

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000300-01

경찰과 인권

경찰과 인권

개정판 집필진

《인권 총론》

책임연구원 교수 박찬운

《경찰과 인권 각론》

공동연구원 변호사 이상희

공동연구원 변호사 김진

《맺음말》

책임연구원 교수 박찬운

2010. 12.

국 가 인 권 위 원 회

| 차례

제1장 인권이란 무엇인가 ▣ 7

1. 인권의 의미	7
2. 인권의 유형	11
3. 인권의 역사와 국가인권기구	14
4. 범죄인의 인권과 피해자의 인권	24

제2장 법·제도 ▣ 29

1. 법·제도의 체계: 헌법-형사소송법-경찰법-훈령, 지침의 위상	29
2. 경찰직무집행의 특수성과 기본원칙	30
3. 경찰관직무집행법	36
4. 경찰장비에 관한 규정	41
5. 경찰관 직무집행 중 인권침해에 대한 구제	44

제3장 수사 과정과 인권 ▣ 49

1. 수사 과정 인권보호를 위한 법·제도 현황	49
2. 수사 과정에서의 인권보호 준칙	54
3. 수사 단계별 인권 보호	64
4. 피해자에 대한 인권 보호	162
5. 소수자·취약계층 인권의 특별한 보호	175
6. 수사 과정 인권침해 사례	180

제4장 질서유지와 인권 ▣ 187

1. 집회와 경찰권 행사	187
2. 집회·시위 관련 법·제도의 개관	189
3. 집회·시위 질서유지와 경찰권의 행사 원칙	191
4. 집회 단계 별 인권보호	195
5. 집회 현장 출입과 집회 방해	245
6. 집회참가자 중 소수자·취약계층(장애인, 노약자) 인권의 특별한 보호	250

제5장 기타 형사소송 절차와 인권 ▣ 251

1. 형사소송 절차와 경찰관 직무집행: 논의의 필요성	251
2. 구속 전 피의자심문(=영장실질심사)와 경찰관	252
3. 유치 중 변호인 접견	255
4. 즉결심판과 인권	259

맺음말 ▣ 263

부록 ▣ 267

경찰이 준수해야 할 10대 인권지침	267
인권익식 자가진단 퀴즈	273
국가인권위원회 진정 및 구제의 절차	275

인권이란 무엇인가

1. 인권의 의미

오늘날 인권이란 말은 우리가 너무나 흔하게 접하는 용어가 되었다. 민주주의 시대를 맞아 인권이 강조되면서 인권의 대중화가 빠르게 진행되고 있다. 누구나 권리에 근거한 발언과 행동을 당연시하는 세상이다. 그러나 우리는 인권에 대해 얼마나 알고 있을까? 인권을 법적, 정치적인 의미로 받아들이기 쉽지만 잭 도넬리(Jack Donnelly)와 같은 학자는 인권개념이 ‘믿을 수 없을 만큼 간단하다’고 말한다. 사실 인권은 ‘인간이면 누구나 누릴 수 있는 당연한 권리’, ‘사람이기 때문에 당연히 가지는 권리’를 말한다. 아주 간단하다. 그러나 이 간단한 정의가 갖는 의미는 여러 가지이다.

인권은 국권에 앞선다

아무리 국권이 중요해도 인간의 존엄성과 가치를 훼손할 정도로 권한을 행사해서는 안 된다는 것이요, 인권과 관련해서 다른 나라의 내정에 개입할 수 있다는 것이다. 물론 이러한 인권존중 사상이 오늘날 현실 속에서 완전히 준수된다고 할 수는 없다. 세계의 모든 정부가 정도의 차이는 있지만 아직도 국권을 인권보다 우선시하고 있기 때문이다. 그러나 주권이 신성불가침이라고 믿었고, 다른 나라의 인권 거론을 상상도 하기 어려웠던 과거와 비교하면 오늘날은 인권이 대단히 중요하게 취급되고 있는 시대이다. 설령 인권을 침해하는 정부라 하더라도 그 사실을 되도록 감추고 싶어 하는 것을 보면 최소한 인권의 대의명분에는 모든 국가가 동의하고 있음을 알 수 있다.

국권이란 무엇인가?

1648년의 베스트팔렌 조약 이후 ‘근대 국민국가는 국내문제에 관하여 절대적인 권한을 행사한다(주권원칙)’, 그리고 ‘어느 나라가 다른 나라의 내정에 간섭할 수 없다(불개입원칙)’는 두 원칙이 확립되었다. 이 두 가지가 바로 국권의 내용이다. 그런데 인권은 이러한 국권 개념에 의문을 던진다.

인권은 보편적이다

또 하나 인간의 기본적인 권리는 세계 어디에서나 동일하게 보호되어야 한다는 것이다. 보편적 권리와 차별방지는 동전의 양면을 이룬다. 그런데 현대의 인권개념에 대해 비판적인 사람들은 흔히 인권이 서구적, 상대적 개념이라고 지적한다. 그렇다면 세계인권선언의 초안 작성에 각국 전문가들이 참여했으며 아주 많은 나라들이 국제인권법을 인정하고 있음은 무엇을 의미하는가? 한국을 포함한 많은 나라들이 그 헌법과 법률 속에서 기본권을 인정하고 있음은 또 무엇을 의미하는가? 인권이 장소와 문명을 초월해서 보편적인 호소력을 가진다는 말이 아니겠는가? 그러므로 인권원칙의 큰 틀 자체는 이미 세계 공통의 것이며 그것을 거부하는 것은 시대착오이다. 또한 인신과 생명을 지킬 권리, 고문 받지 않을 권리, 노예상태에 놓이지 않을 권리 등은 보편적 인권 중에서도 가장 본질적인 내용, 어떤 경우에도 침해할 수 없는 핵심적 인권이다.

인권은 서구적 개념, 상대적인 것?

현대의 인권개념에 대해 비판적인 사람들은 서구의 자연법사상이 세계인권선언과 각종 국제법의 기본정신이므로 인권이 서구적 개념이라고 지적한다. 더 나아가 인권은 상대적이고, 각 문명권과 나라들은 자기 고유의 인권사상이 있으며, 인권의 우선순위도 나라마다 모두 다르다고 주장한다. 이런 주장에는 어느 정도 일리가 있다. 역사와 전통의 차이를 무시할 수 없고 각국마다 인권을 이해하는 방식이 고유한 사상전통과 역사적 맥락에서 결정되는 것이 당연하다. 또한 인권을 구체적으로 실천하는 방법도 나라마다 차이가 날 수 밖에 없다. 그럼에도 중요한 것은 원산지가 아니라 그 사상의 내적인 정당성, 시대정신과의 부합이 더 중요하다.

권리들 간의 충돌과 제한

인권이 보편적인 개념이지만 권리들 사이에 충돌이 있을 수 있다. 범죄자의 인권과 범죄피해자의 인권, 교도관의 인권과 수용자의 인권에서도 흔히 권리의 충돌이 주장된다. 버스 속에서 개인이 휴대폰을 사용할 권리와 타인으로부터 소음공해를 당하지 않을 권리에 이르면 그 충돌은 화해의 길조차 없어 보인다. 가장 이상적으로는 모든 권리가 동시에 보장되는 윈-윈 게임이면 좋을 것이다. 그러나 어떤 권리는 인정하고 다른 권리는 제한해야 하는 경우가 종종 발생하곤 한다.

만일 권리의 제한이 불가피하다면 어떤 원칙에 의거해서 처리해야 할까? 인권 전문가들은 다음과 같은 원칙들을 제시하고 있다. 첫째, 권리간의 충돌을 중재하는 데에는 전체 사회의 민주적 요구가 반영되어야 한다. 그러나 이때에도 단순한 다수결적 결정이 아니라 약자의 권리보호가 우선되어야 할 것이다. 둘째, 나의 권리를 행사하기 위해 타인의 권리를 해쳐서는 안 된다. 마지막으로 권리와 권리가 다룰 때에는 어느 쪽 권리가 더 중요한지 결정할 수 있는 판단의 기준과 주체가 있어야 한다. 이 역할은, 현대 법치국가에서는 일반적으로 헌법, 그리고 사법부가 담당한다. 또한 국가인권위원회와 같은 기구도 약자의 권리를 해석하고 지지하고 시정하는 중요한 국가기구이다.

만일 권리의 제한이 불가피하다면. 어떤 원칙으로?

1. 전체 사회의 민주적 요구를 반영할 것
2. 나의 권리를 위해 타인의 권리를 해치지 않을 것
3. 판단의 기준과 주체 : 헌법, 사법부, 그리고 국가인권위원회

2. 인권의 유형

보통 인권을 영어로 쓸 때는 복수형인 ‘human rights’로 쓴다. 인권의 종류가 다양하다는 뜻이다(어떤 한 종류의 인권만을 가리킬 때에는 그냥 단수형을 쓴다). 시대가 변함에 따라 새로운 인권문제도 계속 발생한다. 예를 들어 타인의 이메일을 열어보는 것은 통신자유에 침해이지만, 과거 컴퓨터가 없던 시대에는 이런 문제 자체를 상상할 수 없었다. 따라서 얼마나 많은 종류의 인권이 있는지를 일일이 열거하는 것은 큰 의미가 없다. 그러나 우리는 인권사상과 국제인권법의 발전 과정에서 형성된 인권의 유형을 큰 테두리 내에서 분류할 수는 있다. 인권의 유형 역시 학자들에 따라 분류방식이 다르나 여기서는 다양한 견해를 종합한 절충적 유형을 제시한다.

시민적 · 정치적 권리	: 인간의 존엄성과 자유, 국가의 강압으로부터 자유 지향
법적 권리	: 시민적 · 정치적 권리의 내용을 보장하는 수단 역할
경제적 · 사회적 · 문화적 권리	: 생존에 기본적인 의식주, 삶의 질 보장

인권의 역사에서 가장 오래 된 권리유형은 사람 개개인의 안전과 안녕을 다루는 시민적 · 정치적 권리(civil and political rights)이다. 시민적 · 정치적 권리는 18세기 말부터 나오기 시작해서 가장 먼저 국제법으로 인정되기 시작했다.

- 사상과 양심의 자유
- 참정권
- 의견표명과 언론의 자유
- 집회와 결사의 자유 등등

부자 나라이든 가난한 나라이든 마음만 먹으면 법적 절차와 제도개선을 통해 비교적 용이하게 보장할 수 있는 권리가 바로 시민적·정치적 권리이기도 하다.

법적 권리는 모든 인간이 합법적인 절차에 의해 대우를 받을 권리를 말한다. 권력자가 마음대로 통치하는 인치(人治)가 아니라 법의 지배에 의한 법치(法治)를 뜻한다. 따라서 법적 권리를 절차적 권리, 규범적 권리라고도 한다.

- | | |
|-----------|-------------------------|
| • 법 앞의 평등 | • 유죄판결 전까지 무죄로 추정 받을 권리 |
| • 공정한 사법부 | • 공정한 재판 |
| • 인신보호 | • 사생활 보호 |
| • 소금입법 방지 | • 구금자 처우 등등 |

고문금지 또는 사형반대 역시 엄격한 의미에서는 법적 권리이다. 특히 법적 권리는 경찰과 검찰 등 법집행 공직자들과 관계가 깊은 권리이기도 하다. 법적 권리는 여러 면에서 시민적·정치적 권리와 비슷하므로 이들을 한데 묶어 ‘시민적·정치적·법적 권리’라고도 한다.

사람이 하나의 생명체로서 살아가려면 기본적인 의식주와 삶의 질이 보장되어야 한다. 이것을 다루는 것이 바로 경제적 · 사회적 · 문화적 권리(economic, social and cultural rights)이다.

- 밥을 먹고
- 살아가갈 집이 있고
- 가정을 꾸리고
- 건강을 지키고
- 노동조건을 보장받고
- 교육을 받고
- 예술과 과학의 업적을 인정받고
- 사회보장의 혜택을 누릴 수 있는 권리 등등

19세기 후반에 출현한 경제적 · 사회적 · 문화적 권리는 국가의 적극적인 조치가 강조되며, 일정한 경제적 자원이 있어야 실천할 수 있다는 점에서 시민적 · 정치적 · 법적 권리와 구분된다. 그러나 시민적 · 정치적 · 법적 권리와 경제적 · 사회적 · 문화적 권리는 둘 다 중요하고, 서로가 서로를 보완하며, 함께 발전되어야 한다는 점에서 분리될 수 없는 성격(불가분성)을 가진다.

위의 세 가지 권리가 각기 서로 다른 영역을 다루고 있는 반면, 차별받지 않을 권리(non-discriminatory rights)는, 독립된 영역이라기보다는 사람들이 모든 권리를 평등하게 누릴 수 있는 원칙을 강조한다.

- 국적
 - 인종
 - 피부색
 - 성
 - 종교
 - 사상
 - 신분
 - 성적 지향
 - 출신 지역
 - 장애
 - 나이
- 등을 가리지 않고 모든 사람이 똑같이 모든 권리를 누릴 수 있다

따라서 ‘차별받지 않을 권리’는 시민적 권리, 법적 권리, 경제적 권리 등 모든 권리영역에 적용될 수 있는 기본권 원칙이라고 보면 된다.

이 밖에 개인이 아닌 집단의 권리 즉 소수자, 난민, 이주노동자, 국민의 자기결정권 등을 집단적 권리(collective rights)라고 한다. 마지막으로 국제법으로 정착되지는 않았지만 국제사회에서 인정하기 시작한 지향적인 권리가 있다. 대표적으로 제3세계 민중의 발전권 그리고 토착 원주민의 권리 등이 있으며 이는 선언적 권리(declaratory rights)라고 한다.

‘사람이 사람답게 살아가기 위해서 반드시 누구에게나 보장되어야 하는 권리’로 간단하게 정의되는 인권이 이처럼 다양한 유형으로 구성되는 것은 어떻게 이해할 수 있을까? 이는 인권이 시대와 사회적 조건에 따라 변화하고 풍부해진 역사를 갖고 있기 때문이다. 이러한 역사의 발자취에는 인간다움을 보장받기 위해 소수의 특권에 도전했던 수많은 사람들의 노력이 자리하고 있기도 하다.

3. 인권의 역사와 국가인권기구

가. 인권의 역사

자연권, 저항권 인식이 싹틈

인권의 역사에서 13세기의 마그나 카르타와 17세기의 인신보호령, 명예혁명, 권리장전은 영국이라는 특정 국가의 맥락을 떠나 오늘날까

지도 그 역사적 가치를 인정받고 있다. 존 로크의 자연권과 저항권 이론이 나온 것도 바로 이때였다.

전통과 인습에서 벗어나 인간의 고귀함 확인

근대적 인권을 가장 극적으로 표현한 사건은 18세기 말 미국과 프랑스에서 각각 일어났다. 미국의 독립혁명과 프랑스혁명이 발생한 것이다. 미국 독립혁명과 프랑스혁명은 인간을 봉건제와 전통과 인습으로부터 해방시켜 인간이 다른 권위에 의존하지 않고 스스로 존립할 수 있게 만들어 주었다. 이제 인간은 이 세상에서 가장 존귀하다고 감히 말할 수 있게 된 것이다. 휴머니즘과 계몽주의는 인권의 모태가 되었다. 개인의 생명과 안전과 존엄이 세상 그 어떤 것보다 앞선다는 것, 또한 모든 사람의 생명과 안전과 존엄이 똑같다는 것, 이것은 단순히 듣기 좋게 말하는 수사의 차원을 넘어서는 통렬한 메시지를 담고 있다.

대대적인 인권유린과 전쟁의 참상

19세기에 들어 인간의 권리를 위한 노력이 흑인노예 해방, 여성의 권리 향상, 전시에 사람들을 인도적으로 처우하자는 움직임 등 세 가지 줄기를 형성하며 추진되었다. 그러나 20세기에 들어서 인류는 제1차 세계대전이라는 총력전의 참상을 겪어야 했다. 독가스, 탱크, 세균전이 등장했다. 기술발전이라는 진보가 대량살상이라는 인권유린을 가

저은 것이다. 이에 이어 제2차 세계대전을 전후한 시기에 동양과 서양에서 엄청난 규모의 인권유린이 벌어졌다. 이와 같은 참상에 대한 경험은 역설적으로 현대 인권운동의 시발점이 되었다. 이 시기 일본 제국주의 침략세력은 남경대학살 사건 그리고 만주에서의 생체실험과 같은 인권침해를 자행했다. 한국에서도 창씨개명, 강제징용, 강제징집, 종군위안부(정신대)와 같은 각종 인권침해가 발생했다. 유럽에서는 나치 독일에 의해 유대인과 소수민족 수백만 명이 조직적으로 말살되었다.

반인도적 범죄 처벌의 제도화

전쟁이 끝난 후 독일에서는 뉘른베르크 전범재판이, 일본에서는 동경 전범재판이 열려 독일과 일본의 전쟁지도자들이 처벌을 받았다. 이때 ‘반인도적 범죄(crimes against humanity)’라는 개념이 등장했다. 인권유린은 비록 전쟁시라 할지라도 절대 저질러서는 안 되는 범죄행위라고 못박은 것이다. 2002년 7월에 발효된 국제형사재판소는 뉘른베르크와 동경 전범재판소의 후계자로서 집단학살과 같은 반인도적 범죄를 단죄할 상설재판소이다. 인권유린 범죄의 처벌을 제도화하는데 반세기가 넘게 걸렸지만 이는 인류의 인권역사에서 대단히 진일보한 발전이다.

평화를 위한 국제적 인권 보장체계 만들기: 국제인권장전

제2차 세계대전이 끝나고 본격적으로 등장한 인권운동은 유엔의 창설과 밀접한 관계가 있었다. 유엔헌장은 영구적인 세계평화를 위해 ‘기본적 인권’이 중요함을 인정했던 것이다. 1946년 유엔인권위원회가 설립되고 1948년 12월 10일 세계인권선언이 유엔총회를 통과했다. 사우디아라비아와 남아프리카 공화국, 그리고 소련은 기권했다. 사우디는 서구적 개념의 인권에 대한 반발로, 남아공은 흑백인종 차별문제에 대한 이견 때문에, 그리고 소련은 자유민주주의적 인권 개념을 꺼렸기 때문이다. 세계인권선언은 오늘날 읽어봐도 생각할 거리가 무궁무진한 인권의 금자탑과 같은 선언이다. 그러나 ‘선언’이라는 형태로 등장했으므로 정식 구속력을 가진 국제법의 지위는 갖지 못했다. 그래서 세계인권선언을 법제화하는 작업이 오랫동안 계속되었다. 드디어 1966년 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)이 채택되었고 A·B규약 둘 다 1976년부터 정식 발효되었다. 이 두 규약은 본격적인 국제인권법으로서 한국은 1990년 이들 규약에 모두 가입하였다. 세계인권선언과 두 규약을 합해서 ‘국제인권장전’이라고 한다.

인권장전을 만든 이후 30년이 지난 2006년 유엔은 인권제도의 근본적인 개혁을 시도하였다. 인권가치의 보편화를 위해 유엔제도의 일대 혁신을 시도한 것이다. 이로 인해 설립된 것이 바로 유엔인권이사회(Human Rights Council)이다. 이 제도는 과거의 유엔인권위원회의 활동을 이어 받으면서도 보다 적극적인 인권활동이 기대된다.

인권NGO의 국제 연대활동과 인권의 공식 의제화

국제인권규약과 (법은 아니었지만 점차 관습법으로 인정받은) 세계 인권선언에는 허점이 있다. 특히 이 법을 어겼을 때에 제재할 수 있는 방법이 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 그래서 이러한 법망을 좁히고 각국 정부가 실제로 국제인권법을 지키는지 감시하자는 움직임이 높아졌다. 전 세계에 흩어져 있는 인권 NGO들이 이 분야에서 혁혁한 공로를 세웠다. 국제앰네스티와 같은 단체들은 인권의 이행을 감시하고 새로운 의제를 제기하고 국제사회의 경각심을 높이는데 결정적인 역할을 해냈다. 이들은 냉전 당시 자본주의 진영 내에서 발생한 인권 탄압과 동구권 내에서 발생한 인권탄압을 동시에 고발하고 감시하는데 큰 공로를 세웠다. 중남미와 아시아, 아프리카, 그리고 헬싱키협정과 같은 것은 그 대표적 사례이다.

이와 함께 공식 통로를 통한 인권 의제도 대폭 늘어났다. 1970년대 미국의 카터행정부는 인권을 외교정책의 제일 중요한 과제로 내세웠다. 외교에 인권이라는 개념이 들어간 것만 해도 당시로서는 대단히 놀라운 발상이었다. 원래 외교는 ‘현실주의(realist)’ 사상이 지배적인 분야이다. 냉혹한 국제 현실에서 국익추구를 제외한 어떠한 고려도 부차적일 수밖에 없다는 입장이다. 이에 반해 인권외교는 ‘이상주의(idealist)’를 수용한 것이다. 이것은 세계평화와 공존을 위해 높은 도덕적 이상을 추구하는 것이 국익에도 이롭다는 입장이다. 이와 같은 인권 외교정책은 여러 가지 부족한 점이 있었음에도 불구하고 그 이후 전 세계 국가 간 관계에서 인권을 필수적인 고려사항으로 발전시

키는데 기여했다. 우리나라도 미얀마나 동티모르의 인권문제에 대해 정부차원의 의견표명이 있었고 이런 추세는 앞으로도 늘어날 것으로 예상된다. 크게 보자면 대북 포용정책도 이상주의적, 인도주의적 관점 속에서 이해할 수도 있다. 최근 인권은 이처럼 국제질서에서 중요한 요소로 자리하게 되었으며 이는 가장 비인간적이고 반인권적인 전쟁들이 남긴 교훈, 인권은 인류 보편의 문제라는 깨달음에서 온 것이었다.

나. 인권의 국제적 보장과 시민사회

인권을 보장하는 것은 궁극적으로 국가의 책임이지만 인권과 국권은 종종 대립한다. 국민을 보호해야 할 국가가 간혹 그 본분에 충실하지 못하고 오히려 국민을 탄압하는 경우가 있기 때문이다. 물론 이때 탄압의 명분은 국가 공동체의 보존, 공공질서의 확립이다. 그러나 다시 생각해 보면 인권을 탄압하면서까지 공공질서를 확립해야 한다면 다음과 같은 문제가 발생한다. 첫째, 그러한 공공질서는 참된 질서가 아니라 두려움에 의한 굴종일 것이다. 둘째, 정상적인 방법으로 질서를 지키지 못한다면 그것은 국민의 잘못이 아니라 권력의 무능함을 드러내는 것으로 볼 수 있다.

따라서 국가가 자국민의 인권을 보호하지 못하는 경우에 국제사회가 나서게 된다. 인권에 있어서는 타국에 대한 개입이 허용되기 때문이다. 물론 개별국가도 다른 나라에 대해 권고와 지적을 할 수 있지만 가장 정당하고 효과적인 개입은 유엔을 통한 개입이다.

세계인권연표

2006	유엔인권이사회 출범
2002	국제형사재판소 창설
1998	국제형사재판소 로마협약체결
1993	유엔인권고등판무관실
1981	아프리카 인권헌장
1975	헬싱키협정
1969	인종차별 철폐협약
1966	경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약/시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 채택
1959	어린이·청소년 권리선언
1951	난민협약
1948	세계인권선언
1946-47	동경전범재판
1945-46	뉘른베르크전범재판
1945	유엔헌장
1919	국제노동기구(ILO) 창설
1791	권리장전(미국)
1789	프랑스혁명 인권선언
1776	미국독립선언
1679	인신보호령(영국)
1215	마그나카르나(영국)

인권보호를 위한 유엔의 역할

- ◆ 유엔은 국제인권장전을 통해 인권을 강제하거나 권유할 수 있다. 유엔은 국제인권장전 외에도 집단학살 방지협약, 고문방지협약, 인종차별 철폐협약, 여성차별 철폐협약 등 다양한 국제법들을 제정하였다.
- ◆ 유엔 내의 '인권고등판무관실(OHCHR)'은 제네바에 소재하고 있으며 유엔의 모든 인권관련 활동을 관장한다.
- ◆ 2006년부터 유엔은 인권이사회를 설립하였다. 이곳에서는 정기적으로 유엔회원국의 인권상황을 점검하고 특별한 인권주제에 대하여 그 증진을 위해 노력한다.

인권의 실질적 보장과 확대를 위한 노력의 또 다른 축은 시민사회이다. 시민들이 자발적으로 단체를 조직하여 인권옹호 활동을 벌이는 것이 이제는 국내·국제적으로 아주 흔한 일이 되었다. 인권NGO들은 전문성과 헌신성, 회원들의 자발성에 힘입어 요즘 대단히 중요한 세력으로 성장했다.

인권NGO의 활동

- ◆ 각국 정부의 인권이행을 감시(monitoring)하고
- ◆ 인권의계를 주창(advocacy)하며
- ◆ 인권문제의 더 좋은 해결책을 내놓고(innovation)
- ◆ 인권보호 활동을 직접 제공(provision)하기도 한다.

전 세계적으로 알려진 국제 앰네스티나 휴먼라이츠워치와 같은 단체뿐만 아니라 지역단체, 풀뿌리 단체들이 국제인권법의 준수와 인권가치의 함양을 위해 조사와 연구, 캠페인과 항의활동을 벌인다. 요즘은 인권NGO가 다른 영역의 단체들, 예컨대 인도적 구호단체 또는 환경단체와도 사안에 따라 긴밀한 협력을 하며, 특히 지구화의 반작용에 따른 인권악화에 공동 대응하는 경향이 있다.

대표적 국제 인권NGO(괄호 안은 창설연도)

- | | |
|------------------|-----------------|
| ◆ 국경없는의사회(1971) | ◆ 인권법률가협회(1978) |
| ◆ 국제앰네스티(1961) | ◆ 인권의사회(1986) |
| ◆ 국제종교자유협회(1893) | ◆ 집단학살연구소(1982) |
| ◆ 세계고문철폐기구(1985) | ◆ 휴먼라이츠워치(1978) |

다. 국가인권위원회의 설립 배경

인권의 옹호와 증진을 위한 국제적 차원의 노력과 함께 인권보호체제의 국내화가 제기되어왔다. 이는 각 나라별 인권상황에 기초한 효과적인 인권보장, 국제인권법의 국내적 적용을 보다 쉽게 해줄 시스템의 마련, 개인들이 보다 쉽게 접근할 수 있는 인권보호제도의 필요성에서 나온 것이었다. 1991년 파리에서 개최된 제1차 국가인권기구 국제 워크숍에서 확인된 원칙은 이후 국가인권기구의 지위와 책임을 규정하는 대표적인 준칙이 되었다.

파리원칙에 따른 국가인권기구

- ◆ 인권을 보장하고 향상시키는 데 필요한 광범위한 권한을 헌법 또는 법률에 근거하여 부여받아야 한다.
- ◆ 이러한 권한은
 - 1) 인권을 신장하고
 - 2) 인권보호에 관해 정부에 자문을 하며
 - 3) 인권관련 법규를 검토하고
 - 4) 인권보고서를 작성하며
 - 5) 인권관련 진정을 받아 조사·구제하는 역할의 수행을 위한 것이다.

파리원칙에 따르면 국가인권기구는 나라마다 형태와 기능이 조금씩 다르고, 나라에 따라 인정하는 권한의 크기가 모두 다르지만 국가인권위원회의 존재 자체가 인권발전의 한 단계 성숙을 말해준다. 국가는 국권을 기본으로 하고 국권수호가 인권수호에 앞서는 게 보통인데 국가가 인권을 수호하겠다고 나선 것이다. 또한 국가와 시민사회가 인권

을 공동의 가치로 삼기로 합의한 상징적인 사건이기도 하다. 그러므로 국가인권위원회의 설립은 단순히 국가기구가 하나 더 늘었다는 의미로만 볼 수 없다. 2001년 설립된 국가인권위원회는 인권의 관점에서 보면 1948년 대한민국의 헌법이 제정된 이래 가장 큰 경사라고 할 수 있다.

그러면 국가인권위원회가 어떻게 탄생하게 되었을까? 우선, 각종 인권NGO들의 오랜 노력과 활동을 들 수 있다. 이들은 한국사회에서 생소했던 의제를 가시화하고, 새로운 기구 설립을 통한 인권의 발전이라는 비전을 제시했으며, 의지와 용기로써 결코 호의적이지 않은 환경을 극복하는 데 성공했던 것이다. 둘째, 한국의 민주주의가 진행되었고 이 과정에서 인권의 담론을 국정의 한 지표로 삼는데 동의하는 흐름이 발생했다. 이러한 흐름은 1997년 당시 김대중 대통령후보의 선거 공약, 다음 해 새 정부 100대 과제에 인권법 제정 및 국가인권위원회 설립이 포함된 사실에서도 확인된다. 셋째, 국제적 추세가 국가인권위원회의 설립을 정당화했으며 국제적 인권운동이 국내 인권운동과 연대할 수 있었다. 현재 국가인권위가 설립되어 본격적인 활동에 들어가 있다. 국가인권위는 국민들에게 정부시책을 단순히 집행하는 그런 기구가 아니다. 형식은 국가기구이지만 실질적인 내용과 형식면에서 시민사회와 긴밀하게 소통해야 하는 특수한 기구이다. 그러므로 국가인권위는 시민사회의 가치인 인권을 국정 전반에서 실현할 의무, 그리고 시민사회는 국가인권위를 옹호하고 지원할 책임을 공유하고 있다.

4. 범죄인의 인권과 피해자의 인권

수사기관의 종사자들에게 인권교육을 하다보면 왕왕 참석자들로부터 듣는 말이 있다. 참석자들은 범죄인의 인권도 중요하지만 피해자의 인권은 더 중요하다면서 범죄인 중심의 인권교육은 한쪽 측면만을 과도하게 부각한 것이라고 불만을 표시한다. 이 문제는 실제적인 문제로 인권교육을 하는 사람이나 인권교육을 받는 사람 모두에게 많은 것을 생각하게 한다. 이 문제에 대하여 간단히 생각해 보자.

가. 수사절차와 범죄인의 인권

우선 이 문제는 범죄인의 인권이 수사기관과 어떤 과정에서 어떻게 관련이 있는지부터 살펴볼 필요가 있다. 일반적으로 범죄인의 인권(여기에서는 구금된 범죄인만 다룸)은 형사사법의 절차에 따르면 크게 3단계로 나눌 수 있다. 수사단계, 재판단계 그리고 수형단계이다. 수형단계는 재판이 유죄로 확정되어 집행하는 절차이므로 이에 대해서는 행정관련법(형사 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률)에서 자세히 규정하고 있다. 이 분야는 교정기관에서 담당하는 영역이므로 수사기관과는 직접적으로 관련이 없다. 재판단계에서도 범죄 혐의자(피고인이라 함)의 인권은 법원과 교정기관(통상 이 단계에서 피고인은 구치소나 교도소에서 미결수로 관리됨)에 의해 관리되므로 수사기관과 큰 관련성이 없다. 그러므로 범죄인의 인권이 수사기관에서 문제되는 것은 수사절차에서 문제된다. 그렇다면 이제부터 우리가 풀어야 할 문제는 수사단계에서 범죄인의 인권은 왜 보장되어야 하는가 하는 고전적인 의문이다.

범죄인은 유죄 확정자가 아니다

우선 알아야 할 것은 수사절차에서의 범죄인이라고 하는 것은 유죄 확정자가 아니다. 사법절차상 모든 범죄인은 법원의 확정판결이 있기까지는 무죄로 추정된다. 따라서 수사절차상의 범죄인은 엄밀하게 말하면 범죄인이 아니라 범죄 혐의자 혹은 범죄 용의자에 불과하다. 이런 이유로 수사절차상의 범죄인 용의자는 범죄인으로 취급되어서는 안 된다. 그도 우리와 똑 같은 선량한 시민으로 취급되어야 한다. 이것이 우리의 최고 기본법(헌법)이 요구하는 인권의 원칙이다.

만일 이러한 원칙을 위반한다면 우리 사회는 막 바로 100년 혹은 200년 뒤로 후퇴하는 것이나 마찬가지다. 그 시대에는 소위 원님재판으로 ‘네 죄를 내가 알렸다’하며 수많은 물리력을 행사하며 문초가 진행되었다. 이 과정에서 얼마나 많은 무고한 사람이 그 희생자가 되었을까. 근대 형사법은 바로 이러한 문제를 반성하는 가운데 만들어진 것이다. 형사절차법은 형사절차를 진행하는 단순한 법률이 아니라 범죄인으로 불리는 사람들이 절차상에서 받을지도 모를 인권침해를 방지하기 위해 만들어진 법률이다. 여기에서 가장 중요한 것은 혹시 그 용의자가 범죄를 저질렀다 해도 재판이 확정되기까지는 범죄를 저지른 것으로 볼 수 없다는 원칙이다. ‘99명의 범죄인을 놓치는 한이 있다 해도 단 한 명의 무고한 사람을 만들지 말라’는 말은 여기에서 나온 격언이다. 따라서 수사기관이 범죄 용의자에 대하여 인권을 보장하는 것은 근대 형사사법절차의 가장 기초적인 원칙을 이행하는 것이라 할 수 있다.

국가는 피해자를 대신한 보복기관이 아니다

피해자의 입장에서 범죄 용의자를 저주하는 것은 있을 수 있다. 사람의 감정상 충분한 이유가 있기 때문이다. 만일 국가라는 존재가 없다면 피해자는 당장이라도 범죄 용의자에 대하여 보복을 하고 싶은 것이다. 할 수 있다면 말이다. 이것이 바로 홉스가 말하는 사회 이전의 인류의 모습인 ‘만인에 대한 만인의 투쟁’이다. 그러나 인간은 이러한 환경에서는 살 수 없다. 언제든지 피의 보복을 당할 수 있는 환경은 인간을 동물의 세계로 내몰게 한다. 이 때문에 사회계약론자는 이러한 상황을 타파하여 안전한 세상을 만들기 위해 사람들끼리 계약을 맺은 것이 국가라고 주장한다. 이러한 사상이 말해주는 것은 국가가 결코 피해자를 대신한 보복기관이 아니라는 사실이다. 한 사회에서 악의 순환이 발행하지 않기 위해서는 어떤 상황이 발생한다 해도 국가는 중립적이며 냉철한 이성을 가져야 한다. 이것이 근대 국가사상의 기본이다.

이 같이 볼 때 수사기관의 종사자가 수사업무를 하면서 피해자의 입장에서 범죄 용의자를 대한다면 그것은 마치 피해자를 대신하여 보복행위를 하는 것과 다르지 않다. 이것은 국가의 존립 목적에 결코 부합하지 않는다. 국가의 업무를 대신하는 수사기관의 종사자는 바로 이러한 점을 직시하여 결코 흥분해서는 안 된다. 국가가 피해자와 눈높이를 동일시하는 순간 국가의 질서는 무너지게 된다는 점을 알아야 한다.

나. 수사절차와 피해자의 인권

수사절차에서 피의자의 인권이 보장된다고 해서 피해자의 인권이 경시된다는 것은 아니다. 결코 그럴 수도, 그래서도 안 된다. 우리 헌법은 피해자에 대해서 재판절차에서 진술권을 보장(제27조 제5항)하고, 법률에서는 형사절차에서 피해자의 참여권을 보장(범죄피해자보호법 제8조)하는 등 피해자의 인권보장을 위해 각종 제도를 규정하고 하고 있다. 특히 피해자를 적극적으로 보호할 필요가 있는 가정폭력의 피해자들이나 성폭력 피해자들에 대해서는 관련 법률에 의해 특별한 형사절차상의 보호 장치가 규정되어 있다.

따라서 수사절차에서 수사기관은 범죄 용의자에 대한 인권보장을 철저히 하는 한편 피해자에 대한 인권보장에도 만전을 기해야 한다. 피해자의 인권보장이 피의자에 대한 인권경시로 이어질 수 없듯이 피의자에 대한 인권보장이 피해자에 대한 인권경시로 이어져서는 안 된다. 이 두 가지 인권보장은 동시에 추구되어야 할 가치이지 한쪽이 다른 한쪽을 지배할 수 있는 것이 아니다. 양자에 대해 균형적 자세를 가지면서 보다 중립적인 자세로 수사절차에 임하는 것이 수사기관 종사자에 대한 기대라고 할 수 있다.

<예>성폭력범죄에서의 피해자의 보호

- ◆ 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률은 성폭력범죄의 피해자에 대해 수사기관의 특별한 보호의무를 규정하고 있다.
- ◆ 몇 가지 예를 들면,
 - 1) 피해자의 신원과 사생활비밀의 누설금지(제21조)
 - 2) 성폭력범죄의 피해자에 대한 전담 조사제도(제21조의2)
 - 3) 성폭력 피해자의 개인적 상황을 고려한 조사기법(21조의3)
 - 4) 조사 시 신뢰관계인의 동석(22조의3)

경찰관 직무집행 관련 법 · 제도

1. 법 · 제도의 체계:

헌법-형사소송법-경직법-훈령, 지침의 위상

경찰관 직무집행에서의 우리나라 법체계를 보면 최상위법인 헌법, 국회가 제정하는 법률 그리고 대통령령, 경찰청훈령, 지침 등의 단계로 이루어져 있다. 그렇지만 경찰관 직무집행에서 ‘체포, 구속업무처리 지침’과 같은 지침과 ‘경찰장비관리규칙’과 같은 경찰청훈령이 실질적 기준이 되는 경우가 많다는 사실은 부인할 수 없다.

하지만 경찰청훈령에서의 규정은 대통령령에 의한 위임에 의해서만 가능하고 대통령령도 경찰관직무집행법이나 형사소송법에서 위임을 한 경우만 규율이 가능할 뿐만 아니라 하위법은 상위법에 위배될 수 없다는 분명한 한계 또한 가진다. 그러므로 지침과 훈령이 헌법 및 경

찰관직무집행법이나 형사소송법에 위배되는 내용이나 절차를 규율하는 경우 그에 근거한 직무집행은 위헌, 위법하게 되고, 헌법에 위반되는 경찰관직무집행법이나 형사소송법 규정 또한 위헌적 규정이 되어 헌법재판소에 의하여 그 효력이 상실될 운명에 처하게 된다.

따라서 경찰관은 그 직무집행을 함에 있어서 단순히 훈령, 지침만을 준수하는 것에 그칠 것이 아니라 상위법인 경찰관직무집행법, 형사소송법 규정 더 나아가 헌법에서 규율하고 있는 기본권까지 고려하여야만 차후에 생길 수도 있는 분쟁의 여지를 완전히 차단할 수 있다.

2. 경찰직무집행의 특수성과 기본원칙

수사절차상 인권보장은 개별적이고 구체적인 법률규정만으로는 부족하다. 개별적인 법률이 보이고 있는 틈은 수사절차 전반에 흐르는 포괄적인 기본원칙을 통해 메워짐으로써 수사절차상 인권보장의 이념이 실현된다.

가. 적법절차의 원칙

■ 관련법규

• 대한민국 헌법 제12조 제1항

모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적

법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

- **형사소송법 제308조의2 (위법수집증거의 배제)**

적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

- **해 설**

우리 헌법은 형사절차의 지도적 원리로서 적법절차의 원칙을 천명하고 있다.

여기서 적법절차의 원칙은 실정법만이 아니라 넓은 의미에서의 법규범 원리나 이념에 적합하여야 하고, 절차가 정당하며 적정하여야 한다는 것을 의미한다.

한편 적법절차의 원칙은 일반조항적 성격을 가지고 있다. 따라서 기본권의 보장을 위한 다른 법률규정이 기능하지 못하는 경우 보충적으로 개입하는 성질을 갖는다. 이와 같이 적법절차의 원칙은 형사절차 전반을 지배하는 대원칙이자 그 첫 단계인 수사절차를 규율하는 핵심적인 지도원리이다.

적법절차의 원칙은 최근 「형사소송법」 제308조의2에 명문화된 위법수집증거배제 법칙을 통해 뒷받침하게 됨으로써 그 중요성은 한층 높아졌다.

나. 무죄추정의 원칙

■ 관련법규

- 대한민국 헌법 제27조 제4항

형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

- 형사소송법 제275조의2 (피고인의 무죄추정)

피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

■ 해 설

- In dubio pro reo(의심스러울 때는 피고인의 이익으로) 일반적으로 무죄추정의 원칙과 같은 개념으로 이해되고 있으나, 무죄추정 원칙을 이루는 내용 중 하나이다.

이는 법관이 피고인에 대하여 유죄의 확신을 가질 수 없는 경우 피고인의 이익으로 판단해야 한다는 원칙이다.

무죄추정의 원칙은 무고한 사람을 처벌해서는 안 된다는 인권보장 사상에서 유래하여 시민적 자유를 수호하려는 근대법의 특징을 표명한 것이다.

헌법이나 형사소송법에서 무죄추정의 주체로 ‘피고인’을 명시하고 있으나, 피고인에게 무죄를 추정하는 이상 피고인보다 전 단계에 있는 피의자에게도 당연히 무죄가 추정된다. 특히 수사가 그 목적을 달성하기 위해서는 불가피하게 개인의 권리 침해를 수반하는데, 무고한 사람이 범죄 혐의를 받아 수사의 대상으로 전락할 가능성을 배제할 수 없

으므로 무고한 제3자를 보호하기 위하여 수사 단계에서도 무죄추정의 원칙은 엄격하게 적용되어야 한다.

수사절차를 지배하는 지도 원리로써 무죄추정의 원칙은 다음과 같은 기능을 한다.

첫째, 무죄추정의 원칙은 피의자를 원칙적으로 불구속 상태에서 수사할 것을 요구한다. 또한 구속된 피의자라 하더라도 수사목적에 중대한 방해가 되지 않는 한 가급적 석방하여 구속의 고통에서 하루 빨리 벗어나 시민적 자유를 향유할 수 있을 것을 요구하고 있다. 피의자에 대한 변호인의 접견교통권의 보장은 무죄추정의 원칙을 실현하기 위한 구체화된 법규정으로서의 역할을 담당하고 있다.

둘째, 무죄추정의 원칙은 수사 활동의 목적이 무제한 확장되는 것을 허용하지 않는다.

예를 들어, 아무리 피해배상이 중요하다고 하더라도, ‘피해자와 합의하지 않으면 구속하겠다’고 말하는 것은, 유죄를 전제로 하는 것이기에 무죄추정 원칙에 반한다.

셋째, 피의자를 고문하거나 모욕적인 신문을 하는 것도 무죄추정 원칙에 위배된다.

다. 강제처분 법정주의

■ 관련법규

- 형사소송법 제199조 제1항

수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

■ 해 설

수사는 원칙적으로 임의수사여야 하며 강제수사는 법률에 규정된 경우에 한하여 허용된다. 이를 임의수사 원칙이라고 한다.

그리고 강제수사는 법률에 특별한 규정이 없으면 하지 못하는데, 이를 강제수사 법정주의라고 한다. 강제수사 법정주의는 강제수사의 종류와 요건 및 절차가 법률에 규정되어 있을 것을 요구한다. 따라서 강제수사는 법률에 구체적 유형이 존재하고 그 요건과 절차를 준수한 경우에 한하여 적법하다.

참고로, 강제처분을 수반하지 않는 임의수사라 하더라도 그 자체에 인권침해의 가능성이 내포되어 있으므로, 「헌법」상의 무죄추정의 원칙이나 적법절차의 원칙에 비추어 볼 때 임의수사라 하더라도 아무런 요건 없이 무제한적으로 허용되지 않으며, 최소한도의 법적 절차는 준수되어야 한다. 이러한 이유로 「형사소송법」은 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중할 것을 요구하고 있다(제198조).

라. 비례성의 원칙

비례성의 원칙은 국가가 형사절차를 통하여 개인을 수사할 때 그의 기본권을 최대한 존중해야 하며 그 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 수사기관의 수사 활동을 제한하는 원리로서 작용한다.

수사절차상 비례성의 원칙은 크게 3가지 관점에서 구체화되어 나타난다.

첫째, 수사기관은 그 수사의 목적을 달성함에 있어서 가장 적합한 방법을 선택해야 한다. (적합성의 원칙)

둘째, 수사 활동을 통해 국민의 자유와 권리를 제한하는 것과 그 제한을 통해 얻는 공익을 엄격히 따져 후자가 클 때 비로소 행사가 가능하다. (균형의 원칙)

셋째, 수사의 수단은 최소한으로 행사되어야 한다. (과잉금지의 원칙)

수사상 비례성의 원칙은 구속뿐 아니라 압수·수색 등 대물적 강제처분에 대해서도 당연히 적용된다.

따라서 구속은 기대되는 형벌을 넘을 수 없고 강제처분은 임의수사를 통해서 형사소송의 목적을 달성할 수 없을 때 최후의 수단으로만 인정되어야 한다는 제한을 받게 되는 것이다.

예를 들어 『형사소송법』 제214조가 “다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 현행범인으로 체포할 수 있다”고 규정하고 있는 것은 비례성의 원칙을 표현한 것이라고 할 수 있다. 이러한

의미에서 비례성의 원칙은 인권보장을 위하여 강제처분을 규제하는 중요한 역할을 담당한다.

한편 임의수사에서도 그 성질상 인권을 침해할 위험성을 배제할 수 없다는 점에서 비례성의 원칙은 ‘수사의 필요성’으로 전환되어 나타난다. 따라서 임의수사라 하더라도 범죄의 ‘혐의가 없음’이 명백하거나 소송조건이 구비될 수 없는 것이 명백한 경우에는 허용되지 되지 않는다.

3. 경찰관직무집행법

가. 경찰관 직무집행법의 의미

경찰관직무집행법(이하 ‘경직법’이라 함)은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한경찰관의 직무수행에 필요한 사항을 규정하고 있다. 1953년 12월 14일 법률 제299호로 제정되었고, 제1차 개정(1981. 4. 13)에 이어 제8차 개정(2006. 2. 21)을 거쳐 오늘에 이르고 있다. 제 1조에서 “국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관의 직무수행에 필요한 사항을 규정”, “경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니 된다”고 규정하여 그 목적을 분명히 하고 있을 뿐만 아니라 불심검문 및 임의동행(제3조), 경찰장비 및 장구, 무기의 사용(제10조~제10조의4), 이를 위반한 경우의 벌칙규정(제 12조) 등 피의자의 인권과 직결되는 규정들을 다수 포함하고 있어 경직

법이 단순히 경찰관의 직무수행에 필요한 절차적 사항을 규정하는데 그치고 있는 것이 아니라 직무수행을 하면서 피의자의 인권을 위하여 지켜야 할 최소한의 기준도 아울러 제시하고 있음을 알 수 있다. 따라서 경찰관들은 경직법을 단순히 경찰관의 직무집행에 대한 법률상 근거 내지 절차를 규정한 조항이라고 여길 것이 아니라 이 법의 제정목적이 경찰권 남용의 방지도 있음을 항상 염두에 두고 직무수행을 할 필요가 있다.

나. 경찰관직무집행법과 경찰관의 직무집행

(1) 불심검문과 임의동행

경직법에 의하면 경찰관은 거동불심자에 대하여 정지시켜 질문할 수 있다(제3조 제1항). 불심검문을 하는 경찰관은 상대방에게 부근의 경찰서, 지구대, 파출소, 출장소에 동행할 것을 요구할 수 있다(제3조 제2항). 경직법 제3조 제6항에서 6시간을 초과하여 경찰서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있는데 이는 최대 6시간까지 경찰서에 머물게 할 수 있다는 의미이지 당사자의 퇴거요구에도 불구하고 6시간까지 경찰서에 강제로 머물게 할 수 있다는 의미는 아니다 (불심검문과 임의동행에 관한 상세한 내용은 제3장 해당 부분을 참조).

(2) 보호조치

(가) 경직법상 보호조치란 경찰관이 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한

상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 취하는 것을 말한다(제4조 제1항). 자유로운 의사형성이 불가능한 상태에 있는 경우에만 허용되고, 보호조치의 목적은 주로 개인의 생명·신체·재산의 보호법익에 제한되게 된다.

이러한 보호조치는 헌법상 보장된 신체의 자유를 제한하는 결과를 가져오므로 엄격한 요건과 절차 하에 행해져야한다.

(나) 경찰관이 보호조치를 한 때에는 그 사후 조치로서 지체없이 이를 피구호자의 가족·친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 연고자가 발견되지 아니할 때에는 피보호자를 적당한 공중보건 의료기관이나 공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다(제4조 제4항). 또한 긴급한 상황 하에서 행해지는 잠정적 조치이므로 경찰관서에서의 보호는 24시간을 초과하여서는 안되며, 임시영치도 10일을 초과할 수 없다(경직법 제4조 제7항).

(3) 위험발생의 방지

(가) 위험발생의 방지라 함은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 교통사고, 위험물의 폭발 등 위험한 사태가 있을 때에 그 위험을 방지하기 위하여 취하는 조치를 말한다(제5조제1항).

그 요건으로서 ‘인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가

있을 때’를 요구하고 있는데 ‘위해를 미칠 우려’란 현실적 위험의 정도가 명백한 경우를 말한다.

(나) 경찰관은 위험을 방지하기 위하여 방지조치를 할 수 있는데 경직법에서는 경고조치, 억류 및 피난 조치와 기타 위해방지조치를 규정하고 있다. 경고조치의 경우 경고의 방법에는 제한이 없다. 상대방의 신체에 실력을 가하는 행위는 인정될 수 없지만 억류조치나 피난조치는 당사자의 의사에 반하여 강제로 행해질 수 있다. 경찰관이 위험방지조치를 한 때에는 지체없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.

위해방지 조치는 원칙상 재량행위이나 구체적인 상황하에는 재량권이 영으로 수축하여 경찰관에게 위험방지 의무가 인정되어 그 권한의 불행사는 위법하게 될 수 있음을 주의해야 한다.

