

# 2010년 공동학술회의 형사소송법 개정의 쟁점과 검토

# 2010 JOINT CONFERENCE

한국형사정책연구원 한국형사법학회





# Program

2010년 공동학술회의 자료집

## 형사소송법 개정의 쟁점과 검토

|             |   |
|-------------|---|
| 14:00~14:20 | 등록  |
| 14:20~14:40 | 개회사 : 박상기 한국형사정책연구원 원장<br>축사 : 정영일 한국형사법학회 회장<br>사회 : 천진호 교수 (동아대학교 법학전문대학원)  |
| 14:40~15:50 | 제1주제 「수사」 분야의 개정방안<br>발표 : 박미숙 선임연구위원 (한국형사정책연구원)<br>이은모 교수 (한양대학교 법학전문대학원)<br>토론 : 차영민 판사 (법원행정처 형사심의관)<br>김성규 교수 (한국외국어대학교 법학전문대학원) |
| 15:50~16:00 | 휴식  |
| 16:00~16:50 | 제2주제 「증거」 분야의 개정방안<br>발표 : 서보학 교수 (경희대학교 법학전문대학원)<br>토론 : 조병구 판사 (사법연수원 교수)<br>이동희 교수 (경찰대학 법학과)                                      |
| 16:50~17:00 | 휴식  |
| 17:00~17:50 | 제3주제 「공판」 분야의 개정방안<br>발표 : 이호중 교수 (서강대학교 법학전문대학원)<br>토론 : 이상우 판사 (서울중앙지방법원)<br>강동범 교수 (이화여자대학교 법학전문대학원)                               |
| 18:00~      | 만찬  |



# Contents

2010년 공동학술회의 자료집

## 형사소송법 개정의 쟁점과 검토

- 제1주제 : 「수사」 분야의 개정방안 ..... 1
  - 수사론 일반에 있어서 쟁점 및 개정시안 ..... 3
  - 박미숙 선임연구위원 (한국형사정책연구원)
  - 강제처분제도의 개정방안 ..... 69
  - 이은모 교수 (한양대학교 법학전문대학원)
  
- 제2주제 : 「증거」 분야의 개정방안 ..... 103
  - 서보학 교수 (경희대학교 법학전문대학원)
  
- 제3주제 : 「공판」 분야의 개정방안 ..... 133
  - 이호중 교수 (서강대학교 법학전문대학원)



# 제1주제

「수사」 분야의 개정방안



# 수사론 일반에 있어서 쟁점 및 개정시안

발표자 : 박 미 숙 | 한국형사정책연구원 선임연구위원

## I. 쟁점

1. 내사의 제도화 여부
2. 지명수배제도 검토와 체포영장의 유효기간 제한 여부
3. 검시제도 개정 여부
4. 출국금지의 대상 및 처분의 법제도화 여부
5. 피의자신문시 변호인참여권의 제한 및 그 사유의 명문화 여부

## II. 내사의 제도화 여부

### 1. 관련조문

| 형사소송법  |
|--|
| <b>제199조(수사와 필요한 조사)</b><br>① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위안에서만 하여야 한다.<br>② 수사에 관하여는 공무소 기타 공적단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다. |
| 검찰사건사무규칙   |
| <b>제141조(진정 등 수리)</b><br>① 검사는 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 관한 서류(진정인·탄원인 등 민원인이 있는 서  |

류를 제외한다)를 접수한 때에는 이를 내사사건으로 수리한다.

1. 수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항
2. 상급검찰청에서 조사 또는 보고를 명한 사항

#### 제143조(내사·진정사건의 처리등)

① 검사는 다음 구분에 의하여 내사사건을 처리하여야 한다.

1. 입건  
이 경우에는 내사사건부의 비고란에 형제번호를 기재한다.
2. 입건유예  
범죄의 혐의는 있으나 입건할 필요가 없는 경우
3. 혐의없음, 죄가안됨 또는 공소권없음  
제69조제3항제2호 내지 제4호의 사유가 있는 경우
4. 내사중지  
피내사자 또는 참고인등의 소재불명으로 내사불능인 경우
5. 이송  
동일내용의 내사사건을 다른 검찰청의 검사가 내사중이거나 「형사소송법」 제256조 또는 제256조의2의 규정에 해당하는 사유가 있는 경우
6. 삭제 <2003.7.28>
7. 삭제 <2003.7.28>

② 검사는 다음 구분에 의하여 진정사건을 처리하여야 한다

1. 공람종결  
가. 3회 이상 반복 진정하여 2회 이상 그 처리결과를 통지한 진정과 같은 내용인 경우  
나. 무기명 또는 가명으로 한 경우  
다. 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니한 경우  
라. 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우  
마. 단순한 풍문이나 인신공격적인 내용인 경우  
바. 완결된 사건 또는 재판에 불복하는 내용인 경우  
사. 특정사건과 관련없는 청원 또는 정책건의를 내용으로 하는 경우  
아. 민사소송 또는 행정소송에 관한 사항인 경우  
자. 동일한 사실에 관하여 고소 또는 고발이 있는 경우  
차. 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우
2. 전과정정  
전과사실을 정정하는 경우
3. 법원이첩  
법원에 재판이 계속중인 사건에 대한 내용인 경우
4. 기록편철  
검사가 조사중인 사건(검찰에 접수되어 사법경찰관리에 수사지휘한 사건을 포함한다)에 대한 내용인 경우. 이 경우에는 사건기록에 편철한다.
5. 다른 기관 이첩

사법경찰관리가 조사중이거나 법원·검찰청 또는 군검찰부외의 다른 기관의 소관사항에 관한 것인 경우. 이 경우 사법경찰관리가 조사중인 때에는 검사의 지휘사항을 명시하여 경찰에 송부하고, 법원·검찰청 또는 군검찰부 외의 다른 기관의 소관사항에 관한 때에는 해당 기관에 이첩한다.

6. 내사사건에 준하는 처리

제1항 각호의 1에 준하는 경우. 이 경우에는 제1항의 규정에 의한 내사사건처리의 예에 의한다.

7. 그 밖의 진정종결

제1호 내지 제6호에 해당하지 아니하는 경우

- ③ 검사는 내사사건은 별지 제204호서식에 의한 내사사건기록에, 진정사건은 별지 제206호서식에 의한 진정사건기록에 내사 또는 진정의 요지 및 결정이유를 기재하여 처리하여야 한다.
- ④ 사건사무담당직원은 제1항 및 제2항의 처리결과를 내사사건부 또는 진정사건부에 기재하여야 한다. 이 경우 피내사자 또는 피진정인 등이 입건된 때에는 형사사건부에 내사 또는 진정사건번호를, 내사사건부 또는 진정사건부에는 사건번호를 기재하여야 한다.
- ⑤ 사건사무담당직원은 제1항 및 제2항의 처리결과를 지체 없이 진정인등에게 통지하여야 한다.
- ⑥ 내사사건 또는 진정사건을 이송하는 경우에는 별지 제206호의2서식에 의한 내사·진정사건송치서에 의한다.

**사법경찰관리집무규칙**

**제20조(범죄의 내사)**

- ① 범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다. 다만, 내사를 빙자하여 막연히 관계인의 출석을 요구하거나 물건을 압수하는 일이 없도록 하여야 한다.
- ② 사법경찰관은 내사결과 범죄의 혐의가 없다고 인정할 때에는 즉시 내사를 종결하여야 한다.
- ③ 익명 또는 허무인 명의의 진정·탄원 및 투서에 대하여는 그 내용을 정확히 판단하여 수사단서로서의 가치가 없다고 인정될 때에는 내사하지 아니할 수 있다.
- ④ 실존인물의 진정·탄원·투서라도 내용이 형벌법규에 저촉되지 아니함이 명백하다고 인정될 때에는 진정·탄원·투서인에게 그 뜻을 통지하고 제3항에 준하여 처리할 수 있다.

**2. 쟁점**

검찰사건사무규칙 등에서의 내사에 착수한 경우라 하더라도 단지 수사단서유무를 내부적으로 조사하는 단계가 아니라 체포나 구속 등 대인적 강제처분이 요구되는 범죄수사단계로 나아가는 때 수사로 보아야 할 것인가 하는 점이 문제된다.

## 가. 내사의 개념

내사란 수사기관의 인지 전 수사활동으로서, 범죄에 관한 신문, 기타 출판물 등의 기사나 익명의 신고 또는 풍설, 고소 고발 및 자수 이외의 수사단서가 있을 경우에 일단 그 진상을 확인하는 조사활동이다. 조사활동 후 범죄 혐의가 있다고 인정할 경우에는 입건하여 수사를 개시하고, 혐의가 없거나 입건의 필요가 없는 경우에는 내사를 종결한다. 내사는 수사기관이 통상의 수사절차를 본격적으로 개시하기 전 범죄혐의 유무를 발견하기 위하여 행하는 조사절차이다. 구체적 단서 유무를 확인하기 위한 수사자료 수집단계에 해당되는 점(내용면), 입건 전단계의 조사라는 점(형식면)에서 수사와 구별된다.

우리나라의 경우 특히 범죄보도 실태를 보면 범죄혐의가 확정되지 아니한 내사단계조차도 파헤쳐져 집중 보도되고 있다. 언론보도의 주된 취재원이 경찰, 검찰이고, 이들 수사기관에서는 보도자료 배포 등을 통하여 비교적 수사결과의 홍보에 적극적인 탓이기도 하지만, 언론의 특성상 국민의 관심이 집중되는 사건에 대하여 내사사실을 알리면서 내사결과를 수시로 보도하고 있는 실정이다. 그럼에도 불구하고 내사에 대하여는 형사소송법전에 명시되지 아니하였다는 이유로 아무런 비판적 분석이 행해지지 않아왔다. 내사 등에 의한 인권침해 내지 수사기간의 장기화 등의 대한 규제를 위한 수사방안 확립이 필요하다.<sup>1)</sup>

## 나. 내사의 법적 근거

### (1) 논의현황

형사소송법은 수사와 내사를 명백히 구분하고 있지 않은 한편, 검찰사건사무규칙(법무부령) 제141조 이하, 사법경찰관리집무규칙(법무부령) 제20조 등은 수사와 내사를 구분하여 규율하고 있다. 검찰사건사무규칙은 제141조 제1항 제1호에서 “수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항에 관한 서류를 접수한 때에는 이를 내사사건

---

1) 내사에 대하여는 특히 수사기간의 장기화가 문제되고 있어 내사기간의 연장 승인시스템을 도입 문제 등이 논의되고 있다고 한다. 박철웅, 검찰수사패러다임의 변화, 형사법의 신동향 제23호, 2009, 592- 593면.

으로 수리한다”고 규정하고 있으며, 제143조에서 내사사건의 처리와 관련하여 ‘입건, 입건유예, 내사중지’등을 열거하고 있다. 2003년 3월에 개정된 검찰사건사무규칙은 요건 미비의 고소·고발사건을 내사사건이 아니라 아예 진정사건으로 분류하여 처리하도록 하고 있다. 그리고 경찰법 제3조·경찰관직무집행법 제3조는 경찰의 직무로 치안정보의 수집을 규정하고 있으며, 경찰에서 이와 별도로 경찰내사처리규칙(경찰청훈령)을 시행중이다.

그런데 형사소송법상으로 내사규정이 있는가에 대하여는 논의가 있는 것으로 보인다. 즉 현행 형사소송법 제199조의 규정을 형사소송법상 내사의 근거규정으로 보고 있는 입장이 있다. 동조는 “수사에 관하여는 그 목적을 달하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 단 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우로 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 하며(동조 제1항), 수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다(동조 제2항)고 규정하고 있다. 내사의 법적 근거를 이 조항에서 찾는 입장에서는 이 규정이 내사란 용어를 사용하고 있지 않지만, 형사소송법상 내사의 근거를 찾자면 바로 이 조항으로 보아야 할 것이라고 한다.<sup>2)</sup>

## (2) 헌법재판소의 입장

검찰사건사무규칙이 개정되기 전에 나온 헌법재판소의 판례<sup>3)</sup>로서 진정사건종결처분의 법적 성질에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. 즉 “진정(陳情)은 법률로 정한 형식이나 절차에 구애되지 아니하고 진정인이 국가기관 등에 대하여 어떤 요구사항이나 희망사항 또는 의견을 개진하는 것으로서 이는 법률상 근거에 의해서 법률적인 권리행사로서 하는 신청이 아닌 것이다. 따라서 진정의 내용으로서 피진정인의 범죄혐의유무를 밝혀달라는 취지가 포함되어있다고 할지라도 이는 검찰 등 수사기관에 대하여 범죄혐의 유무의 조사개시에 대한 사실상의 단서를 제공하는데 그치는 것이다. 그 결과 진정을 접수한 검찰로서는 진정인의 진의를 확인하여 고소

2) 정성진, 형사절차로서의 내사, 국민대법학논총, 1997, 98면.

3) 헌법재판소 1990. 12. 26. 선고 89헌마277 결정.

나 고발의 의사가 분명한 경우에는 이를 구두의 고소나 고발로 취급하여 그 취지의 조서를 작성한 연후에 정식으로 고소·고발장을 제출하도록 종용하고 있고, 고소·고발의 의사가 분명하지 아니한 수사의 단서로서 조사할 필요가 있다고 인정할 때에는 이를 내사사건으로 조사하여 검찰사건사무규칙 제19조에 따라 ① 입건처리 ② 불입건 ③ 혐의없음. 죄가안됨 또는 공소권없음 ④ 내사중지 ⑤ 이송 또는 병합처리 ⑥ 공람종결의 구분에 의하여 처리하고, 나아가 수사의 단서로 조사할 필요가 없어 내사의 필요성도 없다고 인정되는 경우에는 이를 위 내사사건과는 구별되는 단순한 진정사건으로 처리하도록 하고 있고 그 처리결과는 위 두 가지의 경우에 모두 지체없이 진정인에게 통지하도록 하고 있다. 그런데 내사의 대상으로 되는 진정이라 하더라도 진정 그 자체가 법률의 규정에 의하여 법률상의 권리행사로서 인정되는 것은 아니고 진정을 기초로 하여 수사·소추기관의 적의처리를 요망하는 의사 표시에 지나지 아니한 것인 만큼 진정에 기하여 이루어진 내사사건의 종결처리라는 것은 구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니한 것이고, 따라서 그 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있는 것으로서 진정인의 권리행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 이는 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고는 할 수 없는 것이다”라고 판시하고 있다. 즉 헌법재판소는 단순한 진정사건을 넘어서서 “내사의 대상이 되는 진정”이라 하더라도 그 진정에 기하여 이루어진 내사사건의 종결처리는 “구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니하는 것”이라고 판단하였다. 그리하여 “수사기관의 내부적 사건처리방식에 따른 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있는 것으로서 진정인의 권리행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 이는 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고는 할 수 없는 것”이라고 판시하였던 것이다. 이러한 상황아래 진정사건에 대한 검사의 종결처리는 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니하며, 불만이 있는 민원인은 고소·고발을 하면 된다는 식으로 진행되었다. 검찰은 헌법재판소의 결정례를 배경으로 하면서 진정사건의 범위를 더욱 확장하는 실무적 조치를 취하였는데, 그것은 민원인이 특별히 ‘고소장’ 또는 ‘고발장’이라는 명칭을 붙여서 민원을 접수시키더라도 그것을 단순한 ‘진정사건’으로 수리하여 공람

종결처분등의 내사종결처분을 내리는 방법이었다.

이러한 상황 하에서 헌법재판소는 1999년 고소사건의 진정종결처분의 법적 성질에 대한 입장을 표명하였다.<sup>4)</sup> 이 사안은 민원인의 명시적인 고소사건을 진정사건으로 수리하여 공람종결한검사의 처분을 심판대상으로 하고 있다. 이 사건에서 헌법재판소의 재판관 전원은 고소사건을 검사가 적법한 절차에 따라 고소사건으로 처리하지 아니하고 단순히 진정사건으로 보아 공람종결처분을 하는 것은 부당하다는 점에 일단 견해가 일치하였다. 그러나 구체적인 사건의 결론과 관련하여서는 헌법재판소 재판관들의 의견이 나뉘었다. 4인의 재판관은 설사 검사가 문제된 민원사건을 고소사건으로 처리하더라도 공소를 제기할 사건으로 보이지 아니하여 청구를 기각해야 한다는 의견을 제시한 반면, 5인의 재판관은 검사의 공람종결처분이 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이어서 취소되어야 한다는 의견을 표현하였다.

이 결정에서 고소사건을 적법한 절차를 거치지 아니하고 자의적으로 이를 진정사건으로 수리하는 검사의 처분이 부당하다는 점이다. 고소사건을 진정사건으로 수리하여 처리하는 검사의 진정종결처분을 단순히 부적법각하의 대상이 아니라 실제심리의 대상이 된다고 판단하였다는 점에서 이전의 결정과는 차이가 있으며 실제심리의 결론에 있어서는 고소사건을 진정사건으로 수리하여 처리하는 검사의 종결처분이 자의적처분이라는 견해가 다수의견을 차지하였다는 점이다.<sup>5)</sup>

### (3) 경과 및 문제점

그럼에도 불구하고 이후 검찰의 내사사건 활용과 내사종결처분의 확대는 더욱 활성화되었다. 2003년 개정 검찰사건사무규칙은 헌법재판소가 지적한 법적근거의 미비를 보완하기 위하여 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 일정한 사유로 요건이 미비된 경우에 이를 진정사건으로 수리할 수 있도록 규정(동규칙 제141조 제3항)하였으나, 여전히 헌법 제12조 제1항이 규정하고 있는 형사절차법정주의에 비추

4) 헌법재판소 1999. 1. 28. 선고 98헌마85 결정.

5) 그럼에도 불구하고 의결정족수에 미치지 못하여 결국 헌법소원심판청구가 기각되었다.

어 볼 때 그 법적근거는 취약하다고 하지 않을 수 없다.<sup>6)</sup>

### 3. 비교법적 검토

독일과 일본의 경우에는 형사소송법상으로 수사와 구분되는 수사전단계에서의 조사활동을 별도의 용어로 규정하고 있지 않으며, 따라서 내사사건에 관한 별도의 규정이나 처리지침은 없다.<sup>7)</sup>

### 4. 내사절차의 형사소송법 편입·규율의 타당성

#### 가. 입법논의 필요성

첫째, 주지하는바와 같이 검찰사건사무규칙은 법무부령으로서 검찰실무의 기술적인 사항을 규율하는 준칙이며, 국회의 심의대상이 되지 않는다. 각종 대중매체를 통하여 ‘내사’ ‘내사종결’ ‘입건유예’와 같은 단어가 사용되고 있으며, 검찰실무에서도 ‘내사사건’이나 ‘진정사건’의 영역이 급속도로 확대되어 나가고 있다. 내사사건에 대한 법적 통제가 이루어지지 않으면서 내사사건은 확대되어 가는 동시에 법적 통제가 이루어지지 않은 내사가 활용되는 등의 악순환이 계속되고 있다. 검찰 또는 경찰 단계에서 상당수의 사건들이 내사종결처분에 의하여 종료되고 있으며, 이렇게 종료된 사건들에 대해서는 더 이상의 절차진행이 불가능하다.

둘째, 형사소송법은 형사절차의 단계에 따라 피의자, 피고인, 피내사자 등으로 그 법적 지위를 엄격히 구분하고 있다. 따라서 피고인 단계에서 인정되는 소송법상 권리는 피의자에게는 인정되지 않으며, 더 나아가 피내사자에 대하여는 소송법상 지위조차 인정되지 않음으로써 법적 규율의 밖에 놓여 있도록 하는 것이 실상이다. 예컨대 증거보전절차<sup>8)</sup>의 경우 피고인 또는 피의자가 형사입건도 되기 전에 청구할 수는 없으며, 다음으로, 내사(진정)사건에 대한 종결처분에 대해서는 불기소처분과

6) 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 서울대법학 제45권 3호, 2004/9, 317면.

7) 정성진, 99-100면 참조.

8) 대법원 1979. 6. 12. 선고 79도.792 판결.

달리 재정신청이 인정되지 않는다.<sup>9)</sup> 그리고 위에서 보는 바와 같이 헌법재판소는 내사종결처분에 대하여 아예 헌법소원을 인정하지 아니하거나 고소사건으로 수리하여 처리하였다고[가정]하여도 공소를 제기할 사건으로 보이지 않는다는 입장을 취하고 있다. 따라서 "입건"에 의하여 수사기관이 조사대상자에게 "피의자"의 지위를 부여하지 않는 한 피조사자나 피해자나 모두 아무런 법적 보호를 받지 못한다.

실무관행에 의하면 "내사"와 "수사"는 "범죄인지서의 작성"(즉 입건) 유무에 의하여 좌우되어 왔다. 기존의 관행에 의할 때 검사 또는 사법경찰관이 "입건"의 조치를 취하면 범죄혐의를 받은 사람은 그 때부터 피의자가 된다. 이 시점부터 혐의자는 피의자로서 헌법과 형사소송법이 제공한 권리를 행사할 수 있게 된다. 중대한 범죄 혐의가 인정되어 긴급체포된 사람도 "입건"만 되어 있지 않으면 아직은 피내사자에 불과하다. 수사기관이 부여하는 "입건"의 표시 여부에 따라서 조사 상대방은 헌법 및 형사소송법이 부여하는 피의자의 권리를 향유하거나 그렇지 못하게 되기도 한다.

셋째, 특히 긴급체포를 활용한 내사종결처분으로 인한 인권침해 문제이다.

국가인권위원회에 접수되는 인권침해 진정사건 가운데에는 긴급체포와 관련된 것이 적지 않다. 검사가 고소인의 진술을 듣던 도중 갑자기 고소인을 무고죄로 긴급체포하여 검찰청 구치감에 수용한 후 20여 시간 경과한 후에 내사종결처분으로 석방한 사안, 경찰관이 수사자료표에 지문날인을 거부하여 저항하는 피의자를 공무집행방해죄로 긴급체포한 후 피의자가 지문날인을 하자 내사종결처분으로 석방한 사안 등이 있다.<sup>10)</sup>

긴급체포를 전제로 하는 지명수배는 신체의 자유를 침해할 소지가 있으므로 매우 신중하게 다루어져야 하며, 특히 출석요구 등의 최소한의 조치도 취하지 않은 채 행해니는 과잉지명수배의 경우 적법절차를 위배하여 신체의 자유를 침해한 것으로 보인다.

넷째, 사법경찰관리의 강압수사와 관련하여 국가인권위원회가 검찰에 "수사의뢰"를 하였던 바 검찰이 이를 내사사건으로 취급하여 "입건유예"로 사건을 종결한 경우를 들 수 있다. 긴급체포된 자는 실질적으로 피의자에 해당하지만, 수사기관은

9) 대법원 1991. 11. 5. 선고 91모68 판결.

10) 국가인권위원회 04진인268 출석요구를 하지 않은 지명수배의 건 참조.

피내사자의 신분으로 체포된 자를 석방한다. 이는 피의자신분으로부터 피내사자 신분으로의 역전을 의미하는 것이다. 이러한 입건유예는 내사개념이 가지고 있는 문 제점 가운데 하나이다. 내사는 범죄혐의 유무를 밝히기 위한 절차이다. 결국 검찰 사건사무규칙에 입각한 수사관행에 의할 때 내사 결과 "범죄혐의가 있다"고 판단하 게 되면 수사기관은 "입건" 또는 "입건유예"의 조치를 취한다. 이 경우 입건유예는 아마도 기소편의주의를 규정한 형사소송법 제247조 제1항을 유추적용한 결과로 보 인다.<sup>11)</sup> 형사소송법은 범죄혐의가 있다고 사료하는 때에는 수사기관은 수사하여야 한다고 규정하고 있는데(형사소송법 제195조) 이는 수사법정주의를 의미하는 것이 다. 반면 기소유예제도는 범죄혐의가 있어서 수사를 하였던 바 여러 가지 참작사유 가 있어서 공소제기를 하지 않도록 허용하는 것이다(형사소송법 제247조 제1항). 수사자체의 유예를 의미하는 것이 아님에도 불구하고 실무에서는 소위 "입건유예" 라는 형사소송법 외의 편법을 개발하여 활용하고 있다.

## 나. 수사와 내사의 구별기준

수사와 내사의 구별과 관련하여 형사소송법 제195조는 수사의 개념을 간접적으 로 정의하고 있다. 형사소송법 제195조는 "검사는 범죄의 혐의 있다고 사료 하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다"고 규정하고 있다. 이 조문에 근 거하여 '수사'의 개념을 정의하면 "수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에 행하는 범인, 범죄사실과 증거의 조사활동"이라는 명제를 추출해 낼 수 있다. 이 경 우 수사개념의 핵심적인 표지는 "범죄의 혐의가 있다고 사료 하는 때"이다. 이 단계 부터 조사상대방은 '피의자'가 된다. 수사기관이 "범죄의 혐의가 있다고 사료"하게 되는 계기에는 여러 가지가 있다. 현행범체포, 긴급체포, 고소장·고발장의 접수, 공 범의 수사 등등 그 형태는 다양하다.

피의자의 시기(始期)를 '입건' 유무에 의하여 결정하는 견해를 형식설이라고 한다 면, "범죄혐의가 있다"고 판단한 시점을 기준으로 피의자의시기를 결정하는 견해를 가리켜 실질설이라고 한다.<sup>12)</sup> "범죄의 혐의가 있다고 사료"하게 된 계기는 '입건'이

11) 신동운, 321면.

라는 형식적 절차에 좌우되지 않는다. '입건'은 범죄혐의가 있다고 사료하게 된 이후에 취하게 되는 절차의 한단계에 지나지 않는다. '내사'와 '수사'는 실질설을 기준으로 삼아 객관적으로 명백하게 구별되어야 하며, 검사 또는 사법경찰관이 '입건'과 관련하여 진행하는 일련의 서식작성과 결재과정이 '수사'와 '내사'의 구별기준이 될 수는 없다. 현행법 체포나 긴급체포는 일정한 범죄혐의가 있음을 전제로 한다. 이 경우 '입건'이 없어도 범죄혐의가 인정되어 체포된 상대방은 피의자에 해당한다. 그리고 임의동행에 의하여 수사관서에 연행된 피조사자도 범죄혐의가 있어서 연행된 것이라면 피의자로 보아야 한다.

실무상으로는 피내사자를 환문 또는 임의동행하여 변호인이나 가족들과의 접견교통권도 보장되지 않는 위축된 상태에서 내사사실에 관한 자술서를 받고 이에 근거하여 인지와 동시에 피의자신문조서를 받은 경우가 많다고 한다.<sup>13)</sup> 대법원<sup>14)</sup>은 피의자와 피내사자를 구별하는 종전의 입장을 견지하면서 “임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야 할 것이고, 임의동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우에도 마찬가지라 할 것이다”라고 판시한 바 있다. 그리고 뇌물수수 피의사건에서 뇌물을 받은 공무원이나 정치인이 뇌물공여자를 밝혔을 경우 그 뇌물공여자를 수사기관이 조사하는 것은 '피내사자'로 조사하는 것이 아니다(그 역의 경우도 마찬가지이다). 뇌물공여라는 “범죄혐의가 있다”고 사료하여 범인, 범죄사실과 증거를 조사해 나가는 것이기 때문에 조사상대방은 '피의자'가 아닐 수 없다.

한편 대법원<sup>15)</sup>은 내사에 착수한 후 범죄인지서 등을 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치지 않은 채 체포영장을 청구하는 경우에 인지절차 등을 거치기 전이라 하더라도 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 하였다면 그 때에 범죄를 인정한 것으로 보아야 하며,<sup>16)</sup> 실질적으로 피의자에 해당한다고 보아 실질설

12) 같은 취지로, 이완규, “범죄인지서작성전에 행한 피의자신문조서의 증거능력 - 인지의 개념과 시기-” 형 사판례연구 제11권, 2003, 322면 참조.

13) 정성진, “형사절차로서의 내사”, 102면.

14) 대법원 1996. 6. 3. 선고 96도18 판결.

15) 대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결.

16) 대법원 2001.10.26. 선고 2000도2968 판결. 검찰사건사무규칙 제2조 내지 제4조에 의하면, 검

의 입장을 분명히 하고 있다.<sup>17)</sup> 다만 이 경우 피의자에게 인정되는 각종의 권리들이 피내사자에게 유추적용된다고 한다. 그러나 피내사자가 실질적 피의자라면 왜 피의자의 권리가 직접적용되지 않고 유추적용되어야 하는가 하는 점에 의문이 있으며, 나아가 피의자의 권리 가운데 피내사자에게 인정되지 아니하는 권리는 어떻게 설명할 것인가 하는 문제는 여전히 남아있게 된다.

이 판례는 피의자와 피내사자의 지위를 실질설의 관점에서 구별하면서 수사기관이 “범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때”에 범죄를 인지한 것으로 보아야 한다고 판시하고 있다. 이것은 바로 이 시점에 수사개시의 상대방은 피의자로 뒀을 뜻한다.

그런데 그 결론에 있어서는 피의자에게 불리한 증거로 사용될 피내사자 상대의 신문조서나 진술조서를 피의자에 대한 신문조서나 진술조서로 파악한다는 점에 주목할 부분이 있다. 왜냐하면 피의자나 고소인·고발인의 권리주장에 대한 판단을 행함에 있어서는 대법원이 형식설의 관점에서 이들의 권리범위를 제한하고 있음에 대하여, 피의자에게 불리한 증거의 사용에 있어서는 실질설의 관점에서 증거능력의 인정범위를 넓혀주고 있기 때문이다.

그 결과 피의자나 고소인·고발인 등 시민에게 유리하고 수사기관에 불리한 영역

---

사가 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념이고, 이 규칙의 규정은 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로, 검사가 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이 때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리 절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니며(대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결 참조), 이러한 인지절차를 밟기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 인지의 가능성이 전혀 없는 상태 하에서 행해졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 인지절차가 이루어지기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없고, 따라서 그 수사과정에서 작성된 피의자신문조서나 진술조서 등의 증거능력도 이를 부인할 수 없다(대법원 1995. 2. 24. 선고 94도252 판결 참조).

- 17) 이 판례의 사실관계에서 피고인은 검사가 범죄인지의 절차(즉 입건절차)를 밟기 전에 작성한 피의자신문조서나 진술조서는 증거능력이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 범죄의 인지는 실질적인 개념이고, 검찰사건사무규칙이 규정한 범죄인지서 작성절차는 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로, 검사가 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 한다고 판시하면서 피고인의 주장을 배척하였다.

에서는 형식설을 가지고 권리를 제한하는 한편, 피의자에게 불리하고 수사기관에게 유리한 영역에서는 실질설을 취하여 피의자·피고인의 방어권을 제한하는 모순된 현상을 보이고 있다. 이와 같은 난맥상은 실질설의 관점에서 통일되지 않으면 안 된다. 입법론적으로는 “범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때”에 범죄를 인정한 것으로 보는 것이 타당하다. ‘수사’인가 아니면 ‘내사’인가 하는 문제는 법무부령이 아니라 법률의 차원에서 형사소송법에 근거하여 규명되어야 한다.<sup>18)</sup>

## 다. 수사와 구별되는 내사의 인정 필요성

### (1) 수사영역의 무한한 확대 방지

실질설에 의하게 되면 피의자의 범위가 지나치게 확장되어 수사역량에 부담을 주고 피의자에게 인권침해가 일어날 여지가 커진다는 주장이 이 관례에 대한 평석으로, 일단 피의자로 파악하게 되면 수사관은 모든 피의자를 일일이 입건해야 하고, 피의자의 지문을 채취하여 수사자료 표를 작성해야하며(형의 실효 등에 관한 법률 제2조제4호, 제5조 참조), 피의자 측으로서도 전과사실의 조회에 따른 불이익과 출입국제한 등 여러 가지 제약을 감수하지 않으면 안 된다는 것이다. 피의자가 아니라 피내사자의 신분으로 조사하면 피의자의 경우와 달리 지문채취를 피할 수 있으며 “전과 몇 범”이라고 말할 때 실무상 계산의 기준이 되는 수사자료표의 등재회수를 제한할 수 있다는 것이다.

- 내사를 수사의 일부로 보게 되면, 수사가 범죄혐의 이전까지 확대되어 수사단계에만 가능한 수단(특히, 강제수사)이 내사단계에도 적용
- 내사를 수사에 포섭하여 형사소송법으로 규율할 것이 아니라, 양자를 구분하여 내사단계에 허용되는 수단을 엄격히 제한하는 것이 바람직함

18) 내사제도에 대한 연구는 기본적으로 내사에 대하여도 범죄혐의를 확인하기 위한 국가권력작용으로서 수사의 일부로서 형사절차에 편입하여 적법절차원리를 포함한 형사소송법상의 이념에 따른 범치국가적 통제를 받아야 한다는 점에서는 의견을 같이한다. 정성진, 124면 ; 정용석, 내사사건의 통제방안에 관한 연구, 형사정책 제20호, 2008, 291면 ; 권오결, 수사절차로서의 내사에 관한 고찰, 형사법연구 15, 2001, 270면.

## (2) 피내사자의 기본권 보장

- 피의자의 신분이 되면 변호인 선임권 등 법률상 권리를 보장받을 수 있는 반면, 출석불응시 체포될 부담 등 불이익도 동시에 부담
- 또한, 피의자라는 지위에 수반되는 명예훼손 등 부작용도 심각
- 혐의의 구체화 정도에 따라 피내사자·피의자의 엄격한 구분 필요
- 피의자의 경우에는 수사관은 모든 피의자를 일일이 입건해야 하고, 피의자의 지문을 채취하여 수사자료표를 작성해야 하며(형의실효등에관한법률 제2조 제4호, 제5조 참조), 피의자측으로서도 전과사실의 조회에 따른 불이익과 출입국 제한 등 여러 가지 제약을 감수하지 않으면 안 됨.

## (3) 내사사건 피해자의 이의제기권 보장

- 내사는 수사절차에 진입하기 이전단계이므로, 수사기관의 내사종결 처분이 있더라도 피해자는 고소·고발 등을 통해 이의제기 가능
- 현재도 ‘내사(진정)의 종결은 수사기관의 내부적 사건처리 방식에 불과, 불만이 있으면 진정인은 고소·고발을 할 수 있다’는 입장

## (4) 검사의 지배영역 확장 방지, 국민권의 보호

- 내사를 수사의 일부로 보게 되면, 경찰은 내사종결할 사건까지 모두 검사에게 송치해야 하고,
- 검사는 내사중지·내사사건 송치명령 등 지휘를 통해 지배영역을 확장, 現 수사구조에 나타나는 국민의 권익침해·불편가중 재연
- 내사는 형사소송법의 규율을 받는 수사와 구분, 내사 과정에서 가능한 수사수단을 엄격히 제한하고 투명한 내사사건 관리 장치 마련 필요
- 경찰 검찰단계에서는 내사사건의 처리지침을 마련하여 운용하고 있음<sup>19)</sup>

---

19) 이에 대한 상세는 정웅석, 내사사건에 대한 통제방안, 형사정책 제20권 제1호, 2008, 292면, 296면 참조.

## 5. 연구회의 개정시안

| 현행법률   | 개정시안   |
|--|--|
| <p><b>제195조(검사의 수사)</b> 검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.</p> | <p><b>제195조(검사의 수사)</b><br/>(현행)</p> <p><b>제195조의2(내사등 조사) (신설)</b><br/>검사는 내사, 진정 등 수사개시 전 단계에서 피내사자의 동의를 있는 때에 한하여 필요한 조사를 할 수 있다.</p> |

## Ⅲ. 지명수배제도 검토와 체포영장의 유효기간 제한 여하

### 1. 관련조문

| 검찰사건사무규칙  |
|---|
| <p><b>제75조((기소중지결정 또는 참고인중지결정시의 유의사항)</b></p> <p>① “생략”</p> <p>② 검사는 송치관서의 의견과 달리 피의자의 소재불명을 사유로 하여 기소중지결정을 하거나, 검찰에서 직접 수사한 고소·고발 및 인지사건 등에 대하여 피의자의 소재불명을 사유로 하여 기소중지결정을 하는 경우에는 지명수배요구서를 작성하여 사건사무담당책임자(각급 검찰청·지청의 사건과장 또는 사무과장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 송부하여야 한다.</p> <p>③ 검사는 기소중지결정사건 및 참고인중지결정사건에 관하여 수시로 그 중지사유의 해소여부를 검토하여 수사를 완결하도록 유의하여야 하고, 제2항의 규정에 의한 지명수배자에 대한 지명수배해제사유가 발생한 때에는 즉시 지명수배해제요구서를 작성하여 사건사무담당책임자에게 송부하여 지명수배사유가 해소되었음을 알려야 한다.</p> <p><b>제77조(참고인등 소재수사지휘)</b></p> <p>① “생략”</p> <p>② 사건사무담당직원은 제1항의 규정에 의하여 작성된 참고인등 소재수사지휘부를 편철하여 관리하고 매 분기 1회 이상 참고인등에 대한 소재수사를 행하여야 한다. 다만, 참고인등이 국외출국상태에 있거나 주민등록이 말소되어 있는 경우(가족의 주민등록이 등재되어 있는 경우를 제외한다)에는 소재수사를 행하지 아니할 수 있으며, 다른 사건으로 지명수배중에 있는 경</p> |

|  |
|--|
| 우에는 기록보관 검찰청에 참고인소재불명사실통보서를 송부하고 소재수사를 행하지 아니할 수 있다.   |
| <b>사법경찰관리집무규칙</b>  |
| <b>제57조(소재불명자의 처리)</b><br>제11조 소정의 죄에 해당하는 사건을 송치할 때에는 소재불명 피의자의 지명수배 내용과 사진 기타 인상서등을 첨부하여야 한다.  |
| <b>범죄수사규칙(경찰청훈령)</b>   |
| <b>제27조(지명수배)</b><br>① 사법경찰관은 다음 각호의 1에 해당하는 자의 소재가 불명할 때에는 당해 피의자에 대하여 지명수배를 할 수 있다. 다만, 기소중지 의견으로 사건을 송치할 때에는 지명수배를 하여야 한다.<br>1. 법정형이 사형 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄(제30조제2호의 경우를 제외한다)를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있어 체포영장 또는 구속영장이 발부된 자. 다만, 형사소송법 제200조의3제1항에서 정하는 긴박한 사유가 있는 때에는 지명수배를 한 후 신속히 체포영장을 발부 받아야 하며, 그렇지 못한 경우 즉시 지명수배를 해제하여야 한다.<br>2. 지명통보의 대상인 자로 지명수배의 필요가 있어 체포영장 또는 구속영장이 발부된 자<br>② 긴급사건 수배에 있어서 피의자의 성명 등을 명백히 하여 그 체포를 의뢰한 경우에는 지명수배를 하여야 한다.<br>③ 지명수배를 한 경우에는 체포영장 또는 구속영장의 유효기간에 유의하여 유효기간 경과 후에도 계속 수배할 필요가 있는 때에는 체포영장 또는 구속영장을 재발부받아 그 유효기간을 통보하여야 한다.  |
| <b>제28조(지명수배된 자 소재발견시 조치사항)</b><br>① 지명수배된 자(이하 "지명수배자"라 한다)의 소재를 발견하였을 때에는 피의자에게 체포영장 또는 구속영장을 제시하고 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고 변명의 기회를 준 후 지명수배자를 체포 또는 구속하고 확인서를 받아 신병과 함께 지명수배한 경찰관서(이하 "수배관서"라 한다)에 인계하여야 한다.<br>② 체포영장 또는 구속영장을 소지하고 있지 아니한 경우라도 급속을 요하는 때에는 피의자에게 범죄사실의 요지와 체포영장 또는 구속영장이 발부되었음을 고지하고 체포 또는 구속할 수 있다. 이 경우 사후에 신속히 체포영장 또는 구속영장을 제시하여야 한다.<br>③ 체포영장 또는 구속영장을 발부받지 아니하고 지명수배한 경우에는 피의자에게 긴급체포한다는 사실을 고지하고 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고 변명의 기회를 준 후 지명수배자를 긴급체포하여 확인서를 받고 긴급체포서를 작성한다.<br>④ 도서지역에서 지명수배자가 발견된 경우에는 지명수배자 등을 발견한 경찰관서(이하 "발견관서"라 한다)는 지명수배자의 소재를 계속 확인하고, 수배관서와 협조하여 검거시기를 정함으로써 검거후 구속영장청구시한(체포한 때로부터 48시간)이 경과되지 아니하도록 하여야 한다.<br>⑤ 지명수배자를 검거한 자는 구속영장 청구에 대비하여 피의자가 도망 또는 증거를 인멸할 |

염려가 농후하다는 점을 부각시키기 위하여 필요한 경우 체포의 과정과 상황 등을 자세히 기재한 지명수배자체포보고서를 작성하고 이를 수배관서에 인계하여 수사기록에 편철하여야 한다.

⑥ 검거된 지명수배자를 인수한 수배관서의 사법경찰관은 24시간내에 형사소송법 제200조의 5, 제87조의 규정에 의한 체포 또는 구속의 통지를 하여야 한다. 다만, 지명수배자를 수배관서가 위치하는 특별시, 광역시, 도 이외의 지역에서 검거한 경우에는 검거관서에서 통지를 하여야 한다.

#### **제28조의2(지명수배자의 인수 호송등)**

① 경찰관서장은 검거된 지명수배자의 신속한 호송을 위하여 미리 호송요원 및 호송차량을 지정한 자체호송계획을 수립하여야 한다.

② 수배관서는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 지명수배자를 검거한 경찰관서(이하 "검거관서"라 한다)로부터 인수하여야 한다. 다만, 당해관서가 서로 합의한 때에는 이에 따른다.

1. 검거관서의 관할구역안에서 수배를 받은 범죄의 최종 및 죄질이 동등 또는 그 이상의 다른 범죄를 범한 경우
2. 검거관서에서 지명수배자와 관련된 범죄로 이미 정범이나 공동정범인 피의자의 일부를 검거하고 있는 때

③ 검거한 지명수배자에 대하여 지명수배가 수건인 경우에는 다음 각호의 수배관서 순위에 따라 검거된 지명수배자를 인계받아 조사하여야 한다.

1. 범정형이 중한 죄명으로 지명수배한 수배관서
2. 검거관서와 동일한 경찰관서의 관할구역에 있는 수배관서
3. 검거관서와 거리 또는 교통상 가장 인접한 수배관서

④ 검거관서와 수배관서는 지명수배자를 검거한 때로부터 구속영장 청구시한(체포한 때로부터 48시간)을 경과하지 않도록 서로 협조하여야 한다.

#### **제28조의3(재지명수배의 제한)**

긴급체포한 지명수배자를 석방한 경우에는 영장을 발부받지 아니하고 동일한 범죄사실에 관하여 다시 지명수배하지 못한다.

#### **제28조의4(지명수배자의 검거보고)**

지명수배자를 검거한 때에는 수배관서의 사법경찰관은 즉시 관할 지방검찰청에 전화 또는 모사전송기, 기타 상당한 방법으로 검거보고를 하고 피의자를 조사한 다음 검거한 때로부터 36시간 이내에 검사의 지휘를 받아야 한다. 이 경우 검거한 때라 함은 검거관서에서 지명수배자를 검거한 시점을 말한다.

## 2. 쟁점

지명수배제도는 법률에 근거를 둔 것이 아니라, 부령과 훈령 및 예규에 근거를 두고 있다. 형사소송법상 지명수배를 간접적으로 추론해볼 수 있는 규정이 수사 또는 구속영장의 집행과 관련된 촉탁규정(형사소송법 제77조, 84조)이 있을 뿐이다. 검찰사건사무규칙, 사법경찰관리집무규칙 등은 추상적 근거를 제시하고 있다. 보다 직접적이고 구체적인 규율은 대검찰청 예규인 기소중지자 지명수배 통보지침과 경찰청 훈령인 범죄수사규칙과 예규인 지명수배규칙에 의해 이루어지고 있다.

그 외 대검찰청 예규인 기소중지자 지명수배 통보지침도 지명수배의 원칙적 대상을 명시하고 있다. 이에 따르면 형사소송법상 긴급체포에 준하는 범죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 등이다.

이상으로 본 바와 같이 지명수배 관련 규칙 및 예규에 의하면 지명수배의 대상자는 구속영장을 발부받은 피의자이다. 그런데 구속영장이 발부되지 않은 피의자가 소재불명이라는 이유로 지명수배의 대상이 되기도 한다. 지명수배에 대한 관련 법규의 미비로 수사상 인권침해가능성이 항상 문제되므로 적법절차의 원리에 따르는 형사소송법상 제도로 명문화하여 영장주의의 적용을 받도록 함이 타당하다는 문제 제기가 있다. 나아가 지명수배시 체포영장의 유효기간을 제한할 필요성도 크다.

## 3. 지명수배의 개념 및 운용현황

### 가. 지명수배의 개념 및 법적 성격

지명수배란 구속영장이 발부된 피의자의 체포를 의뢰하여 그 인도를 요구하는 수배를 의미한다(범죄수사규칙 제27조 제1항). 이는 구속영장이 발부되었지만 수사기관이 소재불명 등의 이유로 아직 피의자의 신병을 확보하지 못했다는 뜻이므로 만일 피의자가 체포된다면 중단된 수사를 계속하겠다는 목적을 내포하고 있다. 따라서 체포영장은 피의자의 소재불명이라는 측면보다는 수사기관의 출석요구를 정당한 이유 없이 응하지 않는 경우에 발부하는 영장이라는 의미가 강조되므로 구속영장과는 성격이 본질적으로 다르고, 따라서 체포영장이 발부된 피의자에 대한 지명

수배는 할 수 없다고 봄이 타당하다.<sup>20)</sup> 그리고 지명수배의 대상자는 피의자이므로 단순한 용의자의 검거를 타수사기관에 의뢰할 때에는 지명수배가 아닌 사건수배를 하여야 한다. 또한 수사개시가 있어야 피의자가 되므로 단순한 피내사자는 지명수배의 대상이 안된다. 고소의 경우에는 형사소송법상 수사의 단서로서 이에 의하여 수사가 개시되므로 피고소인은 지명수배의 대상자인 피의자로 볼 수 있다.

형사소송법 개정 역사를 보면 수사단계에서 피의자 신병을 확보하는 방법에 있어서는 엄격한 요건을 요구하여 수사절차상의 인권보장이라는 측면을 강조하여 왔다. 예컨대 임의수사나 임의동행 형태로 행해지는 각종 탈법적 행위에 대한 개선은 형사소송법 개정의 주요 쟁점으로 제기되어 왔으며, 현행법상 긴급체포제도는 이러한 탈법적 행위의 근절을 위한 방안으로 도입되었다.

그런데 법적 명문근거도 없이 거의 현행법과 동일하게 피의자의 신병확보가 이루어지고 있는 지명수배의 경우에 인권침해의 가능성이 커 강제수사적인 성격을 띠고 있음에도 불구하고 이에 대하여는 형사소송법적 규제의 대상이 되고 있지 않다. 구속영장이 발부되어 유효기간이 경과되지 않은 지명수배 대상자를 체포하는 것은 별 다른 문제가 없으나, 특별한 법적 근거나 요건을 갖추지 않은 채 행해지는 임의동행 형식의 신병확보는 인권침해 문제의 소지를 항상 갖고 있다. 보통 지명수배에 의하여 우연한 기회에 수사기관으로부터 검거당할 때 자신이 수배대상자라는 사실만으로 체포에 이의를 제기하지 못하고 수인하는 실정이다. 한편 수사단계에서의 피의자신병확보 방법에 있어서 엄격한 요건을 요구하여 수사절차상 인권보장이라는 측면만 강조하게 되면 한편으로는 수사현실을 너무나 도외시한다는 문제도 있다.

그리고 검찰의 경우에도 직접 수사한 인지사건이나 고소, 고발사건을 소재불명을 이유로 기소중지 결정하는 경우가 있고, 이에 대한 법적 근거가 필요하다. 특히 지명수배를 직접 규정하고 있는 범죄수사규칙이나 지명수배취급규칙은 당연히 검찰을 귀속하지 않으므로 검찰이 직접 수사한 사건을 소재불명으로 기소중지할 때에는 경찰의 지명수배절차와 다를 수밖에 없다.<sup>21)</sup>

20) 황정익, 지명수배 등에 의한 체포의 합법성문제와 개선방안, 형사정책 제8호, 1996, 224면.

21) 지명수배는 지명통보와 협의의 지명수배로 분류되며, 협의의 지명수배는 긴급체포와 법관의 체포영장에 의한 수배로 나누어지며, 보통 지명수배자중 지명통보자와 협의의 지명수배자를

지명수배의 법적 성격에 대하여는 수사기법의 일종으로서 수사기관이 행하는 피의자체포라는 의미보다는 수사기관 상호간의 행정적 정보교환에 불과한 제도라는 입장과 수배를 이용한 수사기법은 명확한 법적인 근거를 필요로 하는 강제수사절차의 하나라는 견해가 대립하고 있다. 지명수배는 이미 체포영장 또는 구속영장이 발부되어 있는 자를 검거하는 것으로서 항상 체포 내지 긴급체포와 불가분의 연관성을 갖는다. 이런 점에서 지명수배는 신체의 자유를 가져오는 강제수사의 하나라고 봄이 타당하다.<sup>22)</sup>

지명수배는 사전구속영장이 발부된 상황에서 행하여지므로 타관서에서 피의자를 체포하는 경우에는 영장주의의 원칙상 영장제시를 요한다. 다만 긴급을 요하는 경우에는 범죄사실의 요지와 영장이 이미 발부되었음을 고하여 사후에 이를 제시할 수 있다. 통상 실무에서는 전국 수사기관의 수에 상응하는 영장을 발부받을 수 없으므로 사후에 영장을 제시하고 있다. 그리고 구속영장은 그 효력이 있는 경우에만하여 체포할 권한이 있으므로 구속영장이 실효된 이후에는 체포할 수 없다. 구속영장의 유효기간이 경과한 경우에는 그 뜻을 검사에게 일단 보고하고(사법경찰관리집무규칙 제22조), 계속 수배의 필요성이 있을 때에는 구속영장의 재발부를 받아야 한다(범죄수사규칙 제27조 제4항). 구속영장의 유효기간에 대하여는 명문으로 제한하는 규정이 없다. 그리하여 통상 실무상으로 구속기간의 유효기간을 10일에서 15일 정도로 하여 판사가 발부하고 있지만, 수사기관이 피의자의 체포나 구속에 필요한 적정한 기간을 정하여 구속영장을 신청하고 이에 따라 법원이 유효한 영장을 발부하고 있는 실정이라고 한다.<sup>23)</sup> 실무상으로 개정 이전에는 수사기관은 피의자가 단기간 내에 체포하기 불가능하다고 판단하면 장기간 유효한 구속영장을 발부받아 지명수배를 하여 왔다.

그리고 사전에 구속영장의 발부를 받을 시간적 여유가 없이 급속을 요하는 경우에도 우선 지명수배를 한 후에 구속영장의 발부를 받을 수 있다(범죄수사규칙 제27

---

분류하기 어렵다고 한다.

22) 이승준, 수사비협조자에 대한 비공개 지명수배·통보의 적절성, 연세대 법학연구 제17권 4호, 251면.

23) 황정익, 227면.

조 제2항). 이 경우에 구속영장 발부받는 절차를 거친 후 다시 지명수배서에 의한 통상적인 수배절차를 거쳐야 한다. 그러나 통상 수사주무자가 지명수배의 대상이 되는 피의자를 타 지방청 경찰서에 검거의뢰를 하면서 먼저 지명수배 발견통보장 전산입력요구서 1매를 작성하여 수배주무자에게 지명수배를 의뢰한다(지명수배취급규칙 제6조). 의뢰를 받은 수배주무자는 의뢰받은 지명수배자를 지명수배통보장 부에 기재하고 전산기에 입력한 다음 연고지관서에 전산수배를 의뢰하고 있다(동규칙 제6조).

피의자를 즉시 검거하지 못하였을 경우에는 공소권이 소멸될 때까지 무단히 수사를 계속하여야 하고, 구속영장이 유효기간 경과로 실효된 상태에서 재발부를 받지 못하더라도 검거를 위한 수사는 계속될 수 있다. 구속영장이 실효되면 지명수배는 해제되는 것이 원칙이지만, 지명수배 이외의 방법으로 검거를 할 수도 있다. 통상이 경우 위에서 말한 바와 같이 구속영장의 유효기간에 대한 제한이 없다는 점을 이유로 장기간 유효한 구속영장을 발부받아 지명수배를 하여 왔다. 그런데 장기간 유효한 구속영장을 발부받지 못한 경우에 구속영장이 실효되었거나, 현행범이나 긴급구속의 요건을 충족하지 못한 경우에는 체포할 법적 근거가 없어 임의동행의 형식을 취한다. 즉 실무에서는 지명수배중인 자로 판명되면 구속영장의 유효기간 경과여부를 따지지 않고 일단 검거부터 한다고 한다.<sup>24)</sup> 이렇게 되면 임의동행 형식이 될 수 밖에 없고 임의동행을 거부하게 되면 강제력 행사는 불법행위가 될 수밖에 없다. 이에 대한 법적 장치가 시급하다는 점에서 지명수배자에 대한 체포영장의 효력과 관련하여 그 유효기간에 대한 논의가 시작되었다.

## 나. 지명수배 활용현황

지명수배 의뢰는 2005년 대비 18.9% 증가한 3,350명으로 소년에 대한 수배의뢰는 전년 대비 33.5% 증가하였으며, 성인은 11.4% 증가한 것으로 나타났다. 검거도 전년 대비 52.2% 증가한 1,393명으로 나타났다.

---

24) 황정익, 230면.

| 구분<br>연도 | 계        |       |       |     | 소년       |      |     |     | 성인       |       |     |     |
|----------|----------|-------|-------|-----|----------|------|-----|-----|----------|-------|-----|-----|
|          | 수배<br>의뢰 | 수배해제  |       |     | 수배<br>의뢰 | 수배해제 |     |     | 수배<br>의뢰 | 수배해제  |     |     |
|          |          | 계     | 검거    | 기타  |          | 계    | 검거  | 기타  |          | 계     | 검거  | 기타  |
| 2002     | 2,493    | 1,605 | 918   | 687 | 1,044    | 682  | 435 | 247 | 1,449    | 923   | 483 | 440 |
| 2003     | 2,977    | 2,093 | 1,133 | 960 | 1,130    | 860  | 517 | 343 | 1,847    | 1,233 | 616 | 617 |
| 2004     | 2,936    | 2,000 | 1,062 | 938 | 959      | 663  | 386 | 277 | 1,977    | 1,337 | 676 | 661 |
| 2005     | 2,817    | 1,855 | 915   | 940 | 958      | 672  | 383 | 289 | 1,859    | 1,183 | 532 | 651 |
| 2006     | 3,350    | 2,277 | 1,393 | 884 | 1,279    | 949  | 711 | 238 | 2,071    | 1,328 | 682 | 646 |

주 : 수배해제 사유 중 기타는 기간 만료, 사망 등의 사유가 포함됨

한편 지명수배시 검거소요기간은 1개월 이상 3개월 미만이 전체 검거자의 28.3%로 가장 많으며, 3개월 미만인 소요되는 경우가 전체 검거자의 57.4%이고, 6개월 이상의 기간이 소요되는 경우는 297명으로 전년 221명 보다 34.4% 증가한 24.1%로 나타났다.

