

영장주의의 적용범위에 대한 고찰

- 헌법재판소 2017헌바157·2018헌가10(병합) 결정
평석을 곁하여 -

김 봉 연*

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 헌법재판소의 결정
- III. 대상 결정을 통한 영장주의 적용범위에 대한 논리적 검토
- IV. 앞으로의 입법적 보완

I. 들어가는 말

영장주의란 “수사기관”과 “형사절차”를 전제로 하는 개념으로¹⁾ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때는 검사의 신청과 법관이 발부한 영장이 요구된다는 명확한 원칙이다. 하지만 “행정기관”의 “행정절차”에서 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때는 어떻게 되는가? 이에 대해서는 견해가 대립한다. 즉, 국가기관이 형사처벌을 하기 위하여 강제권을 발동하는 경우와 행정벌을 위하여 강제력을 발동하는 경우로 구분하여 영장주의 적용 여부를 달리하고 있다.

‘무엇’이라는 목적을 기준으로 할 때 절차가 다를 수 있다는 것에 수긍될 수 있을지 몰라도, 시각을 조금 돌려 ‘누구에게’라는 기준으로 볼 때 국민에 대한 통제 수단이라는 점은 별반 다르지 않다. 경찰 공무원이나 행정부 공무원이나

* 충남대학교 일반대학원 법학과 박사수료(공법전공).

1) 성문규, “헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰 : 영장관련 조항의 개헌 및 입법경위를 중심으로”, 『저스티스』 제162호, 한국법학원, 2017, 7면.

국민을 감금한다는 점에서 별반 다르지 않다.

헌법은 둘을 전혀 구분하지 않고 국가기관과 국민 간의 관계만을 설정하고 있다. 하지만 그러지 않는 헌법해석은 또 다른 의미에서 국민의 기본권에 대한 침해이자 헌법위반의 문제를 발생시킬 수밖에 없다. 이하에서는 최근 헌법재판소의 결정에 대한 평석을 통하여 이 문제를 다루어보고자 한다. 그리고 이런 해석이 올바른지에 대한 논의를 전개해 보고자 한다.

II. 헌법재판소의 결정²⁾

1. 사실관계

청구인 甲은 육군에서 병포수로 근무하던 중 성실의무 위반 등을 이유로 영창 7일의 징계처분을 받고 항고하였으나 기각되자 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기하고 재판 계속 중 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자 헌법소원심판을 청구하였고(2017헌바157), 청구인 乙은 해군에서 조리병으로 근무하던 중 근무지이탈금지의무 위반을 이유로 영창 15일의 징계처분을 받고 항고하였으나 기각되자 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기하면서 항소심 계속 중 위헌법률심판제청을 하였고, 제청 법원은 위 신청을 받아들여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다(2018헌가10).

2. 신체의 자유에 대한 과잉금지원칙 위반이라는 법정의견

병(兵)을 대상으로 한 영창 처분은 “부대나 함정 내의 영창, 그 밖의 구금장소에 감금하는 것”이라고 규정하고 있으므로, 신체의 자유를 제한하는 구금에 해당하고, 헌법 제12조가 보호하는 신체의 자유에 대한 제한이 된다.

심판대상 조항은 병의 복무규율 준수를 강화하고, 복무 기강을 엄정히 하여 군의 지휘 명령체계의 확립과 전투력 제고를 목적으로 하고 있어 입법목적은 정당하고, 복무규율 위반자에 대하여 강력한 위하력을 발휘하고 있는바, 수단

2) 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2027헌바157, 2018헌가10(병합) 결정.

적합성도 인정된다. 하지만 영창제도가 가진 위하력이 인신 구금보다는 병역법상 복무기간의 불산입에서 기인하는 바가 더 크다는 지적에 비추어 볼 때, 심판대상 조항은 병의 신체의 자유를 필요 이상으로 과도하게 제한하므로, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다. 또한, 병의 복무 기강을 엄정히 하여 지휘 명령체계 확립과 전투력을 높인다는 공익은 국토방위와 직결된 것으로 매우 중요한 공익이지만, 병의 신체의 자유를 과도하게 제한할 수 있도록 규정되어 제한되는 사익이 병의 복무 기강을 엄정히 한다는 공익에 비하여 결코 가볍다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상 조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못하여, 심판대상 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 제한한다.

3. 영장주의 위반이라는 보충의견

헌법 제12조제3항에서 강화된 보호장치를 마련한 것은 실질적으로 수사기관에 의한 인신구속과 같은 효과를 발생시키는 인신 구금은 영장주의의 적용대상이 되어야 한다.

영창 처분은 형식적으로는 형벌이 아니라 하더라도 실질적으로는 인신 구금이 행하여지는 형사처벌과 다르다고 평가하기 어렵다. 따라서 영창 처분은 인신 구금과 같이 기본권에 중대한 침해를 가져오는 것으로 영장주의 원칙이 적용되어야 한다.

4. 영장주의, 적법절차원칙 그리고 신체의 자유에 반하지 않는다는 반대의견

영장주의는 형사절차와 관련된 강제처분에만 적용되고, 병에 대한 징계를 정하고 있는 심판대상 조항에도 그대로 적용된다고 볼 수 없다. 영창 처분이 구금형과 유사하게 운영되고 있으므로 영장주의가 적용되어야 한다는 주장은 영창제도의 운용상 문제로 인해 신체의 자유를 과도하게 제한한다는 논거에 불과할 뿐이다.

심판대상 조항에 대해 헌법상 영장주의가 그대로 적용되지 않는다고 하더라도, 적법절차원칙에 위배되는지를 판단할 때는 영장주의의 이념을 고려하여 더 엄격하게 심사하여야 한다. 영창 처분은 군의 징계별로서 내부적 질서 유지와

지휘 명령체계를 확립시키는 것을 목적으로 하고, 군 조직으로부터 독립된 지위에 있는 사람이 아니라고 하더라도 객관적이고 중립적인 위치에서 인신 구급의 타당성을 심사할 수 있도록 보장되어 있고, 영창 처분의 발령과 사후 구제 절차에도 자의와 남용을 방지하며 실효적인 구제 수단이 마련되어 있다면 심판대상 조항이 적법절차원칙에 반한다고 볼 수 없다.

심판대상 조항은 복무규율 위반자에 대하여 일정 기간 제한된 장소에 인신을 구금하는 징계처분으로서 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정되며, 우리나라의 안보 현실에 비추어 침해의 최소성 원칙에 반하지 않고, 병의 복무 기강을 엄정히 하며 지휘권을 확립함으로써 달성되는 공익은 매우 크다고 할 것이어서 과잉금지원칙에 반하여 병의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

5. 기존 전투경찰순경에 대한 영창 사건

1) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 영창제도와 관련하여 전투경찰순경 사건에서 영창제도가 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하면서³⁾ 적법절차원칙과 더불어 신체의 자유에 대한 과잉금지원칙에 위반되지 않는 이유를 다음과 같이 판시하고 있다.

첫째 영창 규정에 대한 다양한 불복절차가 마련되어 있어 헌법에서 요구하는 절차적 보장이 충분히 이루어지고 있는 만큼 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

둘째 전투경찰순경의 복무규율 위반에 대한 제재의 필요성이 있고 징계처분은 다른 징계에 비하여 제재의 효과가 크므로 목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다. 또한, 대간첩작전 또는 치안 유지와 같이 전투경찰대가 수행하는 국가적 기능의 중요성 등을 고려할 때 법익의 균형성 원칙도 충족하여 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

반대로 위헌의견은⁴⁾ 신체를 구속당하는 국민은 원칙적으로 헌법 제12조제3항의 영장주의가 적용된다. 이 사건 영창 처분은 행정기관에 의한 구속에 해당하지

3) 헌법재판소 2015. 3. 31. 선고 2013헌바190 결정.

4) 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 강일원으로 위헌의견이 다수이지만 위헌 결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 위헌 결정을 하지 못하였다.

만, 그러한 구속이 법관의 판단을 거쳐 발부된 영장에 의하지 않고 이루어지므로, 헌법 제12조제3항의 영장주의에 위배된다. 헌법 제12조제3항은 헌법 제12조제1항의 특별규정이므로, 적법절차원칙 위반 여부를 별도로 판단할 필요는 없다.

2) 영창제도에 대한 대상 결정과의 관계

영창제도와 관련하여 2013헌바190 결정(이하 “기존 결정”이라 함)과 대상 결정을 분석해 보면, 합헌의견은 영창제도에 대하여 적법절차원칙과 신체의 자유에 대한 과잉금지원칙에 대하여 살펴보고, 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 반면, 위헌의견은 기존 결정에서는 영창제도가 영장주의에 위반되고 신체의 자유에 대한 과잉금지원칙에도 부합하지 않는다고 판단하였지만, 대상 결정에서는 신체의 자유에 대한 과잉금지원칙 위반 여부만을 판단하였고, 보충의견에서 영장주의를 판단하였다는 차이가 있다.

Ⅲ. 대상 결정을 통한 영장주의 적용범위에 대한 논리적 검토

1. 징계제도로서의 영창제도

징계제도의 본질은 공무원의 직무상 의무위반 그 밖에 비행이 있는 경우 공무원 관계의 질서를 유지하고 기강을 단속하여 공무원의 의무를 다하도록 하는 제재이다.⁵⁾ 영창제도는 오직 병(兵)에 대한 신체의 자유를 박탈하는 징계제도로서 1949년 헌병부대령에 따라 시행되어 인신구속의 가장 전형적인 사례로서 인정됐다.⁶⁾

영창제도의 필요성은 첫째 형사처벌을 최소화하여 전과자를 양산하지 않고, 둘째 단순 형사범을 신속하게 처리하여 자살이나 무장탈영 등 군 관련 대형 사고를 예방할 수 있으며, 마지막으로 전투력과 군기 유지를 위하여 하급 부대 지

5) 대법원 1983. 6. 28. 선고 83누130 판결.