(4) 범죄예방과 제지

경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·인체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다(제6조 제1항). 예방·제지조치는 목전에서 행해지려는 범죄행위에 대해서만 적용되는 것이며 질서별이나 그 밖의 행정상의 제재처분의 대상이 되는 행위는 그 대상이 되지 않는다. 또한 개인의 생명, 신체 및 재산에 대하여 직접 위해를 주지 않는 범죄는 원칙적으로 이 규정의 대상이 아니다.

(5) 위험방지를 위한 출입

(가) 경찰관은 경찰상 위험발생의 방지(경직법 제5조)와 범죄의 예방과 제지(제6조)를 위하여 타인의 토지·건물 또는 선차 등 장소에 출입할 수 있고(긴급출입, 제7조제1항), 일반적인 위험방지를 위하여 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소에 대한 출입할 수 있다(예방출입, 동조 제2항). 위험방지를 위한 출입의 경우 헌법상 보장되는 주거에 대한 자유에 대한 제한이므로 엄격한 요건하에서 인정되어야 한다.

경찰관이 출입을 하지 않으면서 출입의 효과를 가지는 대상 장소에 대한 상시적 관찰, 도청 또는 카메라를 설치하여 감시하는 것 등은 허용되지 않는다.

(나) 긴급출입의 경우 제5조 제1항·2항 및 제6조 제1항과 관련된 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 합리적인 판단 하에 부득이하다고 인정할 때에만 소유자나 관계인의 동의 없이 출입할 수 있다. 범죄수사를 위한 출입은 허용되지 않으므로 경찰관은 그 장소를 수색할 수 없다.

예방출입의 경우 출입의 목적은 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해의 예방을 위한 것이어야 하며, 다수인은 불특정 다수인을 말하므로 특정한 다수인이 출입하는 장소는 포함되지 않는다. 또한 경찰관이 필요한 장소에 출입할 때에는 경찰공무원증 등의 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무를 방해하여서는 안 된다(동조 제4항).

(6) 경찰장비 및 무기사용

아래의 제 4.항에서 자세히 살펴본다.

4. 경찰장비에 관한 규정

가. 경찰장비에 관한 규정

경직법은 제10조~제10조의4에서 경찰장비, 경찰장구, 분사기, 무기를 사용할 수 있는 근거를 마련해 두고 있다. 그리고 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’(대통령령) ‘경찰장비관리규칙’(경찰청훈령)을 두어 사용근거, 요건 및 한계 등을 규정하고 있다. 수갑이나 경찰봉 등의 경찰장비의 사용이 신체의 자유를 제한하는 등 인권침해로 이어진다는 것은 부인할 수 없는 분명한 사실이다. 결국 경찰관의 경찰장비는 반드시 필요한 상황에서 피의자의 인권을 최소한으로 침해하는 방법으로 사용되도록 하는 것이 중요하다.

나. 경찰장비의 사용과 그 한계

(1) 경찰장구의 사용

경직법 경찰장구란 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용하는 수갑, 포승, 호신용포승, 경찰봉, 호신용경봉, 전자충격기, 방패 등을 말한다(경직법 제10조의2 제2항). 이와 같은 경찰장구의 사용은 신체의 자유를 제한하는 결과를 가져오므로 그 요건을

엄격히 판단하여야 한다. 경찰관은 경찰장구를 사용하지 않고는 다른 수단이 없는 경우에 한하여 필요한 한도 내에서 경찰장구를 사용할 수 있다.

(2) 분사기 등의 사용

경찰관은 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위협의 발생을 억제하기 위하여 부득이한 경우 현장책임자의 판단으로 필요한 최소한의 범위 안에서 분사기 또는 최루탄을 사용할 수 있다(경직법 제10조의3 제1항). “부득이한 경우”란 분사기, 최루탄 등을 사용하지 않고서는 위험방지나 장애의 제거를 할 수 없는 경우를 말하며 현장 책임자의 판단은 개인적인 판단이 아닌 합리적인 판단을 말한다. 경찰관은 분사기 등을 사람의 신체에 피해를 가하지 않는 범위 내에서 최소한도로 사용하여야 한다.(구체적인 사항은 4장 4.바.항 참조)

(3) 무기의 사용

(가) 무기사용요건

경찰관은 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 상황을 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 최후의 수단으로 무기의 사용이 인정된다(경직법 제10조의4 제1항). 여기에서 무기란 인명 또는 신체에 피해를 가할 수

있도록 제작된 권총·소총·도검 등을 말한다(동조 제2항). 경찰관의 무기사용의 요건을 충족하는지 여부는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해의 급박성, 저항의 강약, 주변의 상황 등을 고려하여 신중히 판단하여야 한다.

(나) 무기사용의 일반적 제한

경찰관의 무기사용은 무기의 사용 이전에 경찰상 다른 강제수단을 사용하였으나 경찰상의 목적이 달성되지 못한 경우여야 하며 신체부분 중 상체가 아니라 하체를 향하여 사용되어야 한다. 또한 형사책임에 달하지 아니한 만 14세 미만인 자나 임산부에 대해서는 무기를 사용할 수 없다. 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정 제10조 제2항에서도 “경찰관은 총기 또는 폭발물을 가지고 대항하는 경우를 제외하고는 14세 미만의 자 또는 임산부에 대하여 권총 또는 소총을 발사하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

(다) 행정법 원칙상의 제한

경찰법 제10조의4 제1항은 “필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있다”라고 규정하여 무기사용에 있어서의 경찰비례원칙을 정면으로 받아들이고 있다. 따라서 무기사용이 필요한 상황이라도 한도를 넘어서는 무기의 사용은 위법행위로서 금지된다. 그리고 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 경우에만 그 사용이 허용된다는 보충성의 원칙 또한 무기사용에 있어서 반드시 지켜져야 한다.

5. 경찰관 직무집행 중 인권침해에 대한 구제

가. 구제절차

경찰관의 직무집행 중 인권침해가 발생하면, 피해자는 그 피해를 구제받기 위한 절차를 취한다. 피해구제를 위해 취할 수 있는 조치에는 국가인권위원회에 대한 진정, 법원에 대한 국가배상 청구, 고소·고발 등이 있으며, 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여는 법원에 준항고를 할 수 있으며, 기본권을 침해하는 공권력의 행사에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 있다.

나. 국가인권위원회에 대한 진정

경찰관의 수사, 구금, 보호 과정에서 헌법 제10조부터 제22조까지에 보장된 인권을 침해당한 경우에는 국가인권위원회에 진정할 수 있다. 진정하면 위원회는 조사관의 조사를 거친 후 진정 내용에 대해 인용, 기각, 각하 중 하나의 결정을 내리는데(진정사건에 대한 처리절차는 이 책 말미의 진정사건 처리절차 흐름도 참조), 형사고소·고발 또는 진정을 하거나 경찰에 진정을 해서 수사가 진행된 경우, 또는 국가배상 청구 같은 소송을 제기한 경우에는 각하되기도 하지만(국가인권위원회법 제32조), 경찰 또는 검찰이 직권남용(형법 제123조), 불법체포·구금(제124조), 폭행·가혹행위(제125조)를 직접 인정한 경우는 수사 및 재판 중이라도 진정이 가능하다. 또한 국가인권위원회에

진정하여 결정을 받고, 이후 형사고소를 하거나 국가배상 청구를 하는 경우에는 문제가 없다. 권고를 받으면, 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 하고, 권고를 받은 기관의 장이 그 권고내용을 이행하지 않을 경우 그 이유를 위원회에 문서로 설명하여야 하며, 그 설명 내용은 공표될 수 있다(국가인권위원회법 제25조).

국가인권위원회가 설립된 2001년 이후 2010. 12. 31.까지 진정사건 5만1,307건을 접수하였고, 그 중 인권침해 사건이 77.4%(3만9,734건)이고, 차별행위 사건이 19.0%(9천739건)인데, 인권침해 사건 중에서 경찰관련 진정사건이 차지하는 비율은 22.6%(8,995건 - 위원회 설립 이후 진정사건이 증가하였으며, 특히 2010년에 1,715건으로 대폭 증가되었다)이고, 전체 진정사건의 권고율은 5.7%(2,908건)임에 비해 경찰관련 진정사건의 권고비율은 8.6%로 상대적으로 높은 비율을 보이고 있다.

유형별로는 폭행·가혹행위, 인격권침해, 편파수사·수사미진, 체포요건미진·피의자권리 미고지 등이 상위 순이고 이들이 전체사건의 62.3%를 차지하고 있으며, 특히 폭행·가혹행위가 전체사건의 1/4를 차지하고 있다.

[인권 침해 진정사건의 유형]

2010년 12월 31일 현재

구분	폭행, 가혹행위	인격권 침해	편파수사/수사 미진·오류	체포요건미진/ 권리미고지	소계	기타	계
건수	2,626	1,519	1,502	590	6,237	2,758	8,995
비율	29.2%	16.9%	16.7%	6.5%	69.3%	30.7%	100%

다. 고소 · 고발

직무집행의 위법성이 형사상 범죄의 정도에 이르면 고소와 고발이 가능하다. 형법상 경찰관이 범할 수 있는 범죄로는 직무유기죄(형법 제122조), 직권남용죄(제123조), 불법체포 · 감금죄(제124조), 폭행, 가혹행위죄(제125조), 피의사실공표죄(제126조), 공무상 비밀누설죄(제127조)가 있으며, 그 밖에 경찰관 아닌 사람들도 범할 수 있는 죄 중 모욕죄, 명예훼손, 강제추행 등도 성립할 수 있고, 경직법에도 그 법에 규정된 경찰관의 의무에 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 자를 1년 이하의 징역이나 금고에 처하는 처벌 규정이 있다(경직법 제12조).

라. 국가배상 청구 소송

공무원의 위법행위로 인한 손해를 배상하라는 것이 국가배상 청구이며, 법원에 민사소송을 제기하는 것이 보통이지만 ‘국가배상심의회’라는 기관에 국가배상 신청을 하기도 한다. 이 때 피고는 ‘대한민국’이 되지만, 배상책임이 인정되고 해당 경찰관에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가가 그 공무원에게 구상(求償)할 수 있다(국가배상법 제2조 제2항). 수사 과정에서 여자 경찰관이 실시한 여성 피의자에 대한 신체검사가 그 방식 등에 비추어 피의자에게 큰 수치심을 느끼게 하였을 것으로 보이는 등 피의자의 신체의 자유를 침해하였다고 본 사례(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다70180 판결), 성폭력범죄의 담당 경찰관이 경찰서에 설치되어 있는 범인식별실을 사용하지 않고 공개된 장소인 형사과 사무실에서 피의자들을 한꺼번에 세워 놓고

나이 어린 학생인 피해자에게 범인을 지목하도록 한 행위가 국가배상법상의 ‘법령 위반’ 행위에 해당한다고 한 사례(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결), 가스충 사용시 요구되는 최소한의 안전수칙을 준수함으로써 장비 사용으로 인한 사고 발생을 미리 막아야 할 주의의무가 있는데도, 난동을 부리던 범인을 검거하면서 가스충을 근접 발사하여 가스와 함께 발사된 고무마개가 범인의 눈에 맞아 실명한 경우 국가배상책임을 인정한 사례(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다57218 판결) 등이 있다.

마. 준항고

사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여는 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하는 준항고를 할 수 있다(형사소송법 제417조). 구금된 피의자에 대한 변호인 접견을 못 하게 하거나, 신문절차에 대한 변호인 참여를 허용하지 않는 경우가 이에 해당할 수 있다(대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정 참조).

바. 헌법소원

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있고(헌법재판소법 제68조 제1항), 경찰관의 직무집행은 ‘공권력의 행사 또는 불행사’에 포함된다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없으

므로, 준항고 절차가 가능한 처분에 대해서는 먼저 준항고를 거쳐야 한다.

경찰관 직무와 관련된 헌법소원 사건으로는, 변호인접견을 마친 후 유치장에 재수용되는 과정에서 여자 경찰관으로부터 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부의 확인을 위한 자세한 검사를 요구받고, 경찰관에게 등을 보인 채 뒤로 돌아서서 스스로 상의를 속옷과 함께 겨드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서는 방법으로 정밀신체수색을 받게 한 것이 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어나 청구인들에게 수인하기 어려운 정도의 모욕감과 수치감을 안겨준 행위로서, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권 및 헌법 제12조의 신체의 자유를 침해하였다고 한 사건(헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 2000헌마327 결정), 차폐시설이 불충분하여 신체 부위 등이 노출되는 개방적 구조를 가지고 있는 유치장 시설이 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로서, 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 이는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하였다고 한 사건(헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 2000헌마546 결정) 등이 있다.

수사 과정과 인권

1. 수사 과정 인권보호를 위한 법·제도 현황

가. 헌법

대한민국 헌법은 형사절차에 있어서 보장되어야 할 기본적인 권리에 관하여 매우 자세한 규정을 두고 있다. 이는 형사절차상 인권보장이 현행 헌법이 추구하는 절대적 가치이자 정신임을 천명한 것이라 할 것이다.

- 대한민국 헌법 제12조 :

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

강제노역을 받지 아니한다.

- ② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.
- ③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.
- ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.
- ⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.
- ⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.
- ⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

(1) 강제처분과 인권보호의 조화

『헌법』은 체포·구속·압수·수색 등의 강제처분은 원칙적으로 법관이 발부한 영장에 의해서만 가능하다는 영장주의 원칙을 천명함으로써 수사권에 제한을 가하고(제12조 제3항), 피의자에게 형사상 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리(제12조 제2항) 및 체포·구속 시 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항 본문)를 명문화함으로써 개인의 기본권을 보호하고 있다.

더 나아가 강제처분과 인권보호 상호간 조화를 이루기 위한 실천방안으로써 체포·구속의 경우 변호인의 조력을 받을 권리를 고지하고 그 가족 등에게 체포·구속의 이유와 일시·장소를 지체 없이 통지하도록 규정하고 있다.(제12조 제5항). 그리고 체포·구속된 이후에도 그 적부의 심사를 법원에 청구할 수 있는 권리를 보장하고 있다(제12조 제6항).

(2) 고문금지 원칙 천명

『헌법』은 수사과정에서의 고문을 절대 금지하고(제12조 제2항), 고문이나 폭행 등 위법적 수단으로 얻은 자백의 이용을 막기 위하여 자의로 진술한 것이 아니라고 인정되는 자백은 그 증거능력을 배제하고 있다. 뿐만 아니라 자백이 불리한 유일한 증거일 때에는 유죄를 인정하지 못하도록 명시하고 있다(제12조 제7항). 수사기관이 탈법적인 방법을 동원해서 자백을 획득하더라도 법정에서 이를 사용하지 못하도록 제한함으로써 자백의 강요를 헌법 단계에서 원천적으로 차단하고 있다.

이와 같이 「헌법」은 국가의 집행권인 능동적인 수사 활동을 제한하는 반면, 수동적인 지위에 있는 개인의 기본권을 최대한 보호하는 법치주의를 그대로 표현하고 있다.

나. 형사소송법

「형사소송법」은 수사절차상 인권보장에 관한 헌법상의 규정에서 한 걸음 더 나아가 다양한 인권 보장적 규정과 절차를 마련함으로써 「헌법」의 취지를 적극 수용하고 있다. 또한 「형사소송법」은 수사를 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 경우에만 허용하는 내재적 한계를 설정하고 있고(제195조), 불구속수사를 원칙으로 하며(제198조), 비밀을 엄수하고 피의자 등의 인권을 존중하도록 여러 주의규정을 두고 있다(제198조).

(1) 강제수사의 제한

강제수사는 「형사소송법」에 특별한 규정이 있는 경우에만 허용되며, 이 경우에도 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하도록 제한하고 있다(제199조).

체포·구속의 대인적 강제수사에 관하여 영장주의 원칙과 더불어 구체적인 요건을 규정하고 있다. 그리고 이미 석방된 자에 대한 재체포와 재구속을 원칙적으로 금지하고(제208조, 제214조의3), 긴급체포된 자에 대해서는 지체 없이 영장을 청구하도록 하고 있다(제200조의4). 또한 구속영장을 발부함에는 판사가 구속영장이 청구된 피의자를 직접 대면하여 실질적인 심사가 이루어질 수 있도록 그 절차를 규정

함으로써 법관 대면권을 보장하고 있으며(제201조의 2), 체포·구속된 이후에도 법원에서 그 적부를 심사를 받을 수 있는 길을 열어두고 있다(제214조의2).

(2) 피의자의 권리보호

『형사소송법』은 신체 구속된 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 어떠한 제한규정도 없는 자유로운 접견교통권을 보장하고 있으며(제34조), 변호인 이외의 자와도 일정한 범위 내에서 접견교통권을 인정하고 있다(제89조, 제91조, 제200조의 5, 제209조, 제213조의2).

그리고 『형사소송법』은 피의자신문의 주체·절차 및 조서작성 방법 등에 관하여도 상세한 조문을 마련하고 있다. 수사기관이 피의자를 조사하는 경우에는 미리 진술거부권이 있음을 고지하도록 의무화하고 있을 뿐만 아니라(제200조), 진술거부권 고지 시 고지할 내용을 명문화하였다(제244조의3).

또한 그 동안 실무적으로 보장되어 왔던 수사과정상 변호인참여권을 명문화함으로써 수사기관은 피의자에 대한 신문을 이유로 변호인의 접견 신청을 거부할 수 없음을 명시하였다(제243조의2). 더 나아가 수사기관의 피의자신문에는 반드시 참여자를 동석시키고, 수사기관이 피의자를 신문하였을 때에는 필요적으로 조서를 작성하게 하며, 신문 과정을 영상녹화 하도록(제244조의2) 하는 등 수사과정의 적법화 및 투명화를 위한 구체적인 절차규정을 두고 있다.

(3) 인권보호를 위한 사후통제 장치

『형사소송법』은 공판중심주의와 직접심리주의의 이념을 바탕으로 소위 전문법칙을 채용하고 있음을 표방하고(제310조의2), 수사기관에 의해 작성된 피의자 신문조서는 전문증거로서 일정한 요건 하에서만 예외적으로 그 증거능력을 인정하고 있다(제312조). 특히 현행 『형사소송법』 제정 당시 입법자들은 ‘사법경찰관의 면전에서 작성된 피의자 신문조서는 피의자였던 피고인이 공판정에서 조서상의 기재사실에 대하여 그 내용의 진정을 인정하는 경우에 한하여 그 증거능력을 인정함’으로써 증거능력을 실질적으로 부정하는 특단의 조치를 강구하기도 하였다.

2. 수사 과정에서의 인권보호 준칙

가. 임의수사와 강제수사: 강제수사 법정주의

앞에서 살펴본 바와 같이 수사는 임의수사가 원칙이고, 법률에서 요건과 절차 등을 규정하고 있는 경우에 한하여 강제수사가 허용된다.

임의수사라도 그 자체에 인권침해의 가능성이 내포되어 있으므로, 무죄추정의 원칙이나 적법절차의 원칙에 비추어 아무런 요건 없이 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 법적 절차가 준수되어야 한다.

이러한 이유로 『형사소송법』은 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사 과정에서 취득한 비밀을 엄수할 것을 요구하고 있다(제198조).

나. 수사의 필요성과 상당성

사례

1. 경찰관 A는 자신의 관할구역 안에서 잇달아 강도사건이 일어나자 관내에 일정한 직업 없이 살고 있는 강도 전과3범인 B를 신문하기 위하여 경찰서로 출석을 요구하였다.
2. 경찰관 C는, D가 길바닥에 떨어진 100원짜리 동전을 줍고도 당국에 신고하지 않고 횡령한 사실을 알아내고 D를 점유이탈물횡령죄로 입건하여 피의자 신문을 위해 소환을 하였다.
3. 경찰관 E는, F에 대한 수사 일환으로 F에게 마약 구입을 요청하고 F가 E를 위해 중국에서 국내로 마약을 밀반입하자 이를 적발하여 구속하였다.
4. 경찰관 G는 미성년자인 H에게 새벽 3시 까지 인터넷 채팅을 시켜 성매매를 유도한 후 성매매를 하러 온 남자들을 체포하였다.

■ 문제제기

수사는 인권의 제한을 가지고 올 수 밖에 없다. 따라서 수사개시 여부부터 적법절차 원칙, 비례성의 원칙 등이 적용되어야 한다.

이러한 점에서 수사 조건으로 필요성과 상당성을 요구한다.

■ 관련법규

• 형사소송법 제199조 제1항

수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

■ 판례

- 함정수사(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결)

범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.

■ 해설

- 수사의 필요성

수사는 그 목적을 달성하기 위해 필요한 경우에만 할 수 있다. 이를 수사의 필요성이라 한다. 수사의 필요성은, 수사기관이 범죄 혐의를 인지하고 소송조건이 구비되었을 때 인정된다. 여기서 수사개시의 조건인 범죄혐의는 수사관의 인지를 통한 주관적 의미를 지니고 있다. 그러나 수사기관의 자의적인 개시는 불필요한 기본권 침해를 수반하기 때문에 주관적 범죄혐의는 구체적 사실에 근거하여야 한다.

참고로 「형사소송법」 제195조에서 ‘검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다’고 규정하고 있는바, 수사기관은 원칙적으로 범죄혐의가 있다고 사료되면 수사에 착수하여야 한다. 즉, 수사 개시는 경찰의 재량이 아니라 의무사항이다.

사례 1에서 경찰관 A는 B가 전과자라는 이유만으로 강도사건의 혐

의를 두었고 그 밖에 범죄혐의에 대한 구체적인 사실을 가지고 있지 않다. 수사개시의 조건인 범죄혐의는 구체적인 단서를 필요로 하므로, B에 대한 출석요구는 부당한 수사에 해당할 수 있다.

- 수사의 상당성

수사의 필요성이 인정되어도 수사의 수단이 상당하지 않으면 허용되지 않는다. 아무리 정당한 수사목적이라 할지라도 그로 인해 침해되는 피의자의 법익이 수사로서 달성하려는 공익보다 더 중대하다고 판단되는 경우 수사절차를 개시해서는 안 되는 것이다. 수사의 상당성은 비례의 원칙 중 균형성의 원리와 관련된다.

사례 2와 같이 해당범죄에 대하여 비록 범죄혐의가 인정된다 하더라도 수사 조건인 상당성이 결여될 정도로 극히 경미한 범죄인 경우 수사관의 출석요구는 범죄인지권의 남용에 해당되어 적법성이 없다고 할 것이다.

사례 3과 4는 수사의 상당성과 관련해서 특히 문제가 되는 함정수사에 관한 내용이다.

실무적으로 함정수사는 범죄행위가 은밀히 이루어져 검거하기 어려운 마약범죄 혹은 조직범죄에 폭넓게 사용되는 수사기법이다. 그러나 현행 법률 어디에도, 국가가 함정을 이용하여 국민에게 범죄를 범하게 하고 함정에 걸린 국민을 처벌하기 위하여 수사를 허용하는 규정은 없다. 대법원 판례 또한 수사기관이 범죄의사를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 수사를 허용하고 있지만(대법원 1992. 10. 27. 선고 92도 1377 판결). 범죄의사를 가지지 않은 자에게 범의를 유발시켜 범죄를 저지르게 하여

범인을 검거하는 수법은 허용하지 않고 있다(대법원 2007. 10. 12. 선고 2007도5571 판결).

그러나 수사기관의 함정수사가 범인에게 범의를 유발하지 않는다고 해서 모두 허용되는 것은 아니다. 사례 4와 같이 수사기관이 함정수사를 함에 있어서 이미 범죄용의가 있는 범법자를 대상으로 수사를 한다고 하더라도 그 수단 자체가 적절하지 못하다면 수사 수단의 상당성을 결하게 되는 것이다.

다. 영장주의

■ 관련법규

- 대한민국 헌법 제12조 제3항

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

- 대한민국 헌법 제16조

모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

■ 해 설

영장주의는 헌법상 신분이 보장되고 직무활동의 독립성이 담보되는

법관이 발부한 영장을 제시하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙을 말한다.

영장주의원칙은 구체적으로는 다음과 같은 세부원칙을 포함하는 개념이다.

첫째, 법관에 의한 영장발부 원칙이다. 법관이란 사법권의 독립이 담보된 사법부에 속하는 법률전문가를 말한다.

둘째, 사전영장의 원칙이다. 강제수사를 위한 모든 영장은 형사소송법에서 정한 예외적인 경우를 제외하고는 반드시 사전에 발부되어야 한다.

셋째, 일반영장 금지의 원칙이다. 법관이 발부하는 영장은 범죄사실, 피의자, 인치 구금할 장소, 압수·수색의 대상 등 그 내용이 특정되어야 하며, 이를 특정하지 않은 일반영장은 금지된다.

넷째, 영장제시의 원칙이다. 수사기관이 강제수사를 할 때 법관이 발부한 영장을 반드시 사전에 제시하여 한다. 이 원칙은 압수·수색·검증 등의 대물적 강제수사에서도 예외 없이 요구되고 있다. 다만 체포영장 또는 구속영장을 집행함에 있어 수사기관이 영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피의자에 대하여 범죄사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고지하고 영장을 집행할 수 있는 것이다. 그러나 이 경우에도 체포영장 또는 구속영장의 집행을 완료한 후에는 신속히 당해 영장을 제시하여야 한다.

라. 피의사실 공표, 언론 대응 등

사례

- 경찰관은 고등학생인 가해자가 가정교사인 피해자를 자신의 침대방에서 강제로 강간하고 거실에서 목을 졸라 살해한 다음 피해자를 아파트 옆 공터에 버린 사건과 관련된 피의자 진술조서를 기자에게 보여주었다. 그리고 그 기자는 피의자 진술조서에 기초하여 이 사건은 피해자 B의 불륜한 성행위가 빚어낸 것이라고 왜곡하여 ‘한국판 개인교수’라는 식의 선정적인 보도를 하였다.
- 경찰관이 고소 사건을 배당받아 수사하던 중 피의자를 소환하여 피의자신문을 한 다음, 같은 날 서울형사지방법원으로부터 구속영장을 발부받아 구속하였다. 그 후 일간지 기자 등에 피의사실을 요약·정리한 수사자료를 배포하면서 피의자가 경쟁업체에 스카우트되기 위하여 회사의 영업비밀을 유출하였음이 밝혀졌다는 내용의 수사경위와 앞으로의 수사방침을 발표하였다. 그에 따라 다음 날 ○○일보 등에 ‘회사기밀유출 간부구속’이라는 세로 6단 크기의 제목, ‘경쟁사에 자사 유통조직 등 알려’라는 중간제목, ‘○○○30대 차장’이라는 소제목 하에 피의사실 내용의 기사가 게재되었다. 그런데 이 후 위 사건에 대하여 무죄판결이 선고되었다.

■ 문제제기

수사기관의 피의사실 공표행위는 피의자나 피해자 나아가 그 주변 인물들에 대하여 치명적인 피해를 가할 수도 있다.

더구나 보도 내용이 수사 진행 중인 피의사실에 관한 것일 경우, 보도된 피의사실의 진실 여부를 확인할 수 있는 별다른 방도가 없고 언론기관이 가지는 권위와 그에 대한 신뢰에 기하여 보도 내용을 진실로 받아들이는 경향이 있다는 점에서 사후 정정보도나 반박보도 등의 조치에 의한 피해구제만으로는 사실상 충분한 명예회복을 기대할 수 없는 것이 보통이다.

따라서 수사기관의 발표는 원칙적으로 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실 발표에 한정되어야 하며, 정당한 목적 하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자가 공식의 절차에 따라 행하여야 한다.

■ 관련법규

• 형사소송법 제198조(준수사항) 제2항

검사, 사법경찰관리 그밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사과정에서 취득한 비밀을 엄수하며 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다.

• 형법 제126조(피의사실공표)

검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

■ 판례

• 피의사실공표(대법원 1999.1.26. 선고 97다10215 판결)

담당 검사가 피의자가 피의사실을 강력히 부인하고 있음에도 불구하고 추가 보강수사를 하지 않은 채 참고인 측의 불확실한 진술만을 근거로 마치 피의자의 범행이 확정된 듯 한 표현을 사용하여 기자들에게 피의사실을 공표한 경우, 위법성이 조각되지 않는다.

- 피의사실공표(대법원 1999.1.26. 선고 97다10215 판결)

원고가 피의사실을 강력히 부인하고 있었으므로 검사는 피의사실을 공표하기에 앞서 원고로부터 서류나 기밀을 넘겨받은 상대방을 참고인으로 소환하여 조사하는 등 보강수사를 통하여 이러한 사항을 명백히 밝혀 보았어야 함에도 불구하고 이러한 수사를 하지 아니한 채 피의사실을 공표하였고, 검사는 피의사실을 공표함에 있어 수사의 진행 상황에 따라 당시까지 객관적으로 밝혀진 사실만을 발표한 것이 아니라 참고인들의 불확실한 진술을 근거로 원고의 범행 동기나 그가 유출한 회사기밀의 내용, 경쟁업체 관계자들에 대한 향후 수사 확대방향 등에 관하여 상세히 언급함으로써 마치 원고의 범행이 확정된 듯 한 표현을 사용하였는바, 이 사안과 같은 경우에 있어서의 피의사실 공표행위는 그 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다.

■ 해 설

피의사실 공표는 헌법 제27조 제4항에서 규정하고 있는 무죄추정의 원칙이나 형사소송법 제198조 수사기관의 비밀엄수 의무와 충돌하나, 한편 일반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 대하여 알 권리를 가지고 있다.

그리하여 형법에서 수사기관의 피의사실 공표행위를 처벌하는 규정을 두면서도, 법원은 예외적으로 1)원칙적으로 일반 국민들의 정당한 관심이 대상이 되는 사항에 관하여, 2)객관적으로도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실 발표에 한하여, 3)정당한 목적 하에, 4)수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차에 따라 행하여지고, 5)무죄추정의 원칙에 반하여 유죄를 속단하게 할 우려가

있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는 표현을 피하며, 6)피의사실의 공표로 인하여 생기는 피침해이익의 성질 내용 등을 종합적으로 고려하여 위법성 여부를 판단하고 있다.

수사기관의 피의사실 공표행위가 공권력에 의한 수사결과를 바탕으로 한 것으로 국민들에게 그 내용이 진실이라는 강한 신뢰를 부여함은 물론 그로 인하여 피의자나 피해자 나아가 그 주변 인물들에 대하여 치명적인 피해를 가할 수 있다는 점에서, 신중하게 접근해야 한다. 이에 따라, 범죄수사규칙 제14조도 경찰기관의 장이 수사에 관한 사실을 발표할 때에는 형법 제126조에 해당하는지 신중히 고려할 것을 요구하고 있으며, 소년경찰직무규칙 제10조도 소년사건의 관한 공표의 경우 소년 또는 보호자 등에 미치는 영향을 충분히 고려할 것을 요구하고 있다.

- 공개수사의 문제

공개수사가 정당행위로 위법성이 조각되는가에 대해서는 학자들 간에 견해가 대립되고 있으며, 이에 관한 판례는 아직까지 없는 실정이다. 공개수사의 경우 피의자의 인적 사항, 특히 피의자의 사진 등이 함께 공개되는 경우에는 보다 신중한 접근이 필요하다.

- 경직법 제6조에 의거한 범죄위험 경고시 주의사항

경직법 제6조에 의거하여 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발할 수 있다. 여기서 ‘관계인에게 필요한 경고’의 한 방법으로 피의사실 공표행위가 포함될 수 있다. 공표행위를 하는 경찰관

은 어느 범위 내에서 어떠한 방법으로 공표할 것인가를 판단함에 있어서 피의자에 대한 인권침해, 공표를 통하여 기대되는 국민 개인의 방법의식과 역량강화의 정도, 사회공공의 안녕상태 회복의 정도 등을 고려해야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

피의사실 공표는 일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 이루어져야 하고 공표를 함에 있어서도 정당한 목적 하에 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차를 거쳐서 행하여져야 할 것이다. 이를 위반할 경우 형사상 책임뿐만 아니라 민사상의 책임도 질수 있음을 염두에 두어야 한다.

3. 수사 단계별 인권 보호

가. 범죄의 발견

(1) 내 사

사례

- 경찰관이 인터넷에서 첩보를 입수하여 내사 중인 피내사자에게 출석요구서 통보 없이 전화로 출석을 요구하였다.
- 경찰관이 피내사자를 임의동행하였는데, 변호인을 만난 후 조사에 응하겠다는 피내사자의 요구를 무시하고 변호인 접견 없이 조사하였다.
- 경찰관이 특정 사건의 수사와 관계없이 기소종지자의 검거만을 위하여 보건소에서 비치하고 있는 건강진단결과발급대장을 열람 및 복사하였다.

- 경찰관이 내사 중 증거확보를 위해 피내사자의 동의 없이 그의 사진을 촬영하였다.
- 경찰관이 고소인의 진술을 듣던 중 고소인을 무고죄로 긴급체포하여 경찰서 유치장에 수용한 후 20여 시간 경과 후에 내사종결처분으로 석방하였다.
- 경찰관이 수사자료표에 지문날인을 거부하여 저항하는 피의자를 공무집행 방해죄로 긴급체포한 후 피의자가 지문날인을 하자 내사종결처분으로 석방하였다.
- 경찰관이 피내사자에 대하여 소재불명을 이유로 지명수배를 하였다.
- 내사종결된 변사사건기록에 대하여 보험회사에서 조사목적으로 열람·등사를 청구하였으나, 경찰서에서 이를 거부하였다.

■ 문제제기

내사는 수사기관이 통상의 수사절차를 개시하기 전 범죄혐의 유무를 발견하기 위하여 행하는 조사절차를 말한다. 그러나 실무상 사건관련자에게 피내사자라는 신분을 부여하고 수사와 동일한 방법으로 조사를 한 후 내사종결처분 또는 입건유예처분 등으로 수사를 종료하는 경우가 자주 있다. 국민들에게도 이미 잦은 언론보도를 통해 ‘내사’, ‘내사종결처분’, ‘입건유예’라는 말들은 전혀 낯선 단어가 아니다. 수사관의 입장에서 보면 내사는 용어만 다를 뿐이지 그 조사범위와 방법에 있어서 수사와 전혀 다르지 않다고 인식될 정도이다. 이러한 내사관행은 수사관으로 하여금 종종 내사단계에서 강제처분을 당연한 내사수단으로 여기고, 피내사자의 인권은 법률에 규정이 없다는 이유로 오히려 피의자보다 더 보호하지 않으려는 실무태도로 나타나기도 한다.

■ 관련 법규

• 경직법 제3조(불심검문)

제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우(임의동행) 경찰관은 당해인이 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다.

• 사법경찰관리 직무규칙 제20조(범죄의 내사)

범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정될 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다.

• 인권보호 수사준칙 제11조(내사·수사 착수시의 유의사항)

- ① 언론보도, 익명이나 가공인물의 신고·제보, 풍문 등으로 범죄정보를 입수하였을 때에는 그 신빙성 유무를 신중하게 검토하여 내사·수사의 착수 여부를 결정하여야 한다.
- ② 신고·제보에 의하여 내사·수사에 착수하려고 할 때에는 신고자·제보자와 피내사자·피의자의 관계, 신고·제보의 동기 등을 면밀히 살펴 그 신빙성 유무를 판단하여야 한다.
- ③ 범죄정보 자체의 신빙성이 없거나 명백히 내사·수사의 가치가 없는 정보에 의하여 내사·수사를 진행하여서는 아니 된다.

• 인권보호 수사준칙 제12조(내사·수사의 부당한 장기화 지양)

내사·수사한 결과 범죄혐의가 없다고 인정되면 신속히 내사·수사

를 종결함으로써 피내사자와 피의자가 불안정한 지위에서 벗어날 수 있도록 하여야 한다.

- **내사사건처리규칙 제7조(내사의 방식)**

내사는 임의적인 방법으로 함을 원칙으로 한다.

인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제49조(사실확인할 때 유의사항)

경찰관은 사실확인(내사)을 할 때에는 그 사실이 외부에 알려져 사건관계인이 부당한 피해를 입지 않도록 하여야 한다.

- **판례 및 결정례**

- **변호인과 접견교통권(대법원 1996. 6. 3. 선고 96모18 판결)**

피내사자 처에 의하여 선임된 변호인들이 피내사자에 대해 접견을 신청하였으나 수사관이 이를 거부한 사건에 대하여, 법원은 ‘임의동행 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정되어야 하고, 임의동행 형식으로 연행된 피내사자의 경우도 마찬가지이다. 접견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다’고 판시하였다.

- **열람 등사권(헌법재판소 1999. 9. 16. 선고 98헌마246 판결)**

개정 검찰보존사무규칙에 의하면, 사건관계인 등은 재판확정기록, 불기소사건기록 및 진정·내사사건기록 등에 대하여 일정한 범위의 열람·등사청구를 할 수 있고, 검사는 그 허가여부를 결정하여 통

지할 의무를 지도록 규정하고 있으므로 수사기록에 대한 열람·등사청구를 거부하는 것은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

- 인지와 수사개시(대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결)

검찰사건사무규칙 제2조 내지 제4조에 의하면, 검사가 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념이고, 이 규칙의 규정은 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로, 검사가 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리 절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니며, 이러한 인지절차를 밟기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 인지의 가능성이 전혀 없는 상태 하에서 행해졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 인지절차가 이루어지기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없고, 따라서 그 수사과정에서 작성된 피의자 신문조서나 진술조서 등의 증거능력도 이를 부인할 수 없다.

- 사생활 침해 등(국가인권위원회 03진인1800)

경찰관이 특정한 사건의 수사와 관계없이 기소중지자의 검거만을 위하여 관행적으로 보건소에서 비치하고 있는 건강진단결과발급대장의 열람 및 복사는 「의료법」 제20조 등의 규정에 부합하지 않으며,

대장에 기록된 개인정보를 보호하기 위한 아무런 대책을 마련하지 않은 채 대장에 있는 자료를 포괄적으로 요청하는 행위는 사생활 침해에 해당된다.

● 참고인에 대한 강압적 출석요구는 인권침해(국가인권위원회 05진인542)

진정인 회사 (주)○○건설의 ‘사기 분양’수사와 관련해 경찰관 2명이 직접 방문해 출석을 요구하는 과정에서 퇴근시간 무렵이고 진정인의 여아(4세)를 유아원에서 데리고 와야 하기 때문에 다음날 조사를 받겠다고 하였는데도 피진정인들이 막무가내로 ‘유아원에 가서 아이를 데리고 경찰서로 가서 조사를 받자’, ‘출석을 안하면 연행도 가능하다’는 식의 말을 하고, 경찰관 중 한 명이 주머니에서 수갑을 꺼냈다 놓았다 하며 진정인에게 겁을 주는 등 2시간 동안이나 출석을 강요하다 돌아갔다는 진정사건에 대하여, 국가인권위원회는 ‘형사소송법 제221조에 의해 참고인에 대한 조사는 참고인의 자발적 협조에 의존하고 있는 바, 참고인에 대한 강압적 출석요구는 인권침해에 해당된다’고 보았다.

■ 해 설

- 내사는 범죄인지를 위해 필요한 수사기관의 활동이다. 내사는 입건 전(前)단계의 조사라는 점에서 입건 이후의 수사와 구별된다. 현 실무상 내사는 그 활동방법 및 기간이 정해져 있지 않고, 그 과정도 비밀리에 진행된다. 그럼에도 피내사자에 대하여 그 기본권을 보호하는 법규가 없다는 점에서 피의자보다 훨씬 더 심각한

인권침해 위협에 노출되어 있다. 그러나 피내사자는 범죄혐의를 받기 이전의 지위에 있다는 점에서 그 기본적 인권이 수사단계의 피의자보다 더 엄격히 보호받아야 한다.

- 실무적으로 수사기관은 범죄혐의를 명확히 하기 위하여 내사단계에서도 통상의 수사에서 사용하는 방법과 동일하게 조사활동을 하고 있다. 다시 말해 수사기관은 범죄혐의 유무를 확인하기 위하여 피내사자에 대하여 미행과 탐문 등 수사기법을 활용하며, 수사 단서의 파악이나 이미 파악하고 있는 수사 단서를 이용하여 구체적인 조사를 한다. 현재 내사의 절차와 효력을 직접 규정하고 있는 법률은 없으며, 다만 「검찰사건사무규칙」 제141조와 「사법경찰관리 직무규칙」 제20조 등에 내사사건 처리 규정이 있다. 그러나 「검찰사건사무규칙」 및 「사법경찰관리 직무규칙」은 법무부령으로 내부업무지침에 해당될 뿐이며, 국가공권력의 행사에 해당되는 내사에 대한 명확한 법률적 근거가 될 수 없다. 이 때문에 내사단계에서는 「형사소송법」상 수사단계에서 허용되는 수사방법보다 제한적으로 행사되어야 한다.

우선 내사방법은 임의수사의 방법 중에서 더 엄격한 한계 내에서 허용된다. 임의수사방법과 관련하여 수사기관은 법에 명문으로 금지되어 있지 않는 한 모든 방법을 이용한 내사가 가능하다는 식으로 이해해서는 안 된다. 예를 들어 임의수사의 방법에 해당된다고 하더라도 공무소에서 특정사항을 조회하여 필요한 정보를 얻는 경우 개인의 사생활내지 정보의 자기결정권을 침해하는 행위가 될 수 있다. 따라서 내사단계에서는 수사절차에서 허용되는 임의수사방법보다 그 한계를 더 엄격히 해석해야 한다.

- 「형사소송법」상 체포 및 구속은 ‘죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유’를 그 요건으로 하고 있다. 이 때문에 피내사자 신병에 대한 강제처분에 해당되는 체포 및 구속은 내사단계에서 허용되지 않는다. 특히, 체포와 구속은 「형사소송법」 제195조가 명문화하고 있는 수사개시의 요건인 범죄혐의보다 더 높은 강도 즉, 범죄혐의에 대한 고도의 개연성을 요구하고 있다.

- 내사단계에서 대물적 강제수사가 허용되는가에 대해서는 의견대립이 있다. 「형사소송법」 제215조는 압수·수색 등 대물적 강제처분에 관하여 ‘범죄수사에 필요한 때’를 그 요건으로 하고 있어, 범죄혐의가 압수·수색의 요건인지는 명확하지 않다. 그러나 압수·수색이 통상 수사의 한 방법인 이상 ‘범죄혐의’를 필요로 한다. 더구나 피내사자에게 피의자와 동등한 지위를 보장하는 명문규정이 없는 상태에서 「형사소송법」상의 압수·수색 절차를 그대로 준용하는 것은 피내사자의 인권보호 및 방어권행사에 중대한 위해 요소로 작용한다.

내사과정에서 압수, 수색, 검증, 통신제한조치, 통신사실확인자료 제공 등 법원의 통제를 받는 대물적 강제조치가 이루어진 경우에는 즉시 내사사건부의 비고란에 해당되는 강제조치의 종류와 일련번호를, 해당되는 강제조치 관리대장의 비고란에 내사사건번호를 적색펜으로 각각 기재하여 특별관리하여야 한다(내사사건처리규칙 제9조)

- 내사결과 피내사자에 대한 범죄혐의가 인정되면 내사는 종결되고 수사가 시작된다. 이때부터 조사 대상은 피내사자 지위에서 피의자의 지위로 변경되고, 「헌법」과 「형사소송법」에 규정된 권리를

행사할 수 있게 된다. 현재 수사실무는 수사기관이 범죄인지(보고)서를 작성하는 시점부터 수사가 시작되는 것으로 보고 있다. 수사실무상 범죄인지보고서에 기초하여 범죄사건부에 등재하는 입건절차가 ‘내사’와 ‘수사’를 구별하는 기준이다. 그러나 결재과정을 포함한 입건절차는 우연적이며 유동적이어서 수사개시의 시점으로 볼 수 없다. 따라서 수사기관이 “범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때”에 범죄를 인지한 것으로 보아야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 내사활동은 피내사자의 인권을 보호하기 위하여 통상적인 수사행위보다 제한적으로 행되어야 하고, 피내사자의 인권은 피의자의 인권보다 더 엄격히 보호해야 한다.
- 피내사자의 인권보호와 관련하여 현행 「형사소송법」에 명문규정이 없더라도 진술거부권의 고지, 고문을 당하지 않을 권리, 변호인의 접견교통권, 자백을 강요당하지 않을 권리, 무죄추정을 받을 권리 등 적정절차를 구현하는 법규정 및 수사의 기본원칙은 내사절차에도 그대로 준용하여야 한다.
- 범죄혐의가 구체적으로 특정되지 않아 범죄수사의 필요성을 인정하기 어려운 상태에서 검진대장에 기재된 개인정보를 포괄적으로 활용하여 범죄혐의 여부를 밝히고자 하는 행위는 일반 시민을 잠정적 범죄자로 간주하는 것이라는 점에서 부당하다.
수사관은 입건 후 ‘공공기관의 개인 정보보호에 관한 법률 제10조 제3항 제2호 및 제6호의 규정’에 따라 보건소에 협조를 요청하는 문서를 보내는 등 적법 절차에 따라 수사를 진행하여야 한다.
- 내사는 임의수사방법을 원칙으로 하고 있어 수사관은 피내사자에 대하여 출석을 강요하여서는 안 되며, 오직 자발적인 출석 요청만

가능하다.

- 수사와 관련하여 공공장소 등 초상권을 포기한 곳에서의 촬영 혹은 증거보전의 필요성 등 긴급한 경우의 사진촬영은 통상적인 수사방법으로 허용된다고 보는 것이 판례의 입장이다. 그러나 사진촬영 등의 행위는 개인이 프라이버시를 침해할 우려가 있는 증거확보 방법에 해당한다. 내사의 경우 수사보다 수사방법이 제한적으로 행사되어야 한다는 점에서 피내사자 등 이해관계인들에 대한 프라이버시보호라는 개인의 인권보호에 더 비중을 두어 상대방의 동의가 없는 경우 지양함이 타당하다.

- 피내사자에 대한 대인적 강제처분은 피내사자를 소환하여 조사하다가 긴급체포하는 사례에서 빈번히 발생하고 있다. 그러나 긴급체포된 자는 중대한 범죄혐의가 인정되어 조사를 받는 사람으로서 이미 범죄피의자에 해당된다.

긴급체포된 사람에게 피의자의 지위를 부여한 다음 그에 선행하는 단계에서 인정되는 피내사자의 신분으로 되돌려서 체포된 자를 석방하는 것은 선후관계에서 모순이다. 따라서 긴급체포 후 내사진행 방식으로 사건을 처리하는 것은 부당하다.

- 지명수배는 도망한 범인을 추적·체포하여 강제적으로 형사절차에 복종케 하여 국가 형벌권을 원활히 하기 위한 제도이다. 지명수배는 그 대상자에 대한 인권침해의 소지가 크다는 점에서 지명수배규칙 제4조에서 그 대상을 ‘피의자’로 한정하고 있고, 범죄수사규칙 제173조도 역시 그러하다. 따라서 피내사자의 구체적인 범죄혐의가 발견되면 피의자로 입건한 후 소재불명이면 절차에 따라 지명수배를 해야 하며, 피내사자 지위로는 지명수배가 부당하다.

- 경찰 내사종결 기록 중 변사사건 기록은 재판 또는 수사상 직무수행을 현저히 곤란하게 할 만한 상당한 사유가 없는 한 공개하는 것이 원칙이다. 다만, 변사사건 기록 중 재수사 가능성이 있어 공개될 경우 그 직무 수행을 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보에 한하여 정보공개심의회를 거쳐 정보공개 여부를 결정할 수 있다.

(2) 불심검문

사례

- 경찰관이 불법집회 개최 예정지로 향하는 길목에서 모든 통행인들을 정지시켜 불심검문을 하였다.
- 경찰관이 음주운전을 단속하기 위하여 좁은 교통로를 차단시켜 놓고 모든 통행차량의 운전자들을 대상으로 음주측정을 하였다.
- 경찰관이 시민들의 불법집회참가를 사전에 막기 위하여 불법집회장소로 들어서는 사람들을 정지시켜 주민등록증의 제시를 요구하였다.
- 경찰관이 거동수상자를 발견하고 「경직법」에 따라 불심검문을 하다가 추가 조사의 필요성을 느껴 그에게 경찰서로의 임의동행을 요청했으나 이를 거부하자 강제연행하였다.
- 경찰관이 거동불심자에게 별다른 설명 없이 경찰서로 임의동행하여 필요한 조사를 마친 후 임의동행확인서를 받아 놓고 귀가시켰다.
- 경찰관이 A의 동의를 얻어 경찰서에 임의동행을 한 뒤 조사를 하고 있는데, A가 급한 일이 있다며 나중에 와서 다시 조사를 받겠다고 하였다. 그러나 경찰은 임의동행에 동의한 이상 6시간까지는 경찰관서에 머물러야 한다며 A의 요구를 무시하고 조사를 계속하였다. 그리고 조사가 끝난 뒤에도 이런 저런 이유로 A의 퇴거요구를 미루더니 임의동행 후 6시간이 다 되어서야 A를 집으로 돌려보냈다.

■ 문제제기

불심검문은 경찰관 직무집행법에 의해 이루어지는 것으로, 경찰관은 죄를 범하였다고 의심되는 자, 죄를 범하려 하고 있다고 명백히 판단되는 자, 행해지려고 하는 범죄에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자에 대하여 질문을 위하여 상대방을 정지시킬 수 있으며, 자동차에 대한 검문을 행하는 경우도 있다. 불심검문은 모든 경찰관이 그 직무로서 행할 수 있는 행정경찰 작용으로서의 성질도 갖고 있다.

문제는 불심검문이 경직법에서 규정하고 있는 절차와 요건 등을 충족하지 못하거나 절차와 요건은 충족시키더라도 필요에 따라 남용되고 있다는 점이다.

■ 관련법규

● 경직법 제3조(불심검문)

- ① 경찰관은 수상한 거동 기타주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.
- ② 그 장소에서 제1항의 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(이하 “경찰관서”라 하되, 지방해양경찰관서를 포함한다)에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다.

