

2005年 8月
博士學位論文

搜查機關의 人身拘束과
人權保障에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院
法 學 科
金 文 鎬

搜查機關의 人身拘束과 人權保障에 관한 研究

A Study on the Protection of Human Rights
for the Restrained Agency

2005 年 8 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 文 鎬

搜查機關의 人身拘束과
人權保障에 관한 研究

指導教授 文 正 琛

이 論文을 法學博士學位 申請論文으로 提出함.

2005 年 4 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 文 鎬

金文鎬의 博士學位論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 名譽教授 吳再煥

委 員 全南大學校 教 授 安銅準

委 員 朝鮮大學校 教 授 孫璣煥

委 員 朝鮮大學校 教 授 柳金哲

委 員 朝鮮大學校 教 授 文正根

2005 年 6 月 日

朝鮮大學校 大學院

目 次

Abstract

第1章 序 論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	3
第2章 被疑者拘束制度에 관한 一般的 考察	5
第1節 被疑者拘束과 人權保障	5
1. 憲法과 人權保障	5
2. 憲法訴願과 人權保障	7
3. 搜查構造와 人權保障	8
4. 刑事節次上의 人權保障	10
第2節 被疑者拘束의 指導原理	11
1. 必要最小限度의 法理	12
2. 適法節次의 法理	12
3. 無罪推定의 法理	15

第3節 被疑者拘束의 基本原則	17
1. 強制處分法定主義	18
2. 令狀主義	19
3. 比例性의 原則	21
第3章 人身拘束制度에 관한 外國의 立法例	23
第1節 獨逸	23
1. 序說	23
2. 令狀에 의한 拘束	24
3. 一時的의 逮捕	29
4. 拘束被疑者 救濟制度	32
5. 小結	35
第2節 프랑스	36
1. 序說	36
2. 令狀에 의한 拘束	37
3. 令狀에 의하지 아니한 逮捕	39
4. 拘束被疑者の 釋放制度	40
5. 小結	41

第3節 美 國	42
1. 序 說	42
2. 令狀에 의한 逮捕	43
3. 令狀에 의하지 아니한 逮捕	46
4. 被疑者의 救濟制度	50
5. 小 結	52
第4節 日 本	52
1. 序 說	52
2. 被疑者의 逮捕	53
3. 勾 留	57
4. 被疑者의 權利	61
5. 小 結	63
第4章 우리나라의 人身拘束制度와 人權保障	65
第1節 逮捕制度에 의한 拘束	66
1. 逮捕令狀에 의한 逮捕	67
가. 逮捕의 要件	67
나. 逮捕의 節次	70
다. 逮捕後의 措置	72

2. 緊急逮捕	72
가. 緊急逮捕의 要件	73
나. 緊急逮捕의 節次	75
다. 緊急逮捕와 押收·搜索·檢證	79
3. 現行犯人の 逮捕	79
가. 現行犯人の 意義	79
나. 現行犯逮捕의 要件	81
다. 現行犯人の 逮捕節次	84
第2節 拘束令狀에 의한 拘束	85
1. 拘束의 要件	86
가. 犯罪嫌疑의 相當性	86
나. 拘束事由	87
다. 拘束의 必要性	91
2. 拘束의 節次	92
가. 拘束令狀의 請求	92
나. 拘束令狀實質審查	93
다. 拘束令狀의 發付	94
라. 拘束令狀의 執行	95
3. 拘束期間	96

4. 別件拘束과 二重拘束	97
가. 別件拘束	97
나. 二重拘束	100
第3節 任意同行과 保護留置	102
1. 任意同行	102
가. 意 義	102
나. 任意同行의 適法性	105
다. 任意同行의 許容限界	105
라. 小 結	107
2. 保護留置	107
가. 保護留置의 實態	107
나. 保護留置의 違法性	109
第4節 逮捕 · 拘束被疑者の 人權保障	110
1. 逮捕 · 拘束節次上の 人權保障	111
가. 陳述拒否權의 保障	111
나. 拘束令狀實質審查制度	117
다. 防禦權을 告知받을 權利	125
라. 身體拘束事實을 通知받을 權利	126

2. 拘束中の 人權保障	127
가. 接見交通權의 保障	127
나. 拘束期間의 制限	133
다. 再拘束의 制限	139
3. 逮捕 · 拘束被疑者の 救濟制度	140
가. 逮捕 · 拘束適否審査制度	140
나. 被疑者の 保釋	145
다. 拘束의 取消와 執行停止	150
4. 그 밖의 人權保障制度	151
가. 證據能力의 排除	151
나. 刑事補償制度	165

第5章 被疑者에 대한 人權保障의 問題點과 改善方案 170

第1節 拘束令狀實質審査制度의 問題點과 改善方案	170
1. 逮捕前置主義의 導入必要	171
2. 必要의 審問으로의 轉換	172
3. 被疑者審問의 拘束期間 算入	174
4. 拘引된 被疑者の 留置場 留置의 明文化	175
5. 夜間審問과 令狀待機時間의 短縮	176

6. 令狀實質審查의 内實化	176
7. 判事의 被疑者審問時 調書作成의 必要性	177
第2節 逮捕·拘束適否審查制度의 問題點과 改善方案	178
1. 逮捕適否審의 不必要	178
2. 令狀 없이 逮捕된 者의 請求權 認定	179
3. 審查期間의 逮捕·拘束期間에의 算入	180
第3節 被疑者釋放制度의 問題點과 改善方案	181
1. 權利保釋으로서의 被疑者保釋制度 導入	182
2. 拘束令狀實質審查段階에서의 保釋許容	182
3. 被疑者釋放條件의 多樣化	184
4. 保釋保證金의 算定 및 納入方法의 多樣化	185
第4節 被疑者保護를 위한 辯護人制度의 問題點과 改善方案	186
1. 辯護人의 搜查記錄 閱覽·贍寫權의 保障	186
2. 搜查機關의 被疑者訊問과 辯護人의 參與權	188
3. 國選辯護人制度의 擴大	189
第6章 結論	191
参考文獻	194

ABSTRACT

A Study on the Protection of Human Rights for the Restrained Agency

Kim, Moon-Ho

Advisor : Prof. Moon, Jeong-Min, Ph.D.

Department of Law,

Graduate School of Chosun University

Since the nation has a responsibility and an obligation for protecting the national safety from the crimes, it must start to investigate and reveal the reality when there happens the crime, but it should be done within the due process of law. However, as the authority, in the reality of the investigation, deals with the suspect as the criminals, and arrests them as the means to realize the national authority of the punishment, the illegal acts which not only have neglected the due process of law but also have been very generalized, not exceptionalized, this type of investigation in the process of the investigation have been executed implicitly.

Therefore, Korean Constitution Law defines the principle of presumption of innocence and the due process of law which would not take a place of the violation of human rights in the process of the on-going criminal case, and declares the principle of the proportionality that arresting should be used only when the fair public profits that it is impossible for the social defense of the crime to be accomplished by the other ways, is admissible. For these definition, Criminal Procedure Law introduced the arrest system with three points in order to establish the national authority of Punishment; First, the legal principle that the disposition by legal force should be minimized within the minimum limit and

the advanced warrant issued by the judge. Second, Eradication of Illegal investigation procedure generalized from the past such as voluntary accompanying by investigative agency and detention for protection. Third, Establishment of the lawful investigation procedures.

However, as there have been many problems such as the abnormal detention due to the deficient legislature and the wrong practice, criticisms that the human rights of the suspect are not protected have been raised. Therefore, this study examines the types and problems of the arrest system of person in Korea through the comparative analysis with the foreign arrest system in order to overcome such a reality and secure the human rights of the suspect. For the above things, it consists of six chapters focusing on the presentation of the rational improvement methods.

Chapter 1 describes the purposes, the range and the methods of research. Chapter 2 explains the general theories of arrest and the human rights of the suspect, and Chapter 3 examines the arrest system of person in the foreign advanced countries.

Chapter 4 investigates the arrest system of person and the protection of the human rights in Korea. Chapter 5 examines the problems and the improvements in the security of the human right of the suspect, and finally chapter 6 summarizes and arranges the contents of the arrest and the human rights of the suspect.

In my study, the items which should be improved immediately for the protection of the human right of the suspect are as follows;

First, on the Detention Warrant Examination System, I suggested the necessity for introducing the principle of arrest after reconsideration, converting it into the necessary examination and inputting the period of the real investigation of arrest into the period of arrest. Second, on the Review System of the Legality of Detention, I also suggested the necessity of the acknowledging right of request to inquiry for those who are arrested without the arrest warrant

or caught in the fact. Third, on the suspect bail system, I presented that the suspect must have right to request bail in order to plead himself or herself as well as the necessity of approving bail in the stage of the real investigation of the arrest warrant is proposed for the purpose of activating bail system.

Moreover, to secure the real protection of the suspect and realize the equality principle of both parties, there should be the participation right for attorney to acknowledge reading and copying of investigation records in the investigative process and should extend the public defenders system more.

Finally, to secure the suspect's human rights, I strongly insisted that the investigating authority which executed law must enhance the sense of the human rights with priority, rather than revise the above laws and improve or complement all kinds of systems.

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

형사소송의 전체를 지배하는 이념은 구체적 사건에 형법을 적용하여 국가형벌권을 적정하게 실현함으로써 실체형법의 이념을 달성함과 동시에 수사기관의 불법·부당한 침해로부터 피의자의 인권을 최대한 보장하는 것이라 할 수 있다. 이에 따라 형사소송법의 대부분의 규정도 이와 같이 충돌하는 양 이익을 조화하는 것을 궁극의 목적으로 하고 있다.

국가는 범죄가 발생하면 수사에 착수하여 범죄자를 색출하고 형벌권을 실현해 가는 과정에서 불가피하게 일반시민이 향유하는 기본권을 침해하게 되는 데, 특히 피의자 구속은 개인의 자유와 권리가 침해될 가능성이 가장 많은 분야이다. 왜냐하면 피의자구속은 소송절차의 진행과 형벌의 집행을 확보하고 수사의 편의를 위한다는 명목으로 이루어지고 있으나 이로 인하여 피의자는 그 가족과 직업으로부터 격리되고 직업 활동을 할 수 없게 되어 자신은 물론 가족을 돌볼 수 없게 됨으로써 심각한 경제적 위험에 빠질 뿐만 아니라 주변 사람들에게는 유죄의 인상을 심어줌으로써 명예와 신용에 중대한 타격을 받게 되기 때문이다. 이러한 이유로 피의자구속은 신체활동에 대한 단순한 제약이 아니라 개인에 대한 사회적 사형이라고까지 말하고 있다.¹⁾

그러므로 피의자구속에 의한 기본권 제한은 헌법 정신에 따라 엄격히 제한되어야 할 뿐만 아니라 다른 수단에 의해서는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 최후의 수단으로 이루어져야 한다. 즉 수단의 선택이 피의자구속의 목적과 기본권 침해사이에 균형이 있어야 한다. 그러나 우리의 현실은 수사기관의 인권의식의 부족과 타성, 범인 필벌주의에 입각한 규문적 수사관의 잔재, 국민일반의 인권의식의 결여 등으로 인하여 강제수사가 당연하게 행해지고 있으며, 유죄의 심증을 가지면 우선 구속시키는 자기편의적이고 감각적인 관념을 떨쳐버리지 못하고 있다. 대체로 국가제도로서의 형사절차는 범인의 처벌을 위해 기능하는 형벌권 발동의 형식이나 이는 적법 절

1) 박영철, “피의자 구속에 관한 구제방안 연구”, 「검찰」 통권 제114호, 2003. 12, 719면.

차의 실현이라는 독자적 기능에 고유한 존재가치가 있다 할 것이며, 근대 이후에는 그의 중핵이 피의자·피고인의 인권보장에 있다.²⁾ 따라서 헌법의 최고이념인 인간의 존엄과 가치가 피의자에게도 구현되기 위해서는 헌법 합치성에 따른 법률에 의한 형사사법절차의 진행이 이루어지고 헌법상 보장된 인권보장의 요청이 충족되도록 이들 절차를 정당하게 적용함으로써 국민으로부터 공감대가 형성되는 피의자구속이 이루어져야 할 것이다.³⁾

이러한 취지에 따라 현행 형사소송법은 국민의 기본적 인권의 보장을 위한 제 규정을 둘으로써 인권보장에 대한 강한 의지를 표명하고 있다. 즉 법관이 영장을 발부함에 있어 수사기관이 제출한 소명자료와 증거물에 의존하던 것을 피의자를 직접 심문하여 구속여부를 판단하는 영장실질심사제도와 보석제도의 취지를 기초전까지 확대하는 보증금납입조건부 피의자석방제도를 도입하는 한편, 종래의 임의동행과 보호실유치라는 탈법적 수사관행을 근절하고 적법한 절차에 의해 단기간의 신병을 확보할 수 있는 체포제도를 도입하여 인신구속제도를 체포와 구속으로 이원화 하였다. 그리하여 형사절차에서의 불구속수사원칙을 더욱 충실히 구현하고 인신구속의 적정성과 예측가능성을 기하고 있다. 피의자구속은 형사절차에서 실체적 진실발견과 인권보장이라는 두개의 이념이 가장 침예하게 대립되는 분야이므로 정치의 민주화와 국민일반의 인권의식이 성숙한 오늘날의 법치국가적 형사소송에서는 양자의 균형 있는 조화를 통한 운영의 묘를 발휘하여 피의자의 인권보장에 만전을 기해야 할 것이다.⁴⁾

본 논문에서는 이러한 입법추세를 고려하면서 피의자구속에 관한 지도이념을 고찰하는 데서부터 출발하여 외국의 인신구속제도에 대한 비교법적 분석을 통하여 우리 제도의 미비점과 이를 보충하는 방안을 모색하고, 더 나아가 우리나라 인신구속 제도의 유형과 인권보장제도에 대해 살펴본 후 현행 인신구속제도의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하고자 한다.

2) 김균보, “수사절차에 있어서 피의자의 인권보장”, 경북대학교 박사학위논문, 1993, 2면.

3) 김경훈, “구속전피의자심문제도에 대한 소고”, 「검찰」 통권 제115호, 2004. 12, 349면; 박미숙, “인권과 형사법의 기능”, 「형사정책연구」 제10권 제4호, 1999. 겨울호, 259면.

4) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2004, 215면; 이종갑, “새로운 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 1-2면 참조; 손동권, “개정형사소송법의 피의자구속제도에 관한 검토”, 「사법감시」, 1996. 2, 15-16면 참조.

第2節 研究의 範圍와 方法

피의자구속은 실체적 진실발견을 임무로 하는 형사사법기관의 입장과 기본권의 주체인 국민의 인권보장이 첨예하게 대립되는 분야이므로 인신구속이 피의자의 인권옹호적인 방향으로 이루어질 수 있도록 합리적인 방안을 제시하는데 역점을 두고 이론적·법적 근거를 검토하면서 각 제도들의 법적 성격을 고찰하여 그 논의의 범위를 확정하였다.

통상 대인적 강제처분에는 피의자와 피고인의 구속을 포함하지만, 본 논문은 해석상으로나 입법론적으로 문제의 여지가 많은 피의자구속만을 연구의 범위로 제한하였으며 총 6장으로 구성하였다.

제1장은 연구의 목적 및 범위와 방법에 관하여 고찰하였다. 제2장은 피의자의 구속과 인권보장에 관한 이론적 기초를 제공하기 위해 피의자 구속제도의 일반적 이론을 살펴보았다. 제3장은 형사절차에 있어 선진국가라 할 수 있는 대륙법계인 독일과 프랑스, 영미법계인 미국, 대륙법계와 영미법계의 요소를 혼합한 일본의 인신구속제도에 대하여 비교법적으로 고찰함으로써 우리나라 형사소송법상의 제도적인 문제점을 제시하는 방향으로 파악·검토하였다.

제4장은 우리나라의 인신구속제도와 인권보장에 대한 전반적인 고찰로써 체포와 구속으로 이원화된 현행 형사소송법의 내용에 따라 체포제도와 구속제도를 살펴보고, 실무상 일반적으로 활용되면서 상당한 문제점이 노출되고 있는 임의동행과 보호유치에 대하여 검토함으로써 합리적인 개선방안을 제시하고자 하였다. 아울러 현행 형사소송법상 인정되고 있는 피의자의 인권보장과 관련된 제도들을 고찰함으로써 그 문제점과 개선방안을 도출할 수 있도록 하였다.

제5장은 본 논문의 핵심사항인 피의자 인권보장의 문제점과 개선방안으로 구속영장실질심사제도, 체포·구속적부심사제도, 피의자석방제도, 피의자보호를 위한 변호인제도 등의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하고자 하였다. 제6장은 이상에서 고찰한 피의자구속과 인권보장에 관한 내용을 요약·정리하여 피의자의 구속과 인권보장제도가 실효성을 거둘 수 있도록 타당한 결론을 제시하고자 하였다.

본 논문의 연구방법은 피의자구속과 인권보장에 대한 이론적 기초의 제공과 그에

대한 문제점 및 개선방안을 제시하기 위해 국내외 학자들의 단행본과 연구논문을 참고하여 서술하는 문헌연구 방법을 중심으로 대법원을 비롯한 국내외 판례를 연구·검토하고 형사사법기관의 통계자료를 분석·고찰하는 법해석학적 방법을 사용하였다. 또한 형사절차에 있어서 선진화된 주요 국가의 입법례와 우리의 제도를 비교법적으로 고찰하면서 우리의 피의자구속제도와 인권보장이 어떻게 개선되어야 할 것인지를 파악하기 위하여 외국의 입법례 등을 비교·분석하는 비교법학적 방법을 혼용하여 종합적으로 분석·검토하였다.

第2章 被疑者拘束制度에 관한一般的考察

국가는 범죄가 발생하면 신속히 수사에 착수하여 범죄자를 색출, 적정한 국가형벌권을 실현해야 하는데 이를 실현해 가는 과정에서 불가피하게 일반시민이 향유하는 기본권을 침해하게 되고, 특히 피의자의 구속은 피의자를 지금까지의 사회생활로부터 격리시킴으로써 시민으로서의 정상적인 생활을 파괴하며 일반인에게는 유죄의 인상을 심어줌으로써 명예와 신용에 중대한 타격을 가하게 된다.

이에 따라 헌법과 형사소송법은 이러한 침해로부터 일반시민의 기본적 인권을 보장하기 위해 영장주의와 적법절차의 원칙, 무죄추정의 원칙 등을 규정하고 있으나 입법의 불비와 수사기관의 수사편의적인 태도로 인하여 인권침해의 가능성이 상존하고 있다. 이제 우리나라로 정치의 민주화와 국민들의 인권의식이 성숙되었으므로 국가는 인신구속과 관련된 각 제도를 운영하는데 있어 과거의 국가편의적이고 인과 응보적인 태도에서 벗어나 피의자의 인권보장에 만전을 기해야 할 것이다. 특히 현행 수사구조상 피의자는 수사의 주체는 될 수 없다 하더라도 무죄추정의 원칙과 진술거부권의 보장 등으로 당사자에 준하는 지위를 보장 받고 있으며 장차 피고인으로서 소송당사자가 될 자이므로 그 지위를 충분히 고려할 필요가 있다 할 것이다.¹⁾

第1節 被疑者拘束과 人權保障

1. 憲法과 人權保障

인신구속은 사람의 가장 기본적 법익인 신체의 자유에 대한 본질적인 침해라는 점에서 강제처분 중에서 인권에 대한 큰 위협이 된다. 즉 증거인멸을 방지하고 공판정에의 신병확보를 위한다는 이유로 피의자의 신체는 구속되어 조사의 객체가 됨으로써 자기방어를 효과적으로 할 수 없을 뿐만 아니라 사회적 명예의 실추와 가족의 생계유지의 기회를 박탈당하게 된다.²⁾ 그러므로 형벌권의 구체적 실현이라는 형사

1) 최석윤, “피의자의 법적 지위 강화 방안”, 「Juris Forum」 제2집, 2002, 59-72면 참조.

소송의 목적을 달성하기 위해 부득이 인신을 구속하는 경우에도 피의자의 인권은 최대한으로 보장되어야 한다.

이에 따라 우리 헌법에서는 개인의 기본적 인권을 보장하기 위한 제규정을 두고 있다. 즉 제10조에서는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 규정하고 있고, 제12조에서는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다”는 내용을 비롯하여 죄형법정주의와 강제처분법정주의, 고문금지와 진술거부권의 보장, 영장주의 등의 원칙을 선언하고 구속적부심사제도, 자백의 증거능력 제한, 체포·구속시 가족 등 법률에 정한 자에게 그 이유와 시간·장소 등을 자체 없이 통보해야 한다는 규정을 두어 부당한 신체자유의 침해로부터 구제받을 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 이러한 적법절차의 총괄적 규정은 모든 형사절차를 규제하는 법률에 대하여 헌법정신을 담은 실질적 합헌내용을 요청하는 것으로 헌법상 명문화되어 있지 않은 권리나 헌법취지도 형사절차에 반영되어야 한다고 보아야 한다.³⁾ 뿐만 아니라 제27조 4항에서 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다”는 규정을 둘으로써 형사절차에서의 무죄추정 원칙을 선언하고 있다.

헌법에는 이와 같이 매우 상세한 형사절차상의 인권보장과 관련된 규정들을 두고 있지만, 피의자의 인신구속은 효율적인 형사사법의 기능과 개인의 자유에 대한 기본권의 보호라는 대립되는 이익이 정면으로 충돌하는 첨예한 문제영역이며, 형사소송법의 개정에 있어서도 가장 핵심적인 사항이라 할 수 있다.⁴⁾

형사소송법은 헌법규정을 구체화하고, 그 취지를 확충하기 위하여 인신구속의 요건과 절차에 대해 엄격한 법률적인 규제와 사법적 규제를 가하는 등 구속자체를 제한하고 있을 뿐만 아니라 일단 구속된 피의자에 대해서도 접견교통권의 보장과 구속기간의 제한 등의 인권보장적인 제도를 마련하고 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 제도들은 인권보장을 위한 완벽한 장치는 아니고 흡결을 내포하고 있으므로 인권보장과 공익유지를 위해 조화로운 운영이 필요하다고 할 것이다.⁵⁾

2) 김삼남, “強制搜查와 人權保障에 관한 研究”, 전주대학교 박사학위논문, 1990, 55면; 전용득, “被疑者の 拘束에 관한 研究”, 동의대학교 박사학위논문, 1999, 2면.

3) 차용석, “刑事訴訟法의 課題”, 「法曹」 통권 520호, 2000. 1, 211면.

4) 이재석, “수사와 인권”, 「비교형사법연구」 제5권 2호, 2003, 811면.

5) Boing, “Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren”, ZStW 91(1979), S.380; 김경선, “偽裝된 拘束事由”, 「令狀實質審査制度 II」, 법원행정처, 1997. 7, 429면. 이하; 박

이상에서 살펴본 바와 같이 헌법은 인간의 기본권과 신체의 자유에 관한 최고규범이고, 형사소송법은 ‘응용된 헌법’이자 ‘헌법의 지진계’이므로 형사절차에서도 헌법 정신이 최대한 구현되도록 하여야 할 것이다.⁶⁾

2. 憲法訴願과 人權保障

우리 헌법에서는 적법절차의 원리를 규정함과 아울러 구속피의자에 대한 기본권으로 여러 권리들을 보장하고 있으며 헌법소원제도를 채택하고 있다(헌법 제111조 제1항 제5호). 헌법소원제도는 입법, 사법, 행정에 있어서 공권력의 남용과 악용으로부터 헌법상 보장된 국민의 자유와 권리를 보호하는 제도로 헌법재판소법에서 그 자세한 내용을 정하고 있다(동법 제68조 내지 제75조).

동법에 의하면 구속과 관련하여 수사기관의 공권력 남용 등으로 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원을 청구할 수 있는데(동법 제68조 제1항), 헌법소원은 그 본질에 있어서 보충적인 권리구제수단이기 때문에 다른 법률에 규정된 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 청구할 수 있다(동항 단서). 그러므로 수사기관에 의해 구속된 자는 그 구속과 집행과정에서 헌법상 보장된 기본권을 침해당하였을 경우 형사소송법에 규정된 체포·구속적부심사청구(제214조의2)나 준항고제도(제416조) 등에 의한 불복절차를 거친 후에 헌법소원을 제기하여야 할 것이다. 이러한 예로는 긴급체포나 현행범체포의 요건에 해당되지 않음에도 불구하고 영장없이 체포, 구속을 당한 경우라든지 헌법상 보장된 변호인과의 접견교통권이 제한을 받은 경우 등을 들 수가 있다.⁷⁾

미숙 “人權과 刑事法의 機能”, 「형사정책연구」 제10권 제4호, 1999, 263면 이하; 남영찬, “拘束制度의 運用方向”, 「令狀實質審查制度 III」, 법원행정처, 1997. 11, 392면 이하 참조.

6) 황정근, 「人身拘束과 人權」, 法英社, 1999, 1면.

7) 1989. 7. 4. 임수경의 밀입북사건과 관련되어 국가안전기획부에 국가보안법위반혐의로 구속된 문부식 등에 변호인접견불허처분에 대하여 변호인들은 헌법재판소에 헌법 제12조 제4항에 규정된 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 침해한 것이므로 위헌이라는 헌법소원을 제기한 바 있고(법률신문 1989. 7. 24), 또한 미결수용자의 변호인접견시 「수형자 접견과 서신수발은 교도관의 참여 또는 검열을 요한다」는 행형법 제18조 3항을 남용하는 것은 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌이라는 헌법재판소의 결정이 있었다(현재결 1992. 1. 28, 91헌마111).

그러나 통상적인 권리구제절차를 거치게 함으로써 제소권자에게 회복할 수 없는 중대한 불이익이 발생할 것이 확실시되는 경우에는 불법적인 공권력 작용을 직접 헌법소원의 대상으로 삼도록 하는 것이 바람직할 것이다.⁸⁾

헌법소원에 대하여 헌법재판소는 그 청구가 이유가 있는 때에는 침해의 원인이 된 공권력의 행사가 위헌인 법률에 기인한 것이라고 인정될 때에는 당해 법률의 위헌을 선고할 수 있다(현재법 제75조 제3항 제5항). 이러한 헌법소원은 특히 수사기관의 구속에 있어서는 그 심판절차 진행에 소요되는 시간적인 제약 때문에 기본권의 침해에 대한 즉각적인 구제 등의 실효를 거둘 수 있을지는 의심이 가고 다만 선언적 의미에서 그 구속이 헌법상 보장된 기본권을 침해한 것이라는 확인의 의미는 있을 것으로 생각된다.⁹⁾

3. 搜查構造와 人權保障

수사는 고유한 의미에서 소송이 아니라 소송에 대한 준비절차, 즉 형사사건에 관하여 공소를 제기하고 이를 수행하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 예비활동에 지나지 않는다. 그러나 피의자를 순수한 수사의 객체로만 파악하여 수사기관의 지나친 재량을 인정할 때에는 피의자의 인권보장을 기대할 수 없게 된다. 그리하여 피의자의 인권보장을 위해 수사과정을 전체로서의 형사절차에 어떻게 위치시키고 수사절차에서 등장하는 활동주체의 관계를 어떻게 정립 시킬 것인가를 규명하는 이론으로 搜查構造論이 등장 했는데 이에는 규문적 수사관과 탄핵적 수사관을 들고 있다.¹⁰⁾

규문적 수사관이란 수사절차를 검사를 주재자로 하는 수사기관과 그 상대방인 피의자의 불평등·수직관계로 구성되어 있다고 보는 견해로 수사기관이 피의자를 조사하기 위해서는 강제처분도 인정되므로 피의자에게는 訊問受認義務가 있게 되고 또 수사절차는 수사기관의 독자적인 판단아래 범인과 증거조사를 하기 위한 합목적

8) 허 영, 「헌법이론과 헌법(하)」, 박영사, 2004, 391면.

9) 곽병선, “被疑者拘束에 관한 研究”, 원광대학교 박사학위논문, 1992, 15면 이하.

10) 백형구, 「刑事訴訟法講義」, 박영사, 2001, 345면; 平野龍一, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 1983, 83면.

적 절차이며 피의자의 구속은 증거수집의 목적 또는 증거인멸의 방지를 위한 것으로 이해하게 된다.

이에 반해 탄핵적 수사관은 수사를 일방당사자로서의 수사기관이 단독으로 행하는 공판준비활동이 아니라 피의자도 수사기관과 독립하여 당사자로서 방어활동의 주체의 지위를 가지며, 강제처분은 장래 재판에 대비하여 법원이 범인 및 증거보전을 위하여 행하여진다고 보는 이론이다. 이에 의하면 임의수사가 원칙이며 피의자의 조사수인의무는 부정된다. 그리고 피의자의 인신구속은 장래 행하여지는 재판을 위하여 도주의 우려를 방지함으로써 피의자의 공판정에의 출석을 확보하기 위한 것으로 이해하게 된다.¹¹⁾ 요컨대, 규문적 수사관은 수사활동에 있어 수사기관의 합목적적인 판단을 존중함에 반하여, 탄핵적 수사관은 수사기관의 지위를 상대화하고 피의자의 독자적인 방어활동을 폭넓게 인정하고자 하는 견해라고 할 수 있다.¹²⁾

그리고 규문적 수사관 및 탄핵적 수사관과 별도로 수사절차의 독자성과 중요성을 강조하는 견해로서 소송적 구조론이 있다. 이 견해에 의하면 피의자에게 준당사자적 지위가 인정되고 신문수인의무가 부정되며, 공판에의 출석과 형의 집행확보를 목적으로 하는 체포와 같은 처분은 본래의 수사 내용에 포함되지 않는다고 한다.¹³⁾ 강제적 피의자신문을 부정하고 변호권을 확대하는 점에서는 탄핵적 수사관과 유사하지만 수사절차의 독자성을 강조하여 수사를 검사, 사법경찰관리, 피의자의 삼면관계로 파악하고 있다는 점에서 근본적으로 다르다.

우리 형사소송법은 소송구조에 있어서 실체적 진실발견과 인권보장을 위해 직권주의를 기초로 하면서 당사자주의를 가미하는 절충 형태를 취하고 있는 것과 마찬가지로 수사절차에 있어서도 규문주의와 탄핵주의를 절충한 형태를 취하고 있다고 볼 수 있다.¹⁴⁾

수사기관에 의한 물리력의 행사를 수반하지 않는 임의수사의 경우에는 검사를 주재자로 하는 수사기관과 피의자만이 수사절차에 등장하고 제3의 기관인 법관은 개

11) 전용득, *전계논문*, 14면.

12) 신동운, 「*刑事訴訟法 I*」, 法文社, 2001, 65면.

13) 石川才顯, 「*刑事訴訟法講義*」, 日本評論社, 1981, 94면.

14) 그러나 피의자는 장차 소송의 당사자가 될 자라는 의미에서 준당사자라고 할 수 있으나, 이를 이유로 수사절차의 소송구조가 이루어지는 것은 아니므로, 소송구조를 수사절차에 비유하여 파악하는 옳지 않다고 한다(이재상, 「*형사소송법*」, 박영사, 2004, 175면).

입할 여지가 없다. 이 때에는 피의자의 기본적 인권을 해칠 우려가 없으므로 수사기관의 합법적 판단을 존중해도 무방하다. 그러나 수사기관이 물리력을 행사하는 강제수사의 경우에는 헌법이 규정한 영장주의 원칙에 따라서 수사절차에 반드시 법관이 개입하여야 한다. 이 때 영장발부의 주체인 법관은 수사절차상의 강제처분을 고유권한으로 보유하고 있으며, 검사는 법관에게 강제수사권의 발동을 청구함에 그친다. 이렇게 본다면 강제수사의 경우에는 탄핵적 수사관이 적절하다고 보며 이러한 견해가 피의자의 인권보장을 위하여도 타당하다고 본다.¹⁵⁾

4. 刑事節次上의 人權保障

형사소송이 추구하는 이념은 범죄예방과 실체적 진실발견에 있는데, 범죄예방과 관련한 국가시책으로서의 형사정책의 중요성은 다음과 같이 나누어 설명할 수 있을 것이다.¹⁶⁾

먼저, 범죄행위는 국가의 법질서를 파괴하며 타인의 권익을 부당하게 침해하며 직접적으로는 사회구성원인 국민의 권익을 침해하고, 간접적으로는 국가사회의 제발전을 저해하는 결과를 초래하므로 이를 방지하는 것이 국가의 본래의 목적이 되어야 한다는 점에서 중요하며, 범죄방지시책으로서의 형사정책은 자유민주주의체제에 있어 핵심원리를 이루는 자유주의가 국민들의 자율적인 준법생활 여부에 좌우되기 때문에 우리의 자유민주주의체제 유지와 발전을 위해 꼭 필요하고 중요하다.

아울러 형사정책은 나라 안에서 법질서가 확립되고 나아가 국민 각자가 서로 남을 돋는 생활을 하는 지표를 설정하여 줌으로써 복지사회를 이룩할 수 있기 때문에 중요하다.

다음으로 범죄가 발생하면 가해자와 피해자 쌍방간의 상호관계임을 분명히 하고 이에 대한 정확한 사회정의를 실현해야 하기 때문에 그만큼 사법행정기관의 역할이 중요하다고 할 수 있다. 따라서 실체적 진실의 발견을 통해 현실적 진실과 사회정의를 실현함으로써 적정성과 정확성에 차질이 없도록 하고 가해자와 피해자 상호간의 공평에도 주의를 기울여야 할 것이다.

15) 신동운, 전계서, 66면; 전용득, 전계논문, 16면.

16) Gobert J. Cohen, NP., *Rights of Prisoners*, McGraw-Hill, 1981, p.121.

마지막으로, 인권옹호의 측면에서 형사사법행정은 중요한 역할을 하고 있다. 자유 민주주의 체제의 발전과정을 곧 인권옹호의 역사적 과정과도 같다고 할 수 있다. 그리고 국내 절차법상의 규칙과 절차는 인권옹호의 중요한 내용이라고 할 수 있다. 인권의 개념과 국제사회에서의 인권옹호 규약에서도 나타나듯이 죄과의 정확한 명시를 위한 실체적 진실의 발견과 이율배반적인 가치추구활동이라고 할 수 있는 인권옹호를 어떻게 적절히 조화시킬 수 있는가 하는 문제는 형사사법행정의 중요한 과제이다.

절차법상의 인권옹호대책은 제도적인 커다란 모순이 있다기보다는 관련 담당 집행자들의 인식부족이나 타성적 업무자세로부터 기인한다고 보아야 할 것이다. 이에 범죄 당사자들의 인간관의 올바른 구성을 통해서 공평과 정의가 확립된 형사사법행정의 운영이 이루어질 수 있을 것이다.

第2節 被疑者拘束의 指導原理

피의자구속은 신병을 확보함으로써 피의자의 도주나 증거인멸을 방지하여 국가 형별권의 정당한 실현을 위해 불가피하지만, 필연적으로 개인의 자유와 권리를 침해하게 되므로 현법상 보장된 기본적 인권보장과 충돌하게 된다.

과거 규문적 형사절차에서는 피의자의 처벌적 측면에 중점을 두어 인신구속이 무제한적으로 허용되어 불법·부당한 구속을 방지하기 위한 기본원칙이 존재하지 않았으나 오늘날의 법치국가적 형사소송에 있어서는 피의자의 인권보장을 최고가치로 여기므로 실체적 진실발견¹⁷⁾을 위한 피의자구속은 필요한 최소한도에서만 허용되어야 하며 적법절차에 따라 상당한 방법으로 행사되어야 한다. 그러므로 필요최소한도의 법리와 적법절차의 법리는 피의자구속을 제한하는 지도원리로 작용하고 있으며, 또한 피의자는 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정되므로 무죄추정의 법리도 피의자의 구속을 제한하는 기본원리로 작용하고 있다.

17) 실체적 진실주의에 대한 상세는 변종필, “형사소송이념과 범죄투쟁, 그리고 인권”, 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 2003, 932면 이하 참조.

1. 必要最小限度의 法理

강제처분 중에서도 피의자구속은 개인의 신체의 자유를 본질적으로 제한하는 인권 제한적 처분이므로 인권보장을 위해서는 필요 최소한도의 범위 내에서만 허용되어야한다.¹⁸⁾ 예컨대 수사기관에 출석한 피의자나 참고인을 신문함이 없이 장시간 대기시키는 행위는 적법절차의 법리에 어긋날 뿐만 아니라 필요최소한도의 법리에도 벗어나는 행위인 것이다.

이와 같은 必要最小限度의 법리를 강제처분의 제한에 관한 指導原理로 이해하는 것이 우리나라와 일본의 일반적인 견해이다.¹⁹⁾ 따라서 임의수사라고 하더라도 무제한적으로 허용되는 것은 아니고 실체적 진실발견과 인권보장을 비교형량하여 최소한도의 범위 내에서만 허용되어야 한다. 그러므로 필요최소한도의 법리는 수사의 전반에 걸친 지도원리일 뿐만 아니라 수사의 조건에 관한 이론적 근거이며 실정법상 수사비례의 원칙으로 나타난다.²⁰⁾

우리 형사소송법에서도 수사는 원칙적으로 임의수사에 의하고 “강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 내에서만 하여야 한다”(제199조 제1항)고 규정하고 있다. 따라서 수사에 있어서 필요최소한도의 법리는 수사권의 발동과 행사를 제한하는 인권보장의 원리로 작용하고 있다.

2. 適法節次의 法理

적법절차(due process of law)의 법리는 국가권력으로부터 개인의 기본권을 보장하는 보루로서 절대적 근거를 제공하여 헌법의 기본권조항에 있어서 개인의 자유와 권리를 신장시키고 그 폭을 넓히는데 중심적 역할을 하고 있다.²¹⁾ 그러므로 적법절차의 법리는 형사절차 전반에 걸친 지도원리이며, 수사절차에 있어서도 지도원리로

18) 백형구, “強制處分의 本質과 指導原理”, 「考試界」, 1986. 8, 22면; 차용석, 「刑事訴訟法研究」, 세영사, 1998, 102면; 곽병선, 전개논문, 24면; 전용득, 전개논문, 22면.

19) 김삼남, 전개논문, 22면 참조.

20) 백형구, 「現代搜查法의 基本問題(-搜查와 證據-)」, 육법사, 1985, 90면; 곽병선, 전개논문, 24-25면.

21) 洪性讚, “適法節次의 原理와 適用”, 「社會科學研究」 제10집, 건국대학교, 1999, 2면.

작용하므로 범죄가 행하여졌을 때 범인을 체포해서 처벌함으로써 실체적 진실만을 추구하면 되는 것이 아니고 공정한 절차에 의해서 이루어져야 한다. 즉 적법절차의 원리는 목적보다도 그 목적을 위한 과정과 방법을 강조하는 점에서 절차의 합리성을 요구하는 민주주의 원칙과도 부합하게 되는 것이다.

이러한 적법절차의 개념은 1215년 영국의 인권보장 선언인 대헌장(Magna Charta) 제39조 “자유인은 합법적 재판에 의하거나 국가의 법에 의하지 아니하고는 체포, 구류, 법외방치 또는 추방을 당하거나 기타 방법에 의한 침해를 당하지 아니한다”라는 규정에서 그 기원을 찾을 수 있다.²²⁾ 이후 1628년의 권리청원(The Petition of Rights)에서는 “자유인은 국가의 법률에 의하거나 적법절차에 의해서만 이 체포·구금된다(Freemen be imprisoned or detained only by the law of the land or by due process)”는 규정과 함께 제4조에서 “누구든지 그의 신분이나 조건에 상관없이 정당한 법의 절차에 의하지 않고는 책임을 추궁 당하지 아니하고 토지·재산·상속권을 박탈당하거나 체포·구금·사형에 처하여져서는 안 된다”고 규정하여 재확인하였다.²³⁾ 이후 적법절차의 원리는 1679년 인신보호법, 1689년 권리장전을 거치면서 그 내용을 확대·발전시켰으나 그 실정법적 의미는 법원에 의한 위험심사제가 확립되지 않았기 때문에 강력한 것은 아니었다.

적법절차의 개념이 실정법상 처음으로 수용된 것은 1791년 미국 수정헌법 제5조의 “누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명·자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다”라는 규정이다.²⁴⁾ 그러나 이 규정은 형사피의자나 피고인의 기본적 인권보장에 관한 연방정부의 재판 관할권에 대한 제한만을 목적으로 한 것이어서, 州정부에는 적용되지 않았기 때문에 권리장전으로서의 기능은 하지 못하였다. 이후 州정부 차원에 대한 제한을 가하기 위하여 1868년 수정헌법 제14조 1항은 “어떠한 州도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유·재산을 박탈할 수

22) Magna Charta는 영주간의 타협의 산물로서 근대적 의미의 기본권보장은 아니지만 국왕의 자의적인 형벌권의 빌동을 억제한다는 점에서 죄형법정주의와 형사절차에서의 적법절차의 출발점으로서 영국법의 전통이 되었다(상계논문, 5면; 꽈병선, 전계논문, 17면 이하).

23) 권영성, 「憲法學原論」, 法文社, 2004, 433면; 伊藤正己, 丘秉朔 譯, 「現代日本國家憲法論」, 法文社, 1983, 249면.

24) 1776년 버지니아 州헌법 제8조에서 “누구든지 국가의 법률 또는 재판에 의하지 아니하는 자유를 침해당하지 않는다”고 하여 적법절차의 조항이 선언되었다.

없으며 그 지배 내에 있는 어떤 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다”고 규정하여 인권의 연방화를 실현하기에 이르렀다.²⁵⁾ 1970년대에 이르러서는 형사절차에 있어서 적법절차 조항을 적극적으로 적용하여 형사상 피의자·피고인의 지위를 광범위하게 보호하여 인권보장을 중시하였다.²⁶⁾

프랑스에서는 영국의 제도를 모방하여 피의자 및 공중에 의한 소추주의, 공개주의, 구두변론주의, 자유심증주의, 배심주의 등이 채용되었다가 1808년에는 혁명에 대한 반동적 색채가 다소 있었지만 자유주의적 이른바 개혁된 형사소송(reformierter strafprozess)으로 절대주의시대의 형사절차로부터 근대자유주의적 형사절차로의 전환을 이룩하였다.²⁷⁾

이는 무죄추정을 비롯한 피의자·피고인의 형사절차상의 인권보장과 영미법의 당사자주의적 구조의 도입으로 규문절차를 자유주의적 절차로 개혁하려는 시도와 함께 법원의 직권주의를 강화하는 규문주의적 색채를 실질적으로 유지하려는 시도와의 타협결과로 형성된 것이다.²⁸⁾

프랑스를 비롯한 대륙법계 국가들, 특히 독일의 형사절차와 이념에 있어서는 범인 필벌주의·실체적진실주의 원리가 작용하여 형사절차의 범인처벌기능이 강조되었으나, 제2차 세계대전 이후 자유민주주의 인권사상에 의하여 형사절차상의 인권보장 원칙이 무엇보다도 우위의 지도적 원리로 강조 되었다.²⁹⁾

이러한 적법절차의 법리는 역사적 변천과정을 거쳐 그 이론이 발달되어 왔는데, 우리나라에서는 제5공화국 헌법에 의해서 적법절차의 법리가 처음으로 명시되었다. 동헌법 제12조 제1항에서는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니 한다”고 규정하고 있으며, 동조 제3항에서는 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에

25) 그러나 이 규정은 연방헌법의 권리장전에 규정된 모든 권리를 포함하는 것이 아니라 그 가운데에서 선택적으로 적법절차의 개념에 흡수되어 있다(H. Livingston · Y. Kamisar, “Mordern Criminal Procedure”, Yale. L.J., Vol. 74, 79, 3rd. ed, 1969, p.16; 꽈병선, 전개논문, 18면 참조).

26) 홍성찬, 전개논문, 7면 참조.

27) 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1988, 18-21면; 차용석, 전개서, 34면 참조.

28) 차용석, “형사소송의 지도원리”, 「사법행정」, 1984. 10, 54면.

29) 松尾浩也, 「刑事訴訟の原理」, 東京大出版會, 1974, 127면; 꽈병선, 전개논문, 19면.

따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고 있다.

국가형별권의 실현을 위해서는 객관적 진실규명을 피하는 실체적 진실발견이 형사절차의 기본과제이지만, 그 수단과 절차에 있어서 인권보장이 도외시 된다는 것은 헌법상 개인의 기본권 존중과 공평성의 요청에 어긋나게 된다. 그러므로 우리 헌법이 형사소송의 헌법화를 확립하여 형사피의자와 피고인의 기본적 권리에 관하여 상세하게 규정하고 있는 것은 적법절차의 중요성을 강조하고 있다는 징표라 하겠다.³⁰⁾

3. 無罪推定의 法理

무죄추정의 법리란(Presumption of innocence) 형사절차에 있어서 피고인 또는 피의자는 유죄판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 원칙을 말하는 것으로 피의자·피고인의 인권보장을 이념적 기초로 하고 있다.

무죄의 추정에 대하여 헌법(제27조 4항)과 형사소송법(제275조의2)은 피고인에 대하여만 규정하고 있지만 해석상 범죄의 혐의만을 받고 있는 피의자에 대해서도 당연히 적용된다 할 것이다.³¹⁾ 따라서 무죄추정의 원칙은 수사절차와 공판절차를 지배하는 지도원리라고 할 수 있다.³²⁾

무죄추정의 법리는 대륙법과 영미법의 전 형사절차를 지배하는 근본원리로 프랑스혁명의 정치적 소산인 권리선언 제9조의 “누구든지 범죄인으로 선고되기까지는 무죄로 추정된다”는 규정과 독일의 “의심스러운 때에는 피고인의 이익으로(*In dubio pro reo*)”라는 법언에서 확립되었다. 영국에서는 무죄추정이라는 표현은 19세기부터 사용되었지만 일찍부터 당사자소송주의, 전문법칙, 배심제도 등이 확립되었으므로 실질적으로는 그 이전부터 무죄추정의 내용이 구현되었다고 할 수 있고,³³⁾ 미국에서

30) 홍성찬, 전계논문, 15-17면; 전용득, 전계논문, 19면; 꽈병선, 상계논문, 20면.

31) 백형구, 「형사소송법강의」, 19면; 신동운, 전계서, 568면; 강구진, 전계서, 117면; 정병섭, “拘束의 要件에 관한 研究”, 전남대학교 박사학위논문, 1999, 9면. 헌법재판소도 공소제기된 피고인이 무죄로 추정되는 이상 피고인보다 전 단계서 단순히 범죄의 혐의를 받고 있음에 불과한 피의자에 대하여 무죄추정의 원칙이 적용되는 것은 당연하다고 하였다 (현재결 1992. 1. 28, 91헌마111). 또한 세계인권선언 제11조와 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약 제14조 제2항에도 형사피고인의 무죄추정의 원칙을 규정하고 있다.

32) 이재석, 전계논문, 814면.

33) 전용득, 전계논문, 20면; 꽈병선, 전계논문, 22면.

는 많은 州의 제정법에 의하여 그 원칙이 선언되었다.³⁴⁾

이러한 추세에 따라 세계 인권선언 제11조 제1항에서 “형사범죄의 소추를 받은 사람은 모두 자기의 변호에 필요한 모든 보장이 주어진 공개의 재판에서 법률에 의해 유죄로 입증될 때까지는 무죄로 추정되는 권리를 가진다”라고 규정하여 무죄의 추정이 형사피의자 및 피고인의 기본적 권리임을 선언하기에 이르렀다.

우리나라에서는 1980년 제5공화국 헌법 제26조 제4항에서 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정 된다”고 규정하여 무죄추정의 원리에 대한 헌법적 근거를 마련하였고 형사소송법에서는 제275조의 2에 규정하였다.³⁵⁾ 또한 1990년에 우리나라가 가입한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제2항에도 무죄추정의 권리를 선언하고 있다. 그러므로 무죄의 추정은 단순한 이념적 선언규정이 아니라 형사절차의 실천원리로 구현되고 있다고 보아야 한다.³⁶⁾ 거증책임에 관한 사항, 인신구속의 제한, 불이익 처우 및 부당한 대우의 금지, 접견교통권의 보장 등이 그것이다.

이를 좀 더 자세히 보면 첫째, 피고인은 무죄로 추정되므로 訴追者가 유죄를 입증하지 않는 한 무죄로 인정하여야 한다. 따라서 범죄사실의 존재에 대한 거증책임은 검사가 부담하여야 하며 법관이 유·무죄의 판단이 불명확한 경우에는 “의심스러운 때에는 피고인의 이익(In dubio pro reo)”을 적용하여 무죄의 선고를 하여야 한다.³⁷⁾ 이는 대법원의 확립된 견해라 할 수 있다.³⁸⁾

둘째, 무죄추정의 법리는 피의자, 피고인이 자유로운 상태에서 재판을 받기를 요청하므로 인신구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다. 따라서 무죄의 추정을 받는 자에게 인신구속이라는 事前刑罰(vorgenommene Strafe)을 가할 수 없으며 형벌의

34) 뉴욕 州의 형사소송법에는 “피고인은 자기의 유죄가 합리적 의심을 품게 할 여지가 없을 정도로 입증될 때까지는 무죄추정을 받을 권리가 있다”라고 규정하고 있다.

35) 제5공화국 헌법 이전에는 직접적으로 무죄추정의 법리를 규정하지 아니하였고 단순히 형사 절차에 있어서 피고인 보호를 위한 지도적 이념으로 파악하였다(전용득, 전계논문, 20면).

36) 현재결 1992. 1. 28. 91헌마111; 신동운, 전계서, 569면.

37) 차용석, “無罪推定法理에 비쳐본 刑事節次上의 諸問題”, 「考試研究」, 1988. 7, 23면 참조; 신동운, 상계서, 571면; 전용득, 전계논문, 21면.

38) 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 피고인이 유죄라는 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대판 2001. 11. 27, 2001도4392; 대판 2000. 11. 10, 2000도2524; 대판 2000. 10. 24, 2000도3307; 대판 1993. 3. 23, 92도3327 등).

목적을 추구하기 위한 일반예방 혹은 특별예방의 효과를 기대하는 것도 허용되지 않는다.³⁹⁾

또한 수사의 편의나 자백획득의 수단, 범죄에 대한 응징 그리고 피해회복의 수단으로서 인신구속을 악용하는 것도 허용되지 아니한다. 이러한 위장된 구속사유 (apokryphen Haftgründe)는 무죄추정의 법리에 반한다.⁴⁰⁾ 그리하여 우리 형사소송법은 원칙적인 임의수사(제199조 1항), 예외적인 피의자의 구속(제199조 1항 단서), 구속요건에 대한 엄격한 제한(제70조, 201조, 206조)을 규정하고 있다.

셋째, 무죄추정의 원칙은 형사절차에 있어서 피고인 또는 피의자가 국기기관으로부터 부당한 대우⁴¹⁾를 받는 것을 배제하고 자유로운 몸으로 재판받을 것을 요구하므로 부득이 구속되더라도 가능한 한 석방되어 시민적 자유를 향유할 것을 요구하고 있다.

현행법상의 구속적부심사제도(제214조의2), 구속취소(제93조, 209조), 구속집행정지 (제101조, 209조), 필요적 보석제도 등은 이러한 의미에서 이해할 수 있다. 그리고 무죄추정의 원칙은 구속중이라도 구속 이외의 불필요한 고통을 가하지 않고 가급적 인간적 대우를 할 것을 요청하고 있다. 현행법상의 접견교통권의 보장은 이러한 의미의 제도적 표현이라고 할 수 있다.

第3節 被疑者拘束의 基本原則

사회질서 유지와 공공복리의 실현을 위한 국가형벌권을 실현하는 과정에서 강제력의 행사는 불가피하다. 특히 피의자구속이라는 강제력의 행사는 개인의 자유와 권리의 침해하게 되므로 헌법상 보장된 기본적 인권보장과 첨예하게 대립되는 분야이다. 그러므로 피의자의 인권보장을 최고의 이념으로 하는 오늘날의 법치국가적 형사소송에 있어서는 구속을 제한하기 위해 강제처분법정주의, 영장주의, 비례성의 원칙 등을 명문으로 규정하고 있다.

39) Wolter, "Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen", ZStW 93 (1981), S.453.

40) 이재석, 전개논문, 815면.

41) 피의자 또는 피고인에게 모욕적인 말을 하는 것도 무죄추정의 원칙에 반한다고 한다(백형구, 「형사소송법강의」, 21면).

1. 強制處分法定主義

헌법 제12조에 규정된 자유권적 기본권의 보장을 위해서는 수사상의 강제처분은 필연적으로 법률적 규제를 받지 않을 수 없다. 이에 따라 수사상의 강제처분은 형사소송에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다(제199조 제1항 단서)는 원칙을 강제처분 법정주의 또는 강제수사법정주의라고 한다.

이러한 강제처분법정주의는 헌법상의 요청으로 죄형법정주의에 상응하는 수사상의 기본원칙이며 강제처분권의 발동에 있어서 법률적 근거를 요한다는 형식적 원리에 그치는 것이 아니라 강제처분의 요건과 절차에 대해서도 법률적 규제를 가하여야 한다는 실질적 원리이다.⁴²⁾

이에 따라 현행 형사소송법은 강제처분의 종류와 요건 및 절차에 대해서 엄격한 규정을 두고 있다.

첫째, 강제처분의 종류를 법률로서 정하고 있다. 예컨대 현행법상 허용되는 수사상 강제처분으로 현행범체포 및 피의자구속, 수사기판에 의한 압수·수색·검증, 검사의 청구에 의해서 판사가 행하는 강제처분(제184조), 참고인에 대한 증인신문(제221조의2), 피의자의 감정유치(제221조의3) 등이 있다.

둘째, 강제처분의 요건을 엄격하게 제한하고 있다. 즉 피의자에 대한 구속의 실질적 요건으로 범죄의 객관적 혐의와 구속의 필요성이 요구되고(제70조, 제201조, 제200조의2, 제200조의3), 그 절차적 요건으로 범죄사실의 요지와 변호인의 선임권을 고지할 것이 요구되고 있으며(제209조, 제72조), 압수·수색·검증의 요건으로도 요구되고 있다(제106조, 제107조 제2항, 제109조, 제215조, 제219조).

셋째, 강제처분의 절차를 적법절차의 원리에 의한 인권보장이라는 전제에서 법률로서 규정하고 있다. 특히 영장제시의 원칙(제85조 제1항, 제200조의 5, 제209조, 제118조, 제219조), 압수·수색·검증에 대한 피의자·책임자 등의 참여(제121조, 제219조), 영장의 야간집행제한(제125조, 제219조) 등은 인권보장이나 적법절차의 보장을 위한 법률적인 규제가 그것이다.

이외에도 구속의 통지(제87조, 제209조), 범죄사실의 요지와 변호인선임권의 고지

42) 상계서, 16면.

(제88조, 제209조), 변호인 선임의뢰 및 접견·교통권의 보장(제89조, 제90조, 제209조), 구속기간의 제한(제92조, 제202조, 제203조) 등 강제처분의 절차에 관한 구체적인 규정들을 두고 있다.

2. 令狀主義

영장주의란 법원 또는 수사기관이 형사절차에서 강제처분을 함에 있어서는 법원 또는 법관이 발부한 영장에 의해야 한다는 원칙으로,⁴³⁾ 법관의 공정한 판단에 의해 수사기관에 의한 강제처분 권한의 남용을 억제하고 시민의 자유와 재산권의 보장을 실현하기 위한 원칙이다.

우리나라에서 영장주의는 1948년 미군정법령 제176호 “형사소송법의 개정”에 의하여 도입되었다. 미군정법령 제176조는 수사기관에게 고유의 강제처분권을 인정하였던 조선형사령 제12조를 폐지하고, 법관의 영장에 의하지 아니하면 인신구속과 압수·수색 등을 행할 수 없게 하였다. 그 후 헌법이나 형사소송법은 그 제정 당시부터 영장주의를 강제처분의 기본원칙으로 채택하고 있다. 이에 따라 우리 헌법 제12조 제3항과 제16조에서는 체포·구속, 압수·수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고 규정(헌법 제12조 제3항, 제16조 참조)함으로써 영장주의를 친명하고 있다.

영장주의는 강제처분을 할 당시에 영장이 발부되어 있을 것을 요하는 사전영장을 의미하며(제73조, 제201조), 영장주의의 취지를 관철하기 위해 영장제시의 원칙을 채택하고 있다(제85조 제1항, 제209조, 제118조, 제219조). 따라서 강제처분을 한 후에 사후영장을 발부받는 경우는 영장주의의 예외로써,⁴⁴⁾ 현행 형사소송법에서는 극히 제한적인 경우에 한하여 인정 되는데(제212조, 200조의3) 현행법인 체포(제212조, 제

43) 현재 결 1993. 12. 23, 93헌마2에 의하면 영장주의는 헌법상 신분이 보장되고 직무활동의 독립성이 담보되는 법관이 발부한 영장을 제시하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙이라고 한다.

44) 이재상, 전계서, 215면; 김기두, 「형사소송법」, 박영사, 1987, 234면. 이에 대하여 사후적으로 법관의 영장을 필요로 하는 사후영장에도 영장주의의 정신이 관철되고 있다고 하며, 사후영장을 발부받는 경우를 영장주의의 예외라고 보는데 대해 의문을 표시하는 견해도 있다(신동운, 전계서, 122면).

213조의2), 긴급체포(제200조의3, 제200조의4), 체포현장 또는 범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서의 압수·수색·검증(제216조 제3항) 등이 그것이다.

영장주의는 법관의 공정한 판단에 의한 강제처분의 제한이라는 점에서 강제처분에 대한 사법적 통제라고 할 수 있으며, 구체적 사건에 대하여 강제처분의 適否를 심사한다는 의미에서 구체적 판단에 의한 강제처분의 억제형식이라 할 수 있다.⁴⁵⁾

강제처분의 주체가 법원 또는 법관인 경우에는 강제처분권 발동의 제한이라는 것은 의미가 없으며 강제처분을 집행하는 기관의 권한남용을 방지하고 집행절차의 적정을 도모하려는데 영장주의의 주된 목적이 있다. 그 반면에 수사기관에 의한 강제처분인 경우에는 집행절차의 적정뿐만 아니라 수사기관의 강제처분권 발동에 대한 사법적 억제를 통하여 그 남용을 방지하고 인권보장을 도모하려는데 영장주의의 주된 취지가 있다. 영장주의가 수사기관의 강제처분에 관하여 특히 강조되고 있는 이유는 여기에 있는 것이다.⁴⁶⁾

이와 같이 영장주의는 현행 형사소송법에 있어서 수사기관의 강제처분에 대한 사법적 통제의 근거가 되며, 이를 위해서 구체적으로 다음과 같은 규정을 두고 있다.

첫째, 피의자의 구속여부에 대한 사법적 통제의 합리성을 기하기 위해 구속영장의 청구시에 소명자료를 제출할 것을 요구하고 있다(제201조 2항). 이 소명자료에 의하여 구속이 정당하면 법관은 구속영장을 발부한다.

둘째, 인신구속에 대한 영장주의는 피의자의 구속에 대해서 뿐만 아니라 참고인의 구인, 유치의 경우에도 적용된다. 수사상 참고인에 대한 수사기관의 일방적인 拘引과 留置는 원칙으로 허용되지 아니하나, 국가보안법 위반의 경우에는 피의사건의 참고인에 대하여 일정한 요건하에 판사가 발부한 구속영장에 의하여 拘引·留置가 허용된다(국가보안법 제18조). 증인에 대한 구인(제152조)도 인신구속의 일종이므로 구속영장(구인장)을 발부하여야 한다(제155조, 제73조). 판사가 검사의 청구에 의하여 피의자에 대한 감정유치처분을 하는 경우에도 감정유치장을 발부하여야 한다(제221조의3).

셋째, 수사기관의 구속기간 연장에 관한 판사의 허가도 수사에 대한 사법적 통제를 위한 제도이다. 수사계속의 필요성을 고려하여 수사기관의 구속기간에 관하여 그

45) 이재상, *상계서*, 201면.

46) 백형구, 「*형사소송법강의*」, 222면.

연장을 허용하지만(제205조, 국가보안법 제19조), 수사기관의 자의적인 구속기간연장을 억제하기 위해서 법관의 허가 제도를 규정한 것이다(제205조, 국가보안법 제19조). 이러한 구속기간의 연장 여부에 관한 실질적인 심사를 도모하기 위하여 수사기관에 그 소명자료를 제출할 것을 요구하고 있다(제205조 2항).

3. 比例性의 原則

수사절차에 있어서 개인의 기본권의 침해는 어디까지나 사건의 의미와 기대되는 형별에 비추어 상당성이 유지될 때에만 허용되며 공익과 수사로 인한 법익침해가 부당하게 균형을 잃어서는 안 된다는 것을 비례성의 원칙(Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit)이라고 하며 과잉금지의 원칙이라고도 한다(Verbot des Übermaßes). 이 원칙은 강제처분의 실행과 기간 및 방법을 제한하는 이념으로 대인적 강제처분뿐만 아니라 임의수사에도 요구되는 원칙이며, 대물적 강제처분에도 당연히 적용된다.⁴⁷⁾

형사소송법 제199조 제1항은 “…강제처분은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여, 필요한 최소한의 범위 내에서만 하여야 한다”고 규정하여 강제수사비례의 원칙을 명시하였다. 따라서 체포·구속은 기대되는 형별의 범위를 넘을 수 없고 강제처분은 임의수사에 의하여서는 형사절차의 목적을 달성할 수 없는 경우에 필요한 최소한의 한도 범위 내에서만 허용되어야 한다.⁴⁸⁾

인신구속은 구체적 사건의 개별적·사실적 상황을 고려하여 수사의 목적달성에 적합하여야 하고, 다른 수단에 의해서는 그 목적을 달성할 수 없을 뿐 아니라 적합한 수단 가운데 최소한의 기본권 침해를 가져오는 것을 선택하여야 한다. 즉 수단의 선택이 인신구속의 목적과 기본권 침해 사이에 균형이 있어야 한다는 비례성의 원칙이 확인되어야 한다. 따라서 비례성의 원칙은 체포와 구속이 법적으로 허용되는

47) 상계서, 341면; 이재석, 전계논문, 815면; Rüping, “Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren”, ZStW 91(1979), S.358; T. Kleinknecht · K. Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, 44.Aufl, C.H.Beck, 1999, Rn. 18; C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25.Aufl, C.H.Beck, 1998, S.200.

48) 배종대 · 이상돈, 「刑事訴訟法」, 2004, 209-210면; 이재석, 상계논문, 816면.

경우에도 그 명령과 집행 또는 계속을 한계 지우는 기능을 한다.

따라서 비례성원칙의 법치국가적 성격으로 인하여 만약 피의자의 구속이 신속·공정한 소송절차의 진행이나 형벌집행의 확보에 필요하지 않을 때에는 그것이 허용·유지되거나 집행되어서는 안 될 것이다. 즉 구속사유가 소멸되거나, 保釋制度·拘束執行停止制度등 구속보다 경미한 방법으로 그 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 구속을 계속하는 것은 비례성의 원칙에 반한다고 해야 한다.⁴⁹⁾

이와 같이 구속은 기대되는 범위를 넘을 수 없고 강제처분은 임의수사에 의하여 목적을 달성할 수 없는 경우에 최후의 수단으로만 인정되어야 한다는 제한을 받게 된다. 이러한 의미에서 비례성의 원칙은 인권보장을 위해서 강제처분을 규제하는 중요한 역할을 담당한다고 할 수 있겠다.

49) Gössel, *Strafverfahrensrecht*, W.Kohlhammar, 1977, S.71.

第3章 人身拘束制度에 관한 外國의 立法例

범죄수사에 있어서 인신구속으로부터 인권을 보장하는 역사적 흐름은 영국의 1215년의 대헌장(Magna charta)과 1628년의 권리청원(Petition of Rights)을 시작으로 미국에서는 1787년의 미합중국 헌법에서 강제처분에 대한 규제가 인정되었고, 프랑스에서는 1808년에 프랑스혁명 이후 근대적 인권사상에 기초한 治罪法이 제정되었는데 이 법이 1880년 일본에 도입되어 시행되었다.¹⁾

우리나라에서는 한일합방 이후 일본의 형사소송법이 1912년 朝鮮刑事令으로 依用되어 사용되다 1954년 현행 형사소송법이 공포·시행된 것이다. 현행 형사소송법은 舊형사소송법을 근간으로 9차례의 개정을 통하여 인권보장을 강화하기 위해 英美的當事者主義的 요소를 대폭 수용하고 있기 때문에 현행 피의자구속제도를 이해하기 위해서는 대륙법계의 독일과 프랑스, 영미법계의 미국, 양자를 접충하고 있는 일본의 제도를 고찰해 볼 필요가 있다.

