

11-1320082-000013-09

ISSN 1738-2963



2016 제2호
치안정책연구

The Journal of Police Policies

2016. 9 (제30권 제2호)

치안정책연구소
POLICE SCIENCE INSTITUTE

준현행범인의 성립요건에 관한 법적 검토

- 일본의 논의상황을 참고하여 -

The Legal Review about the Formation Requirements of Quasi-Flagrant Offender

- With Reference to the Discussion Situation of Japan -

황 순 평*

차 례

- | | |
|--------------------------|--------------|
| I. 들어가며 | IV. 개별적 성립요건 |
| II. 형소법 제211조 제2항의 위헌 여부 | V. 나오며 |
| III. 일반적 성립요건 | |

• 국 문 요 약 •

형사소송법 제211조는 범죄의 실행 중이거나 실행의 즉후인 자를 현행범인으로 하면서, 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 때 등 일정한 요건을 구비한 준현행범인을 현행범인으로 간주하도록 하고 있다. 준현행범인이 현행범인으로 간주되면 체포 등의 절차에서 현행범인과 동일한 취급을 받는다.

준현행범인을 현행범인으로 간주하는 전제는 형사소송법상 양자를 동일하게 평가할 수 있다는 점에 있다. 현행범인에 대하여 영장주의의 예외가 허용되는 근거는 범인·범죄가 명백하여 오인체포의 우려가 없고 긴급히 체포할 필요가 있다는 점에 있으므로, 준현행범인을 영장 없이 체포할 수 있는 근거도 결국 이러한 점에서 구할 수 있어야 한다.

그런데 형사소송법 제211조의 문언만으로 양

자 사이에 동가치성을 인정할 수 있는지 의문이 있고, 실제 준현행범인에 관한 규정은 인권 침해적 요소가 강하므로 폐지 내지 재검토를 요한다는 견해도 주장되고 있는 실정이다. 그러나 이러한 주장들 중에는 준현행범인에 대한 이해가 부족하거나 심지어 명백한 오해에서 비롯되었다고 보이는 것도 상당수에 이른다.

이에 본고에서는 우리나라와 유사한 법제를 가진 일본에서의 논의상황을 참고로, 준현행범인의 성립에 필요한 일반적 요건을 제시함과 아울러 개별적 요건의 해석·적용에 있어서 유의할 사항을 집중적으로 검토하였다. 이를 통하여 준현행범인의 인정과 체포에 적정을 기함으로써 실제적 진실발견과 적법절차의 보장 간에 조화와 균형을 달성할 수 있을 것이다.

◆ 주제어 : 준현행범인, 동일성, 영장주의 예외, 일반적 요건, 개별적 요건

* 경찰교육원 생활안전학과장(경정)

I. 들어가며

형사소송법(이하 ‘형소법’이라 한다)상 현행범인이란 범죄의 실행 중이거나 실행의 즉후인 자를 말한다(제211조 제1항). 그리고 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(제212조). 현행범인에 대하여 영장주의의 예외를 인정하는 근거는 범죄·범인의 결합이 명백하여 오인체포의 우려가 없고 도망이나 증거인멸의 방지라는 관점에서 체포의 필요성·긴급성을 인정할 수 있다는 점에 있다.

한편, 고유한 의미의 현행범인은 아니지만, 형소법은 일정한 요건에 해당하는 준현행범인을 현행범인으로 간주하는 규정을 두고 있다(제211조 제2항). 간주는 법률상 의제이므로 준현행범인이 현행범인으로 간주되면, 이후 체포 등 수사절차에서 현행범인과 마찬가지로 취급된다. 따라서 준현행범인도 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다.

이처럼 형소법이 현행범인과 구별되는 준현행범인의 개념을 두면서도 이를 현행범인으로 취급하는 이유는 형소법상 양자는 동일하다는 생각에 따른 것이다. 그리고 형소법상 양자의 동일성을 인정할 수 있다면, 현행범인에 대하여 영장주의의 예외를 허용하는 근거는 준현행범인에 대하여도 그대로 타당한 것이어야 한다. 다시 말해, 준현행범인도 범죄·범인의 결합이 명백하여 오인체포의 우려가 없고 체포의 필요성·긴급성을 인정할 수 있기에 영장 없이 체포할 수 있는 것이다.

그러나 이러한 당위론을 기초로 형소법의 조문을 살펴보면, 과연 법률에 규정된 내용만으로 현행범인과 준현행범인 간에 동일성을 인정할 수 있는지 의문이다. 다시 말해, 형소법 제211조 제2항은 범인으로 호칭되

어 추적되고 있는 때(1호), 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때(2호), 신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 때(3호), 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때(4호)에 해당하는 자를 현행범인으로 간주하도록 하고 있는데,¹⁾ 그러한 때에 해당한다는 사정만으로 현행범인으로 보기에 다소 부족하다는 감을 지울 수 없다.

이는 결국 형소법이 준현행범인의 각 유형에 공통되는 일반적 요건을 두지 않고 단지 개별적 요건만으로 준현행범인의 개념을 구성하고 있다는 점에 귀결되는 문제라고 생각한다. 준현행범인에 관한 규정은 제정 후 현재에 이르기까지 실질적 개정을 거친바 없으므로, 그 개정경과를 살펴보더라도 준현행범인이 개별적 요건만으로 규정된 정확한 이유나 의도를 알 수는 없다. 다만, 우리나라와 유사한 법제를 가지고 있는 일본 형소법의 입법경위나 연구성과를 살펴봄으로써 준현행범인의 해석론, 나아가 입법론에 관한 유용한 시사점을 얻을 수 있을 것으로 기대한다.²⁾

이에 본고에서는 일본 형소법의 준현행범인에 관한 법제, 학설과 판례

- 1) 이하 서술의 편의상 1호를 ‘호창추적’, 2호를 ‘물건소지’, 3호를 ‘현저증적’, 4호를 ‘수하도망’이라 한다.
- 2) 일본은 1880년 프랑스법을 모방하여 ‘치죄법’이란 법률을 제정하였다가, 1890년의 ‘명치(明治) 형사소송법’을 거쳐 1922년 독일법을 근간으로 ‘대정(大正) 형사소송법’을 제정하였다(신양균, 형사소송법(신판), 화산미디어, 2009. 6, 21쪽). 명치 및 대정 형사소송법은 모두 일제강점기 조선형사령을 통하여 우리나라에 적용되었는데, 그 중 대정 형사소송법 제130조 제2항은 준현행범인에 관하여 “흉기 장물 그 밖의 물건을 소지하거나, 누구임을 물음에 대하여 도주하거나, 범인으로 호창되어 추적되거나, 신체 회복에 현저한 범죄의 흔적이 있어 범인이라고 사료되는 경우에는 현행범인이 그 장소에 있는 것으로 간주한다.”라고 규정하고 있었다. 범문의 체제, 내용 등에 비추어, 최소한 준현행범인에 관한 한, 1954년 우리나라의 형소법 제정 당시 일본의 대정 형사소송법을 참고로 하였음은 분명해 보인다.

의 논의상황을 시야에 두고, 영장주의의 예외를 인정한 취지에 비추어, 준현행범인의 성립에 요구되는 일반적 요건의 내용을 검토한 다음, 이와 연동하는 형태로 각 개별적 요건별로 그 의미와 내용을 살펴보고자 한다. 다만, 본격적인 논의에 앞서 준현행범인에 대한 영장 없는 체포를 두고 위헌론(폐지론)이 제기되고 있는 만큼 먼저 이 부분부터 짚고 넘어가기로 한다.

Ⅱ. 형소법 제211조 제2항³⁾의 위헌 여부

1. 위헌론의 요지

헌법 제12조 제3항 본문은 체포·구속 또는 압수·수색의 형사절차상 강제처분에 영장주의가 적용됨을 선언하면서, 단서에서 “다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.”고 규정하여 일정한 요건 하에서 영장주의의 예외를 인정하고 있다. 영장주의는 법치 국가의 사법질서 확립을 위하여 수사절차에 반드시 필요한 사법통제이지만,⁴⁾ 한편으로 상당한 범죄혐의를 받고 있는 범인을 긴급히 체포하여

3) 물론, 형소법 제211조 제2항은 현행범인체포의 전제가 되는 준현행범인의 개념을 규정한 정의조항으로서 법률조항 자체에 의하여 어떠한 자유의 제한 내지 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴다고 보기 어렵다(2015. 1. 27 현재 2015헌마13(형사소송법 제211조 위헌확인) 참조). 또한 준현행범인 규정이 위헌임을 주장하는 견해도 형소법 제211조 제2항 자체를 문제 삼기보다는 준현행범인에 대하여 영장 없는 체포를 인정한다는 점에 위헌성이 있다는 주장이다. 그러나 이는 결국 준현행범인을 현행범인으로 간주한다는 점에 귀결되는 것이므로, 이하 형소법 제211조 제2항의 위헌 여부를 검토하도록 한다.

