연구총서 20-AB-05

국민의 인권보호를 위한 형사소송법상 체포·구속제도 개선 방안 연구

A Study on the Improvement of Arrest Restraint System under the Criminal Procedure Act for the Protection of Human Rights of the People

허황·최민영·권오걸

KIC
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

한국형사정책연구원

머리말

형사소추를 위한 인신구속의 역사는 형사소송법의 역사 그 자체라 할 수 있을 정도로 인신구속이 전체 형사절차에서 가지는 의미는 매우 큽니다. 인신구속에 대한 논의의 역사가 오래된 만큼 그 논의의 내용이 풍부하고 논의의 깊이도 상당하지만 그럼에도 불구하고 아직도 해결되지 못한 문제들이 산적해 있습니다.

특히 최근 어느 정도 결실을 맺은 '검·경 수사권 조정'은 수사단계에서의 체포·구속 제도의 모습에도 영향을 미치지 않을 수 없을 것입니다. 검·경 수사권 조정에 관한 논의는 세계에 유례를 찾을 수 없을 만큼 축적이 되었고 그 성과물도 가시적이지만 그 후속조치로서 이러한 조정된 수사권의 환경에서 체포·구속제도는 어떠한 모습이어야 하는지에 관한 연구는 아직 부족한 상태입니다. 따라서 본 연구서는 이러한 문제에 대한 선제적 연구가 될 것으로 기대됩니다.

본 연구서의 발간을 통해 형사소송절차상 인신구속제도에 대한 연구가 진일보하기를 기대하고, 본 연구서가 학문을 연구하는 학자나 체포·구속 제도 운영을 담당하는 실무자 그리고 인신구속제도에 관심이 많은 학생 또는 일반인에게도 유익한 지침서가 되기를 희망합니다.

마지막으로 코로나19의 확산으로 인해 쉽지 않은 연구환경에서도 본 연구를 끝까지 수행해준 연구진들의 노고를 치하하는 바입니다.

2020년 12월

연구진을 대표하여

연구위원 허 황

목 차

국문요약 ····· 1

제1장 허 황
연구 목적과 방법 ····· 3

제1절 목적 ····· 5
제2절 방법 ····· 7

제2장 허 황
형사소송법상 수사단계에서 체포·구속제도 일반에 관한 연구 ····· 9

제1절 체포·구속 제도의 의의 ····· 11
1. 의의 및 역사 ····· 11
2. 일원화 vs. 이원화 ····· 14
제2절 현행 체포·구속의 요건, 절차, 권리구제 ····· 16
1. 체포제도 ····· 16
2. 구속 ····· 20

제3장 최민영
수사단계에서 체포·구속의 비교법적 연구 ····· 23

제1절 독일 ····· 25

1. 체포 ····· 25
2. 구속 ····· 28
제2절 영국 ····· 37
1. 체포(Arrest) ····· 37
2. 체포 후의 절차: 보석(Bail)과 구금(Detention) ····· 39
3. 우리에게 주는 시사점 ····· 45
제3절 일본 ····· 46
1. 체포제도 ····· 46
2. 통상적인 체포의 절차 및 시한 ····· 53
3. 우리 체포제도와의 비교 ····· 58
4. 구속제도 ····· 59
5. 우리 구속제도와의 비교 ····· 66

제4장 허 황
수사단계에서 체포제도개선에 관한 연구 ····· 69

제1절 수사단계에서 체포제도 확대에 관한 비판적 검토 ····· 71
제2절 수사단계에서 체포와 영장주의 ····· 73
1. 긴급체포의 위헌성여부 ····· 73
2. 현행범체포의 위헌성여부 ····· 83

제5장 권오걸
수사단계에서 구속제도개선에 관한 연구 ····· 85

제1절 수사기관에서 법원으로의 구속주체 변경 및
판사인치제도에 관한 논의 ····· 88
1. 수사단계 구속의 주체 문제 ····· 89
2. 판사인치제도 도입 ····· 91

제2절 수사단계에서 보석제도의 강화방안 ····· 92
1. 의의 ····· 92
2. 피고인 보석과의 차이 ····· 93
3. 개선방안 ····· 95
제3절 수사단계에서 구속기간에 관한 연구 ····· 100
1. 수사절차에서 구속기간 축소? 확대? ····· 102
2. 수사주체별로 도식화된 구속기간의 탄력적 내지 통합적 운영가능성 ····· 104
3. 구속기간에 산입 배제문제 ····· 107
4. 통합형에 따른 구속장소의 변경 ····· 108

