



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

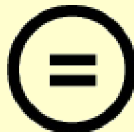
다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



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](#)

법학석사 학위논문

체포제도의 문제점과 개선방안



2014년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

김 순 중

법학석사 학위논문

체포제도의 문제점과 개선방안

지도교수 김 선 복

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함



2014년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

김 순 중

김순중의 법학석사 학위논문을 인준함

2014년 2월



주심 법학박사 지 규 철 인

위원 법학박사 임 석 원 인

위원 법학박사 김 선 복 인

- 목 차 -

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 방법과 범위	4
제2장 체포제도에 대한 기초적 고찰	5
제1절 체포제도의 의의	5
I. 체포제도의 개념	5
II. 체포와 구속의 관계	7
1. 체포와 구속의 상호 관계	7
2. 체포·구속과 관련된 개념	8
III. 체포와 임의동행의 관계	10
1. 임의동행의 유형	10
2. 임의동행의 적법성 여부	13
3. 체포와 임의동행의 한계	14
제2절 체포제도의 기능과 도입배경	15
I. 체포제도의 기능	15
II. 체포제도의 도입배경	16
제3장 체포제도에 관한 외국의 입법례	18
제1절 미국	18
I. 체포의 유형	20
1. 영장에 의한 체포	20
2. 영장 없는 체포	22
II. 체포 후의 절차	25
III. 체포심사제도	25
제2절 독일	26

I. 체포구속의 유형	27
II. 구속적부심사제도	28
1. 구속의 요건	28
2. 긴급체포	29
3. 구속의 집행	31
4. 구속피의자의 석방을 위한 제도	31
제3절 일본	32
I. 체포의 유형	33
1. 체포	34
2. 체포 후의 절차	36
II. 구류제도	36
1. 체포와 구류의 차이	36
2. 구류의 요건	37
3. 구류 기간	38
제4장 영장에 의한 체포제도의 문제점과 개선방안	39
제1절 영장에 의한 체포제도의 개요	39
I. 영장에 의한 체포의 의의	39
II. 체포제도 취지와 체포영장의 기능	41
III. 영장에 의한 체포의 요건	42
1. 범죄혐의의 상당성	43
2. 출석요구불응 또는 불응우려	43
3. 체포의 필요성	43
제2절 영장에 의한 체포의 절차	44
I. 체포영장주의 청구	45
II. 체포영장의 발부	46
III. 체포영장의 집행	48
IV. 체포 후의 절차	49
1. 체포의 통지	49

2. 구속영장의 청구 및 영장발부통지	49
3. 체포의 적부심사	50
제3절 영장에 의한 체포의 문제점과 개선방안	52
I. 영장체포의 문제점	52
1. 영장체포의 요건상의 문제점	52
2. 체포 후의 절차에 대한 문제점	55
II. 영장에 의한 체포제도의 개선방안	56
1. 영장체포의 요건상의 개선방안	56
2. 체포 후의 절차에 대한 개선방안	57
 제5장 긴급체포의 문제점과 개선방안	59
제1절 긴급체포제도의 의의 및 취지	59
제2절 긴급체포제도의 요건과 절차	60
I. 긴급체포의 요건	60
1. 범죄의 중대성 및 객관적 혐의	60
2. 긴급성	60
3. 체포의 필요성	61
II. 긴급체포의 절차	62
1. 긴급체포의 방법	62
2. 체포 후의 조치	63
3. 긴급체포된 피의자의 권리	64
4. 긴급체포시 압수·수색·검증	65
제3절 긴급체포제도의 문제점과 개선방안	66
I. 긴급체포제도의 문제점	66
1. 긴급체포제도의 운용상의 문제점	66
2. 긴급체포제도의 규정상 문제점	71
II. 긴급체포제도의 개선방안	74
1. 긴급체포제도의 운용상 개선 방안	74
2. 긴급체포제도의 규정상 개선 방안	78

제6장 현행범인 체포의 문제점과 개선방안	84
제1절 현행범 체포의 의의	84
I. 서설	84
II. 현행범 체포요건	84
1. 현행범인	84
2. 준현행범인	85
3. 범죄의 명백성	86
4. 체포 사유의 존재	87
5. 체포의 주체	87
III. 현행범 체포의 구체적 요건	88
1. 범죄 사실의 명확성	88
2. 체포의 필요성 문제점	88
3. 비례성의 원칙	89
제2절 현행범인 체포제도의 문제점과 개선방안	90
I. 현행범인 체포제도의 문제점	90
1. 현행범인 체포에 대한 문제점	90
2. 준현행범인 체포에 대한 문제점	91
3. 경미한 사건에 있어서의 현행범인 체포의 문제점	92
II. 현행범인의 체포제도 개선방안	93
1. 현행범인의 체포의 개선방안	93
2. 준현행범인의 체포의 개선방안	94
3. 경미한 현행범 체포 문제 개선방안	95
제7장 결론	97
참고문헌	101
Abstract	105

제1장 서론

제1절 연구의 목적

체포 또는 구속은 개인의 신체자유에 대한 중대한 제한수단이다. 그러므로 국가기관이 체포·구속 권한을 남용하여 신체의 자유를 부당하게 침해하는 것을 통제할 필요가 있다. 이 때문에 우리나라의 현행 체포·구속제도의 인권 침해적 요소를 찾아 보완하는 것은 국민에 대하여 최선의 법률 서비스를 제공하는 데 있어 필수적인 요소이다.

수사에는 임의수사와 불구속수사가 원칙이다. 반면에 강제수사와 구속수사는 예외적인 수사방법으로만 허용된다. 즉 강제수사는 법이 정하는 바에 따라 서만 행할 수 있다. 이를 강제수사(처분)법정주의라고 한다. 그 대표적인 내용은 영장주의이다. 이에 의하면 수사기관은 당사자의 자유로운 동의나 승낙이 없는 이상 원칙적으로 법관이 발부한 사전영장에 의하여 피의자의 신병을 확보하여야 한다. 현행 체포제도는 임의동행과 보호실유치의 탈법적 관행을 일소하고 적법한 신병절차를 확보하기 위하여 헌법 제12조에 규정된 체포제도를 구체화한 것이다.

체포의 적극적 요건으로 범죄혐의의 상당성, 즉 피의자가 구체적인 범죄를 범하였을 고도의 개연성과 출석요구의 불응 또는 불응의 우려가 있어야 하고 소극적 요건으로는 체포필요성의 명백한 부존재가 있어야 한다.

한편 법관이 발부하는 사전영장에 의하지 아니하는 체포로서 법이 허용하는 것으로는 긴급체포와 현행범체포가 있다. 긴급체포란 중대한 범죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이 영장 없이 피의자를 체포함을 말한다(형사소송법 제200조의 3). 이 제도는 이전의 긴급구속제도를 대체한 것으로서 수사의 효율성과 합목적성의 관점에서 사전영장주의의 예외를 인정하고 있지만, 헌법 제12조 제3항 단서에 그 정당성의 근거를 두고 있다.

또한 누구든지 영장 없이 체포할 수 있는 현행범체포(형사소송법 제212조)

는 개정 전후에 걸쳐 변화한 것은 거의 없다. 다만 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 현행범인을 인도받은 경우에 체포한 때부터 48시간 이내에 구속영장을 청구만 하면 되는 것으로 바뀌었다(동법 제213조의 2, 제200조의 2 제5항, 형사소송규칙 제100조 제2항). 그리고 현행범체포가 허용되는 경미범죄의 범위를 5만원에서 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄로 상향조정하였다(형사소송법 제214조).

이와 같이 1995. 12. 29. 개정·공포되어 시행된 우리 형사소송법은 민주화의 요청에 따라 기본권보장을 실질적으로 강화시키는 것을 주요 골자로 하였고, 신체구속제도를 획기적으로 개선하는 것이 가장 중요한 내용으로 되어 있다.¹⁾ 즉 형벌을 적용하여 국가형벌권을 적정하게 실현함으로서 실체형법의 이념을 이룰 것을 목적으로 한다. 이와 같이 우리 헌법 제12조 제1항은 적법절차의 원리를 천명하고 있다. 그러나 다음과 같은 체포제도의 문제점을 살펴보기로 한다.

첫째, 위와 같은 영장주의 및 적법절차의 원리에 대하여 헌법은 세부적으로 각 조항에서 형사절차 운영을 위한 규정을 마련하고 있는바, 그 중에서도 특히 제12조 제3항에 규정된 영장주의는 법관이 발부한 사전영장에 의한 체포가 원칙이고, 사후영장에 의한 체포는 특별한 요건이 구비된 경우에만 인정된다. 이와 같이 임의동행과 보호실유치 등의 탈법적 수사 관행을 근절하고, 긴급성을 고려하여 수사초기에 단기간에 걸친 피의자의 간편한 신병확보를 위하여 헌법에 규정된 체포제도를 도입하였으나, 아직 영장주의 완비라는 점에서 보면 여전히 미흡하다는 문제점이 있다.

둘째, 긴급체포는 수사기관의 피의자 신문을 위한 기간이 아니라²⁾ 구속을 위한 임시조치로서의 의미를 가진다는 점³⁾과 긴급체포 후 구속영장을 청구하지 않아도 법관의 사후통제가 전혀 없는 현행 제도 하에서는 수사기관이 피의자를 언제든지 긴급체포하였다가 풀어주면 그만이라는 안이한 생각을 가지기 쉽다. 판사의 구속영장발부의 결정기간이 정해져 있지 않다는 점을 고려하면 사실상 수사기관은 법관이 구속영장을 발부하는 데 요하는 시간 동안 시민을

1) 이재상, 개정 형사소송법상의 체포와 구속제도, 고시연구 제23권 제5호, 고시연구사, 1996, 14면.

2) 이동희, 피의자신문의 현황과 개선책, 형사법연구제20호, 한국형사법학회, 2003, 222~223면.

3) 이은모, 피의자인신구속제도의 정비방안, 형사법연구 제19호, 2003, 114면.

자유로이 체포할 수 있게 되었다. 즉, 현행 형사소송법은 피의자가 체포된 후 48시간 이내에 판사에게 구속영장을 청구하기만 하면 체포기간의 제한 없이 구속영장 없는 체포가 상당기간 계속될 수 있다는 문제점도 있다.

셋째, 법원이 체포영장을 지나치게 엄격한 요건 하에서 발부할 경우, 피의자 신병의 조기 확보라는 실무상의 필요성에 대하여 법관의 사법심사를 통한 체포제도에 의해 합법화하였음에도 불구하고, 임의동행이나 보호실유치와 같은 탈법적인 수사관행이 재연될 소지가 있다고 볼 수 있다. 그리고 경찰의 긴급구속에 대한 통제방식이 종전 검사의 사전 지휘에서 사후승인 방식으로 변경됨으로 인해 경찰에 의한 긴급체포의 남용 우려가 있다는 것이다.

넷째, 현행 긴급체포의 대상범죄로서 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역·금고 등에 해당하는 범죄에 한정하고 있지만 장기 3년 이상의 징역 금고 등에 해당하는 범죄는 형법각칙의 대부분의 범죄, 심지어 ‘경계침범죄’나 ‘편의시설부정 이용 죄’ 등도 포함되기 때문에 사후영장을 요하지 않는 긴급체포가 남용될 우려가 적지 않다. 따라서 그 대상범죄를 더욱 제한하는 것이 긴급체포제도의 취지에 걸맞다고 본다.

다섯째, 현행범체포의 경우 영장주의의 예외를 인정하여 수사절차상 편의를 가져와 남용되는 사례가 많아져 부당하게 인권이 침해될 가능성이 존재한다. 더구나 피의자라고 하더라도 언제나 체포가 필요하다고 볼 수는 없는 것이며, 그리고 현행범인의 체포에 있어서도 긴급체포와 마찬가지로 구속사유(증거인멸의 염려, 도망 또는 도망할 염려)가 필요한가에 대해서 견해가 대립되고 있다.

이러한 관점에서 본 연구는 1995년 말 형사소송법의 제8차 개정과 형사소송규칙의 제5차 개정 후 현행 체포제도의 문제점에 관하여 살펴보고, 헌법의 기본정신에 입각하여 어울리지 않는 제 문제점을 규명한 후 그에 대한 바람직한 개선방향을 제시함으로써 형사소송법이 헌법정신을 구현하고 나아가 국민의 기본권의 보장하는 국민의 법률로 거듭나는데 보탬이 되고자한다.

제2절 연구의 방법과 범위

현행 인신구속제도는 수사 초기에 비교적 단기간에 걸쳐 피의자의 신병확보를 가능하게하기 위한 체포제도와 피고인 또는 피의자를 보다 장기간 동안 구금하는 구속제도로 구별할 수 있다. 그러나 1995년 형사소송법 개정 전의 긴급구속 대신에 체포제도와 균형을 맞추기 위해 도입된 긴급체포제도는 처음의 그 의도와는 다른 형태로 운용되고 있다.

이와 같이 체포제도는 많은 문제점을 갖고 있으므로 그에 대한 개선책으로 체포제도의 실무운용상 문제점을 검토한 다음, 수사의 합목적성과 개인의 기본적 인권보장이라는 상호 반비례 관계적 위치에 서있는 두 이념을 적절히 조화시켜 합리적 개선방안 무엇인가에 대하여 연구한다.

본 논문은 전 6장으로 구성되어 있다.

제1장 서론 제1절에서는 연구의 목적을, 제2절에서는 연구의 범위와 방법을 제시한다.

제2장에서는 체포제도에 대한 기초적 고찰 해보겠다.

제3장에서는 체포제도에 관한 외국의 입법례에 대하여 비교 연구한다.

제4장에서는 영장에 의한 체포제도의 문제점과 개선방안 등을 조명한다.

제5장에서는 긴급체포의 문제점과 개선방안을 탐구한다.

제6장에서는 현행법체포의 문제점과 개선방안을 심도 있게 연구한다.

제7장에서는 이상의 논의를 정리, 요약하고 결론을 내린다.

본 논문은 실정법상 체포제도의 문제점과 개선방안을 찾는 것을 목적으로 하되, 문헌분석적인 접근 방법에 초점을 맞추어 연구를 진행하였다.

제2장 체포제도에 대한 기초적 고찰

제1절 체포제도의 의의

I. 체포제도의 개념

체포는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 단기간 동안 수사관서 등 일정한 장소에 인치하는 강제처분이다.⁴⁾

1995. 12. 29 형사소송법 개정 이전의 임의동행과 보호실유치 등 탈법적인 수사관행을 근절하고 대신 적법한 피의자 신병확보를 위한 방법으로 종래의 일원화된 구속제도를 체포(형사소송법 200조의 2 제200조의 3)와 구속(동법 제201조)으로 이원화하였다.

2008. 1. 1부터 시행된 개정 형사소송법에서도 인신구속과 관련한 내용 중 구속사유를 심사할 때 범죄의 중대성과 재범의 위험성 등을 고려하도록 하고(동법 제70조 제2항), 구인 후 유치제도를 신설하고(동법 제71조의 2), 긴급체포 후 지체없이 구속영장을 청구하도록 하였으며(동법 제200조의 4 제1항), 긴급체포 후 피의자를 석방한 경우에는 석방사유 등을 법원에 통지하도록 하고(동법 제200조의 4 제4항), 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하도록 하고(동법 제200조의 4 제6항), 또한 체포·구속적부심사의 대상을 모든 유형의 체포·구속된 자로 확대하고(동법 제214조의 2), 긴급체포시의 압수·수색에 사후 압수·수색영장을 발부 받도록 하였다(동법 제217조). 이러한 신설된 제도를 형사소송법의 기본원칙의 신장으로 인하여 요청되는 인신구속의 적정성과 예측가능성을 확보하기 위한 것이라 할 수 있다.

형사소송법상 체포제도의 가지는 의의를 보면

첫째, 수사의 초기에 피의자 조사를 위해서 간편하게 인치하는데 필요한 제

4) 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008, 231면.

도라는 것이다. 체포제도 도입 전 형사소송법에서는 피의자 신병을 확보할 수 있는 제도로는 임의동행과 강제처분인 구속(1995년 개정 전 형사소송법 제201조), 긴급구속(1995년 개정 전 형사소송법 제206조), 현행법 체포(형사소송법 제212조)가 있었다.

구 형사소송법 제201조의 구속의 사유는 엄격히 규정되어 수사를 위한 제도라기보다는 피의자에 대한 조사를 전제로 한 수사 종료 후에 행하여지는 강제 처분적 성격이 강했다. 따라서 피의자에 대한 조사 없이는 구속영장을 발부 받기도 어려운 실정이었다. 한편 긴급구속은 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도주 또는 증거인멸의 우려가 있고 긴급을 요하여 지방법원 판사의 영장을 발부 받을 수 없는 때에 한하여 인정되는 등 그 요건이 지나치게 엄격하고 절차가 복잡하여 현실적으로 활용되지 못하였기 때문에 수사기관은 임의동행 및 보호실유치 등 탈법적인 수사관행을 계속하였고, 이에 대한 사법적 통제도 어렵다는 점에서 구속영장 발부 전에 피의자 조사를 위한 신병확보제도가 요구되었던 것이다.

둘째, 신체구속의 이유를 중복 심사하여 필요치 아니한 구속을 미리 막고 구속기간을 단축하는 것이 피의자 인권보장에 적합하다는 것이다.⁵⁾ 피의자 조사에 있어서 첫 단계로서 체포에 의한 단기구속을 선행시키고 수사를 진행하여 범죄혐의나 체포에 의한 단기구속을 선행시키고 수사를 진행하여 범죄혐의나 신체구속의 필요성이 상당한 정도 인정될 때 다시 법관의 판단을 거쳐 구금하는 것은 피의자 인권보장에 기여하는 것이다.

즉 체포의 이유를 구속사유보다 완화함으로써 피의자에 대한 간편한 인치를 가능하게 하였다. 또한 수사기관은 비교적 간단한 절차에 의하여 단기간 신병을 확보하였다가 구속여부를 결정하게 되므로 경직된 구속수사의 관행을 탈피하여 탄력성 있는 강제수사의 관행을 정착시킬 수 있는 것이다.⁶⁾

5) 장규원, 체포제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1998, 112면.

6) 장규원, 앞의 논문, 112~113면.

II. 체포와 구속의 관계

1. 체포와 구속의 상호관계

종래에는 체포와 구속이 특정인의 신체의 자유를 억제하는 강제처분이라는 점에서 구별 없이 동일한 내용으로 혼용되어 왔으나, 양자는 우선 기간에서부터 차이가 있다. 체포는 단기간의 신체구금을 말하며, 구속은 비교적 장기간의 신체구금을 가리킨다.⁷⁾ 요건에 있어서도 체포는 구속의 경우보다 완화된 요건 하에서 피의자의 신병을 적법절차에 따라 확보할 수 있도록 하는 인신구속 장치이다.

즉 체포는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있으며 (단, 다액 50만 원 이하의 벌금 등 경죄에 대하여는 일정한 주거가 없거나 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에 한함), 명백히 체포의 필요가 없지 않을 것을 요구한다.

반면에 구속은 공판절차의 실행이나 증거의 보전을 위하여 개인의 기본권을 중대하게 제한하기 때문에 엄격한 요건을 규정하고 있으면(형사소송법 제201조 제70조), 즉 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 염려가 있거나, 도망 또는 도망이 염려가 있을 것을 요구한다. 법관이 이 요건에 따라 발부하는 구속영장에 의해서만 할 수 있도록 하고 있다. 그리고 체포는 영장에 의한 체포와 긴급체포 및 현행범인 체포에 의하여 가능하나 구속은 반드시 구속영장을 요구한다. 영장발부와 관련하여 체포영장 발부는 피의자에 대한 심문 없이 서류심사 만에 의하나 구속영장의 발부는 법관은 반드시 피의자를 심문하여야 한다.

현행 형사소송법은 체포제도의 요건과 절차를 역시 구속과 다르게 규정하고 있는 바, 양자는 본질적으로 다른 제도인가 아니면 체포는 단순히 그 뒤의 절차인 구속의 선행절차로서 그 일부에 불과한 것인가를 살펴보면 체포제도의 도입 전 형사소송법은 헌법이 체포와 구속을 병렬적으로 규정하여 양자가

7) 손동권, 앞의 책. 231면.

서로 다를 수 있음을 예정하고 있었음에도 이를 구별하지 아니하고 구속영장이 발부되기 이전의 수사기관에 의한 수사목적의 신병확보에 대하여도 구속이라고 하고 있었다.

그러나 체포, 인치, 구금은 모두 관념을 나타내는 용어이므로 법률로서 그 내용을 명백히 하지 않은 이상 문리적인 뜻만으로는 확정되기 어려운 성격을 띠고 있다고 할 수 있음은 물론이다. 체포와 구속을 굳이 구별하지 아니하고 양자를 동일하게 취급하는 것이 전적으로 불가능하지 않을 것이나, 위와 같이 그 문리적 개념이 서로 다르고 그 목적과 주체를 달리할 필요가 있는 이상 그 요건과 절차도 달리함이 상당하다는 점에서 양자를 구별하는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 체포는 상당한 범죄행위가 있고 일정한 체포사유가 존재할 경우 일정한 시간동안 구속에 선행하여 피의자에게 인신의 자유를 빼앗는 수사처분을 말한다.

즉 초기 수사단계에서 단기간에 걸친 피의자의 간편한 신병확보를 가능하게 하는 제도이고, 구속은 체포 후에 계속되거나 단독으로 행해지는 비교적 장기간에 걸쳐 피의자나 피고인을 구금하는 제도로서 피의자 구속과 피고인 구속이 있다.⁸⁾ 피의자 구속은 수사절차에서 수사기관이 법관의 영장을 발부받아 하는 구속이고, 피고인의 구속은 공소제기 후 법원이 피고인을 구속하는 경우이다. 구속은 구금과 구인을 포괄하는 개념이다(형사소송법 제69조). 그러나 양자 모두 신병확보를 위한 구금이고, 피의자의 구속 후에도 피의자에 대한 수사가 가능하다는 점에서 체포와 구속이 본질적 차이를 갖는다고 보기는 어렵다.

2. 체포·구속과 관련된 개념

우선 체포의 개념에는 검거와 함께 인치를 포함하고 있다. 검거의 개념을 대법원은 “수사기관이 범죄에 예방, 공안유지 또는 범죄수사상 혐의로 지목된 자를 사실상 일시 억류하는 것으로서 반드시 형사소송법상의 현행범인 체포, 구속 등의 강제처분만을 의미하지 아니하고 그보다는 넓은 개념으로 보아

8) 이재상, 앞의 책, 215면.

야 한다”고 판시⁹⁾하고 있어, 검거 개념을 특정해 보면 ‘피의자 등을 수사기관 등이 잡는 행위’ 또는 ‘사실상 피의자를 수사기관 등이 일시적으로 지배하여 두는 행위’ 라고 할 수 있다.

인치란 체포의 개념에서 검거라는 행위 이후의 개념으로 수사기관 등이 검거한 자를 일정한 장소에 데려가는 행위를 말한다. 이는 또는 같은 의미로 ‘연행’ 이라는 용어와 혼용¹⁰⁾하고 있다. 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 하며, 그 전이라도 피고인을 구금할 필요가 없으면 석방하여야 한다(형사소송법 제71조). 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하여야 하고 검사는 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다(동법 제200조, 제203조)고 규정하고 있다.

구금과 유치란 체포의 개념에서 인치행위 이후의 개념으로 피의자 또는 피고인을 교도소 또는 유치장 등에 억류하는 강제처분이다. 구금은 피의자 또는 피고인의 도주나 증거인멸을 방지하기 위하여 행하며, 이를 집행하기 위해서는 구속영장을 발부 받아야 한다(동법 제73조)는 규정이 있고, 법원은 피고인의 정신 또한 신체에 관한 감정이 필요한 때에는 기간을 정하여 병원 기타 적당한 장소에 피고인을 유치하게 할 수 있고 이 때 유치는 구속에 관한 규정이 준용된다(동법 제172조 제3항, 제7항). 구금은 유죄가 확정되어 집행하는 규류와 구별되며 이런 의미에서 미결구금이라고도 한다.¹¹⁾

구인은 피고인 또는 피의자를 법원 기타의 장소에 인치하는 강제처분을 말한다.¹²⁾ 피의자의 경우 법원은 구속 전 피의자심문을 위하여 체포되지 아니한 피의자를 구인할 수 있다(동법 제201조의 2 제3항)는 규정과 구인한 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 한다(동법 제71조)는 규정이 있다.

9) 대판 2000, 8, 22, 선고 2000다 3675.

10) 대판 2000, 9, 2, 선고 2005도 6461에서 피고인을 현행범인으로 체포하여 “순찰차에 태워져 경찰서로 인치되는 것을” 이라고 표현하기도 하고, 같은 의미로 대판 2006, 2, 10, 선고 2005도 7158에서는 상해를 가하였다는 혐의사실로 현행범인으로 체포되어 연행되어 가던 중이라고 혼용하여 표현하고 있다.

11) 배종대/이상돈 형사소송법, 홍문사, 2006, 236면.

12) 손동권, 앞의 책, 230면.

III. 체포와 임의동행의 관계

임의동행이란 상대방의 동의를 얻어 그 자와 함께 경찰관서 등에 동행하는 것을 말한다.¹³⁾ 임의동행을 체포와 관련하여 볼 때 임의동행이 전적으로 상대방의 자유의사에 기하여 이루어진 경우라면 별문제가 없을 것이나 임의동행이라는 이름하에 실질적으로 체포에 해당하는 강제가 가하여지는 경우가 있고,¹⁴⁾ 체포제도가 탈법적인 임의동행을 방지하고자 도입되었음에도 실무상 아직도 임의동행이 활용되고 있기 때문에 이에 대한 검토의 필요성이 있게 된다.

1. 임의동행의 유형

(1) 경찰관직무집행법상의 임의동행

임의동행을 두 가지 유형으로 나누는 견해¹⁵⁾에 의하면, 그 하나는 경찰관직무집행법상의 임의동행이고 다른 하나는 형사소송법상의 임의동행이다. 경찰관직무집행법상 임의동행은 경찰관직무집행법 제3조¹⁶⁾에 근거를 두고 있다. 여기에서 직무질문은 원칙적으로 범죄의 예방, 진압 및 공공의 안녕과 질서를 유지하는 행정경찰작용이고 임의동행은 이것을 충실히 수행하기 위한 보조수단으로 파악할 수 있다.

현행 경찰관직무집행법 제3조에 경찰관이 수상한 거동¹⁷⁾ 기타 주위의 사정¹⁸⁾

13) 손동권, 앞의 책, 246면.

14) 심희기, “임의동행의 임의성 판단기준”, 형사소송법판례 70선, 2002, 45면.

15) 강동욱, 불심검문, 고시원 1994, 196면.

16) 경찰관직무집행법 제3조 ①경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떤 한 죄를 범하였거나 범하려하고 있다고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다. ②그 장소에서 제1항의 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문을 위하여 부근의 경찰관서에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다.

17) 구체적으로 자연스럽지 못하거나 정상이 아닌 언어, 동작, 태도, 복장 또는 소지품 등에 의해 어떤 범죄와 관련이 있다고 생각되는 상태를 말한다. 이것은 주위의 사정과 안전히 분리해서 판단할 수는 없지만 당시의 거동이 외관을 기초로 판단해야 한다. 예를 들면 경찰관의 모습을 보고 당황하여 옆길로 숨는다든지, 혈혼이 묻어 있는 옷을 입고 있다든지 하는 경우를 들 수 있다(유인창, “불심검문에 대한 소고”, 한국경찰학회보, 2000, 15면).

18) 거동 이외의 사정 즉 시간적 또는 장소적으로 본 주변상황으로부터 판단해서 어떤 범죄에

을 합리적으로 판단하여 ①어떠한 죄를 범하려하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유 있는 자와 ②행하여지려고 하는 범죄에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자에 대하여 행하는 불심검문은 범죄가 범하여졌음을 인정되는 이전의 예방경찰활동에 속하고, 이에 기초하여 행해지는 임의동행 또한 질서행정작용에 해당하는 것이다. 이러한 경찰관직무집행법상의 임의동행은

- ① 그 성질이 수사처분이 아니고 경찰행정작용이라는 점,
- ② 그 법적 근거가 경찰관직무집행법으로서 행정경찰관에게 임의동행이 허용된다는 점,
- ③ 대상자가 수사개시 이전 및 범죄 발견 이전의 거동수상자라는 점,

④ 그 목적이 피의자신문이 아니고 직무질문이라는 점에서 형사소송법상의 임의동행과 다르다고 할 수 있다. 그러나 경찰관직무집행법상의 임의동행이라 하여도 직무질문이나 소지품검사에 의해 거동이 수상한 자를 발견하여 범죄의 혐의 여부를 가릴 필요가 있는 때에는 신원확인 및 수사가 개시되어 사법작용으로 전환된다.¹⁹⁾ 그런 의미에서 경찰관직무집행법상 임의동행은 수사단서로서의 의미를 지니고 있는 것이다.

또한 임의수사에 의한 임의동행에 대하여는 범적인 절차규정이 없기 때문에 실무상으로 경찰관직무집행법상 임의동행의 요건과 절차의 법리에 따르는 경우가 많고 임의동행의 행태가 혼재되어 구분하기도 쉽지 않다.

(2) 형사소송법상의 임의동행

형사소송법 제199조 제1항²⁰⁾에 의한 임의동행을 형사소송법상의 임의동행이라 한다.

형사소송법상 임의동행의 대표적인 예가 수사기관이 피의자의 동의를 근거로 이들과 함께 수사관서로 가는 형태이다.²¹⁾ 형사소송법 제200조에서는 “검

관계가 있다고 생각되는 사정을 말한다. 그러므로 기본적으로는 수상한 거동이 확인된 시간에 한하여 거의 눈으로 확인될 수 있는 범위 내에 있고 객관적으로도 명백하게 드러난 사정을 말한다. 예를 심야라든가, 자아소가 비상구역내인 경우를 들 수 있다(유인창, 앞의 논문, 16면).

19) 손동권, 앞의 책, 211면.

20) 형사소송법 제199조 제1항에서 수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도 범위 안에서 만 하여야 한다고 규정하고 있다.

사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다”고 규정하고 있는 바, 피의자의 출석을 요구하는 방법에는 제한을 두고 있지 않다. 원칙적으로 출석요구서 송달에 의하여야 하나(사법경찰관리집무규칙 제16조), 구술, 인편, 전화 등의 방법은 물론이고 임의동행의 방법으로 가능하다. 수사 초기단계에 있어서 피의사건의 진상파악을 위해서나 영장청구의 소명자료(형사소송법 제201조 제2항) 또는 유죄의 증거로 활용하기 위해서도 신문이 필요한 바, 피의자가 출석요구서를 송달 받고도 정당한 이유 없이 출석하지 않거나 도망할 염려도 있을 수 있다.

이러한 경우에 피의자의 명예를 보호하고 가족의 심리적 쇼크를 막아주는 이점이 있고 수사의 편의를 위해서도 활용되고 있다. 그러나 형사소송법상 임의동행은 용의자, 피내사자나 참고인조사를 활용될 수 있다할 것이나 범죄혐의가 객관적으로 표시되는 때가 아닌 한 불심점을 최소화하기 위한 임의동행은 경찰관직무집행법상 임의동행으로 볼 것이다.

이와 같이 임의동행의 형태가 현실적으로 다양하면서 중복되는 경우가 많고 동시에 경찰관 자신이 스스로 행위에 대한 인식에 있어서 임의동행과 체포가 불명확한 경우가 많으므로 피동행자 입장에서는 실제적으로는 체포와 다름없는 처분이 될 수 있다. 이것은 경찰관직무집행법상의 임의동행과 형사소송법상의 임의동행의 주체에 차이가 거의 없고, 불심검문과 수사의 한계가 명확하지 않는 점²²⁾ 등에 기인하기 때문에 임의동행에 본질적으로 내재하는 인권침해적 요소를 불식시키기 위해서도 체포나 구속에 준하는 사법절차상의 보장이 요구된다.²³⁾

21) 손동권, 앞의 책, 209면.