4) 2012. 6. 27 현재 2011헌가36(형사소송법 제101조 제3항 위헌제청).

야 하는 경우에 법관의 사전영장을 기다려서는 범인의 도망이나 증거인멸로 인하여 국가형벌권행사에 심각한 장애가 초래된다는 점 또한 분명하므로 일정한 범위 내에서 영장주의의 예외를 인정할 필요성과 합리성은 넉넉히 수긍할 수 있다.

준현행범인에 대한 영장 없는 체포가 위헌이라는 주장의 요지는 아래의 세 가지 정도로 압축할 수 있다. 첫 번째는 헌법 제12조 제3항 단서에서 현행범인이라고 명시하고 있을 뿐 준현행범인을 포함한다는 문구가 없다는 것이고, 두 번째는 현행범인과 달리 준현행범인은 범행과 체포 사이에 시간적·장소적 접촉성을 인정할 수 없다는 것이며, 세 번째는 영장 없는 체포가 허용되는 현행범인에 준현행범인을 포함시켜 해석하면 명확성 내지 유추해석금지의 원칙에 반하고 체포자의 자의에 따라 공권력의 남용이 발생할 우려가 있다는 것이다.⁵⁾ 첫 번째와 세 번째는 사실상 같은 주장으로 보이는데, 준현행범인을 현행범으로 간주한다 하여 범치국가원리 또는 죄형법정주의에서 파생하는 명확성의 원칙에 반한다거나 금지되는 유추해석에 해당한다고 볼 수 있는지 의문이 있는 외에, 체포자의 자의에 의한 공권력남용의 우려는 비단 준현행범인체포에 국한된 문제가 아니므로, 이하 세 번째를 제외한 나머지에 대하여만 약간의 검토를 가하기로 한다.

2. 위헌론에 대한 검토

우선 첫 번째와 관련하여, 헌법 제12조 제3항의 문언에 준현행범인이 명시되어 있지 않다는 것은 주장하는 그대로이다. 그리고 헌법이 정하는

5) 송승현, “현행범인체포에 있어서 준현행범인의 인정여부”, *홍익법학* 14권 1호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 355-360쪽.

경우에만 영장주의의 예외를 인정하여야 하는데, 헌법에 없는 준현행범인에 대하여 영장 없는 체포를 인정하므로 위헌이란 설명도 전혀 이해하지 못할 바 아니다. 그러나 헌법이나 법률의 문언을 이처럼 기계적이고 형식적으로 해석하는 것은 또 다른 의미에서 문제성을 내포하는 것이라고 생각한다. 헌법이 선언한 영장주의의 정신은 최대한 존중되어야 하겠지만, 헌법의 문언에 조금이라도 반하기만 하면 그 이유 여하를 불문하고 모두 위헌으로 몰고 가려는 것은 그 자체로 위험한 발상이자 현실성 없는 공론에 불과하다. 만약 위 주장이 타당하다면, 수사기관이 헌법에 규정된 바 없는 강제처분으로서의 검증이나 신체검사를 어떻게 할 수 있는 것이며, 형소법 제216조 이하의 영장에 의하지 아니한 강제처분은 무엇으로 설명할 수 있고, 나아가 형사절차는 아니지만 행정법규 곳곳에 산재된 즉시강제는 어떠한 논리로 감당할 것인지 되묻지 않을 수 없다. 헌법은 국가의 최고규범으로서 국가형태, 국민의 기본권, 통치구조 등에 관한 기본적인 사항을 정한 공동체의 근본법이다.⁶⁾ 헌법에 국가가 행하는 강제처분의 전부를 담을 수도 없고, 또한 그렇게 하는 것이 바람직하지도 않다. 따라서 헌법 제12조 제3항 단서에 준현행범인이란 문구가 빠져 있다는 이유로 준현행범인에 대한 영장 없는 체포가 위헌이란 주장에는 쉽게 동조할 수 없고, 그렇다면 문제는 결국 준현행범인을 현행범인으로 보는 것이 타당한지 여부, 즉 형소법상 현행범인과 준현행범인 사이에 동일성을 인정할 수 있는지 여부에 달려있다고 할 수 있다. 이는 다음의 두 번째 주장과 관련되기에 단락을 바꿔 살핀다.

이어서 두 번째와 관련하여, 그 주장의 핵심은 준현행범인체포는 범행과 체포 사이에 시간적·장소적 접촉성을 인정할 수 없으므로 현행범인

6) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015. 3. 19쪽.

체포로 볼 수 없다는 것인데, 이는 경청할 만하며 본고의 주제와도 일맥 상통하는 부분이 있다고 생각한다. 다만, 본고는 형소법 제211조 제2항의 흠결을 합헌적 법률해석을 통하여 보완하고 현행 규정을 최대한 유지하면서 향후의 입법론을 제시하는 입장인 반면, 위 주장은 법률의 흠결이 위헌론 내지 폐지론으로 연결된다는 점에 차이가 있다. 준현행범인의 성립요건으로서의 시간적·장소적 접착성에 관하여는 후술하므로 당장의 구체적 언급을 피하되, 일단 여기서는 만약 형소법 제211조 제2항 각 호에 해당하는 자에게 범죄·범인의 명백성과 시간적·장소적 접착성까지 인정되는 경우에는 준현행범인의 성립을 긍정할 수 있고, 그러한 엄격한 요건 하에 성립된 준현행범인이라면 현행범인과 형소법상 동일시할 수 있다는 것,⁷⁾ 따라서 헌법 제12조 제3항 단서의 현행범인에 준현행범인을 포함하여 해석하더라도 하등 위헌의 문제는 발생하지 않는다는 것 정도로 입장을 정리해 둔다.⁸⁾

Ⅲ. 일반적 성립요건

준현행범인의 성립요건은 일반적 요건과 개별적 요건의 2가지로 대별

-
- 7) 多田辰也, “準現行犯逮捕-和光大事件”, 井上正仁編, 刑事訴訟法判例百選(第8版) 別冊ジュリスト No.174, 有斐閣, 2005. 3, 32쪽.
- 8) 헌법 제12조 제3항 단서의 현행범인에 준현행범인이 포함되는지에 관한 우리나라 법원이나 헌법재판소의 판단은 아직까지 없는 것으로 보인다. 다만 일본 최고재판소 판결 중에는 ‘연혁적으로 헌법의 현행범에는 본조에서 규정하는 정도의 준현행범을 포함한다.’고 하여 구 형소법상 준현행범의 규정을 합헌이라고 판시한 것이 있다(최고재판소 대법정 판결 1948. 12. 1. 집 2권 13호 1679쪽). 참고로 일본국 헌법 제33조(체포의 요건)는 “누구든지, 현행범으로 체포되는 경우를 제외하고, 권한을 가진 사법관헌이 발부하고 이유가 되는 범죄를 명시한 영장에 의하지 않으면 체포되지 않는다.”고 규정하고 있다.

할 수 있다. 그 중 후자는 범인임을 추정케 하는 외부적·객관적 정황으로 각 호에 열거되어 있다. 반면, 전자는 영장주의의 예외를 인정한 취지, 다시 말해 오인체포의 우려가 없고 긴급히 체포할 필요도 있어 누구든지 영장 없이 체포할 수 있을 정도로, 형소법상 현행범인과 동일한 상태에 있다는 사실로부터 도출되는 법에 명시되지 않은 요건이다.