6) 남선모, “군(軍) 영창제도의 개선에 관한 고찰”, 『법학연구』 제63권, 한국법학회, 2016, 116면; 송광섭, “징계영창처분의 문제점과 인권개선방안”, 『피해자학연구』 제12권 제1호, 한국피해자학회, 2004, 96면.

휘관이 행사할 수 있는 불가피한 가장 효과적인 조치라는 점이 제기되고 있다.⁷⁾

반면에 영창제도의 문제점으로 지적되는 사항은 신체의 구금에 해당하여 형벌과 같다는 점, 둘째 자의적 구금으로 인하여 인권침해의 요소가 많다는 점, 셋째 징계 기준이 자의적이며, 넷째 영창으로 인하여 신체 구금을 하였음에도 불구하고 복무기간이 연장되는 이중처벌이고, 다섯째 법률적 심의 없이 이루어져 위법이며, 마지막으로 헌법상 기본권인 신체의 자유 등의 침해와 더불어 무죄 추정의 원칙에도 반한다는 점이다.⁸⁾ 덧붙여 위헌·위법이라는 논거에 대한 반대 논거는 군대의 특수성과 편의성으로 요약될 수 있다. 즉, 첫째 1계급 강등은 연대장급 이상의 부대장 승인이 필요하여 징계벌의 효과가 없으며, 둘째 휴가 제한은 1회 5일이고 복무기간에 최대 15일을 초과할 수 없는 한계가 있고, 셋째 근신은 징계권자가 지정하는 일정 장소에서 반성케 하는 것인데 효과가 미비하다는 점, 마지막으로 영창은 중대장 이상 지휘관의 명령에 따라 가장 손쉽게 징계벌을 극대화할 수 있다는 점이 주장되고 있다.⁹⁾

2. 합헌의견에 대한 분석

합헌의견은 이 사건은 행정절차이므로 영창주의가 적용되지 않는다고 보았으며, 적법절차원칙은 객관적이고 중립적인 지위를 가진 기관과 소송절차가 마련되어 있다는 이유로 그리고 과잉금지원칙은 군대의 특수성이라는 프레임 속에 영창제도를 넣어 합헌성을 논증하는 방식을 채택하였다. 이하에서는 각각의 사항에 대하여 논리적 흠결을 발생시킨 합헌의견의 문제점을 지적해 보고자 한다.¹⁰⁾

-
- 7) 이세주, “징계처분에 의한 인신구속의 헌법적 검토”, 『헌법학연구』 제18권 제3호, 한국헌법학회, 2012, 380-381면.
- 8) 이만중, “군 징계 영창제도 개선에 대한 법적고찰”, 『한국경찰연구』 제8권 제3호, 한국경찰연구학회, 2009, 131-133면; 이세주, 앞의 논문, 382-393면; 송광섭, 앞의 논문, 96면.
- 9) 송광섭, 앞의 논문, 107-108면; 비슷한 논거로서 신속한 집행과 상대적으로 큰 징계 효과, 그리고 지금까지 영창제도가 계속 유지된 것이 효과적인 수단으로 인식되었다는 점뿐만 아니라 사안에 따라서는 형사처벌보다 비행자의 불이익을 최소화하는 수단으로 작용할 수 있기 때문이라고 본다. 박종형, “영창제도의 필요성과 효과, 그리고 개선지점에 대하여”, 『군영창제도의 문제점 및 개선방향 : 제도개선이나 폐지나 토론회 자료집』, 이철희의원실, 2016, 92면.
- 10) 합헌의견이 가지는 오류의 근본적 이유는 영창주의가 형사절차에만 적용될 뿐 징계절차에는 적용되지 않는다는 극히 간략한 결론만을 선언하고 그 이유에 대하여 설명하지 않았기 때문이다. 김하열, “행정상의 인신 구금과 영창주의 - 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바190 결정”, 『최신판례분석』 제65권 제7호, 법조협회, 2016, 452-453면.

1) 적법절차원칙에 포함되는 영장주의와 영창제도의 관계에 대한 논증

합헌의견은 첫째 영장주의는 형사절차에 적용되는 제도로서 징계절차인 행정절차에는 그대로 적용될 수 없다. 둘째 영장주의는 적법절차원칙으로부터 도출되는 헌법상 원칙으로 형사절차에만 적용된다. 셋째 적법절차원칙은 형사절차뿐만 아니라 모든 국가작용 전반에 적용되므로, 행정절차인 영창제도는 헌법상 적법절차원칙을 준수하여야 한다고 판시하였다.

종합하면 영장주의(x)는 형사절차(A)에 적용되고, 영창제도(z)는 행정절차(B)이므로 영장주의와 영창제도는 다르다($x \neq z$). 그러므로 영장주의(x)의 특성을 영창제도(z)에 “그대로” 적용할 수 없다. 그러나 형사절차와 행정절차는 모두 적법절차원칙이 적용되므로 영창제도(z)를 해석할 때는 영장주의(x)의 이념을 고려하여 “보다 엄격하게 심사하여” 영창제도(z)를 판단하여야 한다는 것이 합헌의견의 논거이다.

형사절차와 행정절차 그리고 그 하위 개념인 영장주의와 영창제도가 별개의 제도이지만 적법절차원칙에서 도출되었다고 하여 이분법적 논거는 존재할 수 없다. 따라서 상위의 개념에 포섭되는 사회적 개념은 양자를 관통시키는 공통된 요소가 무엇인지를 찾는 작업이 선행되어야 한다. 즉 동물 중 육식동물인 호랑이와 초식동물인 기린을 파악할 때에는 먼저 포유류라는 공통된 특징이 무엇인지를 먼저 찾아보고, 이러한 기준에 따라 호랑이가 가지고 있는 포유류의 특성을 통하여 기린이 가지고 있는 특성을 판단하는 데 고려하여야 한다고 치환시키는 것이 합리적인 논리 전개 방식이다.

원안에 대입시켜 보면, 적법절차원칙에 포함되는 형사절차와 행정절차가 가지는 공통된 요소가 무엇인지를 파악해 보고, 영장주의에서 가지고 있는 이러한 공통된 요소가 과연 영창제도에도 적용되고 있는지를 살펴보아야 하지, 영장주의와 영창제도가 전혀 별개의 제도로서 단지 적법절차원칙에 포함된다는 이유만으로 다른 제도를 해석하는 데 있어서 엄격히 심사해야 한다는 것은 타당하다고 볼 수 없다.

대사관결의 합헌의견은 영창제도가 구금이면서 동시에 신체의 자유에 대한 침해라는 점에서 적법절차원칙과 영장주의의 연결고리를 끊기는 어려우니 엄격심사라는 탈출구를 열어 놓고 적법절차원칙에 포섭시켜 절차적 정당성으로 합헌성의 논거를 풀어나가려고 하였으나 사회현상에 대한 이분법적 논거로서 영

장주의와 영창제도의 연결고리를 끊어 놓은 상태에서 공통점을 배척하는 문제점을 노출 시켜버렸다.

2) 불복절차의 존재와 위헌성 판단

적법절차원칙이 어느 범위까지 적용되는 것인가와 관련하여 헌법재판소는 절차적 적법성뿐만 아니라 실제적 위헌성 심사 기준으로도 활용될 수 있다고 보고 있으며,¹¹⁾ 학설의 일부 견해도 이를 긍정하지만,¹²⁾ 우리나라의 헌법 체계에서는 절차적 정당성 심사로서 충분하다는 견해도 존재한다.¹³⁾¹⁴⁾

하지만 어느 견해에 의하더라도 절차적 보장으로서 적법절차원칙이 적용되어야 한다는 점은 분명하다. 다만, 합헌의견은 적법절차원칙의 합헌성을 논증하는 과정에서 절차적 측면의 중요성과 더불어 과연 합리적인 절차나 과정이 제공되었는지에¹⁵⁾ 대한 판단 없이 너무 쉽게 실효적 운영이라는 허황한 표현으로¹⁶⁾ 합헌성을 추정하였다. 즉, 위헌적인 행정행위가 벌어진 상황에서 사법적 권리구제절차가 존재한다는 이유만으로 행정행위의 위헌 문제를 부정해 버리는 우를 범한 것이다.

절차적 정당성은 기본권 침해를 방지하기 위하여 자의적인 판단이 배제될 수 있는 공정한 절차의 마련을 기대하는 것인데, 합헌의견은 공정한 절차와 자의적인 판단 자체에 관한 군대의 특수성에 대하여 설명하면서 “군 조직으로부터 독립된 지위에 있는 사람이 아니라고 하더라도 객관적이고 중립적인 위치에서 인신 구급의 타당성을 심사할 수 있도록 보장”이라고 하여 군 조직으로부터 독

11) 헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2003헌바31 결정, 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌바25 결정, 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정, 헌법재판소 1995. 3. 23. 선고 92헌가14 결정 등.

12) 이와 관련하여 대표적인 견해로 임지봉, “미국 헌법상의 적법절차조항과 그 운용”, 『미국헌법연구』 제17권 제1호, 미국헌법학회, 2002, 311면.

13) 정문식, “헌법상 적법절차원칙 - 헌법재판소 결정에 나타난 적법절차원칙 적용의 문제를 중심으로 -”, 『외법논집』 제44권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2020, 100-101면.

