

영장주의의 본질과 영장제도 : 체포제도를 중심으로

황 정 인*

국 | 문 | 요 | 약

이 논문에서는, 각국의 영장제도가 보편적인 지도원리로서 영장주의를 공유하고 있다는 전제 하에 헌법상 영장제도를 갖추고 있는 미국 · 일본과 우리나라의 제도를 비교하여 보았다. 그 결과 영장주의의 본질은 ‘적법절차에 의한 사법심사’임을 확인할 수 있었다.

적법절차라고 하는 것은 그 절차가 법률로 정해져야 할 뿐 아니라 그 법률의 내용이 정의의 기준에 합치되는 것을 말한다. 또, 사법심사라는 것은 독립적이고 중립적인 자위에 있는 자에 의하여 강제처분의 적법성이 심사되는 것을 말한다. 이러한 의미에서의 영장주의야말로 강제처분의 남용으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한 최소한의 통제장치이다.

우리의 헌법상 영장제도는 영장주의의 요구를 충족하면서 ‘사전영장의 원칙’과 ‘無令狀 체포시 사후영장 청구의 원칙’, ‘법관에 의한 심사의 원칙’ 등과 같은 보다 엄격한 요소들을 채용하여 영장주의를 강화하고 있다. 다만, 검사에게 영장청구권을 독점시킨 것은 영장주의와 양립할 수 없으므로 폐지되어야 한다.

또한, 형사소송법이 긴급체포와 현행범체포에 대하여 사후영장을 배제하고 있는 것은 위험적일 뿐 아니라, 특히 긴급체포의 남용을 초래하는 등 체포제도의 도입취지를 왜곡하고 있다. 영장주의와 우리 헌법이 보장하는 영장제도의 요구에 따라 긴급체포와 현행범체포에 대하여 사후영장을 청구하도록 개선하여야 한다.

❖ 주제어 : 영장주의, 영장제도, 사법심사, 적법절차, 형사소송법

I. 서론

대한민국 헌법

제12조 제3항, “체포 · 구속 · 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의

* 경정. 한국형사정책연구원 파견.

신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.”

제16조 제2문, “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”

영장제도는 형사절차의 강제처분에 대한 통제장치이다¹⁾. 우리 헌법은 제12조 제3항과 제16조 제2문에서 영장제도를 명시적으로 규정하였다. 형사절차에서 행해지는 인신구속 등의 강제처분은 신체의 자유와 같은 중요한 기본권의 침해를 수반하며, 특히 수사기관에 의해 남용될 우려가 현저하다는 점을 고려하여 영장제도를 헌법의 수준에서 보장한 것이다²⁾.

형사소송법은 헌법의 기본원칙을 형사절차에 실현하는 법률이다³⁾. 이 말은 다시 말해서 헌법이야말로 형사소송법의 제정·개정의 근거를 이루고 동시에 그 타당성을 담보하는 상위규범이라는 뜻이다⁴⁾. 따라서 형사소송절차는 헌법에 반할 수 없고, 그에 관한 입법과 해석은 헌법과 합치되어야만 한다. 이와 같이 형사소송절차의 헌법적합성을 강조하는 원리를 ‘헌법적 형사소송’이라고 한다⁵⁾.

1) 영장제도가 형사절차에서의 강제처분에만 적용되는 것인지에 대해 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있고, 다수설은 절충적인 입장에서 헌법상 영장제도는 원칙적으로 행정상 즉시강제에도 적용되어야 하나 행정목적의 달성을 위해 불가피한 경우에는 영장제도의 적용이 배제될 수 있다고 한다(김철수, 헌법학 개론, 박영사, 2005, 557면 ; 구병석, 신헌법원론, 박영사, 1996, 550면 ; 허영, 신판 한국헌법론, 박영사, 2001, 347면 ; 권영성, 헌법학 원론, 법문사, 2004, 459면). 여기에 대해 헌법재판소는 “영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다”라고 한 바 있다(헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2000 헌가 12 결정).

2) 영장제도가 반드시 헌법적으로 보장되어야만 하는 것은 아니다. 김선택, “영장청구권 관련 헌법규정 연구”, 2008, 47-53면에 의하면 독일, 프랑스, 스위스 등의 헌법에는 ‘영장’에 대한 언급이 없다.

3) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2008, 5면.

4) 차용석, “형사소송법의 과제”, 법조 제520호(2000년 1월), 210면.

5) 헌법적 형사소송에 대한 설명은 차용석, 위의 글, 210-211면 ; 김용세, “형사절차상 기본권 보장을 위한 형소법규정 및 실무현실에 관한 연구”, 형사정책연구 통권 제75호(2008년 가을), 55-58면 ; 김선택, 앞의 보고서, 2008, 2-6면 참조.

2007년의 형사소송법 개정에서 강제처분에 관한 적지 않은 손질이 있었다. 그럼에도 벌써부터 정치권을 중심으로 재개정 움직임을 본격화⁶⁾ 하는 등 형사절차상 강제처분 제도의 타당성을 둘러싼 논란이 끊이지 않고 있다. 이러한 논란이 헌법적 형사소송의 실현에 기여하기를 바라거니와 그러자면 형사절차상 강제처분의 근거 내지 기준이라 할 수 있는 헌법상 영장제도의 요구에 충실해야 할 것이다. 그리고 헌법상 영장제도의 요구가 무엇인가 하는 것은 영장주의와의 관계 속에서 규범적으로 파악되어야 한다.

영장주의는 영장제도와 구별해야 할 것이다. 이 글에서는 우리 헌법 제12조 제3항과 제16조가 규정한 것은 영장주의 그 자체가 아니라 대한민국 헌법상의 영장제도라고 본다. 영장주의(令狀主義)는 강제처분의 절차적 통제에 관한 당위론적인 이론이나 원칙·신념 따위를 의미하는데 비해서⁷⁾, 영장제도는 영장주의가 실정법상의 제도로서 구현된 것이다. 그러므로 영장주의가 영장제도를 설계·운영하는 기준이 되는 것이다.

이러한 인식하에, 아래에서는 수사기관에 의해 남용될 위험이 가장 큰 체포제도를 중심으로 영장주의의 본질을 명확히 한 다음, 이것을 기준삼아 우리 헌법상의 영장제도를 새롭게 조명해 보고자 한다.

II. 영장주의의 본질

우리나라를 비롯해서, 미국과 일본은 헌법 수준에서 영장제도를 보장하고 있다. 하지만 제도의 구체적인 모습은 각각 상당한 차이가 있다. 이와 같은 차이는 각국에서 다른 영장주의를 기반으로 했기 때문이라기보다는 하나의 영장주의가 각국의 역사적·사회적 형편에 맞추어 다르게 구현되었다고 이해해야 할 것이다. 자본주의나 사회주의 등의 제도화 과정에서 흔히 보듯이, 무릇 어떤主義가 제도로서 구현되는

6) 한나라당은 2010. 3. 24. 압수수색 제도 개선 등 7개 사법개혁 법안을 국회에 제출했다.

7) 주의(主義)의 사전적 의미는 “(사상이나 학설, 또는 사물의 처리 방법 따위에서) 굳게 지켜 변하지 않는 일정한 이론이나 태도, 또는 방침이나 주장”이다. 동아 새 국어사전, 동아출판사, 1995.

구체적인 모습은 시대상황과 국가에 따라 다를 수밖에 없다. 영장주의와 영장제도의 관계도 마찬가지이다. 따라서 어떤 영장제도이든 영장주의의 본질에 해당하는 부분과 그렇지 않은 부분이 섞여 있을 수 있다. 그렇다면 각국의 영장제도들에서 공통적으로 중시되는 요소가 영장주의의 본질에 가까울 것이고, 그렇지 않은 요소들은 적어도 (보편적인 원리로서의) 영장주의의 본질이라고 하기는 어렵다고 생각된다.

이를 전제로, 이하에서는 헌법 차원에서 영장제도를 보장하고 있는 나라들, 즉 미국, 일본 그리고 우리나라의 각각의 영장제도들을 주된 고찰의 대상으로 삼아 이들이 공통적으로 중시하는 요소를 추출함으로써 영장주의의 본질을 규명해 볼 것이다.

1. 우리 헌법에 기술된 요소

우리의 헌법상 영장제도에는 ①사전영장(영장제시)의 원칙, ②법관에 의한 영장 발부의 원칙, ③검사에 의한 영장청구의 원칙 ④적법한 절차의 원칙, ⑤無令狀 체포시 사후영장 청구의 원칙 등이 記述되어 있다. 우선, 이러한 기술된 요소들 중에서 영장주의의 본질이라고 할 만한 것이 무엇인지 찾아보기로 한다.

가. 사전영장(영장제시)의 원칙

우리 헌법 제12조 제3항은 본문에서 ‘사전영장의 제시에 의한 강제처분’을 규정한 다음, 사후에 영장을 청구할 수 있는 경우를 단서로 달고 있다. 이러한 규정형식에서 우리 헌법상 영장제도가 ‘사전영장의 원칙’을 채택하고 있는 것을 알 수 있다. 일반적으로 학계에서는 영장주의의 개념을 “영장을 제시하지 아니하고는 강제처분을 하지 못한다는 원칙”이라는 식으로 설명함으로써, ‘사전영장(영장제시)의 원칙’을 영장주의의 본질에 포함시키는 태도를 취하고 있다⁸⁾.

8) 이러한 식의 설명은 대다수의 학자들에서 공통적으로 보인다. 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 159면 ; 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008, 208면 ; 차용석, 형사소송법, 21세기사, 2008, 200면 ; 심희기·양동철, 쟁점강의 형사소송법, 삼영사, 2009, 123면 ; 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008, 91면 ; 임동규, 형사소송법, 홍문사, 2006, 165면 ; 이영란, 한국형사소송법, 2008, 287면.

일본도 우리와 마찬가지로 헌법에서 ‘사전영장의 원칙’을 명시하였다. 이에 따라 일본 학계에서도 “영장주의라 함은 강제처분은 영장에 의하여 행해야만 한다는 원칙”이라고 설명되고 있다⁹⁾.

일본 헌법 제33조

누구든지 현행범으로 체포되는 경우를 제외하고는 권한을 가진 사법관현이 발부하고, 이유가 되고 있는 범죄를 명시한 영장에 의하지 아니하고는 체포되지 않는다.

何人も 現行犯として逮捕される場合を除いては 権限を有する司法官憲が發し 且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令狀によらなければ 逮捕されない。

그런데 우리나라의 초기 영장제도에 영향을 미친 미국 연방헌법 수정 제4조¹⁰⁾는 前段에서 ‘불합리한(unreasonable) 강제처분’을, 後段에서 ‘일반영장’을 각각 금하고 있을 뿐이어서 해석상 ‘사전영장(영장제시)의 원칙’이 도출되지 않는다. 즉, 사전영장(영장제시)의 원칙은 미국 헌법상의 요청이 아니다¹¹⁾.

미국 연방헌법 수정 제4조

신체, 주거, 서류 및 소유물에 대한 불합리한 수색 및 체포·압수로부터 안전해야 할 인민의 권리는 침해되어서는 안 되고, 어떠한 영장도 선서 또는 확약에 의해 뒷받침되는 상당한 이유에 기초하지 않거나, 또는 수색될 장소나 체포·압수될 사람 내지 물건을 특정하여 표시하지 않고 발부되어서는 안 된다.

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no

9) 寺崎嘉博, 刑事訴訟法, 成文堂, 2007, 54면.