#### 4. 비교법적 검토

지명수배제도는 범죄인의 효과적인 검거라는 목표아래 국가권력의 형사처벌권 형성과 더불어 존재해 왔다. 다만 각국은 그 형사소송절차의 특성에 따라 법적 규율을 달리하고 있을 뿐이다. 독일의 경우에는 지명수배를 형사소송법에 그 근거를 두고 있다.<sup>25)</sup> 독일 형사소송법 제130조(범죄피의자의 체포를 위한 수배공고)에 의하면 위험이 임박한 경우에는 법관 및 판사는 구속영장 또는 체포영장을 근거로 하여 수사관으로 하여금 체포를 위한 수배공고를 할 수 있다(동조 제1항). 그리고 체포영장 또는 구속영장을 발부하기 위한 전제조건을 충족하고, 그 발부가 수배결과에 위험을 발생시키지 않는 경우에 임의동행을 위하여 필요한 경우 수사관으로 하여금 제1항에 따른 조치를 취할 수 있으며, 체포영장 또는 구속영장의 발부에 관한 결정은 지체없이 늦어도 1주 이내에 이루어져야 한다(동조 제2항). 제3항에서는 공

25) 이주일, 독일 지명수배의 법적 절차를 규정한 형사소송법, 한국법제연구원, 최신외국법제정보, 2008, 130면 이하 참조.

개수배에 관한 규정을 두고 있다.

한편 우리나라 지명수배제도는 사실상 일본의 수배제도를 거의 그대로 참고한 것이다. 일본 범죄수사규범 제31조 제3호는 “긴급을 요하여 체포장을 받을 시간적 여유가 없을 경우에는 지명수배서에 의한 지명수배를 행한 후 신속하게 체포장을 발부받아 그 유효기간을 통보하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 경우 지명수배의 효력은 체포장이 발부되어 유효기간이 통보된 시점에서부터 발생한다.

그런데 우리나라와 일본의 수사절차 및 수사현실상 관련 법규가 차이가 적지 않다. 우선 일본의 경우 경찰의 수사권이 거찰에 완전히 종속되어 있지 않고, 사법경찰관이 직접 판사에게 청구할 수 있는 체포장 제도가 시행되고 있다. 따라서 이러한 수사관련 법규에 따른 실무운영례는 우리나라의 그것에 부합하지 않는다는 한계가 있다.

## 5. 입법논의 현황 및 검토

### 가. 입법논의 현황

사법개혁위원회 제17차 회의자료에 의하면 이완규 전문위원은 지명수배에 대하여 두 가지 점에서 문제제기를 하고 있다.<sup>26)</sup>

첫째, 수사기관에서 피의자를 긴급체포 후 48시간 내에 구속영장을 청구하지 않고 석방하는 경우에 관해, 혹시 이를 불법체로일 가능성 내지 긴급체포권의 오남용으로 이해한다면 명백한 오해라는 점이다. 수사기관에 의하여 행하여지는 긴급체포의 상당수는 긴급체포대상자로 지명수배한 기소중지 피의자가 검거되는 과정에서 발생하고, 전체 지명수배자 중 지명통보자보다는 협의의 지명수배자가 훨씬 많은 수를 차지하므로 그 수를 감안하면 긴급체포자 통계의 상당부분을 차지한다는 점에서는 기본적으로 이해한다고 한다. 그리고 긴급체포 대상 지명수배자는 대부분 고소사건의 피의자 즉 피고소인들임. 소재불명인 피고소인에 대해 지명수배하였다가

26) 이완규, "긴급체포 및 긴급 압수·수색 논의에 관한 의견", 사법개혁위원회 자료집(VI) -제14차~제27차 회의 자료-, 사법개혁위원회, 2005, 102면.

차후 검거(긴급체포)되어 조사해보면 혐의 인정키 어려운 경우가 많아 결국 구속영장 청구에는 이르지 못하게 되는 경우가 많다는 점 또한 인정하고 있다. 사기, 횡령, 배임 등 재산범죄 고소사건의 경우, 피고소인이 주거지 내지 사업상 근거지에서 잠적하거나 도피한 경우가 허다하고 따라서 수사기관으로서는 피고소인 소환조사가 어려운 상황에서 일단 고소인의 일방적 진술과 자료에 기초하여 피고소인을 지명수배할 수밖에 없다. 이 경우에 고소사안 자체가 경미하면 지명통보 정도에 그치기도 하나, 절대 다수의 고소인들은 수사기관의 신병검거노력 등 적극적 수사를 요청하므로 피고소인에 대해 혐의의 지명수배를 하게 되는 바, 체포영장을 받아서 지명수배하는 방법과 긴급체포 대상자로 지명수배하는 방법 중 어느 방법을 택할 것인가 하는 문제에 귀결된다고 한다. 고소내용 즉 피의사실이 긴급체포 대상범죄의 요건을 충족하는 사안인 경우에는 체포영장 없이도 일단 긴급체포가 절차상 적법하다는 점과 체포영장의 경우 유효기간이 짧다는 문제점(공소시효는 수년 남았으나 체포영장의 유효기간이 1년 정도이면 매년 체포영장을 갱신하기가 번잡) 등 때문에 종래 피고소인에 대해 체포영장을 굳이 발급받지 아니하고 긴급체포 대상자로 지명수배한 사례가 다소 많았던 점은 어쩔 수 없는 사실이다. 또한 설사 체포영장을 받아 지명수배한 피고소인의 경우에도 실제로 검거되어 조사를 해보면 고소인과의 주장이 서로 다르거나 법리상 혐의를 인정키 어려운 점 등으로 인해 사후 구속영장 청구에는 이르지 못하는 사안도 상당수이다. 요컨대 현행법 또는 수사기관의 자체 인지사건과 달리 고소사건은 피고소인에 대한 1차 수사단계에서 피고소인의 자진출석을 기대하기 어려운 경우가 많다는 점, 그리고 그와 같이 소재불명 또는 소환불응하는 피고소인에 대한 체포 및 조사과정을 거쳐 궁극적으로 구속여부를 결정하여야 하는 한국의 수사실무를 이해하면 긴급체포후 구속영장을 청구하지 않았다는 이유만으로 긴급체포가 불법 내지 부당한 체포, 긴급체포권한의 오남용일 것이라는 선입견을 가진다면 이는, 현재 우리나라 수사기관에 최고의 업무부담이 되고 있는 사인간 고소사건의 수사실태에 대한 이해부족 내지 오해<sup>27)</sup>라고 한다. 또한, 2003. 8. 지명수배시 원칙적으로 체포영장을 발부받도록 변경한 이후 긴급체포

27) 이완규, "긴급체포 및 긴급 압수·수색 논의에 관한 의견", 사법개혁위원회 자료집(VI) -제14차~제27차 회의 자료-, 사법개혁위원회, 2005, 100-101면.

가 급격히 감소하고 있으며, 2003. 8. 23. 대검 지시로 일선 수사기관에서 피의자(피고소인)을 지명수배하는 경우 원칙적으로 체포영장을 발부받도록 하고 있다고 한다.

〈검찰〉

(명)

|             | 긴급체포  | 월평균 긴급체포 | 체포영장    | 월평균 체포영장 |
|-------------|-------|----------|---------|----------|
| 2002        | 8,992 | 741      | 수작업집계곤란 |          |
| 2003        | 6,630 | 550      | 9,339   | 770      |
| 2004(1월-5월) | 2,049 | 410      | 4,729   | 946      |

〈경찰〉

(명)

|             | 긴급체포   | 월평균 긴급체포 | 체포영장   | 월평균 체포영장 |
|-------------|--------|----------|--------|----------|
| 2003        | 89,824 | 약 7,400  | 49,391 | 약 4,100  |
| 2004(1월-5월) | 28,124 | 약 5,600  | 41,586 | 약 8,300  |

둘째, 긴급체포 후 구속영장을 청구하지 않고 석방하는 경우에도 법원의 사후 승인을 받으라는 주장<sup>28)</sup>은 여러 가지 문제가 있다는 주장을 제기하고 있다.<sup>29)</sup> 긴급체포 후 구속영장을 청구하지 않고 석방한 자에 대하여 법원이 관여하지 않는 것은 비교법적으로 보편적 제도이다. 즉, 긴급한 상황 하에서 체포하는 것은 수사기관이 범죄수사 및 검인검거 등 공익적 기능수행을 하기 위한 최소한의 권한으로 파악하고, 계속 구금할 필요성에 대하여는 법원의 통제를 받되, 계속 구금할 필요가 없어 구속영장 청구에 이르지 않고 석방하는 경우는 법원의 통제를 받지 않는 것이 보편적인 제도이다(긴급체포자에 대하여 모두 사후 체포영장을 받는 일본제도는 극히

28) 이재상, 형사소송법, 2009, 240면 ; 배종대/이상돈, 258면 ; 이은모, 형사소송법, 2010, 227면 ; 긴급체포 및 긴급체포시의 압수 수색 검증제도의 문제점에 대한 검토, 한양대법학논총 22집 1호, 2005, 34면 ; 신양균, 152면 ; 정웅석, 207면; 신동운, 형사사법개혁의 쟁점과 동향, 62-64면 ; 김상호, 체포제도의 문제점과 개선방안, 저스티스 제89호, 2006, 130면 ; 손동권, 형사소송법, 2010, 249면 ; 이경재, 현행 형사소송법상 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 한국형사법학회 2005 하계학술회의, 형사법개혁의 주요과제, 2005, 7면 참조

29) 같은 취지: 김호철, 긴급체포 사후영장에 대한 의견, 사법개혁위원회 제21차 회의자료, 2004, 10면.

이례적인 제도임).

이러한 입장 하에서 나온 법무부의 형사소송법 개정안은 다음과 같다.

형사소송법 제200조의4(긴급체포와 영장청구기간) 검사 또는 사법경찰관이 제 200조의3의규정에 의하여 피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 필요한 조사를 마친 후 지체없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 다만, 체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 아니하면 피의자를 석방하여야 한다.

이러한 주장에 대하여 서보학 전문위원은 긴급체포의 오남용으로 인하여 긴급체포에 대한 사후통제의 필요성을 제기하였다.<sup>30)</sup> 구체적인 내용을 보면 다음과 같다.

첫째, 우리나라에서 긴급체포에 관하여 많은 의문점이 제기되고 있는 이유는 긴급체포가 양적으로 너무 많이 이루어지고, 그것도 부당한 목적으로 이루어지는 경우가 많기 때문이다. 특히 1995년 형사소송법의 개정으로 체포영장 제도를 도입하였으므로 쉽게 체포영장을 받을 수 있음에도 크게 개선되지 않고 있다. 2003년 검찰청 통계에 의하면 체포영장에 의한 체포는 13,482명에 불과한데 비하여 긴급체포는 98,778명에 이르러 무려 7배가 많은 긴급체포가 이루어지고 있다. 이는 아직도 우리나라 수사기관이 적법절차보다는 편의성을 추구하는 관행에서 벗어나지 못하였음을 보여주는 것이다.

둘째, 긴급체포가 수사기관에 출석한 피의자를 협박하여 자백을 받아 내는 도구로 사용되었다는 점을 부인할 수 없다. 실제로 구속영장을 청구할 계획이 없는 피의자에 대하여서도, 일단 구속영장을 청구할 것처럼 경찰서 유치장이나 검찰청 대기실 등에 1~2일 동안 붙잡아 둬으로써 피의자로 하여금 충분히 겁을 먹게 하여 자백을 받아낸 다음 그때 가서 석방하는 사례도 있다. 혹시 위와 같이 하여도 피의자가 자백을 하지 아니하여 혐의를 입증하기 어려우면 수사기관은 마치 은전을 베푸는 듯이 석방을 하기도 한다.

한편 소재불명 피고소인에 대한 긴급체포에 관한 주장에 대하여 일단 피고소인으

---

30) 서보학, "긴급체포에 관한 검토의견(상세)", 사법개혁위원회 자료집(VI) -제14차~제27차 회의 자료-, 사법개혁위원회, 2005, 125면.

로서는 자신에 대하여 지명수배가 내려진 사실을 모르는 경우가 많고, 예상치 못한 지명수배와 긴급체포로 인하여 엄청난 피해를 입게 될 것이므로 현재와 같은 기계적인 지명수배와 긴급체포를 지양하여야 하고, 사전에 체포영장을 받음으로써 법관으로부터 지명수배 여부를 심사받도록 할 필요성이 크다. 이로써 1995년 형사소송법 개정으로 체포영장 제도를 도입한 입법자의 뜻을 충실히 반영하는 것이 될 것이다. 지명수배의 경우 우선 국가에 의하여 그 혐의가 파악된 범인으로서 고의적으로 형사절차의 진행을 회피, 거부하여 국가형벌권의 실현을 방해하는 자인 경우도 있지만, 국가기관이 혐의를 미처 포착하지 못하거나, 소재파악을 제대로 하지 못하여 형벌권을 실현하지 못한 경우도 있을 수 있으므로 이 경우는 통상의 공소시효 및 형벌권 시효와 같이 취급해서는 안 되므로 시효자체를 정지시키던가 시효를 연장하는 방법을 생각해볼 수 있다<sup>31)</sup>는 견해도 있다. 그러나 지명수배법에 대하여 시효를 중단시키는 것은 시효제도 자체를 부정하는 결과를 초래하므로 좀 더 신중하게 접근해야 할 것이다.

그러하여 종래 체포영장의 경우 그 유효기간이 대개 1년으로 하고 있어서 매년 다시 발부받아야 하는 등 번거로움이 있었으나, 2003. 9. 3.부터는 지명수배자에 대한 체포영장의 유효기간을 원칙적으로 공소시효만료일까지로 하고 있다.

#### 나. 추진경과 및 제도개선 효과

- 1997년 형사소송법 개정에 따른 체포영장제도 도입과 더불어 지명수배를 할 경우에는 체포영장을 발부받는 것을 원칙으로 하였으나 체포영장의 유효기간이 실무상 1년 이하(1개월/3개월/6개월 단위)로 유효기간 경과에 따른 영장갱신 업무부담이 커 경찰·검찰 모두 체포영장을 발부받아 지명수배하는 절차를 기피하게 되는 요인이 되어 왔다. 형사소송규칙상 영장의 유효기간은 7일이며 다만, 법원 또는 법관이 상당하다고 인정하는 때에는 7일을 넘는 기간을 정할 수 있다고 규정하고 있다(형사소송법 제178조).
- 또한 검찰도 ‘기소중지자 지명수배·통보지침’(대검예규 제254호)에 따라 영장

31) 조대환, 대만의 통집제도, 해외파견검사연수논문집 10호, 1994, 81면.

- 없이 지명수배할 수 있고, 지명수배된 피의자를 발견한 때에는 긴급체포하도록 하여 체포영장을 발부받지 않고 지명수배하는 실무관행이 이어져 왔다.
- 이에 따라 지명수배를 하기 전 영장을 발부받을 수 없는 긴급성이 없음에도 불구하고 영장없이 지명수배한 후 긴급체포하도록 함으로써 지명수배자 긴급체포의 불법성과 남발이 문제되어왔다.
  - 2003년 6월 경찰청은 이러한 지명수배제도상의 문제점을 인식하고 영장주의와 적법절차를 강화하는 차원에서 지명수배를 할 때에는 반드시 체포영장을 발부받도록 「인권보호 행동지침」을 시행하는 등 제도개선을 추진하고 법원·검찰에 협조요청을 하였다.
  - 법원·검찰도 경찰의 이러한 취지에 공감하고 지명수배 체포영장의 유효기간이 ‘1년 미만’임으로 인한 영장갱신 업무의 부담해소를 위하여 ‘공소시효 만료일까지’로 관련지침을 변경해 경찰청에 통보하였으며, 구속예규 제18조 제1항에 규정되기에 이르렀다. 즉 지명수배시 체포영장의 유효기간을 공소시효만료일까지로 기재하고, 이러한 경우 지명수배를 실제로 하여야 할 사정(피의자의 도망 또는 소재불명 사정 등)이 있다는 점에 대한 소명이 요구된다.

**【제도개선 이후 체포영장과 긴급체포에 의한 검거건수 변화추이】**

| 구분 \ 년도     | 2000   | 2001   | 2002   | 2003   | 2004   | 2005   | 2006   | 2007   | 2008   | 2009   |
|-------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| 체포영장에 의한 체포 | 8,736  | 9,580  | 9,629  | 36,942 | 79,076 | 63,092 | 61,358 | 56,153 | 52,187 | 51,952 |
| 긴급체포에 의한 체포 | 99,546 | 90,446 | 87,593 | 80,701 | 61,763 | 36,749 | 24,935 | 20,844 | 13,653 | 14,931 |

※ 시행 첫 해인 2003년 기준으로 긴급체포는 대폭 감소, 체포영장은 증가함

**다. 지명수배시 체포영장 유효기간 적정성 검토**

지명수배시 체포영장은 범죄혐의가 인정되고 출석요구에 불응 또는 그럴 염려가 있으며 소재불명인 것으로 확인되어 법관의 심사를 거쳐 발부되는 것으로 영장주의 원리에 부합한다고 할 것이다. 수사기관의 검거를 피해 도주하는 피의자의 검거를

위해서는 지명수배 제도를 통해 지속적인 검거활동이 필요하므로 지명수배시 체포 영장의 유효기간은 공소시효만료일까지로 하는 것이 적정하다. 형사소송규칙상 법원 또는 법관은 상당하다고 인정하는 경우에는 7일이 넘는 영장의 유효기간을 정할 수 있으므로 이론상으로도 상당한 이유가 있으면 지명수배시 체포영장의 유효기간을 공소시효 만료일까지도 정할 수 있다는데 근거하고 있다. 만일 제도개선 전과 같이 1년 미만(1개월/ 3개월/ 6개월) 단위로 유효기간을 정해 지명수배용 체포영장을 발부한다면 체포시까지 영장의 반환과 청구를 되풀이하여야 하고 특히 경찰의 경우에는 수사기록이 검찰에 송치된 상황에서 기록 대출을 받아 체포영장을 신청해야 하는 번거로움이 지나치게 크기 때문이다. 영장유효기간 내에 영장을 갱신하지 않으면 지명수배는 되어 있으나 체포영장은 없어 피의자 발견시 긴급체포 할 수밖에 없는 상황이 되어 체포의 불법성 문제가 제기되므로 법리적으로 보아도 체포영장을 재발부 할 수밖에 없는 상황이다.<sup>32)</sup> 이러한 배경에서 법원과 검찰도 2003년 양당사자간 협의를 거쳐 영장주의와 인권보호에 실질적으로 부합하게 하면서도 적법절차에 따른 경찰-검찰-법원 업무의 효율성을 제고하는 취지에서 지명수배시 체포영장의 유효기간을 공소시효 만료일까지로 변경한 것이다. 다만 문제는 지명수배를 하려는 것이 아님에도 ‘피의자 검거에 시간이 필요함’ 또는 ‘피의자가 소재불명임’ 등의 사유를 기재하여 공소시효 만료일까지 유효한 체포영장을 청구하는 경우도 있다는 점이다. 이 경우에는 7일을 넘는 유효기간을 필요로 하는 사유를 면밀히 검토하여 유효기간을 신중하게 정하여야 한다.<sup>33)</sup> 피의자의 소재가 파악되어 있는 때에는 유효기간을 7일로 정함이 상당하고, 피의자의 소재가 파악되어 있지 않은 때에는 사안에 따라 유효기간을 1개월 내지 3개월 정도로 함이 타당하다.<sup>34)</sup>

32) 예를 들어, 지명수배가 많은 사기죄의 경우 법정형이 10년이하로 공소시효는 10년으로 지명수배 후 검거되는 기간이 2년~5년이라고 하더라도 유효기간이 3개월이면 8번~20번, 6개월이면 4번~10번을 반복해야 한다. 예컨대 영장에 의한 지명수배→(미검) 유효기간 경과 → 영장재신청→(미검) 유효기간 경과 → 영장재신청 ..... (공소시효만료 전 검거시 까지 절차반복)

33) 법원실무제요, 형사(1), 2008, 259면.

34) 법원실무제요, 형사(1), 2008, 259면.

## 7. 연구회의 입법논의 결과 : 독립한 강제처분의 일종으로서 편입 제도화

### 가. 기본원칙

지명수배 대상자의 법적 지위가 명확하지 않아 부당한 인권침해 우려가 있다는 점, 수사절차상 범죄의 발견과 범죄인체포를 위한 지명수배의 방법이 행정부 훈령과 같은 하위법규에 근거를 두고 있어 편법운영의 여지를 내포하고 있다는 점 등이 문제된다. 따라서 지명수배에 대하여는 수사과정에서 피의자가 소재불명되어 더 이상 수사를 진행할 수 없는 경우에 수사기관이 국가형벌권의 실현 차원에서 취하는 강제수사방법으로서의 독자적 가치를 인정하고 법적 근거를 부여할 필요가 있다.<sup>35)</sup>

수사도중에 소재불명 등의 이유로 도주한 피의자를 상당한 시간이 경과한 후에 체포하는 문제는 여전히 논의의 여지를 남겨두고 있다. 소위 수배영장, 지명수배자 체포영장 등 어떠한 형태로 불리워지든 특수한 형태의 영장제도의 필요성은 있을 수 있다.<sup>36)</sup> 그럼에도 불구하고 체포영장제도와 구속영장 제도가 직렬적 관계로 운영되는 현행법하에서는 이미 수사기관에 체포된 자는 도망할 염려가 없으므로 지명수배의 요건은 체포영장이 발부된 피의자가 되어야 한다. 또한 체포영장의 유효기간이 해당 피의자가 범한 범죄의 공소시효와 동일할 정도로 정하여 운영된다면 수배자 체포만을 위한 별도의 영장제도가 신설될 이유는 없을 것이다. 그러나 체포영장의 입법취지가 단기간 피의자를 구금하는데 있으므로 장기에 걸쳐 도주중인 피의자에게 적용하기에는 무리이므로 수배자 체포만을 위한 별도의 영장제도의 필요성이 있다.<sup>37)</sup> 이 경우 발부요건은 피의자가 도망 등의 이유로 소재불명되어 더 이상의 수사가 곤란하여 검사가 기소중지결정을 하는 경우로 해야 한다. 이러한 수배자 체포영장이 발부된다면 설사 불심검문으로 기소중지자를 발견하게 되더라도 적법한 체포가 이루어질 수 있을 것이다. 다만 문제는 수배자체포영장의 유효기간이다. 해당범죄에 따라 공소시효와 일치시킬 필요가 있다.<sup>38)</sup> 시효만료전이라면 기소중지

35) 조대환, 9면.

36) 황정익, 243면.

37) 황정익, 244면.

자를 검거할 수 있기 때문에 영장유효기간을 장기로 하더라도 피의자 인권침해의 소지는 없다고 보겠다. 수배자 체포영장에 의하여 피의자를 체포한 경우에는 적어도 즉시 구속여부를 결정하도록 해야 한다.

이상으로 지명수배의 입법화를 위한 원칙은 다음과 같다.

- 1) 체포영장 제도 자체의 요건 등에 대해 논란이 있으므로 지명수배영장제도를 별도로 규정하도록 한다.
- 2) 체포영장의 내용 중에 피의자의 소재불명으로 집행불능이 될 경우에 피의자에 대하여 지명수배를 발령할 수 있게 하고, 그 유효기간을 공소시효만료일까지로 한다.
- 3) 지명수배를 위한 요건으로서의 범죄혐의는 체포영장의 발부요건으로서의 “죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유” 정도이면 족하다.
- 4) 체포의 효력이 미치는 기간은 긴급체포의 경우와 마찬가지로 48시간으로 함이 상당하다.
- 5) 지명수배영장의 발부대상 사건을 ‘사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건’(구 형사소송법하의 필요적 변호사건)으로 명문화한다.
- 6) 다만 지명수배의 경우 그 발령의 억제, 해제요건 및 절차, 인권침해방지를 위한 구체적인 제도적 장치는 법률로 규정하기에는 너무 구체적, 기술적, 세부적이어서 적합하지 아니하므로 예규 또는 훈령으로 규제함이 타당하다.

#### 나. 연구회의 개정시안

| 현행법률   | 개정시안  |
|--|---|
| <p><b>제200조의2(영장에 의한 체포)</b></p> <p>① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있고,</p> | <p><b>제200조의2(영장에 의한 체포)</b></p> <p>① ~ ⑤ 현행</p> <p>⑥ &lt;신설&gt; 피의자가 도망 등으로 인하여 체포영장 또는 구속영장을 집행할 수 없는 때에는 그의 소재수사를 위해 별도로 영장을 발부하여야 한다. 이 경우 영장의 유효기간</p> |

38) 황정익, 245면.

| 현행법률   | 개정시안  |
|--|---|
| <p>사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 다만, 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다.</p> <p>② 제1항의 청구를 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부한다. 다만, 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 그러하지 아니한다.</p> <p>③ 제1항의 청구를 받은 지방법원판사가 체포영장을 발부하지 아니할 때에는 청구서에 그 취지 및 이유를 기재하고 서명날인하여 청구한 검사에게 교부한다.</p> <p>④ 검사가 제1항의 청구를 함에 있어서 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 체포영장을 청구하였거나 발부받은 사실이 있는 때에는 다시 체포영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다.</p> <p>⑤ 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.</p> | <p><u>은 공소제기만료일까지로 한다. 소재수사를 위한 지명수배의 방법과 절차는 대통령령으로 정하며, 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건에 대하여는 공개수배를 명할 수 있다.</u></p> |

## IV. 검시제도 개정 여하

### 1. 관련조문

|  |
|--|
| 형사소송법 제222조(변사자의 검시)   |
| <p>① 변사자 또는 변사의 의심있는 시체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 한다.</p> <p>② 전항의 검시로 범죄의 혐의를 인정하고 긴급을 요할 때에는 영장없이 검증할 수 있다.</p> <p>③ 검사는 사법경찰관에게 전2항의 처분을 명할 수 있다.</p>   |
| 의료법 제17조   |
| <p><b>제17조(진단서 등)</b></p> <p>① 의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안(검안)한 의사(이하 이 항에서는 검안서에 한하여 검시(검시)업무를 담당하는 국가기관에 종사하는 의사를 포함한다, 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전(의사나 치과의사가 「전자서명법」에 따른 전자서명이 기재된 전자문서 형태로 작성한 처방전(이하 “전자처방전”이라 한다)을 포함한다. 이하 같다)을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다) 또는 「형사소송법」 제222조제1항에 따라 <b>검시</b>를 하는 지방검찰청검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다. 다만, 진료 중이던 환자가 최종 진료 시부터 48시간 이내에 사망한 경우에는 다시 진료하지 아니하더라도 진단서나 증명서를 내줄 수 있으며, 환자 또는 사망자를 직접 진찰하거나 검안한 의사·치과의사 또는 한의사가 부득이한 사유로 진단서·검안서 또는 증명서를 내줄 수 없으면 같은 의료기관에 종사하는 다른 의사·치과의사 또는 한의사가 환자의 진료기록부 등에 따라 내줄 수 있다.</p> <p>② &lt;생략&gt;</p> <p>③ “ ”</p> <p>④ “ ”</p> <p>⑤ “ ”</p> |
| 사법경찰관리집무규칙   |
| <p><b>제33조(변사자의 검시)</b></p> <p>① 사법경찰관리는 변사자 또는 변사의 의심이 있는 시체가 있는 때에는 즉시 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하고 그 지휘를 받아야 한다.</p> <p>② 검사의 명령을 받아 검시를 하였을 때에는 검시조서를 작성하여야 한다.</p>   |
| <p><b>제34조(검시의 주의사항)</b></p> <p>① 사법경찰관리는 검시에 착수하기 전에 변사자의 위치, 상태 등이 변하지 아니하도록</p>   |

|  |
|--|
| <p>현장을 보존하여야 한다.</p> <p>② 변사자의 소지품이나 기타 유류한 물건으로서 수사에 필요가 있다고 인정할 때에는 이를 보존하는데 유의하여야 한다.</p> <p>③ 검시를 할 때에는 잠재지문 및 변사자 지문 채취에 유의하고 의사로 하여금 사체검안서를 작성하게 하여야 한다.</p> <p><b>제35조(검시와 참여자)</b></p> <p>제34조의 경우에 사법경찰관리는 검시에 특별한 지장이 없다고 인정할 때에는 변사자의 가족·친족·이웃사람·친구, 시·군·구·읍·면·동의 공무원 그밖에 필요하다고 인정하는 자를 참여시켜야 한다.</p> |
| <b>시체해부 및 보존에 관한 법률</b>  |
| <p><b>제7조(변사체의 검중)</b></p> <p>① 변사체 또는 변사의 의심이 있는 시체에 대하여는 형사소송법 제222조의 규정에 의한 검시를 받지 아니하고는 해부할 수 없다.</p> <p>② 제1항의 규정에 의한 해부는 형사소송법 제140조 또는 제173조제1항의 규정에 의한 해부를 배제하지 아니한다.</p>  |

## 2. 쟁점

검시규정은 다양한 목적에 따라 개별법령에 분산 규율되고 있을 뿐이며, 형사소송법 개정 논의과정에서도 검시라는 수사기법에 대하여 논의가 거의 없었다. 담당주체도 혼재되어 책임소재가 불분명하다. 우리나라의 검시제도는 사실상 행정검시로서 이에 대한 규율은 전무한 실정이라고 할 수 있다.

변사사건에 대한 현장조사의 주체에 범의학관 및 검시조사관(Medical Examiner Investigation)의 참여규정을 둘 것인가 하는 점이다.

## 3. 검시제도 운용현황

현행 형사소송법 하에서 공판중심주의 강화에 따라 과거 자백위주의 수사관행을 탈피하여 혐의입증을 위한 과학수사기법의 중요성이 나날이 커지고 있고 또한 이들 새로운 수사기법의 도입이 논의되고 있는 상황이다.

형사사법에 있어서 검시제도는 기본적으로 범죄의 원인을 밝히고 이를 통하여 범

인발견을 위한 수사의 단서가 되며 재판과정에서 증거로 활용되는 기준을 제공한다. 현행 형사소송법은 검시를 통한 범죄혐의를 입증하기 위해 변사자의 검시규정을 두고 있기는 하지만(검입검시제도), 이러한 검시규정이 범죄혐의 입증을 위한 충실한 수사기법으로 기능하고 있는가, 피해자 및 피해자가족의 보호에 충실한가 등의 문제가 지속적으로 제기되어 왔다. 검시관련 규정 및 실무상 문제로 인하여 진범이 밝혀지지 못하거나, 나아가 무고한 자가 처벌되는 예까지 발생하게 되면, 인권침해문제 뿐만 아니라 국가형벌권에 대한 불신도 커지게 될 것은 자명하다.

국립과학수사연구소에서는 검시관련 법의학적 수준은 세계적 수준에 이르렀으나, 이러한 검시가 범죄혐의 입증을 위한 수사기법으로서 제대로 활용 범제화되어 있지 못하다는 문제점을 제기해왔다. 변사체에 대한 조사가 지위 집행 실행 부검 여부 판단의 결정과정으로 절차적으로 서로 분리되어 있고, 서로 다른 주체가 관여하기 때문에 책임이 분산되어 있다.

현행법상 변사사건에 대한 현장조사는 검사의 지휘를 받아 경찰이, 검사는 법원의 허가를 받아 부검을 의뢰하면 부검은 법의학 전문가가 담당한다. 이와 같은 검시제도에 있어서는 사체에 관한 전문가(법의학 전공 의사 및 법의학자)가 사체발견 현장에서 진행되는 사체와 현장에 대한 감식과 검시에 참여할 수 없다. 또한 초등 수사단계에서의 공조가 이루어지지 않고 현장조사는 경찰이 담당하고 법의학자는 사후에 사체와 사체발견현장에 관한 아무런 정보도 없이 부검에만 관여할 수 밖에 없다. 따라서 법의학 전문가는 결국 사건현장에서 촬영한 시신사진 몇 장으로 사망의 원인과 방법을 관독해내야 하는 어려움과 한계에 노출되어 있다. 사체사진 몇 장만으로 사신을 관찰한 법의학적 소견이 검찰 기소에 결정적 사실로 작용하고 있는 실정은 이미 몇몇 사례에서 드러난 바와 같다.<sup>39)</sup> 사체 자체는 사건해결의 결정적 실마리를 제공해준다. 당연히 사체에서 사건해결의 실마리를 찾을 수 있는 전문가가 사건현장에 있어야 한다. 그러나 의료법상 현장검안의 자격을 의사와 치과의사, 한의사로 제한하고 있다. 법의학관이나 법의학자는 검안서조차도 작성하지 못한다(동법 제18조 참조). 실무적으로 경찰은 변사사건이 접수되면 현장에 출동, 경찰

---

39) 홍은동 치과의사 모녀 살인사건의 사례 참조.

공의와 함께 시체를 검안하고 검사에게 변사자 발생보고를 하고 있으나, 대개의 경우 검사는 서류만 살펴본 후 '사체 검사하여 사인규명 후 타살혐의 없으면 사체를 유족에게 인도할 것'이라고 형식적 지휘하고 있을 뿐이다.<sup>40)</sup> 결국 현행 실무는 사체의 유족인도 절차를 지연시켜 장례절차상 국민불편만 초래할 뿐 검사의 직접 검시는 유명무실화되어 있음을 알 수 있다.

입법논의 또한 거의 없는 실정이고, 2009년에 “검사는 반드시 검시 전에 검시의 사실을 유가족이나 법정대리인에게 고지할 의무를 두도록 하고자 하는 안(안 제222 조제4항 신설)이 제안된 바 있을 뿐이다.

## 4. 비교법적 검토

### 가. 각국의 검시제도

#### 〈 각국의 검시제도 〉

- 잉글랜드·웨일스  
검시관(Coroner; 임명직, 주로 법조인이나 의사도 있음)이 검시절차를 주재, 직무 독립성 보장되어 있으나 수사권이 없어 경찰과 협업, 부검은 병리의사에게 의뢰
  - 미국  
검시관 또는 법의관(medical examiner)이 검시절차 주재, 선거직 검시관의 전문성과중립성 저하로 법의관으로 교체하는 경향, 법의관은 직접 부검 수행
  - 독일(행정검시우선제도)  
모든 시체에 대한 검안은 의사의 의무로 변사 의심될 경우 관계기관 신고, 부검은 법의 병리 전문의사가 시행
  - 일본(행정검시우선제도)  
미국의 법의관제도와 유사한 감찰의무원제를 운영, 검안 및 행정해부를 주로 담당, 사법해부(부검)은 의과대학 법의학교실에서 담당
- ⇒ 영미법계는 검시업무를 전담하는 독립적인 검시관·법의관을 두는 전담검시제를 채택하고 있으나 대륙법계는 검사를 검시의 주체로 하는 겸임검시제를 채택

40) 2009. 현재 변사인원은 총 39,303명, 검사직접검시인원은 1,731명, 검사직접검시율은 4.4%로 나타났음(대검찰청 홈페이지 민생침해사범 단속활동 실적분석 참조)

## 나. 검시에 관한 국제기준<sup>41)</sup>

1999년 2월 2일 유럽회의는 제658차 각료위원회 회의에서 ‘회원국의 법의검시규정 일치에 관한 각료위원회의 권고안 No R(99)3, Recommendation No R(99)3 of the Committee of Ministers to Member States on the Harmonization of Medico-Legal Autopsy Rules)’이라는 문서를 채택하였다. 이 권고안은 서문과 본문 및 부록에 해당하는 부분으로 이루어져 있다. 서문에 해당하는 부분에서는 권고안을 제정하는 이유와 목적을 설명하였고, 본문에 해당하는 ‘법의검시절차와 관련된 원칙과 규정(principles and rules relating to medico-legal autopsy procedures)’에 이어, I. 현장조사, II. 검시의(檢屍醫), III. 개인식별, 피의자신문참여권. 일반사항, V. 검시절차, VI. 검시보고서 등의 6개 항목으로 나뉘어 기술하고 있으며, 부록에 해당하는 부분에서는 특별한 사건에서 실시하는 선택적 검시절차(selected procedures)를 설명하고 있다. 이 권고안의 내용은 우리나라의 검시현실에 시사하는 바가 크고 수사관계자들이 참고할 부분도 있다.

우선, 유럽회의의 규칙 제 15.b조에 따르면,

- 유럽회의의 모든 회원국에서 법의학적 이유 또는 다른 이유로 인하여 사망의 원인과 사망의 종류를 규명하고 또한 사망자의 신원을 밝히기 위하여 정상적 업무로서 검시를 시행한다는 것을 인지하고,
- 형사소송 및 민사소송에서 희생자와 그 가족에 대한 배상의 중요성을 고려하며,
- 기본적으로 의학과 과학의 원칙을 따르는 동시에 법적 요구와 절차를 따르는 법의학적 검시를 시행하면서 이루어지는 조사, 기술, 영상기록 및 검체 채취의 필요성을 강조하면서,
- 유럽 전체와 세계에서 인구의 이동이 증가하고 소송절차의 국제화가 증가함에 따라 검시를 시행하는 절차와 검시보고서를 작성하는 방법에 대하여 일정한 기준이 요구된다는 것을 인지하고,
- 검시전문가의 독립성과 공정성을 보호할 필요와 더불어 그들이 그들의 임무를 적절히 수행하고 능력을 향상시키기 위하여 필요한 법적 수단 또는 기술적 수

41) 강신몽, 검시(檢視)에 관한 유럽회의 권고안(V), 수사연구, 2009/8, 50-52면.

단을 활용 할 수 있도록 하여야 한다는 필요성을 강조하면서,

- 적절한 법의학적 검시를 담보할 수 있는 국가적 품질관리 제도의 중요성을 고려하고,
- 유럽의 차원에서 법의학적 검시절차의 점진적인 일치를 기대하고 국제적인 공조를 강화시킬 필요를 강조하면서,
- 유럽회의의 의회 제 43차 정기회의에서 채택된 ‘검시규정 일치에 관한 권고안 <Recommendation 1159(1991) on the Harmonization of Autopsy Rules>’을 고려하고,
- UN총회가 1991년 인준한 UN의 모범적 검시요강(the Model Autopsy Protocol)에 유의하면서,
- 국제형사경찰기구(International Criminal Police Organization, Interpol)총회가 1997년 채택한 ‘재해희생자 식별에 관한 지침서(guide on disaster victim identification)’를 참작하도록 한다.<sup>42)</sup>

다음으로 ‘권고안’의 본문에 해당하는 ‘법의검시절차와관련된 원칙과 규정 (principles and rules relating to medico-legal autopsy procedures)’을 보면 ‘권고의 범위(scope of the recommendation)’에 이어 ‘원칙’을 I. 현장조사, II. 검시의(檢視醫), III. 개인식별(신원확인), 피의자신문참여권. 일반적 고려사항, V. 검시절차, VI. 검시보고서 등 6개 절로 나누어 기술하고 있다.<sup>43)</sup>

## ※ 법의검시 절차와 관련된 원칙과 규정

### □ 권고의 범위

1. 죽음이 비자연적인 원인에 의하여 일어났을 가능성이 있는 경우에는 관할권이 있는 당국자가 한 사람 이상의 법의전문가와 함께 현장을 조사하고, 시체를

42) 강신몽, 검시(檢視)에 관한 유럽회의 권고안(I), 수사연구, 2009/3, 55-57면.

43) 강신몽, 검시(檢視)에 관한 유럽회의 권고안(II), 수사연구, 2009/4, 55면.

검사하며, 부검 여부를 결정하여야 한다.

2. 비자연사가 명백하거나 의심되는 사례는 원인이 된 사건과 사망사이에 시간적인 산격이 있다 하더라도 부검을 시행하여야만 한다. 특히.
  - a. 타살과 타살이 의심되는 경우
  - b. 영아급사를 포함하는 돌연사
  - c. 고문 또는 어떠한 형태의 학대를 의심할 수 있는 인권침해
  - d. 자살과 자살이 의심되는 경우
  - e. 의료과오가 의심되는 경우
  - f. 교통, 직장 및 가정내 사고
  - g. 직업병과 직장의 위해
  - h. 기술적 재해 또는 환경적 재해
  - I. 구금중 사망 또는 경찰이나 군대의 활동과 관련된 사망
  - j. 신원이 확인되지 않은 시체 또는 백골화된 시체
3. 법의전문가는 직무를 수행함에 있어서 완전히 독립적이고 공정하여야 한다. 그들은 어떠한 형태의 압력에 굴복하여서도 안 되고, 그들이 직무를 수행하는데 있어서 객관적이어야 하며, 특히 그들이 결과와 결론을 표현하는데 있어서 그러하다.

□ 원칙 I-현장조사

A. 일반적 원칙

1. 비자연사가 명백하거나 의심되는 경우, 시체를 맨 처음 검안한 의사는 관할당국에 보고하여야 하며, 관할당국은 자격을 갖춘 법의전문가가 검사를 시행할지 아니면 단지 법의학적 검사에 익숙한 의사가 시행하여도 될지 결정하여야 한다.
2. 특히 타살이거나 의심스러운 죽음이 경우에는 지체 없이 법의전문가에게 알려

야 하며, 적절한 경우 법의전문가는 즉시 변사체가 발견된 곳으로 가서 즉각적으로 입장하여야 한다. 이러한 측면에서 검시에 관여하는 모든 사람, 특히 사법당국자, 법의전문가 및 경찰이 공조할 수 있는 적절한 조직체가 있어야만 한다.

## B. 시체의 검사

### 1. 경찰의 역할

무엇보다도 다음과 같은 업무는 경찰관에 의하여 수행되어야 한다.

- a. 현장에 임한 모든 사람의 인적사항 기록
- b. 시체를 발견된 상태 그대로 사진촬영
- c. 모든 관계되는 물건을 반드시 기록하고, 무기나 발사체와 같은 모든 물품을 차후 검사를 위하여 압수한다.
- d. 법의전문가와 협의하여 가능하면 변사자의 신원과 관련되는 정보를 생존상태에서 마지막으로 목격한 사람들을 포함하여 현장의 목격자로부터 얻는다.
- e. 법의전문가의 통제하에서 변사자이 손과 머리를 종이백으로 보호한다.
- f. 현장과 그 주변의 완전성을 보존한다.

### 2. 법의전문가의 역할

- a. 죽음과 관련되어 문제가 되는 모든 상황에 대한 정보를 받아야 한다.
- b. 시체의 사진이 적절하게 찍힐 수 있도록 하여야 한다.
- c. 시체의 체위, 체위와 복장상태와의 관계, 체위와 시강 및 시반의 분포와의 관계와 더불어 부패 상태를 기록하여야 한다.
- d. 시체 및 현장의 모든 혈흔의 분포 및 형태를 비롯한 생물학적 증거를 검사하고 기록한다.
- e. 시체에 대한 예비적 검사를 진행한다.
- f. 시체가 부패하거나 골화된 경우를 제외하고 주변온도와 시체의 심부직장체온을 측정하며, 시강 및 시반의 정도, 부위 및 고정 상태와 더불어 다른 소견을 기록하여 사후경과시간을 추정한다.

g. 시체가 훼손되지 않은 상태로 안전하고 냉장된 장소에 옮겨지고 보관되는 지 확인하여야 한다.<sup>44)</sup>

□ 원칙II- 검시의

법의부검은 가능한 한 두 명의 의사에 의하여 수행되어야 하며, 그 중 최소 한 사람은 검시의학의 자격을 갖추어야 한다.

□ 원칙III- 일반적 고려사항

1. 법의부검 및 관련된 모든 조치는 의학윤리와 변사자의 존엄을 유지하는데 합당한 방법으로 수행되어야 한다.
2. 절적인 경우, 가까운 친척은 시신을 볼 수 있는 기회가 주어져야 한다.<sup>45)</sup>

□ 원칙IV의자신문참여권- 부검감정서(검시보고서)

I. 내부검사

1. 부검감정서는 부검 자체 못지않게 중요하다. 만약 부검에 대한 법의전문가의 소견과 견해가 명료하고 정확하며 영구적인 기록물로 제시되지 않는다면 부검 자체는 의미를 잃는다. 부검감정서는 검시절차의 불가결한 부분으로서 세심하게 작성되어야 한다.
2. 그러므로 감정서는 다음과 같은 조건을 갖추어야 한다.
  - a. 완전하고 자세하며 포괄적이고 객관적일 것
  - b. 다른 의사뿐만 아니라 비의료인도 명확하게 이해할 수 있을 것
  - c. 논리적 순서에 따라 쓰고, 잘 구성하며 부검감정서의 여러 부분을 쉽게 참조할 수 있도록 할 것

44) 강신몽, 검시(檢視)에 관한 유럽회이 권고안(II), 수사연구, 2009/4, 55-57면.

45) 강신몽, 검시(檢視)에 관한 유럽회이 권고안(II), 수사연구, 2009/4, 57면.

d. 전자문서로 보관되어 있다 하더라도 인쇄물과 같이 리기 쉽고 영구적인 형태로 남길 것

e. 논증적인 에세이 형태로 쓸 것

3. 부검을 시행한 후 하루나 이틀을 넘기지 않고 감정적인 감정서를 작성한다. 최종 감정서도 가능한 한 빨리 작성한다.

## 다. 검토

이상으로 살펴본 것처럼 미국 또는 영국에서는 변사사건이 발생하면 검시관 또는 법의관을 돕는 검시조사관이 출동하여 사건현장과 시신을 살펴 타살여부를 살피고 타살의혹이 현저할 때에는 법의관에게 연락하여 법의관주도로 부검이 실시된다. 초동수사단계에서부터 전문적인 법의학 전문가가 사건현장으로 가서 사체를 원형 그대로 보존하면서 사망의 원인과 방법을 알아낼 수 있는 정보를 취합한다. 미국의 경우에 1915년 뉴욕주에서 처음으로 법의관법이 제정·시행되었다. 이에 따르면 병리학 전문의를 법의관으로 임명하여 검사의 책임과 권리를 부여하였는데, 법의관에게 필요한 시설, 보조인력 및 독극물실험실 등을 제공하고 사망원인 조사 등 법적 권한 등이 부여되었다.<sup>46)</sup>

미국의 검시제도에 있어서 주요 특징은 검시를 전담하는 직책으로 법의관과 검시관이 공존한다는 점이다. 그리고 주별로 차이가 있기는 하지만, 보통 주 전체를 총괄하는 법의관사무소, 지역법의관사무소 등의 형태로 운용되고 있고, 또한 독립적인 행정체제를 갖추고 검시에 관한 한 주 전체의 통일적 가이드라인을 제정, 통일적 검시가 가능하도록 하고 있다. 법의관은 독립적이므로 누구도 그 고유업무에 대하여 간섭하거나 압력을 행사할 수 없다. 예산 및 인사관련 사항도 행정책임자인 수석 법의관의 역할이다.<sup>47)</sup>

이러한 법의관은 기본적으로 병리학적 자격을 갖추고 있는 의사로서 준수법적 성

46) 자세한 사항은 하태훈, 현행 검시제도의 문제점과 개선방안, 형사정책 제18권 제2호, 2006, 513면 참조.

47) 하태훈, 514면.

격을 갖는 공무원이다. 기본적인 임무는 사망원인의 판명과 사망자 신원의 확인, 사망원인이 범죄로 인한 것인지 여부 판단 등이다. 법의관이 관여하는 죽음의 유형은 법으로 규정되어 있고, 이에 해당하는 죽음에 대하여 법의관은 직접 사건현장 조사, 시체검사, 그리고 부검이 필요한 경우에는 부검을 집행할 권한을 갖는다.<sup>48)</sup>

반면 대륙법계 국가에서는 검시를 전담하는 직책을 별도로 두고 있지 않다. 즉 다른 직무를 맡고 있는 공무원이 검시의 책임을 겸하는 제도를 취하고 있는데, 이 경우 대부분 수사기관인 검사 또는 경찰이 검시의 일차적 주체이다. 먼저 모든 변사사건이 수사기관에 신고되어 검시가 시행되며, 범죄관련성이 있다고 판단되는 경우에는 수사기관의 요청에 의하여 법원의 허가로 부검이 실시된다. 우리나라도 이에 해당한다. 만일 범죄관련성이 없는 변사체가 발견 또는 신고되면 검시에 대한 지식과 경험을 갖춘 의사가 시체발견 현장에서 검안하여 범죄관련성 여부가 인정되면 검찰에 통보하고, 부검은 법원의 허가를 받아 법의학연구소 등에서 실시한다.<sup>49)</sup> 독일의 법정의학제나 일본의 감찰의학제도가 이에 해당한다. 이와 같은 제도하에서는 수사와 검시절차가 별도로 행해지고 있고, 이로 인하여 신속성과 효율성이 낮다는 문제가 있다.

우리나라의 경우에는 법의관 역할을 검사가 담당하며, 이 경우에도 검사가 직접 현장에 나가 조사하는 경우는 거의 없고, 검사가 타살가능성이 있다고 판단하면 법의학 전문가에게 부검을 의뢰하여 부검을 실시한다. 사체에 관한 비전문가인 검사가 검시의 책임을 지는 겸임검시제도를 취하고 있다. 검사의 지휘에 따라 사후 24시간이 지나야 비로소 법의사가 검시를 할 수 있다.

문제는 첫째 이러한 검시제도 하에서 그 주체들 중 어느 누구도 사체에 관한 한 전문가가 아니라는 점이다. 법의학적 지식이나 전문가 교육의 수준 등에 차이가 있고, 이에 따라서 판단에 오류가능성이 매우 크다. 둘째 검시와 부검이 별개로 행해진다는 점이다. 부검을 통해 사인을 결정하고 시체의 소견을 해석하여 사망의 원인과 종류를 확인하는 것은 부검의사의 몫이고, 현장에 대한 검시조사와 증거물의 수

---

48) 하태훈, 515면.

49) 하태훈, 516면.

집은 수사를 담당하는 감식전담 경찰의 몫이다. 이런 체계하에서는 부검을 담당하는 의사는 사항에 이른 사항이나 현장에 대한 충분한 정보를 알지 못한 채 부검실에 옮겨진 시체만 부검하게 되므로 정확한 사망원인을 진단할 수 없는 한계가 있다.

그리하여 우리나라에서도 검시제도의 개선을 위한 노력이 행해지고 있고, 실무상으로 그 개혁의 필요성이 지속적으로 제기되어 왔다.<sup>50)</sup> 그 핵심적 내용 가운데 하나가 국립과학수사연구소 등과 같은 독립한 기구로 하여금 검시업무를 담당하게 해야 한다는 논의가 제기되어 오고 있는 것이다.

검시는 범죄의 원인을 밝히는 데 있어서 매우 중요한 수사단서이면서 동시에 무엇보다 전문적인 영역이다. 단순한 수사권 영역에서 누구를 주체로 할 것인가 하는 문제를 넘어선 것으로서 이에 대한 형사소송법적 개선방안이 절실히 요구된다.

형사소송법 개정이나 검시관련 법규의 제 개정을 통하여 검안을 담당하는 자의 자격요건, 검시의 주체 등을 명확히 할 필요가 있다.<sup>51)</sup> 실무에서는 영미법체계의 검시관제도 및 법의관제도는 우리나라의 체계에 맞지 않다고 하거나,<sup>52)</sup> 검찰검시의 배치를 통하여 문제를 해결하고자 한다. 학계에서는 국립과학수사연구소의 부검업무를 독립시켜야 한다는 주장이 제기되고 있으며<sup>53)</sup> 상당히 설득력을 얻고 있기도 하다. 국립과학수사연구소의 업무를 독립시켜야 한다는 논의와는 별개로 이들 논의들이 여전히 검사를 검시의 주체로 하고 있다는 점에서 현행 검시제도의 문제 해결책으로서는 한계를 갖는다. 그리고 현행처럼 사법검시위주의 검시제도를 그대로 유

50) 주지하다시피 2000년의 의문사진상규명에관한특별법의 시행에 따라 사인확인제도 개선관련 입법논의가 있었고, 이에 대하여 관련 실무계, 법의학계, 그리고 정치권에서도 논의가 있었다. 양자의 기본적 입장은 검시를 담당할 독립기구의 설치 필요성에 있다. 그리고 2005년 10월 21일 유시민의원 발의 '검시를 행할 자의 자격 및 직무범위에 관한 법률안'은 검시전문가가 검시관련 업무를 전담하도록 하는 검시관제도의 도입을 주요골자로 하고 있다. 반면 형사소송법상 검시대상이 불명확하게 규정되어 있는 문제점을 개선하기 위하여 형사소송법 개정을 통하여 검시의 대상과 범위를 상세히 규정하고자 한 경우도 있는데, 2005년 4월 19일 윤호중의원 발의 '형사소송법 일부개정법률안'이 그것이다. 다만 이 법률안은 검시의 대상을 구체화하는 논의에 그쳐 검시제도의 근본적인 문제점은 그대로 남겨두는 한계를 갖고 있었다.

51) 하태훈, 521면.

52) 조기룡, 각국의 검시제도, 해외연수검사연구논문집 제20집(1), 법무연수원 2005, 216면 이하.

53) 하태훈, 522면.

지할 것인가 하는 점도 문제이다. 사법검시위주제도하에서도 부검은 주로 일반의사가 담당하며, 또한 수사 및 사법작용에 필요한 경우에만 부검이 실시되어 사인의 범죄관련성 여부가 애초에 문제되지 않고 있어 많은 변사체의 경우에 그 범죄의혹이 사라지지 않고 있기 때문이다. 이 때문에 일본의 감찰의에 의한 행정검시위주의 검시제도로 전환하자는 견해<sup>54)</sup>도 있다.

생각건대 우리나라는 국가 소추권을 검찰이 독점 하는 기소독점주의 대륙법계를 채택하고 있으므로 검시관이나 법의관을 별도로 두는 것은 전체 사법 구조상 허용되기 어려운 게 사실이다. 그러나 비전문가인 검사가 검시제도를 주관함으로써 실제적 진 실 발견에 있어서의 비효율성은 물론 인권보호 측면에서도 상당한 문제점이 발생할 가능성이 높다. 우리나라에서는 변사사건이 발생하면 대체로 그 지역을 관할하는 경찰이 현장에 출동해 사체를 조사 하며 의사가 현장 또는 안치실에서 검안한다. 타살이거나 중요 사건일 경우 그 지역을 관할하는 검사가 검시할 때도 있는데 대부분 별 문제가 없지만 의문사와 같은 미묘한 사건의 경우 문제가 발생하기도 한다. 이런 문제가 발생하는 원인은 첫째, 경찰이나 검찰은 물론 심지어 검안의사까지도 검시전문가가 아니라는 것이다. 경찰이 법의학적 지식이나 경험, 검시의 목적에 합당한 능력을 갖기는 어려우며, 검찰 역시 마찬가지다. 또 검안을 하는 의사 역시 일반 개업의사들이기 때문에 검시의 전문성을 가질 수 없다. 둘째 수사관과 검시의사, 부검의사 간에 사건 정보를 교환할 수 있는 시스템이 확립되어 있지 않다는 사실이다. 유기적인 협력에 의해 범죄와 현장 검안에 대한 정보와 함께 부검에서 얻어 지는 정보를 교환한다면 사인규명 및 범죄해결에 큰 도움이 될 것이다. 따라서 이들 사이에 정보교환 을 위한 시스템 구축이 필요하다. 법의학자들이 보다 독립된 위치에서 수사관의 검시 책임을 실질적이고도 전폭적으로 보완해 줄 수 있는 제도적인 장치가 필요하다. 부검은 현장검시와 더 붙어 사인을 결정하는데 결정적이기 때문에 강력사건의 경우 법의학 전문가가 현장에 먼저 도착해 조사할 수 있는 사체검사와 관련한 법규를 정비해야 한다. 현행처럼 법의학이 독립적으로 형사절차의 전 구조를 이해하지 못하고 그 중 일부인 수사과정에서 검찰이나 경찰

54) 문국진/강신몽, 각국 검시제도의 비교연구, 고의대논총 23권 2호, 1986, 15면.

