

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

일 시: 2023. 5. 19.(금) 13:30 ~ 5. 20.(토) 13:30

장 소: 전남대학교 진도 자연학습장

주 최: 한국형사법학회, 한국형사·법무정책연구원, 전남대학교 법학연구소

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

- 일 시: 2023. 5. 19.(금) 13:30 ~ 5. 20.(토) 13:30
- 장 소: 전남대학교 진도 자연학습장
- 주 제: 헌법적 형사소송
- 주 최: 한국형사법학회, 한국형사·법무정책연구원, 전남대학교 법학연구소

15:40-15:50	접수 및 등록	
15:50-16:00	[개회사] 이주원 한국형사법학회 회장 [축사] 전남대학교 법학연구소장 등	
16:00-16:15	[기조연설] 하태훈 한국형사·법무정책연구원장	
16:15-16:20	[고문 추대식] 이용식 한국형사법학회 고문	
16:20-16:30	기념 촬영 및 장내 정리	
16:30-17:10	[공동 세션] - 자연학습장 대강당 사회: 류전철 교수(전남대학교) 주제: 헌법적 형사소송론 관점에서 진술거부권의 함의 발표: 김혜경 교수(계명대학교) 토론: 승이도 헌법연구관(헌법재판소) 승재현 박사(한국형사·법무정책연구원)	
17:10-17:20	휴식	
17:20-18:05	[제1세션] - 자연학습장 대강당	[제2세션] - 자연학습장 세미나실
	사회: 이용식 명예교수(서울대학교)	사회: 류전철 교수(전남대학교)
	헌법상 재판청구권의 관점에서 현행법상 비밀수사 관련 통지·불복절차의 개선 방안에 대한 연구	무죄추정원칙에 비추어 본 현행 구속자석방제도의 문제점 및 개선방안
	발표: 신상현 박사(헌법재판소 헌법연구원)	발표: 안성훈 박사(한국형사·법무정책연구원)
	토론: 이원상 교수(조선대학교) 박찬걸 교수(충북대학교)	토론: 이순욱 교수(전남대학교) 이동희 교수(경찰대학교)
18:05-18:50	헌법상 적정절차 관점에서 본 압수수색영장의 문제점	미성년 성폭력 피해자 영상진술의 증거능력에 관한 「성폭력처벌법」 특례규정의 위헌성에 대한 비판적 고찰
	발표: 김면기 교수(경찰대학교)	발표: 김봉수 교수(전남대학교)
	토론: 남요섭 판사(광주지방법원) 조현일 검사(광주지방검찰청)	토론: 박학모 박사(한국형사·법무정책연구원) 최준혁 교수(인하대학교)
18:50-19:00	[폐회사] - 자연학습장 대강당	
19:00-21:00	만찬	

목 차

□ 한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

■ 공동세션 : 헌법적 형사소송론 관점에서 진술거부권의 함의 1

- 사회자 : 류전철 교수(전남대학교)
- 발표자 : 김혜경 교수(계명대학교)
- 토론자 : 승이도 헌법연구관(헌법재판소)
승재현 박사(한국형사·법무정책연구원)

■ 제1세션 제1주제 : 헌법상 재판청구권의 관점에서 현행법상 비밀수사 관련 통지·불복절차의 개선 방안에 대한 연구 47

- 사회자 : 이용식 명예교수(서울대학교)
- 발표자 : 신상현 박사(헌법재판소 헌법연구원)
- 토론자 : 이원상 교수(조선대학교)
박찬걸 교수(충북대학교)

■ 제1세션 제2주제 : 헌법상 적정절차 관점에서 본 압수수색영장의 문제점 87

- 사회자 : 이용식 명예교수(서울대학교)
- 발표자 : 김면기 교수(경찰대학교)
- 토론자 : 남요섭 판사(광주지방법원)
조현일 검사(광주지방검찰청)

■ 제2세션 제1주제 : 무죄추정원칙에 비추어 본 현행 구속자석방제도의 문제점 및 개선방안 127

- 사회자 : 류전철 교수(전남대학교)
- 발표자 : 안성훈 박사(한국형사·법무정책연구원)
- 토론자 : 이순욱 교수(전남대학교)
이동희 교수(경찰대학교)

■ 제2세션 제2주제 : 미성년 성폭력 피해자 영상진술의 증거능력에 관한 「성폭력처벌법」 특례규정의 위헌성에 대한 비판적 고찰 163

- 사회자 : 류전철 교수(전남대학교)
- 발표자 : 김봉수 교수(전남대학교)
- 토론자 : 박학모 박사(한국형사·법무정책연구원)
최준혁 교수(인하대학교)

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

공동세션

헌법적 형사소송론 관점에서 진술거부권의 함의

사회자: 류전철 교수(전남대학교)

발표자: 김혜경 교수(계명대학교)

토론자: 승이도 헌법연구원(헌법재판소)

승재현 박사(한국형사·법무정책연구원)

헌법적 형사소송론 관점에서의 진술거부권의 함의

김혜경(계명대학교 교수, 법학박사)

I. 들어가며

우리 형사소송법의 역사는 인권침해로부터의 해방의 발자취라고 해도 과언이 아니다. 이는 형사소송법의 제·개정뿐만 아니라 운영의 면모까지도 대변할 만큼, 한국적인 형사소송절차의 짧은 역사는 인권과 관련한 뼈아픈 사건들로부터 자유로울 수 없다. 그로 인하여 형사사법의 운영이 헌법정신에 합치되어야 하고, 헌법이 보장하는 기본권들이 피의자 및 피고인과 같은 형사사법에 관계된 자들에게도 당연히 보장되어야 한다는 의미의 헌법적 형사소송론¹⁾은 당연한 원리로서 받아들여지고 있다.

형사소송이 국가형벌권의 실현을 통한 정의를 추구한다고 할 때, 형사소송절차는 본질적으로 기본권 침해작용일 수 밖에 없다. 형사소송의 이념을 실체적 진실주의와 대등하게 적법절차의 원칙²⁾ 또는 법적 안정성에서 찾고자 하는 이유도 형사소송이 법적 평화를 지향하고 있음을 확인할 수 있게 한다. 이 때의 법적 평화란 국가형벌권의 목적달성에 의한 개인이 속한 사회의 법적 평화의 재건이라는 거시적 관점도 있지만 해당 국가형벌권의 실현에 관계된 피의자 또는 피고인 개인의 법적 평화라는 미시적 관점도 포함하게 된다.

또한 형사소송이 그 어떠한 목적을 추구한다고 하더라도 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권의 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 헌법은 국민의 기본권의 확인과 기본권 보장의 선언과 동시에 법률로서 이를 제한할 수 있음을 천명하면서도 기본권의 본질적 내용은 불가침의 영역임을 확인하고 있기 때문이다. 그러나 기본권의 본질적 내용의 실체가 무엇인가에 관하여는 해석상 다툼의 여지가 있을 수 있고,³⁾ 그로 인하여 법률주의의 한계 영역에 관하여도 논란의 여지가 있음은 물론이다. 그럼에도 불구하고 그것이 “인간본성” 또는 “천부인권”을 이루는 그 무엇인가를 지칭한다는 점에 대하여는 쉽게 부인할 수 없을 것이다. 기본권 역시 인간의 본질

- 1) 헌법적 형사소송론의 정의와 역사에 관하여는 김용세, “형사절차상 기본권 보장을 위한 형소법 규정 및 실무현실에 관한 연구: 헌법적 형사소송의 원리에 기초한 분석적 고찰”, 형사정책연구 제19권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2008/가을, 55면 이하; 김혜경, “수사권의 귀속주체 결정의 정당성-헌법적 관점과 정치철학적 관점에서의 접근-”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제2호, 한국형사소송법학회, 2020/12, 4면 이하; 이찬엽, “헌법적 형사소송에 관한 연구”, 아태공법연구 제13집, 아세아태평양공법학회, 2005, 153면 이하 참조.
- 2) 권영법, “형사소송의 이념”, 저스티스 통권 124호, 한국법학원, 2011/6, 262면 이하의 형사소송의 이념을 실체적 진실발견과 적법절차의 원칙 및 “형사사법 정의의 실현”이라고 하고 있으나, 일반적인 교과서들은 실체적 진실주의, 적법절차의 원칙, 신속한 재판의 원칙이라고 설명한다.
- 3) 이로 인하여 루만은 기본권에 관하여, 본질의 본질은 알 수 없다고 한다. Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution-Ein Beitrag zur politischen Soziologie-. Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 24, 6. Aufl., 2019, 59면.

을 다루기 때문이다.

그렇다면 형사소송이 왜 그토록 인간의 본성, 특히 기본권과 관련하여 민감한가는 부연설명을 할 필요가 없다. 형사소송의 본질은 무죄추정을 받는 국민으로부터 유죄의 혐의를 이끌어 내기 위한 국가에 의한 권력의 강제이기 때문이다. 그러므로 기본권 침해에 대한 헌법상의 법률주의에 가장 민감한 법영역 역시 형사소송법이 아닐 수 없다. 이로 인하여 형사소송절차에 있어서 국가형벌권의 실현과 이로 인해 침해되는 국민의 기본권 사이의 조화란 처음부터 불가능한 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 그럼에도 불구하고 양자 모두 필요불가결한 고유의 보호필요성이 존재한다는 점에서 여전히 조화로운 해석과 제도의 운영을 추구함은 불가피하다.

또한 형사절차를 통해서 국가형벌권의 정당화가 실현된다고 하더라도, 그것이 법의 회복을 직접 의미하는 것은 아니다. 이미 깨어진 법이 국가형벌권의 발동을 통해서 재건되는가 역시도 확답할 수 없다. 나아가 법을 위반하는 행위를 밝히는 것이 실체적 진실의 발견이라고 한다면, 그 사실관계라 함은 불확실성을 절차를 통해 극복해 나아가는 과정을 거쳐야 하고 그것이 형사소송절차라고 할 때 이는 “현실화된 사실이 아니라 규범적으로 승인된 사실”이라고 한다.⁴⁾ 이러한 면으로 인하여 형사소송을 구성된 사안과 해석된 법률의 상응 여부를 확인하는 과정이라고 보기도 한다.⁵⁾ 이러한 논증들의 함의는 형사절차의 불확정성 또는 불확실성을 표현하기 위한 것으로 보인다.

반면 형사소송절차를 통해 침해되는 인간의 권리, 인간본성은 매우 구체적이고 명확하며 현실적이다. 그럼에도 불구하고 불확실한 실체적 진실을 위하여 기본권이 어느 범위까지 침해됨이 “인간”으로서 용인되는지는 명확하지 않다. 다만, 인간의 권리가 본질적으로 침해되어서는 안 된다는 헌법상의 선언으로부터 인간본성의 그 어느 지점은 법률조차 침해가 허용될 수 없다는 점만을 확인할 수 있을 뿐이다. 양심의 자유를 통해서 인간이 자신의 양심이 허용할 수 없는 것까지 진실이라고 수용할 것을 강제할 수 없다든지, 표현의 자유를 통해서 하고 싶지 않은 의사의 표시를 강제할 수 없다는 등의 예시를 드는 것은 이를 간접적으로 설명할 수는 있을지언정 그 본질을 밝히기는 어렵지 않을까 한다. 그렇지만 국가권력이 존재하고 그것에 의한 개인의 권리침해가 허용되면서부터 동시에 존재하여 왔던 Nemo tenetur 원칙은 국가권력 발동의 한계를 제시하는 근본적인 지침이라고 할 수 있을 것이다.

여기에서는 그와 같은 의미에서 출발하여 인간의 본성(본질)과 관련하여, 형법이 제시하는 적법행위에의 기대가능성 또는 타행위가능성이 형법상 범죄성립의 한계라면, 형사소송법상으로는 자기부죄거부가 바로 국가가 개인에게 요구할 수 있는 또는 강제할 수 있는 허용의 한계임을 기본으로 하여 헌법 및 형사소송법상 진술거부권의 함의를 살펴보고자 한다. 이를 위하여 우선 헌법적 형사소송론의 함의와 비판

4) 류전철, “형사소송의 목적”, 형사소송 이론과 실무 제8권 제1호, 한국형사소송법학회, 2016, 1면.

5) 변종필, “형사소송에서의 진실개념과 형사소송구조”, 형사정책연구 제7권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 1996/가을, 207면 이하 참조.

점에 대한 검토를 하고(Ⅱ), 헌법적 형사소송과 자기부죄거부 특권의 기원이라고 할 수 있는 Nemo tenetur 원칙과의 관계 및 이를 반영한 실체법 및 절차법적 측면을 검토한 후에(Ⅲ), 절차법적 측면에서 이를 구현한 진술거부권이 실질적으로 보장되기 위하여 요구되는 구체적인 방안들을 살펴보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 헌법적 형사소송론의 함의

1. 헌법적 형사소송론 또는 형사소송법의 헌법화

가. 헌법적 형사소송론의 의의

헌법적 형사소송은 형사사법 절차와 운영이 헌법정신에 합치되어야 하며, 헌법이 보장하는 형사절차에 관계되는 자들의 권리를 보장할 것을 요청하는 헌법적 원리로서, 형사소송법 제정시점부터 미국의 이론을 그대로 계수한 것이라고 한다.⁶⁾ 헌법적 형사소송론이 영미법계에 친근한 점은 그 역사적 배경으로부터 추론할 수 있다. 천부인권으로부터 당연한 인간의 권리로서 국가에 의하여 침해될 수 없는 절차적 권리들의 존재는, 자연법사상과 사회계약설 등 자유주의적인 사상을 배경으로 하였다.

특히 미국의 경우, 독립과정에서 발생한 본국으로부터의 형사절차적 부당한 처우와 강한 사법적 불신으로 인하여, 1791년 수정헌법에 형사절차상의 적법절차의 원리(제14조)를 비롯한 영국의 일반영장에 대한 저항으로서의 특정영장주의(제4조), 일사부재리의 원칙과 진술거부권(제5조), 피고인이 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 증인신문권, 형사절차상의 각종 고지받을 권리와 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리(제6조) 등을 포함시켰다.

다만 수정헌법이 수동적 형태로서 “어느 누구도 특정 권리가 침해되어서는 안 된다(No person shall be p.p) 형태인 점과 달리, 우리 헌법은 권리보장의 형식으로서 ” 모든 국민은 특정 권리를 가진다 “라는 법문의 형식을 갖추고 있다는 점에 차이가 있다. 전자는 자연법사상으로부터 유래한 인권 본연의 권리는 국가권력에 의해서도 침해될 수 없다는 점을 강조한 것으로, 국가는 인간으로서 보장받는 천부인권을 침해해서는 안 된다는 수동적 의무를 부담함을 의미한다. 반면, 우리 헌법은 개인이 가지는 권리성을 강조한 것으로, 헌법은 제정 당시부터 형사절차법정주의와 영장주의 및 변호인의 조력을 받을 권리, 구속적부심사청구권(제9조)을 명시하였다. 헌법이 구체적으로 형사절차에 관한 규정을 담고 있음은 미국식의 헌법적 형사소송을 수용한 것이지만, 수정헌법이 구체적인 권리를 개별 조문에 구체화하

6) 김용세, “형사절차상 기본권 보장을 위한 형소법 규정 및 실무현실에 관한 연구: 헌법적 형사소송의 원리에 기초한 분석적 고찰”, 형사정책연구 제19권 제3호, 한국형사정책연구원, 2008/가을, 55면.

고, 적법절차의 원칙을 후술(제14조)하는 것과 달리, 형사절차법정주의 또는 적법절차의 원칙을 가장 우선하여 천명한 것에 의미가 있다. 또한 구속적부심사청구권과 같이 제정 형사소송법이 법률로 보장하지 않는 권리를 헌법상 명문화함으로써, 헌법으로부터의 직접적 청구권적 기본권의 근거로 인해 입법 의무가 발생할 뿐만 아니라 국민은 헌법을 근거로 권리청구를 주장할 수 있다는 점에서 더욱 헌법적 형사소송의 의미가 강조된다.

나. 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 헌법적 형사소송이라는 용어 대신에 “형사소송법의 헌법화”라는 문언을 사용한다. “국민의 기본적 인권에 대한 침해를 가능한 한 예방하기 위하여, 형사소송절차에 관한 각종 규정들을 정리하고 지도하는, 일반원칙인 적법절차의 원칙을 도입하여 “형사소송법의 헌법화”를 꾀하고 있는 단계”를 1987년 개정 헌법의 취지라고 보고, 헌법의 그와 같은 규정취지는 “형사소송절차를 엄격하게 통제하고 과거보다는 더욱 엄격하게 통제하고자 하는 변화된 헌법정신”을 보이고 있다고 평가한다.⁷⁾

이와 같은 헌법재판소의 태도는 헌법적 형사소송은 구체적인 권리가 아닌 형사소송법의 방향성에 관한 지도원리로 이해하는 것으로 보인다. 즉, 그것으로부터 직접 개인의 권리를 도출할 수는 없고, 그와 같은 지도이념이 법률로서 구체화될 때 비로소 개인은 권리의 귀속자이자 권리주장이 가능하게 된다고 보는 듯 하다.

일반적으로 형사소송법에서 “헌법적 형사소송”이라는 표현을 사용함은 우선 형사절차법률주의가 형식적으로 존재하지 않고, 국가권력의 남용으로부터 인권침해를 막고자 하는 국민의 공통된 가치결단이라는 상징적 의미만 가지는 것은 아니다. 이는 형사소송에 이미 헌법이 구체화된 규범으로써 작용하고 이를 근거로 실제 사건에 있어서 헌법이 적용될 수 있음을 의미하며, 헌법이념의 구체화라는 선언적 의미를 넘어서서 헌법에 규정된 형사절차에 관한 규정들이 직접 형사절차의 재판규범을 구성한다고 보아야 한다.

예컨대 대법원은 양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항에 관한 전원합의체 판결에서 헌법 각 조문을 참조조문으로 열거하고 있으며,⁸⁾ 최근의 동성군인 사이의 추행죄 적용을 부정하는 판결에서도 헌법을 구체적인 참조조문으로 삼고 있다.⁹⁾ 나아가 헌법재판소 역시 “형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도” 헌법 제12조 제4항이 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있으므로, 해당 권리를 불구

7) 憲裁決 1998. 9. 30, 97헌바51, 판례집 10-2, 552면; 憲裁決 1995. 6. 29, 93헌바45, 판례집 7-1, 889면. 이 두 결정 이외에 형사소송의 헌법화라거나 헌법적 형사소송이라는 표현을 사용하는 결정례는 보이지 않는다.

8) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결. 헌법 제5조 제2항, 제10조, 제19조, 제20조, 제37조 제2항, 제39조 제1항.

9) 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결의 참조조문으로서 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제17조, 제37조 제2항.

속 피의자, 피고인 모두에게 포괄적으로 인정되는지에 관하여 명시적으로 규율하고 있지 않더라도 이는 당연히 헌법상 인정되는 권리라고 판단하였다.¹⁰⁾ 해당 결정에서 반대의견은 입법자의 구체적 형성 없이는 개별사건에 직접 적용할 수 없다는 절차적 기본권의 특성을 논거로 하였으나, 형사소송에서의 변호인의 조력은 절차상 무기대등의 원칙이라는 헌법의 기본질서 중 하나인 법치국가원리를 실현하기 위함 이므로 그 권리가 청구권적 성질인지 절차권적 성질인지와 관계없이 궁극적으로 보호되어야 한다. 그러한 점에서 다수의견은 변호인의 조언을 구할 권리는 구체적 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 전제조건이기 때문에 헌법상 “변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출” 되는 것이라고 본 것이다.

이처럼 헌법재판소조차도 법률이 아닌 헌법의 구체적인 규정으로부터 법률에 규정되지 아니한 형사절차상의 권리를 인정할 수 있다고 본 것은, 비록 헌법재판소가 헌법적 형사소송을 명시적으로 언급하지 않더라도 이를 인정하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

2. 헌법적 형사소송에 대한 비판과 검토

가. 무고한 자의 범죄자로부터의 분리: 권리귀속자 한정

헌법적 형사소송론에 관하여 제기되는 비판은 다음과 같다. 우선 무고한 자와 유죄의 자를 구별할 수 없는 형사절차는 아무리 정당한 실체법이라도 혼란을 초래하므로, 헌법상의 근거를 지적함으로써 유죄로부터 무죄를 분리함에 실질적으로 도움이 되는 매우 신뢰할 수 있는 증거를 폐기하는 것은 “헌법상의 광기” 라는 것이다. 실체적 진실의 보호 역시 헌법에 있어서 영속적인 가치로서 수정 헌법 제5조는 그와 같은 의미에서 가치보호의 역할을 한다고 본다.¹¹⁾

만일 헌법상의 형사절차원칙에 관하여 첫째, 헌법은 국가가 스스로의 잘못을 통해 결코 이익을 취하지 않을 것을 요구하므로, 국가기관에 의한 위법수집증거는 배제되어야 한다. 둘째, 그 누구도 자시 스스로를 파괴하는 도구(an instrument of his own destruction)가 되도록 강요받아서 안 된다. 따라서 면책특권이 있는 증언으로부터 얻은 신뢰할만한 물리적 2차 증거는 배제되어야 한다(reliable physical fruits of immunized testimony should be excluded)는 두 원칙을 예로 든다면, 과연 진정으로 그것이 형사소송법의 헌법화가 추구하는 것인지를 되묻는다. 이는 첫째 원칙의 경우 그렇다면 과연 위법하게 수집된 증거물을 원소유자에게 되돌려주어야 하는 문제, 예컨대 위법하게 획득한 마약을 마약상에게 반환하여야 하는 의무가 국가기관에게 발생하는가의 문제가 제기되고, 두 번째와 관련하여서는

10) 憲裁決 2004. 9. 23, 2000헌마138.

11) Akhil Reed Amar, “The Future of Constitutional Criminal Procedure”, American Criminal Law Review Vol. 33, 1996, 1134면.

강제로 행해진 지문이나 DNA의 샘플링을 방지하는 문제가 발생한다고 본다.

예컨대 *Rochin v. California*¹²⁾ 사건과 관련하여 연방대법원이 수정헌법 제14조의 적법절차의 원칙에 어긋나는 방법이므로 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 판시하면서, 이는 수정헌법 제14조 위반이라고 본 점에 주목한다. 당시 항소법원은 해당 증거가 경찰관의 행동에도 불구하고 적격한 증거(competent evidence)라고 보았지만, 대법원은 그것이 “양심에 충격을 주는(Shocks the conscience)¹³⁾ 행위로 헌법 제14조 위반이라고 판단하였다. 다만 이 판결의 소수의견은 해당 사안이 수정헌법 제5조의 자기부죄로부터의 자유 위반임을 주장하였는데, 즉, 신체적 학대에 의한 구두자백(a verbal confession extracted by physical abuse)과 신체적 학대에 의하여 피고인의 신체에서 추출된 자백(a confession wrested from defendant's body by physical abuse)은 다를 바 없다는 점을 근거로 하였다. 이러한 비판은 헌법 제14조의 적법절차라는 용어 자체가 모호하다는 점에 근거하여, 헌법적 형사소송의 구체적 근거가 되는 수정헌법 제4조, 제5조, 제6조로부터 구체적으로 찾는 것이 필요하다는 점에 근거한다.¹⁴⁾ 요약컨대, 헌법적 형사소송이 헌법에 따를 것을 요청한다면 실체법인 형법과 절차법도 이를 준수하여야 하며, 실체법 위반자와 그렇지 않은 자를 구분할 수 있는 구체적인 절차를 마련하여야 한다고 본다. 즉, 헌법적 형사소송으로부터 무고한 자가 아닌 유죄인 자가 보다 많은 혜택을 누리는 것을 방지할 절차적 수단이 필요하다고 보는 것이다.

최근 동의에 의한 압수수색제도 도입 또는 긴급상황에서의 압수수색과 같이 사전 영장제도의 적용을 받지 않는 압수수색을 인정하고자 하는 견해들이 이와 유사한 입장으로 이해된다. 미국 판례가 동의에 의한 수색을 허용하고 있으므로, 필요성에 부응하여 동의에 의한 압수수색을 법적으로 허용해야 한다거나¹⁵⁾, 현행법이 영장에 의하지 않는 압수수색을 매우 한정적으로 인정하고 있어서, 범죄장소 이외에서 긴급하게 행하여야 할 압수수색의 필요성을 반영하지 못한다거나¹⁶⁾ 비교법적으로도 미국이나 독일처럼 수사상의 긴급성이라는 요청에 부응하도록 인적 강제처분에 수

12) *Rochin v. California*, 342 U.S. 165(1952). 1949년 7월 1일 로스앤젤레스 카운티 부보안관 3명이 수색영장 없이 피고인(Rochin)의 자택에 강제로 들어와서 두 개의 캡슐을 발견하고 누구의 소지품인지 질문하자, Rochin이 즉시 캡슐을 삼켰던 사건이다. 경찰은 강제로 Rochin의 목에 손가락을 밀어넣어 캡슐을 꺼내려고 시도하였으나 실패하자, 수갑을 채우고 병원 응급실로 데려가 튜브를 입과 위장에 강제로 삽입하고 구토액을 투여한 후에 구토를 유발하여 캡슐을 회수하였다. 그리고 해당 몰핀 캡슐을 증거로 제출하여 Rochin은 몰핀 불법소지죄(California Health and Safety Code § 11500)로 유죄판결을 받았다.

13) *Rosales-Mireles v. United States*, 138 S. Ct. 1897 (2018). U.S. Supreme Court. Harvard Law School, June 18, 2018, 1906면.

14) Warden, Lew M. Jr., “Constitutional Law: Due Process under the Fourteenth Amendment: Protection against Physical Mistreatment: Admissibility of Evidence”, *California Law Review* 40(2), 1952, 316면.

15) 노정환, “현행 압수수색제도에 대한 비판적 고찰”, 법조 제59권 제4호, 법조협회, 2010/4, 39면; 최창호, “미국법상 동의에 의한 수색에 관한 연구”, 가천법학 제6권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2013, 313면.

16) 김태명, “미국법상 압수수색의 법리와 우리나라에 대한 시사점”, 법학논총 제27권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2015, 287면.

반되지 않는 일반적인 긴급압수수색제도 및 현장가압수제도가 도입되어야 한다거나,¹⁷⁾ 우연히 발견한 증거나 멸실훼손의 우려가 있는 증거, 불구속수사 도중의 압수수색의 필요성 등에 의한 긴급 압수의 필요성이 있다고 보는 견해¹⁸⁾ 등이 그 예이다.

나. 원칙의 보편화

이는 현실적 필요성에 의한 헌법적 형사소송론의 비판이거나 또는 헌법정신의 확장해석의 문제로 귀결될 것이다. 즉, 헌법적 형사소송을 악용하는 자에게 관대함이나 자비를 베풀 필요가 없다거나, 또는 헌법적 형사소송론은 무고한 자가 국가절차로 편입됨으로써 얻는 실질적 불이익을 최소화하기 위한 것으로 이해하는 것이다. 또는 헌법정신을 확장해석하여 헌법이 명시하고 있지 않더라도 무고한 자에게 불이익을 주는 제도가 아니라면 헌법정신에 위반되지 않는다고 해석하고자 하는 경향이 아닌가 한다.

그러나 이는 다음과 같은 두 가지 점에서 부정되어야 한다. 첫째, 실체적 진실발견만이 헌법 및 형사소송법의 이념이 아니라는 점이다. 실체적 진실이 무엇인지조차도 명확하게 합의된 바 없으며, 법이 당대에 존재하는 시대의 정신과 시민의식을 투영하여야 한다는 점에서는 동서고금을 관통하는 실체적 진실과 그것이 형사소송법의 당연한 독립된 이념이라고 할 수 없다.¹⁹⁾ 이에서 더 나아가 실체적 진실은 실체형법의 정의일수는 있어도 형사소송법의 정의는 아니라고 하기도 한다.²⁰⁾ 즉, 실체적 진실을 추구하기 위한 실효성 있는 국가권력의 행사라는 명분이 국민의 권리침해를 정당화시킬 수 없고, 반대로 개인의 권리가 명문으로 규정된 것이 아니라 하더라도 헌법정신에 부합하는 해석으로 권리를 창설하는 것은 허용되어야 한다.

다만 판례는 이를 부정하고, 헌법상으로 직접 구체적 권리가 도출된다고 보지 않고 이를 인정하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다고 본다.²¹⁾ 이는 헌법상 자유권과 청구권을 구분하여 청구권적 기본권은 구체적인 해당 청구권에 대한 입법요청에 의하여 법률에 명문으로 규정되어야 하며, 다만 그와 같은 입법부작위가 헌법소

17) 김기준, “독립적 긴급압수·수색제도의 도입 필요성에 대한 고찰”, 형사법의 신통향 통권 제15호, 2008/8, 47면.

18) 손동권, “수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론”, 경희법학 제46권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2011, 25면.

19) 김혜경, “‘실체적 진실발견’은 형사소송법의 목적인가?”, 형사법연구 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014/6, 161면 이하.

20) 홍영기, “형사소송법, 그 독자적 법 목적에 대한 이해”, 저스티스 통권 100권, 한국법학원, 2007, 155면 이하.

21) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결. “헌법 제12조는 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언하고, 제2항에서 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본적 권리로 보장하고 있다. 이는 형사책임과 관련하여 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하고 인간의 존엄성과 가치를 보장하려는 데에 그 취지가 있다. 그러나 진술거부권이 보장되는 절차에서 진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출된다고 할 수는 없고, 이를 인정하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다.”

원의 대상이라고 보는 취지로부터 비롯된 해석이라고 판단된다.²²⁾ 그러나 반드시 자유권과 청구권이 양분되기 어려운 영역이 있으며, 청구권적 성격이 있더라도 자유권적 성격도 가지는 권리일 때에는 법률상 구체적 권리규정이 없더라도 헌법이 직접 적용될 수 있어야 한다. 형사소송에서는 헌법이 구체적 근거규정이 될 수 있을 뿐만 아니라, 특히 헌법 제12조를 구체적 사건에서의 권리의 근거규정으로 보는 것이 헌법적 형사소송이념에 부합하기 때문이다.

둘째, 헌법적 형사소송론은 무죄추정을 받는 피고인을 위한 원칙이 아니라 “모든 국민”에게 귀속되는 원리이다. 헌법적 형사소송의 기원이라고 일컬어지는 미국 수정헌법 역시 “어느 누구도(No person shall be)”라는 표현을 쓰고 있으며, 우리 헌법 역시 “모든 국민” 또는 “누구든지”라고 함으로써, 그 원리의 적용을 받는 자를 피고인으로 한정하지 않는다. 이는 국가에 의하여 수동적으로 형사소송 절차에 편입되자는 무고한 자이든 유죄인 자이든 구분하지 않고 인간의 존엄성이 존중되는 절차의 적용을 받을 권리가 있음을 천명한 것으로 보아야 한다.

III. 헌법적 형사소송과 Nemo tenetur 원칙과의 관계

1. 헌법적 형사소송과 Nemo tenetur 원칙

Nemo tenetur 원칙이란 라틴어 법격언인 “nemo tenetur se ipsum accusare (no man is bound to accuse himself)”의 약칭으로, 어느 누구도 자기 자신을 비난할 의무가 없다거나 누구도 스스로 자기 자신을 기소하도록 강제당하지 않는다는 의미로 해석된다. 동의어로서 “accusare nemo se debet nisi coram Deo(No one is bound to incriminate oneself except before God)”, 신 앞이 아니면 어느 누구도 자기 자신을 고발할 의무가 없다 또는 그 누구도 하느님의 법정 외에는 자기 스스로를 유죄로 만들 불리한 증거를 제출할 의무가 없다, 즉 피고인은 무죄를 주장할 권리가 있고 증인은 자신을 유죄로 만드는 서류를 제출하거나 답변할 의무가 없음을 표현하는 법격언이 있다. 이러한 원칙들은 묵비권 또는 진술거부권을 대표하는 문장으로 해석된다.

이와 유사하게 nemo tenere prodere se ipsum, 누구도 자기 자신을 배신할 의무가 없다 즉, 피고인은 자기 자신에 대하여 증언할 의무가 없다는 법격언이나 nemo tenetur edere instrumenta contra se(no one is bound to produce documents against himself), 누구도 자기 자신에 대하여 문서를 작성하여야 할 의무가 없다, 즉 피고는 자기 자신에게 불리하게 사용될 자료를 제공할 의무가 없다는 법격언이나 nemo tenetur armare adversarium contra se(no one is bound to arm an

22) 헌재결 2013. 5. 14, 2013헌마238. “진정입법부작위는 헌법에서 기본권보장을 위해 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무가 발생한 경우가 명백함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우에 헌법소원의 대상이 된다.”

opponent against himself), 누구도 스스로에 대항하여 상대방을 무장시킬 의무가 없다 즉, 피고인은 어떤 식으로든 자신에게 손해에 대하여 검사에 협조할 의무가 없다는 법격언 등이 있다.

이러한 법격언들은 국가와 시민 간의 공법 관계에서, 국가는 국가형벌권 발동을 위하여 개인에게 죄를 부담할 것을 강제하거나 개인이 스스로에게 불이익한 어떠한 행위를 하도록 강제할 수 없음을 표현한다. 국가는 시민 위에 군림하는 거대한 리바이어던이 아니며, 국가기관의 강제에는 한계가 있음을 천명한다. 그리고 그 한계는 인간의 본성에 반하는 행위의 국가에 의한 강요에 있다.

해당 원칙들은 현대 국가의 법률뿐만 아니라 국제적인 협약에도 반영되어 있다.²³⁾ 예컨대 1969년의 미주인권협약(American Convention on Human Rights)²⁴⁾ 제8조 제2항은 공정한 재판에 관한 권리로서 형사피고인으로서 기소된 자는 누구든지 법에 의하여 증명되지 아니한 자신의 죄에 관한 한 무죄로 추정받는 권리가 있음을 확인하면서, g.에서 자신에게 불리한 증언이나 유죄인정을 강요받지 않을 권리(the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty)를 명문화하고 있다.²⁵⁾ 또한 유엔의 1966년 시민권과 정치적 권리에 관한 국제협약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제14조 제3항은 형사소추시 모든 인간이 완전히 평등하게 보장받을 최소한의 권리를 열거하면서 g.에서 자신에게 불리한 증언을 강요당하거나 죄를 고백하도록 강제되지 않을 권리(Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt)를 명시하고 있다.²⁶⁾

이처럼 국제협약에도 반영된다는 점은 동서고금을 막론하고 인간으로서 존중받아야 할 최소한의 원리임을 확인한 것이며, 그것이 헌법정신에 부합함을 의미한다. 헌법적 형사소송론이 인간본성을 존중하는 헌법정신을 형사절차에 반영할 것을 요청하고, 헌법이 직접 이를 확인하는 근거규정으로서의 역할을 적극적으로 수용한다는 점에서는 nemo tenetur 원칙은 국가의 헌법 이전에 이미 역사적으로 승계된 원리이자 헌법적 형사소송 이념과도 일치한다고 보아야 할 것이다.

23) 한편 동 원칙의 역사적 고찰 및 종교적 기원에 관한 고찰로는 송시섭, “진술거부권의 종교적 기원에 대한 역사적 고찰”, 법학논고 제56집, 경북대학교 법학연구원, 2016/11, 69면 이하 참조.

24) 동 협약에 대하여는 2020년 기준으로 35개 회원국 중 25개 국가가 동 협약에 비준하였다. 협약의 서문에서는 민주적 제도의 틀 내에서 인간의 본질적인 권리에 대한 존중을 기초로 한 개인의 자유와 사회정의 체계의 구축을 협약의 목적으로 선언하였다. 특히 양심과 종교의 자유, 집회의 자유, 공정한 재판, 이동의 자유 뿐만 아니라 인종이나 피부, 종교, 언어 등을 포함한 모든 것으로부터 평등과 자유를 선언하고 있다. 동 협약의 자세한 해석은 Antkowiak, Thomas/Gonza, Alejandra, The American Convention on Human Rights: Essential Rights, Oxford University Press, 2017 참조.

25) 협약 전문은 <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> 참조.

26) 협약 전문은

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> 참조.

2. 실체법에의 반영

가. 기본적인 원리

nemo tenetur 원칙은 절차법 뿐만 아니라 실체법에서도 작용하는 원리이다. 우선 실체법에서는 적법행위에의 기대가능성이라는 책임표지가 관련될 수 있다. 이는 역사적 논쟁을 거쳐 최근에는 타행위가능성을 의미하는 것으로 이해되는 바, 행위자가 행위 당시 “달리 행위할 수 있었는가”, 즉 범죄에로 나아가지 않고 적법행위라는 타행위의 가능성이 있었겠는가를 비난의 핵심으로 삼는 것이다. 따라서 적법행위라는 타행위 가능성이 부인되면, 이를 국가가 처벌할 수 없다는 즉, 법적으로 비난할 수 없다는 정신이 반영된 실체법 규정들은 nemo tenetur 원칙을 반영한 것으로 볼 수 있다.

우리 형법이 책임표지에 관한 책임능력(제9조 내지 제11조), 책임고의(제132조), 위법성인식(제16조)들에 관하여 명문의 규정을 두는 것과 달리, 기대가능성은 개별조문에 내재화되도록 한 이유도 그와 같은 원칙의 실체법에의 반영은 실제로 행위자가 자신에게 국가가 형벌권을 행사하고자 할 때 스스로 이를 피하기 위한 구체적인 정황을 고려하여야 하기 때문이 아니었을까 한다. 국가는 규범에 반하는 심정적 태도의 형성, 즉 반가치적 심적 태도를 판단함에 있어서 정황적 요소도 고려하여야 하는 바, 위법성을 인식할 수 있는 상태였음에도 불구하고 규범위반으로의 행위자 선택이 그러한 불가피한 처지로 인한 것이라면, 행위자는 스스로 처벌을 피하고자 할 것이며 자기 자신의 행위를 정당화하고 형벌부담을 거부하고자 함이 인간의 공통적 특성, 즉 인간본성에 기인하는 것이므로 국가가 이에 반하는 강제를 하는 것은 인간본성에 반하는 것이다.

예컨대 강요죄(제12조)는 “저항할 수 없는 폭력이나 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박”이라는 구체적인 정황하에서 행위를 한 자는, 국가형벌권을 상대로 하여 자기비호를 정당화하려는 인간본성에 따라 방어를 하고자 할 것이다. 따라서 자기 스스로 소위 “죄값”을 치르지 않으려는 방향으로 나아가고자 함에 있어서 국가가 이를 강제할 수 없는 것이다.

나. 실체법상 진술거부의 방식: 교사의 형태로 가능한가?

적법행위에의 강제가 법적으로 허용될 수 없다는 점은 형법상 구성요건 자체에 반영되기도 한다. 특히 위증죄나 증거인멸죄, 범인은닉죄 등 형사사법절차와 관련한 실체형법들이 행위주체에서 범죄자 자신을 배제하는 이유도 마찬가지이다. 형사사법절차에서의 자기부죄거부의 법격언이 실현되기 위해서는 그와 관련한 행위들의 처벌을 원천적으로 봉쇄하여야 하기 때문이다.

위증죄나 증거인멸죄에 nemo tenetur 원칙을 반영하여 해석할 필요가 있는 구체적

사례로는 자기범죄의 위증교사나 증거인멸, 범인(자기)도피 교사행위를 범죄라고 할 것인지 여부가 있다. 우선 위증죄 교사범 성립을 긍정하는 견해²⁷⁾는 스스로 직접 진실을 말할 의무는 없더라도 타일을 교사하여 국가의 사법기능을 해치는 것까지 허용할 수는 없고, 정범에게 위증죄 성립에 아무런 하자가 없으므로 공범종속성의 원칙상 교사자에게도 위증교사죄가 성립한다고 볼 수 있는 점, 타인에게 위증을 교사하는 경우까지 기대가능성이 없다고 할 수는 없다는 점을 근거로 한다. 반면 부정설²⁸⁾은 정범 적격이 없는 자는 공범 적격도 부인해야 한다는 점, 피고인이 타일을 교사하여 위증하게 하는 것은 자신을 위한 것이므로 자신이 위증하는 것과 사실상 다를 것이 없으므로 피고인은 위증죄의 정범뿐만 아니라 교사범도 성립할 수 없다고 본다.

긍정설은 타인에 대한 위증의 교사는 타인으로 하여금 범의를 유발하는 것이므로 자기비호의 한계를 넘어선 새로운 불법의 창출에 해당한다고 본다.²⁹⁾ 판례도 “피고인이 자기의 형사사건에 관하여 허위의 진술을 하는 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지에서 처벌의 대상이 되지 않으나, 법률에 의하여 선서한 증인이 타인의 형사사건에 관하여 위증을 하면 형법 제152조 제1항의 위증죄가 성립되므로 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 이러한 방어권을 남용하는 것” 이라고 보아 교사범을 인정한다.³⁰⁾

부정설은 nemo tenetur 원칙을 소극적 의미로 제한해석하여서, 형사절차상 피고인의 자기부죄거부는 인정하더라도 타인을 이용한 적극적인 사술은 자기비호권의 남용이라고 본 것이다. 이에 대하여 형법 제33조의 취지에 부합하는 해석임을 인정하는 견해³¹⁾도 있다. 그러나 제33조는 진정신분범의 성립상의 종속을 의미하며, 위증죄는 선서한 증인이라는 구성요건상 제33조의 적용을 받는다는 주체의 우연성이 인정되나, 이러한 견해들이 범인도피죄³²⁾, 증거인멸죄³³⁾에도 동일한 논거로 교사범 성립을 부정하는 것은 형법 제33조와는 아무런 관계가 없는 논증이 되어버린다는 점에서 형법 제33조의 공범종속성이 해당 논거로서 정당화될 수는 없다.

다. Nemo tetetur 원칙에 근거한 교사범 부정

피고인의 위증죄, 증거인멸죄 또는 범인도피죄 교사범 성립여부는 nemo tenetur 원칙의 이해방식과 직결된다. 동 원칙의 실체법상의 적용원리가 적법행위예의 기대

27) 김성돈, 형법각론, 성균관대출판부, 2022, 864면; 김성천/김형준, 형법각론, 885면; 김혜정의 5인, 형법각론, 740면.

28) 김일수/서보학, 934면; 배종대, 665면; 오영근, 769면; 이형국/김혜경, 형법각론, 법문사, 2023, 890면.

29) 김성돈, 앞의 책, 864면.

30) 대법원 2004. 1. 27, 선고 2003도5114 판결.

31) 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur 원칙의 구체화”, 고려법학 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012/12, 261면.

32) 예컨대 위증죄 교사범 성립을 인정하는 김성돈, 앞의 책, 848면.

33) 예컨대 앞서 위증죄 교사범 성립을 인정하는 김성돈, 앞의 책, 869면.

가능성에 있다는 점과 해당 기대가능성은 인간본성을 본질로 한다는 점에서는 그것을 형식적으로 자기비호의 한계라거나 불법의 창출이라는 측면에서 벗어나야 한다고 본다. 피고인은 실체적 진실발견에 협조할 의무가 있는 자가 아니므로 자신을 통해서든 타인을 통해서든 진실을 밝힐 의무가 없다고 보아야 한다는 점 및 자기부죄거부의 특칙으로서 nemo tenetur 원칙은 피고인이 정범으로서 뿐만 아니라 공범으로서도 적용받아야 한다는 점에서 부정설이 타당하다.

nemo tenetur 원칙은 인간본성에 기인한 것으로, 스스로 죄가 있음을 강요당해서는 안된다거나 스스로를 비난하게 할 수 없다는 점은 자신의 범죄혐의에 관한 국가의 진실발견의 객체로서 강제당해서는 아니 됨을 의미한다. 자기 자신의 혐의를 밝히는 것을 거부하는 방식이 자신의 진술에 의한 것이든 타인의 진술에 의한 것이든 마찬가지이다. 자신의 진술에 의존할 때에는 소극적인 침묵이나 진술거부로도 가능하겠지만, 타인의 진술에 의하여 자기 자신의 혐의가 밝혀지는 것을 거부하는 방식은 적극적인 타인에 대한 도움의 요청 형태로 발현될 수 밖에 없기 때문이다. 이는 진술거부 방식의 수동적 측면과 능동적 측면으로 보아 수동적으로는 진술거부 또는 침묵이라는 부작위의 형태로, 능동적으로는 침묵에의 협조 요청이라는 작위의 형태로 드러날 수 있다고 해야 할 것이다.

물론 위증이나 범인도피 등이 적극적인 사술의 형태를 띤다면 이는 자기비호의 한계를 넘어서는 것이라고 논박할 수 있다. 피고인 또는 범죄의 혐의를 받는 자가 실체적 진실발견에의 협조의무가 없다 하더라도 이를 적극적으로 방해하는 것까지 제한 없이 허용함은 국가적 법익으로서 공정하고 정당한 국가의 형사사법기능이라는 법익을 개인의 사익을 위해 언제나 희생하여야 함이 이익형량상 타당하다고 주장하는 결과를 초래하기 때문이다.

그렇다면 소극적인 침묵이나 표현거부를 하도록 교사하는 것으로, 교사의 형태를 한정하여 제한적 긍정설을 주장할 수도 있다. 자기비호권은 형사절차에서의 실체적 진실발견과정의 문제일 뿐 실체형법상 보장되는 원리는 아니며, 단지 그것이 형사절차와 관련한 구성요건일 경우에만 간접적으로 자기비호권이 손상되지 않는 범위 내에서 범죄성립을 제한하는 방식인 것이다. 범인도피죄에 관하여 자신을 도피시키는 타인의 행위에 협력하는 통상적인 방법으로 가담하면 자기비호의 연장에 불과하므로 교사범이 성립하지 않으나 자신을 도피시키는 타인의 행위를 적극적으로 야기하거나 도피하게 하기 위하여 허위의 자백을 하게 하는 등 적극적인 불법을 창출할 경우에는 독립적인 불법성을 갖게 되므로 제한적으로 긍정하고자 하는 견해³⁴⁾가 이와 유사하다.

그러나 이는 다음 몇 가지 점에서 타당하지 않다. 첫째, 교사행위는 특정인에 대하여 범의를 유발하는 형태로 족하고 어떠한 방식으로 그와 같은 범죄행위를 할 것 인지에 대하여까지 특정할 필요는 없으므로, 범행의 방법과 수단 등을 구체적으로 특정하는 자와 그렇지 않고 단순히 범의만을 유발하는 자를 구별하여 교사범 성립

34) 김성돈, 앞의 책, 848면.

을 분리하여 논할 수 없다. 교사의 불법은 규범에 반하는 심정적 반가치태도의 형성 그 자체에 있는 것이지, 교사법이 정범의 범행이나 의사를 완전히 장악하는 의사지배의 형태로 나타나는 것은 아니기 때문이다. 또한 만일 반대로 정범에게 적극적인 불법의 창출을 교사하였으나 정범이 단순 침묵에만 이른 경우, 자기의 죄에 대한 범인도피 또는 증거인멸을 교사한 자에게 교사의 미수를 인정하게 되어, 범의를 유발하였음에도 불구하고 교사 자체가 미수에 이르렀으므로 실패한 교사라고 해야 할 것인지는 또 다른 실체법적 해석의 문제를 양산하는 결과를 초래한다.

둘째, “방어권의 남용으로 볼 수 있는 적극적 불법의 창출” 인지 여부를 법원의 판단에 맡기게 된다면, 실체적 진실발견을 절차적 이념으로 삼는 법원의 입장에서는 양자를 구별함에 있어서 사법방해라는 제3의 기준을 적용할 우려가 있다. 즉, 법원과 피고인(또는 범의유발자)은 대등한 당사자가 아니고 법원은 피고인의 권리 보호와 동시에 사법이념을 추구하는 주체이므로, 방어권남용보다는 그러한 교사행위가 사법방해에 해당하는지를 내심의 “양심의 자유”에 따른 판단기준으로 한다고 하더라도 이를 저지할 아무런 법적 한계를 찾아내기 어렵게 된다. 나아가 부수적인 우려지만, 소극적 진실발견에의 협조 거부인지 적극적인 사술인지는 개별사안마다 명확하지 않을 수 있을 뿐만 아니라, 이를 기준으로 구별하려는 시도는 부정확한 결과에 대한 사법신뢰의 저하를 조장할 수 있다.

마지막으로 자기부죄거부, 나아가 nemo tetetur 원칙의 근거에는 적법행위에도 나아갈 것을 기대할 수 있는가라는 자기비호의 인간본성의 문제가 존재한다. 타인에 대한 위증교사는 자신의 범죄에 대한 증거인멸의 한 방식에 해당한다. 그리고 자신의 범죄에 대한 증거인멸은 자기비호의 전형적인 방식으로, 적법행위에도 기대가능성이 없다는 점에서 실체법인 형법도 구성요건해당성을 부정한다. 또한 타인에 대한 자신의 범인도피 또는 증거인멸의 교사 역시 자신의 범죄에 대한 자신의 입장에서의 증거인멸의 방식에 해당한다. 따라서 자신의 범죄에 대한 그와 같은 행위들을 범죄로 구성하지 않는 한, 타인에 대하여 이를 교사하는 행위 역시 자기비호 또는 진술거부의 한 형태로서 인정함이 논리적 일관성이 있다고 판단된다.³⁵⁾

3. 절차법에의 반영

가. 자기비호의 원리 또는 자기부죄거부 특권

절차법의 영역에서는 특히 법정에서의 피고인의 자기비호의 원칙 및 무기대응의 원칙을 보장하기 위한 권리들의 근거로 작용한다. 피고인을 심리의 객체로 간주하였던 규문주의와 달리 탄핵주의 형사소송구조 하에서 피고인은 국가기관인 검사와 대등한 인격적 주체로서 당사자성이 인정된다. 따라서 수사와 공판절차에서 피고인

35) 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur 원칙의 구체화”, 262면은 “자기 자신이 허위의 진술을 한 경우와 달리 타인을 범죄행위로 끌어들이게 된 것을 독자적인 행위불법의 핵심으로 본다면 이는 순수야기설의 태도에 가깝다” 라고 평가한다.

은 자기 스스로를 비호할 수 있는 권리의 주체가 되며, 넓게는 이를 보장하기 위하여 무기대응의 원칙을 실현할 수 있는 제도들도 동 원칙의 보장수단이라고 볼 수 있다. 진술거부권이나 묵비권보다 넓은 범주에서 피고인의 무기대응을 가능하게 하는, 적법절차원칙의 지배를 받는 법률상의 제도들이 이에 해당한다.

nemo tenetur 원칙의 입법화의 연혁에 대하여는 논쟁의 여지³⁶⁾가 있지만, 각국에서 기본적으로 자기부죄금지원칙의 형태로 입법화되었다. 예컨대 미국 연방수정헌법 제5조 역시 이를 수용한 것으로 자기부죄거부특권은 피고인이 증인이 되지 않을 권리를 의미하지만, nemo tenetur 원칙이 양도 또는 포기의 대상이 될 수 없는 절대적 권리³⁷⁾로 이해되는 반면 피고인이 이를 포기하고 증언자의 지위에 설 수 있다는 점에서는 차이가 있다. 다만, 조사단계에서의 진술강요 등에도 자기부죄거부 특권이 적용된다고 봄으로써 사실상 그 범위를 확장하여 해석하고 있다.³⁸⁾

독일은 헌법상 명문의 규정은 없지만, 형사소송법 제136조 및 제243조의 신문시작시 어떠한 책임을 부담하게 되는지 및 피의사실에 대한 진술 또는 사안에 대한 진술을 하지 않을 자유가 있음을 고지해야 할 의무 역시 이를 반영한 것으로 보며, 나아가 제136a의 의사결정과 의사형성의 자유를 침해하는 방식의 신문을 금지하는 규정 역시 이를 반영한 것으로 보지만, 직권주의의 특성상 독일의 형사절차에 있어서는 피고인에게도 실체적 진실발견을 위한 협력의무가 있다고 본다.³⁹⁾ 한편 독일 형법 제343조는 이를 위반한 경우 진술강요죄가 성립한다고 본다.

영국은 1994년 형사사법 및 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act; CJPOA)가 제정되면서, 동법에 의하여 피의자가 경찰관 조사시 질문에 대하여 그 이후의 절차에서 항변으로 그 주장사실에 관해 발언하지 않았다는 이유로 공판에서 불이익한 추인을 받는다는 점과, 피고인이 증인이 되지 않는 것, 즉 증언대에 서는 것을 거부하였다는 사실로부터 불이익한 추론을 받는다는 내용을 규정하였다. 공판단계에서의 묵비권에 관한 제35조 제3항이 적용되는 경우, 법원 또는 배심원단은 피고인이 기소된 범죄에 대해 유죄인지 여부를 결정함에 있어 피고인이 정당한 이유 없이 증거를 제시하지 않거나 질문에 대한 답변을 거부함으로써 법원이나 배심원은 이를 통해 적절한 추론을 도출할 수 있다고 규정하고 있다. 이로써, 법원은 검찰이 피고인에게 해명이 필요하다는 문제제기를 하였지만 피고인이 이에 관하여 어떤 해명도 하지 못하였거나 증언대에서 반대신문에 관한 아무런 해명을 하지 않았다는 사실로부터 유죄의 추론을 할 수 있게 된 것이다. 다만 동법 제38조 제3항은 우리 형사소송법의 자백배제법칙과 유사하게 그와 같은 사실로부터의 피고인에게 불리한 추론이 유일한 증거인 때에는 유죄판결을 할 수 없도록 하고 있다.

36) 이에 관하여는 김현귀, 헌법상 진술거부권-헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 32면 이하 참조.

37) 이재학, Nemo tenetur 원칙에 관한 연구, 건국대학교 박사학위 논문, 2016, 19면.

38) Chaves v. Martines 538 U.S. 760 (2003).

39) 백강진, “피고인의 진술거부권”, 법조 통권 제653호, 법조협회, 2011/2, 97면. 독일의 형사소송실무상 피의자신문과 관련한 구체적인 절차에 관하여는 이영한, “새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화”, 법조 통권 617호, 법조협회, 2008, 84면 이하 참조.

또한 2007년 형사사법법(Criminal Justice Act)은 제28조에서 제30조까지 물건이나 피고인의 신체나 옷으로부터 발견된 흔적(제28조), 범죄장소에의 피고인의 존재 여부(제29조), 특정 사실(제30조)에 대하여 설명하도록 요구되는 질문에 대하여 신문에 기록되지 않은 경우에 피고인의 진술거부권 행사가 있는 경우 법원이 이를 근거로 적절한 추론, 즉 반대추론(adverse inferences)을 도출할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 그와 같은 입법으로 인하여 자기부죄거부 특권이 역사적으로 가장 먼저 입법화되었다고 평가됨에도 불구하고 피고인의 권리보호에 역행하여 규문주의로의 회귀라는 비판을 면치 못하고 있다.⁴⁰⁾

나. 진술거부권

진술거부권은 영미법상의 자기부죄거부의 특권(Privilege against self-incrimination)을 구체적인 유래로 보는 견해⁴¹⁾도 있고, nemo tenetur 원칙으로 이해하는 견해⁴²⁾도 있다. 또한 묵비권과 동의어인가 여부에 관하여도 논란의 여지가 있으나 영미법상 “right to remain silent” 또는 “right to silence”라는 표현으로 인하여 묵비권과 혼용되기도 한다.

진술거부권은 규문주의 하에서의 ‘직권에 의한 선서’를 강요받고, 피고인이 해당 선서 하에 진실만을 자백할 것을 요구받았던 것에 대한 거부로서 ‘자기부죄거부특권’으로부터 유래한 파생권리이다. 즉, 자기부죄거부특권은 3가지의 파생권리를 포함하는데, 형사절차뿐만 아니라 모든 절차에 있어서 증인에게 부여되는 자기부죄거부, 피고인에게 부여되는 재판과정에서 자기에게 불리한 증거를 제출하지 않을 권리, 형사절차상 피의자에게 보장되는 침묵권이 그것이다.⁴³⁾

또는 영미법상 묵비권(right to silence)이 두 가지 요소로 구성된다고 보는 견해⁴⁴⁾에 따르면 첫째, 가장 기본적이고 중요한 요소로서 재판전 또는 재판과정에서 자신에게 제기된 어떤 질문에도 답변을 강요받지 않는다는 권리이다. 이는 재판전 조사에서의 경찰 심문중 일부 또는 모든 질문에 대답하기를 거부하거나 특정 정보에 대한 질문을 받았을 때 단순히 침묵을 지킬 수 있는 권리이자, 재판과정에서 심문 중에 묵비하거나 자신의 변호를 위해 증언을 거부할 수 있는 권리이다. 두 번째 요소는 이 권리의 행사는 피고인에게 불리한 증거를 확립하지 못한다는 의미이다.

헌법재판소 역시 “진술거부권은 자기부죄거부의 특권(自己負罪拒否의 特權,

40) O' Reilly, Gregory. W., “England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice”, Vol. 85, Journal of Criminal Law. & Criminology, 1994, 402면 이하 참조.

41) 김종빈, “진술거부권과 그 침해여부가 문제되는 사례”, 헌법논총 제1집, 헌법재판소, 1990/12, 160면.

42) 김현귀, 앞의 책, 57면.

43) 이재학, 앞의 논문, 13면.

44) K. A. Cavanaugh, “Emergency Rule, Normalcy Exception: The Erosion of the Right to silence in the United Kingdom”, Cornell International Law Journal vol. 35 Issue 3, winter 2002, 492면.

privilege against self - incrimination)에서 유래하는 권리”⁴⁵⁾ 헌법 제12조 제2항 후단의 “형사상 불리한 진술강요 금지의 원칙에 기초”한 것으로, 형사절차에서뿐만 아니라 행정정차나 국회질문 등 그 어디에서든지 그 내용이 자기에게 ‘형사상 불리한 경우’ 이에 대하여 묵비권을 가짐으로써 진술을 강요받지 않을 권리를 국민의 기본권으로 보장받는다고 본다. 특히 해당 권리의 보장 근거를 “인간의 존엄성과 생존가치를 보장”함에 있다고 함으로써, 인간존엄과 생존가치가 “실체적 진실발견이나 구체적 사회정의 실현이라는 국가적 이익”보다 우선하는 기본권의 본질적 내용에 해당함을 명백히 밝히고 있다.⁴⁶⁾

이로부터 몇 가지 기본원리를 도출할 수 있는 바, 첫째, 진술거부권 역시 nemo tenetur 원칙으로부터 도출되는 인간본성의 보장으로서, 인간으로서의 존엄과 가치가 보장되도록 그 본질적인 권리는 침해될 수 없다. 둘째, 이는 모든 국민, 즉 인간으로서의 권리이므로 권리주체가 형사절차상 피의자나 피고인에 한정되지 않고 그 어떠한 절차에서도 형사상 불리한 질문에 대한 답변을 거부할 수 있다. 셋째, 요구되는 답변의 내용이 형사상의 유불리와 관련될 것을 요구한다. 마지막으로, 답변요구에 대한 거부로 인한 어떤 파생되는 불이익도 받지 아니해야 하는 바, 이는 진술거부권의 실질적 보장을 위한 필수조건에 해당한다. 만일 진술거부로 인하여 사실관계에 대한 반대추론이 허용된다거나 이를 양형상 가중사유로 반영할 경우 권리행사가 형해화될 우려가 있음은 명약관화하다. 다만, 불이익한 진술의 거부라는 표현으로 인하여, 진술이 “언어적 표출, 즉 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것”⁴⁷⁾에 한정되는지 아니면 당사자에게 불리한 형사상의 거부로서 물적 증거 제출의 거부, 모발채취 거부 등 일체의 행동을 모두 포함하는 것인지 여부는 논의의 여지가 있다.

IV. 진술거부권의 실질적 보장

1. 권리의 구별 필요성

가. 침묵권, 묵비권, 진술거부권의 관계

법무부의 설명자료에 따르면 피고인이 일체의 진술을 하지 않는 것을 ‘침묵’이라고 하여, 개개의 질문에 대하여 답변을 하지 않는 ‘진술거부’와 구분된다고 한다.⁴⁸⁾ 이는 헌법 제12조 제2항은 “형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 하여 진술강요금지를 규정하고 있으나, 이를 구체화한 형사소송법 제283조의2는 “진술을 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술 거부”라고 하여 전단

45) 憲裁決 2001. 11. 19, 2001헌바41, 판례집 13-2, 704면.

46) 憲裁決 2001. 11. 19, 2001헌바41, 판례집 13-2, 704면.

47) 憲裁決 1997. 3. 27, 95헌가14등, 판례집 9-1, 257면.

48) 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 203면.

의 진술하지 않을 권리와 후단의 질문에 대한 답변거부를 구분한 것에 관한 설명이다. 즉, 진술거부권은 전체질문에 대한 침묵과 개별질문에 대한 진술거부로 그 형태에 따라서 양자를 포함하는 개념으로 이해하는 것이다. 이 경우에는 침묵권은 곧 묵비권과 동의어이다.

반면 침묵할 자유, 침묵권은 표현의 자유에 관한 소극적 권리라고 하여, 진술거부권과 구별하는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 침묵권은 표현의 자유의 일종이지만, 진술거부권은 공정한 재판을 받을 권리 또는 신체의 자유를 보장하는 권리라는 점에서 구분된다고 한다. 즉, 전자는 표현이 강제되는 일체의 상황 여부와 상관없이 보호받는 포괄적이고 소극적인 일반적 권리임과 달리, 후자는 답변을 해야 할 의무 여부를 전제로 어느 정도의 강제적인 상황 하에서 보호되는 특정한 권리라고 한다. 이 견해는 묵비권은 진술거부권의 하위개념으로 보고, 묵비권과 침묵권은 서로 다른 개념이라고 이해한다.

이에 더하여, 침묵권은 일정한 간접적 강제를 모두 포괄하는 넓은 개념인 반면, 묵비권은 직접적 강제에만 대응하는 좁은 개념으로 이해하는 견해도 있는바, 침묵권은 묵비권을 포함하는 보다 상위 또는 광의의 개념으로 이해하기도 한다.⁵⁰⁾

한편 일본의 경우, 피고인에게 보장되는 묵비권과 피의자의 진술거부권 양자는 헌법상의 자기부죄거부특권의 표현으로서 묵비권과 진술거부권을 구별할 필요가 없다고 한다.⁵¹⁾ 다만, 전자는 피고인 스스로의 발의여부에 대한 판단으로서의 선택가 있는 반면, 후자는 타인으로부터 어떠한 진술의 요구가 있음을 전제로 하는 정도라고 본다.

헌법재판소는 진술거부권을 “피고인 또는 피의자가 공판절차나 수사절차에서 법원 또는 수사기관의 질문에 대하여 형사상 자신에게 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리로 묵비권(黙秘權, right of silence)이라고도 하는바” 라고 함으로써, 진술거부권과 묵비권을 완전한 동의어로 판시한다.⁵²⁾

나. 개념 정의 및 법적 효과의 구별

이처럼 묵비권, 침묵권, 진술거부권에 관하여 동의어 또는 상호 포괄여부에 관하여 다양한 견해들이 제시된다. 법률용어는 그 경제적 원리 및 법적 효력과 관련하여 같은 것은 하나로, 다른 것은 서로 다른 법적 효과를 부여하여야 한다. 따라서 세 가지 개념을 구분하고자 할 때에는 각자에 대한 법적 효력도 달리 평가하여야 한다. 여기에서는 이들을 모두 다른 개념으로 정리하고자 한다.

49) 김현귀, 앞의 책, 5-6면.

50) I. H. Dennis, The Law of Evidence, 2002, 126면(박지현, 진술거부권에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2007, 13면 재인용)

51) 藤永幸治·河上和雄·中山善房, 大コンメンタル刑事訴訟法(第4巻), 青林書院, 1995, 727면(백강진, 앞의 논문, 102면 재인용).

52) 憲裁決 1998. 7. 16, 96헌바35, 판례집 10-2, 168면; 憲裁決 1990. 8. 27, 89헌가118, 판례집 2, 229-230면.

우선 자기부죄거부의 특권에는 묵비권과 진술거부권이 포함되며, 자기부죄거부특권이 보다 상위개념이다. 자기부죄거부특권은 자신에게 형사상 불리한 진술을 하지 않을 권리를 포함하는 보다 광범위한 개념이므로 비단 형사소송절차뿐만 아니라 모든 국가기관에 의한 질문이 피질문자의 형사상의 문제와 관련이 될 때 일체의 답변을 거부할 수 있는 권리의 근거가 된다. 따라서 형사소송법 제283조의2가 피고인의, 그리고 제244조의3 제1항 제1호가 피의자의 묵비권과 진술거부권을 보장함으로써 자기부죄거부특권을 법적 권리로 내재한 이외에도 국회나 행정기관 등에서의 그와 같은 권리들이 입법화되지 않았더라도 헌법상 자기부죄거부특권으로부터 구체적인 권리가 도출될 수 있다.

그리고 그 하위개념으로서 형사절차상의 묵비권은 형사소송법 제244조의3 제1항 제1호 전단 및 제283조의2 전단에 따라 피의자 및 피고인의 진술하지 않을 권리로, 포괄적으로 모든 질문에 대한 일체의 답변을 거부할 권리를 의미한다. 따라서 묵비권을 행사하겠다는 피고인의 권리행사가 있을 경우 그 시점이 어느 때인지를 불문하고 향후 장래의 모든 일체의 답변을 강요해서는 안 된다. 그리고 진술거부권은 동법 제244조의3 제1항 제1호 후단 및 제283조의2 후단의 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리로, 개별 진술마다 권리행사 여부가 피고인의 의사결정에 좌우되므로 질문이나 신문을 할 수 없거나 금지되지 않으며 피고인은 개개의 질문에 대한 답변 거부 여부에 관한 의사표시를 하여야 하며, 이 때의 의사표시는 법률행위로서 진술거부의 법적 효력을 가지게 된다. 이 경우 법적 효력이란 해당 진술거부행위로부터 아무런 유·불리의 법적 추론이 금지됨을 의미한다.

