원의 결정에 의해서도 제한될 수 없다고 하겠다.[284] 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 자에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 國家安全保障, 秩序維持, 公共福利 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 없는 것이다. 왜냐하면 우리사회에서 변호인과의 접견교통권에 대한 침해관행이 여전히 존재하고 있기 때문이다.[285]

그러나 검찰수사실무에서는 여전히 여러 가지 방법으로 변호인의 접견교통권을 침해하고 있는 실정이다. 예컨대 구속피의자를 구금장소로부터 계속 소

282) 헌법재판소, 1992.1.28.선고 1991헌마111 결정 ; 윤영철, 앞의 논문, 74면.

283) 헌법재판소, 1995.7.21.선고 1992헌마144 결정 ; 1992.1.28.선고 1991헌마 111 결정.

284) 대법원, 1990.2.13.선고 1989모37 결정 ; 1991.3.28.선고 1991모24 결정.

285) 조국, 앞의 논문, 185면.

환하여 접견교통권을 방해하거나, 접견신청이 있었으나 행정적 이유로 지연 내지 거부하거나, 피의자가 변호인의 접견을 신청하였으나 이를 무시하거나, 변호인과의 접견을 하지 말라고 종용하거나, 수사상의 이유로 접견의 시간과 장소를 지정하거나, 구금장소를 임의적으로 변경하거나, 비밀보장이 되지 않는 접견장소를 제공하는 것 등 이다. 이러한 침해행위는 피의자의 헌법상의 권리를 형해화 하는 중대한 불법행위로 이를 통해 획득한 자백은 그 증거능력이 반드시 부정되어야 한다. 즉 검찰수사관에 의하여 피의자에 대한 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 작성된 피의자신문조서는 그 증거능력이 부정된다고 해야 한다.[286] 왜냐하면 변호인의 접견교통권의 침해는 바로 피의자의 방어권에 대한 중대한 침해이고 자유민주주의 형사사법체계의 근간을 흔드는 것이기 때문이다.[287]

7. 被疑者訊問調書의 閱覽 및 增減·變更請求權

피의자신문조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하고 오기가 없는지 물어 보아야 한다(법 제244조 제2항 전단). 그리고 피의자가 增減·變更의 要求를 하였을 때에는 그 내용을 調書에 記載하여야 한다(법 제244조 제2항 후단). 이와 같이 형사소송법은 피의자에게 서명·날인하기 전에 피의자신문조서에 대한 열람권과 증감·변경청구권을 보장하고 있다. 이는 調書內容의 正確性과 陳述의 任意性을 保障하기 위한 장치라고 한다.

그런데 검찰수사실무에서 조서작성시 피의자의 진술이 그대로 조서에 기재되는 것은 아니다. 진술자의 진술취지나 요지를 기재한 것으로 족하기 때문이다.[288] 바로 여기에서 조서작성자의 의도나 언어·어휘사용의 기교 등에 의해 범의를 추론케 하거나 특정한 뉘앙스를 풍기는 조서가 작성될 수 있다. 또한 검찰수사관은 자신이 의도하는 대로 질문을 작성하여 신문과정에서 피의자의 답변을 일정한 방향으로 유도해 나갈 가능성도 없지 않다는 점 때문

286) 대법원, 1990.8.24.선고 1990도1285 판결 ; 1990.9.25.선고 1990도1586, 신동운, 앞의 책, 97면.

287) 조국, 앞의 논문, 187면.

288) 대검찰청, 「검찰수사편람(상권)」, 1983, 220면 ; 사법연수원, 「수사절차론」, 2002, 104면.

에 피의자는 자신의 진술이 충분히 그리고 진지하게 청취되지 못하였다고 느낄 수 있다. 따라서 피의자는 조서의 열람을 통해 과연 사실이 그런지를 확인하고 불만이 있다면 증감·변경청구권의 행사를 통해 이를 시정할 수 있는 것이다. 그리고 대부분의 사건에서 피의자신문조서는 후일 법정에서 피고인의 유·무죄를 가리는 가장 중요한 증거로 사용되므로 조서의 내용이 어떻게 작성되었는가는 피의자 본인에게는 매우 중대한 이해관계가 걸려 있는 문제인 것이다. 따라서 피의자신문이 끝난 후 피의자로 하여금 조서에 기재된 내용을 열람하게 하고 피의자가 원할 경우에는 증감 및 변경청구를 할 수 있도록 보장하는 것은 피의자의 방어권과 인권보장을 위하여 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있을 것이다.[289]

조서의 열람과 증감·변경청구권을 보장하지 않는 피의자신문조서에 대해서는 適法節次 違反을 이유로 한 위법수집증거로서 그 證據能力을 否定하여야 한다.[290] 종전 判例는 피의자신문조서를 작성함에 있어 기재내용을 알려주지 아니하였다 하더라도 제312조의 요건, 즉 성립의 진정이 인정되는 한 피의자신문조서의 증거능력은 인정된다는 입장을 취하고 있었다.[291]

그러나 이러한 대법원 판례의 태도는 피의자의 인권보장을 위해서는 시정되어야 한다는 지적에 따라 대법원은 2004.12.16. 전원합의체 판결을 통하여 그동안의 태도를 변경하고 '원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립 이외에 實質的 眞正成立까지 認定된 때 성립의 진정이 인정되어 증거로 사용할 수 있다.'라고 판시하였다.[292] 또한 현행 형사소송법도 제312조를 개정하여

---

289) 서보학, "범죄수사의 공정성과 인권보장 방안연구", 「치안연구소」, 2004, 67면.

290) 백형구, "수사기관의 피의자신문·피고인신문", 「고시계」, 1995.11, 141-142면 ; 백형구, 앞의 책, 408면 ; 신양균, 앞의 책, 134면. 반면 피의자신문절차 나아가 피의자신문조서 작성상의 위법은 진술의 임의성의 한 내용으로서 논의되면 충분하고 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 독립한 요건으로 고려할 필요는 없다는 견해도 있다(박미숙, "피의자신문조서 작성절차의 위법과 증거능력", 「형사정책연구소식」 제35호(1996.5/6), 36면).

291) 대법원 1994.1.25. 선고 1993도1747 판결 ;「원진술자인 피고인이 공판정에서 검사작성의 피의자신문조서에 기재된 진술내용이 자기의 진술내용과 다르게 기재되었다고 다투더라도 그 조서에 간인, 서명, 무인한 사실이 있음을 시인하여 조서의 형식적 진정성립을 인정하고, 한편 그 간인과 서명, 무인이 위 형사소송법에 정한 절차를 거친 바 없이 이루어진 것이라고 볼 만한 사정이 발견되지 않는 경우라면 그 피의자신문조서는 원진술자의 공판기일에서의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정된 것으로 볼 수 있다.」

292) 대법원 2004.12.16. 선고 2002도537 전원합의체판결 ;「검사가 피의자나 피의자 아닌 자의

제1항에서 '검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 適法한 節次와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 被告人의 陳述에 의하여 認定되고 그 조서에 기재된 진술이 특히 信憑할 수 있는 狀態하에서 행하여졌음이 證明된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.'라고 규정하고 있다. 이와 같이 피의자가 실질적 진정성립을 인정할 경우에 증거로 사용할 수 있도록 한 취지는 피의자가 자신에게 불리하게 사용될 증거를 스스로 확인하고 시정할 기회를 갖지 못한 경우에도 성립의 진정만을 이유로 그 증거능력을 인정하는 것은 피의자의 인권과 방어권을 중대하게 침해할 수 있기 때문이라고 본다.

8. 鑑定受託人의 選定에 대한 參與權

형사소송법 제169조는 "법원은 학식·경험 있는 자에게 감정을 명할 수 있다."라고 규정하고 제176조 제1항은 "검사·피고인 또는 변호인은 감정에 참여할 수 있다." 라고 규정하는 한편 제2항은 "제122조의 규정은 전항의 경우에 준용한다."라고 규정하여 감정을 함에는 미리 감정의 일시와 장소를 검사·피고인 또는 변호인에게 통지하여야 한다. 그리고 동법 제221조는 "검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있고 감정·통역 또는 번역을 위촉할 수 있다."라고 규정하면서 동법 제221조의3 제1항에서는 "검사는 … 감정을 위촉하는 경우에 제172조 제3항의 유치처분이 필요할 때에는 판사에게 이를 청구하여야 한다."라고 규정하여 檢事와 司法警察官만이 鑑定人을 委囑할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 변호인 등 참여권에 대한 준용규정이 없다.

따라서 搜査節次에서 鑑定은 任意搜査이기 때문에 감정을 위탁받은 사람은 수락을 거부할 수 있을 뿐만 아니라 수탁을 승낙한 경우에도 출석을 거부할 수 있으며 감정수탁인의 선정은 전적으로 검사나 수사기관의 독자적인 판단

진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것이다.」

에 달려 있게 된다.[293] 이에 대하여는 수사절차에서 감정인을 지정함에 있어서는 피의자·변호인이 특정인을 지명하여 감정인 신청을 할 수 있다는 견해가 있다.[294]

생각건대 수사절차에서 전문가의 감정은 수사의 진행에 결정적인 영향을 미칠 뿐만 아니라 공판절차에서 소송의 결과에도 결정적인 영향을 미칠 수 있다. 따라서 수사절차에서부터 공정한 재판의 이념을 실현하기 위해서는 감정인의 선정을 법원의 결정에 맡기고 피의자의 의견에 법관이 구속되지 않는 형태로라도 피의자에게 감정인의 선정에 관한 의견을 제시할 수 있도록 변호인 또는 피의자의 참여권을 보장하는 입법적 조치가 필요하다고 본다.[295]

Ⅲ. 被疑者의 逮捕·拘束 後 人權保障制度

1. 미란다原則

피의자를 逮捕·拘束할 경우에는 一定한 節次를 遵守하여야 한다. 즉 피의자에게 영장을 제시하고(법 제85조, 제209조), 범죄사실의 요지, 체포·구속의 이유, 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(법 제72조, 제200조의5).[296] 대법원은 "헌법 제12조 제5항 전문은 '누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.'라는 원칙을 천명하고 있으며, 형

293) 백형구, 「(알기쉬운) 형사소송법」, 박영사, 2007, 184면 ; 법원행정처, 「법원실무제요(형사)」, 1998, 501면.

294) 형사소송법 제294조 제1항은 "검사·피고인·변호인은 감정인의 신문을 신청할 수 있다"라고 규정하고 있으며, 제169조는 감정인 적격을 규정한 조문일 뿐 반드시 법원의 감정인 지정권을 규정한 것은 아니라고 하면서 당사자에 의한 감정인 신청이 가능하다고 본다(신동운, 앞의 책, 763면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 482면 ; 신양균, 앞의 책, 614면, 임동규, 앞의 책, 597면).

295) 신동운, 앞의 책, 763면 ; Jung, *Zur Rechtsstellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren-eine Positionsbestimmung*, Jus. 1988, S.1136 ; 최석윤, "수사절차의 구조와 피의자의 법적지위", 「형사정책연구」 제12권 3호(통권 제47호), 2001. 가을호, 70면.

296) 대법원 2001.3.9.선고 2001도229판결 ;「군사법원법 제250조에 의하면 군사법경찰관리가 현행범인을 체포할 경우에는 같은 법 제112조 소정의 피의사실의 요지, 진술거부권, 변호인을 선임할 수 있다는 고지를 하도록 규정하고 있으므로 군사법경찰관리가 현행범인 체포시 이러한 고지를 하지 아니하였다면 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로써 증거능력이 부인된다.」

사소송법 제72조는 '피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다.'라고 규정하는 한편, 이 규정은 같은 법 제213조의2에 의하여 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 일반인이 체포한 현행범인을 인도받는 경우에 준용되므로 검찰수사관 등 수사기관이 현행범인으로 체포하는 경우에는 반드시 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 할 것임은 명백하다고 할 것이다. 이러한 법리는 비단 현행범인을 체포하는 경우뿐만 아니라 긴급체포의 경우에도 마찬가지로 적용되는 것이고, 이와 같은 고지는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이나, 달아나는 피의자를 쫓아가 붙잡거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙잡거나 제압하는 과정에서 고지하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙잡거나 제압한 후에 지체 없이 행하여야 한다."라고 판시하고 있다.[297]

그러나 실제 檢察搜査 實務에서 이러한 適法節次가 具體的으로 遵守되고 있는지 의문이 아닐 수 없다. 2006년 봄부터 검찰에서 전국적으로 대대적인 성인 PC방 및 오락실 단속이 있었는데 그 과정에서 사행성 오락행위를 한 것으로 추정되는 혐의자가 검찰수사관의 단속을 피하려고 PC방 4층에서 건물 밖 비상계단으로 내려오다 떨어져 사망한 사례까지 있는 등 적지 않는 불법수사가 자행되어 온 것으로 언론에서 보도한 바가 있다.[298] 특히 조직범죄 및 마약사범을 검거할 때에는 위험성이 따른다는 이유로 영장제시 및 고지의무의 준수가 제대로 지켜지지 않고 있으며 경우에 따라서는 무고한 시민을 폭행하여 체포하는 사례까지 발생하였다.[299] 따라서 검찰수사관은 체포·구속

297) 대법원, 2000.7.4. 선고 1999도4341 판결.

298) 연합뉴스, 2006.7.5.자 보도 「사행성 PC방에 대한 검찰의 단속을 피해 달아나다 1명이 숨지고 1명이 크게 다쳤다. 5일 오후 4시께 광주 서구 풍암동 C 성인PC방에서 게임을 즐기던 조모(34), 장모(34)씨가 검찰의 단속을 피해 달아나다가 건물 밖 비상계단에서 4층 아래로 떨어졌다. 장씨 등은 광주지검 마약조직전담수사부 수사관 8명이 불법 도박행위 여부 등에 대한 단속을 위해 들이닥치자 손님 10여명과 함께 한꺼번에 비상구 쪽으로 몰리면서 추락한 것으로 알려져 검찰 단속이 강압적인 것 아니었느냐는 지적도 일고 있다. 손님 A씨는 "수사관들이 소리를 지르며 위협적으로 밀어붙여 손님들이 놀라 도망가는 바람에 내부가 아수라장이 됐었다."며 "장씨는 추락 30분 뒤에야 발견돼 응급조치도 늦어졌을 것"이라고 말했다.」

299) 한국일보, 2001.8.23.자 보도 「전주지검 검찰수사관들이 산책 중인 무고한 시민을 마약사범으로 오인·검거하는 과정에서 부상을 입혀 말썽을 빚고 있다. 23일 오후 7시50분께 부산 부산진

시에 피의자의 인권을 보장하고 무고한 시민을 범인으로 오인하여 체포·구속하는 사례가 발생하지 않도록 하기 위해서라도 체포·구속현장에서 미란다 원칙의 철저한 준수가 요망된다고 하겠다.

2. 拘束令狀實質審査

가. 意義

신체의 자유를 박탈당하게 되는 시민은 누구든지 법관의 면전에서 자신에게 가해진 범죄혐의와 자신의 여러 가지 처지를 진술하여 인신구속의 위험으로부터 벗어날 수 있는 가능성을 확보하고 있지 않으면 안 된다. 이러한 요청은 세계 각국이 공유하고 있는 인류의 법적 자산으로서 우리나라도 가입하고 있는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 國際規約」에 명시되어 있다. 이 규약 제9조 제3항 전단은 "형사상 범죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 法官 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 官憲에게 신속히 回附되어야 하며…"라고 규정하여 구속영장실질심사의 의무를 부과하고 있다.

영장실질심사란 拘束令狀의 請求를 받은 判事가 被疑者를 직접 審問하여 拘束事由를 判斷하는 것을 말하는데 이를 구속전피의자신문이라고도 한다. 현행 형사소송법은 제201조의2 제1항에서 "(체포영장에 의하여 체포·긴급체포 또는 현행범인의 체포에 의하여) 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 한

구 당감동 부산상고 부근에서 전주지검 소속 마약수사관 10여명이 산책을 하던 박모(48)씨를 마약사범인줄 알고 검거하려다 갈비뼈가 부러지는 등 중상을 입혔다. 박씨는 "수사관들이 갑자기 앞을 막아 10여미터 달아났으나 뒤 쫓아와 다리를 걸어 넘어뜨렸다."며 "수사관들에서 '사람을 잘못 봤다'고 항변했지만 20여분간 '범행을 자백하라'며 폭행을 가하고 몸을 뒤지다 히로뽕 등 증거물을 발견하지 못하자 폭행을 멈췄다."고 밝혔다. 박씨는 인근에 있던 112 순찰차에 도움을 요청했으나 경찰관은 검찰수사관들이 "공무수행 중"이라고 밝히자 그 자리를 떠났다. 전주지검 관계자는 "칠성파 소속 마약사범 검거를 위해 접선예정 장소에서 잠복근무를 하던 중 용의자와 비슷한 인상착의의 박씨가 나타나 신분을 확인하려 했으나 박씨가 들고 있던 자동차 팬밸트로 수사관을 때리고 달아나 물리적 충돌이 빚어졌고 이 과정에서 박씨가 넘어져 상처를 입었다."고 해명했다.」

다."라고 규정하고, 제2항에서는 "(체포되지 않는) 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. 다만, 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다.

이와 같은 규정은 영미에서 체포된 피의자를 치안판사에게 인치하여 심문한 후에 구속 여부를 결정하게 하고 독일 형사소송법이 구속된 피의자를 즉시 판사에게 인치하여 범죄사실을 심문하도록 하고 있는 것과 같은 태도이다. 영장주의가 법관의 사법적 판단에 의하여 구속을 규제하는 제도적 기능을 다하기 위하여 법관이 직접 피의자를 심문하여 구속사유가 충족되었는가를 판단해야 하고 검찰수사관 등 수사기관 특히 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 기재내용을 근거로 구속영장을 발부하는 것은 영장주의의 기본취지와 일치할 수 없다는 점에서 拘束令狀 實質審査制度를 도입한 것이다.[300]

나. 必要的 被疑者審問

개정전 형사소송법은 모든 구속영장의 발부에 있어서 법관의 피의자심문을 요구하는 것이 아니라 이를 임의적인 것으로 규정하고 있었다. 즉 逮捕된 被疑者에 대하여는 "피의자 또는 그 변호인 등의 신청이 있는 때"(제201조의2 제1항), 체포되지 않은 未逮捕 被疑者에 대하여는 "구속의 사유를 판단함에 있어서 필요하다고 인정할 때"(동조 제3항)에만 피의자를 심문할 수 있다고 규정하고 있었다. 피의자와 법원 소재지와의 거리관계로 모든 피의자를 법원에 인치하는 것은 사실상 불가능하고 필요적 피의자심문제도는 법원과 검찰 및 수사기관에 필요 이상의 업무부담을 줄 뿐만 아니라, 종래의 '판사가 필요하다고 인정할 때에 피의자를 심문할 수 있다'라는 규정은 법원으로 하여금 피의자심문을 필요적인 것으로 운용하게 할 위험이 있다는 것을 근거로 하였다. 그러나 영장실질심사제도는 피의자의 구속을 제한하고 구속될 피의자에 대하여 法官의 對面權을 保障하기 위한 제도이므로 비용과 소송경제를 이유로 회피할 수 있는 것이 아니다. 영장주의는 피의자의 신청이 있을

300) 이재상, 앞의 책, 246면 ; 신동운, 앞의 책, 229면.

때에만 법관의 판단이 필요하다는 원칙이 될 수 없고 피의자의 대면권을 제한하기 위하여 피의자 등의 신청이 있을 것을 요건으로 한다고 규정한 것도 타당하다고 할 수 없다는 비판이 있어 왔다.[301] 현행 형사소송법은 "체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다."라고 규정하여 필요적 심문제도로 환원되었는데(제201조의2 제1항) 이는 타당한 조치라고 생각된다.

다. 方法과 節次

(1) 審問權의 告知

개정전 형사소송법은 체포된 피의자에 대한 피의자심문을 피의자 등의 신청이 있는 경우로 제한하였기 때문에 수사기관은 피의자에 대하여 구속전피의자심문을 신청할 수 있음을 고지하도록 할 필요가 있었다. 따라서 검사 또는 사법경찰관은 피의자에 대하여 심문을 신청할 수 있음을 말하고 피의자신문조서에 판사의 심문을 신청하는지의 여부를 기재하였다. 그러나 현행 형사소송법은 필요적 피의자심문으로 바뀌었으므로 심문권의 고지를 피의자신문조서에 기재하거나 별도의 확인서를 받을 필요는 없다고 생각된다.

(2) 被疑者의 引致

판사가 피의자를 심문하기 위하여 피의자를 법원에 인치할 필요가 있다. 피의자를 법원에 인치하는 방법은 피의자가 체포되어 있는 경우와 체포되지 않은 경우에 따라 구별된다. 체포된 피의자에 대하여는 逮捕의 效力을 利用하여 즉시 피의자를 法院에 引致한다. 즉 지방법원판사는 즉시 심문기일과 장소를 검사·피의자 및 변호인에게 통지하여야 하고 검사는 그 기일에 피의자를 출석시켜야 한다(제201조의2 제3항). 이에 반하여 체포되지 아니한 피의자를 인치하는 경우에는 판사가 피의자를 구인하여 심문하게 되는데 지방법원 판사는 拘引을 위한 拘束令狀을 발부하여 피의자를 구인한 후에 심문하게 된다(제2항). 이 경우에 지방법원판사는 피의자를 인치한 후 즉시 심문기일과 장소를 검사·피의자 및 변호인에게 통지하여야 한다(제3항).

---

301) 신동운, 앞의 책, 230면 ; 이재상, 앞의 책, 232면.

(3) 審問期日의 節次

지방법원 판사는 심문기일에 구속사유를 판단하기 위하여 피의자를 심문하고 검사와 변호인은 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다(제4항). 심문을 함에 있어서 지방법원판사는 共犯의 分離審問 기타 수사상의 비밀보호를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다(제5항). 판사는 피의자가 심문기일에 出席을 拒否하거나 질병 기타 사유로 출석이 현저하게 困難할 때에는 피의자의 출석 없이 심문절차를 진행할 수 있다(규칙 제96조의13 제1항). 판사는 피의자를 심문함에 있어 구속여부를 판단하기 위하여 필요한 사항에 관하여 신속하고 간결하게 심문하여야 하고 검사와 변호인은 판사의 심문이 끝난 후에 판사의 허가를 얻어 피의자를 심문할 수 있다(규칙 제96조의16 제2항, 제3항).

(4) 審問期間의 拘束期間 不算入

법원이 피의자심문을 하는 경우 구속영장청구서·수사관계서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 검사와 검찰수사관의 구속기간에 산입하지 아니한다(제7항). 이에 대하여는 구속기간에 산입하여야 한다는 비판이 제기되어 왔는데 다음 장에서 자세히 검토하기로 한다.

3. 逮捕·拘束適否審査

가. 意義

체포·구속적부심사란 수사기관에 의하여 체포 또는 구속된 피의자에 대하여 法院이 체포 또는 拘束의 適法여부와 그 必要性을 審査하여 체포 또는 구속이 부적법·부당한 경우에 被疑者를 釋放시키는 제도를 말한다. 수사단계에서 체포 또는 구속된 피의자를 석방하기 위한 제도인 점에서 법원이 구속된 피고인을 석방시키는 保釋(94조 내지 105조)과 구별되며 법원의 결정에 의하여 피의자를 석방시키는 제도라는 점에서는 검사가 피의자를 석방하는 拘束取消(제93조, 제209조)와 구별된다.[302]

302) 이재상, 앞의 책, 263면 ; 신동운, 앞의 책, 253면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 266면.

체포·구속적부심사제도는 영미법상의 人身保護令狀(writ of habeas corpus)에서 由來하는 제도이다. 원래 habeas corpus란 법원에 구속된 자의 신체를 제시하라(the court would have the body)는 의미의 라틴어이며[303] 구속자에 대하여 일시와 장소를 지정하고 구속의 적법여부를 심사하여 위법한 구속인 때에는 피구속자를 석방하기 위하여 피구속자의 신체를 제시하라는 법원의 영장을 인신보호영장이라고 한다. 그러나 우리나라의 체포·구속적부심사제도는 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 발부를 요건으로 하고 피의자의 구속은 법관이 발부한 영장에 의할 뿐만 아니라, 체포 또는 구속의 적부여부 이외에도 구속계속의 필요성까지 심사의 대상으로 한다는 점에서 獨逸 형사소송법상의 拘束審査制度(Haftpüfung)와 유사한 성격을 가지고 있다. 이러한 의미에서 체포·구속적부심사제도는 법관이 발부한 영장에 대한 재심절차 내지 抗告審的 性格을 가진다고 할 수 있다.[304] 체포·구속적부심사제도는 동시에 피의자에 대한 체포의 경우에는 형식적 심사를 거친 체포영장의 발부를 법원의 심사에 의하여 규제하는 기능을 가지고 있다.[305]

체포·구속적부심사제도는 수사기관에 의하여 불법하게 체포 또는 구속되어 있는 피의자를 구제하기 위한 자유의 대영장(Great Writ of Freedom)으로서[306] 피의자를 석방하기 위한 가장 중요한 인권보장제도라고 할 수 있다.

나. 沿革

구속적부심사제도는 1948.3.20. 美軍政法令 제176호에 의하여 우리나라에 처음으로 도입되었는데,[307] 1948.7.17.의 제헌헌법 제9조 제3항은 구속적부

303) LaFave-Israel, *criminal procedure*, 1011면 ; Saltzburg, *American criminal procedure*, 1151면.

304) 김기두, 앞의 책, 222면, 정영석, 앞의 책, 252면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 266면 ; 신양균, 앞의 책, 186면 ; 유인학, "구속적부심사제도와 그 개선책", 「고시계」, 1985.10, 149면.

305) 이재상, 앞의 책, 264면 ; 신동운, 앞의 책, 254면.

306) LaFave-Isrel, op.cit., p.1011 ; Sanford H. Kadish, *Encyclopedia of Crime and Justice*, 1986, 843면 ; Saltzburg, a.a.O., S.1151.

307) 미군정법령 제176호 제17조 제5항은 「신청서에 의하여 구속이 일응 불법하다고 인정하는 경우에는 재판소는 신청수리일로부터 7일 이네에 심문기간을 지정하여 구속자에게 피구속자를 재판소에 동행 출두케 하여 그 구속을 계속할 이유를 설명할 것을 명하여야 한다.」고 규정하고 있었다(이재상, 앞의 책, 264면 각주1).

심사제도를 헌법에 의하여 보장하였으며, 1954.9.23.에 공포·시행된 형사소송법은 제201조에서 이를 규정하고 있었다. 구속적부심사제도는 제3공화국에 이르기까지 유지되어 왔으며 특히 1962.12.26.에 공포된 제3공화국 헌법 제10조 제5항은 '누구든지 체포·구금을 받은 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. 私人으로부터 신체의 자유에 대한 불법한 침해를 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다.'라고 규정하여 구속적부심사제도를 일체의 불법구속에 대한 구제수단으로 확대하였으며 1963.1.25.에 개정된 형사소송법 제201조 제4항은 '지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 구속을 받은 자 또는 그 변호인 및 일정한 친족·가족은 관할법원에 구속의 적법여부의 심사를 청구할 수 있다.'라고 규정하고 있었다. 그러나 구속적부심사제도는 1972년의 소위 維新憲法에 의하여 삭제되고 이에 따라 1973.2.1.부터 시행된 형사소송법 개정법률에 의하여 폐지되었다.[308] 1980년 제5공화국 헌법은 제11조 제5항에서 '누구든지 체포·구금을 당한 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 구속적부심사를 청구할 수 있다.' 라고 규정하여 구속적부심사제도를 부활하였으며 1980.12.18.자로 개정·공포된 형사소송법은 제214조의2 에서 이를 규정하고 있었다. 그러나 당시의 형사소송법은 구속적부심사의 청구사유를 구속영장의 발부가 法律에 違反한 때와 구속 후 重大한 事情變更이 있어 구속을 계속할 필요가 없는 때로 제한하였을 뿐만 아니라 檢事認知事件과 公安事件 및 法定刑이 중한 사건에 대하여는 請求權을 排除하고 있었으며 이에 대하여는 입법론상 부당하다는 비판을 면할 수 없었다.[309] 1988.2.25. 시행된 개정헌법 제12조 제6항은 "누구든지 逮捕·拘束을 당한 때에는 適否의 審査를 법원에 청구할 권리를 가진다."라고 규정하고 이에 따라 형사소송법도 "구속영장에 의하여 구속된 피의자 또는 그

308) 구속적부심사 폐지이유는 ① 법관이 발부한 영장에 의하여 구속된 자의 구속의 적법여부를 법관이 다시 판단하는 것은 이론적으로 모순되며, 외국의 입법례에도 없을 뿐 아니라, ② 영장을 발부한 법관은 자기가 다시 한번 심사할 기회가 있을 수 있으므로 영장의 발부를 소홀히 할 염려가 있고, ③ 변호인을 선임할 수 있는 자력 있는 사람만 구제받고 가난한 서민층은 이용하지 못하여 법조부조리 요인이 되어 형사사법의 운용에 대한 국민의 신뢰를 저하시키고, ④ 석방율과 석방된 자의 도주율이 높아 수사에 막대한 지장을 초래하였다는 점에 있었다고 한다(이재상, 앞의 책, 246면).

309) 강구진, 앞의 책, 209면 ; 백형구, 앞의 책, 298면 ; 신현주, 앞의 책, 96면 ; 유인학, 앞의 논문, 163면.

변호인 등은 관할법원에 구속의 적부심사를 청구할 수 있다."라고 개정하여 청구권의 배제규정을 삭제하고 구속적부심사의 청구사유를 현저히 확대하였다. 1995년의 개정 형사소송법은 逮捕令狀制度를 도입하면서 체포의 경우에도 적부심사를 청구할 수 있게 하였으나(제214조의2 제1항) 법문의 해석상 영장에 의하지 않는 긴급체포나 현행범체포의 경우에는 체포적부심사를 청구할 수 없다는 지적에 따라 2007.6.1. 공포된 개정 형사소송법은 "체포영장 또는 구속영장에 의하여"라는 문구를 삭제함으로써 모든 체포·구속 피의자에게 체포·구속적부심사를 인정하도록 규정하고 있다. 그리고 체포·구속적부심사를 청구한 경우에 법원은 보증금의 납입을 조건으로 피의자의 석방을 명할 수 있게 하여 被疑者에 대한 保釋을 인정하였다.

다. 內容

(1) 請求權者

체포·구속적부심사의 청구권자는 모든 체포 또는 구속된 被疑者, 피의자의 辯護人·法定代理人·配偶者·直系親族·兄弟姉妹·同居人 또는 雇用主이다(제214조의2 제1항).

개정전 형사소송법은 체포영장 또는 구속영장이 발부되지 않고 불법하게 체포 또는 구속된 피의자, 예컨대 임의동행에 의하여 보호실에 유치되어 있거나 긴급체포 또는 현행범체포에 의하여 체포되어 구속영장이 청구되지 않은 피의자에게 청구권이 있는가에 관하여는 견해가 대립되었으나 헌법이 '누구든지 체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.'고 규정하고 있는 점에 비추어 체포영장이나 구속영장에 의하지 아니하고 사실상 구금되어 있는 자도 당연히 적부심사를 청구할 수 있다는 견해가 타당하고 영장에 의하지 않은 체포나 구속은 불법구속의 대표적인 경우라고 할 것이므로 이 경우에도 체포·구속적부심사를 청구할 수 있다고 해야 하는 것은 당연하다는 견해가 다수설이었다.[310] 判例도 긴급체포 등 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자도 적부심사를 청구할 권리를 가진다고 판시하였다.[311]

---

310) 이재상, 앞의 책, 267면 ; 신동운, 앞의 책, 256면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 268면.

(2) 請求事由 및 方法

적부심사의 청구사유는 逮捕 또는 拘束의 適否이다. 체포·구속의 不法뿐만 아니라 不當, 즉 구속계속의 필요성에 대한 판단도 포함한다. 체포영장 또는 구속영장의 발부가 법률에 위반하거나 구속 후 중대한 사정변경이 있을 것을 요하는 것이 아니다. 따라서 체포·구속이 不法한 경우로는 再拘束의 制限에 違反하여 구속영장이 발부된 경우, 긴급체포나 현행범인으로 체포된 자에 대하여 구속영장 請求期間이 經過한 후에 구속영장이 발부된 경우, 구속사유가 없음에도 불구하고 구속영장이 발부된 경우, 輕微한 事件으로 주거가 일정한 피의자에게 구속영장이 발부된 경우가 있으며, 구속계속의 필요성이 인정되지 않는 경우로는 被害辨償·合意 또는 告訴取消 등을 들 수 있다.[312)]

체포·구속적부심사의 청구는 書面에 의하여야 하며 체포·구속적부심사청구서에는 체포·구속된 피의자의 성명·주민등록번호·주거 및 체포·구속된 일자, 청구의 취지와 청구의 이유, 청구인의 성명과 피의자와의 관계를 기재하여야 한다(규칙 제102조).

(3) 法院의 審査

체포·구속적부심사 청구사건은 地方法院 合議部 또는 單獨判事가 심사한다. 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 관여하지 못하지만 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관 외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다(제214조의2 제11항).

체포·구속적부심사의 청구를 받은 법원은 지체 없이 審問期日을 指定하여야 하고 심문기일은 청구서가 접수된 때로부터 체포적부심사의 경우에는 48시간 이내에 결정하여야 한다(제4항). 심문기일을 지정한 법원은 즉시 청구인·변호인·검사 및 피의자를 구금하고 있는 관서의 장에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다(규칙 제104조 제1항, 제3항).

체포·구속적부심사의 청구를 받은 법원은 심문기일에 被疑者를 審問하고

---

311) 대법원, 1997.8.27.선고 1997모21 결정(공보97-3191).

312) 이재상, 앞의 책, 268면 ; 신동운, 앞의 책, 258면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 269면.

수사관계서류와 증거물을 조사한다(제214조의2 제4항). 검사·변호인 및 청구인은 심문기일에 출석하여 意見을 陳述할 수 있고(제214조의2 제9항), 심문기일에 출석한 검사·변호인과 청구인은 법원의 심문이 끝난 후에 체포·구속된 피의자를 심문할 수 있으며 피의자에게 유리한 자료를 제출할 수 있다(규칙 제105조).

체포·구속적부심사를 청구한 피의자가 제33조에 해당할 때에는 법원은 國選辯護人을 選定하여야 하고(제214조의2 제10항), 공범의 분리심문 기타 수사상의 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취하여야 한다(동조 제11항).

(4) 法院의 決定

법원은 체포 또는 구속된 피의자에 대한 심문이 종료된 때부터 24시간 이내에 체포·구속적부심사청구에 대한 결정을 하여야 한다(규칙 제106조). 이 경우 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때로부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 체포 또는 구속기간에 산입되지 않는다(제214조의2 제13항).

법원의 심리결과 청구가 이유 없다고 인정할 때에는 결정으로 그 請求를 棄却하여야 하며 법원이 적부심사의 청구를 이유 있다고 인정할 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 법원의 釋放決定에 의하여 석방된 피의자는 도망하거나 죄증을 인멸하는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 대하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다(제214조의3 제1항). 그리고 보증금납입조건부로 석방된 피의자에 대하여는 도망한 때, 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 출석요구를 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때, 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다(제2항).

라. 逮捕·拘束期間의 不算入

체포·구속적부심사가 청구된 경우에 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환될 때까지의 기간을 체포 또는 구속기간에 산입하지 않는다는 규정(제214조의2 제13항)은 타당하다고 할 수 없다. 체

포·구속적부심사의 청구는 헌법에 의하여 구속된 피의자에게 인정된 권리이고 법원의 결정과 증거물이나 수사관계서류를 반환하는 기간은 법원의 사정에 따라 달라질 수 있으며 이 기간 동안 특별히 수사에 지장이 초래되는 것도 아니기 때문이다.[313] 또 수사에 미치는 영향을 고려하여 법원이 구속기간의 산입 여부를 결정하게 하는 것이 타당하다는 견해도 있다.[314] 그러나 현행 형사소송법은 48시간 이내에 체포·구속여부를 결정하도록 규정하고 있는데 이 기간 동안 특별히 조사하지 않았다고 하여 사건의 변화에 영향을 미치는 것도 아니고 오히려 체포·구속적부심사 결정 이후에 피의자들이 순순히 범죄사실을 자백하는 경우가 있으므로 구속기간에 산입하도록 입법적 개선이 있어야 할 것으로 생각한다.

4. 被疑者 保釋

가. 意義

피의자 보석, 즉 보증금납입조건부 피의자석방이란 被疑者에 대하여 保證金納入을 條件으로 拘束의 執行을 停止하는 제도를 말한다. 즉 법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 결정으로 체포·구속된 피의자의 석방을 명할 수 있다(제214조의2 제5항). 보증금납입조건부 피의자석방제도는 保釋制度를 被疑者에 대하여 까지 擴大한 것이라고 할 수 있는데, 다만 보석을 피의자에게 준용하는 대신에 체포·구속적부심사와 결합하여 보증금납입조건부 피의자석방제도를 채택한 것이다. 보증금납입조건부 피의자석방제도는 체포·구속적부심사의 청구가 있을 때에만 허용되며, 법원의 직권에 의하여 석방을 명할 수 있을 뿐인 職權保釋이고 裁量保釋이며 피의자에게 보석청구권이 인정되는 것은 아니라는 점에 특색이 있다.[315]

---

313) 이재상, 앞의 책, 274면.

314) 배종대/이상돈, 앞의 책, 244면 ; 신양균, 앞의 책, 195면.

315) 이재상, 앞의 책, 272면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 272면.

나. 內容

보증금납입조건부 피의자석방의 청구, 즉 피의자의 보석청구는 허용되지 않으며, 피의자가 체포·拘束適否審査를 請求한 경우에 法院은 保證金의 納入을 條件으로 피의자의 釋放을 명할 수 있을 뿐이다. 피의자에 대하여 보석의 청구권을 인정하지 않고 체포·구속적부심사청구가 있을 때에 피의자의 석방을 명하게 한 것은 피의자의 중복된 석방청구로 인한 수사절차의 지연을 방지하기 위한 결과라고 한다.[316)]

그리고 피의자에게 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 피해자 및 그 친족의 생명 신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때에는 보증금납입조건부 피의자석방을 명할 수 없다(동조 제4항 단서).

