

法院에 의한 搜查統制의 最近傾向

孫 徠 權*

〈目 次〉	
I. 序	1. 헌법재판소의 최근판결
II. 任意同行과 保護室留置에 대한 統制	2. 論評
1. 최근의 사례	VI. 證據制限을 통한 統制
2. 論評	1. 訊問節次의 適法性を 요구한 判例
III. 現行犯逮捕와 緊急拘束에 대한 統制	1.1 특히 유의해야 할 判例
1. 최근의 사례	1.2 論評
2. 論評	2. 傳聞法則과 관련된 司法警察에 대한 判例
IV. 被疑者拘束中 搜查機關의 不法에 대한 統制	2.1 특히 유의해야 할 判例
1. 최근의 사례	2.2 論評
2. 論評	VII. 結言
V. 拘束期間에 대한 統制	

* 警察大學 法學科 教授

I. 序

우리 형소법은 彈劾主義訴訟構造를 취하고 있다. 즉 수사 및 공소기관과 재판기관은 나누어져 있다. 따라서 법원은 수사기관의 수사활동 자체를 적극적으로 개입하여 통제하지는 못한다. 법관이 수사와 재판을 모두 행하였던 과거 규문주의소송구조와는 달리, 오늘날의 탄핵주의소송구조에서 법원은 재판기관이지 수사기관은 아니기 때문이다. 그러나 법원은 간접적으로 수사기관을 통제할 수 있다. 이때 법원이 수사기관을 통제하는 1차적 목적은 피의자의 인권 내지 방어권을 보장하는데 있다. 간접적으로 수사기관을 통제할 수 있는 법원은 형사법원에 한하지 않고 민사법원도 할 수 있다. 그리고 법원이 수사기관을 통제하는 형태는 다양하다. 먼저 형사법원은 피의자를 불법체포, 불법감금, 고문하는 등의 불법행위를 행한 수사담당자를 처벌할 수 있다. 만약 이러한 행위에 대해 검사가 불기소처분을 하게 되면, 피해자가 고등법원에 裁定申請을 하여 받아들여지면 起訴된 것으로 간주되는 제도적 장치도 형사소송법(제260조 이하)에 마련되어 있다. 또한 법관은 수사기관이 신청한 영장발부를 기각하는 등의 결정을 통하여 수사기관을 통제할 수 있다.

더 나아가 형사법원은 공판정에 수사기관이 제출한 증거의 증거능력을 부정함으로써 간접적으로 수사기관을 통제할 수 있다. 이와는 달리 민사법원이 수사를 통제할 수 있는 대표적인 것은 수사기관의 위법행위로 인하여 피해를 본 자가 국가 또는 당사자를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였을 경우에 손해배상을 명하는 것이다. 이러한 일련의 법원에 의한 통제에 의하여 불법행위를 일삼거나 무능한 수사담당자가 확인됨으로써 그는 행정적 징계조치를 통하여 도태된다. 따라서 법원에 의한 수사통제는 피의자의 인권 내지 방어권을 보장하기 위해서나 수사의 민주화 내지 적정화를 위해서도 바람직하다. 여기서 수

사기관이 유의해야 할 점은 90년대에 들어 사회의 민주화와 더불어 법원에 의한 수사통제는 지금까지의 搜查慣行을 깨트리고 있다는 것이다. 이러한 새로운 경향을 숙지하지 못하고 과거의 타성에 젖어 있는 수사관은 자칫 국가에게 크다란 재산적 손해를 입히거나(예컨대, 민사손해배상의 소송에서 국가가 패소할 경우), 범죄자를 처벌할 수 없게 하거나(예컨대, 증거의 증거능력이 부정된 경우), 더 나아가 그 자신 형사처벌, 징계처분 또는 손해배상명령을 받게 될 것이다. 이와같이 국가, 형사사법 및 개인신상에 중대한 영향을 미칠 법원에 의한 수사통제의 최근경향을 아래에서 밝혀 수사실무가의 법집행에 도움을 주고자 한다. 이와 더불어 本稿의 목적은 과연 최근의 법원판결이 이론적으로 설득력이 있는가를 검토하는 데에도 있다.

Ⅱ. 任意同行과 保護室留置에 대한 統制

1. 최근의 사례

[사례1] : 대판 91.5.10 선고, 91 도 453

교육법위반, 정기간행물의 등록등에 관한 법률위반으로 기소중지 중에 있는 신 ○직에 대하여 경찰이 경찰서까지 동행할 것을 요구하였다가 거절당하자 그를 강제로 데려가려고 하였던 바, 그와 함께 있던 피고인등이 신 ○직의 구원요청을 받고 위 경찰에게 폭행을 가하여 상해를 입혔다.

이에 대해 대법원은 “경찰관들이 임의동행을 거절하는 신 ○직을 강제로 연행하려고 한 것이라면 이는 적법한 공무집행에 해당하지 아니하므로 강제적인 임의동행을 거부하는 방법으로써 경찰관을 폭행, 협박을 하여도 공무집행방해죄는 성립하지 아니한다”고 판시하였다.

사기관이 유의해야 할 점은 90년대에 들어 사회의 민주화와 더불어 법원에 의한 수사통제는 지금까지의 搜查慣行을 깨트리고 있다는 것이다. 이러한 새로운 경향을 숙지하지 못하고 과거의 타성에 젖어 있는 수사관은 자칫 국가에게 크다란 재산적 손해를 입히거나(예컨대, 민사손해배상의 소송에서 국가가 패소할 경우), 범죄자를 처벌할 수 없게 하거나(예컨대, 증거의 증거능력이 부정된 경우), 더 나아가 그 자신 형사처벌, 징계처분 또는 손해배상명령을 받게 될 것이다. 이와같이 국가, 형사사법 및 개인신상에 중대한 영향을 미칠 법원에 의한 수사통제의 최근경향을 아래에서 밝혀 수사실무가의 법집행에 도움을 주고자 한다. 이와 더불어 本稿의 목적은 과연 최근의 법원판결이 이론적으로 설득력이 있는가를 검토하는 데에도 있다.

Ⅱ. 任意同行과 保護室留置에 대한 統制

1. 최근의 사례

[사례1] : 대판 91.5.10 선고, 91 도 453

교육법위반, 정기간행물의 등록등에 관한 법률위반으로 기소중지 중에 있는 신 ○직에 대하여 경찰이 경찰서까지 동행할 것을 요구하였다가 거절당하자 그를 강제로 데려가려고 하였던 바, 그와 함께 있던 피고인등이 신 ○직의 구원요청을 받고 위 경찰에게 폭행을 가하여 상해를 입혔다.

이에 대해 대법원은 “경찰관들이 임의동행을 거절하는 신 ○직을 강제로 연행하려고 한 것이라면 이는 적법한 공무집행에 해당하지 아니하므로 강제적인 임의동행을 거부하는 방법으로써 경찰관을 폭행, 협박을 하여도 공무집행방해죄는 성립하지 아니한다”고 판시하였다.

[사례2] : 93.3.10. 서울형사지법 항소4부 선고/93.3.11. 조선일보 기사

광주시 J대학 신 ○중교수는 경찰서보호실에 대기중 밖으로 나오려다 이를 막는 경찰관을 폭행한 혐의로 기소되어 제1심에서 징역 8월 집행유예 2년을 선고받아 항소하였다.

이에 대해 서울형사지법 항소4부는 1993년 3월 [경찰서보호실은 영장대기자나 즉결대기자등의 도주방지와 경찰업무편의등을 위한 시설로 설치운영되고 있으나 현행법상 이에 대한 설치근거 및 그 운용에 관한 규정이 없다. 당시 피고인이 유치되었던 강남경찰서 형사보호실은 자유로운 출입이 금지돼 가족들의 출입조차 금지되는등 사실상 구금과 같기 때문에 이는 영장주의원칙에 위배된다]는 이유를 제시하면서 공무집행방해부분을 유죄로 인정한 원심을 파기하고 무죄를 선고하였다.

2. 論評

1) 사례1에 대해

사례1은 경찰이 피의자를 임의동행하려다가 거절되자 강제연행을 시도한 경우이다. 임의동행에는 형사소송법 제199조 1항에 의한 임의수사로서의 임의동행과 경찰관직무집행법에 의한 직무질문을 위한 임의동행의 두가지가 있다.¹⁾ 어떠한 경우이든 경찰이 피의자의 동의 또는 승락을 얻고 어떠한 강제력도 행사함이 없이 그를 경찰서로 동행하였다면 동행 그 자체는 허용된다. 그러나

1) 상기의 임의동행과 유사한 것으로 住民登錄法上的 신원확인 등을 위한 同行要求가 있다. 즉 주민등록법 제17조의 10 제2항은 「주민등록증의 제시를 요구한 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니하는 자로서 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 주거관계가 확인되지 아니하는 자에 대하여 범죄의 혐의가 있거나 간첩이라고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한하여 인근관계관서에서 그 신원이나 주거관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다」고 규정하고 있다. 그러나 이것은 동행「要求」이기 때문에 강제처분의 성격이 짙다. 따라서 상대방의 자유로운 의사에 기한 동의 또는 승락으로 그를 동행하는 임의동행과는 구별하여야 한다. 주민등록법상의 동행요구제도에 대한 위헌성소지를 제기한 글로서는 申東靈, 刑事訴訟法, 84면.

[사례2] : 93.3.10. 서울형사지법 항소4부 선고/93.3.11. 조선일보 기사

광주시 J대학 신 ○중교수는 경찰서보호실에 대기중 밖으로 나오려다 이를 막는 경찰관을 폭행한 혐의로 기소되어 제1심에서 징역 8월 집행유예 2년을 선고받아 항소하였다.

이에 대해 서울형사지법 항소4부는 1993년 3월 [경찰서보호실은 영장대기자나 즉결대기자등의 도주방지와 경찰업무편의등을 위한 시설로 설치운영되고 있으나 현행법상 이에 대한 설치근거 및 그 운용에 관한 규정이 없다. 당시 피고인이 유치되었던 강남경찰서 형사보호실은 자유로운 출입이 금지돼 가족들의 출입조차 금지되는등 사실상 구금과 같기 때문에 이는 영장주의원칙에 위배된다]는 이유를 제시하면서 공무집행방해부분을 유죄로 인정한 원심을 파기하고 무죄를 선고하였다.

2. 論評

1) 사례1에 대해

사례1은 경찰이 피의자를 임의동행하려다가 거절되자 강제연행을 시도한 경우이다. 임의동행에는 형사소송법 제199조 1항에 의한 임의수사로서의 임의동행과 경찰관직무집행법에 의한 직무질문을 위한 임의동행의 두가지가 있다.¹⁾ 어떠한 경우이든 경찰이 피의자의 동의 또는 승락을 얻고 어떠한 강제력도 행사함이 없이 그를 경찰서로 동행하였다면 동행 그 자체는 허용된다. 그러나

1) 상기의 임의동행과 유사한 것으로 住民登錄法上的 신원확인 등을 위한 同行要求가 있다. 즉 주민등록법 제17조의 10 제2항은 「주민등록증의 제시를 요구한 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니하는 자로서 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 주거관계가 확인되지 아니하는 자에 대하여 범죄의 혐의가 있거나 간첩이라고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한하여 인근관계관서에서 그 신원이나 주거관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다」고 규정하고 있다. 그러나 이것은 동행「要求」이기 때문에 강제처분의 성격이 짙다. 따라서 상대방의 자유로운 의사에 기한 동의 또는 승락으로 그를 동행하는 임의동행과는 구별하여야 한다. 주민등록법상의 동행요구제도에 대한 위헌성소지를 제기한 글로서는 申東靈, 刑事訴訟法, 84면.

경찰이 피의자를 강제로 연행하는 것은 원칙적으로 금지된다. 왜냐하면 우리 형소법이 임의수사를 원칙으로 하고 강제수사는 엄격히 제한하고 있기 때문이다. 우리 형소법상 현행범인이 아닌 피의자를 수사기관이 강제로 연행할 수 있는 경우로는 2가지가 있다. 그것은 이미 법관에 의해 구속영장이 발부된 경우와 긴급구속의 요건이 있는 경우이다. 전자의 경우에 행하는 강제연행은 법관이 발부한 구속영장의 집행으로서 정당화된다. 물론 영장에 의한 피의자구속시에 사법경찰은 피의자에게 영장을 원칙적으로 제시하여야 한다. 그러나 우리 형소법은(제85조 3항, 제209조) 사후제시의 가능성을 인정하였기 때문에 구속영장을 휴대하고 있지 않은 경찰도 영장이 발부된 사실을 유무선을 통해 확인하고 현장에서 피의자를 체포·연행하여도 무방하다.