우선 일반적 요건에 관하여는 일본 형소법에 참고할 만한 부분이 있어⁹⁾ 양국을 비교법적으로 검토하기로 하고, 이어서 개별적 요건에 관하여는 약간의 표현상 차이만 있을 뿐 기본적으로 동일한 내용이므로 양국을 구별함이 없이 각 요건별로 그 의미와 내용을 순서대로 살펴보기로 한다.

1. 한국

준현행범인이라 현행범인은 아니지만 호창추적, 물건소지, 현저증적, 수하도망에 해당하여 현행범인으로 간주되는 자를 말한다. 준현행범인이 성립하면 형사절차상 현행범인과 동일한 취급을 받게 되므로 누구든지

9) 전술한 바와 같이 우리 형소법 제211조 제2항은 일본의 대정 형소법에서 그 원형을 확인할 수 있는데, 일본은 전쟁에서 패망 후 1948. 7. 10. 현행 형소법을 제정(1949. 1. 1. 시행)하면서 준현행범인의 일반적 성립요건을 추가하였다(渡辺咲子, “第212條(現行犯人)”, 河上和雄ほか編, 大コンメンタール刑事訴訟法(第二版) 第4卷[第189條~第246條], 青林書院, 2013. 3, 494쪽). 아울러 일본의 현행 형소법 제정 당시 준현행범인 부분에 관한 국회에서의 법률안 제안 설명은 다음과 같다. “구 형소법 하에서는 범행시와 체포시의 시간적 관계가 약간 넓게 해석되고 있었는데, 본 법률안에서는 구 형소법의 준현행범에 해당하는 사유 외에, 죄를 저지르고 나서 얼마 되지 않았다고 명백히 인정될 때에 이를 현행범인으로 간주하는 것으로 하여, 범행시와의 시간적 관계를 분명히 하였다. 이는 현행범의 본질상 이와 같이 범행과 시간적으로 접촉된 경우만을 준현행범으로 하는 것이 상당하다고 생각되므로, 이 점에 관하여 구 형소법보다 약간 좁게 규정한 것이다.”(1948. 5. 第2回國會 法務廳檢務局・改正刑事訴訟法提案理由書 38쪽).

영장 없이 체포할 수 있다(형소법 제212조).

준현행범인을 현행범인으로 간주하기 위해서는 양자를 형소법상 동일시할 수 있어야 하고, 현행범인의 성립요건은 범죄의 '실행 중' 또는 '실행 직후'이므로, 준현행범인의 성립의 전제도 범죄의 '실행 중' 또는 '실행 직후'와 동가치적 상태라는 점이 된다. 그리고 범죄의 '실행 중' 또는 '실행 직후'라는 것은 결국 범죄·범인이 명백하고 시간적·장소적으로 접착되어 있음에 다름 아니므로, 준현행범인의 일반적 성립요건도 범죄·범인의 명백성과 시간적·장소적 접착성을 떠나서는 생각할 수 없는 것이다.¹⁰⁾

물론, 그렇다고 하여 준현행범인의 성립에 요구되는 범죄·범인의 명백성과 시간적·장소적 접착성의 정도가 현행범인의 경우와 동일할 수는 없다. 특정한 수치, 시각, 거리 등으로 이를 명확히 확정할 수는 없겠지만, 관련 판례에서 그 구별의 단초를 제공받을 수는 있다. 과거 대법원은 형소법 제211조 제1항 소정의 '범죄의 실행의 직후인 자'의 의미에 관하여, "범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포하는 자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컫는 것으로서, 위 법조가 제1항에서 본래의 의미의 현행범인에 관하여 규정하면서 '범죄의 실행의 직후인 자'를 '범죄의 실행 중인 자'와 마찬가지로 현행범인으로 보고 있고, 제2항에서는 현행범인으로 간주되는 준현행범인에 관하여 별도로 규정하고 있는 점 등으로 미루어 볼 때, 범죄의 실행행위를 종료한 직후라고 함은, 범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접착된 시간적 단계를 의미하는 것으로 해석되므로, 시간적으로나 장소적으로 보아 체

10) 이와 같이 해석하는 것이 영장주의의 예외를 인정하는 취지에 부합하는 동시에 현법상 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙을 준수하는 것이 된다.

포를 당하는 자가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우……”(방점 필자)라고 판시한바 있다.¹¹⁾ 그렇다면 준현행범인의 성립에서 요구되는 범죄·범인의 명백성과 시간적·장소적 접착성은 범죄의 실행행위를 종료한 직후보다는 다소 완화되지만,¹²⁾ 여전히 범죄의 실행행위의 종료시점에 상당히 근접한 때로서, 각 호의 외부적·객관적 정황과 결합하여 범죄·범인의 명백성을 인정함이 사회통념상 허용될 수 있는 정도를 의미한다고 보아야 한다. 다만, 본래 시간적·장소적 접착성이란 요소는 주변의 다른 사정을 종합하여 판단하는 상대적 성질의 것이고, 시간과 장소 상호 간에도 어느 정도의 반비례관계(시간이 짧으면 장소가 다소 멀더라도, 장소가 동일하면 시간이 다소 경과하였더라도 접착성이 인정될 수 있는 관계)를 형성하고 있다는 점을 부연하여 둔다.

이와 같이 준현행범인의 일반적 성립요건은 ‘범죄·범인의 명백성’과 ‘시간적·장소적 접착성’이라고 할 것인데, 형소법 제211조 제2항의 체계나 문언으로부터 이러한 일반적 요건을 읽어내기에는 무리가 있으므로, 결국 학설과 실무가 준현행범인의 성립에 대하여 어떠한 입장을 취하고 있는지가 중요한 관건이 된다.

우선 학설의 동향을 살펴보면, 이에 관한 학문적 논의는 전반적으로 부진한 실정이다. 게다가 준현행범인의 성립에 일반적 요건이 필요하다는 적극설과 필요하지 않다는 소극설로 나뉘어 대립하고 있는 상황도 아니다. 최소한 우리나라 학설 중 명시적으로 소극설을 취하는 견해는

11) 2002. 5. 10 대판 2001도300, 2007. 4. 13 대판 2007도1249 등.

12) 이와 같은 입장에서, 현행범인으로 인정되지 않더라도 준현행범인의 요건을 갖추고 있었는지는 별도로 판단하여야 한다는 것에 1991. 9. 24 대판 91도 1314.

없는 것으로 보인다. 오히려 적극설을 전제로, 현재의 준현행범인에 대해서까지 영장주의의 예외를 인정할 수 없으므로 준현행범인 규정을 삭제하자는 것,¹³⁾ 특히 제4호 ‘수하도망’은 주로 불심검문의 대상에 해당하고 범죄와의 관련성이 매우 약하므로 입법론상 재검토를 요한다는 것¹⁴⁾에 논의의 초점이 맞추어져 있다.¹⁵⁾ 반면, 준현행범인의 성립에 일반적 요건이 필요하고 현행법도 그렇게 해석하여야 한다는 의미에서의 적극설로 보이는 입장으로 발견된다. 이러한 입장에서는 ‘준현행범인은 범행과의 시간적 접촉성과 범행의 명백성이 인정되는 점을 전제로 하므로, 실행행위의 종료와 시간적 접촉성이 인정되는 때에 한하여 준현행범인에 해당한다고 (보정)해석을 하여야 한다.’라고 하거나,¹⁶⁾ ‘현행법의 해석상 준현행범인은 네 가지 유형 가운데 하나에 해당하는 것만으로 바로 성립하는 것이 아니라, 외부의 상황을 종합하여 상당한 범죄혐의가 인정되는 경우라야 하고 범행과의 시간적·장소적 접촉성도 고려하여야 한다.’고 주장하기도 한다.¹⁷⁾

13) 송승현, “현행범인체포에 있어서 준현행범인의 인정여부” 355-360쪽, 김신규, “현행범인체포의 요건”, 한국형사소송법학회편, 형사소송법 핵심판례 110선, 박영사, 2015. 1. 33쪽.

14) 정용석·백승민, 형사소송법(전정 제2판), 대명출판사, 2008. 2. 523쪽, 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014. 3. 324쪽, 이재상·조균석, 형사소송법(제10판), 박영사, 2015. 2. 255쪽, 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015. 2. 138쪽.