보증금의 결정이나 집행절차에 관하여는 保釋에 관한 規定이 준용된다(제7항). 즉 보증금납입조건부 피의자석방을 명함에 있어서는 범죄의 성질과 죄상, 범죄의 증명력, 피의자의 전과와 성격, 그리고 피의자의 환경과 자산을 고려하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금을 정하여야 하며(제214조의2 제7항, 제99조 제1항), 피의자의 석방을 결정하는 경우에는 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다(제214조의2 제6항). 보증금납입조건부 피의자석방결정도 보증금을 납입한 후가 아니면 집행하지 못하며(제214조의2 제7항, 제100조 제1항), 법원은 유가증권 또는 피의자 이외의 자가 제출한 보증서로써 보증금에 갈음할 것을 허가할 수 있다(제214조의2 제7항, 제100조 제3항).

보증금납입을 조건으로 석방된 피의자가 도망한 때, 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 출석요구를 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때, 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건에 위반한 때의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 피의자를 재차 체포 또는 구속하지 못한다(제214조의3 제2항).

---

316) 이재상, 앞의 책, 272면 ; 신동운, 앞의 책, 265면.

법원은 보증금납입을 조건으로 석방된 피의자를 재체포·구속 제한의 例外事由에 해당하여 재차 구속할 때, 보증금납입을 조건으로 석방된 피의자에 대하여 공소가 제기된 후 법원이 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속할 때에는 납입된 保證金의 전부 또는 일부를 沒收할 수 있다(제214조의4 제1항). 보증금납입을 조건으로 석방된 피의자가 동일한 범죄사실에 관하여 형의 선고를 받고 그 判決이 確定된 후 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 법원은 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수하여야 한다(제214조의4 제2항).

다. 保釋請求權 不認定

보증금납입조건부 피의자석방제도는 피의자에 대하여도 보석을 인정하여 피의자의 석방가능성을 확대하였다는 점에서 타당한 태도라고 할 수 있다. 그러나 보석을 피의자에 대하여 확대함에 있어서 보석에 관한 규정을 피의자에게 준용하지 않고 별도로 보증금납입조건부 피의자석방제도를 도입하여 피의자가 체포·구속적부심사를 청구한 때에만 보석을 허가하도록 한 것은 타당하다고 할 수 없다. 보석과 체포·구속적부심사제도는 제도의 취지를 달리하는 제도이므로 적부심사를 청구한 경우에 보석을 허가하는 것은 타당하다고 할 수 없고 반대로 보석을 원하는 피의자에게 그 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 적부심사를 청구하게 하는 것도 옳다고 할 수 없기 때문이다. 피고인에 대한 보석이 필요적 보석임에 대하여 피의자에 대하여는 任意的 保釋만을 인정하는 것도 문제이다. 보석은 성질상 구속의 집행정지이므로 보석이 취소되지 않는 한 재 구속될 수 없고 보석을 취소한 때에는 당연히 구속해야 한다. 결국 피의자에 대하여 보석제도를 확대함에 있어서는 보석에 관한 규정을 피의자에 준용하면 충분하므로 체포·구속적부심사와 결합하여 보증금납입조건부 피의자석방제도를 운용할 필요는 없고 被疑者에게 保釋請求權을 認定함이 타당하다.[317]

317) 이재상, 앞의 책, 275면 ; 신동운, 앞의 책, 267면.

5. 拘束의 執行停止 및 取消

가. 意義

검사 또는 검찰수사관은 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 체포·구속된 피의자를 親族·保護團體 기타 적당한 자에게 付託하거나 피의자의 住居를 制限하여 구속의 집행을 정지할 수 있다(제209조, 제101조 제1항). 다만 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아야 한다(사법경찰관리집무규칙 제26조). 구속집행정지의 경우에는 구속의 집행이 정지될 뿐이며 구속영장의 효력에는 영향이 없다. 보증금을 조건으로 하지 않고 직권에 의하여 행하여지며 피의자에 대하여도 인정된다는 점에서 보석과 구별된다.[318]

나. 執行停止의 節次

검사가 구속 중인 피의자에 대하여 구속집행정지 결정을 하는 경우에는 구속집행정지결정서를 작성하고 피의자에 대한 석방지휘서를 작성하여 피의자가 수감되어 있는 구치소·교도소 또는 경찰관서의 장에게 송부하여야 한다(검찰사건사무규칙 제48조).

다. 執行停止의 取消

검사 또는 검찰수사관은 결정으로 구속의 집행정지를 취소할 수 있다(제209조). 구속집행정지의 취소사유는 피의자가 도망한 때, 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때, 피해자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 주거의 제한 기타 조건을 위반한 때이다.

라. 拘束의 取消

구속의 취소는 逮捕·拘束의 事由가 없거나 消滅된 때에 검사 또는 검찰수

318) 이재상, 앞의 책, 289면 ; 신동운, 앞의 책, 813면.

사관은 결정으로 체포·구속을 취소하여야 한다(제93조, 제200조의6, 제209조, 검찰사건사무규칙 제28조). 체포·구속사유가 없는 때란 체포·구속사유가 처음부터 존재하지 않았던 것이 판명된 경우이고, 체포·구속사유가 소멸된 때란 존재한 체포·구속사유가 사후적으로 소멸한 경우를 말한다.[319]

이와 같은 구속의 집행정지나 취소제도는 구속피의자에 대하여 그 사유가 있으면 신속히 석방함으로써 피의자의 인권을 보장하기 위한 제도적 장치라고 할 수 있다.

6. 逮捕·拘束事由의 通知

형사소송법은 검사 또는 검찰수사관이 피의자를 체포·구속한 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 피의자가 지정한 자에게 피의사건명, 체포·구속일시와 장소, 범죄사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 지체 없이 서면으로 알려야 한다고 규정하고 있으며(법 제200조의5, 제87조) 이에 따라 형사소송규칙은 체포·구속한 때로부터 늦어도 24시간 이내에 書面으로 通知하도록 규정하고 있다(규칙 제51조, 제100조 제1항).

체포·구속의 통지는 국가기관에 의하여 피의자가 흔적 없이 사라지는 것을 방지함으로써 刑事節次의 公開原則과 체포·구속에 있어서 法治國家原理를 보장하는 의미를 가지고 있다.[320]

또한 체포·구속의 통지제도는 변호인·가족과의 신속한 接見交通을 도모하고 辯護人選任과 防禦準備 등의 신속을 기하도록 하려는데 그 취지가 있으며 이는 피의자의 인권보장을 위한 제도적 장치라고 할 수 있다.

7. 拘束期間 및 再拘束의 制限

검찰수사관 등 수사기관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를

319) 이재상, 앞의 책, 290면 ; 신동운, 앞의 책, 831면.

320) 이재상, 「강제수사절차의 개선방안」, 한국형사정책연구원, 1991.11, 77면.

검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다(제202조). 검사의 구속기간도 10일이지만(제203조) 지방법원판사의 허가를 얻어 10일을 초과하지 않는 한도에서 구속기간을 연장할 수 있다(제205조). 피의자가 체포영장에 의한 체포·긴급체포·현행범체포에 의하여 체포되거나 구인을 위한 구속영장에 의하여 구인된 경우에 검찰수사관 등 수사기관의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날로부터 기산한다(제203조의 2). 그러나 수사기관의 피의자 구속기간이 너무 장기간이어서 이 기간 동안 여러 유형의 인권침해가 있을 개연성이 충분하고 더욱 유치장 피의자에 대한 정밀신체검사(일명 알몸수색) 등 인권침해적 요소가 다분하다고 본다. 따라서 대부분의 피의자들이 경찰서 유치장이나 보호실에 불필요하게 구금되어 자백강요를 위한 수단으로 제공될 수 있으므로 구속기간의 단축이 요구된다고 하겠다.[321] 따라서 검찰수사관 등 수사기관은 구속피의자에 대하여 구속기간 이내라도 조사가 끝난 즉시 송치하도록 하는 방안 등이 모색되어야 할 것이다. 이와 같이 구속기간을 제한하고 있는 이유는 피의자에 대한 부당한 장기구속을 방지하기 위한 제도이다.

그러나 피의자의 구속기간과는 달리 현행 형사소송법은 피고인에 대한 법원의 구속기간을 2개월로 하되 심급마다 2차에 한하여 갱신할 수 있고 상소심에서 추가심리가 필요한 때에는 3차 갱신이 가능하도록 개정하면서(제92조 제2항) 공소제기 전 구속기간 마저 불산입하도록 규정하고 있는데(동조 제3항) 이는 공판전준비절차(제266조의5)와 집중심리주의를 채택하고(제267조의2) 있는 마당에 법원의 구속기간이 최장 1년 6개월(심급별로 6개월)이나 되어 구속 피고인이 장기간의 구속 상태에서 법원의 재판을 받아야 된다는 것은 실체적 진실발견이 아니라 오히려 피고인을 장기간 구속으로 지치게 하여 자백을 유도하는 편법으로 작용하지 않을까 우려되므로 법원의 구속기간은 대폭 단축되도록 입법적 개선이 이루어져야 할 것이다.

그리고 再拘束의 制限과 관련하여서는 검사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다(법 제208조 제1항). 이 경우 1개의 목적을 위하여 同時 또는 手段과 結果의 관계에서 행하여진 행위는 동일

321) 황정근, “인신구속과 인권보장”, 「형사법연구」 제14호, 2000.12, 58면.

한 범죄사실로 간주한다(동조 2항).

재구속의 제한은 동일사건에 관하여 검찰수사관 등 수사기관에 의한 중복적 구속을 방지함으로써 피의자의 인권을 보호하려는 취지이다. 따라서 재구속의 요건인 '다른 중요한 증거'가 있느냐의 여부는 엄격하게 판단하여야 하며, 재구속의 제한에 관해서는 예외가 인정되고 있다(법 제214조의3 ; 국가보안법 제20조 제4항). 이에 대해서는 구속적부심사 석방결정에 대한 재구속의 제한(214조의3)은 일반적인 재구속의 제한(제208조)과 비교하여 그 요건이 완화되어 있어 균형을 상실한 조치이므로 입법적으로 재검토되어야 한다는 견해가 있다.[322] 이와 같은 구속기간 및 재구속의 제한 규정은 불필요한 구속을 제한함으로써 피의자의 인권보장을 위한 제도적 장치라고 할 수 있다.

8. 檢事의 逮捕·拘束場所監察

검사는 관할 搜査機關에 소재하는 逮捕·拘束 被疑者에 대한 不法逮捕·拘束의 有無에 관하여 調査할 수 있는데 이러한 검사의 조사권을 검사의 체포·구속장소 감찰권이라고 한다. 지방검찰청검사장 또는 지청장은 불법 체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회 이상 관할 수사관서의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 한다. 감찰하는 검사는 피구속자를 심문하고 관련 서류를 조사하여야 한다(제198조의2 제1항). 검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다(동조 제2항).

이와 같은 검사의 체포·구속장소 감찰제도는 불법체포·구속을 규제하고 불법하게 체포 또는 구속된 피의자를 구제하기 위한 피의자의 인권보장제도라고 할 수 있다.

322) 신양균, 앞의 책, 192면.

9. 違法蒐集證據排除法則

가. 意義

위법수집증거배제법칙이란 위법한 절차에 의하여 수집된 증거, 즉 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 법칙을 말한다(제308조의2 신설). 증거에는 진술증거와 비진술증거가 있는데 진술증거 특히 自白에 대하여는 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조에서 증거능력을 제한하는 규정을 두고 있다. 그러나 비진술증거인 證據物에 대하여는 이러한 명문의 규정이 없었을 뿐만 아니라 압수절차에 위법이 있다고 하더라도 그 증명력에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 것이 대법원의 일관된 태도였다.[323] 그러나 자백배제법칙의 이론적 근거가 위법배제에 있다고 보지 않을 수 없는 이상 자백배제법칙도 위법수집증거배제법칙의 일부에 지나지 않는다고 해야 한다. 따라서 위법수집증거배제법칙은 非陳述證據 뿐만 아니라 陳述證據에 대하여도 適用된다고 본다.[324] 이에 따라 현행 형사소송법은 위법수집증거배제법칙을 신설하였다.

나. 認定背景

(1) 判例

대법원은 종래 진술거부권을 고지하지 않은 경우의 피의자신문조서에 대하여는 위법하게 수집된 증거라는 이유로 증거능력을 부정하면서도 영장주의에 위반하여 압수한 증거물의 증거능력에 관하여는 '압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다.' 라고 판시하여 위법수집증거의 증거능력을 인정하고 있었다.[325] 그런데 最近 종래의 태도를 변경하여 '적법절차와 영장주의는 확고히 유지되어야 하므로

323) 대법원 1968.9.17.선고 1968도932 판결 ; 1987.6.23.선고 1987도705 판결 ; 2006.7.27.선고 2006도3194 판결 등 다수 ; 변경된 판례로는 2007.11.15.선고 2007도3061호 판결.

324) 이재상, 앞의 책, 527면 ; 신동운, 앞의 책, 1041면.

325) 대법원, 1968.9.17.선고 1968도932 판결 ; 1987.6.23.선고 1987도705 판결 ; 1994.2.8.선고 1993도3318 판결 등 다수.

헌법과 형사소송법에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권보장을 위해 마련된 적법절차에 따르지 않는 것이기 때문에 원칙적으로 유죄인정의 자료로 삼을 수 없고 이를 기초로 하여 획득한 제2차적 증거도 유죄인정의 증거로 삼을 수 없다'라고 판시하여 압수수색영장에 기재되지 아니한 물건의 압수, 영장제시절차의 누락, 압수목록 작성·교부의 현저한 지연 등에 대하여는 위법수집증거라는 이유로 증거능력을 부정하고 있다. [326]

(2) 學說

종래 대법원 판례와는 달리 위법수집증거의 증거능력을 부정하고 위법수집증거배제법칙을 채택해야 한다는 점에 견해가 일치하고 있었다.[327] 이는 헌법이 규정하고 있는 적정절차와 인권보장의 이념을 구현하기 위하여 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이 타당하며, 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지는 비진술증거인 증거물에 대하여도 유지되어야 한다는 점을 근거로 하고 있었다.[328]

실체적 진실발견은 형사소송의 유일한 목적이 아니라 적정한 절차에서 공정하게 진실이 발견될 것을 요한다. 실체적 진실의 발견과 적정절차의 이념을 조화하는 한계가 바로 위법수집증거배제법칙이며 형사소송법의 윤리화도 이에 의하여 달성될 수 있다고 본다. 따라서 위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 것이 적정절차의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제12조 제1항의 취지와 일치된다고 할 것이므로 학설의 태도가 타당하다는 지적에 따라 개정 형사소송법은 제308조의2를 신설하여 채택하게 되었다.

---

326) 대법원 2007.11.15.선고 2007도3061 전원합의체 판결. 다만 예외적으로 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적 내용을 침해하지 아니하고, 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진술규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하거나, 절차에 따르지 아니한 증거수집과 제2차적 증거수집 사이에 인과관계의 희석 또는 단절이 있는 경우에는 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다고 판시하고 있다.

327) 강구진, 앞의 책, 506면 ; 김기두, 앞의 책, 132면 ; 백형구, 앞의 책, 666면 ; 서일교, 앞의 책, 150면 ; 신동운, 앞의 책, 1031면 ; 정영석/이형국, 앞의 책, 325면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 534면 ; 신양균, 앞의 책, 675면 ; 문정민, "위법수집증거의 배제법칙", 「통일문제연구」 제9집, 조선대사회과학연구소, 1991.12, 59면.

328) 이재상, 앞의 책, 529면 ; 신동운, 앞의 책, 1031면.

다. 認定 根據

(1) 適法節次의 保障

위법하게 수집된 증거는 적법절차의 보장이라는 관점에서 그 증거능력이 부정되어야 하고 이에 의하여 사법의 순결성과 재판의 공정성이 유지된다는 점에 있다. 즉 진실의 발견은 적정한 절차에서 행하여질 것을 요하므로 헌법상 허용될 수 없는 절차에 의하여 수집된 증거에 대하여는 진실발견을 위한 자격을 박탈하는 것이 당연하며 법을 지켜야 할 수사기관이 국민의 기본적 인권을 침해하고 위법하게 수집한 증거를 허용하는 것은 법원이 수사기관의 위법행위에 가담하는 것과 같은 결과가 되어 사법의 염결성을 침해하게 된다는 것이다.[329]

(2) 違法搜査의 抑止

위법수집증거의 배제는 위법수사를 방지·억제하기 위한 가장 유효한 방법이라는 점에 그 정책적 근거가 있다. 물론 위법수집증거배제법칙의 억제력에 대하여는 현재 미국에서도 의문이 제기되고 있다. 즉 이 법칙은 선의로 행하는 수사관의 수사행위에 대하여는 억제력을 가질 수 없고 공소제기와 결합된 수사행위에 대하여도 억제력을 인정할 실증적 자료가 없다는 것이다. 그러나 위법수사를 행한 자에 대한 형사상의 제재나 민사책임이 위법수사를 억제하기 위한 충분한 수단이 될 수 없는 이상 위법수집증거배제법칙이야말로 이를 억제하기 위한 가장 효과적인 방법이라고 할 수 있다.[330]

라. 適法節次의 基準 不分明

형사소송법은 제308조의2를 신설하여 "적법절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다."라고 위법수집증거배제법칙을 규정하고 있다. 따라서 모든 위법수집증거의 증거능력을 부정하지는 않고 다만 適法節次에

---

329) 이재상, 앞의 책, 529면 ; 신동운, 앞의 책, 1032면. 한편 위법수집증거배제법칙의 근거로 헌법 제12조 제1항의 적법절차 이외에 헌법 제12조 제3항의 영장주의 또는 형사소송법 제307조의 증거재판주의를 들기도 한다(문정민, 앞의 논문, 65면).

330) 이재상, 앞의 책, 530면.

의하지 아니하고 蒐集한 證據의 證據能力을 否定하고 있다.

이는 증거수집절차의 적법성을 제고하는 한편 모든 절차상의 위법을 이유로 증거물의 증거능력을 부정하게 될 경우 수사기관의 경미한 위법행위로 범죄인이 누리는 혜택이 너무 커지는 불합리한 결과가 생길 수 있어 형사정의와 형사사법체계에 대한 불신을 조장할 우려가 있다는 점을 고려하여 증거배제의 범위를 조절한 것이라고 한다.[331]

그러나 여기서의 '적법절차'의 기준이 헌법상의 적법절차에 따르지 아니하고 수집한 증거의 증거능력을 부정한다는 의미인지, 아니면 법률에 합치되지 아니하고 수집한 증거의 증거능력을 부정한다는 의미인지 그 기준이 모호하고 그 適用範圍가 비진술증거 뿐만 아니라 피의자신문조서 및 참고인진술조서에도 적법절차를 규정하여 진술증거에 대하여도 적용하도록 규정하고 있어 너무 廣範圍하므로 이에 따른 해석과 관련하여 法院에 裁量을 주고 있어 타당하지 않다는[332] 지적이 있으므로 이는 앞으로 입법적 개선을 통하여 해결되어야 할 문제라고 생각된다.

10. 刑事補償

가. 意義

형사보상이란 國家刑事司法의 過誤에 의하여 죄인의 누명을 쓰고 拘束되었거나 刑의 執行을 받은 자에 대하여 國家가 그 損害를 報償하여 주는 제도를 말한다. 헌법 제28조는 '형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다.'라고 규정하여 형사보상을 국민의 기본권으로 보장함으로써 특히 피의자·피고인의 인권을 보장하기 위한 제도라고 할 수 있다. 헌법은 구금되었던 자의 형사보상만을 규정하고 있으나 사형 또는 재산형의 집행을 받은 자에 대한 형사보상도 헌법이 당연히 예상한 것이라고 하며[333] 헌법이 보장하고 있는 형사보상청구권을 구

331) 법무부, 「개정 형사소송법」, 225면.

332) 이완규, 「개정 형사소송법의 쟁점」, 탐구사, 2007, 427면 이하 참조.

체적으로 실현하기 위하여 「형사보상법」이 제정되어 있다.

그리고 형사보상의 본질에 관하여는 법률의무설과 공평설이 대립되고 있다. 法律義務說은 국가의 구속 또는 형집행 처분이 객관적·사후적으로 위법하기 때문에 위법한 처분에 대한 법률적 의무로서 국가가 형사보상을 하여야 한다는 견해이고,[334] 公平說은 형사보상을 공평의 견지에서 국가가 행하는 조절보상이라고 이해한다.[335] 생각건대 형사보상은 객관적으로 위법한 공권력의 행사가 있는 경우에 공무원의 고의·과실을 묻지 않고 국가가 이를 배상하여 주는 무과실손해배상이라고 해야 한다. 따라서 그 본질은 법률의무설에 따라 파악하는 견해가 타당하다.[336]

또한 형사보상은 국가가 공권력의 행사로 인하여 발생한 손해를 公務員의 故意·過失을 묻지 않고 미리 산정된 금액에 의하여 배상하여 주는 공법상의 손해배상이다. 따라서 형사보상의 청구는 국가배상법 또는 민법에 의한 손해배상청구와 경합하는 경우가 있을 수 있는데 이 경우에 어느 사유에 의하여 배상을 청구하는가는 피의자의 자유라고 할 수 있다(형사보상법 제5조 제1항).

나. 要件

(1) 無罪判決 또는 不起訴處分

형사보상을 청구하기 위해서는 검사의 기소유예처분 이외의 不起訴處分 또는 법원의 無罪判決을 받았을 것을 요하는데 무죄판결을 받은 경우를 被告人補償이라 하고 불기소처분을 받은 경우를 被疑者補償이라고 한다.

起訴猶豫 이외의 불기소처분을 받은 자란 피의자로서 검사로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분을 받은 자로서 사실상 죄를 범하지 아니하였다고 인정할 명백한 이유가 있거나 구금된 때로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분

333) 이재상, 앞의 책, 772면.

334) 강구진, 앞의 책, 620면 ; 김기두, 앞의 책, 352면 ; 백형구, 앞의 책, 974면, 서일교, 앞의 책, 407면 ; 송광섭, 앞의 책, 621면 ; 이재상, 앞의 책, 787면 ; 정영석/이형국, 앞의 책, 549면.

335) 배종대/이상돈, 앞의 책, 868면 ; 신양균, 앞의 책, 1112면 ; 신동운, 앞의 책, 1470면.

336) 이재상, 앞의 책, 772면.

을 할 사유가 존재한 경우를 말한다.[337]

無罪의 判決을 받았을 것이란 무죄의 재판이 확정된 것을 의미한다. 다만 免訴 또는 公訴棄却의 재판을 받았을 때에도 면소 또는 공소기각의 형식재판을 할 만한 사유가 없었다면 무죄의 실체재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 때에는 형사보상을 청구할 수 있다(형보법 제25조). 이는 형식적으로는 무죄판결이 아니나 실질적으로 무죄의 재판이라는 점을 고려한 것이다.[338]

(2) 拘禁 또는 刑의 執行

형사보상은 구금과 형의 집행에 대한 것이어야 한다. 확정판결에 의하여 형의 집행이 개시되므로 형의 집행이 문제되는 것은 상소권회복에 의한 상소·재심 또는 비상상고절차에서 무죄판결을 받은 경우이다(동법 제1조 제2항). 무죄판결을 받을 당시에 구금되어 있을 것을 요하지 않는다. 자유형의 집행정지자에 대한 拘置(법 제470조 제3항)와 형집행장에 의한 拘束(법 제473조)도 구금 또는 형의 집행으로 볼 수 있다(형보법 제1조 제3항).

(3) 除外事由

피의자보상에 있어서 본인이 수사 또는 재판을 그르칠 목적으로 虛僞의 自白을 하거나 다른 유죄의 證據를 造作함으로써 구금된 것으로 인정되는 경우, 구금기간 중 다른 범죄사실에 대하여 수사가 행하여지고 그 사실에 관하여 범죄가 성립한 경우, 보상을 하는 것이 善良한 風俗 기타 社會秩序에 違反한다고 인정할 특별한 사정이 있는 경우에는 보상의 전부 또는 일부를 하지 아니할 수 있다(동법 제26조 제2항).

아울러 피고인보상에 있어서는 책임능력이 없음을 이유로 무죄판결을 받은 경우, 본인이 수사 또는 심판을 그르칠 목적으로 허위의 자백을 하거나 또는 다른 유죄의 증거를 조작함으로써 기소되거나, 미결구금 또는 유죄재판을 받게 될 것으로 인정된 경우, 1개의 재판으로써 경합범의 일부에 대하여 무죄재판을 받고 다른 부분에 대하여 유죄재판을 받았을 경우에는 보상청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 있다(동법 제3조).

---

337) 이재상, 앞의 책, 773면 ; 신동운, 앞의 책, 1477면.

338) 백형구, 앞의 책, 974면.

다. 內容

(1) 拘禁에 대한 補償

구금에 대한 보상에 있어서는 그 일수에 따라 1일 5천원이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급한다(동법 제4조 제1항). 여기의 구금에는 未決拘禁과 刑의 執行에 의한 구금, 勞役場留置의 집행을 하였을 때를 포함한다(동조 제5항).

(2) 刑의 執行에 대한 補償

사형집행에 대한 보상금은 집행 전 구금에 대한 보상금 이외에 3천만원 이내에서 모든 사정을 고려하여 법원이 상당하다고 인정하는 금액을 가산하여 보상한다(동조 제3항). 벌금 또는 과료의 집행에 대한 보상에 있어서는 이미 징수한 벌금 또는 과료의 금액에 징수일의 익일부터 보상결정일까지의 일수에 따라 연 5푼의 비율에 의한 금액을 가산한 액을 보상한다(동조 제4항).

沒收執行에 대한 보상에 있어서는 그 몰수물을 반환하고 그것이 이미 처분되었을 때에는 보상결정시의 시가를 보상하며, 追徵金에 대한 보상은 그 액수에 징수한 익일부터 보상결정일까지의 일부에 따라 연 5푼의 비율에 의한 금액을 가산한 가액을 보상한다(동조 제6항).

라. 節次

(1) 請求權者

검사의 기소유예처분 이외의 不起訴處分을 받은 피의자(동법 제26조 제1항) 또는 無罪·免訴 또는 公訴棄却의 재판을 받은 본인(동법 제1조, 제25조)이다. 형사보상청구권은 상속의 대상이 되므로 본인이 보상청구를 하지 않고 사망하였을 때에는 상속인이 이를 청구할 수 있다(동법 제2조 제1항). 보상청구를 할 수 있는 동순위의 상속인이 수인인 경우에 그 중 1인이 보상청구를 하였을 때에는 보상을 청구할 수 있는 전원을 위하여 그 전부에 대하여 청구한 것으로 본다. 이 경우에 청구한 자 이외의 상속인은 공동청구인으로서 절차에 참가할 수 있다(동법 제11조).

(2) 請求時期와 管轄法院

검사로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분의 고지 또는 통지를 받거나 무죄·면소 또는 공소기각의 재판이 확정된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다(형보법 제7조, 제25조, 제27조 제3항). 피의자보상은 공소를 제기하지 아니하는 처분을 한 검사가 소속하는 지방검찰청의 심의회에 하여야 하며(동법 제27조 제1항), 피고인보상은 무죄판결을 한 법원에 하여야 한다(동법 제6조).

(3) 被疑者補償의 決定

피의자보상에 관한 사항은 지방검찰청에 설치되어 있는 피의자보상심의회에서 심사·결정하며(동법 제25조 제3항) 심의회는 법무부장관의 지휘·감독을 받는다(동조 제4항). 피의자보상에 대한 심의회의 보상결정에 대하여는 法務部長官의 裁決을 거쳐 行政訴訟을 提起할 수 있다(동법 제27조 제4항).

보상의 지급을 청구하고자 하는 자는 보상을 결정한 검찰청에 보상지급청구서를 제출하여야 하며 보상결정이 송달된 후 1년 이내에 보상지급의 청구를 하지 아니할 때에는 권리를 상실한다. 그러나 보상의 지급을 받을 수 있는 자가 수인인 경우에 그 중 1인이 한 보상지급의 청구는 보상의 결정을 받은 전원을 위하여 그 전부에 대하여 한 것으로 본다(동법 제20조). 보상의 지급을 받을 수 있는 자가 수인인 경우에는 그 중 1인에 대한 보상의 지급은 그 전원에 대하여 효력을 발생한다(동법 제21조).

마. 補償額의 現實化

형사보상법 제4조에는 '구금 및 노역장유치에 대한 보상에 있어서는 그 일수에 따라 1日 5千원 이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급하고, 보상금액을 산정할 때에는 구금의 종류 및 기간의 장단, 기간 중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신상의 고통과 신체상의 손상, 경찰·검찰·법원의 각 기관의 고의 또는 과실의 유무 기타 모든 사정을 고려하여야 한다.'라고 규정하면서 '사형집행에 대한 보상금은 집행 전 구금에 대한 보상금 외에 3천만원 이내에서 모든 사정을

고려하여 법원이 상당하다고 인정하는 액을 가산 보상하되 본인의 사망에 의하여 생긴 재산상의 손실액이 증명된 때에는 그 손실액도 보상한다.'라고 규정하고 있다. 또한 '벌금 또는 과료의 집행에 대한 보상에 있어서는 이미 징수한 벌금 또는 과료의 액에 징수일의 익일부터 보상결정일 까지의 일수에 따라 민법 제379조의 법정이율에 의한 금액을 가산한 액을 보상하고, 몰수집행에 대한 보상에 있어서는 그 몰수물을 반환하고 그것이 이미 처분되었을 때에는 보상결정시의 시가를 보상하며, 추징금에 대한 보상에 있어서는 그 액수에 징수한 익일부터 보상결정일 까지의 일수에 따라 민법 제379조의 법정이율에 의한 금액을 가산한 액을 보상한다.'라고 규정하고 있다.

이에 따라 형사보상법시행령 제2조는 '법 제4조 제1항의 규정에 의한 구금에 대한 보상금의 상한은 1일 보상청구의 원인이 발생한 연도의 최저임금법상 일급최저임금액의 5배로 한다.'라고 규정하고 있다.

2007.8.1. 노동부 고시 제2007-31호로 발표한 일급 최저임금액은 30,160원(시간당 3,770×8시간)으로 이에 대한 5배의 범위에서 형사보상금액이 결정된다면 150,800원이 되는데 10일간 구금되었다가 석방된 경우에는 1,508,000원이 되어 현실적으로 보상금액이 터무니없이 적은 형편이다.[339] 따라서 현실적으로 변호사 선임비용 등 그 이외 피의자가 석방되기까지 실질적으로 사용된 금액과 피의자 본인 및 가족들에 대한 정신적 보상 등 충분한 보상이 이루어질 수 있도록 형사보상 금액의 현실화가 절실히 요청된다고 하겠다.

339) 황정근, 앞의 논문, 61면.

第5章 被疑者 人權保障制度의 問題點 및 改善方案

Ⅰ. 序說

현행법상의 피의자 인권보장제도로는 어떠한 것들이 있으며 이러한 제도들을 언제 어떻게 활용하는 것인지에 대하여 자세히 살펴보았다. 이 장에서는 이러한 제도의 문제점과 개선방안이 무엇인지에 대하여 피의자의 체포·구속 전과 피의자의 체포·구속 후로 나누어 살펴보고자 한다. 그런데 우리 형사소송법상의 인권보장제도의 문제점을 살펴보기 전에 우리가 명심해야 할 것은 형사소송 절차에서 억울한 피고인이 유죄를 선고받거나 무고한 시민이 구속되는 등으로 인권침해행위가 논란이 되어 오게 된 배경에는 형사사법에 관여하는 구성원들의 인권보장 의지와 정치로부터의 독립 내지는 법과 양심에 따른 재판이 이루어졌는가를 먼저 반성해 보아야 한다. 형사소송절차에 관여하는 구성원들이 피의자·피고인의 인권을 보장하면서 실체적 진실을 발견하기 위하여 정치와 결탁하지 않고 또한 전관예우 등 선·후배 변호사의 압력이나 청탁에 의연하게 대처하여 정의감과 사명감을 가지고 수사 내지 재판을 수행해 왔었다면 우리나라 사법제도가 이처럼 국민으로부터 불신을 받게 되어 개선책을 마련하는 등 혼란스럽게 운영되어 왔겠는지 깊이 반성하지 않을 수 없다는 것이다.

우리는 2007.6.1. 형사소송법을 전면적으로 개정하면서 외국의 공판전준비절차나[340] 배심제와 유사한 국민참여재판제도를 도입하였으나 이러한 제도가 본래의 취지에 맞도록 정착될 수 있을 것인지 우려될 뿐만 아니라 오히려 국민참여재판제도가 성폭행사건의 피의자[341] 또는 학생운동권이나 노동운동권

340) 이완규, 앞의 책, 47면 이하 참조 : 공판전준비절차는 서면재판화와 소송절차의 직권주의적 성격이 강화되어 당사자주의 요소와 역행된다고 한다.

341) 2008.3.17.자 내일신문 보도내용을 보면 '서울중앙지방법원에서 처음으로 열린 예정이던 국민참여재판이 피해자의 증언거부로 난항에 부딪혔다. 여러 명의 배심원들 앞에 나와 피해사실을 진술하는 일이 피해자 개인의 프라이버시를 침해하고 수치스러운 일이라는 게 이유다. 이 사건은 인터넷 관련 일을 하는 장씨가 인터넷에 문제가 있는 신고를 받고 나간 후 술에 취해 다른 사람의 집에 들어갔다가 성폭행을 한 사건인데 장씨는 집주인인 A씨와 말다툼을 벌이던 중 주먹을 휘둘렀지만 성폭행 의도는 전혀 없었다고 주장해 왔다고 한다. 한편 청주지방법원에서도

의 여론재판화로 변질되지 않을까하는 우려와 학연·지연 등 친소관계에 따라 공정한 재판이 이루어질 것인지도 우려하고 있는 실정이다.[342] 자칫 이러한 제도들이 법원의 공정한 재판을 어렵게 하는 책임회피 수단으로 전락된다면 우리나라 사법제도가 어떻게 될 것인지 심히 걱정되지 않을 수 없다. 생각건대 우리는 제도적인 모순보다는 이러한 제도를 어떻게 선의적으로 운영하여 새로운 법률문화를 형성할 수 있느냐에 관심을 가지고 개선해 나가는 태도가 무엇보다도 중요하다고 할 것이다.

Ⅱ. 被疑者 逮捕·拘束 前 問題點 및 改善方案

1. 被疑者訊問을 위한 出席要求

피의자신문의 장소가 법률에 정하여져 있는 것은 아니지만 보통 검찰청이나 경찰서에서 이루어진다. 따라서 검사나 검찰수사관은 피의자에게 피의자신문을 위한 출석요구서를 발송하게 되는데(법 제200조),[343] 출석요구 자체는 피의자신문과 무관한 것처럼 생각될 수 있으나 수사기관의 출석요구는 피의자의 주장과 변명을 수사기관에 진술할 수 있는 방어권 보장을 위한 제도인 반면 그 운용방법에 따라서는 피의자의 방어권을 제한하고 인권을 침해할 소지가 있으므로 이하에서는 몇 가지 문제점을 살펴보기로 한다.

(1) 犯罪事實의 明確한 告知

피의자에 대한 출석요구는 원칙적으로 서면(출석요구서)에 의하도록 규정하고 있다(검찰사건사무규칙 제12조 제1항). 그리고 출석요구서에는 출석의 취

성폭행사건의 국민참여재판이 내달 15일 열릴 예정이며 집단 성폭행 혐의를 받고 있는 피고인은 가담사실을 강력히 부인하고 있어 문제가 된다는 것이다.'

342) 중앙일보 사설, "형소법 개정, 사법 민주화의 발판 돼야", 2007.5.1.자 26면.

343) 실무에서는 出席要求라는 용어 대신 召喚이라는 용어를 사용하기도 하는데 엄밀히 말해 수사기관의 출석요구는 피요구자가 출석여부를 임의로 결정할 수 있는 任意搜査의 한 방법임에 비하여, 소환은 법원이 피고인이나 증인을 부를 때 쓰는 용어로 그 자체에 강제성을 띠고 있는 强制處分의 한 방법이라는 점에서 구별된다. 따라서 수사기관이 피의자를 부르는 것은 출석요구라고 하는 것이 정확한 표현이라고 본다 ; 서보학, 앞의 논문, 45면.

지를 명백하게 기록하여야 하는데 검찰사건사무규칙에는 “귀하에 대한 피의사건(고소인, 고발인, 진정인)에 관하여 문의할 일이 있으니 200 년 월 일 오전(후) 시에 우리청 수사과 호 수사관실로 출석하여 주시기 바랍니다. 출석하실 때에는 반드시 이 출석요구서와 주민등록증(또는 운전면허증 기타 본인임을 확인할 수 있는 자료), 도장 및 아래 증거자료와 기타 귀하가 필요하다고 생각하는 자료를 가지고 나오시기 바라며, 이 사건과 관련하여 귀하가 그전에 충분히 진술하지 못하였거나 새로이 주장하고 싶은 사항 및 조사가 필요하다고 생각되는 사항이 있으면 이를 정리한 진술서를 작성하여 가지고 나오시기 바랍니다. 지정된 일시에 출석할 수 없는 부득이한 사정이 있거나 이 출석요구서와 관련하여 궁금하신 점이 있으시면, 우리청 수사과 호 수사관실 (전화 , 담당자)에 연락하여 출석일시를 조정하거나 궁금하신 사항을 문의하시기 바랍니다. 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 아니하면 형사소송법 제200조의2에 따라 체포 될 수 있습니다. 귀하는 변호인의 조력을 받을 권리가 있으며 변호인이 참여한 상태에서 진술하실 수 있습니다. 변호인이 참여한 상태에서 진술하고자 하는 경우에는 미리 연락해 주시기 바랍니다.”라고 출석요구서의 내용을 자세히 예시하고 있다(동 규칙 별지 제16호 서식).

