

任意同行에 관한 研究

徐 大 用 (警大 2 回 卒)

I . 序 論

형사절차에 있어서 자유의 보장상황은 그 사회의 문명수준을 측정하는 척도라고 한다. 재산의 자유, 정신의 자유 등의 자유권적 기본권을 비롯한 모든 인권은 신체의 자유를 전제로 하는 것으로 자유는 인권의 근원인 것이다. 이러한 중대한 자유권이 수사 내지 경찰행정의 필요로 부득이한 경우에는 제한되는 경우가 있다. 그런데 수사과정은 그 목적수행의 과잉추구 때문에 적나라한 힘이 난무하여 신체의 자유를 침해할 위험성이 크며 특히 임의동행에 이르러서는 이러한 위험성이 때로는 무방비 상태에 직면하기도 한다. 이러한 수사권행사의 과잉 내지 남용으로부터 피의자 등의 정당한 인권과 신체의 자유를 보장하기 위하여, 헌법 제 12조 3항은 “逮捕·拘束·押收 또는 搜索을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 提示해야 한다”는 사전영장주의의 원칙을 선언하고 있다. 그러나 실질적인 신체구속은 임의동행과 보호실유치에 의해 이루어지는 경우가 많고 영장은 적법한 신체구속의 단순한 요식행위에 그치는 경우도 있다.

한편 피의자를 구속할 때에는 피의사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려주고 구속사실을 통지하여야 함에 반하여, 임의동행이나 보호유치에 의할 때에는 이러한 제한도 받지 아니하며, 피의자는 사실상 구속되어 있으면서도 구속기한의 제한도 받지 않고, 피의자 가족이 피의자의 소재를 파악하는 길도 보장되어 있지 않다. 따라서 임의동행의 형식을 취한 연행과 이에 뒤따르는 보호유치는

* 이 글은 서울대학교 대학원 법학과 석사학위논문(1988年 7月)을 第4章 第5章을 중심으로 요약한 것임

구속과 같은 실질을 가지면서도 임의수사와 유사한 성격때문에 피의자에게 구속보다 가혹한 불이익을 초래하는 제도라고 할 수 있는 것이다. 그러므로 임의동행에 있어서 “임의성”의 보장 문제에 대해서 다시 한번 검토를 해야 할 것이며 그 문제점의 해결방향을 모색해야 할 것이다. 실제로 임의동행이 상대방의 “임의적인 승락”에 의해서 행하여지고 있는가에 대해서는 회의적인 반응이 많은 것이다. 그런데 수사기관의 입장에서 볼 때 어떠한 피의자에 대하여 출석요구를 해 보았자 임의출석을 하기는 커녕 도망해 버릴것이 틀림없다고 판단되는 경우가 있을 것이다. 이때에 “임의동행”이라는 불법의 강제처분 유혹이 생기는 것이다. 이 경우에 이것을 불가피하다는 논리로 덮어만 버릴 것이 아니라 왜 이러한 문제가 생기고 있는지 근본적인 문제점을 찾고 그 개선방향을 모색해야 할 것이다.

최근에 임의동행을 둘러싼 많은 문제점이 정면으로 제기되면서 대한변협은 88. 2. 4 민주화합추진위원회에 건의한 「수사기관의 고문방지등 형사절차상 중요한 문제에 관한 의견서」에서 우리의 형사절차법규는 유선이후 수사기관등 관권의 권위와 인권억압의 방향으로 고쳐져 왔으며, 임의동행제도가 不法逮捕로 악용되고 있고 피의자를 보호실에 불법감금하는 과정에서 고문이 있으므로 임의동행제도를 없애고 경찰서의 수사보호실을 폐지해야 한다고 했다. 또 법무부는 88. 3. 16 법무보고에서 앞으로 임의동행과 보호실의 운영 문제에 대해서 개선점을 검토하기로 했다. 그리고 88. 12. 31에는 경찰관직무집행법이 개정되어 임의동행요건이 강화되었다.

II. 연구 방향

본 연구에서는 먼저 임의동행에 대한 역사적 변천을 살펴보고 이어서 임의동행의 유형으로서 형사소송법상 임의동행, 경찰관 직무집행법상 임의동행, 주년통복법상 임의동행을 고찰하고, 이에 관한 문제점을 구체적인 판례를 통하여 고찰한후 형사보호실의 운영문제를 살펴보고 마지막으로 임의동행문제에 대한 종래의 견해와 해결책을 모색하고자 한다.

구속과 같은 실질을 가지면서도 임의수사와 유사한 성격때문에 피의자에게 구속보다 가혹한 불이익을 초래하는 제도라고 할 수 있는 것이다. 그러므로 임의동행에 있어서 “임의성”의 보장 문제에 대해서 다시 한번 검토를 해야 할 것이며 그 문제점의 해결방향을 모색해야 할 것이다. 실제로 임의동행이 상대방의 “임의적인 승락”에 의해서 행하여지고 있는가에 대해서는 회의적인 반응이 많은 것이다. 그런데 수사기관의 입장에서 볼 때 어떠한 피의자에 대하여 출석요구를 해 보았자 임의출석을 하기는 커녕 도망해 버릴것이 틀림없다고 판단되는 경우가 있을 것이다. 이때에 “임의동행”이라는 불법의 강제처분 유혹이 생기는 것이다. 이 경우에 이것을 불가피하다는 논리로 덮어만 버릴 것이 아니라 왜 이러한 문제가 생기고 있는지 근본적인 문제점을 찾고 그 개선방향을 모색해야 할 것이다.

최근에 임의동행을 둘러싼 많은 문제점이 정면으로 제기되면서 대한변협은 88. 2. 4 민주화합추진위원회에 건의한 「수사기관의 고문방지등 형사절차상 중요한 문제에 관한 의견서」에서 우리의 형사절차법규는 유선이후 수사기관등 관권의 권위와 인권억압의 방향으로 고쳐져 왔으며, 임의동행제도가 不法逮捕로 악용되고 있고 피의자를 보호실에 불법감금하는 과정에서 고문이 있으므로 임의동행제도를 없애고 경찰서의 수사보호실을 폐지해야 한다고 했다. 또 법무부는 88. 3. 16 법무보고에서 앞으로 임의동행과 보호실의 운영 문제에 대해서 개선점을 검토하기로 했다. 그리고 88. 12. 31에는 경찰관직무집행법이 개정되어 임의동행요건이 강화되었다.

II. 연구 방향

본 연구에서는 먼저 임의동행에 대한 역사적 변천을 살펴보고 이어서 임의동행의 유형으로서 형사소송법상 임의동행, 경찰관 직무집행법상 임의동행, 주년통용법상 임의동행을 고찰하고, 이에 관한 문제점을 구체적인 판례를 통하여 고찰한후 형사보호실의 운영문제를 살펴보고 마지막으로 임의동행문제에 대한 종래의 견해와 해결책을 모색하고자 한다.

Ⅲ. 임의동행의 역사적 변천

만약 警察官에게 광범위한 強制處分權이 인정된다면 任意同行을 둘러싼 논의는 크게 일어나지 않을 것이다. 日帝에 의한 식민지 刑事節次의 역사를 살펴보면 警察官에게 광범위한 強制處分權이 인정되고 있었다. 즉 朝鮮刑事令과 行政執行令이 효력을 발휘하던 시기이다. 오늘날 이 당시의 慣行이 완전히 청산되었는지는 의문이며, 우선 日帝時代に 어떠한 權限이 警察官에게 주어져 있었는지 살펴볼 필요가 있다. 그리고 그 후 美軍政法令 第 176 號와 刑事訴訟法의 制定을 통하여 어떻게 변화하였는지 검토해 본다.

1. 日帝時代

朝鮮刑事令은 식민지 조선에서의 刑事에 관한 實體規定 및 節次規定을 포괄한 것으로서 당시 일제에 의하여 이 땅에 강요되었던 刑事에 관한 法規의 거의 전부를 이루는 것이었다. 이 朝鮮刑事令은 日帝에 의하여 1912년 3월 18일 制令 第 11 號로 제정된 이래 해방에 이르기까지 12회에 걸쳐 개정되었다. 그리고 日帝下의 朝鮮刑事令은 세가지의 시대구분을 지어 고찰할 수 있다. 첫째는 1912년 朝鮮刑事令에 의한 明治刑事訴訟法의 依用時代이고 (1912년 朝鮮刑事令), 둘째는 1922년 제정되고 1924년부터 시행된 大正刑事訴訟法의 제정에 맞추어 개정된 朝鮮刑事令 적용시기 (1924년 朝鮮刑事令)이고, 마지막으로 1944년 戰時體制下의 刑事節次運用時期이다. 비록 刑事令이 12회에 걸쳐 개정되기는 하였지만 그 내용은 1922년 5월에 있었던 刑事訴訟法의 개정에 따라서 동년 12월 7일 制令 第 14 號로 개정된 것 (第 6 次 改正) 외에는 큰 변혁이 없었다. 여기서는 1924년 朝鮮刑事令에서 본 논문과 관계되는 내용을 검토해 본다.

(1) 檢事 또는 司法警察官에게 刑訴法上 인정한 이외의 強制處分權을 인정

朝鮮刑事令 第 12 條를 보면 “檢事は 刑事訴訟法에서 規定하는 이외에 사건이 禁錮 이상의 刑에 해당하며 急速한 處分이 필요하다고 인정하는 때에는 公訴提起 前에 한하여 押收, 搜索, 檢證, 被疑者의 拘引, 被疑者 또는 證人의 訊問·

鑑定・通譯 또는 翻譯 등의 처분을 할 수 있다.

前項의 규정에 의하여 검사에게 허가된 처분은 司法警察官 역시 이를 행할 수 있다”고 규정하고 있다.

