

# 현행범체포의 요건으로서 체포의 필요성에 관한 비판적 검토\*: 대법원 판결 2011도3682를 중심으로

황 문 규\*\*

## 국 | 문 | 요 | 약

현행범인을 체포하기 위해서는 체포의 필요성, 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하는가에 대하여, 최근 대법원은 현행범체포의 요건으로서 체포의 필요성이 필요하다는 점을 명확히 하였다. 따라서 현행범인을 체포함에 있어 체포의 필요성을 충족하지 못한 경우 그 체포행위는 불법한 체포로 간주된다.

그렇지만 이는 현행범체포가 범죄혐의가 의심스러운 자를 체포하는 여타 체포 또는 구속과 달리 죄증과 범인성이 명백한 자를 대상으로 함으로써 권한남용의 우려가 적고, 그 때문에 영장주의 원칙의 예외로 인정받고 또 사인에게까지 체포를 허용하고 있는 현행범체포제도의 취지와 부합하지 않는다는 점에서 논란의 여지가 있다. 게다가 시시각각 변하는 급박한 법집행 현장에서 체포의 필요성이 존재하느냐 여부에 대한 실질적인 판단을 할 수 있겠는가, 특히 특별한 법률적 소양이 부족한 일반인에게 그러한 요건의 충족여부에 대한 정확한 판단을 기대할 수 있겠는가에 대한 물음에 의구심을 갖게 한다. 판례의 이러한 태도는 체포권한의 남용으로 인한 부당한 체포를 억제하기 위한 것이지만, 법집행 현장에 있는 사람에게는 적지 않은 부담으로 작용한다.

본 연구는 이러한 배경에서 대법원 판례(2011도3682)를 중심으로 판례의 입장에 어떠한 문제점이 있는지를 구체적으로 검토하고, 이를 바탕으로 법집행현장의 경찰과 사법적 통제 역할을 담당하는 법원 그리고 제도적 측면에서 현행범체포제도의 합리적 운영을 위하여 정책적인 고려가 필요한 사항을 제시하였다.

❖ 주제어 : 현행범인, 현행범체포, 체포의 필요성

\* 이 논문의 작성에 도움을 주신 서울광진경찰서 김형훈 경감(법학박사)에게 감사드린다.

\*\* 중부대학교 경찰행정학과 교수

## I. 서론

“현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다.” 체포·구속은 개인의 신체자유에 대한 중대한 제한을 가져오기 때문에 헌법과 형사소송법에서는 원칙적으로 법관이 발부한 영장에 의하여 체포·구속할 것을 요구하고 있다. 그러나 현행범인을 체포할 경우에는 그러한 영장을 요구하고 있지 않으며, 나아가 체포의 주체도 수사기관뿐만 아니라 일반인에게까지 확장하고 있다. 이는 현행범인이 아닌 경우의 체포에 있어 범죄혐의는 의심할 정도에 불과하지만, 현행범의 경우에는 범죄사실과 진범여부가 명백하여 권한남용의 우려가 그만큼 작다는 점이 작용하고 있기 때문이다. 형사소송법에서 체포영장에 의한 체포와 긴급체포, 그리고 구속의 경우 범죄혐의의 상당성 이외에 추가적인 요건을 규정하여 체포·구속을 까다롭게 하고 있으면서도, 현행범 체포에 대해서는 특별히 추가적인 요건을 명시적으로 규정하고 있지 않는 것은 바로 그러한 맥락으로 볼 수 있다.

그러나 법집행의 현장은 이러한 법규정과 괴리가 있다. 즉, 현행범인이라고 하여 형사소송법 규정대로 체포하였다가는 자칫 불법체포의 책임을 면치 못하는 경우가 있다. 이는 바로 현행범체포에 대한 판례의 태도 때문이다. 판례는 현행범인의 체포를 위해서는 ‘도주 또는 증거 인멸의 우려’라는 요건을 요구하고 그러한 요건을 충족하지 못한 체포행위를 ‘불법’으로 판단하고 있기 때문이다. 물론 현행범인 체포의 요건으로서 도망이나 증거인멸의 우려가 필요한가에 대해 적극적인 입장도 있다. 하지만 현행범체포에 있어서는 별도로 그러한 요건이 필요치 않다는 주장도 있다는 점에서 논란의 소지가 있다. 이는 또한 시시각각 변하는 급박한 법집행 현장에서 체포의 필요성이 존재하느냐 여부에 대한 실질적인 판단을 할 수 있겠는가, 특히 특별한 법률적 소양이 부족한 일반인에게 과연 그러한 요건의 충족여부에 대한 판단을 기대하기는 더더욱 어려운 것 아닌가, 나아가 법집행의 현장근무자에게 전체적으로 체포라는 방식을 결정하게 된 사정 등에 대한 재량이 허용될 수 없는가라는 점에서 더욱 그러하다. 판례의 이러한 태도, 즉 현행범체포에 있어 체포의 필요성을 요구하고 이에 대한 엄격한 사후적 심사는 체포권한의 남용으로 인한 부당한 체포를 억제하기 위한 것이지만, 법집행 현장에 있는 사람에게는 적지 않은 부담으로

작용한다는 점을 간과하기 어렵다. 왜냐하면 이러한 요건을 결한 경우 범죄자를 체포하려 한 행위는 불법이 되고, 체포행위에 항거하는 현행범인의 행위(예컨대 폭행 또는 공무집행방해)는 정당방위 또는 정당행위가 되는 결과를 가져오기 때문이다.<sup>1)</sup>

현행범체포는 개인의 신체의 자유에 대한 중대한 제한수단인 만큼 권한의 남용으로 개인의 자유가 부당하게 침해되지 않도록 제한하고 통제해야 할 대상인 것은 분명하다. 그러나 그것이 지나쳐서 정당한 법집행의 걸림돌로 작용하는 것이라면 다시 생각해 볼 문제이다. 이러한 점에서 본고는 현행범체포와 관련한 대법원 판례(2011도3682)를 중심으로, 우선 형사소송법상 현행범체포제도가 어떠한 의의를 가지고 있는지를 살펴보고, 다음으로 이를 기초로 하여 법원의 판결에 어떠한 문제점이 있는지를 구체적으로 분석하고자 한다. 다만, 본고에서는 현행범체포의 주체가 수사기관 특히 경찰인 경우를 중심으로 논의를 전개한다.

## II. 사실관계 및 판결의 요지

### 1. 사실관계와 판결요지(대법원 2011. 5. 26, 선고 2011도3682 판결)

#### 가. 사실관계

피고인은 2009. 9. 6. 01:45경 서울 마포구 서교동 빌라 주차장에서 전화를 걸다가 인근지역을 순찰하던 서울○○경찰서 ○○지구대 소속 경사 피해자 공소외 1로부터 불심검문을 당했다. 당시 위 빌라 일대에서 수십 건의 절도와 강제추행 등의 사건이 발생하였던 점을 감안한 공소외 1이 피고인에게 “이 시간에 남의 주차장에

1) 그런데 판례는 체포를 할 만한 사정에서 출발한 체포행위의 정당성보다는 체포행위의 적법성 여부에 집착하는 입장을 취함으로써 명백한 범죄행위를 저지른 피의자의 경찰관에 대한 폭력적 저항을 부추기고 있는 듯한 인상을 주고 있다. 이 점은 특히 체포행위에 항거하는 행위에 대해서는 그것이 방어위사를 가지고 있었는지 아니면 단순히 체포를 면탈하기 위한 불법적인 공격위사의 결과인지, 또 필요한 방위를 초과한 것은 아닌지에 대해 심사하지 않고 있어 더욱 그러하다. 이에 대해서는 황정익, 공무집행방해죄에 있어서 정당방위이론 남용의 문제점, 경찰학논총 제4권 제1호, 2009, 93면 이하 참조.

통화하러 들어갔다는 것이 이상하지 않느냐, 불심검문하겠다.”라고 고지한 뒤 신분증의 제시를 요구하고, 공소의 1을 뒤따라온 공소의 2 역시 피고인에게 자신의 소속과 이름을 밝히면서 “주차장에서 왜 심야에 나오느냐.”라고 불심검문을 하자, 피고인은 자신의 신분증을 제시하였다. 피고인의 신분증을 교부받은 공소의 2가 피고인의 신분조회를 위하여 순찰차로 걸어간 사이, 피고인은 위 주차장 앞 노상에서 위 경찰의 불심검문에 항의하며 인근주민인 공소의 3 및 불특정 다수의 행인들에게 들리도록 공소의 1에게 “씨발놈아, 도둑질도 안 했는데 왜 검문을 하나, 검문 똑바로 해, 개새끼야.”라고 욕을 하여 공연히 공소의 1을 모욕하였다.

이에 공소의 1이 피고인을 모욕죄의 현행범으로 체포한다고 미란다원칙을 고지하자, 피고인은 이에 불만을 품고 양손으로 공소의 1의 가슴을 밀치고, 옆에서 이를 말리던 공소의 2를 밀어버린 후 양손으로 공소의 1의 목살을 잡고, 공소의 1로부터 목을 잡히는 등 제지당하자 입으로 공소의 1의 왼쪽 팔 부위를 세게 물었다. 이후 공소의 1, 2에 의해 공무집행방해 및 상해죄의 현행범인으로 체포당해 순찰차 뒷좌석에 태워진 후 발로 공소의 2가 앉아 있는 운전석을 2~3회 차는 등 폭력으로써 공소의 1, 2의 현행범인 체포에 관한 정당한 공무집행을 방해함과 동시에 공소의 1에게 약 2주간의 치료를 요하는 교상 등을 가하였다. 피고인은 서울서부지방법원에 모욕죄, 상해 및 공무집행방해(형법 제136조 제1항)<sup>2)</sup> 혐의로 기소되었다.

## 나. 재판의 경과

제1심(서울서부지방법원 2010. 6. 10, 선고 2009고단2746 판결)은 피고인에게 모욕죄에 대해서는 유죄(벌금 50만원)을, 상해 및 공무집행방해죄에 대해서는 무죄를 선고하였다. 제1심은 피고인을 모욕죄의 현행범으로 체포하려 한 경찰관의 행위는 체포의 필요성을 결하여 불법하게 체포한 것이고, 따라서 공무집행방해죄의 구성요건을 충족하지 아니하고, 또한 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법 체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다고 보았다. 이에 대하여 검사는 피고인의 태도에 비추

2) 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

어 수사기관의 출석에 응하지 아니할 것이 충분히 예상되는 상황이었고 현행범체포의 요건으로 ‘체포의 필요성’이 존재해야 하는지에 대하여 반대의 의견이 있으며, 현행범체포에 있어서 형사소송법 제214조에서 정한 범죄 이외에는 비례성의 원칙을 고려할 필요가 없으므로, 공소의 1의 체포행위는 적법하다고 주장하면서 항소하였으나 기각당하여(서울서부지방법원 2011. 2. 17, 선고 2010노739 판결), 대법원에 상고하였다.

