

強制搜查와 任意搜查의 限界

金 日 秀*

〈目 次〉

I. 序 言

II. 任意搜查와 強制搜查의 原則

上의 區別

1. 問題의 提起
2. 任意搜查의 原則
3. 任意搜查의 適法性問題
4. 強制搜查의 法的 規律

III. 任意搜查와 強制搜查의 限界

1. 問題의 提起
2. 寫眞 및 비디오 撮影
3. 錄 音
4. 盜 聽
5. 體內搜查

IV. 結 言

I. 序 言

우리 사회는 최근 몇년간 犯罪와의 전쟁상태에 놓여있다. 1990년 10월 13일 노대통령은 暴力 및 犯罪에 대한 戰爭을 선포한 뒤 아직까지 休戰이나 終戰에 관한 조치가 없기 때문이다. 그 당시 선언문의 내용을 한번 살펴본다면 전쟁상태를 방불케하는 긴박감이 넘친다. 「이제 흉악범과 누범자에 대해서는 온정주의적 형사정책을 전환해야 한다. 범죄와 폭력에 대한 전쟁은 일과성조치로 끝나지 않을 것이며 이러한 노력이 소기의 성과를 거두는데 미흡하다면 특단의 대책도 강구할 것이다.」

* 高大 法大 教授

이러한 대범죄 선전포고에 뒤이어 정부와 여당은 「흉악범처벌에 관한 특별조치법」을 제정하여 흉악범 초범엔 30년, 재범엔 최고 50년의 징역도 가능하게 하여 흉악범을 사회로부터 격리시키는 강공책을 쓸 계획을 내 놓았다. 게다가 범죄전쟁의 성과를 높이기 위해 경찰관직무집행법상의 까다로운 법치국가적 인권보호장치를 제거·완화시켜 능률과 사기를 높이겠다는 착상은 실제 입법에서 그 일부가 관철되기도 했다. 그 밖에도 사형이 확정된 중범자들에게 조속히 사형을 집행하고 흉악범의 신속재판과 중형선고를 유도하며, 흉악범 수용을 위한 초중구금교도소를 조기신설하되 개선곤란한 자에게 유격체조 등 강도높은 육체훈련을 가하겠다는 案도 제시되었었다.

폭력과 범죄로 얼룩진 우리사회를 총체적 혼란상태라고 단정하는 한 이러한 전쟁분위기 하에서 전면적인 범죄통제계획은 불가피한 일일지도 모른다.

그러나 아무리 총체적 혼란상태라고 하더라도 과도한 국가형벌권의 투입이나 重刑主義의 남발보다 犯罪있는 곳에 국가형벌권은 틀림없이 개입하며, 진실은 은폐된채 넘어가지 않는다는 의식을 일반인들이 확신하게끔 차분한 형사정책을 정착시키는 일이 무엇보다 중요하다. 이러한 사회의식의 정착은 무엇보다 국가형벌권 실현의 제1단계인 犯罪搜查의 철저화를 의미한다. 범죄를 저지르고도 수사망을 피하여 자유로이 거리를 활보할 수 있는 사회분위기라면 엄벌주의나 중형주의의 엄포도 허수아비같은 구실밖에 하지 못할 것이다. 그런데 수사의 철저화는 수사의 과학화, 능률화, 합리화를 전제로 한다. 특히 능률있는 수사를 강조하다보면 자칫 범죄혐의자의 인권을 위한 헌법적, 형사소송법적 장치들이 거추장스럽게 여겨질때가 있을지도 모른다. 그러나 범죄를 통제하는 수단은 그것이 아무리 능률적·합목적이라 할지라도 합법적이지 않으면 안된다. 수사의 능률성·합목적성 때문에 인류가 인권과 자유를 유린당하는 막대한 희생을 지급하고 비로소 도달한 계몽주의적 법문화의 수준을 무시하거나 후퇴시키면서도 그 정당성을 획득할 수 있는 것은 아니다.

인간존중의 法文化란 다름아닌 한 사람의 극악한 犯罪人에게서도 그의 人權

을 존중할 줄 아는 넉넉한 法治主義의 原則들이었다. 犯罪統制의 實効性만 생각하고 이러한 法文化속에서 공인된 法價値를 쉽게 저버리거나 경시하는 刑事政策이나 수사활동은 그것 자체가 하나의 폭력이 될 수 있다. 公權力의 남용과 국가조직의 합법성을 가장한 脫法行爲는 실제 위장된 폭력으로서 犯罪的 暴力과 동일한 구조와 성격을 지닌다는 점은 이미 국제범죄학의 지배적인 경향이다.

犯罪가 民主社會의 公敵이라는 점은 두말할 필요조차 없는 진실이다. 犯罪統制의 제일선에서 뛰는 수사활동과 그 수사활동을 인간존중성에 기초를 둔 合法性의 수준으로 提高시키는 일이야말로 民主社會의 정착을 위해 반드시 다지고 넘어가야 할 부분이란 점을 유의할 필요가 있다. 이러한 관점에서 특히 任意搜查와 強制搜查의 限界 問題를 통해 수사문화의 민주화의 地平을 모색해 보고자 한다.

II. 任意搜查와 強制搜查의 原則上의 區別

1. 問題의 提起

搜查는 범죄사실의 탐지와 犯人確保라는 목적을 실현하는 수사기관의 활동이다. 이 활동은 합목적적인 성격을 띠고 있을 뿐만 아니라 機動性·能率性·密行性·強力性を 특징으로 삼는다. 機動性和 能率性的의 요청때문에 被疑者와 그 家族들에게도 가장 강력한 고통을 안겨다주는 身體拘束이 행하여지기도 하고 犯人 및 證據를 발견·수집·보전하기 위한 이유로 被疑者 및 기타 관계인의 재산적 法益이나 私生活의 平穩에 대한 侵害가 행하여지기도 한다. 또한 密行性的의 요청때문에 제3자에게 公開가 되지않음은 물론 가족이나 辯護人의 접촉·연락까지 차단된 상태에서 수사가 은밀히 진행되기도 한다.¹⁾

1) 車鏞碩, 刑事訴訟法 研究, 102面.

을 존중할 줄 아는 넉넉한 法治主義의 原則들이었다. 犯罪統制의 實効性만 생각하고 이러한 法文化속에서 공인된 法價値를 쉽게 저버리거나 경시하는 刑事政策이나 수사활동은 그것 자체가 하나의 폭력이 될 수 있다. 公權力의 남용과 국가조직의 합법성을 가장한 脫法行爲는 실제 위장된 폭력으로서 犯罪的 暴力과 동일한 구조와 성격을 지닌다는 점은 이미 국제범죄학의 지배적인 경향이다.

犯罪가 民主社會의 公敵이라는 점은 두말할 필요조차 없는 진실이다. 犯罪統制의 제일선에서 뛰는 수사활동과 그 수사활동을 인간존중성에 기초를 둔 合法性의 수준으로 提高시키는 일이야말로 民主社會의 정착을 위해 반드시 다지고 넘어가야 할 부분이란 점을 유의할 필요가 있다. 이러한 관점에서 특히 任意搜查와 強制搜查의 限界 問題를 통해 수사문화의 민주화의 地平을 모색해 보고자 한다.

II. 任意搜查와 強制搜查의 原則上의 區別

1. 問題의 提起

搜查는 범죄사실의 탐지와 犯人確保라는 목적을 실현하는 수사기관의 활동이다. 이 활동은 합목적적인 성격을 띠고 있을 뿐만 아니라 機動性·能率性·密行性·強力性を 특징으로 삼는다. 機動性和 能率性の 요청때문에 被疑者와 그 家族들에게도 가장 강력한 고통을 안겨다주는 身體拘束이 행하여지기도 하고 犯人 및 證據를 발견·수집·보전하기 위한 이유로 被疑者 및 기타 관계인의 재산적 法益이나 私生活의 平穩에 대한 侵害가 행하여지기도 한다. 또한 密行性的 요청때문에 제3자에게 公開가 되지않음은 물론 가족이나 辯護人의 접촉·연락까지 차단된 상태에서 수사가 은밀히 진행되기도 한다.¹⁾

1) 車鏞碩, 刑事訴訟法 研究, 102面.