15) 위헌론 내지 폐지론에 관한 전자의 주장은 물론이고, ‘수하도망’에 관한 후자의 주장도 과연 그렇게 볼 수 있는지 의문이다. 전자에 대하여는 본고 ‘II. 형소법 제211조 제2항의 위헌 여부’의 기술로 대체하고, 후자에 대하여는 뒤의 해당 부분에서 그 이유를 상술한다.

16) 백형구, 형사소송법강의(제8정판), 박영사, 2001. 7. 240쪽, 이영란, 한국 형사소송법(개정판), 나남, 2008. 3. 321쪽.

17) 신양균, 형사소송법(신판) 167-168쪽.

다음으로 판례의 입장을 살펴보면, 비록 우회적이긴 하지만, 준현행범인의 성립에 각 호 소정의 개별적 요건 외에 일반적 요건도 고려하고 있는 것으로 보인다. 즉, 교통사고가 발생한 지점과 피고인을 체포한 지점이 거리상으로 약 1km 떨어져 있고 시간상으로도 10분 정도의 차이가 있던 사안에서, “순찰 중이던 경찰관이 교통사고를 낸 차량이 도주하였다는 무전연락을 받고 주변을 수색하다가 범퍼 등의 파손상태로 보아 사고차량으로 인정되는 차량에서 내리는 사람을 발견한 경우, 준현행범으로 체포할 수 있다”(방점 필자)고 판시한 바 있다.¹⁸⁾

이와 같이 형소법은 준현행범인의 성립에 필요한 일반적 요건을 명시하고 있지 않지만, 일부 학설과 판례에 의하여 이는 준현행범인의 성립상 또는 영장주의의 예외를 인정하는 취지상 당연히 인정되는 요건으로 지지되고 있다. 다만, 문리해석의 한계를 고려할 때 이러한 보충해석을 통한 임시적 해결이 바람직한 것인지 의문이 있는 외에, 전술한 폐지론 등의 견해도 결국은 소극설을 취하기에 주장할 수 있는 것임을 감안할 때 형소법에 일반적 요건을 명시하는 방향으로 입법적 해결이 요구되는 시점에 와 있다고 생각한다.

2. 일본

일본에서도 준현행범인이란 현행범인은 아니지만 현행범인으로 간주

18) 2000. 7. 4 대판 99도4341. 한편 교통사고로 인한 의식불명자로부터의 수사상 강제채혈이 문제되었던 사건에서, 형소법 제211조 제2항 제3호(현저증적)의 준현행범인의 요건을 언급하면서, ‘교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내’, ‘사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소’라는 점을 아울러 고려한 것에 2012. 11. 15 대판 2011도 15258 참조.

되는 자를 말하는데, 일본 형소법 제212조의 규정은 다음과 같다(방점 필자).

- 제212조[현행범인] ① 현재 죄를 저지르거나, 또는 현재 죄를 저지른 직후인 자를 현행범인이라 한다.
- ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자가, 죄를 저지르고 나서 얼마 되지 않았다고 명백히 인정될 때에는 이를 현행범인으로 간주한다.
1. 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 때
 2. 장물 또는 명백히 범죄에 사용되었다고 생각되는 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때
 3. 신체 또는 피복에 범죄의 현저한 증거가 있는 때
 4. 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때

이와 같이 일본 형소법상 준현행범인이 성립하기 위해서는 제212조 제2항 소정의 ‘각 호의 1에 해당’하는 동시에 ‘죄를 저지르고 나서 얼마 되지 않았다고 명백히 인정될 때’라는 일반적 요건의 충족이 필요하다. 여기서 ‘죄를 저지르고 나서 얼마 되지 않았다’라는 것은 범행과 체포가 시간적으로 접촉되어 있음을 말하고(시간적 접촉성), ‘명백히 인정될 때’란 피체포자가 특정한 범죄를 저질렀다는 점 및 그 범행과 체포가 시간적으로 접촉되어 있음이 체포자의 입장에서 분명하다는 것을 의미한다(명백성).¹⁹⁾ 따라서 준현행범인의 성립에 필요한 일반적 요건은 ‘시간적 접촉성’과 ‘명백성’이고, 이는 일본 형소법 제212조 제2항에 명시되어 있

19) 松藤和博, “準現行犯の「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」”, 長沼範良ほか編, 別冊判例タイムズ 第26号 警察基本判例・實務200, 判例タイムズ社, 2010. 2. 216쪽. 이와 같이 일견 체포요건으로 보이는 요소가 성립요건으로 포섭되고 있는 것은, 순수하게 객관적 요소만으로 구성되어 있는 현행범인과 달리, 준현행범인은 그 개념 자체에 체포자의 관점이 내재되어 있다는 점에 기인하는 것으로 보인다.

다고 볼 수 있다.²⁰⁾

이와 같은 점을 토대로 실무상 문제되는 것은 ‘죄를 저지르고 나서 얼마 되지 않았다’고 하려면 어느 정도의 시간적 접촉을 요하는지, 그리고 체포자의 입장에서 범죄와 범인의 결합을 인정하기 위하여 체포자가 체포 당시 인식한 사실 외에 다른 자료에 기초하여 명백성의 요건을 판단할 수 있는지 하는 점에 있다.

우선 시간적 접촉성의 요건과 관련하여, 현행범인과 구별되는 준현행범인의 개념을 인정하는 이상, 현행범인의 경우에 요구되는 ‘현재 죄를 저지르거나, 또는 현재 죄를 저지른 직후’보다는 어느 정도의 시간적 여유를 허용하는 것으로 해석할 여지가 있는 반면, 준현행범인체포에서 영장주의의 예외를 인정하는 취지에서 본다면, 그러한 시간적 여유의 허용에도 내재적 한계가 있어 가급적 엄격하게 해석·운용함이 바람직하고, 그렇다면 최대한 수 시간 이내를 한도로 볼 수밖에 없다는 것이 통설적 입장으로 보인다.²¹⁾ 다만, 시간적 접촉성이란 것도 여러 가지 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 내리는 가치판단인 만큼, 발생한 범죄의 종류와 피해의 정도, 범행장소와 체포장소의 거리, 제212조 제2항 소정의 각 호의 유형 및 중복 해당 여부에 따라 시간적 접촉성의 요청은 다소 완화될 수 있다는 견해도 유력하게 주장되고 있다.²²⁾ 판례도 절도범행 후

20) 그러므로 일반적 요건 및 개별적 요건을 포함한 준현행범인의 성립요건은 a. 범인이 특정한 범죄를 저질렀다는 점이 체포자에게 명백할 것, b. 그 범죄를 저지르고 나서 객관적으로 얼마 되지 않았을 것, c. 범죄를 저지르고 나서 얼마 되지 않았다는 점이 체포자에게 명백할 것, d. 체포자가 형소법 제212조 제2항 각 호의 사실을 인식하고 있을 것이란 4가지 내용으로 구성된다고 한다(田中豊, “準現行犯の要件”, 熊谷弘ほか編, 捜査法大系 I (逮捕・取調), 日本評論社, 1987. 10, 137쪽).

21) 田口守一, 刑事訴訟法(第四版補正版), 弘文堂, 2006. 9, 72쪽.

22) 池田修, “現行犯人・準現行犯人の意義と範囲”, 新關雅夫ほか編, 増補 令狀基本

약 2시간 반 후에 동경의 다른 구(區)에서 경찰관이 장물을 소지한 범인을 발견하여 임의동행 후 그로부터 약 1시간 반 후에 준현행범인으로 체포한 사례,²³⁾ 방화미수 범행 후 약 40~50분 경과한 시점에 현장에서 약 1.1km 떨어진 장소에서 경찰관이 범인을 발견하여 준현행범인으로 체포한 사례,²⁴⁾ 상해 등 사건에서 범행종료 후 약 1시간 내지 약 1시간 40분 경과한 시점에 범행장소로부터 약 4km 떨어진 장소에서 경계 중이던 경찰관이 각 범인들을 준현행범인으로 체포한 사례²⁵⁾ 등에서 각각 시간적 접촉성을 인정하고 있다.

