



제391회국회(정기회)
제7차 법제사법위원회

형사소송법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈부검 시 유족의 필요적 동의〉

- 이병훈의원 대표발의(의안번호 제2112113호)
- 강은미의원 대표발의(의안번호 제2112553호)

2021. 11.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 박 장 호

목 차

I. 제안경위	1
II. 제안이유 및 주요내용	1
III. 검토의견	3

I . 제안경위

1. 이병훈의원안

가. 발 의 자: 이병훈의원 등 12인

나. 발 의 일: 2021. 8. 19.

다. 회 부 일: 2021. 8. 20.

2. 강은미의원안

가. 발 의 자: 강은미의원 등 11인

나. 발 의 일: 2021. 9. 14.

다. 회 부 일: 2021. 9. 15.

II. 제안이유 및 주요내용

1. 이병훈의원안

현행법에 따르면, 변사체에 대한 부검은 판사가 발부한 영장을 통해서 집행할 수 있으며, 유족의 동의를 반드시 얻어야 하는 것은 아님.

이에 따라 단순 사고사임이 명백한 경우에도 부검이 추진되는 경우가 빈번하다는 지적이 있음. 실제로 최근 발생한 광주 학동 재개발 구역의 건물붕괴 참사 역시 사고사임이 명백하지만, 유족의 반대에도 불구하고 부검이 추진되어 논란을 야기한 바 있음.

이에 범죄와 무관함이 명백한 사체에 대해서는 유족의 동의가 없으면 부검하지 못하도록 명시함으로써, 불필요한 부검으로 유가족이 고통 받는 것을 방지하려는 것임(안 제141조).

2. 강은미의원안

현행법에 따르면, 변사체에 대한 부검은 판사가 발부한 영장을 통해서 집행할 수 있으며, 유족의 동의를 반드시 얻어야 하는 것은 아님.

이에 따라 단순 사고사임이 명백한 경우에도 부검이 추진되는 경우가 빈번하다는 지적이 있음. 실제로 최근 발생한 광주 학동 재개발 구역의 건물붕괴 참사 역시 사고사임이 명백하지만, 유족의 반대에도 불구하고 부검이 추진되어 논란을 야기한 바 있음.

이에 범죄와 무관함이 명백한 사체에 대해서는 유족의 동의가 없으면 부검하지 못하도록 명시함으로써, 불필요한 부검으로 유가족이 고통 받는 것을 방지하려는 것임(안 제222조).

Ⅲ. 검토의견

현행 「형사소송법」 제222조제1항은 “변사자¹⁾ 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 검시란 사망이 범죄로 인한 것인가를 판단하기 위하여 사체의 상황을 오관의 작용에 의하여 조사하는 처분으로서 사진촬영, 지문의 채취, 소지품·유류품의 조사 등과 같은 처분을 말함.²⁾

부검은 사체의 해부가 필요한 것으로 이는 검시처분으로는 허용되지 않는바,³⁾ 수사기관이 하는 부검은 「형사소송법」 제215조제1항을 따라 검증영장을 받아 진행하게 되는데 동법 제219조⁴⁾에 따라 준용되는 동법 제140조 및 141조에 의해 검증에 필요한 처분인 사체의 해부의 일환으로 진행됨.

형사소송법

제140조(검증과 필요한 처분) 검증을 함에는 신체의 검사, 사체의 해부, 분묘의 발굴, 물건의 파괴 기타 필요한 처분을 할 수 있다.

제141조(신체검사에 관한 주의) ④ 신체의 해부 또는 분묘의 발굴을 하는 때에는 예(禮)에 어긋나지 아니하도록 주의하고 미리 유족에게 통지하여야 한다.

1) “그 사망이 범죄에 기인하였다고 의문이 되는 사체를 말한다. 또한 사망이 범죄에 기인하였는지 여부가 불명인 사체도 변사자에 해당한다.”(김휘옥·박일환, 주석 형사소송법, 한국사법행정학회, 2017. 11. p.344.).

2) 김휘옥·박일환, 주석 형사소송법 II, 한국사법행정학회, 2017. 11. p.343.

3) 김휘옥·박일환, 주석 형사소송법 II, 한국사법행정학회, 2017. 11. p.343.

4) **형사소송법 제219조(준용규정)** 제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조제1항 본문, 제2항, 제118조부터 제132조까지, 제134조, 제135조, 제140조, 제141조, 제333조제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다. 단, 사법경찰관이 제130조, 제132조 및 제134조에 따른 처분을 함에는 검사의 지휘를 받아야 한다.

제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 제222조(변사자의 검시) ① <u>변사자 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 한다.</u> ②전항의 검시로 범죄의 혐의를 인정하고 긴급을 요할 때에는 영장없이 검증할 수 있다. ③검사는 사법경찰관에게 전2항의 처분을 명할 수 있다.
--

이병훈의원안은 법원의 검증에 필요한 처분인 신체검사와 관련된 규정인 「형사소송법」 제141조제4항을 개정하여 시체의 해부를 할 때 미리 유족의 동의를 얻어야한다는 내용임.

강은미의원안은 수사기관에서의 변사체의 검시와 관련된 규정인 「형사소송법」 제222조에 제4항을 신설하여 범죄와 관련 없음이 명백한 사체에 대하여는 유족의 동의가 없으면 해부를 통한 검증을 할 수 없다는 내용임.