후자 즉 긴급구속의 요건이 있는 경우에 행하는 강제연행은 우리 형소법 제206조에 의하여 정당화된다. 긴급구속은 법관의 영장없이도 일정한 경우에 피의자의 신병을 확보할 수 있는 제도이다. 그러나 우리 형소법상 긴급구속의 요건은 매우 엄격하다. 우리 형소법 제206조에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주 또는 증거인멸의 우려가 있으며 긴급을 요하여 지방법원판사의 구속영장을 받을 수 없는 경우에 한하여 영장없이 피의자의 신병을 강제로 확보할 수 있다. 이에 의하면 피의자가 아무리 도주 또는 증거인멸의 우려가 있다고 하더라도 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하지 않는 범죄를 이유로 피의자를 긴급구속할 수 없다. 사례1에 대하여 대법원은 피의자가 교육법, 정기간행물의 등록등에 관한 법을 위반한 행위는 어느 것도 장기 3년 이상에 해당하는 범죄가 아니므로 수사기관은 그를 긴급구속할 수 없다고 판시하였다. 이 판례는 경찰이 피의자를 임의동행의 형식을 빌어 강제연행하는 기존의 수사관행에 제동을 건 것이다.

현행법에 의하면 상기관례의 결론은 불가피하다. 그러나 사례1의 피의자는 기소중지 중에 있는 자, 즉 신원이 확인되지 않았거나 이미 도주한 바 있는 자이다. 따라서 경찰이 그를 조우한 순간에 당장 체포하지 않으면 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 자이다. 이러한 피의자에 대하여 현행법의 긴급구속을 위한 증범죄의 요건 때문에 긴급체포를 불가능하게 하는 것은 타당하지 않다. 또한 현행 긴급구속제도의 이용은 거의 없다. 검찰측이 조사한 바에 의하면 1980년 이후 1987년까지 수사기관에서 피의자를 긴급구속한 것은 1980년에 9건, 1987년에 2건으로 모두 11건이 있을 뿐이라고 한다.²⁾ 따라서 현행의 긴급구속제도에 대한 입법적 개정이 있어야 한다. 그 개정의 방법으로써 수사실무가는 긴급구속의 요건을 완화해야 한다는 것을 주장하고 있다.³⁾ 특히 제206조의 요건으로 증거인멸 또는 도주의 우려와 더불어 급속을 요하여 영장을 받을 수 없는 경우를 드는 것은 불필요한 중복에 불과하다는 것이 그 핵심이다. 그러나 “급속을 요하여 영장을 받을 수 없는 경우”의 요건을 삭제해야 한다는 견해에는 찬성할 수 없다. 왜냐하면 예외적으로 영장에 의하지 않는 구속을 허용하기 위하여는 영장에 의한 구속사유를 넘어가는 특별한 요건이 구비되어야 하기 때문이다. 도주 또는 증거인멸의 우려는 영장에 의하여 구속할 때에도 갖추어야 할 요건이다. 따라서 영장에 의한 구속사유를 초과하는 특별한 요건은 당연히 영장에 의하여 구속할 수 없는 긴급성이 되어야 한다. 그 긴급성이란 급속을 요하여 법관의 사전영장을 받을 수 없는 경우이고 이것은 긴급구속의 요건으로 유지되지 않을 수 없다.⁴⁾

현행 긴급구속제도의 문제점은 오히려 영장없는 체포를 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 자에 대하여만 허용한 것에 있다고 생각

2) 문효남, 긴급구속제도의 이용실태와 문제점, 검사세미나연수자료집(제3집), 155면.

3) 문효남, 전계논문, 157면.

4) 同旨, 이재상, 강제수사절차의 개선방안, 형사정책연구원, 57면.

된다. 물론 경범죄에 대해서는 임의수사를 하는 것이 원칙이다. 그러나 경범죄자라 할지라도 수사기관은 그의 도주 또는 증거인멸을 방임할 수는 없다. 더 나아가 수사실무에서 지금까지 긴급구속의 이용을 어렵게 만든 이유도 바로 이러한 중범죄의 요건에 있을 수 있다. 왜냐하면 당장 체포하지 않으면 도주 또는 증거인멸의 염려가 있는 긴급상황에서 수사기관이 피의자의 범행정도를 파악하여 긴급구속의 여부를 결정하도록 기대하는 것은 무리이기 때문이다. 긴급구속에 중범죄의 요건이 있는 한 임의동행의 형식에 의한 강제연행의 수사관행이 제거되기는 어렵다. 결론적으로, 구속사유(도주 또는 증거인멸의 우려)에 해당하고 긴급성이 인정됨에도 불구하고 죄 있는 자가 형사절차에서 벗어나는 것을 방임하는 현행의 입법태도는 중범죄의 요건을 개정함으로써 바뀌어야 한다.⁵⁾ 그 개정의 방향은 피의자가 도주 또는 증거인멸의 우려가 있고 법관의 영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 때에는 영장없이 긴급체포할 수 있는 것을 원칙으로 하고, 예외적으로 경미한 범죄인 경우에는 긴급체포를 인정하지 않도록 하여야 한다. 긴급체포를 인정하지 아니하는 경범죄의 범위는 6개월 이하의 자유형에 해당하는 범죄로 하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 보편적으로 구금의 폐해로 논의되는 단기자유형은 6개월 이하의 자유형으로 보는 것이 세계적 추세이기 때문이다. 그러나 이러한 개선책은 헌법규정과의 충돌문제가 대두될 수 있다. 왜냐하면 헌법 제12조 3항이 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 경우에만 사후영장에 의한 체포나 구속을 허용하고 있기 때문이다. 따라서 가장 바람직하기는 범죄의 중대성에 대한 긴급구속의 요건을 완화하기 위해서 헌법개정과 동시에 형사소송법의 개정이 있는 것이다. 그러나 헌법의 규정에는 형사소송법과는 달리 [영장을 발부받을 시간적 여유가 없는

5) 나의 글, 피의자의 신병확보에 대한 현행제도의 문제점과 개선책, 치안논총(경찰대학), 1992, 148면 이하.

때]의 요건이 없다. 따라서 헌법은 장기 3년 이상의 중범죄자는 긴급성이 없어도 사전영장 없이 체포할 수 있다는 것만을 규정한 것이지, 영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 긴급성이 있는 경우를 규율한 것은 아니라고 해석할 수 있다. 만약 이러한 해석이 가능하다면 헌법의 개정없이 형사소송법의 개정만으로 중범죄 아닌 자의 영장없는 긴급체포를 실현할 수 있을 것이다.⁶⁾

2) 사례2에 대해

사례2는 경찰이 피의자를 경찰서보호실에 유치한 경우이다. 그런데 보호실 유치는 신체의 자유를 제한하는 강제처분이기 때문에 -명령이나 규칙이 아닌 - [법률]에 의해서만 정당화될 수 있다. 이는 헌법의 대원칙이다(신체제한의 법률주의). 사례와 같은 피의자의 보호실유치에 대해 서울형사지법 항소4부는 [경찰서보호실은 영장대기자나 즉결대기자등의 도주방지와 경찰업무편의등을 위한 시설로 설치운영되고 있으나 현행법상 이에 대한 설치근거 및 그 운용에 관한 규정이 없다. 당시 피고인이 유치되었던 강남경찰서 형사보호실은 자유로운 출입이 금지돼 가족들의 출입조차 금지되는등 사실상 구금과 같기 때문에 이는 영장주의원칙에 위배된다]는 이유를 제시하면서 不法임을 선언하였다. 이 판례는 경찰이 피의자를 소환, 임의동행 또는 강제연행하여 영장이 발부될 때까지 경찰서보호실에 임시로 유치하는 기존의 수사관행에 제동을 건 것이다.

그러나 수사기관은 피의자를 조사한 후 범죄혐의가 상당한 것으로 발견되어 석방하면 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우에 정식의 구금영장이 발부될 때까지 그의 신병을 계속 확보할 수 있어야 한다. 이의 당위성은 수사기관(특히 경찰)이 구속영장을 발부받기 위하여 소요되는 시간때문에 나온다. 청

6) 나의 글, 전계논문, 149면.

구영장이 수사기관을 출발하여(특히 경찰에서 출발하여 검찰을 거쳐) 법원에서 소정절차를 밟아 실제 영장이 발부되는 순간까지는 상당한 시간이 걸린다. 물론 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 증거인멸 또는 도망의 염려가 있는 경우에는 긴급구속의 요건에 해당되어 48시간 또는 72시간내에서 피의자의 계속적 신병확보는 적법하다. 그러나 이러한 중범죄에 해당하지 않는 피의자에 대해서는 그러하지 못하다. 따라서 수사의 실체는 중범죄 또는 경범죄의 혐의자를 구별하지 않고 구속영장이 발부될 때까지 보호실에 유치하여 대기시키고 있다. 이에 대하여 대법원판례도 이미 [수사의 편의상 피의자를 임의동행한 경우에도 조사 후 귀가시키지 아니하고 “그의 의사에 반하여” 경찰서조사실 또는 보호실 등에 유치한 것은 불법구금에 해당한다]고 판시한 바 있다.⁷⁾ 문제는 피의자의 승락에 의하여 보호실에 유치한 경우이다. 이에 대해서도 학자들은 본인의 동의에 의한 보호실유치는 실질적인 구속에 다름바 없으므로 긴급구속의 절차에 의하지 아니하고 구속영장없이 보호실에 유치하는 것은 불법구금이 된다고 해석하고 있다.⁸⁾ 그러나 도망 또는 증거인멸의 염려가 있는 피의자를 석방하는 것은 타당하지 않다. 따라서 도망 또는 증거인멸의 우려가 있는 피의자를 구속영장이 발부될 때까지 계속 신병을 확보하는 제도적 장치가 입법론으로 주장된다. 우선 주장되는 것으로는 수사실무상 관행화되어 있는 보호실유치를 입법화하자는 견해이다. 예컨대, 프랑스와 같이 24시간 또는 48시간의 보호유치를 인정하고 이 보호유치의 결정, 진행 및 연장에 관하여 검사의 구속장소감찰, 의사의 신체검사, 보호유치의 개시와 종료시에 피유치자의 서명날인을 받는 방법

7) 대판 1985. 7. 29, 85 모 16.

8) 이재상, 형사소송법, 222면; 백형구, 수사의 이론과 실무, 사법행정 1987년 7월, 35면.

등 검찰의 엄격한 통제책을 강구하자는 견해가 여기에 해당한다.⁹⁾ 보호실유치 제도가 불가부득하다면 입법에 반영하여 이를 정면으로 인정하고 가족고지, 검사나 경찰책임간부의 사전승인, 유치기간제한, 재유치금지 등 합리적인 규제를 하자는 견해도 마찬가지이다.¹⁰⁾ 그러나 피의자에 대한 보호실유치를 새로이 입법화하지 않고도 이 요청은 실현가능하다. 그것은 현행 긴급구속에서 3년 이상의 피의자에 한하는 요건을 위에서 언급한 방법으로 개정하는 것이다. 이렇게 되면 수사기관(특히 경찰)은 도주 또는 증거인멸의 우려가 있으면 정식 구금영장이 발부될 때까지 원칙적으로 피의자를 적법하게 유치할 수 있게 된다. 단 6개월 이하의 자유형에 해당하는 범죄인 경우에만 불가능하게 된다. 양 개정방안 중에서 후자의 방법이 더욱 타당하다. 왜냐하면 보호실은 경찰관직무집행법에 근거가 있고, 이는 要扶助者를 보호하는 행정경찰목적의 장소이지, 피의자를 유치하는 사법경찰목적의 장소는 아니기 때문이다.¹¹⁾

Ⅲ. 現行犯逮捕와 緊急拘束에 대한 統制

1. 최근의 사례

[사례1] : 93.1.27 중앙일보 기사

1991년 2월 [연대를 위한 대기업노동조합회의] 간부 67명은 대우조선공업 당시 노조지원을 결의하는 의정부시 다락원 캠프장집회에 참석했다가 경찰에 의해 현행범으로 전원 연행되었다. 이에 대하여 연행되었던 간부 5명이 [경찰

9) 임양운, 프랑스에 있어서의 경찰의 보호조치에 관한 연구, 해외파견검사연구논문집(제5집), 275면.

10) 신현주, 형사소송법, 103면.

11) 나의 글, 전개논문, 151면.