#### 다. 판결 요지(대법원 2011도3682판결)

현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있는데, 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다. 여기서 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 당시 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량 여지가 있으나, 체포 당시 상황으로 보아도 요건 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관 등의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법하다고 보아야 한다. 본 건에서 피고인은 경찰관의 불심검문에 응하여 이미 운전면허증을 교부한 상태이고, 경찰관뿐 아니라 인근 주민도 욕설을 직접 들었으므로, 피고인이 도망하거나 증거를 인멸할 염려가 있다고 보기는 어렵고, 피고인의 모욕 범행은 불심검문에 항의하는 과정에서 저지른 일시적, 우발적인 행위로서 사안 자체가 경미할 뿐 아니라, 피해자인 경찰관이 범행현장에서 즉시 범인을 체포할 급박한 사정이 있다고 보기도 어려우므로, 경찰관이 피고인을 체포한 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 피고인이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

## 2. 문제의 제기

본건의 쟁점은 우선, 현행법 체포를 위해서는 체포의 필요성, 즉 ‘도주 또는 증거인멸의 우려’가 있어야 하는가 하는 점이다. 판례는 일관되게 현행법체포의 요건으로 ‘체포의 필요성’을 요구하고 있다. 이를 통해 인신구속에 신중을 기하려는 모습을 보여주고 있다. 그렇지만 현행범인에 대한 체포는 ‘범죄혐의가 의심스러운 자’에 대해 체포하는 여타 체포 또는 구속과 달리 죄증과 범인성이 명백하다는 점에서 체포의 요건까지는 필요하지 않다는 반대의견도 있는데, 이를 충분히 감안하지 않고 있다는 점에서 논란의 여지가 있다. 이는 형사소송법상 현행범체포제도의 취지 그리고 현행범체포의 목적을 어떻게 파악하느냐와 관련되어 있는 문제라는 점에서 구체적인 검토를 요한다.

다음으로 사인에 대한 현행범체포의 경우에도 이를 그대로 적용할 수 있을 것인가 하는 점에서 논란이 있다. 현행범체포는 경찰관만이 하는 것이 아니라 일반인도 할 수 있도록 되어 있는데, 특별한 법률적 소양을 갖추지 못한 일반인에게 현행범체포시 범인·범죄의 명백성 이외에 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는지에 대한 실질적인 판단을 기대할 수 있을지는 의문이기 때문이다. 문제는 사인의 현행범체포가 체포의 필요성을 충족하지 못한 경우 사인의 체포행위는 불법한 체포에 해당되어, 수사기관은 현행범인을 사인으로부터 인수해야 하는 것이 아니라 현행범인을 체포한 사인을 사법처리해야 한다는 점이다. 이것이 사회평균인의 기준에서 범행이 명백하여 불법체포의 우려가 없다는 점에 근거하여 현행범체포의 주체로 ‘누구든지’로 규정한 형사소송법의 취지에 부합하는 것인지는 의문이다.

마지막으로 현행범체포제도의 존재를 부인할 수 없는 이상 현행범체포의 남용을 우려하여 현행범체포의 요건으로서 체포의 필요성이 충족되었는지 여부를 따지기 전에 ‘현장에서 체포를 하게 된 전체적인 사정’은 고려할 필요가 없는가 하는 점이다. 이 점은 경찰관의 법집행시 특히 고려해야 할 문제이다. 법집행을 하기 위하여 경찰은 여러 가지 수단을 강구할 수 있고, 그 가운데 현장에서 가장 적합한 것으로 여겨지는 조치를 선택할 수 있음은 부인하기 어렵다. 즉, 상황에 따라 형사법상·경찰관직무집행법상 임의동행 또는 현행범체포 등 형사법상 강제조치 내지 경찰법상

즉시강제조치 가운데서 현장경찰관이 어떠한 조치를 취하는가는 그것이 범규정을 충족하고 정당한 직무집행인 이상 재량에 맡겨져야 하는 것 아닌가 하는 점이다. 만약 그러한 선택의 재량이 주어지지 않다면 법집행 현장에서 경찰이 재량껏 할 수 있는 조치는 크게 제한을 받을 것이고, 현장의 법집행력은 그만큼 약화될 것이기 때문이다.

### Ⅲ. 현행범체포제도의 의의

#### 1. 현행범인의 개념

현행범이란 범죄의 실행 중이거나 실행의 즉후인 자를 말한다(형사소송법 제211조 제1항). 이를 고유의 현행범이라고도 하며, 일정한 유형에 해당하는 자를 현행범인으로 간주하는 준현행범(제211조 제2항)과 구별한다. 형사소송법 제212조에서 말하는 ‘누구든지 영장 없이 체포’할 수 있는 대상으로서의 현행범인에는 고유의 현행범과 준현행범이 모두 포함된다.<sup>3)</sup> 여기서 ‘범죄의 실행 중’이란 범죄의 실행에 착수하여 아직 실행을 종료하지 못한 경우를 말하며, ‘범죄실행의 즉후’라 함은 “범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접착된 시간적 단계”<sup>4)</sup>를 의미한다. 현행범인의 개념에는 시간적 단계의 성격이 강하지만, ‘실행의 즉후’에는 시간적 접착성에 상응하는 정도의 장소적 접착성도 내포되어 있다.<sup>5)</sup>

그러면 현행범에서의 시간적·장소적 접착성은 어느 정도를 의미하는가? 현행범이 의미가 있는 것은 현행 형사소송법상 현행범체포라는 법적 효과가 따르기 때문이다. 즉, 현행범이 일정한 시간적 단계에서 발각되지 않으면 현행범체포라는 것도 있을 수 없다. 따라서 시간적·장소적 근접성의 한계는 범인이 시간적·장소적 측면에서 객관적으로 현행범인의 단계에 있고, 그러한 단계에 있음이 체포자에게 발각

3) 본 연구에서는 고유의 현행범으로 제한하여 논의를 전개하고자 한다.

4) 대법원 1991. 9. 24. 선고 91도1314 판결.

5) 신동운, 신형사소송법 제5판, 2014, 324면; 노명선·이완규, 형사소송법 제3판, 2013, 238면; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법 제5판, 2013, 134면.

되어 명백해질 것이 요구된다 할 것이다.<sup>6)</sup> 판례에서 ‘범죄실행의 직후’의 의미에 관하여 ‘시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는 자가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만’ 현행범으로 볼 수 있다고 한 것도 같은 맥락이다.<sup>7)</sup> 이처럼 현행범인의 개념에서 시간적·장소적 접착성을 고려해야 한다면, 이것은 다른 한편으론 ‘그러한 범위 내에서’ 체포되어야 현행범체포의 법적 효과를 거둘 수 있다는 것을 의미한다. 왜냐하면 현행범인을 체포하는 것이 시간적·장소적 접착성을 다룰 만큼 긴급한 상황에 놓여 있기 때문이다. 또한 현행범인의 시간적·장소적 접착성은 시간적으로 장소적으로 특정범인에 대한 범죄혐의가 명백하다는 것을 말한다. 현행범인이 가지고 있는 이러한 특성, 즉 범인·범죄의 명백성과 긴급성에서 긴급체포나 영장에 의한 체포와 다른 현행범체포규정의 근거를 찾을 수 있을 것이다.

## 2. 현행범체포의 목적 및 필요성

그러면 현행범을 체포하는 목적은 무엇인가? 왜 현행범을 체포해야 하는가? 먼저, 범죄수사를 위한 신빙확보의 목적으로 현행범체포가 필요한 경우를 생각해 볼 수 있다. 형사소송법 제195조<sup>8)</sup>와 제196조 제2항<sup>9)</sup>에 의하면, 수사기관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 수사를 개시·진행하여야 한다. 이때 수사개시를 위한 범죄혐의의 정도는 수사기관의 주관적 혐의이지만 충분한 구체적 사실에 근거를 둔 구체적 혐의이어야 한다.<sup>10)</sup> 이처럼 수사기관이 범죄혐의를 구체적으로 인식하게 되면 수사를 개시하여야 하는데, 현행범인의 경우에는 범죄와 범인임이 명백하여 수사개시에 필요한 정도의 범죄혐의를 넘어서고 있다. 그렇다면 수사기관이 현행범인을 발각한 경우 수사에 착수하여야 하는 것은 당연하고, 급속한 조치가 필요한 현장

6) 송인준, 현행범에 대하여(上), 경찰고시 제193호, 1980, 65면.

7) 대법원 1991. 9. 24. 선고 91도1314 판결.

8) 제195조(검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

9) 제196조(사법경찰관리) ② 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.

10) 신동운, 앞의 책, 169면; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 앞의 책, 90면.

의 특성상 수사의 첫 번째 단계로서 현행범체포를 고려할 수 있을 것이다. 물론 현행범인을 체포하지 않고 인근 경찰관서로 임의동행하거나 현장에서 신원만을 확인하고 추후 수사를 진행할 수도 있을 것이다. 그렇지만 현행범인이 도주 또는 증거인멸의 우려가 농후하다면 체포할 필요성은 높다. 중대한 범죄의 현행범이 그런 경우이다. 반면, 도주 또는 증거인멸의 우려가 없거나, 아니면 신원이 명확하거나 주거가 분명하여 추후 언제든지 출석을 담보할 수 있는 상태라면 즉각적인 체포의 필요성은 그만큼 낮아진다. 경미한 현행범이 그런 경우에 해당한다. 그러나 만약 현행범인이 경미한 범죄에 해당한다하더라도 신원이 확인되지 않거나 주거가 불분명한 경우<sup>11)</sup>라면 범죄의 경미성 여부에 관계없이 현행범으로 체포하지 않을 수 없을 것이다. 이 때문에 형사소송법 제214조에서 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 경미범죄에 대해서는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 현행범체포를 허용하고 있다.<sup>12)</sup> 현행범인은 자신이 범죄자임을 숨기기 위하여 가능하면 현장에서 이탈하려고 하는 속성이 있기 때문이다. 그런데 현행범인이 범행 후 시간적으로 장소적으로 범행현장으로부터 벗어날수록 범죄와 범인의 명백성은 상실되고 그에 비례하여 체포의 가능성도 줄어드는 것이다. 따라서 현장에서 현행범인을 체포하여 범죄수사를 위한 신병을 확보하거나, 현장에서 신원을 확인하여 추후 신병을 확보할 수 있는 근거를 마련할 필요가 있다. 다만, 우리나라의 경우 독일<sup>13)</sup>과 달리 신원을 확인하기 위한 직접적인 강제규정이 없다. 때문에 경미한 현행범인이 신원확인을 거부하는 경우 현행범체포를 하지 않을 수 없는 실정에 놓여있다.

