연구총서 19-BB-03

KIC

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

형사소송법 편장체계 개편방안 연구

- 수사절차를 중심으로

Revision Measures of the System of the
「Criminal Procedure Act」
- Focused on Investigation Procedure

이승현·박경규·김성룡·이석배·조기영·하태인

한국형사정책연구원

머리말

형사소송법이 제정된 지 65년이 지났음에도 불구하고 현행 형사소송법은 일본법계수 당시의 편장체계 틀에서 벗어나지 못하고 있습니다. 영미의 당사자주의 요소를 지닌 소송절차들이 도입되었고, 10년 전부터 국민의 형사재판 참여라는 큰 변화가 있었음에도 형사소송법은 제정 당시의 모습을 고수하고 있습니다. 국민이 형사재판에 참여하는 현시점에서는 소송의 당사자인 피의자를 비롯한 국민이 자신의 권리가 어떻게 보장되고 어떠한 절차를 통해 실현해 가는지를 알 수 있는 형사소송법 체계가 되어야 합니다.

그러나 현행 형사소송법은 수사절차 흐름에 따라 규정되어 있지 않고, 총칙에 규정된 공판관련 규정 다수를 수사절차에서 준용하고 있어서 국민 뿐만 아니라 법률전문가들도 형사절차 이해에 어려움을 겪고 있습니다. 형사소송법에서 규정되어야 할 중요한 기본권과 관련된 사항, 절차적 권리에 관한 사항들이 검찰사건사무규칙이나 형사소송규칙에 규정되어 있거나 개별 특별법에 규정되어 있어 형사소송법이 형사절차에 관한 핵심적인 법률임에도 불구하고 국민의 기본권을 충분히 보장하지 못하고 있습니다.

이에 본 연구에서는 형사소송법 편장체계가 무엇이 문제이고 어떠한 방식으로 개편해야 할지를 중심으로 논의를 이끌어갔습니다. 전체 편장체계를 논의하여야 하지만, 6개월 정도의 연구 기간과 연구내용의 방대함으로 인해 편장체계에서 가장 논의의 필요성과 시급성이 있다고 판단되는 수사절차를 중심으로 논의를 진행했습니다. 이번 연구는 편장체계 개편에 대한 구체적인 대안을 제시하는 것이 아니라 학자 및 법률가들이 형사소송법 편장체계에 대하여 다시 바라보고 편장체계의 문제점이 무엇인지에 대한 공감대를 형성해 나가는데 연구목적이 있습니다. 편장체계 개편 논의에 관한 본 연구가 시발점이 되어 형사소송법 체계의 변화를 이끌어내는 후속연구들이 계속되기를 기대해 봅니다.

형사소송법 체계를 바로 세우는 초석이 되는 어려운 연구주제이지만 형사정책연구

원과의 협업을 통해 대안을 찾고자 귀한 연구주제를 제안해주시고 함께 연구에 참여해주신 비교형사법학회 연구진인 경북대학교 법학전문대학원 김성룡 교수님, 단국대학교 이석배 교수님, 전북대학교 법학전문대학원 조기영 교수님, 경남대학교 하태인 교수님께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 신입연구원임에도 불구하고 어려운 연구주제에 투입되어 단기간에 연구역량을 100% 이상 발휘해준 박경규 박사님께도 감사의 말씀을 드립니다. 마지막으로 연구의 마무리를 위해 여러 차례의 자문회의와 워크숍을 순조롭게 진행할 수 있도록 도와주시고, 교정 및 편집 등 다양한 업무를 꼼꼼하고 정확하게 수행해주신 김광수 조사연구원과 신가영 인턴연구원께도 감사의 말씀을 드립니다.

2019년 12월

연구진을 대표하여

선임연구위원 이승현

목 차

국문요약 ····· 1

제1장 이승현

서 론 ····· 5

제1절 연구의 필요성 및 목적 ····· 7
제2절 연구내용 ····· 11
제3절 연구방법 ····· 12

제2장 이승현

형사소송법 편장체계의 기초 ····· 15

제1절 우리나라 형사소송법 편장체계 구조 ····· 17
1. 형사소송법 편장체계 변화흐름 ····· 17
가. 제정「형사소송법」 ····· 17
나. 2007년 개정「형사소송법」 ····· 18
다. 현행「형사소송법」 편장체계 ····· 18
2. 국내 교과서 내 편장체계 구성 ····· 22
3. 형사소송법전과 교과서의 체계에서의 차이 ····· 24
제2절 외국의 형사소송법 편장체계의 구조 ····· 26
1. 서설 ····· 26
2. 일본의 형사소송법 편장체계 구조 ····· 26
가. 일본 형사소송법의 역사 ····· 26
나. 일본과 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교 ····· 28
다. 일본과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 30

3. 독일의 형사소송법 편장체계 구조 ····· 32
가. 독일 형사소송법의 역사 ····· 32
나. 독일과 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교 ····· 34
다. 독일과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 36
4. 프랑스의 형사소송법 편장체계 구조 ····· 38
가. 프랑스 형사소송법의 역사 ····· 38
나. 프랑스와 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교 ····· 41
다. 프랑스와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 42
5. 오스트리아의 형사소송법 편장체계 구조 ····· 44
가. 오스트리아 형사소송법의 역사 ····· 44
나. 오스트리아와 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교 ····· 45
다. 오스트리아와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 47
6. 스위스의 형사소송법 편장체계 구조 ····· 51
가. 스위스 형사소송법의 역사 ····· 51
나. 스위스와 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교 ····· 52
다. 스위스와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 54
7. 베트남 형사소송법 편장체계 구조 ····· 58
가. 베트남 형사소송법의 역사 ····· 58
나. 베트남과 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교 ····· 60
다. 베트남과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 62
제3절 현행 형사소송법 편장체계의 문제점 ····· 64
1.「형사소송법」 명칭의 적절성 여부 ····· 64
2. 목적 규정 부재로 인한 문제 ····· 64
3. 총칙규정의 문제 ····· 66
가. 형사절차의 기본원칙 부재 ····· 66
나. 절차참가자의 권리 기술 부족 ····· 69
제4절 수사절차 관련 편장체계의 문제점 ····· 75
1. 수사절차 관련 편장체계 형식상 문제점 ····· 75
가. 형사소송 절차 흐름에 맞지 않는 편제 ····· 75
나. 준용규정 산재로 인한 이해의 어려움 ····· 75
다. 하위법령에 의한 인권침해 규정 존재 ····· 77
라. 특별법상 특례규정의 산재로 인한 규율의 어려움 ····· 77
2. 수사절차 편장체계 내용상 문제점 ····· 78

제3장 김성룡

임의수사 관련 편장체계의 개편방안 ····· 79

제1절 서론 ····· 81

제2절 임의수사 관련 편장체계 전체의 문제점과 개편방안 ····· 82

1. 개요 ····· 82
2. 「형사소송법」과 「검찰사건사무규칙」의 규정방식과 내용의 체계 검토 ····· 83
   가. 「형사소송법」과 「검찰사건사무규칙」 체계의 통일 ····· 83
   나. 「형사소송법」 제218조의 영장에 의하지 아니한 압수 규정의 성격 ····· 83
3. 「형사소송법」 규정체계의 개선과 구체화 필요성 ····· 84
   가. 피의자신문과 피의자심문 규정체계의 적절성 ····· 84
   나. 피의자 출석요구의 방법에 관한 규정의 법률화 ····· 87
   다. 현실을 반영한 수사 관련 조항의 마련 ····· 88
   라. 일본 「형사소송법」 제197조 전자증거에 대한 무삭제 요구 규정의 함의 ····· 88

제3절 임의수사 관련 준용규정의 문제점과 개편방안 ····· 90

1. 임의수사 관련 준용규정의 문제점 ····· 90
2. 임의수사 관련 준용규정의 개편방안 ····· 91

제4절 하위법령상 기본권 침해 관련 임의수사 규정의 편입방안 ····· 93

제5절 임의수사 관련 특별법 규정의 편입방안 ····· 95

1. 임의수사 관련 특별법 규정의 편입 필요성 ····· 95
2. 임의수사 관련 특별법 규정의 편입방안 ····· 95

제6절 새로운 수사기법 변화에 따른 임의수사 관련 체계 개편방안 ····· 98

1. 전자문서의 도입에 따른 「형사소송법」의 변화 ····· 98
2. 영상녹화에 관한 규정의 개선방안 ····· 99

제7절 소결 ····· 101

제4장 조기영·하태인·이석배

대인적 강제수사 관련 편장체계의 개편방안 ····· 103

제1절 체포관련 편장체계 개편방안 ····· 105
1. 영장에 의한 체포제도의 개편방안 ····· 105
가. 영장에 의한 체포의 개념과 조문체계 ····· 105
나. 영장에 의한 체포규정의 문제점 ····· 106
다. 관련 쟁점에 관한 비교법적 분석 ····· 109
라. 체포관련 편장체계 개편방안 ····· 113
2. 긴급체포 규정의 개편방안 ····· 115
가. 긴급체포의 개념과 조문체계 ····· 115
나. 긴급체포 규정의 문제점 ····· 116
다. 긴급체포 규정에 관한 비교법적 분석 ····· 117
라. 긴급체포 규정의 개편방안 ····· 118
3. 현행범인 체포규정의 개편방안 ····· 119
가. 현행범인 체포의 개념과 조문체계 ····· 119
나. 현행범인 체포규정의 문제점 ····· 119
다. 영장주의 적용 여부 ····· 120
라. 현행범인 체포규정에 관한 비교법적 분석 ····· 121
마. 현행범인 체포규정의 개편방안 ····· 122

제2절 구속관련 편장체계 개편방안 ····· 123
1. 구속의 개념과 조문체계 ····· 123
2. 구속규정의 문제점 ····· 123
가. 준용규정의 문제점 ····· 123
나. 개별규정의 문제점(제201조) ····· 124
3. 구속 규정에 관한 비교법적 분석 ····· 124
4. 구속관련 편장체계 개편방안 ····· 125

제3절 체포·구속의 해제관련 편장체계 개편방안 ····· 126
1. 구속 전 피의자심문제도의 개편방안 ····· 126
2. 체포·구속적부심사의 개편방안 ····· 135
가. 체포·구속적부심사 규정체계 개편방안 ····· 135
나. 피의자보석 규정체계 개편방안 ····· 138

다. 소결 ····· 140
3. 구속집행정지와 구속취소 규정의 개편방안 ····· 142
가. 구속집행정지 규정체계 개편방안 ····· 142
나. 구속취소 규정체계의 개편방안 ····· 144
4. 소결 ····· 145
제4절 기타 신체침해 수반 강제수사의 편장체계 개편방안 ····· 147
1. 서론 ····· 147
2. 강제채혈 및 강제채뇨 ····· 150
가. 준용으로 인한 문제점 ····· 150
나. 비교법적 분석 ····· 162
다. 신체 침해 관련 편장체계 개편방안 ····· 170
3. DNA검사 ····· 174
가. 특별법인 디엔에이법에 의한 규율 ····· 174
나. 독일의 입법례 ····· 175
다. 개편방안 ····· 178

제5장 박경규

대물적 강제수사 관련 편장체계의 개편방안 ····· 179

제1절 서론 ····· 181
제2절 제219조에 의한 포괄적 준용의 문제점 및 개선방안 ····· 182
1. 현행 규율방식 ····· 182
2. 제219조에 의한 포괄적 준용의 문제점 ····· 186
가. 외국의 압수·수색 및 검증 규율방식과의 비교 ····· 186
나. 명확성 원칙 위반의 소지 ····· 196
다. 수사단계와 공판단계의 차이에 대한 고려 미흡 ····· 199
라. 수색과 압수의 선후관계 ····· 201
3. 포괄적 준용으로 인한 문제점 개선방안 ····· 206
가. 제219조 삭제 및 최대한 준용방식 자제 ····· 206
나. 수색·압수와 검증을 구분하여 독립된 장으로 규율 ····· 207
다. 수색·압수의 선후관계 명확화 ····· 208

라. 수색·압수 그리고 검증의 장(章)의 위치 ····· 209
제3절 하위법령상 기본권 침해규정의 편입방안 ····· 210
제4절 특별법 규정의 소송법 내 편입방안 ····· 213
1. 편입의 방법 ····· 213
2. 자료제출명령·정보제공명령 ····· 214
제5절 기타 표현·기술상의 문제점과 개선방안 ····· 217
1. 불필요한 조항 언급 자제 ····· 217
2. 조항 편제에서의 효율성 및 체계성 추구 ····· 218
3. 한문체, 옛날식 표현 등 현재 어·문법에 맞지 않는 표현 ····· 218

제6장 이승현

수사절차 관련 형사소송법 편장체계 개편방안 ····· 219

제1절 수사절차 관련 편장체계의 개편 기준 ····· 221
1. 수사절차의 흐름 순으로 정비 ····· 221
2. 수사와 재판을 불명확하게 하는 준용규정 정비 ····· 221
3. 국민의 기본권과 관련한 사항의 법적 보장 ····· 222
4. 국민의 절차적 권리 보장규정 마련 ····· 222
제2절 단기적 편장체계 개편방안 ····· 223
1. 원칙 ····· 223
가. 현행 규정을 둔 상태로 위치 변경 ····· 223
나. 수사절차 진행순서에 따라 조정 ····· 223
다. 인권침해적 요소가 있는 규정 편입 ····· 224
라. 비경제적 규정 정비 ····· 224
2. 수사절차 흐름순 개편방안 ····· 224
가. 임의수사 체계 개편방안 ····· 224
나. 사후영장제도의 도입 ····· 225
3. 준용규정의 개편방안 ····· 226
가. 체포제도 관련 체계 개편방안 ····· 227
나. 제3자 출석요구의 개편방안 ····· 228
4. 하위법령 규정의 편입방안 ····· 228

가. 기본권 제한 규정의 편입방안 ····· 228
나. 법률규정의 구체화를 위한 하위법령 편입방안 ····· 231
다. 이해의 편의를 위한 준용규정 개편방안 ····· 233
라. 하위법령과 모순되는 사항의 개편방안 ····· 238
5. 특별법 규정의 편입방안 ····· 240
가. 영상물의 촬영·보존에 관한 규정 편입 ····· 240
나. 신뢰관계인 동석 ····· 241
제3절 장기적 편장체계 개편방안 ····· 242
1.「형사소송법」 명칭의 변경 ····· 243
2. 형사절차의 기본원칙 규정 마련 ····· 243
가. 목적조항의 마련 ····· 243
나. 형사절차의 기본원칙 ····· 244
다. 절차참가자의 권리 ····· 245
3. 수사 단서규정의 개편논의 추가 ····· 247
4. 수사관련 편장체계의 개편방안 요약 ····· 247

참고문헌 ····· 251

Abstract ····· 261

표 차례

[표 2-1] 시기별 형사소송법 편장체계 비교 ····· 19
[표 2-2] 국내 교과서의 편장체계 구조(1안) ····· 22
[표 2-3] 국내 교과서의 편장체계 구조(2안) ····· 23
[표 2-4] 시기별 일본 형사소송법 편장체계 변화 ····· 27
[표 2-5] 일본 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교 ····· 29
[표 2-6] 일본과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 30
[표 2-7] 시기별 독일 형사소송법 편장체계 변화 ····· 33
[표 2-8] 독일 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교 ····· 35
[표 2-9] 독일과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 37
[표 2-10] 시기별 프랑스 형사소송법 편장체계 변화 ····· 39
[표 2-11] 프랑스 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교 ····· 41
[표 2-12] 프랑스와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 42
[표 2-13] 오스트리아와 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교 ····· 45
[표 2-14] 오스트리아와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 47
[표 2-15] 스위스 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교 ····· 52
[표 2-16] 스위스와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 54
[표 2-17] 시기별 베트남 형사소송법 편장체계의 변화 ····· 59
[표 2-18] 베트남 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교 ····· 61
[표 2-19] 베트남과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교 ····· 62
[표 2-20] 수사관련 준용규정의 현황 ····· 76
[표 3-1] 일본 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 수사관련 규정 비교 ····· 85
[표 4-1] 체포절차에 준용되는 구속에 관한 규정(제200조의6) ····· 106
[표 4-2] 일본 형사소송법의 준용규정 형태 ····· 112
[표 4-3] 현행범인 체포절차에 준용되는 규정 ····· 120
[표 4-4] 수사상 구속절차에 준용되는 규정 ····· 124
[표 5-1] 제219조에 의해 준용되는 규정 ····· 183
[표 5-2] 5개 외국의 수사상 압수·수색 및 검증의 규율방식 ····· 189
[표 5-3] 베트남, 말레이시아, 캄보디아의 수사상 압수·수색 및 검증규율방식 ····· 193
[표 6-1] 외국의 형사절차 기본원칙 관련 규정 ····· 244

국문요약

「형사소송법」이 제정된 지 올해 65년이 지났으나, 제정 이후 체계면에서 일본법을 계수할 당시 체계에서 크게 벗어나지 못하였다. 첫째, 현행 「형사소송법(Criminal Procedure Act)」의 체계를 보면, 총칙에서 재판 이후의 절차가 규정되어 있고 이후 수사절차 규정이 대부분 재판절차 규정을 준용하고 있어 형사 절차의 흐름에 맞지 않다. 둘째, 제1편 총칙 규정에서 공판과 관련된 내용들이 다수 규정되어 있고 제2편 제1심에서 수사절차가 규정됨에 따라 마치 수사절차가 공판절차의 부수적인 절차 또는 예비절차로 이해되는 듯한 인상을 주고 있다. 제2편 제3장 재판 편에 규정되어야 할 중요한 내용 역시 대부분 총칙에서 규정하고 있어 형사절차 흐름에 맞는 체계를 갖추고 있지 못하고 있다. 셋째, 수사절차 중 국민의 기본권이나 절차상 당연히 고지되어야 하는 중요한 사항이 「형사소송법」 이 아닌 형사특별법이나 「형사소송규칙」(Regulation on Criminal Procedure), 「검찰사건사무규칙」에 의해 규율되고 있어, 「형사소송법」에서 형사절차 내용을 종합적이고 체계적으로 다루고 있다고 평가하기 어렵다. 넷째, 그간 수사기법의 변화나 새로운 수사제도 도입의 필요성에도 불구하고 「형사소송법」의 규정에 있어서 변화를 찾아보기 어렵다.

이러한 「형사소송법」 체계로 인해 형사절차의 당사자인 피의자 등 국민이 형사소송절차의 내용을 제대로 이해할 수 없고, 「형사소송법」이 형사사건의 진행과정과 절차를 안내해주는 '절차법'이지만, 실무가나 학자 등 법률 전문가들도 내용 파악에 어려움을 겪고 있는 등의 문제가 지속되어 왔다. 따라서 본 연구에서는 우리나라 「형사소송법」의 현행 체계구조와 조문 배열 순서에 대한 검토를 통해 우리나라 「형사소송법」 편장체계의 문제점을 검토하고 외국 「형사소송법」 체계와 비교하여 형사절차 흐름에 부합하고, 보다 국민의 기본권 보장에 충실한 「형사소송법」 편장체계 개편방안을 제시하고자 한다. 본 연구에서는 짧은 연구기간 및 연구내용의 방대함으로 인해 형사소송법 체계에 있어서 논의의 시급성을 가지고 있는 수사절차를 중심으로 검토하였다.

수사절차 개별 영역에서 임의수사가 원칙임을 공고히 할 수 있도록 임의수사 관련 규정을 개편해야 한다. 피의자신문과 관련하여 산재되어 있는 규정을 위치형식을 변경하여 병렬적으로 열거할 수 있도록 하고, 피의자 출석요구 방법에 관한 사항을 「검찰사건사무규칙」이 아닌 「형사소송법」에서 규율할 수 있도록 해야 한다. 피의자조사에 관한 사항도 준용하기보다는 검사와 사법경찰관의 피해자 조사규정을 활용하거나 보다 분명하게 규정을 정비해야 한다. 피의자의 권리 제한에 관한 「검찰사건사무규칙」의 규정들-검사의 피의자신문절차에서 변호인 참여 제한(제9조의2), 신뢰관계인의 동석 거부 또는 중지 사유(제12조의2 제4항, 제5항)-을 형사소송법에 명시하여 기본권 제한의 한계를 명확히 해야 한다. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」과 「아동·청소년 성보호에 관한 법률에서 아동·청소년 피해자 배려, 영상물 촬영·보존 관련 규정도 형사소송법에 편입하여야 한다.

대인적 강제수사와 관련하여, 체포는 구속 이전의 절차에 해당하므로 체포절차를 먼저 상세히 규정하고, 이후 단계인 구속절차에 준용하는 방식을 취하는 것이 바람직하다. 체포영장의 발부요건이 되는 체포의 필요성은 「형사소송규칙」이 아닌 「형사소송법」에 편입하는 것이 타당하다. 지명수배의 법적 근거 및 절차 부재로 인한 인권침해 가능성을 해소하기 위해 훈령 및 예규에 근거한 지명수배 규정을 「형사소송법」에 편입하는 것이 필요하다. 영장에 의한 체포절차에 관한 규정을 준용하는 내용을 긴급체포의 요건, 사후 체포영장 발부 및 구속영장 청구에 관한 규정 다음에 신설하는 방식을 취할 수 있다. 긴급체포에 대하여도 사후영장을 청구하도록 하되, 제200조의4 제4항과 제5항은 삭제하도록 한다. 현행범인 체포에 관한 사후영장주의를 적용하여 제212조의3 제2항 이하에서 사후영장 관련 절차 규정을 두는 것이 바람직하다. 구속 관련 체계는 수사단계에서 체포절차에 관한 규정을 상세히 규정한 후 수사상 구속절차에 관한 규정을 두고, 공판단계에서 구속에 관한 규정을 두되 수사단계 구속에 관한 규정을 일부 준용하는 방식을 취하는 형태로 개선되어야 한다. 구속 전 피의자심문 관련 제201조의2에서 '적법하게 체포된 피의자'로 명확하게 규정하고, 체포·구속 적부심사와 피의자보석과 관련 준용규정은 기본권과 관련된 중요사항은 보다 상세하게 기술하고, 기본권 제한과 관련없는 사항은 「형사소송규칙」으로 이전하거나 내용을 삭제하도록 한다. 법원의 규정을 준용함으로 인해 불명확해지는 사안에 대하여 검사

가 구속집행정지 또는 구속취소를 청구하는 경우에 관한 규정을 명확하게 두는 것이 바람직하다. 신체침해를 수반하는 강제처분을 규율할 때에는 피의자, 범죄혐의 정도 등 강제처분의 실체적 요건, 영장주의와 그 예외에 관한 절차적 요건, 강제처분 집행절차를 구별하여 규정해야 한다. 「범죄수사규칙」의 신체검사(제141조), 「인권보호수사준칙」의 신체수색(제28조) 등 신체검사 및 신체침해와 관련된 사항은 형사소송법에 명시적으로 허용하는 수권규범을 두는 방식으로 개편되어야 한다. DNA 검사 등 신체침해행위는 현행 특별법이 아닌 형사소송법에 편입되어야 하고, 피의자 권리 보호를 위해 법적 청문권 보장과 불복방법을 구체화해야 한다. 압수·수색에 관한 포괄적 준용규정인 제219조를 삭제하고 수색·압수·검증을 각각 독립된 조문으로 규정하도록 개선해야 한다.

수사절차 전반에 대한 「형사소송법」 편장체계 개편방안은 두 가지 형태로 고려할 수 있다. 형사소송법 편장체계 개편 완수까지는 장기간이 소요되므로 단기적으로 공판관련 규정을 수사절차에서 준용하고 있는 일부 준용규정을 손질하여 조문의 위치를 변경하고, 하위법령이나 특별법상에 규정되어 있는 국민의 기본권과 관련된 사항을 형사소송법으로 편입하는 방안이 있다.

그러나 수사절차 흐름에 맞는 체계적인 법률규정 배치를 위해서는 「형사소송법」 체계를 전면 개편하는 것이 필요하다. 주요 개편방안으로는 첫째, 제1편 총칙에서는 외국의 형사절차 편장체계와 같이 「형사소송법」의 목적과 기본원칙, 절차참가자의 권리가 기술되어야 하고, 형사소송법의 명칭을 형사절차법으로 변경하여 형집행절차까지 전반을 포섭할 수 있도록 해야 한다. 둘째, 제2편에서는 수사절차, 제3편에서는 재판절차로 체계를 바꾸어 형사절차 진행순서에 따라 체계가 구성되어야 한다. 제2편 수사절차의 구성에 있어서도 수사절차 흐름에 따라 수사의 기본원칙-사건의 수리-수사단서-임의수사-체포구속-기타 신체 침해-수색·압수-검증 순으로 기술되어야 한다. 셋째, 대인적 강제처분 이후에 규정되어 있는 고소, 고발 등 수사단서 규정은 수사의 기본원칙 이후로 위치를 변경해야 한다. 넷째, 임의수사 규정도 「검찰사건사무규칙」의 기술 방식을 참고하여 수사 실무상 진행순서에 따라 기술되어야 한다. 다섯째, 수사단계에서 체포에 관한 사항을 먼저 규정한 다음 구속절차를 기술하고, 이후 재판단계에서의 구속에 관한 규정을 두되 수사상 일부 규정을 준용하는 방식을 취하도록

한다. 여섯째, 강제 채혈, DNA 검사 등 기타 신체 침해를 수반하는 강제수사는 대물적 방법이긴 하나 당사자의 개인정보 등 사생활 침해영역이므로 대인적 강제수사 이후에 위치시키는 것이 바람직하다. 일곱째, 압수와 수색으로 표현되고 있는 두 개념을 수사절차 순서에 따라 수색과 압수로 분리하여 조문의 위치를 변경해야 한다.

서 론

이 승 현

제1장

서 론

제1절 | 연구의 필요성 및 목적

「형사소송법」은 "국가의 형벌권을 구체적으로 실현하기 위한 절차를 규율하는 법률"로서[1], 「형사소송법」을 제정한 지 올해로 만 65년이 되는 해이고, 그동안 유신헌법 하에서 1973년 3차 개정, 1995년 8차 개정, 그리고 사법개혁의 일환으로 단행되었던 2007년 17차 개정 등을 거쳐 왔다. 특히, 2007년 「형사소송법」 개정은 명목은 일부개정이었으나 사실상 전면개정에 가까운 개정이었고, 국민이 참여하는 재판제도의 도입을 내용으로 한 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」의 시행 10주년을 맞이하고 있다. 「형사소송법」 제정 60여년과 국민참여재판의 시행 10주년을 맞이한 현시점에서 「형사소송법」 편장체계를 살펴보고 개선점이 없는지를 검토하는 것은 의미 있는 작업일 것이다.

「헌법」과 「형사소송법」에서 보장하고 있는 국민의 기본권이 제대로 보장되기 위해서는 국민들이 「형사소송법」에서 어떠한 권리들이 보장되고 있고, 그 권리가 구체적으로 어떠한 절차를 통해 실현되고 있는지를 쉽게 이해할 수 있어야 한다.[2] 이는 「형사소송법」이 '형사절차법'이어야 하고, 체계적이고 이해하기 쉬운 법률이어야 하는 이유이기도 하다.

그러나 현행 「형사소송법」의 편장체계를 보면, 총칙에서 공판 이후의 절차가 규정되어 있고, 이후 수사절차 대부분 규정이 공판절차 규정을 준용하고 있어 형사절차의

1) 이은모·김정환, 형사소송법(제7판), 박영사, 2019, 15면.
2) 이동희, "형사소송법 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 – 일본 형사소송법에 대한 비교검토를 포함하여-", 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019, 2면.

흐름에 맞지 않고 있다. 뿐만 아니라 제1편 총칙 규정에서 공판과 관련된 내용들이 다수 규정되어 있고 제2편 제1심에서 수사절차가 규정됨에 따라 마치 수사절차가 공판절차의 부수적인 절차 또는 예비절차로 이해되는 듯한 인상을 주고 있다. 제2편 제3장에 규정되어 있는 내용 역시 중요한 내용은 대부분 총칙에서 규정하고 있어 공판 편장에 있어서 형사절차 흐름을 갖추고 있지 못하고, 형사절차 중 국민의 기본권이나 절차상 당연히 고지되어야 하는 사항이 「형사소송법」 이 아닌 특별법이나 「형사소송규칙」, 「검찰사건사무규칙」에 의해 규율되고 있어, 「형사소송법」만으로 형사절차 체계를 충분히 이해할 수 있는 법률이라고 평가하기 어렵다. 이러한 편장체계나 준용규정 등으로 인해 국민들이 형사소송절차의 내용을 제대로 알 수 없고 「형사소송법」이 형사사건의 진행과정과 절차를 안내해주는 '절차법'이지만, 실무가나 학자 등 법률 전문가들도 내용 파악에 어려움을 겪고 있는 점 등이 문제로 지적되어 왔다. 따라서 우리나라 「형사소송법」의 편장체계 구조와 조문 배열 순서 등을 절차 흐름 순에 따라 전면 개정할 필요가 있다.

「형사소송법」 편장체계 개편방안으로는 두 가지 방안을 고려할 수 있다. 첫째, 일부 준용규정의 폐지, 조문의 위치 변경 등을 통한 단기적 개편방안을 제시할 수 있다. 그러나 수사절차 흐름에 따른 자연스러운 법률규정의 배치를 위해서는 제1심 하에 있는 수사관련 규정을 별도의 수사 편으로 만드는 등 「형사소송법」 편제를 재구성할 필요가 있다. 우리나라 「형사소송법」의 편장체계 개편방안에 대한 종합적이고 체계적인 연구를 위해 외국의 형사절차법에 대한 비교 연구와 실무상 어려움 등을 함께 고민함으로써 보다 바람직한 대안을 마련할 필요가 있다.

「형사소송법」 편장체계 전반을 검토하는 것이 필요하나, 「형사소송법」 전체를 놓고 봤을 때 편장체계와 관련하여 논의하여야 할 쟁점이 무수히 많고, 수사부터 공판까지 전 영역을 논의하기에는 본 연구의 기간과 여건의 한계를 가질 수밖에 없다. 따라서 본 연구에서는 편장체계 개편논의가 가장 절실한 영역인 수사절차를 중심으로 편장체계에 대한 개편방안을 제시하고자 한다. 편장체계 개편방안을 논의함에 있어서 다음과 같은 관점에서 논의가 필요하다.

첫째, 전체 「형사소송법」 체계구조를 살펴보고, 독일, 일본, 스위스 등 대륙법계 국가의 「형사소송법」 체계와 비교하여 우리나라 편장체계 전반의 문제점을 도출할

필요가 있다. 대표적으로는 「형사소송법」의 법명이 '형사절차법'이 아니라 '소송법'인 점, 「형사소송법」의 목적조항이 마련되어 있지 않은 점, 「형사소송법」의 기본원칙이 총칙에서 설시되어 있지 않고 산발적으로 규정되어 있는 점, 「형사소송법」상 피의자·피고인, 피해자 등 절차참가자의 권리가 총칙에서 규정되어 있지 않은 점 등이 있다.

둘째, 수사절차의 준용규정에 관한 정비가 필요하다. 수사절차에 지나치게 많이 규정되어 있어 이해를 어렵게 하는 준용규정들을 폐지하고, 형사절차 흐름에 따라 '수사'부터 출발하는 새로운 편장체계를 구축해야 한다. 일반적으로 독일식 판덱텐 방식에 기초한 법전체계를 갖추고 있다 하더라도 하위의 수사절차에 반드시 준용규정을 두어야 하는 것은 아니다. 따라서 수사절차에서 준용규정을 대폭 축소함으로써 수사절차 관련 규정이 보다 명확해질 것이다.

셋째, 수사절차 흐름에 따라 수사절차 조문이 배열될 필요가 있다. 현재 제2편 제1심 제1장 수사 부분을 살펴보면 조문 배치가 수사절차의 진행순서와 다르다는 것을 알 수 있다. 수사의 주체(제195조~제197조)에 이어서 수사기관의 준수사항(제198조)이 규정되어 있고, 검사의 체포·구속장소 감찰(제198조의2), 수사와 필요한 조사(제199조), 임의수사로서 피의자신문에 관한 조항(제200조)이 수사절차의 진행순서와는 다르게 규정되어 있고, 이후 규정 역시도 통상체포(제200조의2), 긴급체포(제200조의3) 규정 다음에 구속(제201조), 현행범체포(제211조 이하)가 규정된 이후 체포구속적부심사(제214조의2) 순서로 규정되어 있다.[3] 임의수사가 원칙임에도 불구하고 대물적 강제처분의 압수·수색·검증(제215조~제220조)이 먼저 규율되고 임의수사로서 참고인조사와 감정·통역·번역의 위촉(제221조), 중요참고인에 대한 판사의 증인신문의 청구(제221조의2)가 규율된 이후에 다시 감정의 위촉 등(제221조의3·4)에 관한 규정이 기술되어 있다. 수사의 단서에 해당하는 변사자검시(제222조)와 고소·고발·자수(제223조~제240조) 규정은 가장 뒤에 위치하고 있어 형사절차의 전체 체계와 맞지 않다.[4] 우리나라 「형사소송법」은 일본의 「구 형사소송법」의 영향을 받은 것으로, 우리나라 「형사소송법」 제정 및 개정과정에서 통상체포 및 긴급체포의 신설, 긴급구

3) 이동희, "형사소송법 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 -일본 형사소송법에 대한 비교 검토를 포함하여-", 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019, 27면 각주 42번.
4) 이동희, "형사소송법 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 - 일본 형사소송법에 대한 비교 검토를 포함하여-", 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019, 27면 각주 42번.

속의 폐지, 참고인에 대한 증인신문 제도 등이 도입되면서 형사절차의 흐름 순서가 아닌 그때마다 조문 배열의 체계성을 잃었으므로 수사절차 전반의 개편 노력을 통해 수사 흐름에 맞는 규정체계를 갖출 필요성이 있다.

넷째, 인권보장과 관련된 규제절차는 하위규정이 아닌 법률에 규정될 필요가 있다. 수사에 관하여는 형사절차 법률주의와 강제처분법정주의 등이 적용되고 있다. 수사상 적법절차에 관한 규정이나 기본권 보장을 위한 규정이 「형사소송법」이 아닌 하위법령이나 수사기관의 내부지침 형태로 규정되어 있는데 「형사소송규칙」, 「검찰사건사무규칙」, 「범죄수사규칙」, 「변호인 접견·참여 등 규칙」 등이 대표적이다. 이들 하위법령 중심의 수사절차에 의한 규율은 적법절차 원칙이나 국민의 기본권 보장에 있어서 명확성의 원칙에 반할 수 있으므로 규정 정비를 통해 개선해야 한다.

다섯째, 특별법에 규정된 절차특례 규정을 소송법 내에 편입해야 할 필요성이 있다. 수사절차에서는 흔히 통신사실 확인을 위한 위치추적 등을 하고 있으나 이는 개인의 사생활의 자유를 제한하는 것이므로 「형사소송법」에 포함할지 여부를 논의할 필요가 있다. 중대범죄에 대하여 실시하고 있는 통신제한조치나 신상공개 등도 「형사소송법」에서 통합적으로 규율할 필요성이 있는지를 검토해보아야 한다.

여섯째, 현재 추상적이고 원론적으로 규정된 수사관련 규정을 선진각국의 수사제도와 강제처분 유형을 함께 검토 후 편장체계 내로 들여올지 여부를 검토할 필요가 있다. 일본은 2010년 전자증거, 암호키, 외국 서버 압수수색 등에 관한 규정을 「형사소송법」에 도입한 것을 보아도 알 수 있다.

따라서 본 연구에서는 「형사소송법」의 준용규정을 정비하고 형사절차의 흐름에 맞는 수사절차 조문 배열을 하며, 외국과의 입법례 비교를 통해 적법절차 또는 인권보장과 관련된 하위법령 규정을 「형사소송법」 체계 내로 가져옴으로써 국민이 알기 쉽고 국민의 권익을 보장하기 위한 「형사소송법」 체계로 개편하고자 한다.

제2절 | 연구내용

본 연구에서는 편장체계 개편방안을 검토하는 것을 주된 연구목적으로 하나, 「형사소송법」 체계 전체를 살피는 것은 짧은 연구기간 및 연구내용의 광범위성으로 인해 한계가 있다. 따라서, 본 연구에서는 편장체계 중 시급성이 요구되는 수사절차를 중심으로 편장체계 논의를 진행하고자 한다.

제1장에서는 「형사소송법」 편장체계를 재검토해야 하는 이유를 설시하고 본 연구에서 목적으로 삼고 있는 사항을 개관한다.

제2장에서는 우리나라 「형사소송법」 편장체계 전반에 대한 검토와 일본, 독일 등 외국의 편장체계 형태를 시대 흐름과 「형사소송법」 편장체계 전체, 그리고 수사절차에 국한하여 비교 검토함으로써 차이점과 시사점을 고찰하고, 우리나라 「형사소송법」 편장체계의 문제점을 검토한다. 이러한 결과를 바탕으로 「형사소송법」 편장 중 특히 수사절차 관련 편장체계의 개편 필요성을 제시한다.

제3장에서는 수사절차의 세부영역 중 임의수사와 관련된 규정의 문제점을 준용상의 문제점, 하위법령 또는 특별법과의 체계상 문제점으로 나누어 검토하고 그 대안을 제시한다.

제4장에서는 대인적 강제처분 관련 규정(즉, 체포·구속, 체포구속의 구제)의 문제점을 검토하고 편장체계 개편을 위해 필요한 준용규정의 문제점, 하위법령과 특별법과의 체계상 문제점 등을 고찰함으로써 체계 개편방안을 제시한다. 더불어 대인적 강제처분과 대물적 강제처분의 경계가 모호한 영역인 강제채혈, DNA 검사를 통한 신체침해행위의 문제점과 체계 개편방안을 제시한다(연구진들은 강제채혈 등 기타 신체침해행위가 검증 등 대물적 강제처분에도 속하나 신체침해로 인한 기본권침해의 가능성이 높으므로 대인적 강제처분에 보다 가깝다고 보아 대인적 강제처분을 논의하는 제4장 후단에서 함께 논의한다).

제5장에서는 대물적 강제처분으로서 압수·수색·검증 등의 규정이 준용상 어떠한 문제점을 갖고 있으며, 하위법령과의 관계, 기본권 보장 측면에서 어떠한 체계 개편이 필요한지를 검토한다.

제2장에서 검토한 「형사소송법」 편장체계 기초 내용을 중심으로 각 수사절차 영역별 세부 논의점을 현재 「형사소송법」 규정의 위치를 바꾸거나 새로운 조문을 추가함으로써 해결할 수 있는 단기적 체계 개편방안과 「형사소송법」 편장체계 전체를 재구성하는 형태로 변경이 필요한 장기적 개편방안으로 나누어 대안을 제시한다.

제3절 | 연구방법

본 연구는 우리나라와 외국의 「형사소송법」 편장체계 비교검토를 통해 문제점을 분석하고 세부 수사절차 영역별 문제점과 편장체계 개선안 제시를 목표로 하고 있다. 따라서 본 연구의 연구방법은 외국 「형사소송법」과의 비교법적 연구, 국내외 문헌연구, 전문가로 구성된 학계 공동연구, 전문가 워크숍과 자문회의를 통한 의견수렴 등 크게 네 가지 방식으로 진행되었다.

우리나라 편장체계의 문제점을 파악하기 위해 우리 「형사소송법」의 모태가 되었던 일본, 독일, 프랑스 「형사소송법」 등을 검토하고, 최근 개정논의가 활발한 스위스와 오스트리아의 「형사소송법」 편장체계도 함께 검토하였다. 국내 법무부와 사법발전재단 등에서 번역하여 제공하고 있는 「형사소송법」 번역문을 기초로 하되, 새롭게 개정되거나 보완되어야 할 내용은 각 국가의 법률사이트 접속을 통해 내용을 검색, 번역하여 내용을 보강하였다.

우리나라에서 「형사소송법」 편장체계에 관한 문헌연구가 많지 않아 편장체계에 관한 논의의 글 외에도 형사소송법 제정 자료집, 개정이유서 등 자료 등과 법제처 법률정보 사이트의 개정 내용 확인을 통해 내용을 보강하였다. 또한 국내·외 단행본, 논문, 정책보고서 등 문헌을 중심으로 「형사소송법」 개정과 관련하여 편장체계에서 논의될만한 내용을 기술한 자료를 찾아 반영하였다.

형사소송법 편장체계에 관한 거시적인 논의를 위해 한국비교형사법학회와 공동으로 형사절차 관련 전문가를 중심으로 연구진을 구성하여 공동연구를 수행하였고, 수사절차 세부영역별 대안 모색에 관한 의견을 교환하였다.

이외에도 실무와 현장에서 논의가 필요한 사항에 대하여는 외부전문가 자문회의와 워크숍을 개최하여 중요쟁점 사항들을 정리하였다. 검사 및 변호사 등 실무전문가와 형사소송법 강의를 직접 하고 있는 학계전문가들을 대상으로 편장체계에서의 문제점과 이해의 난해함 등에 관해 의견을 수렴하여 보고서에 내용으로 담았다.

형사소송법 편장체계의 기초

이 승 현

제2장

형사소송법 편장체계의 기초

제1절 | 우리나라 형사소송법 편장체계 구조

1. 형사소송법 편장체계 변화흐름

가. 제정「형사소송법」

우리나라 형사절차는 주로 중국의 영향을 받아 조선시대 형조, 의금부 등에서 소추와 재판을 시행하는 형태를 유지하다가, 1894년 갑오개혁을 계기로 구미의 근대화된 형사절차를 계수하려는 시도가 있었다.[5] 1910년 한일합방으로 형사절차의 발전이 중단되었다가 1912년부터「조선형사령」이 시행됨에 따라 독일의 영향을 받은 일본 형사절차 제도가 도입되었다. 당시「조선형사령」은 일본「형사소송법」에서 예심판사에게 주어진 현행범 이외 사건에 대한 강제수사권을 검사 또는 사법경찰관에게 인정하는 특례조항을 두어 공소제기 전이라도 영장을 발부하여 강제처분을 할 수 있도록 하였다.[6] 1945년 해방 이후 미군정이 실시됨에 따라 1948년 미군정법령 제176호에 의해 미국의 당사자 소송구조가 대폭 도입되었고, 1954년 9월 23일「형사소송법」이 처음 제정되었다.

1954년 제정「형사소송법」(법률 제341호, 1954년 5월 30일 시행)은 제1편에서 법원의 관할, 법원 직원의 제척·회피·기피 등 총칙 규정을 두고, 제2편에서 수사, 공소, 공판 등 제1심에 관한 사항을 담고 있으며, 제3편에서 상고, 항소 등 상소에 관한

5) 이승호·이인영·심희기·김정환, 형사소송법강의, 박영사, 2018, 7면.
6) 이은모·김정환, 형사소송법(제7판), 박영사, 2019, 12면.

사항을 정하고, 마지막으로 재심, 비상상고, 약식절차 등 특별소송절차 규정을 두고 있다.

나. 2007년 개정「형사소송법」

1954년「형사소송법」제정 이후 전면개정에 가까운 196개 조문의 대폭 개정이 이루어졌다. 사법제도개혁추진위원회의 의결사항을 토대로 정부안으로 제출된 개정안이 국회를 통과하여「형사소송법」이 개정되기에 이르렀다. 2007년 6월 1일에 개정된「형사소송법」(법률 제8496호, 2008년 1월 1일 시행)에서는 "형사절차에서 피고인 및 피의자의 권익을 보장하기 위해 인신구속제도와 방어권 보장제도를 합리적으로 개선하고, 공판중심주의적 법정심리절차를 도입하며, 재정신청의 대상의 전면 확대함에 따라 관련 규정체계를 보완하는 한편, 국민의 알권리 보장 및 사법에 대한 국민의 신뢰를 높이기 위해 형사재판기록의 공개범위를 확대하는 등 현행 제도의 운영상 문제점을 대폭 보완했다는 점"[7]에서 사실상 전면 개정에 가까운 개정이었다. 그러나 표에서 보는 바와 같이 인신구속 및 압수수색 관련 규정이 다수 들어왔으나 편장체계에 있어서 개편에 이를 정도의 개정은 아니었다.

다. 현행「형사소송법」편장체계

2007년「형사소송법」개정 이후 10여 년이 지났으나, 현재까지「형사소송법」편장체계는 특별한 변화가 없다. 2011년 개정「형사소송법」(법률 제10864호, 2012년 1월 1일 시행)에서 압수수색의 요건에 피고사건과의 관련성을 추가하고(제59조의3 신설), 압수·수색 등에 관한 압수의 범위와 방법을 명시하는 등 전기통신 관련 압수·수색제도를 일부 보완하고(제106조 제1항, 제107조, 109조), 사법경찰관의 수사 개시권과 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘권을 명시하였으며(196조), 수사기관의 압수·수색·검증의 요건에 피의사건과의 관련성과 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있을 것을 추가하였으며(제215조), 압수물의 소유자, 소지자 등의 신청이 있을 경우 수사기관이 압수물을 환부 또는 가환부할 수 있도록 하였으나(제218조의2, 제

7) 2007년 형사소송법 개정이유.

219조) 당시 개정에서도 「형사소송법」 편장체계의 변화는 거의 없었다. 우리나라 「형사소송법」은 1954년 제정 당시부터 2019년 현재까지 65년이 지났고 총 37번의 개정이 이루어졌으나, 「형사소송법」의 편장체계는 일본법을 계수하던 당시 체계 그대로를 유지하고 있다.

[표 2-1] 시기별 형사소송법 편장체계 비교

제정 형사소송법	2007년 형사소송법	현행 형사소송법
제1편 총칙	**제1편 총칙**	**제1편 총칙**
제1장 법원의 관할(~16)	제1장 법원의 관할(~16조의2)	제1장 법원의 관할(~16조의2)
제2장 법원직원의 제척, 기피, 회피(~25)	제2장 법원직원의 제척, 기피, 회피(~25)	제2장 법원직원의 제척, 기피, 회피(~25)
제3장 소송행위의 대리와 보조(~29)	제3장 소송행위의 대리와 보조(~29)	제3장 소송행위의 대리와 보조(~29)
제4장 변호(~36)	제4장 변호(~36)	제4장 변호(~36)
제5장 재판(~46)	제5장 재판(~46)	제5장 재판(~46)
제6장 서류(~59)	제6장 서류(~59조의2)	제6장 서류(~59조의3)
제7장 송달(~65)	제7장 송달(~65)	제7장 송달(~65)
제8장 기간(~67)	제8장 기간(~67)	제8장 기간(~67)
제9장 피고인의 소환, 구속(~105)	제9장 피고인의 소환, 구속(~105)	제9장 피고인의 소환, 구속(~105)
제10장 압수, 수색(~138)	제10장 압수, 수색(~138)	제10장 압수, 수색(~138)
제11장 검증(~145)	제11장 검증(~145)	제11장 검증(~145)
제12장 증인신문(~168)	제12장 증인신문(~168)	제12장 증인신문(~168)
제13장 감정(~179)	제13장 감정(~179조의2)	제13장 감정(~179조의2)
제14장 통역과 번역(~183)	제14장 통역과 번역(~183)	제14장 통역과 번역(~183)
제15장 증거보전(~185)	제15장 증거보전(~185)	제15장 증거보전(~185)
제16장 소송비용(~194)	제16장 소송비용(~194조의5)	제16장 소송비용(~194조의5)
제2편 제1심	**제2편 제1심**	**제2편 제1심**
제1장 수사(~245)	제1장 수사(~245조의2)	제1장 수사(~245조의4)
제2장 공소(~265)	제2장 공소(~264조의2)	제2장 공소(~264조의2)
제3장 공판(~337)	제3장 공판(~337)	제3장 공판(~337)
제3편 상소	**제3편 상소**	**제3편 상소**
제1장 통칙(~356)	제1장 통칙(~356)	제1장 통칙(~356)
제2장 공소(~370)	제2장 공소(~370)	제2장 공소(~370)
제3장 상고(~401)	제3장 상고(~401)	제3장 상고(~401)
제4장 항고(~419)	제4장 항고(~419)	제4장 항고(~419)
제4편 특별소송절차	**제4편 특별소송절차**	**제4편 특별소송절차**
제1장 재심(~440)	제1장 재심(~440)	제1장 재심(~440)
제2장 비상상고(~447)	제2장 비상상고(~447)	제2장 비상상고(~447)
제3장 약식절차(~458)	제3장 약식절차(~458)	제3장 약식절차(~458)
제5편 재판의 집행(~493)	**제5편 재판의 집행(~493)**	**제5편 재판의 집행(~493)**

현행 「형사소송법」은 5편으로 구성되어 있고, 총칙 편에서는 대부분 규정이 법원에 관한 규정이고, 이를 수사단계에서 준용하는 형태로 규율되어 있다. 제2편 제1심 제1장에서 수사에 관한 규정이 나오는데, 공교롭게도 수사에 관한 규정이 제1심 편제하에 있어서 마치 수사가 제1심의 준비단계 과정인 것처럼 인식되게 하고 있다.

제1편 총칙
- 제1장 법원의 관할(1조~16조의2)
- 제2장 법원직원의 제척 회피(17조~25조)
- 제3장 소송행위의 대리와 보조(26조~29조)
- 제4장 변호(30조~36조)
- 제5장 재판(37조~46조)
- 제6장 서류(47조~59조의3)
- 제7장 송달(60조~65조)
- 제8장 기간(66조~67조)
- 제9장 피고인의 소환, 구속(68조~105조)
- 제10장 압수와 수색(106조~138조)
- 제11장 검증(139조~145조)
- 제12장 증인신문(146조~168조)
- 제13장 감정(169조~179조의2)
- 제14장 통역과 번역(180조~183조)
- 제15장 증거보전(184조~185조)
- 제16장 소송비용(186조~194조의5)

제2편 제1심
- **제1장 수사(195조~245조의4)**
  - **수사기관(195조~197조, 210조)**
  - **준수사항(198조)**
  - **검사의 체포·구속장소 감찰(198조의2)**
  - **수사와 필요한 조사(199조)**
  - **피의자의 출석요구(200조)**
  - **체포(200조의2~200조의6)**
  - **구속(200조~209조)**
  - **현행범 체포(210조~214조)**
  - **체포구속적부심사(214조의2)**

재체포·재구속의 제한(제214조의3)
보증금 몰수(214조의4)
압수·수색·검증(215조)
영장에 의하지 않은 강제처분(제216~220조)
제3자의 출석요구(221조)
증인신문 청구(제221조의2)
감정(221조의3~221조의4)
변사자 검시(222조)
고소·고발·자수(223조~240조)
피의자 신문(제241조~245조의4)
제2장 공소(246조~264조의2)
제3장 공판(266조~337조)

제3편 상소
제1장 통칙(338조~356조)
제2장 항소(357조~370조)
제3장 상고(371조~401조)
제4장 항고(402조~419조)

제4편 특별소송절차
제1장 재심(420조~440조)
제2장 비상상고(441조~447조)
제3장 약식절차(448조~458조)

제5편 재판의 집행(459~493조)

지난 65년이라는 세월동안 우리나라 형사소송 구조가 변하지 않았느냐를 본다면 그렇지 않다. 그동안 미국 형사소송절차의 영향으로 소송구조가 직권주의에서 당사자주의로 형태를 변해왔고, 국민의 형사재판 참여기회도 늘어났으며, 다양한 수사기법 등이 활용되기 시작되었다. 그럼에도 불구하고 우리나라 「형사소송법」은 과거 독일이나 일본의 「형사소송법」의 편제에서 크게 벗어나지 못하고 있다.

2. 국내 교과서 내 편장체계 구성

과연 현행 「형사소송법」의 편장체계 구성이 국내 교과서에서도 그대로 적용되고 있는지를 살펴보았다. 국내 20여종의 「형사소송법」 교과서를 중심으로 체계를 살펴본 바 대부분의 「형사소송법」 교과서에서 「형사소송법」에 열거된 편장체계와 다르게 대부분 수사절차를 제1심이 아니라 별도로 장을 구성하여 기술하고 있었다. 국내 교과서의 편장체계는 크게 두 가지 형태로 나뉘는데, 총칙-소송주체 및 소송행위-수사절차-공소절차 순으로 규정한 경우(1안)와 총칙-수사절차-공소절차로 규정한 경우(2안)로 구분된다.

[표 2-2] 국내 교과서의 편장체계 구조(1안)

형사소송법 편장체계		해당 교과서
총칙	제1장 형사소송법의 기초 1. 형사소송법의 의의 2. 형사소송법의 법원 3. 형사소송법의 적용범위 4. 형사소송법의 역사 제2장 형사소송의 구조와 이념 1. 형사소송의 기본구조 2. 형사소송의 기본이념	김인회[8] 김형만[9] 배종대·홍영기[10] 신동운[11] 신양균[12] 정승환[13] 정웅석·최창호[14] 최호진[15]
수사	제1장 수사 일반 1. 총설 2. 수사기관 3. 수사조건 4. 수사 단서 5. 수사 기본원칙 제2장 임의수사 및 강제수사 제3장 대인적 강제처분 제4장 대물적 강제처분 제5장 수사의 종결	

8) 김인회, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2018, 3면 이하.
9) 김형만, 형사소송법, 박영사, 2017, 3면 이하.
10) 배종대·홍영기, 형사소송법, 홍문사, 2018, 1면 이하.
11) 신동운, 간추린 신형사소송법 제11판, 법문사, 2019, 3면 이하.
12) 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 3면 이하.
13) 정승환, 형사소송법, 박영사, 2018, 3면 이하.
14) 정웅석·최창호, 형사소송법, 대명출판사, 2018, 2면 이하.
15) 최호진, 형사소송법강의, 준커뮤니케이션즈, 2019, 2면 이하.

[표 2-3] 국내 교과서의 편장체계 구조(2안)

형사소송법 편장체계		해당 교과서
총칙	제1장 형사소송법의 기초 1. 형사소송법의 의의 2. 형사소송법의 법원 3. 형사소송법의 적용범위 4. 형사소송법의 역사 제2장 형사소송의 구조와 이념 1. 형사소송의 기본구조 2. 형사소송의 기본이념	강동욱 외[16] 이은모·김정환[17] 이승호 외[18] 이주원[19] 이재상·조균석[20] 임동규[21]
소송주체와 소송행위	제1장 소송의 주체 1. 법원 2. 검사 3. 피고인 4. 변호인 제2장 소송절차론	
수사	제1장 수사 일반 1. 총설 2. 수사기관 3. 수사조건 4. 수사 단서 5. 수사 기본원칙 제2장 임의수사 및 강제수사 제3장 대인적 강제처분 제4장 대물적 강제처분 제5장 수사의 종결	

임동규 교수의 교과서에서는 수사편 앞쪽에서 수사의 기본원칙으로 임의수사의 원칙, 강제수사 법정주의와 영장주의, 비례성의 원칙 등을 따로 두고 있다는 것이 특징이다.[22] 김인회 교수의 교과서는 기본 체계는 유사하나, 수사파트에서 '위법수사 통제방안'에 대하여 기술하고 있다는 특징을 가지고 있다.[23] 대다수 교과서에서는 총론에 피고인의 권리에 관한 사항만을 규정하고 있으나, 신동운 교수와 최호진 교수

16) 강동욱·황문규·이성기·최병호, 형사소송법강의 제4판, 오래, 2018, 5면 이하.
17) 이은모·김정환, 형사소송법 제7판, 박영사, 2019, 3면 이하.
18) 이승호·이인영·심희기·김정환, 형사소송법강의, 박영사, 2018, 1면 이하.
19) 이주원, 형사소송법, 박영사, 2019, 3면 이하.
20) 이재상·조균석, 형사소송법 제12판, 박영사, 2019, 3면 이하.
21) 임동규, 형사소송법 제14판, 법문사, 2019, 3면 이하.
22) 임동규, 형사소송법 제14판, 법문사, 2019, 164면.
23) 김인회, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2018, 180면.

의 교과서에서는 피고인 외에 피의자의 권리를 별도로 명시하고 있다는 것이 특징이다.[24] 신동운 교수의 교과서에서는 총론 부분이 따로 존재하지 않고 바로 수사절차가 나오면서 수사절차에서 「형사소송법」의 이념을 기술하고 있다는 점이 특색 있다.[25] 최호진 교수의 교과서에서는 총론에서 형사절차 전반을 이해할 수 있도록 수사-공판-재판 및 상소-형 집행-특별절차 순으로 형사절차에 대한 개관을 하고 있다는 점에서 형사절차 흐름 순으로 잘 정리되어 있다.[26]

3. 형사소송법전과 교과서의 체계에서의 차이

국내 형사법 관련 강의를 하고 계신 교수님들의 「형사소송법」 교과서를 살펴보면 형사절차 흐름에 따라 내용이 기술되고 있음을 알 수 있다. 국내 교과서와 형사소송법 편장체계를 비교하면 다음과 같은 점에서 차이가 나타나고 있다.

첫째, 국내 교과서에서는 대부분 수사절차부터 편제를 갖고 있음에도 불구하고, 「형사소송법」 현행 규정체계는 총칙에서 공소 제기 이후에 관한 부분이 먼저 나오고, 수사와 관련한 내용이 제195조로부터 시작하는 제2편 제1심 제1장에 수사라는 장명 아래 제245조의4까지 규정되어 있다.

둘째, 총칙 편의 구성에 있어서도 국내 교과서들은 「형사소송법」 편장체계와 같이 총칙에 법원과 관련된 사항을 먼저 설시하기보다는 「형사소송법」의 이념이나 형사소송의 기본원칙, 소송주체 등을 더 앞에 두고 있다는 점에서 「형사소송법」 편장과 차이가 있다. 국내 교과서에서는 공통되게 형사소송의 원칙을 총론부분에서 기술하고 있는데, 적법절차원칙, 무죄추정의 원칙, 신속 재판의 원칙, 실체적 진실주의 등이 대표적이라고 하겠다.

셋째, 「형사소송법」 규정에서는 제198조에서와 같이 검사 및 사법경찰관이 피의자에 대하여 준수해야 할 사항에 대하여만 규정해두고 있을 뿐 피의자의 권리에 관한 사항은 개별 사안별로 규정하고 있거나 피고인의 권리를 준용하는 형태로 해석되도록 하고 있다. 그러나 대체로 국내 교과서에서는 수사 총칙에 해당하는 부분에서 피의자

24) 신동운, 간추린 신형사소송법 제11판, 법문사, 2019, 39면; 최호진, 형사소송법강의, 준커뮤니케이션즈, 2019, 25면.
25) 신동운, 간추린 신형사소송법 제11판, 법문사, 2019, 3면.
26) 최호진, 형사소송법강의, 준커뮤니케이션즈, 2019, 18면.

의 지위와 권리를 기술하고 있다.

넷째, 교과서에서는 불심검문 또는 임의동행에 관한 사항을 수사단서 규정에서 규율하고 있고 소송 실무상 경찰수사 과정에서 많이 활용되고 있는 방법이나 「형사소송법」 규정에는 이를 열거하고 있지 않다.

다섯째, 강제채뇨, 음주측정, 통신자료 제공요청 등의 수사방법도 실무상 많이 이루어지고 있고 교과서에서는 대부분 내용을 언급하고 있으나 「형사소송법」 편장에서는 이들 내용이 존재하지 않는다.

국내 교과서와 「형사소송법」 규정의 편장체계의 차이에서 살펴본 바와 같이 수사실무상 운영되고 있는 많은 수사방법들이 「형사소송법」에 규율되어 있지 않거나, 형사소송 및 수사의 기본원칙마저 제시되어 있지 않아 「형사소송법」의 이해를 어렵게 하고 있다. 비록 「형사소송법」이 형사절차를 규율하는 법률이고 수범자가 수사기관 등 국가기관이긴 하지만, 형사절차의 적용을 받는 국민 역시 형사절차에 관한 기본사항을 이해하고 수사과정 등에 임할 필요가 있다. 그러나 현행 「형사소송법」 구조에서는 수사절차 대부분의 내용이 생략되거나 공판과 관련된 규정으로 준용되는 형태를 띄고 있어 국민이 수사절차를 이해하기 어렵게 하고 있다. 「형사소송법」이 국가기관이 수범자인 법률이긴 하나 국민의 신체의 자유 구속 등과 같은 기본권 침해와 연결되어 있기 때문에 국민도 그에 대하여 알 수 있도록 법률이 보다 명확해질 필요성이 있다. 따라서 국민들이 보다 이해하기 쉬운 「형사소송법」이 되기 위해서는 수사-기소-공판-상소-형 집행 순으로 그리고, 수사 실무상 많이 활용되고 있는 기본권 침해적 사항은 형사절차의 흐름에 따라 「형사소송법」에 편입되는 등 「형사소송법」 편장체계가 정비될 필요성이 있다.

제2절 | 외국의 형사소송법 편장체계의 구조

1. 서설

미국은 헌법에서 형사절차에 관한 기본규정을 제시하고 있고, 「연방형사소송법」이 있긴 하나, 1946년 연방대법원에 의해 제정된 「연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)」을 통해 수사절차를 비롯한 형사소송에 관한 대부분 사항이 규율되고 있다. 「연방형사소송규칙」의 영향을 받아 각 주별로 주형사소송법이 제정되었다. 영국의 경우 형사소송법이 별도로 제정되어 있지 않고 형사소송과 관련한 사항은 개별 법률인 1996년 「형사절차 및 수사에 관한 법률(Criminal Procedure and Investigation Act 1996)」과 1984년 「경찰 및 형사증거법(The Police and Criminal Procedure Act 1984)」에 의해 규율되고 있다. 미국과 영국은 소송절차 흐름대로 편장체계가 갖추어 있긴 하나, 관련 법률의 내용이 방대하고 수사 실무에 관한 사항이 매우 상세히 규율되는 입법체계를 취하고 있으므로 편장체계 비교에 있어서 한계를 가지고 있다.

따라서 우리나라와 유사한 입법체계를 가지고 있는 독일, 일본의 형사소송 편장체계 외에도, 일본법과 독일법에 영향을 준 국가인 프랑스를 검토하고자 한다. 우리나라와 유사한 체계를 가지고 있으나 최근 다양한 수사절차와 관련하여 형사개혁이 이루어진 스위스와 오스트리아의 「형사소송법」을 통해 대안을 찾고자 한다.

2. 일본의 형사소송법 편장체계 구조

가. 일본 형사소송법의 역사

일본 「형사소송법」의 시작은 1880년 제정된 '치죄법(治罪法)'으로, 1808년 나폴레옹 시대에 제정된 프랑스 치죄법전(Code d'instruction criminelle)을 그 모델로 삼아 만든 것인데, 치죄법에서는 자백단죄, 증거법정주의가 배제되고 대륙법 형태의 「형사소송법」이 도입되었다.[27] 일본 「형사소송법」은 초기 프랑스의 영향을 받았으나, 1882년부터 독일과 프랑스 전쟁의 영향을 받아 독일법제를 받아들이기 시작하였고, 1890

년 재판소구성법이 시행되면서 1890년 「명치 형사소송법(구구 형사소송법)」이 제정되었다.[28] 1922년 독일의 영향을 받은 「대정 형사소송법(구 형사소송법)」이 제정되었으나, 2차 세계대전 이후 신헌법에 맞는 「형사소송법」의 제정 필요성에 따라 1948년 현행 「형사소송법」이 제정되었다.

현행 「형사소송법」은 기존의 형사재판 구조를 유지하면서 수사, 공판, 증거에 관한 사항을 대폭 변경하여 영미법적인 요소를 가미하였다. 「대정 형사소송법」과 비교할 때 현행 「형사소송법」은 수사상 강제처분에 있어서 영장주의 채택 등을 통해 인권보장을 강화하고, 전문법칙·자백법칙 등을 채택함으로써 증거법을 보다 엄격하게 하였으며, 공소장 일본주의와 소인제도, 당사자의 증거제출 등을 마련함으로써 당사자주의를 보다 강화하였으며, 예심제도를 폐지하고 상소제도를 개혁한 것이 특징이다.[29]

[표 2-4] 시기별 일본 형사소송법 편장체계 변화

1890년 명치 형사소송법	1922년 대정 형사소송법	1948년 (2019 개정) 현행 형사소송법
제1편 총칙	제1편 총칙	제1편 총칙
	제1장 법원의 관할	제1장 법원의 관할
제2편 법원	제2장 법원 직원의 제척, 기피, 회피	제2장 법원 직원의 제척, 기피, 회피
제1장 법원의 관할	제3장 소송능력	제3장 소송능력
제2장 법원 직원의 제척, 기피, 회피	제4장 변호 및 대리	제4장 변호 및 대리
	제5장 재판	제5장 재판
제3편 범죄의 수사, 기소, 예심	제6장 서류	제6장 서류 및 송달
제1장 수사	제7장 송달	제7장 기간
제1절 고소, 고발	제8장 기간	제8장 피고인의 소환, 구인, 구류
제2절 현행범죄	제9장 피고인의 소환, 구인, 구류	제9장 압수 및 수색
제2장 기소	제10장 피고인신문	제10장 검증
제3장 예심	제11장 압수 및 수색	제11장 증인신문
제1절 영장	제12장 검증	제12장 감정
제2절 (삭제)	제13장 증인신문	제13장 통역 및 번역
제3절 증거	제14장 감정	제14장 증거보전
제4절 피고인의 신문 및 대질	제15장 통역	제15장 소송비용
제5절 검증, 수색, 차압	제16장 소송비용	제16장 비용의 보상
제6절 증인신문		
제7절 감정		

27) 히라라키 토기오(조균석 역), 일본 형사소송법, 박영사, 2012, 6면.
28) 히라라키 토기오(조균석 역), 일본 형사소송법, 박영사, 2012, 6면.
29) 히라라키 토기오(조균석 역), 일본 형사소송법, 박영사, 2012, 7면.

1890년 명치 형사소송법	1922년 대정 형사소송법	1948년 (2019 개정) 현행 형사소송법
제8절 현행범 예심 제9절 보석 제10절 예심종결 제4편 공판 제1장 총칙 제2장 구법원 공판 제3장 지방법원 공판 제5편 상소 제1장 총칙 제2장 항소 제3장 상고 제4장 항고 제6편 재심 제7편 대심원의 특별권한에 속하는 소송절차	제2편 제1심 제1장 수사 제2장 공소 제3장 예심 제4장 공판 제3편 상소 제1장 총칙 제2장 항소 제3장 상고 제4장 항고 제4편 대심원의 특별권한에 속하는 소송절차 제5편 재심 제6편 비상상고	제2편 제1심 제1장 수사 제2장 공소 제3장 공판 제4장 증거수집 등에의 협력 및 소추에 관한 합의 제5장 즉결심판절차 제3편 상소 제1장 총칙 제2장 항소 제3장 상고 제4장 항고 제4편 재심 제5편 비상상고 제6편 약식절차 제7편 형 집행

출처: 이동희, “형사소송법의 편장체계 전면개정 필요성과 개정시론 – 일본 형사소송법에 대한 비교검토를 포함하여–”, 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019, 16-18면.

나. 일본과 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교

일본의「형사소송법」편장체계는 우리나라와 매우 흡사하다. 우리나라「형사소송법」은 편제를 5편으로 두고 있는 반면에 일본「형사소송법」은 편제를 7편으로 두고 있다는 차이만 있을 뿐 세부 구성에 있어서「형사소송법」편장체계에 있어서는 차이가 거의 없다.

차이가 있는 부분을 세부적으로 찾아본다면 다음과 같다.

첫째, 일본은「형사소송법」제1조에 목적 조항에 해당하는 규정을 가지고 있다는 점에서 우리나라와 큰 차이점을 보이고 있다.

둘째, 일본이 제1편 총칙의 제6장에서 서류와 송달을 함께 규율하고 있는 반면에 우리나라의 경우 별도의 장으로 구분하여 규정하고 있다는 것 외에 총칙에 있어서 편장체계는 거의 유사하다.

셋째, 일본은 제2편 제1심 마지막 장에서 즉결심판절차를 규정하고 있다는 점에서

「형사소송법」에 즉결심판절차를 두지 않은 우리나라와 체계에 있어 차이를 보이고 있다.

일본 「형사소송법」은 그동안 수차례 개정작업을 거치면서 비용의 보상, 공판에 있어 쟁점 및 증거의 정리절차, 피해자 참가, 증거수집에서의 협력 및 소추에 관한 합의 등에 관한 규정을 보완하였다.

[표 2-5] 일본 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교

일본 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1편 **총칙(1조)** 제1장 법원의 관할(2조~19조) 제2장 법원직원 제척·회피(20조~26조) 제3장 소송능력(27조~29조) 제4장 변호와 보조(30조~42조) 제5장 재판(43조~46조) **제6장 서류 및 송달(47조~54조)** 제7장 기간 (55조~56조) 제8장 피고인 소환, 구인, 구류(57조~98조) 제9장 압수 및 수색(99조~117조) 제10장 검증(128조~142조) 제11장 증인신문(143조~168조) 제12장 감정(169조~174조) 제13장 통역과 번역(175~180조) 제14장 증거보전(179~180조) 제15장 소송비용(180조~188조) 제16장 비용보상(188조의2~188조의7)	제1편 총칙 제1장 법원의 관할(1조~16조의2) 제2장 법원직원 제척 회피(17조~25조) 제3장 소송행위 대리와 보조(26조~29조) 제4장 변호(30조~36조) 제5장 재판(37조~46조) **제6장 서류(47조~59조의3)** **제7장 송달(60조~65조)** 제8장 기간(66조~67조) 제9장 피고인 소환, 구속(68조~105조) 제10장 압수와 수색(106조~138조) 제11장 검증(139조~145조) 제12장 증인신문(146조~168조) 제13장 감정(169조~179조의2) 제14장 통역과 번역(180조~183조) 제15장 증거보전(184조~185조) 제16장 소송비용(186조~194조의5)
제2편 제1심 제1장 수사(189조~246조) 제2장 공소(147조~270조) 제3장 공판(271조~제350조) **제4장 즉결심판절차(350조의2~제355조의15)**	제2편 제1심 제1장 수사(195조~245조의4) 제2장 공소(246조~264조의2) 제3장 공판(266조~337조)
제3편 상소 제1장 통칙(351~371조) 제2장 항소(372~404조) 제3장 상고(405조~418조) 제4장 항고(419조~446조)	제3편 상소 제1장 통칙(338조~356조) 제2장 항소(357조~370조) 제3장 상고(371조~401조) 제4장 항고(402조~419조)
제4편 재심(435조~453조) 제5편 비상상고(454~460조) 제6편 약식절차(461~447조)	제4편 특별소송절차 제1장 재심(420조~440조) 제2장 비상상고(441조~447조) 제3장 약식절차(448조~458조)
제7편 재판의 집행(471조~507조)	제5편 재판의 집행(459~493조)

다. 일본과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

제2편 제1심 수사절차와 관련된 규정을 살펴보면 일본 「형사소송법」과 우리나라 「형사소송법」에 있어서 규정체계의 차이점을 발견하기 어렵다. 수사기관에 대한 열거 이후에, 임의수사 원칙에 관한 규정을 기술하고 피의자 출석요구 규정을 두고, 다음으로 체포구속에 관한 규정과 압수·수색·검증에 관한 사항을 열거하고 있고, 참고인에 대한 증인신문 등을 두고 있는 점에서 우리나라의 「형사소송법」 편장체계에서 나타나는 형사절차의 복잡성이 일본 「형사소송법」에서도 그대로 드러나고 있다.

[표 2-6] 일본과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

일본 형사소송법	우리나라 형사소송법
제189조 사법경찰관	제195조 검사의 수사
제190조 특별사법경찰관	제196조 사법경찰관리
제191조 검사의 직접수사	제197조 특별사법경찰관리
제192조 수사협력	제198조 불구속 수사 등
제193조 검사의 지시권	제198조2 체포구속장소 감찰
제194조 징계 파면 소추	제199조 임의수사원칙
제195조 관할구역 외 수사	제200조 피의자출석요구
제196조 명예훼손, 수사방해등	제200조2 영장에 의한 체포
제197조 임의수사원칙	제200조3 긴급체포
제198조 피의자출두요청 등	제200조4 긴급체포와 영장청구
제199조 체포사유	제200조5 체포피의사실고지
제200조 체포장 기재사항 등	제200조 준용규정
제201조 체포장 제시의무	제201조 구속
제202조 검찰사무관 사법순사 체포시 인치의무	제201조2 영장청구 피의자신문
제203조 사법경찰관의 체포장 집행	제202조 사법경찰관 구속기간
제204조검사의 체포장 집행	제203조 검사의 구속기간
제205조 검사에게 인치된 피의자처리	제203조2 구속기간에의 산입
제206조 구속영장청구	제204조 영장발부와 법원에 대한 통지
제207조 영장판사의 권한	제205조 구속기간의 연장
제208조 구속피의자 공소제기기간	제208조 재구속의 제한
제208조2 구속기간 연장(5일)	제209조 준용규정
제209조 준용규정	제210조 사법경찰관 관할외수사
제210조 긴급체포	제211조 현행범, 준현행범
제211조 준용	제212조 현행범 체포
제212조 현행범	제213조 체포된 현행범인도
제213조 현행범 체포	제213조2 준용규정
제214조 현행범인도(검사 등)	제214조 경미사건 현행범
제215조 현행범인도(사법순사)	제214조2 체포와 구속적부심
제216조 준용규정	제214조3 재구속제한
제217조 30만엔이하 벌금 현행범	제214조4 보증금 몰수

일본 형사소송법	우리나라 형사소송법
제218조 압수, 기록명령부압수, 수색 또는 검증영장의 집행과 신체검사 등	제215조 압수, 수색, 검증
제219조 전조 영장 기재사항 등	제216조 영장에 의하지 아니한 강제처분
제220조 영장에 의하지 않은 강제처분	제217조 영장에 의하지 아니하는 강제처분
제221조 임의제출물 영치 등	제218조 영장에 의하지 아니한 압수
제222조 영장집행 유의사항 등	제218조2 압수물 환부
제222조2 전기통신감청관련 특칙	제219조 준용
제223조 제3자 출두요구, 통역, 감정, 번역 위촉 등	제220조 요급처분
제224조 감정위촉 준용규정등	제221조 제3자 출석요구
제225조 감정위촉 관련	제221조2 증인신문의 청구
제226조 전문가 증인신문청구	제221조3 감청위촉과 감정유치
제227조 증인심문청구	제221조4 감정에 필요한 처분
제228조 심문절차	제222조 변사자 검시
제229조 변사자 검시	제223조 고소권자
제230조 피해자의 고소권	제224조 고소의 제한
제231조 고소권자	제225조 비피해자인 고소권자
제232조 고소권자	제226조 동전
제233조 사자명예 고소권자	제227조 동전
제234조 친고죄 고소	제228조 고소권자의 지정
제235조 친고죄 고소	제229조 배우자의 고소
제236조 수인의 고소권	제230조 고소기간
제237조 고소취소	제231조 수인의 고소권자
제238조 친고죄 고소취소 효과	제232조 고소의 취소
제239조 고발	제233조 고소의 불가분
제240조 고소취소의 대리	제234조 고발
제241조 고소 고발 방법	제235조 고발의 제한
제242조 사법경찰관 고소접수 송부의무	제236조 대리고소
제243조 준용규정	제237조 고소, 고발의 방식
제244조 외국의 대표자 고소 등	제238조 고소, 고발과 사법경찰관의 조치
제245조 자수준용규정	제239조 준용규정
제246조 사법경찰관의 기록, 증거물 송치의무	제240조 자수와 준용규정
	제241조 피의자신문
	제242조 피의자신문사항
	제243조 피의자신문과 참여자
	제243조2 변호인의 참여
	제244조 피의자신문조서의 작성
	제244조2 피의자진술 영상녹화
	제244조3 진술거부권 등의 고지
	제244조4 수사과정의 기록
	제244조5 장애인등 특칙
	제245조 참고인과의 대질
	제245조2 전문수사자문위원 참여
	제245조3 전문수사자문위원 지정
	제245조4 준용규정

3. 독일의 형사소송법 편장체계 구조

가. 독일 형사소송법의 역사

독일 「형사소송법」은 1532년 칼 5세에 의해 제정된 카롤리나 형법(Constitution Criminal Carolina)에 있는 형사절차 규정에서 시작되었다. 규문절차에 따라 판사가 고소나 혐의가 있는 경우 혐의자를 구속하고 조사하여 판결을 내리는 형태를 취하였다.[30] 이후 독일은 프랑스 치죄법의 영향을 받아 검사가 형사소송절차에서 주도적 역할을 하도록 하였고, 기소 전에 수사절차는 독립법관인 예심판사가 수행하는 형태로 변경되었다. 1848년부터 독일령내의 개별 공국들이 새로운 형사소송법을 제정하기 시작했는데, 배심 또는 참심재판, 검찰제도 개선, 예심판사에 의한 수사 진행 등을 내용으로 하였다.