등 검찰의 엄격한 통제책을 강구하자는 견해가 여기에 해당한다.⁹⁾ 보호실유치 제도가 불가부득하다면 입법에 반영하여 이를 정면으로 인정하고 가족고지, 검사나 경찰책임간부의 사전승인, 유치기간제한, 재유치금지 등 합리적인 규제를 하자는 견해도 마찬가지이다.¹⁰⁾ 그러나 피의자에 대한 보호실유치를 새로이 입법화하지 않고도 이 요청은 실현가능하다. 그것은 현행 긴급구속에서 3년 이상의 피의자에 한하는 요건을 위에서 언급한 방법으로 개정하는 것이다. 이렇게 되면 수사기관(특히 경찰)은 도주 또는 증거인멸의 우려가 있으면 정식 구금영장이 발부될 때까지 원칙적으로 피의자를 적법하게 유치할 수 있게 된다. 단 6개월 이하의 자유형에 해당하는 범죄인 경우에만 불가능하게 된다. 양 개정방안 중에서 후자의 방법이 더욱 타당하다. 왜냐하면 보호실은 경찰관직무집행법에 근거가 있고, 이는 要扶助者를 보호하는 행정경찰목적의 장소이지, 피의자를 유치하는 사법경찰목적의 장소는 아니기 때문이다.¹¹⁾

Ⅲ. 現行犯逮捕와 緊急拘束에 대한 統制

1. 최근의 사례

[사례1] : 93.1.27 중앙일보 기사

1991년 2월 [연대를 위한 대기업노동조합회의] 간부 67명은 대우조선공업 당시 노조지원을 결의하는 의정부시 다락원 캠프장집회에 참석했다가 경찰에 의해 현행범으로 전원 연행되었다. 이에 대하여 연행되었던 간부 5명이 [경찰

9) 임양운, 프랑스에 있어서의 경찰의 보호조치에 관한 연구, 해외파견검사연구논문집(제5집), 275면.

10) 신현주, 형사소송법, 103면.

11) 나의 글, 전개논문, 151면.

에 붙잡힌 시간이 2월 10일 오후 2시 30분 이전이었고 석방시간은 48시간을 넘긴 12일 오후 3시였으며 연행시 범죄사실의 요지나, 변호인의 도움을 받을 권리 등을 고지하지 않은 불법연행이었다]고 주장하면서 민사법원에 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

이에 대하여 1993년 1월 서울민사지방법원 합의 18부는 판결문에서 [당시 집회가 노동쟁의조정법상 제3자개입금지조항을 어긴 불법집회로 피의자들을 연행한 것이 현행법 체포에 해당하나 당시 구속이유와 변호인선임권을 알리지 않고 변명의 기회를 주지않는 등 고지의무를 제대로 이행치 않아 당시 체포는 불법연행으로 인정되며, 법정시한보다 30분 더 감금했다면 이는 불법구금에 해당한다]고 이유를 제시하면서 국가는 원고들에게 각 50만원씩 손해배상을 하라고 판시하였다.

[사례2] : 92.10.15 중앙일보 기사

1991년 7월 8일 당시 전대협 의장 김종식은 각종 불법집회를 주도한 혐의로 안기부직원들에게 영장없이 연행되었다. 그는 조사를 통해 91년 평양축전에 대학생 2명의 입북을 배후조종했다는 국가보안법 위반혐의가 드러나 연행이틀뒤인 10일 안기부가 신청한 통상적인 영장에 의해 구속되었다. 이에 대해 김종식은 안기부의 불법행위를 근거로 국가를 상대로 한 민사손해배상청구소송을 제기하였다.

이에 대해 서울민사지방법원 28단독판사는 판결문에서 [안기부가 김씨를 영장없이 연행한 것은 긴급구속에 해당되므로 사후긴급구속영장을 발부받아야 하는데도 통상적인 영장을 발부받아 2일간 영장없이 구속된 결과가 되었으므로 국가는 이에 대한 손해를 배상해야 한다. 또한 구속당시 수사기관이 김씨에게 구속당하는 이유와 변호인의 조력을 받을 권리를 고지하지 않아 정신적 고통을 준 점도 인정된다]고 이유를 제시하면서 국가는 김씨에게 100만원을

지급하라는 원고승소판결을 내렸다.

[사례3] : 92. 6. 27 조선일보 사설

목포경찰서는 화염병시위 등 혐의로 연행 조사하던 한 피의자에 대하여 검찰을 통하여 구속영장을 광주지법 목포지원의 방희선판사에게 청구하였으나 기각당하였다. 그러나 목포경찰서는 그 피의자를 즉각 석방하지 않고 2차 영장신청을 준비하였다. 이에 대해 영장을 기각하였던 방희선판사는 목포경찰서장등 5명의 경찰관을 영장이 기각된 피의자를 45시간이나 경찰서보호실에 가둔 불법감금의 혐의로 검찰에 고발하였다.

2. 논평

1) 사례1에 대해

사례1은 수사기관이 영장없이 피의자를 긴급구속하거나 현행범을 체포하여 그의 신병을 계속확보할 수 있는 기간에 대한 것이다. 우리 형소법에 의하면 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포한 경우, 현행범인을 인도받은 경우 또는 피의자를 긴급구속한 경우에는 지방법원판사가 있는 시 또는 군에서는 48시간, 기타의 시 또는 군에서는 72시간 이내에 구속영장을 발부받아야 한다(제2213조의 2, 제207조 1항). 사후영장을 발부받지 못하면 즉시 석방하여야 하고, 석방된 자를 구속영장 없이 동일한 범죄사실로 다시 구속할 수는 없다(동조 2항, 3항). 따라서 수사기관이 영장없이 피의자의 신병을 확보할 수 있는 기간은 체포 후 48시간 또는 72시간 이내이다. 영장없이 이 기간을 초월하는 경우에는 불법감금이 된다. 사례1에서 경찰의 체포과정은 피의자들을 차례로 검거하여 호송차에 태운 뒤에 일괄적으로 경찰서로 인치한 경우이다. 따라서 피의자의 신체의 자유가 제한된 첫시점은 개인적으로 다르다. 여기서 문제가 되는 것은 어느 시점을 기준으로 체포기간의 기산점으로 할 것인가

지급하라는 원고승소판결을 내렸다.

[사례3] : 92. 6. 27 조선일보 사설

목포경찰서는 화염병시위 등 혐의로 연행 조사하던 한 피의자에 대하여 검찰을 통하여 구속영장을 광주지법 목포지원의 방희선판사에게 청구하였으나 기각당하였다. 그러나 목포경찰서는 그 피의자를 즉각 석방하지 않고 2차 영장신청을 준비하였다. 이에 대해 영장을 기각하였던 방희선판사는 목포경찰서장등 5명의 경찰관을 영장이 기각된 피의자를 45시간이나 경찰서보호실에 가둔 불법감금의 혐의로 검찰에 고발하였다.

2. 논평

1) 사례1에 대해

사례1은 수사기관이 영장없이 피의자를 긴급구속하거나 현행범을 체포하여 그의 신병을 계속확보할 수 있는 기간에 대한 것이다. 우리 형소법에 의하면 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포한 경우, 현행범인을 인도받은 경우 또는 피의자를 긴급구속한 경우에는 지방법원판사가 있는 시 또는 군에서는 48시간, 기타의 시 또는 군에서는 72시간 이내에 구속영장을 발부받아야 한다(제2213조의 2, 제207조 1항). 사후영장을 발부받지 못하면 즉시 석방하여야 하고, 석방된 자를 구속영장 없이 동일한 범죄사실로 다시 구속할 수는 없다(동조 2항, 3항). 따라서 수사기관이 영장없이 피의자의 신병을 확보할 수 있는 기간은 체포 후 48시간 또는 72시간 이내이다. 영장없이 이 기간을 초월하는 경우에는 불법감금이 된다. 사례1에서 경찰의 체포과정은 피의자들을 차례로 검거하여 호송차에 태운 뒤에 일괄적으로 경찰서로 인치한 경우이다. 따라서 피의자의 신체의 자유가 제한된 첫시점은 개인적으로 다르다. 여기서 문제가 되는 것은 어느 시점을 기준으로 체포기간의 기산점으로 할 것인가

이다. 상기법원은 그 기산점을 호송버스의 출발시간으로 보았다(조선일보 93. 1.28자 기사). 기타 생각할 수 있는 기산점은 검거된 첫시점, 경찰서도착시점 및 경찰서유치장에 유치된 시점 등이다. 이러한 실제상의 문제점이 있음에도 불구하고 이에 대한 학자들의 견해는 거의 없다. 생각컨대, 피의자의 신체자유를 제한하는 처분은 가능한 피의자에게 유리하게 엄격히 해석하여야 하므로 원칙적으로 검거된 첫시점이 그 기간점이 되어야 한다. 그러나 사례1과 같이 동일장소에서 여러 피의자를 검거한 경우에 최초와 최후의 검거간격이 길지 않은 때에는 판례와 같이 호송버스의 출발시간을 기산점으로 하여 일괄처리하는 것도 무방하리라 생각된다.

2) 사례2에 대해

사례2는 영장없이 피의자를 긴급구속한 경우에 요구되는 사후의 구속영장은 무엇을 의미하는가에 대한 문제이다. 우리 형소법 제207조 1항은 긴급구속을 한 경우 피의자를 계속 감금하기 위해서는 수사기관은 반드시 48시간 또는 72시간 내에 판사로부터 사후 [구속영장]을 발부받아야 한다고만 규정하고 있다. 이에 대해 수사기관은 본조가 말하는 사후의 구속영장을 정식의 구속영장으로 해석하여 이를 청구하는 것이 관행으로 되어왔다. 그러나 상기판례는 이러한 수사관행을 깨고 사후의 [긴급구속영장]을 청구하도록 요구하였다. 이 판결로 피의자를 영장없이 구금하더라도 48시간 이내에 석방하던지 일반영장을 발부받으면 적법하다는 이른바 [48시간 관행]이 깨진 셈이다. 이 판례 이전의 기존관행은 피의자에게 불리한 여러 부수효과를 가져왔다. 우선 검찰, 경찰, 안기부등 수사기관은 현행범이 아닌 피의자를 영장없이 체포할 경우 긴급구속의 규정을 원용하여 구금한 뒤 이 기간을 구속일수에 포함시키지 않았다. 또한 수사기관은 관행적으로 구속시점도 체포당시가 아닌 정식 구속영장의 발부시간을 기준으로 계산하여 왔다. 따라서 체포당시부터 영장발부때까

지는 영장의 효력이 미치지 않는 사각지대로 남게 되고 구속일수 계산에서 제외되었다. 수사기관이 이러한 편법을 써온 이유는 일반영장을 이용할 경우 통상 경찰 10일, 검찰 20일로 제한되어 있는 수사기간에서 최고 48시간을 연장할 수 있을 뿐만 아니라, 사후 긴급구속영장을 신청할 경우 구속당시의 상황이 판사의 영장을 받을 수 없는 긴급한 상황임을 증명해야 하는 까다로움이 있기 때문이다.

그러나 상고판례의 태도는 문제점이 있다. 상고판례는 영장없이 피의자를 긴급구속한 경우에 48시간 또는 72시간 이내에 사후의 [긴급구속영장]을 청구하도록 요구하였으나, 이는 오히려 피의자에게 불리한 판결이 될 수 있다. 긴급구속은 법관의 영장을 발부받을 시간적 여유가 없을 때 영장없이 피의자의 신병을 확보하는 제도이다. 그런데 만약 긴급구속 자체만을 정당화하기 위하여 사후에 긴급구속영장을 발부받도록 하고 이를 위해 48시간 또는 72시간이라는 적지 않은 기간을 허용한다면 이는 피의자의 신체자유를 부당히 제한하는 조치이다. 판례와 같이 사후에 긴급구속영장을 발부받아야 한다면 그 기간은 24시간이면 충분하다(영장없는 긴급체포의 기간을 24시간으로 줄이고, 그 보완책으로 체포영장제도의 도입을 주장한 나의 글, 「피의자의 신병확보에 대한 현행제도의 문제점과 개선책」을 참조하라). 오히려 우리 형소법이 영장없이 피의자를 긴급구속하여 48시간 또는 72시간이라는 적지 않은 기간을 준 것은 수사기관이 그 동안 피의자신문, 증거확보 등을 통하여 범죄혐의를 밝혀 그 다음 조치를 하도록 요구한 것이라고 생각된다. 따라서 형소법 제207조 1항이 말하는 사후의 구속영장은 정식의 구속영장으로 해석하는 것이 타당하다.

그러나 구속기간의 계산에 관한 기존의 관행은 상고판례와는 관계없이拂拭되어야 한다. 피의자의 신체자유를 제한하는 처분은 기술한 바와 같이 피의자

에게 유리하게 엄격히 해석하여야 한다. 따라서 경찰과 검찰에게 허용된 구속기간의 기산점은 실제로 피의자의 신체자유가 제한된 시점부터 시작하는 것이지 법원에 의해 영장이 발부된 시점이 아니다. 따라서 긴급구속 후부터 사후의 구속영장이 발부될 때까지 구속기간에 산입하지 않았던 기존의 수사관행은 상기관례와 관계없이 제거되어야 하고, 법원의 통제도 이러한 방향으로 갈 것으로 예상된다(구속기간의 계산에 관하여는 아래에서 다시 한번 검토한다).