22) 주민등록법에서는 주민등록증을 발급 받은 자는 상시 주민등록증을 소지하도록 하면서(주민등록법 제17조의 8 제6항). 간첩의 색출, 범인의 체포 등의 업무를 수행하는 사법경찰관에게 주민등록증 제시 요구권을 규정하고 있고, 아울러 자신의 신원을 증명하지 못하거나 거주관계가 확인되지 못할 때 범죄혐의가 있는 자에 한하여 인근관서에서 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다(동법 제17조의 10 제2항). 이와 같이 범죄혐의를 발견하기 전의 정지, 질문까지의 과정은 경찰관직무집행법에 토대를 둔 불심검문이라고 볼 것이나, 주민등록증을 제시하지 못하는 등 신원을 증명 못하는 경우, 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 수사기관의 경험법칙으로 미루어 볼 때 간첩이나 기타 범죄의 혐의가 있는 때는 수사를 개시할 수 있고, 이때는 수사처분으로서의 성격을 지닌다고 할 것이다.

23) 강동욱, 앞의 책, 201면.

2. 임의동행의 적법성 여부

형사소송법상의 임의동행은 강제수사의 일종으로 보아 법적근거가 없는 한 허용되지 않는다고 보는 견해²⁴⁾가 있으나 주로 피의자 신문을 위한 보조수단으로서 피의자의 동의내지 승낙을 얻어서 하는 수사방법이기 때문에 임의수사로 보아야 한다. 또 임의동행시 임의수사의 한계를 초과하는 때에는 강제수사로서 법관의 영장이 요구된다고 보아야 할 것이다. 즉 임의동행이 형사소송법 제199조 제1항에 의하여 적법하기 위해서는 피의자의 자유로운 동의 또는 승낙을 얻었고 전혀 물리적 또는 심리적 강제력을 행하지 않아야 한다. 이러한 피의자 연행은 동법 제199조 제1항 본문에 의하여 적법화될 수 없다.²⁵⁾

임의동행 후 조사를 마치고 귀가시키지 않은 채 영장 없이 경찰관서에 계속 대기시키는 경우 불법감금에 해당된다고 한다. 따라서 형사소송법에 의한 임의동행이라도 법적근거에 의한 임의수사의 요건에 반하고 임의성을 벗어난 경우에는 형법상 불법체포, 불법감금죄(형법 제124조)에 해당한다. 한편, 경찰관직무집행법상 임의동행은 법적근거가 있으므로 임의동행 그 자체의 적법성은 문제되지 않는다. 다만 적법절차에 따르는가는 별 문제이다. 즉 경찰관직무집행법상 임의동행 요건을 충족하지 못한 채 용의자나 거동수상자를 동행하게 될 경우, 경찰관직무집행법상 위법한 직무집행으로 보아 경찰관직무집행법 제12조를 적용할 것인가 아니면 형사소송법상 영장주의 위반한 것으로 볼 것인가 하는 문제를 생각해 볼 수 있다. 단순한 절차위반에 대해서는 경찰관직무집행법 제12조의 벌칙을 적용하여야 타당하겠지만, 인신구속에 관한 요건 즉, 6시간을 초과해서 대기시킨다든지 본인의 의사에 반해서 연행한다든지 하는 것과 같은 사례에 있어서는 헌법상 인신의 자유에 관한 기본권 보호규정인 제12조 제3항의 취지에 따라 형사소송법적으로 평가해야 할 것이다. 따라서 거동수상자, 용의자라 할지라도 본인의 의사에 반해서 연행되거나 경찰관서에 장시간 대기시키면 불법체포, 감금의 죄가 성립한다고 본다.

24) 신동운, 형사소송법, 법문사, 2007, 110면.

25) 손동권, “법원에 의한 수사통제의 최근경향”, 치안논총 10집, 치안연구소, 1993, 153면 이하.

3. 체포와 임의동행의 한계

체포와 임의동행의 한계는 명확하지 않으므로 구체적 사안에 따라 판단하여야 한다. 대법원은 임의동행에서의 임의성은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법과 동행거부 의사, 유무, 동행이후의 조사 방법과 퇴거의사의 유무 등을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 판단해야한다고 하며,²⁶⁾ 최근에는 구체적 기준으로 동행을 요구받은 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포나 유사한 상태에 놓이게 되었는가 여부에 있다고 한다.²⁷⁾ 즉 사법경찰관이 상대방을 동행할당시에 비록 물리력을 행사한 바가 없고, 상대방이 명시적으로 거부 의사를 표명한 적이 없다하더라도, 범행사실을 부인하였고 경찰관이 동행을 요구할 당시 상대방에게 그 요구를 거부할 수 있다는 것을 말해주지 않았고, 경찰서에서도 경찰관이 따라와 감시한 점 등으로 적법요건이 갖추어지지 아니한 채 동행요구를 거절할 수 없는 심리적 압박 아래에서 행하였기 때문에 불법체포라고 하였다.

따라서 임의동행과 체포의 구별은 구체적으로는 동행시의 제반정황 즉 동행요구 시간, 장소 동행요구시 또는 동행 중 수사관의 수나 동행,²⁸⁾ 동행에

26) 대판 1993, 11, 23, 선고 93다35155.

27) 형사소송법 제199조 제1항은 “수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.”, 고 규정하여 임의수사의 원칙을 명시하고 있는 바, 수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 동행하는 것은, 수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 동행하는 것은 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 됨에도 영장에 의하지 아니하고 그 밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법도 없어서 제도적으로는 이유로 상대방에게 헌법 및 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오르지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에서의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다.

형사소송법 제200조에 의하여 검사 또는 사법경찰관이 피의자에 대하여 임의적 출석을 요구할 수는 있겠으나, 그 경우에도 수사관이 단순히 출석을 요구함에 그치지 않고 일정장소의 동행을 요구하여 실행한다면 위에서 본 법리가 적용되어야 하고, 한편 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 경찰관직무집행법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우에는 역시 위에서 본 법리가 적용되어야 한다. 사법경찰관이 피고인을 수사관서까지 동행한 것이 사실상의 강제연행, 즉 불법체포에 해당하고, 불법 체포부터 6시간 이상이 경과한 후에 이루어진 긴급체포 또한 위법하므로 피고인이 불법 체포된 자로서 형법 제45조 제1항에 정한 ‘법률에 의하여 체포 또는 구금된 자’가 아니어서 도주죄의 주체가 될 수 없다(대판 2006, 7, 6, 선고 2005도6810).

28) 동행수사관의 수를 비롯하여 혐의내용의 고지여부, 경찰관이 주위를 포위하고 동행하였는지

유형력의 행사와 정도, 동행시 체포영장이 발부되어 있었는지 여부, 동행 후 조사시간 및 장소, 조사시 감사상황 기타 처우상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 체포는 상대방의 신체의 자유를 구속하는 것을 말하며 실질적으로 피의자의 신체의 자유를 구속하는 것인 한 그 방법여하를 묻지 않는 것이기 때문에, 설령 표면상으로는 임의동행이라는 형식을 취하고 있어도 실질적으로 체포와 동일시 할 수 있는 정도의 강제가 상대방에게 가하여진 경우에는 임의동행이 아니고 체포라고 평가하여야 한다.

제2절 체포제도의 기능과 도입배경

I. 체포제도의 기능

체포는 신체의 자유를 제한하면서까지 형사사법의 실현을 위해 필수 불가결하다는 전제에서 체포제도²⁹⁾가 가지는 주요기능을 다음과 같이 요약할 수 있다.³⁰⁾

첫째로는, 형사소송법에 체포제도의 도입은 헌법상 규정된 제도를 구체화한 것이라는 점이다. 헌법 제12조 제3항에서 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다’고 규정하고 있다. 체포제도 도입 전 구 형사소송법에서는 구인·구금 등 구속에 대하여만 엄격한 영장주의를 규정하고 피의자의 신체를 단기간 일정한 장소에 인치하여 유치하는 체포에 관하여는 현행범 체포만을 인정할 뿐 아무런 규정이 없었으나 1995년 형사소송법 개정시에 체포제도를 채택함으로써 헌법이 구속 외에 체포에 대하여도 영장주의를 적용할 것을 규정하고 있는 헌법정신을 구체화하였다.

둘째로는, 체포를 통하여 수사과정, 특히 초동수사단계에서 출석요구 등에 불응하거나 긴급체포 또는 현행범 체포의 요건에 해당하지 않는 피의자가 도

등의 여부도 아울러 고려되어야 할 것이다.

29) 여기서의 체포제도는 1995년 형사소송법상 체포영장제도가 도입된 이후 체포에 관한 전반적 제도에 관한 것을 포괄하는 개념이다.

30) 장규원, 앞의 논문, 113면.

망할 경우 이에 대하여 적법하게 신병을 확보함으로써 수사가 가능하게 되었다. 따라서 체포제도는 실체적 진실을 발견하여 형벌법령의 적정하고 신속한 적용을 기함으로써 동시에 개인의 기본권을 확고히 보장할 수 있으며, 국가형벌권의 효율적인 실현을 꾀하는 기능을 가지고 있다.

셋째로는, 그 동안 수사기관에서 관행적 내지 편법으로 운영해 온 수사관행상 인권침해의 가능성을 해소할 수 있다는 것이다. 그동안 수사기관에서는 구속사유가 너무 엄격하여 피의자를 데려가서 조사하는 방법이 없었기 때문에 관행적으로 임의동행 등의 편법적으로 피의자를 조사함으로써 인권침해의 가능성이 제기되었다.³¹⁾

임의동행이란 수사기관이 범죄용의자나 피의자의 동의를 근거로 이들과 함께 수사관서로 가는 수사방법을 말하는데 과거 수사관행에 있어서 피의자에 대하여 출석요구에 기한 임의출석 내지 임의동행은 구속수사의 전단계로서 중요한 기능을 가지고 있었다. 또한 체포제도는 구속 전 피의자심문제도 운영의 전제로서의 기능을 가지고 있다는 점이다. 구속 전 피의자심문제도는 체포제도와 함께 신설된 제도로서 판사가 구속영장의 청구를 받고 구속사유를 판단하기 위하여 해당 피의자를 직접 심문하는 제도로, 판사가 구속영장이 청구된 피의자를 심문하기 위해서는 해당 피의자를 법원에 인치할 것을 전제로 한다. 그러나 종래에는 현행범으로 체포되거나 긴급구속된 피의자 이외의 피의자에 대하여는 수사기관이 피의자를 법원에 인치할 근거가 없었으나, 체포제도의 도입으로 간편한 절차에 의하여 수사기관이 피의자의 신병을 확보할 수 있게 되었고, 이에 따라 체포제도는 영장실질심사제도의 원활한 운영을 꾀할 수 있는 기능을 담당하게 되었다.

II. 체포제도의 도입 배경

우리 형사소송법 1995년의 제8차 개정에서 임의동행과 보호유치 등 탈법적 수사관행을 근절하고 수사과정에서의 적법절차의 담보하기 위하여 헌법에

31) 그 동안의 수사관행을 보면 긴급구속, 현행범체포에 대하여 수사당사자가 요건불비, 구속의 필요성이 인정되지 아니하여 석방하게 되었을 때에 인권침해라는 비난을 면하기 어려운 점에 있어서 쉽게 활용할 수 없었다(검찰21세기확단, 구속제도 정비 방안연구, 대검찰청, 1995, 14면).

규정된 체포제도를 도입하였으나 일본 등의 입법례와 달리 체포전치주의를 채택하지 않고 체포·구속 병열주의를 채택하고 있다.³²⁾ 이처럼 형사소송법이 사전 절차 없이 바로 피의자에게 구속영장을 청구할 수 있도록 한 것은 주로 수사기관의 편의를 도모하기 위한 것으로 보인다.

그러나 미체포 피의자에 대하여 바로 구속영장을 청구하는 제도는 체포영장제도자체를 당초의 입법취지와는 달리 유명무실하게 하며 제도의 조기정착에도 큰 장애가 되고 있으며, 나아가 체포되지 아니한 피의자는 수사기관의 협조적이기 때문에 구속사유인 ‘도망 또는 증거인멸의 위험’이 없고 단기간의 구금인 체포도 이루어지지 않은 상태에서 곧바로 장기간의 구금인 구속여부를 결정하는 것은 바람직하다고 할 수 없다.

다만 우리의 수사현실을 고려할 때 체포제도가 도입된 이후에도 임의동행을 가장한 탈법적 수사관행이 여전히 근절되지 않고 있으며, 이것을 제도적으로 법관의 사법적 통제 하에 둘 필요성이 절실하다 하겠다. 또한 체포제도는 구속의 경우와는 달리 피의자에게 미치는 낙인효과 등의 부담은 약화되어 지는 한편 단기간의 신병확보 이후에 다시 구속여부를 결정하게 되므로 경직화된 구속수사의 관행을 탈피하여 탄력성 있는 강제수사관행을 정착시킬 수 있음을 감안할 때, 체포를 거쳐 구속의 필요성 여부에 대하여 다시 심사하게 하는 기능을 법관에게 부여하는 제도적 장치가 보다 합리적인 형사절차라고 하겠다.³³⁾

32) 우리의 형사소송법은 체포전치주의를 적극적으로 도입하지 않았지만 입법제안 자는 구속 이전에 체포의 전치절차를 거치는 것이 바람직하며 이것의 활용을 적극 기대하고 있는 듯하다(대검찰청, 앞의 책, 698면 이하 참조).

33) 하태인, 체포·구속제도에 관한 문제점과 개선방안, 부산대학교 법학과 석사학위논문, 2008, 2, 81~84면.

제3장 체포제도에 관한 외국의 입법례

체포는 형사절차를 진행하기 위해서 피의자를 형사절차 전면에서 등장시키는 역할을 한다. 피의자가 형사절차상의 임의수사에 자발적 협조를 한다면 굳이 체포해야 할 필요성은 없을 것이다. 그러나 피의자가 임의수사에 있어서 협조를 거부한다면 형사절차의 효율적 진행을 위해 강제적으로 피의자의 신병을 확보할 수밖에 없다. 다만 체포의 필요성과 달리 각국의 체포제도는 정치현실, 사회, 문화의식 등의 차이에 따라 다양하게 전개될 수 있다.

이하에서는 여러 나라의 각기 다른 체포제도를 살펴봄으로써 우리나라 체포 제도의 문제점에 대한 개선방안을 제시하는 데 참고자료로 사용하고자 한다. 이 장에서는 영미법계를 대표한 미국과 대륙법계를 계수한 독일 순으로 개괄적으로 살펴본 후 우리나라 형사소송법이 일본의 형사소송법을 모델로 하여 입법되었기 때문에 일본의 체포제도를 집중적으로 살펴보면서, 마지막으로 비교법적으로 검토한다.

제1절 미 국

대인적 강제처분으로서 미국 체포제도가 우리나라의 인신구속제도와 비교했을 때 가장 큰 차이점은 체포와 구속의 구별이 없다는 점이다. 그리고 미국 수정헌법 제4조 및 연방 형사소송규칙 제4조에서는 인신구속제도로써 체포와 구속의 구별 없이 체포³⁴⁾ 하나로 규정한다.

미국 신체구속제도를 논함에 있어서 체포(arrest)의 의미는 우리나라의 체포와 다르다.³⁵⁾ 우리나라는 체포나 구속이 형사소송법상 수사 편에 규정되어 있

34) 체포는 범죄 소추 또는 수사의 목적으로 개인을 그의 의사에 반하여 구금하는 것으로 정의된다.

35) 신경식, 미국 인신구속절차상 적정한 소추권 형사와 인권보호의 조화, 저스티스 32권 제1호 (한국법학원, 1999), 79면 : 미국형사절차상 'Arrest'란 형사소추 또는 조사의 목적으로 사람의 의사에 반하여 그 신체를 구금하는 것이다. (Rolando v. del Carmen, wadsworth Thomson Learning, 2000, P.139); 미국에서는 Arrest가 피의자 신병을 확보하기 위해 구금하는 유일한 절차인 관계에서 체포제도와 구속제가 병존하고 있다. 그러나 우리나라 형사소송법의 체제는 Arrest가 우리의 체포와 구속 가운데 어느 제도와 가장 유사한 제도라고 할

는바 수사를 위한 신병확보의 목적이 주된 것이라 할 수 있으나, 미국의 경우 수사목적보다는 공판절차상 피고인의 신병을 확보하는 것이 주된 목적이다. 미국에서 인신구속제도는 범죄의 종류와 관할에 따라 또는 주(州)에 따라 다소 다르게 나타난다.

미국에서도 영장에 의한 체포가 원칙이다. 그러나 사실상 체포의 95%이상 영장없이 체포가 이루어지고 있는바, 사전 체포영장을 청구하는 것이 오히려 예외적이다. 영장발부가 법적으로 필요하거나 영장 없는 체포보다 유리하여 영장발부가 필요한 상황으로 볼 수 있는 경우는 ① 범죄자가 다른 주에 있거나, ② 범인이 발견되지 않아 그의 이름을 주 또는 지방법원집행기관의 전산망에 입력시켜 체포될 수 있도록 하는 경우 등이다. 영장에 의한 체포의 경우 연방과 모든 주에서 체포영장(warrant for arrest)은 혐의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 치안판사(magistrate)가 발부하는데, 이는 지체없이 판사 앞으로 인치하는 직무를 명하는 명령장이다.³⁶⁾

체포·신체구속제도를 규율하는 법규는 연방헌법, 주 헌법, 주 법규, 주 법원 예규(state court rules), 주법원에 의하여 채택된 보통법(common law)상 결정 또는 판결 등이 있다. 우선 헌법상으로, 수정헌법 제4조³⁷⁾는 불합리한 수색과 압수로부터 사생활의 비밀을 침해받지 않을 권리를 천명하고 있고, 더 나아가 수색과 압수를 위한 영장(warrant)은 상당한 이유(probable cause)에 근거하여 발부되어야 함을 규정하고 있다. 그러므로 어떤 요건 하에서 체포가 수정헌법 제4조에 따라 정당성을 획득할 수 있는가가 문제되지 않을 수 없다. 그렇지만 체포의 일차적 목적이 피의자를 법관의 면전(面前)에 출두시킴으로서 형사절차의 원만한 진행을 담보하기 위한 것이기 때문에 피체포자의 구속

것인가 대해서 논의가 있을 수 있다. 미국 Arrest은 우리 체포제도와 마찬가지로 비교적 단기간의 구금을 내용으로 한다는 점. 실무운영과정에서 구속에 앞서 체포 단계를 거치는 경우 많아졌다는 점을 고려할 때 구속보다는 체포에 유사한 특성을 띠고 있다고 보인다.; 장용석, 미국 형사소송제도 및 운영상의 특징 -체포·구속제도를 중심으로-, 각국의 구속제도에 관한 연구 (법무연수원, 1996), 7면.

36) 이 점에서 허가장인 일본의 체포장과 성질이 다르다.; 법원행정처, 새로운 인신구속제도 연구, 1996, 406면.

37) 미국 수정헌법 제4조에서 말하는 seizure는 인신구속(seizure of the person)과 물건의 압수(seizure of the things)를 포함하는 개념이며 체포 (aresst)는 인신구속(seizure of the person)의 가장 전형적인 예가 된다(각국의 구속제도. 한국 형사정책연구원. 1991). 21면. 김경애, “형사소송법상 인신구속제의 문제점과 개선방안”, 이화여자대학교 대학원 법학과, 2006, 7, 27면.

이 공판에의 출석이 보장되는 한 불필요한 침해가 될 수 있다. 미국에서 피의자 및 피고인에게 광범위한 보석이 인정되는 것도 바로 이 이유에서이다.³⁸⁾

한편 미국 법은 체포·구속제도에 있어서 다음과 같은 몇 가지 특징을 가지고 있다. 첫째, 영장 없는 체포를 허용한다는 점이다. 현대 문명국가에서는 모두 영장제도를 채택하고 있다. 미국은 Common Law(보통법)상 영장 없는 체포가 인정되어 왔고 판례법도 이를 확인했다는 점이다. 둘째, 미국 형사절차에 있어서는 경죄(輕罪, Misdemeanor)와 중죄(重罪, Felony)가 구분되고 그에 따라 형사절차가 다르게 규율되어 있다. 중죄에 대하여는 보다 엄격한 절차를 요구하고 경죄에 대하여는 비교적 간소한 절차에 의하여 다루어지고 있다. 경죄는 형기 1년 이하의 징역형에 처할 수 있는 범죄를 말하며, 중죄는 1년을 초과하는 징역형에 처할 수 있는 범죄를 일컫는다.³⁹⁾

그리고 미국의 체포제도의 특징은 우리나라와는 달리 체포와 구속을 이원화하여 규정하지 않고, 오로지 체포라는 하나의 제도만을 운영하고 있으며, 영장 또한 사법경찰관이 직접 판사에게 청구하는 제도를 취하고 있다.⁴⁰⁾ 즉 수사기관에 대한 광범위한 체포권을 인정하여 범죄에 효율적 대처를 가능하게 하여 사회공공질서를 유지하게하고, 또 다른 측면에서는 수사절차와 인권보호를 위하여 체포된 피의자를 판사에게 데려가 계속 구금 또는 석방을 하도록 하여 견제와 균형을 이루는 장치를 마련해 두고 있다.⁴¹⁾

I. 체포의 유형

1. 영장에 의한 체포

미국 연방 수정헌법 제4조는 ‘상당한 이유(probable cause)’에 의하지 않고

38) 미국에서 예비심문(Preliminary Hearing)단계에 이르기까지, 중죄의 경우 피체포자의 약 30% 만이, 그리고 경죄의 경우 약 10%만이 구금되어 있다는 점이 이를 반영한다.(각국의 구속제도, 한국 형사정책연구원, 1999). 21면.

39) 김경애, 형사소송법상 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 이화여자대학교 대학원 석사학위논문, 2006, 8, 28면.

40) Phillip E. Johnson, Criminal Procedure. 2nd, west publishing, 1994, 228면.

41) 오경식, 앞의 논문, 953면.

서는 압수·수색 또는 체포 장이 발부되지 아니한다고 규정하고, 제14조에서는 ‘적정절차(Due Process)에 의하지 아니하고는 개인의 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니 한다’고 명시하여 체포에 관한 영장주의 원칙을 천명하고 있다. 위 양 규정은 미국 각 주의 모든 법에 적용된다.

그러나 위의 규정이 체포를 함에 있어 반드시 체포영장을 받아야 한다는 사전영장주의 원칙을 선언한 것은 아니다. 체포는 법관에 의하여 미리 발부된 영장으로 이루어짐이 가장 합당한 절차이긴 하지만 대다수의 체포는 사법경찰관의 판단에 의하여 영장 없이⁴²⁾ 이루어지고 있는 것이 미국 체포 실무의 실태이다.⁴³⁾⁴⁴⁾

(1) 체포의 요건

피의자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유(probable cause to believe that the suspect has committed a crime)가 있어야 하고, 또한 경찰이 범죄의 혐의자를 체포할 만한 충분한 자료를 확보하였다고 판단하면 그 범죄혐의자를 체포하여 경찰서 또는 구금 장소(holding facility)에 인치한다. 체포된 피의자는 영장발부 여부를 불문하고 수사기관에 연행되어 피체포자에 대한 사진 촬영, 지문 채취, 개인적 정보의 취득, 신체의 수색, 소지품의 영치 등을 하는 입건(booking)절차가 이루어지고 조사절차를 거친 후 수사기관에서 바로 석방(stationhouse bail)되거나 또는 치안판사에게 인치(First Appearance)된다.

미국에서는 치안판사(magistrate)에 의한 보석에 앞서 수사기관에도 보석권이 부여되어 있다는 점이 우리와 다르다. 즉, 미국은 대부분 지역에서 경찰서 보석(stationhouse)이라는 제도를 시행하고 있는데, 피의자를 체포하여 1차 조사를 마친 후 수사기관의 판단으로 향후 기소가 예상되지만, 치안판사(magistrate)에게 피의자의 신병을 인치하여 구금의 심리를 받을 필요가 없는

42) 미국체포제도의 가장 큰 특징은 영장 없는 체포로 광범위한 허용으로 모든 체포의 약95%가 영장 없이 행해진 체포라는 점에 있다(Roland v. del Carmen, Criminal Procedure Law and Practice 3rd, Wadsworth Publishing Company, 1995, P,146).

43) W. R. LaFave / J. H. Israel, ibid, p.9.

44) 실무상 체포영장에 의한 체포는 경죄나 피의자가 도주한 때 또는 정치적·사회적으로 물의를 일으킬 수 있는 사건에서 주로 이용된다. 새로운 인신구속제도 연구, 법원행정처, 1996,405면.

경죄사건의 경우, 대부분 수사기관에게 일정액의 보증금 또는 출석선서를 받거나 기타 조건을 붙여 피의자를 석방하고 있다.⁴⁵⁾

(2) 체포장의 발부절차

미국은 각 주마다 별도의 형사절차법을 가지고 있으므로 연방과 각 주에 일반적으로 채택되고 있는 절차를 살펴본다.

체포장은 특정한 자의 체포를 지시하는 서면영장으로서 치안판사에 의하여 발부되며, 그 청구권자는 법률상 제한이 없다. 다만 대부분 사법경찰관의 요청에 의하여 검사가 이를 검토하여 선서진술서를 작성하여 법원에 청구한다. 이 체포장은 영장에 기재되어 있는 피체포자를 언제, 어디서나 발견된다면 체포할 수 있는 권한을 모든 경찰관에게 부여하고 있다.⁴⁶⁾

2. 영장 없는 체포의 경우

영장에 의한 체포와 함께 오래전부터 보통법상 인정되어 왔던 영장 없는 체포에서는 특별한 형식적 요건을 요하지 않으며 체포를 위한 실질적 요건만 존재하면 경찰관은 피의자를 체포할 수 있고 사인도 약간의 제한이 있기는 하나 혐의자를 체포할 수 있다.

미국은 보통법상 영장 없는 체포가 인정되어 왔고 연방대법원도 사전영장주의의 예외인 무영장주의를 일정한 경우에 인정하였다⁴⁷⁾. 헌법상 사전영장주의가 원칙인데도 수사현실은 사법경찰관의 판단에 의한 영장 없는 체포가 널리 애용되고 있다. 이는 체포행위와 체포요건인 상당한 이유의 존부에 대한 사법적심사와의 사이에 시간적 간격이 좁고, 중죄의 경우의 치안유지의 필요성, 혐의의 명백성, 보석의 접근용이성 등 그 합리성이 담보되기 때문이라는 주장이 있다.⁴⁸⁾

그 근본원인은 미국 형사사법의 전반적 흐름이 범죄자중심에서 피해자중심

45) 최정태, 긴급체포제도에 관한 연구, 부산대학교 대학원 석사학위논문, 2006, 60~61면.

46) M. McAllister, op. cit. p.92.

47) United States v. Watson, 423, U.S. 411(1976).

48) 이재석, 미국의 체포·구속제도, 대구법학 2호, 2000.2. 14면.

으로, 개선사상에서 응보사상으로, 소수자인 피의자 등의 인권보장에서 대중의 안전욕구로 변화한 데에 있지 않을까?49) 영장 없이 피의자를 체포할 수 있는 요건은 중죄와 경죄에 따라 차이가 있다. 보통법에 의하면 중죄의 경우, 중범죄를 범했다고 믿을 수 있는 합리적 근거가 있을 때에는 비록 그것이 면전 범행이 아니더라도 사법경찰관이 영장 없이 적법하게 체포할 수 있고, 경죄의 경우, 경찰관의 면전에서 범행이 행해지고 공공의 안녕질서를 침해한 정도에 이른 경우에 한해 영장 없이 체포할 수 있다.50) 그러나 피의자의 주거안에서나 타인의 주거에 들어가서 체포하는 경우에는 사전영장이 필요하지만, 공공장소에서는 사전에 영장을 받을 시간적 여유가 있었더라도 원칙적으로 영장 없이 경찰관의 독자적 판단으로 피의자를 체포할 수 있다.51)

(1) 체포의 집행

경찰관이 일정한 요건 하에서 체포장없이 체포하는 경우에 집행상 특별한 절차를 요하지 않는다. 다만, 체포하기 전에 체포 경찰관은 피체포자에게 체포한다는 점, 자신에게 체포권한이 있다는 사실과 체포의 원인이 된 범죄혐의 사실 등을 알려 주어야 하고52), 체포 후 지체없이 곧 치안판사에게 인치해야 한다. 따라서 체포의 실질적 요건으로서 범죄를 범하였다고 믿을만한 상당한 이유(probable cause)가 존재해야 한다. 상당한 이유는 영장에 의한 체포이든 영장에 의하지 않는 체포이든 상관없이 요구된다. 상당한 이유의 판단자료에는 제한이 없지만, 특정한 개인이 특정한 범죄를 범하였다고 합리적인 인간이 믿기에 충분한 사실을 제시하지 않으면 안 된다.53) 미국연방대법원은 상당한 이유의 판단기준을 상황의 총체적 검토(totality of the circumstances)에 두어 “상당한 이유는 법률전문가가 아니라 합리적인 사람이 일상생활에 기초하여 내리는 사실적인 판단이다.” 라고 판시하고 있다.

49) David T. Johnson, Two Faces of the Adversary Criminal Justice in U. S.(2005.6.17 대한 변호사회 주최 데이비드존슨 교수 초청 공개포럼 주제발표논문), 9면 각주에서 언급 하고 있는 갈란드 교수의 미국 억제문화의 12가지 변화의 특징을 참고.

50) Lafave / Israel, Criminal Procedure, West Publishing, 1985, 142면.

51) Edward / Fisher, Laws of Arrest, The Traffic Institute(Northwestern Univ) 1973.

52) J. N. Ferdico, Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional(St. Paul, Minn. West Publishing, 1989), .85면.

53) Carlson. Criminal Justice Procedure, Anderson Publishing, 1985, 39면.

(2) 영장 없는 중범죄인 체포(arrest by police for Felonies)

전통적인 영미의 보통법에 의하면 중죄의 경우에 있어서는 중죄가 발생하였고 피의자가 그 범죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적인 근거(reasonable ground)가 있다고 판단되는 경우에는 현행범이 아닐지라도 경찰관은 영장 없이 피의자를 체포 할 수 있다. 보통법에서 인정되는 합리적 근거는 체포장의 실질적 요건인 상당한 이유(probable cause)와 동일한 것으로 본다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 대체로 중죄의 경우 현행범이 아닐지라도 경찰관은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 언제든지 피의자를 체포할 수 있다.⁵⁶⁾

(3) 영장 없는 경범죄인 체포(arrest by police for Misdemeanors)

경찰은 단지 제3자의 신고를 받고서는 경범죄 피의자를 체포할 수 없다. 이 점은 중죄사건과 경죄사건의 체포 시에 경찰관이 가지는 권한 중에서 가장 큰 차이점이다. 경찰의 면전에서 현실로 범죄가 발생하거나 시도된 경우 경죄에 해당하는 체포 그 자체가 유효하기 위해서는 현행범인 경우에만 무영장체포가 인정되어진다.

따라서 경찰관은 과거에 행해졌거나 이미 기수가 되어버린 경죄에 대해서는 범죄자가 아직 범죄현장에 있을지라도 영장 없는 체포를 할 권한이 없다.⁵⁷⁾ 그리고 영장 없이 주거에 침입하는 행위를 정당화할 수 있는 긴급한 상황이 존재하는가를 판단함에 있어서 범죄의 중대성이 반드시 고려되어야 하며 보통은 영장이 필요하다.⁵⁸⁾

(4) 사인에 의한 영장 없는 체포

보통법상 시민의 체포권한은 경찰관보다 엄격한 요건을 필요로 한다. 시민은 누구나 혐의자가 “중죄를 행하였다고 믿을 상당한 이유”가 있으면 체포할

54) 대검찰청 검찰21세기연구기획단, 「구속제도 정비방안연구」, 1996. 51면.

55) 최정태, “긴급체포제도에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 석사학위 논문, 2006, 2, 55면.

56) 이재상, 각국의 구속제도, 형사정책연구원, 1991, 29면.

57) LaFave/Israel. Criminal Procedure 8th, wardsworth company Publishing, 2001, 120면.

58) 경찰관도 자신의 관할 구역 밖에선 사인으로서의 체포권한만을 가지며, 사인으로서 상당한 이유(probable cause)에 따라 중죄범 체포를 했을 때에 만약 중죄가 실제로 발생하였다는 것을 증명하지 못한다면 경찰관에게는 사인으로서 그에 대한 책임이 따른다. (Rolando v. der Carmen, criminal procedure 5th Edition, wardsworth thomson learning, 2000. p158; Ferdicon criminal procedure, 8th wadsworth company publishing, 2001. 129면).

