

## 현행범체포의 요건\*

대상판결: 91.9.24 대법원 제 2 부판결, 91도1314(법원공보 제908호(1991), 2642-2643면)

沈 義 基\*\*

### I. 사건의 개요

#### 1. 사실관계

A(문인현)는 김해여자중학교에 근무하는 교사이다. 그는 어느날 식칼을 들고 교장실에 들어가 교장을 협박하는 등의 소동을 피웠으나 그 자리에 있던 부모의 만류로 그 소동은 불과 5분만에 끝났다. 그후 A는 교장실을 나와 서무실에 앉아 있었다. 학교측으로부터 협박신고를 받고 출동한 경찰관들은 A를 체포하려고 하였다. 경찰관들이 A를 체포하려고 한 시간은 소란행위가 종료된 때로부터 40여 분 정도 지난 후이고 출동한 경찰관들이 A를 발견한 경위는 다음과 같다. 그들은 처음에 교감과 서무주임을 만났고 그 결과 A가 서무실에 있다는 사실을 알게 되었으며 경찰관들이 A를 체포하려는 장소도 서무실이었다. A는 경찰관들에게 구속영장의 제시를 요구하면서 동행을 거부하였다. 그럼에도 불구하고 경찰관들이 A를 연행하려고 하자 동료교사였던 피고인(김경만)은 A를 연행하려는 김해경찰서 수사과소속 경찰관들의 목살을 잡아 당기고 그 경찰관들이 A를 운동장에

\* 본연구는 영남대학교 법학연구소 제 1회 관제연구발표회(1993. 4. 7)에서 발표한 것을 수정보완한 것임

\*\* 영남대학교 법과대학 부교수.

세워져 있는 자동차에 태워 연행하려고 하자 그 자동차의 출발을 저지하려고 자동차의 문짝을 계속하여 잡아 당기는 등 위 경찰관들의 현행범체포업무를 방해하였다. 피고인은 부산지방법원에 공무집행방해(형법 제 136조 제 1항)<sup>1)</sup> 혐의로 기소되었다.

## 2. 재판의 경과

제 1 심(부산지방법원 1990.4.3.선고,89고단6751판결)과 제 2 심(부산지방법원 1991.5.3.선고,90노1410판결)은 피고인에게 공무집행방해죄가 성립함을 인정하였다(제 1 심은 징역 6월에 1년간 집행유예를 선고하였고 제 2 심은 징역 6월에 선고유예를 선고하였다). 제 1 심과 제 2 심은 A가 형소법 제 211조 제 1항의 '범죄실행의 직후(即後)인자'로서 현행범인이므로 A에 대한 경찰관들의 강제연행행위는 적법한 공무집행이라고 본 것이다. 이에 대하여 피고인은 A를 체포하려는 경찰관들의 체포행위는 소동이 일어났던 장소(교장실)가 아닌 다른 장소(사무실)에서 감행되었고 또한 소동이 있었던 때로부터 약 40분이 지나서 감행되어 시간적으로나 장소적으로나 '범죄의 현행성'이 없으므로 적법한 공무집행으로 볼 수 없다고 주장하면서 상고하였다.<sup>2)</sup>

## 3. 쟁점

본건에서의 직접적인 쟁점은 형소법 제 211조 제 1항의 '범죄실행의 직후'라는 현행범 또는 현행범체포의 요건을 어떻게 이해할 것인가 하는 점이다. 제 1 심과 제 2 심은 본건에서 현행범으로서의 요건이 충족되었다고 본 것이고 피고인(상고인)은 현행범으로서의 요건이 충족되지 못하였다고 주장하고 있다.

1) 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년이하의 징역에 처한다.

2) 유원규, 현행범인인 "범죄실행의 직후인자"의 범위, 법조 433호, 1992.10.87-96면.