● 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제51조(임의동행 할 때 유의사항)

- ① 경찰관은 임의동행을 요구하는 경우에는 상대방에게 동행을 거부할 수 있는 권리가 있으며, 동행에 동의한 경우라 하더라도 원할 경우에는 언제든지 퇴거할 수 있음을 고지하여야 한다.
- ② 임의동행을 한 경우에도 필요한 확인이 끝나는 즉시 귀가시켜야 한다.

- 도로교통법 제47조(위험방지를 위한 조치)

- ① 경찰공무원은 자동차 등의 운전자가 제43조 내지 제45조의 규정을 위반하여 자동차 등을 운전하고 있다고 인정되는 때에는 차를 일시정지 시키고 그 운전자에게 자동차운전면허증(이하 “운전면허증”이라 한다)의 제시를 요구할 수 있다.

- 주민등록법 제26조(주민등록증의 제시요구)

- ① 사법경찰관리가 범인을 체포하는 등 그 직무를 수행할 때에 17세 이상인 주민의 신원이나 거주 관계를 확인할 필요가 있으면 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니하는 자로서 신원을 증명하는 증표나 그 밖의 방법에 따라 신원이나 거주 관계가 확인되지 아니하는 자에게는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한정하여 인근 관계 관서에서 신원이나 거주 관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다.
- ② 사법경찰관리는 제1항에 따라 신원 등을 확인할 때 친절과 예의를 지켜야 하며, 정복 근무 중인 경우 외에는 미리 신원을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

- 판례 및 결정례

- 경찰관신분증 제시의무(국가인권위원회 2004.6.9.자 02진안556,565,03진인5251,6567병합)

「경직법」 제3조 제4항의 절차를 규정한 취지는 경찰관에게는 자신의 검문행위가 정당한 경찰활동임을 피검문자에게 알리기 위한 행위

인 한편, 경찰관 자신의 행위가 불법일 경우 피검문자에게 이후 책임을 물을 대상을 명확히 밝히고 검문의 목적과 이유를 고지함으로써 피검문자가 질문내용을 이해하고 방어할 수 있도록 준비토록 하는데 그 목적이 있으며, 검문을 행하는 경찰관의 소속과 성명은 신분증 제시를 함으로써 확인이 가능하고 검문절차의 준수여부에 대한 오해나 시비를 없애기 위해서라도 경찰관의 신분증 제시가 요구되는 만큼 경찰관이 경찰제복을 입고 있다고 하더라도 신분증 제시는 반드시 필요하다.

- 정복 경찰과의 신분증 제시의무(국가인권위원회 2007. 2. 21.자 06 진인2076결정)

불심검문을 한 정복 경찰관들이 구두 상으로 자신의 소속과 성명, 그리고 검문의 목적과 이유를 밝혔으므로 신분증을 따로 제시하지 않아도 된다는 취지에서 ‘제복이 신분증입니다’라고 밝혔다고 주장하나, 피진정인들이 불심검문을 실시하면서 신분증을 제시하지 아니한 행위는 경직법 제3조 제4항에 규정된 절차를 위반한 것이고, 더 나아가 이는 국가의 모든 공권력 작용상의 절차적 적법성을 규정한 헌법 제12조의 적법절차의 원칙을 위반함으로써 진정인의 인권을 침해한 것이다.

- 신분증 제시의무와 공무집행방해(대법원 2004.10.14. 선고 2004도4029 판결)

피고인은 상해사건 현장에서 경찰관들이 정복을 입고 있었기 때문에 직무수행 중이라는 점을 의심하지 않았고 신분확인요구도 안 했다

는 점 등에 비추어보면, 경찰관들이 피고인에게 인적사항을 질문한 것은 직무수행을 위한 것이라는 점에 의문이 없는 상황이었다. 피고인은 경찰관들에게 공무원증 제시를 요구하거나 답변을 거부하면 충분한 것임에도 불구하고 욕설과 함께 폭력을 행사해 경찰관에게 상해를 입힌 이상, 경찰관들이 공무원증을 제시하지 않았다고 하더라도 공무원의 직무집행을 방해한 것으로 봄이 상당하다.

- **임의동행의 제한(대법원 1997.8.22. 선고 98도1240 판결)**

임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이고, 경직법 제3조 제6항이 임의동행한 경우 당해인을 6시간 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다.

- **해 설**

- 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떤 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다. 경찰관 직무집행법에서 불심검문 대상자를 일정한 자로 제한하고 있기 때문에 모든 통행자에 대하여 하는 일제불심검문은 문제가 있다.

- 불심검문 방법은, 대상자를 정지시켜 질문하거나 필요한 경우 경찰관서로 임의동행을 요구할 수 있으며, 흥기 소지 여부를 조사하는 방식으로 이루어진다.
- 경찰은 질문을 하거나 임의동행을 요구할 때 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하고, 임의동행의 경우 동행 장소를 밝혀야 한다. 이 때 제시할 증표는 원칙적으로 공무원증을 말한다고 볼 것이다.(경직법시행령 제5조 참조)

경찰이 정복을 입었다고 하여 위 설명의무가 면제되는 것은 아니다. 다만 대법원 판례는 정복경찰관이 주민등록증을 미리 제시하지 않았다고 하여 공무집행의 적법성 자체가 부정되지는 않는다고 보았다(즉 경미한 절차위반으로 처리되어야 할 것임).

- 상대방이 임의동행에 요구하는 경우, 경찰은 그 가족이나 친족 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 주어야 한다. 그리고 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리가 있음을 고지하여야 한다.

본인이 자발적으로 임의동행을 하였다고 하더라도 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다. 6시간을 초과하여 경찰관서에 머무르게 한 경우 불법체포감금죄의 성립이 인정될 수도 있다. 그러나 피동행자가 피의자로서의 범죄혐의가 상당히 밝혀진 경우 경찰관은 「형사소송법」상 긴급체포 등의 규정을 적용하여 경찰관서에 머물게 하거나 강제구금도 할 수 있지만 이 경우에도 영장체포와 긴급체포의 요건 등에 관한 「형사소송법」의 엄격한 통제규정에 따라야 한다.

- 상대방은 경찰의 임의동행 요구에 응할 의무가 없으며, 경찰은 이를 강제할 수 없다.

참고로, 현행법상 경찰의 임의동행은 아래 3가지 법률에 근거한다.

첫째, 경찰관이 불심검문 시에 행하는 수 있는 임의동행은 「경직법」 제3조에 의거하여 허용된다.

둘째, 경찰관이 수사목적으로 행하는 임의동행은 「형사소송법」 제199조 제1항에 의하여 허용된다. 다만, 경찰관이 행하는 임의수사의 방법으로는 피의자의 경우는 「형사소송법」 제200조, 참고인의 경우는 「형사소송법」 제221조 제1항에 의한 출석요구가 더욱 바람직 할 것이다.

셋째, 사법경찰관리는 「주민등록법」 제26조 제1항에 의하여 범인을 체포하는 등 그 직무를 수행할 때 만 17세 이상인 주민의 신원이나 거주 관계를 확인할 필요가 있으면 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 때 주민등록증을 제시하지 않고 신원을 증명하는 증표나 그 밖의 방법에 따라 신원이나 거주 관계가 확인되지 아니하는 자에게는 인근 관계관서에서 신원이나 거주 관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다.

- 불심검문과 유사한 것으로는 통행 중인 자동차를 정지시켜 운전자 또는 동승자에게 질문하는 자동차검문이 있다. 자동차검문에는 교통검문·경계검문 및 긴급수배검문으로 나누어진다.

교통검문은 「도로교통법」 위반을 단속하기 위하여 차를 일시 정지시키는 검문인데, 「도로교통법」은 무면허운전·음주운전·과로운전을 하고 있다고 인정하는 때에 그 차를 정지시킬 수 있다고 규정하고 있다.

위와 같은 교통검문 이외에 범죄예방목적으로 하는 경계검문은 「경직법」의 불심검문규정에 따라서 허용한계가 결정되어야 할 것이다.

한편, 범죄자검거를 목적으로 하는 긴급수배검문에 대해서는 「형사소송법」의 수사규정(특히 피의자체포에 관한 규정)에 의해 허용한계가 결정되어야 할 것이다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 「경직법」이 불심검문의 대상을 한정하고 있기 때문에 경찰관이 불법 집회 장소의 길목에서 모든 통행인을 대상으로 무차별적으로 검문하는 것은 법적으로 금지된다. 경찰관은 불법집회에 참가할 것으로 의심되는 상당한 이유가 있는 자 등 선별적으로 검문을 하여야 한다.
- 교통검문을 규정하고 있는 「도로교통법」은, “자동차 등의 운전자라 제43조 내지 제45조의 규정을 위반하여 자동차 등을 운전하고 있다고 인정되는 때”에 일시 정지와 운전면허증의 제시를 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 교통경찰관도 무면허운전, 음주운전, 피로상태운전이 의심되는 자를 선별하여 정지 및 면허증 제시요구를 하여야 할 것이다.
- 주민등록증의 제시요구는 사법경찰관리가 할 수 있는 것으로 「주민등록법」이 규정하고 있다. 사법경찰관리가 주체이기 때문에 주민등록증 제시의 목적은 이미 행해진 범죄(자)에 대한 수사목적, 즉 범인체포 등으로 한정되어야 할 것이다.
- 경찰관이 불심검문을 할 경우 반드시 상대방에게 미리 신분증을 제시(이 때 신분증은 경찰관의 공무원증을 말한다(경직법시행령 제5조))하고 소속 및 성명을 밝힌 후 검문의 목적과 이유를 설명하여야 한다.
- 상대방의 신분증은 신원확인 후 즉시 반환하고 검문의 목적과 무관한 사항에 대한 질문은 지양해야 한다.
- 정지, 질문, 임의동행은 상대방이 자유롭게 응할 경우에만 행할 수

있고, 상대방이 불응하더라도 경찰관의 입장에서는 이를 강제할 방법이 없다.

- 임의동행에서의 “임의”는 ‘경찰관의 임의’가 아닌, 동행되는 ‘상대방의 임의’임을 명심하여야 한다.
- 임의동행의 형식을 갖추었다 하더라도 임의동행시 법률에 규정된 절차요건 등이 갖추어지지 않은 경우에는 실질적 강제연행으로 평가받을 수 있고, 이 경우에는 임의동행확인서를 받아 놓았다 하더라도 인권침해의 문제가 발생할 수 있다.
- 동행에 응한 경우라 하더라도 언제든지 경찰관서에서의 퇴거를 요구할 권리가 있음을 고지하여야 한다.
- 동행을 하는 경우에는 상대방에게 동행의 목적과 이유, 동행장소를 밝혀야 하며 상대방의 가족 등에게 연락을 할 수 있는 기회를 부여하고 변호인 조력권이 있음을 알려줘야 한다.
- 임의동행을 한 경우에는 동행 후 6시간 전이라도 필요한 조사나 확인이 끝나는 즉시 귀가시켜야 함은 물론, 조사 등이 끝나지 않았더라도 상대방이 퇴거의사를 밝힌 경우에는 언제든지 즉시 퇴거시켜야 한다.
- 상대방이 아무런 의사표시를 하지 않은 경우에도 경찰관서에 머문 시간이 6시간을 초과하기 전에 경찰관은 그를 귀가조치 시켜야 한다.

(3) 고소·고발 사건의 접수

사례

- 경찰관이 고소장 또는 고발장에 일정한 요건이 미비되었다는 이유로 접수를 거부하였다.
- 경찰관이 민원인을 대신하여 지구대 사무실에서 고소장을 작성하였다.
- 민원인이 ‘고소장’ 또는 ‘고발장’이라는 명칭으로 작성한 고소장을, 경찰관이 ‘진정사건’으로 수리하였다.

■ 문제제기

수사기관은 범죄에 대한 주관적 혐의로 언제든지 수사에 착수할 수 있다. 혐의를 가지게 되는 단서로는 현행범, 고소, 고발 그리고 자수 등이 있다.

고소·고발의 경우 다른 수사의 단서와는 달리 사건의 접수가 되는 순간 수사기관의 범죄인지와 관계없이 바로 수사에 착수하여야 한다. 이 때문에 그 내용이 아주 경미하거나 형사사건의 대상이 되지 않음에도 불구하고 고소·고발장이 접수된 경우 사건조사를 일반사건과 동일하게 처리해야 함으로써 수사업무에 막대한 지장을 초래하고 있는 것이 현실이다. 이러한 실무적 이유로 수사기관 특히, 검찰의 경우 형식상 요건을 미비를 이유로 ‘고소·고발장’을 ‘진정’으로 격하하여 내사사건으로 취급하는 등 고소·고발사건 처리방식을 변경하고 있어 여러 가지 문제점을 드러내고 있다.

■ 관련법규

- 형사소송법 제238조(고소, 고발과 사법경찰관의 조치)

사법경찰관은 고소·고발이 있는 경우 신속하게 사건을 처리하여 검사에게 송부하여야 한다.

- 형사소송법 제237조(고소, 고발의 방식)

고소·고발은 서면 또는 구술로서 검사 또는 사법경찰관에게 한다.

- 범죄수사규칙 제48조(고소, 고발사건의 수사기간)

① 고소, 고발 사건은 접수한 날로부터 2개월 이내에 수사를 완료

하여야 한다.

- ② 경찰관은 전항의 기간 내에 수사를 완료하지 못하였을 때에는 그 이유를 경찰서장에게 보고하고 지방검찰청 또는 지청 검사의 지휘를 받아야 한다.

- **범죄수사규칙 제204조(사건처리 진행 상황에 대한 통지)**

- ① 경찰관은 피해자 등의 신고, 고소, 고발, 진정, 탄원에 따라 수사를 할 때에는 사건처리 진행상황을 통지하여야 한다.
- ② 경찰관은 사건을 송치하거나 타 관서로 이송하는 등 수사를 종결하였을 때에는 3일 이내에 피해자, 고소인 또는 고발인에게 그 사실을 통지하여야 한다.
- ③ 경찰관은 제1항 또는 제2항의 경우에 피해자가 사망 또는 의사능력이 없거나 미성년자인 경우에는 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족 등에게 통지하여야 한다.
- ④ 경찰관은 제1항에서 제3항까지의 통지가 수사 또는 재판에 지장을 주거나 피해자 또는 사건관계인의 명예와 권리를 부당히 침해할 우려가 있는 때에는 통지하지 않을 수 있다.
- ⑤ 경찰관은 제1항에서 제3항까지의 통지를 할 때에는 피해자 등의 비밀보호를 위해 구두, 전화, 우편, 모사전송, 이메일, 문자메시지(SMS) 등 사건을 접수할 때 피해자 등이 요청한 방법으로 할 수 있으며, 서면으로 통지하였을 경우 그 사본을 기록에 편철하고 그 이외의 방법으로 통지한 때에는 그 취지를 기재한 서면을 수사기록에 편철하여야 한다.

- 검찰사건사무규칙 제141조

- ① 검사는 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 이를 진정사건으로 수리할 수 있다.
1. 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의한 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우
 2. 피고소인 또는 피고발인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우
 3. 고소 또는 고발이 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니하는 경우
 4. 동일한 사실에 관하여 이중으로 고소 또는 고발이 있는 경우

- 인권보호수사준칙 제59조(고소·고발사건의 불기소처분)

검사는 고소·고발사건을 불기소처분할 경우에 다음 각 호의 사항에 유의하여야 한다.

1. 고소·고발이 취소되지 않은 사건은 처분 전에 고소·고발인에게 구두나 서면으로 의견을 진술할 기회를 준다. 다만, 법리상 기소할 수 없음이 명백하거나 수사 과정에서 그와 같은 기회가 주어진 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 고소·고발사실에 대하여 혐의를 인정하기 어려운 경우에도 다른 범죄의 성립 여부를 검토하여 사건을 종국적으로 해결하도록 한다.
3. 불기소 결정문을 작성할 때에는 쉬운 문장을 사용하고 사실과 주

요 쟁점에 대한 판단이 빠지지 않도록 하여 사건관계인이 쉽게 이해할 수 있고 처분결과를 충분히 납득할 수 있도록 한다.

■ 판례 및 결정례

- 고소사실특정(대법원 1990.9.28. 선고 90도603 판결)

고소하는 범죄사실의 특징은 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는 것인가를 확정할 수만 있으면 된다.

- 진정사건에 대한 헌법재판소 견해(헌법재판소 1999.1.28. 선고 98헌마85 결정)

헌법재판소 재판관 전원은 ‘고소사건을 검사가 적법한 절차에 따라 고소사건으로 처리하지 아니하고 단순히 진정사건으로 보아 공람종결 처분을 하는 것은 부당하다’고 보았다.

그러나 위와 같은 공람종결처분이 취소되어야 하는지에 대해서는, 다수(5인)의 의견이 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이어서 취소되어야 한다고 보았다(헌법소원을 인용하기 위한 의결정족수 6인에는 미치지 못하여 기각되었다).

■ 해 설

고소·고발은 고소인 또는 고발인이 서면 또는 구술로 범죄사실을 신고하고 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 이때 고소·고발은 서면 또는 구술로서 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는 것인가를 확정할 수 있으면 된다.

그리고 「형사소송법」 제238조에 따라 고소·고발장이 접수되면 즉시 수사에 착수해야 한다.(범죄수사규칙 제47조) 고소·고발장이 접수되었으나 그 형식면에서 흠결이 있는 경우 고소보충조서를 받아 보완하는 방식으로 업무를 처리하는 것이 타당하다.(범죄수사규칙 제43조)

인권보호를 위한 직무가이드

- 고소는 서면에 의해서만 할 수 있는 것이 아니고 구두에 의해서도 할 수 있기 때문에 고소·고발의 형식이 잘못되었다 하더라도 수사관은 사안을 판단하여 사건을 접수하여야 한다.
- 수사 대상이 아님이 명백한 민원은 충분히 설명 후 다른 구제절차를 안내하고, ‘반려’할 때에는 반드시 민원인의 동의를 받아야 한다. 범죄수사규칙 제42조는 경찰관은 고소·고발이 있는 때에는 이를 접수하되, 고소·고발사실이 범죄를 구성하지 않을 경우, 공소시효가 완성된 사건, 동일한 사안에 대하여 이미 법원의 판결이나 수사기관의 처분이 존재하여 다시 수사할 가치가 없다고 인정되는 사건(다만, 고소·고발인이 새로운 증거가 발견된 사실을 소명한 때에는 예외로 함), 피의자가 사망하였거나 피의자인 범인이 존속하지 않게 되었음에도 고소·고발된 사건, 반의사불벌죄의 경우에 처벌을 희망하지 않는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사가 철회되었음에도 고소·고발된 사건, 고소 권한이 없는 자가 고소한 사건, 형사소송법 제224조, 제232조, 제235조에 의한 고소 제한규정에 위반하여 고소·고발된 사건에 관하여는 이를 수리하지 않고 반려할 수 있으며 이에 의한 반려 시 민원인에게 그 사유와 이의제기가 가능함을 고지하도록 하고 있다.
- 문맹·장애자 등 민원서 작성이 곤란한 경우 무료대서 서비스를 제공할 수 있다.
그러나, 구두로 고소를 접수하여 민원인으로부터 고소의 취지를 진술 받아 진술조서를 받은 방법에 의한 사건수사도 가능하다.
- 고소·고발사건은 어느 곳에 근무하는 경찰관이든 우선 접수하여

해당 부서 또는 해당 경찰관서로 이송해야 하며(범죄수사규칙 제42조 제4항, 또한, 범죄수사규칙 제29조는 범죄로 인한 피해신고의 경우 관할여부를 불문하고 이를 접수하여야 한다고 하고 있다), 사건에 관하여 어느 1개의 관할권이라도 인정되는 경우에는 사건을 이송하지 아니하고 직접 수사하여야 한다.(고소·고발사건 이송 및 수사촉탁에 관한 규칙 제4조)

- 고소·고발장의 흠결이 있는 경우 고소고발 보충조서를 받아 보완하는 형식으로 고소·고발을 접수한다.

(4) 범죄의 인지

나. 범죄 현장 활동

■ 문제제기

범죄가 발생하면 수사관은 신속하게 현장으로 출동하게 된다. 범죄현장은 범행의 모습을 최대한 반영하고 있다는 점에서 증거의 보고로 불린다. 수사관의 관점에서 보면 현장보존은 그 만큼 중요하다. 그러나 현장보존은 피해자에 대한 응급조치 등 현장의 증거물을 훼손하는 구호활동과의 충돌이 불가피하다. 또한 보존된 현장에서 증거를 수집하는 과학수사는 수사단서를 제공하고 신속, 정확한 범인의 식별과 체포를 가능하게 하는 유용성이 있는 반면에 과학적 증거의 채취과정이나 검사과정에서 기본적 인권에 대한 침해의 위험성이 내재되어 있다.

■ 관련 법규

- 경직법 제4조(보호조치)

① 경찰관은 수상한 거동 기타주변의 사정을 합리적으로 판단하여

다음 각 호의 1에 해당됨이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 응급구호를 요청하거나 경찰관서에 보고하는 등 적당한 조치를 할 수 있다.

- ② 미아, 병자, 부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호가 요한다고 인정되는 자. 다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다.

• 특정범죄신고자등보호법 제13조(신변안전조치)

검사 또는 경찰서장은 범죄신고자 등이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 일정기간 동안 당해 검찰청 또는 경찰서 소속공무원으로 하여금 신변안전을 위하여 필요한 조치를 하게 하거나 대상자의 주거지 또는 현재지를 관할하는 경찰서장에게 신변안전조치를 취하도록 요청할 수 있다.

■ 해 설

범죄수사는 범죄로 인해 발생한 위험의 예방이나 이미 발생한 위험을 제거하는 조치와 직결되어 있는 경우가 종종 있다. 이와 같이 범죄 현장에서 또 다른 위험방지를 위한 조치와 수사를 위한 조치가 상호 중복 또는 충돌하는 경우 시민의 안전을 고려하는 예방적 행위에 우선적으로 적용되어야 한다.

특히, 피해자의 생명이나 신체의 완전성은 어떠한 이익과도 비교할 수 없는 존엄성을 지니게 되는데 이 경우 양자의 균형관계를 고려하는 수사상 비례의 원칙은 적용되지 않는다. 따라서 피해자의 신변안전

조치는 범죄현장에서 최우선의 조치가 된다.(범죄피해자보호규칙 제 13조) 또한 신고자를 포함한 목격자에 대해서도 필요한 경우 신변안전조치를 취해야 한다.(인권보호를 위한 경찰관직무규칙 제5조)

인권보호를 위한 직무가이드

- 수사관은 범죄현장에서 최우선 직무로 피해자보호에 최선을 다해야 한다.
- 수사관은 성폭력범죄의 수사와 관련하여 피해자의 주소·성명·연령·직업·용모 기타 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진 등을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 안 되며, 성폭력범죄의 소추에 필요한 범죄구성사실을 제외한 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 안 된다.

다. 탐문수사

사례

- 경찰관이 탐문을 하면서 용의자와 사실혼 관계에 있던 동거녀에게 용의자의 범죄혐의와 과거 범죄경력 등 전과사실을 설명하였다.
- 경찰관이 A를 범죄사건 용의자로 수사하면서 A가 다니던 직업훈련학교에서 알리바이 조사 등을 하여 E가 범죄혐의자라는 사실이 주위에 알려지게 하였다.
- 경찰관이 용의자에 대하여 사건과 관계없는 사생활을 탐문하였다.

■ 문제제기

탐문수사는 수사관이 범인의 발견 및 그 범죄의 증거를 수집하고자 범인 이외의 제3자로부터 범죄에 대한 견문 내지 체험한 사실을 인지

하기 위하여 행하는 수사기법이다. 범죄란 사회에서 필연적으로 발생하는 사회현상이며 각양각색의 형태로 사회적 이목을 집중시킨다. 이 사회적이목 집중은 주변 다수인에게 직·간접으로 그 사건에 대하여 지식이나 경험을 남긴다. 이를 목격하였거나 범죄 사실을 알고 있는 사람들의 경험은 사건해결에 결정적 단서를 제공하는 경우가 있다. 이 때문에 탐문수사는 수사자료 수집에 있어서 가장 기본적인 방법이고 가장 중요한 수사기법 중 하나로 간주된다. 탐문수사는 대인적 수사이며 면접을 통한 수사방법이다.

그러나 사건과 관련하여 목격자를 찾는 일은 쉽지 않다. 특히 용의자 색출을 위한 탐문수사는 수사관에 의한 주거침입의 문제 혹은 용의자에 대한 개인정보누설로 인한 사생활침해 시비에 휩싸일 가능성이 크다.

■ 관련법규

• 헌법 제17조

모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

• 형법 제126조(피의사실공표)

검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행하며 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

■ 결정례

- **사생활 비밀과 자유침해**(국가인권위원회 2003.7.7.자 02진인1373 결정)
사생활의 비밀과 자유의 보장은 인격적 존재로서의 인간이 적극적으로는 자신이 원하는 자유로운 사생활과 사적 활동을 영위할 수 있도록 하는 것은 물론이고, 소극적으로는 사생활의 내용·명예·신용 등을 침해받지 아니할 것을 내용으로 하는 것으로 경찰이 진정인의 범죄경력자료를 부당취득하여 제3자에게 누설한 행위는 「헌법」 제17조가 보장하고 있는 진정인의 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 판단된다.

- **전과사실 누설에 의한 인권침해**(국가인권위원회 2006. 3. 23.자 06진인82 결정)

수사기관이 증거를 수집하기 위하여 관계인에게 범죄혐의자에 대한 자료를 요청하는 경우에 범죄혐의 유무나 과거 범죄경력 등을 설명하는 것은 사생활의 비밀 침해에 해당된다.

- **사생활침해 등에 의한 인권침해**(국가인권위원회 2006. 10. 13.자 06진인1070 결정)

수사관이 진정인을 상대로 조사하면서 사인간의 민사분쟁에 부당하게 관여하고, 자신의 사촌형에게 진정인들의 개인정보를 열람토록 한 것은 진정인들의 사생활을 침해한 것으로 인정된다.

■ 해 설

수사관이 수사를 위해 관계인에게 질의하거나 자료를 요청하는 것

은 「형사소송법」 제199조에 의거 혐의사실을 조사하여 범죄를 적발하고 그 증거를 수집하기 위한 활동이므로, 그 혐의사실과 관련된 자료를 소지한 사람이나 기관에 대하여 가능하다. 수사관은 증거자료를 수집하면서 요청자료의 필요성이나 사용처에 대하여 설명하는 것으로 족하다.

그러나 범죄혐의자라는 사실이나 출소한 동일수범의 전과자라는 사실 등을 설명하는 것은 증거자료 수집을 위해 불가피한 것이라고 할 수 없다. 용의자에 대한 혐의 여부나 출소한 유사범죄의 전과자라는 개인정보에 대한 상세한 설명은 증거수집을 위한 설명의 범위를 넘어 사생활 침해에 해당하기 때문이다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 수사관은 내사 등 사실 확인을 할 때 그 사실이 외부에 알려져 사건관계인이 명예훼손 등 부당한 피해를 입지 않도록 유의해야 한다.
- 수사관이 수사를 할 때에는 항상 언동을 삼가고 관계자의 편익을 고려하여 필요 이상으로 불편이나 혐오감 기타의 괴로움을 주는 일이 없도록 유의하여야 한다.
- 경찰관은 수사를 하면서 알게 된 사건관계인의 비밀을 엄수하여 그들의 명예와 사생활이 침해되지 않도록 하여야 한다.

라. 피의자에 대한 구금

(1) 임의동행

사례

경찰관 A는 얼마 전 발생한 강력사건의 용의자로 지목된 B의 집에 찾아가 B에게 임의동행을 요구하였다. B가 A의 임의동행요구에 응하여 같이 경찰서에 가서 조사를 받다가 집에 돌아가겠다고 하였는데, 경찰관 A는 조사가 끝나지 않았으며 B의 귀가 요구를 무시하였다.

■ 문제제기

임의동행은 임의수사로 상대방의 자발적 동의를 전제로 한다. 그러나, 실무에서 영장을 회피하기 위해 임의동행 형식으로 신병을 확보하여 인권침해 논란이 일어나는 경우가 많다.

■ 관련법규

• 형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사)

- ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

• 형사소송법 제200조(피의자의 출석요구)

검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

- 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.

■ 판례

- 임의동행의 임의성(대법원 2006.7.6. 선고 2005도6810 판결)

수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 됨에도, 영장에 의하지 아니하고 그 밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법도 없어서 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성이 보장되지 않을 뿐만 아니라, 아직 정식의 체포·구속단계 이전이라는 이유로 상대방에게 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종의 권리보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에서의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다. …(중략). 한편 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 경직법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우에는 역시 위에서 본 법리가 적용되어야 한다.

- 임의성의 판단(대법원 1993.11.23. 선고 93다35155 판결)

임의동행에 있어서의 임의성의 판단은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법과 동행 거부여사의 유무, 동행 이후의 조사방법과 퇴거여사의 유무 등 여러 가지사정을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 하여야 한다.

■ 해 설

임의동행이란 수사기관이 피의자 또는 참고인 등에 대하여 검찰청·경찰서 등에 함께 가기를 요구하고 상대방의 승낙을 얻어 연행하는 처분을 말한다.

경직법은 제3조에서 ‘경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있으며, 그 장소에서 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 피의자 등을 부근의 경찰서·지서·파출소 또는 출장소에 동행할 것을 요구할 수 있다’고 규정하여 임의동행에 대한 법률상 근거를 마련하고 있다.

피의자 등은 수사기관으로부터 임의동행 요구를 받았을 때에 임의로 동행을 승낙할 수도 있고, 이를 거부할 수도 있다. 피의자가 임의동행을 거부하였을 때에 수사기관은 동행을 강요할 수 없고, 현행범이나 긴급체포의 요건이 구비된 경우에 한하여 영장없이 현행범 체포 또는 긴급체포한 후 구속영장을 청구할 수 있다.

경찰관은 임의동행을 요구하기 전에 상대방에게 동행을 거부할 수

있는 권리 및 동행에 응한 이후에도 언제든지 퇴거할 권리가 있음을 고지하여야 한다. (인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제51조)

인권보호를 위한 직무가이드

- 임의동행의 형식을 갖추었다 하더라도 임의동행시 법률에 규정된 절차요건 등이 갖추어지지 않은 경우에는 실질적 강제연행으로 평가받을 수 있고, 이 경우에는 임의동행확인서를 받아 놓았다 하더라도 인권침해의 문제가 발생할 수 있다.
- 동행을 하는 경우에는 동행의 목적과 이유, 동행장소를 밝혀야 하며 상대방의 가족 등에게 연락할 수 있는 기회를 부여하고 변호인의 조력을 받을 수 있음을 고지하여야 한다.
- 임의동행한 피의자가 귀가를 요구하는 경우 즉시 조사를 중단하고 귀가할 수 있도록 해야 한다.

(2) 체포 : 체포영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범인 체포

사례

- 경찰관들이 절도혐의로 A를 긴급체포하기 위해 그의 집 부근에서 잠복근무를 한 끝에 새벽에 귀가하는 A를 발견하고 임의동행을 요구하였다. A는 혐의를 완강히 부인하였으나 경찰관들이 동행거부권도 고지하지 않고 경찰서에 가자고 하여 어쩔 수 없이 경찰서에 갔다. 수사관은 임의동행이 이루어진 6시간 상당이 경과한 후 A에게 범죄사실의 요지, 긴급체포의 이유, 변호인선임권 등을 고지하고 긴급체포하였다. A는 관리가 소홀한 틈을 이용하여 경찰서를 빠져나가 도주하였다.
- 경찰관이 불심검문하려고 자가용을 세우고 문을 열어 보니 운전좌석에 앉은 C(남)는 이야기를 하고 있다고 하고 그 옆에 앉은 D(여)는 고개를 숙이고 아무런 말이 없었다. 이를 수상히 여긴 경찰관이 D를 따로 불러내어 물어 보자 D는 “아저씨가 못된 짓을 하였다”고 말하였다. 이에 경찰관이 차 안에서 폭행 또는 협박을 당한 흔적, 성교의 흔적을 확인함이 없이 C를 긴급체포하였다.

■ 문제제기

피의자에 대한 체포는 영장에 의한 체포가 원칙이다. 그런데 형사소송법은 영장주의에 대한 예외로 현행범 체포와 긴급체포를 두고 있다.

실무에서 인권침해 논란이 많이 일어나는 수사 분야 중 하나가 긴급체포이다. 긴급체포는 중대한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이 법관의 체포영장을 발부 받지 않고 체포하는 것을 말한다. 긴급체포를 인정하는 이유는 영장주의의 원칙을 일관함에 따라 중대한 범죄를 범한 범인을 놓치는 것을 방지하는데 있다. 따라서 수사관은 긴급체포시 자신의 책임하에 긴급체포의 요건의 충족여부를 신중하게 결정하여야 한다.

■ 관련법규

• 헌법 제12조

- ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
- ⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.

• 형사소송법 제200조의2(영장에 의한 체포)

- ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정

당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부 받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 다만, 다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다.

- 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.
- ⑤ 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

• 형사소송법 제200조의3(긴급체포)

- ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 체포할 수

있다. 이 경우 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.

1. 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때
2. 피의자가 도망하거나 도망할 우려가 있는 때

- 형사소송법 제212조 (현행범인의 체포)

현행범인은 누구든지 영장없이 체포할 수 있다.

- 형사소송법 제214조 (경미사건과 현행범인의 체포)

다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 제212조 내지 제213조의 규정을 적용한다.

- 판례 및 결정례

- 긴급체포(대법원 2002.6.11 선고 2000도5701 판결)

형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이다. 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이다.

- 자진출석한 피의자에 대한 긴급체포(대법원 2006.9.9. 선고 2006도148 판결)

피고인이 임의수사에 대한 협조를 거부하고 자신의 혐의사실에 대한 조사가 이루어지기 전에 퇴거를 요구하면서 검사의 제지에도 불구하고 퇴거하였다고 하여 도망할 우려가 있다거나 증거를 인멸할 우려가 있다고 보기도 어려우므로, 위와 같이 긴급체포를 하려고 한 것은 그 당시 상황에 비추어 보아 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 갖추지 못한 것으로 쉽게 보여져 이를 실행한 검사 등의 판단이 현저히 합리성을 잃었다고 할 것이다. 따라서 검사가 위와 같이 검찰청에 자진출석한 피고인을 체포하려고 한 행위를 적법한 공무집행이라고 할 수 없다.

- 체포과정에서의 가혹행위 등(국가인권위원회 2003.6.16.자 03진인682 결정)

체포이유에 대한 고지도 없이 도주나 흉기사용의 위험이 표출되지도 않았음에도 불구하고 진정인을 선제 폭행하여 긴급체포한 것은 적법절차에 의한 정당한 법집행으로 볼 수 없고, 강력범죄피의자의 체포라는 목적에 비추어 보아도 필요 이상의 과도한 물리력의 행사라고 판단된다.

■ 해 설

- 체포의 요건은 1) 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유 있고, 2)피의자가 출석에 불응하거나 불응할 우려가 있어야 한다. 피의자가 정당한 이유없이 출석요구에 불응하였다는 점은 출석요

구서 사본 및 출석요구통지부 사본을 기록에 첨부하여 소명한다. 전화로 출석요구를 하는 경우에는 통화일시, 수화자, 수화자와 피의자의 관계, 피의자의 연락가능성, 통화내용 등을 기재한 수사보고서를 작성하여 수사기록에 편철한다. 출석불응의 우려가 있는 경우라 함은 피의자가 도망하거나 지명수배 중에 있는 경우를 말한다.

형사소송법 제200조의2 제1항 단서에 규정된 경미사건의 경우에는 위 체포 사유 외에 피의자가 일정한 주거가 없는지 또는 정당한 이유없이 동법 제 200조에 의한 출석요구에 응하지 아니 하였는지 여부를 검토하여야 한다.

- 체포는 원칙적으로 체포영장에 의해야 한다.
- 형사소송법은 영장주의 예외로 긴급체포를 인정하고 있는데, 긴급체포의 요건으로는 1) 범죄의 중대성(사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 함), 2)체포의 필요성(증거를 인멸할 염려 및 도망 또는 도망할 염려가 있어야 함), 3)체포의 긴급성(피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 긴급을 요하여 판사로부터 체포영장을 발부받을 시간적 여유가 없어야 함) 등이 있다.
- 긴급체포 후 검사가 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못하여 석방한 피의자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 다시 긴급체포하지 못한다.
- 긴급체포는 수사를 함에 있어 피의자의 연령·경력·범죄성향이나 범죄의 경중·태양 기타 제반사정을 고려하여 판사에게 체포영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우에 한하여 인권의 침해

가 없도록 신중히 활용하여야 한다.

- 영장주의 예외로 긴급 체포 이외에 현행범인 체포가 있는데, 형사소송법은 1)현행범인, 2)준현행범인(범인으로 호칭되어 추적되고 있는 자, 장물이나 범죄에 사용하였다고 인정함에 충분한 흉기 기타 물건을 소지하고 있는 자, 신체 또는 의복류에 현저한 증적이 있는 자, 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 자)에 대해서도, 체포 시점의 현장상황으로 볼 때 범죄행위를 끝마친 그 순간이거나, 그 직후인 것이 명백한 범인으로 보이는 경우에 한하여 영장 없이 현행범인 체포를 할 수 있도록 규정하였다. 단, 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 현행범인으로 체포할 수 있다.
- 피의자를 체포할 때 상대방의 신체와 명예 등을 부당히 침해하지 않는 장소, 시간, 방법 등을 선택하여야 한다.(인권보호를 위한 직무규칙 제53조 제1항)
- 피의자를 체포할 때 피의자에게 피의사실의 요지, 체포 이유, 변호인 선임권 등을 고지하여야 하는데, 별도 항에서 살펴보기로 한다.
- 피의자를 체포하는 경우 24시간 이내에 변호인 있는 경우에는 변호인에게, 변호인 없는 경우에는 변호인 선임권자(피의자 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매 등) 가운데 피의자가 지정한 자에게 피의사건명, 체포일시와 장소, 피의사실의 요지, 체포 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 서면으로 통지해야 한다. 서면 통지와 별도로, 체포하여 인치한 즉시 전화나 팩시밀리 등을 이용

하여 이를 통지해야 하나, 공범의 도피나 증거 인멸의 우려 등 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 사례 1에 대한 임의동행은 경찰관들의 심리적 압박 하에서 이루어진 것으로 임의성을 결여하였으므로 그 실질은 강제처분인 체포에 해당한다. 그런데 당시 영장을 발부받지도 않았을 뿐만 아니라 체포의 이유와 변호인선임권 등을 고지하는 등 긴급체포에 필요한 절차적 요건도 준수하지 않은 이상 위 강제연행은 불법체포에 해당한다. 따라서 임의동행 이후 경찰서에서 이루어진 긴급체포 또한 위법한 임의동행에 근거한 것으로서 『형사소송법』의 요건을 충족시키지 못하여 불법이 되므로 A는 도주죄의 주체에 해당되지 아니하여 A는 도주죄의 죄책을 지지 않는다.
- 사례 2에서, 검문 당시 D가 C로부터 어떠한 폭행이나 협박을 당한 흔적이나 반항의 흔적, 성행위의 흔적이 없었고 단지 D를 따로 불러내어 물어 보자 C가 못된 짓을 하였다고만 말했을 뿐이므로 이러한 사정만으로는 C가 강간죄의 범행을 종료한 직후임이 명백히 인정되는 경우라고 보기 어려운 상황이다. 따라서 이 사건 긴급체포는 부당한 신체의 구속에 해당한다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 현행범체포에 있어서 50만 원 이하의 법정형에 해당하는 경미범죄자에 대해서는 그가 아무리 현행범이라 하더라도 주민등록증과 같은 명확한 신분증을 제시하는 경우에는 강제연행 하여서는 안 된다.
- 긴급체포에 있어서 그 법정형이 “...이하의 자유형에 처한다”는 형식과 그 법정형벌의 숫자가 3년보다 낮은 것이 적지않은 행정형법

(특별형법)의 위반사범에 대해서는 그가 아무리 도주 또는 증거인멸의 우려가 있더라도 사법경찰은 그를 강제연행 하여서는 안 된다.

- 체포영장에 의해 체포하는 경우 피의자에게 영장을 제시하여야 한다. 단, 체포영장을 소지하지 않았는데 급속을 요하는 때에는 피의자에게 피의사실을 요지와 영장이 발부되었음을 고지하고, 체포한 직후 신속히 체포영장을 제시하여야 한다.(인권보호수사준칙 제19조)
- 현행범체포와 긴급체포의 경우에도 이를 집행하는 수사관은 엄격한 절차요건을 준수하여야 한다. 수사기관은 범죄사실의 요지, 체포의 이유, 변호인 선임권을 고지하여야 하고 변명의 기회를 부여하여야 한다.
- 체포되어 유치장에 유치된 피의자에 대해서 수사관은 변호인과의 접견교통권을 절대적으로 보장하여야 한다. 특히 범죄수사규칙에 의하면, 변호인 또는 변호인이 되려는 자로부터 구속된 피의자와의 접견·서류 또는 물건의 수수·수진의 신청이 있을 때에는 친절하게 응하여야 한다.
- 검사는 체포된 피의자를 구속하고자 할 경우 48시간 이내에 법원에 영장을 청구하여야 한다. 따라서 검사가 48시간 이내에 영장을 청구하지 않으면 피의자를 석방하여야 한다.
- 의사소통에 어려움이 있는 소년, 노약자, 장애인, 외국인 등에 대하여는 사후에라도, 체포시 고지하는 범죄사실의 요지, 체포 이유, 변호인 선임권이 있다는 사실 등의 고지사항에 대하여 당사자뿐 아니라 신뢰관계에 있는 자의 이해 여부를 확인하여야 한다.(인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제53조 제4항)
- 자진출석 등 임의적으로 수사에 협조한 피의자에 대하여는 특별한 사유가 없는 한 긴급체포를 하여서는 아니된다.(인권보호를 위한 직무규칙 제56조 제3항)

(3) 구속: 구속영장의 신청, 구속 전 피의자심문

사례

- 경찰관이 사기 혐의로 B를 소환하였는데, B는 아버지가 병환으로 위독하고 수술을 받아야 한다며 연기를 요청하였다. 그러나 경찰관이 B의 요구를 거절하고 체포영장을 발부받아 체포한 뒤 구속영장을 신청하였다.

■ 문제제기

형사소송법은 불구속 수사를 원칙으로 하나, 일정한 경우에 한하여 구속수사를 인정하고 있다. 구속이 인권과 피의자 삶 전체에 미치는 영향이 지대하므로 형사소송법에서 정한 예외적인 경우에 한하여 신중하게 이루어져야 한다.

한편 실무에서 ‘체포된 피의자에 대해 48시간 이내에 영장을 청구할 있다’는 규정을 남용하여 체포 후 계속 감금의 필요가 없는 때에도 48시간을 다 채워 구속영장을 청구하거나 석방하는 경우가 있는데, 형사소송법은 이러한 남용사례를 막기 위해 2007. 6. 형사소송법을 개정하면서 ‘피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이’ 영장을 청구하도록 하였다.

■ 관련법규

• 헌법 제12조

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

- 형사소송법 제200조의4 (긴급체포와 영장청구기간)

- ① 검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 하며, 제200조의3 제3항에 따른 긴급체포서를 첨부하여야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.
- ③ 제2항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장없이 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.

- 형사소송법 제201조 (구속)

- ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 다만, 다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다. [개정 80·12·18, 95·12·29]

- 형사소송법 제208조 (재구속의 제한)

- ① 검사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다.
- ② 전항의 경우에는 1개의 목적을 위하여 동시 또는 수단결과의 관계에서 행하여진 행위는 동일한 범죄사실로 간주한다.

■ 해 설

- 구속은 피의자나 가족에 중대한 결과를 초래하고 경우에 따라서는 심각한 경제적 위협에 빠뜨리며 피의자의 명예를 침해하고 일반인에게 유죄의 인상을 심어주므로, 최후의 수단으로 사용되어야 한다.
- 구속의 요건은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 1)일정한 주거가 없을 때, 2)증거를 인멸할 염려가 있을 때, 3)도망 또는 도망할 염려가 있을 때의 하나에 해당하는 사유가 있어야 한다.
그러나 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 일정한 주거가 없을 때에만 구속할 수 있다.
- 체포된 피의자의 ‘지체없이’ 검사에게 영장을 신청하여 위 ‘48시간 규정’을 남용하지 않도록 해야 한다.
- 모든 피의자는 판사 앞에서 영장실질심사를 받아야 한다. 그러나 피의자는 심문기일에 출석을 거부할 수 있으며, 이 때 사법경찰관은 이러한 사실을 검사에게 통보하여야 한다.
- 구속영장을 집행할 때 피의자에게 구속영장을 제시하여야 한다.

그러나 구속영장을 소지하지 않았으나 긴급한 경우 우선 피의사실 요지와 영장이 발부되었음을 고지하고 구속할 수 있다. 이 때 집행이 완료된 후 신속하게 영장을 제시하여야 한다.

- 구속영장을 집행할 때 피의자에게 피의사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.
- 구속한 때로부터 24시간 이내에 지체 없이 서면으로 변호인 또는 변호인 선임권자 가운데 피의자가 지정한 자에게 피의사건명, 구속일자, 장소, 범죄사실의 요지, 구속이유, 변호인 선임권 등을 알려야 한다. 긴급한 경우 전화 또는 팩스 기타 상당한 방법으로 통지할 수 있으나, 이 경우에도 다시 서면으로 하여야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 구속이 피의자의 인권과 개인 삶에 미치는 영향이 중대하므로, 형사소송법에서 정한 사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 이루어져야 한다.
- 구속을 처벌의 수단으로 남용하여서는 안된다.
- 체포된 피의자를 구속하고자 할 경우 ‘지체 없이’ 영장신청을 하여, 인신이 수사기관에 구금되는 시간을 최대한 줄이도록 노력한다.
- 모든 피의자는 구속 전 법관 앞에서 영장실질심사를 받을 권리가 있다.

(4) 미란다 원칙

사례

- 경찰관이 피의자를 체포할 때 구속영장을 제시하지 않았고 범죄사실의 요지, 구속 이유, 변호인을 선임할 권리 등을 고지하지 않았다.
- 경찰관이 피의자를 범죄단체조직혐의로 수사를 하면서 진술거부권을 사전에 고지하지 않았다.

■ 문제제기

미란다 원칙은 수사관이 피의자를 연행할 때부터 조사에 이르기까지 피의자의 권리를 위해 진술거부권, 변호인 선임권 등을 고지하여야 한다는 원칙이다.

그러나 실제 법집행과정에서 이러한 원칙들이 잘 지켜지지 않아 문제가 되고 있다.

체포를 완강히 거부하여 심하게 몸싸움을 해야 하는 상황이라든가 동시에 많은 인원을 체포하는 경우 등 실제 체포 현장의 상황에 따라 미란다원칙을 고지하는 것이 어려운 경우도 있는데, 원칙적으로 미란다원칙을 고지하지 않으면 피의자의 방어권을 침해하는 문제가 발생한다.

■ 관련 법규

• 헌법 제12조

- ② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.
- ⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리

가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다.

- 형사소송법 제200조의5

검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

- 형사소송법 제244조의3

① 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각 호의 사항을 알려주어야 한다.

1. 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있다는 것
2. 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것
3. 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것
4. 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것

- 판례 및 결정례

- 진술거부권 고지와 증거능력(대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도 8213 판결)

형사소송법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형

사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.

• 미란다 원칙 불고지와 조서의 증거능력(부산지방법원 2009. 4. 23. 선고 2008고정9097 판결)

미란다 원칙의 고지, 서면에 의한 체포통지 등의 절차가 이루어지지 않음으로써 피고인에 대한 체포 및 이에 기초한 수사가 위법하므로, 피의자에 대한 신문조서도 위법하다.

• 체포와 미란다 원칙 고지(대법원2010. 6.24. 선고 2008도11226 판결)

사법경찰관리가 현행범인으로 체포하는 경우에는 반드시 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 하며, 이러한 법리는 비단 현행범인을 체포하는 경우뿐만 아니라 긴급체포의 경우에도 마찬가지로 적용되는 것이고, 이와 같은 고지는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이나, 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체없이 하여야 한다.

- 미란다원칙 불고지와 인권침해(국가인권위원회 2003.2.24.자 02직인2, 02진인1882, 1889, 1891)

범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성과 같은 긴급체포의 요건이 결여된 상태에서 피해자들을 긴급체포하면서 그 체포과정에서도 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않은 것과 살인사건의 실제적 진실 발견만을 앞세워 피해자들을 조사하면서 자백을 강요하며 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적 부심을 청구할 권리, 진술거부권 등 피해자들의 권리의 행사를 방해한 것은 「헌법」 제12조 신체의 자유를 침해한 것으로 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 소정의 인권침해행위에 해당한다.

■ 해 설

- 미란다 고지의무를 준수해야 한다.

‘미란다원칙(Miranda Rule)’이란 수사기관 종사자가 피의자를 연행하고 조사하는 과정에서 피의자에게 변호사를 선임할 수 있는 권리와 묵비권을 행사할 권리, 모든 발언이 법정에서 불리하게 작용할 수 있다는 것을 미리 고지해 주어야 한다는 법칙을 말한다.

- 미란다 원칙이란?

- ◎ 미국연방헌법 수정 제5조(자기부죄거부의 특권)를 근거로 Miranda v. Arizona 사건의 판결(1966)에서 확립됨

- ◎ 미란다 원칙 고지 내용

- 체포 (또는 구속) 이유
 - 변호인의 도움을 받을 수 있는 권리
 - 진술을 거부할 수 있는 권리

‘미란다 원칙’이 우리 「형사소송법」에 도입된 것은 1987년의 형사소송법 개정에서부터이며, 1997년 구속영장실질심사제도가 도입되면서 고지의 의무를 부과하였다.