1873년부터 1877년까지 독일 제국법무성과 제국연방 참의원의 협의, 제국의회의 심의, 제국법무성 심의절차에 따라 관련 법률들이 검토되었고, 1877년에 독일제국의 통일된 「형사소송법」이 제정되었다. 이에 따라 경미한 형사사건에서는 참심재판이, 중간정도 형사사건에 대하여는 직업법관 재판이, 중대한 형사사건에 대하여는 3명의 직업법관과 12명의 배심원이 참여하는 배심재판이 적용되었다.[31] 1964년 개정 「형사소송법」에서는 구속을 제한하기 위해 수사기관과 법원의 구속에 관한 사항을 비례성의 원칙에 따라 실시하도록 하였고(제112조 제3항, 제112a), 피의자의 진술거부권을 포함한 피의자 인권보장에 관한 사전고지의무가 강화되었다.[32]

1987년에 「형사소송법」이 대폭 개정되었는데, 「형사소송법」에 규정되어 있는 부대소송에 관한 사항이 개선되는 외에, 피해자 배상, 기타 피해자의 권한 들이 내용으로 들어오면서 피해자의 지위가 보다 강화되었다. 1997년 개정 「형사소송법」에서는 범인 식별을 위한 DNA 검사에 관한 규정이 도입되었다. 2000년 개정 「형사소송법」에서는 체포장과 공개수배제도가 도입되었고(제131조~제131c조), 소송절차상 필요한 정보 사용에 관한 규정이 마련되었다(제474조~제482조).

2018년 현행 독일 「형사소송법」은 데이터 사용과 정보보호에 관한 사항을 정보사

30) 김일수, 독일·오스트리아·스위스의 형사법 개정 추이, 법무부, 2005, 73면.
31) 김일수, 독일·오스트리아·스위스의 형사법 개정 추이, 법무부, 2005, 76면.
32) 김일수, 독일·오스트리아·스위스의 형사법 개정 추이, 법무부, 2005, 77면.

용 및 열람등사, 정보 관리, 검사의 절차 등록, 전자기록으로 나누어 상세히 규정하고 있는 것이 특징이다.

[표 2-7] 시기별 독일 형사소송법 편장체계 변화

1877년 형사소송법	1987년 형사소송법	2018년 형사소송법
제1편 총칙 제1장 법원의 사물관할 제2장 재판적 제3장 법원구성원의 제척과 기피 제4장 재판과 관계인들 사이의 소통 제4a장 법원의 재판 제4b장 송달절차 제5장 기간과 종전상태로의 복귀 제6장 증인 제7장 감정인과 검증 제8장 압수, 통신감시, 수색 제9장 구속과 일시 체포 제10장 피의자신문 제11장 변호	**제1편 총칙** 제1장 법원의 사물관할 제2장 재판적 제3장 법원구성원의 제척과 기피 제4장 재판과 관계인들 사이의 소통 제4a장 법원의 재판 제4b장 송달절차 제5장 기간과 종전상태로의 복귀 제6장 증인 제7장 감정인과 검증 제8장 압수, 통신감시, 수색 제9장 구속과 일시 체포 **제9a장 형사소추와 형집행 확보를 위한 그밖의 조치** **제9b장 일시적 작업금지** 제10장 피의자신문 제11장 변호	**제1편 총칙** 제1장 법원의 사물관할 제2장 재판적 제3장 법원구성원의 제척과 기피 제4장 재판과 관계인들 사이의 소통 제4a장 법원의 재판 제4b장 송달절차 제5장 기간과 종전상태로의 복귀 제6장 증인 제7장 감정인과 검증 제8장 압수, 통신감시, **데이터 검색, 기술 수단 투입, 비밀수사관의 투입과 수색** 제9장 구속과 일시 체포 제9a장 형사소추와 형집행 확보를 위한 그밖의 조치 제9b장 일시적 작업금지 제10장 피의자신문 제11장 변호
제2편 제1심 절차 제1장 공소 제2장 공소의 준비 제3장 법원의 예심 제4장 공판절차 개시에 관한 재판 제5장 공판 준비 제6장 공판 **제7장 배심법원의 공판** 제8장 궐석재판절차	**제2편 제1심 절차** 제1장 공소 제2장 공소의 준비 제3장 〈삭제〉 제4장 공판절차 개시에 관한 재판 제5장 공판 준비 제6장 공판 제7장 궐석재판절차	**제2편 제1심 절차** 제1장 공소 제2장 공소의 준비 제3장 〈삭제〉 제4장 공판절차 개시에 관한 재판 제5장 공판 준비 제6장 공판 **제7장 판결에 유보된 보호감호명령에 관한 재판 또는 보호감호명령** 제8장 궐석재판절차
제3편 상소 제1장 총칙 제2장 항고 제3장 항소 제4장 상고	**제3편 상소** 제1장 총칙 제2장 항고 제3장 항소 제4장 상고	**제3편 상소** 제1장 총칙 제2장 항고 제3장 항소 제4장 상고

1877년 형사소송법	1987년 형사소송법	2018년 형사소송법
제4편 확정적 판결로 종결된 절차의 재심	**제4편 확정적 판결로 종결된 절차의 재심**	**제4편 확정적 판결로 종결된 절차의 재심**
제5편 피해자의 절차 참가 제1장 사인소추 제2장 부대소송	**제5편 피해자의 절차 참가** 제1장 사인소추 제2장 부대소송 **제3장 피해자 배상** **제4장 기타 피해자의 권한**	**제5편 피해자의 절차 참가** 제1장 사인소추 제2장 부대소송 제3장 피해자 배상 제4장 기타 피해자의 권한
제6편 절차의 특별절차 제1장 약식명령절차 **제2장 선제적 경찰의 형사 처분 절차** **제3장 공공요금 및 세금 부과에 관한 규정 위반 절차** **제4장 병역기피자의 궐석재판절차** 제5장 몰수 및 재산압류	**제6편 절차의 특별절차** 제1장 약식명령절차 제2장 보안처분 절차 제3장 몰수 및 재산압류 제4장 법인과 인적 단체에 대한 질서위반금 부과절차	**제6편 절차의 특별절차** 제1장 약식명령절차 제2장 보안처분 절차 **제2장a 신속절차** 제2장b 〈삭제〉 제3장 몰수 및 재산압류 제4장 법인과 인적 단체에 대한 질서위반금 부과절차
제7편 형집행 및 절차비용 제1장 형의 집행 제2장 절차 비용	**제7편 형집행 및 절차비용** 제1장 형의 집행 제2장 절차 비용	**제7편 형집행 및 절차비용** 제1장 형의 집행 제2장 절차 비용
		제8편 데이터 보호와 정보 사용 **제1장 정보제공, 열람등사 등 정보사용** **제2장 정보의 관리규정** **제3장 모든 주에 적용되는 검사의 절차등록** **제4장 전자기록: 전자적 개인정보의 사용**

출처: 독일법 연구회, 독일 형사소송법(StPO), 사법발전재단, 2017, 3면 이하; 이경렬, "독일법계 형사절차법 개정연혁 및 편장체계 비교연구, 〈형사소송법 편장체계 전면 개정 입법안과 외국 입법례 연구〉2018년도 동계학술대회 자료집, 한국비교형사법학회, 2019, 19-22면.

나. 독일과 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교

독일 「형사소송법」의 체계도 총칙에서 법 전반에 대한 기본원칙과 공통사항을 기술하고 상세한 사항은 각칙으로 기술되는 판덱텐 체계를 갖추고 있다는 점에서 우리나라의 「형사소송법」 체계와 유사하다.

다만 독일 「형사소송법」은 다음과 같은 점에서 우리나라 「형사소송법」과 다른 체계를 갖추고 있다. 첫째, 독일 「형사소송법」은 제1편 제8장 이하에서 압수, 통신감시,

데이터 뱅크의 검색, 기술 수단의 투입, 비밀수사관의 투입과 수색 등 수사상 강제처분 이하 규정을 두고 있다는 점이 특징이다. 둘째, 독일 「형사소송법」은 제5편에서 피해자의 절차참가에 관한 규정을 별도로 두고 있는 것도 피해자의 권리에 관한 규정을 특별법에서 해결하고 있는 우리나라 절차체계와도 차이가 있다. 셋째, 독일 「형사소송법」은 제8편에 데이터 보호와 정보 사용에 관한 사항을 법률로 가져왔다는 점에서 차이가 있다.

[표 2-8] 독일 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교

독일 형사소송법[33]	우리나라 형사소송법
제1편 총칙	**제1편 총칙**
제1장 법원의 사물관할	제1장 법원의 관할(1조~16조의2)
제2장 재판적	제2장 법원직원 제척 회피(17조~25조)
제3장 법원구성원의 제척과 기피	제3장 소송행위 대리와 보조(26조~29조)
제4장 재판과 관계인들 사이의 소통	제4장 변호(30조~36조)
제4a장 법원의 재판	제5장 재판(37조~46조)
제4b장 송달절차	**제6장 서류(47조~59조의3)**
제5장 기간과 종전상태로의 복귀	제7장 송달(60조~65조)
제6장 증인	제8장 기간(66조~67조)
제7장 감정인과 검증	제9장 피고인 소환, 구속(68조~105조)
제8장 압수, 통신감시, 데이터 검색, 기술 수단 투입, 비밀수사관의 투입과 수색	제10장 압수와 수색(106조~138조)
제9장 구속과 일시 체포	제11장 검증(139조~145조)
제9a장 형사소추와 형집행 확보를 위한 그밖의 조치	제12장 증인신문(146조~168조)
제9b장 일시적 작업금지	제13장 감정(169조~179조의2)
제10장 피의자신문	제14장 통역과 번역(180조~183조)
제11장 변호	제15장 증거보전(184조~185조)
	제16장 소송비용(186조~194조의5)
제2편 제1심 절차	**제2편 제1심**
제1장 공소	**제1장 수사(195조~245조의4)**
제2장 공소의 준비	제2장 공소(246조~264조의2)
제3장 〈삭제〉	제3장 공판(266조~337조)
제4장 공판절차 개시에 관한 재판	
제5장 공판 준비	
제6장 공판	
제7장 판결에 유보된 보호감호명령에 관한 재판 또는 보호감호명령	
제8장 부재자에 대한 절차	
제3편 상소	**제3편 상소**
제1장 총칙	제1장 통칙(338조~356조)
제2장 항고	제2장 항소(357조~370조)
제3장 항소	제3장 상고(371조~401조)

독일 형사소송법[33]	우리나라 형사소송법
제4장 상고	제4장 항고(402조~419조)
제4편 확정적 판결로 종결된 절차의 재심	**제4편 특별소송절차** 제1장 재심(420조~440조) 제2장 비상상고(441조~447조) 제3장 약식절차(448조~458조)
제5편 피해자의 절차 참가 **제1장 사인소추** **제2장 부대소송** **제3장 피해자 배상** **제4장 기타 피해자의 권한**	**제5편 재판의 집행(459~493조)**
제6편 절차의 특별절차 제1장 약식명령절차 제2장 보안처분 절차 제2장a 신속절차 제2장b 〈삭제〉 제3장 몰수 및 재산압류 절차 제4장 법인과 인적 단체에 대한 질서위반금 부과 절차 **제7편 형집행 및 절차비용** 제1장 형의 집행 제2장 절차 비용	
제8편 데이터 보호와 정보 사용 **제1장 정보제공, 열람등사 등 정보사용** **제2장 정보의 규율** **제3장 모든 주에 적용되는 검사의 절차등록**	

다. 독일과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

독일과 우리나라 수사관련「형사소송법」규정을 비교해서 살펴보면, 독일의 경우 체포에 관한 사항이 제1편 총칙에서 열거되어 있는 반면에, 우리나라는 제200조 이하에서 체포에 관한 규정이 기술되어 있다.

33) 사법발전재단, 독일 형사소송법, 독일법연구회, 2017, 59면 이하

[표 2-9] 독일과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

독일 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1편 총칙 **제7장 감정인과 검증** 제72조 내지 제85조 생략 제86조 법관에 의한 검시·검증 제87조 사체검시·검증, 사체해부, 사체발굴 제88조 사체해부 전 신원확인 제89조 사체해부의 범위 제90조 신생아의 사체해부 제91조 독살혐의에서의 사체조사 제92조 통화·유가증권 위조시의 감정 제93조 필체 감정 **제8장 수사조치들** 제94조 증명을 위한 대상의 보전과 압수 제95조 제출의무 제96조 공공기관에 의해 보관되고 있는 서면 제97조 압수금지 제98조 압수의 절차 제98a조 데이터비교조사 제98b조 데이터비교조사의 절차 제98c조 저장데이터와의 기계적 비교조사 제99조 우편의 압수 제100조 우편압수의 절차 제100a조 통신감청 제100b조 온라인수색 제100c조 주거감청 제100d조 사생활의 핵심영역; 증언거부권자 제100e조 제100a조 내지 제100c조에 의한 조치들에서의 절차 제100f조 주거 외 감청 제100g조 교신데이터의 조사 제100h조 주거 외에서의 여타의 처분 제100i조 이동통신기기의 경우 기술적 조치들 제100j조 기본정보(Bestandsdaten) 제공요청 제101조 밀행 조치들에서의 절차규정들 제101a조 법원의 판단; 데이터의 분류·표식 및 사용, 교신데이터 조사시의 통지의무 제102조 피의자에 대한 수색 제103조 여타의 자에 대한 수색 제104조 야간의 건물 수색 제105조 수색의 절차 제106조 수색객체 점유자의 참여 제107조 수색확인서; 압수목록 제108조 기타 대상의 압수 제109조 압수된 대상의 표식	**제2편 제1심** **제1장 수사** 제195조 검사의 수사 제196조 사법경찰관리 제197조 특별사법경찰관리 제198조 불구속 수사 등 제198조2 체포구속장소 감찰 제199조 임의수사원칙 제200조 피의자출석요구 제200조2 영장에 의한 체포 제200조3 긴급체포 제200조4 긴급체포와 영장청구 제200조5 체포피의사실고지 제200조 준용규정 제201조 구속 제201조2 영장청구 피의자신문 제202조 사법경찰관 구속기간 제203조 검사의 구속기간 제203조2 구속기간에의 산입 제204조 영장발부와 법원에 대한 통지 제205조 구속기간의 연장 제208조 재구속의 제한 제209조 준용규정 제210조 사법경찰관 관할 외 수사 제211조 현행범, 준현행범 제212조 현행범 체포 제213조 체포된 현행범인도 제213조2 준용규정 제214조 경미사건 현행범 제214조2 체포와 구속적부심 제214조3 재구속제한 제214조4 보증금 몰수 제215조 압수, 수색, 검증 제216조 영장에 의하지 아니한 강제처분 제217조 영장에 의하지 아니하는 강제처분 제218조 영장에 의하지 아니한 압수 제218조2 압수물 환부 제219조 준용 제220조 요급처분 제221조 제3자 출석요구 제221조2 증인신문의 청구 제221조3 감청위촉과 감정유치 제221조4 감정에 필요한 처분 제222조 변사자 검시 제223조 고소권자

독일 형사소송법	우리나라 형사소송법
제110조 서면과 전자저장매체의 검색 제110a조 위장잠입 수사관 제110b조 위장잠입 수사관 투입의 절차 제110c조 위장잠입 수사관의 권한 제111조 검문소의 설치 제111a조 운전면허의 일시정지 제111b조 몰수 또는 폐기의 집행을 담보하기 위한 압수 제111c조 압수의 집행 제111d조 압수집행의 효력; 동산의 환부 제111e조 추징의 집행을 담보하기 위한 재산동결 제111f조 재산동결의 집행 제111g조 재산동결집행의 실효 제111h조 재산동결집행의 효력 제111i조 파산절차 제111j조 압수명령과 재산동결명령의 절차 제111k조 압수집행과재산동결집행의 절차 제111l조 통지 제111m조 압수되거나 압류된 대상의 관리 제111n조 동산의 환부 제111o조 환부의 절차 제111p조 압수·압류된 대상의 긴급처분 제111q조 문서 및 설비의 압수 **제9장 구속과 일시 체포** 제9a장 형사소추와 형집행 확보를 위한 그밖의 조치 제9b장 일시적 작업금지 **제10장 피의자신문** **제11장 변호**	제224조 고소의 제한 제225조 비피해자인 고소권자 제226조 동전 제227조 동전 제228조 고소권자의 지정 제229조 배우자의 고소 제230조 고소기간 제231조 수인의 고소권자 제232조 고소의 취소 제233조 고소의 불가분 제234조 고발 제235조 고발의 제한 제236조 대리고소 제237조 고소, 고발의 방식 제238조 고소, 고발과 사법경찰관의 조치 제239조 준용규정 제240조 자수와 준용규정 제241조 피의자신문 제242조 피의자신문사항 제243조 피의자신문과 참여자 제243조2 변호인의 참여 제244조 피의자신문조서의 작성 제244조2 피의자진술 영상녹화 제244조3 진술거부권 등의 고지 제244조4 수사과정의 기록 제244조5 장애인등 특칙 제245조 참고인과의 대질 제245조2 전문수사자문위원 참여 제245조3 전문수사자문위원 지정 제245조4 준용규정

4. 프랑스의 형사소송법 편장체계 구조

가. 프랑스 형사소송법의 역사

프랑스에서 1808년 제정되어 1811년부터 시행되었던 「치죄법」(Code d'instruction criminelle)은 원칙적으로 수사권한을 예심판사(Juge d'instruction), 왕의 대관(Procureur impérial), 치안판사(Juge de paix)에게 부여하였고, 경찰은 위경죄의 인지나 위 열거된 법관들의 중죄 또는 경죄 수사의 보조적 역할을 수행하는데 머물렀다.[34] 그러나

34) 이동희 외, 주요 국가의 수사상 대인적·대물적 강제처분에 관한 연구, 경찰대학 산학협력단,

실무상으로는 법적 근거가 없으나 왕의 대관이나 치안판사의 위임에 의해 사법경찰관이 수사권을 행사하였다. 치죄법에서는 예심판사에 의한 예심단계에서의 사법경찰에 대한 수사권의 위임을 허용하였고, 실무상 예심판사에 의해 직접 수행되는 중요한 중죄사건 이외에는 사법경찰에 대한 수사지휘를 통해 수사가 이루어졌다.[35]

2차 세계대전 후 프랑스 입법은 개인의 자유를 보호하고 인권을 존중할 수 있도록 수사 과정에서의 사법적 통제를 강화하는 방향으로 전환하였고, 새로운 형사사법 체계의 개혁에 돌입함에 따라 150년간 시행되어 오던 치죄법이 폐지되고 1957년 12월 31일에 「형사소송법」이 공포되었다.[36] 프랑스 형사소송법은 수사의 유형을 현행범수사(L'enquête de flagrance), 예비수사(L'enquête préliminaire), 위임수사(L'enquête sur commission rogatoire)로 구분하고 있고, 각 유형에 따라 사법경찰의 수사상 강제처분에 있어 권한과 절차에 있어 차이를 두고 있다는 것이 특징이다.[37]

[표 2-10] 시기별 프랑스 형사소송법 편장체계 변화

1808년 치죄법	현행 형사소송법
예비규정 **제1권 사법경찰과 사법경찰 직무를 행하는 관리** 제1장 사법경찰 제2장 시장, 부시장, 경찰위원 제3장 산림감시원 제4장 검사와 검사보 제5장 제국검사 보조 경찰관 제6장 예심판사 제7장 소환, 체포, 구금, 구류 영장 제8장 보석 제9장 절차진행과 종결시 예심판사가 작성하는 보고서 **제2권 법원** 제1편 경찰재판소	제1권 공소 및 예심수사의 수행 제1편 공소 및 예심수사를 담당하는 기관 (사법경찰, 검사, 예심판사) 제2편 수사 및 검문 제1장 중죄 및 경죄의 현행범 제2장 예비수사 제3장 신분검사 및 신분확인 제3편 예심법원 제1장 예심판사: 제1단계 예심법원 제1절 총칙 제2절 사소청구인의 구성 및 효과 제3절 현장검증, 압수·수색, 통신감청 제4절 증인신문

2010, 125면.

35) 정병대, 수사구조에 관한 연구: 수사절차에 있어서 검찰·경찰제도의 비교법적 고찰, 법무연수원, 2007, 68면.

36) 이동희 외, 주요 국가의 수사상 대인적·대물적 강제처분에 관한 연구, 경찰대학 산학협력단, 2010, 125면.

37) 이동희 외, 주요 국가의 수사상 대인적·대물적 강제처분에 관한 연구, 경찰대학 산학협력단, 2010, 126면.

1808년 치죄법	현행 형사소송법
제1장 경범죄재판소 제2장 경죄재판소 제2편 배심재판 대상사건 제1장 예심소추 제2장 중죄법원 구성 제3장 중죄법원 절차 제4장 증거조사, 재판, 형집행 제5장 배심원 구성방식 제3편 판결이나 결정에 상소하는 방법 제1장 재판 및 예심절차 무효 제2장 상고 청구 제3장 재심 청구 제4편 특별절차 제1장 허위 제2장 궐석 제3장 법관이 업무수행과 관련하여 혹은 관련없이 저지른 범죄 제4장 법원불경죄 제5장 왕족일가와 주요공무원을 소환하는 방법 제6장 처벌되거나 도주중인 자에 대한 신원확인 제7장 재판결정문이나 서류를 반출하거나 파쇄하는 방법 제5편 사건배당 및 타관송치 제1장 사건배당 제2장 타관송치 제6편 특별법원 제1장 특별법원 관할, 구성, 절차 제1절 특별법원 관할 제2절 예심 및 공판개시전 절차 제3절 증거조사 제4절 재판 제5절 형 집행 제7편 공공이익과 일반보안 대상 제1장 판결문 보관소 제2장 구치소, 교도소 제3장 불법구금 및 자의적인 행위로부터 개인의 자유를 보장하기 위한 방법 제4장 수형자의 재사회화 제5장 시효	제5절 피의자신문 및 대질 제6절 영장 및 그 집행 제7절 사법통제 및 구속, 가택구금 제8절 공조의 촉탁 제9절 감정 제10절 예심수사의 무효 제11절 예심수사 종결 결정 제12절 예심판사 또는 석방구금판사의 결정에 대한 항고 제13절 새로운 증거에 기한 예심수사의 재개 제2장 고등법원 예심부: 제2단계의 예심 법원 제1절 총칙 제2절 고등법원 예심부장의 고유권한 제3절 사법경찰관리 활동의 감독 제4편 공통규정 제1장 진실발견을 위해 필요한 암호화된 데이터의 해독 제2권 판결법원 제1편 중죄재판 제2편 경죄재판 제3편 위경죄 재판 제4편 소환 및 송달 제3권 비상구제방법 제1편 대법원에의 상고 제2편 재심청구 제3편 유럽인권법원 결정에 따른 형사 판결의 재심 제4권 특별소송절차 제5권 집행절차

출처: 이동희, “형사소송법의 편장체계 전면개정 필요성과 개정시론 –일본 형사소송법에 대한 비교검토를 포함하여–”, 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019, 16-18면.

나. 프랑스와 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교

프랑스「형사소송법」은 우리나라「형사소송법」에 비교할 때 보다 형사절차 흐름 순으로 규정되어 있다. 제2편 수사 및 검문에서 예비수사에 대해 규정하고 있을 뿐만 아니라 제3편 예심법원의 내용 대부분이 우리나라 수사 활동에 해당하는 내용이므로 우리나라「형사소송법」체계보다는 보다 형사절차 흐름 순에 따라 기술되어 있다고 볼 수 있다.

[표 2-11] 프랑스 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교

프랑스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1권 공소 및 예심수사의 수행 제1편 공소 및 예심수사를 담당하는 기관 (사법경찰, 검사, 예심판사) 제2편 수사 및 검문 제1장 중죄 및 경죄의 현행범 제2장 예비수사 제3장 신분검사 및 신분확인 제3편 예심법원 제1장 예심판사: 제1단계 예심법원 제1절 총칙 제2절 사소청구인의 구성 및 효과 제3절 현장검증, 압수·수색, 통신감청 제4절 증인신문 제5절 피의자신문 및 대질 제6절 영장 및 그 집행 제7절 사법통제 및 구속, 가택구금 제8절 공조의 촉탁 제9절 감정 제10절 예심수사의 무효 제11절 예심수사 종결 결정 제12절 예심판사 또는 석방구금판사의 결정에 대한 항고 제13절 새로운 증거에 기한 예심수사의 재개 제2장 고등법원 예심부: 제2단계의 예심 법원 제1절 총칙 제2절 고등법원 예심부장의 고유권한 제3절 사법경찰관리 활동의 감독 제4편 공통규정	제1편 총칙 제1장 법원의 관할(1조~16조의2) 제2장 법원직원 제척 회피(17조~25조) 제3장 소송행위 대리와 보조(26조~29조) 제4장 변호(30조~36조) 제5장 재판(37조~46조) 제6장 서류(47조~59조의3) 제7장 송달(60조~65조) 제8장 기간(66조~67조) 제9장 피고인 소환, 구속(68조~105조) 제10장 압수와 수색(106조~138조) 제11장 검증(139조~145조) 제12장 증인신문(146조~168조) 제13장 감정(169조~179조의2) 제14장 통역과 번역(180조~183조) 제15장 증거보전(184조~185조) 제16장 소송비용(186조~194조의5)

프랑스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1장 진실발견을 위해 필요한 암호화된 데이터의 해독 제2권 판결법원 제1편 중죄재판 제2편 경죄재판 제3편 위경죄 재판 제4편 소환 및 송달	
	제2편 제1심 제1장 수사(195조~245조의4) 제2장 공소(246조~264조의2) 제3장 공판(266조~337조)
제3권 비상구제방법 제1편 대법원에의 상고 제2편 재심청구 제3편 유럽인권법원 결정에 따른 형사 판결의 재심	제3편 상소 제1장 통칙(338조~356조) 제2장 항소(357조~370조) 제3장 상고(371조~401조) 제4장 항고(402조~419조)
제4권 특별소송절차	제4편 특별소송절차 제1장 재심(420조~440조) 제2장 비상상고(441조~447조) 제3장 약식절차(448조~458조)
제5권 집행절차	제5편 재판의 집행(459~493조)

다. 프랑스와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

프랑스 「형사소송법」에서 수사절차는 예심재판을 위한 절차로 이해되고 우리나라 「형사소송법」보다 수사절차에 관한 규정이 매우 상세하게 규정되어 있는 것이 특징이다.

[표 2-12] 프랑스와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

프랑스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1권 공소 및 예심수사의 수행 **제1편 공소와 예심수사를 담당하는 기관** **제1장 사법경찰** **제2장 검사** **제3장 예심판사** **제2편 수사 및 검문** **제1장 중죄 및 경죄의 현행범**	**제2편 제1심** **제1장 수사** 제195조 검사의 수사 제196조 사법경찰관리 제197조 특별사법경찰관리 제198조 불구속 수사 등 제198조2 체포구속장소 감찰 제199조 임의수사원칙

프랑스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1절 총칙	제200조 피의자 출석요구
제2절 사소청구인의 구성과 호가	제200조2 영장에 의한 체포
제3절 현장검증, 압수, 수색, 통신감청	제200조3 긴급체포
제4절 증인신문	제200조4 긴급체포와 영장청구
제5절 피의자신문 및 대질	제200조5 체포 피의사실 고지
제6절 영장 및 그 집행	제200조 준용규정
제7절 사법통제 및 구속	제201조 구속
제8절 공조의 촉탁	제201조2 영장청구 피의자신문
제9절 감정	제202조 사법경찰관 구속기간
제10절 예심수사의 무효	제203조 검사의 구속기간
제12절 예심판사 또는 석방구금판사의 결정에 대한 항고	제203조2 구속기간에의 산입
	제204조 영장발부와 법원에 대한 통지
제13절 새로운 증거에 기한 예심수사의 재개	제205조 구속기간의 연장
	제208조 재구속의 제한
제4장 수색 그리고 수사	제209조 준용규정
제1절 총칙 규정들	제210조 사법경찰관 관할 외 수사
제241조 명령	제211조 현행범, 준현행범
제242조 집행	제212조 현행범 체포
제243조 우연히 발견한 증거	제213조 체포된 현행범인도
제2절 주거수색	제213조2 준용규정
제244조 원칙	제214조 경미사건 현행범
제245조 집행	제214조2 체포와 구속적부심
제3절 녹음·녹화·저장물의 수색	제214조3 재구속제한
제246조 원칙	제214조4 보증금 몰수
제247조 집행	제215조 압수, 수색, 검증
제248조 봉인	제216조 영장에 의하지 아니한 강제처분
제4절 사람 및 물건의 수색	제217조 영장에 의하지 아니하는 강제처분
제249조 원칙	제218조 영장에 의하지 아니한 압수
제250조 집행	제218조2 압수물 환부
제5절: 사람에 대한 수사	제219조 준용
제251조 원칙	제220조 요급처분
제252조 신체검사의 집행	제221조 제3자 출석요구
제6절 사체에 대한 수사	제221조2 증인신문의 청구
제253조 변사사건	제221조3 감청위촉과 감정유치
제254조 사체해부	제221조4 감정에 필요한 처분
	제222조 변사자 검시
제5장 DNA분석(제255조~제259조)	제223조 고소권자
	제224조 고소의 제한
제6장 감식을 통한 증거수집, 필체 및 대화체 비교 (제260조~제262조)	제225조 비피해자인 고소권자
	제226조 동전
	제227조 동전
제7장 압수	제228조 고소권자의 지정
제263조 원칙	제229조 배우자의 고소
제264조 제한	제230조 고소기간
제265조 제출의무	제231조 수인의 고소권자
제267조 압수된 물건 및 재산의 처리	제232조 고소의 취소

프랑스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제268조 비용 등의 보전을 위한 압수 **제8장 밀행적 감시 조치들** 제1절 우편·원거리 통신의 감시(제269조~제279조) 제2절 기술적 감시장비들을 이용한 감시(제280조~제281조) 제3절 미행(제282조~제283조) 제4절 금융거래의 감시(제284조~제285조) 제5절 위장잠입수사(제285a조~제298조) 제5a절 위장수배(제298a조~제298c조)	제233조 고소의 불가분 제234조 고발 제235조 고발의 제한 제236조 대리고소 제237조 고소, 고발의 방식 제238조 고소, 고발과 사법경찰관의 조치 제239조 준용규정 제240조 자수와 준용규정 제241조 피의자신문 제242조 피의자신문사항 제243조 피의자신문과 참여자 제243조2 변호인의 참여 제244조 피의자신문조서의 작성 제244조2 피의자진술 영상녹화 제244조3 진술거부권 등의 고지 제244조4 수사과정의 기록 제244조5 장애인등 특칙 제245조 참고인과의 대질 제245조2 전문수사자문위원 참여 제245조3 전문수사자문위원 지정 제245조4 준용규정

출처: 법무부, 프랑스 형사소송법, 2011, 45면 이하.

5. 오스트리아의 형사소송법 편장체계 구조

가. 오스트리아 형사소송법의 역사

오스트리아에서는 1768년 12월 테레지아 형사법이 발효되면서 「형법」과 「형사소송법」의 단일법전이 마련되었다. 이 법률에서 형사절차는 소추권자의 소추 없이 직권으로 특징되고, 법률상 혐의가 있는 경우에 개시되었다. 1873년 「형사소송법」에서는 경찰에 의해 진행되던 수사절차를 수사판사에게로 권한을 옮겨 예심판사가 직접 재판을 주도했다는 점에 특징이 있다. 따라서 경찰이 직접 개입할 수 없는 상황이었으므로 경찰 수사활동에 관한 규정이 없었다.[38]

1975년 「형사소송법」은 검사에 의한 수사절차인 사전조사(Vorerhebung)와 예심판사에 의한 수사절차인 예심조사(Voruntersuchung) 규정으로 분리되었다.[39] 2004년

38) 이경렬, "독일법계 형사절차법 개정연혁 및 편장체계 비교연구", 〈한국형사소송법 편장체계 전면개정 입법안과 외국 입법례 연구〉, 한국비교형사법학회 2018년 동계학술대회 자료집, 2019, 23면.

「형사소송법」 전면개정을 바탕으로 수사 실무와 차이가 있는 예심판사제도를 폐지하고 검사를 수사의 주재자로 하는 수사시스템을 마련하는 등 노력을 기울였다[40].

나. 오스트리아와 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교

오스트리아는 2004년「형사소송법」 전면개정을 시작으로 형사법 전반에 걸친 개정작업을 계속해 오고 있다.「형사소송법」의 체계 가운데 공판 전 절차에 해당하는 수사절차를 전면 개정하는 노력을 기하고 있다. 예심판사제도를 폐지하고 검사를 수사의 주재자로 하는 수사체계와 사법경찰에 대한 사법 통제 관련 규정도「형사소송법」에 담고 있다.

[표 2-13] 오스트리아와 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교

오스트리아 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1편 절차의 일반원칙	**제1편 총칙**
제1장 형사절차와 원칙	제1장 법원의 관할(1조~16조의2)
제2장 사법경찰, 검사, 법원과 법보호감독자	제2장 법원직원의 제척 회피(17조~25조)
제1절 사법경찰	제3장 소송행위의 대리와 보조(26조~29조)
제2절 검찰과 관할영역	제4장 변호(30조~36조)
제3절 법원	제5장 재판(37조~46조)
제4절 제척과 불공정	제6장 서류(47조~59조의3)
제5절 법보호감독자	제7장 송달(60조~65조)
제3장 피의자와 변호인	제8장 기간(66조~67조)
제1절 일반원칙	제9장 피고인의 소환, 구속(68조~105조)
제2절 피의자	제10장 압수와 수색(106조~138조)
제3절 변호인	제11장 검증(139조~145조)
제4절 책임의 분배	제12장 증인신문(146조~168조)
제4장 피해자와 권리	제13장 감정(169조~179조의2)
제1절 일반원칙	제14장 통역과 번역(180조~183조)
제2절 피해자와 사적관여자	제15장 증거보전(184조~185조)
제3절 사적기소와 임시기소	제16장 소송비용(186조~194조의5)
제4절 대리인	
제5장 공통규정	
제1절 정보기술의 투입	

39) 이경렬, "독일법계 형사절차법 개정연혁 및 편장체계 비교연구", 〈한국형사소송법 편장체계 전면개정 입법안과 외국 입법례 연구〉, 한국비교형사법학회 2018년 동계학술대회 자료집, 2019, 24면.

40) 이경렬, "독일법계 형사절차법 개정연혁 및 편장체계 비교연구", 〈한국형사소송법 편장체계 전면개정 입법안과 외국 입법례 연구〉, 한국비교형사법학회 2018년 동계학술대회 자료집, 2019, 25면.

오스트리아 형사소송법	우리나라 형사소송법
제2절 직무와 법적 부조, 기록열람 제3절 신고의무, 신고와 근거법률 제78조와 제79조 신고의무 제80조 신고와 근거법률 제4절 고지, 송달과 기간 제5절 결정과 항고 제6절 벌금과 자유형의 집행	
제2편 수사절차 제6장 일반원칙 제1절 수사절차의 목적 제2절 강제집행권과 강제방법, 질서위반 처벌 제3절 조서기재 제7장 사법경찰, 검찰과 법원의 역할과 권한 제1절 일반원칙 제2절 수사절차에서의 사법경찰 제3절 수사절차상의 검찰 제4절 수사절차상의 법원 제8장 수사대책과 증거조사 제1절 보전, 압수, 계좌수색을 통한 정보제공과 은행계좌, 금융업체들에 대한 정보제공 제2절 신원확인, 장소와 인적수색, 신체수색 및 분자유전학적 검사 제3절 감정인과 통역, 검시와 부검 제4절 감시, 비밀수사와 위장수사 제5절 우편물의 압수, 전산자료상의 기록 정보, 기술 설정 및 메시지에 대한 감시 제6절 자동화된 기기의 데이터 비교조사 제7절 직무상 또는 직업상 비밀유지 의무 제8절 특별절차실행의 결정, 법률상의 보호와 손해배상 제9절 검증과 범행재현 제10절 심문과 신문 제9장 지명수배, 체포와 미결구류 제1절 지명수배 제2절 체포 제3절 미결구류 제4절 미결구류의 집행 **제3편 수사의 종료** 제10장 수사절차의 중단 및 지속 제11장 다이버전	**제2편 제1심** 제1장 수사(195조~245조의4)
제4편 항소절차 제12장 공소	제2장 공소(246조~264조의2) 제3장 공판(266조~337조)

오스트리아 형사소송법	우리나라 형사소송법
제13장 공판의 준비 제14장 (배심재판으로서의) 지방법원 이전의 공판과 해당 판결에 대한 구제수단	**제3편 상소** 제1장 통칙(338조~356조) 제2장 항소(357조~370조) 제3장 상고(371조~401조) 제4장 항고(402조~419조)
제5편 특별절차 제15장 (재판법원으로서의) 지방법원 이전의 공판과 해당 판결에 대한 구제수단 제16장 형사절차상의 재심과 갱신 제17장 사법상의 권리에 대한 절차 제18장 형사절차의 비용 제19장 판결의 집행 제20장 부재자에 대한 절차 제21장 추징과 몰수에 있어서의 보전 절차 제22장 지역법원 이전의 절차 제23장 지방법원 이전의 절차 제24장 조건부 형사처벌 면제의 절차, 지시이행의 허용과 보호관찰 명령 제25장 자유상태의 군인에 대한 형사재판의 집행 제26장 사면절차 **제6편 종결**	**제4편 특별소송절차** 제1장 재심(420조~440조) 제2장 비상상고(441조~447조) 제3장 약식절차(448조~458조) **제5편 재판의 집행(459~493조)**

다. 오스트리아와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

오스트리아의 「형사소송법」에서 수사관련 규정은 우리나라의 수사규정과 차이가 있다. 수사절차 규율에 있어 규정의 초반부에 수사절차의 목적을 기술하고 있다는 점, 제6절 자동화 데이터에 관한 기록 등 다양한 영상장비를 활용한 수사에 대한 법적 근거를 두고 있다.

[표 2-14] 오스트리아와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

오스트리아 형사소송법	우리나라 형사소송법
제2편 수사절차 제6장 일반원칙 제1절 수사절차의 목적 **제91조 수사절차의 목적** 제92조 집행을 위한 권리의 부여 제2절 강제집행권과 강제방법, 질서위반 처벌	**제2편 제1심** **제1장 수사** 제195조 검사의 수사 제196조 사법경찰관리 제197조 특별사법경찰관리 제198조 불구속 수사 등 제198조2 체포구속 장소 감찰

오스트리아 형사소송법	우리나라 형사소송법
제93조 강제집행권과 강제방법	제199조 임의수사원칙
제94조 질서위반 처벌	제200조 피의자 출석요구
	제200조2 영장에 의한 체표
제3절 조서기재	제200조3 긴급체포
제95조 기입	제200조4 긴급체포와 영장청구
제96조 조서	제200조5 체포 피의사실 고지
제97조 신문녹화	제200조 준용규정
	제201조 구속
제7장 사법경찰, 검찰과 법원의 역할과 권한	제201조2 영장청구 피의자신문
제1절 일반원칙	제202조 사법경찰관 구속기간
제98조 일반원칙	제203조 검사의 구속기간
	제203조2 구속기간에의 산입
제2절 수사절차에서의 사법경찰	제204조 영장발부와 법원에 대한 통지
제99조 수사	제205조 구속기간의 연장
제100조 통지	제208조 재구속의 제한
제100a조 경제형사사건과 부패사건을 소추하기 위한 중앙검찰 (WKStA)에 통지	제209조 준용규정
	제210조 사법경찰관 관할 외 수사
	제211조 현행범, 준현행범
제3절 수사절차상의 검찰	제212조 현행범 체포
제101조 임무	제213조 체포된 현행범인도
제102조 명령과 승인	제213조2 준용규정
제103조 수사	제214조 경미사건 현행범
	제214조2 체포와 구속적부심
제4절 수사절차상의 법원	제214조3 재구속제한
제104조 법원의 증거조사	제214조4 보증금 몰수
제105조 강제수단의 허가	제215조 압수, 수색, 검증
제106조와 제107조 정식재판청구	제216조 영장에 의하지 아니한 강제처분
제108조 (절차의) 중지에 대한 신청	제217조 영장에 의하지 아니하는 강제처분
	제218조 영장에 의하지 아니한 압수
제8장 수사대책과 증거조사	제218조2 압수물 환부
제1절 보전, 압수, 계좌수색을 통한 정보제공과 은행계좌, 금융업체들에 대한 정보제공	제219조 준용
	제220조 요급처분
제109조 정의	제221조 제3자 출석요구
제110조 – 제114조 보전	제221조2 증인신문의 청구
제115조 압수	제221조3 감청위촉과 감정유치
제116조 계좌수색을 통한 정보제공과 은행계좌, 금융업체들에 대한 정보제공	제221조4 감정에 필요한 처분
	제222조 변사자 검시
	제223조 고소권자
제2절 신원확인, 장소와 인적수색, 신체수색 및 분자유전학적 검사	제224조 고소의 제한
	제225조 비피해자인 고소권자
제117조 정의	제226조 동전
제118조 신원확인	제227조 동전
제119조부터 제122조 장소와 인적수색	제228조 고소권자의 지정
제123조 신체수색	제229조 배우자의 고소
제124조 분자유전학적 검사	제230조 고소기간
	제231조 수인의 고소권자
제3절 감정인과 통역, 검시와 부검	제232조 고소의 취소

오스트리아 형사소송법	우리나라 형사소송법
제125조 정의 제126조와 제127조 감정인과 통역 제128조 검시와 부검 제4절 감시, 비밀수사와 위장수사 제129조 정의 제130조 감시 제131조 비밀수사 제132조 위장수사 제133조 일반규정 제5절 우편물의 압수, 전산자료상의 기록 정보, 기술 설정 및 메시지에 대한 감시 제134조 정의 제135조 우편물의 압수, 전산자료상의 기록 정보, 기술 설정 및 메시지에 대한 감시 제136조 – 제140조 사람에 대한 감청 제6절 자동화된 기기의 데이터 비교조사 제141조 데이터 비교조사 제142조 실행 제143조 협력의무 제7절 직무상 또는 직업상 비밀유지 의무 제144조 직무상 또는 직업상 비밀유지 의무의 보호 제8절 특별절차실행의 결정, 법률상의 보호와 손해배상 제145조 특별실행의 결정 제146조 법률상의 보호 제147조 (조문없음) 제148조 손해배상 제9절 검증과 범행재현 제149조 검증과 범행재현 제150조 범행재현의 실행 제10절 심문과 신문 제151조 정의 제152조 심문 제153조 신문 제154조 증인과 진실의무 제155조 증인에 대한 신문 금지 제156조 진술면제 제157조 – 제158조 진술거절 제159조 정보와 무효 제160조 – 제161조 신문의 실행	제233조 고소의 불가분 제234조 고발 제235조 고발의 제한 제236조 대리고소 제237조 고소, 고발의 방식 제238조 고소, 고발과 사법경찰관의 조치 제239조 준용규정 제240조 자수와 준용규정 제241조 피의자신문 제242조 피의자신문사항 제243조 피의자신문과 참여자 제243조2 변호인의 참여 제244조 피의자신문조서의 작성 제244조2 피의자진술 영상녹화 제244조3 진술거부권 등의 고지 제244조4 수사과정의 기록 제244조5 장애인등 특칙 제245조 참고인과의 대질 제245조2 전문수사자문위원 참여 제245조3 전문수사자문위원 지정 제245조4 준용규정

오스트리아 형사소송법	우리나라 형사소송법
제162조 익명의 진술 제163조 대질심문 제164조 피고인의 신문 제165조 피고인 또는 증인의 모순된 신문 제166조 증거(사용)금지 제9장 지명수배, 체포와 미결구류 제1절 지명수배 제167조 정의 제168조 – 제169조 지명수배 제2절 체포 제170조 허용 제171조 명령 제172조 실행 제3절 미결구류 제173조 허용 제174조 미결구류의 판결 제175조 구류기간 제176조 구류의 심리 제177조 미결구류의 취소 제178조 미결구류의 최장기간 제179조 잠정적인 보호관찰 제180조 – 제181조 보석금 제4절 미결구류의 집행 제182조 일반원칙 제183조 구류지역 제184조 집행 제185조 분리된 집행 제186조 의류와 필요물품 제187조 노역과 노역배상 제188조 외부와의 접촉방법 제189조 판결의 관할 제3편 수사의 종료 제10장 수사절차의 중단 및 지속 제11장 다이버전	

6. 스위스의 형사소송법 편장체계 구조

가. 스위스 형사소송법의 역사

스위스는 형사절차에 관한 입법권을 연방이 아니라, 각 주(州)에 부여하고 있었기에 26개 각 주(州)가 독자적인 형사절차법을 가지고 있었는데, 통일된 연방형사절차법을 제정하기 위해 2000년 개헌을 통해 연방에 형사절차입법권을 부여하였다. 통일 연방형사절차법안 초안 작성은 이미 1994년부터 시작되었고, 2005년 12월에 최종 초안이 제출되었다.[41]

2007년 10월 5일에 의회를 통과한 통일 연방형사절차법은 2011년 1월 1일부로 발효되었다. 스위스 연방의회가 '통일 형사절차법 초안에 대한 성명(Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts)'에서 직접 밝히고 있는 입법취지에 따르면 2007년 연방형사절차법은 "최대한 상세하게 형사절차를 단행법률에서 규율(umfassende Kodifikation)한다."는 원칙하에 제정되었다. 연방의회는 이를 다음과 같이 설명하고 있다[42]

> 통일법률은 지금까지 수많은 각 주(州) 법률 및 연방법으로 산재되어 있던 형사절차법을 가능한 최대한 많이 그리고 최대한 상세하게 단행법률로 규율하는 것을 목적으로 하였다. 2005년 (최종)초안이 460여 조문에 이르는 것은 이 때문이다. 비록 2001년 초안에 비해서는 간결한 문장으로 기술되었을지라도 이전 초안과 마찬가지로 많은 사항을 법률에서 규율하고 있다. 최대한 법률에서 많은 사항을 규율하고자 한 것은 형사절차법 통일화의 효과를 최대화하기 위한 것이기도 하다.
>
> 통일 형사절차법은 최대한 빨리 전 스위스에서 동일한 정도로 해석상의 어려움 없이 적용되어야 한다. 뿐만 아니라, 형사절차법은 상당한 부분 절차참여자들의 권리와 의무를 규율하고 있기에 한 입법기관에 의해 법률로 형사절차를 규율하는 것이 합당하다고 할 수 있다. 따라서 절차비용의 계산에 관한 세부사항, 공표절차 등과 같이 기술적 성격을 가지는 중요하지 않은 사항만이 법규명령으로 규율되어야 한다. 형사절차법은 원칙적으로 하나의 법률에서 전체적으로 기술되어야 하고, 법규명령을 통해서는 중요하지 않은 사항들만을 규율해야 한다는 사고는 우리나라 및 우리 이웃 나라들의 전통이다.

---

41) Schweizerisches Bundesrat, Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. 21. Dezember 2005, S. 1098 ff. (https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색)

42) Schweizerisches Bundesrat, Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. 21. Dezember 2005, S. 1101.

뿐만 아니라 동 '성명'에 의하면 '법적 안정성과 법적 평등을 증진하는 것'[43], '「형사소송법」에서의 학문적 발전과 학생들의 「형사소송법」 학습을 용이하게 하는 것'[44]도 통일화된 형사절차법을 제정하게 된 한 이유이다. 스위스가 각 주에 따라 상이하였던 형사절차법을 통일하게 된 배경 및 이유 그리고 통일 형사절차법을 제정하면서 취한 편장체계 및 규율방식에서의 기본원칙은 우리 「형사소송법」의 편장체계 및 규율방식의 문제점을 파악하고, 개선방안을 모색함에 있어서 시사하는 바가 크다.

나. 스위스와 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교

우리나라와 스위스 「형사소송법」을 비교해 보면, 스위스 「형사소송법」은 제1편 제2장에서 형사절차의 기본원칙을 제시하고 있고, 제6편에서 수사절차를 별도의 편장으로 분리하여 경찰의 수사절차와 검찰의 조사절차를 구분하여 기술하고 있다는 점에서 특색이 있다. 또한 당사자로서 피의자와 피해자에 관한 규정을 제3편에 별도로 두어 상세히 규정하고 있다는 점에서 차이가 있다.

[표 2-15] 스위스 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교

스위스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1편 효력범위와 기본원칙	**제1편 총칙**
제1장 효력범위	제1장 법원의 관할(1조~16조의2)
제2장 형사절차법의 기본원칙	제2장 법원직원 제척 회피(17조~25조)
	제3장 소송행위 대리와 보조(26조~29조)
제2편 형사사법기관	제4장 변호(30조~36조)
제1장 권한	제5장 재판(37조~46조)
제1절 일반규정	제6장 서류(47조~59조의3)
제2절 형사소추기관	제7장 송달(60조~65조)
제3절 법원	제8장 기간(66조~67조)
제2장 사물관할	제9장 피고인 소환, 구속(68조~105조)
제3장 재판적	제10장 압수와 수색(106조~138조)
제4장 국내 사법공조	제11장 검증(139조~145조)
제5장 국제적 사법공조	제12장 증인신문(146조~168조)
제6장 제척과 기피	제13장 감정(169조~179조의2)

43) Schweizerisches Bundesrat, Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. 21. Dezember 2005, S. 1097.

44) Schweizerisches Bundesrat, Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. 21. Dezember 2005, S. 1098.

스위스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제7장 소송지휘 제8장 일반적 절차규정 **제3편 당사자와 다른 절차참가자들** 제1장 일반규정 **제2장 피의자** **제3장 피해자 및 사인소추** 제4장 변호인 **제4편 증거수단** 제1장 일반규정 제2장 피의자 신문 제3장 증인 제4장 참고인 제5장 감정 제6장 물적 증거 **제5편 강제처분** 제1장 일반규정 제2장 소환, 구인 및 수배 제3장 자유박탈, 공소제기 전후 미결구금 제4장 수색과 조사 제5장 DNA 분석 제6장 감식정보의 등록, 필적과 음성샘플 제7장 압수 제8장 비밀감시조치 **제10편 소송비용, 손해배상, 보상** 제1장 일반규정 제2장 공판 비용 제3장 손해배상과 보상	제14장 통역과 번역(180조~183조) 제15장 증거보전(184조~185조) 제16장 소송비용(186조~194조의5)
제6편 수사절차 **제1장 일반규정** **제2장 경찰 수사절차** **제3장 검찰 조사절차** **제4장 기소와 불기소** **제7편 제1심 공판절차** 제1장 소송계속, 공판준비, 공판 일반규정 제2장 공판 진행	**제2편 제1심** 제1장 수사(195조~245조의4) 제2장 공소(246조~264조의2) 제3장 공판(266조~337조)
제9편 상소 제1장 일반규정 제2장 항고 제3장 항소 제4장 상고	**제3편 상소** 제1장 통칙(338조~356조) 제2장 항소(357조~370조) 제3장 상고(371조~401조) 제4장 항고(402조~419조)

스위스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제8편 특별절차 제1장 약식명령절차 제2장 간이공판절차 제3장 법원의 별도 후속결정 제4장 피의자의 결석재판 제5장 별도의 처분절차	**제4편 특별소송절차** 제1장 재심(420조~440조) 제2장 비상상고(441조~447조) 제3장 약식절차(448조~458조)
제11편 형사재판의 확정과 집행 제1장 확정 제2장 형사재판의 집행	**제5편 재판의 집행(459~493조)**

다. 스위스와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

스위스 「형사소송법」은 우리나라 「형사소송법」에 비해 수사에 관한 규정이 직접 규정 형태로 기술되어 있어 대부분 수사에 관한 규정을 먼저 기술하여 수사상 준용을 발견하기 어렵다. 강제처분에 관한 규정이 제196조부터 제298d조까지 매우 방대한 분량을 차지하고 있다.

[표 2-16] 스위스와 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

스위스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제2편 형사사법기관 제1장 권한 제1절 일반규정 제12조 형사소추기구 제13조 법원 제14조 형사사법기관의 조직과 명칙 제2절 형사소추기관 제15조 경찰 제16조 검찰 제17조 행정형벌기관 **제4편 증거수단** 제1장 일반규정 제2장 피의자 신문 제157조 원칙 제158조 최초신문시 고지 제159조 수사절차에서의 경찰신문 제160조 자맥한 피의자의 신문	**제2편 제1심** **제1장 수사** 제195조 검사의 수사 제196조 사법경찰관리 제197조 특별사법경찰관리 제198조 불구속 수사 등 제198조2 체포구속 장소 감찰 제199조 임의수사원칙 제200조 피의자출석요구 제200조2 영장에 의한 체포 제200조3 긴급체포 제200조4 긴급체포와 영장청구 제200조5 체포피의사실고지 제200조 준용규정 제201조 구속 제201조2 영장청구 피의자신문 제202조 사법경찰관 구속기간 제203조 검사의 구속기간

스위스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제161조 수사절차에서 사생활 해명	제203조2 구속기간에의 산입
제3장 증인	제204조 영장발부와 법원에 대한 통지
제1절 일반규정	제205조 구속기간의 연장
제162조 정의	제208조 재구속의 제한
제163조 증언능력과 증언의무	제209조 준용규정
제164조 증인에 대한 해명	제210조 사법경찰관 관할 외 수사
제165조 증인에 대한 묵비명령	제211조 현행범, 준현행범
제166조 권리피해자 신문	제212조 현행범 체포
제167조 보상	제213조 체포된 현행범인도
제4장 참고인	제213조2 준용규정
제5장 감정	제214조 경미사건 현행범
제182조 감정인의 감정을 위한 조건	제214조2 체포와 구속적부심
제183조 감정인에 대한 요구사항	제214조3 재구속제한
제184조 임명과 사무위임	제214조4 보증금 몰수
제185조 감정서의 작성	제215조 압수, 수색, 검증
제186조 입원을 동반한 감정	제216조 영장에 의하지 아니한 강제처분
제187조 감정형식	제217조 영장에 의하지 아니하는 강제처분
제188조 당사자의 의견표시	제218조 영장에 의하지 아니한 압수
제189조 감정서의 보충과 보완	제218조2 압수물 환부
제190조 보상	제219조 준용
제191조 직무태만	제220조 요급처분
제6장 물적 증거	제221조 제3자 출석요구
	제221조2 증인신문의 청구
제5편 강제처분	제221조3 감청위촉과 감정유치
제1장 일반규정	제221조4 감정에 필요한 처분
제196조 정의	제222조 변사자 검시
제197조 원칙	제223조 고소권자
제198조 관할	제224조 고소의 제한
제199조 명령의 개시	제225조 비피해자인 고소권자
제200조 강제력 행사	제226조 동전
제2장 소환, 구인 및 수배	제227조 동전
제1절 소환	제228조 고소권자의 지정
제201조 형식과 내용	제229조 배우자의 고소
제202조 기간	제230조 고소기간
제203조 예외	제231조 수인의 고소권자
제204조 안전통행권	제232조 고소의 취소
제205조 출석의무, 장애와 태만	제233조 고소의 불가분
제206조 경찰 소환	제234조 고발
제2절 경찰구인	제235조 고발의 제한
제207조 조건과 관할	제236조 대리고소
제208조 명령형식	제237조 고소, 고발의 방식
제209조 구인방식	제238조 고소, 고발과 사법경찰관의 조치
제3절 수배	제239조 준용규정
제210조 원칙	제240조 자수와 준용규정
제211조 일반대중의 조력	제241조 피의자신문
제3장 자유박탈, 공소제기 전후 미결구금	제242조 피의자신문사항

스위스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1절 일반규정 제212조 기본원칙 제213조 공간출입 제214조 통지 제2절 경찰의 검문과 추적 제215조 경찰검문 제216조 추적 제3절 경찰에 의한 일시적 체포 제217조 경찰에 의한 일시적 체포 제218조 사인에 의한 일시적 체포 제219조 경찰의 대응 .... 제4장 수색과 조사 제1절 일반규정 제241조 명령 제242조 집행 제243조 우연히 발견된 증거 제2절 가택수택 제244조 원칙 제245조 집행 제3절 기록수색 제246조 원칙 제247조 집행 제248조 봉인 제4절 사람과 대상물에 대한 수색 제249조 원칙 제250조 집행 제5절 사람에 대한 조사 제251조 원칙 제252조 신체에 대한 집행 제6절 시체에 대한 조사 제253조 부자연스러운 사망사건 제254조 시체 발굴 제5장 DNA 분석 제255조 일반적인 조건 제256조 대량조사 제257조 유죄판결을 받은 자의 경우 제258조 샘플 채취의 집행 제259조 「DNA프로필법」의 적용가능성 제6장 감식정보의 등록, 필적과 음성샘플 제260조 감식정보의 등록 제261조 감식업무문서의 보관과 사용 제262조 필적과 음성샘플 제7장 압수 제263조 원칙 제264조 제한	제243조 피의자신문과 참여자 제243조2 변호인의 참여 제244조 피의자신문조서의 작성 제244조2 피의자진술 영상녹화 제244조3 진술거부권 등의 고지 제244조4 수사과정의 기록 제244조5 장애인등 특칙 제245조 참고인과의 대질 제245조2 전문수사자문위원 참여 제245조3 전문수사자문위원 지정 제245조4 준용규정

스위스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제265조 제출의무	
제266조 집행	
제267조 압수된 대상물 및 재산에 관한 결정	
제268조 비용충당을 위한 압수	
제8장 비밀감시조치	
제1절 우편과 통신감시	
제269조 조건	
제270조 감시대상	
제271조 직업상 비밀의 보호	
제272조 비밀유지의무와 개괄동의	
제273조 거래 및 결제정보, 구독자 정보	
제274조 승인절차	
제275조 감시의 종료	
제276조 불필요한 결과	
제277조 승인받지 않은 감시를 통한 결과사용 가능성	
제278조 우연히 발견된 증거	
제279조 통지	
제2절 기술적 감시장비에 의한 감시	
제280조 사용목적	
제281조 조건과 시행	
제3절 관찰	
제282조 조건	
제283조 통지	
제4절 금융정보 감시	
제284조 원칙	
제285조 시행	
제5절 비밀수사	
제285a조 정의	
제286조 조건	
제287조 비밀수사관으로서 투입된 자에 대한 요구사항	
제288조 가장신원과 익명성의 보장	
제289조 승인절차	
제290조 투입전 지령	
제291조 지휘자	
제292 비밀수사관의 의무	
제293조 허용된 영향력의 범위	
제294조 마약중독방지법 위반자 소추시 투입	
제295조 위장거래를 위한 금전	
제296조 우연히 발견된 증거	
제297조 투입 종료	
제298조 통지	
제5a절 비공개 수사	
제298a조 정의	
제298b조 조건	

스위스 형사소송법	우리나라 형사소송법
제298c조 투입된 자에 대한 요구와 집행 제298d조 종료와 통지 **제6편 수사절차** 제1장 일반규정 제299조 정의와 목적 제300조 개시 제301조 고발권 제302조 고발의무 제303조 친고죄와 반의사불벌죄 제304조 고소형식 제305조 피해자를 위한 정보와 그 전달 제2장 경찰 수사절차 제306조 경찰의 사무 제307조 검찰과의 공조 제3장 검찰조사 제1절 검찰사무 제308조 조사과정의 정의와 목적 제309조 개시 제310조 각하처분 제2절 조사의 수행 제311조 증거조사와 조사 확대 제312조 검찰의 경찰에 대한 업무 위임 제313조 민사소송과 관련된 조사	

7. 베트남 형사소송법 편장체계 구조

가. 베트남 형사소송법의 역사

1945년 8월 혁명 이후 세워진 베트남 민주공화국은 범죄예방, 국가의 독립과 안보, 사회질서와 안전을 위해 1946년 40개의 명령을 포함한 법률을 공표하였다. 1954년 Dien 승리로 인해 베트남 북부가 해방되어 사회주의 건설을 위한 투쟁에 착수하는 동안 베트남 민주공화국은 형사절차에 관한 법률을 다수 제정하였다. 1959년 새 헌법의 등장 이후 수사기관 및 법원의 조직과 운영을 위한 법적 근거가 마련되었다.

1985년 최초의 형법이 마련되었고, 1988년 6월 28일부터 형사소송법이 마련되어 1989년 1월 1일부터 시행되었다. 동법에서는 형사절차, 절차의 수행기관 및 절차참여자, 사건의 조사, 기소에서의 원칙에 관한 사항을 포함한 내용을 규율하였다. 이후 실질적이고 포괄적인 개정의 필요성에 따라 2003년 11월 26일 새로운 형사소송법이

제정되었다. 2003년 형사소송법은 7개 편과 25개 장, 346개 조문으로 구성되어 있고, 이는 형사사건을 보다 객관적이고 신속·공정하게 해결하는 것을 목표로 삼고 있다.[45]

형사소송에서 당사자에게 보다 많은 권리를 제공하고자 2015년 7월 형사소송법이 개정되었다. 새로운 형사소송법에서는 피의자 및 피고인에게 형사소송에서 보다 많은 새로운 권리를 부여하도록 규정이 대폭 개정되었고, 여기에는 사건의 고발과 관련된 사본 또는 디지털 문서를 읽고 메모할 권리까지 포함하고 있다.[46]

[표 2-17] 시기별 베트남 형사소송법 편장체계의 변화

2003년 베트남 형사소송법(No.19)	2015년 베트남 형사소송법(No.101)
제1편 총칙	**제1편 총칙**
제1장 형사소송법의 임무와 효력	제1장 형사소송법의 적용범위, 목적, 효력
제2장 기본원칙	제2장 기본원칙
제3장 절차개시 권한을 가진 기관과 사람	제3장 절차개시 권한을 가진 권한과 사람
제4장 절차참여자	제4장 절차참가자
제5장 증거	제5장 범죄피해자와 당사자의 권리
제6장 억제조치	제6장 증명과 증거
제7장 조서, 기간, 소송비용	제7장 예방적·강제적 조치들
	제8장 사건파일, 절차문서, 기한 및 절차 정비
제2편 형사입건, 수사 및 기소 결정	**제2편 기소와 수사**
제8장 형사입건	제9장 형사입건
제9장 수사에 관한 총칙	제10장 수사에 관한 총칙
제10장 피의자 입건 및 피의자 심문	제11장 혐의사실의 확정 및 신문
제11장 증인, 피해자 대질 및 신원확인	제12장 증인, 범죄피해자, 민사 원·피고 및 이해관계인의 진술과 사건관련 의무, 대면조사 및 신원확인
제12장 수색, 압수, 가압수, 재산압류	제13장 수색, 압수 그리고 문서와 물건의 압수
제13장 현장조사, 부검, 감정	제14장 현장검증, 부검, 신체상 흔적 조사, 실험수사
제14장 수사의 일시중지 및 종료	
제15장 기소 결정	
제3편 제1심	**제3편 이하 생략**
제16장 각급 법원의 관할권	
제17장 재판 준비	
제18장 법정에서의 소송절차 일반규정	
제19장 재판의 시작	
제10장 법정 심문	

45) Development of criminal procedures in Vietnam (http://vietnamlawmagazine.vn/development-of-criminal-procedures-in-vietnam-4455.html, 2019년 12월 1일 최종검색)

46) More rights for the accused, defense counsels in criminal proceedings (http://vietnamlawmagazine.vn/more-rights-for-the-accused-defense-counsels-in-criminal-proceedings-5417.html, 2019년 12월 1일 최종검색)

2003년 베트남 형사소송법(No.19)	2015년 베트남 형사소송법(No.101)
제11장 법정 변론 제12장 의안 및 선고 **제4편 재판** 제13장 2심재판의 성격, 항소, 상고권 제14장 2심 재판절차 **제5편 법원의 판결과 결정의 집행** 제16장 법원의 판결, 결정 집행 일반규정 제17장 사형의 집행 제18장 형벌 집행기간 단축 제19장 전과말소 **제6편 재심** 제20장 감독심 절차 제21장 재심절차 **제7편 특별절차** 제22장 미성년자 형사절차 제23장 강제치료 조치 적용 제24장 약식절차 제25장 형사소송의 이의신청 및 고발	

나. 베트남과 우리나라의 형사소송법 편장체계 비교

2015년 11월 27일에 제정되고 2016년 7월 1일부터 시행된 베트남「형사소송법」(Bộ luật tố tụng hình sự)[47]을 보면 우리나라의 형사소송법에 비해 총칙규정이 간명하다. 총칙은 8개의 장 그리고 총 99개조로 구성되어 있는데, 형사소송법의 목적, 기본원칙 및 절차참가자 등 전체 형사절차와 관련된 사항만을 규율하고 있다.

47) 세계법제정보센터 베트남 형사소송법전(http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgslInfoReadPage.do;jsessionid=U74oT842Q2InJlPlWuVUqfTCmbBduYXIM3jh2tHUcL689kviUcLK6iojBn9gA5nI.eduweb_servlet_engine7?CTS_SEQ=7168&AST_SEQ=325&nationReadYn=Y&ETC=1&searchNtnl=VN#, 2019년 11월 10일 최종검색); 일본 국제협력기구 ベトナム六法 (https://www.jica.go.jp/project/vietnam/021/legal/ku57pq00001j1wzj-att/legal_101_2015_QH13.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색)

[표 2-18] 베트남 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 편장체계 비교

베트남 형사소송법	우리나라 형사소송법
제1편 총칙 제1장 형사소송법의 적용범위, 목적, 효력 제2장 기본원칙 제3장 절차개시 권한을 가진 권한과 사람 제4장 절차참가자 제5장 범죄피해자와 당사자의 권리 제6장 증명과 증거 제7장 예방적·강제적 조치들 제8장 사건파일, 절차문서, 기한 및 절차 정비	**제1편 총칙** 제1장 법원의 관할(1조~16조의2) 제2장 법원직원 제척 회피(17조~25조) 제3장 소송행위 대리와 보조(26조~29조) 제4장 변호(30조~36조) 제5장 재판(37조~46조) 제6장 서류(47조~59조의3) 제7장 송달(60조~65조) 제8장 기간(66조~67조) 제9장 피고인 소환, 구속(68조~105조) 제10장 압수와 수색(106조~138조) 제11장 검증(139조~145조) 제12장 증인신문(146조~168조) 제13장 감정(169조~179조의2) 제14장 통역과 번역(180조~183조) 제15장 증거보전(184조~185조) 제16장 소송비용(186조~194조의5)
제2편 기소와 수사 제9장 형사입건 제10장 수사에 관한 총칙 제11장 혐의사실의 확정 및 신문 제12장 증인, 범죄피해자, 민사 원·피고 및 이해관계인의 진술과 사건관련 의무, 대면조사 및 신원확인 제13장 수색, 압수 그리고 문서와 물건의 압수 제14장 현장검증, 부검, 신체상 흔적 조사, 실험수사	**제2편 제1심** 제1장 수사(195조~245조의4)
공소 이하 생략	제2장 공소(246조~264조의2) 제3장 공판(266조~337조)
	제3편 상소 제1장 통칙(338조~356조) 제2장 항소(357조~370조) 제3장 상고(371조~401조) 제4장 항고(402조~419조)
	제4편 특별소송절차 제1장 재심(420조~440조) 제2장 비상상고(441조~447조) 제3장 약식절차(448조~458조)
	제5편 재판의 집행(459~493조)

다. 베트남과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

베트남과 우리나라의 수사관련 형사소송법 규정을 비교해보면, 체계면에서 보다 수사절차 흐름에 부합되게 기술되고 있다. 대표적으로 수색 및 압수 관련 규정만 보더라도 우리나라에서는 하위법령으로 규정되고 있는 내용의 대다수가 형사소송법에 편입되어 규정되고 있는 점에서 차이가 있다.

[표 2-19] 베트남과 우리나라의 수사관련 편장체계 비교

베트남 형사소송법	우리나라 형사소송법
제2편 기소와 수사	**제2편 제1심**
제9장 형사입건	**제1장 수사**
제10장 수사에 관한 총칙	제195조 검사의 수사
제11장 혐의사실의 확정 및 신문	제196조 사법경찰관리
제12장 증인, 범죄피해자, 민사 원·피고 및 이해관계인의 진술과 사건관련 의무, 대면조사 및 신원확인	제197조 특별사법경찰관리
	제198조 불구속 수사 등
	제198조2 체포구속장소 감찰
	제199조 임의수사원칙
제13장 수색, 압수 그리고 문서와 물건의 압수	제200조 피의자 출석요구
제192조 신체, 주거지, 직장, 지역, 차량, 문서, 물건, 우편, 전신, 소포 및 전자적 데이터 수색의 정당성 요건	제200조2 영장에 의한 체포
	제200조3 긴급체포
	제200조4 긴급체포와 영장청구
제193조 수색영장 발부권한	제200조5 체포 피의사실 고지
제194조 신체수색	제200조 준용규정
제195조 주거지, 직장, 지역 및 차량 수색	제201조 구속
제196조 전자정보저장장치와 데이터의 압수	제201조2 영장청구 피의자신문
제197조 우편 또는 원거리통신 서비스 제공자의 구내에 있는 우편, 전신 및 소포의 압수	제202조 사법경찰관 구속기간
	제203조 검사의 구속기간
	제203조2 구속기간에의 산입
제198조 수색 중 문서 및 물건의 압수	제204조 영장발부와 법원에 대한 통지
제199조 압류, 압수 또는 봉인된 차량, 문서, 물건, 전자정보, 우편, 전신, 소포의 보관책임	제205조 구속기간의 연장
	제208조 재구속의 제한
제200조 수색, 압류 및 압수 영장을 발부하고 집행하는 자의 책임	제209조 준용규정
	제210조 사법경찰관 관할 외 수사
제14장 현장검증, 부검, 신체상 흔적의 조사, 실험수사	제211조 현행범, 준현행범
	제212조 현행범 체포
제201조 현장검증	제213조 체포된 현행범인도
제202조 부검	제213조2 준용규정
제203조 신체상 흔적의 조사	제214조 경미사건 현행범
제204조 실험수사	제214조2 체포와 구속적부심
	제214조3 재구속제한
	제214조4 보증금 몰수
	제215조 압수, 수색, 검증
	제216조 영장에 의하지 아니한 강제처분

베트남 형사소송법	우리나라 형사소송법
	제217조 영장에 의하지 아니하는 강제처분 제218조 영장에 의하지 아니한 압수 제218조2 압수물 환부 제219조 준용 제220조 요급처분 제221조 제3자 출석요구 제221조2 증인신문의 청구 제221조3 감청위촉과 감정유치 제221조4 감정에 필요한 처분 제222조 변사자 검시 제223조 고소권자 제224조 고소의 제한 제225조 비피해자인 고소권자 제226조 동전 제227조 동전 제228조 고소권자의 지정 제229조 배우자의 고소 제230조 고소기간 제231조 수인의 고소권자 제232조 고소의 취소 제233조 고소의 불가분 제234조 고발 제235조 고발의 제한 제236조 대리고소 제237조 고소, 고발의 방식 제238조 고소, 고발과 사법경찰관의 조치 제239조 준용규정 제240조 자수와 준용규정 제241조 피의자신문 제242조 피의자신문사항 제243조 피의자신문과 참여자 제243조2 변호인의 참여 제244조 피의자신문조서의 작성 제244조2 피의자진술 영상녹화 제244조3 진술거부권 등의 고지 제244조4 수사과정의 기록 제244조5 장애인등 특칙 제245조 참고인과의 대질 제245조2 전문수사자문위원 참여 제245조3 전문수사자문위원 지정 제245조4 준용규정

제3절 | 현행 형사소송법 편장체계의 문제점

1.「형사소송법」 명칭의 적절성 여부

「형사소송법」이란 "형법을 구체적인 사건에 적용·실현하기 위한 절차를 규율하는 법률체계"[48]이자, "범죄가 발생하였을 때 수사하고, 공소를 제기하고, 재판하고, 형을 집행하는 일련의 형사절차"[49]를 말한다.

그런데 「형사소송법」에서 '소송'이라는 단어는 공소 제기 이후에 이루어지는 공판절차만을 의미한다. 현행 「형사소송법」 편장체계를 보면, 수사, 기소, 재판, 형 집행까지 두루 기술하고 있다는 점에서 「형사소송법」이라기보다는 형사 '절차'법으로 표기하는 것이 더 자연스럽다.

외국의 경우에도 「형사소송법」이라고 명확히 표현한 것은 일본의 「형사소송법」 형태뿐이고, 대부분 영미국가에서는 'Criminal Procedure Law'라고 하여 '형사절차법'이라는 표현을 쓰고 있고, 독일, 스위스, 오스트리아 「형사소송법」의 경우에도 'Strafprozessordnung'으로 표기하고 있어 '형사절차법'이라고 번역하는 것이 더 적절하다.

현행 「형사소송법」을 보면, 범죄수사, 공소 제기, 공판절차, 유·무죄 선고, 형 집행에 이르는 광범위한 영역을 다루고 있기 때문에 형사절차법에 보다 가깝다. 「형사소송법」이라는 표현을 계속 유지하는 것은 마치 형사절차의 중심이 공판절차에 있음을 강조하는 것으로 이해될 소지가 있으므로[50], '형사소송법'이 아닌 '형사절차법'으로 변경할 필요성이 있다.

2. 목적 규정 부재로 인한 문제

외국의 형사절차법을 살펴보면 동법의 입법목적이 무엇인지를 말해준다. 예를 들어 일본 「형사소송법」 제1조는 "이 법률은 형사사건에 대하여 공공의 복지 유지와 개인

48) 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 3면.
49) 이승호 외, 형사소송법강의, 박영사, 2018, 1면.
50) 이승호 외, 형사소송법강의, 박영사, 2018, 1면.

의 기본권을 보장하고, 사안의 진실을 규명하며, 형벌법령을 적정하고 신속하게 적용 실현하는 것을 목적으로 한다."고 규정하고 있다.

우리의 경우 「형사소송법」의 목적규정이 없기 때문에 「형사소송법」은 절차법이고 수범자인 수사기관만 형사절차에 관한 사항을 알면 족하다고 이해되는 것은 이 때문이다. 일반적으로 실체법은 죄형법정주의가 적용되므로 국민이 미리 그 내용을 알아야 한다는 점에 이견이 없다. 따라서 실체법에 대하여는 보다 국민이 알기 쉽게 용어도 순화하고, 특별법이 많아 알기 어려운 부분은 형법 체계 내로 들여오자는 논의도 이루어지고 있다. 반면 절차법의 경우 수범자가 국가기관(수사기관 및 재판기관)이므로 법의 체계를 보다 쉽게 만드는 데에 있어서 인색한 거 같다.

그러나 절차법인 「형사소송법」의 경우에도 수범자가 수사기관 및 재판기관만이라고 할 수 없고, 피의자 또는 피고인 신분이 되었을 때 적용받는 법이므로 국민도 그 수범자임을 간과할 수 없다. 형사절차과정에서 공정성이 담보되려면 국민이 피의자 또는 피고인, 피해자라는 신분이 되었을 경우 자신이 형사절차 단계별로 어떠한 권리를 가지고 있는지를 정확하게 이해하고 있어야 하고, 이러한 경우에만 피의자 또는 피고인이 적절하게 방어권을 행사할 수 있다. 그리고 이러한 경우에만 적법절차를 통한 실체적 진실발견이 실현될 수 있다.