第1節 獨 逸

1. 序 說

독일의 인신구속제도는 구속(독일 형사소송법 제112조 이하)과 임시감호(동법 제126조 a) 및 긴급체포(동법 제127조)로 이루어져 있으며, 수사단계와 공판단계의 소송절차에 법원의 주도적 개입이 광범위하게 인정되고 있다. 또 피의자구속은 일반적으로 범죄에 대한 현저한 혐의가 있고 도주 및 증거인멸의 위험이 있을 것을 요하지만, 유죄의 판결이 확정될 때까지 인권규약 제6조 제2항의 무죄추정의 원칙을 적용받고, 구속의 결정과 집행은 헌법상의 비례의 원칙(Grundsatz der Verhältnismässigkeit)에 의하여 제한을 받는다.²⁾ 따라서 경미한 사건에 있어서는 증거인멸의 위험을 이

1) 곽병선, “被疑者拘束에 관한 研究”, 원광대학교 박사학위논문, 1992, 41면 이하; 김삼남, “強制搜查와 人權保障에 관한 研究”, 전주대학교 박사학위논문, 1990, 57면; 전용득, “被疑者의 拘束에 관한 研究”, 동의대학교 박사학위논문, 1999, 2면.

유로 하는 구속은 허용되지 아니하며(제113조 제1항), 도망의 위험을 이유로 하는 구속도 제한된다(제113조 제2항).³⁾

독일법상 구속절차는 형사소송법 제127조에 의한 현행범이나 긴급구속에 의한 잠정적 체포(vorläufige Festnahme)⁴⁾를 거쳐 법관에게 인치된 후 법관의 심문을 거친 다음 법관이 구속 여부를 결정하는 경우와 법관의 서면심사로 발부된 사전영장에 의한 구속 및 신병 확보 후 법관에게 인치되어 심문을 거친 다음 다시 구속 여부를 결정하는 경우의 두 가지로 대별된다.⁵⁾

2. 令狀에 의한 拘束

가. 拘束의 要件

독일 형사소송법은 구속의 요건으로 범죄에 대한 현저한 혐의(dringender Tatverdacht)가 있을 것을 전제로 하여, 구속사유(Haftgrund)와 구속의 상당성 및 비례의 원칙(Verhältnismässigkeit)을 요구하고 있다.⁶⁾

-
- 2) Boujong, *Kahlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 4.Aufl, C.H.Beck, 1999, §112, Rn. 43; T. Kleinknecht · K. Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, 44.Aufl, C.H.Beck, 1999, §112, Rn. 8; C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25.Aufl, C.H.Beck, 1998, S.235ff.
 - 3) Boujong, a.a.O., §113, Rn. 6.
 - 4) 이외에도 vorläufige Festnahme는 가체포, 임시체포, 일시적 체포, 긴급체포라고 번역되기도 한다.
 - 5) 독일에 있어 체포후 구속이 전체 구속자의 약 70%를 차지하고, 사전영장에 의한 구속도 30% 정도이다(이종갑, “인신구속에 관한 연구”, 「법학논총」 제9집, 경상대학교, 2000, 14 면; 전용득, 전계논문, 120면).
 - 6) 구속의 요건에 관한 독일형사소송법 제112조제1항, 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다.
§ 112 [Voraussetzungen der Untersuchungshaft; Haftgründe]
 - (1) Die Untersuchungshaft darf gegen den Beschuldigten angeordnet werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund besteht. Sie darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht.
 - (2) Ein Haftgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen
 1. festgestellt wird, daß der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält,

(1) 犯罪에 대한 顯著한 嫌疑

여기서 “현저한 혐의”(dringender Tatverdacht)란 피의자가 정범 또는 공범으로서 위법하고 유책한 범죄행위를 저질렀을 고도의 개연성이 인정될 때를 말하는 것으로 현저한 혐의는 공소제기시의 충분한 혐의(hinreichender Tatverdacht 동법 제152조 제2항)에 비하여 엄격히 해석될 것이 요구되지만 법적 확신에 이를 필요는 없다.⁷⁾

2. bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, daß der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr), oder
3. das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde
 - a) Beweismittel vernichten, verändern, beiseite schaffen, unterdrücken oder fälschen oder
 - b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder
 - c) andere zu solchem Verhalten veranlassen, und wenn deshalb die Gefahr droht, daß die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (Verdunkelungsgefahr).
- (3) Gegen den Beschuldigten, der einer Straftat nach §129 a Abs. 1 oder nach den §§ 211, 212 oder 220 a Abs. 1 Nr. 1 des Strafgesetzbuches oder, soweit durch die Tat Leib oder Leben eines anderen gefährdet worden ist, nach §311 Abs. 1 bis 3 des Strafgesetzbuches dringend verdächtig ist, darf die Untersuchungshaft auch angeordnet werden, wenn ein Haftgrund nach Absatz 2 nicht besteht

독일 형사소송법 제112조 [미결구속의 요건]

- (1) 피의자에 대한 범죄혐의가 현저하고 구속사유가 존재하는 경우 피의자에 대한 미결구속이 허용된다. 사안의 중요성과 예상되는 형벌이나 보안처분과 비교해 볼 때 이러한 명령의 비례성이 결여되어 있는 경우에는 허용되지 않는다.
 - (2) 다음 각호의 1이 일정한 사실을 근거로 하고 있고, 이로 인하여 진실탐지를 곤란하게 할 위험(증거인멸의 위험)이 있는 경우에는 구속사유가 존재한다.
 1. 피의자가 도주중이거나 은신중임이 증명되는 경우
 2. 개별사건의 상황평가에 있어서 피의자가 형사절차를 회피할 위험(도주의 위험)이 존재하는 경우 또는
 3. 피의자의 행동이 담음에 대한 유력한 의혹을 일으키는 경우
 - a) 증거방법의 멸실, 변경, 제거, 은폐 또는 위조
 - b) 공동피의자, 종인 또는 감정인에 대한 부당한 영향력 행사
 - c) 기타 이 같은 행동의 사주
 - (3) 형법 제129조 제1항에 의한 범죄, 제211조, 제212조, 제220조a 제1항 제1호, 제226조, 제306조b나 제306조c에 의한 범죄행위 또는 타인의 생명이나 신체를 위태화한 형법 제311조 제1항 내지 제3항의 범죄행위에 대하여는 제2항의 구속사유가 존재하지 않는 경우에도 미결구금을 명할 수 있다.
- 7) Boujong, a.a.O., §112, Rn. 43; T. Klenknecht · K. Meyer-Goßner, StPO, §112, Rn. 8; C. Roxin, a.a.O., S.244.

(2) 拘束事由

독일 형사소송법은 도망 또는 도망의 위험, 증거인멸의 위험, 생명에 대한 범죄, 재범의 위험을 구속사유로 규정하고 이는 반드시 범죄에 대한 현저한 혐의에 부가되어져야 한다(제112조, 제112조a).⁸⁾ 실무상으로는 구속사유 중 피의자가 도망할 우려가 있는지 여부가 주된 심리 대상이지만, 재범의 위험성이나 사안의 중요성도 법관이 구속명령을 발함에 있어 상당히 고려되고 있다.

“도망(Flucht)”이란 피의자가 형사절차를 회피할 목적으로 도주하거나 잠적하는 것을 말하며(동법 제112조 제2항 제1호), “도망의 위험(Fluchtgefahr)”은 피의자가 형사절차를 회피할 위험, 즉 고도의 개연성이 있으면 인정되는데 이는 피의자가 처한 구체적인 상황을 종합적이고 객관적으로 평가하면 된다.

“증거인멸의 위험(Verdunkelungsgefahr)”은 피의자가 법적으로 허용되지 않는 일정한 증거인멸행위를 할 개연성이 고도로 인정되고, 그로 인하여 실체적 진실발견이 어렵게 될 위험성이 있는 행위를 말하는 것으로 물적 증거자료의 파기·변조·은닉·위조 등과 인적 증거자료인 공범·증인·감정인에 대하여 부당하게 영향력을 행사하거나 타인으로 하여금 그러한 행위를하도록 使嗾하는 행위 등이 해당된다(동법 제112조 제2항 제3호).

“생명에 대한 범죄(Verbrechen wider das Leben)”에 해당하는 살인죄(독일 형법 제211조, 제212조, 제22조의 a), 테러단체 조직죄(독일 형법 제129조의 a), 폭발물 파열죄(독일 형법 제311조) 등 인명을 해치는 중대 사건의 경우에는 도망, 도망의 위험, 증거인멸의 우려가 없어도 절대적인 구속사유로 하고 있다(독일 형사소송법 제112조 제3항). 그러나 이러한 명문의 규정에도 불구하고 중대 범죄의 경우 도망 및 증거인멸의 우려가 체포 명령의 전제가 된다는 것이 통설로 되어 있다.

“재범의 위험성(Wiederholungsgefahr)”이란 피의자가 확정판결 이전에 동일한 종류의 다른 범죄를 범하거나 앞으로도 계속 범죄행위를 반복적으로 행할 위험성이

8) 공판절차에 있어서 피고인이 정당한 사유없이 법정에 출석하지 아니하거나(제230조, 제236조, 제329조), 형집행 관서의 자유형 집행을 위한 소환에 피고인이 응하지 아니하거나 도망의 우려가 있다고 판단될 경우(제457조)에도 구인 내지 구속명령이 발하여질 수 있다. 이러한 독일의 구속사유에 대한 자세한 설명은 김경선·임종현, “拘束事由에 대한 考察”, 「令狀實質審查制度 I; 實務上 問題點과 課題, 법원행정처」, 1997, 103-109면).

있는 경우로 일종의 예방적인 처분, 즉 보안구금의 성격을 띠고 있다.⁹⁾ 예컨대 피의자가 강간죄 등의 성범죄(독일 형법 제174조, 제174조의2, 제176조 내지 제179조), 상해의 죄(독일 형법 제22조 내지 제226조), 중절도죄(독일 형법 제243조, 제244조, 제249조),¹⁰⁾ 강도와 공갈의 죄(독일 형법 제249조 내지 제255조) 등의 범죄에 대한 충분한 혐의가 있고 1년 이상의 자유형이 예상되는 때 등이 이에 해당한다(독일 형사소송법 제112조의 a).

(3) 比例의 原則

독일 형사소송법은 명문으로 헌법상의 비례의 원칙을 구속요건으로 하고 있다(동법 제112조 제1항). 비례의 원칙이란 구속의 지속이 사안의 중대성과 예상되는 형벌 등의 법적 결과와의 사이에 형평을 잃어서는 안 된다는 것을 말하는 것으로 구속의 상당성(Verhältnismässigkeit)이라고도 하고 제120조 제1항 구속의 취소에도 적용된다. 사건의 완전한 해명과 형사절차상의 신속한 진행을 확보할 좋은 방도가 없다고 인정될 경우에만 구속이 이루어져야 한다는 의미이다.¹¹⁾

나. 拘束令狀의 請求 및 發付

구속영장(Haftbefehl)은 검사의 청구 또는 법관의 직권에 의하여 발부되며 사법경찰관은 구속영장을 청구할 수 없다.¹²⁾ 법관이 직권에 의하여 발부하는 경우는 검사가 신청할 수 없거나 긴급한 경우로 그 발부는 법관에게 강제되는 것이 아니다. 그러나 검사의 청구가 있는 경우에는 법관은 구속의 실질적 요건이 존재하는 가를 심사하여 요건이 인정되면 구속영장을 발부하여야 한다. 또한 구속영장은 판결이 확정될 때 까지는 언제라도 발부할 수 있으나 대부분의 구속영장은 수사단계에서 발부한다.¹³⁾

9) 전용득, 전계논문, 122-123면 참조.

10) 우리나라의 주거침입절도, 특수절도, 상습절도 등이 독일 형법상의 중절도죄에 해당된다.

11) T. Kleinknecht · K. Meyer-Goßner, StPO, §112, Rn. 9.

12) T. Kleinknecht · G. Janischowsky, *Das Recht der Untersuchungshaft*, C.H.Beck, 1977, S.41.

13) a.a.O., S.40.

구속영장의 집행은 피의자의 구금으로 이루어지며, 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관이 행한다. 구속의 집행은 영장의 제시와 피의자에게 혐의사실을 고지하고, 영장을 소지하지 않았을 경우는 임시로 혐의사실을 고지한 후에 지체 없이 영장을 제시하여야 한다(동법 제114조의 a 제1항, 제2항).¹⁴⁾ 외국인에게는 번역본이 교부되어야 한다. 구속기간은 원칙적으로 6개월을 초과해서는 안 되며, 재범의 위험을 이유로 한 경우는 1년으로 제한되어 있다(동법 제122조의 a).

다. 法官에의 引致 및 決定

체포된 피의자 또는 피고인이 구속영장에 의하여 구금된 때에는 지체 없이 늦어도 다음날까지(체포시점부터 12 내지 24시간까지) 구속여부를 결정하기 위하여 판할 법관에 인치(Vorführung)되어야 한다(동법 제115조 제1항). 수사를 이유로 인치를 지체하는 것은 이유가 되지 않으며, 그 기간 내에 판사에게 인치할 수 없는 경우에는 피의자를 석방하여야 하고, 동일한 범죄로는 다시 긴급구속할 수 없다.¹⁵⁾

인치 후 법관은 지체 없이 늦어도 그 다음날까지는 범죄사실에 관하여 피의자를 신문하여 구금의 효력 지속 여부나 구속영장 발부여부를 결정하여야 한다(동조 제2항 참조). 긴급체포 또는 현행범체포에 있어서도 마찬가지이다. 담당법관이 연락이 되지 않는 경우에는 그 대리인이 지정되어 있어 위와 같은 업무를 대신한다. “지체 없이(unverzüglich)”란 체포된 당일로써 정당화될 수 없는 자연 없이, 또는 사건의 상황과 관련기관의 업무관계를 고려하여 신속하게를 의미한다.¹⁶⁾ 인치기한이 경과된 후에 작성된 서류는 역시 이용금지 원칙에 해당하게 된다.¹⁷⁾

검사와 변호인은 피의자신문절차에 참여할 수 있으므로 신문기일을 통지 받을 수 있다(동법 제168조의 c 제1항). 변호인의 참여권을 보장하기 위하여 변호인이 출석

14) 전용득, 전개논문, 123-124면.

15) 이종갑, “새로운 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 「법학연구」, 제7집, 경상대학교, 1998, 14면.

16) Boujong, a.a.O., §115, Rn. 4; T. Kleinknecht · K. Meyer-Goßner, StPO, §115, Rn. 4; Löwe · Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen*, 24.Aufl, Walter de Gruyter, 1989. §115, Rn.9.

17) 김경선, “유럽 각국의 인신구속과 형사재판 실무”, 「令狀實質審查制度II; 理論的基礎와 論理」, 法院行政處, 1997, 334면.

할 수 있는 신문기일에 신문하는 것은 법관의 의무이다. 피의자를 신문할 때에는 피의자에게 피의사실을 알리고 진술권 및 진술거부권의 고지와 피의자에게 피의사실 및 구속사유에 대해 변명할 기회 및 자기에게 유리한 사실을 주장할 기회가 부여되어야 하며(동법 제115조 제3항), 신문절차는 비공개로 함이 관행이다.¹⁸⁾

법관은 피의자신문 후 범죄의 협의와 구속사유의 증거에 대한 충분한 심사를 거쳐 구속영장의 효력을 지속시킬 것인지, 취소할 것인지 또는 집행을 유예할 것인지의 여부를 결정하여야 한다.¹⁹⁾ 검사도 기소 전에 구속명령의 취소를 신청할 수 있고, 이 경우 법관은 구속 사유가 존재하더라도 취소하여야 한다.²⁰⁾ 법관이 구속영장의 효력을 그대로 유지하기로 결정하는 경우에는 피의자에게 항고할 권리, 구속적부심사 및 구두변론절차, 항고절차 등의 법적 구제수단에 대하여 설명해 주어야 한다(동법 제115조의 a). 영장에 의하여 체포된 피의자가 관할법원을 벗어난 경우, 예컨대 장소적으로 멀리 떨어져 있어 기간 내에 법관에게 인치가 불가능한 경우, 피의자는 다음날까지 그 장소를 관할하거나 교통수단으로 도달할 수 있는 가장 가까운 장소를 관할하는 법관에게 인치되어야 한다(동법 제115조a).

3. 一時的인 逮捕(Vorläufige Festnahme)

영장에 의하지 아니한 체포(臨時逮捕)²¹⁾는 수사기관 또는 사인이 법관의 구속영장을 받지 않고 피의자를 체포하는 경우로 현행범인의 체포(형사소송법 제127조 제1항)와 영장에 의하지 않은 체포(동법 제127조 제2항 · 제3항)가 있다. 현행범인의 체포가 사인에 의해서도 가능한 반면, 영장에 의하지 않은 체포는 검사 또는 사법경찰관리에 의한 체포이다.²²⁾

18) 전용득, 전계논문, 124면.

19) 실무상 법관은 대체로 피의자신문을 마치면, 늦어도 30분 내지 1시간 이내에 구속여부의 결정을 하여 피의자에게 고지하고 있지만, 구속된 이후 새로운 사정이 발생하여 계속 구금하는 것이 부적법하거나 극히 부당하다고 판단되는 이례적인 경우가 아니면 구속직후의 신문단계에서 석방되는 사례는 극히 드물다(상계논문, 125면).

20) 김경선, “독일에서의 인신구속 실무”, 「令狀實質審查制度; 理論的 基礎와 論理 II」, 법원행정처, 1997, 362-363면; 363면.

21) 독일은 ‘통상체포’라는 제도는 없고, 영장에 의하지 않은 체포(우리의 긴급체포)와 현행범체포를 포괄하여 임시체포제도가 운영되고 있다(신양균, 「형사소송법」, 법문사, 2000, 145면).

가. 現行犯人の 逮捕

현행범인의 체포란 범죄를 실행하고 있거나 현행범으로 추적되고 있는 자에게 도망의 혐의(Fluchtverdacht)²³⁾가 있고, 피의자의 신원을 즉시 확인할 수 없는 경우에 누구든지 법관의 영장 없이 체포할 수 있는 경우를 말한다(동법 제127조 제1항).

현행범체포는 전체적인 상황을 알 수 없기 때문에 도망의 혐의만으로 충분하다는 순간적인 판단을 중시하여 영장주의의 예외를 인정한 것으로 누구든지 가능하므로 수사기관뿐만 아니라 사인도 할 수 있다. “도망의 혐의”란 형사소송법 제112조 제2항 제2호에서 규정하는 “도망의 위험” 보다는 강도가 약한 것으로 엄격하게 해석할 것을 요하지 않는다. 즉 구체적인 상황에서 경험칙상 범죄의 혐의가 있고 즉시 체포하지 않으면 피의자가 도망을 하여 책임을 회피하려는 정도면 족하다고 할 수 있다.²⁴⁾

피의자의 신원을 즉시 확인할 수 없는 경우란 피의자가 신분증을 소지하지 않아 그 신원을 확인할 수 없는 경우가 여기에 해당한다. 한편, 친고죄에 있어서는 고소가 없는 경우에도 현행범인으로 체포할 수 있다(동조 제3항).

나. 亟狀에 의하지 아니한 逮捕

검사와 사법경찰관이 동법 제127조 제1항에 의하여 현행범인을 체포할 수 있지만, 지연의 위험이 있고 피의자에게 구속명령이나 시설수용명령의 요건이 존재하면 일시적으로 영장에 의하지 않은 체포를 하는 것을 말한다(동법 제127조 제2항). 즉 법관이 직권으로 구속영장을 발부할 수 없는 긴급한 경우에 검사나 사법경찰관리를 통한 혐의자의 일시적인 체포가 가능하도록 한 제도로 형사소송법 제125조 제1항을 보충하는 규정이다.²⁵⁾

22) 이재상, 「각국의 구속제도」, 형사정책연구원, 1991, 116면.

23) Fluchtgefahr란 사건의 구체적인 상황을 판단하여 볼 때 피의자가 형사절차를 회피할 위험이 있는 때이다(김경선, “독일에서의 인신구속 실무”, 354면).

24) Boujoung, a.a.O., §127, Rn. 16; T. Kleinknecht · G. Janischowsky, a.a.O., S.100; T. Kleinknecht · K. Meyer-Goßner, StPO, §127, Rn. 10.

25) 제125조 제1항은 수사절차에서 법관은 검사의 신청으로 혹은 검사가 이를 신청할 수 없거나 긴급한 경우에는 직권으로 구금명령을 발할 수 있도록 규정하고 있다.

구속영장을 발부하려면 현저한 범죄혐의와 도망의 염려, 증거 인멸의 염려 내지 재범의 우려 및 비례성의 원칙(Verhältnissmässigkeit)이 인정되어야 하는 것 이외에도 “지연의 위험(Gefahr im Verzug)”이 있어야 한다.²⁶⁾ 여기서 “지연의 위험”이란 구속영장을 즉시 집행하지 않고 시간이 경과함으로써 혐의자의 확보를 불가능하게 하거나 현저하게 어렵게 하는 것을 말한다.²⁷⁾

나. 輕微한 犯罪者에 대한 一時的인 逮捕

경미한 범죄혐의에 대해 자유형이 아닌 별금형의 선고가 예상되거나 소송비용을 위하여 적정한 담보를 제공한 때에는 일시적인 체포를 중지하거나 취소할 수 있지만, 혐의자가 구속의 요건 중에 일정한 주기가 없고 도망의 위험이 있는 때에는 체포할 수 있다(동법 제127조a).²⁸⁾

라. 逮捕後의 節次

일시적인 체포후 구속의 요건에 해당된다고 판단되면 체포된 피의자를 지체 없이 늦어도 다음 날까지(체포시점부터 12시간 내지 24시간까지) 관할 지방법원의 법관에게 인치하여야 한다(동법 제128조 제1항). 그것이 불가능한 경우에는 인근 지역법원 판사에게 지체 없이 늦어도 구속된 다음날까지 인치하여야 한다.²⁹⁾ 이것은 영장에 의한 체포의 경우와 같다.

피의자를 그 기간 내에 법관에게 인치할 수 없거나 기간초과 후의 영장청구는 위법하므로 이 경우에는 피의자를 즉시 석방하여야 하며, 동일한 범죄로는 재차 긴급체포할 수 없다. 사법경찰관리가 피의자를 법관에게 인치할 필요가 있다고 판단하면 인치보고서와 함께 서류를 검사에게 보낸다.

검사는 구속요건에 관하여 재심사를 한 후 인치가 필요하면 영장 청구서와 함께

26) C. Roxin, a.a.O., S.262.

27) T. Kleinknecht · G. Janischowsky, a.a.O., S.102.

28) 김경선, “독일에서의 인신구속 실무”, 355-356면 참조.

29) 다만 이 경우에 법관은 서류를 제출받지 못하였고 사건을 잘 알지 못하므로 그의 결정권은 제한된다(이종갑, “새로운 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 15면 참조).

기록을 관할 법관에게 제출하고, 구속요건이 인정되지 않으면 피의자를 석방한다. 법관이 구속을 명하기 위해서는 검사의 영장 청구가 필수요건이지만, 예외적으로 검사가 영장청구를 할 수 없는 때에는 위 요건이 무시된다.³⁰⁾

피의자가 인치되면 법관은 형사소송법 제115조 제3항에 의하여 피의자를 심문하고 구속영장의 발부여부를 결정한다. 법관은 피의자에게 범죄사실과 적용 법조문 등을 고지하고, 피의자나 변호인에게 유리하거나 불리한 모든 관련 자료를 알려줄 의무가 있다.³¹⁾ 또한 미리 선임된 변호인은 참여권이 인정되므로 기일을 통지하여야 한다.

특히 검사가 기록열람을 거절할 경우에도 법관은 피의자의 효과적인 변명을 위하여 기록내용을 구술로 알려줄 의무가 있으며, 피의자가 변호인과의 협의를 위하여 접견을 요구하는 경우에는 인치기간 후의 절차는 구금기한의 범위 내에서 중지된다(동법 제115조 제2항).

체포된 자를 심문한 후에 체포 다음 날까지 구속결정을 할 수 있도록 법관의 권한으로 법원에 인치하여야 한다. 법원은 인치된 자를 신문한 후에 늦어도 체포 다음 날까지 그의 석방, 구금 또는 임시감호 여부에 대하여 결정하여야 한다.³²⁾

법관은 피의자에게 적용된 법률에 대하여 자유롭게 판단할 수 있다. 즉 검사의 구속사유와 다른 구속 사유를 인정할 수도 있다. 구속을 명하는 경우에는 피의자에게 선고하고 등본이 교부되어야 한다(동법 제35조 제1항). 외국인인 피의자에게는 통역과 번역본이 교부되어야 한다.³³⁾ 또한 피의자에게 구속에 대한 불복방법도 고지하여야 한다.

4. 拘束被疑者 救濟制度

독일 형사소송법상 구속된 피의자를 구제하기 위한 제도로는 구속심사, 구속항

30) 김경선, “독일에서의 인신구속 실무”, 359면; 이종갑, 상케논문, 7면.

31) BVerfG, StV 1995, 465.

32) 형사소송법 제129조는 “피체포자에 대하여 이미 공소가 제기된 경우 피체포자는 즉시 또는 그를 최초로 구인한 법관의 지시에 의하여 관할법원에 구인되어야 하며, 그 법원은 늦어도 체포 의일까지는 피체포자의 석방, 구금 또는 가수용에 관하여 판단하여야 한다”고 규정하고 있다.

33) OLG Stuttgart, Die Justiz 1986, 307; 김경선, “독일에서의 인신구속 실무”, 360-361면.

고, 구속의 취소와 집행정지 및 보석이 있다.³⁴⁾

가. 拘束審査(Haftprüfung)

구속된 피의자는 언제든지 법원에 구속의 취소나 그 집행정지의 여부에 대한 법원의 심사를 청구할 수 있다(동법 제117조 제1항). 이는 구속된 피의자를 불필요한 구금상태의 유지로부터 석방시켜 주기 위한 것이다.

청구는 구속된 피의자 이외에 그 변호인과 법정대리인이 할 수 있고, 변호인은 피의자나 피고인의 의사에 반하여 구속심사를 청구할 수 없으며(동법 제118조의b), 변호인이 없는 경우 피의자가 구속심사청구나 구속항고(Haftbeschwerde)를 제기하지 않은 체 3개월이 경과한 때에는 법원이 직권으로 심사를 한다(동법 제117조 제5항).

구속심사 청구사건은 구속영장을 발부한 법관이 심사하며(동법 제126조 제1항), 법관은 지체없이 구속심사청구에 대하여 구금의 유지, 구속집행유예, 구속취소 등의 결정을 한다. 신문기일은 청구 일로부터 2주일 이내로 정하여야 한다(동법 제118조 제5항). 결정은 이유가 제시되어야 하고, 검사와 피의자는 구속심사 결정에 대하여 항고할 수 있다(동법 제117조의 제2항).

나. 拘束抗告

구속항고는 제1심 법원 및 항소심 법원의 결정, 그리고 재판상 준비절차에서의 판사, 수명법관 또는 수탁판사의 명령에 대하여 법률이 금지하지 않는 한 항고를 제기하는 것을 말한다(동법 제304조 제1항). 그러나 피의자는 구속에 의한 구속적부심의 신청과 동시에 항고를 할 수 없고(동법 제117조 제2항), 검사는 구속명령을 거부하거나 구속의 집행을 유예하는 경우에 항고할 수 있다.³⁵⁾ 이러한 항고는 법원의 구속명령 등에 대하여서만 인정되는 고유한 구제수단이 아니라 형사소송절차 전반에 걸쳐 법원의 결정이나 명령에 대하여 불복할 수 있는 일반적 구제수단인 것이다.³⁶⁾

34) C. Roxin, a.a.O., S.255.

35) 이종갑, “새로운 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 14면.

36) Engelhardt, *Kahlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, §304, Rn. 7; T. Kleinknecht.

다. 拘束의 取消와 執行停止

구속의 취소(Aufhebung des Haftbefehls)란 구속요건이 더 이상 존재하지 않거나 사건의 중요성에 비추어 구금이 더 이상 필요하지 않는 경우, 즉 구금과 예상되는 형량과 비례되지 않거나 피고인의 무죄판결 또는 공소기각이 이루어질 경우(동법 제120조 제1항)에 피고인 또는 피의자를 석방하는 제도를 말한다. 피의자에 대한 구속의 취소는 검사의 청구를 전제로 하며, 공소제기 전에도 구속의 취소를 청구할 수 있다. 이 경우 법관의 구속취소 결정을 기다리지 않고 피의자를 석방할 수 있다.³⁷⁾

구속집행정지제도(Aussetzung des Vollzugs)란 구속의 집행을 대체하는 일종의 강제처분으로 구속의 목적이 구속영장을 집행하는 것보다 경미한 처분에 의하여 달성될 수 있는 경우에 법관이 검사의 의견을 청취하여 구속의 집행을 정지하는 것을 말한다(동법 제116조, 제33조 제2항). 구속의 집행정지는 피의자의 청구 또는 직권에 의하여 이루어지며 구속의 집행만이 정지될 뿐 구속영장의 효력에는 영향을 미치지 않는다. 따라서 피의자가 구속집행의 정지를 위한 대체처분을 위반한 경우, 예컨대 피의자가 그에게 부과된 의무나 제한을 위반한 경우, 피의자가 도망을 준비하거나 합법적인 소환에 정당한 이유없이 불응한 경우 기타의 이유로 피의자를 신뢰할 수 없는 것이 드러난 경우에는 구속은 다시 집행된다(동법 제116조 제4항).³⁸⁾

구속영장이 “증거인멸의 염려”를 이유로 발부된 경우에도 그 염려가 현저하게 감소될 것이라고 판단되는 경우에는 공동피의자, 증인 또는 감정인과 연락하지 아니하여 한다는 지시를 하고 구속집행을 정지할 수 있다(동법 제116조 제2항). 또한 “반복의 위험”을 이유로 구속영장이 발부된 경우에도 피의자가 정해진 지시에 따르는 등 반복의 위험이 없다고 판단되면 구속집행을 정지할 수 있다(동조 제3항).

라. 保 穩

독일의 보석은 물적 또는 인적담보의 제공을 조건으로 하여 구속집행을 정지하는

K. Meyer-Goßner, StPO, §304, Rn. 13.

37) Klein knecht · Meyer-Goßner, StPO, §120, Rn. 14.

38) 전용득, 전개논문, 129면.

것으로 구속의 집행정지와 관련하여 규정되고 있다. 독일 형사소송법 제116조a에 의하면 보석보증의 방식으로 다양한 방법이 예정되어 있으나 실무상 현금 공탁이 일반적으로 행해지고 있다.³⁹⁾ 보석은 구속의 집행정지를 위한 가장 중요한 대체수단이며, 실무상으로도 피의자의 도망의 염려를 방지하는 중요한 의미를 가지고 있다.⁴⁰⁾ 보석은 피의자의 청구나 동의를 요건으로 하지 않지만 피의자의 보석청구는 가능하다(동법 제116조의a 제3항).

5. 小 結

독일 형사절차의 특징은 재범의 위험성을 독립된 구속사유로 규정하고 있으며(동법 제112조), 일정한 重한 범죄에 대해서는 구속사유가 존재하지 않은 경우에도 구속영장을 발부할 수 있게 하고 있다(동법 제211조, 제212조, 제22조의a, 제129조의a, 제311조). 또한 비례성의 원칙을 구속사유로(동법 제112조 제1항 후단과 제120조 제1항) 하고 있으며, 피의자신문시 변호인의 참여권을 보장하고 재범의 위험을 이유로 구속 기간을 1년으로 제한하고 있는 외에(동법 제122조의 a) 구속기간을 절대적으로 제한하는 규정은 없다. 그리고 체포에 있어서 긴급체포의 대상을 중범죄로 제한하고 있지 않고, 현행범의 체포에 있어 체포의 요건에 해당하지 않은 경우에도 검사 또는 사법경찰관은 자연의 위험이 있고 피의자에게 구속의 요건이 존재하면 일시적으로 구속할 수 있으며, 친고죄의 경우 고소가 없는 경우에도 현행범을 체포할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제127조 제3항).

39) 특히 조세범사건의 경우와 같이 공탁액이 다액을 필요로 하는 경우에는 은행의 보증이 요구되기도 하며, 담보제공을 통한 보석허가는 거의 이용되는 일이 드물다고 한다(김경선, “유럽 각국의 인신구속과 형사재판”, 337면).

40) T. Kleinknecht · G. Janischowsky, a.a.O., S.63.

第2節 프랑스

1. 序 說

프랑스의 인신구속제도는 1808년의 치죄법전(code d' instruction criminelle)에 의하여 그 골격이 형성되어⁴¹⁾ 현재의 형사소송법(Code de procedure penale)에 이르고 있다. 형사절차는 수사절차와 공판절차로 엄격하게 구분되어 있는데 수사절차에는 검사와 사법경찰의 수사뿐만 아니라 법원의 예심도 포함된다. 법원의 예심제도(Instruction préparatoire)는 프랑스 형사소송법의 중요한 특징이라 할 수 있다.⁴²⁾ 예심은 검사가 예심개시청구서를 예심판사에게 제출함으로써 행하여지며, 검사 등의 청구 없이 예심판사가 직권으로 예심을 개시할 수는 없다. 다만, 범죄행위의 피해자가 소송당사자 참가신청을 하면서 고소를 제기한 경우도 예심이 개시된다. 검사와 사법경찰관은 초동수사를 담당하고 본격적인 수사권은 예심판사(Jugé d' instruction)에게 부여하고 있어 사실상 예심이 수사절차의 한 부분을 이루고 있다. 예심은 모든 중죄에 대하여는 필요적으로, 경죄에 대하여는 임의적으로 행하여지며 위경죄에 대하여는 예외적으로 검사의 청구가 있는 경우에 행하여진다(형사소송법 제79조).⁴³⁾ 프랑스에 있어서 구속은 예심상 필요한 경우에 보안을 위한 조치로서 일정한 요건과 규정에 따라서만 예외적으로 할 수 있고(동법 제137조), 구속을 하더라도 법관은 구속심사를 통하여 피의자나 피고인에 대한 구속의 정당성을 심사하여 석방하게 된다. 이는 법치국가라는 헌법상 원칙의 구체적인 표현이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾

41) 치죄법전에 있어서의 피의자구속절차는 수사의 독립성, 공정성을 보장하기 위하여 정치권력으로부터 중립적인 예심판사(Jugé d' instruction)를 수사의 단계에 관여시켜 인권보장에 만전을 기하고 있는 것이 특징이다. 이에 대하여는 이종갑, “새로운 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 13면.

42) 자세한 내용은 전용득, 전개논문, 130-131면.

43) 프랑스 형법은 범죄를 중죄, 경죄, 위경죄로 분류하고, 재판 등 그 처리 절차를 각기 달리하도록 규정하고 있다. 중죄는 법정형이 10년 이상의 징역형이거나 금고형에 해당하는 범죄이고, 경죄는 10년 이하의 구금형과 벌금형 등이 해당되며, 위경죄는 10,000프랑 이하의 벌금형과 일정한 자격제한형 등에 해당하는 범죄 등이다(상개논문, 129-130면).

44) 상개논문, 129면.

2. 令狀에 의한 拘束

가. 拘束要件

중죄와 법정형이 2년 이상의 구금형(현행법의 경우는 1년)에 해당하는 경우에는 범죄혐의 이외에 ① 증거나 罪迹의 확보, 증인과 피해자에 대한 강압방지, 피의자와 공범사이의 通謀의 방지를 위한 유일한 수단일 때 ② 범행의 중단 또는 재범의 방지, 피의자의 출석보장, 범죄로 인하여 야기된 공공질서의 보호를 위하여 필요한 때에 사법통제만으로 그 목적을 달성할 수 없으면 허용된다(동법 제144조 제1항). 즉 도망과 증거인멸, 재범의 위험성 등이 구속사유에 해당하며 사법통제에 부가된 의무사항을 위반하는 것도 독립적 구속사유가 된다.

구속에 대한 판단은 영장전담법관의 전적인 권한이지 어떠한 기준이 있는 것은 아니다. 유사한 사안이라도 판사에 따라 영장이 발부되거나 기각될 수 있다.

나. 拘束令狀의 發付

영장의 발부는 예심판사의 권한으로 되어 있으며 예심판사는 구속요건이 존재하고 구속사유가 있는 경우 체포영장 또는 구금영장을 발부할 수 있다. 이 경우 체포영장은 피의자가 출석하지 아니한 경우 수사기관에 대하여 피의자를 수사하여 영장에서 지정하는 구치소에 인치 할 것을 명하는 영장이고, 구금영장은 피의자가 출석한 경우에 구치소장에 대하여 피의자를 수감하여 유치할 것을 명하는 영장이다.

다. 法官에의 引致 및 決定

구속영장의 집행은 사법경찰관리가 담당하며 피의자가 체포영장에 의하여 체포된 경우에는 지체 없이 영장에 명시된 구금시설에 인치하고 심문한다. 대개 경찰에서의 구금은 24시간이고 24시간을 연장할 수 있으나 판사의 허가를 얻어야 한다. 예심판

사는 48시간 이내에 피의자를 계속 구속할 것인가의 여부에 대하여 심리 결정하는 데 변호사의 참여권이 보장되어 있다. 야간심문은 필요적이고 부득이한 경우에 당직 판사에 의하여 행해진다.⁴⁵⁾

구속명령 후에는 법무부 소속 구치소에 수감된다(동법 제714조). 체포되거나 구인된 피의자에 대한 심문을 위하여 위 구치소에 1-2시간 대기시키고 경찰이 관리한다. 피의자가 구인영장이나 체포영장에 의하여 영장을 발부한 수탁판사에게 구인되어 오면 원칙적으로 즉시 심문하여 구속 여부를 결정하여야 하고 즉시 심문을 할 수 없는 사정이 있어도 24시간을 초과할 수 없다. 구치소에는 구인영장 또는 체포영장의 집행을 당한 자 뿐만 아니라 피의자나 피고인으로서 구속영장의 집행을 당한 자 및 잔여형기가 1년 이하인 수형자도 수용된다.⁴⁶⁾

라. 拘束期間

경죄에 있어서 구속기간은 4개월을 초과할 수 없으나 수사상 필요한 경우 구속기간을 연장할 수 있다. 다만 피의자가 중죄나 일반법(droit commun)상의 경죄로 중죄의 형이나 집행유예의 조건없이 1년을 초과하는 구금형의 유죄판결을 받은 일이 없고 당해 범죄의 법정형이 5년 이하의 구금형에 해당할 때에는 연장은 1회에 한하여 그 기간도 2월을 초과할 수 없다. 그외의 경우에는 원칙적으로 연장 횟수의 제한이 없는 반면 구속기간의 합계가 1년을 초과하지 못하나 예외적으로 1년을 넘길 수도 있다. 구속기간을 연장하지 아니하고 구속기간이 경과한 때에는 구속영장의 효력은 소멸되고 피의자는 석방된다.

중죄에 있어서는 구속기간은 1년이나 무제한 연장이 가능하므로 구속기간에 아무런 제한이 없다. 예심이 종결된 후에는 상급예심법원인 重罪訴追部가 다른 결정을 하지 않는 한 구속이 유지된다. 구속의 계속에 대한 법원의 결정에는 검사와 피의자가 항고를 제기할 수 있다.

45) 최근 영장 심리를 무려 7시부터 새벽 2시까지 한 적이 있다고 한다(김경선, “유럽 각국의 인신구속과 형사재판실무”, 327면).

46) 상계논문, 328면.

3. 令狀에 의하지 아니한 逮捕

프랑스의 형사절차에 있어 영장에 의하지 않는 체포에는 누구든지 체포가 가능한 현행범체포와 구 형사소송법 하에서 관행에 따라 행해져 오던 보호유치(*la garde à vue*)가 입법화되어 사법경찰관에게 인정되고 있다.

가. 現行犯人の 逮捕

현행범이란 현재 중죄나 경죄를 실행중이거나 실행직후에 있는 자와 범행 후 근접한 시간내에 있는 혐의자로 지목되어 추적되고 있거나 중죄나 경죄를 범하였다고 믿을 만한 물건을 소지하거나 범죄의 징표나 단서를 가지고 있는 자를 말한다(동법 제53조 제1항). 이는 현행범과 준현행범의 개념을 포괄하는 것으로 누구든지 체포할 수 있지만, 사인이 현행범인을 체포한 때에는 가능한 한 빨리 피체포자를 인근 사법경찰 관리에게 인도하여야 하며 사법경찰관리는 피체포자를 검사에게 인치하여야 한다.

나. 保護留置

보호유치는 사법경찰관이 일정한 범죄행위의 혐의를 받고 있거나 범행의 증인으로 생각되는 자 등을 24시간이내에 유치하는 것을 말한다(동법 제63조 제1항, 제77조).⁴⁷⁾ 이 경우 수사상 필요하면 검사 또는 예심판사의 허가를 받아 보호유치기간을 1회에 한하여 연장할 수 있으며 그 대상은 현행범, 범죄혐의자에 한하지 않고, 요건도 수사상 필요한 경우 등으로 폭넓게 인정되고 있다. 현행범과 비현행범을 구분하지 않고 신병확보는 보호유치로 규율하는데 전술한 바와 같이 24시간이내에 검사에게 신병을 인치하고 검사는 경죄인 경우 직접 판결법원에 회부하거나 예심을 청구하고, 중죄인 경우 필수적으로 예심을 청구한다. 예심이 개시되면 피의자에 대한 계속

47) 보호유치의 결정은 사법경찰관만이 할 수 있고, 사법경찰관이나 보조사법경찰관과 일정한 범위내에서 사법경찰관이 부여되어 있는 순찰대장 또는 반장에게는 보호유치권이 없다(하만석, “프랑스 搜查機關과 強制搜查權”, 「各國의 抑束制度에 관한 研究」, 법무연수원, 1998, 194-195면, 220면).

구금의 여부에 대하여는 예심판사가 결정한다.

4. 拘束被疑者の 释放制度

가. 拘束審査

예심판사는 경죄의 경우에 예심이 종결될 때까지 직권 또는 검사와 피의자의 청구에 의하여 구속심사를 하여야 한다. 경죄의 구속기간은 4개월이므로 수사상 필요에 의하여 구속기간을 연장할 경우 구속의 상당성 여부를 심사하여 더 이상 구속이 필요하지 아니하면 피의자를 석방하여야 한다. 또한 법적인 구속심사기간과 관계없이 절차의 각 단계에서 구속의 필요성을 심사하여 구속을 취소할 수 있다.

그리고 예심판사가 피의자 또는 변호인의 청구에 대하여 5일 이내에 석방을 결정하지 않으면 피의자는 직접 중죄 소추부에 석방을 청구할 수 있고 중죄 소추부는 청구를 접수한 날로부터 15일 이내에 석방여부를 결정하여야 한다. 그리고 검사와 피의자는 예심판사의 석방불허결정에 대하여 중죄소추부에 항고를 제기할 수 있다.

예심이 종결된 때에는 위경죄는 경죄법원에 보냄으로써 피의자는 구속으로부터 석방되며, 경죄는 구속연장결정이 있는 경우를 제외하고 경죄법원에 사건을 회부함으로써 구속은 종결된다.

한편 중죄의 경우에는 중죄 소추부에 사건을 회부하게 되는데 구속영장의 효력은 계속 유지된다. 그러나 이 단계에서도 피의자 또는 피고인은 언제든지 구속심사를 청구할 수 있고 법원은 이에 대하여 결정을 하여야 한다. 법원은 피의자 또는 검사의 청구에 의하여 아무런 조건없이 석방하거나 일정한 조건을 부가하여 석방할 수 있는데 후자가 사법통제 명령부 석방이며 그 조건과 방법은 법관의 재량에 속한다. 피의자가 사법통제의 의무사항을 이행하지 아니하면 다시 구속할 수 있다.

나. 司法統制

사법통제(controle judiciaire, 동법 제138조 제1항, 제139조)는 범죄의 피의자에 대

하여 일정한 의무를 부가하여 예심판사의 통제하에 둠으로써 형사사법절차의 진행을 담보함은 물론 구속을 대체하는 기능을 수행한다. 그리고 구속이나 불구속의 결정단계뿐만 아니라 구속후의 예심 또는 공판중의 석방 심사단계에서도 인정되며 판결선고 및 판결 확정후의 형집행 단계에서도 자유형의 대체 제도로서의 기능을 하고 있다. 이러한 사법통제제도는 실체적 진실발견 및 공공질서 유지의 필요성과 양립될 수 있는 한 개인의 자유를 최대한 보장하려는데 그 취지가 있다.

사법통제는 주로 전 수사기간 중 유지되며, 그 형태는 처음 사법통제를 내린 기관에 의해 피의자에게 유리하거나 불리하게 수정될 수 있다(동법 제139조 제2항).

사법통제의 연장은 수사종결 후까지 가능하므로 수사가 종결되더라도 예심판사는 피의자가 1심 법원에 출석할 때까지를 기한으로 하여 사법통제를 결정할 수 있다(동법 제179조 제3항).

다. 保 穩

보석(cautionnement)은 사법통제의 한 유형으로서 보증금보석을 의미하며(동법 제138조 제2항의 11), 보증금보석에 대한 특별한 규정을 따로 두고 있다(동법 제142조 이하).

보석보증금의 액수는 법관의 재량에 의하여 결정 되는 데, 법관은 행위의 경중과 소송비용 및 피의자의 재산상태에 따라서 보석금의 액수를 결정한다. 그리고 납부된 보증금의 일부분을 피의자 또는 피고인이 모든 소송절차에 출석하고, 사법통제상의 의무를 이행하고 판결의 집행에 따르는 때에 이를 환부한다(동법 제142-2조 제1항).

5. 小 結

프랑스 형사절차의 특징은 검사와 사법경찰관이 초동수사를 담당하고 본격적인 수사권은 예심판사에게 부여하는 예심제도를 두고 있다는 데 있다. 그리고 범죄를 형별의 종류에 따라 중죄, 경죄, 위경죄로 분류하여 중죄의 경우에는 구속의 사유에 제한을 두고 있지 않고(동법 제146조 제1항), 경죄의 경우에는 피의자가 2년 이상의 징역형에 해당하는 범죄를 범했다는 혐의사실이 존재하고 제138조에서 예심판사가

부과한 사법통제만으로 불충분한 경우나 제144조의 구속사유⁴⁸⁾가 존재하는 경우에만 구속할 수 있으며, 위경죄에 대하여는 구속할 수 없게 하고 있다.

또한 법관에게 피의자를 신문할 권한을 인정하고 있으며, 구속기간을 중죄와 경죄로 구분하여 중죄의 구속기간에는 제한이 없고, 경죄의 구속기간은 4개월로 제한하고 있다(동법 제181조 제2항, 제145조 제2항). 또한 사법경찰관에게 일정한 범죄혐의를 받고 있거나 범행의 증인으로 생각되는 자를 법관의 관여없이 24시간 이내에 유치할 수 있는 보호유치의 권한을 인정하고 있다(동법 제63조 제1항).

第3節 美 國

1. 序 說

미국의 인신구속제도는 체포와 보석이라는 두 가지 절차로 이루어지며, 구속수사를 원칙으로 하고 있다. 그리고 체포에는 영장에 의한 체포와 영장 없는 체포로 대별되지만, 대체로 수사기관에 범죄혐의자를 체포할 수 있는 권한이 광범위하게 부여되어 있다.⁴⁹⁾

체포는 피의자에 대하여 범죄수사를 통해서 형사소송절차에 진입시키는 최초의 단계로 명칭여하를 불문하고 피의자의 의사에 반하여 신체의 자유를 제한하는 모든 형태를 말한다.⁵⁰⁾ 따라서 체포가 적법하면 이후의 절차도 적법할 수 있지만, 위법한

48) 프랑스 형사소송법 제144조 제1항은 ① 피의자의 가구속이 증거나 죄증을 확보하고, 증인에 대한 강압이나 피의자와 공범사이의 모의를 방지하는 유일한 방법인 경우 ② 가구속이 범죄로 인한 혼란으로부터 공공질서를 유지하고, 피의자를 보호하며 범죄를 종료시키거나 범죄의 재발을 방지하고 피의자가 사법적 처분에 의하는 것을 보증하기 위해 필요한 경우 등을 구속사유로 규정하고 있다.

49) 수사기관이 범죄가 발생하였다는 정보를 입수하여 그 범죄가 실제로 발생했는가 그렇다면 특정한 피의자를 구속하고 그를 기소할 수 있는 충분한 정보가 있는가를 판단하는 구속전 수사(Prearrest Investigation)와 피의자를 구속(Arrest)하는 단계로 나누어진다. 따라서 본격적인 수사는 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 구속함으로써 비로소 시작된다고 말할 수 있다(W.R. LaFave · J. J.H. Israel · N.J. King, *Criminal Procedure*, 3nd ed., West Publishing Company, 2000, pp.8-12).

50) Rolando V. del Carmen, 김성돈 역, 「미국형사소송법」, 길안사, 1999, 178면.

때에는 위법 이후에 수집된 증거는 증거능력을 가질 수 없다.⁵¹⁾ 체포는 피의자를 법관의 면전에 출두시켜 형사절차의 원만한 진행을 확보하기 위한 것이므로, 피의자가 공판에 출두하는 것이 보장되지만 한다면 불필요한 자유의 침해를 방지하기 위하여 피의자나 피고인에게 광범위한 보석(bail)이 인정되고 있다.⁵²⁾

미국은 연방 국가이기 때문에 각 州마다 연방과는 별개의 형사소송절차를 가지고 있지만, 그 근본적인 토대는 헌법이므로 형사절차법은 연방헌법의 테두리 안에서 형사절차를 규정하고 있다. 즉 미국법상 인신구속의 문제는 聯邦修正憲法 제4조에 의하여 규율된다. 수정헌법 제4조는 “신체, 주거, 서류 그리고 재산에 대하여 가해지는 불합리한 수색과 압수(unreasonable searches and seizures)⁵³⁾로부터 안전을 보장받을 시민의 권리는 침해되어서는 안 된다. 선서나 확약에 의하여 뒷받침된 상당한 이유에 기하지 않고, 또한 수색의 장소와 압수대상이 될 사람이나 물건을 특정하지 아니한 영장은 발부되어서는 안 된다”라고 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 또한 수정헌법 제14조에서는 “적법절차”(due process of law)에 의하지 아니하고는 개인의 생명, 자유, 재산을 박탈당하지 아니한다고 규정하고 있다.⁵⁵⁾

2. 令狀에 의한 逮捕

가. 逮捕의 要件

51) 상계서, 179면.

52) 김종수, 「刑事訴訟法研究(下)」, 사법출판사, 1980, 60면.

53) 여기서 말하는 seizure는 인신구속(seizure of the person)과 물건의 압수(seizure of the things)를 모두 포함하는 개념이며, 체포(Arrest)는 seizure of the person의 가장 전형적인 예로 볼 수 있다(Henry Campbell Black, *Black Law Dictionary*, Sixth edition, West Publishing Co., 1991, p.1395).

54) 미연방헌법 수정 제4조는 “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”라고 규정하고 있다.

55) Royce A. Forson, “Criminal Practice and Procedure”, JR Washington Practice Vol. 13. 1984, pp.3-5.

체포의 형식적 요건은 영장주의와 체포장제도에 의하고, 실질적 요건은 피의자가 죄를 범하였다고 믿을만한 “상당한 이유(Probable Cause)”가 있어야 한다. 수정헌법 제4조는 “상당한 이유에 의하지 않으면 영장이 발부되지 아니한다”고 규정하여 상당한 이유 없는 경찰의 체포로부터 시민의 자유침해를 방지하는 인권의 보장장치라 할 수 있다. 그러나 일정한 요건을 갖춘 경우 사법경찰관의 영장에 의하지 않은 체포가 광범위하게 행해지고⁵⁶⁾ 있음에도 불구하고 법원은 “영장에 의한 체포”를 보다 선호하고 있다.⁵⁷⁾ 영장에 의한 체포는 통상체포장에 의한 체포를 말하는데, 逮捕狀(Arrest Warrant)이란 상당한 이유에 근거하여 법원이 발부하는 특정한 자의 체포를 지시하는 서면영장을 말한다.⁵⁸⁾ 미국에서는 범죄를 범하기만 하면 그것으로 구속 영장 발부요건은 충분하고, 우리나라처럼 증거인멸이나 도망의 염려, 주거부정 등의 요건은 요하지 않는다. 죄를 범한 사람들은 당연히 도망을 가고, 또한 나중에라도 수사기관에 검거될 경우에 司法處理를 모면하기 위하여 증거를 인멸하려는 속성을 가지고 있기 때문에 따로 구속의 요건으로 증거인멸이나 도망의 염려는 필요 없다는 것이 미국 사람들의 의식으로 보인다.⁵⁹⁾

상당한 이유는 체포장에 의한 것인든 체포영장 없이 행하는 경우든 간에 모두 존재하여야 한다. 상당한 이유는 본격적인 신체자유의 침해행위에 요구되는 합리적 사유를 말하며, 그것을 입증하는 자료는 다양하나 경찰관이 직접 획득한 정보에 의한 경우와 타인이 제공하는 정보에 의하여 입증할 수 있다. 상당성의 입증에는 신뢰할만한 전문증거의 사용도 가능하나 상당한 이유가 있음을 입증하려면 단순히 범죄를 범하였을 것이라는 주장만으로는 불충분하고, 합리적인 사람으로 하여금 특정한 개인이 특정한 범죄를 범하였다고 믿을만한 충분한 사실을 제시하지 않으면 안된다.⁶⁰⁾

56) 일반적으로 약 98%가 무영장체포로 이루어진다고 한다(이태훈, “美國의 人身拘束制度와 運營實態”, 「法曹」 제46권 7호, 1997, 18면).

57) 상당한 이유의 존재 여부를 사법기관이 공평하게 심사할 뿐만 아니라 사명감에 불타는 경찰관에 의한 혹 있을지도 모르는 권한남용으로부터 시민을 보호한다는 점에 기인하고, 다른 한편으로는 잘못된 판단에 대한 책임으로부터 경찰관을 면죄시켜 주려는데 있다.

Ferdico, *Criminal Procedure*, 8th ed., Wardsworth Company Publishing, 2001, p.75.

58) R. L. Carlson, *Criminal Justice Procedure*, Anderson Publishing Co., 1985, p.19.

59) 이태훈, 전개논문, 13면.

60) R. L. Carlson, op.cit., p.39.

미국 연방대법원에서 상당한 이유의 개념적 특징을 Illinois v. Gates 사건에서 “법률전문가가 아니라 합리적이고 충명한 사람이 매일 매일의 생활에 기초하여 내리는 사실적이고 실천적인 판단”⁶¹⁾이라고 판시한 이후 그 판단기준도 “상황의 총체적 검토(totality of the circumstances)”라는 방향으로 전환하였다.⁶²⁾

나. 逮捕狀의 請求 및 發付

체포장은 “중립적이고 공평한 치안판사(neutral and detached magistrate)”에 의해 발부되며, 그 청구권자에는 법률상 제한이 없다. 미연방과 각 州에서는 일반적으로 체포장은 개인이나 사법경찰관의 요청에 의하여 청구되고 대부분 검사가 검토하여 선서진술서를 작성한 다음 법원에 제출되며, 법원의 서기도 그가 법관의 감독하에 사법부에서 근무하고 있고, 그에게 접수된 사건 범위 내에서 필요한 상당한 이유·요건을 판단할 능력을 갖추고 있는 경우에는 체포장을 발부할 권한이 있다.⁶³⁾

또한 법원은 고발장이나 선서진술서에 의해 체포의 상당한 이유가 있다고 판단하더라도 검사의 청구가 있으면 체포장 대신에 소환장을 발부하여야 하며(연방형사소송법 제4조 a), 여기서 상당한 이유를 기소장에 근거하여 판단하는 경우에도 검사의 청구가 있으면 체포장 대신에 소환장을 발부해야 하지만 검사로부터 아무런 청구가 없으면 법원은 직권으로 체포장 또는 소환장을 발부할 수 있다(동법 제9조 a). 소환장은 피고인에게 정해진 시간에 법관 앞으로 출두할 것을 명하는 것으로 그 이외의 요건은 체포장과 동일하다. 피고인이 소환에 응하지 않을 경우에는 체포장이 발부된다.

다. 法官에의 引致 및 決定

체포된 피의자는 통상 경찰서로 연행되어 신병등록(Booking) 절차를 밟고, 경찰책임자는 증거가 불충분하거나 사안이 경미한 경우에는 혐의자를 석방 또는 훈계방면하고 계속 구속할 필요가 있는 경우에는 경찰관의 통제하에 구치소 기타 적당한

61) Illinois V. Gates, 462 U. S. 213, 231(1983).

62) Anthony Kennedy, “Judicial Ethics and The Rule of Law”, USIA, 1999. 9, pp.30-31.

63) Shadwick v. City of Tempa, 407 U. S. 345, 92 S. ct. 2119, 32 L. ed. 2d 783, 1972.

장소에 구금한다. 체포경찰관은 지체없이 피체포자를 치안판사에게 인치(First Appearance)해야 하며,⁶⁴⁾ 판사는 인치된 피의자에게 혐의내용과 현법상 보장된 권리를 고지해 준다. 치안판사는 피체포자에 대한 보석의 조건을 결정한다.⁶⁵⁾ 피체포자가 이미 경찰보석(station house bail)으로 석방된 상태라면 단순히 그것을 심사하는 데에 그칠 뿐이지만, 중죄의 경우 대부분 이 단계에서 보석의 조건이 정해진다.

피체포자가 치안판사에게 인치되어 오면 최고 24시간 내에 예비심문을 행하는 데, 예비심문(preliminary hearing)이란 공판에 들어가기 전에 치안판사가 피의사실에 대한 증거가 있는지 여부를 심사하는 절차이다. 즉 치안판사는 기소전의 비교적 초기의 단계에서 피의자에 대한 혐의에 상당한 이유가 있고 피의자의 구금을 계속 할 수 있는지 여부를 심사할 수 있다. 예비심문에서 검사는 증거를 제출하여야 하고, 증거가 불충분한 경우 피의자는 석방된다. 중죄사건에 있어서 피의자는 이러한 예비심문을 받을 권리가 있다.⁶⁶⁾ 그러나 실제로는 대부분의 사건에서 이러한 예비심문의 절차가 이루어지지 않고 있다고 한다. 왜냐하면 연방 형사소송법은 예비심문 기일 이전에 이미 피고인이 대배심에 의하여 기소되었거나 연방법원에 검찰의 기소장이 제출된 경우에는 예비심문이 개최되지 않는다는 단서 조항을 두고 있고 (제5조), 미국의 연방검찰은 거의 대부분의 중죄사건에서 예비심문 이전에 대 배심으로부터 기소장을 발부 받음으로써 예비심문을 회피할 수 있기 때문이다.

3. 令狀에 의하지 아니한 逮捕

우리나라와는 달리 미국 법에서는 전통적으로 긴급한 상황이 없더라도 보통법상 수사기관의 영장에 의하지 않은 체포(Arrest Without Warrant)⁶⁷⁾를 인정하는 것이

64) 체포된 자가 「불필요한 지체없이」 치안판사에게 인치되지 아니하거나 불법으로 구속된 경우에는 인신보호영장(The Writ of Habeas Corpus)제도에 의하여 구제를 받게 된다. 이 제도는 1679년 영국의 인신보호법(The Habeas Corpus Acts)에서 유래된 것이다.

65) 일부 주에서는 치안판사에게 인치되기 이전이라도 체포장을 발부하는 치안판사가 체포 장에 보석금을 정해 놓기도 한다. 이 때 피체포자는 치안판사에게 인치되기 전이라도 지정된 보석금을 납부하고 석방될 수 있다.

66) Stuart Gorin and Bruce Carey, "Players in the Judicial Process", USIA Electronic Journal, 1999. 9, pp.12-17.

67) 미국의 경우 '긴급체포'라는 용어를 사용하지 않고, 'arrest without warrant'라고 하여

원칙이다.⁶⁸⁾ 또한 대부분의 주에서는 보통법(Common Law)상의 체포법을 成文化하여 영장에 의하지 않은 체포를 제정법의 권한으로 규정하고 있다.

가. 警察의 重罪犯 逮捕(Arrest by Police for Felonies)

미국에서는 보통법상 중죄의 경우에는 중죄가 발생하였고, 피의자가 그 범죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적인 근거(Reasonable Ground)가 있다고 판단되는 경우에는 현행범이 아닐지라도 경찰관은 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 보통법에서 인정되는 합리적 근거는 체포장의 실질적 요건인 상당한 이유(probable cause)와 동일한 것으로 본다.⁶⁹⁾ 미 연방대법원도 “경찰관이 주거 이외의 공공장소에서 피의자를 체포하는 경우에는 사전에 영장을 발부 받을 수 있었다 하더라도 사전영장을 요하지 아니하며, 상당한 이유에 대한 경찰관의 독자적 판단으로 피의자를 체포할 수 있으며 이는 수정헌법 제4조에 위배되지 아니한다”고 판시하였다.⁷⁰⁾ 체포 당시 상당한 이유가 있으면 그 후에 피의자에게 혐의가 없음이 밝혀지더라도 체포의 적법성은 인정된다. 또한 보통법상에서 경찰관이 중죄를 범한 용의자가 도망가고 있을 때 그를 체포하기 위해 치명적인 폭력을 사용하는 것이 인정되고 있다.⁷¹⁾ 그러나 보통법상에서 경죄를 저지를 용의자를 체포하기 위해 경찰관이 치명적인 폭력을 사용하는 것은 인정되지 않는다.

이에 해당하는 경우로는 경찰면전에서 현실로 범죄가 일어나는 경우(When a crime is actually committed in the presence of the officer),⁷²⁾ 공공장소에서 중죄 범 체포(Arrests for felonies in public places),⁷³⁾ 경찰면전에서 일어나지 않은 중죄

우리의 긴급체포, 현행범체포와 유사한 무영장 체포제도를 운용하고 있다.

68) Steven Emanuel, Steven Knowles, *Criminal Procedure*, Emanuel Law Outline, Inc. 1980, p.40.

69) 대검찰청 검찰21세기연구기획단, 「구속제도정비방안연구」, 1996, 51면.

70) United States v. Watson, 423, U.S. 411(1976); Mincey v. Arizona, 437 U.S. 385, 390(1978).

71) Ferdico, op.cit., p.130.

72) 경찰의 면전이란 경찰관이 자신의 오감(five senses)을 이용한 결과 직접 알게 된 사실을 의미한다(Rolando V. del Carmen, *Criminal Procedure*, 5th ed., Wodsworth Thomson Learning, 2000, p.147).

73) 이재상, 「각국의 구속제도」, 29면; 이재석, “美國의 逮捕·拘束制度”, 「대구법학」 제2

범 체포(when a person has committed a felony, even though the felony was not committed in the officer's presence), 체포 또는 증거의 압수를 위태롭게 할 긴급한 사정이 있는 경우(When exigent circumstances are present that would jeopardize the arrest or seizure of evidence), 체포를 행하는 경찰관에 대한 위협이 있는 때(When there is danger to the arresting officer) 등이다. 다만 사적 주거에서 중죄범 체포(Arrests for felonies in private places)에는 영장을 발부 받을 시간이 있으면 주거에 진입하기 위한 영장이 필요하다.

나. 警察의 輕罪犯 逮捕(Arrest by Police for Misdemeanors)

경죄에 대해서는 중죄와는 달리 경죄가 경찰관의 면전에서 행해진(committed in the officer's presence) 경우에만 영장 없는 체포를 허용한다.⁷⁴⁾ 즉 경찰관은 과거에 행해졌거나 이미 기수가 되어버린 경죄에 대해서는 범죄자가 아직 범죄현장에 있을지라도 영장 없는 체포를 할 권한이 없다.⁷⁵⁾ 이 점은 중죄사건과 경죄사건의 체포시에 경찰관이 가지는 권한에 있어 가장 큰 차이점이다.

현행범(committed in presence)이라는 요건은 엄격하게 경죄가 사실상 경찰관의 면전에서 발생할 것을 요하는 것으로 해석할 수 있음에도 불구하고, 통상적으로는 경찰관이 경죄가 현재 자신의 면전에서 행해지고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 때에는 영장 없이 체포할 수 있다고 해석하고 있다. 왜냐하면 실제 경찰관의 행동을 판단하기 위해서는 체포 당시의 상황보다는 그 당시의 상황을 어떻게 합리적으로 인지하였는가의 기준이 보다 타당하고, 경찰관의 입장에서도 경죄가 현재 행해지고 있다는 의심을 합리적으로 뒷받침할 수 있는 구체적 사실들을 제시할 수 있는 정도면 된다. 또한 경찰관의 면전에서 범행이 행해지고, 그 범죄로 인하여 공공질서가 침해될 정도에 이를 때에는 물론 영장 없이 체포할 수 있다. 이는 보통법상이나 제정법에서 공통적으로 인정하고 있으며, 최근에는 경죄가 일반적인 관계로 이에 대처할 필요성이 증대하

집, 대구대학교, 2000, 15면.

74) 경찰관의 면전에서 발생한 경죄에 관하여 영장 없는 체포를 허용하는 것은 수정 헌법 제4조에 의해서 요구되는 것이 아니라 보통법(common law)에 의해서 요구되는 것이다 (Ferdico, op.cit., p.120).

75) Ibid, p.120.