3) 사례3에 대해

사례3은 수사기관에 의하여 일단 신병이 확보된 피의자에 대한 구속영장이 기각된 경우에 수사기관의 사후조치에 대한 문제이다. 이와 관련하여 우리나라 형소법은 긴급구속의 대상인 피의자와 현행범인에 대하여 규정하고 있다. 형소법 제207조 2항은 긴급구속된 피의자에 대하여 48시간 또는 72시간 내에 사후의 구속영장을 발부받지 못한 경우에는 피의자를 즉시 석방하도록 규정하고 있고, 현행범인에 대해서는 제213조의 2가 제207조를 준용하고 있다. 이 규정에 의하여 영장기각으로 일단 석방된 자는 구속영장없이는 동일한 범죄사실에 관하여 구속하지 못한다(제207조 3항). 그러나 피의자에 대하여 영장이 기각되었더라도 수사기관은 다시 구속영장을 청구할 수 있다(제201조 4항). 단 검사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다(제208조 1항). 형소법의 규정에 따르면 사례3의 피의자가 현행범으로 체포되었거나 긴급구속되었다면 법관의 영장기각으로 즉시 석방되어야 한다. 그러나 임의동행된 피의자인 경우에 대해서는 우리 형소법은 아무런 규정이 없다. 피의자의 인권보호라는 관점에서 임의동행된 경우에도 영장이 기각된 후의 피의자유치는 불법으로 보는 것이 타당하리라 믿는다. 따라서 수사기관은 신병확보가 필요한 피의자에 대해서는 미리 범죄혐의의 상당성과 도주 또는

증거인멸에 대한 소명자료를 철저히 준비하여 영장을 청구하여야 한다. 만약 그리하지 못한 상태에서 영장을 청구하여 자칫 법관에 의해 영장이 기각당하여 피의자를 석방하여야 함으로써 그를 도주 또는 증거인멸케 하는 실수를 범하지 않도록 주의하여야 한다.

Ⅳ. 被疑者拘束中 搜查機關의 不法에 대한 統制

1. 최근의 사례

[사례1] : 92.4.26. 서울민사지법 항소4부 선고/92.4.27 조선일보 기사

김한주 변호사가 치안본부 대공분실에 구속된 피의자와의 접견교통을 요구하였으나 거부되었다. 이에 대해 김변호사는 국가를 상대로 민사상 손해배상 청구의 소를 제기하였다.

이에 대해 서울민사지법 항소4부는 1992년 4월 [헌법과 형사소송법에 명백히 보장된 변호인의 피의자 또는 피고인에 대한 접견교통권을 국가가 거부한 것은 위법행위이다]고 이유를 제시하면서, 국가는 김변호사에게 200만원을 지급하라고 판시하였다.

[사례2] : 92.1.30/93.8.24 중앙일보 기사

1985년 민청련의장 김근태는 국가보안법등 위반혐의로 경찰에 구속되었다(그후 그는 형사소송을 통해 징역 5년의 유죄판결을 받아 수감되었다). 김근태는 자기를 고문했다는 이유로 김 ○현경감등 치안본부 대공수사단 몇명을 고소하였다. 또한 그는 형사절차와는 별도로 국가를 상대로 민사상 손해배상의 소를 제기하였다. 형사고소에 대해 검찰이 무혐의 처리하자 변호인들이 고등법원에 재정신청을 하여 받아들여졌다. 이에 따라 김 ○현경감등은 1991년

증거인멸에 대한 소명자료를 철저히 준비하여 영장을 청구하여야 한다. 만약 그리하지 못한 상태에서 영장을 청구하여 자칫 법관에 의해 영장이 기각당하여 피의자를 석방하여야 함으로써 그를 도주 또는 증거인멸케 하는 실수를 범하지 않도록 주의하여야 한다.

Ⅳ. 被疑者拘束中 搜查機關의 不法에 대한 統制

1. 최근의 사례

[사례1] : 92.4.26. 서울민사지법 항소4부 선고/92.4.27 조선일보 기사

김한주 변호사가 치안본부 대공분실에 구속된 피의자와의 접견교통을 요구하였으나 거부되었다. 이에 대해 김변호사는 국가를 상대로 민사상 손해배상 청구의 소를 제기하였다.

이에 대해 서울민사지법 항소4부는 1992년 4월 [헌법과 형사소송법에 명백히 보장된 변호인의 피의자 또는 피고인에 대한 접견교통권을 국가가 거부한 것은 위법행위이다]고 이유를 제시하면서, 국가는 김변호사에게 200만원을 지급하라고 판시하였다.

[사례2] : 92.1.30/93.8.24 중앙일보 기사

1985년 민청련의장 김근태는 국가보안법등 위반혐의로 경찰에 구속되었다(그후 그는 형사소송을 통해 징역 5년의 유죄판결을 받아 수감되었다). 김근태는 자기를 고문했다는 이유로 김 ○현경감등 치안본부 대공수사단 몇명을 고소하였다. 또한 그는 형사절차와는 별도로 국가를 상대로 민사상 손해배상의 소를 제기하였다. 형사고소에 대해 검찰이 무혐의 처리하자 변호인들이 고등법원에 재정신청을 하여 받아들여졌다. 이에 따라 김 ○현경감등은 1991년

1월 서울형사지법에 의해 징역 5-2년씩의 실형을 선고받았다. 최근(1993년 8월 23일) 항소심인 서울고법 형사1부는 다시 유죄를 선고하고 모두 법정구속시켰다.

민사소송부분에 대해 법원은 1992년 1월 [증인들의 증언등을 면밀히 검토한 결과 김씨가 치안본부에서 조사를 받으면서 물고문, 전기고문을 당했다는 사실이 인정되고 이에 대한 정신적 모델감등 견디기 힘든 정신적 피해가 있었을 것이라는 추측이 가능하다]는 이유를 제시하면서, 국가는 정신적 육체적 피해를 본 원고에게 4천 500만원을 배상하라고 판시하였다.

[기타 유사사례들] : 김근태씨 사건과 유사한 사례로는 법원이 1989년 6월에 권인숙씨 성고문사건에 대하여, 동년 11월에 박종철군 고문치사사건에 대하여 국가의 손해배상책임을 인정한 것이 있다. 특히 박종철 고문치사사건에 대한 항소에 대하여 최근 1993년 7월 14일 서울고법 민사2부는 [가족중 일원이 불의의 사고로 사망했을 경우 나머지 가족들은 그 진상을 밝혀내고 억울한 일은 법절차에 호소, 그 원한을 풀 권리가 있으며 이러한 신원권은 타인이 침해해서는 안될 하나의 권리로 인정되어야 한다]고 그 이유를 제시하면서, [국가와 고문경찰관들은 유족들에게 1십보다 4,500만원이 많은 1억 7천여만원을 배상하라]고 판시하였다(조선일보 93.7.15 기사). 아주 최근(1993년 7월)에는 1991년 [대홍동 국교생 권미경양에 대한 방화 살인사건]의 범인으로 피살자의 친오빠가 경찰에 의해 지목되어 공표되자 그의 부모가 민사소송을 제기한 데 대하여 서울민사법원이 [권군을 범인으로 지목한 국가가 명예훼손에 따른 8,000만원의 손해배상을 하라]는 판결이 있었다.

[사례3] 92.1.18 중앙일보기사

詐欺嫌疑의 피의자 李 ○守氏는 89년 7월 21일 서울용산경찰서에 임의동행

의 형식으로 연행된 후 82시간만에 구속되었다. 이에 대해 피의자 李氏는 자기를 수사한 同경찰서 조사계장 南 ○結경감등을 불법감금등 혐의로 고소하였다. 그러나 검찰은 이에 대해 무혐의 불기소처분을 하였다. 그러자 李氏는 고등법원에 재정신청을 내었고, 그 신청은 기각되었다. 고등법원의 기각결정에 대해서 李氏는 대법원에 재항고를 제기하였다. 1992년 1월 17일 대법원은 기각결정을 내린 원심을 깨고 李氏의 재항고를 받아들여 사건을 서울고등법원으로 되돌려 보냈다.

2. 논평

사례1은 법원이 수사기관의 위법행위에 대하여 국가 또는 당사자의 손해배상책임을 인정한 것이다. 우리 민법에는 위법행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 피해자에 대하여 손해배상책임이 있다고 규정하고 있다(민법 제 750조). 이를 달리 표현하면 피해자는 가해자에 대하여 손해배상청구권을 가진다. 더 나아가 국가배상법은 공무원의 위법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 국가의 손해배상책임을 인정하고 있다(국가배상법 제2조). 따라서 공무원의 위법행위에 대해서 피해자는 국가와 가해자 모두에게 민사상 손해배상청구권을 가진다. 여기의 위법행위란 반드시 형법상 범죄행위만을 의미하는 것이 아니고, 모든 범위반행위를 포함한다. 또한 손해는 직접적·물질적 피해뿐만 아니라 정신적 피해도 포함된다. 따라서 사례1에서 변호인이 신청한 피의자와의 접견교통에 대해 수사기관이 이를 허용하지 않은 것이 법에 반하는 행위이고 이로 인하여 변호인에게 피해가 있다면 국가의 배상책임이 인정된다. 그런데 현행법상 체포·구속당한 피의자는 변호인을 선임할 권리가 있을 뿐만 아니라(헌법 제12조 4항), 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게

원판례는 [재정결정이 재판에 영향을 미친 헌법, 법률, 명령 또는 규칙에 위반된 것임을 이유로 하는 때에는 형소법 제262조 2항의 규정에도 불구하고 형소법 제415조에 의해 대법원에 再抗告함으로써 불복할 수 있다]고 판시하였다.¹²⁾ 이러한 판례의 태도는 고문·폭행·불법구금 등을 가한 수사관에 대한 피해자의 처벌요구권을 2중으로 특별히 보호함으로써 수사기관의 인권침해를 통제하는 것이다.

상기 사례들에 대한 일련의 법원조치는 피의자에 대한 불법감금 내지 가혹행위와 같은 형사상 불법행위는 물론, 점건교통권의 침해와 같은 단순한 형사절차상의 위법행위조차도 국가와 자기자신에게 어떠한 불이익이 돌아올 것인가를 수사담당자에게 일깨워 주고 있다. 이를 계기로 기존의 비민주적 수사관행은 국가의 이익뿐만 아니라 수사당사자 본인의 이익을 위해서도 근절되어야 한다.

V. 拘束期間에 대한 統制

1. 헌법재판소의 최근판결

최근 헌법재판소는 국가보안법 제19조 중 제7조 및 제10조의 죄(찬양·고무·불고지죄)에 관한 구속기간연장부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다(90헌마82 국가보안법 제19조에 대한 헌법소원). 그 이유는 다음과 같다: “동법 제7조(찬양 고무 등) 및 제10조(불고지)의 죄는 구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운 것도 아니어서 굳이 수사기

12) 大決 64 모 27; 67 모 19; 67 모 26; 72 모 16; 72 모 16; 3885 모 16; 72 모 38; 85 모 16; 85 모 40

관에서 일반형사사건의 최장구속기간 30일보다 더 오래 피의자를 구속할 필요가 있다고 인정되지 아니한다. 그럼에도 불구하고, 국가보안법 제19조가 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여서까지 형사소송법상의 수사기관에 의한 구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 입법목적의 정당성만을 강조한 나머지 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙등을 무시한 것이라고 아니할 수 없고 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권제한 입법의 원리로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것임이 명백하다.”

2. 논평

우리 형소법은 수사기관에 의한 피의자구속기간은 검사와 사법경찰관에게 모두 10일씩 허용되나 검사만은 지방법원판사의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 1차에 한하여 구속기간을 연장할 수 있다(형소법 제202조, 203조, 205조). 따라서 수사기관에서의 최장구속기간은 30일이다. 구속기간의 제한은 피의자의 인권을 보호한다는 측면뿐만 아니라 신속한 재판을 실현한다는 측면에서도 요청된다. 그러나 국가보안법은 국가보안법위반사범에 대하여 그 수사의 은밀성·계속성을 고려하여 사법경찰관에 대해서는 형사소송법상의 구속기간을 1차연장할 수 있게 하였고(따라서 20일까지), 검사에 대해서는 형사소송법상의 구속기간을 2차연장할 수 있게 하는(따라서 30일까지) 특칙을 두었다(국가보안법 제19조). 이에 대하여 헌법재판소는 국가보안법 제19조중 제7조 및 제10조의 죄(찬양·고무·불고지죄)에 관한 구속기간 연장부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다. 헌법재판소의 판시는 타당하다. 왜

관에서 일반형사사건의 최장구속기간 30일보다 더 오래 피의자를 구속할 필요가 있다고 인정되지 아니한다. 그럼에도 불구하고, 국가보안법 제19조가 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여서까지 형사소송법상의 수사기관에 의한 구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 입법목적의 정당성만을 강조한 나머지 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙등을 무시한 것이라고 아니할 수 없고 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권제한 입법의 원리로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것임이 명백하다.”

