

## **‘인신보호법’ 제정을 위한 공청회**

**-우리나라 ‘인신보호제도’ 이대로 좋은가?-**

▶ 일시 : 2004.11.15(월) 10:00

▶ 장소 : 국회의원회관 1층 소회의실

주최 : 나경원의원실 / 후원 : SBS

## **‘인신보호법’ 제정을 위한 공청회**

**-우리나라 ‘인신보호제도’ 이대로 좋은가?-**

▶ 일시 : 2004.11.15(월) 10:00

▶ 장소 : 국회의원회관 1층 소회의실

**주최 : 나경원의원실 / 후원 : SBS**

# 목 차

- 진행순서 / 3
- 인사말 / 5
  - 국회의원 나경원(한나라당 비례대표)
- 격려사 / 7
  - 국회의원 이한구(한나라당 정책위의장)
- 주제발표문 / 9
  - '한국형 인신보호법'의 필요성
  - 심희기교수 (연세대학교)
- 토론문 / 23
  - 김유진 판사(법원행정처 송무심의관)
  - 오창익 사무국장(인권실천시민연대)
  - 장경욱 변호사(민주사회를위한 변호사모임)
  - 조 국 교수(서울대학교)
  - 최정숙 검사(서울중앙지검)

## 진행순서

- 개회선언
- 국민의례
- 내빈소개
- 격려사
- SBS '만덕씨 25년만의 가족상봉기' VCR방영
- 주제발표
- 자유토론 및 종합정리
- 폐회

## 인 사 말

안녕하십니까? 한나라당 비례대표 나경원의원입니다.

먼저 우리나라 인권발전을 위해 오늘 소중한 시간을 마련해 주신 의원님 여러분!  
그리고 공청회 발제를 맡아서 수고해 주신 심희기교수님을 비롯한 여러 토론자와  
내외귀빈여러분, 감사합니다.

민주주의 사회가 발전하면서 개인의 인권에 대한 많은 논의와 개선이 이루어진 것  
이 사실이지만 현실적으로는 아직까지 우리사회에서 공권력이나 사인(私人)에 의한  
인권침해 사례가 부지불식간에 발생하고 있고 또 이런 일들을 빈번하게 접할  
수 있는 것이 사실입니다.

잘 아시겠지만 신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 인간의 생존을 위한 가장 중요  
한 기본권입니다. 역사적으로도 영국의 대헌장(Magna Carta)과 버지니아 권리장  
전, 불란서 인권선언에 규정되었고, 지금도 세계 각국의 헌법에서 빠짐없이 신체에  
대한 기본권을 규정하고 있습니다.

그러나 불행하고 안타깝게도 헌법에서 보장한 개인의 기본권이 허무하게 박탈당하  
고 있는 것이 오늘 우리의 현실입니다. 특히 얼마 전 한 방송국에서 방영된 '현대판  
노예' 사건에서 우리는 말할 수 없는 놀라움과 참을 수 없는 분노를 느꼈습니다.

만인의 인권은 보호되어야 합니다. 인권보호에 대한 법제도적지원이 절실한 시점입  
니다.

길은 멀지 않다고 생각합니다. 오랜 세월 수많은 사람들의 피와 땀으로 확립된 인신  
보호의 기본 원칙인 '적법절차'의 원칙에 충실하면 될 것입니다.

모쪼록 오늘 공청회를 통해 논의된 내용들이 '인신보호법' 제정에 충분히 반영되어  
우리사회에 뿌리 깊게 자리내린 부조리를 없애고 세계적인 인권국가로 도약하는  
계기가 되었으면 하는 바램입니다.

감사합니다.

2004년 11월 15일  
국회의원 나 경 원

## 격 려 사

안녕하십니까? 한나라당 정책위의장 이한구의원입니다.

오늘 국회에서 '인신보호법' 제정을 위한 뜻 깊은 공청회를 열게 된 것을 진심으로  
환영합니다. 또한 이 자리를 마련해주신 나경원의원님과 토론자여러분께도 감사드  
립니다.

우리나라 인권수준이 과거에 비해 많이 향상되었지만 스웨덴을 비롯한 북유럽국가  
나 캐나다, 뉴질랜드와 같은 인권선진국에 비해 보완해야 할 점이 많은 것이 사실입  
니다.

이중 국회에서 해결해야할 가장 시급한 문제 중 하나가 오늘 주제로 다루어질 인신  
보호문제에 대한 법적제도마련이라고 생각합니다.

인간의 존엄과 자유, 평등을 핵심으로 하는 근대 인권의 개념이 서구의 근대시민혁  
명의 성과로서 확립된 것이지만 실제 불합리한 인신침해에 대하여 당사자나 대리인  
이 적절히 구제 받을 수 있는 길은 법률이 정하는 바에 따라 결정되어야 하기 때문  
입니다.

부디 대한민국 '인신보호법'이 오늘 공청회를 통하여 국가가 국민을 보살피는 진정  
한 인권국가로 거듭나는데 일조할 수 있기를 진심으로 바라겠습니다.

감사합니다.

한나라당 정책위의장  
국회의원 이 한 구

## 한국형 인신보호법' 제정의 필요성

■ 발표자 ■

심희기 교수 (연세대학교 법학부)

## ‘한국형 인신보호법’ 제정의 필요성

심희기(연세대 법학부 교수)

### I. 문제의 제기

한국사회에서는 私人이 다른 私人을 노예상태에 버금가는 모습으로 지배하여 노동을 착취하거나 학대하고, 혹은 교묘한 방법으로 사실상의 구금상태 하에 몰아넣어 사익을 추구하는 케이스가 적지 않다. 예를 들어 보자.

최근에 정상적인 지력이 부족한 사회적 약자를 피어 자신의 주거에 옮겨 놓고 일상적 폭력을 가하여 저항정신을 마비시킨 후 수십 년 동안 노동력을 착취한 사례들이 발견되어 충격을 주고 있지만 그와 유사한 사례는 얼마든지 있을 수 있다. 군산의 성매매 업소에서 화재가 일어나 많은 성매매 여성들이 희생되었는데 그녀들은 평소 업주로부터 최창살 시설 속에 사실상 감금된 상태에서 성매매를 강요당하였으며 업주들 사이에 인신매매의 대상이 되기도 하였다. 친딸이나 義女를 가정 내에서 수십 년 동안 성적으로 학대하는 비정한 남성들도 적지 않지만 한국사회는 이에 대하여 속수무책으로 방관하고 있다. 부양의 명목으로 부모의 재산을 가로챈 후 노부모를 사실상 감금한 상태에서 노부모를 학대하는 비정한 자녀도 적지 않지만 한국사회는 이에 대하여도 속수무책으로 방관하고 있다. 1995년에 정신보건법이 제정되어 시행되고 있는데 이 법에 의하면 일정한 요건이 구비되면 본인의 동의가 없어도 보호의무자의 요청(정신보건법 제24조)이나 시·도지사의 요청(정신보건법 제25조)으로 강제로 ‘정신질환자사회복지시설’에 입원될 수 있다. 악의적인 보호의무자나 시·도지사의 착각으로 정상적인 사람·다소 비정상이기는 하지만 굳이 시설입원이 불필요한 사람이 시설에 입원되어 수용될 가능성은 얼마든지 있다. 십수 년 전에 한국사회를 떠들썩하게 만들었던 부랑아 수용소 사건들에서 보듯이 정상적인 사람들 혹은 굳이 시설입원의 필요가 없는 사람들이 ‘복지수용’의 명목으로 인신의 자유를 박탈당하고 있는 케이스가 없다고 단정할 수 있을지 의심스럽다.

이렇듯 私人이 다른 私人의 신체를 부당하게 지배하고 있거나 복지시설이 정상적인 사람 혹은 비정상이기는 하지만 굳이 ‘시설입소나 시설입원’(이하 ‘입소’로 약칭함)이 불필요한 사람의 신체의 자유를 박탈하고 있는 경우[이하에서 이런 케이스들을 ‘민사구금’(civil commitment)으로 약칭함] ‘신체의 자유를 박탈당하고 있는 자’(이하 ‘피박탈자’로 약칭함)의 자유를 신속히, 그리고 실효적으로 회복시켜 줄 수 있는 방안이 있는가, 있다면 어떤 제도가 합당한 방안일까?

인권선진국에서는 이미 오래 전부터 그런 방안·제도를 마련하여 운영하고 있다. 예를 들어 대부분의 영미법계 국가들에서는 수 세기 전부터 그런 제도를 ‘인신보호



법'(habeas corpus)으로 명명하여 운영하고 있으며 국제인권규약<sup>1)</sup>도 '영미식 인신보호법'의 핵심적 내용을 담고 있다. 歴代의 한국헌법과 한국형사소송법에는 '구속적부심사' 조항이 설치되어 있었고, 또한 '구속적부심사' 발상의 기원이 '영미식 인신보호법'의 발상을 계수한 것이라고 설명되어 왔지만 헌법을 구체화한 법률이 제정되지 않거나 형사소송법의 '구속적부심사청구'의 주체가 '피의자'로 한정되어<sup>2)</sup> 민사구급 사안에서 '피의자 아닌 피박탈자'가 법원의 힘을 빌어 자유를 회복할 수 있는 통로는 봉쇄되어 왔다. 그런데 한국 역사상 '구속적부심사청구'의 주체를 '모든 피박탈자'로 확장하려는 시도(즉 민사구급 사안에도 '구속적부심사청구'를 가능하게 하려는 시도)가 행하여진 때가 없지 않았다. 그 시기는 1940년대 후반의 미군정기였다. 이하에서는 미군정기에 '영미식 인신보호법' 도입의 시도가 있었는데 어떤 연유로 그 도입이 좌절되었는지를 검토하여 타산지석으로 삼기로 한다.

1945년 9월 7일 태평양미국육군사령관 맥아더의 포고령으로 시작되어 1948년 8월 15일 대한민국 정부수립에 이르는 2년 11개월 동안 남한은 미군정 하에 있었다. 미군정기간 동안 단행된 남한의 사법제도개혁사업 중에서 한국의 민주주의적 발전사상 주목할 만한 조치 중의 하나는 군정법령 제176호(이하 '176호'로 약칭함)로 단행된 형사소송법의 개정(1948. 3. 20. 공포, 1948. 4. 1. 효력발생)이었다.<sup>3)</sup> 176호가 개정의 대상으로 삼은 분야는 수사기관의 강제수사절차, 특히 인신구속절차였다.<sup>4)</sup> 이 조치로 단행된 한국의 강제수사절차법은 1954년에 제정된 신형사소송법에서는 물론 그 후의 한국의 형사소송법상의 강제수사절차가 달성하여야 할 '규범적 목표'가 되었다. 그러므로 당시의 한국인 법률가들이 176호에 의한 형사소송법개정의 의의를 매우 자랑스럽게 평가한 것<sup>5)</sup>은 지나친 자평이 아니었다. 신동운 교수도

1) 국제인권규약(B규약) 제9조 제4항; 유럽인권규약 제5조 제4항

2) 예를 들어 현행 형사소송법 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) 제1항은 '구속적부심사청구'의 주체를 "체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자"로 한정하고 있다.