10) 우리나라에 영장제도가 처음 도입된 것은 1948년 미군정법령 제176조에 의해서였다. 미국 연방헌법 수정 제4조가 우리나라의 초기 영장제도에 영향을 미쳤다는 점에 대해서는 김선택, 앞의 보고서, 19면 ; 김용세, 앞의 글, 72면 참조.

11) 한상훈, “긴급체포 및 긴급압수·수색의 개선에 대한 별개의견”, 인신구속제도 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 79면.

warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

게다가 州法에서는 폭넓게 영장 없는 체포를 허용하고 있다. 예를 들어 아이오와 州法 {Iowa Code § 804.7(2004)}은 “경찰관 면전에서 일반범죄가 행해지고 있거나 행해지려 하는 경우” 뿐 아니라, “경찰관 면전이든 아니든 일반범죄가 발생하였는데, 경찰관에게 그 범죄를 체포대상자가 범했다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우”와 “중범죄가 행해졌으며 그것을 체포 대상자가 범했다고 경찰관이 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우”, “가정폭력이 발생했으며 그것이 체포대상자의 소행이라고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우” 등까지도 영장 없는 체포를 할 수 있도록 규정해 놓았다¹²⁾. 실제 운영상으로도 미국에서는 체포의 95% 이상이 영장 없이 행해지고¹³⁾ 사전영장의 제시에 의한 체포는 대단히 예외적이다.

뿐만 아니라, 설령 (영장이 필요한 경우인데) 영장 없이 체포를 하여 그 체포가 무효가 되더라도, 피의자에 대한 기존의 구금이 불법으로 되는 것도 아니고 그것만으로 유죄판결이 무효가 되지도 않는다¹⁴⁾. 이러한 미국의 경우를 고려하면, ‘사전영장(영장제시)의 원칙’이 보편적인 원리로서의 영장주의의 본질에 속하는지 의문이 든다.

나. 법관에 의한 영장발부의 원칙

우리 헌법 제12조 제3항은 영장발부의 주체를 ‘법관’이라고 명시하였다. 헌법 제27조에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을

12) Ronald L. Carlson, Criminal Justice Procedure(7th edition), 2005, 20면.

13) 이영돈, 미국의 수사제도, 비교수사제도로론, 박영사, 2004, 548면 ; 이태훈, 미국의 인신구속제도, 광주지방검찰청, 1998.은 “New York State의 경우 인신구속 중 98% 이상은 수사기관의 영장없는 구속으로 이루어진다. 치안관사(Magistrate)의 사전영장에 의한 인신구속은 거의 없으며, 사전영장은 범죄자의 인신을 구속하는데 꼭 필요한 헌법상의 요구조건도 아니”라고 한다.

14) Joshua Dressler, Understanding Criminal Procedure(2nd edition), 2000, 148면. 단, 그 체포와 관련하여 취득한 인적·물적 증거의 증거능력이 배제될 수 있다.

받을 권리를 가진다”고 하면서, 제101조 제3항에서 “법관의 자격은 법률로 정한다”고 하고 있고, 이를 받아 법원조직법이 법관의 임명절차와 자격을 상세히 정하고 있으므로(제41조 내지 43조), 영장발부의 주체로서의 ‘법관’은 법원조직법에서 정한 자격을 갖추어 법관으로 임명된 자, 즉 재판의 주체와 동일한 자로 한정된다.

그런데 이미 보았던 것처럼 미국연방헌법 수정 제4조는 영장발부의 주체를 규정하지 않았다. 따라서 미국에서는 (재판의 주체로서의) 법관 뿐 아니라 치안판사도 영장을 발부할 수 있으며, 심지어 지방법원 서기(municipal court clerk)에게 지방조례 위반행위에 대해 구속영장의 발부권한을 인정한 판례도 있다¹⁵⁾. 그리고 미국에서 영장발부권자는 반드시 법률가(법률전문가)이어야 하는 것도 아니다. 가령 텍사스 주의 경우, 치안판사에 해당하는 Justice of the peace는 대체로 법학교육을 받지 않은 사람들로 구성되어 있다. 미국 연방대법원이 1949년 *Brinegar v. U.S.* 사건에서 “본 법원은 개연성을 다룬다. 이는 기술적 문제가 아닌데, 왜냐하면 법률기술자(legal technicians)가 아닌 합리적이고 신중한(reasonable and prudent) 사람으로서 행동할 때 근거를 두는 일상생활에서의 사실적 고려이기 때문이다”라고 판시한 것은 영장발부권자의 자격에 법률적 소양을 요구하지 않는 이유를 잘 보여준다¹⁶⁾.

그렇다고 하여 누구나 영장발부권자가 될 수 있는 것은 아니다. 실정법상의 근거가 있어야 함은 물론이고, 가장 중요한 자격조건은 ‘중립적이고 독립된(neutral and detached)’ 지위에 있어야만 한다는 것이다. 중립적이고 독립되었다는 의미는 영장을 발부하는 자가 당해 사건에서 경찰 또는 검사의 지위와 연결되지 않다는 것을 의미한다¹⁷⁾.

일본헌법 제33조는 영장발부권자를 ‘사법관헌(司法官憲)’이라고 규정해 놓았다. 일본헌법 제정 초기에 이 사법관헌의 의미에 대해서 재판관(우리의 법관에 해당) 뿐 아니라 검찰관(우리의 검사에 해당)과 사법경찰관이 포함되는지에 대해 논란이 있었다. 그러나 이후 사법관헌에는 재판관만이 해당되는 견해가 일반화되었으며, 현재는 이에 대한 異論이 없는 상태이다¹⁸⁾.

15) 이 부분에 대해서는, Rolando V. del Carmen/김한균 역, *The United States Arrest System*(미국의 인신구속제도), 형사정책연구(2005년 겨울), 24면 ; 이태훈, 앞의 글, 24면 등 참조.

16) 여기에 대해 자세한 설명은 Rolando V. del Carmen/김한균 역, 앞의 책, 24-26면.

17) 이영돈, 앞의 책, 549면.

그런데, 일본헌법이 애초에 ‘사법관헌’이라는 용어를 사용한 것은 “재판관 이외에 재판관과 같은 공평한 입장에 있는 재판관에 준하는 사법부의 직원으로 하여금, 코미셔너(commissioner)와 같은 영장발부관을 만들 가능성을 고려했기 때문이었다”고 해석하는 견해가 있다¹⁹⁾.

일본헌법의 제정안은 2차 대전 후 일본에 주둔하던 ‘연합군 최고 사령부(GHQ : General Headquarters of Supreme Commanders for the Allied Powers)’가 英文으로 헌법초안을 작성하여 일본 정부측과 협의를 거쳐 만든 것이다²⁰⁾. 이때 GHQ가 英文 헌법안²¹⁾에 사용한 judicial officer라는 용어가 ‘사법관헌’이라고 번역되었을 가능성이 높아 보이는데, 그렇다면 ‘재판관 이외의 영장발부관의 가능성’을 열어 두려 했다는 견해는 설득력이 있다. 당시 GHQ는 미국이 주도하였고, 미국에서는 이미 설명하였듯이 영장발부권이 법관(재판관)에게만 있지 않기 때문이다.

이와 같은 미국과 일본의 경우를 고려하면 ‘법관에 의한 영장발부의 원칙’도 영장주의의 본질이라고 단정하기는 어려운 면이 있다.

다. 검사에 의한 영장청구의 원칙

우리 헌법 제12조 제3항은 영장청구권자를 ‘검사’로 한정하였다. 이러한 태도는 미국과 일본 뿐 아니라 다른 어느 나라의 헌법에서도 찾아보기 어렵다²²⁾. 또한 미국 이든 일본이든 하위법령에서 조차 영장청구권자를 일반적으로 한정한 사례는 보이지 않는다²³⁾. 따라서 검사에 의한 영장청구의 원칙은 영장주의의 본질에 해당된다

18) 이동희, 일본:검·경 단계형 수사구조, 비교수사제도론, 박영사, 2004, 684면.

19) 憲法の刑事手続研究会 編, 憲法の刑事手続, 日本評論社, 1997, 264면.

20) 뿐만 아니라 당시에 일본헌법은 英文으로 판보에 게재되었다. 이러한 사실 때문에 英文憲法の 지위에 대하여, 단순히 日本文 헌법의 번역문이라는 설, 영문헌법은 ‘입법사실’이므로 헌법해석에 참고해야만 한다는 설, 양자는 同格이라는 설, 영문헌법이 우월하다는 설 등 다양한 견해의 대립이 있다. 憲法の刑事手続研究会 編, 위의 책, 9-10면 참조.

21) 일본의 英文憲法 제33조는 다음과 같다. “No person shall be apprehended except upon warrant issued by a competent judicial officer which specifies the offense with which the person is charged, unless he is apprehended, the offense being committed.”

22) 이와 관련하여 김선택 교수는 리치몬드 대학 헌법데이터베이스(<http://confinder.richmond.edu/index.php>)를 참조하여 외국헌법사례를 조사한 끝에 “영장청구권을 검사에게 독점시키는 규정을 가진 외국헌법사례는 발견할 수 없었다”고 결론지었다. 김선택, 앞의 보고서, 46면 참조.

고 볼 여지가 없다²⁴⁾.

라. 적법한 절차의 원칙

우리 헌법은 ‘적법절차의 원칙’을 제12조 제3항 뿐 아니라 제12조 제1항에도 규정하였다. 제12조 제1항은 적법절차 원칙의 일반조항으로서, 절차를 규율하는 법이 형식적 의미의 법률로 정해져야 할 뿐 아니라 그 법률의 내용이 정의에 합치될 것을 요구한다²⁵⁾. 이와 같은 적법절차 원리야 말로 형사절차 전반에 걸친 지도원리로 서²⁶⁾, 그 구체적인 내용은 진술거부권(제12조 제2항), 변호인의 도움을 받을 권리(제12조 제4항), 적부심사제도(제12조 제6항), 무죄추정의 원리(제27조 제4항) 등과 함께 영장주의(제12조 제3항)에 의해 실현되고 있는 것이다. 그러므로 설령 제12조 제3항에 이를 명시하지 않았더라도 적법절차의 원칙은 우리 헌법상 영장제도의 당연한 구성요소라고 볼 것이다. 다만, 헌법은 기본권 침해의 위험이 가장 높은 형사상 강제처분의 영역에서 기본권을 더욱 강하게 보장하려는 의지를 담아 중복 규정한 것으로 이해된다²⁷⁾.

미국도 연방헌법 수정 제5조²⁸⁾에서 “누구든지 적법절차(due process of law)에 의하지 아니하고는 생명·자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다”고 명시하고, 이후 다시 수정 제14조 제1항 제3문²⁹⁾에 “어떤 州도 개인의 생명, 자유 또는 재산을 적

23) 단, 미국의 경우 예외적으로 미시간 주 형사소송법(sec. 764.1(2))에서 92일 미만의 구금형과 1,000 달러 미만의 벌금형에 해당하는 경미범죄(minor offenses)의 경우, 검사의 서명이 없으면 치안판사가 체포영장을 발부할 수 없다고 규정하고 있다. 이영돈, 앞의 책, 549-550면 참조.

24) 일본의 경우에 체포영장 청구의 약 99%가 사법경찰원(우리의 사법경찰관에 해당)에 의해 행해진다. 三丁誠·酒巻匡/신동운 역, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003, 35면.

25) 신동운, 앞의 책, 8면; 헌법재판소는, 적법절차의 원칙은 “법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서(중략) 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 관하여 문제된 법률의 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는 지 여부를 판단하는 기준으로 적용”된다고 하였다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92 헌가8 전원재판부 결정).