다음으로 명백성의 요건과 관련하여, 준현행범인의 경우 체포자가 체포 당시 인식한 사실만으로는 ‘범죄·범인의 명백성’을 인정하기 곤란하다는 문제가 있다. 그 때문에 피해자나 목격자의 진술 등에 의하여 그 자가 특정한 범죄를 저지르고 얼마 되지 않은 범인이라는 사실을 보장할 수 있는지의 문제가 발생한다. 이에 관하여는, 형소법 제212조 제2항 각 호의 요건에 해당하는 것만으로는 그 자가 범죄를 범하였는지, 범죄를 저지르고 나서 얼마 되지 않았는지 여부가 분명하지 않은 경우가 대부분이므로, 법률 자체에서 다른 증거를 준현행범인의 인정자료로 사용하는 것을 당연히 예정하고 있다는 점을 근거로, 피해자의 신고나 지명수배 정보를 판단자료로 사용하여 명백성의 요건을 보장할 수 있다고 한다.²⁶⁾

問題(上), 一粒社, 1997. 10, 142-147쪽.

23) 최고재판소 제2소법정 판결 1955. 12. 16. 형집 9권 14호 2791쪽.

24) 최고재판소 제3소법정 결정 1967. 9. 13. 형집 21권 7호 904쪽.

25) 최고재판소 제3소법정 결정 1996. 1. 29. 형집 50권 1호 1쪽.

26) 小田健司, “供述證據を現行犯人認定の資料としてよいか”, 新關雅夫ほか編, 増補 令狀基本問題(上), 一粒社, 1997. 10, 156쪽, 小島淳, “準現行犯逮捕”, 田口守一·寺崎嘉博, 判例演習 刑事訴訟法, 成文堂, 2004. 12, 29쪽. 나아가 이러한

3. 소결

이와 같이 일본 형소법은 준현행범인의 성립에 제212조 제2항 각 호 소정의 개별적 요건 외에 ‘죄를 저지르고 나서 얼마 되지 않았다고 명백히 인정될 때’라는 일반적 요건, 즉 시간적 접촉성과 명백성의 충족을 요구하고 있고, 학설과 실무도 이를 엄격히 해석한다는 전제에서 구체적 사건에 맞게 탄력적으로 운용함으로써 현실적 수요에 효과적으로 대응하고 있음을 알 수 있다.

반면 우리나라의 경우, 형소법에 준현행범인의 일반적 성립요건이 명시되지 않아 학설과 실무에 혼선이 있는 외에, 판례는 체포의 필요성을 요구하는 등으로 현행범인체포를,²⁷⁾ 동행거절권의 고지를 요구하는 등으로 임의동행을²⁸⁾ 엄격히 제한하고 있는 현실에서, 경찰관들이 입장하게 되는 현장에는 현행범인체포나 임의동행만으로는 대응하기 곤란한 준현행범적 상황이 다수 존재한다는 점을 감안할 때,²⁹⁾ 준현행범인과 관련한 일본의 법률, 학설, 판례는 우리에게 적지 않은 시사점을 제공한다고 볼 수 있다.

제만 사정을 종합적으로 고려하여 ‘명백성’의 요건을 판단하여야 한다는 것에 洲見光男, “準現行犯逮捕-和光大事件”, 井上正仁ほか編, 刑事訴訟法判例百選(第9版) 別冊ジュリスト No.203, 有斐閣, 2011. 3, 33쪽.

27) 1999. 1. 26 대판 98도3029, 2011. 5. 26 대판 2011도3682.

28) 2006. 7. 6 대판 2005도6810, 2011. 6. 30 대판 2009도6717.

29) 예를 들어, 폭행사건의 신고를 받고 입장한 경찰관이 피해자를 대동하고 주변을 검색하던 중, 사건발생 후 1시간이 지나 1km 떨어진 장소에서 손이 찢어지고 옷에 피가 묻은 범인으로 보이는 자를 발견하였고 피해자도 그 자를 범인으로 지목하는 상황에서, 시간적·장소적 접촉관계상 현행범인체포가 곤란할 것으로 판단되는데다가 그 자가 경찰관의 동행요구도 거절하는 경우 등.

IV. 개별적 성립요건

전술한 바와 같이 범죄·범인의 명백성과 시간적·장소적 접촉성이 인정되어 준현행범인으로서의 일반적 요건을 구비하고 있더라도, 형소법 소정의 각 호의 어느 하나에 해당하지 않는다면 준현행범인이 성립할 수 없는데, 그러한 의미에서 각 호는 준현행범인을 인정하기 위한 개별적 사유를 한정적으로 열거한 것으로 보아야 한다. 준현행범인의 개별적 요건에는 ‘호창추적’, ‘물건소지’, ‘현저증적’, ‘수하도망’의 4가지가 있는데, 그 의미와 내용은 다음과 같이 해석하여야 한다.

1. 호창추적

‘범인으로 호창되어 추적되고 있는 때’란 범인으로 불리며 쫓기고 있는 상태를 말한다. 호창은 큰소리로 부르는 것이지만, 반드시 큰소리를 내야 하는 것은 아니고, 범인으로 지목된 점이 분명하다면 자동차, 도보 등으로 소리 없이 쫓는 경우를 포함한다. 반대로 피해자 등의 개인적 사정으로 추적이 불가능한 경우도 있으므로, 실제 쫓아가지는 않고 목소리나 몸짓 등으로 범인을 알리는 것도 ‘호창추적’에 해당한다고 보아야 한다.³⁰⁾

문제는 범행현장에서부터의 계속추적의 경우, 이를 현행범인으로 볼 것인지, 아니면 준현행범인으로 볼 것인지에 있다. 다시 말해, 체포자가 현행범죄를 인지하고 범죄현장에서부터 범인을 호창하며 계속 추적하는

30) 따라서 호창 또는 추적 중 하나만 있다면 본호의 요건을 충족한다는 것에 津田隆好, 警察官のための刑事訴訟法講義[第二版補訂版], 東京法令出版, 2015. 4, 96쪽.

경우, 이러한 경우도 준현행범인의 개별적 요건 중 하나인 ‘호창추적’에 해당한다고 볼 것인지의 문제이다. 이 문제는 결국 호창추적자와 체포자의 동일성 여부에 귀결된다고 볼 것인데, 중요한 것은 ‘호창추적’ 자체보다는 체포 당시에 범죄의 현행성이 유지되고 있는지 여부가 되어야 한다.

물론, 여기서 말하는 ‘체포 당시’란 체포의 완료시점이 아닌 체포의 착수시점을 의미한다. 다시 말해, 현행범인이 현장에서 도주하여 체포의 완료까지 시간을 요하는 경우, 체포의 착수시점에서 현행범인의 요건을 구비하고 있는 것으로 족하고 이와 달리 체포완료시까지 범죄의 현행성이 유지되어야 하는 것은 아니다.³¹⁾ 따라서 범죄의 현행성이 유지되고 있는 단계에서 체포에 착수하였다면, 비록 체포과정에서 상당한 시간이 소요되고 범행장소를 다소 멀리 벗어났다 하더라도 현행범인으로 보아야 한다.³²⁾

그렇다면 ‘호창추적’에서 준현행범인이 성립하는 것은 이러한 계속추적에 해당하지 않는 경우, 즉 현장에서부터의 호창추적자 이외의 사람이 그로부터 범인의 체포를 인계·의뢰받음이 없이 호창추적되고 있는 범인을 발견한 경우 내지 호창추적자가 범인을 추적 중 일단 시야에서 놓쳤으나 가까운 시간 내에 범죄현장 주변에서 그를 다시 발견하여 범인임을 외치며 추적하는 경우 등을 의미한다고 할 것이다.³³⁾

31) 渡辺咲子, “第213條(現行犯逮捕)”, 河上和雄ほか編, 大コンメンタル刑事訴訟法(第二版) 第4卷[第189條~第246條], 青林書院, 2013. 3, 512쪽.

32) 체포자가 현장에서 추적을 개시한 경우, 추적의 개시와 계속이 전체로서 1개의 체포행위로 볼 수 있고 추적시간이 현행범인으로 볼 수 있는 시간 내에서의 체포행위(계속추적)라면 현행범인으로 보아야 한다는 것에 이же상, 신형사소송법연습(제3판), 박영사, 2008. 8, 93-94쪽. 또한, 불법어로를 하는 선박을 발견하고 현장에서부터 약 3시간 만에 걸쳐 추적하여 체포한 사안에서 현행범인체포로서의 적법성을 인정한 것에 일본 최고재판소 판결 1975. 4. 3. 형집 29권 4호 132쪽 참조.