그러나 수사의 합목적성만 강조하다보면 被疑者나 기타 利害關係人의 人權利益이 무시되거나 소홀히 취급되기 쉽다. 오늘날의 법치국가 헌법아래서 모든 국민은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 지니며 自由와 人權의 主體로서 법으로부터 존중·보호를 받는다. 따라서 수사전이라 할지라도 그것이 국가공권력의 작용인 法治國家原則의 적용한도안에서 운용되어야 한다. 즉 例性的 原則과 補充性的 原則 안에서 수사권은 발동되어야 한다. 더욱이 近代 啓蒙主義 이래로 無罪推定の 法理는 헌법상의 원리로까지 확립되었다. 그러므로 수사에 의한 인권침해적 작용은 필요한 최소한도에서 최후수단으로 허용되어야 하되 그 한도안에서도 법적인 절차에 따라 행하여지지 않으면 안된다. 이러한 관점에서 現行法은 拷問을 절대적으로 금지하고 被疑者에게 陳述拒否權을 보장하고 있을 뿐만 아니라(憲 제11조, 刑訴 제200조 2항), 임의성없는 自白의 증거능력배제(刑訴 제309조) 및 수사절차에 대한 엄격한 법률적 規制 등을 마련해 놓고 있다. 문제는 수사에서 그 합목적성의 요구와 그 합법성의 요구를 어떻게 조화시키느냐 하는 점이다. 여기에 우리 刑事訴訟法은 수사의 方法으로 任意搜查를 원칙으로 하되 強制搜查를 法律이 정한 경우에 예외적으로 인정하는 기본입장을 취하고 있다.

2. 任意搜查의 原則

수사의 方法은 任意搜查를 원칙으로 하며 強制搜查는 刑訴法에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 허용된다(刑訴 제199조 1항). 이것을 任意搜查의 原則이라 한다.

任意搜查란 수사를 받는 相對方의 同意·承認을 前提로 하여 수사의 목적을 달성하는데 필요한 상당한 調査를 행하는 것을 말한다.

수사의 단계에서도 被疑者는 단순한 調査의 客體가 아니라 調査에 응하는 主體이지만 強制處分の 효과에 대해서는 受認해야 할 의무를 부담하지 않으면 안 된다.³⁾ 비록 受認義務라 할지라도 그것을 부담해야 하는 개인의 權利와 法益에

2) 姜求真, 刑事訴訟法原論, 149面.

대한 制約이 심한 것이기 때문에 人權尊重과 法益保護의 견지에서 임의수사를 원칙으로하고 강제수사는 刑訴法이 특히 허용하는 한 예외적으로 행하여질 수 있도록 한 것이다.

그러나 임의수사라고 해서 그 性質上 個人的 基本의 人權을 침해할 소지가 전혀 없는것이 아니다. 따라서 刑訴法은 다음과 같은 任意規定을 두고 있다. 즉, 檢事, 司法警察官吏, 기타 직무상 수사에 관계있는 者는 비밀을 엄수하며, 피의자 또는 다른 사람의 人權을 존중하고 수사에 방해되는 일이 없도록 주의해야 한다는 것이다(刑訴 제198조). 또한 地方檢察廳檢事長 또는 支廳長은 불법구속의 유무를 조사하기 위하여 檢事로 하여금 월 1인이상 管下警察廳, 警察署의 被疑者들에 대한 拘束場所를 감찰하게 하여야 하고 감찰하는 檢사는 被拘束者를 訊問하고 拘束에 관한 書類를 調査하여야 한다(刑訴 제198조의 2 제1항). 檢事는 被拘束者가 불법으로 구속된 것이라고 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 事件을 檢찰에 送致할 것을 命하여야 한다(同條 제2항). 이러한 주의 규정의 실천을 담보하기 위해 刑法은 수사공무원에 의한 被疑事實公表罪(刑 제126조) 및 不法逮捕·監禁罪(同 제124조)를 두고 있는 실정이다.

3. 任意搜查의 適法性問題

임의수사의 원칙은 임의수사라고 해서 무제한한 자유가 허용될 수 있는 임의수사자유 원칙을 의미하는 것은 아니다. 수사절차에서 被疑者는 人間의 尊嚴과 價値를 존중받고 보호받아야 할 人格의 主體이다. 따라서 임의수사에도 必要性和 相對性의 원칙과 같은 搜查比例性의 原則이 그대로 적용됨은 두말할 것도 없다.

임의수사의 類型으로는 被疑者 또는 被疑者 아닌 者에 대한 出席要求, 意見聽取, 通譯, 翻譯 또는 鑑定委囑, 令狀에 의하지 아니한 押收, 工務所 기타 公共團體에의 朝會 등이 刑訴法에 규정되어 있으나 반드시 이에 국한되는 것은 아니

다. 刑訴法에 규정된 強制力을 행사하지 않고 당사자의 동의·승락을 얻어서 행하는 수사방법이면 모두 임의수사의 범주에 속한다고 해야 할 것이므로, 당사자의 승락을 얻어서 할 수 있는 것이면 搜查機關의 裁量으로 할 수 있는 임의수사라고 해야 할 것이다.³⁾

그러나 임의수사가 범치국가의 원칙안에서 형사소송법의 법적 절차에 따른 適正한 수사냐하는 문제는 의견상의 승락이나 동의에도 불구하고 適法節次의 理念이나 人權保障의 관점에서 엄격한 검토를 필요로 하는 부분이다. 자유로운 의사를 전제로 하지 아니한 승락이나 동의의 현존은 실제 수사의 능률성과 편의만을 고려하여 강제수사에 대한 사법적 통제와 같은 법적 규제를 잠탈하는 방법으로 악용될 소지가 크기 때문이다.⁴⁾ 任意搜查의 適法性과 관련하여 종래 논의되어 온 문제점들은 다음과 같다.

(1) 任意同行

任意同行이라 함은 수사기관이 피의자의 동의를 얻어 피의자를 데리고 수사기관까지 同行하는 것을 말한다. 임의동행의 종류로는 형사소송법 제199조 1항에 의한 任意搜查로서의 임의동행과 경찰관직무집행법상의 직무질문을 위한 임의동행 두가지가 있다.

임의동행은 被疑者의 동의·승낙을 전제로 한 任意搜查이다. 하지만 임의동행 과정에서 強制力이나 심리적 압박이 가해진 때에는 強制連行이 된다. 임의동행이나 강제연행이냐를 판단할 수 있는 기준으로는 同行의 시간과 장소, 동행의 방법, 동행후의 訊問方法, 拘束令狀의 유무, 식사·휴식·용변의 監視, 退去希望이나 同行拒否의 유무등을 들 수 있다.⁵⁾ 결국 승락이 자유의사에 기초하였을 때

3) 姜求真, 刑事訴訟法原論, 178面.

4) 李在祥, 刑事訴訟法, 220面.

5) 李在祥, 刑事訴訟法, 221面.

에만 임의동행이 될 수 있으므로 승락을 강요하였거나 동행을 위한 實力行使가 있었을 때에는 임의동행의 適法性을 결하였다고 할 수 밖에 없다.

임의동행의 형식을 취하였더라도 실질적으로는 강제성을 띤 경우라면 強制搜查라고 해야할 것이다.⁶⁾ 따라서 拘束에 관한 適法節次의 요건이 갖추어지지 아니한 때에는 不法逮捕가 될 뿐이다.

