

치안 논단 6

남용으로 인해서 발생하는 경우도 많다. 그러나 현재는 이러한 아동학대사범의 치료를 위한 의료기관과의 협조는 잘 되고 있지 않다.

지금까지 아동학대와 관련한 의료서비스는 상당부분이 병원 측의 자원봉사 형태로 이루어졌다. 그러나 보다 체계적인 협조가 이루어지기 위해서는 의료기관의 자원봉사 차원을 넘어 학대아동 및 아동학대가해자의 치료비 문제가 해결되어야 하는데 이러한 지원은 국가가 일부 부담하는 것이 타당할 것이다.

교육기관은 담임교사나 상담교사를 중심으로 학대아동의 고민이나 문제를 상담하고 해결해 주어야 하며 이것이 곤란할 경우 아동학대예방센터에 연락하여 전문가가 상담에 임하도록 하여야 한다. 이와 더불어 교육기관과의 연계에 있어 중요한 사항은 학대아동의 학습권을 보장해 주는 것이다. 학대아동이 학대로 인하여 가해부모를 피해 일시보호소나 쉼터, 그룹 홈 등에 격리되어 있을 경우 학업문제에 관한 배려가 필요하다.

동사무소나 구청·시청 등의 행정기관들은 아동학대의 예방, 사례접수, 현장조사, 그리고 사후단계에 이르기까지 협조체제를 갖추어 대응하여야 한다. 현재 예방단계에서 중앙아동학대예방센터가 문화관광부, 신문방송매체를 통해 대국민 홍보를 하고 있다. 그러나 각 지역의 담당공무원과 단체장의 아동학대예방사업에 대한 인식정도에 따라 협조정도에 차이가 있으며, 전반적으로 행정기관의 인식이 부족하여 협조가 미흡한

실정이다. 사례접수 및 현장조사 단계에서는 지역 주민들의 생활현장에서 복지서비스를 담당하고 있는 동사무소의 사회복지전담 공무원들과의 협조체계가 잘 이루어져야 한다. 효과적인 아동보호를 위해서는 학대아동의 가정조사, 주민등록의 확인 그리고 수급권자 결정 등에 대한 정보제공이 필요하기 때문이다. 또한 학대아동의 격리보호에 있어서도 행정기관의 신속하고 일관성 있는 협조가 필요하다. 아동복지법에 의하면 3일 이상 보호가 필요한 경우 시·도지사가 시설입소를 지정하도록 되어 있다. 그러나 담당 공무원들의 아동학대에 대한 인식부족으로 신속하게 처리되지 못하고 있는 실정이다. 서울시 아동학대예방센터의 경우에는 예외적으로 자체 건물 내에 일시보호시설이 있어 별도의 지정이 필요하지 않을 뿐만 아니라 장기보호시설로의 입소도 직접 상담하여 그 결과를 서울시청과의 전자결재로 처리하기 때문에 신속하게 대응하고 있지만 다른 지역은 그렇지 못한 실정이므로 행정기관과의 유기적인 협조관계의 구축이 필요하다. 그리고 행정기관과의 협조가 잘 유지된다면 해당 구청을 통해 공공근로 등의 인력을 활용할 수 있으며 서울대공원 녹지관리 사업소, 도시개발공사 등과의 협조를 통해 학대아동에 대한 다양한 배려를 할 수 있을 것이다.

아동학대의 예방, 발견, 보호, 치료와 하나의 기관에서 이루어진다면 신속하고 체계적으로 아동학대사건의 처리를 담당할 수 있다. 그러나 많은 아동학대예방센터가 아동을

격리하여 보호 할 수 있는 정상적인 일시보호 시설을 갖추고 있지 않고, 또 이러한 시설을 보완하기에도 경제적으로 어려움이 따른다. 따라서 일시보호시설이 없는 아동학대 예방센터의 경우, 그룹홈과 쉼터에 입소시키고 그 아동에 대한 보호와 관리를 함에 있어 사회복지기관들과의 협조 역시 필수적이라 생각한다.

3. 학대아동의 보호시스템 구축

학대아동의 보호와 관련한 아동학대 인식조사 결과, 학대아동에게 필요한 것은 상담을 통한 심리적 안정과 더불어 경제적 지원 및 위탁가정의 육성 등 전반적인 지원의 강화가 필요한 것으로 나타났다. 현재 서울시에서 학대아동들에게 지원하고 있는 상담치료 프로그램으로는 음악치료, 미술치료, 동화구현 등이 있다.

이러한 활동을 통해 학대아동들을 상처 받은 마음을 진정시킬 수 있도록 하고 있으나, 예산상의 문제로 인하여 시행에 어려움이 있다. 효과적인 상담치료를 위해서는 무엇보다도 국가의 지원이 중요하지만, 이러한 지원이 충족되지 않을 경우에는 전문분야의 자원봉사자들이 인력이나 예산부족의 문제를 줄일 수 있는 방안으로 활용될 수 있다.

서울시아동학대예방센터의 경우 일시보호 아동에 대한 음악, 미술, 구연동화 등을 학습 자원봉사자를 통하여 실시하고 있으며, 매월

한번씩 미용봉사자들이 학대아동들을 도와주고 있다고 하니 이러한 프로그램을 더욱 활성화 시킬 필요가 있다(정윤수, 2003, p. 442).

4. 아동학대 가해자에 대한 적극적 처우

아동학대 가해자의 처벌과 관련한 아동학대에 관한 인식조사결과, 대다수의 조사대상자들은 아동학대 가해자의 처우에 대하여 법원의 적극적인 개입을 통한 처벌의 필요성을 강조하였으며, 전과가 남지 않는 범위에서 경찰의 보호조치, 그리고 아동학대 가해자를 대상으로 한 아동학대예방교육이 필요하다고 인식하고 있었다.

이와 같은 결과는 시민들이 아동학대 가해자에 대한 사법기관의 적극적 대처를 원한다는 결과의 반영이며 아동학대의 정도가 심각하지 않은 경우에는 위하로써 해결하는 것도 한 방안이라는 의견을 나타내고 있다고 할 수 있다.

따라서 아동학대 가해자를 처우함에 있어서는 아동학대사례관정을 통하여 형사절차에 따르지 않아도 되는 경우에는 경찰의 위하를 통하여 추후 그러한 위험이 발생하지 않도록 주의를 주는 것이 필요할 것이다.

그러나 이와 더불어 아동학대 가해자를 대상으로 한 상담도 필요하다. 이를 위해서는 경찰서 내에 상담 전담요원을 배치할 수도 있고, 아동학대예방센터 등에는 상담원이

치안논단 6

배치되어 있어 학대아동 및 아동학대 가해자들에 대한 상담을 하고 있으므로 경찰에서 이와 연계하여 상담을 제공하는 방안도 생각해 볼 수 있다.

V. 결론

아동학대에 대한 국가적 차원의 관심과 보호체계가 요구되고 있는 현 시점에서 우리 국민들의 아동학대에 관한 인식정도와 전반적인 아동학대 처리상황을 가늠해 보고 아동학대에 대한 보다 바람직한 대책방안을 강구해 보고자 이 연구를 하였다.

먼저 아동학대에 관한 인식조사의 결과를 요약해 보면 다음과 같다. 우선 일반시민들과 경찰들의 아동학대 개념의 인식수준은 비교적 높은 것으로 나타났다. 그렇지만 훈육적 차원에서 손이나 종아리를 회초리로 때리는 정도의 체벌은 용인하는 것으로 조사되었다.

방임의 경우에는 맞벌이 부부 등의 증가로 인하여 아동에게 그다지 신경을 쓰지 않는 경우가 많아 이를 방임으로 인식하는 정도는 낮았다.

즉 아동이 밤에 늦게 들어오는 경우나 학교에 결석하는 경우에 그냥 방치해 두어도 이를 학대로 인식하는 경우는 비교적 낮게 조사되었다.

다음으로 우리나라에서의 아동학대

정도에 있어서는 대부분의 사람들이 어느 정도의 심각성을 느끼고 있는 것으로 나타났다. 상대적으로 대구지역이 서울 지역에 비해 심각성을 느끼는 정도가 약했다. 학대아동의 연령과 관련해서는 아동복지법 등에서 규정하는 아동은 만 18세 미만의 초등학생까지로 되어 있으나, 국민들은 아동학대의 대상이 되는 아동의 연령을 만 12세 미만의 초등학생까지로 인식하였다.

아동학대 대처의 인식정도에 있어서 아동학대 발생시 신고에 관한 태도는 매우 긍정적이었다. 자신의 가정과 이웃가정에서 아동학대가 발생할 경우 신고할 것이라는 응답이 대부분인 것으로 나타났다.

또한 신고기관은 아동학대예방센터와 더불어 경찰서에 신고할 것이라는 응답이 많은 것으로 조사되었다.

그러나 아동학대사건에 대한 경찰의 태도에 관해서는 부정적인 응답이 많은 것으로 나타나 일반시민들은 경찰의 적극적인 대처를 요구하고 있음을 알 수 있었다.

이와 유사하게 경찰공무원을 대상으로 한 조사에서도 경찰이 아동학대에 적극적으로 대처해야 한다고 생각하는 경찰공무원이 많은 것으로 나타났으며, 아동학대 처리절차에 경찰의 소극적 개입으로 인한 불만이 있는 것으로 조사되었다.

일반시민들과 경찰공무원의 아동복지법 등 관련 법규정의 인식은 전반적으로 낮은 것으로 조사되었다.

특히 아동복지법에서 아동학대예방센터와

함께 경찰의 응급조치 및 보호조치를 규정하고 있음에도 불구하고 경찰의 아동학대 처리절차 및 관련법규정의 인지부족 등은 심각한 문제로 나타났다. 따라서 경찰공무원 대상의 관련법규정 및 전반적 처리 상황에 대한 교육이 요청된다.

학대아동과 아동학대 가해자의 치우 측면에 관한 인식조사에서는 일반시민과 경찰공무원 모두 학대아동에게 필요한 조치로써 상담을 통한 심리적 안정을 우선 시 하였으며, 또한 위탁가정 및 상처를 치료할 병원이 필요하다고 응답하였다.

이러한 보호를 위해서는 무엇보다 국가의 재정적 지원이 필요할 것이다. 아동학대 가해자의 치우에 대해서는 사법기관의 판결을 통한 적극적 처벌과 함께 전과가 남지 않는 범위에서의 경찰의 보호처분, 그리고 이들의 재범을 방지하기 위한 교육의 필요성이 대책으로 강조되었다.

이는 아동학대 가해자의 경우 여타의 범죄자와는 다른 교육적 차원의 접근이 필요하고 단순히 교정시설에 수용하는 것만이 대책이 아니라고 생각하는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 이러한 조사 내용을 반영하여 아동학대의 대책방안은 크게 세 가지로 제시해 볼 수 있다.

첫째, 법·제도적인 정비로써 국민의 인식전환 및 아동학대 신고의무자에 대한 규정의 강화, 아동학대 사정에 대한 준거의 표준화, 아동복지법상 응급조치규정과 보호처분규정의 보완, 친권상실제도의

현실화와 위탁가정의 육성을 들 수 있다.

둘째, 행정·재정적인 측면에서 아동학대 예방센터 및 상담원 인력의 충원, 유관기관 간의 협조체계 구축을 들 수 있다.

셋째, 학대아동 및 아동학대 가해자의 치우측면에서 치료프로그램의 마련과 아동학대 가해자에 대한 상담프로그램의 확충 등의 방안을 활용할 필요가 있다.

무엇보다도 학대로부터 고통당하는 아동을 보호하기 위해서는 국민의 적극적인 참여를 통한 신고정신을 함양하고, 국가의 적극적인 지원이 필요하다.

또한 이러한 학대행위에 대해 적극적인 제재를 가함으로써 학대행위가 재발되지 않도록 대안을 강화해야 한다. 이를 위해서는 아동학대의 실태조사 및 인식조사를 보다 깊이있고 체계적으로 실시하여 국민의 생각을 반영한 실질적인 대책이 강구되어야 할 것이다.

■ 참고 문헌

1. 국내문헌

강영철. (2003). 자유형과 행형제도의 발전방향. 교정연구(한국교정학회), 19, 117-162.

경찰청. (2002). 현장대응능력 강화를 위한 대여성·아동범죄 실무 매뉴얼. 서울: 경찰청.

김용준. (2002). 아동학대예방센터와 관련기관과의 연계에 따른 문제점과 연계체계 구축방안. 전남 아동학대예방센터 이전 및 개소2주년 기념 세미나자료집. 순천. 23-54.

김은경. (2002, 11). 가정폭력에 대한 형사법적 대응능력 제고방안. 경찰연구, 10, 19-25.

김형모. (2000). 미국의 국립 아동학대 연구센터의 활동. 보건복지포럼(한국보건사회연구원), 48, 80-86.

김혜경. (1990). 아동학대 관련 변인에 관한 연구. 석사학위논문, 이화여자대학교, 서울.

김효정. (1993). 아동학대에 대한 사회체계론적 접근연구. 석사학위논문, 이화여자대학교, 서울.

박상기, 손동권, 이순래. (1998). 형사정책. 서울: 한국형사정책연구원.

배임호. (2003). 사회내 처우의 쟁점과 과제. 교정연구(한국교정학회), 19, 191-218.

배종대. (1988). 형사정책. 서울: 홍문사.

보건복지부. (2002a). 2001년도 전국 아동학대현황보고서. 서울: 보건복지부.

보건복지부. (2002b). 아동학대예방 종합대책. 서울: 보건복지부.

보건복지부. (2003). 2002년 전국아동학대현황보고서. 서울: 보건복지부.

보건복지부. (2004). 2003년 전국아동학대현황보고서. 서울: 보건복지부.

송성자. (1992). 방임 아동에 대한 임상적 접근에 관한 연구. 한국아동복지학회 제2회 학술대회자료집. 서울. 11-39.

아동학대예방센터. (2002). 아동학대 무엇이 문제인가. 전남: 전남아동학대예방센터.

아동학대예방센터. (2003). 아동학대 인식조사. 서울: 보건복지부.

양심영. (2003). 가정보호서비스의 보호행태별 특성과 위탁아동의 적응에 관한 요인. 대한 가정학회지, 41(5), 131-148.

양영식. (2001). 아동학대의 사회적 대처방안에 관한 연구. 석사학위논문, 배재대학교, 대전.

이현기, 김형모, 방민석. (2001). 아동학대 예방사업의 효율적인 추진방안. 서울: 경기개발연구원.

장희승. (2002). 우리나라 아동학대 관련법과 보호체계 탐색. 석사학위논문, 숙명여자대학교, 서울.

전영실. (2000). 피학대아동 보호 방안에 관한 연구. 서울: 한국형사정책연구원.

정갑섭. (1997). 최신교정학. 서울: 경기도서.

정윤수, 이정희. (2003). 아동학대예방 및 보호 네트워크 분석. 2003년 하계 행정학회 발표논문집 (한국행정학회), 1, 425-446.

조경애. (2002, 11). 가정폭력범죄의 개요 및 사법처리. 경찰연구, 10, 12-15.

진영광. (2000). 개정 아동복지법과 아동학대예방의 효과적인 개입. 인천광역시 아동학대 예방 학술세미나. 인천. 1-5.

표갑수. (1993). 아동학대의 원인론과 대처방안. 한국아동복지학(한국아동복지학회), 1, 156-176.

하은경. (2002). 아동학대의 실태와 관련요인에 관한 연구. 석사학위논문, 계명대학교, 대구.

한국아동학대예방협회. (1989). 아동학대. 서울: 한국아동학대예방협회.

허경미. (2003). 아동학대사범의 교정정책 방향 연구. 교정연구(한국교정학회), 18, 235-253.

2. 외국문헌

경찰청. (2002). 경찰백서. 일본: 경찰청

Ailler, H. B., & Soloman, R. S. (1986). Child maltreatment and paternal deprivation. MA: Lexington Books.

Belsky J. (1978). Theoretical model of child abuse: A critical review journal of child abuse and neglect, 2(1), 37-49.

Calam R., & Cristina, F. (1987). Child abuse and its consequences. NY: Cambridge

university press.

Cicchetti D., & Sheree L. T. (1993). Child abuse and child development and sociapolicy. New Jersey: Ablex publishing corporation.

Faller, K. C., Bowden, M. L., Jones, C. O., & Hildebrandt, H. M. (1981). Social work with abused and neglected children. NY: The free press.

Flowers, R. B. (1994). The victimization and exploitation of women and children. US: McFarland & Company.

Goodman, H., George, S., & Getzel, W. Ford. (1996). Group work with high-risk urban youth on probation, Social Work, 41(4), 375-382.

Kempe, C. H., & Ray, E. H. (1972). Helping the battered child & his family.

Philadelphia: Lippincott.

Martin, H. P., & Beppley, P. (1977). Behavioral observation of abused children, Developmental medicine and child neurology, 19, 373-387.

Tower, C. C. (1993). Understanding child abuse and neglect. Boston: Allyn & Bacon.

Reder, P., Sylvia, D., & Moira, G. (1993). Beyond blame: Child abuse tragedies revisited. NY: Routledge.

警察上 調査의 法的限界에 관한 小考

■ 백 창 현*

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

警察은 社會公共의 安寧과 秩序를 유지하고, 이에 대한 危害防止를 직접적인 目的으로 하고 있다. 즉 警察은 법집행자로서 社會公共의 安寧과 秩序維持에 危險이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 이를 방지하는 것을 目的으로 한다. 이와 같은 警察目的을 실현하기 위해 警察은 권력으로써 개인에게 命令하고 強制하는 作用을 주로 하고 있다. 그러나 이러한 命令과 강제에 의해서만이 警察의 目的을 달성하는 것은 아니며, 다양한 방법으로 警察의 目的을 달성할 수도 있는데 그러한 방법 중의 하나가 기존에 警察上 即時強制로 다루어져 왔던

警察上 調査이다.

警察上 調査란 '警察上의 目的을 달성하기 위하여, 또는 警察目的의 積정한 상태를 유지하기 위하여 警察行政機關이 각종 필요한 資料·情報 등을 수집하기 위해 행해지는 作用'을 말하는 바, 警察上 調査는 개인의 실질적인 권리관계에 變動을 생기게 함을 직접목적으로 하는 것이 아니라, 앞으로의 警察作用을 위한 準備的·補助的 手段으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 수 있다.

警察의 효과적인 행정작용을 위한 전제 조건으로서의 警察上 調査의 필요성은 국민의 헌법상 기본권인 사생활의 비밀과 자유와 대립하여 공익 대 사익이라는 모습으로 상호 견제관계를 이루게 된다. 즉 헌법이 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유라는 국민의 기본권 조항에 충실하여 警察上 調査로부터 국민을

*경찰대학 치안연구소 연구관

보호하게 되면 행정의 합리성과 계획성을 보장하기 힘들고 그 반대의 경우에는 국민의 기본권이 크게 침해될 危險性이 있는 것이다.

이와 같이 警察上 調査는 국민의 신체나 재산에 침해를 가져올 가능성이 많은 행정작용이므로 법치주의가 엄격히 적용되어야 하며 조사를 행함에 있어서는 법률의 근거를 필요로 한다.

警察은 社會 公共의 安寧 및 秩序維持라는 치안목적 달성을 위하여 강력한 물리적 유형력의 행사를 수단으로 하는 국가권력기관이다. 警察의 물리적 유형력의 행사가 필요한가를 판단하기 위한 警察活動의 중요한 수단 중의 하나가 警察上 調査로서의 不審檢問이다. 不審檢問은 警察과 국민의 접점에 위치해서 국민으로서는 준법시민이든 범법시민이든 불문하고 사회생활을 해나가는데 있어 직접 목전에서 警察의 존재를 느낄 수 있는 계기가 되고, 警察로서는 치안목적 달성을 위하여 국민을 향하여 내디디는 공권력 행사의 첫걸음인 것이다. 不審檢問과 같은 공권력 행사와 관련하여 警察은 치안목적의 달성이라는 효율적 측면을 강조하게 되는데 반하여 국민의 입장에서는 不審檢問을 당할 때 민주시민으로써 인권침해 의식을 갖게 되므로 이해가 충돌되는 문제가 발생한다.

이와 같이 警察權 行使와 관련하여 警察目的의 實現이라는 공익과 人權保護라는 사익의 충돌이 불가피하게 되는데, 그 어느 쪽이 우위적 가치이냐의 문제가 아니라 양자의 적절한 조화의 문제라 할 것이다. 국가권력

행사의 정당성의 확보는 합헌적인 법치행정에 따르는 것이라 할 수 있으며, 이와 같은 합헌적 법치행정의 요청이야말로 警察力 行使의 效率과 國民의 人權保障이라는 상반된 가치를 조화시킬 수 있는 기준이 된다고 할 수 있다. 따라서 不審檢問 등 警察上의 調査에 관한 警察法規가 그 요건이나 절차 및 한계에 대하여 구체적으로 규율하여야 하지만, 警察權의 성질상 현실적으로 그러한 모든 사항을 법규로 정하는 것은 불가능하다고 할 수 있다.

이와 같은 警察權의 특성상 그 요건을 불확정개념으로 규정하는 것이 보통이기 때문에 警察權 行使에 대한 법규적 제약은 형식적인 것에 머무르게 되는 것이다. 이러한 문제점을 극복하기 위한 방안으로 警察權 行使에 대한 警察法規上의 限界뿐만 아니라 條理上의 限界를 인정하는 법리가 학설상 정립되어 있으나, 그것은 행정편의주의를 규범적으로 차단할 수 있는 제도적 장치가 아니기 때문에 警察上의 調査權 行使의 濫用이나 逸脫을 통한 인권침해 발생의 여지는 남을 수밖에 없다.

따라서 본 논문은 警察上의 調査에 대하여 법치국가의 원리가 요청하는 법리적 한계가 어디에 있는지를 분석·검토함으로써 현행법상의 警察上의 調査制度가 警察目的의 實現이라는 公益과 人權保護라는 私益 사이의 調和를 담보해 줄 수 있는 제도인지를 검토하는데 연구의 목적을 두고자 한다.

第2節 研究의 範圍

警察上의 調査는 공익 대 사익이라는 이익의 충돌이라는 문제에 직면하고 있는데, 현대국가의 특성상 그 영역이 점차 확대되는 추세에 있으므로 이러한 기본권의 충돌의 적절한 조화점이 어디에 있는지를 논의해 보려고 한다.

警察上 調査는 종래 행정법학의 영역에서 警察強制와 관련하여 警察上의 即時強制의 수단으로 설명하는 것이 보통이었으나, 최근에는 警察上 調査는 목전의 급박한 警察上의 障害를 제거하기 위한 실행행사가 아니라 오히려 警察作用을 위한 準備的·補助的 수단으로서의 성질을 가진다는 점에 착안하여 警察上의 即時強制의 범주로부터 분리하여 警察上 調査라는 독자적인 관념이 정립되어 있다.

따라서 警察上 調査에 관한 법리적 연구는 행정법학의 영역에 속하며, 그 특별행정작용법의 분야인 警察行政法에 속한다. 그러나 警察上 調査도 權力的 警察作用의 성질을 가지기 때문에 국민의 기본권을 제한하거나 침해하는 것을 내용으로 하는 경우가 많다.

그러므로 警察強制에 관해 연혁적 고찰의 필요성이 없는 것은 아니지만 본 논문의 연구의 깊이를 위해 警察上 調査의 한계를 중심으로 하며, 특히 警察強制의 성질을

가지는 警察上 調査의 특성상 사익과 공익의 충돌이 되는 법적인 한계로 범위를 한정하여 논의해 보고자 한다.

第2章 警察上 調査의 意義 및 法的 根拠

第1節 警察上 調査의 概念

警察上 調査란 警察上의 目的을 달성하기 위하여, 또는 警察目的의 적정한 상태를 유지하기 위하여 警察行政機關이 각종 필요한 資料·情報 등을 수집하기 위해 행해지는 작용을 말한다. 조사의 방법으로는 상대방의 임의적인 협력을 전제로 하는 非權力的인 調査와 실행행사를 요소로 하는 權力的인 調査가 있다. 일부는 실행행사를 요소로 하는 權力的 調査作用만을 警察上 調査의 개념이라고 주장하기도 하나¹⁾, 權力的·非權力的 측면을 불문하고 모든 조사작용이 행정의 실효성을 확보하기 위한 것이라고 볼 수 있기 때문에 일체의 조사작용을 警察上 調査의 문제로 다루는 것이 마땅하다고 생각한다.²⁾

종래의 전통적인 행정법론은 警察上 調査를 독립적인 연구대상으로 삼지 않고, 다만 警察上 即時強制의 문제로 다루어 왔다. 하지만 최근에는 이를 독자적인 문제로서

1) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2003, 440면.

2) 류지태, 행정법신론, 신영사, 2004, 314면; 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2003, 552면.

다루는 경향이 점차 증가하고 있다. 그렇지만 아직도 학자들 사이에는 그 개념정립이 다양하므로 警察上 調査의 독자성 인정여부 및 그 개념에 관하여 주장되고 있는 것을 行政調査의 논점으로부터 살펴보기로 한다.

I. 獨自性 否定說

이 견해는 行政調査라는 개념 자체를 부정하는 것은 아니지만, 行政調査를 권력 작용, 실행행사로 보는 한 그것은 即時強制에 포함되는 것으로 밖에 볼 수 없고, 따라서 별도로 行政調査에 적용되는 법리의 독자성을 인정할 필요가 없다는 견해이다. 즉 行政調査는 첫째, 사전에 무슨 행정의무가 부과되는 일이 없다는 점, 둘째, 비록 간접적이라고 하더라도 강제성을 띠는 경우에는 그 한도에서, 즉 보다 더 본질적인 면에서 行政上 即時強制와 성질을 같이한다고 볼 수 있고, 따라서 그런 의미에서는 行政調査는 行政上의 即時強制의 一種이라는 위치부여가 가능하다고 한다.³⁾

II. 權力的 調査說

이 견해는 行政調査의 독자성을 인정하면서도 상대방의 동의나 협력에 기한 조사는 특별히 법으로 통제할 필요성이 없다는 인식하에 非權力的 調査를 제외한 權力的 調査, 즉 공권력의 발동에 기한 強制的 調査만을 行政調査로 정의하는 입장이다.⁴⁾

이 입장에서는 行政調査를 보통 “행정청이 행정작용을 위하여 필요한 자료를 얻기 위하여 하는 權力的 調査作用”⁵⁾ 또는 “행정기관이 궁극적으로 행정작용을 적정하게 실행함에 있어 필요로 하는 자료·정보 등을 수집하기 위하여 행하는 權力的 調査活動”⁶⁾으로 정의한다.

III. 非權力的 調査 包含說

이 견해는 行政調査를 權力的 調査에만 국한하지 아니하고 非權力的 調査를 모두 포함하여 일체의 調査作用으로 개념화하는 견해이다.⁷⁾ 이 입장에서는 보통 行政調査를 “행정기관이 필요한 정보·자료 등을 수집하는 일체의 행정활동”⁸⁾ 또는 “적정하고도 효과적인

3) 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1992, 593-594면.

4) 김동희, 앞의 책, 440면; 변재욱, 행정법강의(1), 박영사, 1989, 425면; 석중현, 일반행정법(상), 삼영사, 1995, 519면.

5) 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1993, 558면.

6) 김동희, 앞의 책, 440면.

7) 류지태, 앞의 책, 314면; 김남진/김연태, 행정법(1), 법문사, 2004, 406면; 홍정선, 앞의 책, 551-552면; 김성수, 행정법(1), 법문사, 2000, 476면.

8) 김남진/김연태, 위의 책, 406면.

행정을 위해 행정기관이 개인에 관한 자료·정보를 수집하는 사실행위 또는 사실행위와 법적 행위의 합성적 행위로서의 조사작용”⁹⁾으로 정의한다.

IV. 小 結

위에서 行政調査에 관한 3가지 학설에 대하여 살펴보았는데, 이에 대한 타당성을 검토하기로 한다. 첫 번째인 行政調査의 독자성을 부인하는 견해는, 行政調査를 權力的 調査에 한정하고 있는 점, 그리고 行政上 即時強制와 行政調査의 차이점을 인정하지 않고 있는 점에서 동의하기 어렵다. 行政調査의 법리를 고찰함에 있어서는 영장주의의 적용문제 등 行政上 即時強制의 법리와 함께 고찰할 수 있는 영역도 있지만, 진술거부권의 문제, 行政調査節次 등 即時強制의 법리와는 별도로 고찰하여야 할 부분도 많다는 점에서 行政調査를 종래의 即時強制의 일종으로 보는 것은 타당하지 않다. 특히 行政調査의 기능이 오늘날처럼 광범위하게 작용하고 行政調査로부터 국민의 기본권이 침해될 가능성이 한층 높은 현대 상황에 비추어 볼 때, 行政調査는 即時強制와는 별도로 독립적인 행정법학의 연구대상으로 삼는 것이 타당하다고 생각된다.

두 번째의 견해는 行政調査의 독자성을

인정하면서도 權力的 調査만을 行政調査로 보는 것은 종래 權力的 作用으로서의 行政上 即時強制의 일부로서 行政調査를 검토하였던 종래의 행정법이론의 틀을 벗어나지 못한 입장으로 보인다. 이 견해를 취하는 입장에서는 非權力的 調査까지 行政調査의 개념에 포함시킨다면 그 범위가 너무 광범위하고 성격도 다양해지므로 통일적 법리의 형성이 어려울 뿐만 아니라 그러한 개념을 확립할 필요성도 없어질 것이라고 한다.¹⁰⁾ 그러나 權力的 調査이든 非權力的 調査이든 모두 궁극적인 행정작용의 적정한 수행을 위한 자료·정보의 수집활동이라는 점, 행정의 실효성 확보를 위한 것이라는 점에서 차이가 없으므로, 양자를 모두 포함하여 行政調査로서 파악하는 것이 보다 논리적이라고 할 것이다.

또한 行政調査는 그 성질이 權力的이나 非權力的이나의 여부보다 그와 관련된 개인의 프라이버시 보호가 더 중요한 문제라는 점을 고려한다면 이 견해는 문제가 있다고 생각된다. 또한 非權力的 調査도 조사의 상황, 강제의 태양에 따라서는 실질상 權力的 調査와 다를 바 없이 운영될 수도 있다는 점에서 非權力的 調査를 行政調査의 개념에서 처음부터 제외시키는 것은 타당하지 않다. 그리고 판례·학설상 行政調査의 법리가 논의되고 있는 미국이나 일본의 경우도 行政調査를 반드시 權力的 調査에 한정하고 있지 않다는 점도

9) 홍정선, 앞의 책, 552면.

10) 변재욱, 앞의 책, 426면.

참고할 만하다. 다만 權力的 調査가 非權力的 調査에 비하여 특히 개인의 권리를 침해할 우려가 많다는 점에서 법적으로는 權力的 調査가 주로 문제가 된다는 점을 부인하는 것은 아니다.

이상의 것을 종합해 보면, 행정기관이 필요한 자료나 정보를 수집하는 형태 내지 방법은 매우 다양하여 이를 行政調査라는 이름으로 총칭하는 것은 다소 무리가 있지만, 본 논문에서는 일단 行政調査를 '행정기관이 사인으로부터 行政上 필요한 資料나 情報를 수집하기 위한 一切의 行政作用'으로 정의하기로 한다. 이러한 조사활동을 할 수 있는 행정기관의 권한을 行政調査權이라고 한다.

行政調査의 개념을 분설하면 다음과 같다.

첫째, 行政調査의 주체는 行政機關이다. 行政調査는 行政機關에 의한 調査活動이라는 점에서 立法調査 또는 司法調査와는 구별된다.