에 종속됨으로써 실제적 진실 발견과 인권보장이라는 두 가지 목표를 모두 놓치게 된다.

## 5. 연구회의 개정시안

이상의 논의를 토대로 하여 개정시안의 방향을 다음과 같이 정한다.

- 1) 원칙적으로 검사를 검시의 주체로 한다.
- 2) 다만 검시는 수사개시의 단서에 지나지 않고, 또한 이로 인하여 영장 없는 검증이라는 수사로 이어질 수 있으므로 검시전문가를 참여하도록 한다. 이 경우 검시전문가에 대하여 필요적 위촉으로 하는 것보다 참여제도로 하는 것이 타당하다.
- 3) 변사자 뿐만 아니라 변사의 의심이 있는 자도 포함하도록 한다.

| 현행법률   | 개정시안   |
|--|--|
| <p><b>제222조(변사자의 검시)</b></p> <p>① 변사자 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청검사가 검시하여야 한다.</p> <p>② 전항의 검시로 범죄의 혐의를 인정하고 긴급을 요할 때에는 영장없이 검증할 수 있다.</p> <p>③ 검사는 사법경찰관에게 전2항의 처분을 명할 수 있다.</p> | <p><b>제222조(수사단서로서의 변사자검시)</b></p> <p>① 변사자 또는 변사의 의심 있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청검사가 검시하여야 한다. <b>(신설)다만 검시를 위해 전문가의 판단이 필요한 때에는 법의관 및 검시전문가를 참여하게 하여야 한다.</b></p> <p>② 전항의 검시로 범죄의 혐의가 인정되고 긴급을 요할 때에는 영장 없이 검증할 수 있다. <b>(신설)검증 이후에는 지체없이 영장을 발부받아야 한다.</b></p> <p>③ 검사는 사법경찰관에게 전2항의 처분을 명할 수 있다.</p> |

## V. 출국금지의 대상 및 처분의 법제도화 여하

### 1. 관련조문

| 출입국관리법(이하 '법'이라고 한다)  |
|---|
| <p><b>제4조(출국의 금지)</b></p> <p>① 법무부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 국민에 대하여는 출국을 금지할 수 있다. &lt;개정 2001.12.29, 2008.12.19&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. 범죄의 수사를 위하여 그 출국이 부적당하다고 인정되는 자</li><li>2. 형사재판에 계속중인 자</li><li>3. 징역형 또는 금고형의 집행이 종료되지 아니한 자</li><li>4. 대통령령으로 정하는 금액 이상의 벌금 또는 추징금을 납부하지 아니한 자</li><li>5. 대통령령으로 정하는 금액 이상의 국세·관세 또는 지방세를 정당한 사유없이 그 납부 기한까지 납부하지 아니한 자</li><li>6. 그밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 자로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 부적당하다고 법무부령이 정하는 자</li></ol> <p>② 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장은 그 소관 업무와 관련하여 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 있다고 인정하는 때에는 법무부장관에게 출국금지를 요청할 수 있다. &lt;신설 2007.12.21&gt;</p> <p>③ 출입국관리공무원은 출국심사를 함에 있어 제1항의 규정에 의하여 출국이 금지된 자를 출국시켜서는 아니된다. &lt;개정 2007.12.21&gt;</p> <p>④ 그 밖에 출국금지절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. &lt;신설 2007.12.21&gt;</p> <p><b>제4조의2(출국금지기간의 연장)</b></p> <ol style="list-style-type: none"><li>① 법무부장관은 출국금지기간을 초과하여 계속 출국을 금지할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 그 기간을 연장할 수 있다.</li><li>② 제4조제2항에 따라 출국금지를 요청한 기관의 장은 출국금지기간을 초과하여 계속 출국을 금지할 필요가 있을 때에는 출국금지기간이 만료되기 3일 전까지 법무부장관에게 출국금지기간을 연장하여 줄 것을 요청하여야 한다.</li><li>③ 그 밖에 출국금지기간의 연장절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</li></ol> <p><b>제4조의3(출국금지의 해제)</b></p> <ol style="list-style-type: none"><li>① 법무부장관은 출국금지사유가 소멸하였거나 출국을 금지할 필요가 없다고 인정하는 때에는 즉시 출국금지를 해제하여야 한다.</li><li>② 제4조제2항에 따라 출국금지를 요청한 기관의 장은 출국금지사유가 소멸한 때에는 즉시 법무부장관에게 출국금지의 해제를 요청하여야 한다.</li><li>③ 그 밖에 출국금지의 해제절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</li></ol> |

#### 제4조의4(출국금지결정 등의 통지)

- ① 법무부장관은 제4조제1항에 따라 출국을 금지하거나 제4조의2제1항에 따라 출국금지기간을 연장한 때에는 즉시 당사자에게 그 사유 및 기간 등을 명시하여 서면으로 통지하여야 한다.
- ② 법무부장관은 제4조의3제1항에 따라 출국금지를 해제한 때에는 즉시 이를 당사자에게 통지하여야 한다.
- ③ 법무부장관은 제1항에도 불구하고 대한민국의 안전 또는 공공의 이익에 중대한 위해를 미칠 우려가 있거나 범죄수사에 중대한 장애가 생길 우려가 있다고 인정하는 경우 또는 출국이 금지된 자의 소재를 알 수 없는 경우에는 제1항의 통지를 하지 아니할 수 있다.

#### 제4조의5(출국금지결정 등에 대한 이의신청)

- ① 제4조제1항에 따라 출국이 금지되거나 제4조의2제1항에 따라 출국금지기간이 연장된 자는 출국금지결정 또는 출국금지기간 연장의 통지를 받은 날 또는 그 사실을 안 날부터 10일 이내에 법무부장관에게 출국금지결정 또는 출국금지기간의 연장결정에 대한 이의를 신청할 수 있다.
- ② 법무부장관은 제1항에 따른 이의신청이 있으면 그 날부터 15일 이내에 그 타당성 여부를 결정하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 경우에는 15일의 범위에서 1회에 한하여 그 기간을 연장할 수 있다.
- ③ 법무부장관은 제1항에 따른 이의신청이 이유 있다고 판단되는 때에는 즉시 출국금지를 해제하거나 출국금지기간의 연장을 철회하여야 하고, 그 이의신청이 이유 없다고 판단되는 때에는 이를 기각하고 당사자에게 그 사유를 기재한 서면으로 통보하여야 한다.

#### 제5조(국민의 여권 등의 보관)

- ① 출입국관리공무원은 제4조제1항의 규정에 의하여 출국이 금지된 자의 여권을 회수하여 보관할 수 있다. <개정 2005.3.24>
- ② 출입국관리공무원은 국민의 위조 또는 변조된 여권이나 선원신분증명서를 발견한 때에는 이를 회수하여 보관할 수 있다. <개정 2001.12.29, 2005.3.24>

출입국관리법시행령(이하 '영'이라고 한다)

#### 제2조(출국금지 절차)

- ① 법무부장관은 법 제4조제1항에 따라 출국을 금지하려면 그 기간을 정하여 출국을 금지하여야 한다. 이 경우 법무부장관은 관계 기관의 장에게 의견을 묻거나 관련 자료 제출을 요청할 수 있다.
- ② 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장은 법 제4조제2항에 따라 출국금지를 요청하는 경우 출국금지 요청사유와 출국금지 예정기간 등을 적은 출국금지 요청서를 법무부장관에게 송부하여야 한다. 다만, 시·군 또는 구(자치구를 말한다. 이하

같다)의 장의 소관 업무에 관한 출국금지의 요청은 특별시장·광역시장 또는 도지사(특별자치도지사를 포함한다. 이하 같다)가 한다.

③ 제1항에 따른 출국금지기간과 제2항에 따른 출국금지 예정기간은 법무부령으로 정한다.

### 제2조의2(출국금지기간의 연장 절차)

① 법무부장관은 법 제4조의2제1항에 따라 출국금지기간을 연장하려면 그 기간을 정하여 연장하여야 한다. 이 경우 법무부장관은 관계기관의 장에게 의견을 묻거나 관련 자료 제출을 요청할 수 있다.

② 제2조제2항에 따라 출국금지를 요청한 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장(이하 “요청기관의 장”이라 한다)은 법 제4조의2제2항에 따라 출국금지기간의 연장을 요청하는 경우 출국금지기간 연장요청 사유와 출국금지기간 연장이정기간 등을 적은 출국금지기간 연장요청서를 법무부장관에게 송부하여야 한다.

③ 제1항에 따른 출국금지기간 연장기간과 제2항에 따른 출국금지기간 연장이정기간은 법무부령으로 정한다.

### 제2조의3(출국금지 등의 요청에 대한 심사·결정)

① 법무부장관은 제2조제2항에 따라 출국금지 요청서를 받으면 그 날부터 다음 각 호의 기간에 출국금지 여부 및 출국금지기간을 심사하여 결정하여야 한다. <개정 2008.10.20>

1. 긴급한 조치를 필요로 하는 경우에는 1일 이내
2. 중앙행정기관 및 법무부장관이 정하는 관계기관과의 협의가 필요하다고 인정되는 경우에는 10일 이내
3. 그 밖의 경우에는 3일 이내

② 법무부장관은 제2조의2제2항에 따라 출국금지기간 연장요청서를 받으면 그 날부터 3일 이내에 심사하여 결정하여야 한다.

③ 법무부장관은 출국금지 요청이나 출국금지기간 연장요청의 심사에 필요하다고 인정하면 요청기관의 장에게 관련 자료 제출을 요청할 수 있다.

④ 법무부장관은 제1항 및 제2항에 따른 심사 결과 출국금지나 출국금지기간의 연장을 하지 아니하기로 결정하면 그 이유를 명시하여 요청기관의 장에게 통보하여야 한다.

### 제3조(출국금지의 해제 절차)

① 법무부장관은 법 제4조의3제1항에 따라 출국금지를 해제하려는 경우 출국금지사유의 소멸이나 출국금지의 필요성 여부를 판단하기 위하여 관계기관 또는 요청기관의 장에게 의견을 묻거나 관련 자료 제출을 요청할 수 있다. 다만, 출국금지사유가 소멸되거나 출국금지할 필요가 없음이 명백한 경우에는 즉시 출국금지를 해제하여야 한다.

② 법무부장관은 제1항에 따라 출국금지를 해제하면 그 이유를 명시하여 지체 없이 요청기관의 장에게 통보하여야 한다. 다만, 출국이 금지된 자의 여권이 반납되었거나 몰취된 것이 확인된 경우에는 통보하지 아니할 수 있다.

③ 요청기관의 장은 법 제4조의3제2항에 따라 출국금지의 해제를 요청하려면 출국금지 해제요청서를 작성하여 법무부장관에게 송부하여야 한다.

④ 법무부장관은 제3항에 따라 출국금지 해제요청서를 받으면 지체 없이 그 해제 여부를 심사하여 결정하여야 한다.

⑤ 법무부장관은 제4항에 따른 심사결과 출국금지를 해제하지 아니하기로 결정하면 지체 없이 그 이유를 명시하여 요청기관의 장에게 통보하여야 한다.

### 제3조의2(출국금지 요청대장의 비치)

요청기관의 장은 출국금지 요청, 출국금지기간 연장요청, 출국금지의 해제요청 및 그 해제 등의 변동사항을 기재한 출국금지 요청대장을 비치하여야 한다.

### 제3조의3(출국금지결정 등 통지의 제외)

① 요청기관의 장은 법 제4조제2항에 따라 출국금지를 요청하거나 법 제4조의2제2항에 따라 출국금지기간의 연장을 요청하는 경우 그 당사자가 법 제4조의4제3항에 해당된다고 인정하면 법무부장관에게 법 제4조의4제1항에 따른 통지를 하지 아니할 것을 요청할 수 있다.

② 법무부장관은 출국금지나 출국금지기간의 연장 요청에 관하여 심사·결정하는 때에 제1항에 따른 통지 제외에 관한 요청을 함께 심사·결정하여야 한다.

### 제3조의4(이의신청에 대한 심사·결정)

① 법무부장관은 법 제4조의5제2항의 이의신청에 대한 심사·결정에 필요하다고 인정하면 이의신청인이나 요청기관의 장에게 필요한 서류를 제출하거나 의견을 진술할 것을 요구할 수 있다.

② 법무부장관은 법 제4조의5제2항에 따라 이의신청에 대하여 심사·결정을 하면 그 결과를 이의신청인과 요청기관의 장에게 통보하여야 한다.

출입금지업무처리규칙(일부개정 2009.6.22 법무부령 제670호, 이하 '규칙'이라고 한다)

### 제2조(기본원칙)

① 출국금지는 필요한 최소한의 범위에서 한다.

② 출국금지는 단순히 공무수행의 편의를 위하여 하거나 형벌 또는 행정벌을 받은 사람에게 행정제재를 가할 목적으로 할 수 없다.

③ 출국금지는 「출입국관리법」(이하 “법”이라 한다) 제4조제1항에 따른 출국금지 대상자가 유효한 여권을 가지고 있다고 인정되는 경우에만 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 유효한 여권을 가지지 아니한 경우에도 출국금지를 할 수 있다.

1. 범죄 수사와 관련된 사람(기소중지자로 결정된 사람은 제외한다)

2. 「여권법」에 따른 거주 목적의 여권을 발급받을 수 있는 사람

④ 법무부장관은 출국금지 중인 사람에 대하여 동일한 사유로 출국금지의 요청을 받은 경우 거듭 출국금지하지 아니한다. 이 경우 출국금지를 요청한 기관의 장에게 그 사실을 통보하여야 한다.

제3조(출국금지 대상자) ① 법 제4조제1항제1호에 따라 출국을 금지할 수 있는 대상자는 범 죄혐의로 수사를 받고 있거나 그 소재를 알 수 없어서 기소중지결정이 된 사람으로 한다.

② 삭제<2009.6.22>

③ 삭제<2009.6.22>

④ 법 제4조제1항제6호에서 “대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 부적당하다고 법무부령이 정하는 자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

1. 「병역법」 제65조제5항에 따라 보충역 편입처분이 취소되었거나 공익근무요원소집의 해제처분이 취소된 사람
2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 병역면제·제2국민역·보충역의 처분을 받고 그 처분이 취소된 사람
3. 「병역법 시행령」 제128조제4항에 따라 징병검사·입영 등의 연기처분이 취소된 사람
4. 종전 「병역법」(2004. 12. 31. 법률 제7272호로 개정되기 전의 것)을 말한다) 제65조제4항에 따라 병역면제 처분이 취소된 사람. 다만, 영주귀국의 신고를 한 사람은 제외한다.
5. 「병역법」 제76조제1항 또는 제3항에 따른 병역의무불이행자
6. 「병역법」 제86조에 따른 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도주하거나 행방을 감춘 사람
7. 2억원 이상의 국세를 포탈한 혐의로 세무조사를 받고 있는 사람
8. 20억원 이상의 허위 세금계산서 또는 계산서를 발행한 혐의로 세무조사를 받고 있는 사람
9. 「출입국관리법 시행령」(이하 “영”이라 한다) 제98조에 따른 출입국장에서 타인 명의의 여권 또는 위조·변조여권 등으로 출입국하려고 한 사람
10. 그 밖에 출국 시 국가안보 또는 외교관계를 현저하게 해칠 염려가 있다고 법무부장관이 인정하는 사람

#### **제4조(출국금지의 세부기준)**

- ① 법무부장관은 필요하다고 인정하는 경우에는 법 제4조제1항 각 호의 출국금지 대상자에 대한 세부기준을 정할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 세부기준은 중앙행정기관 및 법무부장관이 정하는 관계기관(이하 “중앙행정기관 등”이라 한다)과의 협의를 거쳐야 한다. <개정 2009.6.22>

#### **제6조(출국금지기간 및 출국금지 예정기간)**

- ① 영 제2조제3항에 따른 출국금지기간과 출국금지 예정기간은 다음 각 호의 기간을 초과할 수 없다.
1. 법 제4조제1항제1호에 해당하는 사람: 1개월(기소중지나 도주 등 특별한 사유가 있는 경우에는 3개월)
2. 법 제4조제1항제2호부터 제6호까지의 어느 하나에 해당하는 사람: 6개월
- ② 출국금지기간 및 출국금지 예정기간은 확정기한으로 표시하여야 한다.
- ③ 출국금지기간의 기간을 계산할 때에는 「형사소송법」 제66조를 준용한다. 이 경우 “시효”는 “출국금지기간”으로 본다.

**제9조(출국금지 등의 심사·결정 시 고려사항)** 법무부장관은 출국금지 또는 출국금지기간 연장 여부를 결정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 제2조의 기본원칙

2. 출국금지 대상자의 범죄사실
3. 출국금지 대상자의 연령 및 가족관계
4. 출국금지 대상자의 해외도피 가능성

**제10조(출국금지 등의 심사결정서)** 법무부장관은 영 제2조의3에 따라 출국금지 요청이나 출국금지기간 연장요청에 관하여 심사·결정하면 별지 제2호 서식의 심사결정서를 작성한다.

**제11조(출국금지의 해제)**

- ① 법무부장관은 출국이 금지된 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 영 제3조제1항 단서에 따라 즉시 출국금지를 해제하여야 한다.
  1. 출국이 금지된 사람의 여권이 「여권법」에 따라 반납되었거나 몰취(沒取)된 것이 확인된 경우
  2. 유효한 여권을 소지하지 아니한 사람으로서 여권발급이 제한되어 있어 해외도피의 우려가 없다고 확인된 경우
  3. 그 밖에 출국금지 사유가 소멸되었음이 확인된 경우
- ② 법무부장관은 출국이 금지된 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 출국금지를 해제할 수 있다.
  1. 출국금지로 인하여 생업을 유지하기 어렵다고 인정되는 경우
  2. 출국금지로 인하여 회복하기 어려운 중대한 손해를 입을 우려가 있다고 인정되는 경우
  3. 그 밖에 인도적인 사유 등으로 출국금지를 해제할 필요가 있다고 인정되는 경우

**제12조(출국금지 해제요청서 등)**

- ① 영 제3조제3항에 따른 출국금지 해제요청서는 별지 제1호 서식에 따른다. <개정 2009.6.22>
- ② 영 제3조제4항에 따라 출국금지 해제요청에 관하여 심사·결정하면 별지 제2호 서식의 심사결정서를 작성한다. <개정 2009.6.22>

**제14조(출국금지결정 등의 통지서)**

- ① 법무부장관은 법 제4조의4제1항에 따라 출국금지의 통지를 할 경우 별지 제5호서식의 출국금지 통지서에, 같은 항에 따라 출국금지기간 연장의 통지를 할 경우 별지 제6호서식의 출국금지기간 연장통지서에, 같은 조 제2항에 따라 출국금지 해제의 통지를 할 경우 별지 제7호서식의 출국금지 해제통지서에 각각 따른다.
- ② 제1항에 따른 통지서는 본인에게 직접 교부하거나 우편 등의 방법으로 송부하여야 한다.

**제15조(출국금지결정 등 통지의 예외)**

- ① 법 제4조의4제3항에 따라 대한민국의 안전 또는 공공의 이익에 중대한 위해를 미칠 우려가 있어 출국금지나 출국금지기간 연장의 통지를 하지 아니할 수 있는 경우는 출국이 금지된 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄와 관련된 혐의자인 경우에 한한다.
  1. 「형법」 중 내란·외환의 죄
  2. 「국가보안법」 위반의 죄
  3. 「군형법」 중 반란·이적의 죄

4. 「군형법」 중 군사기밀 누설죄와 암호부정사용죄

② 법 제4조의4제3항에 따라 범죄수사에 중대한 장애가 생길 우려가 있어 출국금지나 출국금지기간 연장의 통지를 하지 아니할 수 있는 경우는 그 출국금지기간(출국금지기간 연장의 경우는 전체 출국금지기간을 합한 기간)이 6개월 이내인 경우에 한한다.

③ 요청기관의 장은 영 제3조의3제1항에 따라 당사자에게 통지하지 아니할 것을 요청하는 경우 출국금지 요청서의 출국금지사유란 또는 출국금지기간 연장요청서의 연장요청사유란에 그 이유를 기재하여야 한다.

④ 법무부장관은 영 제3조의3제2항에 따라 출국금지 또는 출국금지기간 연장을 결정한 사실을 통지하지 아니하기로 한 경우에는 별지 제2호 서식의 심사결정서에 그 이유를 기재하여야 한다. (개정 2009.6.22)

**제16조(출국금지 여부의 확인)**

① 출국이 금지된 자는 본인 또는 본인으로부터 소송 등을 위임받은 변호인이 법무부장관이나 출입국관리사무소장 또는 출입국관리사무소출장소장에게 본인의 출국금지 사실을 확인할 수 있다.

② 제1항에 따른 사실확인 절차 등 필요한 사항은 법무부장관이 따로 정한다.

**제17조(이의신청서 등)**

① 법 제4조의5제1항에 따라 이의신청을 하려는 사람은 별지 제8호서식의 이의신청서를 법무부장관에게 제출하여야 한다.

② 법무부장관은 영 제3조의4제2항에 따라 심사·결정을 하면 별지 제9호서식의 이의신청에 대한 심사결정서를 작성하고 그 사본을 이의신청인과 출국금지나 출국금지기간 연장을 요청한 기관의 장에게 송부하여야 한다.

**제18조(중앙행정기관 등과의 협의사항)** 법무부장관은 중앙행정기관 등과 다음 각 호의 사항을 협의한다.

1. 출국금지제도의 운영 및 개선에 관한 사항
2. 출국금지 또는 이의신청의 심사, 출국금지의 해제에 관한 사항 중 협의가 필요한 사항
3. 그 밖에 출국금지업무와 관련하여 협의가 필요한 사항

## 2. 쟁점

출국금지는 사건수사, 형사재판 중, 형 미집행, 일정액 이상의 세금, 벌금미납 등의 사유로 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 부적당하다고 인정되는 경우 출국을 제한하는 행정처분이다. 출국금지는 헌법에 보장된 국민의 기본권을 제한하는 행정처분으로 그 대상 및 절차는 출입국관리법 제4조제1항, 동법 시행령 제2조, 출국금지업무처리규칙 등에 자세히 규정되어

있다. 출국금지 중양행정기관의 장, 기타 관계기관의 장의 요청에 의하여 법무부장관이 행한다. 그런데 이러한 출국금지 처분에 대하여 헌법상 보장되는 국민의 기본권을 제한하는 행정처분으로서 법률에 직접 규정이 있어야 하지만 현행 출입국관리법에는 출국금지대상자를 정하고 구체적인 범위를 출국금지업무처리규칙(법무부령)으로 규정함으로써 위헌의 소지를 안고 있는 등의 문제가 여전히 남아 있다. 여기서 출국금지처분을 행정청 처분으로서가 아니라, 인신 및 거주이전의 자유에 대한 제한으로서 형사소송법상 수사처분으로서 인정할 것인가 하는 점은 문제된다.

### 3. 비교법적 검토

일본 출입국관리법은 일본인에 대하여는 출국금지제도가 없고, 출국확인절차를 밟도록만 하고 있을 따름이다(제60조, 다만 외국인에 한하여 수사기관의 요청에 의한 24시간 출국확인유보제도를 두고 있다. 제25조의2). 다만, 일본 여권법은 제13조에서 여권발급의 제한대상으로서 일정한 형 이상에 해당하는 범죄의 의심을 받아 체포장 등이 발부중인 자, 형집행중인 자 등과 ‘현저히 또는 직접 일본국의 이익 또는 공안을 해할 행위를 할 우려가 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 자’를 규정하여 여권발급단계에서 출국을 사전봉쇄하는 제도를 두고<sup>55)</sup>(출국금지제도와는 별도로 여권법 제8조가 이와 비슷한 규정을 두고 있음), 이의 실효성을 확보하기 위하여 제18조, 제19조, 제19조의2에서 여권을 발급받은 후 그 제한대상에 해당하는 경우에는 그 반환을 명하고 이를 통지하거나 공시하고, 여권의 효력을 상실시키는 조치를 취함으로써 굳이 출국금지제도로 다시 출국금지 등의 조치를 취할 필요는 없게 운용하고 있다.(우리 여권법도 제11조에서 이러한 경우 여권의 반환을 명

---

55) 일본 최고재 1958. 9. 10. 대법정판결에 의하면, 위 조항은 공공복지를 위한 합리적 제한이고 막연하다고 할 수 없으므로 위헌이 아니라고 하였고, 또 위 조항에 의한 제한은 명백하고 현존하는 위험이 있는 경우에 한하는 것이 아니라고 판시한 바 있다고 한다. 다만 외무대신의 위 거부결정은 국민의 자유권을 박탈하는 것이기 때문에 당연히 사법심사의 대상이 되나, 외무대신의 외교관계처리권과도 관련이 있기 때문에 법원의 심사는 외무대신의 결정에 합리적인 기초가 있는가 여부만에 한정하는 것이 적절하다고 한다.

할 수 있도록 하고 있으나, 여권의 실효조치제도를 두고 있지 아니하고, 단지 출입국관리법 제5조 제1항에 의하여 출입국관리공무원에게 여권회수보관권을 주고 있으나 이 제도가 실효성을 거둘 수 없는 허점이 있어 출국금지에 대하여 여권법과 출입국관리법으로 2중으로 규제하는 제도를 취하고 있다고 할 것이다).

한편 미국도 복역중인 자, 보석으로 출소한 자 또는 재판계속중인 자를 제외하고는 출국을 제한하지 아니하고 있다고 한다.

## 4. 출국금지처분의 법적 성질

### 가. 출국금지처분의 법적 성질

현재 출국금지처분의 성격에 대하여 특별히 논의하고 있는 예는 없으며, 행정청의 처분으로서 행해지고 있는 실정이다.

출국금지기준에 대하여 출입국관리법은 ‘대한민국의 이익을 현저하게 해 할 염려가 있는 자’라고 추상적으로 규정하고 그 시행령이 아닌 시행규칙(출국업무처리규칙)에서 다소 구체적인 기준을 정하고 있으나 그 구체적 기준을 법무부장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하도록 위임하고 있어 결국 구체적인 출국금지처분은 법무부장관이 정한 ‘출국금지기준’에 따르고 있는 실정이다.<sup>56)</sup>

법무부장관이 제정한 ‘출국금지기준’은 그 형식에 있어서 행정규칙이고 내용상으로도 행정청의 재량권남용을 억제하기 위한 재량규칙으로서 사무준칙의 성격을 띠고 있다고 할 것이므로 원칙적으로 행정청내부에서만 효력이 있고 일반국민이나 법원을 기속하지 아니한다고 할 것이다.<sup>57)</sup>

56) 원칙적으로 법이 출국금지기준의 결정을 대통령령이나 법무부령에 위임하여 여기에서 출국금지기준을 자세히 정하여야 하는 성격이므로, 이러한 규정방식은 위임입법의 형식과 관련하여 문제가 없지 아니하다.

57) 다만, 출입국관리법이 출국금지기준에 관하여 ‘대한민국의 이익을 해할 우려가 있는 자’라고 막연하게 규정하고 하부 법규명령에서도 이에 관한 아무런 내용을 규정하고 있지 아니함에 비추어 실질적으로 위 ‘출국금지기준’이 보충적 법규와 같은 역할을 하고 있는 점에 비추어 국세청장훈령인 재산제세사무처리규정의 경우와 마찬가지로 상위법규와 결합하여 법규로서의 효력을 가진다고 해석할 여지는 있다.

한편 출국금지제도와 헌법상 거주이전의 자유의 관계에 대하여 출국금지제도가 헌법상 거주이전의 자유를 침해하는 것인가에 대하여는 별반 논의가 없으나, 여권법 제8조 제1항 제5호의 여권발급제한규정에 관하여는 포괄적인 제한으로서 위헌의 소지가 있다고 주장하는 입장이 있다.<sup>58)</sup>

여권법상 여권발급 등의 제한사유에 관한 기준과 마찬가지로 출입국관리법에서 출국금지대상을 ‘출국이 대한민국의 이익을 현저하게 해할 염려가 있다고 인정되는 자’라는 막연하고 추상적인 기준을 마련하여 이를 시행규칙으로 그 구체적인 기준을 정할 수 있도록 위임하는 것은 포괄위임이나 막연하고 추상적인 위임으로 위헌의 요소가 있다는 점을 간과할 수 없기는 하지만, 출국금지대상을 각 행정부처에서 개별적이고 구체적인 기준을 정할 필요가 있고, 현실적 상황 변화에 대비하여 탄력적으로 신속하게 제정할 필요도 있으므로 위헌·무효라고 단정하기는 어렵다고 생각한다. 한편 시행규칙인 위 규칙 제3조 제1항 또한 일반적인 기준만을 정하고 제6호로 ‘기타 대한민국의 이익을 현저하게 해할 염려가 있다고 인정되는 자’라는 막연하고 추상적인 기준을 병행하여 두고, 그 구체적인 기준을 위원회의 심의를 거쳐 법무부장관이 정할 수 있도록 한 것도 마찬가지로 위헌·무효라고 단정하기는 어려울 것이다.

출입금지업무처리규칙에 의하면 제2조의 기본원칙 하에 “① 출국금지에는 필요한 최소한의 범위에서 한다. ② 출국금지에는 단순히 공무수행의 편의를 위하여 하거나 형벌 또는 행정벌을 받은 사람에게 행정제재를 가할 목적으로 할 수 없다”고 규정하고 있을 뿐이다. 그리고 동 규칙에 의하면 법 제4조 제1항 제1호에 따라 출국을 금지할 수 있는 대상자는 범죄혐의로 수사를 받고 있거나 그 소재를 알 수 없어서 기소중지결정이 된 사람이다. 법 제4조 제1항 4호와 5호의 경우 벌금 또는 추징금을 납부하지 아니한 자의 경우에는 정당한 사유를 요하지 아니하나, 세금미납자에 대하여는 정당한 사유없이 그 납부기한까지 납부하지 아니한 자라고 규정하고 있다. 또한 법 제4조제1항 6호에서 “대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 부적당하다고 법무부령이 정하는 자”로 규정하고

---

58) 김철수, 헌법학신론(2001), 331면 참조

있으며, 이는 규칙에 정하고 있다.

이처럼 출입국관리법 제4조 제1항이 출국금지의 대상자를 ‘대한민국의 이익을 현저히 해할 염려가 있다고 인정되는 국민’으로 규정하고, 위 규칙 제2조 제1항에서 출국금지의 기본원칙으로 필요한 최소한의 범위로 하도록 하고, 제2항에서 출국금지는 단순히 공무수행의 편의나 형벌 또는 행정벌을 받은 자에 대한 행정제재의 목적으로 할 수 없다고 규정하고 있다.

따라서 출입금지대상자로서의 추징금미납자의 경우도 기본적으로 출입국관리법 제4조 제1항이 ‘대한민국의 이익을 현저히 해할 염려가 있다고 인정되는 국민’으로 볼 수 있어야 하고 그 요건 판단에는 재량의 여지가 있으므로 결국 재량처분이라고 함이 타당하다. 또한 위 규칙 제 10조가 법무부장관은 다른 행정기관의 장의 요청에 따른 출국금지 여부에 관한 심사·결정을 하는 때에는 1. 제2조의 기본원칙 2. 출국금지대상자의 성별·연령·학력·성행 및 범죄사실 3. 출국금지대상자의 가족관계 및 사회적 신분 4. 출국금지대상자의 해외도피가능성 유무의 사항을 참작하여야 한다고 하는 것도 이러한 취지다(다만, 법무부의 출국금지기준은 상위법규와 결합하여 법령보충적 의미의 법규로서의 효력이 있다고 할 여지는 있으나, 그 법률적 성질은 행정청의 내부지침에 불과하며, 재량준칙으로서의 역할을 한다.<sup>59)</sup>

한편 규칙 제6조에 의한 추징금 미납에 대하여는 출국금지 예정기간을 최고 6개월로 제한하고 이를 확정기한으로 표시하게 하여 불필요하게 장기간 출국금지를 함으로써 개인의 기본권을 과잉침해하지 못하도록 하고 있으며, 제11조 제3항에서 연장기간도 이를 초과할 수 없도록 하고 있다.

---

59) 이에 관련되는 것으로 보이는 판례로는 대법원 1992. 10. 9. 선고 91누10510 판결이 있다, 이에 의하면 “소득세 부과처분이 당연무효가 아니고, 나아가 그 처분이 취소되었다고 인정할 만한 자료가 없으므로 그 소득세 및 방위세 상당의 국세를 체납하였고, 이는 법무부소정의 출국금지요건에 해당하여 원고에 대한 출국금지처분 나아가 출국금지기간연장처분은 적법한 것이라 아니할 수 없다.”고 함으로써 마치 기속처분인 것처럼 하고 있으나 이어 “원고가 재일교포로서 일본영주권을 가지고 있고, 미납세액을 전혀 납부하지 아니하고 있는 등 여러 가지 사정과 이 사건 처분이 출국금지업무처리규칙에서 정한 일반적인 기준에 따라 이루어진 점 등을 참작할 때 이 사건 출국금지처분이 비례의 원칙에 위반된다거나 재량권을 일탈한 위법한 처분이라고 단정할 수 없다”고 하여 원심판결을 승인하고 있음에 비추어 보면 재량처분임을 전제로 하고 있다고 할 것이다.

## 나. 대법원의 입장

출국금지의 성격에 대하여 구체적인 판례의 입장은 아직 없고 다만 추징금 미납자에 대한 출국금지처분<sup>60)</sup>의 재량권의 범위에 대한 판시를 통하여 출국금지의 성격을 밝히고 있다. 즉 대법원은 추징금 미납자에 대한 출국금지처분에 대하여 “법무부장관이 벌금이나 추징금 또는 국세 체납자 등에 대하여 출국을 금지하고 있는 이유는, 그 미납자가 출국을 기회로 해외로 도피하거나 시효기간 동안 귀국하지 아니하고 외국에 체재하여 그 시효 기간을 넘기는 것을 방지하고, 출국을 이용하여 재산을 해외로 도피하는 등 강제집행면탈을 막을 목적 등에 있다 할 것이라고 전제 한 다음, 국민이 일정한 직업을 가지고 경제활동을 하면서 그 경제활동으로 벌어들인 수입으로 추징금을 일부씩 납부하여 왔고 또한 가족과 함께 국내에 거주하고 있어서 출국하였다가 곧바로 귀국할 가능성이 높다고 인정된다면, 단지 추징금을 납부하지 않고 있다는 사유만으로 출국을 제한하는 것은 거주이전의 자유와 경제활동의 자유를 지나치게 제한하는 것으로 되어 위법하나, 반대로 주된 생활근거지가 해외여서 본인이 먼저 출국한 후 가족들도 뒤따라 출국할 가능성이 높다거나, 추징금이 고액이고 정상적인 경제활동을 하면서도 장기간 추징금을 일체 납부하지 아니하였고 과거의 행적으로 보아 출국을 기회로 삼아 재산을 해외에 도피할 가능성이 높다고 인정된다면, 출국금지로 달성하려는 공익에 비하여 그로 인하여 침해되는 사익이 더 보호할 가치가 있다고는 볼 수 없어서 출국금지처분은 적법하다”는 기준을 제시하고 있다. 본 판결은 이른바 출국금지처분의 성질이나, 추징금 미납을 이유로 한 출국금지처분에 관한 요건과 그에 대한 행정청이나 법원의 판단방법과 기준에 대하여 최초로 명시적 판결을 한 것으로 그 의미가 크다.<sup>61)</sup>

60) 출입국관리법시행령(일부개정 2009.12.31 (대통령령 21942호) 법무부에 따르면 출국금지기준은 다음과 같다.

제1조의3(벌금 등 미납에 따른 출국금지 기준)

① 법 제4조제1항제4호에서 “대통령령으로 정하는 금액”이란 다음 각 호의 금액을 말한다.

1. 벌금: 1천만원
2. 추징금: 2천만원

② 법 제4조제1항제5호에서 “대통령령으로 정하는 금액”이란 5천만원을 말한다

61) 김재협, 대법원판례해석, 재판연구관 세미나자료 제38호, 2001년 하반기

출국금지업무처리규칙 제2조는 처분을 행할 경우에도 필요한 최소한의 범위에서 행하여야 하며(규칙 제1항), 단순히 공무수행의 편의나 형벌 또는 행정벌을 받은 자에 대한 행정제재의 목적으로는 할 수 없도록(제2항) 규정하고 있는 것은 출국금지를 함에 있어 재량권남용을 억제하기 위하여 추상적인 처분기준을 마련한 것으로 볼 수 있다. 결국 출국의 자유에 대한 제한은 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하고 또한 출국금지에 의하여 보호하려는 공익과 그에 의하여 침해되는 사익에 비하여 더 커야 한다는 비례의 원칙에 적합하여야만 그 적법성이 인정된다.

## 5. 입법논의현황

출국금지처분에 대하여는 수사기관의 수사편의만을 우선적으로 고려하고 있을 뿐만 아니라, 출국금지규정이 너무 추상적이어서 국민의 기본권을 제한한다는 지적이 제기되어 왔다. 이러한 문제점을 고려하여 최근 개정을 통하여 추상적으로 되어 있는 출국금지 대상을 구체적으로 명확히 규정하고, 사건수사 목적의 통보유예제도를 일정기간이 지나면 예외 없이 출국금지 대상자에게 통보하도록 개정하였다. 그럼에도 불구하고 “단순한 참고인 신분임에도 불구하고 수사기관 등이 출국금지 조치를 남용할 우려가 있음은 여전히 문제되고 있다.

이러한 상황에서 대한변협은 출국금지처분의 대상범죄를 일정한 법정형 이상의 경우로 제한해야 한다는 등의 내용을 담은 의견을 밝힌 바 있다. 이에 따르면 출국금지처분은 헌법에 보장된 신체의 자유 및 거주이전의 자유, 나아가 국제교역에 따르는 영업의 자유 또는 직업선택의 자유나 재산권 행사의 자유까지 심각하게 침해할 우려가 있는 처분임에도 현행법상 그 요건이나 절차 등이 명확하게 규정되어 있지 않다”며 출국금지처분은 엄격한 적법절차에 의하도록 법률에 명확히 규정하여 처분대상자의 피해를 예방 또는 구제하기 위한 구체적인 제도가 마련돼야 한다고 주장했다.

한편 변호사협회는 출입국관리법 등의 규정이 행정상 또는 수사상의 필요만 있으면 언제든지 출국금지처분을 할 수 있도록 방임하고 있다고 지적하고, 범죄수사의 필요에 의한 출국금지는 적어도 범죄혐의가 있는 자(피의자)에 국한되어야 하고 이

러한 취지를 규정하고 있는 출국금지업무처리규칙은 법무부령이 아닌 법률 또는 시행령으로 규정해야 한다고 밝혔다. 또 금융감독원 등이 조사의 필요상 또는 단순내사의 필요상 요청하는 출국금지에 대해서는 법률에 ‘입건되어’라는 조건을 부가할 필요가 있다고 지적했다. 또한 현행 출국금지기간을 보면 내국인은 사유에 따라 1개월 및 6개월로 되어 있는데 비해 외국인의 출국정지기간은 10일 및 3월로 되어 있어 불합리하다며, 전체적으로 기간을 단축하되 국적에 따라 기간을 달리하기 보다는 거주지 및 생활의 기반, 직업, 영업의 종류 등 실질적인 사유를 기준으로 기준을 정하는 것이 타당하다고 주장했다. 이 밖에도 출국금지 심사 및 결정의 주체, 출국금지처분의 통지 및 이의절차에 문제가 많다고 지적하고 출국금지처분도 사법기관 또는 기타 독립된 제3의 기관을 통하여 그 침해가능성을 줄 일수 있는 절차가 별도로 마련되어야 하며, 출국금지처분시 원칙적으로 본인에게 모두 통지하고 본인이 금지처분에 대해 이의를 제기할 수 있는 절차도 마련해야 한다고 밝혔다.

하급심 판례<sup>62)</sup> 또한 거액추징금 미납만으로 출국금지처분은 위법하다고 판시한 바 있다. 이에 따르면 “2,000만원 이상의 추징금 미납을 이유로 한 출국금지는 출국을 이용해 재산을 해외로 도피하는 등으로 강제집행을 어렵게 하는 것을 막는데 목적이 있는데 원고들이 추징금도 거액이고 해외업무를 많이 담당해 해외 취업도 가능할 것으로 보이긴 하나 그 같은 사정만으로 출국을 기회로 재산을 해외로 도피할 가능성이 있다고 단정하기 어려우며, ...개인재산을 축적했다고 볼 자료가 없고 출국금지처분 전까지도 여러 차례에 걸쳐 출국한 사실이 있으나 재산을 해외로 도피한 일은 없었던 점으로 비취 원고들에 대한 출국금지는 지나치게 가혹해 재량권의 범위를 일탈·남용했다”고 판시하고 있다.

---

62) 서울고법 2007.3.23. 판결.

## 6. 연구회의 개정시안

| 현행법률  | 개정시안   |
|---|--|
| <p><b>제199조 (수사와 필요한 조사)</b></p> <p>① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다. &lt;개정 1995.12.29&gt;</p> <p>② 수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.</p> | <p><b>제199조(수사와 필요한 조사)</b></p> <p>① 현행</p> <p>② 수사에 관하여는 <u>법률에 근거하여</u> 공무소 기타 ...</p> <p>③ (신설) 범죄의 혐의가 상당하고 수사상 필요한 경우에는 <u>출국금지 처분을 행할 수 있다. 출국금지 기간은 3개월로 한다. 기타 필요한 사항은 출입국관리법 등 개별법률에 의한다.</u></p> |

## VI. 피의자신문시 변호인참여권의 제한 및 그 사유의 명문화 여하

### 1. 관련조문

|   |
|---|
| <p><b>형사소송법 제243조의2(변호인의 참여 등)</b></p> <p>① 검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.</p> <p>② 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자가 신문에 참여할 변호인 1인을 지정한다. 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 이를 지정할 수 있다.</p> <p>③ 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.</p> <p>④ 제3항에 따른 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.</p> |
|---|

⑤ 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다.

## 2. 쟁점

대법원은 2003.11.11. 송두율 사건을 계기로 구속피의자에 대하여, 헌법재판소는 2004.9.23. 불구속 피의자에 대하여 피의자신문시 변호인 참여권을 헌법상 권리로 인정(헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙, 제12조 제1항의 적법절차 원칙, 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리 등)<sup>63)</sup>하고 있다. 그리하여 개정 형사소송법은 수사절차의 적법성과 피의자의 방어권을 강화한다는 입법취지하에 피의자신문시 변호인의 참여권 보장을 명문화하기에 이르렀다.

다만 개정이후에도 피의자 ‘신문“ 이외에 피의자 ”조사“에 있어서도 변호인의 참여권을 인정할 것인가와 정당한 사유를 구체적으로 명시할 것인가, 현행처럼 해석에 맡길 것인가 하는 점이 문제되고 있다.

## 3. 입법과정

법무부 개정시안(2004년)에 의하면 변호인의 피의자신문참여를 허용하되 예외적으로 구체적인 참여제한 사유 등을 규정하였다. 사법개혁추진위원회안 또한 피의자의 방어권보장 방안을 합리적으로 개선한다는 입법취지하에 수사기관의 조사·신문시 피의자가 체계적으로 방어할 수 있는 제도적 장치를 마련하였는데, 변호인의 피의자신문참여권보장도 그 중 하나이다. 동조 제1항에 의하면 피의자, 변호인 등은 피의자에 대한 신문과정에 참여할 것을 신청할 수 있고, 수사기관은 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다고 규정하고 있다. 사개추위안에서는 피의자에 대한 “조사 및 신문“에 변호인이 참여할 수 있도록 되어 있었다는 점에 그 특징이 있다.

63) 김대웅, 변호인의 피의자신문참여권, 형사판례연구(17), 2009, 444면.

**사개추위안 제243조의2 (변호인의 참여 등)**

- ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 변호인의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 조사 및 신문(이하 이 조에서 “신문”이라고 한다)에 참여하게 하여야 한다.
- ② 피의자의 법정대리인·배우자·직계친족 또는 형제자매는 제1항의 규정에 의한 신청을 할 수 있다.
- ③ 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.
- ④ 제3항의 규정에 의하여 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.
- ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다.

제244조제2항 및 제3항을 각각 다음과 같이 한다.

- ② 제1항의 규정에 의한 조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어들려 주어야 하며, 진술한 대로 기재되지 아니하였거나 사실과 다른 부분의 유무를 물어 피의자가 증감 또는 변경의 청구 등 이의를 제기하거나 의견을 진술할 때에는 이를 조서에 추가로 기재하여야 한다. 이 경우 피의자가 이의를 제기하였던 부분은 읽을 수 있도록 이를 남겨두어야 한다.
- ③ 피의자가 조서에 대하여 이의나 의견이 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 취지를 자필로 기재하게 하고 조서에 간인한 후 기명날인 또는 서명하게 한다.

이에 대하여 법제사법위원회 논의과정에서 조사의 의미가 불명확하고, 변호인 참여대상을 신문 이외에 조사까지 확장하는 것은 부적절하다는 이유로 조사를 삭제하고 신문에 한정하였다.<sup>64)</sup> 또한 법제사법위원회에서는 변호인의 참여를 제한할 수 있는 “정당한 사유”를 구체적으로 명시하여야 하며, 변호인의 퇴거를 요구하는 근거를 두어야 한다는 등의 입장이 제기되었다. 이에 대하여는 변호인의 조력을 받을 권리가 지나치게 침해될 우려가 있다는 점이 지적되어 정부원안대로 “정당한 사유”를 해석에 맡기기로 하였다.

이에 대하여 한국형사법학회 및 한국형사정책학회의는 검토의견을 통하여 정당한 사유라는 제한사유는 그 판단주체가 수사기관 자신이라는 점, 그 판단의 구체적 척도가 없어서 자의적으로 해석 적용될 여지가 크다<sup>65)</sup>고 하였다. 즉 수사기관의 입

64) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 48면.

65) 법무부 형법 형사소송법 개정안에 대한 한국형사법학회와 한국형사정책학회의 공동의견 참조.

장에서 정당한 사유가 있다고 판단되면 언제든지 변호인 등의 신문참여를 제한하는 방향으로 남용될 우려가 있어 이를 삭제하여야 한다는 것이다. 적어도 수사기관이 변호인의 피의자신문참여를 제한할 수 있도록 하면서도 그 제한사유를 구체적으로 특정하지 않은 것은 수사기관에 의한 제한의 남용이 우려되므로 별도의 제한사유를 두는 것이 바람직하다. 또한 피의자신문에 참여한 변호인에 대하여도 의견진술의 기회를 보장해주어야 한다. 즉 “신문에 참여한 변호인은 신문중 언제든지 의견을 진술할 수 있으며, 신문 후에도 의견을 진술할 수 있다”고 규정하는 것이 제도의 취지에 부합한다.

#### 4. 비교법적 검토

독일의 경우에는 변호인은 수사절차상 검사가 피의자를 신문할 경우에는 그 신문에 참여할 수 있다. 다만 변호인의 참여권이 사실규명을 위협에 빠뜨릴 가능성이 있음을 고려하고 있는데, 즉 변호인이 증거인멸행위를 하였다는 구체적인 근거가 있는 경우 변호인에게 신문날짜를 통보하지 않는 것을 허용하고 있다(독일 형사소송법 제168조의 c 제5항 참조). 그럼에도 불구하고 변호인이 참여한 경우에는 동일한 사유로 그를 신문에서 배제할 수 없다.<sup>66)</sup>

#### 5. 연구회의 입법논의 결과 : 변호인참여권 제한사유의 구체화 여부

##### 가. 변호인참여권 제한사유의 구체화 필요성

개정 형사소송법하에서 정당한 사유가 없는 한 변호인을 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다고 규정하여 결국 정당한 사유가 있는 경우에는 변호인참여권이 제한될 수 있다. 실무상으로는 피의자신문시 변호인의 참여에 대하여 피의자의 방어권보장이라는 측면과 실제진실발견이라는 수사의 목적달성 사이에 균형을 유지할 필요가 있다는 점에서 변호인참여권을 제한할 필요가 있다<sup>67)</sup>고 한다.

66) K.Volk/김환수 외 역, 독일 형사소송법, 2007, 128면.

67) 전승수, 피의자신문시 변호인참여권, 형사판례연구(17), 2009, 396면.

그러나 변호인참여권 제한사유로서 정당성이라는 개념은 불확정한 개념이고 실 무상 변호인 참여를 제한하는 경우에 정당한 사유가 있는지 여부에 대하여 혼란의 우려가 있다. 변호인참여권의 제한은 원래 정부원안에서는 없는 것으로서 이러한 제한사유 명문화로 인하여 변호인참여제도의 의의가 퇴색되었다는 비판이 제기되고 있다.<sup>68)</sup>

대법원과 헌법재판소는 변호인의 피의자신문참여권을 제한할 수 있는 기준으로 서<sup>69)</sup> 신문방해의 염려, 수사기밀 누설염려, 위법한 조력의 염려 등 3가지를 제시하고 있다.<sup>70)</sup> 이에 따르면 수사기관이 피의자신문을 하면서 위와 같은 정당한 사유가 없음에도 변호인에 대하여 피의자로부터 떨어진 곳으로 옮겨 앉으라고 지시를 한 다음 이러한 지시에 따르지 않았음을 이유로 변호인의 피의자신문참여권을 제한하는 것은 허용될 수 없는 경우이다.<sup>71)</sup>

또한 대법원은 수사관들의 신문행위가 위법 부당하지 않은 경우에도 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 의사에 반하지 않은 범위 내에서 스스로의 판단에 따라 수사관의 신문에 대하여 1회 이의를 제기한 뒤 받아들여지지 않자 바로 피의자에게 그 신문에 대한 진술거부권 행사를 조언한 행위가 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에 해당되지 않는다고 판단하고 있다.<sup>72)</sup>

생각건대 변호인의 피의자신문참여권은 무제한으로 인정되는 것은 아니다. 이 점에서 수사기관의 수사과정에 직접 개입하는 형태로 이루어지는 것이 아닌 변호인과의 접견교통권과는 차이가 있다. 즉 국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 없는 헌법상 권리인 변호인과의 접견교통권과는 달리 피의자신문에 대한 변호인참여권은 헌법 제37조 제2항의 기본권제한원리에 따라 필요한 경우에 한하여 법률에 의하여 제한이 가능하다.<sup>73)</sup> 따라서 개정 형사소송법

68) 김태명, 수사법개정의 쟁점과 과제, 동북아법연구 제1권 제2호, 2007, 154면.

69) 전승수, 396면.

70) 대법원 2003.11.11. 선고 2003모402 판결 ; 대법원 2008.9.12. 자 2008모793 판결 ; 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2000헌마138 결정.

71) 대법원 2008.9.12. 자 2008모793 결정.

72) 대법원 2007.11.30. 선고 2007모26결정.

73) 김대웅, 변호인의 피의자신문참여권, 형사판례연구(17), 2009, 439면.

처럼 법률상 제한의 사유를 명확히 구체적으로 예시하는 것이 수사기관의 자의적 판단을 미연에 방지할 수 있고, 나아가 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리실현을 보장하는 방안이 될 것이다.

## 나. 연구회의 개정시안

| 현행법률  | 개정시안  |
|---|---|
| <p><b>243조의2(변호인의 참여 등)</b></p> <p>① 검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.</p> <p>② 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자가 신문에 참여할 변호인 1인을 지정한다. 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 이를 지정할 수 있다.</p> <p>③ 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.</p> <p>④ 제3항에 따른 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.</p> <p>⑤ 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자 신문조서에 기재하여야 한다.</p> | <p><b>243조의2(변호인의 참여 등)</b></p> <p>① <u>검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청이 있는 경우에는 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 피의자에 대한 신문 및 조사 그리고 판사에 의한 강제처분 등에 참여를 허용하여야 한다. 다만, 신문방해의 염려, 수사기밀 누설염려, 위법한 조력의 염려 등 수사목적</u>을 위태롭게 할 우려가 있는 경우에는 <u>변호인의 참여를 제한할 수 있다.</u></p> <p>② ~ ⑤ 현행</p> |

# 강제처분제도의 개정방안\*

발표자 : 이 은 모 | 한양대 법학전문대학원 교수

## I. 머리글

2007년 6월 1일 법률 제8435호로서 공포되어 2008년 1월 1일부터 시행되고 있는 현행 형사소송법은 형사소송법의 틀을 그 동안의 사회변화와 국민들의 의식변화에 맞춰 재편성한 것으로서 그 이전의 개정과는 양적인 면에서나 질적인 면에서 근본적인 차이가 있다고 할 수 있다. 개정된 형사소송법은 강제처분제도와 관련해서도 여러 가지 변화를 가져왔는데 그 대표적인 내용은 다음과 같다.

- (1) 상소심에서의 충실한 심리를 위하여 부득이한 경우에는 3차에 걸쳐 상소심의 구속기간을 갱신할 수 있도록 하였다(제92조 제2항).
- (2) 보석조건을 다양화함으로써 특히 경제적 무자력자에게도 보석의 기회를 확대 하였다(제98조).
- (3) 긴급체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 구속영장을 청구하도록 하고 최대한 48시간을 넘지 못하게 함으로써(제200조의 4 제1항), 구속영장이 48시간 이내에 청구된 경우에도 지체 없이 청구되었는지의 여부를 심사의 대상으로 삼게 하였다. 또한 구속영장을 청구하지 않고 긴급체포한 피의자를 석방한 경우에는 검사로 하여금 30일 이내에 그 사유를 법원에 통지하도록 하였다(동조 제4항).
- (4) 구속 전 피의자심문을 피의자의 의사나 법관의 필요성 판단과 관계없이 실시하는 필요적 심문으로 바꾸고(제201조의2 제1항, 제2항), 구속 전 피의자심문

\* 이은모 교수(한양대학교 법학전문대학원), 이천현 연구위원(한국형사정책연구원) 공동집필

조서의 작성을 의무화하였다(동조 제6항).