(2) 公訴提起 前에는 10日間에 한하여 被疑者를 留置할 수 있음

朝鮮刑事分 第13條를 보면 “司法警察官은 前條 第2項의 규정에 의하여 被疑者를 訊問한 후 刑事訴訟法 第87條 第1項 各號에서 규정하는 事由 (=주거 부정・증거인멸・도망의 우려가 있는 때)가 있다고 認定하는 때에는 10일을 초과하지 아니하는 기간 이를 留置할 수 있다.

司法警察官은 前項의 留置期間內에 서류 및 증거물과 함께 被疑者를 관할재판소의 검사 또는 相當官署에 송치하는 절차를 취하여야 한다.

前2項의 규정은 司法警察官이 刑訴法 第127條의 규정 (=現行犯逮捕 또는 拘引狀이 집행된 피의자에 대하여 즉시 訊問하고 留置할 필요가 있다고 인정하는 때)에 의하여 被疑者를 訊問하고 禁錮 이상의 刑에 해당하는 것으로 인정하는 때에 이를 準用한다”고 규정하고 있다.

이상과 같은 朝鮮刑事令에 의한 司法警察官의 광범위한 強制處分權외에도, 行政執行令(大正3年7月 制令第23號)에 의한 警察官의 檢束權限이 있었다. 行政執行令 第1條를 보면 “行政官廳은 泥醉者, 지탈병자, 자살을 기도하는 者 기타 救護를 要한다고 인정되는 者에 대해서 必要한 檢束을 가해서 波器, 器 기타 公安을 害할 우려가 있는 者에 대해서 그것을 豫防할 필요가 있는 경우에도 마찬가지로 檢束할 수 있다. 檢束은 3일을 초과하지 않고 假領置는 30日이내의 기간으로 정한다”라고 하고 있다. 즉 警察官은 犯罪 기타 公安의 維持를 위해서 主觀的인 판단으로 상대방의 동의없이 광범위하게 身體를 억류시킬 수 있었던 것이다. 이러한 朝鮮刑事令과 行政執行令이 적용되던 日帝時代에는 警察官에 의한 任意同行이 문제로 부각될 여지가 거의 없이 拘束이전에 광범위한 強制處分權이 警察官에게 인정되었다.

2. 美軍政時代

일본이 패망하고 1948년 대한민국 정부가 수립되기 전까지 美軍政이 실시되었다. 이 美軍政下에서 1948. 3.20 美軍政法令 第176號 “刑事訴訟法の改正”에 의하여 令狀主義, 拘束適否審査制度, 被拘束者의 接見交通權, 辯護人制度와 保制度의 強化등 英美式의 人權保障制度가 도입되었다.

美軍政法令 第176號에 따르면 拘束은 拘引, 拘留, 留置, 逮捕 또는 檢索등 어떠한 명칭이든지 身體를 拘束하는 모든 경우를 말하고(2조), 누구든지 拘束당한 자의 생명 및 被疑事件을 기재한 재판소가 발한 拘束令狀 없이는 신체의 구속을 받지 아니한다고 규정하였다.(3조)

한편 事前令狀없이 구속할 수 있는 경우도 상당히 넓게 인정되었는데 이것은 크게 두가지 부류로 나눌 수 있다. 첫째는 同法令 제3조의 예외로서 열거된 것이고, 둘째는 제4조에서 인정하고 있는 법령에 규정되지 않았던 범죄에 대한 경우이다.

제3조에서는 令狀主義를 선언하면서도 다음의 경우에 해당하며 또한 긴급을 필요하는 경우에는 그렇지 아니하다고 하여 상당한 부분에 걸쳐 令狀없는 구속을 인정하고 있었다. 그 경우는 다음과 같다.

- ① 피의자가 일정한 주거를 갖지 않는 경우
- ② 그 장소에 있고 없음을 不問하고 刑訴法 第130條에 규정한 現行犯人 경우 그러나 범행종료후 48시간 이내에 신체를 구속하는 경우에 한한다.
- ③ 現行犯의 取調에 의하여 共犯을 발견한 경우. 그러나 범행종료후 48시간 이내에 신체를 구속하는 경우에 한한다.
- ④ 既決의 囚人 또는 法令에 의하여 구속된 자가 도망한 경우
- ⑤ 死體의 檢證에 의하여 범인을 발견한 경우
- ⑥ 피의자가 罪證을 인멸할 상당한 우려가 있는 경우
- ⑦ 피의자가 도망할 상당한 우려가 있는 경우

8) 피의자가 死刑, 無期 또는 長期 1년 이상의 有期の 징역, 금고에 처할 수 있는 죄를 범하였다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우

제 4 조에서는 다음과 같이 규정하고 있었다. 즉 檢察官 또는 警察官은 檢令에 규정한 어외에 死刑, 無期 또는 長期 1년 이상의 有期の 징역, 금고에 처할 수 있는 범죄가 現行中 또는 着手될려는 상태에 있다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 범죄의 방지 또는 搜查에 필요한 조치를 취하기 위하여 주간 또는 야간을 불문하고 어느 때든지 令狀없이 타인의 주거 또는 전조물에 들어가 被疑者를 即時拘束하여 장물 또는 그 범죄행위에 借用되었다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 물건을 압수할 수 있다고 하였다.

이상의 두 경우와 같이 事前令狀없이 구속하는 경우에는 서울시와 裁判所가 있는 府, 郡, 島에 있어서는 48시간, 裁判所가 없는 市, 郡, 島에 있어서는 5일 이내에 재판소로부터 拘束令狀發付를 얻어야 하도록 하고 있었다.(3條, 4條, 6條)

3. 刑事訴訟法の 制定

1948. 7.17 제정된 建國憲法을 보면 第9條 第2項에서 “逮捕・拘禁・搜索은 法官의 令狀이 있어야 한다. 단, 犯罪의 現行犯人의 도피 또는 證據隠蔽의 염려가 있을 때에는 搜查機關은 法律의 定하는 바에 의하여 事後에 令狀의 交付를 請求할 수 있다”고 규정하고 있었다. 그리고 1954년에 제정된 刑事訴訟法에서는 第201條에서 被疑者가 罪를 犯하였다고 의심할 만한 相當한 事由가 있고 第70條 1項 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 檢事 또는 司法警察官은 (檢事を 통하여) 관할지방법원판사의 拘束令狀을 발부받아 拘束할 수 있게 하였고 이에 대한 例外는 緊急拘束과 現行犯의 경우로 한정하고 이 경우에는 지방법원판사가 있는 市, 郡에서는 48시간, 기타의 市, 郡에서는 5일 이내(81.9.172시간으로 개정됨)에 拘束令狀을 발부받도록 하였다.

緊急拘束의 要件도 “被疑者가 罪를 犯하였다고 의심할 相當한 理由”를 “被

疑者가 死刑, 無期 또는 長期 3年이상의 징역, 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 相當한 理由”로 刑事法制定 審議過程에서 수정되었으며, 이렇게 수정된 주요 이유중의 하나로 처음의 규정이 너무 막연하고 무제한적으로 사용되기 때문에 이를 제한하여야 한다는 견해를 들 수 있을 것이다.

그런데 1954년 刑事訴訟法을 제정하면서 令狀制度라는 영미식제도를 도입하면서도 令狀없는 拘束制度는 도입하지 않아 우리의 拘束制度의 운영에 많은 문제점을 낳게 되었으며 오늘날 任意同行의 형식으로 피의자의 身柄을 확보하는 문제점을 초래하게 되었다. 오늘날 拘束令狀을 발부받기 위해서는 상당한 疎明資料를 요구하고 있으며 拘束은 搜查의 開始가 아니라 終結을 의미하는 것처럼 여겨지는 것을 볼때 搜查의 初期에 피의자 신병을 확보하기 위한 任意同行의 使用은 英美制度의 不完全한 도입의 결과일지도 모른다.

결국 우리 刑訴法은 任意搜查에 불응하는 자에 대한 조사를 위한 合理的인 強制搜查制度를 결여하고 있다고 할 수 있다. 그것은 美軍政法令 第176號는 英美의 令狀制度를 도입하면서 누구든지 재판소가 發한 拘束令狀이 없으면 신체의 자유를 구속당하지 아니한다는 원칙과 함께 수사기관이 令狀없는 拘束을 할 수 있는 경우를 現行법을 포함하여 8가지나 인정하고 있고, 명칭여하를 不問하고 모든 신체의 자유를 침해하는 것을 拘束으로 보고 이에 대하여 拘束의 適否審査를 허용하는 등 不法拘束의 문제를 事實의 영역에서 法の 영역으로 끌어들였다. 이에 반하여 制定刑事訴訟法에서는 判事의 事前令狀에 의하여 拘束할 수 있다는 원칙만 도입하고 예외로서는 現行犯과 緊急拘束의 경우외에 영미등에서 인정되는 그 밖의 例外는 허용하지 않았으며, 拘束도 위와같이 간주규정을 두지 아니하고 拘引과 拘禁을 포함한다는 규정만을 두고 拘束의 適否審査도 拘束令狀에 의하여 拘束된 자에게로만 한정함으로써 法の 규제를 받지 아니하는 不法拘束의 문제가 생길 소지를 두었으며, 拘束을 둘러싼 제반 문제가 法の 영역에서 지배를 받아 해결하도록 하지 아니하고 事實의 영역에 일부 방치하였던 것이라 할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 사실의 영역에 일부 방치한 상황은 檢察과 警察의 強制處分權을 둘러싼 미묘한 力學關係 내지 갈등관계의 소산이라고도 할 수 있다.

Ⅳ . 임의동행의 유형

1. 형사소송법의 임의동행

임의동행을 할 수 있는 근거로서 일반적으로 형소법과 경직법을 들고 있다. 그리고 학자들은 임의동행을 논의하면서 형소법상의 임의동행과 경직법상의 임의동행으로 나누어 설명하고 있는데, 임의동행의 가장 본질적 요소인 “임의성” 즉 ‘상대방의 승낙’이라는 면에 초점을 맞추는 경우에는 구별의 큰 의미는 없을 것이다. 하지만 양자 사이에는 기타 다른 요건들이 있을 수 있으므로 일반적인 견해에 따라 구분해서 해석을 하기로 한다.

