

임의동행, 보호실유치와 긴급체포

00대학교 법학전문대학원 교수 · 변호사

000

〈설문〉

사법경찰관 甲은 乙이 丙 소유의 신용카드로 A은행의 현금지급기에서 돈 100만원을 인출하였다는 정보를 입수하고 1998년 4월 1일 07:00경 乙의 집으로 가서 자고 있는 乙을 깨워 경찰서로 잠깐 가서 조사할 것이 있다고 하자 따라나서는 乙을 경찰순찰차에 태워 B경찰서로 데려왔다. 甲은 경찰서에서 乙에게 혐의사실을 추궁하였으나 乙이 범행을 부인하자, 乙이 그 날 12시에 점심약속이 있으니 점심을 먹고 돌아와서 조사를 받겠다고 했으나 甲은 응하지 않았다. 乙이 계속 범행을 부인하자 甲은 같은 날 15:00경 증거를 찾아 올 때까지 기다리라고 하며 20:00까지 乙을 보호실에 유치시킨 후 압수수색영장을 받지 아니하고 乙의 집으로 가서 乙의 책상서랍에서 丙의 신용카드를 찾아서 이를 압수했다. 20:30경 甲은 乙을 긴급체포하고 긴급체포서를 작성하였다.

甲은 긴급체포된 乙을 신문하여 乙로부터 자백을 받고 검사는 같은 달 3일 14:00 지방법원 판사에게 구속영장을 청구하였다.

- (1) 甲의 임의동행과 보호실유치는 적법한가?
- (2) 판사는 구속영장을 발부할 수 있는가?
- (3) 乙의 신용카드의 압수는 적법한가?

I. 논점의 정리

- (1) 임의동행의 적법성과 관련해서는 임의동행의 허용여부와, 임의동행과 강제연행의 한계, 긴급체포의 요건을 충족한 경우에 강제연행이 적법하게 행해질 수 있는가를 검토해야 하며, 보호실유치의 적법성은 보호실유치가 임의수사로서 허용되는가와, 경찰관직무집행법에 의하여 6시간을 초과하지 않는 구금을 허용하는가의 여부를 검토해야 한다.

(2) 판사가 구속영장을 발부할 수 있는가에 관하여는 불법구속에 이은 긴급체포의 경우에 체포기간의 기산점과, 구속영장의 발부에 긴급체포의 적법성에 대한 판단이 포함되는 것을 검토해야 한다.

(3) 신용카드 압수의 적법성에 관하여는 영장없이 이루어진 압수인 바, 영장없이도 허용되는 긴급압수·수색 등의 경우에 해당하는지 여부를 검토해 보아야 한다.

II. 설문 (1)의 경우—임의동행과 보호실유치의 적법성

1. 임의동행의 적법성

(1) 임의동행의 의의와 성질

임의동행이란 수사기관이 피의자의 동의를 얻어 피의자와 수사기관까지 동행하는 것을 말한다. 임의동행에는 형사소송법상의 임의수사로서의 임의동행과 경찰관직무집행법에 의한 직무질문을 위한 임의동행이 있다. 전자가 피의자신문을 위한 보조수단으로서의 임의수사에 반하여 후자는 범죄예방과 진압을 위한 경찰행정작용으로서 수사의 단서가 되는 데 불과하다. 설문은 사법경찰관 마이 피의자신문을 위하여乙을 동행한 것이므로 전자에 해당한다.

(2) 임의동행의 허용여부

1) 문제점

현행법은 경찰관직무집행법과 주민등록법외에, 수사의 방법으로서 임의동행을 명시적으로 규정하고 있지 않다. 따라서 임의동행이 적법한 것인가, 즉 불심검문을 통한 임의동행 이외에 임의동행이 형사소송법 제199조의 임의수사의 방법으로서 허용되는지에 대하여는 견해가 대립한다.

2) 학설

① 부정설은 임의동행은 법률에 근거 없는 강제수사이므로 허용될 수 없다고 한다. 경찰관직무집행법이 직무질문을 위한 임의동행을 특별히 규정한 취지에 비추어 법률에 특별한 규정이 없는데도 일반적 수사방법으로 임의동행을 허용함은 부당하고, 실무상 임의동행은 구속을 피하는 편법으로 사용되는 강제수사이므로 허용되지 않고, 체포제도를 도입한 이상 임의동행을 인정할 필요가 없다는 것을 이유로 한다.