- (5) 체포·구속적부심사청구권의 실질적 보장을 위하여 피의자를 체포·구속한 검사 또는 사법경찰관으로 하여금 피의자 및 적부심사청구권자 중에서 피의자가 지정한 자에게 적부심사를 청구할 수 있음을 알리도록 의무화하였다(제214조의2 제2항).
- (6) 체포현장에서 압수한 물건을 계속 압수하기 위해서는 48시간 이내에 지체 없이 압수수색영장을 청구하도록 하였다(제217조 제2항).
- (7) 긴급체포시의 압수·수색·검증제도를 개선하여 긴급한 압수의 필요성이 있고 긴급체포한 때로부터 24시간 이내인 경우에 한하여 이를 허용하였으며(제217조 제1항), 구속영장의 발부 여부와 관계없이 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 48시간 이내에 지체 없이 압수수색영장을 청구하도록 하였다(동조 제2항).

그러나 개정된 형사소송법은 구속 전 필요적 피의자심문이나 보석조건의 다양화 등과 같은 긍정적인 변화에도 불구하고, 피의자·피고인의 방어권 보장이나 제도의 효율성이라는 관점에서 볼 때 아직 개선해야 할 부분이 여전히 존재하는 것도 사실이다.

여기서는 현행 형사소송법의 내용 중에서 강제처분제도와 관련된 부분의 문제점을 검토하고 그에 대한 합리적인 개정방안을 제시하고자 한다.

## II. 긴급체포제도에 관한 검토(사후 체포영장의 필요성)

### 1. 개정안

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <b>제200조의4(긴급체포와 영장청구기간)</b><br>① 검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 검사는 관 | <b>제200조의4(긴급체포와 영장청구기간)</b><br>① 검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 체포영장 |

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p><u>할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 하며, 제200조의3제3항에 따른 긴급체포서를 첨부하여야 한다.</u></p> | <p>을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 한다. 이 경우 체포영장은 피의자를 체포한 때부터 6시간 이내에 청구하여야 하며, 제200조의3 제3항에 따른 긴급체포서를 첨부하여야 한다.</p> |
| <p>(신설)</p>  |   |
| <p>② <u>제1항의 규정에 의하여 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.</u></p>  | <p>② <u>검사 또는 사법경찰관이 제1항의 청구에 의하여 체포영장이 발부된 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하며, 체포영장을 첨부하여야 한다.</u></p>              |
| <p>③ <u>제2항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.</u></p>   | <p>③ <u>제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 체포영장 또는 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.</u></p>  |
| <p>④ <u>제2항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.</u></p>   | <p>④ <u>제3항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.</u></p>  |
| <p>④ · ⑤ (삭제)</p>  |   |
| <p>⑥ (생략)</p>  | <p>⑤ (현행 ⑥과 같음)</p>   |

## 2. 개정안에 대한 설명

긴급체포란 긴급을 요하는 경우에 중대한 범죄의 혐의를 받고 있는 피의자를 수사기관이 영장 없이 체포하는 제도이다. 이러한 긴급체포와 관련된 가장 큰 문제점은 형사소송법이 긴급체포 후 체포영장을 발부받을 것을 요구하지 않고 다만 구속하고자 할 때에는 지체 없이, 늦어도 48시간 이내에 구속영장을 청구하도록 한 것이다(제200조의4 제1항 참조). 구속영장이 48시간 이내에 청구된 경우에도 지체 없

이 청구되었는지의 여부는 여전히 심사의 대상이 되나, 긴급체포 후 피의자신문을 허용하고 있는 현실에서 볼 때 ‘지체 없이’라는 제한이 얼마나 실제적인 차이를 가져올 수 있을지는 의문이라고 할 수 있다. 그 결과 현실적으로 긴급체포의 경우에는 구속영장을 청구하는 48시간까지 영장 없는 체포를 허용하는 것이 되며, 수사기관이 피의자를 긴급체포한 후 48시간 이내에 석방하는 경우에는 검사가 법원에 대하여 서면통지 의무를 부담하는 것(동조 제4항) 이외에는 이에 대한 적절한 사법적 대응방안이 없게 된다.

그러나 긴급체포에 대한 사후적 사법심사의 결여는 수사기관에 의한 긴급체포의 남용을 초래하고 영장에 의하여 체포해야 할 피의자까지 영장 없이 체포하게 할 위험성을 가지게 된다. 또한 이러한 형사소송법의 태도는 헌법의 규정과도 맞지 않는다고 하여야 한다. 현행 헌법은 제12조 3항 단서에서 「다만 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다」고 함으로써, 긴급체포에 있어서는 법관의 사전 체포영장을 요하지 않을 뿐 사후체포영장은 요구되는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 따라서 형사소송법이 긴급체포에 대해 사후의 체포영장을 요구하지 않는 것은 그 자체가 헌법위반이라고 보아야 한다.<sup>1)</sup>

결론적으로 볼 때 수사기관이 피의자를 긴급체포한 경우에는 지체 없이 체포영장을 청구하여 발부받도록 하고, 그 청구시한은 긴급체포한 때로부터 6시간 이내로 제한하는 입법이 필요하다고 생각된다.<sup>2)</sup> 또한 긴급체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 않으면 피의자를 석방하여야 하므로, 긴급체포 후 48시간 이내에 체포영장을 발부받고 다시 구속영장을 청구하지 않으면 안 된다.<sup>3)</sup>

1) 신동운, 신형사소송법(제2판)(2009), 207면; 신양균, 형사소송법(신판)(2009), 166면; 이은모, 형사소송법(2010), 227면.

2) 2006년 2월 14일, 한국형사법학회의 ‘형사소송법 개정안에 대한 의견’ 참조.

3) 일본 형사소송법은 수사기관에게 긴급체포 후 즉시 체포영장청구절차를 밟을 것을 요구하고 있다(동법 제210조 제1항 참조). 또한 일본의 경우 피의자를 체포한 경우에는 사법경찰관은 유치의 필요가 없다고 생각하여 석방하는 경우를 제외하고는 체포한 때로부터 48시간 이내에 서류·증거물과 함께 피의자를 검사에게 송치하도록 하고 있고(동법 제203조 제1항), 검사는 석방하지 아니하면 인계받은 때로부터 24시간 이내에 법관에게 구속영장을 청구하거나 법원에 공소를 제기하도록 하고 있다(동법 제205조 제1항·제3항). 다만 검사가 피의자를 체포한 경우에는 48

## II. 현행범인 체포와 관련된 검토

### 1. 준현행범인에 관한 제211조 제2항 제4호의 사유

#### (1) 개정안

| 현행법   | 개정안                       |
|---|---------------------------|
| <b>제211조(현행범인과 준현행범인)</b><br>② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 현행범인으로 간주한다.<br>1호~3호 (생략)<br>-----<br>4. 누구임을 몰음에 대하여 도망하려 하는 때 | (현행과 같음)<br>-----<br>(삭제) |

#### (2) 개정안에 대한 설명

준현행범인이란 고유한 의미의 현행범인은 아니지만 현행범인으로 간주되는 자를 말한다. 즉 ① 범인으로 호창(呼唱)되어 추적되고 있는 자, ② 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 자, ③ 신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 자, ④ 누구임을 몰음에 대하여 도망하려 하는 자

시간 이내에 구속영장을 청구하거나 또는 공소를 제기하면 된다(동법 제204조 제1항). 그리고 체포된 피의자에 대하여 공소제기가 있는 때에는 법원은 신속히 피의자의 진술을 들은 후 구속 여부를 결정하여야 하는데(동법 제280조 제2항), 이러한 규정들은 긴급체포에도 적용되게 된다(동법 제211조 참조).

여기서 한 가지 특기할 만한 것은 일본의 경우 피의자에 대한 사법경찰관의 신체구속기간이 48시간에 그친다는 점이다. 이 점은 사법경찰단계에서의 신체구속기간이 10일 간인 우리나라의 경우와 크게 차이가 있다. 다만 검사는 체포된 피의자를 송치받은 후 24 이내에 구속영장을 청구할 수 있고, 피의자에 대한 검사의 구속기간은 구속영장을 청구한 때로부터 10일이나 총 10일의 범위 내에서 구속기간의 연장을 청구할 수 있으므로(동법 제208조), 검찰수사단계에서의 신체구속기간은 21일에 달한다. 결과적으로 수사기관이 피의자의 신체를 구속할 수 있는 기간은 사법경찰관의 체포기간을 합하여 최장 23일이 된다. 경찰의 구속수사는 필요한 최소한에 그쳐야 하고, 검사에게 사건을 송치한 후에도 경찰은 필요한 수사를 계속할 수 있다는 점에서 볼 때 경찰에서의 신체구속기간을 48시간으로 엄격히 제한하고 있는 일본 형사소송법의 태도가 보다 바람직하다고 생각되나, 이 부분에 대한 논의는 다음 기회로 미루기로 한다.

가 여기에 해당한다(제211조 2항). 현행범인과 함께 준현행범인에 대하여 영장주의 예외를 인정하는 것은 범행의 명백성이 인정되기 때문이다. 그런데 제211조 제2항 제1호 내지 제3호의 사유는 범행과의 관련성이 비교적 강하게 인정되는 경우인데 반하여, 제4호의 사유인 ‘누구임을 물음에 대하여 도망하려고 하는 때’는 범행과의 관련이 극히 약한 경우라고 할 수 있다. 따라서 제211조 제2항 제4호의 사유는 이를 삭제하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>4)</sup> 제4호의 사유에는 주로 경찰관직무집행법에 의한 직무질문에 대하여 응하지 않고 도망하려 한 자가 해당하게 될 것이나, 범행에 대한 직접적인 관련성이 희박한 경우일 뿐만 아니라 직무질문시에 남용될 우려도 있으므로 삭제하는 것이 타당하다.

## 2. 사후 체포영장의 필요성

### (1) 개정안

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <p>(신설)</p> <p>(개정안 제200조의4 제2항과 제3항을 말함)</p> | <p><b>제213조의2(현행범인의 체포와 영장청구기간)</b></p> <p>① 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 일반인이 체포한 현행범인을 인도받는 경우에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 한다. 이 경우 체포영장은 피의자를 체포한 때부터 6시간 이내에 청구하여야 하며, 현행범인 체포의 취지와 체포의 일시 및 장소가 기재된 서류를 첨부하여야 한다.</p> <p>② 제200조의4 제2항과 제3항의 규정은 검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 구속하는 경우에 준용한다.</p> <p>③ 사법경찰관은 체포하거나 인도받은 현행범인에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다.</p> |

4) 신양균, 앞의 책, 167면; 이재상, 신형사소송법[제2판](2008), 242면 참조.

## (2) 개정안에 대한 설명

긴급체포와 관련하여 주로 논의되는 사후 체포영장발부의 문제는 현행범인 체포와 관련해서도 제기될 수 있다. 우리 헌법은 현행범인의 체포에 대해서도 사전영장주의에 대한 예외로서 이를 인정하고 있기 때문이다. 따라서 현행범인의 체포에 있어서도 수사기관이 직접 현행범인을 체포하거나 사인으로부터 인계받은 경우에는 법원의 사후 체포영장을 발부받도록 하는 것이 바람직하다고 생각된다. 비록 현행범인에 대한 체포제도가 범죄와 범인의 명백성이 인정되어 오인체포의 우려가 적다는 점에 기초하고 있다고 하더라도 불법체포의 우려를 배제할 수 없으므로 이에 대한 사후 통제수단은 역시 필요하다고 보아야 하기 때문이다.

## Ⅲ. 구속제도와 관련된 검토

### 1. 구속 전 피의자심문단계에서의 보석제도의 도입과 관련하여

#### (1) 개정안

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <b>제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문)</b><br>① ~ ⑥ (생략)<br>-----<br>⑦ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장 청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 제202조 및 제203조의 적용에 있어서 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다.<br>-----<br>⑧ ~ ⑨ (생략)<br>-----<br>⑨·⑩ (신설) | <b>제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문)</b><br>① ~ ⑥ (현행과 같음)<br>-----<br>⑦ (삭제)<br>-----<br>⑦ ~ ⑧ (현행 ⑧ ~ ⑨과 같음)<br>-----<br>⑨ 제1항 또는 제2항에 따라 피의자에 대한 |

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p>-----</p> <p>⑩ 제71조, 제71조의2, 제75조, 제81조부터 제83조까지, 제85조제1항·제3항·제4항, 제86조, 제87조제1항, 제89조부터 제91조까지 및 제200조의5는 제2항에 따라 구인을 하는 경우에 준용하고, 제48조, 제51조, 제53조, 제56조의2 및 제276조의2는 피의자에 대한 심문의 경우에 준용한다.</p> | <p>여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자심문을 하여 구속영장을 발부하는 경우에 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 보석을 허가할 수 있다.</p> <p>⑩ 제97조 제1항 및 제3항, 98조 내지 제100조의2, 제102조 내지 제104조의2는 전항의 보석결정의 경우에 이를 준용한다. 이 경우에 판사는 공소제기 이후의 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.</p> <p>-----</p> <p>⑪ (현행 ⑩과 같음)</p> |

## (2) 개정안에 대한 설명

피의자를 구속하는 경우에도 무죄추정의 원칙을 실질적으로 보장하기 위해서는 구속에 대한 대체수단으로서 보석을 허용하는 것이 필요하다. 비교법적으로 볼 때에도 피의자에 대한 보증금 납부처분은 우리나라와 일본을 제외한 대개의 선진국가 이를 테면 미국, 독일, 프랑스 등의 국가에서 구속대체처분으로서 공통적으로 인정되고 있는 제도이다. 이들 국가에서는 이미 피의자심문시에 보석이 구속에 대한 대체수단으로서 활용되고 있으며, 따라서 피의자심문절차에서는 구속사유 및 필요성의 판단과 함께 이들이 존재하는 경우에도 보석에 의해 절차확보의 목적을 달성할 수 있는지에 대한 판단을 아울러 행하는 것이 된다.

이와 같이 보석제도를 효율적인 제도로 활성화하기 위해서는 이를 피의자에게도 인정해야 하고, 가능한 한 신체구속의 초기단계에서 이용될 수 있도록 할 필요가 있다. 따라서 영장실질심사의 단계에서 직권으로 보석에 의해 피의자를 석방하는 제도의 도입이 바람직하다고 생각된다.<sup>5)</sup> 현행 형사소송법이 보석조건을 다양화하

고 있는 것도 이 제도의 효율성을 높이는데 도움이 될 수 있을 것이다.

구속피의자의 보석청구에 대한 지방법원판사의 재판에 대하여 피의자 또는 검사는 불복할 수 없다고 해야 한다.<sup>6)</sup> 그러나 피고인의 보석청구에 대한 공소제기 후의 수소법원의 결정에 대하여는 보통항고가 허용된다(제403조 제2항).<sup>7)</sup>

또한 영장실질심사단계에서 보석이 허가된 피의자가 구속의 불법 또는 부당을 주장하여 구속적부심사를 청구하는 것은 가능하다.

## 2. 보증금납입조건부 피의자석방제도에 관한 검토

### (1) 피의자보석제도로의 전환의 필요성

#### (가) 개정안

| 현행법  | 개정안  |
|--|--|
| <p><b>제214조의2(체포와 구속의 적부심사)</b><br/>                     ① ~ ④ (생략)</p> <p>-----</p> <p>⑤ 법원은 구속된 피의자(심사청구후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제4항의 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때</p> <p>2. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친</p> | <p><b>제214조의2(체포와 구속의 적부심사)</b><br/>                     ① ~ ④ (현행과 같음)</p> <p>-----</p> <p>⑤ ~ ⑦ (삭제)</p> |

5) 같은 취지, 천진호, “개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장”, 저스티스 제103호 (2008.4), 121면.

6) 형사소송법 제402조, 제403조에서 말하는 법원은 형사소송법상의 수소법원만을 가리키는 것이므로 영장담당법관의 결정은 항고의 대상이 될 수 없으며, 또한 영장발부여부를 결정하는 지방법원판사는 수소법원으로서의 재판장 또는 수명법관이 아니므로 그가 한 재판은 제416조가 정하는 준항고의 대상도 되지 않는다(대법원 1997.6.16, 97모1; 대법원 2006.12.18, 2006모646 등 참조).

7) 대법원 1997.4.18, 97모26 참조.

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <p><u>족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때</u></p> <p>⑥ 제5항의 석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다.</p> <p>⑦ 제99조 및 100조는 제5항에 따라 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다.</p>   |  |
| <p><b>제214조의3(재체포 및 재구속의 제한)</b></p> <p>① (생략)</p> <p>② 제214조의2제5항에 따라 석방된 피의자에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 도망한 때</li> <li>2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때</li> <li>3. 출석요구를 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때</li> <li>4. 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때</li> </ol> | <p><b>제214조의3(재체포 및 재구속의 제한)</b></p> <p>(현행 ①과 같음)</p> <p>② (삭제)</p>   |
| <p><b>제214조의4(보증금의 몰수)</b></p> <p>① 법원은 다음 각호의 1의 경우에 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 제214조의2제5항에 따라 납입된 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제214조의2제5항에 따라 석방된 자를 제214조의3제2항에 열거된 사유로 재차 구속할 때</li> <li>2. 공소가 제기된 후 법원이 제214조의2제5항에 따라 석방된 자를 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속할 때</li> </ol> <p>② 법원은 제214조의2제5항에 따라 석방된</p>             | <p><b>제214조의4(피의자의 보석청구)</b></p> <p>① 피의자, 피의자의 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·동거인 또는 고용주는 관할법원에 구속된 피의자의 보석을 청구할 수 있다.</p> <p>② 제95조, 제96조, 제97조 제1항 및 제3항, 98조 내지 제100조의2, 제102조 내지 제104조의2는 제1항의 보석청구가 있는 경우에 이를 준용한다.</p> <p>③ 보석신청 및 허가결정의 효력은 피의자에 대한 공소의 제기에 의하여 영향을 받지 아니한다.</p> |

| 현행법  | 개정안 |
|--|-----|
| <p>자가 동일한 범죄사실에 관하여 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후, 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수하여야 한다.</p> |     |

(나) 개정안에 대한 설명

보증금납입조건부 피의자석방제도란 피의자에 대하여 보증금납입을 조건으로 구속의 집행을 정지하는 제도를 말한다. 법원은 구속된 피의자가 구속적부심사를 청구한 경우에 그의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 있다(제214조의 2 제5항). 이 제도는 기본적으로 보석제도를 피의자에게까지 확대한 것으로 볼 수 있으나, 형사소송법이 보석에 관한 규정을 단순히 피의자에게 준용하는 태도를 취하지 않고, 구속적부심사와 결합하여 피의자가 구속적부심사를 청구한 때에만 보석을 허가하도록 한 점은 문제라고 할 수 있다. 구속적부심사에 의한 석방결정은 구속영장의 효력을 상실시키나 보증금납입조건부 피의자석방결정은 구속영장의 효력을 여전히 유지하면서 잠정적으로 구속의 집행만을 정지시킨다는 점에서 양 제도는 그 취지와 성격을 달리하기 때문이다.

따라서 피의자에 대한 보석제도를 구속적부심사제도와 결합하여 운영하는 방식보다는 이를 분리하여 별도로 규정하고, 그 요건과 절차를 피고인에 대한 보석과 동일하게 하는 것이 바람직하다고 생각된다.<sup>8)</sup> 이렇게 되면 구속된 피의자는 석방을 위하여 구속적부심사와 피의자보석의 양 제도를 수사절차에서 이용할 수 있는 것이 된다.

8) 같은 견해, 신양균, 앞의 책, 211면; 신현주, 앞의 책, 320면; 이은모, 앞의 책, 263면; 이재상, 앞의 책, 281면.

(2) 현행 보증금납입조건부 피의자석방제도를 유지할 경우(보충의견)

(가) 개정안

| 현행법  | 개정안  |
|--|--|
| <p><b>제214조의3(재체포 및 재구속의 제한)</b></p> <p>① 제214조의2 제4항의 규정에 의한 체포 또는 구속적부심사결정에 의하여 석방된 피의자가 도망하거나 죄증을 인멸하는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다.</p> <p>-----</p> <p>② 제214조의2 제5항에 따라 석방된 피의자에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 <u>동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 도망한 때</li> <li>2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때</li> <li>3. 출석요구를 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때</li> <li>4. 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때</li> </ol> <p>-----</p> <p><b>제214조의4(보증금의 몰수)</b></p> <p>① 법원은 다음 각호의 1의 경우에 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 제214조의2 제5항에 따라 납입된 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제214조의2제5항에 따라 석방된 자를 제214조의3제2항에 열거된 사유로 재차 구속할 때</li> <li>2. 공소가 제기된 후 법원이 제214조의2제5항에 따라 석방된 자를 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속할 때</li> </ol> | <p><b>제214조의3(재체포 및 재구속의 제한)</b></p> <p>(현행 ①과 같음)</p> <p>-----</p> <p><b>제214조의4(피의자석방의 취소)</b></p> <p>제214조의2 제5항에 따라 석방된 피의자에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 <u>그 석방결정을 취소하지 못한다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 도망한 때</li> <li>2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때</li> <li>3. 출석요구를 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때</li> <li>4. 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때</li> </ol> <p>-----</p> <p><b>제214조의5(보증금의 몰수)</b></p> <p>① 법원은 전조의 규정에 따라 피의자석방이 취소된 경우에 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 제214조의2 제5항에 따라 납입된 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.</p> <p>② 법원은 제214조의2 제5항에 따라 석방된 자가 동일한 범죄사실에 관하여 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후, 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수하여야 한다.</p> |

(나) 개정안에 대한 설명

현행법상의 보증금납입조건부 피의자석방제도를 유지하는 경우에도 최소한 다음의 규정들은 이를 정비할 필요가 있다고 생각된다. 먼저 제214조의3(재체포 및 재구속의 제한) 제2항은 보증금납입조건부 피의자석방에 있어서도 구속영장의 효력이 소멸된다는 전제 하에 이를 재체포·재구속의 사유로서 규정하고 있다. 그러나 보증금납입조건부 피의자석방이 비록 구속적부심사제도와 결합되어 인정되고 있다고 하더라도 이는 본질적으로 보석에 해당하므로 보증금납입조건부 피의자석방의 경우에는 구속영장의 효력이 그대로 유지되는 것으로 보아야 한다. 따라서 피의자의 구속을 다시 집행하기 위해서는 재구속이 아닌 보석취소로서의 피의자석방취소의 방법을 취하여야 하고, 제214조 제2항의 사유들은 이를 재구속사유가 아닌 피의자석방취소사유로서 규정하여야 한다.

즉 제214조의3 제2항을 제1항과 분리하여 제214조의4(피의자석방의 취소)로서 별도로 규정하고, 그 본문의 내용을 「제214조의2 제5항에 따라 석방된 피의자에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 그 석방결정을 취소하지 못한다」 고 변경하는 것이 타당하다. 아울러 제214조의4는 제214조의5(보증금의 몰수)로 하고, 제1항에서 「법원은 전조의 규정에 따라 피의자석방이 취소된 경우에 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 제214조의2 제5항에 따라 납입된 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다」 고 규정하는 것이 옳을 것이다.

### 3. 구속기간과 관련된 문제점의 검토

#### (1) 기피신청에 의한 소송절차 정지기간의 구속기간 불산입의 문제

##### (가) 개정안

| 현행법                                 | 개정안                                     |
|-------------------------------------|---|
| <b>제92조(구속기간과 갱신)</b><br>① ~ ② (생략) | <b>제92조(구속기간과 갱신)</b><br>① ~ ② (현행과 같음) |

| 현행법  | 개정안           |
|--|---------------|
| ③ 제22조, 제298조제4항, 제306조제1항 및 제2항의 규정에 의하여 공판절차가 정지된 기간 및 공소제기전의 체포·구인·구금 기간은 제1항 및 제2항의 기간에 산입하지 아니한다. | ③ (「제22조」 삭제) |

(나) 개정안에 대한 설명

형사소송법은 기피신청이 있는 때에는 간이기각결정을 하는 경우와 급속을 요하는 경우를 제외하고는 소송진행을 정지하도록 하고 있고(제22조), 이때 기피신청에 의하여 소송절차가 정지된 기간은 법원의 구속기간에 산입하지 않고 있다(제92조 제3항, 제22조).

이것은 피고인의 불필요한 기피신청을 방지하여 본안의 심리기간을 확보하고자 하는 취지에서 1995년 개정시에 규정된 것이다. 그러나 기피신청권의 남용은 기본적으로 간이기각결정제도(제20조 제1항)에 의하여 방지될 수 있다는 점에서 볼 때, 피고인의 기피신청권을 실질적으로 보장하고 구속이 장기화하는 것을 막기 위해서는 이 규정을 삭제하는 것이 타당하다고 생각된다.

(2) 영장실질심사기간의 구속기간에의 불산입의 문제

(가) 개정안

| 현행법   | 개정법                                      |
|---|--|
| <b>제201조의2(구속영장 청구와 피의자심문)</b><br>⑦ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장 청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 제202조 및 제203조의 적용에 있어서 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다. | <b>제201조의2(구속영장 청구와 피의자심문)</b><br>⑦ (삭제) |

(나) 개정안에 대한 설명

피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 구속기간에 이를 산입하지 아니한다(제201조의2 제7항). 이것은 영장실질심사로 인하여 구속기간이 실질적으로 단축되어 수사에 지장을 초래할 수 있다는 점을 고려한 것으로 보이나, 적법절차에 의하여 영장을 발부하도록 규정하고 있는 헌법 제12조 제3항의 취지에 비추어 볼 때 이 규정을 삭제하는 것이 구속 전 피의자심문제도를 실질적으로 보장하는 것이 될 것이다.9)

(3) 체포·구속적부심사기간의 체포·구속기간에의 불산입의 문제

(가) 개정안

| 현행법   | 개정법   |
|---|---|
| <p><b>제214조의2(체포와 구속의 적부심사)</b></p> <p>⑬ 법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 제200조의2제5항(제213조의2에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 및 제200조의4제1항의 적용에 있어서는 그 제한기간에 산입하지 아니하고, 제202조·제203조 및 제205조의 적용에 있어서는 그 구속기간에 산입하지 아니한다.</p> | <p><b>제214조의2(체포와 구속의 적부심사)</b></p> <p>⑬ (삭제)</p> |

(나) 개정안에 대한 설명

체포·구속적부심사시 법원이 수사관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 사법경찰관과 검사의 체포 또는 구속기간에 산입되지 않는다(제214조의2 제13항). 이것은 체포·구속적부심사로 인하여 수사에 지장을 초래하는 것을 막고 피의자의 적부심사청구권 행사의 남용을 방지하기 위한 것

9) 같은 취지, 신동운, 앞의 책, 242면.

이라고 할 수 있다. 그러나 체포·구속적부심사청구권이 신체구속된 피의자에게 인정된 헌법상의 권리임과 동시에 체포·구속적부심사청구의 남용은 간이기각결정제도(동조 제3항)<sup>10)</sup>에 의해서도 충분히 방지될 수 있다는 점에 비추어 볼 때, 체포·구속적부심사청구권을 실질적으로 보장하기 위해서는 이 규정을 삭제하는 것이 타당할 것이다<sup>11)</sup>

#### 4. 신체구속 중인 피의자의 조사수인의무에 대한 검토

##### (1) 개정안

| 현행법     | 개정안  |
|---------|--|
| (단서 신설) | <b>제200조(피의자의 출석요구)</b> 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 단, 피의자는 그 신체구속 여부와 관계없이 출석을 거부하거나 또는 출석 후 언제라도 퇴거할 수 있는 권리를 가진다. |

##### (2) 개정안에 대한 설명

신체가 구속되어 있는 피의자에게 구금된 장소에서 신문장소로 출석하는 것을 거부하거나 신문장소에서 퇴거할 자유가 보장되는지가 문제된다. 이른바 피의자신문과 관련하여 신체구속 중인 자에게 조사수인의무가 인정되는지에 관한 논의라고 할 수 있다.

조사수인의무를 긍정하는 견해는 체포·구속은 수사상의 강제처분이기 때문에 어느 정도는 조사를 예정하지 않을 수 없다는 점, 현실적으로 신체구속 중의 피의자

10) 법원은 청구권자가 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대하여 재청구한 때, 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적이 명백한 때에는 심문 없이 청구를 기각할 수 있다.

11) 송광섭, 형사소송법[신정판](2003), 406면; 신동운, 앞의 책, 278면; 이은모, 앞의 책, 262면; 이재상, 앞의 책, 281면. 한편 법원이 기간산입 여부 및 범위를 결정하는 것이 바람직하다는 견해로는 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법(2008), 160면; 신양균, 앞의 책, 208면.

신문의 필요성과 중요성을 인정하지 않을 수 없다는 점 그리고 피의자에게는 묵비권이 보장되어 있으므로 출석 등의 강제를 반드시 진술의 강제로 볼 수는 없다는 점 등을 그 논거로 한다. 수인의무긍정설에 의하면 체포·구속 중인 피의자는 수사기관의 요구에 응하여 조사실에 출석하고 조사가 종료할 때까지 그곳에 체류할 의무를 부담하는 것이 된다. 우리나라에서는 아직 논의가 활발하게 이루어지고 있지 않으나, 실무나 학계 모두에 있어서 수인의무긍정설이 일반적인 입장인 것으로 보인다.<sup>12)</sup> 형사소송법은 명문으로 인신구속 중의 피의자에 대한 출석의무·체류의무를 인정하는 규정은 두고 있지 않으나, 수사기관의 출석요구에의 불응 내지 불응의 우려를 체포사유로 인정하고 있는 현행법의 태도는 출석하지 않는 피의자에 대하여는 체포에 의하여 피의자조사의 목적을 달성하도록 배려하고 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 이는 당연히 신체구속 중인 자는 출석의무 및 체류의무가 있음을 전제로 한 것이 아닌가 생각된다.

그러나 체포·구속은 절차를 확보하기 위한 것이지 피의자를 신문하기 위한 것이 아니며, 신체구속 중의 피의자에게 출석 및 체류의무를 인정하면 진술의 의무가 없다고 하여도 실질적으로는 피의자에게 진술을 강요하는 결과를 초래하여 묵비권을 침해하는 것이 된다. 피의자에게 묵비권이 보장된다고 하는 것은 수사기관의 조사에 단순히 침묵할 수 있는 권리를 가지는 것에 그치지 않고 보다 적극적으로 당해 피의사실에 대한 조사를 거부할 수 있는 권리를 가진다고 해석하여야 한다. 이렇게 해석하는 것이 묵비권을 국민의 기본권으로서 보장하고 있는 우리 헌법의 정신에도 부합하며, 신체구속상태에서 피의자를 조사할 목적으로 이용되는 별건체포·구속의 문제를 해결하는데 있어서도 도움이 되리라고 생각된다. 또한 조사수인의무를 부정하게 되면 수사기관이 피의자를 조사하는 방법에도 변화를 기대할 수 있다. 수사기관에 피의자를 출석하게 하는 것이 아니라, 필요한 경우에는 수사기관이 구치소·교도소에 가서 피의자에게 협조를 구하는 형태로 피의자신문이 이루어지게 될 것이기

12) 일본의 경우 실무상으로는 수인의무긍정설이 일반적인 경향이나 학설로서는 소수설에 속한다. 또한 불구속피의자에 대한 피의자신문은 임의수사인데 대해서 신체구속 중인 피의자에 대한 신문은 강제수사라고 보아 조사수인의무를 긍정하는 견해도 있다(石丸俊彦, 刑事訴訟法, 1992, 成文堂, 147면).

때문이다.<sup>13)</sup>

## 5. 피고인에 대한 구속영장집행시 범죄사실의 요지 등의 고지필요성

### (1) 개정안

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <b>제85조(구속영장집행의 절차)</b><br>① · ② (생략)<br>-----<br>③ (신설)<br>-----<br>③ · ④ (생략) | <b>제85조(구속영장집행의 절차)</b><br>① · ② (현행과 같음)<br>-----<br>③ 집행기관은 피고인을 구속하는 경우에는 <u>범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.</u><br>-----<br>④ · ⑤ (현행 ③ · ④와 같음) |

### (2) 개정안에 대한 설명

피의자에 대하여 구속영장을 집행할 때에는 피의사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(제209조, 제200조의 5). 그러나 형사소송법은 피의자에 대한 구속영장의 집행절차와는 다르게 피고인에 대한 구속영장의 집행에 있어서는 이러한 절차적 규정을 두고 있지 않다. 「법원은 피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하

13) 조사수인의무를 부정하는 입장에서는 출석요구불응 또는 불응의 우려를 체포의 요건으로 규정하고 있는 제200조의2 제1항 본문의 타당성에 대하여 의문을 제기하게 된다. 피의자신문을 확보하기 위한 수단으로서 체포제도가 존재하는 것과 같은 모양의 입법방식은 체포 이후에 조사수인의무를 부정하는 논리와 충돌할 가능성이 있기 때문이다. 본 위원회의 논의과정에서도 이러한 문제가 검토되었으며, 이런 점 때문에 통상체포의 요건을 「피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 구속사유를 판단하기 위하여 필요한 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여…」라고 개정하자는 의견도 있었다. 그러나 임의수사인 피의자신문에 대하여 조사수인의무를 인정하지 않는 것은 체포의 요건과는 관계없이 당연한 것이므로, 통상체포의 요건을 그대로 두고 조사수인의무를 부정하는 규정을 두는 것도 논리적으로 가능하다는데 의견이 모아졌다.

고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다. 다만 피고인이 도망한 경우에는 그러하지 아니하다」고 규정하고 있는 제72조는 구속영장집행에 따른 절차규정이 아니라 구속영장발부를 위한 사전 청문절차 내지 구속심문절차에 관한 규정으로 보아야 하기 때문이다.<sup>14)</sup> 판례도 형사소송법 제72조를 사전 청문절차를 규정한 것으로 보고 있다.<sup>15)</sup> 또한 「피고인을 구속한 때에는 즉시 공소사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다」고 규정하고 있는 제88조도 구속영장집행 후의 절차에 관한 것으로 볼 수 있다.<sup>16)</sup> 판례도 이 고지절차를 구속영장집행시의 절차가 아닌 피고인을 법원 등에 인치한 후의 사후 청문절차로 보고 있으며, 다만 그 위반이 구속영장의 효력에 영향을 미치는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다.<sup>17)</sup>

그러나 형사소송법이 피고인에 대한 구속영장의 집행에 있어서 범죄사실의 요지 등을 고지할 것을 집행기관에게 요구하고 있지 않는 것은 입법의 불비라고 하여야 하며, 구속영장을 집행할 때에는 집행기관이 피고인에 대하여 범죄사실의 요지 등을 고지하도록 명문으로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

따라서 형사소송법 제85조(구속영장집행의 절차) 제5항에서 「집행기관은 피고인을 구속하는 경우에는 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다」고 규정하는 것이 타당하다고 생각된다.

14) 신동운, 앞의 책, 830면; 신양균, 앞의 책, 679면; 이은모, 앞의 책, 244면; 이재상, 앞의 책, 259면.

15) 대법원 2000.11.10, 2000모134, 「형사소송법 제72조는 "피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다"고 규정하고 있는바, 이는 피고인을 구속함에 있어 법원에 의한 사전 청문절차를 규정한 것으로서, 구속영장을 집행함에 있어 집행기관이 취하여야 하는 절차가 아니라 구속영장을 발부함에 있어 수소법원 등 법관이 취하여야 하는 절차라 할 것이므로, 법원이 피고인에 대하여 구속영장을 발부함에 있어 사전에 위 규정에 따른 절차를 거치지 아니한 채 구속영장을 발부하였다면 그 발부결정은 위법하다.」

16) 형사소송규칙 제52조도 이 고지를 할 때에는 법원 또는 법관은 법원사무관 등을 참여시켜 조서를 작성하게 하거나 피고인으로 하여금 확인서 기타 서면을 작성하게 하여야 한다고 규정하여 이 고지의무의 주체를 법원 또는 법관으로 규정하고 있다.

17) 대법원 2000.11.10, 2000모134.

## 6. 법원의 구속집행정지 및 구속취소의 결정에 대한 검사의 즉시항고권의 폐지

### (1) 개정안

| 현행법  | 개정안                                       |
|--|---|
| <b>제97조(보석, 구속의 취소와 검사의 의견)</b><br>④ 구속을 취소하는 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다. | <b>제97조(보석, 구속의 취소와 검사의 의견)</b><br>④ (삭제) |
| <b>제101조(구속의 집행정지)</b><br>③ 제1항의 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다.              | <b>제101조(구속의 집행정지)</b><br>③ (삭제)          |

### (2) 개정안에 대한 설명

법원은 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 구속된 피고인을 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 피고인의 주거를 제한하여 구속의 집행을 정지할 수 있다(제101조 1항). 또한 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 법원은 직권 또는 검사·피고인·변호인과 변호인선임권자의 청구에 의하여 결정으로 피고인의 구속을 취소하여야 한다(제93조).

법원이 피고인의 구속집행정지결정을 하거나 구속의 취소에 관한 결정을 함에는 급속을 요하는 경우 외에는 검사의 의견을 물어야 한다(제101조 제2항, 제97조 제2항). 그리고 법원의 구속집행정지결정과 구속을 취소하는 결정에 대하여 검사는 즉시항고를 할 수 있다(제101조 제3항, 제97조 제4항).

그러나 구속집행정지결정과 구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고권의 인정은 입법론적으로 타당하지 않을 뿐만 아니라 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다.<sup>18)</sup> 이는 법원의 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고권을 위헌으로 판단한 헌법재판소 결정<sup>19)</sup>의 취지에 비추어 볼 때 명백하다. 검사에게 즉시항고권을 인정하

18) 신동운, 앞의 책, 256면·863면도 같은 입장이다.

19) 헌재결 1993.12.23, 93헌가2, 「... 영장주의는 이 적법절차원리에서 나온 것으로서 체포·구속

고 있었던 1995년 개정 전의 형사소송법 규정에 대하여 헌법재판소는 적법절차의 원칙, 영장주의, 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 보아 위헌으로 결정하였으며, 이에 따라 1995년의 형사소송법 개정에서 법원의 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고권은 삭제되었다.

따라서 법원의 구속집행정지결정과 구속을 취소하는 결정에 대하여 검사가 즉시항고 할 수 있도록 하고 있는 형사소송법 제97조 제4항 및 제101조 제3항의 규정은 이를 삭제하는 것이 타당하다. 즉시항고권이 삭제되더라도 검사가 법원의 구속집행정지결정과 구속취소결정에 대하여 보통항고의 방법으로 불복하는 것은 여전히 가능하다.<sup>20)</sup>

## IV. 디지털 증거의 압수·수색과 관련된 검토

### 1. 압수·수색의 대상의 확대

#### (1) 개정안

| 현행법                        | 개정안   |
|----------------------------|---|
| 제106조(압수) ①·② (생략)<br>〈신설〉 | 제106조(압수) ①·② (현행과 같음)<br>③ 이 장에서 물 또는 물건은 전자기록 등 특수매체기록(이 장에서는 '정보'라 한다)을 포함한다.* |

그리고 압수·수색까지도 헌법 제103조에 의하여 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 재판하고 또 사법권독립의 원칙에 의하여 신분이 보장된 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 하고, 구속개시의 시점에 있어서 이 신체의 자유에 대한 박탈의 허용만이 아니라 그 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 정지 또는 실효시킬 것인지의 여부의 결정도 오직 이러한 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 이러한 구속여부에 관한 전권을 갖는 법관 또는 법관으로 구성된 법원이 피의자나 피고인을 구속 또는 그 유지 여부의 필요성이 있는 유무에 관하여 한 재판의 효력이 검사나 그 밖의 어느 다른 기관의 이견이나 불복이 있다 하여 좌우된다거나 제한받는다면 이는 위 영장주의에 반하고 따라서 적법절차의 원칙에도 위배된다고 할 것이다.」

20) 대법원 1997. 4. 18, 97모26.

## (2) 개정안에 대한 설명

현행 형사소송법은 압수의 대상으로 ‘증거물’ 또는 ‘물수물’로 규정하고 있다(제106조). 이에 따라 일종의 무체물로서 형태를 갖추지 않은 데이터의 압수와 수색에 대하여 물리적으로 관리가능한 유체물을 압수·수색의 대상으로 하고 있는 형사소송법의 규정을 그대로 적용할 수 있는지에 대하여 긍정설과 부정설의 견해가 대립하고 있다.<sup>21)</sup>

한편 - 이러한 해석상의 논란과는 별개로 - 실무상으로는 형사소송법 제106조를 근거로 디지털 증거에 대한 압수가 이루어지고 있다.

디지털 증거의 압수의 현실적 필요성을 감안할 때, 디지털 증거에 대한 압수·수색의 명확한 근거 규정이 필요하다.<sup>22)</sup> 이에 현행 형사소송법은 압수의 대상인 ‘증거물’ 또는 ‘물수물’에 대한 정의규정을 명문화하였다. 즉 압수의 대상을 직접적으로 규정하고 있는 형소법 제106조에 “정보”를 포함하였다.

## 2. 디지털 증거의 압수·수색 방법

### (1) 개정안

| 현행법   | 개정안   |
|-------|---|
| 〈신 설〉 | <b>제115조의2(정보의 압수집행)</b> 압수해야 할 물건이 정보인 때에는 다른 저장매체에 이전 |

21) 긍정하는 견해는 ① 민법상 물건개념을 유추적용하는 견해, ② 미연방형사소송규칙 제41조 (h)항을 예시적 규정으로 해석하여 압수대상물은 유체물에 한정되지 않는다고 판시한 미국 법원의 U.S v. New York Telephone Co. 판결을 논거로 인정하는 견해, ③ 데이터 자체의 물수 근거를 명시한 형법 제48조 제3항을 논거로 제시하는 견해, ④ 사이버범죄의 규제라는 형사정책적 측면에서 제한적으로 인정해야한다고 보는 견해 등이 있다. 이에 반하여, 부정하는 견해는 ① 유체물의 물리적 성격을 강조하여 현실적인 압수가능성 자체를 부정하는 견해, ② 무체물에 해당하는 디지털 정보는 인쇄 등을 통해서 유체물인 기록매체에 수록되어야 증거로서 활용이 가능하기 때문에 정보 자체만을 압수하는 것은 상정키 어렵다고 보는 견해, ③ 정보저장매체와 분리된 정보자체만을 압수할 수는 없으며, 컴퓨터 자체나 출력된 정보 또는 복사된 파일만이 압수의 대상물이 될 수 있다고 해석하는 견해 등이 있다.

22) 미국의 연방형사소송규칙(federal rules of criminal procedure) 제41조 (a)(2)(A) 참조. “Property” includes documents, books, papers, any other tangible objects, and **information** (‘물건’은 문서, 장부, 서류, 기타의 유체물 및 **정보**를 포함한다).

| 현행법 | 개정안   |
|-----|---|
|     | <p><u>또는 사본하여 그 다른 저장매체를 압수하거나, 내용을 인쇄하여 그 출력물을 압수한다. 다만, 그러한 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체를 압수할 수 있다.</u></p> |

## (2) 개정안에 대한 설명

디지털 증거는 비록 일정한 저장매체에 보관되어 있으나 그 저장매체와는 개념상 구별 가능할 뿐만 아니라 쉽게 분리되어 이동될 수 있다는 점에서 매체독립성·매체중립적인 특징이 있다. 이와 같은 특성을 갖고 있는 디지털 증거에 대한 압수·수색을 하는 경우 그 디지털 저장매체를 압수하여야 하는 것인지 아니면 쉽게 분리될 수 있는 디지털 증거만을 이동시켜야 하는 것인지 여부가 문제된다.

디지털 증거의 특성은 다음과 같다. ① 일정한 저장매체에 대량의 정보가 보관되어 있어 하나의 저장매체에 범죄사실과 관련된 정보 및 관련 없는 정보가 혼재되어 있다. ② 하나의 저장매체를 여러 명이 사용하는 것이 가능하여 다수인의 정보를 포함하고 있을 수 있다. ③ 디지털 증거는 쉽게 삭제되거나 변경될 뿐만 아니라 잘못된 접근으로 인하여 증거가치를 훼손시킬 위험성을 내포하고 있다. ④ 디지털 기술의 발달로 범죄사실과 관련된 정보를 은닉하는 기법이 발달되어 있고, 사용자가 삭제한 정보가 실제로는 보존되어 있는 경우가 많다. ⑤ 디지털 증거는 각기 고유한 구동 프로그램이 있고 그 구동 프로그램을 수사기관이 모두 확보하고 있지 못하고 상업적인 일반화된 프로그램도 수정이 가능하여 특정 프로그램이 있어야 디지털 정보를 구동시킬 수 있는 경우가 많다.

이로 인해, 압수수색의 방법을 정하는 데 있어서는 ①과 ②의 두 가지 특성은 저장매체에 보존되어 있는 정보 중 범죄사실과 관련된 정보만을 선별하여 압수하는 방법의 필요성을 나타내주고, 뒤의 ③, ④, ⑤ 세 가지 특성은 저장매체 자체를 압수하는 방법의 필요성을 나타내주고 있다.<sup>23)</sup>

이에 디지털 증거에 대한 압수·수색 방법의 원칙(“디지털 증거 그 자체”)과 예외(“디지털 증거 저장매체”)를 설정하여 규정하였다.

### 3. 디지털 증거의 압수·수색 장소적 범위: 네트워크에 보관되어 있는 정보의 압수수색

#### (1) 개정안

| 현행법                 | 개정안  |
|---------------------|--|
| <p><u>〈신 설〉</u></p> | <p><b>제115조의3(정보통신망에 의하여 접속가능한 정보의 압수·수색)</b> ① 정보에 대한 압수·수색을 집행하는 자는 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치와 정보통신망으로 연결되어 있고 압수·수색의 대상이 되는 정보를 보관하고 있다고 인정되는 다른 정보처리장치에 대하여 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치를 통하여 접속한 후 수색을 할 수 있다. ② 제1항의 경우에 다른 정보처리장치에 보관되어 있는 압수 대상 정보는 이를 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치로 이전 또는 사본하여 그 정보처리장치를 압수하거나, 다른 저장매체에 이전 또는 사본하여 그 다른 저장매체를 압수하거나 내용을 인쇄 출력하여 출력물을 압수할 수 있다.</p> |

23) 서울중앙지법은 압수수색할 대상을 사본이나 출력물로 제한하다가, 현재에는 ‘압수의 방법’이라는 별도의 문건을 사용하여 압수할 물건이 문서일 때 물수물인 경우에는 원본을, 증거물인 경우에는 사본하여 피압수자 혹은 참여인의 확인을 받는 방법으로 압수하되 사본 작성 및 확인에 협조하지 아니하는 경우에는 원본을 압수할 수 있다고 기재하고, 컴퓨터 저장장치에 저장된 정보는 압수자 또는 참여인의 확인을 받아 하드카피·이미징하거나 출력물을 수집하는 방법으로 압수하되 하드카피·이미징 또는 문서 출력을 할 수 없는 경우에는 컴퓨터 저장장치 자체를 압수할 수 있다고 하고 있다.

## (2) 개정안에 대한 설명

디지털 증거는 전기통신 네트워크를 통하여 쉽게 여러 장소로 이동되어 보관되어 지는 특성이 있다. 분명히 장소적으로는 다른 장소에 보관되어 있으나 이용은 압수 수색 장소에서 컴퓨터를 통하여 가능하다. 이와 같이 디지털 증거가 전기통신 네트워크와 연결된 다른 장소에 보관되어 있는 경우 그 보관 장소를 중심으로 별개의 영장을 발부받거나, 아니면 영장에 보관 장소 전부를 특정하여야 하는 것인가의 문제가 발생한다.

현재 실무상 웹 메일이나 웹 서버에 보관되어 있는 정보에 대한 압수수색의 경우 “웹 메일이나 웹 서버에 보관되어 있는 정보”라고 영장에 별도 기재를 하는 방법에 의하고 있으며, 서버에 대한 압수수색의 경우에는 예상과 다른 장소의 서버에 보관되어 있는 경우에는 다시 영장을 발부받고 있다.

네트워크에 보관되어 있는 정보의 압수수색에 관한 일반적인 규정이 필요하다. 이에 네트워크로 연결된 저장매체에 보관되어 있는 디지털 증거에 대한 압수수색을 네트워크로 연결된 저장매체의 범위로 특정하였다.

## 4. 디지털 증거의 압수·수색 대상자의 협조 문제

디지털 증거의 경우는 수사기관의 전문 수사관도 작동이 어려운 프로그램에 의하여 저장매체에 보관되어 있는 경우가 많을 뿐만 아니라 상업적인 프로그램의 작동법을 수사기관이 다 알기도 어렵다. 또한 암호화 기술이 발달되어 있으나 수사기관의 해독 능력은 그것을 따라잡지 못하는 경우가 있다.

한편, 디지털 증거는 쉽게 삭제되거나 변경 또는 이동되는 특성으로 인하여 압수 수색 대상자가 얼마든지 이를 삭제하거나 은닉할 수 있을 뿐만 아니라 오늘 날 많은 양의 디지털 증거가 생성되므로 소유자의 백업 프로그램에 의하여 자동 삭제되고 있다.

따라서 디지털 증거에 대한 압수수색의 경우에는 해당 저장매체의 소유자나 관리자의 협력이 필요하므로 이들에 대한 협력의무 규정을 두어야 한다는 의견이 있었

으나,<sup>24)</sup> 수사실무상 현실적 필요성이 없다는 것이 다수의견이어서 동 내용은 규정하지 않기로 하였다.

## 5. 데이터 보존명령·제출명령 인정 여부

데이터 보존명령은 해당 데이터를 보관하고 있는 사람이 - 또는 기업이 - 범죄와 무관한 경우, 그 데이터를 현존 상태 그대로 보존하게 하는 것이 데이터의 완전·무결성을 보다 빠르게 확보할 수 있다. 또한 데이터를 저장 또는 기록하고 있는 컴퓨터나 네트워크 서버에 대한 압수·수색을 함으로써 발생할 수 있는 영업활동과 기업의 명성에 덜 침해적인 수단이 될 수 있다는 점에서 그 효용성이 인정될 수 있다. 그리고 인터넷 서비스 제공자의 통제 하에 필요한 정보를 제출하는 제출명령도 덜 침해적인 수사방법이 될 수 있다.

이에 데이터 보존명령·제출명령을 입법화하자는 견해가 있다.<sup>25)</sup> 그러나 현행법상의 증거보전의 청구 등을 활용할 수 있기 때문에 굳이 이러한 규정을 둘 필요가 없다는 데 의견이 일치하였다.

### 24) <입법방안> 협력의무 부과 방식

| 현 행   | 개정안(사안)  |
|-------|--|
| <신 설> | <b>제120조의2(집행에 대한 협력의무)</b> 정보에 대한 압수·수색을 집행하는 자는 정보 또는 저장매체의 소유자, 소지자, 관리자에게 정보의 이전, 사본, 인쇄, 저장 매체의 작동, 정보통신망으로 연결되어 있는 다른 저장매체에의 접속 기타 필요한 협력을 요구할 수 있다. |

25) 탁희성, 형사정책연구 제15권 제1호(2004), 55-56.; 이은모, 형사법연구 제23호(2005), 165-166. 그리고 형사소송법 일부개정법률안(이종걸 의원 등 10인), 2009. 05. 13. 의안번호 1804839호 참조.

## V. 긴급 압수·수색·검증의 제한과 관련된 검토

### 1. 개정안

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <p><b>제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)</b></p> <p>① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 <u>소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.</u></p> <p>② ·③ (현행과 같음)</p> | <p><b>제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)</b></p> <p>① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 <u>소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 12시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.</u></p> <p>② ·③ (현행과 같음)</p> |

### 2. 개정안에 대한 설명

현행 형소법 제217조는 ① 긴급체포된 자가 긴급체포된 사실을 체포되지 않은 공범들이나 가족 등에게 알려 증거물을 은닉, 인멸할 우려가 있고, ② 긴급체포된 피의자 조사과정에서 압수물의 소재지 등이 확인되어 긴급 압수·수색이 필요한 경우 등이 있다는 점에서 규정의 필요성이 인정되고 있다.

그러나 이에 대하여는, 수사상의 편의를 위하여 수사상의 편의를 위하여 영장주의를 실질적으로 제한하는 제도이므로 제217조를 삭제하여야 한다는 견해가 제기되고 있다.<sup>26)</sup> 한편, 긴급압수·수색·검증 대상을 긴급체포된 자의 “소지”하는 물건으로 한정하자는 견해도 있다.<sup>27)</sup>

제217조는 마약범죄 등의 범죄 수사상 그 필요성을 인정하지 않을 수 없다. 다만, 그 대상범위를 긴급체포할 수 있는 자가 “소유, 소지, 보관”하는 물건으로 하는 것은 인정 범위가 지나치게 넓다. 반면, 그 대상 범위를 긴급체포할 수 있는 자가

26) 이은모, 형사소송법, 2010, 305; 배종대/이상돈/정승환, 형사소송법, 2008, 189 등.

27) 한국형사법학회 의견(형사법연구, 제25호(2006·여름호), 410).

“소지”하는 물건으로 축소하는 것은 동 규정(제217조 제1항)이 제216조와 차이가 없게 되므로 부당하다. 따라서 이를 “체포된 자가 소지 또는 보관”하는 물건으로 한정하여야 할 것이다.

그리고 긴급 압수·수색의 허용시간을 24시간으로 인정하는 것은 지나친 예외 인정이라 할 수 있으므로, 이를 긴급체포 시점에서 ‘12시간 이내’로 제한할 필요가 있다. 또한, 이에 대한 사후 통제장치가 필요하다.

이에 긴급 압수·수색·검증의 대상 범위를 “소지 또는 보관”으로 제한하고, 그 허용시간을 “12시간 이내”로 제하하였다. 그리고 이에 대하여는 사후에 지체없이 영장을 받도록 규정하였다.