수 있지만, 경찰관의 경우와는 달리 “중죄가 실제로 행해졌을 것”을 또 하나의 요건으로 한다. 그리고 중죄와 경죄 모두의 경우 그 범죄가 현행범인 때에는 시민은 그를 체포할 수 있다. 이런 미국 체포제도는 일반 국민들로부터 신속히 범죄혐의자를 격리시키는 장점이 있고, 또 미국 헌법과 법률에는 사전 영장 유무와 관계없이 합리적인 이유 혹은 상당한 이유를 충족하고 적법절차를 준수하는 체포는 적법하다. 상당한 이유는 영장에 의하지 아니한 체포를 정당화하는 합리성의 기준으로 해석되어 왔다.⁵⁹⁾

II. 체포후의 절차

경찰관이 범죄혐의자를 체포하면 그를 바로 경찰관서로 연행하여 입건(booking)에 필요한 절차를 밟는다. 혐의자의 성명, 도착시간, 죄명 등을 기록하고 사진촬영, 지문채취, 개인정보의 취득, 신체수색, 소지품 영치 등을 행하는 입건절차를 마치면 경찰관의 통제 하에 경찰서 유치장(Lockup) 또는 구치소(Jail) 내지 기타 적당한 장소에 구금된다. 따라서 영장에 의한 체포이든 영장 없는 체포이든 피의자를 체포한 수사기관은 “불필요한 지체없이(without unnecessary delay)” 가장 가까운 치안관사 면전에 가능한 한 빨리 인치하여야 한다[연방형사소송규칙 제5조(a)]. 미 연방 형사소송법에서는 “불필요한 지체없이”라고 규정하고 있으나, 대부분의 주에서는 체포 후 24시간 이내 혹은 48시간 이내로 규정하고 있다.

III. 체포심사제도

미국의 형사절차에 있어서 체포와 보석은 불가분의 관계에 있다. 미국법상 피체포자는 원칙적으로 체포된 즉시 법정에서의 출석을 보장할 수 있는 조건하에서 보석을 허가받을 수 있으며, 법원이 보석을 허가하지 아니하고 계속 구금하는 예는 상대적으로 적었다. 인신보호영장제도는 피구금자의 구금이 합법적인가의 여부를 법원으로 하여금 판단하게 함으로써 불법적인 구금을 배제

59) 이기호, 인신구속과 체포영장제도의 법리, 경찰대논문집 제14집, 경찰대학, 1994, 9면.

하기 위한 특수한 제도이다. 또 불법으로 구금된 자의 석방을 요구하는 것이 인신보호영장의 일차적 목적이다. 이 제도는 형사절차상 헌법에 의하여 요구되는 권리를 침해하여 구금되어 있는 피고인에게 있어서 자신의 불법구속을 다룰 수 있는 유용성을 지니고 있다. 인신보호영장의 적용범위는 일단 구금되어 있는 피고인을 전제로 한다. 영장이나 명령이 회부되면, 법원은 상당한 이유가 없는 한 회부된 날로부터 5일 이내에 심리를 개최해야한다. 영장의 청구 사유와 회신의 내용이 법률적인 문제만을 이유로 한 때를 제외하고는 반드시 구금된 자가 심리에 출석하도록 인치되어야 한다.

제2절 독 일

독일의 경우는 영장에 의한 구속과 영장에 의하지 않은 체포(현행범체포, 긴급체포 등)로 크게 나눌 수 있다. 즉, 영장에 의한 체포제도는 없으며, 긴급체포와 현행범체포를 두고 있을 뿐이다. 이것이 독일의 체포제도의 특징이다. 한편 우리나라와 마찬가지로 검사만이 구속영장을 청구할 수 있고, 사법경찰관은 구속영장 청구권이 없다.

독일은 구속 전에 심문하는 경우와 구속 후에 심문하는 경우가 함께 인정되고 있다. 현행범이나 긴급을 요하는 경우에 예외적으로 인정되는 임시구속의 경우에는 (독일 형사소송법 제127조) 피의자를 지체없이 또는 늦어도 다음날까지는 필요적으로 판사에게 인치하여 심문을 받도록 하고 있으며(동법 제128조), 구속영장이 집행되어 신병이 확보된 피의자의 경우에도 마찬가지로 즉시 또는 늦어도 다음날까지 필요적으로 판사에게 인치하여 판사의 심문 후에 구속의 계속여부가 결정되도록 하고 있다(동법 제115조). 그리고 검사가 직권으로 피의자는 물론 참고인, 감정인까지 구인할 수 있는 검사의 구인명령제도 등 특색 있는 제도를 운영하고 있다.⁶⁰⁾

60) 김종덕, 체포제도에 관한 비교법적 고찰, 계명법학 6집, 계명대학교 법학연구소, 2002, 121면.

I. 체포구속의 유형

위에서 본 바와 같이, 구속영장은 검사의 청구 또는 직권에 의하여 발부된다. 검사의 청구가 있는 경우에 법원은 구속요건이 존재하는가를 심사하여 영장을 발부하게 되는데, 구속영장의 발부 전에 피의자를 심문할 필요는 없다. 영장에 의하지 아니한 체포는 현행범인체포와 긴급체포가 있다. 범죄를 수행하고 있거나 추적하고 있는 자에게 도망의 염려가 있고, 신원을 즉시 확인할 수 없는 때에는 누구든지 법원이 발부한 영장 없이 체포할 수 있다.

현행범인의 체포에 있어서 영장주의의 예외를 인정한 것이다. “누구든지”란 수사기관뿐만 아니라 사인도 할 수 있다는 것을 의미한다. 도망의 염려라 함은 구속사유중의 하나인 ‘도망의 위험’처럼 엄격하게 해석할 것을 요하지 않고 경험법칙상 즉시 체포하지 않으면 피의자가 도망할 것이라고 인정할 수 있으면 족하다고 해석된다, 따라서 독일 형사소송법 제112조 제2호에서 말하는 도망의 위험보다는 강도가 보다 약한 의미이다.⁶¹⁾ 또한 영장에 의하여 체포된 경우에도 법원은 심문 후에 유력한 범죄혐의와 구속사유를 근거 짓는 증거가 충분한지 여부를 심사하여 구속영장의 효력을 지속시킬 것인지, 집행을 유예할 것인지를 결정한다. 구속영장을 유지하는 경우에는 구속명령에 보충·수정되거나 새로이 발하여질 수도 있다. 그리고 체포된 피의자는 그 후 지체없이, 늦어도 구속된 다음날까지 판사에 인치하여야 한다.⁶²⁾ 또한 긴급 구속된 피의자를 지체없이 늦어도 그 다음날까지(체포시점으로부터 12시내지 24시간까지)구속여부의 결정을 위하여 법원에게 인치하여야 한다. 피의자를 그 기간 내에 판사에게 인치할 수 없는 경우에는 석방하여야 하며, 동일한 범죄로는 다시 긴급 구속할 수 없다. 피의자가 인치되면 법원은 독일 형사소송법 제115조의 제한에 의하여 심문하고 구속영장의 발부여부를 결정한다.

61) 김경선, 독일의 구속제도, 인권과 정의 통권 제253호, 대한변호사협회, 1997, 80면.

62) 독일 형사소송법 제128조 제1항 ; 피체포자는 석방되지 않는 한 지체없이 늦어도 체포일의 익일에 구 법원으로 판사 앞에 인치되어야 한다((Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, C.H.BecK, 2003, S.488).

II. 구속적부심사제도

구속심사제도는 구속된 피의자와 피고인을 석방하기 위한 제도이다. 즉 구속된 피의자나 피고인은 언제나 법원에 구속의 취소나 그 집행정지의 여부에 대한 법원의 심사를 청구할 수 있으며, 변호인 없는 피의자가 구속적부심사신청이나 구속항고를 제기하지 않고 3개월이 경과한 때에는 직권으로 심사하도록 하고 있다. 구속된 피의자는 구속명령을 발한 영장담당법관에게 구속심사를 청구할 수 있다. 독일의 구속심사는 구속명령을 발한 영장담당법관이 담당한다는 점에서 우리나라의 제도와는 다르다. 그리고 구속의 집행정지는 구속의 집행을 대체하는 처분이다. 즉 구속의 목적이 구속을 집행하는 것 보다 완화된 처분에 의하여 달성될 수 있는 경우에 피의자 또는 피고인의 구속을 정지한다.

구속의 취소란 구속사유가 없거나 구속사유가 소멸된 경우에 피고인 또는 피의자를 석방하는 제도이다. 또한 피의자, 검사는 구속영장의 발부와 구속의 취소 및 구속집행정지를 거부하는 법관의 결정에 대하여 구속항고를 할 수 있다(독일 형사소송법 제304조 제1항). 구속항고는 구속심사에 대하여 보충적인 의미를 가진다. 따라서 피의자가 구속심사를 청구한 때에는 이미 제기한 항고는 효력을 잃게 된다. 항고를 제기할 수 있는 기간의 제한도 없다. 다만 항고의 제기로 인하여 구속집행정지의 효력이 인정되는 것은 아니다. 항고법원은 법관의 구속결정에 대한 사실적 법적인 요건을 심사하여 결정을 하게 된다. 항고법원의 구금결정에 대하여는 재항고할 수 있다(독일 형사소송법 제301조 제1항). 그리고 구속의 집행정지는 독일 형사소송법에 있어서 구속의 집행정지제도는 구속의 집행을 대체하는 일종의 대체처분이다. 즉 구속목적이거나 구속영장을 집행하는 것보다 덜 가혹한 처분에 의한 달성이 될 수 있는 경우에 피의자 또는 피고인의 구속의 집행은 정지해야 한다(동법 제116조).

1. 구속의 요건

(1) 구속의 실질적인 요건

구속영장의 발부를 위해서는 범죄행위에 대한 혐의가 있어야 하고, 법적으로 규정되어 있는 구속사유가 존재해야 할 뿐만 아니라, 사건의 중요성과 기대되는 형벌 또 보안처분과 비례관계에 있어야 한다. 구속은 범죄에 대한 현저한 혐의를 전제로 한다.

독일 형사소송법은 구속사유로서 도주와 위험(동법 제112조 제2항 1, 2호), 증거인멸의 위험(제112조 제2항 제3호), 재범의 위험성(동법 제112조의 a), 그리고 일정한 중한 범죄에서의 구속사유(제112조 제3항) 등을 규정하고 있다.

(2) 구속의 형식적 요건

구속은 법관에 의하여 발부된 구속영장(Haftbefehl)이라는 법관의 명령에 의하여 행해진다(독일 형사소송법 제114조 제1항). 구속영장은 서면에 의하여 발부되어야 한다. 구속영장은 검사의 청구 또는 직권에 의하여 발부한다. 즉 수사절차에 있어서 구속영장의 청구권은 검사에게 있다. 따라서 검사의 청구가 있는 경우에 법관은 제112조의 구속요건이 존재하는가를 심사하여 그 요건이 인정되면 구속영장을 발부해야 한다. 구속영장의 발부 전에 피의자의 신문은 필요하지 않다. 구속영장은 피의자를 구금함으로서 집행된다. 구속영장의 집행은 검사의 지휘에 의하여 경찰이 행한다.

2. 긴급체포

긴급체포(Vorläufige Festnahme)란 수사기관 또는 사인이 법관의 구속영장을 발부받지 않고 피의자를 체포하는 것을 말한다. 긴급체포를 인정하는 사유는 구속영장을 발부받을 시간적인 여유가 없거나, 지연의 위험이 있을 때 중대한 범죄를 범한 범인을 놓치는 것을 방지하는데 있다. 독일 형사소송법이 규정하고 있는 긴급체포에는 두 가지 형태, 즉 현행범인의 체포와 긴급체포가 포함된다. 전자의 경우에는 “누구든지” 체포할 수 있음에 반하여, 후자는 검사 또는 사법경찰관리에 의한 체포이다. 또한 현행범이 도망염려나 신원을 즉시 확인할 수 없는 경우에 누구든지 영장 없이 체포할 경우이나 수사기관이 현

행범체포요건이 구비되지 않더라도 지연위험과 구속사유가 존재하는 경우에 혐의자를 긴급체포(임시체포)할 수 있는 경우에도 헌법상 비례성원칙이 적용되어야 함은 말할 필요가 없다.⁶³⁾ 독일 형사소송법상 구속된 피고인이나 피의자를 구제하기 위한 제도로써는 구속심사 구속항고, 구속취소, 구속집행정지, 보석 등이 있다.⁶⁴⁾

(1) 현행범인의 체포

범죄를 수행하고 있거나 추적되고 있는 자에게 도망의 염려가 있고, 신원을 즉시 확정할 수 없는 때에는 누구든지 법관이 발부한 영장 없이 체포할 수 있다(독일 형사소송법 제127조 제1항). 현행범인의 체포에 있어서 영장주의의 예외를 인정한 것이다. 그리고 영장 없이 현행범을 체포하려면 현행범이 도망할 염려가 있거나 그의 신원이 확인될 수 없어야 한다. 동법 제126조 a에 따른 잠정적 수용이 가능한 책임 무능력자도 체포될 수 있고, 친고죄처럼 소송조건이 흠결되거나 형 면제사유에 해당되더라도 현행범으로 체포될 수 있다.

(2) 검사와 경찰관에 의한 긴급체포

검사와 사법경찰관리도 독일 형사소송법 제127조 제1항에 의하여 현행범인을 체포할 수 있다. 그러나 현행범인의 체포의 요건에 해당하지 않는 때에도 검사 또는 사법경찰관리는 지연의 위험이 있고, 구속영장 또는 감호영장의 요건이 구비된 때에는 긴급체포할 수 있다(동조 제2항). 체포를 위한 요건으로는 구속요건 즉 구속영장의 발부를 위한 구속요건인 혐의와 구속사유가 존재해야 하고, 비례성의 원칙이 인정되어야 하는 이외에 지연의 위험이 있어야 한다.

지연의 위험(Gefahr im verzug)이란 구속영장을 즉시 집행하지 않고 시간이 지남으로써 혐의자의 확보를 불가능하게 하거나 또는 현저하게 어렵게 하는 것을 말한다.

63) H. Rueping aao. S.82.

64) 전용득, 피의자의 구속론, 법문사, 2000, 139~142면 참조.

(3) 체포후의 절차

체포된 자는 지체없이 늦어도 다음 날까지 체포 장소를 관할하고 있는 법원의 판사에게 인치되어야 한다(독일 형사소송법 제128조 제1항). 사인이 현행범을 체포한 경우에는 체포된 자를 스스로 법원에 인도할 필요는 없고, 가까운 경찰서로 지체없이 호송하면 된다. 또한 체포된 자를 심문한 후에 체포 다음날까지 구속결정을 할 수 있도록 법원에 인치하여야 한다. 법원은 인치된 자를 심문한 뒤에 늦어도 체포 다음날까지 그의 석방, 구금 또는 임시감호 여부에 대하여 결정하여야 한다(동법 제129조).

3. 구속의 집행

독일 형사소송법 제119조는 구속의 집행에 관하여 규정하고 있으나 집행방법에 대한 몇 개의 특별규정과 구속집행에 있어서 고려해야 할 일반조항을 두고 있을 뿐이며, 구체적인 집행방법은 구속집행법에 의하여 규율되고 있다. 피구속자는 가능한 다른 수형자와 분리하여 수용하여야 하며, 다른 피구금자와 공동 구금되지 않는다(제119조 제1항). 즉 구속의 집행에 있어서는 단독구금(Einzelhaft)의 원칙이 적용된다. 피구속자에 대하여는 구속의 목적과 집행기관의 질서유지를 위하여 필요한 범위 내에서 기본권을 제한할 수 있다(동법 제119조 제3항).

4. 구속피의자의 석방을 위한 제도

(1) 구속적부심사

구속적부심사제도(Haftprüfung)은 구속된 피의자와 피고인을 석방하기 위한 제도이다. 즉 구속된 피의자나 피고인은 언제나 법원에 구속의 취소나 그 집행정지의 여부에 대한 법원의 심사를 청구할 수 있으며(독일 형사소송법 제117조 제1항) 변호인 없는 피의자가 구속심사신청이나 구속항고(Haftbschwerde)를 제기하지 않고 3개월이 경과한 때에는 직권으로 심사하도록 하고 있다(동조 제5항). 구속심사청구사건은 구속영장을 발부한 법관이

심사 한다(동법 제126조 제1항). 구속심사청구를 받은 법원은 지체없이 신문 기일과 장소를 지정하여야 한다. 신문기간은 청구일로부터 2주일 이내로 한다(동법 제118조 제5항).

(2) 구속의 집행정지

독일 형사소송법에 있어서 구속의 집행정지제도는 구속의 집행을 대체하는 일종의 대체처분이다. 즉 구속의 목적이 구속영장을 집행하는 것보다 덜 가혹한 처분에 의하여 달성될 수 있는 경우에 피의자의 청구 또는 직권에 의하여 행해진다. 구속의 집행이 정지되는 경우에는 구속의 집행이 정지될 뿐이며, 구속영장의 효력에는 아무런 영향이 없다. 따라서 피의자가 구속집행의 정지를 위한 대체처분을 위반한 경우에는 구속은 다시 집행된다(동법 제116조 제4항).

(3) 구속의 취소

구속의 취소(Aufhebung des Haftbefehls)란 구속사유가 없거나 소멸된 경우에 피고인 또는 피의자를 석방하는 제도이다. 즉 구속사유가 없거나 소멸한 경우, 구속의 계속이 사건의 중요성과 기대되는 형벌 또는 보안처분과 비례관계에 있지 아니한 경우, 특히 피의자가 석방되거나 공판이 개시되지 아니하거나 또는 절차가 더 이상 계속되지 아니하는 경우 법원은 구속을 취소하여야 한다(독일 형사소송법 제120조 제1항). 구속이 집행 정지된 경우에도 구속은 취소될 수 있다.⁶⁵⁾

제3절 일 본

일본의 인신구속제도는 체포와 구류 및 구인의 3종류가 있지만, 그 중 체포는 단기간의 신체 구속이고, 구류는 비교적 장기간의 구금으로서 우리의 구속에 해당하고, 구인은 증인 등을 일정한 장소에 인치하는 강제작용으로서 우리의 구인에 해당한다. 일본 형사소송법상 체포에는 체포장에 의한 체포와 긴

65) T. Kleinknecht / G. Janischowsky, a.a.O. S.72.

급체포 및 현행범체포가 있다.⁶⁶⁾

일본은 인신구속 절차를 체포와 구류의 두 단계로 나누어 피의자를 구류하기 위해서는 반드시 체포가 선행되어야 하는 체포전치주의를 채택하고 있다. 체포를 구속의 필요적 전제로 함으로 기본적으로 경찰체포와 검찰구류(구속)라는 방식이 정립되고 있고, 체포장 청구권이 검사와 사법경찰원에게 부여되어 있다. 한편 긴급체포 및 현행범 체포제도는 영장 없이 체포할 수 있도록 하고 있다.⁶⁷⁾

I. 체포의 유형

일본 형사소송법상의 인신구속절차는 피의자나 피고인의 인신을 구속하는 대인적 강제처분제도로써 체포와 구류, 그리고 구인제도로 구별할 수 있다.⁶⁸⁾ 긴급체포는 범죄행위가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하고 범죄혐의가 충분하고 긴급을 요하며 재판관으로부터 체포장을 발부받을 수 없을 때 체포장없이 피의자를 체포하는 것을 말한다. 현행범인체포는 우리의 것과 거의 같다.

위에서 말한 바와 같이 체포장을 허가장이라고 보는 것이 통설 및 실무의 운용이며, 이에 대하여는 수사구조론과 관련하여 현 일본 형사소송법이 영미법에 입각한 탄핵주의를 도입하고 있는 점이 산재해 있으나, 근본적으로 구류와 구별되고, 구류의 전단계로서 체포라는 인신구속의 이중구조를 취하고 있어 학설상 대립이 있는 것이다. 구류장은 명령장으로 재판관의 명령이라는 점에 대하여는 이론의 여지가 없다. 체포장이 명령장이냐 허가장이냐 점에 대하여 대립되는 견해가 있다. 체포장을 명령장으로 볼 것인가 허가장으로 볼 것

66) 松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1987, 211面; 田宮裕, 刑事訴訟法(新判), 有斐閣, 1999, 302面.

67) 일본의 경우 체포영장 발부에 “출석요구에 응하지 아니하거나 아니할 우려가 있는 때”라는 요건을 필요로 하지 않는다는 점과 긴급체포 후에 사후체포영장을 발부받아야 하는 점이 우리나라의 제도와 구별되는 특징이라고 할 수 있다.; 주용환, 체포제도의 개선방안에 관한 연구, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2009, 2, 37~38면.

68) 체포나 수색·압수 등의 강제처분을 하는 경우에는 재판소 또는 재판관의 영장을 필요로 한다는 영장주의가 수사에 대한 사법적 억제장치로 마련되어 있다. 즉, 일본 헌법 제33조가 영장주의의 예외를 현행법에 한정하고 있는 것과 관련하여 긴급체포의 합헌성에 관하여 다룬다.

인가에 따라 근본적으로 차이가 나는 점은 다음과 같다.

허가장이라고 하는 것은 재판관이 수사기관에 대하여 일정한 강제처분을 행하는 권한의 행사를 허가한 것을 의미하지만 명령장으로 보면 재판관이 스스로의 권한으로서 행하는 강제처분으로서 발하는 성격을 가지는 영장인 것이다. 따라서 전자에 의하면 집행이라는 관념이 수반되지 아니하기 때문에 그 권한은 수사기관에 허용된 권한으로서 자기 판단에 따라 반드시 그 권한을 행사할 필요는 없지만 후자에 의하면 집행이라는 관념이 수반되는 것이다. 체포장을 허가장이라고 보는 근거로서는 일본 형사소송법 제198조 단서의 체포되어진 경우에는 출두 및 조사수인의무를 들고 있으며, 명령장으로 보는 견해는 헌법 영장주의를 채택하고 있는 것은 재판관만이 강제처분을 행할 수 있다는 것을 의미한다.

1. 체포

일본 형사소송법에 있어서 피의자의 구속은 체포에 의하여 개시된다. 영장주의에 의하여 체포는 영장에 기하여 행함을 원칙으로 한다. 이를 통상체포라고 하며, 형사소송법은 그밖에도 긴급체포를 인정하고 있다. 이러한 의미에서 일본 형사소송법의 체포에는 통상체포와 긴급체포 및 현행범인의 체포라는 세 가지가 포함된다고 할 수 있다.⁶⁹⁾

그리고 일본의 체포제도는 체포전치주의를 거치게 함과 동시에 구류영장을 발부할 때에는 피의자를 재판관에게 인치하여 재판관으로 하여금 피의자를 필요적으로 심문하고 피의자에게 변명의 기회를 주도록 하는 등 초기단계부터 엄격한 사법적 통제를 가하고 있는, 긴급체포의 경우 사후에 판사에게 긴급체포장의 청구를 의무화함으로써 법원의 사후 사법통제를 강화하는 반면에 검사의 사전 동의나 사후승인을 요하지 않게 하는 등 검찰의 권한독점과 남용을 억제하고 있다. 또한 경찰에게도 영장청구권 및 체포된 피의자에 대한 석방권이 인정 된다.⁷⁰⁾

69) 일본 체포제도의 특색으로는 ① 체포전치주의를 채택하고 있다는 점과, ② 사법경찰관이 검사를 거치지 않고 직접 판사에게 체포장을 청구할 수 있고, ③ 검사와는 별개로 수사권을 가지며, ④ 현행범체포나 긴급체포가 유용하게 활용되고 있다는 점 등을 들 수 있다.

(1) 통상체포

검사, 검찰사무관 또는 사법경찰직원은 피의자가 죄를 범하였다고 의심함에 족한 상당한 이유가 있는 때에는 법관이 발부한 체포장에 의하여 체포할 수 있다(일본 형사소송법 제199조 제1항). 이와 같이 영장, 즉 체포장에 의한 체포를 통상체포라고 하며, 통상체포의 실질적 요건으로는 체포의 이유와 체포의 필요성이 있어야 한다.⁷¹⁾ 또는 체포를 위하여 체포의 필요성이 인정되어야 하는데 일본 형사소송법 제199조 제2항 단서와 형사소송규칙 제143조의 3에서 체포의 필요성 심사를 명백히 규정하고 있다.⁷²⁾

(2) 긴급체포와 현행범인의 체포

긴급체포는 검사, 검찰사무관 또는 사법경찰직원은 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심함에 족한 충분한 이유가 있는 경우에 급속을 요하여 법관의 체포장을 청구할 수 없는 때에는 그 이유를 고하고 피의자를 체포할 수 있다. 또한 긴급을 요한다함은 피의자가 도주하거나 증거를 인멸할 가능성이 높아 체포영장을 청구할 시간적 여유가 없을 경우를 말한다.⁷³⁾

그리고 판례는 긴급체포는 엄격한 요건 하에서 인정되는 것이 때문에 헌법에 위반되지 않는다고 한다.⁷⁴⁾

현행범인의 체포는 현행범인이란 현재 범죄의 실행행위를 하고 있거나 실행행위를 종료한 직후의 자를 말한다. 현행범인은 누구라도 체포장없이 체포

70) 황정인, 체포제도의 문제점과 개선방안, 충남대학교 석사학위논문, 2004, 35면, 양문상, 박광섭, 현행 형사소송법상 체포제도에 대한 검토, 충남대학교 법학연구 제20권, 제2호, 2009, 163면.

71) 일본의 경우 1991년도 체포장 청구인원 점유율은 검찰처리인원 대비 4.1%(교통사범 제외 시 24.8%)이고, 구류장 청구인원 점유율은 체포인원 대비 69.5%(교통사범 제외 시 81.5%)에 이르고 있다 한다. 정동기, “체포영장제도 도입에 관하여”, 법조, 1994. 18면.

72) 일본 형사소송법 제199조 제2항 단서에서는 “명백하게 체포의 필요가 없다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있고, 형사소송규칙 제143조의 3에서는 “체포장의 청구를 받은 재판관은 체포의 이유가 있다고 인정되는 경우에도 피의자의 연령 및 환경과 범죄의 경중 및 태양 기타 사정에 비추어 피의자가 도망할 염려가 없고 죄증을 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정하는 때에는 체포장을 각하하여야 한다.”고 규정하고 있다. 양문상·박광섭, 현행 형사소송법상 체포제도에 대한 검토, 충남대학교 법학연구 제20권 제2호, 2009, 160면.

73) 東京地方裁判所 決定 1972,8,5, 刑事裁判月報 第4卷 第8號, 1509면.

74) 最高裁, 大法廷 昭和 30,12,14.

할 수 있다(일본 형사소송법 제213조). 피체포자가 범인임이 명백하기 때문에 인권침해의 위험이 없다는 점을 고려하여 영장주의의 예외를 인정한 것이다. 이와 같이 현행범인의 체포에 있어서는 사전은 물론 사후에 있어서도 영장을 요하지 않는다는 점에 특색이 있다.

2. 체포 후의 절차

검사가 청구한 체포장에 의하여 체포한 때에는 검사의 보조기관으로서의 체포에 해당하므로 직접 검사에게 인치해야 한다. 사법순사에게는 체포의 필요성을 결정할 권한이 없다는 의미이다.

사법경찰원이 피의자를 체포하였을 경우 즉시 범죄사실의 요지를 고하고 변명의 기회를 주어야 하고 그 결과 유치의 필요가 없다고 사료하는 때에는 즉시 석방하고, 유치의 필요가 있다고 사료하는 때에는 피의자가 신체를 구속당한 때부터 48시간 이내에 서류, 증거물과 함께 피의자를 검사에게 송치하는 절차를 취하지 않으면 안된다(일본 형사소송법 제203조, 제211조, 제216조). 제한시간 내에 송치절차를 취하지 않은 때에는 즉시 피의자를 석방해야 한다(제203조 제3항). 그러나 피의자를 석방한 때에도 사건은 검사에게 송치해야 한다.

II. 구류제도

1. 체포와 구류의 차이

첫째, 체포와 구류의 차이는 우선 요건에 있어서 체포는 「범죄의 상당한 혐의 즉 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유」가 있을 때 허용되며(일본 형사소송법 제199조 제1항) 이 점은 구류의 요건과 범문상은 동일하다(일본 형사소송법 제60 제1항). 그러나 상당한 이유란 극히 추상적인 개념이고, 체포와 구류가 시간적으로 전후의 관계에 있기 때문에 체포의 요건이 좀 더 광범위하다고 할 수 있다.⁷⁵⁾

둘째, 상당한 이유에 관한 사법적 심사의 유무에 결정적 차이가 있다. 체포장이 발부되고 집행되면 이것을 체크하는 법제도는 전혀 존재하지 않지만 구류는 구류질문이 행해지는 외에 구류이유개시나 준향고에 의해 그 당부가 심사될 수 있는 것이다. 그리고 체포의 필요성과 구류의 필요성이 없다고 명백한 차이가 있다. 체포에 있어서는 일종의 소극적 억제로서 필요성이 없다고 명백한 때에는 재판관은 영장청구를 각하하는 것으로 규정되어 있지만, 구류에 대하여는 적극적 요건으로 증거인멸이나 도망의 위험 등이 필요한 것으로 규정하고 있다⁷⁶⁾

체포는 장래의 재판을 위한 것이 아니고 수사의 편의를 위하여 수사기관에 위임되어진 처분이라는 본질을 갖고 있으며 필요가 있으면 본래 수사기관의 판단에 따라 허용되어야 할 것이지만, 피의자의 인권의 보호차원에서 제3자인 재판관에게 적법성의 확인·보장을 요구하는 것이다. 이에 대해 구류는 장래 행해지는 재판을 위해 범인의 신병을 보전하고 증거가 인멸되지 않도록 구속해 놓는데 본질이 있고 신병이 어디에 있는가를 재판관이 끊임없이 확인하고(일본 형사소송법규칙 제80조). 이유가 소멸하면 스스로 처분을 취소하는 것이다.⁷⁷⁾

2. 구류의 요건

구류의 요건에는 구류의 이유와 구류의 필요가 포함된다. 피의자에 대한 구류의 이유는 피고인에 대한 구류의 경우와 같다(일본 형사소송법 제207조, 제60조). 즉 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우 피의자에게 ① 일정한 주거가 없을 때, ② 죄증을 인멸한다고 의심함에 족한 상당한 이유가 있는 때, ③ 도망하거나 도망한다고 의심할 만한 상당한 이유

75) 서정범, 일본의 인신구속제도에 관한 고찰, 법원연수원, 1998, 61면,

76) 체포의 실체적 요건과 구류의 실체적 요건; 체포의 요건으로서의 ‘체포의 이유’는 혐의의 상당성이며, ‘체포의 필요’는 도주·증거인멸의 우려이다. 이것에 비해 구류의 요건으로서의 구류의 이유는 혐의의 상당성 거주불명 또는 도주·증거인멸의 우려이며, ‘구류 필요’가 없다는 것은, 예를 들면, 거주가 불명하지만 확실한 신원인수인이 있을 경우 등을 가리킨다. 혼동하기 쉬운 용어의 사용법이지만, 구류의 요건을 엄격히 하고자 하는 취지이다(田口守一, 刑事訴訟法 第4版, 2005, 76면).

77) 김경애, 형사소송법상 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 이화여자대학교 대학원 법학과, 석사학위논문, 2006.7, 48~49면.

가 있는 때 중 어느 하나에 해당할 때에 구류할 수 있다.⁷⁸⁾

3. 구류의 기간

피의자의 구류기간은 검사의 구류청구일로부터 10일간이다. 즉 검사는 구류를 청구한 날로부터 10일 이내에 공소를 제기하지 아니한 때에는 피의자를 석방하지 않으면 안된다(일본 형사소송법 제208조 제1항). 부득이한 사유가 있는 때에는 검사의 청구에 의하여 법관은 재량으로 필요한 일수만 연장기간을 정할 수 있다.

피고인에 대한 구류기간은 공소제기일로부터 2개월로 한다(동법 제60조 제2항). 기산일은 공소제기일이다. 다만 필요적 보석의 제외사유에 해당하는 일정한 중죄사건이나 상습범죄의 경우, 증거인멸의 위험이 있거나 주거불명의 경우(동법 제89조), 금고 이상의 형에 처하는 판결이 있는 경우(동법 제343조)에는 기간갱신의 제한이 해제되어 3개월을 넘는 구류가 가능하게 된다. 또한 구류장에는 구류의 장소를 기재하지 않으면 안된다(동법 제64조).