(1) 의 의

형소법이 규정하고 있는 임의수사의 대표적인 예가 피의자의 출석을 전제로하는 被疑者詢問에 관하여 「검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다」(200 조 1 항)고 규정하고 있으며 피의자의 출석을 요구하는 방법에는 제한을 두고 있지 않다. 다만 실무에 있어서는 司法警察官史執務規則 (1975.10.28 법무부령 196 호, 1988. 4. 2. 법무부령 310 호 개정) 제 16 조에 따라 출석요구서의 송달에 의하는 것이 원칙이지만 반드시 여기에 제한되지 않고 구술·인편 또는 전화에 의하여도 관계없다.

형소법상의 임의동행은 이와같은 피의자 출석요구의 방법으로 사법경찰관서가 직접 피의자의 주거나 사무실등에 나가서 동행을 요구하여 피의자의 同意·承諾을 얻어 수사관서까지 동행하는 것을 의미한다.

수사초기단계에 있어서 피의사건의 진상파악을 위해서는 被疑者陳述書는 구속영창정구의 중요한 疎明資料 또는 유죄의 證據로 되므로 被疑者設問은 가장 기본적인 수사방법이라고 할 수 있다. 그런데 피의자가 출석요구서를 송달받고도 (司規 16 조) 정당한 이유없이 출석하지 아니하는 경우 또는 피의자에게 출석요구서를 송달하면 도망할 염려가 현저한 경우에는 수사공무원과의 동행이 요구된다.

여기에 임의동행이 현실적 필요성이 있다. 또 이러한 임의동행은 이미 피의자에 대하여 구속영장이 발부되어 있는 경우에도 피의자의 명예를 보호하고 피의자나 가족의 심리적 쇼크를 제지할 뿐만 아니라, 수사기관으로서도 상당한 시간동안 임의동행에 의하여 수사를 계속하여 구속기간의 제한을 면하여 수사시간을 버는 등 수사의 편의를 위하여도 활용되고 있다. 즉 이와 같은 임의동행에 있어서는 수사기관이 피의자에 대한 구속영장을 발부받았느냐에 관계없이 임의동행이 이루어질 수 있다. 임의동행에 응할 피의자에 대하여 구속영장을 집행할 필요가 없을뿐 아니라, 피의자의 인권보장은 물론 임의수사의 결과 충분한 조사가 이루어지고 증거인멸 및 도망의 염려가 없는 때 등은 구태여 구속할 필요가 없으며, 수사기관으로서도 수사의 편의를 위하여 임의동행을 활용하는 것이 효과적일 수 있다.

한편 이러한 수사기관에 의한 임의동행은 용의자 또는 참고인에 대해서 행하여지는 경우도 있다. (참고인에 대한 임의동행의 실정법적 근거는 형소법 제 221 조이다) 예컨대 피의자의 구속기간만기가 박두한 경우에는 참고인에 대한 임의동행이 요청되며 범죄사건의 용의자에 대해서 임의동행이 필요한 경우는 허다할 것이다.

(2) 性 格

① 형소법에 의한 임의동행은 주로 被意者設問을 위한 보조수단으로 피의자(또는 참고인)의 동의 내지 승락을 얻어서 하는 수사방법이기 때문에 임의 수사의 성질을 갖는다고 할 수 있다. 따라서 피의자에 대한 임의동행에는 법관의 영장을 요하지 아니한다. 한편 임의동행에 의해 실질적인 逮捕의 위험성이 있지만 이 위험성이라는 이유만으로는 임의동행의 허용성이 반드시 부정되어야 하는 것은 아닐 것이다. 관례도 피의자를 조사하기 위해서 임의동행하는 경우를 부정하지 않고 있다. 이에 관한 상세한 설명은 본장 V에서 하기로 한다.

형소법에 의한 임의동행은 외형적으로는 경직법에 의한 임의동행과 유사하나, 이때의 경찰관은 사법경찰관리로서 형소법 소정의 피의자 출석을 요구하는 하나의 방법을 사용하는 것으로서, 행정경찰권의 작용이 아닌 사법경찰권의 작용으로

행하는 임의수사의 一態樣으로 양자는 이론상 구분이 된다. 따라서 형소법에 의한 임의동행은 경직법상의 요건을 반드시 필요로 하지 않으며 다만 임의수사의 요건이 문제로 되는 것이다.

판례를 보면 ‘1985. 7.29 85모 16 재항고사건’은 피의자를 조사하기 위해서 임의동행한 자체는 부정하지 않고 그 이후 상대방의 의사에 반하여 계속 억류시키는 경우 이를 어떻게 해석할 것인가를 判示하고 있다.

② 경찰관이 경직법에 의한 질문을 하기 위하여 피질문자에게 임의동행을 요구하여 이를 실행한 경우에도 객관적 주관적으로 상대방의 범죄행위가 명백한 경우와 객관적으로는 여하튼 주관적으로는 그것이 명백하지 않은 경우를 생각할 수 있지만, 적어도 당해 경찰관이 동법에 의한 범죄의 예방과 제지의 행정경찰활동을 수행할 목적에 그친다면 그 동위행위가 동법의 요건에 위반하거나 상대방의 의사에 반하는 연행에 해당하더라도, 경직법상의 위법한 職務執行일 뿐 형소법상의 구속이라고는 볼 수 없을 것이다라는 견해가 있다. 그러나 경직법상의 임의동행이든 형소법상의 임의동행이든 그 요건에 반하고 임의성을 벗어난 경우에는 모두 형소법적으로 평가하는 것이 타당할 것이다. 즉 임의성이 부정되는 경우에는 그 목적에 관계없이 적법한 절차에 의하지 않은 不法逮捕로 보아야 한다.

2. 경찰관 직무집행법상의 임의동행

(1) 의 의

경직법 제3조는 「① 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다. ② 그 장소에서 제1항의 질문을 하는것이 當該人에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서·지서·파출소 또는 출장소(이하 “경찰관서”라 한다)에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 當該人은 경찰관의 동행

요구를 거절할 수 있다. ③ 제 1 항 내지 제 3 항의 경우에 當該人은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다. ④ 경찰관은 제 1 항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 흥기의 소지여부를 조사할 수 있다」라고 규정하고 있는데, 일반적으로 동조 2 항에 의하여 경찰관이 동조 1 항에 규정한 자에 대하여 질문하기 위하여 동행을 요구하고, 상대방이 이에 응하여 임의로 경찰관서에 동행하는 것을 경직법상의 임의동행(경찰행정상의 임의동행)이라고 한다.

(2) 성격

⑤ 한편 경직법 제 3 조의 직무질문은 원칙적으로 개인의 생명, 신체 및 재산을 보호하고 범죄의 예방, 진압 및 공공의 안녕과 질서를 유지하는 행정경찰작용이고(특히 보안경찰 Sicherheits polizei 분야) 임의동행은 이것을 충실히 수행하기 위한 보조수단인 것이다. 또 경직법 제 3 조는 그 주체를 형소법과는 달리(검사 또는) 사법경찰관이라 하지않고 「경찰관」이라고 분리하여 사용하고 있음을 볼 때, 범죄수사를 직접 목적으로 하는 이른바 조사활동에 관한 규정이라고 이해함이 타당하다. 즉 동법 제 3 조 2 항의 임의동행은 사회공공의 질서유지라는 경찰목적의 달성을 위한 행정적 단속의 수단으로 파악되며, 이때 경찰관은 범죄수사를 직접목적으로 행하는 사법경찰관리로서가 아니라 범죄의 예방진압이라는 행정적 목적의 행정경찰관행사의 주체로서 행하는 것이다. 따라서 불심검문에 의한 임의동행은 범죄의 예방과 진압을 위한 행정경찰에 속하는 처분이다. 다만 그 대상에 경찰관이 어떠한 범죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여 지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 함께 규정하고 있으므로, 질문에 의한 범죄혐의의 해소유무에 따라 행정경찰작용에서 사법경찰작용으로 이행될 소지가 다분히 있다.

결국 이러한 경찰행정상의 임의동행은 ① 그 성질이 수사처분이 아니고 경찰행정작용이라는 점 ② 그 법적근거가 형소법이 아니라 행정경찰관에게도 인정된다

는 점 ③ 그 대상이 수사개시 이전의 거동수상자라는 점 ④ 그 목적이 被疑者 詢問이 아니고 직무질문이라는 점에서 형소법상의 수사방법으로서의 임의 동행과 다르다고 할 수 있다.

3. 주민등록법상의 임의동행

주민등록법(1962. 5.10 法律 제 1067 호, 1980.12.31 法律 3330 호 개정)에 의하면, 사법경찰관리는 간첩의 색출, 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 주민의 신원 또는 거주관계를 확인할 필요가 있는 경우에는 17세 이상의 자에 대하여 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다.(法 17條의 10 1항)고 하면서 이 규정에 의하여 주민등록증의 제시를 요구한 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니한 자로서 신원을 증명하는 證票나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 거주관계가 확인되지 아니한 자에 대하여 범죄의 혐의가 있거나 간첩이라고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 한하여 인근 경찰관서에서 그 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다(同條 2항)고 규정하고 있다. 그리고 제 17조의 2 제 2항의 규정에 의하여 그 신원이나 거주관계를 밝히지 못한 자에 대하여는 경범죄처벌법 제 1조 제 3호(떠돌이)에 해당하는 자로 보아 同法에 의하여 처벌한다(法 21條 3項)고 규정하고 있다.