14) 대륙법계는 실체법 중심으로 국가의 공익 실현 의무를 중시하지만, 영미법계는 절차적으로 제어하면 충분하다는 사상에 근거한다. 이계수, “절차적 정의의 신자유주의적 변용 - 행정절차법의 입법사를 중심으로”, 『민주법학』 제70호, 민주주의법학연구회, 2019, 60-72면.

15) 김혜원, “헌법상 적법절차원칙과 영장주의”, 『공법학연구』 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017, 65-66면.

16) 적정절차로서 인권담당 군법무관의 적법성 심사 제도가 있으며, 2015년부터 2019년 10월까지 심사된 약 7만3천 건 중 약 50%에 대하여 부적법 의견이 제시되었으며 그 중 약 98%가 그대로 수용되어 유효한 통제 수단으로 작동하고 있다는 것을 제시한 것이 전부이다.

립되지 않은 사람이 중립적인 의견을 개진할 수 있다고 표현함으로써,¹⁷⁾ 행정 절차에 대한 정당성을 부정하고 적법절차원칙의 형해화를 초래하고 있다. 즉, 군의 특수성으로 충분한 고지와 항고 절차 등을 통한 일반적인 자기방어가 어려울 뿐만 아니라 자유로운 의견제시 등의 가능성이나 실효성이 어려운 상황에서 인권담당 군법무관의 충분한 조력을 받는다는 것은 현실적인 한계를 가질 수밖에 없기 때문이다.¹⁸⁾

3) 군대의 특수성과 과잉금지의 원칙 위반 여부

군대는 전쟁과 같은 특수 상황에 대비하는 조직이지만, 그 조직의 구성원인 군인에 대해서는 법치주의가 적용되어야 하고,¹⁹⁾ 군대라는 이유만으로 배제되어서는 안 된다.

합헌의견은 군대의 특수성을 통하여 군인의 기본권을 제한할 수 있음을 전제로 “병의 복무 기강을 엄정히 하고 지휘권을 확립하는 것”이라고 하면서 “병은 의무복무 중이기 때문에 신분상 불이익을 주는 일반적인 징계로는 … 효과를 기대하기 어렵다.”라고 단정하고 있다. 하지만 반대로 지휘권 확립과 병과의 관계를 설명하지 못하고 있으며,²⁰⁾ 징계의 효과는 복무기간 증가 때문이라는 것이 다양한 연구와 조사에서 확인되고 있는 상황에서²¹⁾ 병만이 차별적인 기본권 침해를 받는 결과가 되어버렸다.

국민의 기본권 보장 더 나아가 흠 없는 권리 보장이 국가기관의 사명으로 작

17) 이런 문제와 관련하여 대상판결의 범정의견이 잘 지적하고 있다. 즉, 인권담당 군법무관은 군법무관 중에서 임명하므로(군인사법 제59조의2 제4항) 법률전문가라고 할 것이지만, 헌법과 법률에 따라 그 양심에 따라 독립하여 심판할 수 있도록 권한과 신분이 보장된 법관에 해당하지 않고, 오히려 소속 부대의 법무참모 등의 임무를 수행하면서 인권담당 군법무관을 겸임함에 따라 대부분 각 군의 사단급·전단급 및 비행단급의 부대장 지휘·감독을 받는 지위에 있으므로 중립성과 독립성이 보장된다고 볼 수 없다고 하였다. 헌법재판소, 「헌법재판소 판례집」 제32권 제2집, 헌법재판소, 2021, 225면.

18) 이세주, 앞의 논문, 391면; 송광섭, 앞의 논문, 96-97면.

19) 류지영, “군형법상 항명죄와 죄형법정주의”, 「법학연구」 제63권, 한국법학회, 2016, 60면.

20) 범정의견은 부사관과 병 간의 차이에 대하여 복무의 내용과 조직, 진급, 전역체계, 보수와 연금 등의 지급에 상당한 차이가 있어서 양 집단 간의 비교 대상이 된다고 보기 어렵다고 전제하고 있지만, 그렇다고 하여 병에 대한 제한의 이유가 배제되어야 한다는 의미는 아니다.

21) 국회의 심의과정에서도 이러한 영창제도의 위하력에 대해서는 인정하고 있지만, 위하력의 유무는 일정한 장소에 구금되기 때문이라기보다는 영창기간 동안 군 복무기간이 연장되기 때문이라는 점이 인정되었다. 국회, 제371회 국회(정기회) 제1차 법안심사제2차소위 회의록, 2019. 11. 20., 23면.

용하고 있는 상황에서 손쉬운 징계방식이고 군대이기 때문에 법치주의의 실질적 측면이 배제되고 형식적인 요건만 충족하면 된다는 합헌의견의 논리는 받아들이기 어려울 뿐만 아니라, 앞서 찬반 의견 모두가 군대의 특수성을 영창제도의 존재 이유로 제시하였다는 점에서 더 심도 있는 논증이 이루어지지 못한 아쉬움이 남을 수밖에 없다.

4) 합헌의견에 대한 평가

형사절차 중 일정한 요건이 행정절차에도 적용돼야 한다면 그 이유는 적법절차원칙의 하위 유형에 속하기 때문이 아니라 적법절차원칙을 해석하면서 형사절차와 행정절차를 아우르는 공통된 법 원칙이 인정되고 그러한 요건이 비록 형사절차에서 유발되었더라도 행정절차에 적용돼야 하기 때문이다. 만약 합헌의견이 형사절차의 일정한 요건이 행정절차에도 검토돼야 하는 의미였다면 그러한 요건이 형사절차에 국한되지 않고 다른 경우에도 포섭돼야 한다는 일차적 해석이 전제되어야 하고 이후 행정절차에 있어서 이러한 요건이 이렇게 적용되어야 한다는 논증이 이루어졌어야 한다.

합헌의견은 형사절차인 영장주의를 고려하여 “엄격 심사”라는 말로만 포장할 뿐 전혀 엄격하지 않은 해석으로 합헌 결과를 도출해 버렸다. 또한, 적법절차원칙이 절차적 정당성을 위한 헌법상 대원칙으로서 각각의 절차에 지켜야 할 요건이 있음에도 이를 무시하고 사법심사 가능성만을 이유로 적법절차원칙을 준수하였다고 하여 권력분립의 원칙을 부정하는 방향으로 영장주의를 이끌고 나갈 수도 있게 만들어 버렸고, 군대의 특수성이라는 모호한 기준으로 인하여 군대를 법치주의의 바깥 범주로 날려버리는 잘못을 해버렸다.

헌법재판소는 국가기관의 권력 행사를 옹호하는 기관이 아닌 국민의 기본권을 보호하기 위한 최후의 헌법기관으로서 “제복을 입은 시민”인 군인의 마그나 카르타(Magna Carta)를²²⁾ 보장했어야 했음에도 불구하고 군대의 특수성이라는 핑계로 군인 특히 병이라는 존재를 망각한 해석에 불과하다고 볼 수밖에 없다.

22) 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시민’”, 『형사법연구』 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009, 376면.

3. 법정의견에 대한 분석

영창제도가 헌법에 위반되는지에 대하여 대상 결정과 기존 결정은 전혀 다르지 않다. 비록 위헌이 되기 위해서 단 하나의 기본권에 위반된다고 결정하여도 충분하다는 반론이 제기될 수 있지만,²³⁾ 종전의 공인된 소수의견을 배제하고 신체의 자유에 대한 입법적 한계만을 검토한 부분에 대해서는 그 논증의 필요성이 제기될 수밖에 없다.²⁴⁾

헌법재판소는 헌법에 대한 다양한 해석 가능성을 제시하고 선택해 나가야 할 헌법기관으로서²⁵⁾ 설득력이 있지 못한 결정문은 헌법재판소에 대한 민주적 정당성을 의심하게 만들 수밖에 없으므로,²⁶⁾ 이하에서는 영장주의가 형사절차를 전제로 한 것인지와 더불어 영창제도가 이러한 영장주의에 위배되는 것인가에 대하여 명확하게 살펴보고자 한다.

1) 신체의 자유와 적법절차원칙 그리고 영장주의

헌법 제12조는 명문의 규정으로 특정한 절차를 전제로 하고 있지 않다. 그러다 보니 헌법 제12조의 신체의 자유, 적법절차원칙 그리고 영장주의의 적용 범위와 관련하여 다툼이 발생한다. 하지만 신체의 자유는 인간이 존엄성을 가지고 자신의 가치를 만들어나가기 위한 최소한의 자유로서 헌법 제12조제1항 및 제3항은 그 한계를 명시하고 있고,²⁷⁾ 적법절차원칙도 독자적인 헌법의 기본원리로서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과 구분되어²⁸⁾ 국가 행위 통제에 있어서 공백이 발생할 때 이를 메우기 위한 보충적 차원의 권리라는 점 등을 고려하여 보았을 때, 영장주의는 신체의 자유와 적법절차원칙을 보장하기 위한 하나의 도구로서 이해되어야 한다.²⁹⁾

23) 정주백, “과잉금지원칙에 관한 관견 : 현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기”, 『헌법재판연구』 제2권 제2호, 헌법재판연구원, 2015, 270면.

24) 허완중, “헌법재판에서 소수의견제도”, 『헌법재판연구』 제6권 제1호, 헌법재판연구원, 2019, 200면.

25) 허완중, “2020년 헌법 판례에 관한 비판적 회고”, 『안암법학』 제62호, 안암법학회, 2021, 4면.

26) 허완중, 앞의 논문, 74면.

27) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌바25 결정

28) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

29) 김해원, 앞의 논문, 67-74면.