「형사소송법」에 목적조항이 없다 보니 당사자의 권리 보장에 대한 인식도 소홀해지는 것으로 보인다. 형법은 죄형법정주의에 따르다 보니 국민 모두가 형법상 범죄가 무엇인지를 미리 이해하고 범죄를 저지르지 않을 것을 바탕으로 하고 있다. 반면에 「형사소송법」에서는 수사 및 재판절차에서의 인권이나 기본 권리에 관한 보장내용이 절차법 안에서 조문으로 보장될 필요성이 있다. 예를 들어 변호인의 조력을 받을 권리, 체포·구속시 가족 등에게 통지하는 절차 등에 관한 사항이 절차법인 「형사소송법」에서 명확하게 규정되어야 하고 목적규정에서도 당사자의 인권 또는 권리를 보장하는 것을 그 내용으로 삼아야 한다. 우리 헌법 역사를 보면 유신독재, 민주화운동 시기 등을 거치면서 외국의 헌법에서 볼 수 없는 형사절차에 관한 사항(무죄추정의 원칙, 변호인 조력을 받을 권리, 구속적부심, 공개재판 등)이 다수 헌법에 명시적으로 규정되어 있는 것도 국민의 형사절차에서의 권리 보장이 다른 어느 국가에서보다도 중요한 사안이라는 점을 반증하는 것이다. 형사절차에서의 권리 보장이 절실하다는

것이 국민들의 인식 속에 있고, 이러한 내용이 헌법에 담겨 있음에도 불구하고 「형사소송법」에서 명확하게 선언하고 있지 않다는 점이 안타깝다.

3. 총칙규정의 문제

우리나라와 외국의 「형사소송법」 편장체계를 비교해 보면, 우리나라 편장체계에서 수사의 기본원칙에 관한 사항과 절차참가자의 권리에 관한 사항에 있어서 피의자나 피해자의 지위와 권리에 관한 사항이 명확하게 기술되어 있지 않다는 점을 알 수 있다.

가. 형사절차의 기본원칙 부재

외국의 형사소송 편장체계를 살펴보면, 오스트리아에서는 형사절차의 기본원칙에 관한 내용을 다수의 규정을 통해 규율하고 있다. 오스트리아 형사소송법 제3조 이하에서 ① 객관성과 실체적 진실 발견(제3조), ② 검찰의 기소주의(제4조), ③ 합법성과 비례성(제5조), ④ 소송절차 참여권과 공판출석 의무(제6조), ⑤ 변호인의 조력을 받을 권리(제7조), ⑥ 무죄추정의 권리(제8조), ⑦ 신속한 절차 진행요구의 권리(제9조), ⑧ 피해자의 절차 참가권(제10조), ⑨ 반복적 불이익 소추의 금지(제17조) 등의 규정을 열거하고 있다. 스위스 「형사소송법」은 오스트리아만큼 상세한 것은 아니나, 인권의 존엄성 존중과 공정성의 요구(제3조), 독립성(제4조), 신속성의 원칙(제5조), 수사의 기본원칙(제6조), 강제수사(제7조), 형사소추의 포기(제8조), 기소주의의 원칙(제9조), 무죄추정의 원칙(제10조) 등의 규정을 형사절차의 기본원칙으로 삼고 있다.

그러나 우리나라의 경우 「형사소송법」 편장체계에서 제1장 총칙 부분에 형사절차의 기본원칙에 관한 사항은 열거되어 있지 않을뿐더러, 총칙 제1조에서부터 법원의 관할 등에 관한 사항이 바로 열거되고 있어 「형사소송법」이 추구하는 바를 파악하기 어렵게 만들고 있다.

국가	형사절차의 기본원칙
오스트리아	**제1편 절차의 일반원칙(Allgemeines und Grundsätze des Verfahrens)** **제1장 형사절차와 원칙(Das Strafverfahren und seine Grundsätze)** **제3조 객관성과 실체적 진실의 발견(Objektivität und Wahrheitserforschung)** (1) 사법경찰, 검찰과 법원은 진실을 규명하고, 범행과 피의자의 판단과 관련된 모든 사실을 분명히 해야 한다. (2) 모든 판사, 검사 및 사법경찰은 공정하고 객관적으로 자신의 직무를 수행하고, (범죄사실에 대하여) 예단하는 것을 피해야 한다. 뿐만 아니라, 피의자의 형사책임을 가중시키는 사정 뿐 아니라 감경시키는 사정까지도 신중을 기하여 수사하여야 한다. **제4조 기소주의(Anklagegrundsatz)** (1) 기소는 법률에서 다르게 규정하지 않는 한 검찰의 의무이다. 검찰은 기소 결정에 필요한 수사를 보장해야 한다. 사인범죄 및 부대소송(제71조와 제72조)의 경우를 제외하고, 검찰의 의사에 반한 형사소송절차의 진행은 허용되지 않는다. (2) 공판절차의 개시 및 집행에는 법적으로 유효한 기소가 전제되어야 한다. 법으로 규정된 경우에는 허가(제92조)가 필요하다. (3) (불고불리의 원칙상) 법원의 판단은 (검사의) 공소제기에 종속되지만, 사건에 대한 법적 판단에 있어서는 그에 구속되지 않는다. **제5조 합법성 및 비례성(Gesetz- und Verhältnismäßigkeit)** (1) 경찰, 검찰 및 법원은 권한의 행사 또는 증거수집에 있어서 법률에 명시적으로 규정되어 있고 임무완수를 위해 필수불가결한 경우에 한해서만 기본권을 침해할 수 있다. 이로 인하여 발생하는 권리의 침해는 범죄행위의 중요성, 혐의의 정도 및 이로 인한 권리의 손해는 범죄의 무게, 의심의 정도 및 의도된 결과에 비례하여야 한다. (2) 다수의 유효한 수사절차 또는 강제조치가 있는 경우 경찰, 검찰 및 법원은 관련자의 기본권을 가장 덜 침해하는 방법을 선택하여야 한다. 법적으로 허가된 권한은 불필요한 주목을 피하고 관련자의 존엄성을 존중하며 그들의 권리와 이익을 보호될 가치가 있는 이익을 보호하는 방식으로 행사되어야 한다. (3) 공정한 재판의 원칙(유럽 인권 및 자유권 보호를 위한 협약, BGBl. Nr. 210/1958의 제6조 제1항)에 위배되는 방식으로 범죄행위를 하도록 유도하거나 또는 은밀하게 임명된 사람을 통하여 자백을 하도록 유인하는 것은 허용되지 않는다. **제6조 법적 청문권(Rechtliches Gehör)** (1) 피의자는 전체 소송절차에 참여할 권리와, 공판에 출석할 의무를 가진다. 피의자는 개인의 존엄을 존중받아야 한다. (2) 모든 소송절차에 관여하거나, 강제적 조치를 취한 자는 적절한 법적 청문과 해당 청문절차의 본질적인 권리와 같은, 원인과 목적에 대한 정보에 대한 권리를 가진다. 피고인은 자신에 대한 모든 의심의 근거가 되는 사정을 알고, 그 사정을 없애거나 변호할 수 있는 완전한 기회를 가질 권리가 있다. **제7조 방어권(Recht auf Verteidigung)** (1) 피고인은 소송의 모든 단계에서 자신을 변호하고 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. (2) 피고인은 스스로 불리하도록 강요당하지 않는다. 피고인은 항상 진술을 증언하고 거부할 수 있는 자유가 있다. 강압, 협박, 약속 또는 기만 등을 통한 진술을 강요하거나 강제할 수 없다.

국가	형사절차의 기본원칙
	제8조 무죄추정의 원칙(Unschuldsvermutung) 모든 이는 최종 유죄판결까지 무죄로 추정한다. **제9조 신속청구권(Beschleunigungsgebot)** (1) 모든 피고인은 적절한 기간 내에 절차의 종료를 청구할 수 있다. 해당 절차는 항상 신속하고 불필요하게 지체하지 않는다. (2) 피고인의 구류 절차는 특히 신속하게 이루어져야 한다. 기소된 모든 피고인은 소송 절차 동안, 가능한 한 가장 신속한 판결 또는 석방을 청구할 수 있다. 형사절차에 있어 관련된 모든 관청, 기관 및 관계자들은 구류기간을 최소화 시키도록 노력할 의무가 있다. **제10조 피해자의 (절차) 참가(Beteiligung der Opfer)** (1) 범죄 피해자는 제4장의 규정에 따라 형사소송절차에 참여할 권리가 있다. (2) 사법경찰, 검찰과 법원은 범죄피해자의 권리, 이익 및 특별 보호 요구를 적절히 고려하고, 모든 피해자에게 소송 절차에 대한 필수 권리와 보상 또는 지원받을 수 있는 가능성을 고지할 의무가 있다. (3) 형사소송절차에 관련된 모든 기관, 시설 및 개인은 형사절차 중에 피해자의 개인적인 존엄을 존중하고, 개인적인 삶의 영역을 보존하는데 관심을 가져야 한다. 이는 특히 형사사법보호의 목적으로 필요치 않은, 넓은 인간관계 속에서 신원을 확인할 수 있는 사진의 공개 및 개인정보 공개에 적용된다. 검찰과 법원은 항상 피해자의 피해보상이익을 고려하고, 형사절차의 종료를 위한 판결에서 가능한 한 최대로 지원해야 한다. **제11조 배심과 참심(Geschworene und Schöffen)** (1) 이 법에 규정된 경우, 배심원과 참심원은 본 공판절차와 판결에 참여한다. (2) 배심원과 참심원은 절차의 진행과 같은, 그들의 의무와 권한에 대한 사항을 통보받는다. **제12조 구술심리와 공소(Mündlichkeit und Öffentlichkeit)** (1) 공판절차와 상소절차에서 법적 심리의 내용은 구술 및 공개적으로 이루어져야 한다. 단, 수사절차는 비공개로 한다. (2) 법원은 판결에 있어 주 심리내용만을 고려해야 한다. **제13조 직접심리(Unmittelbarkeit)** (1) 공판심리는 형사절차의 핵심을 구성한다. 여기에서 증거가 채택되고, 그 증거에 기초하여 판결이 선고된다. (2) 수사절차에는 기소 결정을 내리는데 있어 없어서는 안 될 증거나, 공판심리의 개시에 있어, 실제 또는 법적 이유로 공판절차에 있어 인정할 수 없는 증거가 포함되어야 한다. (3) 직접적 증거가 제출될 수 있는 한, 간접적 증거에 의한 대체는 허용되지 않는다. 서류나 다른 증거자료의 내용에 대해서는 이 법률에서 허용하는 방식으로 복제된 경우에 한하여 증거로 사용가능하다. **제14조 자유로운 증거평가(Freie Beweiswürdigung)** 범죄사실이 입증된 것으로 확인되었어도, 법원은 자유로운 확신에 따라 증거가 되는 사정에 근거하여 재판하여야 한다. 의심스러운 경우에는 항상 피고인 또는 그의 권리에 유리하도록 한다.

국가	형사절차의 기본원칙
	제15조 선결문제(Vorfragen) 선결문제는 형사 소송 절차에서 독립적으로 평가되어야 한다. 그러나 가까운 장래에 예상되는 경우, 권한 있는 기관의 결정을 기다릴 수 있다. 이에 따라 형사법원도 민사법원과 다른 관계 기관의 결정에 따른 법적 효과에 구속된다. **제16조 불이익 변경의 금지(Verbot der Verschlechterung)** 피고인이 항소 또는 법적구제수단을 요청한 경우, 수사절차상 관련된 판결과 처벌의 문제에 있어, (마치 판결에 이의를 제기하지 않은 것처럼) 피고인에게 불리하게 변경할 수 없다. **제17조 반복적 형사소추의 금지(Verbot wiederholter Strafverfolgung)** (1) 형사소송절차의 효과적인 종료 이후에, 동일한 범죄에 대하여 동일한 용의자를 재소추 할 수 없다. (2) 형사절차의 속행, 재개, 재심 및 갱신에 관한 규정은, 법률을 보호하기 위한 재심항고에 대해서는 지속되나 이에 대하여는 영향을 주지 않는다.
스위스	제2장 형사소송법 기본원칙 제3조 인권의 존엄성 존중과 공정성의 요구 재4조 독립성 제5조 신속성의 원칙 제6조 수사의 기본원칙 제7조 강제수사 제8조 형사소추의 포기 제9조 기소주의 원칙 제10조 무죄추정과 증거평가

나. 절차참가자의 권리 기술 부족

현행 「형사소송법」은 절차참가자의 권리에 관한 사항을 제대로 기술하고 있지 않다. 외국의 「형사소송법」 편장체계에서는 피의자와 피해자의 지위와 권리에 관한 사항을 비교적 상세히 기술하고 있다. 그러나 현행 「형사소송법」 제1편 총칙에서는 변호인의 권리에 관한 사항은 제1편 제4장에서 열거하고 있으나 정작 수사절차 당사자의 권리에 관한 사항이 전혀 언급되지 않아 아쉬움이 남는다.

1) 피의자의 지위와 관리에 관한 사항

피의자의 지위와 권리에 관한 사항에 대하여 오스트리아와 스위스 「형사소송법」이 구체적으로 기술하고 있다. 오스트리아 「형사소송법」 제49조 이하에서는 변호인의 조력을 받을 권리, 기록을 열람할 수 있는 권리 등 우리나라 헌법에서 규율하고 있는

권리 외에 번역지원을 받을 권리, 강제수단의 법적 승인에 대한 이의제기 권리, 수사절차 종료를 청구할 권리 등 다양한 권리가 강조되고 있다. 스위스도 오스트리아의 「형사소송법」 체계 정도는 아니지만 피의자의 진술거부권, 강제처분 법정주의 등이 강조되고 있다.

국가	피의자의 권리
오스트리아	**제2절 피의자(Der Beschuldigte) (제49조~제56조)** **제49조 피의자의 권리(Rechte des Beschuldigten)** 피의자는 특별히 다음의 권리를 갖는다. 1. 그에 대한 의심과 그 소송에서 그의 본질적 권리에 대한 정보(제50조) 2. 변호인을 선임하고 (제58조) 소송절차상 변호인의 조력을 받을 권리(제61조 및 제62조) 3. 기록을 열람할 수 있는 권리(제51조~제53조) 4. 제58조, 제59조 및 제164조 제1항에 따라 변호인과 접견하고 논의하기 위한 권리 5. 제164조 제2항에 따라 피고인의 신문을 위하여 변호인을 소환할 권리 6. 증거 채택 청구의 권리(제55조) 7. 주관적 권리의 침해에 대한 정식재판청구의 권리(제106조) 8. 강제수단의 법적 승인에 대한 이의제기에 관한 권리(제87조) 9. 수사절차의 종료를 청구할 권리(제108조) 10. 공판에서 증인 및 피의자의 신문(제165조 제2항)과 범행재현(제150조)에 참여할 권리 11. 상소와 법적 구제수단을 검증할 권리 12. 번역 지원을 받을 권리(제56조) **제50조 법률상의 고지(Rechtsbelehrung)** (1) 모든 피의자는 사법경찰 또는 검찰을 통하여 가능한 한 빠른 시일 내에 그와 관련된 수사절차와 범행혐의 및 당해 소송절차에 있어서 본질적인 권리에 대하여 통보받는다(제49조, 제164조 제1항). 수사절차의 기초가 되는 사실이 그 자체로 또는 새로운 정황과 관련하여 다른 범죄 또는 더 나아가 처벌까지도 가능한 범죄 행위를 저지른 것으로 의심되는 즉시, 피의자에게 범행혐의에 대한 변경된 수사방향에 대하여 고지하여야 한다. 이는 수사목적을 위태롭게 할 특별한 상황이 있는 한, 특히 수사 또는 증거조사가 이루어져야 하기 때문에 피의자에게 수사진행 사항을 고지하는 것은 피해야 한다. (2) 법적고지는 피의자의 특별한 개인적 필요를 고려하여, 피의자가 이해할 수 있고, 이해가능한 방식의 언어로 제공되어야 한다. (3) 피의자의 권리 포기뿐만 아니라 피의자에게 주어지거나 보완된 고지 상황은 서면으로 기록해야 한다(제95조 및 제96조). **제51조 및 제52조 기록열람(Akteneinsicht)** (1) 피의자는 사법경찰, 검찰과 법원의 수사와 공판의 결과를 열람할 권리가 있다. 기록열람권은 일반적으로 수사에 있어 불이익이 없도록 증거대상물을 검증할 권리를 가지는 것이다. (2) 제162조에 언급된 위험이 존재하는 한, 개인정보 및 그밖에 상황, 위험에 처한 자의 신원 또는 지극히 개인적인 상황에 대한 추리가 가능할 경우에는 이러한 상황을

국가	피의자의 권리
	식별할 수 없도록 기록열람을 사본으로 제공할 수 있다. 그 외에도 기록열람은 수사절차가 끝나기 전과 특별한 사정으로 인하여 특정문서에 대한 즉시 검토를 통하여 수사의 목적이 위태로워질 수 있는 경우에도 접근이 제한될 수 있다. 그러나 피의자가 구류 중인 경우 그러한 특정문서와 관련하여 범행혐의의 판단 또는 구금사유, 미결구류의 판결기록 등의 기록열람 접근 제한은 불필요하다. (3) 간단한 정보는 구두로 제공될 수도 있다. 이를 위하여 기록열람에 대한 규정이 준용된다. **제53조 기록열람의 절차(Verfahren bei Akteneinsicht)** (1) 각 기록의 열람은 법원의 공판절차 및 사법경찰과 검찰의 수사절차상 종결보고서가 반환될 때까지(제100조 제2항 4절) 요청할 수 있다. 피의자가 구류되어 있는 동안에는, 제52조 제2항 2절에 따라 법원에 기록열람 신청을 통하여 기록 문서를 열람할 수 있다. (2) 기록열람은 원칙적으로 개별 공공기관의 근무시간동안 허용된다. 기술적으로 가능한 범위에서 스크린 또는 전자데이터 전송의 방법을 통해 이루어지기도 한다. **제54조 공개의 금지(Verbot der Veröffentlichung)** 피의자와 그의 변호인은 비공개 심리 절차 또는 비공개 증거조사 및 기록열람을 통하여 얻은 정보를 변호의 이익 또는 다른 주요한 이익으로서 사용할 권한이 있다. 그러나 다른 소송관계인이나 제3자로부터 얻은 개인관련 자료 및 공개된 심리절차가 아닌 곳에서 수집된 자료, 미디어매체를 통하여 공공연히 알려진 정보, 누구나 접근 가능한 광범위한 통지사항 등은 금지된다. 이를 통하여 다른 소송 관계인 또는 제3자의 보호가치가 있는 비밀준수이익(정보보호법 제1조 제1항)이 이에 대한 공공의 정보이익보다 우세하다. **제55조 증거신청(Beweisanträge)** (1) 피의자는 증거의 조사를 청구할 권리가 있다. 청구신청에는 증거의 주제, 증거수집방법과 증거조사를 시행하는데 필요한 자료를 특징 지워야 한다. 이것이 명확하지 않는 한, 적절한 증거수집방법과 증거의 주제를 설명해야 한다. (2) 허용되지 않고, 쓸모가 없으며 불가능한 증거의 조사는 허용되지 않는다. 다음의 경우, 피의자의 청구를 통한 증거조사는 허용되지 않는다. 증거의 주제는 명확하나 의미 없이 범행혐의의 판단만을 하는 경우 요청한 증거수단이 중요한 사실을 증명하지 못할 가능성이 있는 경우 증거의 주제는 입증된 것으로 간주 될 수 있는 경우 (3) 수사절차 중에 공판의 증거조사를 포함시킬 수 있다. 이는 만약 증거조사의 결과가 범행혐의 직접 없앨 수 있거나 명확한 사실 증거를 해할 위험이 있는 경우 허용되지 않는다. (4) 사법경찰은 수사절차 중에 요청된 증거조사 또는 사건 보고서(제100조 제2항 2열)를 검찰에게 제출해야 한다. 검찰은 증거조사를 실시하게 하거나 피의자에게 그의 요청이 기각된 사유에 대하여 통지하여야 한다. **제56조 통역지원(Übersetzungshilfe)** (1) 절차에서 사용되는 언어를 사용하거나 이해하지 못하는 피고인은 통역을 이용할 권리가 있다(제2항). 방어권과 공정한 재판을 받을 권리를 수호하기 위해 필요한 경우에는 피고인은 적절한 기간 내에 중요한 문서의 번역본을 받을 권리(제3항)가 있다. 이러한 권리를 주장하기 위한 절차는 동법 제53조 제1항 본문이 준용된다. (2) 통역은 구두로 이루어지며, 특히 피고인이 증거수집, 변론, 항고의 제기 또는 기타

국가	피의자의 권리
	신청과 관련하여 피고인이 참여한 증거수집절차, 변론 및 변호인 접견을 하는 경우에 보장되어야 한다. 피고인이 사용하거나 이해할 수 있는 언어를 위한 통역서비스가 심문장소에서 적합한 시간 내에 제공될 수 없는 경우에는 통역의 배석이 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 반드시 요구되는 경우를 제외하고는 문자 또는 이미지 전송을 위한 기술적 수단을 이용하여 이루어질 수 있다. (3) 중요한 문서란 체포명령이나 체포허가, 동법 제171조 제2항에서 말하는 경찰 서면 근거, 미결구금의 결정 또는 속행을 위한 결정, 공소장 및 아직 기판력이 발생하지 않은 판결 정본 및 아직 법적 구속력이 없는 약식명령(Strafverfügung, 동법 제491조) 정본을 말한다. 이러한 문서는 제5항 및 제6항에 따라 수행되지 않는 한 제171조 제2항의 경우 경찰에 의해, 그 이외의 경우에는 검찰청을 통해 또는 미결구금의 결정 또는 속행의 경우와 공판절차(제210조 제2항)에 있어서는 법원을 통해 문서로 번역되어야 한다. (4) 동조 제1항에 따른 번역의 필요성이 인정되거나 명백한 경우에는 피고인의 요구에 따라 의미가 있는 문서들을 구체적으로 서면으로 번역되어야 한다. 중요한 문서(제3항 및 제4항)의 번역은 피고인이 자신에게 제기된 혐의가 무엇인지 알기 위해 필요한 문서의 일부로 제한될 수 있다. (5) 서면에 의한 번역은 피고인이 변호인을 선임한 경우 구두를 통한 번역이나 요약이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아닌 한 구두번역이나 구두요약으로 대체될 수 있다. (6) 피고인이 서면에 의한 번역을 포기하는 것은 사전에 자신의 권리와 그 권리의 포기가 의미하는 바를 고지한 경우에만 가능하다. 고지 및 포기는 서면으로 이루어져야 한다(제95조 및 제96조). 구금된 피고인의 취소는 제57조 제2항 마지막 문단이 적용된다. (7) 만약 피고인이 농아자인 경우, 피고인이 수화를 사용할 수 있는 경우에는 수화통역사에게 지원을 요청할 수 있다. 그렇지 않은 경우, 피고인과 서면 또는 다른 적합한 방식으로 의사소통을 시도하여야 한다.
스위스	**제3편 당사자 및 다른 소송참가자** **제2장 피의자** **제111조 정의** (1) 범죄로 신고되어 혐의를 받거나 범죄로 고소된 사람, 형사사법기관의 소송행위로 기소된 사람을 피의자로 본다. (2) 피의자의 권리와 의무는 제323조 또는 제410조부터 제415조까지의 규정에 따른 정지나 판결 후에 소송절차가 재개될 자에게도 적용된다. **제113조 지위** (1) 피의자는 범행을 인정하도록 강요당하지 않는다. 우선 피의자는 형사절차에서의 진술과 참여를 거부할 권리를 가진다. 그러나 피의자는 법률이 정한 강제처분에 따라야 한다. (2) 피의자가 참여를 거부하는 경우에도 절차는 계속 진행된다. **제114조 소송능력**

2) 피해자의 지위와 권리에 관한 사항

오스트리아 「형사소송법」은 피해자의 권리에 있어서도 제66조와 제66a조에서 피해자와 관련된 사항을 매우 상세하게 규정하고 있다. 피해자는 기본적으로 진술할

권리를 가지고 있고, 피해자의 특수한 보호 필요성을 신속하게 인정받을 권리, 관련서류 열람권, 심문전 자신의 기본적 권리에 대하여 고지받을 권리, 절차의 진행상황에 대한 통지권 등에 관한 사항이 상세하게 규정되어 있다.

스위스는 오스트리아「형사소송법」만큼 피해자에 대한 복잡한 규정을 가지고 있지 않지만, 제117조에서 인격권 보호, 보호조치에 관한 권리, 진술거부권, 정보권에 관한 사항을 규율하고 있다. 특히 18세 미만자인 피해자에 대하여는 피의자와의 대질신문 제한, 신분에 있어 특별 보호조치, 공판 중지 등이 가능하다고 규율하고 있어 특별한 보호를 하고 있다(스위스「형사소송법」제117조 제2항).

국가	피해자의 권리
오스트리아	**제2절 피해자와 사적참가인(Opfer und Privatbeteiligte) (제66조~제70조)** **제66조 피해자의 권리(Opferrechte)** (1) 피해자는 – 사적참가자로서의 지위에 관계없이– 다음의 권리를 가진다. 1. 스스로 진술할 권리(제73조) 1a. 고소에 대한 문서상의 확인서를 받을 권리(제80조 제1항) 1b. 피해자의 특수한 보호필요성(Schutzbedürftigkeit)을 신속히 인정받을 권리(제66a조) 2. 서류 열람(제68조) 3. 절차의 대상에 대한 심문 이전에 자신의 기본적 권리에 대하여 고지받을 것(제70조 제1항) 4. 절차의 진행상황에 대해 통보받을 권리(제177조 제5항, 제194조, 제197조 제3항, 제206조 및 제208조 제3항) 5. 제3항에 따른 통역을 이용한 번역 지원 6. 증인 및 피고인에 대항적인 심문(제165조) 및 범행의 재현(제150조 제1항)에 참가할 수 있는 권리 7. 공판절차 동안에 참석할 수 있는 권리 및 피고인, 증인 및 감정인에게 질문할 수 있는 권리 및 그들의 진술을 들을 권리 8. 검찰청에 의해 제기된 절차의 속행을 요청할 권리(제195조 제1항) (2) 제65조 제1호 a 및 b에서 의미하는 피해자 및 테러범죄(형법 제278c조)의 피해자(제65조 1호)에게는 그 피해자의 절차상의 권리를 실현시키기 위하여 개인의 인적 관련(persönliche Betroffenheit)이 요구되는 경우에 한하여, 피해자의 요청에 따라 사회심리학적 진술조력 및 법적 진술조력인(psychosoziale und juristische Prozessbegleitung)의 참여가 보장되어야 한다. 피해자의 성적인 무결성(sexuellen Integrität)이 침해된 경우이거나 피해자가 아직 14세가 되지 않은 경우에는 무조건 사회심리학적 진술조력인의 참여가 보장되어야 한다. 사회심리학적 진술조력은 관련자의 절차 준비를 돕는 것과 절차 진행과 관련된 감정적인 부담 및 수사절차 또는 공판절차에서의 신문과정에 참가하는 것이 포함되며, 법적인 진술조력은 변호사에 의한 법률 상담 및 변호를 포함한다. 연방법무부장관은 적합한 기관과 계약을 체결하고, 법적 요건이 충족되었는지 확인한 이후에 제65조 제1호 항 a 및 b에서 말하는 피해자 및 테러범죄(형법 제278c조)의 피해자(제65조 1호)

국가	피해자의 권리
	에게 진술조력이 이루어지도록 하여야 한다. (3) 번역 지원은 제56조의 규정을 준용한다. 피해자의 요청에 따라 번역이 이루어져야 하는 중요한 문서에는 고소확인서(제80조 제1항), 수사절차의 중지 및 그 근거에 대한 통지(제194조 제2항) 및 판결 또는 약식명령(Strafverfügung)의 정본(제491조)이 해당된다. 이 경우 번역의 필요성 조사는 피해자의 권리와 이익을 실현시키기 위한 방어권 보장의 필요성(제10조)으로 대체될 수 있다. (4) 연방법무부장관은 제2항에 따른 기관의 위탁에 관한 요건에 대해서 그리고 진술조력인의 자격기준에 대해서는 연방교육여성부장관 및 연방가족청소년부장관과의 협의를 통하여, 특히 진술조력인의 교육 및 재교육에 대하여 상세한 법규명령의 형식으로 규정을 제정하여 공포하여야 한다. **제66a조 피해자의 특별한 보호필요성(Besondere Schutzbedürftigkeit von Opfern)** (1) 피해자는 그들의 연령, 정신적·육체적 건강상태 및 범죄행위의 종류 및 구체적인 정황에 비추어 특별한 보호필요성이 있는지를 가능한 신속하게 판단 받고 확인받을 권리가 있다. 다음 각호의 경우 피해자는 특별히 보호가 필요한 경우에 해당한다; 성적인 무결성(sexuellen Integrität) 및 성적 자기결정권이 침해되었을 수 있는 경우 가정폭력(안전경찰법(Sicherheitspolizeigesetz, SPG) 제38a조) 피해자인 경우 미성년자(형법 제74조 제1항 제3호)인 경우 (2) 특별한 보호가 필요한 피해자는 다음의 권리를 갖는다; 수사절차에서 동성의 수사관이 심문을 하도록 요구할 권리 범죄의 묘사가 자신에게 불리한 경우이거나 자신의 사생활에 대한 상황을 포함하고 있는 경우 범죄행위의 세부사항에 대한 신문에 묵비권을 행사할 수 있는 권리(제158조 제1항 제2호 및 제3호, 동조 제2항) 수사절차 공판절차에서 보다 부드러운 방식으로 신문이 이루어지도록 요구하거나(제165조 제250조 제3항), 특히 피고인에게 혐의가 있는 범죄행위를 통해 미성년자 피해자의 성적 영역이 침해될 가능성이 있는 경우에는, 반드시 제165조 제3항에 기술되어 있는 종류와 방법을 통해서, 필요한 경우에는 전문가를 통해서 신문이 이루어지도록 요구할 권리 공판절차를 비공개로 진행하도록 요청할 권리(제229조 제1항) 제172조 제4항, 제177조 제5항 및 제181a조에 따라 지체없이 통보를 받을 권리 피해자가 신뢰하는 자를 신문에 동행하도록 요청할 권리(제160조 제2항) (3) 만약 범죄행위의 미성년 피해자의 법정대리인이 피의자이거나 유죄가 증명된(überwiesen) 경우여서, 미성년 피해자와 그 법정대리인의 이해가 상충될 위험이 있거나 형사절차에서 해당 미성년 피해자에게 법정대리인의 조력을 기대할 수 없는 경우에는 후견법원(Pflegschaftsgericht)이 후견인(Kurator)의 선임을 촉구하여야 한다. (4) 제2항에 따른 권리가 보장되지 않은 피해자에게는 그 이유가 통보되어야 한다.
스위스	**제3편 당사자 및 다른 소송참가자** **제2장 피해자, 사인소추** **제117조 지위** (1) 피해자는 다음과 같은 권리가 주어진다. 1) 인격권 보호 2) 신뢰관계인 동석 3) 보호조치에 관한 권리

국가	피해자의 권리
	4) 진술을 거부할 권리 5) 정보권 6) 특별법원 구성권 (2) 특히 18세 미만 피해자의 경우 인격권 보호를 위한 특별조항이 추가 적용된다. 1) 피의자와의 대질 제한 2) 신문에 있어서 특별보호조치 3) 공판 중지

제4절 | 수사절차 관련 편장체계의 문제점

1. 수사절차 관련 편장체계 형식상 문제점

가. 형사소송 절차 흐름에 맞지 않는 편제

현행 「형사소송법」은 편장체계가 절차 흐름에 따라 규정된 것이 아니라, 재판과 관련한 공통된 내용이 "제1편 총칙"에 규정되어 있고, 이어 "제2편 제1심"에서 수사가 한 장을 차지하고 있다. 재판과 관련한 규정이 우선 나오다가 수사에 관한 규정이 나오고 다시 재판에 관한 규정이 열거되어 절차 순서가 혼재되어 절차를 상세히 이해하기 어렵게 한다. 특히, "제2편 제1장"에서 수사를 규율하고 있어 마치 수사절차가 재판절차의 예비적인 형태로 인식되게 하고 있다.

나. 준용규정 산재로 인한 이해의 어려움

「형사소송법」에서 준용의 표현은 다양하게 나타나는데 개별적 준용규정으로서 "제00조, 제000조는 검사 또는 사법경찰관의 …에 준용한다."는 표현을 사용하고 있으며, 포괄적으로 준용하는 규정도 다수 있다. 총칙에서 재판관련 다수 규정이 열거되어 있고, 이를 수사편에서 준용함으로써 재판과 수사가 마치 동일한 절차를 거치는 것으로 인식되게 하기도 한다.

[표 2-20] 수사관련 준용규정의 현황

준용규정	관련 규정
압수·수색 (제138조)	압수수색 집행 중의 출입금지(제119조), 압수수색 집행에 필요한 처분(제120조), 압수수색 영장집행과 책임자의 참여(제123조), 압수수색 집행과 책임자의 참여(제127조)
체포 (제200조의6)	구속영장의 방식(제75조), 구속영장의 집행(제81조 제1항, 제3항), 수통의 구속영장의 작성(제82조), 관할구역 외에서의 구속영장 집행(제83조), 구속영장 집행절차(제85조 제1항·제3항 및 제4항), 호송 중의 가유치(제86조), 구속의 통지(제87조), 변호인 접견(제89조부터 제91조까지), 구속의 취소(제93조), 구속의 집행정지(제101조 제4항) 및 보석조건의 변경과 취소(제102조 제2항)
구속 (제202조)	구속 사유(제70조 제2항), 구인의 효력(제71조), 구속영장 방식(제75조), 구속영장 집행(제81조 제1항 본문·제3항), 수통의 구속영장 작성(제82조), 관할구역 외에서의 구속영장 집행(제83조), 구속영장 집행절차(제85조부터 제87조까지), 변호인 접견(제89조부터 제91조까지), 구속의 취소(제93조), 구속의 집행정지(제101조 제1항), 보석조건 변경과 취소(제102조 제2항 본문(보석의 취소에 관한 부분은 제외) 및 체포와 피의사실 고지(제200조의5)

다음으로 동일한 절차 내에서 그 순서를 달리하여 혼란을 초래하며, 준용규정은 조문을 간단하게 배치하기 위한 의도로 보이지만 오히려 구체적으로 기술할 필요가 있음에도 단순히 준용만 하고 있어 그 해석에 있어서 혼란을 초래하며, 동일한 조문 내에서 서로 다른 절차를 규정하고 있기도 하다.

「형사소송법」은 수범자가 국가기관이기 때문에 준용규정으로 인해 국민이 「형사소송법」을 이해하는데 다소의 어려움이 있더라도 이것이 용인될 수 있는 것인가에 대하여 생각해볼 필요가 있다. 초기 수사의 경우 수사관이나 사법경찰관, 특별사법경찰들에 의해 이루어지고 있는데 이들이 신입과정에서 배우는 내용의 대다수는 「형사소송법」이 아니라 조서 만들기 등 실무에 관한 교육이 대부분이기 때문에 준용규정이 많은 현행 체계를 수범자인 수사기관조차 제대로 이해하지 못하고 실무를 하고 있다. 검찰의 경우도 마찬가지다. 검찰 실무교육 때 「형사소송법」에 대한 심화교육을 받기보다는 검찰청법, 수사관련 규칙들에 대하여 더 많이 배우고 있다. 이런 상황에서 과연 수사기관이 일반인보다 「형사소송법」 체계를 더 잘 이해하고 있다고 자부할 수 있을지 장담하기 어렵다. 검찰과 경찰의 수사권 조정이 논의되는 현 시점에서 「형사소송법」을 누가 더 잘 알고 더 법률전문가인지를 평가할 때 누구라고 단정 짓기 어려운 것도 이 때문이다. 「형사소송법」을 강의하는 법학자라고 해서 다르지 않다.

정작 「형사소송법」을 강의하는 교수들의 경우에도 총칙 규정에서 왜 법원관련 절차부터 가르쳐야 하는지, 공판관련 규정을 왜 수사에서 준용해야 하는지, 수사와 재판의 준용규정이 어떠한 차이점을 가지고 있는지 명확하게 설명하기 어렵다. 수사기관과 법률전문가가 이해하기에도 어려운 「형사소송법」의 체계라면 일반국민 뿐만 아니라 수사기관 및 사법기관 종사자, 학자들이 두루 이해하기 쉽도록 준용규정의 체계를 바꾸어야 하고 수사와 공판의 절차를 명확하게 구분하여 기술할 필요가 있다. 법원에서도 판사 외에도 서기, 조사관들이 있지만 이들이 「형사소송법」의 내용을 모두 이해하고 있고, 수사와 재판을 엄격하게 구분하여 적용하고 있을지에 대하여는 장담하기 어렵다.

다. 하위법령에 의한 인권침해 규정 존재

법률에 규정하여야 함에도 마땅한 규정이 하위법령에 있거나 반대로 하위법령에 존재하여도 무방한 조문들이 법률에 규정되면서 법규정이 복잡하게 나열되는 형태를 보이는 경우가 있다. 예를 들어 「검찰사건사무규칙」 제9조의2(변호인의 피의자 신문 참여)가 대표적이다. 「형사소송법」상 변호인의 참여권을 인정하고 있으나, 「검찰사건사무규칙」 제9조의2에서는 "변호인의 참여로 인해 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우"라는 정당한 사유가 있는 경우 변호인의 참여를 제한할 수 있도록 하고 있다. 이는 형사절차 당사자에게 당연히 인정되어야 할 권리를 하위법령에 의해 제한하거나 예외를 인정하는 사안을 만드는 것으로 바람직하지 않다.

라. 특별법상 특례규정의 산재로 인한 규율의 어려움

형사특별법이 다수 존재함으로 인해 「형사소송법」에서 원칙으로 삼고 있는 내용이 특별법에서 예외로 규정되는 사례도 발견되고 있다. 대표적인 예가 통신제한조치이다. 현행 통신비밀보호법에서는 제5조와 제6조에서 범죄수사를 위한 통신제한조치를 할 수 있도록 하고 있다.

그러나 「형사소송법」에서는 통신제한조치 등 강제처분은 이 법률에 규정이 있는

한에서만 가능하도록 규정하고 있기에 통신비밀보호법상 범죄수사 목적 통신제한 조치는 강제수사 법정주의 원칙에 위배될 소지가 크다. 특히, 범죄수사 목적 통신제한 조치라 할지라도 통신제한을 통해 사생활의 자유 등을 침해받을 가능성이 크므로 「형사소송법」에 규정되어 있어야 하나 이러한 점이 미비하다.

2. 수사절차 편장체계 내용상 문제점

현행 수사절차에서의 강제수사에 관한 규정은 대부분 공판절차에서의 규정을 준용하다 보니, 조문의 내용이 명확하지가 않고, 규율 내용에 있어서도 추상적이거나 원론적인 형태의 규정 열거에 지나지 않게 된다. 실제 수사 실무에서 다루어지고 있는 다양한 내용은 「검찰사건사무규칙」 또는 「범죄수사규칙」 등에서 구체적으로 열거되고 있을 뿐 「형사소송법」에서는 수사 실무에 관한 구체적인 근거규정을 찾기 어렵다. 대표적인 예가 수사 단서에 해당하는 내사, 출국금지, 지명수배 등에 관한 규정이라 할 수 있다.

임의수사 관련 편장체계의 개편방안

김 성 룡

제3장

임의수사 관련 편장체계의 개편방안

제1절 | 서론

현행법에서는 특히 임의수사와 관련해서는 불구속수사 원칙을 선언한 제198조 제1항, 수사의 목적 달성을 위해 필요한 조사를 할 수 있다는 수권 내용과 강제처분법률주의, 그리고 강제처분의 경우 필요 최소한의 범위로 제한하라는 원칙을 선언하고 있는 제199조 제1항, 공무소 기타 공사단체의 조회·보고요구권을 규정한 제199조 제2항, 제200조의 피의자 출석요구권, 제210조의 사법경찰관리의 관할구역 외 수사, 제221조 제1항의 제3자의 출석요구, 동조 제2항의 감정·통역·번역 위촉, 제221조의2 증인신문청구나 제221조의3 감정유치청구와 같이 법원의 힘을 빌어 수사목적으로 달성하기 위한 조치를 예정하고 있는 규정, 그리고 제241조부터 제245조(의 4)까지의 피의자신문과 관련한 절차적 규정을 두고 있다.[51]

나아가 수사절차에 관한 하위규정으로는 법무부령인 「검찰사건사무규칙」, 대통령령인 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정, 법무부령인 「인권보호수사규칙」 등을 들 수 있고, 해당 규정·규칙들에서는 실질적으로 법률차원에서 규정되어야 할 내용으로 보이는 조항들도 적지 않다. 물론 동일한 내용의 규정이 반복적으로 규정된 경우도 적지 않다.

아래에서는 이러한 현행 「형사소송법」의 임의수사 관련 규정의 편제가 형사소송의

51) 예를 들어 제222조 변사자검시, 제223조의 고소권자 규정부터 제240조의 자수와 준용규정까지 고소, 고발과 같은 수사의 단서에 관한 규정이 임의수사와 강제수사 사이에 배치되어 있는데, 그 위치의 합리적 근거가 무엇인지도 검토가 필요하다.

진행 과정에 비추어 불합리한 점은 없는지, 이를 개선하기 위해서는 어떤 조문 배열이 적절한 것인지, 불필요하게 중복되거나 부언된 조문이나 규정의 내용은 없는지, 하위 명령이나 규칙, 내규 등에 규정된 관련 내용 중 법률로 옮겨 규정되어야 할 것들은 없는지, 현행 「형사소송법」의 임의수사 관련 규정이 현대 사회에 걸맞는 법체계를 가지기 위해서는 어떤 제도 개선이 필요할 것인지 등을 살펴보는 것을 목적으로 한다.

우선 현행 임의수사 관련 체계 전체에 대한 문제점과 개선이 필요한 부분을 대략적으로 언급한 후, 준용규정으로 인한 문제점은 없는지, 특별법에 있는 규정들 중 「형사소송법」에 편입해야 할 규정은 없는지, 하위법령(명령, 규칙, 규정, 예규 등)에 규정된 내용 중 특히 기본권 침해나 제한과 관계있는 규정을 「형사소송법」에 편입할 필요성은 없는지, 그리고 끝으로 새로운 수사기법의 변화 등에 따른 임의수사 관련 현행 「형사소송법」 체계의 개편이 필요한 부분은 없는지를 검토해 보기로 한다.

제2절 | 임의수사 관련 편장체계 전체의 문제점과 개편방안

1. 개요

현행 「형사소송법」 제2편 제1장의 수사의 개별 규정들의 나열 순서를 보면 어떤 기준으로 조문의 배열을 결정한 것인지 쉽게 이해하기 어렵다. 고소와 고발과 같은 수사의 단서가 대인적 강제처분의 규정 말미에 정리되어 있고, 피의자신문의 구체적인 내용은 수사의 장 마지막 부분에 나열되어 있다. 달리 말해 기존 「형사소송법」 수사의 장 내의 현행 규정들의 배열 순서에서부터 개선이 필요해 보인다.

「형사소송법」상 대인·대물적 강제처분은 예외적인 상황을 전제로 한 것이라고 보면, 임의수사에 관련한 내용을 먼저 규정하고 강제수사에 관한 규정을 나열하는 방식이나 그 반대로 규정하는 방법을 검토할 필요가 있을 것이다. 예를 들어 「검찰사건사무규칙」 제2편의 지방검찰청 및 지청에서의 절차 제1장에서는 사건의 수리, 제2장에서는 수사의 단서, 제3절 임의수사, 제4절 체포, 제5절 구속, 제6절 압수·수색·검증 그리고 제7절 기타 강제수사라는 순서로 규정하고 있어 현행 「형사소송법」보다는

체계적으로 구성되어 있음을 알 수 있다. 향후 이러한 사건 진행순서는 일반적인 임의수사에서 예외적인 강제수사로의 진행을 보여주는 조문 배열로 개선하는 것이 현재보다는 더욱 합리적인 법전 구성으로 보일 듯하다.

2. 「형사소송법」과 「검찰사건사무규칙」의 규정방식과 내용의 체계 검토

가. 「형사소송법」과 「검찰사건사무규칙」 체계의 통일

현행 「형사소송법」 제2편 제1장의 수사의 장에서는 피의자신문, 참고인신문, 사실조회, 감정·번역·통역위촉, 전문수사자문위원의 자문청취 등 임의수사의 유형을 규정하고 있다. 이에 비해 「검찰사건사무규칙(법무부령)」의 제2편 제2장 사건의 수사의 장 제3절의 임의수사에서는 피의자 등의 출석요구, 조서와 진술서, 전자적 처리사건의 조서, 조사전 의견청취, 진술거부권 고지, 수사과정 기록, 영상녹화, 피의자 및 신문참여 변호인의 기록, 감정위촉, 사실조회, 임의제출, 실황조사, 수사 촉탁, 증거보전 청구까지를 임의수사에 분류하고 있다(동규칙 제12조부터 제19조까지 참고)

우선 임의제출과 실황조사, 수사의 촉탁, 증거보전 청구 중에서 특히 실황조사나 증거보전 청구가 수사기관의 임의수사로 분류될 수 있는 것인지에 대해 논의가 필요하겠으나, 「형사소송법」과 「검찰사건사무규칙」의 분류체계를 통일화시키는 작업도 필요할 것이라고 생각된다.

나. 「형사소송법」 제218조의 영장에 의하지 아니한 압수 규정의 성격

「형사소송법」 제218조는 영장에 의하지 아니한 압수라고 하여 "피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장이 압수할 수 있다."고 규정하고 있는데, 해당 유류물에 대한 지배권의 취득이나 임의제출물의 점유취득이 강제처분인지, 임의수사의 일종인지에 대해서도 명확한 경계설정이 필요해 보인다.

예를 들어 「검찰사건사무규칙」 제16조는 '임의제출 등'이라고 하여 「형사소송법」 제218조에 따라 압수조서를 작성하는 절차 등을 규정하고 있는데, 이를 제3절 임의수

사에 편제하고 있고, 당해 처분의 속성상 대상자의 의사에 반하여 취득한 물건(정보)이 아니라는 점에서 전체를 강제수사로 보기도 어렵기 때문이다.

3.「형사소송법」규정체계의 개선과 구체화 필요성

가. 피의자신문과 피의자심문 규정체계의 적절성

「형사소송법」제200조에서는 임의수사의 대표적인 경우로 '피의자의 출석요구'를 규정하고 있고, 제201조의2에서는 구속영장 청구와 피의자 심문이라고 하여 영장실질심사, 구속전 피의자심문을 규정하고 있다. 제214조의2에서 체포와 구속의 적부심사를 규정하고, 제241조 이하에서 피의자신문을 규정하고 있다. 제241조 이하의 규정을 제200조에 이어 규정하거나, 제200조의 규정을 제241조 앞에 놓는 식으로 체계적 배열 순서를 수정하는 것이 바람직해 보인다.

비교법적으로 볼 때에도, 일본「형사소송법」은 제198조[52]에서 피의자에 대한 출석요구와 피의자조사, 피의자의 출석거부권, 자기부죄진술의 거부권, 진술의 조서 기록, 신문조서의 열람, 청취, 증감변경신청 및 그 사실의 기록, 조서에 서명날인요구 및 거절권 등을 상세하게 규정하고 있다.

우리「형사소송법」의 경우에는 제200조에서 피의자출석요구, 제241조의 피의자신문, 제244조의 피의자신문조서의 작성, 제244조의3에서 진술거부권 등의 고지 등을 규정하여, 피의자신문 관련 규정이 여러 개의 규정에 흩어져 있어 관련 규정들의 위치가 적정한 것인지에 대한 검토가 필요해 보인다.

---

52) 第百九十八条　検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。○2　前項の取調に際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない。○3　被疑者の供述は、これを調書に録取することができる。○4　前項の調書は、これを被疑者に閲覧させ、又は読み聞かせて、誤がないかどうかを問い、被疑者が増減変更の申立をしたときは、その供述を調書に記載しなければならない。○5　被疑者が、調書に誤のないことを申し立てたときは、これに署名押印することを求めることができる。但し、これを拒絶した場合は、この限りでない。

[표 3-1] 일본 형사소송법과 우리나라 형사소송법의 수사관련 규정 비교

일본 형사소송법		우리나라 형사소송법	
제189조	사법경찰관	제195조	검사의 수사
제190조	특별사법경찰관	제196조	사법경찰관리
제191조	검사의 직접수사	제197조	특별사법경찰관리
제192조	수사협력	제198조	불구속 수사 등
제193조	검사의 지시권	제198조2	체포구속장소감찰
제194조	징계 파면 소추	제199조	임의수사원칙
제195조	관할구역외 수사	제200조	피의자출석요구
제196조	명예훼손, 수사방해등	제200조2	영장에 의한 체포
제197조	임의수사원칙	제200조3	긴급체포
제198조	피의자출두요청 등	제200조4	긴급체포와 영장청구
제199조	체포사유	제200조5	체포피의사실고지
제200조	체포장 기재사항 등	제200조	준용규정
제201조	체포장 제시의무	제201조	구속
제202조	검찰사무관 사법순사체포시 인치의무	제201조2	영장청구 피의자신문
제203조	사법경찰관의 체포장 집행	제202조	사법경찰관 구속기간
제204조	검사의 체포장집행	제203조	검사의 구속기간
제205조	검사에게 인치된 피의자처리	제203조2	구속기간에의 산입
제206조	구속영장청구	제204조	영장발부와 법원에 대한 통지
제207조	영장판사의 권한	제205조	구속기간의 연장
제208조	구속피의자 공소제기기간	제208조	재구속의 제한
제208조2	구속기간 연장(5일)	제209조	준용규정
제209조	준용규정	제210조	사법경찰관 관할 외 수사
제210조	긴급체포	제211조	현행범, 준현행범
제211조	준용	제212조	현행범 체포
제212조	현행범	제213조	체포된 현행범인도
제213조	현행범 체포	제213조2	준용규정
제214조	현행범인도(검사 등)	제214조	경미사건 현행범
제215조	현행범인도(사법순사)	제214조2	체포와 구속적부심
제216조	준용규정	제214조3	재구속제한
제217조	30만엔이하 벌금 현행범	제214조4	보증금 몰수
제218조	압수, 기록명령부압수, 수색 또	제215조	압수, 수색, 검증

일본 형사소송법		우리나라 형사소송법	
	는 검증영장의 집행과 신체검사 등		
제219조	전조 영장 기재사항등	제216조	영장에 의하지 아니한 강제처분
제220조	영장에 의하지 않은	제217조	영장에 의하지 아니하는 강제처분
제221조	임의제출물 영치 등	제218조	영장에 의하지 아니한 압수
제222조	영장집행 유의사항 등	제218조2	압수물 환부
제222조2	전기통신감청관련 특칙	제219조	준용
제223조	제3자 출두요구, 통역, 감정, 번역 위촉 등	제220조	요급처분
제224조	감정위촉 준용규정등	제221조	제3자 출석요구
제225조	감정위촉 관련	제221조2	증인신문의 청구
제226조	전문가 증인신문청구	제221조3	감청위촉과 감정유치
제227조	증인심문청구	제221조4	감정에 필요한 처분
제228조	심문절차	제222조	변사자 검시
제229조	변사자 검시	제223조	고소권자
제230조	피해자의 고소권	제224조	고소의 제한
제231조	고소권자	제225조	비피해자인 고소권자
제232조	고소권자	제226조	동전
제233조	사자명예 고소권자	제227조	동전
제234조	친고죄 고소	제228조	고소권자의 지정
제235조	친고죄 고소	제229조	배우자의 고소
제236조	수인의 고소권	제230조	고소기간
제237조	고소취소	제231조	수인의 고소권자
제238조	친고죄 고소취소 효과	제232조	고소의 취소
제239조	고발	제233조	고소의 불가분
제240조	고소취소의 대리	제234조	고발
제241조	고소 고발 방법	제235조	고발의 제한
제242조	사법경찰관 고소접수송부의무	제236조	대리고소
제243조	준용규정	제237조	고소, 고발의 방식
제244조	외국의 대표자 고소 등	제238조	고소, 고발과 사법경찰관의 조치
제245조	자수준용규정	제239조	준용규정
제246조	사법경찰관의 기록, 증거물 송치의무	제240조	자수와 준용규정

일본 형사소송법		우리나라 형사소송법	
		제241조	피의자신문
		제242조	피의자신문사항
		제243조	피의자신문과 참여자
		제243조2	변호인의 참여
		제244조	피의자신문조서의 작성
		제244조2	피의자진술 영상녹화
		제244조3	진술거부권 등의 고지
		제244조4	수사과정의 기록
		제244조5	장애인등 특칙
		제245조	참고인과의 대질
		제245조2	전문수사자문위원 참여
		제245조3	전문수사자문위원 지정
		제245조4	준용규정

나. 피의자 출석요구의 방법에 관한 규정의 법률화

「검찰사건사무규칙」 제12조 제2항에서는 피의자 등의 출석요구 시에 전화, 모사전송 기타 상당한 방법을 활용할 수 있는 가능성을 열어 놓고 있다. 현대 ICT 사회에서 영장, 공소장이나 출석요구 등의 방법을 서면으로 하여야 하는가 등의 논의는 이제 적절한 내용을 법률에 명시함으로서 해결해야 할 것으로 보인다.

즉, 「검찰사건사무규칙」 제12조의 제2항에서는 피의자 출석요구의 방법에 대해 규정하고 있는데, 출석요구의 원칙적인 방법에 대한 규정은 「형사소송법」으로 옮겨 그곳에 규정하는 것이 적절해 보인다.

검찰사건사무규칙 제12조(피의자등의 출석요구) ① 검사가 서면으로 피의자에게 출석을 요구하는 경우에는 별지 제16호 서식, 별지 제16호의2서식 또는 별지 제16호의3서식에 따른 출석요구서에 따르고, 피의자 외의 사람에게 출석을 요구하는 경우에는 별지 제17호 서식, 별지 제17호의2서식 또는 별지 제17호의3서식에 따른 참고인출석요구서에 따른다. 이 경우 별지 제18호 서식에 따른 출석요구통지부에 해당 사항을 기재하여야 한다.

② 검사는 필요한 경우에 전화·모사전송 기타 상당한 방법으로 제1항에 따른 피의자등의 출석을 요구할 수 있다.

즉 현행 「형사소송법」은 제200조(피의자의 출석요구)에 “검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 아래와 같이 두 개의 항으로 나누어 규정하는 것이 보다 적절해 보인다.

> 제200조(피의자의 출석요구) ①검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. ② **검사 (또는 사법경찰관)는 필요한 경우에 전화·모사전송 기타 상당한 방법으로 제1항에 따른 피의자등의 출석을 요구할 수 있다**.

물론 이러한 개정작업을 논하기 전에 이미 「검찰사건사무규칙」 제12조 제2항과 같이 현재 명령이나 규칙에 규정된 내용 중에서 법률로 그 위상을 상향 조정하여 규정하는 것이 충분히 의미가 있다고 생각되는 조항들을 체계적으로 그 위치를 변경하는 노력도 하나의 개선방법이라고 할 수 있을 것이다.

다. 현실을 반영한 수사 관련 조항의 마련

예를 들어 「검찰사건사무규칙」 제13조의2 이하에서는 전자적 처리사건의 조서 등을 규정하고 있는데, 이러한 내용을 반영하는 기본규정을, 관련 조문에 하나의 항으로 추가하여 법률에 명시하는 것도 고민해 볼 필요가 있다.

라. 일본 「형사소송법」 제197조 전자증거에 대한 무삭제 요구 규정의 함의

일본 「형사소송법」은 제197조 제1항에서 “수사에 있어서 그 목적 달성을 위하여 필요한 취조를 할 수 있다. 단 강제처분은 이 법률에 특별히 정하고 있는 경우가 아니면 이를 할 수 없다”고[53] 하여 임의수사의 원칙을 선언하고, 동조 제2항에서[54] “수사의 내용은 공무소 또는 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.”고 하여 사실조회에 대한 근거를 명시하고 있다. 그리고 동조 제3항에서는 “검찰관(검사), 검찰사무관 또는 사법경찰직원은 압수 또는 기록명령부압수를 위하여 필요

53) 第百九十七条　捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない。

54) ○2　捜査については、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる。

가 있는 경우에는 전기통신을 하기 위한 설비를 타인의 통신에 제공하는 사업을 영위하는 자 또는 자기 업무를 위하여 불특정 또는 다수인의 통신을 매개할 수 있는 전기통신을 할 수 있는 시설을 설치하는 자에 대하여 그 업무상 기록하는 전기통신의 소스(발신), 대상(수신), 통신일시, 그 밖의 통신 기록의 전자적 기록 중 필요한 것을 특정하여 30일을 초과하지 않은 기간을 정하여 그것을 삭제하지 않을 것을 서면으로 요구할 수 있다. 이 경우 당해 전자적 기록에 대해 압수 또는 기록명령부 압수를 할 필요가 없다고 인정하게 된 때에는 해당 요구를 최소화하여야 한다."[55]라고 하여, 전자기록에 대한 무삭제요청에 대한 근거로 명시하고 있다. 동조 제4항과 제5장은 요청기간의 연장과 관련 사실 누설금지요청을 규정하고 있다.

우리 「형사소송법」의 경우 제199조에서 수사와 필요한 조사라고 하여 제1항과 제2항에서 유사한 내용을 규정하고 있으나 일본 「형사소송법」 제197조 제3항과 같은 전자적 기록에 대한 무삭제요청과 같은 요구권은 규정하고 있지 않다.

현행 「통신비밀보호법」 제9조의 통신제한조치의 집행에 관한 규정에서는 "통신제한조치시에 체신관서 기타 관련기관 등(이하 '통신기관 등'이라 한다)에 대해 집행위탁이나 집행에 관한 협조를 요청할 수 있다."고 규정하고 있다. 동조 제2항에서는 위탁이나 협조요청을 받은 자는 통신제한조치 허가서 또는 긴급감청서의 표지 사본을 대통령령이 정하는 기간 동안 보존하여야 한다고 규정하는 등 임의수사의 형태로 분류할 수 있는 내용을 규정하고 있다. 이 규정을 일본 「형사소송법」 제197조 제3항과 같이 「형사소송법」에 편입하는 방법도 검토할 필요가 있다.

---

55) ○3 検察官、検察事務官又は司法警察員は、差押え又は記録命令付差押えをするため必要があるときは、電気通信を行うための設備を他人の通信の用に供する事業を営む者又は自己の業務のために不特定若しくは多数の者の通信を媒介することのできる電気通信を行うための設備を設置している者に対し、その業務上記録している電気通信の送信元、送信先、通信日時その他の通信履歴の電磁的記録のうち必要なものを特定し、三十日を超えない期間を定めて、これを消去しないよう、書面で求めることができる。この場合において、当該電磁的記録について差押え又は記録命令付差押えをする必要がないと認めるに至つたときは、当該求めを取り消さなければならない。

제3절 | 임의수사 관련 준용규정의 문제점과 개편방안

1. 임의수사 관련 준용규정의 문제점

현행「형사소송법」제2편 제1장의 임의수사 관련 규정에서 준용규정 형식이 등장하는 조문은 제221조 제3자 출석요구 등을 비롯한 몇몇 조항이 있으나, 검토의 필요성이 있는 경우는 제221조의 준용규정이다.

제221조 제3항에서는 수사기관의 피해자 조사의 경우 법원의 피해자 증인신문에 관한 제163조의2(신뢰관계인에 있는 자의 동석) 제1항부터 제3항까지를 준용하도록 하고 있다.

제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석) ① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 증인의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 피해자·법정대리인·검사의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

② 법원은 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.

③ 제1항 또는 제2항에 따라 동석한 자는 법원·소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위를 하여서는 아니 된다.

제221조(제3자의 출석요구 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다.

② 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 감정·통역 또는 번역을 위촉할 수 있다.

③ 제163조의2제1항부터 제3항까지는 검사 또는 사법경찰관이 범죄로 인한 피해자를 조사하는 경우에 준용한다.

제200조의6(준용규정)은 단서에서 "이 경우 "구속"은 이를 "체포"로, "구속영장"은 이를 "체포영장"으로 본다."라고 하여 피준용규정의 개념이 준용될 때 내용·실질적으로 변경되어야 할 개념을 친절하게 적시해 주고 있다. 하지만 제221조 제3항은 그러한 안내가 전혀 없다. 오히려 제200조의6은 법원의 구속이 수사기관의 체포 시에 준용되고 있는 것이므로 '구속'을 '체포'로, '구속영장'을 '체포영장'으로 바꿔 읽는 것은 상대

적으로 쉽다. 하지만 '직권, 피해자, 증인, 검사, 피해자, 법정대리인, 법원, 소송관계인' 등의 개념을 제221조의 각항에 적합하게 바꾸어 읽는다는 것은 소송법의 전문가가 아니고서는 상당히 난해한 과제라고 하지 않을 수 없다.

그럼에도 불구하고, 제200조의6에서는 친절히 그 개념의 변경사용을 명시하고 있으면서도 그보다 더 읽기 어려운 제221조의 개념 변경을 명시하지 않는 것도 어떤 기준에 따른 입법형식인지 이해하기 어렵다. 오히려 후자의 경우가 "이 경우 '법원'은 '검사 또는 사법경찰관'으로, '증인'은 '참고인'으로, '직권 또는 피해자·법정대리인·검사의 신청'은 '직권 또는 피해자·법정대리인·변호인의 신청'으로 본다"라는 등의 보충이 필요할 것으로 보인다.

물론 보다 바람직한 것은 설령 법조문의 양이 조금 더 늘어난다고 하더라도 준용규정을 활용하지 않고 내용 그대로 서술하는 조문 방식이 보다 적정할 것으로 보인다.

비록 현행 「형사소송법」이 법관에게 향해진 절차규범 정도로 이해하는 것이 옳다는 생각에 기인한 것이라고 하더라도, 형사절차 법정주의, 피의자·피고인의 권리 보장을 위해서는 일반 국민이 읽었을 때에도 그 개괄적인 의미는 이해할 수 있도록 조문을 성안하는 것이 민주·법치주의 입법의 기본요청이라고 할 것이다.

2. 임의수사 관련 준용규정의 개편방안

현행 「형사소송법」 제221조는 만약 「형사소송법」의 편제를 형사절차의 진행순서, 즉 내사, 수사, 공판, 재판, 상소, 특별절차 등의 순으로 배열하는 방법을 전제할 때는 준용규정이 필요하지 않는 형태가 될 것이지만, 현행의 법체계의 틀을 그대로 둔 채 수정방식을 취한다면 다음과 같은 방식의 개선이 가능해 보인다.

먼저, 앞서 언급한 바와 같이, 준용 기법을 사용하지 않고, 그대로 검사와 사법경찰관의 피해자 조사에 해당하는 규정을 활용하는 방법(**[제1안]**)이다.

[제1안]

제221조(제3자의 출석요구) ①~② 생략

③ **검사 또는 사법경찰관은 범죄로 인한 피해자를 참고인으로 신문하는 경우 피해자(참고인)의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 피해자가 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정**

하는 때에는 직권 또는 피해자·법정대리인·(사법경찰관·변호인 혹은 해당 부분 삭제)[56]의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

④ 검사 또는 사법경찰관은 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.

⑤ 제3항 또는 제4항에 따라 동석한 자는 검사·사법경찰관·소송관계인의 신문 또는 참고인의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위를 하여서는 아니 된다.

이러한 방식으로 규정하는 것은 앞서 지적한 바와 같이 「형사소송법」의 서술 체계를 소송절차의 순으로 규정하는 경우에도 유사하게 나타날 것이다.

다른 하나의 개선방식은 준용되는 규정과 준용하였을 때의 내용을 지금 보다는 조금 더 분명하게 규정하는 방식(**[제2안]**)이 될 것이다.

[제2안]

①~② 생략

③ 검사 또는 사법경찰관이 범죄로 인한 피해자를 조사하는 경우에는 제163조의2제1항부터 제3항까지를 준용한다. **이 경우 제163조의2 제1항부터 제3항까지의 '법원'은 '검사 또는 사법경찰관'으로 [제1항의 '검사의 신청'은 '변호인의 신청, 사법경찰관의 신청' 혹은 삭제] 본다.**

법원을 피해자 참고인조사의 주체인 검사 또는 사법경찰관으로 하고, 검사의 신청 부분을 사법경찰관의 신청으로 하거나, 변호인의 신청으로 보는 것으로 하거나, 해당 부분을 삭제하는 것도 가능할 것이다.

56) 검사의 수사절차인 경우에는 사법경찰관도 신청할 수 있다는 취지로 규정하거나, 법원 심리에 검사가 참여하는 것과 유사한 구조가 아니므로 아예 해당 부분을 삭제하는 방법도 가능하다.

제4절 | 하위법령상 기본권 침해 관련 임의수사 규정의 편입방안

피의자의 권리에 대한 제한이 예정되는 규정을 「검찰사건사무규칙」에서 「형사소송법」으로 위치를 변경하는 것도 검토해보아야 한다.

예를 들어 「검찰사건사무규칙」 제9조의 2는 검사의 피의자신문절차에서 변호인의 참여를 제한하는 내용인데, 그 규정이 가지는 피의자의 변호인 조력권에 대한 제한이라는 속성상 법률의 차원에서 규율되는 것이 바람직해 보이기 때문이다. 물론 이러한 규정이 법무부령으로 도입된 것은 「형사소송법」의 개정이 쉽지 않은 우리 국회의 문제점이 아주 중요한 이유가 되고 있는 것이겠지만, 향후 법률의 지위로 격상하여 규정하는 것이 헌법적 「형사소송법」이라는 구호에도 걸맞는 조치라고 할 것이다.

검찰사건사무규칙 제9조의2(변호인의 피의자신문 참여)

① 「형사소송법」 제243조의2 제1항의 "정당한 사유"란 변호인의 참여로 인하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우를 말한다.

② 검사는 「형사소송법」 제243조의2 제1항의 신청이 있는 경우 신청인에게 변호인 참여 전에 변호인 선임에 관한 서면을 제출하도록 하여야 한다.

③ 제2항의 변호인 참여 신청이 있는 경우에도 변호인이 상당한 시간 내에 출석하지 아니하거나 출석할 수 없는 경우에는 변호인의 참여 없이 피의자를 신문할 수 있다.

④ 검사는 변호인의 참여로 인하여 다음 각 호의 어느 하나의 사유가 발생하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래하는 경우에는 피의자신문 중이라도 변호인의 참여를 제한할 수 있다.

1. 검사의 승인 없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우
2. 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우
3. 「형사소송법」 제243조의2 제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우
4. 신문 내용을 촬영·녹음하거나 전자기기를 이용하여 기록하는 경우

「검찰사건사무규칙」 제12조의2는 「형사소송법」에 2007년 도입된 제244조의5 장애인 등에 대한 신뢰관계자의 동석 규정에 대한 하위규정이다. 그런데 여기서도 앞서 언급한 규정과 같이 피의자의 권리가 제한되는 내용의 규정이 등장한다. 동 규칙 제12조의2 제4항과 제5항은 동석 거부 혹은 동석 중지사유를 규정하고 있는데, 비록

제244조의5가 재량규정의 형식으로 도입되었다고 하더라도, 그 제한이 법률적 통제를 받는 것이 바람직하다는 것은 부인하기 어려울 것이기 때문이다. 동 규칙 제12조의3 피해자의 경우에도 그 제한을 준용하고 있는데, 이 조항도 법률에서 규정하는 것이 법치국가적 통제에 적합한 것이라 판단된다.

형사소송법

제244조의5(장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙) 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직권 또는 피의자·법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

1. 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한 때
2. 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우

검찰사건사무규칙

제12조의2(피의자와 신뢰관계에 있는 자의 동석) ① 「형사소송법」 제244 조의5에 따라 피의자와 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자는 피의자의 직계친족, 형제자매, 배우자, 가족, 동거인, 보호시설 또는 교육시설의 보호 또는 교육담당자 등 피의자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 자(이하 "신뢰관계자"라 한다)를 말한다.

② 피의자 또는 법정대리인이 제1항에 기재된 자에 대한 동석신청을 한 때에는 검사는 신청인으로부터 별지 제18호의2서식의 동석신청서 및 동석대상자와 피의자와의 관계를 소명할 수 있는 자료를 제출받아 기록에 편철하여야 한다. 다만, 동석신청서를 작성할 시간적 여유가 없는 경우 등에는 이를 작성하게 하지 아니하고, 수사보고서나 조서에 그 취지를 기재하는 것으로 갈음할 수 있으며, 조사의 긴급성 또는 동석의 필요성 등이 현저한 경우에는 예외적으로 동석 조사 이후에 신뢰관계자와 피의자와의 관계를 소명할 자료를 제출받아 기록에 편철할 수 있다.

③ 검사는 제2항에 따른 신청이 없더라도 동석의 필요성이 있다고 인정되는 때에는 피의자와의 신뢰관계 유무를 확인한 후 직권으로 신뢰관계자를 동석하게 할 수 있다. 이 경우, 이러한 취지를 수사보고서나 조서에 기재하여야 한다.

④ **검사는 수사기밀 누설이나 신문 방해 등을 통하여 수사에 부당한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 동석을 거부할 수 있다.**

⑤ **피의자신문에 동석하는 신뢰관계자는 피의자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 주는 행위 외의 불필요한 행위를 하여서는 아니 되고, 검사는 수사기밀 누설이나 신문 방해 등을 통하여 수사에 부당한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있거나 신뢰관계자가 부당하게 수사의 진행을 방해하는 경우에는 피의자신문 도중에 동석을 중지시킬 수 있다.**

제12조의3(피해자와 신뢰관계에 있는 자의 동석) (생략) ③ **피해자의 신뢰관계자의 동석에 대하여는 제12조의2제3항부터 제5항까지의 규정을 준용한다. 이 경우 "피의자"는 "피해자"로, "신문"은 "조사"로 각각 본다.**

물론 여기서 주의·주목하여야 할 것은 현행 법률에 도입되지 않은 피의자나 그의

변호인의 권리에 대한 제한 규정을 입법기관의 검토 없이 「형사소송법」에 편입한다는 것은 국회의 입법권을 침해하는 행위라는 것이다. 따라서 언급된 내용의 합헌성과 합법성의 검토가 입법기관에 의해 검토된 후, 현행 부령과 지침으로 규정된 내용이 법률에 편입 가능하다고 할 때, 이를 법률에 명시하여 기본권 제한의 한계를 명확히 해야 한다는 말이다.

현재 법률이 아닌 하위 명령이나 규칙에 규정된 내용이 위헌·위법적 성격이 있는 경우라면, 이를 법률화한다는 자체가 위헌 소지가 있는 위법을 만들어 낸다는 것과 다를 바 없을 것이기 때문이다.

제5절 | 임의수사 관련 특별법 규정의 편입방안

1. 임의수사 관련 특별법 규정의 편입 필요성

예를 들어 현행 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에는 앞서 살펴본 피해자 참고인조사의 한 유형인 성폭력범죄의 피해자에 대한 전담조사제를 규정한 제26조는 「형사소송법」으로 편입하여 규정하여야 할 규정의 하나이다. 동법 제28조, 제29조, 제30조, 제34조, 제40조 등도 「형사소송법」에 적절히 편입하는 방법을 검토할 필요가 있어 보인다.

또한 「아동·청소년 성보호에 관한 법률」 제25조의 '수사 및 재판 절차에서의 아동·청소년 피해자에 대한 배려'나 동법 제26조의 '영상물의 촬영·보존 등에 관한 규정'도 「형사소송법」의 관련 조항으로 편입을 검토해야 할 것으로 보인다.

「형법」은 물론이고 「형사소송법」 관련 규범들도 각종의 특별법이나 행정법규 등에 규정하는 방식은 죄형법정주의, 형사절차 법정주의 등 헌법적 원칙과 요구에 부합하기 어렵다는 것은 재론의 여지가 없다. 따라서 향후 가능한 단일법전 체계로 형사법 체계를 개선하는 것은 가장 시급한 과제의 하나라고 하지 않을 수 없다.

2. 임의수사 관련 특별법 규정의 편입방안

예를 들어 법원의 절차와 관련해서는 제163조의2와 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제26조 이하의 규정들을 통합하여 「형사소송법」에 편입하는 방법을 검토할 필요가 있어 보인다.

여기서 검토하는 수사단계의 절차와 관련해서는 「형사소송법」 제221조의 제3자 출석요구와 피해자 조사에 관한 규정에 언급한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 관련 조항을 도입해야 할 것이다.

제221조 제1항의 참고인의 동의를 전제로 한 영상녹화라는 원칙규정에는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제30조의 영상물의 촬영·보존 등에 관한 규정을 적절히 편입하는 것이 옳다.

형사소송법

제221조(제3자의 출석요구 등) ①검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.

② 제1항에 따른 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다. 다만, 가해자가 친권자 중 일방인 경우는 그러하지 아니하다.

[제안]

형사소송법

제221조(제3자의 출석요구 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다. **단, 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자 또는 법정 대리인(가해자가 친권자 중 일방인 경우 제외)이 반대의사를 표시하지 않은 경우에는 동의가 없더라도 영상녹화하여야 한다.**

즉 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제30조 제1항과 제2항의 내용을 현행 「형사소송법」 제221조 제1항의 후단으로 편입하는 방법을 취한다면 위의 제안과 같

은 형태가 가능할 것이다.

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제34조의 신뢰관계에 있는 사람의 동석에 관한 규정도 「형사소송법」 제221조 제3항 이하로 편입하는 것이 단행 법전화하여 법관은 물론 수사기관과 절차의 당사자들에게 일목요연한 기준을 제공하는 것이 가능할 것이다.

제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석) ① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 증인의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 피해자·법정대리인·검사의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

② 법원은 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.

③ 제1항 또는 제2항에 따라 동석한 자는 법원·소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위를 하여서는 아니 된다.

④ 제1항 또는 제2항에 따라 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자의 범위, 동석의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

제34조 ① 법원은 제3조부터 제8조까지, 제10조 및 제15조(제9조의 미수범은 제외한다)의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에 검사, 피해자 또는 법정대리인이 신청할 때에는 재판에 지장을 줄 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아니면 피해자와 신뢰관계에 있는 사람을 동석하게 하여야 한다.

② 제1항은 수사기관이 같은 항의 피해자를 조사하는 경우에 관하여 준용한다.

③ 제1항 및 제2항의 경우 법원과 수사기관은 피해자와 신뢰관계에 있는 사람이 피해자에게 불리하거나 피해자가 원하지 아니하는 경우에는 동석하게 하여서는 아니 된다.

[제안]

형사소송법

제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석) ① 생략

② 법원은 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우, 혹은 **성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제3조부터 제8조까지, 제10조 및 제15조(제9조의 미수범 제외)의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 검사, 피해자 또는 법정대리인이 신청한 때에는** 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제34조 제1항은 임의적 동석 허가가 아니라 필요적 동석처분을 하도록 하는 강행규정의 성격을 지니고 있는데, 이를 「형사소송법」 제163조의2 제2항에 선택적 요건으로 편입하면 형법전으로 그 내용을 통일·단일화할 수 있다는 말이다.

「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제26조의 규정도 위 「형법」 제163조의2에 편입할 수 있고, 이를 통해 제221조의 수사기관의 피해자 조사에 준용할 수 있을 것이다.

제6절 | 새로운 수사기법 변화에 따른 임의수사 관련 체계 개편방안

1. 전자문서의 도입에 따른 「형사소송법」의 변화

「약식절차 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」이 2010년 시행되면서 약식절차의 일부에 대해 이미 전자문서를 활용한 이른바 전자적 처리절차가 이루어지고 있고, 이러한 절차에 대응하기 위해 「검찰사건사무규칙」 제13조의2에서는 전자적 처리사건 조서의 작성방법과 서명방식 등을 규정하고 있지만, 이에 대해 현행 「형사소송법」은 침묵하고 있다.

대법원이 종이 공소장이 아닌 다른 공소장은 현행법에서 허용하지 않는다는 취지로 공소 제기의 효력까지 부인하는 점에 비추어 볼 때 현행 「형사소송법」의 태도가 적정한 것인지에 대해 장황설이 필요하지 않을 것이다.

아래의 규정은 현행 「형사소송법」의 종이 형식의 피의자신문조서 작성 관련 규정과 「검찰사건사무규칙」의 전자문서 형식의 피의자신문조서 작성 관련 규정이다.

형사소송법 제244조(피의자신문조서의 작성)

① 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다.

② 제1항의 조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하며, 진술한 대로 기재되지 아니하였거나 사실과 다른 부분의 유무를 물어 피의자가 증감 또는 변경의 청구 등 이의를 제기하거나

의견을 진술한 때에는 이를 조서에 추가로 기재하여야 한다. 이 경우 피의자가 이의를 제기하였던 부분은 읽을 수 있도록 남겨두어야 한다.