78) 松本時夫 — 土本武司, 上掲書 357面.

제4장 영장에 의한 체포의 문제점과 개선방안

제1절 영장에 의한 체포제도의 개요

I. 영장에 의한 체포의 의의

영장에 의한 체포란 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 아니할 우려가 있는 경우에 사전에 법관의 체포영장을 발부받아 일정한 시간동안 피의자를 체포하는 것을 말하며(형사소송법 제200조의 2 제1항), 통상체포라고도 한다.⁷⁹⁾

체포는 사전영장에 의하여 일정한 시간동안 구속에 선행하여 피의자에게서 인신의 자유를 빼앗는 수사상의 강제처분으로서, 체포는 수사 단계에서 피의자의 신병확보를 위한 신체구속으로서 그 기간이 단기이고, 요건이 완화되어 있다는 점에서 구속과는 구별된다.

개정된 형사소송법이 시행(1997.1.)된 지 약 17년의 기간이 경과한 지금, 체포영장제도의 도입에 대해서는 수사실무에서 관행처럼 자행되었던 임의동행이라는 위법한 형식에 의한 체포를 방지할 수 있게 되었다는 점에서 제도의 도입 자체는 긍정적으로 평가되었지만, 체포영장의 발부요건의 엄격함과 절차상의 모순 및 번거로움으로 인하여 실제로 거의 활용되지 못하고 있으며, 그것이 긴급체포의 남용을 가져오는 원인이 된다는 점이 지적되기도 한다.

전술한 바와 같이 먼저, 영장에 의한 체포제도에서 체포영장의 발부요건으로는 범죄혐의의 상당성과 체포사유로서 출석요구의 불응 또는 불응의 우려가 필요하다.

그리고 수사 단계에서 조사에 불응하는 피의자에 대한 간이한 인치제도를 제도화함으로써 임의동행·보호실유치와 같은 탈법적인 수사 관행을 없앨 수 있다.⁸⁰⁾

79) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 2011, 118면 참조.

80) 1995년 개정 전의 형사소송법은 수사 단계에서 피의자를 인치하는 수단으로서 구속만을 인정하였다. 그 결과 수사기관을 엄격한 요건을 갖추어야 하는 구속영장에 의하여 피의자의

체포제도는 수사초기에 피의자를 쉽게 인치할 수 있는 필요성에 의해 도입되었고, 일정한 장소에 인치하는 제도이다.

이와 같이 수사초기에 피의자의 신병을 확보하기 위한 구속의 전 단계 처분으로서 체포는 신체구속의 이유를 다시 심사하여 불필요한 구속을 억제하는 것이 피의자의 인권보장에 적합하다는 점에 있었다. 즉, 종래 법이 구속만을 인정한 결과 구속사유인 증거인멸의 우려와 도주의 우려가 인정되어야 구속할 수 있었기 때문에 수사 초기에 피의자의 신병확보를 위하여 임의동행이나 보호실에 유지와 같은 체포 제도를 도입하여 제도화하는 경우에는 이러한 불법적인 관행을 방지할 수 있다는 것이 주된 이유였다.⁸¹⁾

그리고 종래 전혀 고려의 대상이 되지 않던 초동수사 단계의 신체구속기간에 산입함으로써 피의자의 인권을 신장하려는 취지로 도입되었다.

체포는 필연적으로 피의자의 신체의 자유를 제한하는 결과를 초래하므로 수사기관이 체포권한을 남용하여 부당하게 신체의 자유를 침해하는 것을 통제할 필요가 있어 법원의 엄격한 사전·사후 통제가 가해지고 영장주의의 원칙이 철저히 관철되는 한 수사기관의 권한 남용의 가능성은 희박해 지는 것이다.⁸²⁾

그러나 우리 형사소송법은 인신구속에 관하여 체포와 구속을 이원화하여 규정하면서도 그 요건에는 별 차이를 두고 있지 아니하는바, 체포시 요구되는 엄격한 요건은 실효성을 떨어뜨려 초동수사단계에서 수사의 효율성을 저해하는 결과를 낳기도 한다. 가능한 한 체포를 제한함으로써 피의자의 인권보장에 충실하고자하는 취지는 긍정하지만, 초동수사단계에서 피의자의 일시적인 신병확보를 위해 지나치게 엄격한 요건을 요구하는 것은 수사현실에 맞지 아니하며 이로 인하여 실무적으로도 영장의 의한 체포제도가 거의 활용되지 못하고 있고, 수사기관에서 과거의 임의동행이나 보호실유치와 탈법적인 수사 관행을 재연할 소지가 있는 등 체포제도를 도입한 취지에 반하는 결과를 낳을

신병을 확보하려고 하기 보다는 임의동행이나 보호실유치 등과 같은 편법에 의존하는 일이 많았다.

81) 체포제도의 입법취지; 1995년 개정법의 실적인 입법취지는 개정 전 형사소송법이 피의자의 신체구속을 구속으로만 한 결과 구속사유인 증거인멸의 우려가 인정되어야 구속할 수 있었기 때문에 수사 초기에 피의자의 신병확보를 위하여 수사기관의 임의동행이나 보호실유치와 같은 탈법적인 관행이 생길 수밖에 없었으며, 체포제도를 도입하여 제도화하는 경우에는 이러한 불법적인 관행을 없앨 수 있다는 것이었다.

82) 이재상, 형사소송법(제6판), 박영사, 2011, 104면 외. 반대로 무죄추정의 원칙과 불구속수사의 원칙은 무관하다는 견해로는 신현주, 형사소송법(신정2판), 박영사, 2002, 137면 참조.

수 있다.⁸³⁾

II. 체포제도의 취지와 체포영장의 기능

수사 활동이 개인의 기본권을 제한할 수 있는 근거는 형법의 보호목적으로부터 도출된다. 범죄로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위해서는 수사기관은 인지된 범죄의 유무와 범인 및 증거 확보를 위하여 어느 정도 기본권을 제한하는 활동을 하게 될 수밖에 없고 수사기관은 피의자의 의사에 반하여 피의자의 기본권을 어느 정도 제한하는 강제수사를 할 수 있다(형사소송법 제199조 제1항).

이러한 강제수사는 사회를 지키고 일반인의 법익보호를 위한 목적을 실현의 수단으로서 불가피하다.⁸⁴⁾

체포영장은 주로 기소중지 되어 지명수배 중인 피의자를 체포하기 위한 수단으로 이용되는 것으로 보인다. 따라서 실무에서는 체포영장의 유효기간을 1년으로 하여 청구하는 경우가 많다. 또는 실무에서는 지명 수배자에 대한 1년 유효기간의 체포영장이 기간만료되기 전에 다시 체포영장을 발급받는 현실은 체포영장제도가 원래의 도입취지를 살리지 못하고 있음을 말해준다.

체포 영장제도를 도입함으로써 기존의 탈법적 수사관행이 타파된 것이 아니라 인신구속의 구조가 이중적·이원적 구조로 오히려 확대되었다고 볼 수도 있다. 즉 체포의 사유, 도입은 기존의 신체구속제도에 대해 ‘체제 비판적 기능’을 수행한 것이 아니라 기존의 비정형적인 인신구속제도를 법률의 이름으로 체제에 편입시켜 ‘체제편입적 기능’을 수행하였다.⁸⁵⁾

체포영장주의를 채택하고 있는 이유는 사법권의 독립을 보장하여 수사상의 인권침해를 억제하기 위함과 영장 발부 시 구체적인 타당성을 갖도록 하기 위함이라 하겠다. 인신의 구속은 영장에 의한 단순한 형식이 되어서는 안되며 법관은 영장을 발부함에 있어서 적법성뿐만 아니라 구체적인 타당성도 평가하

83) 일선 실무에서 초기 수사단계의 피의자에 대한 신병확보수단으로 체포영장 보다는 긴급체포나 현행범체포에 의한 신병확보가 월등히 많은 것은 체포영장 발부를 위한 요건이 지나치게 엄격한 것도 하나의 원인이다. 양문상·박광섭, “현행 형사소송법상 체포제도에 대한 검토” 충남대학교 법학연구 제20권 제2호 2009, 170~171면.

84) 배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2004, 234면.

85) 배종대/이상돈. 형사소송법. 법문사, 1998, 81면.

여야 하는 것이다.

체포를 함에는 지방법원판사가 발부한 체포영장이 있어야 한다. 이는 체포에 관하여 강제처분을 제한하려는 헌법정신으로 실현하려고 한 것이라 할 수 있다.

또한 형사소송법상 강제수사의 대표적인 것이 바로 인신구속제도이고, 개정 형사소송법상 수사 초기에 단기간에 걸친 피의자의 간편한 신병확보를 가능하게 하기 위하여 체포 영장제도를 도입한 이유는 다음과 같다.

첫째, 형사소송법이 개정되기 전 피의자의 신체구속을 구속으로만 한정하여 구속사유인 증거인멸의 우려와 도주의 우려가 인정되어야만 구속할 수 있었기 때문에 수사 초기에 피의자 신병확보를 위하여 탈법적인 관행들이 일반화되어 적법하게 수사초기에 피의자를 간편하게 인치할 수 있는 제도가 필요하였다.⁸⁶⁾

둘째, 체포와 구금의 각 단계에서 신체구속의 이유를 다시 심사하여 불필요한 구속을 억제하고 구속기간을 단축하는 것이 피의자의 인권보장에 적합하다는 점에 있다.⁸⁷⁾ 그리고 우리 형사소송법은 체포를 이용하여 수사한 뒤에 구속의 이유와 필요성이 있는 때에 구속절차에 옮겨가게 하고 있다. 즉 우리 형사소송법은 일본과는 달리 체포전치주의를 채택하지 않았을 뿐만 아니라 구속을 반드시 체포에 의하도록 한 것도 아니라는 점에 우리만의 특색이 있다.⁸⁸⁾

III. 영장에 의한 체포의 요건

형사소송법 제200조의 2 제1항은 범죄혐의의 상당성과 출석요구불응 또는 불응우려 그리고 제2항 단서는 소극적으로 체포의 필요성의 명백한 부존재를 체포의 요건으로 하고 있다.

86) 이재상, 앞의 논문, 15면. ; 이종갑, 새로운 인신구속제도의 문제점과 개선방안. 경성대학교 법학연구 7권. 1998, 9면.

87) 그러나 지금은 임의동행 및 보호실유치의 탈법적 수사 관행은 이미 사라졌으며 초동수사기관은 개정 전 형소법이 규정한 긴급구속 또는 정식구속들 속에서 피의자를 연행·유치하고 있기 때문에 체포영장제도의 도입은 경찰의 긴급구속 범위를 축소시키면서 경찰의 초동수사에 대해 검찰이 영장청구권을 독점함으로써 유용한 통제 책을 마련하였다는 의미가 더욱 강하다는 견해도 있다. 손동권, 개정 형소법 시행 후의 피의자에 대한 대인적 강제처분. (법정고시. 1996, 23면).

88) 이재상, 앞의 논문, 16면.

1. 범죄혐의의 상당성

법관이 체포영장을 발부하기 위해서는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 한다. 즉 무죄의 추정을 깨뜨릴 수 있을 정도의 유죄판결에 대한 고도의 개연성 내지 충분한 혐의가 있어야 한다.⁸⁹⁾ 범죄의 혐의는 피의자가 범인이라는 구체적 사실에 근거한 수사기관의 주관적 혐의와 범죄가 이루어졌다는 객관적 혐의가 포함된다. 혐의의 정도는 수사실무운영과 긴급체포의 남용우려 등을 고려하면 구속의 경우보다 약한 것으로 해석하는 것이 타당하다.⁹⁰⁾

2. 출석요구불응 또는 불응우려

수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 아니할 우려가 있어야 한다. 이는 긴급체포나 현행범체포의 남용을 방지하려는 체포제도의 본래의 취지를 살리면서 수사초기에 체포의 실효성을 확보하기 위한 것이다.⁹¹⁾ 출석요구는 혐의의 상당성이 있는 피의자에게 적법하게 하면 되고, 출석요구에 응하지 않는다는 것은 수사기관의 출석요구에 응하지 않아 신문을 하지 못하게 되는 경우를 말한다. 그리고 수사기관의 출석요구에 불응할 우려가 있다는 것은 피의자가 도망하거나 지명수배 중에 있는 경우 등을 말한다.⁹²⁾

3. 체포의 필요성

형사소송법 제200조의 2 제2항 단서는 체포의 요건으로서 체포의 필요성을 규정하고 있다. 그리고 이 체포의 필요성은 체포의 적극적 요건이 아닌 소극적 요건으로서, 그 부존재가 명확한 경우에 한하여 체포를 할 수 없도록 하는 소극적 요건에 불과하다. 여기서 “체포의 필요성의 부존재가 명확한 경우”란

89) 신동운, 앞의 책, 252면 ; 신주호, 앞의 책, 150면.

90) 오경식, 한국과 미국의 형사소송절차에 있어서의 체포제도의 비교연구, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 961면.

91) 김상호, 앞의 책, 128면. 양문상·박광섭, 앞의 책, 170~171면. 이재상, 앞의 논문(주1), 16면.

92) 재판예규 제1239호(재형 2003-4), 인신구속사무의 처리에 관한 예규 제15조 제2항.

구속사유의 부존재가 명백한 경우를 가리킨다. 구속사유의 부존재가 의문스러운 경우에는 ‘의심스러울 때는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)’의 원칙에 따라 체포영장을 발부할 수 없다는 견해가 있으나 형사소송법 제200조의 2 제2항 단서가 체포의 소극적 요건으로서 체포필요성의 ‘명백한’ 부존재만을 규정하고 있으므로 그러한 경우에도 체포의 요건은 충족된다고 보아야 한다.⁹³⁾

제2절 영장에 의한 체포의 절차

체포영장의 청구권은 검사에게 있고 사법경찰은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 체포영장을 발부 받아야 한다.⁹⁴⁾ 검사가 체포영장을 청구함에 있어서는 동일한 범죄 사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 체포영장을 청구하였거나 발부받은 사실이 있는 때에는 다시 체포영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재해야 한다. 체포영장에 기재할 사항이나, 수통의 체포영장을 발부하는 경우는 구속영장의 경우와 같다(형사소송법 제200조의 5). 체포영장의 청구를 받은 지방법원판사가 체포영장을 발부하지 아니하는 때에는 청구서에 그 취지 및 이유를 기재하고 서명·날인하여 청구한 검사에게 교부한다. 체포영장의 집행절차에 관하여는 구속영장의 집행에 관한 규정이 준용된다. 즉 체포를 함에 있어서는 피의자에게 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명기회를 주어야 하며⁹⁵⁾, 체포영장은 검사의 지휘 하에 사법경찰관리가 집행하고, 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 동법 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간이내에 구속영장을 청구하지 아니한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다. 체포한 피의자를 구속하기 위하여 반드시 구속영장을 청구하여야

93) 배종대/ 이상돈/정승환/이주원, 신형형사소송법 제3판, 2011, 124면.

94) 이 규정은 체포제도를 제한하기 위한 것이라고 볼 수 있으나, 체포영장의 청구권까지 검사에게 인정해서 신속한 체포가 가능하게 될 것인가는 의문이라는 견해도 있다.(이재상, 앞의 논문.17면)

95) 영장제시 및 Miranda 고지의 시기: 대판 2008,2, 14, 2007도10006: 사법경찰관 등이 체포영장을 소지하고 피의자를 체포하는 경우, 범죄사실의 요지와 구속의 이유 및 변호인 선임권 등을 고지하여야 하는 시기→ 체포영장의 제시나 고지 등은 체포를 위한 실행행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우에도 일단 붙들거나 제압한 후에 지체없이 행하여야 한다.

하므로 사법경찰관이 피의자를 체포한 때에는 피의자를 구속영장에 의하여 구속한 경우에 구속기간은 피의자를 체포한 날로부터 기산한다. 그러나 형사소송법에 처음으로 도입된 체포영장제도가 본래의 입법취지와는 달리 이용률이 극히 저조하여 유명무실화되고 있어 문제점으로 대두되고 있다.

I. 체포영장의 청구

체포영장 청구권은 검사에게 있다, 즉 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 체포사유가 인정될 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 체포영장을 발부받아야 하는바, 체포영장의 청구권자를 검사로 한 것도 체포를 제한하기 위한 것이며, 헌법 제12조 제3항의 규정에 비추어 당연하다고 할 수 있다. 체포영장의 청구에는 체포의 사유 및 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출해야 한다. 검사가 체포영장을 청구함에 있어서 동일한 범죄 사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 체포영장을 청구하였거나 발부받은 사실이 있는 때에는 다시 체포영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다. 체포영장은 체포영장청구서에 범죄사실과 체포사유 등 일정사항을 기재하여 청구한다.⁹⁶⁾ 또한 체포는 피의자의 신체의 자유를 제한하는 대인적 강제처분으로서 이를 위해서는 원칙적으로 법관이 발부한 영장을 필요로 한다. 체포는 체포된 사람을 사회생활로부터 격리시켜 가족관계, 직업활동, 사회활동 등 다방면에 걸쳐 중대한 타격을 가하고 사회적 명예에 부정적인 영향을 미칠 뿐만 아니라 체포된 사람은 외부세계와 고립됨으로써 심리적으로 불안상태에 빠져서 정당한 방어권을 충분히 행사하지 못하게 된다.⁹⁷⁾ 이러한 점을 감안하여 헌법은 체포에 대하여 적법절차의 준수를 요구하고, 법관에 의한 영장을 필수적 요건으로 하는 영장주의 원칙을 채택하고 있다. 즉 헌법 제12조 제3항은 “체포할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 청

96) 종래 긴급체포·현행범체포가 위법한 경우를 구속영장청구의 기각사유로 명시하고 있지만(대법원재판규정 제900호(재형 2003-4, 인신구속사무의 처리에 관한 예규, 제55조 제4호 참조), 최근 개정되면서 삭제되었다(대법원 재판예규 제1275호(재형2003-4)(인신구속사무의 처리에 관한 예규).2000, 6, 2, 개정참조).

97) 신양균, 형사소송법(제2판), 법문사, 2004, 33면도 피의자에 대하여서도 당연히 무죄추정의 원칙이 적용된다는 점에 대하여 이론의 여지가 없다고 한다.

구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야한다”고 규정하고 단서로 수사 기관 업무수행의 효율성을 고려하여 현행범의 경우와 중죄로서 긴급한 사정이 있는 경우에는 사후에 영장을 청구할 수 있는 길을 열어놓았다.

그리고 체포영장의 청구에는 체포사유 및 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다. 또는 체포적부심사를 청구하는 자는 체포영장의 청구를 받은 판사에게 유리한 자료를 제출할 수 있다. 체포영장의 청구권은 검사에게만 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 체포영장을 발부받아야 한다. 검사는 사법경찰관이 신청한 체포영장을 검토하여 체포할 상당한 이유가 없다고 인정하는 때에는 그 이유를 구체적으로 기재하여 체포영장의 신청을 기각한다. 이 경우 사법경찰관이 수사규정 별지 제84호 서식에 따라 체포영장을 신청하였으면 별지 제35호의3 서식에 따른 체포영장신청 기각서로 기각하고, 수사의 보완이 필요하다고 인정하여 기각하는 경우에는 기한을 정하여 체포여부를 재지휘받도록 하거나 체포영장을 재신청하도록 할 수 있다(검찰사건 사무규칙 제21조 제3항). 또 소명자료의 제출은 체포영장을 청구할 때 체포의 사유 및 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출한다. 범죄사실을 인정할 수 있는 자료는 엄격한 증명을 요하지 아니하고 소명의 정도로 충분하다. 즉 체포는 수사의 필요성과 인권의 보장이라는 상반되는 이념이 충돌하는 절차로 체포의 필요성이 인정된다하더라도 국가기관의 체포권한을 남용하여 신체의 자유를 부당하게 침해하는 것을 통제할 필요가 있고, 인권침해가 최소화될 수 있도록 필요한 최소한의 한도내에서만 허용되며 법률에 근거가 있어야 하고 법률이 정한 절차와 방식에 따라야만 한다. 또한 법치국가원리의 핵심 내용인 비례성의 원칙에 구속되어야만 한다.

II. 체포영장의 발부

체포영장에 의한 체포는 검사의 청구로 지방법원 판사가 발부한 체포영장에 의한다. 체포영장의 방식은 구속영장의 방식에 관한 규정이 준용된다. 또는 구속영장의 경우와는 달리 체포영장을 발부하기 위하여 지방법원판사가 피의자를 심문하는 것은 인정되지 않는다. 또한 체포영장에는 피의자의 성명, 주거, 죄명, 피의사실의 요지, 인치, 구금할 장소, 발부연월일, 그 유효기간과 그 기

간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지를 기재하고 법관이 서명날인하여야 한다.

체포영장에 의한 체포는 검사의 청구에 의하여 지방법원 판사가 발부한 체포영장에 의하므로 체포영장의 청구권은 검사에게 있다. 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 체포사유가 인정될 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다.

그리고 미국과 일본은 체포전치주의를 채택하고 있지만 한국은 피의자를 구속하기 위하여 체포의 절차를 거치지 않더라도 바로 구속할 수 있는 체포·구속병렬주의를 채택하고 있다. 그리하여 체포되지 않은 피의자를 구속하려면 구속영장을 반드시 청구하여야 하는데 이 경우에 관할 지방법원 판사는 구속사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하게 하고 있다(형사소송법 제201조의 2 제2항). 이는 바로 체포영장제도의 취지를 훼손할 우려가 클 뿐만 아니라 구인도 구금과 더불어 구속인바 구속의 당부를 판단하기 위하여 구인을 한다는 것은 구속을 제한하고 규제하려는 영장실질심사제도의 취지에 어긋나고 또한 적정절차원리에 반하기 때문에 입법론상 정당하다고 볼 수 없다. 뿐만 아니라 헌법의 기본권 최대한 보장의 원칙에 따라 구속은 필요불가피한 최소한에 그쳐야 하므로 신체의 자유의 침해정도가 더 약하게 더 짧게 더 적게 이루어지더라도 형사사범의 목적을 달성할 수 있다면 그러한 부드러운 수단을 활용함이 헌법과 형사소송법의 취지에 부합되기 때문에 구속에 앞서 단기간의 신체 자유의 침해수단인 체포제도를 먼저 활용하는 것이 득책이 아닐 수 없다.⁹⁸⁾ 일부에서는 우리가 일본처럼 구속과 별도로 체포제도를 도입하였다하여 체포전치주의까지 도입할 필요가 없다는 주장이 있다.

그 이유는 현재 실무상 수사 단계에서 피의자 체포여부는 전적으로 수사기관에 일임되어 있고 구속영장 청구사건 중 상당 부분은 체포없이 바로 구속영장을 청구하고, 그 중 많은 피의자가 영장기각으로 석방되는 현실을 고려할 때 체포전치주의가 도입된다면 이러한 미 체포상태에서 구속영장이 청구된 피의자 중 영장 기각될 수 있는 많은 피의자들이 모두 일단 체포되어 48시간 긴 시간동안 구금되어 있으면서 영장발부 여부를 기다려야 하는 불이익을 받기

98) 김상호, “체포제도의 문제점과 개선방안” 동아대학교, 학술연구, 2004, 123면

때문이라고 한다. 그리고 최근 검찰 및 경찰에서 구속영장 청구비율 및 기각율현황은 2003년 이후에 점점 높아지고 있는 것을 볼 수 있다. 또는 최근 경찰청에서 제출한 영장발부 현황에 따르면, 2009년 이후 해마다 영장발부율이 감소하고 있는 것으로 나타났다. 2009년대비 2012년 8월의 영장발부율은 84.5%에서 64.8%로 19.7% 하락한 것으로 나타났다.⁹⁹⁾ 이는 반대로 해석하면 수사기관에서 구속사유가 되지 않는데도 불구하고 구속영장을 청구했다는 의미가 된다.

III. 체포영장의 집행

체포영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 교도소 또한 구치소에 피의자에 대하여 발부된 체포영장은 검사의 지휘에 의하여 교도관리가 집행하며, 피의자를 체포할 때에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(형사소송법 제200조의 5). 다만 영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피의자에 대하여 피의사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고지하고 집행을 완료한 후 신속히 체포영장을 제시해야 한다(형사소송법 제85조 제3항 제4항). 그리고 체포영장을 집행함에는 피의자에게 반드시 영장을 제시하여야 한다. 제시되는 영장은 정본이어야 하며 사본의 제시는 위법하다. 또는 영장의 제시나 권리의 고지는 체포를 위한 실력행사 전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이지만 그러나 그것이 여의치 않은 경우는 실력행사 후에 지체없이 행하면 족하다. 체포영장의 집행에 관하여는 구속영장의 집행에 관한 규정이 대부분 준용된다.

체포영장은 검사가 청구하고 관할 지방법원 판사가 발부하므로 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 판사로부터 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 검사만이 영장을 청구할 수 있다는 점에서 사법경찰관에게도 영장청구를 인정하는 일본과 상이하다.

이와 같이 체포의 경우 반드시 판사로부터 받은 체포영장이 있어야 하는데 예외적으로 긴급체포와 현행범체포는 체포영장 없이 체포할 수 있다. 이는 후

99) 아시아투데이 뉴스, 국회 법제사법위원회 소속 김희선 새누리당 의원(서초 갑)이 법무부로부터 제출받은 구속영장기각 현황, 2012,10,16.

술한다.

체포된 피의자를 구속하기 위해서는 구속의 필요성이 인정되어야 하는 것은 당연하다. 체포영장에 의하여 체포된 피의자라고 할지라도 구속의 필요성이 인정되지 않을 때에는 체포된 피의자를 즉시 석방해야 한다. 또한 피의자를 일단 체포하여 계속하여 구금할 필요가 있다고 판단되면 수사기관은 체포 후 48시간 이내에 구속영장을 청구하여 영장을 발부받아 피의자를 구속하도록 되어 있다.

IV. 체포 후의 절차

1. 체포의 통지

우리나라의 경우 체포영장을 집행하여 피의자를 체포한 때에는 피의사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있는 취지의 고지 등 이에 수반되는 통지의무를 이행하여야 한다(형사소송법 제87조, 제200조의 6).

형사소송법 제87조의 통지의무와 관련하여 형사소송규칙 제51조 제2항은 늦어도 24시간 이내에 서면으로 하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 동 규칙은 급속을 요하는 경우에는 구속되었다는 취지 및 구속의 일시·장소를 전화 또는 모사전송기 기타 상당한 방법에 의하여 통지할 수 있다. 다만, 이 경우에도 구속통지는 다시 서면으로 하여야 한다(형사소송규칙 제51조 제3항, 제100조).¹⁰⁰⁾

2. 구속영장의 청구 및 영장발부 통지

체포영장에 의하더라도 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고 그 기간 내에 구속영장을 청

100) 형사소송법 제87조의 통지의무와 관련하여 종래의 형사소송규칙은 제51조 제2항에서 '통지는 3일 이내 서면으로 하여야 한다.'고 규정한 것을, 체포영장에 의해 체포된 피의자의 체포기간이 48시간의 단기간임을 고려하여 '늦어도 24시간 이내'로 개정하고, 가능한 한 신속한 방법으로 통지하기 위하여 제3항에서 '전화 또는 모사전송기 기타 상당한 방법에 의한 통지'의 규정을 신설하였다(이재석, 체포제도의 운용과 현실, 223면).

구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(형사소송법 제200조의 2 제5항, 형사소송규칙 제100조 제2항).

또한 체포영장 또는 구속영장의 발부를 받은 후 피의자를 체포 또는 구속하지 아니하거나 체포 또는 구속한 피의자를 석방한 때에는 지체없이 검사는 영장을 발부한 법원에 그 사유를 서면으로 통지하여야 한다(형사소송법 제204조).

3. 체포의 적부심사

체포된 피의자가 석방되기 위하여 우선 체포적부심사를 청구하여 체포가 부적법함을 증명함으로써 석방되는 수도 있고 그렇지 아니한 경우에는 구속적부심을 청구하여 구속이 위법·부당한 경우에 석방되기도 한다. 또 체포와 구속이 타당하더라도 보석보증금 납부를 조건으로 석방되거나 검사의 구속 취소로 석방될 수도 있다는 점은 현행법상 피의자에게 인정되고 있는 석방의 기회라고 할 수 있다.

한편 인신구속에 관한 자유회복의 과정은 불편하고 복잡하며 신속하지 못한 결함을 지니고 있다고 볼 수 있다. 따라서 체포영장제도가 본래의 입법취지와는 달리 이용률이 극히 저조하여 이의 유명무실화가 심각한 문제점으로 대두되고 있다.¹⁰¹⁾

체포된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포의 적부심사를 청구할 수 있는바(형사소송법 제214조의 2 제1항). 피의자를 체포한 검사 또는 사법경찰관은 체포된 피의자와 위에 규정된 자 중에서 피의자가 지정하는 자에게 위에 따른 적부심사를 청구할 수 있음을 알려야 한다(동조 제2항).

법원은 위 적부심사의 청구가 (1) 청구권자 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대하여 재청구한 때, (2) 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적임이 명백한 때에는 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다(동조 제3항). 적부심사의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거

101) 신호진, 신형사소송법요론. 문형사, 2008, 204면.

물을 조사하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다(동조 제4항). 이러한 법원의 기각결정에 대하여는 항고하지 못한다(동조 제8항). 법원은 위 심문을 하는 경우 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취하여야 하며(동조 제11항). 피의자를 심문하는 경우 법원사무관 등은 심문의 요지 등을 조서로 작성하여야 한다(형사소송법 제201조의 2 제6항, 제214조의 2 제14항).

법원은 구속된 피의자(심사청구 후 공소제기 된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 있다. 다만 (1) 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때, (2) 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다(동조 제5항). 법원은 제98조의 조건을 정함에 있어서 (1) 범죄의 성질 및 죄상(罪狀), (2) 증거의 증명력, (3) 피의자의 전과·성격·환경 및 자산, (4) 피해자에 대한 배상 등 범행 후의 정황에 관련된 사항을 고려하여야 한다. 법원은 피고인의 자력 또는 자산 정도로는 이행할 수 없는 조건을 정할 수 없다(형사소송법 제99조, 제214조의 2 제7항).

또한 석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다(동조 제6항). 검사·변호인·청구인은 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다(동조 제9항). 체포된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 국선변호인의 규정을 준용한다(형사소송법 제33조, 제21조의 2 제10항). 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법원은 적부심사의 심문·조사·결정에 관여하지 못한다. 다만, 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다(동조 제12항).

제3절 영장에 의한 체포의 문제점과 개선방안

I. 영장체포의 문제점

1. 영장체포의 요건상의 문제점

(1) 범죄의 혐의의 상당성에 대한 문제점

형사소송법 제201조의 2 제1항에 영장에 의한 체포의 적극적 요건에는 범죄 혐의의 상당성과 출석요구불응 또는 불응우려가 있으며 소극적 요건으로 명백한 체포필요성의 명백한 부존재를 필요로 한다고 규정하고 있다. 즉 ‘법관이 체포영장을 발부하기 위해서는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 한다’고 규정하고 있으며 범죄의 혐의는 피의자가 범인이라는 구체적 사실에 근거한 수사기관의 주관적 혐의와 피의자가 범죄를 행하였다는 객관적 혐의가 포함된다.

즉 체포는 구속에 비하여 단기간에 이루어진다는 점, 절차상 체포는 구속의 선행단계로서 수사의 초동단계에서 행하여지며 체포제도가 구속이라는 엄격함에서 비롯되어 입법되었다는 점, 또 불법한 임의동행을 없애기 위하여 체포영장이 도입되었다는 점, 형사소송법상 체포의 요건(범죄의 혐의와 출석요구불응 또는 불응의 우려)에 비하여 구속의 요건이 더 엄격하다는 점에서 체포영장의 발부를 위한 범죄혐의는 구속영장발부에 비하여 낮은 정도로 족한 것으로서 피의자가 유죄판결을 받을 수 있을 정도라거나 공소를 제기할 수 있을 정도까지는 이르지 않아도 된다고 본다.¹⁰²⁾ 체포의 요건에서 문제시 되는 것은 구속사유와 동일한 문구로 규정한 범죄혐의 상당성에 국한되지 않는다는 것이다. 즉, 범죄혐의의 진상을 규명하기 위해서 출석할 것을 요구하며, 출석

102) 동지; 이에 대하여 오경식, 한국과 미국의 형사소송절차에서의 체포제도의 비교연구, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 2003, 961면에서는 수사실무 운영과 긴급체포의 남용우려(실무상으로는 체포영장에 의한 체포는 8-9%에 불과함)등을 판단하여 구속의 경우보다 약한 혐의로 해석하는 것이 타당하다고 하며, 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여-, 법조 54권 7호(통권586호), 2005, 68면에서는 체포영장과 구속영장에서의 혐의의 정도를 동일한 것으로 본다면 곧바로 구속영장을 청구하는 것이 더 타당할 것이므로 두 가지 영장을 이중으로 청구하는 절차를 둔 것은 불필요한 절차의 낭비에 불과하다는 것을 이유로 한다.