2. 논평

우리 형소법은 수사기관에 의한 피의자구속기간은 검사와 사법경찰관에게 모두 10일씩 허용되나 검사만은 지방법원판사의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 1차에 한하여 구속기간을 연장할 수 있다(형소법 제202조, 203조, 205조). 따라서 수사기관에서의 최장구속기간은 30일이다. 구속기간의 제한은 피의자의 인권을 보호한다는 측면뿐만 아니라 신속한 재판을 실현한다는 측면에서도 요청된다. 그러나 국가보안법은 국가보안법위반사범에 대하여 그 수사의 은밀성·계속성을 고려하여 사법경찰관에 대해서는 형사소송법상의 구속기간을 1차연장할 수 있게 하였고(따라서 20일까지), 검사에 대해서는 형사소송법상의 구속기간을 2차연장할 수 있게 하는(따라서 30일까지) 특칙을 두었다(국가보안법 제19조). 이에 대하여 헌법재판소는 국가보안법 제19조중 제7조 및 제10조의 죄(찬양·고무·불고지죄)에 관한 구속기간 연장부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다. 헌법재판소의 판시는 타당하다. 왜

나하면 예컨대 타인을 살해한 살인피의자 내지 가정파괴범과 같은 흉악범에 대해서는 그 구속기간이 최장 30일인데 반하여 그 보다 법정형이 낮은 국가보안법 제7조(찬양·고무 등) 및 제10조(불고지)의 죄에 대해서는 50일까지 구속할 수 있다고 허용하는 것은 상기 헌법재판소의 판시이유 이외에도 공평의 관념에 반하기 때문이다.

이러한 국가보안법에 의한 구속기간의 연장이외에 수사실무에서 문제되는 것은 구속기간의 기산점이다. 특히 현행범의 체포와 긴급구속 이후 사후구속영장을 발부받기 이전의 48시간 또는 72시간의 피의자감금기간을 구속기간의 계산에 산입하여야 하는지가 문제된다. 지금까지의 관행은 이 기간을 구속일수에 포함시키지 않았다. 또한 수사기관은 관행적으로 구속시점도 신병확보의 시점이 아닌 정식 구속영장의 발부시간을 기준으로 계산하여 왔다. 따라서 체포당시부터 영장발부때까지는 영장의 효력이 미치지 않는 사각지대로 남게 되고 구속일수 계산에서 제외되었다. 이러한 관행에 제동을 건 판례가 상기에 소개한 전대협 의장 김종식에 대한 서울민사지방법원 28단독판사의 판결이었다. 즉 긴급구속 이후에 법관에게 발부받아야 하는 사후구속영장을 정식구속영장이 아닌 “긴급”구속영장으로 봄으로써 영장없이 감금된 기간도 구속일수에 산입할 수 있게 시도하였다.¹³⁾ 그러나 상기판례는 기술한 바와 같이 문제점이 있다. 왜냐

13) 최근 형소법 개정안과 관련하여 긴급구속영장을 검사가 발부하도록 하자는 주장이 검찰에서 제기되었고, 실제로 검사가 긴급구속영장을 발부한 사례도 있다. 그러나 事前的 긴급구속영장의 발부는 검찰 자체가 피의자를 긴급구속할 경우에는 가능하지만, 영장을 발부받을 시간적 여유가 없을 때 경찰이 현장에서 긴급구속할 일반적 경우에는 별 의미가 없다. 따라서 후자의 경우에는 경찰이 검찰로부터 사후의 긴급구속영장을 발부받아야 한다는 의미이다. 그러나 검찰이 같은 수사기관인 경찰에 대하여 긴급구속의 정당성을 심판하는 것은 헌법정신 및 헌법규정에 반한다. 피의자의 신체자유를 제한하는 수사기관의 처분에 대한 정당성은 제3의 사법기관인 법관이 부여할 수 있는 것이지 수사기관 자체가 그 정당성을 부여할 수는 없다. 그렇기 때문에 우리 헌법은(제12조3항) 영장의 청구는 검사의 권한사항으로 하였지만 영장의 발부는 법관의 권한사항으로 명시하고 있다. 따라서 검사발부의 긴급구속영장제도는 검찰의 경찰에 대한 수사통제의 의미로 밖에 볼 수 없지, 결코 피의자의 인권을 보장하고자 하는 것은 아니다.

하면 영장없이 피의자의 신병을 확보한 경우에 48시간 또는 72시간 이내에 사후의 “긴급”구속영장을 청구하도록 요구하는 것은 오히려 피의자에게 불리한 결정이 될 수 있기 때문이다. 만약 긴급구속 자체만을 정당화하기 위하여 사후에 긴급구속영장을 발부받도록 하고 이를 위해 48시간 또는 72시간이라는 적지 않은 기간을 허용한다면 이는 피의자의 신체자유를 부당히 제한하는 조치이다. 판례와 같이 사후에 긴급구속영장을 발부받아야 한다면 그 기간은 24시간이면 충분하다. 오히려 우리 형소법이 영장없이 피의자를 긴급구속하여 48시간 또는 72시간이라는 적지 않은 기간을 준 것은 수사기관이 그 동안 피의자신문, 증거확보 등을 통하여 범죄혐의를 밝혀 그 다음 조치를 하도록 요구한 것이라고 생각된다. 따라서 형소법 제207조 1항이 말하는 사후의 구속영장은 정식의 구속영장으로 해석하는 것이 타당하다. 그러나 구속기간의 계산에 관한 기존의 관행은 상기관례와는 관계없이拂拭되어야 한다. 피의자의 신체자유를 제한하는 처분은 기술한 바와 같이 피의자에게 유리하게 엄격히 해석하여야 한다. 따라서 경찰과 검찰에게 허용된 구속기간의 기산점은 실제로 피의자의 신체자유가 제한된 시점부터 시작하는 것이지 법관에 의해 영장이 발부된 시점이 아니다. 따라서 긴급구속 이후부터 사후의 구속영장이 발부될 때까지 구속기간에 산입하지 않았던 기존의 수사관행은 상기관례와 관계없이 제거되어야 한다. 이러한 관점에서 최근에(1993.10.30. 조선일보 기사) 서울지검 남부지청의 검사가 현행범으로 체포된 피의자에 대한 사후구속영장의 청구시에 구속기간의 기산시점을 체포시에 소급하여 청구한 것은(소위 [소급영장]의 청구) 적절한 조치였다고 사료된다. 또한 대법원도 최근에 이러한 취지로 상기 김종식氏가 처음 청구한 사건의 상고심에서 확정하였다.

Ⅵ. 證據制限을 통한 統制

1. 訊問節次의 適法性を 요구한 判例

1.1. 특히 유의해야 할 판례

[판례1] : 대판 90.8.24 선고, 90 도 1285/90.9.25 선고, 90 도 1586

“검사작성의 피의자신문조서가 검사에 의하여 피의자에 대한 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 작성된 경우에는 증거능력이 없다”

[판례2] : 92.6.23, 92 도 682

“형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는 바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.”

1.2. 논평

양판례는 수사기관에 의해 위법수집된 증거의 증거능력에 관한 것이다. 양판례가 나오기 전까지 수사기관에 의해 위법수집된 증거의 증거능력에 관한 대법원의 태도는 다음과 같다. 먼저 위법수집된 물적 증거에 대해서는 증거능력을

인정하고 있다. 특히 영장주의에 위반하여 압수한 증거물의 증거능력에 관하여, [압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져 오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다]고 판시하였다.¹⁴⁾ 그러나 판례와는 달리 확설은 위법수집 증거물의 증거능력을 부정하여야 한다는 데에 일치하고 있다.¹⁵⁾ 다음으로 위법수집된 인적 증거(진술)에 대해서는 그 동안 고문·폭행 등의 방법에 의해 얻은 임의성 없는 진술인 경우에만 그 진술의 증거능력을 부정하였다. 그러나 양판례는 수사기관이 고문 등을 가하지 않아 진술에 임의성이 있다고 하더라도 그 신문절차가 형소법에 규정된 절차에 의하지 않은 경우에는 그 진술의 증거능력을 부정한 것이다. 따라서 위법절차에 의해 수집된 인적 증거는 앞으로 그 임의성 여부와는 관계없이 증거능력을 인정받을 수 없게 되었다.

판례1은 미국의 Escobedo판결과¹⁶⁾ 유사한 것이다. 이 판결의 내용은 다음과 같다. 1960년 1월 30일 Escobedo는 살인혐의로 체포되어 경찰서로 연행되었다. 경찰서에서 그는 이미 위임한 변호사와의 접견을 계속 요구하였으나 거부되었고 경찰서에 도착한 그의 변호인도 수차 접견을 요구하였으나 신문을 마칠 때까지 거부당하였다. 일리노이주 대법원의 유죄판결에 대해 미연방 대법원은 변호인과의 접견을 거부한 것은 연방수정헌법 제6조의 위반이라는 이유로 원심을 파기하였다.

판례2는 미국의 Miranda판결과¹⁷⁾ 상응한 것이다. 이 판결의 내용은 다음과 같다. 1963년 3월 31일 강간등 혐의로 경찰에 구금된 Miranda라는 피의자가

14) 대판 68 도 932 ; 87 도 705.

15) 백형구, 형사소송법, 409면 ; 이재상, 형사소송법, 524면 ; 신동운, 형사소송법, 100면 ; 차용석, 증거법, 89면.

16) 강구진, 판례교재 형사소송법, 243면.

17) 강구진, 판례교재 형사소송법, 244면.

변호인의 조력을 받을 권리 및 묵비권 등을 수사기관으로부터 사전에 고지받지 못한 채 자신의 범죄사실을 자백하고 진술조서에 서명하였다. 이 자백을 토대로 1심과 애리조나州 대법원은 Miranda에게 유죄를 선고하였다. 그러나 재판과정에서 담당경관 2명은 피의자의 기본권을 충분히 보장하지 않은 채 수사를 진행했음을 시인, 결국 1966년 미연방대법원이 [헌법에 보장된 묵비권을 침해하여 얻은 위법의 자백을 배척한다]며 유죄를 선고한 원심파기결정을 내렸다.

양판례에 의하여 수사기관이 지금까지 수사에 장애가 되고 증거인멸 등의 우려가 있다는 이유로 시국공안사건인 경우 변호인접견을 어느 정도 제한했다든가, 진술거부권 또는 변호인선임권을 충실히 고지함이 없이 피의자를 수사해 온 관행에 제동이 걸리게 되었다. 더 나아가 수사기관이 위법절차에 의해 수집한 물적 증거에 대해서 학설이 일치하여 그 증거능력을 부정하고 있으므로 앞으로 대법원의 태도가 변경될 수도 있다는 예상을 배제할 수 없다. 따라서 수사기관은 앞으로 인적 증거뿐만 아니라 물적 증거도 적법절차에 의하여 확보하는 자세를 확립하여 판례의 추이에 미리 대비하여야 할 것이다.

2. 傳聞法則과 관련된 司法警察에 대한 判例

2.1. 특히 유의해야 할 판례

[판례1] : 1982.9.14 대법원 전원합의부판결, 82 도 1479

“사법경찰관이 피의자를 조사하는 과정에서 형사소송법 제244조에 의하여 피의자신문조서에 기재됨이 마땅한 피의자의 진술내용을 진술서의 형식으로 피의자로 하여금 기재하여 제출하게 한 경우에 위 진술서의 증거능력 유무는 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 마찬가지로 형사소송법 제312조 제2항에 따라 결정하여야 할 것이고, 같은 법 제313조 제1항 본문에 따

변호인의 조력을 받을 권리 및 묵비권 등을 수사기관으로부터 사전에 고지받지 못한 채 자신의 범죄사실을 자백하고 진술조서에 서명하였다. 이 자백을 토대로 1심과 애리조나州 대법원은 Miranda에게 유죄를 선고하였다. 그러나 재판과정에서 담당경관 2명은 피의자의 기본권을 충분히 보장하지 않은 채 수사를 진행했음을 시인, 결국 1966년 미연방대법원이 [헌법에 보장된 묵비권을 침해하여 얻은 위법의 자백을 배척한다]며 유죄를 선고한 원심파기결정을 내렸다.

양판례에 의하여 수사기관이 지금까지 수사에 장애가 되고 증거인멸 등의 우려가 있다는 이유로 시국공안사건인 경우 변호인접견을 어느 정도 제한했다든가, 진술거부권 또는 변호인선임권을 충실히 고지함이 없이 피의자를 수사해 온 관행에 제동이 걸리게 되었다. 더 나아가 수사기관이 위법절차에 의해 수집한 물적 증거에 대해서 학설이 일치하여 그 증거능력을 부정하고 있으므로 앞으로 대법원의 태도가 변경될 수도 있다는 예상을 배제할 수 없다. 따라서 수사기관은 앞으로 인적 증거뿐만 아니라 물적 증거도 적법절차에 의하여 확보하는 자세를 확립하여 판례의 추이에 미리 대비하여야 할 것이다.