여 경죄가 공공질서를 침해한 정도에 이르지 않더라도 현행범을 요건으로 하여 영장없는 체포를 확대하는 입법경향이 나타나고 있다. 그러나 영장 없이 주거에 진입하는 행위를 정당화할 수 있는 긴급한 상황이 존재하는가를 판단함에 있어서 범죄의 중대성이 반드시 고려되어야 하며, 통상적으로는 영장이 필요하다고 할 것이다.⁷⁶⁾

다. 私人에 의한 無令狀逮捕(Citizen's Arrest)

시민은 누구나 혐의자가 중죄를 행하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있으면 체포할 수 있지만, 경찰관의 경우보다 엄격한 요건을 필요로 하고 있다.⁷⁷⁾ 즉 중죄가 실제로 행해지고, 피체포자가 그 범죄를 범했다고 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 한다. 州에 따라서는 평화를 해치는 죄가 면전에서 발생하는 경우에는 경죄라 하더라도 보통 사인이 체포할 수 있다. 그러나 사인이 현행범인을 체포를 하는데 있어서 실수를 했거나 착오에 의해 체포를 했을 경우에는 책임을 져야 한다.⁷⁸⁾

라. 逮捕後의 節次

체포된 피의자는 영장발부와는 관계없이 수사기관에 연행되어 조사를 마친 후 수사기관에서 바로 석방되거나 치안판사에게 인치(first appearance)된다. 따라서 경찰관은 피의자를 체포 후 지체없이 곧 치안판사에게 인치해야 한다. 영장없이 체포한 경우에는 체포의 요건인 상당한 이유에 대하여 심사를 받지 않았으므로 치안판사는 상당한 이유의 존부에 대한 심사를 한다. 영장 없이 체포한 후 피의자를 계속 구금하기 위해서는 즉시 치안판사에게 고발장과 선서진술서를 제출하여 상당한 이유의 존재에 대하여 심사를 받아야 한다. 보통의 경우 영장 없이 체포한 경찰관은 그 즉시 고발장을 치안판사에게 제출하며, 치안판사는 피의자의 인치심문 이전 또는 그 시작단계에서 심사를 행한다. 치안판사가 상당한 이유가 있다고 판단하면 체포통지(Notice of Arrest)를 하게 되는데 이 결정에 따라 체포계속의 효력을 가지게 된다.

76) Welsh v. Wisconsin, 466 U.S. 740 (1984).

77) Rolando V. del Carmen, 김성돈 역, 전개서, 194면.

78) Ferdico, op.cit., p.128.

4. 被疑者의 救濟制度

가. 保 穩

미국법상 피체포자는 원칙적으로 체포된 즉시 법정에의 출석을 보장할 수 있는 조건하에서 보석을 허가 받을 수 있으며, 법원이 보석을 허가하지 아니하고 계속 구금하는 경우는 오히려 예외에 속한다. 범죄혐의자는 수사기관에 의해 거의 전원이 사전 영장 없이 구속되거나, 서면 영장 심사만에 의해 구속되는데 통상적으로 보석은 피체포자가 최초로 인치(First Appearance)된 시점에서 치안판사에 의하여 이루어진다. 연방법률 18 U.S.C. 3141 (a)에 의하면 “체포장을 발부할 권한이 있는 사법부 판리는 피체포자가 자신에게 引致되면 곧 그에게 보석을 허가하거나 구금을 명하여야 한다”고 규정하고 있다. 그러나 일부 州에서는 체포장을 발부하는 치안판사가 체포장에 보석금을 정해 놓기도 한다. 이때에 피체포자는 치안판사에게 인치되기 전이라도 지정된 보석금을 납부하고 석방될 수 있다.

보석은 피고인의 법정출석을 보장하기 위하여 주로 보증금보석(Money Bail)이 이용되었으나, 1966년 보석개혁법에 의하여 서약에 의한 석방이 대체수단으로 인정되어 오늘에 이르고 있다.⁷⁹⁾ 보석의 가장 전형적이고 널리 이용되는 방법은 보증금보석이다. 미국의 각 州에서는 피고인의 無資力 때문에 석방이 제한되는 효과를 방지하기 위하여 직업보증인(Professional Bondsman)제도를 두고 있다. 이는 피고인이 재정적 능력이 없는 경우에, 직업보증인이 법원에 보증금을 대신 납부하고, 피고인으로부터 보증금의 약10%를 수수료로 받는 방법이다.⁸⁰⁾

그리고 피고인이 단순히 無資力이라는 이유만으로 구금되는 결과를 회피하고 직업보증인제도의 폐해⁸¹⁾를 방지하기 위해 서약에 의한 석방제도가 도입되었다. 법원

79) 그 후 1984년 보석개혁법(Federal Bail Reform Act)에 따르면 법원은 도주 또는 재범의 위험성이 심각한 경우에는 보석을 허가하지 아니하고 구속을 명할 수 있게 하여 1966년 보석개혁법을 대폭 수정하였다.

80) D.W. Neubauer, *America's Court & the Criminal Justice System*, Brooks-Cole Publishing Co., 1988, pp.236-239; H.B. Kerper, *Introduction to the Criminal Justice System*, West Publishing Co., 1980, p.270.

81) 본래 직업보증인 제도는 재정적 능력이 없는 피고인에게 보석의 기회를 부여한다는 취

은 피고인의 출석을 합리적으로 보증하지 못하거나 타인이나 사회의 안정을 위협한다고 판단할 때에는 피고인의 출석과 타인과 사회의 안전을 합리적으로 보증할 수 있다고 판단되는 기타 부수 조건을 부가하여 석방을 명하여야 하며(18 U.S.C. 3142(c),(l)), 그러한 결정을 하지 않는 한 서약에 의거하여 석방을 명할 수 있다(18 U.S.C. 3142(a),(b)).

서약은 피고인이 장래의 재판에 출석할 것임을 선서하고 서명한 서면증서에 의한다. 법원은 조건을 여러 개 병합하여 부과할 수 있으나, 그러한 조건들은 피고인의 출석과 타인 및 사회의 안전을 “합리적으로 보증”할 수 있는 한도 내에서 필요한 최소한에 그쳐야 한다.⁸²⁾

치안판사가 석방의 조건을 설정한 후 피고인과 검사는 관할법원에 그에 대한 심사를 청구할 수 있다(18 U.S.C. 3145(a)). 이때 검사는 석방명령의 취소 또는 석방조건의 변경을 청구할 수 있고 피고인도 석방조건의 변경을 청구할 수 있다. 또한 석방의 조건이 관할법원에서 결정되거나 기각된 경우에는 상급법원에 항고할 수 있다.

나. 拘束適否審查

미국의 구속적부심사제도는 영국의 인신보호영장(writ of habeas corpus) 제도에서 유래하는 것으로 불법적인 구금을 배제하기 위하여 법원이 피구금자의 구금이 합법적인 것인가의 여부를 판단하는 제도이다. 이 제도는 형사절차상 헌법에 의해서 보장되고 있는 권리를 침해받아 구금되어 있는 자가 자신의 불법구속을 다툴 수 있기 때문에 특히 체포된 피의자가 즉시 치안판사에게 인치되지 않고 구금되어 있음을 이유로 구금의 합법성을 다투 수 있다.⁸³⁾

인신보호영장은 피구속자가 불법 구금된 경우를 전제로 유죄판결을 받아 교정시설에 수감되어 있거나 미결구금 상태이거나를 불문하며(28 U.S.C. 2241(c)), 청구권자는 구금된 자 또는 그의 대리인이다. 청구는 서명과 선서를 한 서면에 의하고 구

지에서 인정된 제도인데, 현실적으로 피고인의 석방여부를 직업보증인이라는 사인의 손으로 넘겨버린 결과가 되었다는 비판이 있다(D.W. Neubauer, Ibid, pp.236-239).

82) 1984년 보석개혁법에 규정하고 있는 附帶條件의 부과에 의한 석방조건은 18 U.S.C. 3142(c),(l), (B) 참고.

83) W.R. LaFave · J. J.H. Israel · N.J. King, op.cit., p.9.

금에 관한 사실과 그를 구금하고 있는 자의 성명 및 구금의 권한이나 이유를 명시 해야 한다(28 U.S.C. 2242). 또한 관할법원은 연방대법원과 관할 연방순회법원 및 관할 연방지방법원이다(8 U.S.C. 2241(a)). 이때 청구를 접수한 법원이나 판사는 청 구인 또는 피구금자가 청구의 권한이 없다고 인정되지 않는 한 영장을 발부하거나, 피청구인에게 영장이 발부되어서는 안 되는 이유를 적시하도록 하는 명령을 발하여 야 한다(28 U.S.C. 2243). 그리고 영장이나 명령이 회부되면 법원은 상당한 이유가 없는 한 회부된 날로부터 5일 이내에 심리를 개최해야 한다.

5. 小 結

미국의 인신구속제도는 체포와 보석으로 나뉘어 있으며, 구체적 절차와 방법은 범 죄의 종류나 관할에 따라 또는 州에 따라 다소 다르지만 대체로 비슷하다. 구속요건은 죄를 범하였다고 인정할 상당한 이유만 있으면 족하고 증거인멸이나 도망염려, 주거부정은 요하지 않으며, 체포에 있어서는 영장에 의한 체포가 원칙이지만 중죄에 대해서는 현행범이 아닐지라도 피의자가 죄를 범했다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 경찰관은 언제든지 영장없이 체포할 수 있으며 경죄의 경우에는 경찰관의 면전에서 범죄가 행해졌을 경우 영장없는 체포를 할 수 있다. 그리고 수사기관에 의 하여 체포된 피의자는 지체 없이 부판사에게 인치되고, 부판사는 경죄사건의 경우는 기소인부절차를 진행하고 중죄사건의 경우는 심리절차와 피의자에 대한 보석여부를 결정한다. 이때 보석은 피고인뿐만 아니라 피의자에게도 인정되고 있어 구속피의자 를 석방하기 위한 제도로서 의미를 가지고 있다.

第4節 日 本

1. 序 說

일본의 형사소송법은 당초에는 대륙법계의 칙권주의를 토대로 하였지만, 미군정 치하에서 영미법계의 적법절차 원리 등을 대폭 수용하여 오늘에 이르고 있다. 피의

자구속절차는 체포와 구류(구속), 구인제도로 대별하고, 반드시 체포가 선행되어야 하는 逮捕前置主義를 채택하고 있다.⁸⁴⁾ 그리고 수사기관에 일반적인 강제처분권을 인정하면서도 반드시 법관의 영장을 발부받도록 하는 영장주의를 채택하고 있다(일본 헌법 제33조). 즉 피의자를 체포하기 위해서는 긴급체포와 현행범체포의 경우를 제외하고는 사전에 법관이 발부한 체포장에 의해야 한다. 또한 피의자에 대해 구류 청구를 할 경우에는 반드시 체포를 전제로 하는데, 청구를 받은 재판관은 피의자에게 피의사실의 요지를 알리고 진술을 듣는 구류질문절차를 거친 다음 구류장발부 여부를 결정하는 등의 인권보장제도를 확대하고 있다.⁸⁵⁾ 이와 같은 일본 형사소송법의 인신구속제도는 우리의 입법과 제도운용에 상당한 영향을 미치고 있기 때문에 입법론적 비교·고찰의 척도로서 유용하다.

2. 被疑者の 逮捕

체포는 피의자의 신체를 인치하여 단기간 억류하는 처분으로 통상체포와 긴급체포 및 현행범인의 체포가 있다.⁸⁶⁾

가. 通常逮捕

통상체포라 함은 수사기관이 사전에 법관이 발부한 체포장에 의하여 피의자를 체포하는 것으로 그 청구권자는 검찰관 또는 사법경찰원⁸⁷⁾이며, 검찰사무관이나 사법 순사 그리고 경부이상의 경찰관은 공안위원회의 지정없이는 청구할 수 없다. 일본의 사법경찰원은 검찰관을 거치지 않고, 독자적으로 바로 법관에게 체포장을 청구할 수 있는 것이 특색이다.⁸⁸⁾

84) 李在錫, “日本의 逮捕 拘束制度”, 한터李喆源教授 停年紀念論文集, 1998, 570면.

85) 松尾浩也, 「刑事訴訟法(上)」, 弘文堂, 1985, 97면; 團藤重光, 「條解刑事訴訟法(上)」, 弘文堂, 1993, 324면.

86) 三井誠·酒券匡, 신동운 역, 「입문 일본형사소송법」, 법문사, 2003, 32면.

87) 체포장 청구권이 부여된 경찰관(사법경찰원)을 지정사법경찰원 또는 영장경부라고 하며, 이는 국가공안위원회 또는 도도부현공안위원회가 지정한 경부이상의 자이다(일 형사소송법 제199조 제2항). 이에 대하여 법조계의 일부에서는 체포장의 청구권자를 검찰관으로 한정하여야 한다고 한다(松尾浩也, 전개서, 51면).

통상체포의 요건으로는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때이며, 30만엔 이하의 별금, 구류, 과료에 해당하는 경미한 죄에 있어서는 피의자가 일정한 주거를 가지지 않는 경우 또는 정당한 이유 없이 임의출두의 요구에 응하지 아니한 경우이다. ‘상당한 이유’란 수사기관의 주관적 혐의로 죽하지 않고, 특정한 범죄의 혐의를 긍정하는 객관적 · 합리적 근거가 있음을 말한다.⁸⁹⁾ 체포의 필요성, 즉 도주의 염려나 증거인멸의 우려 등은 체포의 요건이 아니다.⁹⁰⁾ 긴급체포의 경우에도 마찬가지이다.⁹¹⁾

검사 또는 사법경찰원으로부터 체포영장을 청구받은 법관은 피의자에 대하여 체포의 필요성이 없는 경우를 제외하고, 죄를 범하였다고 의심할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때는 체포장을 발부하여야 한다(일본 형사소송법 제199조 제2항).

그리고 체포장의 청구를 받은 법관은 청구의 방식, 체포의 이유, 피의자의 연령 및 범죄의 輕重 · 態樣 기타 제반 사정에 비추어 피의자의 도망 염려, 증거인멸 등의 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 인정되지 않을 때에는 청구를却下하여야 한다(동법 제199조 제2항, 동규칙 143의3 참조).

체포장의 청구가 각하된 경우에는 불복신청(준항고)을 할 수 없지만, 새로운 증빙 자료가 있는 경우에는 재청구할 수 있다. 체포장이 발부된 경우 피의자측에서의 불복방법은 없다.⁹²⁾

나. 緊急逮捕

긴급체포제도는 긴급을 위하여 법관으로부터 체포장을 받을 수 없을 때 수사기관이 직권으로 피의자를 체포하되 즉시 법관에게 체포영장을 청구하여 발부받도록 하

88) 법무부, 「各國의 司法警察制度」, 1988, 243-244면 참조.

89) 慶谷弘, 「捜査法大系 I」, 日本評論社, 1987, 77면; 松尾浩也, 「條解刑事訴訟法」, 弘文堂, 1996, 323면; 東京地判 1960. 4. 5, 「訟務月報」 제6권 제5호, 914면.

90) 현행법에는 체포 이외에 피의자의 조사를 위하여 출두를 강제하는 방법이 없으므로 조사의 필요성이 있는 경우에는 조사목적을 위해서는 체포를 인정해야 한다는 견해가 통설이다(河上和雄, 「實務刑事手續法」, 東京法令出版(株), 1978, 179면).

91) 이재상, 「각국의 구속제도」, 168면.

92) 石昌目, “日本의 人身拘束節次에 관한 研究”, 「裁判資料」第66集, 法院行政處, 712-713면; 전용득, 전계논문, 158면.

는 제도이다. 통상체포의 경우에는 영장의 청구권자가 검찰관 또는 사법경찰원인 반면(동법 제199조 제2항), 긴급체포는 청구권자에 대한 자격제한이 없으므로 검찰사무관, 사법경찰직원도 청구할 수 있다.⁹³⁾

긴급체포의 요건은 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 중죄의 혐의가 충분하고 급속을 위하여 법관의 체포장을 구할 수 없는 긴급한 경우이다. 그러나 사후에 바로 체포장을 청구하여야 한다.

여기서 범죄혐의의 ‘충분한 이유’는 통상체포에서의 ‘상당한 이유’보다도 그 혐의의 정도를 더 엄격하게 보아야 하지만, 구류 요건으로서의 혐의보다는 낮더라도 상관 없다.⁹⁴⁾ 충분한 이유의 存否 판단은 1차적으로 수사기관에 위임되어 있으므로 체포시까지 객관적 증거에 의하여 특정범죄의 범인이라는 확신을 가질 수 있는 경우를 말한다. 피의자를 긴급체포하는 경우 필요하면 영장없이 체포현장⁹⁵⁾에서 압수·수색을 할 수 있다.

피의자를 긴급체포한 자는 범죄의 혐의가 있고 긴급을 위하여 체포장을 구할 수 없다는 것을 고지하여야 하며, 즉시 법관에게 사후 체포장을 청구하여야 한다. 이 사실 중 어느 하나라도 흡결하면 긴급체포는 위법한 것이 된다(동법 제210조 제1항).⁹⁶⁾ “즉시”의 의미에 대해서는 견해의 대립이 있지만, 구체적 사정에 의하여 판단해야 한다.⁹⁷⁾ 그러나 긴급체포 후 피의자신문을 위해 체포장의 청구를 지연하는 것

93) 일본 헌법 제33조는 “누구라도 현행범으로서 체포되는 경우를 제외하고는 권한을 가진 법관이 발하고 이유로 되어 있는 범죄를 명시한 영장에 의하지 않으면 체포되지 않는다”고 규정하고 있을 뿐 소위 긴급체포에 관한 규정은 정함이 없기 때문에 위 긴급체포에 관한 형사소송법의 규정이 헌법위반이라는 견해도 있지만, 판례 및 다수설은 합헌이라고 하고 있다(最高裁 大法廷 判決, 「最高裁判所刑事判例集」第9輯 第13號, 1985. 12. 2760면; 石丸俊彦外, 「刑事訴訟の實務(上)」, 新日本法規出版(株), 1990. 337면; 재판소기관연수소 편, 「令狀事務」, 裁判所書記官研修教材 第125號, 法曹會, 1990. 9. 37면).

94) 이재석, “逮捕制度에 관한 考察”, 「사회과학연구」 제4집 제1호, 대구대학교, 1997. 9, 45면.

95) “체포현장”이란 장소적 동일성을 인정할 수 있는 정도면 된다(최성창, “日本の 逮捕에 관한 研究”, 「형사정책연구」, 형사정책연구원, 1991, 253면).

96) 실무에서는 그 시간적 한계를 10시간 전후로 보고 있다(재판소기관연수소 편, 전재서, 52면; 이재석, “日本의 逮捕·拘束制度”, 「대구법학」 제2집, 대구대학교, 2000. 2, 137면).

97) 순수시간적 개념으로서 卽刻을 의미하는 것으로 긴급체포와 접착한 시간내에 체포장을 발부받아야 한다는 견해(團藤重光, 전재서, 399면; 平野龍一, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 1983, 98면)와 가능한 한 신속하게라는 의미로서 각각의 사안에 따라 유예시간을 달리 할 수 있다고 해석하는 견해(平野龍一·松尾浩也, 「實例法學全集刑事訴訟法」, 青林書

은 허용되지 않는다. 사법경찰관이 피의자를 체포하였을 때는 48시간 내에 검사에게 송치하고, 검사는 24시간 내에 공소를 제기 내지 구류청구를 해야 한다.

사후체포장의 청구를 받은 법관은 청구가 적법하고, 체포시와 영장발부시 체포 이유와 필요가 있다고 인정하면 신속히 긴급체포장을 발부한다.⁹⁸⁾ 검사가 구류청구를 하는 경우에는 기록과 함께 피의자를 인치하고, 판사는 피의자에게 피의사실의 요지 및 진술을 들은 후 구류장 발부여부를 결정한다.

긴급체포장은 법관이 피의자에 대한 체포행위를 인정하는 것임과 동시에 유치를 계속하는 것을 허가하는 성질을 가지므로, 체포장이 발부되지 아니한 때에는 바로 피의자를 석방하여야 한다(동법 제210조 제1항).

형사소송법 제210조의 요건을 갖추지 않은 경우, 명백히 체포의 필요성이 없다고 인정되는 경우, 청구의 방식 및 청구가 현저히 지연된 경우에는 청구를 각하한다.⁹⁹⁾

체포장의 청구가 각하된 이후 새로운 증거로 체포의 요건이 구비된 경우, 수사기관이 체포하여 조사한 결과 체포의 이유와 필요가 없다고 인정하여 석방하였으나 그 후 혐의가 부활되거나 체포를 필요로 하는 사정이 생긴 경우, 인치후 도망한 경우 등에는 再逮捕가 허용된다.¹⁰⁰⁾

다. 現行犯의 逮捕

현행범이란 범죄를 실행중이거나 실행행위를 종료한 직후인 자로써, 특정한 범죄에 대한 범죄의 명백성과 現行性 및 시간적 · 장소적 접착성이 필요하다(동법 제212조 제1항). 다만 30万円 이하의 벌금(刑法, 暴力行爲等處罰에 관한法律 및 經濟關係罰則의整備에 관한法律의 罪 이외의 죄에 있어서는 2万円 이하의 벌금), 구류 또는 과료에 해당하는 경미범죄에 대해서는 피의자의 주거 또는 성명이 명백하지 않은 경우, 범인이 도망할 우려가 있는 경우에 한한다(동법 제217조).¹⁰¹⁾

현행범에는 準現行犯도 포함된다. 이에 해당하는 경우로는 ① 犯人으로 追呼되고

院, 1997, 7면)가 대립되고 있다.

98) 법원행정처, 「새로운 인신구속제도 연구」, 1996, 599면.

99) 이재석, “日本의 逮捕 · 抑制制度”, 139면 참조.

100) 장규원, 「逮捕制度에 관한 研究」, 한국형사정책연구원, 1998, 94면.

101) 藤永幸治 · 河上和雄 · 中山善房, 「大コンメンタール刑事訴訟法」第3卷, 青林書院, 1996, 518면.

있을 때 ② 장물이나 명백히 범죄에 사용되었다고 생각하는 흉기, 기타의 물건을 소지하고 있을 때 ③ 신체 또는 의복에 범죄의 혐저한 증거이 있을 때 ④ 誰何에 대하여 도주하려고 한 때 등이다(동법 제212조 제2항).

현행범은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으므로, 사인도 현행범을 체포할 수 있다(동법 제213조). 현행범체포는 긴급체포와 함께 영장주의에 대한 예외이지만, 긴급체포와는 달리 사후에도 체포장을 청구할 필요가 없다.

사법순사가 피의자를 체포하거나 현행범인을 사인으로부터 인도 받았을 경우는 체포자의 성명·주소·체포의 사정 등을 청취한 후 즉시 사법경찰원에게 인도하여야 한다(동법 제202조, 제215조).

사법경찰관은 피의자에 대한 임의조사 후 유치가 필요없다고 판단되면 석방하고, 유치의 필요성이 있을 때에는 체포시부터 48시간내에 서류와 증거물을 첨부하여 피의자를 검찰관에게 송치하여야 한다. 이 시간 내에 송치하지 않으면 피의자를 즉시 석방하여야 한다(동법 제203조, 제211조, 제216조). 체포 이후의 절차는 통상체포장에 의하여 피의자를 체포한 경우와 동일하게 진행된다(동법 제210조 제1항).¹⁰²⁾

3. 勾 留

가. 勾留의 意義

구류란 체포된 피고인 또는 피의자의 신체를 구속하는 재판과 그 집행을 말한다. 未決勾留라고도 하며,¹⁰³⁾ 형벌의 일종인 ‘拘留’와는 구별된다(형법 제9조). 피의자의 구류는 체포와는 달리 법관이 직접 행하는 처분이며, 명령장의 성질을 가지고 있다.¹⁰⁴⁾ 피의자의 구류는 기소전의 단계이기 때문에 재판관이 직권으로 할 수는 없고, 검찰관의 청구를 요건으로 하고, 체포가 선행되어야 하며, 구류가 단기간이고,

102) 이재석, “日本의 逮捕·拘束制度”, 588면.

103) 田宮裕, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 1993, 82면; 平野龍一, 전재서, 99면.

104) 渥美東洋, 「刑事訴訟法」, 青林書院, 1996, 83면 참조. 체포장 등이 허가장인데 반하여 구류장은 명령장이다. 허가장의 경우에는 집행이 수사기관의 재량에 맡겨지지만 명령장의 경우에는 명령하는 재판이므로 집행이 필요하다.

보석이 인정되지 않는다는 점에서 피고인의 구류와는 구별된다.¹⁰⁵⁾

나. 勾留의 要件

구류의 요건은 피의자가 체포되었을 것, 구류의 청구가 법정시간의 범위내에서 이루어질 것(동법 제203조 제1항, 제204조 제1항, 제205조 제1, 2항, 제206조 제1항), 그리고 구류이유(동법 제207조 제2항 단서, 제60조 제1항) 및 필요성이 있을 것 등이다. 구류의 이유는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 피의자가 일정한 주거가 없는 때, 죄증을 인멸한다고 의심하기에 상당한 이유가 있을 것, 피의자가 도망하거나 도망한다고 의심하기에 족한 상당한 이유가 있는 경우이다(동법 제60조 제2항).¹⁰⁶⁾ 다만 30만엔 이하의 벌금, 구류, 또는 과료에 해당하는 사건에서는 피의자가 일정한 주거가 없는 때에 한하여 구류할 수 있다(동조 제3항). 여기서의 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유란 통상인의 합리적 판단에 의하여 당해 범죄사실의 혐의를 수긍할 수 있을 정도를 말한다.¹⁰⁷⁾ 그 외에도 구류의 필요성이 있어야 하는데, 구류의 필요성이란 구류의 이유 이외의 비유형적인 구류허용조건을 말한다. 예컨대 구류의 이유가 존재하여도 구체적 사안에서 종합적으로 판단해 볼 때 피의자에게 가해지는 신체구속의 불이익과 국가형벌권의 적정한 행사라는 이익을 比較較量하여 前者の 불이익이 현저하면 구류의 필요성이 없다고 판단하는 것을 말한다.¹⁰⁸⁾

다. 勾留狀 發付節次

(1) 勾留의 請求

105) 입법론적으로 보석을 허용해야 한다는 견해가 있다(田宮裕, 「捜査の構造」, 有斐閣, 1971, 23면; 井戸田侃, 「刑事訴訟法要論」, 有斐閣, 1993, 104面; 平野龍一, 전개서, 102면).

106) 이에 대해서는 이재석, “日本의 逮捕·拘束制度”, 590-591면 참조.

107) 긴급체포의 충분한 이유보다 고도의 것을 요하지 않는다는 입장과 수사의 단계적 발전을 고려할 때 긴급체포의 이유보다 고도의 혐의를 요한다는 입장이 있다(藤永幸治·河上和雄·中山善房, 전개서, 315면; 高田卓爾, 「刑事訴訟法」, 青林書院, 1984, 152면; 團藤重光, 「條解刑事訴訟法(上)」, 138면 참조).

108) 이재석, “日本의 逮捕·拘束制度”, 592면.

구류의 청구권자는 검찰관이며(동법 제204조 제1항, 제205조 제1항), 체포장과는 달리 사법경찰원에게는 청구권이 없다. 다만 區檢察廳 검찰관의 사무취급을 명받은 검찰사무관은 청구권이 있다(검찰청법 제36조). 청구는 소정의 사항을 기재한 구류 청구서를 재판관에게 제출해야 한다(규칙 제139조 제1항, 제147조).

(2) 勾留의 裁判(勾留質問)

검찰관으로부터 구류의 청구를 받은 법관은 피의자를 구류함에 있어서 피의사실을 고지하고 이에 대한 피의자의 진술을 들은 후 구류장 발부 여부를 결정하게 되는데, 이를 구류질문이라고 한다. ‘勾留質問’에 관한 일반적인 명문규정은 없지만, 형사소송법 제61조의 규정은 제207조에도 준용된다고 보는 것이 통설이고 실무상으로 인정되고 있다.¹⁰⁹⁾

구류질문의 시기는 구류청구가 된 날 또는 그 익일에 한다. 구류질문은 체포후의 중요한 사법심사의 하나이므로 수사기관의 영향을 차단한 상태에서 이루어질 필요가 있으므로, 원칙적으로 재판소의 청사내에서 비공개로 행해져야 한다.¹¹⁰⁾ 따라서 검찰관이나 변호인의 입회권은 인정되지 않고, 재판관·피의자 이외에 재판소 서기관과 압송한 看守만이 참석한다.¹¹¹⁾

피의자에게 구류이유의 고지는 구류청구서에 기재된 피의사실의 낭독으로 이루어지지만 사건의 동일성을 명확하게 하고 피의자가 이에 대하여 적절한 해명을 할 수 있을 정도로 구체적이고 상세하게 고지하여야 한다.¹¹²⁾

구류질문시 피의자에게 묵비권을 고지할 필요성 유무에 대해 고지할 필요가 없다는 견해가 있으나 구류질문 역시 구류재판에서 피의사실에 관한 진술을 듣는 심사절차이

109) 일본 형사소송법 제61조는 “피고인의 구류는 피고인에 대하여 피고사건을 고하고 이에 관한 진술을 들은 후가 아니면 이를 할 수 없다. 다만, 피고인이 도망한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있고, 제207조는 “전 3조의 규정에 의한 구류의 청구를 받은 재판관은 그 처분에 관하여 재판소 또는 재판장과 동일한 권한이 있다”고 규정하고 있다. 따라서 수소재판소의 구류에 관한 권한은 성질에 반하지 아니하는 한 피의자의 구류에 관하여도 준용된다고 보고 있다(법원행정처, 전계서, 608-617면).

110) 田宮裕, 전계서, 83면.

111) 이재석, “日本의 逮捕·拘束制度”, 592-593면.

112) 서범정, “日本의 人身拘束制度에 관한 考察”, 「各國의 拘束制度에 관한 研究」, 법무연수원, 1998, 133면.

므로 지체 없이 고지할 필요가 있다는 견해가 통설이고 실무상으로도 이를 고지하고 있다.¹¹³⁾ 변호인선임권에 대해서도 체포시에 고지하고 있으므로 고지의 필요가 없다고 하나, 실무상으로는 이를 고지하여 주고 있다.

(3) 勾留狀의 發付

재판관은 구류질문을 한 후 구류청구가 적법하고 구류의 이유 및 필요가 있다고 인정한 때에는 신속하게 구류장을 발부하여야 하고(동법 제207조 제2항), 구류청구가 부적법한 때 또는 구류의 이유가 없거나 필요가 없다고 인정한 때에는 구류장을 발부하지 아니하고 즉시 피의자의 석방을 명하여야 한다(동항 단서). 검찰관이 피의자의 구류청구를 하기 위해서는 먼저 피의자를 체포하고 체포후의 절차가 적법하게 이루어져야 하며 그 절차에 반한 구류청구는 법관에 의하여 각하된다(동법 제207조).

구류청구 각하의 재판에 대하여 불복이 있으면 검찰관은準抗告를 제기할 수 있다(동법 제429조 제1항 제2호).¹¹⁴⁾ 관할은 각하의 재판이 간이재판소에서 이루어진 때에는 관할 지방재판소에, 기타의 재판관에 의하여 이루어진 때에는 그 재판관이 소속하는 재판소의 합의체에서 행한다(동법 제429조 제1항, 제3항). 준항고의 재판소는 준항고의 이유가 없을 때에는 결정으로 기각하고(동법 제432조, 제426조 제1항), 이유 있을 때에는 구류청구를 각하한 원재판을 취소하여 구류장을 발부한다(동법 제432조, 제426조 제2항).

(4) 勾留狀의 執行

勾留狀의 집행은 일반적으로 검찰관의 지휘에 의하여 검찰사무관 또는 사법경찰직원이, 감옥에 있는 경우에는 감옥관리가 집행한다(동법 제207조 제1항, 법 제70조), 구류장을 집행할 때에는 피의자에게 구류장을 제시하고 신속히 지정된 감옥에 인

113) 松尾浩也, 전계서, 87면; 田宮裕, 전계서, 83면.

114) 구류청구각하의 재판에 대하여 피의자 및 구류이유개시청구를 한 자도 절차가 부적법한 것인가, 구류이유가 없는가의 이유에 있어서 다툼이 있는 경우에 한하여 준항고를 청구할 수 있다(제429조 제1항 제2호). 그러나 범죄의 혐의가 없다는 것을 이유로 하여서는 신청할 수 없다(제429조, 제420조 제3항).

치해야 한다. 급속을 요하는 때에는 긴급집행을 할 수 있다(동법 제207조 제1항, 제73조). 피의자의 구류에 대하여 보석은 인정되지 아니한다(동법 제207조 제1항 단서).¹¹⁵⁾

라. 勾留期間

피의자의 구류기간은 법정기간으로 청구일로부터 기산해서 10일 이내이며(동법 제208조 제1항),¹¹⁶⁾ 말일이 휴일인 경우에도 산입한다(동법 제55조). 구류기간내에 공소제기 또는 불기소를 결정하기 어려워 부득이 구류를 계속해야 할 이유가 있는 경우에는 법관은 검사의 청구에 의하여 1차에 한하여 10일간 기간의 연장을 허가할 수 있다(동법 제208조 제2항).

다만 내란, 외환, 국교, 소요죄 등의 특정범죄에 관하여는 법관은 검사의 청구에 의하여 다시 5일을 넘지 않는 기간동안 구류기간을 연장할 수 있다(동법 제208조의 2). 연장청구는 검찰관이 부득이한 사유 및 연장기간을 기재한 소명자료와 함께 청구서를 제출해야 한다(규칙 제151조, 제152조).

4. 被疑者の 権利

구속된 피의자의 권리를 위한 제도로 勾留理由開示, 勾留取消와 執行停止, 勾留에 대한 準抗告가 인정되고 있으나 피의자의 보석은 인정되지 않고 있다.

가. 勾留理由開示

일본 헌법 제34조는 “누구라도 정당한 이유가 없으면 구금되지 아니하고, 요구가 있으면 그 이유는 즉시 본인 및 그 변호인이 출석한 공개법정에서 개시하지 않으면 안된다”는 규정을 근거로 형사소송법 제82조 제1항에서도 “구류되어 있는 피고인은 법원에 구류이유의 개시를 청구할 수 있다”고 하여 부당 구금을 방지하고 피구금자

115) 이재석, “日本의 逮捕·拘束制度”, 593-594면.

116) 우리의 형사소송법상 검사 또는 사법경찰관의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날로부터 기산한다(제203조의2).

를 구제하기 위하여 구류이유개시제도를 채택하고 있다.¹¹⁷⁾

청구권자는 구류되어 있는 피고인 및 피의자, 그의 변호인, 법정대리인, 보좌인, 배우자, 직계친족, 형제자매 기타 이해관계인이다(동법 제82조 제1항, 제2항, 제207조 제1항).

청구가 있으면 피의자 및 변호인이 출석한 공개의 법정에서 재판장은 구류의 이유를 고하여야 하며(동법 제84조 제1항),¹¹⁸⁾ 청구자는 자신의 의견을 10분 이내에 진술할 수 있고(동조 제2항, 규칙 제85조의3, 제1항), 재판장은 진술이 상당하다고 인정한 때에는 서면제출을 요구할 수도 있다(동법 제84조 제2항).

개시기일의 법정에서 재판장(재판관)은 구류의 이유를 고하여야 하며 그 開示程度는 피고인(피의자)이 죄를 범하였음을 의심하기에 족한 상당한 이유가 있다는 것과 주거부정, 죄증인멸 내지 도주우려(동법 제60조 제1항의 각호사유) 등이 있음을 구체적으로 알리면 족하다.

나. 勾留의 取消와 執行停止

구류의 취소는 구류의 이유 또는 구류의 필요가 없다는 것이 판명된 경우 재판소가 검찰관, 구류되어 있는 피의자, 그 변호인, 법정대리인, 보좌인, 배우자, 직계친족, 또는 형제자매의 청구에 의하거나, 직권으로 결정에 의하여 구류를 취소하는 것을 말한다(동법 제87조 제1항). 이때 검사는 취소의 재판을 기다리지 않고 언제라도 스스로의 판단으로 피의자를 석방할 수 있다(제208조의 2).

여기서 구류의 이유가 없게 된 때란 법 제60조 제1항의 사유가 없게 된 때를 말하며, 구류의 이유인 사유가 사후적으로 소멸된 경우뿐만 아니라 처음부터 존재하지 않은 것으로 판명된 경우도 포함한다.¹¹⁹⁾ 구류의 필요가 없는 때란 형식적으로 구류의 이유가 있을지라도 실질적으로 구금할 필요가 없게 된 때를 말한다.¹²⁰⁾

117) 高田卓爾, 전 게서, 249면; 慶谷弘 外, 「捜査法大系 II」, 日本評論社, 1964, 273면.

118) 피의자와 변호인의 출석은 헌법상의 요청이지만, 변호인이 선임되어 있지 아니한 경우 변호인을 선임하여 출석할 것을 요구하는 것은 아니다. 또한 검찰관 출석도 개정의 요건은 아니지만, 출석한 검찰관은 의견진술의 기회가 있으므로, 기일의 통지는 하여야 한다(규칙 제82조 제3항)(이재석, “日本의 逮捕·拘束制度”, 596면).

119) 高田卓爾, 전 게서, 163면.

구류이유개시제도와는 달리 검사를 청구권자로 하고 있는 것은 검사는 사실관계를 알고 있을 뿐만 아니라 피의자의 정당한 이익을 수호할 의무가 있다는 점을 근거로 한다.¹²¹⁾

구류의 집행정지란 구류의 집행을 일시적으로 정지하여 피의자를 친족, 보호단체, 기타의 자에게 위탁하거나, 거주를 제한하여 구류의 집행을 정지하는 제도를 말한다(동법 제95조). 구류의 집행정지는 보증금의 납부를 요하지 않고 직권에 의해서만 행해진다는 점에서 보석과 구별된다. 실무상으로는 병 치료를 위한 입원(단, 일본감옥법 제43조에 정한 병원이송의 조치에 의한 대응이 곤란한 경우), 양친 배우자의 중병·사망,¹²²⁾ 가정의 중대한 재해, 입학시험 등의 경우에 정지가 결정된다.¹²³⁾

다. 勾留에 대한 準抗告

구류청구 각하의 재판에 대하여 검찰관이 준항고의 청구를 할 수 있는 것과 마찬가지로 피의자 및 구류이유개시 청구를 한 자는 구류청구를 인용하는 재판에 대해서 준항고를 청구할 수 있다(제429조 제1항 제2호). 그러나 이 청구는 절차가 부적법한 것인가, 구류이유가 없는가의 이유에 대해 다툼이 있는 경우에 한하며, 범죄의 혐의가 없다는 것을 이유로 하여 신청할 수 없다(제429조, 제420조 제3항).

5. 小 結

일본의 인신구속절차는 체포와 구류로 나뉘어져 있고 체포전치주의를 채택한 결과 피의자를 구속하기 위해서는 반드시 체포가 선행되어야 하며, 사법경찰원도 체포장의 청구권자로 인정되어 있다. 또한 사법경찰원 등이 긴급체포를 한 경우 사후에 즉시 법관에게 체포영장을 청구하도록 되어 있다. 그리고 구속을 계속할 필요가 있

120) 小野清一郎 外, 「ポケット註釋 全書刑事訴訟法」, 有斐閣, 1966, 173면.

121) 관병선, 전계논문, 91면.

122) 東京地決, 昭和. 39. 9. 29.

123) 東京地決. 昭和 42. 2. 21. 判決에서는 區議會 議員 입후보의 선거준비를 위한 정지를 인정하고 있고, 名古屋地決 昭和 40. 9. 28. 判決에서는 폭력단체의 解團式 참석을 위한 정지를 인정하지 않고 있다.

는 경우 사법경찰원이 피의자를 체포한 때에는 48시간 내에 피의자를 검찰관에게 송치하여야 하고, 검찰관은 24시간 이내에 구류청구를 하거나 공소를 제기하여야 한다. 구류장을 발부하기 위해서는 피의자를 재판소로 인치하여 재판관이 피의자에게 피의사실을 고지하고 그에 관한 의견을 듣는 구류질문절차를 거쳐야 한다.

공소제기 전에 수사기판이 피의자를 구류할 수 있는 기간은 사법경찰원과 검찰관 구분없이 10일이며, 부득이하게 구속기간을 연장할 경우 10일 한도 내에서 재판소의 결정을 얻어 할 수 있다. 보석제도는 피고인에게만 인정되며, 구류된 피의자는 재판소에 대하여 구류이유와 開示를 요구할 수 있고 이에 대하여 재판관은 공개된 법정에서 그 이유를 개시하여야 한다.

第4章 우리나라의 人身拘束制度와 人權保障

형사 피의자는 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정되므로 가급적 불구속 상태에서 재판을 받을 것이 요구되나 우리의 수사현실은 인신 구속이 자주 이루어짐으로써 정치의 민주화에 따라 변화된 사회현실을 반영하지 못하고 있으며 형사소송법은 입법의 미비로 국민의 기본권을 충실히 보장하지 못하고 있다는 비판이 제기되어 왔다.

이에 따라 그간 형사소송법의 개정을 위한 노력이 꾸준히 전개되어 오다 1995년 형사소송법의 개정에 의해 법관이 직접 피의자를 심문하여 구속여부를 판단하는 영장실질심사제도와 보석제도의 취지를 기소 전까지 확대하는 보증금납입 조건부 피의자 석방제도(형사소송법 제214조의2 제4·5항)를 도입하는 한편 그간의 임의동행과 보호유치라는 탈법적 수사관행을 근절하고 적법한 절차에 의해 단기간의 신병을 확보할 수 있는 체포제도를 도입하였다.¹⁾

그 결과 현행 인신구속제도는 체포와 구속으로 이원화(동법 제200조의2, 제200조의3, 제201조) 되었는데 이러한 제도는 형사소송법의 기본원칙인 불구속 수사원칙을 더욱 충실히 구현하고 인신구속의 적정성과 예측가능성을 확보하기 위한 것들이다. 이제 위와 같은 제도들을 운영하는데 있어 수사기관은 과거의 국가편의적이고 인과옹보적인 태도에서 벗어나 국민의 인권을 보장하는데 최선을 다해야 한다.

특히 실체적 진실의 발견은 인권이 보장된 가운데 적법한 절차에 의해 이루어져야 하며 열 사람의 범인을 놓치는 한이 있더라도 한 사람의 무고한 사람을 처벌해서는 안 된다는 것이 형사소송이 추구하는 최고의 이념이라는 사실을 유념해야 할 것이다.

1) 수사초기에 피의자의 신체학보를 용이하게 하여 수사의 효율성을 도모함과 동시에 체포 후 구속의 단계에서 해명기회제공과 함께 재심사를 통한 불필요한 구속을 억제하는 등 수사절차에 있어서 피의자의 인권보장 기회를 확대하였다고 할 수 있다(이종갑, “새로운 人身拘束制度의 問題點과 改善方案”, 「法學研究」 제7집, 경상대학교, 1998. 2, 1-2면 참조; 이재상, 「刑事訴訟法」, 박영사, 2004, 215면). 반면에 수사편의적 발상하에서 ‘체포 제도’라는 또 하나의 강제수사방법을 추가함으로써 개악이라는 악평도 있다(손동권, “改正刑事訴訟法의 被疑者拘束制度에 관한 檢討”, 「사법감시」, 1996. 2, 15-16면 참조).

第1節 逮捕制度에 의한 拘束

체포제도는 초동 수사단계에서 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 구속에 선행하여 수사관서 등 일정한 장소에 인치하여 단기간 신체의 자유를 제한하는 제도로 1995년 형사소송법의 개정에 의하여 도입되었다.

개정 이전의 형사소송법에는 통상구속 이전에 피의자의 신병을 확보할 수 있는 제도로 임의수사의 일종인 임의동행과 강제처분인 긴급구속 등이 있었으나 사전영장에 의한 구속은 엄격한 요건 때문에 피의자에 대한 조사를 전제로 한 강제처분의 성격이 강하였고 긴급구속은 요건의 엄격함과 절차의 복잡함으로 인하여 이용률이 저조하면서 초동 수사단계에서 임의동행을 빙자한 강제연행과 단기간의 보호실 유치라는 탈법적 수단이 행해지고 있었다.²⁾

이와 관련 대법원에서 진실로 피의자의 임의에 의해서 행한 것이 아닌 임의동행이나 승낙유치의 수사관행은 불법체포·불법구속이라는 판결을 내리게 되자³⁾ 이에 대한 문제해결 방안의 하나로 체포제도가 도입되게 된 것이다.⁴⁾

그러나 체포제도가 도입되었다고 하여 피의자의 구속이 반드시 체포를 전제로 하는 것이 아니며 체포절차 없이 바로 피의자를 구속하는 것이 가능하다(동법 제201조의2 제2항 참조).⁵⁾ 현행 형사소송법상의 피의자 체포에는 영장에 의한 체포와 긴급체포, 현행범체포가 있으며 사법심사를 통한 수사기관의 체포의 남용을 억제하기 위해 영장에 의한 체포를 원칙으로 하고 있으나 실무상으로는 현행범체포가 일반화되고 있다.⁶⁾

2) 이기호, “人身拘束과 逮捕令狀제도의 法理”, 「警察大學論文集」 제14호, 1994, 2면.

3) 대판 1997. 8. 22, 97도1240; 대결 1994. 3. 16, 94도2; 대판 1994. 3. 11, 93도958; 대결 1991. 12. 30, 91도5; 대결 1985. 7. 29, 85도16.

4) 이재상, 전계서, 215면. 그러나 하나의 구속제도로 통합해야 한다는 견해도 있다(이태훈, “미국의 인신구속제도와 운영실태”, 「법조」 통권 490호, 1997. 7, 9면).

5) 우리 형사소송법의 체포제도는 일본 형사소송법이 체포전치주의에 의하여 체포된 피의자만을 구류할 수 있게 한 것이나, 미국과 같이 체포된 피의자를 석방하지 않을 때에는 구속이 계속되게 하여 체포에 의하여 구속을 개시하게 하는 것과는 구별된다(이재상, 상계서, 215면; 이종갑, 전계논문, 18면).

6) 전남지방경찰청 2004년 통계에 의하면 전체 체포건수 32,770건 중 현행범체포는 26,086(85.5%), 긴급체포 4,465건(14.6%), 체포영장에 의한 체포 1,019건(3.3%)의 순으로

1. 逮捕令狀에 의한 逮捕(通常逮捕)

체포영장에 의한 체포라 함은 수사기관이 일정한 사유가 존재할 경우 사전에 법관의 체포영장을 발부받아 일정한 시간동안 피의자를 체포하는 것을 말한다. 사전영장이 필요하다는 점에서 영장에 의하지 아니한 긴급체포(동법 제200조의3)와 구별되며, 체포영장에 의한 체포라는 점에서 구속영장에 의한 피의자구속(동법 제201조)과 구별된다.

가. 逮捕의 要件

체포영장을 발부하기 위해서는 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있어야 한다”(동법 제200조의2 제1항). 즉 체포의 요건으로는 범죄혐의의 상당성과 출석요구의 불응 또는 불응의 우려가 있어야 한다.⁷⁾

(1) 犯罪嫌疑의 相當性

체포영장이 발부되기 위해서는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있어야 한다. 여기의 범죄혐의는 수사기관의 단순한 주관적 혐의만으로는 족하지 않고, ‘구체적 사실’에 입각한 합리적 평균인을 기준으로 한 객관적이고 합리적이어야 한다는 데에는 견해가 일치하고 있다.⁸⁾

그러나 혐의의 정도가 구속의 경우와 동일한가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 다수설은 체포영장을 발부하기 위한 상당한 이유란 구속영장발부의 경우와 같이 합리적인 평균인을 기준으로 하여 무죄의 추정을 깨뜨릴 수 있을 정도의 구체적인 범죄를 저질렀을 개연성이 높은 것이어야 한다고 한다.⁹⁾ 그 논거로 형사소송법은 “죄

나타나고 있다.

- 7) 이외에도 구속사유와 마찬가지로 도망과 증거인멸의 우려도 포함된다고 보는 견해도 있다(이승천·이대운, “強制搜查와 人權保障에 관한 研究”, 「대구미래대학 논문집」 제19집, 2002, 310면).
- 8) 조상제, “現行 刑事訴訟法上 逮捕制度의 問題點”, 「계명법학」 제3집, 계명대학교, 1998. 12, 6면; 전용득, “피의자구속에 관한 연구”, 동의대학교 박사학위논문, 1999, 34-35면.

를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고”라는 요건을 체포(동법 제200조의2 제1항) 및 구속(동법 제201조 제1항)에서 각각 동일하게 규정하고 있기 때문이라고 한다. 이와는 반대로 체포는 구속의 전단계인 수사초기에 이루어지는 것으로 그 효력기간이 48시간에 불과하고, 구속에 대하여는 영장청구시에 피의자심문 등 더욱 엄격한 사법적 심사가 이루어지는 점, 체포시에도 구속영장청구시와 같은 정도의 소명을 요구하는 것은 체포제도를 별도로 존치한 입법취지에도 부합하지 않을 뿐만 아니라 증거를 수집하기 위해 임의동행을 강요하는 등 과거의 부당한 수사관행을 재발할 우려가 있다는 이유 등으로 구속시의 소명보다 약한 정도로도 족하다고 해석해야 한다는 견해도 있다.¹⁰⁾

다수설은 규정의 문리해석에는 충실하다고 할 수 있으나 체포제도를 도입한 입법취지에 부합하지 않을 뿐만 아니라 영장에 의한 체포를 기피하여 긴급체포를 남용할 우려가 있기 때문에 체포영장을 발부하기 위한 협의의 정도는 구속영장발부의 경우보다 약한 협의로 족하다는 견해가 타당하다고 본다.¹¹⁾

(2) 出席要求의 不應 또는 不應의 憂慮

피의자를 체포하기 위해서는 범죄혐의 이외에 피의자가 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있어야 한다(동법 제200조의2 제1항 본문). 이러한 요건이 구비되면 족하고, 구속사유인 주거부정이나 도망 또는 증거인멸의 우려가 있어야 하는 것은 아니다. 따라서 종래의 형사소송법이 수사 초기단계에서부터 수사상의 신체구속에 대하여 엄격하게 법적 통제를 가하려고 한 것과 달리, 형사소송법에 있어서는 검사는 이러한 구속사유의 존부에 불구하고 체포영장의 신청을 가능하게 하여 검사의 영장신청을 용이하게 한 것이

9) 배종대·이상돈, 「형사소송법」, 흥문사, 2004, 253면; 신동운, 「형사소송법 I」, 법문사, 2001, 164면; 이재상, 전계서, 217면; 이재석, “逮捕制度의 運用과 現實”, 「比較刑事法研究」 창간호, 한국비교형사법학회, 1999, 228면.

10) 박형남, “新設된 人身拘束制度의 運用方案”, 「새로운 人身拘束制度 研究」 법원행정처, 1996, 135면 이하 참조; 이재석, “現行 人身拘束制度의 問題點과 改善方案”, 1999년도 비교형사법학회 동계학술대회발표논문, 1999. 1. 22, 15면; 조상제, 전계논문, 6-7면.

11) 일본의 경우에도 체포영장의 협의의 정도는 긴급체포나 구류의 요건의 상당한 이유보다 근거가 약해도 좋다고 해석하고 있다(田宮裕, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 1993, 161면).

다.¹²⁾ 다만 수사비례의 원칙을 고려하여 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자에게 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 불응한 경우에 한하여 체포할 수 있다(동법 제200조의2 제1항 단서).

피의자가 출석요구에 응하지 않는 정당한 이유로는 피의자의 질병, 법률상·사업상의 용무 등을 들 수 있으며, 체포영장의 발부사유에는 피의자가 수사기관의 출석요구에 응하지 아니할 우려라는 장래의 사유도 포함되고 있음에 주의할 필요가 있다.¹³⁾

피의자가 수사기관의 출석요구에 대하여 단 1회 불응하였다 하여 무조건 체포영장을 발부할 수 있는 것은 아니다. 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 아니한 경우에 해당하는가의 여부에 대해서는 구체적인 사건의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 수사기관의 출석요구에 불응할 우려가 있는 경우라 함은 피의자가 지명수배 중에 있는 경우 등이 여기에 해당한다 할 것이다.¹⁴⁾

(3) 逮捕의 必要性

체포의 필요성과 관련, 현행 형사소송법에는 “체포영장의 청구를 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부하지만, 명백히 체포의 필요가 인정되지 않은 경우에는 그러하지 아니한다”고 규정하고 있고(제200조의2 제2항), 형사소송규칙에는 “체포영장의 청구를 받은 판사는 체포의 사유가 있다고 인정되는 경우에도 피의자의 연령과 경력, 가족관계나 교우관계, 범죄의 경중 및 태양 기타

12) 이재석, “逮捕制度의 運用과 現實”, 218면. 수사기관의 피의자에 대한 출석요구(제200조)는 임의수사이므로 이를 거절할 수 있지만, 피의자에게 범죄혐의의 상당성이 인정되면 정당한 이유없이 출석요구에 불응하거나 불응의 우려가 있는 경우에 체포영장에 의해 체포될 수 있으므로 이 한도 내에서 출석의무가 인정된다. 다만, 이러한 의무부과의 필요성은 수사기관이 독자적으로 판단하지 아니하고 영장주의의 요청에 따라 법관의 사법심사에 맡기고 있다(배종대·이상돈, 전계서, 210면; 신동운, 전계서, 167면).

13) 신동운, 상계서, 167면; 전용득, 전개논문, 35면.

14) 조상제, 전개논문, 9면; 김문호, “被疑者の 拘束에 관한 研究”, 「法學論叢」 제8집, 조선대학교, 2002, 301-302면. 일본에서 체포장청구는 적어도 3회 이상 출석요구에 응하지 않는 방향으로 운용하고 있다. (재판소서기관연수소 편, 「영장사무」, 재판소서기관연수소교재 제125호, 1990, 9, 19면; 青柳文雄 外, 「註解刑事訴訟法(2卷)」, 立花書房, 1981, 94면).

제반 사정에 비추어 피의자가 도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정되는 때에는 체포영장의 청구를 기각하여야 한다”고 규정되어 있다(제96조의 2). 이는 체포의 필요성이 적극적인 요건이 아니라 그 부존재가 명백한 경우 체포를 하지 못한다는 소극적인 요건임을 의미하므로 체포의 필요성이 의심스러운 경우에는 체포할 수 있다고 할 것이다.¹⁵⁾

나. 逮捕의 節次

(1) 逮捕令狀의 請求

체포영장의 청구권은 검사에게 있다(동법 제200조의2 제1항). 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 발부받는다. 체포영장청구는 반드시 서면으로 하여야 하며(형사소송규칙 제93조), 필요한 기재사항을 작성하여야 한다(동규칙 제95조). 즉 피의자의 인적사항, 죄명, 범죄사실의 요지, 변호인이 있는 때에는 그 성명, 7일을 넘는 유효기간을 필요로 하는 때에는 그 취지 및 사유, 인치 구금할 장소, 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 불응할 경우에 있어서(동법 제200조의2 제1항) 체포의 사유 등을 기재하여야 한다(동규칙 제95조). 검사가 체포영장을 청구함에 있어서는 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 체포영장을 청구하였거나 발부받은 사실이 있는 때에는 다시 체포영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재해야 한다(동법 제200조의2 제4항).

체포기간의 연장이 가능한가의 여부에 대해서는 형사소송법 제205조 구속영장에 의한 구속과 같은 규정이 없으므로 기간연장은 부정된다. 즉 계속 구금이 필요한 경우 구속영장을 발부받아 수사를 할 수 있으므로 체포기간의 연장을 허용하지 않는 것이 타당하다.¹⁶⁾

(2) 逮捕令狀의 發付

체포영장의 청구를 받은 판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부하여

15) 이재상, 전계서, 218면; 전용득, 전개논문, 36면.

16) 전용득, 상개논문, 37면.

야 하며, 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니한 경우에는 체포영장을 발부하지 아니한다(동법 제200조의2 제2항). 현행 형사소송법에서는 체포가 체포영장에 의하든 간급체포에 의하든 체포영장이 청구될 경우 피의자를 심문하지 않는데, 이는 체포가 구속에 비해 단기간의 구금이라는 특성을 고려한 것으로 보인다.¹⁷⁾ 그러나 체포 역시 구금이며, 구속요건보다 그 요건이 완화되어 있는 점을 고려하면 인권보장을 위해 체포의 경우에도 이를 인정하는 것이 타당할 것이다.

체포영장의 방식은 구속영장의 방식에 관한 규정이 준용되며(동법 제200조의5, 제75조), 영장은 그 사유를 기재하여 수통을 작성하여 사법경찰관리 수인에게 교부할 수 있다(동법 제200조의5, 제82조). 체포영장의 청구를 받은 지방법원판사가 체포영장을 발부하지 아니할 때에는 청구서에 그 취지 및 이유를 기재하고 서명날인하여 청구한 검사에게 교부한다(동법 제200조의2 제3항). 체포영장의 청구를 기각하는 재판에 대해서는 불복이 허용되지 아니한다.

(3) 逮捕令狀의 執行

체포영장의 집행은 구속영장의 집행에 관한 규정이 대부분 준용된다(동법 제200조의 5). 따라서 체포영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행하며, 교도소 또는 구치소 내에 있는 피고인에 대하여는 교도관리가 집행한다(동법 제81조 제1항, 제3항).

체포영장을 집행함에는 체포영장을 반드시 피의자에게 제시하여야 하며, 체포 전에 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다(동법 제72조).¹⁸⁾

또한 피의자를 체포한 때에는 변호인 또는 피의자가 지정한 자에게 구속의 통지를 하여야 한다(동법 제87조). 통지는 24시간 이내에 서면으로 하여야 하며(동규칙 제51조 제2항), 지체 없는 통지를 위하여 전화 또는 모사 전송기 기타 상당한 방법에 의하여 할 수 있도록 하였다(동규칙 제51조 제3항). 피의자를 체포하기 위하

17) 양경승, “改正 刑事訴訟法上 逮捕와 拘束 二元化의 意味”, 「令狀實質審查制度 III; 實務的・立法論的 改善方向」, 법원행정처, 1997, 301면.

18) 대판 2004. 8. 30, 2004도3212; 대판 2000. 7. 4, 99도4341.

여 필요한 경우에는 영장 없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥·건조물·항공기·船車內에서의 피의자를 수사하기 위한 강제처분이 가능하며, 체포현장에서 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(동법 제216조 제1항 1호, 2호).

나. 逮捕後의 措置

피의자를 체포한 후 구속하고자 할 때에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 ‘청구’하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하거나 구속영장의 청구가 기각된 경우에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(동법 제200조의 2 제5항, 규칙 제100조 제2항). 현행 형사소송법이 구속영장의 ‘발부’기간이 아니라 ‘청구’기간으로 규정한 것은 영장발부에 필요한 충분한 수사와 구속 전 피의자심문제도의 신설과 관련하여 법원이 충분한 영장심사기간을 확보할 수 있도록 하여 피의자의 인권을 실질적으로 보장하기 위한 것으로 볼 수 있다.¹⁹⁾ 또한 체포 후 피의자 등은 체포의 적부심사를 청구할 수 있다(동법 제214조의 2 제1항).

사법경찰관이 피의자를 체포한 때에는 피의자를 구속한 후에 송치하지 않으면 안된다. 즉시 송치할 수 있는 사건에 대하여도 구속영장을 발부받아 송치하게 하는 것은 절차를 지연시키고 구속기간을 늘리게 될 위험이 있다.

체포영장에 의하여 체포된 피의자를 구속영장에 의하여 구속한 경우에 구속기간은 체포한 날부터 기산한다(동법 제203조의 2). 이처럼 초동수사 단계의 신체구속을 구속기간에 산입하게 한 것이나 체포적부심을 인정한 것은 체포를 제한하고 구속기간을 단축²⁰⁾하여 피의자의 인권을 보호하기 위한 것으로 보인다.

2. 緊急逮捕

긴급체포란 수사기관이 현행법에 해당하지 않는 중대한 죄를 범하였다고 의심할

19) 신동운, 전계서, 173면; 국회 법제사법위원회, 형사소송법중 개정법률안심의보고서, 13면.

20) 임의동행이나 보호실 유치의 편법이 목인되던 개정전의 실무와 비교하여 볼 때 개정 형사소송법은 구속기간 산입규정을 통하여 사실상 2일 정도의 구속기간 단축을 가져오고 있다(신동운, 전계서, 186면).

만한 상당한 이유가 있는 피의자를 법관의 영장을 발부받지 않고 체포하는 것으로 (동법 제200조의 3), 체포의 긴급성에 대처하여 중대한 죄를 범한 범인을 놓치는 것을 방지하는 데 그 목적이 있다.²¹⁾ 긴급체포는 범행과 체포사이에 시간적 접착성이 인정되지 않는 점에서 현행범인의 체포와 구별되는 것으로 헌법에 근거(제12조 제3항 단서)를 둔 영장주의의 예외이다. 그러므로 긴급체포는 부득이한 경우에만 행해져야 함에도 우리의 현실은 수사편의성을 이유로 긴급체포가 원칙인 것처럼 행해지고 있어 인권침해의 소지가 커 사개추위를 중심으로 이의 개선을 위한 노력이 행해지고 있다.²²⁾

가. 緊急逮捕의 要件

형사소송법에는 긴급체포의 요건으로 범죄혐의의 상당성과 범죄의 중대성, 체포의 필요성 및 긴급성을 요구하고 있는데(동법 제200조의 3 제1항), 여기서의 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의만으로는 부족하고, 객관적·합리적인 근거가 있음을 요한다. 그리고 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 한다.²³⁾

(1) 犯罪의 重大性

범죄의 중대성에 대해 형사소송법은 “…사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 하고, …”라고 하여 일정한 중대범죄의 경우에는 영장 없는 체포를 명문으로 규정하고 있다

21) 이재상, 전계서, 220면; 백형구, 「형사소송법강의」, 박영사, 2001, 246면; 배종대·이상돈, 전계서, 256면; 신현주, 「형사소송법」, 박영사, 2002, 268면.

22) 사법경찰관이든 검사든 긴급체포를 하면 즉시 법관의 승인을 받도록 하고 승인을 받지 못하면 곧바로 석방하는 방안, 피의자를 긴급체포하였다가 석방한 경우 여기서 얻어진 자백을 증거로 사용하는 것을 방지하기 위해 긴급체포 후 석방되었더라도 그 체포가 적법했는지 여부를 법원이 심사할 수 있게 하는 방안, 긴급체포의 시간을 단축하는 방안 등이 제시되고 있다(사법제도개혁추진위원회, “긴급체포 등 연구자료”, 「인신구속제도자료집」, 2005. 2, 127-134면)

23) 대결 2003. 3. 27, 2002도81; 대판 2002. 6. 11, 2000도5701.

(동법 제200조의 3 제1항). 여기서의 죄는 처단형을 의미하는 것이 아니라 법정형을 의미하므로 긴급체포 전에는 법정형의 사전검토가 필요하다.²⁴⁾

형사소송법이 긴급체포의 요건과 관련하여 일정한 중대 범죄의 경우에 ‘증거인멸이나 도망의 염려’가 있는 구속사유가 존재하면 영장에 의하지 않는 체포를 허용하겠다는 것은 헌법 제12조 제1항에 근거한 비례성원칙의 표현이라고 할 수 있다.²⁵⁾

(2) 逮捕의 必要性

체포의 필요성은 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망 또는 도망의 염려가 있는 경우를 말한다. 즉 긴급체포를 위해서는 형사소송법 제70조 제1항 제2호와 제3호의 구속사유가 있어야 한다.²⁶⁾ 긴급체포의 경우 체포영장을 받을 것을 요하지 않는 대신 납용을 막기 위하여 그 요건을 엄격히 한 것이다.²⁷⁾ 그러나 체포가 구속의 요건보다 강화된 것으로 볼 수 없으므로 증거인멸의 염려나 도주의 염려 중 어느 하나의 요건만 충족되면 긴급체포할 수 있다.²⁸⁾ 한편 주거부정(동법 제70조 제1항 제1호)을 그 요건에서 제외하고 있기 때문에 주거가 확실한 자라 할지라도 수사기관의 출석에 응하지 않는 경우에는 체포가 허용된다고 본다.²⁹⁾

(3) 逮捕의 緊急性

체포의 긴급성이란 긴급을 요하여 지방법원 판사의 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 경우를 말하는 것으로 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다(동법 제200조의3 제1항 단서). 즉 판사의 체포영장을 받기 위해 시간을 지체하면 피의자의 수사기관에 출석요구를 기대할 수

24) 박종환, “緊急逮捕制度의 問題點과 改善方案”, 「원광대학교대학원 논문집」 제27집, 2001. 8, 135면.

25) 이재석, “逮捕制度의 運用과 現實”, 228면.

26) T. Kleinknecht · K. Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, 44.Aufl, C.H.Beck, 1999, §127, Rn. 10; 221면; 전용득, 전 계논문, 41면; 이재석, 상계논문, 228면.