3) 최종고, <한국법의 근대화와 韓美법률교류>, 《법사학연구》 10호(1989), 117면 참조.

4) 제176호 제1조(본령은 불법구속에 대한 인민의 자유권을 충분히 보장하기 위하여 형사소송법을 개정함을 목적으로 한다)와 鄭潤煥·閔復基, 《刑事訴訟改正法解説》, (朝鮮出版文化社, 1948년 7월 12일, 이하 이 책은 《해설》로 인용함), 79면의 "본령은 ... 공판계속 이전의 수사단계에 있어서 주로 수사관현의 강제처분을 제한하기 위하여 제정된 것이니 공판계속 이후에 재판소가 '고유의 권한으로' 행사하는 종래의 형사소송법상에 인정된 직권은 제한하지 못하는 것이다."라는 해설 참조.

5) 金炳魯(1948년 5월 20일, 당시 司法部長): "통일국가의 완전독립과 민주주의의 정권확립이 우리에게 부과된 긴급사명이다. 이 사명을 완수함에는 그 기본을 國憲에 의거하여야 할 것이오 민주주의의 기본이념은 인권옹호와 자유보장에 있다. 금반 형사소송법의 개정도 인권옹호와 자유보장에 대한 임시조치에 不外한 것이다. 개정의 내용이 전국민의 기본권리를 보장함에 가장 중요한 것을 규정한 것임으로 전국민이 그 내용에 通曉하여야 한다"; 李仁(1948년 5월 11일, 당시 검찰총장)"국가민족의 융흥발전은 오직 기본적 인권을 존중 옹호하여야 인민의 모든 권리행사를 任意 順便케 하고 인민의 건전한 의사와 감정을 모든 부면에 반영케 함에 있다. 전체민의 이익됨에 급급하여 전체독정으로 인민의 자유와 권리를 억압 저지하고 인민을 무시 회생케 하든 전체주의 국가의 표본이든 일본과 독일의 가련한 패망상이 우연이 아닐 것이다. 선진국가의 헌법을 위시한 각 법전에 인민의 자유와 권리의 신장 옹호에 적지 않은 고심이 流露되어 있을 뿐 아니라 특히 인민의 자유와 권리가 현실적 구체적으로 제약되는 형사소송법에서 罪刑, 인권 양면에 유류가 없었던 것이다. 민주국가로 약속된 우리나라에서 형사소송법이 금반 개정된 主意와 착안도 이

176호에 의한 "형사소송법의 개정은 실로 획기적인 것이었으며, 제도의 측면에서 우리나라 형사절차를 세계의 인권선진국의 수준으로 격상시킴에 그다지 손색이 없는 것이었다."고 평가하고 있다.<sup>6)</sup> 이렇게 볼 때 176호를 공포해 낸 1948년은 한국형사사법사상 매우 특이한 시기였다. 물론 그 시기의 '수사절차의 법현실'이 176호의 규범적 틀에 합치되게 실천되고 있었는가 하는 문제는 별개의 문제이다. 그러나 자유당 정권의 국가보안법체제, 1960년대 초반부터 1992년까지 지속된 권위주의 체제하에서 1948년에 공포된 176호의 규범적 목표는 한국형사사법의 '규범'이라는 측면에서조차 심각히 손상되어 왔다. 적어도 형사사법의 민주화라는 측면에서 볼 때 176호 공포 이후의 지난 50년간은 심각한 퇴보와 역류의 기간이었다.

제176호에서 가장 중요한 것이 구속적부심사제도이므로 이하에서는 제176호상의 구속적부심사제도에 대하여 좀더 상세히 살펴보기로 하자.

## II. 구속적부심사제(인신보호영장제)와 구류청문(구속영장실질심사제)

'인신보호법을 제정하자'고 주장하면 "구속영장실질심사제가 전면적으로 시행되고 있는데 무엇 때문에 인신보호법을 별도로 도입하자고 주장하는가" 하는 반대론이 제기될 것이 거의 틀림없다. 그러나 이런 반대론을 주장하는 사람들이 있다면 그 반대론자는 인신보호법과 구속영장실질심사제가 전혀 다른 제도임을 모르는 사람이라고 반박할 수밖에 없다. 장윤기 판사(현 대구고등법원 부장판사)는 구속적부심사제도(인신보호법)를 구류청문제도<sup>7)</sup>와 구별하여 다음과 같이 인식하고 있다.

에 있었든바 晩時의 감이 있기는 하나 가장 機宜의 조치일 것이다"; 金用茂(1948년 5월 하순, 당시 대법원장): "주권재민의 민주국가에 있어서는 국민의 기본권리가 헌법상으로 보장되어야 하며 국가통치의 계보작용은 물론이고 법률로써라도 국민의 기본권을 침탈하지 못하는 바이다. 금반 군정법령으로 일제시대의 악법인 조선형사령을 개정하여 인권옹호를 강화한 신법령을 공포하였으니 사법의 직에 재한 자로서는 신법령을 충분히 연마하여 형사사법에 있어서 국민의 권익보장에 유감됨이 없도록 欽欽自成하여 정의 형평의 完美한 실현에 공헌하여야 할 것이다"(이상 《해설》, 서문)

6) 신동운, <미국법이 한국형사법에 미친 영향>, 《미국학》(서울대학교 미국학연구소), 제16집, 1993. 12, 41면. 또한 같은 논문의 34면에서 신동운 교수는 미군정법령 제176호의 형사법제사적 의의를 "미군정시절은 우리 형사법제사상 중요한 의미를 갖는다. 근대형사사법제도의 모범으로 불리워진 미국 형사법에 우리 법이 처음으로 직접적 접촉을 할 수 있었던 시기였기 때문이다... 미군정이 한국형사법에 미친 영향은 여러 가지가 있지만 무엇보다도 의미가 큰 것은 우리 형사법의 운용에 '서구식 영장제도를 도입한 일'이다... 일제가 남긴 식민지형 형사사법의 가장 큰 폐단은 검찰, 경찰 등 수사기관에게 인신구속을 비롯한 각종의 강제처분권을 고유권한으로 인정함으로써 수사기관의 권한남용과 인권유린의 온상을 제공하였다는 점이다... 미군정법령 제176호는 '법관에 의한 영장제도의 도입', '불법인신구속에 대한 구속적부심사제도의 도입', '수사 및 공판단계에 있어서 보석제도의 인정', '검사의 유치장 감찰권 인정', '불법구속을 자행한 자에 대한 사후통제방안으로 손해배상청구권, 형사처벌, 그리고 감독자의 파면제도의 도입' 등을 단행하였다. '형사소송법의 개정'에 의한 이러한 조치들은 종전의 식민지 형사절차에서는 상상도 할 수 없는 가치 '혁명적인 변화'라고 할 수 있다. 그리고 무엇보다도 미군정법령 제176호에 의한 영장주의의 확립에 의하여 조선형사령의 유명한 독소조항들이 실로 37년만에 삭제되었다는 사실(同書 제24조 참조)은 한국 형사사법사에 특히 기록하여 둘 가치가 있는 부분이라고 하겠다."고 하여 매우 높게 평가하고 있다.

7) 필자는 장윤기 판사가 말하는 '구속영장실질심사제' 즉 '수사기관으로 하여금 체포 또는 억류한 피의자를 자동적(의무적)으로 신속하게 법관에게 인치케 하여 법관이 피의자에게 변해의 기회를 준 후에 구금 또는 석방을 결정하게 하는 제도'를 '구류청문제도'로 파악하고 있다.

“피의자 구속의 이유 및 절차에 관하여 아무리 정밀한 규정을 두고 있다고 하더라도 이 것이 지켜지지 아니하면 그 실효를 거둘 수 없었을 것이다. 이 때문에 선진국과 국제인권법에서는 구속영장실질심사제와는 별도로, 구속된 피의자에 대하여 법원에 구속의 적법성 여부를 심사하여 그것이 부적법한 경우에는 석방을 명하게 할 절차를 취할 권리를 보장하고 있다. 이것이 이른바 구속적부심사제도이다.”<sup>8)</sup>

‘구속영장실질심사제’ 혹은 ‘구속적부심사제’라는 용어는 한국의 특수한 역사적 상황을 반영하는 용어이므로 국제적인 차원에서 관찰할 때에는 보편성을 가지고 있지 않다. 그러나 장운기 판사가 그 용어에 부여하고자 하는 의미는 보편성이 있다. 그러므로 필자는 그가 말하는 ‘수사기관으로 하여금 체포 또는 억류한 피의자를 자동적(의무적)으로 신속하게 법관에게 인치케 하여 법관이 피의자에게 변해의 기회를 준 후에 구금 또는 석방을 결정하게 하는 제도’를 ‘구속영장실질심사제’라는 한국적인 용어 대신에 ‘구류청문(勾留聽聞)’이라 부르고 그가 생각하는 구속적부심사제를 인신보호영장제도라 부르려고 한다. 제176호의 입법자도 제176호상의 구속적부심사제는 영미의 인신보호영장제도(habeas corpus)를 도입한 것이라고 명시하고 있다.<sup>9)</sup> 이렇게 파악하여야 제176호상의 구속적부심사제도의 역사적 성격이 선명히 드러날 수 있다.

