

독일 지명수배의 법적절차를 규정한 형사소송법

이 주 일 (독일 외국법제조사위원, 신라대학교 교수)

I. 들어가는 말

우리나라는 수사를 강제수사와 임의수사로 나누고, 법익침해가 수반되는 수사의 방식에 대하여는 강제수사라고 하면서, 영장주의와 절차법정주의를 요건으로 하는 것이 보통이다. 그런데 오래된 수사관행 중에서 우리가 일상적으로 관공서의 벽면에서 흔하게 발견할 수 있는 현상수배와 같은 지명수배 공고문의 경우에 별다른 인식 없이 범인의 발견과 체포라는 수사활동의 목적을 위하여 게시되고 있다. 그러나 이는 헌법상 무죄추정의 원칙을 침해할 가능성이 존재하고, 인격권의 중대한 침해가 존재하는 것으로 분명하게 강제수사적인 성격을 띠고 있다고 할 것이

다. 그렇다면 이러한 수사방법이 정당화되기 위해서는 절차를 법정하여야 함에도 불구하고 우리 형사소송법에서는 이와 관련된 어떤 규정도 발견하기 어렵다. 따라서 독일의 형사소송법에서 이러한 규정을 명문화하고 있어서 간단하게 소개하고자 한다. 이 규정은 2000년 8월 2일의 1999년 형사소송개정법률에서 유래한다. 제13대 연방의회에서는 각 주들과 연방정부에 의하여 형사소송개정법률을 위한 초안들이 제출되었고, 이 초안들은 임기종료로 인한 회기불계속의 원칙에 의해 폐기되었다. 연방정부는 그 다음 연방의회에 개정된 초안을 다시 제출하였다.¹⁾ 이전 법률의 규정은 동일한 조문번호에 단지 지명수배서(Steckbrief)라는 표제를 가지고 규정되었었



1) 이 법의 기원에 대해서는 Hilger, NSTZ 2000, 561f. 이하 참조.

다. 그러나 입법자는 특히 독일연방헌법재판소의 인구조사판례(Volkszählungs-Urteil; BVerfGE 65, 1ff.)와 국가의 정보조사와 이러한 수배형태의 제한에 대한 독일연방헌법재판소의 인구조사판례의 강화된 요구들을 배경으로 하여 더 이상 시대에 적합하지 않은 것으로 간주했다. 따라서 지명수배서는 매스미디어를 이용하여 광범위하게 보충되거나 확대되었다. 게다가 인터넷을 통한 전자정보를 확보하고 조사하는 새로운 형태도 발생하였다. 특히 주목할 만한 것은 유죄의 확증을 담보할 수 있는 증인이 증언을 거부하고, 잠적한 경우에는 증인을 수배할 필요성이 있는데 이전의 규정은 이를 근거지을 수 없었다. 만약에 해석을 통한다 하여도 유추해석으로 허용될 수 없었다. 더욱 문제가 된 것은 매스미디어를 통한 수배에 대한 법적근거가 될 수 없다는 점이다. 이 점에 있어서 1999년 형사소송개정법률은 이전의 실무관행을 법률속으로 흡수하였다. 입법절차의 종료 바로 전까지 공개수배는 제1항에 포함되어 있었지만, 그러나 입법시에 제3항으로 독자적으로 규정되었다.

II. 독일형사소송법 제131조의 개정이전과 개정내용

1. 개정이전

제131조 【지명수배서(Steckbrief)】

(1) 체포영장 또는 구속영장을 근거로 하여 검찰청과 법관은 범죄피의자가 도주하거나 또는 잠적한 경우에 지명수배서를 발부할 수 있다.

(2) 범죄용의자가 도주하거나 또는 기타 감시로부터 벗어난 경우에만, 체포영장 또는 구속영장 없이도 지명수배서의 발부가 허용된다. 이 경우 경찰관청도 지명수배서를 발부할 수 있다.

(3) 지명수배서에는 수배된 자가 표현되어져야만 하고 그 경우 가능한대로 기술되어져야 한다. 혐의를 받는 범죄행위, 범행장소와 시간이 제시되어질 수 있다.

(4) 제115조, 제115조a는 준용된다.

2. 개정된 내용

제131조 【범죄피의자의 체포를 위한 수배공고(Ausschreibung)】

(1) 체포영장 또는 구속영장을 근거로 하여 법관 또는 검찰청(Staatsanwaltschaft)²⁾, 위험이 임박한 경우에는 검찰청의 보조자(법원조직법 제152조)는 체포를 위한 수배공고를 할 수 있다.