2) 영장주의와 헌법해석

헌법해석은 문언적·역사적 의미, 논리적 또는 체계적 그리고 목적론적 해석 뿐만 아니라 사회적 기준을 포함한 종합적 해석이 필요하지만,³⁰⁾ 일차적으로는 문언적 의미를 기초로 하는 해석기준이 전제되어야 한다.³¹⁾

이에 따라 문언적 해석으로서 의견 대립 없이 인정될 수 있는 명제는 다음과 같다.

첫째 영장주의는 적법절차원칙에 근거한다.

둘째 형사절차에는 영장주의가 적용된다.

셋째 헌법 제12조제3항은 영장주의의 헌법상 근거가 된다.

그리고 현재 학설이나 헌법재판소의 법정의견과 합헌의견에 따라 대립이 되는 견해는 다음과 같다.

첫째 영장주의가 행정절차에도 적용될 수 있는가?

둘째 헌법 제12조제1항이 영장주의의 헌법상 근거가 될 수 있는가?

대립하는 견해 중 행정절차가 영장주의에 적용된다는 해석은 헌법 제12조제1항은 신체의 자유에 대한 포괄적인 규정이고, 제3항은 예시로서 신체의 자유를 더 두텁게 보호하기 위하여 규정된 조항으로 해석한다.³²⁾ 반면, 형사절차에만 적용된다는 견해는 헌법상 근거는 제12조제3항이며 제1항과의 관계에서 다른 국가영역에서는 존중되어야 하므로,³³⁾ 헌법 제12조제1항과 제3항은 영장주의를 법률상 영장주의와 헌법상 영장주의로 이원화한 것으로 해석한다.³⁴⁾ 그 결과 형사절차에서의 영장주의 위반은 위헌의 문제이지만 행정절차에서는 적법절차원칙에 따른 절차적 정당성을 갖추었는지 그리고 헌법 제37조제2항에 따른 과잉금지원칙에 위반되었는지에 따라서 판단하면 충분하다는 결론으로 귀결한다.

30) 정영화, “한국의 헌법문화와 헌법재판소의 헌법해석”, 『미국헌법연구』 제27권 제1호, 미국헌법학회, 2016, 324면.

31) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바46 결정.

32) 대상 판결의 보충의견의 견해이다. 헌법재판소, 『헌법재판소 판례집』 제32권 제2집, 헌법재판소, 2021, 222-224면.

33) 이창섭, “영장에 의한 통제를 받지 않는 행정조사와 압수·수색의 구별”, 『홍익법학』 제22권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2021, 451-453면.

34) 이완규, “헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위”, 『형사판례연구』 제25권, 한국형사판례연구회, 2017, 544-546면.

3) 헌법 제12조제3항 본문에 따른 영장주의의 해석

헌법 제12조제3항은 형사절차만 적용된다고 보는 것은 헌법에 반하는 해석이다. 이하에서는 논증 방식으로 합헌의견의 전제 사실에 오류가 있다는 점을 지적함으로써, 제3항이 형사절차만을 전제로 하는 규정이 아니라는 사실을 검토해 보고자 한다.

(1) 영장과 형사절차 그리고 오류

문언적 해석에서 영장주의가 형사제도에만 적용된다고 보기 위해서는 체포·구속·압수 또는 수색이 형사절차인가에 대한 해석이 필요하며, 또한 2가지 명제가 추가로 인정되어야 한다. 즉, 첫째 헌법 제12조제3항에 따라 체포·구속·압수 또는 수색에는 영장이 필요하다. 둘째 합헌의견에서 전제하는 명제가 사실이라는 가정에 따라 영장은 형사절차에만 적용된다는 것이 그것이다.

각각의 명제가 참이라는 전제에서 도식화하면 “체포·구속·압수 또는 수색”을 P, “영장주의가 적용된다.”를 Q 그리고 “형사절차이다.”를 R이라고 할 때, $P \rightarrow Q$ (“체포·구속·압수 또는 수색은 영장주의가 적용된다.”는 명제), $Q \rightarrow R$ (합헌의견 명제가 사실이라는 가정에 따라 “영장주의가 적용되면 형사절차이다.”라는 명제)이므로 $P \rightarrow R$ (“체포·구속·압수 또는 수색이면 형사절차이다.”라는 명제)이 된다. 이런 명제에서 대우명제는 항상 참이 되므로, $\sim R \rightarrow \sim P$ 가 성립하여야 하고, $\sim R \rightarrow \sim Q$ 이고, $\sim Q \rightarrow \sim P$ 가 참으로서 성립되는데, 이를 풀어보면 형사절차가 아니면 체포·구속·압수 또는 수색이 아니다, 형사절차가 아니면 영장주의가 적용되지 않으며, 영장주의가 적용되지 않으면 체포·구속·압수 또는 수색이 아니다가 성립되어야 한다.

종합하여 삼단논법 및 대우명제에 따라 합헌의견의 명제가 참이라면, 체포·구속·압수 또는 수색은 형사절차에만 적용되어야 하므로, 애초에 영창이라는 절차가 행정절차이기 때문에 영장주의가 적용될 수 없는 것이 아니라, 영창제도가 행정절차이기 때문에 체포·구속·압수 또는 수색과 같은 제한된 절차는 그 자체로서 위헌이라는 논거가 성립되어야 한다. 그러므로 합헌의견이 전제하는 사실에서 영창제도가 행정절차이기 때문에 영장주의가 적용되지 않는다는 주장은 타당하지 않으며, 문언적 해석에서 합헌이 되기 위해서는 결국 영창이 체포·구속·압수 또는 수색에 해당하지 않아야 한다는 결론만이 남게 된다.

다음으로 이러한 전제에 따라 영창제도의 성격과 관련하여 헌법이 예정하는 구속절차에 포함될 수 있는 것인가를 살펴보고자 한다. 신체의 자유 제한 중 가장 유사한 유형인 구속절차는 자유로운 의사에 반하여 신체적 거동을 제한시키는 모든 작용으로,³⁵⁾ 구인과 구금 그리고 장기간의 신체 구속을 예정하는 국가기관의 실력행사를 포괄하는 개념이다.³⁶⁾ 또한, 과거의 입법례 중 보안관찰법(법률 제16928호, 2020. 2. 4. 개정되기 전의 것) 제6조는 교도소, 소년 교소도, 구치소, 유치장, 군 교도소를 나열하고 마지막에 “영창”이라고 서술해 놓음으로써,³⁷⁾ 영창이 구속의 대표적 장소인 교도소와 유사한 장소라는 의미로 선언되고 있을 뿐 아니라 국가인권위원회법(법률 제16928호, 2020. 2. 4. 개정되기 전의 것) 제2조에서는 영창을 군 교도소의 한 유형으로 포함하고 있었던 사실에서 영창에 가는 절차는 겉으로는 행정행위에 해당하더라도 실질에서는 헌법에 예정하는 구속절차에 해당한다.³⁸⁾

앞서 가정한 사실에 의하면 형사절차가 아니면 구속절차를 할 수 없음에도 불구하고 행정절차에서 구속절차를 진행하는 행위는 그 자체로 헌법에 위반된다고 보는 것이 헌법 제12조제3항 법문에 대한 자연스러운 논리적 해석이고, 다른 헌법상 근거가 존재하지 않는 이상 징계절차에서 영창절차를 운용하는 것은 위헌이라고 해석되어야 한다.

모든 해석에 있어서 문언적 의미를 초월하여 의미를 부여하는 것은 월권에 불과하고, 합헌의견이 전제하는 영창절차는 형사절차에만 적용된다는 가설은 타당하지 않다는 점에서 제3항이 형사절차를 전제로 하는 규정이라고 보기에는 한계가 있다.

35) 하명호, “행정상 인신구속과 인신보호절차”, 『행정법학』 제20호, 한국행정법학회, 2021, 57-58면; 대상 결정의 법정견도 영창제도가 구속에 해당한다고 판시하고 있다.

36) 이정원, “헌법상 영창주의에 관한 연구 : 구체화 및 체계화를 중심으로”, 박사학위논문, 경북대학교 대학원, 2021, 122-123면.

37) 「군인사법」 개정에 따라 영창제도가 폐지되어 부칙 제4조제4항에 따라 “영창” 규정이 삭제되었다.

38) 우리 헌법이 제정할 때부터 “구금”이라는 용어를 사용하다 현행 헌법에서 “구속”이라는 용어를 사용한 취지는 국민의 신체와 생명에 대한 보호를 강화하려는 것으로서 헌법 제12조에 규정된 신체의 자유의 보장 범위를 구금된 사람뿐만 아니라 구인된 사람까지도 넓게 해석하기 위한 것이다. 종합하여 보면 헌법에서 규정한 구속의 범위는 형사절차뿐만 아니라 행정 절차상 구속까지도 포함하는 것으로 해석하여야 한다. 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2014헌마346 결정.