그러나 비교적 최근까지 체포나 구속 시 수사기관이 미란다원칙대로 피의사실의 요지와 변호인 선임권을 고지하는 경우는 드물었다. 심지어는 영장조차 제시하지 않고 체포, 구속하는 사례도 발생하고 있다. 이와 같이 피의자의 권리를 고지하지 않은 수사기관의 행위는 정당하게 행사할 수 있는 방어권을 침해하는 행위에 해당되고 그에 기초한 조서의 증거능력도 부정된다.

입법자는 「형사소송법」 제200조의5를 신설하고 제209조를 개정하여 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주도록 명시하고 있으며, 개정 「형사소송법」 제244조의3에서는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하기 전에 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리의 고지 방법 및 절차 등 미란다원칙의 준수를 상세하게 규정해 두고 있다.

- 수사진행 단계별로 미란다원칙을 고지해야 한다

피의자의 신체를 확보하는 단계, 피의자의 신체를 확보한 이후 신문하는 단계, 구속영장실질심사를 위하여 피의자를 구속하는 단계마다 각각 피의자에게 진술거부권을 고지함으로써 형사절차에 있어서의 적정절차의 원칙이 보장된 가운데서 실제적 진실이 발견되도록 노력하여야 한다.

- 체포 단계에서의 미란다 원칙

‘미란다 고지’는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이다. 그러나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압해야 하는 경우라면 붙들거나 제압하는 과정에서 고지하고, 그것이 여의치 않다면 일단 붙들거나 제압한 후에는 지체 없이 이행해야 한다. 사법경찰관리 직무규칙에 따르면 경찰관은 이를 이행한 후 피의자로부터 확인서를 받아 사건기록에 편철하여야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 미란다 원칙은 체포단계에서부터 구속, 피의자 조사 전 과정에서 거쳐 적용된다.
- 미란다 원칙을 고지하지 않고 이루어진 수사절차는 위법하고, 위법한 수사과정에서 작성된 피의자신문조서는 증거능력이 없다.

마. 변호인 접견교통권

사례

- 구속 피의자가 변호인과 접견하고 있는 동안 경찰관이 입회하였다.
- 경찰관이 구속 피의자가 변호인으로부터 받은 편지를 검열하고 압수하였다.
- 구속된 피의자 변호인이 피의자 접견을 요구하였으나, 경찰관이 피의자에 대한 신문이 진행 중임을 이유로 이를 거부하였다.

■ 문제제기

피의자가 형사절차에서 자신을 방어하기 위해 법률전문가 등 변호인의 조력을 받는 것은 매우 중요하다. 그리하여 헌법에서도 변호인의 조력을 받을 권리를 명시하고 있다. 그러나 실무에서는, 피의자의 방어권 보장을 위한 변호인 접견이 제대로 이루어지지 않는 경우가 많다.

그리고 그동안 변호인이 피의자 신문 조사에 참여할 수 있는지 여부가 논란이 되었는데, 2007. 6. 개정 형사소송법에서 변호인의 수사 참여를 명문화 하였다.

■ 관련법규

• 헌법 제12조 제4항

누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

• 형사소송법 제34조 (피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)

변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

• 형사소송법 제89조 (구속된 피고인과의 접견, 수진)

구속된 피고인은 법률의 범위 내에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다.

- 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.
- 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.

- 판례 및 결정례

- 접견교통권의 침해(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다56628 판결)
변호인이 피의자를 접견할 때 국가정보원 직원이 승낙 없이 사진촬영을 한 것은 접견교통권 침해에 해당한다. 또한 변호인이 되려는 변호사는 국가정보원에게 변호인이 되려는 의사를 표시함에 있어 국가정보원이 그 의사를 인식하는 데 적당한 방법을 사용하면 되고 반드시 문서로서 그 의사를 표시하여야 할 필요는 없다.

- 접견교통권의 제한(대법원 2002. 5. 6. 선고 2000모112 판결)
변호인의 구속된 피고인 또는 피의자와의 접견교통권은...(중략), 신

체구속을 당한 피고인 또는 피의자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로, 수사기관의 처분 등에 의하여 이를 제한할 수 없고, 다만 법령에 의하여서만 제한이 가능하다.

- **접견교통권 위반 하에 작성된 조서의 증거능력(대법원 1990.9.25. 선고 90도1586 판결)**

헌법상 보장된 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하는 유죄의 증거에서 실질적이고 완전하게 배제하여야 하는 것인바…(중략), 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다.

- **직권남용에 의한 인권침해(국가인권위원회 2005.2.28.자 04진인3966)**
제○군단 보통군사법원 실무담당자인 피진정인 ○○은 진정인에 대한 국선변호인이 선정·결정되었음에도 업무착오로 헌병대장과 진정인에게 국선변호인 선임사실을 송달·고지해 주지 아니하여, 「헌법」 제12조제4항 단서에 규정된 국선변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였다고 판단된다.

- **변호인이 되려는 자의 접견(국가인권위원회 2007. 3. 19.자 06진인791)**
진정인을 위한 변호인이 되고자 하려는 의사를 접견신청서를 통하여 표현하였음에도 변호인 선임서(위임장)를 제출하지 않았다는 이유로 진정인과 변호사 의 접견을 방해한 행위는 변호인의 접견교통권과 진정인이 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다.

■ 해 설

- 「헌법」 제12조 제4항은 변호인의 조력을 받을 권리를 명시하고 있다. 여기서 변호인의 조력을 받을 권리라 함은 무죄추정을 받는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 발생하는 갖가지 폐해를 제거하고 구속이 악용되지 않도록 하기 위하여 인정하는 권리를 말한다. 그런데 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 무엇보다도 피고인 또는 피의자가 변호인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있는 변호인 접견교통권이 인정되어야 한다.

구 「형사소송법」은 구금된 피의자와 피고인에 대한 변호인의 접견교통권을 규정하고 있었는데, 개정 「형사소송법」 제243조의2에서 구금되지 않은 피의자에 대하여도 조사 중임을 이유로 변호인의 접견권을 제한할 수 없음을 명시하였다. 이에 따라 수사기관은 피의자에 대한 조사 전후는 물론 조사 중이라도 피의자에 대한 신문을 이유로 변호인의 접견 신청을 거부할 수 없게 되었다.

- 변호인과의 접견교통권은 방해나 감시 없는 자유로운 접견교통을 본질로 하며 피의자와 변호인의 접견내용에 대해 비밀이 보장되어야 한다. 따라서 접견 시 수사관의 입회는 허용되지 아니한다.
- 변호인과의 접견교통권에는 서류 또는 물건의 수수 등이 포함되어 있다. 따라서 피의자가 변호인으로부터 수수한 편지를 수사관이 압수하거나 검열하는 것도 허용되지 않는다.
- 수사기관은 피의자에 대한 조사 전후는 물론 조사 중이라도 피의자에 대한 신문을 이유로 변호인의 접견 신청을 거부할 수 없다.
- 피의자 또는 변호인은 피의자에 대한 신문과정에 참여할 것을 신

청할 수 있고, 수사기관은 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 변호인을 참여하게 하여야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 피의자·피고인의 변호인 접견교통권은 법률상 아무런 제약 없이 인정되는 권리로 법원의 결정에 의해서도 제한될 수 없는 권리이다.
- 변호인과의 접견을 수사상 필요하다는 이유로 제한해서는 안 된다.
- 변호인과 피의자 사이에 위임계약이 체결되지 않았다고 하더라도, 변호사가 접견신청서를 통해 변호인이 되려고 하는 의사를 표현하였다면 변호인 접견이 이루어져야 한다.
- 변호인 접견 시 수사관의 입회나 접견내용에 대한 녹취 및 청취는 금지된다.
- 피의자 신문시 피의자 혹은 변호인이 신문과정에 참여를 신청한 경우 변호인 참여를 원칙적으로 허용하여야 한다.
- 유치인보호 주무자는 변호인 접견 신청이 있는 경우 변호인 접견실을 제공하여야 한다.(피의자 유치 및 호송규칙 제33조 제2항)

바. 피의자 신문

사례

- 경찰관이 조사하기 전에 진술거부권을 고지하지 않았다.
- 경찰관이 피의자를 소환하여 오후 2시부터 새벽 1시까지 조사를 하였다.
- 피의자 변호인이 피의자에 대한 신문과정에 참여할 것을 신청하였으나 수사기관이 아무런 설명도 없이 이를 거절하였다.
- 경찰관이 피의자를 신문하면서 피의자 몰래 영상녹화를 하였다.
- 경찰관이 피의자의 동의하에 사전 녹화연습을 한 후 영상녹화를 하였다.
- 경찰관이, 참고인의 반대에도 불구하고 조사과정을 영상녹화 하였다.

■ 문제제기

수사단계에서 인권침해가 일어나는 가장 전통적인 유형으로는 수사기관이 피의자에게 고문이나 폭행·협박 등의 가혹행위를 가하는 경우를 들 수 있다. 이러한 침해유형은 수사기관이 피의자로부터 자백을 획득하기 위해 피의자를 조사하는 과정에서 발생한다. 잘 알려져 있는 박종철 고문치사사건, 권인숙 성고문사건, 김근태 고문사건이나 서울 지검고문치사사건 등은 모두 수사기관이 자백획득을 위해 밀실에서 피의자를 조사하는 과정에서 발생한 사건들이었다.

헌법과 형사소송법에서 피의자 인권보호를 위한 여러 가지 제도를 두고 있으나, 우리나라 피의자 조사의 현실은 이러한 법체계나 그 해석에 부응하여 인권 보장적으로 운용되고 있는가에 대하여는 여전히 부정적이다. 실무적으로 피의자에 대한 출석요구 방식이나 진술거부권 고지절차에 많은 문제가 제기되고 있으며, 수갑이나 포승을 사용한 피의자 조사나 철야에 걸친 조사, 외부와 차단된 밀실에서의 조사 등이 문제되고 있다.

■ 관련 법규

[1] 신문조사 일반

• 헌법 제12조 제2항

모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

- 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 64조(심야조사 금지)

- ① 경찰관은 원칙적으로 심야 조사를 하여서는 아니된다. 여기서 ‘심야’라 함은 자정부터 오전 6시까지를 말한다.
- ② 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 예외적으로 심야 조사를 할 수 있다.
 1. 자정 이후에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우
 2. 사건의 성질상 심야조사를 하지 않으면 공범자의 점거 및 증거수집에 어려움이 있거나 타인의 신체, 재산에 급박한 위해가 발생할 우려가 있는 경우
 3. 야간에 현행범을 체포하거나 피의자를 긴급체포한 후 48시간 이내에 구속영장을 신청하기 위해 불가피한 경우
 4. 공소시효가 임박한 경우
 5. 기타 피의자 또는 그 변호인의 서면상 동의를 받은 경우
- ③ 제2항의 규정에 의한 심야조사를 하는 경우에도 심야조사 동의 및 허가서(별지 제3호 서식)를 받아야 하며, 조사자 외의 경찰관을 참여시켜야 한다.

- 범죄수사규칙 제56조(임의성의 확보)

- ① 경찰관은 조사를 할 때에는 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 그 밖에 진술의 임의성에 관하여 의심받을 만한 방법을 취하여서는 아니된다.
- ② 경찰관은 조사를 할 때에는 희망하는 진술을 상대자에게 시사하는 등의 방법으로 진술을 유도하거나 진술의 대가로 이익을 제

공할 것을 약속하거나 그 밖에 진술의 진실성을 잃게 할 염려가 있는 방법을 취하여서는 아니 된다.

- ③ 경찰관은 부득이한 사유가 있는 경우 이외에는 심야에 조사하는 것을 피하여야 한다.
- ④ 경찰관은 조사를 할 때에는 소속 경찰관서 사무실에서 하여야 하며 부득이한 사유로 그 이외의 장소에서 할 경우에는 소속 경찰관서장의 사전 승인을 받아야 한다.

[2] 변호인 참여

• 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.
- 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.

[3] 영상녹화

- 형사소송법 제244조의2 (피의자진술의 영상녹화)

- ① 피의자의 진술은 영상녹화 할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화 사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화 하여야 한다.

- 형사소송법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)

- ② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

■ 판례 및 결정례

- 밤샘 조사 (국가인권위원회 2007. 6. 5.자 07진인683 결정)

밤샘조사는 헌법 제10조의 규정에 의한 행복 추구권의 한 내용인 수면권, 휴식권과 관련된다. 밤샘조사를 그 자체가 사실상의 가혹행위가 될 수 있다는 점, 보통의 경우 밤샘조사가 은밀하게 이루어질 수 가능성이 높다는 점, 밤샘조사로 인한 조사자 및 피조사자의 피로로 조사내용에 위가 개입될 여지가 높은 점 등을 고려하면, 피조사자의 밤샘 조사에 대한 동의 의사표시는 엄격하게 확인될 필요가 있다. 따라서 긴급체포 후 밤샘조사가 불가피하였더라도 피조사자의 인권

보호를 위해서는 ‘심야조사동의 및 허가서’를 받아 조사를 진행했어야 함에도, 이러한 절차를 위반한 것은 헌법 제10조에서 유래하는 진정한 수면권을 침해한 것이다.

• 구금된 피의자에 대한 피의자신문시 변호인의 참여 (대법원 2003. 11. 11. 선고 2003모402 결정)

형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 신체를 구속당한 사람의 변호인과의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 “적법절차주의”를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것이나, 구금된 피의자가 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리가 형사소송법 제209조, 제89조 등의 유추적용에 의하여 보호되는 권리라 하더라도 헌법상 보장된 다른 기본권과 사이에 조화를 이루어야 하며, 구금된 피의자에 대한 신문시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적법절차의 정신에 맞지 아니하므로 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있음은 당연하다.

• 불구속피의자 조사와 변호인 참여권 (헌법재판소 2004.09.23 선고 2000헌마138 판결)

불구속 피의자·피고인의 경우 수사 및 재판과정에서 언제든지 퇴거하여 변호인의 조언과 상담을 얻을 수 있으므로 이를 별도로 허용하는 규정을 둘 필요가 없는 반면에 구속 피의자·피고인의 경우 임의퇴거가 불가능하므로 형사소송법이 변호인과의 자유로운 접견·교통권을 인정하는 규정을 명문화함으로써 이를 보장하고 있는 점에서 차이가 있을 뿐, 우리 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용으로서 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 구속 여부를 불문하고 보장하고 있기 때문이다. 다시 말하면, 불구속 피의자나 피고인의 경우 형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조언과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구하는 것은 신문과정에서 필요할 때마다 퇴거하여 변호인으로부터 조언과 상담을 구하는 번거로움을 피하기 위한 것으로서 불구속 피의자가 피의자신문장소를 이탈하여(예컨대, 변호인 사무실에 찾아가) 변호인의 조언과 상담을 구하는 것과 본질적으로 아무런 차이가 없다. 그렇다면, 불구속 피의자가 피의자신문시 조언과 상담을 구하기 위하여 자신의 변호인을 대동하기를 원한다면, 수사기관은 특별한 사정이 없는 한 이를 거부할 수 없다고 할 것이다.

- 영상녹화물의 증거능력(서울남부지방법원 2007.6.20. 선고 2006고단3255 판결)

검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 제출 없이 피고인의 검찰에서의 진술을 녹화한 영상녹화물 만이 유죄의 증거로 제출된 경우, 이는 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것) 제244조에서 규정한 바와 같이 피의자의 진술은 반드시 조서에 기재하도록 하고 오기 여부를 확인한 다음 피의자로 하여금 그 조서에 간인하게 하며 서명 또는 기명날인하도록 하여 피고인이 될 피의자에 대한 수사절차를 엄격히 규제하고 이 같은 절차를 거쳐 작성된 증거만 유죄의 증거로 법정에 제출하도록 하고 있는 형사소송법의 취지를 잠탈하는 부적법한 증거로서 증거능력이 없다.

■ 해 설

- 피의자를 신문할 때에는 앞에서 살펴본 바와 같이 진술거부권 등 미란다 원칙을 고지하며, 진술의 임의성이 보장되도록 진술을 강요하거나 밤샘 수사를 하여서는 안된다.
- 사법경찰관이 수사를 할 때 사법경찰관리를 참여하도록 해야 한다.
- 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 하며, 피의자 조서를 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 한다.
- 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족 또는 형제자매의 신청이 있는 경우, 수사기관은 정당한 사유(인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제60조에 따르면 국가안보가 위태롭거나 공범 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 할 객관적이고 현저한 이유가 있는 경우)가 없는 한 피의자에 대한 신문에 변호인을 참

여하게 하여야 한다. 사법경찰관은 변호인의 신문 참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다.

- 경찰관은 신문이 종료한 후 변호인에게 의견 진술의 기회를 주고 해당 의견을 진술조서에 기재하여야 한다. 다만, 신문 중이라도 변호인은 부당한 신문방법에 대하여는 이의를 제기할 수 있고, 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.
- 사법경찰관리집무규칙 제16조의 2에서 변호인 참여 제한사유로 ‘신문방해와 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우’라고 규정하고 있다.

그리고 변호인이 참여하여 신문하고 있는 중이라 하더라도 아래 사유가 발생하여 신문방해와 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장이 초래되는 되는 경우 변호인 참여를 제한할 수 있도록 규정하고 있다.

1) 사법경찰관의 승인 없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 하는 경우, 2) 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 반복을 유도하는 경우, 3) 「형사소송법」 제243조의2 제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우, 4) 피의자신문 내용을 촬영·녹음·기록하는 경우(다만, 기록의 경우 피의자에 대한 법적 조언을 위하여 변호인이 기억환기용으로 간략히 메모를 하는 것은 제외한다) 등

그러나, 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되지 않도록 위 제한사유를 엄격히 해석하여야 한다.

- 피의자 진술 영상녹화물은 제312조에서 규정한 바와 같이 피고인이 공판기일에 검사 작성의 피의자신문조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 객관적으로 증명하기 위한 증거로서만 쓸 수 있을 뿐 피의자신문조서를 갈음하는 독자적인 유죄의 증거로 쓸 수 없다는 점을 명문화하고 있다. 특히, 사법경찰관이 작성한 영상녹화물은 피의자가 동의하지 않는 한 증거로서 사용이 불가능하다.
- 수사기관이 피의자 진술을 영상 녹화하는 경우 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상 녹화하여야 한다.
- 수사기관은 피의자에게 사전 통보를 한 후 영상녹화를 하여야 하며, 피의자 몰래 영상녹화를 해서는 아니 된다. 범죄수사규칙 제75조는 경찰관이 피의자의 진술을 영상녹화하는 경우 영상녹화되고 있는 사실, 영상녹화의 시각, 장소, 조사 및 참여 사법경찰관리의 성명·직급, 진술거부권 및 변호인의 도움을 받을 권리, 조사를 중단·재개하는 경우 중단 이유와 중단 시각, 중단 후 재개하는 시각, 조사의 종료의 시각, 장소 등을 피의자에게 고지할 것을 규정하고 있다.
- 수사기관이 피의자 진술을 영상녹화하는 경우 조사 개시부터 조서에 기명날인 또는 서명을 마치는 시점까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다. 따라서 사전연습 후 영상녹화를 하는 것은 허용되지 아니한다.
- 사법경찰관이 피의자에 대한 조사 과정을 영상녹화하는 경우 피의자에게 1)조사자 및 참여자의 성명과 직책, 2)영상녹화 사실 및

장소, 시작 및 종료 시각. 3) 「형사소송법」 제244조의3에 따른 진술거부권 등, 4)조사를 중단·재개하는 경우 중단 이유와 중단 시각, 중단 후 재개하는 시각 등을 고지하여야 한다.

- 참고인 진술에 대한 영상녹화는 참고인에 대한 통지로는 부족하며 서면으로 사전 동의를 얻어 실시하여야 하며, 피의자 영상 녹화시 고지해야 하는 사항을 고지해야 한다(고지사항 중 진술거부권과 변호인 도움 받을 권리는 제외)
- 사법경찰관은 영상녹화를 함에 있어 조사실 전체가 확인가능하고 피조사자의 얼굴과 음성이 식별 가능하도록 하여야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 피의자 신문 조사를 하기 전 미란다원칙을 고지하여야 한다.
- 원칙적으로 심야 조사(자정부터 오전 6시)는 금지된다.
- 피의자 신문시 피의자 혹은 변호인 등이 신문과정 참여를 신청한 경우 변호인 참여를 원칙적으로 허용해야 한다.
다만 변호인이 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 그러한 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에 한하여 변호인의 참여를 제한할 수 있다. 변호인의 접견교통권 보장을 위해 위 제한사유를 엄격히 적용하여야 한다.
- 영상녹화절차는 녹화의 신뢰성을 떨어뜨리지 않는 방법으로 진행되어야 하며, 촬영 전 사전예행연습행위는 중대한 촬영방식 위반에 해당된다.
- 피의자의 진술에 대한 영상녹화는 영상녹화사실을 피의자에게 미리 알려준 후에 실시하여야 한다.
- 피의자의 진술에 대한 영상녹화는 조사 개시부터 종료까지의 전

과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다.

- 참고인의 진술에 대한 영상녹화는 참고인의 서면 동의 하에 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다.

사. 압수 · 수색

사례

- 경찰관이 피의자의 집에서 압수영장을 집행하는데, 피의자나 그 가족에게 영장을 제시하지 않았다.
- 경찰관이 2010. 12. 20. 발생한 상해 혐의 피의자를 긴급체포하였는데, 피의자가 범행 사실을 자백하면서 그의 집 장롱 안에 범행에 사용한 칼이 있다고 진술하였다. 경찰이 긴급체포 다음 날인 2010. 12. 21. 구속영장을 신청하면서 영장 없이 그의 집에 들어가 범행에 사용된 물건을 압수하였다. 피의자에 대해 2010. 12. 22. 구속영장이 발부되었는데, 경찰관은 영장이 발부된 당일에도 피의자의 집에 영장없이 들어가 수사에 필요한 물건을 압수하였다.
- 경찰관이, 구속영장이 발부되었으나 도망 중인 피의자 A를 구속하기 위해 그의 형인 B의 집에 수색 영장 없이 들어가 수색하였다.

■ 문제제기

압수, 수색도 원칙적으로 영장에 의해 실시하여야 한다. 다만 형사소송법은 영장주의의 예외를 규정하고 있다.

그런데 실무에서는 형사소송법이 정한 예외사유가 아님에도 영장 발부 없이 압수, 수색을 하거나 법에서 정한 압수, 수색 영장 집행절차를 이행하지 않아 인권침해 논란을 일으키고 있다.

■ 관련 법규

• 헌법 제12조

- ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
- ③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

• 형사소송법 제118조 (영장의 제시)

압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

• 형사소송법 제121조 (영장집행과 당사자의 참여)

검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.

• 형사소송법 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.

- 형사소송법 제123조 (영장의 집행과 책임자의 참여)

- ① 공무소, 군사용의 항공기 또는 선거내에서 압수·수색영장을 집행함에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.
- ② 전항에 규정한 이외의 타인의 주거, 간수자있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선거내에서 압수·수색영장을 집행함에는 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 자를 참여하게 하여야 한다.
- ③ 전항의 자를 참여하게 하지 못할 때에는 인거인 또는 지방공공 단체의 직원을 참여하게 하여야 한다.

- 형사소송법 제216조 (영장에 의하지 아니한 강제처분)

- ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다.
 1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선거 내에서의 피의자 수사
 2. 체포현장에서의 압수, 수색, 검증
- ② 전항 제2호의 규정은 검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장의 집행의 경우에 준용한다.
- ③ 범행중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.

- 형사소송법 제217조 (영장에 의하지 아니하는 강제처분)

- ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.
- ② 검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제216조제1항제2호에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.
- ③ 검사 또는 사법경찰관은 제2항에 따라 청구한 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다.

- 형사소송법 제308조의2 (위법수집증거의 배제)

적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

- 판례 및 결정례

- 법률에 위반된 압수·수색과 증거능력(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 판결)

영장에 압수할 물건으로 기재되지 않은 물건의 압수, 영장제시 절차의 누락, 압수목록 작성·교부 절차의 현저한 지연 등으로 적법절차의 실질적인 내용을 침해하였는지 여부가 문제된 사안에서, 대법원은 ‘헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적인 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

- 압수·수색시 고지의무(서울고등법원 2007.6.7.선고 2006나 68348 판결)

경찰관이 피의자 검거를 위하여 체포영장을 소지하고 제3자의 주거를 수색하는데 그 제3자가 경찰관을 강도로 오인하여 도망하다가 추락하여 상해를 입은 사안에서, 위 수색행위가 형사소송법 제216조 제1항 제1호에 따라 영장주의의 예외에 해당하더라도 수사기관이 타인의 주거 내에서 피의자 수사를 하는 경우에는 주거 및 사무실의 평온을 유지하고 온건한 방법으로 필요 최소한도로 압수·수색을 하여야 하며 그 대상자에게 압수·수색의 사유를 알려주어야 하는 직무상 의무가 있음을 이유로, 자신의 신분과 수색의 취지 내지 사유를 위의 제3자에게 알리지 않은 경찰관의 직무상 고지의무 위반을 인정하여 국가배상책임을 인정하였다.

- 사후영장을 발부받지 못한 사법경찰관 작성의 검증조서 및 압수조서의 증거능력(대법원 1990.9.14. 선고 90도1263 판결)

사법경찰관 작성의 검증조서는 범죄현장에서 급속을 요한다는 이유로 압수수색영장 없이 행하여졌고 그 후 법원의 사후영장을 받은 흔적이 없다. 따라서 이 검증조서는 유죄의 증거로 쓸 수 없는데다가 설사 피고인이 동의하여 증거능력이 있다 하더라도 위 검증조서로도 피고인의 이견 범행을 인정할 도리는 없다고 생각되며 또 압수조서도 그와 같은 물건들이 현장에서 압수되었다는 사실 외에 피고인의 범행 사실을 인정할 만한 증거가치는 없는 것이다.

- 압수목록 미교부에 의한 인권침해(국가인권위원회 2006. 3. 23.자 05진인3792 결정)

피진정인이 진정인의 집을 영장 없이 압수수색 하면서 압수목록이나 압수증명서를 교부하지 않은 것은 범죄수사규칙 제119조, 형사소송법 제128조 및 제129조 및 헌법 제12조에 명시된 적법절차를 위반하여 진정인의 인권을 침해한 것으로 판단된다.

■ 해 설

[1] 압수·수색 영장 집행

- 압수, 수색 영장을 집행할 때에는 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.
- 피의자나 변호인은 압수, 수색 영장 집행에 참여할 수 있다. 경찰관은 압수 수색영장을 집행하러 전 피의자나 변호인에게 집행 일시와 장소를 통지하여야 한다.
- 영장에 ‘일출 전 일몰 후에는 압수수색영장에 야간집행을 할 수 있다’는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선내에 들어가지 못한다. 다만, 도박 기타 풍속을 해하는 행위에 상용된다고 인정하는 장소, 여관 음식점 기타 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소로서 공개된 시간 안에는 압수영장을 집행할 수 있다.
- 압수 목록을 작성하여 소유자나 소지자, 또는 보관자 등에게 교부하여야 한다.

[2] 영장제도의 예외

수사상 압수, 수색은 사전영장에 의하는 것이 원칙이다. 그러나 형사소송법은 영장주의의 예외로, 긴급한 경우에는 영장 없이 압수, 수색을 하거나 수사기관이 먼저 압수, 수색하고 사후에 법관으로부터 영장을 발부받는 사후 영장제도를 인정하고 있다.

- 우선, 경찰은 피의자의 체포(체포영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범인의 체포)나 구속을 위하여 필요한 경우 영장 없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서 피의자를 수사할 수 있다.

이와 같은 체포·구속 목적의 피의자수사는 피의자 체포가 반드시 성공해야 하는 것은 아니고, 피의자가 제3자의 주거에 들어가 있을 개연성만 있으면 된다.

그러나 이러한 개연성을 판단할 때 피의자 주거지를 수색하는 경우와 피의자 이외의 제3자 주거지를 수색하는 경우를 구별하여 판단해야 한다. 피의자 주거를 수색할 때에는 수사관의 수사경험에 의거하여 판단하면 충분하지만, 제3자의 주거지를 수색할 때에는 ‘구체적 사실’에 근거하여야 한다. 이러한 관점에서 보면, 수사관 A가 피의자의 집을 수색한 행위가 충분한 단서에 기초하지 않은 경우에는 수색의 필요성을 충족하지 못한 위법수사에 해당한다.

- 둘째, 경찰이 피의자를 구속하거나 체포(체포영장, 긴급체포, 현행범 체포) 하는 경우 필요한 때에는 구속 또는 체포 현장에서 영

장 없이 압수, 수색, 검증을 할 수 있다. 그러나 압수할 물건을 계속 압수할 필요가 있으면 지체 없이 영장을 청구하여야 하며, 이 때 압수, 수색 영장 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 해야 한다.

영장 없는 압수·수색과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 체포현장에서의 압수·수색이다. 압수·수색이 체포와 시간적·장소적 근접성을 요한다는 것은 이론의 여지가 없다. 그러나 어느 정도의 시간적·장소적 근접성이 있어야 하는지, 그리고 피의자를 실제 체포할 것을 요하는지에 대하여 논란이 많다. 이와 관련해서 학설은 체포할 피의자가 있는 장소에서 압수·수색한 이상 체포 전후나 그 성공여부는 묻지 않는다고 보고 있다. 따라서 먼저 체포에 착수한 이상 피의자가 도주한 경우에도 압수·수색이 허용된다고 보고 있다.

- 셋째, 경찰이 기소된 피고인에 대하여 구속영장을 집행하는 경우 필요한 때에는 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있다. 이때는 사후 영장을 발부받지 않아도 된다.
- 넷째, 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색, 검증을 할 수 있다. 피의자의 체포 또는 구속을 전제로 하지 않는다. 그러나 사후에 지체 없이 영장을 발부받아야 한다.
- 다섯째, 경찰이 피의자를 긴급체포하는 경우 체포된 자가 소유, 소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는

경우 피의자를 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수, 수색, 검증을 할 수 있다. 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 영장을 청구하여야 하는데, 체포한 때로부터 48시간 이내에 하여야 한다.

2007. 6. 1. 자 「형사소송법」 개정 이전에는 긴급체포 후 구속영장청구기간(48시간) 동안 긴급압수·수색이 가능하였으나, 개정 「형사소송법」은 영장없이 압수·수색할 수 있는 기간을 24시간으로 한정해두었다. 따라서 24시간이 지난 때에는 구속영장이 발부되었는가의 여부를 불문하고 영장없이 압수·수색을 할 수 없다. 수사관 A는 긴급체포 후 24시간이 지난 시점에서 영장 없이 압수를 하였으므로 그 압수는 적법하지 못하다.

- 긴급체포 상황 하에서의 압수·수색이든 현행범 상황 하에서의 압수·수색이든 사후영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건은 즉시 환부하여야 하며 그 처분 시에 작성한 압수조서·수색조서의 증거능력은 부정된다.

[3] 위법수집증거배제법칙

압수·수색에 대한 제한은 위법수집증거배제법칙의 명문화를 통해 더욱 강화되었다.

대법원은 위법한 절차에 의하여 수집된 비진술증거의 증거능력을 인정했었다.(대법원 1994.2.8, 93도3318). 그러나 개정 형사소송법은 위법수집 증거배제법칙(개정 형사소송법 제308조의2)을 채택함으로써 적법한 절차를 따르지 않고 수집된 증거물에 대하여 증거능력을 부정

하겠다는 점을 명백히 하였다. 대법원(2007.11.15. 선고 2007도3061)도 ‘헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적인 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.’고 판시하여 종전의 태도를 변경하였다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 압수 수색 영장을 신청하기 위해서는 압수할 물건을 구체적, 개별적으로 표시하고 수색할 장소도 지역적으로 특정하여야 한다. 압수·수색 대상인 물건과 장소가 구체적으로 명확하게 기재되지 않은 일반영장은 위법한 것으로 무효이다.
- 수사관이 압수 수색 영장을 집행하는 경우 피의자나 변호인에게 미리 통지하여 참여권을 보장하여야 한다.
- 수사관이 영장 없이 타인의 주거지에서 피의자를 수사하고자 하는 경우, ‘구체적인 사실’에 근거하여야 한다. 사례에서, B가 단지 피의자의 형이라는 이유만으로 영장 없이 B의 주거지를 수색하는 것은 위법 수사에 해당할 수 있다.

제3자의 주거지에서 수사하는 경우 압수·수색의 전 과정은 필요 최소한도에 그쳐야 하며 주거 및 사무실의 평온을 유지하고 온건한 방법으로 실시해야 한다. 또한 대상자에게 압수·수색의 사유를 알려주어야 할 직무상의 의무가 있다.

- 개정 형사소송법 제308조의2는 위법수집증거배제법칙을 명문으로 신설하여 형사소송법의 적법절차에 따르지 않고 획득한 증거물의 증거능력을 부정하고 있으므로 압수·수색을 할 때 절차위반이 없도록 각별한 주의가 요구된다.
- 수사관은 「형사소송법」 개정으로 긴급 압수·수색이 가능한 시한이 24시간이고, 긴급체포 후 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우 지체없이 압수·수색영장을 청구하되 체포한 때부터 48시

간 이내로 한정하고 있음을 유의하여 인권침해가 없도록 주의하여야 한다.

두 번째 사례에서 경찰관이 긴급체포한 다음 날 피의자의 집 장롱에서 범행에 사용한 물건을 수색, 압수한 것은 긴급압수에 해당하므로 적법하나, 계속 압수할 필요성이 있는 경우 체포한 때로부터 48시간 이내에 영장을 발부받아야 한다. 한편, 영장이 발부된 다음 날에도 영장 없이 피의자의 집에 들어간 것은 영장주의에 위배된 것으로 위법하다.

사. 통신감청

사례

- 경찰관이 피의자의 여자친구 자취방에 영장 없이 도청장치를 설치하였다.
- 경찰관이 사인간의 전화통화 내용을 녹음하면서 법원의 허가없이 일방의 동의만을 얻어 녹음하였다.
- 경찰관이 피의자의 위치 추적을 위해 의도적으로 타인 또는 공공기관 명의를 사칭한 위장메일을 발송하고 이를 진정한 등이 열어보게 하였다.
- 경찰관이 통신제한조치와 통신사실자료를 제공받은 후 사건의 이송, 병합, 송치의 과정을 거치면서 집행부서에 처분결과 통지를 하지 않았다.

■ 문제제기

감청은 전화, 팩스, 문자 메시지, 이메일 등의 내용을 당사자 동의 없이 취득하거나 통신을 방해하는 것을 의미한다. 감청은 장래 있을 통신 내용을 바로 바로 취득한다는 점에서, 이미 주고받은 이메일 등을 사후에 취득하는 것과 다르다(송수신이 완료된 이메일은 압수, 수색 대상이다).

불구속 수사가 원칙인 것처럼 감청 없이 수사하는 것이 원칙이나,

통신비밀보호법은 예외적인 경우에 법원의 허가를 받아 감청을 할 수 있도록 규정하고 있다.

그런데 현대인의 생활양식이 통신수단을 빼고는 생각할 수 없을 정도가 된 상황에서, 수사기관은 고도로 발달된 감청 기술을 이용하여 과도하게 사생활의 자유를 침해하는 사례가 증가하고 있다.

■ 관련법규

• 헌법 제18조

모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.

• 통신비밀보호법 제3조(통신 및 대화비밀의 보호)

- ① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실 확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다.
- ② 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청(이하 “통신제한조치”라 한다)은 범죄수사 또는 국가안전보장을 위하여 보충적인 수단으로 이용되어야 하며, 국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그치도록 노력하여야 한다.

• 통신비밀보호법 제4조 (불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법 감청에 의한 전기통신내용의 증거사용 금지)

제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그

내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

- **통신비밀보호법 제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건)**

- ① 통신제한조치는 다음 각 호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다

- **통신비밀보호법 제8조(긴급통신제한조치)**

- ① 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴급한 상황에 있고 제5조 제1항 또는 제7조 제1항 제1호의 규정에 의한 요건을 구비한 자에 대하여 제6조 또는 제7조 제1항 및 제3항의 규정에 의한 절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가없이 통신제한조치를 할 수 있다.

- **통신비밀보호법 제9조의2(통신제한조치의 집행에 관한 통지)**

- ① 검사는 제6조 제1항 및 제8조 제1항의 규정에 의한 통신제한조치를 집행한 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지 결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 우편물 검열의 경우에는 그 대상자에게, 감청의 경우에는 그 대상이 된 전기통신의

가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.

- **통신비밀보호법 제11조(비밀준수의 의무)**

- ① 통신제한조치의 허가·집행·통보 및 각종 서류작성 등에 관여한 공무원 또는 그 직에 있었던 자는 직무상 알게 된 통신제한 조치에 관한 사항을 외부에 공개하거나 누설하여서는 아니된다.

- 판례

- 당사자 동의와 통신비밀보호법 위반(대법원 2008.10.23. 선고 2008도1237 판결)

통신비밀보호법 제3조 제1항이 금지하고 있는 ‘전기통신의감청’이란 전기통신에 대하여 그 당사자인 송신인과 수신인이 아닌 제3자가 당사자의 동의를 받지 않고 전자장치 등을 이용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하는 등의 행위를 하는 것을 의미하므로, 전기통신에 해당하는 전화통화의 당사자 일방이 상대방과의 통화내용을 녹음하는 것은 위 법조에 정한 ‘감청’ 자체에 해당하지 아니한다.

- **감청의 사용 제한 (대법원 2002.10.22. 선고 2000도5461)**

통신비밀보호법 제12조는 통신제한조치의 집행으로 인하여 취득된 우편물 또는 그 내용과 전기통신의 내용은 통신제한조치의 목적이 된 같은 법 제5조 제1항에 규정된 범죄나 이와 관련된 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여 사용하는 경우 등 이외에는 사

용할 수 없도록 규정하고 있다.

따라서 ‘갑’의 국가보안법위반죄에 대한 증거의 수집을 위하여 발부된 통신제한조치허가서에 의하여 피고인과 ‘을’ 사이 또는 피고인과 ‘병’ 사이의 통화내용을 감청하여 작성한 녹취서는 위 통신제한조치의 목적이 된 ‘갑’의 국가보안법위반죄나 그와 관련된 범죄를 위하여 사용되어야 한다.

• 통신감청 무제한 연장의 위법성 (헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2009헌가30 결정)

통신비밀보호법 제6조 제2항에서 통신제한조치의 기간은 2월을 초과하지 못하나 2월의 범위 안에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있다고 규정함으로써, 통신감청 기간의 연장을 허가함에 있어 총 연장기간 내지 총 연장횟수의 제한을 두고 있지 아니하여 감청을 무제한 연장할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 대하여 헌법재판소는, ‘통신감청조치가 내려진 피의자나 피내사자는 자신이 감청을 당하고 있다는 사실 자체를 모른다는 점에서 통신감청은 다른 기본권 제한과는 다른 특성을 가지고 있다. 즉, 감청대상자들이 감청에 대응하여 방어권을 행사하기 어려운 상태에 있다. 그렇기 때문에 감청기간의 연장을 허가함에 있어 총 연장기간 내지 총 연장횟수의 제한이 없을 경우 수사목적을 넘어서 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려가 매우 크다고 할 것인바, 이 사건 법률조항은 기본권 제한입법에 요구되는 법익균형성 요건도 갖추지 못하였다. 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다’고 판시하였다.

■ 해 설

- 감청이 개인에게 미치는 영향이 상당히 크기 때문에, 범죄수사 또는 국가안전보장을 위하여 보충적인 수단으로 이용되어야 하며, 국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그쳐야 한다.
- 경찰관은 통신비밀보호법에서 감청을 허용한 범죄에 한하여, 검사에게 통신제한조치에 대한 허가를 신청할 수 있다. 통신제한조치의 기간은 2월을 초과하지 못한다.
예외적으로 경찰관이나 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있는 예외적인 경우 법원의 허가 없이 통신제한조치를 할 수 있다.
- 경찰관은 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분(기소중지 결정을 제외한다)의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 우편물 검열의 경우에는 그 대상자에게, 감청의 경우에는 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.
- 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.
- 경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다. 수사나 형의 집행 이외의 목적으로는 자료의 열람이나 제출을 요청할 수 없다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 수사관이 통신제한조치의 허가를 받지 아니하고 전화통화 당사자 일방의 동의만을 얻어 통화내용을 녹음하는 것은 불법이다.
사례 1과 2에서 통신비밀보호법이 정한 긴급상황이 아님에도 법원의 통신제한조치 없이 도청장치를 설치하거나 대화를 녹음하는 것은 위법이다.
- 수사관은 피의자 위치 파악을 위한 수사기법을 활용할 때, 그 명의 대여자 내지 해당기관의 동의를 사전에 구하는 등 해당자의 인격권 침해를 최소화하기 위한 노력을 해야 한다.
- 수사지휘관은 수사관의 통신과 비밀의 자유에 대한 침해를 방지할 의무가 있다.

아. 사진촬영과 계좌추적

■ 문제제기

최근 수사기관이 카메라와 캠코더 등을 이용하여 채증이 활발해지면서 사진촬영이 사생활의 자유를 침해하는 것이 아닌지 여부가 문제되고 있다.

또한 계좌추적도 수사의 효율성이나 증거 확보를 위해 많이 활용되고 있는데, 엄격한 통제 하에 있지 않으면 시민들의 사생활의 비밀과 개인정보에 대한 자기 결정권, 행복 추구권 등을 심각하게 침해할 위험이 있다.

■ 관련법규

- 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조(금융거래의 비밀보장)

① 금융기관에 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 아니되며, 누구든지 금융기관에 종사하는 자에게 거래정보 등의 제공을 요구하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우로서 그 사용목적에 필요한 최소한의 범위 안에서 거래정보 등을 제공하거나 그 제공을 요구하는 경우에는 그러하지 아니하다.

■ 판례

- 사진촬영 (대법원1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결)

누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것은 아니고 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고, 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다.

■ 해설

- 사진촬영이 강제수사인지 임의수사인지 논란이 있다. 그러나 당

사자 의사에 반하는 사진 촬영은 초상권 침해이므로 강제수사에 해당한다고 볼 수 있다.

법원은 원칙적으로 사진촬영을 강제수사로 보고 영장이 필요하다고 보았다. 그러나 예외적으로 1)현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 2)증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 3)일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영하는 경우에는 영장 없이 촬영을 하여도 무방하다고 보았다.

- 계좌추적도 강제수사이므로 법원의 영장이 있어야 한다.

압수·수색 대상인 물건과 장소가 구체적으로 명확하게 기재되지 않은 일반영장이 위법한 것으로 무효인 것처럼, 추적대상 피의자와 특정계좌를 한정하지 않고 계좌번호 없이 피의자 등이 금융기관에 개설한 예금계좌일체나 특정계좌와 관련된 연결계좌 일체 등으로 영장을 신청한 것은 위법의 소지가 있으므로 지양해야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 사진촬영으로 초상권이 침해될 수 있다는 점을 명심하고, 사진촬영이 가능한 경우에도 초상권 침해를 최소화 하도록 주의를 기울여야 한다.
- 사진촬영은 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후로써 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있는 경우에 한하여, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 하여야 한다.
- 계좌추적 대상 피의자나 계좌를 특정하지 않고 포괄적으로 영장신청하는 것은 지양하도록 한다.

자. 기타 과학수사

사례

- 피의자를 체포하면서 피의자 이웃집을 수색하거나 피의자 가족을 검증 대상으로 수사하였다.
- 범죄 현장에서 피해자가 동의하지 않았으나, 피해자 신체를 검사하였다.
- 피의자가 동의하지 않았는데, 압수수색 영장만으로 강제채혈을 하였다.
- 체포된 피의자에 대하여 DNA 지문감식을 위하여 체포 현장에서 영장 없이 대조시료를 채취하였다.

■ 문제제기

물적 증거를 수집하는 과학적 수사방법은 최신의 과학기술을 수사에 응용한 것으로, 수사단서를 제공하고 신속, 정확한 범인의 식별과 체포를 가능하게 할 뿐만 아니라 법정에서 유죄입증에 중요한 증거로 활용될 수 있다. 최근 유전자형분석방법은 지문, 혈액형 기타 개인 식별 자료 등의 확보 및 판독이 어려운 경우에도 뛰어난 개인 식별력을 발휘하여 각광받고 있다. 과학적 수사방법이 가장 활발한 곳은 바로 범죄현장이다. 범죄현장의 경우 「형사소송법」 제216조에 의거 긴급을 요할 때 영장 없이 감식활동이 가능하다.

그러나 과학적 수사는 그 유용성의 이면에 채취과정이나 검사과정에서 기본적 인권에 대한 침해의 위험성을 내재하고 있다. 특히 신체 검사의 경우 피검사자의 건강과 명예를 침해할 우려가 있다는 점에서 더 엄격한 수사비례의 원칙이 적용되어야 한다. 또한 과학수사의 적법 절차와 관련하여 감정결과 등에 대한 비밀유지의무가 수사관에게도 부과된다.

■ 관련법규

- 형사소송법 제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분)

- ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의2 · 제200조의3 · 제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다.

(2) 체포현장에서의 압수, 수색, 검증

- ③ 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다.

- 형사소송법 제221조의4 (감정에 필요한 처분, 허가장)

- ① 제221조의 규정에 의하여 감정의 위촉을 받은 자는 판사의 허가를 얻어 제173조제1항에 규정된 처분을 할 수 있다.

■ 판례

- 사후영장을 발부받지 아니한 긴급처분으로서의 검증조서(대법원 1984.3.13. 선고 83도3006 판결)

검증이 범죄현장에서 급속을 요한다는 이유로 압수수색영장 없이 행하여졌으나, 그 후 법원의 사후영장을 받지 않았다면 검증조서는 유죄의 증거로 쓸 수 없다.

- 동의나 영장 없는 혈액압수의 적법성(대법원 1999.9.3. 선고 98도968 판결)

의료인이 진료목적으로 채혈한 환자의 혈액을 수사기관에 임의로 제출하였다면 그 혈액의 증거사용에 대하여도 환자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 없는 한 반드시 그 환자의 동의를 받아야 하는 것이 아니고, 따라서 그 압수절차가 피고인 또는 피고인의 가족의 동의 및 영장 없이 행하여졌다고 하더라도 이에 적법절차를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

■ 해 설

- 검증도 영장주의가 적용되며, 예외사유는 압수, 수색의 경우와 동일하다.
- 경찰관이 국립과학수사연구소 등에 감정을 의뢰할 때는 감정의뢰서를 작성하여 의뢰하여야 하며 이 경우 타인의 주거 등에 들어가야 하거나, 신체의 검사 또는 물건의 파괴 등을 필요로 할 때에는 감정처분허가신청서를 검사에게 제출하여 검사의 청구로 관할 법원 판사의 감정처분허가장(제221조의4)을 발부받아 감정인에게 교부하여야 한다.
- 강제채혈은 혈액에 대하여 전문적인 의학지식을 적용·분석한 결과를 얻기 위한 것이다. 이런 점에서 감정처분의 성격을 가장 강하게 갖고 있다. 따라서 강제채혈을 하려면 법관이 발부한 압수·수색영장만으로는 부족하고 감정처분허가장이 필요하다.
- 의료기관이 적법하게 채취한 혈액의 일부를 수사기관이 임의로 제출 받는 형식으로 점유를 취득한 행위는 대법원 판례를 통해

허용되고 있으나, 개정 형사소송법 제308조의 2에 규정된 위법수집증거배제법칙에 의거 긴급성이 요구되는 경우가 아니라면 환자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익보호를 위해 영장을 발부받아 압수하는 방법이 타당하다.

- DNA 지문감식은 단순한 증거물의 압수, 수색, 검증과는 그 성질을 달리하므로 DNA 지문감식을 위한 대조시료채취는 검사의 청구로 판사가 발부한 압수수색영장 및 감정허가장에 의해서만 허용된다.

차. 유치장과 인권

사례

초등학교 교사인 피의자는 음주운전으로 구속영장이 발부되어 유치장에 구금되어 있다. 피의자의 친구인 동료 교사가 면회를 왔는데, 경찰관은 피의자가 도주 또는 자살할 우려가 있다며 수갑을 채운 상태에서 면회를 하게 하였다.

■ 문제제기

수사상 체포·구속된 피의자는 일정한 시설에 유치된다. 우리나라 현행 법제상 경찰서 유치장에는 ①사법경찰관에 의해 체포(영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범 체포)된 피의자, ②사법경찰관에 의해 구속된 자로 검찰로 송치되기 전의 피의자, ③피의자유치 및 호송규칙 제72조에 의하여 검찰로 송치되었으나 그 지역에 구치소가 없어서 경찰서 유치장에 구금된 피의자 및 피고인, ④즉결심판에 의해 구류형을 선고받아 집행 중에 있는 자(즉결심판에 관한 절차법 제18조 제2항), ⑤법정 등 질서유지를 위한 재판에 관한규칙 제23조 제2항에 의해 감

처분을 받은 자, ⑥미체포 피의자의 구인절차에 관한 대법원 예규에 따라 일시 유치된 자가 수용되고 있다.

경찰관서의 유치장은 수사단계에서 체포·구속된 피의자를 유치하는 시설로서 피의자의 도주방지와 증거인멸을 방지함과 동시에 형사절차의 원활한 진행을 위한 피의자의 신체를 확보하는 기능을 담당한다. 그러나 유치장에 피의자를 유치하는 것은 사실상 자유형의 집행과 유사하고, 이로써 무죄추정원칙에 반한다는 비판이 제기될 수 있으며 유치장에 구금되어 있는 동안 심리적 초조감 등으로 인하여 형사절차에서 피의자의 방어권을 최대한 활용하지 못하는 부작용을 초래하기도 한다.

그러나 경찰서 유치장에서의 처우가 구치소나 교도소에서의 처우보다 열악하다는 비판이 제기되어 왔다. 2000년 이후부터 유치과정에서의 정밀신체검사와 유치장내 화장실설치 및 관리행위에 대한 헌법재판소 결정례가 나오면서 유치장을 둘러싼 유치인의 인권보장에 깊은 주의가 요구되고 있다.