이상의 규정에 근거한 사법경찰관리의 동행요구에 대해서, 이것은 임의수사의 한 방법이므로 當該人은 동행을 거부할 수 있다고 하는 견해가 있으나 同法에서는 경직법 제 3조 3항의 규정과 같은 조항이 없는 것으로 보아 상대방은 동행을 거부할 수 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 규정에 의한 동행요구가 충분히 남용될 소지가 있다고 볼 수 있으므로 그 요건의 해석에 있어서는 보다 엄격해야 할 것이다.

V. 具體的인 判例의 檢討

임의동행을 둘러싸고 일어날 수 있는 문제로서, ① 상대방을 임의동행한 후 귀가시키지 않은 채 장기간 법정설차를 밟지 않고 대기시킨 경우에 불법감금죄가 성립하는지의 여부와 ② 경직법상의 임의동행에 의하여 동법상의 요건을 흠결한 경우나 임의동행의 범위를 逸脫하여 實力이 가하여진 경우에 그 행위는 법령에 의한 행위로서의 違法性阻却이 없는가 ③ 이때 경찰관에 대한 반항적 태도가 공무집행방해죄를 구성하지 않는가 하는 것 등을 생각해볼 수 있다.

1. 임의동행과 보호유치

(1985. 7.29 85도16 제1부 결정, 재정 신청기각 재항고사건)

가. 事實關係

경찰서정보과에 근무하는 수사경찰관 3명은 주민의 신고에 의하여 피신고자 김성삼을 國家保安法違反嫌疑 (불온뼈라를 소지하고 있으면서 복귀를 찬양하는 언동을 하였다는 혐의)로 경찰서까지 임의동행 형식으로 연행한 후, 구속영장이 발부될 때까지 6일간 귀가시키지 아니하고 수사를 계속하면서 경찰서의 조사실과 보호실에 억류 내지 유지하다가, 구속영장이 발부된 후 그 사건을 검찰에 송치하였고 김성삼은 국가보안법위반죄로 公訴提起되어 유죄판결을 받았다. (1984. 9.25. 84도 1500)

그런데 유죄판결이 확정되자 김성삼의 형인 김우성은 김성삼을 국가보안법 혐의로 연행하여 수사한 경찰관 3명을 상대로 구속영장없이 피의자 김성삼을 6일간 경찰서에 억류한 행위는 형법상 불법감금죄 (형법 124 조)에 해당한다고 고발하였으나, 그 고발사건을 수사한 검사는 그 불법감금피의사건을 불기소처분하면서 불기소이유에 관해서 「……피의자들은 …… 1982. 1.16 김성삼을 경찰서에 데리고 온 후 보호실에 감금하지 않고 정보3계 사무실에서 조사를 계속하여 1982

.1.19 검사로부터 身柄指輝를 관아 같은 달 20일 구속영장을 신청하고 집행 시까지 보호실에 대기한 것이지 불법으로 감금한 사실이 없다고 권명하는 바 … 김우성(告發人), 김성삼의 진술만으로는 이를 뒤집기 어렵고 달리 이를 뒤집을 자료가 없어 혐의없음에 돌아가 ……」라고 說示하고 있다.

고발인 김우성은 검사의 불기소처분에 대해서 대전고법에 裁定申請을 하였으나, 제정신청이 이유가 없다고 棄却당하자 대전고법의 裁定申請 棄却決定에 대하여 대법원에 再抗告한 사건이다.

여기에서는 논의를 한정하여 위의 경찰관들의 행위가 불법감금죄에 해당하는가 하는 것만을 검토한다.

나. 判決要旨

대법원은 판결이유에서 「여기에서 拘禁이라 함은 피고인 또는 피의자의 의사에 기하지 아니하고 교도소 또는 구치소 기타 일정장소에 구금하는 것을 말하며 수사의 필요상 피의자를 임의동행한 경우에도 조사후 귀가시키지 아니하고 그의 의사에 반하여 경찰서 조사실 또는 보호실등에 계속 유치함으로써 신체의 자유를 속박하였다면 이는 구금에 해당한다」고 하여 구금의 정의를 내린 다음, 「구속영장을 발부받음이 없이 위 김성삼을 구금한 행위는 경찰관으로서 그 직권을 남용하여 사람을 불법감금한 것에 해당한다」고 判示하고 있다.

또 판결의 序頭에서는 인신구속의 적법절차를 강조하고 있는데, 「신체의 자유는 헌법이 보장하고 있는 가장 기본적인 권리의 하나이며, 헌법과 법률이 정한 적법절차에 의하지 아니하고는 이를 제한하거나 박탈할 수 없는 것이다. 헌법 제 11조(現 12조)는 이러한 취지를 명시하고 있고 이에 따라 형사소송법 제 73조, 제 301조 및 제 206조는 피고인 및 피의자를 구속함에는 법원이 발부한 구속영장에 의하여야 하고, 수사기관이 구속영장없이 피의자를 緊急拘束한 경우에도 48시간 또는 72시간 이내에 구속영장의 발부를 받아야 하도록 요구하고 있다. 그러므로 수사기관이 피의자를 수사 하는 과정에서 위와 같은 적법절차의 요구를 외면하고 구속영장없이 피의자를 함부로 구금하여 피의자의 신체의 자유를

박탈하였다면 직권을 남용한 불법감금의 罪責을 면할 수 없을 것이다」라고 判示하고 있다.

다. 評 釋

수사기관이 임의동행의 형식에 의하여 피의자를 연행한 후 구속영장이 발부되기 전까지 被疑者設問, 被疑者와 참고인의 대질, 피의자의 도피방지 등 수사상 필요에 의하여 피의자를 조사실이나 보호실 등에 실질적으로 구금한 행위가 불법감금에 해당하는가 하는 것이 본 판례의 중요한 논점이다.

경찰관이 피의자를 경찰서로 임의동행 형식으로 연행한 후, 그 의사에 반해서 6일간 경찰서의 조사실 또는 보호실에 억류 내지 유치한 행위는 피의자의 의사에 반해서 그 신체의 자유가 일정기간 계속해서 제한되었기 때문에 구금에 해당하는 것이다. 그런데 이 경우는 경찰관의 피의자 구금이 수사상 필요에 의해서 경찰관의 직권행사로 행하여진 것으로 직권을 남용한 불법구금이 되는가 하는 것이 문제로 된다. 현행법상 수사기관이 적법하게 인신구속을 할 수 있는 경우는 법관으로부터 사전구속영장을 발부받아 피의자를 구속하는 경우(형소 201조)와 緊急拘束(206조) 및 現行犯逮捕의 경우(212조)가 있다.

이 사건에 있어서 수사경찰관의 피의자 김성삼을 구금한 행위는 구속영장에 의한 구금도 아니며, 피의자를 연행할 당시 김성삼은 물은뼈라를 소지하지 아니하였고 복피를 찬양하는 언동을 하지 아니하였으므로 현행범인으로 체포한 것도 아니고, 피의자 김성삼에게 발부된 영장은 사후구속영장이 아니었으며, 설사 긴급구속을 하였다 할지라도 사후영장의 발부기간이 경과하였으므로 적법한 긴급구속도 아니다. 단지 경찰관은 피의자 김성삼을 임의동행의 형식으로 경찰서까지 연행한 것이다.

판례는 임의동행의 형식으로 피의자를 연행한 후 조사를 마치고도 귀가시키지 않고 장기간 대기시킨 경찰관의 행위를 불법감금으로 인정하였는데, 이는 임의동행 형식으로 연행되어 구속영장의 발부시까지 영장특기자로서 보호실에 대기시켜 두었다가 구속영장이 발부된 후 정식으로 구속을 집행하는 오랫동안의 수사

실무상 관행에 대한 부정선언을 한 획기적인 판례이며 피의자 진술서의 증거능력에 관한 획기적인 전환을 한 金時勳 판결, 고속중 관결 등과 함께 수사의 민주화를 위한 한국에 있어서의 miranda 판결이라고 평할 수 있다고 하는 견해도 있다.

이 대법원 결정은 피의자의 신체구속에 있어서 적법절차를 강조한 원칙적이고 교과서적인 판례로서 과거의 판례와 일맥상통한다고 할 수 있다. 즉 「법정절차없이 사람을 이른바 경찰서 보호실에 구금케한 행위는, 경찰관이 이를 수사목적 달성을 위한 적절한 행위라고 믿고 한 행위라고 할 수 없을 것이고, 설사 이를 정당한 행위로서 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 믿었다 하더라도, 기록상 그와같이 믿을만한 正當한 이유가 있었다 할 수 없으며, 경찰관이 위와같이 그 직무상의 권능을 행사함에 필요한 법정조건을 구비하지 않았음에도 불구하고 이를 행사한 것이니, 이는 곧 그 직권을 남용한 것에 해당한다 할 것이고, 사람을 소위 보호실에 구금케한 것이 곧 사람을 감금한다는 것을 인식한 것에 해당한다 할 것이다」라는 판결에서 진일보한 것이라고 할 수 있다.

위의 대법원 결정에 따르면 영장특기자, 즉 구속영장이 청구된 피의자를 그 피의자의 의사에 반하여 경찰서 보호실등에 강제로 억류하기 위해서는 긴급구속의 절차에 의하여 피의자를 구속하여야 하며, 중대한 범죄사건의 피의자를 검거하여 조사한 후 귀가시켰다가 구속영장이 발부되기를 기다려 구속영장을 집행하게 되면 피의자의 도주로 인하여 구속영장을 집행할 수 없는 경우가 적지아니할 것이므로 앞으로 긴급구속건수의 현저한 증가가 예상되고 이를 엄격하게 그리고 제한적으로 해석해야 한다는 견해가 있으나, 현재와 같은 긴급구속의 요건과 절차가 緩和되지 않는 한 이를 기대하기 힘들 것이다. 보호실유치라는 불법구금을 방지하기 위해서는 판례의 진보적 견해와 더불어 법제도가 이를 뒷받침하여 현재 수사실무상 행해지는 불법의 영역을 법의 통제가 가해지는 영역으로 끌어들이야 할 것이다. 그리고 보호실유치문제의 개선방안은 다음 V에서 설명하기로 한다.