(2) 검사의 청구권 조항과 단서 조항에 대한 해석

헌법 제12조제3항의 영장주의가 형사절차를 전제로 하고 있다는 전제에서 제1항과 구분되는 논거는 2가지이다. 즉, 본문의 “검사의 신청”과³⁹⁾ 단서 규정의 “헌행범인”이라는 용어가 형사법에서 사용되는 용어인 만큼, 제3항 영장주의는 형사절차를 전제로 하는 특별규정이요, 나머지는 일반조항으로 해석되어야 한다는 것이다.⁴⁰⁾

검사의 지위와 관련하여 검사가 형사사법에서 국가기관의 지위를 가지지⁴¹⁾ 「검찰청법」 제4조제1항은 검사를 공익의 대표자로서 인권침해를 방지하기 위한 정부의 법률가라는 지위를 부여하고 있는 점과 더불어 국가소송 수행자라는⁴²⁾ 복합적 지위를 고려하였을 때 검사라는 용어만으로 해당 조문이 형사절차를 전제로 한 것이라고 보기에는 어려움이 있다.⁴³⁾ 더불어 영장청구 주체로서 검사를 삭제해야 한다는 주장이 대두되고 있는 상황에서 수사의 주체인 검사 조항을 삭제한다면 해당 조문을 가지고 형사절차를 전제로 한다고 해석하기에는 더욱 어려울 수밖에 없다.⁴⁴⁾ 비록 검사는 경찰과 법원의 견제기관이자 준사법기관의 역할을 강조하여 검사의 지위를 강조하는 견해와⁴⁵⁾ 영장의 발급 주체인 법원의 역할을 더 중요시하는 견해가 대립하고 있지만,⁴⁶⁾ “준사법기관”이라는 용어에 매몰될 필요는 없다. 즉, 준사법기관으로서 검사라고 이야기하는 것은 중립성과 더불어 독립성이 보장되어야 한다는 의미에 불과한 것이지⁴⁷⁾ 헌법

39) 기노성, “행정기관의 압수·수색에 대한 헌법적 통제(영장주의 및 위법수집증거배제원칙 적용여부)”, 「형사법의 신동향」 제22권, 대검찰청, 2009, 7면.

40) 이완규, 앞의 논문, 549-550면; 헌법 제12조제1항은 공판단계에서의 영장주의에 관한 내용이고 제3항은 수사단계에서의 영장주의를 규정한 것으로 보는 견해도 있다. 안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의”, 「형사법의 신동향」 제24호, 대검찰청, 2010, 21면.

41) 검사의 공익 대표자의 지위는 범죄와 처벌에 관한 사회 전체의 이해관계에 대한 권한이라고 해석하는 견해도 있다. 배병철·박호정, “헌법상 검사의 영장청구권 규정에 대한 비판적 검토”, 「유럽헌법연구」 제26호, 유럽헌법학회, 2018, 177-178면.

42) 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 제3조제1항, 제6조제2항, 제7조, 제9조, 제13조 등.

43) 이완규, 앞의 논문, 550-551면.

44) 도중진·정영훈, “검사의 영장청구권에 관한 소고”, 「아주법학」 제11권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2018, 362-363면.

45) 문재완, “우리 헌법상 영장조항과 영장청구주체에 관한 연구”, 「세계헌법연구」 제19권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2013, 88-89면.

46) 천진호, “영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토”, 「법학논고」 제26호, 경북대학교 법학연구소, 2007, 341-343면; 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28 등 결정.

47) 유주성, “프랑스 검찰의 인사제도와 비교법적 함의”, 「강원법학」 제54호, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, 429-430면.

이 예정하는 사법권을 행사하는 독립적인 헌법기관이 아니라 대통령 소속에 사법작용을 담당하는 법률전문가 집단으로서의 행정기관에 불과하다는 점에서 타당하다고 볼 수 없다.⁴⁸⁾

다음으로 단서 조항이 현행범인과 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자에 대한 형사절차를 전제로 하는 것은 분명하다. 하지만 법률 문언을 해석하면서 단서 규정은 본문에 대한 예외나 제외되는 사항을 규정하는 것으로 주어가 생략되는 경우는 보통 일반 국민이거나 국가·정부 등일 때 또는 처분 또는 재판의 당사자가 되거나 본문과 단서의 주어가 같은 경우에만 단서의 주어가 생략될 수 있다는 입법 기술적 측면을 고려하였을 때⁴⁹⁾ 제12조제3항 본문의 주어가 누구인가에 대한 검토가 필요하다. 합헌의견에 따르면 해당 규정은 형사절차를 전제로 하여 개인의 권리가 아닌 형사절차에 있어서 국가가 수행해야 할 의무를 규정하고 있다고 해석할 수 있다. 즉, 제3항 본문의 주어에는 “모든 범인”이 생략된 것으로 보아야 한다는 것이다.

하지만 첫째 제12조는 기본권 목록에 편재되어 국가기관 간의 권한에 대하여 다루는 조항이 아니라는 점, 둘째, 의무의 형식을 취하고 있지만, 이는 기본권에 상응하기 위한 의무에 해당한다는 점, 마지막으로 다른 조문과의 관계를 고려해 보았을 때 헌법 제12조제3항 본문의 주어는 “인간이라면 누구나”와 같이 국민의 권리로 이해되어야 한다는 뜻이 내재하여 있다고 해석하는 것이 더 합리적이다.⁵⁰⁾ 즉, 본문은 일반적인 사항에서 국민의 권리를 보호하기 위한 국가의 의무를 설정하면서 단서에서는 현행범인으로서 형사절차를 전제로 「형사소송법」 제211조제1항에 따라 범죄의 실행 중이거나 실행의 직후일 때 대한 예외를 규정한 것이라고 해석하는 것이 논리적이다.

(3) 헌법 제12조제3항에 숨겨진 의미

헌법 제12조제3항과 관련하여 합헌의견과 같이 형사절차만을 전제로 하는 규정이라는 해석은 논증한 바와 같이 형사절차가 아니면 구속을 할 수 없다는 결론에 도달하여 위헌이어야 하지만 그러지 못하여 오류를 낳게 되고, 본문 규정

48) 이상규, “준사법기관에 대한 고찰 - 행정위원회를 중심으로”, 「법학논집」 제21호, 고려대학교 법학연구원, 1983, 155면.

49) 법제처, 「법령 입안 심사 기준 2020」, 법제처, 2020, 747-754면.

50) 정해성, “헌법 제12조의 적법절차조항과 형사법”, 「법학논집」 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 59-62면.

에서 검사라는 용어만으로 이렇게 치환시키기에는 한계가 있을 수밖에 없어, 제3항에서는 합헌의견의 논리를 인정하기에는 어렵다.

앞서 검토된 사항을 통하여 제3항 문언 속에 숨겨진 내용을 정리하면, “(국가)가 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때는 적법한 절차에 따라 (행정부) 검사의 신청에 따라 (사법부인) 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라는 의미가 내포되어 있지만, 누구를 주체로 할 것인가에 대하여 주권자는 행정기관의 구성원이자 준사법적기관인 검사의 신청과⁵¹⁾ 사법기관의 구성원인 법관이 발부한 영장에 의하도록 결정한 것에 불과하다고 보아야 하고, 이는 권력분립의 원칙이라는 헌법의 기본원칙에도 부합할 수 있는 해석이다. 그렇다면 행정기관의 신청과 사법기관에 의한 발부가 영장주의의 주요 내용이고, 누구를 신청권자로 하고, 어떤 사법기관을 발부 주체로 할 것인지는 주권자가 내리는 결단의 산물에 불과한 것이지, 행정기관 중 누구를 하였다는 것이 영장주의의 본질을 변경시킬 정도로 중요한 사항이라고 볼 수는 없고, 헌법 정책적 관점과 시대적 상황에 따라서 변경될 수 있다고 보아야 한다.

4) 헌법 제12조에 대한 해석과 영장주의의 행정절차에의 적용

앞서 헌법 제12조제3항이 형사절차에 국한되지 않는다고 검토되었지만, 여타 다른 조문과의 체계 정합성을 어떻게 풀어나갈 것인가의 문제는 또 다른 측면에서 검토해 보아야 할 대목으로, 이하에서는 이를 논증해 보고자 한다.

(1) 제1항과 제3항 범문에 따른 논리적 귀결

헌법 제12조제1항은 모든 국가작용에서 존중되어야 할 원칙으로⁵²⁾ “처벌·보안 처분 또는 강제노역”은 국가의 집행행위를 전제로 한 규정이다.⁵³⁾ 명문으로 같

51) 특히, 검사의 신청이라는 부분은 영장주의와 무관한 검사의 권한을 고양하려고 한 것에 불과하였다는 견해가 있다. 성문규, 앞의 논문, 24-26면.

52) 이창섭, 앞의 논문, 451-453면.

53) 처벌은 형사절차의 한 유형에 포섭될 수 있지만(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정), 보안처분의 경우 장래 재범의 위험성을 전제로 범죄 예방을 위해서 활용되기도 하고(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82, 2011헌바393(병합) 결정), 강제노역 또한 축산업자에 대하여 자금을 강제하는 것이 강제노역의 한 유형으로 인정되고 있고(헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2006헌바1 결정), 애초에 해당 규정 자체가 열거가 아닌 일정한 행위에 대한 예시한 거에 불과하다는 점을(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정) 고려하

은 용어를 사용하고 있는 경우에는 하나의 의미로 해석하는 것이 논리적이라는 점을 고려해 보면,⁵⁴⁾ 제1항과 제3항에서 “체포·구속·압수 또는 수색”은 행정과 사법을 아우르는 국가의 집행행위를 열거한 것이고, 국가작용에서 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수 또는 수색을 받지 아니하며, 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”를 의미하게 된다.

이런 결론을 도출함에 논리적 해석을 시도해 보면, 첫째 “법률에 따르지 않고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 할 수 없다.”(제12조제1항 후단) 둘째 “법률과 적법한 절차에 의하지 않고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 할 수 없다.”(제12조제1항 후단) 마지막으로 “체포·구속·압수 또는 수색은 적법한 절차에 따라야 한다.”(제12조제3항 본문)로 정리할 수 있고, A: “법률이 필요하다.” B: “체포·구속·압수 또는 수색이 이루어진다.” C: “적법한 절차가 필요하다.” D: “처벌·보안처분 또는 강제노역에 해당한다.”라고 정의하여 도식화한 명제는 다음과 같다.