### III. 176호의 입법자가 파악한 미국의 인신보호영장제도

제176호에 표출된 구속적부심사제도와 보석제도에 관한 한 입안단계에서 가장 중심적인 역할을 한 사람은 《해설》의 공동저자인 鄭潤煥과 閔復基 두 사람이다. 또한 위의 두 사람에게 그와 같은 방향으로 입안을 검토하라고 지시한 것은 군정당국자였다. 현재로서는 그 군정당국자가 누구였는지를 알 길이 없다. 제176호에 관한 한 군정당국자는 커다란 방향만을 제시하고 구체적인 입안은 한국인 사법관 실무자들에게 일임한 후 최종안을 승인하는 과정에서 간섭하려는 방침으로 임했던 것 같다. 일본의 刑訴應急措置法の 공포과정을 검토하면 그러한 추정이 가능하다.<sup>10)</sup> 그러므로 제176호가 표상하는 구속적부심사제도의 성격을 이해하려 할 때 중요한

8) 장운기, <구속영장실질심사제>, 《사법논집》, 제20집, 1989, 593면. 그는 이어서 다음과 같이 파악하고 있다. “英美的 인신보호영장제도, 프랑스 형사소송법전의 예심판사의 명령에 대한 항고(186조), 예심판사에 대한 석방청구(148조), 독일형사소송법의 판사의 구속영장발부에 대한 항고(304조), 구속심사청구(117조), 일본의 인신보호법(1948)에 의한 인신보호청구, 신형사소송법의 피의자구류에 대한 준항고(429조 제1항), 구류이유개시 및 구류취소청구(207조 제1항 본문82, 87)가 여기에 해당하는 것들이다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제4항, 유럽인권협정 제5조 제4항, 아메리카 인권협정 제7조 제6항도 같은 취지를 규정하고 있다. 이와 같이 구속적부심사제는 구속영장실질심사제와는 별개 독립의 절차로서 양자는 엄격히 구별되지 않으면 안된다.”(593-594면)

9) “본령 제17조는 계승한 것인 바 상세한 것은 축조설명 중에서 해설할 것이다. 그러나 ‘헤이비에스 코-퍼스’의 정신이 신속한 해결을 요구하는 것이니 제17조에 대한 문제가 신청되었을 때에는 무엇보다도 먼저 이 신청사건을 결말지우도록 노력하여야만 ‘헤이비에스 코-퍼스’의 정신을 살리게 되고 進하여 인권보장에 완벽을 기할 수 있는 것이다.” 《해설》, 61면.

10) 刑事訴訟法制定過程研究會(日本), <刑事訴訟法の制定過程(20)>, 《法學協會雜誌》, 97권 5호 참조.

것은 ‘미국의 인신보호영장제도 자체’가 아니라 제176호의 입안자가 생각한 ‘인신보호영장제도’의 모습이다. 《해설》에서는 인신보호영장제도의 존재이유를 다음과 같이 기술하고 있다.

“신체보호에 대한 영미법상의 구제방법은 정당방위, 형사소추, 민사배상, 인신보호영장의 4종이 있으며 이 구제방법은 對公무員 對私人의 구별 없이 부여되는 것이다. 그러나 정당방위는 구체적 경우에 그 한계가 명확하지 않을 뿐만 아니라 공무원에 대한 이와 같은 조치는 더욱 위험한 일이다. 즉 경찰관리의 불법체포에 저항하기 위하여 자위조치를 취한 경우에 그것이 정당방위의 법적 요건을 충족한 것을 입증하지 못하는 한 오히려 공무원에 저항하였다는 이유로 범죄를 구성할 가능성이 많다. 다음 형사소추의 문제로는 타인의 신체를 불법구속한 경우에 그것이 불법체포감금죄를 구성하며 그 범행자는 형사소추를 당할 것이나 형법에 의한 이 보호는 민사상의 구제보다는 실효적이라 하더라도 이것은 자유의 구속이 끝난 후의 조치임으로 신체의 자유에 대한 충분한 보장이라고 할 수 없는 것이다. 불법구속에 대한 민사상의 구제는 소위 불법구금의 訴에 의한 손해배상청구이다. 이 소송은 상대자가 官公吏 私人을 불문하고 제기할 수 있으며 정부자체에 대하여는 제기할 수 없는 것이다. 이 구제방법 역시 금전적으로는 그 손해가 보상이 되나 벌써 자유의 구속이 끝난 후의 조치이며 현재 구금된 자를 석방하며 또는 구금이 계속됨을 방지함에는 하등 효과가 없는 것이다. 여기에 이 결함(缺陷)을 보충하는 것이 인신보호영장의 존재이유인 것이다.”<sup>11)</sup>

대검찰청에서 제작한 것으로 보이는 《검찰제요(檢察提要)》(이하 《제요》라 약칭함)라는 책의 [부록 4]에는 ‘형사소송법 응급조치에 관한 건(件)의 요강(대법원안)’(27-29면)이 수록되어 있다. 이 책의 부록에는 이것 외에도 ‘검찰관의 勾引 及 勾留權에 관한 문제(대검찰청의 대법원안에 대한 대안)’(부록 6, 34-38면), ‘형사소송에 관한 임시조치령(司法部原案)’(부록 13, 80-86면), ‘길리암 사법부 美人顧問의 형사소송법개정초안’(부록 14, 87-90면)과 ‘사법부안에 대한 수정이유(대검찰청 대안(對案))’(부록 15, 91-96면)가 수록되어 있다. 현재로서는 이 다섯 가지 초안들의 작성자와 작성경위, 작성시점을 알 길이 없다.<sup>12)</sup> 다만 이 부록이 대검찰청에서 입수하거나 마련한 각종 초안들을 입수하거나 마련한 순서대로 편철한 점으로 보아서 [부록 4]의 ‘형사소송법 응급조치에 관한 건의 요강(대법원안)’이 바로 《해설》에서 언급하고 있는 대법원초안이 아닐까 생각한다.

대법원안이나 사법부원안, 길리암안 등에서는 불법구금을 해제하는데 가장 효과적이었던 인신보호영장제도에 대한 구상이 매우 희미한 것이었으며, 불법구금에 대

11) 《해설》, 15면.

12) 남조선과도정부 시절 당시의 사법부에 대법원장 김용무를 위원장으로 사법부장 김병로, 대검찰청장 이인을 위원으로 한 법제편찬위원회가 조직되었고, 1947년 10월 20일 1분과위원회가 사법부, 법원, 변호사 등 전문가를 망라하여 구성되었다. 이 중 형사소송분야에 속한 위원은 鄭潤煥(前半), 陳泰龜, 張瑛根, 李相基, 盧鎮高(이상 사법부와 법원), 李瀛(後半), 金溶璣, 金潤壽(이상 검찰청), 金溶植(이상 변호사)이라는 사실이 알려져 있지만 더 이상 상세한 내용을 알 길이 없다. 《法政》 제2권 11호(1947.11)와 최종고, <해방 후 한국기본법제의 정비과정>, 《한국법사학논총》(박영사, 1991), 444-455면과 신동운, <한국검찰제도의 현황과 개선책>, 《서울대학교 법학》, 제29권 제2호(1988), 41면 각주 (8) 참조.

한 대책으로서의 간접적인 해결방식밖에 되지 못하는 형사소추, 민사배상, 행정문책 등의 방식으로만 해결하려는 미온적인 구상에 그치는 것이었다. 여기에 불만을 느낀 군정당국자가 모종의 강력한 가이드라인을 한국인 사법관 실무자들에게 제시하자 이에 《해설》의 저자들은 미국식 인신보호영장제도, 특히 뉴욕 주의 그것을 ‘한국의 실정에 맞게 적절히 변용’시키는 방법을 급작스럽게 구상하지 않을 수 없었으며, 그러한 변용의 구체적 모습이 제176호의 그것(특히 제17조와 제18조)으로 구체화된 것이다. 그런데 한국의 종래의 형사소송절차와 미국의 그것은 너무나 이질적인 것이었으므로 미국법을 한국의 실정에 맞게 변용시킨다는 것은 쉬운 일이 아니었으며, 인신보호영장제도의 기본정신을 제외한 구체적 절차의 변용작업은 거의 새로운 절차의 ‘창설’에 가까운 작업이었다. 실제로 뉴욕주의 인신보호영장제도에 관한 《해설》의 기술과 제176호의 그것과의 연결 관계, 예를 들어 제176호의 어느 조문은 미국법의 어느 제도를 母法으로 하여 수용 또는 계수된 것이라는 방식의 분석을 행하는 작업은 지극히 어려운 작업이거나 거의 불가능에 가까운 작업인 것이다. 여기서 미군정당국자의 정책, 즉 커다란 원칙은 자기들이 정하지만 그 원칙의 구체화는 한국인 법률가들에게 일임한다는 정책의 불가피성을 이해할 수 있다. 이런 점을 염두에 두면서 이하에서 제176호상의 구속적부심사제도를 좀더 상세히 분석하여 보자.

《해설》의 저자들이 파악했던 미국식 인신보호영장제도의 개략<sup>13)</sup>은 《해설》의 56-61면에 가장 잘 표출되어 있다. 그 중에서 중요한 부분을 발췌해 보자.

“피구금자 또는 피구금자와 관계를 가진 자(二·三의 州에서는 전연 관계없는 자일지라도)가 서명한 인신보호영장 신청서를 법원 또는 판사에게 제출하는데 그 신청서에는 불법하게 구금되고 또는 자유를 억제당한 사실을 기재하고 구금의 책임자와 구금된 장소를 알 수 있는 때에는 그 장소를 기재하여야 한다. ‘헤이비애스 코퍼스’ 영장의 신청을 받은 판사는 신청서에 기재된 사실을 심사하여 신청이 이유 있다고 인정될 때에는 구금자에게 대하여 피구금자를 데리고 출두하여 구금의 이유를 밝히게 함을 명령하는 ‘헤이비애스 코퍼스’ 영장을 발한다. 右명령에 복종하여 출두하는 것을 ‘리터언’이라고 하는데 연방법에서는 이 ‘리터언’을 일정한 기간 내에 하지 아니하면 아니되는 바 이 기간은 관계인이 법원에서 二十哩 이내에는 경우에는 三日을 초과하여서는 아니되고 이 기간 내에 출두하지 아니하면 법정모욕죄로서 벌금 또는 금고에 처한다. 하급법원의 판사가 ‘헤이비애스 코퍼스’의 신청을 각하하면 상소법원에 다시 신청할 수 있고 대다수의 州에서는 이유 있는 신청을 부당하게 각하하는 판사를 처벌한다는 규정이 있다(Blakemore씨의 보고에 의하면 실제 판사를 처벌한 예는 미국법제사상에 아직 그 실례가 없었다 한다.). 영장발부를 받은 자가 출두하면 판사는 즉시 구금의 타당성을 조사하지 않으면 안된다. 연방법에서는 조사기간이 5일로 정하여 있다. 이 조사수속에서는 증인의 환문과 증거의 제출을 할 수 있는데 심리의 결과 구금이 부당하다고 인정된 경우에는 피구금자를 즉시 석방하고 만일 합법적인 구금인 경우에는 피구금자를 구금자에게 돌려보낸다. 피구금자를 석방하는 때에는 보통 상소를 허용하지 아니하나 피구금

13) 이미 이 개략에는 1940년대의 한국인 법률가들의 관점이 깊숙히 배어 있는 것이었다는 점을 염두에 두어야 한다.