반면 침묵권은 특정 정황에 있어서 행위자의 침묵이 특정한 의사표시를 대신하는 의미로 받아들여짐을 의미하며, 그것이 형사상의 유불리와 상관없이 특정 정황으로부터 추론되는 행위자의 내심의 의사의 확인이라고 판단된다. 묵비가 형사상의 진술이 필요한 정황을 전제로 한다면, 침묵은 그것에 한정되지 않는다는 점에서는 침묵이 묵비보다 광의의 개념처럼 보여질 수는 있으나, 양자가 반드시 부분집합처럼 침묵의 범주 안에 모든 묵비가 포함되는 것은 아니므로 이는 별개의 개념으로 이해할 필요가 있다고 보여진다. 즉, 침묵은 자기부죄거부특권과는 관련이 없는 영역이지만, 경우에 따라서 특정 정황이 형사상 질문의 정황인 경우에 한하여 양자는 우연히 중복의 영역이 발생할 뿐이다.

한편, 미국 수정헌법상의 자기부죄거부특권을 3가지 권리로 이해하는 견해⁵³⁾에 영향을 받게 되면, 자기부죄거부는 스스로 죄를 부담하는 결과를 초래할 만한 일체의 증거 제출의 강요를 금지하는 것으로 해석하게 되므로, 침묵권을 “신문에 답변하도록 강제 받지 않을 권리” 라고 하여 형사상 불리한지 여부를 따지지 않고 모든 진술을 거부할 수 있는 권리라고 구별하기도 한다. 다만, 이들 모두 결과적으로는 수정 헌법 제5조의 보호 하에 있으므로 구별실익이 없는 것으로 본다.⁵⁴⁾ 그러나 자

53) 이재학, 앞의 논문, 13면.

54) K. A. Cavanaugh, 앞의 논문, 494면.

기부죄거부특권이 헌법상 권리라 하더라도 헌법은 “형사상 자기에 불리한 진술의 강요금지”라고 한정하였으므로, 진술 방식 이외의 일체의 행동이나 증거물에 이를 적용할 수는 없고, 형사상의 불리함으로 그 내용을 제한하였다는 점에서 수정헌법 제5조에서와 같은 3가지 권리를 모두 도출하기는 어렵다. 따라서 수정헌법을 전제로 한 침묵권과 진술거부권의 내용과 구별방식을 그대로 차용할 수는 없고, 앞서 언급한 바와 같은 정도의 구별이 가능하지 않을까 한다.

2. 진술거부권의 구체적 속성: 진술거부권과 신문권의 관계

가. 신문을 받지 아니할 권리 대 신문에 대한 답변을 거부할 권리인가의 문제

진술거부권이 신문을 받지 아니할 권리인지 아니면 신문에 대한 답변을 거부할 권리인지의 문제는 상대방인 국가기관, 즉 검찰과 법원이 질문권 또는 신문권이라는 권리의 주체가 되는가의 문제이다. 즉, 신문을 받지 않을 권리로 이해한다면 상대방은 신문을 할 수 있는 권리가 없게 되지만, 신문에 대한 답변만을 거부할 수 있는 권리라면 상대방의 신문권의 보유에는 아무런 법적 하자가 없다고 해석된다.

또한 만일 신문을 받지 아니할 권리라면 진술거부 이후에 일체의 신문이나 질문이 금지된다고 해석할 가능성이 있는지 여부가 문제된다. 그리고 신문에 대한 답변을 거부할 권리라면 선택적 거부권을 인정한다는 취지로 해석될 수 있는바, 질문의 내용과 상관없이 질문자를 선별하여 선택적 거부가 가능한지 여부도 문제된다. 예컨대 피고인이 검사의 신문에는 선택적으로 답변하지 않고 변호인의 신문에만 답변하는 것이 가능한지 등의 파생적 문제들이 제기될 수 있다.

나. 소송구조를 전제한 권리성 판단

이와 관련하여 피고인신문권이 검사, 법원의 권리인가 여부에 관한 대립이 있다. 우선 소송구조에 따른 상대적 개념으로 이해한다면, 직권주의 소송구조하에서는 피고인은 인적 증거방법의 일부이므로 원칙적으로 재판장의 피고인 신문은 권리라고 할 필요도 없는 당연한 것이므로 신문권이라는 표현 자체도 필요 없지만, 당사자에게도 질문할 기회를 부여한다는 취지에서 신문권이라는 권리가 존재한다고 보아 권리성을 인정하게 된다. 반면 당사자주의 하에서는 검사와 대등한 당사자인 피고인을 검사가 재판과정에서 신문한다는 것은 당사자주의 구조에 부합하지 않으며, 단지 피고인이 자기부죄거부특권을 포기하면 증인의 지위를 가지게 되므로 증인으로 서 증언하게 되면 검사의 반대신문에도 증언해야 할 의무가 발생하는 것으로 이해할 수 있다.

이처럼 소송구조의 특성을 반영하여 해석한다면, 우리 형사소송은 당사자주의를 기본으로 하여 직권주의를 가미한 형태라고 보는 대법원의 입장⁵⁵⁾을 전제로 하더라도

도 현행 피고인신문 규정이 신문권의 근거규정인지는 명확하지 않다. 이에 관하여 현행 피고인신문 규정이 증거조사 중에 행하는 피고인 신문에 관하여서만 검사 등이 재판장의 허가를 받도록 한 것이므로, 기본적으로 피고인신문은 당연한 권리임을 전제로 한다고 보는 견해⁵⁶⁾가 있다. 이에 따르면 피고인이 일체의 진술을 거부한다고 의사를 표시하더라도, 피고인의 진술거부권과 관계없이 검사는 신문권을 행사하여 질문을 할 수 있다고 본다.

반면 이를 검사의 신청권에 불과한 것으로 보는 견해⁵⁷⁾는 과거 개정전 “검사와 변호인”에서 “검사 또는 변호인”으로 주체를 변경함으로써 피고인신문에 대한 선택권이 인정된 점, 신문을 할 수 있다는 임의적 신문은 신문을 하지 않을 경우를 예정한 것인 점을 그 근거로 한다. 그리고 개정법이 모두절차를 강화하고 피고인신문 시점을 원칙적으로 증거조사 완료 후로 한 것은 피고인신문 자체가 필요적 절차가 아니며 불필요한 경우에는 하지 않을 수 있음을 의미하므로 신문권이라는 당연한 권리가 존재하는 것이 아니라, 신문이 필요할 경우의 검사 또는 변호인의 피고인신문 신청권을 규정한 것이라고 본다.

다. 신문을 받지 아니할 권리로서 진술거부권의 속성

진술거부권의 속성은 신문을 받지 아니할 권리로 이해함으로써, 신문권이라는 상대방의 권리를 통한 진술거부권의 실질적 제한을 방지할 필요가 있다. 그 논거로서 첫째, 형사소송구조를 원칙적 당사자주의라고 한다면 검사와 대등한 당사자인 피고인이 검사의 신문의 대상이 될 수 없음이 원칙이다. 설령 피고인이 인적 증거방법으로서의 지위가 있더라도, 피고인이 공판정에서 신문 전에 진술거부의 의사를 밝힘은 피고인 스스로 증거방법으로서의 지위를 거부함을 의미한다.⁵⁸⁾ 그리고 그와 같은 증거방법으로서의 지위를 거부함은 대등한 당사자로서 가질 수 있는 피고인 본연의 거부권이라고 보아야 한다.

둘째, 2007년 개정 전 형사소송법이 모두절차 이후 증거조사 전의 시점에 피고인신문 규정을 두었지만 개정법은 증거조사 종료 후에 비로소 피고인신문을 하도록 그 시기를 변경하였다는 점은 피고인신문이 증거조사 방법이 아님을 의미한다. 즉, 직권주의적 관점에서 피고인을 인적 증거방법으로 본다고 하더라도 “증거조사 종료 후”에 피고인신문을 하도록 함은, 피고인신문이 증거조사의 일부가 아니거나

55) 대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결. “우리 형사소송법이 당사자주의의 기본구조에 직권주의적 요소를 가미한 것도 실체적 진실발견에 도움이 되고자 하는 것이므로 …”

56) 이완규, “개정 형사소송법의 쟁점과 방향”, 저스티스 통권 100호, 한국법학원, 2007, 149면; 정웅석, 개정 형사소송법의 평가와 향후과제 “, 저스티스 통권 제101호, 한국법학원, 2007, 226면.

57) 김현식, “공판중심주의 실현을 위한 법정심리절차”, 사법 제3호, 사법연구지원재단, 2008, 142면 이하.

58) 백강진, 앞의 논문, 125면은 일체의 진술거부의사를 밝혔음에도 불구하고 검사에게 신문권이 있다고 해석하게 되면, “새롭게 인정된 일체의 진술거부=종전에도 인정되던 개별 질문에 대한 진술거부의 단순 총합이라는 등식이 성립”하게 됨으로써, 개정의 의미가 전혀 없게 된다고 비판한다.

설령 이를 인정하더라도 그 의미가 개정 전과 달리 해석되어야 할 필요가 있다.

가장 중요한 근거는, 진술거부권이 인간으로서의 본질적인 권리라면 신문을 받지 않을 권리로 보는 것이 보다 본질에 가까운 해석이 될 것이다. 일체의 신문을 받지 않겠다고 함에도 불구하고 수사기관이나 법원의 ‘신문권’이라는 권리는 여전히 존재한다고 한다면, 답변을 하지 않는 신문과정에서 신문을 받는 자의 표정이나 태도가 간접적으로 유죄혐의의 예단을 가지게 할 우려가 있기 때문이다. 공판정의 구조를 과거 법관과 피고인이 마주보는 구조에서 검사와 피고인이 마주보는 구조로 변경함으로써 대등한 당사자성을 법정에서 구현하였다고 평가함에도 불구하고, 일부 법관들이 피고인과의 사선구조로 인하여 진술 시점의 피고인의 표정이나 태도 등을 확인할 수 없음을 해당 구조의 단점으로 지적⁵⁹⁾함을 고려할 때 위의 예단이 기우는 아닐 것이다.

또한 형사소송법은 2007년 개정으로 개개의 진술에 대한 거부와 일체의 진술에 대한 거부를 구분하였으므로 일체의 진술에 대한 거부와 있을 때에는 수사기관이든 법원이든 신문권 내지 질문권은 없다고 봄이 타당하다. 반대로 개개의 진술에 대한 거부의 경우에는 선택적 진술거부권을 정한 것으로 보아야 하므로, 질문의 내용과 관계없이 진술거부권자가 특정 질문자의 질문만 선별적으로 거부를 한다고 하더라도 이것이 권리남용이 될 수는 없다. 예컨대, 피고인신문시 검사의 질문과 변호인의 질문에 대하여 피고인은 검사의 질문 일체가 형사상 불이익한 진술을 유도할 것이라는 예상을 하고 이에 대하여 거부하는 반면, 자신의 변호인의 신문은 형사상 이익되는 질문으로 판단하여 전부 진술한다고 해서 이를 제한하거나 금지할 그 어떤 법적 이유는 없다.

라. 선택적 진술거부권 대 포괄적 진술거부권인가의 문제

이는 진술거부권 행사의 방법상의 문제로, 앞서 언급한 바와 같이 진술거부권의 행사에 제한이 없다면 포괄적 진술거부 및 선택적 진술거부 여부도 권리주체의 의사에 좌우된다고 보아야 함은 물론이며, 선택적 진술거부도 질문의 내용 뿐만 아니라 질문자 별로 선별적 진술거부도 가능하다고 보아야 한다. 현행 형사소송법이 개정을 통해 일체의 진술거부와 개개의 진술거부를 모두 진술거부권의 행사방법으로 정하였으므로 선택적 진술거부 뿐만 아니라 포괄적 진술거부권의 행사도 당연히 인정되는 것으로 보아야 한다. 즉, 진술거부권을 규정한 해당 조문이 그와 같은 진술 방법을 허용하는 법적 근거가 된다.

그런데 현실적으로 그와 같은 선별적 또는 선택적 진술거부가 보장되는지는 의문이다.⁶⁰⁾ 따라서 현행법은 수사기관 또는 법원에 진술거부권의 고지의무만을 규정하

59) 경북대학교 법학연구소 세미나 자료 확인.

60) 피고인이 법정에서 묵비권을 행사하겠다고 하더라도 검찰이 신문할 수 있는 권리가 있다고 하여 계속해서 신문하거나, 검찰의 신문권 제한에 대하여 “교호신문”을 근거로 하여 변호인의 신문도 제한해야 한다고 주장하는 경우 등을 상정할 수 있다. 교호신문을 근거로 한다는 것은 상대방에게

고 있으나, 이를 보다 구체화하여 일체의 진술거부, 즉 포괄적으로 진술을 거부할 것인지를 우선 확인하고 해당 답변을 조서에 기재한 후에 질문 또는 신문을 종료할 것을 명문화 할 필요가 있다.

현행 형사소송법은 제296조의2에서 검사 또는 피고인은 순차로 피고인에게 신문할 수 있다고 하여 마치 신문권을 보장한 것으로 해석하기도 한다⁶¹⁾. 재판장은 인정신문 전에 진술거부권을 고지하여야 하지만, 피고인이 가지는 진술거부권과 검사(또는 변호인)이 가지는 신문권이라는 외형상 양립불가능한 두 개의 권리가 충돌하는 것처럼 보이는 경우, 즉 양 권리를 모두 양립가능한 권리라고 한다면 피고인의 진술거부권은 개개의 진술에 대한 개별적 권리에 불과하게 된다. 나아가 일체의 진술을 거부한다고 사전에 의사를 밝히더라도 신문권은 여전히 존재하므로, 검사는 침묵으로 일관하는 피고인에게 계속해서 질문을 할 수 있다고 해석할 수 밖에 없게 된다.

이는 피의자 단계에서도 마찬가지로의 결과를 초래하는 바, 검사 또는 사법경찰관에게 일체의 진술거부 또는 어느 해당 사실관계와 관련한 일부의 일체의 진술거부 의사를 밝혔음에도 불구하고 사전에 준비된 모든 수사기관의 질문이 가능하다고 하고, 피의자신문조서에 질문과 그에 대한 묵비를 그대로 기재하게 됨으로써 그 자체가 증거로서 제출되게 된다면 과연 그것이 가지는 증명력은 무엇인가라는 문제가 제기될 수 밖에 없다.

결론적으로 선택적, 선별적 또는 포괄적 진술거부권을 보장하기 위해서는 그와 같은 방식의 진술거부 의사를 명확히 할 경우, 수사기관이나 법원은 더 이상 해당 부분에 대한 신문권은 보장되지 않음을 법률로 명백히 하여야 할 것이다. 이 경우 신문권에 대한 다툼이 있을 때에도, 재판장의 재판지휘권의 일부로 보아 신문 자체를 제지하거나 불복에 대한 제재를 할 수 있도록 함으로써 진술거부권의 실질적 보장이 가능하지 않을까 한다.

3. 형사상 불리한 진술에 한정되는지 여부

헌법 제12조는 진술거부의 대상을 “자기에게 불리한 형사상의 진술”이라고 하지만, 이를 구체화한 형사소송법은 진술의 대상이 “형사상 불리”한 것인지 언급하지 않는다. 따라서 진술거부의 대상이 형사상 불리한 진술에 한정되는지 여부가 문제될 수 있다.

우선 형사절차의 피의자 및 피고인과 그 외를 구분하여, 형사절차상 피의자와 피고인은 법률상 그 내용 여하를 불문하고 형사소송법 제244조의3 및 제296조의2에 근거하여 일체의 질문에 대한 진술거부권이 보장된다. 명문의 규정상 형사상 불리

신문권이 있음을 전제로 하기 때문에, 반대로 상대방의 신문권이 제한되면 그 일방의 신문권도 동시에 제한되어야 교호신문의 취지가 법정에서 반영된다고 주장할 수 있다.

61) 이완규 앞의 논문, 149면 이하.

한 진술에 한정되지 않고 모든 진술에 대한 거부권이 있다.

그러나 형사절차에 관여하는 그 이외의 이해관계인 또는 참여자들 및 형사절차 이외의 국가절차에서는 그와 같은 질문이 자신의 형사상의 불리한 내용을 담고 있을 경우, 비록 명문의 규정이 없더라도 헌법 제12조로부터 직접 진술거부권이 도출된다. 헌법재판소의 입장이기도 하다. 판례 역시 조사대상자의 진술 내용이 제3자의 피의사실뿐만 아니라 자신의 피의사실이기도 한 것이면, 그것이 어떠한 형태의 조사이든지 간에 그 실질이 피의자신문조서의 성격을 가진다면 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다고 본다.⁶²⁾ 우선 이로부터 형사절차에 관여하는 피의자, 피고인 이외의 자라도 자신의 형사상 진술(판례에 의하면 조사자의 피의사실)에 관하여는 진술거부권이 있음을 확인할 수 있다.

그러나 문제는 이를 “형사상의 불리한 진술”에 한정한다면, 유불리를 질문 당시 누가 무엇을 근거로 판단하여 권리행사를 허용할 것인가이다. 형사절차나 그 밖의 절차에서 “형사상 진술”이라고 할 때에는 “형사상”은 현존하는 것이 아니라 장래의 잠재적 가능성을 의미하거나 해당 진술 밖의 형사절차를 의미하며, “불리한 진술”이라고 할 때에는 진술내용의 유·불리를 판단자(진술자)의 주관에 맡기는 수밖에 없기 때문이다. 그러나 반대로 “형사상 불리한 진술”이라는 제한을 두지 않는다면, “모든 국민”은 국가기관의 질문에 대하여 자의적 판단 하에 진술의 무가 전혀 존재하지 않는다고 해야 할 것이므로, 자기부죄거부특권이라는 고유의 본질에 반하는 해석이 될 우려가 있다.

자기부죄거부특권이라는 본연의 속성을 고려한다면 형사절차든 그 이외의 절차든지 간에 형사상의 문제와 관련한 진술에는 진술거부권을 인정하되 유·불리는 권리자의 주관적 판단에 맡기는 수밖에 없으므로 실질적으로는 “형사상 진술”이 해당 권리행사의 대상이 될 수 밖에 없다고 보여진다. 따라서 모든 국민은 국가기관의 질문이 형사상의 진술과 관련되면 유·불리에 대한 구체적인 판단 없이 진술거부권이 인정되는 것으로 해석하는 것이 그 실질에 부합하지 않을까 한다.

4. 진술거부권의 권리주체의 범위

가. 기본 원칙

현행 형사소송법은 수사기관 또는 법원의 진술거부권 고지의무의 상대방을 피의자 및 피고인으로 한정하고 있다. 그러나 피의자 이전 단계 또는 피의자나 피고인 이외의 자가 권리의 주체가 되는지 여부는 규정만으로는 확인하기 어렵다. 이에 대하여는 피의자 단계 이전의 피혐의자, 참고인, 그 외에 잠재적인 피의자에 한정되는지 여부를 판단할 필요가 있다. 헌법은 진술거부권을 모든 국민의 권리로 규정하고 있기 때문이다.

62) 대법원 2015. 10. 29, 선고 2014도5939 판결.

우선 수사기관이 주관적 혐의로 수사를 개시하기 이전 단계에서도 진술거부권이 보장되는가 문제된다. 미국 수정헌법 제5조는 진술거부권은 수사기관에 의한 pre-trial 단계의 모든 질문이 시작되는 순간부터 진술거부가 가능하다고 본다. 궁극적으로는 잠재적 피의자에 한정하여서는 안 되며, 모든 국민을 대상으로 형사상의 불리한 질문에 대하여 답변을 할 지위에 있는 경우에는 진술거부권이 보장된다고 보아야 한다.

이와 관련하여 입건 전 피혐의자의 진술거부권 보장문제, 참고인이나 증인의 진술거부 가능성, 진술거부권 고지의 상대방, 자신 이외의 자를 위한 진술거부권의 행사가능성 등의 문제가 제기될 수 있다.

나. 구체적인 권리 귀속자의 범위

첫째, 입건 전 피혐의자의 진술거부권이 보장되는가의 문제이다. 경찰의 수사권을 규정하고 있는 ‘검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(이하 ‘일반적 수사준칙’으로 약칭)’ 제16조 제1항 제1호에 따르면 피혐의자의 수사기관 출석조사를 착수한 때 해당 사건을 즉시 입건하여야 한다고 규정함으로써, 피혐의자가 수사기관에 출석조사를 개시하는 시점에서는 수사의 개시가 이루어진다고 보아, 이 시점부터 진술거부권을 보장하여야 한다. 그러나 동조 제3항은 검사 또는 사법경찰관이 범죄의심의 정황이 있어서 수사개시 여부를 결정하기 위한 사실관계의 확인 등 필요한 조사를 하는 시점은 “입건 전”이라고 하고, 제4항은 해당 조사 결과 입건하지 않는 결정을 할 때에는 피혐의자 및 사건관계인에게 통지하여야 할 통지의무만을 부과하고 있다. 즉, 동 규정만으로는 입건 전 피혐의자(일반적 수사준칙은 피의자와 피혐의자를 구분하고 있다)는 피의자의 지위가 아니므로 형사소송법 제244조의3 진술거부권의 고지대상인지 여부를 확인하기 어렵다.

또한 입건 전 조사를 통해서 입건 여부를 결정한다고 보아, 제1항의 피혐의자의 수사기관 출석조사 시점에 해당 사건을 즉시 입건해야 한다는 규정과 해석상 양립하기 어려운 면이 있다. 그러나 피혐의자가 비록 입건 전이라도 수사기관의 조사를 받는 경우에는 해당 조사가 수사기관에 출석조사인지 여부와 상관없이(조사시기와 장소는 수사기관 외에서도 가능하며 이는 피조사자와의 협의사항임) 수사기관의 조사 또는 질문은 피혐의자의 ‘형사상의 불이익한 사실관계’를 내용으로 할 수 밖에 없다는 점에서 반드시 진술거부권을 고지하고 진술거부권을 행사할 수 있도록 하여야 한다. 피혐의자인지 피의자인지는 그 시점이 명확히 구분되기 어려울 뿐만 아니라, 헌법이 진술거부권의 권리주체를 ‘모든 국민’이라고 할 때에는 그 자체로서 수사기관에 의하여 질문을 받는 모든 국민으로 해석하여야 할 것이다.

둘째, 참고인으로 소환되어 조사 중에 자신의 형사상의 질문을 받는 경우이다. 특히 수사기관이 피의자임에 대한 주관적 혐의를 내적으로 가지고 있으면서도 다른 사건의 참고인을 소환하여 진술거부권 고지 없이 참고인의 진술을 유도하는 편법적

수사를 원천적으로 봉쇄하기 위해서는 절차상의 지위나 명칭 여하를 불문하고 당사자에게 형사상 불리할 것으로 객관적으로 예상되는 질문을 하기 전에는 반드시 수사기관에는 진술거부권을 고지해야 할 의무를 부여하고 당사자에게는 진술거부권의 행사를 보장하여야 할 것이다. 판례 역시 대상자가 어떠한 지위인지와 관계없이 그 실질이 피의자신문조서이면 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다고 본다.⁶³⁾

셋째, 해당 질문의 방식 및 조서나 진술서의 명칭과 관계없이 피질문자에게 형사상 내용의 질문이 이루어지는 경우에는 반드시 진술거부권을 고지하도록 입법화할 필요가 있다. 진술거부권은 법률로서도 제한할 수 없는 인간본성에 기인한 권리이며, 자신에게 불리하다는 압박을 느끼면서까지 진술을 해야 한다는 심리적 위축상태를 고려한다면 진술거부권은 당연히 인정되어야 한다.

넷째, 피의자 또는 피고인이 진술거부권의 주체가 됨은 물론이지만, 만일 증인이거나 참고인이 피의자 또는 피고인과 인적 관계로 인하여 진술을 할 수 없는 실질적 상태에 있을 경우에도 진술거부권을 보장하여야 한다. 물론 형사소송법 제148조는 친족이거나 친족이었던 자, 법정대리인 및 후견감독인에게 증언거부권을 보장하고 있으므로, 증인이면서 증언의무에서 벗어나 진술을 거부할 수 있도록 하고 있다. 그러나 해당 조문은 친족에 한정되고 친족 이외의 자라 하더라도 이에 준하는 관계에 있는 자의 증언거부권을 인정하지 않는다. 또한 친족의 범위는 형사소송법이 별도로 두고 있지 않으므로, 민법상의 기준에 의하여야 할 것이나 예컨대 인지하지 않은 혼인의 출생자와 그 부의 관계나 양자의 자연혈족과 양부모 등 사이에서는 민법상 친족관계가 발생하지 않는다. 그러나 이러한 경우에도 반드시 증인으로서 진술거부를 할 수 없다는 것이, 앞서 언급한 nemo tenetur 원칙에 부합하는 해석인지는 여전히 의문이 남는다.

또한 진술거부권의 행사 여부와 관계없이 수사기관이 진술거부권을 고지하지 않았다면 자의에 의한 진술이라도 위법수집증거배제법칙에 의하여 증거능력을 부정해야 함은 물론이다. 수사기관의 수사활동의 궁극적인 목적이 증거확보임을 고려할 때에, 증거능력의 부정은 진술거부권 확보의 가장 강력한 수단이 될 수 있다.

5. 거부되는 진술의 형태와 기재 방식

가. 신체의 일부가 증거가 되는 경우

63) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012도8698 판결. “피의자의 진술을 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서, 자술서’라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고, 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 범죄인지를 작성하는 등의 형식적인 사건수리 절차를 거치기 전이라도 조사대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정되는 것으로 봄이 상당하다. 특히 조사대상자의 진술내용이 단순히 제3자의 범죄에 관한 경우가 아니라 자신과 제3자에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것이거나 제3자의 피의사실뿐만 아니라 자신의 피의사실에 관한 것이기도 하여 그 실질이 피의자신문조서의 성격을 가지는 경우에 수사기관은 그 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다.”

일반적으로 진술거부권의 고지는 피의자나 피고인 단계에서는 구두의 진술인 경우를 상정한다. 수사활동으로서 피의자신문이나 공판절차로서 재판은 구두로 이루어지기 때문이다. 그러나 피의자나 피고인을 신문하거나 조사하는 방식이 구두의 방식이든 자필서, 진술서 등에 해당하든지 간에 진술거부권의 주체로부터 정보를 제공받는 형식이라면 진술거부권을 보장받아야 할 것이다. 나아가 진술이 아닌 형태로서 해당 인물이 삼킨 내용물을 강제로 구토시키거나 배출시켜서 확보할 수 있는지 여부, DNA나 혈액, 타액 등의 배출을 당사자의 의사에 반하여 할 수 있는지도 문제된다.

우선 DNA나 혈액, 타액 등의 배출과 같은 신체검사의 경우에는 진술의 형태가 아니라는 점, 만일 자발적 동의를 하지 않는 상대방에 대하여 그와 같은 처분을 강제하기 위해서는 법관의 영장을 발부받아야 한다는 점에서 거부되는 진술의 방식이 아니라고 보아야 한다. 진술이란 의사표시가 그 내용을 이루는 것을 의미한다는 점에서 신체의 일부가 수사의 대상이 될 때에는 진술거부권을 근거로 이를 거부할 수는 없다고 보아야 한다. 물론 진술거부권의 상위개념으로서 자기부죄거부 특권이나 nemo tenetur 원칙에 근거하여 이에 대한 거부를 인정할 수 있지만, 그 근거가 진술거부권이 될 수는 없는 것으로 판단된다.

둘째, 만일 진술거부권의 한 내용을 이룬다면 진술거부권은 헌법 제37조 제2항 단서에 해당하는 인간본성의 본질적인 내용의 침해금지의 영역에 해당되므로 법원의 영장에 의해서도 이를 제한할 수 없다고 보아야 한다. 즉, 진술거부권은 영장에 의해서도 제한할 수 없고 제한할 방법도 없게 된다. 진술거부권을 행사하는 자에게 강제하는 방법이란 강제로 진술을 하게 하는 것을 의미하는 바, 이는 인간의 존엄성에 반하는 것이며 당연히 위법수집증거배제법칙에 의하여 증거능력이 부정된다. 그러나 신체에 대한 강제는 법률에 근거가 있는 한 강제처분법정주의 및 영장주의에 의하여 행할 수 있으며, 이는 반대로 그러한 강제의 영역은 진술거부권의 일부를 이루지 않는다는 점을 반증한다.

나. 공판전 진술거부의 공판정에서의 현출 여부

피고인의 공판전 진술거부가 어떤 방식으로든 공판정에서 현출되지 못하도록 함으로써, 진술거부가 그 어떤 불이익으로도 고려될 수 없도록 함이 필요한가의 문제이다. 이는 검찰이나 경찰작성 피의자 신문조서나 형사소송법 제316조 전문진술 중에서 조사자 증언, 영상녹화물의 형태나 검사의 공판정에서의 의견진술 등을 통해서 피고인의 피의자 단계에서의 진술거부 또는 묵비가 공판정에서 현출되지 못하도록 하는 제한을 법적으로 보장할 것인가와도 직결된다.

이에 관하여 수사과정에서의 침묵사실이 원칙적으로 공판정에서 증거로서 제출될 수 없도록 하기 위해서는, 진술거부한 내용이 해당 작성 조서에 언급될 수 없도록

할 필요가 있다는 견해⁶⁴⁾가 있다. 그 방법으로서 일체의 진술을 거부한 것이면 피의자의 진술거부권 행사여부에 관하여 기재한 조서가 증거로서 공판정에 제출되는 행위 자체를 완전히 금지함으로써 가능하고, 개개의 질문에 대하여 선별적으로 진술거부를 하였다면 해당 문답부분을 삭제한 때에 비로소 증거로서 제출이 가능하도록 해야 한다고 본다.

해당 견해는 일체의 진술거부에 대하여 진술거부 사실을 기재한 조서 전체의 제출을 금지하고, 일부 진술거부에 대하여는 해당 진술거부한 부분의 질문과 답변을 모두 삭제한 후에 제출할 수 있도록 함을 의미하는 바 그것이 현실적으로 가능한지 문제된다. 신문조서는 신문과정의 문답을 사실 그대로 기재하여야 한다. 또한 해당 사실관계의 어느 부분을 수사기관이 확인하고자 하였는지가 질문내용임에도 불구하고 답변을 하지 않겠다는 의사를 표시하면 해당 의사와 함께 질문내용도 동시에 삭제됨으로써 수사기관의 의사표현의 자유까지도 침해될 우려가 있다. 또한 영상녹화물의 경우에는 처음부터 끝까지 불연속이 없어야 함에도 불구하고 진술거부 부분을 삭제한다면 해당 영상녹화물 자체는 증거능력이 인정될 수 없게 된다.⁶⁵⁾ 조사자 증언의 경우에도, 공판전 피고인을 피의자로 조사하였던 자의 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 경우 해당 조사자가 당시 피의자의 진술거부권 행사 여부를 공판정에서 진술할 수 없다면 증인의 증언의무 불이행 또는 위증의 문제가 제기될 우려가 있다. 물론 이 때에는 조사자증언 중에서 피고인의 진술거부권 행사 여부와 관련한 사항은 재판장이 재판지휘권으로 증언할 수 없게 함으로써, 그와 같은 문제를 회피할 수 있을 것이라고 방안을 제시할 수도 있을 것이다. 그러나 조사관 등이 증인으로 나와서 위증죄의 부담을 안고 피고인 측의 반대신문을 받으면서까지 증언을 하는 경우 조사관의 법정에서의 지위 역시 권리의무의 귀속주체로서 법적 보호의 대상이 된다.

진술거부권의 행사로부터 불리한 추론이 가능할 것이라는 우려가 현실적으로 존재한다면 이는 실질적인 진술강요가 될 것이지만, 반대로 불이익 추정 또는 불이익 추정의 금지가 구체적으로 무엇을 의미하는지는 명확하지 않다. 공판전 단계에서의 진술거부권의 고지 내용중 진술거부권을 포기하고 행한 진술이 공판정에서 유죄증거가 될 수 있다는 점을 고지하는 것이 반대로 진술거부권의 행사가 유죄의 증거로 사용될 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 또한 진술거부로 불이익을 받지 아니한다는 것을 고지한다고 하더라도 해당 불이익이 무엇을 의미하는지도 명확하지 않다. 단지 해당 불이익이 유죄입증과 관련이 있을 것이라는 막연한 추론을 할 뿐 그 실체가 구체적이지 않기 때문에 공판전 진술거부권의 행사여부를 공판정에서 현출하지 않는 것이 과연 피고인에게 언제나 불리한 추론이 금지됨으로써 유리한 것인지도 불분명하다.

64) 박지현, “진술거부권의 불이익 추정 금지 원칙에 따른 형사 공판절차의 개선 방안”, 한양법학 제22권 제1집, 한양법학회, 2011/2, 317면.

65) 박지현, 앞의 논문, 318면은 더 나아가 수사기관 작성 조서의 증거능력을 부정함으로써, 그와 같은 공판전 단계에서의 진술거부의 불이익추정을 완전히 차단할 수 있다고 본다.

이러한 점에서는 공판전 진술거부권 행사 이력을 공판정에서 현출하는 것을 차단하기 위한 조치들이 그로 인한 불이익 추정을 원천봉쇄함으로써 피고인의 진술거부권 행사를 임의로 할 수 있도록 보장할 수 있다고 할 때, 그와 같은 피고인의 이익과 이를 보장하기 위한 위와 같은 방안들에 수반되는 문제와의 비교형량이 반드시 피고인의 이익을 우선하게 만들기는 어렵다.

이는 공판전 단계에서의 진술거부권의 행사로 인한 불이익 추정을 원천봉쇄하기 위한 방법으로 제시된 개선방안이지만, 그로 인하여 조서나 영상녹화물 전체의 증거능력이 부정되거나 다른 측면의 권리침해가 제기될 수 있다는 점을 고려하여야 할 것이다. 따라서 공판전 진술거부사실로부터 불이익 추정을 금지하기 위한 실질적 방안은 법관의 자유심증주의의 한계를 명확히 하는 수밖에 없을 것이다.

V. 마치며

1964년 미국의 Murphy 판결에서 Goldberg 대법관은 자기부죄거부특권에 대하여 ‘스스로를 시민화하기 위한 인간의 투쟁에 있어서 위대한 이정표 중 하나’ (“one of the great landmarks in man’s struggle to make himself civilized”)라고 언급하면서, 그것은 ‘인간의 많은 근본적인 가치와 가장 숭고한 열망을 반영’ (“reflects many of our fundamental values and most noble aspiration”)한다고 하였다.⁶⁶⁾ 그러나 다른 한편으로는 자기부죄거부특권이 자유인으로서의 본성과 국가와의 관계에 대한 근본적이고 지속적인 원칙을 구체화하는 것인지 여부는 여전히 모호하다고 전제하기도 한다.⁶⁷⁾ 인간본성에 기인하여 가장 오래된 법적언중의 하나라고 보면서도, 그것이 국가와의 관계에서 가지는 의미나 법률로서의 내용이나 범위가 명확하지는 않다는 의미로 이해된다.

그러나 국가기관은 도덕적 존재도 아니고, 인간인 개인에게 진실의무를 강제할 수 있는 주체도 아니다. 개인이 인간으로서 진실을 말해야 하는 도덕적인 의무를 가진다고 하더라도, 그것으로부터 국가기관에게 진술을 강요할 권한이 부여되는 것도 아니다. 국가기관의 강제의 허용범위는 능동적 의무부과의 영역이 아니라 수동적인 수인의무만이 강제가 가능한 것이다. 그렇다면 진술을 할 것인지 여부에 관하여 국가가 진술을 할 것에 관한 능동적 의무를 부과할 수 없으며, 진술강요는 형사절차에 있어서 국가형벌권 행사를 위한 인간의 수단화, 정보수집의 도구화로 전락시키는 결과를 초래할 뿐이다.

또한 신문절차의 주된 목적은 진실발견에 있는 것이 아니다. 진실발견은 증거수집을 통한 국가의 의무일 뿐이고, 형사절차의 일부로서 신문은 당사자에게 이익되는 주장을 할 기회의 부여로서 이해되어야 한다. 따라서 당사자인 진술자가 스스로

66) Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52, 55 (1964)

67) David Dolinko, “Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?”, UCLA L. Rev. 1985, 1063면.

에게 이익되는 주장을 함은 물론 반대로 스스로에게 불이익 되는 주장에 대하여 함묵할 권리도 가지는 것이다. 인간의 고유의 속성, 인간본성에 해당하는 부분은 인간으로서의 가장 본질적인 구성이자 가장 취약한 영역이기도 하다.

혹여라도 재판의 공정성 또는 실체적 진실발견을 위한 검사의 권리도 피고인과 동등하게 보장되어야 한다고 한다면, 이 역시 그릇된 사고이다. 검사의 권리가 처음부터 동등하게 보장되어야 할 성질의 것인가는, 비록 당사자주의라 하더라도 피고인은 검사의 공소제기로 비로소 국가절차로 편입되어 당사자지위에 서게 된 수동적 권리자임을 상기하여야 할 것이다. 피고인을 방어권의 주체라고 해서 검사가 공격권의 주체인 것도 아니다. 피고인이 질서정연한 조사에 응할 의무만 있다면 정의(실체적 진실발견)는 소멸되지 않는다⁶⁸⁾고 본다면, 피고인에게 실체적 진실발견에의 협력을 넘어서서 적극적 의무까지도 부과할 서슴치 않게 될 것이다. 그러나 인간으로서의 도덕성을 국가가 강제할 수 있을 만큼 국가 자체도 도덕적 존재가 아님은 물론이거니와, 그와 같은 인간으로서의 도덕성은 도덕일 뿐이다.

헌법적 형사소송론을 추구하고 헌법이 형사상 불리한 진술의 강요금지를 명문화하고 기본권의 본질적 내용침해 금지를 천명함은, 그 어떠한 경우에도 인간의 본질을 구성하는 부분이자 인간본성의 영역은 절대적으로 존중받아야 함을 의미하는 것이다. 그리고 자기부죄거부의 권리가 진술거부권의 형태로 표현될 때에는 법률로서도 이를 제한하거나 강제할 수 없다고 보아야 한다. 다만 그와 같은 권리를 헌법상 원리로 천명하고 법률로써 보장한다고 하더라도 실질에 있어서는 진술거부권자의 권리행사가 권리자에게 불이익을 초래한다면 권리의 형해화가 이루어짐은 명약관화하다. 여기에서는 헌법적 형사소송론의 의미로부터 출발하여 진술거부권이 구체적으로 어떠한 모습을 가져야 하는지에 관하여 살펴보았다. 논의가 명확하게 귀결되는 결론을 제시하지 못한 점은 아쉬우나, 헌법적 형사소송론의 함의를 진술거부권을 통해서 찾아보고자 하는 시도에 의의를 두고자 한다.

68) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 326 (1987)

참고문헌

(국내문헌)

- 권영법, “형사소송의 이념”, 저스티스 통권 124호, 한국법학원, 2011/6
- 김기준, “독립적 긴급압수·수색제도의 도입 필요성에 대한 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제15호, 2008/8
- 김성돈, 형법각론, 성균관대출판부, 2021
- 김용세, “형사절차상 기본권 보장을 위한 형소법 규정 및 실무현실에 관한 연구: 헌법적 형사소송의 원리에 기초한 분석적 고찰”, 형사정책연구 제19권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2008/가을
- 김종빈, “진술거부권과 그 침해여부가 문제되는 사례”, 헌법논총 제1집, 헌법재판소, 1990/12
- 김태명, “미국법상 압수·수색의 법리와 우리나라에 대한 시사점”, 법학논총 제27권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2015
- 김현귀, 헌법상 진술거부권-헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 32면 이하 참조.
- 김현식, “공판중심주의 실현을 위한 법정심리절차”, 사법 제3호, 사법연구지원재단, 2008
- 김혜경, “‘실체적 진실발견’은 형사소송법의 목적인가?”, 형사법연구 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014/6
- 김혜경, “수사권의 귀속주체 결정의 정당성-헌법적 관점과 정치철학적 관점에서의 접근-”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제2호, 한국형사소송법학회, 2020/12
- 노정환, “현행 압수수색제도에 대한 비판적 고찰”, 법조 제59권 제4호, 법조협회, 2010/4
- 류전철, “형사소송의 목적”, 형사소송 이론과 실무 제8권 제1호, 한국형사소송법학회, 2016
- 박지현, “진술거부권의 불이익 추정 금지 원칙에 따른 형사 공판절차의 개선 방안”, 한양법학 제22권 제1집, 한양법학회, 2011/2
- 박지현, 진술거부권에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2007
- 백강진, “피고인의 진술거부권”, 법조 통권 제653호, 법조협회, 2011/2
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007
- 변종필, “형사소송에서의 진실개념과 형사소송구조”, 형사정책연구 제7권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 1996/가을
- 손동권, “수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론”, 경희법학 제46권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2011

- 송시섭, “진술거부권의 종교적 기원에 대한 역사적 고찰”, 법학논고 제56집, 경북대학교 법학연구원, 2016/11
- 이영한, “새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화”, 법조 통권 617호, 법조협회, 2008
- 이완규, “개정 형사소송법의 쟁점과 방향”, 저스티스 통권 100호, 한국법학원, 2007
- 이재학, Nemo tenetur 원칙에 관한 연구, 건국대학교 박사학위 논문, 2016
- 이찬엽, “헌법적 형사 소송에 관한 연구”, 아태공법연구 제13집, 아세아태평양공법학회, 2005
- 이형국/김혜경, 형법각론 제3판, 법문사, 2023.
- 정웅석, “개정 형사소송법의 평가와 향후과제”, 저스티스 통권 제101호, 한국법학원, 2007
- 최창호, “미국법상 동의에 의한 수색에 관한 연구”, 가천법학 제6권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2013
- 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur 원칙의 구체화”, 고려법학 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012/12
- 홍영기, “형사소송법, 그 독자적 법 목적에 대한 이해”, 저스티스 통권 100권, 한국법학원, 2007

(국외문헌)

- 藤永幸治·河上和雄·中山善房, 大コンメンタル刑事訴訟法(第4卷), 青林書院, 1995
- Akhil Reed Amar, “The Future of Constitutional Criminal Procedure”, American Criminal Law Review Vol. 33, 1996
- Antkowiak, Thomas/Gonza, Alejandra, The American Convention on Human Rights: Essential Rights, Oxford University Press, 2017
- David Dolinko, “Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?”, UCLA L. Rev. 1985
- I. H. Dennis, The Law of Evidence, 2002
- K. A. Cavanaugh, “Emergency Rule, Normalcy Exception: The Erosion of the Right to silence in the United Kingdom”, Cornell International Law Journal vol. 35 Issue 3, winter 2002
- Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution-Ein Beitrag zur politischen Soziologie-. Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 24, 6. Aufl., 2019
- O’ Reilly, Gregory. W., “England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice”, Vol. 85, Journal of Criminal Law. & Criminology, 1994

Rosales-Mireles v. United States, 138 S. Ct. 1897 (2018). U.S. Supreme Court.
Harvard Law School, June 18, 2018
Warden, Lew M. Jr., “Constitutional Law: Due Process under the Fourteenth
Amendment: Protection against Physical Mistreatment: Admissibility of
Evidence” , California Law Review 40(2), 1952

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

공동세션 토론문

헌법적 형사소송론 관점에서 진술거부권의 함의

사회자: 류전철 교수(전남대학교)

발표자: 김혜경 교수(계명대학교)

토론자: 승이도 헌법연구원(헌법재판소)

승재현 박사(한국형사·법무정책연구원)

“헌법적 형사소송론 관점에서 진술거부권의 함의”에 대한 토론문

승이도(헌법재판소 헌법연구관)

(1) ‘헌법적 형사소송’이란 대주제 아래에서 진술거부권에 관하여 깊이 생각해볼 자리를 마련해주신 한국형사법학회 이주원 회장님과 ‘진술거부권’에 관한 논의를 전체적으로 조망해볼 수 있는 훌륭한 발표문을 작성해주신 김혜경 교수님께 감사의 말씀을 드립니다. 진술거부권은 실체적 진실 발견을 통한 사회 정의 실현이라는 ‘공익’과 적법절차를 통한 피의자·피고인 등 국민의 방어권 보장이라는 ‘사익’의 교차지점에 놓인 문제이므로, 형사법실무와 헌법실무를 연구하는 입장에서 적절한 균형점은 무엇인지 함께 고민해 보아야 할 주제라고 생각합니다.

(2) 김혜경 교수님의 발표를 통해 “*nemo tenetur se ipsum accusare*” (no man is bound to accuse himself)이란 라틴어 법격언에서 도출된 *nemo tenetur* 원칙으로부터, 실체법에서는 ‘적법행위에 대한 기대가능성, 타행위가능성’으로 연결되며, 절차법에서는 ‘자기부죄거부특권, 묵비권, 진술거부권’으로 연결되고 있음을 잘 알게 되었습니다. 종래에는 자기부죄거부특권·묵비권·진술거부권을 제대로 구별하지 못하고 있었는데, ‘묵비권’은 포괄적으로 모든 질문에 대한 일체의 답변을 거부할 권리이고(형사소송법 제244조의3 제1항 제1호 전단, 제283조의2 전단), ‘진술거부권’은 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리임에 반하여(형사소송법 제244조의3 제1항 제1호 후단, 제283조의2 후단), ‘자기부죄거부특권’은 묵비권·진술거부권을 포함하는 상위개념으로서(형사소송법 제244조의3 제1항 제1호, 제283조의2와 같은 명시적 법률조항이 없더라도) 수사기관·법원이 아닌 국회·행정기관에서도 헌법상 자기부죄거부특권으로부터 구체적인 권리가 직접 도출될 수 있다는 말씀에 동의합니다. 감사합니다.

또한 교수님께서 말씀하신 바와 같이, 진술거부로 인하여 사실관계에 대한 반대 추론이 허용되거나 이를 양형상 가중사유로 반영할 경우 진술거부권이 형해화 될 우려가 있다는 점에 대해서도 공감합니다(발표문 14면). 그런데 영국에서는 1994년 ‘형사사법 및 공공질서법’ 제정을 통하여, 검찰의 문제제기에 피고인이 어떤 해명도 하지 못하였거나 증언대에서 반대신문에 관한 아무런 해명을 하지 않았다는 사실로부터 법원은 ‘유죄의 추론’을 할 수 있다는 규정을 도입하였다는 내용도 함께 말씀해주셨습니다(발표문 13면). 이러한 영국의 법률은 실체진실 발견에는 도움을 주겠지만 진술거부권의 측면에서는 엄청난 후퇴로 보이는데요, 자기부죄거부특권을 최초로 입법화하였던 영국에서 그와 같은 전환적 입법을 하게 된 사회적 배경이나 계기가 되었던 특정 사건은 없었는지 발표자에게 여쭙고 싶습니다.

(3) 헌법은 제12조 제2항 후단에서 “형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라고 규정하여, 진술거부권이 단지 ‘형사절차상 피의자·피고인의 권리’에서 머무는 것이 아니라 ‘헌법상 국민의 기본권’에 해당함을 명시하고 있습니다. 다만, 그 문언상 ‘형사상 자기에게 불리한’ 경우에 한하여 ‘진술’을 강요하지 않도록 규정하고 있으므로, 많은 경우 진술거부권은 형사절차의 진행 과정에서 피의자 또는 피고인에게 문제되기 마련입니다. 이에 형사소송법은 제244조의3(피의자 진술거부권 고지 시기·내용·절차), 제283조의2(피고인 진술거부권 내용·고지), 제286조(피고인 모두진술과 진술거부권)에서 진술거부권에 관하여 비교적 구체적으로 규정하고 있어, 실무적으로는 이러한 형사소송법의 해석·적용에 따라 대부분의 사건이 해결되고 있습니다. 그러므로 헌법 제12조 제2항이 실질적으로 문제되는 경우는, ‘(잠재적으로) 형사상 불리한 어떠한 의무를 부과하는 법률’ 그 자체가 헌법상 진술거부권을 침해하여 위헌인지 여부에 관한 사안으로 좁혀진다고 할 것입니다. 헌법재판소에서 헌법상 진술거부권이 문제되었던 주요 법령사건들을 간략히 정리해 보면 아래와 같습니다(㉠㉡㉢㉣㉤㉥).

㉠ 재판소에서 헌법상 진술거부권이 처음으로 문제되었던 사건은 도로교통법 사안이었습니다. 舊 도로교통법은 ‘(차량의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴한 경우) 그 차의 운전자 등은 경찰공무원이 현장에 있는 때에는 그 경찰공무원에게, 경찰공무원이 현장에 없는 때에는 가장 가까운 경찰관서에 지체없이 사고가 일어난 곳, 사상자수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도 그밖의 조치상황 등을 신속히 신고하여야 한다.’고 규정하고(제50조 제2항), 이러한 신고의무를 이행하지 아니한 사람에게 ‘20만 원 이하의 벌금이나 구류의 형’으로 형사처벌하도록 규정하였습니다(제111조 제3호).¹⁾ 이에 법원은 해당 도로교통법 조항이 진술거부권을 침해할 수 있다고 보아, 위헌법률심판을 제정하였습니다.

헌법재판소는 “헌법 제12조 제2항은 형사책임에 관하여 자기에게 불이익한 진술을 강요당하지 않을 것을 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 이러한 진술거부권은 형사절차에서만 보장되는 것은 아니고 행정절차이거나 국회에서의 질문 등 어디에서나 그 진술이 자기에게 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지 아니할 국민의 기본권으로 보장된다. 따라서 현재 형사피의자나 피고인으로서 수사 및 공판절차에 계속중인 자 뿐만 아니라 교통사고를 일으킨 차량의 운전자 등과 같이 장차 형사피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자에게도 그 진술내용이 자기의 형사책임에 관련되는 것일 때에는 그 진술을 강요받지 않을 자기부죄거절의 권리가 보장되는 것이다. 또한 진술거부권은 형사상 자기에게 불리한 내용의 진술을 강요당하지 아니하는 것이므로 고문 등 폭행에 의한 강요는 물론 법률로서도 진술을 강제할 수 없음을 의미한다. 그러므로 만일 법률이 범법자에게 자기의 범죄사실을 받

1) 現 도로교통법 제54조 제2항(사고 운전자의 신고의무), 제154조 제4호(30만원 이하의 벌금 또는 구류)

드시 신고하도록 명시하고 그 미신고를 이유로 처벌하는 벌칙을 규정하는 것은 헌법상 보장된 국민의 기본권인 진술거부권을 침해하는 것이 된다. … 도로교통법 제50조 제2항의 신고의무규정을 형사책임과 관련되는 사항에까지 확대적용하게 되면 헌법 제12조 제2항의 규정에 위반되는 소지가 없지 않다. … 그러나 만일 도로교통법 제50조 제2항에서 규정하는 교통사고의 신고의무조항이 실제 운용상 기본권을 침해할 소지가 있다고 피상적으로 파악해서 전면위헌으로 완전 폐기되어 경찰관에 신고하지 않게 된다면 교통사고로 인한 피해자의 구호는 그만큼 어려워지거나 늦어져 피해자의 인권보호가 도외시되는 새로운 사회적 문제가 야기될 것이다. 그리고 교통사고의 현장을 신속히 처리하고 교통질서를 정리하지 아니하면 사고차량이 도로에 방치되어 원활한 차량통행을 방해하게 되어 많은 사람의 통행장애는 물론 특히 야간이나 고속도로에서의 사고차량의 방치는 제2, 제3의 교통사고를 연속적으로 유발하는 요인이 될 것이다. 더욱이 교통사고 발생시 피해자의 구호나 교통질서의 회복 및 안전확보를 위한 조치를 취하기 위해서 경찰 이외에 달리 적절한 제도나 기구를 두고 있지 못한 현실상황에서는 경찰행정의 도움 없이는 교통사고 현장에서 아무런 조치를 취할 수 없는 심각한 사태가 초래될 것이다. … 그러므로 동 조항은 경찰공무원으로 하여금 교통사고의 발생을 신속하게 알게하여 사상자의 구호나 교통질서 회복에 대한 적절한 조치를 취하도록 하고 교통사고로 인하여 빚어지는 도로상의 소통장애를 제거하고 피해자가 늘어나는 것을 방지하며 교통질서의 유지 및 안전을 도모한다는 교통행정상의 필요에서 불가피하게 제정된 규정이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 동 규정을 이러한 도로교통법의 취지와 목적에 한정하여 해석하고 적용하는 한 동 조항은 필요하고 합리적인 것으로 헌법에 합치하는 것이라고 하지 않을 수 없다.” 라고 판시한 다음, 이를 한정합헌²⁾으로 결정하였습니다(헌재 1990. 8. 27. 89헌가118 결정).

다만, 해당 도로교통법 조항은 결국 형벌을 수단으로 하여 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요하는 것으로서 진술거부권을 침해하므로 위헌이라는 재판관 1인의 반대의견이 있었습니다.

㉠ 군형법은, 군무이탈 행위를 형사처벌하도록 규정하고(제30조), 다시 정당한 명령 위반 행위를 형사처벌하도록 규정함으로써(제47조), 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자라 할지라도 참모총장의 새로운 ‘군무이탈자 복귀명령’을 통해 명령위반죄로 형사처벌할 수 있도록 하였습니다. 이에 군무이탈 후 명령위반죄로 군사법원에서 형사처벌을 받게 된 육군 방위병은, 군 병력의 유지를 주된 목적으로 하는 ‘복귀명령’이 군무이탈죄를 범한 자에게 자수의무를 부과함으로써 진술거부권을 침해한다고 주장하며 위헌소원심판을 청구하였습니다.

헌법재판소는 ‘복귀명령을 준수하지 아니한 행위를 형사처벌함으로써 군무이탈

2) [주문] “도로교통법 제50조 제2항 및 동법 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.”

죄를 범한 자에게 자수의무를 부과하는 결과가 될 수 있다고 하더라도 이는 군병력 유지를 주된 목적으로 하는 복귀명령의 부수적인 효과에 불과하므로 위 복귀명령이 군무이탈자에 대하여 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수도 없다.’ 고 판시하여, 합헌으로 결정하였습니다(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 결정).

다만, 이에 대해서는 군무이탈죄와 명령위반죄는 이중처벌의 결과를 초래하여 위헌이라는 재판관 1인의 반대의견, 명령의 제정권자·성격·대상·내용이 지나치게 포괄적이어서 구성요건의 명확성원칙에 반하여 위헌이라는 재판관 3인의 반대의견이 있었습니다.

㉮ 도로교통법은 ‘경찰공무원은 술에 취한 상태에서 자동차를 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 운전자가 술에 취하였는지 여부를 측정할 수 있으며 운전자는 이러한 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다’ 고 규정하고(제41조 제2항), 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람으로 경찰공무원의 음주측정에 응하지 아니한 사람에게 ‘2년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금의 형’ 으로 벌하도록 규정하였습니다(제107조의2 제2호).³⁾ 이에 법원은 해당 도로교통법 조항이 진술거부권을 침해할 수 있다고 보아, 위헌법률심판을 제청하였습니다.

헌법재판소는 “이 사건 법률조항이 진술거부권을 침해하는지의 여부는 결국 주취운전의 혐의자에게 호흡측정기에 의한 측정에 응할 것을 요구하는 것이 ‘형사상 불리한 진술을 강요’ 하는 것에 해당하는지의 여부에 달려 있다. 먼저 호흡측정기에 의한 측정에 응하는 것이 ‘형사상 불리한’ 것이 되는 것은 의문의 여지가 없다. 호흡측정의 결과는 곧바로 주취운전죄라는 범죄의 직접적 증거로 활용되기 때문이다. … ‘진술’ 이라함은 언어적 표출 즉, 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미하는데 반하여, 호흡측정은 신체의 물리적, 사실적 상태를 그대로 드러내는 행위에 불과하다. 또한 호흡측정은 진술서와 같은 진술의 등가물로도 평가될 수 없는 것이고 신체의 상태를 객관적으로 밝히는데 그 초점이 있을 뿐, 신체의 상태에 관한 당사자의 의식, 사고, 지식 등과는 아무런 관련이 없는 것이다. 호흡측정에 있어 결정적인 것은 측정결과 밝혀질 객관적인 혈중알콜농도로서 이는 당사자의 의식으로부터 독립되어 있고 당사자는 이에 대하여 아무런 지배력도 갖고 있지 아니한다. 따라서 호흡측정행위는 진술이 아니므로 호흡측정에 응하도록 요구하고 이를 거부할 경우 처벌한다고 하여도 ‘진술강요’ 에 해당한다고 할 수는 없다.” 라고 판시함으로써, 이를 합헌으로 결정하였습니다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11 결정).

3) 現 도로교통법 제44조 제2항(음주측정에 응할 운전자의 의무), 제148조의2 제1항 제1호(1년 이상 6년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3000만원 이하의 벌금)

㉔ 국가보안법 제10조는 ‘제3조 내지 제9조의 죄를 범한 자라는 정을 알면서 수사기관 또는 정보기관에 고지하지 아니한 자’를 5년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 하여 ‘불고지죄’를 규정하였습니다. 이에 불고지죄로 형사처벌을 받게 된 피고인이 진술거부권 침해를 주장하며 위헌소원심판을 청구하였습니다.

헌법재판소는 “헌법 제12조 제2항은 ‘모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다’고 하여 형사상 자기에게 불리한 진술이나 증언을 거부할 수 있는 진술거부권을 보장하고 있는바, 이는 피고인 또는 피의자가 공판절차나 수사절차에서 법원 또는 수사기관의 질문에 대하여 형사상 자신에게 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리를 말하는 것이라 할 것이다. 그런데 이 사건 심판대상 법률조항이 규정한 불고지죄는 소위 진정부작위범으로서 행위자가 자기 또는 공범 이외의 타인이 구 국가보안법 제3조 내지 제9조에 해당하는 죄를 범한 자라는 정을 알면서도 그로부터 사회통념상 상당하다고 인정되는 기간내에 이를 수사기관 또는 정보기관에 신고하지 아니한 경우에 성립하는 범죄이다. 따라서 불고지죄가 성립하기 이전의 단계 즉, 불고지의 대상이 되는 죄를 범한 자라는 사실을 알게되어 고지의무가 발생하였으나 아직 상당한 기간이 경과하지 아니한 단계에 있어서는 고지의무의 대상이 되는 것은 자신의 범죄사실이 아니고 타인의 범죄사실에 대한 것이므로 자기에게 불리한 진술을 강요받지 아니할 진술거부권의 문제가 발생할 여지가 없다.”라고 판시함으로써, 이를 합헌으로 결정하였습니다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바 35 결정).

㉕ 정치자금에관한법률은 정치자금의 수입·지출에 관한 내역을 회계장부에 허위 기재하거나 관할 선거관리위원회에 허위 보고한 정당의 회계책임자를 형사처벌하도록 규정합니다(제31조 제1호). 이에 불법 정치자금을 회계자료에 등재하지 않음으로써 허위의 기재를 하였다는 등의 피의사실로 형사처벌을 받게 된 정당의 회계책임자가 진술거부권 침해를 주장하며 위헌소원심판을 청구하였습니다.

헌법재판소는, “헌법상 진술거부권의 보호대상이 되는 ‘진술’이라 함은 언어적 표출, 즉 개인의 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미하는바, 정치자금을 받고 지출하는 행위는 당사자가 직접 경험한 사실로서 이를 문자로 기재하도록 하는 것은 당사자가 자신의 경험을 말로 표출한 것의 등가물로 평가할 수 있으므로, 위 조항이 정하고 있는 기재행위 역시 ‘진술’의 범위에 포함된다고 할 것이다. … 정치자금법 전체는 합법이든 불법이든 모든 정치자금의 공개원칙을 보장하기 위한 방안들로 구성되어 있고 위 조항들은 이를 실현하기 위한 핵심적인 조항인데, 정치자금에 관한 사무를 처리하는 선거관리위원회가 모든 정당·후원회·국회의원 등의 모든 정치자금 내역을 파악한다는 것은 거의 불가능에 가까우므로 만일 불법 정치자금의 수수 내역을 기재하고 이를 신고하는 조항이 없다면 ‘정치자금의 투명성 확보’라는 정치자금법 본연의 목적을 달

성할 수 없게 된다. 뿐만 아니라 정치자금법 제30조 제1항은 불법 정치자금을 수수한 자를 처벌하는 규정을 두고 있지만, 불법 정치자금 수수의 주체와 이 불법 정치자금의 기재 및 신고의 주체가 항상 일치하는 것은 아니므로 위 조항들은 그 자체로 존재 의의가 있다. 이런 점에서 위 조항들의 시행은 정치자금의 투명성 확보를 통해 민주정치의 건전한 발전을 도모하고자 하는 정치자금법의 입법목적을 달성하기 위한 필수불가결한 조치라고 할 것이고, 달리 이보다 진술거부권을 덜 침해하는 방안을 현실적으로 찾을 수 없다.” 라고 판시함으로써, 비록 해당 조항이 진술거부권을 제한하지만 과잉금지원칙에 반하지 않아 합헌이라고 결정하였습니다(헌재 2005. 12. 22. 2004헌바25 결정).

이에 대해서는 해당 조항이 진술거부권을 침해함과 동시에, ‘정치자금 부정수취’로 형사처벌을 받는 자에게 다시 ‘허위기재 및 허위보고죄’라는 명목으로 이중처벌의 결과를 초래함으로써 위헌이라는 재판관 1인의 반대 의견이 있었습니다.

⑨ ‘교통·에너지·환경세법’은 휴발유·경유와 유사한 대체유류에 관한 과세표준 신고를 관할 세무서장에게 제출하도록 규정합니다(제7조 제1항, 제3조 제1호, 제2조 제1항). 등유와 윤활유를 혼합하여 유사석유제품을 제조·판매하였다는 등의 범죄사실로 ‘석유 및 석유대체연료 사업법’ 위반죄로 형사처벌을 받은 청구인에게 관할 세무서장이 ‘교통·에너지·환경세법’에 의한 가산세를 부과자, 청구인은 위 교통·에너지·환경세에 관한 신고의무조항으로 인하여 유사석유제품을 제조했다는 범죄행위를 자수·자백하게 됨으로써 헌법상 진술거부권을 침해당하였다고 주장하며 위헌소원심판을 청구하였습니다.

헌법재판소는, “유사석유제품 제조자가 교통·에너지·환경세법상의 신고의무를 이행하는 것은 납세의무자 일반이 모두 부담하는 납세의무를 확정하기 위한 절차의 일환으로 과세를 위한 기초정보를 과세관청에 제공하는 것에 불과하다. 과세물품의 표시도 석유사업법위반죄로 처벌될 수 있는 유사석유제품과 그 외 자동차등의 연료로 사용가능한 유류를 모두 포함한 ‘대체유류’로 표시된다. 신고의무조항에 따라 교통·에너지·환경세법상 신고의무를 이행하면 납세의무가 확정되어 세금을 납부할 의무가 생기는 것일 뿐이다. 앞서 살펴본 바와 같이 대체유류에는 석유사업법상 처벌대상이 되지 않는 대체유류를 포함하는 것이므로 ‘대체유류’를 제조하였다고 신고하는 것이 곧 석유사업법위반죄를 시인하는 것이나 마찬가지라고 할 수 없고, 신고의무 이행시 과세절차가 곧바로 석유사업법위반죄의 처벌을 위한 자료의 수집·확득 절차로 이행되는 것도 아니므로, 신고의무조항이 형사상 불리한 진술을 강요하는 것이라고 볼 수 없다. 따라서 신고의무조항으로 인하여 헌법 제12조 제2항에 규정된 진술거부권이 제한된다고 볼 수 없다.” 라고 판시함으로써, 해당 조항이 진술거부권을 제한하지 않는다고 판단하여 합헌으로 결정하였습니다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌바177 결정).

이와 같은 재판소 선례는 헌법상 진술거부권이 (절대적 기본권이 아닌) 상대적 기본권이라는 전제에서, 문제되는 법률조항이 헌법상 진술거부권의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지의 결정(㉔도로교통법 음주측정거부죄, ㉕국가보안법 불고지죄, ㉖세법상 대체유류 신고의무)과 문제되는 법률조항이 진술거부권을 제한하나 과잉금지원칙 또는 본질적 침해 금지에 반하지 아니한다는 취지의 결정(㉗사고운전자의 신고의무, ㉘군형법상 명령위반죄, ㉙정치자금 회계장부 기재)으로 분류할 수 있습니다. 또한 재판소는 헌법 제12조 제2항을 엄격히 해석함으로써 그에 관한 국회의 입법재량을 상당히 넓게 인정하는 경향이 있다고 보여집니다. 이러한 32년 전부터 9년 전까지의 결정들(㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗) 중에서 현재 시점에서 헌법재판소가 선례변경을 다시 고민해 보아야 할 사건이 있다면 어떤 것이 있을지 발표자의 의견을 청해 듣고 싶습니다. 감사합니다.

“헌법적 형사소송론 관점에서 진술거부권의 함의”에 대한 토론문

승재현(한국형사법무정책연구원 선임연구위원)

먼저 탁월한 통찰력과 혜안으로 “헌법적 형사소송론 관점에서 진술거부권의 함의”란 주제로 발표해주신 김혜경 교수님께 무한한 존경을 표합니다. 또한 귀한 토론의 기회를 주신 이주원 회장님과 형사법학회 임원 교수님께 깊은 감사를 드립니다.