(2) 체포영장 또는 구속영장을 발부하는 데에 있어서의 전제조건을 충족하고 그에 대한 발부를 기다리는 것이 수배결과에 위험이 발생할 경우, 검찰청과 그 보조자(법원조직법 제152조)는

2) ※ 여기에서는 검찰청(Staatsanwaltschaft)과 검사(Staatsanwalt)를 구별하여야 함.

임의동행을 위해 필요한 경우 제1항에 따른 조치를 취할 수 있다. 체포영장 또는 구속영장의 발부에 관한 결정은 지체없이, 늦어도 1주 이내에 이루어져야 한다.

(3) 중요한 의미를 지닌 범행에 있어서 법관과 검찰청은 만약 소재확인을 통한 수사(Aufenthaltsermittlung)가 다른 방법으로는 그 결과를 특별히 기대할 수 없거나 현저하게 어려울 경우에 제1항 또는 제2항의 사건들에 관하여 공개수배(Öffentlichkeitsfahndung)를 취할 수 있다. 동일한 전제조건하에서, 위험이 임박하고 법관 또는 검찰청에 의하여 제때에 (이러한 공개수배가) 이루어질 수 없는 경우에는 검찰청의 보조자(법원조직법 제152조)가 이러한 권한을 가진다. 제2문의 경우 검찰청의 결정이 지체없이 이루어져야 한다. 이러한 확인이 24시간 이내에 이루어지지 않을 경우 그 명령은 효력을 상실한다.

(4) 범죄피의자는 가능한 한 정확하게 표시되어야 하고, 그 경우 필수적인 것이 기술되어야 한다. 초상에 관한 것(Abbildung)을 첨부할 수 있다. 혐의를 받는 범죄행위, 범행장소와 시간, 체포를 위하여 의미있는 상황들이 게시되어질 수 있다.

(5) 제115조, 제115조a는 준용된다.

III. 독일형사소송법 제131조 내용에 대한 해설

1. 체포를 위한 수배공고의 권한(제1항).

법관 또는 검찰청은 도주하거나 잠적한 범죄 용의자의 체포를 위한 수배공고를 명령할 수 있다(제1항). 이를 위한 전제조건은 원칙적으로 체포영장(제114조) 또는 구속영장(제126조의a)의 제시이다. 제36조 제2항 1문과는 달리 체포영장과 구속영장은 동일한 자격을 가진다. 추가적으로 만약 위험이 임박했을 경우에 검찰청의 보조자(법원조직법 제152조)도 이러한 조치를 명령할 수 있다. 입법자는 이러한 긴급권을 통하여 실무상의 필요를 충족시키고자 했다. 예를 들면, 경찰이 체포영장을 가지고 찾고 있는 범죄피의자가 잠적하거나 도주할 가능성이 있어 신속한 조치가 필요한 경우이다. 제131조의 규정은 이전의 제131조의 규정과 광범위하게 일치하지만, “지명수배서”라는 개념과 피의자가 도주하거나 잠적해야 한다는 이전의 기준을 포기했다. 뿐만 아니라 너무 엄격한 이전의 제131조의 예외조항을 벗어나서 전술한 수배공고는 체포영장 또는 구속영장 없이도 독자적으로 가능하다(제2항). 단지 일반적으로 유지된 형태인 “체포를 위한 수배공고”는 이전의 지명수배서에 관한 사례 뿐만 아니라, 체포를 하기 위하여 충분하다면 더 경미한 침해조치로 이해되어진다. 그 조치에 대한 명령의 적법성에 관한 판단에 있어서 중요한 관점은 바로 그 명령의 적법성이다(지배적 견해). 만약 새롭게 인지된 사항이 그 조치를 사실에 위반하거나 지나친 것으로 간주하면(갑자기 나타난 신뢰할 만한 알리바이 - 증인, 사람에 대한 혼동 등), 추후에 변화된 사정이 고려된다. 이

러한 규정은 집행절차에서도 사용되어질 수 있다(제453조의c 제1항, 제456조의a 제2항 3문, 제457조 제2항, 제3항).

2. 체포영장 또는 구속영장 없이 체포를 위한 수배공고의 권한(제2항).