■ 관련법규

● 경직법 제9조(유치장)

경찰서 및 지방해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 둔다.

● 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제87조 (유치장)

경찰관서에 설치된 유치장은 교정시설의 미결수용실로 보아 이 법을 준용한다.

• 피의자 유치 및 호송 규칙 제8조(신체 등의 검사)

- ① 유치인보호주무자는 피의자를 유치함에 있어 유치인의 생명 신체에 대한 위해를 방지하고, 유치장내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 유치인의 신체, 의복, 소지품 및 유치실을 검사하고, 유치인의 소지품을 출감시까지 보관할 수 있다.
- ② 신체, 의복, 소지품(이하 ‘신체등’이라 한다)의 검사는 동성의 유치인보호관이 실시하여야 한다. 다만, 여성유치인보호관이 없을 경우에는 미리 지정하여 신체 등의 검사방법을 교양받은 여성경찰관으로 하여금 대신하게 할 수 있다.
- ③ 유치인보호관은 신체 등의 검사를 하기 전에 유치인에게 신체 등의 검사 목적과 절차를 설명하고, 스스로 제9조의 위험물등(이하 ‘위험물등’이라 한다)을 제출하도록 하여야 한다.
- ④ 신체 등의 검사는 유치인보호주무자가 제7조 1항의 피의자입(출)감지휘서에 지정하는 방법으로 유치장내 신체검사실에서 하여야 하며, 그 종류와 기준 및 방법은 다음 각 호와 같다.

1. 외표검사 : 죄질이 경미하고 동작과 언행에 특이사항이 없으며 위험물 등을 은닉하고 있지 않다고 판단되는 유치인에 대하여는 신체 등의 외부를 눈으로 확인하고 손으로 가볍게 두드려 만져 검사한다.
2. 간이검사 : 일반적으로 유치인에 대하여는 탈의막 안에서 속옷은 벗지 않고 신체검사의를 착용(유치인의 의사에 따른다)하도록 한 상태에서 위험물 등의 은닉여부를 검사한다.

3. 정밀검사 : 살인, 강도, 절도, 강간, 방화, 마약류, 조직폭력 등 죄질이중하거나 근무자 및 다른 유치인에 대한 위해 또는 자해할 우려가 있다고 판단되는 유치인에 대하여는 탈의막 안에서 속옷을 벗고 신체검사의로 갈아입도록 한 후 정밀하게 위험물 등의 은닉여부를 검사하여야 한다.

⑤ 전항 제1호와 제2호의 신체 등의 검사를 통하여 위험물 등을 은닉하고 있을 상당한 개연성이 있다고 판단되는 유치인에 대하여는 유치인보호주무자에게 보고하고 전항 제3호의 정밀검사를 하여야 한다. 다만, 위험물 등의 제거가 즉시 필요한 경우에는 정밀검사 후 유치인보호주무자에게 신속히 보고하여야 한다.

⑥ 제4항과 전항에 의한 신체 등의 검사를 하는 경우에는 부당하게 이를 지연하거나 신체에 대한 굴욕감을 주는 언행 등으로 유치인의 고통이나 수치심을 유발하는 일이 없도록 주의하여야 하며, 그 결과를 근무일지에 기재하고 특이사항에 대하여는 경찰서장과 유치인보호주무자에게 즉시 보고하여야 한다.

• 피의자유치및호송규칙 제39조(환경 및 시설개선)

유치장 내부는 밝은 색으로 도색하고 환기통, 변소 등의 시설을 수시로 점검 보안하여 깨끗하고 위생적인 환경이 유지되도록 하여야 한다.

• 피의자유치및호송규칙 제40조(인권침해 진정권의 보장)

① 경찰서장과 유치인보호주무자, 유치인보호관 기타 유치인보호업무를 담당하는 자는 유치인의 인권침해진정권을 보장하기 위하

여 국가인권위원회법 제31조와 동법 시행령 제6조 내지 제9조에서 정하는 바에 따라 진정서의 자유로운 작성과 제출에 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공하여야 하며, 유치인이 진정서 작성의사표시를 한 경우에는 이를 금지 및 방해하거나 작성된 진정서를 열람, 압수, 폐기해서는 아니 된다.

■ 판례 및 결정례

- 유치장내 화장실 설치 및 관리행위 위헌확인(헌법재판소 2001.07.19. 선고 2000헌마546)

무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구속영장이 발부·집행된 미결수용자들의 경우와는 달리 더 완화되어야 할 것이며, 이들의 권리는 가능한 한 더욱 보호됨이 바람직하다... 보통의 평범한 성인인 청구인들로서는 내밀한 신체부위가 노출될 수 있고 역겨운 냄새, 소리 등이 흘러나오는 가운데 용변을 보지 않을 수 없는 상황에 있었으므로 그때마다 수치심과 당혹감, 굴욕감을 느꼈을 것이고 나아가 생리적 욕구까지도 억제해야만 했을 것임을 어렵지 않게 알 수 있다. 이 사건 청구인들로 하여금 유치기간 동안 위와 같은 구조의 화장실을 사용하도록 강제한 피청구인의 행위는 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로서, 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 전체적으로 볼 때 비인도적·굴욕적일 뿐만 아니라 동시에 비록 건강을 침해할 정도는 아니라고 할지라도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

- 유치장 수용자에 대한 신체검사가 허용되는 범위(대법원 2001. 10. 26. 선고 2001다51466 판결)

형법에서 유치장에 수용되는 피체포자에 대한 신체검사를 허용하는 것은 유치의 목적을 달성하고, 수용자의 자살, 자해 등의 사고를 미연에 방지하며, 유치장 내의 질서를 유지하기 위한 것인 점에 비추어 보면, 이러한 신체검사는 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 위와 같은 목적달성을 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 부당하게 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 행하여져야만 할 것이고, 특히 수용자의 옷을 전부 벗긴 상태에서 앉았다 일어서기를 반복 하게 하는 것과 같은 방법의 신체검사는 수용자의 명예나 수치심을 심하게 손상하므로 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 반입이나 소지가 금지된 물품을 은닉하고 있어서 다른 방법(외부로부터의 관찰, 촉진에 의한 검사, 겉옷을 벗고 가운 등을 걸치게 한 상태에서 속옷을 벗어서 제출하게 하는 등)으로는 은닉한 물품을 찾아내기 어렵다고 볼 만한 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 허용된다고 할 것이다.

- 유치장 사이의 폭력에 따른 사망에 대한 국가배상책임 인정(서울지방법원 1999. 12. 1. 선고 99가합54351 판결)

수용인원을 초과하여 죄질의 구분 없이 혼거 수용한 경찰서 유치장 내에서 수감자 사이에 폭력행위가 발생하여 유치인 중 한명이 사망한 사건에서, 법원은 소속 경찰관들의 사전예방 및 제지의무를 게을리 한 과실을 인정하고 손해배상 책임을 인정하였다.

- 유치장 수용자 처우 관련(국가인권위원회 2005. 1. 10.자 04진인3151 결정)

유치장 보호주무자 및 보호관들이 유치장 수용자들의 처우를 관리함에 있어 기초적인 생활용품인 모포 등에 대해 이를 필요로 하는 유치인에게 적절히 지급하지 아니한 것은 행형 관련규정을 위반한 것이다.

- 과도한 장구사용에 의한 인권침해(국가인권위원회 2008. 2. 13.자 07진인932 결정)

경직법 제10조의 2 제1항은 ‘장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포, 도주의 방지 (중간 생략) 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 경찰장구를 사용할 수 있다’고 규정하고 있고, 이를 구체화하기 위하여 ‘피의자유치 및 호송규칙’ 제22조 제5항은 예외사유에 해당하지 않는 한 경찰관서 내에서 조사가 진행 중인 동안에는 수갑 등을 해제하도록 규정하고 있다. 이러한 점에 관하여 헌법재판소는 ‘피의자를 조사할 때 경찰장구를 사용하는 것은 자기 방어권 행사에 지장을 초래한다는 점에서 도주 우려 등 위험의 존재가 구체적으로 드러나는 경우에 한하여 예외적으로 장구를 사용하여 한다’고 판시하고 있다. 위 인정사실에 따르면, 피해자의 피의범죄는 장기 3년 이상의 범죄에 속하지도 않고 도주우려를 뒷받침할 수 있는 사정도 발견되지 않으므로 수갑과 포승을 사용한 행위는 과도하게 경찰장구를 사용한 것으로 인정되므로 헌법 제12조에서 보장하고 있는 신체의 자유를 침해한 것이다.

■ 해 설

- 유치장에 수감된 피의자도 무죄추정의 원칙을 적용받으므로, 자신이 받고 있는 혐의를 효과적으로 방어할 수 있도록 변호인 접견권 등을 충분히 보장하여야 한다.
- 수사를 신속하게 진행하여 유치장에 수감하는 기간을 최대한 줄이도록 한다.
- 수감, 포승, 경찰봉, 방패 등 경찰장구는 1)사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포·도주의 방지, 2)자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 3)공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 사용할 수 있다

피의자 유치 및 호송에 관한 규칙 제22조에서 수감, 포승의 사용요건으로 1)송치, 출정 및 병원진료 등으로 유치장 외의 장소로 유치인을 호송하는 때와 조사 등으로 출감할 때, 2)도주하거나 도주하려고 하는 때, 3)자살 또는 자해하거나 하려고 하는 때, 4)다른 사람에게 위해를 가하거나 하려고 하는 때, 5)유치장 등의 시설 또는 물건을 손괴하거나 하려고 하는 때로 구체화하고 있는데, 엄격한 요건 하에서 필요최소한의 범위에서 사용되어야 한다.

그러나 지금까지 유치장 관리 실태를 보면, 유치장 담당직원들은 관행적으로 면회시의 유치인들에게 수감을 채움으로써 도주·자해방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제 등 상당한 이유가 있을 때에만 수감 등을 제한적으로 사용할 수 있도록 규정한 「경직법」 및 「피의자유치및호송규칙」 등을 위반

하는 경우가 많았다.

단지 도주하거나 자살 등을 할 우려가 있다는 추측만으로는 수갑 사용이 정당화될 수 없으며, 도주, 자살, 위해 등에 관한 보다 구체적인 위험이 존재해야 수갑사용이 허용된다고 보아야 한다.

- 피의자는 도주 또는 증거 인멸 때문에 유치장에 구금된 것이므로, 그 이상으로 피의자에게 고통을 가하여서는 안된다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 유치인에 대한 신체검사는 유치인의 프라이버시를 심각하게 침해하므로 모욕감과 수치심을 주지 않도록 필요 최소한의 범위를 벗어나지 않도록 주의를 기울여야 한다.
- 수사관은 유치자의 도주·자해방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무 집행에 대한 항거의 억제 등 상당한 이유가 있을 때에만 제한적으로 유치장 내 수갑사용을 할 수 있도록 규정한 「경직법」 및 「피의자유치 및 호송규칙」 등의 내용을 준수하고, 이 경우 도주·자해방지, 생명·신체에 대한 방호 등의 요건이 충족되었는지를 판단함에 있어서는 기존의 유치관행이나 단순한 추측이 아니라 구체적인 위험이 존재하는지를 보아야 한다.
- 수사관은 수용자에 대하여 기초적인 생활용품인 베개 및 세면도구 등을 적절히 지급해야 하며, 이를 이행하지 아니한 경우에는 인간으로서 최소한의 품위를 유지하고 평안하게 휴식을 취할 것을 보장한 유치장 수용자의 인격권을 침해한 것이다.

4. 피해자에 대한 인권 보호

가. 피해자에 대한 정보 제공 등

■ 문제제기

종래에 범죄피해자는 형사절차에서 수사 및 심리의 객체로 취급을 당한 나머지 형사절차의 변방에 있는 협조자로만 인식되어 왔기에, 형사사법기관은 그들의 인권 및 기본권 보호에 소홀했던 것이 사실이었다. 피해자는 증거획득의 객체로서만 의미를 지니는 것이었고 피해자의 참여 내지 피해자에 대한 배려는 오히려 형사사법체계의 이념과 기능에 대한 장애요소로 비추어지기도 하였다. 전통적 형사사법체계에서 피해자는 소위 “잊혀진 존재”, 혹은 “주변적 존재”에 불과하였던 것이다.

하지만 최근에 와서 범죄피해자의 형사절차상 법적 지위를 강화하는 각종 법령이 제정되고 이를 구체적으로 실현할 수 있는 제도들이 정비되는 등 세계 각국에서 피해자보호를 위한 많은 노력들이 전개되고 있다. 피해자보호를 위한 법령이나 제도는 나라마다 각각의 차이가 존재하겠지만 피해자의 인권을 충실히 보장해야 한다는 이념만은 어느 나라나 공통적인 현상이 되어 가고 있는 것이다.

피해자에 대한 인권보호에서 가장 중요한 문제는 형사 절차와 권리 구제에 대한 정보제공이다.

■ 관련규정

• 헌법 제27조

- ⑤ 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

• 형사소송법 제135조 (압수물처분과 당사자에의 통지)

전3조의 결정을 함에는 검사, 피해자, 피고인 또는 변호인에게 미리 통지하여야 한다.

• 형사소송법 제259조의2 (피해자 등에 대한 통지)

검사는 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)의 신청이 있는 때에는 당해 사건의 공소제기 여부, 공판의 일시·장소, 재판결과, 피의자·피고인의 구속·석방 등 구금에 관한 사실 등을 신속하게 통지하여야 한다.

■ 해 설

- 경찰이 피해자 수사를 함에 있어서 피해자 인권보호를 의식하면서 접근해야 한다.

1차적 이유는 피해자도 피의자·피고인과 마찬가지로 당연히 동등하게 헌법상 권리보호를 받아야 할 인격체이기 때문이며, 2차적으로는 경찰의 성공적인 피해자보호활동이 피해자의 경찰에 대한 자발적 협력을 강화시키는 계기를 제공함으로써 실체적 진실 발견을 보다 용이하게 해줄 수 있기 때문이다.

- 경찰관은 피해자에게 환부, 가환부 제도, 피해자 진술권, 변호인이나 신뢰관계 있는 자의 조력을 받을 권리, 범죄피해자구조금 제도, 배상명령제도 등에 관한 정보를 제공하여야 한다. (범죄수사규칙 제203조)
- 경찰관은 신고, 고소, 고발 등으로 수사를 할 때에는 사건처리 진행상황 및 수사종결 처리 등을 피해자, 고발인 등에게 통지하여야 한다. 다만, 그 통지가 수사 또는 재판에 지장을 주거나 피해자 또는 사건관계인의 명예와 권리를 침해할 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.(범죄수사규칙 제204조)

나. 성폭력범죄 수사와 피해자 인권

사례

- 경찰관은 피해자 조사과정에서 옷을 벗기는 행위 등 성폭력피해 과정의 세세한 부분까지 상세하고 적나라하게 진술하게 했고, 이미 피해자의 진술을 통하여 구성 요건 및 정황에 대한 사실에 관해 상세한 진술을 받았음에도 “다시 한번 상황을 설명하여 보시오” 등과 같은 중복 진술을 요구하였다.
- 경찰관은 특수강간 사건 피해자에게 “진술인은 피의자와 첫 성관계를 맺은 것인가요?” 라고 질문하였다.
- 경찰관은 강간사건 피해자에게, 범행 당시 어떤 옷을 입었느냐고 묻거나 학생인 피해자가 가출해서 주점의 임시 종업원으로 종사하고 있는 점에 대해 묻는 등 행실에 대하여 질문하였다.
- 경찰관이 성폭행 사건에 대하여 보도자료를 배포하면서 피해자의 인적사항을 공개하였다
- 강간사건 피해 여성이 여성경찰관에게 조사 받게 해달라고 요청하였으나 이를 묵살당했다.

■ 문제제기

피해자는 성범죄 수사와 재판이 진행되면 법적 절차를 통하여 그가 입은 1차 피해가 완화될 것으로 기대한다. 그러나 범죄 피해자들은 형사 절차에서 범죄 자체에 못지않은 시간적·경제적·정신적 피해에 시달리게 되는데 이를 2차 피해라고 한다.

현실적으로 성범죄 피해자들은 자신이 유일한 증인인 경우가 대부분이기 때문에 형사 사법절차에서 참고인이나 증인으로 참여하거나 가해자와 대질신문까지 하게 되는데, 그 과정에서 또 다른 인격적 침해인 2차 피해를 받는 경우가 많다.

■ 관련법규

• 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제22조 (피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지)

- ① 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원은 피해자의 주소, 성명, 나이, 직업, 용모, 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진 등을 공개하거나 다른 사람에게 누설하여서는 아니 된다.
- ② 제1항에 규정된 사람은 성폭력범죄의 소추(訴追)에 필요한 범죄구성사실을 제외한 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 다른 사람에게 누설하여서는 아니 된다.
- ③ 누구든지 제1항에 따른 피해자의 인적사항과 사진 등을 피해자의 동의를 받지 아니하고 출판물에 실거나 방송매체 또는 정보통신망을 이용하여 공개하여서는 아니 된다.

- 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제24조 (성폭력범죄의 피해자에 대한 전담조사제)

- ② 경찰청장은 각 경찰서장으로 하여금 성폭력범죄전담 사법경찰관을 지정하도록 하여 특별한 사정이 없으면 이들로 하여금 피해자를 조사하게 하여야 한다.

- 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제29조 (신뢰관계에 있는 사람의 동석)

법원은 제3조부터 제8조까지, 제10조 및 제14조(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. 수사기관이 전단의 피해자를 조사하는 경우에도 이와 같다.

■ 결정례

- 성폭력 피해자 조사과정에서 2차 피해 발생(국가인권위원회 2007. 5. 7.자 07진인999 결정)

경찰이 성폭력 피해자를 조사하는 과정에서 ‘..했는지 안했는지 그건 모르겠지만...애기 아빠는 그렇게 생각 안할 거란 말이야, 애기 엄마는 애기 엄마대로 가정이 파탄날 수도 있는 상황이고 그러잖아’, ‘나 같으면 안 데리고 살아’, ‘엄마 입장에서는 사위한테 기를 못 피는 거야’ 등 성폭력 피해자에게 부부간의 신뢰 상실, 가정파탄, 가정폭력 등이 야기될 것이라는 불안감, 자신이 이렇나 상황을 초래했다는 죄책

감, 모멸감 등을 불러일으키는 말을 하는 것은 헌법 제10조에서 규정하고 있는 인격권을 침해하는 것으로 위법하다.

■ 해 설

- 경찰관은 성폭력 범죄를 수사함에 있어 피해자의 인권을 최우선시 하여야 한다.
- 각 경찰서에는 성폭력 전담 경찰관을 지정하여 이들로 하여금 피해자를 조사하게 해야 한다. 성폭력 사건의 여성 피해자를 조사할 때에는 여성경찰관이 조사 또는 입회하는 것을 원칙으로 한다. (범죄수사규칙 제218조)
- 수사를 할 때 피해자 또는 법정대리인이 신청할 때에는 피해자와 신뢰관계 있는 사람을 동석하게 해야 한다.
- 성폭력 피해자가 16세 미만의 아동이거나 신체적, 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 때에는 피해자나 법정대리인이 반대하지 않는 한 진술내용과 조사 과정을 영상물 녹화장치로 촬영하여 보존한다.(범죄수사규칙 제220조)
- 피해자와 피의자에 대한 신문은 분리하여 실시하고, 대질신문은 최후의 수단인 경우 예외적으로 실시한다.(범죄수사규칙 제219조 제2항)
- 수사관은 피해자의 주소, 성명, 나이, 직업, 용모, 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진 등을 공개하거나 다른 사람에게 누설하여서는 안된다.
- 피해자의 나이, 심리상태 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인

비밀이 침해되지 않도록 주의한다.

- 성매매 피해자에게는 선불금 등 성매매와 직접 관련된 채권이 법률적으로 무효라는 사실과 지원시설 등을 이용할 수 있음을 본인이나 법정대리인 등에게 미리 알려준다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 성범죄 피해자조사 장소와 관련하여 피해자들은 피해자가 심리적 부담을 느끼지 않고 안정된 상태에서 진술할 수 있도록 가급적 공개되지 않은 장소에서 조용히 조사 받을 수 있는 환경을 만들어 주어야 한다.
- 동성에 의한 성추행 등 성범죄 피해자를 조사할 경우 수사기관은 피해자가 진술시 최대한 수치감을 느끼지 않도록 피해자와 동성인 수사관이 수사함을 원칙으로 해야 한다.
- 공소유지에 필요하지 않은 사생활과 관련된 질문은 수사상 필요한 경우를 제외하고는 가급적 삼가고, 피해자가 범행의 동기를 유발했다는 식으로 피해자에게 책임을 전가하지 않도록 합리적인 판단 자세를 유지하여야 한다.

피해자가 여관에 따라간 경우 사정이 어떠한지 피해자가 강간을 유발하는 것으로 거의 의심을 받는다. 그러나 피해자가 범행당시 어떤 옷을 입었느냐고 묻거나 학생인 피해자가 가출해서 주점의 임시 종업원으로 종사하고 있는 점에 대해 묻는 등 행실에 대한 질문은 피해자의 성범죄 유발이나 보호가치 저하 등에 조사의 중점을 두는 성 차별적 시각의 표출이라 볼 수 있다. 이러한 수사관의 태도와 인식은 여성으로 하여금 강간시도에 대하여 강하게 저항하였음을 입증하여야 할 책임을 부담 시키게 되고 그 결과 자칫 강간 피해자에게 자기 방어에 소홀한 점을 들어 책임을 전가할 가능성이 있다.

- 신문시 저속한 표현을 사용하여 피해자에게 불쾌감이나 모욕감을

주지 않아야 하며 개인적 호기심에서 비롯된 질문은 절대 삼가야 한다.

사례 1.처럼 수사관이 때때로 범죄의 구성요건을 벗어나 옷을 벗기는 행위 등 성폭력피해 과정의 세세한 부분까지를 상세하고 적나라하게 묘사토록 하거나 중복 질문하는 것을 볼 수 있는데 이는 피해자의 인권침해에 해당된다.

- 수사관은 피해자가 ‘증거가 없어 처벌할 수 없다’며 합의를 유도한 다든지 ‘유부남이라 역 고소를 당할 수 있다’는 말 등을 하여 고소를 취하하도록 영향을 미쳐서는 아니 된다. 또한 피해자 조사 시 가족, 친지 또는 신뢰관계에 있는 자의 동석을 원하는 경우에는 반드시 입회를 허용해야 한다.
- 경찰관은 모든 범죄 피해자를 연민과 존중의 마음을 가지고 대해야 하며, 특별히 그들의 안전과 사생활을 보호해주어야 한다.
- 의료기관이 적법하게 채취한 혈액의 일부를 수사기관이 임의로 제출 받는 형식으로 점유를 취득한 행위는 대법원 판례를 통해 허용되고 있으나, 개정 「형사소송법」 제308조의2에 규정된 위법수집 증거배제법칙에 의거 긴급성이 요구되는 경우가 아니라면 환자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익보호를 위해 영장을 발부받아 압수하는 방법이 타당하다.
- 수사관이 강간죄의 성립여부를 벗어나 피해자의 성경험을 묻는 것은 피해자를 곤혹스럽게 하는 대표적인 질문이다. 물론 성경험에 대한 질문은 성경험을 하지 않은 피해자인 경우 비친고죄인 강간 치상이 될 수 있어 예외적이라 할 수 있다. 그러나 특수강간 사건의 피해자에게 “진술인은 피의자와 첫 성관계를 맺은 것인가요?”라는 질문은 범행의 진위를 파악하는데 핵심을 벗어난 질문이고, 따라서 사례 2.의 경우 피해자에게 모욕적인 언사를 한 경우에 해당한다.

다. 가정폭력범죄의 수사와 피해자 인권

사례

- 신고받고 출동한 경찰관은 부부 사이의 폭행사건이라는 것을 확인하고 부부 스스로 해결하라며, 도와달라는 여성의 요청에도 불구하고 그대로 방치하였다.
- 부부싸움 신고를 받고 출동한 경찰관은, 가해자인 남편이 문을 열어주지 않자 바깥에서 서성이다가 그냥 돌아왔다.
- 경찰관은, 가해자인 남편이 체포되었다가 석방되어 다시 시비를 건다는 부인의 신고를 받고 출동했으나, 아직 특별한 범죄행위가 일어나지 않았다는 이유로 아무런 제지없이 경찰서로 돌아왔다.

■ 문제제기

최근 얼마 전까지만 해도 수사기관은 가정 내 폭력사건을 부부싸움으로 보고 공권력의 개입을 주저하였다. 그러나 많은 경우 물리적인 힘이나 사회경제적으로 열악한 지위에 있는 여성들이 남성의 만성적인 폭력에 시달리고 있는데, 이는 그 자체로 인권침해 일뿐 아니라 가족의 위기까지 초래할 수 있다.

■ 관련법규

• 가정폭력범죄처벌 등에 관한 특례법 제5조(가정폭력범죄에 대한 응급조치)

진행 중인 가정폭력범죄에 대하여 신고를 받은 사법경찰관리는 즉시 현장에 임하여 다음 각 호의 조치를 취하여야 한다.

1. 폭력행위의 제지, 행위자·피해자의 분리 및 범죄수사

2. 피해자의 가정폭력관련상담소 또는 보호시설 인도(피해자의 동의를 있는 경우에 한한다)
3. 긴급치료가 필요한 피해자의 의료기관 인도
4. 폭력행위의 재발시 제8조의 규정에 의하여 임시조치를 신청할 수 있음을 통보

• 가정폭력범죄처벌 등에 관한 특례법 제6조(고소에 관한 특례)

- ① 피해자 또는 그 법정대리인은 행위자를 고소할 수 있다.
- ② 피해자는 형사소송법 제224조의 규정에 불구하고 행위자가 자기 또는 배우자의 직계존속인 경우에도 고소할 수 있다.

• 가정폭력범죄처벌 등에 관한 특례법 제8조(임시조치의 청구 등)

- ① 검사는 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조 제1항 제1호, 제2호 또는 제3호의 임시조치를 청구할 수 있다. <개정 2007.8.3>
- ② 검사는 행위자가 제1항의 청구에 의하여 결정된 임시조치를 위반하여 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조제1항 제5호의 임시조치를 청구할 수 있다.

• 가정폭력범죄처벌 등에 관한 특례법 제29조(임시조치)

- ① 판사는 가정보호사건의 원활한 조사·심리 또는 피해자의 보호를 위하여 필요하다고 인정한 때에는 결정으로 행위자에게 다음

각 호의 1에 해당하는 임시조치를 할 수 있다.

1. 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실로부터의 퇴거 등 격리
2. 피해자 또는 가정구성원의 주거, 직장 등에서 100미터 이내의 접근금지
3. 피해자 또는 가정구성원에 대한 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용한 접근금지
4. 의료기관 기타 요양소에의 위탁
5. 국가경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치

■ 해 설

- 가정폭력범죄를 신고받으면 즉시 현장에 출동하여 폭력행위를 제지하고, 피해자가 동의하는 경우 가정폭력관련 상담소 또는 보호시설로 안내한다.
- 경찰관은 검사에게 가해자를 주거지에서 퇴거하거나 피해자로부터 100미터 이내의 접근을 금지하거나 가해자를 의료기관 기타 요양소에 위탁하는 등의 임시 조치를 법원에 청구할 것을 신청할 수 있다.
- 경찰관은 위 임시조치를 위반하여 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 검사에게 유치장 또는 구치소에 유치하는 임시조치를 법원에 청구할 것을 신청할 수 있다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 가정폭력 피해자보호를 위하여 수사관은 현재 진행 중인 가정폭력 현장에서 피해자보호를 위한 적절하고도 신속한 조치를 취해야 한다.
- 가정폭력현장에 출동한 경찰관은 응급조치나 다른 조력이 필요한지 확인해야 한다.
- 폭력이 진행 중이거나 직후인 경우에는 문을 열어주지 않더라도 「경정법」 제6조(범죄의 예방과 제지) 및 제7조(위험방지를 위한 출입)에 의거 엄중 경고 후 유형력을 행사하여 가택에 진입한다.
- 가정폭력이 재발우려가 있는 경우에는 피해자의 의사와 상관없이 임시조치를 신청하며, 이에 의하여 결정된 임시조치를 위반한 가정폭력범죄의 재발 우려가 있는 경우에는 유치 임시조치를 신청할 수 있다.
- 피해자의 조사는 필요 최소한으로 하며, 조사과정에서 피해 사실이 노출되는 등 피해자의 인격이나 명예가 손상되지 않도록 주의하여야 한다.
- 경찰관은 피해자의 진정한 의사를 파악하고 존중하여 적절한 처분이 이루어질 수 있도록 관련 자료를 수집하는 것 또한 소홀히 하여서는 안 된다.

라. 아동학대 범죄와 수사와 피해자 인권

사례

- 아동학대 신고를 받고 출동한 경찰이, 부모가 자신을 학대하는지 물어보는 부모의 질문에 아니라고 답변하는 아이의 말을 듣고 그냥 경찰서로 돌아왔다.
- 경찰관이 아동학대 사건을 조사하면서, 아이 부모와 아이를 나란히 앉혀놓고는 아이에게 부모가 자신을 학대한 것이 맞는지 물었다.

■ 문제제기

예전부터 아이에 대한 적당한 체벌은 부모의 권한으로서 어느 정도 용인되어 온 것이 사실이다. 그러다 보니, 단순한 교육적 훈계를 넘은 폭행과 성적학대가 날로 심해져 사회문제로 대두되고 있는데도, 수사기관은 아동 인권의 관점에서 아동학대를 바라보고 적절한 조치를 취하지 못하는 경우가 많다.

■ 관련법규

● 아동복지법 제26조 (아동학대 신고의무와 절차)

- ① 누구든지 아동학대를 알게 된 때에는 아동보호전문기관 또는 수사기관에 신고할 수 있다.

● 아동복지법 제27조 (응급조치의무등)

- ① 아동학대신고를 접수한 아동보호전문기관 직원이나 사법경찰관리는 지체없이 아동학대의 현장에 출동하여야 하며, 아동학대행위자로부터의 격리 또는 치료가 필요한 때에는 아동보호전문기관 또는 치료기관의 인도에 필요한 조치를 하여야 한다.

● 아동복지법 제28조 (보조인의 선임등)

- ① 법원의 심리과정에서 변호사, 법정대리인, 직계친족, 형제자매, 아동보호전문기관의 상담원은 학대아동사건의 심리에 있어서 보조인이 될 수 있다. 다만, 변호사가 아닌 경우에는 법원의 허가를 받아야 한다.
- ② 법원은 아동학대의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 검사, 피

해자 또는 아동보호전문기관의 신청이 있는 때에는 피해자와 신뢰관계에 있는 자의 동석을 허가할 수 있다.

③ 수사기관이 피해자를 조사하는 경우에도 제1항 및 제2항과 같다.

■ 해 설

- 아동학대 신고를 접수하면 즉시 현장에 출동하여야 한다.
- 아동학대 사건이 발생하면 가해자로부터 피해아동을 격리하고 필요한 때에는 아동보호전문기관으로 안내한다.
- 피해 아동을 조사할 때는 신뢰관계 있는 자의 동석을 허가할 수 있다.

5. 소수자 · 취약계층 인권의 특별한 보호

■ 사 례

- 경찰관은 미성년자 B(15세)를 절도 혐의로 조사하면서 보호자에게 통지도 하지 않았고, 조사과정에서 “오늘 일은 작은 일이므로 봐준다. 집이나 학교로는 절대로 연락을 하지 않을 테니 너 보다 더 나쁜 불량학생을 데리고 와라.”고 말하여 위 피해자에게 정보원 역할을 강요하였다.
- 중증 장애인들은 이동권 보장을 위해 집회를 하였는데, 경찰은 이들을 「집회 및 시위에 관한 법률」위반으로 전동휠체어와 분리하여 서울 시내 각 경찰서로 연행하였다. 그러나 연행된 장애인

들은, 경찰서에 여성장애인용 화장실이 설치되어 있지 않아 불편을 겪었다. 경찰은 조사가 늦은 시간에 종료되어 자정 무렵의 늦은 시간에 대중교통편에 대한 대책 없이 귀가조치를 하였다.

■ 문제제기

무죄추정이 적용되는 피의자에게 무엇보다 중요한 것은 방어권 보장이다. 헌법과 형사소송법에서 방어권 보장을 위하여 여러가지 제도를 두고 있으나, 피의자가 신체적, 정신적으로 장애를 갖고 있는 경우 그렇지 않은 사람들보다 충실한 방어권 보장을 위하여 좀 더 세심한 배려와 보호가 필요하다.

특히 미성년자(만 20세 미만)의 경우 성년과 달리 자신의 의사를 자유롭게 표시하거나 법률적 의미를 완전히 이해할 능력이 부족하므로 형사절차에 있어 여러 가지 배려를 할 필요가 있다. 특히 미성년자가 자신이 처한 상황을 이해하고 적절한 방어권을 행사하기 위해서는 부모 등 보호자로부터 도움을 받을 수 있는 권리를 보장하는 것이 다른 무엇보다 중요하다. 또한 감수성이 예민하여 수사과정에서 받는 심적 부담감이 크고 상처를 받기 쉬우므로 조사 시 언어 표현에도 각별히 유의할 필요가 있다.

■ 관련법규

- 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

■ 결 정 례

- 적법절차위반에 의한 인권침해 등(국가인권위원회 2005.6.21. 자 04진인3707)

경찰관이 청소년 절도혐의자를 임의동행 형식으로 연행하면서 청소년 사건의 특수성을 전혀 고려하지 않고 성년수사와 마찬가지로 보호자인 부모에게 연락하지 않고 수사를 계속한 것은 청소년의 경찰조사 과정에서 부모 등의 보호자의 조력을 받을 수 있는 기회를 박탈한 것이므로 헌법 제12조 제1항 적법절차의 원칙, 제4항 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다.

또한 청소년에게 경찰관 정보원의 역할을 강요한 것은 경찰관의 단순한 범죄 제보를 부탁하는 수준이라고 하더라도 청소년에게는 신고하지 않으면 어떤 불이익을 받을 지도 모른다는 상당한 압박감을 받았을 것이 충분히 인정되므로 이는 청소년의 신체의 자유 및 양심의 자유를 침해한 것이다.

- 과잉진압 등에 의한 인권침해(국가인권위원회 2006.12.6자. 06진인1851~1912병합)

중증장애인의 경우 전동휠체어나 타인의 도움 없이는 신체활동이

불가능하므로 연행과정에서 전동휠체어와의 분리는 가능한 피해야 할 것이며, 불가피하게 분리하는 경우에는 상당한 주의를 요하며 그 분리 시간은 최단시간이어야 한다. 이를 위해서는 전동휠체어와 함께 탑승할 수 있는 저상버스의 도입이 필요하며, 더불어 저상버스가 도입되기 전까지 가능한 한 장애인과 동시에 그의 전동휠체어가 경찰서에 도착할 수 있도록 하는 방안을 강구하여, 사람에 의한 이동, 소파, 일반의자, 수동휠체어 등에서 발생할 수 있는 위험을 최소화하는 것이 바람직하다.

■ 해 설

- 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정, 전달한 능력이 미약한 경우, 미성년자인 경우 피의자 또는 법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.
- 미성년자를 조사할 때에는 다른 사건보다 우선하여 신속하게 진행하고, 구속은 신중하게 결정하여야 한다.(인권보호수사준칙 제 54조)
- 미성년자를 조사하는 경우 나이, 지적 능력, 심신상태 등을 이해하고 비행원인을 과학적으로 진단한 후 그에 따라 적절히 처분하여 건전한 사회인으로 복귀할 수 있도록 노력한다.(인권보호수사준칙 제53조)
- 소년을 소환할 때에는 수업중 또는 취업중의 시간 및 야간을 피하여야 하고, 학교 또는 직장에서 소년을 공공연하게 소환하지 않도록 하여야 한다.

- 장애인을 상대로 수사할 때에는 수사전에 장애인 본인 또는 관련 전문기관으로부터 장애유무, 등급 등을 미리 확인하고 장애 유형에 적합한 조사방법을 선택, 실시하여야 하며, 법률구조 신청이 가능함을 안내한다.
- 농아자나 의사소통이 어려운 장애인을 조사하는 경우 수화, 문자 통역을 제공하거나 의사소통을 도울 수 있는 사람을 참여시켜야 한다.(인권보호수사준칙 제55조)
- 여성, 노약자, 장애인에 대해서는 신체적, 생리적 특성을 고려하여 유치실 구조, 시설 등을 개선하거나 필요한 기구 등을 비치하여야 한다.(인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제75,80조)

인권보호를 위한 직무가이드

- 미성년자는 성인에 비해 자기방어능력이나 법률적 지식 등이 부족하므로 조사 시 헌법에 보장된 피의자의 권리(통지 의무, 수면권·휴식권 보장 등)가 보장될 수 있도록 각별히 유의하여 한다.
- 미성년자의 경우 처벌에 대한 막연한 공포와 불안감 등 심각한 내적 갈등이 심할 것이므로 조사과정에 당해인의 부모나 변호인 등이 조사과정에 참여할 수 있도록 적절한 조치를 취하여야 한다.
- 미성년자에 대한 제포, 구금 등 강제조치는 부득이한 경우로 제한하고 이때에도 소년에게 미치는 정신적 영향 등을 신중히 고려하여야 한다.
- 미성년자에게는 단순한 범죄 제보를 부탁하는 수준이라고 하더라도 경찰관 정보원의 역할을 강요하여서는 안 된다.
- 미성년자 범죄를 수사할 때는 그의 신원이 확인될 수 있을 정도의 사실이나 사진이 보도되지 않도록 특히 주의하여야 한다.
- 사법경찰관리 집무규칙에 따르면 경찰관은 소년사건 수사시 범죄

의 원인 및 소년의 성격 등을 상세히 조사한 환경조사서를 작성하여야 하고, 심신의 이상 발견시 지체없이 의사로 하여금 진단받도록 하여야 한다.

- 장애인을 조사할 경우 수사관은 조사, 유치, 귀가 등에 따른 신체적 활동을 보조할 수 있는 보조인을 참여시켜야 하며, 정서적 불안을 제거하는 등 적절한 조치를 취해야 한다.
- 중증장애인의 경우 조사 후 그 시간대, 대중교통 운행시간 여부, 활동보조인의 존재 여부 등에 관계없이, 우선 본인에게 귀가 가능 여부에 대해 적극적으로 확인하고, 그 의사를 반영하여 가능한 조치를 하여야 한다. 보호자 또는 장애인 단체와 연락, 장애인 콜택시 호출, 귀가할 수 있는 역까지 데려다 주거나 가능한 경우 집까지 데려다 주는 것 등을 그 방안으로 고려할 수 있다.
- 경찰서 내 장애인용 화장실 등 장애인을 위한 편의시설을 설치하여 장애인들이 시설을 이용하는데 불편이 없도록 하여야 한다.

6. 수사 과정 인권침해 사례

가. 폭행 · 가혹행위 등

사례

- ○○경찰서는 간경화로 인해 절대적 안정이 필요하며 안정을 취하지 않은 채 수사를 강행할 경우 목숨이 위태로울 수 있다는 의사의 소견에도 불구하고 입원을 시키지 않은 상태에서 조사를 강행하였고 구치소 이감 후에도 통원치료를 불허하였다.
- 경찰관 A는 ○○경찰서 형사계 사무실에서 피의자 B를 조사하면서 잠을 재우거나 적절한 휴식을 주지 않고 밤샘조사를 하고 범죄혐의를 자백하라며 욕설, 기합 및 폭행 등 가혹행위를 하였다.

■ 문제제기

『헌법』 제12조 제7항은 『피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.』고 규정하여 수사기관에 의한 불법행위를 헌법적 차원에서 엄격하게 금하고 있다. 그러나 수사과정에서 폭행 등 물리력의 행사, 밤샘조사, 가혹행위 등 헌법에서 구체적으로 규정하고 있는 형태뿐만 아니라 기타 다양한 방법으로 불법행위가 이루어지고 있다. 법원은 판결에서 경찰의 가혹행위를 통해 작성한 검사 작성의 피의자신문조서를 임의성 없는 자백이라는 이유로 증거능력을 부인하고 있다. 더구나 수사과정의 불법행위는 궁극적으로 국가에 대한 신뢰를 해칠 뿐만 아니라 국가가 손해를 배상하게 함으로써 금전적인 손실까지 미치게 된다.

■ 관련 법규

• 형법 제125조(폭행, 가혹행위)

재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

• 형사소송법 제309조(강제등 자백의 증거능력)

피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는

기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

■ 판례

- **경찰고문과 검찰자백의 증거능력**(대법원 1992.11.24. 선고 92도2409)
피고인이 검사 이전의 수사기관에서 고문 등 가혹행위로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검사의 조사단계에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 검사의 조사단계에서 고문 등 자백의 강요행위가 없었다고 하여도 검사 앞에서의 자백도 임의성 없는 자백이라고 볼 수밖에 없다.

■ 해설

- 실체적 진실을 발견하고 사건을 조기에 종결짓기 위해서는 환자라 하더라도 신속하게 수사하는 것이 필요하다. 그러나 환자의 생명을 위협하는 조사는 이루어질 수 없다. 피의자이기 이전에 인간으로서의 권리의 보장을 위하여 환자의 진료권은 충분히 보장되어야 한다. 따라서 구속피의자의 경우 구금시설내의 의료시설에서 충분한 치료가 불가능할 때에는 외부의 병원에서 치료를 받도록 하고 있다. 이러한 것을 악용하여 구속 수감된 피의자가 병원 치료를 핑계로 경찰관과 병원에 동행했다가 감시가 소홀한 틈을 타 도주하는 경우도 발생하고 있다. 그러나 이러한 사건의 방지는 다른 방법을 통해 이루어져야 할 것이며, 이를 이유로 환자의 치료의 길을 막는 것은 인권을 침해하는 것이라 할 것이다.
- 경찰관이 피의자를 조사함에 있어서 범죄혐의를 부인하던 피의자

에게 폭언을 한 것은 피해자의 인격권을 침해한 행위이며, 경찰관이 야간조사를 할 만한 부득이한 사유가 없었음에도 불구하고 피의자의 동의를 받지 아니하고 야간조사를 실시하면서 적절한 휴식을 제공하지 않은 것은 「범죄수사규칙」 제64조 제3항 및 「피의자유치 및 호송규칙」 제6조의 규정을 위반하여 헌법 제10조의 규정에서 연유하는 수면권 및 휴식권 등피해자의 인권을 침해한 행위라 할 수 있다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 피의자의 자백을 받아내기 위해 고문, 폭행, 혹은 가혹행위를 한 경우 자백 및 자백을 통해 얻어낸 증거는 증거로 사용될 수 없음은 물론 고문, 폭행, 가혹행위 등을 실시한 자는 형법 제125조에 의해 처벌될 수 있다.
- 환자인 피의자의 진료권을 보장해주어야 하며 만일 구금시설내의 의료시설에서 충분한 치료가 불가능할 때에는 외부의 병원에서 치료를 받도록 해야 한다.
- 피의자를 신문하는 경우 언동에 주의를 해야 하며 부득이한 사유가 없는 한 심야조사를 실시해서는 안 된다.
- 피의자를 조사할 경우 소속 경찰관서 사무실에서 하여야 하며, 그 이외의 장소에서 하고자 하는 경우 소속 경찰관서장의 사전 승인을 받아야 한다.

나. 불공정한 수사

사례

- 경찰관 A는 술집 주인과 다툼이 생겨 무허가 주점이라는 신고를 한 신고자 B를 파출소로 연행한 후 목격자의 진술을 왜곡하고, 조서를 받지 않은 상태에서 지장 찍기를 강요하였을 뿐만 아니라 신고자 B가 경찰관을 폭행했다는 내용으로 목격자 진술서를 썼다는 등의 허위사실을 이야기하면서 B에게 심리적 압박을 가하였다.
- 경찰관 C는 사건의 경위가 충분히 파악되었음에도 불구하고 불필요한 대질 심문으로 피해자의 공포심을 조성시켜 합의를 유도하였다.
- 경찰관 D는 교통사고 조사과정에서 목격자의 참고인 조사 요구에도 조사를 하지 않는 등 가해자 측의 일방적인 진술만을 듣고 사건을 처리하였다.

■ 문제제기

수사기관이 공정수사의무를 위반하여 편파수사를 하는 경우 국민은 경찰·검찰 등 수사기관을 불신하게 되고 이 불신은 사법권 자체에 대한 불신으로 이어질 수 있다. 편파수사를 막기 위해서는 법에 의한 공정한 법집행이 가장 중요하며, 조사를 받는 사람의 인권을 보호하는 것 역시 우선적으로 고려해야 할 요소이다. 사실 경찰로부터 편파수사를 받았다는 생각의 대부분은 그 지역에서 오래 활동하던 사람과 다툼이 생겼을 때 경찰과의 친분관계로 인하여 일방적으로 불리하게 조사가 이루어지고 있다는 피해의식을 통해 나타난다.

■ 관련 법규

• 경찰법 제4조

경찰은 그 직무를 수행함에 있어서 헌법과 법률에 따라 국민의 자

유와 권리를 존중하고, 국민전체에 대한 봉사자로서 공정중립을 지켜야 하며, 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다.

■ 판례

- 불공정수사(헌법재판소 2002. 5. 30. 선고 2002헌마175)

검사가 서로 상대방의 폭행으로 상해를 입었다고 주장하는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반 사건에서 그 일방인 청구인에 대하여 기소유예처분을 함에 있어서, 사건당시 상황을 목격하고 경찰서에 동행한 주요 참고인에 대한 조사를 하지 않았고, 또한 그와 같이 조사를 하지 않게 된 경위, 즉 경찰관의 불법·부당한 수사개입의 여부에 대하여도 조사하지 않음으로써, 정의와 형평에 반하는 수사를 한 것은 청구인의 평등권과 행복 추구권을 침해하였다.

인권보호를 위한 직무가이드

- 검·경찰은 국민전체에 대한 봉사자라는 사실을 명심하고 직무수행 간에 공정중립을 지키도록 노력하여야 한다.
- 검·경찰은 피의자, 피해자 또는 기타 관계자와 친족 기타 특별한 관계로 인하여 자신이 수행 중인 수사의 공정성을 잃을 염려가 있거나 또는 의심을 받을 염려가 있을 때에는 소속관서의 장의 허가를 받아 그 수사를 회피하여야 한다.



제4장

질서유지와 인권

1. 집회와 경찰권 행사

가. 사회공공의 질서유지 기능

경찰의 직무 중 집회와 시위에 관한 것은 대표적인 ‘사회공공의 질서유지’ 경찰 행정이다. 하지만 ‘집회와 시위’는 원칙적으로 국민의 기본권의 하나인 집회·시위의 권리 행사 과정에서 발생할 수 있는 질서법 위반에 대처하면서 그 기본권이 올바르게 행사될 수 있도록 돕는 일이라는 점에서 범죄에 대한 예방·진압과는 분명 달리 보아야 한다. 따라서 ‘집회에서의 경찰권 행사’에서 인권 보장은 집회에 대한 경찰권 행사 과정에서 인권을 침해하지 않는 것에 그치지 않고 경찰권 행사가 집회와 그를 통한 표현의 자유를 침해하지 않고 그 행사를 최대한 보장하는 것이 되어야 한다.

나. 집회의 자유 제한의 원칙

그럼에도 불구하고 실제 집회나 시위에 대한 질서 유지 과정에서 상당한 폭력이 발생하고 있다. 이는 집회의 자유가 가지는 공공의 안녕질서 내지는 법적 평화와 마찰 가능성 때문이기도 하지만, 다른 한편으로는 이는 시위의 주체를 불법단체로 이해하고 와해시켜야 한다는 사고방식 때문이기도 하다. 하지만 집회의 자유 표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 가능하게 하기 위한 불가결한 기본권이기 때문에, 집회·시위와 관련된 경찰력 행사는 어디까지나 기본권을 보호하는 것에서 출발점으로 하여 예외적으로 사회질서에 대하여 ‘명백하고 현존하는 직접적 위험’이 발생하는 불법시위에 대하여서만 절제된 경찰권을 발동해야 한다.

다. 예방적 경찰행정

‘집회 질서유지’의 또 하나의 특성은 이미 발생한 범죄행위에 대한 사후적 처리가 아니라 집회 질서를 유지하여 위법상태가 발생하지 않도록 하는 예방적 경찰행정이라는 점이다. 예방적 경찰력 행사는 아직 발생하지 않은 일에 대하여 사전적으로 국민의 기본권을 제한 한다는 점에서 심각성이 있으므로, 질서 유지에 현실적이고 직접적 위험이 예상되는 경우에 한하여 필요최소한의 범위에서 이루어질 필요가 있다.

2. 집회·시위 관련 법·제도의 개관

집회·시위와 관련한 법·제도 중 가장 중요한 것은, 경찰력 행사의 대상이 되는 행위가 헌법상 기본권에 뿌리를 두고 있다는 점이다.

헌법

제21조 제1항 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

제2항 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

국제인권선언

제20조 제1호 모든 사람은 평화적 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약

제21조 평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공공보건 또는 도덕의 보호, 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니 된다.

인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽규약

제11조 제1항 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 가진다.

민주주의 사회에서 집회의 자유는, ① 개인의 의사형성 및 의사표현의 효과를 증대시키는 기능, ② 소수자/약자의 의사를 국정에 반영시키는 기능, ③ 궁극적으로 인격의 실현 및 (직접)민주주의의 실현수단으로서의 기능을 하는 매우 중요한 기본권이다. 그러나 기본권이라고 하더라도 무제한적으로 이를 인정할 수는 없으므로, 집회의 자유의 내용을 구체화하면서도 법률적으로 그 한계를 정하여 제한하려고 하

고 있다. 그 법률이 「집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’으로 약칭)」이다.