2. 임의동행과 공무집행방해

이 분제와 관련하여 참고로 할 수 있는 일제하의 판례로서 「경찰관이 범죄자라고 인정한 자에 대한 승락동행은 被要求者의 승락을 조건으로 하여 이를 일정한 장소에 동행하는 처분으로서 이의 승락여부는 피요구자의 임의이므로 단지 이를 거절한 경우는 물론 가령 그 거절의사가 폭행수단으로 표시된 때에도 그 수단이 폭행죄로 문의되는 것은 格別 공무집행방해죄를 구성하는 것이 아니고 또 동행요구를 거절한 이상 직무의 집행행위가 되지 아니하므로 요구자에 대하여 폭행을 가하여도 공무집행방해죄를 구성할 이유가 되지 못한다」가 있다. 현재 우리의 판례는 어떻게 논의를 전개하고 있는지 검토한다.

가. 주요판례

(1) 1970. 9.17 제 3부 판결 70도 1391 (대법원판결집 제 18권 3집) 공무집행방해 피고사건.

① 사실관계

피고인의 친척이 살해된 사건의 현장검증 장소에서, 피고인이 친척을 살해한 자가 구속되지 않고 있는데 격분하여 폭행을 가하자 이를 제지하기 위해서 순경 甲이 피고인을 연행하려는 순간 순경 甲의 손목을 비틀어 폭행을 가하였다.

② 判決要旨

검증장소의 경비업무를 수행하는 순경은 경직법 제 2조나 제 5조(개정 이전의 것)에 의하여 그 장소에서의 폭행행위를 제지하거나 또는 이를 제지하기 위해서 폭행자에게 임의동행을 요구할 책무가 있다고 할 것이므로, 피고인이 순경의 손목을 비틀고 이를 방해한 행위는 공무집행방해의 구성요건을 충족한다.

(2) 1971.12.28 제 3부 판결 71도 2066 (판례총합 27-2, 행정법편, 307-2 - 3면) 경찰관의 피의자에 대한 적정한 동행요구의 한계

① 사실관계

피고인과 공소외인의 싸움을 신고받고 현장에 출동한 순경이 피고인에게 임의

동행을 요구하자, 피고인은 이를 거부하고 同 순경을 폭행하였다.

② 판결요지

경직법에 의하면 경찰관은 일정한 요건하에 범죄와 관련이 있는 자에 대하여 동행을 요구할 수 있으므로, 본건 순경의 동행요구는 적법한 것이라 할 것이고 1심이 인정한 사실에 의하면 순경이 피고인에게 동행을 강요한 사실이 인정되지 아니하므로 피고인의 행위는 공무집행방해죄에 해당한다.

(3) 1972.10.31 제 3부 판결 72도 2005 (대법원판결집 제 20권 3집)

① 사실관계

경찰관이 야간에 피고인이 피해자를 때린다는 신고를 받고 현장에 갔었으나, 싸움은 이미 끝나고 피해자도 없어 피고인에게 불심검문을 하고 임의동행을 요구하였으나 피고인이 거절하므로, 경찰관이 피고인을 잡아끄는 등 강제로 연행하려하자 서로 밀치다가 피고인이 폭행을 가하였다.

② 판결요지

경찰관이 피고인에게 임의동행을 요구하다가 거절당하자 무리하게도 피고인을 잡아 끄는 등 강제로 引致하려고만 하였을 뿐 현행범으로 체포할 요건도 갖추지 않았거나 현행범으로 체포하여 한것도 아닌 것이니 적법한 공무집행행위가 있었다고 볼 수 없다.

(4) 1976. 3. 9 제 1부 판결 75도 3779 (대법원판결 제 24권 1집)

① 사실관계

피고인이 아들의 변사사건을 조사하기 위하여 경찰관이 피고인을 임의동행하려 하자 이발소 안방으로 피하여 문을 잠그고 자신의 앞가슴을 면도칼로 그으면서 험박하였다.

② 판결요지

경찰관의 임의동행 요구에 일방으로 피하여 문을 잠갔다면 이는 임의동행 요구를 거절한 것으로서 피요구자의 승락을 조건으로 하는 임의동행으로서의 직무행위는 끝났다고 할 것이고, 그 방안에서 면도칼로 앞가슴등

을 그어 피를 보이면서 자신이 죽어버리겠다고 불온한 언사를 하였다 하더라도 자해 자학행위가 될지언정 이는 경찰관에 대한 유형력의 행사나 해악의 고지로서의 폭행 또는 협박으로 볼 수 없다.

나. 법률논점과 평가

여기에서 檢討해야할 논점은 임의동행에 있어서 가장 본질적인 요건인 “임의성” 즉 상대방의 승락이 없는 경우에도 그 연행이 적법한 공무집행행위로 볼 수 있는가와 이에 대항하는 상대방의 폭력적 수단이 공무집행방해를 구성하는가 이다.

(1)의 사건에서 판례는 상대방의 승락이 없는 강제연행임에도 불구하고 이 행위를 경직법상의 적법한 임의동행으로 본 문제점이 있다. 이 사건에서 주목할만한 것은 상고이유인데, 즉 「임의동행은 승락을 조건으로 하여 일정한 장소에 동행하는 처분이며, 이를 승락하거나 않거나는 동행자의 임의로운 의사에 기인하는 것이므로 단지 이를 거절하는 경우는 그 거절의 의사가 폭행의 수단에 의하여도 그 수단이 폭행죄에 해당됨은 모르되 공무집행방해죄를 구성하지 아니한다.그 임의동행을 거절하는 의사가 명백한 사람을 강제로 연행하려는 경찰관에게 무리한 강제연행을 만류하는데 불과한 경우에 해당되는 바 그것이 공무집행방해죄를 구성하지는 않는다. 더구나 연행하려 할 순간 일단 동행의 요구에 대하여 거절한 이상은 이미 직무의 집행행위는 존재하지 아니하므로 요구자에 대하여 폭행을 가하더라도 공무집행방해를 구성할 이유가 없다」고 하는 것이다. 이 상고이유는 임의동행의 해석에 있어서 타당한 견해로서 배척되어야할 이유가 없다고 본다.

그후 대법원은 태도를 변경하여 (3), (4)의 사건에서 동행의 요구를 거절한 경우는 이미 임의동행으로서의 공무집행행위는 終了하고 강제연행하려 하는데 대한 반항적인 태도가 공무집행방해죄를 구성하지 아니한다는 견해는 타당하다. (2)의 사건에서 공무집행방해로 본 것은 경찰관의 동행요구가 강제적인 요소가 없어 합법적이었기 때문인 것이므로 타당한 판례이다.

판례를 종합 檢討해 보면 경찰관에게 임의동행의 권한이 있다고 해서 이를 강

제력까지 행사하여 남용하는 것을 방지하고 임의동행의 요구가 거절된 경우에는 기타의 적법한 절차를 밟아야 할것을 제시하고 있다. 이것이 임의동행을 인정한 법의 취지에도 부합하는 것이며 기타의 법적절차가 마련되어 있지 않아 어려움이 있다면 이에 대한 개선책을 마련해야 할 것이지 결코 강제력의 행사는 임의동행의 의미를 살릴 수 없는 것이다.

VI, 형사보호실의 운영문제

1. 序 言

任意同行의 문제와 관련하여 빼놓을 수 없는 문제가 刑事保護室의 문제이다. 경찰관이 任意同行의 形式으로 상대방을 경찰관서까지 동행한 후에 원칙적으로는 相對方의 자유로운 퇴거가 보장되어야 하는 것이다. 하지만 과연 現實의 세계에서 任意同行에 응한 상대방의 자유로운 퇴거가 보장되고 있는가 하는 물음에는 회의적인 반응이 많다.

任意同行이 시작되고 그것이 상대방의 퇴거의사에 의해서 임의동행이 종료된 경우에, 더 이상 계속 억류를 하는 것이 어떤 문제점을 가지고 있으며, 이에 대한 구제방법은 무엇이며, 앞으로 개선방안은 무엇인지 검토해 본다.

2. 問題의 所在

우리나라 搜查實務上 刑訴法이 규정하고 있는 제도는 아니지만 慣行으로 운영되어오는 제도로써 경찰서의 保護室制度가 있다. 各 警察署에서는 유치장과 별도로 搜查課 刑事係에 刑事保護室을 설치하여 운영하고 있으며, 여기에는 拘束令 狀待期者, 起訴中止者 뿐만 아니라 刑事被疑者로서 調査를 받기 위해 대기하는 홀도 포함되어 있다.

수사과정의 실제운영 상황을 보면 現行犯人 경우를 제외하고는 우선 용의자나 피의자를 임의동행의 형식 등으로 체포하여 놓고 그를 訊問·取調하여 범행사실이 확인되면 소명자료를 구비하여 비로소 구속영장을 신청하는 경우가 많다. 이

제력까지 행사하여 남용하는 것을 방지하고 임의동행의 요구가 거절된 경우에는 기타의 적법한 절차를 밟아야 할것을 제시하고 있다. 이것이 임의동행을 인정한 법의 취지에도 부합하는 것이며 기타의 법적절차가 마련되어 있지 않아 어려움이 있다면 이에 대한 개선책을 마련해야 할 것이지 결코 강제력의 행사는 임의동행의 의미를 살릴 수 없는 것이다.

VI, 형사보호실의 운영문제

1. 序 言

任意同行의 문제와 관련하여 빼놓을 수 없는 문제가 刑事保護室의 문제이다. 경찰관이 任意同行의 形式으로 상대방을 경찰관서까지 동행한 후에 원칙적으로는 相對方의 자유로운 퇴거가 보장되어야 하는 것이다. 하지만 과연 現實의 세계에서 任意同行에 응한 상대방의 자유로운 퇴거가 보장되고 있는가 하는 물음에는 회의적인 반응이 많다.