27) 조상제, 전 계논문, 17면; 이재석, 상계논문, 227면.

28) 사법연수원, 「수사절차론」, 1999, 247면.

29) 정병섭, “拘束의 要件에 관한 研究”, 전남대학교 박사학위논문, 1999, 89면.

없어 체포가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되는 상황을 말한다.

반드시 체포영장에 의한 체포가 객관적으로 불가능해야 하는 것이 아니라 검사 또는 사법경찰관의 합리적 판단에 의하여 체포의 목적이 위험하게 된다고 인정되면 죽하다.³⁰⁾ 긴급체포의 전형적 사례를 보면, 예컨대 피의자가 수사기관에서의 조사 중 범행의 발각, 영장의 청구 또는 영장의 청구의 기미가 보이자 도망하는 경우, 지명수배자의 발견시, 지명수배는 되지 않았으나 주거가 일정하지 않거나 출석불응한 자에 대하여 소재수사 중 발견한 경우, 도주 중인 기소중지자를 수사기관이 불심검문을 통하여 검거하는 경우 등이다.³¹⁾ 그러나 우리의 수사현실은 이러한 상황이 아님에도 불구하고 자백을 얻어내기 위한 수단이나 처음부터 구속을 예정하고 있으면서 이루어진다는 점에 근본적인 문제점을 가지고 있다. 그리하여 사개추위를 중심으로 이의 개선을 위한 노력을 하고 있다.³²⁾

나. 緊急逮捕의 節次

(1) 緊急逮捕權者

검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 긴급체포의 사유를 알리고 영장 없이 체포할 수 있다(동법 제200조의3 제1항). 사법경찰관이 피의자를 긴급체포 한 경우에는 즉시 검사의 승인을 얻어야 한다(동조 제2항). 판례는 사법경찰관에게도 검사나 사법경찰관의 지휘를 받았을 때에는 긴급체포의 권한을 인정하고 있다.³³⁾ 다만, 적법한 절차로 긴급체포를 한 것인가의 여부를 감독하기 위하여 긴급체포장 발부대장, 긴급체포 사후승인대장 등을 비치하여 긴급체포상황을 명확히 하도록 하였다.

30) 이재상, 전계서, 221면; 신현주, 전계서, 269면; 정동기, “逮捕·拘束制度의 運用方向”, 「法曹」, 법조협회, 1997. 3, 56면.

31) 송광섭, 「刑事訴訟法」, 유스티니아누스, 1999, 358면. 긴급체포 유형에 대해서는 최종일, “緊急逮捕에 관한 考察”, 「저스티스」 제32권 제1호, 1999. 3, 110면 참조.

32) 사법개혁추진위원회, 전계자료, 127-134면 참조.

33) 대판 1981. 6. 9, 81도1357; 대판 1965. 1. 19, 64도740 등. 사법경찰관의 직무를 행하는 자가 사법경찰관직무취급의 지시에 의하여 피고인의 체포에 나서게 되었던 것이고 피고인을 긴급구속할 사유가 있는 이상 형사소송법 제196조 제2항에 의하여 사법경찰관의 직무를 행하는 자에게도 피고인을 긴급구속할 권한이 있다 할 것이라고 하였다.

(2) 告知節次

긴급체포권자가 피의자를 긴급체포를 할 때에는 피의자에게 범죄사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고 변명의 기회를 준 후 피의자로부터 확인서를 받아 사건기록에 편철하여야 한다(동법 제200조의5). 다만, 피의자가 확인서에 서명날인을 거부하는 경우에는 피의자를 체포·구속한 긴급체포권자가 확인서 말미에 그 사유를 기재하고 서명 날인하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제23조 제5항, 검찰사건사무규칙 제20조). 이러한 절차를 거치지 않은 연행은 적법한 긴급체포라고 할 수 없다.³⁴⁾

(3) 逮捕後의 節次

(가) 緊急逮捕書의 作成 및 逮捕의 通知

검사 또는 사법경찰관이 피의자를 체포한 경우에는 즉시 범죄사실의 요지 및 긴급체포사유 그리고 체포자의 관직·성명 등을 기재한 긴급체포서를 작성하고, 그 내용을 긴급체포원부에 기재하여야 한다(동법 제200조의3 제3항·제4항, 형사소송규칙 제95조 제2항 검찰사건사무규칙 제30조 제3항, 사법경찰관리집무규칙 제27조 제2항). 그리고 구속영장청구에 대비하여 필요한 경우 체포의 과정과 상황을 자세히 기재한 수사보고서를 작성하여 구속영장청구 기록에 편철하여야 한다.³⁵⁾

긴급체포권자가 피의자를 긴급체포한 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 피의자가 지정한 자에게 체포한 때부터 늦어도 24시간 내에 서면으로 체포의 통지를 하여야 한다(동법 제200조의5). 검사 또는 사법경찰관은 긴급을 요하는 경우에는 전화 또는 모사전송 기타 상당한 방법으로 체포의 통지를

34) 최근의 판례는 이 요건에 대하여 엄격한 입장을 취하고 있다. 예컨대 사법경찰리가 현행범을 체포하는 경우에는 반드시 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 하며, 이러한 법리는 긴급체포의 경우에도 마찬가지로 적용되는데, 고지는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 한다고 판시하고 있다(대판 2000. 7. 4, 99도4341; 대판 1995. 5. 9, 94도3016; 대판 1994. 3. 11, 93도958 등).

35) 사법연수원, 「수사절차론」, 2005. 123면.

할 수 있다. 이 경우 다시 서면으로 체포의 통지를 하여야 한다(사법경찰관직무규칙 제23조의2 제1항, 제2항, 검찰사건사무규칙 제26조).

(나) 緊急逮捕의 承認 및 建議

긴급체포는 긴급성이라는 특성상 사법경찰관의 긴급체포 행위에 대하여 검사의 사전승인 또는 지휘가 전제될 수 없으므로, 사법경찰관이 긴급체포한 후 검사의 승인을 받도록 하고 있다. 즉 검사의 사전지휘를 받지 않고 사후승인만 받도록 하고 있다.³⁶⁾ 이에 따라 사법경찰관은 피의자를 긴급체포한 후 12시간 내에 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 긴급체포의 사유와 체포를 계속하여야 할 사유 등을 기재한 긴급체포 승인건의를 하여야 한다(동법 제200조의3 제2항, 검찰사건사무규칙 제30조제2항, 사법경찰관리집무규칙 제27조 제3항).

검사가 사법경찰관으로부터 긴급체포의 승인건의를 받은 경우, 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 이를 승인하고, 상당한 이유가 없다고 인정하는 때에는 그 이유를 구체적으로 기재하여 긴급체포의 승인을 하지 않는다(검찰사건사무규칙 제30조 제2항). 사개추위 제시안에는 검사가 피의자를 긴급체포한 경우에도 체포의 긴급성에 대한 심사를 통한 법관의 사후승인을 요한다고 하고 있다.³⁷⁾

(다) 拘束令狀의 請求

검사 또는 사법경찰관이 긴급체포한 피의자를 구속하고자 한 때에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 검사가 관할 지방법원 판사에게 구속영장을 청구하여야 한다.³⁸⁾ 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원 판사에게 구속영장을 발부받을 수 있다(동법 제200조의 4 제1항). 이때 “피의자를 구속하고자 할 때”라는 문언은 개정 전 제207조의 “구속한 경우에 구속을 계속할 필요가 있다고 인정하는 때”라는

36) 이재석, “逮捕制度의 運用과 現實”, 1999, 229면.

37) 사법개혁추진위원회, 전계자료, 127-134면.

38) 2004. 12. 15. 법무부 형사소송법 개정법률안에 의하면 긴급체포를 한 경우 필요한 조사를 마친 후 ‘지체없이’ 구속영장을 청구하도록 하고, 구속영장을 청구하지 아니하기로 한 때에는 피의자를 즉시 석방하도록 하도록 개선하고 있다(안 제200조의4).

문언과 비교할 때 긴급체포가 사후영장에 의한 구속이 아니라 구속과 구별되는 별개의 체포제도이며 영장 없이 하는 체포제도로 이해할 수 있는 단서가 된다.

여기서 긴급체포는 영장에 의한 체포가 아님에도 사후 체포영장을 받지도 않고 구금을 계속할 필요가 있는 경우 체포영장에 의한 체포의 경우와 같은 시간 내에 구속영장을 청구하도록 하고 있어 판사가 영장을 발부할 때까지 48시간 동안 영장 없는 체포를 인정한 결과가 되어 체포에 관하여 영장주의를 실현하려고 한 취지는 무의미하게 된다는 비판이 제기되고 있다. 그리하여 수사기관에 의한 긴급체포의 남용을 방지하기 위해 긴급체포 후 지체 없이 체포영장을 받도록 해야 하는 등의 통제가 필요하다는 의견이 제시되고 있다.³⁹⁾

(라) 被疑者의 釋放과 再逮捕의 制限

검사가 사법경찰관의 긴급체포를 승인하지 아니한 때에는 즉시 그 사실을 사법경찰관에게 통보하여야 하고, 이를 통보받은 사법경찰관은 즉시 피의자를 석방하여야 한다. 그리고 검사 또는 사법경찰관이 긴급체포 후 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 아니하거나 영장청구를 하였지만 발부 받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(동법 제200조의4 제2항).

48시간 이내에 구속영장을 청구하면 족하므로 이 기간이 넘어서 구속영장이 발부되었다고 해서 피의자를 석방해야 하는 것은 아니다.⁴⁰⁾ 사법경찰관이 긴급체포한 피의자를 석방하고자 할 때에는 미리 검사의 지휘를 받아야 하고, 검사의 석방지휘가 있을 때에는 즉시 석방하여야 한다.

긴급체포 후 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 아니하거나 영장을 발부 받지 못하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다(동법 제200조의4 제3항). 따라서 수사기관은 동일한 범죄사실에 관하여는 재차 긴급체포 할 수 없고 체포·구속영장에 의한 체포·구속만이 가능하다.⁴¹⁾ 긴급체포된 피의자

39) 이재상, 전계서, 222면; 배종대·이상돈, 전계서, 258면; 사법개혁추진위원회 전계자료, 127-134면.

40) 이재상, 전계서, 222면.

41) 대판 2001. 9. 28, 2001도4291에서는 “형사소송법 제200조의4 제3항은 영장 없이는 긴급체포 후 석방된 피의자를 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다는 규정으로, 위와

에게 체포적부심사청구권이 인정되느냐에 대해서는 견해가 대립⁴²⁾되고 있으나 판례는 청구권이 인정된다고 하고 있다(동법 제214조의2 제1항 참조)⁴³⁾

다. 緊急逮捕와 押收·搜查·檢證

대물적 강제처분인 압수·수색·검증에 대해서도 수사기관의 자의에 의한 강제수사의 남용을 억제하기 위해 영장주의의 원칙이 적용되나 형사소송법은 압수·수색·검증의 긴급성에 대처하기 위하여 일정한 경우 영장에 의하지 않은 압수·수색·검증을 허용하고 있다(동법 제216조 제1항 1호, 2호).

즉 체포와 시간적으로 접착한 경우 체포할 피의자가 있는 곳에서 체포할 자의 신체와 그 지배 하에 있는 장소에 대하여 증거물 등을 영장 없이 압수·수색·검증하는 것을 허용하고,⁴⁴⁾ 피의자를 긴급체포한 경우 피의자가 소유·소지·보관하는 물건에 대하여 48시간 이내에 영장 없이 검증을 할 수 있도록 하고 있다(동법 제217조 제1항).⁴⁵⁾ 이때 긴급압수의 대상에는 체포의 원인이 된 증거물 외에도 체포자에게 위해를 줄 우려가 있는 무기 기타의 흉기, 도주수단이 될 수 있는 물건도 포함한다.

3. 現行犯人の 逮捕

가. 現行犯人の 意義

같이 석방된 피의자라도 법원으로부터 구속영장을 발부 받아 구속할 수 있고, 형사소송법 제208조의 ‘구속되었다가 석방된 자’라 함은 구속영장에 의하여 구속되었다가 석방된 경우를 말하는 것이지, 긴급체포나 현행범으로 체포되었다가 사후영장발부 전에 석방된 경우는 포함되지 않는다 할 것이므로, 피고인이 수사 당시 긴급체포 되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우 형사소송법 제200조의4 제3항에 위배되는 위법한 구속이라고 볼 수 없다”고 하였다.

42) 적극설 : 이재상, 전계서, 249면; 배종대·이상돈, 전계서, 253면. 소극설 : 백형구, 전계서, 271면; 신양균, 「형사소송법」, 법문사, 2000, 126면.

43) 형사소송법 개정안은 체포영장 또는 구속영장에 의하지 아니하고 체포 구금된 피의자도 적부심사를 청구할 수 있도록 하고 있다(안 제214조의2 제1항).

44) 이재상, 전계논문, 127면.

45) 신체의 자유 및 재산권 보장에 지나친 제한으로 적절치 못한 규정이라고 한다(배종대·이상돈, 전계서, 271면; 신양균, 전계서, 150면; 이재상, 전계서, 296면)

헌법은 현행범인의 체포에 대하여 긴급체포제도와 함께 영장주의 예외를 인정하고 있으며(동법 제12조 제3항 단서), 형사소송법도 영장 없는 현행범체포를 인정하면서 협의의 현행범인과 준현행범으로 나누어 규정하고 있는데 현행범이라 할 때에는 양자를 포함하는 의미로 사용하고 있다.⁴⁶⁾

협의의 현행범인이라 함은 범죄의 실행중이거나 실행 직후인 자를 말한다(동법 제211조 제1항). 여기서 범죄의 실행중이란 범죄의 실행에 착수하여 실행을 종료하지 못한 상태를 말하며 범죄는 특정된 범죄임을 요하지만 죄명이나 형의 경증은 묻지 않는다. 미수가 처벌되는 범죄에 있어서는 실행의 착수가 있으면 죽이며 예비·음모가 처벌되는 범죄에 있어서는 예비·음모가 실행행위에 해당한다. 正犯뿐만 아니라 共犯도 포함하나 교사범과 방조범은 정범의 실행행위를 전제로 하므로 정범의 실행행위가 개시된 때 현행범인이 된다.⁴⁷⁾

범죄의 실행 직후란 범죄의 실행행위를 종료한 직후를 말하는 것으로 범죄행위를 실행하여 끝마치는 순간 또는 이에 아주 접착한 시간적 단계를 의미한다고 볼 수 있다.⁴⁸⁾ 즉 체포하는자의 관점에서 범행의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 명백한 경우를 말한다.⁴⁹⁾ 그러나 결과발생의 유무와 관계없이 실행행위를 전부 종료하였을 것도 요하지 않는다.

준현행범인이란 현행범인은 아니지만 현행범인으로 간주되는 자로 ① 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 때 ② 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흥기 기타의 물건을 소지하고 있는 때 ③ 신체 또는 의복류에 현저한 증적이 있는 때 ④ 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 경우 등을 말한다(동법 제211조 제2항).

46) 백형구, 전계서, 239면 : 이에 대해 현행범인을 고유한 의미의 현행범인과 준현행범이라는 용어를 사용하고 있으나 이론상의 차이는 없다(이재상, 상계서, 222면 참조).

47) 백형구, 상계서, 239면; 이재상, 상계서, 223면; 정웅석, 「형사소송법」, 대명출판사, 2003, 197면.

48) 대판 2002. 5. 10, 2001도300에서 “형사소송법 제211조가 현행범인으로 규정한 ‘범죄의 실행의 즉후인 자’라고 함은, 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포하는자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컫는 것으로 ……범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접착된 시간적 단계를 의미하는 것으로 해석되므로, 시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는자가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만 현행범인으로 볼 수 있다”고 하였다(대판 1995. 5. 26, 94다37226; 대판 1995. 5. 9, 94도3016 참조).

49) 대판 1995. 5. 9, 94도3016.

범인으로呼唱되어 추적되고 있는 때란 범인임을 명확히 알고 있는 자에 의하여 체포를 전제로 추적되고 있는 것을 의미하며 반드시 범행종료시부터 계속하여 추적되고 있음을 요하지 않고, 일시 추적이 중단된 후에 다시 범인을 발견하여 추적한 경우를 포함한다.⁵⁰⁾ 장물이란 재산죄에 의하여 불법하게 영득한 재물을 말하고 흉기란 사람을 살상할 수 있는 기물로서 일반인이 위협을 느낄 수 있는 것으로 성질상의 흉기 외에 용법상의 흉기를 포함한다.

기타의 물건은 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 물건임을 요한다. 소지는 휴대에 한하지 않고 이런 물건에 대한 사실상의 지배를 하고 있는 경우를 포함한다.⁵¹⁾ 현저한 증적이란 외부적·객관적으로 범죄의 혼적이 명백한 경우, 즉 신체에 상처가 있거나 모자나 신발 등에 혈흔이 있는 경우를 말한다. 누구임을 물음에 도망하려 한 때란 아직 범죄혐의가 객관적으로 인정되지 아니한 상태에 있는 자이므로 엄밀한 의미에서 경찰관직무집행법상 인정되는 불심검문에 해당하는 경우를 말한다(경찰관직무집행법 제3조 참조). 누구임을 묻는 주체는 수사기관에 한하지 않고 사인도 포함한다.

나. 現行犯逮捕의 要件

현행범인으로 체포하기 위해서는 체포의 시점에서 현장의 상황에 의해서 특정한 범죄의 범인임이 명백하여야 한다. 따라서 형식상 죄를 범한 것처럼 보일지라도 범죄가 성립하지 않을 때에는 현행범인으로 체포할 수 없다.

(1) 時間的 近接性과 場所의 近接性

협의의 현행범인의 경우에는 범죄의 현행성 내지 시간적 접착성이 체포의 요건으로 되지만, 준현행범의 경우에는 시간적 경과와 범인의 장소적 이동으로 인하여 범죄의 현행성은 개념요소에 포함되지 않고 시간적 접착성이 요건으로 되느냐가 문제된다. 법 제212조 제2항에서는 실행행위의 종료와 시간적 접착성을 준현행범인의 요

50) 백형구, 전계서, 240면.

51) 平場安治 外, 「註解刑事訴訟法(中)」, 青林書院, 1982, 106면; 青柳文雄 外, 「註解刑事訴訟法(2卷)」, 立花書房, 1981, 176면.

건으로 규정하고 있지 않으나 현행범인에 대하여 영장주의의 예외를 인정하는 이유는 범행과의 시간적 접착성으로 범죄의 명백성이 인정되어 오인체포의 염려가 없을 뿐만 아니라 급박한 체포의 필요성이 있다는 점에 있음을 감안하여 볼 때 준현행범인의 경우에도 범행의 종료와 시간적 접착성이 있어야 된다고 본다.⁵²⁾

(2) 犯人과 犯證의 明白性

현행범인의 경우 수사기관으로 하여금 영장 없이 체포할 수 있도록 하고 수사기관이 아닌 일반인에게도 체포권을 준 것은 체포시에 특정 범죄의 범인임이 명백하여 범인의 오인과 권한남용의 우려가 없기 때문이다. 따라서 형식상 죄를 범한 것처럼 보이더라도 범죄가 성립하지 않을 때는 현행범인으로 체포할 수 없으므로 형사미성년자임이 명백한 경우에는 현행범인이라는 이유로 체포할 수 없다. 다만 소송조건의 존재는 체포의 요건이 되지 않으므로 친고죄의 경우에는 고소가 없더라도 현행범 체포가 가능하다. 그러나 범행현장에서 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사표시를 분명히 하는 등 고소의 가능성은 처음부터 없다면 현행범인에 대한 수사를 할 수 없으므로 현행범인의 체포도 허용되지 않는다고 해야 한다.⁵³⁾

또한 현행범인으로 체포하기 위해서는 그 행위가 가별성이 있어야 한다. 따라서 예비·음모·미수가 불가별적인 경우에는 그 행위가 실행중이라도 현행범인으로 체포할 수 있으며, 범죄에 대한 방조행위가 있었다 할지라도 정범이 실행에 착수하지 않은 한 현행범인으로 체포할 수 없다.⁵⁴⁾

(3) 逮捕의 必要性

현행 형사소송법에는 긴급체포와는 달리 현행범인 체포에 대하여 도망이나 증거인멸의 염려와 같은 구속사유가 필요하다는 명문규정이 없다. 그 결과 현행범인(준현행범인 포함)의 경우에도 구속사유가 체포의 요건으로 되느냐가 문제된다.

52) 小野清一郎 外, 「포켓刑事訴訟法(上)」, 有斐閣, 1986, 485면; 沈羲基, “현행범 체포의 요건”, 「영남법학」 제1권 1호, 영남대학교, 1991, 131면.

53) 이재상, 전계서, 225면; 백형구, 전계서, 242면; 정웅석, 전계서, 199면.

54) 백형구, 상계서, 242면.

이에 대해 소극설은 개정전 형사소송법은 현행범체포의 모든 경우에 사후에 구속영장을 받도록 규정하고 있었기 때문에 당연히 구속사유의 존재가 요구되지만 현행형사소송법은 현행범 체포시에 사후 체포영장조차 요하지 아니하므로 구속사유는 당연히 요구되지 않으며 현행범 체포는 범죄사실과 진범여부가 분명한 경우에 예외적으로 인정되는 인신구속의 장치이므로 별도로 구속사유를 요구하여 제한을 가할 필요가 없다고 한다.⁵⁵⁾ 반면에 적극설은 현행범체포는 사전영장주의 예외를 인정하는 것에 그치는 것이지 체포의 요건까지 완화시키는 것은 아니며 또한 현행 형사소송법은 경미한 범죄의 현행범인에 대해서는 주거불명인 때에 한하여 체포가 허용된다고 규정하고 있으며, 현행범인인 경우에도 체포할 필요가 없는 경우가 있고, 만약이 경우까지 체포를 허용하는 것은 체포의 기본원칙에 반한다고 한다.⁵⁶⁾

절충설은 구속과 달리 현행범체포는 범죄혐의가 명백함에도 신원이 불분명하고 도망의 염려나 우려가 있을 때 수사 확보를 위하여 혐의자의 행동의 자유를 일시적으로 박탈하는 제도로 일반시민도 체포권한을 갖고 있으므로 도망의 염려가 있거나 신분이 즉각 확인될 수 없는 경우에만 가능하며 증거인멸의 위험은 체포사유가 될 수 없다고 한다.⁵⁷⁾

생각건대 강제처분은 필요한 최소한도내에서만 허용되어야 한다는 강제처분의 일반원칙을 고려하고 형사소송법 제214조가 경미한 범죄의 현행범인에 대해서는 주거불명을 체포의 요건으로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 체포의 필요성(구속사유)도 현행범체포의 요건이라고 보아야 한다.⁵⁸⁾ 판례도 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으므로 사인의 현행범인 체포는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것인데 현행범체포의 요건으로서는 행위의 가별성, 범죄의 현행성·시간적 접착성, 범인과 범죄의 명백성 외에 체포의 필요성, 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있을 것을 요한다고 판시⁵⁹⁾하여 적극설의 입장을 취하고 있다.

55) 이재상, 전계서, 225면; 신동운, 전계서, 177면; 정웅석, 전계서, 201면.

56) 백형구, 전계서, 242면.

57) 배종대·이상돈, 전계서, 262면.

58) 백형구, 전계서, 242면; 신동운, 전계서, 120면; 熊谷弘 外, 「捜査法大系 1」(繁田實造執筆), 日本評論社, 1987, 153-156면.

59) 대판 2000. 11. 10, 2000다26807, 26814; 대판 1998. 10. 13, 97도3337; 대판 1994. 4. 15, 93도2899; 대판 1999. 1. 26, 98 도3029 등.

다. 現行犯의 逮捕節次

(1) 逮捕權者

현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(형사소송법 제212조). 현행범인에 대해서는 수사기관뿐만 아니라 일반사인도 체포가 허용되며, 현행범을 체포한 때에는 즉시 검사 또는 사법경찰관리에게 인도하여야 한다(동법 제213조 제1항).

체포는 상대방의 의사에 반하여 신체의 자유를 구속하여 일정한 장소에 인치, 억류하는 강제처분이므로 항거의 억압, 도주의 방지, 흉기의 취거 등 체포의 목적을 달성하기 위해서는 어느 정도의 실력행사가 요청된다. 가장 일반적인 방법으로서 완력의 사용, 수갑, 포승, 경찰봉 등과 부득이한 경우에 엄격한 요건 하에 무기사용이 허용된다(경직법 제11조). 그러나 체포를 위한 실력행사는 필요한 경우에 한하여 허용되어야 되며(실력행사의 필요성), 상당한 방법으로 행하여져야 한다(실력행사의 상당성). 실력행사의 필요성과 상당성은 수사비례원칙의 당연한 요청이다.⁶⁰⁾ 체포를 위한 실력행사가 필요성과 상당성이 있는 경우에는 법령에 의한 정당행위(형법 제20조)로서 위법성이 조각된다.⁶¹⁾

사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 인도받은 경우에는 특히 인권의 침해가 없도록 신중을 기하여야 한다(사법경찰관집무규칙 제31조 제3항). 사법경찰관리가 현행범인의 인도를 받을 때에는 체포자의 성명, 주거, 체포의 사유를 물어야 하고, 필요한 때에는 체포자에 대하여 경찰관서에 동행할 것을 요구할 수 있다(동조 제2항). 이는 현행범인을 체포한 자는 그 사건에 관하여 중요한 참고인 또는 증인이 된다는 점을 고려한 규정이다.⁶²⁾ 이 경우의 동행요구는 임의동행으로 제한된다.⁶³⁾

(2) 現行犯逮捕와 押收 · 搜索 · 檢證

60) 백형구, 전계서, 243면.

61) 대판 2004. 5. 13, 2003다57956; 대판 1999. 3. 23, 98다63445; 대판 1993. 7. 27, 93다9163; 대판 1991. 9. 10, 91다19913; 대판 1991. 5. 28, 91다10084 등 참조.

62) 백형구, 전계서, 244면.

63) 이재상, 전계서, 226면; 정웅석, 전계서, 202면.

수사기관이 현행범인을 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거 등에 들어가 피의자의 발견, 체포를 위한 수색을 할 수 있고, 체포현장에서 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(형사소송법 제216조 제1항 제1호, 제2호). 일반사인이 현행범인을 체포하기 위해 타인의 주거에 들어가는 것은 허용되지 않지만,⁶⁴⁾ 피해자가 가해자인 현행범인의 체포를 위해 타인의 주거에 들어가는 경우와 같이 타인의 주거에 대한 수색의 긴급성이 요청되는 경우에는 형법 20조를 근거로 타인의 주거에 들어가는 것을 허용해도 무방하다고 할 것이다.⁶⁵⁾

(3) 拘束令狀의 請求

수사기관이 현행범인을 체포한 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 변호인 선임권자 또는 그 밖의 자 가운데 피의자가 지정한 자에게 피의사건명, 체포일시, 장소, 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 24시간 내에 서면으로 알려야 한다(동법 제213조의2, 제87조 제1항, 제2항, 규칙 제100조 제1항, 제51조 제2항, 제3항).

현행범인을 체포한 후 그 피의자를 구속하고자 하는 때에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 제200조 2 제5항의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하고 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(동법 제213조의 2, 제200조의 2 제5항). 이때 48시간 이내에 구속영장을 청구하면 즉하고 그 기간내에 구속영장이 발부되어야 하는 것은 아니다.

第2節 拘束令狀에 의한 拘束

구속이란 법관이 발부한 사전영장에 의한 구속을 말하며, 체포에 비하여 보다 장기간 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 제한하는 대인적 강제처분으로 구인과 구금을 포함하는 개념이다(동법 제69조, 제201조).⁶⁶⁾ 피의자구속에 있어서는 현행 형

64) 이재상, 상계서, 226면. 현행범을 체포하기 위해 타인의 거실에 들어가면 주거침입죄가 성립한다(대판 1965. 12. 12, 65도899).

65) 백형구, 전계서, 244면; 신양균, 전계서, 151면 : 대판 1995. 10. 13, 95도1789.

사소송법이 체포된 피의자뿐만 아니라 체포되지 아니한 피의자를 직접 구속하는 경우도 인정하고 있기 때문에 반드시 체포를 전제로 하는 것은 아니다(동법 제201조, 제201조의 2 제2항).⁶⁷⁾

1. 拘束의 要件

피의자의 구속은 형사절차에 있어서 개인의 자유와 권리가 침해될 가능성이 가장 큰 분야이므로 형사소송법은 구속의 요건을 엄격히 규정하여 피의자를 구속하기 위한 요건으로 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유와 구속의 필요성을 요구하고 있다(동법 제201조 제1항, 제70조 제1항). 그리고 명문의 규정은 없지만 비전형적 구속사유로 구속의 필요성을 요구하고 있으며 사개추위에서는 재벌 또는 범행계속의 위험을 구속사유에 추가하는 방안을 제시하고 있다.⁶⁸⁾

가. 犯罪嫌疑의 相當性

구속은 범죄혐의를 전제로 형사피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 하는데 객관적으로 범죄가 행해졌다는 사실과 주관적으로 피의자가 범인이라는 사실이 내포되어 있다. 범죄사실의 유무는 어떤 사람이 죄를 범하였다는 추측이나 소문, 수사기관의 주관적인 혐의만으로는 부족하고 합리적 평균인을 기준으로 판단하여 구체적인 범죄혐의가 있어야 한다.⁶⁹⁾

66) 구금(Verhaftung)이란 피고인 또는 피의자를 교도소 또는 구치소에 감금하는 강제처분을 말하며, 구인(Vorführung)이란 피고인 또는 피의자를 법원 기타 장소에 인치하는 강제처분을 말한다.

67) 일본의 형사소송법은 체포전치주의에 대하여 명확하게 규정한 조문은 없지만, 동법 제207조 제1항이 제204조~제206조의 규정에 의한 구류의 청구를 받은 재판관은 그 처분에 관하여 재판소 또는 재판장과 동일한 권한을 가진다고 규정하여 피의자에 대한 구류의 청구를 통상체포, 긴급체포, 현행범의 체포 중 어느 하나를 거친 경우에만 인정하여 이외의 경우에는 이를 인정하지 않는다는 것에 그 근거를 두고 있다. 이러한 논의는 일본의 통설로 받아들여지고 있으며 실무에 있어서도 동일하다(田宮裕, 전계서, 84면).

68) 사법개혁추진위원회, 전계자료, 68면.

69) 신동운, 전계서, 165면; 김경선, “拘束事由에 대한 考察”, 「令狀實質審查制度 I ; 실무상 문제점과 과제」, 법원행정처, 73면; 김문호, 전계논문, 305면.

혐의의 대상은 소송법상 공소를 제기할 수 있는 위법하고 유책하게 실행된 범죄이다. 따라서 위법성조각사유나 책임조각사유가 있는 때에는 물론 소송조건이 없는 것이 명백한 경우에도 범죄의 혐의를 인정할 수 없게 된다.⁷⁰⁾ 다만 심신장애로 인하여 책임능력이 없는 때에는 사회보호법에 의하여 보호구속을 할 수 있다(동법 제13조).

혐의의 상당성 판단 기준과 정도는 구속영장을 신청하는 검사나 구속영장을 발부하는 판사가 그 개연성을 판단함에 있어서 합리적 근거를 바탕으로 한 상호 주관적 판단에 기초하여야 한다.⁷¹⁾ 피의자구속은 수사단계에 있는 것이므로 긴급체포의 요건인 ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유(동법 제200의3 제1항)’ 혹은 유죄판결의 사실인정에 요구되는 합리적 혐의를 초과하는 정도로 고도의 증명은 필요 없고 공소를 제기하기에 충분한 정도의 혐의까지도 요구되지 않는다.⁷²⁾ 피의자는 공소제기가 불확정한 상태에 있으므로 고도의 “혐의의 개연성”을 필요로 하지만 피고인의 구속보다는 그 정도가 낮다고 볼 수 있다.⁷³⁾

나. 拘束事由

(1) 一定한 住居가 없는 때

일정한 주거가 없는 때란 피의자에게 어느 정도 계속하여 생활의 본거지가 되는 일정한 주소 또는 의식주를 계속할 수 있는 일정한 장소를 갖고 있지 못한 경우를 말한다. 이를 독립된 구속사유로 한 이유는 주거부정인 피의자를 석방하면 소재불명이 되거나, 소환장의 송달불능으로 장차 피의자의 공판정에의 출석을 확보하는 것이 곤란하게 될 염려가 있기 때문이다. 주거부정은 주민등록증에 등재하였다는 사실을 기준으로 하는 것이 아니다. 예컨대 상당한 기간 유랑부랑 하는 자, 숙박료를 하루 하루 지급하는 간이 숙박시설이나 공사장을 단기간 전전하는 자, 가출한 자 등은 실소에 주민등록의 기재가 되어 있다 하더라도 주거부정으로 판단할 수 있지만, 상점

70) 이재상, “拘束의 意義와 要件”, 「月刊考試」, 1985. 7, 47면.

71) 김일수, “被疑者 拘束의 條件”, 「月刊考試」, 1983. 11, 84면.

72) 꽈병선, “被疑者 拘束에 관한 研究”, 박사학위논문 원광대학교, 1991, 97면; 김경선, 전계논문, 74면; 河上和雄, 「刑事裁判實務大系 II」, 青林書院, 1991, 344면.

73) 김일수, 전계논문, 85면; 김문호, 전계논문, 305면.

등에서 점원 등으로 숙식하면서 일을 하다가 주인의 금품을 훔쳐 달아난 자도 주거 부정으로 인정되는 경우가 많다.⁷⁴⁾

그런데 주거가 분명하지 아니한 “주거미상”도 “주거부정”에 포함하여 구속사유로 인정할 수 있는가(동법 제75조 제3항, 제95조 제5호 참조). 이에 대하여 구속사유에 해당하는 형사소송법 제201조 제1항과 제70조 제1항에서는 ‘일정한 주거가 없거나’라고 하여 “주거부정”만을 인정하고 있기 때문에 주거미상의 이유만으로는 구속할 수 없다는 부정적인 견해가 있다.⁷⁵⁾ 그러나 주거부정을 구속사유로 인정하고 있는 것은 소환을 통한 피의자의 신병 확보가 불가능하거나 현저하게 곤란케 되는 것을 방지하기 위함이므로 주거미상의 경우도 이를 긍정하는 것이 타당하다고 본다.

그리고 주거부정의 구체적 판단기준은 주거의 종류, 거주기간, 주거 자체의 안정성, 피의자의 지위, 직업, 가족관계 등 생활의 안정성을 들 수 있다.⁷⁶⁾

(2) 證據湮滅의 念慮

증거인멸의 염려란 피의자 등이 인적·물적 증거방법에 부정하게 영향을 가하여 사실인정이 침해될 우려와 법원의 종국판단을 그르치게 할 구체적 개연성이 존재하는 경우를 말하는 것으로 피고인 또는 피의자를 구속하지 않으면 증거방법을 훼손·변경·위조하거나 공범자·증인·감정인에게 허위의 진술을 하게 하여 진실발견을 곤란하게 할 구체적 위험이 있는 경우를 말한다.

증거인멸의 염려를 판단할 때 고려해야 할 요소로 증거인멸의 대상, 증거인멸의 태양, 증거인멸의 객관적인 가능성과 실효성, 증거인멸의 주관적인 의도 등을 그 요소로 보는 것이 일반적이다.⁷⁷⁾

먼저 증거인멸의 대상은 예상되는 증거인멸 행위가 어떠한 사실에 대한 것인가에 관한 문제로 원칙적으로 당해 사건에 있어서 피의사실이다. 즉 피의자의 형사책임에 영향을 미치는 구성요건 해당사실, 위법성 조각사유 해당사실, 책임조각사유의 존부

74) 土本武司, 「刑事訴訟法要義」, 有斐閣, 1991, 155면.

75) 國藤重光編, 「法律實務講座 刑事編」 제2권, 有斐閣, 1958, 199면.

76) 정병섭, 전개논문, 114면.

77) 藤永幸治·中畠善房·荷上和雄, 「(大コンメンタル) 刑事訴訟法」 제2권, 青林書院, 1994, 25면; 松本時夫·土本武司, 「(條解) 刑事訴訟法」, 弘文堂, 2001, 111-113면.

에 관한 사실이 포함된다. 그러므로 소위 여죄에 대하여 존재하는 사유는 원칙적으로 구속에 관한 판단의 대상이 될 수 없다고 보아야 한다.⁷⁸⁾

피의자의 범행동기와 경위를 증거인멸 염려의 범주에 포함시킬 수 있는가에 대하여는 학설의 다툼이 있지만,⁷⁹⁾ 소위 정상·범정에 관한 사실과 범정을 기초 지우는 사실이라도 기소·불기소 및 기소 후의 양형에 영향을 미칠 수 있는 한 증거인멸의 대상이 될 수 있다.⁸⁰⁾ 왜냐하면 피의자의 정상·범정에 관한 사실이 당해 범죄의 특성상 피의자의 형사책임에 중대한 영향을 미친다면, 피의자는 그에 관한 증거를 인멸할 가능성과 적정한 형사사법의 운영을 저해할 수 있기 때문이다.

다음으로 증거인멸 행위는 기존의 증거를 소극적으로 인멸하는 경우와 새로운 허위 증거를 적극적으로 조작하는 경우를 포함하는 것으로 증거에 부당한 영향을 미치는 한 그 태양에는 특별한 제한이 없다. 예전에 증거물의 훠손·은닉·개조하는 행위, 공범자와 통모하거나, 참고인 및 피해자에 대한 협박 등으로 진술을 번복하게하거나 유리한 진술을 하게 하는 경우 등이 이에 해당한다. 여기의 증거인멸 행위에 있어서의 「증거」란 피의자 자신의 진술 이외의 증거를 의미한다.⁸¹⁾

또 증거인멸의 객관적 가능성과 관련하여 피의자에게 증거인멸 행위를 할 의도가 존재하더라도 그 행위가 현실적으로 실행 가능한 것이 아니면 안되는데 이에 대한 판단은 당해 사건의 전체 증거의 양과 성질, 증거 수집의 정도, 피의자와 증거와의 관계, 피의자의 진술 태도 등을 종합적으로 고려해야 할 것이다.⁸²⁾

한편 증거인멸행위라고 할 수 있기 위해서는 그것이 구체적으로 증거인멸의 효과를 발생시킬 수 있어야 한다. 즉 피의자의 증거인멸행위가 객관적으로 가능하고, 그것이 구체적으로 수사와 공판의 진행을 혼란시키거나, 나아가 법원의 종국적 유·무죄의 판단을 그칠 수 있는 효과가 있어야 한다.⁸³⁾ 이 경우 범죄의 成·否등에 대

78) 전용득, “被疑者の拘束에 관한研究”, 동의대학교 박사학위논문, 1999, 54면.

79) 상세한 설명은 新關雅夫外, 「增補 令狀基本問題(上)」, 一粒社, 1996, 242-245면.

80) 土本武司, 전계서, 155면; 松本時夫·土本武司, 전계서, 111면; 新關雅夫外, 상계서, 239면; 김경선, 전계논문, 79면 이하 참조.

81) 藤永幸治·中畠善房·荷上和雄, 전계서, 28면; 石丸俊彦外, 「刑事訴訟の實務(上)」, 新日本法規出版(株), 1990, 370면; 土本武司, 상계서, 155면; 김경선, 상계논문, 81면.

82) 新關雅夫外, 전계서, 24면; 東京地裁 1965. 4. 15. 決定; 甲府地裁 1966. 5. 25. 決定 참조. 藤永幸治·中畠善房·荷上和雄, 전계서, 29면; 김경선, 전계논문, 84면.

83) 藤永幸治·中畠善房·荷上和雄, 상계서, 30면.

한 종국적 판단을 완전히 그르칠 가능성은 없더라도 수사나 공판심리의 과정에서 불필요한 혼란을 생기게 할 우려가 있으면 족하다 할 것이다.⁸⁴⁾ 증거인멸의 실효성 유무를 판단하는 중요한 요소로는 일반적으로 사안의 성질과 태양, 수사의 진전 정도, 피의자의 진술 태도 등이다.⁸⁵⁾

마지막으로 증거인멸의 염려가 있다고 하기 위해서는 피의자 자신에게 구체적인 증거인멸의 행위를 할 주관적 의도가 있어야 하는데 피의자의 진술 태도가 중요한 판단요소가 된다.⁸⁶⁾ 증거인멸의 염려에 대한 소명 정도는 단순한 추상적 위험성 만으로는 부족하고 확실성까지 요구하는 것은 아니지만 구체적인 자료에 의하여 뒷받침되는 개연성을 요구한다.⁸⁷⁾

(3) 逃亡 또는 逃亡의 念慮

도망이란 형사소송이나 형의 집행을 피하여 영구히 또는 장기간에 걸쳐 숨는 것을 말하며, 도망의 염려란 구체적인 사정을 평가한 결과 피의자가 형사소송에서 떠날 고도의 개연성이 있는 것을 말한다. 또한 도망할 염려가 있다고 하기 위해서는 피의자가 도망할 주관적 의도가 있어야 한다.⁸⁸⁾ 이를 구속사유로 하는 이유는 피의자가 수사절차 및 형사재판절차의 출석과 형의 집행 등을 회피할 목적으로 도망 또는 도망할 염려가 있는 때에는 그를 구속함으로써 신병을 확보할 필요가 있기 때문이다.⁸⁹⁾ 실무에서는 구속사유 중 가장 큰 비율을 차지하고 있다.⁹⁰⁾

도망할 염려에 대한 판단을 함께 있어서는 범죄혐의의 경중이나 법정형의 다파

84) 전용득, 전계논문, 54면.

85) 熊谷弘 外, 전계서, 32면.

86) 김경선, 전계논문; 松本時夫·土本武司, 전계서, 112면; 新關雅夫 外, 전계서, 240면.

87) 김경선, 상계논문, 86면.

88) 이재상, 전계서, 230면; 신동운, 전계서, 183면; 전용득, 전계논문, 306면.

89) 구속사유로서의 도망과 특가법상(도주차량)의 구성요건인 도주와는 구별하여야 한다.

예컨대 교통사고 후 피의자가 정차하여 피해자에게 자신의 이름과 주소 등 신원을 명백히 한 후 구호조치를 하지 아니한 채 현장을 이탈한 경우는 피의자가 소재불명 상태가 아니므로 도주에는 해당하지만, 도망에 해당하지 않는다(김경선, 전계논문, 87면).

90) 2002. 1. 1.부터 2002. 2. 28.까지의 전국 구속사유별 사건 처리 현황을 보면 도망할 염려를 이유로 구속된 피의자는 전체 구속자 9,655명 중 6,988명(72.4%)으로서 가장 많은 비율을 차지하고 있다(법원행정처, 전계서, 460면 참조).

를 기준으로 기계적으로 결정해서는 안 되며, 피의자 자신의 제반사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.⁹¹⁾ 일반적인 판단기준으로는 생활의 불안정과 처벌을 면할 목적 등을 들 수 있는데 생활의 불안정을 이유로 도망염려를 판단함에 있어서는 피의자의 연령, 가족관계, 피의자의 개인적 사정, 직업의 유무, 주거의 형태, 거주기간, 교우관계, 신병인수인의 유무 등을 기초로 하여야 한다.⁹²⁾

다음으로 처벌을 면할 목적으로 도망할 이유를 판단함에 있어서는 사안의 경중, 예상되는 선고형량의 경중, 피의자의 전과·전력 등을 밀접하게 고려해야 한다.

그 외에도 도망할 염려를 추단할 수 있는 요소로는 피의자의 여죄의 존재와 피해자와의 합의여부⁹³⁾ 및 피의자의 신상관계 미확인, 피의사실 등에 대한 진술태도 등을 들 수 있다. 피의자의 진술태도와 관련해서는 견해가 갈리나 상술한 제반 요소를 종합적으로 분석한 후, 피의자의 인격 전체에 대하여 내리는 판단이라는 점을 고려한다면 피의자의 진술태도가 도망할 염려의 유무를 판단하는데 영향을 미친다고 볼 수 있다.⁹⁴⁾

다. 拘束의 必要性

구속의 필요성에 관하여는 법문상 명문의 규정은 없지만 법 제70조 제2항이 일반 사건에 비하여 경미사건의 경우에는 주거부정의 경우에 한하여 구속할 수 있다고 규정하고 있는데 이 규정은 구속의 필요성을 목시적 구속요건의 하나로 규정한 것으로 볼 수 있으므로 구속의 필요성은 제70조 제1항 소정의 구속의 사유 이외의 비전형적인 구속요건이라고 할 수 있다.⁹⁵⁾

구속의 필요성에 대한 판단은 사건의 종류와 경중, 범인의 성격, 수사의 진전, 피해자의 개인적 사정 등 다양한 요인을 종합적으로 고려하여야 한다.

구속은 본질적으로 중대한 인권침해를 수반하는 필요악이므로 법에 의하여 정당화된 목적을 위해서 필요한 최소한으로 허용되어야 한다. 따라서 주거가 부정하여도 통상의 기소기준에 비추어 기소가치가 없는 경우이거나 집행유예 및 벌금형이 예상

91) 신동운, 전개서, 183면.

92) 김경선, 전개논문, 89-90면 참조.

93) 자세한 내용은 상개논문, 91-93면 참조.

94) 상개논문, 93면; 藤永幸治·中畠善房·荷上和雄外, 전개서, 33면.

95) 김경선, 상개논문, 95면; 전용득, 전개논문, 55면.

되는 경미사건인 경우, 피의자의 연령 또는 건강상태에 비추어 신병구속을 계속할 경우 그 생명에도 위험을 미칠 염려가 있는 경우 등에는 구속사유가 있어도 원칙적으로 구속의 필요성은 부정되어야 한다.

또한 비례성의 원칙도 구속의 실질적 요건이 될 수 있다. 왜냐하면 구속에 의한 개인의 자유권의 침해와 형사소송의 확보라는 구속의 기능은 비례성의 원칙에 의하여 조화될 수 있기 때문이다. 따라서 구속은 사건의 의미와 그것에 대하여 기대되는 형벌에 비추어 상당한 때에만 허용된다고 해야 한다.⁹⁶⁾ 헌법재판소도 구속은 국가 형벌권의 실현이라는 정당한 목적을 가지고 있다고 하더라도 그에 관한 구체적인 입법권 행사는 헌법상 보장된 국민의 기본권 중에 가장 중요한 신체의 자유를 제한하는 내용에 관한 것이므로 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하거나 침해의 정도가 과잉입법금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 위반되는 것이어서는 안 된다고 결정한 바 있다.⁹⁷⁾

2. 拘束의 節次

구속의 절차란 피의자·피고인을 구금하는 재판과 그 집행에 관한 절차를 말하는 것으로 우리 형사소송법은 피의자의 구속은 법관이 발부한 영장에 의하여야 한다는 영장주의를 채택하고 있다. 이는 구속의 필요성 유무를 독립적인 지위에 있는 사법기관으로 하여금 판단하게 함으로써 사법적 통제를 통하여 수사기관에 의한 구속의 남용을 방지하고 인권을 보장하기 위한 것이다.⁹⁸⁾

가. 拘束令狀의 請求

피의자에 대한 구속영장의 청구권자는 검사이다(헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제201조). 사법경찰관은 독자적인 영장 청구권이 없으므로 검사에게 신청하여 검사의 청

96) 이재상, 전계서, 231면.

97) 헌재결 1992. 12. 24, 92헌가8.

98) 전남지방경찰청 2004년 체포대상자 32,770건 중에서 사법경찰관에 의하여 6,943건(100%)이 영장 신청되었고, 이중 검사에 의하여 6,015건(86.6%)이 영장 청구되었으며, 법관에 의한 영장발부는 5,317건(88.4%)이었다.

구로 법관의 구속영장을 발부받을 수 있다(형사소송법 제201조 제1항 본문 후단).⁹⁹⁾

구속영장의 청구는 서면으로 하여야 하며, 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다(동법 제201조 제2항). 영장의 청구서에는 피의사실의 요지를 기재한 서면 1통을 첨부하여야 한다(형사소송규칙 제93조, 제95조). 이것은 구속의 이유와 필요성을 명확하게 하면서 인권옹호의 견지에서 법관으로 하여금 어느 정도의 객관적 타당성을 인정한 후 영장을 발부하게 하여 구속영장의 남발을 억제하려는 취지이다.¹⁰⁰⁾

구속영장청구서에는 피의자의 동일성을 특정할 수 있도록 기재하여야 하므로 성명, 주거 및 죄명과 범죄사실의 요지를 기재하여야 한다. 다만 피의자를 특정할 수 없는 별명을 사용한다든지 그 성명이 불분명할 때에는 예외적으로 인상, 체격, 기타 피의자를 특정할 수 있는 사항을 표시할 수 있다(형사소송법 제209조, 제75조 제2항).

이외에도 인치 구금할 장소, 발부 년 월 일, 유효기간, 영장을 반환하여야 할 취지, 영장을 청구한 검사의 관직·성명과 그 검사의 청구에 의하여 발부한다는 취지를 기재하는 외에 서명날인이 있어야 한다(동법 제209조, 제75조, 형사소송규칙 제100조 제1항). 범죄의 객관적 혐의에 관한 피의사실 요지를 따로 기재한 서면 1통을 첨부(동규칙 제93조)하는 외에 구속의 필요성에 관한 碩明資料도 제출하여야 한다.

소명자료는 구속의 이유와 필요성을 명확히 하는 자료로 피의자의 범죄사실에 대한 혐의의 존재 및 당해 범죄가 피의자에 의해 확실히 행하여졌다는 것을 나타낼 필요가 있다. 피의자구속의 소명자료는 證據能力 유무를 불문한다.¹⁰¹⁾

나. 拘束令狀實質審查

형사소송법은 구속영장의 발부절차에 있어서 영장실질심사제도를 도입하였다. 영

99) 우리나라에 있어서도 체포영장제도는 초동수사에서 필요한 제도임을 감안하여 체포영장의 청구에 중간통제기관으로서의 검사의 개입없이 일본과 같이 일정한 사법경찰관에게 청구권을 인정하는 것이 옳다는 주장이 계속 제기되고 있다(손동권, “現行 被疑者 救濟, 拘束制度에 관한 研究”, 「現代 刑事司法의 爭點과 課題」, 東巖 이형국교수회갑 기념논문집, 1998, 585면).

100) 김문호, 전계논문, 306면.

101) 백형구, “被疑者拘束의 法理와 現實”, 「변호사법률실무연구」, 서울지방변호사회, 1987, 73면.

장실질심사제도란 구속영장의 청구를 받은 판사가 구속영장을 발부하기 전에 피의자를 직접 심문하여 구속사유를 판단하는 것을 말한다. 주요 내용은 “체포영장에 의한 체포, 긴급체포 또는 현행범인의 체포에 의하여 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원 판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 심문할 수 있고(동법 제201조의2 제1항), 체포되지 아니한 피의자에 대하여 구속영장의 청구를 받은 지방법원판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문할 수 있다(동조 제2항)”는 것이다.¹⁰²⁾

영장주의가 수사기관의 자의적인 체포·구금을 방지하기 위하여 법관의 사법적 판단에 의해 구속을 규제하는 제도적 기능을 다하기 위해서는 법관이 직접 피의자를 심문하여 구속사유가 충족되었는가를 판단하는 것이 필요하며, 피의자에게 변명의 기회를 부여함이 없이 증거능력이 있는가를 알 수 없는 수사기관이 작성한 피의자신문조서 등의 자료를 근거로 구속영장을 발부하는 것은 영장주의의 기본취지와 일치하지 않는다는 점에서 본 제도 도입의 사법사적 의의는 각별하다 할 것이다.

여기에서 구속영장실질심사제도의 핵심은 체포된 피의자는 예외 없이 신속하게 법관에게 인치되어야 하며, 법관은 인치된 이들에게 청문권을 보장하며, 이후 이들의 석방여부를 결정하는 것이다.¹⁰³⁾ 그러나 1995년에 개정된 형사소송법은 모든 구속영장청구사건에 대하여 필요적으로 피의자심문을 규정한 것이 아니라 법관에게 실질심사의 선택권을 부여하여 임의적 심문제도로 함으로써 피의자 보호에 부실하다는 비판이 가해지고 있다. 이에 따라 형사소송법 개정안에서는 체포된 피의자에 대하여 구속영장이 청구된 경우 지방법원 판사는 필요적으로 심문하도록 하는 등 제도개선에 나서고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 제4절 체포·구속피의자의 인권 보장에서 다루기로 한다.

나. 拘束令狀의 發付

구속영장의 청구를 받은 지방법원 판사는 피의자를 심문한 후 범죄혐의가 “상당

102) 박형남, 전개논문, 149면

103) 장윤기, “拘束令狀實質審查制度”, 「司法論集」 제20집, 1989. 12, 592-593면.

하다고 인정할 때에는” 신속히 구속영장을 발부한다(동법 제201조 4항 전단). 여기서의 “상당한 이유”는 실체적 구속요건의 상당성과 그 범위가 반드시 같지는 않는다. 즉 상당한 구속요건을 기초로 하여 법관이 보충성과 합목적성을 고려하여 내리는 별개의 자유로운 가치판단의 기준으로 구속사유의 상당성을 절차적으로 제약하는 의미를 갖는 것이라 할 수 있다.¹⁰⁴⁾

판사가 구속영장의 청구를 기각한 때에는 그 구속영장청구서에 영장을 발부하지 아니한다는 취지 및 이유를 기재하고 서명날인하여 청구한 검사에게 교부한다(동법 제201조 제4항 후단). 이때 판사가 영장의 발부를 기각한 재판에 대하여는 항고나 재항고가 허용되지 않는다는 것이 판례의 입장이며¹⁰⁵⁾, 학자들의 일반적인 견해이다¹⁰⁶⁾.

구속영장의 발부도 결정을 내용으로 하는 일종의 재판이므로 법관은 사실을 조사할 수 있으며(동법 제37조 제3항), 이 경우 피의자·변호인·법정대리인·가족 등은 담당판사에게 피의자를 위한 유리한 자료를 제출할 수 있다(형사소송규칙 제96조).

라. 拘束令狀의 執行

구속영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행하며, 교도소·구치소에 있는 피의자에 대하여 발부된 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 교도관리가 집행한다(형사소송법 제81조, 제209조). 구속영장을 집행함에는 반드시 피의자에게 구속영장을 제시하여야 한다(동법 제209조, 제85조 제1항). 그러나 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피의자에 대하여 범죄사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고지하고 집행할 수 있다(동법 제85조 제3항).

그러나 긴급집행을 완료한 후에는 신속히 구속영장을 제시하여야 한다(동조 제4항). 영장제시는 헌법상의 원칙이므로(헌법 제12조 제3항) 구속영장을 제시하지 아니하고 피의자를 구속하는 것은 위법이다. 다만 이 경우의 위법은 집행절차의 위법에 불과하므로 구속 그 자체가 무효로 되는 것은 아니다.¹⁰⁷⁾ 구속영장의 집행을 받

104) 김일수, 전 계논문, 90면.

105) 대결 1957. 12. 27, 4290형항8; 대결 1958. 3. 14, 4290형항9.

106) 이재상, 전계서, 233면; 신동운, 전계서, 194면; 배종대·이상돈, 전계서, 246면; 신현주, 전계서, 282면; 김일수, 전계논문, 90면.

107) 백형구, 전계논문, 75면.

은 피의자를 호송할 경우에 필요한 때에는 가장 근접한 교도소 또는 구치소에 임시로 유치할 수 있다(형사소송법 제86조).

피의자를 구속한 때에는 즉시 공소사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다(동법 제88조). 또한 지체 없이 서면으로 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매와 호주 중 피의자가 지정한 자에게 사건명, 구속일시·장소, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 알려야 한다(동법 제87조).

만일 위와 같은 자가 없는 경우에는 피의자가 지정한 자 1인에게 구속한 날로부터 3일 이내에 서면으로 그 취지를 통지하여야 한다(형사소송규칙 제51조). 구속된 피의자는 법원, 교도소장, 구치소장 또는 그 대리자에게 변호사를 지정하여 변호인의 선임을 의뢰할 수 있고(형사소송법 제90조 제1항), 이 선임의 의뢰를 받은 법원, 교도소장, 구치소장 또는 그 대리자는 급속히 피고인이 지명한 변호사에게 그 취지를 통지하여야 한다(동조 제2항).

구속영장을 발부 받은 후 피의자를 구속하지 아니하거나 구속한 피의자를 석방한 때에는 지체 없이 검사는 영장을 발부한 법원에 그 사유를 서면으로 통지하여야 한다(동법 제204조). 피고인에 대한 구속영장이 명령장의 성격을 갖는 것과 달리 피의자에 대한 구속영장은 허가장의 성격을 가지므로 수사기관은 반드시 영장을 집행할 의무를 지는 것은 아니다.¹⁰⁸⁾

3. 拘束期間

사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다(동법 제202조). 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다(동법 제203조). 다만 검사는 수사를 계속함에 상당한 이유가 있을 때에는 지방법원 판사의 허가를 얻어 10일을 초과하지 않는 한도 내에서 1차에 한하여 구속기간을 연장할 수 있다(동법 제205조).

108) 이형국, “韓國刑事訴訟法에 있어서의 被疑者拘束”, 「法學研究」 제6권, 연세대학교, 1996. 6, 110면.

피의자가 통상체포, 긴급체포, 현행범체포에 의하여 체포되거나 구인을 위한 구속영장에 의하여 구인된 경우 수사기관의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날부터 기산한다(동법 제203조의 2).

국가보안법은 동법 제3조 내지 제10조의 죄에 대하여 사법경찰관에게 1회, 검사에게 2회의 연장을 허가할 수 있도록 규정하고 있으나(국가보안법 제19조), 이러한 특례를 인정할 아무런 합리적 근거도 없으므로 위헌이라고 할 수 있다.¹⁰⁹⁾

이에 대한 상세는 제4절 체포·구속피의자의 인권보장과 관련하여 다루기로 한다.

4. 別件拘束과 二重拘束

가. 別件拘束

(1) 别件拘束의 問題의 所在

별건구속은 법령상의 용어가 아니므로 그 의미는 명확하지 않으나 대체로 수사기관이 본래 수사하고자 하는 事件(本件)에 대하여는 구속의 요건이 구비되지 않기 때문에 本件의 수사에 이용할 목적으로 輕한 사실(별건)에 의하여 영장을 발부 받아 피의자를 구속한 뒤 주로 本件사실을 조사하는 수사방법이다.¹¹⁰⁾

별건구속은 실무상 해결이 어려운 중대 사건의 수사방법의 하나로 흔히 사용되고 있는데 수사의 합목적성의 요청과 적법절차의 이념과의 調和라는 관점에서 몇 가지 형사사법상의 문제를 제기하고 있다. 즉 표면적으로는 별건의 피의사실로 구속을 행하고 있으나 실질적으로는 본건 피의사실에 대한 수사를 함으로써 영장주의를 회피하고 있다는 것과 발부받은 구속영장의 구속사유인 피의사실에 대한 수사와 더불어 새로운 피의사실에 대한 여죄 수사를 허용할 수 있는가, 별건구속에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 인정할 것인가 등이 그것이다.

109) 헌재결 1992. 4. 11, 90헌마82.

110) 이재상, 전계서, 240면; 정웅석, 전계서, 226면; 김진환, “別件拘束”, 「考試界」, 1988. 11, 128면; 鴨良弼, 「刑事訴訟法講義」, 靑林書院, 1980, 64면; 橫川敏雄, 「刑事訴訟」, 成文堂, 1984, 132면.

(2) 別件拘束의 適法性 問題

강제수사법 정주의와 영장주의에 따라 수사기관이 강제수사를 하기 위해서는 일반적 억제를 규정한 형사소송법 제70조와 제201조에 합당해야 하고 사전에 법원의 판례를 통한 사법적 억제가 이루어져야 하는데 별건구속이 이에 부합하는 지가 문제된다.

이에 대해 적법설은 별건에 대해 구속영장을 청구 받은 법관이 본건의 존재를 안다는 것은 어렵고 인신이 구속된 자에게 訊問受忍義務가 없는 이상 訊問은 임의처분이기 때문에 본건에 대한 신문도 위법한 것이라고 할 수 없고, 별건에 대하여 구속의 요건이 구비되어 있으면 구속은 정당하며 설령 수사기관이 본건을 수사할 의도를 갖고 있더라도 그것은 구속의 적법성에 영향을 미치지 않는다고 한다.¹¹¹⁾

이에 대해 위법설은 구속의 요건을 실질적으로 파악하여 별건구속은 수사의 주목적인 본건에 대하여 법관의 事前審查가 회피되었으며 별건에 의한 구속 후 본건에 대한 수사를 통하여 증거를 어느 정도 수집한 뒤 다시 본건구속을 할 여지가 크기 때문에 수사기간의 탈법적 연장이 초래될 염려가 있으며, 또한 본건에 대하여 구속의 이유가 고지되지 아니하므로 헌법 제12조 제5항의 정신에 위배된다는 이유로 위법하다고 한다.¹¹²⁾

현행 형사소송법의 양대 이념은 실체적 진실발견과 적법절차의 보장에 있다. 따라서 실체적 진실의 발견은 적법절차가 보장된 가운데 신체의 자유를 최대한 존중해 가며 추구되어야 한다. 그러므로 별건구속은 형식적으로는 별건에 대한 구속요건을 갖추었다고 하더라도 실질적으로는 형사소송법 제201조, 제70조 등이 규정하고 있는 구속의 사유와 필요성을 결하고 있으며 헌법 제12조 제3항이 천명하고 있는 법원에 의한 사전 사법심사가 결여되어 있고, 별건구속 후 이를 본건 수사에 이용하고 그것을 통하여 증거가 구비되면 본건에 대한 구속이 행해질 우려가 큰 만큼 人權保障의 관점에서 엄격히 금지되어야 한다.

이에 관련된 우리나라의 전형적인 판례는 존재하지 않으나 신용카드업법 위반 등의 폐의사건으로 구속되었던 기간에 이어 이 사건 사기 등 범행으로 구속 되었으므

111) 日本警察廳刑事局, “別件逮捕をめぐる 論議について”, 「警察研究」35卷 2號, 143면.

112) 이재상, 전계서, 237면; 정웅석, 전계서, 228면; 신양균, 전계서, 162면.

로 전에 구속 되었던 기간을 이 사건 본형에 산입하지 않은 것은 위법하다는 피고인의 주장에 대해 대법원은 이유 없다고 기각하는 판시를 한 것을 보면 별건 구속을 허용하는 입장으로 보인다.¹¹³⁾

(3) 餘罪搜查와의 關係

餘罪搜查란 피의자에게 複數의 범죄혐의가 있는 경우 그 중 하나의 범죄인 甲죄로 신병을 구속하여 甲죄의 수사와 병행하여 乙죄에 대해서도 수사하는 것을 말하는 것으로 수사의 流動的, 發展的 성격에 비추어 능히 예상될 수 있는 것이고, 새로운 추가범죄사실이 발견될 때마다 새로운 구속이 집행된다면 실무상으로도 번잡하고 오히려 불필요한 구속기간의 延長을 초래함으로써 피의자에게 不利益하기 때문에 別件搜查의 外見을 갖고 있더라도 금지되는 것은 아니다.¹¹⁴⁾ 그렇다면 별건구속과 여죄수사의 한계를 어떻게 규명할 것인가가 문제되는데 주관적으로 판단하여 수사기관이 본건수사만을 의도하였고 객관적으로 판단하여 별건은 명목뿐이라면 별건구속이고 그 정도에 이르지 않은 경우는 여죄수사라고 보아야 한다.

여기서 수사기관의 주관적 의도를 파악하는데 있어서는, 別件과 本件과의 輕重比較,兩者的 關聯性, 本件 訊問에 소요된 時間 등을 종합적으로 검토하여야 할 것이다.¹¹⁵⁾

(4) 別件拘束에 의해 菲集된 證據의 證據能力

위에서 살펴본 바와 같이 별건구속은 위법하므로 그 논리적 귀결로 별건구속 중에 수집된 증거는 그 증거능력이 부정된다고 해야 한다. 그런데 그 근거를 자백의 임의성에서 찾으면 별건구속 중의 자백이라도 임의성이 인정되면 증거능력이 인정되는 불합리한 결론에 도달하므로 올바른 판단을 위해서는 위법수집증거의 증거능

113) 대판 2002. 10. 22, 2002도2167에서 “별건으로 수사중에 있는 사람의 참고인 진술은 그 진술이 별건에서의 유리한 처분을 얻기 위하여 수사관의 의도에 영합하려는 동기에서 나온 허위진술이 아님지 주의를 기울여 그 증거능력이나 신빙성을 판단하여야 하지만, 그 진술이 상당 정도 객관적인 자료와 부합하고 있는 경우에는 특별한 사정없이 선불리 그 신빙성을 배척할 수 없다”고 하였다.

114) 이재상, 전계서, 240면; 정웅석, 전계서, 228면; 배종대·이상돈, 전계서, 247면.

115) 정웅석, 상계서, 228면; 신양균, 전계서, 162면.