이와 같이 출석취지를 명백히 통보하도록 한 취지는 피의자가 자신이 어떤 범죄혐의를 받고 있는지를 알고 검찰수사관의 예상되는 질문에 답변할 자료를 사전에 준비할 수 있도록 하기 위함이라고 할 수 있다. 만약 검찰청 수사관실에 처음으로 출석요구된 경우 사전에 출석취지를 제대로 통보받지 못한다면 검찰수사관의 질문에 준비된 답변을 할 수 없고 자신을 제대로 방어할 수 없게 될 것임은 명백하다고 할 수 있다. 이런 점에서 검찰수사관이 피의자의 출석을 요구할 때 그 출석취지를 명백히 통보하여 주는 것이 피의자의 방어권 보장을 위해 매우 중요한 일이라고 생각한다.[344] 그런데 검찰사건사무규칙에서 예시하고 있는 출석요구서를 보면 피의사건과 관련하여 사건번호, 죄명 및 고소·고발사건인지, 진정사건인지를 기재하도록 되어 있으나 가장 중요한 내용은 조사를 받게 되는 범죄사실의 요지가 기재되지 않아 피의자가

344) 서보학, 앞의 논문, 45면.

자신의 피의사건에 대하여 구체적인 답변을 준비할 수 없다는 것이다. 따라서 출석요구서에는 최소한 '언제 어디서 누구로부터 얼마상당의 금액(이익)을 편취한 혐의에 대하여 확인할 것이 있으니 출석하여 진술하라'는 등으로 被疑事件의 事實關係를 보다 具體的으로 明示할 필요가 있다.

또한 검찰수사관의 出席要求가 항상 書面으로 이루어지는 것은 아니다. 검사나 검찰수사관은 필요한 경우에 電話나 모사전송 기타 상당한 방법(전보, 문자메시지 등) 으로 피의자의 출석을 요구할 수 있기 때문에(검찰사건사무규칙 제12조 제2항) 오늘날 통신기술의 발달과 보급으로 携帶電話를 이용한 출석요구가 많이 이루어지고 있다. 이 경우 출석취지를 명확히 알려주기 보다는 '별일 아니니 걱정하지 말고 출석하라'는 식으로 통보를 끝내는 경우가 많고 피의자의 경우 더 이상 질문했다가 혹시 자신에게 불리하게 작용하지 않을까 염려하여 더 이상 질문을 삼가는 것이 현실이다.[345] 이렇게 출석취지를 명확히 통보하지 않음으로써 검찰수사관은 수사의 기밀을 유지할 수 있고 곧 있을 피의자신문에 있어서 유리한 입지를 확보할 수 있게 되지만 반면에 이러한 통보관행이 피의자의 방어권을 제한하는 결과를 가져올 수 있다.

생각건대 검찰수사관이 피의자의 출석을 요구할 때에는 반드시 서면에 의하도록 하고 또 出席要求書에 被疑事件과 관련한 사실관계의 要旨 정도는 摘示하도록 규정할 필요가 있는데 이는 피의자의 체포·구속시 반드시 범죄사실의 요지를 고지하도록 한 형사소송법(제72조, 제200조의5)의 규정취지에 비추어 보아도 당연한 것이다. 또한 서면으로 통보할 수 없는 부득이한 경우에는 예외적으로 전화나 전보 그리고 휴대전화의 문자메시지 등으로 통보할 수 있도록 하되 이 경우에는 추후에 출석요구서를 모사전송이나 우편으로 발송하고 피의자로부터 출석취지의 설명을 받았다는 내용의 확인서에 서명·날인을 받도록 하여 반드시 출석취지의 명확한 설명이 있도록 해야 할 것이다.[346] 만약 출석취지의 명확한 통보가 생략된 경우에는 적법절차위반으로 보아 사후에 이루어진 피의자 진술의 증거능력을 부인함으로써 적법절차의

---

345) 서보학, 앞의 논문, 46면.

346) 실무에서는 주로 후대전화의 문자메시지를 이용하여 출석요구를 하고 있으며, 전보의 경우에는 지면의 제약으로 거의 사용하지 않고 있으나 전화번호의 부기를 통해서 사후에 통화하는 방법으로 출석취지를 설명해 줄 수 있을 것이다.

준수를 강제할 수 있을 것이라고 생각한다.

(2) 出席의 時間的 餘裕 保障

검찰수사관의 출석요구를 받은 피의자는 충분한 시간적 여유를 갖고 답변 내용을 준비한 후 출석할 수 있어야 할 것이다. 그런데 현행법에는 검찰수사관이 피의자의 출석을 요구할 때 피의자에게 보장해야 할 시간적 여유에 대한 아무런 규정이 없다. 더욱 실무에서는 전화 또는 휴대전화 등을 이용하여 당일(오전에 전화를 걸어 오후에 출석을 요구) 또는 익일(오후에 전화를 걸어 익일 오전에 출석을 요구)에 긴급히 출석을 요구하는 경우가 있다. 출석에 시간적 여유를 주지 않아야 피의자가 불필요한 변명을 준비하거나 관련자와 사전에 입을 맞추어 증거를 인멸할 위험성을 줄일 수 있다는 인식을 갖고 있기 때문이라고 생각한다. 그러나 이러한 긴급 출석요구가 피의자의 방어권을 침해하는 결과를 가져올 수 있다. 따라서 검찰사건사무규칙에서 출석에 필요한 시간적 여유를 명시할 필요가 있다고 생각한다.[347] 당일 또는 익일의 출석요구를 금지하고 답변준비(변호사와의 면담 등)에 필요한 시간적 여유를 주기 위해서는 적어도 출석요구가 통보·도달된 때로부터 2일간의 시간적 여유는 보장되어야 증거자료를 준비하고 답변을 준비할 수 있을 것이다.

(3) 虛僞 方法에 의한 出席要求의 制限

중요한 인지사건의 경우에 피의자에게 진실한 피의사실 대신 사소한 피의사실을 고지하거나 또는 피의자를 참고인으로 오인시켜 출석케 하는 경우가 있다. 이렇게 되면 피의자는 사실상 검찰수사관의 질문에 대비할 기회를 박탈당하게 된다. 특히 참고인으로 믿고 출석한 경우에는 자신의 피의사실에 대해 검찰청 수사관실에 출석하여 해명할 것인지 아니면 다른 방법으로 대응할 것인지에 대한 피의자의 임의적 선택권이 박탈당하는 결과가 야기될 수 있다. 따라서 출석요구서에 기재된 피의사실의 요지 이외의 사실을 조사하여 피의자신문조서를 작성한 경우에는 중대한 적법절차의 위반을 이유로 그 이후에 이루어진 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 방안을 검토해야 할 것으로 본다.

---

347) 서보학, 앞의 논문, 47면.

(4) 過多出席要求의 問題

검찰에서 조직범죄나 마약범죄 및 사행성오락실 영업행위를 집중단속하면서 실제운영자나 錢主(투자자) 및 背後 公務員을 索出하기 위하여 주로 사용하고 있는데 이 문제는 사소한 것 같지만 상당히 심각한 문제로서 체포·구속된 피의자의 反復的 出席要求와 그렇지 않는 피의자의 過多 出席要求의 문제로 나누어 살펴보기로 한다.

첫째, 과다출석요구의 문제는 피의자의 인신이 체포·구속되지 않는 경우에 검찰수사관은 피의자의 출석을 요구할 수 있고 피의자는 임의적인 판단에 따라 이에 응할 수 있다. 그러나 대다수의 시민들에게 있어서 검찰수사관의 출석요구를 쉽게 거절할 수 없는 것이 현실이다 보니 그 출석요구는 가급적 한번으로 끝나는 것이 바람직하고 과다한 출석요구는 당사자에게 상당한 심리적 부담과 압박을 줄 뿐만 아니라 적지 않는 사회생활의 불편을 초래하기 때문이다. 또한 위압적이고 사무적인 수사기관에서의 분위기를 반복해서 경험하려는 시민은 단 한 사람도 없을 것이다. 다만 현실적으로 출석요구의 횟수를 법적으로 제한하기는 어렵겠지만 검찰수사관은 합리적이고 과학적인 수사방법의 개발을 통하여 증거를 확보함으로써 피의자의 진술에만 의존하는 수사관행을 탈피하고 피의자에 대한 신문을 가급적 한번으로 끝내는 수사관행을 정착시키는 것이 바람직하다고 본다.[348] 따라서 이러한 과다출석요구에 의한 수사로 획득한 증거는 적법절차를 위반한 것이므로 위법수집증거배제법칙에 의거 증거능력을 부정하여야 할 것이다.

둘째, '반복된 출석요구에 의한 사실상의 자백 강요'의 문제점은 인신拘束된 被疑者의 경우 검찰수사과정에서 주로 문제된다. 형사소송법은 체포·구속된 피의자에게 출석 및 조사수인의무가 있는지에 대해서 명문의 규정을 두고 있지 않다.[349] 다만 우리 형사소송법이 수사기관의 출석요구에 대

---

348) 서보학, 앞의 논문, 48면.

349) 일본에서는 형사소송법 제198조 제1항에 「범죄를 수사함에 있어서 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 이를 조사할 수 있다. 단 피의자는 체포 또는 구속되어 있는 경우를 제외하고는 출석을 거절하거나 또는 출석한 후에는 언제라도 퇴거할 수 있다.」라고 규정하여 체포·구속된 피의자에게는 출석 및 조사수인의무가 있는 것처럼 규정되어 있기 때문에 과연 체포·구속된 피의자에게 출석·조사수인의무가 있는지에 학설상 대립이 있다고 한다(이은모, "피의자 인신구속제도의 정비방안", 「동계학술대회 발표자료집」, 한국형사법학회, 2002, 110-111면 참조) ; 서

한 불응 내지 불응의 우려를 체포사유로 인정하고 있기 때문에(제202조의2 제1항) 적어도 逮捕의 경우에는 被疑者의 출석을 확보하여 조사를 가능케 하려는 것이 입법의 취지라고 볼 수 있다. 피의자가 체포된 경우에는 수사기관이 피의자신문을 마치고 48시간 이내에 구속영장을 청구하거나 석방하여야 하기 때문에 시간적 여유가 많지 않다는 점, 특히 체포영장제도의 도입취지가 임의수사인 피의자신문이 갖는 한계를 극복하고 필요 최소한의 강제적 출석확보를 가능케 하려는 점 등을 고려하면 체포된 피의자에 대한 출석의무와 조사수인의무는 긍정될 수 있을 것이다. 물론 이 경우 임의수사인 피의자신문이 사실상 강제처분으로 바뀌는 문제점은 있으나 체포제도의 도입으로 체포영장이 발부되는 한에 있어서는 피의자신문의 임의수사적 성격이 강제수사로 바뀔 수 있는 가능성이 입법적으로 열려 있다는 점에서 큰 문제는 없는 것으로 판단된다.[350]

그러나 拘束된 被疑者의 경우 수사기관의 입장에서는 구속된 후 최소 10일에서 최장 30일(경찰 10일과 검사 20일)까지 수사를 계속할 수 있는 시간적 여유가 있지만, 반면 피의자에게는 이 기간이 재판에 대비할 매우 중요한 기간이 될 수 있고 인신이 구속된 상태에서 재판을 준비하는 피의자의 입장에서는 결코 충분한 기간이라고는 할 수 없다. 그런데 검사실 및 수사관실에서 이 기간 동안 매일 피의자를 출석요구하여 신문한다는 것은 피의자의 방어준비를 방해하는 것일 뿐만 아니라 피의자의 심신을 지치게 만들고 이 상황이 빨리 종결되었으면 하는 희망을 갖게 만들어 사실상 자백을 강요하는 효과를 낳을 수 있게 될 것이다.[351] 따라서 구속된 피의자에 대해서는 출석의무와 조

보학, 앞의 논문, 49면.

350) 서보학, 앞의 논문, 49면 ; 이은모 교수는 체포된 피의자에 대해 출석 및 체류의무를 부인하는 것이 옳다는 입장이고, 특히 피의자신문의 임의수사적 성격을 철저히 보장하기 위해서는 현재 체포의 요건으로 되어 있는 출석불응 및 불응의 우려를 삭제하여야 한다고 주장한다(이은모, 앞의 논문, 111면 참조).

351) 서보학, 앞의 논문, 50면 ; 다만 이은모 교수는 체포·구속된 피의자의 출석·체류의무를 부인하게 되면 수사의 어려움이 예상되므로 참고인에 대한 강제출석과 허위진술에 대한 처벌제도(소위 사법방해죄)의 도입을 적극적으로 검토해야 한다고 주장한다(이은모, 앞의 논문, 111면 주44 참조). 그러나 피의자신문의 임의적 성격을 유지하기 위해 구속뿐만 아니라 체포된 피의자의 출석·체류의무까지 부인하면서 그 보다 더 임의적 성격을 띠어야 할 참고인 신문을 강제수사로 전환해야 한다는 주장은 논리적으로 일관되지 않는다. 또한 검찰에서 일관되게 주장하고 있는 참고인의 허위진술에 대한 처벌제도는 지나치게 수사편의주의적인 발상으로서 수사의 협조자에 불과

사수인의무를 부인하는 것이 타당하고 여죄의 한계가 모호한 것이므로 여죄를 추궁하는 경우라도 임의수사의 형식으로 진행되어야 하며 그 내용은 반드시 조서로 작성하여 사건기록에 편철하여야 할 것이다. 그리고 구속기간 중 반복된 출석요구에 의해 확보된 진술이라면 적법절차위반 내지 임의성의 결여를 이유로 위법수집증거배제법칙을 적용하여 그 증거능력을 부정하여야 할 것이다.

(5) 任意出席 被疑者에 대한 緊急逮捕

수사실무에서 검찰수사관의 출석요구나 임의동행 요구에 응하여 자진 출석한 피의자에 대하여 신문이 끝난 뒤 바로 긴급체포하는 경우가 있다. 자진출석에 의한 피의자신문은 임의수사이기 때문에 피의자는 신문 도중 또는 신문이 끝난 뒤에는 자유로운 퇴거가 보장되어야 한다. 그러나 검찰수사관의 입장에서는 여러 차례의 출석요구와 설득을 통하여 제 발로 걸어 들어온 피의자를 그냥 돌려보낸다는 것은 사건의 중대성으로 보아 이해할 수 없다고 생각하고 특히 피의자의 진술이나 이미 확보한 증거로 유죄의 심증을 굳힌 경우 그리고 사전 구속영장을 청구하게 되면 피의자가 도주 및 증거인멸할 우려가 있다고 판단되는 경우에는 일단 긴급체포하여 신병을 확보하려고 한다. 이렇게 되면 검찰수사관의 입장에서는 피의자신문을 위한 48시간 이상의 추가시간을 악용할 수 있을 뿐만 아니라 압수·수색에 있어서도 영장주의의 예외를 인정받을 수 있게 된다(법 제217조 제1항). 이러한 점 때문에 수사실무에서 긴급체포를 남용하는 주된 이유가 되기도 하였다. 그러나 이러한 임의출석과 연계된 긴급체포는 긴급체포제도를 도입한 본래의 취지에 반하는 것이라고 생각된다. 특히 형사소송법은 체포영장의 발부요건으로 출석의 불응이나 불응의 우려를 들고 있는데 피의자가 스스로 출석하여 신문에 응한 경우에는 체포의 사유가 존재하지 않는데도 피의자를 예외조치인 긴급체포로 붙잡는 것은 명백히 逮捕權의 濫用이라고 해야 한다.[352] 그리고 임의출석과

한 참고인에 대한 수사기관의 협박·회유의 가능성을 증대시키고 공판중심주의를 회피할 수 있는 제도이기 때문에 도입되어서는 안 될 것으로 판단된다고 주장한다(서보학, “참고인 허위진술죄와 참고인 구인제도”, 「대한변협신문」 제71호, 2002.12.16.자 7면 참조).

352) 이재상 교수는 체포영장을 받아서는 피의자를 체포할 수 없는 경우, 즉 체포의 긴급성이 인정되는 경우에 한하여 긴급체포할 수 있고, 따라서 임의로 출석한 경우에는 체포영장을 발부받기

연계된 긴급체포는 검찰수사관의 임의적 판단에 의해 임의수사인 피의자신문을 강제수사로 전환시키는 결과를 낳게 된다. 따라서 긴급체포는 체포영장에 의한 체포가 불가능한 상황에서 사태의 긴급성에 기초하여 예외적으로 허용되는 특별한 조치로 제한되어야 한다. 그러나 우리의 수사실무에서는 긴급체포 이용율이 체포영장에 의한 체포 이용율 보다 높은 현실은 분명 이상이 아닐 수 없다고 본다.[353] 임의적으로 수사에 협조한 피의자를 검찰수사관의 자의적 판단에 의해 강제수사의 객체로 전락시키는 것은 명백한 인권침해행위에 해당하고 방어권의 침해이기 때문에 이러한 수사실무관행은 속히 시정되어야 하고, 임의출석과 연계된 긴급체포에서 확보된 증거에 대해서는 적법절차 위반을 이유로 위법수집증거배제법칙에 따라 그 증거능력을 부정하여야 할 것이다.

2. 陳述拒否權의 告知

헌법 제12조 제2항에서 "모든 국민은 … 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다."라고 규정하여 진술거부권을 기본권의 하나로 보장하고, 형사소송법은 檢事와 검찰수사관이 피의자신문시 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하여 피의자의 진술거부권을 보장하고 있다(법 제244조의3 제1항). 피고인도 재판 중 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있고(법 제283조의2 제1항) 裁判長은 인정신문 이전에 피고인에게 진술거부권이 있음을 고지하여야 한다(동조 제2항). 그런데 검사와 대등한 소송당사자로서의 지위를 갖고 법관의 면전에서 신문을 받는 피고인에 비하여 피의자는 우월한 지위에 있는 수사기관에 의해 단지 조사의 객체로 취급받는 경우가 많기 때문에 오히려 피의자에게 진술거부권의 보장이 피의자의 인권보장 및 방어권 행사를 위한 핵심적인 제도적 장치라고 하지 않을 수 없다.

위한 요건이 충족되지 않기 때문에 도망이나 증거인멸의 위험이 있더라도 긴급체포는 할 수 없다고 한다(이재상, 「연습형사소송법」, 박영사, 2002, 76면 참조) ; 서보학, 앞의 논문, 51면.

353) 2006년도 한해 체포현황을 살펴보면 긴급체포는 총 13,062명, 체포영장에 의한 체포는 총 7,470명이었다(대검찰청, 「범죄분석」, 2007, 340면 참조).

형사소송법적으로 진술거부권의 진가는 단순한 보장보다는 그 권리가 적절한 시점에 명확한 방법으로 피의자에게 고지되어야 한다는 데에 있기 때문에 형사소송법은 검사와 검찰수사관에게 被疑者訊問時 피의자에 대한 陳述拒否權의 具體的 告知義務를 명문으로 규정해 놓고 있는 것이다(법 제244조의3). 대부분의 형사피의자들은 진술거부권이 헌법상 보장된 자신의 권리인줄 잘 알지 못하며 간혹 알고 있다 할지라도 수사기관의 우월한 기세에 눌리거나 불이익을 염려하여 당당히 그 권리의 행사를 주장하지 못하는 것이 현실이다. 따라서 수사기관에 의한 진술거부권의 고지의무는 형사피의자에 대해서는 자신의 권리를 인식하고 당당하게 그 권리를 행사할 수 있도록 격려하는 의미를 갖는 동시에 수사기관에 대해서는 침해할 수 없는 피의자의 권리임을 자각하고 진술을 강요할 수 없도록 경계하는 의미를 갖는 것이다. 이런 점에서 진술거부권의 고지는 수사기관이 피의자신문시 준수해야 할 가장 중요한 적법절차의 내용이고 이에 대한 침해는 중대한 절차적 위반으로서 그 이후에 이루어진 진술의 증거능력을 부인하게 하는 이유가 된다고 할 것이다.[354]

대법원은 진술거부권이 고지되지 아니한 채 작성된 검사작성 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 부인된다고 하여 진술거부권의 불고지가 중대한 적법절차 위반임을 확인한 바 있다.[355] 물론 이 판결로 우리 대법원이 위법수집증거배제법칙을 전면적으로 채택하였다고 확언하기는 어렵다는 분석도 있다.[356] 그리고 진술거부권의 고지가 진술의 증거능력을 판단하

354) 김희옥, "진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서와 위법수집증거", 「고시계」, 1997.8, 61면 ; 백형구, "수사기관의 피의자신문·피고인신문", 「고시계」, 1995.11, 140면 ; 백형구, 앞의 책, 99면 ; 송광섭, 앞의 책, 337면 ; 신동운, 앞의 책, 787면 ; 신양균, 앞의 책, 536면 ; 차용석, 앞의 책, 709면 참조. 반면 진술인 자백인 경우에는 위법수집증거배제법칙이 아니라고 자백의 임의성이 의심되는 사유로 보아 제309조를 적용해야 한다는 견해가 다수설이다(배종대/이상돈, 앞의 책, 556면 ; 이재상, 앞의 책, 117면 ; 임동규, 앞의 책, 431면). 그러나 피의자신문시 진술거부권을 고지하지 않았다 하더라도 자백의 임의성이 인정되는 경우는 적지 않다는 점에서 제309조를 적용하는 견해는 옳지 않다고 해야 한다.

355) 대법원 1992.6.23. 선고 1992도682 판결 「형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는 바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사시관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.」이 판결에 대한 평석으로는 김희옥, 앞의 논문, 61-62면 ; 이재홍, "진술거부권의 고지가 결여된 피의자신문조서 등의 증거능력", 「사법행정」, 1995.5, 50면 이하 참조.

는 독자적 기준이 아니라 진술의 임의성을 판단하기 위하여 법원이 고려해야 할 여러 상황 중의 하나에 해당하는 것으로 언급한 판결도 있지만(대법원 1997.10.10. 선고 97도1720 판결), 다른 하자가 없는 검사작성 피의자신문조서에 대해 진술거부권의 불고지를 이유로 증거능력을 부인한 앞의 대법원 판례는 그만큼 수사기관의 진술거부권 고지의무의 중요성을 부각시켜 형사실무에서도 진술거부권의 고지가 절대로 간과될 수 없는 적법절차로 자리 매김하는데 큰 기여를 한 것은 사실이다.[357]

진술거부권의 고지는 피의자가 이해할 수 있도록 明示的이고 積極的인 방법으로 告知되어야 한다. 그런데 수사실무에서는 진술거부권의 고지가 피의자신문조서에 부동문자로 명시되어 있고, 실제 진술거부권이 고지되지 않았다 할지라도 피의자신문조서에 그 반대의 취지가 기재되지는 않는 것이 보통이기 때문에 사실상 진술거부권이 고지되지 않았다는 이유로 증거능력이 부정될 진술이 거의 없다는 데에 문제점이 있었다.[358] 이렇게 되면 수사기관이 적극적이고 명시적으로 진술거부권을 고지하지 않으면서도 사실상 고지의무를 회피해 나갈 수 있는 길이 열려 있는 셈이 된다. 이러한 잘못된 수사실무를 바로 잡기 위해서는 피의자신문조서에 인쇄된 부동문자 만에 의한 진술거부권 고지는 효력이 없는 것으로 보아야 한다.[359] 즉 피의자신문조서에 진술거부권의 고지가 부동문자로 명시되어 있다 할지라도 반드시 별도의 절차에 의해 구두에 의한 명시적이고 적극적인 고지가 있어야 하며 이 부분에 대해 피의자의 확인을 받아야 할 필요가 있다. 따라서 피의자신문조서에 진술거부권을 사전에 구두로 명시적이고 구체적인 방법으로 고지 받았는지의 여부를 조서에 서명·날인하는 방법으로 확인을 받거나 별도의 확인서에 서명·날인을 받아 첨부하도록 하고,[360] 당사자의 서명·날인이나 확인서가 없는 경우에

356) 이재홍, 앞의 논문, 52면.

357) 서보학, 앞의 논문, 53면.

358) 김성돈, “미란다법칙과 위법수사통제방안”, 「형사법연구」 제14호, 2000.12, 10면 ; 이재홍, 앞의 논문, 52면.

359) 이상돈, 「사례연습 형사소송법」, 2004, 77면.

360) 현재 검찰에서는 피의자신문조서의 문답 이전 모두 부분에 ‘진술거부권 및 변호인 조력권 고지 등 확인’ 이라는 제목 아래 4개항의 진술거부권 내용을 읽어주고 이러한 권리를 고지 받았는지, 진술거부권을 행사할 것인지, 변호인 조력권을 고지 받았는지를 물어서 피의자로 하여금 그

는 피의자신문조서를 증거로 사용할 수 없도록 하는 것이다.[361]

搜査機關에서의 人定訊問의 경우에도 진술거부권의 고지가 필요한가에 대하여 형사소송법은 피의자를 신문하기 전에 미리 진술거부권을 고지하도록 규정하고 있기 때문에(법 제244조의3 제1항) 그 진술이 개인 신상에 대한 것이든 피의사실에 대한 것이든 구분할 이유가 없다. 인정신문은 피의자 개인에게 불리한 것이 아니기 때문에 진술거부의 대상이 될 수 없다고 생각할 수 있으나 원래 진술거부권은 진술의 유·불리에 상관없이 인정되는 권리이며 또한 자신에게 불리할 것인지의 판단은 진술자 본인이 결정할 문제이고 경우에 따라서는 개인 신상에 대한 것도 피의자에게 불리한 단서가 될 수 있기 때문에 진술을 강요해서는 안 된다고 해야 한다.[362] 예컨대 개인의 본적이나 주소·직업 등은 범죄가 발생한 장소, 범죄의 종류나 범행의 방법에 따라서는 범인의 확인과 증거수집에 중요한 단서가 될 수 있는 것이다.[363] 따라서 검찰수사관은 피의사실에 대한 신문이 아니라 인정신문에 들어가기 이전에 진술거부권이 있음을 적극적이고 명시적인 방법으로 구체적으로 고지하고 별도의 확인서를 받아서 조서말미에 첨부함이 타당하다.[364]

현행 형사소송법은 搜査段階에서의 진술거부권 고지와 공판단계에서의 진술거부권 고지에 대하여 각각 달리 규정하고 있는데 수사기관에서는 피의자를 신문하기 전에 ① 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있다는 것, ② 진술을 하지 아니하더라도 불이익을

조서에 서명·날인하도록 하고 있다.

361) 진술거부권이 부동문자로 기록되어 있는 경우에는 증명력을 제한하자는 견해(이재홍, 앞의 논문, 52면 참조)가 있으나, 부동문자만으로는 고지가 되지 않는 것으로 보아 증거능력을 부정하는 것이 적법절차의 준수를 강제하는데 더 바람직하다고 하는 견해가 있다(서보학, 앞의 논문, 54면 주76 참조).

362) 김희옥, 앞의 논문, 60면 ; 백형구, “수사기관의 피의자신문·피고인신문”, 「고시계」, 1995.11, 140면 ; 백형구, 앞의 책, 97면 ; 신동운, 앞의 책, 784면 ; 신현주, 앞의 책, 121면 ; 이재상, 앞의 책, 115면 ; 임동규, 앞의 책, 345면 ; 차용석, 앞의 책, 168면

363) 이와 같이 성명이나 직업 등의 진술에 의하여 범인임이 확인되거나 증거수집의 계기를 만들어 주는 경우에는 인정신문에 대해서도 진술거부권이 인정된다는 절충설적인 견해(배종대/이상돈, 앞의 책, 104면 ; 신양균, 앞의 책, 537면)는 결국 적극설과 같은 입장이라고 보아야 한다.

364) 서보학, 앞의 논문, 55면 ; 그러나 검찰수사실무에서는 피의자의 성명, 생년월일, 주소 등 인적사항에 대한 인정신문 이후 문답조서에 들어가기 이전에 진술거부권을 고지하고 있는데 인정신문 이전에 진술거부권을 고지하고 별도의 ‘진술거부권 및 변호인조력권 고지 확인서’를 받아서 조서말미에 편철함이 타당하다고 생각한다.

받지 아니한다는 것, ③ 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것, ④ 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것을 구체적으로 명백하게 고지하도록 규정하고 있으며, 公判段階에서 재판장은 인정신문(법 제284조) 이전에 피고인에게 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 고지하도록 규정하고 있다.[365]

3. 苛酷搜査의 禁止

헌법은 고문을 받지 않을 권리를 헌법상의 권리로 보장하고 있고(헌법 제12조 제2항), 형법에서는 재판·검찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자가 그 직무를 행함에 있어서 형사피의자 등에 대하여 폭행 또는 가혹행위를 한 경우에 이를 형사처벌하는 규정을 두고 있다(형법 제125조, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의2 등). 또한 우리나라는 1990.4.10.「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights : B규약)에 가입하여 1990.7.10. 국내적으로 효력이 발생(조약 제1006호, 1007호 및 1008호)함으로써 국내의 인권문제도 국제적 평가와 감시아래 놓이게 되었으며 우리 정부는 글로벌 스탠더드에 맞게 인권을 보장하고 실천할 국제적 책임을 지게 되었다.[366]

그러나 2002.10.26. 서울지방검찰청 강력부에서 발생한 살인용의자 조모씨 고문치사사건과 2006년 제이유그룹 로비의혹사건의 수사과정에서 발생한 허위진술강요사건은 아직 우리나라의 수사현장에서 물리적 폭력을 동반한 가혹수사가 여전히 이루어지고 있음을 입증해 주고 있다.[367] 더구나 군사정권의

365) 형사소송법은 수사단계에서는 제244조의3에 따라 진술거부권의 구체적 고지 의무를, 공판단계에서는 제283조의2에 따라 인정신문 이전에 진술거부권을 고지하도록 규정하고 있다.

366) 박미숙, 「국제인권기준과 현행 형사절차」, 한국형사정책연구원, 2000, 28면 ; 서보학, 앞의 논문, 55면.

367) 국가인권위원회, 2003.2.24.자 2002직인1882, 1889, 1891 결정 ;「긴급체포의 요건이 결여된 피의자를 긴급체포하면서 그 체포과정에서 미란다원칙을 고지하지 않은 것과 피의자를 조사하면서 자백을 강용하며 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 청구할 권리, 진술거부권 등 피의자의 권리행사를 방해한 것은 헌법 제12조 신체의 자유를 침해한 것으로 국가인권위원회법 제30조 제1항 소정의 인권침해행위에 해당함」; 2007.2.15.자 한겨레21 참조.

퇴진과 함께 사라진 것으로 믿었던 물고문까지 행해진 것으로 드러나 그 충격은 더욱 컸다. 사실 정권의 문민화 이후에도 검찰, 경찰의 수사과정에서 신체적 폭력뿐만 아니라 협박, 폭언, 고압적 신문자세, 모멸적 언어와 조롱, 회유, 잠 안 재우기 등을 동원한 가혹수사가 계속되고 있다는 비판과 의혹제기는 끊임없이 제기되어 왔다. 이러한 현상은 사회전반의 민주화와 인권의식의 빠른 성장에도 불구하고 검찰과 경찰은 수사기관 특유의 폐쇄적 조직문화와 권위주의 의식에 사로잡혀 있기 때문이다. 이제 인간의 존엄성을 침해하는 가혹수사가 더 이상 용납되어서는 안 된다는 점에 대해서는 이견이 있을 수 없다. 따라서 수사과정의 피의자신문에 있어서 가혹행위를 근절할 수 있는가의 문제는 단순히 수사기관 스스로의 결단이나 양심에만 맡겨둘 수 없고 제도적 보완이 뒤따라야 할 것으로 본다.

첫째, 被疑者訊問의 密行的 性格을 탈피하기 위해서는 피의자신문과정에 외부인의 참여와 감시가 가능하도록 해야 하므로 피의자신문에 변호인이나 이해관계인의 참석을 법적으로 보장하는 것이고 또 하나의 문제는 檢察搜査과정에 있어서 訊問場所의 지나친 閉鎖性을 除去하는 것이다. 현재 경찰의 경우 피의자신문이 넓은 사무실에서 다수의 사람들이 출입하고 현재하는 상태에서 이루어지기 때문에 상대적으로 강압수사의 위험성은 줄어들었다고 할 수 있다. 그러나 검찰수사의 경우 피의자신문이 검사실이나 수사관실에서 이루어지는 것이 일반적이고 특별히 중요한 사건은 별도로 마련된 특별조사실(대검찰청 중앙수사부나 서울지방검찰청 특별수사부 조사실)에서 조사가 이루어지기도 한다.[368] 특히 피의자가 외부와 단절된 신문장소에 출석하게 되면 위축되고 고립무원의 심리적 절망감을 느끼게 되어 자신을 적절히 방어할 수 없게 될 뿐만 아니라 신문하는 검찰수사관도 자백을 강요하고 싶은 환경적 유혹을 강하게 느끼게 된다. 피의자신문이 임의수사라면 피의자가 언제든지 조사를 중단하고 자유로이 퇴거할 수 있는 장소에서 신문이 이루어지는 것이 타당하다. 따라서 검찰 등 수사기관에서의 피의자신문 장소는 외부인의 출입이 어느 정도 자유롭고 다수인이 현재하는 장소에서 이루어지는 것이 바람직하다.[369]

---

368) 국가인권위원회, 2003.2.24.자 2002직인1882, 1889, 1891 결정(살인용의자 조천훈씨 고문치사사건) 참조.

둘째, 가혹수사의 일종인 밤샘수사 즉, 徹夜搜査를 법으로 禁止시켜야 한다. 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조에서 자백배제법칙을 규정하고 있는 것 이외에 '철야신문'을 명문으로 규정하고 있지는 않다. 따라서 철야신문도 임의수사의 한 방법으로 행해지고 있었다.[370] 다수설도 밤샘조사를 무조건 위법한 수사라고 할 수는 없고 다만 철야신문으로 인한 잠 안 재우기로 피의자의 피로가 가중되고 정상적인 판단능력이 상실할 정도에 이르렀을 때에는 자백의 증거능력을 부인해야 한다는 정도에서 제한을 하고 있다.[371] 피조사자가 피곤한 틈을 이용하여 자백을 받기 위한 수단이지만 검찰수사관이 의도하는 대로의 답변을 유도하기 위한 수단으로 밤샘조사를 하는 '잠 안 재우기 수사'와 '철야신문'을 구별하여, 전자는 금지되지만 후자는 원칙적으로 허용된다는 견해도 있다.[372] 이에 대하여 대법원은 검찰에서 약 30시간 동안 잠을 재우지 않고 신문한 상태에서 받은 피의자신문조서의 증거능력을 부정한 바 있다.[373]

현행 형사소송법은 제244조의4를 신설하여 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하도록 하는 調査過程記錄制度를 도입하여 시행하고 있다. 이에 따라 검찰에서도 인권보호적 수사를 위해 철야조사를 엄격히 제한·통제하고 부득이하게 철야조사를 해야 할 경우에는 피의자신문조서에 연행일시, 대기시간·장소, 조사개시 및 종료시간, 취침·휴게시간 등을 기재하여

369) 서보학, 앞의 논문, 56면.

370) 예전 수사현장에서는 '새벽 닭 울음소리와 함께 자백이 나온다.'라고 하여 밤샘조사를 포기할 수 없는 매우 효과적인 신문방법으로 선호하였다.

371) 배종대/이상돈, 앞의 책, 555면 ; 이재상, 앞의 책, 522면 ; 임동규, 앞의 책, 658면 ; 차용석, 앞의 책, 708면.

372) 봉욱, "철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력", 「형사판례연구(7)」, 2000, 426면.

373) 대법원, 1997.6.27. 선고 1995도1964 판결 ; 「피고인의 검찰에서의 자백은 피고인이 검찰에 연행된 때로부터 약 30시간 동안 잠을 재우지 아니한 채 검사 2명이 교대로 신문을 하면서 회유한 끝에 받아낸 것으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 해당한다고 보아, 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다.」; 독일에서도 약 30시간 잠을 재우지 않는 상태에서 획득한 자백의 증거능력을 부인한 연방대법원의 판결이 있다(BGHSt 13, 60).

진술의 임의성을 확보하도록 하고 있다.[374]

그러나 '철야신문'은 피의자의 정신과 신체를 피폐하게 만드는 고문수사의 일종으로서 법으로 엄격하게 금지시켜야 한다. 따라서 허용되는 '철야신문'과 금지되는 '잠 안재우기 수사'를 구별하려는 견해는 타당하지 않다고 본다. 철야신문 자체가 잠을 재우지 않고 피의자의 피곤한 상태를 이용하여 자백을 받아 내려는 의도를 이미 내포하고 있다고 보아야 하기 때문에 검찰수사관의 의도 여하에 따라 허용되는 '철야신문'과 금지되는 '잠 안재우기 수사'를 구별한다는 것은 사실상 불가능한 일이다. 오히려 모든 '철야신문'은 검찰수사관의 의도와는 상관없이 피의자의 수면권과 행복추구권 그리고 피의자가 신체적·정신적으로 양호한 상태에서 자신을 방어할 수 있는 권리를 침해하는 가혹수사의 일종으로 간주하여 엄격하게 법으로 금지시키는 것이 옳다고 본다.[375] 다만 철야신문이 부득이하게 요청되는 경우에는 그 사유를 엄격하게 법으로 규정하여 예외적으로 허용할 수 있을 것이다.[376]

구체적으로는 피의자에게 적어도 6시간의 睡眠과 休息은 保障되어야 하기 때문에 밤 12시 이후부터 새벽 6시까지의 수사는 무조건 금지되어야 한다.[377] 긴급체포 또는 현행범으로 체포된 피의자, 특히 야간에 체포된 피의자에 대해서는 48시간 이내에 구속영장을 청구하기 위한 수사가 불가피하기 때문에 철야신문이 가능하도록 하자는 주장도 있으나,[378] 이 경우에도 밤 12시 이후부터 새벽 6시까지의 수사는 허용되지 않는다고 해야 한다. 긴급체포시 48시

374) 법무부 훈령 제556호(2006.6.26), 인권보호수사준칙 제40조는 「① 검사는 자정 이전에 피의자 등 사건관계인에 대한 조사를 마치도록 한다. ② 제1항의 규정에도 불구하고 조사받는 사람이나 그 변호인의 동의가 있거나, 공소시효의 완성이 임박하거나, 체포기간 내에 구속 여부를 판단하기 위해 신속한 조사의 필요성이 있는 등 합리적인 이유가 있는 경우에는 인권보호관의 허가를 받아 자정 이후에도 조사할 수 있다.」라고 규정하고 있다.