요구불응 또는 불응우려가 있을 때라는 문언을 배제해야 한다고 사료된다. 그렇지 않으면 긴급체포 남용 등의 문제점이 발생할 우려가 있기 때문이다.

(2) 출석요구불응 또는 불응우려에 대한 문제점

범죄혐의의 상당성이라는 체포요건 이외에 피의자를 체포하기 위한 사유로는 ‘정당한 이유 없이 검사나 사법경찰관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려’가 인정되어야 한다. 형사소송법 제200조에서의 수사기관이 피의자에 대한 출석요구는 임의수사로서 피의자는 출석요구를 거부할 수 있으며 일단 출석하였다가도 자유롭게 퇴거할 수 있다.¹⁰³⁾

그러나 형사소송법에서 도입된 체포제도의 근본적인 핵심은 초동 수사 단계에서 합목적적인 수사진행을 위하여 실질적으로는 국민들에게 출석협조의 의무를 부여한 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾

피의자의 출석요구 불응을 이유로 체포영장을 발부함에 있어서는 신중을 기하여야 할 것이다. 출석불응에는 정당한 이유가 없어야 하기 때문에 피의자가 수사기관의 출석요구에 대하여 1회 응하지 아니한 것만으로 바로 체포의 사유가 인정된다고는 할 수 없다. 이에 대하여는 구체적인 사건에 따라 여러 가지 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.¹⁰⁵⁾

체포영장의 발부사유는 피의자가 수사기관의 출석요구에 ‘응하지 아니할 우려’라는 장래의 사유를 포함하고 있다. 체포의 요건으로서 출석요구에 응하지 아니할 우려가 있는 경우에 대하여는 이를 남용할 소지가 있으므로 더욱 신중하게 운용할 필요가 있다. 수사기관의 출석요구에 불응할 우려가 있는 경우라면 피의자가 도망하거나 지명수배 중에 있는 경우 등이 이에 해당하는 문제이다.¹⁰⁶⁾

103) 신동운, 앞의 책, 143면.

104) 이 의무의 부과 필요성을 수사기관이 스스로 판단하지 아니하고 법관의 사법심사에 맡긴 점이 체포제도의 특징이다(신동운, 앞의 책, 143면).

105) 대법원송무예규 제501호: 인신구속사무의 처리요령.

106) 손동권, 현행 피의자 체포·구속제도에 관한 연구, 동암 이형국교수 화갑기념논문집(서울: 법문사, 1998) 561면.

(3) 체포의 필요성에 대한 문제점

형사소송법 제200조의 2 제1항에는 통상체포의 요건으로서 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 정당한 이유 없이 위 제200조 규정에 의한 출석불응 또는 불응우려가 있을 것을 요구하고 있다. 출석불응 등의 체포사유에 대하여 이러한 요건을 체포사유로 하는 것이 필요한지 의문을 가지면서도 현행법 하에서는 체포를 가능한 제한하려는 취지에서 이들을 체포사유로 하고 있다고 하면서 부분적으로 긍정하는 견해¹⁰⁷⁾와 수사초기의 단기의 신병확보 수단인 체포의 실효성 확보를 위하여 이러한 체포사유를 삭제함이 타당하다는 입장과 입법론보다는 해석론으로 해결함이 바람직하다는 견해가 있다.¹⁰⁸⁾

미국의 경우에는 피의자에게 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 치안판사는 체포영장을 발부한다.¹⁰⁹⁾

일본의 경우에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 또한 명백히 체포의 필요가 없는 경우가 아니면 체포 할 수 있는 것으로 규정하고 있다(일본 형사소송법 제199조 제2항)

한편 우리법상 체포영장제도는 일본의 체포영장제도와 상당히 유사한 것이기는 하지만 일본은 경부이상의 사법경찰관이 검사를 거치지 않고 직접 법원으로부터 영장을 발부 받을 수 있도록 되어 있고, 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때라는 범죄사실의 소명만으로도 체포장을 발부할 수 있도록 되어 있음에 반하여 우리는 발부요건에 출석불응 또는 출석불응우려라는 것이 추가되어 있다. 이것은 수사기관의 자의적인 체포의 남발을 막아보려는 취지에서 마련된 것으로 보이나 경찰이 출석요구서를 발송하여 수사를 하는 것보다 주로 전화 등을 이용한 임의출석의 형태로 조사하던 종래의 관행이 어느 정도 계속되고 있음을 생각할 때 그 이용률이 극히 저조하고 오히려 긴급체포제도의 이용률이 훨씬 높은 실정이다.¹¹⁰⁾ 이것은 인신구속제도에 대한 영장주의를 강탈하고 극히 예외적으로만 인정되어야 할 긴급체포가

107) 이재상, 앞의 책, 218면,

108) 이은모, “피의자 인신구속제도의 정비방안”. 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003, 111면; 김상호, 앞의 논문, 128면.

109) 주용환, 체포제도의 개선방안에 관한 연구, 한양대학교 대학원, 박사학위논문, 2009, 2, 112~113면.

110) 이기호, “수사절차상 인신구속제도의 문제점에 관한 연구” 경찰대학교 논문집 제17호, 1997.

일상화됨으로써 시민의 자유에 대한 심각한 침해의 우려가 지난날과 같이 상존할 수 있다는 문제점으로 나타난다.

2. 체포 후의 절차에 대한 문제점

피의자를 체포한 후 그를 다시 구속하고자 할 때에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장(제201조)을 청구하여야 하고 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하거나 구속영장의 청구가 기각된 경우에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(형사소송법 제200조의 2 제5항).

영장에 의한 체포제도의 문제점은 48시간 이내에 구속영장을 청구만 하면 족하고, 그 기간 내에 구속영장이 발부되는 것을 요하지 않는다는 점이다. 즉 구속영장을 청구하기만 되므로 실제 피의자가 법관 대면권을 가지는 데 걸리는 시간은 48시간에 추가적인 시간(+a)이 되므로 무고한 피의자 또는 구속사유에 해당되지 않는 피의자가 석방되는 데 걸리는 기간은 제한 없이 상당기간 계속될 수 있다. 이것은 법원에 의한 피고인 구인의 경우 형사소송법 제71조에 따라 피고인을 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 하는 것과 비교해 볼 때 피의자의 인권보장에는 심각한 손상이다. 구속영장을 청구하지 않거나 구속영장을 청구했지만 발부받지 못하여 피의자를 석방하는 경우 그때까지의 시간은 피의자에게 부당한 구속의 시간이 될 수 있으므로 실질적으로 신병의 인치기간이 연장되는 효과가 있다고 할 수 있는 것이다. 수사기관의 입장에서라도 일단 체포하여 시간을 벌여놓자는 태도에서 피의자를 체포한다면 구속의 요건이 갖추어져야만 체포할 수 있는 경우와 비교해 보았을 때 실질적으로 구금기간이 늘어난다고 할 수 있다.

II. 영장에 의한 체포제도의 개선방안

1. 영장체포의 요건상의 개선방안

체포영장의 문제점은 체포의 요건과 절차가 너무 엄격하여 체포영장과 구속영장에서 요구되는 혐의의 정도와 영장청구의 요건이 거의 동일하다는 것이다. 체포사유로서 범죄혐의의 상당성이 요구되며, 체포를 위해 법원에 의한 영장을 발부받아야 한다. 현행 규정에 의하면 체포사유로서의 범죄혐의와 구속사유로서의 범죄혐의는 적어도 법문의 표현에 따르면 동일한 정도의 혐의이다. 구속사유를 규정한 형사소송법 제70조 제1항은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유를 체포사유를 규정한 형소법 제200조의 2 제1항의 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유를 각각 규정하고 있다. 그런데 이 두 규정의 차이는 피고인과 피의자의 차이가 있을 뿐이다. 또한 형사소송법에서는 체포의 필요성을 소극적 요건으로 규정하면서도 규칙과 예규에서는 체포의 필요를 판단함에 있어서는 도망할 염려가 있는지와 증거를 인멸할 염려가 있는지 여부를 심사하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 구속의 사유와 같은 것을 그 내용으로 한다.

이와 같이 수사를 위한 체포를 위해서도 구속영장과 거의 같은 절차에 의해 체포영장을 발부받아야 한다. 이러한 이유로 수사의 편의상 영장에 의한 체포를 이용하지 않고 임의동행이나 긴급체포의 남용하여 탈법적 관행이 발생하는 것이다. 이에 대하여 구체적으로 살펴보면 2010년에는 1만308건을 긴급체포해 8425건에 대하여 구속영장을 신청해 7046건이 발부됐으며 2011년 8184건 중 6683건에 대해 신청해 5599건만 발부됐다. 그리고 2012년 6월말 3967건을 긴급체포 한 뒤 3169 영장을 신청해 2617건만 구속돼 구속기각률이 오히려 1% 이상 증가했다.

이 중 가장 높은 기각률을 보인 곳은 울산경찰청(29%)이었으며 대전경찰청(23.1%)과 대구경찰청(22.4%), 광주경찰청(22.2%), 전북경찰청(21.9%)이 그 뒤를 이었다.

경찰이 무영장체포한 피의자 10명 중 2명은 무혐의로 풀려나 경찰의 긴급체

포 남용이 심각한 수준이다. ‘기각률이 높다는 것은 여전히 국민의 인권을 침해한다는 비판에서 벗어날 수 없는 상황이다’고 한다.¹¹¹⁾ 이는 한마디로 말하자면 신병확보를 위하여 손쉽게 무영장체포를 하는 것으로 판단되는바 빠른 시일 내에 지양되어야 할 문제이다.

따라서 현행 체포제도가 종전의 임의동행 또는 보호실유치를 통한 피의자 신병의 조기확보라는 실무상의 필요성을 합법화하기 위해 도입된 점, 체포가 수사기관의 피의자신문을 위한 수단이 아니라 구속을 위한 사전적 임시 조치로서의 의미를 가진다는 점, 초기 수사단계에서 지나치게 엄격한 요건의 요구는 현장에서 범죄자의 격리 등을 위한 최소한의 필요한 수사를 곤란하게 할 가능성이 있다는 점에서 초기수사단계에서의 체포의 실효성 확보를 위해서는 체포영장 발부를 위한 요건을 완화할 필요가 있다고 본다.¹¹²⁾

수사기관의 출석요구에 불응하거나 불응할 우려가 있는 경우에 체포영장에 의해 인신의 자유가 구속될 수 있다는 것은 헌법 및 형사소송법이 보장하고 있는 피의자의 진술거부권을 침해하는 제도로 이해될 수 있다는 비판¹¹³⁾을 감안할 때, 현행 체포영장 발부를 위해 요구되는 ‘출석요구에의 불응 또는 불응의 우려’는 삭제할 필요가 있다.

2. 체포 후의 절차에 대한 개선방안

체포의 절차 또한 구속영장의 경우와 흡사하거나 체포영장의 발부에 있어서는 구속영장의 규정을 준용하고 있다. 그러나 체포영장이 청구되는 경우 법원에서는 형사소송법의 취지에 비추어 피의자에 대한 심문을 요하지 아니하는 것으로 해석되며, 예규에서도 체포영장 청구사건을 처리함에 있어서는 피의자에 대한 심문을 요하지 아니하며, 사실의 조사를 하는 경우에는 체포영장 청구사건의 신속성과 밀행성에 반하지 아니하는 범위 안에서 하여야 한다고 규

111) 인천일보, 2012. 10. 8. 국회 행정안전위원회 유승우(이천·새누리당)위원 국회 제출한 보고서. <http://www.police.go.kr/data/statistics/statisticsAffairMain.jsp> 이사회 경찰청 자료실, 2012.

112) 양문상 · 박광섭, “현행 형사소송법상 체포제도에 대한 검토” 충남대학교 법학연구 제20권 제2호, 2009. 170~171면.

113) 심재무, 체포의 요건에 관한 고찰, 형사법연구 제13호, 한국형사법학회, 2000, 235면; 차용석, 형사소송법연구, 박영사, 1983. 286면.

정하고 있다.¹¹⁴⁾ 즉 구속영장의 경우와는 달리 체포영장을 발부하기 위하여 지방법원판사가 피의자를 심문하는 것은 인정되지 않는다. 따라서 체포영장의 발부는 구속영장의 발부와 같은 수준으로 규정하고 있으면서 서류심사만은 하고 있으므로 이는 당연히 예단의 피해가 발생할 것이다. 그러므로 체포영장의 경우에는 구속영장의 경우보다 당연히 완화된 심사를 하여야 할 것이다.

체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 구속영장청구절차에 의하여 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 하며(형사소송법 제200조의 2 제5항), 구속영장을 청구하였다 하더라도 구속영장을 발부받지 못한 경우에도 피의자를 즉시 석방하여야 한다(제100조 제2항, 제200조의 4 제2항). 다만 형사소송법에 체포영장에 의하여 체포된 피의자를 석방하는 독립적인 근거규정이 존재하지 않는바¹¹⁵⁾ 입법론상 ① 피의자의 석방과 관련된 규정은 인권과 관련된 매우 중요한 규정인 점, ② 영장주의를 고려할 때 ‘체포영장에 의한 체포’가 여러 체포형태 중 원칙에 해당되는 점을 종합하면, 응답 ‘체포영장에 의한 체포’를 규정하는 제200조의 2에서 그 석방과 관련된 규정을 두고, 다른 형태의 체포에서 이를 준용하도록 개정할 필요가 있다고 본다.¹¹⁶⁾

한편, 체포 후 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있고 이 경우 법원이 수사기록과 증거물을 접수한 때로부터 검찰청에 반환할 때까지의 기간은 48시간에 포함하지 않는다(형사소송법 제214조의 2). 앞에서 서술한 기간을 48시간에 산입하는 방향으로 개선되어야 한다고 생각한다. 그 이유는 불법적인 인신구속의 연장 및 인권침해가 될 수 있기 때문이다.

114) 대법원 재판예규 제1130호, 인신구속사무의 처리에 관한 예규(재형 2003-4)

115) 형사소송규칙 제100조에서는 “체포영장에 의하여 체포되었거나, 현행범으로 체포된 피의자에 대하여 구속영장청구가 기각된 경우에는 법 제200조의4 제2항의 규정을 준용한다고” 규정하고 있고, 형사소송법 제200조의4 제2항은 “긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 청구하지 아니 하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다”고 규정하고 있다.

116) 노정환, “현행 체포제도에 실무적 고찰” 실무연구(법조), 2013, 8(Vol. 683). 206~207면.

제5장 긴급체포의 문제점과 개선방안

제1절 긴급체포제도의 의의 및 취지

긴급체포라 함은 중대한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이 법관의 체포영장을 발부받지 않고 체포하는 것으로서, 현행범체포와 함께 체포에 있어서 영장주의의 예외가 인정되는 경우이다.¹¹⁷⁾ 형사소송법은 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, (1) 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때 또는 (2) 피의자가 도망하거나 도망할 우려가 있는 때에 긴급을 요하여(피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다) 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다(형사소송법 제200조의 3 제1항). 긴급체포는 체포의 긴급성에 대처함으로써 수사의 합목적성을 실현하기 위한 제도로써 사전영장주의 원칙을 고수함으로써 중대범죄를 범한 범인을 놓치는 결과를 방지하려는 데에 그 취지가 있다.¹¹⁸⁾

헌법은 영장주의를 선언하면서 제12조 제3항 단서에 ‘다만 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다’고 규정하고 있으므로 개정 형사소송법은 체포제도의 도입에 대응하여 종전의 긴급구속제도를 폐지하고 그 대신 동일한 요건의 긴급체포제도를 도입한 것이다.

피의자에 대하여 긴급체포를 할 수 있는 자는 검사와 사법경찰관이다(형사소송법 제200조의 3 제1항). 그러나 사법경찰관은 긴급체포의 권한이 없다.

117) 다만 긴급체포는 범행과 체포 사이에 있어서 시간적 접촉성이 인정되지 않는 점에서 현행범체포와 구별된다.

118) 박종환, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 법학연구제17집, 207면.

제2절 긴급체포제도의 요건과 절차

I. 긴급체포의 요건

피의자를 긴급체포하기 위해서는 형사소송법 제200조의 2 제1항의 규정에 따라 첫째, 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 것(범죄의 중대성), 둘째, 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망할 염려가 있을 것(체포의 필요성), 셋째, 긴급을 요하여 지방법원 판사의 체포영장을 받을 수 없을 것(체포의 긴급성) 등 3가지 요건을 갖추어야 한다.

1. 범죄의 중대성 및 객관적 혐의

피의사건이 사형, 무기, 또는 장기 3년 이상의 죄에 해당하여야 한다. 본죄의 형은 처단형을 의미하는 것이 아니라 법정형을 가리킨다.

범죄의 중대성에 관하여 긴급체포의 경우와 체포영장에 의한 체포의 경우 그 혐의의 정도에 차이가 있는 것은 아니다.¹¹⁹⁾ 긴급체포에 필요한 범죄의 혐의도 수사기관의 주관적 혐의만으로는 불충분하며 범죄의 혐의에 대한 객관적·합리적인 근거가 있음을 요한다. 그러나 공소제기에 충분할 정도의 객관적 혐의가 있음은 요하지 아니한다.

2. 긴급성

긴급을 요한다 함은 체포영장을 발부 받을 시간적 여유가 없는 경우, 즉 판사의 체포영장을 받기 위해 시간을 지체하면 피의자에게 수사기관에의 출석요구를 기대할 수 없어 체포가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되는 상황을 말한다. 이에 대하여 형사소송법 제200조의 3 제1항 단서는 "피의자를 우연히

119) 이 점에 관하여 우리 형사소송법은 '상당한 이유'가 있을 것을 요하는데 비하여 일본 형사소송법은 '충분한 이유'가 있을 것을 요하고 있어 혐의의 정도에 있어서 차이가 있을 수 있는 것처럼 보여지나, 어느 경우에도 현저한 혐의가 있을 것을 요한다는 데 이견이 없다.

발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 긴급체포는 필요한 최소한의 경우에 하여야 하며, 피의자의 소재를 알고, 체포영장을 받을 수 있는 시간적 여유가 있을 때에는 긴급체포를 하여서는 안 된다. 긴급체포는 피의자가 수사기관에서의 조사 중 범행의 발각·영장의 청구 또는 영장청구의 기미가 보이자 도망하는 경우, 지명수배자의 발견 시, 지명수배는 되지 않았으나 주거가 일정하지 않거나 출석 불응한 자에 대하여 소재수사 중 발견한 경우, 도주 중인 기소중지자를 수사기관이 불심검문을 통하여 검거하는 경우 등이 전형적인 사례이다.¹²⁰⁾

체포영장을 발부받을 수 없을 정도로 긴급을 요하는 경우인지 여부는 체포 당시의 제반사정을 종합하여 객관적·합리적으로 판단하여야 할 것이다. 따라서 반드시 체포영장에 의한 체포가 객관적으로 불가능해야 하는 것이 아니라 검사 또는 사법경찰관의 합리적 판단에 의하여 체포의 목적이 위험하게 된다고 인정되면 족하다.¹²¹⁾

3. 체포의 필요성

체포의 필요성에 관해서 보면, 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망 또는 도망의 염려가 있어야 한다. 즉 긴급체포를 위하여서는 구속사유가 존재할 것을 요한다. 긴급체포의 경우 체포영장을 받을 것을 요하지 않는 대신 그 요건을 엄격히 한 것이며 긴급체포의 남용을 막기 위한 규정이라고 할 수 있다. 다만 긴급체포의 경우에는 주거가 확실한 자라 할지라도 체포가 요청되므로 주거불안(형사소송법 제70조 제1항 제1호)을 긴급체포의 요건에서 제외하고 있다.

120) 송광섭, 형사소송법, 유스티니아누스, 1999, 358면.

121) 이재상, 형사소송법, 박영사, 1996, 220면.

II. 긴급체포의 절차

1. 긴급체포의 방법

검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 긴급체포를 한다는 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다(형사소송법 제200조의 3 제1항). 사법경찰관이 긴급체포를 한 경우에는 즉시 검사의 승인을 받아야 한다(형사소송법 제200조의 3 제2항). 이는 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘 감독권의 제도적 표현이나 개정 전 형사소송법이 긴급구속에 관하여 미리 검사의 지휘를 받을 것을 요구하던 것과 구별된다.

사법경찰관은 긴급체포 후 12시간 내에 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 긴급체포를 승인해 달라는 건의를 하여야 한다. 다만 기소중지된 피의자를 해당 수사관서가 위치하는 특별시·광역시·도 또는 특별자치도 외의 지역에서 긴급체포하였을 때에는 24시간 내에 긴급체포에 대한 승인 건의를 할 수 있다(검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정 제357조 제3항). 검사의 승인을 얻지 못한 경우에는 사법경찰관은 피의자를 즉시 석방하여야 한다(형사소송법 제200조의4 제2항). 사법경찰관이 관할구역 외에서 긴급체포를 하거나 관할구역 외의 사법경찰관의 촉탁을 받아 긴급체포를 할 때에는 사전에 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하는 것이 원칙이지만, 긴급을 요할 때에는 사후에 보고할 수 있다(형사소송법 제210조).

긴급체포를 행하는 검사 또는 사법경찰관은 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고¹²²⁾ 변명할 기회를 준 후가 아니면 피의자를 체포할 수 없다(형사소송법 제200조의 4 제72조 제88조). 긴급체포한 피의자를 호송할 경우에 필요한 때에는 가장 근접한 교도소 또는 구치소에 피의자를 임시로 유치할 수 있다(형사소송법 제200조의 5 제

122) Miranda Principle (Miranda v. Arizona, 383 U.S. 436, 1966)은 피의자보호를 위한 일련의 절차적 권리, 즉 피의자가 진술거부권을 가지고 있다는 사실, 피의자의 진술이 그에게 불리한 증거로서 사용될 수 있다는 사실, 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있다는 사실을 피의자에게 고지하지 아니한 채 피의자를 구금한 상태에서 방문하여 얻은 피의자의 진술은 증거로 채택될 수 없다는 원칙을 말한다. 이 Miranda 원칙은 미국연방헌법 수정 제15조 자기부죄거부의 특권을 근거로 하고 있다.

186조). 피의자를 유치장, 구치소, 교도소 등에 수용한 때에는 즉시 범죄사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 다시 한번 알려야 한다(형사소송법 제200조의 5 제88조). 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 변호인선임권자중 피의자가 지정한 자에게 피의사건명, 체포일시·장소, 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 지체없이 서면으로 알려야 한다(형사소송법 제200조의 5 제87조 제1항 제2항).

피의자를 긴급체포한 경우에는 즉시 긴급체포서를 작성하여야 한다(형사소송법 제200조의 3 제3항). 이 긴급체포서에는 범죄사실의 요지, 긴급체포의 사유(형사소송법 제200조의 3 제4항)와 형사소송규칙이 규정한 사항(동규칙 제95조) 등을 기재하여야 한다.

2. 체포후의 조치

검사 또는 사법경찰관이 긴급체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 검사는 관할 지방법원 판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 수사기관의 긴급체포에 대한 이러한 사후영장제도는 긴급체포의 남용을 방지, 시정하기 위한 사법적 통제로서 이는 피의자의 인권보장을 이념으로 한 헌법상의 요청이다(헌법 제11조 제3항 단서). 피의자의 체포 또는 구속에 관한 사전영장이 사전적인 사법적 억제임에 대하여 긴급체포에 관한 사후영장은 사후적인 사법적 통제라 할 수 있다.

검사가 구속영장을 청구하거나 사법경찰관이 구속영장을 신청할 때에는 긴급체포서를 첨부해야 한다(형사소송법 제200조의 4 제1항).

48시간 이내에 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(형사소송법 제200조의 4 제2항). 48시간 이내에 구속영장을 청구하면 족하므로 이 기간이 넘어서 구속영장이 발부되었다고 해서 피의자를 석방해야 하는 것은 아니다.¹²³⁾

한편 긴급체포 되었으나 구속영장을 청구하지 아니하거나 구속영장을 발부

123) 이재상, 앞의 책, 221면.

받지 못하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 대하여 다시 체포하지 못한다(형사소송법 제200조의 4 제3항). 따라서 판사에 의하여 체포영장을 발부받은 때에는 다시 체포할 수 있게 된다.

3. 긴급체포 된 피의자의 권리

긴급체포 된 피의자도 통상체포의 경우와 마찬가지로 신체구속을 당한 피의자이므로 접견교통권이 보장된다(형사소송법 제89조 제200조의 6). 접견교통권이란 체포 또는 구속된 피의자나 피고인이 변호인·가족·친지 등 타인과 접견하고, 서류 또는 물건을 수수하며, 의사의 진료를 받을 수 있는 권리를 말한다. 접견교통권은 체포 또는 구속된 피의자나 피고인의 권리이며, 동시에 변호인의 고유권이다. 이를 보장하는 이론적 근거는 피의자나 피고인이 인권을 보장함과 동시에 방어권을 보장하는 데 있다. 그리고 접견교통권은 헌법상의 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리(헌법 제12조 제4항)¹²⁴⁾에서 나오는 체포·구속된 피고인·피의자 또는 용의자의 권리(형사소송법 제89조 제209조 제213조의 2)이며 동시에 변호인 또는 변호인이 되려고 하는 자의 고유권(동법 제34조)이다. 또는 형사소송법은 변호인과의 접견교통권을 제한 없이 보장하고 있으며 비변호인과의 접견교통권은 법률이 정한 범위에서 인정하고 있다(동법 제89조 제91조 제209조).¹²⁵⁾ 이는 피의자·피고인의 방어권을 보장함과 동시에 기본적 인권을 보장하는데 그 취지가 있다.¹²⁶⁾

구속기간의 계산에 있어서 수사기관이 피의자를 긴급체포한 후 그 피의자에 대하여 구속영장이 발부된 경우 수사기관의 피의자에 대한 구속기간의 기산점은 체포된 때이다(형사소송법 제203조의 2). 따라서 긴급체포 된 후 구속영장

124) 대판 1992, 5, 8, 91누7552, 대법원은 재야운동가 김근태 사건에 대한 판결에서 접견교통권을 헌법 제10조(인간존엄과 가치, 행복추구권)에서 도출하고, 구속된 피고인·피의자는 헌법 제27조 제4항(무죄추정원칙)의 의해 일반시민과 똑같이 헌법 제10조를 향유할 수 있는 주체라는 입장을 취하고 있다.

125) 가족, 친지 등과의 접견은 제91조, 제209조에 의하여 제한될 수 있는 반면, 변호인과의 접견은 제한이 없다.

126) 대판 1996, 6, 3, 96모18 : 형사소송법은 제34조와 제209조 및 제89조에서 피고인, 피의자의 접견교통권에 대해서만 규정하고 있다. 그러나 용의자(피내시자)에게도 접견교통권이 인정된다는 것이 학설과 판례의 입장이다. 다만 그 근거에 대해서는 헌법 제12조 제4항을 제시하는 견해도 있지만, 판례는 동법 제34조와 제209조 및 제89조를 확장 해석하여 그 근거로 삼고 있다.

이 발부되기까지의 기간은 구속기간에 산입된다.

4. 긴급체포 시 압수·수색·검증

검사 또는 사법경찰관은 긴급체포규정에 의하여 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대해 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(형사소송법 제217조 제1항). 그리고 긴급압수 후 계속 압수의 필요가 있는 때에는 지체없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 체포한 때부터 늦어도 48시간 이내에 영장을 청구하여야 하며(동법 제217조 제2항), 청구한 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다(동법 제217조 제3항).

긴급체포 이후의 영장 없는 긴급압수·수색은 이전에는 체포 후 구속영장의 청구기간 즉 48시간까지 가능하였으나 긴급체포 남용의 문제를 방지하기 위해 개정법률은 긴급압수·수색의 기한을 24시간으로 축소하고, 사후 압수수색영장의 청구를 의무화하였다. 그러나 이와 같은 개정법률의 보완규정에도 불구하고 체포 자체에 수반하는 압수·수색·검증의 영장주의 예외와는 별개로 긴급체포에 대해서만 긴급압수·수색의 또 다른 예외를 허용하는 것은 입법론적으로 폐지하는 것이 바람직하다. 개정법률은 긴급압수·수색의 대상자를 ‘긴급체포할 수 있는 자’에서 ‘긴급체포 된 자’로 변경하였는데, 피의자가 이미 체포된 상태라면 긴급한 압수수색의 필요는 거의 사라진 상태라고 보아야 한다. 따라서 사전영장에 의한 압수·수색으로도 충분히 목적을 달성할 수 있다.¹²⁷⁾

127) 배종대/이상돈/정승환/이주원. 신형사소송법, 홍문사, 2011, 2, 28, 196면.

제3절 긴급체포제도의 문제점과 개선점

I. 긴급체포제도의 문제점

1. 긴급체포제도의 운용상 문제점

(1) 긴급체포제도의 운용실태의 문제점

초동수사에 있어서 수사기관이 종전의 임의동행의 형식을 빌어 강제연행의 탈법을 행하던 관행을 제거하면서 수사초동단계에서 피의자 신병확보의 어려움 등을 해결하자는 취지에서도 도입된 체포제도는 본래 입법취지와는 달리 이용률이 극히 저조 한 것으로 나타났다.¹²⁸⁾ 실무에 있어서 체포제도는 수사기관이 구속요건을 충족하는 수사 자료를 확보치 않은 상태에서 피의자를 체포함으로써 수사를 진전시켜 구속사유를 확보한 뒤에 다시 구속영장을 발부받아 구금하게 하는 수단으로 이용될 것을 예정하고 있다.¹²⁹⁾

이러한 예정에도 불구하고 그 이용률이 저조한 이유로서 수사기관은 소환에 불응하거나 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 피의자에 대하여는 바로 구속영장의 청구가 가능하므로 번거롭고 이중적인 노력이 소모되는 단기의 체포영장을 활용할 실익이 적다는 것을 들 수 있다.¹³⁰⁾ 체포 피의자에 대한 구속영장 청구사건 중 체포 영장에 의하여 체포된 경우는 10%에 미치지 못하고 긴급체포 된 경우가 50%이상을 차지하고 있는 현실은 이러한 사실을 뒷받침하고 있다. 증거가 충분하고 체포영장을 발부 받을 시간적 여유가 있음에도 주거지·직장에서 긴급체포하고 수사기관에 임의출석한 피의자를 긴급체포하여 유치장에 유치하는 것이 수사실무상 현실이다. 체포제도는 구속영장 없는 경찰서 보호실 유치행위는 위법한 구금이라는 대법원 판결¹³¹⁾ 이후 수사기관의

128) 최정태, 긴급체포제도에 관한 연구, 부산대학교대학원 법학과, 석사학위논문, 2006, 2, 78면.

129) 이재석, 체포제도에 관한 고찰, 이형국 교수 화갑기념논문집, 법문사, 1998, 609면, 1997. 1. 한달동안 접수된 구속영장청구사건 중 피의자가 긴급체포 된 경우는 전체의 35.8%이고, 체포영장에 의한 경우는 3.2%에 그쳤다(황정근, 구속실질심사제도의 개선방안, 형사정책연구 제8권 제4호, 한국형사정책연구원, 50면 참조).

130) 이기호, 수사절차상 인신구속제도와 그 문제점에 관한 연구, 경찰대학 논문집 제17호, 경찰대학, 1997, 6면.

131) 대판, 2006,7,6, 2005도6810.