체포영장 또는 구속영장이 아직 발부되지 않는다고 할지라도 적어도 그러한 종류의 체포영장 또는 구속영장을 발부할 수 있는 전제조건이 충족된 경우에는, 어떤 사람에 대하여 체포를 위한 수배공고를 할 수 있다(제2항). 따라서 이 조치는 긴급한(법규정의 의미에서) 범죄혐의, 체포 이유(범죄피의자의 도주, 도주위험 또는 잠적) 그리고 체포의 비례성을 인정할 수 있음이 요구되어진다. 범죄피의자의 임의동행(die vorläufige Festnahme)을 위한 수배공고는 이것에 따르면 특히 “필요(불가피)해야”만 한다. 즉 동일한 효과를 가지고 있고 보다 경미한 부담을 주는 수단을 통하여 대체되어질 수 없는 경우에만 허용된다. 그러나 이것을 위하여 체포영장 또는 구속영장의 발부를 기다리는 것이 수배결과를 위태롭게 해야만 하는 것이 부가적으로 필요하다. 이러한 규정을 위하여 사실적으로 승인되어야만 할 실무적인 필요성이 존재한다. 즉 인적 감시에 있어서 체포된 범죄용의자가 갑자기 달아나거나 무기 또는 대량의 마약류를 소지한 경우이다. 유럽의 국가간에 몰래 국경을 넘어 달아나는 것이 쉬운 일이라는 것과 관련하여, (영장발

부의 신청이) 영장전담관사(Haftrichter)에 의하여 (영장의 발부가) 이루어질 수 없거나 또는 곧바로 이루어질 수 없다 할지라도 곧바로 초지역적인 수배를 하는 것은 어느 정도는 합리적이다. 그런 종류의 전제조건이 결여된 체포에 관한 수배공고에 대한 권한은 검찰청과 그의 보조자에게 있다.

3. 공개수배(Öffentlichkeitsfahndung)(제3항).

중요한 의미를 지닌 범행에 있어서 법관 또는 검찰청은 제1항과 제2항의 사례에 관하여 공개수배를 명령할 수 있다. 공개수배는 불특정한 수신인에 대한 공적범위에 수배정보(증명사진, 신상명세 등)를 사용할 수 있게 하는데 명백하고 적절한 모든 종류의 수배를 말한다. 인쇄물, 라디오, 텔레비전, 프랭카드, 게시판, 스피커, 전단지, 전자매체 특히 인터넷, 또한 간행된 전화번호부에 있는 임의적 선택을 통한 공표 등이 이에 해당한다. 제131조의c 제2항 1문에서 명백하게 유래하는 것처럼, 비정기적인 인쇄물도 여기에 포함된다. 전자매체이지만 수사기관의 수배컴퓨터 또는 내부전산망에 등재하는 것은 공개수배에 해당하지 않는다. 왜냐하면, 여기에는 원칙적으로 불특정의 다수인이 이러한 정보를 공개적으로 사용할 수 없기 때문이다. 제1항과 제2항의 전제조건 이외에도 소재확인을 통한 수사가 다른 방법으로는 결과를 특별히 기대할 수 없거나 현저히 어려운 경우가 전제되어야만 한다(소

위 보충적 유보). 특별히 지속적으로 부담을 야기하는 수배의 방법에 대해서는 다시 한번 “필요성”이라는 비례성원칙이 특별히 강조되어야만 한다. 보충적 규정에 적합하기 이전에 우선적으로 취해질 수 있는 조치의 예로는 장소적인 추적이나 소재확인을 통한 수사를 위한 수배공고일 것이다(제131조의a). 우선 만약 이러한 조치들이 아무런 결과를 가져올 수 없을 때 (또는 모든 범죄적 경험지식에 따르면 아무런 결과를 가져올 수 없을 때), 또는 만약 추적작업에 있어서 기타의 돌이킬 수 없는 손해가 발생할 때에는, 이러한 폭로적이고 낙인을 찍는 추적기술을 사용할 수 있다.

4. 내용적인 지시사항(제4항)

제4항은 내용적인 명령 및 자격에 관하여 제시하고 있다. 범죄피의자 아닌 자에 대한 혼동 및 그로 인한 비난을 회피하기 위하여 범죄피의자에 대하여 가능한 한 정확하게 표시되어야만 한다. 찾고자 하는 사람의 이름만을 가지고는 혼동의 위험을 제거할 수 없거나 혼동의 위험을 회피하기 위한 경우에만 피수배자의 이름 이외의 것들도 허용되어진다. 첨부가능한 초상에 관한 것(제131조 제4항 1문, 2문)에는 사진, 소위 몽타쥬 사진 등이 속하지만, (비록 짧은 분량이라도) 연속적인 영상물은 이에 포함되지 않는다. 수배 결과에 도움을 줄 수 있는 경우에는 제4조 2문에 따라서 범죄혐의자가 혐의를 받는 범죄행위,