둘째, 行政調査는 적절한 行政決定을 위하여 필요한 資料·情報의 蒐集 및 正確한 眞相의 把握을 目的으로 한다. 따라서 行政調査는 행정결정의 적법 타당성을 기하기 위한 절차로서의 특성을 가지며, 앞으로의 행정결정을 위한 準備作用으로서의 성질을 갖는다. 여기서 행정결정이란 행정입법·행정계획의 작성, 행정행위의 결정 또는 그 실행, 효과적인 감독권 행사 및 사실행위의 착수 등과 같은 일체의 행정작용을 말한다.

셋째, 行政調査는 자료·정보 등의 수집을 목적으로 하며 반드시 실력행사를 수반하는

것은 아니다. 이 점에서 행정의사의 강제적 실현을 목적으로 하며, 실력행사를 요소로 하는 行政上的 強制執行, 即時強制와 구별된다.

넷째, 行政調査의 법적 성질에 대하여는 그 자체가 調査의 상대방에게 법률관계의 실제적 변동은 초래하지 아니하는 事實行爲이며, 이 점에서 법적 행위인 행정행위 등과 구별된다고 하는 것이 보통이다. 그러나 行政調査를 '행정기관이 行政上 필요한 자료나 정보를 수집하기 위한 일체의 행정작용'으로 정의하는 이상, 行政調査를 반드시 사실행위에 국한시킬 필요가 있는가에 대하여는 의문이 있다.

다섯째, 行政調査의 상대방은 私人이다. 행정기관은 사인은 물론 다른 행정기관으로부터도 각종의 자료나 정보를 수집하는 것이 사실이나 이것은 감독권이나 감사권의 행사를 통하여 얻는 것이 보통이므로 行政調査에서는 제외시켜 논의하는 것이 타당하다고 하겠다.

예를 들면 지방자치법 제158조는 감독기관은 자치단체의 사무에 관하여 보고를 징수할 수 있다고 규정하고 있는 등 행정기관이 다른 행정기관으로부터 정보를 수집하는 경우도 있으나, 감독권이나 감사권을 통하여 다른 행정기관으로부터 정보를 수집하는 행위는 行政調査의 개념에서 제외하기로 한다.

第2節 類似概念과의 區別

I. 警察上 即時強制와의 區別

종래에는 질문, 검사, 출입 등의 警察上 調査를 警察上 即時強制에 포함시켜 다루어 왔으나, 현재에는 다음과 같은 차이로 인하여 이를 구분하여 다루고 있다.

첫째, 目的上的 차이점이 있다. 警察上 即時強制는 직접 개인의 신체·재산에 실력을 가하여 警察行政上 필요한 구체적인 결과를 실현시키려는 것을 목적으로 하는데, 警察上 調査는 그 자체가 警察行政上 필요한 구체적 결과를 실현시키는 것이 아니고 警察行政作用에 필요한 자료의 수집을 위하여 행하여지는 準備的·補助的 작용에 불과하다.¹¹⁾

둘째, 手段上的 차이점이 있다. 警察上 即時強制는 직접적인 실력행사를 통하여 일정한 상태를 실현시키는 것인데, 警察上 調査는 상대방이 거부하는 경우에 직접적인 실력행사는 행할 수 없고 벌칙에 의하여 간접적으로 강제하는 방법에 의한다.¹²⁾

셋째, 急迫性的의 유무에 차이점이 있다. 警察上 即時強制는 행위의 급박성이 개념의 요소가 되는데 대하여, 警察上 調査는 급박성이 그 개념의 요소가 되지 않는다.

이상과 같은 차이점이 있으므로 警察上 即時強制와 警察上 調査는 별개로 독립하여

고찰하는 것이 타당하며, 이러한 구별로 인하여 종래 제대로 인식하지 못하였던 警察上 調査로 인한 프라이버시의 침해문제 등과 같은 警察上 調査 고유의 문제의 해결의 실마리를 풀 수가 있을 것이다.

II. 立法調査와의 區別

立法調査(Legislative investigation)는 의회가 새로운 입법의 필요성이나 실태조사 및 외국입법의 조사와 같이 직접적으로 입법에 필요한 자료를 수집하는 활동과 국정감사·조사권의 양자를 포괄하는 개념으로 입법에 필요한 자료를 수집하는 활동을 가리킨다. 警察上 調査와는 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 立法調査는 立法機關에 의한 調査作用이라는 점에서 警察行政機關에 의한 調査作用인 警察上 調査와 구별된다.

둘째, 警察上 調査는 立法調査와 비교하여 그 목적·대상·범위가 매우 다양하고 광범위하다는 점에서 차이가 있다.

셋째, 警察上 調査는 조사실시의 방법이 다양하고 철저하다는 점에서 立法調査와 구별된다.

넷째, 警察上 調査의 수단은 공개적으로 공권력 행사의 형식을 취하는 것에 한정되지 않는다. 때로는 은밀하게 행하여지기도 하고, 복지행정분야에 있어서는 국민에 대한 어떤

11) 박윤환, 최신행정법강의(상), 박영사, 2002, 633면.

12) 박윤환, 위의 책, 633면.

급부를 전제로 행하여지는 등 여러 가지의 형식을 통하여 정보가 수집된다.

警察上 調査와 立法 調査는 이와 같은 차이점이 있지만, 양자 모두 입법과 예산심의 및 행정결정이라는 본래의 기능을 수행하기 위한 補助的 手段이라는 점에서 공통성을 가지며, 警察上 調査의 결과가 立法 調査에 이용되기도 한다.

III. 司法 調査와의 區別

司法 調査란 범인체포·범죄수사 등의 刑事司法權의 作用 및 재판진행상 필요한 증인신문·증거조사 등의 刑事訴訟法上的 調査 作用을 말한다. 司法 調査는 사법권 또는 사법경찰권으로서 일반적으로 刑事司法上의 作用인데, 警察上 調査는 警察行政上의 作用이라는 점에서 구별된다.

그러나 양자가 다같이 종국적인 결정을 의미하는 판결 또는 행정결정의 공정성을 위한 補助的 作用이라는 점에서 유사하다고 할 수 있다.

즉 司法 調査는 판결을 위하여 범인을 수사하여 체포하는 등의 수사활동과 재판의 진행에 필요한 제반사항 중 조사가 필요한 증인신문·증거조사 등의 활동을 말하며, 警察上 調査는 警察行政目的의 달성을 위한 공정성을 담보하기 위하여 취하는 調査作用을 말하는 것으로서 補助的 作用이라는 측면이

유사하다고 할 수 있다.

다만 司法 調査의 경우 때때로 警察上 調査를 통하여 수사 등 형사사법상의 목적을 달성할 수 있으므로 때로는 양자의 구별이 모호한 경우도 있을 수 있는데 警察上 調査에 영장이 필요한가의 문제가 이와 관련하여 제기되고 있으며, 이의 구별은 형식적인 기관에 의한 구별이 아닌 실질적인 조사작용의 성질에 따라 구분되어야 할 것이다.

이와 같은 차이점으로 본 논문에서는 警察上 調査의 영역에 한하여 논술하기로 하며, 刑事司法作用이 警察 調査와 관련이 있는 경우에는 비교하여 언급하기로 한다.

第3節 警察上 調査의 法的 根拠

警察上 調査는 법률에 의한 수권이 있을 때에만 가능한가의 문제이다. 警察上 調査도 다른 행정작용과 마찬가지로 조직법상의 근거가 있어야 실시할 수 있음은 당연하다. 즉 행정기관은 자신의 정당한 권한의 범위 내에서만 조사를 실시할 수 있다. 문제는 조직법상의 근거 이외에 작용법상의 근거도 필요로 하는가이다. 強制 調査인 때에는 시민의 신체나 재산에 대한 제한을 야기하므로 법률유보원칙에 따라 당연히 법률의 근거(특히 작용법적 근거)를 요한다.¹³⁾

물론 여기에는 직접강제조사뿐만 아니라

벌칙에 의하여 간접적으로 강제하는 조사 작용에도 법률의 근거를 요한다고 볼 것이다.

任意 調査의 경우에 任意 調査는 상대방에게 사실상의 위압감을 준다고 할지라도 그것이 강제에 이르지 않는 한 권리자유가 법적으로는 침해될 여지는 없다고 볼 것이다. 따라서 당사자의 임의적 동의하에 행해지는 任意 調査인 때에는 작용법적 근거는 필요치 않다고 할 것이다.^{14) 15)}

물론 任意 調査가 상대방의 동의를 전제로 그 협력하에 이루어진다고 하더라도 조사의 상황에 따라서는 상대방에게 강제의 형식을 띠는 경우가 있을 수 있고, 그 상대방은 일정한 불이익이 가하여질 것을 두려워하여 사실상을 거부하기 어렵다는 점 등을 고려하여 任意 調査의 경우에도 법률의 근거를 요한다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 任意 調査가 사실상 강제의 형식을 띠는 경우는 이미 任意 調査라고 볼 수 없고, 그것은 위법하다고 해석하여야 할 것이다. 즉 조직법적 근거밖에 없고 작용법적 근거가 없는 任意 調査는 임의의 범위를 넘어 행사되는 것은 허용되지 않는다.

또한 모든 행정작용에는 행정조사가 선행하며 그것에 강제적인 요소가 없는 한, 행정작용의 근거법률에 임의적인 조사권한도 당연히 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다.¹⁶⁾

조사에 관한 법적 근거가 없다고 하여 任意 調査까지 실시할 수 없다고 하면 행정

작용의 적정성·합리성을 보장하기는 곤란하기 때문이다.

미국의 경우에는 행정절차법(Administrative Procedure Act)에서 행정조사에 관한 일반적 규정을 두고 있어 많은 관심의 대상이 되고 있다. 행정절차법 제555조 c항은 “소환장·보고서의 요구·검사 기타의 조사행위나 요구는 어떠한 방법이거나 목적임을 불문하고 법률에 의하여 인정된 경우를 제외하고는 이를 발부하거나 집행할 수 없다. 자료나 증거의 제출을 강요받은 자는 비공개조사절차의 경우에 있어서 정당한 사유가 있어 증인에게 그의 증언의 공식조서의 열람을 허용하는 경우를 제외하고는 그 사본이나 등본을 보존하거나 합법적으로 사정된 비용을 납부하고 그 교부를 신청할 수 있다.”고 규정하여 행정조사는 법률이 규정하는 경우에만 할 수 있음을 명시하고 있다. 이 규정은 強制 調査의 경우에만 법률의 근거가 있어야 한다는 것을 말하는 것이며, 그 수단으로는 제555조 d항에서 규정하고 있는 行政的 召喚狀(Administrative subpoena)에 의하여 이루어지는 것이 보통이다. 州間通商法이 제정된 이래, 거의 모든 규제입법이 채용하고 있는 行政的 召喚狀制度는 행정기관과 법원 사이의 관련작용을 통하여 그 기능을 발휘한다. 즉 행정청은 필요하다고 인정할 때에는 관계인에게 소환장을 발급함으로써 증인으로 출석하여 필요한

13) 류지태, 앞의 책, 315면.

14) 류지태, 앞의 책, 315면.

15) 임의적 행정조사는 어떤 경우에도 법적 근거를 요하지 않는다고 볼 것은 아니고, 개별적·구체적으로 판단되어야 한다는 견해가 있다(김동희, 앞의 책, 441면).

16) 박윤훈, 앞의 책, 634면.

증언을 하거나, 조사사항에 관계되는 부책 또는 서류를 제출하도록 요구할 수 있다.

소환장 이외에 간접강제나 임검 또는 수색영장에 의하는 경우도 있다. 간접강제의 방법은 행정청에 의한 정보제출요구에 불응하는 행위에 대하여 일정한 금전납부의무를 과함으로써 관계인을 간접적으로 강제하려는 것이나, 실효성이 적은 것이 보통이다. 이에 대하여, 임검 또는 수색영장은 행정청의 구성원 즉, 공무원이나 위원 또는 그 대리인이 현실적으로 사인의 사무소나 주거에 들어가서 검사나 수색을 하는 방법이지만, 이들 역시 그 예가 많지는 않다.¹⁷⁾

우리나라의 경우에 행정조사에 관한 일반적 근거법은 없고, 각 개별법에서 단편적으로 규정하고 있는데, 대부분의 행정법규는 이에 관한 근거규정을 두고 있는 것이 보통이다. 이에선 경찰관직무집행법(제3조), 총포·도검·화약류단속법(제44조), 풍속영업의 규제에 관한 법률(제9조), 국세징수법(제26, 27조), 식품위생법(제17조, 29조), 약사법(제64조) 등 많은 법률이 있다.

第3章 警察上 調査의 法的 限界

警察上 調査는 행정작용의 適正性 確保를 위하여 불가결한 것이지만, 프라이버시권,

17) 이상규, 영미행정법, 법문사, 2001, 91-92면.

영업의 자유, 재산권 등 개인이나 기업의 기본권을 침해할 우려도 큰 만큼 엄격한 한계 내에서만 허용되어야 할 것이다.

第1節 實體法的 限界

I. 法令上的 限界

警察上 調査는 다른 행정작용과 마찬가지로 법령이 인정하는 범위안에서 法令에 適合하도록 행사되어야 함은 법치행정의 원리상 당연하다고 하겠다. 다만 현행 법규가 警察上 調査에 관한 근거규정을 두면서도 調査의 主體, 調査의 相對方, 調査의 客體 및 證票의 提示 등에 관한 간략한 규정만을 두고 있는 것이 보통이다.

가령, 경직법 제3조를 살펴보면, 제1항에서는 “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 있다.”고 규정하고 있으며, 제3항에서는 “경찰관은 제1항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 흥기의 소지여부를 조사할 수 있다.”고 규정하고 있다.

또 풍속영업의 규제에 관한 법률 제9조를

살펴보면, 제1항에서는 “경찰서장은 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 경찰공무원으로 하여금 풍속영업소에 출입하여 풍속영업자 및 대통령령으로 정하는 종사자가 제3조의 규정에 의하여 지켜야 할 사항의 준수상태를 검사하게 할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “제1항의 규정에 의하여 풍속영업소에 출입하여 검사하는 경찰공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.”고 규정하고 있다.

또한 식품위생법 제17조를 살펴보면, 제1항에서는 “식품의약품안전청장, 시장, 군수 또는 구청장은 필요하다고 인정하는 때에는 영업을 하는 자 또는 기타 관계인에 대하여 필요한 보고를 하게 하거나 관계공무원으로 하여금 영업장소·사무소·창고·제조소·저장소·판매소 또는 기타 이와 유사한 장소에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업상 사용하는 식품 등 또는 영업시설 등을 검사하게 하거나 검사에 필요한 최소량의 식품 등을 무상으로 수거하게 할 수 있으며 필요에 따라 영업관계의 장부나 서류를 열람하게 할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “제1항의 경우에 출입·검사·수거·또는 열람을 하고자 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지녀야 하며 관계인에게 이를 내보여야 한다.”고 규정하고 있다.

이와 같이 현행 행정법규는 調査의 主體, 調査의 相對方, 調査의 對象 또는 範圍, 證票의 提示 등에 대하여만 간략하게 규정하고 있으며, 조사의 상대방과 관련하여서는 직접

상대방 이외에 기타 관계인 등으로 막연히 규정하여 그 범위가 불명확할 뿐만 아니라, 조사의 물적 대상 내 범위에 대하여도 장부·서류 또는 물건에 대하여 조사할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 그 범위를 구체적으로 한정짓는 규정은 거의 없는 실정이다. 그리하여 警察上 調査시 준수하여야 할 실제법적 한계를 실정법규를 대상으로 구체적으로 논의할 여지는 그리 많지 않다고 할 것이고, 또 이에 관한 관례상의 원칙도 확립된 것이 거의 없으므로 條理上的 限界 내지는 行政法上的 一般原則上的 限界를 이론적으로 검토할 필요성이 더욱 크다고 하겠다.

II. 條理上的 限界

1. 目的上的 限界

警察上 調査도 다른 行政調査와 마찬가지로 그 권한을 수권한 법령상의 구체적 조사목적 이외의 목적을 위하여 행하여서는 안된다. 조사가 부당한 목적으로 행사되는 것을 방지하기 위하여 수권법상의 목적은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 이미 살펴본 바와 같이 현행 행정법규는 行政調査의 목적을 구체적으로 명시하지 않고 단지 ‘필요한 경우에는 조사할 수 있다’라는 형식으로 규정하고 있는 것이 대부분이다. 이런 경우에는 수권법규 전체의 목적과 조사근거규정의 취지 등을 고려하여 조사목적을 확정해야 할 것이다. 본래의 목적을 벗어나 行政調査를 악의적으로 이용하는

대표적인 사례는 어느 나라를 막론하고 '稅務調査'를 일컬을 수 있으나, 警察上 調査나 다른 行政調査의 경우에도 발생할 여지는 많다고 할 수 있다.

이러한 목적상의 한계를 벗어나 警察上 調査를 범죄수사의 목적으로 이용하는 것은 違法한 調査라고 할 수 있다.¹⁸⁾ 판례도 같은 취지라고 생각된다.¹⁹⁾

2. 比例性의 原則

행정목적의 실현을 위한 구체적 수단의 선택에 있어서 달성하고자 하는 공익과 이로 인해 제한되는 개인의 권리 사이에 일정한 比例關係가 존재하도록 하여야 한다는 원칙을 말하며, 過剩禁止의 原則이라고도 한다.²⁰⁾

이는 특히 警察行政의 영역에서 큰 의미를 갖는 원칙으로 다음과 같은 3가지 원칙으로 구성되어 있으며, 각 내용은 서로 단계적 심사과정을 거치게 된다.

첫째, 適合性의 原則은 달성하고자 하는 목적을 위하여 선택된 수단이 적합한 것인가의 여부를 심사하게 된다. 이는 당해 수단을 사용하면 특정행정목적이 달성될 수 있는가의

여부만을 검토하게 된다. 따라서 이 단계에서는 통상적인 경우에는 이 요구가 충족되는 것이 보통이다.

둘째, 必要性의 原則은 最小侵害의 原則이라고도 하는 것으로서, 당해 행정목적달성을 위해서 이론적으로 선택가능한 많은 수단들 중에서 당사자의 권리나 자유를 가장 最小限으로 침해하는 수단을 선택하도록 하는 요청이다.

셋째, 相當性의 原則은 狹義의 比例性의 原則이라고도 하며, 선택한 수단의 행사시에는 침해되는 당사자의 사익과 달성하고자 하는 공익 사이에 적절한 비례관계가 존재하도록 하여야 한다는 원칙을 말한다.

이러한 비례의 원칙은 단순히 행정법상으로만 인정되는 원칙이 아니라 헌법상의 원칙으로서 권력행정에 속하는 警察行政領域은 물론이며 여타 입법·사법·행정분야 전반에 적용되는 원리로서 구체적으로는 경직법 제1조 제2항²¹⁾에서 확인할 수 있다. 그러나 개별 규정이 없다고 할지라도 이 원칙은 법의 一般原則으로서 效力을 갖는다고 할 것이다.

警察上 調査의 경우에도 이 원칙이 적용됨은 물론이며, 警察上 調査는 그 목적 달성에 適切한 것으로서 合理的이고 필요한

最小限度에 그쳐야 한다. 조사수단의 선택, 조사의 인적 범위, 조사의 물적 범위, 조사의 시간적 한계 등에 대하여 별다른 규정이 없다고 할지라도 이 비례의 원칙에 입각하여 시행하여야 할 것으로서 이 비례의 원칙이 현행 법령의 구체적 기준을 제한하는 매우 중요한 원칙이 될 것이다.

또한 警察上 調査의 수단에 여러 가지가 있는 경우에 상대방에게 보다 큰 침해를 가져올 수 있는 수단은 보충적으로만 사용되어야 한다. 특히 強制調査는 당해 警察調査를 통해 확보하고자 하는 자료 내지는 정보를 임의적 방법 등 다른 방법에 의하여서는 효과적으로 수집하기 어렵다고 인정되는 경우에 한하여 補充的으로만 행하여져야 한다.²²⁾

이 원칙은 最小侵害의 原則과도 관련이 있다고 할 것이다.

3. 平等의 原則

이 원칙은 행정작용을 함에 있어서 특별한 합리적인 사유가 존재하지 않는 한 행정기관은 상대방인 국민을 공평하게 대우해야 한다는 내용으로, 직접 헌법에 근거를 갖는 원칙으로 볼 수 있으며, 위반의 경우에 違憲, 違法의 효과가 발생한다.²³⁾

따라서 警察上 調査와 관련하여 합리적인

사유 없이 인종, 성별, 종교, 사회적 신분 등을 이유로 被調査者를 차별하는 것은 허용될 수 없다. 被調査者의 선정 및 조사의 강도와 관련하여 平等의 原則에 대한 위반여부가 문제되는 경우가 종종 있다. 특히 稅務調査의 영역에서 被調査者의 선정과 관련하여 유사한 상황에 처해 있는 납세자들 중에서 차별적으로 被調査者를 선정하는 경우 이 원칙의 위반이라고 할 수 있겠다.

Ⅲ. 實力行使의 可能性

警察上 調査를 하는 과정에서 상대방이 이를 거부하고 방해할 시에 당해 공무원이 實力을 行使하여 調査를 강행할 수 있는지의 문제가 제기된다. 警察上 調査의 성질상 질문의 경우에는 실력을 행사하여 강제할 수는 없으며 出入의 경우에 出入을 거부하고 방해할 시에 이에 대하여 실력을 행사할 수 있는가의 문제라고 할 수 있겠다.

관계법령이 실행행사의 여부에 대하여 직접적인 규정을 두고 있다면 그에 따르면 될 것이지만 그렇지 아니하고 별칙규정만을 두고 있을 경우 이 별칙규정이외에 직접 실력을 행사할 수 있는지가 문제가 되는 것이다. 조세범처벌절차법상의 범칙사건조사는 개인의 재산 또는 신체에 실력을 가할 수 있는 것으로 인정할 수 있으나, 이와는 반대로 명문으로

18) 김동희, 앞의 책, 442면.

19) 대판, 1998. 7. 24, 96다42789(국군보안사령부가 군과 관련된 첩보수집, 특정한 군사법원관할 범죄의 수사 등 법령에 규정된 직무를 벗어난 민간인인 원고들을 대상으로 평소의 동향을 감시·파악할 목적으로 지속적으로 개인의 집회·결사에 관한 활동이나 사생활에 관한 정보를 미행, 망원촬영, 탐문채집 등의 방법으로 비밀리에 수집·관리하였다면, 이는 헌법에 의하여 보장된 원고들의 기본권을 침해한 것으로서 불법행위를 구성한다고 하지 않을 수 없다. 일반국민의 일권리와는 무관하게 국가기관이 평소의 동향을 감시할 목적으로 개인의 정보를 비밀리에 수집한 경우에는 그 대상자가 공적인물이라는 이유만으로 면책할 수 없다).

20) 류지태, 앞의 책, 40면.

21) ② 이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다.

22) 박윤훈, 앞의 책, 636면.

23) 류지태, 앞의 책, 43면.

강제할 수 없음을 규정한 경찰관직무집행법 제3조 제2항 단서 및 제7항²⁴⁾도 있다.

이에 대한 학설의 대립은 다음과 같다.

1. 肯定說

상대방의 거부가 있는 경우에 조사 공무원이 상대방측의 身體나 財産에 實力을 加할 수 있다고 주장하는 견해로, 피조사자측의 거부·방해가 있는 경우에 처벌이나 불이익처분 등의 제재를 규정하고 있는 바, 이는 피조사자측의 저항이 위법임을 전제로 한 것이라 보겠고 따라서 조사공무원은 비례의 원칙 범위안에서 피조사자측의 신체나 재산에 실력을 가할 수 있다고 한다.²⁵⁾

2. 否定說

현행법이 行政調査를 거부, 방해하거나 기피한 자에 대하여 징역, 벌금, 구류, 과료 등의 별도의 벌칙규정을 두고 있음을 이유로 하여 직접적인 실력행사 자체는 허용되지 않으며, 단지 間接적으로 벌칙 등에 의해 강제요소가 인정될 뿐이라고 주장한다.²⁶⁾ 현재의 多數說이기도 하다.

3. 小 結

調査의 拒否나 妨害時 강제할 수 있는 벌칙 등이 규정되어 있는 경우에는 원칙적으로 실력 행사는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 즉 현행헌법 아래에서는 행정상의 강제집행의 예에서 보듯이 일반적으로 행정주체의 自力救濟手段은 한정적인 경우에만 法律上 許容된다고 할 수 있으며, 또한 行政調査를 行政上 即時強制와 구분하여 논의하는 입장에서는 원칙적으로 상대방에 대하여 直接的인 實力行使는 即時強制의 領域으로 보아야 하기 때문이다.

따라서 調査의 拒否 등에 대하여 벌칙 등을 규정하고 있는 것은 그 벌칙에 의하여 間接적으로 강제될 수 있을 뿐이라고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 그러므로 조사공무원이 상대방의 저항에 대하여 실력으로 이를 배제하고 조사를 강행하는 경우에는 違法한 行政調査라고 할 수 있을 것이다.

24) ② 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다. ⑦ 제1항 내지 제3항의 경우에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.
25) 홍정선, 앞의 책, 557면.
26) 류지태, 앞의 책, 317면 ; 김동희, 앞의 책, 444면 ; 김남진/김연태, 앞의 책, 408면.

第2節 節次法的 限界

I. 事前節次

警察上 調査를 포함한 行政調査는 상대방 그 밖의 관계인의 협력을 전제로 하여서만 효과적으로 그 목적을 달성 할 수 있다. 따라서 한편으로는 행정객체 등의 협력을 얻어 조사를 원활하게 실시하기 위하여, 다른 한편으로는 상대방의 권익보호를 위하여 事前節次를 整備할 필요가 있다.

1. 事前通知의 與否

行政調査는 개인의 생활이나 영업의 자유에 대한 침해를 하고 일상성을 해치기 때문에 이를 줄이기 위하여 事前通知가 필요하다고 할 것이다. 그러나 현행법령상 行政調査를 실시함에 있어서 조사의 대상, 범위 및 일시, 장소를 상대방에게 사전에 통지하도록 하고 있는 규정은 거의 없다. 일부 소방법 제5조 제3항, 국제기본법 제81조의 2, 세무사법 제10조 등에서 단편적으로 볼 수 있을 뿐이다. 이러한 실정으로 인하여 조사를 실시함에 있어서 행정기관은 법령에 규정이 없음에도 당연히 事前通知를 하여야 하는 가가 문제가 된다.

우리나라의 경우 이에 대한 논의는 충분

하지 않아 보인다. 다만 지금까지의 논의를 살펴보면, 가능한 한 요망된다라는 견해,²⁷⁾ 그 필요성은 인정하면서도 법령에 규정이 없는 경우에 그것이 당연히 요청된다고는 볼 수 없고 입법상 고려되어야 한다는 견해,²⁸⁾ 등 消極的인 견해와, 행정조사가 추구하는 공익의 내용, 조사대상인 정보의 성질·종류나 불시조사의 필요성 등에 비추어 개별적으로 검토하여야 할 것이라는 積極的인 견해²⁹⁾ 등이 있다.

또한 우리나라의 판례에서는 사전통지를 하지 않고 실시한 行政調査의 위법성이 다투어진 예는 없는 것으로 보인다. 일본의 판례³⁰⁾에서는 稅務調査와 관련하여 이에 대한 논의가 있었는 바, 소극적 견해를 취하고 있는 것으로 보인다. 즉 질문검사권의 범위, 한도, 시기, 장소 등에 관하여 “실정법상 특정한 규정이 없는 실시에 대하여는 질문검사의 필요가 있고, 또한 이것과 상대방의 사적 이익과의 비교형량을 함에 있어서 사회통념상 상당한 한도에 머무르는 한, 권한 있는 세무직원의 합리적인 선택에 맡겨지고 있다.”고 판시하였으며, 조사일시, 장소, 조사이유, 필요성이나 고지에 관하여는 “질문검사권을 행하는 일률적인 요건은 아니다.”고 판시 한 바 있다.

한편 미국의 경우에는 사전통지가 일반적·전통적으로 확립되어 있는 절차라고 할 수 있다. 이는 行政調査命令의 司法的 執行을 원칙으로

27) 김원주, 세무조사의 법적 한계, 경북대학교 논문집 제16권, 1972, 67면.
28) 박윤훈, 앞의 책, 636면 ; 류지태, 앞의 책, 316면
29) 김동희, 앞의 책, 444면.

하는 미국의 行政調査制度에 내재하는 보장책이라고 할 수 있다.

생각건대 行政調査의 경우에도 처분에 못지않게 事前通知의 필요성이 큰 것이 사실이다. 事前通知를 함으로써 被調査者가 필요한 자료를 준비하여 조사의 效率性을 높일 수 있을 뿐만 아니라 被調査者에 대한 심리적인 압박감도 상당히 줄일 수 있다. 그렇다 하더라도 법령상에 명문의 규정이 있으면 모르지만, 명문의 규정이 없는 경우까지 事前通知를 해야 한다고 하는 것은 조사의 성격상 통지를 하게 되면 조사의 목적을 달성할 수 없는 경우가 있으므로 무리라고 생각된다. 따라서 事前通知에 대하여는 立法的으로 해결하여야 한다고 본다. 그 방법으로는 行政節次法에 규정을 두는 방안과 個別法令에 규정을 두는 방안이 있을 수 있으며, 전자의 경우가 바람직하다고 본다. 다만, 행정절차법에 일반적 규정을 두기 전이라도 개별법령에 규정을 두는 것이 좋으며, 행정기관은 명문의 규정 유무를 떠나 조사의 목적 달성에 방해가 되지 않는다면 積極的으로 事前通知를 하는 것이 바람직한 行政作用이라고 할 것이다.

2. 理由提示

行政調査는 그 상대방이 調査를 받는 이유를 몰라 이를 거부하거나 허위의 답변을

함으로써 처벌을 받는 일이 없도록 하기 위하여 調査의 理由를 구체적으로 상대방에게 提示하는 것이 필요하다.

理由提示는 피조사자에게 당해 조사에 대한 불가피성을 설명하여 효율적인 조사운영에도 필요할 뿐만 아니라, 행정기관의 부당한 조사권 행사에 대비할 수 있는 피조사자의 정당한 권리를 보장하기 위해서도 필요하다고 할 것이다. 그러나 현행법령상 事前에 調査理由를 告知하도록 규정한 것은 거의 찾아 볼 수 없으며, 국제기본법 81조의 6³⁰⁾이 유일한 예라고 할 것이다.

이러한 많은 필요성에도 불구하고 명문의 규정이 거의 없는 理由提示는 事前通知節次와 불가분의 관계를 가지는 바, 事前通知를 하는 경우 상대방 등이 답변을 맞춘다든가, 자료를 변조·은닉하여 조사의 실효를 거두기 어려운 경우도 있을 것이며, 또한 환경보전법·소방법 또는 식품위생법상의 조사와 같이 事前通知를 행할 시간적 여유가 없는 경우도 있을 것이다. 이러한 두가지의 요청을 합리적으로 조화시키는 범위 안에서 事前通知와 理由提示를 調査의 效力要件으로 하도록 立法上 考慮하여야 할 것이다.³¹⁾

3. 證票의 提示

行政調査가 실시될 경우 국민은 관계

30) 荒川民商事件判決, 日本裁判, 1973. 7. 10 刑集 27卷 7號, 1205면.

31) ① 세무공무원은 국세에 관한 조사를 위하여 당해 장부·서류 기타 물건 등을 조사하는 경우에는 조사를 받을 납세자에게 조사개시 7일전에 조사대상 세목 및 조사사유 기타 대통령령이 정하는 사항을 통지하여야 한다.

32) 박윤환, 앞의 책, 636면.

