

24 임의수사의 본질과 한계

두문자 본질을 구별한 것 감사영, 적내문의 동보승이 거마

I. 서 설 (2점)

1. 의 의 (1점)

임의수사란 강제력을 행사하지 않고 상대방의 동의나 승낙을 받아서 행하는 수사기법을 말한다.

2. 문제점 (1점)

임의수사라 하여 무제한 허용되는 것은 아니므로 그 한계 설정이 필요하다.

II. 임의수사의 본질 (8점)

1. 임의수사와 강제수사의 구별기준 (3점)

가. ① 형사소송법이 명시적으로 규정하는 처분만을 강제수사로 보는 **형식설**, ② 물리적 강제력여부나 상대방의 의사 여하에 따라 판단해야 한다는 **실질설**, ③ 적법절차의 요청과 관련해 최저한도의 기본적 인권을 침해할 우려가 있는 경우를 강제수사로 보는 **적법절차기준설**이 대립된다.

나. 생각건대, 형식설은 신중수사기법을 모두 임의수사에 포함시켜야 한다는 난점이 있고, 적법절차기준설은 그 기준이 모호하다는 점에 비추어 실질설이 타당하다.

2. 임의수사와 강제수사의 한계점 (5점)

(1) 감청 (1점)

임의수사설도 존재하나, 프라이버시에 대한 중대한 침해를 야기한다는 점에서 강제수사에 해당한다.

(2) 사진촬영 (3점)

- ① 임의수사설, 강제수사설, 절충설(이분설)이 대립된다.
- ② 判例는 범죄의 현재성, 증거보전의 필요성, 긴급성, 상당성이라는 요건하에 영장없는 사진촬영도 허용된다고 판시하고 있다.
- ③ 생각건대, 수사기관의 사진촬영은 비록 상대방의 의사에 반하는 측면이 있지만 직접 강제를 행사하지 않으므로 긴급성·상당성 요건충족시 임의수사로 허용된다고 본다.

(3) 임의제출물 등의 압수(영치) (1점)

임의수사라는 견해가 있으나, 일단 제출한 후에는 제출자가 임의로 취거할 수 없다는 점에서 강제수사라고 봄이 타당하다.

III. 임의수사의 적법성의 한계 (9점)

1. 내재적 한계 (2점)

임의수사에 있어서도 수사의 필요성과 상당성이 인정되어야 하며, 상대방의 승낙이 전제되어야 한다.

2. 임의수사의 적법성이 문제되는 경우 (7점)

- (1) **임의동행** : 오로지 피의자의 자발적 의사에 의한 동행이 이루어졌음이 객관적 사정에 의해 명백히 입증된 경우 임의수사로 보아야 한다.
- (2) **보호실 유치** : 강제유치는 실질이 구속에 다름없고, 승낙유치는 구속제도를 잠탈한다고 볼 것이므로, 수사목적의 보호실 유치는 영장주의에 위배되는 위법한 구금이다.

I. 서 설 (1점)

강제처분인 압수에 의해 재산권은 제한되는바 재산권의 신속한 회복을 위해 압수물의 환부나 가환부 및 피해자 환부제도를 두고 있다.

II. 압수물의 가환부 (5점)

1. 의 의 (1점)

압수의 효력을 존속시키며 소유자, 소지자 보관자에게 잠정적으로 환부하는 제도를 말한다.

2. 대 상 (1점)

증거에 공할 압수물에 제한되며 물수의 대상은 가환부 할 수 없다.

3. 절 차 (1.5점)

가환부전에 피해자나 피고인 등에게 미리 통지하여야 하므로 피고인에게 의견진술 기회를 주지 않은 결정은 위법하다(判).

4. 효 과 (1.5점)

압수의 효력은 유지되고 가환부 받은 자에게 보관의무가 발생한다. 따라서 임의로 처분할 수 없고 법원이나 수사기관 등의 요구가 있을 경우 제출하여야 한다.

III. 압수물의 환부 (21.5점)

1. 환부의 의의 (0.5점)

종국적으로 소유자 또는 제출인에게 반환하는 처분을 말한다.

2. 환부의 대상 (4점)

가. 일반적 요건 (1점)

사건의 종결 전이라도 영장을 발부받지 못하거나 압수계속의 필요성이 없을 때 환부한다.

나. 기소중지시 의무 발생여부 (3점)

- ① 관련자 발견시 필요를 이유로 긍정하는 견해와 입증부족은 수사기관의 책임이므로 부정하는 견해가 대립된다.
- ② 판례는 기소중지처분시 관세장물이라 단정할 수 없는바 압수 계속의 필요성이 없다고 판시하였다.
- ③ 미래수사의 필요를 이유로 사인의 재산권을 제한하는 것은 부당하므로 부정설이 타당하다.