(2) 保護室留置

保護室留置에는 強制留置와 承諾留置 두가지 방법이 있다. 강제유치는 身體拘束에 해당하는 強制處分의 일종이기 때문에 法定節次와 要件을 갖추었을 때에만 적법하다.

이에 비해 承諾留置는 형식상 승낙을 전제로 하므로 任意搜查에 해당하는 것이 아닌가하는 문제점이 제기된다. 그러나 비록 本人의 동의 또는 승낙을 事前에 받았더라도 그것이 法律에 규정된 強制處分과 같은 효과를 갖는 경우라면 실질적으로 拘束과 다를 바 없다. 그러므로 승락유치임을 이유로 令狀主義를 잠탈하는 결과가 될 때에는 違法搜查가 된다. 이를테면 緊急拘束事由가 없음에도 불구하고 보호실에 유치한 경우는 물론, 긴급구속사유가 있음에도 제207조가 정하는 기간내에 구속영장을 받지않고 계속 유치한 때에는 不法監禁이 된다.⁷⁾

(3) 承諾搜索과 承諾檢證

승낙수색·수색검증이 임의수사로서 허용될 수 있느냐에 관하여는 견해가 갈린다. 즉 이 경우의 승낙은 완전한 의미의 法益拋棄의 승낙이 아니므로 허용되지 않는다면 견해⁸⁾와 승낙의 임의성이 인정되는 경우에는 任意搜查로서 허용된

6) 法律新聞 제2072호(1991. 10. 28), 16面 參照.

7) 大判 1971. 3. 9, 70도 2406 ; 1985. 7. 29, 85도 16

8) 金箕斗, 刑事訴訟法, 208面.

다는 견해⁹⁾가 그것이다.

事前承諾에 의한 수색과 검증은 비록 수사기관이 영장없이 하였더라도 임의 수사로서 적법하다고 보는 것이 옳다. 일종의 강제력이나 심리적 압박이 없는 자유로운 의사에 기한 승낙은 승낙자의 법익을 침해한다고 볼 수 없기 때문이다.¹⁰⁾

(4) 陷穽搜查

함정수사라함은 搜查機關 또는 그 協力者가 身分을 숨기로 容疑者에게 접근하여 犯罪의 機會를 제공하고 容疑者가 犯罪의 實行에 착수하는 것을 기다려 그를 檢舉하는 搜查方法을 말한다. 함정수사는 麻藥事犯이나 密輸事犯 등과 같이 犯罪가 은밀하게 행하여지는 관계로 통상적인 搜查方法에 의해서는 犯罪의 인지가 곤란하고 또한 犯罪가 상습적으로 행하여지는 관계로 함정에 걸리기 쉬운 犯罪에 관하여 犯人檢舉의 方法으로 사용되는 것이 보통이다.

함정수사는 이미 犯意를 가지고 있는 者에 대하여 犯罪에 나갈 機會를 제공한 경우와 犯意없는 자에게 범죄를 유발한 경우 두 종류로 나누어 취급해야 한다. 前者를 機會提供型 陷穽搜查, 後者를 犯意誘發型 陷穽搜查라고 부른다.

기회제공형 함정수사는 適法하며 被教唆者의 救濟手段이 문제될 여지가 없음에 반해, 범의유발형 함정수사는 違法하다고 보는 점에 學說·判例가 일치하고 있기 때문에¹¹⁾ 訴訟法上 問題點은 주로 범의유발형 함정수사에 국한하여 생기고 있다. 英美法系에서는 함정수사의 결과 기소된 者에 대해 이른바 올라미의 抗辯을 인정할 것인지의 여부 내지 그 요건이 논하여지고 있다. 美聯邦大法院은 1932년에 원래 犯意를 가진 者에 대하여 함정수사자가 犯罪의 기회를 부여하였

9) 白亨球, 刑事訴訟法, 383面.

10) 李在祥, 刑事訴訟法, 222面.

11) 大判 1963. 9. 10, 63도 '90 ; 1982. 6. 8, 82도 884.

음에 불과한 경우에는 別論으로 하고, 본래 犯意를 가지지 아니한 者를 유혹하여 올라미를 썩은 때에는 被告人은 올라미에 의한 無罪의 抗辯이 가능하다는 判決을 한 바 있다.¹²⁾ 大陸法系에는 주로 합정수사자에게 교사범으로서의 罪責이 성립하느냐와 관련하여 이를 부인하는 아장 뿌로보까피르(agent provocateur)의 이론이 관심의 대상이 되고 있다.

우리나라에서는 범의유발형 합정수사의 경우 被教唆者의 처벌을 부정하는 견해가 통설이다. 그 중에서도 公訴棄却說이 有力하다.¹³⁾ 범의유발형 합정수사의 위법성을 인정한 이상 합정수사의 소송법적 효과를 부정하는 것이 옳고, 그렇다면 합정수사에 의해 체포된 피의자에게 구속취소 또는 구속적부심사의 기회가 활용되어야 함은 물론 公訴提起가 되었을 경우에는 公訴提起의 절차적 조건의 흠결을 이유로 公訴棄却判決을 하는 것이 타당하다고 본다.¹⁴⁾

더 나아가 犯意誘發型 陷穽捜査에 의해 수집한 증거는 당연히 증거능력이 부정된다고 해야 할 것이다.¹⁵⁾

(5) 거짓말탐지기에 의한 檢査

거짓말탐지기(polygraph)는 검사자의 일정한 질문에 피검사자가 可否의 대답을 할 때 그에게서 나타나는 생리적 변화, 즉, 호흡빈도, 맥박수, 혈압, 피부의 땀분비량과 근육수축의 정도 등을 기록하는 기계장치이다. 이는 의식적인 거짓진술과 심리적인 흥분, 갈등, 불안 등의 긴장상태와 밀접한 관련이 있고 또 이

12) *Sovrels u. United States*, 287 U.S. 435 ; 崔永澤 譯, *White Collar 범죄와 합정수사기법*, 219面.

13) 姜求真, 原論 179면; 白亨求, 講義, 429面; 車鏞碩, 研究, 135面; 이에 대한 異見으로는 金振煥, 「陷穽捜査에 의하여 수집한 증거」(고시계 1989. 9), 97면; 李在祥, 刑事訴訟法, 193面.

14) 白亨球, 「犯罪捜査에 관한 研究」, 漢大博士學位論文, 1984, 123面.

15) 姜求真, 原論, 179面; 金贊孝, 刑事訴訟法, 224面; 白亨求, 講義, 430面; 李在祥, 刑事訴訟法, 193面.

리한 상태에서는 자율신경작용으로 인한 생리적인 변화가 일어난다는 점을 전제로 한다.¹⁶⁾

1979년 우리 대법원이 거짓말탐지기에 의한 검사결과와 증거능력에 관하여 최초로 주목할 만한 판결을 한 후¹⁷⁾, 대검찰청도 거짓말탐지기 운영규정¹⁸⁾을 각 수사기관에 시달한 후 實務·學界에서 큰 관심을 끌게되었다. 그러나 거짓말탐지기에 의한 검사는 訊問時의 人間의 심리를 기계에 의한 검사의 대상으로 삼는다는 점에 문제가 있을 뿐아니라 거짓말탐지기 자체가 피검사자의 진술이 진실인가 허위인가를 구별해주는 기계장치가 아니라 진술의 진술여부는 오히려 기계가 작성한 측정치의 해석을 통해 얻어진다는 점에도 문제점이 있다.