가. 집회 및 시위에 관한 법률의 기본구조

집회에 관하여 우리 법은, ‘사전신고제’를 취하여 옥외 집회는 원칙적으로 이를 관할 경찰서에 신고함으로써 자유롭게 집회를 할 수 있게 하고 질서유지에 심각한 위험이 예상되는 경우 예외적으로만 금지통고를 할 수 있게 하고 있다. 또한 그 밖의 집회시 위해의 방지를 위해 교통소통을 위한 제한(제12조), 화성기 등 사용에 대한 제한(제14조), 경찰관의 출입규정(제19조), 집회의 해산(제20조) 등을 두고 있다.

집회및시위에관한법률

- 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 함을 목적으로 한다.(제1조)
- 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다(제6조 제1항)
- …신고서를 접수한 관할경찰관서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회 또는 시위를 금지할 것을 주최자에게 통고할 수 있다 (제8조 제1항)
- 관할경찰관서장은 대통령령으로 정하는 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통 소통을 위하여 필요하다고 인정하면 이를 금지하거나 교통질서 유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다(제12조 제1항)
- 집회 또는 시위의 주최자는 화성기,爆竹, 鎗, 霰彈等의 기계·기구(이하 이 조에서 “화성기 등”이라 한다)를 사용하여 타인에게 심각한 피해를 주는 소음으로서 대통령령으로 정하는 기준을 위반하는 소음을 발생시켜서는 아니 된다(제14조 제1항) … 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자가 제1항에 따른 기준을 초과하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우에는 그 기준 이하의 소음 유지 또는 화성기 등의

- 사용 중지를 명하거나 화성기 등의 일시보관 등 필요한 조치를 할 수 있다(제2항)
- 경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 알리고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복(正服)을 입고 출입할 수 있다. 다만, 옥내집회 장소에 출입하는 것은 직무 집행을 위하여 긴급한 경우에만 할 수 있다(제19조 제1항)

3. 집회 · 시위 질서유지와 경찰권의 행사 원칙

앞서 본 것처럼 집회시 위해 방지를 위해 경찰권 발동을 위해 둔 개별적인 규정 외에도 경찰은 공공의 안녕과 질서 유지를 의무로 하고 있고, 이를 위해 집회 개최로 인해 새롭고 다양하게 발생하는 위해에 대해 필요한 조치를 할 수 있는 권한이 있다. 하지만 집회시 집시법과 경직법 등 법령에 근거하여 경찰권을 행사한다고 하더라도 아무런 제한 없이 자유롭게 행사할 수 있는 것은 아니며, 경찰법의 일반원리에 따라 행사하여야 한다.

가. 경찰평등의 원칙

집회시 경찰이 경찰권을 행사하더라도 그 행사에 있어서 모든 집회자에게 평등하게 행사되어야 하고, 성별 · 종교 · 사회적 신분 · 재산 등을 이유로 불합리한 차별을 해서는 안 된다.

나. 경찰책임의 원칙

집회시 경찰이 경찰권을 행사할 때에는 위해의 발생 또는 제거에

책임이 있는 자에게 행사되어야 한다. 다만 예외적으로 목전에 급박한 위해를 발생하기 위한 경찰상의 긴급상태 하에서는 집회시 위해의 발생 또는 제거와 무관한 자에게 행사되는 경우도 있다.

다. 경찰 비례의 원칙

집회로 인해 공공의 안정이나 질서에 대한 위해가 발생하였을 때, 그 위해를 방지하는 행위를 할 것인가 여부를 결정함에 있어서, 그 목적에 필요한 최소한의 범위 내에서 경찰권을 행사하여, 경찰권 행사로 발생하는 손해와 그로 인해 얻어지는 공익을 비교형량하여야 한다. 또한 집회를 규제하거나 진압할 때 집회자나 제3자의 생명·신체·재산 등에 대하여 가장 적합하고 최소한의 피해를 가져오며 달성하고자 하는 공익이 침해되는 사익보다 더 큰 수단을 선택하여 비례 원칙에 반하지 않게 행사할 필요가 있다(경직법 제1조 제2항 : 경찰권은 그 목적을 위하여 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 그를 남용해서는 아니된다). 예컨대 조건통고에 의해 위해를 방지할 수 있다면 금지통고나 해산명령은 허용되지 않는다.

다만 집회로 인해 제3자의 생명·신체·재산 등의 법익에 손해를 입힐 것이 명백하고, 그 손해가 중대하며, 그 위해를 방지할 필요가 시간적으로 급박하여 경찰권 행사 없이는 집회 개최로 인한 위해의 발생을 절대 방지할 수 없을 때에는 반드시 특정한 내용의 경찰권을 행사해야 하는 경우도 있다.

*** 법집행관의 강제력 및 무기 사용에 관한 UN 기본원칙(Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials) - 1990년 제8차 범죄예방과 범죄자처우에 관한 UN 회의에서 채택 - 중 불법집회에 대한 경찰권 행사(Policing unlawful assemblies) 부분 ***

경찰은 결코 합법적이고 평화적인 집회에 개입하여서는 안 되고(법집행공무원의 무력과 총기 사용에 관한 유엔기본원칙 12), 위법하긴 하지만 평화적인 집회나 시위를 통제할 때에는 가급적 물리력을 사용하지 않아야 하며(기본원칙 13), 폭력적인 집회를 해산할 때에도 오직 필요 최소한의 물리력만을 사용하되(기본원칙 14) 자기를 방어하거나 다른 사람에 대해 죽거나 심하게 다칠 정도의 현존하는 위험을 막고, 생명에 대한 중대한 위험을 비롯한 특별한 중범죄를 막거나 그러한 위험을 초래하는 사람을 체포할 때에만 사용하여야 하며 그 목적을 위해 덜 심각한 수단이 없을 때에만 허용될 뿐 아니라 어떠한 경우에도 중화기를 의도적으로 사용하는 것은 생명의 위험을 피하기 위해 불가피한 경우에 한다(기본원칙 9).

이러한 UN 기본원칙을 참조하여, 인권보호를 위한 집회 대응 경찰력 행사 준칙을 제시한다면 다음과 같다.

- ① 경찰관은 불법이지만 폭력적이지는 않은 집회를 통제할 경우 물리력을 사용해서는 안 된다.
 - 다른 사람의 안전 등 물리력의 사용이 불가피할 때에는 필요 최소한에 그쳐야 한다.
 - 법에 의해서만 사용해야 하며 사용하더라도 상황에 따라 필요최소한 정도만을 사용한다.
- ② 경찰은 비폭력적인 집회를 통제할 때 총기를 사용해서는 안 된다.
- ③ 경찰은 폭력적인 집회를 해산할 경우, 다른 수단들이 효과적이지 못하거나 의도한 성과를 거두지 못한다는 확신이 있을 때에

한해 물리력을 사용한다. 물리력을 사용할 때에는 반드시 필요 최소한의 정도만 사용한다.

■ 판례 및 결정례

• 월드컵 대회 기간 중 집회·시위의 자유 보장과 관련한 국가인권위원회의 의견(인권위 2002. 7. 23. 정책권고)

월드컵 대회 기간에 총 10,599건의 집회신고 중 391건에 대하여는 주관단체가 과거폭력 시위를 개최한 전력이 있다는 이유 등을 들어 금지 통고 하였는데, 이는 헌법 제21조가 집회의 허가제는 인정되지 아니한다고 규정하고 있음에도 불구하고 사실상 허가제로 운영하고 있는 것으로밖에 볼 수 없습니다. 특히, ‘공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위협’이라는 사유로 금지된 집회의 수가 작년 같은 기간에는 1건인데 반해, 올해에는 150건으로 무려 150배 증가하였고, 과거 폭력 시위를 개최한 전력이 있다는 이유로 집회 금지결정이 내려지고, 같은 장소에서 유사한 문제를 다루려는 집회의 경우에도 집회 주최자가 누구인가에 따라 선별적으로 집회가 허용되거나 금지되었습니다. 이러한 잘못된 관행을 개선하기 위해서는 금지 사유인 ‘공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위협’이라는 기준에 대한 구체화·객관화된 지침서를 마련해야 할 것입니다.

중복신고집회를 이유로 작년 같은 기간에 금지한 집회는 16건이었으나, 이번 월드컵 기간 중에는 113건으로 7배 정도 급증 하였는바, 목적이 상반되는 동시집회라도 당사자들에게 통보하여 상호간 협의할 수 있는 기회를 주는 방향으로 현행법을 탄력적으로 운용함으로써, 중복신고 집회에 대하여 무조건적으로 금지통고 하는 관행을 개선해야 합니다.

또한, 우리 위원회에서 인권현장확인반을 운영하는 과정에서 대회기간 중 사전신고조차 필요치 않은 가장 평화적인 1인 시위에 대한 제한 또는 시위자를 연행한 사건이 발생 하였는바, 시위자가 대중매체에 접근할 기회가 제한 또는 박탈되어 있는 소수집단의 권익과 주장을 옹호하기에 가장 유효한 기본권인 집회의 자유를 보장받지 못하는 경우에 1인 시위를 하는데, 이를 금지하는 것은 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유를 침해하는 것입니다.

4. 집회 단계 별 인권보호

가. 집회 신고

집회의 주체는 기본적으로 ‘자유’이다(헌법 제21조 제1항). 그러나 공공의 안녕과 질서를 해치거나 법적 평화와 마찰을 일으키지 않게 하기 위해 ‘예외적’으로 이를 제한하는 것이 집회신고와 금지통고 제도이다. 하지만 신고제와 금지통고는 절대 ‘허가제’로 운영되어서는 안 되며(헌법 제21조 제2항), 이는 표현의 자유에 대한 사전제한이 금지되는 원리에서 비롯되는 것이다.

현행법은 금지통고제도와 제한통고 제도를 두고 있는데, 금지통고의 권한을 자의적으로 독단적으로 행사하여 제한통고를 할 수 있을 때에도 제한통고를 하지 않고 곧바로 금지통고를 한다면 이는 사전에 집회의 자유를 실현할 수 없게 금지하는 행정처분이 되어 이로 인해 집시법상 사전신고제도가 허가제로 변질되는 문제가 있으므로 주의해야 한다.

*** 경합신고** : 집회를 개최하려는 측에 대항하기 위해서 또는 근처에서 진행되는 업무가 방해되는 것을 막기 위하여 일정한 장소를 장기간 독점하여 사용하고자 해당 장소에 대하여 예를 들어 1년 전에 또는 그보다 이전 기간에 미리 사전신고를 해놓은 후 그 기간 동안 실제로는 집회를 개최하지 않는 ‘위장집회’가 성행하고 있다. 2004년 법 개정으로 집회 개최 720시간 전부터 48시간 전까지 신고하도록 해 일부 보완되기는 하였으나, 집시법 제8조 제2항은 “관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 시간과 장소가 중복되는 2개 이상의 신고가 있는 경우 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정되면 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 제1항에 준하여 그 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있다”고 하고 있어 여전히 뒤에 신고된 집회가 앞에 신고된 집회 때문에 개최되지 못하는 문제점이 있다. 따라서 몇 번 계속 고의적으로 집회도 하지 않으면서 취소를 하지 않아 금지통고를 받은 주최단체가 집회를 열지 못하는 일이 없도록, 신고 제도를 실질적으로 운영할 필요가 있다.

*** 사전제한 금지의 원칙**

사전 제한이란 어떠한 사상이나 정보를 언론이나 출판, 또는 집회 등을 통해 표현하려고 할 때 그 표현이 법원에 의해서 위헌이라고 판단되기 전까지는 국가권력이 사전에 그 표현을 하지 못하도록 박탈하는 국가권력의 행위를 의미한다. 만약 사전 제한이 국가권력의 자의적으로 부적절한 기준에 의해 어떠한 사상이나 정보를 표현할 수 없게 한다면 이는 민주주의 사회에서 소수자를 보호할 수 없게 되므로, 이러한 제한은 매우 엄격한 기준에 의해서 극히 예외적으로 행해져야 한다.

■ 판례 및 결정례

- 집회의 금지와 해산은 최종적인 수단(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67·83 결정)

집회의 자유를 제한하는 대표적인 공권력의 행위는 집시법에서 규정하는 집회의 금지, 해산과 조건부 허용이다. 집회의 자유에 대한 제한은 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적게 제한

하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다.

- 집회의 실질적 내용 판단은 위법(서울고등법원 1998. 12. 29. 선고 98누11290 판결)

헌법 제21조 제1항(모든 국민의 집회·결사의 자유) 및 제2항(집회·결사에 대한 허가는 인정되지 않음), ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제6조 제1항(옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자로 하여금 관할 경찰서장에게 그에 관한 소정의 신고서를 제출하도록 함) 및 제8조 제1항(신고서의 기재사항에 미비한 점이 보완되지 않는 경우 관할 경찰서장이 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있음) 등에 비추어 집회 신고의 취지는 신고를 받은 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외 집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외 집회 또는 시위를 보호하는 한편 그로 인한 공공의 안녕질서를 함께 유지하기 위한 사전조치를 마련하고자 함에 있다. 또한 금지통고를 하는 경우에도 헌법에서 금하고 있는 사전허가가 되지 않도록 경찰서장이 집회의 실질적 내용에까지 들어가 그 위법 여부를 판단하여 허부를 결정하여서는 안 된다.

- 우발적 집회나 시위는 신고 의무 없다(서울고등법원 1990. 8. 22. 선고 87노1404 판결)

신고를 요하는 집회 또는 시위라 함은 그 집회 또는 시위의 주최자, 목적, 일시, 장소 등이 사전에 특정될 정도의 계획적인 집회 또는 시위를 말한다 할 것이고, 집회 또는 시위의 주최자, 목적 등이 특정되

지 아니하고 사실상 사전신고가 불가능한 우발적 집회 또는 시위는 여기에 해당하지 아니한다고 해석함이 타당하다 할 것인바, 범국민 대토론회에 참석할 목적으로 그 개최장소인 대학교 정문 앞에 도착한 피고인들이 학교당국과 경찰의 외부인 및 타교생에 대한 출입금지조치로 출입을 저지당하여 교내로 들어갈 수 없게 되자 그에 항의하기 위한 방편으로 자진해산하기에 앞서 즉흥적으로 약 20분간에 걸쳐 당시 일반적으로 성행하던 반정부구호와 노래를 제창하였다면 이는 사전 계획에 없었던 우발적 집회 또는 시위에 불과하다 할 것이므로 사전에 이를 신고하지 아니하였다 하여 미신고 시위죄를 구성한다고 볼 수 없다.

- 과거전력을 이유로 자의적으로 금지 통고한 것이 인권침해라고 인정한 사례(국가인권위 2010. 4. 12. 자 09진인2119 결정)

2009. 4. 20. ‘장애인 차별철폐대회’에 참석하였던 집회 참가자들이 다시 참석할 것이라는 개연성만으로 폭력 시위가 발생할 것으로 단정하여 이를 불허하는 것은 과도한 조치라고 볼 수 있고, 신고된 집회가 신고 장소 및 신고 인원을 현저히 이탈하고 이로 인해 교통 체증을 유발시킬 수도 있다는 우려가 있어 금지 통고를 하였다는 부분에 대하여도 아직 발생하지도 않은 집회 상황에 대하여 미리 추단하여 판단한 것으로서 그 불법 집회 우려에 대한 판단이 모호하고 불분명하다(국가인권위 2009. 8. 11. 자 09진인1993 결정도 같은 취지)

- 대책위원회 참가 일부 단체가 과거 유사한 불법시위를 했다는 전력만으로 금지통고 한 것은 인권침해라고 인정한 사례 (국가인권위 2010. 4. 12. 자 09진인1945 결정)

첫째 피진정인 1은 집회금지통고를 함에 있어서 신고된 집회에 대한 장소, 목적, 태양, 규모, 내용 등을 면밀하고 객관적으로 고려함이 없이 단순히 과거 전력을 금지통고의 주된 이유로 삼았다. 이는 집회 개최시 집회주체 측의 구체적인 상황을 종합적으로 고려하여 공공에 대한 위협이 발생할 현존하고 명백한 위협이 있는지를 판단하여야 한다는 원칙에 비추어 볼 때 적절하다고 보기 어렵다. 둘째 이 사건 범대위의 집회신고 내용에 의하면, 참가예정인원은 100여 명에 지나지 않으며 집회사용 물품 또한 현수막, 피켓 등 일반적인 것이어서 위 집회주최 측이 불법시위용품의 반입 등 신고된 내용을 현저히 이탈하여 불법 폭력시위를 전개할 것으로 볼 만한 객관적인 자료가 부족하다. 셋째 피진정인 1은 특히 위 대책위 소속 단체인 민주노총이 2009. 5. 1. 노동자의 날을 계기로 노동자 수만명이 참여했던 전국적 규모의 집회시위 전력을 금지통고의 한 사유로 들고 있다. 그러나 이는 주최단체에 소속된 일부 참여단체에 관한 별건의 사안이고, 그 집회의 성격 및 규모가 상호 확연히 다른데도 불구하고 피진정인 1이 이를 이유로 집단적인 폭행, 협박 등 공공의 안녕질서에 직접적인 영향을 끼칠 것이 명백하다고 판단한 것은 단순히 개연성 및 가능성만을 고려한 것으로 자의적인 판단으로 보인다. 따라서 ... 금지통고한 행위는 ‘공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협의 명백성’에 대한 판단을 함에 있어, 집회개최 시점을 기준으로 여러 정황을 객관적이고 종합적으로 고려하여 공공위협에 대한 현존성 심사를 엄격히 하여야 할 의무가 있

음에도 불구하고, 소속단체 등의 과거전력을 이유로 자의적으로 금지통고한 것으로 이는 헌법 제21조에서 보장하고 있는 진정한 및 피해자들의 집회 및 결사의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

- 집회금지통고 제도 등 정책권고 결정문(국가인권위 2009. 1. 28. 자)

『집회 및 시위에 관한 법률』제8조 제2항은 집회·시위의 시간과 장소가 중복되는 2개 이상의 신고가있고 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정될 경우에는 뒤에 접수된 집회·시위에 대하여 금지통고를 허용함으로써 복수의 집회·시위가 동일한 장소에서 중복되어 있을 때 집회금지통고를 할 수 있도록 하고 있다. 위에서 본 바와 같이 ... 이 규정은 최근 3~4년간 총 집회금지통고건수 중 장소 중복으로 인한 금지통고 건수가 차지하는 비율이 77.6%(2005년 제외 41.7%)³¹⁾에 달할 정도로 가장 빈번한 금지사유에 해당된다. 이 규정은 다음과 같은 이유로 폐지되어야 한다.

첫째 집회장소가 중복되는 2개 이상의 집회신고에 대해, 제한통고제도의 활용 및 신고된 집회에 대한 일시나 장소의 미세한 조정이나 신고된 집회들이 적어 상반되거나 방해가 된다고 하더라도 적절한 경찰력의 이용으로 집회·시위대 간의 충돌과 방해를 막을 수 있는 방법을 마련할 수 있음에도 불구하고 이 규정은 이러한 가능성을 열어두지 않고 뒤에 접수된 집회를 원천적으로 금지할 수 있게 함으로써 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)에 위반되는 것으로 판단된다. 특히 신고된 집회의 약 96~97%가 개최되지 않고 적지 않은 수의 집회신고가 나중에 신고할 주최자의 집회를 저지하기 위해 악용되고 있는 현실을 고려하면 시급히 개정되어야 할 것이다. 둘째 신고된 집회가 “그 목적

으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정될 경우”의 요건을 충족하는지에 대한 판단권이 관할 경찰관서장에 전적으로 일임되어 있고 관할 경찰관서장은 자신의 판단에 따라 곧장 집회 금지통고를 할 수 있고 이에 대한 실효성 있는 권리구제수단이 존재하지 않는다는 점에서 법치주의원칙에 부합하지 않는 것으로 판단된다.

나. 신고의 대상이 되는 ‘집회’의 범위

사례

울산지역 건설업체 용역직을 중심으로 결성된 건설플랜트 노동조합 조합원 600여 명은 2005. 5. 23. 13:00경부터 서울 종로구 동숭동에 있는 마로니에 공원에서 ‘임·단협 성실교섭 촉구 결의대회’를 개최한 후 피켓, 깃발, 현수막 등을 지니고 인근 국제협력단 건물 앞까지 2차선 전 차로를 점거하면서 삼보일배 행진을 하였다. 결의대회와 행진 자체는 집회 신고가 되어 있었지만, 차도의 통행방법으로 삼보일배 행진을 신고하지도 아니하였고 삼보일배 행진은 약 700여 명이 이동하는 중에 앞선 100여 명이 30분간에 걸쳐 편도 2차로를 모두 차지하고 이루어졌다.

■ 문제제기

신고의 대상이 되는 것은 집시법상 ‘옥외’ 집회와 시위이다. 집시법에서는 집회에 대한 정의 규정이 없으므로 사전신고대상 집회의 범위와 관련해서는 해석상 논란의 여지가 있다. 만약 “다수인이 공동의 의견을 형성하여 대외적으로 표명할 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것”이라는 요건만으로 모두 사전에 신고해야 하는 집회라고 본다면 아주 다양하고 일상적으로 ‘신고 대상 집회’가 발생하게 되겠지만, 현실은 당연히 그렇지 않다. 예를 들어 i) 수학능력 시험장

에서 후배들의 응원, ii) 거리에서 펼쳐지는 상품 홍보전이나 최근 유행하는 플래시몹, iii) 유권자 운동 퍼포먼스 등은 다수인이 공동의 의견을 형성하여 대외적으로 표명하는 것이기는 하지만 이들을 집회로 보아 신고대상이라고 하지는 않는다.

■ 관련 법규

- 집시법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “옥외집회”란 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 아니한 장소에서 여는 집회를 말한다.
2. “시위”란 여러 사람이 공동의 목적을 가지고 도로, 광장, 공원 등 일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 행진하거나 위력(威力) 또는 기세(氣勢)를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압(制壓)을 가하는 행위를 말한다.

- 집시법 제6조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다.

■ 판례 및 결정례

- 삼보일배는 사회상규에 반하지 않는 행위로 집회신고 대상이 아니다 (대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도840 판결)

집시법이 신고제도를 둔 취지는 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위

를 보호하는 한편, 그로 인한 공공의 안녕질서에 대한 위험을 미리 예방하는 등 공공의 안녕질서를 함께 유지하기 위한 조치를 마련하고자 하는 데 있는 것이다(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도3974 판결 등 참조). 한편, 집회나 시위는 다수인이 공동 목적으로 회합하고 공공장소를 행진하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로서 그 회합에 참가한 다수인이나 참가하지 아니한 불특정 다수인에게 의견을 전달하기 위하여 어느 정도의 소음이나 통행의 불편 등이 발생할 수밖에 없는 것은 부득이한 것이므로 집회나 시위에 참가하지 아니한 일반 국민도 이를 수인할 의무가 있다고 할 수 있다. 따라서 그 집회나 시위의 장소, 태양, 내용, 방법 및 그 결과 등에 비추어, 집회나 시위의 목적 달성에 필요한 합리적인 범위에서 사회통념상 용인될 수 있는 다소간의 피해를 발생시킨 경우에 불과하다면, 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다고 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4467 판결 등 참조). … 이 사건 집회·시위가 시간 및 장소, 행진이 예정되어 있었다는 점, 참가인원을 3,000명으로 예상한다는 점 등의 신고내용을 벗어나지 않았고, 경찰이 삼보일배 행진을 저지하기 전까지는 이 사건 집회·시위가 어떠한 폭력성도 보이지 않았다는 것이며, 한편 삼보일배 행진은 통상적인 행진에 비해 다소 진행속도가 느려져 다른 사람들의 통행의 불편이 오래 지속된다는 점은 있을 것이나, 삼보일배 행진 자체가 타인에게 혐오감을 주거나 폭력성을 내포한 행위라고 볼 수도 없으므로 위와 같은 사정은 삼보일배 없이 천천히 진행하는 경우와 달리 볼 것이 아니고, 시위시간이 다소 늘어나는 점은 구 집시법의 다른 규정에 의해서 충분히 제한될 수 있는 부분이므로, 특별한 사정이 없는 한 시위

주최자나 참가자들이 시위방법의 하나로서 삼보일배의 방식으로 행진하는 것은 표현의 자유의 영역을 벗어나지 않는다고 볼 것인바, 이러한 점들을 앞서 본 법리 및 이 사건에 있어서와 같이 보행자의 통행에 지장을 줄 우려가 있는 기 또는 현수막 등을 휴대한 행렬은 차도의 우측으로 통행할 수 있도록 규정하고 있는 도로교통법 제9조 제1항, 동 시행령 제7조 제5호의 규정, 기록상 관할경찰관서장이 이 사건 시위에 대해 앞서 본 바와 같은 집시법상의 규정에 의해 이를 금지하거나, 조건을 붙여 제한하거나, 신고서 기재사항의 보완을 통고하지도 않은 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 비록 이 사건 집회·시위가 주된 참가단체 등에 있어서 신고내용과 다소 달라진 면이 있다고 하더라도, 이 사건 삼보일배 행진이라는 시위방법 자체에 있어서는 그 장소, 태양, 내용, 방법과 결과 등에 비추어 시위의 목적 달성에 필요한 합리적인 범위에서 사회통념상 용인될 수 있는 다소의 피해를 발생시킨 경우에 불과하다고 보이고, 또한 신고내용에 포함되지 않은 삼보일배 행진을 한 것이 앞서 본 바와 같은 신고제도의 목적 달성을 심히 곤란하게 하는 정도에 이른다고 볼 수도 없으므로, 결국 피고인들의 위와 같은 행위는 사회상규에 반하지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 볼 것이다.

- 1인 시위에 대한 방해를 인권 침해로 인정한 사례 (인권위 2007. 11. 14. 자 07진인1760)

일명 ‘나 홀로 시위’인 1인 시위는 1인이 피켓이나 플래카드, 어깨띠 등을 두르고 혼자서 하는 시위를 말하는 것이고, 『집회 및 시위에 관한 법률』에서 규정하고 있는 ‘집회’ 및 ‘시위’라 함은 다수인이 공동목적을 가지고 도로·광장·공원등 공중이 자유로이 통행할 수 있

는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 뜻한다.

현행 법률상 집회와 시위의 성립요건은 2인 이상의 다수를 요하기 때문에 이른바 ‘1인 시위’는 『집회 및 시위에 관한 법률』의 적용대상이 되는 시위가 아니나, 사회적으로 1인 시위는 2000년 시민단체에 의해 위와 같은 관련 법률의 요건을 넘어 처음 시도된 뒤로부터 널리 확산되어 이제는 소수자의 사회적·정치적 의사를 표현하는 새로운 권리행사의 한 방법으로 일반화되었다. 『헌법』 제21조에서 규정하고 있는 언론·출판의 자유라 함은 사상 또는 의견을 언어·문자 등으로 불특정다수인에게 표명하거나 전달하는 자유를 말하는 것이고, 또한 같은 법에서 규정하고 있는 집회·결사의 자유는 다수인이 공동의 목적을 가지고 집회하거나 결사하는 자유를 의미하는 것으로서, 공히 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지는 기본권이라 할 수 있다.(2003. 10. 30. 헌법재판소 2000헌바67, 2000헌바839병합)

이러한 언론·출판·집회·결사의 자유는 사람의 내심의 정신작용을 외부로 향해 공표하는 표현의 자유를 전제하지 않고서는 성립할 수 없으므로, 『헌법』상 명문의 규정이 없더라도 표현의 자유는 당연히 인정되는 기본권이라 할 것이고, 그 특성 상 개인적 표현의 자유로써 언론·출판의 자유와 집단적 표현의 자유로써 집회·결사의 자유의 근간이 되며, 비언어적 매체나 행동 등에 의한 상징적 표현도 사상·의견을 전달하기 위한 동기에서 표출되고 제3자가 그것을 사상·의견이라고 인식하는 한 표현의 자유의 하나로서 널리 인정되고 있다.

따라서 1인 시위는 그 성격과 목적에 비추어 보면 형식적인 측면에

서는 개인적 표현의 형태로써 언론·출판의 자유를, 내용적인 측면에서는 집단적 표현의 형태로써 집회·결사의 자유를 각 내포하는 기본권 실현의 한 방법으로 볼 수 있고, 이는 「헌법」 제21조에서 연유하는 표현의 자유 및 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」 제19조에 의해 보장된다고 할 것이다. … 한복과 소지한 피켓을 연필깎기용 칼을 이용하여 강제로 빼앗아 임의로 폐기하고, 또한 같은 달 29.에는 피해자들이 합법적으로 집회를 하고 있었음에도 불구하고 동인들이 소지하고 있던 피켓을 강제로 빼앗아 폐기한 행위는 「형법」 제123조 및 제366조의 규정에 따른 직권남용 및 기물손괴죄에 해당될 뿐 만 아니라 「집회 및 시위에 관한 법률」 제5조를 위반하여 「헌법」 제21조, 그리고 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」 제19조 및 제21조에서 보장하고 있는 피해자들의 표현의 자유 및 집회의 자유를 침해한 것… 위법한 행위를 사전에 예방하려 하였거나 현장에서 제지 또는 시정하려고 하였던 여하의 조치를 취한 사실을 발견할 수 없고, 더 나아가 사후적으로라도 적법한 절차에 따라 사법처리한 사실이 전무한 점에 비추어 보면, 이는 「헌법」 제7조에서 규정하고 있는 공무원의 국민에 대한 봉사과 책임의무, 그리고 「경직법」 제1조 및 제6조에서 규정하고 있는 경찰관의 정당한 직무를 소홀히 함으로써 「헌법」 제10조 및 제11조에서 보장하고 있는 국가의 보호의무 및 법 앞에서의 평등권 보호의무를 위반하여 피해자들의 기본권을 침해한 것…

- 1인 시위 제지행위를 인권 침해로 인정한 사례 (인권위 2010. 8. 23. 자 09진인4569)

일명 ‘나 홀로 시위’인 1인 시위는 1인이 피켓이나 플래카드, 어깨

때 등을 두르고 혼자서 하는 시위를 말하는 것이고, 현행 법률상 집회와 시위의 성립요건은 2인 이상의 다수를 요하기 때문에 ‘1인 시위’는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 적용대상이 되는 시위가 아니다. 사회적으로 1인 시위는 2000년 시민단체에 의해 위와 같은 관련 법률의 요건을 넘어 처음 시도된 뒤로부터 널리 확산되어 이제는 소수자의 사회적·정치적 의사를 표현하는 합법적인 권리행사의 한 방법으로 일반화되었다.

「헌법」제21조에서 규정하고 있는 언론·출판의 자유는 사람의 내심의 정신작용을 외부로 향해 공표하는 표현의 자유를 전제하지 않고서는 성립할 수 없으므로, 「헌법」상 명문의 규정이 없더라도 표현의 자유는 당연히 인정되는 기본권이라 할 것이다. 표현의 자유는 그 특성 상 개인적 표현의 자유로서 언론·출판의 자유와 집단적 표현의 자유로써 집회·결사의 자유의 근간이 되며, 비언어적 매체나 행동 등에 의한 상징적 표현도 사상·의견을 전달하기 위한 동기에서 표출되고 제3자가 그것을 사상·의견이라고 인식하는 한 표현의 자유의 하나로서 널리 인정되고 있다. 따라서, 1인 시위는 그 성격과 목적에 비추어 보면 형식적인 측면에서는 개인적 표현의 형태로써 언론·출판의 자유를, 내용적인 측면에서는 변형된 형태로서의 집회·결사의 자유를 각 내포하는 기본권 실현의 한 방법으로 볼 수 있고, 이는 「헌법」제21조에서 연유하는 표현의 자유 및 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」제19조에 의해 보장된다고 할 것이다.

… 진정인들이 차량에서 피켓을 꺼내어 1인 시위를 준비하려는 진정인들의 예비행위를 제지한 행위는 경찰행정 상 즉시강제에 해당한다고 할 것이고, 이러한 즉시강제를 하려면 「경찰관직무집행법」제5조

및 제6조의 규정에 따라 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 위험한 사태가 발생하였거나 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때와 같은 위험 및 범죄의 현존성과 급박성이 충족되어야 할 것이다. 그러나 이 사건 당시의 현장상황에서 이러한 정황을 발견할 수 없고, 또한 피진정인들의 주장처럼 1인 시위가 집단시위로 변질될 것으로 우려된다는 주관적인 염려만으로는 이와 같은 요건에 해당된다고 보기는 어렵다고 판단된다. 따라서, 피진정인 1의 지휘 및 피진정인 2의 전달 하에 피진정인 3, 4가 진정인들의 1인 시위 준비행위를 부적절하게 강제로 제지한 행위는 「경찰관 직무집행법」 제2조 제2항에서 규정하고 있는 경찰 비례의 원칙 및 「헌법」 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙을 위반하여 「헌법」 제21조에서 연유하는 진정인들의 표현의 자유를 각 침해한 것으로 판단된다.

인권보호를 위한 직무가이드

집시법이 신고제도를 둔 취지는 “신고에 의하여 옥외 집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악하여 공공의 안녕질서에 대한 위험을 미리 예방하기 위한 것”이므로, 신고 대상이 되는 집회의 범위도 이러한 필요성이 있는지를 기준으로 판단할 필요가 있다. 또한 옥외집회라고 할지라도 “학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(관혼상제) 및 국경행사(국경행사)에 관한 집회”에 대하여는 신고제도가 적용되지 않는다(제15조). 이는 그로 인한 공공의 안녕질서에 대한 위험이 없거나 적기 때문인데, 신고제 예외 대상을 판단할 때는 문언에 얽매이지 말고 그 취지를 고려해야 한다.

* 1인 시위 : 집회의 개념적 특징으로 ‘다수인’의 회합이므로, 1인 시위는 집회로 인정되지 않는다. 다수인이 일정한 간격을 유지하면서 행하는 1인 시위의 경우에 대하여는 상대적으로 집회로 볼 수 있다고 하는 경우가 있으나, 위와 같은 신고제도의 취지를 고려한다면 공공의 안녕질서에 대한 위험을 초래할 정도로 ‘다수인의 회합’으로 볼 근거가 없는 이상 선불리 집회로 보아서는 안 된다.

다. 집회참가자에 대한 불심검문

사례

1999년 8월 서울대에서 범민족대회가 열렸는데, 불법 집회 참가자를 적발한다는 명목으로 통행인들에 대해 불심검문을 실시하였고, 신분증 제시를 요구하였다. 이에 불응하거나 통행목적이 증명되지 않는 시민과 학생들을 임의동행의 형식으로 경찰서로 데리고 가 조사가 끝날 때까지 수사기관에 사실상 유치가 이루어졌다.

■ 문제제기

불심검문은 경찰관 직무집행법에 의해 이루어지는 것으로 경찰관은 죄를 범하였다고 의심되는 자, 죄를 범하려 하고 있다고 명백히 판단되는 자, 행해지려고 하는 범죄에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자에 대하여 질문을 위하여 상대방을 정지시킬 수 있으며, 자동차에 대한 검문을 행하는 경우도 있다. 이 불심검문은 모든 경찰관이 그 직무로서 행할 수 있는 행정경찰 작용으로서의 성질도 갖고 있다.

문제는 불심검문이 경직법에서 규정하고 있는 절차와 요건 등을 충족하지 못하거나 남용되는 현실에 있다(자세한 내용은 제3장의 ‘불심검문’ 참조).

라. 일제검문과 행정상 즉시강제

사례

농민단체 회원 20여 명이 서울시청 앞 광장에서 개최되는 ‘한미 FTA 반대집회 범국민대회’에 참석하고자 주민자치센터에 모여 있을 때, 경찰관들이 서울 집회 참가를 저지하기 위해 주민자치센터 앞 정문에 순찰차를 세워 놓고 농민들이 탄 차량이 나가지 못하게 막았다.

■ 문제제기

버스를 세우고 올라타 승객을 검문하는 것과 같이 특정한 목적을 가지고 지나가는 사람을 일일이 검문하거나 차량을 세우고 차량 안을 살펴보거나 비디오방, PC방, 당구장 등 일정한 장소에 있는 사람들 전부에게 대해 검문을 실시하는 경우가 있다. 이를 ‘일제검문’이라고 하고, 이렇게 하면서 일정한 행위(위 사례에서처럼 서울에 가는 일을 막거나 집회 원천봉쇄를 위해 일정한 장소의 출입을 막는 일)자체를 못하게 하는 것이 ‘행정상 즉시강제’이다.

경찰은 그동안 행정상 즉시강제의 근거로 경직법 제6조, 7조를 들고 있었으나, 그 적법성에는 많은 의문이 제기되고 있다.

■ 관련 법규

• 경직법 제6조 (범죄의 예방과 제지)

- ① 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위

를 제지할 수 있다.

- 경직법 제7조 (위험방지를 위한 출입)

- ① 경찰관은 제5조 제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 선차 내에 출입할 수 있다.
- ② 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 관계인은 그 영업 또는 공개시간 내에 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해예방을 목적으로 그 장소에 출입할 것을 요구한 때에는 정당한 이유 없이 이를 거절할 수 없다. ...
- ④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 경찰관이 필요한 장소에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무를 방해하여서는 아니 된다.

- 판례 및 결정례

- 집회를 위한 이동 자체를 제지하는 것은 위법한 공무집행 (대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결)

경직법 제6조 제1항은 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위

를 제지할 수 있다”고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈 앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다. 행정상 즉시강제는 그 본질상 행정목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.

따라서 경찰관은 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태일 때에만 경직법 제6조 제1항에 의하여 적법하게 그 행위를 제지할 수 있고, 그 범위 내에서만 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있는 것이다.

한편, 구 집회 및 시위에 관한 법률은 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 일정한 집회·시위를 절대적으로 금지하거나 관할 경찰관서장으로 하여금 금지 또는 제한할 수 있도록 하면서 이를 위반하여 집회·시위를 주최한 사람 또는 그 정을 알면서 참가하는 사람을 처벌

하고 있지만 그 미수행위 또는 예비·음모행위를 처벌하는 조항은 두지 않았고, 위 법률 제18조에서 집회·시위가 위 법률에 위반되는 일정한 경우 이를 이유로 사후에 그 집회·시위의 해산을 명할 수 있도록 하면서 그 위반자를 처벌하고 있을 뿐 그러한 집회·시위 자체를 사전에 미리 제지하거나 봉쇄할 수 있는 근거 조항은 따로 두지 않았다.

위와 같은 관련 법률 조항들의 내용과 취지를 종합하면, 비록 장차 특정 지역에서 구 집회 및 시위에 관한 법률에 의하여 금지되어 그 주최 또는 참가행위가 형사처벌의 대상이 되는 위법한 집회·시위가 개최될 것이 예상된다고 하더라도, 이와 시간적·장소적으로 근접하지 않은 다른 지역에서 그 집회·시위에 참가하기 위하여 출발 또는 이동하는 행위를 함부로 제지하는 것은 경직법 제6조 제1항에 의한 행정상 즉시강제인 경찰관의 제지의 범위를 명백히 넘어서는 것이어서 허용될 수 없으므로, 이러한 제지 행위는 공무집행방해죄의 보호대상이 되는 공무원의 적법한 직무집행에 포함될 수 없다.

• 집회 개최지로 이동하는 것 자체를 제지할 수는 없다고 한 사례 (대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도2114 판결)

경직법 제6조 제1항과 구 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 등 관련 법률조항들의 내용과 취지를 종합하면, 비록 장차 특정 지역에서 구 집회 및 시위에 관한 법률에 의하여 금지되어 그 주최 또는 참가행위가 형사처벌의 대상이 되는 위법한 집회·시위가 개최될 것이 예상된다고 하더라도, 이와 시간적·장소적으로 근접하지 않은 다른 지역에서 그 집회·시

위에 참가하기 위하여 출발 또는 이동하는 행위를 함부로 제지하는 것은 경직법 제6조 제1항에 의한 행정상 즉시강제인 경찰관의 제지의 범위를 명백히 넘어서는 것이어서 허용될 수 없으므로, 이러한 제지 행위는 공무집행방해죄의 보호대상이 되는 공무원의 적법한 직무집행에 포함될 수 없다.

따라서 원심이 이와 같은 취지에서 서울에서 개최될 예정이었던 “한미FTA저지, 비정규직 철폐, 반전평화 2007 범국민행동의 날” 집회에 참가하기 위하여 광주에서 상경하려는 피고인들의 출발 또는 이동을 제지한 행위는 위 집회의 시간(2007. 11. 11. 저녁) 및 장소(서울)와 피고인들을 비롯한 위 집회 참가 희망자들이 모여 있던 시간(2007. 11. 11. 08:10경부터 09:40경까지) 및 장소(광주) 사이에 시간적·장소적 근접성이 인정되지 않으므로, 경직법 제6조 제1항의 행정상 즉시강제인 경찰관의 제지의 범위를 명백히 넘어 허용될 수 없는 것이어서 적법한 직무집행이 아니라고 판단한 것은 정당...

• 집회금지 통고 제도 및 사전차단조치 개선을 위한 법령 및 관행 개선 권고 (인권위 2008. 1. 28. 자)

집회장소인 서울로부터 시간적, 장소적으로 멀리 떨어진 지방에서 상경을 차단하는 행위, 집회장소에 집결하는 것을 막기 위해 집회장소 주변의 광범위한 지역에서 집회참가자로 의심되는 사람들을 집회장소로 이동하지 못하도록 막거나 사실상 격리차원에서 연행을 하는 행위, 합법집회의 경우 차벽을 설치하는 등의 물리력을 이용하여 집회장소에 접근하는 것을 차단 또는 제한하는 행위를 비롯한 과잉된 사전차단행위를 자제할 것을 각 권고

[1] 상경차단 - 상경차단조치가 집회 장소인 서울로부터 시간적·장소적으로 멀리 떨어진 상황에서 이루어지므로 “범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정”될 수 없다. 그리고 쇠파이프를 휴대한 채 집단적으로 움직이는 등 특별한 사정이 없이 단순히 집회에 참가하려고 하는 행위가 “인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려”를 발생시킨다고 볼 수 없어 「경직법」 제6조 제1항의 요건을 충족하지 못한 것으로 판단된다.

[2] 전철역 봉쇄 - 통행인이 이동을 저지당하는 시간과 장소가 금지된 집회의 시간과 장소에 근접해 있다면 「경직법」 제6조 제1항의 “범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정”될 수 있지만 쇠파이프를 휴대한 채 집단적으로 움직이는 등 특별한 사정이 없이 개별적으로 집회장소로 이동하는 행위가 “인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려”를 야기한다고 할 수 없으므로 결국 「경직법」 제6조 제1항의 요건을 충족하지 못한 것으로 판단된다.

[3] 금지된 집회에 참가하려는 행위가 범죄에 해당하거나 집회해산 명령에 불응하는 행위를 하였을 때 원칙적으로 현행범체포가 가능하다. 그러나 실무 관행상 현행범으로 체포된 집회의 단순참가자 대부분은 입건되지 않거나 훈방되므로 위법상태를 해소하기 위해 단순해산으로 충분하고 굳이 현행범체포를 하지 않아도 되는 때에는 이러한 조치는 「경직법」 제1조 제2항이 규정한 경찰비례의 원칙에 반하는 것으로 판단된다.

[4] 차벽설치는 집회·시위에 참가하고 있는 사람에 대하여 버스와 같은 금속성의 거대한 물질로써 장벽을 구축하고 이를 통해 외부와 차단하여 집회·시위에 참가하고 있는 사람을 외부의 일반인들로부터 고립시키고 외부의 일반인들의 적극적 및 소극적인 참여를 방지하는 효과를 발휘함으로써 집회·시위에 참가하고 있는 사람과 외부의 일반인들에 대한 물리력의 행사에 해당된다. 이 조치는 집회·시위에 참가하고자 하는 사람에 대하여 사실상의 불편을 야기한다는 점에서 거주·이전의 자유와 집회·시위의 자유를 침해하고, 집회·시위에 참가하고 있는 사람에 대하여는 주위의 사람들에게 자신의 주의·주장을 알릴 기회를 박탈하거나 제한한다. 신고된 합법집회에 대하여 이와 같은 물리력을 행사하는 것은 결국 「경직법」 제6조 제1항의 요건을 충족하지 못한 것으로 판단된다.

[5] 집회장소 원천봉쇄 - 통행인들이 집회장소에 접근하는 행위가
 ① 집회 참여 예정자들이 참여하고자 하는 집회 또는 시위가 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백하고, ② 공공의 안녕질서에 가해질 위협은 시간적으로 근접해야 하며, ③ 집회 참여 예정자들이 집회·시위의 장소에 접근하는 것을 차단하는 장소도 포괄적이어서는 아니 된다는 요건을 충족하여야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

위험예방을 위해 일정 범위 내 사람들 모두를 불심검문할 수 있다고 하더라도, 이 역시 법에 규정된 절차대로 신분증을 제시하고 소속 및 성명을 밝힌 후 검문의 목적과 이유를 제시해야 한다. 또한 위험예방

의 합리적 필요성이 있어야 하고 범죄자들이 많이 체재한다는 사유로 무작위로 검문하는 것은 현행 법률에 규정이 없으므로, 무차별식 일제검문은 금지된다.

어떤 죄를 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유를 제시해야 하며, 검문이유와 목적을 분명히 해야 한다.

한편 행정상 즉시강제는 헌법에 보장된 신체의 자유와 행동의 자유를 본질적으로 침해하는 것이기 때문에 행정상 목적 달성을 위해 불가피한 상황에서 목적 달성에 필요한 최소한의 한도 내에서만 매우 제한적으로 허용될 수 있고, “범죄행위가 목전에 행하여지는” 상황에서 “긴급을 요하는 경우”에만 가능하다. 금지된 집회가 개최될 것이 예상된다고 하더라도 집회 장소 주변을 막고 통행을 제한해야 할 불가피한 이유나 긴급한 이유가 없는 이상, 사전적인 봉쇄조치는 허용되지 않는다.

마. 질서유지선(폴리스라인)

사례

한미 FTA를 반대하는 시위 도중 참석자들에게 질서유지선을 설정하여 고지하였음에도 불구하고, “시청으로 진격하자!”라는 선동에 따라 시청사로 진입을 시도하면서 이를 저지하려는 전·의경들에게 위험한 물건인 나무 몽둥이와 죽봉, 대나무 깃발 등을 휘둘렀다.

■ 문제제기

질서유지선(police line)은 집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 띠, 방책, 차선 등의 경계 표지를 말하고, 그 목적은 적법한 집회 및 시위를 보호하고 질서유지나 원활한 교통 소

통을 위한 것이다.

신고된 집회에서 질서유지선의 설정은 공공의 질서유지를 위하여 집회의 자유에 가해지는 제한이므로, 집회의 자유와의 관계에서 예외적으로만 허용된다. 즉 질서유지선의 ‘배제’가 원칙이 되어야 하고, ‘설치’가 예외가 되어야 한다는 것이고, 그 범위는 시위대의 자율성을 최대한 존중하는 것이 되어야 하며, 집회에 의도적 제약을 주는 폴리스라인의 설정이 있어서는 안 된다.

■ 관련 법규

- 집시법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

5. “질서유지선”이란 관할 경찰서장이나 지방경찰청장이 적법한 집회 및 시위를 보호하고 질서유지나 원활한 교통 소통을 위하여 집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 띠, 방책(防柵), 차선(車線) 등의 경계 표지(標識)를 말한다.

- 집시법 제13조 (질서유지선의 설정)

- ① 제6조 제1항에 따른 신고를 받은 관할경찰관서장은 집회 및 시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 필요하다고 인정하면 최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 경찰관서장이 질서유지선을 설정할 때에는 주최자 또는 연락책임자에게 이를 알려야 한다.

- 집시법 제24조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

3. 제13조에 따라 설정한 질서유지선을 경찰관의 경고에도 불구하고 정당한 사유 없이 상당 시간 침범하거나 손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해친 자

• 집시법 시행령 제13조 (질서유지선의 설정·고지 등)

① 관할 경찰관서장은 집회 및 시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법 제13조 제1항에 따라 질서유지선을 설정할 수 있다.

1. 집회·시위의 장소를 한정하거나 집회·시위의 참가자와 일반인을 구분할 필요가 있을 경우
2. 집회·시위의 참가자를 일반인이나 차량으로부터 보호할 필요가 있을 경우
3. 일반인의 통행 또는 교통 소통 등을 위하여 필요할 경우
4. 다음 각 목의 어느 하나의 시설 등에 접근하거나 행진하는 것을 금지하거나 제한할 필요가 있을 경우
 - 가. 법 제11조에 따른 집회 또는 시위가 금지되는 장소
 - 나. 통신시설 등 중요시설
 - 다. 위험물시설
 - 라. 그 밖에 안전 유지 또는 보호가 필요한 재산·시설 등
5. 집회·시위의 행진로를 확보하거나 이를 위한 임시횡단보도를 설치할 필요가 있을 경우
6. 그 밖에 집회·시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 필요할 경우

② 법 제13조제2항에 따른 질서유지선의 설정 고지는 서면으로 하여야 한다. 다만, 집회 또는 시위 장소의 상황에 따라 질서유지

선을 새로 설정하거나 변경하는 경우에는 집회 또는 시위의 장소에 있는 국가경찰공무원이 구두로 알릴 수 있다.

인권보호를 위한 직무가이드

집회참가자의 ‘통제목적’보다는 ‘집회보호’와 ‘공공질서유지’ 측면에서 ‘최소한’으로 운용하여야 하고, 질서유지선 침범행위가 우려될 때에는 방송차를 활용하여 행위자의 불법행위를 구체적으로 특정하여 경고하고, 경고방송 내용을 반드시 녹음하여야 한다.