법령에 의하여 작위·수인의무 등 의무를 부담하고 또한 사생활이 침해되는 등 불이익을 받게 되므로, 조사절차상 行政調査를 행하는 공무원이 조사의 권한을 가지고 있음을 명백히 할 필요가 있다. 行政調査에 관하여 규정하고 있는 개별법은 行政調査를 행하는 공무원이 그 권한을 표시하는 증표를 휴대·제시하여야 한다고 하여 證票提示義務를 규정³³⁾ 하고 있는 것이 보통이다. 이러한 규정이 있으면 이를 준수하는 것은 당연하며, 규정이 없다 할지라도 證票提示義務는 있다고 보아야 할 것이다. 그것은 증표의 제시에 의하여 당해 공무원은 行政調査를 할 수 있는 정당한 권한이 있음을 입증하게 되며, 그에 따라 상대방은 조사에 대한 구체적인 受忍義務가 발생하게 되기 때문이다.³⁴⁾

證票提示義務에 관하여 증표를 휴대하고 피조사자의 청구가 있는 경우에 제시하도록 하는 경우와 청구가 없어도 사전에 제시하도록 하는 경우로 그 입법 방식이 나눌 수 있다. 전자의 경우에는 피조사자가 조사공무원 으로부터 미움을 받을까 염려하여 증표제시 청구를 사실상 곤란하게 할 가능성이 많으므로 청구의 유무에 관계없이 조사공무원 스스로 事前에 證票를 提示하도록 하는 것이 옳다고 본다. 현행 법령도 관계인의 청구가 있는 때 제시하여야 한다고 규정하지 않고 증표를 휴대하여 제시하여야 한다고 규정하고 있는 것이 보통인데, 이는 청구의 유무에 관계없이 조사 공무원 스스로 증표를 제시하여야 한다는

취지로 해석해야 할 것이다.

4. 時間의 考慮

行政調査는 상대방의 시간을 고려하여 통상 영업시간대나 일상생활 시간대에 행해지는 것이 바람직하다. 물론 예외적으로는 그 목적을 달성할 필요성으로 인하여 영업시간 외에 행해지는 경우도 가능할 것이나, 이때에는 그 필요성에 관한 엄격한 요건하에서 행해져야 할 것이다.

II. 令狀主義의 適用與否

行政調査는 그 내용에 따라 주거나 영업소에 대한 수색 등을 행하거나 신체에 대한 실행행사를 수반하게 된다. 따라서 개인의 프라이버시와 영업의 자유 등을 보호하기 위하여 법관이 당해 조사에 대한 令狀을 발부하도록 하는 사전통제수단인 헌법 제12조 제3항과 제16조에 따른 영장제시가 필요한가에 대한 논의가 제기되고 있다.

헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있고, 동 제16조는 “모든 국민은 주거의 자유를

33) 국제징수법 제25조 ; 식품위생법 제17조 제2항.

34) 김동희, 앞의 책, 443면.

침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있다.

이러한 憲法上의 令狀主義가 行政 調査에도 적용이 가능한가에 대한 문제가 제기되고 있는 것이다. 미국의 경우를 살펴보고 우리의 경우를 검토하고자 한다.

1. 美 國

1) 序

미국연방헌법 수정 제4조는 “불합리한 수색과 압수에 대하여 국민의 신체·가택·서류 및 재산을 보장받는 권리는 침해할 수 없다. 영장은 선서 또는 확약에 의하여 지지되는 진실이라고 믿을 만한 원인에 기하여 발할 수 있고, 특히 수색할 장소와 체포·압수할 사람 또는 물품을 기재하여야 한다.”고 하여 불합리한 압수·수색을 금지하는 한편, “영장은 상당한 이유(probable cause)에 기하여 발하지 않으면 안된다.”고 규정하고 있다.

35) *Camara v. Municipal Court of City and Conty of San Francisco*, 387 U. S. 523 (1967). 1963년에 샌프란시스코의 공중위생국의 주택검사관이 시 조례에 의하여 어떤 아파트에 대한 出入檢査를 실시하였는데, 그 調査에 대해 아파트의 지하실을 임차하여 거주하던 *Camara*라는 사람이 수색영장을 가지고 있지 않다는 이유로 出入檢査를 거부한 사건과 관련하여, “이러한 경우에 대하여 견해가 대립되어 가고 있지만 아직도 지속되고 있는 원칙은 특별한 경우 외에 영장없는 수사는 상대방의 동의가 없는 한 비합리적이고 수정헌법 제4조에 따라 허용되지 않는다는 것이다.”라고 하여 무영장수사는 위헌임을 밝혔다.

36) *See v. City of Seattle*, 387 U.S. 541 (1967). “이 문제는 주거로 사용되지 않는 영업용건물에 대하여 *Camara*원리가 적용되는가 하는 것이며 사업주는 사적주거와 같이 영업용장소에 대하여서도 수정헌법 제4조의 비합리적 수사금지원칙에 의한 보호를 받을 권리가 있다.”라고 판시하여 소방검사관은 영업용건물에 대하여도 영장을 소지하여야 출입할 수 있다고 하였다.

37) *Colonnade Catering Corp v. U. S.*, 72 (1970). “허가제에 의거하여 영업하는 주류소매업자를 검사하는 경우 *See*법리 ‘즉 동의를 없는 한 영장을 발급받아야 한다.’는 원리가 적용되지 않는다.”하여 영장주의의 예외를 인정한 판결을 내렸다.

이 수정헌법 제4조는 역사적으로는 형사 절차에 적용되어 온 것이었는데, 行政 調査에도 적용될 수 있을 것인가가 판례상 논쟁이 되었다. 특히 出入檢査의 경우에 문제가 되었는데, 그 이유는 行政的 召喚狀(Subpoena)을 이용하거나 보고서 요구를 하는 경우에는 司法的 執行의 原則이 확립되어 있어서 문제될 여지가 별로 없기 때문이었다.

2) 判例의 傾向

미국은 개인의 주택에 대한 出入檢査의 경우는 물론이고, 영업소 내지 사업용 재산에 대한 出入檢査에도 원칙적으로 헌법상의 令狀主義가 적용된다고 보고 있다. 다만 그에 대한 예외가 광범위하게 인정되고 있을 뿐이다.

먼저 개인의 주택에 대한 出入檢査의 경우에는 형사적 제재가 수반되는 경우와 수반되지 않는 경우를 구별하고 있다. 즉 전자의 경우에는 *Camara* 사건³⁵⁾과 *See*사건³⁶⁾에서와 같이 令狀이 要求되며, 이 원칙은 *Colonnade* 사건³⁷⁾ 이후의 재판에서도 유지하고 있다.

한편 형사적 제재가 수반되지 않는 경우, 특히 공적부조 수급자에 대한 出入檢査와 같이 출입의 목적이 그 상대방에게 이익을 가져다 주는 경우에는 *Wyman* 사건³⁸⁾에서와 같이 영장 없는 出入檢査가 가능하다고 보고 있다.

한편 영업소에 대한 出入檢査에 대하여는 주택에 대한 出入檢査의 경우보다 더욱 폭넓게 令狀主義의 例外를 인정하고 있다.³⁹⁾

어떤 경우에 영장이 필요하고 어떤 경우에 필요하지 않은지에 대하여는 일률적인 기준을 제시하기 보다는 기본적으로 이익형량의 접근방법을 채택하고 있는 것으로 볼 수 있다. 즉 出入檢査를 통하여 달성하려는 공익 내지 규제에 대한 공익상의 필요와 개인의 프라이버시 보호를 비교형량하여 영장주의의 적용여부를 個別的·具體的으로 판단하려는 태도를 보이고 있다.

양자의 비교형량을 함에 있어서 연방 대법원이 제시하고 있는 판단기준으로는 1) 당해 사업이 그동안 정부에 의하여 규제를 받은 기간, 즉 정부규제의 역사성·전통성, 2) 규제의 광범위성, 3) 정부의 규제에 대한 실질적 이익 및 그 중요성, 4) 증거인멸의 가능성 등 무영장 검사의 필요성, 5) 개인의 프라이버시에 대한 기대 등을 들 수 있다. 이러한 판단기준을

38) *Wyman v. James* 400 U.S. 309 (1971). *New York*州法에 의하면 부양아동가족에 대한 공적부조계획의 수급자는 福祉 調査局의 주기적 가정방문을 허용하도록 규정되어 있으며, 만약 이를 거절하면 복지금의 수급을 중단하도록 규정되어 있는데, *James*는 2년간 AFDC의 부조를 받아왔지만 위의 방문을 거절하였으므로 결국 부조가 중단되었다. 이에 대하여 지방법원은 본 사건의 가정방문은 수색이므로 동의를 없는 한 “합리적 이유에 근거한 영장에 의하여야 한다.”고 하여 그를 위반한 것은 수정헌법 제4조, 14조에 위반한 것이다.”라고 판시하였다.

39) *Dewey*판결에서의 연방대법원의 다수의견이 이를 지적하고 있다.

40) *U.S. v. Biswell* 406 U.S. 311 (1972). “총기규제법에 의거하는 영업소검사는 영장이 행하여질 수 있으며 수정헌법 제4조에 반하지 않는다.”고 판시하였다.

41) *Donovan v. Dewey*, 452 U.S. 594 (1981).

적용함에 있어서 연방대법원은 초기에는 주로 1)의 정부규제의 역사성 내지 전통성 및 2)의 규제의 광범위성을 중시하는 입장을 취하였는데, 이것은 주로 默示的 同意論에 기초를 둔 것이다.

미국 연방대법원은 상대방의 “默示的 同意가 있는 것으로 인정되는 경우를 영장주의의 예외로서 인정하고 있으며, 실제 예외를 인정한 상당수의 판례들이 이른바 默示的 同意論에 바탕을 두고 있다고 할 수 있다. *Wyman*사건과 같이 상대방에게 이익을 주는 주택에 대한 出入檢査에는 영장이 필요없다고 하는 판결이나, 영업소에 대한 무영장검사를 합헌으로 인정한 *Colonnade* 판결이나 *Biswell* 판결⁴⁰⁾도 이 默示的 同意論에 기초하고 있는 것이라고 할 수 있다.

Colonnade 판결은 알콜음료저장고에 대한 무영장검사를 합헌으로 인정하였지만, 왜 영장이 필요하지 않은지에 대하여는 언급이 없고, 단지 알콜음료산업의 정부규제의 오랜 역사를 강조하는데 그치고 있다. 즉 *Colonnade* 판결은 정부규제가 오래된 전통을 가진 사업을 운영하는 자는 무영장검사에 동의한다고 하는 默示的 同意論에 의거하고 있다고 할 수 있다. 또한 *Biswell* 판결은 화기규제가 오랜 역사를

가지고 있지 않음에도 불구하고 무영장검사를 합헌이라고 인정하였지만, 당해 판결에서는 '정부규제의 오랜 역사' 대신에 '규제의 광범위성'을 판단요인으로 하여, 폭넓게 규제 받고 있는 사업을 운영하는 자는 무영장검사에 동의하고 있다는 默示的 同意論을 전개한 것이다.

그러나 이와 같은 默示的 同意論은 하나의 의제에 불과하고 실질적 내용을 갖지 않는 표어에 불과하다는 비판이 적지 않게 제기되었으며, 연방대법원도 점차 默示的 同意論에서 탈피하여 새로운 방향모색을 하고 있는 것으로 볼 수 있다. 영장주의 예외의 적용 범위를 피검사자의 프라이버시에 대한 기대에 초점을 맞추어 검토하려는 경향이 바로 그것이다. 이러한 경향은 Dewey 판결⁴¹⁾에 이르러 뚜렷하게 나타난다. 즉 영업소에 있어서는 개인의 주택과는 달리 피검사자의 프라이버시에 대한 기대가 감소되고 있음을 전제로 하여, 그 기대가 검사의 수권법에 의해 보호되고 있는지를 중요한 기준으로 영장주의 예외의 적용여부를 고찰하였다.

그리하여 Dewey 판결은 이전의 판결이 默示的 同意論의 근거로 삼은 2가지 판단 요인 중에 정부규제의 오랜 역사성을 실질적으로 배제하고, 규제의 광범위성에 대해서는 그것을 최종적으로 피검사자의 묵시적 동의가 아니라 피검사자의 프라이버시에 대한 기대와 관련지어 판단하는 태도를 취하였다.

이와 같은 '피검사자의 프라이버시에 대한 기대'에 의한 접근방법은 수정헌법

제4조의 기본목적이 행정관에 의한 자의적 침해로부터 개인의 프라이버시나 안전을 보호하는데 있는 것을 생각하면, 단지 가설에 지나지 않은 默示的 同意論과 비교하여 볼 때, 수정헌법 제4조의 목적에 보다 적합하다고 할 수 있을 것이다. 피검사자의 프라이버시에 대한 기대를 평가하는 데는 영장을 대체할 수 있는 적절한 조치가 강구되고 있는지가 주로 검토의 대상이 되는데, 구체적으로는 出入 檢査를 거부하는 경우에도 強制 出入을 금지시키고 이를 강행하려고 하면 행정기관이 법원에 소송을 제기하도록 하고 있다든가, 상대방에게 조사의 일시·이유 등을 사전통지하도록 하고 있는 등 피조사자의 프라이버시를 존중하기 위한 조치를 강구하고 있는지가 검토된다.

이 외에도 증거인멸의 우려가 크거나 생명, 신체, 재산에 대한 급박한 危險이 있는 경우에는 영장주의가 적용되지 않는다고 보고 있다. 또한 조사장소가 공개되어 공중의 눈에 노출되어 있는 장소에의 出入 檢査에도 영장은 필요하지 않다고 보고 있다. 그 이유는 주로 出入 檢査에 대하여 보호하여야 할 프라이버시에 대한 합리적 기대가 크게 감소된다고 보기 때문이다. 여기에는 화재현장에 대한 조사와 같은 공중의 눈에 노출된 조사와 글독에 대한 매연조사와 같은 공개된 장소에의 조사의 2종류로 구별할 수 있는데, 양자 모두에 영장은 필요 없는 것으로 보고 있다.

2. 우리나라의 경우

헌법상의 영장에 관한 규정이 行政 調査에도 적용되는가의 여부는 논리적으로 行政上의 即時 強制의 경우와 같이 3가지 학설로 나뉘어져 있다.

1) 積極說(令狀必要說)

行政 調査에도 원칙적으로 令狀主義를 적용하여야 한다는 입장으로 行政 調査의 결과가 형사소추로 발전될 危險이 많기 때문에 이에 비추어서 行政 調査에도 원칙적으로 영장주의가 적용되어야 한다는 의견⁴²⁾과 상대방의 반항을 무릅쓰고 신체 및 주거에 대한 行政 調査를 강행할 불가피한 공익상의 요청이 있으면 법관의 영장이 있어야 한다⁴³⁾는 주장이다. 다만 그 예외를 인정하고 있는데, 行政 調査의 신속성의 요구 및 사전영장주의에 대한 예외를 인정한 헌법 제12조 제3항 단서에 비추어 실질적으로 영장주의의 예외적인 사유에 해당한다고 할 수 있는 때에는 영장을 요하지 아니한다고 하며, 그러한 行政 調査의 결과 수집된 자료는 형사사법절차에 있어서의 證據能力이 排除되어야 할 것이라고 한다. 적극설의 견해에서도 대부분 예외를 인정하고 있어 절충설과의 구별이 어려운 점이 있으며

42) 이상규, 앞의 책, 561면.

43) 변재욱, 앞의 책, 434면.

44) 박윤훈, 앞의 책, 636~637면.

그 구별의 실익도 많지 않아 보인다.

2) 消極說(令狀不要說)

行政 調査에는 헌법상의 영장주의의 적용이 되지 않는다는 입장으로, 헌법 제16조는 주거의 수색이나 물건의 압수에 대하여 법관의 영장을 요하게 하였는 바, 行政 調査를 위한 出入·檢査에 있어서는 법관의 영장을 요하지 않는다는 주장이다. 다만 이 경우에도 하나의 조치가 실질적으로 行政 調査와 刑事責任追及의 양 목적으로 행해지는 경우에는 형사책임추급 쪽에서는 형사사법권의 발동이므로 영장을 요한다고 할 것이며, 또한 그 이외의 경우에도 영장주의의 취지는 충분히 존중되어야 할 것으로서 현행법은 대개의 경우 出入·檢査를 함에 있어서는 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 내보이도록 함으로써 그 취지를 충분히 존중하고 있다고 하고 있다.⁴⁴⁾

3) 折衷說

行政 調査에 있어서의 영장의 필요여부는 영장제도의 기능과의 관련 아래 이해하는 것이 타당하다는 전제하에서 行政 調査가 형사

소추절차가 아니라 이유만으로 영장주의를 배제할 수는 없으며 行政調査가 형사소추 절차로 이행하는 경우와 기타 權力的 行政調査에 있어서는 원칙적으로 영장을 필요로 하나 영장을 기다려서는 적시에 적정한 조사가 행해질 수 없는 경우에는 예외가 인정될 수 있다는 견해,⁴⁵⁾ 行政調査도 신체나 재산에 직접 실력을 가하는 것인 한, 그리고 行政調査의 결과가 형사책임의 추궁과 관련성을 갖는 한 사전영장주의는 원칙적으로 적용되어야 하며 다만 긴급을 요하는 불가피한 경우에는 예외가 인정된다는 견해,⁴⁶⁾ 원칙적으로 行政調査가 단순히 행정작용의 준비행위가 아닌 범죄행위의 소추를 위하여 이루어지는 경우에는 당연히 영장주의가 적용되며 다만 통상적으로 이루어지는 行政調査는 형사소추를 위한 조사작용은 아니므로 범죄인의 소추를 위하여 실시되는 압수 및 수색활동과는 그 성격과 목적을 달리하므로 통상적인 行政調査에는 영장주의가 적용되지 않는다는 견해⁴⁷⁾ 등이 여기에 속한다. 우리나라의 행정법학자들의 多數意見이라고 할 수 있다.

45) 김동희, 앞의 책, 443면.
46) 홍정선, 앞의 책, 556면.
47) 김성수, 앞의 책, 478면.

3. 小 結

헌법상의 영장주의의 원칙은 刑事司法權의 濫用을 抑制하고 防止하기 위하여 도입한 제도라는데 그 취지가 있다. 그렇지만 行政調査에 의하여도 국민의 권익이 침해될 가능성이 刑事司法權의 행사에 못지않기 때문에 行政調査에 영장주의가 전혀 적용될 수 없다는 것은 동의하기 어렵다.

그렇지만 모든 行政調査에 영장주의가 적용된다고 하는 것 역시 현실적으로 불가능하다고 할 것이다. 또한 영장은 검사의 청구에 의하여 법관이 발부하는 것으로, 검사 또는 법관이 行政調査의 필요성을 결정하는 것이 바람직할지는 다시 한번 생각해 볼 사안이다. 기본권 보호를 위해 영장주의를 채택하는데 오랜 전통을 가진 영미의 경우에도 광범위한 예외를 인정하고 있음은 영장주의를 모든 行政調査에 적용하기는 사실상 불가능하다는 것을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 영장주의는 일률적으로 그 적용여부를 판단할 것이 아니라 사안별로 行政調査의 성격이나 조사의 필요성 등을 검토하여 결정하여야 할 것이다. 그 기준으로는 다음과 같은 것을 생각해 볼 수 있겠다.

첫째, 行政調査가 실질적으로 刑事責任 追及을 목적으로 하는 경우에는 원칙적으로 令狀이 必要하다고 본다. 조세범처벌절차법 제2조의 세무조사(범칙사건조사)에 법관이 발부한 영장을 요구하는 예가 여기에 속한다. 대법원도 다음과 같이 판시하여 같은 견해를 보이고 있다.

“...세무공무원이 밀수품을 신고 왔다는 정보에 의하여 정박중인 선박에 대하여 수색을 하려면 선박의 소유자 또는 점유자의 승낙을 얻거나 법관의 압수수색영장을 발부받거나 또는 본조(관세법 제21조 수색압수영장) 제1항 후단에 의하여 긴급을 요하는 경우에 한하여 수색압수를 하고 사후에 영장의 교부를 받아야 한다.”⁴⁸⁾

둘째, 영장주의를 대체하여 개인의 프라이버시를 보호할 다른 수단이 법령상 규정되어 있으면 영장이 요구되지 않는다고 하겠다. 영장주의만이 개인의 기본권을 보호하는 장치는 아니며 영장주의 이외에도 엄격한 행정절차의 요구와 조사의 필요성 여부를 공무원 개인이 아닌 중립적인 기관이 결정하는 경우, 그리고 事後의 救濟手段이 마련되어 있는 경우 등을 들 수 있다.

셋째, 개인의 주택에 대한 조사와 영업소에 대한 조사를 구별하여 검토한다. 개인의 주택과 영업소의 경우에는 프라이버시 보호에 대한

48) 대판 1976.11. 9, 76도 2703.
49) 홍정선, 앞의 책, 556면.

필요성이 다르다고 할 수 있다. 주택의 경우에는 영업소보다는 개인의 자유로운 사생활의 보장을 위한 최후의 보루라고 할 수 있기 때문이다. 다만 사회복지행정의 실시를 위한 경우처럼 피조사자와의 갈등이 유발될 가능성이 적은 경우에는 영장주의가 원칙적으로 적용되지 않는다고 할 것이지만, 형사적 제재가 수반되는 경우에는 令狀主義가 적용된다고 할 것이다.

넷째, 국민의 생명·신체·재산을 보호하기 위하여 緊急한 調査의 必要性이 인정되는 경우에는 令狀이 不必要하다고 본다. 헌법 제12조 제3항이 형사사법절차에서의 영장주의의 예외를 인정한 것과 같이 行政調査의 경우에도 긴급한 필요가 있는 경우에는 영장주의의 例外가 인정된다고 할 것이다. 여기에는 화재현장에 대한 조사, 붕괴 우려 있는 주택에 대한 조사, 유해물질에 대한 조사 등이 있을 것이다.

다섯째, 조사의 태양이 일반인에게 공개된 특정장소에서 不特定多數人을 상대로 하는 경우에는 영장을 요하지 않는다고 할 것이다. 특정장소에서 행하는 不審檢問이나 自動車檢問 등이 여기에 속한다고 할 수 있겠다.

여섯째, 任意調査 즉 非權力的 調査의 경우에는 영장주의의 문제가 생기지 않는다.⁴⁹⁾ 任意調査는 피조사자에 대하여 강제력을 행사하는 것이 아니고 임의적인 협력을 전제로

하는 것이기 때문에 상대방이 거부하는 경우에는 더 이상 조사를 진행할 수 없기 때문이다.

Ⅲ. 陳述拒否權의 適用與否

우리나라의 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 … 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여 陳述拒否權(自己負罪強要禁止의 特權)을 보장하고 있다. 이와 같은 헌법상의 규정이 行政調查의 경우에도 적용이 되는지가 문제가 될 수 있는 바, 이는 연혁적으로 형사절차에 있어서 개인의 자유나 증언을 강요함으로써 인권침해를 방지하기 위한 것이었기 때문에 行政調查에 있어서 질문에 대한 답변이나 보고서 제출 또는 장부 등의 기장·비치의 경우에도 陳述拒否權(自己負罪強要禁止의 特權)이 인정되는가의 문제이다.

50) Conselmann v. Hitchcock, 42 U.S. 547 (1892).
51) Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 634-635 (1886).

1. 美 國

1) 序

미국연방헌법 수정 제5조는 “누구든지 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에게 不利한 證言을 強要당하지 아니한다.”고 규정하여 자기부죄금지의 특권(privilege against self-incrimination)을 인정하고 있다. 수정 제5조는 ‘어떠한 형사사건에 있어서도’라고 규정하고 있지만, 판례는 일찍부터 동 조항이 刑事事件에서는 물론이고 行政調查에도 적용되는 것으로 해석하였으며,⁵⁰⁾ 또한 증언이라는 문구도 口頭陳述뿐만 아니라 文書에 의한 陳述도 포함하는 것으로 해석하였다.⁵¹⁾

이와 같이 초기에는 行政調查에도 진술거부권이 적용됨을 일반적으로 인정하였으나, 점차 그 예의를 폭넓게 인정하는 추세에 있다. 그것은 국민의 基本權保障과 각종 계획수립과 정책수행을 위한 정확한 자료의 수집이라는 行政調查의 必要性을 調和시키기 위한 것이었다.

그 해결책으로서 6가지 방법이 각각 개발되어 왔는데, 이 방법에는 다음과 같은 것이 있다 : ① 회사의 조직 또는 더 나아가 3인 이상의 동업관계에 의한 단체의 기록은 본

특권의 보호대상이 아니다. ② 다른 사람의 수중에 있는 자료는 특권의 대상이 아니다. ③ 강요되지 않은 자의 진술은 불이익하더라도 사용될 수 있다. ④ 면책된 자는 강요 될 수 있다. ⑤ 보존이 명령된 자료는 특권의 대상이 아니다. ⑥ 강요된 보고도 특별한 경우에는 허용될 수 있다.

이 모두 헌법상 보호되는 국민의 기본권을 제한하기 위한 개념도구로 사용되었다. 요컨대 미국에서는 陳述拒否權이 원칙적으로 行政調查에도 적용된다고 보고 있으나, 광범위한 예외를 인정하고 있고, 특히 진술적 증언은 강하게 보호되는 편이지만 보고서나 자료요구에 대한 헌법적 보호는 사실상 유명무실하게 되었다고 볼 수 있다.

2) 小 結

수정헌법 제5조가 규정하고 있는 바는 정확히 “사람은 … 그의 의사에 반하여 어떤 刑事事件에서건 證言을 強要받지 않는다.”라는 것이다. 이러한 헌법규정은 국민의 사적생활의 비밀을 보호하여 주었고 그로 인하여 국민들의

52) Hale v. Henkel 201 U.S. 43, 70(1906).
53) Wilson v. United States 221 U.S. 361(1911).
54) United States v. White 322 U.S. 694(1944).
55) Bellis v. United States 417 U.S. 85(1974).
56) Couch v. United States 09 U.S. 322(1973).
57) Fisher v. United States 425 U.S. 391(1976).

생활은 정부의 부당한 침해나 간섭으로부터 자유롭게 형성될 수 있었다. 그리고 이는 “어떤 형사사건에서건”이라는 문구가 행정·입법 절차를 포함하는 것으로 해석된 결과이기도 하다. 그러나 이러한 권리의 보호는 정부의 情報要求權에 의하여 부단히 공격받았고 또한 차례로 약화되어 왔다.

이것이 미국의 경우에 있어서의 自己負罪拒否特權의 적용여부를 검토하여온 주요 내용이다. 단 自己負罪拒否特權이 약화되어온 과정을 보면 단지 기록의 제출에 있어서 일 뿐 陳述的 證言은 아직도 강하게 보호되고 있음을 알 수 있는데, 이는 주의하여야 할 점이다.

법원이 自己負罪拒否特權을 제한하여 온 과정을 간단히 살펴보면, 1906년의 Hale⁵²⁾과 Wilson(1911)사례⁵³⁾에서 단체의 특권중 회사의 특권이 부정되었고, White(1944)사례⁵⁴⁾에서는 노동조합의 특권이, 1974년의 Bellis 사례⁵⁵⁾에서는 3인 동업자의 동업관계에 대하여 특권이 부정되었다.

또한 Couch(1973)사례⁵⁶⁾에서는 회계관의 수중에 있는 사적 기록에 대한 특권이 부정되었고, Fischer 사례⁵⁷⁾에서는 납세자의 수중이나 그의 대리인의 수중에 있는 회계관의

사무서류에 특권을 인정하지 않았다.

1976년의 *Andresen* 사례⁵⁸⁾에서는 수색영장에 의하여 부죄적 영업서류의 압수가 허용되면 이것이 그를 유죄로 하는 데 사용될 수 있다고 하였다. 또 *Brown* 사례⁵⁹⁾는 면책된 자는 증언을 강요받을 수 있다는 원칙을 세움으로써 국민의 負罪拒否特權은 더욱 制限되었다.

Shapiro 사례⁶⁰⁾에 의해 보존을 요하는 기록은 특권에 의하여 보호받지 못한다는 원칙과, *Sullivan*(1927) 사례⁶¹⁾에 의해 경우에 따라서는 自己負罪의 情報의 提供도 강요될 수 있다는 원칙이 세워짐으로써 이제 진술적 증언을 제외한 개인의 기록에 대한 헌법적 보호는 거의 명목적인 것으로 되어 버렸다.

이러한 결과가 초래된 기본적인 이유는 앞서서도 계속 이야기 되었던 바와 같이 어떤 논리상의 문제가 아니라 公益과 私益의 衡량에 대한 歷史的·政策的 考慮의 문제인 것이다. 결국 법원은 行政調査에 대하여 공적이익의 가치를 높이 평가하면서 국민의 *privacy*와 自己不罪拒否特權을 제한하여 온 것이라 할 수 있을 것이다.

58) *Andresen v. States of Maryland* 427 U.S. 463(1976).
 59) *Brown v. Walker* 161 U.S. 591(1896).
 60) *Shapiro v. United States* 335 U.S. (1948).
 61) *United States v. Sullivan* 274 U.S. 259(1927).
 62) 변재옥, 앞의 책, 435면.
 63) 박윤환, 앞의 책, 637면.
 64) 류지태, 앞의 책, 317면.

2. 우리나라

이에 관한 논의는 많지 않지만 학설을 검토하여 보면, 行政調査가 범죄수사와 관련되지 않는 한 적용될 수 없다는 견해,⁶²⁾ 헌법 제12조의 규정은 순수한 刑事節次에 있어서의 陳述拒否權을 인정한 것이므로 行政調査를 위한 질문에는 적용되지 아니하지만, 陳述拒否權이 순수한 刑事節次에 있어서만이 아니고 실질적으로 형사책임추급을 위한 자료의 수집을 위한 절차에서도 타당하므로 질문이 行政調査와 형사책임추급의 양 목적으로 행해지는 경우는 진술을 거부할 수 있다고 하는 견해,⁶³⁾ 行政調査에 있어서 상대방은 원칙적으로 헌법 제12조는 刑事節次와 관련되는 것이기 때문에 이에 따른 陳述拒否權을 갖지 않으며, 다만 行政調査가 형사상 소추의 목적도 수행하는 경우에는 일반적인 원칙에 따라 인정된다는 견해⁶⁴⁾ 등이 있으나 그 내용에 있어서는 대체적으로 비슷하다고 할 수 있다.

한편 판례의 경우도 거의 찾아 볼 수 없지만 헌법재판소는 형사책임에 관한 것일 때에는 진술거부의 권리가 있다는 취지의

판결을 하고 있다. 즉 교통사고시 신고의무를 규정한 도로교통법 제50조 제2항과 이를 위반하여 신고하지 않은 자에 대한 처벌규정인 동법 제111조 제3호가 진술거부권을 침해하여 위헌인지의 여부에 대한 판단에서 陳述拒否權은 行政節次에도 적용되는 것임을 밝힌 바 있다. 이를 살펴보면,

“... 진술거부권은 형사절차에서만 보장되는 것이 아니고 행정절차이거나 국회에서의 답변 등 어디에서나 그 진술이 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지 아니할 국민의 기본권으로 보장된다. 따라서 현재 형사피의자나 피고인으로서 수사 및 공판절차에 계속중인 자뿐만 아니라 교통사고를 일으킨 차량의 운전자 등과 같이 장차 형사피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자에게도 그 진술내용이 자기의 형사책임에 관련되는 것일 때에는 그 진술을 강요받지 않을 자기부죄 거절의 권리가 보장되는 것이다. ... 그러나 도로교통법의 위 조항들은 경찰공무원으로 하여금 교통사고의 발생을 신속하게 알게 하여 피해자의 구호와 교통질서의 회복에 대한 적절한 조치를 취하도록 하고 교통사고로 인한 소통장애를 제거하는 등 교통질서의 유지 및 안전을 도모한다는 교통행정상의 필요에서 불가피한 것이다. 따라서 동 조항들을 이러한 도로

교통법의 취지와 목적에 한정하여 해석하여야 하는 바, 동 조항들은 피해자의 구호와 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.”고 하여 도로교통법의 동 조항이 陳述拒否權을 침해할 여지가 있다는 것을 인정하면서도 限定合憲決定을 하였다.⁶⁵⁾

3. 小 結

헌법 제12조 제2항의 ‘刑事上’이라는 규정은 순수한 刑事節次에서 뿐만 아니라 그 이외의 절차에 있어서도 사실상 형사책임을 추급하기 위한 자료의 수집·획득에 관련되는 절차에 있어서도 적용된다고 할 것이다. 따라서 行政調査에는 陳述拒否權이 적용되지 않는다는 견해에는 동의하기 어렵다. 그렇지만 이러한 陳述拒否權이 모든 行政調査에도 적용된다고 하는 것은 개인의 권리만을 지나치게 보호하여 적정한 행정권행사를 곤란하게 만들기 때문에 또한 동의하기

65) 헌재결 1990. 8. 27, 89 헌가 118

어렵다. 미국의 경우에 광범위한 예외를 인정하고 있음을 보면 이러한 사실을 알 수 있다.