② 긍정설은 피의자의 승낙을 전제로 한 임의동행은 임의수사로서 허용된다고 한다. 형사소송법이 피의자의 출석요구방법을 제한하지 않고 있으므로 임의수사로서의 임의동행을 부정해야 할 이유가 없고, 실무상 임의동행이 구속을 피하기 위한 방법으로 악용되고 있다고 하여 피의자의 승낙에 의한 진정한 의미의 임의동행까지 위법하다고 해야 할 이유는 없으며, 임의동행과 체포는 구별되어야 한다는 점을 근거로 한다.

3) 판례

임의동행에 있어서의 임의성의 판단은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법과 동행거부의사의 유무, 동행 이후의 조사방법과 퇴거의사의 유무 등 여러 사정을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 하여야 한다고 판시하여 임의동행 자체를 부정하지는 않지만, 그 임의성의 판단은 객관적 사정을 종합하여 신중히 하여야 한다는 입장이다(대법원 1994.3.16, 94모2 판결).

4) 검토

수사기관은 임의수사의 내용에 관해 형성의 자유를 가지고(형사소송법 제199조 제1항), 임의동행은 피의자나 용의자에게 자신의 범죄혐의에 대한 적극적 반박기회를 제공할 수도 있으므로 당사자의 동의를 전제로 한 임의동행은 임의수사의 일종으로서 허용된다는 견해가 타당하다.

(3) 임의동행과 강제연행의 한계

1) 문제점

임의동행이 허용된다 하더라도 이는 신체속박이나 심리적 압박에 의한 자유의 구속이 없었다는 객관적 상황이 있는 때에 한해 허용되는 것이다. 따라서 당사자의 동의가 있었다는 사실만으로 임의수사로서 허용되는 것은 아니고, 임의동행을 했다고 해도 그 과정을 실질적으로 심사하여 강제력이나 심리적 압박이 개입된 경우 임의동행의 한계를 벗어난 강제연행으로서 허용되지 않는 강제수사가 된다.

2) 구별기준

임의동행과 강제연행의 구별은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법, 동행 후의 신문방법, 체포 또는 구속영장의 유무, 식사·휴식·용변의 감시, 퇴거희망이나 동행거부의 유무를 종합하여 판단해야 한다.

3) 설문의 경우

설문에서 乙에 대한 체포영장이나 구속영장은 없었고, 동행방법에 있어서 강제력을 행사 했다고는 볼 수 없다. 그러나 甲은 새벽 7시에 집에서 자고 있는 乙을 깨워 바로 경찰서로 동행하였고, 乙이 점심을 먹고 오겠다는 것도 거절하고 보호실까지 유치한 것으로 보아 임의동행의 한계를 벗어난 강제수사로서의 체포에 해당한다고 판단된다.

(4) 임의동행과 긴급체포

1) 문제점

乙을 연행한 것이 체포에 해당한다면 乙에게 긴급체포의 요건을 충족하는가, 또 긴급체포의 요건을 충족한다면 乙의 연행이 적법하게 되는가가 문제된다. 원칙적으로 허용되지 않는 강제수사로서의 체포에 해당한다고 하더라도 형사소송법상 인정되는 긴급체포에 해당한다면 乙에 대한 연행은 적법하게 될 수 있기 때문이다.

2) 긴급체포의 요건 충족여부

① 긴급체포하기 위하여는 범죄의 중대성과 체포의 필요성 및 긴급성이 인정되어야 한다. 범죄의 중대성은 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범했다고 인정되는 상당한 이유가 있어야 한다. 乙에 대하여 긴급체포의 요건이 충족되었다. 그러나 이 경우에도 긴급체포를 할 때에는 범죄사실의 요지와 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명의 기회를 주어야 하며(형사소송법 제200조의5, 제72조), 즉시 긴급체포서를 작성해야 한다(형사소송법 제200조의3 제3항). 이러한 절차를 거치지 않은 연행은 적법한 긴급체포라고 할 수 없다.