③ 피의자가 조서에 대하여 이의나 의견이 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 취지를 자필로 기재하게 하고 조서에 간인한 후 기명날인 또는 서명하게 한다.

검찰사건사무규칙 제13조의2(전자적 처리사건의 조서 등)

① 전자적 처리사건에 대하여 검사가 피의자를 신문하고 조서를 작성하는 경우에는 별지 제19호 서식에 따른 피의자신문조서를 시스템에서 전자문서로 작성하여야 한다.

② 검사가 피의자 외의 사람으로부터 진술을 듣고 조서를 작성하는 경우에는 별지 제20호 서식에 따른 진술조서를 시스템에서 전자문서로 작성하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 문서작성자는 전자문서에 행정전자서명을 하여야 하고, 진술자에게 전자서명을 하도록 하여야 한다.

④ 전자문서로 작성한 조서의 간인은 면수를 표시하는 방법으로 한다.

⑤ 검사, 검찰서기관, 검찰사무관, 검찰주사 또는 검찰주사보, 검찰서기(이하 "검사 및 검찰사무관등"이라 한다)는 진술인에게 제13조제3항의 진술서를 작성하도록 한 경우 즉시 그 진술서를 스캐너를 이용하여 전자화문서(약식전자문서법에 따른 전자화문서를 말한다. 이하 같다)로 작성한다.

⑥ 검사 및 검찰사무관등은 피의자나 사건관계인으로부터 해당 사건에 관한 종이문서나 그 밖에 전자적 형태로 작성되지 아니한 문서(이하 "전자화대상문서"라 한다)를 접수한 경우 즉시 스캐너를 이용하여 전자화문서로 작성하여야 한다.

⑦ 제5항 및 제6항의 문서작성자는 전자화문서에 행정전자서명을 하여야 한다.

「검찰사건사무규칙」상의 전자문서 형태의 피의자신문조서 작성 관련 규정을 위 「형사소송법」 규정의 항의 형태로 도입하거나 제224조의2로 추가하는 것이 적절해 보이고, 이와 같이 이미 도입된 여러 제도들이 「형사소송법」 개정이 아닌 단행법률이나 하위법령·명령·규칙의 형태로 들어와 있는 경우는 「형사소송법」의 관련 규정의 자리로 옮겨 규정하는 것이 필요해 보인다.

2. 영상녹화에 관한 규정의 개선방안

「형사소송법」 제244조의2의 피의자 진술의 영상녹화 규정은 유사한 내용으로 「검찰사건사무규칙」 제13조의8과 제13조의9에서 등장한다. 법률에 규정되어야 할 사항인지, 법무부령으로 규정해야 할 사항인지에 대한 선명한 기준이 적용된 것으로 보이지 않는다.

형사소송법	검찰사건사무규칙
제244조의2(피의자진술의 영상녹화) ① 피의자의 진술은 영상녹화할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다. ② 제1항에 따른 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체 없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ③ 제2항의 경우에 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. 이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다.	제13조의8(영상녹화) ① 검사는 「형사소송법」 제221조제1항 또는 제244 조의2제1항에 따라 피의자 또는 피의자 아닌 자를 영상녹화하는 경우 해당 조사의 시작부터 종료 시까지의 전 과정을 영상 녹화하여야 하며, 조사 도중 영상녹화의 필요성이 발생한 경우에는 그 시점에서 진행 중인 조사를 종료하고, 그 다음 조사의 시작부터 종료 시까지의 전 과정을 영상녹화하여야 한다. ② 검사는 조사를 마친 후 조서 정리에 장시간을 요하는 때에는 조서정리과정을 영상녹화하지 아니하고, 조서를 열람하는 때부터 영상녹화를 재개할 수 있다. ③ 검사는 피의자에 대한 조사과정을 영상녹화하는 경우 피의자에게 다음 각 호의 사항을 고지하여야 한다. 1. 조사자 및 참여자의 성명과 직책 2. 영상녹화 사실 및 장소, 시작 및 종료 시각 3. 「형사소송법」 제244조의3에 따른 진술거부권 등 4. 조사를 중단하거나 재개하는 경우 중단 이유와 중단 시각, 중단 후 재개하는 시각 ④ 검사는 피의자가 아닌 사람에 대한 조사과정을 영상녹화하는 경우 별지 제20호의7 서식에 따른 영상녹화동의서로 영상녹화에 대한 동의 여부를 확인하고, 제4항 제1호, 제2호 및 제4호의 사항을 고지하여야 한다. ⑤ **검사는 영상녹화를 함에 있어 조사실 전체가 확인가능하고 피조사자의 얼굴과 음성이 식별 가능하도록 하여야 한다.** **제13조의9(영상녹화물의 제작 등)** ① 검사는 영상녹화를 실시한 경우 영상녹화용 컴퓨터에 저장된 영상녹화파일을 이용하여 영상녹화물(CD, DVD 등) 2개를 제작하고, 그 중 하나는 피조사자의 기명날인 또는 서명을 받아 피조사자 또는 변호인의 면전에서 봉인하여 보관하고, 나머지 하나는 수사기록에 편철한다. ② 검사는 영상녹화물을 제작한 후 영상녹화용 컴퓨터에 저장되어 있는 영상녹화파일을 데이터베이스 서버에 전송하여 보관할 수 있다. ③ 검사는 제1항의 영상녹화물이 손상 또는 분실 등으로 인하여 사용될 수 없는 경우에는 데이터베이스 서버에 저장되어 있는 영상녹화파일을 이용하여 다시 영상녹화물을 제작할 수 있다.

국회의 판단이 필요한 부분을 부령으로 규정해서도 안될 뿐만 아니라 증거능력의 판단 기준이 되는 내용이라면 이를 법률로 옮겨 규정하는 것이 타당할 것이다.

예를 들어 제13조의8 제5항은 「형사소송법」 제244조 제1항으로 흡수하여 규정하는 것이 적정해 보이고, 기타 조문의 내용들도 기본적이고 골격에 해당하는 것은 「형사소송법」에 세부적인 기술적 내용은 「검찰사건사무규칙」으로 정하는 것이 원칙적인 접근일 것이다.

제7절 | 소결

현재까지 대한민국에서 일반적인 입법 행태라고 할 수 있는 특별법, 대통령령이나 부령의 양산이라는 행태가 현재와 같은 다양한 편제상의 문제점을 불러 일으킨 가장 중요한 원인의 하나일 것이다.

기본법인 「형사소송법」의 내용을 지속적으로 개량하고 수정하는 방법이 아니라 특별법이나 하위규정의 개정으로 해결하는 편의적 일처리 방식이 현재와 같은 비체계적인 법제를 만들어 낸 것이다. 그렇다 보니 중복·반복되는 내용은 물론, 경우에 따라서는 서로 모순되는 성격의 규정들도 현행 법체계 내에서 병존하는 모습을 보이기도 한다.

또 다른 하나의 원인은 앞서 언급한 바와 같이 형사소송절차의 진행 순이 아니라 법원 중심으로 만들어진 현행 「형사소송법」의 편장체계의 문제라고 할 것이다. 프랑스와 영국, 스위스 등의 「형사소송법」에서 볼 수 있듯이, 비록 법원이 법원 중심의 「형사소송법」을 고집한다고 하더라도 현행 「형사소송법」의 편장체계는 수사와 공판의 진행순서대로 구성할 수 있다는 비교법적 사실을 무시해서는 안 될 것이다. 따라서 근본적인 문제점의 해결방법은 현행 모든 법률과 명령, 규칙의 내용들을 완전히 해체하여 재조립하는 방식의 접근이 가장 이상적인 편장체계 개편의 출발점이어야 할 것이다.

대인적 강제수사 관련 편장체계의 개편방안

조기영·하태인·이석배

제4장

대인적 강제수사 관련 편장체계의 개편방안

제1절 | 체포관련 편장체계 개편방안

1. 영장에 의한 체포제도의 개편방안

가. 영장에 의한 체포의 개념과 조문체계

체포란 "죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 단시간 동안 수사관서 등 일정한 장소에 인치하는 제도"이다.[57] 체포는 수사 초기에 피의자의 신병을 확보하기 위한 구속의 전 단계 처분으로서 체포기간이 단기이고 요건이 완화되어 있는 점에서 구속과 구별된다.[58] 「형사소송법」은 (체포)영장에 의한 체포(통상체포), 긴급체포, 현행범인 체포 등 3가지 종류의 체포를 인정하고 있다. 영장에 의한 체포는 1995년 「형사소송법」 개정 당시 새로 도입된 제도이다. 이는 그동안 관행이 되다시피 한 임의동행이나 보호실유치라는 탈법적인 수사방법을 근절하고 수사 초기단계에서 적법한 신병확보를 가능하게 위함이다.[59]

수사절차에서 피의자의 인권을 보장하고 적법절차를 확보하기 위한 형사절차법정주의, 강제처분법정주의 및 영장주의에 비추어 체포의 기본적인 형태는 영장에 의한 체포이어야 한다. 따라서 일반 국민이 체포제도를 이해하기 쉽도록 수사절차에 관한 규정을 정비하기 위해서는 체포의 원칙적인 형태인 영장에 의한 체포에 관한 규정을

57) 신동운, 간추린 형사소송법 제10판, 법문사, 113면.
58) 신동운, 간추린 형사소송법 제10판, 법문사, 113면; 이은모, 형사소송법 제2판, 박영사, 2011, 226면.
59) 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 157면.

그 요건 및 절차에 따라 상세하게 규정하고, 체포제도 일반에 공통되는 부분은 긴급체포나 현행범인체포에도 준용하는 방식을 취하는 것이 타당하다.

그러나 현행법상 영장에 의한 체포제도를 규정하고 있는 조문은 제200조의2 한 개 조문에 해당하며, 제200조의6에서 구속에 관한 일부 규정을 준용하는 방식을 취하고 있어 일반인은 물론 법률전문가도 그 절차를 이해하기 어려운 구조라는 문제점이 있다. 또한 체포영장청구시의 주요 사항인 체포영장청구서의 기재사항(「형사소송규칙」 제95조) 등은 물론 체포의 필요성(「형사소송규칙」 제96조의4), 인치·구금할 장소의 변경(「형사소송규칙」 제96조의3) 등 피의자의 신체의 자유의 침해와 직결된 부분을 법률이 아닌 대법원규칙으로 규율하고 있다는 문제점이 있다.

나. 영장에 의한 체포규정의 문제점

1) 준용규정의 문제

「형사소송법」 제200조의2는 체포영장의 발부요건, 발부방식 및 발부 이후의 구속영장 청구기간 및 석방에 관한 내용을 포함하고 있다. 구속의 전 단계이고 체포의 종류 중 원칙적인 영장에 의한 체포절차에 관한 상세한 규정은 「형사소송법」 제200조의6을 통해 구속에 관한 규정들이 준용되고 있다. 긴급체포의 경우도 마찬가지로 「형사소송법」 제200조의6에 의해 체포절차에 관한 규정들이 준용된다.

[표 4-1] 체포절차에 준용되는 구속에 관한 규정(제200조의6)

조문	준용되는 조문	개수
제200조의6 (영장에 의한 체포·긴급체포)	제75조(구속영장의 방식), 제81조(구속영장의 집행) 제1항 및 제3항, 제83조(관할구역 외에서의 구속영장의 집행과 그 촉탁), 제85조(구속영장집행의 절차) 제1항·제3항 및 제4항, 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진), 제90조(변호인의 의뢰), 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견), 제93조(구속의 취소), 제101조(구속의 집행정지) 제4항, 제102조 (보석조건의 변경과 취소 등) 제2항 단서	13개

형사절차의 흐름에 따라 관련 규정을 배열하는 것이 일반 국민들이 「형사소송법」 규정을 쉽게 이해할 수 있도록 하는 방법이다. 따라서 수사절차에 관한 규정들은 수사절차의 진행 흐름에 따라 규정되는 것이 바람직하다. 현행법은 제1편 총칙 제9장

피고인의 소환, 구속에 관한 일부 규정을 체포절차에 규정함으로써 수사절차의 초기에 체포에 직면한 피의자나 일반 국민들이 왜 어떠한 요건 하에 체포영장이 발부되었는지 어떠한 절차적 권리를 보장받는지 이후의 권리구제절차는 무엇인지 절차의 흐름에 따라 이해하기 어려운 구조로 되어 있다.

또한 준용규정으로 인해 체포절차에서 해당 조문의 내용이 불명확해지는 경우도 있다. 「형사소송법」 제81조는 구속영장의 집행과 관련하여 법원이 발부한 "구속영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행하고, 단, 급속을 요하는 경우에는 재판장 등이 집행을 지휘할 수 있다."라고 규정하고 있다. 이 조문이 체포절차에 준용되는 경우 영장집행의 지휘자가 검사 또는 사법경찰관인지 불분명하다. 검사가 직접 청구하여 발부받은 영장은 검사가 집행을 지휘해야 할 것이고 사법경찰관이 검사에게 신청하여 발부받은 영장은 사법경찰관이 그 집행을 지휘하고 사법경찰리가 집행을 하는 것으로 해석되지만, 준용규정의 문언만으로는 이러한 결론을 도출하기 어렵고 추가적인 해석론이 부가되어야 하는 것이다.

2) 하위법령에 인권보장과 관련된 부분

체포영장의 발부 및 집행과 관련하여 피의자의 인권보장과 직접 관련된 내용은 하위법령이 아닌 「형사소송법」에 규정하는 것이 형사절차법정주의 및 강제처분법정주의에 부합한다.

체포영장을 발부하기 위하여는 "피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려"가 있어야 한다.(제200조의2 제1항). 체포영장의 청구를 받은 "지방법원 판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부"하지만, "명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다."(제200조의2 제2항). 피의자를 체포영장에 의하여 체포하기 위하여는 ① 범죄혐의의 상당성, ② 체포사유, ③ 체포의 필요성이 인정된다. 여기서 체포의 필요성은 구속사유에서 증거인멸 또는 도망할 염려라는 의미에서의 필요성은 아니다. 그러나 "피의자의 체포도 피의자의 신병을 확보함으로써 형사절차에서의 피의자의 출석을 확보하고 증거인멸을 방지하기 위한 것"이다.[60] "다만, 명백히 체포의 필요성이 인정되지 아니하는 경우에는 체포하여서는 안된

다."(제200조의2 제2항 단서)

이러한 의미에서 '체포의 필요성'은 체포영장 발부의 요건으로 중요한 의미를 지닌다. 그럼에도 체포의 필요성을 판단하는 기준은 「형사소송법」이 아닌 「형사소송규칙」 제96조의2에 규정되어 있다. 동 규칙 제96조의 2는 "체포의 사유가 있다고 인정되는 경우에도 피의자의 연령과 경력, 가족관계나 교우관계, 범죄의 경중 및 태양 기타 제반사정에 비추어 피의자가 도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정되는 때에는 체포영장의 청구를 기각하여야 한다."고 규정하고 있다.

3) 지명수배제도의 법적 근거 마련 여부

지명수배란 "구속영장이 발부된 피의자의 체포를 의뢰하여 그 인도를 요구하는 수배"[61]를 의미한다(「범죄수사규칙」 제173조 제1항). 현재 소재불명의 피의자를 검거하기 위한 지명수배가 「형사소송법」이 아닌 하위법령에 근거를 두고 광범위하게 이루어지고 있다.

피의자를 즉시 검거하지 못하였더라도 수사를 계속할 필요성은 있고, 구속영장의 유효기간이 경과되었음에도 불구하고 구속영장이 재발부되지 않은 상태에서 검거는 이루어질 수 있다. 이 경우 지명수배자에 대한 신병확보의 방법은 임의동행일 수 있고, 그 임의동행이 오로지 피의자의 자발적 의사에 이루어지지 않은 경우에는 위법하게 된다.[62]

현행 지명수배제도에 대하여는 지명수배 대상자의 법적 지위의 불분명성으로 인해 부당한 인권침해의 우려가 있다는 점, 동 제도가 법률이 아닌 행정부 훈령에 근거를 두고 있어 입법적 통제가 어렵다는 문제점이 지적되고 있다.[63] 따라서 수사과정에서 장기간 피의자가 소재불명된 경우 국가형벌권 실현 차원에서 강제수사의 일종으로 그 독자적 가치를 인정하고 법적 근거를 마련해야 한다는 견해[64]가 유력하다. 한국형사법학회의 '형사소송법개정특별위원회'는 체포영장 또는 구속영장과는 별도의 독립

60) 이재상, 형사소송법 제9판, 박영사, 2012, 243면.
61) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 65면.
62) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결 참조.
63) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 67-8면.
64) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 75면.

된 강체처분의 일종으로 영장의 유효기간을 공소시효와 일치시키는 지명수배영장제도를 신설하여 「형사소송법」에 규정할 것을 제안한 바 있다. 동개정안은 제200조의2 제6항에 지명수배영장을 규정할 것을 제안하고 있다.[65]

물론, 지명수배는 수사기관 내부의 의사연락 수단이자 공조수사의 한 형태이므로 굳이 법률적 근거를 구비해야 할 필요가 없다는 지적도 있다.[66] 그러나 형사절차법정주의, 강제처분법정주의에 비추어 볼 때 「형사소송법」의 수사절차 편장체계를 개편하는 작업 과정에서 지명수배제도의 법적 근거를 마련하는 것이 필요하다.[67]

다. 관련 쟁점에 관한 비교법적 분석

1) 체포관련 준용규정

독일 「형사소송법」은 제1편 총칙 제9장에서 '구속과 잠정적인 체포'에 관한 규정들을 두고 있다. 동법은 제112조에서 제130조까지 주로 구속의 요건과 절차에 관한 규정을 두고, 제127조에서 임시체포를 규정하고 있다. 독일 「형사소송법」은 주로 구속에 관한 규정들이 포함된 장에 구속과 구별되는 임시체포를 규정하고 있는 체계이다. 이는 독일법상 체포제도는 우리나라의 체포제도와는 다른 차이점에 기인한다.

독일 「형사소송법」 제127조는 긴급한 경우 피의자 등을 영장 없이 일시적으로 유치할 수 있는 임시체포(vorlaufige Festnahme) 제도를 인정하고 있다.[68] 독일에서의

---

65) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 61~2면. 형사소송법 개정특별위원회가 소개한 신설 조항은 아래와 같다.

> 안 제200조의2 ⑥ 피의자가 도망 등으로 인하여 체포영장 또는 구속영장을 집행할 수 없는 때에는 그의 소재수사를 위해 별도로 영장을 발부하여야 한다. 이 경우 영장의 유효기간은 공소제기만료일까지로 한다. 소재수사를 위한 지명수배의 방법과 절차는 대통령령으로 정하며, 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건에 대하여는 공개수배를 명할 수 있다.

66) 하태훈, "한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평 – 수사 일반과 강제처분 부분 -", 형사법연구 제23권 제1호, 한국형사법학회, 2011, 9면.

67) 지명수배제도의 법률상 근거의 필요성을 인정한 하급심 판례로는, 서울고등법원 2007. 3. 30. 선고 2006나31964 판결.

> 법률상 지명수배에 관한 구체적이고 명시적인 규정이 없어서 지명수배가 강제처분인지의 여부 및 지명수배를 함에 있어 공개대상이 되는 개인정보의 범위 등에 관하여 논란의 여지가 있으므로, 지명수배제도에 관한 법률상의 근거 규정을 구체적으로 명시하여 지명수배처분의 요건, 절차 등을 명확히 하고, 사법기관으로 하여금 이에 관여하게 하여 지명수배가 적절하게 행하여짐으로써, 혹시 발생할 수도 있는 기본권 침해의 여지를 미연에 방지하는 것이 바람직하다.

68) 독일 「형사소송법」 제127조 [임시체포] 「① 어떤 사람이 현행범행과 관련되어 있거나 현행범행

체포제도는 구속으로 이어지는 임시처분의 성격을 가지고 있기 때문에 영장발부 등 법관유보의 대상이 되지 않으며, 법관의 명령을 기다릴 수 없는 긴급한 상황의 존재를 전제로 하여 피의자의 신병을 확보하는 데 주된 목적이 있다고 할 수 있다.[69] 영장에 의한 체포(제200조의)를 원칙으로 하는 우리나라의 경우와 기본적인 관점에서 차이가 있다. 독일「형사소송법」제127조가 규정하고 있는 임시체포는 우리「형사소송법」상 현행범체포(법 제212조) 및 긴급체포(법 제200조의3)를 포함한 것이라고 볼 수 있다. 독일의 경우 신원확인을 위해서도 영장 없이 체포할 수 있도록 한 것은 우리나라의 체포제도와 구별되는 또 다른 특징이기도 하다.[70]

독일「형사소송법」제127조 제4항은 구속명령의 교부에 관한 제114조의a, 친족에의 통지에 관한 규정인 제114조의c와 같은 법원의 구속절차에 관한 규정을 검사나 경찰관의 잠정적인 체포에 준용하고 있다. 이는 체포를 구속으로 이어지는 임시처분의 성격을 지닌 것으로 규정하고 있는 독일「형사소송법」의 태도에 기인하는 것으로 보인다. 그러나「형사소송법」은 비록 체포를 통해 구속으로 나아가는 경우를 상정하고 있지만 체포와 구속을 별개의 독립적인 제도로 규정하고 있으며, 체포의 종류를 3가지로 분류하고, 영장에 의한 체포를 기본적인 유형으로 상정하고 있다. 따라서 현행법의 편장체계 개편을 검토함에 있어서는 이러한 차이점을 고려하여 영장에 의한 체포에 관한 규정을 수사절차에서 체포 또는 구속에 관한 기본규정 형태로 규정하는 것이 가능하다.

일본「형사소송법」제199조 이하는 체포장에 의한 체포절차를 규정하고 있다. 영장에 의한 체포의 요건과 기본적인 발부절차에 관한 한 개의 조문을 두고 있는 우리나라와는 달리, 일본「형사소송법」은 체포영장의 기재사항(제200조), 체포영장의 제시(제201조), 피의사실의 요지 고지 (제204조) 등 체포영장의 발부 및 집행절차를 별도의

으로 추적당하면, 그가 도망할 염려가 있거나 그 신원을 즉시 확인할 수 없는 경우에는 누구든지 법관의 명령 없이도 그를 잠정적으로 체포할 수 있다. 검찰 또는 경찰공무원에 의한 신원확인은 제163조의b 제1항을 따른다.

② 검찰 또는 경찰공무원은 구속명령 또는 수용명령의 요건이 인정되더라도 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 임시체포를 할 수 있다.」

69) 신양균, "독일의 인신구속제도에 대한 검토", 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009, 29면.

70) 신양균, "독일의 인신구속제도에 대한 검토", 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009, 30면.

규정으로 두고 있다. 동법 제209조는 “제74조, 제75조 및 제78조의 규정을 체포장에 의한 체포에 준용”하는 규정을 두고 있지만, 우리나라와 같이 총칙에 관한 규정을 광범위하게 준용하고 있지는 않다.

또한 일본 「형사소송법」은 총칙에 규정되어 있는 내용임에도 불구하고 수사절차에서 다시 한 번 그와 동일한 내용을 규정하는 경우도 있다. 예를 들면, 일본 「형사소송법」 제200조 제1항은 “피의자의 성명 및 주거, 죄명, 피의사실의 요지, 인치할 관공서 및 기타의 장소”, “유효기간 및 기간 경과 후에는 체포하지 않은 경우에는 영장을 반환할 것”, “발부연원일 등 체포장에 기재되어야 할 사항”을 규정하고 있다. 한편, 동조 제2항은 구인장 및 구류장에 관한 제64조 제2항 및 제3항을 준용하고 있다.[71] 제200조 제1항은 제64조 제1항의 구인장 및 구류장의 기재사항과 실질적으로 동일한 내용이다. 그럼에도 불구하고 우리 「형사소송법」과 달리 영장기재내용을 구속에 관한 규정을 그대로 준용하지 않고, 해당 절차 부분에서 실질적으로 동일한 내용을 다시 한번 서술하고 있는 것이다. 물론 동조 제2항에서 구인 및 구류에 관한 제62조 제2항과 제3항을 준용하고 있지만, 동조 제1항에서 체포장의 기재사항을 명확히 밝히고, 이를 보충하는 내용을 준용하고 있다는 점에서 처음부터 전체적으로 영장의 기재사항을 모두 준용하는 형태를 취하고 있는 우리나라 「형사소송법」과 구별된다.

그러나 이러한 일본 「형사소송법」의 조문 배열은 일본이 체포전치주의를 취하고 있고, 검찰사무관과 사법순사가 체포장에 의해 체포를 한 경우 검사와 사법경찰관에 인치하는 절차를 규정하고 있는 등의 차이가 있을 뿐 실제 우리 「형사소송법」과 크게 다른 차이가 있다고 보기는 어렵다. 체포절차에 규정된 조문들의 내용은 현행 「형사소송법」 제200조의2가 5개의 항에 걸쳐 규정하고 있는 내용들이 대부분이다.

---

71) 일본 형사소송법 제64조 제2항은 “피고인의 성명이 명확하지 않은 경우 인상, 체격 그 밖의 피고인을 특정할 수 있는 사항으로 피고인을 지시할 수 있다는 규정이고, 동조 제3항은 피고인의 주거가 명확하지 않은 경우 그 기재를 요하지 않는다.”는 내용이다.

[표 4-2] 일본 형사소송법의 준용규정 형태

조문배열	내 용	준용규정
제199조	체포장에 의한 체포의 요건 및 체포장 청구 절차 등	
제200조	체포장 기재사항 등	제64조 제2항, 제3항
제201조	체포장에 의한 체포시 체포장 제시	제73조 제3항 준용
제202조	검찰사무관, 사법순사의 체포장에 의한 체포 즉시 검찰관, 사법경찰원에의 인치	
제203조	사법경찰원의 피체포자 또는 피인치자에 대한 고지 사항 및 48시간 이내 석방 또는 서류 증거물 검찰관 송치, 체포된 경우 변호인 선임 가능 고지, 국선변호인 신청 절차 등	
제204조	검찰관의 피체포자 또는 피인치자에 대한 고지사항, 변호인 선임 가능 고지 등, 48시간 이내 구류 미청구시 석방 등	
제205조	제203조에 의해 송치된 피의자에 대한 고지사항, 24시간 이내의 재판관에 대한 구류청구 절차, 공소제기 절차 등	
제206조	검찰관 사법경찰관의 부득이한 경우 시간 제한을 따르지 않은 구류 청구 등	
제207조	구류 청구를 받은 재판관의 구류장 발부 절차	
제208조	구류기간 및 기간연장	
제208조의2	특정범죄의 구류기간 연장	
제209조		제74조, 제75조 및 제78조 규정 준용

2) 지명수배제도에 대한 비교법적 검토

이미 기술한 바와 같이 우리나라의 지명수배제도는 법률에 근거를 두고 있지 않아 강제처분법정주의에 위반할 소지가 있고, 지명수배자의 법적 지위가 불분명한 측면이 있다. 독일의 경우는 「형사소송법」에 지명수배제도의 법적 근거를 두고 있다.[72] 우리

72) 독일 형사소송법 제130조[체포를 위한 지명수배] ① 구속명령 또는 수용명령에 근거해 법관이나 검찰 그리고 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에는 검찰수사관(법원조직법 제152조)은 체포를 위한 지명수배를 할 수 있다.
② 구속명령 또는 수용명령의 요건이 인정되지만 그 발령을 기다렸다가는 추적이 위태로울 수 있으면, 검찰 또는 검찰수사관(법원조직법 제152조)은 잠정적인 체포에 필요한 경우에 제1항에 따른 조치를 할 수 있다. 구속명령 또는 수용명령의 발령에 관한 재판은 지체 없이, 늦어도 1주일 이내에 해야 한다.
③ 중대한 범행과 관련하여 제1항과 제2항에 해당하는 사안의 경우에 법관과 검찰은 다른 형식의 소재파악이 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 경우에도 공개수배를 하게 할 수

나라 지명수배제도는 사실상 일본의 그것을 거의 그대로 참고한 것이라는 지적이 있다.[73] 그러나 우리나라와 일본의 체포제도는 동일하지 않고, 수사현실도 다르다는 점을 감안할 때 한국적 현실을 반영한 지명수배제도의 법적 근거를 마련하는 것이 필요하다고 판단된다.

라. 체포관련 편장체계 개편방안

1) 준용규정의 개편방안

체포절차는 일본의 경우와 같이 구속의 필수적인 사전절차는 아니더라도 구속 이전의 절차에 해당한다는 점에서 체포절차를 먼저 상세히 규정하고, 이에 관한 공통적인 부분을 이후 단계인 구속절차에 준용하는 것이 바람직하다고 판단된다. 따라서 「형사소송법」 제200조의2 이하의 조문에 체포영장의 방식(현행 제75조), 체포영장의 집행(현행 제81조 제1항 및 제3항), 수통의 체포영장의 작성(현행 제82조), 관할구역 외에서의 체포영장의 집행과 그 촉탁 체포절차에 관한 규정 등을 두는 것이 타당하다.

특히, 체포된 피의자의 인권보장과 직결되는 조문은 체포절차에 관한 조문이 규정된 위치 바로 다음에 규정함으로써 체포된 피의자나 일반 국민이 체포된 경우의 「형사소송법」상 권리를 용이하고 명확하게 인식할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진), 제90조(변호인의 의뢰), 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견) 규정은 고원무립 상태에 있는 피체포자 입장에서 외부와 교통하고 변호인의 조력을 받을 수 있는 소송법적 장치라는 점에서 영장에 의한 체포에 관한 규정인 제200조의2 이후에 위치시키는 것이 바람직하다.

「형사소송법」의 편제를 절차의 진행 단계에 따라 규정하는 입법태도를 취한다면, 체포절차와 구속절차에서 공통되는 내용들은 구속보다 앞서는 체포절차에서 상세히 규정하고, 구속절차에는 체포에 관한 규정을 준용하는 방식을 취하여야 할 것이다.

만일, 현행 「형사소송법」의 체계를 기본적으로 유지하면서 총칙의 규정을 준용하는

있다. 동일한 요건 하에서 이 권한은 지체하면 위험할 우려가 있고 법관 또는 검찰과 적시에 연락할 수 없는 경우에 검찰수사관(법원조직법 제152조)에게도 인정된다. 제2문의 경우에 검찰은 지체 없이 판단해야 한다. 검찰수사관의 명령은 검찰의 승인이 24시간 이내에 이루어지지 않으면 효력을 잃는다.

73) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 69면.

입법방식을 유지한다고 하더라도, 다시 말해서 총칙의 규정을 준용하여 체포나 구속 절차 등 피의자의 인신구속이라는 기본권침해가 이루어지는 부분에 관한 내용을 규율한다고 하더라도 유의해야 할 점이 있다고 생각된다. 이는 바로 '유용한 중복의 원칙'과 '용이성의 원칙'이라고 할 수 있다. '유용한 중복의 원칙'이란 총칙의 규정을 준용하는 판덱텐 체계를 감안하더라도, 피의자의 권리보장 및 방어권 행사에 중요한 규정은 중복하여 규정할 수 있다는 원칙이라고 정의할 수 있다. '용이성의 원칙'이란 비법률 전문가인 피의자나 일반 국민이 「형사소송법」 조문만을 통해 절차의 흐름에 따른 예측을 하고, 절차의 국면에서 권리를 행사할 수 있도록 하는 조문을 배열해야 한다는 원칙이라고 할 수 있다. 용이성의 원칙은 준용규정의 전면 삭제를 요구하는 것이 아니라, 준용규정의 입법기술상의 효용을 인정하면서도 비법률 전문가 입장에서 준용규정을 쉽게 이해할 수 있도록 하는 배려의 원칙을 의미한다.

이와 같은 관점을 고려한다면, 제200조의2 다음에 '체포영장의 방식(구속의 경우 제75조)', '체포영장집행의 절차(구속의 경우 제85조)', '체포의 통지(구속의 경우 제88조)', '체포된 피의자와의 접견(구속의 경우 제89조)', '변호인의 의뢰(구속의 경우 제90조)', '비변호인과의 접견, 교통의 접견(구속의 경우 제91조)', '체포의 취소(구속의 경우 제93조)' 등의 피의자의 기본권 및 방어권 행사와 직결된 조문은 다시 한번 재서술하는 것도 고려하여야 한다(유용한 중복의 원칙). 중복을 피하기 위하여 준용규정을 활용하는 경우에도 현행 제200조의6처럼 준용되는 규정들을 조문 순서대로 나열하는 방식보다는, 예를 들면, '피체포자의 변호인 등과의 접견에 관한 제89조, 제91조' 등의 방식으로 피의자나 일반 국민이 준용되는 규정의 대강 내용을 인식할 수 있도록 배려하는 방법도 고려할 수 있을 것이다(용이성의 원칙).

2) 인권보장 관련 하위규정의 「형사소송법」 편입

「형사소송규칙」은 체포영장청구서의 기재사항(동 규칙 제95조), 자료의 제출 등(동 규칙 제96조), 인치·구금할 장소의 변경(동 규칙 96조의3), 체포영장의 갱신(동 규칙 제96조의4) 등을 규정하고 있다. 원칙적으로 영장주의와 관련된 이와 같은 규정들은 「형사소송법」으로 편입되는 것이 바람직하다. 다만, 「형사소송법」이 영장주의의 대강을 규정하고 있고, 예를 들면, 체포영장청구서의 기재사항 등은 실무적 성격을 다분

히 지니고 있다는 점에서 이를 「형사소송규칙」에 두더라도 무방할 수 있다.

그러나 체포영장 발부의 요건이 되는 체포의 필요성은 법률 단계에서 그 의미를 명백히 하는 것이 필요하다고 본다. 「형사소송규칙」에 열거하고 있는 체포의 필요성 판단에 대해 구체적인 사항들을 열거하는 것이 불필요하다고 하더라도, 최소한 "피의자가 도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정되는 때"라는 문언은 「형사소송법」에 편입하는 것이 바람직하다고 판단된다.

3) 지명수배제도의 법적 근거 마련

지명수배제도는 "법률에 근거를 둔 것이 아니라, 부령과 훈령 및 예규에 근거를 두고 있으며, 「형사소송법」상 지명수배를 간접적으로 추론해볼 수 있는 규정으로는 수사 또는 구속영장의 집행과 관련된 촉탁규정(「형사소송법」 제77조, 제84조)"이 있다.[74] 지명수배에 관한 법적 근거 및 절차의 부재로 인한 인권침해가능성을 예방하기 위해서는 이를 「형사소송법」상의 제도로 승격시켜 영장주의의 통제를 받도록 하는 것이 타당하다.[75] 편장체계의 합리적 정비라는 관점에서는 지명수배 관련 규정은 체포의 요건 및 체포영장의 발부절차를 규정하고 있는 「형사소송법」 제200조의2 다음 조문으로 별개의 규정을 두는 방법을 고려할 수 있을 것이다.

2. 긴급체포 규정의 개편방안

가. 긴급체포의 개념과 조문체계

긴급체포란 "긴급을 요하는 경우에 중대한 범죄의 혐의를 받고 있는 피의자를 수사기관이 영장 없이 체포하는 제도[76]"이다(제200조의3 제1항). 현행법은 "긴급체포 후 또는 즉시 체포영장을 발부받아야 한다는 요건은 요구하지 않고, 다만 구속하고자 할 때에는 지체 없이, 늦어도 48시간 이내에 구속영장을 청구"하도록 규정하고 있다(제200조의4 제1항 참조).

---

74) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 64면.
75) 같은 취지의 주장으로는, 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 65면.
76) 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 162면.

「형사소송법」은 영장에 의한 체포에 관한 규정인 제200조의2 이하에 긴급체포의 요건과 체포후의 절차 및 영장청구 절차에 관한 2개의 조문을 두고 있다. 현행법상 체포의 원칙적인 형태는 영장에 의한 체포이고, 긴급체포나 현행범체포는 영장주의가 적용되지 않는 예외적인 형태의 체포제도라는 점에서 제200조의2 다음에 긴급체포 규정을 배치하는 것은 당연하고 자연스러운 일이다. 다만, 긴급체포의 경우도 제200조의6에 의하여 영장에 의한 체포와 마찬가지로 총칙의 구속에 관한 규정이 대거 준용되는 형식으로 규율되고 있다.

나. 긴급체포 규정의 문제점

1) 준용규정의 문제

긴급체포에 준용되는 규정은 영장에 의한 체포절차에 준용되는 규정과 동일하다(제200조의5). 긴급체포는 범죄의 중대성, 긴급성, 필요성 등을 요건으로 하여 영장주의가 적용되지 않는 체포로서, 긴급체포의 요건을 충족시켰을 때 이루어지는 체포절차는 영장에 의한 그것과 달라야 할 이유는 없다.

다만, 앞에서 지적한 바와 같이 총칙편 구속에 관한 규정들이 준용되는 문제점은 긴급체포의 경우에도 동일하게 나타난다. 긴급체포 절차에 관한 규정은 영장에 의한 체포절차에 관한 규정을 준용하는 형태로 규정할 수 있다. 이러한 규율방식은 구속에 관한 총칙 규정을 그대로 유지하는지 여부와 무관하게 적용될 수 있을 것이다. 조문배열상 멀리 떨어져 있는 구속에 관한 규정을 준용하는 것이 아니라 체포의 일종에 해당하는 절차 규정을 준용하는 것은 합리적이다. 기본적으로 판덱텐 체계를 취하고 있는 현행법에서 준용규정을 두는 것은 입법기술상 필요하고 효율적인 측면이 있다.

2) 영장주의에 의한 통제 필요성

현행법상 수사기관은 긴급체포 후 구속영장을 청구하는 경우나 피의자를 석방하는 경우 어느 때에도 사후영장을 청구하지 않아도 된다. 이로 인한 긴급체포권한의 남용 문제는 국회 및 시민사회, 학계에서 지속적으로 제기되어 왔다. 즉, 긴급체포 후 구속영장을 청구하는 48시간까지는 영장 없는 체포를 허용하지만, 이에 대한 사법적 통제

장치가 미비하다는 것이다. 현행 긴급체포제도는 사후에 체포영장을 요구하지 않고 있다는 점에서 그 자체가 헌법위반이라는 견해도 우세하다.[77] 따라서 체포제도에 관한 「형사소송법」 편제를 정비함에 있어서 위헌의 문제가 있는 긴급체포제도의 심각한 결함 부분은 입법을 통해 정비하는 것이 필요하다.

다. 긴급체포 규정에 관한 비교법적 분석

일본 「형사소송법」은 이미 기술한 바와 같이 체포장에 의한 체포에 관한 요건 및 절차 규정을 법률에 상세하게 규정하고, 법원의 구인장 및 구류장 집행에 관한 일부 규정을 체포장에 의한 체포절차에 준용하고 있다. 체포의 원칙적 형태라고 할 수 있는 체포장에 의한 체포절차를 긴급체포에 앞서 규정하고 있기 때문에, 긴급체포의 절차에 관한 규정들은 체포장에 의한 체포절차 규정을 준용하는 방식을 취하고 있다. 즉, 일본 「형사소송법」 제210조 제1항은 "검찰관, 검찰사무관 및 사법경찰직원은 사형 또는 무기 및 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 경우에, 긴급을 요하고, 재판관의 체포장을 받을 수 없을때에는 그 이유를 고지하고 피의자를 체포할 수 있다"고 규정하고, 이 경우 즉시 재판관의 체포장을 발부받도록 하고 있으며, 체포장을 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하도록 규정하고 있다.

일본 「형사소송법」상 긴급체포에 관한 규정들 중 다른 조문을 준용하는 조문은 2개이다. 제210조 제2항에서 "제1항에 따라 긴급체포 후 체포장을 청구하는 경우 기재사항과 관련하여 제200조의 규정을 준용"하도록 한 것이 하나이고, 다른 하나는 제211조가 "제199조의 규정에 의해 피의자를 체포하는 경우에 관한 규정을 준용"하도록 규정하고 있다. 제211조에 의해 체포장에 의한 체포절차에 관한 제199조 이하의 규정들이 준용되지만, 이미 긴급체포에 선행하는 체포장에 의한 체포절차에 관한 규정을 법률 단계에서 상세하게 규정하고 있기 때문에 긴급을 요하여 사전에 체포장을 발부받지 못하였을 뿐 체포라는 본질이 같은 절차 규정을 준용하고 있다.

---

77) 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 321면; 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 166면; 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 110면.

라. 긴급체포 규정의 개편방안

1) 준용규정의 개편방안

긴급체포 절차에 관한 규정은 영장에 의한 체포절차에 관한 규정을 준용하는 형태로 규정할 수 있다. 이러한 규율방식은 구속에 관한 총칙 규정을 그대로 유지하는지 여부와 무관하다. 어떤 방식을 취하더라도 체포의 원칙적인 형태인 영장에 의한 체포 규정을 상세하고 명확하게 규정하고 영장의 청구와 발부 및 집행과 관련 없는 사항은 긴급체포에 준용하는 방식을 취하면 될 것으로 생각된다. 현행 「형사소송법」도 이러한 관점을 가지고 있으며(제200조의5, 제200조의6), 이미 기술한 바와 같이 일본 「형사소송법」도 마찬가지이다. 조문 배열상 멀리 떨어져 있는 구속에 관한 규정을 준용하는 것이 아니라 체포의 일종에 해당하는 절차 규정을 준용한다는 점에서도 합리성이 인정될 수 있을 것이다.

영장에 의한 체포절차에 관한 규정을 준용하는 규정을 긴급체포의 요건 및 사후체포영장 발부 및 구속영장 청구에 관한 규정 다음에 신설하는 방식을 취할 수 있다.

2) 사후영장주의의 도입

긴급체포 후 사후영장주의 적용에 관하여는 "수사기관이 피의자를 긴급체포한 경우에는 지체 없이 체포영장을 청구하여 발부받도록 하고, 그 청구시한은 긴급체포한 때로부터 6시간 이내로 제한"하자는 견해가 제시된 바 있다.[78] 그리고 "긴급체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 않으면 피의자를 석방하여야 하므로, 긴급체포 후 48시간 이내에 체포영장을 발부받고 다시 구속영장을 청구"하도록 하는 것이다.[79]

사후영장주의를 도입하는 경우 편제는 「형사소송법」 제200조의4 제1항에 긴급체포 후 사후영장을 청구하도록 하는 규정을 두는 것이 체포절차의 시간적 순서에 적합할 것이다. 당연한 결과로 현행 제200조의4 제4항과 제5항은 이를 삭제하여야 할 것이다.[80]

---

78) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 109면 이하.
79) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 109면 이하.
80) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 109면 이하.

3. 현행범인 체포규정의 개편방안

가. 현행범인 체포의 개념과 조문체계

현행범인이란 "범죄를 실행하는 중이거나 실행 직후인 자"를 말한다(제211조 제1항). '범행의 실행 중'이란 "범죄의 실행에 착수하여 종료하지 못한 상태"를 말하며, '실행 즉후'란 범죄의 실행행위가 종료된 직후임이 명백한 경우로서, 결과발생 여부는 불문한다.[81]

현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(제212조). 「형사소송법」이 수사기관은 물론 사인을 포함하여 영장 없이 현행범인을 체포할 수 있도록 한 것은 현행범인은 범죄의 명백성이 인정되기 때문에 오인체포나 인권침해가 발생하지 않을 것이라고 본 것이다. 대법원도 "「형사소송법」 제211조가 현행범인으로 규정한 "범죄의 실행의 즉후인 자"라고 함은, 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포하는 자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컫는 것"[82]이라고 하여, 현행범인의 영장 없는 체포가 범죄의 명백성에 있음을 밝히고 있다.

나. 현행범인 체포규정의 문제점

1) 수사절차 진행흐름에 따른 편제순서

현행법은 현행범인 체포에 관한 규정인 제211조 내지 제214조를 영장에 의한 체포나 긴급체포 다음에 두지 않고, 구속에 관한 규정들인 제201조 내지 제209조 이후에 위치시키고 있다. 수사절차의 진행 흐름에 비추어 볼 때, 현행범인이 체포된 후 구속영장이 청구되는 절차를 거친다는 점에 비추어 볼 때 자연스럽지 못한 부분이다.

현행범인 체포도 체포의 일종이고, 필수적인 것은 아니지만 구속의 사전 단계로 이해할 수 있다는 점에서 관련 규정을 긴급체포 관련 규정 이후 구속에 관한 규정 이전에 배치하는 것이 타당하다고 사료된다.

---

81) 신동운, 간추린 신형사소송법 제10판, 법문사, 2018, 115면; 대법원 1991. 9. 24. 선고 91도1314 판결.

82) 대법원 1991. 9. 24. 선고 91도1314 판결.

2) 준용규정의 문제

「형사소송법」 제213조의2는 “검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 현행범인을 인도받은 경우에 준용”하는 것을 내용으로 규정하고 있다. 현행범인 체포는 영장에 의하지 아니하는 체포이기 때문에 영장에 의한 체포에 관한 규정 중 영장의 청구·발부 및 집행에 관한 규정이 준용되지 않는다.[83]

현행범인체포의 경우 준용되는 구속에 관한 규정들은 영장에 의한 체포의 경우에도 준용되는 구속에 관한 규정, 즉 제87조(구속의 통지), 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수수), 제90조(변호인의 의뢰)와 중복된다. 다만, 제200조의6은 영장에 의한 체포에 관한 규정인 제200조의2 제5항과 제200조의5도 준용하고 있다. 원칙적으로 체포절차에 구속에 관한 규정들을 준용하는 방식을 취하게 됨에 따라 현행범인체포에서 일부는 구속에 관한 규정을 준용하고, 일부는 영장에 의한 체포에 관한 규정을 준용하는 형태를 취하고 있는 것이다.

[표 4-3] 현행범인 체포절차에 준용되는 규정

조문	준용되는 조문	개수
제213조의2	제87조(구속의 통지), 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수수), 제90조(변호인의 의뢰), 제200조의2(영장에 의한 체포) 제5항, 제200조의5(체포와 피의사실 등의 고지)	5개

다. 영장주의 적용 여부

사후영장주의를 통해 사전영장주의가 적용되지 않은 체포를 통제해야 한다는 논의는 종래 주로 긴급체포를 중심으로 이루어져 왔다. 그러나 영장 없는 체포 이후 지체 없이 사후영장을 발부받도록 하여 체포의 남용을 막을 필요성은 현행범인체포의 경우에도 인정된다. 제12조 제3항은 현행범인 체포의 경우에도 사후영장을 발부받도록 규정하고 있다. 비록 현행범인체포제도의 인정 근거가 범죄와 범인의 명백성으로 인해 오인체포 또는 불법체포의 우려가 적다는 점에 있지만, 신체의 자유에 대한 침해가 있는 경우 즉시 이를 심사할 수 있도록 하여야 한다는 점이 우리 헌법의 취지라고

83) 다만, 후술하는 바와 같이 현행범인 체포에도 사후영장 발부를 요구하게 되는 경우에는 긴급체포와 같은 영장 관련 규정이 준용될 여지도 있다.

할 수 있다. 형사법학회의 '형사소송법개정특별위원회'도 현행범인체포의 경우에도 사후영장주의를 적용하는 「형사소송법」 개정안을 제시한 바 있다.[84][85]

라. 현행범인 체포규정에 관한 비교법적 분석

독일 「형사소송법」 제127조는 '잠정적인 체포'라고 하여 우리 「형사소송법」상 긴급체포와 현행범인체포를 포함하는 규정을 두고 있다. 현행범인 체포를 포함하는 잠정적인 체포에 관한 규정 제127조는 총칙 편에 규정되어 있다는 점에 특징이 있다.

독일 형사소송법 제127조(잠정적인 체포)

① 어떤 사람이 현행범행과 관련되어 있거나 현행범행으로 추적당하면, 그가 도망할 염려가 있거나 그 신원을 즉시 확인할 수 없는 경우에, 누구든지 법관의 명령 없이도 그를 잠정적으로 체포할 수 있다. 검찰 또는 검찰공무원에 의한 신원확인 제163조의b 제1항을 따른다.

② 검찰 또는 경찰공무원은 구속명령 또는 수용명령의 요건이 인정되더라도 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에는 잠정적인 체포를 할 수 있다.

③ 고소가 있어야만 범죄를 소추할 수 있으면, 잠정적인 체포는 아직 고소가 제기되지 않은 경우에도 허용된다. 허가 또는 처벌요구가 있어야만 범죄를 소추할 수 있는 경우에도 마찬가지다.

④ 검찰 또는 경찰공무원의 잠정적인 체포에는 제114조의a 내지 제114조의c를 준용한다.

일본 「형사소송법」 제212조는 "현행범인 및 준현행범인의 체포"에 관한 규정을 두고 있다. 동법 제213조는 "현행범인은 누구라도 체포할 수 있다"고 규정하고, 제214조는 "수사기관 아닌 자가 현행범인을 체포한 경우의 수사기관에의 인도", 제215조는

84) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 112~3면. 형사소송법 개정특별위원회가 소개한 신설 조항은 아래와 같다.

〈신설〉 제213조의2(현행범인의 체포와 영장청구기간)

① 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 일반인이 체포한 현행범인을 인도받는 경우에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 한다. 이 경우 체포영장은 피의자를 체포한 때부터 6시간 이내에 청구하여야 하며, 현행범인 체포의 취지와 체포의 일시 및 장소가 기재된 서류를 첨부하여야 한다.

② 제200조의4 제2항과 제3항의 규정은 검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 구속하는 경우에 준용한다.

③ 사법경찰관은 체포하거나 인도받은 현행범인에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다.

85) 이러한 개정방향에 찬성하는 입장으로는, 하태훈, "한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평 – 수사 일반과 강제처분 부분 –", 형사법연구 제23권 제1호, 한국형사법학회, 2011, 17면.

"사법순사가 현행범인을 체포한 경우 사법경찰원에의 인도" 규정을 두어 현행범인 체포의 특수성을 반영한 규정을 두고 있다. 동법 제216조는 "현행범인이 체포된 이후의 절차에 관하여는 제199조에 의하여 체포된 경우에 관한 규정을 준용"하고 있다.

마. 현행범인 체포규정의 개편방안

1) 준용규정의 개편방안

이미 기술한 바와 같이 영장에 의한 체포가 체포제도의 원칙적인 형태이므로 이에 관한 부분에서 영장발부 및 집행, 체포절차에 관한 규정들을 둔다면, 현행범인체포 부분에서는 영장의 청구·발부에 관한 규정을 제외한 체포절차에 관한 규정을 자연스럽게 준용할 수 있다. 이를 통하여 체포절차에 관한 핵심 내용을 체포에 관한 규정들 체계에서 직접 확인할 수 있게 된다. 수사기관이나 일반 국민이 체포에 관한 「형사소송법」의 규정체계를 용이하고 명확하게 인식할 수 있도록 해줄 것이다.

2) 사후영장주의의 도입 및 조문 편성 체계 개편

헌법의 취지에 따라 현행범인체포의 경우에도 사후영장주의를 적용하여야 한다. 다만, 편장체계라는 관점에서 '형사소송법개정특별위원회'가 제시한 안처럼 현행 「형사소송법」 제212조 다음 조문으로 제212조의2를 신설하는 것도 고려해 볼 수 있다. 그러나 사후영장주의의 적용을 규정하는 경우 제212조 조문의 내용으로 설계하는 것도 바람직하다고 생각된다. 긴급체포에 관한 규정인 제200조의3은 제1항에서 긴급체포의 요건을 규정하고, 제2항 내지 제4항에서 긴급체포 후의 절차를 규정하는 형식을 취하고 있다. 물론, 현행 제200조의3은 사후영장주의를 적용하지 않고 있는 내용이지만, 이 부분이 사후영장주의가 적용되는 것을 전제로 한다면, 제212조의 제2항 이하를 신설하여 사후영장주의에 관한 절차 규정을 두는 것이 긴급체포의 규정체계와 일치할 수 있다.

또한 현행범체포에 관한 규정을 읽게 되는 일반 국민의 관점에서 볼 때도 제1항에서 현행범인 체포의 요건을 규정하고, 제2항 이하에서 현행범인 체포의 절차 및 체포 이후의 절차를 규정하는 방식으로 하나의 조문에 현행범인 체포제도의 윤곽을 파악할

수 있도록 하는 것이 바람직하다.

제2절 | 구속관련 편장체계 개편방안

1. 구속의 개념과 조문체계

구속이란 "피의자가 도망하거나 증거를 인멸하는 것을 방지하기 위하여 신체의 자유를 제한하는 강제처분"[86]을 말한다. 구속은 강제수사의 전형으로서 그 운용에 신중을 기할 것이 요구된다. 「형사소송법」은 제201조에서 제209조까지 9개의 조문(제206조, 제207조는 1995년 개정시 삭제됨)으로 수사절차에서 이루어지는 구속에 관한 규정을 두고 있다. 제209조는 법원에 의한 구속절차에 관한 16개의 조문 및 조항을 수사절차상의 구속에 관하여 준용하고 있다. 수사상 구속절차에 독자적으로 규정된 조문들은 구속의 요건 및 구속영장의 청구·발부절차(제200조), 구속 전 피의자 심문절차(제200조의2), 사법경찰관의 구속기간(제202조), 검사의 구속기간(제203조), 구속기간에의 산입(제203조의2), 영장발부와 법원에 대한 통지(제204조), 구속기간의 연장(제205조), 재구속의 제한(제208조), 준용규정(제209조)이다. 구속에 관한 규정도 체포에 관한 규정들과 마찬가지로 제209조를 통해 총칙의 구속에 관한 규정이 대거 준용되는 형식으로 규율되고 있다.

2. 구속규정의 문제점

가. 준용규정의 문제점

구속절차는 그 진행경과에 따라 ① 구속영장의 청구 및 심사, ② 구속영장의 발부, ③ 구속영장의 집행절차, ④ 구속영장집행 이후의 절차로 나눌 수 있다. 제201조와 제201조의2는 ①과 ② 단계의 절차를 규정하는 조문이고, 제202조에서 제205조 및

86) 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 172면.

제208조는 ④ 단계의 절차를 규정하는 조문이다. 현행법은 ③ 단계에 해당하는 구속집행절차에 관한 규정은 총칙에 법원 중심으로 규정된 구속에 관한 규정을 준용하는 형태를 취하고 있다. 다만, 2007년 신설된 체포절차에 관한 제200조의5를 구속절차에도 준용하고 있다. 제209조에 의해 준용되는 총칙 단계의 구속에 관한 규정은 다음과 같다.

[표 4-4] 수사상 구속절차에 준용되는 규정

조문	준용되는 조문	개수
제209조	제79조 제2항(구속사유), 제71조(구인의 효력), 제75조(구속영장의 방식), 제81조 제1항 본문·제3항(구속영장의 집행), 제82조(수통의 구속영장의 작성), 제83조(관할구역 외에서의 구속영장의 집행과 그 촉탁), 제85조(구속영장집행의 절차), 제86조(호송중의 가유치), 제87조(구속의 통지), 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진), 제90조(변호인의 의뢰), 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견), 제93조(구속의 취소), 제101조 제1항(구속의 집행정지), 제102조 제2항 본문(보석의 취소에 관한 부분 제외)(구속집행정지의 취소), 제200조의5(체포와 피의사실 등의 고지)	17개

나. 개별규정의 문제점(제201조)

「형사소송법」 제201조는 제1항에서 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원 판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그런데 구속사유를 심사함에 있어서 고려해야 할 사유에 관한 조항은 제70조 제2항은 제201조가 아닌 제209조에서 이를 준용하고 있다. 피의자의 구속사유는 피고인의 구속사유를 그대로 준용하면서도 구속사유 심사시 고려사유라는 중요한 내용은 별도의 조문에서 준용함으로써 피의자는 물론 일반 국민이 이해하기 어려운 구조로 되어 있다.

3. 구속 규정에 관한 비교법적 분석

독일 「형사소송법」은 총 8편, 495조로 구성되어 있다. 구속과 체포에 관한 규정은 제1편 총칙 제9장에 배열되어 있으며, 제112조 내지 제130조가 해당한다. 독일의

경우 피의자와 피고인을 포함하여 구속과 체포에 관한 규정을 총칙에 두고 있다는 특징이 있다. 총칙에 법원이 공판단계에서 행하는 구속에 관한 규정들을 두고, 이들 규정의 일부를 수사절차에도 준용하는 방식을 취하고 있는 우리나라의 규정체계와는 다른 점이다.

일본 「형사소송법」도 제1편 총칙 부분에서 제8장 '피고인의 소환, 구인 내지 구류'에 관한 규정을 제57조에서 제98조까지 두고 있으며, 이들 규정의 일부를 체포절차에 준용하는 방식을 취하고 있음은 이미 기술한 바와 같다.

4. 구속관련 편장체계 개편방안

구속 규정의 개편방안은 2가지를 고려할 수 있다. 하나는 총칙에 구속에 관한 규정을 두고, 이들 규정의 일부를 체포절차에 준용하는 방식이고, 다른 하나는 수사절차의 전개 순서에 따라 체포와 구속에 관한 규정을 두는 방식이다. 이 중 어느 방식을 취할지는 입법적 결단에 따라 좌우되는 문제이다. 독일, 일본과 마찬가지로 총칙에 구속에 관한 규정들을 상세히 두고 이들 규정의 일부를 체포절차에 준용하는 입법방식을 유지할 것인가라는 문제와 직결된다.

수사절차의 전개 순서에 따라 「형사소송법」의 편장체계를 개편하는 경우에는 수사단계에서의 체포절차에 관한 규정을 상세히 규정한 후 수사상 구속절차에 관한 규정을 두고, 그 다음에 공판단계에서의 구속에 관한 규정을 두되 수사상 구속절차에 관한 규정을 일부 준용하는 방식을 취하게 될 것이다.

반면, 총칙 규정을 유지하는 것을 전제로 할 때에는 현행 편장체계의 일부 개정의 방식으로 최대한 수사절차의 순서에 맞게 조문을 배열하고, 과도한 준용규정의 활용으로 인한 곤란성과 난해함을 해결하는 방식을 취하게 될 것이다. 후자의 방법을 취하게 되는 경우에도 앞에서 서술한 '유용한 중복의 원칙'과 '용이성의 원칙'을 고려해야 할 것이다. 제79조 제2항(구속사유), 제75조(구속영장의 방식), 제81조 제1항 본문·제3항(구속영장의 집행), 제85조(구속영장 집행의 절차), 제86조(호송 중의 가유치), 제87조(구속의 통지), 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진), 제90조(변호인의 의뢰), 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견) 등에 관한 규정은 중복적이라도 수사

상 구속절차에 규정하는 방법을 고려할 수 있으며, 준용규정을 활용하는 경우에도 준용되는 사항을 표시해주는 방법을 취하여야 할 것이다.

아울러 앞서 언급한 제201조가 제70조를 준용하면서 생긴 문제점을 해소하기 위해서는 준용형식을 취하지 않고, 제70조의 규정 내용을 그대로 제201조에서 사용하는 것이 바람직하다고 판단된다. 구속이라는 중요한 기본권침해 사유와 그 심사시 고려사항은 일부 중복되는 경우가 있더라도 피의자와 일반 국민의 이해의 편의를 위한 유용한 중복에 해당한다.

제3절 | 체포·구속의 해제관련 편장체계 개편방안

1. 구속 전 피의자심문제도의 개편방안

구속 전 피의자심문제도는「형사소송법」제201조의2에 '구속영장 청구와 피의자심문'이라는 제목으로 규정하고 있다. 제1항에서는 "제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 한다."라고 규정하고 있다.

여기에서 준용규정인 "제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라"를 삭제하고 '체포된 피의자'라고 하면 문제의 소지가 발생할 수 있을까? 우리나라의 경우에는 미영장 체포 즉 긴급체포, 현행범 체포에 대하여 사후영장을 인정하지 않고 있기 때문에 체포의 부적법 여부는 체포적부심 외에는 판단할 수가 없다. 또한「형사소송법」제214조의2 제1항에서 체포·구속적부심은 '청구'에 의해 이루어지기 때문에, 청구권자가 청구하지 않는다면 불법 체포 여부에 대한 판단은 구속전 피의자심문 단계에서 이루어질 수밖에 없다. 그러나, 원칙적으로 구속전 피의자심문제도는 구속 여부에 대한 심사로서 체포의 부당 여부에 대하여도 판단하는 절차라고 할 수는 없다. 따라서「형사소송법」규정에 의한 체포라는 점을 부각시킨다면, '적법하게 체포된 피의자'로 규정하는 것이 타당할 수 있다. 만일 체포적부심사 그 자체의 실효성 여부는

논외로 하더라, 체포 적법성 여부를 체포적부심사에서 판단하는 것으로서 이해한다면 구속 전 피의자심문은 마찬가지로 '적법하게 체포된 피의자'로 규정하는 것이 타당하다. 그러나 체포적부심은 신청주의로서 필수적 절차가 아니고, 그 기간 역시 산입하지 않기 때문에, 즉 그 실효성에 문제가 있기 때문에 구속영장실질심사 단계에서 체포의 적법성 여부까지 판단하는 것이 타당하다. 따라서 '체포된 피의자'라고 규정하는 것이 타당한 것으로 보인다. 그러므로 제1항에서는 체포된 피의자를 대상으로 하고, 제2항에서는 체포하지 않은 피의자를 대상으로 한다는 측면에서도 '체포된 피의자'라고 하여야 한다.

제1항과 연결되는 규정으로서 제3항에서는 "판사는 제1항의 경우에는 즉시, 제2항의 경우에는 피의자를 인치한 후 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다. 이 경우 검사는 피의자가 체포되어 있는 때에는 심문기일에 피의자를 출석시켜야 한다."고 규정하고 있다. 제3항의 전단에 해당하는 "판사는 제1항의 경우에는 즉시"라는 부분은 혼란을 방지하고 이해의 편이성을 위해 제1항에 함께 서술하는 것이 타당하다. 따라서 이를 "체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 특별한 사정이 없는 한 다음날까지 심문하여야 한다. 이 경우 판사는 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다."라고 규정하는 것이 타당하다.

제3항의 후단에서는 "검사는 피의자가 체포되어 있는 때에는 심문기일에 피의자를 출석시켜야 한다."고 하고 있다. 그런데 「형사소송규칙」 제96조의13[87]에 그 예외에 해당하는 규정을 두고 있다. 이는 법률에 규정한 내용에 대하여 위임 없이 하위규범인 규칙에 그 예외를 규정하는 것이 타당한가라는 점에 대하여 의심이 있다. 이에 대하여는 아래의 하위법령과의 모순 부분에서 설명하기로 한다.

문제는 「형사소송규칙」 제96조의13과 거의 유사한 내용으로 「형사소송법」 제277

87) 형사소송규칙 제96조의13 (피의자의 심문절차) ① 판사는 피의자가 심문기일에의 출석을 거부하거나 질병 그 밖의 사유로 출석이 현저하게 곤란하고, 피의자를 심문 법정에 인치할 수 없다고 인정되는 때에는 피의자의 출석 없이 심문절차를 진행할 수 있다.
② 검사는 피의자가 심문기일에의 출석을 거부하는 때에는 판사에게 그 취지 및 사유를 기재한 서면을 작성 제출하여야 한다.
③ 제1항의 규정에 의하여 심문절차를 진행할 경우에는 출석한 검사 및 변호인의 의견을 듣고, 수사기록 그 밖에 적당하다고 인정하는 방법으로 구속사유의 유무를 조사할 수 있다.

조의2[88]에 규정하고 있다. 「형사소송법」은 앞서 법원과 수사기관의 절차에서 유사한 내용을 가진 규정들을 거의 대부분 준용하면서도, 피의자의 출석에 대하여는 준용하지 않았다. 즉, 법률에 별도의 규정을 두든지 아니면 유사한 규정이 있기 때문에 이에 대한 준용형식을 취하여야 함에도 불구하고 「형사소송규칙」에서 따로 규정한 점에 대하여 이해할 수 없다. 그러면 수사단계에 해당하는 구속 전 피의자심문절차에서 피의자의 출석과 그에 대한 예외 사유는 「형사소송규칙」에 규정하면서, 피고인의 출석과 그에 대한 예외적 사유는 법률에 규정한 이유는 무엇인가? 그것은 체계상 또는 기본권 관련 문제라고 하기보다는 오로지 현행 「형사소송법」의 체계가 법원 중심으로 편제되었기 때문이라고 할 수밖에 없다. 이러한 문제점에도 불구하고 이 규정의 의미는 첫째, 검사의 피의자 출석담보의무를 규정한 것으로 이해할 수 있고, 둘째, 구속 전 피의자 심문은 피의자의 출석이 필요적이라는 의미로 선해될 수 있다. 그러나 구속 전 피의자심문은 피의자에 대하여 필요적 심문절차이다. 따라서 피의자의 출석을 다시 언급하는 것은 중언부언에 해당한다. 또한 검사의 출석담보의무 규정이라고 볼 경우에 반드시 법률에 규정하여야 할 필요가 없으며, 하위법령에 규정하여도 무방하다. 따라서 제3항 후단은 피의자의 권리 보호와 관련이 없으며, 또한 필요적 심문의 의미는 출석을 전제로 하기 때문에 의미 없는 문구이다. 그러므로 제1항과 제3항을 통합하여 서술하면서 검사의 출석담보의무 규정은 하위법령에 두는 것이 체계에 부합한다. 또한 제3항 본문에서는 미체포 피의자든 체포된 피의자든 이에 대한 통지의무를 규정하고 있으면서, 후단에서는 체포된 피의자에 대해서 출석의무를 규정하고 있어 체계상 부합하지 않는다.

제2항은 "제1항 외의 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. 다만, 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다. 제2항은 자발적 출석이 가능한

88) 형사소송법 제277조의2 (피고인의 출석거부와 공판절차) ① 피고인이 출석하지 아니하면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유없이 출석을 거부하고, 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 피고인의 출석없이 공판절차를 진행할 수 있다.
② 제1항의 규정에 의하여 공판절차를 진행할 경우에는 출석한 검사 및 변호인의 의견을 들어야 한다.

피의자까지 구속영장 발부 여부 심사를 위하여 체포하는 것이 타당하지 않다는 비판은 있으나, 제1항과 비교하여 "미체포된 피의자"라고 표현하는 것이 타당하다. 나아가 구인을 위한 구속영장이 자발적 출석이 가능한 피의자까지 구속영장 발부 여부 심사를 위하여 체포하는 것이 타당하지 않다는 비판이 있다. 제2항의 단서는 구인을 위한 구속영장 발부에서 피의자가 도망하는 경우에는 피의자 없이 심문하는 경우를 의미한다. 그런데 「형사소송규칙」 제96조의11[89]에서 법원사무관 등의 도망방지를 위한 의무규정을 두고 있으며, 피의자 출석 없이 심문하는 경우는 앞서 살펴본 바와 같이 「형사소송규칙」에 규정하고 있다. 따라서 이를 삭제하여도 무방한 것으로 판단된다.

제3항에서 앞 문장 즉 "판사는 제1항의 경우에는 즉시"라는 부분은 제1항과 통합되어야 하며, 뒤 문장 "제2항의 경우에는 피의자를 인치한 후 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다."라는 부분은 "체포되지 아니한 피의자가 구속영장심사를 위하여 인치된 경우 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다."로 정정하여야 하며, 후단의 "이 경우 검사는 피의자가 체포되어 있는 때에는 심문기일에 피의자를 출석시켜야 한다."라는 부분은 삭제되어야 한다.

제4항은 "검사와 변호인은 제3항에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다"라고 한다. 제4항은 검사와 변호인은 구속영장심사에서 그 기일에 출석할 수 있고, 의견을 진술할 수도 있는 규정이다. 그런데 제4항에서 "제3항에 따른 심문기일"이라고 하고 있으나, 제3항은 통지의무와 체포된 피의자에 대한 출석의무를 규정한 것으로서 심문기일과는 거리가 있다. 따라서 이를 "구속영장심사 심문기일" 또는 "구속영장청구에 따른 심문기일"이라고 정정해야 한다. 제5항 역시 "제1항 또는 제2항에 따라 심문하는 때"보다는 "구속영장 청구에 따라 심문하는 때"라고 하여야 한다.

제6항은 "제1항 또는 제2항에 따라 피의자를 심문하는 경우 법원사무관 등은 심문의 요지 등을 조서로 작성하여야 한다."라고 한다. 제6항은 제10항의 준용규정과 중복되는 문제점이 있다. 즉 제10항에서 제51조[90]를 준용하고 있는데 제51조 제1항은

89) 형사소송규칙 제96조의11 (구인 피의자의 유치등) ① 구인을 위한 구속영장의 집행을 받아 인치된 피의자를 법원에 유치한 경우에 법원사무관등은 피의자의 도망을 방지하기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.
② 제1항의 피의자를 법원 외의 장소에 유치하는 경우에 판사는 구인을 위한 구속영장에 유치할 장소를 기재하고 서명날인하여 이를 교부하여야 한다.

법원사무관 등의 공판조서작성 의무를 규정하고 있다. 나아가 제51조 규정은 공판조서 작성에 관한 법원의 의무를 규정한 것이다. 공판조서 작성의 의미는 구술에 의하여 제공된 소송자료를 근거로 재판하여야 한다는 구두주의에 대한 서면주의에 의한 보충으로, 구두주의가 시간 경과에 따라 기억이 흐려지고 변론내용을 증명하기 곤란하다는 단점을 보충하고자 하는 것이다.[91] 그러므로 공판조서의 증거능력과 관련되어 있으나, 법률에 규정하지 않아도 무방한 것으로서 삭제하는 것이 타당하다. 따라서 제6항과 제10항의 "제51조" 부분을 삭제하여 하위법령에 규정하여야 한다.

제7항은 구속기간 불산입 조항으로서 "피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 제202조[92] 및 제203조[93]의 적용에 있어서 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다."보다는 "피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 수사기관에서의 구속기간에 산입하지 아니한다."고 규정하는 것이 명확하다.

제8항 및 제9항은 변호인 선임규정으로서 피의자의 기본권 관련 규정이기 때문에

---

90) 제51조 (공판조서의 기재요건) ① 공판기일의 소송절차에 관하여는 참여한 법원사무관등이 공판조서를 작성하여야 한다.
② 공판조서에는 다음 사항 기타 모든 소송절차를 기재하여야 한다.
1. 공판을 행한 일시와 법원
2. 법관, 검사, 법원사무관등의 관직, 성명
3. 피고인, 대리인, 대표자, 변호인, 보조인과 통역인의 성명
4. 피고인의 출석여부
5. 공개의 여부와 공개를 금한 때에는 그 이유
6. 공소사실의 진술 또는 그를 변경하는 서면의 낭독
7. 피고인에게 그 권리를 보호함에 필요한 진술의 기회를 준 사실과 그 진술한 사실
8. 제48조제2항에 기재한 사항
9. 증거조사를 한 때에는 증거될 서류, 증거물과 증거조사의 방법
10. 공판정에서 행한 검증 또는 압수
11. 변론의 요지
12. 재판장이 기재를 명한 사항 또는 소송관계인의 청구에 의하여 기재를 허가한 사항
13. 피고인 또는 변호인에게 최종 진술할 기회를 준 사실과 그 진술한 사실
14. 판결 기타의 재판을 선고 또는 고지한 사실

91) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015, 411면.

92) 제202조 (사법경찰관의 구속기간) 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다.

93) 제203조 (검사의 구속기간) 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

그대로 존속하여야 한다. 마지막으로 제10항은 준용규정으로만 이루어져 있어 이해하기 어려운 규정이다. 즉 제10항은 "제71조,[94] 제71조의2,[95] 제75조,[96] 제81조부터 제83조까지,[97] 제85조제1항·제3항·제4항,[98] 제86조,[99] 제87조 제1항,[100] 제89조부터 제91조까지[101] 및 제200조의5는 제2항[102]에 따라 구인을 하는 경우에 준용하고,

---

94) 제71조 (구인의 효력) 구인한 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간내에 석방하여야 한다.

95) 제71조의2 (구인 후의 유치)법원은 인치받은 피고인을 유치할 필요가 있는 때에는 교도소·구치소 또는 경찰서 유치장에 유치할 수 있다. 이 경우 유치기간은 인치한 때부터 24시간을 초과할 수 없다.

96) 제75조 (구속영장의 방식) ① 구속영장에는 피고인의 성명, 주거, 죄명, 공소사실의 요지, 인치구금할 장소, 발부연월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다.
② 피고인의 성명이 분명하지 아니한 때에는 인상, 체격, 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항으로 피고인을 표시할 수 있다.
③ 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때에는 그 주거의 기재를 생략할 수 있다.

97) 제81조 (구속영장의 집행) ① 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 단, 급속을 요하는 경우에는 재판장, 수명법관 또는 수탁판사가 그 집행을 지휘 할 수 있다.
② 제1항 단서의 경우에는 법원사무관등에게 그 집행을 명할 수 있다. 이 경우에 법원사무관등은 그 집행에 관하여 필요한 때에는 사법경찰관리·교도관 또는 법원경위에게 보조를 요구할 수 있으며 관할구역 외에서도 집행할 수 있다.
③ 교도소 또는 구치소에 있는 피고인에 대하여 발부된 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 교도관이 집행한다.
제82조 (수통의 구속영장의 작성) ① 구속영장은 수통을 작성하여 사법경찰관리 수인에게 교부할 수 있다.
② 전항의 경우에는 그 사유를 구속영장에 기재하여야 한다.
제83조 (관할구역외에서의 구속영장의 집행과 그 촉탁) ① 검사는 필요에 의하여 관할구역외에서 구속영장의 집행을 지휘할 수 있고 또는 당해관할구역의 검사에게 집행지휘를 촉탁할 수 있다.
② 사법경찰관리는 필요에 의하여 관할구역 외에서 구속영장을 집행할 수 있고 또는 당해관할구역의 사법경찰관리에게 집행을 촉탁할 수 있다.

98) 제85조 (구속영장집행의 절차) ① 구속영장을 집행함에는 피고인에게 반드시 이를 제시하여야 하며 신속히 지정된 법원 기타 장소에 인치하여야 한다.
② 제77조제3항의 구속영장에 관하여는 이를 발부한 판사에게 인치하여야 한다.
③ 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피고인에 대하여 공소사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행할 수 있다.
④ 전항의 집행을 완료한 후에는 신속히 구속영장을 제시하여야 한다.

99) 제86조 (호송중의 가유치) 구속영장의 집행을 받은 피고인을 호송할 경우에 필요한 때에는 가장 접근한 교도소 또는 구치소에 임시로 유치할 수 있다.

100) 제87조 (구속의 통지) ① 피고인을 구속한 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 제30조제2항에 규정한 자중 피고인이 지정한 자에게 피고사건명, 구속일시·장소, 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 알려야 한다.
② 제1항의 통지는 지체없이 서면으로 하여야 한다.

101) 제89조 (구속된 피고인과의 접견, 수진)구속된 피고인은 법률의 범위내에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다.
제90조 (변호인의 의뢰) ① 구속된 피고인은 법원, 교도소장 또는 구치소장 또는 그 대리자에

제48조,[103] 제51조,[104] 제53조,[105] 제56조의2[106] 및 제276조의2[107]는 피의자에 대한

게 변호사를 지정하여 변호인의 선임을 의뢰할 수 있다.
② 전항의 의뢰를 받은 법원, 교도소장 또는 구치소장 또는 그 대리자는 급속히 피고인이 지명한 변호사에게 그 취지를 통지하여야 한다.
제91조 (비변호인과의 접견, 교통의 접견) 법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을 금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다. 단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

102) 제200조의5 (체포와 피의사실 등의 고지) 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

103) 제48조 (조서의 작성방법) ① 피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인을 신문하는 때에는 참여한 법원사무관등이 조서를 작성하여야 한다.
② 조서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.
1. 피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 진술
2. 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인이 선서를 하지 아니한 때에는 그 사유
③ 조서는 진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여 기재내용의 정확여부를 물어야 한다.
④ 진술자가 증감변경의 청구를 한 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 한다.
⑤ 신문에 참여한 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인이 조서의 기재의 정확성에 대하여 이의를 진술한 때에는 그 진술의 요지를 조서에 기재하여야 한다.
⑥ 전항의 경우에는 재판장 또는 신문한 법관은 그 진술에 대한 의견을 기재하게 할 수 있다.
⑦ 조서에는 진술자로 하여금 간인한 후 서명날인하게 하여야 한다. 단, 진술자가 서명날인을 거부한 때에는 그 사유를 기재하여야 한다.