요컨대 진술거부권의 적용 여부를 일률적으로 판단할 것이 아니라 당해 행정목적이 순수한 行政目的인지 아니면 사실상 刑事責任의 追及을 위한 것인지를 개별적으로 판단하여 그 적용여부를 결정해야 할 것이다. 다만 양자의 목적을 동시에 갖고 있는 경우에는 형사책임의 추구를 위한 부분에만 진술거부권의 적용이 있다고 보아야 할 것이다.

第4章 結 論

현대의 국가기능은 폭 넓은 분야에 걸쳐 다양화되어 있다. 그러한 광범위한 국가기능중 그 행정의 전제로서 행하여지는 行政調査는 당해 목적에 필요한 정보와 자료를 수집함으로써 行政目的 遂行의 合理性을 담보하여 준다. 즉 각종의 행정작용이 합리적이고 적정하게 행사되기 위하여서는 그 행정작용의 전단계로서 그와 관련되는 정보의 수집, 정리, 분석이 필요불가결하다. 이에 따라 정보를 수집하는 行政調査는 모든 행정결정을 함에 있어서 불가결할 뿐만 아니라 행정의 영역이 확대되고 있는 오늘날에는 조사의 범위도 현격히 확대되고

있는 것이 일반적인 경향이다. 그러나 行政調査를 실시함에 있어서 개인의 프라이버시와 같은 개인의 권리나 자유를 침해할 우려가 많다는 것도 부인할 수 없다. 특히 강제력을 행사하는 비중이 많은 警察行政의 영역에서는 調査를 실시함에 있어서 개인의 권리나 자유를 침해할 가능성이 일반행정의 영역보다도 많다고 할 수 있겠다.

본 논문은 이러한 行政調査制度의 基本權侵害의 性格에 초점을 맞추어 먼저 우리나라의 行政調査制度의 개념을 재정립 해보고 이에 따른 警察上 調査의 개념을 정리해 보았다.

警察上 調査가 행정법 체계에서 차지하는 중요성에도 불구하고 종래에는 警察上 即時強制의 하나로서 취급되어져 왔고, 오늘날에는 即時強制로부터 분리하여 별도로 취급되어야 한다는 점에서는 대체로 의견의 일치를 보이고 있으나, 警察上 調査에 관한 체계적 연구가 부족한 것이 사실이다. 警察上 調査의 개념에 관하여도 학설상 대립이 되고 있으나 警察行政機關이 私人으로부터 警察行政上 필요한 자료나 정보를 수집하기 위한 一切의 行政作用으로 정의하는 것이 타당하며, 權力的 調査는 물론 非權力的 調査도 여기에 포함된다고 보는 것이 옳다고 하겠다.

警察上 調査 시 나타날 수 있는 기본권 침해를 예방하는 데에 있어서 무엇보다도 중요한 것은 節次的 保障策을 마련하는

것이라고 할 수 있다. 각종 행정법원리에 입각한 한계 내지는 법원칙들도 매우 중요하지만, 법규에 포함할 수 있는 절차적인 여러 가지 한계들을 명확하게 규정하여 이를 집행하는 행정기관과 국민들 사이에 기본권침해의 논란을 없애야 한다.

특히, 수많은 판례를 통하여 형성된 미국의 예는 여러 가지 면에서 참고할 만하다고 하겠다.

이러한 警察上 調査로 인하여 기본권을 침해받게 된 국민들에게는 당연히 救濟策이 마련되어야 한다. 그러나 현행 行政救濟制度는 피해자 구제에 일정한 한계가 있음을 알 수 있는데, 미국의 경우에는 行政調査에 사법적 집행의 원칙이 확립되어 조사 실시 이전에 법원이 이를 통제할 수 있도록 하고 있음은 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다.

公益 대 私益이라는 이익 충돌의 문제에 직면하고 있는 警察上 調査는 현재까지도 많은 관심을 받고 있지 못한 분야이다. 그러나 기본권을 침해할 수 있는 여지는 매우 많은 분야이기도 하다. 그러므로 이러한 기본권의 충돌의 적절한 調和點을 찾으려는 노력은 앞으로도 계속되어야 할 것이다.

■ 참고 문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

김남진/김연태, 행정법(1), 법문사, 2004.
 김동희, 행정법 1, 박영사, 2003.
 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1992.
 김성수, 행정법 1, 법문사, 2000.
 류지태, 행정법신론, 신영사, 2004.
 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2002.
 변재옥, 행정법강의(1), 박영사, 1989.
 석종현, 일반행정법(상), 삼영사, 1995.
 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1993.
 —, 영미행정법, 법문사, 2001.
 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2003.

2. 논문

김원주, 세무조사의 법적 한계에 관한 연구, 경북대학교 논문집 제16권, 1972.
 신상훈, 행정조사와 영장주의, 부산대 석사학위 논문, 1997.
 이성구, 경찰상의 조사에 관한 비교법적 연구, 단국대 박사학위논문, 1999.
 하영호, 행정조사에 관한 연구, 연세대 석사학위 논문, 1982.

II. 외국문헌

荒川民商事件判決, 日本最判, 1973. 7. 10 刑集 27卷 7號

論壇

유치장과 피의자 유치의 법적근거

■ 이 영 돈*

I. 서론

유치장은 경찰 수사단계에서 체포·구속된 피의자를 유치함으로써 피의자가 도주하거나 증거인멸하는 것을 방지하는 기능을 한다. 일정한 피의자를 유치장에 유치하는 것은 수사 및 재판 등의 절차확보를 위해 불가피한 측면이 있으나 실질적으로는 형집행과 유사한 자유의 제한을 초래한다. 피의자의 헌법상 기본권인 무죄추정의 원리나, 방어권은 유죄판결 확정시까지 최대한 보장되어야 한다. 하지만 유치장에 수용되는 경우 피의자는 긴장, 불안, 초조감을 느끼는 등 심리적으로 불안정한 상태에 놓이게 되고 적정한 방어권 행사에 적지 않은 제약을 받은 것이 사실이다.

최근 들어 인권에 대한 관심과 의식이 높아지면서 유치장 시설이나 유치인의 신체검사 등에 대한 위헌 및 국가배상판결이

나옴에 따라 유치장의 외형적인 변화를 가져왔다. 유치장에 수용되는 유치인을 범죄자로서 당연히 처벌을 받아야 할 감시와 관리의 대상으로만 보게 되면, 이들의 기본적 권리에는 소홀하게 되고 결국은 형사사법절차의 전반에 대한 불신을 초래할 수 있다. 본고에서는 유치장과 피의자의 유치장 유치에 대한 법적 근거의 문제를 논의해보고자 한다.

II. 유치장의 법적 근거

1. 유치장의 연혁

유치장이 정확하게 언제부터 설치되었는지는 알 수 없다. 그러나, 한일합방이 되던 1910년도에 제정된 통감부경무총감부 분과규정(통감부령 제39호, 명치43년 7.

*치안연구소 연구관

14)에서 사법경찰계의 분장사무로 유치장에 관한 사항을 규정하고¹⁾ 있는 것을 볼 때 1910년도에 이미 경찰서 유치장이 설치되어 있음을 짐작할 수 있다. 일제시대 우리나라 행형은 1909년 기유각서에 따라 감옥사무가 일본으로 넘어가면서 거의 대부분 일본의 제도가 그대로 시행되었다. 일본은 그동안 우리나라에서 시행되어 오던 감옥규칙을 비롯한 감옥관계법령을 폐지하고 통감부령으로 모든 감옥사무를 집행하였다. 1910년(명치43년) 한일합방 이후 일제시대의 행형에 관한 기본법은 '조선에 시행할 법령에 관한 법률' 제4조에 의하여 1912년 제령(制令) 제14호로 제정·공포된 전문 5조의 조선감옥령이다.²⁾ 조선감옥령의 내용은 감옥에 관한 사항은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 일본의 감옥법³⁾에 따른다는 것이다(동령 제1조).

조선감옥령에 의해 적용된 일본 감옥법은 감옥⁴⁾을 징역감, 금고감, 구류장, 구치감의 4종으로 한다는 총칙규정과 함께, 경찰관서에 부속하는 유치장은 감옥으로 대응할 수 있다고 규정하였다. 또한 유치장에는 징역 또는 금고에 처할 자를 1월 이상 계속해서 구금할 수 없는 것으로 규정하였다(감옥법 제1조 3항).

일제시대 경찰관련 법규에서 특별히 유치장을 규율하는 내용을 찾아 볼 수 없다. 이는 당시 분위기가 유치인의 처우나 권리가 관심의 대상이 아니었기 때문에 특별히 규율할 필요를 느끼지 못하였기 때문인 것으로 추측된다.

1945년 해방 이후 미군정하에서는 일제시대의 법령 중 한국인을 차별 대우한 법령만을 폐지하고 그 외의 법령은 존속시켰다. 그 결과 조선감옥령은 계속 적용되어(군정법령 제21호)⁵⁾ 미군정당시에도 유치장이나 감옥에 대한 규정은 변하지 않았다.

해방이후 유치장에 대해서 가장 처음 규정한 것은 1950년 제정된 행형법이다. 1957년에는 즉결심판에 관한 절차법에서 구류형은 경찰서 유치장에서 집행할 것을 규정하였다. 형사소송법에서는 1961년 개정에서 검사의 구속장소감찰제도를 신설함으로써 경찰서 유치장에 대한 감찰근거를 마련하였다.

유치인의 세부적인 관리에 관한 사항은 1961년 12월 5일 처음으로 "피의자 유치규정"(내무부 치안국 훈령)에서 규율하였다. 위 규칙은 1957년(소화 32년)에 제정된 일본의 "피의자 유치규칙"을 주로

1) 한국경찰사, 내무부 치안국, 1972, 722면.
2) 장규원, 한국행형법의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원, 1995, 41면
3) 일본의 감옥법은 1908년(명치41년)에 제정됨
4) 감옥은 1923년 조선총독부령에 의해 형무소로 개칭되었다.
5) 장규원, 앞의 책, 42면.

참고하여 제정한 것으로 1955년도에 발생한 유치인 탈주사건 등 유치장 내 사고방지 등 안전관리의 목적이 강했던 것으로 보여진다.

이후 1981년에 경찰관직무집행법에 유치장 설치근거를 마련하였으며, 최근에는 유치인 등의 인권을 보장을 위해 국가인권위원회법과 시행령에서 유치장 등 구금시설 수용자의 진정권 보장 규정을 두게 되었다.

2. 유치장의 법적 근거

가. 경찰관직무집행법

현행 경찰관직무집행법은 제9조(유치장)에서 "경찰서 및 해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 둔다."고 규정하고 있다.

경찰관직무집행법(이하 경집법이라 한다)은 경찰관이 국민에 대한 생명, 신체, 재산의 보호, 범죄의 예방 등의 직무수행에 필요한 사항을 정하기 위해 1953년도에 제정되었다. 유치장에 관한 규정은 제정 경집법에는 없었으나 1981년도 개정시에 포함되었다. 이는 1963년 경집법이 전후 일본의 경찰관직무집행법을 여과없이 적용한

것이어서 우리나라의 실정에 맞지 않았기 때문이다.

결국 법적 근거 없이 사실상 수행하고 있는 경찰작용에 대한 합법성을 보장하기 위해 전반적인 개정을 하면서, "구속수사중인 자, 구류형의 선고를 받은 자, 다른 수사기관에 의하여 구속되어 일시 수용이 의뢰된 자"를 수용하는 유치장 설치근거를 규정하게 되었다. 1999년도에는 체포제도를 반영하기 위하여 "구속되거나"를 "체포·구속되거나"로 개정하였다.

경집법에 유치장 설치근거를 규정하고 있는 것에 대하여 다음과 같은 비판적 의견이 제시되고 있다. 먼저 경집법 제9조는 작용법적 성질을 갖는 다른 경집법 조항과 달리 조직법적 성격을 갖고 있어 경찰법에 규정하는 것이 바람직하다는 것이다.⁶⁾ 또한 경집법 제9조는 유치장의 설치 근거만을 규정하고 인권침해의 위험성이 큰, 신체검사와 같은 입감절차 등에 대해서는 규정을 하지 않고, 사실상 경찰청 훈령인 "피의자유치 및 호송규칙"에 규율토록 하고 있는 것은 적절하지 않다는 지적이다.

그 밖에도 유치장은 경찰수사단계에 있는 피의자를 구금하는 시설로서, 행형법 제68조가 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속명장의 집행을 받은 미결수용자를 수용하는 미결수용실에 준하도록 규정하고

6) 김형훈, 방법기본법, 경찰대학, 2003, 81면.

있는 취지를 고려할 때, 유치장은 경찰 행정작용이 아니라 형사사법작용으로 볼 수 있으므로, 경집법에 규정하는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.

나. 행형법

수용자의 교정교화 등을 목적으로 수용, 체호, 급여, 위생, 교육, 석방 등에 관한 사항을 규율하는 행형법은 “경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다.”고 규정하고 있다(행법 제68조). 이는 1950. 3. 2. 제정 행형법부터 규정된 내용으로 1981년 경집법에 유치장 설치근거를 두기까지 유치장 설치 근거규정의 역할을 하였다.

1950년 행형법에는 교정시설을 형무소와 소년형무소 2종으로 구분하였다. 이는 일본 감옥법이 감옥의 유형을 징역감, 금고감, 구류장, 구치감으로 구분하고, 경찰관서에 부속한 유치장을 대용감옥으로 사용할 수 있는 조항을 둔 것과 차이가 있다. 1950년 행형법은 제61조⁷⁾에서 유치장을 미결수용실에 준하도록 하고, 제62조에서는 “미결수용자에 대하여 특별규정이 없는 때에는 수형자에 대한 규정을 준용한다.”고 하여 행형법 상 수형자 규정이 유치장에 수용된 자에게도 적용될 수 있는

7) 피의자, 형사피고인으로서 영장의 집행은 받은 자를 수용하기 위하여 형무소 내에 미결수용실을 둔다. 경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다.

법적 근거를 마련하였다.

1961년에 행형법은 형무소의 명칭을 교도소로 변경하고, 교도소, 소년교도소 내에 미결수용실을 둔다는 규정과 함께 미결수용자의 수용에 관한 사무를 관장하도록 했다. 또한 유치장의 미결수용실 준용규정을 제68조에 독립적으로 규정하였다.

한편 1992년도에 헌법재판소는 미결수용자에 대하여 특별 규정이 없는 때에는 수형자에 대한 규정을 준용하도록 하는 제62조가 위헌이라고 결정하였다. 이에 따라 1995년도에 제62조를 삭제하고 각 조문별로 수형자에게만 적용되는 규정, 미결수용자에게 공통적으로 적용되는 규정, 미결수용자에게만 적용되는 규정으로 구분하여 규정하였다. 또한 제2조(수용구분)에서 구치소에는 미결수용자를 수용한다고 규정하였다.

행형법시행령(1962년 4월 3일 공포) 제175조에서는 경찰서 유치장에 수형자를 30일 이상 수용할 수 없다고 규정하고 있다.

다. 형사소송법

1954년 제정 형사소송법은 물론 현행 형사소송법에서도 유치장에 관한 명시적인 규정을 두지 않고 있다. 그러나 1961년 9월 1일

형소법 개정을 통해 제198조의 2⁸⁾에서 검사의 구속장소 감찰제도를 신설하여 경찰서 유치장에 대한 검사의 감찰권을 마련하였다. 검사의 구속장소 감찰제도는 군정법령 제176호 “형사소송법의 개정” 제21조에 근거하여 실시되어 오던 것을 형사소송법에 규정한 것이다.⁹⁾

라. 즉결심판에관한절차법

즉결심판에관한절차법(이하 즉결심판법이라 한다)은 1957년 2월 15일 법원조직법이 개정되면서 순회재판제도가 신설됨에 따라 순회재판의 절차에 관한 사항을 규정하기 위해 제정되었다. 제정 즉결심판법 16조(유치명령 등)¹⁰⁾에서 “판사는 구류선고를 받은 피고인이 일정한 주소가 없거나 도망할 염려가 있는 경우 10일을 초과하지 않는 범위 내에서 경찰서 유치장에 유치할 것을 명령할 수 있다.”라고 규정하였다. 또한 제17조에서¹¹⁾ 구류는 경찰서 유치장에서 집행하도록 규정하였다.

즉결 심판법은 1989년 6월 16일 개정을 통해 피고인에 대한 유치명령기간을 10일에서 5일로 대폭 단축하였다. 이는 형 확정 전 피고인의 유치를 최대한 줄이기 위함이다.

마. 국가인권위원회법

국가인권위원회법은 인권침해 행위에 대한 조사·구제와 인권의 보호와 향상 및 인권교육의 업무 등을 수행하는 국가인권위원회를 설치하여 개인의 기본적 인권을 보호하기 위한 목적으로 2001년 5월 24일 제정되었다. 국가인권위원회 법과 시행령¹²⁾에서는 유치장, 구치소¹³⁾에 수용되어 있는 자의 진정권 등의 보호를 위한 규정을 두고 있는데 중요 내용은 다음과 같다.

1) 유치장 수용인에 대한 진정권 고지의무 (시행령 제6조):

최초 유치인 입감시에 유치인에게 인권 침해 사실을 인권위에게 진정을 할 수 있다는

8) 제198조의2(검사의 체포·구속장소감찰) ① 지방검찰청검사장 또는 지청장은 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회이상 관하 수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 한다. 감찰하는 검사는 체포 또는 구속된 자를 심문하고 관련서류를 조사하여야 한다. ② 검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다.

9) 양춘용, “유치장 감찰”, 검찰34(1971, 2월), 111면.

10) 즉결심판법 제16조(유치명령 등) 1. 판사는 구류의 선고를 받은 피고인이 일정한 주소가 없거나 또는 도망할 염려가 있을 때에는 10일을 초과하지 아니한 기간 경찰서 유치장에 유치할 것을 명령할 수 있다. 단 이기간은 선고기간을 초과할 수 없다.

11) 제17조(형의 집행) 1. 형의 집행은 경찰서장이 하고 그 집행결과를 지체없이 관할 검사에게 보고 하여야 한다. 2. 구류는 경찰서 유치장에서 집행한다.

12) 동시행령의 발효(2002. 2. 9.)에 따라 경찰서 유치장에서는 수용인의 인권침해에 대한 국가인권위원회로의 진정권 고지, 진정함 설치 및 안내문 비치 등의 조치가 이루어졌다.

13) 국가인권위원회법 제2조에서는 구금·보호시설 국가인권위원회법 제2조에서는 구금·보호시설에 교도소, 소년교도소, 구치소, 보호감호소, 치료감호소, 소년원, 소년부류심사원, 유치장, 군교도소, 외국인보호소, 다수인보호시설이 포함된다고 정의하고 있다.

뜻과 그 방법을 고지하여야 한다.

ii) 진정함의 설치, 운용(시행령 제7조):

유치장내 적절한 장소에 설치하며 진정함 옆에는 용지, 필기도구, 봉합용 봉투를 비치하고 경찰서 청문감사관이 매일 출근 즉시 확인하여 진정서 또는 서면이 있을 때 지체 없이 인권위에 등기우편으로 송부하여야 한다.

iii) 안내서 비치(시행령 제6조):

진정권한과 방법이 기재한 안내서를 유치인이 상시열람이 가능한 전면 및 신체 검사실에도 부착하여야 한다.

iv) 진정서의 자유로운 작성 및 제출 보장

(시행령 제9조):

인권위에 보내는 진정서 등의 작성의사를 표명한 경우에는 작성금지 및 방해, 열람, 압수, 폐기는 불가하고 반드시 필기구, 진정서, 봉투 등을 제공하여야 하며 직접 진정함에 넣을 수 있도록 하여야 한다.

v) 인권위의 방문조사

(법 제24조, 시행령 제3조):

경찰서 유치장 및 사법 경찰관리가 그 직무수행을 위하여 사람을 조사, 유치 또는 수용하는데 사용하는 시설에 대하여 인권위는 방문 조사할 수 있고, 긴급한 경우를 제외하고 방문 조사 전 사전 통지해야 한다. 방문조사시 진술청취와 자료제출을 요구할 수 있고 녹음,

녹화, 사진촬영, 시설 수용자의 건강 등을 확인할 수 있는 바 녹음, 녹화내용은 조사 목적으로만 사용하여야 한다.

바. 피의자 유치 및 호송규칙(경찰청 훈령)

유치장에 수용된 피의자 등에 대한 관리 및 처우에 대해서는 대부분 경찰청 훈령인 "피의자유치 및 호송규칙"에서 규정하고 있다. 동 규칙은 피의자유치규정과 호송규칙을 통합한 것으로, 피의자 유치규정은 1961년 일본의 피의자 유치규정(1957년 제정)을 참고하여 처음 제정되었다.

피의자 유치 및 호송규칙(이하 피의자유치규칙이라 한다)은 제1조에서 피의자(피고인, 구류자 및 의뢰입감자 포함)의 유치 및 호송의 적정을 기하기 위하여 필요한 사항을 규정하는 것을 목적으로 한다고 규정하면서, 유치절차, 간수, 급양위생, 접견 등에 관한 규정을 두고 있다.

그러나 세부적인 유치대상자에 대해서는 입감의뢰자로만 규정하고 있을 뿐이다.

한편 이와 같이 경찰청 훈령에 불과한 피의자유치규칙에 의해 유치장 수용자에 대한 처우, 특히 신체검사와 같이 인권과 직결되는 사항 전반에 대해 규율하는 것이 적법한가에 대한 의문이 제기되고 있다.

유치장은 체포 피의자뿐만 아니라 구속피의자나 구류형 선고자 등을 수용하여

대용감방 기능을 수행하고 있다. 따라서 행정규칙으로 유치장을 규율하는 것은 적절하지 않고 행형법이나 독자적인 법률 근거에 의한 관리가 바람직하다는 주장이다. 특히 유치인의 신체검사는 기본권침해와 직결되는 것으로 이에 대한 명확한 법적 근거를 확보하는 것이 필요하다고 생각한다.

III. 체포된 피의자의 유치장 유치의 법적 근거

1. 문제의 제기

현행 형사소송법상 신체구속제도는 체포와 구속으로 이원화되어있다. 수사기관이 피의자를 체포할 수 있는 방법에는 체포영장에 의한 체포, 현행범체포, 긴급체포가 있다. 우리 형사소송법은 체포영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범체포 모두 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하도록 규정하고 있다(형사소송법 제200조의 2 제5항, 200조의 4 제1항, 제213조의 2). 그 결과 수사기관은 최장 48시간까지 피의자를 체포·인치할 수 있다. 이에 따라 실무적으로도 경찰은 구속영장이 발부되지 않은 체포영장

발부자·긴급체포·현행범체포 피의자에 대해서, 구속의 필요성이 명백히 없는 경우를 제외하고는 조사과정이나 영장 청구 대기 과정에서 유치장에 유치를 한다.

문제는 수사기관이 체포·인치할 수 있는 48시간 동안에 체포된 자를 유치장에 유치하는 것이 당연히 포함되는가이다. 즉 유치장의 유치는 사실상 구금하는 성격에 가깝기 때문에 체포에 이러한 구금이 당연히 예정되어있는가 하는 것이다. 영장청구에 따라 구속영장이 발부되어 유치장에 유치하는 경우에는 문제가 없으나, 체포영장이나 긴급체포, 현행범체포로 체포된 자의 유치장 유치는 피의자의 방어권 등에 중대한 지장을 초래하기 때문에 이에 대한 근거의 검토가 필요하다. 이 문제를 검토하기 위해서는 먼저 체포의 개념에 단기구금이 포함되는지를 구속과 비교하여 검토할 필요가 있다.

2. 체포와 구속의 개념

수사상 신체구속은 피의자의 신체자유를 제한하는 대인적 강제처분으로서 체포와 구속이 있다. 1995년 개정 전 형사소송법은 수사상 신체구속을 구속으로 통칭하고 이를 다시 사전영장에 의한 구속과 사후영장에 의한 구속인 긴급구속으로 나누어 규율하였다. 그러나 개정 형소법은 헌법 제12조 제3항이 규정하고 있는 바에 따라 수사상 신체구속을 체포와 구속으로 재편성하였다.

체포제도는 구형사소송법이 신체구속 전반을 “구속”으로 파악하여 엄격한 법적 통제를 가한 결과 수사기관이 임의동행이나 보호실유치와 같은 편법적인 수사관행에 의존하게 되자, 초기 수사단계에서 피의자를 쉽게 인치할 수 있는 장치를 확보하기 위한 차원에서 도입필요성이 제기되었다.¹⁴⁾

또한 체포제도의 도입을 통해 체포와 구속의 각 단계에서 신체구속의 이유를 다시 심사하여 불필요한 구속을 억제하고 구속기간을 단축하여 피의자의 인권을 보장한다는 제도의 취지가 있었다.¹⁵⁾

체포와 구속(구금)의 개념은 법적으로 정의되지 않아 양자의 경계를 설정하는 것은

쉽지 않은 일이다. 학계에서는 대체로 체포를 초동수사 단계에서 피의자에게 행해지는 단기간의 신체구속으로서 수사관서 등 일정한 장소에 인치하는 제도로, 구속은 체포 후에 계속되거나 또는 단독으로 행해지는 비교적 장기간의 신체구속으로 본다.¹⁶⁾

체포는 수사초기에 피의자의 신병을 확보하기 위한 구속의 전 단계 처분으로서 체포기간이 단기이고 요건이 완화되어 있는 점에서 구속과 구별된다.¹⁷⁾

헌법학에서도 신체의 자유와 관련하여 체포와 구속의 구별에 대해서는 특별한 논의가 없는데 체포는 수사기관이 실력으로써 피의자를 구속·인치하여 일정한 장소에 일시적으로 유치하는 행위를 의미하고, 구속은 일정한 장소에 계속 감금하는 것으로 해석하고 있다.¹⁸⁾

체포와 구속은 양자 모두 신체에 대한 구속을 가한다는 측면에서 공통되기 때문에 정확한 한계를 긋는 것은 어려운 일이다. 대개의 경우 시간적으로 체포가 구속에 선행되면서 단기이고, 구속은 장기라는 면에서 구분된다. 또한 체포는 인치라는 측면에 중점이 있고, 구속은 일정한 시설에 구금한다¹⁹⁾는 면에 중점이 있는 것으로 생각된다.

14) 신동운, 형사소송법(1997), 법문사, 160면.

15) 이재상, 형사소송법(2001), 박영사, 216면.

16) 신동운, 형사소송법, 법문사, 1997, 159면.

17) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2001, 216면.

18) 구병석, 신헌법원론, 박영사, 2001, 543면.

19) 구금(Verhaftung)은 피고인 또는 피의자를 교도소 또는 구치소에 가두는 처분으로, 체포는 일정한 시간동안 구속에 선행하여

3. 체포된 피의자의 유치장 유치 법적 근거

가. 형사소송법

실무상 유치장에 유치되는 체포피의자는 체포영장 발부자, 긴급체포자, 현행범체포자이다. 우리 형사소송법은 체포피의자의 유치장 유치에 대한 명확한 규정을 두지 않고 있어 이들 체포자에 대한 유치 근거를 개별적으로 살펴볼 필요가 있다.

먼저 체포영장에 따른 체포에 대해서는 형소법에서 구속영장의 집행에 관한 형사소송법 제85조와 제86조를 준용토록 하고 있다(법제 200조의 5)²¹⁾ 우리 형소법 제85조는 “구속영장을 집행함에는 피고인을 신속히 지정된 법원 기타 장소에 인치하여야 한다.”고 규정하고 있다. 우리 법 제85조는 일본의 형사소송법 제73조²²⁾(구인장, 구류장의 집행수속)와 규정이 유사하면서도 구속장소에 대해서는 다르게 규정하고 있다. 일본은 구인장 집행의 경우 피고인을 ‘재판소 기타 장소’에 인치하고, 구류장 집행시는 피고인을 지정된 ‘감옥’에 인치하도록 규정하고 있으나, 우리

유치장과 같은 집행 장소나 시설이 체포와 구속을 구별하는 절대적인 기준이라고는 볼 수 없다. 그러나 단순한 조사실이나 대기실이 아닌, 구치소와 같이 미결수용실의 기능을 수행하는 유치장에 수용하는 것은 그것이 단기간이라 할지라도 구금에 가깝다고 할 수 있다.

한편 일본은 수사상 신체구속을 체포와 구류(勾留)로 구분하고 있는 바, 체포는 단기간 피의자의 신체를 구속하는 것을 의미하고, 구류는 체포된 피의자에 대하여 그 신병을 다시 계속하여 구속할 이유와 필요가 있을 때 검찰관의 청구에 의하여 재판관이 발부한 구류장에 의하여 행하는 피의자의 신병구속을 의미하는 것으로 해석하고 있다.²⁰⁾

일본 형사소송법과 형사소송규칙은 우리와 다르게 체포장 청구서의 기재사항에 구금일시와 장소를 포함시키지 않고 있으며, 실제 체포장에도 구금장소에 관한 사항은 기재하지 않는다. 반면 구류청구서에는 구류할 감옥을 기재할 것을 형사소송법에 규정하고 있다(제64조). 그러므로 일본은 체포장에 의한 구금을 예정하지 않고 있는 것으로 판단된다.

피의자에게서 인신의 자유를 빼앗는 수사처분이다(배중대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2001, 231면.).

20) 신동운 역, 일본 일본형사수속법, 법문사, 2003, 52면.

21) 형사소송법 제85조(구속영장 집행의 절차) 1. 구속영장을 집행함에는 피고인에게 반드시 이를 제시하여야 하며 신속히 지정된 법원 기타 장소에 인치하여야 한다.

22) 일본 형사소송법 제73조(구인장·구류장의 집행수속) 1. 구인장을 집행함에 있어서는 이를 피고인에게 제시한 후 가능한 신속하고도 직접적으로 지정된 재판소 기타의 장소에 인치하여야 한다. 2. 구류장을 집행함에는 이를 피고인에게 제시한 후 가능한 한 신속하고도 직접적으로 지정된 감옥에 인치하지 않으면 안된다.

법은 구인, 구속영장을 구별하지 않고 피고인을 지정된 '법원 기타 장소'에 인치하도록 규정하고 있다. 즉 우리의 형사소송법은 구속 장소에 대해서 교도소나 구치소를 명확하게 규정하지 않고 일본의 형소법 제73조 1항의 구류장 집행장소와 같게 '법원 기타 장소'로 인치하도록 규정하고 있다.