② 판례도, “피의자에 대하여 영장없이 현행범으로 체포하거나 긴급체포하기 위하여는 체포 당시에 피의자에 대하여 범죄사실의 요지와 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없다 할 것이므로 이러한 절차를 준수하였다고 볼 자료가 없으면 적법하게 현행범으로 체포하거나 긴급체포했다고 할 수 없다(대법원 1994.3.11, 93도958 판결; 대법원 1995.5.9, 94도3016 판결).”고 판시하였다. 결국 乙에 대한 연행은 긴급체포의 요건을 충족한 경우에도 적법한 체포가 될 수 없으며, 따라서 甲의 임의동행은 부적법하다.

2. 보호실유치의 적법성

(1) 문제점

甲이 15:00부터 20:00까지 乙을 보호실에 유치시켜 둔 행위가 적법한가에 관하여 설문에서 乙의 동의가 있었는가는 명백하지 않다. 乙의 동의가 없는 경우에 보호실유치가 위법함은 의문이 없다. 판례도 “피의자를 임의동행한 후 그의 의사에 반하여 보호실 등에 계속 유치함으로써 신체의 자유를 속박하였다면 이는 구금에 해당한다.”고 판시하였다(대법원 1995.7.29, 85도16 결정). 문제는 乙의 동의가 있는 경우에 보호실 유치가 적법하게 될 수 있는가, 또 경찰관직무집행법 제3조 제6항에 의한 임의동행의 효과로서 유치가 적법하게 될 수 있는가에 있다.

(2) 승낙유치와 보호실유치의 적법성

보호실유치가 임의수사의 방법으로 허용될 수 있는가의 문제이다. 그러나 본인의 사전동 의가 있는 경우에도 보호실유치는 실질적으로 구속과 다르지 않고 실질적인 구속을 본인의 동의로 허용하는 것은 영장주의를 유린하는 결과를 가져온다. 따라서 긴급체포사유가 없는 경우는 물론 긴급체포사유가 있는 때에도 체포 또는 구속영장을 받지 않고 피의자를 보호실에 유치하는 것은 불법한 구금이라고 해야 한다(대법원 1994.3.11, 93도968 판결).

(3) 경찰관직무집행법과 보호실유치

문제는 보호실유치가 경찰관직무집행법 제3조에 의하여 정당화될 수 있는가에 있다. 경찰관직무집행법 제3조 제6항은 임의동행을 한 경우 “당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서

에 머무르게 할 수 없다.”고 규정하고 있는 바, 그것이 6시간 동안 경찰관서에 구금할 수 있다는 의미로 이해될 수도 있기 때문이다. 그러나 임의동행을 당한 당해인은 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유를 가지고 있으므로 6시간의 한계도 피의자를 6시간 동안 경찰서에 구금할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다(대법원 1997.8.22, 97도1240 판결). 결국 甲이 07:00부터 13시간 동안 乙을 경찰관서에 데려가 유치한 것은 적법하다고 할 수 없으며 이는 불법체포에 해당한다.

Ⅲ. 설문 (2)의 경우- 긴급체포와 구속영장의 발부

1. 문제점

검사 또는 사법경찰관이 긴급체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 48시간 이내에 판사에게 구속영장을 청구하여야 한다(형사소송법 제200조의4 제1항. 다만, 형사소송법 개정안에서는 제200조의4 제1을 개정하여 ‘체포한 때로부터 48시간 이내’를 ‘지체없이’로 개정하였다).

설문에서 甲은 乙을 긴급체포한 후 41시간 30분 지나 구속영장을 청구하였다. 문제는 甲에 의해 불법체포된 13시간 30분을 영장청구기간에 포함시킬 것인가에 있다.

2. 긴급체포의 기산점

불법체포에 이어 긴급체포된 피의자에 대한 구속영장청구기간이 긴급체포된 때부터인가 또는 불법체포된 때까지의 기간을 포함할 것인가의 문제이다. 경찰관이 乙을 임의동행하고 보호실에 유치한 기간은 적법한 체포가 될 수 없다. 그러나 불법체포된 기간도 실질적으로 긴급체포에 해당하는 이상 비록 그것이 적법한 체포로 될 수는 없어도 체포기간이나 구속영장발부기간의 계산에 있어서는 불법체포기간을 포함시켜야 한다. 따라서 乙을 구속하기 위하여는 乙을 연행한 시간부터 48시간 이내에(개정안에 의하면 ‘지체없이’) 구속영장을 청구해야 한다. 결국 乙에 대하여는 4월 3일 07:00까지 구속영장을 청구해야 함에도 불구하고 영장청구기간을 7시간이나 초과한 후에 구속영장을 청구한 것이 된다.