104) 제51조 (공판조서의 기재요건)
① 공판기일의 소송절차에 관하여는 참여한 법원사무관등이 공판조서를 작성하여야 한다.
② 공판조서에는 다음 사항 기타 모든 소송절차를 기재하여야 한다.
1. 공판을 행한 일시와 법원
2. 법관, 검사, 법원사무관등의 관직, 성명
3. 피고인, 대리인, 대표자, 변호인, 보조인과 통역인의 성명
4. 피고인의 출석여부
5. 공개의 여부와 공개를 금한 때에는 그 이유
6. 공소사실의 진술 또는 그를 변경하는 서면의 낭독
7. 피고인에게 그 권리를 보호함에 필요한 진술의 기회를 준 사실과 그 진술한 사실
8. 제48조제2항에 기재한 사항
9. 증거조사를 한 때에는 증거될 서류, 증거물과 증거조사의 방법
10. 공판정에서 행한 검증 또는 압수
11. 변론의 요지
12. 재판장이 기재를 명한 사항 또는 소송관계인의 청구에 의하여 기재를 허가한 사항
13. 피고인 또는 변호인에게 최종 진술할 기회를 준 사실과 그 진술한 사실
14. 판결 기타의 재판을 선고 또는 고지한 사실

105) 제53조 (공판조서의 서명등) ① 공판조서에는 재판장과 참여한 법원사무관등이 기명날인 또는 서명하여야 한다.
② 재판장이 기명날인 또는 서명할 수 없는 때에는 다른 법관이 그 사유를 부기하고 기명날인 또는 서명하여야 하며 법관전원이 기명날인 또는 서명할 수 없는 때에는 참여한 법원사무관등이 그 사유를 부기하고 기명날인 또는 서명하여야 한다.
③ 법원사무관등이 기명날인 또는 서명할 수 없는 때에는 재판장 또는 다른 법관이 그 사유를 부기하고 기명날인 또는 서명하여야 한다.

심문의 경우에 준용한다."고 규정되어 있다.

먼저 전단의 경우에는 각각 제71조(구인의 효력), 제71조의2(구인 후의 유치), 제75조(구속영장의 방식), 제81조(구속영장의 집행), 제82조(수통의 구속영장의 작성), 제83조(관할구역 외에서의 구속영장의 집행과 그 촉탁), 제85조 (구속영장집행의 절차), 제86조(호송 중의 가유치), 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진), 제90조(변호인의 의뢰), 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견), 제200조의5(체포와 피의사실 등의 고지)을 규정한 것으로, 미체포 피의자에 대한 구인을 구속영장에 대한 규정이다. 이 중 제81조는 구속영장집행으로서 검사가 지휘한다는 것을 내용으로 하고, 제82조는 여러 통의 구속영장을 작성할 수 있는 것을 내용으로 하고, 제83조는 관할구역 외에서 구속영장집행 효력 규정이다. 따라서 단순한 절차조항으로 해석되므로 법률이 아닌 하위법령에 규정하는 것이 타당하다. 또한 후단의 경우는 피의자 심문시 적용되는 규정으로서 제48조(조서의 작성방법), 제51조(공판조서의 기재요건), 제53조(공판조서의 서명 등), 제56조의2(공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화), 제276조의2(장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙)에서 장애인 등 특별히 보호를 요하는 제276조의2 규정은 피의자 및 피고인에 대한 권리보호 규정으로서 법률에 정하여야 하나, 그 외에는 위와 같은 이유로 하위법령에 규정하는 것이 타당하다. 또한 제10항에서 전단과 후단은 서로 다른 절차로서 별개의 조항에 규정하는 것이 타당하다.

---

106) 제56조의2 (공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화)
① 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청이 있는 때에는 특별한 사정이 없는 한 공판정에서의 심리의 전부 또는 일부를 속기사로 하여금 속기하게 하거나 녹음장치 또는 영상녹화장치를 사용하여 녹음 또는 영상녹화(녹음이 포함된 것을 말한다. 이하 같다)하여야 하며, 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 이를 명할 수 있다.
② 법원은 속기록·녹음물 또는 영상녹화물을 공판조서와 별도로 보관하여야 한다.
③ 검사, 피고인 또는 변호인은 비용을 부담하고 제2항에 따른 속기록·녹음물 또는 영상녹화물의 사본을 청구할 수 있다.

107) 제276조의2 (장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙)
① 재판장 또는 법관은 피고인을 신문하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직권 또는 피고인·법정대리인·검사의 신청에 따라 피고인과 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.
1. 피고인이 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한 경우
2. 피고인의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우
② 제1항에 따라 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자의 범위, 동석의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

따라서 이에 대한 개선안은 다음과 같다.

제10항은 “제71조(구인의 효력), 제71조의2(구인 후의 유치), 제75조(구속영장의 방식), 제85조 (구속영장집행의 절차), 제86조(호송 중의 가유치), 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진), 제90조(변호인의 의뢰), 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견), 제200조의5(체포와 피의사실 등의 고지)에 따라 구인을 하는 경우에 준용한다.” 제11항을 신설하여 “제276조의2(장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙)는 피의자에 대한 심문의 경우에 준용한다.”고 규정하여야 한다.

이를 표로 나타내면 다음과 같다.

현행 형사소송법 제201조의2	개선안
① 제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 한다.	① 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구 받은 판사는 특별한 사정이 없는 한 다음날까지 심문하여야 한다. 이 경우 판사는 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다.
② 제1항 외의 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. 다만, 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.	② 체포되지 아니한 피의자에 대하여 구속영장을 청구 받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. 단서부분 삭제
③ 판사는 제1항의 경우에는 즉시, 제2항의 경우에는 피의자를 인치한 후 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다. 이 경우 검사는 피의자가 체포되어 있는 때에는 심문기일에 피의자를 출석시켜야 한다.	③ 판사는 체포되지 아니한 피의자가 구속영장심사를 위하여 인치된 경우 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다. 후단 삭제
④ 검사와 변호인은 제3항에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.	④ 검사와 변호인은 구속영장청구에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.
⑤ 판사는 제1항 또는 제2항에 따라 심문하는 때에는 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.	⑤ 판사는 제1항 또는 제2항에 따라 심문하는 때에는 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.
⑥ 제1항 또는 제2항에 따라 피의자를 심문하는 경우 법원사무관등은 심문의 요지 등을 조서로 작	⑥ 삭제하고 하위법령에 규정

현행 형사소송법 제201조의2	개선안
성하여야 한다.	
⑦ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 제202조 및 제203조의 적용에 있어서 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다.	⑦ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 수사기관에서의 구속기간에 산입하지 아니한다.
⑧ 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다.	⑧ 좌동
⑨ 법원은 변호인의 사정이나 그 밖의 사유로 변호인 선정결정이 취소되어 변호인이 없게 된 때에는 직권으로 변호인을 다시 선정할 수 있다.	⑨ 좌동
⑩ 제71조, 제71조의2, 제75조, 제81조부터 제83조까지, 제85조제1항·제3항·제4항, 제86조, 제87조제1항, 제89조부터 제91조까지 및 제200조의5는 제2항에 따라 구인을 하는 경우에 준용하고, 제48조, 제51조, 제53조, 제56조의2 및 제276조의2는 피의자에 대한 심문의 경우에 준용한다.	⑩ 제71조(구인의 효력), 제71조의2(구인 후의 유치), 제75조 (구속영장의 방식), 제85조(구속영장 집행의 절차), 제86조(호송중의 가유치), 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진), 제90조(변호인의 의뢰), 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견), 제200조의5(체포와 피의사실 등의 고지)에 따라 구인을 하는 경우에 준용한다. ⑪ [신설] 제276조의2(장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙)는 피의자에 대한 심문의 경우에 준용한다.

2. 체포·구속적부심사의 개편방안

가. 체포·구속적부심사 규정체계 개편방안

체포·구속적부심사는「형사소송법」제214조의2 제1항에서 “피의자, 변호인, 배우자, 가족, 동거인 등에 대하여 관할법원에 체포·구속적부심사를 청구할 수 있음”을 규정하고 있다. 제2항에서는 “피의자를 체포 또는 구속한 검사 또는 사법경찰관은 체포 또는 구속된 피의자와 제1항에 규정된 자 중에서 피의자가 지정하는 자에게 제1항에 따른 적부심사를 청구할 수 있음을 알려야 한다.”고 한다.

제2항에서의 문제점은 “제1항에 따른 적부심사”라는 부분이다. 위 규정은 적부심사

에 관한 규정으로서 '제1항에 따른'이라는 표현은 굳이 필요하지 않은 것으로서, 오히려 국문에 숫자를 넣어 혼란을 야기한다. 이를 "제1항에 따른 적부심사"보다는 "체포 또는 구속적부심사"라는 표현이 그 해석에 있어 단순하고 명확하게 보인다.

또한 제3항에서는 "법원은 제1항에 따른 청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 제4항에 따른 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다."고 하고 있다. 여기에서 "제1항에 따른 청구"보다는 "체포 또는 구속적부심사 청구"가 명확한 표현이다.

제3항에서의 가장 큰 문제점은 "제4항에 따른 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다."는 부분이다. 왜냐하면 제3항에서 아직 등장하지 않은 제4항을 언급하는 것은 혼란을 야기하기 때문이다.

또한 제4항은 심문 후 이유 없으면 기각, 이유가 있으면 석방을 규정하고 있다. 물론 법원의 판단에서 제3항은 형식적 판단에 해당하기 때문에 이에 대한 사유가 있는지를 먼저 판단하고, 그 실체적 판단은 제3항의 요건에 해당하지 아니하는 경우에 이루어지는 판단으로서 제3항과 제4항의 규정순서는 법원의 판단순서에 따른 것으로 이해하면 그 순서가 별 문제없어 보인다. 그러나 체포·구속적부심사의 청구권은 「헌법」 제12조 제6항에 규정된 헌법상 기본권으로서 그에 대한 심문은 원칙에 해당하며, 제3항의 심문 없이 기각하는 경우는 예외적 사유에 해당한다. 따라서 비록 법원의 판단순서에 따라 법률이 규정되는 것보다는 피의자의 기본권 보장 측면에서 원칙을 먼저 서술하고 예외를 서술하는 것이 타당하다. 그러므로 제3항과 제4항은 그 순서에 있어 변경되어야 할 것으로 보이며, 제4항의 "제1항의 청구를 받은 법원" 역시 "체포·구속적부심사를 청구받은 법원"으로 변경되어야 할 것이다.

제5항에서 제7항까지는 보석 관련 규정으로서 후술하기로 한다.

제8항에서는 "제3항과 제4항의 결정에 대하여는 항고하지 못한다."라고 하고 있다. "제3항과 제4항의 결정"의 표현보다는 "체포·구속적부심사에서 법원의 석방이나 기각의 결정에 대하여는 항고하지 못한다."는 것이 명확하게 보인다. 그리고 체포 또는 구속적부심에 대한 항고불허규정으로서 석방 또는 기각을 전제로 한다. 따라서 체포 또는 구속적부심 절차에서 마지막 부분에 배치하여야 한다.

또한 제10항에서는 "체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조의 규정을 준용한다."라고 하고 있는데, "체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는

때에는 제33조(국선변호인)의 규정을 준용한다."라는 것이 명확하게 보일 것이다.

제12항에서는 "체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 제4항부터 제6항까지의 심문·조사·결정에 관여하지 못한다."라고 한다. 여기에서 제4항은 체포 또는 구속적부심사에서의 기각, 석방결정이며, 제5항과 제6항은 보석 관련 규정이다. 그런데 체포 또는 구속적부심사는 기각 및 석방 결정이 포함되어 있으며, 보석 관련 심사는 구속적부심사에서만 가능하기 때문에, "제4항부터 제6항까지의"라는 표현보다는 "체포 또는 구속적부심사"라는 것으로 충분한 것으로 판단된다.

제13항에서는 "법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 제200조의2 제5항(제213조의2에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 및 제200조의4 제1항의 적용에 있어서는 그 제한기간에 산입하지 아니하고, 제202조·제203조 및 제205조의 적용에 있어서는 그 구속기간에 산입하지 아니한다."고 규정하고 있어 이해하기 어려운 조항으로 보인다. 여기에서 제200조의2 제5항, 제200조의4 제1항은 체포기간에 대한 규정이고, 제202조·제203조 및 제205조는 각각 사법경찰관의 구속기간, 검사의 구속기간, 검사의 구속기간 연장에 관한 규정이다. 따라서 이를 "법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 체포 또는 구속기간에 산입하지 아니한다."고 규정하는 것이 간결하고 가독성이 뛰어난 것으로 보인다.

마지막으로 제14항에서는 "제201조의2 제6항은 제4항에 따라 피의자를 심문하는 경우에 준용한다."라고 하고 있다. 제201조의2 제6항은 "구속영장실질심사에서 피의자를 심문하는 경우 법원사무관 등은 심문의 요지 등을 조서로 작성하여야 한다."는 것으로서 이를 체포·구속적부심사에서 준용하도록 하고 있다.

이를 굳이 법률로서 준용하도록 한 것은 의문이다. 이에 대한 비판은 앞서 공판조서의 작성의무와 동일하다. 또한 법원사무관 등의 조서 작성의무는 법원의 의무로서 당사자주의를 중심으로 하면서 직권주의를 따르는 우리 「형사소송법」에 규정하지 않고 「형사소송규칙」에 규정하여도 무방할 것으로 판단된다. 나아가 기본권 제한과 그 보장과 관련 없는 규정으로서 하위법령에 규정하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

나. 피의자보석 규정체계 개편방안

제214조의2 제5항에서 “법원은 구속된 피의자(심사청구 후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제4항의 석방을 명할 수 있다”라고 한다. 여기에서 “제4항의 석방”에서는 “제4항의” 이라는 부분은 불필요한 것으로서 삭제하는 것이 타당하다. 따라서 “법원은 구속된 피의자(심사청구 후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 있다”라고 하여야 한다.

또한 제7항에서는 “제99조 및 제100조[108]는 제5항에 따라 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다.”고 한다. 여기에서 문제되는 것은 제99조 및 제100조의 준용규정과 제5항에 따른다는 것으로서, 제7항만 살펴보면 어떠한 의미인지 전혀 알 수가 없으며, 매우 복잡하게 보인다. 또한 제99조 제1항에서 보석조건의 결정시 고려사항으로 다음과 같이 규정하고 있다. “법원은 제98조의 조건을 정함에 있어서 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.”고 하면서 각 호는 “1. 범죄의 성질 및 죄상(罪狀), 2. 증거의 증명력, 3. 피고인의 전과·성격·환경 및 자산, 4. 피해자에 대한 배상 등 범행 후의 정황에 관련된 사항”이라고 한다. 또한 제2항은 “법원은 피고인의 자력 또는 자산 정도로는 이행할 수 없는 조건을 정할 수 없다.”라고 한다.

따라서 제7항에서 제99조를 준용하므로 제98조 역시 준용하여야 하는 것인지 여부

---

108) 제99조 (보석조건의 결정 시 고려사항) ① 법원은 제98조의 조건을 정함에 있어서 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.
1. 범죄의 성질 및 죄상(罪狀)
2. 증거의 증명력
3. 피고인의 전과·성격·환경 및 자산
4. 피해자에 대한 배상 등 범행 후의 정황에 관련된 사항
② 법원은 피고인의 자력 또는 자산 정도로는 이행할 수 없는 조건을 정할 수 없다.
제100조 (보석집행의 절차) ① 제98조제1호·제2호·제5호·제7호 및 제8호의 조건은 이를 이행한 후가 아니면 보석허가결정을 집행하지 못하며, 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 다른 조건에 관하여도 그 이행 이후 보석허가결정을 집행하도록 정할 수 있다.
② 법원은 보석청구자 이외의 자에게 보증금의 납입을 허가할 수 있다.
③ 법원은 유가증권 또는 피고인 외의 자가 제출한 보증서로써 보증금에 갈음함을 허가할 수 있다.
④ 전항의 보증서에는 보증금액을 언제든지 납입할 것을 기재하여야 한다.
⑤ 법원은 보석허가결정에 따라 석방된 피고인이 보석조건을 준수하는데 필요한 범위 안에서 관공서나 그 밖의 공사단체에 대하여 적절한 조치를 취할 것을 요구할 수 있다.

가 문제된다. 그런데 준용규정인 제100조를 살펴보면, 이는 보석집행 절차규정으로서 제1항에서 "제98조 제1호·제2호·제5호·제7호 및 제8호의 조건은 이를 이행한 후가 아니면 보석허가결정을 집행하지 못하며, 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 다른 조건에 관하여도 그 이행 이후 보석허가결정을 집행하도록 정할 수 있다."고 하고, 제2항에서는 "법원은 보석청구자 이외의 자에게 보증금의 납입을 허가할 수 있다."고 하고, 제3항은 "법원은 유가증권 또는 피고인 외의 자가 제출한 보증서로써 보증금에 갈음함을 허가할 수 있다.", 제4항은 "전항의 보증서에는 보증금액을 언제든지 납입할 것을 기재하여야 한다.", 제5항은 "법원은 보석허가결정에 따라 석방된 피고인이 보석조건을 준수하는데 필요한 범위 안에서 관공서나 그 밖의 공사단체에 대하여 적절한 조치를 취할 것을 요구할 수 있다."고 규정하고 있다. 이처럼 제100조는 제98조와 관련된 규정으로서 비록 제99조와 제100조를 준용한다고 하고 있으나, 실질적으로 제98조 역시 준용하고 있다. 그런데 「형사소송법」 제98조[109]는 보석의 조건을 규정하고 있기 때문에 "석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다."는 제6항[110]과 중복되어 있다. 따라서 제6항을 삭제하는 것이 타당하다.

그렇다면 남는 것은 제5항과 제7항인데, 이에 대하여는 비체계적이라는 비판이 있다. 즉 피의자 구속적부심사는 구속의 부적법을 근거로 구속결정을 해제하는 것인데 반하여 피의자보석은 구속의 유효성을 전제로 하여 구속집행의 필요성이 없음을

109) 제98조(보석의 조건) 법원은 보석을 허가하는 경우에는 필요하고 상당한 범위 안에서 다음 각 호의 조건 중 하나 이상의 조건을 정하여야 한다.
1. 법원이 지정하는 일시·장소에 출석하고 증거를 인멸하지 아니하겠다는 서약서를 제출할 것
2. 법원이 정하는 보증금 상당의 금액을 납입할 것을 약속하는 약정서를 제출할 것
3. 법원이 지정하는 장소로 주거를 제한하고 이를 변경할 필요가 있는 경우에는 법원의 허가를 받는 등 도주를 방지하기 위하여 행하는 조치를 수인할 것
4. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하는 행위를 하지 아니하고 주거·직장 등 그 주변에 접근하지 아니할 것
5. 피고인 외의 자가 작성한 출석보증서를 제출할 것
6. 법원의 허가 없이 외국으로 출국하지 아니할 것을 서약할 것
7. 법원이 지정하는 방법으로 피해자의 권리회복에 필요한 금원을 공탁하거나 그에 상당한 담보를 제공할 것
8. 피고인 또는 법원이 지정하는 자가 보증금을 납입하거나 담보를 제공할 것
9. 그 밖에 피고인의 출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건을 이행할 것

110) 제5항의 석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다.

근거로 구속을 정지하는 것에서 서로 다른 성격을 가진 것으로서 제5항부터 제7항까지는 독립된 조항에 규정해야 한다는 것이다.[111] 그러나 구속적부심사는 구속의 부적법을 심사하는 측면에서 적법 여부도 심사하게 되어있다. 따라서 별개의 성격이라고 할 수는 없다. 즉 구속적부심사에서 구속이 부적법한 경우에는 석방결정을 하고, 적법한 경우에 기각결정보다는 보석을 조건으로 석방할 수 있는 제도로서 이해하면 별개의 조항이라고 할 수는 없다. 다만 피의자에 대한 조건부 보석은 구속의 적법을 전제로 하기 때문에 중간에 위치하는 것은 혼동을 줄 수 있다. 따라서 제5항에서 제7항에 규정하는 것보다는 맨 아래 조항에 위치하는 것이 타당한 것으로 판단된다.

다. 소결

체포·구속적부심사 규정에 대한 개선안을 표로 나타내면 다음과 같다.

현행 형사소송법 제214조의2	개선안
① 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다.	① 좌동
② 피의자를 체포 또는 구속한 검사 또는 사법경찰관은 체포 또는 구속된 피의자와 제1항에 규정된 자 중에서 피의자가 지정하는 자에게 **제1항에 따른 적부심사**를 청구할 수 있음을 알려야 한다.	② …… 체포 또는 구속 적부심사를 ….
③ 법원은 제1항에 따른 청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 제4항에 따른 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다. 1. 청구권자 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대하여 재청구한 때 2. 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적임이 명백한 때	③ 체포 또는 구속적부심사를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다.
④ 제1항의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유없다고 인정한 때에는 결정으로 이를	④ 법원은 체포 또는 구속적부심사 청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다. 1. 청구권자 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영

111) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2013, 168면.

현행 형사소송법 제214조의2	개선안
기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다.	장 또는 구속영장의 발부에 대하 여 재청구한 때 2. 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적임이 명백한 때 ※ 제③항과 제④항은 서로 순서를 바꾸어야 할 것으로 보임
⑤ 법원은 구속된 피의자(심사청구후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제4항의 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때 2. 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	⑤ 검사·변호인·청구인은 체포 또는 구속적부심사의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.
⑥ 제5항의 석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다.	⑥ 체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조(국선변호인)의 규정을 준용한다.
⑦ 제99조 및 제100조는 제5항에 따라 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다.	⑦ 법원은 체포 또는 구속적부심사에서 심문을 하는 경우 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀 보호를 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.
⑧ 제3항과 제4항의 결정에 대하여는 항고하지 못한다.	⑧ 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 체포 또는 구속적부심사의 심문·조사·결정에 관여하지 못한다. 다만, 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관 외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
⑨ 검사·변호인·청구인은 제4항의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.	⑨ 체포·구속적부심사에서 법원의 석방이나 기각의 결정에 대하여는 항고하지 못한다.
⑩ 체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조의 규정을 준용한다.	⑩ 법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 체포 또는 구속기간에 산입하지 아니한다.
⑪ 법원은 제4항의 심문을 하는 경우 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.	⑪ 법원은 구속된 피의자(심사청구 후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 구속적부심사에서 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때 2. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알

현행 형사소송법 제214조의2	개선안
	고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
⑫ 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 제4항부터 제6항까지의 심문·조사·결정에 관여하지 못한다. 다만, 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관 외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.	
⑬ 법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 제200조의2 제5항(제213조의2에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 및 제200조의4 제1항의 적용에 있어서는 그 제한기간에 산입하지 아니하고, 제202조·제203조 및 제205조의 적용에 있어서는 그 구속기간에 산입하지 아니한다.	⑬ 제99조(피고인에 대한 보석조건 결정 시 고려사항) 및 제100조(피고인에 대한 보석집행의 절차)는 피의자에 대한 보증금 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다. –'제5항에 따라' 부분은 삭제
⑭ 제201조의2 제6항은 제4항에 따라 피의자를 심문하는 경우에 준용한다.	⑭ 삭제하여 하위법령에 편입

3. 구속집행정지와 구속취소 규정의 개편방안

가. 구속집행정지 규정체계 개편방안

구속집행정지와 구속취소는 「형사소송법」 제209조에서 규정하고 있으며, 준용형식으로 규정되어 있다. 제209조는 "제70조 제2항, 제71조, 제75조, 제81조 제1항 본문·제3항, 제82조, 제83조, 제85조부터 제87조까지, 제89조부터 제91조까지, 제93조, 제101조 제1항,[112] 제102조 제2항 본문(보석의 취소에 관한 부분은 제외한다)[113] 및

112) 제101조 (구속의 집행정지) ① 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 구속된 피고인을 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 피고인의 주거를 제한하여 구속의 집행을 정지할 수 있다.
② 전항의 결정을 함에는 검사의 의견을 물어야 한다. 단, 급속을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.

113) 제102조 (보석조건의 변경과 취소 등) ② 법원은 피고인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보석 또는 구속의 집행정지를 취소할 수 있다. 다만, 제101조제4항에 따른 구속영장의 집행정지는 그 회기 중 취소하지 못한다.
1. 도망한 때
2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
3. 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때

제200조의5는 검사 또는 사법경찰관의 피의자 구속에 관하여 준용한다."고 규정하고 있어 이해하기 곤란하며, 번잡스럽기까지 하다. 제209조는 법원의 구속집행정지에 대한 규정을 수사기관에서도 준용하기 때문에 검사 또는 사법경찰관 역시 구속집행을 정지할 수 있는 직접규정(「형사소송법」 제101조 제1항)이다. 그럼에도 불구하고 검사에 의한 구속집행정지의 근거규정을 「검찰사건사무규칙」 제48조에서 찾을 수 있다는 견해가 있다. 이는 제209조와 같은 준용형식은 법전문가 역시 찾아보기 어렵다는 사실을 반영한다.

문제는 제101조 제1항을 준용하기 때문에 검사 역시 구속집행정지를 할 수 있음에도 불구하고 이에 대한 통제장치가 없다는 것이다. 그런데 제101조 제2항에서는 법원이 구속집행정지를 할 경우에 검사의 의견을 물어야 한다는 규정을 두고 있다. 즉 법원이 발부한 구속영장에 대하여 그 집행을 정지하는 경우에는 검사의 의견을 들어야 하는데 검사의 청구에 의하여 발부한 영장의 경우에는 독자적으로 판단하여 집행을 정지할 수 있다. 즉 검사의 구속집행정지는 그러한 절차가 없기 때문에 자의적으로 흐를 위험이 있다. 헌법재판소는 "영장주의는 적법절차원리에서 나온 것으로서 체포·구속 그리고 압수·수색까지도 헌법 제103조에 의하여 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 재판하고 또 사법권독립의 원칙에 의하여 신분이 보장된 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 하고, 구속개시의 시점에 있어서 이 신체의 자유에 대한 박탈의 허용만이 아니라 그 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 정지 또는 실효시킬 것인지 여부의 결정도 오직 이러한 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 한다는 것을 의미한다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 92헌가8 결정 참조). 따라서 이러한 구속여부에 관한 전권을 갖는 법관 또는 법관으로 구성된 법원이 피의자나 피고인을 구속 또는 그 유지 여부의 필요성이 있는 유무에 관하여 한 재판의 효력이 검사나 그 밖의 어느 다른 기관의 이견이나 불복이 있다 하여 좌우된다거나 제한받는다면 이는 위 영장주의에 반하고 따라서 적법절차의 원칙에도 위배된다고 할 것이다"[114]라고 하여 영장의 발부, 유지, 정지, 실효는 법관의 전권이라는 것이다. 따라서 검사의 구속집행

---

4. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
5. 법원이 정한 조건을 위반한 때

114) 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정.

정지가 오히려 법원의 그것보다 비교적 쉬운 절차로 규정되어 있는 것은 영장주의의 위반의 소지가 있다. 따라서 이에 대한 별도의 절차가 필요하다.

또 법원이 직권으로 구속영장을 발부한 경우에 국회의원에 대한 구속집행정지의 규정은 「형사소송법」 제101조 제4항과 제5항에 규정되어 있으나, 제209조에는 제4항과 제5항[115]을 준용하고 있지 않다. 그런데 국회의원에 대한 석방 등은 헌법 제44조에 규정하고 있다. 물론 해석상 사법경찰관 또는 검사의 구속영장에 의한 구속의 경우에도 그 적용이 있다고 할 수 있으나, 법률적 절차규정이 없기 때문에 문제의 소지가 있다. 그러면 법률의 규정이 필요한가라는 문제가 생긴다. 왜냐하면 우리나라 「헌법」 제44조에서 제1항에서 "국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니한다."고 하고, 제2항에서 "국회의원이 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다."고 정하고 있다. 따라서 제4항과 제5항은 삭제되어도 무방하며, 국회의원의 불체포특권과 관련한 절차는 하위법령에 규정할 필요가 있다. 이는 대통령의 불소추특권[116] 역시 「헌법」에서 규정하고 있기 때문에 별도로 규정하고 있지 않는 것과 동일한 맥락이다.

나. 구속취소 규정체계의 개편방안

구속의 취소는 「형사소송법」 제209조에서 제93조를 준용하고 있다. 법 제93조는 "구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 법원은 직권 또는 검사, 피고인, 변호인과 제30조 제2항에 규정한 자의 청구에 의하여 결정으로 구속을 취소하여야 한다"고 한다. 이를 수사기관의 경우에도 준용하는 경우에 이에 대한 해석이 문제된다. 법원이 구속을 취소하고자 하는 경우에는 직권 또는 청구에 의하여 취소한다고 하나, 검사의 경우에도 직권 또는 청구에 의하는지 아니면 청구권자에 검사도 포함되므로 직권에

115) 제101조 (구속의 집행정지) ④ 헌법 제44조에 의하여 구속된 국회의원에 대한 석방요구가 있으면 당연히 구속영장의 집행이 정지된다.
⑤ 전항의 석방요구의 통고를 받은 검찰총장은 즉시 석방을 지휘하고 그 사유를 수소법원에 통지하여야 한다.

116) 헌법 제84조(대통령의 불소추특권) 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다.

의해서만 가능한지가 문제될 수 있다.

또 법원이 구속취소결정을 하는 경우에는 「형사소송법」 제97조[117] 제1항은 검사의 의견을 물어야 한다고 하고 있다. 그런데 검사의 경우에는 그러한 절차가 없기 때문에 앞에서 언급한 구속집행정지와 같은 문제가 발생할 수 있다. 또 법원의 구속취소 결정에 대하여 제97조 제4항에서는 검사는 즉시 항고할 수 있다고 한다. 검사의 즉시 항고 규정은 보석결정에 대하여도 할 수 있다고 규정하고 있었으나, 헌법재판소의 위헌 결정[118]으로 삭제되었다. 따라서 구속취소에 대한 즉시항고 규정 역시 삭제되어야 한다. 나아가 법원의 구속취소 결정에 대하여는 즉시항고로 그 집행을 정지할 수 있으나, 검사의 구속취소에 대하여는 그러한 절차가 없다는 것은 영장주의의 정신에 어긋나는 것이다. 따라서 이에 대한 정비가 필요하다.

4. 소결

형사절차법률은 그것이 국민의 인권과 관련된 내용의 경우에는 법률에 규정해야 함에도 불구하고, 규칙이나 명령, 예규 등 하위법규에 이를 정하고 있는 경우가 있으며, 중요한 형사절차를 하위법령에 규정하여 「형사소송법」만으로는 그 내용을 파악하기 힘든 경우가 있다.

형사절차상 그 목적에 해당하는 내용의 경우에는, 적법한 절차, 실체적 진실, 당사자주의, 공판중심주의 등과 관련이 있는 경우에는 법률에 규정하여야 하며, 또한 헌법상 기본권보장 및 그에 대한 제한하는 내용의 경우에도 법률에 규정하여야 한다. 원칙적으로 형사절차에 관한 내용은 이를 정함에 있어 그 대강이라도 규정하여 형사절차에 관한 기본법이라 할 수 있는 「형사소송법」에 정하는 것이 타당하다.

법률에 이를 정함에 있어서도 명확하며 구체적으로 서술하는 것이 타당하나, 그것이 불가능한 경우에는 그 대강이라도 법률에 정하여야 한다. 우리 「형사소송법」의

---

117) 형사소송법 제97조 (보석·구속의 취소와 검사의 의견)
① 재판장은 보석에 관한 결정을 하기 전에 검사의 의견을 물어야 한다.
② 구속의 취소에 관한 결정을 함에 있어서도 검사의 청구에 의하거나 급속을 요하는 경우 외에는 제1항과 같다.
③ 검사는 제1항 및 제2항에 따른 의견요청에 대하여 지체 없이 의견을 표명하여야 한다.
④ 구속을 취소하는 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다 .

118) 헌법재판소 1990. 8. 27. 89헌가118 결정, 판례집 2, 222.

이러한 문제는 산재하고 있는데, 그 내용에 있어 중언·부언하거나 하여 단순하게 기술될 수 있음에도 불구하고 복잡하게 서술되어 있어 그 내용을 알기 어려운 것들이 있으며, 또 수사절차상 그 순서를 달리해야 기술되어야 하는 조문들이 다수이다. 나아가 수사절차와 관련하여 현행「형사소송법」편장체계에서 가장 큰 문제점은 준용규정과「형사소송법」규정의 순서가 형사절차 흐름을 따르지 않은 것에 있는 것으로 보인다.

예컨대「형사소송법」제201조의2(구속영장의 청구와 피의자심문) 제10항은 이른바 영장실질심사에 있어서 '구인'의 경우 '피고인의 소환, 구속'의 장을 준용하도록 하고 있다. 또 피의자에 대한 '심문'의 경우 '서류'의 장 중 일부 규정을 준용하고 있다. 나아가「형사소송법」제214조(체포와 구속의 적부심사) 제7항은 제99조(보석조건의 결정시 고려사항), 100조(보석집행의 절차)를, 동조 제10항은 제33조(국선변호인)를, 동조 제14항은 제202조의2(구속영장의 청구와 피의자 심문) 제6항을 각각 준용하고 있다. 이처럼 형사절차상 중요한 절차에 해당함에도 불구하고 준용규정으로 조문화되어 있기 때문에 일반 국민뿐만 아니라 법률전문가까지도 그 해석에 어려움을 겪는다.

「형사소송법」체계와 관련하여 해결해야 될 과제는 다음과 같다. 과제는 단기적 과제와 장기적 과제로 나눌 수 있는데, 문제점을 적시하는 것으로 이에 대한 정비요구를 대신하고자 한다.

먼저「형사소송법」에서 준용의 표현방식은 개별적으로 준용하는 규정과 포괄적으로 준용하는 규정이 다수를 차지하고 있기 때문에 어떠한 의미인지 일반 국민뿐만 아니라 법전문가 역시 이를 해석하기가 어려운 경우가 존재한다. 덧붙여 법률에 규정하여야 함에도 마땅한 규정이 하위법령에 있거나 반대로 하위법령에 존재하여도 무방한 조문들이 법률에 규정되면서 법규정이 복잡하고 산개하는 형태를 보인다.

다음으로 동일한 절차 내에서 그 순서를 달리하여 혼란을 초래하며, 준용규정은 조문을 간단하게 배치하기 위한 의도로 보이지만 오히려 구체적으로 기술할 필요가 있음에도 단순히 준용만 하고 있어 그 해석에 있어서 혼란을 초래하며, 동일한 조문 내에서 서로 다른 절차를 규정하고 있기도 하다.

또 판례의 태도와 어긋나는 조문들도 정리가 요구된다. 예컨대 앞에서 언급한 바와

같이 보석 결정에 대한 즉시항고에 대하여 위헌 결정으로 삭제되었는데, 그와 유사한 구속취소의 경우에는 이를 그대로 존치하고 있어 문제가 있다.

이는 「형사소송법」 전체적인 문제이지만 본 연구에서는 피의자의 인신구속 해제, 즉 석방과 관련된 것으로 한정하였기 때문에 앞으로 더 많은 연구가 필요한 것으로 보인다. 즉 「형사소송법」은 형사사건에 관한 절차를 규정한 것으로서 사건의 흐름에 따라 서술하여야 한다. 따라서 총칙 규정을 먼저 기술하고, 다음으로 수사관련 규정, 공판관련 규정의 순서로 서술되어야 하며, 나아가 관련 규정 내에서도 형사절차의 순서에 따라 기술되어야 하며, 가급적 준용규정을 줄여야 할 것이다. 수사관련 규정 다음으로 증거법 관련 규정이 개선되어야 하며, 나아가 공판절차 전반의 규정 등에서 그 작업이 이루어져야 할 것으로 보인다. 이러한 연구는 단편적으로 완성될 수 있는 것이 아니라 장기적인 안목에서 지속되어야 할 것이다.

제4절 | 기타 신체침해 수반 강제수사의 편장체계 개편방안

1. 서론

신체침해(körperlicher Eingriff)를 수반하는 수사기관의 행위를 「형사소송법」의 어떤 편장체계 내에 위치시켜야 하는지를 해명하기 위해서는 그 논리적 전제로서 강제처분인 신체침해의 기본권 침해적 관련성과 그 특성을 해명하여야 한다. 강제처분에 관한 일반적인 이해 가운데 하나인 '대물적' 강제처분과 '대인적' 강제처분의 개념과 분류에 따르면, 신체침해를 수반하는 강제처분은 신체를 대상으로 하여 이루어지지만 증거수집 활동이므로, 언뜻 보면 두 가지 유형의 강제처분적 성격을 동시에 지니는 것으로 오해될 수도 있기 때문이다. 신체를 대상으로 하는 강제처분의 고유한 특성을 분석해내고 적절히 이해할 때에만, 이를 바탕으로 하여 이 신체 침해적 강제처분의 「형사소송법」 편장체계 내에서의 정위(正位)를 근거 짓고 정당화할 수 있을 것이다.

신체침해를 수반하는 강제처분의 기본권 침해적 특성과 그 올바른 이해의 필요성 및 중요성을 잘 보여주는 예로는 대법원이 강제채혈[119]과 강제채뇨 사례와 관련하여

취하는 '임의적 선택적 가능' 이론을 들 수 있다. 잘 알려져 있듯이 대법원은 일련의 판결을 통해 강제채혈과 강제채뇨에서 혈액 또는 소변은 압수, 수색, 검증 영장을 받거나(제215조) 또는 감정인을 이용하는 경우에는 감정처분허가장을 발부받아(제221조의4) 압수할 수 있다고 본다.[120] 여기서 대법원은 감정인으로 이해되는 의료인이 행한 혈액의 채취는 압수영장의 집행에 있어 필요한 처분(제120조 제1항, 제219조에 의해 준용)[121] 또는 「형사소송법」 제173조 제1항(제221조의4 제1항에 의해 준용)에 규정된 "감정에 필요한 처분"이라고 한다.[122] 나아가 대법원은 압수수색의 경우에 수사기관이 영장을 집행할 때 피의자가 자발적으로 협조하지 않는 경우에 소변 채취에 적합한 장소로 피의자를 이동시키고, 이에 필요한 최소한의 물리력 행사도 압수수색영장의 집행에 필요한 부수적 처분이라고 본다.[123] 그 근거로는 "피의자의 신체와 건강을 해칠 위험이 적고 피의자의 굴욕감을 최소화하기 위하여 마련된 절차에 따른 강제채뇨가 불가능하여 압수영장의 목적을 달성할 방법이 없기 때문"이라는 점을 제시한다.

이렇게 대법원은 신체침해를 수반하는 강제처분을 수사기관이 압수수색 또는 감정을 선택하여 청구·집행할 수 있고, 여기서 신체침해는 모두 압수수색 또는 감정에 "필요한" 부수적 처분으로 정당화될 수 있다는 관점을 취한다. 그러나 혈액 또는 소변의 압수는 이를 그 대상자 신체로부터의 채취, 즉 의료기구를 사용하여 신체와 건강을 직접 침해하는 행위를 개념적·사실적으로 전제한다. 이런 신체침해와 신체의 구성물에 대한 채취는 신체의 외부를 만지는 식으로 "뒤져 물건 등을 찾는" "신체에 대한 수색"도 아니고, "신체적인 특징·형상 등을 확인"하여 증거를 취득하는 "검증으로서의 신체검사"[124]도 아니며, 대상물에 대한 물리적 지배를 획득하는 "압수"[125]는 더더욱

---

119) 이에 관한 분석은 권순민, "의식없는 피의자에 대한 혈액채취와 영장주의", 법학논총 제35권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2011, 164면; 김영규, "의식없는 음주운전자로부터 채혈한 혈액 감정서의 증거능력", 형사소송 이론과 실무 제6권 제1호, 한국형사소송법학회, 2014, 7면; 김정옥, "강제채혈의 성질 및 허용요건", 형사판례연구 제21권, 박영사, 2013, 387면.

120) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결; 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결.

121) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결. 이에 대한 비판적 견해와 문헌을 요약하는 김종구, "의식 없는 음주운전자의 채혈과 영장주의의 비교법적 고찰 -미연방대법원의 Mitchell v. Wisconsin (2019) 판례와 관련하여-", 형사법연구 제31권 제3호, 한국형사법학회, 2019, 274면.

122) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결.

123) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결.

124) 신체수색과 신체검사의 개념을 이렇게 정의하고 서로 구별하는 법원행정처, 법원실무제요 형

아니다. 바꿔 말해 압수, 수색, 검증과 같은 "대물적 강제처분"은 신체 내부로 의료기구나 의료약물을 삽입·투입함으로써 건강침해 그 자체를 야기하는 대인적 처분과는 침해되는 기본권과 그 침해 방향 및 정도가 다를 뿐만 아니라, 문리적 해석에 의할 때 신체침해는 압수, 수색, 검증에 포섭될 수 없어 법원의 영장에 의해서도 이런 처분을 정당화할 수 없다.[126] 즉 실체법적 관점에서 볼 때 상해(「형법」 제257조 제1항)[127]인 - 그리고 강제채뇨의 경우에는 강제추행(「형법」 제298조)일 수도 있는 - "채내검사"[128]는 소유권, 거주권, 정보자기결정권 등의 침해만을 정당화하는 압수수색의 제120조의 부수적 처분이 될 수 없을 뿐만 아니라, 제140조에서 말하는 "신체의 검사"에도 해당하지 않는다.[129] 부수적 처분이 주 처분의 규범목적을 벗어날 수는 없는 것이다. 또한 이는 압수수색영장으로 피처분자를 길거리에서 체포하여 의료인이 혈액 또는 소변을 채취할 있는 장소로 인치하는 대인적 강제처분이 대물적 강제처분인 압수수색처분의 부수적 처분으로 정당화될 수 없다는 것을 의미한다.[130]

이와 다르게 신체침해를 수반하는 강제처분이 현행법의 해석에 의해 정당화될 수 있다는 주장은 허용되지 않는 법적용의 배후에는 처벌 또는 수사의 필요성이라는 형사정책적 목표가 자리잡고 있음이 분명하다.[131] 하지만 추상적인 관점에서 정당할 수 있는 형사정책적 목표를 법원이 개별 사건의 결정과 관련하여 추구해서는 안된다

사 [1], 2014, 344면 참조.

125) 사체에 대한 내부검사가 압수가 아니라 검증 또는 감정이라고 보는 법원행정처, 법원실무제요 형사 [1], 2014, 351면.

126) 이런 관점으로는 임철희, "기본권침해적 수사와 법관유보 – 무능과 월권?", 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회, 2019, 180면.

127) 이 점에서 신체검사와 신체침해가 구별된다는 독일 견해를 소개하는 조기영, "강제채뇨의 허용성에 관한 고찰", 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019, 79면.

128) "채내수색"이라는 용어를 사용하는 장응혁, "강제채뇨와 채뇨를 위한 연행 – 대법원 2018.7.12. 선고 2018도6219 판결을 소재로 –", 형사법연구 제31권 제3호, 한국형사법학회, 2019, 293면.

129) 같은 결론으로는 조기영, "강제채뇨의 허용성에 관한 고찰", 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019, 92면 참조; 이와 달리 "채내검사"가 신체검사라고 이해하는 견해로는 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 412면.

130) 이와 다른 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결 참조; 비판적인 장응혁, "강제채뇨와 채뇨를 위한 연행 – 대법원 2018.7.12. 선고 2018도6219 판결을 소재로 –", 형사법연구 제31권 제3호, 한국형사법학회, 2019, 297면 및 각주 39.

131) 이를 명시적인 논거로 사용하는 조기영, "피의자의 동의 없는 혈액 압수의 적법성", 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011, 275면: "오히려 인권옹호적"; 권순민, "강제채뇨의 적법성과 영장주의 그리고 절차조건", 형사정책 제31권 제2호, 한국형사정책학회, 2019, 283면.

는 것이 바로 법률유보의 헌법적 이념이다.

아래에서는 먼저 신체침해를 수반하는 강제처분은 현행「형사소송법」의 해석에서 중요한 문제로 떠오른 강제채혈과 강제채뇨의 유형을 상세하게 다룬다(아래의 2). 이런 사례유형을 중심으로, 준용규정의 남발로 인한 문제점을 살펴보기에 앞서, 준용과 구별되어야 할 문제로 유추의 문제를 살펴보고, 준용과 관련하여 또는 준용을 통하여 비로소 발생하는 해석상의 문제점을 정리한 다음에, 신체침해와 관련하여 준용 그 자체의 문제를 넘어서서 편장체계의 문제점을 서술한다. 마지막으로 이런 문제점을 해결·개선하기 위한 입법적 방안의 방향을 설계해 본다. 이때 독일의 입법례를 간략히 소개하고 참고할 수 있는 시사점을 정리하고, 하위법령에서 신체침해를 규정하고 있는 경우에 그 기본권 보호가 적절히 이루어지지 못한다는 점도 지적하기로 한다. 그 다음으로는 현행「형사소송법」에는 규율되어 있지 않지만, 수사상의 강제처분으로 이해될 수 있는 DNA정보의 수집과 관련해서, 신체침해를 전제로 한 강제처분을「형사소송법」이 아닌, 특별법에 의해 규율하는 것이 합리적인 것인지, 따라서「형사소송법」의 편장체계를 개편할 때「형사소송법」으로 편입시켜, 신체침해를 수반하는 강제처분을 통일적으로 규율해야 하는 것인지를 살펴보도록 한다.

2. 강제채혈 및 강제채뇨

가. 준용으로 인한 문제점

1) "준용"과 유추

이미 문헌에서는 이런 피의자의 동의가 없다는 의미에서의 채혈이나 채뇨의 강제수사와 관련한 대법원의 관점에 대하여 무엇보다 대법원의 관련 규범 해석이 엄격하지 않다는 점이 지적[132]되었다.

먼저 강제채혈과 관련하여 대법원이 수사의 목적으로 의료인으로 하여금 채혈하도록 한 경우에[133] 감정 또는 압수의 임의적 선택 가능성은 그 허용되는 처분의 법적

---

132) 이석배, "적법절차에 따라 수집한 증거사용의 한계 – 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱 –", 법학논총 제36권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2012, 412면.

133) 진료 목적으로 의료인이 채취한 경우에 이 의료인의 '임의제출'이 강제처분인지에 관한 논의에 관한 상세한 논의와 그 요약은 권순민, "의식없는 피의자에 대한 혈액채취와 영장주의",

성격이 불분명하다는 비판이 많다. 문헌에서 취하는 다양한 견해들, 즉 검증설, 검증·감정설, 압수수색·감정설[134] 등이 이런 불명확성을 다시 한번 확인해 준다. 이런 논의는 혈액을 체내에서 외부로 배출시켜 이 혈액에 대한 물리적 지배를 획득하는 과정은 압수수색과 "유사"하고, 이 과정에서 채취가 의료인에 의해 이루어지거나 전문가에 의해 그 성분이 검사되는 것은 검증이나 감정과 유사하다는 것이다.[135] 그러나 강제채혈에서는 이미 채혈된 혈액을 압수하는 그 자체가 아니라 수사기관이 의료인으로 하여금 채혈하도록 하는 것이 수사의 일부라는 점이 허용성 판단에 있어서 결정적이다. 수사기관이 물건에 대한 물리적·사실적 지배를 취득함으로써 그 물건에 대한 소유자의 소유권을 침해하는 강제처분으로서의 압수는 강제처분인 강제채혈의 허용성 판단에서 부차적일 뿐이다. 수혈의 목적으로 의료용기에 담긴 혈액을 절취하는 것이 개념적으로 가능하다면, 매혈을 위해 채취한 혈액을 압수하는 것도 소유의 가능성 여부와 상관없이 불가능한 것이 아니다.[136] 따라서 강제채혈에서는 혈액에 대한 압수를 위해서 피의자 신체 내부를 "검사"(「형사소송법」 제140조, 제173조 제1항)해도 되고, 특히 이 과정에서 혈액채취를 위한 신체의 완결성 또는 건강 침해를 정당화하는 규범이 무엇인지 여부이다.

여기서 이미 대법원이 압수영장을 통해 혈액을 압수하는 경우에 신체에 대한 침해가 「형사소송법」 제120조에 따라 허용되는 부수적 처분이라고 보는 것이 내포하고 있는 법치국가적 문제점을 알 수 있다. 압수가 대상물에 대한 물리적 지배와 이를 통한 소유권 침해를 정당화하는 강제처분이라면(예를 들어 금고의 압수), 이에 부수되는 처분은 주 처분의 그 범위 내에 종속되어야 하는 것(예를 들어 금고를 열어 내용물을 확인하는 것이 정상적인 방법으로 불가능하거나 또는 이런 방법에 따르는 경우 수사목적의 달성이 어렵게 되는 경우에, 그 잠금장치를 '손괴'하는 경우)은 아닌지

법학논총 제35권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2011, 169면.

134) 이 학설들에 대한 개관은 이은모, "소변강제채취의 허용성 및 법적 성격에 관한 검토", 법학논집 제32집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2015, 7면; 방경휘, "수사상 강제채뇨에 관한 연구 – 한국과 일본의 논의를 바탕으로", 법학연구 제21집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2018, 286면.

135) 이런 관점은 권순민, "의식없는 피의자에 대한 혈액채취와 영장주의", 법학논총 제35권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2011, 174-175면.

136) 이 점을 오해하는 홍영기, "압수의 허용과 제한", 고려법학 제72호, 고려대학교 법학연구원, 2014, 395-396면.

해명될 필요가 있다. 대법원처럼 부수적 처분을 통해 주 처분의 허용범위를 넘는 부분까지 침해될 가능성을 열어 두면, 수사과정에서 기본권침해의 한계를 설정하는 법률유보와 영장주의라는 헌법적 요청이 실현되기 어렵기 때문이다.[137] 강제채혈의 경우에 압수는 기껏해야 이미 채혈된 혈액에 대한 지배력 획득을 정당화해 줄 수 있는 반면, (신체에 대한) 수색은 이미 신체 외부에서 증거물을 발견하려는 수사이므로 처음부터 그 적용가능성이 배제된다. 혈액의 압수를 위해서는 '채'혈의 필요성이 있다거나 혈액의 압수를 허용하는 것이 곧 그 압수의 논리적 전제인 '채'혈까지 허용하는 것이라고 보는 것은 압수가 신체침해와 건강침해라는 기본권침해와 아무런 관련이 없다는 것, 따라서 비교사안의 유사성이 인정될 수 없어 처음부터 유추가 문제되지도 않는다는 점을 간과한 것이다. 근대형법이 신체형을 국가의 야만적 행위로 보고 폐지한 점 그리고 국가가 시민에게 신체적·정신적 고통을 주는 고문을 금지한 점(헌법 제12조 제2항 전단)[138]에 비추어 볼 때도, 신체침해를 수반하는 강제처분은 기껏해야, 그 허용가능성이 완전히 배제되지 않는다고 볼 수 있는 경우에도 매우 특별하고 특수한 허용요건 아래에서만 단지 예외적으로 허용될 수 있는지 여부가 문제될 뿐이다. 이 점은 특히 강제채혈이 문제된 판결 사안에서 피의자가 교통사고 후에 의식불명 상태인 경우이고 그렇기 때문에 동의 없이 강제채혈이 필요하다는 논거가 제기되는 반면, 강제채뇨의 경우에 피의자가 의식이 있고, 그가 자발적 채뇨와 제출을 거부하기 때문에 채뇨를 위한 수사기관의 실력행사가 이루어진다는 점에서 특히 주의 깊게 살펴볼 필요가 있다.

더 나아가 대법원은 강제채뇨나 강제채혈이 압수수색영장 또는 감정처분허가장을 통해 정당화될 수 있다고 보면서도 영장을 집행하는 수사기관이 직접 채혈·채뇨를

137) 이에 대한 비판은 임철희, "기본권 침해적 수사와 법관유보 – 무능과 월권?", 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회, 2019, 180면.

138) 유럽인권법원이 독일 「형사소송법」에 따라 마약범죄를 수사하면서 피의자가 삼킨 마약봉지를 강제로 배출시킨 수사기관의 행위가 합헌이라고 본 독일 연방헌법재판소 결정에 대하여 유럽인권협약의 고문 금지를 위반한 것이라고 평가한 것을 상기할 필요가 있다. 이 유럽인권법원의 결정은 European Court of Human Rights, Judgment on 11.07.2006 - Application no. 54810-00, Case of Jalloh v. Germany (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307, 2019년 11월 30일 최종검색), 단락번호 75. 이 판결에 대한 자세한 분석은 Renzikowsiki, Körperliche Zwangseingriffe und Selbstbelastungsfreiheit, in: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S.672.

할 수 없고(따라서 검증이 될 수 없고), 채취된 혈액이나 소변을 시료로 사용하여 이를 분석하는 감정(국가)기관은 그 시료를 채취하지 않는다는 점을 고려하지 않는다. 위의 판결 사안들이 보여주듯 영장 없이 「형사소송법」 제216조 제3항에 따라 강제채혈이 정당화될 수 있다고 하더라도 수사기관이 아닌 자가 행하는 채혈은 검증이 아니라서 채혈을 실행하는 의료인은 제221조의4 제1항에 따라 사전에 판사의 허가장을 받아야만 신체(내부)검사를 실행할 수 있을 뿐이다.[139] 또한 이 경우 의료인은 치료목적으로 채혈을 하는 것이 아니므로[140] 그 상해행위는 정당화되지 않는 – 특히 채뇨의 경우에 의식 있는 피의자가 명시적으로 표현하지 않더라도 저항하는 행위를 통해 명백히 부동의 의사가 드러나므로 – 위법한 범죄행위이고, 이를 교사 또는 방조하는 – 의료인이 수사기관이 제시한 영장 때문에 채혈 또는 채취의 의무가 있다고 믿은 경우에도 – 수사기관의 행위도 범죄행위에 해당한다. 이런 채혈의 위법성은 최근 문제된 강제채뇨 사건처럼 수사기관이 사전에 압수수색'검증'영장을 발부받아 이를 집행하는 경우에도 마찬가지이다. 수사기관의 촉탁과 의료인의 자발성에 기초한 채뇨가 상해행위, 그리고 채취한 소변을 수사기관에 전달하는 행위가 「개인정보보호법」 위반죄를 구성하며 위법한 행위이고, 설사 의료인의 행위가 법령에 의한 착오로 비가벌적인 행위라고 보더라도, 수사기관의 행위가 가벌적인 행위라는 점이 달라지지 않기 때문이다.

나아가 대법원이 「형사소송법」 제216조 제3항에 따라 수사기관은 영장없이 강제채혈 또는 강제채뇨를 실행하고 지체 없이 판사로부터 영장을 받음으로써 그 강제수사가 정당화될 수 있다고 보는 것도 문제가 아닐 수 없다. 대법원이 스스로 말하고 있듯이 사고 직후 후송되어 피의자가 머물고 있는 병원응급실은 범죄장소가 아니라 범죄장소에 "준"하는 장소일 뿐이다. 마찬가지로 영장에 수색·검증할 장소로 기재된 "소재 발견지"에는 채뇨를 시행하는 병원이 포함되지 않는다. 이런 명백한 "유추"[141]

---

139) 같은 지적은 권순민, "강제채뇨의 적법성과 영장주의 그리고 절차조건", 형사정책 제31권 제2호, 한국형사정책학회, 2019, 280면.

140) 채혈하지 않고 이미 의료목적으로 채혈한 혈액의 일부나 채취한 혈액을 검사한 결과를 임의로 수사기관에 제출하는 것은 – 의료법 제88조 제1항 위반죄의 성립 가능성이 배제되는 경우에도 – 개인정보보호법 제71조 제1호 또는 제3호 위반죄의 구성요건을 충족할 수 있다.

141) 이런 유추가 허용된다고 보는 조국, 위법수집증거배제법칙 전면개정판, 박영사, 2017, 419-420면.

는 유추가 아니므로 허용되지 않는다. 유추란 문제되는 사실이 규정된 구성요건에 포섭될 수는 없지만 비교대상이 되는 사실들 사이에 유사성이 있는 경우에 동일한 법률효과를 부여하는 것인데, 이런 비교와 유추가 허용되지 않는 것은 「형사소송법」 제216조 제3항 제1문이 그 강제처분의 장소를 "범죄장소"로 국한시킨 것에서 확인할 수 있다. 대법원이 허용되지 않는 것이 아니라 이미 유추를 말하는 없는 영역에서 유추를 정당화하기 위해 현행범이 아닌 '준현행범'을 언급하는 것은 「형사소송법」 제216조 제3항 제1문의 기껏해야 '범행 직후'라는 문언과 관련될 뿐이고, 침해구성요건의 범죄장소와는 아무런 관련이 없다. 쉽게 말해 범죄장소라는 요건은 '범죄장소이다' 또는 '범죄장소가 아니다'라는 판단만 가능하고 범죄장소인 곳과 범죄장소 아닌 곳은 역의 관계에 있어 사안 유사성을 인정할 수 없어 유추란 불가능하다. 대법원이 말하는 "준"해서 적용한다는 것은 결국 허용되지 않는 해석을 포장하는 사이비정당화 기능을 하는 것일 뿐이다.

2) 준용의 문제점

수사기관이 법원으로부터 영장을 발부 받거나 또는 긴급한 경우에 법원이 발부한 영장 없이 압수, 수색, 검증의 처분을 하는 경우에는 법원에 의한 강제처분 규정이 (부분적으로) "준용"된다(「형사소송법」 제219조). 이런 준용 규정은 수사기관이 감정을 위촉하여 "감정유치" 또는 "감정에 필요한 처분"을 (청구)하고 집행하는 경우에도 마찬가지이다(「형사소송법」 제221조의3, 제221조의4).

(1) 압수수색의 부수적 처분으로서의 신체침해 및 의료시설로의 인치

먼저 대법원의 관점처럼 신체침해[142]를 수반하는 강제처분이 압수수색영장의 집행 또는 영장 없이 행하는 긴급한 압수수색 처분이라고 본다면, 채취를 위해 피의자를 일정한 장소로 인치시켜 신체침해가 이루어지는 동안 그곳에 머무르게 하는 구금적 처분 또는 이런 채취와 인치를 강제하기 위한 장구 등의 사용과 물리력의 행사 이외에, 피처분자의 신체로부터 혈액과 소변을 분리시키는 처분("채취")이 「형사소송법」 제219조에 의해 준용되는 제120조의 집행에 "필요한 처분"으로서 정당화될 수 있는지

142) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결 참조: "신체에 직접적인 작용을 수반할 뿐만 아니라 (...) 신체적 고통이나 장래를 초래하거나 수치심이나 굴욕감을 줄 수 있"는 처분.

여부가 문제된다. 이와 관련하여 대법원은 혈액 또는 소변에 대한 물리적 지배의 획득을 압수로 이해하므로, 개념적으로 이런 목적을 달성하기 위한 수단인 피처분자의 신체로부터의 채취는 수색(의 일환) 또는 그 수색에 필요한 처분이라고 이해하는 관점[143]을 취하고 있다고 평가할 수 있다.

그러나 「형사소송법」 제109조에서 수색의 대상으로 규정한 "신체"는 압수 대상인 증거물을 담고 있는,[144] 그러니까 압수대상물이 신체에 접착되어 있거나 신체를 감싸고 있는 의복류에 담겨 있거나 입 안과 같이 특별한 장치 없이도 증거물을 담고 있을 수 있지만 별다른 어려움이 내용물을 배출시킬 수 있는 신체의 내부[145]를 말하는 것이지, 신체 그 자체 또는 그 일부를 구성하는 혈액 또는 체액을 말하는 것이 아니다. 왜냐하면 수색은 기본적으로 주거의 자유와 사생활의 평온을 침해하는 강제처분이고, 그 대상이 신체인 경우에는 기껏해야 신체를 만지는 형태로 신체의 완전성을 침해하는 처분일 뿐이며, 건강침해를 수반할 수 있는 신체 내부에 대한 침해를 정당화하는 처분은 아니기 때문이다. 이는 압수수색의 경우에 "굴욕감 등을" 최소화하기 위해[146] 「형사소송법」 제124조(여자의 수색과 참여)가 준용되지만, 건강상태 등을 고려해야 하는 제141조(신체검사에 관한 주의)가 준용되지 않는 것[147]에서 분명히 확인할 수 있다. 그러니까 예를 들어 압수수색의 과정에서 피의자가 옷 주머니에 있던 마약봉지를 입 안에 넣은 경우에 그가 삼키기 전에 입을 벌려 그 봉지를 꺼낼 때, 그의 입을 벌리는 것은 「형사소송법」 제120조가 말하는 부수적 처분일 수 있지만, 이미 삼킨 마약봉지를 토해내게 하기 위해 손가락으로 목젖을 자극하거나 등을 두드리거나 배출시키려고 주사를 통해 약물을 투여하는 등의 행위는 부수적 처분이 될 수 없는 것이다.

이런 점에서 대법원이 강재채뇨의 허용요건으로 "소변성분 분석을 통해서 범죄혐의를 밝힐 수 있는지, 채뇨가 아닌 다른 수단으로는 증명이 곤란한지 등을 고려하여

143) 이런 관점에 대한 개략적인 설명은 권순민, "강제채뇨의 적법성과 영장주의 그리고 절차조건", 형사정책 제31권 제2호, 한국형사정책학회, 2019, 277면.
144) 법원행정처, 법원실무제요. 형사 [1] 2014, 344면 "신체를 뒤져 물건 등을 찾는 것이 목적이라면 신체에 대한 수색".
145) Wohlers/Jäger, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band II, 5. Aufl., 2016,, § 102 단락번호 13.
146) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결.
147) 예를 들어 혈우병을 앓고 있는 사람에 대한 채혈의 경우에 문제될 수 있다.

범죄 수사를 위해서 강제채뇨가 부득이하다고 인정되는 경우에 최후의 수단으로 적법한 절차에 따라 허용된다."고 보는 것은 단지 모든 강제처분의 허용과 집행 시 준수되어야 할 수사비례성을 언급하는 것일 뿐, 압수수색에서 이루어질 수 있는 부수적 처분으로서 신체침해가 허용될 수 있는지 여부를 근거지는 논거가 아니다. 특히 강제채뇨가 "의사, 간호사, 그 밖의 숙련된 의료인 등으로 하여금 소변 채취에 적합한 의료장비와 시설을 갖춘 곳에서 피의자의 신체와 건강을 해칠 위험이 적고 피의자의 굴욕감 등을 최소화하는 방법으로 소변을 채취하여야 한다."는 절차적 조건은 부수적 처분으로서의 신체침해가 집행될 때 준수되어야 하는 "절차"에 속한다는 대법원의 관점은 신체침해 자체가 부수적 처분으로서 허용될 수 있는 것인지를 근거 짓는 것이 아니라, 이미 전제하고 있는 것에 불과하다.

또한 대법원이 "피의자가 인근 병원 응급실 등 소변 채취에 적합한 장소로 이동하는 것에 동의하지 않거나 저항하는 등 임의동행을 기대할 수 없는 사정이 있는 때에는 수사기관으로서는 소변 채취에 적합한 장소로 피의자를 데려가기 위해서 필요 최소한의 유형력을 행사하는 것"이 부수적 처분으로서 허용된다고 보지만, 이런 현재지를 변경하는 형태로 신체 이동의 자유를 침해하는 처분은 법원도 소환[148]만 가능하고, 이런 소환조차도 수사기관에 의한 검증의 경우에는 준용되지 않는데(「형사소송법」 제142조, 제219조 참조), 이런 (부수적) 처분 자체의 가능성을 규정하지 않은 압수수색의 경우에 피의자를 일정한 장소에서 병원 등으로 인치하는 것이 허용될 수 있다고 보는 것은 준용규정(형사소송법 제219조)에 드러나 있는 입법자의 의사에 반하는 것이라고 본다. 영장에 기초하여 강제처분인 압수수색의 처분을 집행하면서 피의자 등의 피처분자의 자발적 협조를 촉구하고 이에 기초하여 집행하는 것은 비례성원칙을 준수하는 것이지만, 피처분자의 자발성에 기초하여 집행이 불가능한 경우에 그의 의사에 반하여 처분을 집행할 수 있는 것이 강제처분인 것이므로, 이런 강제적 처분이 허용되는 것인지 여부는 주처분이든 부수적 처분이든 강제처분의 기본권 관련성, 즉 압수수색의 경우에는 압수물에 대한 소유권과 그 압수물이 현존하는 공간에 대한 주거권과 사생활의 자유, 신체에 부착된 경우에는 신체의 완전성을 기준으로 판단해

148) 형사소송법 제79조의 피고인에 대한 출석, 동행명령, 제166조의 증인에 대한 동행명령도 참조.

야 하고, 단순히 대상물을 압수할 필요성("압수영장의 목적을 달성"[149])에 따라 판단할 수는 없는 것이다. 따라서 압수수색의 영장을 집행할 때 – 신체침해는 물론 - 그 피처분자의 신체 이동의 자유를 제한하는 처분은 부수적 처분이 될 수 없다. 이런 점에서 신체침해와 인치를 정당화하기 위해 "준용"될 규정으로 「형사소송법」 제120조를 든다고 하더라도, 해석상 적용될 수 없다.

(2) 감정에 필요한 처분으로서의 신체침해 및 의료시설로의 인치

대법원은 신체침해를 수반하는 강제처분은 감정에 필요한 처분으로 할 수 있고(제221조의4 제1항, 제173조 제1항), 이때 피의자를 병원 등에 유치할 필요가 있는 경우에는 법원으로부터 감정유치장을 받아야 한다(제221조의3)고 본다.[150]

먼저 대법원이 이런 견해를 취함으로써 신체침해가 검증이 아님을 선언하였다는 점을 분명히 알 수 있다. 이와 달리 문헌에서는 강제채뇨 등에서 수반되는 신체침해는 "내부검사"로서 「형사소송법」 제219조에 의해 준용되는 제140조의 "신체의 검사"에 해당된다는 해석이 있다.[151] 그러나 수사기관이 채취된 뇨나 혈을 대상으로 오관을 동원하여 인식함으로써 범죄의 증명에 이용될 수 있는 어떤 사실을 발견(「형사소송법」 제139조)할 수 없어, 채뇨나 채혈은 검증도 아니고 검증에 수반되는 "필요한 처분"(「형사소송법」 제140조)이 될 수 없다. 뇨나 혈은 의학적 전문지식을 가진 자에 의하여 채취되어야 하고, 그 채취된 뇨나 혈은 의학적 방법을 통하여 분석되어야 비로소 어떤 사실이 발견될 수 있는 것이다. 따라서 전문가에 의한 이런 발견의 과정은 수사기관이 직접 오관을 동원해도 이루어질 수 없는 것이므로 검증이라고 할 수 없고,[152] 감정이라고 보아야 하는 것이다. 이런 점에서 대법원이 강제채뇨나 강제채혈이 감정 이외에 압수수색을 통해서도 가능하다고 본 이유가 다시 한번 더 분명해진다. 수사상 감정은 채취와 인치를 수반하는 경우에 먼저 전문가에 대한 위촉이 필요할 뿐만 아니라(「형사소송법」 제221조 제2항), 판사가 발부하는 감정처분 허가장이 필요하고(「형사소송법」 제221조의4 제1항) 대상자를 의료시설에 데려갈 필요가 있을 때에는 판사

149) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결.
150) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결.
151) 예를 들어 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 412면.
152) 같은 생각으로는 권순민, "강제채뇨의 적법성과 영장주의 그리고 절차조건", 형사정책 제31권 제2호, 한국형사정책학회, 2019, 279면.

의 유치처분의 허가를 받아야 하는데, '긴급한' 경우에는 이런 허가장의 발부 과정이 증거수집에 상당한 장애를 야기할 수도 있기 때문이다.[153] 그래서 수사기관이 신체침해를 수반하는 강제처분으로서 압수수색 또는 감정을 선택적으로 집행할 수 있다는 대법원의 관점은 결국 수사기관이 압수수색을 선호하는 경향으로 귀결될 수밖에 없게 되는 것이다.

또한 수사상 감정의 경우에 신체침해나 의료시설로의 인치가 부수적 처분으로 요구되는 경우에 「형사소송법」은 감정에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다. 「형사소송법」 제221조의4 제1항은 수사기관의 위촉을 받아 감정에 필요한 처분(제173조 제1항)을 하는 경우에는 먼저 판사의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있고, 판사가 허가장을 발부하는 경우에 제221조의4 제4항에 의해 제173조 제2항, 제3항, 제5항을 준용한다고 규정되어 있으며, 제173조 제5항은 다시 감정에 필요한 처분을 하는 경우에 검증에 관한 규정인 제141조(신체검사에 관한 주의)와 제143조(시각의 제한)를 준용한다. 또한 감정을 위해 유치처분(「형사소송법」 제172조 제3항)이 필요한 경우에 판사가 유치처분을 허가할 때에는 제172조 및 제172조의2가 준용된다.

먼저 감정인(의료인)이 감정에 필요한 처분으로서 신체침해를 수반하는 처분을 하는 경우에, 그 감정인은 피처분자, 즉 "검사를 당하는 자"의 건강상태 등을 고려하여 처분 시 그 사람의 건강이 해하지 않도록 주의해야 한다(「형사소송법」 제221조의4 제1항, 제4항, 제173조 제1항, 제5항, 제141조). 이런 "주의"사항은 한편으로 감정(과 검증)에서 검사를 하는 자가 검사를 하면서 피처분자의 건강을 해치지 않도록 해야 한다는 것을 의미하기도 하지만, 다른 한편으로 검사의 내용에 따라 검사자가 그 건강상태를 판단할 수 있는 능력이 있어야 함을 의미하는 것이기도 하다. 이런 점으로부터 보면 채혈과 채뇨와 같은 신체침해는 오관을 동원하여 신체의 외관을 살피고 이를 통해 일정한 사실을 발견하는 수사기관 자체의 검증이 될 수 없다는 점을 알 수 있다. 수사기관은 범인, 범죄사실, 증거를 수사하는 전문가일 뿐이지(「형사소송법」 제195조, 제196조 제2항), 신체의 기능과 특성 및 신체침해의 적합성 및 그 침해의 직접적, 부수적 결과 등을 적절히 예상하거나 판단할 수 있는 "학식 경험 있는 자"(「형

153) 이런 형사정책적 관점을 지적하는 타당한 견해로는 권순민, "강제채뇨의 적법성과 영장주의 그리고 절차조건", 형사정책 제31권 제2호, 한국형사정책학회, 2019, 280면.

사소송법」 제169조)가 아니기 때문이다. 바꿔 말하면 감정에 필요하고 수반되는 처분으로서의 신체침해는 의사만이 할 수 있다는 점, 즉 현행법의 해석상 신체침해를 수반하는 감정(에 필요한 처분)은 의사만이 할 수 있다는 의사유보(Arztvorbehalt)를 규정한 것으로 – "준용"만으로는 분명히 드러나지 않는 - 해석할 수 있다.[154] 따라서 「형사소송법」 제221조의4 제4항에 의해 순차적으로 준용되는 제173조 제5항, 제141조 제1항은 단순한 "주의사항"이 아니라, 신체침해와 관련하여 감정의 집행방법을 특정해 둔 것으로 해석할 필요가 있고, 신체침해와 관련된 편장체계의 개선방안을 마련할 때 이를 분명히 규정할 필요가 있다. 왜냐하면 제221조의4 제4항에 의해 준용되는 제173조 제2항은 단순히 "검사할 신체"라고만 규정되어 있고, 건강침해의 가능성을 고려할 때 그 '신체검사'의 구체적 방법도 허가장의 기재사항으로 규정하는 것이 기본권보호에 충실한 것이기 때문이다.

(3) 제3자에 대한 처분

또한 압수, 수색, 검증뿐만 아니라 감정은 원칙적으로 피의자가 아닌 자에 대하여도 할 수 있다. 이는 「형사소송법」 제221조의4 제4항이 제173조 제5항을 준용하고 있고, 제173조 제1항에 규정된 감정에 필요한 처분을 하는 경우에 다시 제141조를 준용하므로, 제141조의 제2항에 규정된 대로 "피고인 아닌 자의 신체검사"도 가능하다[155]는 점을 분명히 확인할 수 있다. 여기서 문제는 피의자의 경우 그에 대한 감정을 위해 필요한 경우에 「형사소송법」 제221조의3 제2항이 준용하는 제172조 제3항의 처분, 즉 "정신 또는 신체에 관한 감정에 필요한 때 … 병원 기타 적당한 장소에 피고인을

---

154) 이런 점에서 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결이 "의사, 간호사, 그 밖의 숙련된 의료인 등"이라고 넓게 규정한 것은 문제가 있다. 이에 대한 타당한 비판은 조기영, "강제채뇨의 허용성에 관한 고찰", 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019, 91면 이하 참조. 나아가 성지용, "제13장 감정 제173조 [감정에 필요한 처분]", 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법(I) 제5판, 한국사법행정학회, 2017, 827면은 법원의 감정과 관련하여 법원이 "예외적으로 의학 전문가의 보조 아래 검증을 하는 때에는 감정을 하는 경우와 같은 정도의 검사도 할 수 있다"고 주장한다. 하지만 검증의 경우에 법원이 의학전문가의 지시나 도움을 받는다고 해서 자격을 갖추지 못한 판사가 건강침해를 수반하는 "내부검사"를 할 수는 없는 것이며, 일정한 외부검사(예: 피부의 반점을 제거한 흔적)의 경우에도 의학적 전문지식이 없으면 기술적으로 불가능할 뿐만 아니라, 이 경우에 전문가의 도움은 사실상 판사가 전문가의 판단에 구속되는 것을 의미할 뿐인데, 현행법의 해석상 검증과 감정의 경우에 이런 구속이 허용하지 않는다.

155) 성지용, "제13장 감정 제173조 [감정에 필요한 처분]", 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법(I) 제5판, 한국사법행정학회, 2017, 826면.

유치"하는 처분을 할 수는 있지만, 통상 수사상 감정이든 법원의 감정이든 유치처분의 경우에 제3자에 대해서는 할 수 없는 것으로 해석되고 있다[156]는 점이다. 이에 따르면 제3자에 대한 감정과 그 감정에 필요한 처분은 가능하지만, 그 대상자에 대한 유치처분은 불가능하다는 결과에 이르게 된다. 이런 해석은 한편으로 제221조의3 제2항 제2문이 제172조의2를 준용하므로 – 구속된 제3자란 생각할 수 없으므로 - 이는 피의자에 대해서만 준용한 것으로 보아야 한다는 논거를 제시할 수도 있지만, 다른 한편으로 이런 해석에 대해서는 제221조의3 제2항이 규정한 "준용"을 제172조 제3항의 적용으로 이해하는 것은 아닌지 하는 의문이 제기될 수 있다. 원칙적으로 제3자에 대한 감정이 가능하다면, 이런 강제처분으로서의 감정과 이에 필요한 신체침해를 관철시키기 위해서는 유치처분도 필요할 것이므로, 준용이라고 한다면 제172조 제3항에서 말하는 "피고인"은 피의자나 제3자와 같은 '피처분자'로 이해할 여지가 완전히 배제되지는 않기 때문이다. 이는 압수수색의 경우에 제3자에 대한 압수수색이 가능하다는 점(「형사소송법」 제109조)과 – 대법원의 해석을 따를 때 – 단순히 신체침해도 부수적 처분(제120조)이라고 본다면, 제3자에 대해서도 압수수색의 방식으로 제3자에 대한 신체침해가 허용될 수 있다고 보는 것이 논리적이라는 점에서도 뒷받침될 수 있다. 이런 불명확성은 당연히 현재의 준용규정이 단순히 대상 조문만을 언급할 뿐이고, 그 대상을 분명하고 일관되게 지시하지 않는 것으로부터 발생하는 것이다.

3) 신체침해와 「형사소송법」의 편장체계

위에서 분석한 대법원이 취하는 관점이 드러내듯, 신체침해를 수반하는 강제처분의 정당화 규범으로 압수와 수색을 제시하고, 여기서 신체침해는 이런 주처분의 집행과 목적 달성에 부수적으로 "필요한 처분"으로 이해하는 것은 살아있는 사람의 신체가 수사의 단순한 대상으로 전락하게 된다는 것을 보여준다. 이런 인간의 대상화를 단순히 강제처분-"수인의무"[157]의 관점에서 정당화하기는 어렵다는 것은 인간의 신체와

156) 예를 들어 이완규, "제1장 수사 제221조의3 [감정의 위촉과 감정유치의 청구]", 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법(II), 제5판, 2017, 336면. 법원의 경우에는 성지용, "제13장 감정 제172조 [법원외의 감정]", 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법(I) 제5판, 한국사법행정학회, 2017, 818면.

