체포영장에 예심판사의 서명이 결여된 경우 피의자를 석방하도록 하는 조항을 폐지한 개정사항의 위헌 여부[1)]

1. 사건개요

청구인(프랑스어권 및 독일어권 변호사회)은 벨기에 헌법 제12조[2)]와 유럽인권협약 제5조[3)] 위반을 이유로 '신문을 받는 자의 권리에 관한 2016년 11월 21일 법률' 제7조 4° 및 5°의 무효를 청구하였다. 청구인은 자유를 박탈당한 자는 그에 대한 체포영장이 이를 발부한 담당 판사에 의하여 서명되지 않은 점이 밝혀지면 석방되어야 한다는 문장이 포함된, '미결구금에 관한 1990년 7월 20일 법률' 제16조 § 6 제1항이 심판대상 법률 제7조 5°로 개정되면서 폐지된 것은 헌법에 위반된다고 주장하였다.

청구인에 따르면 위 조항에서 보장하는 자유와 안전에 관한 권리는 판사에 대한 접근을 의미하는데, 이는 판사가 단기간에 결정의 적법성에 관한 판단을 내리고 그 결정이 위법한 경우 - 체포영장에 서명이 결여된 경우 이는 명백하다 - 석방을 명하도록 하게 함이다. 이렇듯 판사의 서명 결여는 결정에 중대한 영향을 미치는데, 서명의 존재 자체가 쟁점이 될 수 있기 때문이다. 한편, 체포영장의 서명으로는 자의적 결정의 위험을 완화할 수 없다.

---

1) Arrêt n° 91/2018 du 5 juillet 2018.

2) 벨기에 헌법 제12조 "1. 개인적 자유는 보장된다. 2. 누구든지 법률이 정하는 경우에만, 그리고 법률이 정하는 형식에 의하여만 소추될 수 있다. 3. 현행범의 경우를 제외하고, 누구든지 판사에 의한 결정에 근거하여만 체포될 수 있으며, 이는 자유의 박탈 이후 늦어도 48시간 이내에 통고되어야 하고 미결구금만을 수반할 수 있다."

3) 유럽인권협약 제5조 신체의 자유와 안전에 대한 권리 "1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 어느 누구도 다음의 경우 외에 그리고 법률로 정한 절차를 따르지 아니하고는 자유를 박탈당하지 아니한다. (…) 다. 범죄를 범했다고 의심할만한 합리적인 이유가 있을 때 또는 범죄의 수행이나 범죄수행 후의 도주를 방지하기 위하여 필요하다고 믿을만한 합리적 이유가 있을 때, 그를 권한있는 사법당국에게 회부하기 위한 목적에서 실시되는 합법적 체포 또는 구금. (…) 3. 본조 제1항 다호 규정에 따라 체포 또는 구금된 모든 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 그는 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 재판 중에 석방될 권리를 가진다. 석방은 재판을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 할 수 있다. 4. 체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지 법원이 그의 구금의 합법성을 지체 없이 결정하고, 그의 구금이 합법적이 아닌 경우에는 석방이 명령되도록 법원에 절차를 취할 권리를 가진다. (…)" 정인섭 편역, 중보 국제인권조약집, 경인문화사, 2008, p. 618.

청구인은 결국 입법자에 의한 체포영장의 유효성에 대한 통제와 증거의 유효성 통제의 비교는 타당하지 않다고 주장하였다.

2. 관련 국내법 규정

(1) 벨기에 헌법

제12조

1. 개인적 자유는 보장된다.

2. 누구든지 법률이 정하는 경우에만, 그리고 법률이 정하는 형식에 의하여만 소추될 수 있다.

3. 현행범의 경우를 제외하고, 누구든지 판사에 의한 결정에 근거하여만 체포될 수 있으며, 이는 자유의 박탈 이후 늦어도 48시간 이내에 통고되어야 하고 미결구금만을 수반할 수 있다.

(2) 미결구금에 관한 1990년 7월 20일 법률

제16조

§ 1. 만일 오로지 공공의 질서를 위한 절대적 필요성이 있다면, 그리고 피의자에게 징역 1년형 또는 더 중대한 형이 예상된다면, 예심판사는 체포영장을 발부할 수 있다.

예심판사는 또한 체포영장이 교도소 안에서, 또는 전자장비를 통한 구금을 통하여 집행되어야 하는지 결정한다. 전자장비를 통한 구금은 당사자로 하여금 허가된 이동 외에는 특정 장소에 영구적으로 머물도록 함을 의미하며, 이는 국왕령에 의해 정해진 방법에 따른다.

이 조치는 즉각적 진압 또는 다른 모든 구속의 방법을 목표로만 취할 수 있다.

만일 적용될 수 있는 형의 상한이 징역 15년형을 넘지 않는 경우, 체포영장은 피의자가 체포되지 않는 경우 새로운 범죄나 경범죄를 저지르거나, 사법작용을 회피하거나, 증거를 인멸하거나 제3자와 결탁할 우려가 있다는 중대한 이유가 있을 때에만 발부될 수 있다.

(...)

§ 5. 체포영장은 그 발부 이유를 포함하며, 당해 행위가 범죄 또는 경범죄를 구성하는 근거인 법률 규정을 제시하며, 확고한 유죄의 증거를 기재한다.

판사는 영장에 사건의 사실관계 및 § 1에 규정된 기준을 참작한 미결구금을 정당화하는 피의자의 특성을 기재한다. 이러한 내용이 결여된 경우 피의자는 석방된다.

예심판사가 체포영장이 전자장비를 통한 구금에 따라 시행되어야 한다고 결정하는 경우, 판사는 전자장비를 통한 구금 내용을 기재한다.