3. 영장청구기간을 경과한 구속영장의 발부

(1) 구속영장발부의 기준

구속영장의 발부를 위해서는 상당한 범죄혐의가 있을 것을 요하고 또 형사소송법 제70조 제1항의 피고인이 일정한 주거가 없는 때, 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때, 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때에 해당할 것을 요한다.

(2) 위법긴급체포와 구속영장발부

긴급체포된 피의자에 대하여 구속영장청구기간이 경과한 후에 구속영장이 청구된 경우에 구속사유가 인정되면 판사가 구속영장을 발부할 수 있는가에 관하여는 구속영장의 발부에 체포의 적법성에 관한 판단이 포함되는가와 관련하여 문제된다.

1) 학설

① 체포의 남용을 방지하기 위해 긴급체포는 체포의 일종이면서 동시에 사후영장에 의한 구속의 성격을 지니고 있다고 보아야 하므로 구속의 요건뿐만 아니라 체포 당시 긴급체포의 요건도 갖추어진 경우에 한하여 구속영장을 발부해야 한다는 견해와, ② 현행 형사소송법은 체포와 구속을 구별하고, 체포전치주의를 채택하고 있지 않으며, 긴급체포의 경우 사후에 구속영장을 청구하게 하여 무영장체포를 인정하고 있으므로 긴급체포 등이 부적법한 경우에도 구속영장을 발부할 수 있다는 견해가 있다.

2) 검토 및 설문의 경우

긴급체포된 피의자에 대하여 영장에 의한 체포와 같은 기간 내에 구속영장을 발부받게 하여 긴급체포를 무영장체포로 한 것이 입법론상 부당한 것은 물론이다(그리하여 개정안에서는 '지체없이'로 개정하였다). 그러나 긴급체포가 부적법하거나 영장청구기간이 경과한 경우에도 구속영장을 발부할 수 있게 하는 것은 형사소송법 제200조의4 제2항이 "제1항의 규정에 의하여 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방해야 한다."고 규정한 것을 무의미하게 한다. 또한 일련의 절차를 이루는 수사과정에서 선행절차의 위법성이 중대하고 그 절차가 후행절차의 전제가 된다면 선행절차의 위법은 후행절차의 위법으로 이어지게 되는 것이므로 이 경우에는 구속영장청구를 기각해야 할 것이다. 따라서 설문의 긴급체포의 경우 체포가 부적법하고 영장청구기간도 초과하였는바, 법원은 구속영장을 기각해야 한다.

IV. 설문 (3)의 경우- 긴급체포시의 긴급압수, 수색

1. 문제점

대물적 강제처분인 수사상의 압수·수색·검증에 대하여도 영장주의의 원칙이 적용된다. 대물적 강제수사에 의한 국민의 재산과 주거, 특히 privacy에 대한 침해는 사법적 사전심사에 의하면 정당화될 수 있고, 수사기관의 자의에 의한 강제수사의 남용을 억제하지는 데에 그 기본취지가 있다. 다만 압수·수색의 긴급성에 대비하기 위하여 형사소송법은 영장을 받을 수 없는 긴급한 경우에는 영장에 의하지 않는 압수·수색·검증을 허용하고 있다. 따라서 설문에서 乙을 보호실에 유치하고 있는 사이에 乙의 집에서 신용카드를 압수한 것이 적법한가는 이 경우에 영장없는 압수가 허용될 수 있는 경우에 해당하는가의 문제이다.

2. 긴급압수, 수색에 해당하는지 여부

(1) 요건(형사소송법 제216조, 제217조, 제218조)

1) ① 구속·체포목적의 피의자수사, ② 체포현장에서의 압수·수색·검증, ③ 피고인 구속현장에서의 압수·수색·검증, ④ 범죄장소에서의 압수·수색·검증, ⑤ 긴급체포시의 압수·수색·검증, ⑥ 임의제출한 물건의 압수의 경우여야 한다.