11) ‘주거불명’의 개념에 관한 대법원 판례는 현재까지 없다. 경찰청에서 주거불명의 개념에 대해 법무부 형사법제과에 유권해석을 의뢰한 결과를 종합 검토한 의견에 따르면, 주거불명의 범위는 첫째, 경미사건 현행범인이 경찰관의 인적사항 확인요구에 답변을 거부하는 경우, 신분증을 제시하지 않는 경우, 지문 확인요구에 불응하는 경우, 도망하는 경우 등 현장에서 신원확인을 거부하여 경찰관이 원천적으로 주거확인이 불가능한 경우, 둘째, 경미사건 현행범인이 주민등록증을 제시하거나 이름과 주민등록번호를 구두로 알려주었으나 주민등록이 말소된 경우와 같이 신원은 확인되었지만 주거를 확인할 수 없는 경우로 대별된다. 김선일, 형사소송법 제214조의 해석 및 적용에 관한 고찰 (1), 수사연구 통권 제296호(2008년 6월), 76-77면 참조.

12) 이 점에서 현행범체포는 단순히 구속을 위한 선행절차에 불과한 것이 아니라 그 자체로 의미를 가지는 제도라고 할 수 있을 것이다.

13) 독일 형사소송법 제163조의b 제1항에서는 현행범 또는 구속요건의 존재여부와 관계없이 범죄 혐의가 있는 자에 대하여 그의 신원확인을 위하여 필요한 모든 조치를 취할 수 있으며, 신원확인이 불가능한 경우에는 일시 구속하거나 감식조치를 취할 수 있음을 규정하고 있다.

다음으로 범죄의 예방 또는 진압을 위해서 현행범체포를 고려할 수 있을 것이다.<sup>14)</sup> 이 기능은 특히 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하는 경찰에게는 범죄수사를 위한 목적 못지않게 중요하다. 체포영장에 의한 체포 또는 긴급체포는 과거에 이미 발생한 범죄에 대한 사후적인 체포이지만, 현행범체포는 현재 진행 중에 있는 또는 방금 실행이 종료된 범죄에 대한 체포행위이다. 따라서 현행범체포는 현재 진행형인 범죄를 진압하여 추가적인 범죄피해의 발생을 방지하는 것 이외에 제2, 제3의 범죄발생을 차단하는 기능을 한다. 여기에 현행범인을 체포하는 것이 단지 도망 또는 증거인멸의 우려가 있기 때문만은 아니라는 이유가 있다. 그렇다고 범죄예방 또는 범죄진압을 위하여 반드시 현행범인을 체포해야 한다는 의미는 아니다. 추가적인 범죄의 가능성이 낮은 우발성 범죄의 경우라면 추후 출석을 담보할 수 있도록 신원을 확인하고 체포까지는 하지 않아도 될 것이기 때문이다. 또한 현행범체포는 수사상 강제처분이므로 단순히 범죄예방의 목적만으로 현행범을 체포해서는 안 된다. 다만 피해자의 입장에서는 쉽게 납득하기 어려운 측면이 있을 수 있다. 예컨대 경미하지만 죄질이 나쁜 범죄임에도 기소유예나 집행유예 또는 벌금형이 예상되어 굳이 현행범체포를 안 해도 된다고 하면 피해자에게는 억울한 생각이 들 것이다.

### 3. 현행 형사소송법상 현행범체포규정과 그 취지

우리 형사소송법에서는 개인의 신체의 자유를 제한하는 인신구속제도로써 현행범체포규정을 두고 있다. 즉, 범죄의 실행 중이거나 실행의 직후인 현행범인에 대해서는 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(제211조 제1항, 제212조). 다만, 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 경우에 현행범인 체포는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 허용된다. 그리고 사인이 현행범인을 체포한 때에는 즉시 검사 또는 사법경찰관에게 인도하여야 한다(제213조 제1항). 수사가

14) 안성수, 영·미의 체포·구속제도에 비추어 본 우리 제도의 문제점과 보완 방안, 형사법의 신동향 통권 제7호, 2007, 102면; 김한규, 현행범체포의 문제점, 검찰 통권 제33호, 1971, 82면. 여기서 범죄의 예방·진압을 위한 목적의 현행범체포는 진행 중 또는 방금 실행이 종료된 범죄의 추가적 범죄의 예방 또는 진압을 의미한다는 점에서 사회방위를 위한 예방적 구금과 구별한다. 예방적 구금은 피의자의 장래의 위험성을 미리 예측하여 신체의 자유를 제한하는 것인데, 우리나라에서는 예방적 구금의 인정여부에 대해 논란이 있다.

관이 현행범을 체포할 때에는 사인이 체포하는 경우와 달리 체포의 적법절차를 준수하여야 하므로 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없다(제213조의2, 제200조의5). 이렇게 체포한 피의자를 구속하려면 체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 한다(제213조의2, 제200조의2 제5항).

여기서 현행범체포제도가 다른 체포(체포영장에 의한 체포, 긴급체포)규정과 다른 몇 가지 특성을 찾아볼 수 있는데, 이는 다음과 같다. 첫째, 체포영장에 의한 체포 및 긴급체포의 대상자는 과거에 이미 행하여진 범죄와 관련하여 ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자’, 즉 범죄혐의가 충분히 있다는 것인데 반해, 현행범체포의 대상자는 현재 행해지고 있거나 방금 행해진 범죄와 관련하여 범인이라는 죄증이 명백하다는 점이다. 범죄 그 자체를 놓고 볼 때, 시간적으로 현행범체포의 경우 현재성 내지 적어도 현재와 시간적 근접성이 인정되는데, 다른 체포에서는 과거 범죄에 대한 사후적 체포라는 점에서 차이가 있다.

둘째, 현행범인에 대해서는 ‘영장 없이’ 체포할 수 있으므로 영장주의<sup>15)</sup>의 원칙인 사전영장의 원칙이 적용되지 않고 있다. 이는 긴급체포의 경우도 마찬가지다. 헌법 제12조 제3항에서는 체포의 경우 원칙적으로 사전에 법관이 발부한 영장을 제시하여야 하고, 예외적으로 특히 현행범과 긴급체포의 경우 사후영장을 청구할 수 있음을 명시하고 있다. 형사소송법에서는 현행범체포에 대해 사후영장제도마저도 채택하지 않고 있다. 그러면 현행범체포에 대해서는 ‘왜’ 영장주의의 예외<sup>16)</sup>를 인정하는가? 영장주의는 인신구속에 대한 ‘사법적 통제장치’로서 수사기관의 권한남용으로부터 피의자의 인권을 보호하는 것을 그 핵심으로 하고 있다. 그런데 현행범인의 경우에는 현재 범죄를 행하거나 또는 현재 범죄를 행하여 종료하였다는 것이 그 상

15) 신동운 교수는 우리 헌법이 규정하고 있는 영장주의의 내용으로 1) 법관에 의한 영장발부의 원칙, 2) 사전영장의 원칙, 3) 일반영장의 금지, 4) 영장제시의 원칙을 들고 있다. 신동운, 앞의 책, 228-231면. 한편 황정인 박사는 영장주의와 영장제도는 구별해야 함을 지적하고, 우리 헌법 제12조 제3항과 제16조의 규정은 영장주의가 제도적으로 구현된 것으로서 1) 적법절차의 원칙, 2) 사법심사의 원칙, 3) 사전영장의 원칙, 4) 법관에 의한 영장발부의 원칙, 5) 무영장 체포시 사후영장 청구의 원칙, 6) 일반영장 금지의 원칙, 7) 검사에 의한 영장청구의 원칙 등의 내용으로 구성되어 있다고 한다. 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도: 체포제도를 중심으로, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010, 205면 이하 참조.

16) 여기서는 사전영장의 원칙의 예외로 본다.

황으로 미루어 피체포자가 범인이라는 죄증이 명백하고, 또한 그 판단의 객관성이 보장된다는 점에서 오인체포의 위험이 적다. 그래서 체포자가 권한을 남용할 여지도 그만큼 줄어들기 때문이다.<sup>17)</sup> 반면, 긴급체포나 체포영장에 의한 체포의 경우 범죄를 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 하는 판단은 체포자의 주관에 맡겨져 있어 그 판단의 객관성을 담보하기 어렵다. 체포자가 권한을 남용할 여지가 많고 그에 따라 오인체포의 위험도 상대적으로 높다. 그 때문에 긴급체포나 체포영장에 의한 체포에 대해서는 현행범체포보다 더 엄격한 통제를 가하고 있는 것이다.

셋째, 앞서 언급한 바와 같이 현행범체포에 있어서는 체포의 요건이 완화되어 있다. 체포영장에 의한 체포는 상당한 정도의 범죄혐의 이외에 체포의 사유 즉, ‘출석 요구 불응 또는 불응의 우려’(제200조의2 제1항 본문)가 있어야 하고, 또한 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우이어서는 안된다(제200조의2 제2항 단서). 긴급체포를 위해서는 상당한 범죄혐의 이외에 중대한 범죄, 도주 또는 증거인멸의 우려, 그리고 긴급성 등의 요건을 필요로 하여 현행범체포에 비해 요건이 까다롭다. 긴급체포의 경우 영장을 발부받을 수 없는 긴급성 때문에 영장 없는 체포가 허용되고 있는 것은 현행범체포와 공통되는 점이다. 그런데 현행범체포에 대해서는 형사소송법에서 체포영장에 의한 체포에서 요구되어지는 출석불응 또는 불응의 우려와 같은 체포의 사유나 체포영장에 의한 체포 및 긴급체포에서처럼 체포의 필요성을 요구하는 명문의 규정을 두고 있지 않다.<sup>18)</sup> 현행범인은 범죄혐의가 명백하고 눈앞에서 범죄가 행해지고 있기 때문이다. 그러나 판례에서는 현행범체포에서도 체포의 필요성이 존재해야 함을 지적한 바 있다.

17) 김환규, 앞의 논문, 80-81면; 심희기·양동철, 형사소송법판례150선, 2014, 201면; 노명선·이완규, 앞의 책, 237면; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 앞의 책, 134면.

18) 형사소송법 제200조의2 제2항 단서에서는 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 체포영장을 발부하지 않음을 규정하고 있다. 형사소송규칙 제96조의2에서는 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 한다고 규정하고 있다. 이 규정으로 볼 때, 도망 또는 증거인멸의 염려라는 구속사유 존재는 체포의 적극적 요건이 아니라 소극적 요건에 불과하다고 볼 수 있다. 따라서 구속사유의 부존재가 명백한 경우에 한하여 체포의 필요성이 인정되지 않는다고 할 수 있을 것이다. 배종대·이상돈·정승환·이주원, 앞의 책, 127면 참조.