력 배제라는 관점에서 처리되어야 할 것이다.¹¹⁶⁾

일반적으로 증거능력을 인정하려는 견해는 증거수집절차의 위법은 곧 그 증거의 증명력에 영향을 미치는 것이 아니며 형사소송법의 실체적 진실을 강조하는 입장에서 그 능력을 인정하려 한다. 이에 대하여 증거능력을 부정하려는 견해는 진실의 추구는 어디까지나 적법절차에 의하여 하며 국가권력의 정당한 발동을 담보하고 형사재판의 적법절차를 보장해야 한다는 관점에서 이를 부정한다.

실체적 진실발견과 적법절차 이념의 조화 및 인권보장이라는 측면에서 별건구속에 의하여 얻어진 자백의 증거능력을 부정하는 것이 타당하다고 본다.¹¹⁷⁾

(5) 餘 論

실체적 진실발견 지상주의와 수사기관의 실적위주의 수사편의적 사고에 의해 우리의 수사실무에서 별건구속이 공공연하게 행해져 온 사실을 부정할 수 없다. 그러나 형사소송의 기본이념은 실체적 진실발견과 인권보장을 위한 적법절차의 보장에 있으므로 적법절차를 결한 별건구속은 근절되어야 한다. 그런데 별건구속의 위법성 여부는 수사기관의 주관적 요소에 대한 판단이 중요한 기준이 되므로 이를 쉽게 발견하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러므로 접견교통권의 보장과 영장실질심사의 보장과 같은 객관적 자료를 효과적으로 수집할 수 있는 방안을 확보하는 것이 중요하며 무엇보다 수사기관의 인권의식 제고가 요구된다 하겠다.

나. 二重拘束

(1) 二重拘束의 意義

이중구속이라 함은 이미 구속영장이 발부되어 구속되어 있는 피고인 또는 피의자에 대하여 다른 범죄사실로 다시 구속영장을 발부받아 구속하는 것을 말하며,¹¹⁸⁾ 검

116) 차용석, 「刑事訴訟法研究」, 세영사, 1998, 183면; 김진환, 전계논문, 133면.

117) 정웅석, 전계서, 229면; 신동운, 전계서 184면; 신양균, 전계서, 162면.

118) 이재상, 전계서, 239면; 정웅석, 전계서, 224면; 배종대 · 이상돈, 전계서, 248면; 신현주, 전계서, 295면.

사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자에 대하여 다시 구속하는 형사소송법 제208조의 재구속과는 구별된다.

이중구속이 문제가 되는 이유는 피고인 또는 피의자의 신병은 언제나 일개 불가분이나, 범죄 사실은 可分이고, 1인 數罪의 경우에는 주관적 불가분, 객관적 가분의 상태가 발생한다. 1인 수죄의 경우에는 1인 1죄의 경우와는 달리 수사, 공판, 형의 집행이라고 하는 종적 관계와는 별도로 각 범죄사실 간에 있어서 횡적 관계에 대한 문제가 일어나기 마련이다. 이러한 1인 수죄의 경우를 처리하는 기준으로서 현행제도상의 구속의 요건과 관련하여 일단 구속되어 있는 피의자를 재차 구속할 수 있는 가가 이중구속의 문제이다.

(2) 二重拘束의 適法性 問題

적극설은 구속을 사건단위로 보고 구속영장의 효력은 구속영장에 기재된 범죄사실에만 미친다고 보는 견해이며 소극설은 구속을 피고인 또는 피의자 단위로 보고 이중구속을 인정하지 않는 견해이다.¹¹⁹⁾ 적극설의 논거는 구속은 개개의 범죄사실에 대해서만 미치므로 피의자에 대하여 새로운 범죄사실이 발견되었다 하더라도 동 범죄사실에 대해서는 먼저 발부된 구속영장의 효력은 미치지 않으므로 뒤의 범죄사실에 대하여 형사소송법이 정하고 있는 구속의 요건이 있을 때에는 다시 구속하여도 법에 저촉되지 않는다고 하거나, 구속된 피의자·피고인의 석방에 대비하기 위해서 미리 구속할 필요가 있다는 점 등을 제시하고 있다.¹²⁰⁾

반면 소극설은 구속은 피고인·피의자에 대해 하는 것이지 범죄사실에 대해 하는 것이 아니므로 한 범인이 수개의 범죄사실을 범했다 하더라도 각 범죄사실에 기하여 충복되게 구속할 수 없으며, 구속된 피의자·피고인의 석방에 대비하기 위해서는 석방전에 구속영장을 발부받아 두었다가 구속된 피의자·피고인의 구속영장의 집행에 관한 규정에 의하여 구속영장을 집행하면 죽하므로 이중구속은 허용되지 않는다고 한다.¹²¹⁾

이와 관련 대법원은 “수개의 범죄사실로 공소제기된 피고인이 그중 일부의 범죄

119) 전용득, 전계논문, 78면 이하 참조.

120) 백형구, 전계서, 251면; 신현주, 전계서, 296면; 정웅석, 전계서, 225면; 신동윤, 전계서, 200면.

121) 이재상, 전계서, 239면; 배종대·이상돈, 전계서, 248면; 신양균, 전계서, 161면.

사실만으로 구속영장이 발부된 후, 법원이 그 수개의 범죄사실을 병합심리한 결과 피고인에게 구속영장이 발부된 일부의 범죄사실에 관한 죄의 형과 나머지 범죄사실에 관한 죄의 형으로 나누어 2개의 형을 선고할 경우, 일부의 범죄사실에 의한 구금의 효과는 피고인의 신병에 관한 한 나머지 범죄사실에도 미친다고 보아 그 구금일 수를 어느 죄에 관한 형에 산입할 것인가의 문제는 법원의 재량에 속하는 사항이라고 보아 구속영장이 발부되지 아니한 다른 범죄사실에 관한 죄의 형에 산입할 수도 있다”라고 판시¹²²⁾하였는데, 이는 구속은 원칙적으로 구속영장이 발부된 범죄사실에 대한 것이라는 사건 단위설을 취한 것이다. 또한 형사소송법 제81조 제3항은 교도소 또는 구치소에 있는 피고인 또는 피의자에 대하여 발부된 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 교도관리가 집행한다고 규정하여 구속중인 피고인 또는 피의자나 자유형 집행중인 자에 대한 구속을 예정하고 있다.

그러므로 적극설의 논거와 판례에 미루어 보아 이중구속을 허용하여도 무방하다고 본다.¹²³⁾ 그러나 현행법의 해석상 이중구속이 허용된다 하더라도 수사기관이 의도적으로 이중구속을 이용하여 피의자의 구속기간을 연장하는 탈법행위가 없도록 법원은 신중을 기하여 영장을 발부할 필요가 있다고 본다.

第3節 任意同行과 保護留置

1. 任意同行

가. 意 義

수사의 방법에는 임의수사와 강제수사가 있는데, 강제수사는 강제수사법정주의와 영장주의에 의하여 엄격한 법적규제를 받고 있지만 임의수사는 非類型的이고 다양

122) 대결 2000. 11. 10, 2000로134; 대결 1996. 8. 12, 96로46; 대판 1996. 5. 10, 96도800; 대판 1988. 7. 26, 88도841; 대판 1986. 12. 9, 86도1875; 대결 1985. 7. 23, 85로12.

123) 반대의 견해로 이미 구속되어 있는 자를 다시 구속할 필요가 없으므로 사건 단위설을 취한다고 하여 구속의 이유 없는 구속까지 허용된다고 할 수 없다는 이유 등으로 이중구속은 허용되지 않는다고 한다(이재상, 전계서, 239면).

한 방법으로 행하여지고 있으므로 세부사항에 이르기까지 법적규제를 하는 것은 불가능하다. 이에 따라 강제수사에 대한 엄격한 법적규제를 회피하거나 탈법적으로 이용하기 위하여 상대방의 승낙을 도구로 이용할 위험성이 있게 되는데 이와 관련하여 제기되는 문제가 바로 임의동행과 보호유치의 문제라고 할 수 있다.¹²⁴⁾

여기서 임의동행이란 수사기관이 피동행자의 동의를 얻어 피동행자를 수사관서까지 동행하는 것을 말하는 것으로 형사소송법에 의한 수사방법으로서의 임의동행과 경찰관직무집행법에 의한 직무질문을 위한 임의동행이 있으며 형사소송법에 의한 임의동행은 임의수사로서의 성질을 가지고 경찰관직무집행법에 의한 임의동행은 범죄의 예방과 진압을 위한 행정경찰처분으로서 수사의 단서에 불과하다.¹²⁵⁾

(1) 搜查方法으로서의 任意同行

형사소송법이 규정하고 있는 대표적인 임의수사인 피의자신문은 피의자의 출석을 전제로 하며 출석요구 방법에는 제한이 없다. 일반적으로는 출석요구서의 송달에 의함이 원칙이나(사법경찰관집무규칙 제16조 제1항), 전화, 구두 또는 인편에 의하여 출석을 요구할 수도 있고 수사기관이 직접 피의자의 주거 등에 나가서 동행을 요구하는 경우도 있는데 이 경우가 여기서 말하는 임의동행이다. 이 경우의 임의동행은 피의자의 명예를 보호하고 피의자나 가족의 심리적 충격을 완화할 뿐만 아니라 수사의 편의를 위해서도 활용되고 있다.¹²⁶⁾

이때에 피의자에 대한 수사공무원의 임의동행은 그 임의성이 인정되는 때에 한하여 적법하며 의사에 반한 동행은 임의동행이 아니고 강제연행에 해당한다.

(2) 警察官職務執行法上의 任意同行

124) 이재상, “임의동행과 보호유치”, 「판례월보」, 1985, 180호, 16면.

125) 상계논문, 16-17면; 백형구, “임의동행과 보호조치”, 「사법행정」, 통권 303호, 1986, 39면 이하 참조.

126) 이은모, “직무질문시의 정지와 임의동행을 위한 실력행사의 한계”, 「고시연구」 제27권 11호, 2000, 124-125면; 강동욱, “경찰관직무집행법상의 임의동행에 관한 고찰”, 「한양법학」 제3집, 한양대학교, 1992, 238면.

경찰관직무집행법 제3조는 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려고 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 대하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있는데(경찰관직무집행법 제3조 제1항), 그 장소에서 질문하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰관서에同行할 것을 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 이것을 경찰관직무집행법상의 임의동행이라고 하며 불심검문에 있어서 질문을 충실히 수행하기 위한 補助手段으로서의 성질을 갖는 것이지만, 질문의 편의보다는 피질문자 등을 보호하기 위하여 마련된 제도이다. 따라서 경찰관서에의 동행은 피질문자의 의사에 反하지 않아야 하는데 그동안 일선 경찰관들은 수사 편의를 위한 수단으로 남용하여 왔던 것을 부인할 수 없다.

불심검문은 범죄가 발각되지 않은 경우에 수사의 단서가 될 뿐 아니라, 특정범죄의 범인이 발각되지 않은 때에는 범인발견의 계기가 된다는 점에서 수사와 밀접한 관계를 가진다. 그러므로 불심검문에 의하여 범죄의 혐의가 농후한 경우현장에서 확인할 수 없기 때문에 임의동행을 통하여 피의자를 구속하거나 수사절차로 이행하는 경우도 있을 수 있다. 이 경우의 임의동행의 성질에 관하여 견해의 대립이 있다. 즉 불심검문은 범죄수사를 목적으로 사법경찰관리의 자격에서 하는 것이 아니고 범죄의 예방·진압이라는 행정목적을 달성하기 위해서 하는 것이므로 형사소송법에 의한 임의동행과는 그 본질을 달리한다고 하는 견해¹²⁷⁾와 불심검문에 의하여 수사절차로 이행된 경우에 불심검문과 수사의 구별은 경찰관의 주관에 따라 좌우되는 것 이므로 실제상 구별의 표준을 정할 수 없고, 형사소송법상의 강제수사를 경찰관직무집행법에 의해 편법적으로 행하는 것을 방지하기 위해 이를 하나로 관찰하여 행정목적에서 사법목적으로 이행된 때에는 형사소송법이 정하고 있는 제한규정에 따라야 한다는 견해가 그것이다.¹²⁸⁾

생각건대 임의동행은 개념적으로는 구별이 가능하다 하더라도 현실적으로는 그 형태가 다향하고 경찰관이 행한다는 점에서는 동일할 뿐만 아니라 경찰관직무집행법은 범죄의 예방·제지라는 행정경찰의 목적을 달성하기 위해서 직무질문의 요건

127) 차용석, 전계서, 280면; 백형구, 전계논문, 118면.

128) 이재상, “임의동행과 보호유치”, 17면; 이은모 전계논문, 126면 참조

과 방법을 정합과 동시에 수사의 목적도 아울러 가지고 있는 법이라고 볼 수 있다.

따라서 경찰관이 불심검문을 이용하여 피의자를 구속한 때에는 동행시부터 강제처분이 있고 임의동행이 구속에 이르지 않은 때에는 형사소송법의 임의동행과 같이 취급해야 한다고 본다.

나. 任意同行의 適法性

임의수사의 방법으로 임의동행이 허용되느냐에 관하여 견해가 대립되고 있으나 임의동행은 피의자의 승낙을 전제로 한 임의수사이고 형사소송법은 피의자의 출석 요구방법을 제한하고 있지 않으므로 사회통념상 신체의 속박이나 심리적 압박에 의한 자유의 구속이 있었다고 할 수 없는 객관적상황이 있는 이상 허용되어야 한다.¹²⁹⁾ 실무상으로도 체포사유가 엄격한 긴급체포나, 체포영장발부에 따른 시간과 절차 등에 따른 수사의 능률성 측면과 강제수사에 의한 인권침해를 사전에 막을 수 있다는 측면에서 피의자의 승낙에 의한 임의동행은 허용되어야 할 것으로 본다.

그러나 임의동행의 과정에서 강제력이나 심리적 압박이 개입되어 강제연행이 된 때에는 임의동행의 한계를 벗어나게 된다. 여기서 임의동행과 강제연행의 유무는 동행의 시간과 장소, 동행의 방법, 동행후의 신문방법, 체포 또는 구속영장의 유무, 식사·휴식·용변의 감시, 퇴거희망이나 동행거부의 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다.¹³⁰⁾ 그리고 임의동행에 있어서 임의성의 요건은 엄격히 해석해야 하며 실력행사와 강제는 관념적으로는 구별될 수 있어도 실제로는 연속되어 이루어지는 것이라면 임의동행을 위한 실력행사는 허용될 수 없다고 해야 한다.¹³¹⁾

나. 任意同行의 許容限界

임의동행이 전적으로 상대방의 자유의사에 의해 이루어지면 문제가 없겠지만, 표

129) 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1988, 185면; 백형구, “임의동행과 보호유치”, 39면.

130) 이재상, “임의동행과 보호유치”, 18면; 이준걸, “위법한 임의동행이 그 후의 절차에 미치는 영향”, 「비교형사법연구」 제5집 2호, 2003, 244면.; 꽈병선, “불심검문”, 「법학연구」 14집, 원광대학교, 1997, 298-299면; 이은모, 전계논문, 127-128면 참조.

131) 이재상, 전계서, 205면; 이은모, 상계논문, 125면.

면상으로는 임의동행이라는 형식을 취하면서 실질적으로는 강제가 행해진 경우에는 임의동행이 아니고 체포라고 해야 한다. 어떠한 경우에 임의동행의 한계를 넘는 체포에 해당하는 가는 동행의 開始로부터 그 終了에 이르기까지의 全 過程을 종합적으로 고찰하여 구체적인 제반정황에 따라 객관적으로 판단해야 한다. 즉 동행의 목적이나 동행 장소 등을 알리는 방법, 시간적 관계나 피의자의 준비정황, 동행의 구체적 방법, 특히 자동차이용의 상태나 경찰관리의 수, 장소적 관계, 신문의 정황, 식사·휴식·용변 등의 감시유무 등이 고려될 수 있다.¹³²⁾ 예컨대, 피의자가 임의동행을 거부함에도 연행한 경우,¹³³⁾ 동행을 요구하기 위하여 손이나 어깨 등을 잡아당기는 행위,¹³⁴⁾ 상대방의 손목이나 양팔을 잡고 100m 정도 떨어진 과출소까지 연행한 행위,¹³⁵⁾ 상대방의 팔을 등 뒤로 꺾어 올려 약 150m 앞의 순찰차까지 연행한 행위,¹³⁶⁾ 양쪽에서 껴안은 상태로 연행한 행위¹³⁷⁾ 등은 강제를 넘는 실력행사로서 위법하다. 우리 대법원에서도 경찰관이 임의동행을 요구하며 손목을 잡고 뒤로 꺾어 올리는 등으로 제압하는 행위는 강제를 넘는 위법한 실력행사라고 판시하였다.¹³⁸⁾

한편, 형사소송법상 임의동행의 형식으로 피의자를 연행한 경우에 피의자에 대하여 이미 구속영장이 발부되어 있는 때에는 연행에 의하여 이미 구속이 집행되었다고 보아야 하며, 구속영장이 발부되지 아니한 때에도 긴급체포의 요건이 충족된 때에는 긴급체포 했다고 보아야 한다. 다만 사법경찰관은 긴급체포를 함에 있어서 피의자에게 긴급체포를 한다는 사유를 告하고 범죄사실의 요지와 변호인을 선임할

132) 강동욱, “불심검문”, 「고시계」, 1994, 220면 이하; 강구진, “불심검문 및 임의동행에 관한 고찰(하)”, 「경찰고시」, 1983. 8, 59면.

133) 백형구, “임의동행과 보호유치”, 40면; 곽병선, “불심검문”, 298면.

134) 대판 1972. 10. 31, 72도2005; 대판 1977. 8. 23, 77도2111.

135) 日大分地判 昭和 44. 10. 24, 刑集月報 1.10.102

136) 日島取地判 昭和 50. 12. 9, 判夕 349. 284

137) 日最決 昭和 63. 9. 16, 刑集 第42卷 7號, 1051면.

138) 대판 1999. 12. 28, 98도138; 대판 1999. 6. 11, 99도943. 이외에도 현행범인으로서의 요건을 갖추고 있었다고 인정되지 않는 상황에서 경찰관들이 동행을 거부하는 자를 체포하거나 강제로 연행하는 과정에서 반항하다 경찰관에게 상해를 가한 경우(대판 2002. 5. 10, 2001도300), 현행범인으로서의 요건을 갖추지 못한 자에 대한 경찰관의 강제연행을 폭행 등의 방법으로 방해한 경우(대판 2000. 7. 4, 99도4341; 대판 1991. 9. 24, 91도1314), 경직법 제3조 제6항에 의거 임의동행한 자를 6시간을 초과하여 경찰관서에 구금하는 것이 허용되지 않는다는 경우(대판 1997. 8. 22, 97도1240) 등이다.

수 있음을 말하고 긴급체포서를 작성해야 하지만 이러한 조치를 취하지 않았다 하더라도 긴급체포의 사유가 존재하는 한 긴급체포가 아니라고 할 수는 없다.¹³⁹⁾

문제는 경찰관직무집행법에 의한 임의동행의 형식으로 강제연행한 경우에 언제 피의자를 구속했다고 볼 수 있느냐에 대해 견해의 대립이 있는데 형식설은 임의동행을 단순한 수사에 단서에 불과하다고 보아 형식적으로 구속이 집행된 때가 기준이 된다고 하니, 실질설은 임의동행에 의하여 수사로 이행된 때에는 실질적으로 강제처분의 성질을 가진 구속이 행하여진 때에 구속이 시작되었다고 보는 것으로 이 견해가 타당하다 할 것이다.¹⁴⁰⁾ 따라서 구속기간은 실질적으로 구속이 개시된 연행 시부터 진행한다.

라. 小 結

수사기관은 범죄에 대한 투쟁과정에서 헌법과 형사소송법에 의해 강제수사의 길을 억제당한 결과 탈법적인 도피의 수단으로 임의동행의 형식을 취한 강제연행과 보호유치를 통하여 수사의 목적을 달성하고자 한다. 그러나 임의동행의 경우에는 사실상 구속되어 있으면서도 피의사실의 요지와 변호인의 선임권이 보장되지 않으며, 구속기간의 제한도 받지 않고, 미결구금일수의 산입도 받지 않는 등 구속의 실질을 가지면서도 임의수사에 유사한 성격 때문에 피의자에게 구속보다 가혹한 불이익을 초래하는 제도라고 할 수 있다. 따라서 임의동행은 임의성이 철저히 보장된 경우에 한하여 허용되고 그 이외의 경우에는 통상체포나 긴급체포에 의함으로써 헌법과 형사소송법에 의한 피의자의 인권이 보장된 가운데 실체진실발견을 위한 수사기관의 활동이 있어야 할 것이다.

2. 保護留置

가. 保護留置의 實態

139) 이재상, “임의동행과 보호유치”, 19면.

140) 상계논문, 19면.

피의자는 헌법과 형사소송법에 의해 진술거부권이 보장되어 있으므로 출석의무와 진술의무가 없으며 출석한 후에도 언제든지 퇴거할 수 있는 자유가 보장되어 있다. 그런데도 과거 경찰에서는 경찰관서에 보호실을 설치하여 임의동행한 피의자나 임의 출석한 피의자 등을 귀가시키지 않고 보호실에 유치하여 도주방지와 경찰업무의 편의를 위한 수용시설로 활용해 왔으나 설치근거나 운영 및 규제에 관한 법령의 규정이 없어 그 안에 대기하고 있는 자들이나 그 가족들의 출입이 제한되는 등 일단 그 장소에 유치되는 사람은 인권보호가 소홀히 되고 있는 실정이었다. 그러던 중 이러한 관행의 불법성을 인정한 판례가 1971년에 나타나면서¹⁴¹⁾ 이후 거듭된 판례를 통하여 보호실 유치의 불법성에 관한 일관된 입장이 수립되게 되었다. 즉 보호실에 피의자를 유치하는 행위는 정당한 공무집행이 아니므로 이에 항거하더라도 공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 하고,¹⁴²⁾ 보호실 유치가 불법한 구속임을 이유로 민법상 불법행위에 의한 손해에 대한 위자료청구를 인정하며,¹⁴³⁾ 보호실 유치를 집행한 행위의 범죄성이 문제된 사건에서 이를 직권남용죄나 불법감금죄를 적용하고 있다.¹⁴⁴⁾

이후 경찰에서는 형사보호실 제도에 의한 인권침해의 심각성을 자각하고 형사보호실을 폐지하고 조사대기실로 바꾸면서 창살을 제거하고 의자를 비치하는 등으로 인권 친화적 환경을 조성한 다음 긴급체포된 피의자나 현행범인으로 체포된 피의자를 일시에 조사할 수 없는 경우의 조사대기 장소로 활용하고 있다.

141) 대판 1971. 3. 9 70도2406.

142) 대판 1994. 3. 11, 93도958.

143) 대판 1993. 11. 23, 93다3155에서는 “국가안전기획부 수사관들이 피의자를 연행한 1991년 7월 8일 04시 40분경부터 48시간 내에 사후구속영장을 발부받지 아니하고 같은 해 7월 10일 01시 35분경 통상의 구속영장을 발부받아 집행하였다면 피의자를 불법체포 구금한 것에 해당하고 이와 같은 경우 통상의 구속영장을 발부받아 집행하였다고 하여, 불법체포나 그 동안의 구금이 적법하게 된다고 할 수 없다”고 하였다.

144) 대판 1999. 4. 23, 98다41377에서 “경찰서에 설치되어 있는 보호실은 영장대기자나 즉결대기자 등의 도주 방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기하지 아니하고 일정 장소에 구금되는 결과가 되므로, 경찰관직무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금에 해당한다”고 하였다.

나. 保護留置의 違法性

보호유치는 피의자의 의사와 관계없이 수사기관에서 강제로 유치하는 강제유치와 피의자의 승낙을 받아 유치시키는 승낙유치로 나눌 수 있는데, 강제유치가 구속에 해당한다는 점에는 의문이 없다. 구속은 행동의 자유를 제한하면 족하며 그 방법에는 제한이 없기 때문이다.¹⁴⁵⁾

문제는 승낙유치가 임의수사의 방법으로 허용될 수 있느냐에 있다. 이에 대해서는 보호실은 구금시설이 아니라는 점, 피의자의 승낙에 의하여 행하여진 보호실대기는 형사소송법상의 구금에 해당하지 아니한다는 점, 영장대기 피의자 등에 대한 보호유치의 현실적 필요성 등을 이유로 과거 수사실무에서는 승낙에 의한 보호유치가 위법이 아니라는 관념이 일반적이었다.¹⁴⁶⁾

그러나 피의자의 승낙에 의한 유치를 허용하게 되면 승낙을 얻기 위한 강제가 행하여질 위험이 있고, 헌법에서 보장하고 있는 영장주의와 적법절차의 법리를 유린하는 결과를 가져올 수도 있다. 따라서 보호실 유치는 당사자의 동의 여부를 불문하고 실질적으로 구속과 동일한 효과를 가지므로 사전영장이나 긴급체포의 사유가 없는 한 허용되지 않는다고 해야 한다.¹⁴⁷⁾

대법원도 이러한 보호유치의 관행을 엄격히 금하여 경찰관직무집행법상 정신착란자, 주취, 자살기도자 등 응급구호를 요하는 자를 24시간이 초과되지 아니하는 범위내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우(동법 제4조 제1항, 제7항)를 제외하고는 체포, 구속영장을 발부 받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금이라고 판시하고 있고,¹⁴⁸⁾ 긴급체포 사유가 없음에도 불구하고 보호실에 유치하는 경우¹⁴⁹⁾는 물론, 긴급체포사유가 있는 때에도 체포 또는 구속영장을 받지 않고 피의자를 보호실에 유치하는 것은 불법한 구금이라 판시하고 있다.¹⁵⁰⁾

145) 이재상, 전계서, 205면; C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl, C.H.Beck, 1998, S.178.

146) 백형구, “임의동행과 보호유치”, 42면.

147) 정웅석, 전계서, 165면; 이재상, 전계서, 205면; 배종대·이상돈, 전계서, 224면; 신양균, 전계서, 118면.

148) 대판 1999. 4. 23, 98다 1377; 대판 1994. 3. 11, 93도958.

149) 대판 1971. 3. 9, 70도2406.

아울러, 불법하게 구속되어 있는 상태에서 피의자가 자백한 때에는 그 자백은 위법하게 수집된 증거로서 위법수집증거배제법칙에 의해 증거능력을 부정하는 것이 타당하다 할 것이다.¹⁵¹⁾

第4節 逮捕·拘束被疑者の人権保障

형별권의 구체적 실현이라는 형사소송의 목적을 달성하기 위해 부득이 피의자의 인신을 구속하더라도 피의자는 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정되며 모든 국민은 신체의 자유를 가지므로 인권이 최대한 보장되어야 한다. 특히 인권보장은 우리 헌법상 기본권의 하나이며 형사소송법의 목적이자 이념이므로 더욱 존중되어야 한다.

그럼에도 현행의 수사관행이나 재판의 실무는 수사상의 필요성 내지 범죄에 대한 응보의 일환으로 구속을 이용하고 있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 신체의 자유를 박탈당하게 될 국민은 법관의 면전에서 자신에게加해진 범죄혐의와 자신의 처지를 진술하여 인신구속의 위험으로부터 벗어날 수 있게 하고 또 부적절한 절차에 의해 구속이 집행되면 즉시 석방되게 하는 등의 제도가 마련되지 않으면 안 된다. 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약¹⁵²⁾의 요청이기도 하다. 이에 따라 현행 형사소송법에는 체포·구속된 피의자를 보호하기 위한 각종의 제도들이 마련되어 있는데, 구속영장실질심사제도, 체포·적부심사제도, 접견교통권, 구속기간의 제한 등이 그것이다. 본 논문에서는 이러한 제도들을 논의의 편의상 체포·구속절차상의 인권보장과 구속 중의 인권보장, 체포·구속피의자의 인권보장제도 등으로 나누어 살펴보고자 한다.

150) 대판 1985. 7. 29, 85모16.

151) 송광섭, “違法蒐集證據의 排除法則에 관한 研究”, 원광대학교 박사학위논문, 1988, 112-114면 참조.

152) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1990. 6. 13. 조약 제1007호) 제9호 제3항 전 단은 형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법 권을 행사할 권한을 부여받은 관헌에게 신속히 회부되어야 한다고 규정하여 피의자심문의 국제법적 근거를 마련하고 있음.

1. 逮捕·拘束節次上의 人權保障

가. 陳述拒否權의 保障

(1) 意 義

수사기관의 피의자신문은 범죄의 협의를 받고 있는 피의자의 진술을 통하여 증거를 수집하는 절차로 권위주의 시대에는 수사편의나 유죄판결에 유리하다는 이유로 고문 등에 의한 자백을 강요하여 진술거부권의 침해가 심각했으나, 정치민주화가 이루어지고 시민의 인권의식이 성숙한 민주사회에서는 무죄추정의 원칙에 따라 헌법상 보장된 진술거부권을 적정하게 보장하느냐가 관심사로 대두되었다.

진술거부권이란 피의자 또는 피고인이 수사절차나 공판절차에서 수사기관이나 법원 등의 신문 또는 진술요구에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리로 신문에 대하여 시종 침묵할 수 있는 권리와 개개의 신문에 대해서 진술을 거부할 수 있는 권리 를 포함하는 개념이다.¹⁵³⁾

역사적으로는 17세기 영국의 종교재판소에서 이교도인 청교도에 대해 고문에 의한 자백을 강요하자 청교도들이 반대운동을 전개함으로써 17세기 말에 보통재판소에 의해서 자기부죄거부의 특권(privilege against self-incrimination)으로 확립되었으며,¹⁵⁴⁾ 미국에서는 연방헌법 수정 제5조에서 이를 계수하여 누구든지 형사사건에 있어서 자기에게 불리한 증인이 되는 것을 강요당하지 아니한다(No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself)고 명문화하였다.

우리 헌법 제12조 제2항은 「모든 국민은 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다」고 규정하여 자기부죄거부의 특권을 자유권적 기본권으로 명시하였으며,¹⁵⁵⁾ 형사소송법은 제289조에서 피고인의 진술거부권을, 동

153) 백형구, 전계서, 41면.

154) 상계서, 41면; 이재상, 전계서, 106면; 高田卓爾, 「刑事訴訟法」, 青林書院, 1984, 6面; 鈴木茂嗣, 「刑事訴訟法」, 青林書院, 1990, 9면.

155) 대법원도 헌법상 진술거부권을 기본적 권리로 보장하는 것은 형사피의자나 피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실체적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현이라는 국가 이익보다 우선함으로써 인간의 존엄성과 가치를 보장하고, 나아가 비인간적인 자백의

법 제200조 제2항에서는 피의자의 진술거부권을 보장하고 있는데 우리나라와 같이 수사기관이 피의자를 신문할 때 변호인의 참여가 인정되지 않고 비공개적으로 행해지며, 피고인이 공판정에서 수사기관의 피의자에 대한 자백강요 사실을 입증하는 것이 어려운 현실에 있어서는 각별한 의미가 있다 하겠다.

그러나 실제에 있어서는 진술을 거부하면 유죄나 양형상의 불이익을 받거나 않을까 염려하는 것이 피의자의 기본심리이므로 진술거부권을 행사하는 사례는 극히 드물다.¹⁵⁶⁾

(2) 陳述拒否權의 主體와 範圍

(가) 陳述拒否權의 主體

진술거부권은 피의자가 구속중이거나 불구속중이거나를 불문하고 인정된다(형사소송법 제200조 2항). 피고인이 법인인 경우 인정여부에 대해서는 견해가 대립되고 있으나 법인대표자의 진술이 피고인인 법인의 공소사실을 유죄로 인정하는 증거로 된다는 점을 고려할 때 적극설이 타당하다고 본다.¹⁵⁷⁾ 의사무능력자인 피의자·피고인의 대리인(동법 제26조)도 진술거부권의 주체로 된다.

(나) 陳述拒否의 範圍

진술거부권은 진술에 대해서만 적용되기 때문에 진술이 아닌 지문이나 족적의 채취, 신체검사나 사진촬영 등에는 적용이 없다. 그러나 진술인 이상 구술의 진술에 한하지 않고 이에 갈음하는 서면에 대해서도 진술거부권이 적용된다.¹⁵⁸⁾

한편 헌법 제12조 제2항은 형사상 자기에게 불리한 진술의 강요를 금하고 있지만,

강요와 고문을 근절하려는데 있다고 파악하고 있다(대판 2004. 12. 24, 2004도5494).

156) 백형구, “진술거부권의 보장”, 「사법행정」, 1993. 1, 78면. 이는 진술거부권의 행사에 관한 법사회학적 분석이다.

157) 백형구, 전계서, 43면; 이재상, 전계서, 108면.

158) 신현주, 전계서, 130면은 진술서 등을 작성함으로써 일단 진술강요 없이 그 내용이 인지될 수 있는 상태를 만들어 내는 때에는 이미 그 가능성 내지 위험을 지게 된 것으로 보아 진술거부권 범위 밖에 속한다고 본다.

형사소송법 제289조와 제200조 제2항은 진술거부권의 내용으로 이익·불이익을 불문하고 있어 인정신문(동법 제241조, 제284조)에 대해서 진술거부권을 인정할 것인가가 문제되는데 이에 대해서는 소극설과 적극설의 대립이 있다.

소극설은 성명·연령·주거·직업 등에 대한 인정신문은 피의자에게 불리한 진술이 아니라는 점을 논거로 제시하며,¹⁵⁹⁾ 적극설은 진술거부권의 범위는 제한이 없으므로 인정신문에 대해서도 진술을 거부할 수 있다¹⁶⁰⁾고 하고, 절충설은 성명·본적·주소·직업 등을 진술함으로써 자기가 범인으로 판명되거나 증거수집의 자료를 제공하게 될 경우에만 진술거부권의 행사가 허용된다는 견해이다.¹⁶¹⁾

생각건대 소극설은 헌법 제12조 제2항이 불리한 진술의 강요를 금지하고 있는데 피의자의 인적사항에 관한 진술은 피의자에게 불리한 진술이 아니라는 점을 논거로 내세우고 있으나, 피의자의 성명·직업·주거 등에 관한 진술이 피의자에게 불리한 진술인 경우가 있다는 점, 형사소송법 제289조는 진술거부권을 불리한 진술에 한정하고 있지 않다는 점을 고려할 때 소극설에 대해서는 그 이론적 합리성을 인정하기 어렵고, 절충설도 피의자의 인적 사항에 관한 진술이 피의자에게 불리한 진술인 경우가 있다는 점을 지적하였다는 점에서는 합리성이 있으나, 인정신문에 대한 답변이 불리한 진술인가 여부는 피의자의 주관적 판단에 맡길 수밖에 없어 그 기준의 객관성을 결여하고 있다는 점¹⁶²⁾ 등을 고려할 때 절충설에 대해서도 그 이론적 합리성을 인정하기 어렵다.

결과적으로 현행법에서는 진술거부권을 불이익한 진술에 한정하고 있지 않고 있으며(동법 제289조), 진술거부권을 보장하고 있는 규정은 피의자에게 유리한 규정이므로 피의자에게 불이익한 방향으로 제한적 해석을 한다는 것은 법률해석의 일반원칙에 어긋난다는 점 등을 고려할 때 적극설이 타당하다고 본다.

(3) 陳述拒否權의 告知

(가) 事前告知義務

159) 서일교, 「형사소송법」, 박영사, 1975, 254면.

160) 백형구, 전계서, 44면; 이재상, 전계서, 110면.

161) 김기두, 「형사소송법」, 박영사, 1987, 263면.

162) 백형구, 전계서, 44면; 이재상, 전계서, 110면.

피의자가 현실적으로 진술거부권을 행사하기 위해서는 그러한 권리가 있음을 알아야 한다. 이에 따라 형사소송법 제200조 제2항은 수사기관이 피의자로부터 진술을 들음에 있어서는 미리 피의자에게 진술거부권이 있음을 고지하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 진술거부권의 행사를 절차적으로 담보하기 위한 것이므로 고지를 할 때는 적극적·명시적으로 하여야 한다.

그러므로 피의자신문조서에 부동문자로 진술거부권을 고지하였다고 기재되어 있다고 하여 진술거부권의 고지가 추정되는 것은 아니다.¹⁶³⁾ 또한 진술거부권은 신문시마다 고지할 필요는 없으나 조사관이 경질된 때에는 다시 고지하여야 한다. 사법경찰관으로부터 사건을 송치 받은 검사가 피의자신문을 하는 경우에는 진술거부권을 다시 고지하여야 한다.

(나) 不告知의 效果

진술거부권을 고지하지 아니한 경우에는 진술거부권이 침해되어 그 조서의 증거능력을 부정하여야 한다는 점에는 이론이 없지만 그 근거에 대해서는 다툼이 있다. 자백배제법칙 적용설은 진술거부권의 고지라는 형식적 기준에 의하여 자백의 임의성이 영향을 받는다고는 할 수 없으나 고지는 신문의 공정성을 확보하기 위한 제도이므로 이를 고지하지 않고 얻은 자백은 임의성에 의심이 있는 경우에 해당하여 그 자백의 증거능력이 부정된다는 견해이고,¹⁶⁴⁾ 위법수집증거배제법칙 적용설은 진술거부권과 자백의 임의성을 구별하는 견해로 진술불고지에 의하여 자백의 임의성이 부정되는 것은 아니며 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 절차의 중대한 위법을 근거로 그 자백의 증거능력을 부정하는 견해이다.¹⁶⁵⁾

생각건대 진술거부권의 不告知는 피의자신문 절차의 중대한 위법에 해당한다는 점, 피의자에게 진술거부권을 고지하지 아니하였다 하여 그 자체만으로 자백의 임의성이 없다고 인정할 수 없다는 점 등을 고려할 때 후설이 타당하다고 본다.

미국 연방대법원의 판례는 Miranda사건에서 피의자를 신문하면서 피의자에게 목비권을 불고지한 경우는 적법절차(due process of law)의 법리에 의하여 그 자

163) 백형구, 상계서, 45면.

164) 이재상, 전계서, 111면, 492면, 494면.

165) 백형구, 전계서, 100면, 668면, 713면.

백의 허용성을 부정하여야 한다는 견해를 취하고 있다.¹⁶⁶⁾

우리 대법원도 “형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는 바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 근거한 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부정되어야 한다”고 하여 위법수집증거배제법칙 적용 설과 같은 내용의 판시를 하고 있다.¹⁶⁷⁾

이는 미국의 *Miranda* 판결과 동일한 견해로 진술거부권의 고지를 강제하여 自己負罪 거부의 권리가 무시되는 것을 방지하고, 형사소송법 제309조와 관련하여 자백이 허용되는 요건을 엄격화하여 위법수집증거배제법칙을 받아들인 것이라는 점에서 획기적인 판례에 해당한다.

(4) 陳述拒否權의 行使와 效果

진술거부권의 행사는 피의자가 조사기관에 진술을 거부하겠다는 의사를 표시하는 방법에 의하는데 그 의사표시는 반드시 구두로 하여야 하는 것은 아니고 몸짓 또는 손짓으로 해도 유효하며 행사 여부는 피의자의 자유이므로 피의자가 범죄사실에 대하여 진술을 시작한 후에도 허용된다. 그리고 진술거부권의 행사는 피의자의 권리이지 의무가 아니므로 진술거부권을 행사했다는 이유로 형별 기타 법적 제제를 가하는 것이 허용되지 아니한다는 점에는 이론이 없으나,¹⁶⁸⁾ 불이익추정 여부와 양형상 불이익한 자료로 삼을 수 있는지가 문제된다.

(가) 不利益推定의 禁止

피의자가 범죄사실에 대해 진술거부권을 행사하였다는 사실만으로 이를 피의자에

166) *Miranda v. Arizona* 384, U.S 436(1966).

167) 대판 1992. 6. 23, 92도682.

168) 백형구, 전계서, 47면; 이재상, 전계서, 113면.

게 불이익한 간접증거로 하거나 이를 근거로 유죄를 인정해서는 안 된다. 진술거부권의 보장을 무의미하게 할 우려가 있기 때문이다. 진술거부권의 행사가 구속의 사유에 해당하는가에 관해서는 적극설이 있으나¹⁶⁹⁾ 소극설이 타당하다고 본다.¹⁷⁰⁾

(나) 量刑判斷에서의 考慮

진술거부권의 행사를 양형상 불이익한 자료로 삼는 것이 허용되느냐에 관해서는 적극설¹⁷¹⁾과 소극설¹⁷²⁾이 대립되고 있다. 적극설은 그 논거로 자백은 改悛·悔悟를 내용으로 간접적으로 양형유리 사유가 될 수 있지만 상대적으로 진술거부권의 행사는 양형불리 사유가 될 수 있으며 단순히 진술을 거부하는 차원을 넘어 객관적이고 명백한 유죄증거가 있음에도 진실을 은폐하기 위해 진술거부권을 행사하는 경우에 양형불리 사유가 된다는 것이다.

또한 양형은 법관의 재량이 폭넓게 인정되는 분야이므로 진술거부권은 유죄증거로는 삼을 수는 없지만 양형사유로 삼는 것은 법관의 재량에 해당된다는 것이다. 이에 대해 소극설은 자백을 양형사유로 삼으면 진술의 자유를 침해하여 자백을 실질적으로 강요하게 되고, 진술거부권은 다양한 동기에 의해 이루어지는데 자백은 모두 개전의 정에 의해 이루어지고 진술거부는 모두 개전의 정이 없다고 하는 논리 전개는 문제가 있으며 피고인의 소송주체성을 강조하는 입장에서 볼 때 피고인은 법원에 대한 진실의무가 없으므로 진술거부권을 양형불리 사유로 삼아서는 안 된다는 점을 들고 있다.

생각건대 진술거부권은 인간이 침묵할 수 있는 헌법상 보장된 기본권의 하나로 언제 어디서나 인정되어야 한다는 점, 진술거부권은 다양한 이유로 행사되는데 자신의 혐의를 감추기 위한 수단으로만 이해하는 것은 선입견이라는 점, 자백은 그 자체보다는 자백에 이르는 결심이나 과정상의 회오나 반성의 태도가 참작되어야지 자백 그 자체만을 가지고 양형상의 유·불리를 판단해서는 안 된다는 점, 특히 우리나라의 재판은 영미와 달리 사실심리와 양형절차가 분리되어 있지 않으며 형사사건의 대부분에 있어 피고인은 유·무죄의 다툼보다는 양형유리를 위해 방어권을 행사하

169) 강구진, 전계서, 236면; 이재상, 상계서, 114면.

170) 백형구, 전계서, 47면.

171) 백형구, 상계서, 47면; 강구진, 전계서, 236면; 이재상, 전계서, 114면.

172) 차용석, 전계서, 175면; 신동운, 전계서, 117면; 高田卓爾, 전계서, 76면.

는 경우가 많다는 점 등을 고려하면 진술거부권 행사를 양형불리 사유로 삼아서는 안 된다고 본다.

대법원도 “형법 제51조 제4호에서 양형 조건의 하나로 정하고 있는 범행후의 정황 가운데에는 형사소송절차에서의 피고인의 태도나 행위를 들 수 있는데, 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니 할 권리가 보장되어 있으므로, 형사소송절차에서 피고인은 방어권에 기하여 범죄사실에 대하여 진술을 거부하거나 거짓진술을 할 수 있고, 이 경우 범죄사실을 단순히 부인하고 있는 것이 죄를 반성하거나 후회하고 있지 않다는 인격적 비난 요소로 보아 가중적 양형의 조건으로 삼는 것은 결과적으로 피고인에게 자백을 강요하는 것이 되어 허용될 수 없다고 할 것이다. 그러나 그러한 태도나 행위가 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 은폐하려는 시도에 기인하는 때에는 가중적 양형의 조건으로 참작할 수 있다”¹⁷³⁾고 판시한 바 있다.

나. 拘束令狀實質審查制度

종래 우리 형사사법절차에 있어서 인신구속제도의 관행은 국가기관이 수사와 재판의 편의를 위한 부당한 인신구속으로 국민의 신체의 자유를 침해하는 사례가 종종 발생하였다. 그 결과 구속 피의자는 사회적·경제적 불이익과 함께 정신적 수모는 물론 진의에 반하는 자백의 강요 등으로 적정하고 정의로워야 할 형사사법절차에 부담을 주는 동시에 국가 공권력에 대한 불신을 초래하였다.¹⁷⁴⁾ 따라서 종래의 관행을 벗어버리는 영장실질심사제도의 시행은 현행 형사소송절차 전반에 걸쳐서 영향을 미치는 것이며, 종래의 인신구속의 관행에서 벗어나 혁법과 형사소송법의 정신을 형사절차에서 구현하고자 하는 의지를 표명한 것이라 할 수 있다.¹⁷⁵⁾

(1) 令狀實質審查制度의 根據

173) 대판 2001. 3. 9, 2001도192.

174) 현재결 1993. 12. 23, 93헌가2.

175) 영장실질심사제도의 시행에 대한 반대의 견해로 최교일, “구속전피의자심문제도에 관하여”, 「시민과 변호사」, 1997. 4, 91-99면; 이태훈, 전계논문, 5-25면.

(가) 憲法的 根據

1) 適法節次의 遵守

헌법 제10조는 국가에 대하여 개인의 기본적인권을 최대한 보장할 책무를 부과하고 있으므로, 법원이나 수사기관이 인신구속을 할 경우 범죄 피의자나 피고인에 대해서도 최소한도의 기본적 인권을 보호하는 것이야말로 사법이 추구해야 할 최대의 가치이다.¹⁷⁶⁾ 따라서 인권침해가 일어나기 쉬운 수사 초기 단계에서부터 영장실질심사에 의하여 법관의 관여를 통해 수사의 적정성을 담보하고 국민의 신체의 자유를 보장하는 것이 적법절차 준수의 요체로서 요구 된다.¹⁷⁷⁾ 헌법상의 추상적인 적법절차의 원칙은 영장실질심사에 의하여 구체화되고 실효성이 확보된다. 또한 영장실질심사는 수사과정에서의 가혹행위를 근절하는 의미를 가지고 있다. 즉 수사과정에서 발생하는 고문에 의한 자백강요와 불법체포·구금 등 인권침해 행위가 있었다면 영장실질심사에 의한 피의자심문 과정에서 밝혀지기 때문에 형식적인 영장심사와는 달리 수사기관의 불법행위에 대한 강력한 억제장치가 될 수 있다.¹⁷⁸⁾ 뿐만 아니라 수사기관이 작성한 각종 조서도 종전보다 훨씬 진실성이 담보될 것이다.

2) 法的 聽聞請求權의 保障

법적 청문청구권(the right to be heard; der Anspruch auf rechtliches Gehör)은 “법원의 구체적인 절차에서 제기된 모든 사실상·법률상의 문제에 대하여 진술하고, 법원으로 하여금 이를 듣게 할 기회를 요구할 수 있는 절차관계인의 기본권”을 말한다.¹⁷⁹⁾ 독일은 이를 기본권으로 인정하고 있지만(독일 기본법 제103조 제1항), 명

176) 이주홍, “헌법과 형사재판”, 「영장실질심사제도 II; 이론적 기초와 논리」, 1997. 7, 15면; 이종갑, “인신구속에 관한 연구”, 「법학논총」 제9집, 경상대학교, 2000, 27면.

177) 황정근, “영장실질심사제도의 위상과 좌표”, 「수사연구」 통권 165호, 1997. 7, 23면; 이태종, “형사사법절차에서의 영장실질심사제도”, 「형사재판의 제문제」 2권, 형사실무연구회, 2000, 341-342면.

178) 임종현, “영장실질심사제도의 기본방향”, 「영장실질심사제도 II; 이론적 기초와 논리」, 1997. 7, 132면.

문의 규정이 없는 우리나라도 헌법상 법치주의의 원리와 헌법 제10조와 제37조 제1항 및 법치주의와 적법절차 원리에서 파생한 것으로 인정할 수 있다.¹⁸⁰⁾

법적 청문청구권은 모든 사람에게 보장되는 것으로서, 인간이 단순히 절차의 목적이 되는 것을 방지하고, 절차의 당사자에게 의견진술을 할 수 있는 기회를 부여하여 법정의 장을 통하여 국민적 통합과 설득을 도출한다. 적법절차에서 가장 핵심적인 사항인 이 법적 청문청구권에서 영장실질심사제도의 이론적 근거를 찾을 수 있다.¹⁸¹⁾

또한 우리 헌법 제27조 제5항과 형사소송법 제294조의 2에서 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있는 권리를 보장하고 있으므로, 피의자에게는 구속영장 발부 전에 법관의 피의자심문에 의하여 의견을 진술할 기회를 가져야 한다. 그리고 형사소송법 제72조의 “…변명할 기회를 준 후가 아니면 (피고인을) 구속할 수 없다”는 규정은 구속집행의 요건이 아니므로, 피의자에게도 준용되어(형사소송법 제200조의5) 구속영장 발부 전에 반드시 피의자의 변명을 들어 보아야 하는 것이다. 이와 같이 영장실질심사제도의 제1차적 의의는 법원이 피의자의 진술을 직접 청취할 기회를 가짐으로써 그 법적 청문청구권을 보장한다는 점에 있다.

(나) 國際規約上의 根據

1966. 12. 16. UN총회에서 채택된 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제9조 제3항 제1문 전단에는 “범죄혐의가 있어 체포되거나 구금된 자는 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 인치되어야 한다고 규정되어 있다.¹⁸²⁾ 우리나라는 종전의 방식에 따른 법관의 서면에 의한 영장심사만으로는 위 규약에 따른 국민의 인권보호의 수준이 미흡하였지만, 이 규약에 가입하면서 가입취지와 국제적으로 공인된 인권보호의 수준에 부합하기 위해 관련 형사소송법규를 개정하여 영장실질심사를 시행하면서 피의자에게 법관을 대면할 기회를 갖게 되었다.¹⁸³⁾

179) 장석조, “공정한 재판을 받을 권리 - 법적 청문청구권을 중심으로”, 「헌법문제와 재판(중)」 재판자료 제76집, 1997, 546면.

180) 상계논문, 545면; 황정근, 전계논문, 23면; 헌재결 1990. 11. 19, 90헌가48.

181) 이주홍, 전계논문, 37면.

182) 우리나라는 위 규약에 가입하여 1990. 7. 10. 국내법적 효력이 발생하였다.

즉 구속영장이 청구된 사건은 원칙적으로 피의자심문을 하여야 한다. 특히 주거 부정, 증거인멸 또는 도망의 염려에 대한 판단과 긴급체포 내지 현행범으로 체포된 자에 대해 그 요건을 갖추었는지에 관하여 수사기록만에 의하여 판단하기 어려운 경우에는 반드시 피의자심문을 하여야 할 것이다.¹⁸⁴⁾ 만약 위 국제규약에 저촉되는 국내법이 존재한다 하더라도 국제법 우선의 원칙상 위 규약이 우선 적용되므로 위 규약의 취지에 따라 필요적으로 피의자심문을 하여야 한다.¹⁸⁵⁾

(다) 刑事節次 및 搜查構造上의 根據

피고인은 형사사법절차에서 단순한 처벌의 대상이 아니라 형사소송절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 가지며, 무기대등의 원칙이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다.¹⁸⁶⁾ 더욱이 수사의 구조에 관하여 탄핵적 수사관에 입각할 때 피의자는 수사의 단순한 객체로부터 벗어나 방어권의 주체가 되어야 한다.¹⁸⁷⁾ 이를 위해서는 공정한 제3자로서의 법관을 개입시켜, 수사기관이 제공하는 서면에 의한 자료 뿐 아니라 법관이 직접 피의자를 대면하여 피의자의 진술을 듣고 피의자로 하여금 유리한 자료를 제출할 수 있도록 하여야 한다. 여기에 영장실질심사제도에 의한 피의자심문의 이론적 근거가 있다.

(2) 令狀實質審查制度의 內容

형사소송법은 구속영장에 대해서만 피의자심문을 규정하고 있으므로 체포영장심사에서는 피의자심문을 하지 않는다.

183) 배정생, “유럽人權保障體制에 關한 研究： 유럽人權協約 第11議定書의 採擇에 따른 最近 變化를 中心으로”, 「國際法學會論叢」 제48권 제1호, 대한국제법학회, 2003, 193-219면; 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 「법학논총」 제34집, 고려대학교, 1998, 46면-47면; 최교일, “구속영장심사의 법적 성격 및 기각결정에 대한 불복방법”, 「형사실무연구회」, 1997. 7. 28. 발표논문, 19-20면 참조.

184) 법원행정처, 「영장실질심사제도 II; 이론과 실무」, 89-90면 참조.

185) 유현석, “국제인권규약과 법률사무”, 「인권과 정의」, 1990. 7, 101면.

186) 현재결 1996. 12. 26, 94헌바1 참조.

187) 신동운, 전계서, 67면.

(가) 被疑者審問의 申請權者

피의자심문의 신청권자는 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주이며, 피의자 이외의 자가 신청할 때에는 피의자의 명시적 의사에 반하여도 심문을 신청할 수 있다. 그러나 피의자의 신청이 있다고 하여 반드시 심문하는 것은 아니며, 판사가 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정할 때에만 심문할 수 있다(동법 제201조의 2).¹⁸⁸⁾

피의자심문의 신청권자는 피의자의 체포시부터 구속영장발부 여부 결정시까지 사법경찰관, 검사 또는 판사에게 판사의 심문을 신청할 수 있다. 법원은 수사기록을 보관하고 있지 아니한 상태에서 그 신청을 받은 경우에는 수사기록이 있는 검찰청 또는 경찰관서에 전화, 모사전송 기타 신속한 방법으로 그 취지를 지체 없이 통지하여야 한다(형사소송규칙 제96조의9 제1항). 이 경우 신청은 서면 또는 구술로 할 수 있다.

(나) 審問申請權의 告知

현행 형사소송법은 영장실질심사의 신청권자를 피의자 등의 신청이 있는 경우로 제한하고 있기 때문에 그에 대한 고지절차가 필요하다.

1) 被疑者에 대한 審問申請權의 告知

검사 또는 사법경찰관은 피의자에 대하여 형사소송법 제201조의2 제1항에 의한 심문신청권을 고지하고 그 여부를 피의자신문조서에 기재하여야 하지만, 피의자신문조서에 그 내용을 기재할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 피의자작성의 확인서 기타 피의자의 의사를 표시한 서면으로 이를 갈음할 수 있다(동조 제2항).¹⁸⁹⁾

188) 형사소송법 개정안은 체포된 피의자에 대하여 구속영장이 청구된 경우 지방법원판사는 필요적으로 심문하고(안 제210조의 2 제1항), 사전구속영장이 청구된 경우 피의자가 도피하여 심문할 수 없는 경우를 제외하고는 원칙적으로 모두 심문하도록 하고 있다(안 제201조의 2 제2항)

189) 그러나 동조항이 증거능력을 인정할 수 있는 가를 알 수 없는 피의자신문조서의 기재 내용인 ‘판사의 심문을 신청하는지 여부’가 피의자 진의를 객관적으로 담보할 수 있을

또한 검사 또는 사법경찰관이 피의자에게 심문신청권을 고지함에 있어 판사의 심문을 받는 경우에 범죄사실과 구속 사유에 대하여 변명을 할 수 있음을 알려야 하고, 그 고지의 취지를 피의자신문조서에 기재하여야 한다(동규칙 제96조의6 제1항). 다만, 피의자신문 외에서 그 고지를 하는 때에는 피의자가 서명한 서면으로 이를 갈음할 수 있다(동조 제2항). 그리고 체포되지 아니한 피의자를 구속하는 경우에는 판사가 피의자를 구인하여 심문하게 하고 있다(형사소송법 제201조의2 제3항). 또한 판사는 체포된 피의자의 심문신청 여부가 피의자신문조서에 기재되어 있지 아니하고, 서면이 없는 경우 또는 심문 신청고지가 없거나 그 고지 여부가 분명하지 아니한 경우에 필요하다고 인정하는 때에는 검사에게 그 보정을 요구할 수 있다(형사소송규칙 제96조의 7).

2) 被疑者 이외의 者에 대한 審問申請權의 告知

현행법은 피의자 이외의 자에 대한 심문신청인의 지위를 확보하기 위하여 신청권 고지 절차 및 의견진술권을 신설하였다. 즉 검사 또는 사법경찰관은 상대방에게 피의자에 대하여 구속영장이 청구될 수 있음과 판사의 심문을 신청할 수 있음을 알려야 하고, 그 사실을 서면으로 작성하여 편철하여야 한다(동규칙 제96조의 6 제3항, 제5항). 피의자 이외의 신청권자에 대한 신청권의 고지는 피의자가 이미 심문신청을 한 경우를 제외하고는 체포통지의 상대방에게도 고지하도록 한 것이다.

3) 未逮捕 被疑者에 대한 告知

미체포 피의자에 대하여 구속영장을 청구 받은 판사는 피의자 또는 피의자 이외의 자가 피의자심문을 원하는 경우와 수사기록만에 의하여 구속영장 발부여부를 결정하기 어려운 경우에는 피의자를 심문할 수 있다(동규칙 제96조의 10). 따라서 형사소송법 제201조의 2 제1항에 규정된 피의자 등이 피의자심문을 신청한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피의자를 심문할 수 있다. 그리고 미체포 피의자에 대한 유치권 규정을 신설하여 구인을 위한 구속영장의 집행을 받아 인치된 피의자를 법원에 유치한

것인가에 대하여는 의문을 제기할 수 있다(이종갑, “인신구속에 관한 연구”, 34면).

경우 법원사무관 등은 피의자의 도망을 방지하기 위하여 적절한 조치를 취하고(동규칙 제96조의 11 제1항), 법원 외의 장소에 유치하는 경우에 판사는 구인을 위한 구속영장에 유치할 장소를 기재하고 서명날인하여 이를 교부하여야 한다(동조 제2항).

(다) 被疑者審問의 範圍

형사소송법에서는 영장실질심사에 있어서 판사가 심문할 수 있는 내용의 범위에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않고, 미체포피의자에 대해서 ‘구속의 사유를 판단하기 위하여’ 필요하다고 인정하는 때에 심문할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다(형사소송법 제201조의 2 제3항). 그리고 형사소송규칙에서는 판사는 구속 여부를 판단하기 위해 필요한 사항에 대하여 신속하고 간결하게 심문하여야 한다. 증거인멸 또는 도망의 염려를 판단하기 위하여 필요한 때에는 피의자의 경력, 가족관계나 교우 관계 등 개인적인 사항에 대하여 심문할 수 있다고 규정하고 있다(형사소송규칙 제96조의 9 제2항). 원래 피의자심문은 법관의 사법적 판단에 의하여 피의자의 구속을 규제하는 기능을 하기 위한 제도이므로 판사는 피의자심문을 통하여 구속의 사유에 대해 심문할 수 있음을 당연하다.¹⁹⁰⁾ 문제는 구속사유에 대한 심문이 아니라 범죄의 유·무죄를 판단하기 위해 범죄혐의의 상당성을 어느 범위까지 심문할 수 있는가 하는 점인데 이에 대하여는 전적으로 실무와 학설에 위임되어 있다.

(라) 被疑者審問의 日時와 場所

체포된 피의자에 대한 심문기일은 피의자의 호송 등에 소요되는 시간을 고려하되

190) 그러나 검찰측에서는 현행 형사소송법상으로는 구속전 피의자심문은 필요하다고 인정되는 경우에만 예외적으로 실시하는 것으로 해석되어야 한다고 주장한다. 즉 형사소송법 제201조의2에서는 ‘구속영장을 청구받은 지방법원 판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 심문할 수 있다’고 규정되어 있는 바, 그 취지는 지방법원판사가 원칙적으로 구속영장이 청구되었을 때 피의자를 심문하여야 한다는 취지가 아니라 제출된 수사기록만으로는 구속의 사유를 판단하기에 부족한 경우에 한하여 예외적으로 피의자를 심문할 수 있음을 규정한 것이고, 이와 같은 예외적인 경우가 아닌 한 판사는 수사기록만으로 영장심사를 하여야 한다는 것이다(김제완, “구속영장실질심사제 1년의 평가와 개선방안”, 「변호사」 28집, 서울지방변호사회, 363면 이하 참조).

구속영장청구서가 접수된 때로부터 가능한 한 빠른 일시로 지정하여야 한다(동규칙 제96조의12 제1항). 체포된 피의자 외의 피의자에 대한 심문기일은 관계인에 대한 심문기일의 통지 및 그 출석에 소요되는 시간 등을 고려하여 피의자가 법원에 인치된 때로부터 가능한 한 빨리 일시를 지정하여야 한다(동규칙 제96조의12 제2항). 미체포 피의자에 대한 심문기일은 인치직후 신속히 지정하되 검사 또는 변호인의 출석에 필요한 여유를 두어야 한다.

그리고 심문의 준비와 호송에 지장이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 다음과 같은 방법으로 심문기일을 지정하도록 하고 있다. 즉 오전에 접수된 사건은 14:00시, 14:00시까지 접수된 사건은 당일 16:00시, 14:00시 이후에 접수된 사건은 다음날 10:00시 다만 근무시간 외 및 공휴일의 심문기일은 구체적인 사정에 따라 다른 방법으로 지정할 수 있다.¹⁹¹⁾ 그러나 14:00시 이후에 접수된 사건에 대하여 다음날에 심문을 하는 것은 피의자에 대한 체포기간이 부당하게 연장되는 것이므로 당일 신문으로 하는 것이 바람직하다.

피의자의 심문은 법원청사 내, 예컨대 대기실이 부속된 법정, 심문실, 판사실 등에서 하여야 한다. 다만 피의자가 출석을 거부하거나 질병 기타 부득이한 사유로 법원에 출석할 수 없는 때에는 경찰서, 구치소 기타 적당한 장소에서 심문할 수 있다(동규칙 제96조의15). 또한 판사는 다수의 피의자를 함께 심문하여도 수사기밀이 누설될 염려가 없다고 판단하는 경우 등을 제외하고는, 심문장소에 공범 기타 다른 피의자가 在廷 또는 在室하게 해서는 안 된다.

피의자에 대한 심문절차는 공개하지 아니한다. 다만 판사는 상당하다고 인정하는 경우에는 피의자의 친족, 피해자 등 이해관계인의 방청을 허가할 수 있다(동규칙 제96조의 14).

(마) 被疑者審問의 方法과 節次

지방법원 판사는 피의자심문이 필요하다고 인정한 때에는 즉시 심문기일과 장소를 검사, 피의자 및 변호인에게 통지하여야 하고, 검사는 피의자가 체포되어 있는 때에는 그 기일에 피의자를 출석시켜야 한다(형사소송법 제201조의2 제4항).

191) 인신구속사무의 처리에 관한 예규(재형 2003-4), 재판예규 제900호, 제24조.

판사는 피의자가 심문기일에 출석을 거부하거나 질병 기타 사유로 출석이 현저하게 곤란한 때에는 피의자의 출석 없이 심문절차를 진행할 수 있다(형사소송규칙 제96조의 13 제1항).

판사는 인정심문, 진술거부권의 고지, 피의자에 대한 심문, 제3자에 대한 심문, 검사 및 변호인의 의견진술, 피의자의 의견진술의 순서로 피의자심문의 절차를 진행한다. 이러한 심문을 한 후 피의자를 구속할 사유가 있다고 인정하는 때에는 구금을 위한 구속영장을 발부하여야 한다(형사소송법 제201조의2 제7항). 그리고 체포영장 또는 구속영장의 발부를 받은 후 피의자를 체포 또는 구속하지 아니하거나 체포 또는 구속한 피의자를 석방한 때에는 자체 없이 검사는 영장을 발부한 법원에 그 사유를 서면으로 통지하여야 한다(동법 제204조).

다. 防禦權을 告知받을 權利

헌법 제12조 제5항 前段은 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다”고 규정하고 있고, 형사소송법 제200조의 5, 제209조 및 제72조는 이를 구체화하여 “피의자에 대한 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고, 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포 또는 구속할 수 없다”고 규정하고 있다.

판례도 “긴급체포 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된 바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 긴급체포할 수 없으므로, 이러한 절차를 준수하지 않고, 연행될 것을 명백히 거부하는 피의자를 강제로 연행한 것은 임의동행에 해당된다고 볼 수 없어 부당한 신체의 구속이라고 할 것이다”고 판시하고 있다.¹⁹²⁾

이와 같이 피의자를 위하여 마련된 告知義務는 체포영장 또는 구속영장을 집행하는 사법경찰관리에 대하여 부과하는 것으로서 영장의 집행에 앞서서 반드시 이행되어야 한다. 또한 우리 형사소송법 제200조의 5, 제209조 및 제88조는 “피의자를 체포 또는 구속한 때에는 즉시 범죄사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야

192) 대판 1995. 5. 26, 94다37226; 대판 1994. 3. 11, 93도958 참조.

한다”고 규정하고 있다.

이 규정은 피의자를 위한 고지의무를 영장의 집행 이후에 다시 한번 이행하도록 요구하고 있는 것이다. 이 경우 고지의무를 부담하는 자는 피의자에 대하여 영장을 청구하였거나 신청한 조사기관이라고 해석된다(형사소송규칙 제52조 참조).