불법구금의 지양과 적법한 신병확보제도 미비에 대한 법원의 사법적 통제하에서 수사 활동의 기회를 제도적으로 보장하는 수사의 원활화를 위한 대비책으로 도입하였다. 그러나 48시간의 단기간 체포를 위하여 수사기관 특히 사법경찰관이 검사에게 신청하여 검사의 청구로 법관으로부터 체포영장을 발부 받는 번잡한 절차를 이용하려 하지 않고 있다. 당초 체포영장 도입취지가 변질되었다고 볼 수 있다.¹³²⁾ 이는 긴급체포제도가 통상체포에 비하여 월등히 선호되고 체포영장제도는 대부분 기소 중지되어 지명수배 중인 피의자를 체포하기 위한 수단으로 이용되고 있다. 즉 긴급체포의 경우 명칭만 ‘긴급’ 일뿐 실질적으로는 통상적인 체포의 형태로 활용되어 지고 있다.¹³³⁾

또한 형사소송법은 검사에 의한 긴급체포는 아무런 사후승인 절차가 없고, 사법경찰관의 경우에도 사후 즉시 검사의 승인만을 받게 되어 있으나 형식적 요식행위로 전락하여 구속영장을 청구할 수 있는 48시간 동안은 법원의 어떠한 절차나 검증도 거치지 않는 상태에서 피의자를 구금할 수 있도록 되어 있다.¹³⁴⁾

따라서 운용현실에 있어서는 긴급체포의 남용으로 피의자 체포에 관하여 체포영장에 의한 체포를 원칙으로 하여 영장주의를 실현하려고 한 본래의 취지는 무의미하게 되는 데 문제가 있다.¹³⁵⁾

(2) 긴급체포의 대상범죄의 문제점

우리 형사소송법은 긴급체포의 대상범죄로서 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역 등에 해당하는 범죄에 한정하고 있지만 장기 3년 이상의 징역 등에 해당하는 범죄는 형법각칙의 대부분의 범죄, 심지어 경계침범죄나 편의시설부

132) 황정근, 인신구속과 인권보장, 형사법연구 14권, 한국형사법학회, 2000, 12.

133) 신형근, “구속영장청구사건 처리에 관한 실무상의 문제점”, 법률신문, 1997.3.6. 이러한 현상은 1997년 서울지방법원이 국회에 제출한 국정감사자료에서도 나타났다. 영장실질심사제 실시 이후 청구된 체포영장에 대한 발부비율이 99.5%나 되어 체포영장 청구 시에 법원은 대부분 발부하는 것으로 나타났다. 하지만 같은 기간에 체포된 피의자 가운데 구속영장이 청구된 7천여건 중 긴급체포에 의한 경우가 3천 4백여건으로 48%를 차지하고 있고 현행범인 체포에 의한 경우가 3천 1백여건으로 45%를 차지한 반면 체포영장에 의한 경우는 4백 96건으로 고작 7.03%에 그친 것으로 나타났다(법률신문, 1997, 10, 13).

134) 이에 대해서는 손동권, 현행 피의자 체포·구속제도에 관한 연구, 이형국 교수 화갑논문집, 법문사, 1998, 571면; 이기호, 수사절차상 인신구속제도와 그 문제점에 관한 연구, 경찰대학 논문집 제17호, 경찰대학, 1997, 11면.

135) 장규원, 체포제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1998, 154면.

정이용죄 등도 포함되기 때문에 사후영장을 요하지 않는 긴급체포 남용될 우려가 적지 않다고 본다.

즉 긴급체포의 대상범죄에서 제외가 되는 경우는 특별법에서는 거의 없고, 형법 각칙에서도 소수의 범죄만 해당된다.¹³⁶⁾ 즉 형법각칙에서 국가적 법익을 침해하는 범죄 중에서 다중불해산죄, 직무유기죄, 비밀누설죄, 집합명령위반죄가 3년 미만의 징역 등에 해당되는 죄로서 여기에 해당하고, 사회적 법익을 침해하는 범죄 중에서 사채 등의 모욕죄, 변사자검시방해죄, 실화죄, 과실일수죄, 과실교통방해죄, 음용수사용방해죄, 수도불통예비·음모죄, 아편등소지죄, 위조통화취득후지정행사죄, 소인말소등죄, 사문서부정행사죄, 간통죄, 공연음란죄, 음란문서판매죄 등 단순도박죄, 복표발행중개죄 등의 죄가 3년 미만의 징역 등에 해당되는 범죄이고, 개인적 법익을 침해하는 범죄 중에서 단순폭행죄, 과실치사상죄, 의사등의낙태죄, 단순학대나 영아유기죄, 단순명예훼손 및 사자명예훼손과 모욕죄, 경매·입찰방해죄, 음화제조죄, 점유이탈물횡령죄, 업무상과실장물취득죄가 3년 미만의 징역 등에 해당하는 죄로서 여기에 포함된다. 이와 같이 긴급체포의 범죄의 대상범위가 너무 광범위하므로 이를 제한해야 할 문제점이 있다.

(3) 자진출석한 피의자에 대한 긴급체포의 문제점

피의자가 수사기관에 자진출석하여 조사를 받던 도중 귀가를 요구하는 경우 긴급성이 인정될 수 있는가 여부가 문제된다.

형사소송법 제200조의 3 제1항에 의한다면 피의자가 수사기관에 자진 출석하여 조사하는 경우에는 피의자가 도망할 염려가 없거나 또는 사전에 체포영장을 발부 받을 시간적 여유가 있었으므로 긴급체포는 부적합하다. 피의자를 조사하기 전에는 범죄혐의가 불분명할 뿐만 아니라 출석에 응하였으므로 체포영장을 받는 것도 불가능하다.¹³⁷⁾ 그러나 조사가 진행되면서 또는 조사 후 장기 3년 이상의 범죄에 해당하고 죄를 범하였다고 볼 상당한 이유가 밝혀져 수사기관이 영장을 청구할 경우에는 피의자가 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 생길 수 있다.

136) 김상호, 체포제도의 문제점과 개선방안, 동아대학교, 학술연구, 2004, 127면.

137) 이학락, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 울산대학교 대학원 법학과 석사학위논문, 2005, 19면.

한편 영장을 발부받는 동안 도주하려는 피의자를 체포할 수 없다면 체포영장이 발부된 후에는 피의자는 이미 도주해 버리고 없을 것이다. 만약 이러한 자를 영장이 발부될 때까지 체포할 수 없이 도주하는 것을 보고도 이를 방임해야 한다면 범죄진압 및 사회방위는 불가능하게 될 문제가 발생할 우려가 있다.

(4) 지명 수배된 자에 대한 긴급체포의 문제점

지명수배란 법정형이 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어 체포영장 또는 구속영장이 발부된 자(다만, 수사상 필요한 경우에는 체포영장 또는 구속영장을 발부 받지 아니한 자를 포함)를 말한다(경찰청 예규 제74호 지명수배취급규칙 제4호 제1항).

지명수배¹³⁸⁾ 대상자는 우연한 기회에 수사기관으로부터 검거 당할 때 자신이 수배대상자라는 사실만으로도 체포를 수인 하는 경우가 대부분이다. 그런 과정에서 피의자는 체포절차의 합법성여부를 검토하거나 이의를 제기조차 못하는 것이 현실이다.

대체로 구속영장이 발부되어 유효기간이 이미 경과되지 않은 지명수배 대상자면 체포에 별다른 문제가 없으나, 유효기간이 이미 경과된 지명수배자의 경우는 조회 결과 수배자 명단에 해당한다는 사실이 밝혀지고, 체포시에 현행범이나 긴급체포의 요건을 충족하지 못했으면 체포할 법적 근거가 임의동행일

138) 수배를 이용한 수사기법은 명확한 법적인 근거를 필요로 하는 강제수사절차의 하나로 보아야 한다. 따라서 모든 수사절차의 제 1차적 법원이라 할 수 있는 형사소송법에는 수배 등의 수사기법에 관하여 직접적인 규정이 있어야 한다. 하지만 형사소송법상에서는 지명수배에 관한 규정을 찾아 볼 수 없다. 다만 현행법상 지명수배제도 등의 법적근거를 살펴보면 먼저 검찰의 경우는 검찰사건사무규칙(제57조, 제58조)이 있으며, 경찰의 경우는 일차적인 법적 근거로는 사법경찰관리집무규칙(법무부령)이 있으나 본 규칙에도 역시 수배 등에 관하여 직접 적용될 사항을 규정하고 있지는 않다. 결국 경찰청 훈령인 범죄수사규칙과 이에 근거한 지명수배취급규칙(경찰청 예규 제74호)이 수배·통보제도의 운영에 대한 직접적인 법적근거가 되고 있다. 현재 지명수배를 직접 규정하고 있는 범죄수사규칙이나 지명수배취급규칙은 당연히 검찰을 기속하지 않으므로 검찰이 직접 수사한 사건을 소재불명으로 기소 중지할 때에는 지명수배절차는 경찰과 다를 수밖에 없다. 더욱이 검찰도 직접 수사한 인지사건이나 고소, 고발사건을 소재불명을 이유로 기소중지결정을 할 때에 지명수배를 하는 경우가 있기 때문에 검찰과 경찰을 공통적으로 기속시킬 수 있는 법률에 그 근거가 있어야 하는 것이다. 그리고 현행법상 지명수배의 대상이 될 수 있는 요건이 구속영장이나 체포영장을 발부받은 피의자이기 때문에 영장주의와 관련하여 법률에 그 법적 근거가 당연히 있을 필요가 있다.

수밖에 없게 된다. 따라서 임의동행을 거부한다면 더 이상의 강제는 불법행위로 보아야 한다. 하지만 수사 실무에서는 지명수배중인 자로 판명되면 구속영장의 유효기간 경과여부를 따지기 전에 일단 검거하는 것이 현실이다.

지명수배제도에 대한 근거규정으로서는 대통령령인 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정과 법무부령인 검찰사건사무규칙 등이 있고 구체적으로 경찰청훈령인 범죄수사규칙 제174조 제1항에서는 “지명 수배된 자의 소재를 발견하였을 때에는 피의자에게 체포영장 또는 구속영장을 제시하고 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고 변명의 기회를 준 후 지명 수배자를 체포 또는 구속하고 확인서를 받아 신병과 함께 지명 수배한 경찰관서에 인계하여야 한다.”고 규정하고, 제2항에서는 “체포영장 또는 구속영장을 소지하고 있지 아니한 경우에도 급속을 요하는 때에는 피의자에게 범죄사실의 요지와 체포영장 또는 구속영장이 발부되었음을 고지하고 체포 또는 구속할 수 있다. 이 경우 사후에 신속히 체포영장 또는 구속영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있다.

즉 범죄수사규칙 제174조에서는 지명 수배된 피의자를 구속영장이나 체포영장을 통하여 구속이나 체포를 할 수 있고 구속영장이나 체포영장을 발부받지 않았다 하더라도 긴급체포를 통하여 체포할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 규정은 형사소송법 제200조의 3 제1항에서 규정하고 있는 긴급체포의 긴급성 요건으로는 성립될 수 없는 긴급체포를 인정하는 것이 된다. 즉 형사소송법 제200조의 3 제1항에서 인정하고 있는 긴급체포 긴급성 요건은 “긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 발부 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 피의자를 체포할 수 있다”고 규정하고 있기 때문에 체포영장을 발부받을 시간적 이유가 있다면 긴급체포를 할 수 없다. 즉 지명 수배된 피의자 경우에는 지명 수배자에 등록시키면서 구속영장이나 체포영장을 발부 받을만한 시간적 여유가 충분히 있었다고 보여 진다.

또한 형사소송법상에서 인정하고 있는 긴급체포에 맞지 않게 경찰청 훈령에서 규정하고 있는 긴급체포가 피의자에게 큰 손실을 끼칠 수 있는 인신구속이라는 점에서 더욱 문제가 있다.¹³⁹⁾

139) 경찰서에 고소가 접수되면 경찰서 형사과에서 형사과가 없으면 수사과에서 피의자에 대한 신병이 확보되지 않는다면 지명수배 하게 된다. 이는 신병이 확보되지 않은 피의자에 대해서 전적으로 고소인의 말만 믿고 지명수배가 된다는 그러한 피의자를 지명수배 한다는 것은

2. 긴급체포제도의 규정상 문제점

(1) 긴급체포의 성립요건상의 문제점

수사기관이 피의자를 긴급체포하는 것은 체포영장에 의한 경우와 마찬가지로 피의자의 임의출석을 확보할 수 없는 경우 그 출석을 담보하기 위하여 강제력을 동원하는 것이다. 형사소송법상 긴급체포의 요건으로는 ‘장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄’로 제한하고 있는 것은 비례성의 원칙에 따라 중범죄에 한해서만 긴급체포를 인정한다는 취지로 해석할 수 있다.¹⁴⁰⁾ 그러나 긴급체포는 영장에 의한 체포와는 달리 사전에 아무런 통제를 받지 않으므로 신속히 법관의 심사를 받아야 하는 것이 문제가 된다.

또한 현행 형사소송법상 긴급체포의 경우에는 현행범체포와 마찬가지로 긴급영장의 발부 등 법관에 의한 사후 통제가 없이 48시간동안 불법 체포될 우려가 있을 수 있고, 이와 관련하여 수사기관이 피의자를 긴급체포한 경우에 즉시 법관으로부터 체포영장을 발부받도록 하는 것이 타당한지가 문제되며, 그 이외에도 긴급체포의 사후통제와 관련하여 긴급체포가 위법한 경우 이에 기한 구속영장의 처리에 어떤 영향을 미치게 하는 것이 타당한지 등이 문제가 되고 있다.¹⁴¹⁾

1) 범죄의 중대성 및 객관적 혐의의 문제점

긴급체포의 대상범죄는 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 범죄이다. 본죄의 형은 처단형을 의미하는 것이 아니라 법정형을 의미한다. 따라서 긴급체포를 하기 전에는 범죄가 긴급체포의 대상이 되는 범죄인지에 대한 검토가 선행되어야 한다.¹⁴²⁾ 그래야만 긴급체포요건에 해당하지 않는 범죄를 긴급 체포 하는 오류를 범하지 아니할 것이다.

문제가 더욱 심각하다.

140) 박종환, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 원광대학교 대학원 논문집 제27권, 2001,8, 139면.

141) 태경환, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 충남대학교 특허법무대학원 석사 학위논문, 2006,10, 68면.

142) 직무유기, 공무상비밀누설, 위조통화지정행사, 공문서부정행사, 사문서부정행사, 간통, 음화 제조, 공연음란, 도박, 단순폭행, 영아유기, 명예훼손, 경매, 입찰방해, 배임중재 등은 장기 3년 미만의 범죄이다.

또한 형사소송법은 긴급체포의 요건인 범죄의 혐의정도와 관련하여 통상체포의 경우와 동일하게 ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유’의 존재를 요구하고 있다(형사소송법 제200조의 3 제1항). 현행법상 범죄의 중대성에 관하여 긴급체포의 경우와 체포영장에 의한 체포의 경우 그 혐의정도에 차이가 있는 것은 아니다. 긴급체포에 필요한 범죄의 혐의도 수사기관의 주관적 혐의만으로는 불충분하며 범죄의 혐의에 대한 객관적·합리적인 근거가 있음을 요한다. 그러나 공소제기에 충분할 정도의 객관적 혐의가 있음은 요하지 않는다.¹⁴³⁾

이와 같이 긴급체포의 요건인 범죄의 중대성과 범죄의 혐의정도와 관련하여 현행 형사소송법은 통상체포의 경우와 동일하게 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유의 존재를 요구하고 있다. 그러나 긴급체포는 통상체포와 달리 영장주의의 예외가 인정되는 경우임을 감안할 때 범죄 혐의의 정도를 통상체포와 같이 요구하는 것은 문제가 있다.¹⁴⁴⁾

2) 범죄의 긴급성 요건의 문제점

형사소송법 제200조의 3 제1항 단서는 “긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 만한 시간적 여유가 없는 때를 말한다”고 규정하여 긴급을 요한다는 의미의 예시를 하고 있다. 이러한 예시의 단서규정은 긴급체포의 남용을 방지하기 위한 입법과정에서 추가하였는데 다음과 같은 문제가 있다.¹⁴⁵⁾

즉 피의자가 임의로 출석하여 조사를 받는 때에도 그 조사결과 피의자를 체포할 필요가 있게 되고(임의출석 했다는 점만으로 체포할 필요성이 명백히 없다고 볼 수는 없을 것이다) 이를 위하여 법원에 체포영장을 청구하고 발급받기까지의 시간 동안 피의자의 신병을 확보할 근거가 없는 상태에 있게 되므로 이 경우 현실적으로 긴급체포의 필요가 있게 된다.¹⁴⁶⁾ 원래 “긴급을 요한다거나 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때”라거나 또는 “도망 또는 증

143) 박종환, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 원광대학교 대학원 논문집 제27호, 2001.8. 135면.

144) 김경락, 긴급체포제도에 관한 연구, 중앙대학교 석사학위논문, 2002, 6, 137면~138면 참조.

145) 박희태, 개정형사소송법상의 구속제도, 법률신문, 1996.12.23, 참조.

146) 이용세, 인신구속제도의 입법론적 개선방향, 영장실질심사제도Ⅲ, 법원행정처, 1997, 198면.

거인멸의 우려”라는 용어는 동어반복에 불과하며 불필요한 문언의 반복이라는 견해가 지배적이었고, 긴급성의 의미에는 이들이 모두 포함되어 있는 것으로 해석되고 있는 것이다.¹⁴⁷⁾

(2) 긴급체포 후 사후승인의 문제점

현행 형사소송법은 사법경찰관이 긴급체포를 한 경우 검사의 사후승인을 받도록 하고 있다. 이는 긴급체포 도입 전 긴급구속의 경우에 원칙적으로 검사의 사전 지휘를 받도록 한 것과 구별되는 바, 사법경찰관의 긴급체포에 대하여 검사의 사전지휘가 아닌 사후지휘를 받도록 한 것이 타당한 것인지 여부가 문제된다.

사전지휘를 받게 한 종전의 규정이 그동안 실효성이 없었다는 점은 인정되나, 사전지휘를 받은 예도 적지 않았음을 인정할 때 경찰의 긴급체포는 영장주의의 예외로서 인권침해의 우려가 많으므로 준사법기관이자 수사의 주재자인 검사의 사전지휘를 받도록 함으로써 인권침해를 방지할 수 있다는 주장¹⁴⁸⁾을 하는 견해도 있으나, 이러한 주장은 같은 수사기관으로서 검사에게 인권옹호기관으로 인정하는 것은 인권침해 방지에 미흡한 점이 발견된다.

(3) 긴급체포 후 체포영장의 필요성에 관한 문제점

헌법 제12조 제3항은 본문에서 체포·구속의 경우 사전영장주의의 원칙을 규정하고 있고 단서에는 일정한 요건하에 영장주의의 예외를 인정하여 사후영장을 청구하도록 하고 있다. 즉 헌법 제12조 제3항의 단서 규정은 영장의 배제를 허용한 것이 아니라 법관에 의한 사후통제를 예외적으로 인정한 것이라는 주장¹⁴⁹⁾과 맥락을 같이 한다. 형사소송법은 긴급체포가 구속으로 이어지지 않는 경우에는 아무런 제한을 두고 있지 않으며 구속을 하는 경우에도 구속영장을 청구하면 즉하므로 긴급체포 자체는 체포영장 없이 허용되는 결과가 되어 피의자의 인권보호에 공백 기간이 길어지는 문제가 야기된다.

147) 정동기, 형사소송법의 개정 배경, 저스티스, 한국법학원, 1996.9. 52면.

148) 박종환, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 원광대학교 대학원 논문집, 원광대학교 대학원, 2001, 8, 146면.

149) 이재석, 체포제도의 운용과 현실, 비교형사법연구 창간호, 한국비교형사법학회, 1996, 143면.

형사소송법에 의하면 피의자는 수사기관이 조사한 후 범죄혐의가 확인되지 않더라도 48시간 이내에 석방해 버리면 문제되지 않는다. 사실상 이는 불법체포 감금에 해당하나 피의자가 문제제기를 하지 않는 한 불법체포가 합법화된 다. 결국 긴급체포 후 체포영장을 발부받지 않는다면 위헌의 소지마저 있다.

그런데 헌법상 긴급체포를 영장주의의 예외로 규정하고 있으므로 긴급체포 후 체포영장을 발부받지 않아도 된다는 주장¹⁵⁰⁾이 있다. 또한 영장청구가 대부분 사법경찰관에 의하여 신청되어 검사와 판사의 심사를 받아야 하는 수사 구조와 경찰관서와 검찰청간의 거리가 교통편으로 많은 시간이 소요되는 원격지 경찰서가 있는 우리의 실정에서 사후 체포영장을 받도록 요구하면 석방하는데 오히려 체포기간이 장기화될 우려가 있다는 반론도 있다.¹⁵¹⁾

(4) 사법경찰리의 긴급체포 가능여부에 대한 문제

개정 전 형사소송법 제206조 제1항(긴급구속)에서 사법경찰리는 긴급구속의 주체에서 배제되었다. 따라서 사법경찰리가 사법경찰관의 명에 따라 피의자를 긴급구속한 경우 그 적법성이 문제되었다. 또한 1997. 1. 1. 이후 시행된 개정 형사소송법 제200조의 3 제1항(긴급체포)에서도 긴급체포를 할 수 있는 주체로 검사 또는 사법경찰관만 규정하고 있다. 이 규정 역시 사법경찰리는 긴급체포의 주체가 되지 못한다. 입법의 과정에서 긴급체포의 주체에 사법경찰관은 포함시키고 사법경찰리를 제외한 것은 우리나라의 수사현실을 제대로 파악하지 못한 중대한 문제점이라고 볼 수 있다.

II. 긴급체포제도의 개선방안

1. 긴급체포의 운용상 개선방안

(1) 긴급체포의 운용실태 개선방안

긴급체포 된 피의자를 48시간 동안 무영장 상태에서 조사하고 그 기간 내에

150) 정진수, 구속영장심사와 피의자심문, 한국형사정책연구원, 1997, 162면.

151) 신동운, 형사소송법, 법문사. 1997, 163면.

구속영장을 청구하는 현 수사제도는 살펴보았듯이 많은 인권침해적요소가 있으므로 조속한 해결책이 필요하다. 다시 말해서 긴급체포 후 즉시 체포영장을 청구하도록 하는 방안으로 152) 체포영장을 받은 후 곧이어 구속영장을 청구하도록 하는 절차적 번잡함이 예상될 수 있으나 법관에게 체포영장을 청구하는 것은 영장에 의한 체포를 원칙으로 하는 취지에 부합할 것이다.¹⁵³⁾ 즉 24시간 이내에 법관의 면전에서 구속의 타당성 여부를 심리 받게 됨으로써 수사초기에 인권침해의 가능성을 확실히 차단할 수 있을 것으로 생각된다.

또 지체없이 구속영장을 청구하기 위해서는 미국의 전화영장제도 도입도 생각해 볼 수 있다. 전화영장제도는 미국 연방형사소송법 제41조에 규정하고 있는 독특한 제도로써 미국에서는 일부 주에서 시행하고 있다. 수사관의 검거나 압수·수색이 요청되는 경우에 장소적·시간적 곤란 때문에 영장을 즉시 발부받을 수 없을 때 전화로 판사에게 영장을 발부받는 것이다. 워싱턴 주를 비롯한 미국의 여러 주에서 채택하고 있는 전화나 팩시밀리를 이용한 영장청구 및 영장발부제도도 그 도입여부를 신중히 검토하여 볼 필요가 있다. 워싱턴 주의 경우, 사법경찰관이 긴급한 경우에는 검사에게 전화영장을 요청하면 검사는 이를 검토하여 보고 역시 전화를 이용하여 판사에게 간단한 범죄사실과 상당한 이유를 고지하고 팩시밀리 등을 이용하여 자료를 송부하면, 판사가 이를 검토하고 곧바로 영장을 필요로 하는 사법경찰관에게 팩시밀리 등을 이용하여 영장을 송부해 준다고 한다.

152) 우리의 수사현실에 있어 미국과 달리 아직도 대법원이 위법수집증거의 증거능력을 인정하고 있는 상황에서 (대판 1994, 2, 8, 93도3318; 대판 1996, 5, 14, 96도88)의 사법경찰관의 긴급체포권 남용을 견제할 수 있는 효율적인 통제장치가 없다는 것은 시급하게 입법적 보완을 요하는 부분의 하나이다. 사법개혁추진위원회는 긴급체포 후 지체없이 구속영장을 청구할 것을 주장하고 있다(법률신문, 1999, 9, 9).

153) 체포는 일본의 형사소송법을 참고하여 신설된 것이라 보여 진다, 일본에서는 긴급체포의 경우 즉시 법관에게 체포장을 청구하는 절차를 취하지 않으면 안 된다. 체포장이 발부되지 않은 때에는 즉시 피의자를 석방하여야 한다(일본 형사소송법 제210조) 여기서 즉시란 신속히 또는 지체없이 보다 시간적 근접성을 엄격히 요구하는 것으로 바로 또는 즉각을 의미한다고 할 수 있다. 일본의 헌법은 영장주의의 예외로 현행범체포만을 인정하고 있다. 여기서 긴급체포가 영장주의의 헌법원칙에 위배된다는 비판도 있으나, 통설은 사후라 할지라도 체포에 접착한 시기에 체포장이 발부된다는 조건하에서 체포행위를 전체적으로 평가할 때는 영장에 의한 체포라고 할 수 있다는 이유로 합헌이라고 볼 수 있다고 한다(이재상, “각국의 구속제도”, 한국 형사정책연구원, 1991, 168~169면 참고). 이 경우 실무에서는 그 시간적 한계를 10시간 전후로 보고 있다(영장사무. 재판소 서기관 연구소 교재, 제125호, 법조회, 1991, 52면). 이러한 일본에서의 해석에 비추어 본다면 48시간동안 무영장 상태에서 긴급체포를 하는 것은 위헌이라고 볼 수 있다.

이 영장이 통상의 영장과 동일한 효력을 가짐은 물론이다. 이러한 방법이 인신구속의 신중성을 침해하는 것이 아닌가 하는 우려를 야기할 수 있으나 이는 절차를 간소화하고 이로 인해 절약되는 시간을 사건의 진상규명에 더 투자하는 것일 뿐 결코 수사를 소홀히 하자는 취지는 아니다.¹⁵⁴⁾

(2) 긴급체포 대상범죄의 광범위성 개선방안

형사소송법 제200조의 3에 의하면 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 증거인멸의 염려 및 도망 또는 도망의 염려가 있는 경우에 긴급을 요하여 영장을 발부받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 체포할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정으로 인하여 형법각칙에서 규정되어 있는 대부분의 범죄에 대하여 긴급체포가 가능하게 되어 예외적인 현상인 긴급체포가 오히려 통상체포보다 더 많이 행하여질 수 있는 근거를 제시하고 있는 것이 된다. 따라서 현행법의 장기 3년 이상의 규정을 장기 5년 이상의 징역 등으로 상향조정하여 해당하는 범죄에 대하여 긴급체포를 인정함 타당하다고 생각한다. 이렇게 개정된다면 국가적 법익을 침해하는 범죄 중에서 중립명령위반죄, 공무원자격사칭죄, 전시공수계약불이행죄, 범인은닉죄, 법정, 국회의원회의장모욕죄, 알선수뢰죄는 긴급체포의 대상범죄에 제외될 수 있고 사회적 법익 중에서는 장례식·제사·예배방해죄, 업무상실화죄, 허위진단서등작성죄, 업무상과실교통방해죄, 위조우표인지취득죄, 기차·선박등교통방해의 예비·음모죄, 통화유사물제조등의 죄, 사인등위조부정사용죄, 은행매개죄, 복표발매죄 등이 긴급체포의 대상범죄에서 제외될 수 있으며, 개인적 법익 중에서 단순유기죄, 단순협박죄, 비밀침해죄, 출판물등에 의한 명예훼손죄, 주거침입죄, 퇴거불응죄, 주거·신체수색죄, 강제집행면탈죄, 단순손괴죄, 경계침범죄, 자동차등불법사용죄, 주거침입죄, 편의시설부정이용죄가 긴급체포의 대상 죄에서 제외될 수 있을 것이다. 또한 현행법상 긴급체포가 사후영장을 요하지 않기 때문에 그 범죄의 중대성 요건이 엄격하게 준수되어야 하고, 긴급체포를 제한적으로 인정하여야 형사사법의 최후수단성의 원칙에도 부합할 수 있다고 생각된다.¹⁵⁵⁾

154) 정동욱, 현행 수사절차의 신속·간소한 방안, 고시계, 1993,10, 135면.

155) 안희철, 경찰수사와 인권보장에 관한 연구, 동아대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2012, 12, 71~72면.

(3) 자신 출석한 피의자에 대한 긴급체포자에 대한 개선방안

피의자가 수사기관에 자진출석하여 조사를 받는 자의 경우라 할지라도 조사가 진행되면서 또는 조사 후 장기 3년 이상의 범죄에 해당하고 죄를 범하였다고 볼 상당한 이유가 밝혀져 수사기관이 영장을 청구할 경우에는 피의자가 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 생긴다.

실무상으로도 자발적으로 나온 피의자라고 하더라도 조사를 하다 보면 피의자의 변소 내용의 진위여부 확인 등을 통해 피의자의 범죄혐의가 드러나거나 보다 명확해지는 경우가 많다. 따라서 자진 출석한 피의자도 조사과정에서 중범죄의 혐의가 인정됨에 따라 체포를 우려하여 귀가를 요구하는 등 도망 및 증거인멸의 우려가 현저한 경우에는 요건이 구비되면 긴급체포도 가능하다고 할 것이다.¹⁵⁶⁾ 그러나 대법원 판례는 체포 당시 긴급체포 요건을 갖추지 못한 사람을 긴급체포한 경우¹⁵⁷⁾는 물론 조사받기 위하여 수사기관에 자진출석한 피의자를 제반사정을 고려한 합리적 근거없이 긴급체포한 경우에는 긴급체포는 위법한다고 판결¹⁵⁸⁾하였다. 즉 사회적 지위나 직업만으로 볼 때 소환시 출석에 응할 것이라고 일응 판단되기 때문에 체포영장을 청구해도 기각되기 쉽고 일단 소환해 보고 판단하면 앞에서 본 바와 같이 수사기관의 사무실에서 긴급체포를 해야 하는 아주 어려운 처지에 직면하게 되고, 더욱 소환통보 자체가 오히려 피의자를 도주케 하는 결과를 발생할 우려가 있으므로 이런 경우는 여부를 묻고 출석에 응할 경우는 임의동행 형식을 취하고 출석에 응하지 않는 경우는 긴급체포의 형식을 취하는 것이 타당하다고 본다.

156) 대판 1998,7, 6, 98도785, 「피의자가 수사기관에 자진 출석하여 조사를 받던 도중 귀가를 요구하는 경우에도 긴급성이 인정될 수 있는가 여부가 문제된다. 이 경우에도 구체적인 사정을 기초로 하여 피의자가 출석하게 된 경위, 출석회수, 출석불응 사실, 조사기간, 수사상황 등을 고려하여 중대한 범죄의 혐의가 인정될 수 있는 경우에는 긴급체포가 가능하다」고 하여 판례는 자진 출석한 피의자에게도 긴급체포 당시에 긴급체포의 요건이 구비되면 긴급체포를 할 수 있다고 인정한다.

157) 대판 2002,6,11, 2000도5701, 긴급체포는 영장주의 원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의 3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이고, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관등 수사 주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나 사법경찰관의 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포를 위법한 체포라 할 것이다.

158) 대판 2006, 9, 8, 2006도148, 검사가 참고인 조사를 받는 줄 알고 검찰청에 자진출석한 변호사 사무실 사무장을 합리적 근거 없이 긴급체포하자 그 변호사가 이를 제지하는 과정에서 위 검사에게 상해를 가한 것이 정당방위에 해당한다.

(4) 지명수배 된 피의자에 대한 긴급체포자 개선방안

형사소송법 개정 시에 지명 수배자에 대한 체포규정을 신설할 필요성이 있는데도 개정 형사소송법에서도 이에 대한 명문의 근거를 두지 않았다. 다만 법무부령인 등에서만 지명수배제도를 규정하고 있다.

이는 이미 문제점에서 제시한 바와 같이 형사법의 체계상 법률이 아닌 부령 등에서 신체의 자유를 제한하는 규정을 둘 것이 아니라 형사소송법에서 직접 이러한 규정을 두는 것이 보다 합리적이라 본다.

한편 지명수배제도가 실무에서 계속 운영되어 왔고 앞으로도 계속하여 운영될 제도라면 그 개념을 명확히 정립하여 법률적 근거 규정을 마련함으로써 지명수배제도 운영에 정당성을 부여하여야 할 것이다.