2. 물건소지

준현행범인의 개별적 성립요건 중 두 번째는 ‘장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때’이다.

‘장물’이란 재산범죄를 통하여 영득한 재물이므로,³⁴⁾ 장물을 소지하고 있는 준현행범인이란 결국 강도, 절도 등의 재산죄를 범한 본범이 시간상 얼마 지나지 않은 단계에서 영득한 재물을 가지고 있는 경우를 의미한다. 따라서 재산죄의 실행종료 후 상당한 시간이 경과한 후에 장물을 소지하고 있는 본범을 발견하였거나 본범으로부터 이를 취득하거나 보관하고 있는 장물범(형법 제362조)을 발견한 경우, 이를 재산죄로 긴급체포하거나 장물죄로 현행범인체포할 수 있음은 별론, 강도나 절도 등의 준현행범인으로 체포할 수는 없다.

‘범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기’에서 말하는 흉기란 주로 사람을 살상하기 위한 용도에 제공할 목적으로 만들어진 도구로서 현실적으로 사람을 살상할 능력이 있는 것을 의미한다.³⁵⁾ 통상 총포도검류가 여기에 해당하겠으나, 이에 한정되지 않고 쇠파이프, 맥주병, 드라이버 등 이른바 용법상의 흉기도 포함한다. 예를 들어, 야간에 흉기를 사용한 강도사건의 발생신고를 받고 긴급배치 중이던 경찰관이 발생시점으로부터 30분 정도 경과하여 현장에서 1~2km 떨어진 장소에서 신고내용과 흡사한 인상착의의 남성이 범행에 사용된 것으로 보이는 흉기를 들고 뛰어나는 모습을 발견하였다면 그를 강도죄의 준현행범인으로 인

33) 西田眞基, “準現行犯の犯人として追呼されているとき”, 長沼範良ほか編, 別冊判例タイムズ 第26号 警察基本判例・實務200, 判例タイムズ社, 2010. 2, 218-219쪽.

34) 김성돈, 형법각론(제3판), SKKUP, 2014. 8, 467쪽.

35) 古谷洋一, 注釋 警察官職務執行法(四訂版), 立花書房, 2014. 4, 371쪽.

정할 수 있다.³⁶⁾

‘기타의 물건’이란 위에서 말한 장물이나 흥기에는 해당하지 않지만, 이에 준할 정도로 그 존재가 범죄와 범인을 강하게 결합하는 결정적 단서를 말한다. 물건 자체로 그러한 결합작용을 완성하는 것은 물론이고 신고내용, 무전수배지령 등을 아울러 고려하는 것도 허용된다.³⁷⁾ 또한 ‘기타의 물건’에는 범죄에 사용되었던 물건뿐만 아니라, 범죄로 인하여 생성되었거나 이로 인하여 취득한 물건, 나아가 그 대가로 취득한 물건(형법 제48조 제1항)도 포함한다고 해석되므로, 예를 들어 위조한 지폐나 문서, 도박으로 벌어들인 재물 등도 이에 해당한다고 보아야 한다.³⁸⁾

‘소지’란 물건을 몸에 지니거나 휴대하는 것보다는 넓은 개념으로 해석하여야 한다. 따라서 실제 악지(握持)를 요하지 않고 은닉·보관하는 등으로 물건을 사실상 지배하에 두는 것으로 족하다.³⁹⁾ 한편, ‘소지’는 준현행범인의 성립을 위한 요건이므로, 체포의 순간까지 소지상태가 유지되어야 하는 것도 아니다.⁴⁰⁾ 즉, 범인으로 의심되는 자가 장물, 흥기 등의 물건을 소지하고 있음을 체포자가 인식하였다면, 비록 중간에 이를

36) 이 경우 즉시 준현행범인체포로 나설지, 아니면 불심검문을 통하여 범죄혐의를 좀 더 확인할지는 범죄의 종류, 범행과의 시간적·장소적 관계, 범인의 수와 거동, 소지한 흥기의 종류, 저항이나 도주의 시도 여부, 당시의 현장상황 등 구체적 사정을 고려하여 경찰관의 합리적 판단에 맡겨져 있다고 본다.

37) 전술한 2000. 7. 4 대판 99도4341에서도 무전지령을 고려하여 사고차량을 ‘기타의 물건’에 해당하는 것으로 인정하였다.

38) 渡辺咲子, “第212條(現行犯人)”, 河上和雄ほか編, 大コンメンタル刑事訴訟法(第二版) 第4卷[第189條~第246條] 500쪽.

39) 이재상, 형법각론(제9판), 박영사, 2014. 3. 632쪽. 다만, 준현행범인은 범행과의 시간적·장소적 접촉이 필요하므로, 실제로는 범인이 장물, 흥기 등의 물건을 몸에 지니거나 휴대하고 있는 상황이 대부분일 것이다.

40) 飯島泰, “準現行犯の贓物を所持しているとき”, 長沼範良ほか編, 別冊判例タイムズ 第26号 警察基本判例・實務200, 判例タイムズ社, 2010. 2. 221쪽.

투기·처분하는 등으로 체포시점에 물건을 소지하고 있지 않더라도 준현행범인으로 체포할 수 있다.⁴¹⁾

3. 현저증적

준현행범인의 개별적 성립요건 중 세 번째는 ‘신체 또는 의복류에 현저한 증적이 있는 때’이다.

‘신체’에는 실행행위를 분담하고 동행하는 공범의 신체가,⁴²⁾ ‘의복류’에는 상·하의 외에 신발, 모자, 장갑, 목도리 등이 포함된다. 기본적으로 몸에 착용하고 있는 의복류가 여기에 해당하겠으나, 반드시 이에 한정되는 것은 아니고, 범인의 신체로부터 방금 분리된 것이 분명하다면 가방 속에 들어있거나 방실에 벗어놓은 것도 본호에서 말하는 의복류에 속한다. 따라서 추운 새벽시간에 노상에서 저질러진 강제추행사건의 범인이 범행현장에서부터 자신의 집까지 뛰어서 도주하는 것을 피해자와 경찰관이 함께 추적하다가 잠시 시야에서 놓쳐버린 후, 주변 탐문을 통하여 범인의 집을 특정하고 그의 방실에 들어가 일부러 자는 척을 하고 있는 범인을 발견한 경우, 당시 범인의 어깨 및 가슴 부위가 땀에 젖어 축축한 상태이고 차가운 외부기운이 그대로 남아 있는 점퍼, 모자 등이

41) 일본 최고재판소 판결 1955. 12. 16. 집 9권 13호 2791쪽은, 피고인이 절취한 모터를 보자기에 싸서 들고 가는 모습을 경찰관이 발견하고 미행한 끝에, 피고인이 전기상에 들어가 이를 판매하고 돈을 받아 나오는 것을 경찰관이 직 무질문 후 준현행범인으로 체포한 사안에서, 피고인이 장물을 소지하고 있는 때에 해당한다고 보았다.

42) 다만, 본호의 ‘신체’에 공범을 포함시켜 추인과정을 반복하는 것은 ‘현저한 증적’의 의미를 희석시켜 준현행범인의 범위를 불명확하게 하므로 신중한 접근을 요구하는 것에 小島淳, “準現行犯逮捕”, 田口守一·寺崎嘉博, 判例演習 刑事訴訟法 35-36쪽.

그 방실 안에 아무렇게나 벗어져 있다면, 이는 신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 때로서 강제추행죄의 준현행범인에 해당한다고 볼 수 있다.⁴³⁾ 이처럼 ‘현저한 증거’이란 범죄와 범인을 객관적으로 연결하는 구체적 정황으로서, 범인으로 의심되는 자가 입은 부상, 상처, 피, 땀, 정액, 유류, 이물질 등을 말한다.