김교수님은 본 논문에서 형사소송법상으로는 자기부죄거부가 바로 국가가 개인에게 요구할 수 있는 또는 강제할 수 있는 허용의 한계를 기본으로 하여 헌법 및 형사소송법상 진술거부권의 함의를 살펴보기 위해 헌법적 형사소송론의 함의와 비판점에 대한 검토, 헌법적 형사소송과 자기부죄거부 특권의 기원이라고 할 수 있는 Nemo tenetur 원칙과의 관계 및 이를 반영한 실체법 및 절차법적 논의, 절차법적 측면에서 이를 구현한 진술거부권이 실질적으로 보장되기 위하여 요구되는 구체적인 방안을 설명해주셨습니다.

논문을 통해 많은 진술거부권에 대해 많은 배움이 있었습니다. 감사합니다. 헌법적 형사소송론은 무죄추정을 받는 피고인을 위한 원칙이 아니라 “모든 국민”에게 귀속되는 원리라는 의견에 동의합니다. nemo tenetur 원칙이 실체법적 측면에선 기대가능성 즉 타행위 가능성을 의미하며, 타 행위 가증성이 부인되면, 이를 국가가 처벌할 수 없다는 즉, 법적으로 비난할 수 없다는 정신이 반영된 것이고, 절차법적 측면에선 진술거부권 역시 nemo tenetur 원칙으로부터 도출되는 인간본성의 보장으로서, 인간으로서의 존엄과 가치가 보장되도록 그 본질적인 권리는 침해될 수 없다고 말씀 하고 계십니다. 저도 당연히 이러한 입장에 동의하는 바입니다.

교수님은 진술거부권의 속성은 신문을 받지 아니할 권리로 이해함으로써, 신문권이라는 상대방의 권리를 통한 진술거부권의 실질적 제한을 방지할 필요가 있다는 이유로 진술거부권이 인간으로서의 본질적인 권리라면 신문을 받지 않을 권리로 보는 것이 보다 본질에 가까운 해석이 될 것이다. 일체의 신문을 받지 않겠다고 함에도 불구하고 수사기관이나 법원의 ‘신문권’이라는 권리는 여전히 존재한다고 한다면, 답변을 하지 않는 신문과정에서 신문을 받는 자의 표정이나 태도가 간접적으로 유죄혐의의 예단을 가지게 할 우려가 있기 때문이라고 하십니다.

또, 선택적, 선별적 또는 포괄적 진술거부권을 보장하기 위해서는 그와 같은 방식의 진술거부 의사를 명확히 할 경우, 수사기관이나 법원은 더 이상 해당 부분에

대한 신문권은 보장되지 않음을 법률로 명백하고, 모든 국민은 국가기관의 질문이 형사상의 진술과 관련되면 유·불리에 대한 구체적인 판단 없이 진술거부권이 인정되는 것으로 해석해야 한다고 말씀드립니다.

피혐의자의 ‘형사상의 불이익한 사실관계’를 내용으로 할 수 밖에 없다는 점에서 반드시 진술거부권을 고지하고 진술거부권을 행사할 수 있도록 하여야 한다. 피혐의자인지 피의자인지는 그 시점이 명확히 구분되기 어려울 뿐만 아니라, 헌법이 진술거부권의 권리주체를 ‘모든 국민’이라고 할 때에는 그 자체로서 수사기관에 의하여 질문을 받는 모든 국민으로 해석하기 때문에 그렇다고 하십니다. 그리고 피의자에게도 진술거부권의 내용과 범위가 피고인과 동일하다고 하십니다.

결론적으로 헌법적 형사소송론을 추구하고 헌법이 형사상 불리한 진술의 강요금지를 명문화하고 기본권의 본질적 내용침해 금지를 천명함은, 그 어떠한 경우에도 인간의 본질을 구성하는 부분이자 인간본성의 영역은 절대적으로 존중받아야 함을 의미하는 것이다. 그리고 자기부죄거부의 권리가 진술거부권의 형태로 표현될 때에는 법률로서도 이를 제한하거나 강제할 수 없다고 하십니다.

과문한 제가 용기를 내서 한 가지만 여쭙고자 합니다.

입건전 조사와 피의자 조사에서 반드시 진술거부권의 고지를 해야 한다고 생각합니다. 다만 수사에 있어서 피의자의 지위와 재판에서 피고인의 지위를 달리 볼 수 있지 않을까요? 그렇다면 재판정에서 피고인에게 인정하고 있는 ‘신문을 받지 않을 권리’를 수사를 받는 피의자에게도 그대로 적용되는 것으로 보아야 할지요.

감사합니다.

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

제1세션 제1주제

헌법상 재판청구권의 관점에서 현행법상 비밀수사 관련 통지·불복절차의 개선 방안에 대한 연구

사회자: 이용식 명예교수(서울대학교)

발표자: 신상현 박사(헌법재판소 헌법연구원)

토론자: 이원상 교수(조선대학교)

박찬걸 교수(충북대학교)

헌법상 재판청구권의 관점에서 현행법상 비밀수사 관련 통지·불복절차의 개선 방안에 대한 연구

- 독일, 오스트리아, 스위스 법제와의 비교를 곁하여 -

신상현*

<목차>

- I. 문제의 소재
- II. 통지·불복절차의 헌법상 중요성에 비추어 본 현행법 규정의 문제점
- III. 해외 입법례
- IV. 개선 방안의 제시
- V. 맺음말

I. 문제의 소재

효과적으로 증거를 확보하여 실체적 진실을 발견하기 위해서는 체포·구속이나 압수·수색과 같은 ‘공개된’ 수사처분 이외에도 당사자가 모르는 상태로 행해지는 ‘비밀의’ 수사처분이 빈번히 활용된다. 특히 증거물의 확보 및 범인의 신병 확인이 쉽지 않은 온라인상의 성범죄, 간첩·마약·조직·경제범죄와 같은 중대한 범죄가 문제되는 경우에는, 대상자가 알지 못하는 상황에서 신속하게 관련 증거를 수집해야만 범인의 증거인멸을 방지할 수 있게 된다. 우리나라에도 법률상 비밀수사를 규율하는 여러 규정들이 존재하는데, 형사소송법이 아니라 여러 특별법에 분산되어 있다는 점이 특징이다.

우선 「통신비밀보호법」에는 통신제한조치, 통신사실 확인자료(이하 ‘통확자료’로 약칭) 제공요청이 규정되어 있다. ‘통신제한조치’란 수사기관이 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 의미하는 것으로서(제3조), 엄격한 실체적·절차적 요건 하에(제5조 이하) 법원의 허가를 받고 통신내용 자체를 증거로 취득하는 처분을 말한다. ‘통확자료 제공요청’이란 수사기관이 법원의 허가를 받고 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통확자료의 열람이나 제출을 요청하는 것으로서(제13조 이하), 여기서 취득의 대상이 되는 통확자료란 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할

수 있는 발신기지국의 위치추적자료, 또는 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다(제2조 제11호).

다음으로 「전기통신사업법」 제83조에 규정되어 있는 ‘통신자료 제공요청’은 수사기관이 전기통신사업자에게 - 전기통신역무를 제공받기 위하여 전기통신사업자와 전기통신역무의 이용에 관한 계약을 체결한(제2조 제9호) - 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디(컴퓨터 시스템이나 통신망의 정당한 이용자임을 알아보기 위한 이용자 식별부호), 가입일 또는 해지일의 열람이나 제출을 요청하는 것으로서, 전기통신사업자는 그 요청에 따라 관련 자료를 수사기관에게 제공할 수 있다. 이 경우 법원의 허가와 같은 절차적 요건은 규정되어 있지 않은데, 규정상으로는 전기통신사업자 수사기관의 제공요청에 응하거나 협조해야 할 의무를 부담하지 않기 때문에 통신자료 제공요청을 통한 통신자료 취득은 강제수사가 아니라 임의수사의 성격을 갖는다고 본다. 따라서 통신제한조치나 통화자료 제공요청과 달리 법원의 사전허가를 요하지 않더라도 헌법상 영장주의에 위배되지는 않는다.¹⁾²⁾

마지막으로 2021년 신설된 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 「청소년성보호법」으로 약칭) 제25조의2 이하에서는 아동·청소년 대상 디지털 성범죄의 수사 특례로서 ‘신분비공개수사 및 신분위장수사’를 규정하고 있다. 두 유형의 수사방식을 구분하면서 각각 엄격한 실체적·절차적 요건을 부과하고 있고, 신분위장수사의 경우에는 법원의 허가를 받는 것을 원칙으로 하고 있다.³⁾

그런데 수사기관의 입장에서 수사 진행을 위해 더욱 효과적이라고 할 수 있는 이러한 ‘비밀성’은, 반대로 수사대상자(이하 ‘피의자나 정보주체 등 비밀수사처분의 모든 대상자’를 의미)의 입장에서는 그 기본권 침해의 강도를 가증시키는 원인이 된다.⁴⁾ 즉 비밀수사를 통해 수사대상자의 헌법상 기본권, 예를 들어 통신의 비밀(제18조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 개인정보자기결정권(제10조 제1문, 제17조) 등이 제한되어 민감한 내밀의 영역이 외부로 공개되는 것이다. 더군다나 수사대상자가 알지도 못하는 상황에서 국가기관에 의해 기본권 제한이 자행된다는 점에서, 수사대상자 역시 공개수사가 이루어진 경우보다 더한 침해를 입었다고 인식할 수밖에 없다. 물론, 그에 대한 실체적·절차적 요건을 엄격히 규정하여 비밀수사가 이루어질 수 있는 범위를 제한하면서 형사소추의 이익을 추구한다면, 수사대상자의 기본권 침해가 일단 정당화될 수는 있다. 하지만 그 요건이 제대로 충족되지 않았는데도 불구하고 비밀수사가 실시된 경우라면, 수사대상자는 그 사실을

* 헌법연구원 & 법학박사(Dr. jur.), 헌법재판소

1) 헌재 2022. 7. 21. 2016헌마388등; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439.

2) 통화자료 제공요청과 통신자료 제공요청을 표로 비교한 것으로는 차진아, “전기통신사업법상 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 헌법적 쟁점”, 고려법학 105, 2022, 273-274면.

3) 자세한 신상현, “새로 도입된 신분비공개수사 및 신분위장수사 특례 규정에 대한 검토”, 형사소송 이론과 실무 13-2, 2021, 115-122면.

4) 박중욱, “수사절차에서의 “비밀의 강제처분”의 합헌성 요건”, 형사법의 신통향 63, 2019, 70면.

알게 된 후 수사단계에서부터 이에 대해 적법하게 이의제기를 할 수 있어야 한다. 이와 같은 절차적 방어수단이 적절히 마련되어 있지 않다면, 위 기본권이 침해됨과 동시에 적법절차 원칙(헌법 제12조)에도 반할 수 있어서 그 위헌성이 더욱 가중된다. 그렇다면 현행법상 비밀수사의 수권규범이 수사대상자인 국민의 기본권과 적법절차 원칙을 보장하기에 적합한 형태로 규정되어 있는지를 검토해 볼 필요가 있다.

그동안 헌법재판소는 「통신비밀보호법」 일부 규정의 위헌성 여부를 여러 번 심사하였고, 그 이후 헌법재판소 결정에 부합하는 방향으로 입법적 개선이 이루어졌다. 이 과정에서 비밀수사의 헌법상 의미나 중요성이 상당 부분 확인되었고, 그와 함께 비밀수사를 실시하기 위한 실체적·절차적 요건도 정비되었다. 하지만 해외의 입법례와 비교해 보면, 여전히 수사단계에서 수사대상자의 절차적 보호수단이 충분히 마련되어 있지 않다는 점을 알 수 있다. 특히 비밀수사가 실시된 경우 그 사실에 대한 ‘통지’ 절차 및 그 이후의 ‘불복’ 절차가 제대로 규정되어 있지 않다.

지금까지의 연구를 살펴보면, 일부 형태의 비밀수사에 대해서는 그 통지절차의 개선 방안을 논하는 문헌은 많으나, 구체적인 개정 방향을 제시하고 있을 뿐 그 헌법적 근거를 언급하고 있는 경우는 찾아볼 수 없다. 불복절차와 관련해서도 그 필요성이나 헌법적 근거를 논하는 문헌은 거의 없고, 이를 일부 언급하고 있는 경우에도 도입 필요성을 간략히 주장할 뿐 이 제도를 어떠한 형태로 우리 법제에 구체화할 것인지에 대해 관심을 두고 있지 않다. 그러므로 헌법에서 출발하여 통지·불복절차의 구체적인 개선 방안을 제시한다면 새로운 논의의 장을 열 수 있을 것이다.

이하에서는 우선 기존의 헌법재판소 결정들을 분석하여 비밀수사에 있어서의 통지·불복절차의 의미를 살펴보고, 현행법 규정들의 문제점을 지적한다(Ⅱ). 다음으로 독일, 오스트리아, 스위스의 입법례를 검토해 본 후(Ⅲ), 이로부터 도출된 시사점을 바탕으로 하여 앞서 설명한 비밀수사 유형들과 관련된 통지·불복절차 규정의 개선 방안을 제시한다(Ⅳ).

Ⅱ. 통지·불복절차의 헌법상 중요성에 비추어 본 현행법 규정의 문제점

1. 통지절차

가. 통지의 의미

헌법재판소는 통확자료 제공과 관련된 2018년 6월 결정(이하 ‘[결정①]’로 약칭)과 통신자료 제공과 관련된 2022년 7월 결정(이하 ‘[결정②]’로 약칭)에서 비밀수사의 경우 정보주체(수사대상자)에 대한 통지의 의미에 대해 실시하고 있다.

우선 [결정①]을 보면, 규정상 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청은 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자를 상대로 이루어지므로, 정보주체는 사후에 그 사실을 통보받기 전까지 자신의 위치정보 추적자료가 어떤 절차와 내용으로 제공되었

는지를 전혀 알 수 없다. 물론, 수사기관이 정보주체에게 사전에 또는 수사 진행 중에 그 사실을 통지하도록 한다면 범인의 발견 및 증거의 수집이 불가능 또는 대단히 어려워질 수 있으므로 실체적 진실발견에 반하는 문제가 발생한다. 즉 수사의 밀행성 확보에 반할 수 있다. 하지만 ‘수사기관의 권한남용을 방지’ 하고 ‘정보주체의 기본권을 보호’ 하기 위해서는, 정보주체에게 그러한 자료의 제공사실을 적절하게 고지해야 하고 실질적인 의견진술의 기회를 부여해야 한다. 이 경우 실체적 진실발견(수사의 밀행성 확보)과 정보주체의 기본권 보호 간의 형량이 필요한데, 정보주체인 피의자 등에게 사전통지를 하는 것은 전자의 이익이 우선되어 허용될 수 없다고 하더라도, 적어도 수사기관이 전기통신사업자로부터 위치정보 추적자료를 제공받은 이후에는 후자의 이익이 우선되어 수사에 지장이 없는 한 그 제공사실 등을 정보주체인 피의자 등에게 통지해야 한다. 이러한 통지를 통해서 피의자 등은 위치정보 추적자료의 제공이 적법한 절차에 따라 이루어졌는지, 위치정보 추적자료가 제공 목적에 부합하게 사용되었는지 또는 제공된 위치정보 추적자료가 「개인정보 보호법」 등에 규정된 적법한 절차에 따라 폐기되었는지 등을 확인할 수 있게 된다. 이와 같은 절차가 흠결되었거나 존재하더라도 불충분하다면 헌법상 적법절차 원칙에 위배된다.⁵⁾

결국 비밀수사가 실시된 경우 정보주체인 피의자 등이 그 사실을 알 수 있게 통지가 이루어져야 하는 주된 목적은 수사기관의 권한남용을 방지하고 정보주체의 기본권을 보호하기 위함에 있다고 정리된다.

[결정②]에서도 통지규정 흠결을 이유로 한 적법절차 원칙 위배 여부가 문제되었다. 이 사건 심판대상 조항에 따르면, 수사기관의 통신자료 제공요청이 있는 경우에도 통신자료의 정보주체인 이용자에게 통신자료 제공요청의 사실이 사전에 고지되지 않고, 전기통신사업자가 수사기관에게 통신자료를 제공한 이후에도 이 사실이 이용자에게 별도로 통지되지 않는다. 따라서 이용자는 스스로 「개인정보 보호법」 제35조 제1항에 따라 전기통신사업자에게 통신자료 제공내역에 대한 열람을 요구하지 않는 한 자신의 통신자료가 제공된 사실을 알 수 없다. 그런데 당사자에 대한 통지는 당사자가 ‘기본권 제한 사실을 확인’ 하고 ‘그 정당성 여부를 다룰 수 있는 전제조건’ 이 된다는 점에서 매우 중요하다. 이 경우에도 효율적인 수사, 정보수집의 신속성, 밀행성 확보가 필요하기는 하므로, 정보주체인 이용자에게 사전에 그 내역을 통지하지 않는 것은 적절한 조치일 수도 있다. 하지만 수사기관이 통신자료를 취득한 이후에는 수사 등 정보수집의 목적에 방해가 되지 않는 범위 내에서 통신자료의 취득사실을 이용자에게 통지해야 한다. 이러한 사후적 통지를 통해서 이용자는 통신자료 제공요청 및 제공이 적법한 절차에 따라 이루어졌는지, 통신자료가 제공 목적에 부합하게 사용되었는지 등을 확인할 수 있고, 만일 그 과정에서 수사기관의 불법·부당한 행위를 발견하게 된다면, 그에 상응한 적절한 권리구제절차를 취함으로써 자신의 개인정보가 불법·부당하게 이용되는 것을 통제할 수 있

5) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191등.

다. 즉 ‘자신의 개인정보에 대한 통제기회’를 가질 수 있게 되는 것이다. 심판대상 조항은 이러한 사후통지 규정이 없으므로 적법절차 원칙에 위배된다.⁶⁾

즉 정보주체인 이용자에 대한 통지가 이루어져야만 당사자가 기본권 제한 사실을 확인할 수 있게 되고, 확인 결과 수사 과정에 위법·부당이 발견되면 그 정당성 여부를 다투는 권리구제절차를 밝음으로써 즉시 자신의 개인정보에 대한 통제권을 행사하고 개인정보자기결정권의 침해로부터 보호받을 수 있게 되는 것이다.

나. 현행법 규정의 내용 및 문제점

(1) 통신제한조치

통신제한조치의 경우 「통신비밀보호법」 제9조의2에서 그 조치의 집행에 관한 통지절차를 규정하고 있다. 우선 검사가 범죄수사를 위한 통신제한조치(제6조)나 긴급통신제한조치(제8조)를 집행한 경우에는 공소제기 처분 또는 입건을 하지 않는 처분(기소중지 결정, 참고인중지 결정 제외)을 한 날부터 30일 이내에 그 대상자에게(우편물 검열의 경우) 또는 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게(감청의 경우) 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지해야 한다(제9조의2 제1항 본문). 고위공직자범죄수사처(이하 ‘공수처’로 약칭) 검사가 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 관계 서류와 증거물을 송부한 사건의 경우에는 이를 처리하는 검사로부터 공소제기 처분 또는 공소를 제기하지 않는 처분(기소중지 결정, 참고인중지 결정 제외)의 통보를 받은 날부터 30일 이내에 그러한 서면 통지를 해야 한다(동조 제1항 단서). 사법경찰관의 경우에는 검사로부터 공소제기 처분 또는 공소를 제기하지 않는 처분(기소중지 결정, 참고인중지 결정 제외)의 통보를 받거나 자신이 불송치 처분(수사중지 결정 제외) 또는 불입건 처분을 한 날로부터 30일 이내에 서면 통지를 해야 한다(동조 제2항).

물론, 통지 시 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 경우 또는 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 염려가 현저한 경우에는 그 사유가 해소될 때까지 통지를 유예할 수 있는데(동조 제4항), 검사 또는 사법경찰관은 소명자료를 첨부하여 사전에 관할지방 검찰청 검사장의 승인을, 공사처 검사는 공수처장의 승인을 받아야 한다(동조 제5항). 검사 또는 사법경찰관은 위 사유가 해소되면 그 날부터 30일 이내에 통지의무를 이행해야 한다(동조 제6항).

이처럼 현행법은 수사주체에 따라 구분하여 통신제한조치 사실의 통지 및 통지유예에 대해 자세히 규율하고 있기는 하지만, 공소제기·불기소·불송치·불입건 처분을 한 경우와 달리 기소중지·참고인중지·수사중지 결정을 한 경우 및 수사가 진행 중인 경우에는 처음부터 통지의무를 부과하고 있지 않다. 또한 처분·통보가 있는 날로부터 30일이라는 제척기간을 설정하여 그 통지가 4주나 지나서 이루어질

6) 헌재 2022. 7. 21. 2016헌마388등.

수 있다는 점에서 문제의 소지가 있다.⁷⁾ 마지막으로 즉각적인 통지를 저지할 수 있는 통지유예에 관해 규정하면서 객관적인 제3의 기관이 아니라 같은 소추기관인 관할지검장 또는 공수처장의 승인을 받게 한 것도 공정성의 차원에서 문제가 있다.

(2) 통신사실 확인자료 제공요청

통신제한조치와 달리 통확자료 제공요청에 대해서는 「통신비밀보호법」에 더 자세한 통지규정을 두고 있다. [결정①]에 따라 헌법불합치 결정이 내려진 관계로 입법자가 더 헌법에 합치하는 방향으로 개정을 했기 때문이다.

우선 통신제한조치의 경우와 동일하게 검사, 공수처 검사, 사법경찰관의 공소제기·불기소·불송치·불입건 처분을 한 날로부터 30일 이내, 공수처 검사, 사법경찰관이 검사로부터 공소제기 처분 또는 공소를 제기하지 않는 처분(기소중지 결정, 참고인중지 결정 제외)의 통보를 받은 날로부터 30일 이내에 통확자료 제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 그 대상자에게 서면으로 통지해야 한다(제13조의3 제1항 제1호). 한편, 통신제한조치와 달리 기소중지·참고인중지·수사중지 결정을 한 경우 및 수사가 진행 중인 경우에도 통지의무가 인정된다. 전자의 경우에는 그 결정을 한 날 또는 통보를 받은 날로부터 1년이 경과한 때로부터 30일 이내에(동조 제1항 제2호), 후자의 경우에는 통확자료 제공을 받은 날로부터 1년이 경과한 때로부터 30일 이내에 통지를 해야 한다(동조 제1항 제3호).

이 경우에도 통지를 유예할 수 있는데, 통신제한조치의 경우보다 더 자세한 사유를 규정하고 있다. 즉 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 우려가 있는 경우, 피해자 또는 그 밖의 사건관계인의 생명이나 신체의 안전을 위협할 우려가 있는 경우, 증거인멸·도주·증인 위협 등 공정한 사법절차의 진행을 방해할 우려가 있는 경우, 피의자·피해자 또는 그 밖의 사건관계인의 명예나 사생활을 침해할 우려가 있는 경우에 그 사유가 해소될 때까지 통지의 유예가 가능하다(동조 제2항). 마찬가지로 통지유예 시 관할지검장 또는 공수처장의 사전승인이 필요하고(동조 제3항), 그 사유가 해소된 날부터 30일 이내에 통지의무를 이행해야 한다(동조 제4항). 통지를 받은 사람은 해당 통확자료 제공을 요청한 사유를 알려달라고 서면으로 신청할 수 있고(동조 제5항), 이 경우 검사 또는 사법경찰관은 통지유예의 사유가 있는 것이 아닌 한 신청을 받은 날로부터 30일 이내에 그 사유를 서면으로 통지해야 한다(동조 제6항).

통신제한조치와 비교하면, 기소중지·참고인중지·수사중지 결정을 한 경우 및 수사가 진행 중인 경우에도 통지의무를 인정한다는 점에서 수사대상자에게 더 유리한 형태를 취하고 있기는 하다. 하지만 처분·통보가 있는 날로부터 30일 이내라는 기간이 짧지 않다는 점은 이 경우에도 마찬가지이다. 더군다나 기소중지·참고인중지·수사중지 결정을 한 경우 및 수사가 진행 중인 경우에는 1년을 더 추가하고 있

7) 박중욱, “통신비밀보호법 통지규정의 문제점과 개선방향”, 형사법의 신동향 68, 2020, 120면.

다는 점에서 사실상 수사기관에게 통지의무를 부과한 실익이 있는지 의문이 들게 된다.⁸⁾ 또한 통신제한조치와 마찬가지로 통지유예의 승인권자가 소추기관인 점도 문제가 있다. [결정①]에서도 정보주체의 기본권을 덜 침해하는 대안을 제시하면서 “통화자료 제공 이후 일정한 기간이 경과하면 원칙적으로 수사·내사의 대상인 정보주체에 대해 이를 통지하도록 하되, 통지가 수사에 지장을 초래하는 경우 등에는 사법부 등 객관적·중립적 기관의 허가를 얻어 그 통지를 유예하는 방법”이 개선 입법으로 고려될 수 있음을 언급했는데, 통신제한조치와 마찬가지로 법원이 아니라 관할 지검장 또는 공수처장의 승인을 받게 규율하는 것은 헌법재판소 결정의 취지에도 부합하지 않는다.⁹⁾

(3) 통신자료 제공요청

「전기통신사업법」 제83조 제3항에는 수사기관이 수사 목적의 정보수집을 위해 통신자료의 열람이나 제출을 전기통신사업자에게 요청할 수 있다고 되어 있을 뿐이고, 「통신비밀보호법」상 통신제한조치나 통화자료 제공요청과 달리 아무런 통지 규정을 두고 있지 않다. 비밀수사의 특성상 사전통지를 하지 않는 것은 어느 정도 정당성이 인정될 수 있지만, 이용자의 성명·주민등록번호·주소·전화번호 등의 개인정보를 수집하면서 아무런 사후통지를 하지 않아도 되게 규정한 것은 정보주체인 이용자의 기본권을 침해할 소지가 많다. 개인정보 보호라는 관점에서 보면 특별히 통신자료를 통화자료와 달리 취급할 아무런 이유가 없기 때문에, 사후통지 관련 규정이 흠결된 것은 중대한 입법 불비에 해당한다.¹⁰⁾

헌법재판소도 [결정②]에서, 통신자료는 수사나 국가안전보장의 유지를 위해 수집할 수밖에 없는 최소한의 기초정보에 해당한다고 보아, 이 정보의 제공요청을 허용하는 것 자체가 과잉금지원칙에 반하여 이용자의 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수는 없다고 했지만, 통지의 예외나 제한 사유를 함께 규정하여 수사기관의 소추이익을 보장할 수 있는 방안이 있음에도 불구하고 아무런 사후통지절차를 마련하고 있지 않는 것은 이용자(청구인) 자신의 개인정보에 대한 통제기회를 박탈하는 것으로서 적법절차 원칙에 반하여 이용자의 개인정보자기결정권을 침해한다고 판단한 바 있다.¹¹⁾

(4) 신분비공개수사·신분위장수사

신분비공개수사·신분위장수사를 규율하고 있는 「청소년보호법」 제25조의2 이하에서도 사후통지와 관련된 규정을 찾아볼 수 없다. 법무부도 입법 과정에서 신

8) 이훈재, “독일의 휴대전화 위치정보추적수사와 당사자에 대한 통보제도”, 법조 68-4, 2019, 520면.

9) 박중욱, 2020년 논문, 121면.

10) 이순옥, “수사목적에 위한 개인정보 활용의 한계”, 형사소송 이론과 실무 12-1, 2020, 135면.

11) 헌재 2022. 7. 21. 2016헌마388등.

분비공개수사·신분위장수사가 실시된 사실의 통지 등의 기본권 보호를 위한 규정을 마련해야 한다는 의견을 피력하였지만,¹²⁾ 입법자는 「통신비밀보호법」 제9조의 2 및 제13조의3과 같은 사후통지절차를 함께 도입하지는 않았다. 이 수사조치도 마찬가지로 비밀수사에 해당하므로, 위와 특별히 달리 취급할 이유가 없다. 또한 [결정②]의 취지처럼 통지유예와 같은 예외사유를 함께 규정하면서 통지의무를 부과한다면 형사소추의 이익과 수사대상인 피의자의 기본권을 조화시킬 수 있으므로,¹³⁾ 이러한 대안을 고려하지 않고 전면적으로 사후통지 관련 규정을 두지 않는 것은 충돌하는 이익 중 후자를 과도하게 경시한 위헌적 입법 형태라고 할 수 있다.

2. 불복절차

가. 불복의 의미

헌법재판소는 비밀수사에 관한 [결정①]과 [결정②]에서 통지에 대해 설명하면서 수사대상자의 이의제기(불복)에 대한 내용도 함께 설시하고 있다. 우선 [결정①]에서는 수사기관의 권한남용 방지 및 정보주체의 기본권 보호를 위해 정보주체에게 ‘실질적인 의견진술의 기회를 부여’ 해야 한다고 보면서, 정보주체인 피의자 등이 수사기관으로부터 통지를 받아서 확인한 결과 수사절차상의 불법·부당의 사실이 있으면 ‘수사기관이나 법원에 그 시정을 요구하여 실효성 있는 권리구제’를 받을 수 있다고 본다.¹⁴⁾ [결정②]에서도 수사기관의 통지를 통해 당사자는 기본권 제한 사실을 확인하고 수사절차의 ‘정당성 여부를 다룰 수 있다’고 하면서, 당사자가 수사기관의 불법·부당한 행위를 발견하면 그에 상응한 ‘적절한 권리구제절차를 취함’으로써 자신의 개인정보가 불법·부당하게 이용되는 것을 통제할 수 있다고 강조한다.¹⁵⁾ 그런데 [결정①]에서는 시정권자로서 수사기관과 법원 모두를 상정하고 있지만, 형사소추라는 동일한 목적을 추구하는 한 사법경찰, 검찰청 검사, 공수처 검사 간에 또는 그 내부에서 적절한 통제와 심사가 이루어질 것이라고 단정할 수 없다. 그러므로 결국 수사대상자가 실질적 의견진술을 통해 실효적인 구제받을 수 있는 방법은 법원이 주체가 된 시정절차를 거치는 것이다. [결정②]에서 언급된 ‘적절한 권리구제절차’ 역시 동일하게 해석해야 한다.

더 나아가 - 비밀수사의 문제는 아니지만 - 2018년 8월 결정(이하 ‘[결정③]’으로 약칭)에서 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 「디엔에이법」으로 약칭) 제8조에 대해 헌법불합치 결정을 내리면서 불복절차의 중요성을 강조한 바 있다. 「(구)디엔에이법」 제8조는 디엔에이 감식시료 채취영장 발

12) 법제사법위원회, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안(대안) 체계자구 검토보고서, 2021.2.26., 10-11면.

13) 신상현, 2021년 논문, 134면.

14) 현재 2018. 6. 28. 2012헌마191등.

15) 현재 2022. 7. 21. 2016헌마388등.

부 과정에서 채취대상자에게 자신의 의견을 밝히거나 영장 발부 후 불복할 수 있는 절차 등에 관해 규정하고 있지 않았다. 압수 시 피고인은 형사소송법(이하 우리나라 형사소송법의 경우 법명을 생략) 제417조의 준항고를 제기하여 위법한 압수처분의 취소를 구하고 위법하게 수집된 압수물이 형사사건에서 자신에게 불리하게 이용되는 것을 저지할 기회가 있고, 체포·구속영장이 발부된 피의자도 체포·구속 적부심사 등을 통해 체포·구속의 당부에 관한 심사를 요구할 수 있는 기회가 있는데 반해, 디엔에이 감식시료 채취영장이 발부된 경우에는 이에 대해서 불복할 수 있는 아무런 규정이 마련되어 있지 않으므로, 채취대상자는 자신의 디엔에이 신원 확인정보가 데이터베이스에 수록되는 것을 감수할 수밖에 없다. 결국 채취대상자는 이 과정에서 신체의 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 중대하게 제한받을 수 있는데도 불구하고 디엔에이 감식시료 채취영장이 집행된 이후에 채취행위의 ‘위법성 확인을 청구할 수 있도록 하는 등의 실효성 있는 구제절차’가 존재하지 않은 것이다. 즉 그 영장 발부에 대하여 불복할 수 있는 기회를 주거나 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있도록 하는 구제절차마저 마련하고 있지 않음으로써, 채취대상자의 ‘재판청구권’은 형해화되고 채취대상자는 범죄수사 내지 예방의 객체로만 취급받게 되는 것이다.¹⁶⁾ 이 결정 이후 「디엔에이법」 제8조의2가 신설되어 불복절차가 마련되었다. 이제 디엔에이 감식시료의 채취대상자는 영장에 의한 검사 또는 사법경찰관의 디엔에이 감식시료 채취행위에 대해서 제417조의 준항고처럼 불복을 할 수 있게 된 것이다.

위 결정들을 종합해 보면, 헌법재판소는 통지와 결합된 불복절차의 필요성을 강조하면서 수사대상자의 권리구제를 위한 불복 기회의 보장을 재판청구권의 차원에서 바라보고 있다고 결론지을 수 있다.

나. 현행법 규정의 문제점

헌법재판소가 비밀수사와 관련하여 통지절차의 중요성을 언급하며 불복절차를 통한 실효적 권리구제를 강조하고 있음에도 불구하고, 현행법상 어떤 비밀수사에 대해서도 불복절차 규정이 마련되어 있지 않다. 우선 「통신비밀보호법」상 통신제한조치 및 통화자료 제공요청의 경우 통지규정은 두고 있지만, 그 이후의 권리구제 수단으로서의 불복절차를 규정하고 있지 않다.¹⁷⁾ 「전기통신사업법」상 통신자료 제공요청의 경우에도 불복규정이 없는데, [결정②]의 경우 사후통지 규정의 흠결을 이유로 헌법불합치 결정이 내려진 것에 불과하기 때문에, 추후 개정이 이루어지더라도 그러한 취지에만 따른다면 불복절차까지 함께 마련할 것으로 기대되지는 않는다. 「청소년성보호법」상 신분비공개수사 및 신분위장수사의 경우에도 마찬가지로 아무런 통지·불복규정을 찾아볼 수 없다.¹⁸⁾

16) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌마344등.

17) 신상현, “수사절차에서 준항고를 통한 피의자의 법적 보호”, 외법논집 43-3, 2019, 114면.

18) 신상현, 2021년 논문, 133면.

입법자가 특별히 어떤 이유에서 비밀수사에 대해 불복규정을 마련하지 않은 것인지 알 수 없다. 더군다나 비밀수사의 경우 형사소추의 이익 및 수사의 비밀성을 강조하면서 전면적으로 통지 및 불복을 허용하지 않는 것도 아니고, 통신제한조치 및 통확자료 제공요청의 경우에는 통지절차에 대해 자세히 규정하면서 불복절차에 대해서는 일절 언급하지 않는 것도 모순적이다. 수사대상자가 법원으로부터 수사절차의 위법성을 확인받아 그 시정을 구할 수 있게 하기 위해서 그에게 통지의무를 부과한 것인데, 통지만 하고 아무런 절차적 구제책을 제공하지 않는다면 - [결정③]의 표현에 따르자면 - 수사대상자의 ‘재판청구권’이 형해화되고 그는 범죄수사의 객체로만 취급받게 되는 것이다.

III. 해외 입법례

그렇다면 우리와 유사한 법체계를 지니고 있는 대륙법계 선진국인 독일, 오스트리아, 스위스에서 비밀수사와 관련하여 통지·불복절차를 어떻게 규정하고 있는지를 검토함으로써, 우리나라 법률의 개정 방향을 고찰해 볼 필요가 있다.

1. 독일

가. 비밀수사의 유형

독일에서는 형사소송법에 직접 여러 형태의 비밀수사를 규율하고 있다. 이 중 우리나라 「통신비밀보호법」상 통신제한조치와 유사한 규정은 독일 형사소송법(이하 ‘독’로 약칭) 제100조a이고, 전기통신 감청뿐만 아니라 암호통신 감청까지 규정하고 있다.¹⁹⁾ 그 제한 및 절차에 관한 규정은 독 제100조d와 제100조e이다. 주거 공간에 대한 음성 감청(=대도청)(독 제100조c)과 주거 밖에서의 음성 감청(=소도청)(독 제100조f)은 「통신비밀보호법」 제14조의 타인의 대화비밀 침해금지와 대응된다.²⁰⁾ 통확자료 제공요청과 관련되는 수권규범은 통신접속정보(=교신정보)(Verkehrsdaten)의 수집에 관한 독 제100조g이고,²¹⁾²²⁾ 통신자료 제공요청과 대응되는 규정은 가입자 기본정보(Bestandsdaten)의 제공요구에 관한 독 제100조j이다.²³⁾ 또한 비밀수사관(VE) 투입조치가 규정되어 있는데, 마약범죄, 국가안보범죄,

19) 자세한 것은 윤해성 등, 영장주의의 현대적 한계와 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2020, 225-226면.

20) 윤해성 등, 앞의 책, 227면.

21) 자세한 것은 윤해성 등, 앞의 책, 227-231면; 이호중, “통신사실확인자료 제공 제도의 문제점과 개선방향”, 경찰법연구 17-1, 2019, 51-53면.

22) 한편, 2020년 5월 27일 독일 연방헌법재판소 결정(BVerfG NJW 2020, 2699)에 따라 독 제100조k(텔레미디어 서비스 이용정보의 수집)가 독 제100조g와 별도로 새롭게 규정되었다.

23) 자세한 것은 윤해성 등, 앞의 책, 232-234면; 이성대 등, “통신비밀자료의 제공과 관련한 주요국의 법제 비교와 시사”, 가천법학 10-3, 2017, 238-239면.

조직범죄 등 특정한 중범죄와 관련하여 비밀수사관 투입을 위한 실체적·절차적 요건은 독 제110조a-제110조c에, 아동 음란물을 제작·배포하는 방식으로 아동 대상 디지털 성범죄를 수사하는 비밀수사관 투입을 위한 실체적·절차적 요건은 독일 형법 제184조b 제6항²⁴⁾과 독 제110조d에 규정되어 있다.²⁵⁾ 여기서 후자의 유형은 우리의 「청소년성보호법」상 신분위장수사와 유사하다.²⁶⁾

그 외에도 비밀수사의 유형으로 데이터 비교조사(독 제98조a), 우편물 압수(독 제99조), 온라인 수색(독 제100조b), 주거 밖에서의 촬영 및 기술적 수단을 이용한 감시 등(독 제100조h), 이동통신기기의 번호 및 위치 수사(‘MSI-Catcher’)(독 제100조i), 검문에서 수집한 데이터의 저장과 비교조사(독 제163조d), 경찰 검문 시 관찰을 위한 수배조치(독 제163조e), 장기간의 감시(독 제163조f), 자동 차량번호 인식(독 제163조g)²⁷⁾이 규정되어 있다.

나. 통지·불복절차

위와 같은 비밀수사가 이루어진 경우 수사대상자의 기본권 보호에 관한 내용은 독 제101조에 통합적으로 정비되어 있다.²⁸⁾ 즉 수사기관은 관련 당사자의 보호가치 있는 중대한 이익에 반하지 않는 한 위 비밀수사의 대상자들에게 ‘통지’해야 할 의무가 있고(동조 제4항 제1문), 통지 시 제7항에 따른 사후적인 권리보호 수단과 그 기한을 고지해야 한다(동조 제4항 제2문). 한편, 수사의 목적, 사람의 생명, 신체의 불가침성, 개인적 자유와 중대한 재산가치 등을 위태롭게 할 우려가 있으면 통지를 유예할 수 있고, 그 사유를 문서화해야 한다(동조 제5항). 이렇게 유예된 통지가 비밀수사의 종료 후 12개월 내에 이루어지지 않은 경우 이를 계속 유예하기 위해서는 법원의 승인을 요한다(동조 제6항 제1문). 제4항 제1문에 따라 통지를 받은 자들은 비밀수사의 종료 후 통지한 때로부터 2주일 이내에 관할법원에 그 처분 및 집행방법의 ‘적법성에 대한 심사를 청구’할 수 있다. 수사단계에서는 비밀수사처분의 명령을 관할하던 법원에 심사를 청구하고, 공소가 제기되고 피고인이 통지를 받은 경우에는 본안법원이 종국판결을 내리면서 그 청구에 대해 심사를 한다. 이 재판에 대해서 즉시항고로 다룰 수 있다(동조 제7항)

다만, 독 제100조g와 제100조k에 대해서는 독 제101조a 제6항과 제7항에서 별도의 규정을 두고 있다.²⁹⁾ 독 제100조g와 제100조k 제1항, 제2항의 대상자에 대해서

24) 2020. 3. 3. 처음 도입될 당시에는 제5항 제2문이었으나, 2021. 7. 1. 개정이 되어 제6항으로 옮겨졌다.

25) 자세한 내용은 신상현, “아동·청소년 대상의 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사관 제도의 도입방안”, 고려법학 97, 2020, 160-172면; 윤해성 등, 앞의 책, 235-236면.

26) 신상현, 2021년 논문, 126면.

27) 우리나라에서는 경찰청훈령인 ‘수배차량 등 검색시스템 운영 규칙’을 근거로 하여 수배차량 검색시스템(WASS)을 운영한다. 이에 대한 비판 및 독 제163조g의 설명으로는 신상현, “CCTV를 통한 수배차량 검색시스템 운영에 대한 비판적 고찰”, 사법 59, 2022b, 371면 이하.

28) 독 제101조의 연혁에 대해서는 박중욱, 2020년 논문, 108-111면.

29) 왜냐하면 이들 규정은 독일 연방헌법재판소가 제시한 기준에 따르면 비밀수사가 아니라 공개수사로 분

는 독 제101조a 제6항에서 별도로 통지의무를 규정하면서(제1문) 통지유예 및 불복에 관해서는 독 제101조 제5항-제7항을 준용하고 있다(제2문). 반면, 독 제100조k 제3항의 대상자에 대해서는 독 제101조a 제7항에서 별도로 통지(제1문), 통지유예(제2문), 통지생략(제3문)에 관한 규정을 두고 있지만, 불복절차를 직접 규정하거나 준용하고 있지 않은 관계로 불복절차에 관한 일반규정인 독 제98조 제2항 제2문을 유추하여 법원에 심사를 청구할 수 있다.³⁰⁾ 또한 독 제110조a-제110조c와 달리 독 제110조d도 제101조를 준용하고 있지 않는데, 이 경우에도 독 제98조 제2항 제2문을 유추하여 불복할 수 있다.³¹⁾

2. 오스트리아

가. 비밀수사의 유형

오스트리아 형사소송법(이하 ‘오’로 약칭)상 비밀수사는 제8편(수사처분과 증거조사)의 제4장-제6장에 규정되어 있다. 우선 제4장에는 관찰(오 제130조), 비밀수사(오 제131조), 가장매매(오 제132조)와 그 정의(오 제129조) 및 절차요건(오 제133조) 규정이 있고, 제5장에는 우편물 압수(오 제135조 제1항), 메시지(Nachricht) 전달자료에 관한 정보제공(오 제135조 제2항), 기계장치의 지리적 위치 확인(Lokalisierung)(‘MSI-Catcher’)(오 제135조 제2항a), 메시지 전달자료의 저장(오 제135조 제2항b), 메시지 감시(오 제135조 제3항), 시청각적 감시(오 제136조)와 그 정의(오 제134조) 및 절차요건 등의 규정(오 제137조-제140조)이 있으며, 제6장에는 자동 데이터 비교조사(오 제141조-제143조)가 있다.³²⁾

이 중 우편물 압수는 우편물의 검열과, 메시지 감시는 전기통신 감청과 유사하여 우리나라 「통신비밀보호법」상 통신제한조치에 대응되고,³³⁾ 메시지 전달자료에 관한 정보제공은 전송·접속·위치자료에 대한 정보를 제공받는 것으로서 「통신비밀보호법」상 통화자료 제공과 유사하다.³⁴⁾ 「통신비밀보호법」상 통신자료와 유사한

류되므로(BVerfGE 125, 260, 335 f.), 체계상 독 제101조에 통합시켜 규정할 수 없었기 때문이다(M-G/S/Köhler, § 101a, Rn. 1). 하지만 전기통신사업자에게는 처분이 공개되지만 정보주체인 이용자들에게 대해서는 처분이 비공개로 이루어지므로, 이를 공개수사로 취급해서는 안 된다는 지적으로는 LR-StPO/Hauck, § 101a, Rn. 3; SSW-StPO/Eschelbach, § 101a, Rn. 610. 같은 취지로 이들을 공개적 및 비공개적 성격을 모두 지니고 있는 ‘혼합적’ 처분이라고 지칭하는 견해로는 HK-GS/Hartmann, § 101a, Rn. 1.

30) M-G/S/Köhler, § 101a, Rn. 33; MüKo-StPO/Rückert, § 101a, Rn. 136. 당사자가 이미 종료된 처분에 대해서 독 제98조 제2항 제2문에 따라 불복을 하려면 법적 보호이익(반복될 위험, 명예회복의 이익, 중대한 기본권 침해)이 존재해야 하는데, 독 제101조 제7항 제2문에 따른 불복할 때에는 이러한 이익의 증명이 필요하지 않다(HK-StPO/Gercke, § 101, Rn. 16). 따라서 후자가 더 유리한 것이다.

31) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 5, 7.

32) (일부를 제외하고) 각 수권규범에 대해 자세히는 오상지, “비밀수사의 법제화에 관한 연구”, 경찰학연구 21-2, 2021a, 22면 이하.

33) 오상지, “통신수사의 기본권 침해에 관한 연구”, 경찰학연구 20-2, 2020, 21면.

34) 오상지, 2020년 논문, 15, 18면.

것으로서 오스트리아 전기통신법에 기본자료(Stammdaten)가 규정되어 있는데, - 우리나라와 달리 - 기본자료의 제공요청을 받은 전기통신사업자에게는 제공의무가 부과된다(오 제76조a 제1항).³⁵⁾ 비밀수사는 ‘단순 비밀수사(오 제131조 제1항)’와 ‘장기간 실시되는 체계적 비밀수사(오 제131조 제2항)’로 구분되는데,³⁶⁾ 전자와 후자는 각각 「청소년정보보호법」상 신분비공개수사 및 신분위장수사와 유사하다.³⁷⁾

나. 통지·불복절차

비밀수사 이후에 이루어지는 ‘통지’는 각 절차규정에 마련되어 있다. 가중된 형태(기술적 수단을 사용하거나 48시간 이상 또는 독일 영토 밖에서 실시된 경우)의 관찰(오 제130조 제3항), 장기간의 비밀수사(오 제131조 제2항), 가장매매(오 제132조)의 경우에는 그 종료 후 피의자와 관련 당사자에게 그 사실을 통지해 주어야 한다(오 제133조 제4항 제1문). 비밀수사의 특성상 이러한 통지가 이루어져야만 수사대상자가 불복신청권이 있음을 인지할 수 있게 된다.³⁸⁾ 다만, 이 수사절차 또는 다른 절차의 목적을 위태롭게 할 수 있는 경우에는 통지를 유예할 수 있다(오 제133조 제4항). 통지유예의 기간은 검사가 정할 수 있는데, 대상자의 불복신청권을 보장하기 위하여 책임 있는 결정을 내려야 한다.³⁹⁾ 오 제135조-제136조상의 모든 처분의 경우에도 대상자에게 지체 없이 통지해야 하나, 마찬가지로 수사목적에 고려하여 통지유예가 가능하다(오 제138조 제5항). 자동 데이터 비교조사의 경우에도 대상자에 대한 통지 및 통지유예 규정을 두고 있다(오 제142조 제3항).

개별 규정에 따라 통지를 받은 수사대상자는 오 제106조-제107조에 따라 법원에 이의제기를 함으로써 수사절차의 위법성 확인을 받아 낼 수 있다.⁴⁰⁾ 이 ‘권리침해로 인한 이의제기(Einspruch wegen Rechtsverletzung)’는 수사단계에서 ‘검사에 의해 형사소송법에 따라 인정되는 권리의 행사가 거부’되었거나 ‘법률규정을 위반하여 수사상 강제처분을 명령·집행되어 자신의 주관적 권리가 침해’된 자가 주장할 수 있다(오 제106조 제1항 제1문). 법원은 필요한 경우 직권으로 비공개와 구두심리를 실시하여 이의제기를 한 자나 검사의 의견을 들을 수 있다(오 제107조 제2항). 인용결정이 내려진 경우에는, 검사와 사법경찰은 그들이 할 수 있는 모든 수단을 사용하여 이의제기에 부합하는 상황을 회복시켜야 한다(오 제107조 제4항).⁴¹⁾ 위법한 비밀수사가 행해진 경우는 ‘강제처분이 법률규정을 위반하여 수사대상자

35) 오상지, 2020년 논문, 14, 17면.

36) 자세한 신상현, 2021년 논문, 125면; 오상지, “아동·청소년의 정보보호에 관한 법률상 위장수사의 문제점에 관한 연구”, 경찰학연구 21-3, 2021b, 167-170면.

37) 신상현, 2021년 논문, 126면.

38) WK-StPO/Zerbes, § 133, Rz. 10.

39) Bertel/Venier, StPO, § 133, Rz. 4.

40) Fabrizio, § 134, Rz. 4; Seiler, Strafprozessrecht, 2022, Rz. 494.

41) 오스트리아의 불복절차에 대해 자세한 신상현, “피의자의 권리보호를 위한 준항고 제도의 개선 방안”, 비교형사법연구 23-4, 2022, 152면 이하. 한편, 검사나 법원의 명령이 없는 사안에서 사법경찰의 독자적 행위에 의해 권리가 침해된 사람은 일반법원이 아니라 행정법원에 항고를 제기하여 구제받을 수 있다.

(피의자)의 주관적 권리를 침해’ 한 경우에 해당하므로,⁴²⁾ 수사대상자는 이를 근거로 하여 법원에 이의제기를 함으로써 권리회복을 꾀할 수 있다.

3. 스위스

가. 비밀수사의 유형

스위스 형사소송법(이하 ‘스’로 약칭)은 제5편(강제처분) 제8장(비밀의 감시조치)에 비밀수사의 유형으로서 우편·통신 감시(스 제269조 이하),⁴³⁾ 기술적 감시장비를 이용한 감시(스 제280조 이하), 관찰(스 제282조 이하),⁴⁴⁾ 금융거래 감시(스 제284조 이하), 비밀수사(스 제285조a 이하),⁴⁵⁾ 비밀수색(Fahndung)(스 제298조a 이하)을 규정하고 있다. 이 중 우편·통신수단 감시는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청에 해당하여 우리나라 「통신비밀보호법」상 통신제한조치와 유사하고, 비밀수사와 비밀수색은 각각 「청소년보호법」상 신분위장수사와 신분비공개수사와 유사하다.

나. 통지·불복절차

각 비밀수사가 이루어진 경우 수사기관은 개별 규정에 따라 그 집행 이후에 관련 당사자(피의자, 제3자 등의 피감시자)에게 그 사실을 ‘통지’해야 한다. 물론, 비밀수사의 목적 달성을 위해 사전통지를 해야 할 필요는 없다. 사후통지를 해야 하는 이유는 수사대상자가 이의제기권을 행사할 수 있게 보장하기 위해서이다.⁴⁶⁾ 그에 따라 각각의 비밀수사에 대해 개별적으로 통지규정을 두면서 ‘항고(Beschwerde)’를 함으로써 이의제기할 수 있음을 명시하고 있고, 항고에 관한 절차는 스 제393조 이하에 따라 진행된다.⁴⁷⁾

우편·통신 감시의 경우 검사가 늦어도 수사절차 종료 시에 감시의 이유, 방법, 기간을 통지하고(스 제279조 제1항),⁴⁸⁾ 예외적으로 감시로 획득한 정보가 증거의

42) Seiler, 앞의 책, Rz. 494.

43) 우편·통신 감시를 규정한 제1절 안에 검사가 법원의 승인을 받고 피감시자의 통신접속에 관한 주변정보(Randdaten)를 전기통신사업자에게 요구할 수 있는 제273조도 함께 규정되어 있다. 이는 우리나라의 통화자료 제공요청과 유사한 제도이다. 이것이 실시간으로 이루어지는 통신감청과 구별된다는 점에 대해서는 Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2020, Nr. 1566-1569.

44) 이는 공개된 장소에서 행해지는 조치라는 점에서 기본권 제한의 정도가 높지 않다. 따라서 범죄목록 규정이 없고 법원의 승인을 요하지 않는 등 그 실체적·절차적 요건이 완화되어 있다(Eicker/Huber/Baris, Grundriss des Strafprozessrechts, 2020, 179면; Oberholzer, 앞의 책, Nr. 1627).

45) 자세한 오상지, 2021년b 논문, 172-173면.

46) Eicker/Huber/Baris, 앞의 책, 144면.

47) 이 항고절차에서 심사되는 대상은 수사행위의 위법성일 뿐이고 획득한 증거의 증거능력 유무가 아니다. 후자에 대해서는 공판단계에서 사실심 법원이 판단한다(Schmid/Jositsch, StPO, Art. 279, N 14).

48) 공식적인 처분이 필요하지는 않고, 집행된 조치와 이의제기 가능성을 알려주는 것으로도 충분하다(Oberholzer, 앞의 책, Nr. 1610).

목적으로 사용되지 않고 동시에 중대한 공익 또는 사익의 보호를 위해 필요한 경우에 한하여 법원의 동의를 받아 통지를 유예하거나 생략할 수 있다(동조 제2항).⁴⁹⁾ 감시로 기본권을 제한받은 사람은 제393조-제397조에 따른 항고를 제기할 수 있고, 항고기간은 통지를 받은 때부터 기산한다(동조 제3항).⁵⁰⁾ 기술적 감시장비를 이용한 감시의 경우에도 스 제279조를 준용한다(스 제281조 제4항). 관찰의 경우 통지 및 통지유예·생략에 관한 규정이 있다(스 제283조).⁵¹⁾ 금융거래 감시에 대해서는 계좌 보유자에 대한 통지 및 통지유예·생략(스 제285조 제3항(제279조 제1항과 제2항 준용)) 규정과 피감시자에게 항고제기권(동조 제4항)을 부여하는 규정을 두고 있다. 비밀수사의 경우에도 통지 및 법원의 동의를 얻은 통지유예·생략(스 제298조 제1항, 제2항)과 항고(동조 제3항)에 관한 규정이 있으나, 비밀수색의 경우에는 통지 및 항고에 관한 스 제298조 제1항과 제3항만을 준용할 뿐이어서(스 제298조d 제4항) 통지의 유예·생략은 불가능하다.⁵²⁾

개별 규정에 따라 가능한 항고(불복)는 스 제393조 이하에 따라 이루어진다. 스 제393조 제1항 제a호는 경찰, 검찰의 모든 처분 및 절차(소송)행위에 대해 항고를 할 수 있다고 규정한다. 주로 (검사의 승인을 받은) 경찰이 강제수사를 하는 경우에 피의자가 그 위법성을 다투기 위해 항고를 제기하는 경우가 많다.⁵³⁾ 당사자는 재량권 일탈 및 남용, 절차지연 등을 포함하는 모든 법률위반 행위, 불충분하거나 잘못된 사실관계 확정, 부당한 행위에 대해서까지 불복하며 항고를 할 수 있다(스 제393조 제2항).

4. 정리 및 시사점

독일, 오스트리아, 스위스의 입법례를 살펴보면, 우리나라의 비밀수사에 해당하는 유형에 대해 모두 통지절차, 통지의 유예·생략, 불복절차를 법률상 명확히 규정하고 있음을 알 수 있다. 독일의 경우 단일한 조항으로 통합하여 관련 규정을 두고 있고, 오스트리아와 스위스의 경우 통지 및 그 유예·생략에 대해서는 개별 수권규범에 규정을 두면서 단일한 불복규정을 마련하고 있다는 차이가 있을 뿐이다. 결국 어느 나라에서나 비밀수사가 이루어진 사실을 통지받은 수사대상자가 직접 법원에 그 처분의 위법성 여부에 대한 심사를 청구할 수 있는 것이다.

49) 물론, 피감시자의 항고제기권을 보장하기 위해서 통지유예·생략은 제한적으로만 이용되어야 한다(Eicker/Huber/Baris, 앞의 책, 178면).

50) 피감시자가 그 전에 감시 사실을 알게 되었다더라도 통지한 때가 기산점이다(Oberholzer, 앞의 책, Nr. 1613).

51) 그 요건이 완화되어 있으므로, 통지유예·생략을 하는 경우에도 법원의 승인을 요하지 않는다(Oberholzer, 앞의 책, Nr. 1629). 한편, 항고에 관한 규정은 별도로 없지만, 스 제279조 제3항이나 제285조 제4항을 유추적용하여 당연히 항고를 제기할 수 있다고 본다(Schmid/Jositsch, StPO, Art. 283, N 6).

52) Schmid/Jositsch, StPO, Art. 298d, N 4.

53) Eicker/Huber/Baris, 앞의 책, 88면.

IV. 개선 방안의 제시

1. 재판청구권 보장을 위한 통지·불복절차

가. 재판청구권의 성격

재판청구권이란 국민이 권리구제를 받기 위한 목적으로 사법적 권리보호절차인 재판을 국가에 대하여 요청할 수 있는 권리를 말한다. 여기에는 재판절차에 접근할 권리와 재판절차 안에서 법치국가적으로 요청되는 공정성·무기평등 등의 실현을 요청할 수 있는 권리가 모두 포함된다.⁵⁴⁾ 전자의 권리가 전제되어야만 후자의 권리가 실체적으로 보장될 수 있다.

재판청구권은 기본적으로 청구권적 기본권으로서의 성격을 지니고 있으므로, 입법자에 의한 구체적인 제도 형성이 필요하여 원칙적으로 입법자가 정책적 판단을 할 때 그 재량의 한계를 일탈하지 않는 한 쉽게 위헌이라고 결론지을 수는 없다.⁵⁵⁾ 반대로 말하면 입법재량의 한계를 넘어서는 경우에는 위헌으로 될 수 있다는 것인데, 결국 그 기준을 어떻게 설정할 것인지가 중요한 문제로 대두된다. 그런데 재판청구권은 국민이 자신의 기본권이 침해당하거나 침해당할 위험에 처해 있을 때 그에 대한 구제나 예방을 요청할 수 있는 권리라는 점에서 ‘다른 기본권의 보장을 위한 기본권’이라는 성격을 지니고 있으므로,⁵⁶⁾ 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만 제공할 뿐 ‘권리구제의 실효성’이 보장되지 않는 경우라면 입법재량의 한계를 일탈한 것이다.⁵⁷⁾ 따라서 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한 번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐만 아니라, 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 ‘실효성 있는 권리보호’를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖추 것을 요청한다.⁵⁸⁾

일단 위 헌법재판소 선례의 기준에 따라 판단해 본다면, 비밀수사로 인해 수사단계에서 수사대상자의 개인정보자기결정권 등 다른 기본권이 이미 침해되었는데도 불구하고 (피의자가 아닌 경우) 아무런 권리보호수단을 제공하지 않거나 (피의자인 경우) 단지 기소 후 공판단계에 들어가서 그 위법성을 다투라고 하는 것은 ‘실효성 있는 권리보호’라는 요건을 충족하지 못하여 입법재량의 한계를 넘어서는 경우에 해당할 여지가 있다. 이하에서 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

54) 김현귀, 재판청구권의 위헌심사기준, 헌법재판연구원, 2020, 15면.

55) 헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66.

56) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바430. 이와 관련하여, 입법자가 특정 사법제도를 불충분하게 형성한 경우에 침해되는 기본권이 사법적 권리구제절차를 통해 보호되어야 할 실체적 기본권인지 아니면 권리보호에 대한 형식적 접근을 보장하는 절차적 기본권인지 불분명하다는 문제가 있다. 어디에 초점을 두는지에 따라 위헌심사의 기준(과잉금지원칙 심사 vs. 자의금지(합리성) 심사)이 달라질 수 있다(자세히는 김현귀, 앞의 책, 67-74면). 이 문제는 이 글의 논점에서 벗어나므로 더 이상 상술하지 않는다.

57) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40; 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마259.

58) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180등.

나. 비밀수사와 공개수사의 구별 실익 없음

공개수사가 아닌 비밀수사가 실시되는 경우에도 형사소추의 이익과 수사대상자의 기본권 보호의 이익을 모두 만족시킬 수 있는 형량의 과정이 필요하다. 그런데 - 예외적으로 통지의 유예·생략이 인정되는 한 - 수사기관이 수사대상자에게 그 집행사실에 대한 사후통지를 하더라도 수사의 진행이 불가능해지는 것은 아니므로, 형사소추의 이익이 침해되지 않는다. 반면, 수사대상자는 이 시점에서 즉시 수사도중 발생할 수도 있는 절차상 위법성을 확인해야만 그로부터 획득된 증거물의 증거능력에 영향을 미칠 수 있게 된다.⁵⁹⁾ 이처럼 공판단계가 시작될 때까지 기다리지 않고 수사단계에서부터 이미 진행된 수사절차의 위법성을 확인할 실익이 있는 사례가 존재한다. 예를 들어 수사기관이 비밀수사를 통해 수사대상자가 모르게 획득한 단서를 바탕으로 하여 압수·수색 등 추가적인 강제조치를 이어가는 경우가 많은데, 수사대상자가 통지를 받은 후 즉시 이의제기를 하여 법원을 통해 선행절차의 위법성을 확인받는다면, 이어지는 후행절차로부터 파생되는 증거물의 증거가치까지 무효로 만들 수 있다. 특히 휴대폰, USB 등 정보저장매체를 대상으로 수사가 이루어지는 경우에는 본래의 혐의와 무관한 사실에 대해서도 무차별적으로 수사가 진행될 위험성도 크기 때문에, 수사단계에서부터 그 절차의 위법성을 확인받고 그 위법 여부를 다룰 수 있는 사법적 권리구제절차가 반드시 보장되어야 한다.⁶⁰⁾

이러한 불복의 필요성을 긍정하는 한 공개수사가 이루어진 경우와 비밀수사가 이루어진 경우를 달리 취급할 아무런 이유가 없다. 비밀수사의 경우에도 통지가 이루어진 이후에는 수사대상자가 자신의 기본권이 침해되었다고 인식한다는 점은 공개수사의 경우와 다를 바가 없기 때문이다. 그런데도 불구하고 구금·압수처분 등 (일부) 공개수사의 경우에는 제417조에 따른 준항고 절차를 통한 불복의 가능성을 인정하면서, 통신제한조치 등의 비밀수사의 경우에는 통지만 하고 - 일부는 통지도 없이 - 불복을 할 수 없게 규정하는 것은 문제가 있다. 비밀수사를 통해 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 인격권 등의 기본권이 침해될 수 있는 것과 별도로, 이와 같이 아무런 불복절차를 마련하고 있지 않은 것은 또 다른 기본권 침해를 예정하고 있는 것이다.

다. 헌법재판소 결정의 시사점

헌법재판소는 [결정①]과 [결정②]에서 통지절차의 불충분·흡결의 문제는 적법 절차 원칙의 위반과 관련되었다고 하였다. 즉 입법자가 당사자에게 자신의 개인정보

59) Eicker/Huber/Baris, 앞의 책, 144면. 즉 수사대상자 몰래 비밀수사가 실시된 이상 그 효력이 소급해서 상실되지는 않으나, 항고를 통해 위법성 확인을 받아 놓는다면 추후 공판단계에서 그로부터 획득한 증거물의 증거능력을 무효화할 수 있는 것이다(Oberholzer, 앞의 책, Nr. 1612; Schmid/Jositsch, StPO, Art. 279, N 14).

60) 정보저장매체에 대한 압수·수색과 관련하여 같은 취지로는 신동운, 간추린 신형사소송법(제15판), 2023, 306면.

를 통제할 수 있는 기회 및 수사절차의 위법성 및 자신의 기본권 제한 사실을 확인하고 그 정당성 여부를 다룰 수 있는 기회를 제공하지 않은 것이 적법절차 원칙에 반한다고 본 것이다.⁶¹⁾ 결국 통지 그 자체가 의미가 있다기보다는, 통지를 통해 수사대상자에게 법원에 이의제기(불복)를 하여 심사받을 수 있는 기회를 부여해야 한다는 점이 중요한 것이다.⁶²⁾ 특히 비밀수사는 수사대상자가 알지 못한 채 이루어지기 때문에 통지의 의미가 더욱 부각되는 것일 뿐이고, 통지절차만 보장해 준다고 하여 더 이상의 기본권 침해가 발생하지 않는 것은 아니다. 따라서 사후적 통지절차는 불복절차의 전제수단으로서 그 실질적 가치를 지니게 된다.⁶³⁾

이러한 불복절차에서는 형사소추라는 같은 이익을 추구하는 기관이 아니라 제3자인 법원을 통한 심사가 이루어져야만 객관적이고 공정한 권리구제가 실현될 수 있다. 즉 사법적 구제절차를 통해 개인의 권리가 보호되고 법질서가 회복되어야만 궁극적으로 법치국가가 실현되는 것이다.⁶⁴⁾ 그러므로 수사대상자에게 법원에 재판을 청구할 수 있는 기회를 보장해야 하고, 이것이 바로 헌법 제27조 제1항의 재판청구권인 것이다. 그러므로 비밀수사와 관련하여 서로 긴밀하게 연결되어 있는 통지·불복절차는 궁극적으로 재판청구권의 보장을 위한 필수적 수단이다.