157) 자세한 내용은 Bosch, Nikolaus, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, Duncker & Humblot GmbH, 1998, 285면.

건강을 침해하는 처분이 압수수색이라는 전형적인 "대물적" 강제처분, 그것도 이런 대물적 강제처분에 수반되는 부수적 처분이라고 이해하는 것에서 극명히 확인할 수 있다. 이런 점에서 신체침해를 수반하는 처분이 "사체의 해부"와 같은 검증의 일종으로 보는 것도 문제가 없지 않다. 사자의 "명예"나 유족의 "명예감정"도 수사절차에서 보호되어야 할 중요한 법익이기는 하지만, 이런 죽은 사람의 또는 죽은 사람과 관련된 법익이 살아있는 사람, 그것도 그 사람의 신체를 침해하고 경우에 따라 처분 후에 건강과 생명의 위험을 수반할 수[158]도 있으며, 피처분자의 동의와 자발적 협조가 없어 "강제"로 실행하는 경우에 추가적 위험을 수반하는 처분이 원칙적으로 수사기관이 하는 검증이라고 보기 어렵다.

이렇게 신체침해를 수반하는 강제처분에 의해 침해되는 기본권침해의 중대성(침해강도)과 대물적 강제처분에서의 소유권, 주거의 평온과 자유, 개인정보자기결정권[159] 등과는 다른 중대한 건강 및 인격권의 침해 양태(침해이익의 상이성) 그리고 신체침해를 수반하는 강제처분의 건강위험성을 고려하면, 법원이나 수사기관이 독립적으로 행할 수 있는 압수, 수색, 검증과는 다른 독립적인 권한규범에 따라 신체침해를 통한 증거수집이 가능하도록 독립된 편장체계 내에 신체침해를 위한 강제처분을 규정해야 할 것이다. 이런 경우에 비로소 신체침해를 수반하는 강제처분의 절차적 규율, 특히 건강 침해와 (사후)위험의 최소화하는 의사유보의 규율의 법치국가적 의미, 즉 강제처분의 허용 및 정당화의 중요한 요소라는 점이 분명히 드러날 수 있게 된다.

구체적으로는 현행 「형사소송법」에서 "총칙"에 규정된 "제13장 감정"을 여러 규정을 개정하여 신체침해를 수반하는 강제처분의 요건과 절차를 세부적으로 규정할 수도 있고, 감정의 장 뒤에 신체침해를 수반하는 강제처분을 별도로 규정할 수도 있을 것이다. 다만 수사절차에서의 처분으로 신체침해가 이루어지는 경우에 현재처럼 제1심을 규율하는 장에서 총칙의 규정을 준용할 것인지는 좀 더 세심한 논의를 필요로

158) 물리력을 행사하여 신체침해를 하는 경우에 발생할 수 있는 특별한 위험에 대한 지적은 Schlothauer, Körperliche Eingriffe i. S. d. §81a StPO: Arztvorbehalt und Gesundheitsschutz, in: Stephan Barton u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, 2018, 415면.

159) 강제채혈과 관련하여 이 기본권을 강조하는 견해로는 이상돈, "혈액압수와 정보지배권 - 대법원 1999.9.3. 선고 98도968판결에 대한 평석 -", 저스티스 제34권 제4호, 한국법학원, 2001, 230면.

하고, 현행의 규율처럼 "준용"규정을 두더라도 – 위에서 제3자에 대한 처분과 관련하여 지적한 것처럼 – 불명확한 부분이 없도록 좀 더 자세하게 규율할 것인지, 그것도 아니면 「형사소송법」의 총칙 규정을 그 의미에 부합하게 개정하여 총칙의 의미를 제대로 실현하는 등의 다양한 방법이 논의될 수 있다고 본다.

나. 비교법적 분석

신체침해를 수반하는 강제처분의 고유한 기본권 침해 유형 그리고 다른 강제처분과 비교할 때 더 그 침해의 중대성을 고려할 때, 이런 유형의 처분에 대한 독립적 규율이 이루어지도록 「형사소송법」의 편장체계가 개선되어야 할 것이다. 이런 점들을 더 분명히 하기 위해 아래에서는 먼저 우리와 같이 기본적으로 대물적 강제처분과 대인적 강제처분을 구분하고, 신체처분을 수반하는 강제처분의 침해유형과 수권규범에 관한 – 우리의 판례와 학계에서 지금 논의되고 있는 – 논의를 거친 독일의 입법례를 개략적으로 살펴보고, 이로부터 현행 「형사소송법」의 편장체계에 관한 개선방안에 관한 시사점들을 정리해 본다.

독일 「형사소송법」은 제1편 총칙의 제7장 "감정과 검증"에서 신체침해를 수반하는 강제처분과 이와 유사한 처분들을 제80a조 이하에서 규정하고 있다. 이런 독립적 규정은 이전 발생사적 관점에서 볼 때 독일에서의 논의 전개의 역사로부터 유래한다. 우리의 논의와 그 맥락이 닿아 있는 점이 있어 먼저 간략히 정리해 보기로 한다.

1877년에 제정된 독일 「형사소송법」은 원래 –우리의 현행 「형사소송법」과 마찬가지로– 증거의 수집이나 절차의 진행을 목적으로 한 신체검사(körperliche Untersuchung)나 신체침해(körperlicher Eingriff)를 명시적으로 허용하는 권한규범을 두고 있지 않았다.[160] 당연히 과학과 의료의 지식이 발전함으로써 이런 전문적 기술을 활용한 그리고 활용하려는 수사와 법원의 실무의 필요성을 어떻게 그 당시

160) 이하의 요약 및 역사적 전개와 관련된 자세한 설명과 당시의 문헌은 Eisenhardt, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschludigten. Am Beispiel des § 81a StPO, 2007, 66면; Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 4; 간략한 설명은 조기영, "강제채뇨의 허용성에 관한 고찰", 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019, 78면.

독일 「형사소송법」의 규범을 통해 충족시킬 것인지 많은 논의가 있었다. 「형사소송법」의 개정을 통한 입법자의 역할을 강조하는 견해와 이후 실제로 제안된 많은 법률초안[161]과는 달리, 독일 제국법원은 사례의 유형을 크게 신체검사와 신체침해로 구별하여 서로 다른 결론을 도출하는 관점을 취하였다. 즉 피의자나 증인의 신체에 대한 검사는 검증(Inaugenscheinnahme) 또는 감정인증명(Sachverständigenbeweis)의 대상이고, 수색을 규정한 「형사소송법」 제102조, 제103조의 허용요건을 충족하는 경우에 피처분자의 의사에 반하여 강제할 수 있다고 보는 반면,[162] 신체침해의 처분을 정당화할 수 있는 「형사소송법」의 권한규범이 없어 해석의 영역을 떠난 영역, 결과적으로는 입법을 통해 해결되어야 할 문제라는 것이다.[163] 많은 입법적 시도가 좌절된 이후 1933년 독일 형사입법자는 피의자와 제3자에 대한 신체침해를 포함한 신체검사가 허용된 것인지 여부를 입법적으로 해결하였고, 이를 통해 허용되는 신체검사와 신체침해와 관련하여 법관유보(Richtervorbehalt)와 의사유보(Arztvorbehalt)를 본질적 내용으로 하는 규정을 「형사소송법」의 강제처분의 한 유형으로 도입되었고, 그 중요한 내용은 그 이후의 개정에도 불구하고 유지되어 현재에 이르고 있다.

이렇게 독일 「형사소송법」이 신체침해를 정당화할 수 있는 특별한 수권규범(Ermächtigungsnorm)을 명시적으로 규정한 배경에는 실정법 해석의 한계를 인식한 법치국가적 고려가 자리잡고 있다. 수색은 원칙적으로 대물적 강제처분이고, 이에 수반하여 무엇보다 주거의 자유가 침해되지만, 이런 전형적인 수색과 달리 신체검사나 신체침해는 인격권과 건강이 (추가적으로) 침해되는 것이기 때문에, 그 침해의 유형이 본질적으로 달라 원칙적으로 '유추'[164]나 '준용'이 가능하지 않다는 것이다. 명시적 수권규범 없이 기존의 강제처분 허용규범을 확대 해석할 때에는 헌법의 요청인 법률주의와 명확성원칙에 반한다는 것이고, 이는 실체법에서의 원칙과 동일한 의미에서 기본권, 즉 피의자 등의 시민에게 보장되어야 할 자유가 입법자의 법률이

161) 이에 관한 요약은 Eisenhardt, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschludigten. Am Beispiel des § 81a StPO, 2007, 89면.
162) RGSt 14, 189; 16, 218; 19, 364.
163) RGSt 64, 160.
164) 이에 관한 이론적 배경은 조기영, "신체침해에 있어서 강제처분법정주의와 영장주의", 동북아법연구 제12권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2019, 263면. 독일 문헌에서 다른 생각으로는 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., 2017, Einl. 단락번호 198.

아니라 법관의 (유추)해석에 의해 침해되어서는 안되는 것과 동일하다는 것이다. 이런 기본 관점을 바탕으로 독일「형사소송법」은 크게 다섯 가지의 신체검사 및 신체침해 관련적 강제처분을 나누어 규정하고 있다.

1) 감정유치처분(독일「형사소송법」 제80a조, 제81조)

먼저 독일「형사소송법」은 감정유치처분을 규정한다(제80a조, 제81조). 공판절차의 정신감정 또는 형 선고 이후에 치료감호 또는 보호감호 등의 처분을 선고할 것이 예상되는 경우에는 이미 수사절차에서 공판정에서 감정인이 감정결과를 제출할 수 있도록 준비되도록 하여야 하고, 이때 감정인이 감정을 하도록 하기 위해 피의자를 공공정신병원에 감정유치할 수 있도록 규정한다. 이때 법관이 감정유치명령을 내리기 위해서는 실체적 요건으로 중대한 범죄혐의(dringender Tatverdacht) 이외에 예상되는 형벌과 보안처분과의 비례성을 명시적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라(독일「형사소송법」 제81조 제2항), 절차적 요건으로 감정인에 대한 심문과 피의자측(변호인)에 대한 법적 청문권의 보장을 설정한다(독일「형사소송법」 제81조 제1항). 나아가 법원의 결정에 대하여 즉시 항고하는 경우에는 명령에 대한 집행을 중단하도록 규정하고 있고(제81조 제4항[165]), 그 감정유치의 기간을 총 최대 6주로 제한하는 명시적 규정을 두고 있다(제81조 제5항).

2) 신체검사와 신체침해(독일「형사소송법」 제81a조)

독일「형사소송법」 제81a조에 독립적으로 규정된 신체검사와 신체침해는 피의자의 신체를 조사하는 것이 절차에 의미가 있는 경우에 할 수 있다. 여기서 신체검사와 신체침해를 허용하는 이 규정은 형사소추기관이 일정한 조사활동을 통해 해당 절차에 의미있는 일정한 사실을 확인할 목적으로[166] 헌법의 기본권으로 보장되는 피의자의 신체완전성(독일「기본법」 제2조 제2항 제1문)과 사생활(독일「기본법」 제2조 제1항,

---

165) 우리 형사소송법 제403조 제2항.

166) 이런 조사목적(Untersuchungszweck)이 신체검사와 신체침해를 임의의 다른 목적의 달성을 위한 수단 변질시키는 제한한다는 지적은 Bosch, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 14. 이와 관련하여 명시적으로 그 사용을 제한하고, 절차의 목적을 달성한 경우에 즉시 폐기해야 할 의무를 규정하는 독일「형사소송법」 제81a조 제3항.

제1조 제1항)에 대한 침해를 정당화하는 수권규범이다.[167] 독일의 문헌과 실무는 대체로 독일「형사소송법」제81a조 제1항 제2문은 이런 신체검사와 신체침해가 "피의자의 동의 없이도 허용된다."고 명시적으로 강제집행권한[168]을 규정하고 있고, 따라서 피의자는 이 한도 내에서 소극적인 "수인의무"(Duldungspflicht)[169]가 있다. 물론 피의자가 유효한 동의[170]를 한 경우에는「형사소송법」제81a조 제2항 제1문에 판사의 명령이 불필요하고("명령 전에 동의"), 이를 위해서 형사소추기관은 헌법적 요청인 비례성 원칙을 준수하기 위해 '동의와 강제력행사의 불필요성 및 법관의 명령을 통한 강제력 행사의 가능성'을 고지해야 할 의무가 있다.[171]

이렇게 강제력을 행사할 수 있는 신체적 처분의 유형으로 독일「형사소송법」은 신체검사와 신체침해를 개념적으로 구분한다(제81a조 제1항 제1문과 제2문). 통상 신체 외관의 특성을 인지하는 검증 또는 (더 좁게) 이를 넘어서서 신체적 외관에 대한

---

167) Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 1.

168) 이런 강제권한과 그 행사와 관련하여 판사의 명시적인 허가 없이 인치(Vorführung)가 허용되는지 여부와 관련하여 견해의 대립이 있고, 집행시 행사하는 직접강제는 경찰법이 적용된다(이 후자와 관련하여 장구사용의 문제는 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결도 참조); 자세한 내용은 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 94.

169) 이런 수인의무의 소극적 측면의 불명확성은 Neumann, Mitwirkung- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren, in: R. Zaczyk u. a. (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolf zu. 70. Geburtstag, 1998, 376면; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001, 219면. 나아가 신체와 인격은 분리될 수 없고, 신체완전성은 자기부죄금지원칙의 본질적 내용이라는 점에서 - 적극적 협력의무는 물론 - 이런 수인의무에 대하여 비판적인 견해로는 Eisenhardt, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschludigten. Am Beispiel des § 81a StPO, 2007, 206면; Bung, Philosophie der Selbstbelastungsfreiheit, in: Stephan Barton u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, 2018, 33면. 더 나아가 하태인, "수사상 강제채뇨에 관한 비판적 고찰", 법학연구 제51권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 321면.

170) 이 요건에 관한 자세한 설명은 Bosch, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 11.

171) Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 14. 더 나아가 이런 동의가 있는 경우에 의사유보나 형사소송법 제81a조가 허용하지 않는 신체검사나 신체침해가 허용되지는 여부에 관한 논의는 Bosch, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 10.

신체적 특성에 대한 조사(그리고 전문가감정과의 연결성)[172]로 이해되는 신체검사는 단순히 (신체를 대상으로 하여) 증거물 자체를 발견하는 처분과는 구별되고, 허용되는 사례들로는 신체를 침해하는(invasiv) 처분들을 배제한 신체의 측정, 신체 또는 신체 일부분에 대한 검사, 자연적인 신체반응의 확인 등이 허용되지 않는 사례들로는 성적 자극에 대한 성기 반응의 측정(Phallographie)이나 수면 중 성기반응의 측정(Nachtschlafuntersuchung) 등이 언급된다.[173] 이와 달리 신체침해는 신체검사와 달리 신체 자체에 대한 침습적인(invasiv) 처분을 통해 신체의 완전성을 침해하고 이를 통해 신체의 실질을 변화시키는 것으로 이해된다.[174] 이런 침습적 행위의 유형은 크게 신체 구성물을 신체 외부로 채취하는 행위와 신체 내부로 일정한 물질을 투여하는 행위로 나뉜다. 전자의 경우에는 – 독일「형사소송법」제81a조 제1항 제2문에 명시적으로 언급된 혈액채취 이외에도 - 소변, 정액, 침 등의 체액의 채취 및 구토유발이 문제되고, 후자의 경우에는 구토제의 투여/주사[175], 신체에 대한 투사 등이 문제된다.[176]

신체검사와 신체침해를 구별하는 그리고 명시적으로 구별해 놓은 실익은 신체침해의 경우에 반드시 의사가 의술법칙에 따라 신체침해를 해야 한다는 의사유보

---

172) 이에 관한 자세한 논쟁과 관련 문헌은 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 22.

173) 소량의 머리카락 또는 체모의 형태를 변화시키는 것이 신체검사를 준비하는 행위인지 아니면 (경미한) 신체침해인지 여부에 관한 논의를 포함하여 신체검사의 사례들은 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 27. 머리카락이나 체모의 경우에 경미한 변화가 신체침해라고 보더라도, 이 경우에 의사유보가 적용되어 반드시 의사가 이 침해를 하는 경우에 적법한 것이라고 보아야 하는지 여부에 대한 문제제기("목적론적 축소")는 Bosch, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 3.

174) Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 35. 이를 "상처를 만들어 내는 것"(Beibringung von Verletzungen des Körpers)라고 표현하는 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., 2017, § 81a 단락번호 15.

175) 대표적인 사례로는 EGMR, Urteil vom 11. Juli 2006 – Rs. 11/07/06 (Jalloh gegen Deutschland) 참조. 이와 관련된 논의로는 Rogall K., Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme, NStZ, 1998, 67면.

176) 다양한 사례들에 관한 허용성 여부는 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 43.

(Arztvorbehalt)의 적용 여부이다(제81a조 제1항 제2문). 이 의사유보는 신체침해의 특별한 집행이면서 동시에 이런 침해가 허용되기 위한 전제조건이다. 또한 신체침해의 경우에는 건강에 대한 침해의 우려가 없어야 한다는 특별한 비례성원칙이 명시적으로 규정되어 있다.

신체검사와 신체침해의 절차적 요건으로는 판사가 발부한 허가장의 요청, 즉 법관유보가 그 핵심이다(독일 형사소송법 제81a조 제2항 제1문). 물론 영장의 발부 과정을 통해 처분이 지연되어 그 처분의 목적이 달성되기 어려운 사정이 있는 경우에는 검찰과 그 지휘를 받는 수사관도 처분을 내릴 수 있고, 교통범죄의 경우에는 범죄혐의 등의 요건을 전제로 판사가 발부하는 영장 없이 혈액을 채취해도 되도록 규정하고 있다(독일「형사소송법」제81a조 제2항 제1문, 제2문).[177]

신체검사와 신체침해의 집행과 관련해서는 명시적인 규정은 없지만, 인치와 같이 신체이동의 자유를 제한하는 경우에 명시적으로 판사의 허가가 필요한지 여부 그리고 신체검사나 신체침해를 집행하기 위해 피의자를 일정한 시설에 유치함으로써 제한적인 자유제한을 넘어서는 자유박탈이 허용되는지 여부는 여전히 논란이 많다.[178]

3) 식별처분(독일「형사소송법」제81b조)

독일「형사소송법」제81b조는 피의자를 대상으로 형사절차의 진행 등의 목적으로 사진을 찍거나 지문을 채취하거나 신체(의 일부)에 대한 측정을 강제로 할 수 있도록 허용함으로써, 피의자의 자유 및 일반적 인격권, 초상권, 개인정보자기결정권,[179] 강제 시에는 경미한 정도한 신체의 완전성의 침해를 정당화하는 수권규범이다. 여기서 피의자에는 - 문언과 달리 - 피고인도 포함된다.[180] 중요한 문제는 피의자의 인적

177) 그밖에 법관이 허가장을 발부하는 경우에 피의자에게 법적 청문권을 보장해야 하는지에 관한 논의는 Bosch, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 20.

178) 자세한 논의는 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 94.

179) 정보의 저장과 사용에 관한 수권성에 관해서는 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.BECK, 2017, § 81b 단락번호 16.

180) 그 대상자와 관련된 다양한 유형은 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81b 단락번호 26.

동일성을 식별하기 위해 문제되는 범행 상황에서의 신체적 특징을 재현하는 것(예를 들어 턱수염을 잘라내는 것)이 독일「형사소송법」제81b조에 의해 정당화될 수 있는지 여부이다. 독일「형사소송법」제81b조는 신체침해를 허용하지 않고, 제81a조는 피의자의 인적 동일성을 식별할 목적으로 한 처분이 허용되지는 않기 때문이다.[181]

4) 제3자에 대한 처분(독일「형사소송법」제81c조)

독일「형사소송법」제81c조는 증인에 대한 신체검사와 피의자가 아닌 제3자의 혈통 확인 또는 혈액채취를 허용하는 수권규범을 규정한다(제1항, 제2항). 아래에서 살펴보게 될 더 강화된 허용요건은 피처분자가 범죄혐의를 받지 않는 제3자라는 점으로부터 설명할 수 있다.

먼저 제3자에 대한 신체검사는 그 대상과 관련하여 피처분자가 증인으로 고려될 수 있는 경우에만 가능하고("증인원칙", Zeugengrundsatz), 처분의 목표로서 그의 신체에 범죄의 흔적이나 결과가 남아있는지 확인해야만 하는 경우("흔적원칙", Spurengrundsatz)에 비례성원칙의 한 표현으로서 진실의 해명 "필요성"(Erforderlichkeit)이 인정되는 경우에만 허용된다(독일「형사소송법」제81c조 제1항).[182] 이 경우에도 물론 신체침해는 허용되지 않고 신체검사만이 허용된다. 이와 달리 독일「형사소송법」제81c조 제2항의 혈통확인검사나 혈액채취는 제3자이기만 하면 되지만, 이런 처분이 건강에 유해한 결과가 발생하지 않도록 해야 하며, 이런 처분이 진실발견을 위해 불가피해야 할 뿐만 아니라, 의사에 의해 이루어져야만 적법할 수 있다(제81c조 제2항). 이렇게 제3자의 경우에는 피의자에 대한 신체검사와 신체침해를 허용하는 독일「형사소송법」제81a조 제1항과 비교할 때 제한된 범위에서만 제한된 처분만이 실행될 수 있을 뿐이다.

특히 이런 처분의 제한은 더 나아가 독일「형사소송법」제81c조 제3항 제1문의 검사거부권(Untersuchungsverweigerungsrecht)을 통해서 보완된다. 이 거부권은 독

---

181) 자세한 내용은 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81b 단락번호 33.

182) 각각의 내용은 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81c 단락번호 11, 23, 29.

일「형사소송법」제52조 제1항(친족 등)과 제55조(자기부죄의 위험이 있는 경우의 증언거부)에 규정된 요건을 충족하는 자가 검사거부권을 행사할 수 있다고 규정한다.[183] 피처분자가 미성년자이거나 정신병이 있는 경우와 같이 거부권을 행사하기 어려운 경우에 법정대리인의 권리 행사를 자세하게 규정하고 있고, 법정대리인의 권리 행사가 어려운 경우에 법원이 결정하도록 하고, 증거로 사용하는 것에 그가 동의할 수 있도록 규정한다(제81c조 제3항 제1문에서 제5문). 더 나아가 제3자에 대한 제1항 및 제2항의 처분은 기대가능성이 인정되는 경우로 제한되고, 여기서 기대가능성이란 피처분자의 인격권과 진실발견 사이의 이익형량을 통해 결정된다.[184]

마지막으로 제3자에 대한 신체검사와 신체침해는 그 피처분자가 거부하는 경우에는「형사소송법」제70조가 준용되어 과태료나 감치를 통해 강제될 수 있으며, 이를 통해서도 처분의 집행이 어렵거나 또는 긴급한 경우에는 직접강제를 사용할 수 있지만, 이를 위해서는 판사의 개별적 허가가 필요하다(제81c조 제6항).

5) 시사점

독일「형사소송법」의 신체침해에 관한 편장체계에서 가장 눈에 띄는 것은 이런 처분들이 검증과 감정의 장에 함께 규정되어 있으면서도, 신체검사와 신체침해의 경우에 단순히 신체에 대한 검증을 넘어서서 신체의 완전성과 인격권에 대한 침해가 이루어지고, 이런 점에서 이런 유형의 강제처분이 띠는 특수한 전형성(Typizität)을 분명히 하고 있다는 점이다. 강제처분을「형사소송법」내에서 분류하고 개별적으로 규정하는 것이 문제되는 강제처분을 통해 침해되는 법익과 그 고유한 침해 양태에 따라 분류되고, 그 침해강도를 고려하여 실체법적, 절차법적 허용요건을 설정하는 태도를 취하는 것이다. 이런 태도는 기본권으로 강제처분이 시민의 기본권을 중대하게 제한하는 처분이라는 점에서 이런 처분이 법률유보와 명확성원칙을 충족하기 위해서는 먼저 세분화되어야 하고, 따라서 이런 한도 내에서는 유추가 금지된다는 법치국가적 요청을 분명히 하는 것이다.

---

183) 자세한 설명은 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl., 2017, 단락번호 1670; Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81c 단락번호 40.

184) Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81c 단락번호 72.

또한 독일 「형사소송법」에서 신체침해에 관한 규정은 - 다른 강제처분과 마찬가지로 - "총칙"의 장에 규정되어 있다. 이는 우리 「형사소송법」에서도 마찬가지이긴 하지만, 그 내용에서는 상당히 다르다. 독일 「형사소송법」에서 강제처분을 규정한 총칙은 기본적으로 개별 강제처분의 실체적 요건과 절차적 요건을 해당 (같은 또는 이어진) 조문에서 각각 다르게 규정하고, 그 절차적 요건과 관련하여 원칙적으로 판사의 허가, 예외적으로 검사와 다른 수사기관의 명령권한을 열거하고 있어, 우리의 법에서와 같은 '준용'의 남용이란 문제가 생기기 어려운 편장체계를 취하고 있다.

특히 신체침해와 관련해서는 그 실체적 허용요건으로 의사유보를 규정하고 있는 것에서 알 수 있듯이 이런 처분이 단순히 신체에 대한 수색 또는 검증과 달리 신체의 완전성과 인격권에 대한 침해를 야기하는 처분이라는 점이 분명히 드러나 있다. 신체수색에서 신체검사를 거쳐 신체침해로 갈수록 (처분의 대상이 되는 기본권의 내용이 달라질 뿐만 아니라) 그 침해의 강도가 세진다고 볼 수 있으므로, 그 허용요건도 강화되는 것이다.

또한 독일 「형사소송법」의 신체침해에 관한 규정은 피의자와 제3자를 분리하여 그 허용요건을 달리 규정하고, 제3자의 경우에는 그의 권리를 보호하기 위한 추가적 요건을 설정하고 있고, 특히 처분을 거부할 수 있는 권리를 명시적으로 규정하고 있다는 점에서 기본권 보호에도 충실한 것으로 볼 수 있다. 이런 태도는 신체침해를 통해 취득한 정보의 이용과 저장에 관하여 명시적으로 목적 외 사용을 금지하는 규정을 두고 있는 것에서도 다시 한번 확인할 수 있다.

다. 신체 침해 관련 편장체계 개편방안

기본적으로 독일 「형사소송법」의 판덱텐 체계를 취하고 있는 우리 「형사소송법」의 편장체계를 고려할 때, 어차피 총칙 규정을 두어야 할 것이다. 현행법의 이런 기본적 태도를 고려하면 편장체계의 개편방안은 크게 두 가지 방향으로 수렴될 수 있다.

1) 감정 규정에의 편입방안

현행법에서는 신체침해를 수반하는 강제처분 규정을 – 신체침해가 압수수색으로도 가능하다는 판례의 태도를 비판적으로 보는 관점을 따를 때 - 감정의 규정[185]에 편입

시켜 통합적으로 규율하는 방법이 있을 수 있다. 이는 독일 「형사소송법」의 기본태도이다. 총칙에서 법원의 관할, 법원이 개입하는 수사절차, 법원의 강제처분 등을 규정하고, 이후 제1심의 절차 처음 부분에서 공소제기를 다루는 태도이다. 이를 통해 현행 우리 「형사소송법」의 편장체계에서 심각하게 발생하는 준용의 문제점, 지시대상의 불명확, 해석의 충돌 가능성, 이해의 어려움 등을 제거할 수 있는 개선방안이 될 것이다. 우리의 「형사소송법」은 현재에도 명목상 이렇게 총칙과 제1심을 나누어 규정하고는 있지만, 내용상으로 강제처분의 법치국가성을 확보하기 위한 법원의 권한을 먼저 규정하고, 제1심의 장에 규정된 수사의 장에서 영장주의의 내용을 다시 규정하고, 편장체계의 효율성을 도모하기 위해 준용이라는 법률기술(Gesetzestechnik)을 광범위하게 사용함으로써, 법률구조가 복잡하고 이해의 가능성을 저하시키는 문제점이 발생하는 것이다.

이와 달리 "수사절차부터 시작되는 새로운 편장체계 하에서 자연스럽게 그 내용을 직접 서술하여 조문화"를 하는 경우에, 먼저 수사절차에서 강제처분의 실체적 요건과 영장주의를 규정하면, 이후의 공판절차에서 법원에 의해 강제처분이 이루어지는 경우에, 강제처분의 실체적 요건과 영장 집행의 요건을 다시 반복해서 기재하거나 또는 반복하지 않으려고 한다면 수사절차의 조문을 법원의 절차에 준용하는 법률기술을 동원할 수밖에 없게 되는 문제가 생길 수밖에 없다. 중복된 규정의 법률의 완결성을 저하시킬 수 있고, 준용은 법률에 대한 이해가능성을 저하시킬 수 있는, 법률기술의 딜레마를 야기할 우려가 생긴다.

내용적으로는 신체침해를 수반하는 강제처분을 규율할 때에는 ① 피의자/제3자, 범죄혐의의 정도, 신체침해의 내용과 의사유보, 건강위태화의 배제(특별한 비례성원칙) 등과 같은 강제처분의 실체적 요건, ② 침해의 허가를 규율하는 영장주의와 그 예외적 요건이 절차적 요건, 그리고 ③ 신체침해를 수반하는 강제처분의 집행절차, 즉 영장 제시, 주의사항 등등을 각각 구별하여 규정할 필요가 있다. 이를 통해 중복규정과 준용규정의 남용 문제를 상당 부분 제거할 수 있고, 준용을 불가피한 경우로 최소화할 수 있을 것이다. 나아가 집행절차를 규율하는 부분에서는 – 충분한 논의를

185) 입법안들에 대한 검토는 원혜욱, "강제채혈에 대한 입법적 논의: 독일 형사소송법 제81조의a와의 비교검토를 중심으로", 형사법연구 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013, 212면.

전제로 - 논란의 여지 많은 부수적 처분의 허용 범위는 명확히 규정하여 입법적으로 해결할 필요가 있다. 마지막으로 피처분자의, 특히 제3자의 권리를 실효적으로 보호하기 위해서는 긴급한 경우가 아니라면 원칙적으로 피처분자에게 법적 청문권을 보장함으로써 권리를 스스로 보호할 수 있도록 할 필요가 있고, 제3자의 경우에는 검사거부권을 보장하거나 또는 침해의 요건을 더 높이 설정함으로서 과도한 국가의 강제처분으로부터 피처분자를 효과적으로 보호해야 할 것이다.

2) 하위법령상 기본권 침해규정의 편입 필요성

신체처분을 수반하는 강제처분은 물론 다른 강제처분, 예를 들어 신체에 대한 수색(「형사소송법」 제109조)에서도 당연히 기본권에 대한 침해가 비례성 원칙에 부합되도록 하는 방식으로 그 침해를 최소화하고 이를 통해 보호가 적절히 이루어져야 할 것이다. 이는 기본권으로 강제처분의 집행과 관련된 절차적 요건, 특히 법적청문권, 권리구제방법, 정보저장 및 사용의 제한, 삭제 의무 등의 내용을 포함하는 방식으로 개정이 이루어져야 하고, 이런 내용은 개별 규정들 사이의 지시관계를 의미하는 준용이 아니라, 개별 처분 규정에 함께 규정되어야 할 것이다.

이와 달리 현행 「형사소송법」이나 다른 개별 법률이 아니라 하위의 법령에서 신체검사 및 신체침해와 관련된 절차적 규정을 두고 있다. 문제되는 규정으로는 다음의 예를 들 수 있다.

인권보호수사준칙 제28조(신체의 수색·검증)

① 신체를 수색·검증하는 경우에는 대상자가 수치심을 느끼거나 그의 명예가 훼손되지 않도록 장소·방법 등을 신중히 선택하여야 하고, 특히 탈의 상태로 신체를 검사하는 경우에는 다른 사람들이 볼 수 없도록 가려진 장소에서 실시하여야 한다.

② 여자의 신체에 대하여 수색·검증할 때에는 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다.

범죄수사규칙 제141조(신체검사시 주의사항)

① 경찰관은 신체검사를 할 때에는 검사를 받는 자의 성별, 연령, 건강상태, 장소 그 밖의 사정을 고려하여 대상자의 건강과 명예를 해하지 않도록 주의하여야 한다.

② 경찰관은 전항의 경우 필요하다고 인정할 때에는 의사 그 밖의 전문적 지식을 가진 자의 조력을 얻어서 하여야 한다.

③ 경찰관은 부상자의 부상부위를 신체검사 할 때에는 그 상황을 촬영 등의 방법에 의하여 명확히 기록하고 되도록 단시간에 끝내도록 하여야 한다.
④ 경찰관은 여자의 신체를 검사하는 경우에는 의사나 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다.

이런 하위법령의 규정은 「형사소송법」 제141조와 부분적으로 겹치기도 하지만, 오히려 새로운 기본권침해를 법령의 근거 없이 허용하고 있다는 점에서 문제가 아닐 수 없다.

먼저 이런 규정들에서 「형사소송법」 제124조, 제141조 제3항과 같은 내용을 담고 있는 여자의 신체에 대한 수색 또는 검증의 경우에는 문제가 없다고 볼 수도 있지만, 문제는 「형사소송법」 제124조, 제141조 제3항 그 자체에 있다. 이 「형사소송법」 규정들은 여자의 신체를 수색하거나 검사하는 경우에 "의사나 성년의 여자를 참여"하도록 하고 있지만, 이런 참여만을 통해서 피처분자의 수치심이 사라지지도 않고, 오히려 확장될 수 있다. 인격권이라는 기본권을 적절히 보호하기 위해서는 여자나 의사의 참여가 아니라, 피처분자와 같은 성별의 수사기관에 의해 수색과 검증이 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.[186] 물론 이런 점에서 하위법령에서 신체수색이나 신체검사의 "장소"적 요소를 명시적으로 언급하거나 상세한 규정을 두는 것은 인권 보호를 위해 적절한 태도라고 할 수 있고, 「형사소송법」의 편장체계의 개편 과정에서 충분히 고려가 필요할 것이다.

수사기관의 검증과 관련하여 위 경찰청 훈령 「범죄수사규칙」 제141조 제2항은 「형사소송법」의 해석에 반하는 것이므로 삭제해야 할 것이다. 수사기관은 직접 오감을 통해 사실을 확인할 수 있는 검증을 할 수는 있지만, 바로 스스로 할 수 있기 때문에 의사의 도움이 필요가 없다. 이런 규정은 원래 「형사소송법」의 침해허용요건에서 명문화되었어야 할 의사유보가 규정되지 않은 것을 틈타 수사편의에 도움이 되는 방향으로 남용될 여지가 없지 않다.

더 나아가 「범죄수사규칙」 제141조 제3항이 "부상자의 부상부위를 신체검사 할 때에는 그 상황을 촬영 등의 방법에 의하여 명확히 기록하고 되도록" 하여야 한다고 규정한 것은 큰 문제이다. 이 "부상자"에는 피의자뿐만 아니라 피해자도 포함될 수

186) 독일 「형사소송법」 제81d조.

있고, 부위 그 자체에 대한 사진촬영이 아니라 "그 상황을 촬영 등"의 방법으로 할 수 있다는 점에서 그 범위가 매우 넓다. 특히 사진촬영이든 다른 영상촬영이든 부상부위에 의한 확인은 시각을 이용한 검증에 해당하는데, 「형사소송법」 제145조에 따르면 이런 검증에 필요한 경우에는 이에 수반되는 부수적 처분을 할 수 있도록(제120조) 규정하고 있지만, 사진의 촬영은 검증의 결과를 이후에 다시 확인(검증)하기 위한 것이지, 검증을 위해 필요한 수단은 아니다. 따라서 사진촬영을 통해 추가로 기본권(인격권, 개인정보자기결정권)이 침해되므로 반드시 피처분자의 동의가 있거나[187] 법률에서 명시적으로 허용하는 별도의 수권규범이 있어야 하는 것이다.

3. DNA검사

가. 특별법인 디엔에이법에 의한 규율

신체침해를 수반하는 강제처분을 허용하는 수권규범이 「형사소송법」에 명확히 규정되어 있지 않아 매우 논란이 되고 있는 것과 달리, DNA검사[188]와 관련해서는 개별단행 법률인 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(약칭 「디엔에이법」)이 제정되어 있고, 여기서 강제처분과 관련하여 매우 세밀하게 규정하고 있다.[189] 이런 부수법을 통한 강제처분의 규정은 – 「형법」에서 특별형법과 부수형법이 난무하는 것과 마찬가지로 – 「통신비밀보호법」에서 강제처분인 통신제한조치를 규율하고 있는 것과 마찬가지이다. 하나의 법률 안에서 준용규정이 남용되는 것과 마찬가지로, 법률 자체가 통합적으로 규율되지 못하고 다양한 개별 법률에 산재되어 있는 것도 법률에 대한 이해 가능성을 저하시킬 뿐만 아니라, 강제처분의 규율의 통일성을 해치는 요인이 되고 있다.

---

187) 승낙이 있는 경우에 제199조 제1항이 적용될 수 있다고 보는 견해로는 이완규, "제1장 수사 제199조 [수사와 필요한 조사]", 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법 (II) 제5판, 2017, 121면.

188) 기술적 측면에 관한 자세한 현황은 김한균 외, 첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구 (I), 한국형사정책연구원, 2018, 503면.

189) 이 법 자체의 문제점에 관해서는 조성용, "『DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』에 대한 비판적 검토", 형사정책연구 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010, 223면; 신양균, "유전자정보은행제도와 인권", 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 59면; 김혜경, "유전자정보수집의 입법목적의 정당성", 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 235면; 신동일, "「디엔에이신원확인정보 이용 및 보호에 관한 법률」의 문제점과 대안", 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012, 7면.

먼저 DNA검사와 관련하여 시료를 채취하는 강제처분의 성격을 분명히 할 필요가 있다. 문헌에서는 이 처분이 압수수색과 유사하다고 보는 견해[190]도 있고, 감정이라고 보는 견해[191]도 있다. 「디엔에이법」 제2조 제2호에서 디엔이감식시료로 언급되는 것은 "혈액, 타액, 모발, 구강점막 등"이므로, 이를 채취하는 하는 것은 신체검사일 수도 있고 신체침해[192]일 수도 있다. 신체검사로 이해될 수 있는 경우, 예를 들어 타액이나 모발의 채취는 반드시 의료인에 의해서만 집행될 수 있는 것이 아니므로 검증이라고 볼 수 없는 것은 아니지만, 그 채취한 시료에 대한 분석은 전문지식과 기술을 가진 자에 의해서만 할 수 있으므로, 감정이라고 할 것이다. 마찬가지로 혈액채취의 경우에는 의사가 할 수 있다고 보아야 할 것이므로 감정에 필요한 처분으로 이해할 수 있다. 이는 DNA검사와 이의 전제조건으로서의 시료채취를 통해 신체의 자유, 인격권, 정보자기결정권이 침해된다는 점에서도 분명히 확인할 수 있다. 따라서 현행 독립된 개별 법률로 규정된 DNA검사와 시료의 채취 처분을 「형사소송법」의 편장체계 내로 편입시켜야 한다면, 다른 신체검사와 신체침해를 규정하는 체계 내에 규정되어야 할 것이다.

나. 독일의 입법례

이런 편장체계의 개편을 위한 개선방안을 마련하는 데에 시사점을 줄 수 있는 독일 「형사소송법」의 규율을 간략하게 살펴보도록 한다.

1) DNA검사(독일 「형사소송법」 제81e조 이하)

마지막으로 독일 「형사소송법」 DNA검사와 관련된 자세한 규정을 「형사소송법」에 규율하고 있는데, 신체검사와 신체침해의 편제체계와의 관련성이 분명히 드러나 있

190) 예를 들어 신동일, "「디엔에이신원확인정보 이용 및 보호에 관한 법률」의 문제점과 대안", 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012, 12면.

191) 이성기, "수사기관의 범죄현장 증거물 수집에 관한 소송법적 논의 – 흔적증거의 수집 행위에 대한 법적 성격을 중심으로 –", 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014, 221면.

192) 독일 「형사소송법」 제81a조, 제81e조의 해석에서 타액의 채취를 신체침해라고 이해하는 견해로는 Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018, § 81a 단락번호 45.

다. 기본적으로 세 가지의 검사 양태가 규정되어 있다: DNA분석(제81e조), DNA동일성 확인(제81g조), 다수의 분자유전학적 검사(제81h조).

먼저 독일「형사소송법」제81e조에 규정된 DNA분석에 따르면,「형사소송법」제81a조 또는 제81c조에 규정된 신체검사 및 신체침해를 통해 획득한 시료를 대상으로 사태를 해명하는 데에 필요한 경우에 한하여[193] DNA배열, 혈통, 성별을 확인할 수 있고, 이를 다른 대상 시료와 비교하는 것이 허용된다. 그 이외의 다른 것[194]을 확인하는 것은 금지되고,[195] 이를 위한 DNA검사를 하는 것도 금지된다(제81e조 제1항 제2문). 이런 DNA검사는 압수수색 등을 통해 수집된 시료에 대해서도 실행될 수 있다(제81e조 제2항 제1문).

DNA분석을 위한 절차는 독일「형사소송법」제81f조에 규정되어 있다.[196] 이 분석은 피처분자의 문서에 의한 동의가 없는 경우에도 실행될 수 있지만, 원칙적으로 법원의 허가, 긴급한 경우에는 검사와 그의 수사관이 명할 수 있다. 피처분자가 명시적으로 동의하는 경우에는 법원의 허가가 필요하지 않지만, 동의가 유효하기 위해서는 먼저 피처분자에게 수집된 DNA가 어떤 목적으로 사용되는지 설명해야 하고,[197] 피처분자는 문서로 동의해야 한다(제81f조 제1항 제2문).

DNA분석을 실행하는 절차와 관련하여 눈에 띄는 것은 그 분석을 실행하는 자가 위촉된 감정인이거나 수사기관에 속하지 않은 공무원이어야 한다는 점이다(제81f조 제2항 제1문). 이 독립적 기관은 기술과 조직의 측면에서 분석의 무결성을 보장하는 조치들을 강구해야 하고, 분석과 결과의 보고의 과정에서 인적사항이 드러나지 않도록 강구해야 한다.[198]

---

193) Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H. BECK, 2017, § 81e 단락번호 9.

194) 예를 들어 눈동자색, 머리카락색, 피부색 등에 관한 최근의 논의는 Schreiber, Einführung des "genetischen Steckbriefs", ZRP 2019, 105~106면; 입법적 논의는 Schneider, DNA-Analyse und Strafverfahren de lege ferenda, NStZ 2018, 692~693면.

195) Hadamitzky, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., 2019, § 81e 단락번호 4.

196) 이 절차에 대한 개관은 Pommer, Stephanie, Die DNA-Analyse im Strafprozess – Problemfelder der §§ 81e, ff. StPO, JA 2007, 621~623면.

197) 자세한 내용은 Hadamitzky, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., C. H. BECK, 2019, § 81f 단락번호 3.

198) Hadamitzky, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., C. H. BECK, 2019, § 81f 단락번호 7.

더 나아가 독일「형사소송법」제81g조는 현재의 형사절차가 아니라 "장래의 형사절차"[199]가 예상되는 경우에 대비하여 현재의 형사절차의 과정에서 DNA배열, 혈통, 성별을 확인하기 위한 DNA 동일성 확인을 할 수 있도록 규정한다. 그 요건으로는 피처분자가 성범죄의 피의자일 것, 범행의 양태나 실행방법, 피의자의 인격 또는 다른 인식사실을 기초로 피의자가 장래에도 중대한 범죄를 저지르거나 반복적으로 저지를 것으로 추정할 수 있는 사유가 존재할 것이 규정되어 있다(제81g조 제1항). 이런 DNA 동일성 확인 처분은 유죄판결이 확정된 자이거나 책임무능력자, 정신병에 기한 행위무능력 등을 이유로 유죄판결을 선고받은 경우에도 이루어질 수 있다. 이런 처분을 위한 절차는 판사의 허가,[200] 긴급한 경우에 검사와 수사관에 의한 명령, 피처분자의 동의에 의한 허가의 불필요 등 기본적으로「형사소송법」제81f조에 규정된 것과 마찬가지이다(제81g조 제3항 제1문부터 제4문). 그러나 법원의 허가는 범죄의 중대성, 장래의 범행가능성, 기타 관련된 사정들의 형량에 관한 근거를 명시적으로 포함해야 한다는 점이 다르다(제81g조 제3항 제5문).[201]

마지막으로 독일「형사소송법」제81h조는 DNA검사가 다수의 사람을 대상으로 이루어지는 경우에 허용되는 요건과 절차를 규정하고 있다.[202] 생명, 신체 등에 관한 중범죄(Verbrechen)[203]가 범해졌다는 혐의를 인정할 수 있는 경우에, 일정한 표지를 충족하는 다수의 사람들을 대상으로 그들의 동의[204]와 법원의 허가를 받아 DNA검사가 실행될 수 있다. 처분의 구체적인 내용으로는 체세포의 채취, DNA검사, 다른 표본과의 대조[205]가 규정되어 있고(제81h조 제1항), 피처분자의 동의를 받을 때에는 사용

199) 이 표지의 해석상 난점과 논쟁은 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., C. H. BECK, 2017, § 81g 단락번호 8.

200) 법관유보의 문제점에 대한 논의는 Schneider, DNA-Analyse und Strafverfahren de lege ferenda, NStZ 2018, 692, 697면.

201) Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., C. H. BECK, 2017, § 81g 단락번호 19.

202) 이 쟁점에 대한 개관은 Saliger/Ademi, Der Massengentest nach § 81h StPO, JuS 2008, 193, 194면.

203) Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., C. H. BECK, 2017, § 81h 단락번호 3.

204) 이 때 법적 청문권이 보장되어야 하는 것은 아니라는 주장은 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., C. H. BECK, 2017, § 81h 단락번호 10.

205) 데이터뱅크의 문제점 및 데이터간 비교 준칙에 관한 자세한 논의는 Schneider/Schneider/Fimmers/Brinkmann, Allgeimeine Empfehlung der Spurenkommission zur statistischen Bewertung

목적, 처분의 내용, 목적 외 사용 금지, 저장 금지 등의 내용을 포함한 서면으로 하여야 한다(제81h조 제4항).[206]

다. 개편방안

현행법의 규율과 독일「형사소송법」입법례를 고려하면, 현행 디엔에이감식 시료채취처분은「형사소송법」의 편장체계를 개편할 때 현행 특별법에 의해서가 아니라「형사소송법」의 강제처분 가운데 하나인 신체침해와 함께 규정되어야 할 것이다. 이 경우 기본권 보호를 위해 다음과 같은 점을 특히 유의할 필요가 있다고 본다.

먼저 "구속피의자등"에 대한 디엔에이감식시료 채취처분의 실체적 요건을 규정하고 있는 제6조는 구속된 피의자라는 문언이 보여주듯 범죄혐의는 인정될 수 있지만, 시료채취의 목적이 무엇인지 규정되어 있지 않다. 이렇게 채취·감식을 통해 취득된 디엔에이신원확인정보는 그대로 데이터베이스에 수록·관리된다. 이렇게 정보의 취득과 사용가능성이 그 정보 취득의 바탕이 되는 시료채취처분에 의해 획정되지 않은 것, 즉 사용목적이 특정되지 않은 것은 이 처분을 규정한 수권규범이 – 다른 이유를 배제하더라도 – 위헌이라는 의심을 지울 수 없다.[207] 따라서 이런 위헌성은 헌법합치적 해석을 통해 보완될 수도 있겠지만, 이런 DNA정보의 수집과 관련된 이런 처분이「형사소송법」의 편장체계 개편의 과정에서 형사소송법전으로 편입된다면, 이를 계기로 이 점을 분명히 해야 할 것이다. 또한 피의자의 권리 보호를 분명히 하기 위해서는 실체적 요건 이외에 절차적 요건으로서 법적 청문권의 보장과 불복 방법을 구체화해야 할 것이다.[208]

---

von DNA-Datenbank-Treffern, NStZ 2010, 433~434면 .

206) 증거사용과 관련된 BGH, Urteil vom 20. 12. 2012 – 3 StR 117/12의 문제점에 대한 분석은 Magnus, Beinahetreffer bei Massengentests – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, ZRP 2015, 13, 14면; Busch, Verwertbarkeit von "Beinahetreffen" aus DNA-Reihenuntersuchungen, NJW 2013, 1771~772면.

207) 정보수집을 비롯한 정보침해의 목적구속원칙에 대해서는 Schwabenbauer, in: Matthias Bäcker u. a. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., C. H. BECK, 2018, G. 단락번호 12. '범죄의 수사와 예방'이라는 포괄적 목적에 대한 비판은 김봉수, "범죄수사상 생체정보의 수집 및 활용에 대한 규범적 통제", 법학논총 제35집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015, 268면.

208) 헌법재판소 2018. 8. 30. 결정 2016헌마344, 2017헌마630(병합) 사건과 관련하여 이 점을 비판적으로 분석하는 논의로는 조성용, "디엔에이감식시료채취영장 발부 절차의 위헌성", 형사정책연구 제30권 제1호, 한국형사정책연구원, 2019, 73면.

대물적 강제수사 관련 편장체계의 개편방안

박 경 규

제5장

대물적 강제수사 관련 편장체계의 개편방안

제1절 | 서론

이 장(章)에서는 대물적 강제수사의 대표적인 형태인 압수, 수색 및 검증을 위주로 편장체계의 개편방안에 대해 살펴본다. 과학기술의 발달과 함께 압수, 수색 및 검증의 구체적 방식은 과학기술과 결합되고 있는데, 예컨대 이른바 '온라인 수색'으로 지칭되는 수사방법이 그러하다. 새로운 과학기술을 이용한 압수·수색 및 검증의 방법을 명문화할 것인가의 문제도 편장체계 개편의 문제에서 함께 다룰 수 있지만, 이 경우 논의의 범위가 너무 광범위해진다. 따라서 새로운 과학기술을 이용한 압수·수색 및 검증 방법의 명문화 문제는 압수·수색 및 검증 편장 체계의 큰 틀과 관련된 사항에 대해서만 조금 다루기로 한다.[209]

이하에서는 먼저, 수사상 압수·수색 및 검증 분야에서 준용방식을 통한 규율의 문제점과 개선방안에 대해 검토한다. 우리 현행 「형사소송법」이 제219조를 통해 공판상 압수·수색 및 검증에 관한 규정을 포괄적으로 준용하고 있는 것의 문제점을 외국의 규율방식과 비교하면서 살펴본 후, 개선방안을 도출한다. 다음으로 현재는 하위규범으로 규율되고 있지만 법률에서 규율하는 것이 적절한 사항, 현재 특별법으로 규율되고 있는 사항 중 「형사소송법」에 편입하는 것이 적절한 사항과 구체적인 편입의 방법, 조문 기술·표현상의 문제에 대해 순서대로 살펴본다.

209) 보고서의 제2절 3, 나 참조.

제2절 | 제219조에 의한 포괄적 준용의 문제점 및 개선방안

1. 현행 규율방식

현행 「형사소송법」은 "제1편 총칙"에 공판단계의 압수 및 수색에 관해 규율하는 제10장(압수 및 수색)을 두어 제106조 내지 제138조를 통해 공판상 압수·수색에 대해 자세히 규율하고 있다. 그리고 제11장(검증)의 제139조 내지 제143조를 통해 공판단계에서의 검증에 관해서도 자세히 규정하고 있다. 반면에 수사단계에서의 압수·수색 및 검증에 대해서는 제2편(제1심) "제1장 수사" 부분에 독립된 절(節)을 편제하지도 않은 채,[210] 제215조 내지 제220조 7개 조문만을 두어 규율하고 있다. 뿐만 아니라, 7개 조문 중 제219조는 조문명이 "준용규정"이고,[211] 공판상 수색·압수에 관한 조문 중에서 수사상 압수·수색에 준용되는 조문들을 나열하고 있을 뿐이다. 따라서 수사상 압수·수색 및 검증에 관해 독자적으로 규율하고 있는 조문은 제215조 내지 제218조의2와 제220조 6개밖에 되지 않고,[212] 나머지 모든 사항의 경우 공판상 압수·수색 및 검증에 관한 조문을 준용하고 있다.

제215조는 범죄혐의, 피의사건과의 관련성 및 영장발부라는 압수·수색 및 검증의 일반적 요건에 관한 규정이고, 제216조 내지 제218조는 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있는 경우에 대해 규정하고 있는 조항이다. 그리고 제218조의2는 압수물의 환부 및 가환부에 대해 간단하게 규정하고 있다. 그리고 나머지 모든 사항의 경우 제219조에 의해 공판상 수색·압수 및 검증에 관한 규정이 준용되는데, 준용되는 규정과 그 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.[213]

---

210) 제2편 제1장에 하위 절(節)을 두어 수사에 관한 규정들을 구분하여 편제하지 않고 있는 문제는 비단 수사상 압수·수색 및 검증의 문제가 아니라, 본 보고서 제2장에서 서술된 바와 같이 현행 「형사소송법」의 수사절차에 관한 규율의 근본적인 문제점에 기인하는 것이다.

211) 제219조(준용규정) 제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조 제1항 본문, 제2항, 제118조부터 제132조까지, 제134조, 제135조, 제140조, 제141조, 제333조 제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다.

212) 제220조도 "제123조 제2항, 제125조의 규정에 의함을 요하지 아니한다"고 하여 사실상 준용을 통한 규율과 크게 다르지 않다.
제220조(요급처분) 제216조의 규정에 의한 처분을 하는 경우에 급속을 요하는 때에는 제123조제2항, 제125조의 규정에 의함을 요하지 아니한다.

[표 5-1] 제219조에 의해 준용되는 규정

제219조(준용규정) 제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조 제1항 본문, 제2항, 제118조부터 제132조까지, 제134조, 제135조, 제140조, 제141조, 제333조 제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다. 단, 사법경찰관이 제130조, 제132조 및 제134조에 따른 처분을 함에는 검사의 지휘를 받아야 한다.

준용되는 규정	준용되는 규정의 내용
제106조	제106조(압수) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다. ② 법원은 압수할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을 명할 수 있다. ③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다. ④ 법원은 제3항에 따라 정보를 제공받은 경우 「개인정보 보호법」 제2조제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다.
제107조	제107조(우체물의 압수) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 우체물 또는 「통신비밀보호법」 제2조 제3호에 따른 전기통신(이하 "전기통신"이라 한다)에 관한 것으로서 체신관서, 그 밖의 관련 기관 등이 소지 또는 보관하는 물건의 제출을 명하거나 압수를 할 수 있다. ② 삭제 〈2011.7.18〉 ③ 제1항에 따른 처분을 할 때에는 발신인이나 수신인에게 그 취지를 통지하여야 한다. 단, 심리에 방해될 염려가 있는 경우에는 예외로 한다.
제109조	제109조(수색) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다. ② 피고인 아닌 자의 신체, 물건, 주거 기타 장소에 관하여는 압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여 수색할 수 있다.
제110조	제110조(군사상 비밀과 압수) ① 군사상 비밀을 요하는 장소는 그 책임자의 승낙 없이는 압수 또는 수색할 수 없다. ② 전항의 책임자는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다.
제111조	제111조(공무상 비밀과 압수) ① 공무원 또는 공무원이었던 자가 소지 또는 보관하는 물건에 관하여는 본인 또는 그 해당 공무소가 직무상의 비밀에 관한 것임을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 당해 감독관공서의 승낙 없이는 압수하지 못한다. ② 소속공무소 또는 당해 감독관공서는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다.
제112조	제112조(업무상비밀과 압수) 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다. 단, 그 타인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요가 있는 때에는

213) 진하게 표시된 부분은 2차에 걸쳐 준용이 이루어지는 경우이다.

준용되는 규정	준용되는 규정의 내용
	예외로 한다.
제114조	제114조(영장의 방식) ① 압수·수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부년월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 기타 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다. 다만, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하여야 한다. ② **제75조제2항의 규정은 전항의 영장에 준용한다.**
제115조 제1항 본문, 제2항	제115조(영장의 집행) ① 압수·수색영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. ② **제83조의 규정은 압수·수색영장의 집행에 준용한다.**
제118조	제118조(영장의 제시) 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.
제119조	제119조(집행 중의 출입금지) ① 압수·수색영장의 집행 중에는 타인의 출입을 금지할 수 있다. ② 전항의 규정에 위배한 자에게는 퇴거하게 하거나 집행종료시까지 간수자를 붙일 수 있다.
제120조	제120조(집행과 필요한 처분) ① 압수·수색영장의 집행에 있어서는 건정을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다. ② 전항의 처분은 압수물에 대하여도 할 수 있다.
제121조	제121조(영장집행과 당사자의 참여) 검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.
제122조	제122조(영장집행과 참여권자에의 통지) 압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.
제123조	제123조(영장의 집행과 책임자의 참여) ① 공무소, 군사용의 항공기 또는 선차 내에서 압수·수색영장을 집행함에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다. ② 전항에 규정한 이외의 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에서 압수·수색영장을 집행함에는 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 자를 참여하게 하여야 한다. ③ 전항의 자를 참여하게 하지 못할 때에는 인거인 또는 지방공공단체의 직원을 참여하게 하여야 한다.
제124조	제124조(여자의 수색과 참여) 여자의 신체에 대하여 수색할 때에는 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다.
제125조	제125조(야간집행의 제한) 일출 전, 일몰 후에는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에 들어가지 못한다.
제126조	제126조(야간집행제한의 예외) 다음 장소에서 압수·수색영장을 집행함에는 전조의 제한을 받지 아니한다. 1. 도박 기타 풍속을 해하는 행위에 상용된다고 인정하는 장소 2. 여관, 음식점 기타 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소. 단, 공개한 시간 내에 한한다.
제127조	제127조(집행중지와 필요한 처분) 압수·수색영장의 집행을 중지한 경우에 필요한 때에는 집행이 종료될 때까지 그 장소를 폐쇄하거나 간수자를 둘 수 있다.

준용되는 규정	준용되는 규정의 내용
제128조	제128조(증명서의 교부) 수색한 경우에 증거물 또는 몰취할 물건이 없는 때에는 그 취지의 증명서를 교부하여야 한다.
제129조	제129조(압수목록의 교부) 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.
제130조	제130조(압수물의 보관과 폐기) ① 운반 또는 보관에 불편한 압수물에 관하여는 간수자를 두거나 소유자 또는 적당한 자의 승낙을 얻어 보관하게 할 수 있다. ② 위험발생의 염려가 있는 압수물은 폐기할 수 있다. ③ 법령상 생산·제조·소지·소유 또는 유통이 금지된 압수물로서 부패의 염려가 있거나 보관하기 어려운 압수물은 소유자 등 권한 있는 자의 동의를 받아 폐기할 수 있다.
제131조	제131조(주의사항) 압수물에 대하여는 그 상실 또는 파손등의 방지를 위하여 상당한 조치를 하여야 한다.
제132조	제132조(압수물의 대가보관) ① 몰수하여야 할 압수물로서 멸실·파손·부패 또는 현저한 가치 감소의 염려가 있거나 보관하기 어려운 압수물은 매각하여 대가를 보관할 수 있다. ② 환부하여야 할 압수물 중 환부를 받을 자가 누구인지 알 수 없거나 그 소재가 불명한 경우로서 그 압수물의 멸실·파손·부패 또는 현저한 가치 감소의 염려가 있거나 보관하기 어려운 압수물은 매각하여 대가를 보관할 수 있다.
제134조	제134조(압수장물의 피해자환부) 압수한 장물은 피해자에게 환부할 이유가 명백한 때에는 피고사건의 종결 전이라도 결정으로 피해자에게 환부할 수 있다.
제135조	제135조(압수물처분과 당사자에의 통지) 전3조의 결정을 함에는 검사, 피해자, 피고인 또는 변호인에게 미리 통지하여야 한다.
제140조	제140조(검증과 필요한 처분) 검증을 함에는 신체의 검사, 사체의 해부, 분묘의 발굴, 물건의 파괴 기타 필요한 처분을 할 수 있다.
제141조	제141조(신체검사에 관한 주의) ① 신체의 검사에 관하여는 검사를 당하는 자의 성별, 연령, 건강상태 기타 사정을 고려하여 그 사람의 건강과 명예를 해하지 아니하도록 주의하여야 한다. ② 피고인 아닌 자의 신체검사는 증적의 존재를 확인할 수 있는 현저한 사유가 있는 경우에 한하여 할 수 있다. ③ 여자의 신체를 검사하는 경우에는 의사나 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다. ④ 사체의 해부 또는 분묘의 발굴을 하는 때에는 예를 잊지 아니하도록 주의하고 미리 유족에게 통지하여야 한다.
제333조 제2항	제333조(압수장물의 환부) ① 압수한 장물로서 피해자에게 환부할 이유가 명백한 것은 판결로써 피해자에게 환부하는 선고를 하여야 한다. ② 전항의 경우에 장물을 처분하였을 때에는 판결로써 그 대가로 취득한 것을 피해자에게 교부하는 선고를 하여야 한다.
제486조	제486조(환부불능과 공고) ① 압수물의 환부를 받을 자의 소재가 불명하거나 기타 사유로 인하여 환부를 할 수 없는 경우에는 검사는 그 사유를 관보에 공고하여야 한다. ② 공고한 후 3월 이내에 환부의 청구가 없는 때에는 그 물건은 국고에 귀속한다. ③ 전항의 기간 내에도 가치없는 물건은 폐기할 수 있고 보관하기 어려운 물건은 공매하여 그 대가를 보관할 수 있다.

2. 제219조에 의한 포괄적 준용의 문제점

가. 외국의 압수·수색 및 검증 규율방식과의 비교

아래 표는 독일, 스위스, 영국, 프랑스 및 일본의 법률에서 수사상 압수·수색 및 검증의 규율방식과 관련 규정들을 정리한 것이다. 아래 표에서 독일「형사절차법(StPO)」은 1987. 4. 7에 전면 개정되었고, 최근 2019. 7. 11에 부분 개정된 법률을 뜻한다.[214] 스위스「형사절차법(StPO)」은 2007. 10. 5에 제정되었고, 2011. 1. 1에 발효된 법률로서 2019. 3. 1까지의 개정사항이 반영된 법률을 의미한다.[215] 영국의 경우 법원 및 수사기관에 의한 강제수사 조치는 여러 법률에 의해 산발적으로 규율되고 있는데, 수사단계에서의 수색·압수에 관한 기본법적 성격을 가지는「경찰 및 형사증거에 관한 법률 1984(Police and Criminal Evidence Act 1984. PACE 1984)」를 기준으로 하였다.[216] 프랑스「형사절차법(Code de procédure pénale)」은 2019. 9. 20에 일부 개정되었는데, 언어상의 한계로 인해 '프랑스의 2006년 영어 번역본'과[217] '2011년 법무부 한글 번역본'[218]을 주로 참조하면서 현행 원문본을 살펴보았다. 일본「형사소송법」은 '2011년 12월 영어번역본'과[219] '2009년 법무부 한글번역본'을[220] 주로 참조하면서 현행 원문본을 함께 살펴보았다. 프랑스「형사절차법」과 일본「형사소송법」은 조문제목을 두지 않고 있는데, 조문 숫자만 나열할 경우 규정의 내용을 대략적으로라도 알 수 없기에 프랑스와 일본의 경우 조(條) 뒤의 대괄호 "[ ]"에 기재된 내용은 원문에서의 조문제목이 아니라, 필자가 임의로 기술한 간략한 조문내용이다.

우리나라「형사소송법」의 수사상 수색·압수 및 검증 규율방식을 독일, 스위스, 영

---

214) 2014. 4. 23에 개정된 독일 형사절차법의 영어 번역본 (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색).

215) 동 법률의 5개어(독일어, 프랑스어, 이탈리아어, 로만시어, 영어) 번역대조표 (https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html, 2019년 12월 1일 최종검색).

216) 2019년 11월 18일까지의 개정사항이 반영된 법률을 뜻한다.

217) https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations, 2019년 12월 1일 최종검색).

218) 법무부, 프랑스 형사소송법, 2011.

219) http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=02&dn=1&yo=code+of+criminal+procedure&ia=03&ja=04&ph=&x=0&y=0&ky=&page=1&id=3364&lvm=01, 2019년 12월 1일 최종검색).

220) 법무부, 일본 형사소송법·규칙, 2009. 법무부, 프랑스 형사소송법, 2011.

국, 미국, 프랑스, 일본의 규율방식과 비교하여 보면, 아래 표를 통해서 알 수 있듯이, 우리나라와 같이 "제1편 총칙"에 공판상 압수·수색 및 검증에 관한 장을 두어 공판단계에서의 압수·수색 및 검증에 관해 규율하고, "제2편(제1심)"에 "수사"에 관한 장(章)을 두어 수사상 수색·압수 및 검증에 관해 규율하면서 제219조와 같은 포괄적 준용규정을 두어 공판상 수색·압수 및 검증에 관한 규정을 포괄적으로 준용하는 방식을 취하고 있는 나라는 일본밖에 없다. 다르게 얘기하면, 우리 「형사소송법」이 취하고 있는 수사상 압수·수색 및 검증의 편장체계 및 포괄적 준용방식은 일본 「형사소송법」의 규율방식을 그대로 따른 것이다.[221]

위와 같은 포괄적 준용방식은 여전히 예심판사에 의한 수사제도를 취하고 있는 프랑스도 취하지 않는 방식이다. 프랑스 「형사절차법」은 제1권에서 수사절차부터 규율하고 있고, 제1권 제2편(수사 및 검문)에서 경찰 및 검찰에 의한 수사를 먼저 규율한 후, 제3편(예심법원)에서 예심판사에 의한 예심수사에 대해 규율하고 있다. 따라서 제2편 제1장(중죄 및 경죄의 현행범) 및 제2장(1차 수사)에서 경찰 및 검찰에 의한 수색, 압수, 검증 및 여타 기술적 수단에 의한 수사방법에 대해 먼저 규율한다. 그리고 제3편 제1장(예심판사: 제1단계의 예심법원) 제3절(현장검증, 수색 및 압수)에서 예심판사의 주재에 의한 수색·압수 및 검증에 대해 규율하고 있는데, 독자적인 규정을 통해 예심판사의 주재에 의한 수색·압수 및 검증을 규율하면서 일부 사항에 대해서만 제2편 제1장이나 제2장의 관련 규정을 준용하는 방식을 취하고 있지, 우리 「형사소송법」 제219조 또는 일본 「형사소송법」 제222조 제1항과 같은 포괄적 준용규정을 두지 않고 있다. '2011년 법무부 번역본'을 기준으로 할 때, 프랑스 「형사절차법」 "제1권 제3편 제1장 제3절 1. 현장검증, 수색 및 압수"에서 다른 규정을 준용하는 방식을 취하고 있는 경우는 제96조와 제99-3조 두 규정뿐이다.[222]

---

221) 19세기 말 일본이 프랑스법의 영향을 받아 형사절차에서 예심제도를 도입하였으면서도 구형사소송법(대정형사소송법 1922)에서 독일법적인 판덱텐 방식으로 편장체계를 바꾸었고, 이후 예심제도를 폐지하면서 1948년 제정 일본 형사소송법에서는 총칙편에 있는 공판상 수색·압수 검증에 관한 규정을 제2편 제1장(수사)에서 대부분 준용하게 되었는데, 우리나라가 이 방식을 그대로 따르게 된 것이다. 이에 대해 자세히는 이동희, "형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 - 일본 형사소송법에 대한 비교 검토를 포함하여 -", 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019, 14~23면.

222) 제96조 ① 예심수사피의자 이외의 자의 주거에서 수색을 하는 때에는, 주거권자를 불러 입회하도록 한다. 그 자가 그곳에 있지 아니한 때 또는 입회를 거부한 때에는, 그곳에 있는 혈족 또는 인척 2인의 입회하에, 친족도 없는 경우에는 2인의 참관인의 입회하에 수색한다.

우리나라 및 일본의 포괄적 준용을 통한 수사상 압수·수색 및 검증 규율방식은 독일의 규율방식과도 다르다. 독일은「형사절차법」"제1편 총칙"에 제7장(감정인과 검시·검증), 제8장(수사방법) 등 수사방법에 관한 장(Abschnitt)들을 함께 두어 장(章) 제목 또는 법규정에서 수사상 수색·압수 및 검증이라는 것을 명확히 하면서 총칙에서 직접 수사상 수색·압수 및 검증에 대해 규율하고 있다. 그리고 제2편(제1심 절차) 제1장(공소제기)에서는 수사방법에 대해서는 규율하지 않는다.

---

② 예심판사는 제57조(제2항) 및 제59조의 규정을 준수하여야 한다.
③ 예심판사는 미리 직무상 비밀유지와 방어권 보장을 위하여 필요한 모든 조치를 취하여야 한다.
④ 제56-1조, 제56-2조, 제56-3조의 규정은 예심판사에 의한 수색에 준용한다.
제99-3조 ① 예심판사 또는 그로부터 위임을 받은 사법경찰관은 수사에 필요한 서류나 거래내역, 정보통신기록을 가지고 있다고 생각되는 공사법 상 기관 및 단체 또는 행정기관에 대하여 비밀유지의 필요가 없거나 혹은 기타 정당한 사유가 없는 경우에는 그 정보 등을 서류, 특히 파일 형태로 제공해 줄 것을 요청할 수 있다. 단, 제56-1조 내지 제56-3조에 정한 자에 대한 정보일 경우에는 당사자의 동의를 얻어야 한다.
② 전항의 요청에 대하여 응답하지 않는 자에 대해서는 제60-1조 제2항의 규정을 적용한다.
③ 제60-1조 제3항의 규정은 본조에 준용한다.

[표 5-2] 5개 외국의 수사상 압수·수색 및 검증의 규율방식

독일 「형사절차법(StPO)」	스위스 「형사절차법(StPO)」	영국 「경찰 및 형사증거에 관한 법률(PACE)」	프랑스 「형사절차법」	일본 「형사소송법」
제1편 총칙 **제7장 감정인 및 검시/검증(Augenschein)** 제72조 내지 제85조 생략 제86조 법관에 의한 검시·검증 제87조 사체 검시/검증, 사체 해부, 사체발굴 제88조 사체해부 전 신원확인 제89조 사체해부의 범위 제90조 신생아 사체의 해부 제91조 독살혐의에서의 사체조사 제92조 통화·유가증권 위조시의 감정 제93조 필체 감정 **제8장 수사조치들** 제94조 증명을 위한 대상의 보전과 압수 제95조 제출의무 제96조 공공기관에 의해 보관되고 있는 서면 제97조 압수금지 제98조 압수의 절차 제98a조 데이터비교조사	**제5편 강제조치들** 제1장 총칙 규정들(제196조 ~ 제200조) 제2장 소환, 구인, 수배(제201조 ~ 제211조) 제3장 자유박탈, 수사·보전을 위한 구금(제212조 – 제240조) **제4장 수색 그리고 수사** **제1절: 총칙 규정들** 제241조 명령 제242조 집행 제243조 우연히 발견한 증거 **제2절: 주거수색** 제244조 원칙 제245조 집행 **제3절 녹음·녹화·저장물의 수색** 제246조 원칙 제247조 집행 제248조 봉인 **제4절: 사람 및 물건의 수색**	**제1편 정지시키고 수색할 권한** 제1조 사람, 차량 등을 정지시키고 수색할 경찰의 권한 제2조 제1조에 의한 수색권한 및 기타 권한 관련 규정들 제3조 수색 관련 기록의무 제4조 차량 검문 제5조 기록된 수색 및 차량 검문의 보고 제6조 공공활동의 인수자 등 제7조 보충규정들 **제2편 출입, 수색 및 압류 권한 수색영장** 제8조 출입·수색의 허가를 결정할 치안판사의 권한 제9조 자료/정보 접근에 관한 특별 규정들 제10조 “법적 특혜의 대상물”의 의미 제11조 “접근이 차단된 자료”의 의미 제12조 “인적 기록”의 의미 제13조 “언론보도용 자료”의 의미	**제1권 공소 및 예심수사의 수행** **제1편 공소 및 예심수사를 담당하는 기관** **제2편 수사 및 검문** **제1장 중죄 및 경죄의 현행범(제53조 ~ 제74-2조)** 제54조 [현장임검 및 압수] 제56조 [수색·압수의 절차 및 방법] 제56-1조 [변호사 사무소 또는 가택의 수색] 제56-2조 [신문사 등의 수색] 제56-3조 [의사 등의 사무실 수색] 제56-4조 [국가안보 관련 정보 보관장소의 수색] 제57조 [주거권자의 참여] 제57-1조 [수색장소에 설치된 컴퓨터시스템에 저장된 정보의 수색] 제58조 [수색·압수된 문서내용의 누설 금지] 제59조 [야간수색의 제한] 제60조 [기술/과학적 기법을	**제1편 총칙** **제9장 압수 및 수색(제99조 ~ 제127조)** **제10장 검증(제128조 ~ 제142조)** **제2편 제1심** **제1장 수사(제189조 ~ 제246조)** 제218조 [영장에 의한 압수, 수색, 검증 등] 제219조 [영장의 기재사항] 제220조 [피의자 체포시의 영장에 의하지 않은 압수·수색 또는 검증] 제221조 [유류물 또는 임의제출물의 영치] 제222조 [준용규정 등] ①제99조, 제100조, 제102조 내지 제105조, 제110조 내지 제112조, 제114조, 제115조 및 제118조 내지 제124조의 규정은 검찰관 · 검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218

독일 「형사절차법(StPO)」	스위스 「형사절차법(StPO)」	영국 「경찰 및 형사증거에 관한 법률(PACE)」	프랑스 「형사절차법」	일본 「형사소송법」
제98b조 데이터비교조사의 절차 제98c조 저장데이터와의 기계적 비교조사 제99조 우편의 압수 제100조 우편압수의 절차 제100a조 통신감청 제100b조 온라인수색 제100c조 주거감청 제100d조 사생활의 핵심영역; 증언거부권자 제100e조 제100a조 내지 제100c조에 의한 조치들에서의 절차 제100f조 주거 외 감청 제100g조 교신데이터의 조사 제100h조 주거 외에서의 여타의 처분 제100i조 이동통신기기의 경우 기술적 조치들 제100j조 기본정보(Bestandsdaten) 제공요청 제101조 밀행 조치들에서의 절차규정들 제101a조 법원의 판단; 데이터의 분류·표식 및 사용, 교신데이터 조사시의 통지의무	제249조 원칙 제250조 집행 **제5절: 사람에 대한 수사** 제251조 원칙 제252조 신체검사의 집행 **제6절 사체에 대한 수사** 제253조 변사사건 제254조 사체해부 **제5장 DNA분석(제255조 – 제259조)** **제6장 감식을 통한 증거수집, 필체 및 대화체 비교(제260조 ~ 제262조)** **제7장: 압수** 제263조 원칙 제264조 제한 제265조 제출의무 제267조 압수된 물건 및 재산의 처리 제268조 비용등의 보전을 위한 압수 **제8장: 밀행적 감시 조치들** 제1절: 우편·원거리 통신의	제14조 “특별한 절차자료”의 의미 제15조 수색영장 – 안전장치들 제16조 출입·수색영장의 집행 수색영장 없는 출입 및 수색 제17조 체포등을 위한 출입 제18조 체포 후의 출입 및 수색 압수 등 제19조 압수 등에 대한 일반적 권한 제20조 전자화된 정보에로의 압수권한 확대 제21조 접근과 복사 제22조 보유 보충규정 제23조 “부지·건물(premises)” 등의 의미 **제3편 체포** 제31조 체포에 의거한 수색 **제4편 구속** **제5편 경찰에 의한 피의자등의 신문과 처우(treatment)**	이용한 검사] 제60-1조 [정보제공요청] 제60-2조 [정보보존요청] 제74조 [사체에 대한 검사] 제74-1조 [실종자를 찾기 위한 수색, 압수 및 검증] 제74-2조 [도주자를 찾기 위한 수색, 압수 및 검증] **제2장 1차수사[223](제75조 ~ 제78조)** 제76조 [수색, 압수 등] 제76-2조 [채혈] 제76-3조 [수색장소에 설치된 컴퓨터시스템에 저장된 정보의 수색] 제77-1조 [검증, 기술 또는 과학적 방법에 의한 검사] 제77-1-1조 [정보제공요청] 제77-1-2조 [사법경찰관의 정보제공요청] 제77-4조 [검사에 의한 수색영장의 발부] **제3장 신분검사 및 신분확인** **제3편 예심법원**	조, 제220조 및 전조의 규정에 의하여 하는 압수 또는 수색에 대하여, 제110조, 제112조, 제114조, 제118조, 제129조, 제131조 및 제137조 내지 제140조의 규정은 검찰관 · 검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218조 또는 제220조의 규정에 의하여 하는 검증에 대하여 이를 준용한다. 단 사법순사는 제122조 내지 제124조에 규정된 처분을 할 수 없다. 제222조의2 [전기통신감청]

독일 「형사절차법(StPO)」	스위스 「형사절차법(StPO)」	영국 「경찰 및 형사증거에 관한 법률(PACE)」	프랑스 「형사절차법」	일본 「형사소송법」
제102조 피의자에 대한 수색 제103조 여타의 자에 대한 수색 제104조 야간의 건물 수색 제105조 수색의 절차 제106조 수색객체 점유자의 참여 제107조 수색확인서; 압수목록 제108조 기타 대상의 압수 제109조 압수된 대상의 표식 제110조 서면과 전자저장매체의 검색 제110a조 위장잠입 수사관 제110b조 위장잠입 수사관 투입의 절차 제110c조 위장잠입 수사관의 권한 제111조 검문소의 설치 제111a조 운전면허의 일시정지 제111b조 몰수 또는 폐기의 집행을 담보하기 위한 압수 제111c조 압수의 집행 제111d조 압수집행의 효력; 동산의 환부 제111e조 추징의 집행을 담보하기 위한 재산동결	감시(제269조 – 제279조) 제2절: 기술적 감시장비들을 이용한 감시(제280조 – 제281조) 제3절: 미행(제282조 – 제283조) 제4절: 금융거래의 감시(제284조 – 제285조) 제5절: 위장잠입수사(제285a조 – 제298조) 제5a절: 위장수배(제298a조 – 제298c조)		**제1장 예심판사: 제1단계의 예심법원** 제1절 총칙 제2절 사소청구인의 구성 및 효과 **제3절 현장검증, 수색, 압수 및 통신감청** **1. 현장검증, 수색 및 압수** 제92조 [현장검증] 제93조 [현장검증] 제94조 [수색의 목적 및 대상] 제95조 [예심수사피의자의 주거 수색] 제96조 [예심수사피의자 이외의 자의 주거 수색] 제97조 [물건, 문서, 전자정보 등 대상에 따른 수색·압수의 방법] 제97-1조 [사법경찰관의 권한] 제98조 [문서의 내용 누설 금지] 제99조 [압수물의 환부] 제99-1조 [압수된 동물의 보관 및 처리] 제99-2조 [압수된 동산의 보관 및 처리] 제99-3조 [정보제공요청]	

독일 「형사절차법(StPO)」	스위스 「형사절차법(StPO)」	영국 「경찰 및 형사증거에 관한 법률(PACE)」	프랑스 「형사절차법」	일본 「형사소송법」
제111f조 재산동결의 집행 제111g조 재산동결집행의 실효 제111h조 재산동결집행의 효력 제111i조 파산절차 제111j조 압수명령과 재산동결명령의 절차 제111k조 압수집행과 재산동결집행의 절차 제111l조 통지 제111m조 압수되거나 압류된 대상의 관리 제111n조 동산의 환부 제111o조 환부의 절차 제111p조 압수·압류된 대상의 긴급처분 제111q조 문서 및 설비의 압수			제99-4조 [사법경찰관의 권한] 2. 전기통신의 감청	

223) 원어는 "De l'enquête préliminaire"이고, 영문 번역본에서는 "THE PRELIMINARY POLICE INQUIRY"로 번역되고 있다. 법무부 한글번역본에서는 "예비수사"로 번역되고 있다. 프랑스 형사절차법 제79조에 의하면 예심판사에 의한 수사는 중죄의 경우 반드시 실시해야 하지만, 경죄의 경우 특별히 정한 경우를 제외하고는 임의적으로 실시된다. 따라서 예심판사에 의한 수사가 모든 범죄에서 실시되는 것은 아니기에 여기서는 "De l'enquête préliminaire"를 의역하여 "1차수사"로 번역한다.