질서유지선 침범에 대하여 제재나 제한을 가하기 위해서는 질서유지선 설정에 대한 고지가 매우 명확하여 집회참가자들에게 분명히 인식되어야 하므로, 시행규칙 서식에 따른 서면으로 집회주최자에게 이를 알려야 한다. 또한 개별적인 폴리스라인 침범행위가 우려될 때에는 방송차를 활용하여 행위자의 불법행위를 구체적으로 특정하여 경고할 필요가 있다.

질서유지선을 집단적으로 침범, 명백하게 질서유지가 어려운 경우에는 해산절차를 진행하게 되는데, 이때에도 해산시 인권보호 지침을 좇아야 함은 물론이다.

바. 진압장비의 사용

사례

명동에서 학생들이 집회를 진행하면서 집회 도중 사용할 목적으로 미리 화염병과 돌등을 준비하였다. 시위진압 과정에서 시위자 중 일부는 전투경찰들에게 화염병과 돌 등을 투척하면서 극렬하게 대항하였고, 이에 전투경찰들은 다연발탄, 케이피탄, 사과탄 등의 최루탄을 다량으로 쏘며 계속 전진을 하면서 시위를 진압하였다.

■ 문제제기

경찰장구는 본래 사람의 생명·신체에 위해를 가할 목적으로 제작된 것이 아니라, 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위한 장비를 말한다. 시위 참가자들을 체포하거나 강제로 해산하는 과정에서 경찰장구가 많이 사용되고 있으며, 그 과정에서 발생하는 폭력 사태나 참가자들의 부상·사망이 큰 사회적 문제가 되고 있다. 특히 최근에는 시위 대와의 몸싸움 중 전투경찰대원이 방패로 찌는 행위, 봉으로 내려치는 행위 등 경찰장구를 이용한 과잉진압이 문제이다.

본래 경찰장비를 ‘사용한다’라고 함은 경찰장비를 가지고 통상의 용법에 따라 직접 사람 또는 물건에 실력을 가하여 경찰목적을 달성하는 것을 말하며, 일정한 의무이행을 명한 뒤 그에 대한 불응이 있는 경우에 직접 강제하는 경우는 ‘경찰상 강제집행’에 해당된다고 볼 수 있다.

집회·시위시 그 위험을 제거하기 위해 행사되는 경찰력 행사수단인 물리력의 경우 우선적으로 법률에서 명확하게 그 행사 기준을 정할 필요가 있다. 시위대의 생명과 신체에 침해의 결과를 가져올 수도 있는 중대한 물리력의 행사인 경우 그 허용성 여부는 명백하고 일의적으로 표현되어야 하기 때문이다.

현행 경직법 제10조의3은 불법집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해의 발생을 억제하기 위하여 부득이한 경우를 분사기 등의 사용요건으로 규정하고 있으나, 불법집회에 대한 개념정의가 아직 불분명한 실정인어서 동조항의 남용가능성이 있고, 집회 및 시위의 자유를 본질적으로 침해할 가능성이 있다.

■ 관련 법규

• 경직법 제10조 (경찰장비의 사용 등)

- ① 경찰관은 직무수행중 경찰장비를 사용할 수 있다. 다만, 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 필요한 안전교육과 안전검사를 실시하여야 한다...
- ③ 경찰장비를 임의로 개조하거나 임의의 장비를 부착하여 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·신체에 위해를 주어서는 아니된다.

• 경직법 제10조의 3 (분사기등의 사용)

- ① 경찰관은 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해의 발생을 억제하기 위하여 부득이한 경우 현장책임자의 판단으로 필요한 최소한의 범위 안에서 분사기(총포·도검·화약류 등 단속법의 규정에 의한 분사기와 최루 등의 작용제) 또는 최루탄을 사용할 수 있다.

■ 판례 및 결정례

• 전투경찰의 직무집행 중 과실로 발생한 사고에 책임을 인정한 사례(대법원 1995. 11. 10. 선고 95다23897 판결)

전투경찰들은 시위 진압을 함에 있어서 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도로 가능한 한 최루탄의 사용을 억제하고 또한 최대한 안전하고 평화로운 방법으로 시위진압을 하여, 그 시위진압의 과정에서 타인의 생명과 신체에 위해를 가하는 사태가 발생하지 않도록 하여야

함에도 불구하고, 이를 게을리 한 채 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도에 비하여 지나치게 과도한 방법으로 시위 진압을 한 잘못으로 사망에 이르게 하였다 할 것이므로, 공무원인 전투경찰들의 직무집행 중의 과실로 발생한 사고로 인하여 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

- YMCA 눅자 시위대에게 방패와 곤봉을 사용한 것이 위법한 공무집행이라고 한 사례 (서울중앙지방법원 2009. 10. 8. 선고 2008가합101525 판결)

눅자 행동단은 2008. 6. 29. 00:20경 경찰의 진압작전이 시작되기 직전 경찰들이 서울 중구 성공회성당 앞 골목길에서 태평로 방향으로 진입하기 위하여 집합하자 경찰들의 진입을 막기 위해 골목길에 모였다. 이어 경찰들이 대열을 갖추고 방패를 앞세워 진입을 시도하자 원고들을 포함한 눅자 행동단원과 그곳에 있던 일반 시민들 약 100명은 골목길을 가득 메운 채 어깨동무를 하고 길에 누워 경찰들이 진입을 하지 못하도록 방해하였다.

경찰들은 도로에 누워있는 상태의 눅자 행동단원들을 방패로 내리찍고 발로 밟아 태평로 방향으로의 진입을 시도하다가 여의치 않자 골목길 끝으로 통로를 만들기 위해 도로 가장자리의 눅자 행동단원들을 상대로 곤봉을 휘두르고 발로 밟는 등 폭행하여 통로를 확보하였다.

그 후 골목길 가장자리의 통로로 경찰들이 태평로 쪽으로 진입하는 동시에 통로를 내어준 눅자 행동단이 와해되어 해산하는 과정에서도 경찰들은 미처 일어나 도망하지 못하고 그대로 누워있던 일부 눅자 행동단원들을 방패로 내리찍고 발로 밟는 등 폭행하였다.

… 불법시위를 진압하는 경찰관들의 직무집행이 법령에 위반한 것이라고 하기 위하여는 그 시위진압이 불필요하거나 또는 불법시위의 태양 및 시위 장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용에 비추어 시위진압의 계속 수행 내지 그 방법 등이 현저히 합리성을 결하여 이를 위법하다고 평가할 수 있는 경우이어야 한다(대법원 1997. 7. 25. 선고 94다2480 판결 참조).

위 기초사실을 종합하면, 위 촛불집회가 불법집회 또는 시위로서 피고(경찰)가 진압해야 할 대상이고 원고들을 비롯한 습자 행동단이 경찰의 진입시도를 방해하고 있었다 하더라도 경찰로서는 최대한 안전하고 평화로운 방법으로 시위진압을 하여 시위진압 과정에서 타인의 생명과 신체에 불필요한 위해를 가하는 사태가 발생하지 않도록 하여야 할 의무가 있고 또한 경찰장구의 사용은 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 필요한 한도 내에서 이루어져야 함에도 불구하고(경직법 제10조의2 제1항) 피고 소속의 경찰들은 별다른 저항 없이 소극적으로 도로에 누워있던 원고들을 비롯한 습자 행동단을 상대로 방패로 내리찍고 곤봉을 휘두르며 발로 밟아 원고들에게 상해를 가하였는바 이는 예측되는 피해의 위험성에 비추어 시위진압의 방법이 현저하게 합리성을 결하였다고 할 것이어서 피고 소속의 경찰들은 직무집행 중의 위법한 행위로 인하여 원고들에게 손해를 입혔다고 인정되므로 피고는 원고들에게 그 손해를 배상할 책임이 있다.

이에 대하여 피고는 위 경찰들의 진입행위는 시위대에 의하여 포위된 채 폭행당하는 선행 진압경찰을 구출하기 위한 통로를 확보하기 위하여 강렬히 저항하는 일부 시위자를 밀어내어 해산시켰던 것이므

로 피고 산하 경찰에 의한 시위진압이 불필요하거나 현저히 합리성을 결하여 위법하다고 할 수 없다는 취지로 주장하나, 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, 선행 진압경찰의 차벽 틈을 통한 진입과 성공회성당 앞에서의 경찰의 진입시도는 진압작전에 따라 동시에 이루어진 것으로서 경찰의 태평로 방향으로의 진입시도가 구출행위를 위한 것이었다고는 보이지 않는 점, 포위된 선행 진압경찰과 장소적으로 떨어져 있던 성공회성당 옆의 경찰들이 아니라 선행 진압경찰의 진입 당시 같은 장소에 있었으나 차벽 틈으로 진입하지 않은 경찰들이 바로 포위된 선행 진압경찰을 구출할 수 있었고 실제로도 이들에 의하여 선행 진압경찰이 구출된 것으로 보이는 점, 농자 행동단은 진입을 시도하는 경찰 앞에서 그 진로를 막기 위해 도로 위에 누워있었을 뿐 격렬한 시위나 저항행위를 하지는 아니한 점 등을 종합하면, 피고의 위와 같은 주장은 받아들일 수 없다.

- 지나친 물리력을 사용한 시위 진압이 인권 침해라고 한 사례 (국가인권위 2005.2. 14. 자 03진인5400, 03진인6412, 04진인6, 04진인2696 (병합) 결정)

과격한 폭력시위 등으로 필요한 경우 경찰은 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제18조(집회 또는 시위해산), 경찰관 직무집행법 제5조(위험발생 방지조치), 제6조(범죄의 예방과 제지) 등의 법률에 근거하여 일정한 조치를 취하는 것은 당연한 일이라고 할 것이다. 그러나 이러한 공권력 행사는 필요 최소한에 그쳐야 함에도 불구하고, 시위진압 중 일부 경찰이 방패로 주민을 가격하고, 경찰봉으로 집단폭행 하는 등 강경·폭력진압을 함으로써 수많은 사상자가 발생한 사실이확인되는 등 경

찰의 일부 행위들은 당시의 혼란스럽고 급박한 상황을 감안하더라도
 필요최소한의 범위를 넘어선 행위로서, 직무수행의 한계를 벗어난 폭
 력행위가 정당화 될 수는 없는 것이다... ○○핵폐기장 반대 대책위에
 서 확보하고 있는 방패의 상태를 조사한 결과, 고무바킹이 벗어졌고
 날카롭게 갈려져 있어 경우에 따라 흉기로도 사용될 수 있음이 인정
 된다. 경찰은 안전진압을 최우선으로 매일 교양을 반복 실시하고 상황
 처리시 무전망을 통하여 전부대에 수시로 방패 취급 주의사항을 주입
 시키는 등 사고를 예방코자 노력을 하였던 점은 경찰이 제출한 자료
 를 통하여 인정할 수 있고, 고무바킹이 낡아 떨어진 방패를 사무실에
 비치하여 지휘관에게 직접 눈으로 확인할 수 있도록 비치한 사실이
 있는 등 사고예방에 노력을 한 사실 또한 인정된다. 그러나 당시 시위
 진압과정에서 알루미늄 방패로 인하여 부상자가 속출하고 있었으며,
 대책위에서 시위에 참여한 다수의 주민이 방패로 인하여 부상을 당하
 고 있다는 사실을 지속적으로 주장하고 있었으므로 경찰도 이에 대하
 여 지득하고 있었을 것으로 보임에도 불구하고, 경찰청에서 제출한 자
 료나 진술서에 의하면 2003. 11. 29. 이전까지는 실제로 고무바킹이
 마모된 방패를 확인하고 수리하는 등의 조치를 취한 사실이 없다...
 경직법 제10조 제1항의 규정에 따르면, 경찰관은 직무수행 중 경찰장
 비를 사용할 수 있지만, 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰
 장비에 대하여는 필요한 안전교육과 안전검사를 실시하도록 규정하고
 있고, 경찰청훈령인 경찰장비관리규칙 제14조 제1항은 경찰장비를 관
 리·운용하는 자는 선량한 관리자로서의 의무를 다하여야 하며, 항상
 사용가능한 상태로 유지하여야 하고, 제63조 제2항은 매월 1회 이상
 정기적으로 실시할 것을 규정하고 있다. 따라서 위 모든 상황을 종합

적으로 판단할 때, ○○○○지방경찰청장은 경직법 제10조에 규정된 경찰장구에 대한 안전검사를 제대로 실시하지 아니하였고, 관련지휘관들은 경찰장비를 관리·운영하는 선량한 관리자의 의무를 제대로 이행하지 아니함으로써 ○○주민들을 보호하는 역할을 다하지 못하였으며, 더구나 경찰의 방패사용에 대하여 언론 등에서 문제가 제기되었을 때, 이에 대하여 적절한 조치를 취하였으면 이로 인하여 발생할 수 있는 사고를 미연에 방지할 수 있었음에도 불구하고 이를 해태함으로써, 결과적으로 방패로 인한 주민들의 부상을 최소화하지 못한 것으로 판단된다.

- 전경이 벽돌을 투석한 행위는 적법한 직무집행이 될 수 없다고 한 사례 (국가인권위 2009. 12. 7. 자 09진인276 결정)

진압현장에서 대부분 진압현장에서 대부분의 경찰은 방석모동 안정장치를 갖추었음을 볼 때, 아무런 안전보호장치를 착용하지 않은 집회 참여자들에 대한 경찰의 투석은 신체의 위험성에 대한 정도차이가 명백하다. 설령 집회참가자들의 투석행위가 먼저 있었다고 하더라도 그 위법행위는 관련 형사법 절차에 따라 해결하여야 할 것이며, 「경직법」 제10조의 2 및 「경찰장비규칙」 제69조, 동 규칙 제75조의 규정을 감안할 때, 경찰의 투석행위가 적법하거나 정당한 것이라고 할 수는 없으며 법원역시 시위대와 대치하고 있던 전투경찰대원이 시위대를 향하여 투석한행위에 대하여 정당한 직무집행의 범위를 넘어선 위법행위임을 인정한 바있다(청주지법 2006가합3537). 따라서 경찰이 시위대에 대하여 벽돌을 투석한 행위는 「형법」 제125조에 규정된 직무수행상의 폭행 또는 가혹행위에 해당하는 행위로서

「헌법」제12조에서 보장하고 있는 신체의 안전에 관한 권리를 침해한 것으로 판단된다.

인권보호를 위한 직무가이드

경찰이 장비를 사용하는 물리력을 행사하기 위해서는 우선 공공의 안녕·질서에 대한 구체적 위험이 있어야 한다. 구체적 위험이란 장소와 시간이 특정된 또는 특정될 수 있는 구체적 사안에서 존재하는 위험을 말한다. 또한 경찰이 행하는 물리력 행사는 위험방지를 위하여 필요한 것이어야 하며, 단지 의무를 명하는 것으로는 위험방지의 목적을 달성할 수 없거나 오히려 방해가 될 수 있는 경우에 해당되고, 위험이 경찰의 직접적인 물리력 행사에 의해서만 제거될 수 있다.

집회·시위와 관련하여 경찰이 개입하는 대부분의 경우 해산명령과 경고 등 시위대인 상대방에 대한 일정한 내용의 계고를 선행하는 것이 일반적이다. 그러나 계고의 경우 계고상의 내용을 상대방이 이를 이행할 수 있어야 하고, 또한 법적으로 허용된 범위내의 행위이어야 한다. 시위진압시 진압장비 사용은 경찰관이 달성하고자 하는 목적(공격자의 공격행위나 도주를 불가능하게 하게 할 목적)을 달성하는데 선택한 수단이 적합하여야 하며(적합성의 원칙), 둘째 경찰목적은 달성하기에 적합한 수단이 여러 가지 있는 경우에 경찰관은 그 중에서 관계자에게 가장 적은 부담을 주는 수단을 선택하여야 하며(필요성의 원칙), 마지막으로 범죄진압장비의 사용으로 인한 불이익과 그에 의해 초래되는 이익을 비교형량하여 전자가 후자보다 큰 경우에는 당해 조치를 취해서는 안 된다(상당성의 원칙 또는 좁은 의미의 비례성 원칙). 유동적인 집회 상황에 따라 구체적인 시위진압의 시기·방법·수단 등을 법령이 정하는 범위 내에서 결정할 수 있는 재량이 있으나, 경미한 장애 또는 그 위험의 제거를 위하여 생명이나 신체에 치명적인 위해를 가할 수 있는 진압장비를 선택해서는 안 된다. 집회 참가자의 저항 수준에 대응하는 경찰의 물리력 행사를 기준으로 정한다면 다음과 같은 수준이 되겠다.

집회 참여자의 저항 수준	경찰의 대응수준
해산불응	해산방송
지속적인 시위	근접배치를 통한 경찰력 과시
도로에 드러눕는 등 순응거부	신체적 강제력을 이용한 해산 또는 체포
능동적 물리적 저항 (통제에 불응하기 위한 물리적 저항)	방패 등 신체에 위해를 가하지 않는 장구 사용
공격적 물리적 저항 (체포에 대하여 격렬하게 저항하는 경우)	살수차 등 시위대와 경찰간에 간격을 둘 수 있는 장구 사용
심각한 물리적 저항 (경찰이나 일반 시위대에 대해 장해나 사망을 초래할 수 있는 공격적 행동)	경찰봉 등 신체적 상해 위험이 있는 경찰 장구, 장비 사용

*** 경찰의 무기 사용에 관한 일반적 원칙**(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다63445 판결, 2004. 5. 13. 선고 2003다57956 판결, 대법원 2008.2.1. 선고 2006다6713 판결)

경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무 집행에 대한 항거의 억제 등을 위하여 무기를 사용할 수 있으나, 이 경우에도 무기는 목적 달성에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 사용하여야 하는 바(경직법 제10조의4), 경찰관의 무기 사용이 이러한 요건을 충족하는지 여부는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기 사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 특히 사람에게 위해를 가할 위험성이 큰 권총의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다.

진압장비별 사용 기준 (경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정 중)

1. 경찰봉·호신용 경봉 (제6조)

불법집회·시위로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위험을 방지하기 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서 경찰봉 또는 호신용경봉을 사용할 수 있다. 경찰관이 경찰봉 또는 호신용경봉을 사용하는 때에는 인명 또는 신체에 대한 위해를 최소화하도록 주의하여야 한다(제7조).

2. 가스발사총 (제12조 제1항)

경찰관은 범인의 체포 또는 도주방지, 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서 가스발사총을 사용할 수 있다. 이 경우 경찰관은 1미터이내의 거리에서 상대방의 얼굴을 향하여 이를 발사하여서는 아니된다.

3. 최루탄 (제12조 제2항)

경직법 제10조의3은 “경찰관은 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해의 발생을 억제하기 위하여 분사기(총포·도검·화약류등단속법의 규정에 의한 분사기와 최루 등의 작용제) 또는 최루탄을 사용할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘부득이한 경우’란 분사기 등을 사용하지 않고서는 위해의 발생을 억제할 수 없는 경우를 말한다. 이에 대한 판단은 이미 필요최소한이라는 비례의 원칙에 의해 제한되고 있음을 말해주고 있다. 다시 말해 현장에서 직접 상황에 부딪히지 않으면 판단하기 힘들다는 점에서 현장책임자의 판단으로 필요한 최소한의 범위 안에서 이루어 질 것을 요구하고 있다. 또한 분사기 등은 본래의 사용목적은 벗어나 직접 사람의 신체에 위해를 가하는 방법으로 사용되어서는 안 된다.

하위규정인 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’에서는 근접분사기·가스분사기·가스발사총(고무탄 발사검용을 포함) 및 최루탄(그 발사장치를 포함)을 분사기·최루탄 등에 해당하는 것으로 열거하고 있다. 분사기·최루탄 등은 최루장비에 해당하는데, ‘최루장비’라 함은 화학적 성질에 의하여 최루·자극·연막 또는 신호 등의 효과를 일으키거나 이를 제거하는 최루작용제를 장착하여 사용하는 장비를 말한다.

최루장비는 화학적 성질에 의하여 최루 내지 질식의 효과를 가져오기 위한 것으로 경우에 따라 신체상에 중대한 결과를 초래할 수도 있으며, 근접한 거리에서 발사하는 경우 가스발사총 등은 상대방에게 상당한 충격을 줄 수 있다. 이 때문에 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’ 제12조는 가스발사총의 경우 1미터 이내의 거리에서 상대방의 얼굴을 향하여 발사하는 것을 금지하고 있으며, 최루탄을 발사하는 경우 15도 이상의 발사각을 유지할 것을 요구하고 있다.

4. 가스차·살수차·특수진압차·물포 (제13조)

가스차와 살수차는 불법집회·시위 또는 소요사태에 있어서 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 위해와 재산·공공시설의 위험을 억제하기 위하여 필요한 최소한의

범위 안에서 사용할 수 있고, 물포의 경우에는 불법해상시위를 해산시키거나 정선명령에 불응하고 도주하는 선박을 정지시키기 위하여 부득이한 경우에 경비함정의 물포를 사용할 수 있도록 하고 있다. 다만 사람을 향하여 직접 물포를 발사하여서는 안 된다는 제한을 두고 있다.

5. 석궁, 다목적 발사기 (제14, 15조)

석궁은 총기·폭발물 기타 위험물로 무장한 범인 또는 인질범의 체포, 대간첩·대테러 작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 은밀히 수행하거나 총기를 사용할 경우에는 화재·폭발의 위험이 있는 등 부득이한 때에 한하여 현장책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위 안에서만 사용할 수 있고(제14조), 다목적 발사기는 인질범의 체포 또는 대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수행하거나 공공시설의 안전에 대한 현저한 위협의 발생을 방지하기 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서만 사용할 수 있다(제15조).

■ 판례 및 결정례

• 최루탄 사용 안전 수칙 위반으로 인한 침해의 배상 책임을 인정한 사례 (광주지방법원 1999. 7. 1. 선고 98가합6079 판결)

케이피-2 최루탄은 몸체 및 뚜껑 부분이 특수 연질 피브이씨(PVC)로 만들어진 것으로서 총 중량이 85g, 사거리가 80-100m이고 발사되면 탄에서 분말최루가스가 분출, 확산되며, 탄체는 6조각으로 자체 분해되어 피격시 타박상을 입을 우려가 있으므로 전투경찰대원은 불법집회, 시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산 및 공공시설에 대한 중대한 위해발생을 억제하기 위하여 부득이하게 케이피-2 최루탄을 사용하는 경우 집회 또는 시위참가자가 직사탄에 맞지 않도록 군중과 75m 이상 떨어진 거리에서 발사각도를 45°이상 유지하고 발사함으로써 시위 군중의 머리 3-5m 상공에서 폭발되도록 사용하여야 할 주의의무가 있음에도 위 시위진압 과정에서 피고

소속의 성명불상의 전투경찰대원이 시위대로부터 불과 5m 정도 떨어진 가까운 거리에서 케이피-2 최루탄 발사기를 45°각도보다 낮은 각도로 위 시위대의 정면을 향하여 최루탄을 발사하는 바람에 위 시위대 앞쪽에 있던 원고가 위 케이피-2 최루탄 파편에 오른쪽 눈을 맞아 우안 각공막 천공 등으로 우측 눈이 실명되는 상해를 입었다. 그렇다면 이 사건 사고는 피고 소속 성명불상 전투경찰대원이 시위진압 과정에서 최루탄을 사용하면서 그 사용에 대한 안전수칙을 지키지 아니한 잘못으로 인하여 발생하였다고 할 것이므로 피고는 피고 소속 공무원인 위 전투경찰대원의 직무집행상의 과실로 인한 이 사건 사고로 원고가 입은 모든 손해를 배상할 책임이 있다.

- 미국산 쇠고기 전면 수입 반대 촛불집회시위 관련 직권 및 진정 사건 조사 결과에 따른 권고(국가인권위 2008. 10. 27. 자 결정)

사회공공의 안녕과 질서 유지를 목적으로 국민들에 대해 강제적·권력적 작용을 하는 것을 본질적 내용으로 하는 ‘경찰’은, 그러한 공권력을 행사하는 방법이 어떠하냐에 따라 개인뿐만 아니라 우리 사회전체의 삶의 질에 심대한 영향을 미친다. 따라서 ‘경찰’은 인권 존중의 이념 하에 공권력을 적법절차에 따라, 적정한 범위 내에서, 매우 신중하고 품위 있게 행사하여야 할 막중한 책무를 가지고 있다. 그럼에도 불구하고 그러한 공권력이 행사됨에 있어서 남용될 소지는 항상 존재한다(‘법집행관을 위한 행동준칙’ 전문(前文) 참조). 이것은 우리 사회의 지난 역사에서 뿐만 아니라 이 사건 촛불집회시위 조사의 결과에서도 여실히 드러나고 있다. 이와 같은 점을 다시 반복하지 않기 위하여는 과도한 공권력행사의 남용으로 인한 인권침해 행위에 대하

여 체계적으로 조사를 하여 그에 대한 책임을 추궁함과 아울러 시정 조치를 취하는 것이 필요하다고 하겠다. 이러한 차원에서 국가인권위원회는 주문 기재와 같은 권고를 하기로 결정하였는 바, 이와 같은 권고에 대하여 결론적으로 간단히 살펴보기로 한다.

촛불집회시위 과정에서 나타난 공권력행사는 긍정적인 측면과 아울러 부정적인 측면도 노정하고 있다. 이러한 부정적인 측면으로는 공권력이 부당하게 남용되어 행사되는 것과 이에 대한 상응한 조치가 취하여지지 않고 있는 것이다. 따라서 이에 대하여 행정안전부장관에게 촛불집회시위 과정에서 경찰이 일부 과도한 공격진압을 하여 일부의 시위대에게 부상을 입히는 등 인권침해를 한 사실이 인정되므로 이에 대한 지휘책임을 물어 경찰청장에게 경고할 것을 권고한다.

위에서 본 바와 같이 특정일자 집회에 다수의 시민과 경찰관이 부상을 당하였다. 이러한 점은 특정일에 경찰이 공격적인 진압작전을 펼친 것에 관련되어 있다고 판단된다. 따라서 경찰청장에게 집회시위 현장에서의 인권침해 행위의 재발방지를 위해 국민(진압경찰관 및 시위대, 주변의 시민)의 생명신체의 안전을 우선으로 하는 방어위주의 경비원칙(경찰에서는 이를 “안전진압,” “인내진압”이라고 부르고 있다)을 엄수할 것을 권고한다.

2008. 6. 28. 자정경 태평로와 종로 및 2008. 6. 1. 안국동 로타리 등에서 진행된 공격적인 진압작전으로 인해 진압경찰과 집회참여자들 및 주변의 시민들 다수가 부상을 입었다. 더구나 이러한 부상은 일부 시위자들로부터 동료가 폭행당한 것을 본 전의경 대원들의 우발적인 행태에 기인한 바도 있지만, 경찰이 공격적인 진압작전을 실시한데도

그 원인이 있다고 판단된다. 따라서 경찰청장에게 이러한 작전에 대한 지휘책임 및 불상사를 방지하여야 할 주의의무를 다하지 아니한 것에 대한 책임을 물어 당시 서울지방경찰청 소속 기동본부장과 4기동단장에 대해 징계조치할 것을 권고한다.

집회참가자가 진압경찰에 대하여 위험한 물건을 투척하는 것이 불법인 것과 같이, 진압경찰이 무장을 하지 아니하고 집회에 참가한 시민들 및 인근시민에 대하여 위험한 물건을 투척하는 것은 명백히 불법일 뿐만 아니라 생명·신체에 위해를 가할 여지가 매우 크다. 따라서 경찰청장에게 진압경찰들의 투척행위를 방지할 수 있는 대책을 마련할 것을 권고한다.

‘살수차’의 사용은 인체에 대한 심각한 위해를 가할 수 있고 실제 이러한 살수차의 사용으로 많은 시민들이 부상을 당하였음이 인정되므로 살수차의 사용에 있어서 매우 신중을 기하여야 할 것으로 판단된다. 따라서, 경찰청장에게 살수차 사용의 구체적 요건 즉, 최고 압력이나 최근 거리 등의 사용기준에 대해 부령 이상의 법적 규정을 마련할 것을 권고한다.

소화기의 원래 용도는 화재진화를 위한 것으로서 화염 등을 향하여 사용하는 것이 통상적인 용법인바, 소화기를 인체를 향하여 분사하는 것은 소화기의 통상적 용법에 해당하지 아니하고 분말가스가 인체에 위해를 끼칠 가능성이 있다. 따라서 경찰청장에게 소화기를 사람에 대해 직접 분사하여서는 아니되고 원래 용도인 소화용으로만 사용할 것을 권고한다.

경찰의 집회시위 현장에서의 통행차단조치는 어느 정도 그 필요성이 인정되지만, 적정한 범위를 벗어나 어떠한 예외 없이 전면적으로

통행을 차단하는 것은 집회참여자들뿐 아니라 인근 지역에 거주하는 주민과 시위현장을 통행하는 다수의 시민들의 통행을 부당하게 방해하는 것이라고 판단된다. 따라서 경찰청장에게 집회시위현장에서 집회시위와 관련되는 것으로 확인되지 않는 한 통행을 제한하지 말 것을 권고한다.

경찰청장에게 집회및시위에관한법률위반 혐의로 조사를 받는 피체포자에게 반성문이라는 내용과 형식의 자술서를 받는 관행을 중단할 것을 권고한다.

경찰청장에게 집회시위진압 등 경비업무시 전·의경대원들이 착용하는 의복에 상대방이 쉽게 알아볼 수 있는 식별표시를 부착하고 당해 업무를 담당하게 할 것을 권고한다. 이 점은 공권력의 행사과정에서 발생할 수 있는 인권침해행위를 방지하는 데에 기여할 것으로 판단된다.

사. 확성기 등의 사용제한

사례

시청 앞 주차장에서 350여명이 참가한 00단체 총파업 성사 결의대회에서 기준치 80db를 초과한 85db의 소음을 발생시켜 기준치 이하로 소음을 유지할 것을 명령하였으나 이에 불응한 채 집회를 계속 진행하였다.

■ 문제제기

집회를 개최할 때 발생하는 소음은 그 주변지역 제3자에게 피해를 주어 이를 규제해야 한다는 주장이 제기되었고, 2004년 집시법 개정 시 집회 개최시 확성기 사용을 규제할 수 있게 되었다.

그런데 이 때 규제할 수 있는 소음의 정도가 너무 애매하고 막연하게 규정되어 있어(특히 제2항의 경우 하한이 없어 자의적으로 행사되는 경우 침묵시위도 강제할 수 있다) 관할 경찰서장이 제한할 수 있는 집회 소음의 범위에 관해 문제가 제기되고 있다.

■ 관련 법규

- 집시법 제14조 (확성기등 사용의 제한) ① 집회 또는 시위의 주최자는 확성기, 북, 징, 팽과리 등의 기계·기구(이하 이 조에서 “확성기 등”이라 한다)를 사용하여 타인에게 심각한 피해를 주는 소음으로서 대통령령으로 정하는 기준을 위반하는 소음을 발생시켜서는 아니 된다.

- ② 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자가 제1항에 따른 기준을 초과하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우에는 그 기준 이하의 소음 유지 또는 확성기 등의 사용 중지를 명하거나 확성기 등의 일시보관 등 필요한 조치를 할 수 있다.

- 집시법 제24조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

- 4. 제14조제2항에 따른 명령을 위반하거나 필요한 조치를 거부·방해한 자

인권보호를 위한 직무가이드

집회를 개최할 때 유발되는 소음은 필연적으로 집회의 자유를 실현하는 과정에서 수반되는 것이므로 이 소음은 규제의 대상이 아니라 수인의 대상으로 볼 필요가 있다. 따라서 법 제14조 제1항과 시행령 별표 2의 소음 상한을 초과하지 않는 한, 확성기 사용 중지를 명하거나 보관 명령을 하는 것은 극히 예외적으로만 이루어져야 한다.

현장 경찰관이 소음을 측정하여 기준치를 초과하였을 경우, 주최자에게 확성기 등의 음량을 줄이거나 확성기 위치이동·방향조절 등을 이행토록 권유하고 기준 이하로 낮출 것을 고지한 다음, 불이행하는 경우 재측정을 거쳐 사용중지 등을 명하여야 한다.

아. 해산명령

사례

집회 신고 시간을 넘겨 집회가 계속되고 있자, 관할경찰관서장으로부터 권한을 부여받은 정보과장은 참가자들에게 ‘집회신고시간이 지난 불법집회 및 시위’라고 고지하고 해산을 설득하였다. 참가자들은 이를 무시하고 20여분가량 계속 시위를 하였는데 3회 이상 해산명령을 하고 10분 후부터 시위대에 대해 검거를 진행하였다.

■ 문제제기

집시법은 위법한 집회가 참가자들에 대하여 상당한 시간 내에 자진 해산할 것을 요청한 다음, 그 자진해산 요청에도 응하지 아니할 경우 해산을 명령할 수 있도록 정하고 있다. 해산명령이 적법한 경우 이에 응하지 않는 집회는 모두 위법한 집회가 되며 그 참가자들은 해산명

령 불응죄로 처벌된다. 하지만 형식적으로 신고범위나 법령이 정한 범위를 넘어서거나 위반되는 점이 있다고 하더라도 곧바로 해산명령을 하고 이에 대한 불응을 처벌할 수 있다고 할 수 있는지에 대해 문제가 제기되고 있다.

■ 관련 법규

• 집시법 제20조 (집회 또는 시위의 해산) ① 관할경찰관서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 집회 또는 시위에 대하여는 상당한 시간 이내에 자진(自進) 해산할 것을 요청하고 이에 따르지 아니하면 해산(解散)을 명할 수 있다.

1. 제5조 제1항, 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 집회 또는 시위
2. 제6조 제1항에 따른 신고를 하지 아니하거나 제8조 또는 제12조에 따라 금지된 집회 또는 시위
3. 제8조 제3항에 따른 제한, 제10조 단서 또는 제12조에 따른 조건을 위반하여 교통 소통 등 질서 유지에 직접적인 위험을 명백하게 초래한 집회 또는 시위
4. 제16조 제3항에 따른 종결 선언을 한 집회 또는 시위
5. 제16조 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 질서를 유지할 수 없는 집회 또는 시위

② 집회 또는 시위가 제1항에 따른 해산 명령을 받았을 때에는 모든 참가자는 지체 없이 해산하여야 한다.

■ 판례 및 결정례

- 집회의 금지와 해산은 예외적으로만 허용되어야 한다는 사례 (헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67,83(병합) 결정)

… 집회의 자유에 대한 제한은 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다.

- 해산명령 불응죄로 처벌하기 위한 ‘3회 해산명령’의 요건 (서울중앙지방법원 2004. 12. 22. 선고 2004노2984 판결)

시위현장에서 이루어진 첫번째 해산명령은 피고인이 없는 상태에서 시위현장에 처음 도착한 일부 시위참가자들에게 행하여졌고, 두번째 해산명령은 시위참가자들이 아닌 시위 주동자에게만 행하여졌으며, 세번째 해산명령에 이르러 비로소 시위참가자들에게 해산명령을 내렸다면, 피고인이 현행범인으로 체포되기 이전에 관할경찰관서장 등이 피고인을 포함한 시위참가자들에게 직접 ‘3회 이상’ 해산명령을 하였다고 보기 어려워 집회및시위에관한법률위반의 점에 대하여 무죄를 선고.

- 해산명령 불응죄는 해산의 대상이 되는 불법집회의 실질이 있어야 한다고 한 사례 (수원지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006고정4174 판결)

피고인들이 위험지역에서 금지통고된 불법집회의 참석을 위하여 집

결하였다는 이유로 해산명령을 내렸다고 기재되어 있을 뿐, 위 피고인들이 그 곳에서 어떠한 적극적 행위를 하였다고는 기재되어 있지 않다. 결국 위와 같이 해산명령의 대상이 되는 집회가 존재하였음이 인정되지 않는 이상(개회 예정이던 집회가 당국의 원천봉쇄에 따라 나중에 당초 계획과 달리 본정농협 앞 등 신정교회 부근에서 산발적으로 열렸다가, 처음부터 집회 장소가 변경될 수 있었다는 사정만으로 이러한 결론이 달라진다고는 할 수 없음은 물론이다) 가사 관할 경찰서장의 해산명령이 있었고, 위 피고인들이 이에 따르지 않았다고 하더라도, 그 해산명령 자체가 적법한 것이 아니어서, 피고인들을 그 위반죄로 처벌할 수는 없다.

- 신고사항의 일부 위반이 있다고 하더라도 그 자체로 미신고로 볼 수 없다고 한 사례 (대법원 2001. 10. 9. 선고 98다20929 판결)
(민가협이 1996. 8. 8. 죄수복을 입고 포승으로 몸을 묶은 채 행진을 시작하자 경찰은 이 상징행위가 애초 신고내용에 없다는 이유로 이를 제지한 것에 대하여 국가배상청구를 한 사건에서) 옥외집회 또는 시위가 그 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다고 하더라도 그 신고내용과 동일성이 유지되는 한 신고를 하지 아니한 것으로 볼 수 없고… 신고사항 미비나 신고범위 일탈하였다는 이유만으로 곧바로 당해 옥외집회 또는 시위 자체를 해산하거나 저지하여서는 아니될 것이고 옥외집회 또는 시위당시의 구체적인 상황에 비추어 볼 때 옥외집회 또는 시위의 신고사항 미비점이나 신고범위 일탈로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위험이 초래된 경우에 비로소 그 위험의 방지 제거에 적합한 제한조

치를 취할 수 있으며, 그 조치는 법령에 의하여 허용되는 범위 내에서 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것이다.

인권보호를 위한 직무가이드

해산명령을 할 때에는, 해산명령 요건에 해당하는지 엄격하게 심사할 필요가 있고, 요건에 해당한다고 하더라도 최소침해의 원칙과 법익균형 원칙에 반하여 경찰권의 과잉행사가 되지 않도록 자제할 필요가 있다. 즉 집회자의 집회의 자유 침해를 최소화시키는 시간, 장소 또는 집회 방법이나 물건 등에 변경을 가하여 제한통고를 함으로써 본래 계획하였던 집회를 할 수 있게 하고, 해산명령은 공공의 안녕과 질서를 직접적으로 명백하게 침해할 때에만 최후의 수단으로 사용하여야 한다.

자. 해산절차

사례

신고된 집회 장소를 벗어났다는 이유로 해산명령을 하겠다고 한 경찰은, 방송 장비를 이용하여 30초 간격으로 3차례 “해산하라”는 경고를 한 후, 곧바로 집회 참가자들을 체포하기 시작하였다.

■ 문제제기

해산대상 집회라고 하더라도 처음부터 강제해산을 할 수는 없는데, 해산과정은 경찰력을 물리적으로 투입하는 것이기 때문에 그 시점, 저항수위, 장애 요소 등에 따라 많은 돌발 상황이 생길 수 있으며, 인권 침해가 문제될 소지도 크다. 위법한 집회에 대한 해산이라고 할지라도

어떻게 해서든 해산할 수 있는 것은 아니므로 적법한 절차에 따라 해산하여야 한다.

■ 관련 법규

• 집시법 시행령 제17조 (집회 또는 시위의 자진 해산의 요청 등)
법 제20조에 따라 집회 또는 시위를 해산시키려는 때에는 관할 경찰관서장 또는 관할 경찰관서장으로 부터 권한을 부여받은 국가경찰공무원은 다음 각 호의 순서에 따라야 한다. 다만, 법 제20조제1항제1호·제2호 또는 제4호에 해당하는 집회·시위의 경우와 주최자·주관자·연락책임자 및 질서유지인이 집회 또는 시위 장소에 없는 경우에는 종결 선언의 요청을 생략할 수 있다.

1. 종결 선언의 요청 : 주최자에게 집회 또는 시위의 종결 선언을 요청하되, 주최자의 소재를 알 수 없는 경우에는 주관자·연락책임자 또는 질서유지인을 통하여 종결 선언을 요청할 수 있다.
2. 자진 해산의 요청 : 제1호의 종결 선언 요청에 따르지 아니하거나 종결 선언에도 불구하고 집회 또는 시위의 참가자들이 집회 또는 시위를 계속하는 경우에는 직접 참가자들에 대하여 자진 해산할 것을 요청한다.
3. 해산명령 및 직접 해산 : 제2호에 따른 자진 해산 요청에 따르지 아니하는 경우에는 세 번 이상 자진 해산할 것을 명령하고, 참가자들이 해산명령에도 불구하고 해산하지 아니하면 직접 해산시킬 수 있다.

• 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 [경찰청 훈령] 제87조 【불법 집회 해산할 때 유의사항】

- ① 경찰관은 불법집회의 경우 지속적인 경고로 불법성을 지적하여 자발적인 해산을 유도하고, 강제 해산시에는 필요 최소한의 물리력을 행사하여야 한다.
- ② 제1항에 의한 물리력을 사용할 때 장애인, 노약자, 아동에 대하여는 우선적으로 안전조치를 하여야 한다.

■ 판례 및 결정례

• ‘자진해산’이라는 용어가 중요한 것은 아니라고 한 사례 (대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2172 판결)

집회신고시간을 넘어 일몰시간 후에 집회 및 시위를 한 이 사건의 경우에는 관할경찰관서장 또는 관할경찰관서장으로부터 권한을 부여받은 경찰관은 참가자들에 대하여 상당한 시간 내에 자진해산할 것을 요청한 다음, 그 자진해산요청에도 응하지 아니할 경우 자진해산할 것을 명령할 수 있다고 할 것이며, 여기서 해산명령 이전에 자진해산할 것을 요청하도록 한 입법 취지에 비추어 볼 때, 반드시 ‘자진해산’이라는 용어를 사용하여 요청할 필요는 없고, 그 때 해산을 요청하는 언행 중에 스스로 해산하도록 청하는 취지가 포함되어 있으면 될 것이다. ... 경찰관들은 같은 날 18:30쯤 시위진압을 위해 사건현장에 도착하였고, 관할경찰관서장으로부터 권한을 부여받은 정보과장이 집회 및 시위참가자들에게 집회신고시간이 지난 불법집회 및 시위라면서 해산할 것을 설득하고 요구하였으나 참가자들은 40여 분 가량 계속 시위를 하다가 같은 날 19:10쯤 관할경찰관서장으로부터 권한을 부여

받은 경비교통과장이 3회 이상 해산명령을 하였고, 같은 날 19:20쯤
 검거명령을 내려 피고인을 비롯한 참가자들을 검거하였음을 알 수 있
 어, 비록 정보과장이 ‘자진해산’을 요청한다는 용어를 사용하지 않았
 다고 하더라도 스스로 해산할 것을 설득하거나 요구하였고 그로부터
 상당한 시간이 흐른 후 경비교통과장이 해산명령을 하였으므로 이는
 법 및 그 시행령에서 말하는 상당한 시간 이내에 자진해산할 것을 요
 청한 것에 해당한다고 할 것이다.

인권보호를 위한 직무가이드

시행령에 정해진 바와 같이 해산절차는 1) 종결선언 요청, 2) 자진해
 산 요청, 3) 해산 명령(3회 이상)을 거쳐 4) 직접 해산의 단계를 밟게
 되는데, 각각의 단계로 넘어 가기 전에 시위대의 규모, 시위의 진행
 양태에 따라 충분한 시간을 두어 가급적 직접 해산에 이르지 않도록
 할 필요가 있다(위 대법원 판례에 의하면 자진해산을 요청한 후 40분
 이 지난 후 해산명령을 시작하고, 3회 명령 후 10분이 지난 다음부터
 검거 시작).

경찰의 매뉴얼에 따르면 직접 해산을 위한 조치는 다음과 같은 절차
 를 따라야 한다고 한다 : 첫째, 시위대의 불법행위가 있을 경우 경
 고·설득방송을 실시한 후, 경찰이 더 이상 인내하면 안 된다는 판단
 되는 적절한 시점에 강제해산을 실시한다. 둘째, 대규모 시위대가 폭
 력으로 해산명령에 저항할 경우 물포 등 진압장비를 활용하여 극렬
 시위대를 분리·고착·현행범 체포하면서 해산절차를 진행한다. 좁은
 골목길, 시장, 지하철·철도역 구내, 건물 내부 등은 안전사고의 위험
 이 있으므로 무리한 추적을 자제하는 한편, 성당·사찰·교회 등 중
 교시설 및 정당당사는 사전에 시설 측의 양해를 구한 후 진입한다.
 만약 노약자·종교인·저명인사 등이 시위대 안에 포함되어 있을 경
 우 이들을 시위대와 분리한다. 셋째, 일몰 후 좁은 공간에 다수 인원

이 밀집하거나, 노약자·어린이·여성이 다수 참가한 집회는 강제해산시 안전사고 등 변수 발생이 우려되므로, 채증으로 사후 사법 조치가 이루어지도록 한다.

해산명령은 참가자들이 인지할 수 있는 방법으로 해산할 시간적 여유를 주면서 3회 이상 명령하여야 하고, 자진해산의 요청과 해산명령을 혼동하지 않도록 구분하여 현장 조치하여야 한다. 검거를 위해 무리하게 추적하는 것, 특히 좁은 골목길, 시장, 지하철·철도역 구내, 건물 내부 등 다수 시민이 이용하는 시설에서의 추적은 부상 등 사고를 초래할 수 있으므로, 삼가야 한다.

* 불법시위자에 대한 현행범인 체포 : 집시법을 기준으로 본다면, 주최자 또는 행위자의 경우에는 현행범 체포가 가능하나 단순한 집회 참가자는 금지시간(제10조)·금지장소(제11조) 위반과 교통소통을 위한 금지(제12조) 위반의 경우 법정 형이 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당(제23조제3호)하여 주거부정 이외에는 현행범 체포를 할 수 없다. 또한 체포가 가능한 경우라도 현행 형사소송법상 규정에 따라 1)범죄사실 요지, 2)체포이유, 3)변호인 선임권리, 4)변명기회 부여의 ‘미란다원칙’을 반드시 고지하도록 하고 있으며, 현행법상 ‘미란다원칙’은 ‘검사’ 또는 ‘사법경찰관’만이 고지할 수 있으므로 전의경은 그 주체가 될 수 없으며, ‘미란다원칙’은 피의자를 체포하는 현장에서 고지하는 것이 원칙이다.

5. 집회 현장 출입과 채증, 집회 방해

사례

적법한 신고를 마치고 진행되고 있는 시청 앞 집회에, 경찰관 2 사람이 혹시 모르는 불법행위에 대비하여 채증을 위해 사복을 입고 집회에 참석하였다. 집회 도중 캠퍼더 촬영을 계속하는 것을 이상하게 여긴 집회 참가자가 “당신 뭐냐? 경찰 프락치 아니냐?”며 문제를 제기하였고, 경찰이라는 사실이 밝혀지자 촬영한 필름을 내놓을 것을 요구하였다.

■ 문제제기

집회가 폭력적 단체행동으로 변질되지 않도록 하여 집회 현장에서 질서를 효과적으로 유지하기 위해서 경찰이 집회 현장에 머물면서, 촬영·녹음 등 채증을 하는 경우가 있다. 그런데 이는 한편으로 평화롭게 집회를 하려는 참가자들을 경찰의 감시 하에 두어 심리적으로 위축하는 등 집회의 자유를 침해하고, 기본권을 향유하는 집회 참가자들을 잠재적 범죄자로 취급한다는 점에서 바람직하지 못한 점이 있다. 집회의 자유가 보장되기 위해서는 외부로부터 간섭과 감시를 받지 않고 집회를 자유롭게 개최하고 진행시켜 나갈 수 있어야 하기 때문에, 타율적 감시 기능을 하는 경찰 채증(촬영·녹음)은 일반적으로 허용된다고 할 수 없다.

그래서 현행 집시법은 경찰관이 집회 현장에 출입할 때 정복을 입게 하는 등 일정한 제한을 두고 있으며, 촬영·녹음 등은 집회 장소에서 현재 형사상 범죄가 행해지고 형사상 증거보전의 필요성 및 긴급성이 인정되며, 촬영이나 녹음이 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법으로 이루어질 때 한하여 허용된다고 보아야 한다.

다른 한편 경찰이 집회 장소에서 피촬영자의 동의 없이 무단으로 촬영이나 녹음을 하여 무단으로 이것을 공표하거나 피촬영자의 열람이나 정정 또는 삭제 등의 요구를 들어주지 않는 것은 피촬영자의 초상권이나 개인정보자기결정권을 침해할 수 있다는 문제점이 있다.

■ 관련 법규

- 집시법 제19조 (경찰관의 출입) ① 경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 알리고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복(正服)을 입고

출입할 수 있다. 다만, 옥내집회 장소에 출입하는 것은 직무 집행을 위하여 긴급한 경우에만 할 수 있다.

- 집시법 제3조 (집회 및 시위에 대한 방해 금지) ① 누구든지 폭행, 협박, 그 밖의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다.

- 집시법 제22조 (벌칙) ① 제3조제1항 또는 제2항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 군인·검사 또는 경찰관이 제3조 제1항 또는 제2항을 위반한 경우에는 5년 이하의 징역에 처한다.

- **인권보호를 위한 경찰관직무규칙 (경찰청 훈령) 제88조 【채증 활동】**

- ① 경찰관서의 장은 집회시위 관련자의 인권침해의 예방과 사후 구제를 위하여 증거수집 활동을 할 수 있으며 집회시위 참가자에 의한 증거수집 활동도 보장하여야 한다.

- ② 수집한 증거는 제2의 초상권을 침해하거나 다른 목적으로 사용되지 않도록 철저히 관리하여야 하며, 보관의 필요성이 없어진 경우에는 즉시 폐기하여야 한다.

- **판례 및 결정례**

- 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후 등 요건이 갖추어져야 촬영이 허용된다고 한 사례 (대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결)

누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는

것은 아니고 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고, 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다.