이와 관련하여 즉시 영장청구 대상에 제216조 제1항 제2호도 포함할 것을 제안한 견해가 있었다.<sup>28)</sup>

28) 소수의견

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| 제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)<br>① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 <u>소유·소지 또는 보관</u> 하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 <u>24시간 이내</u> 에 <u>한하여</u> 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.<br>② 검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제216조제1항제2호에 따라 <u>압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는</u> 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.<br>③ (생략) | 제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)<br>① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 <u>소지 또는 보관</u> 하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 <u>즉시</u> 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.<br>② 검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제216조제1항제2호에 따라 <u>압수한 때에는</u> 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.<br>③ (현행과 같음) |

## VI. 강제처분제도 관련 규정의 전체적인 개정안

| 현행법  | 개정안  |
|--|--|
| <p><b>제85조(구속영장집행의 절차)</b><br/>           ① · ② (생략)<br/> <u>〈신설〉</u></p> <p>③ · ④ (생략)</p> <p><b>제92조(구속기간과 갱신)</b><br/>           ① ~ ② (생략)<br/>           ③ 제22조, 제298조제4항, 제306조제1항 및 제2항의 규정에 의하여 공판절차가 정지된 기간 및 공소제기전의 체포·구인·구금 기간은 제1항 및 제2항의 기간에 산입하지 아니한다.</p> <p><b>제97조(보석, 구속의 취소와 검사의 의견)</b><br/>           ① ~ ③ (생략)<br/>           ④ 구속을 취소하는 결정에 대하여는 검사는 <u>즉시항고를 할 수 있다.</u></p> <p><b>제101조(구속의 집행정지)</b><br/>           ① · ② (생략)<br/>           ③ 제1항의 결정에 대하여는 검사는 <u>즉시항고를 할 수 있다.</u></p> <p><b>제106조(압수) ① · ② (생략)</b><br/> <u>〈신설〉</u></p> <p><u>〈신설〉</u></p> | <p><b>제85조(구속영장집행의 절차)</b><br/>           ① · ② (현행과 같음)<br/>           ③ 집행기관은 피고인을 구속하는 경우에는 <u>범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.</u><br/>           ④ · ⑤ (현행 ③ · ④와 같음)</p> <p><b>제92조(구속기간과 갱신)</b><br/>           ① ~ ② (현행과 같음)<br/>           ③ 제298조제4항, 제306조제1항 및 제2항의 규정에 의하여 공판절차가 정지된 기간 및 공소제기전의 체포·구인·구금 기간은 제1항 및 제2항의 기간에 산입하지 아니한다.</p> <p><b>제97조(보석, 구속의 취소와 검사의 의견)</b><br/>           ① ~ ③ (현행과 같음)<br/>           ④ (삭제)</p> <p><b>제101조(구속의 집행정지)</b><br/>           ① · ② (현행과 같음)<br/>           ③ (삭제)</p> <p><b>제106조(압수) ① · ② (현행과 같음)</b><br/>           ③ 이 장에서 물 또는 물건은 전자기록 등 특수매체기록(이 장에서는 '정보'라 한다)을 포함한다.</p> <p><b>제115조의2(정보의 압수집행)</b> 압수해야 할 물건이 정보인 때에는 다른 저장매체에 이전 또는 사본하여 그 다른 저장매체를 압수하거나, 내용을 인쇄하여 그 출력물을 압수한다. 다만, 그러한 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체를 압수할 수 있다.</p> |

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p><u>〈신 설〉</u></p> <p><b>제200조(피의자의 출석요구)</b> 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. <u>〈단서 신설〉</u></p> <p><b>제200조의4(긴급체포와 영장청구기간)</b> ① 검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 하며, 제200조의3제3항에 따른 긴급체포서를 첨부하여야 한다.</p> <p><u>〈신 설〉</u></p> | <p><b>제115조의3(정보통신망에 의하여 접속가능한 정보의 압수·수색)</b> ① 정보에 대한 압수·수색을 집행하는 자는 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치와 정보통신망으로 연결돼 있고 압수·수색의 대상이 되는 정보를 보관하고 있다고 인정되는 다른 정보처리장치에 대하여 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치를 통하여 접속한 후 수색을 할 수 있다. ② 제1항의 경우에 다른 정보처리장치에 보관되어 있는 압수 대상 정보는 이를 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치로 이전 또는 사본하여 그 정보처리장치를 압수하거나, 다른 저장매체에 이전 또는 사본하여 그 다른 저장매체를 압수하거나 내용을 인쇄 출력하여 출력물을 압수할 수 있다.</p> <p><b>제200조(피의자의 출석요구)</b> 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 단, 피의자는 그 신체구속 여부와 관계없이 출석을 거부하거나 또는 출석 후 언제라도 퇴거할 수 있는 권리를 가진다.</p> <p><b>제200조의4(긴급체포와 영장청구기간)</b> ① 검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 한다. 이 경우 체포영장은 피의자를 체포한 때부터 6시간 이내에 청구하여야 하며, 제200조의3 제3항에 따른 긴급체포서를 첨부하여야 한다.</p> <p>② 검사 또는 사법경찰관이 제1항의 청구에 의하여 체포영장이 발부된 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하며, 체포영장을 첨부하여야 한다.</p> |

| 현행법  | 개정안  |
|--|--|
| <p>② 제1항의 규정에 의하여 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.</p> <p>③ 제2항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.</p> <p>④ 검사는 제1항에 따른 구속영장을 청구하지 아니하고 피의자를 석방한 경우에는 석방한 날부터 30일 이내에 서면으로 다음 각 호의 사항을 법원에 통지하여야 한다. 이 경우 긴급체포서의 사본을 첨부하여야 한다. &lt;신설 2007.6.1&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 긴급체포 후 석방된 자의 인적사항</li> <li>2. 긴급체포의 일시·장소와 긴급체포하게 된 구체적 이유</li> <li>3. 석방의 일시·장소 및 사유</li> <li>4. 긴급체포 및 석방한 검사 또는 사법경찰관의 성명</li> </ol> <p>⑤ 긴급체포 후 석방된 자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매는 통지서 및 관련 서류를 열람하거나 등사할 수 있다.</p> <p>⑥ (생략)</p> <p><b>제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문)</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① ~ ⑥ (생략)</li> <li>⑦ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장 청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 제202조 및 제203조의 적용에 있어서 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다.</li> <li>⑧ ~ ⑨ (생략)</li> </ol> <p>&lt;신 설&gt;</p> | <p>③ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 체포영장 또는 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.</p> <p>④ 제3항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.</p> <p>&lt;삭제&gt;</p> <p>&lt;삭제&gt;</p> <p>&lt;삭제&gt;</p> <p>⑤ (현행 ⑥과 같음)</p> <p><b>제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문)</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① ~ ⑥ (현행과 같음)</li> <li>⑦ (삭제)</li> <li>⑦ ~ ⑧ (현행 ⑧ ~ ⑨과 같음)</li> <li>⑨ 제1항 또는 제2항에 따라 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자심문을 하여 구속영장을 발부하는 경우에 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 보석을 허가할 수 있다.</li> </ol> |

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <p>〈신 설〉</p> <p>⑩ (생략)</p> <p><b>제211조(현행범인과 준현행범인)</b> ① (생략)</p> <p>② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 현행범인으로 간주한다.</p> <p>1. ~3. (생략)</p> <p>4. <u>누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때</u></p> <p><b>제213조의2(준용규정)</b> 제87조, 제89조, 제90조, 제200조의2제5항 및 제200조의5의 규정은 <u>검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 체포하거나 현행범인을 인도받은 경우에 이를 준용한다.</u></p> <p><b>제214조의2(체포와 구속의 적부심사)</b></p> <p>① ~ ④ (생략)</p> <p>⑤ <u>법원은 구속된 피의자(심사청구후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제4항의 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.</u></p> | <p>⑩ 제97조 제1항 및 제3항, 98조 내지 제100조의2, 제102조 내지 제104조의2는 <u>전항의 보석결정의 경우에 이를 준용한다. 이 경우에 판사는 공소제기 이후의 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.</u></p> <p>⑪ (현행 ⑩과 같음)</p> <p><b>제211조(현행범인과 준현행범인)</b> ① (현행과 같음)</p> <p>② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 현행범인으로 간주한다.</p> <p>1. ~3. (현행과 같음)</p> <p>(삭제)</p> <p><b>제213조의2(현행범인의 체포와 영장청구기간)</b></p> <p>① <u>검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 체포하거나 일반인이 체포한 현행범인을 인도받는 경우에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 한다. 이 경우 체포영장은 피의자를 체포한 때부터 6시간 이내에 청구하여야 하며, 현행범인 체포의 취지와 체포의 일시 및 장소가 기재된 서류를 첨부하여야 한다.</u></p> <p>② 제200조의4 제2항과 제3항의 규정은 검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 구속하는 경우에 준용한다.</p> <p>③ <u>사법경찰관은 체포하거나 인도받은 현행범인에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다.</u></p> <p><b>제214조의2(체포와 구속의 적부심사)</b></p> <p>① ~ ④ (현행과 같음)</p> <p>(삭제)</p> |

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <p>1. <u>죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때</u></p> <p>2. <u>피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때</u></p> <p>⑥ <u>제5항의 석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다.</u></p> <p>⑦ <u>제99조 및 100조는 제5항에 따라 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다.</u></p> <p>⑧ ~ ⑫ (생략)</p> <p>⑬ <u>법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 제200조의2제5항(제213조의2에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 및 제200조의4제1항의 적용에 있어서는 그 제한기간에 산입하지 아니하고, 제202조·제203조 및 제205조의 적용에 있어서는 그 구속기간에 산입하지 아니한다.</u></p> <p>⑭ (생략)</p> <p><b>제214조의3(재체포 및 재구속의 제한)</b></p> <p>① (생략)</p> <p>② <u>제214조의2제5항에 따라 석방된 피의자에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다.</u></p> <p>1. 도망한 때</p> <p>2. <u>도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때</u></p> <p>3. <u>출석요구를 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때</u></p> <p>4. <u>주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때</u></p> <p><b>제214조의4(보증금의 몰수)</b> ① 법원은 다음 각</p> | <p>(삭 제)</p> <p>(삭 제)</p> <p>⑤ ~ ⑨ (현행의 ⑧ ~ ⑫과 같음)</p> <p>(삭 제)</p> <p>⑩ (현행의 ⑭와 같음)</p> <p><b>제214조의3(재체포 및 재구속의 제한)</b></p> <p>(현행과 같음)</p> <p>(삭제)</p> <p><b>제214조의4(피의자의 보석청구)</b> ① 피의자, 피</p> |

| 현행법  | 개정안  |
|--|--|
| <p><u>호의 1의 경우에 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 제214조의2제5항에 따라 납입된 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.</u></p> <p>1. 제214조의2제5항에 따라 석방된 자를 제214조의3제2항에 열거된 사유로 재차 구속할 때</p> <p>2. 공소가 제기된 후 법원이 제214조의2제5항에 따라 석방된 자를 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속할 때</p> <p>② 법원은 제214조의2제5항에 따라 석방된 자가 동일한 범죄사실에 관하여 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후, 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수하여야 한다.</p> | <p><u>의자의 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·동거인 또는 고용주는 관할법원에 구속된 피의자의 보석을 청구할 수 있다.</u></p> <p>② 제95조, 제96조, 제97조 제1항 및 제3항, 98조 내지 제100조의2, 제102조 내지 제104조의2는 제1항의 보석청구가 있는 경우에 이를 준용한다.</p> <p>③ 보석신청 및 허가결정의 효력은 피의자에 대한 공소의 제기에 의하여 영향을 받지 아니한다.</p> |
| <p><b>제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)</b></p> <p>① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 <u>소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.</u></p> <p>② · ③ (현행과 같음)</p>   | <p><b>제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)</b></p> <p>① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 <u>소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 12시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.</u></p> <p>② · ③ (현행과 같음)</p>                    |

## 제2주제

「증거」 분야의 개정방안



# 「증거」 분야의 개정방안\*

발표자 : 서 보 학 | 경희대 법학전문대학원 교수

## I. 머리글

지난 2007년의 개정형사소송법(법률 제8496호, 2007.6.1)은 증거법 분야에서 다음과 같은 특기할 만한 변화를 가져왔다 :

① 종래 학설 및 판례로만 인정되어 오던 위법수집증거배제원칙(제308조의2)을 명문화하였다.

② 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정성립이 피고인의 진술뿐만 아니라 영상녹화물 및 이에 준하는 객관적인 방법에 의해서도 입증될 수 있도록 하였다(제312조 제1항, 제2항).

③ 참고인진술조서의 경우 피고인 측에서 공판준비 또는 공판기일에 원진술자를 신문할 수 있었던 때에 한하여 증거능력을 인정하도록 함으로써 피고인의 반대신문권을 강화하였다(제312조 제4항).

④ 조사자증언제도를 새로 도입하였다(제316조 제1항). 이를 통해 피고인이 진술의 내용을 부인함에도 불구하고 경찰의 피의자신문결과가 경찰의 증언을 통해 법정에서 증거로 현출될 수 있는 가능성이 확보되었다.

⑤ 증거능력에 대한 예외규정(제314조)의 요건이 강화되었다.

⑥ 영상녹화물의 경우 조서의 실질적 진정성립을 증명하기 위한 객관적 방법이나 피고인 또는 증인의 기억환기용으로 법정에서 현출될 수 있도록 하되 본증이나 탄핵 증거로는 사용하지 못하도록 하였다(제312조 제2항 및 제4항, 제318조의2 제2항).

\* 서보학 교수(경희대학교 법학전문대학원), 천진호 교수(경북대학교 법학전문대학원), 박용철 교수(서강대학교 법학전문대학원) 공동집필

지난 2007년의 형사소송법 개정은 전체적으로 수사절차의 적법성·투명성을 제고하고 피의자·피고인의 방어권을 강화하는 내용을 담고 있음에도 불구하고, 증거법 분야와 관련해서는 그다지 후한 점수를 주기 어렵다는 것이 중론이다. 공판중심주의 강화의 열쇠가 증거법 분야의 개정에 있었던 점을 생각하면 증거법 규정들의 개정내용이 기대에 미치지 못하기 때문이다. 특히 논란의 중심에 서 있었던 검사작성 피의자신문조서의 증거능력요건이 과거보다 완화됨으로써 부분적인 개선에도 불구하고 전체적인 무게중심은 오히려 공판중심주의에서 더 떨어진 것으로 판단된다. 다만 개정형사소송법에서 영상녹화물의 본증 및 탄핵증거로서의 사용가능성이 차단된 것은 다행으로 평가할 수 있다.

이하에서는 증거법과 관련하여 한국형사법학회의 형사소송법개정특별위원회(이하 형소법개정위원회)에서 검토하였던 주요 쟁점들을 중심으로 재개정이 필요한 부분에 대한 합리적인 개정방안을 제시해 본다.

## II. 위법수집증거배원칙

### 1. 개정안

| 현행법  | 개정안  |
|--|--|
| <p><b>제308조의2(위법수집증거의 배제)</b><br/>적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.</p> | <p><b>제308조의2(위법수집증거의 배제)</b><br/>적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없으며 <u>진술의 증명력을 다투기 위한 증거로도 할 수 없다.</u></p> |

### 2. 개정안에 대한 설명

학계에서 오랫동안 주장되었던 이른바 위법수집증거배제원칙이 2007년 형사소송법의 개정을 통하여 명문화되었다. 즉 제308조의2는 종래 우리 판례가 위법한 긴급

체포에 의한 유치 중 작성된 피의자신문조서의 증거능력이 없다고 보거나<sup>1)</sup>, 진술거부권이 고지되지 않은 채 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 등<sup>2)</sup> 진술증거의 경우 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 배제하면서도 비진술증거인 증거물에 대하여는 소위 “형질·형상불변론”에 따라 위법수집증거배제법칙을 적용하지 않았던 대법원 입장<sup>3)</sup>을 비판하였던 학설의 일치된 견해가 입법에 반영된 결과물이라 할 수 있다.

제308조의2의 개정과 관련하여 당 형소법개정위원회에서 검토하였던 점은 첫째, 同조가 위법수집증거의 배제원칙을 선언하면서 “위법하게 수집한 증거”가 아닌 “적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거”라고 규정함으로써 위법수집증거의 구체적인 배제범위를 법원의 판단에 맡기고 있기 때문에<sup>4)</sup> 이를 보다 직접적으로 명확하게 규정할 필요가 있는가 하는 점, 둘째 위법수집증거가 본증뿐만 아니라 탄핵증거로도 사용되는 것을 막기 위하여 이를 명문으로 금지할 필요성이 있는가 하는 점이었다.

첫째, 제308조의2에 대해 2006년 한국형사법학회의 의견서는 “종래 물적 증거에 대해 위법하게 수집된 것이라도 증거능력을 부여해 왔던 실무의 관행을 규제할 수 있고, 적용범위의 문제는 이론과 판례를 통해 자연스럽게 정해질 것이므로 규정 자체를 문제로 삼을 필요는 없고 나름의 타당성을 지니는 입법으로 평가”한 바 있다. 대법원도 역시 “수사기관의 절차 위반 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고, 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.”<sup>5)</sup>해야 한다고 함으로써, 적법절차의 원칙을 준수하

1) 대법원 2002.6.11, 200도5701.

2) 대법원 1992.6.23, 92도682.

3) 대법원 1987.6.23, 87도705; 1994.2.8, 93도3318; 1996.5.14, 96초88 등.

4) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설(2007.6), 124~125면.

5) 대법원 2007.11. 15, 2007도3061, 대법원 2009. 3. 12, 2008도11437, 대법원 2009. 4. 23, 2009도526, 대법원 2010. 1. 28, 2009도10092.

되 실제적 진실추구 및 이를 통한 형사사법정의의 실현을 이유로 절차를 위반하여 위법하게 수집된 증거라도 그 증거능력을 인정할 수 있는 예외인정의 길을 열어 놓고 있다. 그리고 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당하는 예로써는 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집한 경우로 예시한 바 있다.<sup>6)</sup> 또한 문헌에서는 적법절차의 실질적 침해의 예로서 고문·폭행·협박 등 위법한 신문방법에 의한 자백, 진술거부권의 불고지 등이 제시되고 있다.<sup>7)</sup> 당 형소법개정위원회 역시 제308조의2가 절차적 정의를 강조하기 위하여 위법수집증거배제원칙을 명문화하되 실제적 진실발견과의 조화를 위해 그 구체적인 적용범위는 학설과 판례에 맡겨 놓은 것으로서 합리성을 가진 것으로 판단하여 재개정의 필요성은 없는 것으로 보았다. 이에 따라 “적법한 절차에 의하지 아니라고”라는 현행 문언을 그대로 유지하기로 결정하였다. 다만 이에 대해서는 위원회 논의과정에서 현행 규정이 구체적인 적용범위를 판례의 판단에 맡겨 놓음으로써 위법수집증거배제원칙의 예외를 형사소송법적인 근거 없이 적법절차의 형식적·실질적 침해라는 이분법적 분류에 따라 미국 등 해외의 판례에 근거하여 대량 생산해낼 우려가 있으므로<sup>8)</sup> “적법한 절차”를 삭제하고 “위법하게 수집”한 증거의 증거능력을 부인하는 규정으로 명확하게 규정한 뒤 절차의 위법성이 인정되는 증거의 사용을 최대한 배제할 필요가 있다는 주장도 강력하게 제기되었다.

둘째, 위법수집증거를 탄핵증거로 사용할 수 있는가의 문제에 대해서 학설상으로는 이를 허용할 경우 사실상 증거배제의 효과를 회피하는 것을 허용하는 결과가 되기 때문에 이를 불허해야 한다는 부정설과<sup>9)</sup> 진술거부권을 고지하지 않고 얻은 자백의 경우 증거능력은 부인되나 임의성이 인정될 경우 해당 자백을 탄핵증거로는 사용할 수 있다는 미국 연방대법원의 판례들<sup>10)</sup>을 근거로 이를 긍정하는 입장<sup>11)</sup>이

6) 대법원 2010. 1. 28, 2009도10092.

7) 노명선/이완규, 형사소송법, 2009, 501면.

8) 이 견해는 형사소송법 제308조의2에 규정되어 있는 “적법한 절차”라는 문구는 헌법상의 적정절차의 원칙에 대한 논의와 궤를 같이 하고 있으며, 따라서 적법한 절차를 적정절차의 원칙으로 해석하여 과연 무엇이 적정한 것인지의 판단을 법원에 맡기고 있기 때문에 이와 같은 문제가 발생하고 있다고 지적하였다.

9) 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사(2008), 550면.

대립하고 있다. 우리 대법원도 진술거부권 불고지로 위법하기는 하나 임의성이 있을 수 있는 자백의 존재는 긍정하고 있다.<sup>12)</sup> 그러나 당 형소법개정위원회는 그렇다고 해서 탄핵증거를 규정하고 있는 제318조의2가 “적법한 절차와 방식에 따라 작성”되지 않은 경우까지 탄핵증거로 사용할 수 있다고 보기에는 어렵다고 판단하였다. 이는 동조 제2항이 피고인 또는 피고인 아닌 자의 기억 환기를 위하여 영상녹화물을 제출하는 것을 허용하되 증거능력 없는 영상녹화물에 의한 심증형성을 막기 위해 법원이 그 영상녹화물을 시청하는 것이 아니라 피고인 또는 피고인 아닌 자에게만 시청하게 하는 것에서도 알 수 있다. 이와 같은 고려에 따라 당 형소법개정위원회는 위법하게 수집한 증거는 탄핵증거로서의 사용이 금지되어야 하며, 동법 제318조의2 규정에 따라 적법한 절차와 방식에 따라 작성되었으나 그 증거능력이 부인되는 제한적인 경우에만 탄핵증거로서의 사용이 가능하도록 법조문을 개정할 필요성을 인정하게 되었다. 개정안에 따르면 예컨대 제312조 규정에 따라 검사작성 피신조서가 “적법한 절차와 방식에 따라 작성” 되었으나 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 인정하지 않아서 증거능력이 부인되는 경우, 또는 성립의 진정을 인정하였다 하더라도 특신상태가 증명되지 않은 경우(동조 제1항 및 제2항) 또는 사경작성 피신조서가 “적법한 절차와 방식에 따라 작성” 되었으나 피고인이 내용을 인정하지 않아서 증거능력이 부인되는 경우(동조 제3항) 등이 탄핵증거로서 고려될 수 있을 것이다.

---

10) Harris v. New York, 401 U. S. 222 (1971), Oregon v. Haas, 420 U. S. 714 (1975).

11) 노명선/이완규, 형사소송법, 502면.

12) 대법원 1992. 6. 23, 92도682.

### Ⅲ. 검사작성 피의자신문조서의 증거능력요건

#### 1. 실질적 진정성립과 객관적 증명 관련

##### (1) 개정안

| 현행법   | 개정안              |
|---|------------------|
| <p><b>제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)</b></p> <p>① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.</p> | <p>좌동</p>        |
| <p>② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.</p>   | <p><u>삭제</u></p> |

##### (2) 개정안에 대한 설명

종래에는 검사작성 피의자신문조서에 대해 피고인의 진술로만 실질적 진정성립이 인정될 수 있었다(舊제312조 제1항). 특히 대법원 2004.12.16. 선고 2002도537 판결<sup>13)</sup>에 의해 검사작성 피의자신문조서는 종래의 특권적 지위를 내놓고 사실상

13) 대법원 2004.12.16, 2002도537 : 「형사소송법 제312조 제1항 본문은 “검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 증거로

사법경찰관작성의 피의자신문조서와 같은 급으로 떨어질 위기까지 내몰렸었다.<sup>14)</sup> 획기적이라고 평가할 수 있는 앞의 대법원 판결은 그동안 형식적 진정성립에서 자동적으로 실질적 진정성립을 추정하던 방식을 폐기하고 피고인의 ‘진술에 의해서’만 실질적 진정성립을 인정하도록 함으로써 검사작성 피의자신문조서의 증거사용을 현저히 제한할 수 있도록 하였다. 이로 인해 피고인이 법정에서 구두(진술)로 실질적 진정성립을 부인하면 다른 방법에 의한 입증의 가능성을 묻지 않고 더 이상 同 조서는 증거로 사용될 수 없었다. 형사소송법 舊제312조 제1항의 위헌성 여부를 심사했던 헌법재판소 2005.5.26. 선고 2003헌가7 결정의 다수의견이 합헌의견을 내면 서도 일부 근거를 상기 대법원 판결의 효과에 기대는 것도 이와 같은 이유 때문이었

---

할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 여기서 성립의 진정이라 함은 간인·서명·날인 등 조서의 형식적인 진정성립과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립을 모두 의미하는 것이고, 위 법문의 문언상 성립의 진정은 ‘원진술자의 진술에 의하여’ 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하며, 이는 검사 작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 경우에도 다르지 않다고 할 것인바, 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.]

- 14) 해방 후 형사소송법을 제정하는 과정에서 수사기관이 작성한 조서의 증거능력에 관한 문제는 중요한 쟁점의 하나였다. 원래 법 제312조에 대한 형사소송법초안에서는 “검사, 수사관, 사법경찰관의 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 검증, 감정의 결과를 기재한 조서 및 압수한 서류나 물품은 공판준비 또는 공판기일에 피고인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”(초안 제299조) 라고 하여 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 폭넓게 인정하였고, 또한 검사와 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서에 증거능력의 차이를 두지 않았다.

그런데 동 초안이 법제사법위원회에 회부된 후 동 조문의 자구수정과 함께 그 단서로서 “단, 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 진술조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”고 규정하여 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한하는 내용이 신설되었다. 이와 같이 1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 형사소송법 제312조는 본문과 단서의 형태로 검사와 사법경찰관이 작성한 조서의 증거능력에 차이를 두고 있었다. 그러다가 1961. 9. 1. 법률 제705호 개정법에서 위 본문과 단서가 제1항과 제2항으로 나뉘어 규정되고, 그 제1항에 “단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 그 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.”는 단서가 추가되어 2007년 형사소송법의 개정시까지 유지되고 있었다. 형사소송법 제·개정자료집(상), 한국형사정책연구원, 2009, 41면, 103면, 254-255면 참조.

다.<sup>15)</sup>

그런데 개정형사소송법 제312조 제2항은 피고인의 진술 외에 영상녹화 등 객관적인 방법에 의해서도 진정성립의 증명이 가능하도록 함으로써 검사작성 피의자신문조서에 기사회생의 기회를 보장하였다. 그 결과 개정형사소송법은 공판중심주의의 강화라는 개정목표와는 배치되게 이전 보다 오히려 검사작성 피의자신문조서의 입지를 강화해 주는 결과를 낳고 말았다. 학계에서 공판중심주의의 강화라는 대세에 역행하고 2004년 대법원 판결의 의미를 크게 퇴색시킨 개정형사소송법의 대표적인 개악조항으로 지목하고 있는 이유이기도 하다. 당시 국회법사위에 제출되었던 학회의 의견서는 이 점을 명확히 하고 있다.

- 한국형사법학회 의견서 : 「증거법칙에 관한 개정안은 공판중심주의를 구현하겠다는 당초의 취지를 무색하게 하는 개악적 입법으로 평가된다. 제312조 제1항은 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 부여의 요건을 영상녹화물 등 객관적인 방법으로 증명된 경우로까지 확대하고 있는데, 이는 현행법 및 판례의 입장보다도 대폭 후퇴한 것으로서 개정의 의미를 전혀 찾기 어렵다.」
- 한국형사정책학회 의견서 : 「제312조 제1항에서 검사작성 피의자신문조서의 증거

---

15) 헌법재판소 2006. 5. 26. 선고 2003헌가7 결정 : 「한편, 대법원은 종래 소위 형식적 진정성립이 인정되면 그로부터 실질적 진정성립이 인정되는 것으로 추정하고 있었으나(대법원 2000. 7. 28. 선고 2000도2617 판결 등), 최근 2004. 12. 16. 선고한 2002도537 전원합의체 판결에서 대법관 전원일치의 의견으로 검사 작성 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 판시하여 종전의 입장을 변경하였다. 이러한 대법원의 변경된 견해 하에서는 피고인이 공판정에서 검사 작성 피의자신문조서가 자신의 진술과 다르게 기재되었다고 주장하면, 즉 실질적 진정성립을 부인하면 당해 피의자신문조서의 증거능력이 인정되지 않고 따라서 동 신문조서를 유죄의 증거로 사용할 수 없게 되었다. 요컨대, 이 사건 법률조항 본문의 합리성에 더하여 이제 대법원의 새로운 견해에 의할 때 동 조문으로 말미암아 형사소송의 일방 당사자로서 유죄의 입증책임이 부과되어 있는 검사의 책임이 경감되는 효과가 발생하지 않을 뿐만 아니라, 검사가 피의자의 자백을 얻기 위하여 무리하게 수사를 한다든가 법원이 피고인의 공판정 진술보다 검사 앞에서의 진술을 우선한다든가 하는 우려는 없게 되었다. 따라서 이 사건 법률조항 본문으로 말미암아 형사소송의 당사자로서 형사피고인의 방어권 행사가 부당하게 곤란하게 된다든지 평등원칙을 위배하여 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 할 수 없고, 그 밖에 제청법원이 주장하는바 무죄추정의 원칙, 고문을 받지 아니할 권리, 불리한 진술거부권, 생명·신체의 자유권 등의 침해가 발생할 가능성은 없다고 할 것이다.」

능력 부여의 요건을 영상녹화물 등 객관적인 방법으로 증명된 경우로까지 확대하고 있다. 그런데 이렇게 영상녹화물을 증거의 세계로 적극 투입하게 되면 공판심리의 대부분은 수사단계에서 작성된 영상녹화물을 확인하는 방식으로 치우치게 되어 공판중심주의에 역행할 우려가 크다.」

외국의 조서관련 규정들을 살펴보면 비교적 일본이 우리와 가까운 제도를 운영하고 있고 독일과 미국은 수사기관이 작성한 조서의 사용을 엄격하게 통제하고 있다. 예컨대 일본의 경우 우리나라와 달리 피의자신문조서라는 명칭대신에 공술조서라는 명칭을 사용하고 있고 또한 검사작성과 사법경찰관 작성의 조서사이에 차별을 두지 않는다(따라서 우리나라와는 달리 검사작성조서에 특권적 지위는 인정되지 않는다). 일본 형사소송법 제322조는 검사작성 피의자신문조서는 물론 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대하여도 우리나라의 형식적 진정성립에 해당하는 피고인의 ‘서명 또는 날인’이 있으면 그 임의성이 부인되지 않는 한 증거능력을 인정하고 있다.<sup>16)</sup> 실질적 진정성립을 요구하지 않고 또한 내용의 인정을 요구하지 않는다는 점에서 오히려 우리나라 보다 증거사용의 가능성을 폭넓게 인정하고 있다고 할 수 있다.

반면에 독일의 경우는 형사소송법 제250조, 제254조 제1항 등의 규정<sup>17)</sup>에 따라 법관이 작성한 피의자신문조서만이 증거능력을 갖고 검사나 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 그 자체로는 피고인의 유죄를 입증하는 직접자료로서의 증거능력이 인정되지 않는다. 따라서 증거로 제출되지 않는다. 다만, 형사재판의 실무에서는 형사소송법상의 명문규정은 없으나 공판정에서 피고인이 수사단계에서 경찰관

16) 일본 형사소송법 제322조(피고인의 공술서·공술녹취서의 증거능력) : “피고인이 작성한 공술서(供述書) 또는 피고인의 공술을 녹취한 서면에 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것은, 그 공술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 경우 또는 특히 신용할 만한 정황 하에서 이루어진 경우에 한하여 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은 그 승인이 자백이 아닌 경우에도 제319조(자백의 증거능력·증명력)의 규정에 준하여, 임의(任意)로 작성된 것이 아니라고 의심되는 경우에는 이를 증거로 할 수 없다.”

17) 독일 형사소송법 제250조(증거조사의 직접성) : “어떤 사실에 관한 증거가 개인의 지각에 근거하고 있는 경우 공판에서 그를 신문하여야 한다. 이 신문은 과거 신문시 작성된 조서의 낭독이나 서류상의 진술로써 그 신문을 대체할 수 없다.”

제254조(법관조서의 낭독) “(1) 자백에 관한 증거조사의 목적으로 법관조서에 포함되어 있는 공판피고인의 진술을 낭독할 수 있다.”

이나 검사 앞에서 행한 이전의 진술과 모순되는 진술을 하거나 그 진술내용을 기억하지 못할 때 재판장이 수사기관에서의 진술이 기재된 조서를 보여주면서 진술의 모순을 지적하거나 기억을 돕는 ‘제시(Vorhalt)’라는 관행을 갖고 있는데, 이는 독일 연방대법원(BGH)에 의해서도 승인되고 있다.<sup>18)</sup> 피고인이 재판장의 위와 같은 ‘제시’에 대하여 이전의 진술을 인정하면 그 공판정에서의 진술을 증거로 할 수 있고, ‘제시’에 대하여 침묵하거나 다투는 경우에는 피의자를 신문한 자(예컨대 경찰관)를 증인으로 부를 수 있고 그 증인의 진술은 법관의 자유로운 증거평가의 대상이 된다.

한편, 미국의 경우에는 수사기관이 피의자신문조서를 작성하지 않을 뿐만 아니라 만약 피의자가 수사기관에서 자백하면 기소사실인부절차(Arrestment)에 의해서 사실심리가 끝나기 때문에 피의자의 수사기관 자백진술의 증거능력 인정 여부가 대부분 문제되지 않는다. 다만, 피의자가 자백서면을 작성한 후 공판정에서 그 자백을 부인하는 경우에는 그것을 청취하거나 신문한 자(주로 경찰관)가 공판정에 증인으로 나와서 진술함으로써 그 증언을 증거로 하고 있다.

생각건대, 공판중심주의와 직접심리주의를 관철하기 위해서는 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판정에서 피고인이 그 내용을 인정하는 경우에만 증거로 사용할 수 있도록 하고 피고인이 내용을 부인하거나 증거사용에 동의하지 않는 경우에는 검사작성 또는 사법경찰관작성을 가리지 않고 원칙적으로 증거능력을 인정하지 않는 것이 옳다. 다만, 다른 나라의 예에서 볼 수 있듯이 공판중심주의와 직접심리주의를 실현하기 위한 각국의 조서관련 규정은 각국의 실정과 입법정책에 따라 다양한 형태로 나타날 수 있다고 생각한다.

당 형소법개정위원회는 이상의 외국의 입법례를 참조하고 우리나라의 재판현실을 고려하여 종래 우리나라 형사재판의 고질적인 문제점으로 지적되어온 조서재판을 지양하고 공판중심주의 및 직접심리주의가 관철되는 공판절차를 정착시키기 위해서는 현재 우리나라의 형사재판절차에서 ‘증거의 왕’으로 군림하고 있는 검사작성 피의자신문조서에 대한 의존도를 크게 낮추어야 한다는 데에 의견을 모았다. 그 방법은 크게 두 가지로 생각해 볼 수 있는데, 하나는 검사작성 피의자신문조서도 사

---

18) BGH 14, 307; 34, 231, 235.

법경찰관작성의 피의자신문조서와 마찬가지로 피고인이 공판정에서 내용을 인정할 때에만 증거로 사용할 수 있도록 하는 것이고, 다른 하나는 지난 2004년의 대법원 판례와 같이 피고인의 구두(진술)에 의해서만 실질적 진정성립을 인정하도록 하고 객관적 방법에 의한 증명을 삭제하는 방안이다. 이 중 첫 번째 안을 주장하는 강력한 주장도 있었으나 당 형소법개정위원회는 두 번째 안을 채택하기로 결정하였다. 피의자신문조서의 실질적 진정성립을 피고인의 구두(진술)에 의해서만 인정될 수 있도록 하면 사실상 내용인정 방식과 같은 효과를 거둘 수 있을 뿐만 아니라 검사작성 피의자신문조서와 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력요건을 일치시키는 문제는 별도의 논의와 의견수렴이 필요하다는 고려에서였다. 한편 이와 같이 개정할 경우 검사작성 피의자신문조서의 증거사용이 현저하게 제한되어 우리의 재판실무가 감당할 수 없는 부담이 발생할 수 있다는 지적도 있었으나 지난 2004년의 대법원 판결이후 형사재판에서 실제 그러한 상황은 발생하지 않았다는 점, 또한 피고인의 자백진술 이외에 객관적 증거가 확보되어 있다면 피고인이 아무 이유 없이 조서의 실질적 진정성립을 부인하거나 재판부가 조서에 기재된 피고인의 진술만으로 유무죄의 판단을 내려야 하는 상황은 발생하지 않을 것이라는 전망도 함께 고려되었다. 객관적 증거 없이 검사 앞에서 이루어진 피고인의 진술만으로 유죄를 인정한다든가 피고인의 법정에서의 진술 보다 검사 앞에서의 진술을 앞세우는 관행은 이제 우리나라에서도 더 이상 용납되어서는 안 될 것이다.

## 2. 특신상황 관련

종래 형사소송법 舊제312조 제1항 본문과 단서(특신상황)와의 관계에 대해서는 단서를 가중요건으로 보는 설<sup>19)</sup>과 완화조건으로 보는 설<sup>20)</sup>이 대립하고 있었는데,

19) 강구진, 형사소송법원론, 학연사(1982), 456; 신양균, 형사소송법, 법문사(2000), 683; 신현주, 형사소송법(신정2판), 박영사(2002), 542; 이재상, 형사소송법(제5판), 박영사(2002), 516; 임동규, 형사소송법(제2판), 법문사(2003), 467; 차용석·백형구, 주식 형사소송법(III), 한국사법행정학회(1998), 435; 차용석, 형사소송법, 세영사(1997), 781 등 참조. 헌법재판소도 역시 가중요건설의 입장에서 있다(헌법재판소 1995. 6. 29. 선고 93헌바45 결정, 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 결정)

개정형사소송법은 특신상황을 가중요건으로 명확히 하였다는 점에서 긍정적인 평가를 받을 만하다.

그러나 진술당시 특신상황이 존재했었는지의 여부는 사후에 쉽게 확인하기 어려운 것이라는 점에서 同요건을 좀 더 명확하게 규정하지 않고 종전과 마찬가지로 애매모호한 상태로 둔 점은 비판을 받아 마땅하다는 견해도 있다. 종래 대법원의 손쉬운 3단계 추정논리(‘형식적 진정성립’ → ‘실질적 진정성립’ → ‘특신상황’)<sup>21)</sup>를 통해 검사작성 피의자신문조서가 거의 무방비로 유죄의 증거로 채택되었던 재판현실을 생각해 보면 특신상황을 판단할 수 있는 구체적인 판단기준이나 예시를 법문에 명시하였어야만 했다는 지적이다. 그리고 일부 학설<sup>22)</sup>과 앞에서 언급한 헌법재판소 결정(2005. 5. 26. 선고 2003헌가7)의 소수의견<sup>23)</sup>이 舊형사소송법 제312조 제1항

20) 정웅석, 형사소송법(제2판), 대명출판사(2005), 829, 830.

21) 대법원 1987.9.8, 87도1507; 1986.11.25, 83도1718 등 참조.

22) 서보학, “형사소송법 제312조 제1항의 위헌성과 형사소송법적 문제점”, 형사법연구 22호(2002.8), 310; 하태훈, “검사 작성의 피의자신문조서와 참고인진술조서의 증거능력”, 형사판례연구 14호(2006.8), 236.

23) 재판관 윤영철, 권 성, 김효종, 이상경의 반대이견 : 「가. 이 사건 법률조항은 검사 작성 피의자신문조서에 대한 증거능력을 부여하는 요건에 관한 것으로서 전문법칙의 예외인바, 피고인에게 불이익하게 작용할 수 있으므로 명확성의 원칙이 보다 높은 정도로 요구된다. 그런데 형사재판의 실무상 이 사건 법률조항 단서가 요구하는 특신상태가 사실상 추정되어 피고인이 그 입증의 부담을 안도록 운영되고 있다는 것은, 이 사건 법률조항 단서가 담고 있는 의미가 명확하지 않기 때문이고, 특히 위 단서의 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라는 법문언어 지니고 있는 모호성은 헌법상 원칙인 명확성원칙의 요청을 충족시켰다고 보기 어렵다. 나. 입법자가 형사소송법 제312조 제1항(이하 ‘법 제312조 제1항’이라 한다)을 통하여 경찰이 작성한 피의자신문조서와 구별하여 검사가 작성한 피의자신문조서에 대하여 보다 우월한 효력을 부여하기 위하여 가중요건을 설정함에 있어서는 법 제312조 제1항 단서와 같이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라는 모호한 요건을 규정함에 그칠 것이 아니라, 피의자의 변호인 참여 요구권에 대한 고지 절차 등을 통한 변호인 참여의 실질적인 보장이 증거능력 부여의 전제조건임을 명백히 하여 증거능력 부여의 요건을 보다 명확히 하는 한편 검사가 행하는 피의자신문의 절차적 투명성을 강조하는 입법적 조치를 고려하였어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 입법자는 법 제312조 제1항 단서의 내용을 정함에 있어서 입법자에 부여된 입법적 형성의 의무를 게을리 하여 검사작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력 부여의 요건을 불명확하게 규율하였다. 다. 따라서 이 사건 법률조항 단서는 법규범의 정립에 요구되는 명확성의 원칙에 위배되는 위헌적인 법률이라고 판단된다. 다만 이에 대하여 단순 위헌을 선고하면 피고인의 지위를 더욱 불리하게 하므로, 피고인에 대한 입증부담 전가의 해소, 변호인참여의 실질적 보장 등의 입법적 개선을 촉구하는 헌법불합치 결정을 선고함이 상당하다.」

단서조항의 문언(특신상태)이 모호하여 헌법상 원칙인 명확성의 원칙을 충족시켰다고 보기 어렵다고 지적한 점에도 주목할 필요가 있다.

이러한 이유 등 때문에 애당초 사법제도개혁추진위원회가 마련한 정부원안은 “영상녹화 등 기타 객관적인 방법”에 의해 조서의 실질적 성립의 진정을 입증할 수 있도록 양보하는 대신에, 특신상황과 관련하여서는 “... 그 조서에 기재된 진술이 ‘변호인의 참여하에 이루어지는 등’ 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때...”라고 하여 특신상황을 판단할 수 있는 구체적인 예를 적시하는 한편, 이를 통해 적어도 변호인이 참여하는 것과 같은 정도로 진술당시의 특신상황이 추정될 수 있는 사유가 존재할 때에만 예외적으로 조서의 증거능력이 인정될 수 있도록 하였다. 그러나 국회의 법사위 심의과정에서 ‘변호인의 참여하에 이루어지는 등’의 구체적인 예시가 빠짐으로서 다시 상황은 이전의 상태로 회귀하고 말았다. 최근에는 피의자신문과정을 촬영한 영상녹화물이 특신상황을 증명하는 방법이 될 수 있다는 주장도 있지만 부분진실만을 법정에 전달할 위험성을 내포하고 있는 영상녹화물이 그 문제점을 해결하는 대안이 될 수 없음은 명백하다. 앞에서 언급한 헌재결정(1995. 6. 29. 선고 93헌바45, 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7)의 소수의견이 지적한 바와 같이 아마 피의자신문에의 변호인 참여가 유일하게 객관적인 입증방법이 될 것으로 보인다. 그렇다면 정부원안과 같이 특신상황을 입증할 수 있는 구체적 요건을 명확하게 규정했어야 옳을 것이다. 그러나 우리 입법자는 종래와 같이 막연히 ‘특신상황’만을 규정해 놓고 모든 판단을 법원에 일임함으로써 ‘특신상황’의 부존재에 대한 입증부담을 사실상 국민에게 전가하여 국민의 기본권을 보호하기 위한 입법형성의 의무를 다하지 못하였다는 비판이 가능한 것이다.<sup>24)</sup>

이러한 문제의식을 기초로 당 형소법개정위원회는 특신상태의 예시로 “변호인의 참여하에 이루어지는 등”을 명시할 필요가 있는지 여부를 검토하였다. 논의결과 우리 형사소송법상 특신상태는 “적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것”과 “진정성립”이 인정되는 것 이외의 “임의성”과도 다른 개념을 의미하므로 특신상태의 개념을 명시하기가 용이하지 않을 뿐만 아니라, 이의 예시로 “변호인의 참여하에 이루어지

24) 역시 ‘특신상황’의 내용을 명문의 규정으로 구체화할 필요가 있다는 지적으로는 신동일, “전문 증거에 대한 사개추위안의 문제점과 개선방안”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006.8), 494.

는 등”을 명시할 경우 변호인이 참여만 하면 특신상태가 보장될 것이라는 오해를 사거나 오히려 그것이 피고인에게 불리하게 작용할 가능성도 있다는 등의 이유로 현행 규정을 그대로 유지하기로 결론을 내렸다.

## IV. 제313조 진술서등의 증거능력요건에 대한 검토

### 1. 개정안

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <p><b>제313조(진술서등)</b></p> <p>① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.</p> <p><u>단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.</u></p> | <p><b>제313조(진술서등)</b></p> <p>① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.</p> <p><u>② 단, 피고인의 진술서는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.</u></p> <p><u>③ 또한, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 및 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.</u></p> |
| <p>② 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 전항과 같다.</p>  | <p>④ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항과 같다.</p>   |

## 2. 개정안에 대한 설명

제313조의 진술서 및 진술기재서와 관련해서는 동조 제1항의 단서에 규정되어 있는 피고인의 진술서와 피고인의 진술을 기재한 서류의 증거능력요건을 명확히 규정할 필요성이 제기되었다. 현재의 규정으로는 단서 조항에 피고인의 진술이 기재된 서류 외에 피고인의 진술서도 포함되는지 여부 그리고 진정성립을 인정하는 주체가 원진술자인 피고인을 의미하는지 또는 피고인과 진술기재서의 작성자 모두를 의미하는지 여부에 대해 해석론이 나뉘고 있기 때문이다.<sup>25)</sup>

이에 따라 당 형소법개정위원회는 제313조 제1항 단서의 규정을 나누어 제2항에는 피고인의 진술서를, 제3항에는 피고인의 진술이 기재된 서류를 규정하면서, 제2항 피고인의 진술서에는 피고인의 진정성립 인정과 특신상태를, 제3항 피고인의 진술을 기재한 서류에는 원진술자인 피고인 및 작성자의 진정성립 인정과 특신상태를 요구하기로 하였다.

## V. 증거능력에 대한 예외요건의 검토

### 1. 개정안

| 현행법  | 개정시안   |
|--|--|
| <p><b>제314조(증거능력에 대한 예외)</b><br/>제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖의 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.</p> | <p><b>제314조(증거능력에 대한 예외)</b><br/>제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·행방불명, 그 밖의 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.</p> |

25) 이은모, 형사소송법, 2010, 609-610면 참조.

## 2. 개정안에 대한 설명

개정형사소송법 제314조는 제312조 및 제313조의 전문서류에 대하여 영미법상 전문법칙의 예외사유인 “필요성”과 “특신상황(신용성의 정황적 보장)”이 인정되는 경우에 증거능력을 인정하고 있다. 실체적 진실발견의 요청과 피고인의 방어권 보장 사이에 균형을 이루기 위한 규정이다.

그러나 종래에는 이 규정의 예외사유로 규정된 “진술자의 사망, 질병, 외국거주, 기타 사유” 중 “기타 사유”를 지나치게 폭넓게 해석하여 피고인의 반대신문권과 방어권이 충분히 보장되지 못하였던 것이 사실이다.<sup>26)</sup> 종래 대법원은 무단전출 또는 주민등록 미등재로 인하여 소재불명이 되어 피해자의 소환이 불가능한 경우<sup>27)</sup>, 진술을 요할 자가 소환에 불응하고 소재불명으로 그에 대한 구인집행도 안 되는 경우<sup>28)</sup> 등이 형사소송법 제314조의 “기타 사유”로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 하였다. 그러나 원진술자의 소재를 탐지하지 못하거나 구인불능으로 인한 불이익은 거증책임을 진 검찰이 부담해야하지 이를 피고인 측에 떠넘기는 것은 부당하다 하지 않을 수 없다. 더구나 대법원은 원진술자가 법정에서 출석하였으나 증언거부권을 행사하여 증언을 거절한 때에도 기타 사유로 진술할 수 없는 때에 해당한다고 보았다.<sup>29)</sup> 이 역시 물리적인 사유가 아닌 원진술자 개인의 규범적인 사유로 인한 진술거부를 피고인의 불이익으로 돌린 사례이다.

개정형사소송법은 피고인의 반대신문권과 방어권을 충분히 보장하기 위하여 종래 “기타 사유”를 “소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유”로 엄격히 규정하였다고 해석된다.<sup>30)</sup> 그러나 이러한 정도로 제314조의 적용이 엄격히 제한될 수 있을지에 대해서는 의문이 제기된다. 종래 대법원이 판례에서 인정하던 “소재불명”이라는 개념을 법문언에 명시한 것에 불과하기 때문이다. 원래 사법제도개혁추진위원회가 마련한 정부원안에서는 “행방불명 기타 이에 준하는 사유”로 규정하고 있었다. “행방불

26) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설(2007.6), 139면.

27) 대법원 1983.6.28, 83도931.

28) 대법원 1989.6.27, 89도351.

29) 대법원 1992.8.14, 92도1211.

30) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설(2007.6), 140면.

명”이 훨씬 좁고 엄격한 개념임이 분명하다. 그러나 국회 심의과정에서 “소재불명”으로 바뀌고 말았다. 종래 대법원 판례의 개념해석을 고려하면 사실상 달라진 것이 없는 것이다.

개정형사소송법에서 제314조는 더 이상 제312조의 피의자신문조서 - 공범자에 대한 피의자신문조서 - 에 적용되지 않는 것으로 해석되고 있기 때문에<sup>31)</sup> 그 주요적용 대상은 제313조의 참고인진술조서가 될 것이다. 개정형소송법은 참고인진술조서에 대하여 피고인에게 반대신문권의 기회를 보장한 경우에만 증거능력을 인정하고 있기 때문에, 당 형소법개정위원회는 이런 입법취지를 살리기 위해서는 제314조의 요건이 더욱 엄격해져야 한다는 판단을 하게 되었다. 이러한 취지에 따라 ‘소재불명’을 더욱 좁고 엄격한 개념인 ‘행방불명’으로 개정하기로 합의하였다.

## VI. 조사자증언제도에 대한 검토

### 1. 개정안

| 현행법  | 개정시안   |
|--|--|
| <p><b>제316조(전문의 진술)</b><br/>           ① 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.</p> | <p><b>제316조(전문의 진술)</b><br/>           ① 피고인이 아닌 자(____ 삭제____)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.</p> |

31) 이재상, 신형사소송법, 박영사(2008), 571면 참조.

## 2. 개정안에 대한 설명

개정형사소송법 제316조 제1항은 “공소제기전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다”라고 하여 조사자증언제도를 신설하였다. 종래에는 경찰수사단계에서의 피의자진술이 요증사실을 입증하는 본증으로 법정에서 제출될 수 있는 길이 사실상 막혀 있었다. 사법경찰관작성 피의자신문조서는 피고인의 내용부인으로 증거능력을 가질 수 없었고, 피의자를 조사한 사법경찰관리의 법정증언도 대법원 판례에 의해 허용되지 않았었기 때문이다. 대법원은 피고인을 피의자로 신문한 사법경찰관이 그 진술내용을 법정에서 진술하는 것이 형사소송법 舊제316조 제1항의 적용대상이 될 수 없다고 판단했던 것이다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도5831 판결). 그러나 개정형사소송법은 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 증거능력을 과거와 같이 묶어두되 사법경찰관리의 법정증언을 통해 피의자진술이 법정에서 증거로 제출될 수 있는 길을 열어 놓았다.

사법경찰관리의 법정증언은 ① 범행발생과 시간적으로 가까운 시점에서의 진술이기 때문에 증거가치가 높은 경찰단계에서의 피의자진술이 증거로 채택되어 실제적 진실발견에 기여할 수 있고 경찰의 수사가 낭비가 아닌 구체적인 성과로 나타날 수 있다는 점, ② 기존의 조서형태가 아닌 조사자‘증언’의 형태로 증거가 제출되기 때문에 증거조사 과정에서 구두변론이 활성화되고 공판중심주의적 법정심리의 정착에 기여할 수 있다는 점, ③ 신문을 담당하는 사법경찰관리에 대한 반대신문을 통하여 자연스럽게 신문방식과 신문당시 조사실의 분위기가 법정에서 노출됨으로써 - 이는 신문당시의 특신상황을 판단하는 정황자료로 사용될 것임 - 아직 경찰수사에서 잔존하고 있는 강압적 신문분위기를 해소하고 인권친화적인 신문환경을 조성하는데 크게 기여할 것으로 기대된다는 점, ④ 사법경찰관리의 법정증언이 활성화되면 경찰도 스스로의 수사결과와 재판결과에 대해서 책임감을 가지게 되어 향후 일선현장에서 수사를 담당하는 사법경찰관의 책임의식이 상당히 제고될 것으로 기대할 수 있다는 점 등에서 긍정적으로 평가할 수 있다는 지적도 있다.<sup>32)</sup>

32) 조사자증언의 긍정적 효과에 대한 자세한 지적은 서보하, 개정형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력, 사법, 제3호(2008.3), 181면 이하 참조.

그러나 사법경찰관리의 법정증언이 가능해 진 것에 대해서는 무엇보다 전문증거의 사용확대를 가져왔다는 점에서 공판중심주의에 반한다는 비판을 받고 있다. 개정형사소송법이 검사작성 피의자신문조서의 증거능력요건을 완화시킨 것에 더하여 피고인의 부인에도 불구하고 경찰수사단계에서의 진술이 증거로 제출될 수 있는 길을 터놓았기 때문이다. 이 문제에 대해서는 형사법학회도 비판적인 의견을 제시한 바 있다.

- 한국형사법학회 의견서 : 「개정안 제316조 제1항은 사법경찰관을 포함한 조사자의 증언을 조서와 구별된 독자적인 증거로 규정하고 있는데, 이는 현행 대법원의 입장과 정면으로 배치되며, 구두주의만을 강조한 나머지 직접주의를 몰각한 입법으로 평가됨.」

이에 당 형소법개정위원회는 조사자증언제도가 전문증거의 사용범위를 확대함으로써 공판중심주의 및 직접심리주의의 강화라는 대세에 반할뿐만 아니라, 피고인이 내용을 부인하면 경찰수사단계에서의 진술이 증거로 제출될 수 없도록 하고 있는 현행 규정과도 모순된다는 지적에 따라 폐지하기로 의견을 모았다.

## Ⅶ. 영상녹화물의 증거사용에 대한 검토

### 1. 개정안

| 현행법   | 개정시안  |
|---|---|
| <p><b>제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)</b></p> <p>① 제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.</p> | <p><b>제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)</b></p> <p>제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자(____ 삭제____)의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.</p> |

| 현행법   | 개정시안  |
|---|---|
| <p>② 제1항에도 불구하고 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.</p> | <p><b>제318조의3</b><br/> <b>전조에도</b> 불구하고 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.</p> |

## 2. 개정안에 대한 설명

개정형사소송법에 의해 수사기관의 영상녹화물은 각 조서의 실질적 진정성립을 증명하거나(제312조 제2항 및 제4항) 법정에서 진술자의 기억을 환기시키는 용도(제318조의2 제2항)로 사용될 수 있다. 그러나 요증사실을 증명하는 본증은 물론 탄핵증거로도 사용이 금지되어 있다.

최근 수사과정에서의 인권침해 및 위법수사관행을 예방·근절하고 피의자진술의 증거가치를 높이기 위해 피의자신문과정을 영상녹화하는 사례가 늘고 있다. 인권보장적 수사관행이 완전히 뿌리내리지 못한 우리나라에서 피의자신문과정과 그 진술 내용을 영상녹화 하는 것은 다음과 같은 점에서 인권침해예방과 신문절차의 적법성 확보 그리고 진술의 임의성 보장을 위해 긍정적인 역할을 할 수 있을 것으로 본다.<sup>33)</sup>

첫째, 신문과정의 영상녹화가 위법감시 기능의 역할을 하게 된다. 그동안 검찰 및 경찰수사에서 인권침해적인 강압수사가 근절되지 않고 있는 근본적인 이유는 인권의식의 결여와 자백위주의 수사관행에 있지만, 상당부분 조사실 자체의 폐쇄성에 기인하는 바도 크다. 외부의 접근이 차단된, 감시의 사각지대에 놓인 조사실에서

33) 피의자신문과정의 비디오녹화에 대해 긍정적인 평가를 내리고 있는 글로는 김성돈, “미란다법칙과 위법수사통제방안”, 형사법연구 제14호(2000), 27-28; 정상명, “미국 형사재판에서의 비디오시스템(하)”, 법률신문 1584호(1985.4); 최영승, “피의자신문에 있어 적법절차의 법리에 관한 연구”, 경희대학교 박사논문( 2003), 234-237 참조.