범행의 장소 및 시간, 체포를 위해 의미가 있는 상황들에 대하여 게시할 수 있다. 수사기관에 손쉬운 방법인 텔레비전을 통하여 경찰의 간접증거소재에 관하여 흥미본위의 편성을 통해 범죄혐의자 및 피해자의 행위상황 및 생활환경이 가상적인 사실로서 표현되는 수배의 전송은 제3항의 의미에서 공개수배에 허용되지 않는다.

5. 법관에 의한 구인(Richtervorführung)(제5항)

범죄피의자에게 제1항에 따른 조치를 취할 경우에는 체포영장 또는 구속영장을 근거로 하여 이루어진다. 따라서 제115조 이하에 따른 법관에 의한 구인에 관한 규정이 직접 준용된다. 제2항의 사례에서는 제5항이 유추해석을 통하여 제115조 이하 규정이 사용된다. 이것은 이전의 제131조 제4항과 동일하다. 즉, 제128조, 제129조에 따라서 절차가 진행되어지는 것이 아니라, 만약 이미 체포영장이 발부된 때에는 범죄피의자는 이에(제115조 이하)에 의해 절차가 진행된다. 주 지방법원 단독심의 경우에는 어떤 법관이 권한을 가지고 있는지에 대해서 확정되어 있지 않으면, 검찰청에 선택권이 주어진다. 경우에 따라서는 체포영장의 기간중에는 제115조의a, 제125조에 따라서 절차가 진행된다. 더 자세하게는 제128조, 제129조를 사용하는 것도 생각할 수 있는데, 이는 법적 규정을 통하여 명백하게 제외되어져 있다. 따라서 체포영장이 발부되지 않았다 할지라도 비실용적이고 피체포자에게 강한 부담이

되는 제115조의 a가 사용되어질 수 있다. 범죄피의자가 체포된 경우에는 만약 범죄피의자가 구금이 필요한 경우 관할 법관은 즉시 체포영장을 발부하여야 한다. 이것은 헌법 제104조 제3항 2문과 또한 제131조 제2항 2문에서 근거한다. 만약 범죄피의자가 원래의 관할 법관의 관할권내에서 체포되지 않은 경우에는 제115조의 a가 사용되어진다. (범죄피의자를 체포한) 차순위 법관(nächsterreichbarer Richter)은 체포를 위한 수배공고를 하고, 체포영장 또는 구속영장을 발부하고 팩스를 통해 이를 송달해야만 하는 원래의 관할 법관과 연락을 취해야만 한다. 헌법 제104조 제2항 2문, 3문, (형사소송법) 제128조 제1항 1문의 기간이 여기에서도 준용된다. 왜냐하면 그러한 규정들은 유럽인권협약(EMRK) 제5조 제3항 1문의 의미에 있어서 즉각성(Unverzüglichkeit)의 개념을 구체적으로 표현했기 때문이다. 구속결정이 이 기간안에 이루어지지 않은 경우에는 (또는 제131조 제2항 2문에 1주의 기간이 경과하거나 범죄피의자가 이 기간의 제7일째 체포되어진 경우에는), 차순위 법관은 범죄피의자를 석방하여야 한다. 다만 헌법 제104조에 따른 기간이 아직 경과하지 않았을 경우에는 그 탈출구로서 제127조 제2항에 따라서 절차를 진행할 수 있다. 정시에 체포영장이 발부되면 제115조의 a에 따라서 절차가 진행되고 피체포자는 체포영장법관의 관할권내로 이송되어야 한다. 차순위 법관은 체포영장의 발부에 대한 권한을

가지고 있지 않다. 왜냐하면 제115조의a의 직접적인 사용에 있어서 차순위 법관은 그러한 권한을 가질 수 없기 때문이다. 재소자가 수배공고에 의해서 체포되어지면(제457조 제2항 2문, 제3항 제1문), 관할 체포영장법관은 존재하지 않는다. 다만, 그가 탈옥한 교소도로 이송되어진다.

IV. 맺는 말

제131조의 의미에서 법관은 공소제기전에는 (제162조에 따른) 수사법관 또는 (소년법원에 관한 법률 제34조에 따른) 소년부 법관, 공소제기 후에는 (제126조 제2항 3문에 따른) 형사단독부 법관 또는 합의부 재판부의 주심이다. 관할 법관에 대해서는 제125조, 제126조에서 근거한다. 검사는 범죄적 경험지식을 근거로 한 제반상황으로 보아 수배공고의 의무가 있을 수 있다.