#### 4. 대법원판결요지

형소법 제 211조가 현행범으로 규정한 '범죄실행의 직후인자'라고 함은 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 '체포하는 자의 입장에서 볼 때 명백한 경우'를 일컫는 것이며.... 시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는 자가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만 현행범으로 볼 수 있는 것이다.... 본건에서 경찰관들이 A를 체포할 당시 그 학교의 교사로서 서무실에 앉아 있던 A가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 체포자인 경찰관들에게 명백히 인식될 만한 상황이었다고 단정하기 어렵다. 물론 A가 형소법 제 211조 제 2항 각호의 1에 해당하는 요건을 갖추고 있어서 그를 준(準)현행범으로 볼 수 있었던 것인지의 여부는 별개의 문제이다. 그럼에도 불구하고 원심(原審, 제2심)은 A의 범죄의 실행과 체포당시의 구체적 상황을 조금 더 세심하게 심리하여 과연 죄증이 현존하는 것으로 판단되는 상황에서 경찰관들이 A를 체포한 것인지의 여부를 가려보지도 아니한 채, A가 범죄실행의 직후인자로서 현행범인이라고 단정하였으니, 원심판결에는 심리를 제대로 하지 아니하였거나 현행범인에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하지 않을 수 없다.

## II. 연구

### 1. A의 협박행위의 동기

공소외(公訴外) A가 교사의 신분으로 교장실에서 식칼을 휘두르면서 교장을 협박하는 행위는 특수협박(형법 제 284조의 특수협박)<sup>3)</sup>의 구성요건에 해당하는

3) 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 전조 제 1항(협박), 제 2항(준속협박)의 죄를 범한 때에는 7년이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

범죄행위이다. A는 왜 그러한 상식에 어긋나는 행동을 하였을까? 대법원은 원심이 '범죄의 실행과 체포당시의 구체적 상황을 조금 더 세심하게 심리할 것'을 촉구하고 있다. 그러므로 본건에서 A의 행위동기를 살펴 보면 사건을 보다 구체적으로 이해하는데 도움이 될 것이다. 대법원 판결에는 나타나 있지 않지만 A는 교장이 70고령인 자신의 부모를 학교에까지 불러서 자신으로 하여금 전교조(전국 교직원 노동조합)에서 탈퇴할 것을 종용하려 한다는 사실에 분격하여 칼을 들고 교장실에 들어가 학교의 비열한 행동을 성토했다면서 "차라리 이 칼로 나를 죽이고 탈퇴각서를 받으라"고 말하는 등의 소동을 피웠으나 그 자리에 있던 부모의 만류로 그 소동이 끝났다고 한다<sup>4)</sup>. 사정이 이러하다면 A의 협박행위는 보통의 협박행위와 두가지 점에서 다른 특성을 띠고 있다. 첫째 A의 행위는 교장의 분별 없는 행위에 의해서 유발된 측면이 있다. 헌법 제 13조 제 3항은 '모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다'고 규정하고 있고 우리는 이 규정을 연좌제(連座制)폐지규정으로 이해하고 있다. 그 조항은 전(前)근대적인 공동책임의 잔재를 불식시키고 개인책임의 원칙을 국가법질서의 기틀로 설정하여 개인인격존중주의를 뒷받침하려는 조항이다. 그러므로 A의 개인적 양심에 입각한 결단(전교조가입)을 공동책임의식에 젖어 있는 A의 부모의 사고방식을 빌려 번복시키려는 교장의 행위는 헌법정신에 반하는 비신사적인 행동이다. 둘째 A의 행위는 해악의 방향이 상대방에게 향하여 있지 않고 오히려 상대방으로 하여금 자신을 해하라고 하는 자학적인 성격을 갖고 있다는 점에서 죄질이 높다고 보기 어렵다. 물론 그렇다고 해서 위와 같은 두가지 사정이 A의 행동을 정당화시켜 주는 사정이 될 수는 없다. 그러나 그와 같은 사정은 구속사유의 인정과 양형(量刑)상 고려되어야 할 사정일 것이다. 이제 이러한 사실관계를 전제로 하여 본판결을 검토해 보자.

4) 유원규, 상계논문, 95면.