첫째 $\sim A \rightarrow \sim B$ (“법률이 필요하지 않으면 체포·구속·압수 또는 수색이 이루어질 수 없다.”라는 명제), 둘째 $\sim(A \wedge C) \rightarrow \sim D$ (“법률과 적법한 절차가 필요한 것이 아니면, 처벌·보안처분 또는 강제노역에 해당하지 않는다.”라는 명제), 마지막으로 $B \rightarrow C$ (“체포·구속·압수 또는 수색이 이루어지면 적법한 절차가 필요하다.”라는 명제)라고 정의할 수 있다. 체계 정합성의 입장에서 각각의 조문은 모두 참이어야 하므로, 첫 번째 명제의 대우명제와 마지막 명제($B \rightarrow A$ 와 $B \rightarrow C$)를 정리하면 $(B \rightarrow A) \wedge (B \rightarrow C) = (\sim B \vee A) \wedge (\sim B \vee C) = \sim B \vee (A \wedge C)$ 가 되므로, $B \rightarrow (A \wedge C)$ 가 된다. 또한, 두 번째 명제에 대한 대우명제는 $D \rightarrow (A \wedge C)$ 가 된다.

결과를 적용하면 체포·구속·압수·수색이 이루어지려면 법률과 적법한 절차가 필요하다는 것과 처벌·보안처분 또는 강제노역에 해당하려면 법률과 적법한 절차가 필요하다는 것이 되어 헌법 제12조제1항과 제3항은 국민의 기본권 보장을 위한 국가의 의무를 명문화하였다고 보는 것이 논리적이다.

있을 때 “국가의 집행행위”라고 도치하는 것이 타당하다.

54) 정주백, “아리스토텔레스 정식 비판”, 『헌법논총』 제27집, 헌법재판소, 2016, 174면.

(2) 제4항부터 제6항 및 제16조 주거에 대한 영장주의와의 관계

헌법 제12조제4항부터 제6항까지를 앞서 도출된 $B \rightarrow (A \wedge C)$ 라는 명제에서 B를 Y와 Z로 이원화하여,⁵⁵⁾ Y: “체포·구속”을, Z: “압수·수색”라고 정의할 경우 $B = (Y \vee Z)$ 이라고 정의할 수 있다. 그럼 이를 새롭게 정리해 보면 $(Y \vee Z) \rightarrow (A \wedge C)$ 이 되고 $\{Y \rightarrow (A \wedge C) \vee Z \rightarrow (A \wedge C)\}$ 가 되어, 체포·구속은 법률과 적법한 절차가 필요하고, 압수·수색도 법률과 적법한 절차가 필요하다는 것으로 분리하여 명제를 정리할 수가 있다. 이를 제4항부터 제6항까지에 적용하면, Y → 변호인의 조력권(제4항 본문), ~변호인 조력을 고지받을 권리 → ~Y이므로 Y → 변호인 조력 고지받을 권리(제5항), Y → 적부심사 청구(제6항)로 요약할 수 있고, 이는 Y → (변호인의 조력권 ∧ 변호인 조력 고지받을 권리 ∧ 적부심사 청구)라는 명제가 성립함을 알 수가 있다.

헌법 제16조의 해석도 같은 방식에 따라 검토해 보면, 주거라는 영역에서 압수나 수색 절차를 할 때는 법률에 따른 절차와 적법한 절차에 따라야 한다는 문구는 없으나 앞서 정의된 $Z \rightarrow (A \wedge C)$ 가 전제된 상황에서 헌법 제16조는 주거라는 일정한 장소에서의 활동을 다시 한 번 명확히 함으로써, 주거라는 공간에 대한 자유를 더욱더 두텁게 보호하려는 헌법적 취지라고 해석하는 것이 올바른 해석이 될 것이다.⁵⁶⁾

(3) 입법 기술을 통한 영장주의의 범위

입법적 기준에서 하나의 조문이 향으로 구분되는 이유는 여러 가지 내용을 규정하거나 세부적으로 활용하기 위한 것이다,⁵⁷⁾ 즉, 하나의 조문을 서술하면서 향으로 구분할 경우 각각의 내용을 병렬적으로 나열하거나, 원칙과 이에 대한 열거 방식이 활용되고, 이러한 열거 내용은 원칙을 전면적으로 배제하는 예외 조항이나 일정한 제한을 설정하는 한계 방식이 활용된다.⁵⁸⁾

55) 헌법 제12조제4항부터 제6항까지는 체포·구속에 대하여 제16조의 경우 압수 또는 수색에 관하여 서술되어 있지만, 헌법 제12조제1항과 제3항과의 관계에서 별도의 규정이 아니라 유기적으로 해석되어야 하는 만큼 이를 이원화하고자 한다.

56) 박형관, “주거에 대한 영장 없는 압수, 수색의 법률문제”, 『저스티스』 제146권 제1호, 한국법학원, 2015, 361-362면.

57) 법제처, 『법령 입안 심사 기준 2020』, 법제처, 2020, 665면.

58) 오스트리아의 경우 입법기술지침에서 하나의 조문은 항상 일반적인 내용에서 특수한 내용으로 이루어져야 하는 것으로 안내되고 있다. 박영도, 『입법학 입문』, 한국법제연구원, 2009, 490면.

헌법 제12조제1항은 모든 국가작용이 체포·구속·압수·수색을 할 때는 법률에 따르도록 법치주의를 규정하고 있음에도 제3항에서 형사절차에만 법률의 위임 없이 헌법상 영장주의를 규정한다고 해석하는 것보다는 제1항은 법치주의를 천명하면서 제3항의 영장주의는 법치주의의 한계를 규정하였다고 하는 것이 더 바람직한 해석이다. 또한, 조문의 순서와 헌법과 법률의 우위 관계를 고려하면 헌법에 각각의 사항을 규정하고, 그 밖의 사항은 법률에 따른다고 규정하는 것이 더욱더 타당하다는 점, 각각의 조항이 체포·구속 등 특정한 기본권 제한 행위를 목적으로 하고 있다는 점에서 헌법 제12조의 각 조항이 제1항에 대한 예외를 규정하기보다는 한계와 더불어 한정적 열거를 하였다고 보아야 한다.⁵⁹⁾

또한, 역사적으로서 살펴보면, 영장주의가 애초에 형사절차를 적용대상으로 하여 도입된 것이고 지금까지도 이러한 규율이 그대로 유지되고 있는 상황에서 행정절차와 형사절차의 적용은 구분되어야 한다는 견해가 있지만,⁶⁰⁾ 영장주의가 제정된 배경이 왕권으로부터 개인의 신체와 자유를 보호하려고 하였던 근대적 역사에서 시작되었고,⁶¹⁾ 우리 헌법의 입안 과정에서도 영장주의를 형사소송법에 따른 체포·구속에 국한하지 않으려 했다는⁶²⁾ 역사적 배경을 고려하면 타당하다고 볼 수 없다. 즉, 체포·구속·압수 또는 수색과 같은 행위가 행정행위에서도 다양하고 이루어지고 있는 현실에서⁶³⁾ 현실을 망각한 오류를 범할 위험이 있고,⁶⁴⁾ 헌법이 기본권의 흠 없이 권리 보장을 위하여 존재한다는 목적에 따른 해석에서도 타당하다고 볼 수 없다.

59) 즉, 성문헌법의 문언 해석이라는 원론적 견지에서 헌법의 영역과 멀어지는 해석을 지양하면서 직관적으로 확인이 될 수 있는 해석 방법이 검토되어야 한다. 이정원, 앞의 논문, 122-123면.

60) 이창섭, 앞의 논문, 466-467면.

61) 이완규, 앞의 논문, 543면.

62) 이진철, “제헌헌법의 영장주의 - 영장주의의 적용대상에 관한 검토”, 『저스티스』 제166호, 한국법학원, 2018, 34면; 과거 기본권은 형사절차에 국한된 제한이 아니라 국가기관 즉, 정부에 의한 인권침해를 통제하려는 취지였다는 점을 상기시켜 보아야 한다. 정해성, 앞의 논문, 34-35면.

63) 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제42조에 따른 감염병에 관한 강제처분, 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제44조에 따른 강제입원, 「출입국관리법」 제46조에 따른 강제퇴거, 「관세법」 제246조에 따른 물품검사, 「행정조사기본법」 등이 있다.

64) 최정희, “미국의 행정조사에 대한 영장주의 적용에 관한 연구”, 『법학연구』 제76호, 한국법학회, 2019, 356면.

4. 본질은 체포·구속일 뿐 어떤 절차를 전제로 하는 것은 아니다

왕권으로부터 국민의 기본권을 보장하려고 하였던 역사적 배경은 현대를 거치면서 우연하게도 형사와 행정으로 양분되는 결과를 낳았다. 즉, 분명 왕권으로부터 국민의 권리를 보호하려는 같은 역사적 배경을 두고 있음에도 일부 견해에서 명문의 규정이 없이 형사 분야에 국한되는 해석을 통하여 행정으로부터의 기본권 침해를 국가권력으로부터 배제하려고 하는 것이다.

헌법 제12조 중 형사절차를 전제로 하는 조항은 분명히 존재하고 있지만⁶⁵⁾ 행정절차에서도 강제처분이 이루어질 수 있다는 점에서⁶⁶⁾ 형사절차만으로 축소해서 해석하는 것은 헌법이 가지는 추상성을 무시한 해석이다. 그렇지 않다면 기본권 보장을 위하여 행정절차라는 이유로 제외하는 것이 아닌 이를 구체화하는 과정에서 공익과 사익 간의 비교형량을 통한 해법을 마련하여야 함에도,⁶⁷⁾ 이러한 검토 없이 실익 유무나 보호 수단의 발동 등이었다는 이유만으로 이를 배제하는 것은⁶⁸⁾ 타당한 견해라고 보기에는 어렵다.