任意同行이 시작되고 그것이 상대방의 퇴거의사에 의해서 임의동행이 종료된 경우에, 더 이상 계속 억류를 하는 것이 어떤 문제점을 가지고 있으며, 이에 대한 구제방법은 무엇이며, 앞으로 개선방안은 무엇인지 검토해 본다.

2. 問題의 所在

우리나라 搜查實務上 刑訴法이 규정하고 있는 제도는 아니지만 慣行으로 운영되어오는 제도로써 경찰서의 保護室制度가 있다. 各 警察署에서는 유치장과 별도로 搜查課 刑事係에 刑事保護室을 설치하여 운영하고 있으며, 여기에는 拘束令 狀待期者, 起訴中止者 뿐만 아니라 刑事被疑者로서 調査를 받기 위해 대기하는 홀도 포함되어 있다.

수사과정의 실제운영 상황을 보면 現行犯人 경우를 제외하고는 우선 용의자나 피의자를 임의동행의 형식 등으로 체포하여 놓고 그를 訊問・取調하여 범행사실이 확인되면 소명자료를 구비하여 비로소 구속영장을 신청하는 경우가 많다. 이

때 拘束令狀이 발부되거나 무혐의로 풀려나기 이전까지 아무런 法的 根據없이 刑事保護室에 대기시키는 것이 문제로 제기될 수 있다. 또 刑事保護室에 대기시키는 것이 문제로 제기될 수 있다. 또 刑事保護室 뿐만 아니라 任意同行한 피의자 등을 귀가시키지 않은 채 다른 사무실이나 기타의 장소에 장기간 대기시켜 조사하는 경우도 있다. 여기서 교과서적인 刑訴法과 실제 운용되고 있는 산 刑訴法의 현실적 괴리가 발견되고 있다.

현재 운용되고 있는 刑事保護室이 언제부터 정확히 시작되었는지 알 수 없지만, 과거의 문헌을 보면 「당초부터 各警察官署에 이러한 시설을 만들었던 것은 아니었던 듯 하다. 야간통행금지위반자, 만취자 등을 경찰관이 야간에도 常時勤務하는 刑事室에 앉혀 놓았다가 다음날 아침에 즉결심판에 회부하거나 방면하는 등 조치를 취하여 오다가 그 수효의 증가와 관리의 철저를 기한다하여 木冊 등으로 구획을 하기에 이르렀고 5.16 직후 소위 보안사범의 격증과 계엄하의 人身拘束에 관한 司法的 抑制가 다소 이완되었을 무렵이 木冊은 별개의 독립된 방으로 변모하였고 이는 다시 철망의 창과 시정장치에까지 이르게 되었던 것이다. 이러한 모양으로 保護室의 시설이 바뀌어지는 동안 한편으로 그 곳에 수용되는 사람과 그 용도도 크게 변형되어 응급구호자의 보호를 위한다는 保護室은 非法的 人身拘禁室이 되어버렸고 이제는 만성화되어 아무도 이 拘禁室을 是非해 보려 하는 사람조차 없어져 버렸다. 그리하여 그 拘禁室에는 미처 刑事事件으로 正式立件되지 아니한 자도 拘束될 수 있고 또 그와 같이 拘禁됨으로써 그 拘禁은 正式拘束의 예고이기도 하다」고 하고 있다.

이 보호실이 법적 근거를 찾지 못하고 있으면서도 현실적으로 존재하고 있는 것은 그럴만한 必要性이 있기 때문일 것이다. 예를 들어 조사를 하기 위해서 被疑者를 任意同行해 왔을 경우 法대로 하자면 피의자가 자유로이 자리를 옮길 수 있어야 하지만 이렇게 해서는 調査가 곤란해질 경우가 있을 것이고, 調査後 拘束令狀을 신청하는 경우에도 令狀신청때부터 發付에 이르기까지는 상당한 시간

이 소요되고 있으며 이 동안에 피의자가 마음대로 행동을 한다면 發付된 令狀을 집행하는데 어려움이 따를 경우를 예상할 수 있으며, 이와 같은 이유로 必要惡으로서의 刑事保護室이 운영되고 있는 것이 아닐까 한다.

문제는 必要性 만으로는 모든 것을 合法化시킬 수 없다는 것이다. 또 피의자를 수사관서에 대기시키는 경우에 대부분 본인의 동의를 받은 경우라고 할지라도 그것이 實質的 意味에 있어서 同意인가가 의문이며, 承諾을 받았다고 해서 그것이 任意搜查의 방법으로 현행법下에서 허용될 수 있는가 하는 것도 의문이다. 承諾留置라 하더라도 사실상 拘束과 다를없으며 實質的인 拘束을 本人의 同意가 있었다는 이유만으로 허용한다는 것은 헌법이 보장하는 令狀主義를 유린하는 결과를 초래할 수 있는 것이다. 즉 보호실등의 유치가 자유의사에 기한 事前同意에 의한 경우라도 同意拘束의 合法的을 인정할 수 없으며 現行法이 令狀主義를 철저히 관철하고 그 예외를 엄격히 제한하고 있는 점에서 볼 때 被疑者의 事前的 拘束등의 특별한 의미를 인정할 수 없기 때문에 성질상 拘禁이 된다는 문제가 있다. 또 拘禁이란 事實上 이동의 자유를 제한하면 족하고 그 方法에는 제한이 없기 때문에 피의자의 意思에 관계없이 경찰서 보호실의 유치를 행하는 경우는 拘禁에 해당한다고 할 수 있다.

保護室의 留置中 조사에 의하여 拘束의 필요가 있을 때에는 拘束令狀을 신청하여 이것이 발부되면 정식으로 留置場으로 옮겨지지만 그동안의 非公式的인 事實上의 拘禁은 뒤에 發付되는 令狀의 意義를 설명하기 어렵게 한다. 즉, 保護室 留置의 광범하고 공공연한 사용은 헌법상의 令狀制度를 적어도 그 중요한 부분에 있어서 유린하고 있는 것이며 保護室 制度에 관한 現行의 實務慣行이 폐기되지 않는 한, 헌법이나 刑訴法上의 被疑者 拘束에 관한 재규정은 화려한 장식 이상의 의미를 가질수 없다고도 할 수 있다.

2. 對策의 모색

刑事保護室의 운영이 人權에 심각한 문제를 초래하는 法的 根據가 없는 제도

라고 해서 이를 무조건 폐지하는 것은 搜查業務에 있어서 또 다른 우회적인 方法을 촉진시킬 가능성을 배제할 수 없으며, 수사기관의 범죄에 대한 강력하고 효과적인 투쟁도 불가결한 국가적 이익이라는 측면도 고려해야 할 것이다. 한때 이 보호실 문제가 1969년 가을 國政監査때 제기되어 일부지방에서 보호실을 폐지한 경우가 있었다. 예를 들어 대구지방검찰청은 1970. 3.16자 공문으로 「보호」라는 명목의 대기를 금지시키고 내란의 죄등 14개 罪名에 대하여 檢事의 事前指揮를 받아 緊急拘束을 허용하는 조치를 취하였는데, 1970.10.14자 每日新聞은 「되레 무색해진 人權尊重」이란 제목하에 事實上 拘束은 보호실 철폐 후에도 계속되고 있으며 오히려 수사력만 감소시킨다고 지적하고 있었다.

이상과 같은 문제점을 지닌 刑事保護室의 保護留置를 어떤 方向으로 개선해야 할 것인가를 검토해 보아야 할 것이다.

(1) 保護室制度를 立法에 正面으로 반영하여 이를 인정하고 合理的인 規制를 시도하는 方法이 있을 수 있다. 이러한 견해를 종합해 보면, 保護室留置의 事前節次로서 본인의 가족이나 보호자에게 피의사실을 특정하여 告知하도록 하고 留置處分에는 檢事나 責任警察幹部의 소정서식에 의한 사전승인을 얻게 하여 책임 소재를 분명히 하는 方法을 강구하고 留置期間을 制限하고 또한 同一 被疑事實을 근거로 하여 다시 留置할 수 없는 등의 규정을 두어 令狀制度 등의 인권옹호에 관한 규정이 法執行過程의 현실적인 여건과 搜查의 對象이 된 개인의 구체적인 곤경을 배려한 立法을 하여야 할 것이다. 라는 견해가 있고, 이와 비슷한 견해로서 우리나라도 令狀主義의 이상에 얽매어 현실적으로 필요불가결한 保護留置를 백안시함으로써 오히려 恣意的인 不法拘禁事態를 방관할 것이 아니라 1957. 12.31 立法化한 프랑스와 같이 이를 솔직히 인정하여 24시간 또는 48시간 동안의 保護留置를 인정하고, 이 保護留置의 決定 및 진행과 연장에 대하여 檢事의 유치장감독, 의사의 신체검사, 保護留置의 開始와 終了時에 被保護留置者의 署名 印을 받는 방법등 檢察의 엄격한 統制策을 강구하는 것이 요망된다고 하는 견해가 있다.

(2) 現在の 保護留置를 緊急拘束의 活用으로 충분히 대처시킬 수 있다는 견해가 있다. 즉 수사기관은 緊急拘束이 令狀主義의 例外로서 法官의 사후심사까지도 배제하는 不法의 제도에 불과하다. 따라서 緊急拘束의 活用은 오히려 不法의 세계를 適法의 세계로 끌어들이는 순화하는 장점이 있으며, 緊急拘束을 인권보장을 위해서 억압할 것이 아니라 刑訴法上 피의자의 訊問을 강제하는 제도로써 活用되어야 할 것이라는 견해이다.