를 구금자에게 돌려보내는 재판에 대하여서는 상소를 할 수 있는 것이다... 구인이 합법적인 때이라도 구류가 정당하지 않은 때에는 그것을 이유로 하여 ‘헤이비애스 코퍼스’의 심사를 받을 수 있다. 예를 들면 보석을 허가하지 아니한다든가, 부당하게 공판이 지연된다거나, 법정의 예비신문을 하지 아니하였다든가를 증명하여야 한다... 그 외에 불법구금의 주장을 한 경우에도 他に 구제방법이 있는 때에는 ‘헤이비애스 코퍼스’ 영장이 발부되지 아니한다. 예를 들면 판결에 대하여는 상소의 방법을 다한 경우가 아니면 ‘該판결이 그 사건에 관하여 관할권이 없는 재판소에서 하였다’는 것을 이유로 ‘헤이비애스 코퍼스’ 영장을 청구할 수 없는 것이다. 그러나 이 상고심 공판수속이 부당하게 지연되는 때는 그것을 이유로 하여 ‘헤이비애스 코퍼스’ 영장청구를 할 수 있는 것이다... 同氏は 계속하여 불법구금은 어떠한 종류의 것이라도, 私인이 한 것이나 공적 기관에서 한 것이나 모두 ‘헤이비애스 코퍼스’의 대상이 된다고 할 수 있고 이 구제방법이 빈번히 사용되는 예를 열거하였다.”

《해설》의 저자들이 파악했던 미국식 인신보호영장제도에 관한 개략은 제176호의 제17조와 제18조에 그대로 반영되고 있는가? 거의 그렇다고 대답할 수 있지만 다음과 같은 차이점을 지적할 수 있다. 누가 구속적부심사를 신청할 수 있는가(신청권자의 범위)를 살펴보자.

제176호는 ‘관한 기타 타인에게 신체의 구속을 당한 자’(와 그 변호인 또는 제12조에 규정된 자)로 규정하고 있다. ‘관한 기타 타인에게 신체의 구속을 당한 자’의 의미를 《해설》은 “이 신체구속은 경찰관, 검찰관 또는 군사재판관계 등의 官吏나 또는 정신병원, 교정원, 소년보호단체 혹은 청년단체 등 어떠한 경우를 물론하고 실제로 신체의 자유를 속박당하는 전경우를 포함하는 것”이라고 해설하고 있다(110면). 제176호의 입안자가 구상한 신청권자의 범위는 미국의 인신보호영장의 신청권자의 범위<sup>14)</sup>와 거의 일치하는 것이었다. 그러나 제176호의 입안자가 파악한 미국의 인신보호영장제도와 차이 나는 것이 있었다.

첫째, 제176호는 ‘신청서에 의하여 그 구속이 일응 불법하다고 인정하는 경우에는 재판소는 신청서 접수일로부터 7일 이내의 審問기일을 지정하여 구속자에게 피구속자를 재판소에 同行出頭하여 그 구속을 계속할 이유를 설명할 것을 命하여야 한다. 전항의 심문기일 이전에 구속자가 제8조 및 제9조의 규정(구속기간 연장에 관한 조항들임: 필자 주)에 의하여 발부된 구속영장을 재판소에 제출한 경우에는 구두심문을 하지 않고 그 신청을 각하할 수 있다.’고 하여 신청권을 행사할 사람의 범위를 주로 영장에 의하지 아니하고 구속된 사람으로 예상하고 있다. 이 점은 적

14) 제176호의 입안자가 파악한 미국의 인신보호영장의 신청권자의 범위는 “... 피구금자에 대한 군사법정의 관할권이 문제가 된 때, 二. 자기의 명령에 위반하였다는 이유로 구금한 법원 또는 행정기관의 관할권을 다투는 경우, 三. 외국인의 국외추방 또는 입국금지를 명한 수속을 제심사하는 경우, 四. 신체에 대한 민사상의 강제집행(법원의 명령에 의하여 행한 감금)의 합법성을 심사하는 경우, 五. 검역규칙 또는 위생규칙의 합법성을 심사하는 경우, 六. 보석금이 과다한 경우, 七. 정신병자라는 이유로서 행한 구금의 효력을 심사하는 경우, 八. 관할권 없다는 것을 이유로 범죄인 인도명령을 다투는 경우, 九. 수사기관이 행한 구인, 구류의 적법성을 다투는 경우, 十. 미성년자의 감호권을 결정하는 사건”의 10가지였다. 이 중에서 법계의 차이로 한국의 현실에 도저히 수용할 수 없는 사유를 제외시킨다면 제176호상의 신청사유와 제176호의 입안자가 파악한 미국의 인신보호영장의 신청사유는 대동소이하다고 말할 수 있을 것이다.

어도 제176호의 입안자가 조사연구 단계에서 파악한 미국의 인신보호영장제도에서는 뚜렷이 부각된 사항이 아니었다.

둘째, 제176호에서는 '이유 있는 신청을 부당하게 각하하는 판사를 처벌한다는 규정'을 두지 않았다.

셋째, 제176호에서는 구인이 합법적인 때라도 구류가 정당하지 않는 경우, 예를 들어 보석을 허가하지 아니한다든가, 부당하게 공판이 지연된다거나, 법정의 예비신문을 하지 아니하였다든가 하는 경우에도 인신보호영장을 신청할 수 있다는 조항이 명시되어 있지 않은데 이것도 제176호의 입안자가 조사연구 단계에서 파악한 미국의 인신보호영장제도와 다른 점이다. 그러나 중요한 것은 제176호상의 구속적부심이 미국의 그것과 어떻게 다른가 하는 횡적(비교법적)인 측면이 아니라 제176호상의 구속적부심이 그 이전시대의 상황이나 그 이후시대의 한국의 상황에 비추어 어떤 역사적 의미를 갖는가 하는 점이다.

#### IV. 176호의 구속적부심사제도의 역사적 성격

이제부터는 시각을 바꾸어 제176호의 구속적부심사제도의 성격을 일제강점기의 상황과 1954년에 제정된 신형사소송법의 구속적부심사제도와와의 縱的 비교를 통하여 검토하여 보자. 일제강점기에는 불법구속에 대한 구제절차가 전혀 없었던 것은 아니었지만 그 구제절차가 활용되었다는 증거를 찾아보기 어렵다. 즉, 수사기관의 구류처분에 대한 준항고제도가 大正형사소송법(1924년부터 시행)상 마련되어 있었지만(제471조 제2항) 조선형사령체제 하에서 가장 문제가 되는 사법경찰관의 구류처분이 준항고의 대상이 되지 않는다고 해석되었었다.<sup>15)</sup> 그러므로 일제강점기에는 불법구속이 있는 경우 이에 불복하여 사법절차를 통해 즉시구제를 받는 제도나 발상은 없었다고 해도 과언이 아니다. 그러므로 여기서는 제176호의 구속적부심사제도의 성격을 그 이후 한국에서 채택된 그것과 비교하는 문제만 남을 뿐이다. 이 문제를 검토하려면 신청권자와 재판소의 동행출석명령에 주목해 볼 필요가 있다.

첫째, 1954년에 제정된 신형사소송법(이하 '1954년 형사소송법'으로 약칭함)은 신청권자의 범위를 '영장에 의하여 구속된 피의자'로 축소시켜 버렸다.<sup>16)</sup> 1954년 형사소송법에서 신청권자의 범위를 '영장에 의하여 구속된 피의자'로 제한하게 된 데에는 미국의 인신보호영장제도에 대한 오해<sup>17)</sup>가 작용했다. 제176호상 영장에 의

15) 신동운, <수사기관의 구금처분에 대한 준항고>, 『법률신문』, 1991.6.17.15면; 제갈창, <수사기관의 처분에 대한 준항고> (서울대학교 법학석사학위논문, 1994), 17면.

16) 1954년 형사소송법 제201조

17) <형사소송법에 대한 공청회 속기록> 중 嚴詳燮의원의 발언: "현재 우리나라에서는 형식적 심사를 해 가지고 영장을 내기 때문에 판사는 영장을 받은 사건이라도 적부심사를 합니다. 그런데 영미에서는 이 적부심사를 하는데 있어서 깊이 들어가서 이 영장을 내는 구체적인 타당성을 심사하고 내기 때문에 판사가 영장을 내는 사건은 적부심사의 대상이 안되요.", 법령총집편찬위원회 편, 『新刑事訴訟法(附解説, 參考資料)』, (대한출판문화사, 1954.6), 200면.

하여 구속된 피의자, 피고인에게 구속적부심사의 신청권이 명시적으로 배제된 것은 아니지만 앞에서 말한 것처럼 제176호의 구속적부심은 주로 영장에 의하지 아니하고 구속된 피구속자의 구제를 위한 것이었다. 한국사회에서 영장에 의하지 않고 특정이 구속되는 경우로서 예상할 수 있는 가장 보편적인 구속은 긴급구속이었다. 제176호의 공포와 동시에 대검찰청에서는 가급적 긴급구속을 하지 말라는 수사방침<sup>18)</sup>을 경찰에 하달했었다. 그런데 3년 동안의 격심한 한국전쟁을 겪고 난 후인 1954년에는 수사기관에게 긴급구속이 통상구속보다 오히려 보편적으로 활용되는 현상을 보이게 되었다.<sup>19)</sup> 그러므로 일반 시민의 입장에서는 오히려 영장에 의하지 않는 구속, 즉 긴급구속의 경우에 구속적부심이 가장 필요했을 것이다.

둘째, 제176호에서는 재판소가 구속자에게 피구속자를 재판소에 동행출두 하게 할 것을 명령할 수 있게 하였고 재판소의 동행출두명령 또는 석방명령에 위반한 불법구금자에 대한 형사처벌조항(6개월 이상 7년 이하의 징역)을 두었다. 이것도 역시 제176호의 입안자가 파악한 미국의 인신보호영장제도의 중요한 모습이었다. 그러나 1954년 형사소송법 제201조에서는 "전항의 청구를 받은 법원은 지체 없이 구속한 자와 구속받은 자를 심문하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 구속받은 자의 석방을 명하여야 한다."고만 규정하여 재판소의 동행출두명령의 근거규정을 없애버렸다. 그리고 동행명령 또는 석방명령을 준수하지 않는 구속자를 형사처벌하는 조항도 1954년 형사소송법에서는 찾아 볼 수 없다. 결국 국제적인 인권추세에 비추어 볼 때 지극히 미온적인 것이었던 제176호상의 구속적부심마저 1954년 이후에는 부실화되는 운명에 봉착하게 되었다.