우리 행형법에서 구속영장의 집행을 받은 피의자, 피고인을 미결수용실인 구치소에 수용하도록 규정하고 있고, 실무적으로도 구치소에 구속피고인을 수용하고 있으므로 기타장소에 구치소가 포함되는 것으로 해석할 수는 있다. 또한 행형법 제68조에서 유치장은 미결수용실에 준용한다는 규정을 두고 있으므로 구속피고인을 유치장에 인치할 수 있는 법적 근거는 있다고 볼 수 있다. 이렇게 해석을 한다면 체포영장 발부자에 대해서는 유치장에 대한 유치(인치)에 대한 유치법적근거가 있다고 할 수 있다.

우리 형사소송법 제86조²³⁾는 "구속영장의 집행을 받은 피고인을 호송할 경우에 필요시 가장 근접한 교도소 또는 구치소에 임시로 유치할 수 있다."고 규정하고 있다. 우리 법 제86조는 일본 형사소송법 제74조²⁴⁾와 동일하게 규정하고 있는데, '호송할 경우에',

23) 형사소송법 제86조(호송 중의 가유치) 구속영장의 집행을 받은 피고인을 호송할 경우에 필요한 때에는 가장 접근한 교도소 또는 구치소에 임시로 유치할 수 있다.

24) 일본형사소송법 제74조(호송중의 가유치) 구인장 또는 구류장의 집행을 받은 피고인을 호송하는 경우에 있어서 필요가 있는 때에는 임시로 가장 가까운 감옥에 이를 유치할 수 있다.

'임시로 유치' 할 수 있다고 규정하는 것으로 보아 이것이 구속영장의 집행장소로서 교도소와 구치소를 규정한 것으로 해석하는 데는 어려움이 있다고 보여진다.

긴급체포에 대해서도 체포영장 발부의 경우와 같이 동일하게 구속영장의 집행에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다(법 제200조의 5). 그러나 제200조5의 단서에서 준용시, "구속"은 이를 체포로, "구속영장"은 이를 "체포영장"으로 본다고 규정하고 있어 긴급체포시 구속영장의 집행에 관한 제85조와 제86조를 준용하려면 긴급체포 자체만으로는 부족하고 구속영장이나 체포영장의 발부가 요구된다고 해석하여야 한다. 그러므로 우리 형사소송법 제 200조의 5를 긴급체포자를 유치장에 유치할 수 있는 근거로 보기에는 무리가 있는 것으로 판단된다.

현행범인 체포의 경우에는 형소법 제213조의 2 준용규정에서 제85조와 제86조를 포함시키고 있지 않아 체포영장 발부의 경우와 달리 유치장 수용의 법적 근거가 없다고 할 수 있다.

나. 형사소송규칙

형사소송법에는 체포된 피의자에 대한 유치장 유치의 명확한 근거가 없음에도 경찰실무에서는 이들에 대한 유치가 적법한 것으로 받아들여지고 있다. 이는 형사소송규칙에서 체포피의자에 대한 구금을 간접적으로 인정하고 있기 때문이다. 형사소송규칙 제95조는 체포영장의 청구서에 인치구금할 장소를, 긴급체포서에는 구금한 장소를 기재하도록 규정하고 있다. 형사소송법에는 체포영장 청구서에 기재할 사항에 대해서는 규정하지 않고 있으며, 긴급체포서에는 범죄사실의 요지, 사유 등을 기재하도록 규정하고 있으나(법 제200조의 3 제4항), 대법원 규칙인 형사소송규칙에서 구금 일시 및 장소를 기재사항에 포함시키고 있다.

또한 대법원의 인신구속사무의 처리에 관한 예규(재판예규 제900호) 제17조(인치·구금할 장소)에서도 체포영장의 "인치할 장소"란에는 피의자를 체포한 다음 인치할 검찰청 또는 그 지청이나 경찰서등 수사관서를, "구금할 장소"란에는 피의자를 인치한 후에 일시적으로 유치 또는 구금할 구치소나 유치장 등을 각각 기재하도록 규정하고 있다.

현행범인 체포서의 기재사항에 대해서는 형사소송규칙에서는 규정하지 않고, 법무부령인 사법경찰관리집무규칙에서 규정하고 있다. 동 규칙 제31조는 "사법경찰관리가 현행범인을

체포하였을 때에는 체포의 경위를 상세히 기재한 현행범인 체포서를 작성하여야 한다."라고 규정하여 세부적인 기재사항에 대해서는 규정하지 않고 있다. 그러나 별첨 현행범인 체포서 양식에는 구금한 일시 및 장소를 기재하도록 하고 있다.

이에 따라 실무에서 사용되는 체포영장청구서나 체포영장, 긴급체포서, 현행범인 체포서에는 인치한 장소 이외에 구금일시 및 장소가 기재되어 체포자를 유치장에 일시적으로 수용하는 것이 당연한 것으로 받아들여지고 있다.

IV. 결론

경찰수사단계에서 체포, 구속된 자를 유치하는 유치장에 대해서는 경찰관직무집행법에 설치근거를 두고 형사절차 전반을 규율하는 형사소송법에는 명시적인 근거를 두지 않고 있다. 또한 인권침해의 가능성이 큰 신체검사 등 입감절차에 대해서도 규율하지 않고 있으나 이들에 대해서 형사소송법에 근거규정을 두는 것이 타당하다고 생각한다.

또한 우리 형사소송법은 체포영장에 의한 체포, 현행범체포, 긴급체포시 수사기관이 48시간 안에 구속영장을 청구할 수 있도록

규정하고 있어 수사기관은 최장 48시간 동안 피의자를 보호할 수 있으며 체포된 자를 유치장에 유치하고 있다. 그러나 우리 형사소송법은 체포의 개념을 규정하지 않고 있어 48시간 동안 피의자를 유치장에 유치할 수 있는 권한이 있는지는 명확하지 않다. 다만 형사소송규칙에서 체포된 자를 구금할 수 있는 간접적 근거만을 두고 있을 뿐이다.

경찰수사단계에서 피의자의 권리에 심각한 침해를 초래할 수 있는 피의자 유치의 근거 및 한계를 명확하게 하기 위해서는 우리 형사소송법에 체포의 개념을 명확하게 규정하고, 체포된자를 일시적으로 유치장에 유치할 수 있는 근거를 마련하는 것이 타당하다고 생각한다.

우리나라 檢視制度의 改善方向에 대한 考察

■ 윤 성 철*

I. 序

21세기 복지국가는 국민의 출생, 건강유지, 의·식·주 및 노인 문제 등을 국가적 정책과제로 추진하고 있으며, 최근에 이르러서는 국민의 사망문제까지 포함하고 있다. 사망과 관련하여 검시제도의 운영목적은 사람에게 가장 중요하고 하나밖에 없는 생명을 질병 등 자연적인 원인이 아닌 범죄 또는 사고에 의하여 잃었을 경우에 그 사인을 정확히 밝히는 것이다.

따라서 국가가 국민의 죽음에 대해 어떠한 자세를 취하는 가는 대단히 중요한 의미를 가진다. 그 이유는 사회 구성원의 죽음이 가져오는 개인·가족·사회에 미치는 파급 효과가 매우 크기 때문이다. 이와같이 사인을 정확히 밝히는 것은 복지국가가 지향하는 정책이며, 또한 정의와 자유로운 사회를 유지하기 위하여 범죄를 예방하고,

국민의 생명과 재산을 보호하고, 국민의 기본권을 지키는 것도 법치국가가 하여야 할 필수적인 의무인 것이다.

국민의 죽음에 대해 정확한 사인을 필요로 하는 또 다른 이유는 사망 원인이 국가적인 보건 정책 수립에 중요한 기초 자료가 될 뿐만 아니라 사망자 개인이나 이와 관계되는 사람들에게 국가나 사회가 부여한 모든 권리와 의무 사항을 합법적으로 정리할 수 있는 근거를 제공하여 주며, 그 죽음에 대해 인권 침해가 있었는지를 가려내는 국가적 의무와 노력에 정확한 근거를 제공하여 줌으로서 침해된 인권의 회복과 동시에 사회질서를 유지하는 데 기여하기 때문이다. 따라서 어느 나라나 죽음이 발생하면 이를 조사하여 그 죽음이 정당하고 개인의 권리가 침해되지 않도록 법률 체계에 맞는 효율적인 사인을 확인하는 제도 즉, 검시제도를 운용하고 있다.

*경찰대학 치안연구소 연구관.

우리나라는 검사가 검시의 주체가 되고 모든 변사가 수사기관에 신고되어 검사가 행하여지며 범죄와 관련되거나 또는 그러한 가능성이 있는 경우 수사기관의 청구에 의하여 법원으로부터 영장을 발부받아 부검을 시행하는 '사법검시위주제도'를 채택하고 있다. 이러한 우리나라 검시제도는 비전문가가 검시의 책임자이므로 전문성이 결여되고 있고, 검시에 경찰관·의사·검사·판사 등이 직·간접으로 관여하여 책임이 분산되어 있으며, 검시의 정확성과 신속성이 떨어진다는 문제점을 안고 있다.

또한 수사 및 사법작용에 필요한 경우에만 부검이 실시되어 행정부검은 원시상태를 면하지 못하고 있다. 이는 결국 보건의료정책 수립에 지장을 주며 의학발전 및 교육에 허점을 노출시킬 뿐아니라, 법의학자가 아닌 일반의가 검안을 담당하여 우수한 전문가도 배출할 수 없는 악순환이 계속되고 있는 것이다.

따라서 뜻있는 법의학자를 중심으로 현행 검시제도에 대한 개선의 목소리가 갈수록 높아지고 있다.

이와같이 사망과 관련하여 중요한 의미를 지니고 있는 검시제도의 운용상 한계를 살펴보고, 검시제도의 신속성과 책임성 그리고 전문성을 확보하기 위해 필요한 조치들을 살펴보고자 한다.

II. 우리나라 檢視制度的 限界

1. 實務的 限界

우리나라는 변사체에 대한 조사가 지휘, 집행, 실행, 부검 여부 판단의 결정에서 서로 다른 직책이 관여하기 때문에 책임 분산이 문제점으로 지적되고 있다. 그러나 제도적 문제보다는 검시(檢視)에 관여하는 다양한 직종들이 갖고 있는 법의학적 지식과 전문적 교육 수준에 상당한 차이가 있고, 이로 인해 상호 유기적인 관계가 형성되지 못하여 발생하는 실무적 문제가 더욱 크기 때문에 검시의 본래 목적에서 벗어나 오류를 범할 개연성은 상존하고 있다.

1) 現場鑑識과 檢案時 法醫學者 不在

'살인사건의 가장 중요한 증거자료는 모두 변사체에 모여 있다.'는 수사격언이나 '모든 사물은 접촉할 때 그 흔적을 반드시 남긴다.'는 Locard의 원리에서 알 수 있듯이 사건현장은 증거의 보고이다.

이와 같이 범죄의 흔적과 변사체가 있는 사건현장에서 증거를 수집하는 '현장감식과 변사체 검시'는 수사의 가장 기본적인 절차이며 동시에 출발점이기 때문에 반드시 현장감식 전문가와 법의학을 전공한 의사의

1) 온대중, 초동수사에 관한 연구 - 변사사건을 중심으로 -, 전무발전, 육군교육사령부, 1998. 5. 180면

협조 하에 이루어져야 한다. 현장감식에서 사망에 관련된 기본적인 증거자료 수집을 소홀히 함으로써 무죄가 선고되어 사회적으로 문제가 되었던 몇 가지 사건이 있었다. 1심에서 유죄판결이었으나 항소심 중에 진범이 밝혀짐으로서 현장감식의 문제점이 크게 드러난 '김순경 사건', 초기에 사망시각을 추정할 수 있는 사후변화를 간과하여 「정황증거는 있으나 직접증거가 없다」는 이유로 항소심에서 무죄판결이 난 '치과의사 모녀살해사건', 역시 사망시각을 추정하지 못하여 항소심에서 무죄판결이 난 '듀스

김○○ 사망사건²⁾ 등이다. 이들 사건은 모두 초동수사에서는 중요하게 생각하지 않았던 변사자의 사망 시각이 사건에서 중요한 역할을 하게 되었고, 사망시각을 추정할 수 있는 사후변화를 사건현장에서 파악하지 못하였다. 사건 현장이 훼손되거나 변사체가 옮겨진 상태에서 확인·수집된 자료는 아무 의미가 없을 뿐더러 사안의 진실을 밝히는데 혼선만 초래한다. 시체에서 관찰되는 사후변화를 발견 당시의 상태 그대로 변경됨이 없이 사건 현장에서 법의학적 지식에 의해 판단하고 수집되어야 하는데 현실은 그러하지 않다.

2) 이 사건은 상고심에서 검사의 상고를 기각, 무죄를 선고한 원심을 확정된 것인 바, '서울고법 1996. 11. 5 선고 96노 1268 판결'의 요지는 다음과 같다. "댄스 그룹 '듀스' 전 멤버인 김○○ 살해 사건에서, 사망시각을 단정할 수 없고 살해 동기가 뚜렷하지 않은 점, 살해의 방법으로 피해자에게 투여된 것으로 주장되는 황산마그네슘 3.5g과 졸레팜 1병이 신체 건강한 청년을 사망에 이르게 할 정도의 분량이라고 볼 수 없는 점, 사고사나 제3자의 범행 가능성을 배제할 수 없고, 검찰 주장의 살해 장소나 살해 방법 등도 부자연스럽다는 점 등에 비추어, 합리적 의심이 들지 않을 만한 충분한 증거가 없다는 이유로 원심판결을 파기하고 무죄를 선고";

'듀스' 멤버 살해혐의; 김○○씨 무죄 확정, 조선일보, 1998. 2. 26.[사회], "대법원 형사 1부는 25일 95년 렵댄스 그룹 '듀스'의 전 멤버 김○○씨를 살해한 혐의로 구속기소됐던 김씨 애인 김○○ 피고인에 대한 상고심에서 검사의 상고를 기각, 무죄를 선고한 원심을 확정했다."

'듀스' 김○○ 사건 개요-쟁점 약물치사량-사망시각이 열쇠, 조선일보, 1996. 11. 7. [사회] "인기 댄스그룹 '듀스'의 전 멤버 김○○(사망 당시 23세) 피살사건과 관련 피고인 김○○ 양(여, 26)에게 무죄가 선고된 것은 '충분한 증거가 없는 한 무죄'라는 형사법의 대원칙을 재확인한 것이다."

◇ 사건 개요

사건상황 사망신고가 경찰에 접수된 것은 95년 11월 20일 오전 7시5분. 김씨는 전날 모 방송국 쇼프로그램에 출연한 후 밤 10시쯤 숙소로 들어왔으며, 다음날 새벽 1시반쯤 거실에서 잠들었다. 당시 45명 규모의 현장에는 김씨 외에 매니저, 미국인 흑인남녀 2명을 포함한 백댄스팀 6명, 김○○양 등 모두 9명이 있었다. 그중 김양은 김씨가 발견되기 전인 새벽 3시40분쯤 호텔에서 나섰고, 동료들은 3개의 방에서 자고 있었다. 수사를 맡은 서울지검 서부지청과 서울 서부경찰서는 송진 김씨의 오른쪽 팔뚝에서 주사바늘 자국 27곳을 찾아 낸데 이어 사건발생 19일 만인 12월8일 김양을 「김씨의 팔뚝에 동물용 수면제 졸라제팜 1대를 주사해 잠게 한 뒤 다시 황산마그네슘 용액을 투여했다」는 혐의로 구속했다. 안○○ 검사는 「김양이 사건 직전 반포본동의 b동물병원에서 범행에 사용된 것과 같은 동물용 수면제 졸라제팜 5mg과 황산마그네슘 7g, 주사기 2개 등을 구입한 사실을 확인했다」며 「김양이 범행 열흘 후 동물병원장 배모씨(31)를 다시 찾아가 「약품구입사실을 알리지 말아달라」고 말했다」고 밝혔다. 그렇지만 김양은 구속 직후 기자들과 만나 「졸라제팜은 애견을 안락사시키기 위한 것이었고, 다음날 아파트 쓰레기통에 버렸다」며 범행을 전면 부인했다. 김양은 또 「호텔방을 나올 때까지 김씨는 아무 이상없이 자고 있었고 주사바늘 자국도 보지 못했다」고 말했다.

◇ 주요 쟁점

김양에게 혐의를 둔 근거는 ①김양이 송진 김씨와 함께 거실에 있었으며 ②시신에서 검출된 동물용수면제와 같은 약품을 김양이 구입한 점 ③김씨의 사망시각이 사건당일 새벽 1시반~2시 사이로 추정된다는 국립과학수사연구소의 보고 등 세 가지. 그러나 김양 가족과 변호사는 ④경찰이 현장에 출동했을 당시 김씨는 이미 병원으로 옮겨진 뒤였고, ⑤신고 또한 사망시각(경찰주장 새벽 1시반~2시)보다 무려 6시간 늦은 7시5분쯤 이뤄졌으며, ⑥당초 외부 집인의 흔적이 없었다는 결론과 달리 호텔 객실 열쇠 26개중 무려 19개나 분실됐었다고 주장했다. 변호인 측은 또 ⑦송진 김씨의 몸에서 검출된 동물용 수면제 졸라제팜과 황산마그네슘의 양이 절대 치사량이 될 수 없고, ⑧사망시각 추정 역시 잘못됐다는 과학적인 증거를 내세웠다.

실제로 우리나라의 검사는 검사의 수사지휘에 의해 사건현장과 변사체에 대한 조사를 법의학적 지식이 매우 제한적인 경찰과 경찰공의가 담당하고, 법의학 전문 의사는 사건현장조사에서 배제된 채 단지 부검만을 담당한다. 그러므로 사건현장에 현장감식 전문팀과 법의학자가 공동으로 검시에 참여하여 법의학적 지식 및 이론과 현장경험의 접목을 통해 사건을 분석하고 연구하여 경찰의 과학 수사능력을 향상시켜야 한다.

2) 檢視過程에서의 未洽한 情報交流

우리 나라에서는 사인을 결정하고 시체 소견을 해석하는 것은 검안이나 부검을 담당할 의사가, 사망의 종류와 검시 조사에 대한 해석은 수사를 담당하는 경찰이 일차적으로 지게되는 것이 현실이다. 그러나 사망에 이른 상황이나 현장에 대한 충분한 정보를 모르고 시체만 보거나 부검실에 옮겨진 시체만 부검하여 사인을 진단하거나 시체 소견을 충분히 해석할 수 없는 경우가 허다하며, 이러한 경우에 결론에 도달하려고 하면 무리가 따르게 된다. 따라서 검안의·부검의는 자신의 의견을 숨기려 하고 적극적인 해석을 기피하기 때문에 진실에 접근하는 결론에 이를 수 없게 된다. 이는 마치 임상 의사가 환자의 병력을 모르고, 또 이에 따른 적절한 진찰이나 검사를 하지 않고 병명을 진단하려는 경우와 같기 때문이다. 경찰도 시체의 소견을 정확히

이해하지 못하고는 그것이 타살인지, 자살인지, 사고사인지, 언제 어떻게 죽었는지 알 수 없는 경우가 많다. 이는 마치 병명을 정확히 진단하지 않고 병을 치료하고자 하는 것과 마찬가지로 이다.

따라서 경찰은 비전문적이거나 검시 조사를 하여 검찰에 넘기고, 검안이나 부검의 역시 비전문적이거나 시체를 검안 또는 부검하여 시체에서 발견한 소견을 검찰이나 경찰에 제시하게 된다. 결국 미비하고 전문성이 결여된 자료로 검시 책임자인 검찰이 검시의 결론을 내려야 하며, 사건이 재판에 이어졌을 때에는 이러한 자료를 넘겨받은 법원이 판단하게 된다.

그러나 검찰이나 법원에 이러한 통합성을 기대할 수 없는 실정이다. 왜냐 하면 이들은 검시의 전문가가 아닐 뿐 아니라 판단의 기초 자료에는 제대로 되어 있지 않기 때문이다. 여기에서 잘못되는 경우에는 살인자에게 면죄부를 주게 되며 억울한 희생자를 만들어 낼 수도 있다. 후일 문제가 되었을 때는 서로 책임을 전가한다. 즉, 경찰은 '검안·부검소견이 뒷받침이 안 되었기 때문에', 검안의·부검의는 '그러할 가능성은 있지만 수사가 어떻게 되가는지도 모르는 데 가능성만 가지고 내가 왜 쓸데 없는 책임을 지나' 하며, 검찰은 '경찰이나 의사로부터 넘겨받은 자료로는 근거가 부족해서', 법원은 '입증할 근거가 없기 때문에' 하면서 누구도 책임지지 않으려 한다. 반대로 경찰은 '검안·부검의가 이러한 말을 하였기 때문에', 검안의·부검의는

'그러할 가능성은 있다는 것이지 내가 언제 확실히 그렇다고 하였는가' 하며, 검찰은 '경찰이나 의사로부터 넘겨받은 자료가 그러하였기 때문에', 법원은 '수사기관의 수사와 의사의 전문적 견해가 일치하였기 때문에' 하면서 누구도 책임지지 않으려 한다. 아니 책임을 지거나 지을 수 없는 구조인 것이다.³⁾

3) 現實性없는 檢案·剖檢 手數料

부검수수료는 사체 1구당 20만원, 검안비는 1구당 3만원이 경찰예산으로 책정되어 있다. 그러나 경찰이 지급하는 비용은 지역에 따라 다른데, 대부분 적은 금액을 지급하고 있으며, 일부 지역에서는 아예 무료로 부검을 의뢰하고 있다. 이는 부검의들이 부검을 기피하는 원인이 되고 있으며, 부검이 국립과학수사연구소나 분소에 집중되어 부검이 지연되는 결과를 가져오는 한 원인이 되고 있다. 의과대학에 따라서는 적정한 수수료의 지급이 보장된다면 법의학교실을 신설하거나 보강하겠다는 의사를 밝히고 있어, 예산 문제가 부검제도의 발전에 현실적인 장애요인임을 알 수 있다.⁴⁾

이와 같이 현실성 없는 검안·검시비용을 받기 때문에 자신의 업무에 대해 직업적 자부심을 갖지 못하고 경찰의 요청에 어쩔 수 없이 응하거나 회피하는 경향이다. 따라서

검안의 경우 시체검안서를 작성하기 위한 형식적인 절차에 불과하며, 또한 검안 의사를 구하지 못할 경우에는 시체를 영안실에 안치한 후에 해당 병원의 의사로 하여금 사건 현장을 보지 못한 채 검안을 하는 경우가 많고, 특히 부검이 예상되는 변사체에 대하여는 시체검안서가 형식적 첨부서류에 그치는 경향이 있다.

4) 檢視主體 및 關與者의 專門性 不足

'살인 사건의 가장 중요한 증거자료는 모두 변사체에 모여 있다.'는 수사 격언이 있다. 실제로 변사체 검시는 살인 등 강력 사건 수사의 출발점으로 가장 기초적인 절차이다. 그럼에도 최근 세인의 이목을 끈 몇 건의 살인사건에 있어서 철저하지 못한 검시로 인하여 엉뚱한 사람을 살인범으로 구속하거나 무죄선고를 받아 사회적 물의를 일으킨 일이 있었다.

우리나라에서는 검사가 검시의 주체가 되고 모든 변사가 수사기관에 신고되어 검시가 행하여지며 범죄와 관련되거나 또는 그러한 가능성이 있는 경우 수사기관의 청구에 의하여 법원의 허가(영장)를 받아 부검을 시행하는 이른바 '사법검시위주제도'를 채택하고 있다. 이러한 사법검시위주제도에 대하여 비전문가가 검시의 책임자이므로 전문성이 결여되어 있고, 검시에 경찰관·의사·검사·판사

3) 강신웅, 검시제도의 의학적 검토, 인권과 정의 244호, 43면.

4) 이문호, 과학수사의 현재와 미래, 검찰, 대검찰청, 2000.12, 46면.

치안 논단 9

등이 직·간접으로 관여하여 책임이 분산되어 있으며, 검사의 정확성과 신속성이 저하되고, 수사 및 사법작용에 필요한 경우에만 부검이 실시되어 행정부검은 원시상태를 면하지 못하고 있다. 이는 결국 보건의로 정책 수립에 지장을 주며 의학 발전 및 교육에 허점을 노출시킬 뿐만 아니라 주로 일반의사가 검안을 담당하여 우수한 전문가도 배출할 수 없어 악순환이 계속되는 약점을 지니게 된다.

법의학의 전문지식 문제만 보더라도 의사 쪽만을 탓할 것이 아니라 경찰이나 검사가 검사의 주체답게 전문가로서의 지식과 경험을 갖춘다면 그 상당부분이 저절로 해결되리라고 본다. 그러나 검사들은 과중한 업무량, 잦은 인사이동과 전담업무의 변동 등으로 변사체 검시에 관하여 깊이 있는 연구를 못하고 있는 형편이다. 연간 약 35,000건씩 발생하는 변사사건에 대하여 검사가 직접 검시하는 것을 기대하기는 어려운 실정이다. 최근 5년간(1998년~2002년) 우리나라 변사사건 발생 및 검사 직접검시 현황을 살펴보면 <表 3>과 같다.

<表 3> 變死體 直接檢視 現況⁵⁾

연도	구분	변사발생인원(명)	검사 직접검시인원(명)	검사 직접검시율(%)
1998		38,400	4,903	12.80
1999		35,081	3,975	11.33
2000		35,314	4,149	11.75
2001		33,869	5,286	15.16
2002		34,016	5,795	17.56
2003		36,659	6,186	16.87

위 <表 3>과 같이 매년 변사사건 발생인원은 연간 약 35,000여명에 이르고 그 중 검사가 직접 검시한 경우는 약 13%에 그치고 있는 실정임을 알 수 있다. 그러므로 대부분의 변사사건에 있어서는 검사가 경찰의 변사발생보고를 받고, 그 발생보고를 검토하여 별다른 문제가 없다고 판단되면 서면으로 검시지휘를 내려 사법경찰관이 검시를 집행하여 온 것이다.

이러한 현실에서 경찰의 변사사건 발생보고의 정확성은 변사사건 처리에 있어서 그 중요함이 부각된다. 그러나 경찰의 변사사건발생보고서에는 발견일시, 발견장소, 발견자의 인적사항, 변사자의 인적사항, 사인, 사망추정연월일, 사체의 상황 등을 기술하도록 되어 있으나 이러한 보고내용만으로 타살혐의 유무 또는 관련 증거자료에 대한 판단을 내리기에 불충분한 경우가 생기고, 또한 그 보고내용 기재에 있어서 충실하지 못한 경우가 종종 발생하고 있다. 경찰관들도 검시에 대하여 체계적인 감식·법의학 교육을 충분히 받지 못한 상태에서 관행에 따라 검시를 수행하기 때문일

5) <http://www.sppo.go.kr/jsp/act/Act0303.js> ; 대검찰청 홈페이지 민생침해사범 단속활동 실적분석 및 성과에서 발췌.

것이다.

또한 그 사인에 대한 보고에 있어서 대부분 현지 의사의 시체검안서를 첨부하여 보고하는데 시체검안을 한 의사들의 대부분이 법의학에 대한 지식과 경험이 없거나 부족한 상태이어서, 사체의 현상, 사망장소의 상황, 유류품 등에 비추어 구체적으로 추정되는 사인과 그 선행사인을 제대로 구분하여 시체검안서에 나타내지 못한 경우가 허다하며, 심지어는 의사들이 시체검안에 대한 부족한 지식과 경험 때문에 발생할지도 모를 책임을 면하려는 의도로 '사인불명(死因不明)'이라고 기재하는 경우나, 사망의 결과일 뿐 사망의 원인이 될 수 없는 '심폐정지(心肺停止)'⁶⁾라고 사인을 기재하는 경우가 많다는 것이 문제이다.

또한 절차의 번잡으로 검사의 신속성과 정확성이 저해되고 있는 점에 대하여도 물론 제도 자체에도 문제가 있지만 그동안 검찰과 경찰이 너무 타성적으로 변사사건 처리를 해온 탓도 있다고 생각된다.

소극적인 측면에서, 변사체 발생보고가 있으면 검사가 막연히 '사체를 검시하여 타살혐의 없으면 사체를 유족에게 인도할 것'이라는 수사지휘를 내리는 것이 검시행위의 전부인 경우가 비일비재하다.

여기서 타살혐의의 판단은 검안의, 경찰, 119구급대에 맡겨지게 되고 이에 따라 위장된

범죄의 경우 수사조차 이루어지지 못하고 자연사 처리될 가능성이 매우 높다. 검시제도를 담보하는 검사는 실제로 검시 및 판단행위에서 벗어나 있고 실제 행위를 하는 검안의, 경찰, 119구급대는 판단행위에 책임을 지지 않는다. 적극적인 측면에서 범죄혐의 판단을 내림에 있어 비전문가인 검사가 전문적 지식의 부족으로 잘못된 결정을 내릴 경우 사건은 처음부터 왜곡될 가능성이 있다.

전문가인 법의학자가 처음부터 관여하였더라면 마약에 의한 중독사로 판단하고 이러한 방향에서 세밀한 조사를 하였을 사건이 비전문가인 검사에 의해 살인사건으로 판단되고 특정인이 범인일 가능성을 전제로 법의학자에게 의견을 물어올 때 법의학자는 수사기관이 준 정보만을 토대로 그럴 가능성도 있다는 의견을 제시하고 법학을 이해 못하는 법원이 그럴 가능성이 있다는 것만 가지고 유죄를 선고하는 일이 얼마든지 벌어질 수 있는 것이다.⁷⁾

이러한 면을 종합하여 볼 때, 어쩌면 검안을 하는 의사들의 전문성 부족도 문제이지만 경찰관과 검사에 대한 검시 및 법의학 교육 소홀도 문제임을 알 수 있다. 최근에는 경찰수사지휘과정 등에서 이에 대한 교육을 강화하는 것은 고무적인 일이다.

변사체 검시라는 중요하고 어려운 업무에 종사하는 경찰관에 대한 인사상의 우대 등

6) 사람이 사망하면 심장박동이 정지되고, 호흡을 하지 않는 것은 당연한 사망의 결과임에도 이를 사인으로 기재하는 것은 언어도단이다. 이는 사실상 사인불명으로 간주된다.

7) 검시제도의 법적 검토 : 변형·의협 공동세미나, 법의학의 현상향에 대한 법적 비판, 법률신문 2564호, 1997. 1. 15면.

사기 진작책과 충분한 수사비의 지급, 과학수사장비의 구비 등이 이루어지지 않는 한 변사체 검시 및 강력사건 현장 수사·감식이 제대로 이루어지기를 기대하는 것은 무리라고 생각한다.

2. 制度的 限界

우리나라와 같은 대륙법계 법률체계를 갖고 있는 일본에서는 검찰의 제도를 실시하여 사법검시 위주에서 행정검시 우선으로 전환하였다. 변사자의 검안을 법의학 지식이 있는 검찰의로 하여금 검안하게 규정하고, 또한 검찰의가 직접 해부할 수 있는 재량권을 주어 보건정책, 민사적 책임, 의학발전 및 후진양성을 위한 교육 등의 목적을 충실히 실현하고 있는 것이다. 이와같이 각 국가들은 검시 책임자를 포함하여 모든 검시 종사자들이 전문성을 갖고 긴밀하게 공조체제를 구축하여 사건 수사, 현장 조사, 검시 등을 신속하게 시행함으로써 죽음에 대한 국가적인 감시와 억울한 죽음을 없애기 위해 국가적인 노력을 기울이고 있다. 그러나 우리나라는 검시에 관한 한 문제점들이 노출되고 있음에도 불구하고 이를 관장하는 행정부서나 학계·정계에서 제도적으로 검시를 개선·보완하려는 노력은 미흡하다.