헌법재판소는 - 이에 대한 청구가 없었던 관계로 - 비밀수사의 경우 불복절차의 필요성을 언급하고 있지는 않다. 하지만 헌법재판소는 - 비록 비밀수사는 아니지만 - [결정③]에서 입법자가 불복절차를 마련하지 않은 것이 국민의 재판청구권을 위배한 것이라고 명시적으로 선언한 바 있다. 강제처분으로 인한 수사대상자의 기본권 제한은 비밀수사와 공개수사를 불문하고 동일하게 나타나기 때문에, 특별히 현행법상 준항고의 대상이 되는 수사양태에 대해서만 이의제기를 허용해야 할 아무런 이유를 찾아볼 수 없다. 따라서 재판청구권의 관점에서 당사자에게 불복신청권을 부여해야 한다는 [결정③]의 취지는 비밀수사에 대해서도 동일하게 적용된다. 또한 새로운 유형의 범죄에 대응하기 위해 역시 새로운 모습의 수사기법이 지속적으로 개발되어 국민의 기본권을 제한할 가능성이 점점 커진다는 점을 고려하면, - 그 제한이 필요하여 법률상 실체적·절차적 요건이 규정되어 있는 - 모든 강제수사처분에 대해서 준항고와 같은 불복절차를 마련해 주는 것이 재판청구권을 제대로 실현할 수 있는 방안이 된다.⁶⁵⁾ 더군다나 권리구제를 받기 위해 재판단계까지 기다리지 않고 수사단계에서부터 조기에 이미 진행된 수사절차의 정당성 여부에 대한 사법적 판단을 받아낼 수 있다는 점에서, 더 ‘실효적인’ 권리구제를 요구하는 재판청구

61) 적법절차 원칙의 의미는 국가 공권력이 국민에게 불리한 결정을 내리기 전에 국민이 스스로 의견을 진술할 기회를 가짐으로써 절차의 진행에 영향을 미칠 수 있어야 한다는 것이다(한수웅, 헌법학(제12판), 2022, 648면).

62) 한수웅, 앞의 책, 719면; KK-StPO/Henrichs/Weingast, § 101, Rn. 22; LR-StPO/Hauck, § 101, Rn. 15; Eicker/Huber/Baris, 앞의 책, 144면; Schmid/Jositsch, StPO, Art. 279, N 1.

63) 스위스에서 관찰의 경우 통지규정은 있지만(스 제283조) - 입법 과정의 미비로 인해 - 불복규정은 없는 데, 그럼에도 불구하고 통지규정의 존재를 전제로 하여 당연히 항고를 제기하여 불복할 수 있다고 보는 것(Schmid/Jositsch, StPO, Art. 283, N 6)도 이 점을 뒷받침한다.

64) 김하열, 헌법강의(제5판), 2023, 139면; 한수웅, 앞의 책, 292면.

65) 신상현, 2022년a 논문, 167면.

권의 취지에도 부합하게 된다.⁶⁶⁾ 따라서 통지유예 등의 예외사유를 인정하여 비밀 수사의 목적을 위태롭게 하지 않는 경우에도 수사단계에서 사후적인 사법적 통제 가능성을 완전히 배제하고 있는 것은, 입법형성의 한계를 넘어서서 법원에 효과적인 권리구제절차를 요구할 권리인 재판청구권을 침해한다는 결론이 도출된다.⁶⁷⁾

라. 독일, 오스트리아, 스위스의 경우

앞서 살펴본 독일, 오스트리아, 스위스 법제를 고려하더라도 통지 받은 수사대상자의 이의제기 가능성은 재판청구권과 긴밀히 연결된다.

독일에서는 기본법 제19조 제4항 제1문⁶⁸⁾에 재판청구권에 관한 규정이 마련되어 있다. 이에 따르면, 공권력에 의해서 자신의 주관적 권리침해를 받은 사람은 법원에 접근(Zugang)하여, 즉 재판을 청구함으로써 침해된 권리를 구제받을 수 있다. 기본법 제19조 제4항은 국민의 법적 구제를 받을 일반적 사법보장청구권에 대한 규정으로서 우리나라 헌법 제27조 제1항의 재판청구권보다는 넓은 의미로 해석된다.⁶⁹⁾ 하지만 국민에게 ‘실효적인’ 법적 구제를 제공해야 한다는 점에 있어서는 큰 차이가 없다.⁷⁰⁾ 여기의 공권력 행사에는 검사(나 경찰)의 수사행위가 당연히 포함되고,⁷¹⁾ 공권력 행사가 종료된 이후에도 여전히 재판청구권이 인정된다.⁷²⁾ 독일 연방헌법재판소도 (비밀)수사의 위법성 심사와 기본법 제19조 제4항을 연결시키고 있는데, 주거감청과 관련된 결정에서 통지의무와 사후적 불복절차를 제대로 규정하지 않는 구(舊) 수권규범이 법치국가 원칙, 비례성 원칙, 법적 청문권(기본법 제103조 제1항)뿐만 아니라 효과적인 권리구제에 관한 기본법 제19조 제4항에도 반한다고 선고한 바 있다.⁷³⁾ 즉 기본법 제19조 제4항이 수권규범의 위헌성을 좌우하는 핵심적인 헌법상 근거로 제시되는 것이다. 이 조항은 비단 불복절차뿐만 아니라 통지의무와 관련해서도 의미가 있다. 왜냐하면 자신의 정보가 침해된 당사자는 통지를 통해 그 사실을 알 수 있어야만 국가기관의 정보사용의 위법성을 주장할 수 있기 때문이다.⁷⁴⁾ 독일 학계에서도 마찬가지로 불복절차에 관한 일반규정인 독 제98조 제2항 제2문과 비밀수사에 관한 특별규정인 독 제101조 제7항이 기본법 제19조 제4항에 근거한 규정이라는 점을 인정하고 있다.⁷⁵⁾

오스트리아의 경우 국민의 재판청구권에 관한 직접적인 헌법규정은 없으나, 유럽

66) 신상현, 2022년a 논문, 166면.

67) 한수웅, 앞의 책, 719면; 박중욱, 2020년 논문, 128면.

68) “공권력에 의해 권리를 침해당한 사람에게는 법적 수단(소송)이 열려 있다.”

69) 권수진, “헌법상 재판청구권의 한계에 관한 연구”, 헌법학연구 28-1, 2022, 412-413면.

70) BVerfGE 117, 244, 268.

71) Maunz/Dürig-GG/Schmidt-ABmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 103.

72) 신상현, 2019년 논문, 105-106면.

73) BVerfGE 109, 279. 자세히는 박중욱, 2020년 논문, 111-114면.

74) BVerfGE 100, 313, 361; 109, 279, 363; 118, 168, 207 f.; 120, 351, 361.

75) Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 2022, Rn. 494; HK-GS/Hartmann, § 101, Rn. 1, 12; LR-StPO/Hauck, § 101, Rn. 45; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2022, § 29, Rn. 11; SSW-StPO/Eschelbach, § 101, Rn. 3; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 2021, § 10, Rn. 76.

인권협약(EMRK) 제6조 제1항(공정한 절차에 관한 권리)을 매개로 하여 개개인에게 주관적 권리로서의 재판청구권 및 법적 청문권을 인정한다.⁷⁶⁾ 물론, 학계에서는 위법한 (비밀)수사에 대한 불복규정의 의미가 ‘수사절차에서의 법원의 통제 또는 피의자의 법적 보호’를 위한 것이라는 점을 강조할 뿐이고,⁷⁷⁾ 오 제106조-제107조를 헌법상 재판청구권과 직접 연결시켜 서술하는 문헌을 찾아볼 수는 없다. 하지만 - 기본법 제19조 제4항이 불복신청권의 헌법적 근거가 됨을 인식하고 있는 - 독일에 서도 불복규정인 독 제98조 제2항 제2문과 제101조가 ‘법원의 사후적 법적 보호’를 위한 수단이라고 언급되고 있다는 점,⁷⁸⁾ 수사대상자의 입장에서 오 제106조-제107조를 이용해 법원에 이의제기를 하는 것이 결국에는 재판청구권을 행사하는 것과 다를 바가 없는 점을 고려한다면, 오스트리아에서도 오 제106조-제107조가 재판청구권을 실현할 수 있는 법적 장치라는 사실을 부정할 수 없다.⁷⁹⁾

스위스의 경우에는 연방헌법 제29조a⁸⁰⁾가 법원에 접근(Zugang)하여 법적 보장을 받을 수 있는 재판청구권을 규정하고 있다. 이는 개인에게 부여된 주관적 권리일 뿐만 아니라 입법자에게 상응하는 제도를 창설하도록 의무지우는 제도적 보장의 역할도 담당한다.⁸¹⁾ 이 규정은 유럽인권협약 제6조 제1항과도 상호보완 관계를 갖는다.⁸²⁾ 스위스에서 수사절차상 불복절차를 연방헌법 제29조a와 연결시켜 설명하는 문헌은 없으나, 스 제393조 이하의 항고규정 그 자체가 재판청구권을 실현하는 수단이 된다는 점은 오스트리아의 경우와 다를 바가 없다.

2. 통지 · 불복절차 정비를 위한 구체적인 입법 방향

가. 출발점

앞서 살펴본 것처럼, 현행법상 비밀수사와 관련하여 통지규정만 둔 경우(통신제한조치, 통화자료 제공요청)도 있고 통지 · 불복규정을 모두 두지 않은 경우(통신자료 제공요청)도 있다. 범수범자에게 더욱 명료하고 친절한 입법 형태로 되기 위해서는 기본적으로 독일처럼 단일규정에 통지 · 불복절차를 모두 규정하는 것이 가장 바람직할 것이다. 하지만 이미 특별법이 양산되어 있는 우리의 현실을 고려한다면, 현재의 체계에 부합하게 적어도 통지 및 통지유예에 관한 조항까지는 개별 특별법

76) Berka, Verfassungsrecht, 2018, Rz. 1604; Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, Rz. 634.

77) Fabrizy, § 106, Rz. 1; Seiler, 앞의 책, Rz. 645; WK-StPO/Pilnacek/Stricker, § 106, Rz. 1.

78) HK-StPO/Gercke, § 98, Rn. 30; § 101, Rn. 16.

79) 일부 문헌에서는 비밀수사의 특정 유형에 대해서만 통지를 하도록 규정한 것이 (통지를 받지 못하는) 수사대상자의 법적 청문권의 관점에서 문제가 있다고 지적한다(Bertel/Venier, StPO, § 133, Rz. 4; WK-StPO/Zerbes, § 133, Rz. 10).

80) “모든 사람은 사법기관에서 재판을 받을 권리를 가진다. 연방과 주는 예외적인 경우에 재판을 받을 권리를 법률로써 배제할 수 있다.”

81) BSK-BV/Waldmann, Art. 29a, N 4.

82) BSK-BV/Waldmann, Art. 29a, N 7.

에 규정하면서 그 내용을 수사대상자의 권리보호와 적법절차 원칙에 부합하는 형태로 수정해 나가야 한다.

다음으로 불복절차에 대해서 보면, 우리나라에서도 비밀수사와 관련하여 불복절차를 규정해야 한다는 목소리가 존재한다.⁸³⁾ 하지만 그 입법 형태에 대해서까지 언급하고 있지는 않다. 그렇다면 구체적으로 어떠한 형태로 불복규정을 마련할 것인지가 핵심적인 문제로 등장한다. 우선 개별 특별법에 통지절차와 함께 불복절차까지 각각 규정하는 방안이 있을 수 있다. 하지만 오스트리아와 스위스처럼 통지절차는 (형사소송법이나 개별 특별법의) 수권규범에 각각 규정하면서 형사소송법에 단일한 불복규정을 두는 방안이 범수범자에게 더욱 명확한 법적 근거를 제공해 줄 수 있을 것이다. 이미 우리나라 형사소송법에는 불복절차에 관한 준항고 규정(제417조)이 있기 때문에, 이러한 방안이 더욱 우리의 현실에 부합할 수 있다.

이 경우 간단하게는 오스트리아나 스위스처럼 제417조의 적용대상을 강제처분 기타 모든 수사행위로 확장시키는 방안이 있을 수 있다.⁸⁴⁾ 하지만 현실적으로 이렇게 제417조를 변경하는 것이 어렵다면, 비밀수사와 관련하여 별도의 불복규정을 신설하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 제417조 다음에 제417조의2를 두어 위 비밀수사와 관련된 단일한 불복규정(준항고)을 새롭게 마련하는 것이다. 이렇게 개정이 이루어진다면, 수사대상자는 개별 특별법에 규정된 절차에 따라 통지를 받은 후 형사소송법상의 준항고 규정(제417조의2)에 따라 법원에 재판을 청구할 수 있게 된다.

이를 전제로 하여 이하에서는 우선 개별 특별법상의 통지 및 통지유예 관련 규정의 정비 방안에 대해 살펴본 후, 제417조의2의 구체적 형태를 구상해 본다.

나. 개별 특별법상의 통지 및 통지유예 규정의 정비

앞서 검토한 것처럼, 우리나라 비밀수사처분의 경우 일부 유형에 대해서는 통지절차를 마련하고 있지만 불복절차는 일절 규정되어 있지 않다. 통지·불복절차가 모두 흠결된 사례가 가장 문제겠지만, 통지절차만 규정하고 논리필연적으로 함께 마련되어야 할 불복절차를 규정하지 않은 사례 역시 시정이 필요하다. 기본권 침해 사실을 알려만 주고 다투지 못하게 하는 것은 - 또는 추후 공판단계에 들어가서야 다투라고 하는 것은 - 처음부터 이를 알려주지 않는 것과 다를 바가 없기 때문이다.

우선 수사기관에 통지의무를 부과하면서 공통적으로 규정해야 할 사항은, 통지시 준항고(제417조의2)로 다룰 수 있다는 점과 그 기간을 고지해야 한다는 점이다. 독 제101조 제4항 제2문이나 스 제279조 제3항 등에서도 이를 명확히 하고 있다.

83) 특히 통화자료 제공요청의 개선 방안을 제시하면서 (그 형태의 언급 없이) 법원의 사후통제에 관한 규정을 둘 것을 주장하는 견해로는 박종현, “통신비밀보호법상 통신사실 확인자료 제공관련 조항들에 대한 헌법적 검토”, 헌법학연구 25-2, 2019, 37면; 박중욱, 2019년 논문, 71-72면; 이훈재, 앞의 논문, 522면.

84) 신상현, 2022년a 논문, 163-165면.

개별적으로 살펴보면, 먼저 통신제한조치 통지에 관한 「통신비밀보호법」 제9조의2의 경우 통화자료 제공요청과 마찬가지로 기소중지·참고인중지·수사중지 결정을 한 경우 및 수사가 진행 중인 경우에도 수사기관에게 통지의무를 부과해야 한다. 처분·통보가 있는 날로부터 30일 이내에 통지하라는 것도 그 기간이 다소 길다고 여겨지므로, 이를 14일 정도로 축소할 필요가 있다. 한편, 통지유예의 승인권자가 소추권자인 관할지검장 또는 공수처장이고, 그들은 그 사유가 해소될 때까지 계속 통지를 유예하는 결정을 내릴 수 있어서,⁸⁵⁾ 수사대상자의 재판청구권이 처음부터 자의적으로 제한될 우려가 있다 따라서 처음부터 객관적 제3자인 법원의 승인을 받게 하거나 또는 적어도 일정 기간 이상 통지를 계속 유예하려 할 때에는 사후에 법원의 승인을 받게 규정해야 한다. 독 제101조 제6항이 그 예시가 될 수 있다. 마지막으로 통지유예의 사유가 너무 간략히 규정되어 있으므로, [결정①]에 따라 2019. 12. 13. 세분화하여 신설된 통화자료 제공의 통지유예 사유(「통신비밀보호법」 제13조의3 제2항)와 동일한 형태로 개정해야 한다.

통화자료 제공요청의 통지에 관한 「통신비밀보호법」 제13조의3의 경우에는 기소중지·참고인중지·수사중지 결정을 한 경우 및 수사가 진행 중인 경우에도 통지의무가 있기는 하지만, 1년이 경과한 후에야 30일의 기간이 시작되므로 사실상 1년이 더 추가된다는 문제가 있다. 따라서 앞의 경우와 마찬가지로 30일의 기간을 14일로 축소하면서 동시에 1년의 기간도 6월 정도로 축소해야 한다. 또한 마찬가지로 [결정①]의 취지에 따라 통지유예의 승인권자를 법원으로 설정해야 할 것이다.⁸⁶⁾

통신자료 제공요청의 경우에는 아무런 사후적 통지절차가 마련되어 있지 않은 관계로 [결정②]에서 헌법불합치 결정이 내려졌다. 통신제한조치나 통화자료 제공요청과 달리 통신자료 제공요청이 임의수사의 성격을 지닌다는 [결정②]의 취지를 따른다면 법원의 사전적 허가(영장)까지는 요구되지 않겠지만, 사후적 권리구제를 위한 불복수단 및 그 전제로서의 통지절차는 당연히 규정되어야 한다.⁸⁷⁾ 통지유예가 가능하다는 점도 함께 규정한다면 형사소추의 이익과 재판청구권의 이익의 비례적 균형을 유지할 수 있을 것이다.⁸⁸⁾⁸⁹⁾ 그 구체적인 형태는 「통신비밀보호법」 규정을 참조하면 된다.⁹⁰⁾

85) 박중욱, 2020년 논문, 122면.

86) 박중현, 앞의 논문, 38면; 이훈재, 앞의 논문, 521면; 차진아, “범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 문제점과 개선방안”, 법조 67-2, 2018, 410면.

87) 통지절차 도입을 주장한 것으로는 박찬걸/강동욱, “전기통신사업법상 통신자료 제공제도의 문제점과 개선방안”, 법과 정책연구 14-1, 2014, 35-36면; 이원상, “수사절차에서 통신자료 활용에 따른 쟁점 고찰”, 형사소송 이론과 실무 7-1, 2015, 82면; 차진아, 2022년 논문, 294면.

88) 박용철, “전기통신사업법상 통신자료 제공 요청의 의의”, 서울법학 29-4, 2022, 278면; 서세인, “전기통신사업법상 통신자료 취득제도의 위헌성에 관한 고찰”, 법학논총 14-1, 2023, 51면.

89) [결정②]에서 제시된 대안: “만약 이러한 통지로 수사나 정보수집 활동 등에 어려움이 발생하거나 다른 사람들의 기본권을 침해할 우려가 있다면, … 통지의 예외 사유를 마련하거나, … 보안유지의 필요성과 같이 특별한 사유가 있는 경우에는 수사나 정보수집 활동이 종료된 후 일정 기간 내에 통신자료 취득사실을 고지하도록 하거나, … 통신자료 제공요청 및 이에 따른 제공이 있었다는 사실을 고지하면서 구체적 요청사유에 관해서는 통지하지 아니할 수 있도록 정함으로써 이를 일정 부분 해소시킬 수 있다.”

90) [결정②] 이후에 제출된 전기통신사업법 일부개정법률안: 통지 및 통지유예 사유를 제83조의2에 규정하는 안(의안번호 2116961; 2117267; 2117577) 또는 제83조 제3항 단서에 규정하는 안(의안번호 2117969).

신분비공개수사·신분위장수사의 수권규범인 「청소년성보호법」 제25조의2 이하에도 아무런 통지·불복절차가 마련되어 있지 않다. 그러므로 위와 마찬가지로 통지 및 통지유예에 관한 규정을 두어야 한다.⁹¹⁾ 「통신비밀보호법」과의 체계를 고려한다면 절차규정 다음인 「청소년성보호법」 제25조의5에 통지·통지유예 규정을 둔 후 현행 조항들을 하나씩 뒤로 배치하는 방안이 바람직하겠지만, 현행법 순서를 건드리지 않는 범위에서 변경을 한다면 「청소년성보호법」 제25조의10에 관련 규정을 신설하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

다. 단일한 불복절차 규정의 신설 - 제417조의2

불복절차에 관한 제417조와 「디엔에이법」 제8조의2를 참고하여 신설되어야 할 제417조의2의 형태를 제시하면 다음과 같다. 동시에 제418조와 제419조도 일부 수정이 필요하다(신설·변경되어야 할 부분 밑줄 처리).

제417조의2(비밀수사에 대한 준항고) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분의 통지를 받은 대상자는 그 처분에 대하여 불복이 있으면 통지가 이루어진 날부터 7일 이내에 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속 검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소를 청구할 수 있다. 1. 「통신비밀보호법」 제9조의2에 따른 통신제한조치의 집행에 관한 통지 2. 「통신비밀보호법」 제13조의3에 따른 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공에 관한 통지 3. 「전기통신사업법」 제83조의2⁹²⁾에 따른 통신자료 제공에 관한 통지 4. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제25조의10⁹³⁾에 따른 신분위장수사 및 신분비공개수사에 관한 통지 제418조(준항고의 방식) 전3조의 청구는 서면으로 관할법원에 제출하여야 한다. 제419조(준용규정) 제409조, 제413조, 제414조, 제415조의 규정은 제416조부터 제417조의2까지의 청구 있는 경우에 준용한다.

제417조는 준항고의 대상을 한정하고 있지만, 적어도 우리나라에서 인정되는 유형의 비밀수사는 기본권 침해의 강도가 큰 처분들이므로 수사대상자가 모든 비밀수사처분에 대해 불복할 수 있게 해야 한다. 추후 새로운 유형의 비밀수사의 수권규범이 형사소송법에 규정되거나 이에 대한 새로운 특별법이 생긴다면, 그곳에 통지 및 통지유예 규정까지는 둔 후 제417조의2에 제5호, 제6호...를 신설함으로써 수사대상자가 불복절차를 이용할 수 있게 하면 될 것이다.

91) 신상현, 2021년 논문, 134면.

92) 현행법상으로는 규정이 없으므로 필자가 임의로 조항을 기재한 것이고, 추후에 입법부가 법개정을 하면 다른 조항으로 특정될 수 있다.

93) 위 각주와 동일.

V. 맺음말

헌법재판소는 기본권을 침해받은 당사자가 직접 소를 제기하지 않는 한 선제적으로 개별 법률규정의 위헌성을 심사할 수 없다. 그러므로 어떠한 법률규정에 대해 아무런 심판청구가 없었다고 하여 이를 합헌적인 것이라고 단언할 수는 없고, 입법자는 항상 기존의 헌법재판소 관련 결정들과 헌법·법률의 의미 및 체계를 고려하여 합헌적 법질서를 유지할 수 있도록 노력해야 한다. 특히 형사절차상 비밀수사의 수권규범이 문제되는 경우에는 수사대상자의 통신의 비밀, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 민감한 영역과 관련된 기본권 침해가 광범위하게 발생할 위험성이 크므로, 입법자는 수권규범의 내용과 형태를 끊임없이 가다듬음으로써 헌법정신을 법률규정에 투영시킬 수 있어야 한다.

헌법재판소의 세 결정, 즉 통화자료 제공에 관한 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등 결정, 통신자료 제공에 관한 헌재 2022. 7. 21. 2016헌마388 등 결정, 「디엔에이법」 제8조의2 신설의 단초가 되었던 헌재 2018. 8. 30. 2016헌마344 등 결정의 취지를 종합해 보면, 수사단계에서부터 수사대상자는 법원으로부터 개별 수사행위의 위법성 여부를 심사받을 수 있는 실효성 있는 권리구제절차를 요구할 수 있어야 하고, 그 전제로서 수사기관으로부터 통지를 받아야 한다. 이는 헌법 제27조 제1항의 재판청구권으로부터 도출되는 헌법상 권리이다. 따라서 통지·불복절차 전부를 마련하지 않은 것은 물론이고, 통지만 하고 불복을 허용하지 않는 입법 형태도 모두 수사대상자의 재판청구권을 침해한다.

그러므로 비밀수사에 관한 현행 특별법상 통지·불복절차를 개선해야 한다. 종국적으로는 독일처럼 비밀수사에 관한 규정 및 그 통지·불복절차를 모두 형사소송법에 규정하는 것이 가장 바람직할 것이나, 이미 특별법이 양산되어 있는 우리의 현실을 고려했을 때 통지절차는 지금처럼 개별 특별법에 규정하여 정비하되, 적어도 불복절차와 관련해서는 오스트리아, 스위스처럼 형사소송법에 단일한 규정(제417조의2)을 두어 법체계의 통일성을 추구해야 한다.

<참고문헌>

1. 국내문헌

- 권수진, “헌법상 재판청구권의 한계에 관한 연구 - 헌법개정과 법적구제를 받을 권리를 중심으로 -”, 헌법학연구 제28권 제1호, 2022.
- 김하열, 헌법강의(제5판), 박영사, 2023.
- 김현귀, 재판청구권의 위헌심사기준 - 법관에 의한 재판을 받을 권리를 중심으로 -, 헌법재판연구원, 2020.
- 박용철, “전기통신사업법상 통신자료 제공 요청의 의의”, 서울법학 제29권 제4호, 2022.
- 박종현, “통신비밀보호법상 통신사실 확인자료 제공관련 조항들에 대한 헌법적 검토 - 2018. 6. 28. 2012헌마191등 결정례와 2018. 6. 28. 2012헌마538 결정례에 대한 검토를 중심으로 -”, 헌법학연구 제25권 제2호, 2019.
- 박중욱, “수사절차에서의 “비밀의 강제처분”의 합헌성 요건 - 기술적 비밀의 수사처분에 대한 독일 연방헌법재판소 판결의 분석을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 제63호, 2019.
- 박중욱, “통신비밀보호법 통지규정의 문제점과 개선방향 - 한국과 독일의 헌법재판소 결정 내용을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 제68호, 2020.
- 박찬걸/강동욱, “전기통신사업법상 통신자료 제공제도의 문제점과 개선방안”, 법과 정책연구 제14집 제1호, 2014.
- 법제사법위원회, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안(대안) 체계자구 검토보고서, 2021.2.26.
- 서세인, “전기통신사업법상 통신자료 취득제도의 위헌성에 관한 고찰 - 현재 2022. 7. 21. 2016헌마388등 결정에 대한 비판적 검토를 중심으로 -”, 법학논총 제14집 제1호, 2023.
- 신동운, 간추린 신형사소송법(제15판), 법문사, 2023.
- 신상현, “새로 도입된 신분비공개수사 및 신분위장수사 특례 규정에 대한 검토 - 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제25조의2부터 제25조의9를 중심으로 -”, 형사소송 이론과 실무 제13권 제2호, 2021.
- 신상현, “수사절차에서 준항고를 통한 피의자의 법적 보호 - 독일형사소송법과의 비교법적 연구 -”, 외법논집 제43권 제3호, 2019.
- 신상현, “아동·청소년 대상의 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사관 제도의 도입방안 - 최근 개정된 독일형법 및 형사소송법 규정에 대한 검토를 겸하여 -”, 고려법학 제97호, 2020.
- 신상현, “피의자의 권리보호를 위한 준항고 제도의 개선 방안 - 수사절차상 법원의 통제에 관한 오스트리아 형사소송법 규정을 참고하여 -”, 비교형사법연

구 제23권 제4호, 2022a.

신상현, “CCTV를 통한 수배차량 검색시스템 운영에 대한 비판적 고찰 - 새로 도입된 독일 형사소송법 제163조g에 대한 검토를 겸하여 -”, 사법 제59호, 2022b.

오상지, “비밀수사의 법제화에 관한 연구”, 경찰학연구 제21권 제2호, 2021a.

오상지, “아동·청소년의 정보보호에 관한 법률상 위장수사의 문제점에 관한 연구”, 경찰학연구 제21권 제3호, 2021b.

오상지, “통신수사의 기본권 침해에 관한 연구”, 경찰학연구 제20권 제2호, 2020.

윤해성/최호진/박희영/이권일, 영장주의의 현대적 한계와 개선방안에 관한 연구 - 수사효율성과 인권보장의 미래지향적 조화를 중심으로, 한국형사정책연구원, 2020.

이성대/이경렬/김일환, “통신비밀자료의 제공과 관련한 주요국의 법제비교와 시사”, 가천법학 제10권 제3호, 2017.

이순옥, “수사목적에 위한 개인정보 활용의 한계 - 통신자료 제공을 중심으로 -”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호, 2020.

이원상, “수사절차에서 통신자료 활용에 따른 쟁점 고찰”, 형사소송 이론과 실무 제7권 제1호, 2015.

이호중, “통신사실확인자료 제공 제도의 문제점과 개선방향”, 경찰법연구 제17권 제1호, 2019.

이훈재, “독일의 휴대전화 위치정보추적수사와 당사자에 대한 통보제도 - 통신비밀보호법 일부개정법률안에 대한 평가와 개선방안을 중심으로 -”, 법조 제68권 제4호, 2019.

차진아, “범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 문제점과 개선방안”, 법조 제67권 제2호, 2018.

차진아, “전기통신사업법상 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 헌법적 쟁점 - 통신비밀보호법상 통신사실확인자료 제공요청과의 비교를 중심으로 -”, 고려법학 제105호, 2022.

한수웅, 헌법학(제12판), 법문사, 2022.

2. 외국문헌

Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Waldmann, Bernhard u. a. (Hrsg.), Basel 2015. (BSK-BV/저자, Art., N 으로 인용)

Berka, Walter, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, 7. Auflage, Wien 2018.

Bertel, Christian/Venier, Andreas, Kommentar zur StPO. Band 1. §§ 1-209b,

2. Auflage, Wien 2022. (Bertel/Venier, StPO, § , Rz. 로 인용)

Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Strafprozessrecht, 16. Auflage, Heidelberg 2022.

Dolling, Dieter u. a. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht. StGB/StPO/Nebengesetze. Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2022. (HK-GS/저자, § , Rn. 로 인용)

Eicker, Andreas/Huber, Roland/Baris, Nurten, Grundriss des Strafprozessrechts. Mit besonderer Berücksichtigung des Kantons Luzern, 2. Auflage, Bern 2020.

Fabrizy, Ernst Eugen, StPO und wichtige Nebengesetze. Kurzkommentar, 13. Auflage, Wien 2017. (Fabrizy, StPO, § , Rz. 로 인용)

Grabenwarter, Christoph/Holoubek, Michael, Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Wien 2016.

Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, Gercke, Björn u. a. (Hrsg.), 6. Auflage, Heidelberg 2019. (HK-StPO/저자, § , Rn. 로 인용).

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG, EMRK, Barthe, Christoph/Gericke, Jan (Hrsg.), 9. Auflage, München 2023. (KK-StPO/저자, § , Rn. 로 인용).

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar. Dritter Band. Teilband 1. §§ 94-111a, Erb, Volker u. a. (Hrsg.), 27. Auflage, Berlin 2019. (LR-StPO/저자, § , Rn. 로 인용).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz. Kommentar, Herzog, Roman u. a. (Hrsg.), 92. Lieferung (August 2020), München 2020. (Maunz/Dürig-GG/저자, Art., Rn. 로 인용).

Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 65. Auflage, München 2022. (M-G/S/저자, § , Rn. 로 인용).

Münchener Kommentar zur StPO. Band 1. §§ 1-150 StPO, Kudlich, Hans (Hrsg.), 2. Auflage, München 2023. (MüKo-StPO/저자, § , Rn. 로 인용).

Oberholzer, Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Auflage, Bern 2020.

Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 30. Auflage, München 2022.

Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK. Kommentar, 5. Auflage, Köln 2023. (SSW-StPO/저자, § , Rn. 로 인용)

Schmid, Niklaus/Jositsch, Daniel, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO). Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018. (Schmid/Jositsch,

StPO, Art., N 으로 인용)

Seiler, Stefan, Strafprozessrecht, 19. Auflage, Wien 2022.

Volk, Klaus/Engländer, Armin, Grundkurs StPO, 10. Auflage, München 2021.

Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Fuchs, Helmut/Ratz, Eckart (Hrsg.),
270. Lieferung, § § 129-133 (Oktober 2017), Wien 2017. (WK-StPO/저자,
§ , Rz. 로 인용)

Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Fuchs, Helmut/Ratz, Eckart (Hrsg.),
272. Lieferung, § § 104-108a (Dezember 2017), Wien 2017. (WK-StPO/저
자, § , Rz. 로 인용)

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

제1세션 제1주제 토론문

헌법상 재판청구권의 관점에서 현행법상 비밀수사 관련 통지·불복절차의 개선 방안에 대한 연구

사회자: 이용식 명예교수(서울대학교)

발표자: 신상현 박사(헌법재판소 헌법연구원)

토론자: 이원상 교수(조선대학교)

박찬걸 교수(충북대학교)

**“헌법상 재판청구권의 관점에서 현행법상 비밀수사
관련 통지·불복절차의 개선 방안에 대한 연구
- 독일, 오스트리아, 스위스 법제와의 비교를 겸하여 -” 에 대한
토론문**

이원상(조선대학교 법학과 교수)

I. 들어가며

최근 범죄들은 현실공간에서만 발생하고 있지 않습니다. 정보통신 기술이 발전하면서 함께 발전하고 있으며, 범죄들은 사이버공간과 현실공간에 걸쳐 발생하고 있습니다. 따라서 살인죄와 같이 현실공간에서만 발생할 수 있는 범죄유형은 거의 없으며, 최근 대부분의 범죄들은 디지털범죄와 아날로그범죄가 융합하는 형태로 발생하고 있습니다. 그러므로 수사기관도 변화하는 범죄형태에 부합하여 수사를 진행하고 있습니다. 문제는 현행 형사소송절차들이 기본적으로 현실공간에서의 범죄, 즉, 아날로그범죄에 대응하여 규정되어 있다는 것입니다. 그러므로 형사소송법에서 활용할 수 있는 강제수사 방법은 압수·수색·검증, 증거보전 정도에 불과하고, 통신비밀보호법상의 통신제한조치 및 통신사실 확인자료 활용 수사, 청소년성보호법상의 신분비공개수사 및 신분위장수사, 전기통신사업법상의 통신자료 활용 수사 등 다른 법률에 규정되어 있는 방법들을 활용할 수 있습니다. 수사의 밀행성으로 인해 수사가 은밀하게 진행되어야 할 필요성은 있지만, 수사과정에서 피의자의 통신비밀, 사생활비밀, 개인정보자기결정권 등과 같은 기본권이 침해될 가능성도 높습니다. 그러므로 범죄수사와 피의자 기본권 보호가 균형을 이룰 수 있도록 제도가 마련되어야 합니다. 그런데 현행 형사절차규정에서는 비밀수사 관련 통지제도나 불복절차가 구체화 되어 있지 못합니다. 따라서 발제자께서는 헌법재판소 결정을 분석하고, 독일, 오스트리아, 스위스 등 독일어권 국가들의 입법례를 검토하여 개선방안을 제시하고 있습니다. 발제문을 읽어본 결과 토론자도 발제자의 문제의식에 충분히 동의하고, 발제자의 개선안에 기본적으로 찬동하게 되었습니다. 다만, 논의를 조금 더 발전시키기 위해 수사기관의 입장에 서서 발제자의 견해에 대해 몇 가지 질의를 드리고자 합니다.

II. “통지·불복절차의 헌법상 중요성에 비추어 본 현행법 규정의 문제점”에 대한 질의

통신사실 확인자료와 통신자료의 통지 및 불복절차와 관련해서 헌법재판소의 결정이 있었습니다. 통신사실 확인자료 사안에서 헌법재판소는 수사의 밀행성을 고려하여 사전고지는 하지 않더라도 정보주체의 기본권을 고려하면 정보사용 및 폐기 등에 대한 사후고지는 필요한 절차이고, 그와 같은 절차규정이 흠결되었거나 불충분하게 규정된 경우에는 헌법상 적법절차 원칙에 위배된다고 결정하였습니다.¹⁾ 또한 통신자료 사안에서도 헌법재판소는 개인정보 보호법 제35조 제1항에 따라 이용자가 전기통신사업자에게 통신자료 제공내역에 대한 열람을 요구할 수 있지만, 기본권 제한 사실을 확인하고 그 정당성 여부를 다투기 위해서는 통지절차가 필요하다고 보았습니다. 그러므로 현행 규정에서는 사후통지 규정이 없기 때문에 적법절차 원칙에 위배된다고 결정하였습니다.²⁾ 개정시한이 2023년 12월 31일까지인데 아직까지 법률개정은 이루어지지 않고 있습니다.

발제자께서는 통신제한조치와 관련해서는 통지제도가 마련되어 있기는 하지만 기소중지·참고인중지·수사중지 결정을 한 경우 및 수사가 진행 중인 경우에는 처음부터 통지의무를 부과하고 있지 않고, 통지의 경우에도 30일의 제척기간을 설정하고 있으며, 통지유예를 제3의 기관이 아닌 관할지검장 또는 공수처장의 승인을 받도록 한 문제점이 있다고 지적하고 계십니다. 그런데 2022년 상반기 통신제한조치 통계를 보면 경찰이 통신제한조치를 수행한 것은 전화번호를 기준으로 20년 하반기 1건, 21년 상·하반기 0건, 22년 상반기 2건이고, 통신수단을 기준으로 유선전화는 20년 24건, 21년 상반기 44건, 하반기 21건, 22년 상반기 32건, 인터넷 등은 20년 하반기 19건, 21년 상반기 34건, 하반기 16건, 2022년 상반기 34건으로 나타나고 있습니다.³⁾ 전체 범죄에 비해 통신제한조치를 활용하는 빈도가 매우 낮게 나타나고 있는데 경찰이 통신제한조치를 적절히 활용할 수 없는 이유로는 기술적인 이유 때문이라고 합니다.⁴⁾ 따라서 통신제한조치와 관련해서는 통지제도도 중요하지만 정작 수사기관이 통신제한조치를 활용해야 하는 상황에서도 통신제한조치를 활용할 수 없는 상황이 문제가 될 수도 있다고 생각합니다. 이에 대한 발제자의 고견을 여쭙고자 합니다.

또한 발제자께서는 신분비공개수사 및 신분위장수사의 경우 통신비밀보호법 제9조의2 및 제13조의3과 같은 사후통지절차가 도입되지 않은 것은 문제라고 지적하고 계십니다.⁵⁾ 그런데 해당 수사방법은 주로 텔레그램이나 다크넷 등과 같은 곳에서

1) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191등.

2) 헌재 2022. 7. 21. 2016헌마388등.

3) <https://eiec.kdi.re.kr/policy/materialView.do?num=233775&topic=C&pp=20&datecount=&recommend=&pg=>.

4) 그에 비해 국정원은 전화번호수 기준으로 2020년 하반기 2,358건, 21년 상반기 4,656건, 2021년 하반기 2,477건, 2022년 상반기 4,895건으로 나타나고 있다.

5) 이에 대해서는 다른 논문에서도 동일한 주장을 하고 있다(신상현, 새로 도입된 신분비공개수사 및

이미 아동·청소년 대상 디지털성범죄가 발생하고 있는 상황에서 사용하게 됩니다. 또한 독일이나 오스트리아 등의 경우 통지 등 관련 규정이 있다고 하지만,⁶⁾ 해당 국가는 우리와 적용되는 범죄나 방법 등에 차이가 있기 때문에 동일 선상에서 비교할 수 없다고도 생각됩니다. 따라서 사후 통지의 필요성과 가능성 등이 앞선 다른 수사방법과 다르게 판단할 여지가 있지 않을지에 대해 발제자의 고견을 여쭙고자 합니다.

Ⅲ. “개선 방안의 제시”에 대한 질의

발제자께서는 수사기관이 비밀수사를 통해 수사대상자가 모르게 획득한 단서를 바탕으로 하여 압수·수색 등 추가적인 강제조치를 이어가는 경우가 많다고 서술하게 계십니다. 그런데 통신제한조치는 기술상 활용되는 경우가 많지 않고, 최근 통신자료 등은 기업들이 압수수색 영장이 있어야 자료를 제공해 준다고 합니다. 이런 수사현실을 고려하면 비밀수사를 통해 수사대상자 모르게 획득한 단서를 바탕으로 압수수색하는 경우가 많다고 할 수 있을지 의문이 듭니다. 따라서 혹시 발제자께서 많다고 하신 근거나 통계를 알 수 있을지 궁금합니다. 그리고 수사대상자가 통지를 받은 후 즉시 이의제기를 하여 법원을 통해 선행절차의 위법성을 확인받는다면, 이어지는 후행절차로부터 파생되는 증거물의 증거가치까지 무효로 만들 수 있다고 서술하셨습니다. 불복절차가 진행되지 않은 경우에도 법원에서 절차상 문제점을 주장하여 증거능력을 부정할 수 있을 것입니다. 각주 59번에서처럼 교과서 차원에서 그 필요성을 주장할 수 있겠지만 실무차원에서 보면 과연 결정적인 차이가 있을지 궁금합니다.

그리고 “특히 휴대폰, USB 등 정보저장매체를 대상으로 수사가 이루어지는 경우에는 본래의 혐의와 무관한 사실에 대해서도 무차별적으로 수사가 진행될 위험성도 크기 때문에, 수사단계에서부터 그 절차의 위법성을 확인받고 그 위법 여부를 다룰 수 있는 사법적 권리구제절차가 반드시 보장되어야 한다”라고 서술하고 계시는데 디지털 증거 수집과 관련해서는 비밀수사와 별개로 다양한 통제장치들이 마련되어 있으며, 법원에서도 판례를 통해 계속해서 제한을 가하고 있습니다. 최근 법원에서는 전자정보용 압수수색영장 도입⁷⁾ 및 압수수색영장 사전심문⁸⁾ 등의 제도까지 도입하는 것을 고려하고 있습니다. 이런 상황을 고려해 보면 비밀수사가 반드시 디지털 증거의 무분별한 수사로 연결된다고 보기는 쉽지 않다고 생각됩니다. 따라서 발제자께서 비밀수사로 인해 디지털 증거가 무분별하게 수집된다고 판단하고 계신 근거가 무엇인지 여쭙고자 합니다.

신분위장수사 특례 규정에 대한 검토 - 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제25조의2부터 제25조의9를 중심으로 “, 형사소송 이론과 실무 제13권 제2호, 2021, 133~135면).

6) 신상현, 앞의 글, 133~134면.

7) <https://view.asiae.co.kr/article/2023050211402086131>.

8) <https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=7666315&ref=A>.

또한 발제자께서는 통지 및 불복절차에 대한 구체적인 입법 방향에서 기본적으로 독일처럼 단일규정에 통지 및 불복절차를 모두 규정하는 것이 바람직하다고 판단하고 계십니다. 다만, 특별법 체계가 확립한 우리나라의 경우를 고려하면 개별 특별법에서 관련 규정을 두어야 한다고 서술하고 계십니다. 그러면서 다시금 발제자께서는 통지 및 통지유예 규정의 정비 방안으로 제417조의2 규정을 통해 단일한 불복절차를 형사소송법에 규정할 것을 제시하고 계십니다. 그런데 입법의 가장 바람직한 형태는 독일과 같은 단일규정 방식인데, 우리 입법부가 계속해서 특별법 체계를 확립·발전시켜 나가고 있으므로 그와 같은 입법방식이 바람직하지 않지만 그와 같은 입법방식을 그대로 유지하도록 인정해 줄 필요성이 있다는 것으로 해석이 됩니다. 입법자들이 잘못된 입법방향을 사후적으로 승인해 주는 것이 아닌가 하는 생각도 들게 됩니다. 그러면서도 발제자께서는 결국 형사소송법에 통합규정하는 방안을 제시하고 있는 것을 보면 결국 형사소송법에 통합 입법하는 것이 적절한 방향이라고 생각하게 되는데, 그에 대한 발제자의 견해를 여쭙고자 합니다.

IV. 나가며

사실 발제자의 주장에 대해서 상당부분 동의하는 바입니다. 따라서 토론을 위해 애써 다른 관점을 끌어오게 되었습니다. 사실 토론문에서 질의한 내용은 발제자에게 드린 것이라기 보다는 저 자신에게 한 것이라고 할 수 있습니다. 다만, 해당 주제를 깊이 연구하신 발제자께서는 어떤 생각을 하고 계신지 알고자 토론의 형식을 빌린 것입니다. 사건의 실체를 밝히기 위해 범죄를 수사하고 증거를 수집해야 하는 수사과 수사의 대상이지만 기본권이 보장받아야 하는 피의자의 관계는 균형을 이루어야 합니다. 그 균형관계는 영원하게 결정되는 것이 아닙니다. 세상이 변해가고 기술이 발전해 감에 따라 균형관계는 끊임없이 조정되어 갑니다. 그와 같이 균형을 맞추는 노력도 계속되어야 할 것입니다. 그런 관점에서 발제자께서 제기하신 문제점에 대해 앞으로도 지속적인 논의가 이루어지고, 입법을 통해 실무에 반영될 수 있도록 학계에서도 지속적인 관심을 가져야 할 것입니다.

“헌법상 재판청구권의 관점에서 현행법상 비밀수사 관련 통지·불복절차의 개선 방안에 대한 연구 - 독일, 오스트리아, 스위스 법제와의 비교를 겸하여 -” 에 대한 토론문

박찬걸(충북대학교 법학전문대학원 교수)

통신비밀보호법상 통신제한조치 및 통신사실 확인자료 제공제도, 전기통신사업법상 통신자료 제공제도, 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률상 신분위장수사 및 신분비공개수사 등을 통하여 발생하고 있는 기본권 침해를 제한하기 위한 수단의 일종으로서 사후통지 및 불복절차를 마련해야 한다는 발표자의 고견에 원칙적으로 찬성하는 입장에 있습니다. 특히 통신자료 제공제도에 있어서는 다른 통신비밀보호법상의 그것과 달리 통지제도 자체가 존재하지 않아 최근 헌법재판소로부터 헌법불합치결정을 받았는바, 향후 이에 대한 입법적인 보완은 반드시 이루어져야 할 것으로 판단됩니다.

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장됩니다. 헌법상 기본권에 근거하는 개인정보자기결정권은 국가뿐만 아니라 사인에 대한 관계에서도 보호가치가 있고 침해될 수 있으므로, 국가가 아닌 사인이 다른 개인에 관한 정보를 수집·보관·처리·공개하는 경우에도 적용될 수 있으며, 개인정보자기결정권의 내용으로는 일반적으로 “국가 및 사인에 대하여 자신의 정보에 대해 ① 수집 금지(정보 수집 통제권) ② 열람 및 정정을 청구할 수 있는 권리(열람 및 정정 청구권) 외에 ③ 자신의 동의없는 개인정보 이용행위에 대해 삭제·이용중지 등 금지를 청구할 수 있는 권리(이용통제권)”가 언급되는바, 동의 없는 이용행위에 대하여 삭제·이용 중지 등 금지를 청구할 수 있는 이용통제권이 인정된다면, 그 전제로서 자신의 정보가 어느 곳에 이용되고 제공되었는지를 확인할 수 있는 권리 또한 당연히 인정됩니다.

하지만 현행 전기통신사업법 제83조 제3항에 의하면 수사기관의 요청이 있으면 통신자료 제공 여부에 대해서 전기통신사업자가 임의적으로 판단하여 결정권을 행사할 수 있도록 되어 있습니다. 이용자들이 전기통신서비스에 가입하는 경우에 약관으로 통신자료에 해당하는 개인의 신상정보의 수집·제공에 동의하는 절차를 의무적으로 거치게 되어 있기 때문에 통신자료의 처분에 대한 결정권이 이용자가 아닌 전기통신사업자에게 이미 양도된 것으로 해석될 여지가 상당히 있는 것입니다. 만약 수사목적의 통신자료제공에 있어서도 개인의 자기결정권이 절차적으로 보호되어

야 한다면, 개인이 정보주체로서 처분과정에 참여하거나 제공에 따른 이용자 고지권 등의 권리를 보장받을 수 있는 장치가 별도로 마련되어야 할 것입니다.

또한 이용자가 전기통신사업자에 대하여 자신의 통신비밀을 타인에게 누설하지 말 것을 요구할 권리를 의미하는 통신비밀보호청구권 속에는 전기통신사업자에 대하여 통신비밀을 타인에게 누설하였는지 여부의 확인을 구할 권리도 당연히 포함된다고 할 것입니다. 그렇지 않으면, 이용자로서는 전기통신사업자가 자신의 통신비밀을 침해하였는지 여부를 확인할 수 없어 통신비밀보호청구권을 실효성 있게 보장하기 어렵게 되기 때문입니다. 따라서 이용자는 전기통신사업자에 대하여 통신비밀을 누설하였는지 여부의 확인을 구할 수 있고, 이를 위하여 필요한 경우에는 ‘전기통신사업자가 이용자의 통신비밀을 제3자에게 제공한 내역’ 및 ‘그 제공이 적법한 것인지 확인할 수 있는 서류’의 열람·등사를 청구할 수도 있다고 할 것입니다.

그러므로 전기통신사업법 제85조 제3항은 재판, 수사 등을 위하여 불가피하게 헌법에서 보장하는 개인정보자기결정권을 제한하고 있으나, 최소한 정보주체가 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 이용되었는지에 대하여 알 수 있는 권리를 보장해줄 필요가 있습니다. 이와 같이 통신자료제공의 경우에는 통신사실확인자료의 제공과 달리 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신자료의 제공사실 등에 관하여 통지하도록 하는 명문의 규정이 없으나, 통신자료의 제공도 통신 당사자의 통신비밀에 대한 침해가 될 수 있으므로 이를 당사자에게 알리도록 하는 규정을 신설할 필요성이 있는 것입니다.

그런데 여기서 등장할 수 있는 절차적인 애로사항을 지적하지 않을 수 없는데, 통신자료의 경우 2021년 기준 약 500만건에 이르는 전화번호수가 제공되고 있으며, 통신사실확인자료의 경우 2021년 기준 약 45만건에 이르는 전화번호수가 제공되고 있는 실무의 현상에서, 이에 대한 개별 통지가 과연 현실적으로 가능한 것인지는 상당히 의문이 드는 것이 사실입니다. 통지절차에 대한 구체적인 해안이 있으시면 이에 대한 발표자의 고견을 듣고 싶습니다.

이와 동시에 통신자료의 경우 가입자정보와 동일시할 수 있을 것인데, 이에 대한 통지 이후 당사자가 과연 수사기관에 의한 불법 또는 부당한 활용사실을 발견하기가 현실적으로 쉽지 않을 것으로 판단됩니다. 왜냐하면 통지의 내용 자체가 수사기관에 제공되었다는 사실 정도로 간략한 수준에 그칠 수밖에 없기 때문인데, 이러한 상황에서 불복절차가 마련되어 있다고 한들 실질적인 기본권 침해에 대한 구제수단이 작동할 수 있을지도 의문입니다.

다음으로 발표자는 형사소송법 제417조의2를 신설하는 개정안을 제시하고 있는데, 그 내용이 과연 실효적으로 활용될 수 있을지에 대하여는 다음과 같은 의문이 있습니다. 형사소송법 제417조(“검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에

그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다.”)의 경우에는 일정한 처분에 대하여 취소 또는 변경이 구급이나 변호인 참여 등의 내용을 실질적으로 변화시킬 수 있는 것이지만, 개정안 제417조의2의 경우에는 처분의 취소로 말미암아 변화될 수 있는 사실관계가 변경이 불가능한 것이 아닌지요? 즉 각종 집행, 제공, 수사 등이 과거에 이미 이루어져 종료된 상황에서 해당 처분의 취소를 구하는 것이 어떠한 실익이 있는지 궁금합니다. 이미 해당 자료 등을 통하여 수사가 이루어진 상황에서 단순히 과거의 처분을 취소한다고 하여 당사자가 얻을 수 있는 가치는 매우 희박해 보이기 때문입니다.

마지막으로 발표문에 대한 간단한 소견을 제시하며 토론을 마무리하고자 합니다.

- 발표자는 통신제한조치의 경우에 있어서 수사가 진행 중인 경우에도 그 통지를 허용해야 한다고 하지만, 이는 지나치게 수사권을 제한하는 조치로서 당사자가 얻게되는 이익보다 공익을 지나치게 후퇴하는 처사로 보여지므로, 최소한 수사가 종료된 이후에 통지하는 것이 바람직하다고 생각합니다.

- 발표자는 제시하고 있는 4가지 유형의 수사기법을 모두 기본권 침해의 강도가 동일하다는 측면에서 동일선상에서 파악하고 있는데, 적어도 통신자료 제공은 기본적으로 임의수사라는 측면에서 사전에 법원의 개입이 이루어지는 다른 유형과는 달리 파악해야 한다고 봅니다. 이에 따라 그 불복방법도 동일선상에서 절차를 마련하는 것은 적절하지 않다고 생각합니다.

- 표현의 문제이기는 하지만, 발표자는 ‘비밀수사’라는 용어를 4가지 영역의 수사를 통칭하는 용어로 사용하고 있는데, 과연 용어 사용의 적절성을 인정할 수 있는지에 대한 추가적인 논거가 필요해 보입니다. 특히 비밀수사는 공개수사와 대칭되는 개념이라고 할 수 있는데, 양자 모두 임의수사 및 강제수사의 사용례와는 달리 법률상의 용어로 사용하기에는 다소 무리가 있어 보입니다. 특히 ‘비밀수사’의 용어 채택시에는 해당 용어에 대한 정의도 동시에 제시해야 할 것이며, 발표자가 제시하고 있는 4가지 수사기법이 이와 같은 비밀수사의 영역에 반드시 포섭될 수 있는지에 대한 설명도 필요해 보입니다. 예를 들면 사실조회, 계좌내역조회 등도 비밀수사에 해당하는지, 용의자나 피의자가 내사 또는 수사의 진행상황을 인지하지 못하고 있는 단계를 비밀수사의 영역에 해당한다고 할 수 있는지 등의 문제가 그러할 것입니다.

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

제1세션 제2주제

헌법상 적정절차 관점에서 본 압수수색영장의 문제점

사회자: 이용식 명예교수(서울대학교)

발표자: 김면기 교수(경찰대학교)

토론자: 남요섭 판사(광주지방법원)

조현일 검사(광주지방검찰청)

헌법상 적정절차 관점에서 본 압수수색영장의 문제점

- 대면심리 제도 도입 논의를 중심으로 -

김면기¹⁾

I. 들어가며

개인의 헌법상 기본권을 제약하는 형사절차에서, 재판결과의 신뢰성에 대한 검증은 필수적이다. 1심의 판결은 항소심을 통해, 항소심 판결은 상고심을 통해 사실의 오인, 법령 적용의 잘못을 평가받는다. 최근에는 확정된 형사판결에 대한 재심(再審)이 늘어나면서 재판결과의 신뢰성에 더욱 진지한 논의가 활발해지고 있다.

그러나 판결 못지않게, ‘강제수사’ 자체도 개인의 기본권을 상당히 침해한다. 수사과정에 대한 관심이 상당히 높은 우리나라에서, 누군가가 체포·구속되거나 수사기관의 압수수색이 이루어졌다는 사실은 상당히 치명적이다. 영장주의에 의한 사법통제가 이루어지고 있지만, 영장의 청구 및 발부 주체에 초점이 맞추어져 있고 영장발부 기준 및 절차에 대한 관심은 제한적이다. 이러한 문제는 압수수색영장에서 더욱 두드러진다. 구속영장의 경우 사전 심리절차가 존재하고, 적부심사 기회도 제공되지만, 압수수색영장은 유사한 절차가 존재하지 않는다. 오늘날 형사절차에서 압수수색의 중요성이 높아지고 있음을 고려하면, 발부 결정의 신뢰성을 담보하거나 검증할 수 있는 절차에 대한 관심이 필요하다.

최근 압수수색영장 발부 과정에서의 심사 강화를 위해 소위 ‘대면심리 제도’ 도입 논의가 활발히 이루어지고 있다.²⁾ 그러나 대면심리 제도에 대한 충분한 공감대가 형성된 것인지, 새로운 제도가 초래하는 문제는 없는지 등을 둘러싸고 많은 논쟁이 나타나고 있다.³⁾ 갈등으로 인해 다소 지엽적이고 소모적인 논쟁이 부각되

1) 경찰대학 법학과 교수, 법학박사(S.J.D.), 뉴욕주 변호사. 본 발제문은 2023. 4. 14. 더불어민주당 박주민 국회의원실 등이 주최한 압수수색영장 대면심리제도 정책토론회에서 발제한 원고를 보강한 것임을 밝힙니다.

2) 발제자는 선행연구에서 압수수색영장 대면심리의 필요성을 주장한 바 있다. 김면기, 현행 헌법상 영장주의의 합리적 해석 및 운용방안, 비교형사법연구 제23권 제4호, 2022, 96-100면.

3) 압수수색영장 대면심리제도 도입에 대한 최근의 비판적 연구에서는 “수사기관의 과도한 압수·수색을 엄격하게 규제하여 국민의 기본권 보호를 강화하고자 하는 개정안의 의도 자체”는 폄하하기 어렵지만, “추상적인 편익에 비하여 과도하게 실체진실 발견을 저해하거나 수사절차의 정당한 목적 자체를 저해” 우려가 있다고 지적한다. 보다 구체적으로 1) 형사절차 법정주의 위반, 2) 소추와 심판의 분리 원칙 훼손, 3) 형사소송법 규정과 모순, 4) 공판중심주의 위배, 5) 기존 압수수색 제도와의 비정합성 문제, 6) 수사기밀 유출 및 수사의 지연, 7) 영장 판사의 과도한 재량 허용 및 권한의 집중, 8) 인권침해의 우려 등을 지적한다. 정웅석, 압수수색영장 사전 심문제도 도입에 관한 비판적 고찰, 형사소송 이론과 실무 제15권 제1호, 2023. 일리가 있지만, 이미 구속영장의 경우 시행되고 있음에도 영장 대면심리의 문제를 굳이 형사소송구조와 관련된 거대담론적 시각에서 접근하는 것이 바람직한지 의문이고, 형사절차 법정주의 위반 등 법적 근거의 문제는 최근의 논의와 같이 출석 대상자를 수사기관으로 한정할 경우 논란의 여지가 줄어들 것으로 보인다. 그 외의 문제들은 기관간 논의 및 사회적 공론화를 통해 해결할 수 있는 쟁점들로 보인다.

는 반면, 본질적인 쟁점에 대한 진지한 고찰은 부족한 편이다. 본 발제에서는 압수수색영장에 대한 전반적·비교법적 고찰을 통해 대면심리 제도의 의의 및 한계를 검토하고자 한다.

II. 압수수색영장 제도 전반에 대한 비판적 고찰

(1) 압수수색영장의 중요성 강화

현대사회에서 수사기관의 강제수사는 국가가 시민을 상대로 적법하게 행할 수 있는 가장 강력한 공권력 행사 중 하나이다. 검찰 또는 경찰이 범죄자를 체포·구속하거나, 특정 장소를 압수수색하는 장면은 국가 공권력의 발동을 상징한다. 이와 같은 강제수사는 반드시 ‘적법절차’에 의해야 하고, 법관이 발부한 ‘영장’에 근거해야 한다는 점은 일반 대중들에게도 잘 알려져 있다. 형사절차에서 적법절차와 영장주의는 단순한 법원칙을 넘어 상식에 가깝다.

최근 들어서는 수사기관의 강제수사 중에서도 ‘압수수색’의 중요성이 높아지고 있다. 21세기 접어들면서 불구속 수사원칙이 정착되고 있고,⁴⁾ 형사절차에서 피의자의 자백 등 진술증거가 차지하는 비중이 줄어드는 대신 물적증거의 중요성이 계속 높아지고 있기 때문이다. 특히 과학기술의 급속한 발달로 인해 상당히 신뢰할만한 DNA 증거, 디지털 증거 등이 널리 활용되면서, 수사 초기 단계에서 압수수색 등을 통해 결정적인 증거를 합법적으로 확보하고, 과학적으로 분석하고, 체계적으로 관리·제출하는 것이 무엇보다 중요해졌다.

한편, 현대사회에서 인권의식이 점차 강화되면서 강제수사와 임의수사의 경계가 점차 불분명해지고 있다는 점도,⁵⁾ 압수수색영장의 중요성을 높이고 있다. 과거에는 수사기관이 통상적으로 임의수사(협조요청)를 통해 수집이 가능했던 증거(정보)들에 대해서도, 이제는 법관이 발부한 압수수색영장을 필요로 하는 사례가 점차 늘어나고 있기 때문이다.⁶⁾ 전기통신사업법에 의한 통신자료 제공요청,⁷⁾ 국민건강보

4) 2022년 사법연감에 따르면, 2021년에 1심에서 구속상태로 재판을 받은 구속기소 인원이 1만8410명으로 최근 10여년 동안 가장 낮은 수치라고 한다. 2010년대 이후 구속사건 비율은 10% 남짓으로 유지되고 있는 것으로 확인된다. 2022. 10. 2. 조선일보, [2022사법연감]③ 작년 무고죄 재판 ‘역대 최저’ ... 검경 수사권 조정 여파, https://biz.chosun.com/topics/law_firm/2022/10/02/2VIF7DC5MNBVTCQDPWJ462CHBU/ (2023. 4. 11. 최종방문).

5) 임의수사와 강제수사의 구별기준에 대해서, 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 그 법익을 침해하는 처분인지 여부 등에 따라 구별하는 실질설이 지배적인 위치를 차지하고 있다. 이주원, 형사소송법 제5판, 2022, 120면; 정웅석·최창호, 형사소송법, 2018, 120면; 이창현, 형사소송법, 2021, 274면.

6) 유사한 맥락에서 서울중앙지방검찰청 차호동 검사는 “포털사이트 가입자 인적사항, CCTV 영상, 상품권 사용내역, 과세자료 등 개인정보가 포함된 자료를 과거에는 그 관리자로부터 임의제출 받아 취득하였으나 현재는 모두 압수영장을 발부받아 압수하고 있다”고 설명한다. 2023. 4. 14. 더불어민주당 박주민 국회의원실 등, 압수수색영장 대면심리제도 정책토론회 자료집, 30-31면. 같은 취지에서 대법원도 “만일 형사소송법 [사실조화와 관련된] 제199조 제2항이 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제2호에서 정한 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 포함된다면, 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제7호에서 수사기관으로 하여금 공공기관에 한정하여 일정한 제한 아래

협공단이 보유하고 있는 요양급여내역 등 의료정보가 대표적인 사례이다.⁸⁾

실제 최근 10여년간의 영장 통계 수치는 이러한 변화를 여실히 드러내고 있다.⁹⁾ 2012년 수사기관의 압수수색영장 청구는 122,220건에 그쳤으나, 2017년 203,933건으로 20만건을 넘어섰고, 2022년에는 396,671건으로 40만건에 육박하고 있다. 약 10여년 사이에 압수수색영장 청구건수가 무려 360%가량 증가한 것이다.¹⁰⁾ 같은 체포영장, 구속영장 청구건수는 40~50% 가량 감소한 바, 강제수사의 중심이 기존의 인신구속에서 압수수색으로 급격히 전환되고 있음이 확인된다.

<표 1: 최근 10년간 압수수색영장 청구·기각 통계>¹¹⁾

구분	연도	청구	발부	기각		발부율
				전부기각	일부기각	
압수수색 영장	2012	122,220	107,479	1,677	13,064	87.9
	2013	182,227	166,845	1,552	13,830	91.6
	2014	181,041	166,007	1,613	13,421	91.7
	2015	183,849	164,891	1,697	17,261	89.7
	2016	188,284	168,014	1,727	18,543	89.2
	2017	203,933	180,682	1,978	21,273	88.6
	2018	250,250	219,364	2,673	28,213	87.7
	2019	289,321	287,821	3,409	28,091	91.2
	2020	316,358	288,477	3,075	24,806	91.2
	2021	347,431	317,304	3,088	27,039	91.3
	2022	396,671	361,476	3,618	31,577	91.1

개인정보를 제공받을 수 있도록 한 입법 취지·목적은 몰각시킬 뿐만 아니라 헌법상 영장주의 및 적법절차의 원칙을 잠탈할 가능성이 크”다고 판시한 바 있다. 대법원 2022. 10. 27. 선고 2022도 9510 판결.

7) 전기통신사업법에 의한 통신자료 제공요청에 영장이 요구되어야 한다는 논의가 지속되고 있다. 2023. 1. 30. 법률신문, 인권위 "영장 없는 통신자료 제공 요청… 인권침해, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=184900>. 이미 네이버 등 대형정보통신사업자는 압수수색영장이 있어야 통신자료를 수사기관에 제공하고 있다. 2017. 1. 27. ZDNET Korea, 네이버 "압수영장 있어야만 통신자료 제공, <https://zdnet.co.kr/view/?no=20160126181413>

8) 2019. 10. 7. 청년의사, 국민 건강정보는 공단 것?…과도한 개인정보 수사기관 제공 도마, <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=1072920>

9) 2023. 4. 14. 더불어민주당 박주민 국회의원실 등, 압수수색영장 대면심리제도 정책토론회 자료집, 6면.

10) 구속영장 청구는 37,948건에서 22,589건으로 약 40% 감소하였고, 체포영장 청구도 59,173건에서 27,426건으로 53%가량 감소하였다. 2023. 4. 14. 더불어민주당 박주민 국회의원실 등, 압수수색영장 대면심리제도 정책토론회 자료집, 6면.

11) 2023. 4. 14. 더불어민주당 박주민 국회의원실 등, 압수수색영장 대면심리제도 정책토론회 자료집, 6면

(2) 압수수색영장 관련 논의의 한계

살펴본 바와 같이 수사단계에서 압수수색의 중요성은 점차 높아지고 있고, 대상과 범위도 확장되고 있다. 최근 들어 수사기관이 피의자 등에 대한 소환조사를 통해 가치 있는 진술을 얻어내기가 어려워지고 있고, 임의수사를 통한 증거수집에도 많은 한계가 있음을 고려하면, 압수수색은 수사 결과를 좌우하는 핵심적인 절차가 되었다고 볼 수 있다.