26) 김문호, “수사기관의 인신구속과 인권보장에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위 논문, 2005, 12면.

27) 同旨, 신동운, “인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방법”, 법학 제106호(1998. 5.), 27면.

28) 미국 연방헌법 수정 제5조의 해당 부분은 다음과 같다.

“No person ... nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...”

29) 미국 연방헌법 수정 제14조 제1항 제3문은 다음과 같다.

법절차에 의하지 아니하고 박탈하여서는 아니”된다고 규정함으로써 적법절차 원칙을 연방 뿐 아니라 州 차원에까지 침투시켰다. 이후 적법절차 원칙은 영장제도를 규정한 수정 제4조를 비롯하여 형사절차 전반의 지도원리로 기능하고 있다³⁰⁾.

일본헌법 제31조는 “누구라도, 법률에 규정한 절차에 의하지 않고서는, 그의 생명 혹은 자유를 박탈당하거나 그 밖의 형벌을 받지 않는다³¹⁾”고 규정하였다. 이에 대해 일본 최고재판소의 판례는, 헌법 제31조가 단지 ‘절차’를 ‘법률’에 정할 것을 요청하고 있는 것이 아니라, ‘적정한 법률의 절차’ 및 ‘고지, 변명, 방어 기회’의 보장을 정한 것”이라는 입장이다³²⁾. 또, 적법절차의 원칙은 원칙적으로 형사절차에 관해 적용되나, 성질상 다른 절차에도 준용 혹은 유추적용 된다는 것이 일본 학계의 다수견해이다³³⁾. 그리고 헌법 제31조는 일반원칙이며, 여기에 이어서 제33조부터 제40조까지는 국가가 개인의 생명과 자유를 침해하는 전형적인 절차인 형사절차에 있어서의 절차의 내용을 구체적으로 규정한 것이라고 이해되고 있다³⁴⁾. 일본헌법에 있어서도 적법절차의 원칙은 영장제도의 불가결한 요소로 자리매김한 것이다.

결국, 적법절차의 원칙은 영장제도의 보편적인 구성요소가 되는 것이므로 영장주의의 본질에 해당한다고 할 수 있다³⁵⁾.

“nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ;...”

30) 차용석, “형사소송에 있어서의 ‘Due Process’의 구현”, 형사법과 형사정책의 현대적 과제(약천 정해창 선생 고회 기념 논문집), 2007, 407-408면. “(미국에서) 최초의 수정 8조항에 걸친 제 권리(소위 Bill of Right) 가운데 12개의 권리규정은 형사절차상의 피의자·피고인의 권리에 관한 것이다. 이들은 연방정부와 개인 간의 규제규정임으로 연방헌법이 주정부에 대하여 요청한 것으로는 오직 한 조항밖에 없는 제14조의 due process 규정 속에 이들이 흡수되느냐 어떠한의 논의가 오랫동안 계속되었다가 1970년 이래로 그들 대부분이 연방기준으로 제14조에 흡수되는 것으로 인정되고 있다.”; 김용세, 앞의 글, 75. “수정 제14조에 의하여 형사절차에 관한 헌법원리가 주법원과 연방법원 모두에 통합적으로 적용된 결과, 수정 제4조, 5조 및 6조에 대한 오랜 해석이 수정되었을 뿐만 아니라, 형사절차에서의 적법절차와 평등한 보호에 관한 매우 좁은 해석을 낳았다.”

31) 일본 헌법 제31조의 원문은 다음과 같다. “何人も 法律の定める手続によらなければ 其の生命若しくは自由を奪はれ 又はその他の刑罰を科せられない。”

32) 憲法的刑事手続研究会 編, 앞의 책, 207면.

33) 위의 책, 210면.

34) 위의 책, 220면.

35) 同旨, 황정근, “인신구속과 인권보호”, 형사법연구 제14호(2000년 12월), 45면. “적어도 1988. 2. 25. 부터는 헌법상 적법절차 원리는 형사절차 전반에 걸치는 지도이념이자 영장주의의 필수조건이 되었다.”

마. 無令狀 체포시 사후영장 청구의 원칙

1) 우리 헌법상 ‘무영장 체포시 사후영장 청구의 원칙’의 내용

우리헌법 제12조 제3항 단서의 취지는 사전영장 원칙의 예외를 규정한 것이기는 하나, 영장의 완전한 배제를 허용한 것이 아니라 예외적으로 사후영장의 청구를 허용한 것이다³⁶⁾.

우리 학계의 주류적인 이러한 해석에 대하여 일각의 반론이 있다. 헌법상 사후에 영장을 청구해야 하는 것은 ‘계속 구금의 필요가 있는 경우’에 한정되는 것이지, 계속 구금의 필요가 없어 (수사기관이) 이미 석방한 경우까지 반드시 사후 영장을 청구해야 한다고 해석해야 할 절대적 이유는 없다는 것이다³⁷⁾. 미국과 영국, 독일의 입법례를 보면 하나같이 체포된 피의자의 계속구금만을 법원이 관여할 뿐 그 전에 수사기관이 자체판단에 의하여 석방하는 것에 대해서는 법원이 관여하지 않는다는 것이 그 논거다. 우리 헌법 제12조 제3항 단서의 규정이 사후영장제도의 채택여부를 입법자에게 위임한 것이라는 주장³⁸⁾의 연장선상에 있는 것으로 보인다.

미국이나 영국에는 우리 헌법 제12조 제3항 단서와 유사한 규정이 없으므로 그들의 사례를 우리 헌법의 해석에 적용하는 것은 적절하지 않다. 이와는 달리 독일의 경우는 헌법에 “판사의 결정에 의하지 않은 모든 자유박탈에 대하여는 지체 없이 판사의 결정을 받아야 한다”고 규정되어 있음에도 불구하고, 독일 형사소송법이 계속구금의 경우에만 판사의 사후 결정을 받도록 규정하고 있으며, 거기에 대해 위헌의 시비가 없다는 것이므로 검토해 볼 필요가 있다.

이 부분에 관해 이미 한상훈 교수는, 독일 헌법³⁹⁾이 ①경찰에게 피의자를 체포

36) 同旨, 신동운, 앞의 책, 203면 ; 신동운, “긴급체포의 정비 필요성”, 인신구속제도 자료집, 사법제도 개혁추진위원회, 2005, 73면 ; 신양균, 형사소송법, 법문사, 2004, 152면 ; 서보학·하태훈·정미화·이광수·박성호·김상준·이영진, “긴급압수·수색·검증 및 긴급체포 관련 개선탄”, 인신구속제도 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 75면 ; 한상훈, 앞의 보고서, 82면 ; 이재석, “수사와 인권”, 비교형사법연구 제5권 제2호(2003년 12월), 824면 ; 이호중, “형사절차와 인권”, 「사법제도개혁 추진위원회」의 형사소송법 개정안을 중심으로, 한양법학 제9집(2006년 8월), 63면 ; 장규원, 체포제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1998, 158면.

37) 이완규, 형사소송법특강 -이념과 현실의 균형을 위한 모색-, 법문사, 2006, 183-185면.

38) 김종덕, “체포제도에 관한 비교법적 고찰”, 계명법학 제6집, 2002, 144면

39) 독일 헌법 제104조 제2항은 다음과 같다.

익일까지 구금할 수 있는 고유권한(Machtvollkommenheit)을 인정하고 있는 점, ② 그러한 경찰의 고유권한과 판사의 사후결정 등에 관한 상세한 사항을 법률에 유보하고 있는 점, ③ 그리하여 독일 형사소송법⁴⁰⁾은 피체포자가 (수사기관에 의해) 석방된 경우에는 판사 앞에 인치하지 않아도 되도록 규정한 것이었던 점 등을 들어 우리 헌법과는 그 내용이 다른 것임을 이미 논증한 바 있다⁴¹⁾. 한상훈 교수가 지적한 점들은 독일 헌법과 우리 헌법의 해석을 달리 할 수밖에 없는 현저한 차이임에 분명하다. 독일과는 달리 수사기관에게 단기간 구금의 고유권한을 인정한 바도 없고, 판사의 사후결정의 대상 범위에 대해 입법재량의 영역을 남겨둔 바도 없는 우리 헌법의 해석에 있어서 그 문언에 반하여 “수사기관이 이미 석방한 경우까지 사후영장을 청구해야 하는 것은 아니”라고 하는 것은 지나치다.

2) ‘무영장 체포시 사후영장 청구의 원칙’ 이 영장주의의 본질에 속하는지

일본 형사소송법(제210조)은 긴급체포의 경우에 지체 없이 사후영장을 청구하도록 하고 있으나⁴²⁾, 헌법이나 형사소송법에서 현행법체포에 대해서는 사후영장의 청

“자유박탈의 허용성과 계속여부는 판사만이 결정한다. 판사의 결정에 의하지 않은 모든 자유박탈에 대하여는 지체 없이 판사의 결정을 받아야 한다. 경찰은 고유한 권한으로 누구라도 체포 후 익일 이상을 경찰의 지배하에 두어서는 안 된다. 상세한 사항은 법률로 정한다.”

“Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Andordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Eingreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln.”

40) 독일 형사소송법 제128조 제1항은 다음과 같다.

“피체포자는 석방되지 않는 한, 지체 없이, 늦어도 체포일의 익일에 체포가 이루어진 구역의 구법원 판사 앞에 인치되어야 한다.”

“Der Festgenommene ist, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, unverzüglich, spätestens am Tage nach der Festnahme, dem Richter bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk er festgenommen worden ist, vorzuführen.”

41) 한상훈, 앞의 보고서, 77-83면.

42) 일본 형사소송법 제210조 제1항은 다음과 같다.

“검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원은, 사형 또는 무기 혹은 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범했다고 의심할 충분한 이유가 있는 경우에, 급속을 요하여 재판관의 체포장을 청구할 수 없는 때에는, 그 이유를 고하고 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우는, 지체 없이 재판관의 체포장을 청구해야 한다. 체포장이 발부되지 않는 때에는, 지체 없이 피의자를 석방해야 한다.”

구를 요구하지 않는다. 미국의 경우, 연방헌법이나 연방형사소송법, 연방형사소송규칙 등에 사후영장에 관한 규정이 없다. 일부 州의 형사소송법에서 사후영장의 규정을 두고 있을 뿐이다⁴³⁾.

결국 일본이든 미국이든 무영장 체포시 사후영장 청구를 요구하는 ‘원칙’이 있다고 하기 어려우므로 그것이 영장주의의 본질이라고 단정할 수 없다.

2. 우리 헌법에 기술되지 않은 요소

지금까지 우리 헌법에 기술된 영장제도의 요소들 중에서는 ‘적법한 절차의 원칙’이 영장주의의 본질에 해당할 수 있음을 논증했다. 그런데 우리 헌법에는 명시적으로 기술되지는 않았으나 헌법상 영장제도에 당연히 포함되어 있다고 볼 수 있는 요소들이 있다.

가. 일반영장 금지의 원칙

‘일반영장 금지의 원칙’이란, 영장은 그 대상자(피의자)와 혐의내용 등이 특정되어야 하며 일반영장(白紙令狀)의 발부는 금지된다는 원칙을 말한다. 일본과 미국의 헌법에 ‘일반영장 금지의 원칙’이 명시되어 있음은 앞에서 살펴보았다. 일본헌법 조문의 “이유가 되고 있는 범죄를 명시한 영장(理由となつてゐる犯罪を明示する令狀)”이라는 부분과, 미국 헌법 조문의 “수색될 장소나 체포·압수될 사람 내지 물건을 특정하여 표시(particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized)하지 않고 발부되어서는 안 된다”는 부분이 그것이다.