실무적으로 ‘신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 때’에 해당하는 준현행범인은 음주운전의 단속현장에서 자주 발생한다. 즉, 경찰관이 일상적인 순찰활동을 수행하던 중에 일반인의 신고나 직접 인지를 통해서 음주운전으로 의심되는 차량의 운전자를 발견하는 경우가 있다. 이러한 경우 경찰관이 음주측정기를 휴대하고 있지 않다면, 통상 이것이 비치되어 있는 지구대·파출소로의 임의동행을 요구하거나 다른 경찰관이 현장으로 가져올 동안 대기를 명하게 되는데, 그 중에는 경찰관의 동행요구 및 대기명령 모두를 거부하면서 현장이탈을 시도하는 자가 있다. 운전자의 만취한 상태에서부터 음주운전사실을 확신할 수 있다면 음주운전의 현행범인으로 인정하여 체포할 수 있음은 물론이고, 그러한 정도에 이르지 않았다 하더라도 운전자의 안색, 냄새, 발음, 걸음걸이 등으로 미루어 음주운전의 강한 의심이 든다면 ‘신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 때’에 해당하여 음주운전의 준현행범인으로 인정하여 체포할 수

43) 실제 사안(2009. 6. 11 대판 2008도12111)에서는 범행으로부터의 시간적 경과(약 30분), 장소적 이탈(약 200미터)을 고려하여 긴급체포를 선택하였던 것으로 보이지만, 사실관계가 위와 같다면 준현행범인으로 체포할 여지가 충분하였다고 생각한다. 아울러 위 사안에서 대법원은 범인식별절차와 관련하여 ‘범죄 발생 직후 목격자의 기억이 생생하게 살아있는 상황에서 현장이나 그 부근에서 범인식별절차를 실시하는 경우에는, 목격자에 의한 생생하고 정확한 식별 가능성이 열려 있고 범죄의 신속한 해결을 위한 즉각적인 대면의 필요성도 인정할 수 있으므로, 용의자와 목격자의 일대일 대면도 허용된다.’고 판시하였다.

있을 것이다.⁴⁴⁾

4. 수하도망

준헌행범인이 성립하는 개별적 요건 중 마지막은 ‘누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때’인데, 가장 오해가 많은 부분이다. 일설에 의하면, 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 자는 아직 범죄혐의가 객관적으로 인정되지 않은 상태에 있는 자이므로 엄밀한 의미에서 경찰관직무집행법(이하 ‘경직법’이라 한다)상 불심검문의 대상자에 해당한다고 한다.⁴⁵⁾ 그러한 의미에서 범행과의 관련이 극히 미약한 경우이므로, 다른 상황을 종합하여 죄를 범하였다는 사실이 인정될 것을 요한다고 해석하여야 할 뿐만 아니라 입법론상으로도 재검토를 요한다고 한다.⁴⁶⁾

그러나 본호를 가리켜 범행과의 관련이 극히 미약한 불심검문의 대상자를 염두에 둔 규정이라고 단정함은 의문이다. 불심검문의 대상은 ‘수상한 행동이나 그 밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람(거동불심자)’ 등인데(경직법 제3조 제1항), 여기서 ‘어떠한 죄’란 일응 어떠한 범죄에 해당하는 것이면 구체적인 범죄사실이 특정되어 있을 필요는 없고,⁴⁷⁾ 나아가 죄종이 특정되어 있을 필요도 없다.⁴⁸⁾ 반면,

44) 이러한 경우 나중에 측정된 음주수치가 단속수치에 미달됨을 걱정함은 기우이다. 음주운전 혐의자의 현장이탈을 그대로 방치함은 경찰의 책무를 완수하지 못하는 것일 뿐만 아니라, 실령 측정결과가 단속수치에 미달되는 경우라 하더라도, 그것이 경찰관의 합리적 판단에 기초하고 있는 한, 그러한 사정만으로 당해 (준)헌행범인체포가 위법해지는 것은 아니다.

45) 신동운, 신형사소송법(제5판) 324쪽.

46) 이재상·조균석, 형사소송법(제10판) 255쪽.

준현행범인의 성립에는 일반적 요건으로 범죄·범인의 명백성과 시간적·장소적 접착성이 요구되므로, 당해 범죄는 미리 특정되어 있어야 한다.

그 때문에 본호는 경직법상 불심검문 대상자가 누구임을 물음에 대하여 도망하는 경우를 상정한 규정이 아닐뿐더러, 설령 불심검문의 대상자가 경찰관의 물음에 도망하여도 그러한 이유만으로 이를 준현행범인으로 체포할 수도 없다. 물론, 위 거동불심자의 개념 자체에서 알 수 있듯이 불심검문의 대상은 비교적 광범위하고, 또한 본격적인 체포에 앞서 준현행범인(물건소지, 현저증적 등)에 대한 경찰관의 불심검문의 실시가 부정될 이유는 없으므로, 불심검문의 대상자 중 준현행범인에 해당하는 자가 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때에는 현행범인으로 간주하여 이를 영장 없이 체포할 수 있을 것이나, 이는 그가 준현행범인의 성립요건을 이미 구비하고 있음에 따른 것일 뿐, 그가 단지 불심검문의 대상자이기 때문은 아니다.

따라서 본호의 '수하도망'과 불심검문 대상자의 도망은 구별하여야 한다.⁴⁹⁾ 본호의 '수하도망'은 준현행범인의 일반적 성립요건(범죄·범인의 명백성과 시간적·장소적 접착성)을 구비한 자, 더욱이 경우에 따라서는 물건소지, 현저증적 등의 개별적 성립요건마저 갖춘 자가 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때에 현행범인으로 간주한다는 규정이기 때문이다.⁵⁰⁾ 위 일설의 견해가 이러한 경우를 지칭하는 것으로서, 그럼에도

47) 古谷洋一, 注釋 警察官職務執行法(四訂版) 57쪽.

48) 일본 시즈오카지방재판소 누마즈지부 판결 1960. 12. 26. 하형집 2권 11-12호 1562쪽은, 오전 4시경 신사 앞 노상의 포장마차의 그림자에 숨어 있다가, 경찰관이 회중전등으로 불빛을 비추자마자 달아난 자에 대하여, '어떠한 범죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자로 인정하였음은 당연하다.'고 판시하고 있다.

49) 백형구, 형사소송법강의(제8정판) 241쪽.

불구하고 ‘수하도망’은 범죄관련성이 미약하므로 다른 사정을 종합하여 범죄혐의를 보강해야 한다는 취지라면 모르되, 본호를 두고 불심검문의 대상자가 도망하려 하는 때에 준현행범인이 성립함을 전제로 그 문제점을 지적하는 것이라면 그 전제부터가 잘못된 것임은 재언을 요하지 않는다.⁵¹⁾

V. 나오며

이상, 형소법 제211조 제2항을 소재로 준현행범인에 대한 영장 없는 체포의 위헌 여부, 준현행범인의 성립요건을 살펴보았다. 그 과정에서 준현행범인에 현행범인과 형소법상 동일성을 인정할 수 있는 한, 이를 현행범인으로 간주하여 영장 없이 체포하더라도 헌법위반의 문제는 발생하지 않는다는 것, 다만, 그러자면 준현행범인을 현행범인과 동일시할 수 있음이 전제되어야 하는데, 형소법 제211조 제2항은 일반적 요건 없이 개별적 요건만을 열거하고 있어 현재 상태로는 현행범인과 동일하게 평가하기에 난점이 있다는 것, 그 때문에 학설과 실무가 준현행범인의 인정과 체포에 소극적 태도를 보이고 있으며 심지어 위헌론이나 폐지론까지 제기되고 있는 실정이라는 것, 따라서 당분간은 해석론을 통하여, 궁극적으로는 입법적 조치를 통하여 ‘범죄·범인의 명백성’과 ‘시간적·

50) 井野憲司, “準現行犯の誰何されて逃走しようとするとき”, 長沼範良ほか編, 別冊判例タイムズ 第26号 警察基本判例・實務200, 判例タイムズ社, 2010. 2, 223쪽.

51) 본고의 논점에서 다소 벗어나지만, 불심검문 대상자가 정지하지 않고 도망하거나 현장을 이탈하려 하는 경우, ‘경찰관은 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수 있다’는 것에 2012. 9. 13 대판 2010도6203 참조.

장소적 접촉성'이란 일반적 요건을 명시하는 방향으로 준현행범인 규정을 개선·운용할 필요가 있음을 확인할 수 있었다.