2. 傳聞法則과 관련된 司法警察에 대한 判例

2.1. 특히 유의해야 할 판례

[판례1] : 1982.9.14 대법원 전원합의부판결, 82 도 1479

“사법경찰관이 피의자를 조사하는 과정에서 형사소송법 제244조에 의하여 피의자신문조서에 기재됨이 마땅한 피의자의 진술내용을 진술서의 형식으로 피의자로 하여금 기재하여 제출하게 한 경우에 위 진술서의 증거능력 유무는 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 마찬가지로 형사소송법 제312조 제2항에 따라 결정하여야 할 것이고, 같은 법 제313조 제1항 본문에 따

라 결정할 것은 아니다. 그렇지 않다고 한다면 이 사건과 같이 사법경찰관이 피의자를 조사하는 과정에서 같은 날 같은 조건에서 같은 내용으로 작성한 사법경찰관의 피의자신문조서와 피의자의 진술서가 그 서류의 작성자와 명칭에 따라 전자는 형사소송법 제312조 제2항을 후자는 같은 법 제313조 제1항 본문을 적용하게 되어 엄격하여야 할 증거능력의 부여 여부가 사법경찰관의 자의에 의하여 좌우되는 수증하기 어려운 결과에 이를 수도 있을 것이기 때문이다”.

[판례2] : 대판 74.3.12, 73 도 2123

“피고인이 인정하지 아니하는 경찰의 피의자신문조서는 제312조 제2항에 의하여 증거능력이 없다고 하면서 조서기재내용을 들었다는 증인의 증언을 취신한다는 것은 모순이므로 피고인이 경찰에서 조사받을 때 범행사실을 시인하더라는 조사경찰관의 증언을 취신하여서는 안된다.”

2.2. 논평

1) 전문법칙과 그 예외

먼저 판례 1은 수사기관에 제출된 피의자 진술서(자술서)의 증거능력에 관한 문제이다. 본건의 피의자진술서는 피의자가 스스로 작성하여 搜查機關에提出된 書類인 바, 이는 被疑者訊問調書 및 參考人陳述調書와 같이 수사기관이 직접 작성한 서류와 더불어 수사서류라고 불리워진다. 이러한 搜查書類가 公判廷에 證據로서 提出되면 거기에 기재된 陳述은 그 자체로서는 傳聞證據에 해당한다. 왜냐하면 證據로서 제출된 搜查書類에 기재된 陳述은 그 陳述한 者 자신이 직접 公判法院에 陳述한 것이 아니라 搜查機關이 간접적으로 그 陳述內容을 報告하는 것이기 때문이다. 전문증거는 이와 같이 서면에 기재된 진술 이외에, 전문한 사실을 법정에서 진술하는 경우, 즉 전문진술(전문증언)도 포

함한다. 판례 2가 후자에 해당한다. 이러한 傳聞證據는 원칙적으로 그 證據能力이 없다(Hearsay is no evidence). 이를 傳聞法規(Hearsay Rule)이라고 한다. 이 법칙은 영미 증거법에 있어서 가장 특징적인 것이며, 배심제도와 함께 세계의 소송법체계에 가장 위대한 공헌을 한 원칙이라고 평가받고 있다. 우리나라 구형사소송법에는 전문법칙의 일반조항이 없었으나 형소법 제1차 개정시(1961년)에 명문으로 선언되었다(제310조의 2).

형사소송법이 전문법칙을 규정하고 있는 주된 근거가 영미법의 전문법칙에 대한 이론적 근거를 기초로 한다는 점에는 의문이 없다. 그러나 영미증거법에서 전문법칙이 형성된 근거에 대해서도 견해가 일치하는 것은 아니다. 선서의 결여에 있다고 보는 견해, 반대신문의 결여에 있다고 보는 견해, 신용성의 결여에 있다고 보는 견해 등이 그것이다. 우리나라에서는 그 중에서 반대신문권의 보장을 영미법에 있어서 전문증거의 증거능력을 배척하는 가장 큰 이유로 보고 있다. 當事者主義的 訴訟構造를 취하는 英美法系에서 檢事 또는 被告人의 한 當事者가 法廷에 제출하는 虛偽의 傳聞證據에 의하여 不利益을 받게 될 다른 當事者에게는 反對訊問에 의하여 그 잘못을 시정할 수 있는 權利가 보장되어야 하는 것은 當事者主義訴訟構造의 당연한 요청이다. 더 나아가 原觀察者에 대한 被告人側으로부터의 審理法院의 面前에서의 철저한 反對訊問權이 행하여 지지 아니한 陳述은 설령 그것이 眞實이라고 하더라도 證據로 인정하는 것은 適正節次에 따른 公正한 裁判이라고 할 수 없다. 이에 의하면 被告人에게 反對訊問의 기회가 주어지지 않는 한 搜查書類는 원칙적으로 그 證據能力이 배척되어야 한다. 이것은 搜查書類에 기재된 陳述이 被告人 아닌 者의 陳述인 경우 예컨대 參考人에 대한 陳述調書 및 參考人의 陳述書에 특히 의미가 있다.

영미법과는 달리 직권주의적 소송구조를 취하는 대륙법계에서는 直接主義

(Grundsatz der Unmittelbarkeit)가 지배한다. 直接主義는 2가지 意味를 가지고 있다. 審理法院이 스스로 조사한 證據에 의하여 裁判하여야 한다는 것과 審理法院은 犯罪事實에 가장 접근한 證據(tatn chstes Beweismittel)에 의하여 사실을 인정해야 한다는 것이다.¹⁸⁾ 後者の 경우 예컨대 搜查書類에 기재된 陳述의 朗讀보다는 공판정에서 그 原陳述者의 直接訊問이, 傳聞證言보다는 原始證言(原陳述者의 公判證言)이 더 犯罪事實에 접근된 證據이다. 이에 관하여 獨逸 刑事訴訟法 제250조는 “事實의 證明이 사람의 經驗에 기초한 때에는 公判廷에서 그 者를 訊問하여야 한다. 訊問이 종전에 作成된 訊問調書나 書類의 朗讀으로 代替되어서는 안된다(Beruhet der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist dieser in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung der über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden)”고 규정하고 있다. 이에 의하면 法官은 원칙적으로 被告人의 陳述은 公判廷에서 被告人訊問을 통하여, 被告人 아닌 者의 陳述도 역시 公判廷에서 證人(鑑定人)訊問을 통하여 事實을 인정하여야 한다. 또한 證人は 傳聞證人보다는 原始證人 즉 原陳述者가 되어야 한다. 따라서 이 原則에 의하면 原陳述者에 대한 公判廷에서의 訊問이 가능함에도 불구하고 이를 생략하고, 審理法院이 아닌 다른 法院 또는 法官의 調書나 搜查機關이 작성한 書類에 기재된 陳述로 代替하거나, 原陳述者를 證人으로 召喚할 수 있음에도 불구하고 傳聞證人을 證人으로 내세우는 것은 원칙적으로 禁止된다. 이 原則은 被告人 아닌 者의 搜查機關에서의 陳述에 대해서는 被告人에게 公判廷에서의 反對訊問權을 보장함으로써 英美法系에서 강조하는 目的을 역시 추구한다. 그

18) Peters, Strafprozeß, Lb, 4. Aufl, § 39 I ; Roxin, Strafverfahrensrecht, 18. Aufl, § 250 Rn. 3 ; Mayr, in : Karlsruher Kommentar, § 250 Rn. 1 ; Gossel, Strafverfahrensrecht, 1977, S. 168 ; Schäfer, Strafprozeßrecht, 1977, S. 252.

러나 이 原則의 또다른 目的은 法官으로 하여금 法院에서의 直接訊問을 통하여 陳述者의 態度證據에 의한 精確한 心證을 얻게 하는 데에도 있다.¹⁹⁾ 後者의 目的은 搜查書類에 기재된 陳述이 被告人 아닌 者의 陳述인 경우뿐만 아니라 被告人의 陳述인 경우에도 원칙적으로 그 證據能力을 배제하는 데 適當한 根據가 된다.

참고인진술이 담긴 수사서류에 대하여 증거능력을 배제하는 대표적 근거는 당사자의 반대신문권의 보장임에 틀림없다. 그러나 피의자(피고인)진술이 담긴 수사서류에 대한 증거능력의 배제는 당사자의 반대신문권과 관계가 없다. 따라서 이에 대한 증거능력의 배제는 대륙법의 직접주의에서 찾아야 한다. 그러나 직접주의의 취지를 단순히 태도증거에 기한 법관의 精確한 心證형성에서 볼 것은 아니다. 직접주의의 취지는 더 나아가 재판심리가 공개되어 일반공중의 감시하에 피의자(피고인)의 방어권을 충분히 보장하고자 하는 데 있다. 따라서 공개심리주의도 전문법칙의 중요한 근거가 되어야 한다. 이에 의하면 일반국민에게 공개되고 피고인(피의자)의 방어권이 충분히 보장되지 않은 곳에서 만들어진 수사서류는 그 증거능력이 원칙적으로 배제되어야 한다.

이와같이 傳聞證據는 원칙적으로 그 證據能力이 부정되어야 한다. 그러나 傳聞法則을 모든 경우에 있어서 예외없이 엄격하게 貫徹하는 것은 사실상 不可能하다. 만약 傳聞法則을 엄격하게 관철한다면 그것은 裁判의 遲延을 초래할 뿐만 아니라, 裁判에 필요한 證據를 상실하게 함으로써 오히려 眞實發見을 방해할 염려도 없지 아니하다.²⁰⁾ 따라서 傳聞法則의 例外가 인정되어야 한다. 우리 刑事訴訟法이 제311조에서 제316조에 걸쳐 傳聞法則의 例外를 규정하고 있는 이유도 여기에 있다. 그러나 裁判을 진행하는데 傳聞證據가 필요하다는

19) Roxin, Strafverfahrensrecht, § 44 A 3; Mayr, in: KK, § 250 Rn. 1.

20) 李在祥, 刑事訴訟法, 1987, 516면; 姜求真, 刑事訴訟法原論, 1982, 451면.

이유만으로써 그 證據能力을 무조건 인정하여서는 안된다. 이에는 엄격한 제한이 요구된다.

英美의 通說은 傳聞法則의 例外를 인정하기 위하여 필요한 요건으로 信用性의 情況的 保障(circumstantial guarantee of trustworthiness)과 必要性(necessity)을 요구하고 있다. 信用性의 情況的 保障이란 公判廷外에서의 陳述의 眞實性이 諸般의 狀況에 비추어 反對訊問에 의한 음미에 같음할 정도로 보장되는 것을 말한다. 必要性이란 傳聞證據를 이용할 必要性이 있음을 의미하고 原陳述者가 公判廷에서 陳述하는 것이 不可能하거나 곤란 또는 불편한 경우, 自己矛盾의 陳述의 경우, 또는 公判廷에서의 陳述이 公判廷外에서의 陳述보다 信憑性이 높을 것을 기대할 수 없는 경우가 바로 그것이다. 上記의 2가지 要件은 모든 경우에 엄격하게 요구되는 것이 아니라 相互補完關係 내지 反比例의 關係에 있다.

獨逸에서도 증인, 감정인 또는 공동피의자에 대하여 제250조의 직접주의에 대한 예외를 제251조 2항에서 규정하고 있다. 동조항에 의해 예외를 인정할 수 있는 사유의 하나는 필요성이 있는 경우이다. 동조에서 말하는 필요성이란 원진술자가 죽었거나 다른 이유로 상당기간 법정에서 그를 신문할 수 없는 경우(예컨대 정신병에 걸린 경우, 소재가 불명한 경우, 공판정예의 출석이 장기간 장애가 있는 경우)이다. 다른 하나는 당사자의 동의가 있는 경우이다. 즉 우리 형소법의 제314조와 제318조와 유사한 때에만 직접주의의 예외를 인정한다. 반면에 피고인의 진술이 담긴 수사서류에 대해서는 직접주의의 예외를 인정하지 않는다. 다만 법관에 의한 “피고인(피의자)진술”서류는 피고인이 공판정예 출석하지 않은 경우(제232조 2항)와 자백에 대한 증거조사 및 자기모순의 탄핵증거로서 사용될 경우에는(제254조) 직접주의의 예외를 인정한다. 우리 형소법 제312조와 제313조가 필요성 없는 경우에도 수사서류의 증거능

력을 인정할 수 있게 하고, 제311조가 법관의 면전조서를 무조건적으로 증거 능력 있게 한 것과는 많은 차이가 있다.