집행전의 권리고지 및 집행 후의 再告知를 한 때에는 사법경찰관리를 참여시켜 조서를 작성하게 하거나 피의자로 하여금 확인서 기타 서면을 작성하게 하여야 한다(동규칙 제52조 참조).

라. 身體拘束事實을 通知받을 權利

우리 헌법 제12조 제5항 後段은 “체포 또는 구속을 당한자의 가족 등 법률이 정하는 자에게 체포 또는 구속의 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다”고 규정하고 있다. 이를 이어받아 형사소송법 제200조의 5, 제209조, 제213조의 2 및 제87조 제1항·제2항은 체포·구속사실의 통지를 지체 없이 서면으로 하도록 요구하고 있으며 형사소송규칙은 체포·구속통지의 신속성을 제고하기 위한 장치를 대폭 확대하였다.

즉 ① 체포·구속사실을 통지받은 자로 변호인이나 변호인 선임권자가 없는 경우에 대비하여 피의자가 지정하는 자를 추가하고 ② 늦어도 24시간 이내에 서면으로 체포·구속사실을 통지하도록 하며 ③ 급속을 요하는 경우에는 체포·구속되었다는 취지 및 체포·구속의 일시·장소를 전화 또는 모사 전송기, 기타 상당한 방법에 의하여 우선 통지하도록 하되 이 경우에도 체포·구속통지는 다시 서면에 의하도록 하고 있다(동규칙 제100조 제1항 본문, 제51조 제1항·제2항·제3항).

헌법과 형사소송법은 체포·구속사실의 통지에 대하여 규정하면서 이를 수사기관에 대한 의무사항으로 표현하고 있다.

그러나 통지의무를 규정한 이 조문들은 단순히 수사기관이 준수하여야 할 사항을 규정한 것이라는 차원을 넘어서서 신체구속을 당한 피의자에게 수사기관에 대하여 신체구속의 사실을 가족 등에게 통지하도록 적극적으로 요구할 수 있는 권리를 부여한 것이라고 보아야 한다.

2. 拘束中の 人權保障

가. 接見交通權의 保障

(1) 接見交通權의 意義

접견교통권이란 피고인 또는 피의자 특히 구속된 피의자가 변호인이나 가족, 친지 등 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있는 권리를 말하는 것으로(형사소송법 제34조) 영장주의를 중핵으로 하는 수사에 대한 사법적 억제와 아울러 수사절차의 소송구조화를 실현하기 위한 기본적 징표가 된다. 그리하여 헌법은 체포·구속을 당한 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 기본적 인권으로 보장하고 있고(헌법 제12조 4항), 형사소송법도 변호인과의 접견교통권은 제한 없이 보장하고, 비변호인과의 접견교통권은 법률이 정한 범위 내에서 인정하고 있는데 이 권리는 피의자의 권리인 동시에 변호인의 권리라는 양면적 성격을 가지고 있다.

(2) 接見交通權의 根據

인간이 인간을 만나고 교통하는 것은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구하는데 있어 그 전제가 되는 헌법상의 권리이고 피의자는 유죄의 재판이 확정될 때까지는 무죄로 추정되므로 피의자의 신체가 구속된 상황에서 발생할 수 있는 폐해를 제거하고 구속의 목적을 초과하여 이용되거나 적용되지 않도록 하기 위해 접견교통권은 보장되어야 하며, 특히 구속된 피의자는 행동에 제약이 따르고 법률지식에 있어 수사기관보다 열등한 관계에 있으므로 법률 전문가인 변호인과의 접견교통권이 보장되지 않는 한 방어권 행사에 현저한 어려움이 따르게 되므로 피의자의 방어권을 확보하고 공정한 재판을 유지하기 위해서는 변호인과의 접견교통권이 보장되어야 한다.

(3) 接見交通權의 範圍 및 制限

(가) 接見交通權의 範圍

접견교통권의 보장은 단순히 접견, 교통할 수 있는 기회가 부여된다는데 그치지 아니하고, 실질적으로 접견에 있어 그 내용, 시간, 횟수, 상대방 기타 물건의 교통에 있어 그 종류와 수량에 대한 제한이 없어야 한다는 것을 뜻한다.

그러나 구속이 도주 및 증거인멸의 방지를 목적으로 하고 계호를 전제로 하는 관계로 일정한 제약이 가해지게 되는 것은 불가피한 일이다. 이에 따라 형사소송법은 접견 교통권을 「법률의 범위 내에서」 보장함으로써 법률에 의한 일반적인 제한을 가능하게 하고 있다(형사소송법 제89조, 제209조). 그러나 변호인과의 접견, 교통에 있어서는 그러한 규정을 두지 않음으로써 법률에 의한 일반적 제한이나 법원에 의한 구체적 제한을 금지하고 있다. 이는 변호인과의 접견·교통의 제한은 피고인, 피의자의 방어권에 대한 본질적 제약을 가져오고 변호인의 변호사로서의 양식에 비추어 도주 또는 증거인멸에 관여할 개연성이 적다고 보기 때문이다. 그러나 변호인과의 접견, 교통에 있어서도 계호를 위한 기술적인 제약까지 금하는 것은 아니다.

(나) 接見交通權의 制限

1) 法律에 의한 制限

변호인의 접견교통권을 법률에 의하여 제한할 수 있느냐에 대하여 외국의 입법례¹⁹³⁾와는 달리 우리나라는 명문의 규정을 두고 있지 않아 학설의 대립이 있지만,¹⁹⁴⁾ 판례는 변호인의 접견교통권은 헌법상 보장된 권리가 아니라는 관점에서 법

193) 일본 형사소송법 제39조 제2항은 변호인과의 접견 또는 수수에 대하여 법령으로 피고인 또는 피의자의 도망, 죄증의 인멸 또는 계호에 지장이 있는 물건의 수수를 방지하기 위하여 필요한 조치를 규정할 수 있고, 제3항은 검사, 검사사무관 또는 사법경찰관리는 수사를 위하여 필요한 때에는 공소제기 전에 한하여 그 일시, 장소 및 시간을 정할 수 있다고 규정하고, 독일 형사소송법 제148조 제2항은 태러단체조직죄를 범하였다는 혐의가 있는 경우에 한하여 서면에 의한 변호인의 접견·교통을 제한하고, 접견금지법(Kontaksperrgesetz)에 의해서도 하고 있다(이재상, “변호인의 접견교통권-비교법적 고찰-”, 「인권과정의」 제158호, 1989. 10, 14-16면; 최복규, “辯護人の受診権行使에 대한 司法警察官 및 醫務官의 參與 許容與否”, 「대법원판례해설」 41호, 법원도서관, 2002. 12, 779면 참조).

194) 차병직, “변호인접견교통권의 침해와 그 구제”, 「법조」 제42권 5호, 1993. 5, 97-98면; 신동운, 전계서, 605면.

령에 의한 제한이 가능하다고 보고 있다.¹⁹⁵⁾

형사소송법 제91조에 의한 제한을 법률에 의한 제한의 일종으로 볼 수 있지만, 이는 일반적인 제한은 아니다.¹⁹⁶⁾ 종래 접견교통에 대한 제한을 인정하는 법률로서 행형법 제18조¹⁹⁷⁾를 예로 들었지만, 이는 도주 및 증거인멸 내지 계호상의 지장을 방지하고자 하는데 목적을 둔 것이므로 그 범위를 넘는 자의적인 제한을 가할 수는 없는 것이라고 보아야 한다. 그러나 이 규정은 헌법재판소에서 未決收容者의 변호인 접견시 行刑法 제18조 제3항에 따라 교도관을 참여할 수 있게 한 것은 미결수용자에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이라는 위헌결정을 함으로써 해석상의 논란에 종지부를 찍게 되었다.¹⁹⁸⁾

2) 法院의 決定에 의한 制限

구속된 피의자와 변호인과의 접견교통권은 법원의 결정 또는 수사기관의 처분에 의해서 제한할 수 없는 절대적인 것으로 보장되어 있지만(동법 제91조의 반대해석), 비변호인과의 접견교통권은 제한할 수 있다(동법 제91조, 209조). 즉 구속된 피의자가 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 때에는 법원은 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 접견의 금지, 수수할 서류 기

195) 대결 2002. 5. 6, 2000모112; 대결 1996. 6. 3, 96모18; 대결 1990. 2. 13, 89모37; 현재결 1991. 7. 8, 89헌마181(전). 이에 관해서는 최복규, 전계논문, 774-785면 참조.

196) 제한 긍정설로는 차용석·백형구, 「주석 형사소송법 I」, 한국사법행정학회, 1991, 153면; 백형구, 전계서, 313면. 제한 부정설로는 신동운, 전계서, 605면; 이재상, 전계서, 241면; 배종대·이상돈, 전계서, 263면.

197) 행형법은 수형자는 교도소장 또는 구치소장의 허가를 얻어야 타인과의 접견(제18조 제1항 전단), 서신의 수발(동 후단), 자비에 의한 보조치료(제28조), 도서의 열독(제33조), 금품의 접수(제42조 제1항)를 할 수 있고, 접견에 있어 교도관리가 참여하여(제18조 제3항), 면담의 요지를 기록하여야 하고(동 시행법 제58조 제1항), 접견 및 서신 발송의 횟수에 제한을 가하고(동령 제54조, 제61조), 서신을 검열하고(동법 제18조 제3항), 수수금품을 검사(동령 제133조)하도록 규정하고 있다. 그러나 수형자가 아닌 미결수용자(구속 피고인, 피의자)에 대하여는 그 접견교통에 관하여 아무런 규정도 두지 않고 있다

198) 현재결 1992. 1. 28, 91헌마111. 이에 대한 평석은 박승옥, “辯護人接見에서의 秘密侵害에 관한 憲法裁判所의 違憲決定의 意義”, 「法과社會」 통권 제6호, 1992 참조; 許營, “辯護人接見制限의 違憲性”, 「憲法裁判制度의 發展」, 憲法裁判資料 5輯, 1992. 12, 376-383면 참조.

타 물건의 검열이나 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다. 다만 의류, 양식, 의료품에 대해서는 수수를 금지 또는 압수 할 수 없다(동법 제91조 단서, 제209조).

그러나 법원은 필요한 최소한의 범위 내에서 제한조치를 해야 하고 이와 직결되지 않는 불필요한 제한결정까지 해서는 안 된다. 예컨대 도망의 염려가 있는 경우에는 도망에 사용될 물건인지 여부를 확인하기 위한 검열과 그러한 물건의 수수금지에 한정되어야 하고, 증거인멸의 염려가 있는 경우에만 접견금지결정도 가능하다고 보아야 한다. 구속된 피의자의 접견교통권에 대한 법원의 제한결정은 공소가 제기된 후에도 효력이 있으나 보석, 구속집행정지, 감정유치가 되어 구속이 해제되면 당연히 실효된다고 하겠다.

수사기관이 구속된 피의자와 변호인과의 접견교통권을 제한할 수 있다는 것은 입법론상 의문이며,¹⁹⁹⁾(동법 제209조, 89조) 이 경우에도 접견교통권에 대한 구체적 제한은 법원의 허가를 얻도록 하는 것이 합리적이며, 수사상 필요가 있다는 이유로 수사기관이 일방적으로 접견 또는 물건의 수수에 관하여 그 일시·장소·시간 등을 제한하는 조치를 취할 수 있도록 해야 한다.²⁰⁰⁾

(다) 接見交通權의 侵害와 救濟

접견교통권의 침해라 함은 접견교통권을 제한하는 법원 또는 수사기관의 처분이 위법한 경우로 구속피의자와 그 변호인과의 접견을 금지하거나, 변호인과 피의자와의 접견내용을 교도관리가 녹음하거나 의류·양식·의료품의 수수를 금지하거나 압수한 경우 등을 말한다. 어떠한 경우이든지 접견교통권을 침해한 경우는 인권의 침해임과 동시에 형사절차상 중대한 위법사유에 해당되므로²⁰¹⁾ 항고와 준항고, 현법소원에 의하여 구제되며 이에 기하여 얻은 증거는 증거능력이 배제된다.

1) 抗告 및 準抗告

199) 백형구, 전계서, 101면.

200) 앞서 본 바와 같이 일본 형사소송법은 제39조 제3항에서 이를 허용하면서 다만 피의자가 방어의 준비를 하는 권리를 부당하게 제한하는 것을 금하고 있다.

201) 심희기, “接見交通權의 侵害와 그 救濟方法”, 「刑事判例研究 1」, 1993, 353면.

법원이 결정으로 변호인의 접견교통권을 제한하였을 때에는 항고에 의하여 불복할 수 있고(동법 제402조, 제403조), 재판장 또는 수명법관이 접견교통권을 제한하는 내용의 구금에 관한 재판을 고지한 경우에는 준항고 할 수 있으며(동법 제416조 제1항 제2호), 검사 또는 사법경찰관의 구금에 관한 결정에 대해서도 준항고의 방법으로 법원에 그 처분의 취소나 변경을 구할 수 있다(동법 제417조). 그러나 항고나 준항고에 의한 구제는 즉시 접견교통권을 보장하여 주기 위한 적절한 대책이 될 수 없어 실효성이 적다는 본질적인 한계가 있다.²⁰²⁾

판례도 수사기관의 구금 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있는 경우에 행정소송 절차와는 다른 특별절차로서 준항고 절차를 마련하고 있는 형사소송법의 취지에 비추어 변호인이 신청한 접견이 신청일로부터 상당한 기간이 경과하도록 허용되지 않고 있는 것은 접견불허 처분이 있는 것과 동일시된다고 보고 접견불허 처분을 취소한 바 있다.²⁰³⁾ 그러나 미결구금시설인 경찰서 유치장이나 구치소에 의한 접견교통권의 침해행위에 대하여도 항고나 준항고가 인정될 수 있는가. 판례는 국가안전기획부에서 구속 수사하고 있는 피의자들의 구속영장상 인치장소가 경찰서 유치장으로 기재되어 있고, 그 산하 파출소가 국가안전기획부 부근에 위치해 있었을 경우에 변호인이 그 파출소에 피의자에 대한 접견신청서를 제출하였으나 접견이 이루어지지 아니한 사건에서, 위 파출소가 국가안전기획부와 인접한 위치에 있고 신청서에 국가안전기획부에 대하여 접견신청을 한다는 취지가 기재되어 있고, 접견신청의 취지가 유선으로 국가안전기획부에 전달될 수 있었다는 이유로 접견불허처분을 취소하였다.²⁰⁴⁾

결론적으로 피의자가 비록 미결구금 장소에 구금되어 있는 중 수사기관에 접견신청을 하고 접견이 거부된 때에는 준항고를 할 수 있다고 해야 하며, 판례의 태도는 이러한 의미에서 이해할 수 있다.²⁰⁵⁾

202) 이재상, 전계서, 246면.

203) 대판 1990. 2. 13, 89도37.

204) 대결 1991. 3. 28, 91도24.

205) 대결 2003. 11. 11, 2003도402에서는 영장에 의하지 아니하고 구금된 자와 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권을 제한하는 처분뿐만 아니라 구금된 피의자신문에 변호인의 참여를 불허하는 처분 역시 구금에 관한 처분에 해당한다고 보고 있다.

2) 證據能力의 排除

접견교통권의 침해에 대한 구제수단으로서 가장 문제되는 것이 바로 변호인의 접견교통권을 침해한 기간 중에 얻은 피의자 자백의 증거능력을 인정할 것인가이다. 예컨대 검사가 구속된 피의자와 그 변호인과의 접견을 금지시키거나 계속하여 검사실로 소환함으로써 구속된 피의자에게 변호인과 접견할 기회를 주지 않은 상태에서 피의자를 신문하여 자백을 받는 경우에 그 증거능력을 인정할 수 있는가이다. 이에 대해 다수설은 피의자의 헌법상 권리인 접견교통권이 침해된 상태에서 이루어진 자백은 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 배제되어야 한다고 한다.²⁰⁶⁾

판례도 “검사의 접견금지결정으로 피의자와 변호인의 접견이 금지된 상황 하에서 피의자신문조서가 작성되었다는 사실만으로 그 조서에 기재된 자백의 임의성이 없는 것이라고는 볼 수 없다”²⁰⁷⁾고 하였고, “검사작성의 피의자신문조서가 검사에 의하여 피의자에 대한 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 작성된 경우에는 증거능력이 없다”고 하였다.²⁰⁸⁾

이러한 판례의 태도는 구속피의자에 대한 변호인의 접견교통권의 제한이 위법한 경우에는 그 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 그 자백의 증거능력을 부정하여야 한다는 견해를 취하고 있는 것으로 수사상 자백의 증거능력에 관하여 위법수집증거의 배제법칙이 적용되는 취지라는 점에서 중대한 의미가 있다.²⁰⁹⁾

3) 憲法訴願

변호인의 조력을 받을 권리인 헌법상의 권리(헌법 제12조 제4항)이므로 변호인의 조력을 받을 권리의 구체적인 내용이 침해된 경우에는 형사소송법상의 개별적인 권리가 침해되는 것에 그치는 것이 아니라 헌법적 권리가 침해된 것이므로 헌법소원의 대상이 된다.²¹⁰⁾ 다만 그 방법에 있어서는 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에

206) 이재상, 전계서, 246면; 백형구, 전계서, 103면; 정웅석, 전계서, 237면; 배종대·이상돈, 전계서, 270면.

207) 대판 1984. 7. 10, 84도846.

208) 대판 1990. 8. 24, 90도6285; 대판 1992. 2. 28, 91도2337.

209) 백형구, “90학계와 판례의 동향”, 「월간고시」, 1990. 12, 118면.

210) 신동운, 전계서, 378면.

는 그 절차를 거친 후에 최후 수단으로 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여 그 처분의 위헌결정을 받을 수 있다.

따라서 접견방해 행위가 이미 끝난 관계로 이를 취소할 여지가 없어 권리구제에 별 도움이 되지 않더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고 헌법질서의 유지·수호를 위해서 이미 종료한 침해행위에 대한 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있는 것이다.

헌법 재판소는 국가안전기획부 면회실에서 수사관의 입회 하에 변호인의 피의자 접견이 이루어진 사안에 대해 접견의 비밀이 침해 되었다며 헌법소원을 제기한 사안에 대해 “청구인이 침해된 권리의 취소·변경의 청구를 하더라도 접견방해 행위가 이미 종료된 사실행위인 관계로 형사소송법 제417조에 의해서는 재판의 이익이 없음을 이유로 동 청구를 각하할 수밖에 없기 때문에 헌법소원의 심판청구 외에는 달리 효과적인 구제방법을 찾을 수 없다”고 결정하였다.²¹¹⁾ 이 결정은 그동안 행형법 제62조와 교도관집무규칙 제 51조 제1항, 피의자유치 및 호송규칙에 의거 교도관 등의 입회하에 변호인의 접견이 제도적으로 이루어져 온 관행을 시정할 수 있는 입법상의 불비를 해결한 것으로 높이 평가된다.

나. 拘束期間의 制限

형사소송법상의 구속기간에는 수사기관의 피의자에 대한 구속기간(형사소송법 제202조, 203조, 205조)과 수소법원의 피고인에 대한 구속기간(동법 제92조)이 있다. 구속기간이란 점에서 양자는 동일하나, 기간의 제한, 기간의 연장 등에 있어 차이가 있다. 수사기관의 피의자에 대한 체포기간은 피의자에 대한 구속기간이 아니지만 그 기간은 구속기간에 산입된다(동법 제203조의 2). 형사소송법은 피의자에 대한 인권 보장과 재판의 신속을 도모하기 위해서 수사기관의 구속기간을 제한하고 있으며, 미결구금기간을 가급적 단축하려는 취지에서 기간계산의 일반원칙(동법 제66조)에 대한 예외를 인정하고 있다(동조 1항 단서 및 3항 단서).

211) 현재결, 1992. 1. 28, 91현마111.

(1) 搜查機關의 拘束期間

(가) 司法警察官의 拘束期間

사법경찰관의 피의자에 대한 구속기간은 10일이다(동법 제202조). 사법경찰관의 구속기간에 대해서는 피의자의 구속당시 이미 범죄의 객관적 혐의에 대한 수사가 대부분 완료되므로, 구속피의자의 인권보장을 위해서는 사건의 신속한 송치가 요청 된다는 점 등을 고려할 때 사법경찰관의 피의자에 대한 구속기간은 이를 단축하는 것이 입법론은 물론 통설의 태도로서 타당하다 할 것이다.²¹²⁾

(나) 檢事의 拘束期間

검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다(동법 제203조). 검사는 공소제기 후에도 수사를 할 수 있으나 구속기간 내에 공소를 제기하지 아니하면 구속된 피의자를 석방하여야 하므로, 검사의 구속기간은 피의사건의 종국처리에 필요 한 수사기간의 성질을 갖는다.²¹³⁾ 따라서 구속기간이 경과된 후에 피의자를 석방하지 아니하고 공소를 제기한 경우에도 그 공소제기 자체는 유효하다고 해석하여야 하므로 검사의 구속기간은 이를 공소제기기간이라고 할 수 없다.²¹⁴⁾ 이에 대하여 구속기간을 초과하면 구속영장의 효력은 상실되어 불법구속이 되므로 검사의 피의자에 대한 구속기간을 공소제기 기간이라는 견해도 있다.²¹⁵⁾

한편 검사에 의한 피의자의 구속기간은 피의사건에 대하여 공소제기 여부를 결정하기 위한 수사계속의 필요성과 수사기관의 구속기간은 이를 가급적 단축하여야 한다는 인권보장적 요청과의 조화라는 점을 고려할 때 검사의 구속기간을 원칙적으로

212) 백형구, 전계서, 292면.

213) 백형구, “구속기간에 관한 이론적·실무적 고찰”, 「법률학의 제문제」, 유기천박사고회 기념논문집, 1988, 283면; 靑柳文雄 外, 전계서, 138면.

214) 平場安治 外, 전계서, 101面; 이선중, 「주석형사소송법」, 한국사법행정학회, 1978, 235 면; 백형구, 전계서, 292면.

215) 전용득, 전계논문, 67-68면. 판례는 구속기간을 도과한 구속의 효력에 관하여 구속영장의 효력이 당연히 실효되는 것은 아니라고 판시하고 있다(대판 1964. 11. 17, 64도428).

10일로 제한하는 현행법의 태도는 타당하다고 본다.²¹⁶⁾

(2) 拘束期間의 延長

사법경찰관의 구속기간에 대해서는 원칙적으로 연장이 허용되지 않지만 검사의 구속기간은 1차에 한하여 연장이 허용된다. 피의사건의 진상파악, 피의자의 신병확인이라는 수사의 목적을 달성하기 위한 불가피한 요청이다. 이 경우 구속기간의 연장의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다(동법 제205조 제2항).

(가) 延長事由

구속기간의 연장은 “수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때”에 한하여 허용된다(동법 제205조 제1항). 수사를 계속함에 상당한 이유가 있는 때라 함은 피의사건에 대해 기소·불기소를 결정을 하기 위하여 수사의 계속이 고도로 필요한 경우를 의미하며, 이 경우 “상당한 이유”가 있느냐 여부는 피의사건의 성질과 내용, 수사의 복잡성과 필요성 등을 고려하여 구체적으로 판단하여야 한다.²¹⁷⁾

피의자가 진술거부권을 행사함으로써 증거의 수집이 곤란한 경우가 「수사를 계속함에 상당한 이유가 있는 때」에 해당하는가에 대하여 진술거부권의 행사가 피고인의 소송법상 권리라는 점을 들어 소극적으로 해석하는 견해가 있으나,²¹⁸⁾ 진술거부권의 행사로 인하여 피의자의 특정 또는 증거의 수집이 곤란한 경우에는 구속기간연장의 사유로 인정하여야 한다.²¹⁹⁾ 이 경우는 수사계속의 필요성이 인정되는 경우에 해당하기 때문이다.

여죄수사의 필요가 구속기간의 연장사유에 해당하는가에 대해 학설은 대립되고 있다. 즉 적극설은 동시수사·동시처리라는 합목적성을 논거로 여죄수사를 위해서 필요한 경우에는 구속기간의 연장이 허용된다고 하며,²²⁰⁾ 소극설은 구속기간의 연장

216) 백형구, 전계서, 317면.

217) 상계서, 293면.

218) 宮下明義, 「新刑事訴訟法 逐條解說 II」, 사법경찰연구회 공안발행소, 1949, 80면; 平場安治 外, 103면; 小野清一郎, 「註釋刑事訴訟法」, 有斐閣, 1955, 390面; 李善中, 전계서, 236면.

219) 백형구, 전계서, 318면.

은 가급적 억제하여야 한다는 점과 사건단위설을 그 이론적 근거로 구속기간의 연장은 허용되지 않는다고 한다.²²¹⁾

생각헌데, 적극설은 피의자에 대한 구속영장의 효력은 그 구속영장에 기재된 범죄사실에 대해서만 미치므로 타당하다고 할 수 없고, 소극설은 동일 피의자에 대한 여죄사실에 대해서는 동시수사, 동시처리가 요청된다는 점을 고려할 때 그 이론적 합리성을 인정하기 어렵다.

절충설은 여죄사실이 구속의 사유로 된 피의사실과 무관한 경우에는 구속기간의 연장이 허용되지 아니하나 여죄수사가 구속의 사유로 된 피의사실에 대한 기소·불기소의 결정에 불가결하다고 인정되는 경우에는 여죄수사를 이유로 하는 구속기간의 연장이 허용된다는 견해로서 적극설과 소극설을 절충하는 입장이다.²²²⁾ 이 견해가 여죄수사에 대해서는 동시수사·동시처리가 요청된다는 점과 구속기간에 대한 사법적 억제의 강화라는 점을 아울러 고려할 때 가장 타당하다 할 것이다.

(나) 延長의 節次 · 方式

구속기간의 연장은 검사의 연장신청과 판사의 연장허가에 의해서 이루어진다(동법 제205조1항). 검사의 구속기간은 원칙적으로 1차에 한하여 연장이 허용되나(동법 제205조 제1항) 사법경찰관의 구속기간에 대해서는 원칙적으로 연장이 허용되지 않는다. 다만 반국가단체를 구성하거나 그 구성원 및 지령을 받은 자가 목적을 수행하거나 이를 지원하거나 그 情을 알면서 수사기관 또는 정보기관에 고지하지 아니한 죄(국가보안법 제3조, 제10조)로 구속된 피의자에 대한 사법경찰관의 구속기간은 검사에게 신청하여 검사의 청구가 있는 경우에 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때에 1차에 한하여 연장이 허가된다(동법 제19조 제1항). 이 경우 검사는 2차에 걸쳐 연장할 수 있다(동법 제19조 제2항).

구속기간의 연장신청은 검사가 구속기간 연장허가 신청서라는 서면에 수사를 계속하여야 할 상당한 이유와 연장을 구하는 기간을 기재하여 연장의 필요를 인정할

220) 平場安治, 「刑事訴訟法講義」, 有斐閣, 1958, 274면.

221) 平野龍一, 「형사소송법」, 유비각, 1983, 103면; 石川才顯, 「刑事訴訟法講義」, 일본평론사, 1981, 130면.

222) 平場安治 外, 전계서, 103면; 백형구, 전계서, 293면; 전용득, 전계논문, 70면.

수 있는 자료와 함께 지방법원 판사에게 제출하여야 한다(형사소송법 제205조 제2항).²²³⁾ 여기서 지방법원은 검사가 소속한 지방검찰청 또는 지청에 대응하는 지방법원 또는 지원을 의미하며 구속영장을 발부한 법원을 의미하는 것이 아니다.

그리고 구속기간 연장의 필요성에 관한 판단은 판사의 권한이므로 검사의 연장신청에 대한 허가여부는 판사의 재량에 속한다. 다만 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때에는 그 허가는 의무적이다. 또한 판사는 검사의 신청일수에 구속되지 않지만, 기간을 초과하여 연장하는 것은 허용되지 아니한다.²²⁴⁾

검사의 구속기간 연장신청을 허가 또는 불허가는 재판의 일종이며 명령의 형식을 띠고 있다. 구속기간의 연장의 재판에 대해서는 준항고가 허용되지 않는다.²²⁵⁾

(다) 延長의 效果

구속기간의 연장신청에 관한 재판은 그 재판서의 정본이 검사에게 송부된 때에 그 효력이 발생한다. 구속기간연장 허가결정의 고지에 의해서 검사의 구속기간은 연장되며, 연장된 구속기간의 기산일은 1차 구속기간만료일 익일이다(형사소송규칙 제98조).

(라) 拘束期間의 計算

1) 拘束期間의 起算點

검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속한 경우, 그 기산점은 피의자가 실제로 신체의 구속을 당한 때이다.²²⁶⁾ 그러므로 호송중의 가유치기간(형사소송법 제209조, 제

223) 백형구, “구속기간에 관한 이론적·실무적 고찰”, 285면.

224) 平場安治 外, 전계서, 105면; 青柳文雄 外, 전계서, 148面; 백형구, 전계서, 320면.

225) 대결 1997. 9. 29, 97모66에서 형사소송법 제402조, 제403조에서 말하는 법원은 형사소송법상의 수소법원만을 가리키므로, 같은 법 제205조 제1항 소정의 구속기간의 연장을 허가하지 아니하는 지방법원 판사의 결정에 대하여는 같은 법 제402조, 제403조가 정하는 항고의 방법으로는 불복할 수 없고, 나아가 그 지방법원 판사는 수소법원으로서의 재판장 또는 수명법관도 아니므로 그가 한 재판은 같은 법 제416조가 정하는 준항고의 대상이 되지도 않는다(대결 1997. 6. 16, 97모1; 대결 1986. 7. 12, 86모25 등). 日本에서는 준항고가 허용된다는 것이 통설이다(平場安治 外, 전계서, 105면);

226) 긴급체포(제206조) 또는 현행범인체포(제212조, 제213조)의 경우에도 구속기간의 기산점

86조)도 구속기간에 산입된다.²²⁷⁾ 검사가 사법경찰관으로부터 사건송치를 받으면서 피의자의 인치를 받은 때에는 인치를 받은 때가 구속기간의 기산점으로 된다(동법 제203조). 검사가 타관송치(동법 제256조)에 의하여 피의자를 송치받은 경우에는 송치전 검사의 구속기간이 송치 후 검사의 구속기간에 산입된다.

2) 拘束期間의 計算

구속기간의 계산에 관하여 구속기간의 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정 하며(동법 제66조 제1항), 구속기간의 말일이 공휴일에 해당하는 경우에도 이를 기간에 산입한다(동조 제3항). 이와 같이 구속기간의 계산에 관하여 기간계산의 일반 원칙인 초일불산입의 원칙, 공휴일불산입의 원칙에 대한 예외를 인정한 것은 수사기관 또는 법원의 구속기간을 가급적 단축하려는 인권보장적 취지이다.²²⁸⁾

구속기간의 계산방법은 자연적 계산방법에 의하며, 피의자가 도주한 경우 도주기간이나 구속집행정지기간은 구속기간에 산입하지 아니한다(동법 제209조, 제101조). 다만 도주일 및 재수감일은 구속기간에 산입된다.

또한 구속중인 피의자에 대하여 감정유치장이 집행되었을 때에는 그 구속은 집행이 정지된 것으로 간주되므로(동법 제221조의32항, 제172조의2) 감정유치기간은 피의자의 구속기간에 산입하지 아니한다.²²⁹⁾

피의자에 대한 구속적부심사기간은 피의자가 현실적으로 구속된 기간이며, 그 기간 중에 구속의 집행이 정지된 것으로 간주되지도 아니하나 수사기관의 피의자에 대한 구속기간(동법 제202조, 제203조, 제205조)에 산입하지 아니한다(동법 제214조의2 제9항).

3) 拘束期間의 滿了

사법경찰관이나 검사의 피의자에 대한 구속기간이 만료되면 구속영장은 당연히 실효된다. 따라서 사법경찰관이 구속피의자를 검사에게 송치함이 없이 구속기간이 만료되거나 검사가 공소제기를 함이 없이 구속기간이 만료된 경우에는 즉시 피의자

은 영장 없이 실제로 구속된 때이며, 사전영장에 의한 경우에는 구속영장의 집행시이다.

227) 백형구, “구속기간에 관한 이론적·실무적 고찰”, 287면.

228) 상계논문, 288면.

229) 감정유치기간은 미결구금일수로서 본형에 산입된다(제221조의3 제2항, 제172조 제8항).

를 석방하여야 한다(동법 제202조, 제203조). 이에 위반하여 수사기관이 피의자를 계속 구속하는 경우는 불법구속에 해당하며 이 기간 중에 얻어진 피의자의 자백은 위법수집증거배제법칙에 의해서 그 증거능력이 부정된다.²³⁰⁾

구속기간이 경과된 후에 피의자를 구속한 상태에 두고 검사가 공소를 제기한 경우에 적법절차(due process of law)의 법리를 강조하는 입장에서는 공소제기가 위법·무효라고 하지만, 피의자구속의 위법과 공소제기의 위법은 이를 구별하여야 하므로 이 경우에도 공소제기는 적법·유효하다고 해석하여야 한다.²³¹⁾

다. 再拘束의 制限

검사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실로 재차 구속하지 못한다(동법 제208조). 재구속의 제한은 수사기관의 중복적 구속을 억제함으로써 피의자의 인권(인신의 자유)을 보장하려는데 그 입법이유가 있다.²³²⁾

이 경우 1개의 목적을 위하여 동시 또는 수단·결과의 관계에서 행하여진 행위는 동일한 범죄사실로 간주된다. 동일한 범죄사실이냐 여부는 구성요건적 평가 이전의 역사적·사회적 행위로서의 범죄행위가 동일한가 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 이는 공소사실의 동일성의 판단기준에 관한 범죄행위동일설²³³⁾을 전제로 한 이론 구성이다. 따라서 절도의 범죄사실로 구속되었다가 수사기관에 의하여 석방된 피의자를 그 장물을 보관하였다는 범죄사실로 재차 구속하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다.²³⁴⁾ 다른 중요한 증거를 발견한 경우에는 동일한 범죄사실로 재구속이 허용된다. 피의자를 동일한 범죄사실로 재차 구속하기 위한 구속영장청구서에는 재구속의 취지와 이유를 기재하여야 한다(동법 제201조 4항, 규칙 99조). 구속적부심사의 결과 법원의 석방결정에 의하여 석방된 피의자라 할지라도 피의자가 도망하거나 죄

230) 백형구, 전 계논문, 289면.

231) 상 계논문, 289면.

232) 대판 1969. 5. 27, 69도509에서 형사소송법 제208조의 규정은 수사기관이 피의자를 구속하는 경우에만 적용되고 법원이 피고인을 구속하는 경우에는 적용되지 않는다고 하였다.

233) 백형구, 전 계서, 208면.

234) 대결 2000. 11. 10, 2000도134; 대결 1996. 8. 12, 96도46.

증을 인멸한 경우에는 동일한 범죄사실로 재차 구속하는 것이 허용된다(동법 제214조의 3). 국가보안법 위반사건의 피의자에 대하여 공소보류가 취소된 경우에는 동일한 범죄사실로 재차 구속할 수 있다(국가보안법 제20조 4항).

3. 逮捕·拘束被疑者の救濟制度

가. 逮捕·拘束適否審査制度

(1) 意義

현행법상 구속된 피의자를 석방하기 위한 제도로는 체포적부심사제도와 구속적부심사제도가 있는데 체포·구속적부심사제도란 일정한 자의 청구에 의해 법원이 수사기관에 의한 피의자의 체포·구속의 적부를 심사하여 그 체포·구속이 위법, 부당하다고 인정하는 경우에 체포·구속된 피의자를 석방하는 제도를 말한다.

이 제도는 수사기관의 불법구속, 부당구속을 시정하여 피의자의 인권을 보장하려는데 그 존재이유가 있으며,²³⁵⁾ 수사단계에서 체포 또는 구속된 피의자를 석방하기 위한 제도라는 점에서 법원이 구속된 피고인의 석방을 결정하는 보석(형사소송법 제94조 이하)과 구별되며, 법원의 결정에 의하여 피의자를 석방한다는 점에서 검사가 직권으로 피의자를 석방하는 체포·구속취소(동법 제93조, 제209조, 제200조의5, 제213조의2)와 구별된다.

또한 체포·구속적부심사제도는 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 발부를 요건으로 하고 체포·구속의 적부여부 이외에도 구속계속의 필요성까지 심사의 대상으로 한다는 점에서 독일 형사소송법상의 구속심사제도(Haftprüfung)와 유사하며 법관이 발부한 영장에 대한 재심절차 내지 항고적 성격을 가진다고 할 수 있다.²³⁶⁾

(2) 制度의 内容

235) 백형구, 전계서, 270면.

236) 이재상, 전계서, 247면; 배종대·이상돈, 전계서, 272면; 유인학, “구속적부심사제도와 그 개선책”, 「고시계」, 1985. 10, 149면.

(가) 請求權者

현행 형사소송법은 체포·구속 적부심사를 청구할 수 있는 자로 “체포영장 또는 구속영장에 의해 체포·구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주”를 규정하고 있다(동법 제214조의2 제1항).

이에 의하면 청구권자는 체포영장 또는 구속영장에 의해 체포 또는 구속된 피의자 및 그와 일정한 관계가 있는 자로 제한하고 있어 체포영장에 의하지 않고 체포된 피의자, 즉 임의동행에 의해 보호실에 유치되거나 긴급체포 또는 현행범으로 체포된 피의자는 체포적부심사를 청구할 수 있는가가 문제되는데 학설은 나뉜다. 적극설은 헌법 제12조 제6항을 근거로 청구권이 있다는 견해²³⁷⁾이고, 소극설은 형사소송법 제214조 2 제1항을 근거로 청구권이 없다는 견해²³⁸⁾이다.

생각건대 체포·구속심사청구권은 헌법상의 권리(헌법 제12조 제6항)이고, 이 제도를 인정한 취지가 긴급체포에 의한 체포의 남용을 방지하여 형사소송의 지도원리인 무죄추정의 원칙과 불구속수사의 원칙 등을 더욱 공고히 하여 인권의식 성장에 기여하는데 있다는 점을 고려하면 위법, 부당하게 체포·구속된 피의자 등에게도 체포·구속적부심사청구권이 인정되어야 한다고 본다. 대법원도 긴급체포된 피의자는 체포적부심사청구권을 가진다고 판시²³⁹⁾하고 있다. 자세한 내용은 제5장 피의자에 대한 인권보장의 문제점과 개선방안에서 살펴보기로 한다.

(나) 請求事由

적부심사의 청구사유는 체포 또는 구속의 적부이다. 여기서 체포 또는 구속의 적부란 체포 또는 구속의 불법뿐만 아니라 부당, 즉 구속계속의 필요성에 대한 판단을 포함한다.²⁴⁰⁾ 전자의 예로는 긴급체포, 현행범체포 등의 사유가 없는데도 영장 없이 체포한 경우, 재구속의 제한(형사소송법 제208조)에 위반하여 구속영장이 발부된 경

237) 이주일, “체포·구속적부심사제도의 합리적 해석”, 「외법논집」 제15집, 외국어대학교, 2003. 12, 451면; 이재상, 상계서, 251면; 배종대·이상돈, 상계서, 273면.

238) 백형구, 전계서, 273면; 신양균, 전계서, 180면.

239) 대법원 1997. 8. 27, 97도21.

240) 이재상, 전계서, 252면; 신동운, 전계서, 181면; 백형구, 전계서, 274면; 신현주, 전계서, 291면; 배종대·이상돈, 전계서, 274면.

우나 영장주의의 예외에 의하여 체포된 자에 대하여 구속영장 청구기간이 경과 후에 구속영장이 발부된 것과 같이 영장발부가 위법한 경우를 말하며, 후자의 예로는 구속사유가 없음에도 불구하고 구속영장이 발부된 경우나 경미한 사건으로 주거가 일정한 피의자에게 구속영장이 발부된 경우와 같이 구속의 필요성에 대한 판단이 잘못된 경우와 체포자체는 적법하게 이루어졌으나 체포 후에 발생한 사정으로 계속 구금할 필요가 없거나 체포의 필요성에 대한 판단이 변경된 경우가 여기에 해당한다.

특히 현행 형사소송법이 구속적부심사청구를 통하여 보증금납입조건부 석방결정을 할 수 있도록 한 점을 감안한다면 부당한 구속인가 여부에 대한 판단은 지나치게 엄격해서는 안 될 것이며 체포의 필요성이 있는가 여부에 대한 판단은 심사를 하는 시점을 기준으로 해야 할 것이다.²⁴¹⁾

(다) 法院의 審査

체포·구속적부심사청구사건은 원칙적으로 지방법원 합의부 또는 단독판사가 담당하며, 예단을 배제하기 위하여 영장발부에 관여한 법관은 심사에 관여하지 못하는 것이 원칙이다. 다만 판사가 1인인 지방법원 지원의 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제214조의2 제11항).

체포적부심사를 청구한 경우에 체포된 피의자에게 변호인이 없는 경우 또는 청구한 이후에 변호인이 없게 된 경우에는 일정한 요건 하에 법원은 직권 또는 청구에 의하여 국선변호인을 선정하여야 한다(동법 제214조의2 제9항, 제33조, 규칙 제16조 제5항). 다만 체포 또는 구속의 적부심사청구가 간이기각결정사유에 해당하는 때에는 변호인을 선정할 필요가 없다(동조 제1항 단서).

청구에 의하여 국선변호인을 선정하는 경우에 피의자는 기록에 의하여 그 사유가 소명되었다고 인정될 때가 아니면 그 사유에 대한 소명자료를 제출하여야 한다(동조 제4항).

체포적부심사의 청구를 받은 법관은 지체 없이 심문기일을 지정하여야 한다. 심문기일은 청구한 때로부터 24시간 이내로 정하여야 한다(형사소송규칙 제103조 제1항,

241) 보석·구속집행정지 및 적부심사의 처리에 관한 예규(재형 2003-5), 재판예규 제901호, 제19조 제1항.

제2항). 심문기일을 지정한 법관은 즉시 청구인·변호사·검사 및 피의자를 체포하고 있는 판서의 장에게 심문기일과 장소를 통지하여야 하고(동규칙 제104조 제1항), 통지는 서면 외에 전화 또는 모사전송기 기타 상당한 방법으로 할 수 있다(동조 제2항, 제54조의2 제3항).

수사 중인 검사 또는 사법경찰관은 심문기일에 수사 관계서류 및 증거물을 법원에 제출하여야 하고, 피의자를 체포하고 있는 판서의 장은 심문기일에 피의자를 출석시켜야 한다(동규칙 제104조 제2항).

체포적부심사의 청구를 받은 법관은 간이기각결정을 하는 경우를 제외하고는 심문기일에 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사한다(형사소송법 제214조의2 제3항). 피의자를 심문할 때에는 공범의 분리심문 기타 수사상 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취해야 한다(동조 제10항).

검사·청구인·변호인은 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있으며(동조 제8항), 심문기일에 출석한 검사·청구인·변호인은 법원의 심문이 끝난 후에 체포된 피의자를 심문할 수 있고(형사소송규칙 제105조 제1항), 적부심사를 청구할 권한이 있는 자는 피의자에게 유리한 증거를 제출할 수 있다(동조 제2항).

(라) 法院의 決定

법원은 체포된 피의자에 대한 심문이 종료된 때로부터 24시간 이내에 적부심사청구에 대한 결정을 하여야 한다(동규칙 제106조). 이 결정은 기각결정 또는 석방결정의 형태로 이루어지는데, 결정의 내용을 불문하고 결정에 대하여는 항고하지 못한다(형사소송법 제214조의2 제7항).

1) 棄却決定

법원은 청구가 절차에 위반하였거나 심사결과 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 청구를 기각하여야 한다(동법 제214조의2 제3항 전단). 이 규정은 특히 불법 또는 부당한 구속이라는 실질적 요건이 결여된 경우에 적용된다.

청구가 형식적 요건을 결여한 경우에는 심문 없이 청구를 기각할 수 있는데, 이를 간이기각결정이라고 한다. 협행법은 형식적 요건이 결여된 경우로, ① 청구권자 아

닌 자가 체포적부심사를 청구하거나 동일한 체포영장의 발부에 대하여 재청구한 때 ② 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적이 명백한 때를 규정하고 있다(동조 제2항). 이외에도 체포적부심사청구서의 기재요건에 중대한 하자가 있거나 체포된 피의자에 대하여 구속영장이 발부되거나 공소가 제기된 경우에도 간이기 각결정을 하여야 할 것이다.²⁴²⁾

2) 釋放決定

법원은 심사결과 청구가 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 체포된 피의자의 석방을 명하여야 한다(동법 제214조의2 제3항 후단). 결정으로 석방된 피의자는 도망하거나 죄증을 인멸하는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 대하여 재차 체포하지 못한다(동법 제214조의3 제1항). 석방결정은 그 결정서의 등본이 검찰청에 송달된 때에 효력을 발생한다(동법 제42조).

여기서 법원이 석방결정을 한 후 그 결정서가 검찰청에 송달되기 전에 공소가 제기된 경우에 석방결정의 효력에 대해서 견해가 대립되어 있었다. 즉 결정서가 검찰청에 송달된 때에 효력이 발생한다는 견해²⁴³⁾와 석방결정의 고지와 함께 효력이 발생한다는 견해²⁴⁴⁾가 그것인데, 헌법재판소에서 “구속된 피의자가 적부심사청구권을 행사한 경우 검사는 그 적부심사절차에서 피구속자와 대립하는 반대 당사자의 지위만을 가지게 됨에도 헌법상 독립된 법관으로부터 심사를 받고자 하는 청구인의 절차적 기회가 반대 당사자의 전격기소라고 하는 일방적 행위에 의해 제한되어야 할 합리적인 이유가 없다는 등으로 전격기소의 헌법 불합치 결정을 하였다.²⁴⁵⁾ 그 이후 형사소송법의 개정에 의해 이 문제는 입법적으로 해결되었다.²⁴⁶⁾

242) 신양균, “체포적부심사제도”, 「고시계」 제43권 4호, 1998, 3, 140면.

243) 이재상, 전계서, 254면; 백형구, 전계서, 277면.

244) 이에 대해서는 검사의 집행지휘를 요하는 재판은 검사에게 송부될 것을 요하므로(제42조, 제44조 참조), 석방결정도 결정서가 검찰청에 송달된 때 효력이 발생한다고 보는 견해도 있다(정웅석, 전계서, 254면; 이주일, 전계논문, 456면).

245) 현재결 2004. 3. 25, 2002헌마104.

246) 형소법 제214조의2 제3항의 후단에 심사청구 후 피의자에 대하여 공소가 제기가 있는 경우에도 또한 같다를 신설하고, 동조 제 4항 각호 외의 부분 본문 중 법원은 구속된 피의자를 법원은 구속된 피의자(심사청구 후 공소제기된 자를 포함한다)로 하였다.

나. 被疑者의 保釋

(1) 意 義

피의자구속이 형벌권의 정당한 실현이라는 국가목적을 위해 불가피하다 하더라도 피의자는 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정되므로 가급적 불구속 상태에서 재판을 받는 것이 헌법정신이며 형사소송법의 기본원칙이다.²⁴⁷⁾ 특히 수사실무상 피의자의 자백을 받거나 수사를 용이하게 하기 위하여 피의자의 구속을 이용한다는 점을 고려하면 비록 적법한 구속이라 할지라도 계속 구금의 타당성에 대한 심리의 청구가 필요로 하며, 이 경우 보증금을 전제로 하여 보석을 허가하여 피의자를 석방한다면 장기간 구속으로 인한 폐해를 방지할 수 있을 것이다.

이러한 요청에 의해 우리나라의 형사소송법은 제9차 개정시 체포제도와 영장실질심사제도를 새로이 도입하면서 보석제도를 기초 전까지 확대하는 피의자보석을 도입하였다. 그 결과 현행법상 구속된 피의자가 석방될 수 있는 방법으로는 종래의 구속취소(동법 제93조, 제209조)와 구속집행정지(동법 제101조, 제209조) 및 구속적부심사(동법 제214조의2)외에 법원의 보석결정을 통한 방법이 추가되었다. 그러나 이제도는 구속적부심사의 청구가 있을 때에만 법원의 직권에 의한 석방을 명할 수 있을 뿐인 직권보석이고 재량보석이며 피의자에게는 보석권이 인정되지 않는 등 그 내용면에서는 상당한 문제점을 안고 있다. 이하에서는 피의자보석의 개괄적인 내용만 살펴본 후 제5장의 피의자에 대한 인권보장의 문제점과 개선방안에서 자세한 내용을 다루기로 한다.

(2) 制度의 內容 및 節次

피의자보석은 피의자에게 보석청구권이 인정되지 않고 법원이 직권에 의해 보석여부를 결정하는 직권보석이면서 재량보석이다.²⁴⁸⁾ 따라서 보증금납입조건부 피의자

247) 배종대 · 이상돈, 전계서, 281면; 이인영, “被疑者保釋制度의 問題點과 改善方案에 關한 考察”, 「한림법학」 제10권 1호, 2001. 11, 120면 이하.

248) 정영석 · 이형국, 「형사소송법」, 법문사, 1996년, 194면; 배종대 · 이상돈, 전계서, 283면.

석방제도는 피고인에게 인정된 보석과 몇 가지 차이가 있다. 즉 필요적 보석이 인정되지 않는다는 점, 석방결정으로 구속영장의 효력이 상실되므로 재구속을 할 필요가 있는 경우라도 보석과 달리 보석자체를 취소할 수 없고 재체포 내지 재구속만 가능하다는 점, 피의자가 석방을 받기 위해서는 적부심사를 반드시 청구해야 한다는 점이 그것이다.²⁴⁹⁾

구속적부심사를 청구한 피의자에게 ① 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있거나 ② 피해자, 당해사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때에는 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방결정을 하여서는 안 된다(동법 제214조의2 제4항). 전자는 피의자가 실체적 진실의 발견을 방해하는 경우에 보석을 허용하지 않겠다는 취지이며, 후자는 피해자 또는 증인을 보호하기 위한 취지의 규정이다.

구속적부심사를 청구한 피의자에 대해서 보증금의 납입을 조건으로 석방을 명하는 결정을 하는 경우에는 주거의 제한 기타 적당한 조건을 부가할 수 있으며(동법 제214조의2 제5항), 구속적부심사청구자 이외의 자에게 보증금의 납입을 허가할 수 있고 유가증권 등으로 보증금에 갈음함을 허가할 수 있다(동조 제6항).

법원이 보석결정에 의하여 피의자가 석방된 후 재체포 및 재구속사유로 피의자를 재차 구속할 경우, 공소가 제기된 후 법원이 피의자보석결정에 의해 석방된 자를 재차 구속할 경우에 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 피의자보석결정으로 납입된 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다(동법 제214조의4 제1항).

(3) 逮捕適否審查請求 被疑者에 대한 保釋許容 여부

피의자보석과 관련하여 현행 형사소송법 제214조의 2 제4항 본문에는 “법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 있다고 규정함으로써 그 대상을 구속된 피의자만으로 제한하고 있다. 따라서 체포된 피의자도 체포적부심사 청구와 함께 보증금납입조건부피 의자석방을 청구할 수 있는가가 문제이다.

249) 이재상, 전계서, 255면; 백형구, 전계서, 285면; 신양균, 전계논문, 141면.

이에 대해 판례와 소극설은 현행법이 명문으로 구속된 피의자에 대해서만 보석을 인정하고 있고 헌법상 그에 대한 권리가 규정되어 있지 않으며, 체포기간이 48시간에 불과하며 구속전 피의자신문제도가 인정되어 신체의 자유에 대한 절차적 보장이 미흡하지 않다는 이유 등을 제시하고 있다.²⁵⁰⁾ 그러나 본 제도의 취지가 불구속수사 원칙을 지킴으로서 신체의 자유에 대한 절차적 보장 내지는 무죄추정의 원칙에 있다는 점을 감안하면 체포된 피의자보석은 체포의 경우에도 당연히 인정되어야 한다고 본다.²⁵¹⁾

(4) 被疑者保釋 決定에 대한 抗告 여부

형사소송법 제214조의 2 제7항은 “제2항과 제3항의 결정에 대해서는 항고할 수 없다”고 규정하여 체포·구속적부심사청구에 대한 결정에 대해서는 항고를 금지하고 있는데 제4항의 보증금납입조건부 석방결정에 대해서는 별도의 규정을 두지 않다. 따라서 이 경우의 결정에 대해서도 마찬가지로 항고가 금지되어 있는지 문제된다. 이에 대해서 대법원은 제214조의 2항, 제3항, 동법 제402조의 단서에 의해 제214조의 2제4항의 규정에 의한 보증금납입조건부 석방결정이 항고의 대상이 되지 아니한다고 판단한 원심의 결정에는 위 법조항 등의 법리를 오해한 위법이 있다고 판시하였다.

형사소송법 제402조의 규정에 의하면 법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있으나, 같은 법에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 하도록 되어 있다. 그러나 체포 또는 구속적부심사절차에서의 법원의 결정에 대한 항고의 허용 여부와 관련, 동법 제214조의 2 제7항은 제2항과 제3항의 기각결정 및 석방결정에 대하여 항고하지 못하는 것으로 규정하고 있을 뿐이고 제4항에 의한 석방결정에 대하여 항고하지 못한다는 규정을 두고 있지 않다. 그런데 동법 제214조의2 제3항의 석방결정은 체포 또는 구속이 불법이거나 이를 계속할 사유가 없는 등 부적법한 경우에 피의자의 석방을 명하는 것임에 비하여, 동법 제214조의 2 제4항의 석방결정은 구속의 적법을 전제로 하면서 그 단서에서 정한 제한사유가 없는 경우에 한하여 출

250) 대법원 1997. 8. 27, 97모21; 신양균, 상계논문, 142면; 하태영, 전계논문, 329면; 이재상, 상계서, 256면.

251) 신동운, 전계서, 224면; 신현주, 전계서, 320면.

석을 담보할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 피의자의 석방을 명하는 것이어서 동법 제214조의 2 제3항의 석방결정과 제4항의 석방결정은 원래 그 실질적인 취지와 내용을 달리 하는 것이다. 그런데 동법 제214조의 3은 동법 214조의2 제3항의 규정에 의한 결정에 의하여 석방된 피의자와 제4항의 규정에 의하여 석방된 피의자의 각 체포 및 재구속의 제한에 관하여도 달리 취급하고 있으므로 그 각 석방결정에 대한 항고의 허용 여부에 관하여 달리 취급하는 것이 체포 또는 구속적부심사제도에 관한 법의 취지에 어긋난다고 단정할 수 없다

대법원의 판단을 살펴보면 형사소송법 제214조의 2 제7항에서 제2항과 제3항의 결정에 대하여는 항고하지 못한다고 규정하고 있는데, 이는 기각결정이나 석방결정 어느 것에 대하여도 항고를 못하다는 취지이다. 체포적부심에서의 보증금 납입을 조건으로 한 석방결정은 동법 제214조의 2 제4항에 의한 것이지만 동법조 제4항의 법문상으로 보더라도 이는 어디까지나 동법조 제3항이 규정한 석방결정의 한 유형에 불과하다.

따라서 형사소송법 제214조의 2 제7항, 제402조 단서에 의하여 체포적부심에서의 보증금납입을 조건으로 한 석방결정에 대하여 검사는 항고를 할 수 없다고 해석함이 타당하다. 만약 항고할 수 있다고 해석한다면, 구속적부심에서의 기소전 보석에 대하여도 항고할 수 있다는 것이 되어 형사소송법 제214조의 2 제3항 적부심 결정에서 항고를 금지한 법의 취지에도 어긋난다고 생각된다.

(5) 被告人保釋과의 差異點

(가) 保釋請求權의 有無

피의자보석은 보석과 체포·구속적부심사를 결합시킨 구조로 이루어져 있기 때문에 법적 성격에 있어 상당한 차이를 나타내고 있다. 즉 피의자 보석은 피의자측이 체포·구속적부심사청구를 하였을 때 부수하여 법원이 직권으로 석방 여부를 결정 하므로 피의자에게는 보석청구권이 인정되지 않고 있다. 그러므로 권리보석은 피의자에게는 적용되지 않는다.

(나) 保釋의 制限 内지 不許事由

피의자보석의 제외사유는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때와 피해자, 당해사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때이나(동법 제214조의2 제4항), 피고인 보석의 경우는 그 제외사유로 피고인이 사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때, 피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범한 때, 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 피고인의 주거가 분명하지 않을 때, 피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있을 때라고 규정되어 있다(동법 제95조).

(다) 保釋의 取消

피고인의 경우는 보석취소의 사유에 해당하면 법원은 직권 또는 검사의 청구에 의해 보석을 취소할 수 있으나(동법 제102조 제1항), 피의자에 대해서는 일정한 사유에 해당하면 재체포나 재구속을 하는 이외 별도의 보석취소 규정이 없다(동법 제214조의3 제2항). 즉 피고인에 대해 보석을 함에 있어 법원은 일정한 조건을 부가하여 석방하게 되는 데 석방된 피고인이 도망하거나 증거를 인멸하는 등 형사소송법이 규정하고 있는 사유에 해당되면 보석을 취소할 수 있으나 피의자 보석으로 석방된 피의자의 경우 피의자가 법원이 부가한 조건에 위반하더라도 재체포나 재구속을 하는 이외 보석의 취소에 관한 규정이 없다.

(라) 保證金의 沒收

피의자보석의 경우 임의적 물수사유로 보증금납입을 조건으로 석방된 피의자가 일정한 예외사유에 해당하여 재구속하는 경우와 공소가 제기된 후 법원이 동일한 범죄사실에 관하여 보증금납입을 조건으로 석방된 자를 피고인의 지위에서 다시 구속하는 경우를 들고 있고(동법 제214조의4 제1항), 필요적 물수사유로 동일한 범죄사실에 관하여 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후 집행하기 위한 소환을 받고

정당한 이유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때를 규정하고 있다(동조 제2항).

그러나 피고인 보석의 경우는 임의적 몰수사유로 보석 취소사유, 즉 피고인이 도망한 때, 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때, 소환을 받고 정당한 이유없이 출석하지 않은 때 등이고(동법 제102조 제2항), 필요적보석사유로는 보석된 자가 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 후 집행을 위한 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때라고 규정하고 있다(동법 제103조).

다. 拘束의 取消와 執行停止

구속의 취소라 함은 구속의 사유가 없거나 소멸한 때에 수사기관이 결정으로 피의자의 구속을 취소하는 제도로(동법 제93조, 제209조) 구속취소에 의하여 구속영장의 효력이 상실된다는 점에서 보석 및 구속의 집행정지와 다르다.

피의자에 대한 구속취소는 검사의 권한이므로 검사가 피의자의 구속을 취소하는 경우에 판사의 허가를 받을 필요가 없다.²⁵²⁾ 구속취소사건에 있어서는 공판절차를 필요로 하는 것이 아니므로 공판절차의 개선에 관한 형사소송법 제301조는 그 적용이 없으므로 제1심 결정에 관여하지 아니한 법관이 항고에 대한 의견서를 첨부하여 항고법원에 송부하였다 하여 직권심리주의에 위배되는 위법이 있다 할 수 없다.²⁵³⁾ 구속취소제도는 실무상 그다지 활용되지 않고 있다. 그 이유는 구속의 사유가 없는 때에는 형사소송법 제95조를 반대해석하면 필요적 보석의 청구사유에 해당하므로 대부분 보석청구를 하고 있기 때문이다.

또한 구속집행정지는 검사가 상당한 이유가 있을 때 결정으로 구속된 피의자를 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 피의자의 주거를 제한하여 구속의 집행을 정지하는 제도를 말한다(동법 제209조, 101조 1항).

구속집행정지제도는 구속영장의 효력을 지속시키면서 구속의 집행을 정지시켜 피

252) 대결 1986. 9. 29, 86모34; 대결 1985. 7. 23, 85모12에서는 구속의 취소 및 집행정지와 보석 등의 결정에는 재판의 간결성의 요청에 따라 그 사유의 존부에 관하여 자세하고 구체적인 설명을 생략하고 그 청구의 허부에 대한 이유를 다만 청구의 이유가 있다 또는 그 이유가 없다고 간단히 밝히면 된다 할 것이고 또 그와 같이 처리하는 것이 법원의 관행이라 하고 있다.

253) 대결 1986. 4. 30, 86모10.

의자를 석방시키는 제도라는 점에서 보석과 유사하지만 보증금의 납입을 필요로 하지 않고 구속피의자나 변호인 등에게 신청권이 인정되지 않는 점에서 보석과 구별된다. 또한 구속의 집행정지결정에 의하여 구속의 집행이 정지될 뿐이고, 구속영장의 효력은 그대로 유지된다는 점에서 구속의 취소와 다르다.

피의자에 대한 구속의 집행정지는 검사의 권한이므로 검사가 피의자에 대한 구속의 집행정지를 하는 경우에는 판사의 허가를 받을 필요가 없다. 그러나 검사가 구속의 집행을 정지한 경우에는 자체 없이 구속영장을 발부한 지방법원 판사에게 그 사유를 통지하여야 한다(동법 제204조).

헌법 제44조에 의하여 구속된 국회의원에 대한 석방요구가 있으면 당연히 구속영장의 집행이 정지된다. 그러므로 검찰총장은 구속된 국회의원에 대한 석방요구의 통고를 받으면 즉시 구속된 피의자의 석방을 지휘하고, 피고인의 경우에는 그 사유를 수소법원에 통지하여야 한다(동법 제101조 제4항, 제5항). 이 경우 구속집행정지의 효력은 법원의 결정에 의해서가 아니라 국회의 석방결의에 의하여 발생한다는 점에 그 특색이 있다. 구속된 피의자에 대해 검사 또는 사법경찰관은 결정으로 구속의 집행정지를 취소할 수 있다(동법 제209조, 102조 1항). 취소사유는 보석 취소사유와 동일하다. 즉 피의자가 도망할 때, 도망 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 또는 주거의 제한 기타 법원 또는 수사기관이 정한 조건을 위반한 때이다. 다만 국회의원에 대한 구속영장의 집행정지는 회기 중 취소하지 못한다(동법 제102조 제1항 단서).

4. 그 밖의 人權保障制度

현행법상 체포·구속피의자의 인권보장제도에는 위에서 살펴본 것 외에도 증거능력의 배제, 형사보상제도, 구속일수의 본형통산, 국가배상제도 등을 들 수 있으나 이하에서는 증거능력의 배제와 형사보상제도에 대해서 살펴보고자 한다.

가. 證據能力의 排除

수사기관이 국민의 기본적 인권을 침해하고 위법하게 수집한 증거에 대해서는 진

실발견을 위한 자격을 박탈해야 한다. 왜냐하면 이를 허용하면 법원이 위법행위에 가담하는 결과가 되어 사법의廉潔性을 해하기 때문이다.

그리하여 우리 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조는 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정하는 규정을 두고 있는데 이 근거는 무엇이며 위법수집증거배제법칙과의 관계는 어떻게 이해해야 하는가가 문제된다. 이에 대해 최근의 유력설은 자백배제법칙의 근거를 위법배제설로 이해하면서 동 규정은 위법수집증거배제법칙의 일부에 지나지 않는다고 한다.

그 결과 위법수집증거배제법칙은 진술증거와 비진술증거 모두에 적용되며 자백배제법칙을 규정한 제309조는 위법수집증거배제법칙에 대한 특칙으로 이해하고 진술증거에 대해서는 동 규정이 적용된다고 본다. 이하에서는 이러한 논리에 따라 형사소송법 제309조에 규정된 자백배제법칙의 이론적 근거와 적용범위를 살펴보고 위법수집증거 배제법칙에 대해 살펴보자 한다.

(1) 自白排除法則

(가) 意義

우리 사회의 정치의 민주화가 이루어지면서 경찰의 인권의식의 성숙은 물론 수사의 과학화가 상당한 진전을 이루었지만 아직도 우리의 수사현실은 자백의 중요성에 대해 큰 가치를 부여하고 있는 것을 부인할 수 없다. 그 결과 자백획득을 위한 수사기관의 피의자에 대한 인권침해의 가능성은 상존해 있다 할 것이므로 피의자의 인권을 보장하고 형사사법의 정의를 실현하기 위해서는 헌법과 형사소송법에 규정된 자백의 적용한계를 정확히 이해하고 실제에 적용하는 일이 중요한 문제라 하지 않을 수 없다.

자백이 무엇인가에 대해서는 견해의 대립이 있으나 우리나라에서는 자기의 범죄사실의 전부 또는 일부를 인정하는 진술이라고 해석하며,²⁵⁴⁾ 범죄사실을 전부 인정하느냐 일부를 인정하느냐 또한 중요한 부분을 인정하느냐 중요하지 않은 부분을

254) 이재상, 전계서, 472면; 정웅석, 전계서, 741면; 백형구, 전계서, 616면; 신양균, 전계서, 648면.