현행	이병훈의원안	강은미의원안
제141조(신체검사에 관한 주의) ①~③ (생략)	제141조(신체검사에 관한 주의) ①~③ (현행과 같음)	제141조(신체검사에 관한 주의) ①~③ (현행과 같음)

④ 시체의 해부 또는 분묘의 발굴을 하는 때에는 예(禮)에 어긋나지 아니하도록 주의하고 미리 유족에게 통지하여야 한다. 제222조(변사자의 검시) ①~ ③ (생략) ④ (신 설)	④ ----- ----- -----미리 유족의 동의를 얻어야 하며 예(禮)에 어긋나지 아니하도록 주의하여야 한다. 제222조(변사자의 검시) ①~ ③ (현행과 같음)	④ (현행과 같음) 제222조(변사자의 검시) ①~ ③ (현행과 같음) ④ 범죄와 관련 없음이 명백한 사체에 대하여는 유족의 동의를 없으면 해부를 통한 검증을 할 수 없다.
--	--	---

이병훈의원안과 강은미의원안은 유족의 동의를 없으면 해부를 통한 검증을 하지 못하게 함으로써 동의 없는 부검으로 인한 유족의 슬픔과 고통을 미연에 방지하고 고인에 대한 추모의 감정을 기릴 수 있다는 점에서 그 입법취지는 긍정적인 측면이 있음.

다만, 다음과 같은 측면을 함께 고려하여 검토할 필요가 있음.

첫째, 이병훈의원안은 제안이유에 제시된 바와 같이 범죄와 무관함이 명백한 시체에 대하여 유족의 동의가 없으면 부검하지 못하도록 명시하는 것이 그 입법취지로 보이는데 개정안 제141조제4항에서 ‘시체의 해부 또는 분묘의 발굴을 하는 때에는 미리 유족의 동의를 얻어야’ 한다고 규정하고 있어서 범죄와 무관함이 명백한 시체 뿐만 아니라 모든 부검의 경우 유족의 동의를 얻어야 한다고 해석될 수 있어 그 입법취지를 명확히 반영하지 못하고 있는 것으로 사료됨.

즉, 개정안의 범문상으로는 범죄와 관련이 있는 경우에도 유족의 동의를 필요로 하는 것으로 해석될 소지가 있는데, 유족이 부검에 동의하지 않는 경우나 유족을 찾지 못하여 동의를 못하는 경우 등에는 부검을 통한 실체적 진실발견에 어려움이 있을 수 있음.

둘째, 강은미의원안은 범죄와 관련 없음이 명백한 사체에 대하여 유족의 동의를 필요적으로 하려고 하는바, 범죄와 관련 없음이 명백하다면 사망이 범죄에 기인하였다고 볼 수 없으므로 변사자⁵⁾가 아니게 됨. 따라서 변사자를 전제로 하는 「형사소송법」 제222조제1항⁶⁾에 의해서는 검사는 검시를 할 수 없게 됨.

5) 그 사망이 범죄에 기인하였다고 의문이 되는 사체를 말한다. 또한 사망이 범죄에 기인하였는지 여부가 불명인 사체도 변사자에 해당한다(김희옥·박일환, 주석 형사소송법Ⅱ, 한국사법행정학회, 2017. 11. p.344.).

6) **형사소송법 제222조(변사자의 검시)** ① 변사자 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 한다.

형사소송법

제222조(변사자의 검사) ① 변사자 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검사하여야 한다.

② 전항의 검시로 범죄의 혐의를 인정하고 긴급을 요할 때에는 영장없이 검증할 수 있다.

③ 검사는 사법경찰관에게 전2항의 처분을 명할 수 있다

또한, 범죄와 관련 없음이 명백하다면 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 진행되는 검증⁷⁾ 절차를 진행할 수 없기에 형사소송법상 부검의 대상이 아니게 됨.⁸⁾

한편, 범죄와의 관련이 없음이 명백하다는 판단이 내려지려면 부검 등을 통하여 범죄유무를 검토하는 것이 선행되어야 하는 경우가 빈번할 것으로 사료됨.

셋째, 이병훈의원안과 강은미의원안 모두 유족의 범위에 대해서는 특별히 명시되어 있지 않은 바, 이에 대한 논의가 별도로 필요한 것으로 보임. 또한, 부검에 대하여 유족들의 의견이 다를 경우 부검을 할 수 있는지

7) **형사소송법 제215조(압수, 수색, 검증)** ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

8) 범죄와 관련없음이 명백하다면 형사소송법이 아닌 시체해부법이 적용됨.

시체해부법 제4조(시체 해부에 대한 유족의 동의) ① 시체를 해부하려면 그 유족의 동의를 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.

4. 제2조제3호부터 제5호까지의 규정에 따라 해부할 때

제2조(시체의 해부) 시체를 해부할 수 있는 경우는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로 한다.

4. 「형사소송법」 제140조 또는 제173조제1항에 따라 해부하는 경우

등이 문제될 수 있으므로 유족 동의의 절차와 방법도 명시될 필요가 있다고 판단됨.

문 의 처
02)6788-5053