넷째, 현행범인을 체포할 수 있는 사람을 ‘누구든지’로 하여 체포의 주체를 수사기관에 한정하지 않고 일반인에게까지 확대하고 있다. 사인을 현행범체포의 주체로 한 이유는 마찬가지로 범인 및 범죄가 명백하여 부당한 인권침해의 염려가 없기 때문이다. 이는 또한 현행범인의 체포에 일반국민의 협조를 기대하기 때문이기도 하다.<sup>19)</sup>

이렇듯 현행범체포규정은 다른 체포규정에 비해 영장주의나 까다로운 요건을 요구하고 있지 않는데, 이는 범인·범죄의 명백성, 범죄현장의 긴급성 그리고 범죄예방·진압의 필요성이라는 현행범의 특성을 고려하고 있기 때문이다. 그렇다면 현행범규정을 적용함에 있어서도 대개 위험하고 긴급한 곳에서 이루어지는 현행범체포의 수사현실에 부합하도록 조화롭게 해석하는 자세가 필요할 것인데, 판례는 현행범체포에 있어 현장의 법집행에 대해 지나치게 엄격한 요건을 요구하고 있다. 이에 대해 아래에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

#### IV. 판례에 대한 비판적 검토

현행범체포의 요건으로서 체포의 필요성이 있어야 하는지에 대해, 판례는 “현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접착성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야” 함을 분명히 하고, “이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포”(대판 2011도3682)에 해당함을 지적하고 있다. 판례의 이러한 입장은 현행범체포의 남용을 통제하고 이를 통해 신체의 자유에 대한 부당한 침해를 차단하겠다는 의도로 풀이된다. 그러나 이러한 판례의 태도는 다음의 몇 가지 점에서 비판의 여지가 있다.

19) 정웅석·백승민, 형사소송법, 2014, 167면.

## 1. 현행범체포제도의 취지를 간과하고 있는 것은 아닌지에 대하여

현행범체포의 피체포자는 범인이라는 죄증이 명백하고, 그렇지만 범인이 범행현장으로부터 이탈할수록 그러한 명백성이 상실되어지므로 범행현장에서 ‘긴급하게’ 체포되어야 할 필요성이 있다. 또한 현행범인은 범인·범죄의 사실이 명백하여 체포자의 입장에서 판단을 그르침으로 인한 오인체포의 위험도 적다. 이러한 이유에서 현행범체포는 사전영장의 원칙의 예외로 인정되고 있다. 또한 긴급체포와 달리 현행범체포에 도망이나 증거인멸의 우려와 같은 체포의 필요성이 필요하다는 명문의 규정도 없다. 나아가 일반인에게도 현행범체포를 허용하고 있다. 현행범체포의 요건으로 체포의 필요성이 요구되지 않는다는 소극설<sup>20)</sup>의 입장도 이와 맥락을 같이한다. 이러한 점은 우리나라와 유사한 현행범체포제도를 운영하고 있는 일본의 판례에서도 인정되고 있다.

“현행범인의 체포에 관하여는 특히 그 필요성에 관한 규정이 없고, 또한 현행범인은 범죄를 행하였다는 것이 극히 명백한 것으로부터, 특히 영장이 없이도 이를 체포할 수 있다는 것이고, 형사소송법 제213조<sup>21)</sup>가 사인에 의한 현행범체포도 인정하고, 형소법 제217조<sup>22)</sup>가 극히 경미한 사건에 관하여도 일정한 경우에 체포할 수 있다고 하고 있는 것에 비추어보면, 현행범인의 체포에 관하여는 체포의 필요성의 유무를 문제로 할 여지가 없다고 생각될 수 있고, 가령 체포의 필요성의 유무가 문제로 될 수 있다고 해도, 그 정도는 형사소송규칙 제143조의<sup>323)</sup> 규정에 의하여도

20) 정웅석·백승민, 앞의 책, 169면; 노명선·이완규, 앞의 책, 239면. 다만, 이 견해 가운데서도 현행범체포의 요건으로서 증거인멸의 우려는 필요치 않지만, 적어도 현행범이 도망의 염려가 있거나 그의 신분이 즉각 확인될 수 없는 경우라야만 현행범을 체포할 수 있다는 입장도 있다. 배종대·이상돈·정승환·이주원, 앞의 책, 136면. 또한 손동권·신이철 교수는 신원이 확실하고 도주 및 증거인멸의 우려가 명백히 없는 경우에는 현행범체포도 할 수 없다는 입장이다. 손동권·신이철, 새로운 형사소송법, 2013, 250면

21) 제213조 현행범인은 누구든지 체포장 없이 이를 체포할 수 있다.

22) 제217조 30만엔 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범에 관하여는 범인의 주거 혹은 성명이 명백하지 않은 경우 또는 범인이 도망할 우려가 있는 경우에 한하여 제213조부터 전조까지의 규정을 적용한다.

23) 체포장의 청구를 받은 재판관은 체포의 이유가 있다고 인정되는 경우에 있어서도 피의자의 연령, 처한 환경, 범죄의 경중, 및 태양 그 외 제반사정에 비추어 피의자가 도망할 우려가 없고 그리고 죄증을 인멸할 우려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정되는 때는 체포장을 각하

훨씬 관대하게 해석하여야 한다.”<sup>24)</sup>

수사기관이든 일반인이든 체포자의 입장에서 현재 눈앞에서 범죄가 저질러지고 있음에도 불구하고 이를 묵과하게 내버려둔다는 것은 법질서가 용인할 수 없고,<sup>25)</sup> 특히 피해자의 입장에서든 납득하기 어렵기 때문이다. 인신구속에 대해 영장주의를 엄격히 적용하는 등 적절한 통제수단을 마련해 놓고 있는 주된 취지가 신체의 자유가 부당하게 침해되지 않도록 체포의 권한을 남용하는데 있다는 점을 고려한다면, 그러한 위험이 적은 현행범인에 대해 영장 없는 체포를 허용하는 것은 타당하다고 볼 수 있다. 이 점은 미국의 체포제도<sup>26)</sup>를 보면 더욱 명확해진다.

미국은 사실상 체포(arrest)<sup>27)</sup>의 95% 이상이 영장 없이 이루어지고, 사전영장에 의한 체포는 예외적으로 이루어지고 있다. 이러한 영장 없는 체포를 일반적으로 허용하고 있는 것은 다음의 이유 때문이다. 즉, 1) 필요성, 예컨대, 피의자의 도주로 인한 경찰력의 추가투입을 방지하기 위해서 체포가 즉시 이루어질 필요가 있어야 한다는 점에서, 2) 경미범죄에서의 간편성, 3) 피의자가 즉시 체포되지 않으면 추가 범행이 있을 수 있다는 점에서 사회방위를 위하여, 4) 피의자의 신병을 확보함으로써 사회에 대가를 치르게 하기 위하여, 5) 미국에서 대다수의 체포는 간편한 석방절차규정이 마련되어 있는 경한 범죄에 대해 집행되기 때문이다.<sup>28)</sup> 때문에 영장 없는 체포가 상당한 이유<sup>29)</sup>에 근거하고 있고 적법한 절차를 준수하였다면 적법한 것으로 인정되며, 우리나라에서처럼 체포의 적법성 판단에 도주의 우려 등 주관적 요건을 엄격하게 요구하지는 않는다.<sup>30)</sup> 일반적으로 죄를 범하는 사람들은 당연히 도망을

하여야 한다.

24) 東京高裁 昭和41年1月27日判決.

25) 최영승, 사인의 현행범인 체포와 추적과정에 수반되는 주거침입죄의 성부, 형사법연구 제23권 제1호, 2011, 151면.

26) 롤란드 뷔 델 카르멘(김한균 역), 미국의 인신구속제도, 23-24면 참조; 오경식, 한국과 미국의 형사소송절차에서의 체포제도의 비교연구, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003, 951면 이하.

27) 이를 ‘구속’이라고 번역하기도 한다. 미국에서는 우리나라와 달리 체포와 구속이 일원화되어 있다. 미국의 인신구속제도는 arrest(체포 또는 구속)뿐이다.

28) 롤란드 뷔 델 카르멘(김한균 역), 미국의 인신구속제도, 23면.

29) 상당한 이유는 체포 등 강제처분이 적법한 것으로 인정되기 위해 필요한 최소한의 증명의 정도를 나타내는 것으로 이에 대한 일반적인 정의는 없다. 다만, 모든 상황에서도 상당한 이유는 단순한 의심 이상을 의미하고 공판에서의 유죄를 입증하는 정도의 증명인 합리적 의심이 없는 것보다는 낮은 단계의 증명을 의미한다.

가고 또한 나중이라도 수사기관에 검거될 경우 형사처벌을 모면하기 위하여 증거를 인멸하려는 속성을 가지고 있어서 별도로 체포의 요건으로 증거인멸이나 도망의 염려는 필요없다고 보기 때문이다.<sup>31)</sup>

그러나 현행범체포에도 긴급체포와 같이 도망이나 증거인멸의 우려가 있어야 한다는 적극설<sup>32)</sup>의 입장에서는 현행범체포는 긴급체포와 체포영장에 의한 체포와 마찬가지로 단기간의 신체구속을 의미하는 체포라는 점에서 긴급체포와 달리 취급할 이유가 없다고 주장한다. 형사소송법상 3가지 유형의 체포제도는 모두 단기간의 신체구속이라는 점에서 동일한 것은 사실이지만, 긴급체포와 체포영장에 의한 체포가 ‘범죄혐의의 의심을 받는 자’를 대상으로 함에 반해 현행범체포는 ‘범인의 죄증이 명백한 자’를 대상으로 한다는 점에서 분명한 차이가 있다. 그리고 현행범체포는 현행범인에 대한 수사의 최초단계로서 행해지고, 또한 제2, 제3의 추가적 범죄피해를 방지하기 위한 목적도 있다. 따라서 도망 또는 증거인멸의 우려가 없는 현행범인이 라도 체포해야 할 필요가 있는 것이다. 게다가 형사소송법 제214조에서는 다액 50만원이하의 벌금, 구류, 또는 과료에 해당하는 극히 경미한 범죄의 현행범인이 주거가 불분명하다면 현행범체포를 허용하고 있다.<sup>33)</sup> 여기서 ‘주거가 불분명한 때’를 구속사유에 있어서 도망 또는 도망의 염려를 판단하는 척도<sup>34)</sup>로 이해한다면, 경미범죄의 현행범인에 한하여 체포의 필요성이 요구된다고 할 것이다.

적극설의 입장에서는 또한 형사소송법이 강제수사비례의 원칙(제199조 제1항 단서)과 불구속수사의 원칙(제198조 제1항)을 천명하고 있다는 점에서 체포의 필요성이 요구된다고 주장한다.<sup>35)</sup> 그러나 형사소송법에서 영장에 의한 체포, 긴급체포와

30) 오경식, 한국과 미국의 형사소송절차에서의 체포제도의 비교연구, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003, 960면; 이성기, 미국과 영국의 체포·구금제도의 비교법적 고찰, 한양법학 통권 제34집, 2011, 320면.

31) 이태훈, 미국의 인신구속제도: 운영실태와 법정신을 중심으로, 연구보고서, 1998, 14-15면.

32) 신동운, 앞의 책, 307면; 신양균, 형사소송법, 2009, 155면; 심희기, 현행범체포의 요건, 영남법학 제1권 제1호, 1994, 133면.

33) 이 규정은 경미사건에 대한 현행범인의 제한임과 동시에 경미사건을 현행범인으로 체포하기 위한 요건을 규정한 조항으로 볼 수 있다. 김형훈, 즉결심판제도의 바람직한 운용방향, 치안정책연구 제15호, 2001, 402면.