우리 헌법 제12조제2항부터 제7항까지는 헌법 제12조제1항의 원칙에 대한 열거 규정이다.⁶⁹⁾ 또한, 헌법 제12조제1항과 제3항은 1962년 헌법 개정에서 법관의 기능적 권력분립을 통한 인권보장을 충실히 실현하는 것으로서 준사법기관인 검사의 역할을 헌법이 확인한 것이지,⁷⁰⁾ 영장제도를 사법경찰관과 검사의 전유물로서 독점을 인정한 것이라고 볼 수는 없다.

우리 헌법에서 절대적 참인 명제는 구속할 때는 영장이 필요하다는 점이다. 그리고 헌법에 따라 절차에 따른 입법적 보완이 이루어지면 충분한 것이지 이를 위반하여 편의성 또는 필요성이라는 그것도 국민이 아닌 국가기관의 관점에서 헌법을 해석하는 것은 오늘날 헌법의 존재의의를 망각한 것이다.

65) 헌법에 따라서는 형사피고인에 대하여만 국선변호인 선임이 요청되지만, 무기 대등의 원칙 실현을 위해서는 형사피의자에게까지 국선변호인의 선임이 확대되어야 한다는 논의가 전개되고 있다. 권순민, 「피의자를 위한 국선변호인 제도 확대 적용에 대한 검토」, 『형사소송 이론과 실무』 제10권 제1호, 한국형사소송법학회, 2018, 96-110면.

66) 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제44조에 따른 강제입원 사례가 될 수 있다.

67) 김학성, 『헌법학원론』, 피앤씨미디어, 2018, 28-29면.

68) 이성환, “주거의 자유에 관한 소고”, 『세계헌법연구』 제13권 제1호, 국제헌법학회 한국학회, 2007, 12-13면.

69) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28 등 결정.

70) 문재완, 앞의 논문, 89면.

오늘날 행정기관에 의한 기본권 침해는 증가하고 있다. 다만, 영창제도가 사라짐에 따라 행정기관에 의한 구금 행위는 대부분 사라졌지만,⁷¹⁾ 행정기관에 의한 압수·수색은 여전히 존재하고 있으며, 다양한 행정법에서 이를 인정하고 있다.⁷²⁾ 하지만 앞서 전제된 사실에 의하면 검사에 의한 청구가 있어야 하고 법원, 즉 형사법원에 국한되지 않고 행정법원에 의한 영장이 발부되더라도 헌법에 예정하는 요건에는 충족한다. 그리고 검사는 꼭 「검찰청법」에 따른 검사에 국한되지 않는다는 점에서,⁷³⁾ 충분히 입법적으로 헌법의 목적을 이루어 나갈 수 있는 창구도 열려 있는 셈이다.⁷⁴⁾

“검사의 신청에 의하여”라는 문구로 인하여 기존의 연구가 지엽적이었고 영장에 대한 실질적인 논의가 부족했다는 논거도 존재하지만⁷⁵⁾ 또 다른 측면에서 이제는 과도한 “검찰청 소속 검사”에서 벗어나⁷⁶⁾ “검사의 신청에 의하여”라는 문구 때문에 영장주의가 형사절차에 국한된다고 하는 잘못된 관행을 벗고 헌법에 따른 국민의 기본권 보장이라는 대원칙에 부합할 수 있는 길로 나아가는 길은 남아 있다.

71) 「출입국관리법」에 따른 외국인에 대한 보호는 행정 구금으로서 형사절차상 구속과 그 실질에 있어서 같지만, 아직 남아 있어서 위헌의 문제가 제기되고 있다. 공진성, “출입국관리법상 강제퇴거의 집행을 위한 ‘보호’의 헌법합치성”, 「법학연구」 제58권, 전북대학교 법학연구소, 2018, 233면.

72) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제64조에 따른 정보통신서비스 제공자에 대한 물품·서류 등에 대한 자료의 제출 등에 따르면 행정 위반 행위를 위한 물품 등을 제출하도록 할 수 있고, 제출하지 않을 때 등에는 소속 공무원이 사업장에 출입하여 검사에 관한 제도가 있다.

73) 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 결정.

74) 형식과 실질적 판단에 따라서 행정조사에 해당한다고 하더라도 이러한 결과는 향후 수사의 단서가 될 수 있고, 행정조사로 수집한 자료가 형사절차에서 증거로 활용되어 질 수 있지만(이창섭, 앞의 논문, 448면), 국민은 법률에 따른 제한이라는 이유만으로 헌법이 제시한 신청(검사의 신청)과 판단(법관의 판단)이 배제된다는 문제가 남는다.

75) 김면기, “현행 헌법상 영장주의의 합리적 해석 및 운용방안 - 살아있는 헌법 (Living Constitution)의 시각에서 -”, 「비교형사법연구」 제23권 제4호, 한국비교형사법학회, 2022, 96-97면.

76) 황은영, “영장주의와 공수처검사의 영장청구권 쟁점”, 「법조」 제70권 제4호, 법조협회, 2021, 359면.

IV. 앞으로의 입법적 보완

오늘날 공법의 사법화와 더불어 사법의 공법화 현상으로⁷⁷⁾ 법체계의 경계가 허물어지고 있다. 다만, 국가형벌권이 다른 법적 영역과 차별화되는 가장 큰 특징은 행위자에 대한 사회적 비난과 더불어 사회적으로 승인되지 못한 행위에 대한 제재라는 특성도 있지만,⁷⁸⁾ 형벌적 수단은 다른 영역에서는 절대로 적용되어서는 안 된다는 한계도 분명히 지켜져야 한다.

영창제도는 형벌을 대신하여 일정한 응보와 더불어 위하력을 가지고 오직 병(兵)에게만 부과되던 것으로서,⁷⁹⁾ 징계절차라는 방식을 채택하였음에도 불구하고 그 활용 방법으로 가장 강력한 형벌 수단인 구금을 이용하는 오류를 범하였고, 그렇다면 형사절차를 전제로 한다는 영장주의에 위반되었다는 결정이 이루어져야 했지 모든 절차를 아우르는 신체의 자유를 침해한다고 하는 것은 실질을 벗어난 결론이고, 기존에 제3항 영장주의에 위배될 뿐만 아니라 제1항 적법절차원칙에도 위반된다고 결정한 선례와도⁸⁰⁾ 일치되지 않는 결정이었다.

헌법은 주권자인 국민의 권리를 보호하기 위한 방향으로 해석되어야 한다는 점을 생각해 보면,⁸¹⁾ 명문의 규정이 없는 한 특정한 기관 또는 절차에 국한되어 해석하는 것은 헌법이 예정하지 않은 기본권을 제한하는 것으로 영장주의를 형사절차에 따른 제도로 해석하는 것은 법 명문의 규정을 벗어난 오류에 해당한다. 이 글에서 영창제도의 위헌성을 판단함에 있어서 영장주의가 어떠한 역할을 하는 것인가에 대하여 논증하는 과정에서 영장주의는 형사절차에 국한되지 않는다는 점을 확인할 수 있었다.

현행 헌법이 역동적인 헌법으로서 “살아있는 헌법(living Constitution)”이 되기 위해서는 과거에 얽매이지 않고 현재 상황에 맞는 해석이 필요하지만,⁸²⁾ 문언의 해석 범위를 벗어나지 않아야 한다는 한계도 분명히 지켜져야 하고, 그 범위에서 영장주의는 형사절차에 국한되지 않는다는 점, 그리고 검사도 「검찰청법」에 따른

77) 박규환, “소위 협력적 법치주의에 관한 소고”, 『서울법학』 제29권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2021, 245면.

78) 헌법재판소 2001. 12. 20. 선고 2001헌바7·14(병합) 결정.

79) 강태경, “124년 만에 군 징계 영창제도 폐지, 그리고 남은 문제들”, 『형사정책연구』 제155권, 한국형사정책연구원, 2020, 20면.

80) 헌법재판소 2012. 6. 27. 선고 2011헌가36 결정.

81) 송기춘, “헌법개정 논의에 붙여”, 『헌법학연구』 제16권 제2호, 한국헌법학회, 2010, 224-225면.

82) 김민기, 앞의 논문, 100-101면.

검사에 한정되지 않는다는 점과 더불어 늦었지만 비대해진 행정권력으로부터 국민의 기본권을 보호하기 위한 입법적 보완이 논의되어야 할 시점이다.

투고일 : 2022.5.9. / 심사완료일 : 2022.6.13. / 게재확정일 : 2022.6.14.