#### V. 결 어: 176호의 정신으로 돌아가자

인권의 시각에서 볼 때 '군정법령 제176호 형사소송법의 개정'은 미군정기간동안 남한에서 일어났던 사건 중 가장 획기적인 사건 중의 하나였다. 많은 한국인들이 제2차 세계대전 후의 냉전구도 하에서 미국이 남한지역에서 보여준 패권주의적 세계전략과 그로부터 유래하는 미군정의 남한에서의 거친 활동을 비판적으로 지적하고 있다.<sup>20)</sup> 그리고 그러한 시각에 동의하는 미국인도 있다.<sup>21)</sup> 그러나 미군정은 궁

18) 대검찰청, 『형사소송법개정에 의한 수사방침』의 四. "검찰관은 피할 수 없는 경우를 제외하고는 개정법 제3조 제4조에 의한 긴급강제처분을 행하지 아니하기를 바라나이다", 『해설』, 149면.

19) <형사소송법에 대한 공청회 속기록> 중 전문위원(서일교)의 발언: "긴급구속에 관한 자료를 말씀드리면 부산지방 검찰청에서 제출한 통계입니다. 여기에 보면 구속영장 발부수가 1만 2천 6백 9십 7명 중 긴급구속이 1만 6백 18명, 약 95%가 긴급구속을 하고 있습니다", 법령총집편찬위원회 편, 『新刑事訴訟法(附解説, 參考資料)』, (대한출판문화사, 1954.6), 194면.

20) 한길사에서 펴 낸 『해방전후사의 인식』 시리즈 1-6권(1985-1987)참조.

21) A.Wigfall Green, 『The Epic of Korea』, Public Affairs Press, Washington, D.C. 1950.; Bruce Cummings, 『The Origins of』

정적 측면도 보여주고 있었다. 제176호의 입안과 공포는 그러한 긍정적인 측면의 현저한 사례에 속한다. 미군정이 진주하면서부터 20세기 이후 미국인들이 자주 사용하기 시작한 ‘민주주의’(democracy)와 ‘권리장전’(bill of rights), ‘법의 지배’(rule of law), 인신보호법(habeas corpus) 등의 시민적 민주주의의 핵심개념들이 한국의 법률가들에게도 수용되기 시작했다. 이런 용어들은 이전의 일제강점기에는 법학자나 법률가가 즐겨 사용하던 용어들이 아니었다. 예를 들어 일제강점기에 경성지방법원 예심판사였던 藤井尙三이 저술한 《朝鮮 刑事訴訟法講義 全》(京城, 文林堂, 1936)이라는 책이나 경성 북심법원 검사장이었던 玉名友彦이 저술한 《朝鮮 刑事令 釋義》(京城, 大洋出版社, 1944)에는 단 한번도 위와 같은 용어들이 사용되지 않았다. 이 두 책은 일제강점기의 조선의 형사절차에 관한 대표적인 문헌들이었다. 제176호는 형사소송절차, 특히 수사절차상의 강제처분영역에서 위와 같은 시민적 민주주의의 중심개념들을 시민적 민주주의의 구상이 전무하였던 종래의 식민지적 형사절차 풍토에 삽입시키려는 입법상의 시도였다. 당시의 상황에서 제176호의 입안과 공포는 미군정당국과 한국인 사법관 실무자들의 합작품의 성격을 가지고 있었다. 제176호의 제정방향에 관하여 미군정당국은 좀더 미국적 이념에 가까이가 다가려고 하였다. 그러나 한국인 사법관 실무가나 검찰관들은 좌익세력의 활동이 활발했던 시기에 우익적 국가체제를 유지하려면 적극적인 범죄통제정책이 불가피하다는 현실론에 기초하여 제176호가 급진적인 개혁이 되지 못하도록 저지하였다. 인권에 관한 국제적인 추세에 비추어 볼 때 176호의 모습은 현저히 미온적인 것이었다.

지극히 파괴적이었던 한국전쟁의 폐허 하에서 1954년에 제정된 신형사소송법은 제176호가 추구한 미온적인 규범목표마저 한 단계 후퇴시켰다. 구속적부심사청구대상 사건의 현저한 축소가 그것을 잘 말해 주고 있다.

1960년대에 ‘176호의 정신’으로 돌아가려는 움직임이 있었다. 1962년 12월 26일 개정된 제3공화국 헌법 제10조 제5항은 “私人으로부터 身體의 自由의 不法한 侵害를 받은 때에도 “法律이 정하는 바에 의하여” 救濟를 法院에 請求할 權利를 가진다.”고 규정하여 민사구급에 대하여도 구속적부심사청구를 가능하게 할 수 있는 헌법적 근거로 마련하였고 1969년 7월 9일 신민당이 인신보호법안을 국회에 제출하였다. 그러나 당시의 다수 여당은 이 법안의 심사를 회피하여 1971년 6월 30일 국회의원의 임기 만료로 이 법안은 자동폐기되었다. 신민당이 제출하였던 인신보호법안은 일본의 인신보호법을 모델로 한 것이었다고 한다.<sup>22)</sup> 그 후 한국의 형사절차법과 법현실은 인권적 측면에서 볼 때 점점 더 악화되어 갔다. 이 시기에는 구속적부심사청구제도 자체가 폐지되었거나 유명무실화 되었었다. 자타가 공인하는 최근

*the Korean War*, Princeton University Press, 1981.

22) 이영란, 구속적부심사제도에 관한 연구(1987, 서울대학교 박사학위논문), 199쪽 참조.

의 이른바 ‘민주화 국면’에서 진행된 형사소송법 개정논의에서도 제176호의 논의단계에서 전개된 논변들이 거의 그대로 반복되는 것을 볼 때 한국현대형사사법사에서 48년이라는 세월이 그다지 긴 시간이 아니었다는 것을 절감할 수 있다. ;

2004년은 176호가 공포·시행된 지 56년째, 1954년 형사소송법이 제정·시행된 지 50년 째 되는 해이다. 1954년 형사소송법으로 축소된 인신보호법을 거의 반세기가 지난 지금에야 국제기준에 걸맞게 손질하려고 한다. 새로 제정되는 ‘한국형 인신보호법’에는 최소한 176호가 담았던 내용이 담겨야 하고 다음과 같은 내용의 것이 되어야 한다고 생각한다.

첫째, 민사문제로 불법·부당하게 구금당하고 있는 민사피구금자에 대한 구속적부심사 청구가 가능하게 하는 법적 장치가 필요하다. 현행 헌법 제12조 제6항은 “누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 適否의 審査를 法院에 請求할 權利를 가진다.”고 규정하고 있는데 현행 형사소송법이 適否審査 청구권자를 ‘형사피의자’로 한정하는 것은 헌법위반이다. 체포·구속적부심사를 규정하고 있는 형사소송법 제214조의2에 민사문제로 불법·부당하게 구금당하고 있는 민사피구금자에 대한 구속적부심사까지 포괄하기에는 기술적으로 어렵다. 따라서 민사피구금자에 대한 구속적부심사절차는 별도의 ‘한국형 인신보호법’의 제정으로 해결하는 것이 바람직하다.

둘째, 민사피구금자에 대한 구속적부심사 청구권자에 검사와 국가인권위원회 위원이나 국가인권위원회 소속 공무원을 포함시켜야 한다. 인권옹호는 검사의 중요직무의 하나이며 국가인권위원회는 바로 이런 일을 하도록 설립된 기구이기 때문이다.

셋째, 불법·부당하게 구금당하고 있는 민사피구금자가 있음에도 불구하고 적부심사 청구를 고의 또는 과실로 해태하는 검사와 국가인권위원회 위원(이나 국가인권위원회 소속 공무원), 이유 있는 신청을 부당하게 각하·기각하는 판사에 대한 제재조항을 두어야 한다.

넷째, 별도의 인신보호법을 제정하는 방향으로 나아갈 때 심사청구의 대상에 형사문제로 불법·부당하게 구금당하고 있는 형사피구금자를 포함시킬 것인가 하는 문제는 쉽지 않다. 현행 형사소송법에 대하여도 ‘屋上屋’이라는 비판이 제기되고 있어서 심사청구의 대상에 형사피구금자를 포함시키는 방안에 대하여는 저항이 거셀 것으로 예상된다. 그러나 형사피구금자의 청구적격으로 보충성 요건을 추가하면 큰 문제는 없으리라 생각한다.



## 인신보호법 제정에 대한 의견<sup>23)</sup>

김유진(법원행정처 송무심의관, 판사)

### 1. 들어가는 말

신체의 자유는 모든 사회적, 경제적, 정신적 자유의 근간이 되는 것으로서 인간의 존엄과 민주주의의 존립을 위한 최소한의 조건이 되는 것이다. 우리 헌법도 제12조에서 '신체의 자유'에 관한 조항을 두어 선언적인 규정 이외에도 죄형법정주의, 적법절차원리, 영장주의 등 비교적 상세한 규정을 두고 있다.

신체의 자유를 충분하고도 적절하게 보장하기 위해서는 신체의 자유가 침해된 경우 이를 구제하기 위한 절차를 완비하는 것이 필요하다. 헌법 제12조 제6항에 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다'고 규정하고 있고, 이에 따라 형사소송법에서 영장에 의하여 체포, 구속된 자에 대한 적부심사절차 규정을 두고 있는 것도 그러한 이유에서이다. 그러나, 수사기관이 아닌 다른 국가 공권력에 의하여 신체의 자유가 제한된 경우에는 이를 사법적으로 즉시 심사할 수 있는 규정이 현재로서는 마련되어 있지 않다.

이러한 점에 주목하여 헌법상 보장된 신체의 자유를 제한, 침해하는 모든 국가행위, 사인의 행위에 대하여 사법 심사 방안을 마련하여야 한다는 취지에서 '인신보호법'의 제정을 검토하는 작업은 시의 적절한 것이라고 생각한다. 다만, 인신보호법의 적용 대상을 어디까지로 정할 것인지, 그 절차를 어떻게 규정할 것인지에 관해서는 깊이 있는 검토를 거쳐야 할

23) 이 글은 법원의 공식적인 입장이 아니라 발표자의 개인적 견해를 유념하여 주시기 바랍니다.

것이다. 이하에서는 ‘인신보호법’ 제정의 헌법적 근거와 필요성, 심사 범위에 대하여 살펴보고, 그밖에 제정시 검토할 사항에 대하여도 언급해 보고자 한다.