34) 이재상, 형사소송법 제2판, 2008, 247면.

35) 심재무, 체포의 요건에 관한 고찰, 형사법연구 제13호, 2000, 236면 이하 참조.

더불어 현행범체포를 허용하고 있는 바와 같이 이것이 체포 그 자체를 금지한다는 의미는 아니다. 또한 현행범체포에 있어 체포할 필요성이 있는가 여부도 왜 반드시 주관적 판단을 필요로 하는 구속사유인 도망 또는 증거인멸의 우려를 기준으로 해야 하는 것도 의문이다. 후술하는 바와 같이 현행범인의 특성상 그에 대한 체포는 오히려 범죄현장의 전체적인 사정을 고려할 필요가 있다.

## 2. 일반인에게도 동일한 요건을 적용할 수 있는지 여부

현행범체포는 수사기관만이 하는 것이 아니라 일반인도 할 수 있도록 되어 있다. 그렇다면 일반인도 현행범체포시 명백성 이외에 필요성을 판단하여야 하는데, 특별한 법률적 소양을 갖추지 못한 일반인이 과연 그러한 필요성이 충족되었는지를 제대로 판단할 수 있겠는가라는 의문이 든다. 특히 체포의 필요성 중 법원 또는 수사기관의 진실발견을 어렵게 만드는 ‘증거인멸의 우려’가 있는지 여부에 대해 일반인이 제대로 판단하기를 기대하기는 더더욱 쉽지 않을 것이다.<sup>36)</sup> 판례는 그렇지만 일반인의 현행범체포에도 “행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접착성, 범인·범죄의 명백성 외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있을 것을 요”하는 것으로 판시하고 있다.<sup>37)</sup> 판례와 같이 일반인의 현행범체포에서도 체포의 필요성이 충족되어야 한다면, 일반인의 현행범체포가 체포의 필요성을 갖추지 못했을 경우는 납득하기 어려운 문제가 야기된다. 예컨대, 만약 일반인이 현재 범행을 실행 중인 자를 목격하고 현행범인으로 체포하였는데 법원의 사후심사과정에서 체포의 필요성이라는 요건을 갖추지 못한 것으로 밝혀진다면, 그 일반인은 불법체포의 책임을 지고 범죄를 저지른 자는 오히려 피해자가 되는 모순된 결과를 낳게 될 것이다. 실제로 이러한 모순은 경찰의 법집행현장에서 발생하고 있다. 이는 후술하겠지만 현행범체포에 대한 재량이 허용되지 않고 주관적인 체포요건의 충족여부는 법원의 사

36) 노정환, 현행 체포제도에 대한 실무적 고찰, 법조 통권 제683호, 2013, 232면.

37) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3028 판결. 피고인이 1997. 4. 2. 22:40경 평택시 팽성읍 송화리 35의 3 소재 피해자 잭 엘 조하니스(Jack L. Johannes)의 집 앞 노상에서 피해자가 그 곳에 주차하여 둔 피고인의 차를 열쇠 꾸러미로 끊어 손괴하는 것을 보고 이에 격분하여 피해자의 목살을 수회 잡아 흔들어 피해자에게 약 14일간의 치료를 요하는 흉부찰과상을 가하였다는 사건에서, 판례는 사인의 현행범체포에도 체포의 필요성이 필요하다는 점을 분명히 하였다.

후적 심사로 밝혀질 수밖에 없기 때문이다. 이러한 모순에 빠지지 않기 위해서는 전 국민이 특별한 법률적 소양을 갖추어야 한다는 결론에 이르게 된다. 형사소송법에서 일반인에게 현행범체포를 허용한 것은 일반인이 고도의 전문적 경험과 법지식을 가지고 있기 때문은 아닐 것이다.

### 3. 현행범체포에 대한 경찰관의 판단에 재량을 허용하지 않고 있다.

현행범체포의 현장은 평온하고 안정된 상태에 있기보다는 상황이 시시각각 변하는 급박한 경우가 대부분이어서 판례라든지 학설을 뒤져보고 검토할 만한 시간적 여유가 없다. 따라서 현행범체포를 하는 경찰관<sup>38)</sup>의 현장판단에 재량이 허용될 필요가 있다. 다만, 재량이 허용되어야 하는 판단의 대상은 ‘현행범체포에 이르게 된 전체적 사정’이어야 한다. 판례의 사안에서, 경찰은 심야에 당시 수십 건의 절도와 강제추행 등의 사건이 발생한 지역에서 범죄혐의의 의심이 드는 피고인을 발견하고서 임의수사의 일종인 불심검문이라는 수단을 선택하였고, 그에 항의하면서 욕설로 경찰관을 모욕한 범행에 대해 현행범체포라는 방식을 사용하여 범죄현장을 진압하고 치안질서를 유지하려고 하였다. 즉, 당시의 현장은 범죄발생이 빈발한 지역이라는 점, 그 때문에 불심검문이 이루어지고 있었던 점, 이에 대한 항의로 현장에서 30~40m의 거리에 있는 주민이 듣고 무서움을 느낄 정도의 고성 of 욕설이 있었던 점, 불심검문에 대한 항의는 무언가를 숨기려고 하는 것 아닌가 하는 의심을 하게 만들 수 있다는 점 등이 확인되는 상황이다. 이러한 상황에서 현장경찰은 치안질서를 유지할 책임이 있고, 현행범인을 수사할 의무가 있다고 할 것인데, 여기서 현장경찰은 불심검문이라는 수단을 우선적으로 사용하였으나 상대방의 협조를 요하는 임의적 방법의 공권력 행사에 한계가 있음을 인식하고 최후의 수단으로 현행범체포라는 방식을 사용하여 평온한 법질서를 되찾고자 하였던 것이다.

형사법적인 측면에서만 본다면, 판례의 사안에서 피고인은 처음부터 즉시 범인을

38) James O. Wilson에 법집행 현장에 있는 “경찰관은 법관이나 검사와 달리 적개심과 불안으로 가득한 환경 속에서 혼자 일하면서 사느냐 죽느냐, 명예나 불명예냐를 가르는 가장 중요한 문제들에 대하여 폭넓은 재량을 행사하는 사람들”이라고 하였다. 김태진, 경찰재량의 본질과 사법통제, 공법학연구 제7권 제2호, 2006, 442면에서 재인용.

체포할 급박한 사정이 인정되는 현행범인이 아니었기 때문에 굳이 현행범체포라는 인신구속의 수단을 사용할 필요가 있었는가 하는 의문의 여지도 있다. 그러나 일선 현장에서의 경찰작용은 경찰법상 위험방지 또는 범죄예방과 형사법상 범죄수사의 임무가 중첩되어 나타나는 경우가 적지 않다.<sup>39)</sup> 따라서 경찰은 이중의 임무를 동시에 수행하거나 또는 시간적으로 장소적으로 직접 연결된 상황 하에서 수행하게 된다.<sup>40)</sup> 이 점은 판례에서 많이 문제 삼았던 현행범체포의 경우, 즉 경찰법상 경찰작용인 불심검문 과정에서 직전의 범행이 발각되거나 준현행범인이 명백하여 체포행위로 나아가 형사법상 경찰작용으로 행위의 성질이 급변하는 경우에서 쉽게 확인할 수 있다. 이러한 경찰작용의 이중성<sup>41)</sup>을 감안한다면, 경찰의 현행범체포행위를 판단함에는 체포 당시의 상황을 기초로 현행범 체포에 이르게 된 전체적 사정을 고려해야 한다.

그렇다면 형사소송법상 현행범인을 체포할 만한 사정이 있는지는 현장에 있는 근무자가 가장 잘 알 것이고, 그래서 그 현행범을 체포할지 말지에 대한 결정은 그 당시 현장에 있는 근무자에게 맡겨져야 할 것이다. 그렇지 않으면 경찰관의 법집행을 지나치게 제한할 뿐만 아니라 경찰관의 정당한 법집행을 오히려 불법으로 만들 위험이 있다. 본 판례에서처럼 형사소송법상 현행범인임이 명확하고 체포과정에서 미란다원칙을 고지하여 경찰의 체포행위의 정당성은 인정되었지만, 현행범체포의 요건이 충족되지 않아 불법체포로 판단되는 모순이 발생한다. 이는 판례가 ‘전체적으로 현행범인을 체포할 만한 사정이 있었는가’를 판단하기보다 현행범체포의 요건이 충족되었는가에 대해 엄격히 심사하고 있고, 그에 따라 수사기관에게 허용되는 재량도 체포 여부가 아니라 체포요건의 충족여부를 대상으로 하고 있기 때문이다. 문제는 체포의 필요성이 충족되었는지 여부는 주관적이어서 법원의 심사에 따라 사후적으로 밝혀질 수밖에 없다는 점이다.<sup>42)</sup> 판례는 체포요건의 충족여부에 대한 판

39) 박병욱·황문규, 위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로, 형사정책연구 제23권 제3호, 2012, 201면 이하.

40) 이성용, 강력범죄예방을 위한 경찰활동의 쟁점 분석한국공안행정학회보 제36호, 2009, 176면.

41) 김진숙 사법연수원 교수는 경찰작용의 이중성에 착안하여 체포행위와 행정법상 공정력과의 관계를 설명한 바 있다. 김진숙, 체포행위의 적법성과 공무원행방해죄, 사법연수원교수논문집 제6집, 2009, 189-191면 참조.

42) 바로 이 점에서 미국 연방대법원은 2001년 *Atwater v. City of Lago Vista* 사건에서 ‘개개의 사건마다

단은 체포 당시의 상황을 기초로 하여 상당한 여지의 재량이 허용된다고 하지만, 사실상 ‘사후적 평가’에 의해 요건의 충족여부가 결정될 수밖에 없는 것이다. 법원의 사후적 심사에 따라 체포의 필요성이 충족되지 않은 것으로 판단되면, 현장 법집행자의 정당한 법집행은 불법이 되고, 그에 따라 범죄행위를 저지른 피의자의 저항은 불법한 법집행에 저항한 것이어서 정당방위로 인정된다. 이러한 모순은 공무집행방해죄에 대한 판례에서 어렵지 않게 찾아볼 수 있다.

이러한 점에서 미국은 법집행을 하는 현장의 경찰관에게 상당한 재량을 허용하고 있다. 미국에서 일반적으로 이루어지고 있는 영장 없는 체포의 적법성은 상당한 이유의 존재를 근거로 판단하고, 우리나라에서처럼 도주의 우려 등 주관적 요건을 엄격하게 요구하지는 않고 있다.<sup>43)</sup> 또한 상당한 이유의 존부에 대한 판단도 법집행의 현장경찰관에게 맡겨져 있다. 미국에서는 수사기관에 광범위한 체포권을 인정하여 효율적으로 범죄에 대처하되, 체포과정에서 우려되는 인권침해에 대해서는 엄격한 체포요건을 통한 체포 자체를 억제할 것이 아니라 체포과정에서의 절차를 엄격히 통제함으로써 견제하고 있는 것이다.<sup>44)</sup> 따라서 우리나라 법원도 체포의 요건, 특히 객관적 판단이 쉽지 않은 주관적 요건을 엄격히 함으로써만 체포권남용 및 그로 인한 인권침해를 억제한다는 태도를 지양할 필요가 있다.