2007년「연방 (통일) 형사절차법」제정을 통해 형사절차 흐름에 따라 형사절차를 규율하고 있는 스위스는 형사절차법 제5편(강제조치들)을 통해 재판절차에 앞서서 수사절차에 대해 규율하고 있기에 포괄적 준용방식을 취할 이유가 없다. 영국은「경찰 및 형사증거에 관한 법률」이라는 독립된 법률로 경찰 및 검찰의 수사방법에 대해 규율하면서 동법 제1편과 제2편에서 수색 및 압수에 대해 먼저 규정하고 있기에 포괄적 준용방식을 취하지 않는다.

포괄적 준용규정을 통해 수사상 압수·수색 및 검증을 규율하는 방식은 일본과 일본 식민지배를 통해 일본법의 영향을 많이 받은 우리나라에 특유한 제도라는 것은 우리나라보다 경제적으로 뒤쳐진 동남아시아 국가의「형사절차법」과 비교해 보면 더욱 명확해진다. 아래 표는 베트남, 말레이시아 그리고 캄보디아「형사절차법」에서의 수사상 압수·수색 및 검증 규율방식 및 관련 규정을 정리한 표이다. 아래 표에서 베트남「형사절차법」은 2015. 11. 27에 개정되었고, 2018. 1. 1에 발효된 법률을 가리키고,[224] 말레이시아「형사절차법」은 2018. 10. 1까지의 개정사항이 반영된 법률을 뜻하며,[225] 캄보디아「형사절차법」은 '2007년 영어 번역본'과[226] '2008년 영어번역본'을[227] 기초로 하였다.

[표 5-3] 베트남, 말레이시아, 캄보디아의 수사상 압수·수색 및 검증규율방식

베트남 「형사절차법」	말레이시아 「형사절차법」	캄보디아 「형사절차법」
제1편 총칙 제1장 규율범위, 본 법의 목적 및 효력 제2장 기본원칙 제3장 절차개시 권한을 가진 기관과 사람 제4장 절차 참여자	**제1편 서조(序條)** **제2편 형사법원에 관한 규정** **제3편 총칙** **제4장[229] 체포, 도주자 재체포** 제16조 체포될 자가 들어간 곳의	**제1권 형사소송과 민사소송** **제2권 형사소추, 신문 및 수사를 담당하는 기관** **제3권 경찰에 의한 수사** **제1편 총칙**

224) 베트남 형사소송법의 영어 번역본 (https://vanbanphapluat.co/law-no-101-2015-qh13-criminal-procedure-code, 2019년 12월 1일 최종검색).
225) 말레이시아 형사소송법 (http://www.agc.gov.my/agcportal/index.php?r=portal2/lom&menu_id=b21XYmExVUhFOE4wempZdE1vNUVKdz09, 2019년 12월 1일 최종검색).
226) 캄보디아 형사소송법 2007년 영어 번역본 (https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814242.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색).
227) 캄보디아 형사소송법 2008년 영어 번역본 (https://www.cncc.gov.kh/userfiles/image/download/Laws-Code%20of%20Criminal%20Procedure%20.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색).

베트남 「형사절차법」	말레이시아 「형사절차법」	캄보디아 「형사절차법」
제5장 범죄피해자와 소송당사자의 정당한 권리 및 이익의 보호 제6장 증명과 증거 제7장 예방적 그리고 강제적조치들 제8장 사건 파일, 절차 문서, 기한 및 절차경비 **제2편 기소 및 수사** 제9장[228] 기소 제10장 수사에 관한 총칙 제11장 혐의사실의 확정 및 신문 제12장 증인, 범죄피해자, 민사원고, 민사피고 및 이해관계인의 진술과 사건 관련 의무, 대면조사 및 신원확인 **제13장 수색, 압수 그리고 문서와 물건의 압수** 제192조 신체, 주거지, 직장, 지역, 차량, 문서, 물건, 우편, 전신, 소포 및 전자적 데이터 수색의 정당성 요건 제193조 수색영장 발부권한 제194조 신체수색 제195조 주거지, 직장, 지역 및 차량 수색 제196조 전자정보저장장치와 데이터의 압수 제197조 우편 또는 원거리통신서비스 제공자의 구내에 있는 우편, 전신 및 소포의 압수 제198조 수색 중 문서 및 물건의 압수 제199조 압류, 압수 또는 봉인된 차량, 문서, 물건, 전자정보, 우편, 전신, 소포의 보관책임 제200조 수색, 압류 및 압수 영장을 발부하고 집행하는 자의 책임 **제14장 현장검증, 부검, 신체상 흔적의 조사, 실험수사** 제201조 현장검증 제202조 부검 제203조 신체상 흔적의 조사 제204조 실험수사	수색 제17조 수색영장에 기해 수색되는 곳에서의 신체수색 제19조 불필요한 제한조치의 금지 및 여성에 대한 수색의 방법 제20조 체포된 자에 대한 신체수색 제20A조 사람 수색에서의 절차 제21조 위험한 무기를 압수할 권한 제22조 성명과 주소를 위한 사람 검색 **제6장 문서 및 자료/물건의 생성을 강제하기 위한 제도 그리고 불법하게 구금된 자를 발견하기 위한 제도** 제51조 문서 및 물건의 생성을 위한 소환 제52조 우편물 등에 관한 절차 제53조 제34조 내지 제37조의 준용 **수색영장** 제54조 수색영장이 발부되는 경우 제55조 영장을 통해 수색을 제한할 권한 제56조 치안판사는 범죄증거를 수색할 권한을 부여하는 영장을 발부할 수 있다 제57조 수색영장의 형식 제58조 불법하게 구금된 사람의 수색 제59조 폐쇄된 공간 소유자·점유자의 수색을 용인할 의무 제60조 수색영장을 발부하는 치안판사는 수색집행에 참여할 수 있다 제61조 수색현장의 치안판사는 수색에 대해 지시할 수 있다 제62조 영장 없는 수색 제62A조 위조동전의 몰수 제62B조 위조통화의 몰수 제63조 약식승인에 의한 수색 제64조 압수목록의 작성 및 서명 제65조 수색현장에 참여할 점유	**제2편 현행범의 수사** **제1장 중죄 및 경죄의 현행범** **제2장 수사조치들** 제91조 수색 제92조 압수 **제3편 1차수사**[230] 제112조 예비수사에 적용되는 규정들 제113조 수색 제4편 압수된 물건의 환부 제119조 환부 명령권 제120조 환부 **제4권 예심판사에 의한 수사** **제1편 예심판사** **제1장 총칙** **제2장 예심판사에 의한 수사** 제1절 예심수사의 통지 제2절 혐의자 신문 제3절 민사당사자에 대한 신문 제4절 증인신문 제5절 수색 및 압수 제159조 수색의 규칙 제160조 압수 제161조 예심판사에 의한 환부 제6절 전문가 감정 제7절 전기통신감청 제8절 수사위임

베트남 「형사절차법」	말레이시아 「형사절차법」	캄보디아 「형사절차법」
	자 **제4편 범죄의 예방** **제5편 범죄신고 및 경찰의 수사권한(제12장)** 제116조 경찰관에 의한 수색 제116A조 영장 없는 수색과 압수 제116B조 전자화된 데이터에 대한 접근 제116C조 전기통신감청 및 전기통신감청을 통해 획득한 증거의 사용	

사회주의 베트남 공화국은 「형사절차법」 "제3편 총칙"에서 형사절차 전체에 적용되는 사항들에 대해서만 규정하고, "제2편 기소 및 수사"를 통해 수사절차에 대해 먼저 규율하고 있기에 수사상 수색·압수 및 검증에 관한 규정들에서 준용에 관한 조항이 없다.

영국의 식민지였던 말레이시아의 「형사절차법」은 영국법의 영향을 강하게 받았다. 말레이시아는 「형사절차법」 "제1편 총칙"의 제4장에서 체포시의 수색에 대해 자세히 규율하고 있고, 제6장에서 수색영장의 형식 등에 대해 자세히 규정하고 있다. 그리고 제5편 제116조에서는 제51조에 따른 자료제출명령에 응하지 않을 것으로 여겨지는 자가 소유하는 문서 등에 대한 수색권한 그리고 제116A조에서는 안보범죄 및 조직범죄에서의 영장 없는 수색권한을 규정하고 있다. 말레이시아 「형사절차법」에서 수색·압수와 관련하여 우리 「형사소송법」 제219조와 유사한 포괄적 준용규정으로는 제53조가 있는데, 제51조 내지 제53조는 자료제출명령에 대해 규율하면서 소환과 관련하여서만 제53조를 통해 4개 조(條)를 준용하고 있다. 프랑스의 식민지였던 캄보디아는

228) 베트남 형사절차법에서 장(章)번호는 편(編)마다 새로이 시작하는 것이 아니라, 앞의 편(編)에 이어서 시작한다.

229) 말레이시아 형사절차법에서도 장(章)번호는 앞의 편(編)에서의 장(章) 번호에 이어서 시작한다.

230) 캄보디아 형사절차법 제122조에 의하면 중죄의 경우 예심판사에 의한 수사가 의무적이지만, 경죄에서는 임의적으로 실시된다. 영어 번역본에서는 경찰·검찰에 의한 수사를 'primary investigations' 또는 'preliminary inquiry'로 번역되고 있는데, 여기서는 '1차수사'로 번역한다.

프랑스법의 영향을 크게 받았기에 캄보디아 「형사절차법」 또한 프랑스 「형사절차법」과 유사한데, 캄보디아 「형사절차법」상의 수색·압수에 관한 규정들에서는 준용방식을 통해 규율하고 있는 사항이 없다.

베트남은 사회주의 국가임에도 불구하고 형사절차의 흐름에 따라 수사절차에 대해 규율하고 있고, 준용방식을 통해 수사상 수색·압수 및 검증을 규율하지는 않는다. 말레이시아는 영국법의 영향을 강하게 받은 형사절차제도를 채택하고 있지만, 영국과 달리 단행 「형사절차법」을 통해 형사절차의 흐름에 따라 형사절차를 규율하면서 수사상 수색·압수에 대해서도 독자적인 규정을 통해 상세히 규율하고 있지, 우리 「형사소송법」 제219조와 같은 포괄적 준용규정을 두지 않고 있다. 캄보디아는 프랑스 「형사절차법」을 모범으로 하면서도 프랑스에 비해 더욱 더 준용방식을 통한 규율 없이 수사상 압수·수색에 대해 규정하고 있다. 베트남, 말레이시아 그리고 캄보디아가 우리보다 경제적 후진국이고, 형사절차법의 규율내용과 형사절차제도의 실제적 운용은 우리보다 민주적이라고 할 수 없을지 몰라도, 형사절차법의 편장체계 그리고 형사절차의 규율방식만 가지고 본다면 결코 우리보다 법적 후진국이라고 할 수 없다. 나아가 말레이시아와 캄보디아는 식민지배의 경험으로 인해 각각 영국법과 프랑스법의 영향을 강하게 받았지만, 편장체계와 규율방식 측면에서는 영국법과 프랑스법에서 부족한 부분을 개선·보완한 형사절차법을 만들기 위해 노력하였다는 것을 알 수 있다. 이에 비해 우리나라는 제219조를 통해 잘 알 수 있듯이, 편장체계와 규율방식에서 일본 「형사소송법」을 그대로 따른 제정 「형사소송법」을 60여년이 넘은 지금에도 그대로 유지하고 있다. 제219조 포괄적 준용규정이 가지는 문제점을 생각하면 (이에 대해서는 아래에서 상세히 서술함) 이것은 어떠한 이유로도 합리화될 수 없는, 우리가 「형사소송법」 제정 당시에 계수하지 말았어야 할 일제 식민치하의 잔재일 뿐만 아니라, 현재 「형사소송법」 또는 형사절차법 분야에서의 전세계적 시대조류에 역행하는 것이다.

나. 명확성 원칙 위반의 소지

「형사절차법」 또는 「형사소송법」은 시민의 기본권을 제한하는 가장 대표적인 기본권 제한 법률이다. 공권력 행사와 관련되는 모든 법률에서 공권력 행사자는 그 법률이 예정하고 있는 당연한 수범자이다.[231] 따라서 형벌권이라는 공권력의 행사에 관한

절차를 규정하고 있는 기본권 제한법인 형사절차법에서 형사소추(형벌권의 행사)를 담당하는 경찰, 검찰 및 법원은 당연히 동법률의 수범자이고, 동법률에 의해 기본권을 제한당하는 일반 시민들 또한 동법률의 수범자이다. 그렇기에 헌법상의 명확성 원칙에 의해 형사절차법의 제 규정은 일반 시민들이 국가의 형벌권 행사와 관련하여 어떠한 절차·방법 등에 의해 자신의 기본권이 제한될 수 있고, 형사절차에서 자신의 기본권이 부당하게 침해된 경우 어떠한 권리구제제도가 인정되는지를 명확히 알 수 있도록 기술되어져야 한다.[232] 명확성 원칙에 의하면 조문에서 사용되는 용어 또는 자구의 명확성만으로 충분한 것이 아니라 규율내용이 명확해야 한다.[233] 그러나 제219조 포괄적 준용규정을 통한 규율방식은 이러한 명확성의 원칙에 합치한다고 보기 어렵다.

현재 수사상 압수·수색 및 검증의 경우 독자적인 조문은 사실상 5개뿐이고, 제219조 및 제220조에 의해 광범위하게 공판상 수색·압수 및 검증에 관한 규정이 준용되고 있는데, 준용되는 규정들은 모두 압수·수색 및 검증과 관련하여 중요한 사항을 규율하는 조항들이다. "준용"이라는 용어를 쉽게 이해하지 못하는 시민들이 있을 수도 있다는 문제는 차치하고, 보통의 시민들일지라도 현재의 「형사소송법」을 보고서는 수사상 압수·수색 및 검증제도가 어떤 모습을 띄고 있는지를 알기 힘들다. 포괄적 준용규정을 통한 규율로 인해 제215조 내지 제220조만 보아서는 수사상 압수·수색 및 검증제도의 모습을 전혀 파악할 수 없고, 준용되는 규정을 일일이 확인하여 준용되는 규정에서 사용되는 용어도 수사단계에 맞게 변경하여야(예컨대 법원 → 검사; 피고인 → 피의자; 관할법원 → 영장발부법관 등) 하는데, 일반 시민들이 현행 「형사소송법」만 보면서 이러한 작업을 온전하게 할 수 있을 것이라고 기대할 수 없기 때문이다.[234] 법학을

---

231) 공권력의 행사·불행사와 관련되지 않는 법률이 있는지는 의문이다.

232) 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바27 결정: "법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법 집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법 해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다."

233) 헌법재판소 2005. 6. 30. 2002헌바83 결정; 헌법재판소 2011. 11. 24. 2010헌바254 결정 등: "법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로 결국 당해 법률조항이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다."

234) 이동희, "형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 - 일본 형사소송법에 대한 비교 검토를 포함하여 -", 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019, 11~13면

전공하는 학생들도 이러한 작업을 익숙하게 하기까지는 시간을 필요로 한다. 이러한 변환의 번거로움과 어려움은 2차에 걸쳐 준용이 이루어지고 있는 일부 사항의 경우 더욱 심화된다.[235] 이러한 조문 찾기 및 변환작업의 번거로움 및 어려움으로 인해 일반 시민들이 현행 포괄적 준용규정을 통한 규율방식 하에서는 수사상 압수·수색 및 검증의 대략적인 모습을 파악하는 것조차 쉽지 않은데, 심지어 일부 사항의 경우 변환작업을 온전히 하더라도 불명확한 부분이 있어서 규율내용을 명확히 파악하기 힘들기도 하다.

예컨대, 제106조 제2항은 "법원은 압수할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을 명할 수 있다"고 규정하고 있고, 제3항 및 제4항에 의하면 "법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 등을 압수할 수 있다. 정보를 제공받은 법원은 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다." 제107조 제1항은 "법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 우체물 또는 「통신비밀보호법」 제2조제3호에 따른 전기통신(이하 "전기통신"이라 한다.)에 관한 것으로서 체신관서, 그 밖의 관련 기관 등이 소지 또는 보관하는 물건의 제출을 명하거나 압수를 할 수 있다."고 규정하고 있다. 제215조에 의하면 수사단계에서 검사는 지방법원 판사가 발부한 압수·수색영장을 발부받아 압수·수색을 할 수 있는데, 제219조에 의해 제106조와 제107조는 수사상 압수·수색에 준용된다. 그런데 현행 「형사소송법」 제2편 제1장에는 수사단계에서의 자료제출명령의 상세 요건에 대한 규정이 없다. 법률전문가는 자료제출명령이 광의의 압수의 한 형태라는 것을 알기에 수사단계에서 검사가 자료제출명령을 하기 위해서는 법원의 승인 또는 허가를 받아야 한다는 것을 알 수 있을 것이다. 그러나 일반 시민이 위 두 규정에서 다행히 온전히 변환작업을 하여 '검사는' "압수할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을

참조.

235) 제115조 제2항에 의해 제83조(관할구역 외에서의 구속영장의 집행과 그 촉탁)는 공판상 압수·수색 영장의 집행에 준용되는데, 제115조 제2항은 제219조에 의해 수사상 압수·수색에 준용됨으로써 2차에 걸쳐 준용방식에 의해 규율되고 있다.

명할 수 있다" 그리고, '검사는 필요한 때에는 피의사건과' "관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 우체물 또는 「통신비밀보호법」 제2조제3호에 따른 전기통신(이하 "전기통신"이라 한다.)에 관한 것으로서 체신관서, 그 밖의 관련 기관 등이 소지 또는 보관하는 물건의 제출을 명하거나 압수를 할 수 있다."고 변환한 경우 제219조와 다른 규정들과의 관계까지 정확히 파악하여 위 두 규정이 수사단계에서 준용되는 경우의 구체적인 의미를 법률전문가와 같이 파악할 수 있는가? 현행 「형사소송법」상의 수사단계에서의 자료제출명령은 현행 법률이 법관의 승인·허가 등 상세요건에 대한 아무런 규정도 두지 않고 있다는 점에서 법률전문가의 시각에서 보더라도 불명확할 뿐만 아니라, 일반시민은 더더욱 그 구체적인 의미를 파악할 수 없다는 점에서 명확성 원칙에 반하는 것으로 보아야 한다. 이것은 제219조 포괄적 준용규정이 명확성 원칙에 반하는 것으로 보아야 하는 한 사유일 뿐이고, 이외에도 제219조에 의해 수사상 압수·수색 및 검증에서 불명확성이 초래되는 부분은 더 있을 수 있다.[236]

다. 수사단계와 공판단계의 차이에 대한 고려 미흡

공개의 원칙이 지배하는 공판단계와 달리 수사단계에서 수사활동은 어느 정도의 밀행성을 필요로 한다.[237] 게다가 공개의 원칙이 지배하는 재판단계에서보다 밀행성이 강조되는 수사단계에서 수사활동에 의한 기본권침해의 가능성이 더 높다. 그렇기에 기본권 제한의 강도가 강한 강제수사의 경우 영장주의가 적용되는 것이다. 수사활동과 재판활동의 이러한 차이점으로 인해 일부 사항의 경우 공판상 압수·수색·검증에 관한 규정이 수사상 압수·수색·검증에 그대로 준용될 수 없는데도 불구하고, 제219조는 공판상 압수·수색·검증에 관한 대부분의 규정을 그대로 수사상 압수·수색·검증에 준용하고 있다.

이미 앞에서 서술한 수사단계에서의 자료제출명령의 문제 즉, 현행 법률이 수사단계에서의 검사에 의한 자료제출명령의 상세요건에 대한 규정 없이 제219조를 통해 제106조 제2항과 제107조 제1항을 수사단계에 그대로 준용하고 있는 것은 한 예이다.

---

236) 수사상 압수·수색에서 참여권의 주체 문제가 그러한데, 이에 대해서는 후술한다.

237) 이완규, "디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법", 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015, 108면 참조.

또 다른 예로는 제219조가 제121조 및 제123조를 그대로 수사상 압수·수색에 준용하고 있는 것을 들 수 있다.

제121조에 의하면 공판상 압수·수색의 경우 검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있고, 제123조에 의하면 "압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다." 공판상 압수·수색의 경우 방어권 보장의 차원에서 피고인이 원한다면 피고인에게 참여권을 보장하고, 피고인의 참여권을 보장하기 위해서 피고인에게도 압수·수색의 집행 일시와 장소를 통지할 필요가 있다고 볼 수 있다.[238] 그러나 어느 정도의 밀행성이 필요한 수사상 압수·수색의 경우 피의자가 피압수·수색자가 아니라면 피의자가 원한다고 하여 반드시 피의자에게 참여권을 보장해야 하는 것은 아닐 것이며, 따라서 피의자 아닌 제3자를 대상으로 압수·수색을 하는 경우 피의자에게 반드시 통지해야 하는 것도 아니다.[239] 그럼에도 불구하고 제219조는 제121조 및 제123조를 그대로 수사상 압수·수색에 준용하고 있다.

제219조에 의해 제121조 및 제123조가 그대로 수사상 압수·수색에 준용되고 있는 것은 수사상 압수·수색에서 피의자가 언제나 참여권을 가지는지에 대해서도 불명확성을 초래하고 있다는 점에서 명확성원칙과도 부합하지 않는다. 제219조는 제121조를 수사기관에 의한 압수·수색에 그대로 준용하고 있는데, 수사단계에서의 압수·수색에 피압수자를 참여토록 하는 것은 부적법한 압수·수색으로 인해 침해될 수 있는 피압수자의 프라이버시권 및 재산권을 보장하기 위한 것이지, 절차당사자의 지위에서 피압수자에게 수색·압수에의 참여권을 인정하는 것이 아니다.[240] 이러한 이유로 현행 「형사소송법」은 제123조, 제129조 및 제219조를 통해 수사단계에서의 수색·압수의

---

238) 이완규, "디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법", 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015, 106~107면.

239) 이완규, "디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법", 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015, 107~108면; 김혁, "제3자 보관 정보에 대한 압수·수색영장의 집행과 적정절차", 형사정책연구 제29권 제1호, 한국형사정책연구원, 2018, 92~93면; 서태경, "형사소송법 제106조 제3항 단서에 따른 수사기관의 압수에 관한 검토 – 피의자·변호인의 참여권을 중심으로 –", 법학논총 제39권 제3호, 단국대 법학연구소, 2015, 185~188면.

240) 이완규, "디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법", 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015, 108면.

경우, 수색장소의 책임자, 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 자에게 참여권을 보장하도록 하고 있고, 압수물의 소유자, 소지자, 보관자 또는 이에 준할 자에게 압수목록을 교부하도록 하고 있다. 따라서 피수색·압수 당사자란 제123조에서 의미하는 수색장소의 책임자, 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 자 또는 제129조에서 의미하는 압수물의 소유자, 소지자, 보관자 또는 이에 준하는 자이지, 이러한 자에 해당하지 않는 피의자는 피압수자라고 할 수 없다. 피의자가 위와 같은 자에 해당한다면 피압수자의 지위에서 압수·수색에의 참여권을 가지는 것으로 보아야 하지, 피의자의 지위에서 참여권을 가진다고 할 수는 없다.[241] 그런데도 우리 판례는[242] 피압수자의 압수·수색에의 참여권의 근거규정으로 제123조, 제129조 및 제219조를 들지 않고, 부적절하게 제121조를 피압수자 참여권의 근거규정으로 들고 있다.[243] 대법원조차 부적절한 근거규정을 제시하면서 '압수·수색 집행시에 피의자나 변호인에게 참여권을 보장해야 한다'고 설시하여 마치 피의자에게 일반적으로 참여권을 보장해야 하는 것처럼 판시하고 있는 것에서 알 수 있듯이, 제219조 포괄적 준용규정은 일반시민에게만 불명확성을 초래하는 것은 아니다.

라. 수색과 압수의 선후관계

수색과 압수의 대상은 상이할 뿐만 아니라 그 목적도 상이하기에 일반적으로 수색과 압수가 일련의 연속된 과정으로 이루어질지라도 개념상 수색과 압수는 구분되어야 한다. 수색은 압수물을 발견하기 위해서 압수할 물건(즉, 증거물 또는 몰수물)이 있을 것으로 예상되는 사람의 신체, 물건, 주거 기타 장소를 탐색하는 것이다.[244] 반면에

---

241) 이러한 점에서 제129조가 제121조를 수사기관의 수색·압수에 그대로 준용토록 하고 있는 것이 적절한지 의문이다.

242) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체 결정("형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다)나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고"); 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결("형사소송법 제219조, 제121조에 의하면, 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때 피의자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다. 압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 이를 제출받아야 하고, 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하여야 한다. 만약 그러한 조치를 취하지 않았다면 이는 형사소송법에 정한 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 것이다.")

243) 이러한 비판에 대해 상세히는 이완규, "디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법", 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015, 106-109면.

압수는 수색을 통해 압수할 물건을 발견한 경우 그 물건의 점유를 취득하는 행위를 말한다. 나아가 수색이 제한되는 경우와 압수가 제한되는 경우가 동일하다고 볼 수는 없다.[245] 논리적으로 수색은 압수에 선행하는 활동이다.[246] 그런데 우리 「형사소송법」은 제10장에서 장의 제목도 "압수와 수색"이라고 하고 있고, 압수에 관한 조문을 대부분 수색에 관한 조문보다 앞에 위치시키고 있을 뿐만 아니라, 조문을 기술함에서 있어서도 "압수·수색영장", "압수 또는 수색을 함에는", "압수 또는 수색을 할 수 없다." 등과 같이 마치 압수 후에 수색이 이루어지는 듯한 표현을 일반적으로 사용하고 있다.[247] 그리고 이러한 대부분의 규정들이 제219조에 의해 수사상 수색·압수에 그대로 준용되고 있다. 이러한 이유로 수사상 수색·압수도 공판상 수색·압수의 규율순서에 따라 압수 및 수색의 순으로 이해되고 있고, 문헌에서도 '수색·압수'라는 표현 대신에 '압수·수색'이라는 표현이 일반적으로 사용되고 있다.

비교법적으로 살펴보면,[248] 독일, 스위스, 영국, 프랑스, 일본, 베트남, 말레이시아 및 캄보디아 「형사소송법」 또는 「형사절차법」 중에서 일본 「형사소송법」만 '압수 및 수색'이라고 하고 있고, 다른 나라 「형사절차법」은 모두 '수색 및 압수'라고 한

---

244) 프랑스 형사절차법 제94조는 수색이 압수할 물건을 발견할 목적으로 행해지는 활동이라는 것을 명시적으로 규정하고 있다.

245) 군사상 비밀을 요하는 장소는 그 책임자의 승낙 없이는 압수 또는 수색할 수 없는데 반해(제110조 참조), 공무원 또는 공무원이었던 자가 소지 또는 보관하는 물건에 관하여는 본인 또는 그 해당 공무소가 직무상의 비밀에 관한 것임을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 당해 감독관공서의 승낙 없이는 압수하지 못하고(제111조 참조), 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다(제112조 참조). 이를 근거로 수사기관은 공무상 비밀과 업무상 비밀의 경우 수색을 통해 정보를 획득하는 것은 가능하지만 정보를 압수할 수는 없다고 하는 오기두, "주관적 관련성 있는 전자정보만의 수색·검증, 압수", 사법 제28호, 사법발전재단, 2014, 214면 이하 참조.

246) 물론, 수색과정에서 일부 압수물이 발견되면 그 물건을 압수 한 후에 계속 수색이 진행된다는 점에서 전체 수색과정 중에 일부 개별 압수물에 대한 압수가 이루어질 수도 있다. 그리고 임의제출물과 같이 수색 없이 압수만 이루어지는 경우도 있을 수 있다. 그러나 이를 두고 압수와 수색은 상호 반복적으로 이루어진다고 할 수는 없을 것이다. 수색과 압수의 선후관계가 어떻게 되는가의 문제는 일반적인 차원에서 개개 압수물을 기준으로 논리적으로 살펴볼 때 선후관계가 어떻게 되는가의 문제이고, 이러한 관점에서 보면 압수가 수색에 선행될 수도 있다고 할 수는 없다.

247) 우리 「형사소송법」은 제1편 제9장 내지 제11장에서 기본권제한의 강도가 강한 강제조치부터 먼저 규율하고 있기에 제10장의 장제목을 "압수와 수색"이라고 하고 있는 것을 완전히 이해할 수 없는 것은 아니다. 그러나 개별 규정에서조차 "압수·수색을 할 수 있다" 등과 같이 마치 압수 후에 수색이 이루어지는 것처럼 기술하고 있는 것은 명백히 잘못된 것이다.

248) 앞의 "1) 외국의 압수·수색 및 검증 규율방식과의 비교" 부분의 표 참조.

다.[249] 수색과 압수에 관한 규정의 편제를 보면 독일의 경우 우리나라와 마찬가지로 압수의 대상, 절차 등 압수에 관한 일부 규정 뒤에 수색에 관한 규정이 위치하고, 다시 압수의 집행, 압수물의 환부 등 압수에 관한 규정이 나타난다. 반면에 스위스는 수색과 압수를 각각 독립된 장으로 규율하면서 압수보다 수색에 대해 먼저 규율하고 있다. 영국과 프랑스는 수색과 압수를 함께 규율하고 있지만, 개별 규정에서 수색 위주로 규정하면서 수색 후에 압수가 이루어진다는 것을 명확히 하고 있다. 일본 「형사소송법」은 제1편 제9장에서 장(章)제목도 "押収及び捜索(압수 및 수색)"이라고 하고 있고, 개별 규정에서도 "압수·수색을 할 수 있다."고 표현하면서도 영어 번역본에서는 "search and seizure"로 번역하고 있다.

일본 「형사소송법」의 영향을 받아 "압수 및 수색", "압수·수색을 할 수 있다" 등과 같이 수색과 압수의 선후관계를 역전시키는 듯한 표현이 우리 「형사소송법」뿐만 아니라 문헌에서 일반적으로 사용되고 있는 것의 문제점은 우리 「형사소송법」 제106조 제3항이 유·무관정보가 혼재된 저장매체 원본을 반출하는 것을 "압수"라고 하고 있는 것 그리고 이로 인해 전자정보의 획득을 목적으로 하는 수색·압수에서의 압수 시점 또는 압수 종료시점에 대한 견해의 차이가 있는 것에서 명확히 드러난다.

유체물과 달리 전자정보의 경우 비가시성으로 인해 저장된 내용을 보지 않는 한 유·무관 정보를 선별할 수 없다. 그렇다면 전자증거(디지털증거 또는 전자정보)의 획득을 목적으로 하는 수색·압수의 경우 압수할 필요가 있는 전자정보가 저장되어 있는 것으로 여겨지는 저장매체를 찾아내는 행위는 저장매체라는 물건 자체를 수색하는 행위이고, 저장매체에 저장된 파일이 유관정보인지 아니면 무관정보인지를 판단하기 위해 저장매체에 저장된 파일을 열어보는 행위 또한 저장매체라는 물건의 내용을 수색하는 행위로 보아야 한다. 이는 증거물로 기능할 수 있는 책이나 문서, 서류 자체를 찾아내는 행위가 수색이고, 그 책이나 문서, 서류가 유관내용을 포함하고 있어서

249) 프랑스 형사절차법 제2편 제3장 제1절의 제목은 "Des transports, des perquisitions et des saisies(현장검증, 수색 및 압수)"이고, 개별 규정에서 수색 및 압수에 관한 규정을 지칭할 때에도 "제56조 내지 제62조에 규정된 조치들에 따라"라고 하여(예컨대 제74-2조 참조) 수색 및 압수의 선후관계를 분명히 하고 있다. '2011년 법무부 번역본'에서 프랑스 형사절차법 제2편 제3장 제1절의 제목을 '현장검증, 압수 및 수색'이라고 번역하고, 제74-2조에서 '제52조 내지 제62조의 압수·수색·검증을 할 수 있다'고 번역하고 있는 것은 우리나라에서 관용화된 표현 방식을 따른 것이다.

압수할 물건인지 여부를 판단하기 위해 책, 문서 및 서류의 내용을 살펴보는 것도 수색에 해당하는 것과 다르지 않다. 그렇다면 유·무관 정보가 혼재된 것으로 여겨지는 저장매체의 내용을 현장에서 상세히 살펴볼 수 없어서 저장매체 자체를 반출하는 행위는 압수인가, 아니면 수색인가? 유·무관 정보가 혼재된 저장매체를 반출하였기에 즉, 유·무관정보의 선별이 완료되지 않았기에 여전히 수색 과정에 있는 것으로 보아야 하고, 유·무관정보가 혼재된 저장매체의 내용을 상세히 살펴보고 유관정보만을 출력하거나 복제한 경우에 압수집행이 종료된 것으로 보아야 한다. 이는 현재의 전자정보 수색·압수의 실무와도 합치하는 것이다. 현재 수사기관은 현장에서 유·무관정보의 선별활동을 할 수 없어서 유·무관정보가 혼재된 것으로 여겨지는 정보저장매체 자체를 대검 디지털포렌식센터로 반출한 경우 피압수자를 참여시킨 상태에서 먼저 이미징을 통해 정보전체를 복제한 후 정보저장매체를 피압수자에게 반환하고, 복제본에서 유·무관정보를 선별한다. 즉, 유·무관정보가 혼재된 정보저장매체 자체를 반출하는 것은 전체 이미징 복제본을 만들기 위해서 일시적으로 정보저장매체를 소지하는 행위 또는 일시적으로 정보저장매체를 보전하는 행위이지, 압수와 같이 정보저장매체에 대한 점유를 수사·재판의 목적이 달성될 때까지 취득하는 것이 아니다. 즉, 유·무관정보의 선별 없이 유·무관정보가 혼재된 정보저장매체를 반출하는 행위는 진정한 의미에서의 압수라고 할 수 없다.[250] 그럼에도 불구하고 제106조 제3항은 유·무관정보가 혼재된 정보저장매체를 반출하는 행위를 가리켜 "압수"라고 하고 있고, 판례 또한 유·무관정보의 선별이 없는 한 압수는 종료되지 않았다고 하면서도 유·무관정보의 선별 없이 저장매체를 반출하는 행위를 제106조 제3항의 문언에 따라 "압수"라고 하고 있다. 논리적으로 수색은 압수에 선행하는 활동이고, 유관정보 여부에 대한 수색이 완료되지 않았는데 어떻게 압수가 있을 수 있는가?

저장매체 자체의 반출을 압수라고 할 수 없는데도 불구하고 제106조 제3항에서 압수라고 하고 있는 것은 한편으로는, 저장매체라는 물건을 일시적으로 소지하는 것은 압수와 외관상 유사할 뿐만 아니라 압수의 대상은 물건에 한한다는 사고를 그대로 유지한 채[251] 전자정보의 획득을 목적으로 수색·압수를 규율하고자 하였기 때문에

250) 판례가 제106조 제3항의 문언에 따라 저장매체를 반출하는 행위를 '압수'라고 하면서도 저장매체 반출 후 유·무관정보를 선별하는 행위를 '수색의 일종'이라고 하고 있는 것은 저장매체 반출행위가 진정한 의미에서의 압수가 아님을 판례도 인정하고 있는 것이다.

그러한 것이라고 볼 수 있고, 다른 한편으로는 '압수·수색'이라는 표현이 일반적으로 사용되고 있는 현상에 기인하는 측면도 있는 것으로 보인다. 유·무관 정보가 혼재된 정보저장매체를 반출하는 행위는 본래적 의미에서의 압수가 아닐지라도 외관상 압수와 비슷하고, 제106조 제1항에 의하면 압수의 대상은 물건에 한정되기에 정보저장매체 반출을 압수라고 하더라도 큰 문제가 없을 것이라는 생각에서 압수라고 표현한 듯하다.

일부 견해는 제106조 제1항이 압수대상을 물건으로 한정하고 있고, 제106조 제3항이 유·무관정보가 혼재된 저장매체를 반출하는 행위를 압수라고 표현하고 있는 것을 근거로 우리 「형사소송법」은 압수의 대상을 물건으로 한정하고 있기에 정보저장매체 반출 시에 압수는 종료된 것으로 보아야 하고, 반출 후의 유·무관정보 선별은 압수 후의 증거분석에 해당하므로 피압수자에게 참여권을 보장할 필요가 없다고 한다.[252] 반면에 판례는 압수는 피의사건과 관련성을 가지는 것에 한해 인정되므로 유·무관 정보의 선별이 있기 전까지 압수는 이루어지지 않은 것 또는 종료되지 않은 것이라는 입장을 취하고 있다.[253] 압수 시점 또는 압수 종료시점에 대한 판례와 특히, 검사들에

---

251) 현행법상 압수의 대상은 물건에 한한다는 견해는 전승수, "디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행-대법원 2011. 5. 11.자 2009모1190 결정-", 법조 통권 670호, 사법발전재단, 2012, 252~253면; 김성룡, "전자정보에 대한 이른바 '별건 압수·수색'", 형사법의 신동향 통권 제49호, 대검찰청, 2015, 149~150면; 이완규, "디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 범위 밖의 별건 증거 압수 방법", 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015, 103~104면; 김영규, "미국연방대법원의 "휴대폰에 저장된 개인정보 보호"에 대한 판결의 의의", 형사정책연구 제25권 제4호, 한국형사정책연구원, 2014, 264면; 반면에 이미 현행법상으로도 전자정보 자체가 압수의 대상으로 인정되고 있다는 견해는 이순옥, "디지털증거의 압수수색절차에 대한 비판적 고찰", 중앙법학 제20권 제3호, 중앙대 법학연구소, 2018, 171~172면; 이숙연, "전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 대하여 - 대법원 2009모1190 결정에 대한 평석을 중심으로 한 연구", 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012, 21~22면; 최윤정, "전자정보 압수수색에 적용되는 영장주의 원칙과 그 예외에 관한 법적 검토 - 휴대폰 등 모바일 기기를 중심으로", 저스티스 통권 제153호, 한국법학원, 2016, 113~117면(현행법상으로도 정보 자체가 압수의 대상이 될 수 있지만, 보다 명확히 하기 위해서 정보가 압수의 대상이 된다는 것을 명시적으로 규정할 필요가 있다고 함).

252) 이완규, "디지털 증거의 압수·수색 개념 및 증거능력 요건", 형사재판의 제문제 7권(차한성 대법관 퇴임기념 논문집), 사법발전재단, 2014, 331-332면; 박혁수, "디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점", 형사법의 신동향 통권 제44호, 대검찰청, 2014, 83면 이하; 전승수, "디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행-대법원 2011. 5. 11.자 2009모1190 결정-", 법조 통권 670호, 사법발전재단, 2012, 254면 참조.

253) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체 결정; 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결(이 판결은 2011모1839 전원합의체 결정을 따르면서도 키워드 검색 또는 확장자 검색을 한 경우 유·무관정보의 선별 즉, 압수를 위한 선별이 있는 것으로 보아 압수가 종료된 것으로 보아야 한다고 하고 있음).

의해 주장되고 있는 앞의 견해 간의 대립은 1차적으로는 우리 「형사소송법」 제106조 제3항 단서가 유·무관정보가 혼재된 저장매체를 반출하는 행위를 진정한 의미에서의 압수로 볼 수 없음에도 불구하고 "압수"라고 하고 있는 것에 기인한다. 그러나, 이러한 입법적 오류가 발생한 것은 우리 「형사소송법」이 수색과 압수의 선후관계를 명확히 하면서 수색과 압수를 규율하지 않고 있다는 점, 이러한 규율방식이 제219조 포괄적 준용규정에 의해 수사단계에서의 수색·압수에도 이어지고 있다는 점에 근본적인 원인이 있다고 할 수 있다.

3. 포괄적 준용으로 인한 문제점 개선방안

가. 제219조 삭제 및 최대한 준용방식 자제

위에서 언급한 문제점을 개선하기 위해서는 제219조를 삭제하고, 준용되는 규정들을 수사상 수색·압수 및 검증에 맞게 용어도 변환하여 독립된 조문으로 풀어서 규정하여야 한다. 이렇게 하더라도 현재 2차에 걸쳐 준용되는 규정들의 경우(제219조 및 제114조 제2항에 의해 준용되는 제75조 제2항과 제219조 및 제115조 제2항에 의해 준용되는 제83조가 그러함) 여전히 준용방식에 의하여 규율될 수 있는데, 굳이 준용방식을 취할 필요가 있는지를 판단하여 최대한 준용방식을 취하지 않는 것이 적절하다. 제219조 및 제114조 제2항에 의해 준용되는 제75조 제2항은[254] 수색·압수의 대상자 특정에 관한 것으로 아주 중요한 사항 즉, 기본권 제한에 관한 중요한 사항이다. 반면에 제219조 및 제115조 제2항에 의해 준용되는 제83조는[255] 관할구역 외에서의 수색·압수영장의 집행 및 집행촉탁에 관한 것으로 기본권의 제한에 직접적으로 영향을

254) 제75조(구속영장의 방식) ① 구속영장에는 피고인의 성명, 주거, 죄명, 공소사실의 요지, 인치구금할 장소, 발부년월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다.
② 피고인의 성명이 분명하지 아니한 때에는 인상, 체격, 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항으로 피고인을 표시할 수 있다.
③ 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때에는 그 주거의 기재를 생략할 수 있다.

255) 제83조(관할구역 외에서의 구속영장의 집행과 그 촉탁) ① 검사는 필요에 의하여 관할구역 외에서 구속영장의 집행을 지휘할 수 있고 또는 당해 관할구역의 검사에게 집행지휘를 촉탁할 수 있다.
② 사법경찰관리는 필요에 의하여 관할구역 외에서 구속영장을 집행할 수 있고 또는 당해관할구역의 사법경찰관리에게 집행을 촉탁할 수 있다.

미치는 사항이라기보다는 검사 및 사법경찰관리의 업무촉탁에 관한 것이다. 전자의 경우 준용방식을 취하기보다는 직접 풀어서 기술하는 것이 적절하고, 후자의 경우 준용방식을 취할 수도 있을 것이다. 이와 같이 준용되는 규정이 수사방법에 관한 중요한 사항이고, 기본권 제한과 직접 관련되는 사항인지 아니면 수사기관 내부의 업무분담 등 기본권 제한과 직접 관련되는 사항이 아닌지 여부는 준용방식을 통해 규율할 것인지를 판단하는 한 기준이 될 수 있다. 한편, 수사기관 내부의 업무분담 등 기본권 제한과 직접 관련되지 않는 사항을 준용방식을 취하지 않고 풀어서 기술하더라도 준용되는 조문을 적절히 줄여서 기술하든지, 준용되는 조문을 준용하는 조(條)에서 독립된 항으로 편제할 것이 아니라 준용하는 조문에 적절히 삽입시키는 방식을 취하면 조문이 그리 길어지지 않는다. 따라서 기본권 제한과 직접 관련이 없는 사항일지라도 준용방식을 통한 규율은 최대한 자제하는 것이 적절하다.

나. 수색·압수와 검증을 구분하여 독립된 장으로 규율

검증은 사람의 신체, 장소, 물건의 성질이나 형상을 오관의 작용을 통해 인식하는 활동으로 원칙적으로 영장에 의해야 하는 강제수사에 해당한다. 검증은 신체 오관의 작용을 통해 인식 가능하다면 유체물, 무체물을 가리지 않고 검증의 대상이 될 수 있다.[256] 따라서 검증의 대상은 수색·압수의 대상과 동일하지 않고, 검증은 신체, 장소, 물건 등의 성질이나 형상을 인식하는 활동이라는 점에서 압수와는 개념상 구분된다. 이와 같은 이유뿐만 아니라 아래와 같은 이유로 검증은 수색·압수와 다른 독립된 장으로 편제하여 규율하는 것이 적절하다.

첫째, 비록 우리 「형사소송법」이 수사기관의 검증도 임의수사에 비해 기본권 제한의 강도가 크다고 보아 영장주의가 적용되는 강제수사의 한 유형으로 규율하고 있지만, 검증은 대표적인 강제수사(체포, 구속, 수색 및 압수 그리고 검증) 중에서도 상대적으로 기본권 제한의 강도가 약한 수사방법이라고 할 수 있다.[257]

둘째, 현행법상의 검증에 관한 규율은 불명확할 뿐만 아니라 매우 불충분하기에

256) 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2009, 193면.
257) 김정한, 실무형사소송법, 준커뮤니케이션즈, 2017, 319면. 물론, 이것은 모든 검증이 체포·구속이나 수색·압수에 비해 기본권 제한의 강도가 약하다는 의미는 아니다.

보다 더 상세히 규율할 필요가 있다. 예컨대 사체해부(부검)는 검증에서 규율되고 있는데, 현행법에서는 어떠한 경우에 유족의 동의가 없더라도 법원의 허가를 받아서 사체해부를 할 수 있는지에 대해서는 자세히 규정하고 있지 않다. 사체해부에 대해 가장 상세하게 규율하고 있는 법률은 「시체 해부 및 보존에 관한 법률」인데, 동법도 범죄수사를 위한 부검에 대해서는 자세히 규율하지 않고 있다.[258]

셋째, 신체 오관의 작용을 통한 인식활동을 뜻하는 검증은 수색·압수에 비해 그 범위가 더욱 포괄적이다. 따라서 수색·압수 또는 법관의 허가장을 발부받아서 행해야 할 '감정에 필요한 처분'과 유사한 성격을 가지는 수사활동뿐만 아니라[259] 수색·압수 또는 감정에 필요한 처분에 속하는 것으로 단정하기 어려운 기술적 수단을 이용한 수사방법을[260] 검증의 장(章)에서 상세히 규율할 수도 있다. 뿐만 아니라, 검증개념의 포괄성 또는 개방성으로 인해 새로운 과학기술을 이용한 수사방법이지만 수색·압수 또는 감정에 필요한 처분과 같은 기존의 전통적 강제수사방법에 포섭하기 어려운 수사방법이 등장하는 경우 '검증'의 장에서 함께 규율할 수도 있다. 이를 위해 '검증 및 기타 기술적 수단을 이용한 수사방법'이라는 장(章)을 만들어서 검증 등을 규율하는 방법을 생각해볼 수도 있다.

다. 수색·압수의 선후관계 명확화

수색과 압수는 일반적으로 일련의 과정으로 이루어지기에 수색과 압수를 동일한 장(章)에서 규율하되, 장(章) 제목을 "수색 및 압수"라고 하고, 개별 규정에서도 수색은 압수에 선행하는 활동이라는 것을 명확히 해야 한다. 다만 수색과 압수를 한 장(章)에서 함께 규율하는 방법에도 다음과 같은 여러 가지가 있을 수 있다. ① 현재 우리 「형사소송법」 제1편 제10장이나 독일 「형사절차법」 제1편 제8장처럼 일부 압수에 관한 규정들을 먼저 배치하고, 수색에 대해 규율한 후 다시 압수에 대해 규율하는 방식, ② 스위스 「형사절차법」처럼 수색에 대해 먼저 규율하고, 압수에 대해 규율하는

---

258) 검시제도 및 부검에 대해 우리나라는 거의 규율하지 않고 있는 실정이라고 하는 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 79면.

259) 현행 형사소송법에 의하더라도 사체해부는 검증의 형태로 할 수 있지만, 감정에 필요한 처분의 형태로 할 수도 있다(형사소송법 제173조 참조).

260) 현재 그 법적 성격이 논란이 되고 있는 강제채혈, 강제채뇨 등을 예로 들 수 있다.

방식, 그리고 ③ 영국이나 프랑스처럼 수색을 위주로 규율하면서 압수에 대해 함께 기술하는 방식. 수색은 압수할 물건을 발견하기 위한 활동이라는 점에서 수색의 목적, 압수의 대상이나 압수 금지·제한에 대해서만 먼저 규정하고 난 뒤, 영국이나 프랑스처럼 수색을 위주로 하면서 압수에 대해 함께 규정하고, 압수물 환부 등에 대해 자세히 규율하는 것이 적절해 보인다.

라. 수색·압수 그리고 검증의 장(章)의 위치

현재 우리 「형사소송법」은 제1편에서 공판상 강제조치의 경우 피고인 소환·구속 → 수색·압수 → 검증 → 증인신문 → 감정의 순서로 규율하고 있고, 제2편 제1심에서 강제수사의 경우 영장에 의한 체포/긴급체포 → 구속 → 현행범체포 → 수색·압수·검증 → 피의자 신문 → 참고인 신문의 순서로 규율하고 있다. 전체적으로 현재에는 기본권 제한의 강도가 큰 강제수사부터 임의수사의 순으로 규율하고 있는데, "제2편 수사" 부분을 신설하여 개개 수사방법의 순서를 수사절차의 흐름에 따라 규율한다면, 수색·압수는 통상 체포나 구속에 앞서서 이루어지는 경우가 많고, 검증은 다른 강제수사방법에 비해 상대적으로 기본권 제한의 강도가 약한 수사방법을 포함할 수도 있다는 점에서 피의자 신문과 참고인 신문을 앞에 배치하고, 이어서 수색·압수 및 검증의 장(章)을 둔 후, 마지막으로 가장 강한 구속에 대해 규율하는 것을 하나의 장기적 개편방안으로 고려할 수 있다.[261] 체포의 경우 프랑스와 같이 현행범 체포를 통상체포 및 긴급체포와 구분하여 현행범 체포를 앞에서 규율하는 방법을 생각해 볼 수도 있을 것이다.

한편 영장에 의하지 아니한 수색·압수 및 검증은 현재와 같이 수색·압수 및 검증에서 규율하기보다는 체포와 구속을 규율하면서 관련 규정에서 함께 규율하는 방안을 검토할 필요가 있다.

---

261) 한편, 독립된 수사절차법을 제정하여 제1장 총칙 → 제2장 수사의 개시 → 제3장 임의수사 → 제4장 압수와 수색 → 제5장 검증 → 제6장 체포 및 구속 → 제7장 송치와 이송 → 제8장 증거 → 제9장 수배와 공조의 순으로 규율할 것을 제안하고 있는 견해는 김면기, 수사단계 인권보호를 위한 수사절차법 제정연구, 치안정책연구소, 2018, 34면.

제3절 | 하위법령상 기본권 침해규정의 편입방안

법률에서 규율해야 할 필요가 있는 사항임에도 불구하고, 법률에서 규율되지 않거나 위임에 관한 근거도 없이 하위규범으로 규율되고 있는 사항들이 적지 않다. 이하에서는 수색·압수 및 검증 또는 기술적 수단을 이용한 수사방법과 관련하여 그러한 수사방법의 예를 몇 개 살펴본다.

경찰청예규 제495호「채증활동규칙」제1조는 "집회 또는 시위 현장 등에서 불법행위자의 증거자료 확보를 위해 채증활동에 필요한 기준을 마련하는 것을 목적으로 한다."고 하면서, 제2조 제1호에서 "집회 또는 시위 현장 등에서 불법행위 또는 이와 밀접한 행위를 촬영, 녹화 또는 녹음하는 것"을 "채증"이라고 정의하고 있다. "채증요원(채증 또는 이와 관련된 업무를 담당하는 경찰공무원)은 사진 촬영담당, 동영상 촬영담당, 신변보호원 등 3명을 1개조로 편성"하는 것을 원칙으로 하는데(규칙 제4조 참조), "채증요원은 불법행위의 증거확보에 필요한 경우에 채증을 하며, 주관부서의 장은 불법 집회·시위 과정에서 채증한 불법행위 사진 중 인적사항이 확인되지 않은 행위자의 사진을 열람·판독할 수 있도록 신속히 채증판독프로그램에 입력하여야 한다."(규칙 제3조 및 제8조 참조) 채증판독프로그램은 정보부서의 장이 관리하는데(규칙 제8조 참조), "정보부서의 장은 채증자료가 수사 등 목적을 달성한 경우에는 지체 없이 파기하여야 하고, 프로그램에 입력된 불법행위 사진에 대한 판독을 통해 인적사항이 확인된 경우에는 해당 판독 결과를 수사기능에 통보한 후 해당 불법행위 사진은 프로그램에서 파기하여야 하며, 판독에도 불구하고 불법행위자의 인적사항이 확인되지 않아 수사를 위해 보관이 필요한 채증사진은 해당 범죄의 공소시효 완성일까지 보관하고, 공소시효가 완성된 때에는 파기하여야" 한다(규칙 제11조 참조).[262]

---

262) 제11조(채증자료 파기 등) ① 정보부서의 장은 채증자료가 수사 등 목적을 달성한 경우에는 지체 없이 파기하여야 한다.
② 정보부서의 장은 프로그램에 입력된 불법행위 사진에 대한 판독을 통해 인적사항이 확인된 경우에는 해당 판독 결과를 수사기능에 통보한 후 해당 불법행위 사진은 프로그램에서 파기하여야 한다.
③ 정보부서의 장은 판독에도 불구하고 불법행위자의 인적사항이 확인되지 않아 수사를 위해 보관이 필요한 채증사진은 해당 범죄의 공소시효 완성일까지 보관하고, 공소시효가 완성된 때에는 파기하여야 한다.

「채증활동규칙」은 '동 규칙상 채증'의 적용범위를 "집회 또는 시위 현장 등에서[의] 불법행위 또는 이와 밀접한 행위"라고 하여 "불법행위"라는 용어를 사용하고 있다. 따라서 채증활동규칙상의 채증은 범죄행위만을 대상으로 하지 않기에 채증활동은 예방적 치안활동과 수사활동을 포괄하는 개념이다. 즉, 채증의 대상이 된 행위가 범죄행위이냐, 그렇지 않으냐에 따라 채증활동의 성격이 달라지고, 전자의 경우 범죄행위인 불법행위를 한 자의 신원을 확인하기 위한 수사활동에 해당한다. 동 규칙 제11조가 채증자료를 수사목적으로 사용하는 것과 채증자료의 사용범위 및 채증자료를 보관할 수 있는 기한에 대해 규정하고 있는 것을 통해서 알 수 있듯이 '채증활동규칙상 채증'의 주된 대상은 집시법 위반 등의 범죄행위를 한 자이다. 규칙 제11조 제1항은 "정보부서의 장은 채증자료가 수사 등 목적을 달성한 경우에는 지체 없이 파기하여야 한다"고 규정하고 있는데, 제11조 제1항의 "수사"가 제11조 제2항에서 규정하는 바와 같이 신원확인을 의미하는 것이라면, 동 규칙상의 채증자료는 범죄자의 신원을 확인하는 용도로만 사용되어야 한다.

외국의 경우 피의자 미행시의 사진촬영 또는 녹음에 관해 명시적으로 규정하는 입법례도 있지만,[263] 우리 「형사소송법」은 수사기관이 범죄수사의 목적으로 범죄현장 등을 사진촬영 또는 동영상 촬영하는 행위에 대한 규정을 두지 않고 있다. 「채증활동규칙」상의 "채증"을 임의수사의 한 형태로 보아 검사 또는 법관에 의한 사전 승인이

---

④ 누구든지 제1조의 목적에 반하여 프로그램에 입력된 채증자료를 임의로 외부에 유출시켜서는 아니 된다.

⑤ 경찰청 정보1과장은 정보통신 부서와 합동으로 연1회 채증자료 관리의 적절성 여부를 점검하여야 한다.

263) 예컨대 스위스 형사절차법은 제5편 제8장 제3절(미행) 제282조와 제283조를 통해 공개된 장소에서의 미행시의 사진촬영 또는 녹음에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

> 제5편 강제조치들
>
> 제8장 밀행적 감시조치들
>
> 제3절 미행
>
> 제282조 (요건) ①수사단계에서 검찰과 경찰은 a. 구체적 사실에 기해 중죄 또는 경죄가 범해진 것으로 여겨지고, b. 미행조치가 취해지지 않으면 수사가 불가능하거나 현저히 곤란할 수 있는 경우라면 공중이 접근할 수 있는 장소에서 은밀하게 사람과 물건을 미행하면서 사진촬영을 하거나 녹음을 할 수 있다.
> ② 경찰에 의한 미행이 1개월이 경과한 경우 미행을 계속하기 위해서는 검찰의 승인이 있어야 한다.
>
> 제283조 (통지) ① 검찰은 미행과 직접적으로 관련된 자에게 늦어도 수사종결 시까지 미행이 이루어진 사유, 방법 및 기간을 통지하여야 한다.
> ② a. 미행을 통해 수집한 자료·정보가 증거로 사용되지 않거나, b. 우월한 공익 또는 사생활 관련 이익을 보호하기 위해 필요한 경우라면 통지를 하지 않거나 통지가 연기될 수 있다.

필요 없다고 하더라도, “채증”을 일반적인 피의자에 대한 미행 및 미행시의 사진 및 영상촬영으로 볼 수 없다. 왜냐하면 “채증”은 민주주의의 토대가 되는 중요한 기본권인 집회의 자유에 대한 제한과 관련되고, 채증자료판독은 수사기관이 보유하고 있는 개인정보와의 비교조사를 통해 피의자의 신원을 확인하는 것이므로 수사기관에 의한 개인정보의 사용과도 관련되기 때문이다. 영장주의가 적용되어야 할 강제수사만이 법률에 규정되어야 하는 것이 아니라, 비례성원칙의 관점에서 볼 때 영장주의가 적용되어야 할 수사방법은 아닐지라도 제한되는 기본권의 의의, 기본권 제한의 정도 등을 종합적으로 고려할 때 법률에서 명시적으로 규정할 필요가 있다면 법률에서 직접 규율하든지, 아니면 최소한 위임입법의 한계를 준수하여 하위법규에 위임되어야 할 것이다. 「채증활동규칙」상의 “채증”은 집회의 자유라는 중요한 기본권을 침해할 가능성이 있고, 근래에 「형사소송법」의 영역에서도 많이 문제되고 있는 수사기관에 의한 개인정보의 수집과 사용의 한계라는 문제와도[264] 관련되기에 「형사소송법」에서 직접 규율하는 것이 타당하다.[265]

---

264) 영국 PACE 제63D조 내지 64A조는 DNA정보의 수집·사용 등 수사기관의 개인정보 수집 및 사용에 대해 아주 상세히 규정하고 있다.

265) ‘채증’이라는 용어는 ‘증거수집’을 뜻하고, 증거수집은 형사사건뿐만 아니라 모든 사건에서 가능하며, 범죄수사에서 ‘증거수집’이라는 용어는 임의수사와 강제수사를 포괄하는 상위개념이다. 채증활동규칙 제2조는 ‘불법행위 또는 이와 밀접한 행위를 촬영, 녹화 또는 녹음하는 것’을 ‘채증’이라고 개념정의하고 있는데, 불법행위 또는 이와 밀접한 행위를 촬영, 녹화 또는 녹음하여 증거를 수집하는 것은 채증활동의 한 유형이지, 그러한 행위를 ‘채증’이라고 개념정의할 수는 없다. 예컨대 ‘갈퀴와 날카로운 이빨을 가지고 몸집이 아주 큰 고양이과를 동물이라고 한다’와 같은 개념정의를 생각해 보라. 이러한 개념정의가 논리적 모순이듯이 규칙 제2조의 ‘채증’ 개념정의도 논리적 모순이다. 규칙 제2조가 왜 ‘집회 또는 시위 현장 등에서 불법행위 또는 이와 밀접한 행위를 촬영, 녹화 또는 녹음하는 것’을 ‘채증’이라고 정의하고 있는지를 생각해 보면, 동 규칙상의 채증행위를 법률에서 규율해야 하는 이유를 어렵지 않게 수긍할 수 있을 것이다.

제4절 | 특별법 규정의 소송법 내 편입방안

1. 편입의 방법

현재 많은 외국에서는 「형사소송법」에서 규율하고 있는 주요한 수사방법인데 우리는 특별법으로 규정하고 있는 수사방법들이 있다. 이러한 수사방법에 속하는 가장 대표적인 것은 범죄수사를 위한 통신제한조치이다. 독일,[266] 스위스,[267] 프랑스[268] 등은 「형사절차법」에서 직접 전기통신 감청조치에 대해 상세히 규율하고 있다. 주요한 수사방법이라면 「형사절차법」에서 직접 규율하여 일반 시민들이 수사제도의 전체 윤곽을 파악할 수 있도록 하는 것이 이상적이다. 그러나 현재 특별법에 의해 규율되고 있는 수사방법들이 너무 많을 뿐만 아니라, 특별법을 통한 규율은 그 나름의 장점도 가지고 있다. 예컨대 통신제한조치를 규정하고 있는 「통신비밀보호법」은 범죄수사를 위한 통신제한조치와 통신사실 확인자료 제공 외에도 국가안보를 위한 통신제한조치와 통신사실 확인자료 제공, 감청설비 관련업의 인가, 불법감청설비탐지업의 등록 등 관련 여타 사항을 종합적으로 규율하는 장점을 가진다. 뿐만 아니라 이미 특별법을 통한 규율이 확고히 된 상황에서 수사를 위한 통신제한조치와 통신사실 확인자료제공 규정만을 형법으로 편입시키고 통신비밀보호법에서 그 규정을 삭제하는 경우 편입된(삭제된) 그 규정과 관련성을 맺고 있는 「통신비밀보호법」의 여타 다른 규정들 및 다른 법률상의 규정들을 모두 확인하여 이러한 규정들까지 개정해야 하는 어려움이 발생한다. 따라서 특별법으로 규율되고 있는 수사방법의 경우 관련 다른 법률규정과의 관계 등을 고려하여 「형사소송법」으로 편입하더라도 큰 무리가 없는 경우에는 「형사소송법」으로 편입하고, 그렇지 않은 경우에는 특별법상의 규정은 그대로 두고 「형사소송법」에 근거규정 또는 일반조항을 두는 방안을 취하는 것이 적절하다. 예컨대 수사목적의 통신제한조치의 경우 「형사소송법」 수사편의 적절한 부분에 '일정 범죄에서 범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건, 허가절차 등은 「통신비밀보호

266) 독일 형사절차법 제100a조 참조.
267) 스위스 형사절차법 제8장 제1절 참조.
268) 프랑스 형사절차법 제1권 제3편 제3절 2 참조.

법」에서 정한 바에 따른다'는 근거규정을 두는 방식을 취할 수 있을 것이다.

현재 특별법에서 규율되고 있지만 형법으로 편입할 필요성이 있는 수사방법의 또 다른 예는 자료제출명령 또는 정보제공명령이다.

2. 자료제출명령·정보제공명령

이미 현행법에서도 제219조에 의해 제106조 및 제107조가 수사단계의 수색·압수에 준용되기에 수사단계에서도 자료제출명령이 인정되지만, 현행 「형사소송법」에서는 수사단계에서의 자료제출명령의 구체적인 허용범위와 요건 등에 대한 규정이 없다는 점은 앞에서 서술하였다.[269] 「형사소송법」에서는 수사단계에서의 자료제출명령의 구체적 요건 등에 대한 규정이 없지만, 특별법에서는 수사단계에서의 자료제출명령의 한 형태로 볼 수 있는 것들이 인정되고 있다.

「통신비밀보호법」 제13조에 의하면 "검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받아 「전기통신사업법」에 의한 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있고, 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다." 이것은 수사단계에서의 자료제출명령의 일종이다.

한편 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」(이하 「금융실명법」이라 함) 제4조 제1항 제1호는[270] 금융기관에 "법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보 등의 제공"을 허용하고 있다. 따라서 수사단계에서 수사기관은 법관의 영장을 발부받아 금융기관에 피의자 등에 대한 금융거래정보 등의 제공을 요구할 수 있다.

---

269) 본 절의 2, 나), 2).

270) 제4조(금융거래의 비밀보장) ① 금융회사등에 종사하는 자는 명의인(신탁의 경우에는 위탁자 또는 수익자를 말한다)의 서면상의 요구나 동의를 받지 아니하고는 그 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료(이하 "거래정보등"이라 한다)를 타인에게 제공하거나 누설하여서는 아니 되며, 누구든지 금융회사등에 종사하는 자에게 거래정보등의 제공을 요구하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 그 사용 목적에 필요한 최소한의 범위에서 거래정보등을 제공하거나 그 제공을 요구하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공

실무에서는 이러한 정보제공요구의 성격을 수색·압수의 일종으로 이해하여 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」 별지 제95호 서식으로 "압수·수색·검증영장(금융계좌추적용 영장)"의 양식이 마련되어 있고, 경찰청 「범죄수사규칙」 제134조는 금융계좌추적용 압수·수색·검증영장에 의한 금융거래정보 요구 시의 주의사항에 대해 규정하고 있다.[271] 「금융실명법」 제4조 제1항 제1호에 기한 '금융거래정보등 제공 요구'와 통신비밀보호법상의 '통신사실 확인자료 제공 요청'은 양자 모두 법원의 허가를 받아서 이루어지고, 수사기관이 직접 수색·압수를 하는 것이 아니라 전기통신사업자 또는 금융기관으로부터 관련 자료 또는 정보를 제공받는다는 점에서 그 실질이 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 실무에서 금융거래정보등을 제공받는 것을 '금융계좌추적용 압수·수색·검증영장'이라는 수색·압수의 한 형태로 하고 있는 것을 이해하기 어렵다. 아마도 실무에서는 금융거래정보등의 경우 '정보'의 측면이 강조되고 있는데, 정보는 물건으로 볼 수 없기에 자료제출명령제도로 파악하는 것은 어렵다고 생각하여 전자정보의 수색·압수의 한 형태로 파악하고 있는 것으로 보인다. 그러나 「금융실명법」 제4조 제1항이 "금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료"를 "거래정보등"이라고 지칭하고 있기에 동 조항에서 "정보"와 "자료"는 사실상 동의어라고 볼 수 있고, 금융거래정보 제공은 수색·압수라기보다는 자료 또는 정보를 제출/제공하는 것이기에 「금융실명법」 제4조 제1항 제1호에 기한 금융거래정보제공요구제도도 수사기관이 법관의 자료제출명령 또는 정보제공에 관한 영장을 발부받거나 법원의 허가를 받아 금융기관에 자료제출 또는 정보제공을 요구하는 것이라고 파악하는 것이 적절하다. 이와 같이 수색·압수로 파악할 것이 아니라, 자료제출명령 또는 정보제공명령제도로 이해하는 것은 외국 입법례와 비교해 보아도 타당

271) 제134조(영장에 의한 금융거래정보 요구시 주의사항) ① 경찰관은 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료(이하 "거래정보등"이라 한다)를 제공받을 때에는 압수·수색·검증영장(금융계좌추적용)을 발부받아 해당 금융기관에 금융거래정보 등을 요구하여야 한다.
② 전항의 규정에 따라 거래정보 등을 제공받은 사법경찰관은 범죄수사목적 외의 용도로 이를 이용하거나 타인에게 제공 또는 누설하여서는 아니된다.
③ 경찰관은 금융기관이 '거래정보 등을 제공하였다는 사실'을 거래명의자에게 통보하는 것이 다음 각호 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 금융기관에 대하여 명의자에게 통보하는 것을 유예하도록 신청하여야 한다.
1. 해당 통보가 사람의 생명이나 신체의 안전을 위협할 우려가 있는 경우
2. 해당 통보가 증거인멸·증인위협 등 공정한 사법절차의 진행을 방해할 우려가 명백한 경우
3. 해당 통보가 질문·조사 등의 범죄수사절차의 진행을 방해하거나 과도하게 지연시킬 우려가 명백한 경우

성을 가진다.

독일「형사절차법」제95조에 의하면 증거수단으로서의 가치를 가질 수 있는 대상(Gegenstände)을[272] 가지고 있는 것으로 여겨지는 자가 제출·인도 요청을 받은 경우 그 대상을 제출·인도해야 하고, 제출·인도거부권 없는 자가 제출·인도를 거부하는 경우에는 제70조에 규정된 질서금(Ordnungsgeld) 또는 감치(Ordnungshaft)에 처해질 수 있다. 스위스「형사절차법」도 유사한 규정을 가지고 있다.[273] 프랑스「형사절차법」제60-1조도 수사기관의 금융거래정보 제공요청에 대해 규정하고 있고, 정당한 이유 없이 금융거래정보를 제공하지 않는 자를 벌금으로 처벌한다.[274]

위에서 본 바와 같이 이미 특별법에서는 수사기관이 법원의 허가를[275] 받아 자료/정보의 제출/제공을 요구하는 제도가 인정되고 있다.「형사소송법」에서는 수사상 수색·압수의 장에서 수사기관이 법원의 허가를 받아 자료제출명령 또는 정보제공명령을 하는 제도에 관한 일반규정을 둘 필요가 있다. 외국에서는 정당한 이유 없이 자료제출명령 또는 정보제공명령에 응하지 않은 경우에 대한 제재규정까지 두고 있는데, 자료제출명령 또는 정보제공명령의 실질화를 위해 제재조치까지 인정하는 방안도 고려할 수 있을 것이다. 이와 같이 수사단계에서의 자료/정보 제공명령에 대한 일반규정을「형사소송법」에 두는 것은 현재 제219조에 의해 재판단계에서의 자료제출명령에 관한 규정이 수사단계에 준용되기만 하고 있지, 수사단계에서의 자료/정보 제공명령의 구체적인 요건에 관한 규정이 없다는 문제점을 가지는 현행「형사소송법」을 명확성의 원칙에 부합시키는 방향으로 개선하는 것이다.

---

272) "대상"이란 유체물에 한정되지 않고, 서버에 저장된 이메일, 페이스북에서의 이용자계정 정보 등을 포함하는 개념이다. "대상"에 포함되는 전자정보에 대해 자세히는 BeckOK StPO/Gerhold, § 94 Rn. 3-4.

273) 스위스 형사절차법 제265조.

274) 제60-1조 ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 서류나 거래내역, 정보통신 기록을 가지고 있다고 생각되는 공사법 상 기관 및 단체 또는 행정기관에 대하여 비밀유지의 필요가 없거나 기타 이유가 없는 경우에는 그 정보 등을 서류, 특히 파일 형태로 제공해 줄 것을 요청할 수 있다. 단, 제56-1조 내지 제56-3조에 정한 자에 대한 정보일 경우에는 당사자의 동의를 얻어야 한다.
② 제56-1조 내지 제56-3조에 정한 자를 대상으로 한 정보가 아닌 한, 전항의 요청에 대하여 상당한 기간 내에 답변하지 않는 자는 3,750유로 이하의 벌금에 처한다.

275) 개별 법률에서 자료제출명령 또는 정보제공명령으로 규정하든, 허가로 규정하든, 아니면 영장으로 규정하든 상관없이 모두 그 실질은 법원의 허가라고 보아야 한다.

제5절 | 기타 표현·기술상의 문제점과 개선방안

1. 불필요한 조항 언급 자제

「형사소송법」 제216조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에”라고 하고, 제217조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가”라고 하여 “○○조에 의한 ~”라는 식으로 조항을 언급하여 기술하고 있다. 이러한 경우 우리는 규율내용이 바로 이해되지 않고, 규율내용을 이해하기 위해서는 그 조항을 다시 확인하여야 한다. 조항을 언급하는 것은 정확성을 위한 것이지만, 조항을 언급하지 않고 바로 설명할 수도 있고, 바로 설명하면서 정확성을 위해 괄호로 조항을 언급할 수도 있다. 예컨대 제216조 제1항의 경우 ‘검사 또는 사법경찰관은 영장에 의한 체포(제200조의2), 긴급체포(제200조의3), 구속영장(제201조) 또는 현행범 체포(제212조)에 의해 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에’라는 식으로 기술하면 당해 규정의 내용이 빠르면서도 쉽게 이해될 수 있다.

한편 제216조 제1항의 경우 위와 같이 일일이 체포의 형태와 조항을 괄호로 나열할 필요도 없다. 즉, “제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여”라는 자구 자체가 필요 없다. 왜냐하면 영장에 의한 체포, 긴급체포 및 현행범체포가 체포의 모든 유형이고, 구속의 경우 항상 구속영장에 의해 구속되기에 위 자구를 삭제하고 단순히 “피의자를 체포 또는 구속하는 경우에”라고 기술하기만 해도 충분하다.