홀로 남겨진 피의자를 상대하는 수사관은 본능적으로 수단과 방법을 가리지 않고 피의자를 강압하여 자백을 받아내려는 유혹에 이끌리게 된다. 이런 고립된 상황에서는 피의자 스스로도 고립무원의 자포자기 상태에 빠져 적극적으로 자기 자신을 방어하기가 쉽지 않게 된다. 때문에 외부와 차단된 조사실의 경우에는 영상녹화장치를 설치, 피의자신문과정을 촬영하도록 하는 것이 강압수사를 예방하는 한 효과적인 대책이 될 수 있을 것이다.<sup>34)</sup> 다만 영상녹화장치의 설치로 인한 예방적 효과를 거두기 위해서는 조사가 이루어지는 동안 전체 신문과정이 빠짐없이 녹화되어야 한다. 자백을 반복할 경우에 대비한 자백진술만의 영상녹화는 오히려 이 제도를 악용하는 부당한 수사라 할 것이다.<sup>35)</sup>

둘째, 영상녹화에는 피의자가 진술할 당시의 신문분위기가 그대로 담겨 있기 때문에 판사는 피의자의 진술태도와 억양, 수사관의 질문내용 및 반응, 이익 되는 사실을 진술할 수 있는 기회의 충분한 보장 및 진술거부권의 고지 여부 등을 확인함으로써 진술의 임의성과 신빙성(증명력)에 대한 보다 정확한 판단을 내릴 수 있게 된다. 또한 피의자는 자신의 진술이 영상녹화 된다는 점을 인식한다면 자백에 더욱 신중을 기하게 될 것이고, 일단 자백을 한 후에는 쉽게 자백을 반복하지 못하게 될 것이다. 영상녹화가 진술의 반복을 막는 일종의 ‘심리적 제어장치’<sup>36)</sup>의 역할을 하는 것이다. 이러한 점들은 결과적으로 피의자진술의 증거가치를 높여 주는 효과를 낳게 된다.

그러나 피의자의 진술을 담은 영상녹화물이 피의자진술의 증거가치를 높이는 효과가 있는 것은 틀림없지만 일부에서 주장되는 것과 같이 당연히 그 증거능력을 인정해야한다거나 또는 조서를 대체하여 요증사실을 증명하는 본증으로 사용할 수 있

34) 비슷한 지적 이동희, “사개추위안의 피의자신문 녹음·녹화제도 도입방안에 대한 검토”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006.8), 521면; 최영승, “피의자신문에 있어 적법절차의 법리에 관한 연구”, 경희대학교 박사논문(2003), 235면; 허일태, “피의자 비디오진술녹화와 인권과의 관계”, 수사연구, 수사연구사(2004.4), 34-35면.

35) 최근 양천경찰서의 피의자고문사건에서도 조사실에 설치된 카메라의 각도가 인위적으로 조정되어 사각을 비추고 있었거나 가혹행위가 일어났던 것으로 의심되는 시점의 녹화가 되지 않았었다. 지난 2002년 서울지검 고문치사 사건에서도 특별조사실에 CCTV가 설치되어 있었으나 조사가 진행되는 15시간 동안 전혀 녹화가 이루어지지 않았던 것으로 밝혀진 바 있다.

36) 정상명, “미국 형사재판에서의 비디오시스템(하)”, 법률신문 1584호(1985.4), 10면.

도록 해야 한다는 주장<sup>37)</sup>에는 동의하기는 어렵다. 논자에 따라서는 일반증언에 비해 영상녹화물에 의한 진술의 재생이 정확하고 명확하기 때문에 진술증거뿐만 아니라 비진술증거로서의 성격도 갖는다는 견해를 피력하기도 한다.<sup>38)</sup> 그러나 영상녹화물이 비록 진술장면을 생생하게 재생하는 영상과 음성을 담고 있다 할지라도 그 본질은 역시 진술증거로서의 전문증거에 불과하다.<sup>39)</sup> 수사과정에서 영상녹화된 진술에 대하여 반대신문권의 행사가 보장되어 있지 않을 뿐만 아니라 영상편집 기술이 발달한 요즘에는 사후편집에 의한 조작의 가능성이 상존하기 때문이다. 또한 영상녹화 전 피의자에게 가해진 회유·협박·강압 등 그 진술의 임의성을 침해할 수 있는 상황은 전혀 영상녹화물에 기록될 수 없는 한계를 가지고 있다. 종래 수사실무에서는 재판정에서의 진술번복에 대비해 피의자가 자백하는 장면만을 영상녹화하는 것이 상례였는데, 영상녹화물에 의해 재생된 장면만을 보고 당연히 전체진술에 임의성과 신빙성을 부여한다면 그것은 부분만을 보고 전체의 모습을 단정하는 잘못을 범하는 일이 될 것이다. 또한 영상녹화물은 시각적·청각적으로 매우 생생한 이미지와 음향을 재생하기 때문에 법관의 심증형성에 미치는 영향이 - 조서에 비해 - 매우 크고, 자칫 법정에서 현출·조사되는 기타 증거들을 압도하여 법관의 심증형성을 왜곡할 위험성이 크다.<sup>40)</sup> 이는 영상녹화물이 본증으로서 뿐만 아니라 탄핵증거로 현출되는 경우에도 마찬가지라 할 것이다.

나아가 현행법상으로는 수사단계에서의 영상녹화물이 조서를 대체할 수도 없다고 보는 것이 옳다. 형사소송법은 신문의 결과를 조서에 기재하도록 규정(제244조 제1항)하고 있을 뿐만 아니라<sup>41)</sup> 또한 서면 형태의 각종 조서에는 증거능력을 인정

37) 정웅석, “영상·녹음녹화에 대한 법적 고찰”, 형사법의 신동향 제7호(2007.4), 대검찰청, 206면.

38) 정상명, 앞의 글, 10면.

39) 탁희성, “피의자신문의 녹음·녹화시스템에 관한 비교법적 고찰”, 형사정책연구소식 제84호(2004), 형사정책연구원, 18.

40) 영상녹화는 신문과정을 시각적·음향적으로 거의 완전하게 복원할 수 있기 때문에 서면에 의한 조서보다 훨씬 더 직접주의에 가깝다는 주장도 있으나 박노섭, “수사절차상의 신문과 비디오녹화제도”, 형사정책 16권 제1호(2004), 125면; 정웅석, 앞의 글, 179면, 영상녹화는 녹화되기 전의 신문상황을 전혀 담지 못하는데다가 반면 재생되는 장면과 음향은 너무 생생해 수사기관의 장악 하에 이루어진 진술이 자유로운 법정에서 현출된 진술을 압도하여 법관의 심증형성을 왜곡할 수 있다는 심각한 문제점을 간과한 견해라고 할 수 있다.

하기 위한 각종 규정들을 마련해 두고 있지만 조서를 대체하는 영상녹화물에 대해서는 허용하는 명문의 근거가 없기 때문이다.<sup>42)</sup>

당 형소법개정위원회는 이러한 점들을 고려하여 영상녹화가 수사과정의 투명성 및 인권보장을 위한 목적으로 사용되는 것은 적극 권장할 수 있지만, 현행법상의 조서를 대체하여 요증사실을 증명하는 본증이나 탄핵증거로 사용되는 것은 찬성할 수 없다는 데에 의견의 일치를 보았다.<sup>43)</sup> 다만, 영상녹화물을 기억환기용으로만 사용할 수 있도록 하고 있는 제318조의2 제2항이 탄핵증거를 규정하고 있는 제1항과 함께 같은 조에 규정되어 있기 때문에, 영상녹화물의 탄핵증거 사용 가부에 대한 시비를 없애기 위해 제318조의2 제2항을 분리하여 제318조의3에 별도의 조문으로 규정하기로 하였다.

## VIII. 탄핵의 대상에서 피고인의 진술 배제

### 1. 개정안

| 현행법   | 개정시안  |
|---|---|
| <p><b>제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)</b></p> <p>① 제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 <u>피고인 또는 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여</u></p> | <p><b>제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)</b></p> <p>제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 <u>피고인이 아닌 자(____ 삭제____)</u>의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.</p> |

41) 따라서 피의자신문서 조서를 작성하지 않고 진술모습과 내용을 비디오녹화만 한 경우에는 형소법 제244조 1항에 위반한 위법수집증거로서 증거능력이 부인되어야 할 것이다.

42) 신동운, 간추린 신형사소송법, 법문사(2007), 325면.

43) 영상녹화물이 수사과정의 인권보장과 수사의 투명화에 기여한다할지라도 공판중심주의와 관련하여 영상녹화물에 증거능력을 부여하는 것은 전혀 다른 차원에서 신중하게 논의하여야 한다는 지적으로는 조현욱, “형사소송법개정안에 나타난 전문증거의 문제점과 개선방안”, 법학연구 제23집(2006.8), 452-453면.

| 현행법  | 개정시안 |
|--|------|
| <p>하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.</p> |      |

## 2. 개정안에 대한 설명

탄핵의 대상에 관해 형사소송법 제318조의2는 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 증명력이라고 규정하고 있다. 원래 탄핵증거제도가 공판정에서 증언하는 증인의 신빙성을 다투는 데에 본질이 있기 때문에 피고인의 진술이 탄핵의 대상이 될 수 있는지 여부에 대해서는 학설과 판례의 견해가 나뉘고 있다. 소극설은 피고인의 진술을 탄핵의 대상으로 삼을 경우 진술의 증명력을 다투는 명목으로 범죄사실에 대한 전문증거, 특히 증거능력 없는 전문증거가 폭넓게 법정에서 현출·조사되어 전문법칙이 유명무실하게 될 염려가 있다고 입장이다.<sup>44)</sup> 반면 현행 형사소송법이 피고인의 진술을 탄핵의 대상으로 규정하고 있고 또한 공판정에서 행한 피고인의 진술에 증거능력이 인정되기 때문에 그 진술의 증명력을 다투는 필요가 있다는 등의 이유로 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 된다는 적극설도 있다.<sup>45)</sup> 해석론으로는 긍정할 수밖에 없지만 입법론적으로는 재검토를 요한다는 입장도 있다.<sup>46)</sup> 판례는 적극설의 입장에서 서 있다(대법원 1998.2.27, 97도1770; 2005.8.19, 2005도2617).<sup>47)</sup>

44) 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사(2008), 657면; 백형구, 형사소송법강의(제8정판), 박영사(2001), 698면; 신양균, 형사소송법(신판), 화산미디어(2009), 854면; 이영란, 한국형사소송법(개정판), 나남(2008), 851면.

45) 손동권, 형사소송법(개정판), 세창(2010), 675면; 신동운, 신형사소송법(제2판), 법문사(2009), 1074면; 이은모, 형사소송법, 박영사(2010), 658면; 임동규, 형사소송법(제6판), 법문사(2009), 559면.

46) 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사(2008), 621면.

47) 대법원 2005.8.19, 2005도2617 : 「검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있으며, 또한 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 업

이 문제에 대해 논의한 결과 당 형소법개정위원회는 피고인의 진술을 탄핵의 대상으로 허용할 경우 진술의 증명력을 다룬다는 명목 하에 증거능력 없는 전문증거들이 폭 넓게 법정에 현출·조사되어 전문법칙을 유명무실하게 만들 위험이 있고 또한 형사공판에서 대등당사자로서의 피고인의 지위를 약화시킬 위험이 크다는 결론에 도달하였다. 이에 따라 제318조의2를 개정하여 피고인의 진술을 탄핵의 대상에서 제외시키기로 하였다.

## IX. 증거법 관련 규정의 전체적인 개정안

아래에 조서 및 영상녹화물의 증거능력과 관련하여 재개정이 필요한 조항에 대한 형사소송법개정특별위원회의 개정시안을 제시한다.

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <b>제308조의2(위법수집증거의 배제)</b><br>적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.  | <b>제308조의2(위법수집증거의 배제)</b><br>적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없으며 <u>진술의 증명력을 다투기 위한 증거로도 할 수 없다.</u> |
| <b>제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)</b><br>① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신 | 죄동   |

적한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없음은 형사소송법 제318조의2의 규정에 따라 명백하나 법정에서 이에 대한 탄핵증거로서의 증거조사는 필요한 것이고, 한편 증거신청의 방식에 관하여 규정한 형사소송규칙 제132조 제1항의 취지에 비추어 보면 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다.」

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p>빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.</p>   |   |
| <p>② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.</p>  | <p>삭제</p>   |
| <p><b>제313조(진술서등)</b></p> <p>① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.</p> | <p><b>제313조(진술서등)</b></p> <p>① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.</p> <p>② 단, 피고인의 진술서는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.</p> <p>③ 또한, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 및 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.</p> |
| <p>② 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 전항과 같다.</p>   | <p>④ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항과 같다.</p>   |
| <p><b>제314조(증거능력에 대한 예외)</b></p> <p>제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사</p>   | <p><b>제314조(증거능력에 대한 예외)</b></p> <p>제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사</p>  |

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <p>망·질병·외국거주·<u>소재불명</u>, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.</p>   | <p>망·질병·외국거주·<u>행방불명에</u> 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.</p>   |
| <p><b>제316조(전문의 진술)</b><br/>           ① 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.</p>     | <p><b>제316조(전문의 진술)</b><br/>           ① 피고인이 아닌 자(____ 삭제____)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.</p>   |
| <p><b>제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)</b><br/>           ① 제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.</p> | <p><b>제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)</b><br/>           제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인이 아닌 자(____ 삭제____)의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.</p>  |
| <p>② 제1항에도 불구하고 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.</p>                                   | <p><b>제318조의3(기억환기를 위한 재생)</b><br/>           전조에도 불구하고 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.</p> |



## 제3주제

「공판」 분야의 개정방안



# 공판절차 분야의 개정방안\*

발표자 : 이 호 중 | 서강대 법학전문대학원 교수

## I. 머리글

2008.1.1.부터 시행되고 있는 현행 형사소송법은 공판절차에 관해서도 적지 않은 개혁적 성과를 이룩하였다. 재정신청제도를 모든 고소인에게 확대하는 등 대폭 손질하였으며, 공판중심주의를 강화하기 위하여 증거개시제도를 신설하고 집중심리를 원칙으로 함과 아울러 피고인신문의 증거조사순서를 변경하였다. 또한 피해자보호의 이념에 따라 신뢰관계인 동석 등 그동안 학계에서 제안되었던 다양한 피해자보호제도를 신설하기도 하였다.

하지만, 형소법 개정과정에서 제대로 반영되지 못하였거나 변질된 부분도 적지 않다. 재정신청에서 고발인의 경우 과거처럼 제한적으로만 재정신청권을 인정한 것이라든가, 양형기준제만 도입되고 양형자료조사제도가 도입되지 못한 점 등이 그 대표적인 예이다. 상소절차나 재심 등의 특별절차에 관해서도 여러 문제가 제기되었음에도 실제로 개정에 이른 것이 거의 없다는 점도 문제로 지적할 수 있다. 피해자보호 규정들 역시 실효적 효과의 측면에서 보면 미흡한 구석이 여전히 많다.

한편, 형소법 개정 이후에 새로운 제도의 운영과정에서 제도도입 본래의 취지가 왜곡되는 경우가 발생하고 있다. 증거개시제도에서 검사가 피고인에게 유리한 증거에 대한 개시를 거부할 때 마땅한 대응수단이 없다는 문제가 새로운 쟁점으로 부상하였으며, 재정신청의 경우 검사에 대한 공소제기명령 방식으로 법이 개정된 결과 재정신청이 인용된 사건에서 검사가 공소유지에 소홀히 임하는 사태가 발생하여 재

\* 이호중 교수(서강대학교 법학전문대학원), 이승호 교수(건국대학교 법학전문대학원), 정한중 교수(한국외국어대학교 법학전문대학원) 공동집필

정신청제도의 또 다른 개혁 필요성을 낳고 있기도 하다.

아래에서는 한국형사법학회의 형사소송법개정특별위원회(이하 ‘형소법개정위원회’라 함)에서 공판절차에 관하여 검토하였던 주요 쟁점들을 중심으로 개정안을 제시해 본다.

## II. 재정신청제도의 개정방안

### 1. 불기소처분에 대한 통제의 틀 - 민간통제 대 사법통제

우리 형사소송법이 규정하는 재정신청제도는 검사가 행한 불기소처분의 당부를 법원이 심사하는 제도이다. 이러한 사법통제 이외에 민간이 직접 검사의 기소재량을 통제할 수 있는 제도를 우리 형사소송법은 두고 있지 않다. 하지만, 일본의 법제는 검찰심사회의 심사리는 민간통제를 일반적인 방법으로 사용하고 특정범죄의 경우에만 사법통제인 재정신청을 허용한다. 아울러 독일의 법제는 기소강제절차에 의한 사법통제를 원칙적 방법으로 채택하면서도 경미범죄 등에 대해서는 사인소추라는 민간통제를 인정하고 있다. 또한 프랑스 법제는 수사절차 자체를 법원의 통제 하에 두는 수사관사제도를 두고 있는 바, 이를 통해 민간통제(사소의 허용)와 사법통제를 융합시키는 것으로 평가된다. 반면 미국의 법제에서는 불기소처분에 대한 뚜렷한 통제방법이 발견되지 않는데, 그러면서도 기소 여부 자체를 민간이 판단하는 대배심 제도를 두고 있으므로 민간에 의한 검사의 기소재량 통제는 충분히 이루어지는 셈이다.

이렇게 볼 때 재정신청제도의 개정안을 기획하기 위해서는 우선 검사의 불기소처분을 통제하는 제도적 틀로서 민간통제의 방법을 도입하는 것이 바람직한지에 대한 검토가 선행될 필요가 있다.<sup>1)</sup> 검찰심사회나 사인소추제도와 같은 민간통제의 방법

---

1) 덧붙여서 최근 우리사회에서는 고위 공직자 등의 부패범죄를 수사하는 독립기구로서 세칭 ‘공직자비리조사처(공비처)’를 신설하자는 주장도 제기되는 바, 이와 같은 기관을 새로 설치하여 기

을 도입하게 되면 사법통제인 재정신청제도의 내용도 당연히 달라져야 할 것이기 때문이다.

학회의 형소법개정위원회에서는 원칙적으로 민간 통제의 방법을 도입하는 것이 타당하고 일본의 검찰심사회 제도가 하나의 모델이 될 수 있다는 점에 공감대를 이루었다. 법원이 기소여부를 결정하는 사법통제는 탄핵주의에 반한다는 문제점을 지니고 있으며, 아울러 공비처 등의 또 다른 국가기관에 의한 통제는 제2의 검찰에 불과할 가능성이 있기 때문이다. 그렇지만 검찰심사회와 같은 민간통제제도를 도입하는 문제는 별도의 특별입법으로 논의하는 것이 바람직하기 때문에 구체적인 논의는 생략하였으며, 이번 형사소송법 개정안에는 포함시키지 않기로 하였다.

## 2. 개정안

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p><b>제260조(재정신청)</b></p> <p>① <u>고소권자로서 고소를 한 자(「형법」 제 123조부터 제125조까지의 죄에 대하여는 고발을 한 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원(이하 "관할 고등법원"이라 한다)에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.</u></p> <p>② 제1항에 따른 재정신청을 하려면 「<u>검찰청법</u>」 제10조에 따른 항고를 거쳐야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 항고 이후 재기수사가 이루어진 다음에 다시 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 경우</p> | <p><b>제260조(재정신청)</b></p> <p>① <u>고소인 또는 고발인은 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원(이하 "관할 고등법원"이라 한다)에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.</u></p> <p>② 제1항에 따른 재정신청을 하려는 자가 「<u>검찰청법</u>」 제10조에 따른 항고를 거친 경우에는 항고기각의 통지를 받은 날로부터 10일 이내에 관할 고등법원에 재정신청서를 제출하여야 한다.</p> |

소권까지 부여하는 경우에는 그것 역시 검사의 불기소처분을 통제하는 하나의 방법이 될 수 있을 것이다. 여기서 과연 이렇게 또 다른 국가기관을 설립하여 기소권을 이분하는 방안이 바람직한지에 대한 검토 역시 형사소송법상의 재정신청과 기소강제제도의 개정안을 마련함에 있어서 선행되어야 할 과제이다.

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p>2. 항고 신청 후 항고에 대한 처분이 행하여지지 아니하고 3개월이 경과한 경우</p> <p>3. 검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우</p> <p>③ 제1항에 따른 재정신청을 하려는 자는 항고기간 결정을 통지받은 날 또는 제2항 각호의 사유가 발생한 날부터 10일 이내에 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 재정신청서를 제출하여야 한다. 다만, 제2항제3호의 경우에는 공소시효 만료일 전날까지 재정신청서를 제출할 수 있다.</p> <p>④ 재정신청서에는 재정신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 재정신청을 이유있게 하는 사유를 기재하여야 한다.</p>                              | <p>③ 제1항에 따른 재정신청을 하려는 자가 「검찰청법」 제10조에 따른 항고를 거치지 않은 경우에는 「형사소송법」 제258조 제1항에 따른 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 재정신청서를 제출하여야 한다.</p> <p>&lt;좌동&gt;</p>  |
| <p><b>제261조(지방검찰청검사장 등의 처리)</b></p> <p>제260조 제3항에 따라 재정신청서를 제출받은 지방검찰청검사장 또는 지청장은 재정신청서를 제출받은 날부터 7일 이내에 재정신청서·의견서·수사 관계 서류 및 증거물을 관할 고등검찰청을 경유하여 관할 고등법원에 송부하여야 한다. 다만, 제260조제2항 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지방검찰청검사장 또는 지청장은 다음의 구분에 따른다.</p> <p>1. 신청이 이유 있는 것으로 인정하는 때에는 즉시 공소를 제기하고 그 취지를 관할 고등법원과 재정신청인에게 통지한다.</p> <p>2. 신청이 이유 없는 것으로 인정하는 때에는 30일 이내에 관할 고등법원에 송부한다.</p> | <p><b>제261조(지방검찰청검사장 등의 처리)</b></p> <p>제260조 제3항에 따라 재정신청서를 제출받은 지방검찰청검사장 또는 지청장은 재정신청서를 제출받은 날로부터 30일 이내에 재정신청서·의견서·수사관계 서류 및 증거물을 관할 고등검찰청을 경유하여 관할 고등법원에 송부하여야 한다. 다만, 신청이 이유 있는 것으로 인정하는 때에는 즉시 공소를 제기하고 그 취지를 관할 고등법원과 재정신청인에게 통지한다.</p> |
| <p><b>제262조(심리와 결정)</b></p> <p>① 법원은 재정신청서를 송부받은 때에는 송부받은 날부터 10일 이내에 피의자에게 그 사실을 통지하여야 한다.</p> <p>② 법원은 재정신청서를 송부받은 날부터 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 다음 각호의 구분에 따라 결정한다. 이 경우 필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다.</p>  | <p><b>제262조(심리와 결정)</b></p> <p>① &lt;좌동&gt;</p> <p>② 법원은 재정신청서를 송부받은 날부터 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 다음 각호의 구분에 따라 결정한다. 이 경우 필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다.</p>   |

| 현행법  | 개정안  |
|--|--|
| <p>1. 신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 신청을 기각한다.</p> <p>2. 신청이 이유 있는 때에는 사건에 대한 공소제기를 결정한다.</p> <p>③ 재정신청사건의 심리는 특별한 사정이 없는 한 공개하지 아니한다.</p> <p>④ 제2항의 결정에 대하여는 불복할 수 없다. 제2항 제1호의 결정이 확정된 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다.</p> <p>⑤ 법원은 제2항의 결정을 한 때에는 즉시 그 정본을 재정신청인·피의자와 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 송부하여야 한다. 이 경우 제2항제2호의 결정을 한 때에는 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 사건기록을 함께 송부하여야 한다.</p> <p>⑥ 제2항 제2호의 결정에 따른 재정결정서를 송부받은 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장은 지체 없이 담당 검사를 지정하고 지정 받은 검사는 공소를 제기하여야 한다.</p> | <p>1. 신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 신청을 기각한다.</p> <p>2. 신청이 이유 있는 때에는 사건을 관할지 방법원의 심판에 부한다. 이 때 재판서에는 공소장의 기재사항을 기재하여야 한다.</p> <p>③ &lt;좌동&gt;</p> <p>④ &lt;좌동&gt;</p> <p>⑤ 법원은 제2항의 결정을 한 때에는 즉시 그 정본을 재정신청인·피의자와 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 송부하여야 한다. &lt;제2문 삭제&gt;</p> <p>⑥ 법원은 제2항 제2호의 결정을 한 때에는 7일 이내에 재판서의 정본과 사건기록을 관할 지방법원 또는 지원에 송부하여야 한다.</p> |
| <p><b>제262조의2(재정신청사건 기록의 열람·등사 제한)</b> 재정신청사건의 심리 중에는 관련 서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없다. 다만, 법원은 제262조제2항 후단의 증거조사 과정에서 작성된 서류의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 허가할 수 있다.</p>  | <p>&lt;삭제&gt;</p>  |
| <p><b>제262조의3(비용부담 등)</b><br/>(생략)</p>   | <p><b>제262조의2(비용부담 등)</b><br/>&lt;현행과 동일&gt;</p>   |
| <p><b>제262조의4(공소시효의 정지 등)</b><br/>(생략)</p>   | <p><b>제262조의3(공소시효의 정지 등)</b><br/>&lt;현행과 동일&gt;</p>   |
| <p><b>제263조</b> &lt;삭제&gt;</p>   | <p><b>제263조(공소제기의 의제)</b><br/>제262조 제1항 제2호의 결정이 있는 때에는 그 사건에 대하여 공소의 제기가 있는 것으로 간주한다.</p>   |
| <p><b>제264조(대리인에 의한 신청과 1인의 신청의 효력, 취소)</b> (생략)</p>   | <p>&lt;현행과 동일&gt;</p>  |

| 현행법                    | 개정안   |
|------------------------|---|
| 제264조의2(공소취소의 제한) (생략) | 〈현행과 동일〉  |
| 제265조 〈삭제〉             | <p><b>제265조(공소의 유지와 지정변호사)</b></p> <p>① 법원은 제262조 제1항 제2호의 규정에 의하여 사건이 그 법원의 심판에 부하여 진 때에는 그 사건에 대하여 공소의 유지를 담당할 자를 변호사 중에서 지정하여야 한다.</p> <p>② 전항의 지정을 받은 변호사는 당해사건과 이와 병합된 사건에 대한 공소를 유지하기 위하여 종국재판이 확정될 때까지 검사로서의 모든 직권을 행사한다. 단, 사법경찰관리에 대한 수사의 지휘는 재판장이 인정한 사항에 한한다.</p> <p>③ 전항의 규정에 의하여 검사의 직무를 행하는 변호사는 법령에 의하여 공무에 종사하는 자로 간주한다.</p> <p>④ 법원은 지정을 받은 변호사가 그 직무를 행함에 있어서 부적당하다고 인정하거나 기타 특수한 사정이 있을 경우에는 언제든지 그 지정을 취소하고 다른 변호사를 지정할 수 있다.</p> <p>⑤ 지정된 변호사는 국가로부터 법률로써 정한 액의 보수를 받는다.</p> |

### 3. 개정안에 대한 설명

#### (1) 신청권자의 확대 - 고발인의 포함

형사소송법 제260조 제1항은 고소인에게는 모든 범죄에 있어서 재정신청의 신청권을 부여하지만, 고발인에 대해서는 형법 제123조 내지 제125조의 죄에 국한하여 재정신청을 할 수 있도록 제한하고 있다. 이렇게 고발인의 신청권을 제한한 것은 재정신청 남용의 폐해를 줄이기 위한 것이라고 설명되지만, 시민단체 등에 의한 재정신청의 가능성이 봉쇄되는 결과가 초래되어 검사의 불기소처분에 대한 통제의 기능을 충실히 수행할 수 없다는 비판도 제기된다. 그리하여 2009.9.11. 박영선 의원의 83인이 발의한 「형사소송법 일부개정법률안개정안」(의안번호 1805995호)은

재정신청대상을 불기소처분된 모든 고발사건으로 확대하고 있다(동 개정안 제260조 1항). 아울러 일본의 경우 검찰심사회에의 심사청구나 법원에의 재정신청에 있어서 고소인뿐 아니라 고발인에게도 신청권을 동등하게 인정하고 있다.

이러한 문제의식에 따라 학회의 형소법개정위원회에서는 고소인 외에 고발인도 재정신청권자로 포함하기로 하였다.

## (2) 검찰항고전치주의의 폐지, 절차중복의 개선

형사소송법 제260조 제2항은 검사의 불기소처분에 대하여 원칙적으로 검찰항고를 거친 후에만 재정신청을 허용하고 있으며, 덧붙여서 제260조 제3항은 재정신청서를 지방검찰청 검사장(지청장)에게 제출하도록 규정한다. 그리하여 신청자는 원칙적으로 검찰항고를 통한 검찰의 심사를 받은 후에만 재정신청을 할 수 있고, 재정신청의 과정에서도 검찰의 심사를 한 번 더 받은 후에야 비로소 법원의 심사가 시작되는 절차적 구조로 되어 있다.

이러한 절차에서 불필요하게 중복적인 절차를 과감히 개선하는 것이 재정신청권자의 이익 및 신속한 재판의 원칙에 부합한다는 것이 형소법개정위원회의 의견이다. 검찰항고제도를 굳이 폐지할 필요는 없지만, 검찰항고의 통제기능이 제한적이라는 점을 고려하면 엄격한 검찰항고전치주의는 바람직하지 않다. 따라서 검찰항고 없이 재정신청을 하는 것도 인정하되, 검찰항고 없이 재정신청을 하는 경우에는 재정신청서를 검찰에 제출하도록 함으로써 사실상 검찰항고의 효과를 가지게 하는 방안을 채택하였다. 아울러 재정신청인이 검찰항고를 거친 후 재정신청을 하는 경우에는 신청서를 굳이 검찰에 제출할 필요는 없으므로, 이 경우에는 곧바로 관할법원에 재정신청을 하도록 규정하여 절차적 중복을 최소화하였다.

## (3) 공소유지변호사 제도의 채택

형사소송법 제262조 제2항은 법원이 재정신청을 이유 있다고 판단하는 경우 부심판결정이 아니라 공소제기명령을 내리도록 규정한다. 그리고 그 연장선상에서 형사소송법 제262조 제6항은 공소제기 및 유지의 업무를 검사에게 맡기는 바, 구체적

으로는 공소제기명령을 받은 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 담당검사를 지정하도록 하고 있다. 이렇게 검사에게 공소제기 및 유지의 업무를 맡긴 것은 독일의 기소강제절차를 모델로 삼은 것이라고 설명되나, 그 결과 법원에 의해 공소제기명령이 내려진 사건에 대해 검사가 공소유지를 소홀히 행한다든지 심지어 무죄의 구형을 하는 경우까지 발생하고 있어 재정신청제도의 취지가 훼손된다는 비판이 제기되고 있다.

이에 관하여 현재 국회에 계류중인 개정안을 살펴보면, 박영선의원 등 83인이 발의한 「형사소송법 일부개정법률안개정안」(의안번호 1805995호)은 법원이 공소제기결정을 하는 경우 그 결정이 있는 때에는 그 사건에 관하여 공소를 제기한 것으로 간주하고, 법원이 공소유지담당자를 변호사 중에서 선임하도록 규정하고 있다.<sup>2)</sup> 한편, 2009.4.7. 최규식 의원 등 19인이 발의한 「형사소송법 일부개정법률안개정안」(의안번호 1804494호)은 현행 규정을 유지하되 다만 재정신청 대상이 된 사건의 수사에 관여한 검사를 공소제기 담당검사로 지정하지 못하게 하는 단서를 신설하는 방안을 마련하고 있다.<sup>3)</sup>

형소법개정위원회에서도 이러한 문제의식에 따라 재정신청이 인용된 경우에 공소제기 및 유지의 업무를 검사에게 일임하는 것이 과연 적절한지에 대해 심도있게 검토하였으며, 현재와 같은 방식보다는 과거 우리 형사소송법이 채택하였던 부심판제도, 즉 재정신청의 인용결정이 있는 경우에는 공소제기를 의제하고 법원이 공소유지변호사를 지정하도록 하는 방식이 재정신청제도의 본래의 취지에 보다 부합하는 것으로 판단하였다.

#### (4) 관련서류 및 증거물의 열람과 등사

형사소송법 제262조의2는 재정신청사건의 심리 중에 관련 서류 및 증거물의 열람과 등사를 원칙적으로 금하고 있다. 이는 민사소송 제출용 증거서류를 확보하기 위한 목적으로 재정신청이 남용되는 것을 방지하기 위한 취지라고 설명되나, 최근

2) 동 개정안 제262조 제5항, 제262조 제6항 삭제, 제263조 및 제265조 신설 등 참조.

3) 동 개정안 제262조 제6항 단서 신설.

용산참사사건에서 재정법원이 변호인에게 수사기록의 열람·등사를 허용함으로써 동 규정의 타당성 여부가 논란되고 있다.

재정신청은 검사의 불기소처분에 대한 불복방법이다. 즉, 검사가 수사한 결과 불기소가 타당하다고 판단한 사건에 대해 고소인 등이 기소를 요구하는 신청인 것이다. 따라서 신청인에게는 검사가 어떤 수사결과를 가지고 불기소처분을 내렸는지 확인·검토할 필요성이 인정된다. 검사 역시 불기소처분의 타당성 여부를 심사받는 제도이므로 굳이 신청인에 대한 수사기록 등의 열람·등사를 피해야 할 이유가 없다고 판단된다. 일본의 재정신청절차와 독일의 기소강제절차에도 관련 서류 및 증거물의 열람과 등사를 제한하는 규정은 발견되지 않는다.

따라서 형소법개정위원회에서는 재정신청 심리 중에 사건기록의 열람 및 등사를 금지한 제262조의2를 삭제하기로 결정하였다.

### Ⅲ. 증거개시제도의 개정방안

#### 1. 개정안

| 현행법  | 개정안  |
|--|--|
| <p><b>제266조의4(법원의 열람·등사에 관한 결정)</b></p> <p>① 피고인 또는 변호인은 검사가 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한한 때에는 법원에 그 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다.</p> <p>② 법원은 제1항의 신청이 있는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하는 경우에 생길 폐해의 유형·정도, 피고인의 방어 또는 재판의 신속한 진행을 위한 필요성 및 해당 서류등의 중요성 등을 고려하여 검사에게 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명할 수 있다. 이 경우 열람 또는 등사</p> | <p><b>제266조의4(법원의 열람·등사에 관한 결정)</b></p> <p>① &lt;좌동&gt;</p> <p>② 법원은 제1항의 신청이 있는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하는 경우에 생길 폐해의 유형·정도, 피고인의 방어 또는 재판의 신속한 진행을 위한 필요성 및 해당 서류등의 중요성 등을 고려하여 검사에게 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명할 수 있다. 이 경우 열람 또는 등사</p> |

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <p>의 시기·방법을 지정하거나 조건·의무를 부과할 수 있다.</p> <p>③ 법원은 제2항의 결정을 하는 때에는 검사에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.</p> <p>④ 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 검사에게 해당 서류등의 제시를 요구할 수 있고, 피고인이나 그 밖의 이해관계인을 심문할 수 있다.</p> <p>⑤ 검사는 제2항의 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류등에 대한 증거신청을 할 수 없다.</p> <p><u>〈제6항 신설〉</u></p> | <p>의 시기·방법을 지정하거나 조건·의무를 부과할 수 있으며, 검사는 이 결정에 대하여 불복할 수 없다.</p> <p>③ &lt;좌동&gt;</p> <p>④ &lt;좌동&gt;</p> <p>⑤ &lt;좌동&gt;</p> <p>⑥ <u>검사가 제2항의 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 경우 법원은 판결로써 공소를 기각할 수 있다.</u></p> |
| 제266조의3 ~ 제266조의16 (생략)   | <현행과 동일>   |

## 2. 개정안에 대한 설명

### (1) 개시 대상의 확대 여부

형사소송법 제266조의3 제1항은 검사가 개시해야 하는 대상을 "공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 또는 물건"이라고 하면서, 특히 후자에 "피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류 또는 물건"을 포함시키고 있다. 여기서 검사가 보관하는 증거 중에서 피고인에게 유리한 증거까지 개시대상에 포함되는지가 해석상 문제될 수 있다. 위 규정이 적시한 '서류 또는 물건'의 범주를 넓게 해석하면 피고인에게 유리한 증거까지 포함된다는 견해가 다수견해인 반면에, 검사가 법원의 개시허용결정을 이행하지 않는 경우 그에 대한 제재가 소위 실권효에 불과하므로 위 규정이 적시한 서류 또는 물건은 검사가 증거로 제출할 것에 국한되고 결국 피고인

에게 유리한 증거는 검사가 증거제출을 의도하지 않는 한 개시대상에 포함될 수 없다는 해석이 가능할 수도 있다.

그러나 증거개시제도를 신설한 취지로 볼 때 피고인에게 유리한 증거도 당연히 증거개시의 대상이 된다고 해석하는 것이 타당하다는 점에는 형소법개정위원회 내에서 이견이 없었다. 문제는 이를 위해 현행 규정을 개정할 필요가 있는지 여부이다. 형소법개정위원회에서는 피고인에게 유리한 증거도 개시대상에 포함된다는 취지를 분명히 하도록 제266조의3 제1항의 문구를 개정할 것인가를 검토하였는데, 일단 현행의 규정만으로도 충분히 그러한 해석이 가능하다는 점, 2010.6.24. 헌법재판소의 결정<sup>4)</sup>에 따라 피고인에게 유리한 증거에 대해 법원의 개시결정이 있는 경우 검사가 증거개시의무를 진다는 점이 분명하게 확인되었다는 점에서, 특별히 증거개시대상 규정을 손질하지는 않기로 하였다.

## (2) 개시결정 불이행에 대한 제재방안

형사소송법은 법원의 증거개시 결정을 당사자가 거부하는 경우에 해당 증거는 법원에 증거신청할 수 없다고 규정한다(제266조의4 제5항, 제266조의11 제4항). 소위 실권효를 개시결정 불이행에 대한 제재수단으로 사용하고 있는 것이다. 그런데, 특히 검사가 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 피고인에게 유리한 증거의 개시를 이행하지 않는 경우에는 이 규정만으로는 제재수단으로서의 의미가 거의 없다는 비판이 제기되고 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 검사가 법원의 증거개시결정에 따르지 않는 것은 피고인의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것으로 위헌이라고 결정한 바 있다.<sup>5)</sup>

4) 현재 2010.6.24. 2009헌마257 결정. 이 결정은 ‘용산참사사건’에 관한 것이다. 당시 변호인이 개시신청한 서류에 대하여 검사가 증거개시를 거부하자 법원은 이에 대해 증거개시결정을 내린 바 있다. 그러나 검사는 법원의 증거개시명령에 불응하고 있었던 바, 변호인이 이에 대해 헌법소원을 제기한 사건이다. 헌법재판소는 변호인의 수사서류 열람·등사권은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소라는 점을 분명히 밝혔으며, 이에 따라 검사의 증거개시거부처분은 위헌이라고 결정하였다.

5) 현재 2010.6.24. 2009헌마257 결정. 현재는 형소법 제266조의4 제5항의 의미에 대해 다음과 같

따라서 형소법개정위원회에서는 검사가 법원의 증거개시결정을 이행하지 않는 경우에 대응하여 검사의 증거개시의무 이행을 보다 분명하게 확보하기 위한 규정을 도입할 필요가 있다고 판단하였다.

이에 관해서는 이미 다음과 같은 입법적인 제안도 나와 있다. 2009.5.27. 이정희 의원 등 13인이 발의한 「형사소송법 일부개정법률안개정안」(의안번호 1804938호)은 검사가 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 경우 법원은 직권 혹은 피고인이나 변호인의 신청에 따라 14일의 범위 내에서 기간을 정하여 검사가 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 이행할 때까지 공판절차를 중지할 수 있도록 하고(동 개정안 제266조의4제5항), 법원이 정한 기간 내에 검사가 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 이행하지 아니한 경우 법원은 판결로써 공소기각의 선고를 하도록 규정하고 있다(동 개정안 제327조제7호). 같은 맥락에서 2009.9.24. 정동영 의원 등 31인이 발의한 「형사소송법 일부개정법률안개정안」(의안번호 1806114호)도 법원이 허용한 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 결정에 대하여 검사는 어떤 경우도 불복할 수 없도록 하고, 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 경우 법원은 공소기각이 필요하다고 판단되면 공소기각 판결을 할 수 있도록 규정하고 있다(안 제266조의4).

형소법개정위원회에서는 검사가 법원의 증거개시명령을 이행하지 않는 경우에 도입할 수 있는 새로운 제재수단으로 (i) 공소기각의 판결을 내리는 방안, (ii) 법

---

이 판시하였다 : 「형사소송법 제266조의4 제5항은 검사가 수사서류의 열람·등사에 관한 법원의 허용 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 이는 검사가 그와 같은 불이익을 감수하기만 하면 법원의 열람·등사 결정을 따르지 않을 수도 있다는 의미가 아니라, 피고인의 열람·등사권을 보장하기 위하여 검사로 하여금 법원의 열람·등사에 관한 결정을 신속히 이행하도록 강제하는 한편, 이를 이행하지 아니하는 경우에는 증거신청상의 불이익도 감수하여야 한다는 의미로 해석하여야 할 것이므로, 법원이 검사의 열람·등사 거부처분에 정당한 사유가 없다고 판단하고 그러한 거부처분이 피고인의 헌법상 기본권을 침해한다는 취지에서 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 명한 이상, 법치국가와 권력분립의 원칙상 검사로서는 당연히 법원의 그러한 결정에 지체 없이 따라야 할 것이다. 그러므로 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 경우에는 해당 증인 및 서류 등을 증거로 신청할 수 없는 불이익을 받는 것에 그치는 것이 아니라, 그러한 검사의 거부행위는 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하게 되는 것이다.」

원의 증거개시 명령을 거부한 검사를 법정모독죄로 처벌하는 방안, (iii) 법원이 검사 보관의 서류 등을 직접 압수하여 피고인에게 교부하는 방안 등을 논의하였는데, 그 중에서 증거개시명령의 불이행을 공소기각판결의 사유로 하는 첫 번째 방안이 가장 무난하고 우리의 재판현실에도 익숙한 방안이라는 점에 의견이 모아졌다. 세부적으로는 공소기각판결의 선고를 강제할 것인지(이정희 의원의 안) 법원의 재량에 맡길 것인지(정동영 의원의 안) 하는 점이 검토되었다. 검사의 불이행이 법원의 명령을 전제로 한 것이라는 점, 이 경우 사건의 형식적 종결이 목적이 아니라 검사의 증거개시의무의 이행을 강제하기 위한 것이라는 점 등을 고려할 때 공소기각판결의 선고여부는 법원이 재량적으로 판단하도록 하는 것이 타당하다고 보았다.

### (3) 수사단계에서의 증거개시 허용여부의 문제

형사소송법이 규정하는 증거개시제도는 공소제기 이후의 단계에서 적용된다. 따라서 공소제기 전의 수사단계에서는 원칙적으로 피의자 또는 변호인이 검사에게 증거개시를 신청할 권한을 갖지 못한다. 이에 대하여 일부에서는 피고인의 실질적인 방어권을 높이기 위해서는 공소제기 전 단계에서도 수사기록에 대한 열람·등사를 허용해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 2009.9.24. 정동영 의원 등 31인이 발의한 「형사소송법 일부개정법률안개정안」(의안번호 1806114호)은 피의자 또는 변호인이 공소제기 전의 수사단계에서 증거의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있도록 하고, 검사는 피의자 또는 변호인의 신청을 받은 경우에는 수사에 지장이 없으면 신속히 응하도록 규정하고 있다(동 개정안 제195조).

이는 수사단계에서 피의자의 기록열람·등사권을 인정할 것인가 여부의 문제로, 증거개시제도와는 다소 차원이 다르다. 증거개시는 원칙적으로 공소제기 이후의 단계에서 피고인 및 변호인에게 실질적 방어의 능력을 제공해 주기 위한 제도이기 때문이다. 형소법개정위원회에서는 현행법제에서도 이미 구속적부심사가 청구되었을 때 피의자신문조서와 고소장의 열람·등사는 허용되고 있다는 점을 고려하여, 수사단계에서 피의자의 기록열람 및 등사권에 대해 일반규정을 신설할 필요는 없다고 판단하였다.

## IV. 공판절차상 피해자보호 및 피해자참가

피해자보호제도는 지난 2007년 형사소송법 개정에서 획기적으로 개선된 영역 중 하나이다. 신뢰관계인 동석제도, 비디오 등 증계장치에 의한 신문제도, 피해자에 대한 통지제도, 심리비공개제도 등이 새로 신설되었으며, 피해자의 진술권 규정도 강화되었다. 이에 대하여 형소법개정위원회에서는 형소법에 도입된 피해자보호규정들이 기본적으로 필요하고 바람직한 것이라는 전제에서, 그것이 피해자보호에 실질적으로 기여할 수 있도록 수정이 필요한 부분을 중심으로 논의하였다.

그리고 형소법에 새로이 도입이 필요한 규정으로 피해자의 공판정참석권, 기록열람·등사권 등의 도입여부를 검토하였고, 이어 일본에서 최근에 시행되고 있는 피해자참가인제도를 참조하여 피해자의 절차참여제도의 도입여부도 논의하였다.

### 1. 피해자보호제도의 개선과 보완

#### (1) 신뢰관계인 동석제도

##### (가) 개정안

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p><b>제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석)</b></p> <p>① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 증인의 연령, 심신의 상태 <u>그 밖의 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정되는 때에는</u> 직권 또는 피해자법정대리인·검사의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.</p> <p>② 법원은 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 <u>에는 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.</u></p> | <p><b>제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석)</b></p> <p>① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 신문의 목적에 장애를 초래할 우려가 없는 한 피해자 또는 법정대리인의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.</p> |

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p>③ 제1항 또는 제2항에 따라 동석한 자는 법원·소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위를 하여서는 아니된다.</p> <p>④ 제1항 또는 제2항에 따라 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자의 범위, 동석의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p> | <p>② 신뢰관계인은 피해자가 질문의 의미를 이해하지 못하거나 가 밖에 의사소통에 어려움이 있는 경우에는 필요한 범위에서 피해자를 위하여 의사소통에 도움을 줄 수 있다. 단, 신뢰관계인은 법원·소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위를 하여서는 아니된다.</p> <p>③ &lt;좌동&gt;</p> |

#### (나) 개정안에 대한 설명

신뢰관계인동석제도의 취지는 피해자의 옆에 신뢰할만한 사람이 앉아 피해자의 심리적 안정을 도모함으로써 피해자가 낯선 환경에서 범죄피해사실을 진술해야 하는 부담을 경감시켜 주는 데 있다. 이를 모든 피해자에게 적용하도록 규정한 형사소송법의 태도는 기본적으로 바람직하다.

그렇지만, 신뢰관계인 동석제도의 본래의 취지가 제대로 반영되었다고 보기에는 미흡한 부분이 있어 형소법개정위원회에서는 다음과 같은 수정·보완이 필요하다고 판단하였다.

첫째, 신뢰관계인 동석제도는 피고인의 방어권에 미치는 영향이 거의 없는 만큼 이를 법원이나 수사기관의 재량에 맡기는 방안보다는 피해자의 신청에 의하여 신뢰관계인의 동석을 의무적으로 허용하는 방향으로 개정할 필요가 있다. 둘째, 신뢰관계인 동석제도는 피해자에게 자신과 정서적으로 가까운 사람을 곁에 둘 수 있게 한다는 취지이기 때문에 이 제도를 운용하는데 있어서는 피해자의 의사를 존중하는 것이 중요한 만큼 “법원의 직권에 의한 허가”는 삭제하였다. 셋째, 신뢰관계인이 피해자를 위하여 피해자와 의사소통할 수 있는 권한을 명확히 규정하도록 하였다.

## (2) 비디오중계장치 등에 의한 증인신문제도

### (가) 개정안

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <p><b>제165조의2(비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문)</b><br/> <u>법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 차폐(遮蔽)시설 등을 설치하고 신문할 수 있다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 「아동복지법」 제40조제1호부터 제3호까지의 규정에 해당하는 죄의 피해자</li> <li>2. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조부터 제12조까지의 규정에 해당하는 죄의 대상이 되는 아동·청소년 또는 피해자</li> <li>3. 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정으로 인하여 피고인 등과 대면하여 진술하는 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 자</li> </ol> | <p><b>제165조의2(비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문)</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정으로 인하여 피고인 등과 대면하여 진술할 경우에 증인이 현저하게 불안을 느낄 우려가 인정되는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 차폐(遮蔽)시설 등을 설치하고 신문할 수 있다.</li> <li>② 피해자 또는 법정대리인은 피해자에 대한 증인신문시 법원에 제1항에 따른 증인신문을 신청할 수 있다.</li> <li>③ 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 증인으로 신문하는 경우 피해자 또는 법정대리인이 신청할 때에는 재판에 지장을 줄 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아니면 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 차폐(遮蔽)시설 등을 설치하고 신문하여야 한다. 이 때 법원은 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어야 한다.             <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 16세 미만의 아동피해자</li> <li>2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조의 규정에 해당하는 죄의 피해자</li> </ol> </li> </ol> |

### (나) 개정안에 대한 설명

비디오중계장치 등에 의한 신문제도에 대하여 형소법개정위원회에서는 다음과 같은 수정·보완이 필요하다고 판단하였다.

첫째, 형사소송법 제165조의2에서 “상당하다고 인정하는 때”라는 요건은 너무 불명확하고, “정신의 평온을 현저하게 해할 우려”(제3호)라는 요건은 지나치게 엄격하여 이 제도의 활용가치를 떨어뜨릴 가능성이 있으므로, 제도도입의 취지에 맞게 그 요건을 보다 명확히 하기 위하여 “증인이 현저하게 불안을 느낄 우려가 인정되는 때”로 규정하였다(개정안 동조 제1항). 둘째, 비디오중계장치에 의한 신문에 대한 피해자의 신청권이 규정되어 있지 않으므로 이를 보완하여 피해자의 신청권을 규정하였다(동조 제2항). 셋째, “16세 미만의 아동피해자”와 “성폭력범죄 피해자”에 대해서는 비디오중계장치에 의한 신문을 원칙적인 신문방식으로 하도록 규정하였다(동조 제3항).

### (3) 재판공개와 제한

#### (가) 개정안

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <p><b>제294조의3(피해자 진술의 비공개)</b></p> <p>① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 당해 피해자·법정대리인 또는 검사의 신청에 따라 피해자의 사생활의 비밀이나 신변보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 결정으로 심리를 공개하지 아니할 수 있다.</p> <p>② ~ ③ (생략)</p> | <p><b>제294조의3(피해자 진술의 비공개)</b></p> <p>① 법원은 직권 또는 당해 피해자·법정대리인 또는 검사의 신청에 따라 피해자의 사생활의 비밀이나 신변보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 결정으로 심리를 공개하지 아니할 수 있다. 단, 직권에 의한 심리비 공개 결정은 피해자의 명시적 의사에 반하여는 할 수 없다.</p> <p>② ~ ③ (현행과 동일)</p> |

#### (나) 개정안에 대한 설명

피해자의 프라이버시에 속하는 사실이 법정에서 공개적으로 논박되는 상황은 피해자의 사생활의 비밀의 자유를 심각하게 침해할 위험을 수반한다. 재판공개로 인한 인격권 및 프라이버시에 대한 침해의 위험은 오늘날 인터넷 등 통신매체의 발달로 사후적으로 더욱 증폭될 가능성도 있다. 공개주의는 본래 재판의 공정성을 확보하고 피고인의 방어권 보장의 목적에서 헌법상의 원칙으로 확립된 것이지만, 오늘

날에는 소송절차의 공정성과 피고인의 방어권 보장이 상당한 수준으로 정비되어 적법절차의 본질적인 부분은 공개주의를 제한하더라도 충분히 보장될 수 있는 반면에, 재판공개로 인한 인격권침해의 위험에 대처해야 할 필요성이 오히려 강조되고 있다.

이에 따라 형소법개정위원회에서는 형사소송법 제294조의3에서 피해자를 증인으로 신문하는 경우에만 심리의 비공개가 가능하도록 규정한 것은 너무 협소하다고 보아, 피해자를 신문하는 경우 외에도 심리비공개가 가능하도록 그 적용범위를 확대하기로 하였다. 피해자는 항상 피고인 측의 중요한 공격대상이기 때문에 피해자의 사생활의 비밀이 폭로되거나 피해자의 인격권이 침해될 위험은 반드시 피해자 본인을 증인으로 신문하는 경우에 한정되는 것이 아니기 때문이다.

그 외에도, 법원이 “직권으로” 당사자의 사적 영역의 보호를 위하여 비공개 결정을 할 수 있도록 규정하였으며, 다만, 형사절차에서 피해자를 자율적 인격주체로 대우해야 한다는 관점에서 피해자의 명시적 의사에 반해서는 비공개를 할 수 없도록 하는 제한을 두었다.

#### (4) 피해자에 대한 정보통지

##### (가) 개정안

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <p><b>제259조의2(피해자 등에 대한 통지)</b><br/> <u>검사는 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)의 신청이 있는 때에는</u> 당해 사건의 공소제기여부, 공판의 일시·장소, 재판결과, 피의자·피고인의 구속·석방 등 구금에 관한 사실 등을 신속하게 통지하여야 한다.</p> | <p><b>제259조의2(피해자 등에 대한 통지)</b><br/> 검사는 범죄로 인한 피해자의 명시적인 반대 의사가 있지 않은 한, 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)에게 당해 사건의 공소제기여부, 공판의 일시·장소, 재판결과, <u>상소여부</u>, 피의자·피고인의 구속·석방 등 구금에 관한 사실 등을 신속하게 통지하여야 한다.</p> |

(나) 개정안에 대한 설명

피해자에 대한 정보통지제도<sup>6)</sup>에 관해서는, 첫째, 형사절차의 각 단계별로 중요한 진행상황의 정보를 피해자에게 제공하는 것은 피해자로 하여금 절차의 진행상황을 체크할 수 있게 하고 그럼으로써 형사절차에 참여할 수 있는 적절한 기회와 방법을 모색할 수 있도록 하기 위한 성격이 강한 만큼, 피해자의 신청에 의하여 통지하도록 하는 현행 방안에서 한 걸음 더 나아가서 형사사법기관이 피해자에게 통지여부에 대한 의사를 묻고 이에 따라 “피해자의 명시적 반대가 없는 한” 통지의무를 부담하도록 규정하였다. 둘째, 형사절차의 진행에 관한 기본적인 정보를 제공하는 것이 목적인 만큼 “상소여부”도 통지대상에 포함하도록 하였다.