3. 환부의 절차 (12점)

가. 결정의 절차 (1점)

검사, 피해자, 피고인 또는 변호인에게 미리 통지하여야 하고 법원이나 수사기관의 결정에 의한다.

나. 환부의 상대방 (2.5점)

- ① 권리자중 누군가에 환부한다는 실체적 권리설과 제출인에게 환부한다는 피압수자설이 있다.
- ② 판례는 실체상의 권리와 상관없이 압수당시의 소지인에게 환부하여야 한다고 하여 피압수자설의 입장이다.
- ③ 환부가 압수를 해제하여 압수이전이 상태로 돌리는 것인바 피압수자설이 타당하다.

I. 서 설 (2점)

1. 의 의 (1점)

신체 자체를 검사의 대상으로 하는 강제처분을 말한다(제219조, 제140조). 신체외부와 착의 등 증거물을 찾는 신체수색과 구별된다.

2. 문제점 (1점)

신체검사의 법적 성질에는 압수·수색설, 검증설, 감정설 등이 대립된다. 이하 신체검사의 법적 성질과 절차를 살펴보기로 한다.

II. 형사소송법의 규정 태도 (5점)

1. 영장주의의 원칙과 예외 (1점)

신체검사도 원칙적으로 영장주의가 적용되나 제216조 내지 제217조에 따라 영장없이도 지문이나 족적채취등의 신체검사가 가능하다.

2. 신체검사에 관한 주의(제219조, 제141조) (2점)

- ① 신체검사에 있어서는 피검자의 건강과 명예를 해하지 아니하도록 주의하여야 하고,
- ② 피고인 아닌 자에 대한 신체검사는 증적이 현저한 경우에 한하며
- ③ 여자의 신체검사시에는 의사나 성년의 여자가 참여하여야 한다.

3. 신체검사시 병원 등으로의 인치 (2점)

압수·수색영장이나 검증영장이 발부된 경우라면, 별도의 체포영장이 없다하더라도 압수·수색과 필요한 처분이나 검증과 필요한 처분으로 대상자를 병원 등에 강제인치할 수 있다.

III. 체내신체검사의 한계 (17점)

1. 신체수색과의 구별 (4점)

(1) 신체수색의 의의 (1점)

신체수색이란 향문내·구강내 등 신체의 내부에 대한 수사기관의 강제수색을 말한다. 형사소송법은 수색의 대상에 신체를 포함시키고 있다.

(2) 요 건 (1.5점)

- ① 수색의 필요성 ② 압수물 존재의 개연성
- ③ 수색방법의 상당성이 요구된다. 따라서 전라수색등은 원칙적으로 허용되지 않는다.

(3) 절 차 (1.5점)

- ① 사전영장이 원칙이나 긴급한 경우 영장없는 수색도 가능하다(제216조 내지 제217조).
- ② 실력행사는 허용되나 필요최소한에 한하여야 하고
- ③ 여자의 신체 수색시에는 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다(제219조, 제124조)

2. 연하물의 강제배출 (4점)

(1) 의의 및 허용성 (1점)

피의자 등이 입으로 삼킨 물건 즉, 연하물 등을 구토제나 설사제 등을 사용하여 강제로 배출하게 하는 것을 말한다. 미연방대법원은 연하물의 강제배출은 양심에 대한 충격으로 불허된다고 판시하였으나 우리는 엄격한 요건하에 허용된다고 본다(다수설).

(2) 요 건 (1.5점)

- ① 압수대상물 존재의 명백성 ② 강제배출의 필요성 ③ 증거로서의 중요성 ④ 배출방법의 상당성이라는 엄격한 요건이 필요하다.

74 사법경찰관의 불송치결정권

두문자 의범! 중경은 협중참이 경합, 절검고통과 구이재처보

I. 서 설 (2점)

1. 의 의 (1점)

불송치결정이란 사법경찰관이 피의사건을 수사한 결과 범죄혐의가 인정되지 않는 경우 사건을 검사에게 송치하지 않고 종결하는 처분을 말한다. 1차적인 수사권을 보유한 사법경찰관의 판단을 존중하고, 피의자에게는 불필요한 이중수사를 회피하기 위해 2020.2.4. 도입한 제도이다.

2. 불송치결정의 범위 (1점)

사법경찰관의 불송치결정에는 혐의 없음, 죄가 안됨, 공소권 없음, 각하, **수사중지**, 참고인중지가 있으나 검사의 불기소처분과 달리 기소유예나 공소보류는 할 수 없다.