---

체포 여부를 사후적으로 심판하도록 하는 것은 연방수정헌법 제4조의 목적에 부합하지 않고, 수사기관의 모든 재량적 판단이 헌법적 심사를 받도록 해서도 안 된다’는 점을 지적하고 있다. 또한 ‘수사기관의 입장에서는 수개월이나 수년이 지난 후 법원의 심사를 받더라도 그 결과를 전망하는 것이 가능할 정도로 명백하고 쉬운 기준이 도출되어야 하고, 법원으로서도 이렇게 쉽게 적용될 수 있는 기준이 마련됨으로써 이익을 보는 수사기관의 입장을 우선해야’ 함을 강조하고 있다. 안성수, 앞의 논문, 114면에서 재인용.

43) 이성기, 앞의 논문, 320면.

44) 오경식, 앞의 논문, 966면. 오경식 교수는, 미국에서는 영장없는 체포를 일반적으로 허용하고 있고, 우리나라는 영장주의 등 체포요건을 엄격히 하고 있으나 영장 없는 체포가 전체 체포의 약 90%를 차지하고 있어 미국(95%)과 별 차이가 없다는 점을 지적하면서, 인권침해의 방지를 위해 엄격한 체포요건이 현실성 있는가라는 의문을 제기하고 있다.

#### 4. 현행범체포의 필요성 중 ‘도주우려’의 의미에 대한 실무적 검토

판례와 같이 현행범인을 체포함에 있어 체포의 필요성이 요구된다는 점을 전제한다 하더라도 신분증 제시가 있으면 과연 도주우려가 없는 것으로 판단하는 것이 타당한가이다. 경찰의 신분증 제시 요구에 대해 자신의 신분을 속이기 위하여 다른 사람의 신분증을 제시하는 것을 전혀 배제하기 어려운 현실<sup>45)</sup>에서 ‘신분증 제시=도주우려 없음’이라는 판단은 설득력이 없다. 사실 상대방의 신분증 제시만으로 피의자로서의 신원확인이 완료된 것으로 보기도 어렵다. 실무상 피의자에 대한 신원확인은 통상 지문대조나 이에 준하는 피의자신문을 통한 확인으로써 비로소 완료되고 있다. 게다가 수사에 있어서는 신원확인이 되었다고 하더라도 출석에 불응하고 도주하여 재판을 받지 않는 경우가 비일비재하여 도주우려 여부를 별도로 조사한다. 예컨대, 주민등록이 말소된 경우와 같이 신원은 확인되지만 주거를 확인할 수 없는 경우를 들 수 있는데, 이런 경우에는 신원이 확인되었지만 오히려 도주우려가 높다고 할 것이다. 이러한 점을 고려할 때, 만일 판례대로 신분증 제시를 도주우려가 없는 것으로 판단한다면 예컨대 모욕죄와 같은 경미한 범죄에서는 제대로 된 신분증을 제시한 사람만 처벌되는 불공평함이 발생할 것이다. 이러한 점에서 도망의 위험이 있는지 여부는 어느 하나의 사정만을 근거로 도망위험을 직접 인정하는 도식적 판단은 지양되어야 한다.<sup>46)</sup>

본 판례에서는 그렇지만 피고인이 비교적 경미한 모욕죄를 범했다는 점을 염두에 두고 신분증까지 제시했으니 도주우려가 없는 것으로 판단했으나, 법집행현장에서 볼 때는 단순히 모욕죄에 불과한 것이 아니라 범죄가 빈발하는 지역에서 범죄를 의심하여 행해진 불심검문의 대상자였고, 또한 불심검문에 거세게 항의하고 있었다는 점에서 도주우려가 전혀 없다고 단정하기가 쉽지 않았을 것으로 보인다. 다만, 판례는 본 사안의 문제를 단순히 단속경찰과 일반인의 단속시비에서 출발하여 서로 감정이 고조된 상태에서 경찰관이 무리하게 일반인을 연행하려는 데 있다고 파악한

45) 최근 발생한 김수창 체주지검장 사건에서도 자신의 신분을 속이려고 동생의 주민등록번호를 대는 경우가 있었고, 또한 지명수배자에 대한 불심검문의 과정에서 신분증 제시를 요구하는 경찰관에게 자신의 동생 신분증을 제시한 경우(2007도7961)가 있었음.

46) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 앞의 책, 142면.

것으로 보이는 측면도 있다. 그러나 판례의 지금까지의 태도를 보면 그렇게 이해하기 어려운 측면이 더 강하다. 음주측정을 거부하면서 소란을 피우는 운전자를 음주측정할 목적으로 파출소로 끌고 가려는 경찰관의 행위를 현행범으로 체포하려는 의사였는지 여부가 불분명하다고 한 판시는 그 대표적인 사례이다. 이처럼 그동안 경찰관의 정당한 직무집행에 대하여는 지나치게 엄격한 요건을 요구하면서, 범죄행위를 저지른 자에 대해서는 오히려 지나치게 관대한 태도를 보여 왔기 때문이다.<sup>47)</sup>

## V. 결론: 현행범체포제도의 합리적 운영을 위한 정책적 제언

지금까지 판례 2011도3682를 중심으로 현행범체포의 요건으로 체포의 필요성이 필요하다는 판례의 입장을 비판적으로 검토해 보았다. 이를 바탕으로 아래에서는 현행범체포제도가 보다 합리적으로 운영될 수 있는 방안을 간략히 제시하며 결론에 대신하고자 한다.

### 1. 범죄현장에서 현행범인을 체포하는 경찰의 측면

판례의 사안에서 짚고 넘어가야 할 것은 경찰의 현행범체포행위가 불심검문을 두고 경찰과 사인간의 시비로 상호 감정이 격앙된 상태에서 비롯된 것으로 보여진다는 점이다. 다시 말해 불심검문에 대한 항의로 경찰에게 모욕적인 언사를 한 사인을 즉각 체포한 경찰관의 법집행의사와 그에 대한 사인의 인식의 측면에서 문제가 있다는 것이다. 이 점은 과거 공무집행방해죄의 성부에 있어 현행범의 체포 여부가 문제된 사안에서 보여준 판례의 태도에서도 찾아볼 수 있다. 이러한 사안에서 판례는 법규정상의 고지절차를 일률적으로 적법한 체포의 절차적 요건으로 파악하고 그 요건을 충족하지 못한 현행범체포행위를 불법으로 보았는데, 이러한 판례가 문제가 있다는 점은 별론으로 하더라도 여기에는 경찰의 단속에 대한 사인의 시비에서 촉

47) 정동기, 공무집행방해죄에 있어서의 직무집행의 의의, 이재상 교수 화갑기념논문집: 형사판례의 연구 1, 2003, 1008-1009면.

발된 상호간 감정싸움에 따른 공무집행을 문제삼은 측면도 있다는 점이다.<sup>48)</sup> 이는 현재 우리 사회에 공권력에 대한 불신이 팽배해 있고, 그에 대한 불만이 때로는 감정적으로 표출되고 있는 현실을 전혀 고려하지 않을 수 없다는 점에서 수긍이 간다. 게다가 현행범의 피해자이자 시비의 직접적 당사자가 직무를 공정하게 처리해야 할 경찰관이라는 점에서 직무집행의 객관성을 담보하기 어려운 측면도 있다. 판례는 이러한 점들을 염두에 두고 경찰의 무리한 현행범체포행위를 지적하고자 하였을 것으로 보인다. 이는 본 판례와 달리 경찰이 제3자의 입장에 있는 사안에서는 판례<sup>49)</sup>가 체포의 필요성 여부를 문제삼지 않고 있다는 점에서 더욱 그러하다. 대법원은 경찰이 공소와 피해자 식당의 영업을 방해한 피고인을 현행범(업무방해죄)으로 체포한 사건에서 체포의 필요성 여부를 심사하지 않고 있다. 더구나 항소심에서 인정된 사정을 보면, 관련경찰관은 이 사건 전에도 피고인의 업무방해 혐의로 신고를 받고 사건 현장에 경찰이 출동한 경험이 있고, 피고인의 혐의가 범죄를 구성하지 않는다는 점을 인지하고, 또한 피고인이 피해자들과 친족관계에 있다는 점을 인식하고 있었던 것으로 확인된다. 이러한 사정을 감안한다면 피고인에게 도망이나 증거인멸의 우려가 있어 체포의 필요성을 갖추었다고 하기도 어렵다. 그럼에도 판례는 이 사건에서 경찰의 현행범체포행위를 적법한 체포로 보았던 것이다.

따라서 경찰은 감정에 따른 공무집행이 이루어지지 않도록 신중을 기해야 한다. 특히 공무집행이 개인의 신체의 자유를 침해하는 인신구속의 경우라면 더욱 신중을 기해야 함은 두말할 나위가 없다. 그래서 경찰의 법집행이 그 누가 보더라도 ‘객관적이고 공정하구나’라고 인식이 될 수 있어야 한다. 바로 이 점에서 경찰관 개개인은 자신의 개인감정 표출의 수단으로 ‘공권력’을 이용한 것은 아닌지 자문하고 만약 그렇다면 철저한 반성의 계기로 삼아야 할 것이다. 경찰조직 차원에서도 현행범체포의 실태를 면밀히 분석하여 무엇이 문제인지, 그러한 문제에 어떻게 대응하고 개선할 것인지 등에 대한 실증적인 연구를 할 필요가 있다. 왜냐하면 현행범인 체포의 편법성 문제가 제기되기 때문이다. 즉, 통제<sup>50)51)</sup>에 따르면 현행범인체포는 영장에

48) 임승순, 체포, 구속시 이유고지제도에 관한 소고, 판례월보 제311호, 1996, 71-72면.

49) 대법원 2013. 8. 23. 선고 2011도4763 판결.

50) 김대성, 현행범상 현행범인 체포제도의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제25권 제1호, 2013, 272면을 참조하였음.