375) 조국, 앞의 논문, 101면.

376) 서보학, 앞의 논문, 57면.

377) 영국의 경우 법에 의해 구금된 피의자에게는 연속된 시간으로 최소 8시간의 휴식이 제공되어야 하며 휴식시간은 원칙적으로 야간이어야 한다. 그리고 신문할 때에는 식사를 위한 휴식이 보장되어야 하고 약 2시간마다 용변 또는 음료수 음용을 위한 휴식시간이 주어져야 한다(Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers, para. 12. 2nd 12. p.7 참조)

378) 봉욱, 앞의 논문, 433면 ; 또한 대검찰청에서 서울지방검찰청 강력부의 살인용의자 고문치사 사건 이후 발표한 가혹행위근절방안에서도 야간에 체포된 피의자에 대하여는 예외적으로 철야신문을 허용하고 있다.

간의 시간적 제한이 그 시간 동안에는 피의자의 인권을 침해해도 좋다는 면책특권을 부여하는 것은 아니기 때문이다. 피의자의 동의가 자유롭게 이루어진 경우에는 철야신문이 가능하도록 해야 한다는 주장도 있다.[379] 그러나 검찰수사관의 면전에서 피의자가 얼마나 자유롭게 의사표시를 할 수 있을지는 의문이다. 오히려 동의가 강요되고 동의를 빙자한 사실상의 강제적 철야신문이 행해지는 것을 막기 위해서는 당사자의 동의 여하에 상관없이 철야신문은 금지되어야 한다. 다만 철야신문을 하지 않으면 다른 사람의 신체·생명에 급박한 위험을 가져올 수 있는 경우에는 일종의 긴급피난 상황으로서, 또한 변호인의 참여가 가능한 경우에는 위법수사와 인권침해가 감시될 수 있기 때문에 예외적으로 허용될 수 있다고 보아야 할 것이다.[380]

그리고 수사실무에서 철야신문 금지가 제대로 준수될 수 있도록 하기 위해서는 피의자신문조서에 신문일자뿐만 아니라 신문시간(신문의 시작시간, 종료시간, 휴식시간) 그리고 철야신문이 이루어진 경우에는 법에 허용된 예외사유를 반드시 기재하도록 해야 한다.[381]

셋째, 苛酷搜査에 대한 시비가 있을 경우 徹底한 搜査와 處罰이 가능하도록 하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 현재 경찰에 의한 가혹수사에 대해서는 검찰에 의한 견제가 가능하지만 그동안의 많은 사건에서 드러났듯이 警察에서의 苛酷搜査가 檢察에서 제대로 牽制되지 않고 있다. 많은 피고인들은 법정에서 '경찰에서 고문을 받았다고 하소연 했지만 검사가 들어주지 않았다.'라고 항변하고 있는데 이는 오늘날 검찰수사가 피의자의 인권보장에 얼마나 허술하고 형식적·의례적 절차에 불과하고 있는지 말해 주고 있다.[382] 따라서 경찰수사 과정에서 피의자에 대한 인권침해의 의혹이 있는 경우에는 검찰의 철저한 수사와 엄중한 사법처리가 필요하다고 하겠다.

한편 檢察수사 과정에서의 苛酷行爲에 대해서는 견제할 마땅한 장치가 마

379) 봉욱, 앞의 논문, 434면.

380) 서보학, 앞의 논문, 58면.

381) 형사소송법 제244조의4 제1항은 「검사 또는 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.」라고 규정하고 있다.

382) 강성준, "경찰, 피의자 물고문 의심", 「인권하루소식」, 인권운동사랑방, 2003.10.31.자.

련되어 있지 않다. 검찰의 자체 감찰활동이나 제 식구 감싸기 수사 그리고 재정신청(법 제260조)의 가능성 정도이다. 오늘날 경찰 못지않게 많은 가혹행위가 검찰의 피의자신문 과정에서 이루어지고 있다는 의혹을 낳고 있는 마당에 이러한 제도적 맹점은 매우 당혹스럽기까지 하다.[383] 따라서 경찰을 비롯한 검찰의 가혹수사에 대해 독립적으로 수사하여 처벌할 수 있는 제도적 장치의 마련이 필요하다고 본다.[384] 따라서 法務部 인권과에 외부위원으로 구성된 人權委員會를 設立하고 독립적인 조사권한을 주어 피의자신문 및 참고인 조사과정에서 가혹행위가 있었다는 고발이나 진정이 접수되었을 경우나 재판도중에 가혹수사 시비가 발생한 경우에는 재판부의 결정에 의해 조사가 이루어질 수 있도록 하는 제도적 장치의 마련이 절실히 요청된다. 이와 관련하여 법무부훈령인 「인권보호수사준칙」에서는 수사과정에서 사건관계인의 인권보호와 적법절차의 보장을 강화하기 위하여 檢察廳에 人權保護官을 지정하고 사건관계인이 인권침해에 관한 신고를 한 경우에는 내사사건이나 진정사건으로 수리하여 처리하고 지체 없이 검찰총장과 법무부장관에게 보고하도록 규정하고 있으나,[385] 객관적 타당성 결여되어 그 실효성에 의문이 제기되고 있으므로 이에 대한 입법적 개선이 필요하다고 생각한다.

4. 被疑者訊問의 主體와 參與者

형사소송법 제200조, 제241조, 제242조는 피의자신문의 주체로 검사와 사법경찰관[386]을 규정하고 있는데 이는 피의자신문이 검사와 사법경찰관의 주

---

383) 국가인권위원회, 2004.5.10.자 2002진인968 결정 ; 「진정인이 제출한 재고소 사건과 관련하여 검찰청에 자진출석하여 고소인 조사를 받던 중 감금·폭행의 고소내용에 대하여 집중추궁을 받고 무고혐의로 긴급체포 되었는데 그 다음날 검사실로 부른 후 '다시는 이런 일 하지마라'고 하면서 수사도 하지 않은 채 석방한 후 이미 작성된 피의자신문조서를 진술조서로 정정하고 이 사건을 입건유예 처분하고 긴급체포 사실에 대하여 통지하지 않는 행위는 헌법 제12조 제5항 및 형사소송법 제200조의 5, 제87조의 규정을 위배하여 진정인의 신체의 자유보장을 위한 권리를 침해한 것으로 판단된다.」; 2003.2.24.자 2002직인1882, 1889, 1891 결정 참조.

384) 서보학, 앞의 논문, 59면.

385) 법무부훈령 제556호, 인권보호수사준칙 제67조, 제70조.

386) 형사소송법 제196조 제1항에 규정된 경위 이상의 경찰관과 검찰청법 제47조 제1항에 규정된 검찰주사·마약수사주사·검찰주사보·마약수사주사보 등과 동법 제2항에 규정된 별정직 공무원으로

도 아래 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 이 문제는 경찰과 검찰의 경우를 나누어 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 警察에서 피의자신문을 포함하여 사건수사는 사실상 사법경찰리가 주도하고 있는 실정이다.[387] 이러한 수사현실을 감안하여 대법원도 사법경찰관사무취급이라는 개념을 사용해 사법경찰리가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하고 있다.[388] 그리고 대법원은 사법경찰관사무취급이 신문하고 작성한 조서는 형사소송법 제196조 제2항과 이에 근거를 둔 사법경찰관리집무규칙 제2조에 의하여 사법경찰관리가 검사 등의 지휘를 받고 수사사무를 보조하기 위하여 작성한 서류라고 할 것이므로 이를 권한 없는 자가 작성한 서류라고 볼 수는 없다고 판시하고 있다.[389] 즉 검사가 수사지휘권을 갖고 있는 현재의 수사구조 아래서는 사법경찰리가 피의자를 신문하고 조서를 작성하였다고 하여 이를 위법이라고 볼 수는 없다는 것이다.

그러나 형사소송법에 사법경찰관이 신문의 주체로 규정되어 있음에도 불구하고 사법경찰리가 피의자신문을 주도하고 있는 것은 적법한 수사라고 할 수 없을 뿐만 아니라 수사에 실질적 책임을 지지 않는 사법경찰리가 피의자신문조서를 작성하도록 용인함으로써 피의자 인권침해의 우려와 편파·불공정수사의 시비가 일고 있음을 인식하고 최근 근속승진에 의한 경위의 수를 대폭 확대하였으므로 피의자신문조서는 경위 이상의 경찰간부가 작성하도록 개선하여야 할 것이다.

둘째, 檢察에서도 검사가 직접 피의자신문을 주도하지 않고 검찰주사나 검찰주사보에 의하여 이루어지고 있다. 과중한 사건부담과 철저한 공소유지까지 준비해야 하는 검사로서는 개별 사건의 수사보다는 사건기록 검토와 법률

서 각급검찰청 검사장의 지명을 받은 공무원 중 5급 내지 7급 상당 공무원은 형사소송법 제196조 제1항의 규정에 의한 사법경찰관의 직무를 행한다.

387) 형사소송법 제196조 제2항에 규정된 경사 이하 경찰관과 검찰청법 제47조 제1항에 규정된 검찰서기·마약수사서기·검찰서기보 및 마약수사서기보 등과 동법 제2항에 규정된 8급 및 9급 상당의 공무원은 형사소송법 제196조 제2항의 규정에 의한 사법경찰리의 직무를 행한다.

388) 대법원, 1982.12.28. 선고 1982도1080 판결 ; 1981.6.9. 선고 1981도1357 판결 등 참조.

389) 대법원, 1982.12.28. 선고 1982도1080 판결 ; 「사법경찰리작성의 진술조서 및 피의자신문조서는 형사소송법 제196조 제2항과 이에 근거를 둔 사법경찰관리집무규칙 제2조 및 경찰서직제 제6조, 경찰공무원법 제3조에 의하여 사법경찰리가 검사의 지휘를 받고 수사사무를 보조하기 위하여 작성한 서류라 할 것이므로 이를 권한 없는 자의 조서라 할 수 없다.」

적용 및 공소장 작성 등에 더 많은 시간을 할애하고 있는 것이 현실이다. 이는 송치사건을 거의 기계적으로 처리해야 하는 형사부 검사의 경우에 더욱 그러하다. 실무에서 대부분의 경우 '참여계장'이 주도적으로 피의자를 신문하고 조서를 작성하는 것이 굳어진 수사관행이다. 그런데 대법원은 경찰과 달리 검찰의 피의자신문에 대해서는 보다 엄격한 증거능력을 요구하고 있다. 즉 "검찰주사가 검사의 지시에 따라 검사가 참석하지 않은 상태에서 피의자였던 피고인을 신문하여 작성하고 검사는 검찰주사의 조사 직후 피고인에게 개괄적으로 질문한 사실이 있을 뿐인데도 검사가 작성한 것으로 되어 있는 피고인에 대한 피의자신문조서는 … 검사의 서명·날인이 되어 있다 하더라도 검사가 작성한 것이라고 볼 수 없으므로 형사소송법 제312조 제1항 소정의 '검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서'에 해당하지 않은 것임이 명백하다."라고 판시하여[390] 검사작성의 피의자신문조서가 되기 위해서는 검사가 사건의 주요내용은 직접 신문할 것을 요구하고 있다.[391] 또한 최근에는 검찰 참여계장이 작성한 피의자신문조서에 대해 '검사가 피의자를 상대로 개괄적인 확인만 했다면 비록 조서의 작성자가 검사로 되어 있다 할지라도 사실상 그 신문조서는 사법경찰관작성의 조서로 보아야 하기 때문에 피의자가 법정에서 진술내용을 부인하는 경우에는 유죄의 증거로 인정할 수 없다.'라고 한다.

대법원은 판결문에서 "외관상 검사가 작성한 것으로 돼 있는 피고인에 대한 제1회 피의자신문조서는 검사가 임석하지 않은 상태에서 검찰주사와 주사보가 번갈아 가며 신문한 끝에 작성한 것이고, 검사는 이들이 조사를 마치고 자백하는 취지의 진술을 기재한 피의자신문조서를 작성해 가져오자 이를 살펴본 후 비로소 피고인이 조사를 받고 있던 방으로 가서 피의자신문조서를 손에 든 채 '이것이 모두 사실이냐'는 취지로 개괄적으로 질문한 사실이 있을 뿐 피의사실에 관해 피고인을 직접·개별적으로 신문한 것이 아니므로 이 피의자신문조서를 형사소송법 제312조 제1항 소정의 '검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서'로 볼 수 없다."라고 판시하였다.[392]

390) 대법원, 199.9.28. 선고 1990도1483 판결.

391) 이관행, 대법원판례해설 14호, 법원행정처, 1991.11, 417면 이하 참조.

392) 대법원, 2003.10.9. 선고 2002도4372 판결.

다만 다른 판례에서는 검사가 주도적으로 핵심적 사항을 신문하되, 검찰주사보가 문답조서를 작성함에 있어 검사가 동석한 상황에서 일부 불분명한 사실이나 일시·장소 등 보조적인 사실에 대한 신문에 그친 경우에는 검사작성의 피의자신문조서의 성립을 인정한 바 있는데 이러한 태도가 타당하다고 할 것이다.[393]

대법원은 검찰의 피의자신문에 있어서는 검사가 적어도 핵심적 사항에 대해서는 직접 신문을 하도록 요구하고 있다고 본다.[394] 검사의 공익적 지위와 수사의 주재자의 지위를 생각할 때 또한 형사증거법상 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 상당히 높게 인정되고 있는 현실을 고려할 때 당연한 요청이라고 하지 않을 수 없다는 것이다.[395]

그러나 현실적으로 검사가 모든 피의자를 직접 신문하고 조서를 작성한다는 것은 물리적으로 불가능하고 각종 기관의 공문서도 담당직원이 작성하여 기관장의 결재를 받아 시행하면 기관장의 공문서로서 효력을 발생하게 되는 것처럼 검사가 동석한 가운데 참여계장이 피의자를 조사하고 신문조서를 작성한 후 피의자가 서명·날인하였다면 사법경찰관 작성 피의자신문조서와는 달리 검사작성 피의자신문조서로서의 객관성이 담보된다고 할 수 있다.

형사소송법 제312조 제2항은 검사작성 피의자신문조서에 대하여 피고인이 된 피의자가 법정에서 내용을 否認할 경우에는 影像錄畵物이나 그 밖의 客觀的 方法으로 성립의 진정을 證明하여야 증거능력이 인정되도록 제한하고 있는 점과 법원 공판조서의 경우에도 법원사무관 등이 작성하고 재판장이 서명·날인하고 있는데도 법관면전조서로서 절대적 증거능력이 인정되고 있는 점 등을 고려할 때 대법원 판례의 태도는 '신문조서'의 의미를 검사가 피의자와 일문일답식으로 작성한 '문답조서'의 의미로 파악하는 것인지 아니면 그 기준을 어디에 두고 있는 것인지 명확하게 확인할 수 없지만 이상과 같은 내용을 종합적으로 판단해 보면 검사작성 피의자신문조서는 굳이 검사가 직접 피의자를 조사한 피의자신문조서만이 검사작성 피의자신문조서라는

---

393) 대법원, 1984.7.10. 선고 1984도846 판결.

394) 만약 검찰직원이 주도적으로 신문하여 작성한 조서라면 검사작성의 조서가 아니라 사법경찰관 작성의 조서가 된다는 것이다.

395) 서보학, 앞의 논문, 66면.

의미는 아니라고 할 것이다.

그리고 被疑者訊問에의 參與者에 관하여는 형사소송법 제243조가 검사와 사법경찰관이 피의자를 신문할 때에는 검찰청수사관[396]·서기관·서기 또는 사법경찰리 등을 참여시켜야 한다고 규정하고 있다. 이런 참여자 규정을 둔 취지는 조서기재의 정확성과 신문절차의 적법성을 보장하기 위함에 있다.[397]

이와 관련하여 경찰에서는 사법경찰리에 의한 단독 조사와 검찰에서는 參與係長에 의한 單獨調査가 문제되고 있는데 사법경찰리의 경우 대법원이 인정한 사법경찰관사무취급이라는 개념에 의해 신문의 주체가 될 수는 있지만 단독조사는 참여자 규정의 위반에 해당한다. 검찰청의 참여계장이 사법경찰관에 해당하는 한 신문의 주체가 될 수 있을지는 모르지만 단독조사는 허용되지 않고 더구나 검사작성의 피의자신문조서가 문제되는 경우에는 더더욱 신문의 주체가 될 수 없다는 것이 대법원 판례의 입장이다. 비록 참여자 규정이 수사기관 상호간의 자기통제라는 점에서 적법절차 준수를 강제하는데 한계가 있는 것은 사실이지만,[398] 그럼에도 이러한 참여자 규정을 위반하여 이루어진 피의자신문은 적법절차를 위반한 위법한 수사가 되지 않을 수 없다고 본다.[399] 이와 같이 위법수사를 양산하고 있는 법규정과 수사현실 간의 괴리를 제거하기 위해서는 형사소송법상 관련 규정의 개정이 필요하다고 할 것이다. 다만 현행 형사소송법 제243조의2 규정에 의한 피의자신문단계에서 변호인의 참여가 허용된 경우라면 굳이 참여자 규정의 준수를 고집할 필요는 없을 것이라는 견해가 있으나[400] 변호인참여와는 별개의 문제이므로 반드시

---

396) 여기서의 '검찰청수사관'이란 수사사무관, 검찰주사, 검찰주사보를 의미한다고 볼 수 있는데 전에 언급한 바와 같이 이러한 명칭은 검찰청법이나 공무원조직법 등 법률적 근거가 없는 대외적인 통상명칭에 불과하므로 법 제25조의 "법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보(이하 '법원사무관등'이라고 한다)"와의 균형상 제243조의 "검찰청수사관 또는 서기관이나 서기"를 "검찰수사서기관·수사사무관·검찰주사·검찰주사보(이하 '검찰수사관등'이라고 한다)"로 개정하는 것이 바람직하다고 하겠다.

397) 배종대/이상돈, 앞의 책, 224면 ; 이재상, 앞의 책, 222면.

398) 배종대/이상돈, 앞의 책, 224면.

399) 이상돈 교수는 이러한 절차위반에서 작성된 피의자신문조서에 대해 위법수집증거로서 증거능력을 부인하나(이상돈, 앞의 책, 80면, 84면), 경찰수사 현실을 고려할 때 그 증거능력을 부인하는 것은 무리라고 할 것이다.

400) 서보학, 앞의 논문, 66면.

참여자 규정은 준수되어야 한다.

5. 被疑者訊問에의 辯護人 및 家族 등 補助人 參與

가. 意義

현행 형사소송법은 피의자신문에 변호인의 참여를 허용하고(제243조의2) 참여한 변호인은 신문 후 또는 신문 중에 의견을 진술할 수 있도록 하는(동조 제3항) 등 변호인의 참여권을 폭넓게 보장하고 있다. 그리고 변호인참여에 대한 신청권자에 피의자 이외에도 변호인 및 일정한 범위의 친족 등도 포함시키고 있다(동조 제1항). 이로 인해 변호인의 참여 없이 피의자를 신문하여 획득한 자백이나 진술은 유죄의 증거로 할 수 없는 근거가 제공되었다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 변호인의 피의자신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하도록(동조 제5항) 함으로써 변호인의 피의자신문참여가 실질적으로 보장되도록 규정하고 있다. 이로써 피의자신문 전에 참여권을 고지하지 않았거나 부당하게 참여를 제한한 상태에서 작성된 피의자신문조서는 증거로 사용할 수 없는 근거가 마련되었다. 이러한 의미에서 형사소송법은 변호인의 피의자신문참여제도가 법률에 의해 명문화되어 비로소 피의자의 권리로 격상됨으로써 그동안 문제가 되어왔던 '무리한 밀실수사' 등의 논쟁이 종식되어 수사과정의 객관화·투명화에 크게 이바지하게 될 것으로 기대하고 있다.[401] 그럼에도 불구하고 형사소송법상 변호인의 피의자신문참여권 및 가족 등 보조인의 참여와 관련하여 몇 가지 문제점과 개선방안을 제시하고자 한다.

나. 辯護人의 被疑者訊問 參與

(1) 辯護人의 被疑者訊問 參與制限

형사소송법 제243조의2 제1항은 '정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.'라고 규정하여 正當한 事由가 발생하는 경우

401) 윤영철, 앞의 논문, 79면.

에는 辯護人의 參與를 制限할 수 있도록 하고, 동조 제5항에서는 '변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다.'라고 규정하여 변호인의 참여를 제한할 수 있도록 규정하고 있다.[402]

헌법상 보장된 다른 기본권과의 조화라는 측면에서 볼 때 구금된 피의자에 대한 신문시 변호인의 참여를 무제한적으로 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적정절차의 원칙에 부합하지 않으므로 변호인의 참여로 인해 형사사법의 정의가 중대하게 훼손될 수 있는 경우에 한하여 변호인의 참여가 예외적으로 제한되는 것은 당연하다고 할 수 있을 것이다. 그러나 형사소송법 제243조의2 제1항의 '정당한 사유'가 구체적으로 무엇인지에 대하여 검찰사건사무규칙은 '신문방해와 수사기밀누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우'라는 다소 애매한 표현을 사용하고 있어 논란의 여지가 남아 있게 된다. 앞으로 판례 및 학설을 통하여 증거인멸, 공범도주, 피해자 위해의 염려, 신문방해가 발생하는 경우 등에는 변호인의 참여가 제한될 수 있다고 할 수 있지만 명확한 규정이 없는 것은 문제이다.[403]

여기서 피의자신문에 참여한 변호인이 수사기관의 모욕적이거나 인권침해적 신문이나 유도신문 등과 같은 위법·부당한 행위에 대하여 신문제지나 신문중단을 요구할 필요가 인정된다. 이러한 경우 변호인의 신문제지나 중단이 수사기관에 의해 신문방해 행위로 해석되어 변호인의 퇴거를 요구함으로써 수사기관의 위법·부당한 신문에 대한 변호인의 즉각적인 신문제지나 중단을 차단하는 수단으로 남용될 여지가 있게 된다. 더 나아가 이는 변호인의 피의자신문참여에 대한 부당한 제한으로 연결될 수 있다고 할 것이다.

---

402) 이에 따라 검찰사건사무규칙 제9조의2[변호인의 피의자신문참여] 제1항은 '「형사소송법」 제243조의2제1항의 "정당한 사유"란 변호인의 참여로 인하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우를 말한다.'고 규정하면서 동조 제4항은 '검사는 변호인의 참여로 인하여 다음 각 호의 어느 하나의 사유가 발생하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래하는 경우에는 피의자신문 중이라도 변호인의 참여를 제한할 수 있다. 1.검사의 승인 없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우, 2.피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우, 3.「형사소송법」 제243조의2 제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우, 4.피의자 신문내용을 촬영·녹음·기록하는 경우. 다만, 기록의 경우 피의자에 대한 법적 조언을 위해 변호인이 기억환기용으로 간략히 메모를 하는 것은 제외한다.'라고 자세히 규정하고 있다.

403) 대법원, 2003.11.11. 선고 2003모402 결정 ; 박미숙, 앞의 논문, 199면 ; 신현진, 앞의 논문, 119면 ; 이재상/박미숙, 앞의 책, 109면 참조.

비록 형사소송법은 변호인에 대한 피의자신문참여의 불허 또는 제한에 대하여 準抗告라는 불복방법을 마련하고 있지만(제417조) 실제로 수사기관이 이를 이유로 변호인의 피의자신문참여를 부당하게 제한할 여지가 남아있다고 할 것이므로 정당한 사유가 무엇인지에 대하여는 형사소송규칙 등에 보다 구체적으로 규정할 필요가 있다고 하겠다.

(2) 辯護人의 意見陳述 制限

형사소송법 제243조의2 제3항에서는 "신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다."라고 규정하고 있다. 이에 따라 피의자신문에 참여한 변호인의 피의자에 대한 조언이나 수사기관의 수사방식에 대한 이의제기는 검찰수사관 등 搜査機關의 裁量에 좌우될 우려가 높다고 할 것이다.[404]

수사실무에서 피의자의 자백을 받아내기 위해 검찰수사관에 의한 부당한 질문이나 신문방식이 이루어질 수 있음에도 불구하고 변호인의 피의자신문시 의견진술을 검찰수사관의 재량에 좌우되도록 규정한 것은 변호인의 피의자신문참여권을 형식적인 권리로 전락시킬 우려가 높다고 할 것이다. 왜냐하면 피의자의 신문에 참여한 변호인이 검찰수사관에 의해 행해지는 부당한 질문이나 신문방식에 대하여 이의를 제기하거나 진술거부권 등 피의자의 중요한 권리에 대하여 조언을 하거나 검찰수사관의 신문을 제지 또는 중단시키지 못한다면 변호인의 피의자신문참여권은 공허한 구호에 불과하여 그 의미가 유명무실해 질 것이기 때문이다.[405]

변호인은 피의자에게 검찰수사관의 신문에 준비하고 대비하기 위해 고용된 도구이다. 그런데 피의자가 이러한 도구를 자신이 가장 불리한 시기인 피의자신문 중에 사용할 수 없다고 한다면 이것은 "무기평등의 원칙"에 부합하지 못한다고 할 것이다. 변호인이 피의자의 신문장소에 단순히 배석하는 것만으로도 검찰수사관의 불법적인 수사활동을 감시하고 방지하는 효과가 전혀 없는 것은 아니지만 검찰수사관의 불법·부당한 유도질문이나 인권침해적인

404) 윤영철, 앞의 논문, 82면.

405) 윤영철, 앞의 논문, 81면.

신문방식에 대하여 항의하지 못하고 피의자에게 자신의 헌법상의 권리를 행사하라고 조언하지 못할 경우 변호인의 피의자신문참여권을 보장하는 의미 역시 반감된다는 것을 부인할 수 없을 것이다.[406] 왜냐하면 피의자의 신문에 대한 변호인의 참여는 변호인이 수사관의 피의자신문에 대한 단순한 바람막이의 역할에 그치는 것이 아니라 피의자를 보호하기 위한 적극적인 도구로서 역할을 해야 하기 때문이다.[407]

따라서 피의자의 실질적인 보호를 위해서는 변호인의 피의자신문참여권에 피의자신문 도중에 행해지는 검찰수사관의 불법·부당한 신문방식에 대한 즉각적인 이의제기와 이와 관련된 적절한 권리를 행사하도록 조언하거나 더 나아가 부당한 피의자신문을 즉시 제지 또는 중단시킬 수 있는 내용이 포함되도록 하는 입법적 개선이 필요하다고 할 것이다.

(3) 辯護人의 被疑者訊問 中斷規定

변호인의 피의자신문참여권은 피의자의 자기방어를 위해 매우 중요한 의미를 가지는 권리라는 점을 감안할 때 피의자가 변호인의 참여를 요청하였지만 검찰수사관이 피의자신문을 중단하지 않고 변호인이 도착하기 전까지 신문을 계속하여 자백을 얻어낸다면 이는 변호인의 피의자신문참여권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 피의자가 변호인의 참여를 요청한 경우에는 이러한 폐단을 방지하기 위해 곧바로 피의자신문이 중단되는 조치를 취할 필요가 있다고 할 것이다.

이에 따라 변호인의 피의자신문참여권의 중요한 근원이 되는 “Miranda 원칙”은 피의자가 신문도중 수사기관에 진술거부권을 행사하겠다는 의사를 표시하거나 변호인의 접견을 요구하는 경우에는 그 즉시 모든 신문은 중단되어야 한다는 것을 그 주요내용으로 하고 있다.[408] 이러한 내용은 그 이후 미국 연방대법원의 Arizona v. Roberson 판결[409]과 Minnick v. Mississippi 판결[410]에

---

406) 조 국, 앞의 논문, 193면 ; 윤영철, 앞의 논문, 82면.

407) 윤영철, 앞의 논문, 83면.

408) 384 U.S. 444-445(1966).

409) 486 U.S. 675(1988). Arizona v. Roberson 판결은 자발적인 진술이라고 할지라도 그 진술이 구금 중 강요된 신문에 의하여 행해질 위험성이 있음을 인정하고 이러한 위험을 방지하기 위해서 피의자에 의한 변호인의 접견요청을 신문계속 여부의 판단기준으로 판시하였다.

의해 확인되었다.

그리고 변호인의 피의자신문참여권에 관하여 수사기관의 변호인에 대한 통지의무를 인정하는 것은 수사의 신속한 진행을 방해할 우려가 있으므로 타당하지 않다는 것을 이유로 변호인의 피의자신문참여권과 관련하여 수사기관의 신문기일 통지의무를 인정하는 대신 피의자의 변호인 참여요청에 따른 신문중단을 인정하는 것이 더 타당하다는 견해도 있다.[411] 이 견해 역시 피의자가 변호인의 조력을 요청하면 수사기관은 피의자에 대한 신문을 계속해서는 안된다는 것이 변호인의 피의자신문참여권의 중요한 내용이 됨을 의미한다고 하겠다.[412]

그러나 현행 형사소송법은 이에 관한 규정을 두지 않았는데 이는 앞으로 입법적 개선을 통하여 해결되어야 할 중요한 내용이라고 할 것이다.

(4) 被疑者訊問參與權 侵害에 대한 救濟方法

피의자의 변호인 참여요청에 따른 피의자신문의 중단과 관련하여 중요한 것은 피의자가 변호인의 참여를 요청했음에도 불구하고 피의자신문에 대한 변호인의 참여가 배제된 경우에 그 구제방법이 무엇인가라는 문제이다. 헌법에 의해 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 것은 피의자에게 유리하고 효과적인 변호권이 보장되어야 한다는 것을 의미한다. 이러한 의미에서 볼 때 피의자에게 유리하고 효과적인 변호권을 침해하여 획득한 증거가 다시 공판절차에서 실체적 진실을 위한 자료로 사용될 경우에 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리와 이를 구체화하는 변호인의 피의자신문참여권은 새로이 침해되는 결과가 될 것이다.[413]

美國연방대법원도 1964년의 Escobedo v. Illinois 판결에서 경찰의 구금 및 신체의 자유가 박탈된 상태에서 변호인의 피의자신문에의 참여 없이 피의자

---

410) 498 U.S. 146(1990). Minnick v. Mississippi 판결은 '일단 피의자가 변호인을 요청한 이후에는 피의자는 변호인의 조력을 받기까지는 이후의 경찰의 신문에 응할 필요가 없다'고 판시하였다.

411) 박미숙, 앞의 논문, 202면 ; 이재상/박미숙, 앞의 책, 112면 참조.

412) 윤영철, 앞의 논문, 84면.

413) Strate/Ventzke, *Unbeachtlichkeit einer Verletzung des §137 Abs. 1S. 1StPO im Ermittlungsverfahren? in: StV* 1986, 30-34 ; 윤영철, 앞의 논문, 85면.

신문을 통해 얻어낸 진술에 대하여 그의 증거능력을 부정하였다. 이는 수사절차단계에서 변호권이 침해된 상태에서 얻은 증거는 공판절차에서 더 이상 보호될 수 없다는 것을 근거로 한다.[414] 獨逸의 경우에도 법관의 피의자신문기일의 통지의무를 위반하여 얻은 증거는 그 증거능력이 부정되어야 한다고 해석한다. 다시 말해서 피의자신문기일에 대한 통지의 해태는 피의자신문조서의 본질적인 결함을 초래하고 이러한 피의자신문조서는 공판절차에서 증거로 사용되어서는 안 되며,[415] 위법한 증거에 의한 판결은 상소의 대상이 된다고 해석하는데 이는 공판절차에서 더 이상 보호될 수 없다는 것을 근거로 한 것이다.

수사기관의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권은 접견교통권과 함께 헌법상의 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용으로서 인권보장을 위한 중요한 권리라고 하지 않을 수 없다. 이러한 관점에서 변호인의 피의자신문참여권을 사전에 고지하지 않은 경우나 변호인참여의 요청이 있는 후 변호인이 도착하기 전에 피의자를 신문하는 경우 등 이러한 상태에서 작성된 피의자의 자백이나 진술 또는 피의자신문조서는 유죄의 증거로 사용하지 못하도록 하는 규정을 두는 것이 논란의 여지를 제거한다는 점에서 바람직하다고 할 것이다. 따라서 피의자가 변호인의 참여를 요청했음에도 불구하고 피의자신문에 대한 변호인의 참여가 배제된 상태에서 획득한 피의자의 진술은 공판절차에서 그 증거능력을 배제하는 규정을 두는 것이 필요하다고 할 것이므로 이는 앞으로 입법적으로 개선되어야 할 내용이라고 생각된다.[416]

(5) 辯護人의 參與權이 保障된 被疑者訊問調書의 證據能力

피의자신문에 대한 변호인의 참여권이 보장될 경우 균형의 원리에 부합하기 위해서는 형사소송법 제312조가 변호인의 참여가 보장된 상태에서 작성된 피의자신문조서에 대해 그 證據能力이나 信用性이 强化되는 방향으로 규정되어야 하는 것이 바람직하며 당연한 논리일 것이다.

만일 변호인의 피의자신문참여권이 보장됨에도 불구하고 변호인의 참여가

414) 378 U.S. 478, 489(1964).

415) Strate/Ventzke, a.a.O., 33. 참조.

416) 박미숙, 앞의 논문, 203면 이하 참조 ; 윤영철, 앞의 논문, 86면.

보장된 상태에서 작성된 피의자신문조서의 증거능력이나 신용성을 인정하거나 강화하지 않을 경우 이는 다시 피의자신문에 대한 변호인의 참여권이 밀실수사의 관행을 근절하고 수사과정의 객관화와 투명화에 기여할 수 있다는 것을 부인하는 결과를 낳게 될 것이기 때문이다. 이는 결국 피의자신문에 변호인이 참여하는 경우와 그렇지 않은 경우에 있어서 피의자신문조서의 신용성이나 증거능력에 별 차이가 없게 되어 검찰수사관 등 수사기관은 가능한 한 번거로운 변호인의 참여를 제한하거나 배제하려는 경향을 취하게 될 것이고 이로 인하여 변호인의 피의자신문참여권의 실질적 보장은 적지 않은 타격을 받게 될 것으로 예상된다고 할 것이다.[417]

이러한 의미에서 변호인의 피의자신문 참여아래서 작성된 피의자신문조서의 경우 작성주체가 검사이든 검찰수사관이든 불문하고 그의 신용성을 강화하거나 증거능력을 인정하는 규정을 두는 것이 타당한 입법태도라고 할 수 있다. 그러나 형사소송법은 이러한 규정을 두고 있지 않기 때문에 피의자신문에 참여한 변호인을 증인신문 함으로써 정황증거로 사용할 수 있다고 하지만 현실적으로 변호인을 증인신문 한다는 것은 곤란하기 때문에 입법을 통한 개선이 있어야 할 것이다.

(6) 國選辯護人制度의 擴充

변호인의 피의자신문참여권이 인정된다고 하더라도 피의자가 변호인의 참여 아래서 검찰수사관의 신문을 받으려면 사선변호인을 선임할 수밖에 없는데 이는 사선변호인을 선임할 수 있는 경제적 능력이 없는 피의자의 경우에 변호인의 참여 아래 신문을 받을 길이 없어서 형사사법의 형평성문제를 초래할 수가 있다.[418] 왜냐하면 형사소송법에 의하면 국선변호인제도는 원칙적으로 피고인에게만 인정되고 피의자의 경우에는 예외적으로 구속영장실질심사와 구속적부심사의 청구를 한 때에만 인정되기 때문이다.[419] 따라서 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 경우에는 모든 피의자가 이를 차별 없이 활용할 수 있도록 하기 위해서 경제력이 없는 피의자를 위한 국선변호인제도의

417) 윤영철, 앞의 논문, 76면.

418) 황윤상, 앞의 논문, 84면 참조.

419) 이상철/최석윤, 「국선변호인제도에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1994, 56면 이하참조.

확대가 필수적이라고 할 것이다.

미국 연방대법원은 Argersinger v. Hamlin 판결[420]과 Scott v. Illinois 판결[421]에서 피의자가 범한 죄가 중죄인 경우 또는 경죄이지만 징역형에 처해질 수 있는 경우에는 국선변호인의 조력을 받을 권리를 인정하였다. 이에 따라 미국의 경우 '계약변호인제도'와 '공선변호인제도'[422]가 시행되고 있다. 契約辯護人制度는 국가가 개인변호사, 법률회사 등과 일정한 기간과 일정한 금액으로 계약을 체결하여 경제력이 없는 자를 위한 형사변호를 제공하는 제도이고, 公選辯護人制度(public defender)는 국가에 의해 직업적으로 고용된 변호사가 경제력이 없는 자의 형사변호를 담당하는 제도이다.