인정하느냐를 가리지 않는다. 그리고 진술하는 자의 법률적 지위나 진술의 형식, 상대방의 여부도 묻지 않으며 구성요건적 사실을 인정하면서 위법성조각사유나 책임조각사유를 주장하는 경우도 포함한다.

(나) 理論的 根據

형사소송법 제309조의 입법이유, 즉 임의성이 없거나 의심되는 자백의 증거능력을 부정하는 실질적 이유가 무엇인가에 대해서는 견해가 대립되고 있다.

1) 學 說

① 虛偽排除說과 人權擁護說

허위배제설은 영미의 보통법상의 전통적인 근거로 임의성이 의심되는 자백에는 허위가 숨어들 위험성이 크고 이를 증거로 사용하면 실체적 진실발견을 저해하기 때문에 증거능력이 부정된다고 하며 자백의 신빙성 여부에 따라 자백의 임의성에 대한 판단을 하므로 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조가 금지하고 있는 수사방법으로 획득한 자백이라도 자백의 진실성이나 신빙성이 인정되면 임의성을 인정하게 된다. 그리하여 이 설은 증거의 법률적 자격의 문제인 증거의 증거능력과 자백의 실질적 가치인 증명력과 혼동함으로써 수사기관의 불법행위에 대한 통제는 불가능해지고 자백배제법칙의 적용범위는 축소된다는 비판을 받고 있다.²⁵⁵⁾

이에 대해 인권옹호설은 자백배제법칙을 피의자의 내심의 의사결정과 표현에 대한 자기결정권을 보호하는데 초점을 맞추면서 헌법상 보장된 진술거부권을 중심으로 인권보장을 담보하기 위해 마련된 증거법상의 법리로 본다. 이 견해에 대해서는 자백배제법칙의 근거를 진술거부권의 침해에서만 구함으로써 약속이나 기망에 의한 자백 등 그 이외의 사유로 자백의 증거능력을 제한해야 할 경우에 대해서는 부당하다는 비판을 받고 있다.

255) 배종대·이상돈, 전계서, 570면; 신동운, 전계서, 587면; 이재상, 전계서, 477면; 조국, “자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성의 입증”, 「법학」 제43권 제1호, 서울대학교, 2002. 3, 376-377면.

② 虛偽排除說과 人權擁護說의 結合說

이 설은 자백배제법칙의 근거를 허위배제설과 인권옹호설의 결충에서 찾으려는 견해로 학계의 다수설이다.²⁵⁶⁾ 즉 임의성이 없는 자백은 허위일 가능성이 크고 고문 등에 의한 자백강요는 인권에 대한 부당한 침해이므로 증거능력을 배제해야 한다는 것으로 형사소송법 제309조의 전단은 인권옹호설, 후단은 허위배제설에 근거하여 자백의 증거능력을 배척한다고 설명한다.

그러나 이 견해에 대해서는 수사기관의 신문방법에 대해 허용되는 명백한 기준을 제시하지 못하며 임의성의 유무를 전체상황을 고려하여 자백자의 주관을 기준으로 판단하지 않을 수 있는데 이 판단을 법관의 주관적 판단에 맡기는 결과를 초래하고, 자백배제법칙의 범위가 협소해 지며 진술거부권의 불고지, 변호인접견권의 침해 등의 경우에 피고인의 동의에 의하여 증거능력을 인정한다면 수사기관은 일단 피고인의 진술거부권이나 변호인의 접견권을 존중하지 않고 자백을 획득해 놓고 난 뒤 피고인의 동의를 구하는 전략을 구사할 것이므로 피의자의 헌법적 권리에 중대한 훼손이 발생한다는 비판이 가해진다.

③ 違法排除說

이 견해는 형사소송법 제309조는 임의성이 없는 자백에 국한되는 것이 아니라 위법한 절차에 의하여 수집된 모든 자백의 증거능력의 제한에 대한 규정으로 이해하고 자백배제법칙을 자백취득과정에서 헌법상의 적정절차의 이념을 보장하기 위한 증거법상의 원칙으로 파악하고 위법하게 획득된 자백은 임의성의 원칙으로부터 탈피하여 임의성을 판단할 것도 없이 위법수집증거로 증거능력을 배제하게 된다. 그 결과 자백배제법칙의 범위는 확대되고 위법이라는 객관적·통일적인 척도가 제시되며 때문에 자백획득을 위한 각종의 위법수사를 억지할 수 있으며 이 속에서 허위자백의 배제와 진술거부권의 보장은 자연스럽게 이루어진다고 한다.²⁵⁷⁾ 그러나 이 견

256) 백형구, 전계서, 623면; 김기두, 전계서, 134면; 정영석 · 이형국, 전계서, 335면; 신양균, 전계서, 655면.

257) 배종대 · 이상돈, 전계서, 575면; 이재상, 전계서, 481면; 정영석 · 이형국, 전계서, 336-337면.

해에 대해서는 임의성을 도외시한 것은 임의성을 증거능력의 요건으로 한 현행 형사소송법 제309조의 해석상 기대하기 어렵고, 자백의 임의성이 없는 경우와 임의성은 인정되나 그 획득절차가 위법인 경우의 질적 차이를 무시하고 있다는 등의 비판이 가해지고 있다.

2) 判 例

판례는 전통적으로 허위배제설의 입장을 취해오고 있었으나 최근 들어 인권옹호설이나 절충설 및 위법배제설의 경향을 보이고 있다. 즉 피고인이 수사기관에서 자백하게 된 이유를 고문에 의한 것이라고 주장한 사안에 대해 그 주장의 신빙성을 인정하기 어렵다 하더라도 다소의 폭행이나 기타의 방법으로 자백을 강요한 경우 임의성이 없다고 하여 허위배제설을 취하였다가,²⁵⁸⁾ 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태에서 행하여진 자백의 증거능력을 부정한 것은 오판의 소지를 제거할 뿐만 아니라, 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이라고 하여 절충설의 입장을 취하고 있으며,²⁵⁹⁾ 진술의 임의성이라는 것은 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 진술의 임의성을 잊게 하는 사정이 없다는 것, 즉 증거의 수집과정에 위법성이 없다는 것이라고 정의하여 위법배제설의 입장을 취하고 있다.²⁶⁰⁾

3) 小 結

형사절차에서 자백의 증거사용을 가능한 엄격하게 제한해야 하는데 형사소송법에서는 임의성을 탈락시키는 경우를 제317조에서는 피고인의 자백이 임의로 진술한 것이 아닌 때라고 규정하여 중대한 위법수사에 국한하고 있음에 반해, 제309조는 피고인의 자백이 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때라

258) 대판 1977. 4. 26, 77도210.

259) 대판 2000. 3. 1, 99도4940; 대판 1999. 1. 29, 98도3584; 대판 1998. 4. 10, 97도3234; 대판 1997. 6. 27, 95도1964.

260) 대판 1983. 3. 8, 82도3248.

고 규정하여 사소한 위법수사에도 적용되도록 규정하고 있어 일체의 위법수사는 이 사유에 해당한다고 볼 수 있다. 그러므로 형사소송법 제309조는 위법배제설에 따라 이해할 때 허위자백은 배제되고 인권이 보호될 것으로 본다.²⁶¹⁾

(다) 自白排除法則이 適用되는 範圍

1) 拷問·暴行·脅迫에 의한 自白

이러한 예시는 자백의 임의성을 배제하는 가장 전형적인 유형들로서 그 형태에는 제한이 없다. 때리거나 차는 경우는 물론 반드시 피의자가 직접 고문·폭행을 당하지 않았다 하더라도 다른 피의자가 고문을 당하는 것을 보고 자백한 경우에도 해당 한다.²⁶²⁾ 문제는 피의자가 경찰에서 고문에 의하여 자백을 한 후 검사에게 동일한 자백을 한 경우, 검사 앞에서 한 자백의 증거능력을 인정할 수 있는가이다. 이에 대해서 대법원은 임의성 없는 심리상태가 검사의 조사단계에까지 계속된 경우에는 검사 앞에서의 자백도 임의성이 없다고 판시하였다.²⁶³⁾ 특히 경찰에서 피고인을 조사한 경찰관이 검사 앞에까지 피고인을 데리고 간 경우에는 검사 앞에서 임의성 없는 심리상태가 계속되었다고 하고 있다.²⁶⁴⁾ 이러한 견해는 대법원의 확립된 판례로 굳어지기는 했으나 검사 앞에서의 자백의 증거능력을 배제하기 위한 요건으로 임의성이 없는 심리상태의 계속을 요구하고 있음을 주의할 필요가 있다.

2) 身體拘束의 不當한 長期化로 인한 自白

신체구속의 부당한 장기화로 인한 자백이란 일단 유효한 영장에 의하여 적법하게 구속되었으나 법정구속기간을 탈법적으로 초과한 경우로 어느 정도의 지속성이 있어야 부당한 장기화라 할 수 있는가에 대해서는 구체적 사정을 바탕으로 구속의 필요성과 비례성을 기준으로 판단해야 한다.²⁶⁵⁾ 대법원은 경찰에서 구속영장 없이 약

261) 배종대·이상돈, 전계서, 522면; 이재상, 전계서, 481면; 정웅석, 전계서, 748면; 조국, 전계논문, 382-385면

262) 대판 1978. 1. 31, 77도463.

263) 대판 1981. 10. 13, 81도2160.

264) 대판 1992. 3. 10, 91도1.

15일간 위법한 장기구금상태하의 자백의 임의성을 부인하면서 이에 뒤이은 검찰의 조사단계의 자백도 부당한 장기구금으로부터 오는 임의성 없는 상태가 계속된 상황에서 된 것이라고 의심할 이유가 있다고 판시한바 있다.²⁶⁵⁾

3) 欺罔 기타 方法에 의한 任意性에 疑心 있는 自白

① 欺罔에 의한 自白

기망에 의한 자백이란 공범자가 이미 자백했다거나 사건현장에 유류된 지문이 너의 것과 동일하다는 등의 위계를 사용하여 상대방을 착오에 빠지게 하여 획득한 자백으로 위계에 의한 자백이라고도 한다. 이 경우 임의성 유무를 판단함에 있어서는 위계의 구체적인 내용, 진술자의 연령과 지능, 진술당시의 진술자의 정신상태 등의 제반사정을 종합하여 그 위계가 허위의 자백을 유발할 정도의 적극적인 사정이었는가, 상대방이 그 위계에 의하여 허위의 자백을 했다고 의심할 만한 정도의 정당하지 않은 방법으로 신문하였는가 여부에 의하여 결정해야 할 것이다.

② 約束에 의한 自白

수사기관이 자백의 대가로 법률이 허용하지 않은 이익, 즉 기소유예를 해 준다든지, 형의감경 · 면제를 해 준다든지 등을 제공하겠다고 약속하고 피의자가 그 약속에 기하여 자백하는 경우를 말하는 것으로 수사기관의 불법 · 부당한 약속자체가 형사사법의廉潔性을 훼손하며 수사기관과 피의자간의 힘과 정보의 불균형이 유지되는 상황에서는 결백한 피의자도 허위자백을 할 수 있기 때문에 증거능력을 부정한다. 여기서의 약속은 자백에 영향을 미치는데 적합한 것이어야 하나 반드시 형사책임에 관한 약속 뿐만 아니라 개인적, 세속적 이익도 포함한다.

③ 기타 任意性에 疑心 있는 自白

265) 이재상, 전계서, 483면; 정웅석, 전계서, 750면; 신동윤, 전계서, 592면.

266) 대판 1982. 5. 25, 82도716.

임의로 진술하는 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때란 임의성이 없다는 것을 입증하는 것이 곤란하다는 점을 고려하여 임의성에 의심이 있는 자백은 증거로 할 수 없다는 취지이며, 기타 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유란 형사소송법 제309조의 전단에서 열거된 것과 같은 정도의 위법수단에 의한 자백도 배제된다는 것을 의미한다. 그 결과 불법구속중의 자백, 철야신문에 의한 자백, 수갑을 채운 상태에서의 자백 등의 증거능력을 인정할 수 있는가가 문제된다.

불법구금중의 자백과 관련하여, 판례는 경찰에서 부당한 신체구속을 당하였다 하더라도 검사 앞에서의 피의자 진술에 임의성이 인정되면 부당한 신체구속이 있었다는 사유만으로 검사작성의 피의자 신문조서의 증거능력이 상실된다고 할 수 없다는 입장을 취하고 있다.²⁶⁷⁾

철야신문과 관련해서는 자백의 임의성은 위법배제의 견지에서 자백이 행해진 구체적 상황에 비추어 판단해야 할 가치적인 개념이므로 강제수사가 아닌 한 그 자체만으로는 불법이라고 할 수 없다. 이와 관련 대법원은 피고인의 검찰에서의 자백은 피고인이 검찰에 연행된 때로부터 약 30시간동안 잠을 재우지 않고 검사 2명이 교대로 신문을 하면서 회유한 끝에 받아낸 것으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 해당한다고 보아 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다고 판시한 바 있다.²⁶⁸⁾ 수갑을 채운 상태에서의 자백과 관련해서는 구속 중인 피의자에 대해 수갑을 채우지 못한다는 규정이 없으므로 위법성 유무는 피의자의 범죄사실의 성격, 범행에 있어서의 역할과 지위, 신문당시의 구체적 사정에 따라 도망 또는 폭력을 쓰거나 자살·자상의 염려가 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 수갑사용의 필요성을 결정해야 할 것이다.²⁶⁹⁾

(라) 因果關係의 要否

자백배제법칙을 적용하여 자백의 증거능력을 부인하기 위해서는 자백의 임의성을 의심케 할 만한 사유와 자백 사이에 인과관계가 있어야 하는가에 대해서 견해가 대립되고 있다. 즉 적극설은 증거능력이 부정되는 임의성이 없는 자백은 고

267) 대판 1986. 11.25, 83도1718.

268) 대판 1997. 6. 27, 97도1964.

269) 김지수, “임의성이 의심되는 자백”, 「형사증거법(하)」, 재판자료 제23집, 11면.

문·폭행등에 의한 것이므로 양자 사이에는 당연히 인과관계가 있어야 하며, 다만 신체구속의 부당한 장기화와 임의성 없는 자백사이의 인과관계는 추정된다는 견해이다.²⁷⁰⁾ 이에 반해 소극설은 고문·폭행 등 임의성에 영향을 미치는 위법행위는 절대 방지해야 하며 인과관계의 입증의 곤란을 이유로 인과관계를 부정한다.²⁷¹⁾ 대법원은 피고인의 자백이 임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있는 때에 해당한다 하더라도 그 임의성이 없다고 의심하게 된 사유들과 피고인의 자백과의 사이에 인과관계가 존재하지 않은 것이 명백한 때에는 그 자백은 임의성이 있는 것으로 인정된다고 판시하고 있다.²⁷²⁾

생각건대 형사소송법 제309조에서는 자백의 임의성이 의심되지만 하면 그 자백의 증거능력을 부정한다는 점과 고문·폭행·협박 등의 위법행위는 방지되어야 한다는 점 등에 미루어 보아 소극설이 타당하다고 본다.

(2) 違法蒐集證據排除法則

(가) 意 義

형사소송의 최고의 이념이 실체진실 발견에 있다할 지라도 그것은 적정한 절차에 의한 정의로운 방법에 의한 것이어야 하고 절차의 공정을 무시한 실체진실 발견을 인정하게 되면 인간의 기본적 인권이 침해되게 될 것이다. 그러므로 위법하게 수집된 증거(illegally obtained evidence, improperly obtained evidence)는 인권 보장을 위해서 그 증거능력을 부정하게 되는데 이러한 증거법칙을 違法蒐集證據排除法則이라 하며 이 원칙은 현대 증거법의 역사에 있어 가장 중요한 발전으로 평가되고 있다.

이러한 위법수집증거 배제법칙은 미국에서는 판례를 통하여 발전되어 오다 1960년대에 적법절차의 확대적용을 보게 되었고 우리나라에서는 미국의 영향을 받아 위법수집증거의 증거능력을 배제하자는 주장이 학계에서는 대체로 견해가 일치하고 있으나 판례는 1968년²⁷³⁾이래 1987년²⁷⁴⁾에 이르기까지 배제법칙의 적용을 부인해

270) 김기두, 전계서 135면; 신양균, 전계서, 659면; 신동운, 전계서, 596면.

271) 정웅석, 전계서, 754면; 백형구, 전계서, 446면; 배종대·이상돈, 전계서, 584면.

272) 대판 1984. 4. 27, 84도2252.

273) 대판 1968. 9. 17, 68도932.

왔다. 그러나 위법수집증거의 증거능력을 인정할 것인지의 여부는 인권보장을 위한 적법절차라는 기본적인 이념 하에 실체진실주의 이념을 어느 선에서 합리적으로 조화하느냐에 따라 결정되어야 할 것이다.

(나) 우리나라의 違法蒐集證據排除法則

우리나라에서 위법수집증거배제법칙을 채택할 것인가에 대해 현행 형사소송법은 명문의 규정을 두지 있지 않으므로 판례와 학설에 위임하고 있다고 볼 수 있는데 판례와 학설의 태도가 대립되고 있다.

1) 判例의 態度

위법수집증거의 증거능력에 대한 우리나라의 판례는 실체적 진실발견 제일주의의 태도에서 증거능력을 인정하고 있다.²⁷⁵⁾ 즉 영장주의에 위반하여 압수한 증거물의 증거능력에 관하여, “압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다”고 보고 있다. 이는 증거수집절차의 위법은 그 증거의 실질적 가치에 영향을 미치지 않으며, 진술증거와는 달리 증거물을 반환하여도 다시 압수할 수 있으므로 절차를 반복할 필요가 없고, 위법행위에 대해서는 별도의 제재와 구제수단을 강구하면 된다는 점에 근거를 두고 있는 것으로 생각된다.²⁷⁶⁾

2) 學說의 傾向

학설은 위법수집증거의 증거능력을 부정하고 위법수집증거배제법칙을 채택하여야 한다는 점에 대체로 견해가 일치하고 있으나²⁷⁷⁾ 크게 두 가지로 대별된다.

먼저 증거능력을 인정하자는 긍정설은 실체적 진실발견에 중점을 두는 견해로 중

274) 대판 1987. 6. 23, 87도705.

275) 대판 2004. 10. 27, 2004도3919; 대판 1997. 3. 28, 97도240; 대판 1968. 9. 17, 68도932.

276) 이재상, 전계서, 493면.

277) 정영석, 「형사소송법」, 법문사, 1990, 145면; 서일교, 전계서, 150면; 강구진, 전계서, 506면; 백형구, 전계서, 593면.

거수집절차의 위법은 그 증거의 실체적 가치에 영향을 미치지 않으며, 증거로써 채택여부는 법관의 자유심중에 따른다는 점, 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 명문의 규정이 없다는 점 등을 이유로 한다. 다음으로 증거능력을 부정하는 부정설은 인권보장과 적법절차의 법리를 강조하는 견해로 실체적 진실은 어디까지나 법이 정한 절차에 의해야만 하고, 실체적 진실주의는 인권보장을 위해서는 어느 정도 희생되어야 하며, 증거수집에 있어 위법행위를 방지하고 인권보장을 도모하기 위해서는 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이 효과적이라는 것 등을 이유로 한다.

3) 小 結

실체진실의 발견은 형사소송의 유일한 목적이 아니라 적정한 절차에서 공정하게 발견될 것을 요구하고 위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 것이 적법절차의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제11조 1항의 취지와 일치된다고 할 것이므로²⁷⁸⁾ 통설의 태도가 타당하다고 본다. 그러나 위법의 정도가 경미한 경우까지 증거능력을 부정할 이유는 없고 重大한 경우에 증거능력을 부정하여야 하는데, 중대한 위법이냐 여부는 違法의 内容, 程度, 性質, 影響 등을 綜合적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.²⁷⁹⁾

(다) 違法蒐集證據排除法則의 根據

위법수집증거배제법칙의 근거는 이론적 근거로 적법절차의 보장을, 정책적 근거로 위법수사의 억지를 들고 있다. 즉 실체적 진실의 발견은 적정한 절차에 의할 것을 요하므로 헌법상 허용될 수 없는 절차에 의하여 수집된 증거에 대해서는 진실발견을 위한 자격을 박탈하는 것이 당연하며, 법을 지켜야 할 수사기관이 국민의 기본적 인권을 침해하고 위법하게 수집한 증거를 허용하는 것은 법원이 위법행위에 가담하는 것과 같은 결과가 되어 사법의廉潔性을 害하게 된다는 것이다.

278) 위법수집증거배제법칙의 법적 근거로 일부에서는 헌법 제11조 1항 이외에 영장주의에 관한 헌법 제11조 3항을 들거나, 형사소송법 제307조를 드는 견해도 있다(문정민, “위법수집증거의 배제법칙”, 「통일문제연구」 제9집, 조선대학교 65면).

279) 배종대·이상돈, 전계서, 561면; 신양균, 전계서, 640-641면.

다만 적법절차의 보장과 사법의廉潔性에 관하여 적법절차가 문제되는 것은 수사기관이지 증거를 배제해야 하는 법원이 아니며,²⁸⁰⁾ 위법수집증거를 사용하는 경우에 비하여 명백한 죄인을 증거수집의 기술을 이유로 무죄판결하는 것이 사법에 대한 국민의 신뢰를 더욱 침해한다는 점에 비추어²⁸¹⁾ 배제법칙의 근거로는 정책적인 점에 중점을 두어야 한다는 비판이 제기되고 있다.

다음으로 위법수집증거의 배제는 위법수사를 방지·억제하기 위한 가장 유효한 방법(an effective deterrent to illegal police action)이라는 정책적인 점에서 근거를 찾을 수 있다. 물론 이 법칙은 선의의 수사관의 수사행위에 대하여는 억제력을 가질 수 없고 공소제기와 결합된 수사행위에 대하여도 억제력을 인정할 실증적 자료가 없다는 이유로 현재 미국에서 의문이 제기되고 있다.²⁸²⁾ 그러나 위법수사를 행한 자에 대한 형사상의 제재나 민사책임이 위법수사를 억제하기 위한 충분한 수단이 될 수 없는 이상 위법수집증거배제법칙이야말로 이를 위한 가장 효과적인 방법이라고 보아야 한다.²⁸³⁾ 미국의 판례도 최근 위법수집증거배제법칙의 주된 근거는 위법수사의 억제를 위한 수단이라는 점에 있다고 하고 있다.²⁸⁴⁾

(라) 違法蒐集證據排除法則의 適用範圍

자백배제법칙의 근거를 위법배제에서 찾을 때 자백배제법칙도 위법수집증거배제법칙의 일부에 지나지 않는다고 보게 되므로 자백의 증거능력을 규정한 제309조는 위법수집증거배제법칙에 대한 특칙으로 이해하고 진술증거에 대해서는 자백배제법칙이 적용되고 비진술증거에 대해서만 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 보았다.

1) 排除의 基準

適正한 節次에 의한 正義로운 實체진실 발견을 위하여 違法한 節次에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정한다 하더라도 절차의 위법이 있으면 어떤 경우

280) 田宮裕, 전개서, 231면.

281) McCormick, 「Evidence」, 2nd ed., 1972.

282) LaFave · Israel, *Criminal Procedure*, West Publishing Co., 1985, p.81.

283) 田宮裕, 전개서, 441면.

284) McCormick, op.cit., p.465.

이든 증거의 許容性이 배제되는 것이 아니고 인권침해의 정도, 위법수사의 억제필요성 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하지 않으면 안 된다.

일반적으로는 형벌법규에 저촉되거나 헌법규정에 위반하여 수집된 증거의 경우에는 중대한 위법이 인정되므로 증거능력을 부정하고, 단순한 훈시규정의 위반에 그친 경우에는 중대한 위법이라고 할 수 없어 증거능력이 배제되지 않는다. 여기서 중대한 위법이란 적법절차의 기본이념에 반하는 경우와 정의감에 반하고 문명사회의 양심에 충격을 주는 것을 의미한다고 할 수 있다.²⁸⁵⁾

따라서 영장주의나 적법절차를 규정하고 있는 헌법규정에 위반하는 경우, 수사기관의 수사활동이 형벌법규에 위배하는 경우, 형사소송법의 효력규정에 위배하여 압수·수색 등이 무효인 경우에는 중대한 위법에 해당하므로 이에 의하여 수집된 증거의 증거능력은 배제된다고 해야 한다.²⁸⁶⁾

2) 違法蒐集證據의 類型

① 憲法精神에 반하여 薦集한 證據

헌법 제12조 제3항은 적법한 절차에 따라 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 압수 또는 수색을 하지 못한다고 규정하고 있다. 그러므로 수사기관이 영장 없이 압수·수색·검증한 증거물뿐만 아니라, 영장 자체에 하자가 있는 경우, 영장기재의 압수물건에 포함되지 않은 다른 증거물의 압수·수색 등에 의하여 수집한 증거의 증거능력은 부정되어야 한다.

같은 이유로 도청과 비밀녹음의 결과도 증거능력이 없다고 할 것이다. 또한 적법절차의 위반의 경우, 즉 야간 압수·수색·검증 금지규정(동법 제125조·219조)에 위반한 검증, 당사자의 참여권을 보장하지 않은 검증과 감정(동법 제121조·145조, 제176조·183조), 의사나 성년의 여자를 참여시키지 않은 신체검사(동법 제141조)의 결과도 증거로 할 수 없다.

② 刑事訴訟法의 效力規定에 위반하여 薦集한 證據

285) 이재상, 전계서, 495면; 정웅석, 전계서, 761면.

286) 배종대·이상돈, 전계서, 559면; 강구진, 전계서, 507면; 신양균, 전계서, 639면.

증거조사절차가 위법하여 무효인 경우에도 이로 인하여 수집한 증거는 증거능력이 없다. 따라서 거절권(동법 제110조~112조, 219조)을 침해한 압수·수색, 선서 없는 증인신문(동법 제156조), 감정·통역·번역(동법 제170조, 183조)의 결과는 증거로 할 수 없다. 이에 반하여 증인의 소환절차에 잘못이 있거나 위증의 별을 경고하지 않고 선서한 증인의 증언은 증거능력에 영향이 없다고 하겠다.²⁸⁷⁾

③ 違法한 被疑者訊問에 의하여 菲集된 證據

피의자 신문의 방법과 절차에 중대한 위법이 있는 경우에는 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 그 自白의 증거능력을 부정하여야 한다. 자백배제법칙의 근거에 대해 위법배제설을 취할 때는 임의성 없는 자백은 위법수집증거배제법칙의 특칙에 지나지 않는다. 위법배제설을 취하면서도 임의성에 의심이 있는 자백을 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 포함시켜 설명하는 견해도 있으나²⁸⁸⁾ 임의성 없는 자백과 진술에 관하여는 형사소송법 제309조와 317조에서 별도로 규정하고 있으므로 여기에 포함시킬 필요는 없다고 생각된다.

따라서 임의성 없는 자백이나 진술거부권의 불고지에 의한 자백, 별건구속을 포함한 위법한 신체구속중의 자백, 변호인선임권이나 접견교통권의 침해에 의한 자백은 모두 자백배제법칙의 적용을 받는 경우라고 할 것이다.

(마) 毒樹의 果實理論

독수의 과실(fruit of the poisonous tree)이란 위법하게 수집된 증거에 의하여 발견된 제2차 증거를 말하며 이 과실을 증거로 사용하는 것을 排除해야 한다는 이론을 毒樹의 果實理論이라고 한다. 이 원리는 미국 헌법상의 판례에서 확립되었으며 위법하게 수집된 證據로부터 발견된 2차 證據를 排除하지 않으면 1차적인 위법수집 증거의 배제법칙도 實效性이 담보될 수 없다는데 根據를 두고 있다.

위법수집증거배제법칙을 인정하면서도 과실의 증거능력을 인정할 것인가에 대하

287) 백형구, 전계서, 595면; 이재상, 전계서, 496면; 정웅석, 전계서, 762면

288) 강구진, 전계서, 508면; 백형구, 상계서, 595면은 자백의 임의성의 근거를 절충설에 두면서도 임의성 없는 자백을 위법수집증거에 포함시키고 있다.

여는 위법수집증거가 배제되더라도 과실의 증거능력이 인정되면 배제법칙은 무의미하게 되므로 증거로 허용해서는 안 된다는 견해가 다수설이지만,²⁸⁹⁾ 임의성 없는 자백에 기하여 수집된 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해²⁹⁰⁾와 임의성 없는 자백 가운데도 강제에 의한 자백으로 수집된 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해도 있다.²⁹¹⁾ 그러나 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 이상 이로 인한 과실의 증거능력도 부정하는 것이 당연하다 할 것이다.

나. 刑事補償制度

(1) 意 義

형사보상(Entschädigung, indemnity)이란 국가형사사법의 과오에 의하여 죄인의 누명을 쓰고 억울하게 구금 또는 형의 집행을 받은 사람에 대하여 국가가 그 손해를 보상하여 주는 제도를 말한다.²⁹²⁾

헌법 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다”고 규정하여 형사피의자 또는 형사피고인의 형사보상청구권을 국민의 기본권으로 인정하고 있고, 그 내용 및 절차에 대해서는 형사보상법에서 구체화되고 있다.

헌법은 구금되었던 자의 형사보상만을 규정하고 있으나, 사형 또는 재산형의 집행을 받은 자에 대한 형사보상도 헌법이 당연히 예상한 것이라고 볼 수 있고,²⁹³⁾ 군사법원에서 무죄판결을 받은 자에 대하여도 형사보상법이 준용된다(형사보상법 제28조 2항).

형사보상의 본질에 관하여는 법률의무설과 공평설이 대립되고 있지만,²⁹⁴⁾ 형사보

289) 강구진, 상계서, 509면; 김기두, 전계서, 136면; 서일교, 전계서, 177면.

290) 백형구, 전계서, 595면.

291) 정영석, 전계서, 152면.

292) 백형구, 전계서, 913면; 이재상, 전계서, 725면.

293) 이재상, 상계서, 725면; 배종대·이상돈, 전계서, 906면; 신양균, 전계서, 1007면.

294) 형사보상의 본질에 관하여 법률의무설은 국가의 구속 또는 형집행처분이 객관적·사후적으로 위법하기 때문에 위법한 처분에 대한 법률적 의무로서 국가가 형사보상을

상은 객관적으로 위법한 공권력의 행사가 있는 경우에 공무원의 고의·과실을 묻지 않고 국가가 배상하여 주는 무과실손해배상이며, 공법상의 손해배상의 성질을 가진다고 할 수 있으므로 그 본질은 법률의무설에 따라 파악하는 것이 타당하다고 본다.

(2) 刑事補償의 要件

형사보상은 형사피의자로 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 형사피고인으로 구금되었던 자가 무죄판결을 받았을 것을 요건으로 한다(동법 제1조, 제26조). 여기서 법률이 정하는 불기소처분이라 함은 검사로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분을 받은 자로서 사실상 죄를 범하지 아니하였다고 인정할 이유가 있거나 구금된 때로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분을 할 사유가 존재하는 기소유예처분 이외의 불기소처분을 할 사유가 존재한 경우를 말한다(동법 제26조 1항).

무죄의 판결을 받았다 함은 무죄의 재판이 확정되어야 하지만 실질적으로 무죄의 경우에 해당하는 면소 또는 공소기각의 재판을 받았을 때에도 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었다면 무죄의 재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 때를 포함하는 개념이며(동법 제25조), 무죄의 재판은 형사소송의 일반절차뿐만 아니라 상소권회복에 의한 상소, 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄판결을 받은 경우도 포함한다(동법 제1조 제1항, 제2항).

보상청구는 무죄의 재판을 받은 자가 구금 또는 형의 집행을 받은 경우에만 할 수 있으나, 무죄판결을 받을 당시 구금되어 있을 것을 요하지 아니하므로²⁹⁵⁾ 구속적부심사 또는 보석으로 석방된 피고인도 구금에 관하여 보상청구를 할 수 있다.²⁹⁶⁾

그리고 무죄의 판결을 받은 경우라 할지라도 보상청구권자가 책임능력이 없음을 이유로 무죄판결을 받은 경우, 본인이 수사 또는 심판을 그르칠 목적으로 허위의 자백을 하거나 다른 유죄의 증거를 만들으로써 기소·미결구금 또는 유죄재판을 받게 된 것으로 인정된 경우, 1개의 재판으로써 경합범의 일부에 대하여 무죄재판을 받고

하여야 한다는 견해이며, 공평설은 형사보상을 공평의 전제에서 국가가 행하는 조절보상이라고 이해한다(이재상, 상계서, 722면).

295) 자유형의 집행정지자에 대한 구치(제470조 3항)와 형집행장에 의한 구속(제473조 내지 제475조)도 구금 또는 형의 집행으로 본다(형사보상법 제1조 3항).

296) 백형구, 전계서, 914면; 배종대·이상돈, 전계서, 909면.

다른 부분에 대하여 유죄재판을 받았을 경우에는 법원은 재량에 의하여 보상청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 있다. 피의자보상에 있어서도 형사보상법 제26조 제2항에 의해서 법원은 재량에 의하여 보상의 전부 또는 일부를 하지 아니할 수 있다.

(3) 刑事補償의 內容

구금에 대한 보상은 그 일수에 따라 1일 5천원이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의한 금원을 지급하며(동법 제4조 1항), 보상금액을 산정할 때는 구금의 종류와 그 기간의 장단, 기간 중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실, 수사기관의 고의·과실의 유무 기타 모든 사정을 고려하여야 한다(동조 2항).

사형집행에 대한 보상금은 집행 전 구금에 대한 보상금 외에 3천만원 이내에서 모든 사정을 고려하여 법원이 상당하다고 인정하는 금액을 가산 지급하며, 본인의 사망에 의하여 생긴 재산상의 손실액이 증명된 때에는 그 손실액도 보상한다(동조 3항).

벌금 또는 과료의 집행에 대한 보상에 있어서는 이미 징수한 벌금 또는 과료의 액에 징수일의 익일부터 보상결정일까지의 일수에 따라 연 5푼의 비율에 의한 금액을 가산한 액을 보상한다(동조 4항). 물수집행에 대한 보상에 있어서는 그 물수물을 반환하고 그것이 이미 처분되었을 때에는 보상결정시의 시가를 보상하며, 추징금에 대한 보상에 있어서는 그 액수에 징수한 익일부터 보상결정일까지의 일수에 따라 연 5푼의 비율에 의한 금액을 가산한 액을 보상한다(동조 6항).

형사보상은 국가배상법 등 다른 법률에 의하여 손해배상을 청구함을 인정하고 있으므로, 피해자의 자유에 의하여 형사보상청구권이나 기타의 손해배상을 청구할 수 있다(동법 제5조 1항). 다만 동일한 원인에 대하여 어느 한 사유로 배상을 받았을 때에는 다른 사유로 인한 청구에는 그 액이 공제되어야 하며, 손해배상의 액수가 형사보상액과 동일하거나 초과할 때에는 형사보상을 하지 않는 것으로 하고 있다(동조2항·3항).

(4) 刑事補償의 節次

형사보상의 청구권자는 무죄·면소 또는 공소기각의 재판을 받은 본인 또는 기소

유예처분 이외의 불기소처분을 받은 피의자이다. 여기의 불기소처분을 받은 피의자와 그 상속인(동법 제1조, 제2조, 제25조, 제26조 제1항)이 무죄·면소 또는 공소기각의 재판이 확정되거나, 검사로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분의 고지 또는 통지를 받은 날로부터 1년 이내에 무죄의 확정판결을 한 법원에 하여야 한다(동법 제6조, 제7조, 제25조, 제27조 3항).

이때 보상청구는 대리인에 의해 할 수 있으며 상속인이 보상을 청구할 때에는 본인과의 관계 및 동순위에 있는 상속인의 유무를 소명할 수 있는 자료를 제출하여야 한다(동법 제9조). 동순위의 상속인이 수인인 경우 그 중 1인이 한 보상청구의 효력은 다른 상속인에게도 미치므로 청구한 자 이외의 상속인은 공동청구인으로서 절차에 참가할 수 있고, 법원은 보상을 청구할 수 있는 다른 동순위의 상속인이 있음을 안 때에는 지체 없이 그 상속인에 대하여 보상청구가 있었음을 통지하여야 한다(동법 제11조).

보상청구를 할 때에는 보상청구서에 청구자의 인적사항, 청구의 원인된 사실과 청구액 등을 기재하고 재판서의 등본과 그 재판의 확정증명서를 법원에 제출하여야 한다.

보상청구사건의 관할법원은 무죄판결을 한 법원이나 관할권 없는 법원에서 보상 결정을 하였다고 하여 당연 무효가 되는 것은 아니다. 한편 보상청구는 법원의 보상 청구에 대한 재판이 있을 때까지 취소할 수 있으나 청구를 취소한 자는 다시 보상 청구를 할 수 없고 동순위의 상속인이 수인인 경우는 다른 전원의 동의 없이 청구를 취소할 수 없다(동법 제12조 1항, 제2항). 보상의 청구에 대하여 법원은 검사와 청구인의 의견을 들은 후 결정하여야 하나(동법 제13조 제2항) 보상청구의 원인된 사실인 구금일수 또는 형집행의 내용에 관하여는 청구자의 부담을 경감시키기 위하여 법원이 직권으로 이를 조사하여야 한다(동법 제14조).²⁹⁷⁾

보상을 청구한 자가 청구절차 중 사망하거나 상속인의 신분을 상실한 경우 다른 청구인이 없을 때에는 청구의 절차는 중단되며, 이때 청구권자의 상속인 또는 청구권자와 동순위의 상속인은 2월 이내에 그 절차를 승계할 수 있으므로 법원은 절차를 승계할 수 있는 자에게 지체 없이 위 기간 내에 청구의 절차를 승계할 것을 통

297) 이재상, 전계서, 730면; 백형구, 전계서, 917면; 배종대·이상돈, 전계서, 912면

지하여야 한다(동법 제18조).

보상청구에 대한 재판은 법원의 결정으로 하며(동법 제13조 제2항), 청구절차가 법령상의 방식에 위반하여 보정할 수 없을 때, 청구인이 법원의 보정명령에 응하지 아니할 때, 청구기간 경과 후에 보상을 청구한 때, 청구절차가 중단된 후 2월 이내에 승계의 신청이 없는 때에는 각하하여야 한다(동법 제15조, 제18조 제4항). 그리고 보상청구가 이유 없는 때에는 청구기각의 결정을, 이유 있을 때에는 보상의 결정을 하여야 하는데(동법 제16조) 이 결정에 대해서는 불복할 수 없고, 보상의 청구를 기각하는 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(동법 제19조).

판례는 보상결정에 대한 즉시항고는 할 수 없지만 보상결정에 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때에는 가능하다고 한다.²⁹⁸⁾

법원의 보상결정이 확정되었을 때에는 2주일 이내에 보상결정의 요지를 판보에 게재하여 공시하여야 하고(동법 24조 1항), 보상청구자가 동일한 원인으로 다른 법률에 의하여 충분한 손해배상을 받았다는 이유(동법 5조 2항 전단)로 보상청구를 기각하는 결정이 확정된 때에는 그 기각결정을 공시하여야 한다(동조 2항).

보상지급청구권은 보상결정의 확정에 의하여 발생하며, 이 청구권도 보상청구권과 마찬가지로 양도 또는 압류가 금지된다(동법 22조). 보상의 지급을 받을 수 있는 자가 수인인 경우에 그 중 1인이 한 보상지급의 청구는 보상의 결정을 받은 전원을 위하여 그 전부에 대하여 한 것으로 보며 보상결정이 송달된 후 1년 이내에 보상지급의 청구를 하지 아니한 때에는 권리를 상실한다(동법 제20조 제3항, 4항).

무죄의 재판을 받은자의 보상에 관한 규정은 피의자보상에 대해도 적용된다(동법 제28조 제1항).

298) 대판 1965. 5. 18. 65도537; 이재상, 상계서, 731면; 배종대·이상돈, 상계서, 913면.

第5章 被疑者에 대한 人權保障의 問題點과 改善方案

수사절차에서의 인신구속은 형사사법절차의 진행과 형의 집행을 확보하기 위해 가장 효과적인 수단이기는 하지만 인권에 대한 침해를 가져올 우려가 크므로 다른 방법에 의해서는 그 목적을 달성할 수 없을 때 필요한 최소한도의 범위에서만 이루어져야 한다.

그러나 우리의 현실은 입법의 미비와 잘못된 관행으로 구속이 원칙인 것처럼 운영되어 오면서 구속을 자백을 얻어내는 수단으로 사용하여 피의자에 대한 인권침해의 원인이 되고 죄질에 따라 석방시기를 달리 함으로써 미결구금을 사실상의 처벌 효과로 활용하는 폐단이 발생하기도 하였다.

그리하여 이러한 폐해를 방지하고, 제도를 개선하기 위한 노력이 전개되어오다 1995년 형사소송법 개정에 의해 구속영장 실질심사제도와 피의자 보석 및 체포제도가 도입되었으나 아직도 피의자의 인권을 충분히 보호하지 못하고 있다는 비판이 학계와 사법개혁 추진위원회를 중심으로 꾸준히 제기 되어 왔다. 그리하여 본 장에서는 인신구속의 폐해를 방지하고 불필요한 구속을 억제하여 피의자의 인권을 최대한 보장하기 위해 그동안 제기된 문제점들을 살펴보고 그 개선방안에 대해 살펴보자 한다.

第1節 拘束令狀實質審查制度의 問題點과 改善方案

개정 전 형사소송법에서는 수사기관이 제출한 소명자료와 증거물만을 기초로 형식심사에 의해 구속영장의 발부여부가 결정되었으나 개정형사소송법에서는 법관이 직접 피의자를 심문하여 구속여부와 필요성을 심사한 다음 구속여부를 결정하는 구속영장실질심사제도가 도입되었으나 본래의 취지와는 달리 임의적 심문과 미체포 피의자의 심문을 위한 강제구인 등이 인정됨으로써 피의자보호에 충분하지 못하다는 비판이 제기되어 왔다.

1. 逮捕前置主義의 導入必要

현행 형사소송법은 1995년의 개정을 통해 임의동행과 보호유치 등 탈법적 수사관행을 근절하고 수사과정에서의 적법절차를 담보하기 위하여 헌법에 규정된 체포제도를 도입하였으나 일본 등의 입법례와 달리 체포전치주의를 채택하지 않고 체포·구속 병렬주의를 채택하고 있는데 이는 수사기관의 편의를 도모하기 위한 것으로 보인다.¹⁾

그러나 미체포피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하게 하고 있는데(형사소송법 제201조의2 제3항), 이는 체포영장제도의 입법취지를 유명무실하게 하며 제도의 조기정착에도 장애가 된다.²⁾ 그러므로 영장실질심사제도가 구속을 제한하여 피의자의 인권을 보장하는 제도라는 점을 고려하여 볼 때 구속전 피의자심문을 위하여 구인하는 것은 입법론상 타당하다고 할 수 없다.³⁾

-
- 1) 우리의 형사소송법은 체포전치주의를 적극적으로 도입하지 않았지만 입법제안자는 구속 이전에 체포의 전치절차를 거치는 것이 바람직하며 이것의 활용을 적극 기대하고 있는 듯하다. 법무부의 대표로 형사소송법중개정법률안에 관한 공청회(국회 법제사법위원회, 1995. 11. 1)에 참석한 정동기 검사의 진술, 대검찰청, 「형사소송법 제정·개정 자료집」, 1997. 3, 698면 이하 참조).
 - 2) 이주홍, “憲法과 刑事裁判”, 「令狀實質審查制度 II」, 법원행정처, 1997, 49면 이하 : 이재상 교수도 형사소송법중개정법률안에 관한 공청회에서 “체포제도를 도입하면서 체포를 거치지 않고 바로 구속영장을 발부하는 것을 허용하는 것은 문제가 있다”고 진술하고 (대검찰청, 「형사소송법 제정·개정 자료집」, 688면 참조). 신동운 교수도 “체포제도가 제대로 활용되지 못하고 구속영장의 청구에서부터 시작되는 현재의 난맥상은 근본적으로 입법자의 불투명한 태도에 기인한다. …… 체포제도와 구속제도를 준별하지 아니한 채 피의자를 체포의 형태로 검거한 후 구속해도 좋고, 체포단계를 생략한 채 미체포피의자에 대한 구속영장의 형태로 구속해도 무방하다는 입법자의 안이한 상황인식이 체포제도의 정착을 가로막는 이유라고 생각된다”고 지적하고 있다(신동운, “人身拘束制度를 둘러싼 法適用의 歪曲과 그 解決方案”, 「社會病理와 法的 對應」, 서울대 법학연구소, 1998. 2. 20, 43면).
 - 3) 체포되지 아니한 피의자를 구속하는 경우에는 먼저 구속영장을 발부한 후에 판사가 피의자를 심문하여 구속사유 없는 피의자를 석방하게 하는 제도가 타당하다고 하고 있다 (이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2004, 233면 이하).

특히 체포영장제도의 운용에 있어 수사기관 특히 사법경찰관이 긴급체포의 사유가 없음에도 불구하고 강제력을 행사하거나 심리적 압박을 가하여 연행하는 경우와 같은 탈법적 수사관행이 근절되고 있지 않는 것이 현실이므로 이를 제도적으로 사법적 통제하에 둘 필요성이 절실하다. 따라서 이러한 문제점들을 해결하기 위하여 체포전치주의의 도입을 보다 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다 하겠다.

즉 피의자에 대한 신병구속의 초기단계에서는 범죄의 혐의와 신병구속의 필요성에 대한 판단이 매우 유동적이기 때문에 우선 48시간의 비교적 단기의 구속인 체포에 의한 신병구속을 선행하여, 수사를 통하여 여전히 범죄혐의 및 신병구속의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 법관의 판단을 통하여 다시 장기적인 구속을 인정하는 신중한 절차를 취하는 것이 피의자의 인권보호의 요청에 보다 적합하며, 체포되지 아니한 피의자의 구속 전 피의자심문을 위한 구인제도의 폐해를 제거할 수 있기 때문이다.⁴⁾ 아울러 체포제도는 구속의 경우와는 달리 피의자에게 미치는 烙印效果 등의 부담은 약화되어지는 한편 단기간의 신병확보 이후에 다시 구속여부를 결정하게 되므로 경직화된 구속수사의 관행을 탈피하여 탄력성 있는 강제수사관행을 정착시킬 수 있음을 감안할 때,⁵⁾ 체포를 전치하여 구속의 필요성 여부에 대하여 다시 심사하게 하는 기능을 법관에게 부여하는 제도적 장치가 보다 문명국가의 형사절차에 부합한다고 하겠다.

2. 必要的 審問으로의 轉換

현행법은 법원과 수사기관에 지나친 부담을 준다는 이유 등으로 체포된 피의자 변호인, 법정대리인, 배우자 등의 신청이 있을 때에 심문하는 임의적 영장실질심사 제도를 채택하고 있다(동법 제201조의2 제1항). 그러나 이 제도는 다음과 같은 문제점이 제기되고 있다.⁶⁾

4) 平野龍一, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 1983, 103面.

5) 형사소송법중개정법률안에 관한 공청회(국회 법제사법위원회, 1995. 11. 1)에서의 정동기 검사의 진술 참조(대검찰청, 「형사소송법 제정·개정 자료집」, 699면).

6) 송광섭, “拘束令狀實質審查制度의 問題點과 改善方向”, 「刑事政策」 10호, 한국형사정책 학회, 59면 이하; 전용득, “被疑者の 拘束에 관한 研究”, 동의대학교 박사학위논문, 1999, 182-183면.

첫째, 영장실질심사제도는 영장주의 핵심으로서 법관에 의하여 수사기관의 구속의 남용을 통제하기 위한 것으로 세계 어느 국가를 보아도 임의적 제도로 운영하고 있는 나라는 없을 뿐만 아니라, 피의자가 법관과의 대면진술권을 포기하지 않는 이상 필요적으로 피의자심문이 이루어져야 한다는 선진 법치국가의 입법례와 국제인권규약의 「시민적 및 정치적 권리에 관한 규약(B규약)」 제9조 3항 1문의 규정, 즉 “범죄혐의로 체포되거나 구금된 자는 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 관헌에게 신속히 인치되어야 하고, 합리적인 기간내에 재판을 받거나 석방될 권리를 가진다”에 합치되지 않는다.⁷⁾ 둘째, 헌법적 요청인 적법절차의 원칙과 평등원칙에 위배되고, 형사소송법 제72조의 “…변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다”는 규정에도 합치하지 않는다. 셋째, 피의자가 구속영장의 실질심사를 신청한 경우에만 피의자심문을 하게 되면 수사기관의 피의자신문시에 변호인의 참여권이 보장되지 않는 현실에서는 조사과정에서 피의자에게 무형의 압력을 행사하여 법관과의 대면권의 포기나 피의자심문을 신청하지 못하도록 할 수도 있고, 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 공판정에서 피고인이 내용을 부인하면 증거능력이 인정되지 않는 것이 증거법칙인데 피의자심문을 요청하지 않는다는 피의자진술의 진실성을 담보하기가 어렵다. 넷째, 구속영장의 발부도 법관의 권한이며 재판상 필요한 경우 실질심사를 하는 것은 법원의 권한이므로 이를 제약하는 것은 위헌의 소지가 있다.⁸⁾

모든 국민이 법 앞에 평등하다는 것은 헌법상의 기본권이므로 피의자심문을 받을 수 있는 기회보장은 모든 피의자에게 제공되어야 하며, 무죄추정의 원칙, 적법절차의 원칙, 재판청구권 등에 비추어 피의자의 인신구속은 영장발부의 주체인 판사가 피의자의 신청유무를 떠나 직권으로 체포된 피의자에 대하여 구속전 피의자심문을 할 수 있어야 한다. 또한 국제인권규약상의 인권에 관한 제규정은 현행 헌법 제11조 이하에 열거된 기본권의 제규정과 동등한 헌법적 효력을 가지고 있으므로 국제인권규약에 저촉되는 법률은 그 적용이 배제되든지, 국제법우선의 원칙상 국제인권규약

7) 영장실질심사와 관련된 내용은 유럽인권협약 제5조 3항에도 규정되어 있다. 즉 “제5조 3항 1호에 의하여 체포·구금된 사람은 누구나 신속히 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 다른 관헌에게 인치되어야 하고…”라고 규정하고 있다.

8) 차용석, 「*刑事訴訟法研究*」, 세영사, 1998, 297면.

이 우선적으로 적용되어야 하므로 현행 형사소송법상 신청에 의한 구속영장실질심사를 국제인권규약의 취지에 따라 필요적 구속영장실질심사로 개정하여야 하여야 할 것이다.⁹⁾

3. 被疑者審問의 拘束期間 算入

현행 형사소송법은 “피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서와 수사관계서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 사법경찰관과 검사의 구속기간에 이를 산입하지 아니한다”라고 규정하고 있다(동법 제201조의2 제8항). 이 규정은 피의자가 구속영장실질심사를 신청하여 법관이 피의자심문을 한 후 구속영장을 발부한다면 그 피의자심문을 하는데 소요된 기간은 구속기간에 산입하지 않겠다는 것이다. 이는 피의자심문을 위하여는 2일정도의 기간이 소요되며, 체포·구속적부심에 있어서도 심문기간을 구속기간에 산입하지 않는다는 점과,¹⁰⁾ 수사기간 확보의 필요성 등을 이유로 들고 있으나, 이것은 수사편의를 위하여 구속기간을 장기화하겠다는 발상¹¹⁾에서 나온 산물에 지나지 않은 것이다.

그러나 경찰수사단계에서 피의자 구속기간이 10일이나 되는 외국의 입법례는 없으며 그 기간의 단축 필요성이 제기되고 있는 점, 동 규정은 구속기간이 실질적으로 연장되어 피의자에게 불이익하고, 구속영장실질심사의 신청을 위축시키고, 나아가 수사기관이 피의자의 신청권포기를 유도하는 수단으로 악용될 우려가 있으므로 심문기일을 구속기간에 산입하도록 입법의 정비가 필요하다 할 것이다.¹²⁾

9) 이재상, 전계서, 233면; 신동운, 「형사소송법 I」, 법문사, 2001, 188면; 송광섭, 전계논문, 61면. 이에 대하여 형사소송법 개정안은 체포된 피의자에 대하여 구속영장이 청구된 경우 지방법원 판사는 필요적으로 심문하고(안 제201조의2 제1항), 사전구속영장이 청구된 경우 피의자가 도피하여 심문할 수 없는 경우를 제외하고는 원칙적으로 모두 심문하도록 하고 있다(안 제201조의2 제2항).

10) 체포·구속적부심사가 청구된 경우에 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정후 검찰청에 반환될 때까지의 기간은 체포 또는 구속기간에 산입하지 않는다(제214조의2 제12항).

11) 이재석, “逮捕制度에 관한 考察”, 「社會科學研究」 제4집, 대구대학교, 1997, 54면.

12) 송광섭, 전계논문, 62면; 전용득, 전계논문, 185면.

4. 拘引된 被疑者의 留置場 留置의 明文化

미체포피의자에 대하여 구인을 위한 구속영장이 집행되어 법원에 인치된 경우 인치 후 피의자심문시까지 또는 피의자심문 후 영장발부 여부 결정시까지 필요하면 피의자를 경찰서 유치장에 유치를 할 수 있는가에 관하여 현행 형사소송법에는 명시적 규정이 없어 논란이 되고 있다. 다만, 대법원 송무예규 제514호 미체포피의자 구인절차에 관한 예규에서 이를 가능하도록 규정하고 있을 뿐이다.

이에 대하여는 현행 형사소송법에 명문 규정이 없다는 이유로 불가능하다는 견해¹³⁾와 체포후의 유치에 대하여 별도의 구금영장이 필요 없는 것과 마찬가지로 구인 후의 유치에 대하여도 별도의 구금영장이 필요 없으므로 구인의 효력으로써 피의자를 24시간 유치할 수 있고 기존의 유치장을 이용함으로써 국가적인 효율을 꾀함과 아울러 구속영장 집행의 편의를 도모하기 위하여 경찰서 유치장을 이용하여야 하며 경찰관직무집행법 제9조는 경찰서 및 지방해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 둔다고 규정하여 그 근거를 마련하고 있으므로 현행법상으로도 구인 피의자의 경찰서 유치장 유치가 가능하다는 견해¹⁴⁾가 대립하고 있다.

영장실질심사제도의 본질을 호도하는 논란을 없애기 위하여는 체포전치주의를 도입함으로써 미체포피의자를 바로 심문하는 절차가 없어진다면 이러한 논의는 필요 없게 되겠지만, 체포전치주의의 도입전이라도 판사가 필요하다고 인정할 때 구치소 또는 경찰서 유치장 등에 유치할 수 있도록 하는 명문의 규정을 신설하는 입법론적 정비가 있어야 할 것이다.¹⁵⁾

13) 최교일, “拘束前 被疑者審問制度에 관한 考察”, 「法曹」, 통권 488호, 1997. 5, 111면;
白亨球, “令狀實質審查와 被疑者留置責任”, 법률신문 제2585호, 1997. 3. 24.

14) 황정근, “拘引된 未逮捕 被疑者の 留置場 留置”, 「시민과 변호사」, 1997. 4. 104면 이하.

15) 형사소송법 개정안은 구인장이 집행되어 법원에 인치된 피고인·피의자 등을 교도소, 구치소 또는 경찰서 유치장에 유치할 수 있는 근거 규정을 두어 ‘구인후 유치제도’를 신설하고 있다(안 제71조의2, 제201조의2).

5. 夜間審問과 令狀待機時間의 短縮

현행 형사소송규칙 제96조의12 제1항은 체포된 피의자에 대한 심문기일은 피의자의 호송 등에 소요되는 시간을 고려하되 구속영장청구서가 접수된 때로부터 가능한 한 빠른 일시로 지정하여야 한다라고 규정하고 있다. 따라서 피의자심문이 필요하다고 판단한 때에는 일과 전후를 막론하고 언제라도 피의자가 인치되는 즉시 심문이 진행되고 영장발부여부가 결정되어야 할 것이다. 그런데 현실에 있어서는 법원의 편의에 따라 주간에만 피의자심문을 함으로써 피의자의 대기시간이 늘어나고, 하루 3회만 심문을 실시하여 피의자를 20시간씩이나 근거없이 경찰서 유치장에 구금하도록 요구하는 것은 피의자 인권에 대한 위법한 침해일 뿐 아니라, 수사기관에 대하여 위법행위를 강요하는 결과를 초래하고 있다.¹⁶⁾

따라서 피의자의 인권보장이라는 관점에서 피의자가 불필요하게 장시간 대기를 하지 않는 방향으로 개선되어야 할 것이다. 즉 검찰은 경찰이 구속영장을 신청하면 이를 즉시 검토하여 주간에 수시로 영장을 청구해야 하며, 법원은 이에 상응하여 야간 심문도 적극 실시하는 등 상시 심문체제를 갖춤으로써 영장재판을 최대한 신속히 처리하는 방향으로 전향적인 검토를 할 단계가 되었다고 본다.¹⁷⁾

6. 令狀實質審查의 內實化

拘束令狀實質審查制가 運用되고 있는 現實을 보면, 令狀專擔判事が 범죄의 중대성, 죄질, 재범의 우려 등에 대한 판단을 경시한 체 합의여부, 전과, 피해변제, 도망·증거인멸의 우려라는 추상적이고 불분명한 기준에 의하여 심사한 뒤 令狀發付여부를 결정하는 것이 일반적이다. 특히 도망·증거인멸의 “우려”는 장래에 있어 피의자의 “의도”를 예측하는 것으로 범죄의 중대성이나 사회적 위험성 등을 배제한다면 일정한 기준이 없어 자의적인 판단이 개입할 소지가 다분히 있는 것이다.

16) 정동기, “拘束令狀實質審查制度의 問題點”, 「刑事政策研究소식」, 형사정책연구원, 1997, 3 ~4월호, 5면.

17) 황정근, “拘束令狀實質審查制度의 改善方案”, 「刑事政策研究」 8권 4호, 한국형사정책연구원, 1997, 46면.

그 결과 유사한 사안에 대해 법원별·법관별로 구속영장 발부 여부에 관한 편차가 있다는 지적이 제기되고 있다. 즉 법원이 증거인멸 및 도망의 염려에만 치중하여 구속여부를 결정하는 경우 변호인을 선임하거나 재력이 있고 신분이 확실한 자는 불구속되고 빈민계층은 구속되는 이른바 “有錢不拘束, 無錢拘束” 현상이 발생할 우려가 있으며 이러한 결과는 법집행의 형평성에 대한 불만을 야기할 소지가 있다.

따라서 이러한 문제가 개선되기 위해서는 법원은 영장발부의 기준이 되는 범죄의 종류나 중대성 등에 대한 일반화된 객관적 처리기준의 마련이 필요하고 대법원 송무예규 제501호에 따라 영장담당법관이 영장업무만 전담할 수 있도록 영장전담법관을 2인 이상 지정하여 영장처리업무가 신속하고 신중하게 처리될 수 있도록 해야 할 것이다. 또 구속영장발부기준이 상이할 경우 법원 간 또는 2인 이상의 영장전담법관이 연구모임을 정례화 하여 상호 의견교환을 하도록 하는 제도적 장치도 필요하다.¹⁸⁾

7. 判事의 被疑者審問時 調書作成의 必要性

피의자심문을 신청한 피의자가 판사의 심문시 수사기록상의 조서 내용과 다르게 진술하여 그 진술이 영장심사에 반영되었으면 그 진술은 당연히 기록이 유지되어 진실성을 보장하고 영장발부 후에 이어질 수 있는 구속적부심사에서의 판단에 도움을 줄 수 있어야 하는데 판사는 피의자심문의 내용을 기록하지 않고 있다.

이에 따라 심문 장소에 출석한 피해자나 제3자를 심문한 심문내용이 기록되지 않아 나중에 확인할 수 없게 될 뿐만 아니라 참고인 진술의 진실성을 담보할 수 있는 대책도 없다.¹⁹⁾ 그러므로 판사가 구속영장발부를 위한 피의자심문의 경우에는 참여를 입회시키고 심문내용을 조서에 작성하도록 하는 규정을 두는 방향으로 입법론적 정비가 필요하다 할 것이다.²⁰⁾

18) Russell Galloway, *The Rich and the Poor in Supreme Court History*, Paradigm Press, 1982, p.3.

19) 전용득, 전개논문, 190-191면.

20) 형사소송법 개정안은 구속전피의자심문시 조서를 작성하여 사건 기록에 편철함으로써 영장 결정에 대한 사후 심사 등에 대비하도록 하였다(안 제201조의2 제7항).

第2節 逮捕·拘束適否審查制度의 問題點과 改善方案

수사기관에 의한 불법구속으로부터 피의자를 구제하여 기본적 인권을 보장하기 위해 도입된 체포·구속적부심사제도는 체포영장이나 구속영장에 의해 체포, 구속된 피의자에 대해서만 청구권이 인정되고 수사에 지장이 초래되는 것을 방지하고 청구권의 남용을 방지한다는 목적으로 심사기간을 피의자의 구속기간에 산입하지 않는 등의 문제점이 제기되고 있다.

1. 逮捕適否審의 不必要

헌법에서는 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다(헌법 제12조 6항)”고 규정하고 있고, 형사소송법 제214조의 2 제1항에서는 “체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주는 판할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 즉 체포된 자에게 체포의 적법여부를 심사청구할 수 있게 한 것이다. 그러나 외국의 경우 체포에 대한 적부심사는 “피의자심문”절차에서 이루어진다. 특히 영미에서는 체포 후 지체없이 피의자가 치안판사에게 인치되어야 하며, 이때 체포의 적부심사가 이루어진다. 독일에서도 현행범인의 체포나 긴급체포 후 석방하지 않는 경우에는 지체없이 법관에게 인치되어 심문을 받으며, 이때 체포의 적부에 대한 심사가 이루어진다.

그러므로 우리나라의 경우에도 구속영장실질심사제도가 필요적 심문으로 전환되어 피의자심문이 필요적으로 이루어진다면 구속적부심 외에 별도로 체포적부심을 존치할 필요가 없을 것으로 판단된다. 또한 체포기간은 48시간으로서 구속에 비하여 단기간일 뿐만 아니라 실무상으로도 전체 영장발부 인원중 체포영장에 의한 체포자는 많지 않으므로 체포적부심사를 폐지하더라도 구속적부심사에서 구제를 받을 수 있으므로 체포적부심을 존치할 필요는 없다 하겠다.

2. 令狀 없이 逮捕된 者의 請求權 認定

피의자심문이 임의적 심문에서 필요적 심문으로 전환된다면 체포적부심 존치의 실익은 별로 없으므로 폐지함이 마땅하다. 그러나 그러한 입법론적 개선방안이 취해지기까지는 현행 형사소송법상 체포·구속적부심사청구권자의 범위에 대해 많은 문제점이 있다. 현행 형사소송법에 따르면 체포·구속적부심사의 청구권자로 체포영장 또는 구속영장에 의해 체포 또는 구속된 피의자 및 그와 일정한 관계가 있는 자로 제한하고 있어 체포영장에 의하지 않고 체포된 피의자, 즉 임의동행에 의해 보호실에 유치되거나 긴급체포 또는 현행범으로 체포된 피의자는 체포적부심사를 청구할 수 있는지가 문제되는데 학설은 나뉜다. 즉 적극설은 헌법 제12조 제6항을 근거로 청구권이 있다는 견해로 동조에 의하면, 누구든지 체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다고 규정하고 있기 때문에 체포영장이나 구속영장에 의하지 않고 사실상 수사기관에 구금상태에 있는 자도 체포적부심사를 청구할 수 있다고 한다.²¹⁾ 반면에 소극설은 형사소송법 제214조 2 제1항을 근거로 청구권이 없다는 견해로 동조에 의하면 영장에 의하여 구속된 피의자만을 청구권자로 명시하고 있으므로 문리해석에 의할 때 체포영장이나 구속영장이 발부되지 아니하고 사실상 수사기관에 구금상태에 있는 자에게는 체포·구속적부심사 청구권이 없다고 한다.²²⁾

이에 대해 대법원은 헌법 제12조 제6항은 누구나 체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다고 규정하고 있고, 형사소송법 제214조의 2 제1항은 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포·구속된 피의자등이 체포·구속의 적부 심사를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 바, 이 규정은 영장주의의 예외에 의하여 체포된 피의자의 청구권을 제한한 취지라고 볼 것은 아니라고 보아 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자도 헌법과 형사소송법의 규정에 따라 적부심사를 청구할 권리를 가진다고 봄이 상당하다고 판시하였다.²³⁾

21) 배종대·이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2004, 273면; 신동운, 전계서, 213면. 이재상, 전계서, 251면.

22) 백형구, 「형사소송법강의」, 박영사, 2001, 273면; 신양균, 「형사소송법」, 법문사, 2000, 126면.

23) 대판 1997. 8. 27, 97모21.

요컨대 형사소송법 제214조의2 제1항을 제한적인 열거조항으로 해석하여 문리해석에 충실할 때 적부심사의 청구권자는 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자에 한하므로 긴급 체포되거나 현행범인으로 체포된 피의자 또는 위법하게 체포된 피의자는 체포적부심사의 청구권이 없다고 해석된다.