그리하여 독일의 通說 및 判例는 거짓말탐지기에 의하여 피검사자의 자기담변에 대한 人格的 支配를 박탈하는 것은 憲法이 보장하는 人格權을 침해하는 것이므로 被疑者의 同意與否를 불문하고 허용되지 않는다고 해석하고 있다.¹⁹⁾ 우리나라에서는 피의자에 대한 거짓말탐지기에 의한 검사는 人格의 불가침성에 반하는 것이므로 허용될 수 없다는 견해는 小數說에 속한다.²⁰⁾ 이 입장에 따르면 피의자의 同意與否에 관계없이 거짓말탐지기에 의한 수사는 허용될 수 없는 訊問方法이고 더 나아가 검사결과와 증거능력도 인정될 수 없게 된다.

이에 비해 우리나라의 多數說은 거짓말탐지기에 의한 검사결과와 증거능력을 부정하여 유죄인정의 증거로 제출하는 것을 금지하지만 피의자의 진술의 진실

16) 河泰勳, 「刑事訴訟節次에 있어서의 거짓말탐지기」, 弘大人文·社會科論集 제23輯, 1991, 121面.

17) 大判 1979. 5. 22, 79도 547.

18) 1980. 6. 24, 대검찰청 훈령 제25호, 거짓말탐지기 운영규정

19) BGHSt 5,332 ; BVerfG, nsTz 1981, 446 ; Boujong, KK, Straqprozeßordnung, § 136a Rdnr. 34 ; Peters, Straqprozeß, 4. AUPL., S. 330ff. ; Schlichter, Das Stvalerqahren, a. Aufl.1 S. 103f. ; leinhneert 1 Meger, STRAFPROZEßordnung, 38. Aufl. 1 § 136a Rdnr. 24

20) 李善中, 註譯 刑事訴訟法, 1976, 229면 ; 河泰勳, 前揭論文, 133面.

성이 확인되면 수사가 신속히 종결되고 피검사자는 피의자의 지위에서 벗어나서 결국 피의자에게 유리하게 될 것이므로 피의자의 明示的인 同意 또는 적극적인 요구가 있는 경우에는 거짓말탐지기의 사용을 수사단계에서 허용해도 된다는 견해를 취한다.²¹⁾ 이 견해에 따른다면 피검사자의 동의에 의한 檢査는 任意搜查로서 허용된다고 보아야 할 것이다.²²⁾

被疑者는 단순한 調查의 客體가 아니라 調查에 참여하여 절차형성에 관여하는 搜查에 있어서의 主體이다. 따라서 主體로서의 被疑者가 자기방어의 가능성을 고려하여 적어도 자기의 無罪를 입증할 목적으로 거짓말탐지기의 사용에 명시적으로 동의하였거나 적극적으로 요구한 경우에는 任意搜查로서 거짓말탐지기에 의한 檢査가 허용된다고 보는 것이 옳다.²³⁾

(6) 癡醉分析

마취분석이란 藥品의 작용에 의하여 眞實을 진술하게 하는 것을 말한다. 예컨대 아미탈, 벤도탈 등의 溶液을 靜脈안에 주사하면 정신적 긴장이나 불안감이 사라지고 半睡·半覺狀態에서 질문에 대답할 뿐만아니라 의식에 의해 통제되지 않은 상태에서 속을 털어놓게 된다.

정신과 의사는 환자의 內的 體驗이나 心的 外傷을 명백히 하거나 또는 激情·葛藤을 放出시키기 위하여 진단과 치료의 수단으로 마취분석을 사용한다. 이것을 犯罪搜查의 手段으로 사용하면 편의한 방법이 될 수 있지만 적법한 수단일 수 있겠는가에 관해서는 논의가 끝난 상태이다. 인간의 內面世界를 의약적 처치로 발가벗기는 것은 정신적 통일체로서의 人格의 主體性을 파괴하는 일일

21) 姜求真, 原論, 486面; 金贊斗, 「수사에 있어서 privacy의 보호」, 高사연구 1982. 8, 37面; 李在祥, 刑事訴訟法, 223面; 白兄球, 刑事訴訟法 383면; 車鑰碩, 研究, 115面.

22) 李在祥, 刑事訴訟法, 223面.

23) Kuhne, Stragprozessuale Beweisverbote und At. IGG, 1976, S. 98, 110f., 130

뿐만 아니라 인간을 단순한 수단으로 전락시키는 결과가 되어 적법한 수사방법이 될 수 없다.

자율적 인격의 주체인 인간은 구체적인 법익을 포기할 수는 있어도 인간의 인격의 존엄과 가치를 스스로 포기할 수는 없다. 따라서 인격의 존엄성을 침해하는 마취분석에 대해서는 피의자의 同意與否를 불문하고 허용되지 않는 違法한 수사라고 해야 할 것이다.²⁴⁾

4. 強制搜查의 法的 規律

강제수사란 수사를 받는 상대방의 意思如何를 불문하고 강제적으로 실시하는 수사를 말한다. 합목적성을 추구하는 수사에서 강제수사는 불가결한 처분이지만 그것은 처분을 받는 피의자의 의사에 반하고, 실질적으로 그의 法益을 침해하는 것이기 때문에 인권옹호와 법익보호의 견지에서 法的 規制가 필요하다. 이러한 법적 규제의 원칙으로는 強制處分法定原則과 令狀原則이 있다.

(1) 強制處分法定原則

수사상의 強制處分은 형사소송법에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 허용된다(刑訴 제199조 1항 단서). 이것을 強制處分法定原則 또는 強制處分法定主義라고 한다. 強制處分法定原則은 헌법상의 요청으로서(憲 제11조 1항); 강제수사의 허용조건을 미리 법률에 규정함으로써 강제처분을 제한하고 인권침해의 위험을 방지하고자 하는 것이다. 수사상의 강제처분은 인권제한 내지 인권침해적 처분이므로 適法節次의 요구와 인권보장의 요구에 의해 그 행사를 억제해야 할 필요성이 크다. 그런 의미에서 강제처분법정원칙은 단지 강제처분권의 발동에 법률적 근거를 요한다는 형식적 원리에 그치는 것이 아니라 강제처분전의 행사

24) 姜求真, 原論, 180面; 李在祥, 刑事訴訟法, 224면; Kühne, a.a.O., S. 56.

과정에도 법의 적정한 절차에 의한 규제를 요한다는 실질적 원리인 것이다.²⁵⁾ 다시 말해서 실제적인 법의 적정절차의 원리(Substantive due process of law)가 소송법에 구현된 것이 강제처분법정원칙이라 할 수 있다.

이에 의하면 강제처분의 종류와 요건 및 절차는 법률에 규정되어 있어야 하고 인권보장 및 적법절차의 요구가 충분히 고려되어야 한다.

첫째, 강제처분의 종류는 법률로 한정된다. 현행법상 허용되는 강제처분으로는 ① 수사기관의 對人的 強制處分인 現行犯逮捕와 被疑者拘束 ② 수사기관의 對物的 強制處分으로 압수·수색·검증 ③ 檢事의 請求에 의해 判事가 행하는 강제처분으로 증거보전을 위한 강제처분(刑訴 제184조), 參考人에 대한 證人訊問(刑訴 제222조의 2), 被疑者의 鑑定誘致(刑訴 제221조의 3)가 있다.

둘째, 강제처분의 요건은 엄격히 법률로 제한된다. 즉 被疑者에 대한 구속의 실질적 요건으로 범죄의 객관적 혐의와 구인의 필요성 요구(형소 제201조, 206조), 그 절차적 요건으로 범죄사실의 요지와 변호인선임권의 고지(형소 제209조, 172조), 압수·수색·검증의 요건으로 필요성(刑訴 제215조 내지 제218조) 등이 요구되고 있다.