2) 訊問調書의 證據能力

가) 형소법의 특징

우리 형사소송법은 신문조서의 작성주체가 누구냐에 따라 그 증거능력의 인정에 차이를 두고 있는 것이 특징이다. 법관의 면전에서 신문하여 작성된 신문조서(소위 법관면전조서 또는 공판조서)는 무조건적으로 증거능력이 있다(제311조). 반면에 수사서류는 그 증거능력의 인정에 제한이 따른다. 수사서류는 그 작성주체가 누구냐(즉 검사인가 사법경찰인가), 기재된 진술이 누구의 것인가(즉 피의자의 것인가 참고인의 것인가)에 따라 그 증거능력의 인정에 요구되는 조건이 다르다. 여기서는 피의자신문조서에 관하여만 살펴본다. 이를 요약하면 다음과 같다. 첫째, 피의자신문조서는 전문증거이므로 원칙적으로 증거능력이 없으나, 예외적으로 必要性和 信用性的 情況的 保障이 인정되면 證據能力이 있다(제314조). 둘째, 當事者가 證據로 함에 同意하고 그 眞正性이 인정되면 證據能力이 있다(제318조). 이 2가지는 일반적으로 허용되는 전형적인 전문법칙의 예외이다. 그러나 우리 형소법은 또 한가지를 가지고 있다. 즉 당사자가 證據로 함에 同意하지 않거나 필요성이 없는 경우라 할지라도 제312조의 요건을 충족하면 證據能力이 인정된다. 刑事訴訟法 제312조 1항 本文에 의하면, 檢事作成의 被疑者(後에 被告人이 되지 않은 者)訊問調書는 公判準備 또는 公判期日에서의 原陳述者의 陳述에 의하여 그 成立의 眞正함이 인정된 때에는 證據能力이 있다. 그러나 刑事訴訟法 제317조는 더 나아가 被疑者訊問調書의 證據能力을 인정하기 위해서는 그 陳述의 任意性을 요구하고 있다. 이러한 實定法的 要求條件 이외에 學者들은 被疑者訊問節次가 適法하여야 한다는 要件을 내세

운다.²¹⁾ 여기서 成立의 眞正이라 함은 形式的 眞正成立과 實質的 眞正成立을 의미한다는 것이 通說이다.²²⁾ 原陳述者인 被疑者의 間印 署名 捺印(또는 拇印)의 眞正이 形式的 成立의 眞正임은 의문의 여지가 없다. 따라서 被疑者의 署名 捺印을 누락한 調書는 제312조 1항에 의한 證據能力을 인정할 수 없다.²³⁾ 內容의 眞正에 관해서는 調書의 記載內容이 眞實에 부합됨을 의미한다는 견해와²⁴⁾ 調書의 記載內容이 陳述者의 陳述 그대로 기재되어 있는 것, 즉 調書의 기재내용과 陳述者의 陳述과의 일치를 의미한다는 견해가²⁵⁾ 대립되고 있다. 그러나 前說에 의하면 成立의 眞正과 內容의 認定(예컨대 제312조 2항)을 구별할 수 없다. 따라서 證據能力의 要件으로서의 陳述을 그대로 정확히 기재하였다는 것을 의미한다고 보는 後說이 타당하다고 본다.

刑事訴訟法 제312조 1항 但書에 의하면, 被告人이 된 被疑者의 陳述을 기재한 調書는 그 陳述이 특히 信憑할 수 있는 狀態下에서 행하여진 때에 한하여 그 被疑者였던 被告人의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에도 불구하고 證據로 할 수 있다. 따라서 被告人이 된 被疑者의 陳述을 기재한 調書는 被告人이 되지 않은 被疑者訊問調書의 證據能力을 인정하기 위한 요건 즉 [眞正成立] [任意性] [訊問節次의 適法] 이외에 [信用性的 情況的 保障]이라는 요건이 추가로 충족될 때에만 그 證據能力이 인정된다.

檢事 이외의 搜查機關이 작성한 被疑者訊問調書는 公判準備 또는 公判期日

21) 白亨球, 搜查機關이 作成한 書類의 證據能力, 考試研究, 1981년 8월, 59면.

22) 李在祥, 刑事訴訟法, 524면; 姜求真, 刑事訴訟法原論, 456면; 車鏞碩 刑事訴訟法 研究, 1983, 340면; 白亨球, 刑事訴訟法, 267면; 申鉉柱, 刑事訴訟法, 1984, 286면.

23) 더 나아가 大法院은 調書作成者인 檢事의 署名 捺印이 없는 調書는 그 證據能力이 없다고 판시하였다.(대판 67. 9. 5, 67도 959).

24) 金箕斗, 刑事訴訟法, 1987년, 141면; 徐壹教, 刑事訴訟法, 1979년, 182면.

25) 大判 84. 6. 26, 84도 748; 李在祥, 刑事訴訟法, 524면; 車鏞碩, 刑事訴訟法研究, 340면; 白亨球, 刑事訴訟法, 267면.

에 그 被疑者였던 被告人이나 辯護人이 그 內容을 인정할 때에 한하여 證據能力이 있다(형소법 제312조 2항). 여기서 [內容을 認定한다]함은 調書의 眞正成立뿐만 아니라 調書의 기재내용이 客觀的 眞實에 부합함을 인정하는 것이다. 따라서 檢事作成의 被疑者訊問調書의 證據能力을 인정하기 위한 要件인 [成立의 眞正] [陳述의 任意性] [訊問節次의 適法] 및 [信憑性的의 保障]이 충족되더라도 被告人이 그 調書內容의 眞實性을 인정하지 않는 한 司法警察官作成의 被疑者訊問調書는 그 證據能力이 없다.

나) 비판

먼저 사법경찰 작성의 피의자신문조서에 관한 제312조 2항의 규정은 전문법칙에 가장 충실한 입법이다. 즉 受訴법원이 직접심리하지도 않았고, 공개심리도 이루어지지 않은 피의자신문조서에 대하여 피고인이 공판정에서 내용의 진정을 인정하지 않는 경우에 그 증거능력을 부정하는 것은 전문법칙의 취지상 당연하다. 그러나 당사자의 동의에 관한 제318조와 관련하여 동조항의 필요성이 있는지 의심스럽다. 왜냐하면 피고인이 공판정에서 내용의 진정을 인정하지 않는다는 것은 결과적으로 증거로 함에 동의하지 않는 것이고 그 逆도 마찬가지이다. 즉 사법경찰작성 피의자신문조서의 증거능력을 피고인의 의사에 전적으로 의존하고 있는 점은 양자가 동일하다. 따라서 당사자의 동의에 관한 제318조와 중복하여 제312조 2항을 규정할 실익이 없다. 가능한 제312조 2항을 폐지하는 것이 옳다.

다음으로 우리 형소법이 司法警察官作成 被疑者訊問調書에 비하여 檢事作成 被疑者訊問調書에 대하여 훨씬 증거능력을 강하게 부여한 것이 타당한지 의심스럽다. 특히 피고인이 공판정에서 그 내용의 진정을 부인함에도 불구하고 제312조 1항의 요건을 갖춘다면 유죄의 증거로 할 수 있다고 하여야 할 것인

가? 먼저 전문법칙의 이론적 근거와 관련하여 고찰하면 양자의 차이가 나오지 않는다. 被疑者訊問調書의 경우에 原陳述者는 被告人 自身이므로 被告人의 反對訊問權의 保障은 그 근거가 될 수 없다. 또한 陳述者의 態度證據에 의한 法官의 精確한 心證形成을 목적으로 하는 直接主義의 요청도 그 이유를 해명할 수 없다. 왜냐하면 被疑者訊問調書에 기재된 陳述은 그것이 檢事作成의 것이든 司法警察官作成의 것이든 그 자체로서는 똑같이 直接主義의 요청을 충족시킬 수 없기 때문이다. 또한 공개심리가 이루어지지 않았다는 점에서도 양자가 동일하다.

여러 학자들은 양자의 차이를 被疑者의 人權保障의 요청에서 찾는다. 상기 대법원 판례도 “증거능력의 풀이에 있어서 검사작성의 피의자신문조서보다 검사 이외의 수사기관작성의 피의자신문조서에 엄격한 요건을 요구한 취지는 검사 이외의 수사기관의 피의자신문에 있어 있을지도 모르는 개인의 기본적인 인권보장의 결여를 방지하려는 입법정책적 고려라고 할 것이다”고 실시하였다. 그러나 이 논거는 검사 이외 수사기관 작성의 서류에 대하여 증거능력을 엄격히 하는 근거는 될 수 있어도 피의자의 공개심리를 받을 권리와 법관의 직접심리권이 박탈된 검사작성의 피의자신문조서에 대하여 전문법칙의 예외를 완화하여야 하는 근거는 될 수 없다. 공개법정에서의 방어권이 보장되지 않은 검사작성의 피의자신문조서에 대하여 전문법칙의 예외를 완화하는 것이 피의자의 인권보장책이 될 수는 없다. 피고인의 인권을 최대한으로 보장하는 것은 公判廷에 被告人이 出席하여 진술하는 한(즉 必要性이 인정되지 않는 한) 被告人에 대한 直接訊問을 통하여 事實을 인정하도록 하고 그 訊問을 - 그 作成主體가 檢事이든, 司法警察官이든 구별하지 않고 - 被疑者訊問調書의 朗讀으로 代替할 수 없게 하는 것이다. 따라서 구술변론주의에 상치되고 서면심리주의에

길을 열고 있는 제312조 1항을 폐지하는 것이 입법론적으로 바람직하다. 물론 제312조를 폐지하더라도 피고인의 공판진술에 대한 탄핵증거로는 피의자신문 조서를 사용할 수 있고, 피고인의 공판진술시에 기억력을 보충해 주는 역할을 할 수 있게는 하여야 한다.

마지막으로 우리 형소법이 법관면전조서에 대하여 무조건적으로 증거능력을 부여한 것도 문제이다. 예컨대 제184조 및 제221조의 2에 의한 법관면전조서도 受訴법원이 직접심리하지 않은 점은 수사서류와 동일하고, 증인신문시에 수사에 지장이 있으면 당사자를 참여시키지도 않을 수 있으므로(제221조의 2에 의한 증인신문시) 당사자의 반대신문권도 보장되지 않는다(이에 대하여 최근 박철인氏가 헌법재판을 청구하였다). 이러한 법관면전조서에 무조건적으로 증거능력을 인정하는 것은 전문법칙의 취지에 반한다.

결론적으로 단순히 심문“主體”가 누구냐에 따라 그 증거능력의 정도에 차이를 둔 우리 형소법은 전문법칙의 실질적 근거에 비추어 보아 합리적인 설득력이 없으며, 사법주체간의 계급화만을 조장하는 부당한 입법이다.

3) 판례1의 검토 : 사법경찰의 요구에 의해 제출된 被疑者陳述書의 證據能力

가) 피의자진술서의 증거능력

제313조 1항은 “前 2條의 규정 이외의 被告人 또는 被告人이 아닌 者가 作成한 陳述書나 그 陳述을 기재한 書類로서 그 作成者의 自筆이거나 署名 또는 捺印이 있는 것은 公判準備나 公判期日에서의 그 作成者의 陳述에 의하여 成立의 眞正함이 證明된 때에는 證據로 할 수 있다. 단 被告人의 陳述을 기재한 書類는 그 陳述이 특히 信憑할 수 있는 狀態下에서 행하여진 때에 한하여 被告人의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에도 불구하고 證據로 할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 진술서의 證據能力을 인정하기 위한 要件은 [眞正

成立]과 [作成者 또는 陳述者의 自筆이거나 署名 또는 捺印이 있을 것]이다. 이와 같이 陳述書에 관하여는 參考人의 陳述書뿐만 아니라 被疑者의 陳述書에 대하여도 내용의 인정이나 信憑性을 요건으로 하지 아니하는 것은, 作成者의 自筆이거나 署名 또는 捺印이 있는 陳述書는 내용이 作成者가 陳述한 것이라는 점이 보장되고, 被告人의 自白이나 不利益한 事實의 承認은 再現不可能하고 眞實性이 강하다는 점에 있다.²⁶⁾

나) 司法警察의 요구에 의해 提出된 경우

a) 견해의 대립

형소법 제313조 1항의 文理解釋에 의하면 搜查機關에 提出된 모든 陳述書는 동일한 조건하에서 그 證據能力이 인정된다. 따라서 被疑者 이외의 參考人의 陳述書나 檢事에게 제출한 被疑者의 陳述書는 제313조 1항에 의하여 證據能力의 有無가 결정되어야 하고 또한 이에 대하여 異論이 없다. 그러나 司法警察官에게 제출된 被疑者陳述書의 證據能力에 대해서는 견해의 대립이 있다.

종래의 通說과 판례는 司法警察官에게 제출한 被疑者陳述書도 제313조에 의하여 그 證據能力을 결정하여야 한다는 태도였다.²⁷⁾ 그 논거는 ① 제313조의 文理解釋上 당연하고, ② 제313조의 陳述書는 제312조의 調書보다 信用性이 강하며, ③ 陳述書에도 제309조와 제317조가 적용되며 그 信憑性은 自由心證에 의한 證明力의 判斷에 의하여 결정할 수 있으므로 搜查機關이 陳述書의 작성을 강제할 우려도 없다는 등이다.