우리 헌법은 ‘일반영장 금지의 원칙’을 명시하고 있지 않지만, 헌법상 영장제도는

“ 檢察官 警察事務官又は司法警察職員は 死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足り充分な理由がある場合で 急速を要し 裁判官の逮捕狀を求めることができないときは 其の理由を告げて被疑者を逮捕することができる。この場合には 直ちに裁判官の逮捕狀を求める手續をしなければならない。逮捕狀が發せられないときは 直ちに被疑者を釋放しなければならない。 ”

43) 이영돈, 앞의 책, 559면에 의하면 뉴욕·텍사스주 형사소송법에는 사후영장 규정이 없고, 미시간주 형사소송법에는 사후영장 규정이 있다고 한다.

형사절차의 강제처분을 통제하기 위한 장치이므로 헌법이 명시하고 있는 ‘사전영장의 원칙’이나 ‘적법절차의 원칙’ 속에는 ‘일반영장 금지의 원칙’이 당연히 내재되어 있는 것이라고 보아야 한다. 이를 받아 명문화 한 것이 형사소송법상의 ‘일반영장 금지 조항’이다(제209조, 제75조). 결국, ‘일반영장 금지의 원칙’은 미국, 일본 및 우리나라에 걸쳐 영장제도의 보편적 원칙이라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 ‘일반영장 금지의 원칙’을 영장주의의 본질에 포함시키기는 어렵다. ‘일반영장 금지의 원칙’이라는 것을 영장발부에 있어서 영장에 기재할 내용과 기재방식에 관한 원칙이라고 보면, 위에서 이미 살펴본 바와 같이 ‘사전영장(영장제시)의 원칙’과 ‘無令狀 체포시 사후영장 청구의 원칙’을 모두 영장주의의 본질이 아니라고 하는 이상 거기에 부속되는 ‘일반영장 금지의 원칙’만을 영장주의의 본질이라고 하는 것은 곤란하기 때문이다.

나. 사법(객관적 · 중립적인 자에 의한) 심사의 원칙

앞에서 사전영장(영장제시)의 원칙이 영장주의의 본질에 속하다고 하지 못했던 것은 미국에서는 그것이 헌법적 요구가 아닐 뿐 아니라 하위법에서 영장 없는 체포가 매우 광범위하게 허용되고 있어서 사전영장의 원칙이 존재한다고 보기 어렵기 때문이었다. 하지만 ‘영장 없는 체포’라고 하더라도 사후적인 심사는 의연하게 관철되고 있다.

미연방 대법원은 1943년의 *McNabb v. United States* 사건과 1957년의 *Mallory v. United States* 사건을 통해서 이른바 McNabb-Mallory 원칙을 확립하였다. 그것은 요약하자면 “체포된 자는 불필요한 지체 없이(without unnecessary delay) 치안판사 앞으로 인치되어야 한다”는 원칙이다⁴⁴⁾. 연방 대법원의 판례로 확립되어 미연방 형사소송법에 규정⁴⁵⁾되기에 이른 이 원칙에 의해서 ‘의심할 여지없는 자발적인

44) Wayne R. LaFare 외 2인, *Criminal Procedure*(4th edition, 2000), 323-324면 참조.

45) Federal Rule of Criminal Procedure. 5(a)에는 McNabb-Mallory 원칙이 아래와 같이 규정되어 있다.

(A) A person making an arrest within the United States must take the defendant without unnecessary delay before a magistrate judge, or before a state or local judicial officer as Rule 5(c) provides, unless a statute provides otherwise.

자백'까지도 절차위반을 이유로 배척할 수 있는 근거가 마련됨으로써 미연방 수정 헌법 제5조와 제14조가 천명한 '적법절차 원칙'의 내용이 크게 확장되었다⁴⁶⁾.

이에 따라 연방과 州는 체포된 자를 지체 없이(promptly) 사법관현(judicial officer)의 앞으로 데려가도록 하고 있는데⁴⁷⁾, 이것이 이른바 Initial Appearance라고 불리는 청문(hearing) 절차이다. Initial Appearance에서 경찰관은 치안판사에게 체포의 상당성을 입증하는 complaint를 제출한다. 체포된 피의자는 치안판사 앞에서 혐의사실과 자신의 헌법적 권리에 대한 공식적인 고지·설명을 받게 되고, 궁핍하여 변호인을 선임할 수 없는 피의자에게는 변호인이 지정된다. 영장 없이 체포된 경우는 이 자리에서 '개연성 있는 이유(probable cause)'가 있었는지 여부가 심사된다. 마지막으로 치안판사는 피의자에게 서약서(recognizance)를 청구하거나 보석금(cash bail) 또는 보증서(surety bond)를 받고 석방할 수도 있고, 아니면 계속 구금상태에 두는 결정을 할 수도 있다⁴⁸⁾.

미연방 형사소송법에는 McNabb-Mallory 원칙이 적용되지 않는 예외도 규정하고 있다. 그러나 그 예외 사유는 영장에 의해 체포된 자 중 특별한 사유가 있는 경우와 보호관찰처분에 위반하여 체포된 자, 법정에 출석하지 않아 체포된 자 등과 같이 극히 특수한 경우로 한정되어 있다⁴⁹⁾.

(B) A person making an arrest outside the United States must take the defendant without unnecessary delay before a magistrate judge, unless a statute provides otherwise.

46) 이 점에 대해 Wayne R. LaFare 외 2인, 앞의 책, 322면은 다음과 같이 적고 있다.

"This rule provided a basis for suppressing many confessions that, upon closer examination of the circumstances, might be found to be excludable as a matter of due process, but it clearly extended to other confessions unquestionably voluntary."

47) Ronald L. Carson, 앞의 책, 63면에 의하면 "대개는 체포 후 몇 시간 내에 치안판사에게 출석시켜야 한다"고 한다. "...and usually the suspect should be presented to the magistrate in a matter of hours after arrest."

48) Initial Appearance에 대한 설명은 Joshua Dressler, 앞의 책, 7-8면 ; Ronald L. Carson, 위의 책, 63-64면 ; 이영돈, 앞의 책, 559면 등에 의함.

49) Federal Rule of Criminal Procedure. 5(a)에 규정된 예외사유(Exceptions)는 아래와 같다.

(A) An officer making an arrest under a warrant issued upon a complaint charging solely a violation of 18 U.S.C. § 1073 need not comply with this rule if:

(i) the person arrested is transferred without unnecessary delay to the custody of appropriate state or local authorities in the district of arrest ; and

(ii) an attorney for the government moves promptly, in the district where the warrant was issued,

우리나라의 헌법도 ‘사전영장의 원칙’과 함께 ‘無令狀 체포시 사후영장 청구의 원칙’을 모두 채택하였으므로 적어도 헌법 수준에서는 사전이든 사후든 ‘사법심사의 원칙’이 철저하다. 일본의 경우에 긴급체포는 형사소송법이 사후영장을 청구하도록 하고 있으므로 사후적인 사법심사가 행해지지만, 현행범체포에 대해서는 헌법이나 형사소송법에 그러한 요구가 없다. 그런데 여기서 일본헌법상 현행범체포의 지위와 우리헌법상 현행범체포의 지위가 서로 같지 않다는 사실을 고려해야 한다.

우리나라에서 다수의 견해는 현행범체포와 긴급체포를 영장주의의 예외라고 설명한다⁵⁰⁾. 이것은 ‘사전영장의 원칙’을 영장주의와 혼동한 탓이다. 위에서 살펴보았듯이 ‘사전영장의 원칙’은 영장주의 그 자체가 아니라, 우리 헌법상의 영장제도가 채택한 하나의 원칙일 뿐이다. 우리나라의 현행범체포와 긴급체포는 ‘사전영장 원칙의 예외’⁵¹⁾라고 부를 수는 있으나, 우리 헌법이 사후영장을 요구하고 있으므로 적어도 헌법상으로는 영장주의의 예외도 아니고 영장제도의 예외도 아니다.

일본에서도 현행범체포를 영장주의의 예외라고 설명하는 것이 일반적이다⁵²⁾. 그런데 우리와는 달리 일본의 현행범체포는 적어도 ‘영장제도의 예외’임이 분명하다. 일본헌법 제33조는 “현행범으로 체포되는 경우를 제외하고는”이라고 함으로써 현행범체포를 영장제도의 영역에서 제외하였다. 따라서 일본에서 현행범체포에 아무런 사법심사가 없다는 점을 들어서 “일본의 영장제도에는 ‘사법심사의 원칙’이 없다”고 평가하는 것은 적절하지 않다. 결국, 사법심사의 원칙은 우리나라와 미국 뿐 아니라 일본까지 아우르는 영장제도의 공통의 원칙이어서 영장주의의 본질에 해당한다고 볼 수 있다.

to dismiss the complaint.

(B) If a defendant is arrested for violating probation or supervised release, Rule 32.1 applies.

(C) If a defendant is arrested for failing to appear in another district, Rule 40 applies.

- 50) 이재상, 앞의 책, 240면 ; 배종대·이상돈·정승환, 앞의 책, 125면 ; 차용석, 앞의 책, 209면 ; 임동규, 앞의 책, 166면 ; 심재무, “개정형사소송법의 인신구속제도”, 경성법학 제16집 제2호(2007년 12월), 97면 ; 권오걸, “현행 인신구속의 절차에 관한 일고찰”, 형사법연구(1998년 12월), 232면.
- 51) 현행범체포를 ‘사전영장주의의 예외’라고 하는 견해도 있으나 ‘사전영장원칙의 예외’라고 해야 정확한 표현이다. 현행범체포를 사전영장주의의 예외라고 한 것으로는 신동운, 앞의 책, 161면 ; 이영란, 앞의 책, 288면 ; 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002, 271면 ; 손동권, 앞의 책, 208면.
- 52) 寺崎嘉博, 앞의 책, 127면 ; 横川敏雄, 刑事訴訟, 1987, 113면 ; 平野龍一, 刑事訴訟法, 1990, 93면 ; 鈴木茂嗣, 刑事訴訟法, 1989, 69면

한편, 여기서 말하는 ‘사법심사’는 반드시 ‘법관에 의한 심사’를 의미하지 않는다. 우리나라와 미국, 일본의 영장제도에서 심사권을 가진 주체들의 최대공약수는 Judicial Officer(사법관헌, 사법부 공무원)이다. 앞서 살펴본 미국의 경우를 상기하면, Judicial Officer를 사법심사의 주체로 하는 것은 법률적 소양과는 무관하며, 그들이 삼권분립의 한 축인 사법권에 속해 있어서 수사기관이 속한 행정권으로부터 ‘독립되어 중립적인 자’라고 여겨지기 때문임을 알 수 있다. 따라서 영장주의의 본질로서의 ‘사법심사의 원칙’은 ‘객관적·중립적인 자에 의한 심사의 원칙’으로 새겨야 할 것이다.

Ⅲ. 영장주의의 재해석

종전의 학설과 판례는 영장주의를 대략 아래와 같이 정의하여 왔다.

“영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다고 할 수 있다⁵³⁾.”

그러나 이것은 ‘사전영장(영장제시)의 원칙’과 ‘법관에 의한 영장 발부의 원칙’을 한꺼번에 설명한 것에 지나지 않는다. 이러한 개념정의를 적용하면 미국이나 일본의 헌법상 영장제도는 영장주의와 무관하다는 난감한 결론에 도달한다. 영장주의와 영장제도를 혼동한 나머지 각국의 영장제도에 공통된 보편적인 원리로서의 영장주의를 도출하지 못한 채, 우리 헌법상의 영장제도가 마치 영장주의인 것처럼 일반화하는 오류를 범했음을 알 수 있다.