셋째, 강제처분의 절차도 법률로 엄밀히 규정된다. 특히 영장제시의 원칙(刑訴 제209조, 제85조; 제219조, 118조), 압수·수색·검증에 대한 被疑者, 責任者 등의 참여(刑訴 제219조, 121조), 令狀의 야간집행제한(刑訴 제219조, 125조), 압수목록·수색증명서의 交付(刑訴 제219조, 128조, 129조) 등은 특히 인권보장과 적법절차의 보장을 위한 법적 규제라고 할 수 있다.²⁶⁾

넷째, 강제처분 실시후에도 법적규제가 따른다. 예컨대 구속의 통지(刑訴 제209조, 89조), 범죄사실의 요지와 변호인선임권의 고지(刑訴 제209조, 88조), 辯護人選任依賴 및 接見交通權의 保障(刑訴 제209조, 89조, 91조), 拘束期間의 제

25) 許亨九, 註譯 刑事訴訟法(上), 603面; 白亨球, 犯罪搜查에 관한 研究, 820面.

26) 白亨球, 犯罪搜查에 관한 研究, 84面.

한(刑訴 제202조, 203조) 등은 인권보장을 도모하기 위한 강제처분에 따르는 사후조치라고 할 수 있다.

다만 오늘날 현대과학기술의 발달로 종전의 범치국가적 형사소송법이 예상하지 못했던 새로운 강제처분이 출현함에 따라 강제처분법정원칙도 사안에 따라 신축성있는 해석·적용을 필요로 함은 두말할 것도 없다.²⁷⁾

(2) 令狀原則

영장원칙 또는 영장주의란 法院 또는 法官이 발부한 적법한 영장에 의하지 않으면 刑事節次上的 강제처분을 할 수 없다는 원칙을 말한다. 憲法도 個人의 身體의 自由에 관한 基本權保障의 일환으로 이 令狀原則을 채택하고 있다. 즉 「체포·구금·압수·수색에는 檢事의 申請에 의하여 法官이 발부한 令狀을 제시하여야 한다」는 것이 그것이다.

강제처분은 범죄수사를 능률적으로 기동성있게 추진하기 위해 필요불가결한 수단이긴 하지만, 다른 한편 개인의 기본권에 대한 침해위험과의 충돌을 면할 수 없다. 따라서 犯人必罰의 사회적 요청과 모든 국민의 기본적 인권을 철저히 보장되어야 한다는 법적 요청과의 대립을 어느 정도 지양·조화시켜야 할 필요성이 여기에 등장한다. 영장원칙은 바로 이러한 문제점을 해결하는 하나의 중요한 방안이 되고 있는 것이다. 그러므로 영장원칙은 수사기관이 행하는 강제처분에 법원 또는 법관이 개입하여 司法的 統制를 가함으로써 강제처분의 남용을 방지하고 인권보장에 만전을 기하고자 하는데 근본취지가 있다.²⁸⁾

이러한 근본취지에 따라 우리 형사소송법은 被告人과 被疑者의 拘束에 원칙적으로 令狀의 발부를 요건으로 하고 있다(刑訴 제73조, 201조). 피고인의 구속에 관하여는 영장원칙의 예외를 인정하지 않는다. 그러나 피의자의 구속에서 現

27) 李在祥, 刑事訴訟法, 제217面.

28) 姜求真, 原論, 178面.

行犯人の 체포(형소 제212조)와 긴급구속(刑訴 제207조)의 경우에는 事後令狀을 받도록 하고 있다. 物的 強制處分の 경우에는 법원의 강제처분인한 영장원칙의 예외가 널리 인정된다. 즉 公判廷에서의 압수·수색이나 법원에 의한 檢證에는 영장을요하지 않고, 任意提出物의 압수에도 마찬가지로 영장을 요하지 않는다(刑訴 제108조).

그러나 수사기관의 압수·수색·검증에는 반드시 법관이 발부한 영장이 있어야 한다(刑訴 제215조). 다만 압수·수색의 긴급성에 대처하기 위하여 영장을 받을 수 없는 예외적 사정이 있는 때에만 令狀에 의하지 않는 압수·수색·검증을 허용하고 있다. 구속·체포목적의 피의자 수색, 구속·체포현장에서의 압수·수색·검증, 피고인구속현장에서의 압수·수색·검증, 범죄장소에서의 압수·수색·검증(刑訴 제216조), 긴급구속시의 압수·수색·검증(刑訴 제217조 1항)의 경우가 여기에 해당한다.

Ⅲ. 任意搜查와 強制搜查의 限界

1. 問題의 提起

임의수사와 강제수사의 구별한계는 언제나 명확한 것만은 아니다. 通說은 強制處分이 직접·간접으로 物理的 強制力을 행사하는 경우뿐만 아니라 상대방에게 受忍義務를 부담하게 하는 모든 경우가 강제수사이고 그 이외의 경우가 임의수사라고 한다.²⁹⁾ 이 입장에 따르면 구속·압수·수색·검증은 물론 증인신문 청구·증거보전 및 刑務所등에 照會(刑訴제1992조 2항)등도 강제처분의 범주에 해당한다고 한다.

그러나 최근 과학기술의 발달로 새로운 수사방법이 등장하였고 이에 따라 수

29) 姜求真, 原論, 180면; 金箕斗, 刑事訴訟法, 204면; 車鏞碩 研究, 106면

行犯人の 체포(형소 제212조)와 긴급구속(刑訴 제207조)의 경우에는 事後令狀을 받도록 하고 있다. 物的 強制處分の 경우에는 법원의 강제처분인한 영장원칙의 예외가 널리 인정된다. 즉 公判廷에서의 압수·수색이나 법원에 의한 檢證에는 영장을요하지 않고, 任意提出物의 압수에도 마찬가지로 영장을 요하지 않는다(刑訴 제108조).

그러나 수사기관의 압수·수색·검증에는 반드시 법관이 발부한 영장이 있어야 한다(刑訴 제215조). 다만 압수·수색의 긴급성에 대처하기 위하여 영장을 받을 수 없는 예외적 사정이 있는 때에만 令狀에 의하지 않는 압수·수색·검증을 허용하고 있다. 구속·체포목적의 피의자 수색, 구속·체포현장에서의 압수·수색·검증, 피고인구속현장에서의 압수·수색·검증, 범죄장소에서의 압수·수색·검증(刑訴 제216조), 긴급구속시의 압수·수색·검증(刑訴 제217조 1항)의 경우가 여기에 해당한다.

Ⅲ. 任意搜查와 強制搜查의 限界

1. 問題의 提起

임의수사와 강제수사의 구별한계는 언제나 명확한 것만은 아니다. 通說은 強制處分이 직접·간접으로 物理的 強制力을 행사하는 경우뿐만 아니라 상대방에게 受忍義務를 부담하게 하는 모든 경우가 강제수사이고 그 이외의 경우가 임의수사라고 한다.²⁹⁾ 이 입장에 따르면 구속·압수·수색·검증은 물론 증인신문 청구·증거보전 및 刑務所등에 照會(刑訴제1992조 2항)등도 강제처분의 범주에 해당한다고 한다.

그러나 최근 과학기술의 발달로 새로운 수사방법이 등장하였고 이에 따라 수

29) 姜求真, 原論, 180면; 金箕斗, 刑事訴訟法, 204면; 車鏞碩 研究, 106면

사로 인한 人權侵害의 위험은 증가되었다. 실제 수사의 과학화는 육감에 의한 수사의 불합리성을 제거하고 진실을 과학적으로 해명하는데 그 초점을 맞추고 있지만 그러한 과학적 수사장비의 투입은 당사자의 권리침해의 위험성을 증대시키는 것만은 부인할 수 없는 사실이다. 이를 테면 盜聽이나 寫眞撮影에 의한 私的 內秘(privacy)의 침해가 바로 그러한 예라고 할 수 있다. 만약 강제수사에 관하여 통설과 같은 입장을 취한다면 도청이나 사진촬영도 注意搜查에 포함시켜야 하는 난관에 봉착하게 된다.