## 2. '범죄실행의 즉후'의 의미

본판결은 사전 영장주의의 예외사유인 현행범인의 요건에 관한 것으로서는 최초의 대법원판결<sup>5)</sup>이라는 점에서 그 의의가 크다. 현행범의 요건으로서의 '범죄의 실행중'이란 범죄의 실행에 착수하여 실행을 종료하지 못한 상태를 말하는 것으로서 이와 관련되는 특별한 문제는 없다. 문제는 범죄실행의 즉후란 요건을 어떻게 이해할 것인가 하는 점이다. 이 문제에 대하여 종래의 학자들은 '행위를 종료한 순간 또는 이에 접착한 시간적단계를 말한다'<sup>6)</sup>, '실행행위와의 시간적 접착성이 있어야 한다'<sup>7)</sup>고 하여 실행의 즉후의 의미를 '시간적 근접성'<sup>8)</sup>의 뜻으로 이해하고 있다. 그리고 여기서의 시간적 근접성의 개념에는 '범인이 범행장소를 이탈한 때에는 시간적 접착성도 인정되지 않는다는 점에서 동시에 장소적 접착성' 개념도 포함되어 있는 것<sup>9)</sup>으로 보아야 할 것이다. 본판결은 "범죄의 실행행위를 종료한 즉후라고 함은 범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접착된 시간적 단계를 의미한 것"이라고 하여 종래 주장되고 있던 학설을 수용한 것으로 보인다. 그러면 여기서 말하는 '시간적 장소적 근접성'이라는 요건을 어떤 기준에서 인정하고 또는 부정할 것인가? 본 판결은 이 점에 대해서 자세히 언급하고 있지 않다. 그러므로 여기서 잠깐 이 문제를 조금 더 상세히 살펴 볼 필요가 있다.

## 3. 시간적 근접성과 장소적 근접성

실행행위를 종료한 후 어느 정도의 시간이 경과하면 현행범이 아니게 되는가

5) 유원규, 상개논문, 96면.

6) 이재상, 전정판 형사소송법, 박영사, 1991, 248면.

7) 백형구, 전정증보판 형사소송법강의, 박영사, 1988, 276면.

8) '접착성'이라는 용어보다는 '인접성', 또는 '근접성'이라는 용어가 적절할 것으로 본다. 신동운, 형사소송법, 법문사, 1993, 119면은 인접성이라는 용어를 쓰고 있다.

9) 이재상, 전개서, 248면.

10) 小野清一郎의 3인면, 포켓刑事訴訟法(上), 有斐閣, 1986, 485면.

하는 문제를 판단하는 것은 쉬운 문제가 아니지만 '극히 근접한 장소적 시간적 범위'라면 현행범이 아니라고 해야 할 것이다<sup>10)</sup>. 먼저 시간적 근접성의 한계를 살펴 보기로 하자.

시간적 근접성의 한계를 숫자상으로 한정할 수는 없지만 대체로 3.40분정도가 최대한이 될 것이다<sup>11)</sup>. 그러나 이것은 어디까지나 대체적인 기준에 불과하다. 일본판례중에는 폭행과 기물손괴의 범행으로부터 3.40분후의 체포를 적법한 것으로 본 판례가 있는가 하면 협박범행으로부터 약 1시간 20분후의 체포를 적법하다고 한 판례도 있다. 그러면 3.40분 정도라는 기준은 어떤 근거에서 나온 것인가? 그것은 '신고를 받은 경찰관이 현장에 출동하는데 통상적으로 소요되는 시간'에서 온 것이다. 현행범은 누구든지 체포할 수 있지만 개인이 체포하는 경우는 드물고 경찰관이 신고에 의해 현장으로 달려 가서 체포하는 경우가 많을 것이기 때문이다<sup>12)</sup>. 다음에 장소적 근접성의 한계를 생각해 보자.

현행범은 시간적 단계상의 개념이지만 범행후의 시간적 경과에 의해 범인은 범행현장으로부터 이동할 것이 예상된다. 범인이 범행현장으로부터 이탈할수록 범행과 체포의 근접성이 희박해짐은 물론 다른 사람과 뒤섞여 범인의 명백성이 상실되므로 현행범의 요건으로서의 시간적 근접성요건속에는 장소적 요소도 포함되어야 한다. 본판결에서 대법원이 '시간적으로나 장소적으로 보아 ...죄증이 존재하는 경우에만 현행범인으로 볼 수 있다'고 한 것은 이러한 취지의 판시인 것으로 해석된다. 역시 장소적 근접성이 상실되는 거리를 숫자상으로 한정하려는 것은 곤란한 일이다. 절대적인 거리가 중요하지 않은 것은 아니지만 그보다는 다른 사람과 뒤섞여 범인의 명백성이 상실되기에 이르렀는가여하가 중요할 것이다.