국선변호인제도의 확대는 국가예산의 확보와 직결되는 문제로서 인적·물적 자원을 확보하여 경제적 능력이 없는 피의자를 위한 '형사법률구조체제'(Kriminales Rechtshilfesystem)를 확립하는 것이 요구된다고 하겠다. 이를 위해서는 미국의 제도를 도입하여 시행할 필요하다고 본다. 먼저 '契約辯護人제도'는 우리나라의 형사사법체계의 커다란 변경 없이도 실현될 수 있으므로 단기적 차원에서 이 제도의 도입이 추진될 필요가 있다고 할 것이다.[423] 그러나 '公選辯護人제도'는 한편으로는 경제력이 없는 피의자의 변호를 위한 인력의 확보라는 측면에서 볼 때 형사법률구조를 가장 확실하게 실현할 수 있는 방법이기는 하지만 다른 한편으로는 국가기구의 개편과 막대한 예산의 확보를 수반해야 하는 문제이므로 중장기적 차원에서 이 제도를 도입하는 것이 바람직하다고 하겠다.[424] 뿐만 아니라 이를 위해 현재 실시되고 있는 법률구조공단의 형사법률구조를 활성화하는 방안도 필요하다고 할 것이다. 현재 실시되고 있는 형사법률구조는 주로 사법시험에 합격하고 사법연수를 마친 공익법무관에 의해 행해지고 있는데 法學專門大學院제도(Law School)의 시행이 확정된 것과 더불어 그 입학정원과 변호사자격시험 합격자의 수를 현실적인 수준으로 늘려 군미필의 다수의 변호사자격시험 합격자를 공익법무관

420) 407 U.S. 25(1972).

421) 440 U.S. 367(1979).

422) 홍석조, "변호인의 조력을 받을 권리", 「해외파견검사연구논문집」 제6집, 1987, 186면.

423) 조국, 앞의 논문, 196면.

424) 조국, 앞의 논문, 197면.

으로 편입함으로써 이들을 수사기관의 피의자신문시 변호인으로 참여하도록 한다면 경제적 능력이 없는 피의자의 변호인참여권의 보장문제는 상당부분 해결될 수 있을 것으로 전망된다. 따라서 법률구조공단의 공익법무관을 시·군 소재 검찰청에 까지 배치하여 그 관할 검찰수사관 등 수사기관에서 피의자신문시에는 피의자의 신청에 따라 사선변호인을 선임할 수 없는 경제력이 미약한 피의자에게 공익법무관이 피의자신문시 참여하여 변호인의 조력권을 행사할 수 있도록 할 필요가 있다.

피의자신문에 변호인이 참여하게 되면 수사기관의 위법한 신문행태를 감시·견제할 뿐만 아니라 신문에 대한 적절한 답변을 지도해 줄 수 있기 때문에 피의자의 인권침해를 예방하고 피의자의 방어권을 강화시킨다는 장점 이외에도 진술의 임의성과 피의자신문조서의 성립의 진정을 담보하고 나아가 법관면전조서에 준하는 정도의 높은 신용성과 증거능력을 부여할 수 있게 됨으로써 신속한 재판의 진행도 가능하게 된다.[425] 다만 피의자신문에 변호인이 참여함으로써 수사기관이 갖게 될 여러 가지 어려움은 수사의 민주화, 적법절차 보장 그리고 피의자의 인권보장이라는 대전제 앞에 양보하지 않을 수 없다.[426]

피의자신문에 변호인의 참여권은 檢事뿐만 아니라 검찰수사관 및 警察의 피의자신문에 모두 허용되어야 한다. 경찰자백은 법정에서의 부인으로 증거능력이 없고(법 제312조 제3항) 따라서 경찰의 불법·부당한 신문에 대한 법적규제가 가능한 이상 경찰의 피의자신문에 대해서는 변호인의 참여권을 인정할 필요가 없다는 견해도 있었다.[427] 그러나 피의자신문 절차의 공정성과 진술의 임의성은 경찰조사 단계에서도 확보되어야 하고, 특히 실무에서 경찰에서의 진술이 검찰에서 번복되어 받아들여지기 어렵다는 사실을 고려하면 경찰단계의 피의자신문에도 당연히 변호인의 참여권이 인정되어야 한다고 본다.[428] 이에 따라 형사소송법은 제 243조의2를 신설하여 검사 또는 사법경찰

---

425) 백형구, “피의자신문과 변호인의 참여권”, 「사법행정」, 1986.2, 7면 ; 백형구, “형사변호의 제문제”, 「외법논집」 제3집, 한국외국어대학교, 1996, 267면 ; 이은모, 앞의 논문, 277면

426) 서보학, 앞의 논문, 70면.

427) 백형구, “수사단계에서의 변호활동”, 「대한변호사협회지」, 1986.6, 30면.

428) 이은모, 앞의 논문, 277면 ; 이재상/박미숙, 앞의 책, 108면.

관의 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정하도록 규정하고 있다.[429]

피의자의 인권을 보장하고 피의자신문조서의 내용의 진정성립과 자백의 신용성을 담보하기 위해서는 초동수사 단계에서부터 변호인의 피의자신문참여권을 구속영장의 발부 전후를 불문하고 명문으로 인정하여야 한다는 기대에 부응하여 변호인의 피의자신문참여권을 절대적으로 허용하고 있는 현행 형사소송법은 현대 민주주의 국가의 형사사법에 부합하는 매우 바람직하고 획기적인 조치라고 할 수 있을 것이다.[430]

다. 家族 등 補助人의 參與問題

변호인의 被疑者訊問參與權은 被疑者와 辯護人 모두의 權利로 인정되어야 할 것이다. 따라서 피의자의 요청이 있을 경우와 변호인의 요청이 있을 경우에는 피의자의 반대의사가 없는 한 변호인의 참여가 법적으로 보장되어야 하며, 요청이 있음에도 불구하고 변호인의 참여 없이 피의자신문이 이루어진 경우에는 피의자 방어권행사의 중대한 침해 및 적법절차 위반으로 판단하여 진술의 증거능력을 부정해야 할 것이다. 다만 피해자나 참고인의 생명·신체 및 명예 등에 중대한 위험이 예상되는 경우 또는 명백히 수사의 목적을 방해할 경우 등의 제한사유를 엄격하게 규정하여 변호인의 참여권을 침해하지 않는 범위 내에서 참여권을 제한하는 것은 가능하다고 할 것이다.[431]

이와 관련하여 被疑者의 家族 등 補助人의 被疑者訊問 參與에 대하여 형사소송법 제29조는 보조인만을 규정하고 있는데, 제1항은 "피고인 또는 피의

---

429) 형사소송법 제243조의2 제1항은 "검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다."라고 규정하고 있다.

430) 신양균, 앞의 책, 420면 ; 윤영철, 앞의 논문, 86면.

431) 이상희, "형사소송법 개정안에 대한 의견", 「JURIST」, 2003.3, 30-31면 ; 서보학, 앞의 논문, 71면 註116 참조 ; 형사소송법은 변호인의 참여권을 보장하면서도 '정당한 사유'가 있는 경우에는 제한할 수 있다고 규정하여 지나치게 예외사유를 일반적·포괄적으로 규정해 사실상 참여권을 형해화시킬 위험성이 있다. 즉 피의자의 증거인멸·은익·조작 또는 조작된 증거의 사용, 공범도주의 염려가 있는 경우, 피해자·참고인 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 대한 위험이 있는 경우 등에는 변호인의 참여 없이도 신문할 수 있다고 볼 수 있고, 변호인이 신문에 개입하거나 수사에 현저한 지장을 초래할 때에는 변호인의 퇴거를 명할 수도 있고 변호인이 참여하더라도 피의자를 대신하여 답변하거나 신문을 제지 또는 중단시키는 등의 변호인이 신문에 개입하는 행위를 금지할 수 있다고 볼 수 있기 때문이다.

자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매는 보조인이 될 수 있다."라고 규정하고, 제2항에서는 "보조인이 되고자 하는 자는 서면으로 신고하여야 한다."라고 규정하면서, 제3항에서는 "보조인은 독립하여 피고인 또는 피의자의 명시한 의사에 반하지 아니하는 소송행위를 할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다."라고 규정하고 있어 이 규정을 類推適用하여 보조인도 피의자신문에 참여할 수 있느냐가 문제된다. 補助人이란 피고인 또는 피의자를 돕는 사람을 말한다. 비록 이들이 피의자에게 법률적 조력을 제공할 수는 없지만 이들의 피의자신문 참여는 피의자에게 심리적 안정감을 가져다주고 검찰수사관의 위법·부당한 신문을 감시·예방하는 기능을 하게 되고 진술의 임의성도 보장될 수 있게 된다. 물론 피의자신문에 참여한 가족 등이 가족애를 발휘함으로써 진실을 밝히는데 장애가 될 수도 있지만 경우에 따라서는 가족 등의 참여와 격려로 피의자가 자신의 범행을 순순히 뉘우치고 자백하는 효과도 거둘 수 있을 것이다. 피의자가 낯선 검찰수사관의 면전보다는 가족 앞에서 오히려 진실해 질 수 있기 때문이다.[432] 이러한 긍정적인 효과를 고려한다면 피의자신문에 변호인의 참여뿐만 아니라 더 나아가 가족 등 보조인의 참여를 법적으로 보장하는 것이 經濟力이 微弱하여 사선변호인을 선임할 수 없는 피의자에게 절실히 필요하므로 피의자의 인권보장과 搜査의 公定性을 위하여 국선변호인의 선임문제와 함께 입법론적으로 검토되어야 할 것이다.

6. 逮捕現場에서의 令狀 없는 押收·搜索·檢證의 制限

형사소송법 제216조 제1항은 "검사 또는 사법경찰관은 … 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서의 압수·수색·검증을 할 수 있다."라고 규정하고 동조 제2항에서는 "검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장의 집행의 경우에 준용한다."라고 규정하

432) 최영승, "피의자신문에 있어서 적법절차의 법리에 관한 연구", 경희대 박사학위논문, 2003, 231면 ; 서보학, 앞의 논문, 68면 ; 이와 관련하여 검찰사건사무규칙 제12조의2와 사법경찰관리집무규칙 제16조의3항에서 규정하고 있는 피의자에 대한 신뢰관계자의 단순한 동석과 법적조언 등 소송행위를 할 수 있는 보조인의 피의자신문 참여와는 별개의 문제라고 할 수 있다.

여 逮捕現場 또는 拘束現場에서는 영장 없이 押收·搜索·檢證이 가능하게 된다. 이는 검찰수사관이 피의자를 체포·구속하는 경우 체포현장에서 야기될 수 있는 위험을 방지하고 피의자가 증거를 인멸하는 것을 방지하기 위하여 緊急行爲로서 허용된다는 것이 다수설이다.[433] 여기서 영장 없는 압수·수색·검증이 가능한 '체포현장'이 되기 위해서는 우선 체포와 이들 행위 사이에 시간적 접속이 있어야 하고, 압수·수색·검증의 장소가 피체포자의 신체와 그의 직접적 지배 아래 있는 장소에 국한되어야 한다.[434] 주로 문제가 되는 것은 피의자가 압수·수색·검증을 할 당시에 현장에 있어야 하는가, 피의자를 체포하는데 성공하였음을 요하는가, 체포하기 직전에 압수·수색·검증도 허용되는가 하는 점이다. 여기서 ① 接觸說은 체포행위에 시간적·장소적으로 근접해 있으면 되고 체포 전후를 묻지 않는다고 하며,[435] ② 現場說은 압수·수색·검증 당시에 피의자가 현장에 있어야 한다는 견해이고,[436] ③ 逮捕着手說은 피의자가 수색·검증 장소에 있고 체포가 현실적으로 착수되어야 한다는 견해이고,[437] ④ 逮捕說은 피의자가 현실적으로 체포되는 경우에 한하여 영장 없는 압수·검증이 가능하다는 견해[438] 등으로 나뉘고 있다.

검찰수사실무에서는 체포현장에서의 영장 없는 압수·수색·검증을 가장 폭넓게 인정하는 시간적·장소적 접촉설을 따르고 있다고 본다. 그러나 당사자의 기본권 침해를 동반하는 강제수사는 원칙적으로 법원의 통제에 의한 영장주의원칙을 준수하여야 하고 그 예외는 엄격하게 제한된 범위 내에서만 인정되어야 한다는 점과 우리 형사소송법에 사후영장에 의한 압수·수색·검증이 규정되어 있다는 점(법 제216조 제3항, 제217조 제2항 단서) 등을 고려할 때 영장 없이 행해지는 압수·수색·검증은 피의자·피고인이 실제 체포되었을 때로 한정하는 것이 바람직하다고 본다(체포설의 입장). 만약 시간적·장소적 접촉설에 따라 영장 없는 압수·수색·검증을 폭넓게 인정할 경우에는

433) 이재상, 앞의 책, 298면 ; 신양균, 앞의 책, 230면 ; 임동규, 앞의 책, 229면.

434) 서보학, 앞의 논문, 82면.

435) 김기두, 앞의 책, 212면 ; 임동규, 앞의 책, 229면 ; 정영석/이형국, 앞의 책, 214면.

436) 백형구, 앞의 책, 331면.

437) 신양균, 앞의 책, 232면 ; 이재상, 앞의 책, 299면 ; 차용석, 앞의 책, 306면

438) 강구진, 앞의 책, 221면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 304면 ; 신동운, 앞의 책, 293면.

강제수사에 대한 사법부의 통제가 그만큼 약화되고 피의자의 인권 및 기본권 침해의 위험성은 상대적으로 증대하게 되기 때문이다.[439]

실제로 2007년 수사관 등 2명이 마약사범을 긴급체포하기 위하여 피의자의 집에 찾아 갔다가 마침 그가 부재중이자 동거녀에게 체포의도를 말한 뒤 집안을 압수·수색하고 수색한 결과 찾아낸 주사기와 마약샘플 등을 기초로 동거녀의 신체를 검증하여 팔뚝에 주사자국이 있음을 확인한 뒤 동거녀를 긴급체포한 사실이 발생되어 그 동거녀가 국가인권위원회에 인권 및 기본권의 침해를 이유로 진정서를 제출한 사실도 있었다.[440] 만약 이 사건에서 피의자 주택에 대한 압수·수색과 신체 대한 검증이 동거녀인 당사자의 동의 아래 이루어졌다면 임의수사로서 별 문제가 없지만 상황의 개연성으로 미루어보아 동거녀에게 피의자에 대한 체포의도만을 통보한 뒤 동거녀의 의사를 묻지 않고 압수·수색·검증에 착수했을 가능성이 크다고 할 것이다.[441]

이렇게 영장 없는 압수·수색·검증으로 인한 인권 및 기본권 침해를 최소화하기 위해서는 반드시 피의자에 대한 체포가 먼저 착수된 경우에만 영장 없는 압수·수색·검증이 가능하도록 하고 만일 체포에 실패하였을 경우에는 즉시 사후영장을 청구하여 발부받도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 이런 부분에 대한 검찰수사관 스스로의 인권의식 및 관행의 변화도 중요하지만 법원의 엄격하고 철저한 사후통제가 이루어져 영장주의의 예외에 대한 한계를 일탈하였다고 판단될 경우에는 違法蒐集證據로서 그 증거의 證據能力을 否定하여야 할 것이다.

이런 맥락에서 형사소송법은 체포현장에서의 압수수색검증 및 긴급체포시의 압수수색검증에 대하여는 계속압수 필요시 사후에 압수수색검증영장을 발부받도록 규정하고 있다.[442]

---

439) 서보학, 앞의 논문, 83면.

440) 2007.10.26.자 2007진인2807호, 동의없는 마약검사에 의한 인권침해 ; 「수사기관은 수사의 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있으나(형사소송법 제199조 제1항), 마약복용여부를 위한 소변검사를 임의수사의 방법으로 할 경우, 조사의 임의성확보 등을 위해 사전에 상대방의 구두뿐만 아니라 서면 동의를 받는 것이 필수적이라 할 것이다. 그럼에도 불구하고 피진정인들이 진정인을 상대로 사전 서면동의서를 받지 않은 상태로 소변검사를 실시한 것은 범죄수사를 담당하는 경찰관으로서 적법절차를 제대로 준수하지 못한 책임이 있고, 이러한 피진정인들의 행위는 헌법 제12조가 보장하고 있는 진정인의 신체의 자유를 침해한 것으로 판단된다.」

441) 서보학, 앞의 논문, 83면.

7. 留置場 被疑者에 대한 身體檢査

가. 身體檢査 意義

被疑者의 身體檢査는 신체 자체를 검사의 대상으로 하는 수사상 檢證의 일종이고 수사상 검증은 피의자의 신체에 대한 강제처분이므로[443] 원칙적으로 법관이 발부한 검증영장을 필요로 한다. 이러한 점에서 수사기관이 행하는 신체검사는 신체외부와 의복에서 증거물을 찾는 身體搜索과 구별된다.[444] 형사소송법 제141조는 피의자의 신체검사는 검사를 당하는 자의 성별·연령·건강상태·기타 사정을 고려하여 그 사람의 건강과 명예를 해하지 아니하도록 주의하여야 하며, 여자의 신체를 검사하는 경우에는 의사나 성년의 여자를 참여하도록 규정하고 있다. 검찰수사관이 긴급체포나 구속된 피의자를 경찰서 유치장에 수감시키는 경우가 있는데 이러한 경우 유치장 피의자의 정밀신체검사로 인하여 피의자의 인권침해가 발생할 우려가 있으므로 이 문제에 대하여 먼저 미국의 경우를 살펴보기로 한다.

미국에서의 精密身體檢査 즉, "알몸수색"은 통상 피의자 또는 피고인의 의복을 벗기고 수차례 쪼그려 앉았다 일어서고 허리를 구부리게 하거나, 수사관 또는 간수가 피의자 또는 피고인의 체강(體腔)을 신체의 앞과 뒤에서 눈으로 검사하는 것을 말한다.[445] 미국은 오래전부터 피의자에 대한 신체검사(알몸수색)의 정당성과 허용요건에 대한 사회적 논쟁을 법리로 승화하여 정치한 법원리를 구축하였다.[446]

---

442) 형사소송법 제217조 제1항은 「검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수수색 또는 검증을 할 수 있다」, 제2항은 「검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제216조 제1항 제2호에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.」라고 규정하고 있다.

443) 형사소송법 제140조는 「검증을 함에는 신체의 검사, 사체의 해부, 분묘의 발굴, 물건의 손괴 기타 필요한 처분을 할 수 있다.」라고 규정하고 있다.

444) 이재상, 앞의 책, 306면 ; 신동운, 앞의 책, 314면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 308면 ; 신양균, 앞의 책, 221면 ; 백형구, 앞의 책, 339면 ; 강구진, 앞의 책, 225면.

445) 고시면, "교도소 수용자에 대한 알몸수색의 허용여부", 「교정」 제48권 제6호(통권 제338호), 2004.6, 135면 ; 조국, 앞의 논문, 261면.

그리고 미국에서 유죄판결을 받아 교도소에 수용된 수형자에 대한 알몸수색은 헌법상 허용되며,[447] 이를 위하여 수색영장이나 "상당한 이유"는 불필요한 것으로 이해되고 있다.[448] 그렇지만 문제가 되고 있는 피의자에 대한 알몸수색의 경우는 다르다. 즉, 체포되어 구금된 시민에 대한 알몸수색의 경우는 이것이 시민의 프라이버시의 가장 핵심적 영역을 침해할 수밖에 없으므로 유치장 등 구금시설의 안전과 질서유지의 필요성이 인정된다고 하여도 그 정당성까지 인정될 수는 없기 때문에 엄격한 제약 아래서 시행되고 있다. 따라서 알몸수색은 영장주의의 예외인 '체포에 수반한 수색'의 일종으로 파악되고 있으며,[449] 체포에 수반된 수색은 체포된 피의자가 수사관을 위협하거나 도주할 용도로 사용될 수 있는 흉기를 압수하거나 증거인멸을 방지할 필요가 인정되는 경우에 허용되고 있다.[450]

美國의 뉴저지주나 테네시주법에 의하면 알몸수색을 위해서는 원칙적으로 영장 또는 피의자의 동의가 필요하며, 피의자가 무기 또는 금제품을 소지하고 있을 것이라는 "상당한 이유"가 있거나 또는 영장주의의 예외가 인정되는 경우, 피의자가 합법적으로 구금시설에 구금되었다면 무기 또는 금제품이 발견될 것이라는 "합리적 의심"이 있는 경우는 예외로 한다고 규정하고 있다.[451] 요컨대 원칙적으로 영장 또는 동의에 의한 알몸수색을 분명히 하고 합법적으로 구금되지 않은 피의자에 대해서는 기존의 "합리성"기준보다 높은 "상당한 이유"를 요구함으로써 보다 더 엄격히 알몸수색을 제한하고 있는 것이다. 이러한 제한을 위반한 알몸수색의 위법성을 선언한 판결로는 2000년의 'New Jersey State v. Hayes 판결'[452]이 있다. 따라서 미국에 있어서 알몸수색은 피의자가 무기 또는 금제품을 소지하고 있다고 믿을 만한 "합리적 의심"이 있는 경우에 한하여 허용될 수 있고, 알몸수색 이전에 반드시 외표

446) 조국, 앞의 논문, 260면.

447) Arruda v. Fair, 710 F.2d 886, 888(lrt Cir. 1983).

448) United States v. Lilly, 576 F.2d 1240, 1244(5th Cir. 1978).

449) United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973).

450) Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969).

451) N.J Stat Ann 2a 161a-2(West 1998) ; Tenn. Code. Ann 40-7-121(b) (1998).

452) 327 N.J. Super. 373 (2000).

검사가 시행되어야 한다는 것이다. 그리고 "합리적 의심"에 대한 판단은 중범 피의자의 경우에는 통상 존재하는 것으로 보는 州도 있고,[453] 피의자의 범죄가 중죄와 경죄인가에 따라 "합리적 의심"이 판단되어서는 안 되며, 이는 "범죄의 성질, 피의자의 외관과 행동, 그리고 전과기록" 등에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 州도 존재하고 있다.[454]

이와 관련하여 우리나라의 「行刑法」[455]과 경찰청 훈령인 「被疑者留置 및 護送規則」에 未決收容者 및 留置人에 대하여 교도소나 유치장에 유치하기 전에 身體檢査 내지 精密身體檢査 즉, 알몸수색을 실시하도록 규정하고 있어 유치장에 유치되는 피의자, 즉 유치장 피의자에 대한 신체검사시 인권침해 여부가 논란이 되어 왔다. 여기서 "알몸수색"이란 유치장에 유치되는 피의자를 나체 상태로 정밀 수색하는 것이라고 말할 수 있다.[456]

이하에서는 먼저 현행법상 피의자에 대한 신체검사의 法的 根據를 살펴보고, 둘째 그동안 피의자의 신체검사 특히 알몸수색에 대한 언론보도 및 판례를 중심으로 現實態 및 問題點를 살펴본 후, 셋째 유치장 피의자에 대한 알몸수색의 許容要件과 改善方案을 제시하고자 한다.

나. 被疑者에 대한 身體檢査의 法的 根據

(1) 行刑法

행형법 제68조의 규정에 따라 검찰청의 호송경찰관 출장소나 경찰서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준하여 관리하도록 규정되어 있다.[457] 여기서 말하는 '미결수용실'이란 동법 제1조의2에서 규정하고 있는 미결수용자를 수용하는 장소로서, '형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행을

453) Smith v. Montgomery County, Maryland, 643 F. Supp. 435, 439 (D. Md. 1986) ; Davis v. Camden, 657 F. Supp. 396, 400-401 (D. N.J. 1987).

454) Kennedy v. Los Angeles Police Dept., 901 F.2d 702, 716-717 (9th Cir 1989).

455) 행형법은 2007.12.21. 법률 제 8728호로「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」로 개정되어 2008.12.22.부터 시행되게 되었다.

456) 고시면, 앞의 논문, 135면.

457) 행형법 제68조는 "국가경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다."고 규정하고 있는데, 개정된 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제87조는 "경찰관서에 설치된 유치장은 교정시설의 미결수용실로 보아 이 법을 준용한다."고 규정하고 있다.

받은 자'를 수용하는 장소를 말하고[458] 동법 제2조 제3항에 따라 구치소가 지정되어 있다.[459] 따라서 우리나라 경찰서 유치장은 경찰행정작용이 아니라 형사사법작용의 하나로 형사피의자 또는 형사피고인을 구금하는 장소임을 알 수 있다.[460]

행형법 제17조의2 제1호는 "교도관은 교도소 등의 안전과 질서유지"를 위하여 필요한 경우에는 수용자의 신체, 의류, 휴대품 등을 검사할 수 있다고 규정하고 있으나 행형법은 자유형의 선고를 받은 수형자나 "미결수용자"에 대해서만 적용되므로 이 규정이 체포되어 유치장에 수감된 피의자에 대해서도 적용된다고 볼 수는 없고, 법률적 근거가 있는 "미결수용자"에 대한 신체검사의 경우는 그것이 현재 쟁점이 되고 있는 "알몸수색"의 수준까지 허용하는지에 대하여 아무런 규정이 없다. 그리고 행형법 제68조는 "국가경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다."라고 규정하고 있으나 이 규정의 의미는 미결수용자가 유치장에 수감된 경우에 한하여 당해 유치장을 미결수용실에 준하는 것으로 본다는 의미이지 유치장에 수용된 자에 대해서는 신체검사를 가능하게 한다는 의미는 아니기 때문에 이 규정 역시 체포되어 유치장에 수감된 피의자에 대한 정밀신체검사를 정당화하는 조항이 될 수는 없다.

(2) 警察官職務執行法

경찰관직무집행법 제9조는 경찰서 유치장에는 '법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용한다.'라고 규정하고 있다. 이에 따라 경찰서 유치장의 유치대상자는 '미결수용자'이외에도 체포영장에 의해 체포된 자, 현행범으로 체포된 자, 긴급체포된 자, 즉결심판에 의해 구류형을 집행받고 있는 자, 법정 등의 질서유지를 위해 감치처분을 받은 자 등을 유치하는 장소로 확대되어 있다.

---

458) 고시면, 앞의 논문, 135면.

459) 행형법 제2조 제3항은 「구치소에는 미결수용자를 수용한다.」라고 규정하고 있다.

460) 따라서 '유치장'은 '보호실'(경찰관직무집행법 제4조 제1항)과 구별되는데, 대법원은 임의동행된 피의자 또는 영장대기자의 도주방지를 위한 보호실 사용은 불법이라고 판시하면서 경찰관직무집행법상의 주취자·정신착란자·자살기도자 등 응급을 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 보호실 유치가 허용된다고 한다(대법원, 1985.7.29.선고 1985모16 ; 1994.3.11.선고 1993모958).

이에 따라 수사실무에서는 구속영장의 발부를 받은 경우도 해당지역에 구치소가 없거나 또는 해당 구치소의 수용인원이 초과한 경우에는 유치장에 유치되며,[461] 체포영장 등에 의해 적법하게 체포된 자는 대부분 유치장에 유치되어 검찰청에 송치된 후에 구치소나 교도소에 이송되고 있다. 심지어는 공소가 제기된 이후에도 재판이 종료될 때 까지 피고인이 경찰서의 대용유치실에 구금되는 경우도 있다.[462]

다. 被疑者 身體檢査의 現實態 및 問題點

(1) 現實態

피의자의 신체검사 특히 알몸수색에 대한 언론보도 내용과 이에 대한 법원과 헌법재판소의 판례 및 국가인권위원회의 결정내용을 중심으로 그 실태를 살펴봄으로써 유치장 피의자에 대한 신체검사가 어떤 방식으로 시행되어 왔는지 그 실태를 알 수 있을 것이다.

2000.3.경 경기 성남남부경찰서에서 선거법위반 혐의로 연행된 성남여성노동조합 조합원 3명으로부터 자해도구를 찾는다며 윗도리와 아래바지까지 벗게 한 후 앉았다, 일어 섰다를 3차례에 걸쳐 반복적으로 실시한 알몸수색 사건이 보도되어 사회문제화 되기 시작하였는데,[463] 2000.10.6.경 서울지방검찰청에서 병원파업을 주도하다 업무방해죄로 구속된 전국보건의료산업노동조합 차모 위원장이 서울지방검찰청 호송경찰관출장소에서 경찰관에 의해 여러 수감자들이 지켜보는 가운데 이른바 알몸수색을 받는 사건이 발생하였고,[464] 2000.10.14. 정부종합청사를 항의 방문한 전국교직원노동조합 소속 여교사들이 서울중부경찰서에 연행되어 커튼도 없는 방안에서 알몸수색을 받는 사건이 발생하였다.[465] 이에 대하여 보건의료노조, 전교조 등 관련단체는 물론 인

---

461) 피의자유치 및 호송규칙 제72조 제1항은 「피의자 또는 피고인을 대용유치실으로서의 유치실(이하 대용유치실이라 한다)에 수용할 때에는 따로 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 이 규정을 준용한다.」라고 규정하고 있다.

462) 조국, “경찰서 유치장에 수용된 형사피의자에 대한 신체검사”, 「형사정책」 제11권 제4호(통권 제44호), 2000. 겨울호, 257면.

463) 오마이뉴스, “알몸수색, 인권유린 파장”, 2000.5.16.자 보도.

464) 오마이뉴스, “검찰 구치감에서도 알몸수색”, 2000.10.24.자 보도.

권단체와 언론으로부터 강한 비판이 계속되자 그 후 경찰청은 알몸수색의 법적근거가 된 「피의자유치 및 호송규칙」을 개정하여 그 요건을 강화하였다.[466] 그럼에도 불구하고 2007.7.26. 서울 뉴코아백화점 잠원동 매장에서 불법 점거농성을 벌이던 이랜드 노조원 이모(38)씨를 연행하여 서울종암경찰서 유치장에 입감시키는 과정에서 경찰관이 옷을 모두 벗으라고 한 뒤 알몸수색을 했다는 내용의 언론보도가 있었다.[467]

이러한 일련의 사건은 그동안 경찰서유치장 및 교도소에 수용된 형사피의자, 즉 유치인에 대한 신체검사 특히 알몸수색의 정당성과 그 요건에 대한 연구의 필요성을 갖게 하였을 뿐만 아니라 유치장 피의자의 신체검사에 대한 전 국민의 인권의식의 전환을 가져온 계기가 되었다.[468]

(3) 問題點

2002.7.18. 헌법재판소 전원재판부(주심 송인준 재판관)는 민주노총 여성조합원 3명이 "경찰관에 의한 알몸 신체검사행위는 헌법상 신체의 자유를 침해한다."라며 제기한 헌법소원 사건에서 재판관 전원일치 의견으로 위헌결정을 내린 바 있는데[469] 그 당시만 해도 구치소에 수용되는 피의자는 물론이고 경찰서 유치장에 유치되는 피의자의 대부분에 대해서 무차별적으로 옷을 벗기고 신체 전체를 눈으로 검사하는 이른바 "알몸수색"이 시행되고 있었다.[470] 그러나 형사소송법 제109조는 "법원은 필요한 때에는 피고인의 신체·물건 또는 주거 기타 장소를 수색할 수 있다."라고 규정하여 재판진행을 위한 피고인의 신체수색을 규정하고 있으며, 같은 법 제140조는 "검증

465) 오마이뉴스, "수치심 유발하는 알몸수색 불법", 2000.10.17.자 보도.

466) 2000.10.26. 「피의자유치 및 호송규칙」 제8조를 개정하여 "①구속영장발부자, ②살인 강도 강간 방화 마약류 범죄, 조직폭력 등 죄질이 중한 사범, ③반입금지물품 휴대의심자, ④기타 자해우려가 있다고 판단되는 자"에 대해서는 정밀신체검사를 시행하고 그 이외의 피의자는 간이신체검사로 그치겠다는 내용으로 개정하였다.

467) 오마이뉴스, "이랜드 노동자연행과정에 인권은 없었다", 2007.8.21.자 ; 국민일보 쿠키뉴스, 경찰 이랜드 노조 인권유린 논란 … "알몸수색, 성폭력 자행 주장", 2007.8.19.자 보도. SBS 9시뉴스, "이랜드노조원 알몸수색 ? … 경찰은 부인".

468) 조국, 앞의 논문. 255면.

469) 헌법재판소, 2002.7.18.선고 2000헌마 327, 신체과잉수색행위위헌확인 참조.

470) 국가인권위원회. 2002.10.14.자 알몸 신체검사로 인한 인격권 및 신체의 자유 침해 ; 헌법재판소, 2006.6.29.선고 2004헌마 826, 정밀신체검사 위헌확인 등 참조.

을 함에는 신체의 검사·사체의 해부·분묘의 발굴·물건의 파괴 기타 필요한 처분을 할 수 있다."라고 규정하여 검증을 위한 신체검사를 규정하고 있다. 그리고 제219조는 "제109조 내지 … 제140조, … 의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 … 압수·수색 또는 검증에 준용한다."라고 규정하고 있으나 경찰서 유치장에 입감되는 피의자 등 수감자에 대한 신체검사에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

요컨대 현행 법률상으로는 체포되어 경찰서 유치장에 수용된 피의자에 대한 신체검사를 근거지우는 조항은 전혀 없으며, "미결수용자"에 대한 신체검사의 경우는 추상적이나마 법률적 근거는 있으나 신체검사의 필요성 판단과 시행방법에 대해서는 구체적 기준을 마련하지 못하고 있다.

이러한 상황에서 경찰서 유치장에 입감되는 피의자에 대한 신체검사는 경찰청 훈령 인 「피의자유치 및 호송규칙」 제8조에 따라 시행되어 왔는데, 동 규칙 제8조는 "유치인의 생명 및 신체에 대한 위해를 방지하고 유치장내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 유치인의 신체·의복·소지품을 검사"할 수 있도록 규정하고 있었다.

이에 따라 오랫동안 전국에 걸쳐 유치장에 유치되는 대부분의 피의자에게 알몸수색이 시행되어 왔지만 알몸수색에 대한 비판여론이 심해지자 경찰청은 2000.10.26. 동 규칙 제8조를 개정하여 "구속영장발부자, 살인·강도·강간·방화·마약류 범죄, 조직폭력 등 죄질이 중한 사범, 반입금지물품 휴대의심자, 기타 자해우려가 있다고 판단되는 자"에 대해서는 정밀신체검사(알몸수색)를 시행하되 이에 해당되지 않는 피의자의 경우는 간이신체검사로 그치겠다고 개정하였으나 구속영장 발부자에 대하여 여전히 정밀신체검사를 실시하였는데 정밀신체검사는 필연적으로 시민의 프라이버시와 인격권을 극도로 침해하게 된다. 2002.10.14. 국가인권위원회는 경찰청 훈령인 '피의자유치 및 호송규칙'의 정밀신체검사 대상자를 '구속영장 발부자 및 죄질이 중한 자'로 규정하고 있어 그 대상범위가 너무 광범위하고 검사자의 자의적인 판단이 개입할 우려가 있다는 이유로 정밀신체검사제도의 개선책을 마련하도록 권고하였다.[471] 이에 따라 경찰청은 2003.1.25. 「피의자유치 및 호송규칙」을

471) 국가인권위원회, 2002.10.14.자 2002진인664 결정.

개정하여 外表檢査와 簡易檢査를 실시한 후 '危險物을 隱匿하고 있다고 판단되는 경우'에 한하여 정밀신체검사를 실시하도록 규정하였다.[472]

美國 判例의 표현을 보면 알몸수색은 "품위를 떨어뜨리고 인간성을 빼앗으며 존엄성을 박탈하고 모욕을 주며 공포감을 일으키고 불유쾌하며 당혹감을 주고 혐오감을 일으키며 저열감과 굴복감을 주는 조치"라고 한다.[473] 이러한 인권침해적인 조치가 경찰청 훈령에 따라 시행될 수 있는지는 극히 의문이 아닐 수 없다. 특히 신체의 자유에 대한 헌법 제12조 제1항의 기본권제한은 원칙적으로 법률로써 제한할 수 있으며 이 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없도록 한 헌법 제37조 제2항의 정신을 고려한다면 더 말할 나위도 없을 것이다. 그리고 정밀신체검사와 간이신체검사의 구별 역시 분명하지 않기 때문에 여전히 신체검사를 행하는 경찰관의 자의가 개입될 가능성이 높다고 하겠다.[474]

라. 被疑者에 대한 身體檢査의 許容要件 및 改善方案

(1) 判例의 態度

2000.11.10. 서울지방법원 민사합의17부는 '4·13 총선'을 앞둔 3월 경기 성남남부경찰서에서 민주노총 소식지를 운반하던 여성노동자들이 선거법위반 혐의로 성남남부경찰서에 연행되어 알몸수색을 당한 후 국가를 상대로 제기한 위자료청구 소송에서 원고 일부 승소판결을 내림으로써 알몸수색의 위법성을 확인하였는데, 법원은 판결문에서 "본인들의 의사에 반하여 속옷을 포함한 상·하의를 겨드랑이와 무릎까지 탈의한 상태에서 3회 정도 앉았다 일어서기를 반복하게 하는 이례적인 방법으로 신체검사를 실시한 것은 유치장

472) 피의자유치 및 호송규칙 제8조는 유치인보호관은 신체검사 전에 신체검사의 목적과 절차를 설명하고 스스로 위험물 등을 제출하도록 한 후 사건의 내용에 따라 외표검사, 간이검사, 정밀검사 등 3가지 방법으로 진행하되, 간이검사는 탈의막 안에서 속옷은 벗지 않고 身體檢査衣를 착용하도록 한 상태에서 위험물 등의 은닉 여부를 검사하고, 정밀검사는 외표검사와 간이검사를 통하여 위험물을 은닉하고 있을 상당한 개연성이 있다고 판단되는 경우에 살인·강도·절도·강간·방화·마약류 및 조직폭력 등 죄질이 중하거나 근무자 및 다른 유치인에 대한 위해 또는 자해할 우려가 있다고 판단되는 유치인에 대하여 탈의막 안에서 속옷을 벗고 신체검사의를 입도록 한 후 정밀하게 위험물 등의 은닉여부를 검사하여야 한다고 규정하고 있다.

473) Tinetti v. Wittke, 479 F. Supp, 486, 491(E.D. Wis. 1979).

474) 조국, 앞의 논문, 260면.