2. 긴급체포제도의 규정상 개선방안

(1) 긴급체포의 성립요건상 개선방안

현행법상 영장에 의한 체포가 원칙이고 긴급체포는 예외에 해당 한다는 것은 영장주의의 취지에 비추어 당연하다. 그러나 실무상 체포의 활용빈도는 체포제도의 도입 초기에는 긴급체포가 영장에 의한 체포보다 훨씬 많았고, 2004년도에는 양자의 활용도가 거의 비슷한 수준에 이르고 있다. 여전히 영장에 의한 체포보다는 긴급체포를 실무에서는 선호하는 경향이 있다고 할 수 있다.¹⁵⁹⁾ 이는 사법경찰관이 긴급체포를 하면 검사에게 사후 승인만 받으면 되고 검사가 긴급체포한 경우는 사후 통제 장치가 없다는 점 등이 원인이라고 본다. 이러한 현실은 체포제도의 도입취지를 유명무실하게 할 우려가 있다. 따라서 영장에 의한 체포를 많이 활용할 수 있도록 체포요건을 완화하거나 긴급체포의 요건을 엄격히 하는 방안으로 개선할 필요가 있다고 본다.

즉 영장에 의한 체포의 요건 중 출석불응 등의 사유의 배제를 통한 성립요건의 완화와 긴급체포 요건을 장기 3년 이상을 장기 5년 이상의 범죄로 상향하여 요건을 엄격히 하면 긴급체포 후에 즉시 사후 체포영장을 발부 받도록

159) 2001, 2002년도에 긴급체포가 통상체포의 9.5배, 2003년도에 2.2배, 2004년도에 0.8배, 2005년도에 2.5배, 2006년도 2.1배, 2007년도 1.8배에 이르고 있다(경찰청, 통계연보, 2002~2008년 참조).

하는 등의 방안과 사법경찰관에게 체포영장청구권을 부여하고 또는 긴급체포시에 수사의 편의정보다는 피의자의 인권을 더 소중히 여기는 수사관계자의 의식이 고취된다면 긴급체포의 남발이 감소될 것으로 본다.

1) 범죄의 중대성 및 객관적 혐의 개선방안

긴급체포는 법관의 사법심사를 통하여 통제를 받아야 할 것인바 현행법을 전제로 한다면 긴급체포에 대한 사법심사는 긴급체포 된 자에 대하여 구속영장이 청구되었을 경우에 한한다. 긴급체포의 요건을 갖추지 아니하는 경우(현행범체포의 경우도 동일함)에 구속사유에 관계없이 긴급체포의 적법성을 심사하여 구속영장을 기각하여야 한다. 이를 위해서는 통상체포와의 조화가 필수적이다. 즉 체포영장의 청구와 발부가 남발될 경우에는 종전의 불법구금 수사관행에 대한 합법화의 길만을 열어주는 결과가 될 수 있고, 이를 방지하기 위하여 체포영장의 발부를 엄격히 할 경우 수사기관으로서는 법관의 영장을 발부 받을 필요가 없는 긴급체포를 활용할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 긴급체포 된 자에 대하여 구속영장이 청구되었을 경우에 법원이 긴급체포의 체포적법성을 심사하고 이를 구속영장을 발부하는 데 고려하여야 할 것이다.¹⁶⁰⁾

2) 긴급성 요건의 개선방안

형사소송법상 긴급체포 요건에서 긴급성을 결정짓는 중요한 판단요소는 체포영장을 발부받을 시간적 여유가 있느냐 없느냐 하는 것이다. 여기서 기산적 여유를 해석함에는 다툼이 있다. 즉 ‘피의자를 우연히 발견한 경우’와 같이 우연성에 한한다는 경우와 그 우연성은 단지 예시적 표현임에 불과하다는 입장이 그것이다.

통상 체포영장을 청구함에 있어서는 서면으로 하고 소명자료를 제출하여야 한다(형사소송규칙 제93조 제1항 및 동 규칙 제96조 제1항). 즉 출석요구서 사본이나 소재수사 결과보고 또는 피의자가 출석 불응하거나 불응의 우려가 있다는 취지의 수사보고서 등으로 기록에 명확히 표시하여야 하는 것이다. 위와 같은 소명자료가 준비되면 사법경찰관은 검사에게 체포영장을 신청하고 검사

160) 대법원도 송무예규에서 긴급체포나 현행범체포와 요건을 엄격히 심사하여 체포가 위법한 경우에는 구속영장의 청구를 기각하도록 하였다[인신구속 사무의 처리요령(송형 96-4).Ⅲ.18.가(4)].

는 다시 기록을 검토한 후 판사에게 체포영장을 청구하게 된다. 이때 판사는 검사가 청구한 체포영장 등의 기록을 검토한 후 체포영장의 발부가 필요하다고 인정되면 비로소 체포영장을 발부하게 된다. 체포영장을 발부받기 위해서는 아무리 짧아도 5시간 이상이 소요될 것이면 법원이나 검찰청과 경찰서의 거리가 먼 경우에는 그 보다 훨씬 긴 시간이 소요될 것이다.

따라서 긴급성이란 피의자를 체포하기 위하여 체포영장을 청구하느라고 시간을 지체하다보면 그동안 피의자가 현재의 장소를 떠남으로써 그 후 수사기관이 피의자를 체포하는 것을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 경우로서 현장 이탈 가능성의 유무로 파악하여야 할 것이다. 그러므로 장기 3년 이상의 징역형 등에 해당하는 범죄혐의 및 도망 또는 증거인멸의 우려라는 요건이 충족되고 수사기관에서 체포영장을 받을 시간적 여유가 없다고 판단하여 피의자를 긴급체포한 경우 그 상당성은 넓게 인정되어야 할 것이며, 극단적인 가능성을 따져 긴급체포의 상당성을 부인해서는 아니 될 것이다. 긴급성 판단을 지나치게 엄격하게 해석하는 것은 곧 수사기관이 범죄자를 눈앞에서 보고도 잡지 못하게 하는 결과가 되어 수사기관에 범죄를 수사하여 범죄자를 처벌할 의무를 부과한 형사소송법의 취지에도 반하는 것이며, 수사기관의 본질적 업무수행을 포기하게 하는 것이다.¹⁶¹⁾ 따라서 긴급성 요건 중 피의자를 우연히 발견한 때라는 예시 규정은 삭제하고, 피의자를 우연히 발견한 것이 아니더라도 체포하는 데 있어서 판사에게 체포영장을 청구하고 발부받다 보면 피의자를 놓치게 되는 긴급한 상황에서는 긴급체포의 긴급성을 인정하는 것이 타당할 것이다. 또 입법론적으로 형사소송법 제200조의 3 제1항의 긴급성 부분의 예시규정을 삭제하는 것이 바람직하다고 본다.

(2) 긴급체포 후 사후승인의 타당성의 개선방안

남용의 소지가 있는 긴급체포를 도입한 현실에서 수사기관의 자질 및 수사편의나 실적을 중시하는 수사현실에 비추어 수사기관의 인권보호에 관한 획기적인 인식전환이나 자질향상 등과 같은 철저한 보안장치가 있어야 할 것이고, 궁극적으로는 이러한 긴급체포는 법관의 사법심사를 통하여 통제를 받아야 할 것이다.¹⁶²⁾ 즉 긴급체포의 요건에 해당하지 아니할 경우에 구속사유에 관계없

161) 김경락, 긴급체포제도에 관한 연구, 중앙대학교 대학원 법학과 석사학위논문, 2002, 6, 170~171면.

이 이러한 사유를 들어 구속영장을 기각하여야 한다. 특히 긴급체포의 남용을 방지하기 위하여 형사소송법 제200조의 3 제1항의 말미에 ‘긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.’고 규정하였는바 피의자의 주거가 일정하고 체포영장을 받을 시간적 여유가 충분히 있다고 인정되어지는 경우에도 사안이 중하다는 이유로 피의자를 긴급체포하고 검사의 사후승인을 받아 구속영장을 청구하는 경우이다. 이를 위해서는 통상체포와의 조화가 필수적이다.

즉 체포영장의 청구와 발부가 남발될 경우에는 종전의 불법구금 수사관행에 대한 합법화의 길만을 열어주는 결과가 될 수 있고 이를 방지하기 위하여 체포영장의 발부를 엄격히 할 경우 수사기관으로서는 법관의 영장을 발부받을 필요가 없는 긴급체포를 활용할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 긴급체포 된 자에 대하여 구속영장이 청구되었을 경우에 법원이 긴급체포의 적법성을 심사하고 구속영장을 발부할 때 고려하여야 할 것이다.¹⁶³⁾

(3) 긴급체포 후 체포영장의 필요성에 관한 개선방안

헌법 제12조 제3항은 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만 현행범인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.’라고 규정하여 영장주의를 천명하고 있다. 긴급체포는 영장주의의 예외로서 긴급체포 후 즉시 법관의 체포영장을 받도록 하는 것이 헌법의 요청이며 긴급체포의 남용에 대한 효율적인 통제방안이므로 시급히 입법적 보완을 요하는 부분이다. 사후 영장에 의한 통제의 부담 없이 발동할 수 있는 긴급체포의 권한은 초동수사단계에서 일선 수사기관에 의해 원칙적인 신체구속 장치로 활용될 가능성이 크다.¹⁶⁴⁾ 그리고 헌법상 영장주의 원칙에 충실하려면 긴급체포 제도를 탄력적으

162) 김경락, 앞의 논문, 164면.

163) 대법원도 송무예규에서 긴급체포나 현행범체포의 요건을 엄격히 심사하여 체포가 위법한 경우에는 구속영장의 청구를 기각하도록 하였다, 즉 구속영장의 청구를 기각하는 경우로서 “현행범체포나 긴급체포 등 체포가 위법한 경우”를 명시하고 있다.[인신구속 사무의 처리요령(송형 96-3),Ⅲ,18,4(4)].

164) 태경환, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 충남대학교 특허법무대학원 석사학위논문. 2006, 10, 87면.

로 운영하면 될 것이다. 통상 긴급체포제도는 지명수배제도의 일환으로 널리 이용되고 있었으므로 긴급체포 방식으로 지명수배하는 경우 긴급체포로 지명수배할 수 있는 대상범죄에 대하여 처음부터 체포영장을 발부받아 지명수배하면 사후승인여부의 논란은 없을 것으로 보인다. 또한 체포영장 제도를 활용하기 위한 방안으로는 사법경찰관에게 체포영장청구권을 부여하는 것이다. 사법경찰관에게도 체포영장청구권을 부여한다면 검사의 청구 절차가 생략됨으로써 절차의 간이화를 추구할 수 있고 그 이용률을 높일 수 있다. 다만 여기서 사법적 통제가 필요하다면 미국의 경우처럼 즉시 판사에게 인치해 구금여부를 판단하면 될 것으로 사료된다.¹⁶⁵⁾

한편 현재 체포영장집행 후 피의자의 신병처리절차와 긴급체포로 지명수배되었다가 긴급 체포된 피의자의 신병처리절차는 검사의 승인건의를 받는 점 이외에는 거의 동일하다. 사실상 두 가지 유사한 제도가 불필요하게 시행되고 있는 것이다. 따라서 지명수배의 경우에는 위와 같이 체포영장을 발부받아 지명수배하고 긴급체포는 지명수배를 하는 경우 이외에 피의자가 죄질이 불량하고 도망이나 증거인멸의 염려가 있는 경우에 체포 후 사후승인을 받아 처리하는 등 극히 제한적으로 운용하면 체포영장에 의하여 신병을 확보하는 방법과의 중복성을 피할 수 있을 것으로 보인다. 긴급체포 후 구속영장신청 또는 신병승인건의를 함에 있어 자진출석하였을 경우 자진출석하게 된 경위, 체포시간 및 장소, 나아가 자진출석한 피의자를 긴급체포할 수밖에 없는 불가피한 필요성 등에 대하여 수사보고서 등의 형식으로 기록에 명확하게 표시하여야 하며 특히 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의 3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되므로¹⁶⁶⁾ 이 점을 고려하여 신중을 기하여야 할 것이다.

165) 장용석, 미국 형사소송법 제도 및 운영상의 특징은 체포 · 구속제도를 중심으로 각국의 구속제도에 관한 연구, 법무연수원, 1996, 16면.

166) 대판 2002,6,11, 2002도5701; 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의 3 제1항에 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이고, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험법칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다.

(4) 사법경찰리에 의한 긴급체포 독자성 인정의 개선방안

현행 형사소송법 제200조의 3 제1항 긴급체포를 할 수 있는 주체로 검사 또는 사법경찰관으로 규정하고 있고 사법경찰리는 긴급체포의 주체에서 제외시키고 있다. 따라서 현재로서는 형사소송법 제196조 제2항(경사, 순경은 검사와 사법경찰관의 지휘를 받아 수사를 보조해야 한다), 사법경찰관리집무규칙 제2조(사법경찰관리는 검사의 지휘를 받고 사법경찰관리는 수사를 보조함을 그 직무로 한다), 사법경찰관리직무규칙 제8조(사법경찰관이 직무를 수행함에 있어서 상호 성실하게 협조해야 한다)에 근거하여 사법경찰리는 사법경찰관으로부터 특정사건의 수사 및 피의자 검거를 담당하라는 구체적인 지휘·명령을 받은 경우에 한해서만 그 사건의 피의자를 긴급체포할 수 있다고 볼 수밖에 없다. 하지만 이렇게 하더라도 사법경찰리는 독자적으로는 긴급체포를 할 수가 없고, 반드시 검사나 사법경찰관의 지휘를 받아 긴급체포를 해야만 한다. 사법경찰리에게 긴급체포권한을 독자적으로 부여하지 않는 것이 긴급체포의 남용을 우려해서 그렇다면 이는 적절한 주장이 되지 못한다.

현실적으로 거의 모든 긴급체포를 사법경찰리가 하고 있으며, 사법경찰관은 보고만 받는 현 시점에서 사법경찰리에게 독자적인 긴급체포권한을 부여한다고 해서 긴급체포가 갑자기 늘어나거나 남용될 우려는 전혀 없어 보인다. 어차피 지금도 사법경찰관리에 의해서 긴급체포가 이루어지는 이러한 긴급체포가 사법경찰관의 지휘나 명령에 의해서 모두 이루어진다고 보지 않는다. 결국 형사소송법 제200조의 3 제1항의 규정에서 제외시키고 있는 사법경찰리는 긴급체포를 현실적으로 하고 있고 다만 독자적으로 할 수 없다는 법규정에 묶여 있을 뿐이다. 따라서 사법경찰관은 독자적으로 긴급체포를 할 수 있고 사법경찰리는 사법경찰관의 지휘를 받는 것은 시대착오적인 입법이라고 볼 수밖에 없다. 입법론적으로 형사소송법 제200조의 3 제1항의 긴급체포를 할 수 있는 주체로서 사법경찰관과 함께 사법경찰리도 명시하는 것이 바람직할 것이다.

제6장 현행범 체포의 문제점과 개선방안

제1절 현행범 체포의 의의

I. 서설

헌법은 현행범인의 체포에 대하여 영장주의의 예외를 인정하고 있다. 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있는데(헌법 제12조 제3항 단서), 형사소송법은 현행범인을 고유한 의미의 현행범인과 준현행범인으로 나누어 규정하여 광의의 의미로 사용하고 있다(형사소송법 제211조). 이러한 현행범인의 체포를 인정하는 이유는 경찰관이 영장이 없다고 하여 현행범인을 방치할 경우 구속을 비롯한 수사 활동이 불필요하게 어려워지거나 효용성이 떨어질 뿐더러 부당한 인신구속의 염려도 있다는 점을 고려한 것이다. 그리고 일반 사인에게도 그 권한을 인정하고 있는데 이는 현행범인의 체포에 일반국민의 협조를 기대한다는 점에 그 이유가 있다.¹⁶⁷⁾

현행범인의 개념은 원래 로마법의 현행제도¹⁶⁸⁾(Furtum manifestum)에서 유래한다. 그러나 로마법의 현행제도는 비 현행제도에 비하여 무겁게 처벌을 받는다는 실체적 개념이었다. 그 후 절차법적 개념으로 전환되어 오늘날에는 현행범인의 체포에 있어서는 영장주의에 대한 예외가 인정된다는 소송법적 의미만을 갖게 되었다. 현행범인에 대한 영장주의의 예외는 대륙법이나 영미법을 막론하고 공통적 현상이다.

II. 현행범 체포요건

1. 현행범인

현행범인이란 범죄의 실행중이거나 실행의 직후인 자를 말한다(형사소송법

167) 정웅석/백승민, 형사소송법(제5진정판), 대명출판사, 2008, 162면 이하 참조.

168) ‘현행도(現行盜)’라고도 한다.: 백형구, 형사소송법 강의, 박영사, 1997.8, 239면 참조.

제211조 제1항). ‘범죄의 실행 중’ 이라 함은 범죄의 실행에 착수하여 아직 종료하지 아니한 자를 말한다. 여기서의 범죄에는 공범도 포함된다. 다만 공범의 경우에는 정범의 실행행위가 개시된 때에 비로소 현행범으로 될 수 있다.¹⁶⁹⁾ 미수로 처벌되는 범죄는 실행착수만 있으면 ‘범죄의 실행 중’에 해당하므로 현행범인으로 체포할 수 있다.

그러나 교사행위 자체가 있는 때에 현행범인으로 될 수 있으며 간접정범의 경우에 이용행위만 있으며 실행행위를 전부 종료하였을 것도 요하지 않는다. 시간적으로나 장소적으로 보아 피체포자가 방금 범행을 실행한 범인이라는 점에 관하여 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우이다.¹⁷⁰⁾

이와 같이 현행범인은 시간적 단계의 개념이지만 범인이 범행장소를 이탈한 때에는 시간의 접촉성도 인정되지 않는다는 점에서 동시에 장소적 접촉성도 요구되고 있다.¹⁷¹⁾

2. 준현행범인

현행범인은 아니지만 형사소송법상 현행범인으로 간주되는 자를 말한다(동법 제211조 제2항). 즉 형사소송법은 범인으로 호창되어 추적되고 있는 자, 장물이나 범죄에 사용 되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타 물건을 소지하고 있는 자, 신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 자, 누구임을 묻는데 도망하려는 자를 준현행범인으로 간주하고 있다.

범인으로 호창되어 추적되고 있는 때란 범인임을 명확히 알고 있는 자에 의하여 체포를 전제로 추적되고 있는 것을 말한다. 반드시 피해자가 추적하는 경우뿐만 아니라 목격자나 제3자가 추적하는 경우도 준현행범인으로 된다. 장물이란 재산죄에 의하여 불법하게 영득한 재물을 말한다. 흉기라 함은 사람을 살상할 수 있는 기물로서 일반인이 위험을 느낄 수 있는 것을 말한다. 흉기에는 성질상의 흉기 외에 용법상의 흉기를 포함하며 기타의 물건은 범죄에 사용

169) 배종대/이상돈, 전거서, 228면; 신동운, 앞의 책, 170면.

170) 대판 1991.9.24. 91도1314; 대판 1993.8.13. 93도926.

171) 우리나라와는 달리 일본 형사소송법은 범죄 실행행위 종료와의 시간적 접촉성을 준현행범인의 요건으로 하고 있다. 즉 ‘누구나 묻는 물음에 대하여 도주하는 자가 범죄실행직후인 것이 명백하게 인정되는 때에는 준현행범으로 본다.’ 라고 규정하고 있다(일본 형사소송법 제21조 제2항).

되었다고 인정함에 충분한 물건임을 요한다. 소지는 휴대에 한하지 않고 이런 물건에 대한 사실상의 지배를 하고 있는 경우를 포함한다. 현저한 증거이란 외부적·객관적으로 범죄의 흔적이 명백한 경우, 즉 신체에 상처가 있거나 모자나 신발 등에 혈흔이 있는 경우를 말한다. 여기서 누구임을 묻는데 도망하려 하는 자의 경우는 아직 범죄의 혐의가 객관적으로 인정되지 아니한 상태의 자이다. 누구임은 상대방이 범죄 실행행위의 종료와 시간적으로 근접한 상태에 있는 자이어야 한다.

따라서 경찰관의 불심검문에 대하여 직접 관련성이 희박할 수 있으므로 다른 상황과 종합하여 충분히 죄를 범하였다고 인정되는 경우에 한하여 준헌행범인으로 간주하여야 할 것이다.¹⁷²⁾

3. 범죄의 명백성

현행범인 체포는 당시에 특정범죄의 범인임이 분명하여야 한다. 여기서 범죄는 형법상 구성요건에 해당하고 위법성 내지 책임성 조각사유가 없음이 명백한 경우를 말한다. 비록 구성요건에 해당하더라도 위법성조각사유 또는 책임조각사유가 있는 경우에는 현행범인으로 체포할 수 없다. 친고죄와 반의사불벌죄의 경우에는 범행현장에서 피해자가 처벌을 원하지 않는 의사표시를 분명히 하는 경우를 제외하고 현행범 체포가 가능하다. 현행범인의 경우 수사기관 뿐만 아니라 일반인에게도 영장 없이 체포할 수 있도록 한 것은 범증과 범인성이 명백하고 긴급성 있으므로 권한남용의 우려가 없기 때문이다.

그런데 이 범인과 범증의 명백성은 ‘누구라도’ 알 수 있을 정도로 외부적으로 명백해야 하는가에 대하여 현행범인은 ‘누구든지’ 체포할 수 있으므로 ‘누구든지’ 알 수 있을 정도로 외부적으로 명백해야 한다는 견해가 통설이며 판례¹⁷³⁾의 입장이다. 그러나 수사기관이나 개인 즉 ‘체포하는 자의 입장에서’ 사전에 수집해 둔 객관적 자료나 특수한 지식 등에 현행범이라는 것을 알 수 있었던 경우에는 현행범인으로 보는 견해¹⁷⁴⁾가 타당하다.

172) 주용환, 체포제도의 개선방안에 관한 연구, 한양대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2009.2. 69~70면.

173) 대판 2006, 2, 10, 2005도7158: 피고인을 체포할 당시 방금 범죄를 실행한 범인이라고 볼 죄증이 명백히 존재하는 것을 인정할 수 있는 상황이 있다고 할 것이므로 피고인을 현행범인으로 볼 수 있다고 할 것이다.

174) 김종덕, 앞의 논문. 145면.

4. 체포사유의 존재

긴급체포에 있어서는 구속사유가 존재할 것을 명문으로 규정하고 있으나(형사소송법 제200조의 3 제1항). 이러한 규정이 없는 현행범의 체포와 관련하여 체포의 필요성(구속사유의 존재)이 체포요건인가에 관해서는 소극설¹⁷⁵⁾과 적극설¹⁷⁶⁾의 견해대립이 있다.

이에 대해 강제처분은 필요한 최소한도내에서만 허용되어야 한다는 강제처분의 일반적 원칙과 형사소송법 제214조가 경미한 범죄의 현행범인에 대해서는 주거불명을 체포요건으로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 체포의 필요성(구속사유)도 현행범체포의 요건으로 보되 다만 현행범 체포에는 통상 긴급성이 내제되어 있으므로 신원이 확실하고 도주 및 증거인멸의 우려가 명백히 없는 경우에는 현행범 체포도 할 수 없다는 소극적 의미로 이해해야 한다는 견해¹⁷⁷⁾가 있으며 마지막 견해가 타당하다고 본다.

생각건대 현행범 체포도 긴급체포와 동일하게 사후에 법관의 체포영장에 의한 통제가 없다는 점이 문제점으로 지적되고 있으나. 현행범을 체포해 둘 수 있는 기간은 체포영장에 의한 체포기간(체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장 청구 또는 석방)(형사소송법 제213조의 2, 제200조의 2 제5항)과 동일하게 보아야 할 것이다.

5. 체포의 주체

현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(형사소송법 제212조). 즉 현행범인에 대해서는 수사기관인 검사 또는 사법경찰관리는 물론 사인도 현행범인을 체포할 수 있다.

한편 일반인이 현행범체포를 하기 위해서는 직접 범죄를 지각할 필요는 없다. 그것은 누군가에 의하여 범인으로 호창되어 추적되고 있는 자 등 여러 유

175) 신동운, 앞의 책, 270면; 이재상, 앞의 책, 224면.

176) 백형구, 앞의 책, 240; 배종대·이상돈 교수는 독일 형사소송법 제127조 제1항을 예시하면서 현행범인의 체포 요건으로서 체포사유는 ‘현행범이 도망의 염려가 있거나 그의 신분이 즉각 확인 될 수 없는 때’ 라고 하면서도 ‘증거인멸위험’은 체포사유가 될 수 없다고 한다(배종대/이상돈, 앞의 책, 244면).

177) 손동권, 앞의 책, 244면.

형의 준현행범인도 체포할 권한이 있기 때문이다. 또한 일반인은 수사기관 또는 다른 일반인이 체포하는 것을 도와줄 수도 있다.¹⁷⁸⁾ 그러나 사인은 체포할 권한을 가질 뿐이며 체포의 의무가 있는 것은 아니다. 국회의원의 불체포특권은 현행범의 경우에는 인정되지 않는다(헌법 제44조 제1항).

Ⅲ. 현행범 체포의 구체적 요건

1. 범죄사실의 명확성

범죄사실이 존재해야 한다. 따라서 범죄의 성립여부가 불확실한 경우는 물론 각 사유 내지 책임조각사유가 있거나 형사미성년자의 범죄인 경우에는 현행범체포가 허용되지 않는다. 친고죄의 경우 고소가 없어도 체포는 가능하지만 고소가능성이 전혀 없으면 체포할 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁷⁹⁾

2. 체포의 필요성 문제점

긴급체포의 경우와는 달리 현행범인의 체포에 도망이나 증거인멸의 우려와 같은 구속사유가 필요하다는 명문규정이 없지만 현행범인의 체포에도 긴급체포와 같이 구속사유가 인정되어야 하는지 논란이 있다.

(1) 학 설

현행범체포는 사전영장주의의 예외를 인정하는 것에 그치는 것이지 체포의 요건을 완화 시키는 것은 아니므로 현행범인이라도 긴급체포의 경우와 마찬가지로 증거인멸이나 도망 또는 도망의 염려가 있는 경우에 한하여 허용된다는 적극설(구속사유필요설)¹⁸⁰⁾과 현행 형사소송법은 현행범 체포 후 사후체포영장을 요구하지 않을 뿐만 아니라 현행범체포는 범죄사실과 진범여부가 분명한 경우에 예외적으로 인정되는 인신구속의 장치이므로 별도로 구속사유를 요구

178) 노정환, 현행체포제도에 대한 실무적 고찰, 법조 2013, 8(Vol.683), 225면 참조.

179) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2007, 237면.

180) 백형구, 형사소송법강의(제8개정판), 박영사, 2001, 242면 외.

하여 제한을 가할 필요는 없다는 소극설(구속사유불요설)¹⁸¹⁾이 대립하고 있다.

(2) 판례

판례는 「현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으므로 사인의 현행범인 체포는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것인데, 현행범인의 요건으로서는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 외에 체포의 필요성 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있을 것을 요한다.」¹⁸²⁾라고 판시하여 적극설의 입장을 취하고 있다.

(3) 검토

현행범의 경우에 있어서는 체포 시에 특정한 범죄의 범인임이 명백할 뿐만 아니라 긴급성이 인정된다는 점에서 체포영장에 의한 체포의 예외가 안정되는 경우이므로 구속사유가 존재할 필요는 없다고 본다.

3. 비례성의 원칙

비례성의 원칙은 강제처분을 지배하는 대원칙이므로 현행범인의 체포에도 요구된다. 형사소송법이 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(형사소송법 제214조). 이는 경미범죄에 대하여는 인권보장의 취지에서 현행범인 체포를 제한한 것으로서 비례성을 표현한 것으로 해석된다.¹⁸³⁾ 검사 또는 사법경찰관리 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 즉시 검사 또는 사법경찰관에게 인도하여야 하며 사법경찰관리가 현

181) 송광섭, 형사소송법(신정판), 형설출판사, 2010, 359면 외.

182) 대판 2011.5.26. 2011도3682: 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있는데(형사소송법 제212조), 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다. 여기서 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 당시 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량 여지가 있으나, 체포 당시 상황으로 보아도 요건 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관 등의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법하다고 보아야 한다.

183) 노정환, 앞의 책, 232면.

행범인의 인도를 받은 때에는 체포자의 성명, 주거, 체포의 사유를 물어야 하고 필요한 때에는 체포자에 대하여 경찰관서에 동행함을 요구할 수 있다(형사소송법 제212조 내지 제214조).

비례성의 판단기준은 기대되는 형벌과 사건의 의미를 종합한 것이다. 따라서 구속이 선고될 형보다 오래 계속될 때에는 비례성의 원칙에 반한다고 할 수 있다. 다만 사건의 성질상 피고인이 도망하여 심리를 계속 할 수 없는 때에는 비례성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.¹⁸⁴⁾ 즉 다액 50만 원이하의 벌금·구류·과료에 해당하는 죄를 범한 때에도 같은 이론이 적용된다. 형사소송법이 이 경우에 피고인 또는 피의자에게 일정한 주거가 없는 경우에 한하여 구속할 수 있다고 규정한 것은 비례성의 원칙이 표현된 것이라 할 수 있다(형사소송법 제70조 제2항 제201조).

피고인 또한 피의자에게 집행유예판결을 선고할 것임에도 불구하고 구속을 계속하는 것도 이러한 의미에서 비례성의 원칙에 반한다고 해야 한다.¹⁸⁵⁾ 자유형의 집행을 정지해야 하는 사유가 있음에도 불구하고 구속을 하는 것도 같은 이유로 허용될 수 없다.

제2절 현행범인 체포제도의 문제점과 개선방안

I. 현행범인 체포제도의 문제점

1. 현행범인 체포에 대한 문제점

형사소송법 제211조 제1항에서 “범죄의 실행중이거나 실행 직후인자”로 규정하고 있는바 여기서 범죄의 ‘실행 중’이란 범죄의 실행에 착수하여 아직 종료하지 못한 상태이고 범죄의 ‘실행을 종료한 직후’란 범인과 범죄의 명백성이 판단될 수 있을 정도의 시간적·장소적 접착성을 나타내는 개념으로 실무상으로 판단하기 어려운 경우가 많다. 한편 법제정 당시와 지금의 우리사회상은 엄청난 변화를 가져왔으며 교통·통신의 발달로 인하여 범죄 현장성이 매우

184) Boujong KK § 120. Rn 6; Gössel S 70.

185) Boujong KK §112, Rn.50; Gössel S 71; Kleinecht/Meyer-Goßner §116, Rn.5.

유동적이기 때문에 시간적·장소적 근접성 판단이 상당히 곤란한 경우가 많이 발생한다고 본다. 지금까지는 대법원 판례에 따라 경찰관이 현장에 출동하여 범죄를 저질렀다는 범죄의 명백성을 객관적으로 충분히 인식하도록 요구하고 있다. 실무상으로 이러한 애매한 개념 판단 때문에 범행을 저지르고도 큰소리 치며 공권력을 무시하고 있는 현실이다.¹⁸⁶⁾

그리고 현행범체포와 관련하여서는 아무런 변화가 없이 현행범으로 체포된 피의자는 48시간 동안 법원의 통제 없이 수사기관의 독자적인 판단에 의해 구금되게 되며, 위 시간이 지나치게 길어서 문제가 된다. 즉 수사기관이 현행범으로 체포된 피의자에 대하여 ‘지체없이’ 구속영장을 청구하지 않고 48시간을 구금하고 석방하거나 48시간 가까이 되어서야 영장을 청구하더라도 현실적으로 이를 제재할 수 있는 방법이 없다고 할 것이다.¹⁸⁷⁾

2. 준현행범인 체포에 대한 문제점

준현행범인이란 현행범으로 간주되어 누구라도 영장 없이 체포 할 수 있는 자를 의미한다. 형사소송법은 ① 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 때, ② 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때,¹⁸⁸⁾ ③ 신체 또는 의복류에 현저한 중적이 있는 때, ④ 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때라고 하고 있다.

이 중 ‘④ 누구임을 물음에 도망하려 한 자’는 주로 경찰관직무집행법상 불

186) 주용환, 체포제도의 개선방안에 관한 연구, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2009, 2, 145면.