그렇다고 해서 우리 헌법상의 영장제도를 제대로 설명할 수 있었던 것도 아니다. 긴급체포와 현행법체포에 대해 우리 헌법이 명시적으로 사후영장을 요구하고 있음

53) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌마28.31.32(병합) 결정.

에도 불구하고 그것을 영장주의의 예외라고 설명해 온 것이 그러하다. 이러한 점을 고려하여 ‘사전영장주의의 예외’라고 부르는 견해도 적절하지 않다. 현행법체포가 위치하는 영역, 즉 이른바 사전영장주의의 외부에 있는 영역이 무엇인지에 대해서는 침묵하고 있기 때문이다. 이 글에 제시하는 새로운 영장주의의 개념이 이러한 문제를 해소할 수 있을 것이다.

1. 영장주의의 의의

영장주의라 하는 것은 “형사절차의 강제처분은 적법절차에 의한 사법심사를 받아야 한다는 원칙⁵⁴⁾”이라고 정의할 수 있다. 이것은 현대 민주주의 국가에서 예외 없이 헌법적 원리의 하나로 인식되고 있는 ‘법치국가의 원리⁵⁵⁾’와 그 구성요소인 ‘적법절차의 원칙’에서 파생되는 원칙이다.

영장주의가 요구하는 사법심사는 반드시 법관이나 법률적 소양을 갖춘 자에 의해서 행해져야 하는 것은 아니다. 그러나 적어도 심사의 객체인 강제처분을 행하는 수사기관 및 그 수사기관이 속한 행정권으로부터는 독립되어 있어서 중립성이 인정되는 지위에 있어야 한다. 이것은 사법심사의 생명인 공정성과 인권보장 기능을 담보하기 위한 필수적인 조건이다.

사법심사는 적법절차에 의해 이루어져야 한다. 적법절차라고 하는 것은 그 절차가 법률로 정해져야 할 뿐 아니라 그 법률의 내용이 정의의 기준에 합치되는 것이어야 한다. 사법심사는 사전에 할 수도 있고 사후에 할 수도 있다. 물론 사전심사에 의하는 편이 바람직스럽지만, 사후에 심사한다고 하더라도 영장주의에 위반되었다고 할 것은 아니다. 그리고 사법심사에서는 반드시 강제처분의 적법성이 심사되어야 한다. 이때의 적법성은 비례성(필요최소한의 원칙)을 포함한다. 또한 적법성에 의문이 있는 경우에 심사주체는 체포된 자를 자신의 권한으로 즉시 석방할 수 있어야 한다.

54) 김선택 교수가 기존의 방식에서 탈피하여 “영장주의의 본질 : 강제처분의 법관유보”라고 간단명료하게 정리한 것은 영장주의의 본질을 정확히 간파한 것으로 보여진다(김선택, 앞의 보고서, 7면).

55) 법치국가의 원리가 현대민주국가에서 예외없이 헌법적 원리로 인식되고 있다는 설명은 권영성, 앞의 책, 149면에 의함.

이러한 기준에 의하면, 우리나라를 비롯하여 일본, 미국의 헌법상 영장제도는 모두 영장주의의 기준을 충족한다(다만, 일본의 헌행범체포는 일본헌법이 영장주의가 적용되는 영장제도의 영역에서 제외했다). 또한 우리 헌법상의 헌행범체포와 긴급체포가 영장주의의 내부에 있음이 분명하게 드러난다. 나아가 독일의 경우에 비록 헌법에 ‘영장’에 대한 언급이 없더라도 헌법상 영장주의가 없다고 하기는 어렵다. 다시 강조하지만, 영장주의의 요체는 ‘영장’이라는 이름의 종이에 있지 않다. ‘적법 절차에 따른 사법심사’에 있다.

2. 영장주의의 기능

첫째, ‘영장주의’는, 역시 적법절차원칙에서 나오는⁵⁶⁾ ‘강제처분 법률주의⁵⁷⁾’와 함께 형사절차상 강제처분을 통제하는 쌍두마차로서 기능한다. ‘강제처분 법률주의’가 입법권에 의한 통제라면 ‘영장주의’는 사법권에 의한 통제이다⁵⁸⁾. 이로써 영장주의는 강제처분 법률주의와 더불어 수사절차에서 권력분립을 실현하는 제도⁵⁹⁾로서의 성격을 갖는다.

둘째, 영장제도를 설계하고 운영·평가하는 지침으로 기능한다. 강조하여 두고 싶은 것은 영장주의가 제시하는 지침은 최대한이 아닌 최소한의 수준이라는 점이다. 영장주의는 영장제도라고 불러도 좋은 역치점(閾值点, threshold point)만을 제시할 뿐이다. 각국의 영장제도는 형편에 따라 다른 모양으로 설정될 수 있다. 벽을 두껍게 만들거나 얇게 만들 수 있고, 창을 넓게 혹은 좁게 만들어도 좋을 것이다. 그렇지만 어떤 경우에도 훼손될 수 없는 주춧돌과 기둥이 있으니 그것이 바로 영장주의이

56) 정승환, “형사소송법의 체포제도에 대한 재검토”-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여, 법조 제54권 제7호, 2005, 57면. “적정절차원칙에 따라 인신구속제도는 영장주의, 법정주의에 의한 제한을 받고 있다.”

57) 헌법 제12조 제1항 제2문 전단. “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며...”

58) 손동권, 앞의 책, 208면은 “강제처분법정주의의 대표적인 내용은 ‘영장주의’이다.”라고 쓰고 있다. 그러나 강제처분법정주의와 영장주의는 각각 입법권에 의한 통제와 사법권에 의한 통제로서 그 통제의 주체와 방식이 다르기 때문에 영장주의가 강제처분법정주의의 내용에 포함될 수 있는지의 문제이다.

59) 배종대·이상돈·정승환, 앞의 책, 91면 ; 천진호, 영장청구권의 귀속에 관한 연구, 2007, 82면.

다. 적법절차와 사법심사가 관철되지 않는 이상 영장제도의 이름이 허용되지 않는다.

IV. 영장주의를 통해 본 우리의 영장제도

1. 헌법의 영장제도

우리 헌법 제12조 제3항과 제16조의 영장제도는 도합 7개의, 기술되거나 기술되지 않은 요소들로 구성되어 있다. 거기에는 영장주의가 요구하는 ‘적법절차의 원칙’과 ‘사법심사의 원칙’이 포함되어 있어 우리 헌법은 일단 영장제도의 자격을 구비하였다고 평가할 수 있다. 그리고 그 위에 ‘사전영장의 원칙’, ‘법관에 의한 영장발부의 원칙’, ‘무영장 체포시 사후영장 청구의 원칙’, ‘일반영장 금지의 원칙’ 등과 같이 더욱 엄격한 기준을 채용하였다. 공권력의 남용으로 인권이 쉽게 무시되었던 우리의 근현대사의 경험에 비추어 이러한 강화된 영장제도의 필요성을 수긍할 수 있다.

문제는 ‘검사에 의한 영장청구의 원칙’이다⁶⁰⁾. 우리 헌법에만 있는 영장청구권자 제한에 대해 헌법재판소는,

“제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 ‘검찰관의 신청’이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고 ... 즉, 수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률 전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것이다⁶¹⁾”

라고 판시한 바 있고, 학계에서도 “사법경찰관에 의한 신체구속의 남용을 억제하

60) 헌법 제12조 제3항의 “검사의 신청에 의하여”라는 문구의 의미에 대하여 헌법재판소는 그것은 수사단계에서의 영장청구에만 적용되는 것이지 공판단계에는 적용되지 않는다고 판시한 바 있다 (헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28 결정).

61) 헌법재판소 1997. 3. 27. 96헌바 28 결정.

기 위한 것”이라면서 당연시하는 견해가 있다⁶²⁾. 그러나 영장주의의 기준을 비롯한 헌법 정신에 비추어 보면 다음과 같은 이유로 이를 받아들이기 어렵다.

첫째, 검사는 강제처분의 통제자로서의 자격이 있다고 할 수 없다. 우리나라의 검사는 행정권에 속해 있으며, 형사소송법이 인정한 유일한 수사의 주체⁶³⁾이다. 실제 운영에 있어서도 한국에서 검사 업무의 무게중심은 공판이 아닌 수사 쪽으로 현저하게 기울어 있다. 뿐만 아니라 검사와 사법경찰관리 사이는 형사소송법과 검찰청법의 규정⁶⁴⁾에 의하여 상명하복의 관계로 설정되어 있다. 이와 같이 검사는 그 신분이나 업무 및 사법경찰관과의 관계에 비추어 볼 때 사법경찰관의 강제처분을 통제할 지위에 있지 않다.

헌법재판소는 검사가 ‘법률전문가’라는 점을 중시하고 있는 듯하다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 강제처분에 대한 통제자가 될 수 있는 자격은 ‘독립적이고 중립적인 지위’에서 나오는 것이지 법률소양과는 무관하다. 행정권에 속해 있으며 그 스스로 수사기관이고 경찰의 수사를 지휘하는 검사는 ‘독립적이고 중립적인 지위’에 있지 않음이 명백하다⁶⁵⁾.

둘째, 사법심사의 주체를 모호하게 하여 영장주의가 훼손될 수 있다. 영장주의의 핵심은 사법심사이고, 그 주체는 사법권이어야 함을 살펴보았거니와 누가 영장을 청구하느냐 하는 것은 영장주의에서 아무런 의미가 없다⁶⁶⁾. 미국의 경우에는 영장

62) 이재상, 앞의 책, 235면 ; 신동운, 앞의 책, 159면 ; 임동규, 앞의 책, 174면.

63) 형사소송법 제195조.

64) 형사소송법 제196조와 검찰청법 제53조.

65) 배종대·이상돈·정승환, 앞의 책, 91면. “영장신청권을 검사에게 국한하고 있는 것은 일반적으로 법률전문가에 의하여 합법성을 높이기위한 것이라고 설명한다. 그러나 검찰실무를 보면 검사의 영장청구권 독점이 강제처분의 운용에 어떤 법치국가적 제한을 내포하고 있는 것으로는 보이지 않는다.”

66) 同旨, 이관희, 한국민주주의 헌법론, 박영사, 2008, 서문. “이번 개헌논의 과정에서 반드시 바로잡아야 할 조항으로 ... 검사의 영장신청권 독점에 관한 문제인데, 그것은 각 나라의 사정에 따라 형사소송법에 규정될 사항이지 헌법사항이 아니라는 것이다. 영장에 관한 헌법상의 원칙은 피의자의 신체의 자유를 보장하기 위하여 수사관이 임의로 발부하는 것이 아니라 객관적인 판사가 발부해야 한다는 것이다.” ; 천진호, 앞의 보고서, 79면. “수사기관 중 영장청구를 누가 하느냐의 문제가 중요한 것이 아니라, 누가 청구하더라도 오직 법관에 의한 사법판단에 의하여 영장 발부가 이루어질 때 비로소 헌법이 보장하고 있는 재판받을 권리가 실질적으로 보장되는 것이다.” ; 손동권, “경찰의 수사권독립과 체포영장청구권에 대한 논의”, 청람 제10집(1994), 138면.