체포영장은 피의자가 사전에 의견을 제시하였음을 적시한다.

§ 6. 체포영장은 이를 발부한 판사에 의해 서명되고 그의 관인이 찍힌다. 판사의 서명이 결여된 경우 피의자는 석방된다.

피의자는 영장에 이름이 기재되거나 가능한 한 명확히 특정된다.

(...)

(3) 신문을 받는 자의 권리에 관한 2016년 11월 21일 법률

제7조

2016년 8월 3일 법률에 의하여 마지막으로 수정된 (미결구금에 관한 1990년 7월 20일 법률) 제16조의 수정사항은 다음과 같다.

(...)

4° 제5문단 제2항 '이러한 정보가 결여된 경우 피의자는 석방된다.'의 문장은 폐지된다.

5° 제6문단 제1항 '판사의 서명이 결여된 경우 피의자는 석방된다.'의 문장

은 폐지된다.

3. 판결요지

(1) 벨기에를 구속하는 조약 규정이, 본 재판소의 관할 하에 속하고 그 위반이 주장되는 헌법조항 중 하나와 비슷한 효력을 가지는 경우 이러한 조약 규정에 의해 인정되는 보장은 관련 헌법 규정에 의해 인정되는 보장과 분리될 수 없는 전체를 구성한다.

(2) 헌법 제12조와 유럽인권협약 제5조가 모두 개인적 자유를 보장하고 있으므로, 본 재판소는 이 헌법 조항의 견지에서 통제권을 행사하는 경우 상기한 유럽인권협약 조항을 고려하여야 한다.

(3) 인신보호법의 근본적 중요성을 고려할 때, 개인적 자유에 대한 모든 제한은 제한적으로 해석되어야 하며 그 합헌성은 가장 신중하게 심사되어야 한다.

(4) 유럽인권재판소는 체포영장에 영향을 미치는 일체의 하자가 구금 자체를 불법으로 만들지는 않는다고 판시한 바 있다. 원칙적으로 구금의 기간이 사법적 결정에 근거하여 이루어지고, 그 자체로 자의적이지 않은 경우 이는 합법적이다. 영장이 자동적으로 유럽인권협약 제5조를 위반하는 경우는 단지 중대하고 명백한 위법이 있는 경우이다.[4)]

(5) 체포영장을 발부한 판사의 서명은 본질적 형식이다. 예심판사의 서명이

---

4) 예시로 유럽인권재판소 1996년 6월 10일, *Benham c. Royaume-Uni,* §§ 42-47; 1999년 8월 4일, *Douiyeb c. Pays-Bas,* §§ 44-55; 2003년 10월 28일, *Minjat c. Suisse,* §§ 38-49; 2005년 9월 8일, *Khudoyorov c. Russie,* §§ 127-133; 2008년 3월 4일, *Marturana c. Italie,* §§ 78-82; 2009년 7월 9일, *Mooren c. Allemagne,* §§ 82-89; 2013년 2월 12일, *Yefimenko c. Russie,* §§ 101-111.

결여된 경우 피의자를 석방하는 조항을 당해 법률 제7조 5°을 통해 폐지하는 것은 이러한 형식을 준수하지 않아도 더 이상 제재되지 않는다는 결과를 야기한다.

오직 예심판사의 서명만이 체포영장이 위 재판관으로부터 발부되었다는 사실을 보장한다. 개인의 자유의 본질적 특성을 고려하면, 이러한 절차의 누락은 불가항력의 경우에서조차도, 중대한, 따라서 회복할 수 없는 위법을 구성한다.

따라서 '2016년 11월 21일 법률' 제7조 5°는 무효로 되어야 한다.

(6) 헌법 제12조 제3항은 개인이 자유를 박탈당한 때로부터 48시간 내에 서명이 된, 판사가 발부한 영장을 기준으로 한 체포의 대상이 되는 경우에만 동조 제1항에서 보장하는 개인적 자유에 대한 제한을 허용한다.

파기원의 판례에 의하면, "체포영장의 합법성을 심사하는 예심재판권은 치유할 수 없는 하자가 아닌 것에 한하여 잘못된 체포이유를 올바른 이유로 수정하거나, 영장에 존재할 수 있는 오류를 바로잡는 방법으로 체포이유를 정정할 권한이 있다."[5] 심판대상조항은 체포영장이 이유제시를 포함하지 않는 것을 허용함으로써 헌법 제12조를 위반한다.

그러므로 '2016년 11월 21일 법률' 제7조 4°는 무효로 되어야 한다.

(7) 당해 결정으로 인하여 무효로 되는 법률조항에 기초해 이미 발부된 모든 체포영장이 재검토되는 것을 방지하기 위하여, '헌법재판소에 관한 1989년 1월 6일 특별법률' 제8조 제3항[6]을 적용하여 무효화된 법률조항의 효력을 유지할 필요가 있다.

4. 주문

5) Cass., 27 mai 2015, *Pas.*, 2015, n° 348.

6) 벨기에 헌법재판소에 관한 1989년 1월 6일 특별법률 제8조 제3항 "헌법재판소는 필요하다고 여기는 경우, 무효로 결정된 조항의 효력을 즉시 무효로 하거나 또는 헌법재판소가 정하는 기한 동안 잠정적으로 유지할 것을 일반조항으로써 정한다."

신문을 받는 자의 권리에 관한 2016년 11월 21일 법률 제7조 4° 및 5°를 무효로 한다.

무효화된 당해 법률조항에 근거하여 2018년 9월 1일 이전에 발부된 모든 체포영장의 효력은 유지한다.

헌법재판소에 관한 1989년 1월 6일 특별법 제65조에 따라 2018년 7월 5일 네덜란드어와 프랑스어로 작성 및 선고된다.