1) 搜查와 剖檢의 共助 未洽

우리나라 검시제도는 수사와 부검이 별개로 진행되는 제도이다. 부검을 통해 사인을 결정하고 시체의 소견을 해석하여 사인과 사망의 종류를 확인하는 것은 부검의사의 몫이고, 현장에 대한 검시조사와 증거물의 수집은 수사를 담당하는 감식전담 경찰의 몫이다. 그러나 현 실정은 부검의사가 사망에 이른 상황이나 사건현장에 대한 충분한 정보를 얻지 못한 채 부검실에 옮겨진 시체만 부검하기 때문에 시체에서 관찰되는 소견을 충분히 해석할 수 없는 경우가 많다.

이는 마치 치료의사가 환자의 병력을 모르고, 또 이에 따른 적절한 진찰이나 검사를 하지 않고 병명을 진단하려는 경우와 같다. 경찰도 시체의 소견을 정확히 이해하지 못하고 그것이 자살인지, 타살인지, 사고사인지, 언제, 어떻게 죽었는지 알 수 없는 경우가 많다. 이런 점을 서로 이해하고 정보를 공유하면서 실제적 진실을 찾고자 하는 노력이 과거에 비해 진일보 하긴 했으나 정보공유가 충분히 이루어지지 않는 것이 현실이다.

부검만 하면 수사에 필요한 죽음에 관한 온갖 정보가 쏟아져 나오는 것이 아니다. 현장 상황이나 사망력에 대한 정보 없이는 부검을 하고도 수사에 필요한 정보를 제공하지 못하는 경우가 적지 않다. '범죄현장은 수사의 시작이요 끝이다' 라는 수사 격언이 있듯이 검시 전문가도 마찬가지로 '변사현장은 검시의 시작이요 끝이다' 라고 말할 수 있는 만큼 사건현장은 죽음의 진실을 풀어내는 중요한 장소이다. 그럼에도 불구하고 현행 우리나라의

검시는 제도적으로 수사초기에 법의학을 전공한 의사에게 사건현장이 개방되어 있지 않다.⁸⁾

2) 法醫學 專門人力 養成制度 不實

검시제도를 효율적으로 운용하기 위해서는 다양한 직종의 전문가들이 필요하다. 가장 많이 필요한 분야는 법의병리학 전문의사(forensic pathologist)이지만 법치의학 및 법정신의학을 전공한 의사도 필요하다. 직종을 확대하면 법인류학자, 법독물학자, 법유전학자, 생물학자, 법곤충학자, 식물학자 등이 과학적 범죄 수사를 위해 요구되고, 이 외에도 현장 감식에 필요한 탄도, 지문, 미세증거(trace evidence), 섬유, 모발, 음성, 화재, 교통공학 등 감식학(criminalistics) 전 분야에 걸쳐 전문가가 필요하다.

영미법계의 국가에서는 부검을 의과대학의 법의학 교수 또는 법의병리 전문의에게 의뢰하고 있는데 비해 대륙법계의 국가에서는 일반의사 누구에게나 부검을 의뢰할 수 있게 되어있다.

그러나 몇 개의 국가에서는 범죄와 관련된 시체는 반드시 의과대학의 법의학 교수에게 의뢰하도록 하고 있다. 검찰의를 갖고 있는 일본의 경우도 범죄와 관련이 있다고 생각되는 사법해부는 검찰을 통하여 법의학 교수에게 의뢰하고, 행정해부는

검찰의가 맡고 있다. 검찰의의 자격을 위한 특별한 시험이 있는 것은 아니지만 의과대학의 법의학 교실에서 2년 이상 수련 받은 경력을 필요로 한다. 이와 같이 일본은 우리와 법률체계와 교육제도 면에서 비슷한 점이 적지 않지만 모든 의과대학에 법의학 교실을 개설하도록 법으로 규정하고 있다.

또한 대도시를 중심으로 설립된 검찰의무원은 검시·검안·부검 등 실무를 담당하고, 검찰의무원이 없는 나머지 지역의 의과대학 법의학 교실은 검시·검안·부검 업무뿐만 아니라 그 업무를 통해 얻어진 증거물, 시체, 범죄와 관련된 각종 정보를 교육·연구 자료로 활용하여 법의학 전 분야에 걸쳐 집중적인 연구와 전문가 양성에 주도적인 역할을 하고 있다.⁹⁾

또한 체계적으로 법의학을 교육할 기관도 충분하지 못한 것이 현실이다. 우리나라에서 법의병리학 전문의사의 양성은 오로지 의과대학에 맡겨진 상태이며, 아래 <表 4>와 같이 전국 41개 의과대학 중에 법의학교실을 개설하여 전임교원이 있는 의과대학은 7개교뿐이고, 법의학 교과목에 대한 강좌는 41개 의과대학 중 37개 대학에서 개설되어 있으며, 4개 대학은 교과목으로 채택되지도 않았다. 학점은 강의시간 수에 따라 1~2학점이 대부분이나, 0.5학점인 대학도 5개교나 되고, 41개 대학 공히 실습시간은 전무하다.

8) 황적준, 검시제도의 효율적 운영에 관한 연구, 28면.

9) 황적준, 앞의 보고서, 28-29면.

〈表 4〉 全國 醫科大學 法醫學 講義 및 專任教員 現況(2002. 5月 現在)¹⁰⁾

의과대학	강의시간수	학점	전임교원	법의학교실 개설 유무	비 고
가천	16	1	-	-	-
가톨릭	16	1	1	○	강신몽(법의학)
강원	16	1	-	-	-
건국	16	1	-	-	박의우(법의병리)-병리학교실 소속
건양	16	1	-	-	-
경북	20	1	2	○	곽정직·채종민(법의병리) 이상현(법의병리)-병리학교실 소속
경상	6	-	-	-	-
경희	-	-	-	-	-
계명	16	1	-	△	직제만 있음
고려	30	2	1	○	황적준(법의학·법의병리·법의형철학)
고신	24	1.5	-	-	-
관동	18	1	-	-	-
단국	9	0.5	-	-	-
대구가톨릭	10	0.5	-	-	-
동국	16	1	-	-	-
동아	64	2	-	-	-
부산	16	1	-	-	-
서남	16	1	-	-	-
서울	16	1	3	○	이정빈·이윤성(법의병리), 이승덕(법의학)
성균관	-	-	-	-	-
순천향	10	1	-	-	-
아주	16	1	-	-	-
연세	14	1	1	○(법의학과)	신경진(법의형철학)
연세원주	16	1	-	-	-
영남	10	1	-	-	-
울산	-	-	-	-	-
원광	18	1	-	-	-
울지	-	-	-	-	-
이화	16	1	-	-	-
인제	16	1	-	-	-
인하	10	0.5	-	-	-
전남	16	1	1	○	박종태(법의학)
전북	16	1	1	○	최호열(법의병리)
제주	15	1	-	-	강현욱(법의병리)-병리학교실 소속
조선	14	0.5	-	-	-
중앙	16	1	-	-	-
충남	16	0.5	-	-	-
충북	20	1	-	-	-
포천중문	20	1	-	-	-
한림	18	1	-	-	-
한양	57	1	-	-	-

10) "의과대학교육현황 제12집, 한국외과대학장협의회, 2002"에서 각 대학별 법의학 강좌·법의학교실 설치여부, 전임교원 현황·세부전공 등을 발췌하여 정리한 것임.

그러나 실제로 부검을 포함하여 검시 업무를 수행하고 있는 대학은 국립과학수사연구소 분소가 없는 경북 지역의 경북의대 법의학 교실뿐이다.¹¹⁾ 경북지역은 국립과학수사연구소 분소가 없기 때문에 경북의대가 부검을 전담하고 있다.

나머지 의과대학은 국립과학수사연구소가 부검을 독점하고 있기 때문에 일년 내내 한건의 부검도 할 수 없고, 그로 인해 법의학 교육에 필요한 '시체'를 확보할 수 없기 때문에 실제로 교육기관의 역할을 수행하지 못하고 있다. 또한 법인류학자, 법독물학자, 법유전학자, 생물학자, 법곤충학자, 식물학자, 그리고 과학수사에 요구되는 탄도, 지문, 미세증거(trace evidence), 섬유, 모발, 음성, 화재, 교통공학 등 현장 감식 전문가를 양성하는 전문 교육기관은 한 곳도 없다.

미국에서는 법의병리학(forensic pathology)을 해부병리학의 세부전문(subspeciality) 과목으로 인정하기 때문에 법의병리 전문의 자격증을 획득하여야 검시업무를 할 수 있다. 의과대학을 졸업한 후 해부병리학이나 임상병리학 수련 과정을 마치고 해부병리 또는 임상병리학 전문의 자격을 획득한 의사가 '미국병리위원회(American Board of Pathology)' 또는 '졸업후의학교육연계위원회(Liaison Committee on Graduate Medical Education)'가 인정하는 기관에서 1~2년간

법의병리학 수련을 마치고 시험에 통과하여야 법의병리 전문의 자격증을 받는다. 따라서 법의관 제도를 채택하고 있는 미국은 검시를 주 업무로 하는 법의관사무소(medical examiner's office)에서 법의병리 전문 인력을 양성하는 역할도 담당한다. 그러나 우리나라는 일본처럼 법의학 전문가를 의과대학에서 양성하지도 않고, 미국처럼 검시를 주 업무로 하는 '국립과학수사연구소'에서 조차도 전문가 양성을 위한 교육프로그램이 전혀 없다.¹²⁾

3) 不合理한 死亡申告制度

우리나라에서 개인이 사망할 경우 흔히 변사에 대한 개념이 부족한 임상의사가 유가족이나 관련자의 진술에 근거하여 사망진단서를 작성하고, 이것을 교부받은 유가족이 직접 행정관청(동사무소, 면사무소, 구청 등)에 사망 신고를 한다. 우리나라에서 2001년에 사망한 사람은 약 24만 3천명이고,¹³⁾ 그 중에 외인(外因)에 의한 사망(즉, 변사자)은 전체 사망의 34,020명(14%) 정도이다. 또 2001년에 수사 대상이 된 변사자는 26,088명이고, 살인 사건 피해자는 1,051명이다.¹⁴⁾

외국의 통계에 의하면 한 지역에서 검시의 대상이 되는 죽음은 전체 사망자의 15~40%라고 한다. 따라서 우리나라에서 검시를 해야

11) 경북지역은 국립과학수사연구소 분소가 없기 때문에 경북의대가 부검을 전담하고 있다.

12) 황적준, 앞의 보고서, 28-30면.

13) 사망원인 통계, 통계청, 2001.

14) 범죄분석, 경찰청, 2001.

할 죽음을 최소 15%라고 하더라도 2001년 전체 사망자 중 36,450명은 변사체이고, 2001년 통계청 발표에서 변사자는 34,020명이다. 그러나 2001년 경찰청이 발표한 통계에 의하면 수사 대상이 되는 변사자는 26,088명으로 8,000명 정도가 검시 대상에서 누락된 것으로 추산된다.

이와같이 법의학적 지식에 한계가 있는 임상의학의 사인에 대한 판단에는 항상 오류가 있을 가능성이 있지만 현재 우리나라는 법의학 전문의사가 다시 검증할 수 있는 제도적 장치가 없다. 더욱이 '인우증명서'에 의한 사망 확인이 가능한 현실에서는 도서·벽지뿐만 아니라 대도시에서도 유가족이나 이웃(특히, 동장)의 증명에 의한 사망원인도 인정하고 있기 때문에 비록 적은 수의 죽음일지라도 타살이 병사 또는 사고사로 둔갑하는 경우가 없다는 보장은 어렵다.¹⁵⁾

한 논문¹⁶⁾에 의하면 '서울지역의 경우 연간 특정구의 총 변사자수를 집계한 통계자료를 해당관계기관을 통하여 알아 보았지만 집계된 것이 없고, 다만 연간 구별 총사망자수(총변사자수+총병사자수)만 각 구청별로 자료로 보관되어 있었다. 이 자료의 부검율을 산출한 결과 6년간 2개구 평균 897명(75.0%)이었고 부검을 하지 않고 검안만 하고 처리한 행려처리율은 556명(25.0%)으로써 매우 높은 결과를 보였다. 이는 우리 사회의

생명보호에 대한 인식부족의 일면을 보여주는 결과라고 생각한다. 그 밖에 총사망자들에 대하여는 얼마만큼이 병으로 사망하였는지 또는 변사하였는지 그리고 변사라면 정확한 검시가 이루어진 후에 시체가 처리되었는지를 알 수가 없는 실정이었다.'고 지적하고 있다.

4) 法醫學 專攻醫師 管理制度

우리나라에서 대표적인 검시기관은 국립과학수사연구소 법의학부이고, 그 외에 7개 의과대학의 법의학교실이 검시 업무를 수행할 수 있는 능력과 인력을 갖고 있다. 국립과학수사연구소가 2001년에 시행한 부검은 서울 본소가 2,709건, 중부 본소가 488건, 서부 본소 660건, 남부 본소가 482건으로 총 4,399건이고,¹⁷⁾ 7개 의과대학 법의학 교실과 경찰공의가 담당한 부검을 모두 합하여도 우리나라 전체 부검 건수는 6,000건을 넘지 못한다. 외국의 예를 보면, 변사자 중에서 부검을 하는 경우는 33~66% 정도로서 이 비율대로라면 우리나라는 8,600~24,000건의 부검이 시행되어야 한다. 따라서 우리나라에서 부검을 거치지 않고 처리되는 변사자는 아무리 적게 잡아도 2,600건 정도로 추산된다. 이러한 현실에도 불구하고 검시와 부검을 할 수 있는 기관들이

15) 황적준, 앞의 보고서, 30면.

16) 백형순, 우리나라 검시행정 실태에 관한 연구, 연세대학교 보건대학원 석사학위논문, 1993, 36면.

17) 국립과학수사연구소연보, 국립과학수사연구소, 2002, 589면.

법 의학을 전공한 의사에게 제공될 수 있는 일자리는 아무리 많이 잡아도 30~40곳에 불과하다.

우리나라에는 검시 전문의를 양성하는 제도가 전무할 뿐 아니라 현실적으로 의과대학생이 졸업 후에 검시를 평생의 업으로 하기에는 그 여건이 너무나도 열악하고, 또한 업무의 어려움은 차치하고라도 봉급수준이나 사회적 처우에 대한 이야기를 털어놓으면 10명 중 9명이 포기하고 마는 실정이다.¹⁸⁾

3. 法的 限界

1) 檢視對象 死亡의 種類

현재 우리나라에서 검시(檢視)에 관련되는 법규는 '형사소송법', '의료법', '사법경찰 관리집무규칙', '시체해부및보존에관한법률' 등이다. 그러나 어느 법규에도 변사 신고나 법의학적 검사가 필요한 '사망의 종류'를 언급하고 있지 않다. 형사소송법(제222조 ①항)은 변사자 또는 변사의 의심이 있는 시체에 대한 검시 책임자를, 사법경찰관리집무규칙(제33~36조)은 변사자 보고·현장보존·증거물 및 시체검안서 확보 등 검시 절차를, 의료법(제24조)은 변사체 신고의 의무를 규정하고 있다. 한편 시체해부및보존에관한법률(제2조

①항)에는 시체 해부를 할 수 있는 자격과 경우를 명시하고 있으나, 검시 대상이 되는 변사의 종류 - 즉, 사망의 종류 - 를 명시한 법규는 어디에도 없다. 따라서 변사 신고가 누락될 가능성이 있고,¹⁹⁾ 부검의 시행 여부를 판단할 적절한 기준을 찾기 어렵다. 검시(檢視)의 범위는 반드시 범죄와 관련된 변사체에 국한하지는 않는다. 최근 들어 직업병이나 산재로 인한 사망, 보험과 관련된 죽음 등에 대한 사망 원인 규명의 필요성이 점점 높아지고 있다. 그런데 현실적으로 범죄와 관련이 없는 죽음은 흔히 단순 변사나 사고사로 처리하여 부검하지 않고 사건이 종결되므로 민사재판에서는 그 사망 원인의 규명이 어려워 결국 피해 당사자의 불이익으로 돌아갈 개연성이 있다.

2) 醫療法上 檢案

변사체의 사인규명을 위해 사건현장에서 변사체의 조직이나 체액을 이용해 사망시간, 원인 등을 밝혀내는 것이 檢案이다. 현장검안은 개업을 했거나 종합병원 등에 근무하는 의사·치과의사·한의사를 상대로 경찰이 필요할 때마다 불러 실시하고 있다.

2003년 11월 국과수에 대한 경찰청 행정종합감사에서 대전 중부분소 소속 의사들이 현장 검안을 하고 있는 것에 대해,

18) 강신몽, 우리나라 검시제도의 개선방향, 수사연구, 1996, 8, 46면.

19) 일반인뿐만 아니라 의사조차도 변사(變死)라는 개념을 잘 알지 못하고 있다.

의료법 18조에 '의료업에 종사하는 의사·치과의사·한의사가 아니면 검안서를 교부하지 못한다'고 되어 있어 의료업에 종사하지 않는 법의관들은 그같은 검안을 할 수 없다는 것이다.

보건복지부도 경찰청의 이 조항에 대한 유권해석 의뢰에 대하여 지난 2004년 1월 5일 '변사체 발생시 국과수 소속의사가 검안서를 작성, 교부할 수는 없는 것으로 사료된다'는 유권해석을 내렸다.

보건복지부 보건의료정책과의 입장은 "국과수 의사들이 변사체 검안에 대해 국내 최고의 전문가집단이라는 사실과 현장검안에 대한 필요성은 인정하지만 현행법상 의료업 종사자로 볼 수 없다."는 것이다.²⁰⁾

즉, 검시관련 전문가인 법의학자가 의료법의 규정 때문에 검안을 할 수 없다는 이해할 수 없는 상황이 발생한 것이다. 검시에 대한 사회적 불신을 해소하고, 신속한 사건해결과 정확한 사인을 밝히기 위해 국과수 의사들의 현장검안은 반드시 필요하다.

국과수 의사들은 법의학 전공자이기 때문에 일반 개업의들의 검안과는 접근 방법부터 다르므로, 초동수사에서부터 법의학 전문가의 참여는 필수적이며 사회적 불신을 해소하기 위해서라도 국과수 소속의사들의 현장검안이 제도적으로 보장되어야 한다.

20) 국과수 현장검안 경찰이 막아, 경향신문, 2004. 2. 19.

21) 전국 의과대학의 법의학교실·법학과 설치대학은 7개 대학이며, 그 곳에 종사하는 법의학 교수는 10명(법의학청학 전공 1명 포함)이고, 국립과학수사연구소에서 근무하는 검시전문인력은 법의관 18명, 공중보건 9명 등 27명이다.

3) 屍體解剖保存法上 剖檢

우리나라의 시체해부 보존법(제2조 1항)에는 시체해부에 관하여 상당한 지식과 경험이 있는 의사, 치과의사 또는 한의사로서 보건복지부장관이 적당하다고 허가한 자가 시체해부를 하도록 규정하고 있을 뿐 상당한 지식과 경험에 대한 확실한 기준이 없다.

시체해부보존법 제6조, 제7조에 의한 해부의뢰 시 의사의 자질에 대한 기준이 없기 때문에 의사라면 누구나 해부를 할 수 있다. 이러한 이유로 현재 우리나라는 법의학적 검사와 판단 능력을 갖춘 법의병리학을 전공한 의사가 부족하다.²¹⁾

따라서 부검을 의뢰하거나 명령하는 행정당국, 검찰 및 법관 나름대로 부검자격에 대한 전문성의 요구나 자격요건에 대한 자각과 재고가 없는 한 우리나라 검시 특히 부검에 있어서 의사의 자질 문제는 개선될 수 없다고 본다.

Ⅲ. 檢視制度의 改善을 위한 提言

검시제도는 현대국가에서 국민의 인권 보장 수단으로서 광범위하고 중요한 역할을 함에도 불구하고 한국의 검시제도는 실종된 상태라고 해도 과언이 아니다. 우리나라 검시제도는 ①의혹이 있는 죽음을 빠짐없이 조사할 수 있도록 하는 검시관련법규가 체계적으로 정비되어 있지 않고, ②의과대학의 법의학교육의 부재로 인하여 의사가 병사와 외인사를 정확히 구별하여 사망진단서나 시체검안서를 작성할 능력조차 갖추지 못하며, ③검찰이나 사법경찰관, 판사가 필요한 법의학 지식과 경험을 갖추지 못한 채 검시과정을 수행하며, ④부검기관이 수사 기관으로부터 독립되어 있지 못하여 법의학적 심판이 수사의 하위 영역으로 전락함으로써 검시의 공정성이 훼손될 수 있다는 문제점을 안고 있다. 이러한 문제점을 학계나 실무자들이 수없이 제기하였고, 그 개선방안도 계속 제시되고 있다. 하지만 정작 큰 문제는 개선하려는 의지가 없다는데 문제가 있다. 검시의 책임자인 검찰이나 검시를 집행하는 경찰, 그리고 검시 실무를 담당하는 법의학 전공자들은 각자의 당위성만을 내세우는

사이에 우리나라 검시의 현실은 더욱 열악해져가고 있다.

향후 한국의 검시제도의 개선은 한국의 법체계에 부합하며 재정적부담 및 국민 정서라는 현실을 감안하여 제도가 안고 있는 위와 같은 문제점들을 시정하는 방향으로 모색하여야 한다. 기존의 개선방안으로는 검찰 또는 경찰 내에 법의전문의를 두자는 견해,²²⁾ 검찰과 경찰에 법의조사관을 두자는 견해,²³⁾ 공중보건의를 법의조사관으로 활용하자는 견해,²⁴⁾ 국립과학수사연구소를 확대 설치하자는 견해,²⁵⁾ 경찰공의를 활성화하자는 견해²⁶⁾들이 제시된 바 있다. 이상의 방안들은 일견 검시관련자의 전문성을 직·간접적으로 높이는 데는 어느 정도 기여할 것으로 보인다. 그러나 법의학은 의학과 법에 관련된 분야를 담당함으로써 국민의 인권을 보호하는 의학의 특수분야이며 결코 법의학에 혼란받지 못한 일반의사가 담당할 수 있는 분야가 아니다.²⁷⁾

결국, 검시제도의 개선은 검시 관련 이해기관의 의견 조정 및 사회적 공감대 형성, 인적·물적 자원 확보 등의 여건 조성이 쉽지 않기 때문에 현행 검시제도 내에서의 개선방안을 살펴보고, 검시제도 종사자에 대한 양성·관리제도, 검시관련 기구 신설, 검시관련 법령의 개정 등을 통한 근본적 개선방안을

22) 이도형을 생각하는 모임, <http://org.catholic.or.kr/chrc/summary.htm>.

23) 이도형을 생각하는 모임, <http://org.catholic.or.kr/chrc/qunda/examiner/htm>.

24) 김재선, 검시제도에 관한 연구-사법검시를 중심으로-, 배제대학교 법무대학원 석사학위논문, 2001, 37면.

25) 김재선, 앞의 논문, 42면.

26) 김재선, 앞의 논문, 40면.

27) 임규옥 외, 한국 검시제도의 문제점과 개선을 위한 제안, 경북대 의과대학 법의학과 교실, 2003, 12-13면.

살펴보고자 한다.

1. 現行 檢視制度의 範圍內에서 改善

1) 現場鑑識要員·法醫學者 共同臨場 制度化

2004년 4월초 법의학자 한길로 박사는 “응급실 당직 의사가 주로 작성한 시신 검안서는 「미상」투성이일 때가 많았고 심지어 현장 사진도 볼 수 없는 경우가 부지기수였다.”고 술회하면서, 변사현장을 보지 못한 상태에서 부검만으로는 사인규명을 하는 것은 한계가 있음을 절감하고, 결국 동료들에게 “현장에 나가서 직접 검안을 해야겠다”고 선언하고, 국립과학수사연구소를 떠나 우리나라 최초의 사설 법의학 전문기관인 서울법의학원·연구소를 개원하였다. 현재 서초·강남·용산경찰서 관할에서 발생한 변사현장에 직접 임장하여 현장검안을 하고 있는 그가 한 신문사와의 인터뷰에서 “...정답은 현장에 있다...죽음에 관한 조사가 철저하게 이뤄지지 않으면 가족과 사회가 납득할 수 없는 의문만 잔뜩 남게 되는데 서울에서 한 해 발생하는 변사사건 약 4,000건 중 제대로 해결되는 것은 1,000여건에 불과해요. 제 연구소가 국가가 커버하지 못하는 죽음의 영역을 돌보는 대안으로 자리잡게

28) '죽음의 알리바이를 쫓다.' 한국일보 2004. 4. 30.

29) 의문사진상규명위원회보고서 1차 1권, 의문사진상규명위원회, 2003, 312면.

되기를 바랍니다...”²⁸⁾라고 하였듯이 사건발생시 법의학자가 공동임장하여 변사현장을 보는 것은 자칫 정답을 찾지 못하고 미궁에 빠질 개연성이 농후한 변사사건들을 해결함에 있어 매우 중요한 절차임을 알 수 있다.

의문사진상규명위원회 보고서도 의문사 사건을 발생시킨 요인을 우리나라 검시제도에 있음을 지적하고 있다.²⁹⁾ 변사자 또는 의문사한 사람의 구체적인 사망 원인은 물론이고, 사인을 확인하는 과정이 적법한 절차와 합당한 방법으로 이루어지지 않았다는 것이다. 그 보고서는 진정 제14호 장준하 사건은 처음부터 전문가의 검시가 없어서 사망 원인조차 확인할 수 없었고, 진정 제3호 신호수 사건과 진정 제25호 김성수 사건은 전문성을 갖추지 않은 부검의사의 부검감정서를 신뢰할 수 없고, 진정 제7호 최종길 사건은 전문성을 갖춘 의사가 부검을 하였으나 부검의사가 사건 현장조사에 공동 임장하지 않아 사건과 관련된 정황 정보를 충분히 얻지 못한 것이 부검감정서 자체를 불신한 이유라고 하였다.

의문사진상규명위원회가 조사한 사건에서 검시와 관련된 상황<表 5>를 보면 법의 전문의에 의한 검안은 1건에 불과하고, 부검도 상당수 법의전문의가 아닌 일반의가 시행하였음을 확인할 수 있다.

<表 5> 疑問死 事件의 檢視 現況³⁰⁾

담당과	검시방법	수	검시의사		검시결과 위원회 수용 여부		
			전문가	일반의	수용	부분수용	부정
조사1과	검안	3		3	1	1	1
	부검	8	8		1	7	
조사2과	검안	13		13	7	5	1
	부검	14	8	6	8	3	3
조사3과	검안	13	1	12	7	4	2
	부검	15	11	4	11	4	
특조과	검안	5		5	1	2	2
	부검	7	3	4	3		4
합 계		78	31	47	39	26	13

* 전체 85사건 가운데 실종사건과 각하 또는 취하한 사건 7건을 제외하였고, 유골로 발견된 2건의 사례는 포함하였음

사건 발생 초기부터 현장감식 요원과 법의학을 전공한 의사가 사건현장에 공동으로 참여하여 시체 조사만큼은 법의학 전공 의사의 판단과 도움을 받았다면 최종길 사건과 같은 의문사는 발생하지 않았을 것이다. 그러므로 법의학 실무·이론 교육 과정을 이수한 경찰공의나 일본처럼 형사조사관(刑事調査官)을 양성하여 사건현장에 공동 임장하는 제도를 확립한다면, 첫째, 현장감식전문 경찰관은 현장증거물 수집과 현장분석에 전념하여 조기에 사건을 해결할 수 있는 수사 정보를 제공할 수 있고, 둘째, 공동 임장한 법의학 전공 의사가 부검에 참여하여 사건현장에서 파악한 사후변화를 부검을 통하여 확인할 수 있으므로 사망시간 추정, 정확한 사인과 사망에 이르게 된 과정을 재구성할 수 있으며, 셋째, 사건현장에서 얻어진 경험을 정기적인 연구회 모임을 통하여 분석·토의 발표함으로써 정보를 공유하여, 검시제도의 발전에 기여할 것이다.

2000년 3월 17일 창립한 법의감식연구회 소속의 경찰관과 법의학자의 노력으로 일부사건에 법의학자들이 공동임장을 하여 변사사건의 신속하고 정확한 해결에 기여하고 있으나, 연구회 소속 회원들의 자발적 참여에 의존하고 있는 실정이다.³¹⁾ 법의학자 공동임장을 효과적으로 정착시키기 위해, 충분한 예산의 지원과 법령의 보완을 통해 제도화하는 작업이 병행되어야 할 것이다.

30) 의문사진상규명위원회보고서 1차 1권, 313면.

31) 법의감식연구회, 법의학자 공동임장(共同臨場)을 통한 검시제도 개선방향 모색, 2002, 10, 22, 행사부 주관 "제1회 공무원연구모임 발전대회" 발표 논문 <http://www.csi.or.kr/forum/medical> =&block =&key=&field=&uid=14

2) 醫大 法醫學教室에 變死體 剖檢 分配

우리나라 의료법은 변사 또는 변사체의 의심이 있는 경우에 의사는 경찰에 신고하고, 사법경찰관직무규칙은 시체를 검안한 의사는 경찰이나 검사에게 시체검안서나 사망 진단서를 제출하도록 규정하고 있다. 검안한 의사의 판단에 오류가 있을 경우 수사 초기부터 경찰이나 검사의 판단을 그르치게 한다. 사건 현장조사나 검시 초기에 가장 중요한 역할을 담당하는 의사들에 대한 법의학 교육은 의과대학에서 시작되어야 한다. 장차 검시 업무를 수행할 예비 후보인 의과 대학생들에게 체계적이고 구체적인 법의학 교육이 이루어져야 함에도 불구하고 우리나라 의과 대학의 법의학 교육은 전술한 4장 2절의 내용(법의학 전문인력 양성제도 부실)과 같이 제도적으로 미흡한 것이 현실이다.

또한 대부분의 의과대학 법의학교수는 성범죄, 교통사고, 폭행 피해자 등 생체에 대한 법의학적 검시를 처리할 기회가 없어서 단지 과거의 경험·지식으로 밖에는 달리 교육할 방법이 없다. 현재와 같은 우리나라 의과 대학의 법의학 교육 수준으로는 학생들이 대학을 졸업하고, 의사가 된 다음 실무에 접했을 때 올바른 법의학적 판정을 기대할 수 없다. 법의학 전문 의사는 사건의 현장과 사망자에서 나타나는 단편적인 사실들을 분석·평가하여 총체적으로 종합할 수 있는

능력을 소유하여야 하며, 그렇게 함으로써 일련의 사실들을 종합하여 사건을 재구성할 수 있는 지식과 능력을 갖춘 전문가가 된다.

그러므로 법의학교실과 전담 법의학 교수를 두고 있는 의과대학 법의학 교실에도 '변사체 부검이 분배되어야' 체계적이고 구체적인 법의학 교육을 위한 '법의학 교육 프로그램'을 구축할 수 있을 것이다.

3) 警察公醫 또는 保健所 醫師를 檢視에 活用

시체를 검안한 의사가 대부분 법의학을 전공하지 않은 현실을 감안할 때, 검시를 반드시 하여야 하는 사망의 종류를 관련 법규로 규정하더라도 그 효용성은 떨어질 수밖에 없다. 따라서 '사법경찰관리 직무규칙'과 '의료법'을 개정하여 법의학을 전공한 의사가 반드시 현장조사와 더불어 검시·검안하도록 규정하여야 한다.³³⁾

이렇게 함으로써 초등 수사에서부터 오류에 빠지는 위험을 막고, 범의병리 전문 의사에 의하여 작성된 전문적인 소견을 근거로 수사 책임자가 법의 부검의 시행 여부를 정확히 판단할 수 있게 한다.