의한 체포와 함께 가장 흔히 행해지는 체포유형이지만, 체포된 현행범인에 대해 구속영장을 신청하는 비율은 가장 낮으면서 구속영장신청이 검찰에 의해 기각되는 비율은 가장 높다. 이는 현행범체포가 구속의 선행절차에 불과한 것이 아니어서 그렇기도 하지만, 경찰의 입장에서 현행범체포는 임의동행의 불법성 문제를 극복할 수 있을 뿐만 아니라 혐의자가 수사기관에 출석하지 않을 경우 영장에 의한 체포 등의 번잡한 절차를 회피하는데 더없이 좋은 수단으로 기능하는 측면이 있기 때문이다.<sup>52)</sup>

## 2. 현행범체포에 대한 사법적 통제를 하는 법원의 측면

법원은 사법적 심사를 통해 경찰에 의한 현행범체포가 남용되는 것을 억제하는 역할을 하고 있다. 종래 공무집행의 적법성과 관련하여 현행범의 체포 여부가 문제된 사안에서 법규정상의 고지절차를 예외없이 체포의 적법성 판단의 절차적 요건으로 삼음으로써 사전고지 없이 이루어지는 경찰의 잘못된 현행범체포 관행을 개선하는데 중요한 역할을 해왔다.<sup>53)</sup> 하지만 앞서 논의한 바와 같이 체포의 필요성을 현행

51) <표 1> 최근 5개년간(2008년~2012년) 체포유형별 체포현황

| 구 분       | 2008년   | 2009년   | 2010년  | 2011년  | 2012년  | 합계      |
|-----------|---------|---------|--------|--------|--------|---------|
| 현행범체포     | 12,788명 | 12,507명 | 7,644명 | 6,467명 | 6,146명 | 45,552명 |
| 긴급체포      | 9,991명  | 10,030명 | 6,673명 | 5,582명 | 5,644명 | 37,920명 |
| 영장에 의한 체포 | 9,532명  | 11,292명 | 8,200명 | 7,575명 | 7,977명 | 44,576명 |

<표 2> 2005년~2009년 체포유형별 경찰의 구속영장신청률·기각률

| 구 분     | 현행범체포 |      |      |      |      | 긴급체포 |      |      |      |      | 영장에 의한 체포 |      |      |      |      |
|---------|-------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|-----------|------|------|------|------|
|         | 2005  | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2005      | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
| 구속영장신청률 | 4.6   | 4.1  | 3.4  | 2.8  | 3.2  | 74.0 | 77.1 | 77.5 | 81.4 | 77.5 | 18.4      | 15.3 | 18.4 | 20.3 | 24.1 |
| 구속영장기각률 | 18.8  | 18.9 | 20.7 | 24.0 | 23.4 | 14.3 | 14.1 | 14.7 | 14.6 | 16.6 | 15.6      | 15.0 | 15.1 | 15.6 | 16.0 |

52) 최영승, 앞의 논문, 149면.

53) 사실 이는 경찰의 체포관행에 문제가 있기도 하였지만, 입법상의 잘못에도 기인한다. 왜냐하면 종래 수사기관의 체포·구속은 형사소송법상 법정에서의 피고인에 대한 구속규정을 준용하도록

범체포의 적법성 판단의 기준으로 삼은 것은 정당한 현행범체포까지도 불법으로 만들 여지가 많다. 판례의 사안에서처럼 비교적 경미하고 친고죄인 모욕죄라는 특성을 고려하면 일면 수궁이 가는 측면도 있다.<sup>54)</sup> 그러나 다른 범죄에 대해서까지도 그리고 법률적 소양이 부족한 사인의 현행범체포의 경우에도 동일한 기준을 적용할 수 있는지는 의문이다. 게다가 정신병적인 성추행범죄, 무동기 범죄가 꾸준히 증가하고 있는 현실에서 이들 범죄의 현행범인에 대한 체포는 제2, 제3의 추가적인 범죄를 예방 또는 진압하는 측면이 있다는 점을 고려하면, 단지 도망 또는 증거인멸의 우려가 없다고 하여도 체포해야 하는 경우가 있다.

그렇다면 법원도 현행범체포의 적법성을 판단함에 있어 법집행현장에 있는 경찰의 재량을 인정하는데 지나치게 인색해서는 안 될 것이다. 심사숙고할 시간이나 상의할 사람도 없이 길거리에서 순간적으로 일어나는 법집행의 현장에서 사후적 판단도 쉽지 않은 주관적 요건의 충족 여부에 대해 실질적인 판단을 기대하는 것은 현행범체포에 대한 견제·통제가 아니라 법집행을 하지 말라는 것과 다름없다는 점을 인식해야 한다. 게다가 현행범체포는 일반인에게도 허용되어 있는데, 일반인이 체포의 필요성에 대해 실질적인 판단을 할 수 있겠는가는 의문이다. 물론 법원은 현행범체포가 개인의 신체의 자유를 제한하는 것인 만큼 그 남용을 막으려는 의도로 현행범체포의 요건을 엄격히 하는 것이겠지만, 현행범체포의 현실적인 필요성을 외면할 수는 없다. 현행범체포는 전체 체포의 1/3 이상을 차지할 정도로 흔히 행해지고 있고, 구속영장을 청구하는 비율이 가장 낮은 체포유형이다. 이는 앞서 지적한 체포의 편의성 때문이기도 하지만, 뒤집어보면 실무적으로 범죄수사 및 이를 통한 범죄의 예방 또는 진압을 위하여 현행범체포를 할 수밖에 없는 상황이 그만큼 많다는 것을 의미한다. 그렇다면 현행범체포제도의 취지에 부합하는 법해석으로 형사절차의 원활한 진행을 도모하되, 그 과정에서 과도한 물리력 사용 등으로 인한 인권침해가

하였는데, 이는 범죄현장 등 위험한 곳에서의 피의자에 대한 수사기관의 체포·구속의 현실과 맞지 않는다는 비판이 있었기 때문이다. 이러한 비판에서 현행 형사소송법은 수사기관의 체포·구속에 관한 규정을 별도로 두고 있다. 형사소송법 제200조의5(체포의 피의사실의 고지) 규정은 그 좋은 예이다. 정동기, 앞의 논문, 1008면; 임승순, 앞의 논문, 65면 이하.

54) 판례도 이 사건에서 ‘이 사건 모욕 범행은 사안 자체가 경미할 뿐 아니라 고소를 통하여 검사 등 수사주체의 객관적 판단을 받지도 아니한 채 피해자인 경찰관이 범행현장에서 즉시 범인을 체포할 급박한 사정이 있다고 보기도 어렵다’고 하였다.

발생하지 않도록 통제하는 것이 합리적인 제도의 운영일 것이다. 이는 앞서 미국의 사례를 통해 살펴본 바와 같이 체포에 있어 그 요건을 지나치게 엄격하게 하는 것만이 반드시 인권보장을 위한 최선책도 아니기 때문이다. 오히려 체포요건의 지나친 엄격성<sup>55)</sup>은 본래의 의도와 달리 또 다른 편법을 초래할 뿐이기 때문이다.<sup>56)</sup>

다음으로 경찰의 법집행에 대한 시민의 항의에 대해서도 단순히 일시적·우발적인 행위로 가볍게 넘길 사안만은 아니다. 그러한 항의는 단순히 개인을 모욕한 것에 그치는 것이 아니라 실은 형법상 공무집행방해죄에는 이르지 못하지만 정당한 직무집행을 방해한 것이라는 점을 간과해서는 안 된다. 법집행 중인 경찰관을 모욕하는 것이나 법정에서 판사를 모욕하는 것이나 다를 것이 무엇이 있겠는가.

### 3. 현행범체포의 남용을 통제하기 위한 제도의 측면

그렇다고 현행범체포가 무제한 허용될 수는 없다. 더구나 현행범체포는 영장에 의한 체포에 달리 영장 없이 이루어지므로 사전적 사법통제력이 약하고, 긴급체포와 달리 체포 후 검사의 승인을 받지 않는다는 점 등에서 사후적 통제도 느슨하다.<sup>57)</sup> 따라서 앞서 지적한 바와 같이 현행제도의 합리적 운영을 기하는 것 외에 현행범체포의 남용을 억제할 수 있는 사법적 통제장치가 필요하다. 현재 거론되는 사법적 통제장치는 예컨대, 사후체포영장을 도입하는 방안,<sup>58)</sup> 긴급체포에 대한 사후 통제장치에 준하는 정도의 통제장치를 마련하는 방안,<sup>59)</sup> 현행범인 체포 후에 지체

55) 이은모, 수사상의 인신구속에 관한 한일형사소송법의 비교연구, 한양대학교 법학연구소 법학논총 제23집 제2호, 2006, 3면; 이경재, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 충북대학교 법학연구소 법학연구 제16권 제2호, 2005, 42면; 이재석, 체포제도의 운용과 현실, 비교형사법연구 창간호, 1999, 226면.

56) 영장에 의한 체포제도도 사실 수사초기단계에서 임의적 수사에 불응하는 피의자에 대한 간이한 인치제도를 인정하지 않음에 따라 강제연행 및 보호유치 등 불법적인 수사관행이 불식되지 않아 이를 개선하기 위하여 도입되었지만, 체포영장발부요건의 엄격성으로 인하여 실무에서는 체포영장 청구를 기피하고 있는 실정이다.

57) 현행범체포제도의 이러한 문제점에 대해서는 김대성, 앞의 논문, 273면 이하 참조.

58) 이은모, 형사소송법, 2014, 262면; 신동운 교수도 이러한 입장에 있는 것으로 보인다. 신동운, 앞의 책, 164-166, 323면 참조.

59) 김대성, 앞의 논문, 278면

없이 법관에 인치하여 법관의 통제를 받게 하되 체포 후 48시간의 영장청구기간을 폐지하는 방안<sup>60)</sup> 등이 있는데, 이를 간략히 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 사후체포영장을 도입하는 방안은 현행범인체포의 남용을 억제하는 최선의 방안이지만, 다음의 문제가 있다. 첫째, 국가기관의 강제처분을 통제하고자 하는 영장주의의 특성상 일반인에 의한 현행범체포의 경우에는 적용하기 곤란한 문제가 있다. 때문에 이 경우에는 수사기관이 일반인으로부터 현행범인을 인도받은 때 체포영장을 청구하는 방식으로 운영할 수도 있겠으나,<sup>61)</sup> 이는 수사기관에 의한 현행범 체포권한의 남용을 방지하고자 하는 영장주의의 취지와 다소 거리가 있다. 둘째, 현행범체포제도의 사후영장 미비 문제에 대해 헌법재판소에서 지적하고 있는 바와 같이 “현행범인인 피의자를 체포하여 조사한 결과 구금을 계속할 필요가 없다고 판단하여 48시간 이내에 석방하는 경우까지도 반드시 체포영장발부절차를 밟게 한다면, 이는 실무상 피의자, 수사기관 및 법원 모두에게 시간과 노력의 비경제적인 소모를 초래할 가능성”이 있다.<sup>62)</sup> 또한 구속을 하게 될 경우 사후체포영장을 받고 난 후 다시 구속영장을 받는 ‘불필요한 절차의 중복’이 초래되는 문제가 있고, 그래서 체포영장과 구속영장을 일원화해야 한다는 지적<sup>63)</sup>이 나오고 있다. 이러한 점에서 이 방안은 채택하기 곤란하고, 나아가 이 방안대로라면 영장 없는 현행범체포제도를 굳이 존치할 필요가 있는가라는 의구심을 갖게 한다.