[참고문헌]

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
- 김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2018.
- 법제처, 「법령 입안 심사 기준 2020」, 법제처, 2020.
- 강태경, “124년 만에 군 징계 영창제도 폐지, 그리고 남은 문제들”, 「형사정책연구」 제155권, 한국형사정책연구원, 2020.
- 권순민, “피의자를 위한 국선변호인 제도 확대 적용에 대한 검토”, 「형사소송 이론과 실무」 제10권 제1호, 한국형사소송법학회, 2018.
- 공진성, “출입국관리법상 강제퇴거의 집행을 위한 ‘보호’의 헌법합치성”, 「법학연구」 제58권, 전북대학교 법학연구소, 2018.
- 기노성, “행정기관의 압수·수색에 대한 헌법적 통제(영장주의 및 위법수집증거배제원칙 적용여부)”, 「형사법의 신동향」 제22권, 대검찰청, 2009.
- 김면기, “현행 헌법상 영장주의의 합리적 해석 및 운용방안 - 살아있는 헌법(Living Constitution)의 시각에서 -”, 「비교형사법연구」 제23권 제4호, 한국 비교형사법학회, 2022.
- 김하열, “행정상의 인신 구금과 영장주의 - 현재 2016. 3. 31. 2013헌바190 결정”, 「최신판례분석」 제65권 제7호, 법조협회, 2016.
- 김해원, “헌법상 적법절차원칙과 영장주의”, 「공법학연구」 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017.
- 남선모, “군(軍) 영창제도의 개선에 관한 고찰”, 「법학연구」 제63권, 한국법학회, 2016.
- 도중진·정영훈, “검사의 영장청구권에 관한 소고”, 「아주법학」 제11권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2018.
- 류지영, “군형법상 항명죄와 죄형법정주의”, 「법학연구」 제63권, 한국법학회, 2016.
- 문재완, “우리 헌법상 영장조항과 영장청구주체에 관한 연구”, 「세계헌법연구」 제19권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2013.
- 박규환, “소위 협력적 법치주의에 관한 소고”, 「서울법학」 제29권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2021.
- 박종형, “영창제도의 필요성과 효과, 그리고 개선지점에 대하여”, 「군 영창제도의 문제점 및 개선방향 : 제도개선이나 폐지나 토론회 자료집」 이철희의원실, 2016.
- 박형관, “주거에 대한 영장 없는 압수, 수색의 법률문제”, 「저스티스」 제146권 제1호, 한국법학원, 2015.

- 배병철·박호정, “헌법상 검사의 영장청구권 규정에 대한 비판적 검토”, 『유럽헌법연구』 제26호, 유럽헌법학회, 2018
- 성문규, “헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰 : 영장관련 조항의 개헌 및 입법경위를 중심으로”, 『저스티스』 제162호, 한국법학원, 2017.
- 송광섭, “징계영창처분의 문제점과 인권개선방안”, 『피해자학연구』 제12권 제1호, 한국피해자학회, 2004.
- 송기춘, “헌법개정 논의에 붙여”, 『헌법학연구』 제16권 제2호, 한국헌법학회, 2010.
- 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시민’”, 『형사법연구』 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.
- 안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의”, 『형사법의 신동향』 제24호, 대검찰청, 2010.
- 유주성, “프랑스 검찰의 인사제도와 비교법적 함의”, 『강원법학』 제54호, 강원대학교 비교법학연구소, 2018.
- 이계수, “절차적 정의의 신자유주의적 변용 — 행정절차법의 입법사를 중심으로”, 『민주법학』 제70호, 민주주의법학연구회, 2019.
- 이만중, “군 징계 영창제도 개선에 대한 법적고찰”, 『한국경찰연구』 제8권 제3호, 한국경찰연구학회, 2009.
- 이상규, “준사법기관에 대한 고찰 - 행정위원회를 중심으로”, 『법학논집』 제21호, 고려대학교 법학연구원, 1983.
- 이성환, “주거의 자유에 관한 소고”, 『세계헌법연구』 제13권 제1호, 국제헌법학회 한국학회, 2007.
- 이세주, “징계처분에 의한 인신구속의 헌법적 검토”, 『헌법학연구』 제18권 제3호, 한국헌법학회, 2012.
- 이완규, “헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위”, 『형사판례연구』 제25권, 한국형사판례연구회, 2017.
- 이정원, “헌법상 영장주의에 관한 연구 : 구체화 및 체계화를 중심으로”, 박사학위논문, 경북대학교 대학원, 2021.
- 이진철, “제헌헌법의 영장주의 - 영장주의의 적용대상에 관한 검토”, 『저스티스』 제166호, 한국법학원, 2018.
- 이창섭, “영장에 의한 통제를 받지 않는 행정조사와 압수·수색의 구별”, 『홍익법학』 제22권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2021.
- 임지봉, “미국 헌법상의 적법절차조항과 그 운용”, 『미국헌법연구』 제17권 제1호, 미국헌법학회, 2002.

- 정문식, “헌법상 적법절차원칙 - 헌법재판소 결정에 나타난 적법절차원칙 적용의 문제를 중심으로 -”, 『외법논집』 제44권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2020.
- 정영화, “한국의 헌법문화와 헌법재판소의 헌법해석”, 『미국헌법연구』 제27권 제1호, 미국헌법학회, 2016.
- 정주백, “과잉금지원칙에 관한 관견 : 현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기”, 『헌법재판연구』 제2권 제2호, 헌법재판연구원, 2015.
- _____, “아리스토텔레스 정식 비판”, 『헌법논총』 제27집, 헌법재판소, 2016.
- 정해성, “헌법 제12조의 적법절차조항과 형사법”, 『법학논집』 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017.
- 천진호, “영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토”, 『법학논고』 제26호, 경북대학교 법학연구소, 2007.
- 최정희, “미국의 행정조사에 대한 영장주의 적용에 관한 연구”, 『법학연구』 제76호, 한국법학회, 2019.
- 하명호, “행정상 인신구속과 인신보호절차”, 『행정법학』 제20호, 한국행정법학회, 2021.
- 황은영, “영장주의와 공수처검사의 영장청구권 쟁점”, 『법조』 제70권 제4호, 법조협회, 2021.
- 허완중, “2020년 헌법 판례에 관한 비판적 회고”, 『안암법학』 제62호, 안암법학회, 2021.
- _____, “헌법재판에서 소수의견제도”, 『헌법재판연구』 제6권 제1호, 헌법재판연구원, 2019.

[국문초록]

영장주의의 적용범위에 대한 고찰 - 헌법재판소 2017헌바157·2018헌가10(병합) 결정 평석을 겸하여 -

김 봉 연*

헌법 제12조제3항의 영장주의는 “검사의 신청”과 “법관의 발부”라는 두 가지 핵심 요소를 전제로 하고 있을 뿐 형사절차인지 아니면 행정절차인지를 구분하지 않는다. 일부 헌법 제12조가 형사절차를 전제로 제정된 배경이나 지엽적인 용어에 함몰되어 형사절차에만 적용되어야 한다고 해석하기도 하지만 이는 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다.

첫째 문언적 해석에서 검사는 다원적 개념일 뿐 아니라 「검찰청법」에 따른 검사에 한정되지 않는 점 및 헌법 조문에 대한 체계정당성의 입장에서 논증하여 보았을 때 형사절차에 제한된다고 볼 수 없다.

둘째 목적론적 해석에서 국민의 권리 보장을 위한 헌법 제12조의 제정 취지를 고려하면 헌법 제12조 각 항의 주어에는 “인간이라면 누구나”와 같은 국민의 권리에 대한 사항이 생략되어 있다.

셋째 역사적 해석에서 과거 행정권과 형사권을 포함한 왕권이 시대를 거치면서 어느 하나를 배제하려고 하였던 역사적 사실이 없을 뿐만 아니라 오늘날 비대해진 행정권에 의한 국민의 기본권 침해가 증가하고 있다.

헌법 제12조 및 헌법 전체의 조화로운 해석에서 같은 용어를 다르게 해석하는 것은 타당하지도 않을 뿐 아니라 국민의 흠 없는 권리 보장이라는 취지에도 부합하지 않는 만큼, 영장주의는 형사절차뿐만 아니라 행정절차라고 하더라도 헌법이 예정하는 체포·구속·압수 또는 수색이라는 절차는 검사의 신청과 법관의 발부라는 요건을 충족하여야 하는 것으로, 명문의 규정도 없이 특정한 국가 행위를 제외하는 것은 또 다른 측면에서 위헌적인 행위가 될 수 있고, 이러한 해석은 지양되어야 한다는 점을 이 글에서 명확히 하고자 한다.

* 충남대학교 일반대학원 법학과 박사수료(공법전공).

주제어 : 영창제도, 영장주의, 적법절차원칙, 검사의 신청, 법관의 발부, 체계정당성

[Abstract]

A Critical Consideration on its Application Scope
of the warrant requirement

Kim, Bongyeon*

The warrant requirement of Article 12(3) in the Constitution of the Republic of Korea is merely based on the two core elements of “request of a prosecutor” and “issued by a judge,” and does not classify whether it is a procedure of criminal cases or an administrative procedure. Parts of Article 12 in the Constitution can be interpreted as being ruined due to minor terms or backgrounds established based on the procedure of criminal cases, and therefore should only be applied to the procedure of criminal cases. However, this is inadequate due to the following reasons.

First, the prosecutor is not only a pluralistic concept in the literal interpretation and it cannot be limited to the prosecutor according to the Prosecutors Office Act and cannot be viewed as being limited to the procedure of criminal cases when proved from the perspective of the Systematic Legitimacy regarding the provisions of the Constitution.

Second, when considering the intent of enactment for Article 12 to guarantee the rights of citizens in the teleological interpretation, the matters regarding the citizen’s rights such as “any human being” is omitted from the subject in each clause of Article 12.

Third, in the historical interpretation, not only there is no historical fact that the royal authority, including both administrative power and criminal rights, tried to exclude either one throughout the ages, but the infringement of fundamental rights caused by the hypertrophied administrative power is on the rise at the present time.

Interpreting the same terms differently in the balanced interpretation of Article

* Chungnam National University Ph. D. in Law Candidate.

12 and the overall Constitution is not only inappropriate but also does not correspond to the purpose that is the guarantee of citizen's rights. Therefore, even if the warrant requirement is not just a procedure for criminal cases and also an administrative procedure, the procedure of arrest, imprisonment, confiscation, or search, that are pre-established by the Constitution, must meet the requirements of the prosecutor's request and judge's issuance, and excluding a certain state action without a substantive enactment, can become an act of unconstitutional in another aspect, and finally, it should be made clear that such interpretation should be rejected.

Key words : Military Disciplinary Guardhouse, Warrant Requirement,
Due Process of Law, Request of a Prosecutor, Issued by a Judge,
Systematic Legitimacy