그러므로 강제수사관 상대방의 意思에 대하여 실질적으로 그의 法益을 침해하는 처분을 말하고, 상대방의 法益을 실질적으로 침해하지 않는 수사를 임의수사로 구별짓는 것이 좋으리라고 본다.³⁰⁾ 이렇게 볼 때 任意同行要求나 승락수색·승락검증은 승락에 임의성이 입증될 수 있는 한 任意搜查라고 하여야 할 것이고, 刑務所등에의 照會도 강제처분의 성격은 있지만 일반인의 權利義務에 관계없는 수사처분이므로 任意搜查라고 하여야 할 것이다. 그러나 身體拘束 등의 被疑者訊問은 강제수사로서의 성격을 갖는다고 보아야 할 것이다.

이러한 개념상의 區別에도 불구하고 실제 과학기술기자재의 투입에 의한 수사방법이 임의수사인가 강제수사인가가 문제되는 경우가 있다. 특히 임의수사와 강제수사의 한계문제로 검토되는 것 중에 寫眞撮影과 盜聽이 있다.

2. 寫眞 및 비디오撮影

사진촬영은 중요한 증거방법이 될 수 있다. 그러나 이 증거방법은 촬영술에 따라 사실왜곡의 위험성이 있고 또한 그러한 조작을 쉽게 발견하기 어렵다는 점에서 증거가치에 문제가 생길 수 있다. 증거방법으로서 사진촬영은 촬영시에

30) 姜求真, 原論, 180면; 李在祥, 刑事訴訟法, 215면; Peters, Strafprozess, a. a. O., S.415; Roxin, Strafverfahrensrecht, 20. Aufl., S.179

현존하는 사실에 대한 충실한 模寫하여야 한다. 촬영이 이러한 요구를 충족시키지 못했을 때 그리고 현존하는 사실과 사진술에 의한 模寫사이에 차이가 인식될 수 있을 때에는 촬영물의 증거방법으로서의 활용은 배제되어야 한다.³¹⁾

이러한 사진촬영이 실제와 일치하고 있는 경우에도 상대방의 동의나 승락에 의하지 아니한 비밀촬영은 개인의 私的內秘를 침해하는 것으로서 허용되어서는 안된다. 일찍부터 자기의 용모를 몰래 촬영당하거나 공개당하지 아니할 權利로서의 肖像權이 人格權의 일종으로 승인되어 왔다.

우리 헌법상으로도 肖像權을 인정할 것인가가 논란의 대상은 되지만, 수사행위로서 타인의 초상을 은밀히 촬영할 필요가 있는 경우에 그러한 촬영행위가 임의수사인가 강제수사인가에 관하여 견해의 대립이 있다.

먼저 任意搜查說은 刑訴法上 物理力을 가하거나 특별한 受忍義務를 부담하는 경우만이 강제수사라고 할 것이기 때문에 사진촬영은 임의수사라고 하는 입장이다. 이에 반하여 강제수사설은 본인이 수인하지 아니한 사진촬영은 그 意思에 반하여 초상이 촬영당한 것인 까닭에 그 수사행위의 법적 성격은 강제수사라고 하는 입장이다. 그 밖에도 강제처분에 준하는 수사처분이라고 해석하는 準強制處分說도 있다. 마지막으로 憲法上의 強制處分說은 사진촬영은 피촬영자의 의사를 침해하기 때문에 수사처분으로서의 성질은 강제처분이지만, 그것이 형사소송법 제99조 1항에서 말하는 강제처분이 아니라 헌법 제12조 1항의 due process 條項의 적용을 받고, 실제로는 헌법 제12조 3항의 보장에 유사한 요건에 의한 제약을 받는다는 의미에서 강제처분이라고 보는 입장이다.

생각컨대 사진촬영, 다시말해서 은밀한 사진촬영은 피촬영자의 私的內秘(privacy), 특히 肖像權을 침해하는 강제처분이라고 보는 것이 옳다.³²⁾ 사진촬영을 이처럼 강제처분으로 이해하는 한 원칙적으로 令狀主義가 적용되어야 한다. 구

31) Kühne, a.a.O., S.35

32) 李在祥, 刑事訴訟法, 226面; 白亨球, 講義, 436面; 車鏞碩, 燕究, 208面.

체적으로 檢證에 준한 영장을 필요로 한다고 보여진다. 그러나 구속된 被疑者의 사진촬영에는 비록 피의자가 동의하지 않더라도 영장없이 촬영할 수 있는 것은 구속된 피의자에 대한 신문의 경우와 비슷하다.

데모현장에서의 사진촬영과 같이 긴급한 事態에 직면한 경우 영장없이 사진 촬영할 수 있느냐가 문제이다. 이 경우에 범죄협회의 明白性, 증거보전의 高度의 必要性, 긴급성, 촬영방법의 상당성 등의 요건을 구비한 경우에 한해 事後令狀을 받는 것을 조건으로 촬영할 수 있다고 보는 것이 좋겠다.³³⁾

3. 錄 音

녹음기의 발달로 진술된 언어나 대화의 상태를 보전하기 위해 음성을 녹음하였다가 진실발견의 도구로 사용하는 일이 빈번해지고 있다. 정상적인 상태로 보존된 녹음이 증거목적에 위해 사용될 수 있음은 물론 그 증거가치가 높이 평가되는 추세에까지 이르고 있는 실정이다.

문제는 사진촬영에서와 마찬가지로 대화자의 음성을 분별하는데 어려움이 있다는 점과 녹음의 위조·변조도 가능하다는 점이다. 뿐만 아니라 은밀한 녹음은 은밀한 사진촬영과 마찬가지로 개인의 인격권을 침해할 수 있다는 점때문에 그것을 증거방법으로 무제한 허용할 수 있겠는가 하는 점이다.

은밀한 녹음이 수사상 필요할 경우 그것을 강제처분으로 취급해야 한다는 원칙은 사진촬영의 경우와 같다. 긴급을 요할 경우 일정한 조건하에서 사후영상을 발부받을 수 있다는 점도 사진촬영의 경우와 같이 취급할 수 있다.³⁴⁾

33) 白亨球, 刑事訴訟法, 359면; 姜求真, 原論, 181면; 李在相, 226면

34) Kühne, a.a.O., S.64

4. 盜 聽

도청이란 수사기관이 타인의 對話를 본인의 부지중에 청취하는 것을 말한다. 여기에는 유선통신에 의한 전화의 도청(wiretapping)과 전자감식에 의한 회화의 도청(bugging) 두가지가 포함된다.

도청의 법적 성질에 관하여 도청이 강제력을 행사하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이 아니라는 이유로 任意搜查라고 하는 견해도 있으나³⁵⁾ 다수설은 이를 강제수사의 일종으로 보고 있다.³⁶⁾ 생각컨대 공개를 예기치 아니한 私人間의 會話는 個人的 私生活의 秘密에 속하고 또 각자는 이에 대하여 私的 內密의 利益 내지 權利를 갖는다. 도청은 개인의 Privacy權에 대한 중대한 침해를 가져 온다는 점에서 이를 강제수사라고 해석하는 다수설의 입장이 옳다고 생각한다.

그렇다면 도청은 형사소송법상의 강제처분 중 어떠한 처분으로서의 성격을 지니는가? 이에 관하여 도청은 압수에 유사한 강제처분이기 때문에 압수절차에 의해 도청이 가능하다는 견해³⁷⁾, 압수로 보는 것은 무리가 있으나 압수에 관한 규정을 준용해야 한다는 견해³⁸⁾등이 있다. 수사에 도청의 필요성은 부정할 수 없는 요청이다. 그러나 개념상 압수는 통상적으로 有體物을 그 대상으로 삼아왔기 때문에 도청의 대상을 유체물로 단정하는 것은 무리이다. 그렇다고 압수가 아닌데도 압수에 관한 규정을 준용하는 것도 타당하다고 할 수 없다. 오히려 압수대상물과 유사성이 있다는 점에서 압수에 관한 절차를 유추적용하는 것이 옳다고 생각한다.