## 2. 인신보호법 제정의 헌법적 근거와 필요성

우리 헌법 제12조 제1항은 ‘모든 국민은 신체의 자유를 가진다’고 규정하여 신체의 자유에 관한 선언적 규정을 둔 뒤, 제6항에서는 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’고 규정하여 신체 자유의 제한과 침해 여부에 대하여 사법심사를 받을 권리를 보장하고 있다. 위 제6항에서 규정한 ‘체포 또는 구속’을 어떻게 해석할 것인가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 포괄설은 형사소송법의 체포, 구인, 구류 또는 구속을 포함한 일반적인 신체 자유의 제한·박탈을 의미하는 것으로 보는 반면, 제한설은 수사기관에 의한 체포, 구인, 구금을 의미하는 것으로 보고 있다. 제한설은 헌법 제12조에 규정된 체포·구속을 형사소송법상의 개념과 동일한 것으로 보고 있으나, 신체의 자유가 제한되는 경우는 수사기관에 의한 형사소송절차에서 뿐만 아니라 다른 공공기관에 의한 행정행위에서도 나타날 수 있으므로 헌법상의 위 규정을 형사소송법상의 체포, 구속에 한정하여 해석할 필요는 없다고 생각한다. 제한설은 위 헌법 규정의 ‘체포, 구속’이라는 용어가 형사소송법에서도 그대로 사용되고 있다는 점을 의식한 것으로 보이나, 헌법 제정자의 취지는 수사기관 뿐만 아니라 다른 국가기관 또는 사인에 의하여 신체의 자유가 제한되는 경우에도 이에 대하여 사법 심사를 받을 권리를 부여하려는 것으로 해석하는 것이 마땅하다.

실제로 형사절차 이외에서도 다른 일반 행정기관에 의하여 신체의 자유가 제한되는 예는 쉽게 찾아 볼 수 있다. 전염병예방법 제42조에 근거한 시, 도지사의 전염병환자에 대한 격리조치, 정신보건법 제25조 제3항에 근

거한 시, 도지사의 정신병자에 대한 강제입원, 그밖에 윤락여성에 대한 보호소 수용, 밀입국자, 행려병자, 부랑자의 수용 등이 그 예이다. 이러한 형사절차 이외의 신체의 자유 제한에 대하여 즉시적인 사법 심사를 받도록 하는 법 규정은 마련되어 있지 않다. 물론 행정기관의 강제처분에 대하여 행정소송을 제기하는 방법, 국가 또는 지방자치단체를 상대로 불법 구금을 이유로 손해배상청구를 하는 방법이 있을 수 있지만, 이는 체포, 구금에 대한 즉시적이고 직접적인 사법 심사에 해당된다고 보기 어렵다.

주제발표자께서도 지적하신 바와 같이 행정기관 이외에 사적 영역에서의 신체자유 침해 사례도 있다. 정신병원, 기도원에의 강제 수용, 낙도 등에서의 강제노역, 인신매매에 의한 강제구금 등이 그 예이다. 이러한 사적 영역에서의 신체자유 침해에 대해서도 형법상의 감금죄 등에 의한 형사처벌, 민사 손해배상청구 등의 구제수단이 가능할 것이나, 그밖에 이러한 구금에 대한 직접적인 구제수단은 마련되어 있지 않다.

앞서 본 바와 같이 헌법 제12조 제6항의 ‘체포 또는 구금’을 형사소송절차에 한정하지 아니하고 일반적인 신체 자유의 침해를 포괄하는 것으로 해석하는 한 이러한 행정 영역 또는 사적 영역에서의 신체의 자유 침해에 대해서도 사법 심사 절차를 규정하는 별도의 법률을 마련할 필요가 있는 것이다.

## 3. 영국, 미국, 일본의 인신보호영장제도 비교<sup>24)</sup>

	영 국	미 국	일 본
관할 법원	○ 원칙적으로 Queen's Bench Divisional Court 또는 판사	◆ 연방 - 연방대법원, 대법관, 지방법원, 순회판사 ◆ 뉴욕주 - 구금 지역 관할 지방법원, 항소법원, 지방법원 판사, 군판사	피구속자, 구속자 또는 청구자의 소재지 관할 고등법원 또는 지방법원

24) 본 자료는 사법개혁추진위원회의 보고서 “민주사회를 위한 사법개혁”(69p - 72p)에서 발췌한 것임



	영 국	미 국	일 본
신청	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 피구급자 또는 신청할 만한 이익이 있는 제3자</li> <li>○ 서면주의</li> <li>○ 변호사 대리강제</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ 연방</li> <li>○ 피구급자 또는 그 대리인</li> <li>○ 서면주의</li> <li>○ 주 법원의 판결에 의하여 구급되어 있는 자는 그 주의 권리구제 절차를 완료하여야 함</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 피구속자 또는 제3자</li> <li>○ 서면 또는 구두 청구</li> <li>○ 변호사 대리강제</li> <li>※ 달리 구제의 목적을 달성함에 적당한 방법이 있는 때에는 그 방법에 의하여 상당한 기간 내에 구제의 목적을 달성할 수 없음이 명백하지 않으면 이를 청구할 수 없음</li> </ul>
심리 대상	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 기본적으로는 관할 위반 또는 명백한 오류의 존재</li> <li>○ 그러나 실무상으로는 얼마나 신체의 자유가 제한되고 있는지가 중요한 판단기준</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ 연방</li> <li>○ 구급의 적법성</li> <li>◆ 뉴욕주</li> <li>○ 구급의 적법성</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 구속의 적법성</li> <li>- 구속 또는 구속에 관한 재판 또는 처분이 권한없이 행해지거나 법령이 정하는 방식 혹은 절차에 현저하게 위반하고 있는지 여부</li> </ul>
심리 절차	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 신청</li> <li>신청인은 구급의 적법성에 대한 심리가 필요하다는데 대한 증거제출 책임을 부담</li> <li>○ 심리의 필요가 있다고 인정되면 구급자 등 관련자에게 통지, 그렇지 않으면 기각</li> <li>- 필요한 경우에 한하여 영장발부</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ 연방</li> <li>○ 신청</li> <li>○ 이유없음이 명백한 경우를 제외하고는 즉시 구급자에게 영장 발부</li> <li>○ 영장 또는 명령을 발부받은 자는 3일 이내에 구급사유 회신</li> <li>○ 회신 후 5일 이내에 구급사유의 적법성에 대한 심리</li> <li>○ 원칙적으로 심리기일에 피구급자의 신병 현출</li> <li>○ 즉석에서 사실 심리 후 결정</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 청구</li> <li>○ 준비조사</li> <li>심문기일의 조사를 위하여 구속자, 피구속자, 청구자 또는 그 대리인 등 사건관계자의 진술을 청취할 수 있음</li> <li>○ 가석방</li> <li>판결시까지 출두서약 등 담보 조건을 붙여 잠적적으로 피구속자를 석방할 수 있음</li> <li>○ 관계자 소환, 구속자에 대한 명령</li> <li>- 청구자, 피구속자, 구속자 등 소환</li> <li>○ 심문기일의 조사</li> <li>- 심문기일의 조사는 피구속자, 구속자, 청구자 등이 출석한 공개법정에서 실시</li> <li>- 대리인이 없는 경우 국선변호인 선임</li> <li>- 청구자 및 구속자의 진술 청취 후 소명자료 조사</li> </ul>

	영 국	미 국	일 본
결정의 종류	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 석방</li> <li>- 형사사건의 경우 석방 후 재체포 금지</li> <li>○ 기각 및 신병 인도</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ 연방</li> <li>○ 법과 정의에 따라 결정</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 청구의 각하</li> <li>- 청구의 요건이나 필요한 소명 자료를 갖추지 못한 경우</li> <li>○ 결정에 의한 청구 기각</li> <li>- 준비조사의 결과 청구가 이유없음이 명백한 경우 심문 없이 결정으로 기각</li> <li>○ 청구기각 판결</li> <li>- 심문결과 청구이유가 없는 경우 청구를 기각하고 피구속자를 구속자에게 인도</li> <li>○ 청구인용판결</li> <li>- 청구의 이유가 있는 경우에는 판결로 피구속자를 즉시 석방</li> <li>※ 판결에 의하지 않는 한 동일 사유로 재속되지 아니함</li> </ul>
결정에 대한 불복	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 모든 신청사건에 대하여 항소 허용</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ 연방</li> <li>○ 연방항소법원에의 항소 인정(연방법원의 유죄판결의 효력을 다투는 특별절차의 경우에도 상소 인정)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 대법원에의 상소</li> <li>- 3일 이내에 대법원에 상소 가능</li> <li>○ 대법원의 자판권</li> <li>- 대법원은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에는 하급법원에 계속 중인 사건을 송치토록하여 재판 가능</li> </ul>

#### 4. 인신보호법에 의한 사법 심사의 범위

인신보호법을 제정할 경우 형사절차를 포함한 모든 구금에 대한 사법 심사를 규정하도록 할 것인지 아니면 형사절차를 제외할 것인지를 검토하여야 한다.

형사소송법에는 체포·구속적부심사, 보석 등 체포, 구속에 대한 적법 또는 당부를 심사하는 절차를 마련하고 있다. 이와 별도로 인신보호법에서 형사절차에 의한 구금의 적부를 심사한다고 한다면 이중의 사법 심사 절차를 마련하는 셈이고 이로 인하여 사법 인력의 불필요한 낭비, 형사사법절차의 지연 등을 초래할 수 있다. 부당하게 신체의 자유가 제한되는 일은 없어야 하고, 만약 이러한 사례가 있는 경우 이에 대한 신속하고 적정한 사법 심사가 이루어져야 함은 당연한 것이라고 할 것이나, 이는 형사소송절차를 통해서도 충분히 달성될 수 있는 것이다. 현행 형사소송법에 미비한 점이 있다면 법 개정을 통해 보완하면 되는 것이지 별도의 법률에 의한 이중 심사 절차를 마련할 필요는 없다고 본다. 특히 현재 사법개혁위원회에서 피의자·피고인 석방 절차의 통합, 보석 조건의 다양화 등 인신구속제도의 정비 방안을 논의하여 발전적인 의견을 정리한 바 있으며 차후 구체적인 입법 과정에도 반영될 것으로 보인다. 이러한 점을 고려하면 인신보호법은 형사절차를 제외하고, 행정 영역과 사적 영역에서 발생하는 신체 자유의 침해에 대하여 규율하는 것이 바람직하다고 생각한다.

#### 5. 인신보호법 제정시의 고려사항

그밖에 인신보호법을 제정할 경우에는 다음과 같은 점에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다.