청구서와 유사한 기능을 하는 complaint를 경찰관 뿐 아니라 민간인도 치안판사에게 제출할 수 있다⁶⁷⁾. 그런데, 우리 헌법은 영장청구권을 검사에게 독점시킴으로써 엄연히 사법통제의 대상인 검사가 마치 사법통제의 주체인 것처럼 오인될 빌미를 제공하였다⁶⁸⁾. 형사소송법상 사법경찰관이 행한 긴급체포의 승인권을 검사에게 부여하고 정작 사법심사가 실종된 것도 입법부가 검사를 사법통제의 주체로 오인한 탓이 아닌가 싶다(긴급체포의 문제점에 대해서는 뒤에서 다시 다룬다).

셋째, 형사절차에서의 권력분립에 장애가 된다. 권력분립은 권력을 분리·독립된 별개의 기관에 분산시켜 상호 견제가 가능하도록 하는 통치구조의 구성원리이다. 이것은 국가권력으로부터 국민의 자유와 권리를 보장하기 위해 인류가 누대(累代)의 시행착오 끝에 이룩한 장치로서 ‘국가권력에 대한 불신’ 위에 터 잡고 있다. 이것은 형사절차에도 당연히 관철되어야 한다. 그렇지만 우리의 형사절차는 검사에 대한 신뢰를 바탕으로 수사권과 기소권을 집중시켜 놓았다. 검사에게 영장청구권을 독점 시킨 헌법의 문구가 형사절차상의 이러한 권력집중을 정당화하는 헌법적 근거로 작용하고 있지 않은가 하는 의구심이 든다.

넷째, 형사소송의 목적인 실체진실의 발견에 저해가 된다. 검사가 마음만 먹으면 독점적 영장청구권과 수사지휘권을 남용하여 특정사안에 대한 경찰의 수사를 무산시키는 것은 얼마든지 가능한 일이다⁶⁹⁾.

67) 이영돈, 앞의 책, 549면. “체포영장의 발부를 위해서는 피의자 체포의 상당성을 입증하는 complaint를 범죄피해자 또는 경찰관이 치안판사법원(magistrate)에 반드시 제출해야 한다. complaint에는 범죄발생과 피의자가 그 범죄에 책임이 있다는 사실을 적시해야 한다. 치안판사는 complaint와 그에 따르는 선서진술서(affidavit) 또는 진술에 의해 피의자가 소추범죄를 범했다는 상당한 이유가 있는 것으로 판단을 하면 체포영장을 발부한다.” ; Ronald L. Carlson, 앞의 책, 64면. “The complaint will be signed by the arresting officer or other complaining witness.”

68) 이 점을 김선택 교수는 다음과 같이 지적하고 있다(김선택, 앞의 보고서, 85-86면). “검찰의 수사작용이나 소추권이나 실절에 있어서는 사법작용에 속하지 않으며 따라서 검찰이 이른바 준-사법기관으로서의 정체성을 주장하는 것은 옳지 않다. 그럼에도 불구하고 오늘날 검찰이 일부나마 인신구속에 관한 결정권한을 자신에게 있다고 믿을 수 있게 된 것은 헌법 제12조 제3항 및 제16조 제2문의 영장청구권 검사독점 규정에서 비롯된 것이 아닌가 생각된다. 이러한 이유만으로도 동 조항들의 ‘검사의 신청에 의하여’라는 문구를 삭제하는 것은 인신의 자유 제약에 관한 법관유보라는 영장주의의 본질이 왜곡되지 않게 하는 데 실익이 있을 것으로 보인다.”

69) 이 점에 대하여 서보화 교수는 다음과 같이 지적한다(서보화, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·치방적 연구, 2010, 48면). .

“범죄로부터 사회를 방위하고 국민의 생명과 재산을 지키기 위하여 수사권을 행사하는 검찰과

끝으로, 영장주의의 요구가 경찰이나 검찰에게 각각 다르게 적용되는 것이 아니므로 우리의 영장제도에서 영장청구권의 행사에 차등을 두는 것은 옳지 않다⁷⁰⁾. 그리고 우리나라의 검찰은 경찰과 마찬가지로 수사를 본업으로 하는 존재라서 인신구속에 매우 적극적이다. 따라서 제대로 된 영장통제를 기대하기 어려우며 정작 법관에 의한 심사를 지연시킬 뿐 국민의 자유확대 및 인권보장에 기여하기 어렵다⁷¹⁾.

이상의 점을 고려하면 헌법상 검사의 영장청구권 독점 문구를 삭제하고⁷²⁾, 검사만을 영장청구권자로 한정하고 있는 법률 수준의 제도들도 재고되어야 한다⁷³⁾고 생각한다.

2. 형사소송법의 영장제도

형사소송법에 규정된 강제처분은 크게 대인적 강제처분인 체포, 구속과 대물적 강제처분인 압수, 수색, 검증으로 나눌 수 있다. 지난 2007년의 형사소송법 개정예

경찰은 최소한의 견제·균형관계에 놓여 있어야 한다. 그렇게 되어야 일방이 독점적·우월적 지위를 이용하여 사건을 은폐·축소하기가 쉽지 않고 사건 속에 숨겨진 실제적 진실의 발견에 한 발 더 가까이 접근할 수 있으며 범죄인에 대한 사법처리도 공정하게 이루어질 수 있을 것이다. 그러나 현재 검사에 의한 영장통제는 검사가 경찰수사를 직접적으로 간섭하고 통제할 수 있는 통로가 됨으로써, 경찰수사의 독자성과 견제기능을 무력화시키고 수사권행사의 공정성을 해치며 실제적 진실발견 및 사법정의의 실현에 오히려 방해가 되는 부정적인 기능을 하고 있다.”

70) 이 부분은 천진호, 앞의 보고서, 79면 참조.

71) 이 부분은 서보학, 앞의 보고서, 44-46면 참조.

72) 서보학 교수는 헌법의 영장청구권 조항이 개정되기 전까지의 잠정적인 개선방안으로서 다음 몇 가지를 제안하고 있다(서보학, 앞의 보고서, 54-69면 요약).

① 경찰수사의 최소한의 독립성을 보장하고 검찰권에 대한 견제가 가능하도록 하기 위해 ‘사전신병 지휘’의 관행을 없애고, 검사는 경찰의 영장신청에 대하여 형식적인 심사만을 한 후 의무적으로 법원에 영장을 청구하도록 해야 한다.

② 수사권의 공정한 실현을 위해서는 검사의 자의적인 영장불청구에 대한 법원의 사법심사를 구하는 불복장치가 마련되어야 하고, 이를 위해 형사소송법에 ‘검사의 처분에 대한 준항고’ 제도를 도입하여야 한다.

③ 기존 특별검사법이나 군사법원법 등을 검토해 볼 때 법률로 형사절차에서 검사의 권한을 행사하는 자를 지정할 수 있기 때문에, 형사소송법의 개정을 통해 경찰조직 내에서 일정한 자격을 가진 자를 검사의 영장청구권을 행사하는 자로 지명함으로써 문제를 해결할 수 있다.

73) 해당되는 조문으로는, 형사소송법 제200조의2 제1항, 제200조의4 제1항, 제201조 제1항, 제215조, 통신비밀보호법 제6조 제2항, 제7조 제3항 등.

서 강제처분에 관한 몇 가지 손질이 있었다⁷⁴⁾. 그 중에서도 불구속 수사원칙을 명문으로 선언한 것⁷⁵⁾, 긴급체포 후 지체 없이 구속영장을 청구하도록 한 것⁷⁶⁾, 영장실질심사를 필요한 절차로 강화한 것⁷⁷⁾, 체포·구속적부심사의 대상을 명시적으로 확대한 것⁷⁸⁾, 긴급압수수색의 요건을 강화하고 사후 압수수색영장을 발부받도록 한 것⁷⁹⁾ 등은 진일보한 개선이었다.

그러나 여전히 헌법상 영장제도가 요구하는 수준과는 상당한 거리가 있다. 가장 문제가 되는 것은 ‘無令狀 체포시 사후영장청구의 원칙’이 무시되고 있는 점이다. 편의상 긴급체포와 현행범체포로 나누어 살펴본다.

가. 긴급체포의 경우

헌법 제12조 제3항이 사전영장 없는 긴급체포를 인정한 것은, 사전영장에 의해서만 체포하도록 할 경우 현실적으로 국가형벌권의 실현에 지장이 생길 것을 고려했기 때문일 것이다. 그러면서도 헌법은 이 경우에도 사후에 영장을 청구하도록 함으

74) 이 부문에 대한 설명은 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해석, 2007, 참조.

75) 형사소송법 제198조(준수사항) ①피의자에 대한 수사는 불구속상태에서 함을 원칙으로 한다. ②검사·사법경찰관리 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고(이하 생략).

76) 제200조의4 제1항. 종전에는 긴급체포 후 48시간 이내에만 구속영장을 청구도록 규정되었으나, 현행법은 긴급체포 후 지체 없이 구속영장을 청구하도록 하되 48시간 이내에 하도록 하였다. 이것은 긴급체포 후 48시간 이내에 영장을 청구하더라도 지체가 있었다면 불법이라고 할 수 있는 해석상의 실익이 있다.

77) 제201조의2 제1항. 종전에는 체포된 피의자에 대하여 구속영장이 청구된 경우에, 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 동거인 또는 고용주의 신청이 있을 때에만 영장실질심사를 할 수 있었다. 현행법은 이를 “체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다”고 개정하였다.

78) 제214조의2 제1항. 종전에는 체포·구속적부심사의 대상을 “체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자”로 되어 있었다. 따라서 긴급체포나 현행범체포된 자가 적부심사청구권자인지 여부가 분명하지 않았다. 현행법은 이를 긍정한 대법원 판례(대법원 1997. 8. 27. 선고 97도21결정)의 취지를 반영하여 명문화하였다.

79) 제217조. 현행법은 긴급압수수색의 요건으로 ‘긴급성’을 추가하고, 긴급체포 후 24시간 이내에만 할 수 있도록(종전에는 48시간) 그 요건을 강화하였다. 또한 종전에는 구속영장을 발부받으면 별도로 압수수색영장을 받을 필요가 없었으나, 현행법은 압수한 물건을 계속 압수하려면 구속영장과는 별도로 지체 없이 압수수색영장을 청구하도록 하되, 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다고 명시하였다.

로써 영장주의(적법한 절차에 의한 사법심사)를 관철하고 있다. 따라서 사후영장이야말로 ‘無令狀 체포’가 헌법적 근거를 갖기 위한 최소한의 요건이라 할 것이다.

그럼에도 우리 형사소송법은 긴급체포에 대하여 사후영장 규정을 두지 않았고, 이에 대하여 위헌 논란이 거세다⁸⁰⁾. 私見으로는 현재의 긴급체포제도는 헌법적 근거를 갖기 위한 최소한의 요건을 결하고 있으므로 위헌의 혐의를 벗기 어렵다. 사후영장의 배제는 위헌 논란 외에도 다음과 같은 문제가 있다.

첫째, 긴급체포가 남용되게 된다. 현행법상 긴급체포의 요건을 도식화하면 「구속사유+ α 」라고 할 수 있다⁸¹⁾. 그러나 이와 같이 엄격한 요건이 수사기관에 의해 지켜지고 있다고 믿는 사람은 많지 않다. 현행법상 긴급체포에 대하여 사후 체포영장이 규정되어 있지 않고, 구속영장의 청구가 강제된 것도 아니어서, 긴급체포의 요건에 해당하지 않아도 일단 체포하여 조사한 다음 석방해 버리면 그만이기 때문이다. 이처럼 사법심사의 사각지대가 남아 있는 이상 긴급체포의 남용을 막기 어렵다.