이러한 변화에도 불구하고, 그간의 압수수색영장과 관련된 논의는 다소 제한적인 것으로 보인다. 기본권을 침해하는 강제수사(압수수색)에서 가장 중요한 쟁점이라면 '중립적이고 공정한 법관이 엄정한 심사를 통해 영장을 발부하는 것'이라고 볼 수 있다.¹²⁾ 헌법상 영장주의가 이를 담보하는 원칙이다. 그러나 영장주의 관련 논의에서, 청구 및 발부 주체에 대한 논의를 넘어, 엄정한 심사를 담보할 수 있는 구체적인 '발부기준 및 심사절차'에 대한 논의는 상당히 제한적이었다. 그보다는 비교 헌법적 차원에서 영장청구 '주체'를 둘러싼 논쟁이 치열했고,¹³⁾ 최근에는 관련 헌법 조문이 과연 헌법차원에서 검사의 수사권을 보장한 것인가에 대한 논의가 뜨거웠다.¹⁴⁾ 물론 이처럼 헌법차원에서 영장청구 및 강제수사의 주체를 논하는 것이 분명 의의가 있을 것이다.¹⁵⁾ 그러나 이러한 시각에서의 논의들은 지나치게 '수사기관'의 시각에서, 주체 등을 중심으로 한 '형식적'인 차원의 논의라는 한계가 있다. 이로 인해 기본권 보장을 위한 영장주의로서, '실질적'인 심사 및 기준에 대한 논의는 다소 제한적이었다.

이러한 문제는 압수수색영장에서 더욱 극대화된다. 구속영장의 경우 수사기관에 대한 인신구속의 통제를 위해 오래전부터 많은 논의가 있어왔다. 1990년대 중반 구속영장 발부의 충실한 '심사'를 위한 피의자 대면심리의 필요성이 논의되었고, 1995년 형사소송법 개정을 통해 임의적인 구속전 피의자심문제도가 도입되었다.¹⁶⁾

12) 물론 강제수사도 전체적인 형사사법제도의 운영 측면에서 수사 및 재판의 효율성도 같이 고려되어야 함은 물론이다.

13) 헌법이 규정하고 있는 검사의 독점적 영장청구권 문제로, 지난 10여년간 치열하게 논의되어왔다. 헌법 제12조 ③은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

14) 2023. 3. 23. 한겨레, 현재 “‘수사권 축소’ 검찰청법, 검사 권한 침해 아니다”, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1084865.html

15) 이와 같은 논의들은 본 논문에서 다루는 쟁점이 아님을 밝힌다.

16) 구속전 피의자심문제도 도입 당시에도 현재의 압수수색영장 대면심리와 같이 찬반토론이 치열하였다. 주로 검찰 등 수사기관에서 반대 내지 부분적 도입을 주장했고, 법원 및 학계는 도입을 찬성하는 입장이었다고 한다. 반대론의 주요 논거는 “① 수사 단계에서 법관의 관여는 인정될 수 없고, 구속전 피의자심문제도를 채택하고 있는 대부분의 국가처럼 수사관사 내지 예비판사가 존재하지 않는 우리나라의 현실에서는 중간적 위치에 있는 검사의 통제나 구류심문으로도 실질심사의 역할을 할 수 있으며, ② 수사기밀 누설의 역기능이 있으며, ③ 구속전 피의자심문제도는 구속적부심사 제도와 사실상 중복되며, ④ 현행 형사소송법상 사전구속영장제도가 없으므로 피의자는 불구속 상태임에도 실질심사를 위하여 피의자를 강제로 법관에게 인치할 수 있는 방법이 없으며, ⑤ 피의자를 법관에 인치하는데 있어서 호송체호의 어려움이 있고, 인적자원 부족 등의 현실

이후 2007년 필요적 심문으로 확대되었다. 구속 ‘기준’과 관련해서도 많은 논의가 있었는데, 2007년 개정 형사소송법은 기존의 주거부정, 증거인멸 및 도주우려 등 구속사유를 심사함에 있어 ‘범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려’ 등도 추가로 고려하도록 하였다.¹⁷⁾ 이처럼 피의자의 신체를 직접적으로 구속하는 강제수사에 대해서는 체계적인 기준 마련 및 엄격한 심사 등에 대한 사회적 요구가 지속적으로 반영되었다고 볼 수 있다.

반면 압수수색영장과 관련해서는, 일부 변화는 있었지만 얼마나 유의미한 개선이 이루어졌는지는 의문이다. 오랫동안 수사기관은 수사에 있어 단지 ‘필요성’만 인정되면 압수수색이 가능했다.¹⁸⁾ 이와 같은 낮은 기준은 지나치게 용이한 압수수색을 가능하게 한다는 비판을 받았다. 이에 2011년 개정된 형사소송법은 압수수색영장 청구 요건으로서 ‘범죄 의심 정황’, ‘관련성’의 요건을 추가하였다.¹⁹⁾ 그러나 압수수색영장 청구 요건으로서의 범죄 의심 정황은 일반적으로 체포·구속에 필요한 혐의인 ‘상당한 이유’에 비해 낮은 수준으로 평가된다. 범죄혐의에 대한 소명 부족으로 압수수색영장이 기각된 사례를 거의 찾기 어려운바,²⁰⁾ 통제수단으로서

적인 어려움이 있다” 이었고, 찬성론의 주요 논거는 “① 구속영장심사 시에 피의자가 법관 앞에서 자신의 혐의에 대하여 변명할 수 있는 것은 헌법상 보장된 재판청구권의 일부이며, ② 헌법상 영장주의는 법관에 의한 사법적 통제를 통하여 수사기관의 인신구속을 제한하는 것을 이념으로 하므로 구속에 대한 사법적 통제는 피의자에 대한 법관의 직접 심문이 가능할 때에만 실질적으로 보장될 수 있으며, ③ 피의자에 대한 구속영장 심사는 동시에 체포의 적부에 대한 심사도 보장되며, ④ 구속전 피의자신문제도를 통하여 가능한 빠른시간 내에 법관이 피의자를 보고 진술을 들을 기회를 마련하는 것이기 때문에 수사기관에 의한 고문 방지나 허위자백 등을 통제하고 예방하는 효과가 있다”는 점이었다고 한다. 주요 논거가 오늘날의 압수수색영장 대면심리 관련 논의와 크게 다르지 않음을 알 수 있다. 하태훈, 구속전 피의자신문제도의 운용실태와 개선방향, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안, 형사정책연구원, 2004, 254-255면.

17) 형사소송법 제70조(구속의 사유) ①법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다.

1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때
2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때
3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때

②법원은 제1항의 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하여야 한다.

18) 2011년 개정되기 전의 형사소송법은 제215조(압수, 수색, 검증)는 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다”고 규정하고 있었다. 형사소송법 [시행 2010. 1. 1] [법률 제9765호, 2009. 6. 9, 타법개정]

19) 형사소송법 [시행 2012. 1. 1] [법률 제10864호, 2011. 7. 18, 일부개정]

제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

20) 압수수색영장에서 일부기각을 제외하고 전부기각되는 비율은 채 1%가 되지 않는다. 2022년 압수수색영장이 청구된 396,671건 중 전부기각은 3,618건이었고, 2021년 청구건수는 347,431건이었으나 전부기각은 3,088건에 불과하다. 2023. 4. 14. 더불어민주당 박주민 국회의원의실 등, 압수수색영장 대면심리제도 정책토론회 자료집, 6면. 이는 통신사실확인자료 신청이 기각되는 비율(1% 가량)과 거의 같은 것으로 보인다. 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마538 전원재판부 결정. 압수수색영장의 전부기각은 아마도 범죄혐의 소명의 부족으로 인한 것일 가능성이 높고, 일부기각은 압수물의 관련성 문제 또는 영장의 형식적 문제와 관련이 될 가능성이 높다. 이를 고려하

의 실질적인 역할에는 한계가 있다고 볼 수 있다. 새롭게 도입된 관련성 개념도 그동안 인정되어왔던 것을 명문화한 정도로 보는 것이 합리적이고,²¹⁾ 해당 개념에 대한 해석을 둘러싸고는 여전히 혼란이 있는 상황이다.²²⁾

흥미롭게도 최근에는 압수수색영장 ‘심사 및 발부기준의 적정성’ 보다는 적정한 ‘영장집행’에 더욱 많은 관심이 집중되었다. 비교법적으로 유례를 찾기 어려운 부분으로,²³⁾ 지난 10여년간 영장집행 과정에서의 피압수자 또는 변호인의 참여권에 대한 폭발적 논의가 이루어졌다. 이러한 참여권의 법리는 압수현장에서 저장매체의 반출과 추가 탐색 및 선별이 필요한 전자정보의 비중이 높아지면서 더욱 중요해졌다. 근래에는 제3자 보관정보 압수수색에 대한 피의자의 참여권 보장 여부,²⁴⁾ 실질적 피압수자의 개념 등을 둘러싸고 활발한 논의가 이루어져왔다.²⁵⁾ 수사기관이 적법하게 압수했지만 관련성이 인정되지 않는 전자정보의 처리 및 폐기와 관련된 쟁점도,²⁶⁾ 결국 적정한 영장집행과 관련된다고 볼 수 있다. 이러한 관심은

면, 압수수색영장 발부에 필요한 ‘범죄 의심 정황’ 기준과 통신사실확인자료 허가에 필요한 ‘필요성’ 기준(과거 압수수색영장 발부 기준)은 사실상 거의 동일한 것으로 볼 수 있다. 즉, 2011년 형사소송법 개정으로 인한 기준의 강화는 실질적 의미를 찾기 어렵다는 사실이 경험적으로 인정된다고 볼 수 있다.

- 21) 관련성은 명문의 규정이 없더라도 해석상 인정가능하고, 판례도 이미 ‘영장에 기재된 혐의사실과 관련된 부분’만 압수수색할 수 있다고 판시해왔다(대결 2011.5.26.자 2009도1190). 이주원, 형사소송법 제5판, 2022, 171면.
- 22) 최근의 주요 연구로는, 이형근, 수사상 압수·수색에 있어 관련성 판단의 준거 - 무엇과 무엇 간에 관련성이 있어야 하는지를 중심으로, 형사법연구 제33권 제4호, 2021; 류동훈, 전자정보 압수수색의 ‘객관적 관련성’ 요건에 대한 비판적 검토 - 최근 대법원의 태도를 중심으로 -, 형사법의 신동향 제76호, 최병각, 디지털 증거의 압수수색에서 관련성과 참여권, 형사법연구 제35권 제1호, 2023.
- 23) 압수수색과정에서의 참여권에 대한 비교법적 연구는 매우 드물다. 최근의 관련 연구로는 박중욱, 전자정보의 압수수색과 피의자의 참여권 -대법원 입장의 비판적 수용 및 독일 논의의 참고-, 형사정책연구 제34권 제1호, 2023.
- 24) 대법원 2022. 5. 31.자 2016도587 결정. 수사기관의 카카오톡 본사에 대한 압수수색에서 해당 계정을 사용하는 사람에게도 참여권을 보장할 것인가의 문제로, 대법원은 원칙적으로 보장해야 함을 선언했지만, 급속을 요하는 사유가 있는 경우에 예외적으로 제한할 수 있음을 밝혔다. 본 사안은 예외에 해당될 수 있다고 판시하였다.
- 25) 대법원 2021. 11. 18.자 2016도348 전원합의체 판결. 이후 대법원은 다른 판결에서 “피의자의 관여 없이 임의제출된 정보저장매체 내의 전자정보 탐색 등 과정에서 피의자가 참여권을 주장하기 위해서는 정보저장매체에 대한 현실적인 지배·관리 상태와 그 내부 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권의 보유가 전제되어야 한다”고 설명하였다. 이와 같은 소위 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’에 대하여는 “피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로써, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다. 이에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적·사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다. 이러한 정보저장매체의 외형적·객관적 지배·관리 등 상태와 별도로 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 과거 그 정보저장매체의 이용 내지 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 사실이 있거나 그 과정에서 생성된 전자정보에 의해 식별되는 정보주체에 해당한다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수·수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다”고 하였다. 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결
- 26) 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령) 제42조 ① 검사 또는 사법경찰관은 전자정보의 탐색·복제·출력을 완료한 경우에는 지체 없이 피압수자등에게 압수한 전자정보의 목록을 교부해야 한다.
② 검사 또는 사법경찰관은 제1항의 목록에 포함되지 않은 전자정보가 있는 경우에는 해당 전자정

분명한 의의와 한계가 있다. 수사기관의 영장집행을 투명하게 감시한다는 차원에서 상당히 의미가 있지만, 어디까지나 영장발부 이후 집행단계에서의 ‘사후적 절차’라는 점에서 한계가 있다. 기본권 침해를 초래하는 강제수사에 대한 엄정한 ‘사전적 통제’로서의 기능과는 거리가 있는 것이다.

정리하면, 오늘날 수사과정에서 확대되어 가고 있는 압수수색의 중요성을 고려하면, 압수수색영장 발부기준 및 심사절차에 대한 관심이 여전히 부족한 편이라고 볼 수 있다.

Ⅲ. 압수수색영장 발부기준 및 심사절차의 비교와 평가

(1) 우리나라와 미국의 제도 비교

압수수색영장의 중요성에 비해 발부기준 및 심사절차에 대한 논의가 제한적인 이유는 우리 헌법의 구체적인 영장주의 규정과 밀접한 관련이 있는 것으로 보인다. 잘 알려져 있듯, 헌법 제12조 3항은 강제수사에 영장주의가 적용됨을 선언하고 있는 조문이다.²⁷⁾ 이로 인해 앞서 언급한 바와 같이 해당 조문에 명시된 ‘검사의 신청’, ‘법관의 발부’와 관련하여 집중적인 논의가 이루어져 왔다. 헌법 조항이 ‘적법절차’도 언급하고 있지만, 압수수색영장의 ‘발부기준 및 심사절차’에 대한 유의미한 논의로 이어지지 않은 듯하다.²⁸⁾

그러나 미국의 사례를 살펴보면, 우리의 논의의 공백이 쉽게 드러난다. 미국의 경우 연방헌법 차원에서 영장의 발부 및 심사 과정에서 ‘실질적’으로 충족되어야 할 요건을 규정하고 있다. 연방헌법 수정조항 제4조는 “불합리한 압수와 수색에 대하여 신체, 주거, 서류, 물건의 안전을 확보할 국민의 권리는 침해되어서는 아니 된다. 선서나 확약에 의하여 상당하다고 인정되는 이유가 있어 특별히 수색할 장소와 압수할 물건, 체포·구속할 사람을 특정한 경우를 제외하고는 영장은 발부되어

보를 지체 없이 삭제 또는 폐기하거나 반환해야 한다. 이 경우 삭제·폐기 또는 반환확인서를 작성하여 피압수자들에게 교부해야 한다.

- 27) 헌법 제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

- ③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

- 28) 신동운 교수에 따르면, 헌법 제12조 1항의 적법절차원칙은 “법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있다”고 설명하며, “형사절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명한 것으로 평가한다. 강제수사를 규율하고 있는 헌법 제12조 3항에서 적법절차원칙을 거듭하여 명시한 것은 ” 기본권 제한 정도가 가장 심한 형사상 강제처분의 영역에서 기본권을 더욱 강하게 보장하려는 의지를 담아 중복 규정된 것 “이라고 평가한다. 그러나 뒤이은 영장주의의 구체적 내용으로 ‘법관에 의한 영장발부의 원칙’, ‘사전영장의 원칙’, ‘일반영장의 금지’, ‘영장제시 및 사본교부의 원칙’, ‘영장주의 위반과 위법수집증거배제법칙’ 등을 언급하고 있다. 이러한 서술을 고려하면, 과연 헌법상 ‘적법절차원칙’이 영장발부 기준 및 심사절차와 관련해서 어떠한 영향을 미쳐왔는지 명확하지 않다.

서는 아니된다”고 규정하고 있다.²⁹⁾ 우리 헌법의 관련 문언과 달리 1) ‘상당하다고 인정되는 이유’, 2) ‘선서나 확약’, 3) ‘수색할 장소와 압수할 물건[의] 특정’ 등의 요건을 헌법적 차원에서 규정하고 있다. 압수수색영장의 발부기준 및 심사 절차와 관련된 주요한 요건들을 ‘헌법(회색)’과 ‘법률·판례(연회색)’ 차원에서 비교하면 아래와 같다.

<표 2: 우리나라와 미국의 압수영장 주요 요건 비교>

구분	우리나라	미국
영장 발부 주체	[헌법] 법관	[헌법] 중립적·공정한 치안관사 (neutral and detached magistrate) ³⁰⁾
영장 혐의 기준 ³¹⁾	[법률] 범죄혐의 정황	[헌법] 상당한 이유 (probable cause)
압수 대상물 한정	[법률] 관련성	[헌법] 수색할 장소와 압수할 물건의 특정(particularity)
영장의 충실한 심사	-	[헌법] 선서 또는 확약(oath or affirmation) ※ 치안관사와 대면을 의미
영장의 집행계획	-	[판례] 영장에 정보검색 방법, 주체 등 계획 기재 요구 ³²⁾
영장 발부 사후 심사	-	[헌법] 영장 발부 근거 심사(Frank Hearing) ³³⁾

29) 원문은 다음과 같다. “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

30) 헌법 해석에 따른 것이다. 관련 판결으로는 Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 13-14 (1948); Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345, 354 (1972).

31) 한 연구에서는 “우리 형사소송법은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있음을 소명하도록 규정하고 있어 ... 수사관의 선서와 낮은 단계의 소명(probable cause)으로도 압수영장을 발부하는 미국과 달리 범죄혐의를 소명하기 위한 방대한 수사기록을 법원에 제출하고 법원은 이를 바탕으로 영장의 발부 여부를 결정하는 구조”라고 주장한다. 즉 압수수색영장 발부에 필요한 혐의기준이 우리나라가 더 높다고 설명하는 것인데 적절한지 의문이다. 체포 또는 구속에 필요한 범죄혐의인 ‘상당한 이유’는 피의자가 구체적인 범죄를 저질렀을 고도의 개연성을 의미하는데 이는 미국법상 probable cause를 의미한다. 반면 압수수색에 필요한 범죄혐의는 ‘죄를 범하였다고 의심할만한 정황’만 있으면 충분하고 이는 인신구속보다 낮은 정도인 ‘단순한 범죄혐의’로 충분하다는 것이 다수설이기 때문이다. 이주원, 형사소송법, 2022, 133, 146, 170면.

32) 김면기, 수사목적 클라우드(cloud) 압수수색의 현재와 미래 - 한국과 미국의 최근 판례·실무 비교를 중심으로, 형사법연구 제35권 제1호, 2023, 222-227면. 일부는 법무부 등의 실무지침에서 관련 다루고 있다.

위 <표 2>에서 드러나는 바와 같이, 한국과 미국의 영장관련 주요 기준을 비교하면, 우리나라에서의 일부 기준의 공백은 뚜렷하다. 앞서 언급한 압수수색영장의 협의기준 및 대상물의 한정과 관련해서 차이가 있다. 또한 우리나라는 압수수색영장 심사의 ‘충실성’을 보장할 수 있는 별도의 장치가 마련되어 있지 않은 반면, 미국에서는 영장발부 요건으로서 대면심리를 가능하게 하는 선서 또는 확약이 헌법차원에서 보장되어 있다. 영장 발부 결정에 대해서도, 우리나라는 별도의 통제 수단이 없지만, 미국의 경우 영장 발부의 근거가 된 내용이 진실성(veracity) 등을 심사할 수 있는 제도가 존재한다.³⁴⁾ 본 발제의 주된 내용은 아니지만, 최근 뜨겁게 논의되고 있는 전자정보 등에 대한 영장집행계획 기재의 차이도 눈여겨 볼만 하다. 그리고 각각의 주요 요건들이 헌법적 차원의 요청인가, 아니면 법률적 차원인가의 점에서도 일부 차이가 있다.

(2) 우리나라의 영장 발부 실태 및 최근의 제도개선 논의

이처럼 우리나라와 미국에서는 영장의 발부기준 및 심사 절차의 뚜렷한 차이가 확인된다. 그렇지만 이러한 차이만으로, 우리나라에서 압수수색영장 심사가 부실하게 이루어지고 있다고 선불리 단정하기는 어렵다. 우리 헌법은 법률전문가인 검사의 영장 신청을 거쳐, 독립적·중립적인 법관에 의한 심사를 보장하고 있기 때문이다. 우리나라에서 검사와 법관은 치열한 경쟁과 엄격한 심사를 거쳐 임용된다. 그리고 대부분의 영장재판에 대해서, 대중뿐만 아니라 사건 당사자들도 큰 다툼없이 수용하는 경향이 높다. 이를 고려하면, 영장의 발부기준 및 심사 절차의 차이가 우리나라에서 큰 문제를 초래하지 않는 것으로 간주될 여지도 있다.

그러나 문제는 실상을 정확히 알기 어렵다는 점이다. 형사재판에서 판결의 오류가 확인되고 시정될 수 있는 것은 상급심에서 하급심 판결을 심사하기 때문이다. 하지만 영장발부 및 기각결정은 그 자체가 최종적 재판으로서 심사 자체가 허용되지 않는다.³⁵⁾ 이로 인해 영장발부 결정에 대한 체계적인 학술연구는 거의 찾아보기 어렵다.³⁶⁾ 결국, 비판적 논의가 드문 것은 현행 영장발부 및 기각결정 자체에 문제

33) 헌법 해석에 따른 것으로, 미국 연방대법원은 *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (U.S. 1978) 판결에서, 피고인이 영장의 적절성을 다투기 위해 심리절차를 요청할 권한이 있다고 인정하였다.

34) 소위 프랭크 히어링(Frank Hearing)이라는 제도로써, 경찰이 영장을 발부받기 위해서 작성한 선서진술서(affidavit)에 허위진술이 포함되어 있는지 여부를 심사하는 제도이다. 미국 연방대법원은 *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (U.S. 1978) 판결에서, 피고인이 영장의 적절성을 다투기 위해 심리절차를 요청할 권한이 있다고 인정하였다.

35) 대법원 1997. 9. 29., 자, 97도66, 결정. 동 결정에서는 “형사소송법 제416조는 재판장 또는 수명법관이 한 재판에 대한 준항고에 관하여 규정하고 있는바, 여기에서 말하는 '재판장 또는 수명법관'이라 함은 수소법원의 구성원으로서의 재판장 또는 수명법관만을 가리키는 것이어서, 수사기관의 청구에 의하여 압수영장 등을 발부하는 독립된 재판기관인 지방법원 판사가 이에 해당된다고 볼 수 없으므로, 지방법원 판사가 한 압수영장발부의 재판에 대하여는 위 조항에서 정한 준항고로 불복할 수 없고, 나아가 같은 법 제402조, 제403조에서 규정하는 항고는 법원이 한 결정을 그 대상으로 하는 것이므로 법원의 결정이 아닌 지방법원 판사가 한 압수영장발부의 재판에 대하여 그와 같은 항고의 방법으로 불복할 수 없다”고 설명하고 있다.

가 없어서라기 보다는 문제가 발견되기 어려운 구조적 요인 때문이라고 보는 것이 합리적이다.

정리하면, 현행 압수수색영장은 발부과정에서 충분한 심사가 담보되기 어렵고, 발부의 적절성에 대한 평가도 이루어지기 어렵다. 최근의 수사실무의 변화는 이러한 문제를 더욱 부각시키고 있다. 앞서 설명한 바와 같이 압수수색영장의 비중과 중요성이 계속 높아지고 있고, 전자정보의 압수로 인한 광범위한 프라이버시 침해의 위험성도 커지고 있기 때문이다. 이를 고려하면 헌법적 형사소송법의 차원에서, 우리 헌법 문언의 ‘적법절차’ 이념을 되새기고, 보다 엄정하고 실질적인 압수수색영장의 발부 및 심사가 이루어지도록 노력할 필요가 있다.

최근 법원은 형사소송규칙 개정을 통해 판사가 압수수색영장 발부 심사과정에서 필요시 ‘대면심리’를 진행하는 방안을 추진하고 있다.³⁷⁾ 그런데 충분한 사전 논의 없이 다소 급하게 추진되면서 많은 논란이 야기되고 있다. 주요 쟁점은 다음과 같다.

<표 3: 압수영장 대면심리 관련 주요 논거>³⁸⁾

	찬성측	반대측
수사의 밀행성	수사기관의 심문절차는 비공개로 진행되므로 밀행성 침해 없음	영장청구 사실이 다수인에게 노출되면 수사정보 유출 및 증거인멸 가능성
수사의 지연	소수의 사안에서 활용될 예정이고, 대면심리는 효율적인 심리가 가능해 수사지연 우려 없음	심문 대상자 소환, 기일진행, 조서 작성 등으로 수사가 상당히 지연될 것임
서면심리의 한계	서면 심리 중 의문점이 발생한 경우, 법관이 이를 해소할 방법이 없음	판사가 수사초기 단계에서 심문을 진행하는 것은 법관이 수사행위를 하는 것
압수수색 범위 통제 필요성	전자정보의 증거와 함께 사생활 침해 및 별건수사 우려 높아짐	영장 없이 수집했던 증거들도 이제는 영장을 발부 받아야 압수할 수 있게 되었으므로, 법원의 통제는 오히려 강화
법적 근거의 문제	국민의 기본권을 제한하는 절차에 보다 신중을 기하자는 것으로 반드시 법률에 근거해야 한다고 보기 어려움	헌법 제12조 제1항을 고려하면, 구속 전 피의자 심문과 같이 압수수색영장 대면심리도 법률개정을 통해야 함

36) 이러한 논의의 공백을 채우는 유의미한 연구로는, 이기영 등, 압수수색영장 일부기각에 관한 연구 법조 681호, 2013. 본 연구는 서울중앙지방법검찰청에 근무하는 검사 3명은 영장청구를 담당하는 검사들을 상대로 한 설문조사 등을 통해 우리나라 영장 일부기각 실무 관행에 대한 경험적 연구를 수행하였다. 이를 토대로 저자들은 ‘일부기각시 상세한 이유를 실시’, ‘영장기각전 수사기관의 의견 경청’, ‘일부기각 부분을 삭제한 영장 발부’, ‘영장항고제 도입’ 등을 주장하였다.

37) 2023. 2. 3. 대법원 형사소송규칙 일부개정규칙안 입법예고, <https://www.scourt.go.kr/portal/legislation/LegislationView.work?pageIndex=1&searchWord=&seqnum=434&gubun=1>

38) 표의 내용은 언론기사(2023. 5. 2. 뉴시스, 法 "압수수색 청구 급증"...檢 "필요한 상황 늘어난 것", https://newsis.com/view/?id=NISX20230502_0002288602&cID=10201&pID=10200)와 압수수색영장 토론회 자료집(2023. 4. 14. 더불어민주당 박주민 국회의원실 등, 압수수색영장 대면심리제도 정책토론회 자료집, 14-34면)을 재구성한 것임.

의견 대립이 커 보이지만, 결코 타협이 불가능한 것으로 보이지는 않는다. 수사의 밀행성이나 수사의 지연의 문제는 지나치게 감정적인 측면에서 부각된 것으로 보인다. 서면심리의 한계나 압수수색범위 통제의 필요성에 대한 찬반도 완전한 의견 충돌로 보이지는 않는다. 법적 근거의 문제도 최근 출석 대상자의 범위를 수사기관 관계자로 제한하려 함을 고려하면 큰 문제가 되지는 않아 보인다.

그렇다면, 앞서 살펴본 우리나라의 압수수색영장 발부기준 및 심사절차의 공백 등을 고려하여, 대면심리 제도를 보다 긍정적으로 검토해 볼 필요가 있다. 이어서는 영장발부 과정에서 대면심리가 활발하게 이루어지고 있는 외국(미국)의 사례를 살펴보고, 의의 및 한계에 대해 살펴보고자 한다.

IV. 압수수색영장 대면심리제도 고찰: 미국의 사례를 중심으로

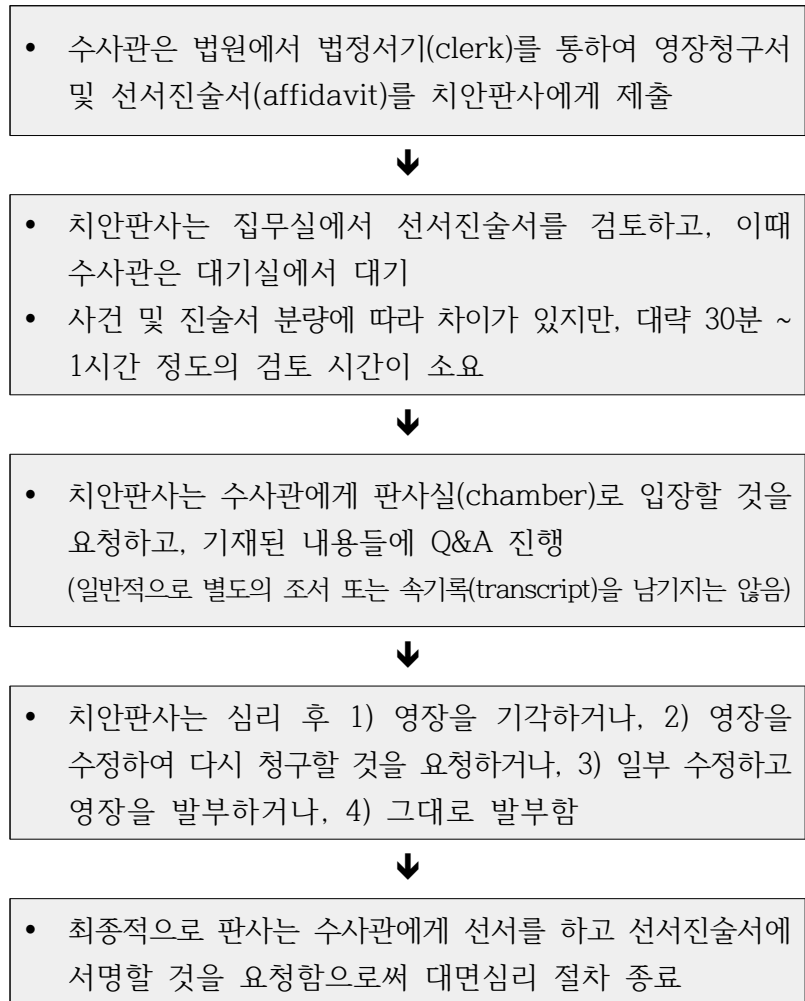
(1) 미국의 영장 대면심리제도

앞서 살펴본 바와 같이, 미국의 경우 영장심사시 헌법적 차원에서 선서 또는 확약을 요구하고 있다. 이러한 절차는 영장청구 과정에서 제출되는 영장청구서 및 선서진술서(affidavit)³⁹⁾에 기재된 내용의 ‘진실성’을 담보하기 위한 수단이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 영장을 청구받은 치안관사를 수사관 등을 대면하고, 판사는 진술서의 내용 등에 대하여 질문한다. 일반적으로 영장이 청구되면 다음과 같은 절차를 거치게 된다.

39) 선서진술서란 해당 진술서의 정보가 진실이라는 것에 대해서 사람이 서명한 서류를 의미한다 (a written report which is signed by a person who promises that the information is true). 네이버 영어사전, <https://en.dict.naver.com/#/entry/enko/1d7229f47f4c40d5953da71bd25a4ac3>.

40) 디지털 증거에 대한 압수수색 집행절차 개선을 위해 선서진술서 제도에 대한 논의를 하고 있는 연구로는, 김혜미, 디지털 압수수색 집행절차상 문제점과 피의자 방어권의 보장 방안 - 사전제한으로서 집행방법 제한의 영장기재를 중심으로-, 법학연구 제23권 제호, 2020.

<표 4: 영장 대면심리 흐름도>⁴¹⁾



(2) 대면심리의 의의 및 고려사항

미국의 영장발부 실무에서 대면심리제도는 큰 의미를 갖는다. 판사는 수사에서 해당 쟁점을 가장 잘 알고 있는 사람에게, 수사내용을 확인하고 질의응답을 할 수 있기 때문이다. 판사가 서류를 통해 내용을 충분히 이해하기 어렵거나, 범죄수사의 정확이나 맥락에 대한 추가 설명이 필요한 경우에, 출석한 수사관은 이에 대한 보충 설명을 할 수 있다. 그리고 판사는 대면심리를 통해 수사진행 경과 등에 대한 ‘진실성’을 검증할 수도 있다. 특히 익명의 정보원 등의 진술이 포함된 경우 판사는 보다 신중하게 수사내용을 점검할 수 있다는 장점이 있다.⁴²⁾

41) 상세한 영장 대면심리 과정은 문헌 등을 통해 찾기 어렵다. 본 내용은 미국 연방국세청(IRS) 수사요원으로 30여년간 재직하고 퇴직한 앤드류 리(Andrew Lee)와의 인터뷰를 통해 구성한 것으로, 각 주의 실무 관행은 일부 차이가 있을 수 있음을 밝힌다.

42) 우리 법원실무에서도 “수사의 초기 단계에서 관련자의 진술이나 다른 객관적인 자료 없이 익명의 제보나 수사기관이 작성한 정보보고서만을 첨부하여 압수·수색·검증영장을 청구하는 경우가

이러한 대면심리는 수사기관에게 많은 부담을 초래하고 현재의 수사실무와 비교하면 다소 비효율적으로 보일 수 있다. 그러나 오히려 원활하고 적정한 영장발부에 도움이 되는 측면도 있다. 판사는 영장에 기재된 내용이 잘 이해가지 않거나 오류 등을 발견한 경우, 혹은 압수 장소 및 대상물에 대해 이견이 있을 경우, 대면심리를 통해 문제를 확인하고 영장의 일부만을 기각하거나 수정하여 발부할 수도 있기 때문이다. 비대면 상태에서는 소통이 불가능하므로 영장을 불필요하게 전부 기각할 수도 있고, 이는 자칫 수사지연을 초래할 수도 있다. 그렇다고 판사가 영장 기각이 부담되어 그대로 승인한다면, 그 자체로 부실한 심사 및 영장 발부가 될 우려가 있다. 즉, 청구된 영장에 대한 발부 심사과정에서 판사와 수사기관의 의사소통이 보다 강화되어야 할 필요가 있다.

이와 같은 현실적인 이유로 인해, 현직 검사들은 미국 제도와의 비교 연구를 통해 우리나라 법원의 일방적인 압수수색영장 일부기각 실태가 개선되어야 함을 주장한 바 있다.⁴³⁾ 해당 연구에서는

[미국]에서 일부기각 사례가 [실무적으로 크게 문제되지 않는 이유는] 바로 법원이 영장심사단계 에서 전화 또는 대면으로 [] 수사기관으로부터 충분한 의견 청취, 사전 논의[를 하였기] 때문이다. 주요 사법 선진국들이 영장심사 단계에서 법원과 수사기관과의 충분한 논의를 통해 현실에서 발생할 수 있는 오류 가능성을 최소화하고 정의 실현과 범죄자의 기본권 보장 이념을 조화롭게 추구하고 있음은 우리나라 형사소송 실무에도 시사하는 바가 크다고 할 것이다⁴⁴⁾

라고 주장한 바 있다. 이러한 시각에서의 제도개선 필요성 주장과 현재 뜨겁게 논의 중인 법원의 대면심리 제도 도입 사이에 결코 ‘엄청난 간극’이 있는 것으로는 보이지 않는다.

그럼에도 불구하고 여전히 실무적 부담이 우려스러울 수도 있다.⁴⁵⁾ 그러나 우리나라와 미국은 압수수색영장의 대상 및 범위가 상당히 다르다는 점에서, 영장심사

문제이다. 이러한 경우 혐의사실의 구체성 및 중대성, 소명자료의 신뢰성, 압수·수색·검증으로 인한 법익침해의 정도, 다른 증거수집 방법의 존재 여부 등을 종합적으로 고려하여 압수·수색·검증영장의 발부 여부를 신중하게 결정하는 것이 타당하다”고 설명하고 있다. 법원실무제요 형사I, 2014, 349면. 그러나 비대면 상태에서 수사기록에 대한 심사만으로 얼마나 ‘소명자료의 신뢰성’을 확인할 수 있는지는 다소 의문이다.

43) 이기영 등, 압수수색영장 일부기각에 관한 연구 법조 681호,

44) 이기영 등, 압수수색영장 일부기각에 관한 연구 법조 681호, 2013, 266면.

45) 실제 1995년 구속전 피의자심문제도의 시행을 둘러싸고 발생한 논쟁도 대부분 예측하기 어려운 또는 예측을 뛰어넘는 실무적 부담에 기인한 것이었다. 하태훈, 구속전 피의자심문제도의 운용실태와 개선방향, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안, 형사정책연구원, 2004, 260-261면. 동 보고서에서는 당시 “검찰 측의 문헌에서는 이러한 배신감을 토로하는 글이 종종 눈에 띈다. 수사기관의 예상과 달리 구속전 피의자심문제도의 시행 초기부터 법원이 이를 적극적으로 활용하기 시작하자 이를 둘러싼 몇 개월간의 논란이 있었고, 그해 말에 전격적으로 당사자의 신청에 의하여서만 구속전 피의자심문을 실시하는 것으로 형사소송법이 개정되었다”고 설명한다.

에 대한 ‘평면적 비교’에는 한계가 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 미국의 경우 오래전부터 확립된 소위 ‘제3자 보관정보 원칙(Third Party Doctrine)’에 의하여, 피의자가 아닌 제3자가 보관한 정보에는 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다.⁴⁶⁾ 예를 들어 수사기관은 은행(금융거래정보)이나 통신회사(통신사실확인자료)가 보유하고 있는 정보를 영장 없이 취득할 수 있다.⁴⁷⁾ 일반적으로 법원의 명령(order) 또는 대배심의 소환장(subpoena)를 통해 수사기관은 해당 정보를 취득하는 것이 가능한데,⁴⁸⁾ 영장발부에 요구되는 요건과는 큰 차이가 있고, 모두 판사의 대면심리를 요하지 않는다.⁴⁹⁾ 결국 미국에서 영장주의가 적용되는 대상과 범위에 대한 차이를 충분히 고려할 필요가 있다.⁵⁰⁾

V. 대면심리 제도 도입 관련 주요 쟁점 검토

(1) 대면심리가 필요한 영장 범위의 구체화

대면심리제도 관련 많은 논쟁이 있었던 부분은 법원이 ‘임의적’으로 대면심리를 진행할 수 있다는 점이었다. 법원은 복잡한 사안에 제한적으로 실시될 것이라는 입장이지만, 일각에서는 결국 ‘가진 자, 권력 있는 자’들에게만 유리할 것이고 ‘전관들의 로비’가 횡행할 것이라고 강도 높게 비판한다.⁵¹⁾ 다소 거친 비판이지만 경청할 점도 분명히 있다. 불명확한 기준은 불필요한 오해를 야기하고, 수사기관에게도 대면심리 실시에 대한 어느 정도의 ‘예측 가능성’을 주지 못하기 때문

46) Richard M. Thompson II, The Fourth Amendment Third-Party Doctrine, Congressional Research Service, 2014.

47) 우리는 통신사실확인자료 등을 얻기 위해서는 사실상 영장에 준하는 통신사실확인자료제공요청허가서를 발부받아야 하고, 금융정보도 압수수색영장에 의한다는 점에서 큰 차이가 있다.

48) 법원의 명령(court order)은 수사기관이 범죄수사와의 관련성과 필요성(relevant and material)만 소명하면 발부받을 수 있고, 별도의 대면심리를 필요로 하지 않는다는 점에서 영장발부와 차이가 크다. 18 U.S. Code § 2703 - Required disclosure of customer communications or records. 소환장도 거의 유사하다.

49) 다만, 최근 Carpenter v. United States 사건에서는 제3자 보관정보 원칙을 일부 제한한 바 있다.

50) 통계에 따르면, 2019년 미국 연방법원에서 발부된 압수영장은 대략 2,000건으로 보인다. 미국 전역의 형사사건 중 연방사건 비율이 대략 3~4%인 점을 고려하면, 미국 전역에서 1년간 발부되는 영장건수는 대략 60,000건 정도에 불과한 것으로 추정된다. 우리나라의 연간 압수수색영장 발부건수가 40만건에 이른다는 점을 고려하면 상당한 차이라고 볼 수 있다. 미국의 해당 수치는 1) 2022. 8. 22. How Often Do the FBI and the Department of Justice Seek Search Warrants and Subpoenas?, <https://trac.syr.edu/reports/693/>, 2) 2021. 7. 16. What is the Difference Between State and Federal Criminal Cases?, <https://fastlawpc.com/what-is-the-difference-between-state-and-federal-criminal-cases/> 의 자료들을 재구성한 것이다.

51) 2023. 2. 13. 연합뉴스, 압수수색영장 대면심사... "수사간섭 vs 사실담보", <https://www.yonhapnews.co.kr/news/MYH20230213022000641?input=1825m> 그러나 반대로 생각해볼 수 있는 측면도 있다. 변호인 선임이 수월한 재력있는 자들은 최근 강화된 압수수색과정에서의 참여권 등으로 인해 영장집행과정에서 상당한 수단의 통제를 가할 수 있다. 수사단계에서 변호인을 선임할 수 없는 피의자들과 대조되는 부분이다. 이를 고려하면 수사단계에서 압수수색영장의 발부과정에 대한 통제가 강화되는 것이 일각의 비판과 달리 재력이 충분하지 않은 피의자들을 위하는 것이라고 볼 수 있다.

이다. 따라서 제도 도입 초기 단계에 한계가 있겠지만, 해당 요건들을 최대한 구체화하는 것도 필요할 것이다.

우선 범죄의 중대성 기준을 생각해 볼 수 있다. 통신비밀보호법 제5조는 살인죄, 강간죄, 방화죄 등 통신제한조치가 가능한 범죄들을 제한적으로 열거하고 있다.⁵²⁾ 압수수색영장 대면심리에도 이와 같이 범죄의 종류를 제한하는 방안을 검토해 볼 수 있지만, 현실적으로 유의미한 기준이 되기는 어려울 것으로 보인다. 오늘날 일상생활에서의 전자정보 활용 속성을 고려하면, 범죄의 중대성과 압수수색영장 대면심리의 필요성(=압수수색 과정에서의 기본권 침해의 범위 및 정도) 사이에 반드시 상관관계에 있다고 보기는 어렵기 때문이다. 그리고 최근 들어 통신제한조치가 수사 실무적으로 거의 활용되고 있지 않음을 고려하면,⁵³⁾ 이와 같은 범죄의 중대성

52) 제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건) ①통신제한조치는 다음 각호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다. <개정 1997. 12. 13., 2000. 1. 12., 2001. 12. 29., 2007. 12. 21., 2013. 4. 5., 2015. 1. 6., 2016. 1. 6., 2019. 12. 31.>

1. 형법 제2편중 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄중 제92조 내지 제101조의 죄, 제4장 국교에 관한 죄중 제107조, 제108조, 제111조 내지 제113조의 죄, 제5장 공안을 해하는 죄중 제114조, 제115조의 죄, 제6장 폭발물에 관한 죄, 제7장 공무원의 직무에 관한 죄중 제127조, 제129조 내지 제133조의 죄, 제9장 도주와 범인은닉의 죄, 제13장 방화와 실화의 죄중 제164조 내지 제167조·제172조 내지 제173조·제174조 및 제175조의 죄, 제17장 아편에 관한 죄, 제18장 통화에 관한 죄, 제19장 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄중 제214조 내지 제217조, 제223조(제214조 내지 제217조의 미수범에 한한다) 및 제224조(제214조 및 제215조의 예비·음모에 한한다), 제24장 살인의 죄, 제29장 체포와 감금의 죄, 제30장 협박의 죄중 제283조제1항, 제284조, 제285조(제283조제1항, 제284조의 상습범에 한한다), 제286조[제283조제1항, 제284조, 제285조(제283조제1항, 제284조의 상습범에 한한다)의 미수범에 한한다]의 죄, 제31장 약취(略取), 유인(誘引) 및 인신매매의 죄, 제32장 강간과 추행의 죄중 제297조 내지 제301조의2, 제305조의 죄, 제34장 신용, 업무와 경매에 관한 죄중 제315조의 죄, 제37장 권리행사를 방해하는 죄중 제324조의2 내지 제324조의4·제324조의5(제324조의2 내지 제324조의4의 미수범에 한한다)의 죄, 제38장 절도와 강도의 죄중 제329조 내지 제331조, 제332조(제329조 내지 제331조의 상습범에 한한다), 제333조 내지 제341조, 제342조[제329조 내지 제331조, 제332조(제329조 내지 제331조의 상습범에 한한다), 제333조 내지 제341조의 미수범에 한한다]의 죄, 제39장 사기와 공갈의 죄 중 제350조, 제350조의2, 제351조(제350조, 제350조의2의 상습범에 한정한다), 제352조(제350조, 제350조의2의 미수범에 한정한다)의 죄, 제41장 장물에 관한 죄 중 제363조의 죄

2. 군형법 제2편중 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄, 제3장 지휘권 남용의 죄, 제4장 지휘관의 항복과 도피의 죄, 제5장 수조이탈의 죄, 제7장 군무태만의 죄중 제42조의 죄, 제8장 항명의 죄, 제9장 폭행·협박·상해와 살인의 죄, 제11장 군용물에 관한 죄, 제12장 위령의 죄중 제78조·제80조·제81조의 죄

3. 국가보안법에 규정된 범죄

4. 군사기밀보호법에 규정된 범죄

5. 「군사기지 및 군사시설 보호법」에 규정된 범죄

6. 마약류관리에관한법률에 규정된 범죄중 제58조 내지 제62조의 죄

7. 폭력행위등처벌에관한법률에 규정된 범죄중 제4조 및 제5조의 죄

8. 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에 규정된 범죄중 제70조 및 제71조제1호 내지 제3호의 죄

9. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」에 규정된 범죄중 제2조 내지 제8조, 제11조, 제12조의 죄

10. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 규정된 범죄중 제3조 내지 제9조의 죄

11. 제1호와 제2호의 죄에 대한 가중처벌을 규정하는 법률에 위반하는 범죄

12. 「국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법」에 규정된 범죄 중 제3조 및 제4조의 죄

53) 통계에 의하면, 2022년도 상반기 통신제한조치는 경찰이 1건, 국정원이 65건 신청한 것으로 확인되고, 경찰, 검찰 등 일반수사기관이 통신제한조치를 활용하는 사례는 최근 들어 거의 없는 것으로

기준이 합리적·현실적인지에 대한 평가에도 한계가 있다.

또 다른 기준으로는 영장에 의해 광범위한 기본권 침해가 이루어지는 경우를 생각해 볼 수 있다. 최근 논란이 되었던 통신비밀보호법에 의거한 실시간 위치추적 또는 기지국 수사사례가 좋은 예이다.⁵⁴⁾ 2018년 헌법재판소는 실시간 위치추적 수사와 기지국 수사는 통신비밀보호법상 규정된 요건 외에 별도로 ‘보충성’이 충족되어야 한다고 판시하였고,⁵⁵⁾ 이후 통신비밀보호법 개정도 이루어졌다.⁵⁶⁾ 이러한 사례를 참고하면, 압수수색영장도 ‘광범위한 기본권 침해’가 예상되는 경우에 보충성 요구와 같은 맥락에서 대면심리를 필요로 하는 것을 검토할 수 있다. 이러한 접근은 분명한 의미가 있다. 개인에 대한 실시간 위치추적이 ‘개인의 사적인 이동 경로’ 등을 고스란히 드러내기 때문에 강화된 사법통제가 요구되는 것처럼, 집적된 디지털 증거에 대한 압수수색도 ‘개인 일상생활의 모든 것’을 드러내기 때문이다. 이를 고려하면, 대면심리도 광범위한 기본권 침해가 이루어지는 디지털 증거와 연관되어 논의되는 것이 자연스럽다. 결국 개인의 사생활에 대한 디지털 증거가 집약된 매체는 결국 스마트폰이 주된 대상이 될 것이다.

실제 2014년 미국 연방대법원의 Riley v. California 판결은 바로 이 쟁점을 다루고 있다.⁵⁷⁾ 전자정보에 대한 압수수색의 기념비적인 Riley 판결은 현대사회에서 스마트폰의 중요성과 광범위한 사생활 정보를 고려하면, 영장없는 스마트폰 압수수색은 제한되어야 함을 선언한 것이다. 강제수사에 사전영장주의가 원칙이라는 점은 우리나라와 미국이 크게 다르지 않다. 따라서 압수수색을 위해서는 사전영장이 필요하지만, 예외적으로 현장에서의 체포에 신속한 압수수색이 필요한 경우 등에는 영장주의의 예외가 적용된다. 즉, 경찰이 현장에서 강도 현행범을 체포할 경우 영

로 보인다. 2022. 12. 23. 과학기술정보통신부, 2022년 상반기 통신자료 및통신사실확인자료 제공 등 현황 발표, <https://eiec.kdi.re.kr/policy/materialView.do?num=233775&topic=>

54) 실시간 위치추적은 수사기관이 특정인에 대한 위치를 일정기간 동안 주기적으로 확인하는 것이고, 기지국 수사는 수사기관이 기지국 주변에 위치한 (다수의) 대상자의 단기간의 위치정보를 확인하는 것이다. 이와 같은 수사방식은 특정인에 대한 제한된 통신수사(통신사실확인자료 제공요청)에 비해 ‘1인에 대한 장기간’의 또는 ‘다수인에 대한 일시적’인 프라이버시 침해를 가져온다는 점에서 차이가 있다.

55) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191, 550(병합), 2014헌마357(병합) 전원재판부 결정 [통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 등 위헌확인, 통신비밀보호법 제2조 제11호 등 위헌확인]; 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마538 전원재판부 결정 [통신비밀보호법 제13조 제1항 위헌확인 등]

56) 제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차) ①검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자(이하 “전기통신사업자”라 한다)에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출(이하 “통신사실 확인자료제공”이라 한다)을 요청할 수 있다.

② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에도 불구하고 수사를 위하여 통신사실확인자료 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자료가 필요한 경우에는 다른 방법으로는 범죄의 실행을 저지하기 어렵거나 범인의 발견·확보 또는 증거의 수집·보전이 어려운 경우에만 전기통신사업자에게 해당 자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다. 다만, 제5조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄 또는 전기통신을 수단으로 하는 범죄에 대한 통신사실확인자료가 필요한 경우에는 제1항에 따라 열람이나 제출을 요청할 수 있다. <신설 2019. 12. 31.>

1. 제2조제11호바목·사목 중 실시간 추적자료

2. 특정한 기지국에 대한 통신사실확인자료

57) 573 U.S. 373 (2014).

장 없이도 증거물(스마트폰)을 압수할 수 있는 것이다. 그런데 Riley 판결은 이러한 원칙에 제한을 가한 것으로, 스마트폰만큼은 다른 증거들과 차원이 다르기 때문에, 경찰이 스마트폰 수색을 위해서는 반드시 사전영장이 필요하다고 실시한 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 미국에서의 영장 발부에는 대면심리가 필수적이다. 이를 고려하면, 스마트폰 수색에 대한 영장발부를 요구하는 것은 결국 대면심리를 의무화하는 것이라고 볼 수 있다. 우리나라에서 대면심리가 필요한 영장 범위의 구체화와 관련해서도, 이러한 기본권 침해의 정도와 관련된 논의를 참고할 필요가 있다.

(2) 대면심리에 출석이 필요한 대상자의 범위

대법원은 압수수색영장 대면심리제도 도입 계획을 발표하면서, 검사 또는 수사관 뿐만 아니라 필요에 따라 제보자, 피의자, 변호인에 대한 심문도 가능하다고 설명하였는데, 역시 많은 논란을 촉발하였다.⁵⁸⁾ 형사소송규칙 개정안은 “법원은 필요하다고 인정한 때에” 대면 심리를 통해 “압수·수색 요건 심사에 필요한 정보를 알고 있는 사람을 심문할 수 있다”고 규정하였기 때문이다.⁵⁹⁾ 이러한 제안은 수사의 밀행성을 해치는 행위로서, 압수수색 여부, 구체적 착수 시점 같은 민감한 수사 정보가 제보자 등을 통해 유출되거나, 제보자가 피의자 측으로부터 협박당할 수 있다는 우려를 낳았다.⁶⁰⁾ 그리고 법원의 선택적인 대면심리가 수사단계에서 변호인을 선임할 재력이 있는 피의자에게만 유리하게 작용할 것이라는 비판도 제기되었다. 대면심리 출석 대상으로 수사기관/제보자, 피의자/변호인은 정체성의 간극이 크기 때문에 나누어 살펴볼 필요가 있다.

우선, 법원은 압수수색영장 심사과정에서 수사기관이 제출한 자료 등의 진실성을 확인할 필요가 높기 때문에, 수사기관 또는 제보자를 대상으로 심문이 이루어지는 것은 합리적이다. 제보자를 대상으로는 ‘수사기관에 진술한 내용’이 신뢰할만한지, ‘진술이 구체적·일관적인지’를 확인할 것으로 예상된다. 이를 고려하면, 심문과정에서 제보자에게 별도의 ‘민감한 수사내용’이 알려질 가능성은 높지 않을 것으로 보인다. 예를 들어 대면심리 과정에서, 우려하는 바와 같이 ‘수사내용, 증거관계, 향후 수사 내용, 압수수색 결과물’ 등은 굳이 언급되지 않을 것이기 때문이다.⁶¹⁾ 이미 대법원은 이러한 우려를 고려하여 ‘수사기관이나 제보자’가 아닌 ‘수

58) 2023. 2. 8. 경향신문, 대법 “압색 영장 전 관계인 심문” 검찰 “수사 밀행성 해치는 행위”, <https://m.khan.co.kr/national/court-law/article/202302082125005#c2b>

59) 2023. 2. 3. 대법원 형사소송규칙 일부개정규칙안 입법예고, <https://www.scourt.go.kr/portal/legislation/LegislationView.work?pageIndex=1&searchWord=&seqnum=434&gubun=1>

60) 2023. 3. 7. 머니투데이, 검찰은 왜 '압수수색 영장 발부 전 사전심문' 도입 반대하나[Q&A], <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2023030715230496209>

61) 일각에서는 법원도 '수사내용, 증거관계, 향후 수사 내용, 압수수색 결과물 등이 해당 사건 제보자에게 알려져서는 안 되는 공무상 비밀'이라고 판단한 판례(대법원 2014도11441)를 거론하며 대면심리 과정에 제보자가 참여하는 것을 비판하지만, 본문에서 설명하는 바와 같이 대면심리의 취지 및 구조적 특성을 고려하면 수사내용 등 민감한 정보가 제보자에게 알려질 가능성은 높지 않다.

사기관'이나 '수사기관이 지정하는 제3자'로 제한하는 것도 검토하고 있는 것으로 알려져 있다.⁶²⁾ 합리적인 수준에서 수사기관/제보자의 출석이 이루어질 필요가 있다.

그렇지만, 대면심리 과정에서 피의자와 변호인의 참여까지 필요한지는 다소 의문이다. 법원의 압수수색영장 사전 심문은 어디까지나 수사기관의 ‘독자적인’ 수사 내용에 대한, ‘일방 당사자 심리(ex parte proceeding)’의 성격을 갖는다고 보아야 한다.⁶³⁾ 즉 수사기관이 주도적으로 진행한 수사에 대해서, 법원이 공개된 재판과는 달리 ‘강제수사에 대한 사전심사’ 관점에서 일방 당사자(수사기관)의 수사 내용을 비밀리에 확인하는 형식에 가깝기 때문이다. 실제 미국에서도 피의자 또는 변호인이 압수수색영장 대면심리에 참여한 사례는 확인되지 않는다. 이를 고려하면, 대면심리제도 도입 초기에 굳이 불필요한 논란을 야기할 필요는 없어 보인다.

(3) 대면심리가 필요한 피압수자의 범위

우리나라의 경우, 압수수색영장 청구 및 발부는 피압수자가 피의자인지 아니면 참고인(제3자)을 가리지 않고 이루어지는 경향이 있다. 이로 인해 압수수색의 대상자인 ‘피압수자’가 ‘피의자’가 아닌 경우도 빈번하다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 수사기관이 그동안 제3자로부터 임의제출을 받아 확보해왔던 증거도, 이제는 적법절차 관점에서 영장을 통해 확보하려는 것이 최근의 경향과도 관련이 있다.

압수수색영장 청구건수가 40여만건에 이르는 상황에서 대면심리가 선택적으로 이루어질 수밖에 없다면, 피의자가 피압수자인 경우가 우선적으로 고려되는 것이 바람직하다. 이는 피압수자가 피의자인 경우와 피압수자가 참고인에 불과한 제3자인 경우는 피의자의 사생활 보호에 차이가 있는 것이 합리적이기 때문이다. 그리고 참고인에 대한 엄격한 영장집행 절차를 준수하는 것도 실효성이 낮다는 점도 고려할 필요가 있다.⁶⁴⁾ 앞서 언급한 바와 같이 미국에서는 오래전부터 제3자 보관정보 원칙이 확립되어 있는데, 여기에는 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다.⁶⁵⁾ 바꿔 말하면, 수사기관이 피의자가 아닌 제3자로부터 피의사실과 관련된 정보를 확보하

62) 2023. 3. 14. 뉴스1, '압수수색 사전 심문' 강행 vs 절충안...대법 최종안 주목, <https://www.newsl.kr/articles/4980908>

63) 일방 당사자 심리(ex parte proceeding)은 양 당사자가 참석하지 않는 심리를 의미한다. 법원이 이러한 유형의 심리를 허용하는 데에는 특별한 이유가 있다. 일방 당사자 심리는 주로 긴급한 상황에서 사용되며, 상대방 당사자가 있으면 소송을 제기하는 사람에게 ‘돌이킬 수 없는 피해’를 입힐 수 있는 경우에 가능하다. 예를 들어, 상대방으로부터 위협을 느끼기 때문에 다른 사람에 대한 금지 명령을 요청하는 사람은 일방 당사자 심리를 신청할 수 있습니다. 수사기관의 압수수색영장 청구에 대한 법원의 심리도 일방 당사자 심리로 진행되는 것이 합리적이다. Online Paralegal, What is an Ex Parte Proceeding?, <https://www.online-paralegal-degree.org/faq/what-is-an-ex-parte-proceeding/>

64) 특히 피의자와 개별적이고 특별한 관계가 있지 않은 중립적인 제3자의 경우 압수수색 자체에 별다른 관심이 없는 경우도 있다.

65) 다만, 최근 Carpenter v. United States 사건에서는 제3자 보관정보 원칙을 일부 제한한 바 있다.

는 경우에는 대면심리가 필요하지 않은 셈이다. 이를 고려하면, 제도 도입 초기에는 피압수자가 피의자인 경우로 대면심리를 제한하는 것이 합리적이다.⁶⁶⁾

그렇다면 현재 수사기관이 압수수색영장을 통해 확보하고 있는 금융거래기록이나 국민건강보험공단의 의료정보 등은 굳이 대면심리를 요하지 않는다고 볼 수 있다. 같은 맥락에서 영장주의가 적용되는 것으로 이해되는 통신사실확인자료 제공요청에서도 대면심리는 불필요할 것이다. 피의자가 사용하는 클라우드 등 대형 ISP의 계정에 저장된 전자정보도 역시 제외하는 것이 합리적이다. 이 경우 대면심리 보다는 디지털 정보에 대한 압수수색 집행계획 기재 등을 통해 통제하는 것이 현실적이라고 볼 수 있다.⁶⁷⁾ 판사가 영장청구 기록 및 구체적인 집행계획 등에 대한 서면 심사를 통해 압수수색영장 발부에 필요한 범죄혐의 정황, 관련성 요건을 판단하는 것으로 충분하다고 볼 수 있다.⁶⁸⁾

종합하면, ‘피압수자’가 ‘피의자’가 아닌 경우에는 대면심리 대상에서 제외하는 것이 합리적이라고 볼 수 있다.

(4) 대면심리 제도의 구체적 운영

압수수색영장 대면심리 제도의 운영은 현재의 구속전 피의자 심문제도와 유사하게 운영하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 구속전 피의자 심문을 마치고 판사가 간략하게 심문의 내용을 요약정리하는 것과 유사하게, 압수수색영장 대면심리가 종료된 후 요약된 내용을 조서로 남기는 것이 가능할 것이다.

미국과 같이 영장심사 대면심리 과정에 참여하는 수사관 등의 선서 등이 필요해 보이지는 않는다. 앞서 살펴본 바와 같이 미국의 경우 반드시 수사관 등이 선서 등을 하는 것은 미국의 특유한 선서진술서 제도와도 관련이 있기 때문이다. 우리나라

66) 한편, 피의자가 피압수자는 아니지만 ‘실질적 피압수자’에 해당되는 경우에 대하여 특별히 검토해볼 필요가 있다. 그동안 피의자가 피압수자는 아니지만 피의자 소유의 유체물·전자정보 등이 압수되는 경우, 피의자에게 압수수색 과정에서의 참여권을 인정할 것인가에 대하여 많은 논의가 있었다. 최근 대법원은 피의자가 실질적 피압수자로 인정되기 위한 요건을 제시한 바 있다. 대법원 2021. 11. 18.자 2016도348 전원합의체 판결. 핵심은 앞서 설명한 바와 같이 피의자의 ‘전속적인 관리처분권’의 인정 여부로, 이는 ‘민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적·사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다’고 설명하였다. 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결. 이처럼 피의자가 실질적 피압수자로 인정되어 참여권이 인정되는 경우 압수수색의 대면심리 범위에 포함시킬 것인가가 쟁점이 될 수 있지만, 본문에서의 설명과 같은 맥락에서 대면심리의 범위에서 제한하는 것이 합리적일 것이다.

67) 김면기, 수사목적 클라우드(cloud) 압수수색의 현재와 미래 - 한국과 미국의 최근 판례·실무 비교를 중심으로, 형사법연구 제35권 제1호, 2023, 222-227면. 일부는 법무부 등의 실무지침에서 관련 내용을 다루고 있다. 본 논문에서는 자세히 언급하지 않았지만, 대법원이 발표한 형사소송 규칙 개정안에 포함된 압수수색 집행계획 기재와 관련된 쟁점이 여기에 적용될 수 있을 것으로 보인다.

68) 이와 같은 통제 방식 관련 미국의 사례에 대한 설명으로는, 김면기, 수사목적 클라우드(cloud) 압수수색의 현재와 미래 - 한국과 미국의 최근 판례·실무 비교를 중심으로, 형사법연구 제35권 제1호, 2023, 225면. 해당 문헌에서 소개된 판례는 집행계획에 대한 사법통제의 의의 및 한계를 보여준다.

의 경우, 구속전 피의자신문 절차에서 판사가 피의자를 신문하면서 동행한 검사 또는 수사관에게 질문하는 것과 유사하게, 대면심리 과정에서도 수사관 등에 대하여 문답을 하는 것으로 충분해 보인다.

참고로 판사가 수사관 등을 대면하는 장소도 검토해 볼 필요가 있다. 우리는 현재 구속전 피의자 신문 과정에서 대부분 법정에서 심리가 이루어지고 있다. 그러나 미국의 경우 체포영장, 압수수색영장은 모두 ‘일방당사자 심리’의 성격을 갖기 때문에, 판사는 대립적 구조의 법정이 아닌 자신의 집무실(chamber)에서 수사관 등을 대면한다. 우리나라에서는 기존의 구속전 피의자신문과 유사하게 압수수색영장 대면심리도 법정에서 진행하는 것이 자연스럽겠지만, 수사 진행사항의 누설 우려 등을 고려하면, 판사의 집무실에서 심리도 가능할 것으로 보인다. 이는 요약된 내용의 조서 작성 여부와 연계하여 검토할 필요가 있다.

VI. 나가며

앞서 살펴본 바와 같이, 우리 형사절차 내에서 압수수색영장 발부기준 및 심사절차는 강화될 필요가 있다. 어떠한 제도도 장점과 단점이 존재하겠지만, 우리 압수수색영장의 발부기준 및 심사절차를 고려하면, 대면심리제도 도입을 긍정적으로 검토해 볼 필요가 있다. 본 연구에서는 영장심사 강화를 위한 방안으로 최근 논의되고 있는 압수수색영장 심사시 대면심리제도에 대하여 고찰하였다. 미국 실제 운용 사례를 살펴보고, 도입시 논의가 필요한 쟁점들을 검토하였다. 활발한 후속 논의를 기대한다.

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

제1세션 제2주제 토론문

헌법상 적정절차 관점에서 본 압수수색영장의 문제점

사회자: 이용식 명예교수(서울대학교)
발표자: 김면기 교수(경찰대학교)
토론자: 남요섭 판사(광주지방법원)
조현일 검사(광주지방검찰청)

“헌법상 적정절차 관점에서 본 압수수색영장의 문제점 - 대면심리 제도 도입 논의를 중심으로 -” 에 대한 토론문

남요섭(광주지법 판사)

1. 들어가며

강제수사는 인신에 관한 것이 아니더라도 필요에 비해 과도한 기본권 제한을 발생시킬 가능성을 내포하고 있습니다. 그리고 이는 개인의 민감한 정보가 집약된 스마트폰의 대중화로 인해 더욱 심해지고 있는 상황입니다. 때문에 최근 적정한 압수·수색에 관한 여러 가지 제도적 논의가 이루어지고 있는데 이러한 논의는 헌법에 부합하는 강제수사 제도를 만들어나가기 위한 뜻깊은 일이 될 것으로 보이고, 특히 발표문의 주요 내용과 같이 비교법적 고찰을 하는 것은 강제수사에 관한 올바른 제도 도입과 유지를 위해 필수적인 일이 될 것이라고 생각합니다.