우선 관할에 관한 규정이 필요하다. 토지관할(피구금자, 구금자의 소재지 관할 지방법원으로 하는 방안 등 검토) 및 사물관할(단독판사 또는 합의부

에서 담당할지 여부)에 관한 검토가 모두 필요하다.

다음으로 인신보호법에 의한 사법 심사의 대상, 청구 요건을 어떻게 정할 것인지를 검토하여야 한다. 앞서 본 바와 같이 형사 절차에 의한 구금을 포함시킬 것인지 여부, 다른 구제 수단이 없을 경우에 한하여 청구할 수 있도록 할 것인지의 여부 등이 그 검토 대상이 될 것이다.

적부심사절차를 어떻게 할 것인지도 검토하여야 한다. 특히 행정 영역에서의 신체 자유 제한은 나름대로 행정 목적을 달성하려는 취지에서 행하여지는 것이 통례일 것이다. 이러한 행정 목적과 신체의 자유 제한이 충돌할 경우 이 두가지 상충되는 이익을 어떻게 조율할 것인지, 그리고 이에 대한 판단 자료는 어떤 절차에 의해 수집할 것인지, 최종 판단시까지 어떠한 잠정 조치를 취할 수 있을 것인지를 검토하여야 한다.

다음으로 심리 후 어떠한 최종 판단을 내릴 수 있도록 할 것인지를 검토하여야 한다. 일본의 인신보호법의 예에서 보듯이 청구각하, 청구기각결정, 청구기각판결, 청구인용판결 등을 고려할 수 있을 것이나, 어떤 사유가 있을 때 그러한 판단을 내리도록 할 것인지 보다 깊이 검토해 볼 필요가 있다.

최종 판단에 대한 불복 절차를 어떻게 마련할지도 검토의 대상이다. 상급심과 최종심을 어디로 할 것인지도 검토하여야 한다.

#### 6. 마치는 글

인신보호법의 제정은 지난 2000년 대통령 자문기구인 사법개혁추진위원회에서 그 도입을 결의한 바 있으나, 아직까지 별다른 진척이 없었던 것이 사실이다. 법률 제정의 취지가 아무리 이상적이라고 하더라도 이를 입법기술적으로 구현하는 데에는 여러 가지 장애요소가 있는 경우가 많다. 인신

보호법의 제정에 있어서도 여러 문제점에 대하여 고민하고 검토하여야 할 것으로 생각된다. 오늘의 공청회를 계기로 앞으로 인신보호법의 제정에 대하여 보다 심도있는 논의가 활발히 이루어지기를 기대한다.

### 인신보호법 제정에 있어 생각할 몇가지

오창익/ 인권실천시민연대 사무국장 [www.hrighs.or.kr](http://www.hrighs.or.kr)

사실 인신보호법 문제는 제기되는 몇몇 용어가 낯설어서 그렇지, 우리 사회의 오래된 숙제 중의 하나였다.

그동안 발제자가 ‘민사 구금’이라고 표현한 사인이 다른 사인의 신체를 부당하게 지배하거나 신체의 자유를 함부로 박탈하는 경우가 적지 않았으며, 이런 상황을 타개할 실효성있는 조치를 취하기 힘들었던 것도 사실이다.

그동안 민사구금 문제는 인권단체나 언론에 의해 다수인 보호시설의 인권 실태가 폭로되고, 이들의 문제제기에 떠밀린 검, 경이 수사에 나서는 방식으로 간헐적으로 해결되어 왔다. 그러나 이런 방식의 문제해결은 1987년의 형제복지원과 자강원 사건, 1998년의 양지마을 사건 등 손꼽을 정도로 드물고도 극적으로 전개되었을 뿐이다.

‘민사구금’의 실태가 어떤지도 제대로 알려진 적이 없으며, 실태도 모르는 상태에서 실효성있는 대책이 강구될 리도 없었다.

발제자는 이러한 문제를 해결할 방법으로 ‘피박탈자’들을 위한 구속적부심사 절차가 마련되어야 하고, 이는 ‘인신보호법’의 제정을 통해 해결하는 것이 바람직하다고 하였다.

문제를 해결해야 한다는 점에는 전적으로 동의하지만, 새로운 법률의 제정이 얼마만큼이나 실효성있는 해결책이 될지는 모르겠다. 물론 발제자의 의견대로 민사구금자의 구속적부심사 청구권자에 검사와 국가인권위원회 위원이나 위원회 소속 공무원을 포함하도록 한다든지 하는 안전장치들이 실효성있는 역할을 할 수 있겠지만, 그럼에도 불구하고 꼭 새로운 법률이어야 하는지, 또한 그 역할을 형사구금자에 대한 구속적부심의 경우처럼 법원에서 수행해야 하는지에 대해서는 의문이 남는다.

지금도 봉안사건만 연 150만건 이상 다루고 있는 법원이 낯설고도 새로운 분야의 민사구금 문제에 대해 얼마만큼의 적극적 역할을 해줄 것인지 의문이고, 법원의 기능상 청구가 있어야 이에 대한 적부심을 진행하는 수동적 역할에 그칠텐데, 민사구금의 경우에는 형사와 달리 실태를 파악하고, 피구금자와 관계인들이 '청구'에까지 이르게 되는 과정 자체가 쉽지 않기 때문에 보다 적극적인 역할의 개입이 필요하다고 본다.

이런 점을 감안하여 국가인권위원회가 출범하여 활동 중이고, 국가인권위원회법과 시행령이 다수인보호시설에 대해 구체적으로 언급하고 있는 부분에 주목하였으면 한다.

2001년 제정된 국가인권위원회법은 그 시행령 2조에서 '다수인 보호시설'을 아동복지시설, 장애인복지시설, 정신보건시설, 부랑인복지시설, 노인복지시설, 요보호자를 위한 복지시설, 갱생보호시설 등으로 세분하고 있으며, 이 법은 다수인 보호시설의 수용자의 인권을 위해 시설 수용자와의 면담, 다수인 보호시설과 인권 실태에 대한 조사, 시정을 위한 권고 등을 할 수 있도록 규정하고 있다.

그러나 국가인권위원회법이 근사한 용어의 정의 규정에도 불구하고 실효성 있는 조치를 취할 수 있는 근거가 되지는 못하고 있다. 시설 수용자가 강제 구금되었다고 하더라도 이의 시정을 요구 또는 권고할 수밖에 없기 때문이다. 물론 국가인권위원회를 통한 간접적인 구제 조치까지 봉쇄되어 있는 것은 아니다.

따라서 낯설기만 하고, 손발의 역할을 보장할 수 없으며 실효성있는 구제대책을 마련하기 어려울 가능성이 높은 새로운 법률의 제정을 통해서가 아니라, 국가인권위원회에서 피구금자의 자유 박탈의 시정을 요구하는 권한을 부여하는 방향으로 국가인권위원회법을 개정하여 국가인권위원회법을 실질적으로 '인권법'이 될 수 있도록 하여, 민사구금자 문제만이 아니라, 기존의 사법체계가 놓치고 있는 여러 인권 문제에 대해 국가인권위원회가 적극적인 개입과 해결을 할 수 있도록 하는 것이 더 바람직하다고 생각한다.

국가인권위원회는 비록 직원의 수가 많지는 않지만 조사 기능과 인권침해(차별) 진정기능을 갖고 있으며, 지난 3년여의 활동을 통해 그 역할이 국민 일반에게 비교적 잘 알려져 있기 때문에 민사구금자 문제를 해결할 주체로서 적합하다고 볼 수 있다.

또는 국가인권위원회에게 민사구금자에 대한 즉각적인 석방(긴급 조치)권한을 부여하고, 시설 책임자 등이 이에 불복하는 경우, 민사구금자를 해당 시설이 아닌 제 3의 보호시설에 수용한 상태에서 법원의 판단을 구하는 것도 고민해 볼 수 있을 것이다. 물론 이 경우는 시급하게 진행되어야 하기 때문에 구속적부심에 준하여 신속하게 진행하도록 하고, 꼭 그만큼의 효력을 갖도록 하면 될 것이다.

1. 형사절차 이외의 절차에서 사인 또는 공권력에 의한 불법구속에 대한 신속한 사법적 구제를 위한 입법조치의 필요성

가. 불법구금에 대한 사법적 구제의 필요성은 형사절차에서의 수사기관의 불법구속에 대한 사법적 구제뿐만 아니라 형사절차 이외의 절차에서도 적법절차의 원칙이 적용되어야 하므로 형사소송절차에 의하지 아니한 국가기관 등 공권력에 의한 구금이나, 특히, 공권력 행사와 관계가 없는 私人에 의한 구금의 경우에도 신속한 사법적 구제의 길이 열려 있어야 함

나. 현행 헌법 제12조 제1항은 “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”고 규정하고 있고, 제12조 제6항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다”고 규정하고 있음에도 구속 전 피의자심문 및 구속적부심사에 관한 형사소송법의 조항은 청구권자를 수사기관에 의하여 수사의 대상으로 되어 있는 형사피의자와 그 피의자의 친족 등 이해관계인에 한정하고 있으므로 입법의 불비로 인하여 형사절차의 이외의 절차에서 사인 또는 공권력에 의한 불법구속에 대한 신속한 사법적 구제의 길은 봉쇄되어 인권의 사각지대로 놓여 있음

2. 별도의 인신보호법의 제정 필요성 및 그 방향

가. 별도의 인신보호법의 제정 필요성

형사절차 이외의 절차에서 사인 또는 공권력에 의한 구금의 경우 헌법의 적법절차의 원칙, 영장주의의 원칙이 적용된다고 할지라도 형사소송 절차에서 수사기관에 의하여 수사의 대상으로 되어 있는 형사피의자의 경우와 달리 구속영장의 청구, 구속영장의 청구에 대한 심사, 구속영장의 발부, 구속영장에 의한 구속의 적법 여부의 심사 등의 절차에서 절차적인 면과 절차의 진행에서 보장되어야 할 권리보장의 면에서 특수성이 반영되는 새로운 규율 필요할 것으로 예상되고 절차의 이질적인 요소를 고려할 때 형사소송법에 통합적으로 규율 하기도 적절치 않으므로 별도의 인신보호법의 제정이 필요함

나. 인신보호법의 제정 방향

(1) 영장주의는 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서 중립적인 법관이 구체적 인 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 하는데 있으므로 형사절차 이외의 절차에서 사인

또는 공권력에 의한 구금의 경우에도 구속개시시점에서 뿐만 아니라 그 구속의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 정지 또는 실효시킬 것인지 여부를 법관의 판단에 의하여만 결정될 수 있도록 인신보호법의 내용이 마련되어야

(2) 형사절차 이외의 절차에서 사인 또는 공권력에 의한 구금의 경우에도 형사절차에서의 구속적부심사의 개념의 연장선상에서 뿐만 아니라 영장실질심사의 개념 연장선상에서 일정한 사인과 공권력에 의한 구금의 경우에는 새로운 형태의 구속영장의 청구가 반드시 필요하도록 함으로써 법원에 의한 영장의 발부가 필요하도록 하여 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피구속자를 즉시 석방하도록 하는 방안이 연구되고 검토되어야 할 것임

(3) 형사절차 이외의 절차에서 사인 또는 공권력에 의한 불법구금의 신속한 사법적 구제를 위해 검사 또는 국가인권위원회 위원이나 국가인권위원회 소속 공무원을 구속적부심사 청구권자에 포함하는 내용의 인신보호법 제정안에 적극 찬성함

## 인신보호법 제정의 필요성

조국(서울대학교 법과대학 부교수)

현행 헌법이 규정하는 체포·구속적부심사제도가 영미법의 인신보호영장(the writ of habeas corpus)제도에서 유래하였다는 것이 통설이다. 'habeas corpus'란 "신체를 제시하라"(the court would have the body)라는 의미의 라틴어로서, 구금자에 대하여 일시와 장소를 지정하여 구속의 적법여부를 심사하여 위법한 구속인 때에는 피구속자를 석방하기 위하여 피구속자의 신체를 제시하라는 법원의 영장을 '인신보호영장'이라고 한다.