(5) 피해자의 소송기록 열람·등사권

(가) 개정안

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <p><b>제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사)</b><br/>                     ① 소송계속 중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 <u>소송기록의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 수 있다.</u><br/>                     ② 재판장은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사, 피고인 또는 변호인에게 그 취지를 통지하여야 한다.<br/>                     ③ <u>재판장은 피해자 등의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하거나 그 밖의 정당한 사유</u></p> | <p><b>제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사)</b><br/>                     ① 소송계속 중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 <u>재판장에게 신청하여 소송기록을 열람 또는 등사할 수 있다.</u><br/>                     ② &lt;좌동&gt;<br/>                     ③ <u>재판장은 다음 각 호에 해당하는 사유가 있는 때에는 제1항에 따른 소송기록의 열람</u></p> |

6) 형사절차의 진행상황에 대하여 피해자에게 통지하는 제도는 2005년 12월 제정된 범죄피해자보호법 제8조에 처음으로 도입된 바 있다. 범죄피해자보호법 제8조 제2항 및 동법 시행령 제10조에서는 이에 관하여 상세하게 규율하고 있는데, 규정 내용이 형사소송법 제259조의2와 상이한 부분이 많아 통일적으로 정리할 필요가 있다. 다만, 본고에서는 이에 대한 논의는 생략한다.

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <p>가 있는 경우 범죄의 성질, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 열람 또는 등사를 허가할 수 있다.</p> <p>④ 재판장이 제3항에 따라 등사를 허가하는 경우에는 등사한 소송기록의 사용목적에 제한하거나 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.</p> <p>⑤ ~ ⑥ (생략)</p> | <p>또는 등사를 허가하지 아니하거나 그 일부에 대하여 열람 또는 등사를 제한할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고인, 증인, 그 밖의 사건관계인의 개인적 비밀에 속하는 사항이 부당하게 공표될 위험이 있는 경우</li> <li>2. 피의자·피고인의 방어의 이익을 현저히 해할 우려가 있거나 재판에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우</li> <li>3. 재판을 현저히 지연시킬 우려가 있는 경우</li> </ol> <p>④ 재판장은 등사한 소송기록의 사용목적에 제한하거나 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.</p> <p>⑤ ~ ⑥ &lt;현행과 동일&gt;</p> |

#### (나) 개정안에 대한 설명

피해자의 정보권의 하나로 소송기록의 열람·등사권을 보장하는 것은 매우 중요한 의미를 지닌다. 피해자는 자신이 관련된 사건의 실체해명과정에 관한 상세한 정보를 소송기록열람등사권을 통하여 획득할 수 있고, 이를 통하여 피해자는 피고인측의 부당한 공격과 변론에 적절히 대응하고 자신의 인격권 침해에 대해 효과적으로 방어할 수 있게 된다. 그렇지만, 피해자의 소송기록열람·등사권은 다른 어떤 피해자의 권리보다도 실체적 진실의 발견이나 피고인의 방어권과 마찰을 일으킬 가능성이 상당히 크기 때문에 그것을 적절하게 보장하는 것 못지않게 그 남용을 억제하기 위한 제한을 두는 것도 매우 중요하다. 결국 피해자의 소송기록열람·등사권을 실효성 있게 보장하면서도 그 남용이나 부작용을 적절히 억제할 수 있는 균형점을 찾는 것이 개정의 과제라고 할 수 있다.

이러한 문제의식에 따라 형소법개정위원회에서는 다음과 같은 수정 및 보완이 필요하다고 판단하였다. 첫째, 피해자의 소송기록열람·등사는 실체적 진실의 발견과 피고인의 방어권 보장에 심각한 장애를 초래하지 않는 한에서는 이를 원칙적으로

허용하는 것이 피해자의 정보권 보장을 위하여 바람직하다고 보아 현행의 “허가모델”에서 “제한사유방식”으로 전환하였다. 둘째, 포괄적인 요건 하에 법원의 허가에 의하는 현행 방식을 포기하는 대신에, 남용의 여지를 차단하기 위한 제한사유를 보다 분명히 규정하였다. 제한사유로는, 독일 형사소송법 제406조e<sup>7)</sup>와 유사하게, ① 피고인이나 다른 증인의 개인적 비밀에 속하는 사항이 부당하게 공표될 위험이 있거나, ② 피의자·피고인의 방어의 이익을 현저히 해할 우려가 있거나 재판에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우, ③ 현저한 소송지연을 초래하는 경우로 하였다.

## (6) 피해자의 공판정참석권

### (가) 개정안

| 현행법  | 개정안  |
|------|--|
| 〈신설〉 | <b>제278조의2 (피해자의 참석)</b><br>피해자는 공판기일에 참석할 수 있다. 심리 비공개 결정이 있는 때에도 그러하다. |

### (나) 개정안에 대한 설명

공판절차는 구두변론주의에 의하여 진행되기 때문에 피해자가 공판절차에 직접 참석하여 원하는 정보를 스스로 획득할 수 있도록 허용하는 것이 피해자의 정보권을 보장하기 위한 좋은 방안이 된다.

일본의 경우 2000년 제정된 “범죄피해자 등의 보호를 위한 형사절차상 부수조치에 관한 법률” 제2조에서 형사피고사건이 계속하는 법원의 재판장은 당해 피고사건의 피해자 등(피해자와 그 배우자·직계친족·형제자매 또는 피해자의 법정대리인)이 당해 사건의 공판에 대한 방청을 신청한 때에는 방청석과 방청희망자수 기타 사정을 고려하여 시청자의 방청이 가능하도록 배려하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>8)</sup> 독

7) 독일 형사소송법 제406조e는 제한사유로 ① 피고인이나 다른 증인의 개인적 비밀에 속하는 사항이 부당하게 공표될 위험이 있거나, ② 피의자·피고인의 방어권 보장 및 실제적 진실의 발견을 위한 심리를 현저히 위태롭게 하는 경우, 혹은 ③ 현저한 소송지연을 초래하는 경우를 규정하고 있다.

일의 경우 피해자의 공판정출석권은 부대공소<sup>9)</sup>의 권한이 인정되는 피해자에게만 허용하는 방식을 취하고 있으며(독일 형사소송법 제406조g 제1항),<sup>10)</sup> 그 외 부대공소의 권리가 없는 피해자의 경우에는 공판정출석권이 인정되지 않고 있다.

형소법개정위원회에서는 피해자의 공판정참석권<sup>11)</sup>을 규정하는 것이 바람직하다고 보았다. 구두변론주의에 의하는 공판절차의 특성상 피해자의 정보권을 충실하게 보장하기 위해서는 공판정참석권을 인정해야 할 필요성이 큰 반면에, 피해자의 공판정 참석이 특별히 피고인의 방어권을 제약하거나 실제적 진실의 발견에 장애가 된다고 볼 이유는 없기 때문이다. 그리고 비공개심리의 경우에도 피해자의 공판정 참석은 제한할 수 없도록 하였다.

## (7) 피해자진술권

### (가) 개정안

| 현행법               | 개정안  |
|-------------------|--|
| <p>&lt;신설&gt;</p> | <p><b>제302조의2(피해자의 최후진술)</b><br/>           ① 재판장은 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다. 이하 이 조에서 "피해자등"이라 한다)의 신청이 있는 때에는 제302조에 따른 검사의 의견을 들은 후에 피해자등에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 다만, 피해자등이 제294조의2</p> |

- 8) 입법배경에 대해서는, 김용세, “일본범죄피해자보호법(200.5)의 피해자보호시책- 형사화해제도를 중심으로 -”, 피해자학연구 제9권 제1호, 2001, 106-110면 참조.
- 9) 독일 형소법상 부대공소는 피해자가 검사에 준하는 지위와 권한을 가지고 공판절차에 참여하는 제도이다. 살인미수죄·상해죄·성폭력범죄·약취유인죄 등의 피해자, 범죄행위로 사망한 자의 직계친족, 일정 범죄에 대하여 사인소추의 권한이 있는 피해자 등에게 부대공소의 권리가 인정되고 있다(독일 형소법 제395조 참조).
- 10) 부대공소의 권한이 있으면 공판정출석권이 인정되며, 피해자가 반드시 부대공소권자로서 공판절차에 참여해야 할 필요는 없다.
- 11) 형사소송법은 피고인과 검사의 경우 “출석”이라는 용어를 쓰고 있는데, 여기에서 피해자의 경우에 “출석권”이 아니라 “참석권”이라 규정한 것은, 피해자가 당사자가 아니라는 점을 고려하여 구분하기 위함이다.

| 현행법 | 개정안  |
|-----|--|
|     | <p>의 규정에 따라 이미 당해 사건에 관하여 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 제1항의 진술은 유죄인정의 증거로 사용하지 못한다.</p> <p>③ 제294조의2 제3항 및 제4항은 전항의 진술에 준용한다.</p> |

### (나) 개정안에 대한 설명

헌법상의 권리인 피해자진술권은 피해자에게 형사사건의 재판청구권이 인정되지 않는 현행 법체계에서 피해자에게 자신의 이익이나 주장을 형사절차에 적절히 반영할 수 있는 기회를 제공한다는 의미를 지닌다. 그러나 현행 형사소송법 제294조의2는 진술권을 증인신문의 연장에서 규정하고 있는 바, 이로 인해 진술권의 구체적인 행사방법이나 그 법적 효과 등이 불명확할 뿐만 아니라, 진술권 행사를 제한하는 광범위한 예외사유로 인하여 그 실질적인 활용을 기대하기 어렵고, 이로 인해 피해자의 진술권이 헌법적 권리로 보장된 취지가 반감된다는 비판이 제기되어 왔다.

피해자진술권은 사실관계를 확정하기 위한 것이 아니라, 피해결과나 피고인의 처벌에 대한 피해자의 의견을 법정에서 진술하도록 한다는 데에 그 기본적인 목적이 있다. 이러한 성격을 감안하면, 피해자의 진술권은 통상의 증인신문과는 그 성질을 달리하는 것으로 보아야 한다. 피해자 진술권을 증인신문의 연장으로 규정하여 이를 광범위하게 제한하는 현행법의 태도는 옳지 않다.

이러한 문제의식에서 형소법개정위원회에서는 현행 제294조의2의 규정을 그대로 존치하는 한편으로, 검사 및 피고인의 최후진술권에 준하는 방식으로 피해자의 최후진술권을 별도로 규정하는 방안을 제안하게 되었다. 증인신문의 형식을 취하게 되면 사실인정과는 무관한 피해자 의견에 대해서까지 피고인의 반대신문을 허용하게 되어 피해자의 진술권을 필요 이상으로 위축시키게 될 위험이 크며, 이는 피해자 진술권의 헌법적 보장의 취지에 어울리지 않기 때문이다. 최후진술의 순서는 검사, 피해자, 피고인의 순으로 하도록 조문을 배치하였다. 한편, 피해자의 최후진술

권의 취지는 사건에 대한 피해자의 주관적인 의견을 표명하는 것이라는 점에서 그 진술을 유죄 인정의 증거로 사용하지 못하도록 하는 규정도 두었다.

## (8) 피해자변호인제도의 도입

### (가) 개정안

| 현행법                | 개정안   |
|--------------------|---|
| <p>(<u>신설</u>)</p> | <p><b>제245조의2(피해자에 대한 변호사의 조력)</b></p> <p>① 피해자는 변호사의 조력을 받거나 변호사로 하여금 대리하게 할 수 있다.</p> <p>② 피해자를 조력하는 변호사(이하 피해자변호인이라 한다)는 피해자에 대한 신문에 참여할 수 있다. 피해자변호인은 피해자가 명시적으로 반대하지 아니하는 한 질문에 대하여 이의를 제기할 수 있다.</p> <p>③ 피해자변호인은 공판기일에 참석할 권리가 있다.</p> |

### (나) 개정안에 대한 설명

#### 1) 피해자변호인제도의 도입 취지

“피해자변호인” 제도의 도입은 마치 피의자나 피고인에게 형사절차의 전반에 걸쳐서 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되는 것과 마찬가지로 피해자에게도 형사절차 전반에 걸쳐서 법률전문가의 조력을 받을 수 있도록 보장해야 한다는 것을 의미한다.

그 필요성과 실익은 우선적으로 피해자에 대한 수사기관 및 법원의 신문에서 변호사의 조력을 받을 수 있다는 점에서 찾을 수 있다. 피해자는 수사절차에서 참고인으로, 공판절차에서 증인으로 신문을 받게 되는데, 그 과정에서 인격권과 프라이버시에 대한 침해라든가 부당한 처우의 위험<sup>12)</sup>에 적절히 대응하도록 보장할 필요

12) 범죄실체의 해명과는 별로 관계가 없으면서 피해자의 사생활의 비밀에 속하는 사항에 대해서 질문을 하는 경우가 대표적인 예가 된다. 또한 법정에서의 증인신문 과정에서는 피고인이나

가 있으며, 또한 신문과정에서 피해자가 자신의 형사책임에 관련된 사실에 대해서 부지불식간에 답변을 해버릴 위험에 대해서도 방어책이 마련될 필요가 있다. 그 외에도 피해자변호인의 역할은 피해자의 형사절차상의 권리가 확대될수록 더욱 커질 수 있다. 특히 후술하는 바와 같이 피해자의 절차참가제도가 도입된다면 더욱 그러하다.

비교법적으로는 독일 형사소송법상 피해자변호인제도를 들 수 있다(독일 형소법 제406f조).<sup>13)</sup> 이 규정에 의하여 독일 형소법상 모든 피해자는 자신의 이익을 옹호하고 형사절차상의 권리를 대변할 수 있는 변호사를 “조력자(Beistand)”로 선임할 수 있다. 피해자를 위한 변호사는 고유권으로 법원과 검찰의 피해자신문에 참여할 권리, 심리비공개청구권이 인정되고, 소송기록열람·등사권을 가진다.<sup>14)</sup>

이와 같은 배경 하에 형소법개정위원회에서는 형사절차상 피해자보호장치 및 피해자의 적극적인 참가권한이 점차 확대되어 가는 상황에서 피해자에게 형사절차의 전반에 걸쳐 조력하는 “피해자변호인”제도를 피해자의 권리로 도입하는 것이 바람직하다고 판단하였다.<sup>15)</sup>

---

변호인이 피해자의 증언의 신빙성을 문제삼기 위하여 과거의 행실이나 평판 등을 공격대상으로 삼아 질문공세를 하는 경우가 많다. 이는 성폭력범죄 사건에서 가장 극명하게 드러난다. 이에 대해서는, 정현미, “성폭력범죄 형사절차상 이차적 피해”, 피해자학연구 제8호, 2000, 174-188면 ; 박선미, “여성학적 관점에서 본 강간범죄의 재판과정”, 형사정책 제4호, 1989, 310면 참조.

13) 독일 형소법 제406조f(피해자에 대한 조력과 대리)

- ① 피해자는 변호사의 조력을 받거나 변호사로 하여금 대리하게 할 수 있다.
- ② 법원이나 검찰의 피해자신문에는 변호사의 참석권이 허용된다. 변호사는 피해자가 반대하지 아니하는 한에서 피해자의 권리인 질문에 대한 이의제기권(제238조 제2항, 제242조)을 행사할 수 있으며 법원조직법 제171조b에 따라 심리비공개를 청구할 수 있다.
- ③ (생략)

14) 독일 형소법 제406조e에 의하면, 피해자측 변호사는 피해자의 이익을 위하여 소송기록열람권을 행사할 수 있다.

15) 같은 제안은, 김성돈, “피해자변호인제도의 도입방안”, 피해자학연구 제10권 제2호, 2002, 123-142면 ; 송광섭, “형사절차에 있어서 피해자의 지위 강화”, 피해자학연구 제8호, 2000, 122면 ; 박광민, “형사절차상 피해자의 지위강화”, 형사법연구 제10호, 1998, 219면 ; 정현미, “성폭력범죄 형사절차상 이차적 피해”, 피해자학연구 제8호, 197면 ; 이재상/이호중, 형사절차상 피해자보호방안, 1993, 한국형사정책연구원, 123-130면 ; 이호중, “피해자변호인의 신문참여권”, 형사정책연구 제17권 제3호, 243-274면.

## 2) 피해자변호인의 권리

우선 피해자변호인은 형사절차상 피해자에 대한 각종 신문에 참여할 권리가 보장되어야 한다. 이 때 신문에 참여하는 피해자변호인의 권리로 질문에 대한 이의제기권을 명시적으로 규정하였다. 그리고 피해자변호인의 고유권으로 공판정참석권도 함께 규정하였다.

## 2. 피해자참가인제도의 도입

### (1) 개정안

| 현행법                | 개정안   |
|--------------------|---|
| <p><u>〈신설〉</u></p> | <p><b>제267조의2(피해자참가)</b></p> <p>① 제262조 제2항 제2호의 공소제기결정이 있도록 한 재정신청인 및 다음 각 호에 정한 죄에 관한 피고사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다. 이하 이조에서 ‘피해자등’이라 한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이 들로부터 참가의 위임을 받은 변호사는 법원에 피해자등 또는 그 법정대리인의 피고사건 절차의 참가를 신청할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 고의의 범죄행위로 사람을 사상케 한 죄</li> <li>2. 형법 제268조, 제276조 제1항, 제287조 내지 제289조, 제291조, 제292조의 죄</li> <li>3. 성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 제2조의 죄</li> <li>4. 제2호에 기재한 죄 외에 그 범죄행위에 그러한 죄의 범죄행위를 포함하는 죄(제1호, 제3호에 기재한 죄를 제외한다)</li> <li>5. 제1호 내지 제4호의 죄의 미수죄</li> </ol> <p>② 제1항의 신청이 있는 때에는 검사는 법원에 의견을 제출할 수 있다.</p> <p>③ 법원은 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 범죄의 성질, 피고인과의 관계, 피해자 등의 입장, 기타 사정을 고려하여 결정으로 참가를 허가할 수 있다.</p> <p>④ 법원은 다음 사유가 있는 때에는 위 결정을 취소할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 전항에 의해 공판절차 참가가 허가된 자(이하 “피해자참가인”이라고 한다)가 피해자 등 또는 피해자의 법정대리인에</li> </ol> |

| 현행법         | 개정안  |
|-------------|--|
|             | <p>해당하지 않거나 해당되지 아니하게 된 것이 명백하게 된 때</p> <p>2. 제298조의 규정에 의하여 적용법조가 철회 또는 변경되어 당해 사건이 제1항에 정한 죄에 해당되지 않게 된 때</p> <p>3. 범죄의 성질, 피고인과의 관계, 기타 사정을 고려하여 참가를 인정하는 것이 상당하지 않다고 인정하게 된 때</p>  |
| <u>〈신설〉</u> | <p><b>제267조의3(공판기일 등의 출석)</b></p> <p>① 피해자참가인과 그 위임을 받은 변호사는 공판기일에 출석할 수 있다.</p> <p>② 법원은 공판기일을 피해자참가인에게 통지하여야 한다.</p> <p>③ 법원은 피해자참가인 또는 그 위임을 받은 변호사가 다수인 때는 전원 또는 그 일부에 대하여 공판기일에 출석할 대표자를 선정하도록 요구할 수 있다.</p> <p>④ 법원은 심리상황, 피해자참가인 또는 그 위임을 받은 변호사의 수, 그 외의 사정을 고려하여 피해자참가인의 출석이 공판진행에 현저한 장애가 되어 부득이 하다고 인정한 때에는 공판기일의 전부 또는 일부에 출석을 불허할 수 있다.</p> <p>⑤ 위 각 규정은 공판기일 외에서의 증인신문 또는 검증 및 공판준비기일에 준용한다.</p>                   |
| <u>〈신설〉</u> | <p><b>제267조의4(검사의 권한행사에 대한 의견진술)</b></p> <p>피해자 참가인 또는 그 위임을 받은 변호사는 검사에게 당해 피고사건에 대하여 법률이 정한 검사의 권한 행사에 관하여 의견을 진술할 수 있다. 검사는 이 의견에 따라 권한을 행사 또는 행사하지 아니한 때에는 필요에 따라 의견진술자에게 그 이유를 설명하여야 한다.</p>  |
| <u>〈신설〉</u> | <p><b>제267조의5(증인신문)</b></p> <p>① 법원은 증인을 신문하는 경우에 피해자참가인 또는 그 위임을 받은 변호사가 그 증인의 신문을 신청한 때는, 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 심리의 상황, 신청한 신문사항의 내용, 신청자의 수, 기타 사정을 고려하여 상당하다고 인정되면 신청자가 그 증인의 신문하도록 허가한다. 단, 정상에 관한 사항(범죄사실에 관한 것을 제외함)에 대한 증인 진술의 증명력을 다투기 위해 필요한 사항에 대해 그 증인을 심문하는 것을 허가한다.</p> <p>② 전항의 신청은 검사의 신문 후(검사의 신문이 없을 때에는 피고인 또는 변호인의 신문 후) 즉시 신문사항을 명백히 하여 검사에게 하여야 한다. 그 경우, 검사는 당해 사항에 관하여 직접 신문하는 경우를 제외하고 의견을 적시하여 법원에 통</p> |

| 현행법                | 개정안   |
|--------------------|---|
|                    | <p>지한다.</p> <p>③ 법원은 피해자참가인 및 그 위임을 받은 변호사의 신문이 중복된 사항이거나 그 소송에 관계없는 사항인 때에는 피해자참가인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있다.</p>   |
| <p><u>〈신설〉</u></p> | <p><b>제267조의6(피고인신문)</b></p> <p>① 법원은 피해자참가인 또는 그 위임을 받은 변호사가 제296조의 제2항의 신문을 신청한 때는, 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 심리의 상황, 신청한 신문사항의 내용, 신청자의 수, 기타 사정을 고려하여 상당하다고 인정되면 신청자가 그 피고인을 신문하도록 허가한다. 단, 범죄사실에 관한 신문은 허용되지 아니한다.</p> <p>② 전항의 신청은 신문사항을 명백히 하여 검사에게 하여야 한다. 그 경우, 검사는 당해 사항에 관하여 직접 신문하는 경우를 제외하고 의견을 적시하여 법원에 통지한다.</p> <p>③ 법원은 피해자참가인 및 그 위임을 받은 변호사의 신문이 정상에 관하여 필요한 사항이 아닌 때에는 이를 제한할 수 있다.</p> |
| <p><u>〈신설〉</u></p> | <p><b>제267조의7(의견진술)</b></p> <p>피해자참가인 또는 그 위임을 받은 변호사는 제302조의2의 규정에 따라 의견을 진술할 수 있다.</p>  |
| <p><u>〈신설〉</u></p> | <p><b>제267조의8(피해자참가변호사의 선정청구)</b></p> <p>법원은 제267조의2 내지 제267조의7에서 규정하는 행위를 변호사에게 위임하려고 하는 피해자참가인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호사를 선임할 수 없는 경우에 피해자참가인의 청구가 있는 때에는 변호사를 선정할 수 있다.</p>   |

## (2) 개정안에 대한 설명

### (가) 피해자참가제도의 도입 여부에 관한 기존의 논의상황

국내에서는 종래 피해자의 공판절차참여는 주로 독일의 부대공소제도<sup>16)</sup>를 입법적 모델로 상정하면서 그 도입여부에 대해 찬반 양론이 대립하고 있었다. 그런데 최근 일본에서 피해자참가인제도<sup>17)</sup>가 도입되면서 이를 제도적 모델로 하여 피해자

16) 독일 형사소송법 제395조 이하 참조.

참가제도의 도입을 긍정적으로 주장하는 견해가 등장하고 있다.

먼저 도입 반대론<sup>18)</sup>은 대개 독일의 부대공소제도에 대한 다음과 같은 비판에 근거하고 있다. ① 부대공소제도는 법질서유지와 형벌목적 등 공익을 추구해야 할 형사소송절차에 피해자 개인의 보상심리나 보복감정이 개입하게 되어 형사소송의 이념에 부합하지 않는다고 한다. 특히 피해자의 응보적 관점이 형사소송을 지배하게 될 위험이 크다고 지적되기도 한다. ② 피고인의 방어권에 대한 침해의 문제이다. 부대공소에서 피해자는 중립적 제3자로 등장하는 것이 아니라, 거의 검사에 준하는 실질적인 당사자로서의 지위를 갖게 되며, 더구나 피해자는 검사에게 부과된 객관 의무를 지지 않기 때문에 실제 피고인은 두 명의 대립당사자와 싸워야 하는 상황이 된다는 것이다.<sup>19)</sup> ③ 독일 부대공소제도의 역사적 경험에서 볼 때 실제적 진실의 발견이라는 측면에 있어서도 부대공소제도가 별로 도움이 되지 않는다고 한다. 독일의 경우에 부대공소로 참가하는 피해자의 대부분이 실제로는 실제진실의 발견보다는 민사상의 손해배상청구권을 행사하는데 필요한 증거를 손쉽게 얻기 위한 목적으로 참가한다고 한다.<sup>20)</sup>

반면에 도입 찬성론으로, 천진호 교수는 “형사소송의 이념으로서의 적정절차의 원칙을 피고인의 인권만이 아니라 범죄피해자의 인권도 고려하는 것으로 폭넓게 이해할 필요가 있고, 부대공소제도를 실제진실규명에 긍정적인 방향으로 기능하게 운영함으로써 살릴 수 있는 형사소송의 실제진실규명의 이념과의 조화로운 해석을 한다면, ... 이를 허용하면서 피고인의 방어권의 부당한 침해가 없도록 하고 피해자의

17) 일본 형사소송법 제316조의33 내지 제316조의39 참조.

18) 도입을 반대하는 견해로는, 이재상/이호중, 형사절차상 피해자보호방안, 한국형사정책연구원, 1993, 189면 ; 송광섭, “범죄피해자보호의 현황과 형사사법체계 내에서의 피해자보호방안”, 저스티스 통권 제82호, 2004.12, 25-26면.

19) 독일에서도 방어권침해의 위헌논란이 있었는데, 피해자의 강력한 권한은 피고인에 대립하는 기소자의 지위를 이중으로 강화시켜 주는 것이며 따라서 피고인의 방어의 이익을 침해하는 위헌이라는 비판이 제기되었지만, 독일 연방헌법재판소는 부대공소로 인하여 피고인의 방어적 지위에 헌법위반이라고 볼 만한 침해는 없다고 판시함으로써 합헌성을 확인하였다(BVerfGE 26, 66ff.). 그 이유는 부대공소로 참가하는 피해자의 공격에 대하여 피고인이 대항하는 것을 금지하는 것은 아니기 때문이라고 한다.

20) 이재상/이호중, 앞의 책, 188면.

부대공소에 상응하는 피고인의 방어권을 보장하는 법적 장치를 마련하는 방안이 보다 바람직할 것으로 본다”고 하여 조심스럽게나마 독일식 부대공소제도의 도입을 주장한 바 있다.<sup>21)</sup> 최근에는 일본의 피해자참가인제도를 모델로 상정하면서 이와 유사한 형태의 피해자참가제도를 도입해야 한다는 주장도 개진되고 있다.<sup>22)</sup>

도입찬성론의 논거는 대체로 다음과 같다. ① 2005년에 제정된 범죄피해자기본법이 피해자의 권리로 “당해 사건과 관련하여 각종 법정절차에 참여할 권리”(제2조, 제8조)가 있음을 천명하고 있는 바 이러한 피해자의 권리를 구체화하기 위한 제도로써 피해자참가제도를 도입할 필요가 있다고 한다. ② 피해자의 고소는 단순히 수사의 단서를 제공하는 것이 아니라 “적정한 수사과 기소를 청구할 권리”로서의 성격을 갖는다고 하면서 고소인인 피해자는 수사절차와 재판절차에서 자신의 권리를 충분히 행사할 수 있도록 절차참가를 확대할 필요가 있다고 한다. ③ 피해자는 사건의 당사자로서 실제진실의 발견을 위한 근거가 될 뿐만 아니라 사건의 공정성에도 이바지하므로 피해자의 소송참가는 공익에 기여할 수 있다고 한다. 피해자의 소송참가로 실제적 진실발견에 지장을 초래할 가능성이 제기되고 있지만, 검사가 공익적 입장에서 소송을 주도하고 피해자가 보조적으로 참가하는 방식을 취한다면 실제적 진실발견에 도움이 되는 방향으로 제도를 운용할 수 있다고 한다. ④ 피해자의 소송참가로 피고인의 방어권이 위축될 우려가 있기는 하지만 이로 인하여 피고인에게 부당한 정도로 부담을 가하는 것은 아니라고 한다. ⑤ 엄벌화의 경향에 대한 우려가 있지만, 피해자의 감정이 양형을 좌우한다고 볼 수 없으며 오히려 피해자와 피고인이 합의에 노력한 경우에는 형이 감경될 여지가 있기 때문에 엄벌화의 경향도 우려할 만한 것은 아니라고 한다.

21) 천진호, “범죄피해자의 권리 확보방안”, 한국피해자학회 2006년 추계학술회의(2006.12.1) 자료집, 109-110면. 또한, 윤종행, “공판단계에서의 피해자 보호방안”, 비교형사법연구 제7권 제2호, 2005, 98면.

22) 조균석, “형사재판절차에서의 범죄피해자 참가제도의 도입방안”, 피해자학연구 제18권 제1호, 2010.4, 5-26면 ; 한생일, “부대공소제도 도입을 통한 범죄피해자의 권리강화”, 형사법의 신동향 제20호, 2009.6., 173-175면.

## (나) 피해자의 절차참가제도의 도입 여부에 대한 검토

피해자의 절차참가권의 가장 초보적인 전형은 현행 형소법의 피해자진술권(제294조의2)이라고 말할 수 있다. 그런데 피해자가 공판정에서 사건에 대한 의견진술의 기회를 갖는 것 이상으로, 증인신문이나 피고인신문에 참여할 권리라든가, 더 나아가서는 증거신청권이나 기피신청권, 상소권과 같은 적극적인 절차형성권까지 인정하는 것이 바람직한가 하는 문제는 매우 신중한 정책적 판단을 요한다. 도입찬성론과 도입반대론은 모두 나름의 정책적 가치판단을 담고 있기 때문이다.

형소법개정위원회의 논의에서도 피해자참가제도의 도입 여부에 대하여 찬성론과 반대론이 대립하였다. 그 논거는 대개 앞서 언급한 것과 유사한데, 형소법개정위원회의 논의에서 새로이 주장된 논거들도 있었다. 도입반대 입장에서는 피해자는 궁극에는 가해자로부터의 사과와 화해 및 피해배상을 받기를 원하는 것이므로 절차참가제도보다는 형사조정과 같은 회복적 사법제도를 도입하는 것이 더욱 바람직하다는 의견을 제시하였다. 반면, 도입을 찬성하는 입장에서는 피해자와 검사의 이해관계가 항상 같지는 않기 때문에 피해자의 입장에서 자신의 주장을 관철시킬 수 있는 기회가 있어야 한다는 점, 피해자의 절차참가는 검사의 보다 객관적이고 능동적인 소추활동을 자극하는 역할을 할 수 있어 실제적 진실의 발견에 도움이 될 수 있다는 점 등을 주장하였다.

전체적인 논의에서는, 피해자에게 검사에 준하는 적극적인 소송권한을 인정하는 독일식의 부대공소제도보다는 다소 제한적인 범위에서 참가권한을 인정하는 정도인 일본식의 피해자참가인제도 정도의 수준라면 도입해 볼 만하다는 의견이 우세하였다. 일본식의 피해자참가인제도는 피해자에게 증거신청권이나 기피신청권, 항소권과 같은 권한을 인정하지 않고 검사에 대한 보조참가자의 의미가 강하기 때문에 독일의 부대공소제도보다는 소송구조상의 정합성을 해칠 위험이나 피고인의 방어권에 대한 침해의 위험은 훨씬 적은 편이기 때문이다. 이에 따라 형소법개정위원회에서는 일본의 피해자참가인제도를 기본 모델로 하여 피해자참가제도를 도입하기로 하였다. 다만, 절차참가 피해자의 권리를 어느 범위에서 인정할 것인가에 대해서는 일본의 제도와는 다소 차이가 있다.

## (다) 피해자참가제도의 세부적인 내용

### 1) 참가 대상범죄

제도도입 초기임을 고려하면 처음부터 피해자참가의 대상범죄를 무작정 넓게 규정하는 것은 바람직하지 않다. 이 때에는 그 대상범죄를 어느 기준으로 어느 범위에서 인정할 것인가가 논란이 될 수 있다. 아마도 절차참가의 필요를 가장 많이 느끼는 피해자는 생명, 신체, 자유에 대한 피해를 입은 자들일 것이므로, 형소법개정위원회에서는 우선적으로 “강력범죄 및 피해자의 상해나 사망을 유발한 범죄”를 주된 대상범죄로 선정하였다. 그리고 “재정신청이 인용된 사건”도 포함하였는데,<sup>23)</sup> 그 이유는 현행 재정신청제도가 검사에게 공소제기명령을 하는 방식을 취하고 있고 이 경우 검사가 공소유지에 소극적일 것이라는 우려가 있어 이 경우 피해자의 절차참가의 이익이 상대적으로 크다고 보았기 때문이다.

### 2) 신청절차

입법방안으로는, (i) 법원에 신청 - 법원이 허가하는 방식, (ii) 검사에게 신청 - 검사가 법원에 의견 제시 - 법원이 허가하는 방식, (iii) 검사에게 신청 - 검사의 1차적 판단에 의해 상당하다고 인정되는 경우 법원에 신청 - 법원이 허가하는 방식 등을 상정할 수 있다. 독일 부대공소에서는 (i)의 방식을, 일본의 경우 (ii)의 방식을 취하고 있다. 형소법개정위원회에서는 피해자가 절차참가에 대하여 검사의 의견을 구하는 것은 필요할 수도 있지만 더 나아가서 검사에게 피해자의 절차참가 여부를 결정할 수 있는 권한을 부여하는 것은 바람직하지 않다고 판단하였으며,<sup>24)</sup> 검사의 1차 판단권을 부정한다면, 굳이 일본처럼 피해자로 하여금 우선 검사에게 신청하도록 하고 검사가 법원에 통지하여 법원이 결정하도록 하는 방식보다는 피해자가 직접 법원에 신청하고 법원이 결정하도록 하는 방식이 보다 효율적이라고 보아 (i)의 방식을 채택하였다.

23) 그러한 제안은, 조균석, 앞의 글 참조.

24) 같은 취지에서, 조균석, 앞의 글, 13면. 조균석 교수는 일본식 방식을 제안하고 있다.

### 3) 피해자참가인의 권한

일본의 경우 피해자참가인에게는 공판기일 출석권, 검사의 권한행사에 대한 의견진술권, 증인신문권(범죄사실에 대한 신문은 제외하고 정상사실에 대한 신문만 허용), 피고인신문권, 사실 및 법률에 대한 의견진술권이 인정된다.<sup>25)</sup> 독일의 경우 부대공소참가인은 검사의 지위에 준하여 법원에 대한 기피신청권, 증거신청권, 상소권 등도 가지고 있지만, 일본의 경우 그와 같은 권한은 인정되지 않는다.<sup>26)</sup>

아마도 피해자의 공판정출석권<sup>27)</sup>이나 검사의 권한행사에 대한 의견진술권, 그리고 검사의 최종논고와 유사한 의견진술권<sup>28)</sup> 등을 피해자참가인의 권리로 인정해야 한다는 점에는 큰 이견이 없을 듯하다. 문제는 피해자에게 증인신문권과 피고인신문권을 인정하는 것이 바람직한가의 문제, 그리고 더 나아가서 독일의 부대공소제도처럼 피해자에게 독자적인 기피신청권, 증거신청권, 상소권을 인정할 것인가 하는 점이다.

이 문제는 결국 실제적 진실발견 및 피고인의 방어권보장이라는 형사소송의 이념에 비추어 판단해야 할 문제이다. 형소법개정위원회에서는 피해자의 증인신문권이나 피고인신문권과 같은 공격적 권한을 제한없이 도입하는 것은 신중할 필요가 있다고 판단하였다. 피해자는 객관의무를 지니지 않으며, 피해자의 신문권한은 피해자의 증인으로서의 지위와 상충되는 측면이 있기 때문이다. 따라서 피해자의 증인신문권이나 피고인신문권을 인정하더라도 범죄사실에 대한 질문은 허용하지 않고 대신에 정상사실에 대한 질문으로 한정하여 피해자의 증인신문권과 피고인신문권을 도입하는 방안을 제안하기로 하였다.

한편, 더 나아가서 피해자에게 독자적인 증거신청권이나 기피신청권, 상소권을

---

25) 증인신문권과 피고인신문권은 재판장의 허가를 받아야 한다.

26) 조균석 교수는 일본 모델에서 인정되는 권한 외에도, 피해자참가인의 독자적인 증거신청권을 인정하고, 증인신문시 정상사실뿐만 아니라 범죄사실에 대한 증인신문권도 인정하는 등 일본의 입법례보다 한층 더 피해자참가인의 권한을 강화하는 방안을 제안하고 있다. 조균석, 앞의 글, 17-20면.

27) 본 개정안은 앞에서 모든 피해자의 권리로 공판정참석권을 규정하는 방안을 제안한 바 있다(개정안 제278조의2).

28) 본 개정안은 앞에서 모든 피해자의 권리로 최후진술권을 규정하는 방안을 제안한 바 있다(개정안 제302조의2).

부여하는 것에 대해서는, 피해자를 사실상 검사에 준하는 당사자로서의 지위를 인정하는 결과가 되므로 형사소송의 기본적인 이념에 비추어 매우 신중할 필요가 있다는 쪽으로 의견이 정리되어 도입하지 않기로 하였다.

## V. 양형조사 및 양형심리의 개선방안

### 1. 개정안<sup>29)</sup>

| 2006년 개정안   | 개정안   |
|---|---|
| <p><b>제195조의2(검사의 양형의 조건에 관한 조사)</b></p> <p>① 검사는 「형법」 제51조에 규정된 사항에 대하여 조사하여야 한다. 이 경우 검사는 피의자 또는 변호인의 동의를 얻어 「보호관찰 등에 관한 법률」에 의한 보호관찰관이 양형의 조건에 관한 사항에 대하여 조사할 수 있도록 소속 검찰청의 소재지 또는 피의자의 주거지를 관할하는 보호관찰소 또는 지소의 장에게 요구할 수 있다.</p> <p>② 제297조의3제2항, 제297조의4제1항 내지 제4항 및 제297조의5는 제1항 후단의 경우에 준용한다.</p> | <p><b>&lt;신설하지 않음&gt;</b></p>                     |
| <p><b>제297조의3(양형자료조사)</b></p> <p>① 법원은 공소가 제기된 사건에 대하여 검사·피고인 또는 변호인이 제출한 자료 등에 의하여 형을 정하기에 충분하지 아니하거나 그 진위의 조사가 필요하다고 인정하는 때에는 조사관에게 「형법」 제51조에 규정된 사항 등 형을 정함에 있어서 참작하여야 할 사항</p>   | <p><b>제297조의3(양형자료조사)</b></p> <p>① &lt;좌동&gt;</p> |

29) 양형자료조사에 관해서는 현행 형사소송법에는 규정이 없다. 대신에 사개추위의 논의를 거쳐 2006년 정부가 제출한 형사소송법 개정안에는 양형자료조사에 관한 상세한 규정이 있었으며 이것은 본 개정안에서도 중요한 참고기준이 되기 때문에 아래 비교표에서는 현행법 대신에 2006년 개정안의 내용을 소개하기로 한다.

| 2006년 개정안   | 개정안   |
|---|---|
| <p>에 관한 자료(이하 “양형자료”라 한다)의 조사를 명할 수 있다. 다만, 피고인의 자백여부, 소송지연의 가능성 및 검사피고인 또는 변호인의 양형에 관한 입증계획 등을 종합적으로 고려하여 상당한 이유가 있는 경우에는 자료 등의 제출 이전에도 양형자료의 조사를 명할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 경우 법원은 조사하여야 할 양형자료의 내용과 범위, 조사의 방법 등을 정할 수 있다.</p> <p>③ 법원이 조사관에게 양형자료의 조사를 명한 경우에는 검사피고인 또는 변호인에게 지체 없이 서면으로 그 취지를 통지하여야 하고, 검사피고인 또는 변호인은 조사할 사항에 관하여 의견을 진술할 수 있다.</p> <p>④ 조사관은 양형자료의 조사를 명령받은 사항에 관하여 공정하고 객관적으로 조사하여야 한다.</p>                | <p>② 법원은 양형기준이 적용되는 사건에 대해서는 제1항에 따른 양형자료의 조사를 명하여야 한다.</p> <p>③ &lt;좌동&gt;</p> <p>④ &lt;좌동&gt;</p> <p>⑤ &lt;좌동&gt;</p>   |
| <p><b>제297조의4(조사의 방법과 절차)</b></p> <p>① 조사관은 피고인 그 밖에 필요한 사람에 대하여 면접, 관찰 또는 질문 등 필요한 조사를 할 수 있다.</p> <p>② 조사관이 피고인에 대하여 조사하는 때에는 미리 피고인에게 진술을 거부할 수 있음을 알려야 하며, 변호인은 피고인에 대한 조사에 참여할 수 있다.</p> <p>③ 조사관은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있고, 필요한 때에는 법원의 허가를 받아 공공기관·학교, 그 밖의 단체·개인 또는 외국의 공공기관에게 그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 사항의 회신 또는 보관중인 문서의 열람, 등본·사본의 송부를 요청할 수 있다.</p> <p>④ 제1항의 조사대상자를 수용 또는 보호하고 있는 시설이나 기관의 장은 조사관으로부터</p> | <p><b>제297조의4(조사의 방법과 절차)</b></p> <p>① &lt;좌동&gt;</p> <p>② 조사관이 제1항에 의한 조사를 하는 때에는 미리 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다. 피고인에 대한 조사에는 변호인이 참여할 수 있다.</p> <p>③ &lt;좌동&gt;</p> <p>④ &lt;좌동&gt;</p> |

| 2006년 개정안   | 개정안   |
|---|---|
| <p>터 조사대상자와의 면접 또는 관계자료의 열람 등 필요한 요청을 받은 때에는 이에 협조하여야 한다.</p> <p>⑤ 조사관의 양형자료의 조사방법과 절차에 관한 그 밖의 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>  | <p>⑤ &lt;좌동&gt;</p>   |
| <p><b>제297조의5(조사보고서 등)</b></p> <p>① 조사관이 양형자료의 조사를 마친 경우에는 조사보고서를 작성하여 법원에 제출하여야 한다.</p> <p>② 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 조사관에게 조사보고서의 보완 등을 명할 수 있다.</p> <p><u>&lt;제3항 신설&gt;</u></p> <p>③ 조사보고서가 제출된 경우 법원은 검사 피고인 또는 변호인에게 즉시 통지하고, 열람 또는 등사의 기회를 부여하여야 한다.</p> <p>④ 검사피고인 또는 변호인은 조사보고서에 대하여 의견을 제시하고 필요한 자료를 제출할 수 있다.</p> <p>⑤ 법원은 제4항의 의견 제시가 있는 경우에는 공판기일에 필요한 양형심리를 할 수 있다.</p> <p>⑥ 조사보고서는 유죄의 증거로 하지 못한다.</p> | <p><b>제297조의5(조사보고서 등)</b></p> <p>① &lt;좌동&gt;</p> <p>② &lt;좌동&gt;</p> <p>③ <u>피고인의 과거 병력 등 사생활의 비밀에 속하는 사항으로 양형결정에 관련성이 없는 정보에 대해서는 조사할 수 없다. 조사내용이 피고인이나 기타 타인에게 해악을 끼칠 우려가 있는 경우에는 정보원의 인적 사항을 기재하지 않거나 가명으로 기재할 수 있다.</u></p> <p>④ &lt;좌동&gt;</p> <p>⑤ &lt;좌동&gt;</p> <p>⑥ &lt;좌동&gt;</p> <p>⑦ &lt;좌동&gt;</p> |

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| <p><b>제25조(법원사무관등에 대한 제척·기피·회피)</b></p> <p>① 본장의 규정은 제17조제7호의 규정을 제한 외에는 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보(이하 "법원사무관등"이라 한다)와 통역인에 준용한다.</p> <p>② 전항의 법원사무관등과 통역인에 대한 기</p> | <p><b>제25조(법원사무관등에 대한 제척·기피·회피)</b></p> <p>① 본장의 규정은 제17조제7호의 규정을 제한 외에는 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보(이하 "법원사무관등"이라 한다)와 통역인 및 조사관에 준용한다.</p> <p>② 전항의 법원사무관등과 통역인 및 조사관</p> |

| 현행법   | 개정안   |
|---|---|
| 피재판은 그 소속법원이 결정으로 하여야 한다. 단, 제20조제1항의 결정은 기피당한 자의 소속법관이 한다. | 에 대한 기피재판은 그 소속법원이 결정으로 하여야 한다. 단, 제20조제1항의 결정은 기피당한 자의 소속법관이 한다. |

## 2. 개정안에 대한 설명

### (1) 양형자료조사의 도입 필요성

지난 사법개혁의 논의과정에서 양형기준제의 도입과 양형자료조사 및 양형심리 절차의 도입문제는 중요한 개혁과제의 하나였다. 이에 따라 2005년 사개추위의 논의를 거쳐 2006.4.10. 양형자료조사에 관한 형소법개정안이 마련되어 국회에 제출되었지만 아쉽게도 국회임기만료로 자동폐기되고 말았다. 그러나 양형기준제가 2009년 7월부터 시행되기 시작하였으므로, 양형조사 및 양형심리를 보다 충실하게 하기 위해서는 양형자료조사제도의 도입은 매우 시급한 과제가 되고 있다. 이에 관한 입법안으로는, 2009.2.2. 이주영의원이 대표발의한 「형사소송법 개정법률안」(의안번호 1803680호)이 국회에 계류되어 있다.

우리나라에서 양형자료조사는 그 동안 「판결전조사」의 이름 하에 부분적으로 시행되어 왔다. 처음 소년형사법에 대해 도입된 판결전조사는 최근 보호관찰법의 개정(2009.3.27.시행)에 따라 현재는 모든 형사법에 대해 실시할 수 있도록 그 적용대상이 확대된 바 있다(동법 제19조). 한편, 2005.7.1.부터 시행되고 있는 법원조직법 제54조의3은 법원 소속의 조사관제를 규정하고 있는 바, 법원은 이에 근거하여 - 양형기준제의 시행과 더불어 - 2009.7.부터 법원 소속의 양형조사관으로 하여금 양형조사를 담당하도록 하고 있다고 한다.<sup>30)</sup>

그러나 보호관찰법 제19조에서 규정한 판결전조사제도는 법원이 집행유예나 선고유예에서 보호관찰, 사회봉사 또는 수강을 명하기 위하여, 즉 사회내처우의 적합성을 판단하기 위하여 필요한 경우에 보호관찰소의 장에게 피고인에 대한 양형자료조

30) 법원은 양형기준제의 시행에 발맞추어 2009.7.20. 양형조사관 21명을 전국 법원에 분산배치하여 양형조사업무를 담당하도록 하고 있다.

사를 명하는 것이어서 그 적용대상과 자료조사의 범위에 한계가 있을 수밖에 없고, 법원이 독자적으로 시행하고 있는 법원 소속 조사관에 의한 양형자료조사는 아직 매우 미약한 수준을 벗어나지 못하고 있을 뿐만 아니라 명확한 법적 근거가 없다는 문제를 안고 있다. 양형심리에 충실을 기하기 위해서는 통일적이고 실효성있는 양형자료조사제도를 마련할 필요가 있으며, 형사소송법에 이에 관한 규정을 두는 것이 근본적으로 타당하다. 아울러 양형자료조사의 절차라든가 이해관계인의 권리에 대해서도 명확히 규정할 필요가 있다.

## (2) 쟁점의 개관

형소법개정위원회에서는 양형자료조사의 도입에 관한 구체적인 쟁점으로, ① 양형자료조사의 주체를 법원으로 한정할 것인가, 검사로 한정할 것인가, 아니면 양자 모두에게 권한을 인정할 것인가의 문제, ② 양형자료조사의 시기 문제, 즉 공판절차의 진행 중 어느 시점에서 양형자료조사를 명하도록 할 것인가의 문제, 그리고 기소전단계에서 검사의 양형조사를 인정할 것인가 여부, ③ 양형자료조사를 수행하는 기관을 어디로 할 것인가의 문제, ④ 양형자료조사의 대상이 되는 사건의 범위를 한정할 것인가 여부, ⑤ 양형자료 조사절차에 관련된 관계인들(피고인이나 그의 가족, 피해자 등)의 참여권, 거부권 등의 권리를 어느 범위에서 인정할 것인가의 문제를 검토하였으며, 양형심리절차에 관련해서는 ⑥ 법원에 제출된 양형조사보고서에 대하여 당사자인 피고인(및 변호인)과 검사에게 열람권, 이의제기권 등을 인정하는 문제를 검토하였다.

양형심리절차의 보다 근본적인 문제로서 양형의 기초자료가 된 사실의 인정에 어떠한 절차와 증거법원칙을 적용할 것인가도 중요한 쟁점인데, 이는 직접주의원칙의 적용여부, 증거법상 ‘엄격한 증명’의 적용여부 등의 문제이기 때문에 직접적인 규정을 두기 보다는 학설과 판례에 맡기는 것이 타당하다고 보았다.

### (3) 양형자료조사를 명하는 주체

#### (가) 법원의 양형자료조사

법원은 양형조건에 관한 심리절차를 관장하는 지위에 있으므로 법원의 양형자료 조사권한을 부정할 수는 없다. 양형자료조사는 기본적으로 법원의 권한이자 의무에 속한다. 다만, 공판중심주의 및 당사자주의와 관련하여 법원의 양형자료조사권한을 어느 정도로 인정할 것인가가 쟁점이 된다. 이에 대해서 형소법개정위원회에서는 다음의 세가지 방안을 상정하여 논의하였다.

- <제1안> 당사자인 검사와 피고인(또는 변호인)이 각각 양형자료를 법원에 제출하도록 하고, 법원은 당사자가 제출한 양형자료를 기초로 심리하고 불충분한 점이 있는 경우에 한하여 양형조사관에게 보충적인 양형자료조사를 명하도록 하는 방안이다.<sup>31)</sup> 양형조사 및 심리절차에 당사자주의를 가장 강력한 형태로 관철시키려는 입장이라고 말할 수 있다. 이 방안을 주장하는 입장에서는 대체로 검사의 기소전 양형자료조사를 일차적인(주된) 양형자료조사로 인정하고, 법원의 양형조사는 검사가 제출한 양형자료를 근거로 하여 이를 보완하는 보충적인 성격의 것으로 제도화할 것을 제안하고 있다.
- <제2안> 당사자의 양형자료제출을 기본으로 하여 법원이 양형심리를 진행하되, 법원의 양형자료조사는 원칙적으로는 보충적인 것으로 하지만 필요에 따라 법원이 직권에 의하여 포괄적인 양형조사를 할 수 있도록 하는 방안이다.<sup>32)</sup> 당사자주의와 직권주의 절충적 방안이라고 말할 수 있다. 사개추위 논의과정에서 법원이 처음에 취했던 입장이며, 2006년 형소법 개정안과 이주영 의원안은 이러한 입장을 기반으로 하고 있다. 이 입장에서는 검사의 기소전 양형조사에 대하여 부정적인 입장을 취할 수 있지만, 필연적으로 그러한 것은

31) 이러한 방안을 주장하는 입장으로는, 김일수, 바람직한 양형조사 주체 및 조사방식에 관한 연구, 대검찰청 연구용역보고서, 2009.12, 225면 ; 천진호, “양형기준제 시행의 문제점과 양형자료 조사제도 도입을 위한 제언”, 형사법연구 제21권 제4호, 2009, 268면.

32) 김재봉 교수의 입장이 비록 명시적이지는 않지만 이러한 입장과 가장 유사하다고 볼 수 있다. 김재봉, “형사소송법개정안의 양형자료조사제도에 대한 검토”, 형사정책 제18권 제2호, 2006, 225-227면 참조.

아니고 검사의 기소전 양형조사를 법원의 양형조사와 별도로 인정할 수도 있다.

- <제3안> 법원의 양형자료조사에 대하여 ‘보충성’ 요건을 규정하지 않고, 법원의 전면적이고 직권에 의한 양형자료조사를 규정하는 방식이다. 가장 직권주의적인 방안이라고 말할 수 있다. 이론적으로 보면, 이 <제3안>은 공판절차를 사실심절차와 양형절차로 이원화하는 법제에 가장 어울리며, 또한 검사의 기소전 양형자료조사를 인정하는 않은 것이 보다 논리적이라고 말할 수 있다.

형소법개정위원회에서는 검토 결과 <제2안>이 가장 무난할 것으로 판단하였다. 양형절차에서는 기본적으로 당사자가 상호 대립하여 사실의 인정여부를 다투기 보다는 피고인에게 가장 적합한 처우가 무엇인가를 발견하기 위하여 공정하고 중립적인 조사제도를 확립하는 것이 보다 중요하다고 보아야 하고, 형벌목적과 관련하여 양형에 관한 다양한 정보를 수집해야 할 필요성이 있으며, 당사자가 직접 수집하기 곤란한 자료도 많이 있을 수 있다. 따라서 양형절차에 엄격한 당사자주의를 요구하는 것은 바람직하지 않으며, 오히려 양형심리를 보다 충실하게 할 수 있도록 유도하기 위해서는 직권주의적 양형조사가 가능하도록 양형조사제도를 설계하는 것이 보다 유용하기 때문이다. 이렇게 보면, <제1안>은 바람직하지 않다. 한편, 가장 직권주의적인 방안인 <제3안>도 우리의 형사소송체계에는 어울리지 않는다고 판단하였다. <제3안>은 공판절차가 이원화되는 방향으로 형사소송절차가 개혁된다면 가능한 방안이 될 수도 있지만, 사실심리절차와 양형절차가 엄격하게 구분되어 있지 않은 현행 형사소송구조 하에서 이러한 방안을 채택하기는 곤란하다.

#### (나) 검사의 기소전 양형조사의 도입여부

수사단계에서 검사에 의한 양형자료조사를 인정할 것인가의 문제는 사개추위 논의 당시에 법원과 검찰 간의 첨예한 의견대립이 있었던 쟁점이다. 여러 논란 끝에 사개추위에서 최종 의결된 방안은 법원의 양형자료조사(법원 소속 조사관에게 조사 명령)와 더불어 검사의 기소전 양형자료조사(보호관찰관에게 조사요구)를 병행하는 것이었으며, 이에 따라 2006년 형소법개정안은 검사의 기소전 양형자료조사에 대한

근거규정을 두고 있었다(동 개정안 제195조의2). 한편, 이주영의원안은 사개추위 논의당시의 법원안과 유사하게 법원의 양형자료조사만 인정하고 검사의 기소전 양형자료조사에 관한 근거규정을 두지 않고 있다.