다음으로 긴급체포에 대한 사후통제장치에 준하는 정도의 통제장치를 마련하는 방안을 생각해 볼 수 있는데, 이 방안은 현행 법규정, 특히 「검찰사건사무규칙(이하 규칙)」 및 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(이하 준칙)」 등에 이미 구체화되어 있다. 예컨대 검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 체포하였을 때에는 현행범인 체포서를(규칙 제32조 제1항, 준칙 제37조

60) 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토, 법조 통권 제586호, 2005, 79-83면. 같은 맥락에서 양문상·박광섭 교수는 ‘현행범 체포 후에는 지체 없이 법관에 인치하여 법관의 통제를 받도록 하거나, 현행범체포 후에는 강제연행만 가능하게 하고 조사는 법관의 명령 또는 사후영장에 의해서만 가능하도록 하자’는 방안을 제시하고 있다. 양문상·박광섭, 현행 형사소송법상 체포제도에 대한 검토, 충남대학교 법학연구 제20권 제2호, 2009, 176면.

61) 이은모, 앞의 책, 262면.

62) 헌법재판소 2012. 5. 31. 2010헌마672 결정.

63) 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토, 법조 통권 제586호, 2005, 79-83면.

제1항), 현행범인을 인도받았을 때에는 현행범인 인수서를 작성하여야 한다(규칙 제32조 제2항, 준칙 제37조 제2항). 사법경찰관이 현행범인을 체포하거나 인도받은 경우 지체 없이 조사하고, 계속 구금할 필요가 없는 때에는 즉시 석방하여야 하며, 이 경우 석방일시와 석방사유를 기재한 피의자석방보고서를 작성하여 검사에게 보고하여야 한다(준칙 제38조). 그러나 이들 규정에 의한 통제는 직접적이지 못하고 경찰에 의해 현행범체포가 이루어지고 난 후 간접적인 점검방식에 의한 통제에 머물러 통제의 실효성을 기하기 어려운 문제점이 있다. 이는 특히 독립적이고 중립성이 보장되는 ‘법관’에 의한 사법적 통제를 담보할 수 있는 장치가 아니라 강제처분의 통제자로서의 자격이 의심되는 ‘검찰’에 의한 사법통제<sup>64)</sup>라는 점에서 더욱 그렇다.

마지막으로 현행범인 체포 후 지체 없이 법관에 인치하여 법관의 실질심사를 받도록 하는 방안이다. 미국<sup>65)</sup>과 독일에서는 이미 이러한 방안이 제도화되어 있다. 미국연방형사소송규칙 제5조에 따르면 경찰이 피의자를 체포하게 되면 ‘불필요한 지체 없이’ 판사와 대면하게 하여야 하며, 이 대면절차에서 법관은 ‘상당한 이유’의 존부에 대해 사후심사하고 경우에 따라 보석여부 등을 결정한다. 판례에 의하면, 법관의 판단은 체포 후 48시간 이내에 이루어져야 하며, 이 시간을 초과하게 되면 그렇게 할 수밖에 없었던 특별한 사정을 소추기관이 입증하여야 한다. 독일형사소송법도 제128조에서 체포된 자가 석방되지 않는 한 지체 없이, 늦어도 체포 후 하루 이내에 체포된 관할법원의 판사에게 인치되어야 하며, 판사는 그 체포가 적법하지 않거나 체포의 이유가 해소된 것으로 볼 수 있다면 석방을 명해야 함을 규정하고 있다. 이로써 피체포자는 빠른 시간 내에 독립적이고 중립적인 지위에 있는 법관으로부터 체포의 적부에 대한 사법적 판단을 받을 수 있을 뿐만 아니라 수사기관의 자의적 구금기간을 짧게 함으로써 수사기관으로부터 방어권이 침해될 가능성이 줄어든다는 장점을 가지고 있다. 다만, 이 경우 체포된 자를 법관에게 인치하는 시간이 소요되므로 체포 후 체포의 필요성이 상실되어 즉시 석방할 때보다 더 장기간 체포하게 되는 문제점이 제기될 수 있다. 그러나 실무에서 현행범체포를 많이 활용

64) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 앞의 책, 98면; 황정인, 앞의 논문, 223면.

65) 이에 대해서는 이태훈, 앞의 보고서, 26면; 법원행정처, 외국사법제도연구(14) - 각국의 구속 및 보석 기준과 실무 운영 현황 -, 2013, 49면, 74면.

하고 있는 이유 가운데 하나가 번잡한 절차를 회피할 수 있기 때문이라는 지적이 있다는 점을 고려하면, 법관예의 즉각적인 인치제도는 현행범체포의 남용을 억제할 수 있는 적절한 방안으로 보여진다. 또한 이 문제의 보완책으로서 미국의 판례에서 처럼 법관의 판단이 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 현행범체포 후 48시간 이내에 이루어지도록 하는 제도적 장치의 마련을 고려해 볼 수 있을 것이다. 이 방안은 그렇지만 현재에도 인력난을 겪고 있는 법원이 새로운 제도의 도입으로 가중될 업무부담을 감당해 낼 수 있을 것인가의 문제가 남는다. 때문에 중장기적인 관점에서 법관의 실질심사를 이미 집행된 체포의 적법성·정당성 여부뿐만 아니라 구속여부에 대한 심사(현재의 구속영장실질심사)까지 포함하도록 한다면, 다시 말해 체포와 구속을 일원화<sup>66)</sup>하여 체포 이후 구속영장을 다시 청구하지 않아도 된다면 체포 이후 구속으로 이어지는 과정에서의 중복되는 절차를 피할 수 있을 것이다.

66) 자세한 내용은 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토, 법조 통권 제586호, 2005, 71-83면.

## 참고문헌

- 김대성, 현행법상 현행범인 체포제도의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제25권 제1호, 2013.
- 김선일, 형사소송법 제214조의 해석 및 적용에 관한 고찰(1), 수사연구 통권 제296호, 2008.
- 김진숙, 체포행위의 적법성과 공무집행방해죄, 사법연수원교수논문집 제6집, 2009.
- 김태진, 경찰재량의 본질과 사법통제, 공법학연구 제7권 제2호, 2006.
- 김형훈, 즉결심판제도의 바람직한 운용방향, 치안정책연구 제15호, 2001.
- 김환규, 현행범체포의 문제점, 검찰 통권 제33호, 1971.
- 노명선·이완규, 형사소송법 제3판, 2013.
- 노정환, 현행 체포제도에 대한 실무적 고찰, 법조 통권 제683호, 2013.
- 롤란도 뷔 델 카르멘(김한균 역), 미국의 인신구속제도, 형사정책연구 제16권 제4호, 2005.
- 박병욱·황문규, 위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로, 형사정책연구 제23권 제3호, 2012.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법 제5판, 2013.
- 송인준, 현행범에 대하여(上), 경찰고시 제193호, 1980.
- 신동운, 신형사소송법 제5판, 2014.
- 신양균, 형사소송법, 2009.
- 심재무, 체포의 요건에 관한 고찰, 형사법연구 제13호, 2000.
- 심희기·양동철, 형사소송법판례 150선, 2014.
- 심희기, 현행범체포의 요건, 영남법학 제1권 제1호, 1994.
- 안성수, 영·미의 체포·구속제도에 비추어 본 우리 제도의 문제점과 보완 방안, 형사법의 신동향 통권 제7호, 2007.
- 양문상·박광섭, 현행 형사소송법상 체포제도에 대한 검토, 충남대학교 법학연구 제20권 제2호, 2009.
- 오경식, 한국과 미국의 형사소송절차에서의 체포제도의 비교연구, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003.

- 이경재, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 충북대학교 법학연구소 법학연구 제16권 제2호, 2005.
- 이성기, 미국과 영국의 체포·구금제도의 비교법적 고찰, 한양법학 통권 제34집, 2011.
- 이성용, 강력범죄예방을 위한 경찰활동의 쟁점 분석한국공안행정학회보 제36호, 2009.
- 이은모, 수사상의 인신구속에 관한 한일형사소송법의 비교연구, 한양대학교 법학연구소 법학논총 제23집 제2호, 2006.
- 이재상, 형사소송법 제2판, 2008.
- 이재석, 체포제도의 운용과 현실, 비교형사법연구 창간호, 1999.
- 이태훈, 미국의 인신구속제도: 운영실태와 법정신을 중심으로, 연구보고서, 1998.
- 임승순, 체포, 구속시 이유고지제도에 관한 소고, 판례월보 제311호, 1996.
- 정동기, 공무집행방해죄에 있어서의 직무집행의 의의, 이재상 교수 화갑기념논문집: 형사 판례의 연구 I, 2003.
- 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토, 법조 통권 제586호, 2005.
- 정웅석·백승민, 형사소송법, 2014.
- 손동권·신이철, 새로운 형사소송법, 2013.
- 최영승, 사인의 현행범인 체포와 추적과정에 수반되는 주거침입죄의 성부, 형사법연구 제23권 제1호, 2011.
- 황정익, 공무집행방해죄에 있어서 정당방위이론 남용의 문제점, 경찰학논총 제4권 제1호, 2009.
- 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도: 체포제도를 중심으로, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010.

[Zusammenfassung]

## Kritische Untersuchung der Festnahmegründe als Voraussetzung einer vorläufigen Festnahme

Hwang, Mungyu\*

Bei dieser vorliegenden Arbeit geht es darum, ob die Festnahmegründe, bzw. Fluchtverdacht oder die Gefahr, Beweise zu verbergen, erforderlich sind. Der Urteil des Obersten Gerichtshofs hat vor kurzem gezeigt, dass zur vorläufigen Festnahme die Festnahmegründe notwendig sind. Danach ist vorläufige Festnahme rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen einer vorläufigen Festnahme nicht vorliegen.

Dabei stellt sich jedoch die Frage: was denn §212 KrStPO bedeutet? Nach §212 KrStPO wird jemand auf frischer Tat betroffen, so ist jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen. Dies ist deshalb möglich, weil das so klar ist, dass jemand auf frischer Tat wirklich eine Straftat begangen worden ist. Also muss dem Betroffenen erkennbar gemacht werden, dass es sich um eine vorläufige Festnahme handelt und welche Tat dazu Anlass gibt. Aus diesem Grund ist nicht nur Polizeibeamte sondern auch Privatperson berechtigt, jemanden auf frischer Tat festzunehmen. Zulaessig ist die vorläufige Festnahme ohne richterliche Anordnung. In diesem Sinne sieht es aus, dass die Diskrepanz zwischen dem Urteil und der Regelung des §212 KrStPO besteht.

Vor diesem Hintergrund hat die vorliegende Arbeit eingegangen, auf den Urteil kritisch zu untersuchen. Damit hat diese Arbeit versucht, zu zeigen, welche Aufgabe auf polizeilicher bzw. richtlicher Ebene erfüllt werden muss.

❖ Schlagwörter: Jemand auf frischer Tat, Vorläufige Festnahme, Festnahmegründe

|                                                  |
|--------------------------------------------------|
| 투고일 : 8월 31일 / 심사(수정)일 : 9월 19일 / 게재확정일 : 10월 1일 |
|--------------------------------------------------|

---

\* Assistent Professor an der Uni. Joongbu