미국판례는 도청을 압수의 일종으로 취급하고 있다. 최초의 미국판례가 Wire tapping문제를 다룬 1928년의 Olmstead사건이다. 여기에서 미국연방대법원은 소

35) 徐壹教, 刑事訴訟法, 253면

36) 姜求真, 原論 223면; 白亨球, 講義, 432면; 李在祥, 224면; 車鏞碩, 研究 208면

37) 徐壹教, 刑事訴訟法, 143면; 白亨球, 講義, 434면; 李在祥, 225면

38) 車鏞碩, 研究, 208면

리는 유체물이 아니기때문에 修正 제4조의 압수의 대상은 아니라고 하여 도청 자체는 영장이 요구되는 강제처분이 아니라고 하였다. 이 입장은 1942년 troldman사건에서도 그대로 유지되었다. 그러나 1963년의 Wong Sun사건에 이르러 판례의 변경이 일어났다. 여기에서 미연방대법원은 소리도 압수의 대상이 될 수 있다고 한 후 1967년의 Katz事件에 이르러서도 도청은 수정 제4조의 압수대상으로서 영장에 의해야 한다는 원칙을 확립하였다. 그리하여 Katz 判決의 영향을 받은 연방의회는 1968년에 綜合犯罪團束 및 街頭安全法(Omnibus Crime Control and Safe Street Act)을 제정하고 그 중에 일반적으로 도청도 범죄로 선언하는 한편 수사기관에 의한 일정한 도청은 원칙적으로 법원의 영장에 의하여 허용하도록 하는 규정을 마련하였다.

도청이 압수에 흡사한 강제처분의 성격을 띠지만 언제나 영장을 요하는 것은 아니다. 이를테면 屋外演說의 비밀녹음이 도청에 해당하느냐 하는 점인데 이 경우에 연설자가 말의 비밀성을 포기한 것이므로 임의수사에 의한 처분으로 도청이 가능하다고 하겠다.³⁹⁾ 대화의 일방당사자만 동의한 경우에 도청이 허용되느냐에 관하여도 견해의 대립이 있으나 대화관 쌍방당사자 각자에게 인격적인 가치를 지니는 것이므로 일방의 동의가 타방의 대화의 비밀성을 소멸시킬 수 없다. 따라서 이 경우에는 원칙적으로 도청이 허용될 수 없고, 만약 수사상 긴급성과 필요성이 있을 때에는 압수절차에 따른 강제처분으로서 법관의 영장을 필요로 하다고 보아야 할 것이다.⁴⁰⁾

최근 우리형법개정안은 도청과 비밀녹음을 일반적인 형사범으로 규정하였다. 따라서 도청은 개인의 인격권과 사적 비밀을 침해하지 않는 범위에서만 임의수사적 조치가 될 것이고 그 밖의 경우는 강제수사로서의 성격을 갖는다고 해석해야 할 것이다. 강제수사로서의 성격을 인정하는 경우에도 영장주의 원칙과 관

39) 李在祥, 刑事訴訟法, 225면

40) 白亨球, 講義, 431면

련하여 형사소송법에 상세한 절차규정을 마련해야 할 필요성이 크다. 외국의 입법례에도 도청의 절차에 관한 상세한 규정을 둔 것이 있다. 예컨대 독일형사소송법은 犯罪의 종류를 한정하여 전신·전화의 검열 및 녹음을 인정하는 규정을 두고 있고, 원칙적으로 법관의 영장을 필요로 하되 그 기간은 3개월을 기준으로 한다(100a조, 100b조). 또한 미국에서도 뉴욕주 刑訴法 제700조 이하는 도청을 위한 법관의 영장발부기간을 30일 이내로 한정하여 허용하고 있다.⁴¹⁾

5. 體內搜查

체내수사란 身體의 內部에 대한 수사기관의 수색·검증 또한 압수를 말한다. 수사의 대상이 신체의 내부 또는 체내에 있는 物件이란 점에서 身體의 外部 또는 物件을 대상으로 하는 수색·검증 또는 압수와 구별된다.

이러한 체내수사에는 질내, 항문내, 구강내등 신체내부에 대한 수사기관의 수색이 압수목적으로 행해지는 體內搜索과 질내, 구강내, 항문내 등 신체내부에 대한 수사기관의 검증이 주로 행하여지는 體內檢證이 있다. 또한 입으로 삼켜버린 物件과 같이 위장내에 있는 물건에 대한 수사를 말하는 소위 嚙下物등에 대한 수사가 이에 속한다. 이 경우에는 구토제, 하제를 사용한 體外排出 또는 X線放射의 방법으로 행하여지는 것이 보통이며 연하물의 體外排出은 압수 또는 감정의 목적으로 행하여진다. 그 밖에도 身體의 一部인 혈액·정액·타액·위액·노 등 의 체취를 의미하는 體內物의 체취는 이에 속한다.⁴²⁾

이러한 體內搜查는 임의적 또는 강제적인 방법으로 행하여 진다 임의적인 경우가 임의수사이며 강제적인 경우가 강제수사임은 두말할 것도 없다.

임의수사의 방법에 의한 체내수사는 그 수사의 필요성이 있고 그 수사가 상

41) 姜求真, 原論, 182면

42) 이에 관한 상세한 연구로는 白亨球, 「犯罪搜查에 관한 研究」, 189면 이하 참조

당한 방법으로 행하여 지는 한 그 허용성을 부정할 이유가 없다. 상대방의 동의 또는 승락에 의한 체내수사에 해당하므로 그 동의 또는 승락의 임의성이 입증될 수 있는 한 인권침해의 위험성도 없기 때문이다.

이에 비해서 강제수사의 방법에 의한 체내수사는 그 수사가 상대방의 의사에 반해서 강제적으로 행하여 지는 것이므로 人格의 존엄성, 건강, 신체의 안전, 명예 등과의 관계에서 그 허용여부, 허용의 모든 요건, 처분의 절차·방법, 직접강제의 허부 등이 문제된다. 신체내부에 대한 강제수사는 신체외부에 대한 강제수사보다 훨씬 인권침해의 위험이 크기 때문이다.

따라서 신체내부에 대한 강제수사는 체내수사의 필요성이라는 수사의 합목적성과 인간의 존엄성과 인격적 품위존중의 요구라는 인권보장적 측면이 조화를 이루는 한에서 허용되어야 한다. 오늘날과 같이 형법의 실현도 법치국가적 요청의 범주안에서 민주적인 이념의 향도아래 인권보장과 적법절차가 중시되는 풍토 아래서는 될 수 있는 대로 최대한의 인권보장과 될 수 있는대로 최소한의 수사의 강제력투입이 수사의 기본입장이라 하지 않을 수 없다.

IV. 結 論

범죄억제력과 범죄조절기능은 처벌이 얼마나 엄격한가에 달려 있다기 보다는 제1차적으로 범죄의 빈틈없는 검거율에 의존한다. 오늘날 범죄는 지능화하여 수사기관의 방어망을 돌파하고 추적하는 수사관의 시야에 연막을 쳐서 자기의 범행 후 안전을 도모하기 위해 자기기능을 최대한으로 가동하여 증거를 인멸시킨다. 화성연쇄살인은 수년간에 걸쳐 그 횡수를 더해가도 아직 단서조차 잡지 못하고 있고 대구 개구리소년은 아직도 그 행방이 오리무중속에 있는 실정이다.