또한, '범죄·범인의 명백성'과 '시간적·장소적 접촉성'의 측면에서 현행범인과 준현행범인 사이에는 정도의 차이가 있을 수밖에 없고, 이러한 정도의 차이는 각 호에 나열된 개별적 요건인 '호창추적, 물건소지, 현저증적, 수하도망'이란 외부적·객관적 정황의 존재에 의하여 비로소 보완될 수 있는 것이므로, 준현행범인의 인정에 있어서 개별적 요건을 어떻게 해석·적용할지는 상당히 중요한 문제가 아닐 수 없다. 따라서 각 개별적 요건별로 그 의미와 내용을 살펴보는 한편, 특히 호창추적과 관련해서는 현행범인의 계속추적과의 구별에, 수하도망과 관련해서는 경직법상의 불심검문 대상자의 도망과의 구별에 유의할 필요가 있다는 점을 강조하였다.⁵²⁾

준현행범인은 현행범인과 비(非)현행범인의 사이의 어느 지점에 위치하는 중간적 개념이 아니라, 법이 정하는 일정한 요건을 충족한 경우에 이를 현행범인으로 간주하겠다는 일종의 법적 결단이다. 준현행범인을 둘러싸고 주장되는 견해 중에는 이 부분에 대한 이해가 부족하거나 때로는 명백한 오해에서 비롯되었다고 보이는 것들이 적지 않다. 특히, 준현행범인의 폐지는 필연적으로 현행범인의 인정범위의 확대라는 문제로

52) 준현행범인의 성립을 전제로, 현행범인의 체포요건에 관한 판례로 1999. 1. 26 대판 98도3029, 2016. 2. 18 대판 2015도13726, 논고로 심희기, "현행범체포의 요건", 영남법학 1권 1호, 영남대학교, 1994. 1. 133쪽, 심희기·양동철, 형사소송법 판례 150선(제5판), 홍문사, 2015. 3. 193쪽, 황문규, "현행범체포의 요건으로서 체포의 필요성에 관한 비판적 검토", 형사정책연구 25권 3호, 한국형사정책연구원, 2014. 196쪽. 이에 관한 일본의 판례 및 논고로 동경고등재판소 판결 1966. 1. 27. 하형집 8권 1호 11쪽, 오사카고등재판소 판결 1985. 12. 18. 判時 1201호 93쪽, 瀧澤誠, "現行犯逮捕(2)-必要性", 井上正仁ほか編, 刑事訴訟法判例百選(第9版) 別冊ジュリスト No.203 31쪽 참조.

연결된다는 점을 고려하면, 막연한 비판에 앞서 준헌행범인의 요건을 보다 엄격히 정립·운용하기 위한 방향으로 해석론적·입법론적 연구와 실천이 이루어지는 것이 보다 현실적이고 긴요한 과제라고 생각한다. 본고가 준헌행범인의 성립요건에 관한 이해를 심화시키고 관련 논의의 촉매제가 될 수 있다면 필자로서 더없는 기쁨이다. 시간부족과 지면제약으로 보다 치밀하고 유익한 연구가 되지 못하였음을 아쉬워하며 후일의 연구를 기약한다.

〈논문 접수 : 2016. 8. 19, 심사 개시 : 2016. 8. 23, 게재 확정 : 2016. 9. 21〉

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법각론(제3판), SKKUP, 2014.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015.
- 백형구, 형사소송법강의(제8정판), 박영사, 2001.
- 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014.
- 신양균, 형사소송법(신판), 화산미디어, 2009.
- 심희기·양동철, 형사소송법 판례 150선(제5판), 홍문사, 2015.
- 이영관, 한국 형사소송법(개정판), 나남, 2008.
- 이재상, 신형사소송법연습(제3판), 박영사, 2008.
- _____, 형법각론(제9판), 박영사, 2014.
- 이재상·조균석, 형사소송법(제10판), 박영사, 2015.
- 정응석·백승민, 형사소송법(전정 제2판), 대명출판사, 2008.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015.

2. 논문·판례평석

- 김신규, “현행범인체포의 요건”, 한국형사소송법학회편, 형사소송법 핵심판례 110선, 박영사, 2015.
- 송승현, “현행범인체포에 있어서 준현행범인의 인정여부”, 홍익법학 14권 1

호, 홍익대 법학연구소, 2013.

심희기, “현행범체포의 요건”, 영남법학 1권 1호, 영남대 법학연구소, 1994.

황문규, “현행범체포의 요건으로서 체포의 필요성에 관한 비판적 검토”, 형사정책연구 25권 3호, 한국형사정책연구원, 2014.

II. 외국 문헌

1. 단행본

田口守一, 刑事訴訟法(第四版補正版), 弘文堂, 2006.

津田隆好, 警察官のための刑事訴訟法講義, 東京法令出版, 2015.

古谷洋一, 注釋 警察官職務執行法(四訂版), 立花書房, 2014.

2. 논문·평석

飯島泰, “準現行犯の贓物を所持しているとき”, 長沼範良ほか編, 別冊判例タイムズ 第26号 警察基本判例・實務200, 判例タイムズ社, 2010.

池田修, “現行犯人・準現行犯人の意義と範圍”, 新關雅夫ほか編, 增補 令狀基本問題(上), 一粒社, 1997.

井野憲司, “準現行犯の誰何されて逃走しようとするとき”, 長沼範良ほか編, 別冊判例タイムズ 第26号 警察基本判例・實務200, 判例タイムズ社, 2010.

小田健司, “供述證據を現行犯人認定の資料としてよいか”, 新關雅夫ほか編, 增補 令狀基本問題(上), 一粒社, 1997.

小島淳, “準現行犯逮捕”, 田口守一ほか, 判例演習刑事訴訟法, 成文堂, 2004.

洲見光男, “準現行犯逮捕-和光大事件”, 井上正仁ほか編, 刑事訴訟法判例百

- 選(第9版) 別冊ジュリスト No.203, 有斐閣, 2011.
- 瀧澤誠, “現行犯逮捕(2)-必要性”, 井上正仁ほか編, 刑事訴訟法判例百選(第9版) 別冊ジュリスト No.203, 有斐閣, 2011.
- 多田辰也, “準現行犯逮捕-和光大事件”, 井上正仁編, 刑事訴訟法判例百選(第8版) 別冊ジュリスト No.174, 有斐閣, 2005.
- 田中豊, “準現行犯の要件”, 熊谷弘ほか編, 捜査法大系 I (逮捕・取調), 日本評論社, 1987.
- 西田眞基, “準現行犯の犯人として追呼されているとき”, 長沼範良ほか編, 別冊判例タイムズ 第26号 警察基本判例・實務200, 判例タイムズ社, 2010.
- 松藤和博, “準現行犯の「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」”, 長沼範良ほか編, 別冊判例タイムズ 第26号 警察基本判例・實務200, 判例タイムズ社, 2010.
- 渡辺咲子, “第212條(現行犯人)”, “第213條(現行犯逮捕)”, 河上和雄ほか編, 大コンメンタル刑事訴訟法(第二版) 第4卷[第189條~第246條], 青林書院, 2013.

< ABSTRACT >

The Legal Review about the Formation Requirements of Quasi-Flagrant Offender

– With Reference to the Discussion Situation of Japan –

Hwang, Soon-Pyong

The Criminal Procedure Act stipulates that a person who is in the act of committing a crime or has just committed it shall be called a flagrant offender. Moreover, any of the following persons (① an offender who is pursued by hue and cry, ② where a person carries stolen goods, or a weapon or other things recognized as being used in connection with a crime, ③ where there is any apparent evidence on the body or clothes of a criminal suspect, ④ where a person attempts to flee when challenged) shall be regarded as a flagrant offender (Article 211). Once a quasi-flagrant offender is regarded as a flagrant offender, any person may arrest him(her) without a warrant(Article 212).

The reason of such regard can be found in the equality between flagrant offender and quasi-flagrant offender in criminal proceeding. However, it is questionable whether we admit the equality between flagrant offender and quasi-flagrant offender using only the wording of The Criminal Procedure Act. In addition, the views that it is needed to abolish or reconsider the provisions relating to quasi-flagrant offender are argued strongly.

Therefore, this study presents a general requirements consisting of the definitude of the crime and timely-spatial adhesive property, examines the meaning and contents of a individual requirements for the formation of quasi-flagrant offender with reference to the discussion situation of Japan.

◆ Key Words : Quasi-Flagrant Offender, Equality, Exception of Warrant Principle, General Requirements, Individual Requirements