(3) 保護室留置의 가장 강력한 규제방법으로 생각해 볼 수 있는 것으로는 保護室留置중 事實上 不法拘禁狀態에서 얻은 피의자 진술의 證據能力을 不法節次에 의하여 얻은 증거의 법리를 적용하여 배제하는 방법이다. 그리고 現行法下에서 警察官이 작성한 피의자 자백조서는 피고인이 공판정에서 그 내용을 인정하지 않으면 증거능력이 인정되지 않는다.(刑訴法 312 조 2 항). 문제는 더 나아가 일의 동행에 이은 불법감금 상태에서 획득한 자백외의 증거에 대해서도 증거능력을 부정할 수 있는가 하는 것이다.

즉, 刑訴法 309 조를 여기까지 확대할 수 있는가 하는 것이다. 가장 강력한 규제방법은 자백외의 증거에 대해서도 不法拘禁狀態에서 얻어진 것이라면 증거능력을 배제하는 방법일 것이다.

생각컨대 緊急拘束의 活用 方法은 현재와 같은 엄격한 要件과 節次 아래에서는 그 實効性이 의문이며 이를 좀더 완화해서 合理的인 규제방법을 모색해야 할 것이며, 不法節次에 의한 證據의 證據能力을 배제하기 위해서는 우선 수사기관이 合理的으로 被疑者를 訊問한 수 있는 方法이 선행되어야 할 것이다. 따라서 지금까지 慣行으로 계속되어온 문제점을 正面으로 立法에 반영하여 統制하는 方向으로 나아가야 할 것이다.

VII. 任意同行問題에 대한 종래의 견해

임의동행과 이에 이은 보호유치 문제에 대한 해결책을 검토해 볼때 크게 두가

(2) 現在の 保護留置를 緊急拘束의 活用으로 충분히 대처시킬 수 있다는 견해가 있다. 즉 수사기관은 緊急拘束이 令狀主義의 例外로서 法官의 사후심사까지도 배제하는 不法의 제도에 불과하다. 따라서 緊急拘束의 活用은 오히려 不法의 세계를 適法의 세계로 끌어들이는 순화하는 장점이 있으며, 緊急拘束을 인권보장을 위해서 억압할 것이 아니라 刑訴法上 피의자의 訊問을 강제하는 제도로써 活用되어야 할 것이라는 견해이다.

(3) 保護室留置의 가장 강력한 규제방법으로 생각해 볼 수 있는 것으로는 保護室留置중 事實上 不法拘禁狀態에서 얻은 피의자 진술의 證據能力을 不法節次에 의하여 얻은 증거의 법리를 적용하여 배제하는 방법이다. 그리고 現行法下에서 警察官이 작성한 피의자 자백조서는 피고인이 공판정에서 그 내용을 인정하지 않으면 증거능력이 인정되지 않는다.(刑訴法 312 조 2 항). 문제는 더 나아가 일의 동행에 이은 불법감금 상태에서 획득한 자백외의 증거에 대해서도 증거능력을 부정할 수 있는가 하는 것이다.

즉, 刑訴法 309 조를 여기까지 확대할 수 있는가 하는 것이다. 가장 강력한 규제방법은 자백외의 증거에 대해서도 不法拘禁狀態에서 얻어진 것이라면 증거능력을 배제하는 방법일 것이다.

생각컨대 緊急拘束의 活用 方法은 현재와 같은 엄격한 要件과 節次 아래에서는 그 實効性이 의문이며 이를 좀더 완화해서 合理的인 규제방법을 모색해야 할 것이며, 不法節次에 의한 證據의 證據能力을 배제하기 위해서는 우선 수사기관이 合理的으로 被疑者를 訊問한 수 있는 方法이 선행되어야 할 것이다. 따라서 지금까지 慣行으로 계속되어온 문제점을 正面으로 立法에 반영하여 統制하는 方向으로 나아가야 할 것이다.

VII. 任意同行問題에 대한 종래의 견해

임의동행과 이에 이은 보호유치 문제에 대한 해결책을 검토해 볼때 크게 두가

지 경향을 들 수 있다. (수사실무에 종사하는 사람들의 견해와 일반 학자들이나 변호사들에 의해 주장되는 해결책 사이에는 시각의 차이가 있음을 인정해야 할 것이다) 그 첫째가 현행제도의 활용이고, 그 둘째가 새로운 제도의 도입을 시도해 보는 경향이다.

(1) 현행제도의 활용

임의동행과 보호유치를 활용하는 수사실무의 관행은 긴급구속의 요건이 제한되어 있고 절차가 실무자 특히 경찰관의 입장에서는 까다롭기 때문에 발생한다고 할 수 있다. 또 수사기관이 사전에 충분한 증거확보가 곤란한 경우가 많으므로 우선 피의자를 데려다가 조사를 하는 것으로부터 수사를 시작하려는 안이한 생각에서 기인한다고도 할 수 있다. 이와 같은 부정적인 시각을 떠나서 수사기관이 피의자의 출석을 때에 따라서는 강제할 필요가 있는데 이러한 필요성을 뒷받침하는 법적 장치와 통제가 있어야 할 것이다. 이러한 기본적인 제약을 보완하기 위해서, 입법론으로 긴급구속에 관하여 사후영장을 받아야 할 기간을 더욱 제한하면서 그 요건을 구속사유가 있으면 족한 것으로 보완하여 피의자의 출석을 강제하는 제도로서의 기능을 가지게 하거나, 구속에 이르지 않는 범위에서 피의자의 수사기관에의 출석을 강제할 수 있는 강제처분을 마련할 필요가 있다고 하는 견해가 있다. 또 임의동행이라는 허명아래 불법체포가 자행되는 것을 방지하고 사법심사를 거치게 하기 위해서 피의자구인제도를 신설하여 구인의 요건을 일부 완화하고 그 효력을 48시간으로 연장하는 방안을 검토할 필요가 있다는 견해도 있다. 이와 궤를 같이하는 견해도 다수 있는데 그 주요골자는 합법적인 긴급구속제도를 정면으로 활용케 하고 그 남용을 방지하기 위해 감독을 철저히 하여야 하며, 또는 구인영장제도를 활용하자는 것이다. 현행제도를 활용하여 분쇄해결을 시도하려는 방안은 다음과 같은 선행문제가 해결된다면 가능할 것이다. 먼저 긴급구속을 활용하는 경우에는 절차를 대폭 간소화해야 할 것이며, 다음으로 구인영장을 활용하는 경우에는 구인의 요건이 구속보다 완화되어야 할 것이다. 결국 이러한 선행문제들이 해결된다면 이는 후술하는 체포제도와 비슷해진다.

(2) 새로운 제도의 구상

일본의 체포장제도와 유사한 체포제도를 도입하여 현재 사장되다시피한 긴급구속과 구인의 대응 역할을 하게 하고 탈법적으로 자행되는 임의동행과 보호유치의 악습을 뿌리뽑아 법의 통제속에 넣어서 문제를 해결하려는 시도가 있다. 그리고 임의동행제도를 폐지하고 미국과 일본의 제도를 본따서 체포영장에 의해서만 피의자를 강제연행하고, 24시간 또는 48시간내에 判事의 拘留영장을 받아서 拘留하는 제도로 형소법을 개정하는 것이 좋다는 의견도 있다. 한편 프랑스와 같은 형태의 보호유치제도를 도입하고 이에 필요한 각종 조치를 취하며 엄격한 법석통제를 가해야 한다는 견해가 있는데, 이 견해가 우리 헌법과의 관세에서 무리없이 해석될 수 있는가 하는 문제점이 있다.

새로운 제도의 도입에 공통되는 주장이 권한을 인정하여 주는 대신 엄격한 통제도 가해서 지금의 임의동행보다 더 남용될 위험성을 줄이고자 하는 시도도 게을리하지 않는다는 것이다.

VIII. 문제해결의 시도(결론)

오늘날 임의동행이나 임의동행의 형식을 빈 강제연행이 행해지는 가장 큰 이유중의 하나가 수사초기단계에서 효과적으로 피의자의 출석을 강제할 수 있는 제도의 결함과 증거확보의 우선이 아닌 신빙확보 우선의 안이한 수사태도일 것이다. 수사를 하면서 부당한 인권침해가 조금이라도 생겨서는 안됨은 물론 범인의 심경을 통한 사회질서의 維持라는 측면도 고려해야 할 것이다. 그러므로 임의동행과 이에 따른 보호유치의 문제를 해결함에 있어서는 이 두가지 측면을 동시에 고려하는 입장이어야 한다.

1. 가정해 볼수 있는 기본적인 틀

(1) 사법경찰관(이하 사경)은 장기 3년 이상의 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 24시간 이내에서 조사를 하기 위해 보호유치할 수

(2) 새로운 제도의 구상

일본의 체포장제도와 유사한 체포제도를 도입하여 현재 사장되다시피한 긴급구속과 구인의 대응 역할을 하게 하고 탈법적으로 자행되는 임의동행과 보호유치의 악습을 뿌리뽑아 법의 통제속에 넣어서 문제를 해결하려는 시도가 있다. 그리고 임의동행제도를 폐지하고 미국과 일본의 제도를 본따서 체포영장에 의해서만 피의자를 강제연행하고, 24시간 또는 48시간내에 判事의 拘留영장을 받아서 拘留하는 제도로 형소법을 개정하는 것이 좋다는 의견도 있다. 한편 프랑스와 같은 형태의 보호유치제도를 도입하고 이에 필요한 각종 조치를 취하며 엄격한 법직통제를 가해야 한다는 견해가 있는데, 이 견해가 우리 헌법과의 관세에서 무리없이 해석될 수 있는가 하는 문제점이 있다.

새로운 제도의 도입에 공통되는 주장이 권한을 인정하여 주는 대신 엄격한 통제도 가해서 지금의 임의동행보다 더 남용될 위험성을 줄이고자 하는 시도도 게을리하지 않는다는 것이다.