둘째, 체포제도를 도입한 취지가 왜곡되게 된다. 1995년의 형사소송법 개정에서 체포제도를 도입한 취지는 수사초기의 簡易한 인치방법을 마련함으로써 임의동행을 빙자한 사실상 강제연행과 같은 탈법적인 수사관행에서 탈피하도록 하기 위한 것이었다.

체포제도 도입 전에 수사기관이 신병을 확보하는 합법적인 방법은 구속(사전영장에 의한 구속과 사후영장을 받아야 하는 긴급구속) 뿐이었다. 그러다 보니 구속요건에 미달하는 피의자의 출석을 강제할 법적 수단이 전혀 없었는데, 이것이 임의동행을 빙자한 강제연행 등의 탈법수단이 버젓이 횡행하게 된 하나의 이유가 되었다⁸²⁾.

80) 현행 긴급체포의 합헌성에 의문을 갖는 견해로는 신동운, 앞의 책, 203면 ; 신양균, 앞의 책, 152면 ; 심희가·양동철, 앞의 책, 126면 ; 이재석, 앞의 글, 824면 ; 김용세, 앞의 글, 84면 ; 서보학·하태훈·정미화·이광수·박성호·김상준·이영진, 앞의 글, 75면.

81) 형사소송법상 긴급체포의 요건은 ①피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 ②죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고, ③피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나, 도망하거나 도망할 우려가 있으며, ④ 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없을 것 등이다. 이때 ②와 ③은 구속사유에 해당하므로, ①을 ‘범죄의 중대성’이라 하고, ④를 ‘긴급성’이라고 줄여 도식화하면 「구속사유+범죄의 중대성+긴급성」이 된다.

82) 이와 관련하여 손동권 교수는 1994년 법률신문에 기고한 글에서 다음과 같이 제도와 현실의 괴리에 대한 고민의 일단을 피력한 바 있다. 손동권, “체포영장제도의 도입과 관련하여”, 법률신문 제2330호(1994년 7월 25일), 14면.

그래서 1995년의 형사소송법 개정에서는, 체포영장 청구요건을 구속영장 청구요건에 비해 대폭 완화하는 한편 긴급체포의 요건은 구속영장 청구요건에 비해 까다롭게 함으로써, 일선 수사관들이 긴급체포 보다는 체포영장에 의한 체포를 선호하게 되기를 기대하였다⁸³⁾.

그렇지만 현행법이 긴급체포에 대하여 사법심사의 사각지대를 남겨 둔 탓에 수사 일선에서 체포영장 보다는 요건이 훨씬 까다로운 긴급체포를 선호하는 의도하지 않았던 부작용을 자초하고 말았다. 대검찰청이 발행한 ‘2008년 범죄분석’에 의하면, 2007년 1년 동안 구속된 피의자 중에서 체포영장에 의해 신병이 확보된 경우가 7,247명인데 비해서 긴급체포에 의했던 경우는 이보다 현저하게 많은 10,831명이었⁸⁴⁾. 이것이 상징하는 바는 매우 분명하다. 체포제도 도입당시의 기대와 달리 극히 예외적인 수단으로 사용되기를 바랐던 긴급체포가 오히려 영장에 의한 체포를 압도하고 있는 것이다.

셋째, 현행법이 사법경찰관의 긴급체포에 대해 검사에게 승인권을 부여한 것은 앞에서 살펴본 ‘검사의 영장청구권 독점’과 동일한 문제를 안고 있다. 게다가 사법경찰관이 긴급체포 후 검사의 승인만 받고 구속영장 신청 없이 석방해 버리는 경우

“우리 형사소송법이 사전영장주의를 원칙으로 선언하면서 그 예외로 현행법체포와 긴급구속을 규정하고 있지만 긴급구속제도는 요건이 너무 까다로워 수사기관에 의해 잘 활용되지 않고, 그에 따른 수사상 난점을 임의동행 형식의 강제연행과 보호실 유치의 방법으로 달성하는 것이 관행이었다. 이러한 탈법적인 관행을 제지하기 위해서는 긴급구속의 요건을 완화할 필요가 있으나 이루어지지 않고 있고, 오히려 대법원 판례는 기존의 수사관행에 대해 더 엄격히 통제하는 경향을 취하고 있다. 예컨대 기소중지 중에 있는 -즉 신원이 확인되지 않았거나 이미 도주한 바 있는- 3년 미만의 자유형에 해당하는 피의자에 대하여 경찰이 그를 연행한 사례와 (대판 91. 5. 10. 91도453) 피의자를 보호실에 유치한 사례(대판 94. 3. 11. 93도958)에 대하여 대법원은 명백히 불법이라고 선언하였다. 그러나 필자는 장기 3년 이상 자유형의 요건인 도주 중인 기소중지자에게도 적용되어 그를 조우한 경찰이 현장에서 체포조자 할 수 없도록 하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 또한 피의자의 보호실 유치도 불가피한 경우가 있다. 예컨대 수사기관이 피의자를 조사한 후 범죄혐의가 상당한 것으로 확인되어 석방하면 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우에 정식의 구금영장이 발부될 때까지 그의 신병을 계속 확보할 수 있어야 한다. 그런데 경찰이 검찰을 거쳐 법관으로부터 구속영장을 발부받는 데는 상당한 시간이 소요된다. 따라서 그 동안에 피의자를 보호실에 유치할 수밖에 없다.”

83) 체포영장의 청구요건은, “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때”이다. 그러므로 요건의 엄격성의 순서로 정렬하면, ‘체포영장<구속영장<긴급체포’의 順이다.

84) 대검찰청, 2008년 범죄분석(통권 제141호), 461면.

에는 검사의 승인이 법관의 사법심사를 대체하는 격이 된다. 사법경찰관이 행하는 긴급체포에 대한 통제를 검사에게 일임한 것은 영장주의 정신을 沒却한 태도라고 하지 않을 수 없다⁸⁵⁾. 더구나 검사가 긴급체포했다가 영장청구 없이 석방해 버리면 검사는 일체의 사법심사로부터 해방될 수 있다. 이러한 문제를 인식하여, 2007년의 형사소송법 개정에서 긴급체포 후 영장 청구 없이 석방한 경우에는 ‘긴급체포하게 된 구체적 이유와 석방 사유 등’을 법원에 통지하도록 하였으나 어떠한 실제적인 효과를 기대하기는 어렵다⁸⁶⁾.

어떤 면에서는 현행 긴급체포제도는 舊法⁸⁷⁾의 긴급구속제도보다도 퇴보했다고 볼 수도 있다. 지방법원 판사가 있는 시군의 경우에, 긴급구속제도에서는 긴급구속한 피의자를 계속 구속하려면 48시간 이내에 구속영장의 ‘발부’를 받아야 하였으나, 현행 긴급체포제도에서는 긴급체포한 피의자를 구속하려면 48시간 이내에 구속영장을 ‘청구’하는 것으로 족하다. 판사가 영장 발부여부를 결정할 때까지의 시간만큼 영장 없는 구금시간이 늘어난 셈이다⁸⁸⁾. 이러한 문제를 고려하여 2007년의 형사소송법 개정에서 ‘지체 없이’ 청구하도록 수정하기는 하였으나 지체가 있었는지를 제대로 심사할 방법이 마땅치 않다는 점에서 그 실효성은 의문이다⁸⁹⁾.

우리의 긴급체포는 일본의 긴급체포에 비해서도 후진적이다. 일본에서도 긴급체포의 위헌성이 학설상 격렬하게 논의되었으나⁹⁰⁾, 헌법상 명문의 근거가 없다는 점

85) 신동운, 앞의 책, 213면은 “입법자는 법률전문가이며 수사주체자인 검사에게 체포의 요건을 사후심사하게 함으로써 긴급체포의 남용과 수사지휘체계의 혼선을 간접적으로 방지하려 하고 있다”고 쓰고 있다. 그러나 “법률전문가이며 수사주체자”라는 검사의 지위는 결코 사법심사를 대신할 자격이 될 수 없다. 이 글에서 여러차례 강조했거니와 영장주의가 요구하는 사법심사의 주체가 되는 자격은 오로지 ‘중립적이고 독립적인’ 지위에서 나오는 것이다.

86) 同旨, 신동운, 앞의 책, 204면 ; 이호중, 앞의 글, 63면. “사후통지 정도로 긴급체포의 남용을 현실적으로 통제할 수 있는지는 심각한 의문이다.”

87) 1997. 12. 13. 법률 제5435호로 개정되기 전의 것을 말함.

88) 신동운 교수는 “종래의 긴급구속 및 현행법체포가 사후의 구속영장발부를 요건으로 하고 있었다”면서 현행 형소법이 긴급체포 및 현행법체포의 경우에 사후의 체포영장에 의한 통제가 없는 점과 대비시키고 있으나(신동운, 앞의 책, 202면) 적절한 지적인지 의문이다. 舊法下의 긴급구속 제도에 있어서도 “구속을 계속할 필요가 있다고 인정하는 때”에만 사후 구속영장을 발부받도록 규정(舊法 제207조 제1항)되어 있었기 때문에 긴급구속(혹은 현행법체포) 후에 사후구속영장을 신청하지 않을 수 있었다. 이 점에 있어서는 舊法과 현행법이 다르지 않다.

89) 同旨, 심재무, 앞의 글, 98면 ; 정승환, 앞의 글, 76면.

90) 이동희, 앞의 책, 684면.

을 제외하면, 제도 자체는 헌법적 근거가 있는 우리의 긴급체포보다 영장주의의 측면에서 선진적이다. 범죄혐의의 정도에 있어서 일본은 ‘충분성’을 요건으로 하기 때문에 우리의 ‘상당성’보다 더 엄격한데다가, 무엇보다 긴급체포 후에 즉시 체포장을 청구하도록 함으로써 사법심사를 관철시키고 있다⁹¹⁾.

나. 현행범체포의 경우

현행범체포는, 체포를 하는 자의 눈앞에서 범죄가 행해지기 때문에 범인과 범죄 행위간의 결부가 명백하여 무고한 사람을 체포할 가능성이 낮고(명백성), 범인이 도망해 버리면 나중에 체포하기가 곤란하므로 그 당시 체포해 둘 필요가 크다(필요성). 뿐만 아니라 현행범을 체포하는 것은 법 이전에 공동체의 구성원인 인간으로서의 당연한 의무인 측면이 있다. 따라서, 현행범체포에 영장의 제시를 요구하지 않을 뿐 아니라 누구나 체포할 수 있도록 하는 것은 정당하다. 그리고 현행범체포에 대하여 사후영장을 요구할 지의 여부도 각 나라의 입법정책에 따라 달라질 수 있는 비교적 자유로운 영역일 수도 있다는 생각이 든다.

우리 헌법은 현행범체포를 영장제도 자체에 포함시키고 있지 않는 일본의 헌법과는 달리 현행범체포에 대하여 긴급체포와 마찬가지로 사후영장을 받을 것을 요구하고 있다. 이것은 영장제도를 회피하기 위한 수단으로 현행범체포제도가 악용될 위험이 높은 우리의 현실이 반영되었다고 보아야 한다. 이러한 헌법적 결단은 관철되어야 하므로 형사소송법이 현행범체포에 사후영장을 배제한 것은 위헌적이라고 하여야 한다.

다. 개선방안

형사소송법을 개정하여, 긴급체포와 현행범체포에 대하여 사후체포영장을 청구

91) 이에 따라 일본 최고재판소는 “형사소송법이 엄격한 제약하에서, 죄상이 중대한 일정한 범죄에 대해서만, 엄격하고 부득이한 경우에 한하여, 체포 후 즉시 재판관의 심사를 받아 체포장을 청구할 것을 조건으로 하여 피의자의 체포를 인정하는 것은, 헌법 제33조의 취지에 반하는 것이 아니”라며 합헌이라는 입장이다{最大判 昭30. 12. 14. 刑集9-13-2760(憲法の刑事手続研究会 編, 앞의 책, 266면에서 재인용)}.