그러나 이와 같이 해석한다면 동규정은 위헌의 소지가 있고, 개정 형사소송법이 긴급체포와 현행범의 체포에 있어 사법적 통제가 배제된 무영장체포를 인정하고 있는 점, 그리고 청구권자를 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자로 제한하여야 할 합리적인 이유가 존재하지 아니하며, 더구나 이 제도를 인정한 취지가 긴급체포에 의한 체포의 남용을 방지하여 형사소송의 지도원리인 무죄추정의 원칙과 불구속수사의 원칙 및 적법절차의 원칙을 더욱 공고히 하여 인권의식 성장에 기여하는데 있다는 점을 고려하면 위법, 부당하게 체포·구속된 피의자 등에도 체포·적부심사청구권이 보장되어야 할 것이다. 더욱이 현행 형사소송법의 해석에 관하여 다른 의견을 보이는 학자들도 입법론적으로 청구권자의 범위를 확대하여야 한다는데 동의하고 있는 실정이므로 동 규정에 대한 입법론적 정비가 필요하다고 하겠다.²⁴⁾

3. 審查期間의 逮捕·拘束期間에의 算入

현행 형사소송법에는 체포·구속적부심사의 청구에 있어서 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 날로부터 결정을 한 후 검찰청에 반환한 때까지의 기간을 구속기간에 산입하지 않도록 규정되어 있다(형사소송법 제214조의2 제12항). 이 규정의 취지는 구속적부심사로 인한 수사기관의 구속기간이 사실상 단축되어 조사에 지장이 초래되는 것을 막고 피의자의 청구권 남용을 방지하며 간접적으로는 이른바 전격기소를 억제하는 기능에 있다²⁵⁾고 할 것이나 여러 가지 문제점이 노출되어 있다.

원래 불구속 수사를 원칙으로 하는 형사소송법 원리에 의하면 헌법상의 기본권을 행사하는 데에 구속기간이 연장되는 불이익을 부과하는 것은 불법구속으로부터의

24) 형사소송법 개정안 제214조의2 제1항은 체포영장 또는 구속영장에 의하지 아니하고 체포 구금된 피의자도 적부심사를 청구할 수 있도록 하고 있다.

25) 백형구, 전계서, 277면; 이재상, 전계서, 254면; 정웅석, 「형사소송법」, 대명출판사, 2003, 253면.

구제라는 헌법의 취지에 반할 뿐만 아니라 법원의 처리지연으로 인한 불이익까지 피구속자에게 돌아가게 되므로 부당하고²⁶⁾ 불구속 수사, 임의수사의 원칙에서 볼 때 수사관계서류와 증거물이 법관의 수중에 있다고 하여 수사가 중단될 이유는 없는 것이므로²⁷⁾ 수사지장을 배제할 목적으로 이러한 규정을 두는 것은 문제이다.

체포·구속적부심사의 청구는 헌법에 의하여 구속된 피의자에게 인정된 권리이고, 결정과 증거물이나 수사관계서류를 반환하는 기간은 법원의 사정에 따라 달라질 수 있고 이 기간동안 특별히 수사에 지장이 초래되는 것도 아니기 때문이다.²⁸⁾ 또한 체포 및 구속기간 불산입 규정은 위헌의 소지가 있을 뿐만 아니라 현재의 간이기각결정규정(동법 제214조의2 제2항)에 의하여도 체포·구속적부심사청구의 남용을 충분히 방지할 수 있다.²⁹⁾ 따라서 체포·구속적부심사의 청구에 있어서 심사기간의 체포기간 및 구속기간 불산입의 규정은 입법론적으로 삭제함이 타당하다 할 것이다.

第3節 被疑者釋放制度의 問題點과 改善方案

우리나라의 피의자보석제도는 피의자가 주체가 되어 보석을 청구하는 것이 아니라 피의자 등에 의한 체포·구속적부심사의 청구를 받은 법원이 구속된 피의자를 심문하여 보증금의 납입을 조건으로 피의자의 석방을 하도록 하고 있다. 따라서 보석을 원하는 피의자는 그 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 구속적부심사를 청구하고 있기 때문에 피의자의 방어권보장을 위한 제도로서의 근본취지를 제대로 살리지 못하고 있다는 비판이 가해지고 있다.

26) 법률신문, 1980. 12. 20. 1면에 게재되어 있는 서울 형사지법 지침에 의하면 구속적부심사청구를 받은 법원은 3일 이내에 사건의 심문기일을 넣고, 심문종결 60시간내에 종결하여야 한다고 되어 있다.

27) 이영란, “拘束適否審查制度에 관한 研究”, 서울대학교 박사학위논문, 1987, 258면.

28) 이재상, 전계서, 258면; 정웅석, 전계서, 257면에서는 적부심사의 청구가 있으면 수사기록과 관련증거를 모두 법원에 제출하므로 기록이 없는 상태에서 수사를 계속한다는 것은 수사를 계속 하는 것은 불가능 하므로 수사에 미치는 영향을 고려하여 법원이 구속기간의 산입여부를 결정해야 한다고 하는 견해도 있다.

29) 신동운, 전계서, 224면.

1. 權利保釋으로서의 被疑者保釋制度 導入

현행 형사소송법은 구속된 피의자가 석방될 수 있는 기회를 확대하기 위해 수사 절차상의 보석제도로 피의자보석 제도를 도입하였다. 이는 기소 후 보석제도의 취지를 기소전 수사단계까지 확대함으로써 피의자가 신체활동이 자유로운 상태에서 방어권 행사를 가능하게 함으로써 피의자의 인권을 실질적으로 보장하기 위한 것으로 보인다. 그러나 현행제도는 피의자의 보석청구권을 정면으로 인정하지 않고 체포·구속적부심 단계에서 보증금의 납입을 조건으로 피의자를 석방한다는 점에서 보석제도 본래의 취지와 다르며 피의자보호에 충실하지 못하고 있다는 비판이 제기되고 있다.

본래의 보석제도는 일정한 보증금의 납입을 조건으로 구속의 집행을 정지하여 피의자로 하여금 적극적으로 자신의 무죄를 증명할 수 있는 기회를 보장하고, 다른 한편으로 일정한 구속사유에 해당하는 경우에도 피의자의 인권보장을 위하여 피의자를 석방하면서 구속과 동일한 효과를 가지는 구속대체 수단으로서의 의미를 가지고 있는 것이다. 그러므로 무죄를 증명하여야 할 주체인 피의자에게 청구의 기회를 부여하지 않고 전적으로 법원의 결정에만 의존하게 된다면, 필요적 보석으로 일정한 제외사유가 없는 한 보석권을 인정받는 피고인보석과의 형평성의 문제가 존재하게 된다.

따라서 피의자가 발전하는 소송구조에서 자신을 실질적으로 변호할 수 있도록 권리보석으로서 보석청구권을 인정하는 것이 타당할 것이다.³⁰⁾

한편 미국의 재판전 석방제도는 피고인뿐만 아니라 피의자에게도 인정되고 있으며 오히려 체포된 피의자를 석방하기 위한 권리보장으로서의 의미를 가지고 있다.³¹⁾

2. 拘束令狀實質審查段階에서의 保釋許容

무죄추정의 원칙에 따라 피의자는 유죄의 재판이 확정될 때까지 무죄로 추정되므로 이들에 대한 수사와 재판은 불구속으로 행하는 것이 기본원칙이다. 그러나 우리

30) 이인영, “체포·구속된 피의자 보석에 관한 고찰”, 「비교형사법연구」 제11호, 2004. 12, 270면.

31) Israel · Kamisar · LaFave, *Criminal Procedure and the Constitution*, West Publishing, 1990, p.432; Samaha, *Criminal Justice*, West Publishing, 1988, p.352.

의 수사관행은 범죄혐의자를 유죄의 확정판결을 받은 자와 동일시하는 규문적 수사관행과 인권의식의 결여에 의해 구속수사를 원칙으로 하고 보석을 불허하는 것이 관행으로 되어 있다. 이러한 관행을 개선하기 위한 노력의 일환으로 형사소송법은 제한적이기는 하지만 피고인에게만 인정되었던 보석제도를 1995년의 개정에 의해 체포·구속적부심사절차에서 판사가 직권으로 피의자의 보석을 허가하는 제도를 도입하였다(동법 제214조의2 제4항). 그러나 피의자 보석제도는 적법한 구속을 전제로 체포·구속영장의 효력을 유지하면서 보증금 납입을 조건으로 구속의 집행을 정지하는 제도인 점에서, 체포·구속의 적법여부와 그 계속의 필요성을 심사하여 부적법하거나 부당하게 체포·구속되어 있는 피의자를 석방시키는 체포·구속적부심사제도와는 본질적으로 다르다.

그러므로 피의자가 불법구속을 이유로 체포·구속적부심사를 청구한 경우에 법원이 보석을 허가하는 것은 타당하다 할 수 없고, 구속이 적법하여 적부심사의 청구사유에 해당하지 않음에도 피의자가 보석청구를 위해 적부심사의 청구를 남발하는 것도 바람직하다고 할 수 없다. 또한 현행 형사소송법이 피고인에게는 필요적 보석을 원칙으로 하여 보석권을 인정하면서도 피의자의 보석은 직권보석 내지 임의적 보석으로 규정하고 있는 것은 보석제도의 본질과도 일치하지 않는다.³²⁾ 이에 따라 보석제도가 활성화되어 있는 미국에서처럼³³⁾ 우리나라에서도 구속영장실질심사 단계에서 피의자에 대한 보석여부를 결정해야 한다는 주장이 제기되고 있다.³⁴⁾

32) 이재상, 전제서, 257면.

33) 미국에 있어 최초의 법정출석 절차에 있어서 치안판사는 피의자에게 고발장에 기재된 범죄혐의사실의 요지를 고지하고, 그가 장래적으로 향유할 수 있는 권리인 보석을 받을 권리, 변호인의 선임권, 진술거부권 등을 고지한 후 체포요건을 심사하고, 보석석방이냐 예방구금이냐를 결정한다. 이처럼 입법론적으로 고찰할 때 영장실질심사단계에서 구속으로 옮겨진 경우에는 판사로부터 피의자의 권리가 고지되고 보석이 허용되는 것이 문명국 수준의 형사절차라고 할 수 있다. 미국의 경우 이 단계에서 체포된 피의자 중重罪의 경우는 30%, 그리고輕罪의 경우에는 10%만이 계속拘禁되고 나머지는 보석이 허가되어진다(LaFave · Israel, *Criminal Procedure*, West Publishing Co., 2000, p.14). 미국의 보석제도에 대해서는 이재석, “美國의 保釋制度”, 「社會科學研究」 제5집 제1호, 대구대 사회과학연구소, 1998. 6. 4면 이하 참조.

34) 손동권, “拘束令狀實質審查制의 運用上 問題點과 그 改善策”, 「法政考試」, 1997. 12, 126면; 차용석, 전제서, 297면; 황정근, “令狀實質審查制度 施行의 意味와 課題”, 「令狀實質審查制度(實務上 問題點과 課題)」, 법원행정처, 1997, 443면 이하 참조.

요컨대 구속영장실질심사시 피의자심문 절차에서 구속의 요건이 존재하는 경우에 도 구속의 대체수단으로 일정한 보석보증금을 납부하게 하여 피의자의 출석을 담보 할 수 있다고 판단되는 경우 판사가 즉시 보석을 허가하여 석방함으로써 절차의 반복을 피하고 수사의 지연으로 인한 구속기간의 장기화를 방지하자는 것이다.³⁵⁾

그렇게 하면 구속영장실질심사제도의 실천적 가치를 활성화함과 아울러 영장기각 결정으로 석방되는 경우에 야기되는 제 문제에 대한 보완책으로도 바람직한 제도가 될 것이다.³⁶⁾

3. 被疑者釋放條件의 多樣化

미국의 보석개혁법은 재판전 석방의 유형으로 보증금 보석과 비금전적인 석방으로 구분하고 있는 데 비금전적인 석방에는 서약에 의한 석방과 조건부 석방이 있다. 이와는 달리 우리나라 형사소송법은 법원이 보석허가 결정을 할 때 반드시 보증금을 정하도록 하는 이른바 보증금보석을 규정하고 있는 데, 보증금의 납입이 보석을 인정하기 위한 유일한 조건인지에 대한 논란이 제기되고 있다. 왜냐하면 보석이 금전과 결부되어 있는 한 빈곤한 피고인에게 가난을 이유로 보석권이 박탈되는 결과가 초래될 수 있고, 가진 자의 특권을 인정하게 된다는 비판이 있을 수 있기 때문이다.

그러므로 우리나라에서도 보석의 조건을 위반한 경우에 보석을 취소하여 구속을 다시 집행할 수 있는 법 규정이 있으므로, 보증금보석 이외에도 피의자 또는 피고인에게 적극적인 의무를 부과하거나 자유를 제한하는 형태의 조건을 부과하는 조건부 석방을 인정할 필요가 있다. 즉 법원이 보증금을 결정하지 않더라도 주거제한 또는 정기적으로 동정을 보고하게 하거나, 경미한 범죄의 경우 피의자의 서약에 따라 조건없이 석방하는 행태를 채택할 수 있다. 또한 보석보증인을 지정하여 피의자를 석방해 보석의 조건을 정확하게 이행하고 있는지 여부를 감시한다면 비록 보증금을 부과하지 않더라도 충분히 구속과 동일한 효과를 거둘 수 있을 것으로 본다.³⁷⁾

35) 황정근, 상계논문, 443면; 손동권, 전계논문, 126면; 이인영, 전계논문, 273면; 이보영, “令狀 實質審查와 起訴前保釋의 相關關係”, 「사회과학연구」 18집, 호서대학교, 1999. 12, 17면.

36) 심희기, “긴장 속의 균형: 한국형 拘束令狀實質審查制의 실험과 시행착오”, 「형사정책」 제10호, 1998, 33면 이하 참조; 송광섭, 전계논문, 65면.

4. 保釋保證金의 算定 및 納入方法의 多樣化

우리나라의 보석제도는 피고인과 피의자에 대한 보석허가를 함에 있어 반드시 보증금을 정하여야 한다는 점에서 보증금보석이며 그 납부는 현금납부를 원칙으로 하고 유가증권 등으로 납부함에는 법원의 허가를 받도록 하고 있다. 실제로 있어 보석이 허가된 피고인의 현금납부의 비율은 70%를 상회하고 있으며, 그 외에는 보증적으로 보석보증보험증권을 첨부한 보증서를 이용하여 법원에 납부하고 있다.³⁸⁾

현행의 보증서에 의한 납부방법은 현금으로 보증금을 납부할 수 없는 피고인들이 보증금의 1%에 해당하는 보험료를 보증보험회사에 납부하고 보석보증보험증권을 발부받아 제출함으로서 석방될 수 있다는 점에서 특히 빈곤한 피고인의 보증금에 대한 경제적 부담의 문제점을 어느 정도 해결하고 있다. 그러나 이 제도의 활용이 아직은 미미한 편이며, 그 외 대체적인 보증금의 납입방법이 법원의 허가를 요하거나 경제적 부담을 크게 덜어주지 않기 때문에 빈곤한 피의자나 피고인의 보석권을 실질적으로 보장하는데 미흡하다. 그러므로 보증금보석 외에 비금전적인 보석의 적용 등을 다양하게 모색하는 방안을 강구할 필요가 있다.

미국의 경우, 재판전 석방제도에서는 법원이 피고인의 출석을 보증하는 합리적인 수준의 보증금을 결정할 때 수정헌법 제8조의 제약하에서 피고인 개개인의 구체적인 사항을 참작해서 산정하고 있으며, 이 과정에서 피고인이 납부할 수 있는 재정적인 능력이 있는지 여부도 고려하고 있다.³⁹⁾ 그리하여 이와 같이 결정된 보증금액을 적용할 때에도 피고인이 보증금을 납입할 수 없어 계속 구금될 수밖에 없는 경우를 미연에 방지하기 위하여, 법원이 빈곤한 피고인에게 보증금을 납입하는 방법을 다양하게 제시하고 있다. 예컨대 보석보증금을 납부한 직업보증인에게 10%의 수수료를 지불한다든지, 예탁금제도로서 법원에 보증금의 10%를 납부한다든지, 유가증권의

37) 형사소송법 개정안은 불구속 재판의 원칙을 확대하면서도 피고인의 출석을 확보하기 위하여, 미국의 무보증금 석방(ROR) 제도와 같이 보증금의 납입 대신 보증인의 출석 보증서 및 본인의 서약을 받고 보석 조건을 설정하여 피고인을 석방할 수 있도록 하는 보석 조건의 다양화를 꾀하고 있으며(안 제98조 제3항, 제99조), 석방된 피고인이 불출석할 경우 그 출석 보증인에게 과태료를 부과할 수 있게 하고 있다(제100조의2).

38) 이인영, “保釋制度에 관한 研究”, 연세대학교 박사학위논문, 1993, 126-127면.

39) Israel · Kamisar · LaFave, op.cit., p.432

대체납부 등이 그것이다. 우리나라에서도 빈곤한 피의자의 석방결정과 관련해서 빈곤한 피의자에게 가장 유리한 납입방법인 보석보증보험증권을 첨부한 보증서제도의 적극적인 활용이나 합리적 보증금산정을 위한 기준표를 마련하는 것이 필요하다.⁴⁰⁾

第4節 被疑者保護를 위한 辯護人制度의 問題點과 改善方案

형사소송절차에서 피의자의 실질적인 방어권이 보장되고 당사자 대등의 원칙이 실현되기 위해서는 제한 없는 변호인의 활동이 요구된다. 특히 구속된 형사피의자의 변호인은 피구속자가 수사기관에서 어떤 내용을 진술하였는지, 구속사유는 어떤 것인지 등을 파악하는 것이 피의자의 방어에 필수적이며, 수사기관의 피의자 조사과정에서의 적법성보장과 자백의 임의성 확보를 위해 변호인 참여가 요구되는데 현행 형사소송법에는 이러한 권리가 인정되고 있지 않아 논란이 되고 있다.

1. 辯護人の 捜査記録 閲覽 · 謄寫權의 保障

수사기록열람·등사권(Akteneinsichtsrecht)은 변호인에게 있어 매우 중요한 정보권(Informationsrecht)이다.⁴¹⁾ 효과적인 변호는 수사기관의 수사활동에 의하여 수집된 증거 및 범죄혐의 사실이 무엇인지를 충분히 알고 변론 준비를 하였을 때 가능하다. 따라서 변호인의 변호를 위한 모든 전략은 수사기록의 열람·등사권이 인정될 것을 전제로 한다고 할 수 있다.

원칙적으로 변호인은 그의 독자적인 조사를 통하여 변론준비를 위한 증거자료들을 수집할 수 있지만, 소추기관인 검사에 비하여 상대적으로 자료수집에 있어서 약자의 위치에 있다고 하지 않을 수 없다. 이러한 점에서 피고인 신문전에 변호인에게 기록의 열람·등사가 허용되지 않는다면 형사절차가 피고인이나 피의자에게 협의 내용조차 정확히 알 수 없는 비밀절차로 전락하여 진행될 수밖에 없다. 이런 의미에서

40) 이인영, “체포·구속된 피의자 보석에 관한 고찰”, 278-281면 참조.

41) J. Welp, “Das Probleme des Akteneinsichtsrecht, in : Peters F.G.”, C.F.Müller Juristischer Verlag, 1984, S.310

수사기록열람·등사권은 변호권의 핵심적인 권리로서 뿐만 아니라 변호권의 본질적인 전제이고, 피고인으로서 방어준비를 위해 필수적이라고 할 수 있다.

현행 형사소송법은 소송계속중의 관계기록 또는 증거물에 대하여 변호인에 한하여 그의 열람·등사권을 인정하고 있다. 그러나 변호인이 수사기록에 대하여 열람·등사할 수 있는지에 대하여는 형사소송법에 아무런 규정이 없다.⁴²⁾ 이로 인해 변호인에게 보장된 소송계속중의 관계기록과 증거물의 범위는 물론 수사기록에 대한 열람·등사권이 인정되는가 문제되지 않을 수 없다.⁴³⁾

이와 관련하여 헌법재판소는 사기죄로 구속된 피의자의 변호인이 수사기록중 고소장과 피의자신문조서의 열람·등사를 신청한 건에 대해 해당 경찰서장이 정보비공개를 결정하자 고소로 시작된 형사피의사건의 구속적부심절차에서 피구속자의 변호를 맡은 변호인으로서는 피구속자가 무슨 혐의로 고소인의 공격을 받고 있는 것인지 그리고 이와 관련하여 피구속자가 수사기관에서 무엇이라고 진술하였는지 등을 제대로 파악하지 않고서는 피구속자의 방어를 충분히 조력할 수 없다는 것은 명백하므로 이 사건에서 변호인은 고소장과 피의자신문조서의 내용을 알 권리가 있다.

한편 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제4호는 ‘수사, 공소의 제기 및 유지에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보’를 공개거부의 대상으로 규정하고 있지만 이 사건에서는 고소장과 피의자신문조서를 공개한다고 하더라도 증거인멸, 증인협박, 수사의 현저한 지장, 재판의 불공정 등의 위험을 초래할 만한 사유 있음을 인정할 자료를 기록상 발견하기 어렵다.

그리고 형사소송법 제47조의 입법목적은, 형사소송에 있어서 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정을 받아야 할 피의자가 수사단계에서의 수사서류 공개로 말미암아 그의 기본권이 침해되는 것을 방지하고자 함에 목적이 있는 것이지 구속

42) 1960년 이전에 형사소송법이 개정되기 전까지는 형사소송법 제35조 제1항에서 「변호인은 소송에 관한 서류 또는 증거물을 열람 등사할 수 있다」고 규정하고 제2항에서는 「증거물의 등사에는 검사, 재판장 또는 단독판사의 허가를 얻어야 한다. 단 허가의 지연으로 인하여 피고인 또는 피의자의 방어를 준비하는 권한을 제한하여서는 아니된다」고 규정하고 있었다. 한국형사정책연구원, 「형사소송법제정자료집」, 1990, 155면 참조.

43) 형사소송법 개정안은 변호인 외에 피고인과 그 법정대리인, 보조인 및 일정 범위내의 친족 등에게 서류·증거물의 열람·등사권을 인정하여 그 범위를 확대하고 있다(안 제35조).

적부심사를 포함하는 형사소송절차에서 피의자의 방어권행사를 제한하려는 데 그 목적이 있는 것은 아니라는 점, 그리고 형사소송법이 구속적부심사를 기소전에만 인정하고 있기 때문에 만일 기소전에 변호인이 미리 고소장과 피의자신문조서를 열람하지 못한다면 구속적부심제도를 헌법에서 직접 보장함으로써 이 제도가 피구속자의 인권옹호를 위하여 충실히 기능할 것을 요청하는 헌법정신은 훼손을 면할 수 없다는 점 등을 미루어 보면, 이 규정은 구속적부심사단계에서 변호인이 고소장과 피의자신문조서를 열람하여 피구속자의 방어권을 조력하는 것까지를 일체 금지하는 것은 아니다.

결국 변호인에게 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 경찰서장의 정보비공개결정은 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리의 침해하여 헌법에 위반된다고 결정⁴⁴⁾하여 입법적으로 해결하였다.

2. 搜查機關의 被疑者訊問과 辯護人의 參與權

수사기관에서 신문을 받는 피의자가 변호사 입회를 요구할 경우 이를 인정해야 할 것인지에 대해 학설은 인정해야 한다는 당위론에 대해서는 이론이 없으나 현행 형사소송법상 그것을 인정할 수 있느냐에 대해서는 두 가지 견해가 대립되어 있다.

긍정설은 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제12조 4항과, 형사소송법 제48조 5항 및 변호인과 피의자의 접견교통권을 근거로 변호인의 입회권을 인정해야 한다고 한다.⁴⁵⁾ 반면 부정설은 현행법상 실정법적 근거가 없다는 점과 수사 단계에서 변호인의 입회권을 보장하면 수사기관이 피의자로부터 자백을 받아내기가 어렵다는 점, 형사소송법 제243조에서 피의자신문에의 참여자를 검찰수사관과 사법 경찰관리 등으로 한정하고 있다는 점 등을 지적한다.⁴⁶⁾

44) 현재결 2003. 3. 27. 2000헌마474(전).

45) 류전철, “**搜查機關의 被疑者 訊問과 辯護人의 入會權**”, 「比較刑事法研究」, 제5권 2호, 2003, 223-224면; 주명수, “**辯護人 接見交通權**”, 「人權報告書」 제4집, 대한변호사협회, 1990, 338면; 차용석, 전계서, 208면; 신동운, 전계서, 143면.

46) 박미숙, “**辯護人의 被疑者訊問參與權**”, 「刑事政策研究」 제6권 제3호, 1995. 11, 183면; 백형구, 전계서, 405면; 이재상, 전계서, 212면; 신현주, 「**형사소송법**」, 박영사, 2002, 310면; 신양권, 전계서, 127면.

한편 대법원은 지난 2003년 11월 11일 국가보안법위반 등의 혐의로 구속된 송두율 교수의 사건에서 “현행 형사소송법상 신체구속을 당한 사람과 변호인 사이의 접견 교통을 제한하는 규정은 마련돼 있지 아니하므로 신체구속을 당한 사람은 수사기관으로부터 피의자신문을 받는 도중에라도 언제든지 변호인과 접견 교통하는 것이 보장되고 허용되어야 할 것이고, 이를 제한하거나 거부하는 것은 신체구속을 당한 사람의 변호인과의 접견교통권을 제한하는 것으로서 위법임을 면치 못한다”고 밝혔다.⁴⁷⁾

그러나 피의자 신문시 변호인 입회권이 보장되기 위해서는 현행 형사소송법 규정 뿐만 아니라 우리 사법현실을 고려해서 구체화할 필요가 있다. 규범적으로 당연히 요구되는 것이라 할지라도 사법현실을 고려하지 않는다면, 결과적으로 裝飾的인 의미에 머무를 수밖에 없기 때문이다.⁴⁸⁾ 특히 모든 피의자에게 변호인입회를 요구할 수 있는 제도적 장치가 마련되지 않고는 가진 자만을 위한 또 하나의 인권보장으로 전락할 수도 있다는 점을 간과해서는 안될 것이다.⁴⁹⁾

3. 國選辯護人制度의 擴大

현행 형사소송법은 당사자주의에 입각하여 피고인에게 검사의 공격에 대하여 자기를 방어하는 당사자로서의 지위를 보장하고 있으며, 피의자에게도 준당사자로서 장차 소송에서 당사자가 될 소송주체로서 방어에 필요한 권리를 보장하고 있다.

그러나 피고인에게 무기평등의 원칙(Prinzip der Waffengleichheit)이 보장되지 않

47) 대결 2003. 11. 11, 2003도402. “刑事訴訟法이 아직은 구금된 被疑者의 訊問에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 않지만, 接見交通權이 헌법과 법률에 의해 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비춰 구금된 피의자는 형사소송법 규정을 유추·적용해 피의자신문을 받음에 있어 辯護人の 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하는 것이 인신구속과 처벌에 관해 適法節次原則을 선언한 憲法精神에 부합한다”고 결정하였다.

48) 형사소송법 개정안은 피의자 신문 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리를 철저히 보장하기 위하여 수사기관에서 피의자 조사시 변호인의 참여를 허용하고(안 제243조의2 제1항), 신문에 참여한 변호인은 신문 후, 또는 신문 도중 일정한 범위에서 의견의 진술 및 조서를 열람할 수 있으며(안 제243조의2 제3항, 제6항), 변호인에 대한 신문 참여 불허 또는 퇴거 처분에 대하여 불복 방법(준항고)을 마련하고 있다(안 제200조 제2항, 제417조).

49) 류전철, 전개논문, 233면.

을 때에는 당사자주의에 의한 실체적 진실발견의 이념이나 공정한 재판의 이념은 실현될 수 없다.⁵⁰⁾

검사는 법률전문가이면서 국가기관으로서의 권위와 강력한 조직을 가지고 피고인을 상대하는데 피고인이나 피의자는 법률지식이 박약하고 범죄혐의를 받고 있다는 심리적 열등감과 신체적 구속 등으로 인하여 검사의 공격에 대해 자기를 충분히 방어할 능력을 갖지 못한다. 여기에서 피고인 또는 피의자와 신뢰관계에 있으면서 검사와 대등한 법률지식을 가지고 있는 법률전문가로 하여금 피고인을 보조하게 하여 공정한 재판을 실현시킬 필요성이 대두되는 것이다.

헌법 제12조 4항도 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받는다고 규정하여 체포 또는 구속된 피고인 또는 피의자의 변호인선임권을 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 그런데 우리 형사소송법은 체포·구속적부심사의 경우를 제외하고는 피고인에 대해서만 국선변호인을 인정하고 있다(동법 제214조의2 제6항).⁵¹⁾ 이 경우에 인정되는 국선변호인의 선임도 결국은 그 심사의 재판에 대해서만 인정되므로 수사단계의 피의자의 인권을 보호하고, 적절한 방어권행사를 위해서는 피의자 일반에 대해서도 국선변호인제도를 인정하여야 한다. 수사절차는 피의자의 신체구속이나 자백강요와 같은 인권이 침해당할 우려가 가장 많은 단계이며,⁵²⁾ 피의자의 기소나 유죄 입증에 결정적인 증거가 수집되는 단계임에도 불구하고 피의자가 형사절차의 초기단계에서 사선변호인을 선임하는 경우는 극히 예외에 해당하기 때문이다.

따라서 피의자의 인권보장을 위해서는 현행 형사소송법이 체포·구속된 피의자의 적부심사청구사건에 대해서만 국선변호인의 선임을 인정해 주고 있는데, 사선변호인을 선임할 수 없는 구속 피의자에게까지 국선변호를 확대하는 것이 타당하다고 할 것이다.⁵³⁾

50) Hans Dahs, "Ausschiebung und Überwachung des Strafverteidigers Bilanz und Vorschau", NJW 1975, S.1386.

51) 일반 형사피고인의 경우 외에 再審(제438조 ④), 監護請求事件(사회보호법 제21조 ②), 軍事裁判(군사법원법 제62조 ①) 등에서도 國選辯護人制度를 마련하고 있다.

52) 被疑者에게 국선변호의 도움을 주고 있는 미국의 경우 被疑者의 중요한 권리가 영향을 받을 수 있는 결정적 단계에서는 피의자에게도 國選辯護人選定請求權이 인정된다.

53) 2000년도 1심 형사소송 건수 256,570건 중 36,830건의 사건에 국선변호인이 선정되었고, 선정사유 중 빈곤 등 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우가 가장 많은 19,311건을 차지하고 있어 경제적인 이유로 변호인의 조력을 받지 못하는 경우가 많음을 알 수 있다.

第6章 結 論

국가는 범죄로부터 국민의 안전을 보호해야 할 책임과 의무를 지고 있으므로 범죄가 발생하면 수사에 착수하여 실체적 진실을 밝혀야 하지만, 이는 적법절차의 범위 내에서 추구되어야 한다는 것을 전제로 한다. 그러나 우리의 수사현실은 피의자를 곧 유죄인으로 취급하고 구속을 국가의 형벌권을 실현하기 위한 하나의 수단으로 인식하여 예외적인 것이 아니라 보편적인 것으로 생각하는 나머지 수사과정에서 적법절차를 무시하는 탈법행위가 은연중에 발생되어 왔다.

이러한 현상은 피의자구속제도가 하나의 이상에 치우쳐 수사현실을 외면함으로써 법과 현실의 괴리현상이 발생하고 수사기관의 편의적이고 인과응보적인 태도에 기인한 것이라고 생각된다. 이제 우리사회도 민주화가 이루어지고 국민들의 인권의식이 상당히 성숙되었으므로 인신구속제도가 헌법과 형사소송법의 정신에 얼마나 충실하고 있는지를 반성하고 피의자의 인권을 보장하기 위해 어떻게 개선되어야 하는지를 모색할 때가 되었다.

우리 헌법은 형사절차의 진행에 있어 인권침해가 발생하지 않도록 적법절차와 무죄추정의 원칙을 규정하고, 구속은 범죄에 대한 사회방위가 다른 방법에 의해서는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 때에 한하여 사용되어야 한다는 비례성의 원칙을 천명하고 있다. 이에 대하여 형사소송법은 강제처분은 필요한 최소한도의 범위 내에서 행사되어야 한다는 필요최소한도의 법리와(제199조 제1항), 피의자구속은 법관이 발부한 사전영장에 의하는 것을 원칙으로 하고 있다(제201조). 또한 수사기관의 임의동행과 보호유치라는 탈법적 수사관행을 근절하고 적법한 수사 절차를 확립하기 위하여 체포제도를 도입하였다(제200조의 2). 그러나 입법의 미비와 잘못된 관행으로 구속이 과행적으로 이루어지는 등 많은 문제점들이 나타나면서 아직도 피의자의 인권을 충분히 보호하지 못하고 있다는 비판이 제기되어 왔다. 이제 이러한 현실을 극복하고 피의자의 인권을 보장하기 위해서는 다음과 같은 사항들이 시급히 개선되어야 할 것이다.

첫째, 구속영장실질심사제도와 관련하여 경직화된 수사관행을 탈피하기 위해서는 체포전치주의 도입이 필요하다. 왜냐하면 신병구속의 초기단계에는 범죄의 혐의와

구속의 필요성에 대한 판단이 유동적이므로 단기구속인 체포를 한 후 수사를 통하여 범죄의 혐의와 구속의 필요성이 인정되는 경우에 법관의 판단을 통하여 다시 장기구속을 하는 것이 피의자의 인권보호에 보다 적합하기 때문이다.

또한 체포된 피의자가 구속영장실질심사를 신청하면 판사는 재량에 의해 심문여부를 결정하고 있는 데, 이는 헌법상의 평등의 원칙과 국제인권규약(시민적 및 정치적 권리에 관한 규약)의 위반이므로 필요적 심문으로 전환하여야 한다.

그리고 수사기간의 확보 필요성 등을 이유로 구속영장실질심사기간을 구속기간에 산입하지 않고 있는 데, 이는 피의자의 구속기간을 실질적으로 연장하는 결과가 되며, 수사기관이 피의자의 신청권포기를 유도하는 수단으로 악용할 우려가 있으므로 심문기간을 구속기간에 산입하도록 해야 한다.

둘째, 체포·구속적부심사제도와 관련해서는 체포영장이나 구속영장에 의해 체포·구속된 피의자에 대해서만 청구권이 인정되고 긴급체포나 현행범체포 등에 의해 체포된 피의자에게는 체포·구속적부심사 청구권이 인정되지 않고 있는 데, 이는 제도의 근본취지와 상충되므로 영장 없이 체포된 피의자에게도 청구권을 인정해야 할 것으로 본다.

그리고 체포 및 구속기간 불산입 규정은 위헌의 소지가 있을 뿐만 아니라 현재의 간이기각결정규정(동법 제214조의2 제2항)에 의하여 체포·구속적부심사청구의 납용을 충분히 방지할 수 있으므로 동 규정을 삭제하여야 할 것이다.

셋째, 우리나라의 피의자보석제도와 관련해서는 피의자의 보석청구권을 정면으로 인정하지 않고 체포·구속적부심사의 청구를 받은 법원이 구속된 피의자를 심문하여 보증금의 납입을 조건으로 피의자의 석방을 하도록 하고 있는 데, 이는 보석제도의 본래의 취지와 다르고 피고인 보석과의 형평성의 문제가 발생하므로 피의자가 자신을 실질적으로 변론할 수 있도록 권리보석으로서 보석청구권을 인정하여야 한다.

그리고 피의자보석제도의 활성화를 위해서는 영장실질심사단계에서부터 보석을 허용하여야 한다. 왜냐하면 현행 피의자보석제도는 적법한 구속을 전제로 체포·구속영장의 효력을 유지하면서 보증금납입을 조건으로 구속의 집행을 정지하는 제도인 점에서, 체포·구속의 적부와 그 계속 필요성을 심사하는 체포·구속심사제도와 본질적으로 다르므로 법원이 보석을 허가하는 것은 타당하다고 할 수 없기 때문이다.

넷째, 형사소송절차에서 피의자의 실질적인 방어권을 보장하고 당사자 대등의 원

칙이 실현되기 위해서는 제한없는 변호인의 활동이 요구되는데도 현행 형사소송법은 변호인에게 중요한 정보권인 수사기록열람·등사권이나 수사과정의 참여권 등을 인정하지 않고 있다. 이에 대해서는 최근에 헌법재판소에서 위헌결정이 내려지면서 실무적으로는 내부 지침에 의해 수사기록의 열람·등사를 허용하고 있지만, 입법적으로 해결되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 현행 형사소송법은 체포·구속된 피의자의 적부심사청구사건에 대해서만 국선변호인의 선임을 인정하고 있는데, 피의자의 인권보장을 위해서는 사선변호인을 선임할 수 없는 구속피의자에게까지 국선변호인제도를 확대하여야 할 것이다.

결국 피의자의 인권보장을 위해서는 위와 같은 법의 개정이나 각종 제도의 개선·보완도 필요하지만 무엇보다도 법을 집행하는 수사기관의 인권의식의 高揚이 중요하다고 생각된다. 더욱이 우리사회의 민주화와 더불어 국민들의 인권의식이 성숙하면서 우리의 수사 환경도 많은 변화를 요구받고 있기 때문에 이에 걸맞는 수사기관의 인권의식 제고나 수사기법의 개발은 시대적 요청이라 할 수 있다. 이와 관련하여 최근 경찰에서 인권존중을 경찰활동의 최고가치로 삼는 다짐을 하면서 제시한 4대 실천과제, 즉 피의자의 인권보장을 위한 수사환경 쇄신, 피해자의 피해회복을 위한 지원활동 강화, 사건관계인의 신분노출 등 2차 인권침해의 방지, 유치인 보호체계의 인권 친화적 개선 등을 이러한 시대적 요구에 부응하여 국민의 인권을 책임지는 중요기관으로 자리 매김하려는 전향적인 태도라고 생각된다.

參 考 文 獻

■ 國內文獻

가. 單行本

- 姜求眞. 「刑事訴訟法原論」. 學研社, 1988.
- 權寧星. 「憲法學原論」. 法文社, 2004.
- 金箕斗. 「刑事訴訟法」. 博英社, 1987.
- 金鍾壽. 「刑事訴訟法研究(下)」. 司法出版社, 1980.
- 裴鍾大·李相墩. 「刑事訴訟法」. 弘文社, 2004.
- 白亨球. 「現代搜查法의 基本問題(-搜查와 證據-)」. 育法社, 1985.
- . 「刑事訴訟法講義」. 法文社, 2001.
- 徐壹敎. 「刑事訴訟法」. 博英社, 1975.
- 宋廣燮. 「刑事訴訟法」. 유스티니아누스, 1999.
- 申東雲. 「刑事訴訟法 I」. 法文社, 2001.
- 申洋均. 「刑事訴訟法」. 法文社, 2000.
- 申鉉柱. 「刑事訴訟法」. 博英社, 2002.
- 李善中. 「(學說判例註釋)刑事所訟法」. 韓國司法行政學會, 1978.
- 李在祥. 「刑事訴訟法」. 博英社, 2004.
- . 「各國의 拘束制度」. 韓國刑事政策研究院, 1991.
- 張珪遠. 「逮捕制度에 관한 研究」. 韓國刑事政策研究院, 1998.
- 鄭榮錫. 「刑事訴訟法」. 法文社, 1990.
- 鄭榮錫·李炯國. 「刑事訴訟法」. 法文社, 1996.
- 鄭雄奭. 「刑事訴訟法」. 大明出版社, 2003.
- 曹 國. 「違法蒐集證據排除法則」. 博英社, 2005.
- 車鏞碩. 「刑事訴訟法研究」. 世英社, 1998.

- 車鏞碩·白亨球. 「註釋刑事訴訟法 I」. 韓國司法行政學會, 1991.
- 許 蘭. 「憲法理論과 憲法(下)」. 博英社, 2004.
- 許亨九 外. 「註釋刑事訴訟法(上)」. 韓國司法行政學會, 1986.
- 黃貞根. 「人身拘束과 人權」. 法英社, 1999.
- 大檢察廳. 「刑事訴訟法 制定·改正 資料集」, 1997. 3.
- 大檢察廳 檢察21세기研究企劃團. 「拘束制度整備方案研究」, 1996.
- 法務部. 「各國의 司法警察制度」, 1988.
- 法院行政處. 「令狀實質審查制度 II」, 1997.
- . 「새로운 人身拘束制度 研究」, 1996.
- 司法研修院. 「搜查節次論」, 1999.
- 司法制度改革推進委員會. 「人身拘束制度資料集」, 2005. 2.
- 韓國刑事政策研究院. 「刑事訴訟法制定資料集」, 1990.

4. 論 文

- 姜求眞. “不審檢問 및 任意同行에 관한 考察(下)”. 「警察考試」, 1983. 8.
- 姜東旭. “警察官職務執行法上의 任意同行에 관한 考察”. 「漢陽法學」 제3집. 한양 대학교, 1992.
- . “不審檢問”. 「考試界」, 1994.
- 郭炳善. “被疑者拘束에 관한 研究”. 원광대학교 박사학위논문, 1992.
- . “不審檢問”. 「法學研究」 제14집. 원광대학교, 1997.
- 金京宣. “拘束事由에 대한 考察”. 「令狀實質審查制度 I - 實務上 問題點과 課題」. 法院行政處, 1997.
- . “獨逸에서의 人身拘束 實務”. 「令狀實質審查制度; 理論的 基礎와 論理 II」. 法院行政處, 1997.
- . “偽裝된 拘束事由”. 「令狀實質審查制度 II」. 法院行政處, 1997. 7.
- . “유럽 各國의 人身拘束과 刑事裁判 實務”. 「令狀實質審查制度; 理論的 基礎와 論理 II」. 法院行政處, 1997.

- 김경선·임종현. “拘束事由에 대한 考察”. 「令狀實質審查制度 I」. 實務上 問題點과 課題. 法院行政處, 1997.
- 김경훈, “拘束前被疑者審問制度에 대한 小考”, 「檢察」通卷 제115호, 2004.
- 金均保. “搜查節次에 있어서 被疑者의 人權保障”. 경북대학교 박사학위논문, 1993.
- 金文鎬. “被疑者의 拘束에 관한 研究”. 「法學論叢」 제8집. 조선대학교, 2002.
- 金三南. “強制搜查와 人權保障에 관한 研究”. 전주대학교 박사학위논문, 1990.
- 김지수. “任意性이 의심되는 自白”. 「刑事證據法(下)」, 재판자료 제23집.
- 김윤상. “搜查指揮權과 人權保障”. 「刑事政策」 제15권 제1호, 2003.
- 金日秀. “被疑者 拘束의 條件”. 「月刊考試」, 1983. 11.
- 金濟完. “拘束令狀實質審查制 1년의 評價와 改善方案”. 「辯護士」 28집, 서울지방변호사회.
- 金振煥. “別件拘束”. 「考試界」, 1988. 11.
- 南英燦. “拘束制度의 運用方向”. 「令狀實質審查制度 III」. 法院行政處, 1997. 11.
- 柳全哲. “搜查機關의 被疑者 訊問과 辯護人の 入會權”. 「比較刑事法研究」 제5권 2호, 2003.
- 文正珉. “違法蒐集證據의 排除法則”. 「統一問題研究」 제9집. 조선대학교, 1991.
- 朴味淑. “人權과 刑事法의 機能”. 「刑事政策研究」 제10권 제4호, 1999.
- . “辯護人の 被疑者訊問參與權”. 「刑事政策研究」 제6권 제3호, 1995. 11.
- 朴乘玉. “辯護人 接見에서의 秘密侵害에 관한 憲法裁判所의 違憲決定의 意義”. 「法과社會」 통권 제6호, 1992.
- 박영철, “被疑者 拘束에 관한 救濟方案 研究”, 「檢察」通卷 제114호, 2003.
- 박종환. “緊急逮捕制度의 問題點과 改善方案”. 「원광대학교대학원 논문집」 제27집, 2001. 8.
- 朴炯南. “新設된 人身拘束制度의 運用方案”. 「새로운 人身拘束制度 研究」. 法院行政處, 1996.
- 배정생. “유럽人權保障體制에 關한 研究 : 유럽人權協約 第 11議定書의 採擇에 따른 最近 變化를 中心으로”. 「國際法學會論叢」 제48권 제1호. 大韓國際法學會, 2003.
- 白亭球. “拘束期間에 관한 理論的·實務的 考察”. 「法律學의 諸問題」. 유기천박

- 사고회기념, 1988.
- . “強制處分의 本質과 指導原理”. 「考試界」, 1986. 8.
 - . “令狀實質審查와 被疑者留置責任”. 「法律新聞」 제2585호, 1997. 3. 24.
 - . “任意同行과 保護措置”. 「司法行政」, 1986. 3.
 - . “被疑者 및 그 辯護인의 訴訟法上 權利”. 「考試研究」 11권 11호, 1984.
 - . “被疑者拘束의 法理와 現實”. 「辯護士法律實務研究」. 서울지방변호사회, 1987.
 - . “陳述拒否權의 保障”. 「司法行政」, 1993. 1.
 - . “陳述拒否權의 不告知와 自白의 證據能力”. 「法律新聞」 1992. 8. 17.
 - . “90학계와 판례의 동향”. 「月刊考試」, 1990. 12.
- 卞鐘弼. “刑事訴訟理念과 犯罪鬪爭, 그리고 人權”. 「比較刑事法研究」 제5권 제2호, 2003.
- 徐範政. “日本의 人身拘束制度에 관한 考察”. 「各國의 拘束制度에 관한 研究」. 法務研修院, 1998.
- 石昌目. “日本의 人身拘束節次에 관한 研究”. 「裁判資料」 第66集, 法院行政處.
- 손동권. “改正刑事訴訟法의 被疑者拘束제도에 관한 檢討”. 「사법감시」, 1996. 2.
- . “拘束令狀實質審查制의 運用上 問題點과 그 改善策”. 「法政考試」, 1997. 12.
 - . “現行 被疑者審浦, 拘束制度에 관한 研究”. 「現代 刑事司法의 爭點과 課題」. 東巖 이형국교수화갑기념논문집, 1998.
- 宋廣燮. “違法蒐集證據의 排除法則에 관한 研究”. 원광대학교 박사학위논문, 1988.
- . “拘束令狀實質審查制度의 問題點과 改善方向”. 「刑事政策」 10호, 韓國刑事政策學會, 1998.
- 신경식. “美國 人身拘束節次上 적정한 訴追權 行使와 引勸保護의 調和”. 「저스티스」 제32권 제1호. 韓國法學院, 1999. 3.
- 申東雲. “人身拘束制度를 둘러싼 法適用의 歪曲과 그 解決方案”. 「社會病理와 法的對應」(近代法學教育 100주년기념 學術大會). 서울대 법학연구소, 1998. 2.
- 신성철. “被告人의 防禦權行使에 있어서의 節次上의 問題點”. 「刑事法에 관한 諸問題(上)」. 裁判資料 제49집. 法院行政處, 1990.
- 申洋均. “逮捕適否審查制度”. 「考試界」 제43권 4호, 1998. 3.
- 沈義基. “긴장 속의 균형: 韓國型 拘束令狀實質審查制의 實驗과 施行錯誤”. 「刑事政策」 제10호, 1998.

- . “接見交通權의 侵害와 그 救濟方法”. 「刑事判例研究 1」, 1993.
- . “現行犯逮捕의 要件”. 「嶺南法學」 제1권 1호. 영남대학교, 1991.
- 양경승. “改正 刑事訴訟法上 逮捕와 拘束 二元化의 意味”. 「令狀實質審查制度; 實務的・立法論的 改善方向 III」. 法院行政處, 1997.
- 柳寅鶴. “拘束適否審查制度와 그 改善策”. 「考試界」, 1985. 10.
- 유현석. “國際人權規約과 法律事務”. 「人權과 正義」, 1990. 7.
- 李基鎬. “別件拘束”. 「判例月報」, 1981. 1.
- . “人身拘束과 逮捕令狀制度의 法理”. 「警察大學論文集」 제14호, 1994.
- 李普寧. “令狀實質審查와 起訴前保釋의 相關關係”. 「社會科學研究」 18집. 호서대학교, 1999. 12.
- 이승천·이대운. “強制搜查와 人權保障에 관한 研究”. 「대구미래대학 논문집」 제19집, 2002.
- 李榮蘭. “拘束適否審查制度에 관한 研究”. 서울대학교 박사학위논문, 1987.
- . “刑事訴訟人の 陳述拒否權”. 「考試界」, 1988. 11.
- 李銀模. “職務質問時의 停止와 任意同行을 위한 實力行使의 限界”. 「考試研究」 제27권 11호, 2000.
- 李仁榮. “保釋制度에 관한 研究”. 연세대학교 박사학위논문, 1993.
- . “被疑者保釋制度의 問題點과 改善方案에 관한 考察”. 「翰林法學」 제10권 1호, 2001. 11.
- . “逮捕·拘束과 被疑者保釋에 관한 考察”. 「比較刑事法研究」 통권 제11호, 2004. 12.
- 李在祥. 「各國의 拘束制度」. 刑事政策研究院, 1991.
- . “拘束의 意義와 要件”. 「月刊考試」, 1985. 7.
- . “辯護人의 接見交通權-比較法的 考察-”. 「人權과正義」 제158호, 1989. 10.
- . “任意同行, 保護室留置와 緊急逮捕”. 「考試界」, 1998. 6.
- . “任意同行과 保護留置”. 「判例月報」 제180호, 1985.
- 李在錫. “美國의 保釋制度”. 「社會科學研究」 제5집 제1호. 대구대 사회과학연구소, 1998. 6.
- . “美國의 逮捕·拘束制度”. 「대구법학」 2집. 대구대학교, 2000.

- . “搜查와 人權”. 「比較刑事法研究」 제5권 2호, 2003.
- . “日本의 逮捕 拘束制度”. 한터李喆源教授 停年紀念論文集, 1998.
- . “日本의 逮捕 · 拘束制度”. 「대구법학」 2. 대구대학교, 2000. 2.
- . “逮捕制度에 관한 考察”. 「社會科學研究」 제4집 제1호. 대구대학교, 1997. 9.
- . “逮捕制度의 運用과 現實”. 「比較刑事法研究」 창간호. 韓國比較刑事法學會, 1999.
- . “現行 人身拘束制度의 問題點과 改善方案”. 1999년도 比較刑事法學會 冬季學術大會發表論文, 1999. 1.
- 이재홍. “陳述拒否權의 告知가 결여된 被疑者訊問調書등의 證據能力”. 「司法行政」, 1993. 5.
- 李存杰. “違法한 任意同行이 그 後의 節次에 미치는 影向”. 「比較刑事法研究」 제5집 2호, 2003.
- 李鍾甲. “새로운 人身拘束制度의 問題點과 改善方案”. 「法學研究」 제7집. 경상대학교, 1998. 2.
- . “人身拘束에 관한 研究”. 「法學論叢」 제9집. 경상대학교, 2000.
- 이주일. “逮捕 · 拘束適否審查制度의 合理的 解析”. 「外法論集」 제15집. 외국어대학교, 2003. 12.
- 이주홍. “憲法과 刑事裁判”. 「令狀實質審查制度 II - 理論的 基礎와 論理」. 法院行政處, 1997. 7.
- 이태종. “刑事司法節次에서의 令狀實質審查制度”. 「刑事裁判의 諸問題」 2권. 刑事實務研究會, 2000.
- 이태훈. “美國의 人身拘束制度와 運營實態”. 「法曹」 46권 7호. 法曹協會, 1997. 7.
- 李炯國. “韓國刑事訴訟法에 있어서의 被疑者拘束”. 「法學研究」 6권. 연세대학교, 1996. 6.
- 임종현. “令狀實質審查制度의 基本方向”. 「令狀實質審查制度 II - 理論的 基礎와 論理」. 法院行政處, 1997. 7.
- 장석조. “公正한 裁判을 받을 權利 - 法的聽聞請求權을 中心으로”. 「憲法問題와 裁判(中)」. 裁判資料 제76집, 1997.
- 장영수. “國際人權規約의 國內法의 意義와 效力”. 「法學論叢」 제34집. 고려대학교,

1998.

- 장용석. “美國刑事訴訟制度 및 運營上의 特徵 -逮捕·拘束制度를 中心으로-”. 「各國의 拘束制度에 관한 研究」. 法務研修院, 1996.
- 장윤기. “拘束令狀實質審查制度”. 「司法論集」 제20집, 1989. 12.
- 全龍得. “被疑者의 拘束에 관한 研究”. 동의대학교 박사학위논문, 1999.
- 鄭東基. “拘束令狀實質審查制度의 問題點”. 「刑事政策研究소식」. 刑事政策研究院, 1997. 3~4.
- . “逮捕·拘束制度의 運用方向”. 「法曹」. 法曹協會, 1997. 3.
- 鄭秉燮. “拘束의 要件에 관한 研究”. 전남대학교 박사학위논문, 1999.
- 정진호. “人權保護 市民參觀團制度의 效率性 提高 方案”. 「法學論考」 제18집, 2002. 12.
- 曹 國. “自白排除法則의 根據와 效果 그리고 任意性의 立證”. 「法學」 제43권 제1호. 서울대학교, 2002. 3.
- 趙相濟. “現行 刑事訴訟法上 逮捕制度의 問題點”. 「啓明法學」 제3집. 계명대학교, 1998. 12.
- 주명수. “辯護人 接見交通權”. 「人權報告書」 4집. 大韓辯護士協會, 1990.
- 車炳直. “辯護人의 接見交通權”. 「辯護士 -法律實務研究-」 23집, 1993.
- . “辯護人接見交通權의 侵害와 그 救濟”. 「法曹」 제42권 5호. 法曹協會, 1993. 5.
- 車鏞碩. “無罪推定法理에 비쳐본 刑事節次上의 諸問題”. 「考試研究」, 1988. 7.
- . “刑事訴訟法의 課題”. 「法曹」 통권 520호. 法曹協會, 2000. 1.
- . “刑事訴訟의 指導原理”. 「司法行政」, 1984. 10.
- 崔教一. “拘束令狀審查의 法的性格 및 弃却決定에 대한 不服方法”. 「刑事實務研究會」, 1997. 7. 28.
- . “拘束前 被疑者審問制度에 관한 考察”. 「法曹」 통권 488호. 法曹協會, 1997. 5.
- . “拘束前被疑者審問制度에 관하여”. 「시민과 변호사」, 1997. 4.
- 최복규. “辯護人의 受診權行使에 대한 司法警察官 및 醫務官의 參與 許容與否”. 「大法院判例解說」 41호. 法院圖書館, 2002. 12.
- 崔錫胤. “被疑者의 法的 地位 強化 方案”. 「Juris Forum」 제2집, 2002.

- 최성창. “日本의 逮捕에 관한 研究”. 刑事政策研究院, 1991.
- 최종일. “緊急逮捕에 관한 考察”. 「저스티스」 제32권 제1호, 1999. 3.
- 효창원. “警察搜查權 獨立이 人權保障의 첨경”. 「刑事政策」 제15권 1호, 2003.
- 河萬碩. “프랑스 搜查機關과 強制搜查權”. 「各國의 拘束制度에 관한 研究」. 법무연수원, 1998.
- 許 營. “辯護人接見制限의 違憲性”. 「憲法裁判制度의 發展」. 憲法裁判資料 5輯, 1992. 12.
- 洪性讚. “適法節次의 原理와 適用”. 「社會科學研究」 제10집. 건국대학교, 1999.
- 黃貞根. “拘束令狀實質審查制度의 改善方案”. 「刑事政策研究」 8권 4호, 1997.
- . “拘引된 未逮捕 被疑者의 留置場 留置”. 「시민과 변호사」, 1997. 4.
- . “새로운 人身拘束制度 施行의 意味”. 「令狀實質審查制度 II : 理論的 基礎와 論理」. 法院行政處, 1997.
- . “令狀實質審查制度 施行의 意味와 課題”. 「令狀實質審查制度(實務上 問題點과 課題)」. 法院行政處, 1997.
- . “令狀實質審查制度의 位相과 座標”. 「搜查研究」 통권 165호, 1997. 7.
- . “搜查節次上 辯護人の 役割”. 「부산지방변호사회지」 제9호, 1990. 12.
- 大韓辯護士協會. “拘束適否審查制度”. 「大韓辯護士協會志」, 1980. 11~12. 합병호.
- 大韓辯護士協會. “刑事訴訟法改正案에 대한 建議”. 「大韓辯護士協會志」, 1980. 11~12. 합병호.

■ 外國文獻

- 高田卓爾. 「刑事訴訟法」. 青林書院, 1984.
- 宮下明義. 「新刑事訴訟法逐條解說 II」. 司法警察研究會公安發行所, 1949.
- 團藤重光. 「條解刑事訴訟法(上)」. 弘文堂, 1988.
- 團藤重光 編. 「法律實務講座 刑事編(2卷)」. 有斐閣, 1958.
- 藤永幸治 · 中畠善房 · 荷上和雄. 「(大コンメンタール) 刑事訴訟法」 제2권. 青林書院, 1994.

- 藤永幸治・河上和雄・中山善房. 「大コンメンタール刑事訴訟法」第3巻. 青林書院, 1996.
- 鈴木茂嗣. 「刑事訴訟法」. 青林書院, 1990.
- 三井誠. “別件逮捕・勾留と自白の證據能力(3・4)”. 「法學教室」256號, 2002. 1.
- 三井誠・酒券匡. 申東雲 譯. 「入門 日本刑事訴訟法」. 法文社, 2003.
- 石川才顯. 「刑事訴訟法講義」. 日本評論社, 1981.
- 石丸俊彦外. 「刑事訴訟の實務(上)」. 新日本法規出版(株), 1990.
- 小野清一郎. 「註釋刑事訴訟法」. 有斐閣, 1955.
- 小野清一郎 外. 「ポケット註釋 全書刑事訴訟法」. 有斐閣, 1966.
- . 「至烈刑事訴訟法(上)」. 有斐閣, 1986.
- 松尾浩也. 「條解刑事訴訟法」. 弘文堂, 1996.
- . 「刑事訴訟法(上)」. 弘文堂, 1993.
- . 「刑事訴訟の原理」. 東京大出版會, 1974.
- 松本時夫・土本武司. 「(條解)刑事訴訟法」. 弘文堂, 2001.
- 新關雅夫 外. 「増補 令狀基本問題(上)」. 一粒社, 1996.
- 渥美東洋. 「刑事訴訟法」. 青林書院, 1996.
- 鴨良弼. 「刑事訴訟法講義」. 青林書院, 1980.
- 伊藤正己. 丘秉朔 譯. 「現代日本國家憲法論」. 法文社, 1983.
- 日本警察廳刑事局. “別件逮捕をめぐる論議について”. 「警察研究」, 35卷 2號.
- 裁判所書記官研修所 編. 「令狀事務」. 裁判所書記官研修教材 第125號. 法曹會, 1990. 9.
- 田宮裕. 「捜査の構造」. 有斐閣, 1971.
- . 「刑事訴訟法」. 有斐閣, 1993.
- . “被告人・被疑者の默秘權”. 「變革のなかの刑事法」. 有斐閣, 2000. 2.
- 田野尻猛. “弁護人となろうとする者から被疑者の逮捕直後に初回の接見の申出を受けた捜査機関が 接見の日時を翌日に指定したことが違法とされた事例”. 「法律のひろば」53卷 10號, 2000. 10.
- 井戸田侃. 「刑事訴訟法要說」. 有斐閣, 1993.
- 青柳文雄外. 「註解刑事訴訟法(2巻)」. 立花書房, 1980.
- 熊谷弘 外. 「捜査法大系 I (繁田實造執筆)」. 日本評論社, 1987.

- . 「搜查法大系Ⅱ」. 日本評論社, 1964.
- 土本武司. 「刑事訴訟法要義」. 有斐閣, 1991.
- 平野龍一. 「刑事訴訟法」. 有斐閣, 1983.
- 平野龍一・松尾浩也. 「實例法學全集刑事訴訟法」. 青林書院, 1997.
- 平場安治. 「注解刑事訴訟法(中)」. 青林書院, 1982.
- . 「刑事訴訟法講義」. 有斐閣, 1958.
- 平場安治外. 「註解刑事訴訟法(中)」. 青林書院, 1982.
- 河上和雄. 「實務刑事手續法」. 東京法令出版(株), 1978.
- . 「刑事裁判實務大系Ⅱ」. 青林書院, 1991.
- 横川敏雄. 「刑事訴訟」. 成文堂, 1984.

- Allen, Ronald J., Kuhns, Richard B., *Constitutional Criminal Procedure*, 2nd ed., 1991.
- Anthony Kennedy, "Judicial Ethics and The Rule of Law", USIA, 1999. 9.
- Boing, "Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren", ZStW 91, 1979.
- Boujong, *Kahlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 4.Aufl, C.H.Beck, 1999, §112, Rn. 43.
- C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24. Aufl, C.H.Beck, 1995.
- D.W.Neubauer, "America's Court & the Criminal Justice System", Brooks-Cole Publishing Co., 1988.
- Debbasch, Charles; Pointer, Jean-Marie, Ed., *les Constitutions de la France Dalozi*, 1989.
- Deckers, "Aufhebung eines Haftbefehls wegen Unverhältnismäßigkeit", Strafverteidiger Jahrg.14, Hft.11, OLG Stuttgart 1 Ws 41/94 v. 10. 3. 1994.
- Dijk, P. van et al, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, 3nd ed., 1998.
- Fellman, David, "The Defendants Rights Today", Wisconsin; The University of Wisconsin Press, Ltd., 1976.
- Ferdico, *Criminal Procedure* 8th, Wardsworth Company Publishing, 2001.

- Ferdico, *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, West Publishing Co., 1989.
- Galligan, D.J., *Due Process and Fair Procedures*, Clarendon Press–Oxford, 1996.
- Goert J. Cohen, NP., *Rights of Prisoners*, McGraw–Hill, 1981.
- Gössel, *Strafverfahrensrecht*, W. Kohlhammar, 1977.
- H. Livingston · Y. Kamisar, *Mordern Criminal Procedure*, Yale. L.J., Vol. 74, 79, 3rd. ed., 1969.
- H.B.Kerper, “Introduction to the Criminal Justice System”, West Publishing Co., 1980.
- Hans Dahs, “Ausschiebung und Überwachung des Strafverteidigers Bilanz und Vorschau”, NJW 1975.
- Henry Campell Black, *Black Law Dictionary*, Sixth edition., West Publishing Co., 1991.
- Israel · Kamisar · LaFave, *Criminal Procedure and the Constitution*, West Publishing, 1990.
- W.R. LaFave · J. J.H. Israel · N.J. King, *Criminal Procedure*, 3rd ed., West Publishing Company, 2000.
- J. Welp, “Das Probleme des Akteneinsichtsrecht, in : Peters F.G.”, C.F.Müller Juristischer Verlag, 1984.
- Kamisar, Yale; LaFave, Wayne R.; Israel, Jerold H., *Modern Criminal Practice Series* Vol. 1, St. Paul Minn. West Publishing Co., 8th ed., 1984.
- Karlsruher kommentar, *Strafprozeßordnung*, Hrg. von Gerd Pfeifter, 4.Aufl., C.H.Beck, 1999.
- Löwe · Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen*, 24.Aufl, Walter de Gruyter, 1989.
- O’Flaherty, Michael, *Human Right and the UN: Practice Before The Treaty Bodies*, Sweet & Maxwell, London, 1996.
- R. L. Carlson, *Criminal Justice Procedure*, Anderson Publishing Co., 1985.
- Rolando V. del Carmen, *Criminal Procedure*, 5th Edition, Wadsworth Thomson Learning, 2000.

- Royce A. Forgson, "Criminal Practice and Procedure", JR Washington Practice Vol. 13. 1984.
- Rüping, "Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren", ZStW 91, 1979.
- Russell Galloway, *The Rich and the Poor in Supreme Court History*, Paradigm Press, 1982.
- Saltzburg, Stephen A., *1991 Supplement to American Criminal Procedure*, West Publishing Co., 3rd ed., 1991.
- Samaha, *Criminal Justice*, West Publishing, 1988.
- Schlothauer, "Gerichtsbesetzung bei Haftprüfung während der Hauptverhandlung", Strafverteidiger Jahrg. 18, Hft. 3, OLG Hamburg 2 Ws 220/97 v. 1. 10. 1997.
- Stavros, Stephanos, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Steven Emanuel, Steven Knowles, *Criminal Procedure*, Emanuel Law Outline, Inc. 1980.
- Stuart Gorin and Bruce Carey, "Players in the Judicial Process", USIA Electronic Journal, 1999. 9.
- T. Kleinknecht · G. Janischowsky, *Das Recht der Untersuchungshaft*, C.H.Beck, 1977.
- T. Kleinknecht · K. Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, 44.Aufl, C.H.Beck, 1999.
- W. R. LaFave · J. H. Israel, *Criminal Procedure*, West Publishing Company, 1989.
- Wolter, "Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen", ZStW 93, 1981.