그러나 범의병리 전문의사가 절대적으로 부족한 것이 우리의 현실이다. 우리나라에서 법의 검시업무를 전담하는 국립과학수사 연구소에 근무하는 법의관은 18명, 공중보건의 9명을 포함하면 모두 27명이다. 법의학교실이

개설되어 있는 7개 의과대학에 법의학 교수는 10명(법의혈청학자 1명 포함)뿐이다. 따라서 충분한 전문 인력이 확보할 때까지는 현재 각 경찰서에서 검시 업무를 담당하고 있는 경찰공의³³⁾ 또는 각 지역 보건소에서 근무하는 의사를 1~2년간 집중적으로 법의학 실무·이론 교육을 실시하고,³⁴⁾ 그 과정을 이수한 의사들에게 변사체의 검시·검안을 전담할 수 있는 자격을 주는 방안을 고려할 수 있다.

4) 檢視關與者에 對한 法醫學 教育 深化 및 變死現場搜查指針書 製作

법의전문의를 검시책임자로 하는 것은 제도의 근본적 변화를 요구하므로, 현재도 하에서 시급한 조치는 검시를 담당하는 검사 및 검시를 대행하는 사법경찰관들에 대한 법의학 교육을 강화하여야 한다.

현재와 같이 검사로 임관되면서 그 실무수습교육시에 몇시간 교육을 받는 것에 그치지 말고, 매년 일정기간 동안 의무적으로 법의전문가로 구성된 교수진에 의한 법의학 이론 및 실무교육을 받도록 하여야 할 것이다.³⁵⁾

타살, 자살, 사고사, 산업재해에 따른 죽음, 보험과 관련된 죽음, 전염병이나

식품위생에 관련된 죽음 등 모든 변사 사건의 현장에 감식·수사 경찰관은 임장하여 감식과 검시 업무를 수행한다. 법의학 교육을 철저히 받은 경찰관은 초기에 정확한 검시로 그 발생 원인을 분석하고, 법의학 전문가의 부검을 통하여 정확하고 공정한 의학적 판단으로 국민의 인권을 지키고 억울한 죽음을 방지할 것이다. 일본의 형사조사관은 감식과 수사 경험이 풍부한 경찰관으로 일정기간 법의학 전반에 대해 교육과정을 이수한 후 제일선에서 변사체의 신고를 받고, 사건 현장을 조사하며, 필요에 따라 시체의 의학적 검사에 입회하는 의사 또는 감찰의의 의견을 듣고 사법 해부의 필요성 여부를 판단할 수 있다. 향후 경찰과 검찰의 합리적 수사권 배분에 대비하여 경찰청은 형사조사관 제도의 도입을 검토하여야 할 것이다.³⁶⁾

또한 모든 사건에서 경험이 있는 수사관이 사건 현장에서 적절하게 수집한 정보와 증거가 수사의 성공 여부를 좌우한다.³⁷⁾

따라서 우리나라도 미국 법무부 범죄현장수사기술실무팀(Technical Working Group on Crime Scene Investigation)이 만든 '현장수사관련 법집행 지침서(Scene Investigation; Guide for Law Enforcement)'³⁸⁾와 같이 우리 현실에 맞고 실제적으로 현장감식

32) 의료법(제24조)과 사법경찰관리직무규칙 제34조(검시의 주의사항) ㉓항은 전공에 관계없이 의사면 누구든지 검안하고 시체검안서를 작성할 수 있다.

33) 전국 경찰서에서 경찰공의로 임명된 의사는 234명이며, 이들은 모두 임상 의학을 전공한 의사들이다.

34) 보건소에 근무하는 의사 중 정규직 의사에게 법의학 교육을 시행하는 것이다.

35) 안원식, 검시제도의 실태와 개선방안, 강력검시연구논문집Ⅲ, 대검찰청, 1993. 5, 138-139면.

36) 경찰청은 2005년도부터 변사조사관 18명 정원을 확보하여, 각 지방경찰청에 배치, 운용할 계획이다.

37) 이운성, 현장감식의 중요성과 일반원칙, 대한법의학회지 제24권 제2호, 2000, 73면.

지안 논란 9

실무에 도움을 줄 수 있도록 사건현장을 보존하고 제대로 된 절차를 밟기 위한 「변사현장수사지침서」를 만들고 현장감식 요원과 수사관을 교육시켜야 할 것이다.

5) 檢視豫算의 充分한 確保

국립과학수사연구소에서 부검 교수 촉탁예산을 확보하여 1구당 20만 원을 지급하는 것으로 되어 있으나, 예산 부족으로 수수료를 제대로 지급하지 못하여 부검실시 기관이 부검을 기피하는 사례가 적지 않다.³⁸⁾

따라서 수사기관은 부검 관련 예산을 관계부처와의 협의를 통해 충분히 확보하고, 전담 법의학교수를 확보하고 있는 의과대학의 법의학교실과 긴밀한 협조체제를 갖춰 신속한 부검이 이뤄지도록 변사체 부검을 법의학 교실에 적절히 분배하여 국립과학수사 연구소의 부검업무 집중으로 인한 부검지연을 해소해 나가고, 비현실적인 검안·부검비용을 현실화하는 한편, 일반의사들의 통상수입 등을 감안하여 법의전문의를 길을 가는데 있어서 그 권위와 생활이 일반의사와 비교하여 뒤지지 않도록 배려함으로써 의사가 되려는 사람들이 법의전문가가 되는 것을 기피하지 않도록 예우에 관심을 기울여야 한다.

중장기적으로는 예산을 확보하여 의과

대학에 일정 수의 법의학 전공자에게 학비를 지원하고 이들을 양성하기 위한 교육시설에 투자하는 것을 지원하는 방안을 적극 검토할 필요가 있다. 이러한 조치는 결국 법의학 교육을 위한 '법의학 교육 프로그램'의 구축과 검시제도의 발전에 기여할 것이다.

2. 檢視關聯 機具 및 制度 新設

1) 檢視制度 改善委員會 構成

미국에서는 1925년에 검시관제도 및 법의관제도의 개혁을 촉진하기 위한 국립조사연구위원회(The National Research Council)가 설립되어 제도개선을 위한 연구 등 제도발전을 위한 노력이 시도되었고,⁴⁰⁾ 1954년 의과대학장, 법과대학장, 국회의원 등으로 구성된 National Conference of Commisioner Uniform State Law에서 '부검법(Model Postmortem Examination Act)'을 제정, 공포하여 시행하는 등 국가적인 제도개선의 노력이 있었다. 대륙법 검시제도를 시행하는 스코틀랜드의 예를 들더라도 검시의 책임자인 검사에게 보다 정확하고, 효율적인 법의학 서비스 제공하기 위한 방안으로 1974년 대검찰청, 행정자치부, 보건복지부

관계자로 위원회를 구성하여 연구한 결과 1976년에 1) 정부는 검시제도 개선을 위한 특별자금을 대학에 제공하고, 2) 각 대학은 검사에게 적절한 법의병리학적 서비스를 제공하며, 3) 사인구명을 위한 시체안치소와 부검시설은 지방자치단체에서 부담한다는 Bowen-McCluskey 보고서⁴¹⁾를 발표하여 1979년 중앙정부의 승인으로 오늘날과 같은 획기적인 발전을 가져오게 되었듯이 한국도 이제는 검시제도를 시급히 개선하고 국가의학인 법 의학을 정상적으로 발전시키기 위하여 법무부, 보건복지부, 행정자치부, 교육인적자원부 등 관련부처와 법과대학 및 의과대학의 전문가들로 이루어진 위원회를 구성하여 지방자치경찰제 시행 및 지방분권 시대에 걸맞는 제도개선을 위한 방안을 모색하여야 할 것이다.⁴²⁾

2) 圈域別 法醫鑑定機關 設立

1954년에 런던에서 개최된 '법의학 교육에 관한 심포지움'에서 주민의 복지를 위해 지방자치단체가 지역 보건소를 설립할 의무가 있는 것과 마찬가지로 지역 주민의 법적인 문제에 대해 의학적 판단을 제공할 수 있는 '법의감정기구'를 설립하여야 할 의무가 있다고 하였다.

'법의감정기관'의 업무가 시체의 의학적

검사에만 국한하지 않고 성폭력에 대한 검사, 보험 업무에 관련한 사항에 대한 의학적 판정, 교통사고 생존 피해자 등 환자의 법적 권리를 보호하는 서비스 업무를 포함하기 때문이다. 따라서 법률체계와 관계없이 검시제도를 효율적으로 운영하는 선진국에서는 지방자치단체가 재정을 지원하는 '지역별 법의감정기관'을 설립하여 운영하고 있다. 영미법계열 국가에서는 법의관 사무소(예: 미국) 또는 검시관 사무소(예: 영국)가 법의감정기관의 기능을 수행하지만, 대륙법 계열 국가 중 스코틀랜드와 독일은 지역 의과대학 내에 있는 법의학 연구소를 '지역 법의감정기관'으로 지정하여 검시 업무를 전담 시키며, 시설 및 재정적 지원은 지방자치단체에서 부담한다. 또한 오스트리아, 이탈리아, 프랑스, 루마니아, 이집트, 호주, 인도 등은 지방자치단체가 의과대학 또는 대학이 없는 지역은 종합병원과 연계하여 '법의감정기관'을 설치하여 검시업무, 임상법의학적 업무 및 교육·연구 등을 수행하고 있다. '법의감정기관'의 명칭은 나라마다 다르다. 그러나 그 기능과 업무는 거의 유사하여,

① 지역에서 발생한 변사체의 검안을 책임지며, 그 검안 소견과 부검의 필요 여부에 대한 의견을 첨부하여 경찰에 제시하고, 검사의 부검 시행 여부의 결정에 도움을 준다.

38) Technical Working Group on Crime Scene Investigation : Scene Investigation, Guide for Law Enforcement, Forensic Science Communications 2000 ; <http://www.fbi.gov/programs/lab/fsc/backissu/april2000/index.htm>.

39) 이문호, 앞의 논문, 46면.

40) 박의우/문국진, 각종 법의제도의 역사적 고찰, 대한법의학회지, 1983, 3-10면.

41) Pounder DJ. : Law and forensic medicine in Scotland, Am J Forensic Med Pathol, 1993; 14(4): 340-349면.

42) 임규옥 외, 앞의 논문, 26-27면.

② 검사의 지휘에 따라 법의 부검을 시행하며, 그 감정서를 작성한다.

③ 유가족에 대한 상담, 성폭력, 자동차 사고 상담, 아동학대, 노인병에 대한 법률적 상담, 기타 법률에 관련한 증거물 채취 및 의학적 판정 등의 임상 법의학적 업무를 담당한다.

④ 권역별 응급의료센터와 연계하여 항공기 사고, 지진, 대량의 화재 등 대량 재해 발생 시 사망자의 신속한 신원확인 및 사인확인을 담당한다.

⑤ 의과대학과 연계하여 법의학 실무를 담당할 전문인력 양성과 법의학 교육을 담당하고, 각 지역의 특수한 환경에 대한 임상 법의학적 연구를 수행한다.

⑥ 경찰과 수사 공조체제를 갖고 범죄 현장 조사에서 법의학·법과학적 문제 등에 대해 기술적 자문을 하는 역할을 한다.

이와 같이 각 국가가 운영하는 '지역 법의감정기관'의 특징은 의과대학과 밀접한 관계를 갖고 체계적으로 법의학 교육과 법의학 실무를 담당할 전문 인력을 양성하고, 또한 경찰과 공조체제를 유지하여 현장 조사뿐만 아니라 법의학적 문제의 조사와 연구 기능을 갖는다는 점이다. 우리나라도 부산, 대전, 광주 지역에 '권역별 법의감정기관' 형태의 국립과학수사연구소 분소가 운영되고 있으며 2005년도에는 경기 동부와 강원권의 검시 및 과학수사 감정 업무를 담당할 동부 분소를

43) 황적준, 앞의 보고서, 40-42면.

개청할 예정이라고 한다.

그러나 국립과학수사연구소(즉, 본소 및 분소)가 의과대학 법의학 교실과 연계하지 않은 채 현재와 같은 방식으로 운영된다면 법의학을 전공할 인력의 양성은 말할 것도 없고 과학수사에서 요구되는 법과학 전문분야의 발전도 기대할 수 없다. '권역별 법의감정기관'이 의과대학과 연계할 당위성은 다음과 같다. 즉, 각 의과대학의 법의학교실은 검시에 필요한 전문 인력과 부검에 필요한 모든 시설을 확보하고 있을 뿐만 아니라 그 인력들은 이미 대학으로부터 임금을 받고 있기 때문에 '권역별 법의감정기관'을 설립할 때 필요한 막대한 재정적 부담과 인력 확보 문제가 해결되므로 국가는 '권역별 감정기관'의 운영에 소요되는 재정과 행정 지원만 부담하면 된다.⁴³⁾

3) 司法檢視爲主制度에서 行政檢視于先制度로 轉換

장기적으로는 법의전문의 양성체계의 사인규명을 위한 과학적 조사·연구 등의 여건이 성숙되면 사법검시위주제도에서 행정검시우선제도로 전환이 필요하다. 우리나라의 경우 검안은 의사, 치과의사, 한의사, 조산원 등의 자격을 가진 자는 누구나 가능하고(의료법 제18조), 부검은 의사, 치과의사가 할 수 있다. 따라서 사법해부의 경우 우리나라는 부검 의사의 자격을 규정하지

않아 전문적인 지식을 가지고 있지 않은 의사라 할지라도 누구나 부검을 할 수가 있으므로 검사나 법원이 누구에게 부검을 의뢰하느냐에 따라 그 공정성에 문제가 있을 수 있다.

특히, 공권력이 개입된 사망사건의 경우 항상 그 공정성에 시비가 있었다. 검시의 주체는 검사(형사소송법 제222조)이나 실질적으로는 사법경찰관이 집행하고 실무는 의사가, 변사체 부검의 허부(許否)는 법원이 하게 되어 있다. 이는 지휘, 집행 실무, 부검 여부 결정이 분산되어 책임의 소재가 불명하며, 각자 자신의 책임을 면하는 정도의 노력밖에 기울이지 않아 공정하고 정확한 검사를 기대할 수 없는 것이다. 더욱이 우리나라의 경우 법의학을 전공한 의사가 태부족이고, 그것도 서울 등 대도시에 편중되어 있어 지방 오지에서 변사체가 발생된 경우 전문적 지식이 없는 의사가 검안을 통하여 정확한 사인을 확인하는 것은 거의 불가능하다.

즉, 부검 여부가 비전문가인 검사, 경찰관, 일반의사에 의하여 판단되기 때문에 실질적으로 범죄와 관련이 있는 사체의 경우도 많은 경우 부검을 하지 않고 단순한 변사체로 처리되는 경우가 많이 있을 수 있다. 따라서 일본의 감찰의제도(監察醫制度)를 도입하여 감찰의(監察醫)의 검안을 통하여 사법해부·행정해부를 결정하는 것이 필요하다.

44) 안원식, 앞의 논문, 140면.

궁극적으로는 한 강력검사의 제언⁴⁴⁾과 같이 검사업무가 전문적으로 신속, 정확하고, 책임있게 이루어지게 하려면, 결국 현행 제도를 근본적으로 바꾸어 훈련된 법의전문의에게 검시의 모든 권한과 책임을 집중시키는 전담검시제의 채택도 검토할 필요가 있다.

3. 檢視制度의 法的 改善

1) 刑事訴訟法 - 變死概念·檢視對象 具體化 및 剖檢關聯 令狀制度 改善

현행법은 변사자에 대한 검시를 하도록 하고 있으나 어떤 죽음이 범죄와 관련 있는 죽음인지는 조사를 하지 않고서는 확인할 수 없는 경우가 허다하며, 따라서 특히 법의학적 지식이 부족한 검사나 사법경찰관이 범죄와 무관하다는 자의적인 판단에 따라 부검을 시행하지 않을 경우 범죄가 은폐될 위험성이 있게 된다. 이러한 위험성을 줄이기 위하여 선진국의 경우는 검시하여야 할 죽음의 종류를 법률로 정하고 있다.

(1) 檢視하여야 할 죽음의 種類를 法律로 規定

영국의 잉글랜드나 웨일즈는, 죽음에 대한 조사를 검시관이 임의로 판단하여

조사하는 것이 아니라 검시관법⁴⁵⁾에 의하여 ① 폭력이나 외인사로 인한 죽음, ② 원인불상으로 급사한 경우, ③ 교도소나 이에 준하는 장소에서 사망하는 경우 등을 적시하여 이러한 죽음에 대하여는 반드시 조사하도록 하고 있고, '출생과사망등록에관한법'에 의하면 사망 등록소는 병사를 사인으로 한 의사의 사망 진단서를 첨부하여 신고된 경우에도 ① 사망당시에 의사가 진료하지 않았던 경우의 죽음, ② 사망진단서에 기재된 사망원인이 불분명한 경우와 사망진단서를 발부한 의사가 사망자의 사후에 또는 사망 전 14일 이내에 진료한 사실이 없다고 의심되는 경우의 죽음, ③ 사인이 불명인 경우의 죽음, ④ 외인사로 믿어지는 이유가 있는 경우, 폭력이나 유기, 유산 등의 의심이 있는 경우의 죽음, ⑤ 수술 중 또는 마취에서 회복되기 전에 사망했다고 의심되는 경우의 죽음, ⑥ 업무상재해이거나 업무로 인한 중독의 의심이 있는 경우의 죽음에 대하여는 반드시 검시관에게 보고하여 죽음에 대한 조사가 이루어지도록 하고 있다.

미국은, 주마다 약간씩 차이는 있으나 대체로 검시관이나 법의관이 조사하여야 하는 죽음의 종류로 ① 범죄와 관련된 모든 죽음, ② 사고사, ③ 자살, ④ 평소 건강한 사람이 갑자기 사망하는 경우, ⑤ 임종시 의사가 입회하지 않은 경우의 사망, ⑥ 교도소 및

구치소내 사망, ⑦ 경찰연행과 관련된 사망, ⑧ 사망상황에 의심이 가는 경우, ⑨ 인공유산, ⑩ 중독사, ⑪ 공공에 치명적 영향을 주는 전염병으로 인한 사망, ⑫ 근무 중 사망 등을 주범으로 정하고 있다.

또한 화장 또는 수장을 하는 경우는 시체가 소실되는 관계로 검시관이나 법의관에게 사망진단서를 제출하여 반드시 승인을 받도록 함으로써 화장 또는 수장 전에 또 한 차례의 죽음에 대한 감시를 하도록 하였다.⁴⁶⁾

스코틀랜드는, 검안은 모든 의사의 의무이고, 명백한 병사 이외의 모든 외인사의 의심이 있는 죽음은 변사체로서 반드시 경찰에 신고하여 죽음에 대한 조사를 할 수 있도록 하고, 신고된 변사체에 대하여는 검사가 반드시 조사하도록 책임을 지우고 있다. 조사대상 죽음의 종류⁴⁷⁾를 명시하고 이를 조사할 검사의 법률적 의무를 형사소송법에 규정하고 있고, 검사는 경찰자문의 또는 법의학자의 검안 소견과 부검의 필요성에 관한 의견서에 의하여 부검의 시행여부를 판단하며, 부검이 필요할 경우 2인의 병리의사에게 부검을 시행하도록 조치한다.

네덜란드 역시, 법률⁴⁸⁾에 의하여 폭력등 범죄에 의한 죽음, 사고사, 자살뿐 아니라 외견상 건강한 것처럼 보이던 사람이 의사의

45) Dean P. : Death and its investigation, in Clinical forensic medicine, Derek Virtue, Datanet, ed. MeMclay WDS. 1996. 271-286면.
46) 플로리다 주법, Chapter 406 Medical examiners, Florida state, USA.
47) Dean P, 앞의 논문, 271-286면.

진료없이 발생한 죽음, 교도소 내에서의 죽음, 기타 의심이 있는 모든 죽음의 경우를 법의학전문이사가 조사하도록 의무화하고 있다.

덴마크의 경우⁴⁹⁾에도 자살, 타살, 사고사, 급사, 사망 후 발견된 경우, 산업병으로 인한 사망, 의료사고 및 과실사, 감옥 및 이와 유사한 폐쇄된 수용기관 내에서의 죽음 등 사인을 결정할 수 없는 모든 죽음을 경찰에 신고하도록 법정하고 있다. 이러한 죽음을 신고 받은 경찰은 부검이 필요하다고 인정되는 경우는 Odense 대학, Aarhus 대학, Kopenhagen 대학에 설치되어 있는 법의학연구소에 의뢰하여 부검을 행한다.

일본의 경우, 최근 일본법의학회에서 감찰의 검안이 필요한 죽음에 관한 구체적인 규정⁵⁰⁾을 마련하였는데 그 내용을 보면 ①의사, 질식사, 경부압박 질식사, 교통사고사, 추락사, 폭발물 관련 죽음, 압사, 그 외 손상, 중독사, 저체온사, 화재사, 전기감전사, 혹은 이러한 것들이 의심되는 경우를 포함한 외인사의 경우. 기아와 정신적 흥분, 외상의 합병증, 의료과오와 관련된 죽음 또는 이러한 것들이 의심되는 경우의 죽음, ②병사의 경우이지만 임상진단을 내리지 못한 경우, 질병의 원인이 규명되지 못하고 임상경과가 빨리 진행된 경우의 죽음, 질병의 발생 상황이 비전형적인

경우의 죽음, 의구심이 드는 죽음, 감염성 질환 및 임상 진단없는 식중독으로 인한 죽음, ③질병을 치료하는 과정 중에 질병과 관련없거나 원인불명의 의학적 상태로 인한 죽음, ④외인에 의한 죽음인지 기존질환에 의한 죽음인지가 불확실한 죽음, ⑤고의, 무지, 과실에 의한 죽음 혹은 이러한 의심이 드는 죽음, ⑥임신 4개월 이상의 사산아의 경우 등이다.

그 외에도 교도소에서 사망한 경우나 직장에서 작업 중 사망하게 된 경우는 관련법에 의해 판사 앞에서 죽음에 대하여 공개조사를 하여야 하며, 그 외 급사의 의심이 있는 죽음이나 기타 사망원인을 설명할 수 없는 죽음 또는 공공의 중대한 이익에 관련된 죽음의 경우에도 공개조사를 하도록 하는 규정을 두는 경우가 있다. 또한 명확한 사인을 확인하지 않은 채 화장이나 매장 등에 의하여 진실이 묻혀지지 않도록 관련법이 정비되어 있기도 하다.

이와같이 영미법계나 대륙법계의 선진국에서는 모두 검시관, 법의관 및 검사 등의 어느 한 직책을 맡은 사람의 잘못된 판단에 의하여 검시가 누락되고 범죄가 은폐될 위험을 줄이기 위하여, 즉 검시관, 법의관 및 검사 등이 자의적으로 죽음에 대한 조사를 할 것인가 여부를 판단하는 것이 아니라 각종

48) 대한법의학회. 앞의 보고서, 17면.

49) Voigt J.: The teaching of forensic medicine in Denmark, Med Sci & Law, 1984, 70면.

50) 박의우, 일본의 검시제도, 대한법의학회지 제16권 제2호, 1992, 68-71면.

의혹의 소지가 있는 일정한 유형의 죽음을 법률에 구체적으로 명시함으로써 반드시 신고되고 공정하게 조사하도록 하고 있음은 우리 검시제도에 시사하는 바가 크다.

형사소송법 제222조 제1항은 '변사자 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 한다'고 하여 검사의 변사자 검시규정을 두고 있으나, 검사 역시 법의학 지식이나 경험이 부족하여 경찰로부터 보고되거나 직접 접한 변사사건이 검시를 필요로 하는 '변사자 또는 변사의 의심 있는 사체' 인지를 정확히 알지 못하므로 검시하여야 할 죽음의 유형을 구체적으로 규정하여 이에 해당되는 경우에는 자신의 판단과 무관하게 반드시 검시를 행하도록 하여야 할 것이다.

(2) 變死體 剖檢에 대한 令狀制度 改善

범죄혐의 유무를 중심으로 부검이 이루어지고 있는 우리나라의 현행검시체계에 있어서는 범죄혐의 유무를 판단하기 위한 부검의뢰가 부검감정의 주요 목적이 되고 있는 바, 이러한 경우의 모든 변사사건에 대하여 영장이 청구되고 또 대부분 특별한 검토과정 없이 영장이 발부되고 집행되는 현재의 관행은 절차상의 요건만을 충족시키기 위한 측면이 강하여 정작 부검의 본질적인 목적에 대하여는

소홀한 측면이 있다.⁵¹⁾

증거물이나 물수대상물의 수집과 발견을 목적으로 하는 대물적 강제처분인 압수·수색·검증은 사생활의 평온과 비밀 및 사유재산권을 침해하게 되므로 현재 자유민주주의국가에서 강제처분에 대한 영장주의 원칙을 채택하고 있는 것은 너무나도 당연한 것이나, 수사실무상 영장에 의한 압수수색보다는 동의의 형식에 의한 압수수색이 더 많고, 압수수색영장이 청구되는 경우에도 순수한 수색의 필요에서보다는 압수를 목적으로 하는 영장이 대부분이며 그 중에서도 변사체의 부검을 위한 영장이 절대다수를 차지하는 현실에 비추어 볼 때, 우리의 제도는 매우 형식적이고 장식적인 제도로 전락할 우려마저도 제기된다.⁵²⁾

또한 최근 들어 범죄와 관련없는 직업병·산업재해로 인한 사망사고의 경우 그 보상이나 배상을 둘러싸고 사인규명의 필요성이 점점 더 높아져 감에 따라 이를 위한 부검의뢰 요구가 높아져 가고 있고, 범죄혐의가 전혀없는 사망에 있어서도 사인규명을 원하는 유족 측의 요청에 의하여 사법상의 절차를 따른 사법해부가 이루어지는 경우가 많아지고, 심지어는 제사시간을 알기 위해 사망자의 사망시각을 밝혀달라는 사유의 부검요청 사례마저도 있다.

과연 이러한 사례에까지도 강제처분으로서의 압수수색검증영장을 통한 부검

집행이 이루어져야 하는지에 대한 의문이 들지 않을 수 없다. 이는 국가공권력의 낭비이자 부검의 진정한 목적달성을 위해서도 결코 바람직하지 못한 것이므로, 이러한 경우에 있어서는 유족 등의 '부검요청서' 내지는 '부검동의서'로 영장을 갈음할 수 있도록 법·제도적 정비가 필요하다.

2) 醫療法 - 變死概念·檢案對象 具體化, 法醫官에게 檢案資格 附與

범죄로 인하거나 범죄와 관련된 의혹이 있는 죽음은 물론 부자연하면서도 그 사인이 분명하지 않은 죽음의 유형들, 예를 들면 사인이 분명하지 않은 죽음, 범죄와 관련되거나 관련되었을 것으로 의심되는 죽음, 집단 수용시설에서의 죽음, 관련인에 의하여 사망원인이 은폐될 우려가 있는 죽음, 산업현장에서의 죽음 등은 관련법률에 구체적으로 명시하여 빠짐없이 조사하도록 함으로써 단 한 사람의 억울한 죽음도 발생하지 않도록 하여야 한다.

현행 의료법 제24조는 '의사, 치과의사, 한의사 및 조산사는 사체를 검안하여 변사의 의심이 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 경찰서장에게 신고하여야 한다'고 하여 의료인의 변사체신고의무를 규정하고 있다. 그러나 위 규정에서의 '변사'의 개념이 명확하지 않고, 따라서 법의학적 지식과

경험이 충분하지 못한 의사 등은 자신이 검안한 시체가 '변사의 의심있는' 시체에 해당하는지 정확히 알지 못하며, 따라서 검시를 하여야 할 시체임에도 불구하고 잘못된 판단으로 변사신고를 누락할 우려가 있다. 이러한 위험을 방지하기 위하여 위 조항을 '의사는 시체를 검안하여 ① 사인이 불명인 죽음, ② 범죄행위 등 폭력에 관련된 죽음, ③ 외상 및 외부원인에 의한 죽음, ④ 중독사고, ⑤ 공장 등 산업현장에서의 죽음, ⑥ 병원에서 시술 중 사망한 경우, ⑦ 교도소, 경찰서 유치장, 군대와 이에 준하는 시설에 수용 중 사망한 경우, ⑧ 입양아의 죽음 기타 변사의 의심이 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 경찰서장에게 신고하여야 한다'로 개정하여 이러한 경우에는 의사의 판단과 무관하게 신고가 강제되고, 반드시 죽음에 대한 조사가 이루어지도록 하여야 할 것이다. 어떠한 유형의 죽음을 법률로 명시하여 반드시 신고되고 검시를 하도록 할 것인가는 좀 더 논의가 되어야 할 것이다.⁵³⁾

현행 의료법 제18조 제1항은 '의료업에 종사하고 자신이 진찰 또는 검안한 의사·치과의사 또는 한의사가 아니면 진단서·검안서 또는 증명서를 교부하지 못한다(이하생략)'고 규정되어 있다. 이 규정 때문에 의료업에 종사하지 않는다는 형식적인 이유로 검시전문가인 국립과학수사연구소의 법의학관이 검안을 하지 못하는 상황이 발생하고 있는 바, 변사체에 대한 국립과학수사연구소

51) 김윤신, 변사체 부검을 위한 영장제도에 관한 고찰, 대한법의학회지 제25권 제1호, 2001, 7면.
52) 이문재, 미국의 수색영장제도와 우리제도의 발전방향, 대한변호사협회, 인권과정의 제156호, 1989, 74-78면.

53) 임규옥, 한국 검시제도의 문제점과 개선방안, 경북대학교 대학원 의학과 석사학위논문, 2003, 30면.

소속의사도 검안서를 작성·교부할 수 있도록 관련규정을 개정하여야 할 것이다.

3) 葬事 등에 관한法律 - 火葬·埋葬 節次 具體化 및 要件 強化

현행 장사등에관한법률 제8조 제1항에 의하면 화장 또는 매장의 경우에는 시장, 군수, 구청장에게 신고만 하면 사체를 화장 또는 매장할 수 있도록 되어 있고 그 과정에 어떠한 확인절차도 규정하고 있지 않다. 그러나 위와 같이 형사소송법, 의료법, 사법경찰관직무규칙 등의 개정에도 불구하고 범죄와 관련된 죽음이 신고되지 않고 이에 대한 검사가 행해지지 않을 위험은 여전히 남는다. 범죄로 인한 죽음이 병사로 허위 신고되고 따라서 검사가 행해지지 않은 채 화장 또는 매장 신고되어 이에 대한 아무런 확인절차 없이 화장 또는 매장이 행해진다면 범죄와 함께 억울한 죽음은 영원히 묻혀버리는 것이다. 이러한 위험이 발생할 가능성이 극히 희박하다 하더라도 이를 방지할 필요성은 있으며 따라서 비록 병사로 신고되었다 하더라도 범죄와 관련될 위험성이 조금이라도 있는 일정한 유형의 죽음에 대하여는 화장 또는 매장전에 경찰서장에게 신고되어 반드시 검사가 이루어지도록 하여야 할 것이다.

즉, 시장, 군수, 구청장은 화장 또는

매장신고된 시체로서 의사가 명백한 병사로 판단하여 사망진단서를 첨부한 경우에도 ① 사망당시에 의사가 진료하지 않았던 경우의 죽음, ② 사망진단서에 기재된 사망원인이 불분명한 경우와 사망진단서를 발부한 의사가 사망자의 사후에 또는 사망 전 14일 이내에 진료한 사실이 없다고 의심되는 경우의 죽음, ③ 사인이 불명인 경우의 죽음, ④ 외인사로 믿어지는 이유가 있는 경우, 폭력이나 유기, 유산 등의 의심이 있는 경우의 죽음, ⑤ 수술 중 또는 마취에서 회복되기 전에 사망했다고 의심되는 경우의 죽음, ⑥ 업무상재해이거나 업무로 인한 중독의 의심이 있는 경우의 죽음에 대하여는 반드시 관할 경찰서장에게 신고하도록 하는 규정을 두어야 할 것이다.⁵⁴⁾

또한 사법경찰관리는 이에 대하여 검사에게 보고를 하고 그 지휘를 받아 검시 조사를 하도록 하여야 할 것이다. 특히 화장시에는 매장과 달리 시체가 소실되어 더 이상의 죽음에 대한 조사가 불가능하며, 이러한 점이 범죄은폐에 악용될 소지가 많으므로 화장은 시장, 군수, 구청장의 허가에 의하여 행해지도록 화장절차를 엄격하게 함으로써 화장으로 억울한 죽음이 영원히 은폐되는 위험을 최소화해야 할 것이다.⁵⁵⁾

54) 어떠한 유형의 죽음을 법률로 규정하여야 할 것인가에 대하여는 좀 더 논의가 되어야 할 것이다.