• 집회장소로 가는 것을 막자 항의하는 장면을 촬영한 것이 인권침해라고 인정한 사례 (국가인권위 2007. 12. 28. 자 07진인442 직권남용에 의한 인권침해 등 결정)

공원에 집결하려는 시위대를 차단하고 금지통고 된 불법집회임을 설명하고 돌려보내라는 무전지시를 받았으며 이에 따라 진정인의 모습을 캠코더로 촬영한 행위는 진정인의 초상권을 침해하는 행위로서 원칙적으로 피촬영자의 동의를 얻어서 하여야 하나 대법원 판례는 예외적으로 피촬영자의 의사에 반하는 경우에도 영장 없이 사진촬영할 수 있는 경우의 요건으로 ① 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후, ② 증거보전의 필요성 내지 긴급성, ③ 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영되어야 함을 판시한 바 있다.

이 사건의 경우 피진정인들이 진정인의 의사에 반하여 영장 없이 진정인의 얼굴 기타 모습을 캠코더로 촬영한 사실은 인정되고 피진정인들이 주장하듯이 진정인이 자해행위를 하였다고 하더라도 자해행위가 범죄라고 볼 수 없으므로 예외적으로 적법한 사진 촬영이 허용되는 요건이 충족되지 않는다 할 것이다. 따라서 피진정인들이 진정인 동의 없이 진정인을 촬영한 행위는 진정인의 초상권 및 개인정보자기결정권을 침해하였다.

인권보호를 위한 직무가이드

집회는 잠재적 범죄행위가 아니라 헌법상 중요한 기본권의 향유라는 점에서 그 자유는 최대한 보호될 필요가 있고, 특히 공권력의 감시나 압박에 위축되지 않아야 한다. 따라서 증거수집 활동을 위해서라고 하여 이러한 집회의 자유를 침해하는 방식으로 이루어져서는 안 되며, 법에 정한대로 정복 차림으로 참가하고 집회에 방해되는 무리한 감시·채증 활동은 자제해야 한다. 우리 집시법도 경찰관이 집회를 방해하는 경우 다른 사람보다 가중하여 처벌함으로써 이 점을 강조하고 있다.

또한 집회에 참가하였다는 사실만으로 피촬영자가 자신의 초상권을 포기하였다고 볼 수는 없으므로 피촬영자의 동의 없이 무단으로 사진을 찍어 이를 공표해서는 안 되며, 이들을 모두 잠재적 범죄자로 보아 별건 범죄 수사를 위한 자료나 데이터베이스로 활용해서도 안 된다. 나아가 집회 장소에서 채증을 위해 촬영을 하거나 녹음을 하여 얻은 자료는 형사목적으로 사용될 가치가 없을 때에는 즉시 폐기하여 다른 목적으로 사용되지 못하도록 하는 것이 초상권이나 개인정보자기결정권을 침해하지 않는 것이 된다.

독일 연방집회법 제12조a 1항 : 경찰은 공개집회와 관련하여 질서를 이탈하거나 공개적 안전에 대한 중대한 위험이 발생했을 때 심문하거나 소환을 하기 위하여 사진촬영이나 녹음을 할 수 있다.

제2항 : 그 증거는 공개집회가 끝난 후 있으며, 공개집회가 끝난 후 관계자에 대해 형사상 소추가 필요 없을 때와 금지된 공개집회를 하거나 형사상 범죄가 있다고 의심되거나 공개집회나 행진으로 인해 다가올 중대한 위험이 걱정 또는 염려될 때와 같은 위험방지를 위한 개개의 경우가 필요 없어졌을 때 즉시 폐기하여야 하며, 적어도 3년 이내에는 폐기시켜야 한다.

제3항 : 질서위반법 또는 형사소송명령에 비례하여 소송에 제공된 개인정보는 그 후에는 사용하면 안 된다.

6. 집회참가자 중 소수자 · 취약계층(장애인, 노약자) 인권의 특별한 보호

다른 경찰력 행사와 마찬가지로 집회참가자 중 장애인, 노약자 중 취약계층이 포함되어 있는 경우에는 이들에 대한 특별한 배려가 필요하다.

인권보호를 위한 직무가이드

교통사고 등 안전사고 발생에 유의하여 여유 있게 집회를 관리하여야 한다.

과격함 폭력시위가 아닐 경우에는 최대한 인내하며 대응하여야 한다.
소방 · 구급차를 현장에 대기시켜 실신 등 안전사고 발생시 응급 후송체계를 구축하여야 한다.

불가피하게 살수차를 사용하는 경우에는 수압을 낮추어 안전하게 사용하되 근거리에서 분사하지 않도록 해야 한다.

기타 형사소송 절차와 인권

1. 형사소송 절차와 경찰관 직무집행: 논의의 필요성

경찰의 업무는 형사 소추 절차의 일부를 이룸에도 불구하고, 경찰이 수사·경비 활동 외에 형사소추 절차에서 담당하는 역할은 그다지 중요하게 다루어지지 않고 있으며, 특히 그 과정에서 피의자 인권 보호를 위하여 지켜야 할 준칙에 관해서는 논의가 거의 이루어지지 않았다. 그러나 검찰로 송치되기 이전 영장실질심사나 피의자 유치, 그리고 검찰 송치 없이 이루어지는 즉결심판 과정에서는 검찰이 아니라 경찰이 절차를 담당하고 피의자의 인권을 보장해야 하는 책임자라고 할 수 있으므로, 이들 절차에서 준수해야 할 인권보호준칙을 고려해야 한다.

■ 관련 법규

- 범죄수사규칙 [경찰청 훈령] 제9조(공판절차의 고려)

경찰관은 수사는 공소의 제기와 공판 심리의 전단계라는 점을 고려하여 증거를 확보하고 실체적 진실을 발견하기 위해 노력하여야 한다.

2. 구속 전 피의자심문(=영장실질심사) 절차

사례

경찰의 소환요구에 응해 조사를 받고 있던 피의자는 사전에 아무런 설명 없이 갑자기 ‘구속 전 피의자심문’이 진행될 것이라는 이야기를 듣고 경찰차를 타고 법원으로 향했다. 경찰차 안에서 수사를 담당하였던 경찰관은 “판사 앞에서 이상한 이야기를 하면 오히려 불리해진다”며 엄포를 놓았고, 피의자는 겁을 먹어 판사의 질문에 제대로 답을 못한 상태에서 심문을 마치게 되었다.

■ 문제제기

법원에 구속영장을 청구하는 것은 검사의 일이지만, 경찰에서 조사를 받고 있는 피의자에 대하여 검사에게 영장을 신청하는 것은 경찰의 일이다(형사소송법 제201조 제1항 본문 후단). 또한 사법경찰관의 신청에 의한 경우이든 검사의 독자적 판단으로 청구한 경우이든 경찰 조사 단계의 피의자를 구속 전 피의자심문에 출석시키는 것은 경찰관의 일이다. 이 때 피의자는 검사와는 한 차례 만나본 적도 없이 처음으로 법원의 심사를 받게 되는 것이므로, 담당경찰관은 피의자에게 절차에 대한 필요한 설명을 해줄 필요가 있고 인권보호 조치를 해야 할

책임이 있다(구속 전 피의자신문 자체의 상세한 내용에 관해서는 제3장 참조).

■ 관련 법규

- 사법경찰관리 직무규칙 [법무부령] 제22조(구속영장의 신청)

- ① 사법경찰관이 피의자에 대하여 구속영장을 신청하는 경우에는 별지 제14호부터 별지 제17호까지의 서식에 따른다. 체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하는 경우에는 체포영장·긴급체포서·현행범인 체포서 또는 현행범인 인수서를 제출하여야 한다.
- ② 사법경찰관은 피의자에 대하여 구속영장을 신청하면서 「형사소송법」 제209조에 따라 준용되는 같은 법 제70조제2항의 필요적 고려사항이 있는 경우에는 구속영장 신청서에 이를 기재하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 검사로부터 「형사소송법」 제201조의 2 제3항에 따른 심문기일과 장소를 통지받은 때에는 검사의 지휘를 받아 지정된 기일과 장소에 체포된 피의자를 출석시켜야 한다.

- 범죄수사규칙 [경찰청훈령] 제85조(구속영장 신청)

- ① 사법경찰관은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있고 다음 각 호의 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 구속영장을 신청할 수 있다.
 1. 피의자가 일정한 주거가 없는 때
 2. 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때
 3. 피의자가 도망하거나 도망할 염려할 염려가 있는 때

다만, 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

- ② 전항의 규정에 따라 구속 여부를 판단할 때에는 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려, 피의자의 연령, 건강상태 그 밖의 제반사항 등을 고려하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 구속영장을 신청할 때에는 체포영장, 긴급체포서, 현행범인체포서 또는 현행범인 인수서와 제1항 및 제2항의 사유를 인정할 수 있는 자료를 첨부하여야 하며 긴급체포 후 구속영장을 신청할 때에는 제81조 제1항 및 제2항의 사유를 인정할 수 있는 자료도 함께 첨부하여야 한다.
- ④ 사법경찰관은 영장 또는 현행범인으로 체포한 피의자에 대하여는 체포한 때로부터 48시간 내에 구속영장을 신청하되 검사의 영장청구 시한을 고려하여야 한다.
- ⑤ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 후 지체 없이 구속영장을 신청하되 검사의 영장청구 시한을 고려하여 48시간을 넘지 않도록 하여야 한다.
- ⑥ 사법경찰관은 구속영장을 신청하였을 때에는 별지 제62호 서식의 구속영장신청부에 필요한 사항을 등재하여야 한다.
- ⑦ 사법경찰관은 제2항, 제3항의 경우 구속영장을 발부받지 못하였을 때에는 즉시 피의자를 석방하여야 한다.

• 범죄수사규칙 제86조(구속전 피의자 심문)

경찰관은 검사로부터 「형사소송법」 제201조의2의 규정에 따라 심문기일과 장소를 통지받은 때에는 지정된 기일과 장소에 체포된 피의자를 출석시켜야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

경찰에 출석하거나 체포된 상태의 피의자에 대하여 구속영장을 신청할 때에는 이 사실을 피의자에게 알리고 구속전 피의자 심문의 취지를 설명하여 피의자가 가족들에게 알리고 변호인 선임 등을 준비할 수 있게 해야 한다. 구속영장이 청구되어 심문기일과 장소가 통지되었을 때 이를 피의자와 변호인에게 통지할 의무는 판사에게 있지만(형사소송법 제201조의 2 제3항) 통지가 늦게 이루어지거나 그 변호인 선임 사실이 법원에 제대로 인지되지 않아 통지가 흠결되는 경우가 있을 수 있으므로 적어도 경찰에 신병이 확보되어 있는 피의자와 경찰서에 변호인선임계가 접수된 변호인에 대해서는 경찰에서도 통지할 필요가 있다.

3. 유치 중 변호인 접견

사례

2006년 4월 평택 미군기지 확장 저지 범국민대책위원회에 참여했다가 공무집행방해 혐의로 체포된 피의자들이 ○○경찰서 유치장에 수용되었다. 한 피의자가 자신이 가지고 있던 핸드폰으로 자신의 소속 단체에 연락하여 변호인의 도움을 요청했으며, 연락을 받은 변호사가 경찰서에 도착해 경찰에 접견신청서와 변호사 신분증을 제출하는 통상의 절차를 밟아 접견을 신청했다. 하지만 경찰은 변호인의 접견신청만으로는 더 이상 접견이 불가하고 변호인선임서를 제출할 것을 거듭 요구하면서 접견을 불허했다.

■ 문제제기

피의자가 경찰에서 조사를 받는 절차나 유치되어 있는 상태는 형사소추 절차의 첫 단계이며 특히 구속 등 신병이 결정되는 시기라는 점

에서 변호인의 도움이 절실하다. 일반인은 형사절차상 최초로 사회와 단절되는 곳이 경찰서 유치장이므로 비록 유치기간이 짧더라도 구치소나 교도소보다 심리적으로 더 불안감을 느끼는 장소이기도 하다. 그렇기 때문에 시민인권 보호라는 측면에서 더욱더 관심이 필요한 부분이다.

특히 구속 전 피의자심문이나 구속적부심 등 구제절차를 밟으려고 할 때에는 긴박하게 변호인 접견이 필요한데, 경찰서 유치장에서 종종 접견을 제한하거나 방해받는 일이 발생하고 있다.

■ 관련 법규

- 형사소송법 제34조 (피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)

변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

- 형의 집행 및 수용자 처우에 관한 법률 제84조(변호인과의 접견 및 서신수수)

- ① 제41조제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다. 이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.
- ② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.
- ③ 제43조제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 서신

은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

- **사법경찰관리 집무규칙 [법무부령] 제28조(피의자의 접견 등)**

- ① 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 체포·구속된 피의자와의 접견, 서류·물건의 접수 또는 수진을 요청할 때에는 친절하게 응하여야 한다.
- ② 변호인 아닌 자로부터 제1항의 요청이 있을 때에도 「형사소송법」 제91조 소정의 사유가 없는 한 제1항에 준한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 접견 등의 장소는 될 수 있는 대로 유치장 이외의 방실에서 하도록 하여야 한다.

- **피의자 호송 및 유치규칙 [경찰청 훈령] 제33조 (변호인과의 접견, 접수)**

- ① 유치인에 대하여 변호인(선임권이 있는 자의 의뢰에 의하여 변호인이 되려는 자를 포함한다)으로부터 유치인과의 접견 또는 서류 기타 물건의 접수신청이 있을 때에는 유치인보호 주무자는 친절하게 응하여야 한다. 이 경우에는 그 변호인이 형사소송법 제30조의 규정에 의하여 선임된 자 또는 변호인이 되려고 하는 자에 대하여는 그 신분을 확인하여야 한다.
- ② 유치인보호 주무자는 제1항의 규정에 의한 접견 또는 기타 서류의 접수에 있어 변호인 접견실 기타 접견에 적당한 장소를 제공하여야 한다.

• 피의자 호송 및 유치규칙 제36조(접견의 장소 등)

- ① 접견은 접견실 등 유치장 이외의 지정된 장소에서 실시하여야 한다.
- ② 비변호인이 접견할 경우에는 유치인보호 주무자가 지정한 경찰관이 입회하되, 도주 및 증거인멸의 우려가 없다고 인정되는 때에는 경찰관이 입회하지 않을 수 있다. 다만, 당해사건의 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 접견하는 경우에는 경찰관이 입회하여서는 아니된다.
- ③ 경찰관이 입회하지 않는 경우라도 도주, 자해, 통모 등의 방지를 위해 가시거리에서 관찰할 수 있다.

• 피의자 호송 및 유치규칙 제37조(접견시간 및 요령)

- ① 유치인의 접견은 다음의 구분에 따라 실시한다.
 1. 평일에는 09:00~21:00까지로 한다. 다만, 원거리에서 온 접견 희망자 등 특별한 경우에는 경찰서장의 허가를 받아 22:00까지 연장할 수 있다.
 2. 토요일 및 일요일과 공휴일은 09:00~20:00까지로 한다.
 3. 대용감방의 경우에는 구치소 미결수에 준하여 유치인 접견시간을 조정할 수 있다.
- ② 유치인의 접견 시간은 1회에 30분이내로, 접견횟수는 1일 3회 이내로 하여 접수순서에 따라 접견자의 수를 고려 균등하게 시간을 배분하여야 한다. 다만, 변호인과의 접견은 예외로 한다.
- ③ 제33조 내지 제36조의 규정에 의한 접견시에는 접견을 신청한

자의 성명, 직업, 주소, 연령 및 유치인과의 관계를 기록하여야 한다. 다만, 경찰관이 입회한 경우에는 면담의 요지를 기록하여야 한다.

- 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 [경찰청 훈령] 제7조 【접견 교통권 등 보장】

경찰관은 법률에 보장된, 피의자의 변호인 및 변호인이 되려는 자와의 접견, 물건 등의 수수, 의료검진 등의 권리를 보장하여야 한다.

인권보호를 위한 직무가이드

피의자가 경찰에서 조사를 받거나 유치 중일 때, 변호인 접견권은 충분히 보장되어야 한다. 선임여부를 불문하고 접견이 허용되어야 하며 시간과 횟수를 제한해서는 안 된다. 유치장이 아닌 접견실 기타 장소를 제공하고, 경찰관이 입회하거나 접견 내용이 들릴 수 있는 장소에 있어서는 안 된다.

4. 즉결심판과 인권

사례

이웃집 때문에 광고물을 붙이다가 경찰에게 들켰는데 경범죄처벌법 위반으로 현행범인 체포를 하겠다고 하였다. 파출소로 갔더니 파출소장은 “특별히 봐주어 즉결로 끝내기로 했다”며 일단 경찰서로 가자고 한다. 경찰서에서는 방법과장이라는 사람이 “즉결심판을 받게 되지만, 반성문을 쓰면 귀가시켜 주겠다”고 하면서 엄포를 놓았다.

■ 문제제기

즉결심판의 재판은 검사의 기소독점주의에 대한 하나의 예외로서 경찰서장이 청구할 수 있는 재판이다. 따라서 수사 뿐 아니라 형사소 추까지도 책임지고 있는 경찰은 즉결심판 사건을 처리할 때 인권침해가 없도록 더욱 더 유의하여야 한다.

■ 관련 법규

• 즉결심판에 관한 절차법 제3조(즉결심판청구)

- ① 즉결심판은 관할경찰서장 또는 관할해양경찰서장(이하 “경찰서장”이라 한다)이 관할법원에 이를 청구한다.
- ② 즉결심판을 청구함에는 즉결심판청구서를 제출하여야 하며, 즉결심판청구서에는 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, 죄명, 범죄사실과 적용법조를 기재하여야 한다.
- ③ 즉결심판을 청구할 때에는 사전에 피고인에게 즉결심판의 절차를 이해하는 데 필요한 사항을 서면 또는 구두로 알려주어야 한다.

■ 판례 및 결정례

• 즉결심판 피의자라는 이유로 구금·유치한 것이 불법감금이라고 한 사례 (대법원 1997. 6. 13. 선고 97도877 판결)

감금죄에 있어서의 감금행위는 사람으로 하여금 일정한 장소 밖으로 나가지 못하도록 하여 신체의 자유를 제한하는 행위를 가리키는 것이고, 그 방법은 반드시 물리적, 유형적 장애를 사용하는 경우뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하는 경우도 포함되는 것이므로, 설

사 그 장소가 경찰서 내 대기실로서 일반인과 면회인 및 경찰관이 수시로 출입하는 곳이고 여닫이문만 열면 나갈 수 있도록 된 구조라 하여도 경찰서 밖으로 나가지 못하도록 그 신체의 자유를 제한하는 유형, 무형의 억압이 있었다면 이는 감금에 해당한다.

… 피고인이 피해자의 정당한 귀가요청을 거절한 채 경찰서 보호실 직원에게 피해자의 신병을 인도하고 다음날 즉결심판법정이 열릴 때까지 피해자를 경찰서 보호실에 강제유치를 시키려고 함으로써 피해자를 즉결피의자 대기실에 10-20분 동안 있게 하고, 이로 인하여 피해자를 위 보호실에 밀어 넣으려 하는 과정에서 피해자로 하여금 치료일수를 알 수 없는 우견갑부좌상 등을 입게 한 점에 대하여 범죄의 증명이 있다. … 형사소송법이나 경직법 등의 법률에 정하여진 구금 또는 보호유치 요건에 의하지 아니하고는 즉결심판 피의자라는 사유만으로 피의자를 구금, 유치할 수 있는 아무런 법률상 근거가 없고, 경찰 업무상 그러한 관행이나 지침이 있었다 하더라도 이로써 원칙적으로 금지되어 있는 인신구속을 행할 수 있는 근거로 할 수 없다는 이유로 위 주장을 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 형법 제 20조 소정의 정당행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

인권보호를 위한 직무가이드

검사기소주의의 예외가 되는 즉결심판제도가 경미범죄자의 인권을 침해하는 방향으로 악용되어서는 안 된다. 경찰서장은 즉결재판 청구권을 남용하지 말아야 하고, 특히 주요사건을 수사하기 위하여 경미한 범죄사건으로 즉결심판을 청구하여 구류형을 선고받아 그 신병을 확보한 후 본래의 중요사건을 수사하는 별건수사의 방법으로 즉결심

판제도를 남용하여서도 안 된다.

즉결사범의 단속은 대개 최일선 경찰단위부서인 파출소에서 이루어지고 경범죄처벌법이 주종을 이루는데, 경범죄처벌법 위반이라도 법정 벌금형이 50만원을 초과하는 현행범의 체포는 가능하지만 법정 벌금형 50만원 이하에 해당하는 대상자의 경우는 주거 불명시에만 가능하므로 피의자가 신분을 밝히지 않고 묵비하는 경우에는 신분이 명확해질 때까지 그를 주거불명으로서 체포할 수는 있지만, 단속시 일정한 주거를 밝히는 경우에는 그를 파출소로 강제연행하는 것은 불가능하다. 이 경우 임의동행도 거부하는 때에는 현장에서 서류작성을 하여야 하며, 체포 후라도 일정한 신분을 밝히는 경우에는 그를 석방하여야 한다.

즉결심판의 대상이 되는 경미범죄자에 대해서 경찰은 원칙적으로 비보호(귀가조치) 상태에서 즉결심판을 청구하여야 하는데, 주거가 입증된 피의자라 하더라도 가족이 와서 신원보증을 해야 비로소 그를 귀가시키는 관행은 위법한 것이다.

■ 맺음말

우리는 지금까지 인권에 대한 일반적인 이해, 인권옹호를 위해 설립된 국가인권위원회의 역할과 일하는 절차, 경찰과 관련된 대표적인 인권침해 유형들과 변화를 위한 인권직무지침 등을 살펴보았다. 인권은 아주 간단한 개념이지만 그것의 종류가 다양하고 그 실천 역시 단순하지 않다. 국가인권위원회가 설립되었으나 그것의 국제적 의미나 국내적 역할을 본 궤도에 올려놓자면 아직도 많은 시간과 노력을 필요로 한다.

민주주의를 막 회복하기 시작한 한국 사회가 인권의 가치를 미래의 중요한 지향점으로 꼽은 것은 펍 고무적인 현상이다. 여기서 법집행 공직자인 경찰 인권교육은 큰 의미를 지닌다. 모든 법집행 공직자는 인권의 수호자가 되어야 하기 때문이다. 경제적으로 잘 사는 것만으로는 선진국이라 할 수 없다. 국제사회가 진정한 선진국으로 인정하는 나라는 줄부의 나라가 아니라 인권을 존중하고 인도적 가치가 보장되는 나라이다. 사실 한국은 아시아권의 다른 나라들이 민주화의 경험을

전수받고 싶어하는 나라이다. 우리의 오랜 인권투쟁에 대해 존경심을 표하는 세계인을 많이 접할 수 있다. 이런 자랑스런 전통, 정의와 인간존중이 살아 있는 전통을 발판 삼아 “국민과 함께 하는 아름다운 경찰” “선진 인권경찰”이 표어가 아닌 현실이 된다면 우리는 지구촌 사회에 또 다른 모범으로 주목을 받게 될 것이다.



생각해 볼 거리

- ◎ 인권의 큰 종류를 3가지 들어 보라.
- ◎ 지난 20년간 한국의 역사 속에서 기억나는 인권침해 사건을 꼽아 보라.
- ◎ 자신의 직무와 관련해서 국가인권위원회에 보낼 가상의 진정서를 써 보라.
- ◎ 학창시절 학교에서 겪었던 권리침해의 경험을 열거하라.
- ◎ 자신이 대통령이라면 인권 향상을 위해 어떤 조치를 취하겠는가?



이야기 거리

- ◎ 직무상 다루게 되는 인권의 종류가 어떤 것이 있는지 토론허기
- ◎ 피의자와 조사자의 입장을 바꿔서 역할 체험하기

- ◎ 구금자 입장이 되어서 한 나절 동안 유치장 체험하기
- ◎ 두 명이 한 조가 되어 세계인권선언을 읽고 쉽게 설명해 주기
- ◎ 자신이 체험한 인권침해 사례를 조원들 앞에서 발표하기
- ◎ 국가인권위원회 진정 및 구제 처리절차를 이해하고 설명해주기



읽을 거리

- ◎ 강금실 등, 《형사처리과정과 인권》, 민주사회를 위한 변호사 모임, 1999.
- ◎ 박종기, 《인권수호지침》, 한국기독교협의회 인권위원회, 1988.
- ◎ 박찬운, 《인권법》, 도서출판 한울, 2008.
- ◎ 유네스코 한국위원회 엮음, 《인권이란 무엇인가》, 도서출판 오름, 1995.
- ◎ 인권법교재발간위원회, 《인권법》, 아카넷, 2006.
- ◎ 이희훈, 《집회의 자유와 집시법》, 경인문화사, 2009.
- ◎ 조효제, 《인권의 문법》, 후마니타스, 2007.
- ◎ 카렐 바삭 편(박홍규 역), 《인권론》, 실천문화사, 1986.
- ◎ 토마스 버겐탈, 《국제인권법 개론》, 교육과학사.
- ◎ 한상범, 《인권수첩》, 현암사, 1999.
- ◎ 헨리 J. 에이브러햄(윤후정 옮김), 《미국대법원 판례 기본적인 권과 재판》, 이대출판부, 1992.
- ◎ 황교안, 《집회시위법 해설》, 박영사, 2009.

- ◎ 황정근, 《인신구속과 인권》, 법영사, 1999.
- ◎ 민주사회를 위한 변호사모임, 《쫓지마 형사절차》, 사람생각, 2009.
- ◎ 천주교 인권위원회, 《유치장 인권매뉴얼》, 2010.
- ◎ 수사절차상 피의자의 변호권에 관한 연구, <한국형사정책연구원 연구보고서> 93-21, 1994.
- ◎ 강제수사절차의 개선방안, <한국형사정책연구원 연구보고서> 90-24, 1991.
- ◎ 집회·시위에 대한 경찰대응 기준과 개선방안, <한국형사정책연구원 연구보고서>, 2009.
- ◎ 집회·시위의 자유, 공익과 인권-06, 사람생각, 2003.
- ◎ Amnesty International, *Fair Trials Manual*, 1998.

경찰이 준수해야 할 10대 인권지침

1. 배경

경찰의 인권의식을 높이고 인권침해를 방지하기 위하여 UN에서도 많은 노력을 기울이고 있다. UN에서는 ‘세계인권선언’을 보다 적극적으로 실천하기 위하여 경찰업무의 특수성을 감안한 여러 선언과 원칙과 지침들을 제정하고 선포하였으며 각 회원국들에게 경찰의 전 교육과정(신입, 기본, 보수, 전문)에 걸쳐 ‘UN 경찰행동강령’ 등 경찰관에게 적용되는 국제적 인권지침에 대해 교육해야 한다고 요구하고 있다. 아울러 이러한 인권지침은 일반국민들에게도 널리 알려야 하며 어떠한 경우에도 준수해야 하고 국내법과 제도 및 업무관행 등에 반영해야 한다고 권고하고 있다. 특히, 국가긴급사태 등 어떠한 응급상황도 이러한 인권지침의 위반을 합리화 내지 정당화할 수 없다는 것을 분명히 강조하고 있다.

이에 이러한 국제적 기준에 부합하는 동시에 우리 실정법에도 근거한 ‘경찰관이 지켜야 할 10대 인권지침’을 제시하고자 한다. ‘경찰 10

대 인권지침'은 국제사면위원회(Amnesty International)가 세계 여러 나라의 경찰대표 및 전문가들과 협의한 끝에, 세계인권선언 및 UN의 경찰 인권기준과 원칙들을 토대로 하여 채택한 '법집행 공무원을 위한 10가지 기본 인권기준(10 Basic Human Rights Standards for Law Enforcement Officials)'을 중심으로 하여 작성되었다. 그러므로 '경찰관이 지켜야할 10대 인권지침'은 국제적 인권수준에 부합하는, 가장 기본적이며 반드시 준수되어야 할 내용만을 간추려 정리한 것으로 보면 될 것이다. 앞으로 경찰에서는 이 기본지침을 출발점으로 삼아 보다 구체적인 실천지침을 마련하여 교육하고 실행해 나가야 할 것이다.

이미 '경찰관이 지켜야할 10대 인권지침'의 많은 내용들은 헌법과 형사소송법, 국가공무원법, 경찰관 직무집행법 및 기타 형사절차법규와 특별법 등에 구현되고 규정되어 있다. 하지만, 그 중 일부 내용은 법규의 해석이나 판례 연구 등을 통해 주의 깊게 고찰해야만 구체적인 행동의 지침이나 방법 등을 분명하게 이해할 수 있다. 그렇기 때문에, 국제적 인권수준과 국내법이 요구하는 구체적인 경찰업무와 경찰관의 행동을 명확히 정리하여 제시해 줄 '경찰관이 지켜야 할 인권지침'을 마련할 필요가 있다고 하겠다. 즉 '경찰관이 지켜야 할 10대 인권지침'을 통해 현장에서 근무하는 경찰관들에게 혼란이나 갈등 없이, 국제적 인권수준에 부합하는 합법적이고 바람직한 행동과 태도가 무엇인지를 명확하게 알려 주는 기본지침이자 교육자료를 마련하고자 하는 것이다.

경찰의 본질적 임무가 '인간의 생명과 재산 보호'라는 것을 상기할 때, 비록 일부 경찰관행과 하위 문화가 몇몇 '인권지침'의 취지와 충돌하고, 아직 '인권지침'의 적극적 실천에 수반되는 경찰관의 정당한

법집행을 지원하고 보호해 줄 법적 장치가 부족한 실정이며, 과중한 업무 등 적극적인 인권보호에 나설 여건이 성숙되어 있지 않은 현실을 인정하더라도, ‘인권의 보호’야말로 결코 타협하거나 양보할 수 없는 가치라는 것을 잊지 말아야 하겠다.

2. 관련 국제 협약 및 규칙

‘경찰관이 지켜야할 10대 인권지침’의 제정에 참고가 되고, 그 내용에 포함된 인권 관련 국제협약, 기준 및 지침들은 다음과 같다.

■ 경찰 및 법집행과 직결되는 세계인권선언의 조항들

- [세계인권선언 제3조] 누구든지 생명과 자유 및 안전을 누릴 권리가 있다.
- [세계인권선언 제5조] 어느 누구도 고문 또는 잔혹하거나 비인간적이거나 모멸적인 대우나 처벌을 받지 않아야 한다.
- [세계인권선언 제7조] 모든 사람은 법 앞에 평등하며 어떤 사유로도 차별받지 않고 법의 보호를 받을 자격이 있다.
- [세계인권선언 제9조] 어느 누구도 불법적인 체포나 구금을 당해서는 안 된다.
- [세계인권선언 제11조의 1] 형법 위반으로 입건된 사람은 누구든지, 자신의 변호를 위한 모든 수단이 허용된 공개재판에서 법에 따라 유죄가 확정되기 전까지는 무죄로 추정 받을 권리가 있다.
- [세계인권선언 제19조] 누구든지 사상과 표현의 자유를 가진다.
- [세계인권선언 제20조] 누구든지 평화로운 집회와 결사의 자유를 가지며, 동시에 어떤 모임에도 참여할 것을 강제당하지 않아야 한다.

■ 경찰 및 법집행과 직결되는 세계인권선언의 조항들

- 시민권 및 정치적 권리에 관한 UN 국제협약
- 고문, 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모멸적인 처우나 처벌에 반대하는 UN 협정
- 어린이의 권리에 관한 UN 협약
- 여성에 대한 모든 종류의 차별 근절에 대한 UN 협약
- UN 경찰 행동강령
- UN 경찰 행동강령의 효과적 실행을 위한 UN 지침
- 탈법적, 자의적 및 약식 처형의 효과적 예방과 조사를 위한 UN 원칙
- 모든 사람을 강제적 행방불명으로부터 보호하기 위한 UN 선언
- 경찰관의 무력 및 총기사용에 관한 UN 기본수칙
- 재소자의 처우에 관한 UN 표준규칙
- 모든 종류의 구금이나 구속상태에 있는 사람들의 보호를 위한 UN 규약집
- 자유를 박탈당한 청소년 보호를 위한 UN 규칙
- UN 대여성 폭력 근절 선언
- 범죄와 권력남용 피해자를 위한 정의의 기본원칙에 대한 UN 선언

이러한 UN 경찰행동강령과 원칙들은 경찰업무의 인본주의적 집행을 위해 다음과 같은 필수 조건과 수칙들을 제시하고 있다.

- 모든 경찰관서는 지역사회 전체를 대표하며, 그 요구에 부응하는 동시에 지역사회에 대하여 책임을 져야 한다.
- 경찰관들의 인권의식을 효과적으로 향상, 유지하기 위해서는 무엇보다 실정에 맞게 인본주의적으로 잘 정비된 법체계가 제대로 준수되도록 하여야 한다.
- 경찰관 개개인은 국가형사사법체계의 일원으로서 범죄를 예방하고 통제함을 본질적 목적으로 삼고, 자신의 행동은 전체 형사사법체계에 영향을 미침을 명심하여야 한다.
- 모든 경찰조직은 교육과 훈련, 기강관리 절차를 통하여 국제인권기준이 준수될 수 있도록 하여야 하며, 언제든지 경찰관의 행동에 대한 공개된 외부조사가 이루어질 수 있도록 보장하여야 한다.
- 경찰관의 인권기준은 교육과 훈련 및 철저한 감독체제를 통해 현실적인 규범으로 자리잡지 않는 한, 실질적인 효과를 거두지 못할 우려가 있다.

3. 경찰관이 지켜야 할 10대 인권지침

인권지침 1

경찰관은 모든 사람이 어떤 사유로도 차별받지 않고 동등한 법의 보호를 받을 권리가 있음을 명심하여야 한다. 특히, 폭력과 협박의 위협에 처한 사람은 분명하고 적극적으로 보호해 주어야 한다. 경찰관은 특히 어린이, 노인, 여성, 피난민, 가출인 및 사회적 소수 등 폭력과 협박의 피해에 노출될 우려가 큰 사람들에게 대해서는 특별히 더 적극적으로 보호해 주어야 한다.

인권지침 2

경찰관은 모든 범죄 피해자를 ‘연민과 존중’의 마음을 가지고 대해야 하며, 특별히 그들의 안전과 사생활을 보호해 주어야 한다.

인권지침 3

경찰관은 오직 법이 허용하는 ‘반드시 필요할 경우’에만 무력을 사용하여야 하며, 사용하더라도 상황에 따른 필요 최소한 정도만을 사용하여야 한다.

인권지침 4

경찰은 불법적이지만 평화적인 집회나 시위를 통제할 때에는 가급적 물리력을 사용하지 않아야 한다. 폭력적인 집회를 해산할 때에도 오직 필요 최소한의 물리력만을 사용하여야 한다.

인권지침 5

경찰관은 “자신이나 타인의 생명을 보호하기 위해 반드시 필요한 경우”를 제외하고는 총기 등 살상용 무기를 사용해서는 안 된다.

인권지침 6

경찰관은 법적인 근거 없이 어느 누구도 체포해서는 안 되며, 체포를 할 경우에는 적법절차를 반드시 준수하여야 한다.

인권지침 7

경찰은 체포 즉시 체포된 사람이 가족 및 변호인과 접촉할 수 있도록 해 주어야 하며, 필요할 경우 의료서비스를 받도록 해 주어야 한다.

인권지침 8

체포 또는 구금된 모든 사람은 인간적인 대우를 받아야 한다. 경찰관은 결코, 어떤 경우에도, 고문 혹은 가혹행위를 행하거나 조장하거나 묵과해서는 안 되며 이에 대한 어떠한 지시 명령도 거부하여야 한다.

인권지침 9

경찰관은 결코 ‘탈법적 처형’을 행하거나 사람을 ‘행방불명’되게 하여서는 안 되며 이를 지시하거나 은폐해서도 안 된다. 또한 이에 대한 어떠한 지시 명령도 거부하여야 한다.

인권지침 10

경찰관은 위 기본인권지침에 위반되는 행위를 발견하게 되면 이를 반드시 상급자나 검찰, 혹은 인권위원회에 보고해야 하며 이에 대한 조사가 이루어질 수 있도록 자신의 권한 내에서 가능한 모든 조치를 취하여야 한다.

인권의식 자가진단 퀴즈

♠ 당신은 인권에 대하여 얼마나 알고 계십니까?

자신의 지식 또는 인식 정도를 측정해 보십시오(다음 문항에 **OX**로 답하십시오).

1. 사람마다 능력과 지위가 다르기 때문에 각자의 사회적 가치와 역할에 따라 인권의 개념도 달리 적용되어야 한다. ()
2. 범죄 피해자의 안전과 사생활 보호 등은 경찰이 적극적으로 수행해야 할 경찰의 고유업무로 보아야 한다. ()
3. 무기의 휴대와 사용은 경찰의 가장 두드러진 특징이므로 경찰관은 가급적 적극적으로 무기를 사용하여야 한다. ()
4. 합법적인 집회는 최대한 보호해 주어야 하지만, 불법적인 집회는 예외 없이 강력하고 단호하게 진압해야 한다. ()
5. 절도 용의자가 체포에 불응하고 사격경고도 무시하고 도주할 때에는 생명을 위협하지 않는 하체 부위를 겨냥해 사격하여야 한다. ()
6. 경찰관은 결코 어떤 경우에도, 어떤 예외도 없이, 법적인 근거 없이 사람을 체포해서는 안 된다. ()
7. 체포 후 24시간이 지나면, 용의자가 가족이나 변호사와 접촉할 수 있도록 해 주어야 한다. ()
8. 상관이 자백을 얻기 위한 가혹행위를 지시할 경우, 지시철회 요청을 하고 그 요청이 받아들여지지 않을 경우에는 일단 지시사항을 수행한 후 계통을 밝아 이를 보고한다. ()
9. 대간첩 작전이나 반란 등 준 전시 상황에서는 국가안보와 국민의 안전을 해할 우려가 있는 적이나 반란군을 검거하면 현장에서 사살할 수 있다. ()
10. 실정법 위반이 아닌 동료 경찰관의 인권침해 행위를 발견하면 주의를 주어야 한다. ()
11. 인권 문제는 법과는 관련이 없는 윤리적, 도덕적 문제이므로 각자의 판단에 맡겨야 한다. ()
12. 인권을 지나치게 강조하면 경찰목적 달성에 장애가 되므로 주의해야 한다. ()
13. 피해자의 인권을 보호하기 위해서는 그만큼 피의자의 인권이 제약될 수밖에 없다. ()

인권의식 자가진단 퀴즈 해설

1. 답 (X)

‘세계인권선언 제7조’는 “모든 사람은 법 앞에 평등하며 어떤 사유로도 차별받지 않고 법의 보호를 받을 자격이 있다”고 천명하고 있으며 우리 헌법 제11조도 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하고 있다.

2. 답 (O)

우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 규정하고 있으며, 제30조는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”라고 규정하고 있어 국가를 대표하는 경찰에게는 기본권을 침해당한 피해자의 안전과 사생활 등 기본권을 보호해 주어야 할 의무가 부여된다고 할 수 있다.

아울러, 경찰법 제3조는 경찰의 임무를 “국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 모집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서 유지”라고 규정하고 있으며, 경찰관 직무집행법은 제4조에서 경찰관은 “미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자”를 발견하면 “보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다”라고 규정하고 있어 범죄 피해를 당해 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입었거나 공포, 두려움 등으로 인해 정서·심리적 불안정 상태에 있

는 피해자에게 적극적으로 필요한 보호나 지원을 제공하는 것은 경찰의 본질적 임무라고 할 수 있다.

3. 답 : (X)

총기 등 무기의 사용은 사망이나 중대한 부상을 야기할 수 있기 때문에 매우 엄격하게 규제되어야 하는 ‘최후의 수단’이다. ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’(대통령령)에 따르면 무엇보다 경찰장비는 통상의 용법에 따라 필요한 최소한의 범위 안에서 사용하여야 한다(제3조). 구체적으로 동 규정 제4조와 제5조는 영장집행 등 또는 자살방지 등에 따른 수감·포승 또는 호송용 포승의 사용에 있어서, 제6조는 불법집회 등에서의 경찰봉·호신용 경봉의 사용에 있어서 이러한 비례성의 원칙을 선언하고 있다. 특히 경찰관이 경찰봉 또는 호신용 경봉을 사용하는 때에는 인명 또는 신체에 대한 위해를 최소화하도록 주의하여야 한다(제7조). 그리고 경찰관은 14세 미만의 자 또는 임신부에 대하여 전자충격기 또는 전자발광을 사용하여서는 아니 되고, 전극침 발사장치가 있는 전자충격기를 사용하는 경우 상대방의 얼굴을 향하여 전극침을 발사하여서는 아니 된다(제8조).

사람을 향하여 권총 또는 소총을 발사하고자 하는 때에는 미리 구두 또는 공포탄에 의한 사격으로 상대방에게 경고하여야 한다. 다만, 경찰관을 급습하거나 타인의 생명·신체에 대한 중대한 위협을 야기하는 범행이 목전에 실행되고 있는 등 상황이 급박하여 특히 경고할 시간적 여유가 없는 경우 또는 인질·간첩 또는 테러사건에 있어서 은밀히 작전을 수행하는 경우로서 부득이한 때에는 경고하지 아니할 수 있다(제9조). 권총 또는 소총을 사용하는 경우에 범죄와 무관한 다중의 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있는 때에는 이를 사용하여서는 아니 된다. 다만, 권총 또는 소총을 사용하지 아니하고는 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 중대한 위협을 방지할 수 없다고 인정되는 때에는 필요한 최소한의 범위 안에서 사용할 수 있다. 그리

고 경찰관은 총기 또는 폭발물을 가지고 대항하는 경우를 제외하고는 14세 미만의 자 또는 임신부에 대하여 권총 또는 소총을 발사하여서는 아니 된다 (제10조).

4. 답 : (X)

평화적인 집회에는 누구든 참가할 수 있으며, 이에 대해서는 오직 ‘공공의 질서와 안전 보호’라는 민주사회에서의 필요에 의해 법률에 따라 부과되는 매우 제한된 제재만 적용될 뿐이다. 경찰은 결코 합법적이고 평화적인 집회에 개입해서는 안 된다. 다만, 집회 참가자 혹은 그 밖의 사람을 보호하기 위한 경우는 예외로 한다. 간혹 집회나 시위 참가자들이 경찰을 자극하고 장기간 도로나 사업장 점거 등으로 인해 강제해산의 필요성이 대두될 경우 경찰과 시위대 간의 무력충돌로 다수의 부상 등 불상사가 발생하기도 한다. 하지만 경찰은 법을 집행하고 인권을 수호하는 임무를 띤 공무원으로서 감정적으로 물리력을 사용해서는 결코 안 된다. 경찰의 과도한 무력사용은 그 필요성과 정당성, 불가피성이 입증되지 않는 한 국제적 인권기준과 헌법 및 법률을 위반하는 ‘범죄행위’가 되며 이로 인해 처벌을 받고 신분상의 불이익을 받을 수 있음을 명심하여야 할 것이다.

우리 헌법 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”라고 규정하고 있다. 이에 따라 ‘집회 및 시위에 관한 법률’에서는 “적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 함을 목적으로 한다”(제1조)라고 규정하고 있다. ‘서울고법 1998. 12. 29. 선고 98누11290’ 판결에서는 헌법 제21조 제1항은 모든 국민에게 집회·결사의 자유가 있음을 선언하고 있고, 제2항에서는 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니함을 명백히 하고 있음을 근거로, ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제12조 제1항에 기하여 교통소통에 지장을 초래할 우려가

있다는 이유로 시위 자체를 원천적으로 금지한 경찰서장의 처분이 원활한 교통소통을 위해서는 시위 참가인원 및 행진노선과 행진방법의 제한 등 조건을 부과하는 것만으로도 그 목적을 달성할 수 있다는 이유로 재량권의 범위를 일탈하여 위법하다고 판시하였다.

5. 답 : (X)

간혹 ‘도주하는 절도용의자를 검거하기 위해’ 총기를 사용하는 사례가 발생하지만, 이는 경찰비례의 원칙에 어긋나며 엄연한 반인권적 불법행위이다. 주력이 부족하여 도주하는 절도용의자를 체포할 수 없다면 지원을 요청하고 수배를 하는 등 다른 수단과 방법들이 있다. 다만, 경찰관 자신과 타인의 생명 혹은 신체에 대한 급박한 위협이 있는 등 인권보호를 위해 반드시 필요한 경우에는 자신 있고 확실하게 무기를 사용해야 할 것이다. 경찰관 직무집행법 제10조에서 경찰관은 “사형· 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위한 경우” 등에 한해 “무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때”에만 “그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서” 무기를 사용할 수 있다고 규정하고 있다.

6. 답 : (O)

우리 헌법 제12조는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포· 구속· 압수· 수색 또는 고문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌· 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고 있다. 범죄자의 체포는 영장에 의한 체포를 원칙으로 하는 영장주의가 원칙이다. 영장 없이 체포하는 경우는 현행법에

대한 체포와 긴급체포가 있다. 현행법은 누구나 체포할 수 있는 것으로 별 문제가 되지 않으나 인권의 보호와 관련하여 문제되는 것은 긴급체포와 관련된 경우가 많다.

긴급체포는 중대한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이 법관의 체포영장을 발부받지 않고 체포하는 것을 말한다. 긴급체포는 범행과 체포 사이의 시간적 접촉성이 인정되지 않는다는 점에서 현행범인의 체포와 구별된다. 긴급체포를 인정하는 이유는 영장주의의 원칙을 일관함에 의하여 중대한 범죄를 범한 범인을 놓치는 것을 방지하는데 있다. 영장주의의 예외를 구성하는 것이기 때문에 제한적으로 이루어져야 한다. 따라서 그 요건도 엄격하다.

7. 답 : (X)

우리 헌법은 제12조 4항에서 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”라고 규정하고 있다. 동조 5항은 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다”라고 규정하고 있다. 또한 형사소송법 제34조에서는 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다”라고 규정하여 변호인의 접견교통권을 인정하고 있다. 특히, 전세계에서 공통적으로 밝혀진 바에 따르면, 체포된 사람이 고문 혹은 가혹행위를 당하거나 실종 혹은 살해될 위험이 가장 큰 것은 체포 직후 수시간 내지 수일 이내이기 때문에 체포 혹은 구속을 한 경우에는 즉시 그 사실을 가족이나 변호사에게 알려주도록 하여야 한다.

8. 답 : (X)

모든 경찰관과 법집행 공무원에게는, 심각한 인권침해를 초래할 가능성이 있는 지시에 대해 불복할 권리와 의무가 있다. 심각한 인권침해 행위는 불법이기 때문에, 경찰관은 이에 가담해서는 안 된다. 불법적인 지시에 대한 불복은 ‘의무’이며, 지시 명령에 대해 복종해야 하는 일반적인 의무보다 우선권을 갖는 것으로 간주되어야 한다. 불법적인 지시에 대해 불복할 의무가 있기 때문에, 경찰관에게는 불복할 ‘권리’가 부여된다. 우리 헌법 제12조 2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라고 천명하고 있다. 대법원의 판례도 “공무원이 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이며, 또한 하관은 소속상관의 명령에는 복종할 의무는 있으나, 그 명령이 참고인으로 소환된 사람에게 가혹행위를 하라는 등과 같이 명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다”(대법원 1998.2.23 선고 87도22358)라고 판시하고 있다.

9. 답 : (X)

대간첩 작전이나 반란 등 준 전시 상황은 물론, 테러나 무장강도 등 무장 충돌 상황에서도, 경찰이나 정부소속 전투원은 결코 자의적 혹은 약식재판에 의한 처형을 해서는 안 된다. 이러한 행위는 제네바협약 제3조에 어긋나는 범죄행위이다.

10. 답: (X)

경찰관은 인권침해 행위를 발견하게 되면 실정법 여부를 따지기 이전에 이를 반드시 상급자나 검찰, 혹은 인권위원회에 보고해야 하며 이에 대한 조사가 이루어질 수 있도록 자신의 권한 내에서 가능한 모든 조치를 취하여야 한다.

11. 답 : (X)

인권은 ‘법 중의 법’인 헌법과 국제법에서 국가가 적극적으로 보호해야 할 의무를 지고 있는 인간의 기본권이다. 그렇기 때문에 형법과 형사소송법 및 각종 특별법에서 인권침해 행위를 매우 심각한 범죄로 규정하고 있다. 관행적으로 행해진다고 하여 이를 ‘개인의 양심 문제’라고 자의적으로 판단해서는 안 된다.

12. 답 : (X)

가장 중요하며 근본적인 경찰목적 중의 하나가 인권의 보호다. 또한 고문 등 불법한 수단을 사용하여 얻은 자백이나 적법절차를 지키지 않은 수사활동으로 획득한 증거에 대해서는 법정에서 그 증거능력을 인정하지 않는다. 과거에는 재판의 관행이 ‘내용의 진정성’만 확보되면 절차의 적법성에 대해서는 그리 엄격하지 않은 면이 있어 지나친 사명감 내지 공명심으로 인권을 침해하면서까지 자백이나 증거를 확보한 사례들이 빈발했으나 이는 곧 경찰에 대한 국민적 불신으로 이어졌다. 그러므로 ‘인권침해’를 통해서는 결코 ‘효율성’이 달성될 수 없음을 명심하여야 한다.

13. 답 : (X)

피해자는 결코 ‘하자 있는 정의’를 바라지 않는다. 무리하고 강압적이며 탈법적인 방법으로 인권을 침해하면서까지 피의자에게 불리한 진술이나 증거를 확보한다면 그만큼 ‘실체적 진실’에서 멀어질 가능성이 높다. 피해자는 아무나 ‘희생양’을 찾아 화풀이하려는 사람들이 아님을 명심해야 한다. 피해자의 인권보호는 오히려 경찰이 피해자에게 필요한 정보를 제공해 주고 필요한 전문기관에 연계해 주며 조사의 시간과 장소 등을 선정할 때에 피해자를 배려하며 피해자를 인간적으로 대우하는 등 ‘피의자와는 직접적 상관이 없는’ 경찰의 노력을 통해 이루어질 수 있다.

[국가인권위원회 진정 및 구제의 절차]