발표문에 기재된 바와 같이 현재 압수·수색영장 제도에 관한 논의는 상당부분 압수·수색영장에 관한 대면심리 제도 도입 여부에 집중되고 있는 것 같습니다. 이에 관하여 법리적인 부분에 있어서는 이미 발표자를 포함한 많은 분들께서 심도 있는 정리를 마쳐주신 만큼, 저는 헌법상 적정절차의 보장을 위해 압수·수색영장에 관한 대면심리 제도가 필요한지를 실무적인 관점에서 논하는 것으로 발표문을 보충하는 방식의 토론을 진행해보고자 합니다. 다만 영장전담법관별로 판단이나 심리방식 등에 많은 차이가 있는 만큼, 본 토론문의 내용은 개인적인 의견에 불과함을 미리 밝혀두겠습니다.

2. 실무상 대면심리 절차의 필요성에 관하여

강제수사를 함에 있어 법원의 영장을 발부받도록 하는 것은 국민의 기본권에 대한 부당한 침해가 없도록 하고, 동시에 헌법과 법률에 기초한 적정한 수사가 이루어질 수 있도록 하는 것을 담보하기 위함입니다. 이렇듯 강제수사에 관한 부분은 국민의 기본권과 직접 관련되는 영역이기 때문에 현재까지 많은 논의가 이루어지고 또 실제로 많은 부분에서 제도의 보완이 이루어졌습니다. 하지만 발표자께서 지적하고 있듯이 그 논의는 주로 인신에 관한 부분 또는 압수·수색영장의 집행에 관한 부분에 한정되었고, 압수·수색영장의 심사절차에 관한 유의미한 논의는 이루어지지 않고 있던 상황이었습니다. 그런데 그러한 논의 전개 상황과는 달리 압수·수색의 주요 대상이 전자정보로 바뀌면서 압수·수색으로 인한 기본권 침해 가능성이

커져 영장에 관한 실질적인 심리의 필요성이 높아진 상황으로 보입니다.

현재 실무를 살펴보면, 휴대전화 등 전자정보 저장매체를 압수할 때 다음과 같이 ‘본건과 관련이 있는 전자정보 일체’를 압수할 물건으로 기재한 영장이 상당수 청구되고 있습니다.

1. 피의자 명의의 휴대전화(010-****-****) 및 피의자가 실질적으로 사용하는 휴대전화 중 본건과 관련이 있는 전자정보 일체
2. 피의자의 컴퓨터, 외장하드디스크, USB 등 저장장치 내에 저장되어 있는 본건과 관련이 있는 전자정보 일체
3. 피의자가 소지 또는 작성한 수첩, 업무일지, 일정표, 다이어리, 노트, 메모, 회의록, 녹취록 등 자료 중 본건과 관련이 있는 내용

그리고 이와 같은 영장은 많은 경우 현장에서의 선별절차가 불가능하다는 이유로 피의자가 가진 저장장치 내 전자정보 전부를 복제하여 수사기관에서 선별절차를 거치는 방식으로 집행이 이루어지고 있는 것으로 보입니다. 따라서 위와 같은 영장이 발부되면 수사기관은 저장장치 내의 모든 정보를 복제하여 수색할 수 있고, 수색과정에서 압수·수색영장과 직접 관련되지 않은 범죄에 관한 내용도 새로운 압수·수색영장을 발부받으면 추가적으로 압수할 수 있으므로¹⁾, 수사기관으로서는 사실상 휴대전화 등에 존재하는 모든 정보를 수색하여 그 중 범죄가 될 수 있는 내용을 압수할 수 있게 됩니다. 물론 수사기관도 적절한 절차에 따른 수사를 중시하는 만큼 영장 집행 과정에서 부당한 기본권 침해가 없도록 충분한 조치가 취해질 것으로 생각되지만, 위와 같은 광범위한 영장이 다른 심리 방법 없이 오로지 서면심리만으로 발부되는 것이 타당한 것인지는 의문을 떠올리게 합니다.

때문에 압수·수색영장의 발부에 앞서 광범위한 영장의 필요성이나 압수·수색영장 범위의 구체적인 제한을 위한 실질적인 심리의 필요성이 매우 커진 상황이라고 할 수 있음에도, 현행 제도상으로는 영장전담법관이 대면심리 등 실질적인 심리를 할 법률적 근거가 없는 상황입니다. 따라서 현재로서는 영장전담법관이 영장 심사 단계에서 의문점을 해소하거나 영장 발부 범위를 구체적으로 제한한다는 것은 사실상 불가능하고, 실질적인 심리를 하지 못한 채 그저 영장을 발부 또는 기각할 수밖에 없습니다.²⁾

1) 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정 등 참조).

2) 과거에는 부전지를 붙여 영장을 돌려보내거나 검사와의 전화 통화 등으로 의문을 해소하는 방법이 활용되었지만 이와 같은 방법은 법률에 근거를 두지 않은 것으로 현재는 잘 활용되지 않는 추세입니다.

또한 영장전담법관이 영장의 범위 등에 관한 실질적인 심리를 할 수 없음으로 인한 문제점은 수사의 밀행성 측면에서도 발생할 수 있는 것 같습니다. 수사가 진행 중인 것이 밝혀질 경우 증거인멸의 가능성이 높은 사건에서는 수사 초기부터 주거지 수색, 휴대전화의 압수 등 광범위한 압수·수색영장이 청구되는 경우가 있습니다. 그런데 이와 같은 경우 확보된 증거에 비해 기본권 제한의 정도가 과도하다고 판단될 경우 대개 일부를 기각하는 영장을 발부하게 되는데, 이 경우 앞서 본 영장 발부 범위 제한의 어려움 등으로 인해 압수·수색 범위를 구체화시켜 한정하는 것이 아니라 압수·수색의 대상물 중 기각할 부분 전체를 삭선 등으로 삭제한 일부 기각 영장을 발부하게 되고, 그 영장이 집행되는 과정에서 피의자가 수사기관이 압수·수색의 대상으로 삼으려는 증거물이나 수사 방향 등을 인식하게 되는 경우가 있는 것 같습니다. 즉, 앞서 본 대면심리 제도 등 실질적인 심리의 부재로 인한 문제점은 수사의 밀행성 측면에서도 발생할 수 있는 것으로 보입니다.

그 뿐만 아니라 회사나 법무법인 등으로부터 고용된 것으로 보이는 사인이 저작권 위반 등에 관한 자료를 수사기관에 제보하여 수사가 이루어지는 경우 등과 같이 강제수사의 기초가 된 자료의 진실성이나 제보자의 목적 등에 의문이 있는 경우, 압수·수색영장의 심리과정에서 위법수사 내지 적정하지 아니한 수사를 인지한 경우 등에도 대면심리의 필요성이 있어, 실무를 담당하는 입장에서는 압수·수색영장에 관한 대면심리 절차 내지 그에 준하는 심리절차의 필요성을 느끼게 되는 경우가 상당수 있는 것 같습니다.

3. 마치며

이상과 같이 실무적인 측면에 있어서는 대면심리 제도 등 강제수사의 적적성을 실질적·공식적으로 확인할 수 있는 절차를 둘 필요성이 있다는 점에 상당부분 공감하는 바입니다. 다만, 이러한 필요성과는 별개로 압수·수색영장의 대면심리 제도에 관한 비판들은 분명 경청할 필요가 있다고 보일 뿐만 아니라, 특히 절차 운영 방법에 있어서의 불명확성은 향후 더 보완될 필요성이 있다고 보입니다. 때문에 지속적인 논의를 통한 제도 보완이 이루어질 필요성이 있을 것으로 보이므로, 향후에도 본 토론회와 같이 강제수사에 관한 심도 있는 논의가 이루어질 수 있기를 바랍니다.

“헌법상 적정절차 관점에서 본 압수수색영장의 문제점 - 대면심리 제도 도입 논의를 중심으로 -” 에 대한 토론문

조현일(광주지방검찰청 검사)

I. 들어가며

지난 2023. 2. 3. 법원에서는 압수·수색영장 사전심문제도 도입 등을 내용으로 하는 형사소송규칙 일부개정규칙안을 입법예고(당초 시행예정일 : 2023. 6. 1.) 하였습니다.

이번 개정안의 내용은 단순히 법원의 재판 진행 절차 등에 관한 것이 아니라 수사기관을 비롯하여 피의자·변호인 등 사건관계인에게도 중대한 영향을 미치는 ‘압수·수색’에 관한 것이므로 입법예고 전에 관계기관에 대한 충분한 의견 수렴과 논의가 우선되었으면 어땠을까 하는 아쉬움이 있지만, 이번 학회 논의 등을 통해 이제라도 발전된 개선방향을 찾을 수 있었으면 하는 바램입니다.

이하에서는 위 개정안 중 압수·수색영장 대면심문 제도의 문제점에 대해 발제자께서 언급하신 내용을 중심으로 하여 말씀드리겠습니다. 아래 내용은 소속기관의 공식적 견해가 아니며 개인 의견임을 양해하여 주시기 바랍니다.

II. 압수·수색영장 사전심문제도의 문제점

가. 압수·수색영장에 대한 사법적 통제 강화

발제자께서는 압수·수색영장의 청구 및 발부 건수가 증가하였고, 발부율도 높으므로 이에 대한 통제가 필요하다고 주장하고 있습니다. 그런데 판사의 압수·수색영장 기각률이 낮은 이유는 검사가 사법경찰관이 신청한 영장에 대하여 소명자료가 부족하거나 요건을 갖추지 못한 경우 보완수사요구 또는 영장 기각 등으로 철저히 사법통제를 한 것에 기인합니다. 또한 과거 진술에 의존하던 수사·재판에서 압수·수색을 통한 물적 증거를 요구하는 것으로 수사와 재판 현실이 변화하였고, 개인정보에 대한 사회적 인식의 변화로 과거 영장 없이 수집하였던 증거에 대해서도 현재는 영장을 발부받아야 압수할 수 있게 된 현실도 반영하고 있습니다. 즉, 법관이 발부한 영장에 의하여 증거물을 압수한다는 것이므로 압수·수색영장의 증가는 수사기관의 활동에 대한 사법적 통제가 과거보다 훨씬 강화되었기 때문이라고

보아야 하고, 결국 인권을 더욱 충실하게 보장하고 있는 쪽으로 수사 현실이 변하고 있다는 것을 의미합니다.

발제자께서도 언급하셨듯이 포털사이트 가입자 인적사항, CCTV 영상, 상품권 사용내역, 건강보험 요양 급여내역, 진료내역, 과세자료 등 개인정보가 포함된 자료를 과거에는 그 관리자로부터 임의제출 받아 취득하였으나 현재는 모두 압수영장을 발부받아 압수하고 있고, 위와 같은 자료는 수사 초기 단계에서 피의자를 특정하고 범행을 규명하기 위해 필수적인 것으로 이에 대한 압수·수색영장 발부율이 높은 것은 불가피한 현상입니다.

※ 텔레그램을 이용하여 성착취물을 제작·유포한 제2의 n번방(일명 ‘L사건’) 사건의 경우, 제작자·유포자 특징을 위해 SNS 계정의 가입자정보, 등록 전화번호·이메일, 아이피 확인 등 총 220건의 압수·수색영장을 발부받음

또한 우리 형사사법체계에서 무죄 선고율은 1%대에 불과한데 이를 두고 과잉 형사처벌이 이루어지고 있다고 비판할 수는 없는 것과 같이, 법원은 청구된 영장을 검토하여 범죄 혐의 소명이 있고 필요성이 있다고 인정되면 발부하는 것이므로 단순히 발부율이 높다고 하여 과도한 압수·수색이 이루어진다고 해석할 수는 없습니다.

나. 수사 정보 유출 및 수사 지연 초래로 인한 범죄대응력 약화

압수·수색은 수사 초기 단계에서 관련자들이 증거를 인멸하기 전에 신속하게 그 증거를 확보하기 위한 제도입니다. 수사기관이 압수를 진행하는 경우 수사기관 내부에서조차 압수 당일까지 그 정보보안에 각별히 신경을 쓰는 이유이기도 합니다. 그런데 심문절차가 진행되는 경우(개정안의 경우 아무런 제한 없이 ‘압수·수색 요건 심사’에 필요한 정보를 알고 있는 사람’을 대상으로 하고 있음) 밀행성이 생명한 수사 초기 단계에서 수사정보가 유출될 가능성은 단순한 우려를 넘어 실질적으로 존재하는 큰 위험입니다.

심문절차를 진행하는 것 자체로 수사보안의 유지는 어렵습니다. 심문절차의 준비, 심문기일의 통지와 진행 과정에서 필연적으로 법원 및 수사기관 관계자, 사건 관계인 등 다수의 사람에게 압수·수색영장 청구 사실이 고지될 수밖에 없고, 그 과정에서 수사보안을 완벽히 유지하는 것은 사실상 불가능하므로 수사기밀이 유출될 가능성이 매우 높습니다. 특히 압수·수색영장은 통상 수사 착수 단계부터 청구되므로 심문절차를 도입할 경우 수사 초기부터 수사정보가 외부에 누설될 우려가 매우 높아져 수사가 사실상 불가능해질 것으로 보입니다.

발제자께서는 「제보자를 대상으로는 ‘수사기관에 진술한 내용’이 신뢰할만한지, ‘진술이 구체적·일관적인지’를 확인할 것으로 예상된다. 이를 고려하면, 심문 과정에서 제보자에게 별도의 ‘민감한 수사내용’이 알려질 가능성은 높지 않을

것으로 보인다. 예를 들어 대면심리 과정에서, 우려하는 바와 같이 '수사내용, 증거관계, 향후 수사 내용, 압수·수색 결과물' 등은 굳이 언급되지 않을 것이기 때문이다.' 라고 하셨으나, 압수·수색 여부나 구체적인 착수시점은 그 자체로 '민감한 수사정보'로서 제보자에게도 알려져서는 안 되는 수사기밀이고, 제보자를 법정에서 출석하게 하기 위해 소환 통지를 하는 순간 압수·수색 예정 사실을 알려주는 것과 같다고 할 것입니다.

통상 제보자는 피의자 주변 인물일 가능성이 높아 제보자에게 심문 통지를 하게 되면 피의자나 피압수자에게 압수·수색 예정 사실이 노출될 우려가 농후하고, 자신의 이해관계에 따라 피의자, 언론, SNS 등에 그 사실을 유출할 우려도 있습니다. 이는 압수물 훼손, 제보자 회유, 증거인멸 행위로 이어져 결국 범죄자가 법망을 빠져나갈 수 있도록 돕는 결과를 초래합니다. 예를 들어, 마약 사건에서 마약을 판매한 제보자를 심문한다면 마약을 매수한 피의자에게 압수·수색 정보가 누설될 가능성이 큼니다.

또한 심문기일을 진행하는 경우 피의사실에 대한 제보자의 진술 내용에 대한 심문을 하게 되면 필연적으로 압수·수색 예정 사실, 압수·수색할 물건과 장소, 수사계획, 증거관계, 소명의 정도뿐만 아니라 대법원 판례가 공무상비밀이라고 판시한 '수사내용, 증거관계', 추가 압수·수색의 경우 이전 '압수·수색의 결과물' 등이 모두 제3자에게 노출될 것인데 이러한 수사기밀이 유출되는 것은 그 자체로 실체적 진실발견을 크게 저해하여 범죄대응력 약화를 초래하고, 범죄피해자를 효과적으로 보호하지 못하게 될 우려도 높습니다.

나아가 수사기관은 제보자로 하여금 심문 절차에 동행하게 할 헌법 및 형사소송법상 아무런 권한이 없고, 출석을 담보할 장치도 없어, 제보자 등 심문 대상자에게 영장 청구 사실만 노출시켜 주는 결과를 초래하고, 제보자가 출석하지 아니하여 심리 절차가 종결되지 않는다면 그로 인한 수사 지연 및 증거 인멸이 우려됩니다.

다. 구속전 피의자심문 제도와의 차이

발제자께서는 구속전 피의자심문제도 도입 당시에도 찬반토론이 치열하였으나, 구속영장에 대한 엄격한 심사라는 사회적 요구가 반영되었고, 현재 그 제도가 정착되었다는 점을 압수·수색영장 사전심문제도를 도입하는 논거로 들고 있습니다.

구속의 경우, 수사가 상당 부분 진행된 단계에서 도주와 사후적 증거인멸을 방지하기 위해 이루어지는 것이 일반적이고 인신구속을 수반하므로 피의자의 방어권 보장을 충분히 고려할 필요가 있습니다.

그러나 압수·수색은 통상 수사 초기에 수사 보안을 최대한 유지하면서 증거를 확보하기 위해 이루어지는 대물적 처분이므로 수사의 밀행성 역시 균형 있게 고려되어야 하는 점에서 구속전심문 제도와는 그 성격이 전혀 다르므로 이를 동일선상에

서 비교할 수는 없습니다.

또한 개정안은 형사절차의 당사자인 검사·사건 관계인 등에게 구속력을 가지는 압수·수색영장 심문권이라는 형사절차상의 권한을 법률이 아닌 대법원규칙을 통해 창설하는 것으로서 헌법상 원칙인 형사절차 법정주의에도 반한다고 판단됩니다(구속 전 피의자심문 제도는 법률인 형사소송법에 명문으로 규정되어 있습니다).

라. 대법원 규칙제정권의 한계 이탈

발제자께서는, 압수·수색영장 사전심문제도 도입을 반대하는 측에서는 헌법 제12조 제1항에 따라 법률 개정을 통해 사전심문제도를 도입하여야 함에도 불구하고 법적 근거 없이 제도를 도입한다는 주장을 하고 있으나, 출석 대상자를 수사기관 및 관계자로 제한하면 문제 되지 않는다고 설명하셨습니다.

그러나 개정안은 법률이 아닌 대법원규칙을 통해, 사건관계인 등에게 구속력을 가지는 압수·수색영장 심문권이라는 형사절차 상의 권한을 창설하는 것으로서 헌법상 원칙인 형사절차 법정주의에 위반될 뿐만 아니라 법률의 근거나 위임이 없어 헌법 제108조에도 위반됩니다.

‘대법원규칙도 소송절차에 관해 법률의 위임을 받아 일정한 사항을 규율할 수 있으나 포괄위임금지 원칙을 준수하여야 한다’는 것은 2013헌바27, 2013헌바370 등 다수의 헌법재판소 결정을 통해 확립된 결정례입니다. 소송절차에 관한 사항의 규율은 법률의 위임을 받아야 한다는 것이 위 결정례의 취지이고, 법제처 주석서 및 헌법학계의 주된 견해에 따르면이라도 소송절차를 관장하는 대법원규칙은 법률에 근거를 두어야 합니다.

[헌법 주석서]

- 법제처 주석서(2015년) : 증인, 검사, 변호사 등에 구속력을 가지는 소송절차에 관한 규칙의 경우 법률의 근거 없이 제정함은 우리 헌법해석상 위헌
- 헌법학원론(권영성, 2010년) : 소송절차에 관한 사항 등은 단순히 사법부 내부의 사항에 그치는 것이 아니라 법원 소속 공무원이나 소송관계인까지도 구속하는 것이므로, 법률 또는 법규명령으로써 제정해야 할 성질의 사항
- 헌법학신론(김철수, 2013년) : 소송에 관한 절차사항은 단순한 내부사항이 아니라 소송당사자인 국민 일반, 변호사 또는 검사를 구속하는 것이므로 이는 법률로 제정해야 할 성질

법률상 위임규정인 형사소송법 제114조 제1항은 압수·수색영장의 형식적 기재사항 이외에 심문 절차까지 규정할 권한을 대법원규칙에 위임한 바 없으므로, 결국 압수·수색영장 사전심문제도는 법률상 근거가 없으며, 법률의 근거 없이 대법원규칙으로 위 제도를 도입하는 것은 대법원규칙 제정 권한의 한계를 일탈하는 것입니다.

III. 미국 제도와 비교

가. 우리의 압수·수색영장 발부 요건 규정은 미국에 비해 부실하지 아니함

발제자께서는 미국의 압수·수색영장 발부 요건과 비교해보면 우리나라의 경우 일부 기준의 공백이 뚜렷하다는 주장을 제기하였으므로 이하에서는 미국의 압수·수색영장 발부 요건으로 발제자께서 적시하신 몇 가지 항목에 관하여 세부적으로 보도록 하겠습니다.¹⁾

발제자께서는 선서 절차를 ‘영장 심사 충실성 보장’을 위한 요건으로 보셨으나, 미국의 경우 영장을 신청한 수사관이 선서진술서(affidavit)를 제출하고 이를 법원에 접수한 다음 판사를 대면하는 것은 ‘선서’라는 헌법상 요건을 이행하기 위한 절차일 뿐이며, 위 선서의 내용은 선서진술서에 기재된 내용이 사실이라는 점에 국한되므로 위와 같은 대면 절차를 ‘영장 심사 충실성 보장’을 위한 요건 ‘또는’ ‘사실관계 확인 또는 영장 발부의 필요성 소명’ 관련 판사의 심문 절차로 볼 수는 없습니다.

발제자께서 ‘영장발부 결정 사후 심사 절차’로 적시하신 Frank Hearing은 수사기관이 거짓의 선서진술서를 통해 압수·수색영장을 취득한 의심이 있을 경우의 구제수단으로서²⁾, 허위 선서진술서 작성 및 선서가 의심될 경우에 진행된다는 점에서 발제자께서 적시하신 ‘선서 또는 확약’과 별도의 독립된 발부 요건으로 보기 어렵습니다.

또한, 영장 집행계획 기재 필요성 주장에 대해서는 최고법원인 미국 연방대법원이 명시적으로 배척한 바 있으며, 일부 하급심 판결의 문구만을 근거로 하여 영장 집행계획 기재가 확립된 판례상의 요건이라고 볼 수 있을지 의문입니다³⁾.

1) 발제 전체 취지에 비추어 이러한 주장은 압수·수색 사전심문제도 도입 등 압수·수색영장 심사 요건의 강화가 필요하다는 주장의 전제가 되는 것으로 보임

2) Franks v. Delaware 438 U.S. 154 (1978)

3) 영장 집행계획 기재 필요성 여부에 관해서는 ① 최고법원인 미국 연방대법원이 ‘미연방 헌법과 대법원 판결 어디에도 컴퓨터를 압수·수색 할 때 사용할 방법을 특정하여 압수·수색영장에 포함시켜야 한다는 말은 없다.’라고 판시하여 명시적으로 배척한 바 있고[United States v. Grubbs, 547 U.S. 90, 98 (2006)], ② 하급심 판결에서도 ‘컴퓨터 파일은 쉽게 위장되거나 변경될 수 있어 키워드 검색과 같은 검색 프로토콜에 따르도록 영장상 제한을 가하게 되면 피의자가 파일에 부여한 명칭 여하에 따라 많은 증거가 영장집행 과정에서 탐색되지 않게 된다’거나[United States v. Adjani, 452 F.3d 1140, 1150 (9th Cir. 2006)] ‘특정 키워드 검색

그 외에 영장의 발부 주체, 압수·수색영장 혐의 기준, 압수 대상물의 한정 등 발제자께서 제시하는 각 핵심 요건에 관해 우리나라도 헌법과 법률에서 명확히 규정을 하고 있으므로 압수·수색영장 발부에 관한 주요 요건에 있어 한·미간 별다른 차이가 없고, 오히려 압수·수색영장 청구 주체에 있어서는 FBI 요원 등 검사 이외의 수사기관이 독자적으로 대부분의 압수·수색영장을 청구할 수 있도록 되어 있는 미국과 달리 우리나라의 경우 모든 압수·수색영장을 법률전문가인 검사가 청구하도록 되어 있어 어떤 면에서는 우리나라의 압수·수색영장 요건이 미국에 비해 오히려 강화되어 있다고 볼 수도 있습니다.

결국 압수·수색영장에 관한 우리나라의 요건이 미국에 비해 부실하거나 요건상의 공백이 있다고 보기 어렵고, 따라서 한·미간 압수·수색영장 요건상의 차이를 사전심문 도입 등 압수·수색영장 심사 요건 강화의 근거로 삼기도 어렵습니다.

나. 미국에서 압수·수색영장 발부에 필요한 증명은 낮은 단계의 소명에 불과

발제자께서는 “수사관의 선서와 낮은 단계의 소명(probable cause)으로도 압수·수색영장을 발부하는 미국과 달리 우리의 경우 범죄혐의를 소명하기 위한 방대한 수사기록을 법원에 제출하고 법원은 이를 바탕으로 영장의 발부 여부를 결정하는 구조”라는 기존 자료상의 내용의 타당성에 관하여 검토하면서, 체포 또는 구속에 필요한 범죄혐의인 ‘상당한 이유’는 피의자가 구체적인 범죄를 저질렀을 고도의 개연성을 의미하는데 이것이 바로 미국법상 probable cause이므로 probable cause가 낮은 단계의 소명이 아니라는 취지의 주장을 제기하였습니다.

미국에서 판사 및 검사 등 각종 수사기관의 각종 결정이나 조치에 필요한 사실관계 증명의 정도에 관한 논의에 있어, 상당한 이유(probable cause)는 불심검문에 있어 필요한 정도의 합리적 의심(Reasonable suspicion) 다음으로 낮은 단계의 증명 정도이며⁴⁾, 범죄 혐의가 사실일 가능성이 50% 이상이라는 판사의 심증만으로도

으로 집행방법을 한정하면 수사기관이나 법원으로서의 범죄자들이 범행의 증거가 되는 파일을 어떻게 명명할지 미리 알 수 없기 때문에, 이는 범죄자로 하여금 파일명을 바꾸는 것만으로 수사기관의 추적을 피할 기회를 제공하는 것이다’라고 판시하는 등[Unites States v. Ray, 541 F. Supp. 3d 355; United States v. Graziano, 558 F. Supp. 2d 304, 315(E.D.N.Y. 2008)] 각급 법원의 다수 판결에서도 키워드 검색 등 구체적인 집행계획 기재에 관하여 부정적인 입장에 입각하여 판단하였으며, ③ 미국 법무부도 ‘탐색 방법에 대한 제한은 전자적 증거 발견에 심각한 제약을 가져오게 된다. 특정 파일은 키워드 검색에 의해 발견되지 않는다. 다른 파일명이 사용되거나 오타가 있을 수도 있다. 따라서 키워드 검색으로 중요 증거를 발견하기를 기대하는 것은 비현실적이다.’라고 보고 있으며[Computer Crime and Intellectual Property Section Criminal Division, Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations (Office of Legal Education, Executive Office for United States Attorneys, 2009), 제 79-83쪽], 특히 법무부 발간 매뉴얼에서는 키워드 설정과 같은 증거 탐색방법 제한을 영장에 포함시키는 것은 대법원 판례에 부합하지 않고, 그러한 방법으로는 중요 증거의 발견 자체가 어렵다고 하는 등 정보검색 방법 제한이 판례에 어긋난다는 사실을 명시적으로 적시하고 있어, 미국이 영장 집행 계획 기재 필요성을 판례상의 원칙으로 받아들였다고 보기 어려움

4) 상당한 이유와 동일 수준의 증명 정도를 의미하는 ‘증거의 우세’(preponderance of evidence)는 민사소송에 사용되는 개념이므로 논외로 하고, 기소된 자에 대한 무죄 판결에 필요한 ‘단순한 의심’(Suspicion)은 피

충족되는, ‘낮은 단계의 소명’ 정도에 불과한 것으로 봄이 상당합니다⁵⁾.

[미국법제상 증명의 수준]⁶⁾

증명의 수준 (Level of Proof)	확실성의 정도 (Degree of Certainty)	절차의 유형 (Type of Proceeding)
절대적 확실성 (Absolute certainty)	100%	어떤 법절차에서도 요구되지 않는다. Not required in any legal proceeding
합리적 의심을 넘어선 유 죄증명(Guilt beyond a reasonable doubt)	95%	기소된 자의 유죄: 범죄행동에 관한 모 든 요소를 입증할 때(Convict accused; prove every element of a criminal act)
명확하고 설득력 있는 증 거(Clear and convincing evidence)	80%	일부 州에서 보석청구 기각 및 일부 州 에서 정신이상에 대한 항변(Denial of bail in some states and insanity defense in some states)
상당한 이유 (Probable cause)	<u>more than</u> <u>50%</u>	영장발부; 대배심 기소에 관한 영장없 는 수색, 압수 및 체포(Issuance of warrant; search, seizure, and arrest without warrant filing of an indictment)
증거의 우세 (Preponderance of the evidence)	more than 50%	민사소송에서의 승소: 형사상의 적극적 항변(Winning the civil case; affirmative criminal defense)
합리적 의심 (Reasonable suspicion)	30%	경찰에 의한 불심검문(Stop and frisk by police)
단순한 의심 (Suspicion)	5%	기소된 者의 석방(Acquit an accused)
예감(혹은 육감) (Hunch)	0%	어떤 법적 절차에서도 충분하지 않은 (Not sufficient in any legal proceeding)
정보가 없음 (No information)	0%	어떤 법적 절차에서도 충분하지 않은 (Not sufficient in any legal proceeding)

발제자께서는 ‘상당한 이유’의 의미에 관하여 구체적인 범죄를 저질렀을 ‘고도의 개연성’이라는 취지로 말씀하셨는데, 50%에 불과한 확률은 그 자체로 고도의

고인에 대한 유죄선고에 필요한 ‘합리적 의심을 넘어선 유죄증명’ (beyond reasonable doubt)과의 관계에서 동전의 양면으로 볼 수 있어 논외로 함

5) 전계 Criminal Procedure, 제77쪽

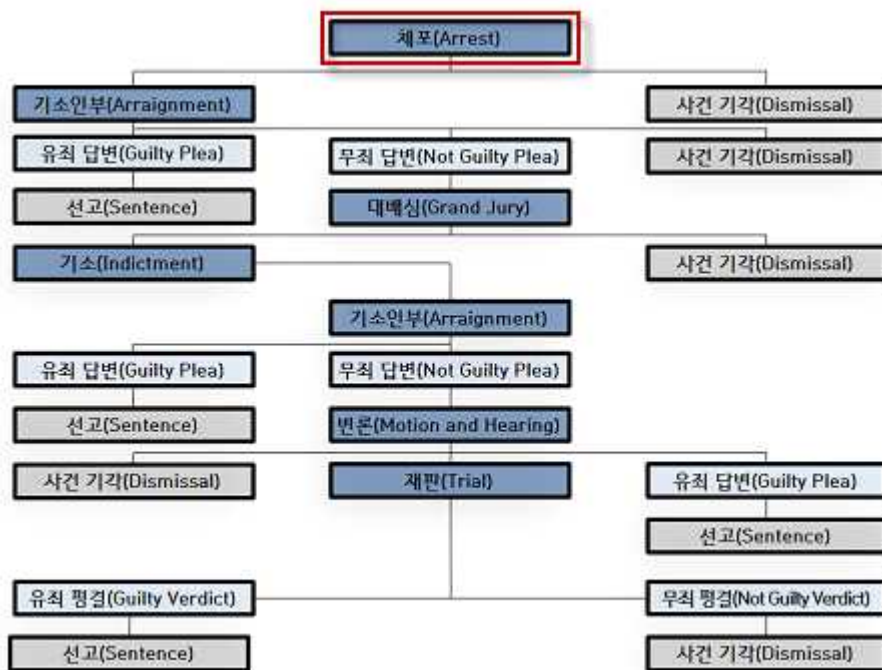
6) 임준태, 미국 형사소송절차상 “상당한 이유”에 관한 연구, 동국대학교 법학대학원, 2014; Rolando v. Del Carmen, Criminal Procedure, Sam Houston State University, 2007

개연성이라는 문언에 부합할 수 없으며, 발제자께서 말씀하시는 증명 단계인 ‘고도의 개연성을 요구하는 단계’는 합리적 의심을 넘어선 유죄 증명(beyond a reasonable doubt), 또는 최소한 80% 확실성을 요구하는 ‘명확하고 설득력 있는 증거’(clear and convincing evidence) 수준의 단계를 의미한다고 보아야 할 것입니다.

또한, 발제자께서는 미국의 경우 압수·수색에 필요한 증명의 정도가 체포·구속에 요구되는 증명 정도와 동일한 수준이라고 하셨는데, 이에 관해서는 (체포와 보석 위주로 형사절차가 운영되는 미국의 경우 우리나라의 구속에 정확히 대응하는 제도가 운영되고 있지 않으므로 구속을 제외하고) 체포 제도를 중심으로만 아래에서 보도록 하겠습니다.

미국의 경우 형사사건의 증거가 구비되면 혐의의 경중을 떠나 일단 피의자를 체포하되 보석을 통해 상당수 피의자를 신속히 석방하는 방식으로 형사사법절차를 운영하고 있고⁷⁾, 체포에 관하여 영장주의의 예외가 매우 폭넓게 인정되며, 우리나라와 달리 출석 불응의 우려도 체포의 명시적인 요건으로 요구하지 않는 등⁸⁾ 체포제도가 매우 완화된 요건에 따라 폭넓게 활용되고 있습니다.

[미국의 형사사건 진행 개요도]⁹⁾



7) 유동하, 한종욱, 현행범인 체포제도의 비교법적 고찰, 경찰학연구소, 2020, 제319쪽; 주용환, 체포제도의 개선방안에 관한 연구, 한양대학교, 박사학위논문, 2008, 제73쪽

8) 유동하, 한종욱, 전제논문, 제319쪽

9) 대검찰청 주관 국제형사법 컨퍼런스 발제(뉴욕 퀸즈카운티 검찰청 검사 Myongjae Yi)(’ 22. 12.)

따라서 체포에 대해서도 압수·수색과 동일하게, 불심검문에 필요한 합리적 의심(Reasonable suspicion)을 제외하고는 가장 낮은 단계의 증명인 상당한 이유(probable cause) 정도의 증명만을 요구하고 있는 것도 그러한 맥락에서 이해될 수 있을 것입니다.

결국 미국의 경우 체포영장 발부에 요구되는 증명의 정도가 압수·수색 영장 발부에 요구되는 증명과 동일한 정도로 낮다고 보아야 하며, 압수·수색 및 체포에 요구되는 증명의 정도가 동일하다는 이유만으로 압수·수색영장 발부 요건으로 고도의 증명 정도를 요구하고 있다고 해석하는 것은 무리라고 생각됩니다.

이처럼 압수·수색영장의 발부 요건인 상당한 이유(probable cause)가 낮은 단계의 소명이라는 취지의 기존 자료상 설명은 그대로 타당합니다.

다. 미국에서 압수·수색영장 대면심문 제도는 필수적 절차가 아님

발제자께서는 앤드류 리(Andrew Lee) 전직 IRS 수사관과의 비공식적 면담 내용을 토대로, ‘미국의 경우 압수·수색영장이 청구되면 치안판사가 수사관 등을 대면하고 수사관 등에게 진술서의 내용 등에 대하여 질문하는 등의 대면심리를 거치는 것이 필수적인 절차’ 라고 설명하셨습니다¹⁰⁾.

그러나 앞서 본 바와 같이 미국에서 영장을 신청한 연방수사관이 선서진술서(affidavit)를 제출하고 판사를 대면하는 것은 ‘선서’라는 헌법상 요건을 이행하기 위한 미국 고유의 절차일 뿐 연방수사관을 대상으로 한 ‘사실관계 확인 또는 영장 발부의 필요성 소명’ 관련 판사의 심문 절차로 볼 수는 없고, 또한 발제자께서 원용하신 전직 IRS 수사관 앤드류 리의 별도 발언에 의하더라도 이러한 설명에는 다소 의문점이 있습니다.

위 앤드류 리(Andrew Lee) 전직 수사관은 지난 2월 있었던 별도의 면담에서 “연방수사관으로 22년간 근무하는 동안 영장 신청 시 판사로부터 질문을 받아본 것은 5% 미만에 불과하고, 주로 판사와의 신변잡기적인 가벼운 대화 과정에서 비공식적으로 질문을 받았던 것으로 기억하며, 법원 직원이 배석하지 않았고, 녹음도 하지 않아 이를 심리(examination)라고 볼 수 있을지 모르겠다” 고 발언한 바 있습니다. 이러한 면담 내용에 비추어보더라도 미국에서 압수·수색영장 발부 시 필수적으로 수사관을 상대로 대면심리를 한다는 주장은 사실과 다릅니다.

10) 영장을 청구받은 치안판사를 수사관 등을 대면하고, 판사는 진술서의 내용 등에 대하여 질문한다(발제문 제 10쪽). 앞서 살펴본 바와 같이 미국에서의 영장 발부에는 대면심리가 필수적이다.(발제문 제15쪽)

<前 연방수사관 Andrew Lee의 주미 법무협력관 면담내용(' 23. 2.)>

- ▲ 미국 연방국세청(IRS) 수사국(CID)에서 22년간 근무한 전 연방수사관 Andrew Lee는 영장 신청 시 판사로부터 질문을 받아본 것은 5% 미만에 불과하며, 기억나는 질문은 예를 들어 마약 사건 수사에 있어 신종 마약의 명칭과 같은 것이었음
- ▲ 해당 질문도 판사가 선서를 받는 과정에서 신변잡기적 대화(Small Talk)와 함께 물어본 것으로, 비공식적인(Informal) 것이었으며 판사와 자신 외 다른 사람도 배석하지 않았고, 녹음도 하지 않았던 것이라 이를 심리(examination)였다고 볼 수 있을지 모르겠음

또한 발제자께서는 2014년 미국 연방대법원의 Riley v. California 판결에 대하여 언급하면서, ‘현장에서의 체포 등 신속한 압수·수색이 필요한 경우 등에는 영장주의의 예외가 적용되지만, 스마트폰은 다른 증거들과 차원이 다르므로 체포현장 일지라도 경찰이 스마트폰 수색을 하기 위해서는 반드시 사전영장이 필요하다고 설치한 것이고 이는 결국 스마트폰의 압수·수색과 관련해서는 대면심리를 의무화하는 것이라고 볼 수 있다’ 고 주장하였습니다.

그러나 해당 판결은 압수·수색영장 필요성 여부를 쟁점으로 하고 있을 뿐이며, 앞서 본 바와 같이 미국의 압수·수색영장 실무상 대면심리가 의무화되어 있다고 볼 수 없는 이상 스마트폰에 대한 압수·수색영장 필요 여부에 관한 발제자 발언의 타당성 여하¹¹⁾와 무관하게 스마트폰 압수·수색에 관하여 미국이 대면심리를 의무화했다고 볼 수 없습니다.

이처럼 미국에서 실무적으로 대면심문 제도를 운영하고 있다는 것은 사실과 다른 면이 있을 뿐만 아니라, 제도의 유래와 배경을 고려하지 않고 단순히 영장을 신청한 수사관이 판사를 ‘만난다’ 는 사실만 확대해석하여 미국에서 판사가 영장과 관련하여 사건관계인을 ‘심문’ 하고 있다고 볼 수는 없다고 판단됩니다.

11) 해당 판결은 체포 현장에서 피의자가 가지고 있는 휴대전화를 경찰관이 영장 없이 확보할 수 없다는 취지는 아니며, 경찰관이 일단 확보한 휴대전화의 내부에 있는 자료를 수색하기 위해서는 영장이 필요하다는 취지로, 압수에 관한 영장주의 예외법칙 중 ‘체포 현장에서의 압수·수색’ 에 관하여, “휴대전화 내의 디지털 정보” 는 현장 경찰관에게 위해가 되는 것도 아니고 즉시 수색하지 않는다고 하여 증거가 산일될 것으로 우려되지도 않으므로, 체포 현장에서의 영장 없는 압수·수색 법리의 기본 취지(현장 경찰관에 대한 위해 가능성 및 증거 산일 우려)상 휴대전화 내의 디지털 정보 수색에 대해서까지는 예외 인정이 불필요하다고 판시한 사안이며(원격삭제에 따른 증거 산일 우려 관련해서는 경찰관이 확보된 휴대전화의 전원을 꺼서 보관하거나 진파차단가방에 넣어 보관하는 것으로 충분히 대응 가능하다고 판시), 휴대전화 내 디지털 자료의 수색에 관해서도 해당 판결은, ‘체포현장에서의 영장 없는 수색’ 의 예외가 적용되지 않는다 하더라도 ‘긴급성 예외’ (exigent circumstances exception) 등 기타 영장주의 예외사유는 적용이 가능하다고 판시하였으므로 휴대전화 내 자료 수색에 대해서는 반드시 압수·수색영장 발부를 요구하는 취지의 판결이라고 할 수도 없음

IV. 마치며

압수·수색영장 대면심문 제도는 미국을 비롯한 주요 선진국에서도 유례를 찾기 힘든 제도로, 수사의 밀행성 훼손, 수사지연 및 증거인멸 우려, 형사절차 법정주의 위배 등의 측면에서 재고될 필요가 있다고 보입니다.

여러 기관과 학회에서도 이번 개정안에 대해 우려를 표한 것으로 알고 있습니다. 이번 학회를 계기로 형사절차의 각 주체들의 의견을 반영하여 실제적 진실 발견과 국민의 기본권 보장이 조화를 이룰 수 있는 더욱 발전적인 개선방안이 도출되었으면 하는 바람입니다.

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

제2세션 제1주제

무죄추정원칙에 비추어 본 현행 구속자석방제도의 문제점 및 개선방안

사회자: 류전철 교수(전남대학교)

발표자: 안성훈 박사(한국형사·법무정책연구원)

토론자: 이순욱 교수(전남대학교)

이동희 교수(경찰대학교)

무죄추정원칙에 비추어 본 현행 구속자석방제도의 문제점 및 개선방안

안성훈(한국형사·법무정책연구원 선임연구위원)

1. 들어가며

우리 헌법은 모든 기본권 보장의 전제조건인 신체의 자유를 최대한 보장하기 위해 적법절차의 원칙(헌법 제12조 제1항)과 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)을 규정하고 있다.¹⁾ 특히, 무죄추정의 원칙은 형사재판에 있어서 유죄의 판결이 확정될 때까지 피의자나 피고인은 원칙적으로 죄가 없는 자로 다루어져야 하고, 그 불이익은 필요 최소한에 그쳐야 한다는 원칙, 즉 인신의 구속 자체를 제한하는 원리이므로 형사절차상의 수사와 재판은 원칙적으로 불구속 상태에서 이루어질 것을 요구하고 있다. 이에 따라 형사절차상 인신의 구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 대응이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여만 사용되어야 하며, 형사소송의 진행을 구속 이외의 다른 대체 수단으로도 가능한 경우에는 비례성 원칙에 따라 대체 수단을 선택할 수 있는 제도를 마련해야 한다.

이러한 헌법적 가치에 근거하여 형사소송법은 인신구속제도의 운용에 있어서 불구속수사(형소법 제198조) 및 불구속재판 원칙을 확립해 왔고,²⁾ 이러한 원칙을 실현하기 위하여 우리 형사소송법은 그동안 수차례에 걸쳐 인신구속제도와 구속자석방제도에 관한 규정을 개정하였다. 예컨대 1997년에는 구속전 피의자심문제도(구속영장실질심사제도)와 기소전 보석제도를 도입하였고, 2007년 개정형사소송법에서는 불구속수사 원칙의 천명, 필요적 구속전 피의자심문제도의 도입, 구속적부심제도의 개선(청구대상의 확대, 청구고지절차의 신설, 심사기간의 제한 및 조서작성의 의무화), 보석제도의 개선(보석청구권자의 확대 및 보석조건의 다양화), 구속사유 심사시 필요적 고려사항의 신설 및 구속기간의 갱신 등이 이루어졌다.

그러나 이러한 노력에도 불구하고 현재의 구속과 구속자석방제도의 운용 현실을 둘러보면 이러한 제도적 장치들이 헌법 및 형사소송법의 원칙을 실현하는데 얼마만큼 기여하고 있는지는 의문이다. 이러한 의문은 대표적인 구속자석방제도인 구속적

1) 이들 원칙의 취지는 “법관이 인신의 구속에 관한 헌법과 법률의 규정들을 해석·적용함에 있어 국가형벌권보다 개인의 인권 옹호에 우위를 두고 헌법과 법률을 해석·적용함으로써 개인의 인신구속에 신중을 기하여야 한다.” 라는 의미로 해석된다. 대법원 2003.11.11. 자 2003모402
2) 형사소송법 제275조의2 및 제70조에서는 무죄추정의 원칙을 재차 선언하는 동시에 구속사유를 엄격하게 제한하여 규정하고 있으며, 또한, 제198조 제1항은 “피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다” 라고 규정하고 있고, 제199조 제1항 단서도 “강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.” 라고 규정하고 있다.

부심사와 보석제도 관련 통계상에서 확인할 수 있는데, 구속적부심에 의한 석방률은 영장실질심사제도 도입 이전과 비교하여 그다지 차이가 없으며, 보석제도의 운용 또한 2007년도 형사소송법 개정 이후 다양한 보석조건을 도입하여 불구속재판 원칙의 실현 가능성이 높아졌음에도 불구하고 법정구속률은 증가하고 있는 반면 보석허가율은 다양한 보석조건 도입 이전보다 오히려 감소하고 있는 것으로 나타나고 있다. 이러한 통계는 구속적부심사와 보석제도가 구속률을 낮추려는 개정 노력의 취지와 다르게 불필요한 구속을 억제하고 구속의 장기화를 막기 위한 실질적 통제 수단으로 기능하지 못하고 있다는 점을 보여준다. 이러한 형사사법 실무의 상황은 검찰과 법원이 여전히 구속을 곧 유죄 내지 형벌로 생각하는 태도(구속=처벌이라는 구속관)를 견지하고 있는 것이 아닌가 하는 합리적인 의심을 하게 한다.³⁾ 구속은 형사절차 진행의 확보를 위한 수단이지 그 자체 유죄 인정이나 처벌을 위한 수단이 아니다. 따라서 구속을 처벌로 보는 실무의 관행은 “형사절차의 진행 중에는 어떠한 형태이든 피의자 또는 피고인의 처벌을 금지하는 무죄추정의 원칙에 명백히 반한다.”⁴⁾

이에 본 발표에서는 현행 구속과 구속자석방제도가 신체의 자유를 최대한 보장하기 위한 헌법적 가치와 형사소송법의 취지에 부합하는 방향으로 운용되어야 한다는 전제하에 구속과 구속자석방제도의 문제상황을 살펴보고 이를 바탕으로 현행 구속자석방제도가 헌법적 가치를 실현하는 사후적 구제수단으로 실질적으로 작용할 수 있는 방안을 모색하고자 한다.

2. 구속 및 구속자석방제도의 운용현황 및 평가

가. 구속제도의 현황

1) 수사단계에서의 인신구속

<표 1>은 최근 10년간 구속영장 청구 및 발부와 기각 현황을 나타낸 것이다. 수사기관에서 구속영장을 청구한 인원은 영장실질심사제도 도입 이전과 비교할 때 극적인 감소 추세를 보이고 있다. 영장실질심사 도입 이전 약 14만 명에 달하던 청구인원은 2005년 10만 명대 이하로 감소하여 73,800명을 기록한 후 지속적으로 감소하고 있다.

3) 선행연구에서는 “구속사유가 인정되지 않거나 범죄가 비교적 경미하여 본안재판에서 집행유예 등 관대한 판결의 선고가 예상되는 경우에도 저지른 범죄에 상응하는 처벌 내지 형벌로서 구속영장을 청구하거나 발부하는 관행이 있음을 부정하기 어렵다.”라고 하여 검찰과 법원의 실무관행을 지적하고 있다. 조성용(2010), “현행 인신구속제도 운용의 문제점과 개선방안”, 법조, 제644호, 143쪽.

4) 조성용(2010), 위의 논문, 145쪽.

<표 1> 구속영장 청구, 발부, 기각 현황

(단위: 건, %)

구분 \ 연도	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
전체사건 접수	2,268,148	2,326,560	2,389,837	2,379,580	2,492,324	2,589,311	2,415,869	2,302,601	2,391,529	2,255,553
청구	38,770	35,060	33,105	36,176	38,370	40,083	35,102	30,060	29,647	25,770
전체사건 접수 대비 구속영장청구율	1.7	1.5	1.4	1.5	1.5	1.6	1.5	1.3	1.2	1.1
발부	28,814	27,327	26,716	28,466	31,153	32,369	28,340	24,438	24,018	21,098
발부율	74.3	77.9	80.7	78.7	81.2	80.8	80.7	81.3	81.0	81.9
기각	8,970	7,195	5,914	7,286	6,837	7,187	6,682	5,585	5,587	4,656
기각률	23.1	20.5	17.9	20.1	17.8	17.9	19.0	18.6	18.9	18.1
구속점유율	1.3	1.2	1.2	1.3	1.3	1.3	1.3	1.2	1.1	1.0

* 출처: e-나라지표, 구속영장 청구 발부 현황

구속영장발부율은 영장실질심사 도입 이전 평균 약 93%에 달하였으나 지속적으로 감소하여 2010년 75.8%까지 감소하였다가 이후 증가 추세로 돌아서 2015년 81.9%까지 상승한 후 최근까지 구속영장발부율은 평균 81%대를 유지하고 있다. 2020년 구속영장발부율은 82.0%로 10명에게 구속영장이 청구된다고 가정할 때, 그중 8명 정도에게 구속영장이 발부되고 있는 것으로 나타났다. 이와 같이 구속영장 청구인원과 구속영장발부율은 영장실질심사제도 시행 이후 지속적인 감소 추세를 보이고 있다. 다만 구속영장발부율이 영장실질심사 도입 이전 평균 약 93%와 비교할 때 낮은 수준이기는 하지만 2010년 75.8%에서 증가 추세로 돌아섰다는 점, 또한 기각률이 2010년 24.3%를 기록한 이후 매년 감소하여 2020년 18.1%까지 감소하였다는 점에서 수사단계에서의 인신구속의 추세가 감소 추세에 있다고 단정하기는 어렵다. 생각건대, 현재와 같이 불구속기소율이 현저히 높아진 것은 전적으로 법원의 통제 때문이라기보다는 검찰 스스로가 수사단계에서부터 구속영장청구 자체를 자제하고 있는 것으로 보인다.⁵⁾

2) 공판단계에서의 인신구속

수사단계에서의 인신구속률이 현저히 감소하고 있는 반면, 공판단계의 구속현황은 반대의 모습을 보이고 있다. <표 2>는 최근 10년간 구속영장 직권발부(전심급) 건수 및 공판단계에서의 구속비율을 나타낸 것이다.

5) 김성돈/김혜경(2015), “현행 형사소송법상 인신구속제도의 합리적 입법개선 방안”, 국회입법조사처 정책연구용역보고서, 국회입법조사처, 8쪽.

<표 2> 구속영장 직권발부 건수 및 공판단계에서의 구속비율

(단위: 건, %)

연 도	구 분	불구속기소 인원	법원의 직권에 따른 구속영장 발부 건수	공판단계에서의 구속 비율
2011		249,418	24,901	10.0%
2012		265,538	25,736	9.7%
2013		243,236	27,334	11.2%
2014		240,280	30,766	12.8%
2015		226,220	31,391	13.9%
2016		242,802	34,635	14.3%
2017		233,884	35,420	15.1%
2018		215,368	36,054	16.7%
2019		222,455	37,211	16.7%
2020		238,401	36,658	15.4%

* 출처: 사법연감 각 연도

최근 10년간 법원(전심급)이 직권으로 발부한 구속영장을 발부하는 직권발부는 2011년 24,901명을 기록한 이후 지속적인 증가 추세를 보이고 있으며, 2014년 3만 명대를 초과하여 2019년 37,211명까지 증가하였고, 2020년에는 약간 감소하여 36,658명에게 직권으로 구속영장이 발부되었다. 이는 10년 전인 2011년의 직권발부 건수와 비교할 때 약 47% 정도 증가한 수치이다. 관련하여 공판단계에서의 구속비율 또한 2011년 10.0%대였던 구속비율이 2018년 16.9%까지 증가하였고, 2020년에는 약간 감소하여 15.4%를 기록하였다.

이와 같이 공판단계에서의 구속영장 직권발부와 구속비율이 증가하고 있다는 것은 피고인이 불구속 상태에서 심리 도중에 혹은 선고 시에 법정구속이 되는 경우가 늘고 있음을 보여주는 것으로, 앞서 살펴본 수사단계에서 구속영장 청구와 발부 건수가 급격한 감소 추세를 보이는 것과 매우 대조적인 추세를 보여주고 있다는 점에서 주목된다. 물론 사법연감에서 나타난 구속영장 직권발부에는 재판 중 도주, 잠적 등의 이유로 구속영장을 발부한 경우, 법정구속의 경우 및 피고인뿐 아니라 증인의 구인을 위한 영장 발부 건수까지 모두 포함되어 있기 때문에 수사단계의 구속영장 발부 건수와 비교하기에는 정확한 수치라고 할 수 없지만, 인신구속과 관련한 수사단계와 공판단계에서의 인신구속 현황을 파악하기 위한 하나의 지표가 될 수 있을 것이다.

<표 3> 제1심 형사공판사건 법정구속 현황(2014년~2020년)

(단위: 건, %)

구분 연도	불구속기소사건 중 실형선고 인원(a)	법정구속 인원(b)	법정구속 비율
2014	33,321	9,643	28.9
2015	35,012	9,962	28.5
2016	39,111	11,383	29.1
2017	39,527	11,156	28.2
2018	41,171	12,314	29.9
2019	44,923	12,482	27.8
2020	48,225	12,441	25.8

* 출처: 사법연감 각 연도

또한, 사법연감의 통계자료에서는 불구속 사건으로 기소되어 1심 중구재판을 마친 사건 중 생명형 및 자유형(집행유예를 제외한 실형)이 선고된 인원수(a)와 불구속 상태에서 기소가 된 후 재판의 중국시 최초 구속(법정구속)된 피고인 수(b)를 확인할 수 있는데, <표 3>은 제1심 형사공판사건에서의 법정구속 현황을 나타낸 것이다. 법원행정처가 발행한 사법연감에는 2015년부터 법정구속 피고인수에 관한 통계자료가 나오고 있어 법정구속 인원과 비율의 정확한 추이를 알 수 없지만, 법률신문 기사⁶⁾에 의하면 “불구속 상태에서 재판을 받다가 실형이 선고돼 법정구속되는 사례는 크게 늘어, … 통계 산출이 가능한 2002년 5,168명이던 1심 법정구속자수는 지난해 1만6,762명으로 3배 이상이 늘었다” 라고 보도한 바 있다.⁷⁾ 이와 같이 공판단계에서 행해지는 모든 구속 및 법정구속 인원의 추이는 2020년을 제외하고 25%~29%대의 수준을 보이고 있다.

대법원은 최근 「인신구속사무의 처리에 관한 예규」 중 법정구속에 관한 내용의 일부를 개정한 바 있다. 기존의 예규 제57조는 “불구속 피고인이 정당한 이유 없이 출석하지 아니하는 경우에는 구속영장을 발부하는 등 적극적으로 피고인의 신병확보를 위한 조치를 강구하고, 피고인에 대하여 실형을 선고할 때에는 특별한 사정이 없는 한 법정에서 피고인을 구속한다.” 라고 하여 법원에서의 피고인구속을 적극적으로 인정하는 한편 법정구속을 원칙화하였다. 그러나 2020. 12. 31. 개정을 통하여 동조를 1, 2항으로 나누어 2항에서 “피고인에 대하여 실형을 선고할 때 구속의 사유와 필요성이 있다고 인정하는 경우에는 법정에서 피고인을 구속한다” 라고 입장을 선화하였다. 앞으로 이와 같은 개정의 분위기가 법원 내에 반영될지는 지켜보아야 하겠지만, 변화에 보수적인 법원의 특성상 법정구속의 추이는 당분간 계속 유지될 것으로 생각된다.⁸⁾

6) “구속영장 발부 대폭 감소… 14만여건서 3만여건으로”, 법률신문, 2016.9.12. 인터넷 기사, <http://m.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=103085&kind=AA01> (방문일 2023.5.7.).

7) 상기 법률신문 기사의 법정구속 인원수는 전심급의 법정구속 인원으로 2020년 전심급의 법정구속 인원은 13,400명이다.

나. 구속자석방제도 현황

현행 구속자석방제도에는 체포·구속적부심, 보석, 구속집행정지, 구속취소가 있다. 그러나 구속취소와 구속집행정지는 예외적인 경우에만 활용되는 제도라는 점을 고려하면 대표적인 구속자석방제도는 구속적부심과 보석이라고 할 수 있다.⁹⁾

1) 체포·구속적부심 청구사건 처리상황

<표 4>는 연도별 체포·구속적부심 청구사건의 접수 건수의 추이를 나타낸 것이다. 수사단계에서 구속된 피의자에 대한 대표적 석방제도인 체포·구속적부심사의 최근 10년간 접수 건수의 추이를 살펴보면 2011년 2,459건에서 2013년 1,843건으로 급격히 감소하였으나, 2014년 2,229건으로 다시 증가한 후 증감을 반복하였고, 2020년에는 2천 명 아래로 떨어져 1,921건을 기록하여, 전체적으로 감소 추세를 보이고 있다. 체포·구속적부심사는 수사단계에서 구속된 피의자가 구속으로부터 실질적으로 유일하게 석방될 수 있는 사유¹⁰⁾임에도 불구하고 체포·구속적부심사 접수 건수는 구속인원 대비 10% 정도의 매우 적은 수치를 보이고 있는데, 이는 이미 구속된 피의자가 체포·구속적부심 제도의 활용에 대한 무지 또는 제도를 활용하더라도 인용을 받아내기가 사실상 어렵다는 인식이 강하게 자리 잡고 있기 때문이 아닌가라고 생각된다.¹¹⁾

<표 4> 연도별 체포·구속적부심 청구사건 접수 현황

(단위: 건, %)

구분 \ 연도	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	평균
구속적부심사	2,459	2,095	1,843	2,229	2,195	2,422	2,307	2,094	2,019	1,921	2,158
체포적부심사	3	46	22	12	12	15	18	15	19	17	19.9
합 계	2,462	2,146	1,865	2,241	2,207	2,437	2,325	2,109	2,038	1,938	2,177

* 출처: 사법연감 각 연도

<표 5>는 최근 10년간 체포·구속된 피의자 체포·구속적부심 청구사건의 석방률을 나타낸 것이다. 체포·구속적부심이 청구된 사건의 석방률은 매우 급격한 감소 추세

8) 한편 법정구속 인원의 증가는 하급심의 재판에 대한 상소 인원의 증가와 맞물려 미결수용자의 급격한 증가로 이어져 교정시설 과밀수용의 주요 원인으로 작용하고 있다. 안성훈(2016), 교정시설에서의 과밀수용 현상과 그 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 77-81쪽 참조.

9) 안성훈(2016), 위의 보고서, 81쪽; 정진수(2006), 인신구속제도의 일원화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 93쪽.

10) 구속집행정지 또는 구속취소도 수사단계에서 구속피의자가 석방될 수 있는 제도이지만, 이 제도들은 수사기관의 일방적인 결정에 의해 이루어지기 때문에 수사단계에서 구속된 피의자가 실질적으로 구속으로부터의 석방을 기대할 수 있는 제도는 체포·구속적부심사제도라고 할 수 있다.

11) 김성돈/김혜경(2015), 위의 보고서, 28쪽.

를 보이고 있다. 2011년 25.7%이었던 석방률은 2015년 20%대 아래로 떨어져 15.1%를 기록하였고, 2020년에는 10%대 아래로 떨어져 6.7%를 기록하였다. 2020년도 체포·구속적부심 청구사건의 처리상황을 구체적으로 살펴보면, 구속적부심사청구 등을 통해 실제 구속피의자가 석방된 경우는 130건(6.7%)에 불과하였고, 석방조건별로는 무조건부로 석방된 경우는 80건, 보증금납입조건부로 석방된 경우는 50건으로 보증금납입조건부 피의자석방제도(214조의2 제5항, 이하 기소전 보석이라고 한다.)의 활용도는 낮은 것으로 나타났다(<표 6> 참조).

<표 5> 연도별 체포·구속적부심 청구사건 석방률

(단위: 건, %)

구분 연도	합계			변호인			청구인		
	청구	석방	석방률	청구	석방	석방률	청구	석방	석방률
2011	2,462	633	25.7	1,397	430	30.8	1,065	203	19.1
2012	2,141	447	20.9	1,196	325	27.2	945	122	12.9
2013	1,865	325	17.4	995	209	21.0	870	116	13.3
2014	2,241	459	20.5	1,137	313	27.5	1,104	146	13.2
2015	2,207	363	16.4	1,069	253	23.7	1,138	110	9.7
2016	2,437	367	15.1	1,075	225	20.9	1,362	142	10.4
2017	2,325	333	14.3	1,257	243	19.3	1,068	90	8.4
2018	2,109	258	12.2	1,016	172	16.9	1,093	86	7.9
2019	2,038	206	10.1	946	147	15.5	1,092	59	5.4
2020	1,938	130	6.7	757	84	11.1	1,181	46	3.9

* 출처: 사법연감 각 연도

석방률이 감소한 배경에는 앞서 살펴본 바와 같이 수사단계에서 영장실질심사제도를 통해 구속영장이 발부되는 피의자의 수 자체가 감소하고 있기 때문에 체포·구속적부심사 청구 가능 사건이 절대적으로 감소한 결과가 반영된 것으로 보이지만, 한편으로는 구속 후 피해자와의 합의 등 큰 변화가 없는 한 구속적부심사청구를 잘 인용하지 않는 법원의 소극적 태도도 적지 않은 영향을 미치고 있는 것으로 보인다.¹²⁾ 또한, 구속적부심으로 석방된 자 중 기소전 보석으로 석방된 비율은 무조건부로 석방된 비율보다 약 38% 정도 낮게 나타나고 있어 직권으로 이루어지는 기소전 보석제도는 실무에서 적극적으로 활용되고 있지 않는 것으로 보인다. 이러한 상황을 종합해볼 때 체포·구속적부심제도는 구속된 피의자를 석방하기 위한 제도로서

12) 법원 실무의 관례상 피해자와의 합의는 구속적부심사나 보석 신청시 법원의 석방 결정에 있어 가장 중요한 요건으로 작용하고 있다. 피해자와의 합의가 법원의 석방 결정에 주요 변수로 작용하는 이유는 주요 구속사유인 도망의 염려와 관련이 있는데, 즉 피해자와의 합의가 이루어지지 않으면 실행 선고의 가능성이 높아지고, 실행 선고의 가능성은 도망의 염려를 판단하는 주요 요소이기 때문이라고 한다.

의 기능은 매우 제한적으로 이루어지고 있는 것으로 평가된다.

한편 체포·구속적부심 청구사건의 인용률이 매우 낮기는 하지만, 인용된 청구사건을 살펴보면 변호인이 청구한 경우의 석방률은 피의자의 가족 등 비변호인이 청구한 경우의 석방률보다 약 2배~3배 정도 높은 것으로 나타나고 있어 변호인 선임 여부가 체포·구속적부심 심사 과정에서 판사가 석방 결정을 내리는데 큰 영향력을 미치는 것으로 보인다(<표 6> 참조).

<표 6> 2020년도 체포·구속적부심 청구사건 처리현황

(단위: 건, (%))

구분 \ 청구인별	합계	변호인	비변호인
접 수	1938	757	1181
처 리 계	1931 (100.0)	760 (100.0)	1,171 (100.0)
석 방 명 령	130 (6.7)	84 (11.1)	46 (3.9)
무조건부	80	56	24
조건부(보증금납입)	50	28	22
청구기각	1,740 (90.1)	645 (84.8)	1095 (93.5)
기 타	61 (3.2)	31 (4.1)	30 (2.6)

* 출처: 2021 사법연감, 658쪽 표 인용.

2) 보석청구사건 처리상황

<표 7>은 최근 10년간 구속기소된 피고인 보석청구사건의 처리상황을 나타낸 것이다. 2011년부터 2020년까지 최근 10년간 구속기소인원 대비 보석청구인원 비율인 보석청구율을 살펴보면, 2011년 15.3%를 기록한 후 매년 감소하여 2019년 10.2%까지 감소하였고, 2020년에는 약간 증가하여 12.7%를 기록하였다. 최근 10년간 평균 보석청구율은 12.7%로 나타났다. 또한, 보석청구인원 대비 보석허가인원 비율인 보석허가율은 2011년 43.2%를 기록한 후 매년 감소하여 2020년 30.8%까지 급격히 감소하였다.

<표 7> 최근 10년간 보석청구사건 처리상황

(단위: 명, %)

연도	구분	구속기소인원 (A)	보석청구인원 (B)	보석허가인원 (C)	보석청구율 (B/A)%	보석허가율 (C/B)%
2011		47,117	7,224	3,124	15.3	43.2
2012		44,377	6,247	2,414	14.1	38.6
2013		45,409	6,465	2,625	14.2	40.6
2014		48,939	7,040	2,780	14.4	39.5
2015		55,317	7,196	2,732	13.0	38.0
2016		58,639	6,996	2,352	11.9	33.6
2017		53,555	6,079	2,204	11.4	36.3
2018		48,605	5,191	1,769	10.7	34.1
2019		48,492	4,946	1,764	10.2	35.7
2020		44,656	5,692	1,755	12.7	30.8
평 균		49,511	6,308	2,352	12.7	37.3

* 출처: 2021 사법연감 755쪽 표 인용

* 지방법원 신청(제1심, 항소심)에 의한 보석 관련 표임

이와 같이 보석청구율과 보석허가율은 모두 최근 10년간 지속적으로 감소하고 있는데, 이러한 추이는 2007년 개정 형사소송법에서 보석의 조건을 다양화하여 구속 피고인의 석방 기회를 확대하고자 한 취지를 무색하게 하는 것으로 평가된다.¹³⁾

다. 구속과 구속자석방제도 운용현황의 평가

수사기관의 구속영장 청구인원이 극적으로 감소하였고, 이에 따라 제1심 형사공판사건 중 구속사건의 비율 또한 지속적인 감소 추세를 보이고 있어, 수사단계에서의 불구속수사 원칙은 어느 정도 정착하였다고 평가된다. 다만 구속영장 발부율의 경우 2011년부터 증가 추세로 전환되어 2020년에는 최근 10년간 최고 수치인 81.9%를 나타내고 있어 주목된다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 영장실질심사제도가 그동안 어느 정도 정착됨에 따라 검찰이 불필요한 영장청구를 자제하고, 실질적인 영장 발부 가능성을 고려하여 보다 신중하게 구속영장을 청구하기 때문으로 해석할 수도 있다. 그러나 한편으로 구속기준과 구속사유¹⁴⁾와 관련한 특별한 사정 변화가 없는 상황 속에서 최근 10년간 구속영장 발부율이 증가하고 있다는 점에서 법원이 구속에 대한 일반 국민들의 법감정을 반영하여 구속제도를 운용하는 것은 아닌지 합리

13) 이창현(2010), 구속과 보석, 입추, 180-181쪽.