55) 임규옥, 앞의 논문, 31-33면.

4) 戶籍法 - 死亡申告節次 改善

호적법 제87조 제1항은 '사망의 신고는 신고자가 사망사실을 안 날로부터 1개월내에 진단서 또는 검안서를 첨부하여 하여야 한다'고 한다.

그러나 사망 1개월 후는 이미 화장 또는 매장이 끝난 뒤이며 이 기간은 시체의 변질, 변형이 심각하여 검시를 하더라도 사망원인을 밝히는데 필요한 정보를 얻기가 불가능하다. 즉, 사망 후 1개월이 지나 범죄관련성이 발견된다 하더라도 그 시점에서의 검시를 통한 사망원인의 규명은 불가능하며 따라서 정확한 진실을 밝힐 수가 없게 된다. 이러한 위험을 줄이기 위하여 사망신고는 사망사실을 안 날로부터 매장되기 전인 3일 이내에 사망진단서 또는 검안서를 첨부하여 하도록 하며 호적사무를 담당하는 공무원은 사망신고 접수시 제출된 사망진단서나 시체검안서를 확인하여 이상을 발견한 경우에는 즉시 경찰에 신고하여 검사가 이루어지도록 하여야 할 것이다.⁵⁶⁾

5) 司法警察官職務規則 - 變死概念 및 檢視對象 具體化

사법경찰관직무규칙 제33조는 '사법

경찰관리는 변사자 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 경우에는 검사에게 보고하고 그 지휘를 받아야 하며 검사의 명에 의하여 검시를 한 때에는 검시조서를 작성하여야 한다'고 규정하고 있다.

사법경찰관리는 의료법 제24조에 의하여 의사가 변사자로 신고한 시체에 대하여는 물론 그 외의 경로로 접수된 변사사건에 대하여도 '변사자 또는 변사의 의심 있는 사체'에 해당하는지 여부를 스스로 판단하여야 할 것인데 법의학지식과 경험이 없는 사법경찰관리로서는 잘못된 판단을 할 우려가 있다.

따라서 사법경찰관리의 이러한 오류를 방지하기 위하여서도 위 조항 중 '변사자 또는 변사의 의심있는 사체'를 의료법 제24조의 개정안과 마찬가지로 구체적으로 규정하고 이에 해당하는 경우는 반드시 검사에게 변사보고를 하도록 하여야 할 것이다.⁵⁷⁾

4. 法醫學 教育 및 法醫學者 養成體系 改善

제도가 아무리 훌륭하여도 이를 담당할 전문인력이 없다면 아무 소용이 없는 것이다. 검시인력을 단순수치로 비교하여 볼 때, 약 250만 인구의 미국 San Diego County에

56) 임규옥, 앞의 논문, 33면.

57) 임규옥, 앞의 논문, 30-31면.

치안 논단 9

법의관(Medical Examiner)이 7명(Fellow Pathologist 제외), 법의조사관(Medical Examiner Investigator)이 15명인 것을 감안하면 우리나라에는 검사 전문가가 약 150명, 법의조사관이 약 300명 필요하다.⁵⁸⁾

그러나 현재 전국 의과대학의 법의학 교수는 10명이고, 국립과학수사연구소에서 근무하는 의사는 27명이다. 이와같이 부족한 전문인력을 양성하고 정상적인 검사제도 정착을 위해 모든 의과대학에 법의학교실 설치를 의무화하고, 법의병리 전문의 제도가 도입되어야 한다.

1) 法醫學 教育시스템 擴充

모든 의과대학에 법의학교실을 설치하여 교육과 연구가 동반되지 않으면 완전한 발전을 기대할 수 없다. 먼저 국립대학에서라도 법의학교실은 조속히 설립되어야 하며, 적정수의 교수요원이 확보되어야 한다. 의과대학 인정 평가 항목에 법의학 교육이 강화되어야 한다. 의과대학의 법의학 교육이 정상적으로 이루어 질 수 있도록 법의학교수는 실제적 법의학 실무에 참여할 수 있도록 조치가 강구되어야 하며, 학생들의 법의 부검에 참여 교육이 이루어져야 한다.

시체의 의학적 검사를 전문적으로 맡을 법의병리 전문의사의 인력이 턱없이 부족하다.

실무를 맡을 수 있는 법의학교실이 설치된 전국 의과대학의 법의학교수는 10명이 고작이며, 소수의 병리학교수가 참여할 수 있을 뿐이다. 국립과학수사연구소에도 법의학 실무를 담당할 수 있는 인력도 27명⁵⁹⁾이 전부이다.

법의학은 중요한 사회의학의 한 분야로 의학의 다른 비임상분야와 마찬가지로 이 분야에 종사할 수 있도록 정책적 지원책이 강구되어야 한다. 법의학은 일반적으로 기피하는 소위 말하는 시체를 취급하는 추한 일을 하고, 법정에서 증언을 하여야 하는 어려운 업무이기 때문에 이 분야의 업무에 매력을 느낄 수 있도록 충분한 보수의 지급과 연구 환경이 조성되어야 한다. 법정에서 정의를 위하여, 공정성을 잃지 않도록 전문직으로서의 존엄성을 유지하도록 하여야 한다.

법의학 실무를 담당할 전문인력을 양성할 수 있도록 학부 졸업 후 법의학 교육의 프로그램이 제정되어야 하며, 법의병리 전문의 제도가 조속히 신설되어야 한다.

2) 法醫病理 專門醫 制度 導入

우리나라는 대학을 졸업한 후 의과대학 부속병원 또는 종합병원에서 4년간 해부병리 수련과정을 마치고 시험에 합격하면 해부

병리학 전문의 자격을 부여한다. 그 후 해부병리 전문의가 국립과학수사연구소 등 검사 관련 기관에서 1~2년간 검사·부검 업무를 수행하면 관례적으로 법의학 전공 의사로 인정을 하고 있다. 이에 비해 미국은 '해부병리 전문의' 자격을 취득한 후 '의학 교육연계위원회(Liaison Committee on Graduate Medical Education)'가 인정하는 검사(檢視) 관련 기관에서 1~2년간 법의병리학 수련 과정을 마치고 국가가 주관하는 시험에 통과하여야 '법의병리 전문의' 자격을 취득하고, 법의관(medical examiner)으로서 검사·부검 업무를 담당할 수 있다. '유럽 법의학회(European Council of Legal Medicine)'가 1999년에 '법의학 교육과정'을 개정하는 취지문에 ① 사건현장에 참여하여 현장조사와 증거물을 채취할 수 있는 지식과 기술, ② 모든 법의병리학적 기술과 법의학적 판정을 할 수 있는 지식, ③ 과학적이고 논리적 견해와 결론으로 권위 있는 검사 감정서를 작성할 수 있는 교육 등이 포함된 교육과정을 이수한 의사에 한하여 '법의학 전문의' 자격을 인정하도록 권장하고 있다.

법의학 전공 의사를 양성할 수 있는 제도가 확립되지 않은 우리나라는 검사·부검 업무를 담당할 법의학 전공 의사의 인력 수급은 수련 중인 해부병리학 전공의(resident)의 수에 좌우된다. 우리나라에서 2002년도에 해부병리

전문 자격을 취득한 40명 중 단 1명만이 현재 법의학 수련과정 중에 있다. 한편 2003년도 전국 41개 의과대학 부속병원과 기타 종합병원에서 해부병리학 수련과정을 밟고 있는 1년차 전공의는 모두 18명이며,⁶⁰⁾ 해부병리 전문의 자격을 취득하는 시점인 2007년에 각 의과대학 부속병원과 종합병원에서 필요로 하는 '해부병리 전문의(專門醫) 수요'도 충족시키지 못하는 인력이다. 법의학 전공 의사를 양성할 수 있는 제도가 마련되지 않고 현재의 상태가 지속된다면 향후 5년 내에 법의학 전공 의사의 인력 수급은 사회적 문제로 부각될 것으로 예상되기 때문에 '법의병리 전문의' 제도의 도입은 서둘러야 한다. '법의병리 전문의' 제도의 도입에 앞서 반드시 해결되어야 할 문제는 법의학 교실이 개설된 7개 의과대학이 법의 부검을 할 수 있어야 한다. 그 이유는 시체가 곧 법의학 교육을 위한 필수적인 자료이고, '법의학 교육프로그램'을 확정 지을 수 있는 근간이 되기 때문이다. 이러한 문제들이 해결된다면 '법의병리 전문의' 제도는 자연스럽게 도입될 수 있다.⁶¹⁾

5. 現場鑑識分野의 專門化

미국 경찰학의 아버지로 불리는 O. W.

58) 한기민, 우리나라 검사제도의 개선방안에 관한 연구, 전남대학교 행정대학원 석사학위논문, 1999. 2, 50면.

59) 총 27명 중 법의관은 18명(국과수 서울본소 11명, 부산본소 2명, 중부분소 3명, 서부분소 2명), 공중보건과는 9명(국과수 서울본소 3명, 부산본소 2명, 중부분소 2명, 서부분소 2명)이다.

60) 대한병원협회 2003년도 전공의 현황 자료에 의함.

61) 법의병리 전문의 제도의 장점은 의과대학 졸업 후 곧바로 법의병리 수련과정으로 들어가기 때문에 해부병리 전문의 과정을 이수할 필요가 없다.

치안 논단 9

Wilson은 1950년 경찰학의 고전이 된 그의 저서 'Police Administration'에서 범죄감식 전문가의 필요성을 강조하면서 "범죄수사를 함에 있어 증거를 활용하는 가장 첫 번째 단계는 감식전문가(evidence technician)를 확보하는 것이다."라고 주장하였다.⁶²⁾

즉, 사건현장에서 증거물을 수집하고 시체에 대한 검시에 관여하는 감식요원의 활동은 매우 중요하다. 사망자의 현장 조사와 시체의 의학적 검사에 필요한 정보를 올바르게 수집하기 위하여 현장감식을 전담하는 과학수사요원의 인력을 충분히 늘리고 강도 높은 법의학 교육과 훈련을 통해 전문화시키는 작업이 필요하다.⁶³⁾

현장감식요원은 하루아침에 양성되지 않는 만큼 감식전문 수사관들이 업무에 전념할 수 있도록 지원해주는 제도상의 개선, 채용 및 선발방법에 있어서의 개선, 그리고 감식관련 교육과 훈련과정의 개선이 절실하다.

1) 勤務與件 改善

현장감식요원들이 자신의 전문분야에서 근무하는 것을 선호할 수 있도록 첨단 수사장비를 확충하고, 필요한 시설과 장비들을

마련하는 등의 기본적인 여건을 갖추어 주어야 하고, 보직과 인사승진에 있어서 충분히 배려해 주어야 한다. 즉, 이들에게 자격수당과 함께 일정기간동안 업무를 성공적으로 수행하면 승진과정에서 우대되는 등의 인사관리방안을 마련하여 오로지 감식분야에 대한 연구와 교육 및 수사지원에만 몰두할 수 있도록 해야 한다. 또한, 미국 캘리포니아주의 경우와 같이 감식분야의 교육을 마친 수사관에게 사회에서 능력과 직무숙련도를 인정하는 국가자격증을 부여하여 업무에 대한 자부심과 퇴직 이후에 활용할 수 있는 방안도 강구되어야 한다.

궁극적으로는, '수사경과제'의 정착을 통해 순환보직으로 한 동안 다른 업무를 수행하는 경우가 없이 장기간 감식분야에 전념하여 과학수사 지식과 경험을 쌓을 수 있도록 제도적인 장치들이 마련되는 것이 무엇보다 필요하다. 우수한 감식요원들이 자신이 하는 수사업무에 사명감과 보람을 느끼고 전념할 수 있는 보직과 승진체계를 확립하여 주어야 한다.

62) 표창원, 영미 과학수사제도 고찰, 대한법의학회지 제24권 제2호, 2000, 90면.

63) 이와 관련하여 하태훈 교수는 "범죄수사단계에서의 사법경찰과 검경과의 관계, 흥대 논총 제30집, 1998, 21면"에서 경찰과 검찰의 상호협력관계로의 개선을 위한 방안의 하나로 "사법경찰은 경찰의 각종 정보에 있어서의 우월성 및 정보장악력과 국립과학수사연구소와 같은 전문감정능력 등을 무기로 검찰을 적절히 견제할 필요가 있다."고 언급하였고, 표창원 교수는 "영미 과학수사제도 고찰, 대한법의학회지 제24권 제2호, 2000, 95면"에서 "정부, 정치권, 의·과학계는 누가 먼저랄 것이 없이...체계적이고 전문화된 과학수사체계를 갖추어 범죄의 예방과 해결에 최선을 다하여야 할 것이다."라고 주장하였듯이 향후 경찰은 과학수사역량의 제고에 최선을 다함으로써 검시제도의 실효성 확보 등 수사제도 발전에 기여하여야 할 것이다.

2) 科學搜查分野 專攻者에 대한 特別採用制度의 導入

현장감식 수사의 효율화 및 전문화를 위해서는 우수한 인력이 수사경찰을 지원하고 이들 중에서 일정한 자격요건을 갖춘 사람들이 선발되고, 지속적인 교육훈련과 경험축적을 통하여 노력하여야 함은 주지의 사실이다.⁶⁴⁾

미국의 범죄감식 전문가(forensic specialist)로 인식되는 범죄현장조사관(Crime Scene Investigator) 또는 증거회득기술자(Evidence Recovery Technician)의 임무는 경찰조직의 대소에 따라 차이가 있으나 범죄현장에서의 증거채취에서부터 증거자료 분석 및 법정증거제출의 준비까지의 업무를 전담하며 지역에 따라 경찰관이 담당하기도 하고 민간인전문가가 담당하기도 한다. 범죄현장조사관이나 증거회득기술자가 되기 위해서 법과학 또는 형사사법분야 학사학위 이상 학력과 기본 컴퓨터 과정, 사진 및 스케치과정 이수가 기본 조건이다. 대학의 법과학 학부나 대학원에서도 구체적이고 실무적인 내용보다는 일반적인 내용을 교육하기 때문에 구체적 실무능력은 채용 후 경찰내에서의 실습교육과 경험을 통해 습득한다. 채용 후 경찰내에서 수습기간을 거치며 교육과 실습훈련을 받는데 이 기간동안 실무에 필요한 거의 모든 지식과 기술을

습득한다. 경찰에서의 채용 후 교육은 범죄현장출동, 증거채취, 감식 사진촬영, 살인 또는 변사 현장조사(homicide and death scene investigation) 등의 구체적인 실무기법 강의로 이루어진다.

영국의 경우는 범죄현장수사관(Scene of Crime Officer) 또는 현장조사관(Scene Examiner)이 이들에 해당한다. 증거수집 및 분석전문가로 지문과 DNA샘플을 비롯한 모든 증거자료를 현장에서 찾아내는 기술과 전문 장비사용에 대한 특별훈련을 받은 경찰관과 특채된 민간 감식전문가로 경찰서 단위 또는 지방경찰청 단위의 감식과 또는 과학수사 지원과(Identification Bureau or Scientific Support Department)에서 근무한다. 총 2만8천명의 경찰관과 1만4천명의 민간인직원을 보유한 런던수도경찰청의 경우 범죄현장조사국(Scene of Crime Branch)에 200명의 감식전문가와 현장조사관이 있어 런던전역의 범죄현장 조사를 담당하고 있다.⁶⁵⁾

이에 반하여 우리나라의 경우, 수사요원의 자질향상을 위한 목적으로 1982년에 수사요원 임용규정이 제정된 후에 수사요원의 자격을 경찰경력 3년 이상인 자로 제한하여 수사요원을 신규채용할 수 있는 길이 완전히 봉쇄되었다가, 1987년에 수사요원 관리규정을 개정하여 대졸자에 대한 신규채용이 가능케 되었으나 이 규정도 인사권자의 인식부족과

64) 이황우, 수사경찰의 전문화에 관한 연구, 형사정책연구원, 1991, 43면.

65) 표창원, 앞의 논문, 91면.

치안 논단 9

인사질서의 혼란으로 잘 지켜지지 않았다.⁶⁶⁾

즉, 수사요원을 임용할 때는 일정한 자격요건을 갖춘 지원자 중에서 엄선하도록 규정되어 있지만 실제로는 별로 지켜지지 않는 상태이다.

현재, 우리나라에서는 영국과 독일과는 달리 수사경찰을 일반경찰과 구분해서 선발하지 않기 때문에 일단 경찰관으로서 선발된 후에 본인의 지원 또는 차출에 의해서 수사경찰관이 되고 있다. 그런데 전체 수사경찰관들 중의 62%가 고졸이하의 학력을 가지고 있고, 최근 들어 90%정도인 초대졸 이상의 신입경찰관들 중의 대다수가 자연과학보다는 사회과학전공자인 상황에서 현장감식요원을 선발하는 데에는 한계가 있을 수 있다. 과학수사분야에 대한 대학전공자가 반드시 성공적인 현장감식요원으로 성공 하리라는 보장은 없다. 하지만, 만일 현재의 채용제도로 현장감식분야의 전문인력을 충분히 확보할 수 없다는 평가가 내려지면 이러한 분야에 전문지식과 기술을 가진 전공자를 현장감식요원으로 특채하고 퇴직을 할 때까지 이 분야에 종사하게 하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 그리고 앞으로 과학수사 경찰관의 전문화를 향상시키기 위해서는 영국과 독일처럼 수사경찰을 일반경찰과 분리하여 선발, 교육, 보직, 그리고

승진체계를 달리 하는 '수사경과제'를 정착시키고, 더 세분화하여 현장감식요원은 별도로 관리할 필요가 있다. 그런데 현장감식분야 전문수사관의 경우에 전문지식을 쌓고 현장실무경험을 축적하기 위해서는 상당한 시간과 비용의 투자와 본인의 노력이 필요하고 적성에도 맞아야 하는 등의 까다로운 조건들을 충족시켜야 하기 때문에, 이러한 인적 자원을 확보하기가 쉽지 않은 현실을 감안하여 우선적으로 과학수사분야 전공자를 현장감식요원으로 특채하는 것을 고려해야 한다.

3) 教育과 訓練課程의 改善

현장감식분야의 전문수사관을 양성하고 수사능력을 강화하기 위해 가장 강조되는 것은 훌륭한 수사자질을 갖춘 자에게 충실한 교육과 훈련과정을 장기간에 걸쳐 정기적으로 이수할 수 있도록 해주는 것이다.

미국에서 1967년에 발표된 범집행 및 사법행정에 관한 대통령위원회의 특별전문 위원회보고서(Task Force Report)에서는⁶⁷⁾ "개인적인 소질에 관계없이 인간은 홀로 타고난 능력으로 경찰업무를 수행할 수는 없다. 개인적 능력, 사전교육, 판단력, 그리고 감정적

66) 이기호·양문승, 수사요원 전문화 방안, 치안연구소, 1996, 76면.

67) The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice : Task Force Report, The Police, 1967, Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 137면.

적합성은 별도로 치고 경찰관들은 경찰업무를 이해하고 그것을 어떻게 수행하는가를 배우기 전에 포괄적인 직무상의 훈련을 받아야만 한다"고 지적하였다.⁶⁸⁾

급속하게 변화하는 전문지식을 익히고 다양한 범죄양상에 대응하기 위해 끊임없이 새로운 내용의 교육과 훈련과정을 이수해 수사능력을 향상시킬 필요성이 있다. 현장감식분야 전문수사관 양성을 위한 교육여건을 개선하기 위해서는 물리적인 환경을 개선하는 것과 교육과 훈련과정에 참여하는 인원의 확대 등의 방안들이 포함될 수 있다.

(1) 現場鑑識 搜查實習室의 擴散 및 委託教育 擴大

현장감식분야 전문직무교육의 질적 향상을 위해 기존의 일방적 이론중심의 강의식 교육에서 양방향적, 현장중심의 실습위주 교육으로 전환하여 교육의 효과성을 높이고, 일선에서 바로 적용 가능한 교육이 되어야 하는데, 이를 위해서는 현장감식 수사실습실이 확산되어야 한다.

또한, 실습실의 교육기자재를 지속적으로 첨단수사장비로 개선하여 교육생들이 직접 만지고 실습을 해봄으로써 감식실무에 응용할 수 있도록 해야 한다.

68) 이황우, 경찰행정학(제3판), 법문사, 2002, 321-322면.

과학수사분야에 대한 전문적인 교육을 위해서는 경찰내의 교육기관뿐만 아니라 외부전문교육기관을 적극적으로 활용해야 한다. 만일, 경찰에 적절한 실습시설과 기재가 없는 경우에는 관련교육기관 및 단체에 위탁교육을 실시하여 과학수사분야 전문수사관을 양성하는 것이 바람직하기 때문에, 과학수사대학원 등 관련교육기관에 위탁교육의 기회를 더욱 확대하여 실시해야 한다.

(2) 檢視制度 發展을 위한 인터넷同好會活動 活性化

검시제도와 관련하여 범죄사건의 현장에서 벌어지는 다양한 사례들을 과학수사분야 전문수사관들이 모두 직접 경험하는 것은 현실적으로 불가능하다. 따라서 다른 사람의 지식과 경험을 간접적으로 공유하여 앞으로 있을지도 모르는 상황을 대비할 수 있는 지식관리체계(Knowledge Management System)를 과학수사분야의 전문수사관들을 위해 구축하여 적극적으로 활용하는 것이 경제적·시간적으로 도움이 될 것이다.

이를 위해 가장 효율적인 방안은 과학수사분야의 전문교육과정에 참가한 교육생을 대상으로 인터넷동호회를 결성하게

치안 논단 9

하고 이들의 활동을 적극적으로 지원해 주는 것이다.

여기에는 강의담당 교수요원도 참여하여 실무현장의 수사경찰관에게 감식기법과 증거수집에 필요한 도움을 주고, 자신도 범죄현장의 살아있는 사례들에 대한 정보를 수집하여 수업내용으로 활용함으로써 상호 이득이 될 것이다. 이러한 인터넷동호회 활동의 활성화를 위해서는 현재 서울지방경찰청의 과학수사반에서 법의학자들과 수사 실무자들 사이의 이해증진과 협력모색을 위해 모범적으로 운영하고 있는 '법의감식연구회'의 활동을 참고하면 도움이 될 것이다.⁶⁹⁾

(3) 現場鑑識分野 警察官의 再教育 및 職務專門教育 強化

우리나라에서 현장감식분야 경찰관의 교육을 포함하여 경찰교육의 부실로 인한 전문성 약화에 대한 문제들을 해결하기 위해 일선 과학수사요원에 대한 재교육 및 감식관련 직무 전문교육을 강화하여 범죄현장에서 직접 수사에 참여하는 실무자들의 감식능력을 강화할 수 있는 제도상의 배려와 혜택들이 필요하다.

미국의 일리노이주 경찰청 감식국(Division

of Forensic Services and Identification)의 경우, 주 경찰청 뿐만 아니라 주 내의 모든 법집행기관의 요청에 대해 무료로 범죄현장 조사 및 감식서비스를 제공하고 있는데, 27명의 경찰관 및 감식전문가로 이루어진 범죄현장 조사과(The Bureau of Crime Scene Services)는 기동력을 갖춘 범죄현장조사 전문가와 장비를 24시간 365일 상비해 놓고 있다.

범죄현장 조사관(crime scene technician)이 되기 위해서는 자격요건과 구두시험을 거쳐 채용된 후 1년 간의 수습기간동안 720시간의 실무실습교육을 이수해야 하며 교육 이수 후에는 관내 여러 지역을 순회하며 그 지역 조사관과 함께 현장에 출동하여 체험을 하고 발령지로 배치된 후 자격을 인정받을 때까지는 선임 조사관(mentor) 밑에서 도제생활을 하여야 한다.

정식 범죄현장 조사관이 된 후에는 FBI 등 전문 감식학교에서 혈흔, 화재현장 감식, 사체(死體) 감식 등에 대한 전문교육을 이수해야 한다.⁷⁰⁾ 이는 우리 현장감식분야 수사관에 대한 실무교육에 시사하는 바 크다.

우리나라도 변사사건 발생시 가장 먼저 현장에 입장하는 현장감식분야 경찰관에게 일정한 소양과 법의학 과정을 이수케 하여 소정의 자격을 부여하고, 변사사건의 검시조사만 평생의 업으로 할 수 있는 여건을

마련해 주어야 한다.

IV. 結

법치국가의 사명은 정의롭고 자유로운 사회를 유지하기 위하여 범죄를 예방하고, 국민의 생명과 재산을 보호하고, 국민의 기본권을 지켜주는 것이다.

또한 국민의 죽음에 대해 정확한 사인규명을 통해 국가적인 보건 정책 수립에 중요한 기초 자료로 삼고, 사망자 개인이나 이와 관계되는 사람들에게 국가나 사회가 부여한 모든 권리와 의무 사항을 합법적으로 정리할 수 있는 근거를 제공하여 주어야 하며, 그 죽음에 대해 인권 침해가 있었다면 이를 가려내어 침해된 인권의 회복과 동시에 사회질서를 유지하는 데 기여하여야 한다.

그러나 불행하게도 현행 우리나라 검시제도는 조사가 필요한 죽음이 고의 또는 잘못된 판단으로 은폐될 우려가 있고, 조사가 행해지더라도 검시관여자가 독립적이지 못하고 전문적이지 못한 관계로 조사결과의 정확성을 담보하지 못하고 있다.

법조계·의료계·국회와 정부는 앞서 언급한 현행 검시제도의 문제되는 요소를 과감히 제거하고 제도개선을 위한 심사숙고와 상응한 조치를 하여 "사회적 권력구조에서

우위를 점한 법조계는 막연히 검사의 지휘권을 고수하려 한다. 다른 쪽 당사자인 의료계는 법의학에 무관심하다. 그리고 '죽은 자는 투표하지 않기 때문에' 정치인은 이 문제를 방치한다."는 비난을 불식시켜야 할 것이다. 즉, 현행 검시제도를 획기적으로 개선하여 정확·신속히 검시하고, 타살의 경우 범죄행위의 재구성, 그리고 발견될 수 있는 가해자의 각종 증거를 효율적 수집함으로써, 범죄자의 조기 검거와 많은 수사상 인력과 비용의 낭비를 없애고, 만의 하나 억울한 죽음을 남기지 않기 위한 승고한 사명에 기여하여야 한다.

69) 서울지방경찰청 홈페이지(<http://www.smpa.go.kr/invpodori/invfla03.html>) 참조.

70) 런던경찰청 홈페이지(The London Metropolitan Police, <http://www.met.police.uk>) 참조.

■ 참고 문헌

I. 國內文獻

1. 單行本

이황우, 경찰행정학(제3판), 법문사, 2002
 국립과학수사연구소연보, 국립과학수사연구소, 2002
 범죄분석, 경찰청, 2001
 사망원인 통계, 통계청, 2001
 의과대학교육현황(제12집), 한국외과대학장협의회, 2002
 의문사진상규명위원회보고서 1차 1권, 의문사진상규명위원회, 2003

2. 論文 및 研究報告書

강신몽, 우리나라 검시제도의 개선방향, 수사연구, 1996. 8
 강신몽, 검시제도의 의학적 검토, 인권과 정의 244호, 1996. 12.
 김윤신, 변사체 부검을 위한 영장제도에 관한 고찰, 대한법의학회지 제25권 제1호, 2001
 김재선, 검시제도에 관한 연구-사법검시를 중심으로-.배재대학교 법무대학원 석사학위논문, 2001
 박의우·문국진, 각국 법의제도의 역사적 고찰, 대한법의학회지, 1983
 박의우, 일본의 검시제도, 대한법의학회지 제16권 제2호, 1992
 백형순, 우리나라 검시행정 실태에 관한 연구, 연세대학교 보건대학원 석사학위논문, 1993
 안원식, 검시제도의 실태와 개선방안, 강력검사연구논문집III, 대검찰청, 1993. 5

온대종, 초등수사에 관한 연구 -변사사건을 중심으로-, 전투발전, 육군교육사령부, 1998
 이기호·양문승, 수사요원 전문화 방안, 치안연구소, 1996
 이문재, 미국의 수색영장제도와 우리제도의 발전방향, 대한변호사협회, 인권과정의 제156호, 1989
 이문호, 과학수사의 현재와 미래, 검찰, 대검찰청, 2000.12
 이운성, 현장감식의 중요성과 일반원칙, 대한법의학회지 제24권 제2호, 2000
 이황우, 수사경찰의 전문화에 관한 연구, 형사정책연구원, 1991
 임규옥, 한국 검시제도의 문제점과 개선방안, 경북대학교 대학원 의학과 석사학위논문, 2003
 임규옥 외, 한국 검시제도의 문제점과 개선을 위한 제안, 경북대 의과대학 법의학과 교실, 2003
 표창원, 영미 과학수사제도 고찰, 대한법의학회지 제24권 제2호, 2000
 하태훈, 범죄수사단계에서의 사법경찰과 검경과의 관계, 홍대 논총 제30집, 1998
 한기민, 우리나라 검시제도의 개선방안에 관한 연구, 전남대학교 행정대학원 석사학위논문, 1998. 2.
 황적준, 검시제도의 효율적 운영에 관한 연구, 치안연구소, 2003

II. 外國文獻

Dean P : Death and its investigation. in Clinical forensic medicine. Derek Virtue, Datanet, ed. MeMclay WDS, 1996
 Pounder DJ : Law and forensic medicine in Scotland. Am J Forensic Med Pathol, 1993
 Voigt J : The teaching of forensic medicine in Denmark, Med Sci & Law, 1984
 The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice : Task Force Report, The Police, Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1967

III. 言論報道 및 Website

검시제도의 법적 검토, 법률신문 2564호, 법률신문사, 1997. 1

'국과수 현장검안' 경찰이 막아, 경향신문, 2004. 2. 19

'듀스' 멤버 살해혐의;김○○씨 무죄 확정, 조선일보, 1998. 2. 26.

'듀스' 김○○ 사건 개요-쟁점 약물치사랑-사망시각이 열쇠, 조선일보, 1996. 11. 7

'죽음의 알리바이를 푼다.' 한국일보 2004. 4. 30

<http://www.met.police.uk>(런던경찰청 홈페이지)

<http://www.fbi.gov/programs/lab/fsc/backissu/april2000/index.htm>.

(미연방범죄수사국 홈페이지)

<http://org.catholic.or.kr/chrc/summary.htm>.(이도행을 생각하는 모임)

<http://org.catholic.or.kr/chrc/qunda/examiner/htm>.(이도행을 생각하는 모임)

<http://org.catholic.or.kr/chrc/default0.htm>.(이도행을 생각하는 모임)

<http://www.sppo.go.kr/jsp/act/Act0303.js>(대검찰청 홈페이지)

<http://www.csi.or.kr/forum/medical/read.html?page=1&block=1&key=&keyfield=&uid=14>(법

의감식연구회 홈페이지)

외국 경찰 동향

1 RULES FOR INVESTIGATION THE SCENE OF CRIME
- ROMANIAN THEORY AND PRACTICES -
/ By Ph.D. Lecturer Lazar Carjan

2 中國의 民·警協力治安體制 「治安保衛委員會(治保會)」에 대한
고찰 / 金燦源

3 JAPPAT의 수상사고(受傷事故)에 관한 고찰 / 황영구