187) 형사소송법 제200조 제5항 및 제213조의 3 의하면 현행범으로 체포한 피의자는 48시간 이내에 구속영장을 신청해야 하고, 구속영장을 청구하지 아니한 때에는 피의자를 즉시 석방해야 한다고 규정하고 있고, 범죄수사규칙 제199조의 2 제1항은 현행범인을 체포하였을 때에는 지체없이 조사하고 계속 구금할 필요가 없다고 인정될 때에는 즉시 석방해야 한다고 규정되어 있으나, 야간 등의 이유를 들어 신병 유치장에 입감한 후 다음 날 조사하는 경우가 흔히 있다. 국민고충처리위원회는 2008년 1월 현행범 체포 후 피의자를 인계받아 33시간 동안 부당구금 한 울산 모 경찰서 모 경사에 대해 규정에 따라 조치하고 재발방지책을 강구하라고 경찰에 시정권고 한 바 있다(국민고충처리위원회 정책뉴스, 2008, 2, 13.09:19게시 참조).

188) 대판 2000, 7, 4, 99도4341 판결: “순찰 중이던 경찰관이 교통사고를 낸 차량이 도주하였다는 무전연락을 받고 주변을 수색하다가 범퍼 등의 파손상태로 보아 사고차량으로 인정되는 차량에서 내리는 사람을 발견한 경우, ‘장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때’에 해당하는 것으로 보아 준현행범으로서 영장 없이 체포할 수 있다”.

심검문에 의한 직무질문을 받고 도망하려 한자를 의미한다고 보여지나 현행범 인체포의 주체에 제한이 없는 점에 비추어 일반인도 질문의 주체가 될 수 있다. 예컨대 일반인이 자신의 집에 몰래 들어온 낯선 사람에게 “누구냐”고 질문하였음에도 그가 도망하려 한다면 그를 주거침입 내지 절도의 준현행범으로 체포할 수 있다. 하지만 나머지 경우에 비추어 범행과의 관련성이 매우 약한 경우임에도 불구하고 준현행범으로 체포되는 문제점이 나타난다.

3. 경미한 사건에 있어서의 현행범인 체포의 문제점

우리 형사소송법은 다액 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 해당하는 경미사건에 대해서는 현행범인에 해당하더라도 ‘주거가 분명하지 않은 경우 (주거불명)’에만 체포할 수 있도록 함으로써 경미사건에 대해서는 현행범인의 체포를 제한(형사소송법 제214조)하고 있다. 이는 가벌성이 약한 경미사건에 대한 체포의 남용을 방지하기 위한 비례성의 원칙에 대한 표현으로 이해할 수 있다. 따라서 깊은 밤 취객들이 차도를 무단 활보하며 경고나 제지하는 경찰 순찰차를 가로막고 경찰관을 끌어내리는가 하면 교통법규 위반자가 경찰관의 멱살을 잡는 일은 허다하다고 한다. 이는 법 위반에 대한 죄의식이 적은 경미 사건에 대한 초기통제가 통제의 실패 그 자체에만 그치지 않고 이로 인하여 법 경시풍조로 급속히 이어짐으로써 이러한 준범의식 약화가 사회전반의 무질서 및 공권력이 약화현상을 이어지는 악순환으로 작용하고 있다.

먼저 위 규정의 해석에 있어 주거불명이란 주거가 분명하지 않은 경우만을 의미하는 것인지 아니면 현행범인이 도망하거나 경찰관의 정당한 신원확인 요청에 ‘주거불명’에 포함되는지 대하여도 논란 여지가 있다.¹⁸⁹⁾

또 다른 문제점으로는 경미범죄의 현행범인이 주거가 확실하여 통고처분 등에 의해 신속히 형사절차를 마무리하는 경우라도 그가 계속·반복적으로 범죄를 범하는 경우 체포할 수 없다는 것이다. 예컨대 한밤중에 주취자가 주택가에서 고함을 지르고 노상방뇨 행위를 하는 경우 현장에 출동한 경찰관으로서 현행범상 경미죄 처벌법에 의거 인근소란죄를 적용하여 통고처분을 하게

189) 이에 대해 대법원의 판례는 없고, 하급심 판례(서울형사지법, 94,7, 23)에 의하면 ‘경범죄라 할지라도 주민등록증을 제시하지 않는 것은 주거불명에 해당한다, 고 판시하고 있을 뿐이다.

된다. 그러나 그가 통고처분을 받았음에도 계속하여 고성방가행위를 멈추지 않고 계속함으로써 일반주민의 평온한 사생활을 방해하는 법익 침해를 계속한다하여도 그의 주거가 확실하다면 그를 체포할 수 없다.

이와 같이 경찰관이 법집행에 순응하지 않는 경우 이에 대한 현행법상 모호한 규정으로 인하여 준범의식의 약화에 따른 사회전반의 무질서와 공권력 약화현상의 악순환이 발생하고 있다.

II. 현행범인의 체포제도 개선방안

1. 현행범인의 체포의 개선방안

우리 헌법 제12조 제3항 단서와 형사소송법 제212조에서 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으며 현행범인의 정의에 대하여는 동법 제211조 제1항에서 “범죄의 실행중이거나 실행 직후인자”로 규정하고 있다. 여기서 ‘범죄’는 형법상의 구성요건에 해당하고 위법 유책한 행위로서 정당방위와 같이 위법성 조각사유와 형사미성년자와 같이 책임조각사유가 있는 경우에는 범죄에 해당되지 않으므로 현행범인을 체포할 수 없다.¹⁹⁰⁾

미수로 처벌되는 범죄는 실행의 착수만 있으면 ‘범죄의 실행 중’에 해당되어 현행범인으로 체포할 수 있으며 예비나 음모를 처벌하는 범죄는 예비나 음모 행위를 실행행위로 보기 때문에 체포할 수 있다.

시간적·장소적 근접성을 어떤 기준으로 할 것인가에 대한 문제를 해결하기 위해서는 시간적 근접성에 있어서 현행범은 누구든지 체포할 수 있지만 개인이 체포하는 것은 드물기 때문에 신고를 받은 경찰관이 현장에 출동하는데 통상적으로 소요되는 시간이 고려되어야 하며, 장소적 근접성은 범인이 범행 현장으로부터 이탈할수록 범행과 체포의 장소적 근접성이 희박해짐은 물론 다른 사람과 뒤섞여 범인의 명백성이 상실되므로 범행현장으로부터 떨어진 절대적 거리가 중요한 것이 아니라 다른 사람과 뒤섞여 범인의 명백성이 상실되기에 이르렀는가에 따라 판단해야 한다는 견해¹⁹¹⁾가 타당하다고 본다.

190) 배종대/이상돈, 앞의 책, 264면.

191) 심희기, 현행범 체포요건, 영남법학 제1권 제1호, 1994. 131면.

한편 현행범인의 경우 수사기관 뿐만 아니라 일반인에게 영장 없이 체포할 수 있도록 한 것은 범증과 범인성이 명백하고 긴급성이 있으므로 권한남용의 우려가 없기 때문이다. 그런데 이 범인과 범증의 명백성은 ‘누구라도’ 알 수 있을 정도로 외부적으로 명백해야 하는가에 대하여 현행범인은 ‘누구든지’ 체포할 수 있으므로 ‘누구든지’ 알 수 있을 정도로 외부적으로 명백해야 한다는 견해도 있을 수 있지만 수사기관이나 개인 즉 체포하는 자의 입장에서 사전에 수집해 둔 객관적 자료나 특수한 지식 등에 의해 현행범이라는 것을 알 수 있었던 경우에는 현행범으로 보는 것이¹⁹²⁾ 타당하다고 생각된다.

그리고 실무상 사인이 체포한 피의자에 대한 현행범 요건의 해당 여부에 대한 구체적인 판단기준이 없어 수사기관의 자의적인 판단에 따라 불법체포된 피의자가 현행범으로 인수될 개연성이 크다.¹⁹³⁾ 이에 대한 보다 엄격한 해석기준과 불법체포로 인한 손해배상 등 보상책 마련이 필요하다.¹⁹⁴⁾ 또한 긴급체포 남용을 방지하기 위해 개정 신설된 긴급체포 관련 규정들이 현행범체포에 대해서도 동일하게 준용되어야 할 것이며, 현행범 체포 후에는 지체없이 법원에 인치하여 법원의 통제를 받도록 하거나 현행범체포 후에는 강제연행만 가능하도록 개정하여 법원의 통제를 더욱 강화하는 것이 타당하다 할 것이다.¹⁹⁵⁾

2. 준현행범인의 체포의 개선방안

이미 문제점에서 지적한바와 같이 형사소송법상 현행범으로 간주되어 누구라도 영장 없이 체포할 수 있는 자 중 ‘④ 누구임을 물음에 도망하려 한 자’

192) 김종덕, 체포제도에 관한 비교법적 고찰, 계명법학 제6집 계명대학교 법학연구소, 2002. 145면.

193) 실무에서 특히 폭행, 성추행 사건 등의 처리와 관련하여 피해자가 상대방을 현행범으로 체포한 경우, 체포된 피의자가 술에 취해 있거나 피의자들의 떼쓰기식 진정 등을 이유로 체포한 일방의 진술에 의존하여 현행범 해당여부를 판단하는 경향이 있고, 이러한 경우 체포된 피의자는 일정기간 동안 부당하게 신체의 자유를 제한받게 된다.

194) 개정 형사소송법에서는 긴급체포의 남용을 억제하기 위해 수사기관이 법원에 대하여 구체적으로 긴급체포의 사유와 석방사유를 소명하게 하고, 긴급체포 후 석방된 피의자나 변호인 등에게 관련 서류를 열람, 등사를 허용함으로써 불법체포, 감금죄의 성립여부와 그에 따른 손해배상을 구하는 자료까지 제공하도록 관련 조문을 개정, 신설하고 있으나, 현행범체포에 대해서는 전혀 언급이 없다.

195) 양문상·박광섭, 현행 형사소송법상 체포제도의 대한 검토, 충남대학교 법학연구 제20권 제2호, 2009, 176면.

는 범행과의 관련성이 매우 약한 경우에 해당하므로 보다 엄격하게 해석하여야 할 것이다.¹⁹⁶⁾ 입법론상 ‘누구임을 물음에 도망하려 한 자’ 만으로는 준현행범으로 인정하는 것은 문제가 있다고 사료되나¹⁹⁷⁾¹⁹⁸⁾ 일본과 같이 ‘범죄실행 직후의 자라고 명백히 인정되는 경우’ 정도로 요건을 강화하는 방향으로 개선하는 것이 필요하다고 생각된다.

3. 경미한 현행범 체포 개선방안

가벌성이 약한 경미사건에 대한 체포의 남용을 방지하기 위한 비례성 원칙은 피의자에 대한 신원이 확보된 전제하에서만 의미가 있는 것으로 경미범죄에 대해서는 강제수사에 의한 물리력을 행사하지 못하도록 하는 원칙이지 신원확인을 허용하지 않겠다는 원칙이 아니라고 본다. 따라서 현장에서 법집행력 강화 차원에서 경미범죄의 경우에 체포요건으로서 ‘주거불명’ 이외에 도망의 우려, 신원확인의 거부와 같은 사유가 추가적으로 형사소송법에 명시할 것이 요구된다.¹⁹⁹⁾

또 다른 문제점으로 제시된 바 경미범죄의 현행범인이 주거가 확실하여 통고처분 등에 의해 신속히 형사절차를 마무리하는 경우의 경미사건이라도 위반자가 통고처분 등 간이의 형사절차를 받았음에도 계속·반복한 경우에는 범죄행위를 억제할 수 있도록 입법을 통해 해결하여야 할 것이다.

경찰관직무집행법에서도 범죄행위가 목전에 행하여지려는 경우 경고만 할 수 있을 뿐이며 그 행위를 제지하기 위해서는 행하여지려는 범죄행위로 인명, 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어야 하고 긴급한 경우라야 가능하기 때문에 제지는 불가능하고 경고만이 가능하므로 방관만 해야 하는 것이 현실이다.²⁰⁰⁾

196) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 128면; 신양균, 앞의 책, 153면; 이은모, 앞의 책, 229면; 이재상 앞의 책, 242면; 임동규, 앞의 책, 180면 등.

197) 이재상, 앞의 책, 242면; 정웅석·백승민, 앞의 책, 494; 노명선, 이완규, 앞의 책, 191면 등.

198) 노정환, 현행 체포제도에 대한 실무적 고찰, 법조 2013, 8,(Vol.683). 230~231면.

199) 손동권, 경범죄처리절차의 개선방안에 관한 연구, 치안논총 24집, 치안연구소, 2008, 250면.

200) 경찰관직무집행법 제6조(범죄의 예방과 제지) ①경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명, 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

따라서 우리 형사소송법 제214조 경미사건의 경우 ‘50만원이하의 벌금·구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인이 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 현행범으로 체포할 수 있다’는 규정을 ‘50만 원이하의 벌금·구류 또는 과료(과태료포함)에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거 또는 성명이 명확하지 않는 경우, 또는 범인이 도망할 우려가 있는 경우, 사법경찰관리의 경고와 제지에도 계속 불응하는 경우에 현행범으로 체포할 수 있다’는 규정으로 개정하는 것이 타당하다고 본다. 더 나아가 사법경찰이 신원확인을 거부하는 범죄 혐의자의 신원을 확인하기 위하여 그 자유를 어느 정도 박탈할 수 있는 즉 경찰관서로 연행하여 일정시간 머물게 할 수 있는 제도²⁰¹⁾의 도입도 고려되어야 한다고 생각한다.²⁰²⁾

또한 경찰관직무집행법 제6조 범죄의 예방과 제지에 ‘경찰관은 범죄행위가 지속되어 현저히 공중의 생활안정을 침해하거나 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있고, 필요한 경우에는 범인을 현장으로부터 격리시킬 수 있다’는 규정을 신설하는 것이 필요하다고 본다.

201) 독일형사소송법 제16조 제3항에서 사법경찰관에게 신원확인을 위한 자유박탈을 12시간 이내에서 허용하고 있다(손동권, 경죄처리절차의 개선방안에 관한 연구, 치안논총 24집, 2008. 246면, 재인용).

202) 주용환, 체포제도의 개선방안에 관한 연구, 한양대학교 대학원, 법학과, 박사학위논문, 2009. 2, 154~155면.

제7장 결 론

지금까지 우리나라 헌법 및 형사소송법상 체포제도에 관한 구조를 비롯하여 체포제도에 관한 외국의 입법례와 영장에 의한 체포제도, 긴급체포 및 현행범체포를 중심으로 우리나라 체포제도에 나타나고 있는 제도상 문제점과 그 개선방안 등에 대하여 살펴보았다.

체포·구속은 개인의 신체의 자유에 대한 중대한 제한수단이다. 체포·구속은 국가기관이 권한을 남용함으로써 신체의 자유를 부당하게 침해할 수 있는 유력한 도구가 될 수 있으므로 이에 대한 통제가 필요한 것도 사실이다. 그러므로 체포·구속을 함에 있어서 세심한 주의와 절제가 필요하다는 점은 부정하기 어렵다.

그러나 범죄자를 체포하여 사법절차를 원만히 진행함으로써 얻게 되는 사회적 이익도 가볍게 볼 수는 없다. 범죄로부터 안전한 사회는 일반 국민이 안심하고 생활하기 위한 필수적 요건이다. 범죄로 인한 불안때문에 자유롭게 활동할 수 없게 된다면 선량한 다수의 국민도 사실상 신체의 자유를 제한받게 되는 것이다. 이러한 일반인의 자유도 간과해서는 안 된다.

체포로 인한 개인의 자유의 제한만을 일방적으로 강조하기보다는 개인의 자유와 사회이익을 적정하게 고려하여 균형을 유지하는 것이 중요하다. 범죄 혐의자로서 수사나 재판을 받게 된 개인의 자유를 보호하기 위하여 다수 일반인의 이익을 무시하거나, 그 반대로 일반인의 이익을 보호한다는 명분만으로 개인의 자유를 지나치게 제한하는 것은 모두 문제가 있다. 두 가지 가치를 조화롭게 고려하여 사법절차가 실현할 수 있는 전체적인 효용을 극대화해야 한다.

체포에 있어서도 수사기관이 선택한 체포의 방식이 사전영장에 의한 체포인지, 긴급체포인지, 임의동행인지를 구별하여 위법성을 판단하기 보다는 과연 피의자를 체포할 만한 사정이 되는지를 고려해야 한다. 이러한 실질적 판단을 하지 않고 형식적 요건에만 얽매었다면 독단적인 사법 운용이 될 것이다. 보다 구체적인 기준이 정립되어 예측가능성을 보장하는 방향으로 제도가 개선되어야 한다.

우리의 형사소송법상 신병확보제도는 인권보장과 조화를 피하면서 계속하여 개선되어 오고 있지만 현실적이면서 진보된 체포제도를 발전하기 위해서는 아직도 완성적 측면에서 체계적이지 못하여 개선의 여지가 많다.

따라서 체포제도에 있어서 헌법이 추구하는 무죄추정의 원칙과 이에 따른 피의자 권리보장을 위한 사전영장제도에 대하여 이상의 논의를 중심으로 1995. 12. 제8차 형사소송법 개정 이후 실정법 제도상 개선방안을 구체적으로 요약하여 제시하면 다음과 같다.

첫째, 현행법상 영장에 의한 체포의 요건에는 범죄 혐의의 상당성과 출석요구불응 또는 불응우려가 있어야 한다고 규정하고 있다. 즉 범죄혐의의 정도가 구속영장발부의 경우와 동일한가에 대해서는 견해가 대립하고 있다. ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유’란 구속의 요건과 동일하게 무죄추정을 깨뜨릴 수 있을 정도의 유죄 판결에 대한 고도의 개연성 내지 충분한 범죄혐의가 있어야 한다는 견해와 체포의 요건으로서 범죄혐의의 상당성 정도는 구속의 요건으로서 범죄혐의의 상당성보다 약한 혐의의 정도로 족하다는 견해가 있으나, 체포는 구속에 비하여 단기간에 이루어진다는 점, 절차상 체포는 구속의 선행단계로서 수사 초기단계에서 행하여지며 체포제도가 구속이라는 엄격함을 완화하기 위하여 입법화되었다는 점, 형사소송법상 체포의 요건에 비하여 구속의 요건이 더 엄격하다는 점 등을 고려해 볼 때 체포영장의 발부를 위한 범죄혐의는 구속요건에 비하여 낮은 정도로 족한 것으로 피의자가 유죄판결을 받을 수 있을 정도라거나 공소를 제기할 수 있을 정도에 까지는 않아도 된다고 생각한다. 즉 체포사유인 범죄혐의의 상당성에서는 구속사유와 같은 문언으로 규정하고 있으나 구속사유의 상당성보다는 체포사유의 상당성이 낮은 정도로 족한 것으로 봄이 타당하다고 보고 체포영장에 있어서 출석요구불응 또는 불응우려 등을 삭제하였으며 한다. 그렇게 된다면 체포영장제도가 활성화될 것이고 긴급체포의 남용도 감소될 것으로 본다.

둘째, 형사소송법 제200조의 3에 의하면 긴급체포의 대상범죄를 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역 등으로 규정되어 있는데 여기서 긴급체포의 대상범죄가 특별법은 물론이고 형법 각칙상의 대부분의 범죄가 해당되어 긴급체포의 예외성을 유명무실케 할 정도로 그 대상 범죄가 너무 광범위하다. 이는 긴급체포의 요건을 엄격히 해야 할 긴급체포제도의 취지에 반할 뿐만 아니라 형사

사범의 보충성의 원칙에도 어긋난다고 본다. 따라서 영장에 의한 체포의 요건 중 출석불응 등의 사유의 배제를 통한 성립요건의 완화와 긴급체포 요건을 장기 3년 이상을 장기 5년 이상의 범죄로 상향하여 요건을 엄격히 하면 또는 긴급체포 후에 즉시 사후 체포영장을 발부 받도록 하는 등의 방안과 사범경찰리에 게 긴급체포권을 부여하고 또한 긴급체포 시에 수사의 편의정보다는 피의자의 인권을 더 소중히 여기는 수사관계자의 의식이 고취된다면 긴급체포가 감소할 것으로 사료된다.

셋째, 형사소송법은 사범경찰관의 긴급체포에 대하여 검사의 사후승인을 받도록 하였다. 물론 긴급한 상황에서 그 때마다 검사에게 사건지휘를 받는 것에는 시간적 제약이 따르므로 우선 긴급체포한 후에 검사에게 사후승인을 받게 하는 것이 수사절차상 타당하다. 하지만 긴급체포의 독자성이 상당히 인정된다고 해서 사범경찰관이 긴급체포를 남용해서는 안 될 것이며, 또 사범경찰관이 긴급체포 요건에 해당하지도 않는 피의자를 긴급체포했을 때에는 검사는 사후승인 과정에서 구속영장을 청구하여서는 안되고, 사범경찰관이 한 이 긴급체포가 고의적인 불법체포였다면 긴급체포된 피의자는 즉시 석방하고 그 사범경찰관에게는 형법상 불법체포 또는 감금죄의 책임을 물어야 한다. 또한 영장발부판사는 사범경찰관이 부당한 긴급체포에 이어 제출된 구속영장신청을 기각하고 또는 체포중의 피의자의 진술 등에는 증거능력을 부인하여야 하고, 또 형사소송법의 기본원칙인 불구속수사원칙과 적법절차의 원칙을 더욱 충실히 구현하는 것이 인권의식의 신장에 기여할 것으로 본다.

넷째, 현행범인체포 후에는 지체없이 법원에 인치하여 법관의 통제를 받도록 하거나 현행범체포 후에는 강제연형만 가능하게 하고 조사는 법관의 명령 또는 사후영장에 의해서만 가능하도록 개정하여 법원의 통제를 더욱 강화하도록 하고, 또한 경미한 범죄에서의 현행범인의 체포요건을 범인의 주거 혹은 성명이 분명하지 아니한 경우 또는 범인이 도망할 우려가 있는 경우로 개정하였으면 한다.

마지막으로 현행법상 체포된(현행범체포, 긴급체포)피의자에 대한 자유회복의 방법은 너무 불편하고 복잡하여 신속하지 않은 결함을 가지고 있기 때문에 이를 해소하기 위하여 미국처럼 체포된 피의자를 즉시 판사에게 인치하여 계속 구금여부, 보석여부를 판사가 결정하는 제도를 도입하여 입법적으로 개선

되었으며 한다.

그렇게 개선된다면 법집행자와 범법자간의 충돌시비를 줄이고 법은 누구든지 지켜야 한다는 인식과 더불어 적법한 절차에 따른 법의 집행으로 인권보호와 행사사법의 실현의 조화를 이룸으로써 자유민주적 법질서를 확립해 나갈 수 있을 것으로 생각한다.



<참고문헌>

『단행본』

- 강동욱, 불심검문, 고시원, 1994.
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 법문사, 1998.
- _____, 형사소송법, 홍문사, 2004.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 2011.
- 백형구, 형사소송법강의(제8개정판), 박영사, 2001.
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008.
- 신동운, 형사소송법, 법문사, 1997.
- _____, 형사소송법, 법문사, 2007.
- 신양균, 형사소송법(제2판), 법문사, 2004.
- 신현주, 형사소송법(신정2판), 박영사, 2002.
- 신호진, 신 형사소송법요론, 문형사, 2008.
- 송광섭, 형사소송법, 유스티니아누스, 1999.
- _____, 형사소송법(신정판), 형설출판사, 2010.
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2007.
- _____, 형사소송법(제6판), 박영사, 2011.
- 전용득, 피의자의 구속론, 법문사, 2000.
- 정동욱, 현행 수사절차의 신속·간소한 방안, 고시계, 1993.
- 정웅석/백승민, 형사소송법(제5전정판), 대명출판사, 2008.

『논문』

- 김경선, 독일의 구속제도 인권과 정의, 대한변호사협회, 1999.
- 김정락, 긴급체포제도에 관한 연구, 중앙대학교 대학원, 석사학위논문, 2002.
- 김경애, 형사소송법상 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 이화여자대학교 대학원, 석사학위 논문, 2006.
- 김상호, 체포제도의 문제점과 개선방안, 동아대학교, 학술연구, 2004.

- 김종덕, 체포제도에 관한 비교법적 고찰, 계명법학 6집, 계명대학교 법학연구소, 2002.
- 곽병선, 피의자구속에 관한 연구, 박사학위논문, 원광대학교 대학원, 1991.
- 노정환, 현행 체포제도에 실무적 고찰 실무연구,법조, 2013.
- 박중환, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 원광대학교 대학원 논문집 제27권, 2001.
- 신경식, 미국 인신구속절차상 적정한 소추권 형사와 인권보호의 조화, 저스티스, 32권 제1호, 한국법학원, 1999.
- 서정범, 일본의 인신구속제도에 관한 고찰, 법원연수원, 1998.
- 신형근, 구속영장청구사건 처리에 관한 실무상의 문제점, 법률신문, 1997.
- 심재무, 체포의 요건에 관한 고찰, 형사법연구 제13호, 한국형사법학회, 2000.
- 손동권, 개정 형소법 시행 후의 피의자에 대한 대인적 강제처분. 법정고시. 1996.
- , 경죄처리절차의 개선방안에 관한 연구, 치안논총 24집, 치안연구소, 2008.
- 안희출, 경찰수사와 인권보장에 관한 연구, 동아대학교 대학원, 박사학위논문, 2012.
- 양문상/박광섭, 현행 형사소송법상 체포제도에 대한 검토, 충남대학교, 법학연구 제20권 제2호, 2009.
- 오경식, 한국과 미국의 형사소송절차에 있어서의 체포제도의 비교연구, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 유인창, “불심검문에 대한 소고”, 한국경찰학회보, 2000.
- 이동희, 피의자신문의 현황과 개선책, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003.
- 이은모, 피의자 인신구속제도의 정비방안. 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003.
- 이재상, 개정 형사소송법상의 체포와 구속제도, 고시연구 제23권 제5호, 고시연구사, 1996.
- 이재석, 체포제도에 관한 고찰, 이형국 교수 화갑기념논문집, 법문사, 1998.
- 이기호, 수사절차상 인신구속제도의 문제점에 관한 연구, 경찰대학교 논문집

제17호, 1997.

이종갑, 새로운 인신구속제도의 문제점과 개선방안. 법학연구 7권. 경상대학교, 1998.

이학락, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 울산대학교 대학원, 석사학위논문, 2005.

장규원, 체포제도에 관한 연구, 한국 형사정책연구원, 1998.

장용석, 미국 형사소송법 제도 및 운영상의 특징 · 체포 · 구속제도를 중심으로 각국의 구속제도에 관한 연구, 법무연수원, 1996.

주용환, 체포제도의 개선방안에 관한 연구, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2009.

최정태, 긴급체포제도에 관한 연구, 부산대학교 대학원 석사학위논문, 2006.

태경환, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 충남대학교 특허법무대학원 석사학위논문. 2006.

하태인, 체포 · 구속제도에 관한 문제점과 개선방안, 부산대학교 법학과 석사학위 논문, 2008.

황정인, 체포제도의 문제점과 개선방안, 충남대학교 석사학위논문, 2004.

황정근, 인신구속과 인권보장, 형사법연구 14권, 한국형사법학회, 2000.

『외국 문헌』

松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1987.

田宮裕, 刑事訴訟法(新判), 有斐閣, 1999.

東京地方裁判所 決定, 刑事裁判月報 第4巻, 第8號, 1972.

田口守一, 刑事訴訟法 第4版, 2005.

Carlson, Criminal Justice Procedure, Anderson Publishing, 1985.

Lafave / Israel, Criminal Procedure, West Publishing, 1985.

Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, C.H.Beck, 2003.

Phillip E. Johnson, Criminal Procedure. 2rd, west publishing, 1994.

Roland v. del Carmen, Criminal Procedure Law and Practice 3rd.

Rolando v. der Carmen, criminal procedure 5th Edition, Wadsworth Thomson learning, 2000.

Rolando v. del Carmen, Wadsworth Thomson Learning, 2000.

Roland v. del Carmen, Criminal Procedure Law and Practice 3rd.

『기타자료』

인천일보, 국회 법제사법위원회 소속 김희선 새누리당 의원(서초갑)이 법무
로부터 제출받은 구속영장기각 현황, 2012. 10. 8.

아시아투데이 뉴스, 국회 법제사법위원회 소속 김희선 새누리당 의원(서초갑)
이 법무부로부터 제출받은 구속영장기각 현황, 2012.10.16.

<http://www.police.go.kr/data/statistics/statiscsAffairMain.jsp> 사이버경찰청 자
료실, 2012.

경찰청, 통계연보, 2002~2008년 참조.



Abstract

Problems of Arrest system and renewal method

National Pukyong University Graduate school, Law department

Kim Sun jung

Criminal procedure law aims to compromise two benefits which collide each other representing the view by each seeking the physical truth to accomplish the legal punishment and civil rights of the accused. It may infringe the most basic individual human right the Constitution guaranteed the biggest inclination that disturb individual rights and liberty in the Criminal procedure law. Concerning this subject our Constitution Article 12 clause 1 declares principle of reasonable due process, and prepared Constitutional regulation for management of criminal procedure in each clause in details additionally in addition to great subject. And our Constitution especially regulated warrant system at article 12, clause 3 to establish the rule of arrest and custody by pre-warrant of arrest, and arrest and custody by post warrant is applied to restrictively only urgent emergency arrest for red-handed and in the case where is possibility of evidence destroy or escape after committing the crime of more than 3 years punishment.

Therefore, our constitution and criminal procedure law guarantee individual civil rights through adopting statutory care in forced disposal. However, illegal arrest in the name of voluntary escort in real administration. Considering the fact that there is no alternative option to secure the identity of the accused, it has been tolerated actually.

Accordingly identity securing system of our Criminal Procedure law has been developing to be harmonized with securing the human right, but there is plenty necessity of improvement to bring better developed arrest system in actual perspective. By the way, After revision of Criminal Procedure law amendment in 1965 we could summarize the improvement plan for actual legal system as followings.

Firstly, the degree of accusation of the suspect in the requirements of arrest by warrant should be lowered in its criminal contents of the crime than the suspect of crime as requirements of emergency arrest or custody arrest.

Secondly, on the notification of Miranda rule over the crime at the time of arrest it needs revision in giving notification of the Miranda rule immediately after the arrest in the case of emergency arrest or arrest for the red-handed.

Thirdly, under the present system charging the arrest warrant is permitted to the prosecutor only, it seems it might be proper measure to allow the judicial police officer to charge the warrant for arrest considering the fact that it is possible for the judicial police officer attended nearby to judge the decision for arrest as soon at the crime scene, and to strengthen their commitment of pride and responsibility who deals with 90% of the crime, and for the purpose of recovery of exception of emergent arrest.

Fourth, the object crime of emergency arrest prescribed at Article 200, clause 3 in the Criminal procedure Law, when there is quite reasonable reason provided that in a case where a criminal suspect is an apprehended flagrante delicto, or where there is danger that a person suspected of committing crime punishable by imprisonment of 3 years or more may escape or destroy evidence, and it is emergency situation with no enough time for the warrant, investigation authority may arrest the suspect by an ex post facto warrant. According to this regulation it might provides the criteria that arrest without warrant is available against almost all the

crimes prescribed at each regulations of the Criminal Law, and exceptional arrest without warrant is administered more numerously than normal arrest. I suppose it needs to practice the rule strictly requirement of significance of the crime due to absence of post warrant by raising the regulation from 3 years of imprisonment to 5 years imprisonment of present rule, and it would meet the principles of final bargaining chip of criminal law.

Fifthly, I think it's necessary to bestow the right of arrest by post warrant while it is limited to prosecutor or judicial police for issuing the arrest warrant. They approve the emergent arrest by post warrant to police officer without discrimination in the countries as Germany, United States and Britain.

Sixthly, requirement of arresting the red-handed in minor offense needs to be amended to as " in case where residence or name of the suspect is unclear or the suspect may escape".

In conclusion, in the case of forced measure which limits the personal liberty, the measure should be easy and detailed based on descriptive regulation of the law, and there should be discrepancy or inconsistency with real crime scene or spot.

By doing that, it would diminish the collision and argue between the law enforcement and the accused, and with the recognition the law should be kept by everyone, it would establish free democratic legal order through bringing the harmony of protection of human rights and achievement of the criminal law and justice by proper legal enforcement of the criminal law.

Main term: arrest system, securing the suspect, statutory care in forced disposal, Miranda rule, proper procedure, illegal arrest.