14) 구속영장재판에 대해서는 구속기준이 불명확하고, 구속영장의 발부나 기각 시 그 사유를 구체적으로 기재하지 않고 있어 구속기준의 불명확성과 자의성에 대한 비판이 계속해서 제기되고 있다. 정영훈(2019), “불구속수사 재판의 원칙의 발전과 정제, 인신구속제도의 재판 방안”, 인권과정의 제485호, 63쪽.

적인 의심을 가지게 한다.¹⁵⁾ 더욱이 공판단계에서의 피고인구속과 법정구속이 증가 추세를 보이고 있는 상황 속에서 피고인의 법정구속이 구체적인 기준에 따른 것이 라기보다는 형사사법제도의 엄벌화 경향에 따른 형사재판부의 중형 선고 추세와 무관하지 않다고 하는 주장이 제기되고 있는 점을 고려하면 이러한 의심은 더욱 커진다.¹⁶⁾

또한, 법정구속은 피고인의 방어권 행사에 많은 제약을 가져오게 된다는 점에서 구속의 요건이 엄격하게 심사되어야 하지만, 피의자 구속에서의 영장실질심사나 구속적부심사와 같은 제도가 없고 오로지 피고인의 구속여부를 수소법원인 본안재판부 판사의 재량에만 의존하고 있는 상황이다. 엄격한 영장실질심사를 통해 피의자 구속이 급감하고 있는 상황과는 반대로 법정구속 사례가 급증하는 상황이 피고인의 구속 여부를 수소법원인 본안재판부 판사가 담당하는 제도상의 문제 때문에 발생하는 것은 아닌지 의심이 가는 부분이다.

체포·구속적부심사와 보석의 인용은 인원수와 비율에서 모두 급격한 감소 추세를 보이고 있어, 현행 구속자석방제도의 구속된 피의자를 석방하기 위한 제도로서의 기능은 매우 제한적으로 이루어지고 있는 것으로 보인다. <표 8>에서 나타나는 바와 같이 구속자석방제도 운용의 지표라고 할 수 있는 체포·구속적부심 석방률은 2011년 25.7%에서 2020년 6.7%로 약 20% 가까이 급격하게 감소하였고, 보석허가율은 10년 전인 2011년 43.2%에서 2020년 30.8%로 10% 이상 감소한 것으로 나타나고 있어 불구속수사 및 불구속재판원칙은 아직도 종이 위의 선언과 이상에 불과한 것처럼 보인다.¹⁷⁾

<표 8> 보석허가율 / 체포·구속적부심 석방률 추이



15) 김성돈(2009), “개정형사소송법에 있어서 인신구속제도”, 성신법학 제8호, 53쪽 참조.

16) “법정구속 구체적 기준이 없다”, 파이낸셜뉴스, 2014.10.10. 인터넷 기사, <http://www.fnnews.com/news/201410091748319216> (방문일 2023.5.7.)

17) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 2쪽.

2007년 개정형사소송법에서 불구속수사·재판의 원칙을 천명하고 있고, 사법부도 이를 적극 실무에서 실현하겠다고 하는 의지를 분명히 한 점을 고려할 때 재판단계에서의 구속인원이 점차 감소하는 추세를 보여야 함에도 불구하고 증가추세를 보이고 있다는 점은 우려가 되는 부분이다. 특히 현행법은 체포·구속적부심사에 보증금 납입조건부 석방제도를 도입하고 있고, 또한 2007년도 형사소송법 개정 이후 보석 조건이 다양화되어 불구속수사·재판의 실현가능성을 높이는 규범 환경이 조성되었음에도 불구하고 체포·구속적부심과 보석의 인용률이 오히려 급격히 낮아지고 있다는 점은 구속자석방제도가 불필요한 구속을 중단함으로써 구속의 장기화를 막기 위한 실질적 통제수단이 되고 있지 못하고 있음을 보여주고 있다.

이와 같이 통계에서 나타난 현행 구속자석방제도의 운용 상황은 무죄추정원칙을 구현하고, 구속의 비례성원칙을 실현하며, 피고인의 방어권 보장에 기여하고자 하는 제도의 취지가 제대로 실현되지 않고 있음을 보여주고 있다.

3. 현행 구속자석방제도의 문제상황과 개선방안

형사소송법상 구속은 기소전의 피의자에 대한 구속과 기소후의 피고인에 대한 구속으로 나뉘어진다. 먼저, 구속자석방제도에 의하여 기소전 구속된 피의자는 구속적부심(기소전 보석 포함)과 구속취소, 구속집행정지에 의해 석방될 수 있고, 기소후 구속된 피고인은 보석과 구속취소, 구속집행정지에 의해 석방될 수 있다. 이처럼 우리나라의 구속자석방제도는 형식적인 측면에서 볼 때 첫 단계라고 할 수 있는 영장실질심사 단계부터 다양한 제도가 마련되어 있어 불구속수사·재판의 원칙을 실현할 수 있는 제도적 장치가 잘 마련되어 있는 것처럼 보인다. 그러나 내용적인 측면을 구체적으로 들여다보면 각 제도마다 신청권자, 판단의 주체, 요건, 절차, 효과 등이 각기 다르고 복잡하여 법률전문가가 아니면 적절한 절차를 선택하여 신청하는 것이 사실상 곤란하고,¹⁸⁾ 또한, 구속의 첫 단계인 영장실질심사 단계에서 엄격하게 구속사유를 심사하였다는 전제하에 이후의 석방심사제도인 구속적부심이나 기소 후의 보석심사에 있어서는 특별한 사정 변경이 없는 한 심사청구를 잘 인용해 주지 않는 구조적인 문제점을 보여주고 있다.¹⁹⁾

이하에서는 현행 구속자석방제도의 문제점을 구체적으로 살펴보고, 이러한 문제점 분석을 바탕으로 현행 제도의 개선방안을 모색해보고자 한다.

18) 법원행정처(2013), 외국사법제도연구(14) 각국의 구속 및 보석 기준과 실무운영현황, 368쪽.

19) 정영훈(2019), 앞의 논문, 67쪽.

가. 비례성 원칙에 입각한 구속과 석방제도의 확립

1) 문제상황

형사소송법 제201조의2는 “체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다.” 라고 하여 필요적 구속영장실질심사를 규정하고 있다. 검사가 제출한 서류만을 근거로 심사하는 것이 아니라 판사가 피의자를 직접 대면하여 필요적으로 심사를 한다는 점에서 인신구속의 첫 단계에서의 통제장치라고 할 수 있다. 문제는 영장실질심사의 결정이 구속이 아니면 석방이라고 하는 일도양단의 결정구조로 이루어지고 있어 비례성 원칙에 입각한 구속과 석방제도가 실현되지 못하고 있다는 점이다.

2) 개선방안

형사소송의 진행을 확보하기 위하여 피고인 또는 피의자의 자유를 제한하는 구속은 “범죄에 대한 효과적인 투쟁이 다른 방법에 의하여는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용” 되어야 하고, 이러한 목적이외의 다른 목적을 추구하는 것은 허용되지 않는다.²⁰⁾ 구속만이 형사소송의 진행을 확보할 유일한 수단이 아니고 다른 대체수단으로써 그 목적을 달성하는 것이 가능한 경우에는 비례성 원칙에 따라 구속의 대체처분을 선택할 수 있는 제도를 마련하는 것이 당연한 귀결이다.²¹⁾

형사소송법 제199조 제1항 단서에서는 “강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다” 라고 규정하고 있어 구속과 관련하여 비례성 원칙의 준수 의무를 포괄적으로 명시하고 있다. 그러나 이러한 명문의 규정에도 불구하고 실제 구속제도의 운용은 비례성 원칙을 충족하지 못하는 경우가 많다. 비례성 원칙은 반드시 인신구속에 대한 실질적 제한원리로 작동하여야 하며, 이를 위해서는 구속의 첫 단계인 영장실질심사에서부터 구속 또는 석방이라는 양자택일 구조에서 탈피하여 독일과 같이 제3의 구속 대체처분, 예컨대 조건부 구속집행정지제도를 도입하는 형태로 구속영장실질심사제도를 개선할 필요가 있다.²²⁾

20) 법원행정처(2014), 법원실무제요 형사(Ⅰ), 275쪽.

21) 법원행정처(2013), 앞의 책, 367쪽.

22) 비교법적으로 볼 때 독일의 경우 비례성 원칙이 구속 관련 절차 전 과정에서 적용되면서 구속을 명령하고 유지하는 과정 내내 개인의 자유권과 효과적인 형사소송 보장 간의 긴장관계를 항상 고려할 것을 요구하고 있다. 독일 형사소송법 제112조 제1항 제2문은, “사안의 중대성과 예상되는 형벌 또는 보안처분에 비하여 비례성이 없는 경우에는 구속을 명할 수 없다.” 라고 하여, 구속에 대한 소극적 요건으로 비례성의 원칙을 명시하고 있다. 따라서 사안의 중대성 또는 재범위험성에 근거한 구속영장 발부를 포함하여 모든 구속사유에 대해, 그리고 구속영장의 집행, 구속기간에 대해서도 비례성의 원칙이 적용된다. 즉, 구속집행정지(제116조), 구속취소(제120조), 6개월 이상의 구속기간 이후의 절차(제121조), 피고인이 불출석에 대한 충분한 해명이 없는 경우 발부되는 구속

앞서 지적한 바와 같이 우리나라의 경우 구속과 석방의 첫 단계라고 할 수 있는 영장실질심사에서는 구속이 아니면 석방이라고 하는 일도양단식 결정만 할 수 있게 규정되어 있어 영장재판의 경직을 초래하는 원인으로 지목되고 있다.²³⁾ ‘구속이냐? 불구속이냐?’ 라고 하는 결정은 수사와 재판을 받는 당사자에게 있어 매우 중요한 신분의 차이를 만들고, 이러한 신분의 차이는 이후 재판의 당사자로서 방어권을 행사해야 하는 장면에서 결정적인 차이를 만들어 낸다. 뿐만 아니라 영장심사를 담당하는 양자택일의 결정을 강요받는 판사의 입장에서 업무적 부담이 매우 클 수밖에 없고, 또한 영장실질심사의 결정 이후의 석방심사단계에서 조건부 석방(기소전 보석, 보석)사유가 있다고 하더라도 영장재판의 결과를 번복하는 일에 부담을 가질 수밖에 없는 구조적 한계를 만들어 낸다.²⁴⁾ 형사절차에서 불구속 수사·재판의 원칙을 관철시키기 위해서는 이러한 구조적 한계를 반드시 개선할 필요가 있으므로 구속의 첫 단계에서부터 구속의 당부를 실질적으로 심사할 수 있는 법적 수단을 마련하는 것뿐만 아니라 조건부로 석방의 기회가 보장되는 제도적 장치가 마련될 필요가 있다.²⁵⁾

나. 구속과 구속자석방제도의 일원화

1) 문제상황

구속영장이 발부되어 구속된 후, 피의자나 피고인이 석방될 수 있는 방법은 기소전 구속적부심사와 기소후 보석, 그리고 구속의 집행정지와 구속취소가 있다. 형식적으로만 보면 우리나라의 석방제도는 다양한 제도가 마련되어 있어 구속자의 석방가능성이 높아 보이지만, 실제 주로 활용되는 구속자석방제도는 기소후 보석 정도라고 볼 수 있고, 이마저도 허가율이 낮아 활용률이 떨어지고 있다. 이는 앞서 지적한 바와 같이 현행 구속자석방제도가 엄격한 영장실질심사 결정을 거친 이후에 진행되기 때문에 그 이후의 석방심사단계에서 영장재판(영장실질심사 결정)의 결과를 번복하는 일에 부담을 가질 수밖에 없는 구조적인 문제를 가지고 있고,²⁶⁾ 절차

영장(제230조 제2항 및 제329조 제4항)에 대해서도 비례성 원칙에 위배되어서는 안된다.
23) 법원행정처(2013), 앞의 책, 367쪽.

24) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 73쪽.; 정영훈(2019), 앞의 논문, 65쪽.

25) 최근 대법원은 “구속영장단계에서 일정한 조건으로 구속을 대체할 수 있도록 하는 것이 헌법상 무죄추정의 원칙에 부합하고, 또한 적절한 조건을 부과하여 석방할 경우 구속영장 발부 또는 기각 결정에서 벗어나 비례성 심사에 따른 결정을 할 수 있다.”는 취지에서 구속영장단계에서 일정한 조건을 부과하여 석방할 수 있도록 하는 ‘조건부 석방제도’의 도입의 검토를 발표하였는데 같은 취지라고 할 수 있다. “대법원, ‘구속영장단계 조건부 석방 제도’ 검토 착수”, 2021.9.9. 인터넷신문기사, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=172790>, (방문일: 2023.5.7.)

26) 선행연구에 의하면, “영장전담판사는 경력 15년 이상의 부장 판사로 그 직속 상급자가 형사수석 부장판사이고, 형사수석부장판사가 구속적부심재판부의 재판장이 되며 영장전담재판부의 사무실과 구속 적부심재판부의 사무실은 바로 인접해 있다. 실무상 구속적부심사는 5~10년 경력의 배석판사 한 명이 수명법관으로 구속 피의자에 대한 실질 심리를 하고, 심리 종결 후에 구속적부심사 합의부 판사들 간에 서면 심리 및 결정을 하는 방식”으로 운영되고 있기 때문에 구속적부심사의 인

상으로도 기소 전후의 석방제도를 달리할 뿐만 아니라 각 제도의 요건과 절차가 달리 규정되어 있는 등 피의자와 피고인의 인권 보장적 측면에서 매우 복잡하고 비합리적인 형사체제로 운영되고 있기 때문으로 보인다. 따라서 현행 구속자석방제도를 피의자와 피고인의 인권과 방어권 충분히 보장할 수 있는 체계로 개선할 필요가 있고, 이를 위해서는 현행의 복잡한 구속자석방제도를 통합하고 단순화할 필요가 있다.

2) 개선방안

헌법상 무죄추정의 원칙과 비례성 원칙은 인신구속제도의 실질적 제한원리로 작용하여야 하고, 따라서 인신구속의 개시 여부에서부터 인신구속이 종료하는 시점까지 인신구속의 필요성 유무와 수단의 적합성, 그리고 대체수단에 의한 구속 목적의 달성 가능성 등이 지속적으로 심사되어야 한다.²⁷⁾ 피의자가 구속된 이후 공소제기가 이루어지고 공판절차가 진행되는 과정에 이르기까지 구속 당시의 구속사유와 필요성, 구속의 요건 등은 변화될 수 있기 때문에 이러한 가변성에 대한 판단을 할 수 있는 제도적 장치는 필요적으로 마련되어야 하고, 이러한 제도적 장치, 즉 구속에 대한 사후 심사제도는 구속기간 동안 상시적으로 작동하여야 한다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 현행 형사소송법상의 구속심사제도는 구속적부심사가 이루어지는 시점, 기소후 보석청구심사가 이루어지는 심사 등 기소 전후를 달리하여 각각 다른 요건과 절차로 진행되는 체계를 가지고 있어 형사절차의 각 단계에서 인신구속에 대한 비례성 심사를 지속적으로 하기 어려운 구조적인 한계를 가지고 있다.²⁸⁾

생각건대, 불구속수사·재판 원칙을 관철시키는 가장 효과적인 방안은 구속의 첫 단계에서부터 구속을 자제하여 구속률을 낮추는 방안²⁹⁾일 것이므로 구속자석방제도의 정비를 모색함에 있어서는 인신구속의 개시 여부에서부터 인신구속이 종료하는 시점까지 인신구속에 대한 비례성 심사를 지속적으로 할 수 있는 방안을 검토할 필요가 있다. 인신구속의 개시 여부에서부터 인신구속이 종료하는 시점까지 인신구속에 대한 비례성 심사를 지속적으로 할 수 있는 가장 효과적이고 합리적인 구조는 구속과 석방에 대한 심사가 하나로 통합된 절차하에서 이를 전담하는 전담재판부에 의해 구속심사를 받는 구조이다. 따라서 영장실질심사부터 구속적부심사, 구속집행

용률이 감소할 수밖에 구조라고 지적하고 있다. 정영훈(2019), 앞의 논문, 67쪽.

27) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 79쪽.

28) 선행연구에서는 구조적인 한계를 구체적으로 다음과 같이 지적하고 있다. “영장실질심사에서는 구속의 사유만 검토되고, 체포구속적부심사에서는 체포구속을 계속할 필요성이 아니라 체포구속시점 당시의 절차위반이나 체포구속요건 불충족이라는 위법성여부만 심사되며, 기소전 보석은 체포구속적부심이 청구된 경우에만 가능하다. 뿐만 아니라 공판개시 후에도 피고인에 대해서는 원칙적으로 비례성심사를 통해 구속을 계속할 필요성여부를 검토할 계기가 없을뿐 아니라 피고인에 대한 보석청구가 있더라도 광범위한 예외사유가 있어 피고인에 대한 석방의 기회는 차단되어 있다. 더 나아가 필요적 보석의 예외사유가 적용되지 않는 경우라도 장차 실행이 예상되는 경우에는 구속을 계속할 필요성여부를 심사할 계기는 구속=처벌이라는 구속관을 가진 법원에 의해 근원적으로 배제되고 있는 것이 현실이다.” 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 81쪽.

29) 김성돈(2009), 위의 논문, 47쪽.

정지, 구속취소, 기소전 보석제도, 보석제도를 모두 통합하여, 간결하고 일관성 있는 구조로 정비할 필요가 있다.

선행연구에서는 형사절차상 구속과 석방의 심사를 일원화하는 방안과 관련하여 대부분 기소전의 구속적부심과 기소후의 보석의 관계를 재정립하여 구속심사제도를 개선하는 방안으로 모색되고 있는데, 정리하면 “① 보석을 그대로 존치 시키고 구속적부심을 피고인에게도 확대하자는 견해, ② 구속적부심을 그대로 존치하면서 보석을 수사단계의 피의자에게 확대하자는 견해, ③ 구속적부심을 폐지하고 보석을 기소전 단계까지 확대하자는 견해”로 나눌 수 있다.³⁰⁾ 또한, 2004년 사법개혁 논의 당시에는 “여러 가지로 나뉘어 있는 석방제도를 통합하여 피의자·피고인을 불문하고 법원에 단일한 절차에 의한 석방심사 청구를 할 수 있도록 하는 방안, 영장 단계에서의 조건부 석방제도 도입(구속대체처분 부과 포함)” 등이 제안된 바 있다.³¹⁾ 이러한 방안들은 구속적부심과 보석제도를 병용하면서 그 중 어느 하나의 제도를 확대하는 방안 또는 양 제도를 하나의 제도로 통합하는 방안, 영장실질심사 단계에서 조건부 석방제도를 도입하는 방안이라고 볼 수 있다. 불구속수사·재판 원칙과 비례성 원칙이 실질적 제한원리로 작동하는 인신구속제도가 되기 위해서는 구속 후 석방제도의 통합이나 영장실질심사 단계에서의 조건부 석방제도만으로는 충분하지 못하고, 영장실질심사 단계에서부터 수사기관에 의한 구속기간 및 법원의 구속기간의 모든 단계에서 지속적으로 이루어질 수 있도록 하는 구조를 취해야 할 것인데, 이들 방안은 구속 이전에 이루어지는 사전적 심사의 개선방안이거나, 구속 이후에 이루어지는 사후 심사의 개선방안이라는 점에서 인신구속의 모든 단계를 아우르는 통합 방안으로서의 기능을 발휘할 수 없는 구조적인 한계를 여전히 가지고 있다.

비교법적으로 볼 때 영국과 미국뿐만 아니라 독일의 경우 기소 전후 구분 없이 구속피의자뿐만 아니라 구속피고인도 구속심사를 청구할 수 있고, 피의자·피고인 석방제도를 단일하게 운용하여 구속피의자도 보석을 청구할 수 있도록 하는 등 구속과 구속자석방 체계가 일원화되어 있음을 알 수 있는데, 구속 개시부터 구속 유지 여부를 형사절차 전 과정에서 지속적으로 심사할 수 있는 구조라는 점에서 시사하는 바가 크다. 특히 독일의 구속심사제도(Haftprüfung)는 좋은 모델이 될 수 있다. 독일의 경우 구속자 석방을 위한 제도가 구속영장 청구심사 단계에서부터 기소 전후를 불문하고 구속심사제도로 일원화되어 있으며 구속된 피의자 또는 피고인은 언제든지 법원에 구속심사를 청구할 수 있다. 더욱이 피의자에 대한 구속기간이 3개월을 경과하였음에도 피의자가 구속심사 또는 구속명령에 대한 항고를 하지 않으면 법원이 직권으로 구속심사를 하도록 하고 있어 비례성 원칙이 인신구속의 전 과정에서 철저히 관철되도록 하는 절차적 구조를 가지고 있다.

이상의 논의를 바탕으로 현행 구속과 구속자석방제도의 개선방안을 고려해 볼 때

30) 정진수(2006), 앞의 보고서, 93-94쪽.

31) 사법개혁위원회(2005), 국민과 함께하는 사법개혁-사법개혁위원회 백서-, 사법개혁위원회 자료집(VII), 267쪽.

개선방안으로 기소 전후를 불문하고 구속과 구속자 석방심사는 구속영장실질심사나 구속적부심사와 같이 전담재판부에서 진행하는 것으로 일원화하고, 구속된 피의자 등은 상시 법원에 구속심사를 청구할 수 있도록 하며, 심사 후 결정은 구속(유지), 청구기각, 조건부 구속영장 집행정지, 구속취소로 통일하는 방안을 생각해볼 수 있다. 조건부 구속영장 집행정지는 구속영장 청구인용을 전제로 조건부로 집행을 정지하는 것으로 종래의 기소 전 보석과 보석,³²⁾ 구속집행정지를 통합한 제도이다. 이 방안은 구속 대상자 또는 구속자의 석방을 확대하고, 또한 석방 시기를 앞당길 수 있을 뿐만 아니라 영장실질심사 이후의 구속심사에 있어서 앞서 내려진 영장재판의 결정에 대한 부담을 덜어 줄 수 있다. 더욱이 이러한 방안은 “구속을 처벌 내지 미리 예상된 선고형의 일부를 집행하는 실무관행을 없앨 수 있는 측면도 가지고 있다.”³³⁾

형사단계별 구체적 적용에 있어서는, 먼저 수사단계의 피의자에 대해서는 영장실질심사 재판부가, 공소제기 이후의 피고인의 경우에는 본안재판부가 아닌 수소법원 내의 구속·석방 전담재판부가 구속, 청구기각, 조건부 구속영장 집행정지, 구속취소 결정을 할 수 있고, 구속영장이 발부된 후에는 기소 전후에 상관없이 소위 구속심사절차를 통해 각각의 구속·석방 전담재판부에서 구속유지의 필요성 여부 또는 구속사유의 소멸 여부를 심사하여 구속, 청구기각, 조건부 구속영장 집행정지, 구속취소 결정을 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이와 같이 통합된 구속심사제도는 구속, 청구기각, 구속유지, 구속취소 결정을 내리면서도 구속보다 완화된 처분을 조건으로 하여 구속영장의 집행을 정지할 수 있는 결정을 내릴 수 있는 장점이 있다는 점에서 구속의 최후수단성 내지 비례성 원칙과 조화를 이룰 수 있고, 불구속 수사·재판의 원칙을 현실화할 수 있을 것으로 생각된다.³⁴⁾

다. 전담재판부의 설치

1) 문제상황

체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사(수임판사)는 지체없이 피의자를 심문하여야 하여야 하고(형소법 제201조의2), 구속된 피의자 구속의 적부심사를 청구할 수 있는데(동법 제214조의2), 바로 수사단계에서의 영장실질심사와 구속적

32) 역사적으로 볼 때 보석은 보증금 또는 보증인을 조건으로 구속의 집행을 정지하는 제도로 고안된 제도이다. 지금과 같이 구속을 대체하는 다양한 조건을 고려되고 있는 상황에서는 구속집행정지의 하나의 조건으로 이해하는 것이 타당하다. 실제 독일의 경우 보석은 단지 도주 위험만을 근거로 구속영장이 발부된 경우 더 가벼운 처분으로도 구속의 목적을 달성할 수 있다고 예상할 수 있는 충분한 근거가 있을 때 고려되는 구속영장 집행정지를 위한 하나의 조건이다(독일 형사소송법 제116조 제1항 제4호). 이러한 의미에서 현행 보석제도의 실질은 독일의 구속의 집행유예/정지제도와 같으나 명칭은 영미법계의 보석(bail)이라는 용어를 사용하고 있는 것으로 해석된다. 이완규(2008), 개정형사소송법의 쟁점, 한영문화사, 380쪽.

33) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 98쪽.

34) 위의 보고서, 99-100쪽.

부심사이다. 주지하다시피 영장실질심사는 관할지방법원 판사인 수임판사(동법 제201조)가 구속 여부를 결정하고, 구속적부심사는 관할법원(동법 제214조의2)이 심사를 하며, 피의자가 기소된 후에는 수소법원인 1심 재판부가 피고인의 보석 여부를 결정한다(동법 제94조). 이와 같이 형사절차 단계별로 구속과 석방을 심사하는 재판의 주체가 다르다는 점도 비례성 심사를 지속적으로 하기 어려운 구조적 한계로 작용하고 있다.

2) 개선방안

앞서 살펴본 바와 같이 현재의 인신구속과 석방의 실무운용은 영장재판 단계에서는 구속심사를 판결절차에 가까운 정도로 엄격하고 신중하게 처리하는 반면 구속자의 석방은 가급적 제한적으로만 허용하는 방식으로 이루어지고 있는데, 그 배경에는 형사절차 단계별로 구속과 석방을 심사하는 재판의 주체가 달라 비례성 심사를 지속적으로 하기 어려운 구조적인 문제가 있다. 예컨대 경력 15년 이상의 부장판사가 주재한 영장실질심사에서 내려진 결정을 구속적부심사를 담당하는 법원³⁵⁾에서 3~5일 만에 번복하는 일은 구조적으로 많은 부담을 느낄 수밖에 없다. 또한, 공소 제기 후 본안재판부에서도 보석 신청사건을 처리하게 되면, 당연히 본안재판이 우선 될 것이기 때문에 보석심사는 우선 순위에서 밀려 결정이 늦어지거나, 보석을 허가하면 나중에 실형을 선고하고 법정구속을 하는 데에 구조적으로 상당한 심리적 부담을 갖게 된다. 더욱이 본안재판부에서 법정구속을 결정하였다면 해당 재판부가 이에 대한 보석신청을 받아줄 것을 기대하는 것은 불가능에 가깝다. 결국 현재의 이러한 실무운용 방식이 바뀌지 않는 한, 아무리 불구속수사·재판의 원칙과 비례성 원칙을 강조하더라도 실무운용에 있어서 법원은 구속자 석방에는 소극적일 수밖에 없는 구조인 것이다.

이러한 실무운용상의 구조적 한계는 전담재판부를 마련하는 방식으로 극복할 수 있을 것이다.³⁶⁾ 구속·석방심사를 전담하는 전담재판부를 두게 되면 담당 법관은 영장재판의 결정에 구애받지 않고 소신껏, 신속하게 그리고 기준을 통일하여 구속·석방심사를 처리할 수 있을 것으로 기대되며, 또한 법관이 편견과 예단 없이 제3자의 입장에서 공정한 판단을 내리도록 하는 취지의 공소장일본주의의 취지도 관철할 수 있을 것으로 기대된다.³⁷⁾

35) 실무상 구속적부심사는 5~10년 경력의 배석판사 한 명이 수명법관으로 구속 피의자에 대한 실질 심리를 하고, 심리 종결 후에 구속적부심사 합의부 판사들 간에 서면 심리 및 결정을 하는 방식으로 운영되고 있다고 한다. 정영훈(2019), 앞의 논문, 67쪽.

36) 이에 대한 실무 전문가의 의견은 전담재판부를 따로 둔다고 해도 담당 법관이 같은 법원에 속해 있고, 사무실도 바로 옆에 있어서 영장재판의 결정에 대한 부담은 지금과 별반 차이가 없을 것이라는 의견이 대부분이었다. 그러나 이는 법원의 실무운용상의 문제점일뿐 구조적인 문제점이라고 할 수 없고, 구조적인 문제점을 바로 잡음에 따라 해소될 수 있는 문제라고 생각된다.

37) 조성용(2010), 앞의 논문, 155쪽. 공판에 관여하지 않은 법관이 보석 등 구류에 관한 처분을 하도록 하는 것은 기소장일본주의의 예단배제의 요청에 의한 것이라고 할 수 있다.

라. 구속사유와 석방사유의 연계 필요성

1) 문제상황

보석제도는 구속사유가 있음에도 불구하고 보증금 등 다양한 조건을 붙여서 피의자·피고인을 석방하여 불구속 상태에서 수사와 재판을 받도록 하는 제도이다. 이러한 제도의 취지상, 보석 허가심사는 구속영장실질심사시 판단한 구속사유가 그대로 유지되고 있거나 새로운 구속사유가 발생하였다면 보석이 허가되지 않지만, 구속사유가 법원이 부과하는 조건에 의해 상쇄시킬 수 있는 경우에는 비례성 원칙에 따라 보석이 허가되는 구조로 이루어지는 것이 당연할 것이다. 보석제도의 취지가 기본적으로 이러한 구조를 취하고 있다면 논리적으로 보석이 허가되지 않는 제외사유를 별도로 마련할 필요가 없다. 그런데 현행 형사소송법은 제95조에서 필요적 보석을 원칙으로 하면서, 피고인 등이 형사소송법 제94조에 따라 보석을 청구하면 법이 정하는 제외사유가 없는 한 보석을 허가하는 형식으로 규정하고 있어 제외사유를 별도로 규정하고 있다. 현행 규정이 이러한 형식을 취하고 있는 것은 피고인의 권리로서의 보석을 강조하기 위하여 필요적 보석을 원칙으로 하는 형식으로 규정을 마련하였기에 이러한 예외사유를 따로 규정한 것으로 보인다.

<표 9> 형사소송법상 구속사유와 보석 제외사유 비교

구속사유(제70조)	보석 제외사유(제94조)
1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때 2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때 3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때 ※ 필요적 고려사항 ① 범죄의 중대성 ② 재범의 위험성 ③ 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려	1. 피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때 2. 피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범한 때 3. 피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 4. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 5. 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때 6. 피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때

권리보석을 명문으로 규정하고자 한 취지는 높이 평가되지만, 문제는 제외사유를 구속사유와 연계시키지 않고 제외범위를 확대시킴으로써 권리보석의 취지와 달리 한번 구속이 되면 석방은 쉽지 않게 되어 보석제도의 취지를 형해화시키고 있다는 점이다. 즉 별도로 규정된 보석의 제외사유가 구속사유와 다르고, 나아가 제외사유의 범위가 지나치게 광범위하여 보석제도의 취지를 형해화시키고 있다(<표 9> 참조). 이러한 상황은 이미 구속사유가 인정되어 구속된 자에게 구속사유(=보석제외사유)가 있어 보석을 허가할 수 없다는 제2의 구속심사로 유도되는 논리적 모순을

야기한다.³⁸⁾ 실제로 현행 보석재판에 대해서는 필요적 보석이 원칙임에도 불구하고 제외사유가 원칙으로 운영되고 있다는 지적이 계속해서 제기되어 왔다.³⁹⁾

2) 개선방안

비교법적으로 볼 때 독일의 경우 대체처분으로 구속의 목적을 달성할 수 있는 충분한 근거가 있는 경우에는 각 구속사유별로 구속영장의 집행을 정지하거나 정지할 수 있도록 하고 있을 뿐 별도의 보석 제외사유 규정을 두고 있지 않다(<표 10> 참조). 이에 비해 우리나라의 경우 구속사유와 실질적으로 동일한 보석 제외사유를 별도로 규정하여 이를 보석 불허의 사유로 삼고 있는데, 이는 앞서 언급한 바와 같이 보석제도의 취지를 몰각한 것으로 보석제도를 형해화시키는 결과로 이어질 수밖에 없다.⁴⁰⁾

<표 10> 독일 형사소송법 구속영장의 집행정지 규정

제116조(구속영장의 집행정지) ① 단지 도주 위험만을 근거로 구속영장이 발부된 경우 더 가벼운 처분으로도 구속의 목적을 달성할 수 있다고 예상할 수 있는 충분한 근거가 있다면 법원은 구속영장의 집행을 정지시킨다. 고려대상이 되는 더 경한 처분은 다음과 같다.

1. 정해진 시간에 판사, 형사소추기관 또는 이들이 지정한 사무소에 출두하여야 한다는 지시
2. 판사의 승인 없이는 주소, 거소 또는 일정 지역을 이탈할 수 없다는 지시
3. 지정된 자의 감독하에서만 주거를 이탈할 수 있다는 지시
4. 피의자 또는 제3자가 적절한 담보를 제공

② 증거인멸을 근거로 구속영장이 발부된 경우 더 경한 처분으로도 증거인멸위험을 현저히 감소시킬 것이라고 예상할 수 있는 충분한 근거가 있다면 법원은 구속영장의 집행을 정지시킬 수 있다. 고려대상이 되는 더 경한 처분은 예컨대 공동피의자, 증인 또는 감정인과 연락하지 않아야 한다는 지시이다.

③ 피의자가 특정한 지시를 준수할 것이고 이를 통해 구금의 목적이 달성되리라고 예상할 수 있는 충분한 근거가 존재하는 경우 법원은 제112조a에 의하여 발부된 구속영장의 집행을 정지시킬 수 있다.

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 판사는 제1항 내지 제3항의 경우 구속영장의 집행을 명한다.

1. 피의자가 그에게 부과된 의무나 제한을 현저히 위반한 경우
2. 피의자가 도주를 준비하거나, 적법한 소환에 대하여 충분한 해명 없이 불응하거나, 기타의 방법으로 그에 대한 신뢰가 정당한 것이 아니었음을 보여주는 경우 또는
3. 새로이 발생한 상황에 의하여 체포가 필요한 경우

*법무부(2012), 독일형사소송법 인용.

38) 정영훈(2019), 위의 논문, 77쪽.

39) 이창현(2009), 개정형사소송법상 보석제도에 관한 연구-운용실태분석과 그 개선방안을 중심으로 -, 연세대학교 박사학위논문, 2쪽.

40) 정영훈(2019), 위의 논문, 77쪽.

생각건대 구속자 석방심사는 구속심사단계에서 인정된 구속사유가 존재하더라도 이에 갈음하거나 완화된 다른 대체처분이 가능한지 여부만 판단하면 될 것이므로, 이를 위해서는 대체처분으로도 구속의 목적을 달성할 수 있는 충분한 근거가 있는 경우에는 대체처분을 부과하여 구속영장의 집행을 정지할 수 있다는 비례성 원칙하에 구속사유와 석방사유를 연계하는 방식으로 규정을 정비할 필요가 있다. 이와 같이 규정이 정비되면 구속과 석방절차의 효율성을 도모하면서도 신체 자유의 제한을 최소화하고 피의자 등의 방어권을 실질적으로 보장하는데 기여할 수 있을 것으로 생각된다.

구체적인 개정방안으로는 우선 현행 구속사유를 보다 명확히 하는 방향으로 개정할 필요가 있다. 왜냐하면 구속사유가 보석 제외사유가 될 것이기 때문에 현행 보석 제외사유를 삭제하는 대신 이를 충분히 고려한 구속사유를 마련할 필요가 있기 때문이다. 현행법상 구속사유는 ① 피고인이 일정한 주거가 없는 때, ② 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때, ③ 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때로 규정하고 있고, 또한 구속사유를 심사함에 있어 고려해야 할 사항으로써 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려 등을 규정하고 있다. 이러한 구속사유와 고려사항은 형사절차의 원활한 진행을 확보하기 위하여 마련된 것으로 기본적으로 비례성 심사를 통과하기 위한 기준이 된다. 개정방안으로는 주거부정 사유의 경우 피고인의 도망 또는 도망의 염려를 판단할 때에 고려되는 사항에 불과하므로 삭제하는 것이 바람직하고, 현재 고려사유로 인정되고 있는 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려는 형사절차의 원활한 진행을 확보하기 위해 반드시 필요한 사항이므로 구속사유로 규정할 필요가 있다. 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려를 구속사유로 보는 것은 예방적 구금을 인정하는 것이라는 지적이 있지만, 피해자는 재판의 실질적 당사자이고, 증인 등의 출석이나 증언도 원활한 재판절차의 확보에 있어 매우 중요하다는 관점에서 보면 이들에 대한 위해 우려 방지는 형사절차 진행의 확보라고 하는 구속의 목적에 부합한다.

한편 범죄의 중대성, 재범의 위험성의 고려사유는 예방구금으로 남용될 소지가 매우 강하기 때문에 기본적으로 구속사유에서 배제하는 것이 바람직하다.⁴¹⁾ 다만 재범의 위험성은 일부 범죄유형에 있어서 판단의 기준이 마련되어 있고 판단의 정확성도 인정되고 있는 만큼 예방구금의 목적이 아닌 형사절차의 원활한 진행의 확보라고 하는 목적에서 구속사유로 고려될 수 있을 것으로 생각되기 때문에 독일과 같이 특정 범죄유형으로 제한하여 재범위험성이 인정될 경우에 한하여 구속사유로 인정하는 방안을 모색해 볼 수 있을 것이다. 예컨대 성폭력범죄자나 아동학대범죄자, 마약범죄자, 주취폭력범죄자 등을 고려해 볼 수 있다.

41) 김성돈(2009), 위의 논문, 48쪽.

마. 구체적인 구속사유와 근거의 명확한 제시

1) 문제상황

구속영장을 발부함에 있어서는 구속사유와 구속사유의 근거를 명확히 기재할 필요가 있음에도 불구하고 현행 형사소송법에는 구속영장에 구속의 이유와 근거의 기재를 의무화하는 관련 규정이 없다,⁴²⁾ 이러한 상황 때문인지 실무에서는 구속영장을 발부하는 경우 “구속영장 청구서에 인쇄체 형식으로 부동문자로 기재되어 있는 도망과 증거인멸의 우려 등의 구속사유 칸에 체크를 하는 방식으로 결정”한다고 한다.⁴³⁾ 비교법적으로 볼 때 독일은 구속의 요건으로 “피의자에 대한 범죄혐의가 유력하고 구속사유가 존재하는 경우 피의자에 대해 구속을 명할 수 있다. 사안의 중대성과 예상되는 형벌 또는 보안처분에 비추어 비례성이 없을 때에는 구속 명령은 허용되지 않는다”라고 하여 구속에 대한 비례성 심사를 필요적으로 할 것을 명문으로 규정하고 있고(형소법 제112조 제1항), 비례성 심사를 거쳐 구속영장을 발부함에 있어서는 구속사유와 구속사유의 근거를 명확히 기재할 것을 규정하고 있어(동법 제114조 제2항) 시사하는 바가 크다.

한편 구속영장을 기각하는 경우에는 그 취지와 이유를 기재하도록 하고 있는데, 이러한 상황은 피의자 등의 입장에서 볼 때 매우 불합리한 상황을 초래한다. 대법원 인신구속사무의 처리에 관한 예규 제55조 제2항은 “구속영장의 청구를 기각하는 경우에는 구속영장청구서 하단의 해당란 또는 별지에 그 취지와 이유 및 연월일을 기재한 다음 서명·날인하여 검사에게 교부한다”라고 규정하고 있고, 이에 따라 영장담당판사는 구속영장을 기각하는 경우에만 그 취지와 이유를 결정문에 기재하고 있다. 문제는 이러한 방식이 검찰측의 재구속 청구에 있어서는 매우 도움이 되는 반면 피의자·피고인의 입장에서는 구속의 취지와 이유를 알 수 없어 이후의 석방심사재판에서 제대로 대응할 수 없다는 점이다. 예컨대 도망의 염려로 구속영장이 발부된 경우 이 사유를 탄핵하거나 조건부로 이러한 사유를 상쇄시킬 수 있다는 것을 항변하기 위해서는 구체적인 사유와 근거를 알아야만 하는데 법원의 구속영장 청구 인용에 대한 구체적인 사유가 기재되어 있지 않기 때문에 판사가 어떠한 근거로 구속영장 청구를 인용하는 결론에 도달하게 되었는지 알 수가 없고, 결국 검사가 유죄를 전제로 작성한 청구서의 내용만을 보고 대응할 수밖에 없는 실정이다. 이는 결과적으로 불구속수사·재판의 원칙을 실현하기에 어려운 구조를 만들고, 또한 필요적 보석을 권리로서의 보석이 아니라 시혜적인 보석으로 만드는 주요 원인으로 작용하게 된다.

42) 형사소송규칙 제46조(구속영장의 기재사항)에서는 “구속영장에는 법 제75조에 규정한 사항 외에 피고인의 주민등록번호(외국인인 경우에는 외국인등록번호, 위 번호들이 없거나 이를 알 수 없는 경우에는 생년월일 및 성별, 다음부터 ‘주민등록번호 등’이라 한다.), 직업 및 법 제70조 제1항 각호에 규정한 구속의 사유를 기재하여야 한다.”라고만 규정하고 있다.

43) 정영훈(2019), 앞의 논문, 75쪽.

2) 개선방안

현행법이 불구속수사·재판을 원칙으로 하고 있고, 또한 필요적 보석을 원칙으로 하고 있는 이상 피의자·피고인의 입장에서 볼 때 이러한 권리를 충분히 보장받기 위해서는 자신이 왜 구속되었는지 그 취지와 이유를 구체적이고 명확하게 알 수 있어야 하고, 이러한 전제가 갖추어졌을 때 자신의 구속에 대해 변호사 등을 통해서 충분히 항변할 수 있다는 것은 자명하다. 또한, 구속사유는 형사절차가 진행됨에 따라 소멸·완화 또는 추가적으로 발생할 수도 있는 것이기 때문에 명확한 구속사유와 그 근거를 알아야만 구속사유에 따른 적절한 대응을 할 수 있을 것이다. 따라서 독일의 규정과 같이 구속의 사유와 근거를 구체적인 사실에 근거하여 충분히 상세하게 기재할 것을 의무화하는 방식으로 규정을 마련할 필요가 있다(<표 11> 참조).⁴⁴⁾ 구체적인 법률 개정에는 형소법 제72조(구속과 이유의 고지)와 제72조의2(고지의 방법)의 규정을 개정하여 구속의 이유와 근거를 반드시 기재하도록 하고, 고지는 서면으로 전달하는 방식으로 개정하는 방안을 생각해볼 수 있다.⁴⁵⁾

<표 11> 독일형사소송법 구속영장 규정

제114조(구속영장) ①법관은 서면 구속영장을 통해 구속을 명할 수 있다.
 ②구속영장에는 다음의 사항이 기재되어야 한다.

1. 피의자
2. 피의자가 유력한 혐의를 받고 있는 행위, 그 수행 시간 및 장소, 범행에 해당하는 법률구성요건과 적용될 형법규정
3. 구속사유 및
4. 국가안보를 저해하지 않는 한, 유력한 범죄혐의와 구속사유의 근거가 되는 사실

③제112조 제1항 제2문을 적용해야 할 여지가 있거나 피의자가 이 규정을 원용할 때에는 당해 규정을 적용하지 않는 근거를 제시하여야 한다.

*법무부(2012), 독일형사소송법 인용.

종래 학계와 실무로부터 가장 많은 비판을 받아 오고 있는 구속기준의 불명확성과 예측 불가능성 문제의 근원은 바로 구속영장의 발부나 기각사유에 대해 구체적으로 기재하지 않는다는 점에 있다.⁴⁶⁾ 구속영장 결정시 구체적인 이유와 근거의 명

44) 조성용(2010), 앞의 논문, 151쪽.

45) 예컨대 실무에서는 “도망할 염려를 판단함에 있어서는 일반적으로 ‘생활의 불안정 때문에 소재 불명이 될 가능성(가족관계, 연령, 주거, 직업, 신병인수인 등의 요인)’, ‘처벌을 모면할 목적으로 소재불명이 될 가능성(사건의 경중, 전과·전력, 집행유예·보석중, 여죄, 범행직후의 도망, 범행후 소재불명, 체포시의 태도 등의 요인)’, ‘기타 사유에 의하여 소재불명이 될 가능성(신상관계 미확인, 피의사실 등에 대한 묵비·부인 등의 진술태도,公安사건에서의 피의자의 지위, 자살의 염려, 피해자와의 합의, 해외여행경력 등의 요인)’의 세 가지 요소를 판단의 기준으로 하는 것이 일반적” 이라고 하는데(정진수(1997), 구속영장심사와 피의자심문, 한국형사정책연구원, 70쪽), 이러한 판단기준으로 결정한 이유가 구속영장 발부 또는 기각시 구체적으로 실시하지 않는 것은 이해하기 어려운 부분이다.

시는 영장담당판사가 구속=처벌의 구속관에 입각한 구속을 하지 못하도록 통제하는 기제로 작용할 수 있을 뿐만 아니라 검사 및 피의자나 변호인이 법원의 결정에 대해 불복 또는 승복할 것인지를 결정함에 있어서 판단의 기준이 될 수 있고, 상급심에서 영장담당판사가 어떠한 이유와 근거로 결론에 이르렀는지를 구체적으로 파악하여 그 결정에 위법·부당함이 있을 경우 이를 시정하는데 기여할 수 있을 것으로 생각된다.⁴⁷⁾

4. 나가며

근대적 형사절차의 확립은 인류가 투쟁을 통해 쟁취한 역사적 경험의 산물이다. 즉 수사기관과 사법기관의 활동은 언제나 인권과 헌법상 보장된 기본권 침해의 가능성을 내포하고 있기 때문에 이를 방지할 수 있는 적법절차의 보장을 통해 견제와 균형을 확보하면서 최후의 수단으로만 활용할 수 있게 한 것이고, 무죄추정의 원칙 또한 역사적 경험을 통해 확인된 수사기관과 사법기관에 의한 인신구속의 남용을 통제하고자 확립된 원칙인 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 우리의 형사절차법 또한 이러한 원칙을 지향해야 하는 것은 당위적인 요청으로 이 헌법적 가치와 구속·구속자석방제도의 운용 현실 간의 괴리를 메우는 작업은 우리 형사사법의 당면 과제이다.

본 연구는 형사소송절차의 진행을 확보하고 실체적 진실을 발견하여 국가형벌권을 실현함에 있어서 중요한 역할을 담당하고 있는 구속제도의 필요성을 간과하고 있는 것은 아니다. 구속제도의 필요성을 인정하면서도, 본 연구의 전체에 걸쳐 무죄추정의 원칙에 입각한 불구속 수사·재판의 실현을 강조한 것은 이상적인 제도의 실현을 위해서가 아니라 현행 구속과 구속자석방제도의 구조하에서는 어쩌면 구속될 필요성이 없는 자 또는 조건부로 구속사유가 상쇄될 수 있는 자가 구속되는 상황이 발생할 수 있겠다는 합리적인 의심을 가지게 되었기 때문이다. 현행 구속과 구속자석방제도하에서 담당판사의 입장에서 보면, 구속과 석방이라는 선택의 기로에서 도망의 우려와 증거인멸의 우려, 재범의 위험성, 피해자 등 증인에 대한 위협의 우려 등에 대한 판단 실패의 부담을 회피하고자 하는 것은 어쩌면 당연한 것일지도 모르고, 이것이 현실이라면 그 판단의 결과는 피의자와 피고인의 구속, 구속

46) 특히 구속영장의 발부 결정에 대해서 항고나 준항고를 허용하지 않고 구속적부심사를 받는 것으로 이를 대신하고 있는 체계상에서 구속사유와 근거가 명확히 실시되지 않는다는 점은 구속적부심사의 형식적 심사로 만드는 요인으로 작용하게 된다.

47) 조성용(2010), 앞의 논문, 152-153쪽; 정영훈(2019), 앞의 논문, 75쪽

48) 1990년 우리나라가 가입한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제3항은 “형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여 받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한 그는 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다. 재판에 회부되는 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니되며, 석방은 재판 기타 사법적 절차의 모든 단계에서 출두 및 필요한 경우 판결의 집행을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 이루어질 수 있다.” 고 규정하고 있고, 또한 제14조 제2항은 “모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 가진다” 고 규정하고 있다.

유지, 보석 불허가 등으로 나타날 수밖에 없을 것이다.⁴⁹⁾ 하지만 현실이 그러할지라도 그러한 판사의 부담이 피의자 또는 피고인에게 전가되어서도 안 될 것임은 분명하다.

49) 실제 법원 관계자의 말을 빌리면 “판사들은 과거 피의자나 피고인들을 접하였던 경험을 일반화하여 구속사유를 판단을 하는 경향이 있고, 또한 실수로 피의자를 풀어주었을 때 그들에게 돌아오는 비난 때문에 구속자 석방심사시 소극적으로 임하는 경향이 있다.” 라고 한다.

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

제2세션 제1주제 토론문

무죄추정원칙에 비추어 본 현행 구속자석방제도의 문제점 및 개선방안

사회자: 류전철 교수(전남대학교)

발표자: 안성훈 박사(한국형사·법무정책연구원)

토론자: 이순욱 교수(전남대학교)

이동희 교수(경찰대학교)

“무죄추정원칙에 비추어 본 현행 구속자석방제도의 문제점 및 개선방안”에 대한 토론문

이순욱(전남대학교 법학전문대학원 교수)

1.

멀리 진도까지 와주신 모든 분들께 감사드리고, 특히 본 발표문을 준비해 주신 발표자에게 깊은 감사의 말씀을 올립니다. 뜻깊은 공부의 기회를 주신 학회에도 감사의 말씀을 드립니다. 발표문에서 말씀하시는 내용에 대하여 심분 공감하고 있습니다. 다만 토론자로서 본 발표문을 읽으면서 궁금했던 부분에 대한 질문을 드리는 방식으로 토론을 갈음하고자 합니다.

2.

발표문 3페이지 이하에서 통계자료를 말씀해 주셨습니다. 통계가 2011년부터 2020년까지 10년으로 되어 있는데, 그 10년의 통계를 잡은 이유가 형소법의 개정(특히 인신구속 관련) 상황을 반영한 것인지, 단순히 10년의 시간을 기준으로 한 것인지 궁금합니다. 후자의 경우라면 통계상으로 보아 유의미한 결과를 보인 “원인”을 어떻게 평가하시는지 궁금합니다.

3.

적부심의 경우 인용(석방) 비율이 낮은 것, 석방률이 감소되고 있는 사정 등에 대하여 말씀해 주신 내용은 타당한 지적으로 생각됩니다. 다만 저는 다음과 같은 사정들도 통계를 이해하는데 덧붙여서 살펴볼 필요가 있다고 생각합니다. 우선 체포적부심의 경우, 변호인을 구하여 체포적부심을 구할 시간적 여유가 없고, 피의자가 직접 한다고 한다면 체포의 적법 여부를 다투는 것이 핵심일 것인데 수사의 초반에 벌어진 체포상황에 대하여 피의자가 그 적법을 다룰만한 정보도 제한적인 사정들도 있을 것 같습니다. 구속적부심도 마찬가지이고 체포적부심은 더더욱 그러하지만, 수사의 밀행성에 따라 피의자가 자신의 사건에 대하여 가지고 있는 정보가 한정되어 있거나 본인이 당황하여 다룰만한 쟁점을 정리하지 못하는 경우가 많고 그러한 이유로 적부심에서는 피의자의 가족 등 비변호인이 청구한 경우와 변호인이 있는 사건의 석방률에서 차이가 생길 여지는 있는 것 같습니다. (정보가 제한된 상황에서는, 변호인의 서면이 적부심 청구시 여러 쟁점을 정리하는데 도움이 되는 것이 아닐까 합니다) 그러한 점이 p.7-8의 표 4, 5, 6의 해석에 반영될 필요가 있지 않을까 합니다. 궁금한 것은, 그렇다면 이러한 사정은 최근 10년이나 그 이전 10년이나 큰 변동이 없을 것 같은데, 그럼에도 석방률이 감소한 배경(p.8)을 설명할 키포인트는 어떤 점으로 보시는지 궁금합니다.

4.

p.8의 ‘기소전 보석’ 이외에도 여러 곳에서 ‘기소전 보석’에 대한 말씀을 주셨는데, 형소 214의2에 규정된 ‘보증금 납입 조건부 피의자 석방’을 말씀하시는 것 인지요?

5.

p.17에서 전담재판부 말씀을 하시면서 ‘본안재판부’, ‘수소법원’을 말씀해 주셨는데, 공소제기 후 피고인의 사건을 담당하고 있는 그 재판부의 판사가 구속여부, 보석여부를 결정하고 있는 현 제도에 비추어 그 법관이 아닌 다른 법관이 구속여부, 보석여부를 결정하게 되면 법관 간 구속에 대한 의견이 대립되는 경우가 생길 수 있고, 1심 선고하면서 법정구속을 한 경우라면 그러한 의견 대립 관계를 더욱 정리할 필요가 있을 것 같은데, 전담재판부의 모습이 구체적으로 어떻게 되어야 한다고 보시는지 궁금합니다.

6.

같은 취지로 p.18에서 ‘공소제기 후 본안재판부에서도 보석 신청사건을 처리하게 되면 당연히 본안재판이 우선될 것이기 때문에 보석심사는 우선 순위에서 밀려 결정이 늦어지거나’라고 말씀해 주셨는데, ‘본안재판부’가 그 피고인 사건을 진행 하고 있는 그 재판부를 말씀하시는 것이지요? 같은 재판부에서 본안과 보석을 같이 진행하는 경우에 보석이 우선 순위에서 밀린다는 이유가 선뜻 이해가 잘 되지 않습니다. 사안마다 다를 것 같은데, 말씀해주신 취지가 궁금합니다.

7.

p.20에서 ‘구속사유가 있어 보석을 허가할 수 없다는 제2의 구속심사로 유도되는 논리적 모순’을 말씀해 주셨고 저도 전적으로 동감합니다. 그러나 p.19의 표에 나와 있는 양 사유의 문구에서 ‘조금’ 차이가 존재하고 있음을 이유로 위와 같은 논리적 모순이 아니라는 지적(보석에는 ‘충분한 이유’가 있다거나 ‘분명하지 아니한 때’라고 표현되어 있음)도 있는 것 같은데, 이 지적에 대해서는 어떻게 보시는지 궁금합니다. 또한 94조 1호에 의하여 중범죄는 필요적 보석에서 제외되어 있고 나머지 94조 사유도 상당히 많은 제외사유를 두고 있어서 과연 ‘실제로’ 필요적 보석이 원칙인지 알 수 없고, 따라서 필요적 보석이 원칙인지, 논리적 모순을 어떻게 해결할 것인지 여부에 힘을 쏟기 보다는 오히려 임의적 보석(96조)에서 정하고 있는 ‘상당한 이유’를 더 검토하는 것이 타당할 것 같은데, 임의적 보석 부분에 대해서는 어떻게 보시는지 궁금합니다.

8.

p.23에서 구속사유와 근거를 충분히 상세하기 기재할 것을 의무화 하는 방식이 필요하다고 말씀해 주셨고 저도 그 말씀이 맞다고 생각합니다. 만약 영장의 인용과 기각에 모두 내용을 상세히 기재하는 것이 현실적인 어려움이 있다고 한다면, 현재 실무처럼 ‘구속하는 경우에는 체크를 하고 기각하는 경우에는 그 취지와 이유를 기재하는 방식’ 과 반대의 방식을 취하면 어떨까 합니다. 혹시 1995 개정 전까지는 영장실질심사가 없었고 검사의 구속영장 청구에 대하여 영장 발부가 많았던 시대였기 때문에, 구속영장 청구가 기각되는 경우가 소수였던 사정이 반영되어 현재까지 위와 같은 실무례가 정착된 것이라면, 더욱더 반대의 방식을 취하는 것이 타당해 보입니다. 이 점에 관하여 여쭙고 싶습니다.

9.

너무 지엽적인 질문만 드려서 송구합니다. 토론자의 임무가 있어서 그런 것임을 양해해 주시기 부탁드립니다. 깊이 있는 발표문으로 많은 공부가 되었습니다. 발표자께 깊은 감사를 드립니다.

“무죄추정원칙에 비추어 본 현행 구속자석방제도의 문제점 및 개선방안”에 대한 토론문

이동희(경찰대학교 교수)

올해 2023년에 형법 시행 70주년을 맞이하여 한국형사법학회에서 개최하는 “창립 66주년 기념 공동학술대회”에서 토론을 맡게 되어 뜻깊게 생각합니다. 우리나라 서남단의 아름다운 섬 「진도」에 위치한 전남대 진도자연학습장에서 학술행사를 함께 할 수 있어 매우 기쁩니다.

발표자이신 안성훈 박사님이 집필하신 “무죄추정원칙에 비추어 본 현행 구속자석방제도의 문제점 및 개선방안”은 대한민국 헌법이 모든 기본권 보장의 전제조건인 신체의 자유를 최대한 보장하기 위해 규정하고 있는 무죄추정의 원칙(제27조 제4항)에 입각하여 볼 때 현행 피의자·피고인의 구속자석방제도에서 드러나고 있는 문제점과 그 개선방안을 제시한 논문입니다. 관련 통계 및 형사사법 실무에 대한 분석을 바탕으로 한 문제점에 대한 정치한 분석과 독일 및 영미의 비교법적 식견 등을 가미한 객관적이고 설득력 있는 논지 전개가 돋보이는 글이라 생각합니다.

발표문은 불구속수사의 원칙 등을 포함한 2007년 형사소송법 전면적 개정 이후 현행의 구속 및 구속자석방제도의 운용상황을 보면, 수사기관의 구속영장 청구인원의 감소와 제1심 형사공판 중 구속사건의 비율의 감소 추세로 보아 수사단계에서의 불구속수사 원칙은 어느 정도 정착된 것으로 평가할 수도 있습니다.

그러나 ①최근 10년간 구속영장의 발부율이 다소 증가하고 있다는 점—수사기관 구속영장에 대한 기각율이 2010년에 24.2%를 정점으로 한 후 2020년에 18.1%로 감소한 상황—, ②체포·구속적부심사 및 피고인 보석의 경우 인원수와 비율에 있어 모두 급격한 감소 추세를 보이고 있다는 점—체포·구속적부심사는 2011년도 2,462명에 석방율 25.7%에서 최근 2020년도 1,938명에 석방율 6.7%로 감소, 보석은 2011년도 47,117명에 허가율 43.2%에서 최근 2020년도 44,656명에 허가율 30.8%로 감소한 상황—, ③공판단계에서의 피고인에 대한 법정구속이 증가하고 있다는 점—법원의 구속영장 직권발부가 2011년 24,901건에서 2020년 37,211명으로 47% 정도 증가했고, 이에 따라 공판단계에서의 구속비율도 2011년 10.0%에서 2020년 15.4%로 증가한 상황—으로 볼 때 무죄추정원칙을 구현하고, 구속의 비례성원칙을 실현하며 피고인의 방어권 보장에 기여하고자 하는 제도의 취지가 제도로 실현되지 않고 있다고 평가하고 있는바, 이러한 발표논문의 문제상황에 대한 진단과 평가에 대부분 동의합니다.¹⁾

나아가 이러한 문제상황에 대한 진단과 평가에 기초하여 대별하여 5가지의 개선 방안을 제시하고 있습니다. ①비례성 원칙에 입각한 구속과 석방제도의 확립, ②구속과 구속자석방제도의 일원화, ③전담재판부의 설치, ④구속사유와 석방사유의 연계 필요성, ⑤구체적인 구속사유와 근거의 명확한 제시가 그것입니다.

위 개선방안 중 ①②에 대하여 보면, 첫째의 비례성 원칙에 입각하여 구속제도와 석방제도를 운영하는 방안으로서 구체적으로 구속영장 실질심사 단계에서부터 “구속 또는 석방”이라는 양자택일 구조에서 탈피하여 독일과 같이 제3의 구속 대체처분으로 “조건부 구속집행정지제도”의 도입을 제안하고 있습니다. 그리고 둘째의 현행 형사소송법상의 복잡하고 비합리적인 다양한 석방제도를 통합하고 단순화하는 방안으로서 인신구속의 개시 여부에서부터 종료하는 시점까지 인신구속의 필요성 유무와 수단의 적법성, 그리고 대체수단에 의한 구속 목적의 달성 가능성 등이 지속적으로 심사되어야 하므로 구속기간 동안 상시적으로 작동하는 구속에 대한 사후심사제도의 도입을 제안하고 있습니다. 구체적으로는 기소 전후를 불문하여 구속 및 구속석방심사를 전담재판부에서 진행하는 것으로 일원화하면서 심사결정은 **구속(유지)**, **청구기각**, **조건부 구속영장 집행정지**, **구속취소**의 4가지로 통일하는 방안으로 제시하고 있습니다.

이와 관련한 질의사항으로서 위 4가지 심사결정의 형태에 대하여 조금 더 자세한 부언을 설명을 부탁드립니다.

덧붙여 심사결정을 보다 단순화하여 “**구속(유지)**, **석방**, **조건부 석방**”의 3가지로 재편하는 방안은 어떤지 의견을 듣고 싶습니다. 여기서의 「**석방**」에는 현행의 체포·구속적부심을 인용하는 결정은 물론 구속취소를 인용하는 결정이 포함되며, 「**조건부 석방**」에는 현행의 피의자보석, 피고인보석, 그리고 구속집행정지가 모두 포함되는 개념입니다. 이는 발표문에서 지적하고 있는 바와 같이 현행의 구속자석방제도가 복잡하고 비합리적이므로 이를 일반인도 이해하기 쉬우며 직관적인 용어로 변경하자는 취지이며, 영미법계 국가에서의 법관/법원에 의한 구속심사 형태와도 연관됩니다.

또한 발표문에서 제안하신 “조건부 구속집행정지제도”는 종래의 기소 전 보석

1) 1980년대부터 2010년 사이의 관련 통계는 발표문에서 적시하고 있지 않습니다만, 필자의 선행연구에서 파악했던 이해로서는 ①수사기관의 구속영장 청구에 대한 기각율의 상승 (대략 7% 전후의 수준에서 20%의 높은 수준으로 변화), ②구속적부심사제도에서의 50% 전후의 높은 인용율—특히 1995년 피의자보증금납입조건부 석방제도 도입 후의 피의자보석에 의한 석방비율을 증가 양상—, ③제1심 형사공판에서의 구속비율을 지속적인 감소 추세, ④보석제도의 활성화를 위한 보석보증보험제도의 시행 및 2007년 개정에 따른 보석조건 다양화 실시 등을 그 특징으로 하고 있었습니다. 이러한 특징은 이른바 인질사범을 주요한 사범개혁의 아젠다로 설정하고 있던 일본에 있어서는 비교법적으로 주목하는 모범적인 사례로서 다루어져왔는바(인질사범의 개혁에 관한 자세한 사항은 일본변호사연합회 홈페이지 참조), 금일 발표에서 적시하고 있는 바와 같이 2010년대에 들어선 이후의 최근의 10년간의 관련 통계를 보니 이전의 상황과는 다소 상반적이라는 느낌마저 듭니다.

과 (피고인) 보석, 구속집행정지를 통합한 제도로 설명되어 있는데, 현행의 구속집행정지가 실무상 일정한 사유가 있는 경우에 제한적으로 허용되는 제도이자 기존의 구속의 효력 자체는 존속되는 개념이므로 보석을 포함하는 용어로서 ‘조건부 석방’ 이나 또 다른 용어로 대체할 수는 없을지 질의를 드립니다.

끝으로 사건입니다만, 현행의 구속 및 구속자석방제도가 영장실질심사제도, (체포)구속적부심사제도, 복잡하고 비합리적인 형태로 다양한 구속자석방제도가 혼재되게 된 배경에는 우리나라 형사소송법의 제정 및 개정의 입법 연혁이 자리 잡고 있을 것입니다. 발표문에서 모색하고자 하는 개선방안과도 근원적으로는 관련됩니다만, 법계수사적으로 볼 때 제정 당시 일본의 형사소송법 및 구형사소송법의 영향과 그 모범으로서의 독일법의 영향, 그리고 광복 이후의 영미법계 형사절차의 이식 과정에서 반영된 구속적부심사제도 등의 영향을 받아서 형성된 독특한 제도라고 봅니다. 입법 연혁을 중심으로 하는 비교법적 연구를 정리하고, 수범자와 법집행자가 이해하기 쉬운 보편적인 제도로서 구속 및 석방제도를 재정립하는 변화가 있기를 기대합니다.