본건에서 경찰관들이 A를 체포하려고 한 것은 A의 실행행위가 종료된 때로부터 40여분 정도가 지난 후였으며 체포하려고 한 장소도 범죄실행장소(교장실)가 아닌 다른 장소(서무실)였다. 매우 한계적인 상황이지만 이러한 정도의 정

11) 青柳文雄의 4인편, 註釋刑事訴訟法 2, 立花書房, 1987, 171면.

12) 青柳文雄의 3인편, 상계서, 171-172면.

황이라면 시간적으로나 장소적으로나 근접성의 요건이 상실되었다고 보기 어렵다. 그렇기 때문에 대법원이 원심판결을 파기한 직접적 이유는 다른데 있다. 그것은 시간적 장소적 근접성요건이 상실되었기 때문이 아니라 범인과 범증의 명백성이라는 현행법체포의 또하나의 요건이 갖추어져 있는지 여하가 밝혀지지 않았기 때문이다. 다음 항에서 이 점에 대하여 검토해 보자.

#### 4. 범인과 범증의 명백성

##### (1) '범인과 범증의 명백성' 요건이 필요한 이유

현행법체포의 경우 수사기관으로 하여금 영장없이 체포할 수 있도록 하고 수사기관이 아닌 일반인에게도 체포권을 준 것은 범죄가 명백하고 범인이 명백하여 범인의 오인(誤認)과 권한남용의 우려가 없기 때문이다. 객관적으로는 현행범인이라 하더라도 그것이 외부적으로 명백하지 않으면 현행범인이라고 할 수 없다. 따라서 예컨대 중수뢰죄(贈收賂罪)의 경우 금품수수의 현장을 목격했어도 그 현장 상황으로부터 중수뢰죄인 것이 명백하지 않으면 현행범이라고 볼 수 없다<sup>13)</sup>.

##### (2) 현행범의 요건인정과 그 자료

범인과 범증의 명백성은 누구라도 알 수 있을 정도로 외부적으로 명백해야 하는가? 현행범인은 '누구든지' 체포할 수 있으므로 누구든지 알 수 있을 정도로 외부적으로 명백해야 한다는 견해도 있을 수 있으나 수사기관이나 개인이 사전에 수집해둔 객관적 자료와 특수한 지식이나 경험에 의해 상대방이 중수뢰범, 마약범, 문서위조범의 현행범이라는 것을 알 수 있었던 경우에는 현행범으로 체포할 수 있다는 견해가 있을 수 있다<sup>14)</sup>. 본판결은 "체포하는 자의 입장에서 볼 때...체포를 당하는 자가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우" 현행범인으로 볼 수 있다고 하여 후자의 입장을 취한 것이다.

13) 小野清一郎의3인판, 전게서, 484-485면.

14) 青柳文雄의 4인판, 전게서, 173면.

## 5. 체포의 필요성

현행범(준현행범을 포함하여)을 체포하는 경우에도 형소법 제 70조 제 1항의 구속사유(주거부정, 도망의 염려, 증거인멸의 염려)가 필요한가? 본건에서는 이 문제가 거론되지 않았지만 이 문제도 현행범체포와 관련하여 검토해야 할 문제중의 하나이다. 형소법은 또하나의 영장주의의 예외인 긴급구속에 대해서는 구속의 필요성이 구속의 요건임을 명문으로 규정하고 있으나 현행범체포에 대해서는 명문의 규정이 없으므로 체포의 필요성이 현행범체포의 요건이냐가 문제된다. 강제처분은 필요한 최소한도내에서만 허용되어야 한다는 강제처분의 일반원칙을 고려하고 형소법 제 214조가 경미한 범죄의 현행범인에 대해서는 주거불명을 체포의 요건으로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 체포의 필요성(구속사유)도 현행범체포의 요건이라고 보아야 한다<sup>15)</sup>. 다만 현행범의 체포에는 통상 긴급성이 내재되어 있으므로 체포의 필요성은 명백히 체포의 필요성이 없는 경우에는 체포할 수 없다는 소극적인 의미로 이해해야 할 것이다<sup>16)</sup>.