따라서 시민들이 규율내용을 쉽게 빨리 이해하도록 하면서도 정확성을 기할 수 있도록 조항을 언급할 필요가 있는 경우일지라도 직접 설명하면서 조항은 괄호로 기재하는 방안의 도입을 고려할 필요가 있고, 조항을 언급하지 않더라도 충분히 명확하다면 불필요하게 조항을 언급하는 것을 자제해야 한다. 이와 관련하여 말레이시아 「형사절차법」은 매우 참조할 만하다. 말레이시아 「형사절차법」은 거의 조항을 언급하지 않으면서 규율하고 있을 뿐만 아니라, 조문명을 문장형으로 하는 경우도 있는 등 시민들이 매우 쉽게 이해할 수 있는 방식으로 규율내용을 기술하고 있다.

2. 조항 편제에서의 효율성 및 체계성 추구

관련 사항이라면 가능한 하나의 조에서 함께 규율하는 것이 보다 더 이해하기도 쉽고, 체계적이라고 할 수 있다. 예컨대 제220조(요급처분)는 "제216조의 규정에 의한 처분을 하는 경우에 급속을 요하는 때에는 제123조 제2항, 제125조의 규정에 의함을 요하지 아니한다."고 하고 있는데, 이 규정은 직접 설명하기 보다는 조항을 언급하여 규율내용을 빨리 이해하지 못하도록 하는 문제점을 가지고 있을 뿐만 아니라, 제216조의 처분을 대상으로 하므로 제216조에서 하나의 항을 신설하여 규율하는 것이 체계적이고 효율적이라고 할 수 있음에도 불구하고 제216조와 상당히 떨어뜨려 독립된 조로 규정하고 있는 이유를 알 수가 없다. 조항을 언급하여 내용을 빨리 이해하는 것을 어렵도록 하기보다는 내용에 따라 기술하고, 불필요하게 여러 조 또는 여러 항으로 규정되어 있는 것을 한 조 또는 항으로 묶어서 규율할 필요가 있다.

3. 한문체, 옛날식 표현 등 현재 어·문법에 맞지 않는 표현

현행 「형사소송법」은 한문체의 용어나 옛날식 표현 등 현재 어법에 맞지 않는 표현을 상당히 많이 사용하고 있다. 수색·압수 및 검증 관련 조문으로 한정하여 살펴보면, 다음과 같은 조문들이 그러하다.

먼저, 현재의 일상적인 표현과 맞지 않은 지나친 옛날식 한문체 표현으로는 제106조 제1항의 "사료하는 물건", 제123조 제3항의 "인거인(隣居人)", 제211조의 "실행 즉후인 자" 등을 들 수 있다. 이러한 옛날식 한문체 표현은 현재의 일상적인 표현으로 바꾸어야 한다. "사료하는 물건"은 예컨대 "여겨지는 물건"으로 바꿀 수 있고, "인거인"은 "이웃사람"으로 바꿀 수 있을 것이며, "실행 즉후인 자"는 "실행 직후인 자"로 개정할 수 있다.

한편, 현재 어·문법에 맞지 않는 표현도 있는데, 예컨대 제210조의 "촉탁을 받어"가 그러하다. 그리고 "아니 할 때에는"이라는 표현은 옛날식 문어체 표현으로 "않을 때에는"과 같이 바꿀 수 있을 것이다.

위와 같이 현행 「형사소송법」에는 지나친 옛날식 한문체나 문어체 표현 또는 현재 어·문법에 맞지 않는 표현이 적지 않은데, 편장체계를 개선하면서 이러한 표현들을 모두 찾아 함께 개선해야 한다.

수사절차 관련 형사소송법 편장체계 개편방안

이 승 현

제6장

수사절차 관련 형사소송법 편장체계 개편방안

제1절 | 수사절차 관련 편장체계의 개편 기준

1. 수사절차의 흐름 순으로 정비

현행 「형사소송법」에 있는 총칙 규정은 재판 이후 절차에 관한 사항 기술이 대부분이고, 제1심에서 수사가 편제되어 있어서 일반인의 입장에서는 재판이 중심이고 재판을 위한 보조적인 절차로 이해할 수 있는 가능성이 있다. 실제 「형사소송법」 강의 과정에서도 이러한 형식 때문에 학생들이 소송법을 어려워하기도 한다.

따라서 총칙에 있는 내용 중 수사와 재판 전반에 대하여 기술된 사항만을 총칙에 남겨두고, 재판절차에만 해당하는 사항은 제3편 재판절차 이후 부분으로 이동하도록 한다. 형사절차 순서에 따라 제2편을 수사절차로, 제3편 공소, 제4편을 공판절차 등으로 구분하여 각 단계별 절차를 보다 이해하기 쉽게 할 필요가 있다.

2. 수사와 재판을 불명확하게 하는 준용규정 정비

현행 「형사소송법」은 제1편 총칙에서 공판에 관한 규정을 두고 이를 수사에 준용하는 형태의 규정이 많음으로 인해 수사와 공판에서의 차별성을 몰각시키고 있다. 특히, 「형사소송법」 제68조 소환과 구속 이후 규정들은 법원의 강제처분에 관한 사항이 바로 기술되고 이후 수사상 강제처분에 관한 사항이 규율됨에 따라 마치 법원의 절차가 선행되는 것으로 오해하게 만들기도 한다. 형사실무상 체포·구속, 압수·수색 등 강제처분의 대부분은 수사절차에서 이루어지고, 법원에서의 체포·구속 등의 사례는

많지 않다. 그럼에도 불구하고 우리나라 「형사소송법」은 일본의 「구 형사소송법」의 잔재를 그대로 유지하고 있어, 마치 수사절차를 공판을 위한 준비활동으로 오해하여, 과거 예심재판이 있던 시기의 수사로 보고 있는 것은 아닌지 착각이 들게 하고 있다. 따라서 수사와 재판을 불명확하게 만드는 준용규정을 정비하여 수사절차상 강제처분이 먼저 규정되고 이후 재판절차상 강제처분이 후치되는 형태로 편장체계를 정비할 필요가 있다. 또한 「형사소송법」에 대한 이해를 보다 높이기 위해 다수의 규정에 따라 준용하고 있는 규정을 직접 규정하는 형태로 정비하여 행위 주체와 대상들이 보다 명확히 될 수 있도록 규정을 정비하고자 한다.

3. 국민의 기본권과 관련한 사항의 법적 보장

형사절차에서 인권 침해적 내용이나 수사절차상 꼭 안내되어야 할 중요한 내용이 「형사소송법」이 아니라 훈령이나 지침으로 운영되거나 특별법에 형사절차에 관한 특례규정으로 규정되어 있어 형사절차의 이해를 어렵게 하고 있다. 예를 들어 「검찰사건사무규칙」, 「형사소송규칙」 등 하위법령에 규정되어 기본권 제한 등에 관한 규정은 「형사소송법」 안으로 편입하거나, 「통신비밀보호법」상 범죄수사 목적 통신제한조치 등 국민의 기본권과 관련된 사항은 특별법이 아닌 「형사소송법」 내에서 통합적으로 규율되어야 함으로 이러한 내용을 정비하고자 한다.

4. 국민의 절차적 권리 보장규정 마련

「형사소송법」이 비록 국가기관을 수범자로 하는 법률이나, 수사기관에 출석하는 피해자나 피의자의 권리가 무엇인지를 「형사소송법」에 명확히 규정하여 수사절차상 절차참가자의 권리가 침해받는 사례가 없도록 해야 한다. 따라서 「헌법」에서 강조하고 있는 형사절차에서의 권리를 비롯하여 하위법령에서 규율하고 있는 피의자와 피해자의 지위와 권리에 관한 사항을 최대한 「형사소송법」에 기술함으로써 국민의 절차적 권리를 보장하여야 한다.

제2절 | 단기적 편장체계 개편방안

1. 원칙

가. 현행 규정을 둔 상태로 위치 변경

현행 「형사소송법」은 일본 「구 형사소송법」을 그대로 유지하고 있어 현행 형사절차 실무와 맞지 않는 부분이 많다. 따라서 가급적 「형사소송법」 편장체계를 전면 개편하는 것이 필요하다. 그러나 전면 개편에 있어서 다소 많은 시간이 소요되고 각 형사절차 단계별 쟁점이 많은 바 다양한 논의 과정을 통해 대안이 모색되고 국민적 합의를 이끌어내는데 있어 장기간이 소요될 것으로 예상된다. 기존에 「형사소송법」 개정과정에서도 여러 차례 전면개정 논의가 있었으나 국회 회기 만료 등을 이유로 전면개정이 성사되지 못한 선례에서도 이러한 어려움을 알 수 있다.

따라서 수사절차와 관련하여 단기에 시급하게 개편되어야 할 사항만을 엄선하여 편장체계 개편방안을 제시하고자 한다. 현행 「형사소송법」 편장체계를 그대로 두는 것을 전제로 조문의 위치 변경이나 새로운 처분에 관한 규정을 삽입하거나, 하위법령이나 특별법에 있는 내용을 이전하는 형태로 위치를 변경하는 방식으로 단기적 개편방안을 제시한다.

나. 수사절차 진행순서에 따라 조정

편장체계의 전면 개편을 하지 못하더라도 현재 수사절차 진행순서에 따라 조문의 위치를 변경할 수 있는 사항에 대하여는 조문의 위치 순서를 변경하도록 한다.

예를 들면 임의수사에서 피의자신문 등에 관한 규정의 위치를 앞으로 두어 수사절차 흐름에 따라 변경하거나, 압수와 수색으로 일컬어지고 있는 절차를 수사절차 진행순서에 따라 수색과 압수로 변경하거나, 수사기관에서의 강제처분과 법원에서의 강제처분 규정을 엄격히 구분하여 규정을 보다 상세히 기술할 수 있도록 규정을 수정하는 방안을 고려할 수 있다.

다. 인권침해적 요소가 있는 규정 편입

수사와 관련된 사항은 형사절차 법률주의와 강제처분 법정주의에 따라야 하나, 수사상 적법절차에 관한 사항이나 인권 보장과 관련된 사항이 「형사소송법」이 아닌 하위법령이나 수사기관 내부 지침으로 규정되어 있는 부분을 개선하기 위해 단기적 편장체계 개편안에서는 이들 규정을 선별하여 「형사소송법」 내로 편입할 필요가 있다.

예를 들어 피의자신문시 변호인의 참여권에 관한 사항이나 지명수배에 관한 사항은 피의자인 당사자의 권리와 기본권 제한에 관한 사항이므로 하위법령에 규정되어 있는 내용을 「형사소송법」에 편입하여 절차적 정당성을 확보하고자 한다.

라. 비경제적 규정 정비

수사절차와 관련한 규정 가운데 「형사소송법」 내에 지나치게 절차 방식과 관련된 사항 중 오히려 하위법령에 규율되는 것이 바람직하다고 판단되는 사항에 대하여는 하위법령에서 규율하도록 하는 것도 함께 고려한다.

2. 수사절차 흐름순 개편방안

가. 임의수사 체계 개편방안

임의수사에 있어서 수사절차 진행순서대로 편장체계 개편이 필요하다. 「형사소송법」상 임의수사에 관한 사항을 먼저 규정하고 강제수사에 해당하는 내용을 열거하는 방식이 바람직하다. 이와 관련하여 「검찰사건사무규칙」에서는 임의수사 관련규정을 피의자 등의 출석요구-조서와 진술서-전자적 처리사건 조서-조사 전 의견청취-진술거부권 고지-수사과정 기록-영상녹화- 피의자와 변호인의 기록-감정위촉-사실조회-임의제출-실황조사-수사 촉탁-증거보전 청구 순으로 규정하고 있다. 임의수사에 관한 열거방식도 「검찰사건사무규칙」에서와 같이 수사절차 흐름에 따라 규정의 위치를 재배열하는 것이 바람직하다.

현행 편장체계를 보면 고소·고발과 같은 수사의 단서규정이 대인적 강제처분의 뒤에 위치해 있고 피의자신문에 관한 규정이 수사의 마지막 장에 열거되어 있다.

따라서「형사소송법」제200조의 피의자 출석요구 규정 다음에 제241조부터 제245조까지의 규정을 후술하고, 제200조의2 영장에 의한 체포규정을 이후에 기술하는 것이 바람직하다.

현행	개편안
제200조(피의자의 출석요구)	제200조(피의자의 출석요구)
제201조~제240조	제241조(피의자신문) 제242조(피의자신문사항) 제243조(피의자신문과 참여자) 제243조의2(변호인의 참여 등) 제244조(피의자신문조서의 작성) 제244조의3(진술거부권 등의 고 제244조의5(장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙) 제245조(참고인과의 대질) 제245조의2(전문수사자문위원의 참여) 제245조의3(전문수사자문위원 지정 등) 제245조의4(준용규정)
제241조(피의자신문) 제242조(피의자신문사항) 제243조(피의자신문과 참여자) 제243조의2(변호인의 참여 등) 제244조(피의자신문조서의 작성) 제244조의3(진술거부권 등의 고지) 제244조의5(장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙) 제245조(참고인과의 대질) 제245조의2(전문수사자문위원의 참여) 제245조의3(전문수사자문위원 지정 등) 제245조의4(준용규정)	제201조~제240조

나. 사후영장제도의 도입

현행법상 영장에 의한 체포가 원칙이고 긴급체포와 현행범 체포는 영장주의가 적용되지 않는 예외적인 형태의 체포이다. 그러나 수사기관에서 긴급체포 후 구속영장을 청구하는 경우나 피의자를 석방하는 경우 사후영장을 청구하지 않고 있는 문제를 개선하기 위해서는 편장체계 개편시 긴급체포에 대한 사후영장제도를 도입하는 것이 필요하다.

현행	개편안
제200조의4(긴급체포와 영장청구기간) ①검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 하며, 제200조의3제3항에 따른 긴급체포서를 첨부하여야 한다. ② 제1항의 규정에 의하여 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다. ③ 제2항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다. ④ 검사는 제1항에 따른 구속영장을 청구하지 아니하고 피의자를 석방한 경우에는 석방한 날부터 30일 이내에 서면으로 다음 각 호의 사항을 법원에 통지하여야 한다. 이 경우 긴급체포서의 사본을 첨부하여야 한다. 1. 긴급체포 후 석방된 자의 인적사항 2. 긴급체포의 일시·장소와 긴급체포하게 된 구체적 이유 3. 석방의 일시·장소 및 사유 4. 긴급체포 및 석방한 검사 또는 사법경찰관의 성명 ⑤ 긴급체포 후 석방된 자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매는 통지서 및 관련 서류를 열람하거나 등사할 수 있다. ⑥ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다. ③ 제163조의2제1항부터 제3항까지는 검사 또는 사법경찰관이 범죄로 인한 피해자를 조사하는 경우에 준용한다.	제200조의4(긴급체포와 영장청구기간) ① 검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 **피의자를 체포한 경우에는** 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 **체포**영장을 청구하여야 한다. **체포영장은 피의자를 체포한 때로부터 6시간 이내에 청구하여야 하며,** ..... ② **검사 또는 사법경찰관이** 제1항에 의하여 체포영장이 발부된 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 한다. ③ 제1항과 **제2항의 규정**에 의하여 **체포영장** 또는 구속영장을 청구하지 아니거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다. ④ **제3항의** 규정에 의하여 석방된 자는 영장없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다. **〈현행 ④항과 ⑤항 삭제〉** ⑥ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다.

3. 준용규정의 개편방안

「형사소송법」에서 준용의 표현은 다양하게 나타나는데 개별적 준용규정으로서 "제00조, 제000조는 검사 또는 사법경찰관의 … 에 준용한다."는 표현을 사용하고 있으며, 포괄적으로 준용하는 규정도 다수가 있다. 덧붙여 법률에 규정하여야 함에도 마땅

한 규정이 하위법령에 있거나 반대로 하위법령에 존재하여도 무방한 조문들이 법률에 규정되면서 법규정이 복잡한 형태를 띠고 있다.

또한 수사관련 준용규정은 동일한 절차 내에서 그 순서를 달리하여 혼란을 초래하며, 준용규정은 조문을 간단하게 배치하기 위한 의도로 보이지만 오히려 구체적으로 기술할 필요가 있음에도 단순히 준용만 하고 있어 그 해석에 있어서 혼란을 초래하며, 동일한 조문 내에서 서로 다른 절차를 규정하고 있기도 하다. 이하에서는 준용규정의 구체화 방안을 검토하도록 한다.

가. 체포제도 관련 체계 개편방안

형사절차 흐름에 따른 편장체계로 변화하기 위해서는 체포에 관한 규정 역시도 피의자의 권리보장과 방어권 행사를 위해 중요한 규정으로 유용한 중복에 해당하므로 준용규정을 반복하여 기술할 필요성이 있다. 따라서 제200조의2 다음에 체포영장의 방식, 체포영장집행의 절차, 체포의 통지, 체포된 피의자와의 접견, 변호인의 의뢰, 비변호인과의 접견교통, 체포의 취소 등에 관한 규정을 준용하는 것이 아니라 재기술해야 한다.

현행	개편안
제75조(구속영장의 방식) 제85조(구속영장집행의 절차) 제88조(구속과 공소사실 등의 고지) 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진) 제90조(변호인의 의뢰) 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견) 제93조(구속의 취소)	
제200조의2(영장에 의한 체포)	제200조의2(영장에 의한 체포)
	체포영장의 방식 **체포영장 집행절차** **체포의 통지** **체포된 피의자와의 접견** **변호인의 의뢰** **비변호인과의 접견·교통권** **체포의 취소** **〈※구속에 관한 규정(75조 이하) 참고하여 재기술〉**

나. 제3자 출석요구의 개편방안

「형사소송법」 제221조는 검사 또는 사법경찰관이 범죄로 인한 피해자를 조사하는 경우 제163조의2 법원의 신뢰관계인 동석 규정을 준용하도록 하고 있다. 그러나 형사단계별로 그 주체를 명확하게 알기 위해서는 가급적 준용규정을 자제하고 주체를 명확히 규정할 필요가 있다.

현행	개편안
제221조(제3자의 출석요구 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다. ② 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 감정·통역 또는 번역을 위촉할 수 있다. ③ 제163조의2제1항부터 제3항까지는 검사 또는 사법경찰관이 범죄로 인한 피해자를 조사하는 경우에 준용한다.	제221조(제3자의 출석요구 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다. ② 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 감정·통역 또는 번역을 위촉할 수 있다. ③ **검사 또는 사법경찰관은** 범죄로 인한 피해자를 참고인으로 신문하는 경우 **피해자(참고인)**의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 피해자가 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 피해자·법정대리인의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다. ④ **검사 또는 사법경찰관은** 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다. ⑤ 제3항 또는 제4항에 따라 동석한 자는 **검사·사법경찰관·**소송관계인의 신문 또는 **참고인**의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위를 하여서는 아니 된다.

4. 하위법령 규정의 편입방안

가. 기본권 제한 규정의 편입방안

1) 피의자신문시 변호인 참여권

「검찰사건사무규칙」 제9조의2에 해당하는 피의자신문시 변호인의 참여는 헌법상 규정된 변호인의 조력권에 대한 제한에 대한 중요한 사항이므로 법무부령이 아닌

「형사소송법」에 규정되어야 한다.

현행	개편안
검찰사건사무규칙 제9조의2(변호인의 피의자신문 참여) ① 「형사소송법」 제243조의2 제1항의 "정당한 사유"란 변호인의 참여로 인하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우를 말한다. ② 검사는 「형사소송법」 제243조의2제1항의 신청이 있는 경우 신청인에게 변호인 참여 전에 변호인 선임에 관한 서면을 제출하도록 하여야 한다. ③ 제2항의 변호인 참여 신청이 있는 경우에도 변호인이 상당한 시간 내에 출석하지 아니하거나 출석할 수 없는 경우에는 변호인의 참여 없이 피의자를 신문할 수 있다. ④ 검사는 변호인의 참여로 인하여 다음 각 호의 어느 하나의 사유가 발생하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래하는 경우에는 피의자신문 중이라도 변호인의 참여를 제한할 수 있다. 1. 검사의 승인 없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우 2. 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우 3. 「형사소송법」 제243조의2 제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우 4. 신문 내용을 촬영·녹음하거나 전자기기를 이용하여 기록하는 경우	형사소송법 제243조의2(변호인의 참여 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다. ② 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자가 신문에 참여할 변호인 1인을 지정한다. 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 이를 지정할 수 있다. ③ 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다. ④ 제3항에 따른 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. **⑤ 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다.** **⑥ 검사는 변호인의 참여로 인하여 다음 각 호의 어느 하나의 사유가 발생하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래하는 경우에는 피의자신문 중이라도 변호인의 참여를 제한할 수 있다.** **1. 검사의 승인 없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우** **2. 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우** **3. 「형사소송법」 제243조의2제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우** **4. 신문 내용을 촬영·녹음하거나 전자기기를 이용하여 기록하는 경우**

2) 지명수배 근거규정 마련

지명수배제도는 법률에 근거를 둔 것이 아니라, 부령과 훈령 및 예규에 근거를 두고 있으며, 「형사소송법」상 지명수배를 간접적으로 추론해볼 수 있는 규정으로는

수사 또는 구속영장의 집행과 관련된 촉탁규정(「형사소송법」 제77조, 제84조)이 있다. 지명수배에 관한 법적 근거 및 절차의 부재로 인한 인권침해 가능성을 예방하기 위해서는 지명수배 관련 규정은 체포의 요건 및 체포영장의 발부절차를 규정하고 있는 「형사소송법」 제200조의2 규정 하단에 두는 것이 바람직하다.

현행	개편안
제200조의2(영장에 의한 체포) ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할지방법원 판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 다만, 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다.	**제200조의2(영장에 의한 체포)** ① 좌동
② 제1항의 청구를 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부한다. 다만, 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.	② 좌동
③ 제1항의 청구를 받은 지방법원판사가 체포영장을 발부하지 아니할 때에는 청구서에 그 취지 및 이유를 기재하고 서명날인하여 청구한 검사에게 교부한다.	③ 좌동
④ 검사가 제1항의 청구를 함에 있어서 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 체포영장을 청구하였거나 발부받은 사실이 있는 때에는 다시 체포영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다.	④ 좌동
⑤ 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.	⑤ 좌동
⑥ 〈신설〉	**⑥ 피의자가 도망 등으로 체포영장 또구속영장을**

현행	개편안
	집행할 수 없는 때에는 소재수사를 위해 별도의 영장을 발부하여야 한다. 소재수사를 위한 지명수배의 방법과 절차는 대통령령에 의한다.

나. 법률규정의 구체화를 위한 하위법령 편입방안

1) 피의자 출석요구 방법 구체화

「검찰사건사무규칙」 제12조 제1항에서는 피의자 등의 출석 요구시 전화, 모사전송 기타 상당한 방법을 활용할 수 있으나, 「형사소송법」에서는 제200조에 출석요구에 관한 사항만 기재해 두고 있을 뿐 구체적인 방법에 대한 기술이 없다. 출석요구의 방법 등에 대한 사안은 수사기관이 피의자의 권리 보장을 위해 필요한 중요한 사항이라고 판단되므로 규칙이 아닌 법률에서 규율하는 것이 바람직하다. 따라서 피의자 출석요구와 관련하여 「검찰사건사무규칙」 제12조 제2항의 피의자 출석요구 방법에 대하여 「형사소송법」에 규정하여 법률에서 내용을 구체화하는 것이 바람직하다.

현행	개편안
제200조(피의자의 출석요구) 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.	**제200조(피의자의 출석요구)** ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. ② **검사 (또는 사법경찰관)는 필요한 경우에 전화·모사전송 기타 상당한 방법으로 제1항에 따른 피의자등의 출석을 요구할 수 있다.**

2) 영상녹화규정의 명확화

「형사소송법」 제244조의2에서 피의자 진술을 영상녹화할 수 있는 규정을 두고 있는데, 「검찰사건사무규칙」 제13조의8과 제13조의9에서는 영상녹화 방법을 보다 구체화하고 있다. 영상녹화는 증거능력의 판단기준이 되는 중요한 내용이므로 이에 관한 사항은 법률에 규정될 필요가 있다.

현행	개편안
제244조의2(피의자진술의 영상녹화) ① 피의자의 진술은 영상녹화할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다. ② 제1항에 따른 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체 없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ③ 제2항의 경우에 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시정하게 하여야 한다. 이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다.	제244조의2(피의자진술의 영상녹화) ① 피의자의 진술은 영상녹화할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다. ② 제1항에 따른 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체 없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ③ 제2항의 경우에 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시정하게 하여야 한다. 이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다. **④ 피의자에 대한 조사과정을 영상녹화하는 경우 피의자에게 다음 각 호의 사항을 고지하여야 한다.** **1. 조사자 및 참여자의 성명과 직책** **2. 영상녹화 사실 및 장소, 시작 및 종료 시각** **3.「형사소송법」 제244 조의3에 따른 진술거부권 등** **4. 조사를 중단하거나 재개하는 경우 중단 이유와 중단 시각, 중단 후 재개하는 시각** **⑤ 검사는 영상녹화를 함에 있어 조사실 전체가 확인가능하고 피조사자의 얼굴과 음성이 식별 가능하도록 하여야 한다.**

3) 체포영장 기재사항의 구체화

체포영장 발부요건이 되는 체포의 필요성은 법률 단계에서 의미를 명확히 할 필요가 있다. 따라서 현행「형사소송규칙」 제96조의2 체포의 필요에 관한 규정 즉, “피의자가 도망할 염려가 없고 증거인멸 염려가 없는 등 명백한 체포의 필요가 없다고 인정되는 때”라는 사유는「형사소송규칙」이 아니라「형사소송법」 제200조의2 후단에서 규정하는 것이 바람직하다.

현행	개편안
제200조의2(영장에 의한 체포) ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할지방법원 판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 다만, 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다. ② 제1항의 청구를 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부한다. 다만, 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.	제200조의2(영장에 의한 체포) ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할지방법원 판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 다만, 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다. ② 제1항의 청구를 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부한다. 다만, 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다. **③ 체포영장의 청구를 받은 판사는 체포의 사유가 있다고 인정되는 경우에도 피의자의 연령과 경력, 가족관계나 교우관계, 범죄의 경중 및 태양 기타 제반 사정에 비추어 피의자가 도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정되는 때에는 체포영장의 청구를 기각하여야 한다.**

다. 이해의 편의를 위한 준용규정 개편방안

1) 수사에서의 구속 규정 신설방안

「형사소송법」의 규정이 다소 중복적이라고 할지라도 준용하면서 생기는 피의자와 국민의 해석상 어려움, 절차의 혼란 등의 문제점을 해소하기 위해서는 법원의 구속에 관한 사항을 수사 구속에서 준용방식이 아니라 수사에서 구속을 재기술하는 것이 필요하다. 따라서 「형사소송법」 제201조 이하에 법원 구속에 관한 규정, 즉 제70조 구속의 사유, 제75조 구속영장의 방식, 제81조 구속영장의 집행, 제87조 구속의 통지, 제89조 구속된 피고인과의 접견, 제90조 변호인 의뢰, 제91조 비변호인과의 접견 등에 관한 사항을 기술하는 것이 바람직하다.

현행	개편안
제70조(구속의 사유) 제75조(구속영장의 방식) 제81조(구속영장의 집행) 제87조(구속의 통지) 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진) 제90조(변호인의 의뢰) 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견)	
제201조(구속)	제201조(구속)
	수사 구속의 사유 수사 구속영장의 방식 수사 구속영장의 집행 수사 구속의 통지 수사로 구속된 피고인과의 접견, 수진 변호인의 의뢰 비변호인과의 접견, 교통의 접견) **〈※법원 구속의 규정을 재기술〉**

2) 구속 전 피의자심문제도의 개편방안

구속 전 피의자심문에 관한 규정에서는 내용에 있어서 중언부언하거나 단순하게 기술될 수 있음에도 불구하고 복잡하게 기술되어 있어 내용이 알기 어려운 부분이 다소 존재한다. 이러한 문제를 해소하기 위해 구속 전 피의자신문에 관한 규정을 보다 간소화하고 대통령령 등으로 규율이 가능한 내용은 「형사소송법」 규정에서 삭제하는 것이 바람직하다.

현행	개편안
제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문)① 제200조의2·제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 한다.	① **체포된 피의자에 대하여** 구속영장을 청구받은 판사는 특별한 사정이 없는 한 다음날까지 심문하여야 한다. 이 경우 판사는 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다.
② 제1항 외의 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. 다만, 피의자가 도망하는 등의 사유로 심	② 체포되지 아니한 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. 단서부분 삭제

현행	개편안
문할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.	
③ 판사는 제1항의 경우에는 즉시, 제2항의 경우에는 피의자를 인치한 후 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다. 이 경우 검사는 피의자가 체포되어 있는 때에는 심문기일에 피의자를 출석시켜야 한다.	**③ 판사는 체포되지 아니한 피의자가 구속영장심사를 위하여 인치된 경우** 즉시 검사, 피의자 및 변호인에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다. **후단 삭제**
④ 검사와 변호인은 제3항에 따른 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.	④검사와 변호인은 구속영장청구에 따른 심문기일 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.
⑤ 판사는 제1항 또는 제2항에 따라 심문하는 때에는 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.	⑤ 판사는 제1항 또는 제2항에 따라 심문하는 때에는 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.
⑥ 제1항 또는 제2항에 따라 피의자를 심문하는 경우 법원사무관 등은 심문의 요지 등을 조서로 작성하여야 한다.	**⑥ 삭제하고 하위법령에 규정**
⑦ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 제202조 및 제203조의 적용에 있어서 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다.	⑦ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 수사기관에서의 구속기간에 산입하지 아니한다.
⑧ 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다.	⑧ 좌동
⑨ 법원은 변호인의 사정이나 그 밖의 사유로 변호인 선정결정이 취소되어 변호인이 없게 된 때에는 직권으로 변호인을 다시 선정할 수 있다.	⑨ 좌동
⑩ 제71조, 제71조의2, 제75조, 제81조부터 제83조까지, 제85조제1항·제3항·제4항, 제86조, 제87조제1항, 제89조부터 제91조까지 및 제200조의5는 제2항에 따라 구인을 하는 경우에 준용하고, 제48조, 제51조, 제53조, 제56조의2 및 제276조의2는 피의자에 대한 심문의 경우에 준용한다.	⑩ 제71조(구인의 효력), 제71조의2(구인 후의 유치), 제75조 (구속영장의 방식), 제85조 (구속영장집행의 절차), 제86조(호송 중의 가유치), 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진), 제90조(변호인의 의뢰), 제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견), 제200조의5(체포와 피의사실 등의 고지)에 따라 구인을 하는 경우에 준용한다. **⑪ [신설] 제276조의2(장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙)는 피의자에 대한 심문의 경우에 준용한다.**

3) 체포구속적부심의 개편방안

체포구속적부심에 관한 규정에서도 "O항에 따른"이라는 표현을 두어 다른 규정을 다시 찾아보게 하는 번거로움을 주고 있고, 국민을 비롯한 법률전문가의 이해에도 어려움을 주고 있다. 따라서 준용규정은 준용이 꼭 필요한 경제성을 갖춘 내용에 대하여만 남겨두고 현재 「형사소송법」 규정 대부분에 산재되어 있는 준용규정을 최소화하여 보다 명확하게 기술하고, 형사절차의 순서에 따라 규정을 정비할 필요가 있다.

현행	개편안
제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ① 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다.	제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ① 좌동
② 피의자를 체포 또는 구속한 검사 또는 사법경찰관은 체포 또는 구속된 피의자와 제1항에 규정된 자 중에서 피의자가 지정하는 자에게 제1항에 따른 적부심사를 청구할 수 있음을 알려야 한다.	② …… 체포 또는 구속 적부심사를 ….
③ 법원은 제1항에 따른 청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 제4항에 따른 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다. 1. 청구권자 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대하 여 재청구한 때 2. 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적임이 명백한 때	③ 체포 또는 구속 적부심사를 **받은 법원은** 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다.
④ 제1항의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다.	④ 법원은 체포 또는 구속 적부심사 청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다. 1. 청구권자 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대하여 재청구한 때 2. 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적임이 명백한 때 **※ 제③항과 제④항은 서로 순서를 바꾸어야 할 것으로 보임**
⑤ 법원은 구속된 피의자(심사청구후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보	⑤ 검사·변호인·청구인은 체포 또는 구속적부심사의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수

현행	개편안
증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제4항의 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때 2. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때	있다.
⑥ 제5항의 석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다.	⑥ 체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조(국선변호인)의 규정을 준용한다.
⑦ **제99조 및 제100조는 제5항에 따라** 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다.	⑦ 법원은 체포 또는 구속적부심사에서 심문을 하는 경우 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.
⑧ 제3항과 제4항의 결정에 대하여는 항고하지 못한다.	⑧ 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 체포 또는 구속적부심사의 심문·조사·결정에 관여하지 못한다. 다만, 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
⑨ 검사·변호인·청구인은 제4항의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.	⑨ **체포·구속적부심사에서 법원의 석방이나 기각의 결정에 대하여는 항고하지 못한다.**
⑩ 체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조의 규정을 준용한다 .	⑩ 법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 체포 또는 구속기간에 산입하지 아니한다.
⑪ 법원은 제4항의 심문을 하는 경우 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.	⑪법원은 구속된 피의자(심사청구후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 구속적부심사에서 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때 2. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때
⑫ 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 제4항부터 제6항까지의 심문·조사·결정에 관여하지 못한다. 다만, 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관 외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.	
⑬ 법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때	⑬ 제99조(피고인에 대한 보석조건 결정 시 고려

현행	개편안
부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 제200조의2 제5항(제213조의2에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 및 제200조의4제1항의 적용에 있어서는 그 제한기간에 산입하지 아니하고, 제202조·제203조 및 제205조의 적용에 있어서는 그 구속기간에 산입하지 아니한다.	사항) 및 제100조(피고인에 대한 보석집행의 절차)는 피의자에 대한 보증금 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다. –'제5항에 따라' 부분은 삭제
⑭ 제201조의2제6항은 제4항에 따라 피의자를 심문하는 경우에 준용한다.	⑭ 삭제하여 하위법령에 편입

라. 하위법령과 모순되는 사항의 개편방안

1) 피의자심문 규정의 별도 규정화

「형사소송법」과 하위법령이 모순되는 경우가 있다. 예컨대 「형사소송법」 제201조의2 제3항, 즉 구속 전 피의자심문 절차에서 "검사는 피의자가 체포되어있는 때에는 심문기일에 피의자를 출석시켜야 한다."고 하고 있으나, 「형사소송규칙」 제96조의13 제1항에서는 "판사는 피의자가 심문기일에의 출석을 거부하거나 질병 그 밖의 사유로 출석이 현저하게 곤란하고, 피의자를 심문 법정에 인치할 수 없다고 인정되는 때에는 피의자의 출석 없이 심문절차를 진행할 수 있다"라고 규정하고 있다. 법률에서는 출석시켜야 한다고 하고 있으나 하위법령에서는 예외사유를 규정하고 있다. 이는 법체계적으로 하위법령이 법률에 어긋날 수 있는 것으로 볼 수 있는 규정이다. 따라서 「형사소송규칙」 제96조의13 제1항은 개정되어야 한다.

2) 전자문서제도의 도입

2010년부터 시행되고 있는 약식절차 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률이 시행되고 있어 전자문서를 활용한 처리절차가 이루어지고 있으나 「형사소송법」에는 그 근거가 없고, 「검찰사건사무규칙」 제13조의2에만 관련규정이 존재하고 있다. 따라서 「형사소송법」 규정에 전자적 처리에 관한 규정을 삽입하는 방식으로 내용을 추가할 필요가 있다.

현행	개편안
제244조(피의자신문조서의 작성) ① 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다.	제244조(피의자신문조서의 작성) ① 좌동
② 제1항의 조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하며, 진술한 대로 기재되지 아니하였거나 사실과 다른 부분의 유무를 물어 피의자가 증감 또는 변경의 청구 등 이의를 제기하거나 의견을 진술한 때에는 이를 조서에 추가로 기재하여야 한다. 이 경우 피의자가 이의를 제기하였던 부분은 읽을 수 있도록 남겨두어야 한다.	② 좌동
③ 피의자가 조서에 대하여 이의나 의견이 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 취지를 자필로 기재하게 하고 조서에 간인한 후 기명날인 또는 서명하게 한다.	③ 좌동
	④ 전자적 처리사건에 대하여 검사가 피의자를 신문하고 조서를 작성하는 경우에는 서식에 따라 피의자신문조서를 시스템에서 전자문서로 작성하여야 한다.
	⑤ 검사가 피의자 외의 사람으로부터 진술을 듣고 조서를 작성하는 경우에는 서식에 따라 진술조서를 시스템에서 전자문서로 작성하여야 한다.
	③ 제1항 및 제2항의 문서작성자는 전자문서에 행정전자서명을 하여야 하고, 진술자에게 전자서명을 하도록 하여야 한다.

3) 구속 취소에 있어서 검사의 즉시항고 규정 삭제

법원의 구속취소 결정에 대하여 제97조 제4항에서는 "검사는 즉시항고할 수 있다."고 규정하고 있으나, 판사의 보석허가결정에도 불구하고 피고인의 석방을 유보할 수 있는 검사의 즉시항고 규정은 위헌이라는 헌법재판소 결정이 있었다. 그럼에도 불구하고 법원의 구속취소 결정에 대하여는 즉시항고로 그 집행을 정지할 수 있으나, 검사의 구속취소에 대하여는 그러한 절차가 없다는 것은 영장주의의 정신에 어긋나는 것이므로 검사의 구속취소에 대한 즉시항고 규정 역시 삭제하는 것이 바람직하다.

현행	개편안
제97조(보석, 구속의 취소와 검사의 의견) ①재판장은 보석에 관한 결정을 하기 전에 검사의 의견을 물어야 한다.	제97조(보석, 구속의 취소와 검사의 의견) ① 좌동
② 구속의 취소에 관한 결정을 함에 있어서도 검사의 청구에 의하거나 급속을 요하는 경우 외에는 제1항과 같다.	② 좌동
③ 검사는 제1항 및 제2항에 따른 의견요청에 대하여 지체 없이 의견을 표명하여야 한다.	③ 좌동
④ 구속을 취소하는 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다	**④ 구속을 취소하는 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다〈삭제〉**

5. 특별법 규정의 편입방안

가. 영상물의 촬영·보존에 관한 규정 편입

수사절차와 관련하여 「형사소송법」 제221조는 제3자의 출석요구 등을 하면서 영상녹화에 관한 규정만 두고 있을 뿐이므로 성폭력범죄자의 경우에 실시되는 영상물 촬영 및 보존은 예외에 속하는바, 이에 관한 근거규정을 「형사소송법」에 두되 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에서 보다 상세하게 규정하는 것이 바람직하다.

현행	개편안
형사소송법 **제221조(제3자의 출석요구 등)** ①검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다.	**제221조(제3자의 출석요구 등)** ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 **동의를 받아 영상녹화할 수 있다. 단, 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자 또는 법정 대리인(가해자가 친권자 중 일방인 경우 제외)이 반대의사를 표시하지 않은 경우에는 동의가 없더라도 영상녹화하여야 한다.**
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 **제30조(영상물의 촬영·보존 등)** ① 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보	

현행	개편안
존하여야 한다. ② 제1항에 따른 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다. 다만, 가해자가 친권자 중 일방인 경우는 그러하지 아니하다.	

나. 신뢰관계인 동석

신뢰관계인 동석에 관한 규정도 마찬가지이다. 「형사소송법」에서는 "범죄로 인한 피해자가 13세 미만자이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우"에만 신뢰관계인의 동석을 의무사항으로 하고 있으나, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에서는 성폭력범죄 피해자에 대한 신문시에도 신뢰관계인의 동석을 의무화하고 있다. 따라서 「형사소송법」과 특별법의 통일적인 원칙과 예외 설정을 위해서는 신뢰관계인의 동석 규정과 같이 예외에 관한 사항을 열거할 필요가 있다.

현행	개편안
제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석) ① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 증인의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 피해자·법정대리인·검사의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다. ② 법원은 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다. ③ 제1항 또는 제2항에 따라 동석한 자는 법원·소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위를 하여서는 아니 된다. ④ 제1항 또는 제2항에 따라 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자의 범위, 동석의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정	**제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석)** ① 생략 ② 법원은 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우, 혹은 **성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제3조부터 제8조까지, 제10조 및 제15조(제9조의 미수범 제외)의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 검사, 피해자 또는 법정대리인이 신청한 때에는** 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.

현행	개편안
한다. **성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법** **제34조 (신뢰관계에 있는 사람의 동석)** ① 법원은 제3조부터 제8조까지, 제10조 및 제15조(제9조의 미수범은 제외한다)의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에 검사, 피해자 또는 법정대리인이 신청할 때에는 재판에 지장을 줄 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아니면 피해자와 신뢰관계에 있는 사람을 동석하게 하여야 한다. ② 제1항은 수사기관이 같은 항의 피해자를 조사하는 경우에 관하여 준용한다. ③ 제1항 및 제2항의 경우 법원과 수사기관은 피해자와 신뢰관계에 있는 사람이 피해자에게 불리하거나 피해자가 원하지 아니하는 경우에는 동석하게 하여서는 아니 된다.	

제3절 | 장기적 편장체계 개편방안

앞에서 살펴본 바와 같이 단기적 개편방안으로 조문의 위치를 변경하거나 하위법령이나 특별법상 있는 규정의 위치를 변경하는 형태로 개편하는 것은 개편의 편의성을 제공할 수 있으나, 근본적으로 「형사소송법」이 추구하고자 하는 기본원칙과 방법에 있어 한계를 가질 수밖에 없다. 「형사소송법」의 편장체계가 국민이 보다 이해하기 쉽고 형사절차 흐름에 부합하는 규정체계로 변화하기 위해서는 다음과 같은 사항이 함께 고려되어야 한다.

먼저 「형사소송법」의 명칭이 적절한지에 대한 검토뿐만 아니라, 「형사소송법」의 목적과 기본원칙이 무엇인지가 설시되어야 한다. 이를 바탕으로 형사절차 흐름에 따라 편장체계가 재배치되어야 한다. 따라서 총칙 규정을 먼저 기술하고, 다음으로 수사관련 규정, 공판관련 규정의 순서대로 서술되어야 하며, 나아가 관련 규정 내에서도 형사절차의 순서에 따라 기술되어야 하며, 가급적 준용규정을 줄여야 할 것이다.

1.「형사소송법」 명칭의 변경

「형사소송법」에서 '소송'이라는 단어는 공소 제기 이후에 이루어지는 공판절차만을 의미한다. 현행「형사소송법」 편장체계를 보면, 수사, 기소, 재판, 형 집행까지 두루 기술하고 있다는 점에서 형사'소송'법이 아닌 형사 '절차'법으로 표기하는 것이 바람직하다. 외국의 경우에도 영미에서 'Criminal Procedure Law'라고 하여 형사절차법이라는 표현을 쓰고 있고, 독일, 스위스, 오스트리아에서도 'Strafprozessordnung'으로 표기하고 있어 '형사절차법'이라고 번역되고 있다.

현행「형사소송법」에서는 범죄수사, 공소 제기, 공판절차, 유·무죄 선고, 형 집행에 이르는 광범위한 영역을 다루고 있기 때문에 형사소송보다는 형사절차에 보다 가깝다. 따라서 '형사소송법'의 명칭을 '형사절차법'으로 변경하여야 한다.

2. 형사절차의 기본원칙 규정 마련

가. 목적조항의 마련

우리나라「형사소송법」은 제1조에서「형사소송법」의 개념이나 목적에 관한 규정이 없다. 그래서「형사소송법」이 과연 무엇을 추구하는지에 대하여 학자들 간에 견해 차이가 있을 뿐「형사소송법」 내에서는 명확하게 규율되지 않는다. 이와 관련하여 일본「형사소송법」 제1조에서 "이 법률은 형사사건에 대해 공공복지의 유지와 개인의 기본 인권의 보장을 도모하면서 사안의 진상을 분명히 하고 형벌법령을 적정하고 신속하게 적용 실현함을 목적으로 한다."고 규정하고 있다.

「형사소송법」이 실체적 진실발견과 당사자 인권보장 등을 그 목표로 하고 있으므로 굳이「형사소송법」에 목적규정을 두는 것이 필요하냐는 주장도 있으나, 목적규정에 어떠한 내용을 두느냐에 따라「형사소송법」의 목표점이 명확하게 제시된다는 점에서「형사소송법」의 목적조항이 분명히 기술되어야 한다.「형사소송법」에서 목적조항을 두어 이념적 기초를 명확하게 하는 것은 입법원리나 개별조항의 해석원리를 제시한다는 점에서도 의미가 있다.

나. 형사절차의 기본원칙

현행 「형사소송법」에서는 형사절차에 관한 기본원칙이 설시되어 있지 않다. 제1조에서 바로 관할에 관한 내용이 규정되어 있고, 형사절차에 관한 기본원칙은 오히려 「헌법」이나 하위법령에서 구체적으로 기술되고 있다.

그러나 외국의 「형사소송법」을 살펴보면 총칙에 해당하는 부분에서 기본적으로 형사절차의 기본원칙이나 더 상세하게 수사의 기본원칙에 관한 사항을 규정한 국가도 있다. 오스트리아의 경우 형사절차의 기본원칙에 관하여 비교적 상세히 열거하고 있다. 제3조 객관성과 실체적 진실발견부터 제4조 기소주의, 제5조 합법성과 비례성, 제6조 법적 청문권, 제7조 방어권, 제8조 무죄추정의 원칙, 제9조 신속청구권, 제10조 피해자의 절차 참가, 제12조 구술심리와 공소, 제13조 직접심리, 제14조 자유로운 증거평가, 제16조 불이익변경의 금지, 제17조 반복적 형사소추 금지에 관한 사항을 담고 있다. 스위스 「형사소송법」의 경우에도 제3조 인간의 존엄성 존중과 공정성, 제4조 독립성, 제5조 신속성의 원칙, 제6조 수사의 기본원칙, 제7조 강제수사, 제8조 형사소추의 포기, 제9조 기소주의, 제10조 무죄추정 등이 기술되어 있다.

[표 6-1] 외국의 형사절차 기본원칙 관련 규정

국가	형사절차의 기본원칙
오스트리아	**제1편 제1장 형사절차와 원칙(Das Strafverfahren und seine Grundsätze)** 제3조 객관성과 실체적 진실의 발견(Objektivität und Wahrheitserforschung) 제4조 기소주의(Anklagegrundsatz) 제5조 합법성 및 비례성(Gesetz- und Verhältnismäßigkeit) 제6조 법적 청문권(Rechtliches Gehör) 제7조 방어권(Recht auf Verteidigung) 제8조 무죄추정의 원칙(Unschuldsvermutung) 제9조 신속청구권(Beschleunigungsgebot) 제10조 피해자의 (절차) 참가(Beteiligung der Opfer) 제11조 배심과 참심(Geschworene und Schöffen) 제12조 구술심리와 공소(Mündlichkeit und Öffentlichkeit) 제13조 직접심리(Unmittelbarkeit) 제14조 자유로운 증거평가(Freie Beweiswürdigung) 제15조 선결문제(Vorfragen) 제16조 불이익 변경의 금지(Verbot der Verschlechterung) 제17조 반복적 형사소추의 금지(Verbot wiederholter Strafverfolgung)
스위스	**제2장 형사소송법 기본원칙**

국가	형사절차의 기본원칙
	제3조 인간의 존엄성 존중과 공정성의 요구 제4조 독립성 제5조 신속성의 원칙 제6조 수사의 기본원칙 제7조 강제수사 제8조 형사소추의 포기 제9조 기소주의 원칙 제10조 무죄추정과 증거평가

따라서 현행 「형사소송법」에 형사절차의 기본원칙에 관한 사항을 규율할 필요가 있다. 일부에서는 형사절차의 기본원칙이 헌법에 규정되어 있으므로 「형사소송법」에서 이를 다시 규율할 필요성이 없다는 주장도 있다. 그러나 형사절차의 핵심이 되는 법률은 「형사소송법」이고 이 법률에서 형사절차의 기본원칙이 되는 내용을 규정해두는 것은 선언적 의미를 넘어서서 당사자의 실체적 권리 보장에도 상당히 도움이 되는 것으로 판단된다. 그러므로 「형사소송법」에서 형사절차의 기본원칙으로 실체적 진실발견, 기소주의, 공정성, 무죄추정의 원칙, 신속성의 원칙 등이 갖추어질 필요가 있다. 이미 현행 「형사소송법」 관련 교과서들에서는 형사절차의 기본원칙에 관한 사항을 모두 기술하고 있다.

다. 절차참가자의 권리

현행 「형사소송법」에서는 총칙에서 '변호'에 관한 사항을 규정하고 있으나, 피의자나 피고인, 피해자의 권리에 관한 사항은 이후 수사·공판절차의 일부 규정에서 규정하고 있긴 하나, 형사소송의 당사자가 되었을 때 구체적으로 어떠한 권리를 갖는지를 구체적으로 기술한 규정은 찾아보기 어렵다. 특히, 형사소송 실무가 수사기관의 권한보다는 피의자·피해자의 권리 보장 측면으로 상당 부분 변화해 왔음에도 불구하고 현행 「형사소송법」에서는 이러한 내용을 찾아보기 어렵다.

따라서 총칙 부분에서 형사절차에서 피의자, 피고인, 피해자 각자의 지위가 어떠하고 어떠한 권리를 보장받는지를 알 수 있도록 관련 규정을 일목요연하게 기술해 둘 필요가 있다.

1) 피의자의 권리

외국의 편장체계를 보면 스위스와 오스트리아와 같이 수사절차에서 피의자의 권리에 관한 사항을 별도의 규정으로 두어 명시해 두고 있음을 목격할 수 있다. 특히 피의자에게 「헌법」상 보장된 진술거부권과 「형사소송규칙」에 있는 구속 전 신뢰관계인 동석 및 의견진술 등에 관한 사항은 헌법과 하위법령이 아닌 「형사소송법」에서 규정하여 수사절차에서 피의자의 지위와 권리가 중요함을 강조할 필요가 있다.

「헌법」상의 변호인 조력권 역시 헌법상 피의자의 권리인지가 불명확하나, 헌법재판소에서 불구속 피의자에게도 적용된다고 보는 해석에 따라 인정되는 권리이다. 변호인의 조력을 받을 권리는 공판절차뿐만 아니라 수사절차에서도 당사자의 방어권 행사를 위해 중요한 요소가 되는 만큼 「형사소송법」에서 피의자의 권리로서 명확하게 규율될 필요가 있다.

2) 피해자의 권리

피해자의 권리에 관한 사항은 2007년 「형사소송법」 개정 이후에서 쟁점별로 개별적으로 들여옴에 따라 피해자 보호에 관한 규정이 체계성을 잃고 있다. 독일의 경우 피해자의 권리에 관한 사항을 별도의 장으로 편성하여 기술할 정도로 형사소송에 있어서 중요한 한 영역을 차지하고 있다. 오스트리아의 경우에도 총칙규정에서 피해자의 절차 참가를 형사절차의 기본원칙으로 삼을 만큼 중요하게 다루고 있다. 일본의 경우에도 형사소송에서 피해자의 참여에 관한 다수의 규정을 두어 규율하고 있다는 점이 특징이다.

우리나라 「형사소송법」은 오래전부터 영미법의 영향을 받아 당사자주의 요소를 가미하였다고 하나, 여전히 피해자를 형사절차의 한 당사자로 인정하는 규정을 찾아보기 힘들다. 형사절차의 주요임무는 수사기관이 지고 있지만 피해자도 형사절차의 한 당사자로 참여하고 그 권리를 보장받을 수 있도록 「형사소송법」에 피해자의 권리에 관한 사항을 규정할 필요가 있다.

3. 수사 단서규정의 개편논의 추가

현행 「형사소송법」 하에서는 고소·고발 등 수사단서에 관한 규정이 대인적 강제처분 말미에 규정되어 있고, 내사에 관한 사항은 경찰 수사지침으로, 불심검문은 「경찰관직무집행법」에 의해 규율되고 있다. 범죄수사를 위해 실시되는 출국금지 역시 「출입국관리법」에 의해 별도로 규율되고 있다.

내사의 경우 피내사자의 기본권 보장과 수사영역의 무제한 확대를 방지, 내사사건 피해자의 이의제기권 보장, 수사기관의 영역 확장으로 인한 국민의 기본권 침해를 방지하기 위해 가급적 「형사소송법」에 근거규정을 마련하는 것이 필요하다.[276]

경찰실무에서 활용되고 있는 불심검문의 수사방법도 수사의 한 방식으로 「형사소송법」에서 규율될 필요성이 있는가에 대한 논의가 있으나, 편장체계 논의에 있어 다루는 것은 논의의 범위를 벗어나는 것으로 이해되는바 언급을 제외하도록 한다.

「출입국관리법」상 출국금지는 행정조치로서의 출국금지와 범죄수사 목적 출국금지로 나뉘는데, 범죄수사 목적 출국금지의 경우 수사편의성만을 고려하여 출국금지를 하고 있고, 금지 대상이 단순히 참고인에 불과한 경우에도 출국금지가 남용되어 대상자의 거주이전의 자유와 직업선택의 자유 등을 상당부분 제약하는바, 범죄수사 목적에 한한 출국금지에 한하여 「형사소송법」에 그 적용근거를 마련해 두는 것이 타당하다.

4. 수사관련 편장체계의 개편방안 요약

현행 「형사소송법」 편장체계는 법원에게 실체적 진실발견 의무를 부과하고 직권주의 형사절차 특성을 보여주고 있고, 법원의 행위를 수사기관의 소송행위에 준용하는 형태로 기술되어 있다. 형사소송 구조가 직권주의에서 당사자주의 요소들이 대폭 가미되고 있는 현시점에서 「형사소송법」 편장체계의 개편이 필요하다. 외국의 편장체계 구조를 보더라도 「형사소송법」의 구조가 직권주의이건 당사자주의 구조이건 관계없이 형사절차의 진행 순서대로 구성되어 있다.

---

276) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 60-61면.

현행 형사소송법		형사소송법 개편안	
제1편 총칙	제1장 법원의 관할 재2장 법원직원의 제척·기피 제3장 소송행위의 대리와 보조 제4장 변호 제5장 재판 제6장 서류 제7장 송달 제8장 기간 제9장 피고인의 소환, 구속 제10장 압수와 수색 제11장 검증 제12장 증인신문 제13장 감정 제14장 통역과 번역 제15장 증거보전 제16장 소송비용	제1편 총칙	**제1장 목적, 이념** **제2장 효력범위** **제3장 형사소송의 기본원칙** **제4장 당사자의 권리** 제4장 변호 제5장 재판 제6장 서류 제7장 송달 제8장 기간 제15장 증거보전 제16장 소송비용
제2편 제1심	제1장 수사 제2장 공소 제3장 공판	제2편 수사 〈신설〉	수사의 기본원칙 사건의 수리 수사의 단서 임의수사 체포 구속 체포·구속의 구제 기타 신체침해 수색 압수 검증
		제3편 공소	.....
		제4편공판 〈총칙에서 이동〉	제1장 법원의 관할 제2장 법원직원의 제척, 기피 .... 제9장 소환 및 구속 제10장 압수와 수색 제11장 검증 제12장 증인신문 재13장 감정 제14장 통역과 번역
제3편 상소	제1장 통칙 제2장 항소 제3장 상고 제4장 항고	제5편상소	제1장 통칙 제2장 항소 제3장 상고 제4장 항고
제4편 특별소송 절차	제1장 재심 제2장 비상상고 제3장 약식절차	제5편 재판의 집행	

현행 형사소송법		형사소송법 개편안	
제5편 재판의 집행		제6편 특별 소송 절차	제1장 재심 제2장 비상상고

「형사소송법」의 편장체계는 제1편에서 형사소송의 일반원칙들이 선언되고, 제2편에서 수사절차에 관한 사항이 형사절차 진행순서대로 규정될 필요가 있다. 외국의 편장체계에서 살펴본 바와 같이 프랑스, 오스트리아, 베트남 등 최근 「형사소송법」을 개정한 국가에서는 형사절차의 진행순서대로 수사절차를 먼저 규정하고 재판절차를 나중에 규정하는 방식을 취하고 있다. 따라서 「형사소송법」의 편장체계가 재판에 관한 규정이 먼저 설시되는 것이 아니라 총칙에서 「형사소송법」의 목적과 기본원칙, 당사자의 권리에 관한 사항이 기술되고 제2편에서 수사절차를 기술하고 제3편에서 재판절차를 기술하는 것이 바람직하다.

또한 현행 형사사법기관에 대하여 기술하는 방식도 변경되어야 한다. 현행 편장체계는 법원과 관련된 사항이 우선적으로 나오고, 검찰의 절차에 관한 사항은 법원의 규정을 준용하는 형태로 이루어지고 있고 동등한 주체로서 규율되고 있다고 보기 어렵다. 경찰단계에서의 절차에 관한 규정은 대부분 경찰의 세부지침으로 운영되고 있고 「형사소송법」에서 해당규정을 찾아보기 어렵다. 따라서 형사사법기관에 경찰, 검찰, 법원이 모두 포함되고, 개별 소송행위에 대한 규정들도 수사기관과 법원이 동일한 주체로서 규정하는 방식을 취할 필요가 있다. 이러한 방향성을 가지고 「형사소송법」 편장체계 개편방안을 제시해 본다면, 다음과 같다.

첫째, 제1편 총칙에서는 「형사소송법」의 목적과 기본원칙, 당사자의 권리에 관한 사항이 기술되어야 하고 제2편에서는 수사절차, 제3편에서는 재판절차에 관한 사항 순으로 형사절차의 진행순서대로 편장체계가 구성되어야 한다.

둘째, 제2편 수사절차에서는 수사절차 흐름 순서대로 기술되어야 한다. 제1장에서는 수사의 기본원칙이 제시되어야 하고, 이후 사건의 수리-수사의 단서-임의수사-체포·구속-수색·압수·검증 순으로 기술되어야 한다.

셋째, 대인적 강제처분 이후에 규정되어 있는 고소, 고발과 같은 수사단서 규정이 수사의 기본원칙 이후로 위치를 변경할 필요가 있다.

넷째, 임의수사에 관한 규정도 「검찰사건사무규칙」의 기술방식을 참고하여 수사실무 진행순서에 따라 재기술될 필요가 있다.

다섯째, 체포에 관한 사항을 먼저 규정한 다음 구속절차를 기술하고 공판단계에서의 구속에 관한 규정을 두되 수사상 구속절차의 일부 규정을 준용하는 방식을 고려할 수 있다.

여섯째, 강제채혈, DNA 검사 등 기타 신체침해 강제수사는 대물적 방법으로 진행되긴 하나 당사자의 개인정보 등 사생활을 침해하는 영역인 만큼 대인적 강제수사의 요소도 지니고 있다. 따라서 기타 신체침해와 관련된 강제수사의 경우 대인적 강제수사와 대물적 강제수사의 사이에 위치시키는 것이 바람직하다.

일곱째, 일반적으로 압수와 수색으로 표현되고 있는 두 개념을 형사절차 순서에 맞추어 수색과 압수로 순서를 변경하고 조문의 위치도 변경하도록 한다.

참고문헌

〈국내문헌〉

강동욱·황문규·이성기·최병호, 형사소송법 강의 제4판, 오래, 2018.

국회도서관, 스위스 형사소송법, 2017.

권순민, “강제채뇨의 적법성과 영장주의 그리고 절차조건”, 형사정책 제31권 제2호, 한국형사정책학회, 2019.

권순민, “의식없는 피의자에 대한 혈액채취와 영장주의”, 법학논총 제35권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2011.

김면기, 수사단계 인권보호를 위한 수사절차법 제정연구, 치안정책연구소, 2018.

김봉수, “범죄수사상 생체정보의 수집 및 활용에 대한 규범적 통제”, 법학논총 제35집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.

김성룡, “전자정보에 대한 이른바 ‘별건 압수·수색’”, 형사법의 신동향 통권 제49호, 대검찰청, 2015.

김영규, “미국연방대법원의 ”휴대폰에 저장된 개인정보 보호“에 대한 판결의 의의”, 형사정책연구 제25권 제4호, 한국형사정책연구원, 2014.

김영규, “의식없는 음주운전자로부터 채혈한 혈액 감정서의 증거능력”, 형사소송 이론과 실무 제6권 제1호, 한국형사소송법학회, 2014.

김인회, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2018.

김일수, 독일·오스트리아·스위스의 형사법 개정 추이, 법무부, 2005.

김정옥, “강제채혈의 성질 및 허용요건”, 형사판례연구 제21권, 박영사, 2013.

김정한, 실무형사소송법, 준커뮤니케이션즈, 2017.

김종구, “의식 없는 음주운전자의 채혈과 영장주의의 비교법적 고찰 - 미연방대법원의 Mitchell v. Wisconsin (2019) 판례와 관련하여-”, 형사법연구 제31권 제3호, 한국형사법학회, 2019.

김한균 외, 첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구 (I), 한국형사정책연구원, 2018.

김혁, “제3자 보관 정보에 대한 압수·수색영장의 집행과 적정절차”, 형사정책연구 제29권 제1호, 한국형사정책연구원, 2018.

김형만, 형사소송법, 박영사, 2017.

김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010.

독일법 연구회, 독일 형사소송법(StPO), 사법발전재단, 2017.

박혁수, “디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 통권 제44호, 대검찰청, 2014.

방경휘, “수사상 강제채뇨에 관한 연구 – 한국과 일본의 논의를 바탕으로”, 법학연구 제21집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2018.

배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2009.

배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2013.

배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015.

배종대·홍영기, 형사소송법, 홍문사, 2018.

법무부, 프랑스 형사소송법, 2011.

법무부, 일본 형사소송법·규칙, 2009.

법원행정처, 법원실무제요 형사[1], 2014.

사법발전재단, 독일 형사소송법, 독일법연구회, 2017.

서태경, “형사소송법 제106조 제3항 단서에 따른 수사기관의 압수에 관한 검토 - 피의자·변호인의 참여권을 중심으로 -”, 법학논총 제39권 제3호, 단국대 법학연구소, 2015.

성지용, “제13장 감정 제172조 [법원외의 감정]”, 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법(I) 제5판, 한국사법행정학회, 2017.

성지용, “제13장 감정 제173조 [감정에 필요한 처분]”, 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법(I) 제5판, 한국사법행정학회, 2017.

신동운, 간추린 형사소송법 제10판, 법문사, 2018.

신동운, 간추린 신형사소송법 제11판, 법문사, 2019.

신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014.

신동일, “「디엔에이신원확인정보 이용 및 보호에 관한 법률」의 문제점과 대안”, 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012.

신양균, “독일의 인신구속제도에 대한 검토”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.

신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009.

신양균, “유전자정보은행제도와 인권”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010.

오기두, “주관적 관련성 있는 전자정보만의 수색·검증, 압수”, 사법 제28호, 사법발전재단, 2014.

원혜욱, “강제채혈에 대한 입법적 논의: 독일 형사소송법 제81조의a와의 비교검토를 중심으로”, 형사법연구 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013.

이경렬, “독일법계 형사절차법 개정연혁 및 편장체계 비교연구, 〈형사소송법 편장체계 전면개정 입법안과 외국 입법례 연구〉 2018년도 동계학술대회 자료집, 한국비교형사법학회, 2019.

이동희, “형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 - 일본 형사소송법에 대한 비교 검토를 포함하여 -”, 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019.

이동희·박노섭·이성기·김영석, 주요 국가의 수사상 대인적·대물적 강제처분에 관한 연구, 경찰대학 산학협력단, 2010.

이상돈, “혈액압수와 정보지배권 - 대법원 1999.9.3. 선고 98도968판결에 대한 평석 -”, 저스티스 제34권 제4호, 한국법학원, 2001.

이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거사용의 한계 - 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱 -”, 법학논총 제36권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2012.

이성기, “수사기관의 범죄현장 증거물 수집에 관한 소송법적 논의 – 흔적증거의 수집 행위에 대한 법적 성격을 중심으로 -”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014.

이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 대하여 - 대법원 2009모1190 결정에 대한 평석을 중심으로 한 연구”, 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012.

이순옥, “디지털증거의 압수수색절차에 대한 비판적 고찰”, 중앙법학 제20권 제3호, 중앙대 법학연구소, 2018.

이승호·이인영·심희기·김정환, 형사소송법강의, 박영사, 2018.

이완규, “디지털 증거의 압수·수색 개념 및 증거능력 요건”, 형사재판의 제문제 7권(차한성 대법관 퇴임기념 논문집), 사법발전재단, 2014.
이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015.
이완규, “제1장 수사 제199조 [수사와 필요한 조사]”, 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법 (II) 제5판, 2017.
이완규, “제1장 수사 제221조의3 [감정의 위촉과 감정유치의 청구]”, 김희옥/박일환 편, 주석 형사소송법(II), 제5판, 2017.
이은모, “소변강제채취의 허용성 및 법적 성격에 관한 검토”, 법학논집 제32집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2015.
이은모, 형사소송법 제2판, 박영사, 2011.
이은모·김정환, 형사소송법 제7판, 박영사, 2019.
이재상, 형사소송법 제9판, 박영사, 2012.
이재상·조균석, 형사소송법 제12판, 박영사, 2019.
이주원, 형사소송법, 박영사, 2019.
임동규, 형사소송법 제14판, 법문사, 2019.
임철희, “기본권침해적 수사와 법관유보 – 무능과 월권?”, 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회, 2019.
장응혁, “강제채뇨와 채뇨를 위한 연행 – 대법원 2018.7.12. 선고 2018도6219 판결을 소재로 –”, 형사법연구 제31권 제3호, 한국형사법학회, 2019.
전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행-대법원 2011. 5. 11.자 2009모1190 결정-”, 법조 통권 670호, 사법발전재단, 2012.
정승환, 형사소송법, 박영사, 2018.
정웅석·최창호, 형사소송법, 대명출판사, 2018.
조국, 위법수집증거배제법칙 전면개정판, 박영사, 2017.
조기영, “강제채뇨의 허용성에 관한 고찰”, 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019.
조기영, “신체침해에 있어서 강제처분법정주의와 영장주의”, 동북아법연구 제12권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2019.
조기영, “피의자의 동의 없는 혈액 압수의 적법성”, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사

법학회, 2011.
조성용, “『DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010.
조성용, “디엔에이감식시료채취영장 발부절차의 위헌성”, 형사정책연구 제30권 제1호, 한국형사정책연구원, 2019.
최윤정, “전자정보 압수수색에 적용되는 영장주의 원칙과 그 예외에 관한 법적 검토 - 휴대폰 등 모바일 기기를 중심으로”, 저스티스 통권 제153호, 한국법학원, 2016
최호진, 형사소송법강의, 준커뮤니케이션즈, 2019.
하태인, “수사상 강제채뇨에 관한 비판적 고찰”, 법학연구 제51권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
하태훈, “한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평 – 수사 일반과 강제처분 부분 -”, 형사법연구 제23권 제1호, 한국형사법학회, 2011.
형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010.
홍영기, “압수의 허용과 제한”, 고려법학 제72호, 고려대학교 법학연구원, 2014.
히라라키 토기오(조균석 역), 일본 형사소송법, 박영사, 2012.

〈헌법재판소 결정 및 법원 판결〉

헌법재판소 1990. 8. 27. 89헌가118 결정.
헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바27 결정.
헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정.
헌법재판소 2005. 6. 30. 2002헌바83 결정.
헌법재판소 2011. 11. 24. 2010헌바254 결정.
대법원 1991. 9. 24. 선고 91도1314 판결.
대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결.
대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결.
대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결.
대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체 결정.
대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결.

대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결.
서울고등법원 2007. 3. 30. 선고 2006나31964 판결.

〈외국 문헌〉

BeckOK StPO/Gerhold, § 94 Rn. 3-4.

Bosch, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018.

Bosch, Nikolaus, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, Duncker & Humblot GmbH, 1998.

Bung, Philosophie der Selbstbelastungsfreiheit, in: Stephan Barton u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, 2018.

Busch, Verwertbarkeit von "Beinahetreffen" aus DNA-Reihenuntersuchungen, NJW 2013.

Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl., 2017.

Eisenhardt, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschludigten. Am Beispiel des § 81a StPO, 2007.

Hadamitzky, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., 2019.

Magnus, Beinahetreffer bei Massengentests – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, ZRP 2015.

Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., 2017.

Neumann, Mitwirkung- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren, in: R. Zaczyk u. a. (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolf zu. 70. Geburtstag, 1998.

Pommer, Stephanie, Die DNA-Analyse im Strafprozess – Problemfelder der §§ 81e, ff. StPO, JA 2007.

Renzikowsiki, Körperliche Zwangseingriffe und Selbstbelastungsfreiheit, in: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und

Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009.

Rogall, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlang, 2018.

Rogall K., Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme, NStZ 1998.

Saliger/Ademi, Der Massengentest nach § 81h StPO, JuS 2008.

Schlothauer, Körperliche Eingriffe i. S. d. §81a StPO: Arztvorbehalt und Gesundheitsschutz, in: Stephan Barton u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, 2018.

Schneider, DNA-Analyse und Strafverfahren de lege ferenda, NStZ 2018.

Schneider/Schneider/Fimmers/Brinkmann, Allgeimeine Empfehlung der Spurenkommission zur statistischen Bewertung von DNA-Datenbank-Treffern, NStZ 2010.

Schreiber, Einführung des “genetischen Steckbriefs”, ZRP 2019.

Schwabenbauer, in: Matthias Bäcker u. a. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., C. H. BECK, 2018.

Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001.

Wohlers/Jäger, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band II, 5. Aufl., 2016.

〈외국 판결 및 결정〉

European Court of Human Rights, Judgment on 11.07.2006 - Application no. 54810-00, Case of Jalloh v. Germany (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307, 2019년 11월 30일 최종검색)

EGMR, Urteil vom 11. Juli 2006 – Rs. 11/07/06 (Jalloh gegen Deutschland)

RGSt 14, 189.

RGSt 16, 218.

RGSt 19, 364.
RGSt 64, 160.

〈각국 법령〉

독일「형사절차법률(StPO)」2014년 영어 번역본
(https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색).
말레이시아「형사절차법률」영어 번역본
(http://www.agc.gov.my/agcportal/index.php?r=portal2/lom&menu_id=b21XYmExVUhFOE4wempZdE1vNUVKdz09, 2019년 12월 1일 최종검색).
베트남「형사절차법률」영어 번역본
(https://vanbanphapluat.co/law-no-101-2015-qh13-criminal-procedure-code, 2019년 12월 1일 최종검색).
세계법제정보센터 베트남 형사소송법전
(http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgslInfoReadPage.do;jsessionid=U74oT842Q2InJlPlWuVUqfTCmbBduYXIM3jh2tHUcL689kviUcLK6iojBn9gA5nI.eduweb_servlet_engine7?CTS_SEQ=7168&AST_SEQ=325&nationReadYn=Y&ETC=1&searchNtnl=VN#, 2019년 11월 10일 최종검색).
스위스「형사절차법률(StPO)」의 5개어(독일어, 프랑스어, 이탈리아어, 로만시어, 영어) 번역대조표
(https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html, 2019년 12월 1일 최종검색).
오스트리아 형사소송법 사이트 (https://www.jusline.at/gesetz/stpo, 2019년 12월 1일 최종검색)
일본 국제협력기구 ベトナム(베트남)六法
(https://www.jica.go.jp/project/vietnam/021/legal/ku57pq00001j1wzj-att/legal_101_2015_QH13.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색)
일본「형사소송법」2011년 영어 번역본
(http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=02&dn=1

&yo=code+of+criminal+procedure&ia=03&ja=04&ph=&x=0&y=0&ky=&page=1&id=3364&lvm=01, 2019년 12월 1일 최종검색).

캄보디아「형사절차법률」2007년 영어 번역본
(https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814242.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색).

캄보디아「형사절차법률」2008년 영어 번역본
(https://www.cncc.gov.kh/userfiles/image/download/Laws-Code%20of%20Criminal%20Procedure%20.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색).

프랑스「형사절차법률(Code de procédure pénale)」2006년 영어 번역본
(https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations, 2019년 12월 1일 최종검색).

Development of criminal procedures in Vietnam
(http://vietnamlawmagazine.vn/development-of-criminal-procedures-in-vietnam-4455.html, 2019년 12월 1일 최종검색)

More rights for the accused, defense counsels in criminal proceedings
(http://vietnamlawmagazine.vn/more-rights-for-the-accused-defense-counsels-in-criminal-proceedings-5417.html, 2019년 12월 1일 최종검색)

Schweizerisches Bundesrat, Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. 21. Dezember 2005.
(https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf, 2019년 12월 1일 최종검색)

Abstract

Revision Measures of the System of the「Criminal Procedure Act」
– Focused on Investigation Procedure –

Lee, Seung Hyun / Park, Kyung Kyu and so on

It has been 65 years since the「Criminal Procedure Act」was enacted, but since its enactment, the act has not deviated much from the system at the time of taking over the Japanese law. First, according to the current framework of the「Criminal Procedure Act」, the post-trial procedure is defined in the General Provisions, and most subsequent provisions of the investigation procedure follow the provisions of the trial procedure, which do not match the order of the criminal procedure. Second, as a number of contents related to trial are stipulated in the Part I General Provisions and the investigation procedure is defined in the Part II Court of First Instance, it gives the impression that the investigation procedure is considered as an incidental or preliminary procedure of trial. Most important details that should be stipulated in the Chapter 3 Public Trial of the Part II are also defined in the General Provisions, which do not match the order of the criminal procedure. Third, it is difficult to conclude that the「Criminal Procedure Act」deals with the contents of the criminal procedure in a comprehensive and systematic manner, as the fundamental rights of citizens during the investigation procedure and some important matters that must be notified in accordance with the procedure are governed by the「Special Criminal Act」, the「Regulation on Criminal Procedure」, or the「Regulation on Administration of Prosecutory Cases」, not by the「Criminal Procedure Act」.

Fourth, despite the need to change the investigation techniques or to introduce a new investigation system, it is difficult to find any change in the provisions of the 「Criminal Procedure Act」.

Due to the current system of the Criminal Procedure Act, it has been pointed out that the public including suspects, who are the parties to the criminal procedure, can not clearly understand the contents of the criminal procedure and although the 「Criminal Procedure Act」 is a 'procedural act' to guide the progress and procedure of criminal cases, legal experts such as practitioners and scholars are also having difficulty in grasping its meaning. Therefore, this study examines the problems of the system of the Korean Criminal Procedure Act by reviewing the structure of the current system of the 「Criminal Procedure Act」 and the arrangement order of the provisions. This study also aims to propose revision measures of the system of the Criminal Procedure Act, which match the order of the criminal procedure and guarantee the fundamental rights of citizens in comparison with foreign criminal procedure act systems.

The revision measures of the system of the Criminal Procedure Act can be considered in two forms. In the short term, there are measures to abolish provisions applicable mutatis mutandis and to change the order of the provisions. However, it is necessary to revise the system of the Criminal Procedure Act entirely in order to systematically arrange the legal provisions according to the order of the criminal procedure.

First, the purposes and basic principles of the Criminal Procedure Act and the rights of parties should be described in the Part I General Provisions as the forms of foreign legislative cases. The investigation procedure should be stipulated in the Part II and the trial procedure must be defined in the Part III, so that the system would be structured according to the order of the criminal procedure. Second, Part II should be described in the following order: basic principles of investigation - acceptance of case - investigation of evidence - discretionary

investigation - arrest·detention - other physical infringements - search·seizure - inspection in accordance with the order of the investigation procedure. Third, the provisions on the investigation of evidence, such as complaints and accusations that are stipulated after interpersonal compulsory disposition, should be repositioned after the basic principles of investigation. Fourth, the provisions on discretionary investigation should be defined in the order of investigation progress by referring to the description method of the 「Regulation on Administration of Prosecutory Cases」. Fifth, the details related to arrest should be specified in the investigation phase, and then the detention procedure should be described. After that, the provisions on detention in the trial phase must be stipulated, but some provisions for investigation should be applied with necessary changes having been made. Sixth, although compulsory investigation involving physical infringements such as mandatory blood draw and DNA test is an in rem method, it should be described after interpersonal compulsory investigation as it is a privacy infringement area such as personal information of parties. Seventh, the provisions of the two concepts expressed as 'seizure and search' should be repositioned in accordance with the order of the investigation procedure by separating the concepts into 'search' and 'seizure'.

연구총서 19-BB-03

형사소송법 편장체계 개편방안 연구
- 수사를 중심으로

발　　행 | 2019년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전　　화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정　　가 | 10,000원
인　　쇄 | 고려씨엔피 02-2277-1508/9
I S B N | 979-11-89908-52-2 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.