1948년 남조선과도정부 법령 제176호는 미국식 인신보호영장제도의 일반적 특성을 법률적 차원에서 수용하면서 "관한 기타 타인에게 신체의 구속을 당한 자"(강조는 인용자)의 구속을 석방하는 제도를 도입하였다. 그리고 1948년 제정헌법 제9조 제3항은 "누구든지 체포, 구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다"라고 규정하여 체포·구금에 관한 적부심사제도를 헌법적 차원의 제도로 격상시켰다. 특히 1962년 제3공화국 헌법 제10조 제5항은 '누구든지 체포·구금을 받은 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. 사인(私人)으로부터 신체의 자유의 불법한 침해 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다.'(강조는 인용자)라고 규정하여 영미식의 인신보호영장을 헌법화한 바 있다. 그러나 1972년 '유신헌법'은 이 규정이 삭제하였고, 이후 사인에 의한 불법한 신체침해에 대한 절차적 구제장치는 사라진 상태이다.

권위주의 체제 하에서 인신구속의 문제는 국가권력에 의한 시민의 신체의 자유침해의 문제였다. 그리하여 민주화 전후로 이 점에 대해서는 국가와 시민사회 영역 모두에서 날카로운 경각심이 형성되어 있고, 제도와 관례에 의해 상당부분 보완장치가 마련되어 있는 상태이다.

그러나 이에 반하여 사인에 의한 사인의 신체의 자유 침해의 문제는 제대로 조명을 받지 못하고 있다. 그런데 타인의 신체의 자유를 침해하는 사인의 행동이 형법 위반인 경우에는 국가형벌권을 동원하여 그 사인을 '체포와 감금의 죄(형법 제276-282조)로 의율하면 피해자 사인의 신체의 자유는 회복될 수 있다.

문제는 사인의 신체의 자유가 사인에 의하여 현행 특정 법률의 요건과 절차에 따라 합법적으로 제약되는 경우이다. 예컨대, 발제문도 지적하였

듯이 1995년 제정된 정신보건법은 본인의 동의가 없어도 보호의무자의 요청(정신보건법 제24조)이나 시·도지사의 요청(정신보건법 제25조)으로 정신질환자를 치료시설에 구금시킬 수 있다. 이 경우 의사의 오진, 보호의무자의 악의 등이 결합된다면 피구금자가 신체의 자유를 회복할 기회는 매우 적어진다. 이러한 점에서 “적법한 절차에 의하지 아니하거나, 위법한 행정처분이나 사적 단체나 기업의 처우방침 등에 의해 유치장·구치소·의료시설·복지시설 그밖에 수용시설 등에 구금당하고 있는 자”도 법원에 그 구제를 청구할 수 있도록 규정하고 있는 나경원 의원의 법안은 이러한 문제를 해결하는 출발점이 될 것이다.

한편 인신보호법을 만들 경우 심사청구의 대상에 형사문제로 불법·부당하게 구금당하고 있는 형사피구금자를 포함시키는 것은, 기존의 체포·구속적부심사제도와 중복을 일으키므로 곤란하다고 판단한다. 다만, 성매매특별법 등에 규정된 ‘보호사건’ 절차는 형사처벌은 아니지만 ‘감호위탁’이나 ‘치료위탁’ 등 실제적으로는 인신구속을 초래하는 처분을 부과할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 ‘보호처분’의 적부에 대한 판사의 판단은 최종적인가에 대한 문제는 고려대상이 될 것이다.

그리고 심희기 교수는 현행 헌법 제12조 제6항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 현행 형사소송법이 적부심사 청구권자를 ‘형사피의자’로 한정하는 것은 헌법위반이라고 주장한다. 입법적 해결을 통하여 적부심사 청구권자를 확대해야 한다는 점에는 전적으로 동의하지만, 형사소송법 제214조의2가 위헌이라는 점에는 의문이 있다. 헌법 제12조 제6항의 “체포” 또는 “구속”은 형법상의 “체포” 또는 “감금”의 개념과는 달리(형법 제276-282조), 국가기관에 의한 체포 또는 구속을 전제로 하고 있으며, 이는 헌법사에서도 확인된다고 보인다.

## 1. 인신보호법 제정에 대해

- 먼저 인신보호법 제정 방향에 대해 토론할 기회를 마련해 주신 나경원 국회의원님께 진심으로 감사드리며, 토론자로 참석하게 된 것을 개인적으로 매우 영광스럽게 생각합니다
- 최근 언론에 의해 사회적으로 이슈가 제기된 “사인에 의한 불법구금”을 비롯한 사적 영역에서의 인권침해행위는 물론, 인신 구속 행위 전반에 걸쳐 사법적 구제가 가능하도록 하는 인신보호법 제정이 검토되는 것에 대해 크게 환영하며, 그 제정 필요성에 공감합니다
- 이하에서는 ‘한국형 인신보호법’ 제정의 필요성을 제안하신 심희기 교수님의 발표문을 중심으로, 형사절차에서의 위법 체포나 구속에 대한 구제방안, 이를 토대로 마련 가능한 인신보호법 내용에 대해 말씀드리기로 합니다

## 2. 인신보호법 제정 방향에 대해

### 가. 형사절차에서의 위법구속에 대한 구제방안

- 체포·구속적부심사제도 (형사소송법 제214조의 2)
  - 이는 수사기관에 의하여 체포 또는 구속된 피의자에 대하여 법원이 체포·구속의 적법 여부와 그 필요성을 심사하여 체포·구속적부심사 체포 또는 구속이 부적법·부당한 경우에 피의자를 석방시키는 제도임
  - 위 법은 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포, 구속된 피의자, 그 피의자의 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주가 관할법원에 신청할 수 있다고 규정
  - 따라서, 체포영장이나 구속영장이 발부되지 않고 불법하게 체포 또는 구속된 피의자의 경우 이러한 체포·구속적부심사를 청구할 수 없는지 하는 의문, 그러나 이런 경우는 불법구속의 대표적인 경우이므로 대법

원은 “긴급체포 등 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자도 적 부심사를 청구할 권리를 가진다”고 결정하여 판례를 형성 (대법원 1997. 8. 27. 결정, 97모21)

- 구속전 피의자심문제도 (영장실질심사제도, 형사소송법 제 201조의 2)
  - 이는 구속영장을 청구받은 판사가 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용인의 신청이 있을 때 피의자를 심문하여 구속사유를 판단하는 제도임
- 구속취소제도 (형사소송법 제209조, 제93조)
  - 이는 검사가 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에 결정으로 구속을 취소하는 경우로써, 검사는 피의자에 대한 구속을 취소하고 범죄혐의없음 처분을 하거나 불구속 기소하기도 함
- 체포·구속장소 감찰제도 (형사소송법 제198조의 2)
  - 이는 검사가 수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하여 불법체포·구속의 유무를 조사하여 시정하기 위한 제도임
- 준항고제도 (형사소송법 제417)
  - 이는 검사 또는 사법경찰관의 구금에 관한 처분에 대하여 불복이 있는 경우 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하는 제도임

#### 나. 사법개혁추진위원회(1999년 구성)에서 논의된 인신보호법 내용

- 제안된 인신보호법의 주요 내용
  - 청구권자를 무제한으로 하고 청구 요건은 보충성의 원칙에 의해서 구제목적 달성이 불가능한 다른 방법이 있는 때에 그 방법에 의해서 상당한 기간 내에 구제 목적을 달성할 수 없음이 명백한 경우에 한하여 청구 가능
  - 청구형식은 서면으로 청구하는 것을 원칙으로 하고, 변호사 강제를 원칙

으로 하되, 변호사를 선임할 수 없는 사정을 소명한 경우에 청구자의 직접 청구 가능

- 관할 법원은 피구금자 등 청구자의 소재지 관할 법원, 지원의 합의부로 하고 심리절차는 예비절차를 거치도록 함
- 위원회의 논의 내용
  - 심리대상의 구금의 적법성 : 신체의 자유에 대한 부당한 침해
  - 변호사 강제주의
  - 보충성의 원칙
  - 법원의 청구 각하, 법원의 결정에 대한 불복 방법

#### 다. 발표자 의견에 대한 검토 의견

- 민사피구금자에 대한 구속적부심사 청구가 가능하도록 ‘인신보호법’제정을 제안한 것과 관련하여 : 동의함
- 민사피구금자에 대한 구속적부심사 청구권자로 검사와 국가인권위원회 위원 및 그 소속 공무원으로 제안한 것과 관련하여
- 적부심사 청구를 고의 또는 과실로 해태하는 검사와 국가인권위원회 위원 등, 이유 있는 신청을 부당하게 각하·기각하는 판사에 대한 제재 조항 제안과 관련하여
- 인신보호법에 “형사피구금자를 포함시킬 것인가의 문제”에 대하여 청구 적격으로 보충성의 요건을 추가할 것을 제안한 것과 관련하여
  - 동의하며, 민·형사상 불법구금 사례에 대한 사법적 구제절차가 누락되는 사례가 없도록 유의함이 상당



MEMO