수배와의 관계에 있어서 절차상의 하지는 형사소송상 아무런 효과가 없으며, 그에 대한 것도 이용할 수 없다. 왜냐하면, 범죄피의자의 법적 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문이다. 여기서는 단지 직무상 책임에 대한 청구권만이 존재한다. 범죄피의자에 대한 수배와의 관계에 있어서의 하자(예를 들어, 하자있는 명령권, 중요한 범행개념에 대한 오판, 위협이 임박한 상황에 관한 잘못된 인용, 비례성원칙의 고려와 관련된 잘못된 결정 등)는 그 명령을 비록 위법하게 할지라도 다수설에 따르면 수배결과를 평가하는

데에는 아무런 영향을 미치지 못한다.

당사자는 수배조치와 형사소송에 있어서의 다른 침해에 대항할 수 있다. 그 사이 확고한 판례에 의하면 검찰청과 경찰에 의한 조치에 반하여 제98조의 유추해석을 통한 청구가 허용되어지고, 그러한 (수배)조치가 존속되어지는 경우에는 존속에 관한 확인청구 또한 계속 되어진다. *Wankel*은 그에 관해 내가 계속해서 비판한 것을 객관적으로 능가하지 못한다.³⁾ 왜냐하면 독일 연방헌법재판소는 그들의 가능성밖에 있는 것은 간단하게 판시하였는데, 왜냐하면 독일연방헌법재판소는 일관된 논증의 최소한의 기준만을 이행할 의무가 있기 때문이다. 텔레비전을 통한 수배(“미제사건 사건번호 XY”)에 대한 이의 신청에 관해서 법원조직법에 대한 시행법 제23조 이하는 아무런 규정을 두고 있지 않은데, 검찰청의 허가권에 초점을 맞추고 있는 듯 하다. 이에 관하여서는 법적 방법이 다양하게 제시된다, 예를 들면 송신자에 관한 일시적인 권한은 당사자사이에서만 영향을 미치고, 기타 다른 송신은 그러하지 아니하다. 이러한 권리는 기타 가족(부모, 형제자매, 자식)들도 가진다. 그러나 소송상 더 이상 실질적으로 영향을 미치지 않는 기본권침해 자체의 경우에는 최근의 독일연방헌법재판소

의 판례에 따르면, 침해가 지속되어지고 그 지속의 시간적 범위내에서 법적 보호를 구할 수 없을 때에는 항고가능성을 보장하고 있다.

이러한 개정법에 대하여 첫째, 입법자는 부분적으로 법치국가에서 가장 의문시되는 방법인 수배조치를 통하여 기본권 침해의 요건을 완화하였고, 또한 독일연방헌법재판소의 판례에 의해 요구되어진 명확성과 특정성의 명령에 일치하지 않는 모호하게 형성된 일반규정과 연결하였다. 둘째, 범죄피의자에 대한 수배에 있어서 입법자는 직업적 능력을 근거로 하여 완전하게 위임한 과제를 검찰청의 보조자에게 위임하였다. 셋째, 소재확인을 통한 수사를 위한 증인의 공개수배는 전체적으로 위헌적인 규정이다. 전래된 일반적인 국민의 증인의무로는 설명할 수 없고 정당화할 수 없는 기본권 침해에 관한 문제이며, 일반적 인격권의 새로운 유형의 기본권 침해에 관한 문제이다. 긴급사례의 경우 검찰청의 보조자가 명령권한을 가지는 것은 수용할 수가 없다. 넷째, 입법자는 새로운 규정으로 인해 부당하게 특별한 희생을 당한 사람에 대한 손해배상을 전혀 고려하지 않았다. 다섯째, 헌법의 작성자는 기본권 침해의 경우에 있어서 경찰국가와 유사한 모든 출현형태를 저지하고자 노력했

3) *Wankel*, KMR (8.Aufl.), 2001, Rn. 9.

다. 새로운 규정의 해석에도 이러한 헌법의 기본 정신이 의무지워져야 한다라는 지적이 독일에 있다. 그러나 우리나라의 경우에는 지속적인 인

권침해가 수반된 얼굴을 공개하는 수배형식에 대한 법적인 근거가 희박하다는 점은 개선을 요한다 할 것이다.