그러나 대법원은 그후 상기 판례를 통하여 사법경찰의 요구에 의하여 작성된 진술서는 사법경찰이 작성한 피의자신문조서와 실질적으로 동일하므로 제

26) 李在祥, 刑事訴訟法, 532면.

27) 姜求眞, 刑事訴訟法原論, 458면; 金箕斗, 刑事訴訟法, 142면; 鄭榮錫, 刑事訴訟法, 160면; 徐壹校, 刑事訴訟法, 183면.

312조 2항에 의하여 증거능력을 인정하여야 한다고 실시하였다. 학자들도 ① 제313조를 적용할 때에는 司法警察官이 被疑者訊問調書を 작성하지 않고 陳述書의 작성을 강요할 염려가 있으며 이는 被疑者의 陳述은 調書에 기재하여야 한다고 규정한 제244조의 규정에도 反하며, ② 強要에 의한 陳述書가 有罪의 證據로 사용될 위험이 크다는 점 등을 이유로 이 판례를 지지하고 있다.

b) 비판

수소법원이 직접 심리한 것도 아니고 당사자의 방어권이 충분히 보장되는 공중이 보는 공개장소에서 진술한 것도 아닌 피의자진술서의 증거능력을 원칙적으로 부정한 대법원 판례의 결론은 전문법칙의 취지에 합당한 결정이다. 그러나 이러한 이유로 인한 증거능력의 배제라면 사법경찰에게 제출된 진술서에 한할 이유가 없다. 전문법칙의 취지에 합당한 것은 모든 수사기관에 제출된 진술서의 증거능력을 원칙적으로 배제하는 것일 것이다.²⁸⁾

대법원판례의 문제는 과연 현행 형소법의 체계하에서 유독 경찰에게 제출된 진술서의 증거능력을 문리해석에 반하여 배제한 것이 설득력이 있고 그 필요성이 있는가이다. 법률의 해석은 문리해석으로부터 출발한다. 물론 피고인에게 유리한 방향으로서는 입법목적 내지 입법취지에 반하지 않는 한 확대해석 또는 축소해석도 가능하다는 것이 법의 해석에 관한 일반적 견해이다. 그러나 문리해석에 반하는 해석은 피고인의 보호를 위하여 불가피한 경우에 한하여야 한다. 과연 현행법체계에서 그러한가?

상기 판례의 논거는 피의자신문조서와 사법경찰의 요구에 의하여 제출한 진술서가 실질적으로 같다고 주장한다. 만약 서류의 작성자가 같고 진술자가 같으면 양자는 실질적으로 동일할 것이다. 이 경우에는 문리해석에 반하여 피고

28) 나의 글, 형사소송법 제312조와 제313조가 규정하는 수사서류의 증거능력, 경찰대학 논문집, 1991년, 70면 이하.

인에게 유리한 법적용을 할 수도 있을 것이다. 따라서 대법원이 다른 판례에서(대판 81 도 343) 사법경찰작성의 검증조서에 피의자의 진술이 기재된 경우에 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하면 제312조 1항(사법경찰작성의 검증조서에 관한 규정)이 아니라 제312조 2항을 적용하여 그 증거능력을 부정한 것은 설득력이 있다. 그러나 피의자신문조서와 진술서는 엄연히 그 작성 주체가 다르다. 하나는 스스로 쓴 것이고 다른 하나는 수사기관이 의도하는 개별 물음에 대한 답변을 수사기관이 작성한 것이다. 따라서 양자는 실질적으로 동일하다는 견해는 타당하지 않다. 이 경우에 문리해석에 반하는 법적용은 법관의 권한을 이탈한다.

사법경찰에 의해 강제된 진술서의 제출로 피고인의 인권이 침해되는 것을 방지하고자 하는 논거도 문리해석에 반하는 법적용을 정당화해주지 못한다. 왜냐하면 강제로 제출된 진술서와 불러주는 데로 적은 진술서는 임의성 없는 진술로서 제309조 또는 제317조에 의해 그 증거능력이 배제되므로 굳이 문리해석에 반하여 제312조를 적용할 필요가 없기 때문이다. 오히려 제312조를 적용한다면 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하면 임의성 여부를 심사하지 않게 된다. 대법원 판례의 다수설은 이러한 심사의 노력을 절약하려는 뜻이 아닌가 사료된다. 그러나 피의자의 인권을 조금이라도 보장하는 것은 임의성 여부를 공판정에서 심사하는 것이지 아예 공판정에서 문제삼지 않는 것이 아니다. 즉 수사상 인권침해의 방지는 인권침해의 당사자를 공판정에서 적극적으로 밝히는 것이지 소극적으로 증거능력을 부인하는 것이 아니다. 수사경찰의 민주화를 위해서도 바람직하지 못하다.

사법경찰의 強要에 의한 陳述書가 有罪의 證據로 사용될 위험이 크다는 논거도 수궁하기 어렵다. 물론 수사단계에서의 인권침해사실을 사후에 공판정에

서 객관적으로 밝히는 것은 어렵다. 그러나 증거능력의 전제되는 사실에 대한 거증책임은 그 증거를 제출한 당사자에게 있다. 따라서 진술서의 임의성에 관한 거증책임은 그 진술서를 증거로 제출한 검사에게 있게 된다. 또한 검사에 의한 입증의 정도는 법관에게 확신을 줄 정도에 이르러야 한다. 법관에게 확신을 주지 못하는 경우에는 [의심스러우면 피고인의 이익으로] 판시할 수 있다.

더 나아가 제313조를 적용한다고 하더라도 그 증명력판단은 법관의 고유권한인 자유심증에 맡겨져 있으므로 그 내용을 공판정에서 부인하는 진술서만을 근거로 피고인이 유죄판결을 받을 우려가 없다. 이러한 경우 법관은 그 진술서를 믿지 않으면 된다. 이것이 상기 대법원판례의 소수설의 논거이다.

이상을 종합해 보건데, 사법경찰에 제출된 피의자진술서의 증거능력에 대하여 문리해석에 반하는 법적용을 할 합리적인 이유가 없고 그 필요성도 없다는 결론이 나온다.

4) 판례2의 검토: 사법경찰이 행한 전문증언의 증거능력

형소법 제316조 1항은 “피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 피고인의 진술을 내용으로 하는 전문증언에 대하여 비록 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하더라도 [特信性]을 조건으로 증거능력을 부여하고 있다. 반면에 동조 제2항은 피고인 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문증언은 필요성과 특신성을 조건으로 증거능력을 인정하고 있다. 제2항은 전문법칙의 예외에 대한 전형적인 규정이다. 따라서 제2항에 대해서는 비판의 여지가 없다. 그러나 제1항은 원진술자(피고인)가 공판정에 출석하여 있

으므로 전문증거를 사용할 필요성이 원칙적으로 없는 경우이다. 전문증거를 사용할 필요성이 없는 경우에 그 증거능력을 부정하는 것은 전문법칙의 근거가 되는 직접주의의 요청이다. 따라서 대법원 판례가 [피고인이 경찰에서 조사받을 때 범행사실을 시인하더라는 조사경찰관의 증언을 취신하여서는 안된다. 따라서 피고인을 취조한 사법경찰관의 증언은 증거능력이 없다]고 한 결론 자체는 전문법칙의 취지에 비추어 타당하다. 그러나 이러한 경우의 증거능력의 배제요청은 다른 수사기관이 관련했을 때에도 마찬가지다.

문제는 판례가 전문증언에 대하여 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하더라도 특신성이 있으면 증거능력을 인정할 수 있도록 한 현행 형소법 제316조 1항에 반하여, 판례가 형소법 제312조 2항을 근거로 유독 사법경찰관의 증언에 대해서 피고인이 그 내용을 부인하면 무조건 증거능력을 배제한 점이다. 사법경찰도 증언할 때에는 선서를 하고 위증하면 위증죄로 처벌받게 된다. 이러한 불이익을 감수하고 증언한 데 대하여 다른 수사기관 또는 일반인의 증언과는 달리 형소법 제312조 2항을 근거로 무조건 증거능력을 부정하는 것은 설득력이 없다.

5) 소결

사법경찰에게 제출된 피의자진술서와 사법경찰의 공판정에서의 피고인진술사항에 대한 전문증언에 대하여 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하는 경우에 그 증거능력을 [일반적으로] 부정하는 일련의 대법원태도는 실은 전문법칙의 취지에 맞는 합당한 결정이다. 왜냐하면 원진술자인 피고인이 공판정에 출석하여 진술하는 한(즉 필요성이 없는 한) 피고인의 공판정진술이 사실인정의 기초가 되어야지 이에 대체하여 피의자진술서 또는 경찰증언을 기초로 하여서는 안되기 때문이다. 따라서 입법론으로는 사법경찰에게 적용한 대법원판

례의 취지가 다른 수사기관 내지 법관이 관여한 경우에도 확대되는 것이 바람직하다.

그러나 공판정에서 피고인이 그 내용을 부인함에도 일정한 요건하에서 피의자 진술서와 수사기관의 전문증언의 증거능력을 인정할 수 있게 한 독특한 우리나라의 법체계하에서 유독 사법경찰에게만 진술서의 경우에 문리해석에 반하는 법적용을 하거나, 경찰증언에 대하여 일률적으로 그 신용성을 배제하는 것은 사법경찰 자체를 비하시키는 것으로 앞으로 시정되어야 할 부분이라고 사료된다. 사법경찰에게도 제313조와 제316조를 그대로 적용하되, 그 증거능력인정의 요건이 되는 임의성 또는 신용성의 판단에 [의심스러울 때에는 피고인의 이익으로의 원칙]을 적용한다든가, 법관의 자유심증에 맡겨져 있는 증명력판단을 엄격히 함으로써 피고인의 보호를 기하는 것이 법적용의 왜곡도 방지할 수 있고, 법관의 권위도 살릴 수 있을 것이다.

VII. 結 言

이상에서 살펴본 바와 같이 최근에 법원은 여러 형태로 수사기관을 통제하여 왔다. 특히 최근의 법원에 의한 수사통제는 지금까지의 수사관행에 제동을 건 것이었다. 따라서 수사기관은 이러한 새로운 경향을 잘 숙지하여 국가에게 커다란 재산적 손해를 입히거나, 유죄의 범죄자를 처벌할 수 없게 하거나, 더 나아가 그 자신 형사처벌 또는 징계처분을 받게 되는 위협을 방지하여야 한다. 이와 더불어 지적되어야 할 것은 비민주적 수사관행의 타파를 너무 강조한 나머지 법원이 자칫 법해석 내지 법적용을 무리하게 한 일면도 몇몇 판례에서 발견되었다는 점이다. 이에 대해서는 본문에서 필자 나름대로의 비판을

례의 취지가 다른 수사기관 내지 법관이 관여한 경우에도 확대되는 것이 바람직하다.

그러나 공판정에서 피고인이 그 내용을 부인함에도 일정한 요건하에서 피의자 진술서와 수사기관의 전문증언의 증거능력을 인정할 수 있게 한 독특한 우리나라의 법체계하에서 유독 사법경찰에게만 진술서의 경우에 문리해석에 반하는 법적용을 하거나, 경찰증언에 대하여 일률적으로 그 신용성을 배제하는 것은 사법경찰 자체를 비하시키는 것으로 앞으로 시정되어야 할 부분이라고 사료된다. 사법경찰에게도 제313조와 제316조를 그대로 적용하되, 그 증거능력인정의 요건이 되는 임의성 또는 신용성의 판단에 [의심스러울 때에는 피고인의 이익으로의 원칙]을 적용한다든가, 법관의 자유심증에 맡겨져 있는 증명력판단을 엄격히 함으로써 피고인의 보호를 기하는 것이 법적용의 왜곡도 방지할 수 있고, 법관의 권위도 살릴 수 있을 것이다.

VII. 結 言

이상에서 살펴본 바와 같이 최근에 법원은 여러 형태로 수사기관을 통제하여 왔다. 특히 최근의 법원에 의한 수사통제는 지금까지의 수사관행에 제동을 건 것이었다. 따라서 수사기관은 이러한 새로운 경향을 잘 숙지하여 국가에게 커다란 재산적 손해를 입히거나, 유죄의 범죄자를 처벌할 수 없게 하거나, 더 나아가 그 자신 형사처벌 또는 징계처분을 받게 되는 위협을 방지하여야 한다. 이와 더불어 지적되어야 할 것은 비민주적 수사관행의 타파를 너무 강조한 나머지 법원이 자칫 법해석 내지 법적용을 무리하게 한 일면도 몇몇 판례에서 발견되었다는 점이다. 이에 대해서는 본문에서 필자 나름대로의 비판을

하였다. 그렇지만 이를 제외한 대부분의 상기관례들은 수사절차의 민주화와 피의자의 인권보장을 위해 바람직한 방향을 정립한 것으로 평가된다.