하도록 하여야 한다⁹²⁾. 여기에서 구속영장을 청구하는 경우에도 사후 체포영장을 별도로 청구하도록 할 것인지가 문제된다. 체포와 구속은 준별되는 것이므로 구속영장을 청구하는 경우에도 별도로 체포영장을 청구해야 한다는 견해가 있을 수 있다. 그렇지만 헌법상 사후영장의 요청은 체포의 적법성에 대한 사법심사가 요체라는 점을 고려하면 체포영장과 구속영장의 二重의 청구절차를 거치게 하는 것은 절차가 번잡해 지는데 비해서 실익을 찾기 어렵다.

한편, 법관의 사후심사 방식에 대하여, 체포 후 피의자를 법관 앞에 인치시켜 실질심사를 받게 해야 한다는 견해가 있다⁹³⁾. 그러나 이렇게 되면, 구속영장이 청구되는 피의자는 짧은 기간에 체포심사와 구속심사를 위해 2차례나 출정해야 하므로 절차가 지나치게 번잡해 질 염려가 있다.

이러한 점에서, 사후체포영장의 청구를 절차상으로 구속영장의 청구와 병행하도록 하여 법원이 구속영장의 심사와 함께 체포의 적법성에 대한 심사도 함께 할 수 있도록 하는 방안⁹⁴⁾이 타당하다는 생각이다. 이에 따르면 구속영장과 사후체포영장을 동시에 심사하므로 피의자가 2중으로 출정하는 번잡을 피할 수 있다. 구속영장을 청구하지 않는 경우에는 원칙적으로 체포된 피의자를 석방한 후 사후 체포영장을 청구하도록 하면 된다. 이 경우에 체포영장의 청구를 받은 법관은 수사기관이 제출한 사후영장신청서와 관련 서류를 검토하여 체포의 적법성을 심사하되⁹⁵⁾, 피의자측⁹⁶⁾의 신청이 있거나 법관이 필요하다고 인정하는 경우에는 석방된 피의자를 법

92) 同旨, 신동운, 주35의 글, 74면 ; 권오걸, 앞의 글, 232면 ; 정승환, 앞의 글, 76면 ; 이재상, 앞의 책, 240면.

93) 배종대·이상돈·정승환, 앞의 책, 124면 ; 차용석, 앞의 책, 208면

94) 이호중, 앞의 글, 63면.

95) “긴급체포 후 구속의 필요가 없어 피의자를 석방하는 경우에 사후체포영장을 청구토록 하는 것은 무용한 절차를 밟도록 하는 것이며 오히려 체포기간이 장기화될 우려가 있다”는 견해가 있다(정진수, “수사절차상 피의자 방어권 강화방안-인신구속제도 개선을 중심으로-”, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안[IV], 한국형사정책연구원, 2004, 79면). 그렇지만 긴급체포에 대한 사후 사법심사의 목적은 불법체포된 피의자를 석방하는 데에만 있는 것이 아니다. 체포의 적법성을 심사하는 것은 체포의 기회에 수집된 증거의 증거능력과 관련되며, 불법체포를 억제하는 예방적 기능도 있는 것이므로, 피의자가 이미 석방된 후라도 사후 체포영장을 신청하도록 하는 중요한 실익이 있다. 또, 본 글에서 제시하는 바와 같이 구속영장을 청구하지 않는 경우에는 피의자를 석방한 후 사후 체포영장을 청구하도록 하면 체포기간이 장기화될 우려도 없다.

96) 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계혈족, 형제자매나 동거인 또는 고용주.

관 앞에 출석시켜 체포의 적법성에 대해 실질심사를 하도록 하는 것이 바람직하다.

V. 결론

각국의 영장제도가 보편적인 지도원리로서 영장주의를 공유하고 있다는 전제 하에, 헌법상 영장제도를 갖추고 있는 미국 일본과 우리나라의 제도를 비교하여 보았다. 그 결과 영장주의의 본질은 ‘적법절차에 의한 사법심사’임을 확인할 수 있었다.

적법절차라고 하는 것은 그 절차가 법률로 정해져야 할 뿐 아니라 그 법률의 내용이 정의의 기준에 합치되는 것을 말한다. 또, 사법심사라는 것은 독립적이고 중립적인 지위에 있는 자에 의하여 강제처분의 적법성이 심사되는 것을 말한다. 이러한 의미에서의 영장주의야말로 강제처분의 남용으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한 최소한의 통제장치이다.

우리의 헌법상 영장제도는 영장주의의 요구를 충족하면서 ‘사전영장의 원칙’과 ‘無令狀 체포시 사후영장 청구의 원칙’, ‘법관에 의한 심사의 원칙’ 등과 같은 보다 엄격한 요소들을 채용하여 영장주의를 강화하고 있다. 다만, 검사에게 영장청구권을 독점시킨 것은 영장주의와 양립할 수 없으므로 폐지되어야 한다.

또한, 형사소송법이 긴급체포와 현행범체포에 대하여 사후영장을 배제하고 있는 것은 위헌적일 뿐 아니라, 특히 긴급체포의 남용을 초래하는 등 체포제도의 도입취지를 왜곡하고 있다. 영장주의와 우리 헌법이 보장하는 영장제도의 요구에 따라 긴급체포와 현행범체포에 대하여 사후영장을 청구하도록 개선하여야 한다.

참고문헌

- 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1996.
- 권영성, 헌법학 원론, 법문사, 2004.
- 김철수, 헌법학 개론, 박영사, 2005.
- 대검찰청, 2008년 범죄분석(통권 제141호).
- 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
- 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해석, 2007.
- 三丁藏·酒卷匡/신동운 역, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003.
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 신양균, 형사소송법, 법문사, 2004.
- 심희기·양동철, 쟁점강의 형사소송법, 삼영사, 2009.
- 이관희, 한국민주주의 헌법론, 박영사, 2008.
- 이동희, 일본·검·경 단계형 수사구조, 비교수사제도론, 박영사, 2004.
- 이영돈, 미국의 수사제도, 비교수사제도론, 박영사, 2004.
- 이영란, 한국형사소송법, 2008.
- 이완규, 형사소송법특강 -이념과 현실의 균형을 위한 모색-, 법문사, 2006.
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2008.
- 이태훈, 미국의 인신구속제도, 광주지방검찰청, 1998.
- 임동규, 형사소송법, 홍문사, 2006.
- 장규원, 체포제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1998.
- 차용석, 형사소송법, 21세기사, 2008.
- 한국형사정책연구원, 구속영장심사와 피의자심문, 1998.
- 허영, 신판 한국헌법론, 박영사, 2001.
- Rolando V. del Carmen/김한균 역, 미국의 인신구속제도, 형사정책연구(2005년 겨울).
- 권오걸, “현행 인신구속의 절차에 관한 일고찰”, 형사법연구(1998년 12월).

- 김문호, “수사기관의 인신구속과 인권보장에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위 논문, 2005.
- 김선택, “영장청구권 관련 헌법규정 연구”, 2008.
- 김용세, “형사절차상 기본권 보장을 위한 형소법규정 및 실무현실에 관한 연구”, 형사정책연구 통권 제75호(2008년 가을).
- 김종덕, “체포제도에 관한 비교법적 고찰”, 계명법학 제6집, 2002.
- 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 2010,
- 서보학·하태훈·정미화·이광수·박성호·김상준·이영진, “긴급압수·수색·검증 및 긴급체포 관련 개선안”, 인신구속제도 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005.
- 손동권, “경찰의 수사권독립과 체포영장청구권에 대한 논의”, 청람 제10집(1994), 138면.
- _____, “체포영장제도의 도입과 관련하여”, 법률신문 제2330호(1994년 7월 25일).
- 신동운, “긴급체포의 정비 필요성”, 인신구속제도 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005.
- _____, “인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방법”, 법학 제106호(1998년 5월).
- 심재무, “개정형사소송법의 인신구속제도”, 경성법학 제16집 제2호(2007년 12월),
- 이재석, “수사와 인권”, 비교형사법연구 제5권 제2호(2003년 12월).
- 이호중, “형사절차와 인권: 「사법제도개혁 추진위원회」의 형사소송법 개정안을 중심으로, 한양법학 제9집(2006년 8월).
- 정승환, “형사소송법의 체포제도에 대한 재검토”-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여-, 법조 제54권 제7호, 2005.
- 정진수, “수사절차상 피의자 방어권 강화방안-인신구속제도 개선을 중심으로-”, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선바안[IV], 한국형사정책연구원, 2004.
- 차용석, “형사소송법의 과제”, 법조 제520호(2000년 1월).
- _____, “형사소송에 있어서의 ‘Due Process’의 구현”, 형사법과 형사정책의 현대적 과제(약천 정해창 선생 고회 기념 논문집), 2007,
- 천진호, 영장청구권의 귀속에 관한 연구, 2007,
- 한상훈, “긴급체포 및 긴급압수·수색의 개선에 대한 별개의견”, 인신구속제도 자료집, 사법

제도개혁추진위원회, 2005.

황정근, “인신구속과 인권보호”, 형사법연구 제14호(2000년 12월).

Joshua Dressler, Understanding Criminal Procedure(2nd edition), 2000.

Ronald L. Carlson, Criminal Justice Procedure(7th edition), 2005.

Wayne R. LaFave 외 2인, Criminal Procedure(4th edition), 2000.

鈴木茂嗣, 刑事訴訟法, 1989.

寺崎嘉博, 刑事訴訟法, 成文堂, 2007.

平野龍一, 刑事訴訟法, 1990.

憲法的刑事手続研究会 編, 憲法的刑事手続, 日本評論社, 1997.

横川敏雄, 刑事訴訟, 198

The nature of the doctrine of warrants and the warrant systems - Focus on the arrest systems -

Hwang, Jeong-In*

Under the assumption that each country adopts the warrant systems as a general principle, we compared the warrant systems of the United States, Japan and Korea in this paper, each of which establishes warrant systems guaranteed by the Constitution. As a result, the nature of the doctrine of the warrants is said to be ‘the judicial review by way of the due process of law’.

The due process of law not only means that the procedures should be defined by law, but also means that the contents of the law should be identical with the standards of justice. And the judicial review means that the legality of the compulsory measures should be reviewed by someone in an independent and neutral position. In this regard, the doctrine of warrants is the minimum standards to protect citizen’s fundamental rights from the abused compulsory measures.

The Constitution of the Republic of Korea adopted such strict factors as ‘the principle of in advance warrant’, ‘the principle of requesting the detention warrant in case of arrest without a warrant’ and ‘the principle of judicial review by judges’ to fortify the doctrine of warrants. However, the provision that grants the authority to request warrants only to public prosecutors should be abolished because it caused serious problems such as undermining the doctrine of warrants.

The current Korean Criminal Procedure Act does not require arrest warrants in case of emergency arrest and arrest of a flagrant offender, which is unconstitutional and distorts the original intent of the adoption of the arrest systems by abusing emergency arrest. Therefore, it is necessary to amend the Korean Criminal Procedure Act to request arrest warrants after the arrests without

* Superintendent, Dispatched at Korean Institute of Criminology.

warrants following the doctrine of warrants and the warrant systems guaranteed by the Constitution.

❖ Key Words : the doctrine of warrants, warrant systems, judicial review, due process of law, Korean Criminal Procedure Act