내의 질서유지, 유치인의 자해·도주방지, 유치인의 생명·신체 등 안전보호라는 입감 전 신체검사의 목적달성에 필요한 한도를 현저히 넘은 것으로서 위법한 조치라고 할 것이고, 설령 이러한 조치가 경찰청 내부지침인 피의자유치 및 호송규칙에 따른 것이었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다."라고 판시하였다. 이 판결은 「피의자유치 및 호송규칙」에 알몸수색에 대한 근거가 있다고 하더라도 알몸수색은 그 必要性을 현저히 초과하면 위법이고 또한 알몸수색의 방법 역시 "比例性의 原則"을 지켜야 한다는 것을 선언한 중요한 판결이다.[475]

또한 2002.7.18. 헌법재판소 전원 재판부(주심 송인준 재판관)는 민주노총 여성조합원 3명이 "경찰관에 의한 알몸 신체검사행위는 헌법상 신체의 자유를 침해한다."며 제기한 헌법소원 사건에서 재판관 전원일치 의견으로 위헌결정을 내린 바 있는데, 그 결정문에서 "유치장에 수용하는 과정에서 경찰관에게 등을 보인 채 상의를 속옷과 함께 겨드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 신체수색은 헌법 제10조 및 제12조에 의해 보장되는 청구인들의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다."라면서 "헌법 제10조는 인격권을 보장하고 있고 제12조는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 신체의 자유를 보장하고 있다. 따라서 구 행형법 제69조 등에 근거해 경찰서 유치장 내의 수용자에 대한 정밀 신체검사의 실시에 따라 국민의 기본권에 대한 제한이 불가피하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나 目的의 正當性, 방법의 적정성, 被害의 最小性 및 法益의 均衡性 등을 의미하는 過剩禁止의 原則에 위배돼서는 아니 된다."라고 판시하여[476] 신체검사의 허용요건을 제시하고 있다.

그리고 2002.10.14. 국가인권위원회는 전원위원회를 열고 "경찰서 유치장에서 가운을 입지 않은 상태에서 바지와 팬티를 내리게 하는 방법 등의 알몸 신체검사가 진정인들에게 수인하기 어려운 정도의 모욕감과 수치심을 안겨준 경찰관들의 직무권한 행사는 목적의 正當性, 방법의 적정성, 피해의 最小性,

475) 서울지방법원, 2000.11.10. 선고 2000가합35295 판결.

476) 헌법재판소, 2002.7.18.선고 2000헌마327 결정.

법익의 均衡性 등 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이며 유치인의 헌법상 보장된 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것이라고 결정한 바 있다.[477]

최근 2006.6.29. 헌법재판소 전원재판부(주심 전효숙 재판관)는 재판관 전원의 일치된 의견으로 마약류사범인 청구인이 구치소에 입소하면서 교도관 앞에 돌아서서 하의 속옷을 내리고 상체를 숙인 다음 양손으로 둔부를 벌려 항문을 보이는 방법으로 실시된 정밀신체검사에 대하여, 수용시설 내의 안전과 질서유지를 위하여 수용자 등에 대한 신체검사가 불가피한데 마약류사범인 청구인의 경우 신체의 은밀한 부위에 반입금지 물품(마약)을 은닉하였다고 의심할 만한 "合理的인 理由"가 있었고, 실시된 정밀신체검사의 수단과 방법 또한 사전설명, 외부와 차단된 공간, 같은 성별의 교도관, 짧은 시간 등 청구인의 명예나 수치심 등을 충분히 배려하면서 그 침해의 여지를 최소화하는 수단과 방법으로 실시되었다는 이유로 헌법상 보장된 인격권과 신체의 자유에 대한 過剩禁止原則에 위배된 과도한 제한이라고 보기 어렵다고 판시하였다.[478]

(2) 許容要件

이와 같은 판례의 동향을 중심으로 허용요건을 살펴보면 알몸수색은 유치장에 수감되는 피의자의 자해 또는 증거은닉, 유치인 사이의 살상 등을 방지하기 위하여 필요한 것이지만 피의자의 수치심을 극대화하고 프라이버시를 본질적으로 침해하기 때문에 이는 엄격한 요건 아래에서만 시행되어야 한다는 점을 분명히 인식하여야 할 것이다. 미국의 경우 알몸수색을 당한 피의자가 겪는 증상으로 "충격, 공포, 의기소침, 수치감, 분노, 모욕감 그리고 악몽" 등이 지적되고 있으며, 이는 강간피해자의 증상과 유사한 것으로 보고되고 있다. 이러한 맥락에서 알몸수색은 "관찰에 의한 강간"(visual rape)이라는 이론까지 제기되고 있다.[479]

이렇게 볼 때 인권침해의 개연성이 매우 높고 인권침해의 정도 역시 매우 강한 알몸수색이 단지 경찰청 훈령에 의해 근거 지워지고 있다는 것 자체가

477) 국가인권위원회, 2002.10.14.자 2002진인664 결정.

478) 헌법재판소, 2006.6.29.선고 2004헌마826 결정.

479) 조국, 앞의 논문, 268면.

문제이므로 조속한 시일 내에 법률에 의하여 유치장에 입감된 피의자에 대한 알몸수색의 허용요건 및 절차가 마련되어야 할 것이다. 이하에서는 피의자에 대한 알몸수색 즉, 정밀신체검사의 허용요건에 대하여 간단히 살펴보고자 한다.

(가) 必要性

구속영장에 의하여 수용되었건 현행범체포 등 적법한 체포의 방식으로 수용되었건 '정밀신체검사'는 유치장에 수감되는 자가 마약 등 금제품이나 흉기를 소지하였다는 "상당한 이유", 적어도 "합리적 의심"이 있을 때에만 허용되어야 한다.[480]

또한 '정밀신체검사'가 필요한지 '간이신체검사'가 필요한지는 유치된 피의자의 죄명과 전과, 체포시의 상황 등을 객관적이고 합리적으로 판단하여 이루어져야 하는 것이다. 그렇지 못하다면 신체검사를 담당하는 경찰관의 자의와 편견이 개입되어 불필요한 알몸수색이 발생할 가능성이 있기 때문이다. 또한 서울지방법원 민사합의17부 판결에서도 시사한 것처럼 유치장에 유치되기 직전에 받는 신체검사와 접견 등을 한 후 다시 유치장에 입감되거나 호송출장소에 가서 받는 신체검사의 경우는 그 정도가 달라야 할 것이다.

이와 같은 지적에 따라 개정된 「피의자유치 및 호송규칙」 제8조는 사건의 내용에 따라 먼저 죄질이 경미하고 동작과 언행에 특이사항이 없으며 위험물 등을 은닉하고 있지 않다고 판단되는 유치인에 대하여는 '외표검사'를 실시하고, 그 이외 일반적인 유치인에 대하여는 '간이검사'를 실시하며, 정밀검사의 경우에는 살인·강도·절도·강간·방화·마약류 및 조직폭력 등 죄질이 중하거나 근무자 및 다른 유치인에 대한 위해 또는 자해할 우려가 있다고 판단되는 유치인에 대하여 실시하도록 규정하면서 다만 외표검사와 간이검사를 통하여 위험물 등을 은닉하고 있을 상당한 개연성이 있다고 판단되는 유치인에 한하여 정밀신체검사를 허용하도록 규정하고 있다.

(나) 最後手段性

'정밀신체검사'에 대한 필요성이 인정되더라도 수사기관은 바로 이를 시

480) 김동현, "수용자에 대한 신체검사의 허용범위와 개선방안연구", 「교정」 제46권 제2호(통권 제310호), 2002.2, 22면 ; 조국, 앞의 논문, 269면.

행하는 것이 아니라 그 이전에 먼저 손으로 의복의 외면을 두드리는 '外表檢査'를 실시하거나 X-RAY투시기, 금속탐지기를 사용하여 흉기 또는 금제품을 찾아내도록 노력한 후 '최후수단'으로 시행되어야 한다.[481]

(다) 最少侵害의 原則

알몸수색은 이상의 필요성과 최후수단성이 인정되는 경우에도 '정밀신체검사'는 인격권 침해를 최소화하는 수단과 방법으로 시행되어야 한다. 유치장 내에는 외부의 시선과 차단되는 신체검사실이 별도로 설치되어야 하며, 신체검사시에 유치인의 알몸이 전면적으로 경찰관에게 노출되지 않도록 가운을 입히는 조치가 필요하다. 또한 여성유치인에 대한 신체검사는 반드시 여성수사요원이 실시해야 한다는 점은 말할 필요도 없을 것이다. 그리고 신체검사 담당경찰관은 대상자에게 수치심과 모욕감을 주는 발언과 행동을 삼가야 할 것이다.[482]

(3) 改善方案

(가) 法律의 制定

피의자의 유치장 유치가 경찰행정작용법적 성격이 강한 「경찰관직무집행법」 또는 경찰청 훈령에 불과한 「피의자유치 및 호송규칙」에 의해 근거지워지는 것은 문제가 있다. 따라서 해당지역에 구치소가 존재하지 않는 등 구치소 수용이 수사진행을 불가능하게 하거나 중대한 지장을 주는 경우에 한하여 유치장 유치가 가능하다는 점에 대하여는 구금집행에 관한 기본법인 「행형법」에 명문으로 규정하거나 유치장 관련 단행 법률을 제정하여 구체적 내용을 규정할 필요가 있다고 할 것이다.[483] 다행히 개정된 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」[484] 제87조는 "경찰관서에 설치된 유치장은 교정시설의 미결수용실로 보아 이 법을 준용한다."라고 규정하고 있어 경찰

481) 김동현, 앞의 논문, 21면.

482) 조국, 앞의 논문, 256면.

483) 박재풍, "경찰서 유치장에서의 인권보호에 관한 연구", 동국대 석사논문, 2005.12, 103면 ; 황정익, "유치관련 경찰직무상의 법적 문제점에 관한 고찰", 「한국공안행정학회보」, 제16호, 2003, 309면.

484) 이법은 공포 후 1년 후인 2008.12.22.부터 시행된다.

서 유치장에 유치된 피의자에 대한 신체검사도 경찰청 훈련인 「피의자유치 및 호송규칙」에 따라 실시되지 아니하고 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」에 따라야 할 것으로 생각한다.

(나) 辯護人 接見權 保障

피의자의 유치장 유치 목적은 피의자신문을 위한 것이어야 하지만 유치장에 유치된 피의자는 수사기관의 완벽한 지배·관리 상태에 놓이게 되므로 자백편중의 피의자신문조서가 작성될 개연성이 높고, 접견·끽연·차입 등 편의제공을 조건으로 자백을 강요할 위험마저 존재할 뿐만 아니라 변호인의 접견실 불비로 인하여 변호인접견권이 약화되어 있다. 또한 경찰관의 인력부족으로 상당 지역의 유치장 근무자가 전경·의경인 경우가 많아 전문적인 관리가 이루어지지 못하고 피의자에 대한 가혹행위가 발생할 가능성이 존재하고 있다는 것이다.[485]

(다) 人權保護 責任者 指定

이상의 문제점을 방지하기 위해서는 형사소송법 제198조의2 제1항에 규정된 검사의 유치장 감찰기능을 강화하고 경찰청에서도 유치장 등에 대한 암행감찰을 지속적으로 시행하여야 하며 보다 근본적으로는 유치장의 안전관리의 책임자를 지정하여 문제 발생시에는 엄중 문책하도록 법률적으로 규정하여야 할 필요가 있다.[486]

8. 逮捕前置主義의 導入

현행법은 任意同行과 保護室留置 등 脫法的 搜査慣行을 근절하고 수사과정에서의 적법절차를 담보하기 위하여 헌법에 규정된 逮捕制度를 導入하였으나(법 제200조의2), 일본 등의 입법례와 달리 체포전치주의를 채택하지 않고 逮捕·拘束 倂列主義를 채택하고 있다.[487]

---

485) 조국, 앞의 논문, 257면 : 김동현, 앞의 논문, 16면.

486) 박재풍, 앞의 논문, 4면.

487) 형사소송법은 체포전치주의를 적극적으로 도입하지 않았지만 구속 이전에 체포의 전치절차를 거치는 것이 바람직하며 이것의 활용을 적극 기대하고 있는 듯하다(전용득, 앞의 책, 198면). 구

또한 현행법은 미체포 피의자에 대해 바로 구속영장을 청구할 수 있도록 하고 있고 이 경우 지방법원판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하게 하고 있다(법 제201조의2 제3항). 그러나 이 조항들은 체포영장제도를 유명무실하게 만드는 원인이 되고 있다.

수사실무에서 검찰수사관은 영장체포제도의 번잡한 절차를 이용하기 보다는 "임의동행이나 긴급체포"를 선호하는 현실을 고려하면 더욱 그러하다. 우리의 수사현실을 고려할 때 체포제도가 도입된 이후에도 임의동행을 가장한 탈법적 수사관행(예컨대 긴급체포의 사유가 없음에도 불구하고 수사관이 강제력을 행사하여 심리적 압박을 가하여 연행하는 경우)이 완전히 근절되었다고 할 수 없으므로 제도적으로 법관의 司法的 統制를 받도록 할 필요가 있다. 따라서 이러한 문제점 들을 해결하기 위하여 逮捕前置主義의 導入을 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다.

또한 영장실질심사제도가 피의자의 인권을 보장하기 위하여 영장주의의 실효성을 확보함으로써 구속을 제한하고 규제하는 제도라는 것을 감안한다면 구속 전 被疑者審問을 위하여 拘引하는 것은 입법론상 問題가 있다고 하겠다.[488] 형사소송법상 구인은 출석의무 있는 피의자의 출석을 강제하기 위한 강제처분이며 여기에서 피의자의 권리를 보호하기 위하여 영장실질심사제도를 도입하면서 이를 위하여 피의자를 구인하게 하는 것은 적절하지 않다고 본다. 즉 아직 체포되지 아니한 피의자를 구속사유 판단을 목적으로 구인하여 심문하는 것에 대하여는 節次上의 문제점과 立法論上의 問題點이 있다.[489]

첫째, 심문목적으로 구인한 피의자에 대하여 당일 구속영장이 발부되지 아니한 경우의 처리에 관한 문제이다. 피의자를 유치명령에 의하여 유치하는

속제도가 종국처분적 성격을 띠게 됨에 따라 피의자를 일단 구속하게 되면 피의자는 명예가 실추되고 심각한 심리적 충격을 입게 되고 쉽사리 구속상태에서 석방되기도 어려운 것이 현실이었다. 이러한 문제점을 해결할 수 있는 한 가지 방법이 체포제도의 도입이라고 할 수 있다고 한다(대검찰청, 「형사소송법 제정·개정 자료집」. 1997.3.5, 698면).

488) 체포되지 아니한 피의자를 구속하는 경우에는 먼저 구속영장을 발부한 후에 판사가 피의자를 심문하여 구속사유가 없으면 피의자를 석방하게 하는 제도가 타당하다고 한다(이재상, 앞의 책, 248면 참조).

489) 전용득, 앞의 책, 199면.

방법, 구인영장의 효력이 계속되는 것으로 보아 심문이 끝날 때까지 구금하는 방법 등이 제시되고 있으나 그 어느 것도 법률상 근거 없는 구속이 되어 헌법상 명시된 영장주의에 위배되며 심문결과 당일 구속영장을 발부하기에 불충분하다면 즉시 석방을 하여야 할 것이다. 이에 대하여 형사소송법은 제201조의2 제2항에서 '체포되지 아니한 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다.'라고 규정하고, 대법원은 형사소송규칙 제96조의11 제2항에서 '구인 피의자를 법원 외의 장소에 유치하는 경우에 판사는 구인을 위한 구속영장에 유치할 장소를 기재하고 서명 날인하여 이를 교부하여야 한다.'라고 규정하여 입법적으로 해결을 시도하고 있다.[490] 그러나 헌법상 令狀主義의 例外는 現行犯人逮捕와 緊急逮捕 뿐인데 이 경우에는 현행범인의 체포나 긴급체포와 무관한 구속이므로 헌법에 위배된 不法拘束이라는 비판을 면할 수 없다.[491]

둘째, 구속은 구인과 구금을 의미하는데 구속영장청구의 당부를 심사하기 위하여 구인한다는 것은 구속여부를 결정하기 위하여 구속한다는 것을 의미하게 된다. 피의자의 인권보장을 위하여 도입된 제도가 오히려 그 반대의 결과를 초래할 위험이 있다는 것이다. 아직 체포되지 아니한 피의자에 대한 구속영장청구의 심사를 위하여 피의자의 구인을 인정하는 것은 適法節次의 原理에 反하며 유례가 없는 立法이라는 비판을 면할 수 없기 때문에[492] 입법론적으로 재검토되어야 할 규정이라고 생각한다.[493]

日本에서 체포전치주의는 ① 신병구속의 중대성 때문에 재판관이 체포와 구류에 이중의 심사를 행하여 부당한 구속이나 구류를 되풀이하는 것을 방지하여 피의자의 인권보장을 도모하는 것, ② 수사의 초기에는 범죄의 혐의, 신

490) 형사소송규칙 제96조의11 [구인 피의자의 유치 등] ① 구인을 위한 구속영장의 집행을 받아 인치된 피의자를 법원에 유치한 경우에 법원사무관 등은 피의자의 도망을 방지하기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다. ② 제1항의 피의자를 법원 외의 장소에 유치하는 경우에 판사는 구인을 위한 구속영장에 유치할 장소를 기재하고 서명·날인하여 이를 교부하여야 한다.

491) 이재상, 앞의 책, 248면.

492) 독일·일본·미국의 경우에는 구속 또는 체포된 피의자에 대하여 법관이 직접신문한 후 영장발부 또는 구속의 계속 여부를 결정하는 것이지 체포되지 아니한 피의자에 대한 영장발부 여부를 결정하기 위하여 구인하는 제도는 찾아볼 수 없다고 한다(전용득, 앞의 책, 200면 각주 4 참조).

493) 신현주, 앞의 책, 265면.

병구속의 필요성 등도 달라질 수 있기 때문에 직접 10일간의 구류를 인정하기보다 우선 최대 72시간의 체포를 허용하고 그 사이에 피의자의 변명을 듣고 이에 따른 수사를 진행하여 여전히 신병구속의 필요가 있는 자에 한하여 구류하기 위한 것, ③ 형사소송법상 체포에는 불복신청 수단이 없기 때문에 구류의 단계에서 체포절차의 적부를 포함한 사법심사를 하기 위한 것, ④ 체포는 구류와 같은 정도의 출두 확보를 위한 구속이고 구류와 연속성·일체성을 가진 부수처분으로서 체포에서 구류청구까지 피의자의 재판관 앞으로의 출두확보 수단으로 보아야 하고 사전의 체포영장 심사와 사후의 구류질문에 의한 심사를 병행하여 피의자의 신병구속의 사법적 억제의 실효성을 도모하기 위한 것이라고 설명하고 있다.[494]

체포전치주의를 인정하는 취지는 피의자에 대한 신병구속의 초기단계에서는 범죄혐의 및 신병구속의 필요성에 대한 판단은 매우 유동적이기 때문에 우선 48시간의 비교적 단기의 구속인 체포에 의한 인신구속을 선행하여 수사를 통하여 여전히 犯罪嫌疑 및 身柄拘束의 必要性이 인정되는 경우에 한하여 법관의 판단을 통하여 다시 장기적인 拘束을 認定하는 愼重한 節次를 취하는 것이 피의자의 인권보장을 위하여 더 적합하며 체포되지 아니한 피의자의 구속전피의자심문을 위한 拘引制度의 폐해를 除去할 수 있기 때문이다.[495] 여기에 대하여는 구속의 요건이 충족되는 경우에 바로 구속하는 것이 체포에 의한 인신구속의 기간이 없게 되어 拘束의 長期化를 防止한다는 점에서 오히려 피의자에게 유리하다는 견해가 있을 수 있으나 형사소송법 제203조의2는 체포기간을 구속기간에 산입하기 때문에 이러한 문제는 야기되지 않을 것이다.

이에 대해 우리나라의 인신구속 실무상 구속영장청구 이전의 수사단계에서 피의자를 체포할지 아니면 미체포 상태로 놓아둘지 여부의 판단은 전적으로 수사기관에 맡겨져 있고 구속영장 청구사건 중 상당 부분은 피의자를 체포하지 않은 채 구속영장을 청구하고 있으며 그 중 일부 피의자에 대한 구속영장이 기각되고 있는데 체포전치주의가 도입되면 수사기관으로서는 구속영장 청구 이전에 피의자를 체포하여야 하는 부담을 갖게 되므로 현재 미체포 상태

494) 廣瀨健二, “逮捕前置主義の意義”, 「刑事訴訟法の 爭點」, 有斐閣, 1991.6, 66면.

495) 平野龍一, 刑事訴訟法, 有斐閣, 1983, 103면.

에서 구속영장이 청구되는 피의자 중 일부는 처음부터 구속영장이 청구되지 않는 효과도 얻을 수 있지만 반면에 현재 수사기관이 체포의 필요를 느끼지 못하여 미체포 상태에서 구속영장을 청구하였다가 법원에서 구속영장이 기각될 수 있는 많은 피의자들이 체포전치주의 도입 이후에는 일단 체포되어 48시간 동안 구금되어 있으면서 영장의 발부 여부를 기다려야 하는 불이익을 받게 되므로 일본의 구속제도와는 별도로 체포제도를 도입하고 있기 때문에 체포전치주의까지 도입할 필요는 없다는 견해가 있다.[496]

그러나 사전절차 없이 바로 피의자를 구속하는 것은 수사의 진행에 따른 사정변경이 있는 경우에도 수사기관에 허용되어진 구속기간 동안 구속의 계속여부에 대한 판단을 법원이 아닌 수사기관에 일임해 버리는 결과가 되어 인신구속은 필요 최소한도로 제한되어야 한다는 원칙과 부합되지 아니하고, 또한 체포제도는 구속의 경우와는 달리 피의자에게 미치는 낙인효과 등의 부담은 약화되는 한편 단기간의 신병확보 이후에 다시 구속여부를 결정하게 되므로 경직화된 구속수사의 관행을 탈피하여 탄력성 있는 강제수사관행을 정착시킬 수 있다는[497] 점을 감안한다면 체포전치주의를 도입하여 법관으로 하여금 구속의 필요성을 다시 심사하게 하는 것이 타당하다.

9. 緊急逮捕의 制限

1995년 우리 형사소송법에 처음으로 도입된 체포영장제도가 본래의 입법취지와는 달리 令狀逮捕 利用率이 극히 低調하여 유명무실화되지 않을까 하는 우려를 낳고 있는 실정이다.

체포영장제도 시행 1년 후인 1997년 구속영장 발부인원은 117,729명이었고 그 중 긴급체포는 47,109명, 체포영장에 의한 통상체포는 8,627명으로 긴급체포 된 경우가 체포영장에 의한 통상체포보다 5.5배 많았고, 1998년 구속영장 발부인원은 128,646명인데 그 중 긴급체포 138,646명, 통상체포 6,393명으로 긴급체포가 통상체포보다 6.6배 많았으며, 1999년 구속영장 발부인원은

496) 이응세, “인신구속제도의 입법론적 개선방향”, 「영장실질심사제도Ⅲ」, 법원행정처, 1997, 195면.

497) 대검찰청, 「형사소송법 제정·개정자료집」, 1997, 699면 참조.

110,937명이었고 그 중에서 긴급체포는 47,185명이고 통상체포는 2,795명으로 긴급체포로 체포된 자가 체포영장에 의하여 체포된 경우보다 16.8배 많았으나 그 후 점차 감소하여 2004년 구속영장 발부인원은 73,113명 이었고 그 중 긴급체포가 28,831명, 통상체포가 11.288명으로 긴급체포의 경우가 통상체포의 경우 보다 2.5배 많았고, 2005년 구속영장 발부인원 50,953명 중 긴급체포 18,714명, 통상체포 8,873명으로 긴급체포가 통상체포 보다 2.1배 많았고, 2006년 구속영장 발부인원 39,648명 중 긴급체포 13,062명, 통상체포 7,470명으로 긴급체포의 경우가 통상체포의 경우 보다 1.75배 많았다.[498] 이상에서 살펴본 바와 같이 체포영장 제도 시행 직후 3년간은 긴급체포에 의한 경우가 체포영장에 의한 통상체포 보다 5-10배 정도 많았으나 최근 3년간 통계를 보면 2배 정도 긴급체포가 많지만 점점 감소하는 것으로 나타나는데 이는 아직도 수사실무에서 번거로운 절차를 거쳐야 하는 체포영장에 의한 통상체포 보다는 수사편의를 위하여 그 절차가 간단한 긴급체포를 더 활용하고 있다고 보여 진다.

체포영장제도는 "구속영장 없는 경찰서 보호실 유치행위는 영장주의에 위배되는 위법한 구금"이라는 대법원 판결 이후[499] 搜査機關의 不法拘禁을 止揚하고 적법한 신병확보 제도를 마련하여 법원에 의한 사법적 통제 아래 搜査의 圓滑化를 도모하기 위하여 도입되었다. 따라서 실무에서 체포 후 수사를 진행시켜 구속사유를 확보한 뒤에 다시 구속영장을 발부받아 구금하게 하는 수단으로 이용되어질 것으로 예상하였다. 그러나 48시간이라는 단기간의 체포를 위하여 검찰수사관 등 수사기관에서 "임의동행이나 긴급체포"에 의하지 아니하고 검사에게 신청하여 검사의 청구로 법관으로부터 체포영장을 발부받는 번잡한 절차를 이용하려 하지 않고 있기 때문이다.

498) 대검찰청, "범죄자의 구속·불구속 상황", 「범죄분석」, 1998년 - 2007년 참조.

499) 대법원 1994.3.11. 선고 1993도958 판결 : 「경찰서에 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, 경찰관직무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금으로서 적법한 공무수행이라고 볼 수 없다.」

더구나 검사가 한 긴급체포는 아무런 사후 승인절차가 없고 사법경찰관리의 경우에만 사후에 즉시 검사의 승인을 받게 되어 있어 구속영장을 청구할 수 있는 48시간 동안은 법원의 어떠한 절차나 검증도 거치지 않는 상태에서 피의자를 구금할 수 있도록 되어 있다.[500] 따라서 운용현실에 있어서는 긴급체포의 남용과 임의동행의 탈법적 인신구속은 체포제도의 도입에도 불구하고 근절되지 않을 것으로 보여 지므로 긴급체포 후 법관에게 사후체포영장을 발부받도록 하는 입법론적 정비가 필요하다는 지적에[501] 따라 현행 형사소송법은 피의자를 긴급체포를 한 경우 지체 없이 구속영장을 청구하도록 하되 영장청구시한은 48시간을 초과할 수 없도록 하는 한편 검사가 구속영장을 청구하지 아니하고 긴급체포한 피의자를 석방한 경우에는 석방한 날로부터 30일 이내에 법원에 긴급체포서 사본을 첨부하여 사후통지하도록 하는 事後通知制度를 신설하였으나(법 제200조의4) 실질적으로 법원에서 수사기관의 수사를 통제할 방법이 없어 이와 같은 사후통지제도의 실익은 별로 없을 것 같다.

현행법에 의하면 검찰수사관 등 수사기관이 피의자를 긴급체포하는 경우에는 긴급체포서를 작성하여야 하는데 여기에서 긴급체포나 현행범체포의 요건을 갖추지 아니한 경우 즉, 체포의 위법성이 구속영장 사건의 처리에 어떠한 영향을 미치는지에 대하여 현행법에는 아무런 규정이 없고 다만 대법원 송무예규 제501호 “인신구속사무의 처리요령”에서는 체포가 위법한 경우를 구속영장 청구기각 사유로 예시하고 있을 뿐이다.

일본의 경우 구류의 이유가 인정되지 않는 경우 및 제한시간을 초과하여 청구하고 그 지연이 부득이한 사유에 근거한 정당한 것으로 인정되지 않는 경우에는 구류장을 발부하지 아니하고 즉시 석방하여야 한다고 규정하고 있다(일본 형사소송법 제207조 제2항).

일본과 달리 체포가 위법한 경우의 구제방안으로 현행법상 체포적부심사제도가 마련되어 있는 점을 생각하면 위법하게 체포된 피의자가 체포적부심사를 청구하지 아니한 상태에서 구속영장이 청구된 경우 법에 정해진 구속사유가 존재하는데도 체포의 위법을 이유로 구속영장청구를 기각하는 것이 불가

500) 배종대/이상돈, 앞의 책, 253면.

501) 신동운, 앞의 책, 215면 ; 이재상, 앞의 책, 234면 ; 신양균, 앞의 책, 152면.

능하다고 생각할 수 있다. 그러나 체포제도를 도입하면서 헌법규정(제12조 제6항)에 맞추어 같이 도입된 逮捕適否審査制度는 피의자가 적극적으로 청구하지 않고 있으며 현실적으로 체포되어 있는 시간이 단기간인 점 때문에 거의 이용되지 않고 앞으로도 利用率이 低調할 것으로 생각된다. 이와 같이 체포적부심사제도가 실효성이 없는 점을 감안할 때 피의자의 인권과 적법절차의 보장을 최종적으로 책임져야 할 법원으로서는 적극적으로 拘束令狀實質審査시 逮捕의 適法性을 審査하여야 하는 것이 당연하며[502] 입법론적으로 논란의 여지를 없애기 위하여 입법적으로 명확히 규정하여야 할 것이다.

생각건대 현행범체포 또는 긴급체포가 적법하지 않는다면 구속영장을 발부할 만한 사안에 관계없이 수사절차에 있어서의 적법절차 및 피의자의 인권보장을 위하여 拘束令狀을 棄却하여야 한다고 해석해야 할 것이며 특히 피의자의 주거가 일정하고 체포영장을 받을 시간적인 여유가 충분히 있다고 판단됨에도 긴급체포하고 그 후 구속영장을 청구한 경우에는 긴급체포의 남용을 방지하기 위하여 "긴급을 요하는 경우"에 해당되지 아니하므로 구속영장을 기각하여야 할 것이다.[503] 따라서 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 경우에는 구속사유에 관계없이 구속영장을 기각하여 긴급체포의 남용에 대한 통제를 강화하는 방안이 필요하다.

Ⅲ. 被疑者 逮捕·拘束 後 問題點 및 改善方案

1. 常時 夜間 令狀實質審査

현행 형사소송규칙 제96조의12 제2항은 "체포된 피의자 외의 피의자에 대한 審問期日은 관계인에 대한 심문기일의 통지 및 그 출석에 소요되는 시간 등을 고려하여 피의자가 법원에 引致된 때로부터 가능한 한 빠른 日時로 指定하여야 한다."라고 규정하고 있다. 그리고 대법원 송무예규 제501호는 이

502) 배종대/이상돈, 앞의 책, 253면.

503) 박형남, "신설된 인신구속제도의 운용방안", 「새로운 인신구속제도 연구」, 법원행정처, 1996 ; 신양균, 앞의 책, 152면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 253면.

를 구체화하여 피의자심문 결정을 할 경우에는 심문의 준비와 호송 등에 지장이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 당일 오전에 접수된 사건은 14:00에, 그날 14:00까지 접수된 사건은 당일 16:00에, 14:00이후에 접수된 사건은 다음날 10:00에 심문기일을 지정하도록 규정하고 있다.

그러나 피의자에 대한 구속여부를 결정하기 위하여 피의자심문이 필요하다고 판단될 때에는 일과시간 전후를 막론하고 언제라도 피의자가 인치되는 즉시 심문이 진행되고 영장발부 여부가 결정되어야 할 것이다. 그런데 주간에만 피의자심문을 함으로써 피의자의 대기시간이 늘어나고 수사기관의 수사에도 지장을 초래하고 있으므로 법원이 24시간 피의자심문을 해야 한다고 주장하고 있다. 이러한 주장에 대하여 법원은 영장심사가 지체되는 주된 이유는 검찰에서 영장의 대부분을 야간에 청구하기 때문이라고 반박하면서 급박한 경우에는 야간에 심문을 할 수도 있겠지만 야간 영장청구를 원칙으로 하는 검찰의 관행이 개선되지 않고서는 24시간 심문체제를 갖추기 어렵다는 것이다.[504]

이에 대하여 형사소송법은 제201조 제3항에서 '제1항(구속영장)의 청구를 받은 지방법원판사는 迅速히 拘束令狀의 發付여부를 決定하여야 한다.'라고 규정하고 있음에도 법원의 편의에 따라 하루 3회만 심문을 실시하여 피의자를 20시간씩이나 근거 없이 경찰서 유치장에 구금하도록 요구하는 것은 피의자의 인권에 대한 위법한 침해일 뿐만 아니라 수사기관으로 하여금 위법행위를 하도록 강요하는 것이나 마찬가지라고 주장한다.[505]

생각건대 이러한 문제는 어디까지나 피의자의 인권보장이라는 대전제아래 법원과 검찰의 이해득실을 떠나서 무엇보다도 피의자가 불필요하게 장시간 유치장에서 대기하는 일이 없도록 하는 법원의 전향적인 자세가 필요하다고 본다. 檢察에서는 경찰이 신청한 구속영장을 즉시 검토하여 주간에 수시로 영장을 청구하여야 하고, 法院은 14:00 이후에 접수된 사건을 일률적으로 다음날 10:00에 심문하지 말고 접수된 당일에 가급적 처리하고 특히 급박한 경

504) 송두환, "구속영장실질심사제도의 올바른 정착을 위하여", 「구속영장청구와 피의자심문」, 한국형사정책연구원(제21회 형사정책세미나자료), 1997, 109면 참조.

505) 정동기, "구속영장실질심사제도의 문제점", 「형사정책연구소식」, 한국형사정책연구원, 1997, 3.4월호, 5면 참조.

우에는 당일의 야간 10:00 이전에 피의자심문을 할 수 있는 常時 拘束令狀實質審査 체제를 유지해 나가야 할 것이다.[506]

2. 判事의 被疑者審問調書 作成

개정전 형사소송법에서는 판사가 구속영장을 발부함에 있어서 피의자심문을 하는 경우에 심문한 내용을 기록하지 않고 있어 이러한 때에는 반드시 법원사무관 또는 법원주사를 입회시키고 심문한 내용을 조서로 작성하게 해야 함이 타당하다는 지적이 있었다. 피의자가 수사기록상의 피의자신문조서 내용과 다르게 진술하여 그 진술이 영장심사에 반영되었다면 그 진술은 당연히 기록상 확인될 수 있어야 하고 또한 기록으로 남겨두어야 被疑者審問 내용의 眞實性을 擔保할 수 있고 영장발부 이후에 이어질 수 있는 구속적부심사에서의 판단에 도움을 줄 것이기 때문이다. 또한 피의자심문시 필요한 경우 법관은 심문장소에 출석한 피해자 또는 제3자를 심문할 수 있는데 그 심문내용이 기록되지 않아 나중에 확인할 수 없게 될 뿐만 아니라 참고인 진술의 진실성을 담보할 수 있는 대책도 없었다. 그리고 피의자심문시 參與의 立會가 있어야 피의자로부터의 협박이나 회유를 방지할 수 있고 陳述記載의 正確性을 담보할 수 있으며 또 피의자가 그 자리에서 중대한 범죄정보를 제공하거나 자백을 한 경우에는 그 사실을 수사나 재판에 반영하여야 하는데 그러기 위해서는 피의자 심문사항의 조서화가 필수적이었다.[507]

프랑스 형사소송법은 잠정구금을 위한 대심절차는 반드시 조서에 기재하도록 하고 있고 판례는 조서로서 그 대심절차를 거친 사실이 입증되지 아니하면 그 구금결정은 무효라고 선고하고 있다(파기원 1990.9.19). 그러므로 판사가 구속영장발부를 위한 피의자심문의 경우에는 참여를 입회시키고 심문내용을 조서로 작성토록 하는 규정을 두는 방향으로 입법론적 정비가 필요하다고 주장하였다.[508]

---

506) 전용득, 앞의 책, 208면.

507) 김문호, “수사기관의 인신구속과 인권보장에 관한 연구”, 조선대 박사논문, 2005.8, 177면.

508) 전용득, 앞의 책, 210면.

이와 같은 지적에 따라 현행 형사소송법은 판사가 피의자를 심문하는 경우에 법원사무관 등은 심문의 요지를 조서로 작성하여야 한다고 규정하여 이를 시정하고 있다(법 제201조의2 제6항, 제214조의2 제14항). 그리고 구속전피의자심문조서와 체포·구속적부심사조서는 형사소송법 제311조의 법원 또는 법관의 조서에는 해당되지 않지만 제315조 제3호의 기타 특히 신빙할 만한 정황에 의하여 작성된 서류로서 증거능력을 인정할 수 있다.[509]

이와 관련하여 판사의 피의자심문조서는 당사자의 주장 및 심문내용을 빠짐없이 자세히 기록하는 자세가 중요하다고 본다. 김명호 교수의 석궁테러사건의 공판조서와 같이 신문내용의 요지만 간략하게 작성하고 당사자 등의 진술내용을 자세히 정확하게 기재하지 않는다면[510] 판사의 피의자심문조서 작성을 법적으로 규정하고 있는 의미는 없어지게 되기 때문이다. 또한 피해자를 포함한 피의자 인권보장은 최후 보루라고 할 수 있는 법원의 판결에 따라 담보될 수 있으므로 법과 양심에 따라 성실하게 재판에 임해야 하며 이를 저버리는 행위는 법을 이용한 살인행위라고 할 수 있으므로 당사자의 일방에 치우친 편파수사 내지는 재판이 이루어지지 않도록 각성해야 하고 한점의 의혹이 없는 공명정대한 마음가짐이 중요하다고 본다. 이에 대하여는 앞으로 형사소송규칙에서 진술내용을 정확히 기재하도록 규정하는 등으로 법원의 성실한 태도변화가 요청된다고 하겠다.

3. 拘束令狀實質審問期間의 拘束期間 不算入

형사소송법 제201조의2 제7항은 “피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영

509) 이재상, 앞의 책, 249면; 신동운, 앞의 책, 235면; 대법원 2004.1.16.선고 2003도5693 판결.