(이상)

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

제2세션 제2주제

미성년 성폭력 피해자 영상진술의 증거능력에 관한
「성폭력처벌법」 특례규정의 위헌성에 대한 비판적 고찰

사회자: 류전철 교수(전남대학교)

발표자: 김봉수 교수(전남대학교)

토론자: 박학모 박사(한국형사·법무정책연구원)

최준혁 교수(인하대학교)

미성년 성폭력 피해자 영상진술의 증거능력에 관한 「성폭력처벌법」 특례규정의 위헌성에 대한 비판적 고찰

김봉수(전남대학교 법학전문대학원 교수)

I. 서 설 - 성폭력처벌법상 영상진술 특례규정은 왜 문제되는가?

현행 형사소송법상 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상 녹화물은 제318조 제2항에 따라 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 증명력을 다투기 위한 증거로 사용되며, 원칙적으로 본증으로 제출될 수 없다. 하지만 성폭력처벌법 제30조는 예외적으로 피고인 아닌 자인 피해자의 진술을 담은 영상녹화물을 일정한 조건하에 본증으로 사용할 수 있도록 허용함으로써 특례를 인정하고 있다.

또한 수사기관에 의해서 녹화된 미성년 성폭력 피해자 의 영상진술은 타인의 진술을 내용으로 하고 그 진술내용의 진실성이 요증사실과 관련성을 갖는다는 점에서 전문증거에 해당하며, 원진술자가 피고인 아닌 자인 피해자이고, 그 작성(녹화)자가 수사기관이므로 형사소송법 제312조 제4항의 ‘참고인진술조서’에 해당하는 전문증거라 할 수 있다. 따라서 형사소송법에 따르면 피해자의 영상진술은 원칙적으로 ① 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ② 그 실질적 진정성립(기재의 동일성)이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, ③ 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있고 ④ 원진술자의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거능력이 인정된다.

하지만 성폭력처벌법은 전문증거인 이 피해자진술 영상녹화물의 증거능력 인정요건과 관련해서도 특례를 둬으로써, ① 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 ② 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 증거능력을 부여한다.

이러한 성폭력처벌법의 특례규정에 대해 위헌소원¹⁾의 청구인은 다음과 같은 이유로 위헌을 주장하였다.

1) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 전원재판부 결정[구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원]

[청구인의 주장]

심판대상조항은, 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력을 인정할 수 있도록 정하고 있다. 그로 인하여 청구인은 ① 미성년 피해자에 대한 반대신문권을 전혀 행사하지 못하였음에도, 법원은 신뢰관계인 등 다른 사람의 진술에 따라 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력을 인정하여 유죄판결의 결정적인 증거로 사용하였다.

이처럼 심판대상조항은 ② 헌법 제12조 제1항, 제37조 제1항에서 도출되는 피고인이 자신에게 불리한 증인을 신문할 권리, 즉 피고인의 반대신문권을 박탈하는 것이므로 헌법에 위반된다.

여기서 청구인이 주장하는 ①의 ‘반대신문권’과 ②의 ‘반대신문권’은 같은 것인가, 다른 것인가? 이에 응답하고 있는 헌법재판소의 관점과 이해는 과연 타당한가?

II. 반대신문(권 또는 기회)이 가지는 소송법적 의미의 층위들

1. 소송구조적 관점에서 바라본 반대신문의 의미

(1) 당사자주의하에서 '대면권'의 구현으로서 '반대신문권'

영미 증거법상의 대면권(confrontation)은 형사피고인이 자신에게 불리한 증언을 하는 증인을 직접 대면(face-to-face)하여 반대신문(cross-examination)할 수 있는 권리²⁾를 말한다. 미국은 헌법 수정 제6조에서 피고인의 반대신문권을 헌법상 권리로 규정하고 있다.³⁾ 여기서 대면권은 형사소송절차에서 증거를 놓고 검사와 피고인이 대립당사자로서 치열하게 다투어 유·무죄의 심증을 형성해가는 당사자주의 소송구조의 대전제이자 기본토대가 된다.⁴⁾

그리고 대면권을 전제로 이루어지는 반대신문권⁵⁾은 당사자주의하에서 ‘무기대

2) Maryland v. Craig, 497 U.S. 836-846 (1990). (윤종행, “피고인의 대면권(confrontation; 반대신문권)”, 서울법학 제27권 제4ggh, 300면에서 재인용).

3) U.S. CONST. amend. VI.

4) [대면권과 반대신문권의 관계]와 관련하여, 대면권은 반대신문권이 핵심이기는 하지만 증인을 물리적으로 대면할 수 있는 권리 뿐만 아니라 법관 등 다른 소송관계자의 면전에서 진술할 수 있는 것까지 그 내용으로 포함하고 있다는 점에서 반대신문권 보다는 넓은 개념으로 본다(이성기, “당사자주의의 원칙에 입각한 피의자 대면권의 헌법적 권리와 조서의 증거능력”, 성신법학 제12호, 2013/02, 209면; 홍영기, “반대신문권 보장 : 전문법칙의 근거”, 고려법학 제75호 2014/12, 4면).

5) [반대신문권의 연혁과 기능]에 대해서는, 이주원, “형사증거법상 반대신문권 보장의 의의와 기능-대상판결 : 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체판결-”, 형사소송 이론과 실무

등'이라는 공정률을 구현하기 위한 구체적인 권리(피고인의 방어권)로서 의미를 갖는다. 특히 당사자주의 증거법하에서 이는 전문증거를 배척해야 하는 이유이자 근거가 된다. 그리고 (동일한 이유에서) 그에 대한 보장은 후술하는 바와 같이 공판정 밖에서 이루어진 진술(전문증거)의 신뢰성 내지 신용성을 높이기 위한 실질적 수단인 동시에 전문증거배제법칙의 예외요건으로서 기능한다.

(2) 직권주의(직접주의)하에서 '신용성 확보 수단'으로서 '반대신문의 기회'

직권주의 소송구조하에서 직접주의는 형사재판에서의 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다⁶⁾는 증거법상 원리를 말한다. 이는 직권주의하에서 전문증거의 증거능력을 부정하는 규범적 근거로 작용한다. 즉 법관의 면전에서 이루어지지 않은 진술(전문증거)은 진술상황 및 전달과정의 오류·왜곡 가능성이 존재하기 때문에 신용할 수 없다는 것이다. 하지만 이를 반대해석하면 비록 직접주의 원칙을 충족하지 못하는 전문증거라 하더라도 진술상황 및 전달과정의 신용성(의 정확적 보장)이 인정되는 경우에는 예외적으로 전문증거의 증거능력을 인정할 수 있는 이유가 되기도 한다.

여기서 전문증거배제법칙의 예외(신용성의 정확적 보장) 요건으로서 등장하는 것이 바로 '피고인의 반대신문 기회의 보장'이다. 따라서 직접주의하에서 반대신문의 기회보장은 전문증거의 신용성을 재고하기 위한 절차적 장치 내지 법관의 심증형성 과정 및 절차에 피고인이 참여할 기회를 제공함으로써 궁극적으로 재판의 공정성을 담보하는 기능을 한다. 즉 타인의 진술을 법관의 심증형성의 자료로써 사용할 것인지를 판단하는 절차에 피고인을 참여케 함으로써 전문증거의 신용성을 확보하는 동시에 재판의 공정성을 담보하는 절차적 장치가 바로 직권주의하에서 '반대신문 기회'의 보장인 것이다. 따라서 직권주의의 직접주의 원칙하에서 피고인의 반대신문 기회의 보장은 전문증거의 증거능력 인정을 위한 절차적 요건로서의 의미를 가진다.

(3) 우리 형사소송구조하에서 반대신문권이 갖는 위상의 모호성

위에서 살펴본 바와 같이 반대신문(권 내지 기회보장)은 ① 당사자주의하에서 대면권에 기초한 피고인의 방어권(리)로서, 또 ② 직권주의의 직접주의하에서는 전문증거에 증거능력을 부여하기(신용성을 높이기) 위한 절차적 요건으로 기능한다.

당사자주의하에서 반대신문권은 검사와 동등한 지위를 갖는 피고인이 무기대등의 원칙에 근거하여 가지는 주요한 방어권으로서의 위상을 갖는데, 미국 헌법이 반대신문권을 형사기본권으로 규정하고 있다는 사실도 이를 말해준다. 반면 직권주의

제12권 제2호, 2020/12, 171-173면 참조.

6) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결.

(직접주의)하에서 반대신문(의 기회보장)은 권리적 성격보다는 절차적 성격을 강하게 띤다. 그것도 전문증거의 증거능력과 관련하여 그 신용성을 인정하기 위한 하나의 요건 내지 수단으로서 그 위상과 역할이 제한적이다.

그렇다면 현행 우리 헌법과 형사소송법하에서 반대신문(권 및 기회보장)의 위상은 어떠한가? 먼저 헌법재판소는 반대신문의 권리성을 헌법 제27조의 공정한 재판을 받을 권리에서 찾고 있기는 하지만,⁷⁾ 우리 헌법은 미국이나 일본과 달리 이를 헌법상 기본권으로 규정하고 있지 않다.⁸⁾ 다만 현행 형사소송법에서 제161조의2의 교호신문제도와 전문증거의 예외 중 일부인 제312조 제4항 · 제5항 및 제313조 제2항 정도에서 증거능력 인정 요건으로서 언급되고 있을 뿐이다.

이에 대해 우리는 어떻게 받아들이고 어떠한 의미를 부여해야 할까? 현재 우리 형사소송구조는 당사자주의와 직권주의를 함께 수용하고 있다고 평가되고 있다. 때문에 피고인의 반대신문(권 내지 기회)을 바라보는 시각과 평가도 이중적이고 복잡적이며, 그만큼 모호하다.

그 두리뭉술한 인식의 문제점을 여실히 보여주는 것이 바로 여기서 다루려고 하는 ‘미성년 성폭력 피해자의 영상진술 특례’와 관련하여 합헌⁹⁾과 위헌 사이를 오가는 헌법재판소의 진자운동이 아닐까 한다.

특히 전문증거의 증거능력과 관련하여 피고인의 반대신문을 피고인의 방어권 차원에서 접근할 것인지, 아니면 신용성 확보를 위한 참여기회의 보장이라는 예외요건으로서 이해할 것인지의 문제는 현행 형사소송법상의 전문법칙 예외에 대한 체계적 이해뿐만 아니라 본 논문에서 다루고자 하는 미성년 성폭력 피해자의 영상진술의 특례를 어떻게 바라볼 것인지와 관련해서도 합헌과 위헌을 가를 만큼의 중대한 차이를 만들어낸다는 점에서 매우 중요하다.

따라서 이하에서는 현행 형사소송법상 전문증거의 증거능력과 관련하여 반대신문(권 내지 기회보장)을 어떻게 이해하는 것이 바람직한지, 그리고 이를 바탕으로 성폭력처벌법상 미성년 피해자의 영상진술 특례를 어떻게 바라보아야 할지 살펴보고자 한다.

7) 헌법재판소는 반대신문권을 ‘헌법상 적법절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리를 형상화하는 입법상 권리’(헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 93헌바26 결정) 내지 ‘당사자 지위에서 충분한 방어권의 보장 및 실질적 무기평등의 입장에서 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적인 내용’(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정)으로 이해한다.

8) 우리나라에서 피고인의 반대신문권은 헌법상 보장되는 권리가 아니며 어디까지나 형사소송법에서 인정하는 법률상 권리이다(헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바108 전원재판부 결정).

9) 2013년 당시 헌법재판소는 위 성폭력처벌법의 제30조와 동일한 내용을 가진 구 아동 · 청소년의 성보호에 관한 법률 제3조에 대해 ‘목적과 수단의 정당성이 인정되고, 침해최소성 및 법익균형성의 원칙에도 위배되지 않으며, 피고인의 방어권을 본질적으로 침해하지 않다고 판시하면서 합헌 결정을 한 바 있다(헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바108 전원재판부 결정). 그리고 그로부터 7년 후 헌법재판소는 정확히 반대의 논리로 동일한 내용의 성폭력처벌법 특례규정에 대해 위헌 결정을 내렸다.

2. 현행 형사소송법하에서 반대신문 관련 규정에 대한 이해

(1) 교호신문제도(법 제310조의2)에 있어서의 방어권으로서의 반대신문 - 무기대등원칙에 따른 당사자로서의 권리

교호신문제도는 증인을 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 먼저 증인신문하고 다음에 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 신문하고, 재판장은 당사자의 신문이 끝난 뒤에 증인을 신문하는 방식을 말한다(형사소송법 제161조의 2 제1항·제2항). 이는 영미법의 당사자주의 소송구조에서 가능한 증인신문방식으로서 증인신문절차에서 당사자의 공격, 방어를 통해 공정한 재판의 진행을 도모하고 반대당사자의 반대신문권을 보장하는 데 그 의의가 있다.

특히 교호신문제도는 [검사-피고인]간의 대등한 당사자적 지위를 전제로 하기 때문에, 여기서의 반대신문권은 당사자의 지위에 터잡은 권리로서의 성격을 갖는다.

(2) 전문증거의 예외 인정요건으로서의 반대신문의 기회보장 - 전문증거의 신용성 확보를 위한 수단

교호신문제도와 마찬가지로 전문증거와 관련한 반대신문의 기회 역시 당사자주의의 관점에서 설명하는 것이 가능하겠으나, ① 형사소송법 제311조 내지 제316조에서 규정한 전문증거의 예외 중 제312조 제4항과 제5항 그리고 제313조 제2항 정도에서만 원진술자 및 작성자에 대한 피고인의 반대신문을 인정하고 있다는 점, ② 직권주의(직접주의)는 물론 당사자주의에서도 전문증거의 배제이유 및 그 근거를 ‘전문(傳聞)에 따른 낮은 신용성’에 찾는다¹⁰⁾는 점을 고려해 본다면, 이를 오직 당사자주의적 관점에서만 접근하여 교호신문제도와 동일한 층위의 권리로 볼 것은 아니다. 즉 현행 형사소송법이 전문증거의 증거능력과 관련하여 규정하고 있는 예외요건으로서의 반대신문의 기회보장은 전문증거의 신용성을 확보하기 위한 여러 수단 중 하나로 이해하는 것이 바람직하다. 따라서 모든 전문증거의 예외 인정요건에 반대신문의 기회보장이 반드시 규정 내지 포함되어야 하는 것은 아니다. 다른 요건 및 수단에 의해 전문증거의 신용성이 충분히 확보되는 경우에는 피고인의 반대신문 기회를 부여하지 않거나 제한하는 것도 충분히 가능하다. 현행법상 전문증거배제법칙의 예외로 인정되는 전문증거들 중 극히 일부에서만 반대신문의 기회보장을 그 요건으로 규정한 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

그렇다면 전문증거의 증거능력 인정을 위한 예외요건으로서 반대신문의 기회보장이 형사소송법상 규정되어 있지 않다거나 타 법률규정에 의해 제한된다고 하여 이를 곧바로 ‘공정한 재판을 받을 권리’에 대한 침해로 보거나 그 자체만으로 적법절차원칙에 대한 위반으로 위법하다고 평가하는 것은 현행 형사소송법하에서 반대

10) 홍영기, “반대신문권 보장 : 전문법칙의 근거”, 11-12면.

신문이 갖는 규범적 의미의 층위들을 구별하지 않은 채 지극히 당사자주의적 관점(권리성 차원)에서만 문제를 바라보는 것으로서 바람직하지 않다.

(3) 소 결

생각건대, 당사자주의적 관점에서는 반대신문권은 무기대등원칙 하에 피고인이 검사와 대등한 지위에 있음을 보여주는 권리인 동시에 검사의 공격권에 대응하는 방어권으로서의 의미를 갖는다. 즉 당사자주의 소송구조하에서 반대신문권의 보장은 그 자체가 곧 피고인의 지위와 권리의 보장을 의미하고, 이러한 권리로서 반대신문권의 위상은 형사소송 전반을 관통한다. 따라서 당사자주의 관점에서 교호신문제도에서의 반대신문과 전문증거의 예외인정 요건으로서의 반대신문이 가지는 그 의미의 층위적 차이는 희미해진다. 특히 후자의 영역에서 반대신문의 기회가 보장되지 않는 것은 곧 단순한 기회의 박탈이나 제한이 아니라 검사와 대등한 피고인의 지위 및 그 권리를 부정하는 것이 되어 종국적으로는 헌법상 기본권인 공정한 재판을 받을 권리의 침해로 귀결된다.

물론 교호신문제도 자체는 명백히 당사자주의에 터잡은 소송제도가 맞지만, 전문증거의 증거능력과 관련하여 예외인정 요건으로 규정되어 있는 반대신문의 기회가 갖는 규범적 의미를 당사자주의에서처럼 피고인의 권리개념으로 격상시켜 이해하는 데는 무리가 있다. 왜냐하면 전문증거의 예외와 관련하여 신용성의 정황적 보장이 있는 경우에는 반대신문의 기회보장을 요건으로 규정하지 않고 있기 때문이다. 이는 반대신문의 기회가 전술한 바와 같이 피고인의 지위 내지 권리의 차원에서가 아니라 전문증거의 신용성의 확보(실질적 진정성립의 확인) 차원에서 도입된 일종의 필터 내지 조건이기 때문이다. 따라서 현행 형사소송법에서 규정된 교호신문제도에서의 반대신문(권)과 전문증거의 예외요건으로서 언급된 반대신문(의 기회)은 규범적 의미와 기능 측면에서 그 층위를 달리하는 것이며, (전자는 당사자주의 관점에서 이해한다 하더라도) 후자는 직권주의(직접주의)적 관점에서 이해하고 접근하는 것이 타당하다.¹¹⁾

이하에서는 이러한 관점과 이해를 바탕으로 성폭력처벌법의 영상진술 특례규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 내포하고 문제점과 한계를 짚어보고자 한다.

11) 이와 같이 전문법칙 및 그 예외를 피고인 보호의 원리인 반대신문권이 아니라 직접주의의 관점에서 이해하는 견해로는, 홍영기, “반대신문권 보장 : 전문법칙의 근거”, 12면.

Ⅲ. 미성년 성폭력 피해자 의 영상진술과 피고인의 반대신문권

1. 헌법재판소의 위헌논리에 대한 개관

미성년 성폭력 피해자의 2차 피해를 방지하기 위해 마련된 성폭력처벌법의 영상진술 특례규정(제30조 제6항)이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부와 관련하여, 헌법재판소의 위헌의견과 합헌의견 모두 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정한다. 다만 피해의 최소성 및 법익의 균형성 요건과 관련하여 의견이 엇갈린다.

즉 위헌의견은 ① 위 특례규정에 의해 제한되는 피고인의 기본권이 (청구인의 주장과 같이) ‘공정한 재판을 받을 권리’ 라고 확인한 후, ② 미성년 피해자를 보호하는 것과 피고인에게 적정한 방어권을 보장하는 것이 상호모순적이거나 양립불가능한 관계에 있다고 볼 수 없음에도 반대신문의 필요성이나 가능성을 묻지 않고 일률적으로 피고인에게 반대신문의 기회를 전혀 부여하지 않는 것은 기본권 제한입법에 요구되는 피해의 최소성 요건에 부합하지 않으며, ③ 특례규정을 통해 달성하고자 하는 공익이 그로 인하여 제한되는 피고인의 사익보다 우월하다거나 중요하다고 쉽게 단정할 수 없으므로 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다고 설시하고 있다.

이하에서는 이러한 위헌 결정의 논리가 갖는 문제점이 무엇인지 분석해 보고자 한다.

2. 위헌논리의 한계와 문제점

(1) 당사자주의적 접근의 한계 - 피해자의 '유명화' 현상

a. [검사-피고인] 구도 하에서 피해자의 소외

헌법재판소의 위헌결정문을 보면, 청구인의 주장에서는 물론 다수의 헌법재판관들 역시 당사자주의적 관점에서 반대신문의 기회 부여를 전문증거의 예외인정 요건을 넘어 피고인의 지위 및 권리 차원의 문제로 인식하고 성폭력처벌법상 특례규정을 피고인의 권리(기본권)침해로 이해한다.

이러한 당사자주의적 관점은 형사소송에서 국가공권력인 검사에 맞설 수 있도록 피고인에 대등한 지위와 권리를 부여하는 정당화근거를 제공하는 반면, [검사-피고인]의 구도 속에서 피해자가 소외되는 현상을 심화시킨다. 특히 검사와의 무기대응을 위해 피고인에게 점점 더 강력한 절차적 지위와 방어권이 부여되면서 형사소송 절차 속에서 [피고인-피해자] 간의 지위 격차는 더 커지고, 그에 따라 피해자는 ‘주변인’에서 ‘투명인간’으로 마침내는 ‘유령’이 되어간다.

이번 위헌결정문의 위헌의견 중에는 다음과 같은 표현이 등장한다.

나아가 절차적 정의의 측면에서도 피고인이 자신에게 불리한 진술을 한 원진술자를 반대신문할 기회를 가질 경우, 이는 피고인이 단순한 형사절차의 객체로 취급되지 아니하고 재판에 대한 형성과 참여를 보장받게 된다는 점에서, 그 불리한 진술을 기초로 한 형사처벌을 수용할 수 있는 절차적 정당성이 확보될 수 있다.

[검사-피고인]의 당사자주의적 소송구조의 틀에서 본다면, 위와 같은 이해와 접근이 분명 틀린 것은 아니나, 문제는 지나치게 당사자에게만 초점을 맞추고 접근하게 되면, [검사-피고인]의 대등한 관계 형성을 위해서 피고인에게 부여 · 강화한 소송법적 지위와 권리들이 한편으로 [피고인-피해자] 사이의 관계적 불균형을 심화시키고 피해자가 형사소송절차 속에서 보호받지 못하거나 소외될 위험성을 낳는다는 점이다. 때문에 이 지점에서 다시 한번 되물어볼 필요가 있다. 우리 형사구조 속에서 피해자는 ‘단순한 형사절차의 객체로 취급되지 아니하고 재판에 대한 형성과 참여를 보장’ 받고 있는가?

b. 소송절차에서 검사의 '무기'로 전략

권리로서의 반대신문권과 전문증거의 신용성 확보 수단으로서의 반대신문의 기회를 구별하는 것에 대해 혹자는 양자 모두 큰 틀에서는 권리로서의 반대신문권 보장과 관련성을 갖는다고 반문할 수도 있을 것이다. 즉 피고인에게 불리한 피해자의 진술증거는 일방 당사자인 검사의 ‘칼’ 이고, 이를 막아내기 위해 원진술자인 피해자를 대면하여 반대신문할 기회는 피고인에게 있어서 ‘방패’가 된다는 점에서 결국 전문증거의 실질적 진정성립을 확인하기 위한 ‘반대신문의 기회보장’ 요건 역시 큰 틀에서는 피고인이 당사자 지위에서 갖는 권리로 이해할 수도 있을 것이다.

하지만 이러한 이해의 문제점은 그러한 관점과 접근방식 속에서 피해자가 검사측의 ‘무기’로 평가되고 사물화되어 간다는데 있다. 즉 이러한 소송구조 속에서 피해자(의 존재가치)는 소송당사자가 아닌 것은 물론이고 자칫 인격적 주체로서도 고려되거나 배려받지 못한다. 오히려 이는 [검사-피고인]의 무기대등에 터잡아 피고인에게 더 강력한 방패(권리)를 쥐어줘야(보장해야) 할 이유 내지 정당화논거로 소비된다.

이러한 문제점은 성폭력사건의 밀실성과 그로 인해 피해자의 진술이 성폭력사건의 유죄심증형성에 있어서 갖는 강력한 영향력을 강조하면서, 미성년 피해자 영상진술의 실질적 진정성립과 관련하여 피고인의 반대신문의 기회를 보장하지 않는 것은 ‘공정하지 않다’는 위헌의견의 ‘공정성 담론(논리)’ 속에서도 발견된다. 하지만 이때 말하는 공정성은 [검사-피고인] 간의 공정성이다. 여기서는 오로지 피해자의 진술을 무기로 든 검사와 이를 방어해야 할 피고인 사이에 벌어지는 ‘싸움의

공정(성)' 만이 논해지고 있다. 거기에 [가해자-피해자] 사이 또는 [피고인-증인] 사이의 공정성, 즉 소송당사자들의 틈바구니 속에서 이미 사물이 되어버린 피해자를 위한 공정성은 없다.

(2) 직권주의(직접주의)적 접근의 한계 - 피해자의 '사물화' 현상

a. [법관-증인] 구도 하에서 증거방법으로서의 피해자

그렇다면 위와 같은 피해자의 사물화 현상은 유독 당사자주의의 소송구조 하에서만 발생하는 문제인가? 그렇지 않다. 직권주의(직접주의)하에서도 피해자의 소외 및 사물화 현상은 발생한다. 즉 [법관-증인]의 구도하에서 증인으로서의 피해자는 성폭력사건의 요증사실과 관련하여 하나의 증거방법이 되고, 그의 진술은 증거자료가 된다.

b. 증거방법 및 증거조사의 대상으로서 격하

[증거방법(증인)-증거자료(증언)]의 관계 속에서 증인으로서의 피해자는 증거자료를 담고 있는 혹은 이를 법관에게 실어 나르는 증거방법으로 취급되고, 그 증거방법 속에서 증거자료를 추출하기 위한 증거조사(신문)의 대상이 된다. 문제는 증거방법인 증인이 단순한 목격자(제3자)가 아니라 성폭력사건의 피해자라는 점이고, 때문에 증거방법인 피해자로부터 증거자료를 추출하는 증거조사 과정에서 심각한 2차 피해가 발생한다는 것이다.

증거재판주의의 특성상 피해자 역시 증거방법인 증인이 될 수밖에 없는 것이 소송현실이라 하더라도 피해자가 검사의 무기나 증거조사의 단순한 객체로 전락하지 않도록 증거조사 과정에서 법적인 고려와 제도적 배려가 요구되는 것도 그 때문이다. 그리고 피고인의 반대신문권 보장을 이유로 이제는 위헌이 되어버린 성폭력처벌법상 미성년 피해자의 영상진술에 대한 특례규정이 바로 그러한 법적 고려이자 배려의 제도적 장치였다.

IV. '피해자의 지위 및 권리 회복' 관점에서 위헌결정에 대한 반론

1. '공정한 재판을 받을 권리'는 피고인만을 위한 권리인가?

헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다"라고 규정하고 있다. 여기서 '공정한 재판을 받을 권리'는 누구의 권리인가? 피고인만이 누리는 권리인가?

'재판을 받는다'라고 말할 때, 우리는 그 수동태의 뉘앙스 속에서 먼저 '피고인

(만)'을 떠올리기 쉽다. 하지만 소추된 사건 속에는 피고인뿐만 아니라 피해자도 존재한다. 물론 규범적 측면에서 볼 때, 형사소송의 당사자는 피고인이며, 그 판결의 효과는 직접적으로 피고인에게 귀속된다. 그러나 사실(법현실)적 측면을 보면, 그 진실발견과정에서 피해자 역시 수사 또는 증거조사의 대상이 되고, 그 재판의 결과(피고인에 대한 유무죄 판단과 형량) 역시 직/간접적으로 피해자에게 미친다.

따라서 (‘피고인’에게 있어서의 ‘공정한 재판’ 뿐만 아니라) ‘피해자’의 입장에서 ‘공정한 재판’은 무엇인지에 대해서도 함께 고민이 필요하다.

2. ‘기울어진 운동장’에서 이루어지는 축구경기에 있어서 공정성이란?

대등한 실력을 가진 플레이어들 간의 경기에서 일방 당사자에게 특례를 인정하는 것은 ‘특혜’이고 공정하지 못하다. 하지만 프로선수와 아마추어선수(혹은 유소년 선수) 간의 경기에서 후자에게 일정한 특례를 주는 것은 오히려 ‘공정’이자 ‘정의’가 될 수 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 당사자주의와 직권주의를 모두 수용하고 있는 우리의 형사소송 구조 속에서 피해자는 이중·삼중으로 사물화되고, 유명화될 위험성이 더 높다. 물론 최근 들어 피해자의 소외 문제에 대한 인식과 개선의 목소리가 높아지면서 형사소송절차에서 피해자의 참여기회와 권리가 예전에 비해 조금씩 증가하고 있는 것은 그나마 다행스러운 일이긴 하지만, [피고인-증인] 또는 [가해자-피해자]의 구도 속에서 피해자의 지위와 권리보장은 여전히 상대적으로 열악하다. 형사재판에서의 공정성을 [검사-피고인]이라는 제한된 구도에서만 바라보는 편협한 시각이 상황을 더욱 악화시킨다. 기울어진 운동장의 낮은 쪽에서 높은 쪽으로 공을 차야 하는 플레이어에게는 그 기울어짐을 상쇄시킬 만한 특례가 필요하다.

3. 특례규정의 적용범위로서 ‘미성년 + 성폭력 + 피해자’의 적정성

위헌소원에서 문제삼은 특례의 적용대상 범위는 ① (수많은 범죄 가운데) ‘성폭력범죄’에 한정되고, ② (목격자 등 제3자가 아니라) 성폭력범죄의 ‘피해자’이며, ③ (모든 피해자가 아니라) 19세 미만의 미성년자에 국한된다. 그리고 이러한 특례의 효력도 수사기관에서 한 피해자진술을 영상녹화물로 제출하되 전문증거이므로 그 성립의 진정을 피해자 또는 동석한 신뢰관계인의 인정진술로서 증거능력을 부여하는데 있다. 따라서 그 목적과 대상 그리고 적용범위 및 특례인정의 효과가 제한적이다.

그럼에도 불구하고 이러한 경우에 위헌의견처럼 특례 없이 형사소송법 제312조 제4항을 적용하게 되면, 이 과정에서 일차적 · 실질적으로 대립하는 것은 [피고인-증인]이고, 이 때의 피고인은 이미 무기대응원칙에 따라 당사자로서의 지위와 권리보장을 받은 소송주체인 반면, 그 상대방은 미성년인 범죄피해자일 뿐이다. 따라

서 특례의 폐지는 기울어진 운동장에서 이미 높은 곳을 선점하고 있는 피고인에게 침해된 권리를 회복시켜주는 것이 아니라 재차 어드밴티지(advantage)를 주는 꼴이 된다.

4. 위헌의견이 말하는 ‘조화로운’ 대안의 한계

성폭력처벌법 특례규정의 목적과 수단의 적법성에 대해서는 이견이 없었던 만큼, 위헌의견 측에서도 미성년 성폭력 피해자의 2차 피해방지를 위한 대안으로서 증거보전절차의 적극적 활용, 증인신문시 영상중계장치 이용, 비공개 심리, 증인지원시설 설치 등을 제시하였다. 이는 특례가 존재할 당시에 가능했던 제도적 장치들로써 특례의 폐지에 대한 2차 피해 방지대책으로 미흡하다.

또한 증거보전절차를 적극 활용할 경우, 수사과정에서 피해경험의 반복진술에 따른 심리적 · 정서적 고통을 줄일 수는 있겠으나, (합헌의견에서 반론하고 있듯이) 증거보전절차에서 행해지는 교호신문에 따른 2차 피해와 증거보전을 위한 최초의 진술 이후에도 공판절차에서 피고인의 요청 및 법관의 재량판단에 따라 다시 법정에서 출석하여 진술해야 할 가능성이 여전히 존재한다는 점에서 피해자 보호 내지 2차 피해방지라는 목적에 비추어 효과적인 대안이라 할 수 없다. 특히 위헌결정에 따른 특례규정의 폐지로 피고인은 피고인의 지위에서 피해자에 대해 반대신문권을 보장받지만, 정작 피해자는 다시 2차 피해의 위험성에 그대로 노출된다는 점에서 위헌의견이 말하는 ‘조화로운’ 대안은 전혀 ‘조화롭지 못하다’.

5. 위헌 결정 이후

(1) 위헌 결정 후 수사 절차 변화

위헌 결정의 효력은 「성폭력처벌법」 제30조 제6항에 한정되기 때문에 위헌 결정 이후에도 진술 영상녹화 의무 규정은 여전히 유효하고 경찰 수사 단계에서의 진술 영상녹화는 지금도 동일하게 행해진다. 다만, 달라진 점이 있다면 위헌 결정 이후 미성년 피해자는 공판 단계에서 법정에서 출석하여 진술해야 하며, 예외적으로 증거보전을 신청하여 공판기일에 출석하지 않고 증인 신문절차를 거칠 수 있다.

(2) 입법적 개선을 위한 노력

헌법 불합치 결정이나 일부위헌 결정을 통해 입법 개선을 위한 시간적 여유를 둘 수도 있었음에도 헌법재판소가 단순위헌 결정을 함으로써 입법의 공백이 발생하였고, 이를 메우기 위한 다양한 국회의원 개정안들이 발의되었다. 하지만 여기서는 기존의 의회발의안을 종합적으로 고려하여 만들어진 정부의 개정안을 중심으로 현

재의 논의상황을 살펴보고자 한다.

법무부는 2022년 4월 14일 미성년 성폭력 피해자 에 대해 증거보전절차의 특례를 신설하는 성폭력처벌법 일부 개정안을 입법 예고하고 6월 29일 국회에 최종 제출하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

<성폭력처벌법 정부 개정안 주요 내용>

신설 규정	개정 내용
아동 등 피해자 전문조사관 제도 도입(제26조의2 신설)	- 검찰, 경찰, 법원 소속 조사관 중 대통령이 정하는 전문 교육·훈련을 받은 자로서 아동심리 및 아동조사방법 등에 대한 전문성을 갖춘 아동전문조사관이 피해자조사 및 증인신문 중개를 전담
아동 등 피해자 대상 수사단계에서의 증거보전절차의 특례 (제41조의2 신설)	- 미성년 성폭력 피해자 의 진술을 영상녹화 시, 원칙적으로 공판 전 수사단계에서 증인신문을 위한 증거보전절차를 거치도록 하여 피의자의 반대신문권을 보장하는 반면, 이 경우 피해자가 법정에서 출석하여 반대신문을 받지 않아도 해당 영상녹화물에 대해 증거능력 인정 - 피해자가 법정에서 증언하는 것이 곤란 또는 부적당한 경우, 수사기관은 ① 피해자 1차 조사 후 기소 전 단계에 피의자의 반대신문 의사를 확인, ② 피의자가 반대신문을 명시적으로 원하지 않는 경우 외에는 증거보전절차를 통해 수사단계에서 법원 주재의 증인신문 진행, ③ 피해자 위해, 증거인멸 우려 등 예외적인 사유가 없는 한, 피해자의 1차 진술 내용에 대한 피의자의 청취·열람·등사 허용
아동 등 피해자 대상 증인신문 방식 등 특례 규정 (제40조의2-5 신설)	- 증인신문 과정에서 미성년자에 대해서는 아동친화적 장소에서 훈련된 전문조사관이 증인신문 중개 - 법원, 검사, 피의자·피고인 및 변호사 등은 법정에서 중계장치를 통해 피해자의 진술 참관 - 증인신문 과정에서 피의자 등이 신문 내용 추가요청 시, 법원은 중계장치를 통해 전문조사관으로 하여금 추가내용을 조사하도록 함으로써 피의자 등의 반대신문권 보장
증거능력 특례 규정 (제30조의4 신설)	- 수사단계에서 증거보전절차나 공판 단계에서 반대신문 기회가 보장된 피해자의 진술 영상녹화물에 대한 증거능력 인정 - 기존에 형사소송법 제314조의 전문법칙의 예외 사유를 미성년 성폭력 피해자 에게 확대 적용하여 사망, 질병은 물론 트라우마, 공포, 기억소실 등으로 법정 진술이 불가능한 경우에도 특별히 신빙할 수 있는 상태를 전제로 피해자 진술 영상녹화물의 증거능력 인정

(3) 정부 개정안의 한계

정부 개정안의 내용 중 [수사단계에서의 증거보전절차의 특례]는 위헌 결정에서 제시했던 내용과 대동소이하다. 따라서 전술한 비판들이 정부 개정안에서도 그대로

로 문제된다. 물론 정부 개정안은 증거보전절차에 중계시스템을 이용하고 전문조사관을 투입하여 피해자가 직접 반대신문에 노출됨에 따라 발생할 수 있는 2차 피해를 최소화하려 노력했다는 점에서는 의미를 갖는다. 하지만 ① 수사단계의 증거보전절차 속에서 피의자의 반대신문을 인정함으로써, 이를 이용하여 증거인멸 및 증인회유, 진술반복 등 피해자 보호 보다는 오히려 피의자의 방어권 행사에 유리한 제도로 악용될 가능성이 존재한다는 점,¹²⁾ ② 피의자 또는 피고인의 증거보전요청의 횟수나 공판단계에서 피해자가 증인으로 소환되는 횟수에 대한 제한 등이 마련되어 있지 않다는 점,¹³⁾ ③ 공소제기 전 단계의 증거보전절차에서는 형사재판 담당 판사가 아닌 다른 판사가 절차를 진행하게 된다는 점¹⁴⁾, ④ 수사단계의 증거보전절차에서의 피의자 반대신문권 행사를 공판절차와 동일한 수준으로 진행함에 따라 수사기간의 장기화 및 절차의 복잡화 문제가 발생한다는 점, ⑤ 피의자가 반대신문을 원하지 않는다는 의사표시를 하지 않는 한 전면적 · 일률적으로 증거보전절차가 진행됨으로써 비효율이 발생한다는 점,¹⁵⁾ 등 많은 문제점과 한계가 지적되고 있다.

V. 결 론

1. 형사소송에 있어서 피해자를 포함하는 인식의 재구성과 접근 필요성

[검사-피고인]의 대립구도속에서 피고인의 지위와 권리보장은 형사법적 정의실현과 실체법적 진실발견에 있어서 중요한 가치라 할 수 있다. 그러나 문제는 형사소송의 구조와 절차의 인권성 및 공정성 기준을 지나치게 [경찰/검사-피의자] 혹은 [검사-피고인] 프레임 속에서만 찾는 데서 발생한다. 그리고 이는 피해자의 소외(사물화, 유명화)문제로 귀결된다.

여기서 다른 헌법재판소의 위헌 결정 속에서도 소송당사자 중심적 이해와 접근논리를 엿볼 수 있으며, 그로 인한 발생하는 피해자의 소외 문제 역시 2차 피해를 둘러싼 논의들 속에서 재확인할 수 있다. 소송당사자를 중심으로 한 소송구조와 절차 그 자체를 한번에 바꿀 수는 없다 하더라도, 그 소송과정과 절차 속에 검사와 피고인이라는 당사자 외에 피해자도 있음을 기억할 필요가 있다. 피고인의 반대신문권 보장이라는 논리로 성폭력범죄의 미성년 피해자에 대한 2차 피해를 방지하기 위해

12) 신수경, “미성년 성폭력 피해자 영상진술 증거능력의 특례조항 위헌 결정례 분석”, 아세아여성법학 제25호, 2022, 11면.

13) 소라미, “정부발의 성폭력처벌법 일부개정안에 대한 비판적 검토 및 개정 방안”, 아동 최상의 이익의 원칙에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, 2022/09, 42-68면.

14) 문지선, “대안입법의 방향”, 미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄, 2022/03 87-91면.

15) 최란, “다시 피해자의 권리부터: 아동 최상의 이익의 원칙에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 토론회”, 아동 최상의 이익의 원칙에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, 2022/09, 70-75면.

마련된 작은 특례를 단순위헌으로 결정한 헌법재판소의 판단이 못내 아쉬운 이유도 여기에 있다.

2. 피고인의 반대신문권과의 ‘조화’ 라는 이름으로 2차 피해라는 희생을 강요하지 말아야

위헌의견은 피고인의 반대신문권 보장과 성폭력 피해자의 2차 피해 방지가 ‘양립가능’ 하다고 말하면서, 나름의 조화로운 대안들을 제시하였다. 하지만 그 대안들을 통해 피의자 또는 피고인의 반대신문권은 확실히 보장되었지만, 그 안에 2차 피해의 방지는 없었다. 그것은 (범의간의) ‘조화’ 가 아니라 (피해자 이익의) 일방적인 ‘희생 내지 양보’ 일 뿐이다. 이는 정부의 개정안도 마찬가지다.

때문에 특례가 폐지된 현재의 상황 속에서 스웨덴의 ‘바르나후스’ 모델은 그 대안으로 참고해 볼 만한 가치가 있다. 즉 (1) 수사과정에서 미성년 성폭력 피해자를 1차적으로 전문조사관이 면담하고, (2) 1차 면담자료를 가해자에게 제공한 후 가해자로부터 추가조사 사항에 대한 설문지를 작성 · 제출받아 다음, (3) 검사와 전문조사관이 질문지를 아동친화적인 방식으로 수정하여 피해자를 추가 조사하고, (4) 그 후의 공판절차에서 피해자의 추가적인 반대신문 등을 금지하는 방식이 그것이다.¹⁶⁾ 이렇게 전문조사관을 활용하여 피의자에게 반대신문의 기회를 간접적으로 부여하는 동시에 그 과정에서 가해자와의 직접적인 대면을 최소화하고, 이후 절차에서의 반복진술 가능성을 제한 · 차단함으로써 피해자의 2차 피해를 최대한 방지하는 것이다.

물론 이를 위해서는 형사소송구조와 절차 속에서 피해자의 존재와 지위에 대한 재인식이 전제되어야 하고, 현실적으로는 아동심리 및 신문과 관련하여 전문적 지식과 교육을 받은 전문조사관의 양성에 대한 장기적인 투자가 필요할 것이다.

16) 승재현/선미화, 성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안, 한국형사·법무정책연구원 연구총서, 2022/12, 143-146면.

한국형사법학회·한국형사법무정책연구원·전남대학교 법학연구소 공동학술대회

헌법적 형사소송

제2세션 제2주제 토론문

미성년 성폭력 피해자 영상진술의 증거능력에 관한
「성폭력처벌법」 특례규정의 위헌성에 대한 비판적 고찰

사회자: 류전철 교수(전남대학교)

발표자: 김봉수 교수(전남대학교)

토론자: 박학모 박사(한국형사·법무정책연구원)

최준혁 교수(인하대학교)

“미성년 성폭력 피해자 영상진술의 증거능력에 관한 「성폭력처벌법」 특례규정의 위헌성에 대한 비판적 고찰”에 대한 토론문

박학모(한국형사법무정책연구원 선임연구위원)

‘이데올로기형법’의 격전지 ‘성형법’과 형사절차의 권리주체들에 대한 과편적 보장·보호의 재고

1. 범죄피해자, 형사절차상 권리주체 vs 이데올로기형법의 볼모

발표자께서 관련 헌재 결정에 대한 비판적 고찰에서 형사절차상 성폭력범죄피해자의 지위와 관련하여 범죄피해자의 절차상 소외, 객체화(대상화, 사물화), 나아가 유령화 현상에 대해 강력한 문제 제기를 한 부분에 대해 토론자도 전적으로 공감한다. 피의자의 반대신문권과 범죄피해자 보호의 ‘조화’라는 헌법재판소의 테제와 관련해서도 그 허울과 허구성에 대해 비판하는 부분 역시 일정부분 공감한다.

하지만 토론자는 오늘 발표의 정점에 있는 이 헌법재판소 결정(헌재 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 전원재판부 결정)은 범죄피해자는 물론 피의자(피고인) 모두를 소외시킨 상태로 그동안 과도하게 이데올로기형법의 격전지가 된 우리나라 형사정책의 현주소를 보여주는 게 아닌가 생각한다. 이데올로기형법의 마지막 격전지와 같지만 결코 마지막이 아닌 헌법재판소! 아동과 미성년이란 대상의 차이가 있지만 10여년 전 유사한 ‘전문법칙의 예외 및 반대신문권 제한’ 관련 심판청구사안과 비교하면 이번 헌재의 합헌과 위헌 의견의 다수 및 소수는 그 사이 정확히 역전되었다(참고: 헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108). 헌재 내 인식과 판단의 변화를 이끈 요인이 무엇인지, 어떤 동인이 결정적이었는지는 몇가지 추론만 가능할 뿐이다. 어쨌든 헌재가 유독 ‘대안’과 ‘조화’를 강조한 만큼 피의자와 피해자 사이를 오가던 헌재 내 이데올로기형법의 시계추에 어떤 반동이 있지 않았나 추측된다. 그런 의미에서 발표자는 헌재가 피의자 쪽으로 움직여 놓은 반동의 추를 다시 피해자 쪽으로 옮기려는 시도를 하고 있는 것 같기도 하다.

토론자는 헌재 다수의견과 발표자 모두에 대해 다소 양비론적 시각에서 그간 이데올로기로 채색된 형사정책과 형사법의 시계추 운동은 지양되어야 하며, 근본적으로 형사절차를 권리주체들에게 돌려주기 위한 진정성 있는 실천적 성찰과 각성이 있어야 한다는 관점에서 몇 마디 토론을 갈음하여 보태고자 한다. 형사절차의 권리주체로서 범죄피해자의 보호라고 하는 테제는 성폭력범죄피해자의 성년·미성년, 정신적·신체적 장애 여부를 넘어서 고려되어야 한다. 실속없는 보호와 후견의 이데올로기에 기대어 피의자·피고인의 권리를 과도하게 제한할 경우 이 헌재 심판대

상사안에서와 같이 “빌미를 주고 덜미를 잡히는” 허울뿐인 피해자보호가 될 수 있기 때문이다.

2. 현재에 발목 잡힌 「성폭력처벌법」의 미성년 성폭력범죄피해자 영상녹화 증거능력 특례규정, 과연 불가피한 방식의 규정이었는가?

이에 대해 먼저 현재의 입장을 들어보자. “미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해를 방지하는 것은 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 결코 포기할 수 없는 중요한 가치라 할 것이다. 그러나 그 과정에서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 역시 헌법상 보장되어야 하며, 미성년 피해자를 보호하는 것과 피고인에게 적절한 방어권을 보장하는 것이 상호 모순적이거나 양립 불가능한 관계에 있다고 볼 수도 없다. 결국, 형사절차에서 미성년 피해자 보호를 위한 규정을 마련함에 있어서는, 피고인에게 공격·방어 방법을 적절히 보장하면서도 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 방법을 강구할 때에만 비로소 기본권 제한입법에 요구되는 피해의 최소성 요건에 부합할 수 있을 것이다. (...) 절차적 정의의 측면에서도, 피고인이 자신에게 불리한 진술을 한 원진술자를 반대신문 할 기회를 가질 경우, 이는 피고인이 단순한 형사절차의 객체로 취급되지 아니하고 재판에 대한 형성과 참여를 보장받게 된다는 점에서, 그 불리한 진술을 기초로 한 형사처벌을 수용할 수 있는 절차적 정당성이 확보될 수 있다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대의견 참조).”

구구절절 옳은 테제들의 집약과 같은 헌재 결정문이다. 하지만 “미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해를 방지하는 것은 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 결코 포기할 수 없는 중요한 가치”라고 시작하였지만, “(반대신문 할 기회를 가진) 피고인이 단순한 형사절차의 객체로 취급되지 아니하고 재판에 대한 형성과 참여를 보장” 받아야 한다는 것으로 맺는 결정문은 애써 “조화”를 언급할 수 밖에 없는 현재의 불안한 “분열적” 모습을 보여주는 것 같다.

헌재의 이런 딱한 처지의 원인제공자는 두말할 것도 없이 현행 성폭력처벌법상 문제의 규정들을 생산해낸, 이데올로기형법의 중심에 서 있는 형사입법자 국회라고 할 것이다. 아울러 법 적용에서 최소한의 조화조차 추구하지 못한 채 이데올로기형법의 선봉대를 자임한 형사사법과 형사법무행정도 그 책임에서 자유로울 수 없는 건 마찬가지다. 국회에 과연 이런 입법을 주문하였어야 하며, 형사실무상 범죄피해자 보호의 구조와 체계를 이런 식으로 운용하여 지속가능하다고 믿을 수 있는지 의문일 따름이다.

헌재 심판대상 사안에서 청구인(피고인)은 미성년 대상 성추행범죄와 관련하여 1심 공판에서 증거부동의에도 불구하고 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람들의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정된 영상녹화CD에 수록된 피해자의 진술이 공소사실에 관한 증거로 채택되어 유죄판결의 증거로 사용되었다. 그 과정에

서 원진술자인 피해자에 대한 증인신문은 이루어지지 않았고, 항소심에서도 이 모든 것은 마찬가지였다. 이와 같은 방식의 증거법칙이 일반적으로 통용되어 온 것은 큰 문제이며, 이를 방기한 데 대해서는 학계와 실무 모두 책임이 있다고 생각한다. 단순히 반대신문권 내지 방어권 제한의 문제, 직접주의 내지 전문증거배제의 예외를 논하는 담론의 한참 저 아래에서 지나치게 피의자의 손발을 묶어버린 ‘과유불급’ 입법이라고 할 수 밖에 없다. 발표자께서는 “미성년+성폭력+피해자”로 카테고리화를 지어 특별히 취약한 ‘미성년 성폭력 피해자’에 대한 특별한 보호필요성을 환기시켜주었다. 하지만 현재가 과잉금지 판단과 관련하여 침해의 최소성 및 법익의 균형성으로 태클을 걸 수 있는 여지는 너무 크다고 할 수 밖에 없다. 현재도 이런 방식의 입법례를 찾아보기 힘들다는 점까지 지적한다.

아무리 성폭력 피해자라 하더라도 19세 미만 미성년자에 대하여 절차상 일률적으로 의사표현에 결정적 장애를 지닌 장애인과 같이 대우하는 것은 한편으로는 범죄피해자를 지나치게 보호주의의 틀에 가두는 것이며, 다른 한편으로는 범죄피해자의 방어권을 철저히 무력화하는 것임에 틀림없다.

범죄피해자 보호에 왕도도 없지만, 미성년자를 포함하여 성폭력 피해자에 대한 “과잉조력”이 경우에 따라 “피해자역할”을 공고히 하여 피해자의 소송주체화를 방해하며 역기능적으로 작용할 수 있다는 점 또한 간과되어서는 안될 것이다. 그런 점에서 위헌판단을 받은 성폭법 규정은 피해자보호의 관점에서 보더라도 “과잉조력입법”의 소지가 충분히 있었다고 본다.

3. 조화롭지 못한 형사사법이 낼 수 있는 조화로운 대안은 존재하는가?

성폭력처벌법의 집행주체라고 할 수 있는 경찰, 검찰, 법원은 과연 조화로운 범죄피해자 보호를 위해 서로 조화로운 협업을 할 수 있는 내적 상황일까? 검수완박 사태 이후 상황은 검찰의 수사권을 박탈하는 문제 이상으로 검·경 및 검·법의 형사사법적 협업에 장애를 초래하는 상황이 아닐 수 없다. 그 어느 영역보다 성폭력 범죄피해자보호는 감수성과 전문성이 요구되기 때문에 관련 형사사법기관들 모두가 상응하는 역량을 갖추어 협업에 응할 때만이 효과적일 수 있다. 경찰, 검찰, 법원, 어느 기관 할 것 없이 과연 그러한 문제의식으로 지속가능한 형사사법체계 구축을 위해 노력하는지는 매우 의문이다.

해당 조문에서 ‘미성년자’ 부분만 위헌판단을 받았기에 장애인 부분은 유효하며, 미성년자의 경우 애당초의 연령 기준으로 돌아가야 할 필요성도 있다고 본다. 하지만 기본적으로 반대신문권을 배제한 상태의 조사 결과에 증거능력을 부여하려는 변칙적 입법태도보다는 증거보전절차를 아동, 청소년, 장애인 등의 카테고리에 따라 전문성의 조화를 이룬 형태로 구성하여 운영하는 방안이 차선책이라 생각한다. 특히 독일 등 대륙법계 국가들의 형사절차에서 이른바 “공판절차의 전진 배치” 또는 “수사절차의 공판절차화” 논의의 중심에 있는, 성폭력범죄에 특화된

전문성을 겸비한 수사판사에 의한 증거보전절차를 우리도 입법적 대안으로 생각하고 관련 준비를 할 필요가 있다고 본다. 기존의 영상녹화 체계를 “(피의자)보장 요청”을 전문성 있게 반영하여 노르딕 국가나 독일 등과 비슷한 “보호시스템”이 2차피해 방지를 위해 작동하는 증거보전절차로 충분히 재편할 수 있다고 본다. 문제는 형사사법기관들의 협업 의지와 전문성 제고가 아닐까 생각한다.

4. 토론을 마치며 - 보호를 넘어 권리 주체로

성폭력 피해자의 2차 피해 담론과 피해자보호 이데올로기에 지나치게 집착하여 피의자의 방어권을 가차없이 재단한 결과가 오늘의 현재 결정이 던진 숙제와도 같다. 피해자보호를 외치는 우리 형사사법이 정작 피해자를 보호객체화하고 있지는 않은지에 대해서도 반성적 성찰이 필요하다. 현재도 결정에서 제시한 바 있고, 현재 결정 이후 토론회와 대책 연구 등을 통해 제시된 대안적 해법들은 모두 이데올로기에 채색됨이 없이 보호가 필요한 피해자에겐 전문적인 보호를, 주체적 권익의 관철이 필요한 피해자에겐 전문적인 법적 조력을 제공하는 해법이 되어야 할 것이다. 그런 의미에서 독일 등의 부대공소제도와 같이 범죄피해자와 피해자변호인이 권리주체, 소송주체로서 형사절차에 참여하는 방안을 본격적으로 모색해야 할 때이다.

“미성년 성폭력 피해자 영상진술의 증거능력에 관한 「성폭력처벌법」 특례규정의 위헌성에 대한 비판적 고찰”에 대한 토론문

최준혁(인하대학교 교수)

I. 들어가며

안녕하십니까. 김봉수 교수님의 발표 잘 들었습니다.

성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술내용과 조사과정을 영상녹화하여야 하며 그 영상물에 수록된 피해자의 진술은 신뢰관계인 또는 진술조력인의 진술에 의해 성립의 진정을 인정할 수 있다는 성폭력처벌법 제30조 제6항은 전문법칙의 중요한 예외를 규정하고 있다고 보였기 때문에 이 조항의 위헌을 선언한 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 전원재판부 결정은 큰 충격이었습니다. 이 조문이 매우 자주 활용되었고, 2011헌바105 결정은 유사한 조문에 대하여 합헌이라고 판단하였기 때문입니다. 2018헌바524 결정의 반대의견도 주로 2011헌바105 결정의 다수의견을 인용하고 있습니다.

그렇기 때문에 법무부도 헌법재판소 결정 후 2주도 지나지 않은 2022. 1. 5.에 젠더폭력법개정자문위원회(위원장 정현미)를 만들어 바로 대응하였고 그 결과 4개월만에 개정안이 나왔습니다.¹⁾ 이 결정에 대한 긴급토론회, 평석 등 여러 형태의 논의도 있었다고 알고 있습니다. 그런데 우려했던 바와 다르게 적어도 대법원의 판결에서는 이 조문의 위헌의 결과로 예상되었던 후폭풍은 거의 찾기 어렵습니다. 대법원은 “피해자에 대한 영상녹화물에 수록된 피해자 진술을 제외한 나머지 증거만으로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 결정은 이 사건 결론에 영향을 미치지 않는다.”고 판단하고 있기 때문입니다.²⁾ 그런 이유에서인지 나온지 1년이 넘는 개정안은 아직도 통과되지 않고 있습니다.

사실, 이유는 정확히 알지 못하나, 어쩌다 보니 제가 그 위원회에 위원으로 참여하게 되었습니다. 당시에 겨울방학 중이기는 하였습시다만 매주 수요일 오후에 2시간씩 6회 이상의 회의를 거쳐 논의한 내용이 지금 정부안의 기초가 되었습니다. 보시다시피 상당히 열심히 회의를 하였고 그 기회에 저도 아주 많은 경험을 하였습니

1) 법무부 2022. 4. 14. 보도자료 “법무부, 성폭력 피해아동을 위한 아동친화적인 증거보전 제도 도입 추진 - 위헌 결정에 따른 대안입법 「성폭력처벌법」 개정안 입법예고 -”

2) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도15684 판결; 대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도14936 판결.

다. 회의의 주된 관심사는 헌법재판소가 해당조문을 위헌으로 하였으니 어떻게 빨리 개정작업을 할 것이었습니다. 즉, 논의의 전제는 위헌결정을 바꿀 수 없고 유사한 조문에 대한 다른 위헌결정도 내려질 수 있으니 현행 제도 아래에서 적절한 대안을 어떻게 찾을 것인가 라는 질문이었다고 생각합니다. 이 위원회는 젠더폭력법 관련으로는 처음 구성되었고 「스토킹처벌법」 개정, 「데이트폭력처벌법」 제정 등 젠더폭력처벌법을 제·개정하는 작업³⁾을 하려고 하였으나 1년의 임기 중 한 일은 성폭력처벌법 개정안에 대한 논의가 전부였습니다.

아래에서는 토론자로서의 의무를 이행하기 위해 김교수님의 발표문과 관련하여 제가 생각하는 점을 두서 없이 간단히 말씀드리면서 혹시 관련될 것 같아 회의 당시 제 경험을 소개하도록 하겠습니다.

II. 쟁점

1. 우리 형사소송법의 전문법칙을 직접주의로 이해하는 것이 가능하다는 교수님의 지적에는 완전히 동의합니다.⁴⁾

2. 약간의 생각

교수님께서 피해자의 유령화/사물화 문제를 잘 지적해 주셨습니다. 그런데 반대신문권은 증인 모두에게 해당하는 것인데 반대신문을 받는다는 사실 자체가 피해자의 대상화로서의 ‘문제점’ 이라고 볼 수 있는지에 대해서는 의문이 있습니다. 결국 피해야 하는 것은 ‘불필요한’ 대상화인데 가령 이 조문이 살아있던 시절에도 영상녹화물이 공판정에 증거로 제출되었음에도 불구하고 법원이 심증형성을 위해 다시 피해자를 증인으로 부르는 상황은 계속 있었습니다.

직권주의/당사자주의의 문제인지와 관련하여, ‘보호’ 라는 단어가 또다시 대상화라는 의혹을 살 수 있다는 점은 별론으로 하고 만약 ‘보호’ 만을 목표로 한다면 오히려 직권주의에서 법원의 직권발동을 통해 피해자의 권리를 더 세심하게 보호할 수 있지 않을까 일음 생각할 수 있습니다. 그러나 법원의 소송지휘권이 항상 이러한 방향으로 작동하지는 않음은 위에서 살펴보았듯이 분명합니다.

다음으로 미성년자+ 성폭력+ 피해자 만의 문제라고 보기는 어렵다고 생각합니다. 물론 같은 내용을 규정하고 있는 청소년성보호법 제26조 제6항도 미성년자+ 성폭력+ 피해자이기는 합니다. 그런데 아동학대처벌법은 아동학대범죄의 조사·심리에 관

3) 법무부 2022. 1. 5. 보도자료 “법무부, 「젠더폭력처벌법 개정 특위」 출범 - 위헌 결정된 성폭력 피해 아동 진술 영상물 증거능력 특례조항 관련 「성폭력처벌법」 개정방안 등 논의 -”

4) 줄고, “형사소송에서의 직접심리주의의 의미”, 전북대학교 법학연구 제36집(2012), 57-90면; “전문법칙 적용의 예외요건으로서의 특신상태 - 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결 -”, 형사판례연구 제28권(2020), 349면 이하.

하여 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제29조부터 제32조까지를 준용하기 때문에(제17조 제1항) 아동학대범죄에서도 비슷한 상황이 발생할 수 있습니다.

Ⅲ. 법률안의 논의 당시: ‘조화로운 대안’ ?

헌법재판소가 대상결정에서 제시하는 내용을 ‘조화로운 대안’ 이라고 보기 쉽지 않다는 점은 그때나 지금이나 분명합니다. 하지만 위헌결정이 내려진 법률을 신속히 개정해야 할 상황에 직면하였고 개정된 법률이 또다시 위헌결정의 대상이 될 가능성도 배제할 수 없다는 것이 당시의 예상이었습니다.

어떻게 법률을 개정할 것인지에 대한 당시의 논의를 간단히 소개하겠습니다.

논의에서는 영상녹화제도의 조사주제자, 조사자, 조사장소, 조사방식, 조사대상, 영상녹화물의 증거능력 부여방식 등이 쟁점이 되었습니다. 그 중 핵심은 법관 또는 검사 중 누가 조사주제자가 될 것인가라고 저는 이해하였고, 어쩌다 보니 법관이 주제자가 되어야 한다는 입장의 발제를 제가 4차회의에서 하게 되었습니다. 그당시 제가 쓴 내용을 아래에 소개합니다.

1. 논의의 전제

(1) 이 논의에는 조사(수사)방법과 증거능력 인정이라는 쟁점이 결합되어 있음

→ (아동)피해자의 진술과정에서 2차피해를 막기 위한 제도의 설계는 반드시 이루어져야 함.

→ 이는 어느 형태의 진술에 어떻게 증거능력을 부여할지의 쟁점과 무관함: 가령 어쩔 수 없이 피해자가 공판정에 증인으로 출석하는 경우에도 성적 이력의 질문 제한(또는 법관의 소송지휘권 행사) 등은 작동할 수 있어야 할 것.

(2) 반대신문권의 보장과 증거능력 인정

→ 반대신문권의 보장은 법관 면전에서 이루어져야 한다고 이해함.

→ 영상녹화물의 증거능력을 인정하려는 주된 이유는 피해자가 공판정에 다시 증인으로 출석하여 신문대상이 되면서 받게 될 2차피해를 막기 위함이라고 이해함.

→ 반대신문권의 기회가 보장된 신문의 영상녹화는 법관 면전에서 행해져야 한다면 공판기일 전 증인신문의 원용이 적절하다고 생각함. 이러한 경우 증거능력은 형사소송법 제311조의 법관 면전 조서에 준하여 인정할 수 있을 것.⁵⁾

5) 증인신문시에는 조서를 작성해야 하며(법 제48조) 법원은 공판정에서의 심리의 전부 또는 일부를 영상녹화할 수 있으나(법 제56조의2), 그 내용이 녹취된 녹취서의 전부 또는 일부는 조서의 일부

(3) 1회 조사와 2회 조사의 구분

- 1회 조사는 사건발생 직후에 신속하게 이루어지며 그때에는 반대신문권을 보장할 피의자가 누구인지 특정되지 못하는 경우도 많음.
- 그렇다면 1회 조사의 주재자를 법관으로 설계하기는 어려우며, 1회 조사에서 영상녹화물이 만들어진다고 하더라도 그 증거능력을 인정하는 요건은 2회 조사에서 만들어진 영상녹화물과 동일하게 두기는 어려우며 따로 논의해야 한다고 생각함.
- 위에서 언급한 이유에서, 아래에서는 기본적으로 2회 조사를 어떻게 할 것인지에 대한 설명임.

2. 쟁점별 의견

(1) 주재자: 판사

논거) 질문의 주재자란 부적절한 질문에 대한 제지 등을 할 수 있어야 하는데(위 피해자진술 보호제도), 형사소송의 대립당사자인 검사가 질문의 주재를 한다면 공정성에 대한 신뢰를 확보하기 어려움.

비교) 1회 조사의 주재자를 현재와 다르게 할 필요가 있는지는 검토가 필요하다고 생각함.

(2) 조사자: 아동심리전문가

논거) 여기에서의 조사자란 주재자가 정리한 질문을 아동에게 하고 답변을 청취하는 사람으로 이해하였음. 질문의 전달자가 수사기관일 경우에 공정성에 대한 신뢰를 확보하기 어려울 것.

(3) 조사방식

① 조사개시시점: 2회 조사

논거) 2회 조사가 판사 주재 조사임

② 2회 조사 개시요건: 자동/피의자 측 이의제기시 모두 가능하다고 생각함.

논거) 소송법 제312조 제4항에 따르면 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서의 증거능력을 인정하기 위해서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재내용에 관해 원진술자를 신문할 수 있어야 함. 이 신문의 기회를 2회 조사에서 부여한다고 보면, 결국 1회 조사의 결과가 기재된 조서의 증거능력을 인정하기 위해 2회 조사가 필요하다고 보임. 그 후 공판정에서의

로 하게 할 수 있음(규칙 제38조).

증인신문이 다시 필요한지의 문제는 법원이 판단해야 할 것.

(4) 영상녹화물의 증거능력 부여방법

- ① 1회 조사시의 영상녹화물: 제312조 제4항에 준하는 규정의 신설⁶⁾
- ② 2회 조사시의 영상녹화물: 조건없이

(5) 그 외의 쟁점(장소, 참여자, 대상): 추후논의

IV. 맺으며

위 III.의 생각은 결국 현행 소송법 규정과 실제상황을 어떻게 조화시킬 수 있을
까의 모색일 뿐 문제를 완전히 해결했다고 보기는 어렵습니다. 법무부 개정안에는
소위 북유럽 모델도 많이 반영되었다고 보이고 사실 이 개정안이 문제를 완전히 해
결했다고 볼 수 있는지에 대한 의문도 남아있습니다.

김교수님의 발표는 헌법재판소와는 다른 관점에서 근본적인 문제를 제기하고 있
다는 측면에서 우리들에게 여러 가지 생각할 계기를 제공하였다고 보입니다. 깊이
감사드립니다.

6) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결: 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소
송법에는 없던 수사기관에 의한 피의자 아닌 자(이하 ‘참고인’이라 한다) 진술의 영상녹화를 새
로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을
환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 현행 형사소송법의 규정 내용을 영상물에 수록된 성범죄
피해자의 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법
제30조 제6항 또는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수
사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다
른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는
독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다.