검사의 기소전 양형자료조사의 인정 여부에 대해서는 찬반 양론이 있다. 찬성론에서는, ① 현행 형소법상 검사와 사법경찰관은 피의자신문서 ‘범죄사실’ 외에 ‘정상에 관한 필요사항’을 신문하도록 규정(형소법 제242조)하고 있기 때문에 검사는 양형조건에 속하는 사항에 대한 조사의 의무가 있다는 점,<sup>33)</sup> ② 기소유예여부의 결정, 그리고 구형을 위해서는 피의자의 인격과 환경 등 양형자료에 대한 조사가 필요하다는 점, ③ 비교법적으로 볼 때, 대륙법계의 독일 형사소송법에서는 검사의 기소전 양형조사를 인정하고 있다는 점 등을 근거로 들고 있다.<sup>34)</sup> 반면, 반대입장에서는, ① 형사소송의 일방 당사자인 검사가 양형을 좌우하는 결과가 되어 부당하다는 점,<sup>35)</sup> ② 검사의 기소유예 결정과 구형을 위해 어느 정도의 양형자료조사가 필요하기는 하지만, 이는 전문적인 조사일 필요는 없고 수사과정에서 획득하는 정보로 충분하다는 점,<sup>36)</sup> ③ 구속기간의 제약 등으로 부실한 조사가 이루어질 가능성이 크다는 점,<sup>37)</sup> ④ 법원의 양형조사와 중복되어 비효율적이고 당사자들에게 중복조사의 번거로움을 야기한다는 점<sup>38)</sup> 등이 논거로 제시되고 있다.

기본적으로 소송당사자인 검사에게 수사과정에서 피고인의 양형에 관한 자료를 조사하고 그 자료를 법원에 제출할 권한이 있다는 점은 부인할 수 없다. 문제는 이를 위하여 검사가 보호관찰관 등 양형조사관에게 전문적이고 포괄적인 양형자료조사를 요구하는 제도를 도입할 필요가 있는가 하는 점이다.

33) 현재 검찰의 수사실무에서는 피의자신문조서 작성시에 전과, 학력, 경력, 병역, 상훈, 종교, 가족, 재산상태, 음주나 흡연 등 건강상태 등의 기본적인 양형인자를 조사하고 있다.

34) 이종철, “양형제도개선 토론회자료(1)”, 사법제도개혁추진위원회 주최 양형제도개선 전문가토론회, 2005.10.12, 7면 ; 천진호, 앞의 글, 265면.

35) 강남주, “현행 판결전조사제도에 관한 고찰”, 사법논집 제36집, 2003, 598면.

36) 이상철, 판결전조사제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원 보고서, 1994, 84면.

37) 김재봉, “형사소송법개정안의 양형자료조사제도에 대한 검토”, 형사정책 제18권 제2호, 2006, 227면.

38) 김재봉, 앞의 글, 228면.

형소법개정위원회의 논의에서는 검사의 기소전 양형자료조사의 도입 여부에 대하여 찬반이 대립하였는데, 일단 검사의 기소전 양형자료조사는 도입하지 않기로 하였다. 그 이유는, ① 검사의 양형조사는 구속기간 등 양형자료조사의 시간적 제약 때문에 충분한 조사가 이루어지지 못할 가능성이 있다는 점, ② 검사의 기소전 양형자료조사가 기소유예의 판단을 위한 것이라면 기소 이전에 양형자료조사가 종료되어야 할 것인데 이는 부실한 조사가 되거나 아니면 양형자료조사를 위하여 형사절차의 신속성을 희생시켜야 하는 문제를 야기하게 된다는 점, ③ 검사의 양형조사가 적정한 구형을 위해 필요하다는 주장도 있을 수 있지만, 검사의 구형은 형사소송법상 변론절차에서 필수적으로 요구되는 것은 아니며,<sup>39)</sup> 검사는 법원의 양형자료조사결과를 보고 의견을 개진할 수 있는 바 이 시점에서 양형에 관한 의견을 법원에 개진하는 것이 충분히 가능하다는 점, ④ 법원의 양형조사절차가 있는 한 검사의 기소전 양형조사에도 불구하고 법원의 자체적인 조사가 실시될 수 있으며 이때 조사의 중복으로 인한 비효율성과 피고인 등 조사대상자들이 겪는 고통을 고려해야 한다는 점 등이다.

#### (4) 법원의 양형자료조사에서 시기의 문제

2006년 형소법개정안은 법원의 양형자료조사에서 조사명령의 시기에 관해서는 원칙적으로 “검사, 피고인 또는 변호인이 제출한 자료 등에 의하여 형을 정하기에 충분하지 아니하거나 그 진위의 조사가 필요하다고 인정하는 때”에 조사명령을 할 수 있도록 규정하면서, “다만, 피고인의 자백여부, 소송지연의 가능성, 검사, 피고인 또는 변호인의 양형에 관한 입증계획 등을 종합적으로 고려하여 상당한 이유가 있는 경우에는 자료 등의 제출 이전에도 양형자료의 조사를 명할 수 있다”고 규정한 바 있다(개정안 제297조의3 제1항).<sup>40)</sup> 양형자료조사의 시기문제는 무죄추정의 원칙, 법관의 예단방지의 필요성, 사생활에 대한 침해의 문제 등이 얽혀 있어 종래부

39) 형사소송법 제302조는 “피고인신문과 증거조사가 종료한 때에는 검사는 사실과 법률적용에 관하여 의견을 진술하여야 한다”라고 하여 규정하고 있으나 이 규정에서 구형에 관한 의견진술이 반드시 요구된다고 말할 수 없다.

40) 이는 이주영의원안도 마찬가지이다.

터 학계에서는 많은 논란이 되어 왔다.

사실인정절차와 양형절차가 분리되어 있지 않은 우리의 형사소송구조를 전제로 할 때, 학계에서는 무죄추정의 원칙 및 법관의 유죄예단의 방지를 위해서 ‘원칙적으로’ 해당 재판부에서 ‘사실인정이 적어도 내부적으로 성립한 시기, 즉 유죄심증을 얻은 후에’ 양형조사명령을 하는 방식이 유력한 견해로 주장되고 있다.<sup>41)</sup> 다만, 판사의 유죄심증형성 이후로 양형조사의 시기를 엄격하게 한정하게 되면 소송절차의 지연이라든가 구속기간의 연장 등의 문제가 발생할 수 있기 때문에 판사의 유죄심증형성 이전이라도 양형조사명령이 가능하도록 하되, 최소한 피고인의 자백이나 동의를 요건으로 함으로써 무죄추정 및 예단방지의 원칙과의 충돌을 피하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>42)</sup> 이러한 견해에 따르면, 법원의 양형조사명령은 피고인이 공판절차에서 자백한 경우라든가 최소한 피고인이 더 이상 무죄를 다투지 않게 된 시점 이후에 가능하도록 하고, 혹은 피고인의 양형자료조사에의 동의를 요건으로 조사명령을 하도록 하는 방안이 된다. 이 견해는 또한 법관의 예단방지를 확실하게 보장하기 위하여 조사보고서의 제출시기는 최소한 피고인의 유죄시인 이후의 시점 혹은 범죄사실에 대한 증거조사가 완전히 끝난 시점으로 해야 한다고 주장한다.<sup>43)</sup>

형소법개정위원회의 논의에서는 먼저 양형자료조사 보고서의 제출시기에 관해서는, 양형에 관한 조사자료가 법관의 유무죄심증형성에 영향을 미치는 것을 차단하기 위해서 조사보고서의 제출시기를 제한해야 한다는 견해에 공감하면서 “증거조사가 완료된 이후에 법원의 명령에 따라 제출”하도록 규정하기로 하였다.

다음으로 양형자료조사의 개시시기(조사명령의 시기)에 관해서는, 공판절차가 이원화되어 있지 않은 현행 형사소송구조를 전제로 할 때 피고인의 무죄추정의 이익과 사생활의 비밀에 대한 침해의 가능성을 최소화하기 위하여 판사가 유죄의 심증을 형성한 이후에 혹은 최소한 피고인의 자백이 있는 경우나 피고인의 동의가 있는

41) 김혜정, “형사소송법적 관점에서 바라본 판결전조사제도 확대의 문제”, 형사정책연구 제14권 제1호, 2003, 145-146면 ; 김재봉, “형사소송법개정안의 양형자료조사제도에 대한 검토”, 형사정책 제18권 제2호, 2006, 225-226면 ; 정영석/신양균, 형사정책, 474면.

42) 김재봉, 앞의 글, 225면.

43) 김혜정, 앞의 글, 146면 ; 김재봉, 앞의 글, 228면.

경우에 양형조사를 개시하도록 규정하지는 학계의 주장은 이론적으로는 분명 타당하다고 보았다. 그렇지만, 형사소송의 현실에서는 사실심리를 위한 증거조사의 과정에서 양형자료에 관한 심리와 당사자간의 공방이 부분적으로 이미 이루어질 수 있기 때문에 사실심리와 양형조사를 엄밀하게 구별하여 양형자료조사에 대하여만 피고인의 동의 등을 요건으로 해야 할 이유는 없으며, 유죄의 심증형성 이후 내지 증거조사가 완료된 이후에 양형자료조사를 명하게 되면 공판절차의 지연, 구속사건의 경우 구속기간의 연장을 초래하게 되어 신속한 재판의 원칙에 반할 가능성이 있다. 그리고 유죄의 심증형성 이후라는 요건은 순전히 법관의 주관적인 것이기 때문에 이를 요건으로 규정하는 것은 자칫 무의미해 질 수 있으며 오히려 그러한 요건을 두게 되면 법원이 양형자료조사를 명하는 것이 피고인에게 판사가 유죄의 심증을 갖고 있구나 하는 인식을 주게 되어 부당해지는 측면이 있고, 오히려 그러한 요건을 설정하지 않음으로써 법관이 양형자료조사의 필요성을 피고인에게 충분히 설명하고 양형자료조사가 재판부의 유죄심증의 표현이 아님을 명확히 할 수 있다는 점 등을 고려해 볼 때, 법원의 양형자료조사의 개시시기에 특별한 제한을 두지 않고 2006년 형소법개정안과 동일하게 규정하는 방안을 제한하기로 하였다.

#### (5) 양형자료조사의 수행기관

양형자료조사는 양형에 참작할 만한 피고인의 인격이나 생활환경에 관한 자료를 종합적으로 조사하는 것이기 때문에 전문적인 조사능력을 갖춘 별도의 조사기관에 조사를 위임하는 수밖에 없다. 이 때 양형조사의 담당기관을 누구로 할 것인지의 문제가 등장한다.

입법방안으로는 그 동안 (i) 법무부 소속의 보호관찰관을 양형자료조사의 수행기관으로 하는 방안과 (ii) 법원 소속의 조사관을 두는 방안이 대립되어 왔다. 사개추위의 논의과정에서 법원은 법원 소속의 조사관을 조사수행기관으로 하자는 의견을 강하게 피력한 반면에, 검찰은 이미 보호관찰법에 의하여 판결전조사를 실시하고 있는 보호관찰관을 양형자료조사의 수행주체로 하자는 의견을 주장한 바 있다.<sup>44)</sup> 2006년 형소법개정안은 검사의 양형자료조사에서는 보호관찰관에게 조사를

요구하도록 하는 한편으로, 법원의 양형자료조사에서는 법원 소속의 조사관에게 양형조사를 명하도록 하는 방식을 채택한 바 있다. 양형조사의 수행기관이 일원화되어 있는 외국과는 달리, 이처럼 양형조사의 수행기관을 이원화시킨 방식은 법원과 검찰 간의 어정쩡한 타협의 산물이었던 것으로 보인다.

(i)방안의 논거로는, ① 이미 보호관찰관에 의한 판결전조사제도가 20년 이상 시행되고 있으며, 최근에는 판결전조사제도가 성인형사범까지 확대 실시되고 있으므로 그들의 업무경험과 조직 및 전문성을 활용할 필요가 있다는 점,<sup>45)</sup> ② 연혁적으로 판결전조사는 보호관찰과 밀접하게 연계되어 발전해 왔으며 양형자료조사는 실제 보호관찰 등 사회내처우의 실시가능성과 분리하여 생각할 수 없다는 점,<sup>46)</sup> ③ 오늘날 형벌이념에 비추어 사회내처우가 강조되는 상황에서 양형자료조사를 보호관찰제도와 접목시키는 것이 보호관찰제도의 활성화에 기여할 수 있다는 점,<sup>47)</sup> ④ 법원 소속의 조사관 제도를 새로이 구성하는 데에는 막대한 비용이 들고 초기에는 경험부족의 문제가 있다는 점, ⑤ 비교법적으로 볼 때 법원 소속의 조사관이 양형조사를 담당하는 예는 거의 없고, 미국이나 영국에서는 보호관찰관이 양형자료조사를 담당하고 있고 독일의 경우에도 대부분의 주에서 양형조사업무를 담당하는 사법보조관은 검찰 소속으로 되어 있다는 점<sup>48)</sup> 등이 제시되고 있다.

반면, (ii)방안의 논거로는, ① 법원 소속의 조사관이 양형자료조사를 담당하는 것이 공정성을 확보할 수 있다는 점, ② 재판부와의 원활한 업무협조를 통해 양형

44) 사개추위의 논의과정에서 양형자료조사의 수행기관을 어디로 할 것인가의 문제는 - 앞서 서술한 - 검사의 기소전 양형자료조사 권한을 인정할 것인가의 문제와 밀접하게 연관되어 있었다.

45) 천진호, 앞의 글, 267면 : “우리나라에서 그 동안 판결전조사 업무를 해 온 보호관찰관의 경우 PCL-R(사이코 패스 판정도구, Hare Psychopathy Checklist-Revised), K-SORAG(한국형 성범죄자재범위험성예측도구)에 관한 전문교육을 연 2~4회씩 실시하고 있고, 각 관찰소 별로 범죄심리사자격증, 정신보건임상심리사자격증을 보유한 전문인력도 확보하고 있다. 특히 5~6급으로 구성된 조사관들은 MBTI(성격유형검사 및 해석상담, The Myers-Briggs Type Indicator) 검사도구 수료증 또는 각 학회별로 부여하는 전문자격증을 보유하고 있으며, 관련 업무만 12~13년씩 해 온 베테랑임을 감안한다면 현재의 법원조사관으로는 보호관찰관보다 나은 양형조사를 기대하기 어려운 실정이다.”

46) 김재봉, 앞의 글, 230면 ; 김혜정, 앞의 글, 97면.

47) 김재봉, 앞의 글, 230면.

48) 최석운, 앞의 글, 75면 ; 김재봉, 앞의 글, 230면.

자료조사의 신속성과 효율성을 도모할 수 있다는 점, ③ 판결전조사는 기본적으로 집행유예나 선고유예 판결의 적정성을 판단하기 위한 자료조사에 목적이 있는 반면에, 양형자료조사는 형의 종류선택이나 적정형량을 도출하는 등 판사의 양형과정 전반에 관련되어 있어 판사의 보조자로서 법원 소속의 조사관제가 타당하다는 점, ④ 법원에서도 그 동안 가사조사관, 소년조사관제를 운영해 왔기 때문에 그 경험을 살리면 양형자료조사의 전문성을 확보하는데 큰 무리가 없을 것이라는 점, ⑤ 법무부 소속의 보호관찰관은 직제와 조직상 검찰의 영향을 쉽게 받는 지위에 있어 양형조사 업무의 공정성과 중립성에 대한 피고인측의 신뢰를 확보하기 어렵다는 점 등이 거론된다.

학계에서는 현행 보호관찰관제를 양형자료조사의 수행기관으로 활용하는 방안이 학계의 다수 지지를 받고 있는 것으로 보인다.<sup>49)</sup>

형소법개정위원회에서는 우선 검사의 기소전 양형자료조사의 도입여부에 상관없이 양형자료조사의 수행기관은 일원화하는 것이 바람직하다고 보았다. 이 때 조사담당기관을 법무부 소속의 보호관찰관으로 할 것인가, 법원 소속의 조사관제로 할 것인가의 문제에 대해서는 견해의 대립이 있었다. 다만, 검사의 기소전 양형조사를 도입하지 않고 법원의 양형자료조사만을 도입하는 방안을 제안한다는 전제에서 법원의 양형자료조사는 원론적으로 법원 소속의 조사관을 조사담당기관으로 하는 것이 바람직하다고 판단하였다. 다만, 그렇다고 하여 현행 보호관찰법 상 보호관찰관에게 의뢰하는 판결전조사를 굳이 삭제할 필요는 없다. 법원의 양형조사는 원칙적으로는 법원 소속 조사관제에 의하되, 보호관찰이나 사회봉사명령, 수강명령 등이 선고될 가능성이 높은 사건의 경우에는 현행 보호관찰법상의 판결전조사처럼 보호관찰관에게 양형조사를 요청할 수 있도록 하여 탄력적인 운용을 모색해 보는 것이 바람직하다.

49) 천진호, 앞의 글, 267면 ; 김재봉, 앞의 글, 229면 ; 김혜정, “사법개혁추진위원회의 양형제도 개선안에 관한 검토”, 영남법학 제11권 제2호, 2005, 97면 ; 함혜현, “판결전조사제도의 합리적 개선방안에 관한 연구”, 교정연구 제33호, 2006, 111면 ; 오영근, “양형개혁법률(안)의 합리적 운용방안”, 법학논총(한양대 법학연구소) 제24집 제1호, 2007, 22면 ; 김일수, 바람직한 양형조사 주체 및 조사방식에 관한 연구, 대검찰청 연구용역보고서, 2009.12, 219면.

## (6) 양형자료조사의 대상사건의 범위와 의무적 양형자료조사의 도입문제

2006년 형소법개정안은 양형자료조사의 대상이 되는 사건의 범위를 특별히 한정하여 규정하지는 않았었다. 당시의 개정안에 따르면, 검사는 형법 제51조에 규정한 양형조건에 대한 조사의무를 지고 있지만(동 개정안 제195조의2 제1항 전단), 검사가 보호관찰소에 양형자료조사를 요구하는 것은 사건의 성격을 판단하여 검사의 재량으로 가능하도록 규정하고 있었으며(동 개정안 제195조의2 제1항 후단), 법원이 법원 소속 조사관에게 명하는 양형자료조사 역시 법원의 재량적 판단에 따라 가능하도록 규정하고 있었을 뿐(동 개정안 제297조의3), 양형조사의 대상사건의 범위가 특별히 한정되어 있지는 않았다. 이렇게 되면 조사가 필요한 사건에 대하여 조사가 이루어지지 않는 경우가 발생할 수 있으며, 같은 유형의 사건에 대하여 양형자료조사의 실시여부가 달라지게 되는 등의 문제점이 지적되고 있다.<sup>50)</sup>

한편, 이주영의원안은 법원의 임의적 양형자료조사에 대해서만 규정하면서, 조사의 대상사건을 “합의부 관할사건과 보호관찰·사회봉사·수감 및 갹생보호 등 사회내 처우가 필요하다고 인정되는 사건”으로 한정하는 태도를 취하고 있다(동 개정안 제297조의3 제1항).

형소법개정위원회에서는 우선 모든 형사사건은 크든 작든 간에 양형조사의 필요성이 있을 수 있기 때문에 공소가 제기된 모든 사건에 대하여 양형자료조사의 가능성을 열어두는 방안이 바람직하다고 보았다.

다음으로, 2006년 형소법개정안처럼 양형자료조사의 실시여부에 대하여 법원의 재량을 넓게 인정하는 방식이 타당한가에 대해서는 제한적이거나 “의무적 양형자료조사”를 도입하자는 주장이 개진되었다. 이미 학계에서도 ‘합의부관할사건과 소년사건’에 대하여 우선 양형조사를 의무적으로 실시하도록 규정하고 점차 그 범위를 확대하는 것이 바람직하다는 견해가 제시된 바 있다.<sup>51)</sup> 형소법개정위원회는 양형자료

50) 김재봉, 앞의 글, 231면.

51) 김재봉, 앞의 글, 231면. 또한 양문승 교수도 판결전조사제도의 성인범확대 필요성을 주장하면서, 합의부관할사건에 대해서는 의무적 조사제도를 규정하는 방안을 고려할 수 있다고 한다. 양문승/유학회, “양형의 합리화를 위한 판결전조사제도의 개선방안”, 원광법학(원광대 법학연구소 발간) 제25권 제1호, 2009, 163면.

조사의 활성화 및 형평성을 위하여 대상사건의 범위를 한정하여 의무적 양형조사제도를 도입하는 것이 의미가 있다고 판단하였다. 이 때 의무적 양형조사가 적용되는 대상사건의 기준으로는 여러 방안이 있을 수 있으나, 양형기준제가 적용되는 사건을 최우선으로 의무적 양형조사의 대상사건으로 규정하는 방안을 제안하였다. 양형기준이 적용되는 형사사건의 경우에는 충실한 양형심리를 위하여 양형자료조사제를 활용할 필요성이 상대적으로 크기 때문이다.<sup>52)</sup>

### (7) 양형자료 조사절차와 관계인의 권리

2006년 형소법 개정안은 조사관이 피고인이나 피해자 기타 필요한 사람에 대하여 면접, 관찰 또는 질문 등 필요한 조사를 할 수 있다고 규정하고(동 개정안 제297조의4 제1항), 피고인에 대해 조사할 때에는 미리 진술거부권을 고지하도록 하고 변호인이 피고인에 대한 조사에 참여할 수 있도록 규정하고 있다(동 제2항). 이주영의원안도 기본적으로 유사한 규정을 두고 있는데, 조사관이 피고인에 대한 조사를 할 때에는 미리 피고인이나 변호인의 동의를 얻도록 규정한 점은 2006년 형소법 개정안과 다른 대목이다.

형소법개정위원회에서는 먼저 피고인에 대한 조사에서 진술거부권을 고지하도록 하고 변호인의 참여권을 인정한 것은 지극히 당연하고 바람직하므로 2006년 형소법개정안과 동일한 규정을 두기로 하였다. 그러나 이주영의원안처럼 피고인에 대한 조사에 앞서 피고인이나 변호인의 동의를 얻도록 하는 방안에 대해서는, 피고인의 권리를 두텁게 보호하는 측면이 있기는 하지만 진술거부권을 고지하도록 한다면 굳이 동의요건을 별도로 설정할 이유는 없을 것으로 판단하였다.

그런데 피고인 이외의 자로서 조사대상이 되는 사람의 권리에 대해서는 2006년 형소법개정안과 이주영의원안 모두 아무런 규정을 두지 않고 있다. 통상 양형조사에서는 피고인의 가족이나 친지, 피해자 및 피해자의 가족 등이 주된 조사대상자가 될 것이다. 그런데 조사관이 이들과 면접하고 질문하는 과정에서 자칫 조사대상자

52) 현재 법원의 실무에서는 양형기준이 설정된 범죄의 경우에는 법원조사관에 의한 양형조사를 실시하는 것을 원칙으로 하고 있다고 한다. 하태홍, 앞의 자료, 7면 참조.

본인에게 불리한 진술이 행해질 가능성이 있으므로, 피고인 이외의 자에 대하여 조사하는 경우에도 진술거부권이 있음을 사전에 고지하는 규정을 두기로 하였다.

#### (8) 양형심리절차 상 검사와 피고인의 열람권, 의견개진권 등

2006년 형소법개정안은 조사보고서가 법원에 제출된 경우 법원이 검사, 피고인 또는 변호인에게 즉시 통지하도록 하고 열람·등사의 기회를 부여하여야 한다고 규정하고(동 개정안 제297조의5 제3항), 검사와 피고인·변호인의 권리로 조사보고서에 대한 의견개진권과 자료제출권을 규정하고 있다(동 개정안 제297조의5 제4항). 한편, 조사보고서는 유죄의 증거로 하지 못하도록 분명히 규정하고 있다(동 개정안 제297조의5 제6항). 이러한 내용은 이주영의원안의 경우에도 동일하다.

조사보고서의 내용은 피고인의 양형에 결정적인 영향을 미치게 마련이므로 적절한 양형심리를 위하여 조사보고서에 담긴 내용을 양 당사자측에 공개하고 그에 관한 의견개진의 기회를 부여하는 것은 적법절차의 이념에 비추어 지극히 타당하다.

형소법개정위원회의 논의에서는 조사보고서의 열람·등사를 검사나 피고인측에게 무제한적으로 허용할 것인가 아니면 일정한 경우 열람·등사를 제한하는 것이 타당한가의 문제가 제기되었다.

외국의 경우를 보면, 미국연방형사소송규칙은 조사보고서의 필요적 기재사항을 규정하는 한편으로 기재가 제한되는 사항에 대하여 별도로 규정하는 방식을 채택하고 있으며<sup>53)</sup> 조사보고서를 당사자에게 제공하는 것에 대하여 특별한 제한을 두고 있지 않다. 반면, 영국에서는 조사보고서를 피고인측에 공개할 경우 피고인에게 중대한 해악이 발생할 우려가 있는 경우에는 법원이 조사보고서의 전면적 공개를 제한할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>54)</sup>

이에 관하여 형소법개정위원회에서는 일정한 사유가 있는 경우에 조사보고서의 열람·등사를 부분적으로 제한하는 방안보다는 피고인의 과거 병력 등 사생활의 비밀에 속하는 사항으로 양형결정에 관련성이 없는 정보에 대한 조사를 원칙적으로

53) 미국연방형사소송규칙 32(d)(3).

54) 영국 Criminal Justice Act 2003, 159(3).

제한하도록 규정하고, 조사내용이 피고인이나 기타 타인에게 해악을 끼칠 우려가 있는 경우에는 정보원의 인적 사항을 기재하지 않거나 가명으로 기재하도록 하는 방안이 보다 타당하다고 보았다. 우리 형사소송법은 피고인과 변호인의 권리로서 “소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물”에 대한 열람·등사권을 제한없이 허용하도록 규정하고 있는 바(형소법 제35조), 법원에 제출된 판결전조사보고서나 양형조사보고서는 “소송계속 중의 관계 서류”에 해당하기 때문에 피고인과 변호인은 형사소송법 제35조에 의하여 이를 제한없이 열람·등사할 수 있는 권리가 보장되어야 하기 때문이다.

## VI. 상소심 및 특별절차 분야

### 1. 상소제기 후 피고인 구속 및 보석취소의 문제

#### (1) 개정안

| 현행법   | 개정안  |
|---|--|
| <p><b>제105조(상소와 구속에 관한 결정)</b><br/> 상소기간중 또는 상소중의 사건에 관하여 구속기간의 갱신, 구속의 취소, 보석, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소에 대한 결정은 소송기록이 원심법원에 있는 때에는 원심법원이 하여야 한다.</p> <p><b>형사소송규칙 제57조</b><br/> ① 상소기간 중 또는 상소 중의 사건에 관한 피고인의 <u>구속, 구속기간갱신, 구속의 취소, 보석, 보석의 취소, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소</u>에 대한 결정은 소송기록이 상소법원에 도달하기까지는 원심법원이 이를 하여야 한다.</p> | <p><b>제105조(상소와 구속에 관한 결정)</b><br/> (좌동)</p> <p><b>형사소송규칙 제57조</b><br/> ① 상소기간 중 또는 상소 중의 사건에 관한 피고인의 <u>구속기간갱신, 구속의 취소, 보석, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소</u>에 대한 결정은 소송기록이 상소법원에 도달하기까지는 원심법원이 이를 하여야 한다.</p> |

## (2) 개정안에 대한 설명

원심법원이 불구속으로 재판하여 유죄판결을 선고하고, 피고인이 상소한 상황에서 소송기록이 상소법원에 도달하기 전에 원심법원이 피고인을 구속하거나 보석을 취소할 수 있는가 하는 문제에 있어서 형사소송법에는 명문규정이 없다. 형사소송법 제105조는 상소기간 중의 구속기간의 갱신이나 구속의 취소 등에 대해서는 원심법원이 할 수 있도록 규정하고 있으나, 구속이나 보석취소에 관하여는 아무런 언급이 없다. 다만, 형사소송규칙 제57조 제1항은 “상소기간 중 또는 상소 중의 사건에 관한 피고인의 구속, 구속기간갱신, 구속의 취소, 보석, 보석의 취소, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소에 대한 결정은 소송기록이 상소법원에 도달하기까지는 원심법원이 이를 하여야 한다”고 규정하고 있다.

이와 관련하여 형소법개정위원회에서는 형사소송규칙 제57조 제1항이 상위규범인 형사소송법 제105조가 규정한 사항을 넘어서 피고인의 구속과 보석의 취소를 규정하고 있어 형사소송규칙의 적법성 여부와 형사소송법 또는 형사소송규칙의 개정 필요성에 대해 검토하였다.

현행 형소법 하에서 상소기간 중 피고인 구속이 적법한가에 대해서는 종래부터 긍정설과 부정설의 대립이 있어 왔다. 적법성부정설은 피고인구속이나 보석취소는 모두 피고인의 신체의 자유에 관한 것으로 법률에 근거가 있어야 하는데 형소법 제105조가 피고인구속이나 보석취소에 관하여 규정하지 않은 것은 입법자의 실수가 아니라 입법자의 분명한 의사표시가 반영된 규정이라고 이해한다.<sup>55)</sup> 법률이 규정하고 있는 결정의 종류를 보면 피고인에게 유리한 것이거나(구속의 취소, 보석, 구속의 집행정지) 불리한 것이기는 하나 기왕의 결정의 연장선상에 있는 것(구속기간의 갱신, 구속의 집행정지의 취소)들이다. 이 규정의 취지는 상소법원에의 소송기록 도달의 신속 또는 지연이라는 법원 내부의 행정사무 상의 우연한 사정에 의하여 피고인의 신병에 유리한 결정을 장기간 받지 못하는 불이익<sup>56)</sup>을 받지 않도록 한 입법

55) 차정인, “상소기간 중 또는 상소 중 원심법원의 피고인 구속”, 법학연구, 제48권 제1호 (2007.8.), 부산대학교 법과대학 법학연구소, 727면 이하.

56) 예를 들면, 사기로 기소된 피고인이 1심 판결 전까지 피해자와 합의가 되지 않아 실형을 선고 받았으나 선고 후 소송기록이 항소심 법원에 송부되기 전에 합의가 되어 보석을 청구하는 경

자의 배려이거나 법원이 기왕의 결정의 연장선상에서 지체 없이 내려야 할 결정을 하지 못하는 일이 발생하지 않도록 하는 절차적 기술적 사항을 정한 것이므로, 신병에 관한 결정 중 피고인에게 가장 불이익한 결정인 구속과 보석취소는 법률이 원심법원의 권한 중에서 명백히 빼 것으로 보아야 한다는 것이다.

반면에, 적법성긍정설은 보석상태로 재판을 받던 피고인이 원심판결 후 도망하는 경우에 보석취소를 통한 피고인 구속의 필요성 등이 있고 이러한 필요성은 원심판결의 선고로부터 상소제기를 거쳐 소송기록이 상소법원에 송부될 때까지 계속되는데 형사소송규칙은 이러한 현실적 필요성에 대비하기 위하여 '상소기간 중 또는 상소 중의 사건'에 대하여 피고인의 구속과 보석의 취소를 할 수 있도록 허용한 것이라는 견해이다. 먼저 이심의 효력의 구체적 기준에 관한 소송기록송부기준설 입장에서 보면, 소송기록이 송부되기 전의 단계에서는 아직 원심법원에 피고사건에 대한 소송계속이 남아 있으므로 원심법원은 자신의 소송계속에 기하여 피고인을 구속하거나 보석을 취소할 수 있다는 것이다.<sup>57)</sup> 따라서 형사소송규칙 제57조 제1항은 소송계속이 원심법원에 있음을 기초로 한 주의적 규정에 불과하고, 형사소송법 제105조와 관련된 적법성 논란은 처음부터 제기되지 않는다고 한다.<sup>58)</sup> 다음으로 이심의 효력의 구체적 기준에 관한 상소제기기준설 입장<sup>59)</sup>에서는 원심판결 선고 후 상소제기 전까지의 단계에서는 소송계속이 상소법원에 이전되지 않으므로, 이 경우에는 규칙 제57조 제1항의 '상소기간 중의 사건'에 대한 피고인구속과 보석취소 규정은 주의적 규정에 불과하다고 본다. 그러나 상소제기 후의 피고인 구속과 보석취소의 경우에는 상소법원에 이미 소송계속이 발생하고 있으므로 소송기록이 상소법원에 송부되기 전까지는 원심법원은 형사소송법 제105조에 기하여 상소법원의 권한을 대행하여 피고인의 신체구속에 관한 결정을 내리게 된다. 따라서 소송기록이 송부되기 전까지 상소법원이 피고인의 신체구속에 관한 권한을 행사할 수 없다는 현실적 한계에 주목하여 피고인구속과 보석취소 부분에 관한 법적 규율을 보충하기

---

우가 있다. 이 경우 원심법원에서 보석을 결정하여야 할 필요성이 있다.

57) 형사소송법 제70조 이하. 제94조 이하 참조.

58) 이균용, “상소제기 후 원심법원의 구속에 관한 권한”, 법률신문 2007.10.15. 15면

59) 나아가 이심의 효력에 관한 구체적 기준에 관하여 원심판결기준설도 있다.

위하여 마련된 규칙 제57조 제1항은 법 제105조와 배치되지 않는다고 한다.<sup>60)</sup>

신체의 자유를 제약하는 피고인의 구속은 법률에 명문의 규정이 있어야 하며, 법률이 아닌 형사소송규칙에서 규정할 수 없다는 적법성부정설의 지적은 타당하다. 결국 입법론상의 핵심은 그 필요성이 인정될 수 있는지의 문제이다.

불구속으로 재판하여 판결을 선고한 후에도 피고인의 신병을 확보할 필요성이 있다면, 형사소송법 제105조를 개정하여 원심법원이 피고인 구속이나 보석을 취소할 수 있도록 명문규정을 두는 방안이 바람직하다. 일본형사소송법 제97조 제1항, 제2항은 '상소제기기간 내의 사건으로 상소가 없는 사건'의 경우에 보석취소는 원심법원이 그 결정을 하고, '상소 중의 사건으로 소송기록이 상소법원에 도달하지 아니한 사건'에서 보석의 취소에 관하여는 재판소규칙이 정하는 바에 의하도록 하였고, 재판소규칙 제92조 제2항은 원심법원이 하도록 규정하고 있다.<sup>61)</sup>

그러나 구속이나 보석취소의 필요성이 없거나 설령 있더라도 불가결한 것이 아니라고 본다면, 형사소송규칙에 불필요한 규정을 두어 위법시비를 낳고 있으므로 원심법원이 피고인구속이나 구속취소를 할 수 없도록 명문화하는 방안이 가능할 것이다. 즉 ① 항소법원의 공판절차는 제1심 법원의 공판절차와 달리 변론 없이 판결로 항소를 기각할 수 있고, 피고인의 진술 없이 판결을 할 수 있는 등 피고인의 출석요건이 대폭 완화되어 있으므로 재판진행을 위한 출석확보를 위하여 구속할 필요성이 없고, ② 원심법원이 증거조사를 마치고 유죄판결을 선고하였다면 이미 증거는 법원에 확보되어 있을 것이고, 제1심 증언의 번복 등의 행태에 대한 대응은 항소법원의 증거신청 기각 등 항소법원에 맡길 문제이지 1심 법원이 항소법원의 재판을 앞서 걱정하여 피고인을 구속할 필요성이 없어 증거인멸을 염려하여 구속할 필요성이 없으며, ③ 원심법원이 굳이 판결 선고 시에 구속하지 않고 상소기간 중 또는 상소 중의 피고인을 구속하는 무죄추정과 심급제도의 본질과 상충되므로 실행확정

---

60) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2009, 1283면

61) 피고인구속에 관하여는 명문규정이 없는 바, 관례는 판결선고 후 아직 상소제기가 없는 때에는 원심법원이 피고인을 구속하는 것이 가능하다(大阪高決 昭49·6·19)고 하며 상소제기 후라도 소송기록이 아직 상소법원에 도달하지 않은 때에는 원심법원은 피고인을 구속할 수 있다(最決 昭41·10·19)고 결정하였다.

에 대비한 집행확보를 위하여 원심법원이 피고인을 구속할 필요성도 없다고 본다.<sup>62)</sup>

형소법개정위원회에서는 논의 결과, 형사소송규칙 제57조 1호상 피고인 구속과 보석취소를 원심법원이 하도록 규정한 것은 피고인 구속과 보석취소에 대하여 아무런 언급이 없는 형사소송법 제105조의 범위를 넘어서는 것이므로, 상소기간 중 기록이 원심법원에 있는 경우에 구속과 보석취소는 형사소송법 제105상 당연히 제외되는데 형사소송규칙 제57조 1호에서 이를 포함시킨 것이므로 이 부분을 삭제하도록 하여 형사소송규칙을 개정하는 것이 바람직하다고 판단하였다.

## 2. 국민참여재판에 대한 검사의 항소 제한

### (1) 개정안

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p><b>제357조(항소할 수 있는 판결)</b><br/>제1심법원의 판결에 대하여 불복이 있으면 지방법원 단독판사가 선고한 것은 지방법원 본원 합의부에 항소할 수 있으며 지방법원 합의부가 선고한 것은 고등법원에 항소할 수 있다.<br/><u>〈단서 신설〉</u></p> | <p><b>제357조(항소할 수 있는 판결)</b><br/>제1심법원의 판결에 대하여 불복이 있으면 지방법원 단독판사가 선고한 것은 지방법원 합의부에 항소할 수 있으며, 지방법원 합의부가 선고한 것은 고등법원에 항소할 수 있다. <u>다만, 검사는 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」에 따라 배심원의 평결과 재판부의 판결이 일치하는 무죄판결에 대하여는 제361조의5 제14호를 이유로 항소할 수 없다.</u></p> |

### (2) 개정안에 대한 설명

#### (가) 쟁점

2008년 1월 1일부터 영미식의 배심재판을 모델로 한 국민의 형사재판 참여에 관한 법률(이하 ‘참여재판법’이라고 한다)이 시행됨으로써 형사재판에서 국민참여재판

62) 차정인, 전개논문, 9면 이하.

이 전국적으로 실시되고 있다. 우리나라의 경우는 참여재판법에서의 항소심은 참여재판이 아니라 법관재판으로 진행되는데, 영미의 배심재판과 달리 피고인이든 검사든 유·무죄를 불문하고 항소가 허용된다. 2008.1.1.부터 2009.12.31.까지 국민참여재판으로 진행된 재판 159건 중 139건의 판결에 대하여 항소가 있었는데 피고인과 검사의 쌍방항소는 64건, 검사단독 항소는 29건이었다.<sup>63)</sup>

참여재판에서 배심원의 평결은 법관에게 권고적 효력만 가지므로 배심원 평결과 법관의 선고가 일치하지 아니할 수도 있다. 위 기간 동안 전체 159건 중 배심원평결과 재판부의 판결이 일치된 것이 144건(90.6%), 불일치한 것이 15건(9.4%)이다.<sup>64)</sup> 항소심이 1심 판결을 파기한 비율은 27.9%였다. 같은 기간 일반 형사사건 항소심의 1심 파기를 41.5%보다 훨씬 낮은 수치이다.

국민참여재판이 공판중심주의에 가장 충실한 재판이라는 것은 주지의 사실이고, 특히 배심원평결과 재판부 판결이 일치한 경우 판결이 배심원 평결을 수용한 것인 점에 비추어 항소, 특히 무죄판결에 대한 검사의 항소를 제한하여야 할 필요가 있지 않은가 하는 점이 논의의 대상이다.<sup>65)</sup>

먼저 국민참여재판을 거친 항소심은 사후심으로 운영해야 한다는 주장이 있다. 우리나라의 경우에는 국민참여재판인 1심과 법관재판인 항소심 또는 상고심에서 원심과 결론이 달라질 우려가 있어, 국민참여재판의 실효성에 대해 논란이 있다. 국민참여재판을 거친 경우에는 항소심을 더욱 엄격한 사후심으로 운영하는 등 항소

63) 대법원, '국민참여재판 2주년 업무성과 분석', 2010.2.

64) 평결과 판결이 일치하지 않은 사건 중 15건 중 13건은 무죄평결에서 유죄판결로, 2건은 유죄평결에서 무죄판결로 바뀐 것이다. 불일치한 15건 대부분이 항소심에서 그대로 1심판결이 유지되었지만 1건은 배심원 무죄평결, 재판부 유죄판결 → 항소심에서 파기자판하여 무죄판결한 것이 있다.

65) 소추권자인 검사의 항소 자체를 제한하여야 한다는 점에서 항소심의 구조가 속심인가 사후심인가에 관계 없이 논의되고 있지만 항소심의 구조와도 밀접한 관련을 가지고 있다. 항소심이 사후심이라면 사실인정권이 1심에 있는 것이므로 항소의 이유가 제한되는 등 사실상 항소할 수 없는 경우가 많기 때문이다. 독일을 제외하고 미국을 비롯한 대부분의 선진국에서는 항소심의 사후심화가 이루어져 있거나 항소심에서 사후심적 성격을 강화하고 있고, 우리나라의 경우 학설은 원칙적 속심설과 원칙적 사후심설로 나뉘고 있다. 판례(대판 1994.11.25. 선고 94도1545 등)는 원칙적 사후심으로 보고 있으나 최근 사후심적 성질을 강조하고 있는 판례(대판 2007.5.11. 선고 2007도2020 등)가 나오고 있다.

심에서 사실인정뿐만 아니라 양형의 경우도 원심을 과기하는 것은 신중해야 하고, 그 기준 또한 법관재판에 대한 항소심보다 더 엄격해야 함은 국민참여재판 도입 취지에 비추어 당연하다 할 것이다.<sup>66)</sup> 따라서 국민참여재판의 기본취지에 충실하기 위해서는 제1심은 사실심으로, 항소심은 원심판결의 실제법령적용과 증거법 기타 소송절차의 법령위반만을 심사하는 사후심으로 전환하는 것이 필요하다고 한다.<sup>67)</sup>

다음으로 검사의 항소를 제한하여야 한다는 주장이 있다. 국민참여재판의 무죄판결에 대한 검사의 항소금지 는 우리 형사소송법의 ‘합리적 의심 없는 증명’과 관련하여 주장되기도 한다.<sup>68)</sup> 즉, 합리적 의심 없는 증명 여부는 심급별로 판단할 사항이라고 하더라도, 다른 심급(제1심)에서 자격 있는 배심원과 법관이 증거자료가 집중된 공판심리를 거쳐 무죄선고를 하였다면 동일한 공소사실을 심리하는 상소심에서도 이는 ‘합리적 의심’으로 취급되어야 한다는 것이다. 더구나 배심원 전원일치의 무죄 평결과 법관의 무죄선고로 이어졌다면 더욱 그렇다. 배심원들은 이유부기피, 무이유부기피 등 엄정한 선정절차를 거쳐 선정된 시민들이며 이 시민들이 공소사실에 대하여 ‘합리적 의심’을 가지게 되었다면 상소심에서도 이를 존중하는 것이 국민참여재판제도의 취지에 부합한다고 한다.<sup>69)</sup> 그 근거로는 ① 국민참여재판제도는 국민주권이라는 헌법원리에 기반한 제도로써, 형사피고인의 희망과 제반 여건을 고려하여 주권자인 국민이 법관에게 위임한 사법권을 일부 회수하여 직접 행사하는 제도라는 점, ② 국민참여재판제도는 영미의 배심제도를 도입한 것이므로 불복제도의 설계에서도 배심제도의 기본적 사상을 존중할 필요가 있다는 점, ③ 배심원의 무죄평결을 법관이 수용한 경우에는 그 ‘합리적 의심’의 정도가 한층 강화된 것으로 볼 수 있으므로 이 경우에까지 항소심에서 ‘과기유죄’ 선고를 하는 것은 위 ‘합리적 의심 없는 증명’ 규정을 형해화하는 것으로 볼 수 있다는 점 등이다. 따라서 배심원평

66) 정한중, “한국과 일본의 국민참여형 형사재판에 관한 연구”, 외법논집 제30집, 349면.

67) 김봉수, “항소이유서제도와 항소심의 구조”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 358면.

68) 차정인, “항소심의 제1심 국민참여재판 판결 과기”, 법학연구(제51권 제1호, 2010.2.), 부산대학교 법학연구소, 24면 이하 참조.

69) 차정인, 전계 논문, 25면은 이 ‘합리적 의심’의 논리를 일관한다면 국민참여재판이 아닌 경우에도 제1심의 무죄선고를 항소심에서 과기할 수 없다고 하게 되지만, 이 논리 하나만으로 이러한 심급제도의 큰 변화를 주장할 정도의 확신을 가진 것은 아니라고 한다.

결의 구속력을 인정하지 않는 제도를 유지한다고 하더라도 항소제도에서는 배심원 평결과 법관의 판결이 무죄로 일치하면 검사의 항소를 금지하는 것이 타당하다고 한다.<sup>70)</sup>

배심원 평결에 직업법관의 그것과 마찬가지로 구속력을 부여하면서 직업법관에 의하여 뒤집어질 수 없다는 논리에 따라 참여재판에 대해서는 오로지 법률위반에 대해서만 항소와 상고를 허용한다면<sup>71)</sup> 문제될 것은 없다. 그러나 우리나라의 경우에 배심원 평결을 단순히 권고적 효력으로 하면서 다시 이를 항소에 의하여 다투게 하는 것은 이중비용의 부담이라는 비난을 피하기 어려울 것이며, 이는 중국적으로 참여재판 자체의 제도적 무용론까지 제기될 가능성을 배제하기 어렵다.<sup>72)</sup>

최근 대법원 판결<sup>73)</sup>은 「사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입된 국민참여재판의 형식으로 진행된 형사공판절차에서 엄격한 선정절차를 거쳐 양식 있는 시민으로 구성된 배심원이 사실의 인정에 관하여 재판부에 제시하는 집단적 의견은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의 하에서 증거의 취사와 사실의 인정에 관한 전권을 가지는 사실심 법관의 판단을 돕기 위한 권고적 효력을 가지는 것인 바, 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 위에서 본 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다.」고 판시하여 국민참여재판의 경우에는 항소심의 사후심적 성격을 더욱 강조한 바 있다.

70) 차정인, 전계 논문, 25면

71) 박강우, “국민참여재판의 문제점과 개선방향”, 법학연구 제20권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 13면.

72) 박미숙, “국민참여재판의 시행 1년의 성과와 운용방향”, 국민의 사법참여연구회 편, 2010, 438면.

73) 대판 2010.3.25. 선고 2009도14065.

## (나) 개정논의

이 문제에 대하여 형소법개정위원회에서는 (i) 국민참여재판의 경우에 항소심을 법률심(사후심)<sup>74)</sup>으로 하여 법률위반에 대해서만 항소를 허용하는 방안, (ii) 국민참여재판에서 무죄판결이 있는 경우에 한정하여 검사의 항소를 제한하는 방안을 놓고 논의하였다.

그런데 (i)의 방안을 도입하는 경우에는 항소심에서 법률위반으로 판결하는 경우에 파기환송하는 시스템을 함께 도입해야 하는 문제가 있고, 또한 중대한 사실오인이나 양형의 현저한 부당에 대하여 상고가 허용되는 현재의 법제 하에서 국민참여재판에 대해서만 항소심을 완전한 사후심 형태로 운영하는 방안을 도입하기는 어렵다고 판단하였다.

그리하여 (ii)의 방안을 집중적으로 논의하였는데, 구체적인 방안으로는 국민참여재판의 무죄판결에 대한 검사의 항소를 완전히 제외하는 방안과 무죄판결 중 배심원의 평결과 재판부의 판결이 일치한 판결에 대하여만 검사가 항소할 수 없도록 하는 방안이 있을 수 있다.

이에 대한 논의 결과, 국민참여재판의 무죄판결에 대한 검찰의 항소를 제한하는 제도를 받아들이기 위하여는 국민참여재판에서의 배심원의 평결이 권고적 효력만 있어서는 아니되며, 항소심이 속심이 아닌 사후심이라는 것에 대한 논의도 필요하다고 보았다. 따라서 국민참여재판에서 배심원의 평결이 법원에 대하여 향후 지속적 효력을 부여하는 경우에 국민의 형사재판참여에 관한 법률의 개정시에 논의하여 반영하기로 하고, 우선은 국민참여재판의 무죄판결에 대해서는 그것이 배심원의 무죄평결에 기초한 경우에 한하여, 그리고 사실오인을 이유로 한 항소에 한정하여 검사의 항소를 금지하는 방안을 제안하기로 하였다.

---

74) 항소심의 구조는 심리방법에 따라 복심, 사후심, 사후심으로 구분할 수 있고, 심리대상에 따라 사실심과 법률심으로 구분할 수 있다. 분류의 기준이 상이한 것이므로 반드시 일치한다고 할 수 없으나 법률심은 사후심으로 운영되어야 하므로 같이 지칭하기로 한다.

### 3. 재심개시절차의 개선문제

#### (1) 개정안

| 현행법  | 개정안   |
|--|---|
| <p><b>제431조(사실조사)</b><br/> <u>〈제1항 신설〉</u></p> <p>① 재심의 청구를 받은 법원은 필요하다고 인정한 때에는 합의부원에게 재심청구의 이유에 대한 사실조사를 명하거나 다른 법원판사에게 이를 촉탁할 수 있다.</p> <p>② 전항의 경우에는 수명법관 또는 수탁판사는 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.</p> <p><u>〈제4항 신설〉</u></p> | <p><b>제431조(증거조사)</b></p> <p>① 청구인과 변호인은 재심의 청구에 대한 재판에서 증거를 신청할 수 있다.</p> <p>② &lt;좌동&gt;</p> <p>③ &lt;좌동&gt;</p> <p>④ 제1항 및 제2항의 경우에 법원은 증인과 감정인의 신문 및 법원의 검증에 있어서 검사와 청구인 및 변호인의 참석을 허용하여야 한다.</p> |

#### (2) 개정안에 대한 설명

재심절차는 재심이유의 여부를 심사하는 재심개시절차와 재심개시결정이 있는 경우에 사건을 다시 심판하는 재심심판절차로 구분되는데, 재심절차의 핵심은 재심 사유가 있는가를 심사하는 재심개시절차라고 할 수 있다.<sup>75)</sup> 재심개시절차의 재판구조는 검사와 피고인 측의 공방을 통해 사실심리를 하는 당사자주의에 입각한 일반 형사절차와는 다른 구조이다.<sup>76)</sup>

소송구조론과 관련하여 재심개시절차에 있어서 법원의 적극적인 직권에 의한 개입이 필요하다는 견해(직권주의구조설)<sup>77)</sup>와 재심청구인의 주체적 관여를 보장하는 당사자주의적 운영이 바람직하다는 견해(당사자주의구조설)<sup>78)</sup>가 대립하고 있다. 또한 원판결의 당부와 증거조사 여부 등과 관련하여 재심개시절차의 구조에 대하여

75) 신양균, “재심개시결정의 구조와 재심이유”, 고시계(95.7.), 203면.

76) 선종수, “형사재심제도의 합리적 운용방안”, 동아법학 제45호, 331면.

77) 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 2001, 882면.

78) 이기현/김성은, 형사재심제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원(연구보고 95-20), 1996, 28-29면.

일본에서는 실체판단설,<sup>79)</sup> 예측설,<sup>80)</sup> 사후심설<sup>81)</sup> 등이 대립한다고 한다.<sup>82)</sup> 그런데 실제로 중요한 문제는 재심청구를 받은 법원이 어떠한 관점에서 어떻게 심사를 행하는가 하는 점인데, 재심청구를 심판하는 법원이 어떻게 심증을 형성하는가에 관하여는 속심적 구조를 취하는 일반적인 항소법원과 마찬가지로 입장에 있다고 볼 수 있다.

우리 형사소송법은 재심개시절차의 심리와 관련하여 제431조 제1항에서 법원으로 하여금 필요한 경우에 사실조사를 할 수 있다고 규정하고 있고, 제432조에서 소송관계인의 의견진술 기회를 부여하는 규정을 두고 있을 뿐이어서, 이 규정만으로 재심구조가 직권주의냐 당사자주의냐, 사후심이나 속심이나 여부를 판단하기는 어렵다.<sup>83)</sup>

형소법개정위원회의 논의에서는 재심구조를 어떻게 이해하건 간에, 재심이 무고한 사람들을 구제하기 위한 본연의 모습으로 돌아가기 위해서는 재심제도를 확대 운영할 필요성이 있다는 점, 특히 그 동안 우리의 형사절차가 정의와 진실발견의 기능을 얼마나 충실하게 수행하여 왔는가에 대한 반성적 고찰이 필요하다는 점에서 재심의 구조를 어떻게 볼 것인가에 관계없이 재심개시절차에서 재심사유에 대한 충실한 심리가 가능하도록 정비할 필요가 있다는 점에 인식을 같이 하였다.<sup>84)</sup> 특히 재심개시절차에 청구인의 참여권이 제대로 보장되고 있지 않다는 점이 중요한 문제로 지적되었다. 독일 형사소송법은 재심개시절차에서 당사자의 증거조사신청권<sup>85)</sup>

---

79) 공소사실의 준부에 대한 단적인 실체판단으로 보는 견해이다.

80) 재심개시결정 후의 재심심판절차에서 무죄판결을 얻을 가능성이 있는가를 예측하는 것으로 보는 견해이다.

81) 원판결의 사실인정과정의 당부를 음미하는 절차로 보는 견해이다.

82) 신양균, 앞의 글, 203면. 신양균교수는 사후심설이 타당하다고 한다.

83) 제431조 제1항만을 보면 우리 형사소송법의 재정신청에 관한 규정인 제262조 제2항 후문(이 경우에 필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다.)와 유사하다는 점에서 오히려 공판개시결정의 일종(예비심)으로 보는 일본의 예측설에 부합한다고 본다.

84) 다만 재심사유 등과 관련해서는 학설과 판례에 맡기고 재판개시절차를 중심으로 개정안을 마련하였다.

85) 독일 형사소송법 제366조에서는 재심청구의 선행절차에서 재심에 대한 법률적 근거와 증거방법을 밝혀야 한다고 하여 신청자는 소명의무를 진다. 즉 재심청구인은 사실을 제시하고 증거방법을 설명하여야 한다. 여기서 더 나아가 개정안은 증거신청권을 부여하면서 입증취지를 설

과 참여권을 명문으로 보장하고 있다(제366조, 제369조).

이에 따라 형소법개정위원회에서는 무엇보다 당사자의 증거조사신청권과 증거조사에의 참여권을 재심개시절차에 분명히 규정할 필요가 있다고 판단하였다.

---

명하는 것으로 한다.



2010년 공동학술회의 자료집

## 형사소송법 개정의 쟁점과 검토

---

발행일 2010년 9월 일  
발행인 박 상 기  
발행처 한국형사정책연구원  
서울시 서초구 태봉로 114  
전화 : (02) 575-5285  
팩스 : (02) 571-7488  
등록 1990. 3. 20. 제 21-143호  
인쇄 (주)현대아트컴

---

※ 본서 내용의 무단복제를 금함

[비매품]