510) 석궁테러 김명호사건의 박훈변호사는 2008.3.11. 사법피해자 인터뷰에서 ‘서울동부지방법원 항소부(재판장 신태길)의 제4회 공판조서에 물리학회의 감정촉탁신청 서류가 첨부되어 있지 않았으며 증거관계서류도 별지에 첨부된 것처럼 기재되어 있는데 공판조서에는 별지가 첨부되어 있지 않았고 녹취 및 속기신청을 하였으나 공판내용을 녹취 내지 속기하지 않았다는 등으로 재판부기피신청을 했지만 기각되었다’고 주장하고 있다(야후블로그 미디어몹의 김명호교수 재판자료, 제발 인터넷에 올리지 마세요, 다음블로그 국가공권력에 의한 피해자 사법인터뷰 (147), 박훈변호사는 왜 허위공문서라 했는가, 2008.3.15.자 오마이뉴스, 사법테러가 된 석궁테러 재판-박훈변호사 기고문 등) ; 여기서 누구나 재판의 결과에 대하여 법률상 보장된 불복수단을 사용하지 아니하고 물리적 행동을 취한 점에 대하여는 결코 찬동할 수 없으나 한편 왜 이와 같은 극단적인 행동을 하게 되었는지에 대하여 자성해 보아야 할 것이다.

장청구서·수사관계서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 제202조 및 제203조의 적용에 있어서 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다."라고 규정하고 있다. 이와 같이 규정된 이유는 피의자심문을 위하여 2일정도의 기간이 소요되며 체포·구속적부심사에 있어서도 심문기간을 구속기간에 산입하지 않는다는 점[511]과 수사기간 확보의 필요성 등을 들고 있으나 이것은 수사편의를 위하여 구속기간을 장기화하겠다는 사고방식에서 나온 결과라고 생각된다.[512] 수사단계에서의 구속기간의 적정여부와 관련하여 사법경찰관의 피의자 구속기간이 10일이나 되는 외국의 입법례는 존재하지 않으며 그 기간의 단축 필요성이 제기되고 있는 점을 고려할 때 더더욱 그러하다. 나아가 이와 같은 규정은 피의자의 구속영장 실질심사 신청권을 위축시키고 나아가 수사기관이 피의자의 신청권 포기를 유도하는 수단으로 악용될 우려마저 있으므로 피의자심문기간의 구속기간 불산입 규정은 타당하지 않다.[513] 따라서 피의자의 심문기간을 구속기간에 산입하도록 동 규정의 입법론적 재정비가 필요하다고 할 것이다.

4. 被疑者審問을 위한 留置場 留置 및 護送

未逮捕 被疑者에 대하여 拘引을 위한 拘束令狀이 발부되어 검찰수사관 등이 피의자를 法院에 引致한 후 피의자심문시까지 또는 피의자심문 후 영장발부 여부결정시까지 필요하면 피의자를 警察署 留置場에 留置할 수 있는가에 관하여 일본에서는 가능하다는 명문 규정이 있으나,[514] 개정전 형사소송법에는 명시적 규정이 없어 논란이 되었다. 다만, 대법원 송무예규 제514호 "미체포 피의자 구인절차에 관한 예규"에서 이를 가능하도록 규정하고 있을 뿐이었다.[515]

---

511) 형사소송법 제214조의2 제12항은 「법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정한 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 제200조의2 제5항의 적용에 있어서는 그 제한기간에, 제202조·제203조 및 제205조의 적용에 있어서는 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다.」고 규정하고 있다.

512) 신동운, 앞의 책, 235면 ; 이재상, 앞의 책, 275면.

513) 이재석, 앞의 논문, 54면.

514) 일본 형사소송법 제75조에는 체포 후 유치장 유치에 관하여도 명문규정을 두고 있다.

이에 대하여 그 당시 현행법에 명문규정이 없다는 이유로 불가능하다는 견해[516]와 체포 후의 유치에 대하여 별도의 구금영장이 필요 없는 것과 마찬가지로 구인 후의 유치에 대하여도 별도의 구금영장이 필요 없으므로 拘引의 效力으로써 피의자를 24시간 유치할 수 있고 기존의 유치장을 이용함으로써 국가적인 효율을 꾀함과 아울러 구속영장 집행의 편의를 도모하기 위하여 경찰서 유치장을 이용하여야 하며 경찰관직무집행법 제9조는 경찰서 및 지방해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 둔다고 규정하여 그 근거를 마련하고 있으므로 현행법상으로도 구인 피의자의 경찰서 유치장 유치가 가능하다는 견해[517]가 대립하고 있었다.

구금영장이 발부되는 경우에 통상 구인영장을 집행한 경찰서에서 구속의 집행을 할 것이므로 그 경찰서 유치장에 유치하는 방안이 바람직하나 1997. 3월 이후 법적근거가 없다는 이유로 유치장 유치가 거부되어 법원에 유치하거나 경찰서 사무실에 대기시키는 등 실무적으로 곤경에 처한 사태가 발생하였다. 이와 같은 영장실질심사제도의 본질을 호도하는 논란을 없애기 위하여 逮捕前置主義를 導入함으로써 미체포 피의자를 바로 심문하는 절차가 없어진다면 이와 같은 혼란은 필요 없게 되겠지만 체포전치주의의 도입전이라도 판사가 필요하다고 인정할 때에는 구치소 또는 경찰서 유치장 등에 유치할 수 있도록 하는 명문의 규정을 신설하는 입법론적 연구가 필요하다는 지적에 따라,[518] 현행 형사소송법은 제71조의2를 신설하여 "법원은 인치받은 피고인을 유치할 필요가 있는 때에는 교도소·구치소 또는 경찰서 유치장에 유치할 수 있다. 이 경우 유치기간은 인치한 때로부터 24시간을 초과할 수 없다."라고 규정하고 이를 피의자심문에 준용하고 있으므로(제201조의2 제10항) 입법적으로 해결하였는데 이는 타당한 입법적 조치라고 생각한다.

그리고 법원에서 체포·구속 전 피의자심문이 이루어지게 되면서 검찰청

---

515) 전용득, 앞의 책, 206면.

516) 최교일, "구속전 피의자심문제도에 관한 고찰", 「법조」, 1997.5, 111면 ; 백형구, "영장실질심사와 피의자유치책임", 「법률신문」, 제2585호, 1997.3.24.자. 참조.

517) 황정근, "구인된 미체포 피의자의 유치장 유치", 「시민과 변호사」, 1997.4, 104면.

518) 전용득, 앞의 책, 207면.

수사담당자가 피의자의 구인과 호송업무에 투입되어 검사 및 검찰수사관이 다른 수사업무를 수행할 수 없게 됨으로 인하여 수사에 공백이 발생하고 법원에서의 단시간의 심문을 위하여 몇 시간 동안 피의자를 구인하고 호송해야 함에 따라 수사기관의 불만이 대두될 뿐만 아니라 그로 인한 국가인력의 효율적 분배에도 문제가 있다.[519]

또한 수사담당자가 피의자를 호송하고 피의자심문에 참여하면 수사전문 인력의 효율적인 활용 면에서 문제가 있을 뿐만 아니라 피의자의 自由로운 陳述權이 制限을 받을 수 있으므로 外國에서와 같이 수사담당자를 호송업무에서 배제하고 각급 검찰청에 설치되어 있는 拘置所(내지 警察官派遣所)에 별도의 護送專擔 교도관이나 警察官을 配置하는 등의 보완대책이 마련되어야 할 것이다.[520] 日本에서는 수사관이 피의자 호송에서 배제되는 것이 관례이고 警視廳 단위로 별도의 호송전담부서가 설치되어 그 소속 호송차량이 피의자를 호송하고 있는 점은 참고할 만하다.[521]

다음으로 피의자심문이 끝난 후에는 신속히 영장발부 여부를 결정해야 한다는 것이다. 법원에서 피의자심문을 하기 전에 구속영장 청구서류를 충분히 검토한 후 피의자심문 후 바로 구속영장 발부여부를 신속하게 결정함으로써 수사기관의 호송업무 부담을 경감시켜주어야 한다.[522]

아울러 피의자의 호송업무 등을 근본적으로 해결하기 위해서는 "영상매체에 의한 피의자심문"의 방법을 생각해 볼 수 있다. 원래 영상매체를 이용하는 방법은 외국에서 증인 등의 신변을 보호하거나 증인이 외국에 체류 중인 경우에 이용되는 증인심문의 방법이었는데 현행 형사소송법은 법정에서 아동 등 일정한 범위의 피해자의 진술을 들을 때에 영상매체를 이용한 비디오중계 방식의 증인신문을 허용하도록 규정하고 있다(제165조의2). 그러나 피의자호송 등으로 인해 야기되는 수사기관에서의 인적·물적 손실을 고려하면 피의자심문제도를 운영함에 있어서도 이러한 방법을 생각해 볼 수 있으므로 정보

519) 이태훈, "미국의 인신구속제도와 운영실태", 「법조」(통권 490호), 1997.7, 24면 참조.

520) 임동헌, "영장실질심사제도의 기본방향 -이론적 기초와 논리", 「영장실질심사제도Ⅱ」, 법원행정처, 1997, 132면 참조.

521) 황정근, 앞의 논문, 43면.

522) 하태훈, "구속영장 실질심사제도의 과제와 전망", 「형사정책」 제9호, 1997, 101면 참조.

화시대에 살고 있는 이 시점에서 굳이 재래식의 방법을 고집할 필요는 없을 것이다. 다만 이러한 방법으로 피의자심문을 하는 경우에 피의자 심문장소를 어디로 정하든지 법원직원이 상주하면서 심문내용이 공개되지 않도록 하고 피의자가 심문시 심리적으로 위축되지 않도록 하는 조치가 있어야 할 것이다.[523] 그리고 이러한 방법이 불가능하다면 체포·구속영장실질심사의 호송업무만을 전담하는 전문인력을 수사기관과 인접한 곳에 배치하면서 피의자심문을 하는 방안 내지는 법원에서 피의자심문대상자가 소재하고 있는 경찰관서 등에 출장을 나가서 그곳에서 피의자심문을 하는 방안 등이 적극적으로 검토되어야 할 것이다. 따라서 수사기관의 호송업무의 경감과 피의자의 인권보장을 위해서는 피의자심문을 위한 호송전담기구를 설치하거나 영상매체를 이용한 과학적인 심문방법의 도입 내지는 출장피의자심문제도 등의 다각적인 검토가 필요하다.

5. 拘束令狀 등에 대한 抗告

拘束令狀 請求가 棄却된 경우 항고·준항고가 가능한지 여부에 관하여는 구속영장의 청구기각 결정에 대하여만 항고를 배제하는 규정이 없다는 점을 들어 긍정적으로 보는 입장[524]과 검사의 재청구가 가능하므로 부정설이 타당하다는 견해가[525] 대립하고 있다. 검사의 영장 재청구를 금지하고 항고를 인정함으로써 영장재판의 핵심인 구속사유에 관한 선례가 축적되면 영장재판의 형평성·예측가능성이 한층 제고될 수 있으므로 항고제도의 도입을 검토할 필요가 있다고 본다. 구속영장에 대한 항고는 영장재판의 성질상 항고 제기기간을 제한하여야 한다는 점에서 즉시항고의 성질을 가져야 하므로 그 요건과 효력을 특별히 규정한 독자적인 항고 방식이 되어야 한다. 영장재판을 둘

523) 전용득, 앞의 책, 210면.

524) 이완규, 앞의 책, 362면 ; 최교일, “구속전 피의자심문제도에 관한 고찰”, 「법조」, 1997.5, 126면.

525) 대법원 1958.3.14.선고 4290형항9 결정 ;「형사소송법의 조문 배열상의 위치나 문리해석상 영장기각 결정에 대하여는 항고 및 재항고가 인정되지 않는다.」 ; 대법원 1986.7.12.선고 1986모25 ; 1997.6.16.선고 1997모1 ; 1997.9.9.선고 1997모84 결정 참조.

러싼 갈등을 대법원이 완충하고 정리를 한다는 의미도 있을 것이다.[526]

따라서 영장재판에 대한 항고제도가 인정되면 항고심에서 당초의 영장 청구기각의 당부를 구체적인 이유를 들어 판단하게 됨으로써 구속사유에 대한 법리적인 접근을 할 수 있게 되고 그러한 판례가 축적되면 영장실무에서도 범죄사실의 경중보다 법이 정한 구속사유 중심으로 영장재판을 하는 본래의 모습이 정착될 수 있다.[527]

그리고 형사소송법 제214조의2 제7항은 체포·拘束適否審査 棄却決定에 대한 抗告를 不許하고 있다. 인신구속의 예외성이라는 헌법정신에 비추어 검사의 항고권은 부인하더라도 被疑者의 抗告權은 認定되어야 한다고 본다. 항고가 없으면 '구속사유에 관한 대법원 판례'의 형성이 원천적으로 봉쇄된다. 따라서 대법원 판례를 통한 구속법리의 축적을 위하여서라도 拘束適否審査 請求棄却 결정에 대한 被疑者의 抗告權은 인정하는 방향으로 입법적 개선이 있어야 할 것이다.[528]

6. 檢事作成 被疑者訊問調書의 證據能力

종래 검찰 수사단계에서의 인권보장적 피의자신문이 이루어지기 위해서는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 관한 형사소송법 규정이 보다 엄격한 방향으로 개정되어야 한다는 주장이 있었다. 검사작성의 피의자신문조서는 成立의 眞正과 진술의 特信狀態가 認定되면 피고인이 법정에서 부인해도 유죄의 증거로 사용될 수 있었다. 犯行을 否認하는 法官面前의 陳述보다도 傳聞陳述을 앞세워 피고인을 有罪로 判斷할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 것은 모순이라고 할 수 있다. 비록 법조일원화가 주장된다고는 하지만 수사기관인 검사 앞에서의 진술을 법관면전의 진술보다 앞세울 수 있도록 한 형사소송법 규정은 피고인의 이익을 볼모로 하여 지나치게 수사 및 재판의 편의를 지향한 것으로서 위헌의 소지가 있다는 것이다.[529] 더구나 검찰수사에 있어서 피

526) 이완규, 앞의 책, 357면 이하 참조.

527) 황정근, "인신구속과 인권보호", 「형사법연구」 제14호, 법원사, 2000.12.12, 58면.

528) 오세인, "영장청구기각결정에 대한 불복방법", 「형사판례연구」(제8권), 박영사, 2000, 336면 ; 류장만, 「형사재판의 제문제」, 박영사, 2003, 353면 이하 ; 황정근, 앞의 논문, 59면.

의자나 참고인에 대한 신문이 주로 참여계장에 의해 이루어지고 있는 현실을 고려한다면 단순히 검사명의로 작성되어 있는 조서라고 하여 특별히 높은 증거능력을 부여하고 있는 것은 잘못이라는 것이다.[530]

이에 대해 헌법재판소는 '형사소송법 제312조 제1항 단서는 피의자의 인권보호와 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로서 그 합리적 이유가 인정된다.'는 이유로 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.[531] 그러나 같은 판결에서 소수의견은 동 조항 단서가 '소추기관인 검사에 의해 법관의 재판이 왜곡될 가능성을 열어 놓고 있고 또한 수사기관인 검사로 하여금 자백확보에 주력하게 함으로써 헌법상의 고문금지, 불리한 진술거부권 등의 명문규정을 형해화할 위험성이 있다.'라는 이유로 위헌임을 주장하고 있다.[532]

생각건대 헌법재판소의 소수의견이 지적하는 바와 같이 우리나라의 검찰수사현실이 아직까지 밀행적이고 강압적인 수사관행과 피의자·피고인을 공격

529) 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 규정하고 있는 형사소송법 제312조 제1항에 대해서는 광주지방법원 해남지원에서 사기죄로 재판을 받고 있던 피고인 측의 위헌법률심판제청을 받아들여 2003.2.17. 헌법재판소에 위헌법률심판제청이 제기되었으나, 2005.5.26. 헌법재판소 전원재판부는 「형사소송법 제312조 제1항 본문 및 단서는 원칙적으로 입법형성권의 범위에 속하는 사항으로 그 목적의 정당성과 내용의 합리성을 인정할 수 있으므로 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다.」는 이유로 합헌결정을 선고하였다(2003헌가7).

530) 서보학, 앞의 논문, 75면.

531) 헌법재판소, 1995.6.29, 선고 1993헌바45 결정 ;「형사소송법 제312조 제1항 단서가 검사작성의 피의자신문조서에 대하여 그것이 전문증거임에도 불구하고 일정한 요건 아래에서 증거능력을 인정할 수 있도록 한 것은 실체적 진실의 발견과 신속한 재판을 위한 것으로 그 목적의 정당성이 인정되고 검사작성의 피의자신문조서와 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 증거능력 인정의 요건에 차등을 두어 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 완화한 것은 피의자의 인권보호와 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로 그 합리적 이유가 인정되므로 이는 재판청구권을 규정한 헌법 제27조 제1항과 평등의 원칙을 선언한 헌법 제11조 제1항에 위반되지 아니한다.」

532) 헌법재판소, 1995.6.29, 선고 1993헌바45 결정 소수의견 ;「검사작성의 피의자신문조서에 대하여 그 피고인의 법정에서의 진술 여하에 불구하고 증거능력을 인정하는 것은 제3의 심판기관인 법관에 의한 재판이 실질적으로 소추기관인 검사에 의하여 왜곡될 개연성을 제도적으로 보장하는 것으로서 피고인이 법정에서 명백히 그 내용을 부인하고 있음에도 증거로 사용될 수 있는 상황에 있어서 증거능력과 증명력을 개념적으로 분리하여 증명력에 대한 판단이 법관에게 전속되어 있다고 안심하는 것은 사안의 실체에 눈을 감는 것이며, 수사 및 소추의 주체인 검사로 하여금 특히 수사단계에서의 자백 확보에 주력하게 함으로써 현실적으로 인권의 침해가능성을 높이는 것이 되어 결과적으로 헌법의 고문금지, 불리한 진술거부권 등 명문규정을 형해화할 가능성을 전혀 배제할 수 없으므로 입법재량의 한계를 넘어 법관에 의한 재판을 받을 권리와 적법절차에 관한 헌법상의 원리에 위배된다고 할 것이다.」

하는 검사의 우월적이고 대립적 지위를 고려할 때 어떠한 경우에도 검사 앞에서의 진술에 대해 법관면전의 진술과 동등한 또는 더 높은 증거능력과 신빙성을 부여하는 것은 잘못이라고 할 것이다.[533] 특히 대법원이 검사작성의 피의자신문조서에 대해 공판정에서 실질적 성립의 진정이 인정되면 특신상태는 반증이 없는 한 추정된다는 입장을 취하여[534] 特信狀態의 不存在에 대한 立證責任까지 被告人에게 전가하고 있기 때문에 실무상 특신상태가 부인되는 경우는 거의 없었다는 데에 문제의 심각성이 있었다. 위와 같이 헌법재판소의 소수의견도 특신상태가 없다는 이유로 증거능력이 부인된 예는 약 40년 동안 3-4건에 불과하다는 점을 잘 지적하고 있다. 그리고 특신상태가 인정된 검사작성의 피의자신문조서에 대해 증명력을 부인하는 것은 더욱 어려운 일이라고 할 것이다. 이러한 매카니즘에 따라 검사는 자백을 강요하는 강압수사의 유혹을 받기 쉽고 일단 검사 앞에서 자백한 피고인은 법정에서 범행을 완강히 부인함에도 불구하고 거의 예외 없이 유죄의 판결을 받아야 하는 실정이었다.[535]

수사실무에서 볼 때에도 수사단계에서 자백위주의 수사관행이 아직도 유지되고 있어 피의자의 진술거부권 및 고문·가혹행위를 받지 않을 권리가 침해당할 위험성이 매우 높고 재판단계에서는 검사의 입증책임을 부당하게 덜어주고 열악한 위치에 처한 피고인을 차별하여 평등권을 침해하게 된다. 또한 피고인의 법정진술 보다 전문진술을 앞세울 수 있도록 하는 것은 공판중심주의 및 구두변론주의를 침해하여 결국 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하게 된다는 것이다. 형사소송법의 대전제는 10명의 진범을 놓치는 한이 있더라도 단 1명의 억울한 범인을 만들지 않겠다는 소극적 진실주의에 있다.[536] 아무리 수사가 어려워지고 재판부담이 늘어난다고 해서 제도적으로 인권침해적 수사관행을 조장하고 억울한 범인을 만들 수 있는 장치를 그대로

533) 원본증거인 피고인의 진술보다 전문증거인 자백조서의 신빙성을 앞세울 수 있도록 한 형사소송법 제312조는 범죄투쟁의 효율성을 지나치게 고려한 것으로서 직접주의에 대한 중대한 침해가 된다는 비판이 있다(배종대/이상돈, 앞의 책, 572면).

534) 대법원 1986.9.9.선고 1986도1177 판결 ; 2004.12.16.선고 2002도537 전원합의체 판결.

535) 신동운, “공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장 - 수사기록 열람·등사권 확보를 중심으로”, 「형사실무연구회발표논문」, 2002.12.9, 9면 이하 참조.

536) 이재상, 앞의 책, 23면 ; 백형구, 앞의 책, 26면 ; 신동운, 앞의 책, 9면.

방치해서는 안 되므로 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 제한하여야 한다는 지적이 있었다.[537] 더 나아가 檢事작성의 被疑者訊問調書와 警察작성의 被疑者訊問調書의 證據能力을 統一함으로써 경찰수사에서 피의자가 순순히 자백함에도 불구하고 재판과정에서 피고인이 부인할 것을 대비하여 검사가 재차 피의자신문조서를 작성하는 불편과 搜査力의 浪費를 除去할 수 있는 장점도 있다는 것이다. 그 대신 변호인이 피의자신문에 참여하여 작성된 조서에 대하여는 그 작성주체가 검사이든 사법경찰관이든 구별 없이 진술의 임의성과 성립의 진정 및 신용성이 담보될 수 있으므로 무조건 증거능력을 인정하는 것이 바람직하고 그렇게 함으로써 수사실무에서 변호인의 피의자신문 참여가 활성화되고 재판진행이 신속화 되는 긍정적인 효과를 거둘 수 있을 것이라는 주장이 있었다.[538]

그러나 현행 형사소송법은 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력에 대하여 적법절차에 따라 작성된 것으로서 피고인의 법정진술에 의하여 형식적 진정성립 뿐만 아니라 실질적 진정성립을 인정하고 특신상태가 증명되면 증거능력을 인정하면서 被告人이 否認할 경우에는 영상녹화물이나 그 밖의 객관적 방법으로 실질적 진정성립을 증명하면 증거능력을 인정하도록 규정하였다. 여기서 實質的 眞正成立은 影像錄畵物이나 그 밖의 客觀的인 方法으로 證明할 수 있도록 하였는데 여기서의 '객관적 방법'이 무엇인가에 대하여 논란이 있다. 客觀的 方法이란 원진술자인 피고인과 수사기관 이외의 객관적 제3자의 행위를 의미하고 조사자의 진술을 증거로 하는 것과 그것을 근거로 피의자신문조서의 증거능력을 인정하는 것은 구별해야 하기 때문에 제316조[539]의 調査者 證言에 의하여 실질적 진정성립을 증명할 수 없다는 견해

537) 배종대/이상돈, 앞의 책, 578면 ; 계경문, 형사소송법 제312조에 관한 소고, 외법논집 제3집, 1996.12, 520-522면 ; 신동운, 앞의 책, 911면 ; 이동명, 피의자신문조서의 증거능력, 호남대 논문집 제21집, 2000.12, 337면. 한편 구두변론주의에 배치되고 서면심리주의의 모순을 없애기 위해서는 제312조를 폐지하는 것이 바람직하다는 견해가 있다(손동권, "전문법칙과 사법경찰", 「형사판례연구 Ⅱ」, 1994, 268면 참조).

538) 서보학, 앞의 논문, 76면.

539) 형사소송법 제316조 제1항은 「피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 調査하였거나 그 조사에 參與하였던 者를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.」고 규정하고 있는데 이를 '調査者 證言制度'라고 한다.

와[540] 기타 객관적 방법이란 피의자가 影像錄畵에 不應할 경우에 대비한 경우로서 녹음테이프, 속기나 참여변호인의 증언, 대질자 증언 그리고 조사자증언 등 다양한 방법이 포함될 수 있고 신빙성이나 안정성의 측면에서는 상대적으로 녹음테이프나 속기가 우수하다고 하는 견해가[541] 대립하고 있다.

생각건대 '영상녹화물이나 그 밖의 객관적 방법'이란 영상녹화물에 한정되는 것으로 오해될 소지가 있어서 '그 밖의 객관적 방법'이라고 규정하게 된 입법취지나 피의자가 영상녹화를 거부할 경우에는 사실상 영상녹화 자체가 어려울 경우를 대비하여 그 밖의 객관적 방법으로 조서의 진정성립을 입증하도록 한 것이고 객관적 방법을 피의자와 조사자 이외의 제3자로 제한적으로 해석할 필요는 없다고 보이므로 제316조의 조사자 증언이 그 밖의 객관적 방법에 당연히 포함된다고 할 것이다. 그리고 피고인이 조서의 실질적 진정성립을 부인할 경우에 조사자의 증언에 의하여 그 피의자신문조서의 증거능력이 인정되는 것도 아니고 그 조서의 실질적 진정성립을 증명하는 자료로 사용하는 것에 불과하다면 이와 같이 제한적으로 해석할 이유도 없다.

7. 檢事 및 檢察搜査官에 대한 除斥·忌避

형사소송법은 公判段階에서 被告人의 人權과 公正한 裁判을 보장하기 위해 법관 및 법원사무관 등에 대한 除斥·忌避制度를 規定하고 있다(법 제17조 내지 제25조). 그러나 搜査段階에서 검사와 검찰수사관 등 수사기관에 대한 除斥·忌避가 可能한지에 대해서는 명문의 규정을 두지 않아[542] 학설이 나뉘어져 있다. 수사기관에 대한 제척·기피의 문제는 주로 검사에 대한 제척·

540) 이재상, 앞의 책, 553면 ; 신동운, 앞의 책, 921면 ; 법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007, 132면.

541) 대검찰청, 「신수사패러다임-수사절차관련」, 2008.1. 88면 ; 법무부, 「개정 형사소송법 해설」, 2007.6, 236면 ; 이완규, 앞의 책, 139면.

542) 다만 현재 검사에게는 법무부 훈령으로 사건의 회피의무가 규정되어 있고(1998.12.29, 법무부훈령 제404호 및 검사윤리강령 제8조), 사법경찰관의 경우에는 사법경찰관리집무규칙 제9조에 회피의무가 규정되어 있다. 사법경찰관리 집무규칙 제9조는 「사법경찰관리는 피의자·피해자 기타 관계인과 친족 기타 특별한 관계로 인하여 수사에 공정성을 잃을 염려가 있거나 또는 의심받을 염려가 있다고 인정되는 사건에 대하여는 소속관서의 장의 허가를 받아 그 수사를 회피하여야 한다.」라고 규정하고 있다.

기피가 가능한지를 놓고 학설이 대립하고 있으나 이 학설들의 견해는 검찰수사관이나 사법경찰관리에 대해서도 동일하게 적용될 수 있다.

먼저 否定說은 검사는 당사자의 지위가 인정되므로 당사자를 제척·기피할 수는 없고, 檢事同一體의 原則에 의하여 檢事의 交替가 언제나 可能하고 검사가 교체되어도 소송법적 효과에는 영향이 없으므로 검사에게 제척·기피제도를 적용하여 특정 검사를 직무집행에서 배제해야 할 이유가 없다는 것이다.[543] 그리고 肯定說은 검사는 대립당사자가 아니라 공익의 대표자로서 客觀義務를 부담할 뿐만 아니라, 司法機關的 性格을 가지며, 공정하고 신뢰받는 검찰권을 확립하기 위해서는 제척·기피제도가 검사에게도 적용될 필요성이 있다는 이유를 들고 있다.[544]

생각건대 수사의 주재자로서 검사의 공익적 지위와 客觀義務를 고려할 때 검사의 당사자적 지위나 검사동일체원칙을 앞세워 검사에 대한 제척·기피를 부인하는 것은 타당하지 않다. 검사의 司法機關性과 독립관청성 그리고 公益의 代表者로서의 地位는 검사의 당사자적 지위나 검찰의 내부적 규율(검찰청법)에 불과한 검사동일체원칙에 우선하는 가치라고 보아야 하기 때문이다. 또한 형사절차에서 피의자신문이 갖는 중요성을 생각한다면 검사에 대한 제척·기피제도는 당연히 인정되어야 할 것이다. 피의자의 입장에서 그 자신의 운명은 사실상 피의자신문단계에서 결정된다고 보아도 과언이 아니다. 따라서 검사는 재판에 임하는 법관에 준하는 客觀性과 公正性을 가지고 被疑者訊問에 임하여야 하며 사건수사의 불공정성과 편파성이 우려되는 사유가 존재할 때에는 법규상 당연히 사건수사에서 제척되거나 또는 피의자의 신청에 의해 기피될 수 있어야 한다.[545]

따라서 형사소송법에 법관 및 법원직원에 준하는 검사 및 검찰수사관에 대한 제척·기피제도가 도입되어야 하고 검사와 마찬가지로 사법경찰관리에 대한 제척·기피제도도 도입되도록 입법적 개선이 이루어져야 할 것이다.

---

543) 이재상, 앞의 책, 95면 ; 강구진, 앞의 책, 95면 ; 김기두, 앞의 책, 59면 ; 신양균, 앞의 책, 381면 ; 임동규, 앞의 책, 55면 ; 정영석/이형국, 앞의 책, 72면.

544) 신동운, 앞의 책, 48면 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 82면 ; 백형구, 앞의 책, 59면 ; 송광섭, 앞의 책, 67면.

545) 배종대/이상돈, 앞의 책, 81면 ; 신양균, 앞의 책, 381면 ; 서보학, 앞의 논문, 60면.

8. 檢察搜査官의 刑事責任

檢察의 被疑者訊問과정에서 違法行爲로 피의자의 人權을 侵害하고 國家에 損害를 야기한 검사 및 검찰수사관에 대한 민·형사책임을 강화하는 방안도 위법한 피의자신문을 예방할 수 있는 피의자의 인권보장을 위한 제도적 장치가 된다고 할 수 있다.[546]

가. 不法한 被疑者訊問에 대한 刑事責任

사법권을 행사하며 체포·구속의 직무를 담당하는 검찰수사관은 높은 人權意識과 준법의식 그리고 고도의 職業倫理를 갖출 것이 요구된다. 이에 따라 형법은 수사공무원의 직무범죄와 관련하여 직권남용죄(제123조), 불법체포·감금죄(제124조), 폭행·가혹행위죄(제125조) 등을 규정해 놓고 있으며[547] 이들 범죄는 모두 형사소송법상 재정신청의 대상이 된다(법 제260조). 따라서 검찰수사관이 피의자신문을 위한 출석을 확보하기 위하여 피의자를 참고인이라고 속여 출석케 한 경우, 임의동행을 가장했으나 폭행·협박 등을 사용해 사실상 강제적으로 피의자를 연행한 경우, 자진출석한 피의자의 퇴거를 막은 경우, 피의자신문 중 진술을 강요하기 위해 물리적 폭력이나 가혹행위가 행사된 경우 등에 이와 같은 죄의 적용이 가능하다. 지금까지 수사공무원의 불법행위에 대해서는 문제를 삼지 않거나 비교적 관대하게 처리한 것도 사실이지만 이제부터라도 검찰수사관의 인권침해행위에 대해서는 철저하게 진실을 파악하고 엄격한 형사책임을 묻는다면 수사의 효율성과 합목적성만을 내세운 위법한 피의자신문의 관행은 점차 사라질 것이다.

나. 不法行爲에 대한 民事責任

국가배상법에 의하면 국가 또는 지방자치단체는 公務員이 그 職務를 執行함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 違反하여 他人에게 損害를 가한 때에

546) 서보학, 앞의 논문, 77면.

547) 형법 제124조 및 제125조를 범하여 치상 또는 치사의 결과를 야기한 수사공무원은 특정범죄가중처벌등에관한법률에 의해 가중 처벌된다(제4조의 2).

는 그 손해를 배상하여야 한다(제2조 제1항). 그리고 이 경우에 공무원이 고의 또는 重大한 過失이 있을 때에는 국가가 그 公務員에게 求償할 수 있다(동조 제2항)고 규정하고 있다.[548]

지금까지는 검찰수사관 등 수사기관의 불법행위에 있어서 공무원 개인에 대해서는 주로 행정징계나 형사책임만이 문제되었고 민사책임은 국가배상법에 의하여 국가가 주로 지는 것이 관행이었다.[549] 그러나 최근에는 검사나 수사관 개인의 민사책임을 묻는 판례가 생겨나고 있다. 예컨대 1997.4.30. 서울지방법원은 히로뽕을 만들어 판매한 혐의로 구속기소 되었다가 무죄를 선고받은 피해자가 검찰수사관의 가혹행위에 대하여 수사검사를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 수사검사에게 수사활동에 대한 지휘·감독의 책임을 물어 원고 일부승소판결을 내린 바가 있고,[550] 2000.4.26. 서울지방법원은 박종철군 고문치사사건에 대한 책임을 물어 검찰이 당시의 치안본부장을 비롯하여 수사에 관여한 전직 경찰관 등을 상대로 국가가 박씨 유족들에게 지급한 손해배상액을 지급하라는 소송에서 원고 일부승소판결을 내린 바가 있다.[551] 또한

548) 국가배상법에 의한 국가책임은 민법상의 사용자책임(민법 제756조)과는 달리 무과실로 인한 면책을 인정하지 않고 위법이 있으면 반드시 책임을 지도록 규정하고 있으며 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 한하여 구상권을 인정하고 있는 점에서 경과실의 경우에도 구상권을 인정하는 민법상의 사용자책임과 차이가 있다.

549) 2002.7.24. 서울지방법원 제9민사부는 체포와 수사과정에서 경찰관으로부터 폭행을 당했다며 박모씨가 국가를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 "경찰관들이 박씨를 체포하는 과정이나 수사과정에서 허위진술 또는 자백을 강요하면서 폭행을 가해 늑골골절 등의 상해를 입히고 박씨의 정당한 치료요구를 거부한 것은 불법행위"라며 원고의 청구를 기각한 원심을 깨고 "국가는 박씨에게 위자료 1,000만원을 지급하라"고 판결했다(연합뉴스, 2002.7.24자).

550) 서울지방법원 민사합의14부는 1997.4.30. 히로뽕을 만들어 판 혐의로 구속기소 됐다 무죄를 선고받은 朴모씨가 당시 수사검사였던 車모씨를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 "차검사는 박씨에게 280만원을 지급하라"고 판결했다. 지금까지 수사기관의 불법행위에 대해 국가의 손해배상책임을 인정한 사례는 있었지만 수사검사 개인에게 손해배상 책임을 물은 것은 이 판결이 처음이다. 재판부는 판결문에서 "수사관들이 박씨를 여관에 감금해 족쇄를 채우고 수사한 것은 인권옹호와 합법적 수사활동의 의무를 저버린 것"이라며 "차검사는 수사관들의 수사활동에 대해 지휘·감독할 의무가 있는 만큼 불법 가혹행위로 인해 박씨가 받은 피해를 배상할 책임 있다"고 밝혔다. 그리고 "재판과정에서 수사 관계자들이 마약사범의 특수성 때문에 족쇄 등을 관행처럼 이용했다고 주장했으나 피의자 인권옹호를 위해 불법적인 수사관행이 개선돼야 한다는 판단에서 이처럼 판결했다"고 밝혔다. 구속기소 된지 4개월만에 법원에서 무죄를 선고받고 풀려난 박씨는 "199년 12월 마약 수사관들에 의해 여관으로 연행돼 수갑·족쇄가 채워진 채 자백을 강요받았다"며 3억6천여만원을 지급하라는 소송을 냈었다(중앙일보, 1999.5.1.자 보도 참조).

551) 서울지방법원, 2000.4.26. 선고 1999가합 82752 판결 참조.

안기부의 간첩조작 사건으로 유명한 '수지 김 사건'에서도 국가는 법원의 판결에 의해 20여년 동안 간첩 가족으로 몰려 고통 받은 유족들에 대해 45억원의 위자료를 배상한 뒤 당시 사건수사와 간첩조작에 관여했던 책임자들에 대해 求償權 請求訴訟을 제기하는 한편 그들 소유의 부동산 등에 대해 假押留의 措置를 취하기도 했다.[552]

이와 같이 직접 검사나 수사관 개인에게 인권침해의 불법행위에 대한 책임을 묻는다면 위법한 수사관행에 많은 변화가 있을 것으로 예상된다. 누구나 개인의 경제적 손실을 감내하면서까지 위법한 수사를 감행하려고 하지는 않을 것이기 때문이다. 그러나 한편으로는 검사와 검찰수사관의 수사기피 현상과 소극적인 수사자세로 수사에 임하게 된다면 고소인 등 피해자의 명예회복 내지는 피해변상 뿐만 아니라 實體的 眞實發見을 沮害하는 역작용이 우려된다고 할 수 있으므로 두 마리의 토끼를 잡을 수 있는 신중한 입법적 개선이 요구된다.

9. 國家人權委員會의 强制搜査權

국가인권위원회법이 2001.5.24. 법률 제6481호로 제정되고 2006.10.4. 일부개정되어 현재에 이르고 있다. 국가인권위원회는 '모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 목적'으로 국가인권위원회법 제3조에 의거 설립되어 '인권에 관한 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명, 인권침해행위에 대한 조사와 구제, 차별행위에 대한 조사와 구제, 인권상황에 대한 실태조사, 인권에 관한 교육 및 홍보, 인권침해의 유형·판단기준 및 그

552) 서울고등법원 민사5부는 '국가가 김씨 유족에게 45억7천만원의 배상금을 지급한 뒤 사건을 조작한 장세동씨와 전직 안기부 간부, 김씨 살해범이자 전 남편 윤태식씨를 상대로 낸 구상금 청구소송 항소심에서 장씨는 9억원을 지급하라며 원고 일부승소 판결을 했다. 재판부는 판결문에서 당시 안기부의 정책결정과 집행에 관한 최종결정권자였던 장씨는 전직 안기부 직원들로 하여금 김옥분(수지 김) 살해의 진실을 은폐, 조작함으로써 김씨 유족들에게 간첩의 멍에를 씌우고 인격적 법익을 침해하는 불법행위를 저지른 점이 인정된다고 밝혔다.'(한겨레신문, 2006.8.16.자 보도)

예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고, 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명, 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력, 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력, 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항'에 대한 업무를 수행하고 있는데 인권침해행위에 대한 조사와 관련하여 국가인권위원회법 제24조 제1항에 '위원회는 필요하다고 인정하는 경우 그 의결로 拘禁·保護施設을 訪問하여 調査할 수 있다.'라고 규정하여 강제수사권이 있느냐가 문제된다.