2) 체포현장에서의 압수·수색·검증은 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속하는 경우 또는 체포영장에 의한 체포, 긴급체포 및 현행범인을 체포하는 경우에 영장없이 체포현장에서 압수·수색·검증하는 것이다. 체포와 시간적으로 접촉한 때에, 즉 체포할 피의자가 있는 곳에서 체포할 자의 신체 및 그 지배하에 있는 장소에 대하여 당해 사건에 대한 증거물 등을 영장없이 압수·수색·검증하는 것을 허용하는 것이다. 또한 긴급압수·수색·검증은 적법한 체포·구속을 전제로 허용된다. 따라서 체포·구속이 위법한 경우에는 그 압수물은 위법수집증거가 되어 증거능력이 부정될 여지가 있게 된다.

(2) 설문의 경우

설문에서 乙은 불법체포된 상태에 있었지만 甲이 乙을 체포한 현장에서 압수한 것은 아니므로 체포현장에서의 압수에 해당한다고는 할 수 없다. 문제는 이 경우에 긴급체포시의 압수·수색에 해당하여 영장없는 압수가 허용될 수 있는가에 있다.

긴급체포시의 압수·수색·검증이란, 검사 또는 사법경찰관이 긴급체포규정에 의하여 체포할 수 있는 자의 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대해 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 영장없이 압수·수색·검증함을 말한다(형사소송법 제217조 제1항). 긴급체포된 자에 대해 구속영장이 발부되어 구속의 적법성이 인정되면 압수·수색·검증에 대한 별도의 사법적 심사가 불필요하다는 고려에 근거한다. 따라서 영장없이 압수·수색·검증할 수 있는 기간은 구속영장청구기간 내에 한하며, 구속영장이 발부된 때에는 별도로 압수·수색영장을 발부받을 필요가 없지만 구속영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건은 환부하고 압수를 계속할 필요가 있는 때에는 압수·수색영장을 발부받아야 한다. 乙의 집에 대한 수색과 신용카드의 압수는 구속영장청구기간 내에 있었다. 그러나 乙에 대한 긴급체포는 적법한 것이 아니고, 구속영장을 발부할 수 없는 경우이므로 압수한 물건은 별도로 압수영장을 발부받지 않는 한 乙에게 환부하여야 한다. 따라서 乙로부터 카드를 압수한 것도 적법하다고 할 수 없다.

V. 설문의 해결

(1) 경찰관직무집행법에 의한 임의동행뿐만 아니라 형사소송법상의 임의수사로서의 임의동행도 허용된다. 그러나 동행과정에 심리적 압박이나 강제력이 개재된 때에는 임의동행의 한계를 벗어난 강제연행이며 불법체포에 해당한다. 보호실의 유치도 경찰관직무

집행법에 근거를 둔 경우 이외에는 영장없이 피의자의 승낙만으로는 정당화될 수 없는 불법구금이다. 비록 피의자에게 긴급체포의 사유가 인정되는 경우라고 할지라도 범죄 사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있다는 사실을 고지하고 변명의 기회를 주는 등 체포의 절차를 거치지 않을 때에는 불법체포가 된다. 따라서 乙에 대한 임의동행과 보호 실유치는 불법체포가 된다.

(2) 불법체포에 이어 甲이 乙을 긴급체포한 때에는 긴급체포기간이나 구속영장청구기간은 연행시부터 진행된다고 해야 한다. 乙에 대한 구속영장청구는 긴급체포시의 영장청구기간을 경과한 후에 청구한 것이므로 검사는 乙을 석방해야 하며, 판사는 구속영장의 청구를 기각해야 한다.

(3) 甲이 영장없이 乙로부터 압수한 신용카드를 긴급체포시의 압수·수색으로 구속영장이 발부된 때에는 적법하게 될 수 있다. 그러나 乙에 대한 구속영장이 기각되지 않을 수 없는 이상 압수물을 반환해야 하며 압수가 필요한 때에는 영장을 발부 받아야 한다.