본건에서 대법원은 범죄와 범인이 명백하지 않다는 이유로 원심판결을 파기하였지만 설사 그 요건이 긍정된다고 하더라도 체포의 필요성을 인정하기 곤란한 사안이었다고 생각한다. A는 교사이기 때문에 특별한 사정이 없었던 형소법 제 70조 제 1항의 구속사유에 해당되는 경우가 드물 것이기 때문이다.

## Ⅲ. 결어

앞에서 말한 바와 같이 본판결은 현행범체포의 요건에 관한 최초의 대법원판결이라는 점에서 주목되는 판결이다. 본판결은 첫째 현행범체포의 요건으로서 '범죄실행의 직후'의 의미를 범죄실행종료로부터의 시간적 장소적 근접성의 의

15) 백형구, 전계서, 279-280면, 이재상, 전계서, 251면, 신동운, 전계서, 120면, 熊谷弘의2인편, 捜査法大系1(第田實造집필), 日本評論社, 1972, 153-156면.

16) 이재상, 상계서, 251면.



미로 이해하였으며 둘째 범인과 범중의 명백성이 현행법체포의 요건임을 분명히 하였으며 셋째 현행범인임을 인정할 수 있는 인식자료의 판단기준을 체포자의 입장에 두고 있다는 점에서 이후의 사례에서 지도적인 판결로서의 기능을 수행할 것이다. 다만 본판결은 범죄실행의 직후라는 요건인정문제에서 본사안이 시간적 장소적 근접성요건을 충족시켰는가를 따져 보지 않고 그 다음 요건인 범인과 범중의 명백성요건이 갖추어지지 않았음을 긍정했다는 점에서 특이한 경우에 속한다고 할 것이다. 시간적 장소적 근접성의 문제와 범인과 범중의 명백성의 문제는 서로 긴밀히 결합되어 있는 경우가 대부분이기는 하겠지만 논리적으로는 위의 두 요건을 구별하는 것이 좋다고 생각한다.

그런데 이 논문을 작성한 이후 최근에 현행법체포의 요건에 관한 주목할 만한 대법원판결이 나왔다. 이 판결의 요지는 다음과 같다.

원심은, 위 오경환(경찰관:필자주)이 112 신고를 받고 출동하여 피고인을 체포하려고 할 때는, 피고인이 서울 성동구 사근동에 있는 무학여고 앞길에서 피해자 주한식의 자동차를 발로 걷어차고 그와 싸우는 범행을 한 지 겨우 10분 후에 지나지 않고, 그 장소도 범행 현장에 인접한 위 학교의 운동장이며, 위 피해자의 친구가 112 신고를 하고 나서 피고인이 도주하는지 여부를 계속 감시하고 있던중 위 신고를 받고 출동한 위 오경환 외 1인의 경찰관들에게 피고인을 지적하여 체포하도록 한 사실을 인정한 다음, 피고인은 "범죄 실행의 직후인 자"로서 현행범인에 해당한다고 판단하였는 바, 원심의 이러한 판단은 당원의 위 견해에 따른 것으로서 옳고, 그렇다면 위 오경환이 피고인을 체포하려고 한 행위는 현행범의 체포행위로서 적법한 공부집행이라고 하겠으므로, 논지들도 모두 이유가 없다.<sup>17)</sup>

이 판결의 기초가 된 사실관계는 전형적으로 실행행위 종료로부터 시간적·장소적 근접성이 수긍될 수 있는 사례에 속한다. 그리고 체포자의 입장에서 볼 때 방금 범죄를 실행한 범인이라고 볼 증거가 명백히 존재하는 경우의 사례 (피해자의 친구가 112신고를 하고 나서 피고인이 도주하는지 여부를 계속 감시하고 있다가 경찰관에게 피고인을 지적하여 체포하도록 한 사례)를 제공하고 있다는 점에서도 앞으로 지도적인 판결이 될 것으로 보인다.

17) 1993. 8. 13. 제 3부 판결, 93도926(법원공보 제 953호(1993), 2484면)