VIII. 문제해결의 시도(결론)

오늘날 임의동행이나 임의동행의 형식을 빈 강제연행이 행해지는 가장 큰 이유중의 하나가 수사초기단계에서 효과적으로 피의자의 출석을 강제할 수 있는 제도의 결함과 증거확보의 우선이 아닌 신빙확보 우선의 안이한 수사태도일 것이다. 수사를 하면서 부당한 인권침해가 조금이라도 생겨서는 안됨은 물론 범인의 심경을 통한 사회질서의 維持라는 측면도 고려해야 할 것이다. 그러므로 임의동행과 이에 따른 보호유치의 문제를 해결함에 있어서는 이 두가지 측면을 동시에 고려하는 입장이어야 한다.

1. 가정해 볼수 있는 기본적인 틀

(1) 사법경찰관(이하 사경)은 장기 3년 이상의 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 24시간 이내에서 조사를 하기 위해 보호유치할 수

있다.

(2) 피의자를 보호유치하는 경우 사경은 즉시 검사에게 보고하여 승인을 받는다.

(3) 사경은 보호유치 기간중 신문시간과 내용, 기타 그 기간중에 있었던 사실 관계를 문서로 작성하여 피의자의 서명 날인을 받아 보관하여야 한다.

(4) 사경은 보호유치의 사실을 피의자의 가족 등에게 즉시 알려야 하고 피의자는 보호유치 기간중 변호인의 도움을 받을 수 있다.

(5) 기간의 연장은 24시간 이내에서 검사의 허가를 받아서 할 수 있다. 그리고 유치기간이 종료하면 구속영장을 신청하거나 즉시 석방을 한다. 한편 석방된 피의자를 동일 사유로 다시 보호유치할 수 없다.

(6) 구속시간은 현재보다 대폭 단축하여 5일 이내로 하며, 신속히 위와 같은 절차가 이루어질 수 있도록 전담 검사와 판사가 있어 24시간 대기 체제를 갖추어야 할 것이다.

(7) 장점

① 현재 경찰수사의 실무상 관행적으로 행해지고 있으며 부당한 인권침해로 문제가 되고 있는 임의동행의 형식을 띤 강제연행에 대해서 위의 절차를 벗어난 경우에는 불법구금을 인정하여 과감한 통제를 가할 수 있으며, 수사초기에 피의자를 짧은 시간동안 강제할 수 있고 피의자도 부당한 장기구금에서 벗어날 수 있을 것이다.

② 각 경찰서에 설치되어 불법감금의 소지를 갖고 있는 형사보호실을 법적 통제 안으로 끌어 들일 수 있다.

(8) 문제점

① 법관이 발부한 영장없이 수사초기에 보호유치라는 이름으로 피의자를 강제하는 것이 현행 헌법(제 12조)하에서 가능한가 하는 문제점이 있다. 보호유치를 체포의 일종으로 보더라도 검사의 청구에 의한 법관의 사전영장이 원칙이고 예외적인 경우에 사후영장이 인정되는 것이다. 따라서 현행법하에서 사법경찰

관에게 보호유치의 권한을 인정하는 것은 무엇보다도 違憲이 아닌가 하는 문제점이 있다.

② 만일 사법경찰관의 보호유치권한이 법의 개정 등으로 인정된다고 하더라도 정치적 중립성이 담보되지 않은 현재의 중앙집권적인 경찰조직이 공정한 수사를 진행할 수 있는가 하는 문제점도 내포한다. 따라서 수사초기의 강제처분권을 사법경찰관에 인정함에 있어서는 경찰의 중립성과 조직의 편성문제도 동시에 고려하여 검토해야 할 것이다.

2. 현행법하에서 문제해결 방안의 시도

위의 기본적인 틀이 앞으로의 입법적인 해결방안으로는 참고가 될수 있지만 현행법하에서는 수용되기 어려운 점이 있으므로 우선 현행법하에서 문제의 해결방안을 상구해야 할 것이다. 이 해결방안으로 제시할 수 있는 것의 하나로 헌법(제 12조)에서 예정하고 있는 체포제도를 형소법에 상세히 규정하여 위의 기본적인 틀에 가깝게 활용하는 방안이다. 이 제도를 활용하여 현재 엄격한 절차와 요건으로 인해 거의 활용되고 있지 않은 긴급구속제도를 내치하고, 수사초기까지 피의자를 짧은 시간동안 강제할 수 있고 형사보호실의 사실상의 불법구금 문제도 해결할 수 있는 법적 근거를 마련한다.

(1) 사전영장에 의한 체포

그 요건은 구속의 요건보다 완화하여 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있으면 족할 것으로 하고, 실무상으로는 그 절차나 구비서류를 대폭 간단히 해야할 것이다. 그리고 체포영상의 신청은 수사의 기동성과 신속성의 필요상 사법경찰관이 할 수도 있어야겠지만 이는 경찰수사권의 독립과 관계된 것으로 앞으로 입법론적으로 검토되어야 할 것이고 현행법하에서는 검사의 신청에 의해 법관이 발부한다. (헌법 제 12조3항참조) 체포의 기간은 24~48시간으로 하여 이 기간이 종료하면 구속영장을 신청하던가 석방하여야 한다.

(2) 사후영장에 의한 체포

장기 3년 이상의 형에 해당되는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 자는 사전영장없이 체포할 수 있다. 사법경찰관은 피의자를 체포한 후 즉시 검사에게 피의사실과 체포사실을 보고한다. 그리고 체포기간은 24~48시간으로 하며 이 기간내에 사후 체포영장을 발부받을 것이 아니라 이 기간이 종료할 때 구속영장을 청구 하던가 석방하여야 할 것이다. 앞으로의 입법론으로 요건을 기본적으로 완화하는 것도 인권의식이 성숙되고 이 체포제도가 무리없이 잘 활용되는 경우에는 생각해 볼 수 있을 것이다.

이것이 수사실무에서 적극적으로 활용될 수 있도록 하기 위해서는 긴급구속의 경우와 같은 원칙적으로 검사의 사전승인이라는 요건은 없애야 하는 것이 타당할 것이다.

(3) 체포기간의 문제

체포기간은 구속의 여부나 필요한 조사를 함께 적당한 시간이어야 할 것이며 부당한 장기구금이 되어서는 안될 것이다. 따라서 24시간이면 적당하다고 할 수 있으나, 현재와 같은 수사경찰의 과중한 업무 속에서는 24시간내에 필요한 조사를 충분히 할 수 없는 경우도 있을 것이다. 1986년 치안본부 수사부의 통계자료에 의하면 형사요원 1인당 연평균 처리건수가 52건이 적정인데 비하여 2배가 되는 104건을 처리하고 있고 조사요원 1인당 연평균 처리건수는 273건이 적정인데 비하여 1.5배인 413건을 처리하고 있는 것으로 나타나고 있다. 이러한 상황에서는 24시간 이내에 필요한 조사를 다할 수 있는지는 의문이다.

3. 先行條件

이상과 같은 체포제도가 기본적인 틀에 가깝게 운영되기 위해서는 다음과 같은 선행조건이 있어야 한다.

(1) 경찰과 검사의 접촉기회가 언제라도 쉽게 이루어질 수 있어야 하며 법관의 영장 발부도 빨리 이루어질 수 있어야 할 것이다. 이렇게 되기 위해서는 이것을 전담하는 검사와 判事가 있어야 할 것이다.

(2) 부당한 인권침해를 초래하는 수사를 방지하기 위해서는 적절한 수사인력과 장비의 확보가 요구된다. 현재 수사경찰관의 현황을 보면 1986년 전체 경찰관의 정원은 63,471 명이고 그중 수사경찰관의 정원은 10,533 명이다. 그런데 실제로 현원이 정원을 다 채우고 있는 것은 아니다. 한편 1986년의 범죄 발생건수는 318,718 건이고 검거건수는 698,178 건이며 검거인원은 850,196 명이다. 물론 수사경찰관이 범인을 검거하는 것은 아니지만 현재의 인력으로 증가추세에 있는 범죄를 정확하고 공정하게 수사하며 인권을 보호하고 사회질서를 유지할 수 있는가 하는 것은 의문이다. 그러므로 수사관의 자질향상과 인권의식을 함양함은 물론 신병확보보다 증거수집을 우선적으로 행할 수 있는 인적, 물적 뒷받침이 있어야 할 것이다.

(3) 위의 제도가 현재와 같이 정치적 중립성이 담보되지 않고 있는 상황에서는 무차별적인 남용의 우려도 있으므로 경찰수사의 정치적 중립성을 확보해야 할 것이다.

(4) 경찰법상의 불심검문과 이에 따른 임의동행을 엄격히 해석하여 무차별적이고 형식적인 불심검문관 임의동행을 방지하여야 할 것이다. 그리고 수사를 행함에 있어서 임의동행이라는 미명으로 강제연행이 일어나지 않게 출두요구에 의한 자진출두 의에는 이를 금지하는 방법도 생각할 수 있다.

(5) 인권침해는 事前矛盾이 중요한 것이지 事後救濟는 별 실효성이 없는 경우가 많다. 따라서 사전에 이의 남용이 일어나지 않도록 철저한 감독과 징계가 있어야 할 것이다. 그리고 적법한 체포제도가 있음에도 불구하고 불법체포가 일어나는 경우에는 이로부터 얻은 자백이나 기타 증거능력을 배제하는 방법도 상구해야 할 것이다.

(6) 체포제도에 의해서 필요한 조사가 행해지고 나면 그 다음의 구속기간 중에는 기타 필요한 자료의 수집이나 증거의 인멸을 방지할 수 있는 최소한의 기간만 있으면 되므로 지금과 같은 10일간의 구속기간을 더욱 단축하여 5~7일 정도로 하여 피의자의 장기구금상태를 방지하여야 할 것이다.