국가인권위원회 調査의 實效性을 保障하기 위하여 국가인권위원회에 강제수사권을 부여하여야 한다는 견해가 있다. 그러나 헌법 제12조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."라고 규정하고 있으므로 국가인권위원회에 강제수사권을 부여하려면 우리나라의 법체계상 필연적으로 검사의 지휘를 받게 되는데 검사 및 검찰수사관의 인권침해행위에 대한 조사권을 갖고 있는 국가인권위원회가 거꾸로 검사의 지휘를 받게 되는 모순이 발생할 수도 있을 뿐만 아니라[553] 국가인권위원회(이하 인권위원회라 칭함)가 검사의 지휘를 받게 되면 그 독립성이 훼손될 수 있으므로 강제수사권을 부여하기에는 여러 가지 곤란한 점이 있다고 할 것이다.

또한 국가인권위원회법은 위원회의 업무를 수행하는 위원 또는 직원을 폭행 또는 협박한 경우 등에 있어서는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하였고(동법 제56조), 구금·보호시설에서 진정서 작성에 필요한 시간·장소 등을 제공하지 아니한 자나 진정서를 위원회에 송부하지 아니하는 경우 등에는 3년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처하도록 하는 등 형사제재를 규정하고 있다(동법 제57조). 그리고 정당한 이유없이 위원회의 출석에 불응한 자, 위원회의 자료·물건 제출요구나 사실조회에 응하지 아니하거나 허위의 자료·물건을 제출한 자에 대하여는 1천만원이하의 과태료를 부과하는 등 위원회의 조사의 실효성을 확보하기 위한 규정을 두고 있으므로(동법 제63조) 실질적으로 국가인권위원회의 조사권한 및 실효

553) 오병주, "인권법제정을 계기로 살펴본 주요쟁점사항의 검토", 「법조」 2000.12월호, 90면

성 보장에 최대한 배려하고 있으므로 강제수사권을 부여할 필요성이 없다고 할 것이다.

그리고 무엇보다도 국가인권위원회의 도덕성 때문에 사실상 소환에 불응하기가 어렵고 소환 불응시에는 처리결과 등에 대한 공표권이 있어 국민여론이 용납하지도 아니할 것이므로 국가인권위원회 조사의 실효성은 법적으로나 사실상 확보되었다고 할 것이다.[554] 참고로 강제수사와 관련한 외국의 입법례를 살펴보아도 캐나나·인도·남아프리카공화국의 인권위원회가 압수수색권을 가지고 있는 이외에 뉴질랜드[555] 등 대부분 나라에서는 강제수사권이 부여되어 있지 않고 미국과 일본에서는 인권위원회가 구성되어 있지도 않다.[556]

따라서 국가인권위원회에 강제수사권을 인정할 필요가 없다. 그리고 누구라도 적법절차에 의하지 아니한 위법한 신체의 자유 박탈에 대하여 구제를 청구할 수 있도록 하는 내용의 인권법 제정을 통하여 인신보호제도로 개편하는 방향이 국제인권규약 제9조 제4항의 정신에도 부합한다고 할 것이다. 이와 더불어 국가인권위원회에 국제인권규약과 관련된 국민의 청원을 받아 검토하고 국가기관에 권고하는 기능도 부여하고 있는데 그 실효성이 의문시 되고 있으므로 「人權法」의 제정을 통하여 이러한 불합리한 점에 대한 개선이 있어야 할 것이다.

---

554) 국가인권위원회법 제50조에서는 「위원회는 진정의 조사 및 조정의 내용과 처리결과, 관계기관 등에 대한 권고와 관계기관 등이 한 조치 등을 공표할 수 있다.」라고 규정하여 인권침해행위에 대한 공표권이 절대적인 영향력을 행사할 수 있을 것으로 본다.

555) 인권위원회의 효시라고 할 수 있는 뉴질랜드인권위원회는 1977년에 설립되었고 1980년에는 호주, 1983년에는 캐나다에도 인권기구가 설립되었다. 그 후 아프리카 지역에서 카메룬, 나이지리아, 우간다, 세네갈, 아시아·태평양지역에서는 인도, 인도네시아, 필리핀, 유럽에서는 스페인, 스웨덴, 필란드, 덴마크, 미주지역에서는 엘살바도로, 멕시코, 과테말라 등이 인권위원회를 설립하여 현재 약 50개국에 인권기구가 설립되어 있다고 한다 ; 이성진, "국제인권법의 국내적 이행을 위한 국가인권기구의 역할", 이화여대 석사논문, 2000. 30면 참조

556) 미국에서는 법무부 인권국에서 250여명의 검사와 300명의 직원이 연방법위반 인권침해행위를 조사하고 있으며, 일본에서는 법무성 인권옹호국에서 3명의 검사와 248명의 직원이 법무대신이 위촉하는 14,000명의 인권옹호위원과 협력하여 인권침해행위를 조사하고 있다 ; 오병주, 앞의 논문, 85면 이하 참조.

10. 國民의 人權意識

마지막으로 우리사회에서 언론의 무차별적인 사건보도로 인하여 범죄와는 직접적인 관련이 없는 被疑者 또는 피고인의 私生活뿐만 아니라 그 家族의 名譽까지 損傷되는 일이 종종 발생되고 있다. 이것은 우리 헌법과 형사소송법 등 그 밖의 많은 법률에서 피의자의 인권을 보장하기 위한 여러 규정을 두고 있다고 하더라도 여전히 社會的으로 劣弱한 地位에 놓여 있음을 나타내고 있다. 따라서 우리 형사사법과 수사 및 재판실무에서 言論報道로 인한 피의자의 名譽毁損을 비롯한 人權侵害를 防止할 수 있는 方案이 적극적으로 모색되어야 할 것이다.

피의자의 인권보장을 내실화 하고 불법한 체포·구속을 억제하기 위해서는 제도의 개선이나 보완도 중요하지만 무엇보다도 근본적으로 문제가 되는 것은 法規定이나 制度가 아니라 國民의 人權意識은 날로 向上되어 가고 있는 반면 犯罪搜査 및 裁判에 종사하는 사람들의 人權意識과 使命感은 종전 수준을 넘지 못하고 오히려 退步하고 있기 때문이 아닌가 여겨진다. 따라서 피의자에 대한 인권보장을 실질적으로 보장하고 불법체포·구속을 억제하기 위해서는 제도의 개선이나 보완도 필요하지만 무엇보다도 제도를 운용하는 사람들을 포함한 일반국민의 인권의식의 향상이 중요하다.

또한 범죄 被害者들은 범죄 자체로 인한 피해 이외에도 범죄신고 에서부터 범인의 체포·구속 그리고 재판에 이르는 전 과정에서 또 다른 人權侵害와 언론보도로 인한 名譽毁損이 문제되고 있기 때문에 피의자에 대한 인권보장은 반면 피해자의 인권보장의 문제인 동시에 사회적인 문제로서 형사사법의 정책적인 문제로 보아야 하며 이러한 점에서 피의자의 인권보장은 범죄 被害者의 人權保障도 包含하는 넓은 槪念으로 이해되어야 할 것이다. 따라서 국민의 권리와 자유의 보장을 최대 이념으로 하고 있는 현대사회에서 형사사법은 범죄 피해자의 고통을 최대한 덜어주고 범죄로 인한 피해를 여러 가지 방법으로 보상해 주는 것이 매우 중요한 과제임을 깨닫게 되어야 한다. 그동안 법치주의 이념 아래 형사절차상 피의자 내지 피고인의 인권보장에 치중하여 범죄인의 인권보장을 위하여 형사사법체계를 발전시켜 오다보니 범죄 被害者의 權利와 利益은 等閑視 되었던 것도 사실이다.

범죄가 발생하면 그 피해자는 거의 대부분의 경우에 자신의 의사와는 상관없이 일방적으로 형사절차에 편입되어 고소인 또는 증인으로 소환되어 그 범인과 대질 조사를 받거나 증언하는 등으로 단순히 형사절차의 객체에 불과할 뿐 자신의 이익을 보호받을 길이 없었고 범죄 자체에 대한 피해 못지않게 또 다른 피해를 감수해야 했었다. 또한 범죄 被害者는 法律의 門外漢 이다 보니 법률 전문가의 도움을 받아야 했고 자신이 관련된 형사사건이 어떻게 진행되고 있는지 조차 모른 경우가 허다할 뿐만 아니라 성범죄의 경우에는 은밀한 私生活 영역까지 公開될 수밖에 없어 그야말로 엄청난 苦痛을 감수하지 않을 수 없었다. 이러한 상황에서 범죄 피해자에 대한 형사절차에서의 적절한 보호대책이 강구되어야 함은 인간의 존엄성 보장이라는 헌법의 이념에 비추어 볼 때에 현대사회를 살아가는 우리의 사명이라고 하지 않을 수 없다.[557]

그러므로 수사기관의 구성원 및 법원 등 법률종사자와 일반국민들은 범죄피해자의 역할에 대하여 다시 한번 심사숙고해 보아야 하며 이들에 대한 국민의 깊은 관심과 배려만이 형사소송의 진정한 발전과 피의자에 대한 인권보장을 담보할 수 있을 것이라고 생각한다.

557) 현행 형사소송법은 범죄피해자 보호와 관련하여 피해자 진술시 신뢰관계자 동석(제163조의2, 221조), 비디오중계방식의 증인신문(165조의2), 공판진행상황의 통지(제259조의2), 피해자 법정진술권 강화(294조의2), 피해자 법정진술의 비공개 원칙(294조의3)을 신설하는 등 범죄피해자 보호에도 관심을 보이기 시작한 것으로 보인다.

第6章　結　論

지금까지 검찰수사에 있어서 피의자의 인권보장을 위한 法治主義 國家의 基本原則과 외국의 입법례를 살펴보고 피의자의 체포와 구속으로 인한 인권침해를 최소화하기 위한 방안으로 현행법상의 피의자 인권보장제도는 어떠한 것들이 있으며 이러한 제도를 언제 어떻게 운용할 것인가에 대하여 검토한 후 피의자에 대한 인권보장제도의 문제점과 개선방안을 고찰해 보았다.

피의자에 대한 인권보장제도의 개선에 있어서는 먼저 헌법상 규정된 無罪推定의 原理와 인권보장에 부합하는 憲法的 刑事訴訟을 확립한다는 시각으로 접근하였다. 따라서 피의자는 유죄판결이 확정될 때까지 무죄의 추정을 받는 범죄의 혐의자일 뿐이며 범죄의 혐의가 구체적인 실체적 진실로 발견되어지는 모든 형사절차는 적법절차의 범위 내에서 추구되어야 한다는 것이 대전제가 되고 있다. 그러나 여태까지 피의자, 특히 체포·구속된 피의자의 경우에는 곧 유죄인으로 취급하는 수사관행과 불법체포·구금 등 법의 적정철차를 무시하는 탈법행위가 공공연히 발생되고 있었다. 피의자에 관한 이러한 왜곡된 현실은 무엇보다도 법을 집행하는 수사기관이 종래의 피의자에 대한 자백중심의 수사관행과 인권보장에 관한 철저한 인식의 결여가 가장 중요한 원인이라고 생각한다.

피의자의 인권보장은 법치주의 국가에서 추구해야 할 영원한 과제이므로 인권침해를 근본적으로 방지할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 이러한 요청에 따라 피의자에 대한 인권보장제도의 문제점과 개선방안을 아래와 같이 요약하면서 입법의 명확성뿐만 아니라 법집행 기관의 구성원 및 국민의식 구조의 획기적인 사고전환이 있어야 보다 정의로운 사회생활을 구현할 수 있고 피의자의 인권이 보장되는 법치국가가 이 땅에 이루어질 수 있을 것이다.

첫째, 피의자의 인권보장은 헌법상의 無罪推定 및 適法節次의 原理에 의하여 지배되는 형사소송의 기본원칙에 입각하여야 한다. 따라서 피의자에 대한 체포·구속이 기본적 인권의 중대한 제한을 수반하므로 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 다른 방법에 의하여서는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용되어야 한다. 이러한 요청에 따라 被疑

者訊問을 위한 出席要求書에는 調査內容을 記載하고 이에 대한 답변을 준비할 수 있는 충분한 기간을 부여한 후 답변자료를 지참하고 출석하여 자신의 사건에 대하여 충분히 해명하고 진술할 수 있는 분위기를 조성하여야 하며, 진술거부권의 구체적 고지와 폭언 등 위압적인 苛酷行爲는 止揚하고 辯護人 및 家族 등 補助人이 參與하여 진술할 수 있도록 하여야 한다. 또 체포·구속전 유치장에 유치하는 경우의 被疑者에 대한 精密身體檢査는 인권침해적 요소가 많으므로 경찰청 훈령인 「피의자유치 및 호송규칙」에 실시하는 방법 등을 규정할 것이 아니라 경찰관직무집행법 등에 규정되어야 하며 그 시행에 있어서도 필요성과 최후수단성 그리고 최소침해원칙을 준수하여야 할 것이다.

둘째, 현행법은 임의동행과 보호실유치 등 탈법적 수사관행을 근절하고 수사과정에서의 적법절차를 담보하기 위하여 헌법에 규정된 체포제도를 도입하였다. 그러나 일본 등의 입법례와는 달리 逮捕前置主義를 採擇하지 않고 체포·구속병행주의를 채택하고 있어 구속 전 피의자를 심문하기 위하여 구속영장을 발부하여 구인하는 것은 헌법상 보장된 영장주의의 위반으로 불법한 구속에 해당한다는 비판이 있으며 또한 구속영장청구의 당부를 심사하기 위하여 구인한다는 것은 구속여부를 결정하기 위하여 사전에 구속한다는 것을 의미하기 때문에 모순이라는 등 문제가 있으므로 체포전치주의를 도입하여 법관으로 하여금 구속의 필요성을 다시 심사하게 하는 것이 타당하다.

셋째, 우리 형사소송법이 체포영장제도를 도입하였으나 본래의 입법취지와는 달리 체포영장 이용률이 극히 저조하여 유명무실화 되어 가고 있다. 따라서 緊急逮捕를 制限하고 逮捕令狀을 活用하도록 제도적인 보완이 요구된다고 하겠다. 피의자의 구속기간과 관련하여 문제가 되고 있는 것은 검사 및 검찰수사관 등 搜査機關의 피의자 拘束期間이 지나치게 長期間이어서 이 기간동안 여러 유형의 인권침해가 있을 개연성이 있다. 따라서 많은 피의자들이 구치소 및 경찰서의 유치장이나 보호실에 불필요하게 구금되어 인권침해의 우려가 높은 실정이고 피의자가 구치소 등에 장기간 구속되어 있는 것은 수사기관에 자백을 강요하기 위한 유혹을 제공하고 있다고 볼 수 있으므로 현행 수사기관의 구속기간은 대폭 줄여야 할 뿐만 아니라 拘束令狀實質審査期間도

被疑者의 拘束期間에 算入되어야 하며 또한 이를 위하여 상시 夜間令狀實質審査체제를 구축하여야 할 것이다.

넷째, 피의자신문은 그 이후의 형사절차의 진행 및 결과에 중요한 영향을 미치며 피의자신문에서 수사진행 방향이 설정되고 공판에서 피고인의 유죄입증을 위한 자료가 수집되므로 검찰수사에 있어서 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정할 때에 헌법이 보장하고 있는 피의자의 방어권이 실질적으로 보장될 수 있고 궁극적으로 적법절차의 원칙에 충실한 수사가 진행된다고 할 수 있다. 따라서 불법한 수사기관의 수사활동에 의하여 피의자가 자백하는 기회가 차단될 수 있는 반면 변호인의 입장에서 보면 변호인이 피의자신문에 참여함으로써 수사기관의 수사권남용 여부에 대한 통제가 가능하게 된다고 할 수 있기 때문에 수사절차에서 피의자신문시 변호인의 참여권은 인정되었으나 변호인을 선임하지 못할 사정이 있거나 일반사건에 대해서까지 사선 변호인을 선임하여야만 피의자신문시 변호인이 참여할 수 있어 자력이 부족한 피의자에게는 이용될 수 없는 등 그 활용이 제한적이므로 모든 피의자에게 수사기관에서 被疑者訊問時 辯護人이 參與할 수 있도록 법률구조공단의 공익법무관을 이용한 國選辯護人제도 및 公選辯護人제도 등의 제도적 보완이 要請된다고 하겠으며 아울러 가족 등 보조인의 피의자신문참여권도 인정하여야 할 것으로 본다.

다섯째, 현행법상 체포·구속적부심사제도는 피의자의 가족·동거인 또는 고용주에게도 청구권을 인정하였으나 이들에게 國選辯護人選任權은 認定하지 아니한 운영상의 문제점을 남겨 놓고 있다. 이것은 입법상의 과오라고 생각되므로 이에 대한 구체적인 방안으로는 일본의 인신보호법규정과 같이 변호사강제주의를 채택하여 체포·구속적부심사의 청구는 원칙적으로 국선변호인이 대행하도록 하여 변호사를 체포·구속적부심사에 적극적으로 참여시키는 방법과 현행 법원의 직권으로 선임하는 국선변호인을 피구속자나 청구인이 요구할 수 있도록 개선하여 이들에게 변호인 선임권을 인정하는 방법을 고려하여야 할 것이다.

여섯째, 구속된 被疑者의 保釋請求權을 擴大할 필요가 있다. 기소전 피의자 보석에 의한 석방은 법원이 그 구속의 적법을 전제로 보증금의 납입을 조건

으로 하여 직권으로 결정할 수 있도록 규정하고 있는데 반해 피고인의 경우에는 피고인이 보석을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 보석청구가 있는 경우 필요적 보석사유가 존재하는 피고인은 보석을 허가하여야 한다고 규정하고 있는 피고인 보석에 비하여 피의자 보석은 법원의 결정에 전적으로 의존할 수밖에 없는 지위에 있게 됨을 의미하게 된다. 따라서 피의자가 앞으로 발전하는 수사절차에서 실질적으로 자신을 보호할 수 있는 기회를 가지고 적절히 자신을 방어하기 위해서는 피의자 자신도 보석청구권을 직접 행사할 수 있도록 개정되어야 할 것이다.

이상과 같이 피의자의 인권보장 제도의 문제점과 개선방안을 검토하였는데 무엇보다도 근본적으로 문제가 되는 것은 법규정이나 제도뿐만 아니라 국민의 인권의식은 날로 향상되어 가고 있는 반면 범죄수사 및 재판에 종사하는 사람들의 人權意識과 使命感은 종전 수준을 넘지 못하고 오히려 퇴보하고 있기 때문에 법규정의 개정이나 제도의 개선에도 불구하고 항상 문제점을 안고 있는 것이 아닌가 한다. 그러므로 피의자에 대한 인권보장을 실질적으로 보장하고 불법한 체포·구속을 억제하기 위해서는 제도의 개선이나 보완도 필요하지만 무엇보다도 제도를 운용하는 사람들을 포함한 일반국민의 인권의식이 중요하다. 따라서 범죄로 인한 피해자를 포함한 피의자에 대한 국민의 관심과 인권의식 그리고 사법제도의 운용에 종사하는 구성원들의 각성만이 형사소송의 최고이념인 실체진실발견과 인권보장을 구현할 수 있고 社會의 安全과 人類의 平和에 기여하게 될 것이다.

參考文獻

Ⅰ. 國內文獻

<單行本>

강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982.

강정식, 「세계문화사」, 형설출판사, 1994.

강효백, 「중국법통론」, 경희대출판사, 2005.

권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2000.

_____, 「독일헌법론(상)」, 법문사, 1976.

김기두, 「형사소송법」, 박영사, 1987.

류장만, 「형사재판의 제문제」, 박영사, 2003

박병호, 「한국법제사」, 법문사, 1995.

배종대/이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2001.

백형구, 「알기쉬운 형사소송법」, 박영사, 2007.

_____, 「형사소송법강의」, 박영사, 1988.

백형구/차용석, 「주석 형사소송법」, 사법행정학회, 1998.

서일교, 「조선왕조형사제도연구」, 박영사, 1969.

_____, 「형사소송법」, 박영사, 1979.

송광섭, 「형사소송법」, 유스티니우스, 1999.

신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2008.

신양균, 「형사소송법」, 법문사, 2004.

신현주, 「형사소송법」, 박영사, 1999.

양건/김재원, 「국제인권법」, 교육과학사, 1992.

이상돈, 「사례연습 형사소송법」, 법문사, 2004.

이완규, 「개정 형사소송법의 쟁점」, 탐구사, 2007.

이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2007.

_____, 「연습 형사소송법」, 박영사, 2002.

임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2006.
전용득, 「피의자구속론」, 법문사, 2000.
정영석/이형국, 「형사소송법」, 법문사, 1996.
차용석, 「형사소송법」, 세영사, 1998.
허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2003.

<論文>

계경문, “ 형사소송법 제312조에 관한 소고”, 「외법논집」 제3집, 1996.12.
고시면, “ 교도소 수용자에 대한 알몸수색의 허용여부”, 「교정」 제48권 제6호(통권 제338호), 2004.6.
곽병선, “피의자 구속에 관한 연구”, 원광대학교 박사학위논문, 1991.
김경선, “위장된 구속사유”, 「영장실질심사제도(Ⅱ)」, 법원행정처, 1997.7.
김기두, “수사에 대한 사법적 통제”, 「고시연구」(제11권 제5호), 1984.
_____, “임의수사와 인권보장”, 「고시연구」, 1983.4.
김균보, “수사절차에 있어서 피의자의 인권보장”, 경북대 박사논문, 1993.
_____, “수사와 인권보장”, 「법학연구」 제27권 1호, 부산대 법학연구소, 1984.
김동현, “수용자에 대한 신체검사의 허용범위와 개선방안연구”, 「교정」 제46권 제2호(통권 제310호), 2002.2.
김문호, “수사기관의 인신구속과 인권보장에 관한 연구”, 조선대 박사논문, 2005.
김선복, “유치장에 유치된 피의자에 대한 알몸수색의 법적 문제점”, 「부경대논문집」 제6권, 2001.12.
김성돈, “미란다법칙과 위법수사통제방안”, 「형사법연구」 제14호, 2000.12.
김성천, “사전구속영장에 의한 피의자구속과 인권”, 「법학논문집」 제18집, 중앙대법학연구소, 1993.
김수원, “경찰의 인권보호 향상방안(유치장 실태와 관련하여)”, 「사회과학연구논집」제28권, 전북대학교, 2002.
김용세, “현행 수사권체제의 문제점과 개선방안”, 「사회과학논문집」제19권 제1호, 대전대, 2000.5.

김일수, “현행 변호인제도의 문제점”, 「대한변호사협회지」, 1985.12.
김종일, “검찰수사요원의 전문화방안”, 「해외연수법무공무원연구논문집」, 법무연수원, 2005.2.
김주원, “특별검사법의 필요성과 입법방안”, 「인권과 정의」, 1997.6.
김희옥, “진술거부권을 논함”, 「월간고시」, 1984.11.
_____, “진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서와 위법수집증거”, 「고시계」, 1997.8.
남영찬, “구속제도의 운용방향”, 「영장실질심사제도(Ⅲ)」, 법원행정처, 1997.11.
류장만, “구속영장청구 기각결정이 항고대상이 되는지에 대하여”, 「형사재판의 제 문제」, 박영사, 2003.
문정민, “위법수집증거의 배제법칙”, 「통일문제연구」 제9집, 조선대학교사회과학연구소, 1991.12.
문춘언, “수사과정에서의 피의자 및 범죄피해자의 인권보호제도에 대하여”, 「부산법조」 제12집, 부산지방변호사회, 2005.1.
문홍주, “변호인의 조력을 받을 권리”, 「법제연구」 제2권 1호, 1992.
박미숙, “국제인권기준과 현행 형사절차”, 「한국형사정책연구원」, 2000.
_____, “변호인의 피의자신문참여권”, 「형사정책연구」, 1995. 가을호.
_____, “피의자신문조서 작성절차의 위법과 증거능력”, 「형사정책연구」제35호, 1996.
박미숙/도중진, “피의자·피고인·참고인·증인의 인권보호와 향상을 위한 정책연구”, 「한국형사정책연구원」, 2004.12.
박승진/최석윤/이경재, “각국의 검찰제도”, 「한국형사정책연구원」, 1998.
박재풍, “경찰서 유치장에서의 인권보호에 관한 연구”, 동국대 석사논문, 2005.12.
박정섭, “경찰수사의 선진화를 위한 수사권 독립에 관한 연구”, 「수사연구」, 1992.
박형남, “신설된 인신구속제도의 운용방안”, 「새로운 인신구속제도 연구」, 법원행정처, 1996.
박희태, “구속제도에 관한 연구”, 건국대학교, 박사논문, 1997.
백형구, “강제처분의 본질과 지도원리”, 「고시계」, 1986.8.
_____, “수사기관의 피의자신문·피고인신문”, 「고시계」, 1995.11.

_____, “수사단계에서의 변호인의 참여권”, 「사법행정」, 1986.2.
_____, “영장실질심사와 피의자유치책임”, 「법률신문」 제2585호, 1997.3.24.자
_____, “임의수사의 본질과 한계”, 「고시계」, 1982.11.
_____, “피의자신문과 변호인의 참여권”, 「사법행정」, 1986.2.
_____, “형사변호의 제 문제”, 「외법논집」 제3집, 외국어대학교, 1996.
_____, “형사절차상 인권보장의 당면과제”, 「법률신문」 제1928호, 1990.4.19.
봉 욱, “철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력”, 「형사판례연구(7)」, 2000.
서범정, “일본의 인신구속제도에 관한 고찰”, 「각국의 구속제도에 관한 연구」, 법무연수원, 1998.
서보학, “피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화방안”, 「형사법연구」 제20호, 2003.
_____, “범죄수사의 공정성과 인권보장 방안연구”, 「치안연구소」, 2004.9.
_____, “참고인 허위진술죄와 참고인 구인제도”, 「대한변협신문」(제71호), 2002.12.16.자
서주실/김균보/천병태/이동춘, “인권보장과 적법절차”, 「법학연구」 제29권 37호, 부산대법학연구소, 1987.
석창목, “일본의 인신구속절차에 관한 연구”, 「재판자료」 제66집, 법원행정처, 1994.12.30.
손동권, “전문법칙과 사법경찰”, 「형사판례연구Ⅱ」, 1994.
송두환, “구속영장실질심사제도의 올바른 정착을 위하여”, 「한국형사정책연구원」, 1997.
신동운, “공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장”, 「형사실무연구회」, 2002.12.
신성철, “피고인의 방어권행사에 있어서의 절차상 문제점”, 「재판자료」 제49집, 법원행정처, 1990.
신의기/강은영, “범죄수사절차상 피의자의 인권침해 현황조사”, 「한국형사정책연구원」, 2002.
신현진, “구속된 형사피의자의 인권보장”, 고려대학교 석사논문, 2001.6.
신형근, “구속영장청구사건 처리에 관한 실무상의 문제점”, 「법률신문」 제2580호, 1997.3.6.자

심재무, “인권과 수사절차”, 「인권과 법」, 세종출판사, 2003.7.
양동실, “피의자의 구속제도에 관한 연구”, 조선대학교 석사논문, 1993.
오병주, “인권법제정을 계기로 살펴 본 주요 쟁점사항의 검토”, 「법조」(통권 제531호), 법조협회, 2000.12.1.
오세인, “변호인의 피의자신문참여 문제에 대한 고찰”, 「형평과 정의」, 대구지방변호사회, 199.12.
_____, “영장청구 기각결정에 대한 불복방법”, 「형사판례연구(8)」, 박영사, 2000.
우상욱, “피의자의 인권보장에 관한 연구”, 경기대 석사논문, 2001.12.
유인학, “구속적부심사제도와 그 개선책”, 「고시계」, 1985.10.
윤영철, “피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고”, 「형사정책연구」 16권1호, 2005.
이관행, “대법원판례해설 14호”, 법원행정처, 1991.11.
이동명, “범죄수사상의 인권보장에 관한 연구”, 원광대 박사논문, 1989.
_____, “피의자신문조서의 증거능력”, 「호남대 논문집」 제21집, 2000.12.
이상철/최석윤, “국선변호인제도에 관한 연구”, 「한국형사정책연구원」, 1994.
이상희, “형사소송법 개정안에 대한 의견”, 「JURIST」, 2003.3.
이성진, “국제인권법의 국내적 이행을 위한 국가인권기구의 역할”, 이화여대 석사논문, 2000.
이은모, “피의자 인신구속제도의 정비방안”, 「동계학술대회발표자료집」, 한국형사법학회, 2002.
_____, “수사절차에서의 변호권보장의 의미와 내용”, 「법학논총」 제14집, 한양대, 1997.10.
이응세, “인신구속제도의 입법론적 개선방향”, 「영장실질심사제도Ⅲ」, 법원행정처, 1997.
이재상, “각국의 구속제도”, 「한국형사정책연구원」, 1991.
_____, “강제수사절차의 개선방안”, 「한국형사정책연구원」, 1991.
이재상/박미숙, “수사절차상 피의자의 변호에 관한 연구”, 「한국형사정책연구원」, 1994.
이재석, “현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 「형사정책」 제11호,

한국형사정책학회, 1999.10.30.
이재홍, “진술거부권의 고지가 결여된 피의자신문조서 등의 증거능력”, 「사법행정」, 1995.
이태훈, “미국의 인신구속제도와 운영실태”, 「법조」(통권 제490호), 1997.7.
임동헌, “영장실질심사제도의 기본방향”, 「영장실질심사제도Ⅱ」, 법원행정처, 1997.
임두빈, “프랑스의 사법제도”, 「변호사협회지」, 1972.
임준태, “유치장내 질서유지와 신체수색의 한계”, 「형사정책」 제14권 제1호, 2002.
정동기, “구속영장실질심사제도의 문제점”, 「형사정책연구」, 한국형사정책연구원, 1997. 4월호.
정동기, “체포·구속제도의 운용방안”, 「법조」, 1997.3.
정영일, “형사변호인제도의 개선방향”, 「형사정책」 제7호, 1995.
정진섭, “프랑스 형사소송법상의 예심제도”, 「법률신문」, 1986.2.16.자
조광훈, “수사기관 내사의 효율적 통제와 피내사자의 인권보장에 관한 연구”, 「법학연구」 15권3호, 연세대학교, 2005.9.
조 국, “경찰서 유치장에 수용된 형사피의자에 대한 신체검사”, 「형사정책」 제11권 제4호(통권 제44호), 2000. 겨울호.
_____, “피의자신문시 변호인참여권 소고”, 「형사정책연구」 14권 4호, 2003.
_____, “헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차의 인권”, 「고시연구」 27권, 2000.4.
조병수, “보석시비”, 「사법행정」, 1968.2.
조철제, “형사절차상의 인권보호에 관한 연구”, 계명대 박사논문, 2004.12.
주명수, “변호인 접견교통권”, 「인권보고서」 제4집, 대한변호사협회, 1990.
차용석, “무죄추정법리에 비쳐본 형사절차상의 제 문제”, 「고시연구」, 1998.7.
_____, “수사구조론”, 「월간고시」, 1986.4.
최교일, “구속영장심사의 법적 성격 및 기각결정에 대한 불복방법”, 「형사재판의 제문제」, 박영사, 1999.
_____, “구속전 피의자신문제도에 관한 고찰”, 「법조」, 1997.5.
최석윤, “수사절차의 구조와 피의자의 법적지위”, 「형사정책연구」 제12권 제3호(통권 제47호), 2001. 가을호.
최영승, “피의자신문에 있어서 적법절차의 법리에 관한 연구”, 경희대 박사논문, 2003.

하태훈, “구속영장 실질심사제도의 과제와 전망”, 「형사정책」 제9호, 1997.
_____, “미국의 인신구속제도와 운영실태”, 「법조」(통권 제490호), 1997.7.
홍석조, “변호인의 조력을 받을 권리”, 「해외파견검사연구논문집」 제6집, 1987.
황윤상, “형사소송법상 변호인의 접견교통권에 대한 연구”, 성균관대학교 석사논문, 2001.10.
황정근, “구인된 미체포 피의자의 유치장 유치”, 「시민과 변호사」, 1997.4.
_____, “인신구속과 인권보호”, 「형사법연구」 제14호, 한국형사법학회, 2000.12.
황정익, “유치관련 경찰직무상의 법적 문제점에 관한 고찰”, 「한국공안행정학회보」 제16호, 2003.10.
황희철, “인권과 수사권의 통제”, 「법률신문」 제2702호, 1998.6.18.

<其他資料>

국가인권위원회, 「수사과정에서의 가혹행위방지를 위한 제도적 방안」, 국가인권위원회토론회자료집, 2002.11.25.
국회사무처 예산정책국, 「2002년도 국정감사자료(Ⅱ)」, 2002.
대검찰청, 「검찰수사실무」, 1998.
_____, 「검찰수사편람」, 1983.
_____, 「범죄분석」, 1997년-2007년.
_____, 「신수사패러다임-수사절차관련」, 2008.1.
_____, 「영상녹화조사업무」, 2007.12.
_____, 「형사법의 신동향」 통권 제7호, 2007.4.1.
_____, 「형사소송법 제정·개정 자료집」, 1997.
법무부, 「개정 형사소송법 해설」, 동광문화사, 2007.
_____, 「각국의 수사제도 및 실태비교」, 법률신문 제2788호, 1999.5.13.
법무부훈령 제556호, 「인권보호수사준칙」, 2002.12.17.
법무연수원, 「각국의 구속제도에 관한 연구」, 1998.
_____, 「범죄백서」, 2002년-2007년.
_____, 「해외연수검사연구논문집(Ⅲ)」 제22집, 2006.12.

법원행정처, 「법원실무제요(형사편)」, 1998.
_____, 「새로운 인신구속제도 연구」, 1996.11.28.
_____, 「외국사법연수논집(12)」 재판자료 제66집, 1994.12.30.
_____, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007.
사법연수원, 「수사절차론」, 2002.

Ⅱ. 外國文獻

高田卓爾, 「刑事訴訟法」, 青林書院, 1984.
廣瀨健二, 「刑事訴訟法の爭點」, 有斐閣, 1991.
石川才顯, 「刑事訴訟法講義」, 日本評論社, 1974.
團藤重光, 「新刑事訴訟法 綱要」, 創文社, 1981.
藤永幸治, 「註釋 刑事訴訟法(2)」, 立花書房, 1985.
松尾浩也, 「刑事訴訟法(上)」, 弘文堂, 1979.
鴨良弼, 「刑事訴訟法講義」, 青林書院新社, 1980.
田宮 裕, 「刑事訴訟法Ⅰ」, 有斐閣, 1985.
田中和大, 「英美法概論」, 有斐閣, 1975.
平野龍一, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 1983.
平野龍一/松尾浩也, 「實例法學全集 刑事訴訟法」, 青林書院, 1997.

Böing. Heinz, *Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren*, ZStW., 91, Band, 1979. Heft2.
C. Winter, *Die Reform der Informationsrechte des Stragverteidigers im Ermittlungsverfahren*, Frankfurt, a.M. u.a. 1991.
D. Krausw, *Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren*, Stv 1984.
Edward W. Cleary, *McCormick on Evidence*, 5th ed., West publishing co., 1999.
Gössel, T. H., *Strafverfahrensrecht*, W. Kohlhammar, 1977.
Hinrich Rüping, *Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren*, ZStW 91, Band, 1979, Heft2.

Jescheck-Krümpelmann, *Die Untersuchungshaft im deutschen*, ausländischen und internationalen Recht, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1971.

Jung/ Müller-Dietz(hrg), *Reform der Unterschungshaft*, Labs fotosatz Gmbh, 1983.

Jung, *Zur Rechtsstellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren-eine Positionsbestimmung*, jus. 1988.

J. Welp, *Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren*, Stv 1980.

Jügen Wolter, *Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen*, ZStW., 93, 452.

Kadish/ Schulhofer/ Paulsen, *Criminal Law and its Processes*, 4th Edition, 1983.

Kleinknecht. T./Meyer-Go"Bner. K, *Strafproze"Bordnung*, 44.Aufl., C.H. Beck, 1999.

LaFave, W.R./ Israel, J.H., *Criminal Procedure*, West publishing Co., 1985.

Löwe/ Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungesetz mit Nebengestzen*, 24. Aufl, 1989.

Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, 24. Aufl, Verlag C.H. Beck, 1995.

Sanford H. Kadish, *Encyclopedia of Crime and Justice*, 1986.

Saltzburg, Stephen A., *1991 Supplement to American Criminal Procedure*, 3rd ed., West Publishing Co., 1991.

Schäfer Gerhard, *Die Praxis des Strafverfahrens,* 6.Aufl., W. Kohlhammer, 2000.

Strate/ Ventzke, *Unbeachtlichkeit einer Verletzung des §137 Abs.* 1S. 1StPO im Ermittlungsverfahren? in: StV 1986.

Werner Schütz, *Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland*, 1950.

Zecrariah Chafee, Jr., *Documents on Foundamental Human Rights*, 2nd Pamphlate, 1961.

저작물 이용 허락서

학 과	법학	학 번	20067561	과 정	박사
성 명	한글: 양 동 실 한문: 梁 東 實 영문: Yang Dong Sil				
주 소	광주 남구 봉선동 470. 삼익아파트 107동 504호				
연락처	E-MAIL : yds0120@yahoo.co.kr				
논문 제목	한글: 피의자의 인권보장제도에 관한 연구 영어: A Study on the Guarantee System of Human Rights for a Suspect				

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 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 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( )

2008 년 8 월 일

저작자 : 양 동 실 (인)

조선대학교 총장 귀하