II. 불송치결정의 종류와 경합 (7점)

1. 불송치결정의 종류(수사준칙규정 제51조) (5.5점)

(1) **혐의의 불송치결정** : ① 피의사실이 범죄를 구성하지 아니하거나 인정되지 아니하는 경우(범죄인정안됨)나 피의사실을 인정할 만한 충분한 증거가 없는 경우(증거불충분)에 하는 **혐의 없음** ② 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 위법성·책임 조각사유가 있는 경우에 하는 **죄가 안됨**, ③ 소송조건이 결여되었거나 형이 면제되는 경우에 하는 **공소권 없음**, ④ 고소 또는 고발사건에 관하여 수사필요성이 없음이 명백한 경우에 행하는 **각하** 등이 포함된다.

(2) **수사중지** : 사법경찰관이 피의자의 소재불명 등의 사유로 수사를 종결할 수 없는 경우에 그 사유가 해소될 때까지 하는 처분으로 **수사중지처분**에 속한다.

(3) **참고인중지** : 고소인, 고발인 또는 중요 참고인의 소재가 불명인 때에는 참고인중지의 결정을 할 수 있다.

2. 불송치결정의 경합 (2점)

수사중지는 그 성질상 다른 불송치결정과 결합되는 경우가 없으나 혐의의 불송치결정 처분은 서로 결합하는 경우가 있다. 경합시에는 ① 각하 ② 공소권 없음(절차상사유) → 죄가 안됨(근본적인 사유) → 혐의 없음의 순서로 처리한다.

III. 불송치결정의 절차 (3점)

1. 검사에의 통지 및 서류송부 (1.5점)

사법경찰관은 피의자에 대한 수사의 결과, 범죄혐의가 있다고 인정되지 않는 경우에는 그 이유를 명시한 서면(불송치결정서)과 함께 관계 서류(압수물 총목록, 기록목록 등)와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. 이 경우 검사는 송부받은 날로부터 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다.

2. 고소·고발인에 대한 통지 (1.5점)

사법경찰관은 불송치결정을 검사에게 송부한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인 등)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 한다(제245조의6).

IV. 불송치결정에 대한 구제 (6.5점)

1. 고소인들의 이의신청 (1점)

사법경찰관으로부터 불송치결정 및 그 취지의 통지를 받은 사람(고발인은 제외)은 해당 **사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다.** 사법경찰관은 이의신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 이의신청인에게 통지하여야 한다(제245조의7).

2. 검사의 재수사요구권 (1점)

검사는 사법경찰관의 불송치결정이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있다(제245조의8 제1항). 재수사요청은 사법경찰관으로부터 관계서류와 증거물을 송부받은 날로부터 90일 이내에 하여야 한다.

3. 재수사요구에 대한 사법경찰관의 처리 (3.5점)

- ① 재수사를 한 사법경찰관은 범죄혐의가 있다고 인정되는 경우에는 사건을 검사에게 송치하여야 하고, 기존의 불송치결정을 유지하는 경우에는 재수사결과서에 그 내용과 이유를 구체적으로 적어 검사에게 통보하여야 한다.
- ② 사법경찰관이 불송치결정을 유지하는 통보를 한 경우에는 검사는 다시 재수사를 요청하거나 송치요구를 할 수 없다. 다만, 사법경찰관의 재수사에도 불구하고 ㉠ 관련 법리에 위반되거나 ㉡ 송부받은 관계 서류 및 증거물과 재수사결과만으로도 공소제기를 할 수 있을 정도로 명백히 채증법칙에 위반되거나 ㉢ 공소시효 또는 형사소추의 요건을 판단하는 데 오류가 있어 사건을 송치하지 않은 위법 또는 부당이

시정되지 않은 경우에는 재수사 결과를 통보받은 날부터 30일 이내에 시정조치요구의 경우에 준하여 사건송치를 요구할 수 있다(동규정 제64조 제2항 단서).

4. 형사보상청구권 (1점)

미결구금되었던 자 중 사법경찰관으로부터 불송치결정을 받은 자는 형사보상청구권을 할 수 있다(형사보상법 제27조 제1항).

V. 결어 (1점)

불송치결정권은 주체가 사법경찰관이고 기소 유예처분이 존재하지 않으며, 불송치결정에 대해서는 **고소인 등의** 이의신청 및 검사의 재수사요구, 사건송치요구 등에 의해 불복이 가능하다는 점에서 검사의 불기소처분과 구별된다. 독자적인 수사종결권이 도입된 이상 경찰실무에서는 책임수사의 원칙이 강조될 수밖에 없다.