만약 우리사회에 강력사건이 미제로 남게되고 이것이 누적된다면 사회적으로 심각한 질서공백상태가 야기되고 말 것이다. 범죄를 저질러도 범망에 포착되지 않는 길이 넓다는 의식이 일반화된다면 이로 말미암아 강력사건은 속출하게 될

당한 방법으로 행하여 지는 한 그 허용성을 부정할 이유가 없다. 상대방의 동의 또는 승락에 의한 체내수사에 해당하므로 그 동의 또는 승락의 임의성이 입증될 수 있는 한 인권침해의 위험성도 없기 때문이다.

이에 비해서 강제수사의 방법에 의한 체내수사는 그 수사가 상대방의 의사에 반해서 강제적으로 행하여 지는 것이므로 人格의 존엄성, 건강, 신체의 안전, 명예 등과의 관계에서 그 허용여부, 허용의 모든 요건, 처분의 절차·방법, 직접강제의 허부 등이 문제된다. 신체내부에 대한 강제수사는 신체외부에 대한 강제수사보다 훨씬 인권침해의 위험이 크기 때문이다.

따라서 신체내부에 대한 강제수사는 체내수사의 필요성이라는 수사의 합목적성과 인간의 존엄성과 인격적 품위존중의 요구라는 인권보장적 측면이 조화를 이루는 한에서 허용되어야 한다. 오늘날과 같이 형법의 실현도 법치국가적 요청의 범주안에서 민주적인 이념의 향도아래 인권보장과 적법절차가 중시되는 풍토 아래서는 될 수 있는 대로 최대한의 인권보장과 될 수 있는대로 최소한의 수사의 강제력투입이 수사의 기본입장이라 하지 않을 수 없다.

IV. 結 論

범죄억제력과 범죄조절기능은 처벌이 얼마나 엄격한가에 달려 있다기 보다는 제1차적으로 범죄의 빈틈없는 검거율에 의존한다. 오늘날 범죄는 지능화하여 수사기관의 방어망을 돌파하고 추적하는 수사관의 시야에 연막을 쳐서 자기의 범행 후 안전을 도모하기 위해 자기기능을 최대한으로 가동하여 증거를 인멸시킨다. 화성연쇄살인은 수년간에 걸쳐 그 횡수를 더해가도 아직 단서조차 잡지 못하고 있고 대구 개구리소년은 아직도 그 행방이 오리무중속에 있는 실정이다.

만약 우리사회에 강력사건이 미제로 남게되고 이것이 누적된다면 사회적으로 심각한 질서공백상태가 야기되고 말 것이다. 범죄를 저질러도 범망에 포착되지 않는 길이 넓다는 의식이 일반화된다면 이로 말미암아 강력사건은 속출하게 될

것이다. 그러므로 범죄원인을 분석하고 대책을 강구하는 예방정책이 필요함은 물론 한번 저질러진 범죄는 대소를 불문하고 반드시 검거해서 처리하는 풍토조성이 어렵다. 결국은 수사기술과 수사방법의 문제로 다시 돌아오게 된다.⁴³⁾

우리사회에서 未濟事件이 속출하는 이유는 사건현장에 상당히 흩어져 있을 귀중한 증거에 대한 관심을 전혀 쏟지않고 범죄전쟁과 같은 혁명적 상황이나 공안·시국사범에 대해서 타성적으로 적용해오던 투망식수사와 육감수사, 법절차를 무시한 편법·탈법수사 등의 관행에 깊이 빠져있기 때문이다. 최근 치안책임자가 퇴폐업소의 폭력사범 검거를 위해서 투망식 수사를 벌이겠다고 공언할 정도인데 투망식수사에서 침해될 무고한 개인의 인권에 관한 배려는 안중에 없는 발상처럼 보인다.

그러나 자유민주사회는 이같은 투망식·육감적 수사와 상통할 수 없다. 시민의 원칙적인 자유가 시민의 원칙적인 부자유로 전락될 위험이 크기 때문이다. 투망후 서투른 수사는 애매한 혐의자에게 고문에 의한 자백강요로 이어지기 십상이다.

이러한 타성이 아직까지 지속되는 현상은 수사의 과학성이 정착되지 못한데 그 원인이 있다. 수사의 과학성이란 바른 원인을 추리하는 형식논리의 구상과 해석에 따른 치밀한 사건중심의 기술뿐 아니라 하나의 사건이 지니고 있는 고유성격이 어떤 범죄유형에 속하는가를 수사를 착수하기 전에 당해 사건의 동기나 성격을 파악해 보는 일을 뜻한다.

우리나라의 수사가 원시적인 육감수사·투망식 수사에서 과학적 수사로 전환하기 위해서는 과학적이고 합리적인 수사두뇌의 훈련도 물론 필요하지만, 그러한 두뇌훈련을 쌓기위한 과학적 수사장비와 그 장비를 인권이익을 존중하는 선에서 신중하고 치밀하게 다룰 수 있는 인격의 확보도 시급하다.

그러나 범죄문제에 대한 제1차적인 대응책은 바로 형사정책임을 유의해야 할

43) 金日秀, 法·人間·人權, 463면

것이다. 형사정책은 사회정책의 최후수단이고 형법은 형사정책의 최후수단이라는 정책가의 말을 진실로 받아들인다면 형사법분야에서 완벽주의는 먼저 파기되어야 마땅하다. 범죄대책은 범죄근절책이 아니라 범죄조절책일 뿐이다. 가혹한 형벌의 유혹을 받고 범 만능사고에 이끌린 형사처벌법의 비대화는 범죄대책으로 바람직하지 못할 뿐만 아니라 장기적으로는 역효과를 가져올 수 있다.

형사정책의 기본원칙은 첫째 인간화이다. 극악무도한 범죄인도 한 사람의 인간으로 바라보는 눈을 수사기관은 먼저 가져야 하며 그도 우리 사회의 한 구성원이라는 사실을 염두에 두어야 한다. 또한 범죄인은 흔히 생각하듯 사회적 강자가 아니라 사회적 약자라는 사실이다. 오늘날과 같은 갈등과 가치혼란의 사회에서는 범죄인도 혼돈된 사회환경이 낳은 피해자의 일부라는 관점을 가져야 한다.

그밖에도 형사정책은 자유화와 합리화의 관점을 고려하여 갖가지 비민주적 악법이나 이데올로기적인 정치형법을 청산하는 방향으로 나가야 할 것이다. 국내 또는 국제사회의 흐름과 궤를 같이하여 자유와 합리성을 제고하는 방향으로 범죄통제의 방향을 이끌어 나가야지 구시대의 반민주적·반인권적 관행이나 타성에 젖은 엄벌주의·중형주의의 공포탄만으로 범죄통제에 이를 수는 없다. 법을 남용한 대량구속, 대량수배, 불법구금, 강제연행등 탈법·불법적 수사관행이 우리사회에서는 오랫동안 묵인되어 왔다. 그러나 그것을 통해 얻은 것은 공권력의 도덕성 상실이다. 공권력이 도덕성을 상실하게 되면 사회전체에 도덕적 공백상태가 초래되어 누구도 규범의 요구를 침해하고 범죄의 유혹에 빠져드는 일을 심각하게 생각하거나 부끄러워 하지 않게 된다. 무규범상태나 양심의 마비상태에서는 아무리 강력한 수사권도 범죄를 대응해 낼 수 없다.

강제수사와 임의 수사의 한계문제도 거시적으로는 이러한 형사정책의 방향에서 정의로운 사회의 가치관에 비추어 결정되어야 할 사항이다. 정의로운 사회의 착상은 개인적인 자율을 완전히 보호하면서 최대한 개인에게 사회적응력과 도덕적 성숙을 습득하도록 촉진시키는 사회복귀적 정책임은 두말할 것도 없다. 인

간을 중심으로 한, 인간의 얼굴을 가진 수사문화가 수사에 종사하는 모든 사람들의 직업윤리적 태도에 의해 정착될 그날을 꿈꾸어 본다.