제6장 허 황
체포·구속에 대한 한층 강화된 통제방안 ····· 111

제1절 체포·구속에 대한 외부적·민주적 통제방안 ····· 113
1. 국가 및 시·도자치 경찰위원회의 실질화 ····· 114
2. 국가인권위원회 및 국민권익위원회의 통제기능 강화 ····· 116
3. 외부적 시민 통제기구 ····· 119
제2절 체포·구속에 대한 내부적 통제방안-경찰의 영장심사관제도 ····· 120

제7장 허 황
결 론 ····· 123

참고문헌 ····· 129

Abstract ····· 135

국문요약

현 정부에 들어 형사소송법상 가장 큰 변화는 2020년에 어느 정도 결실을 맺은 '검·경수사권 조정'이다. 대한민국은 이를 통해 형사절차, 특히 수사단계에서 크나큰 변화를 맞이하게 되었는데, 이러한 변화는 수사단계에서의 인신구속제도인 체포와 구속에도 적지 않은 영향을 미칠 것으로 예상된다. 여기에 더해 국제사회가 한국의 인신구속제도와 관련하여 과거로부터 제기한 지적은 오늘날에도 여전히 유효하다. 이를 종합하면 현 시점에서 형사절차, 특히 수사단계에서 체포·구속제도에 대한 근본적인 재검토가 필요하다.

인신구속제도라는 거시적 관점에서 수사단계에서 체포·구속제도를 살펴보면 현행 형사소송법은 특히 체포제도가 강화된 형태의 체포·구속 이원화의 특성을 가진다. 이는 세계적 추세에 역행하는 것으로 평가될 수 있는 것으로 오히려 체포제도와 구속제도는 국민의 인권보장 강화를 위해 일원화의 방향으로 나아가야 할 것이다. 이것이 의미하는 바는 체포와 구속의 일원화를 의미하고 나아가 사법경찰의 구속과 검찰의 구속의 통합화를 의미한다.

한편 체포와 구속의 일원화는 구체적으로 체포제도의 축소를 의미하는 데, 이는 영장에 의한 체포제도의 폐지와 긴급체포 및 현행범체포의 요건과 절차의 강화 내지 실질화로 이어진다.

긴급체포는 다음과 같이 변경되어야 한다. 체포와 구속에 관한 일원론적 관점에서 긴급 체포된 피의자에 대한 피고인보석 수준으로 강화된 보석도 이루어져야 한다. 그리고 긴급체포를 실시하는 수사기관이 구속영장을 청구하는 경우 법원은 장래의 구속영장발부에 관한 심사 뿐만 아니라 과거의 긴급체포의 적법성과 상당성도 심사해야 하고, 두 가지 중 하나라도 인정되지 않으면 구속영장발부를 기각해야 한다. 나아가 긴급체포의 사후적 사법통제 방안으로 사후 체포영장제도가 인정될 필요가 있지만, 이 경우 사후 체포영장은 구속영장청구 없이 석방되는 경우에만 인정될 수 있다. 마지막으로 영장청구의 시간적 한계와 관련하여 '즉시'라는 규범적 표지와 '48시간'의 절대

적 시한을 설정할 수 있는데, 이 경우 수사기관의 영장청구는 예컨대 48시간을 넘으면 절대적으로 무효라고 보아야 하고 48시간을 넘지 않은 경우라도 합리적인 혹은 상당한 이유 없이 지체하여 영장을 청구하면 이것도 해당 규정의 위반으로 볼 수 있다.

형사절차에서 구속의 주체는 공소제기 전이든 후이든 법원이 되어야 한다. 따라서 수사단계에서 구속영장은 명령장의 성격을 가진다고 보인다. 이러한 맥락에서 판사인치제도의 도입이 바람직하다. 그리고 피의자에 대한 보증금납입 조건부 석방제도 또한 적부심사와 별개의 것으로 피의자의 권리로서 인정되어야 하고 이는 체포된 피의자이든 구속된 피의자이든 불문한다. 나아가 이렇게 강화된 피의자 보석은 구속전 피의자심문 단계까지로 확대될 수 있다.

수사단계의 구속기간의 경우 현재의 도식적, 획일적, 단계적 구속기간 규정은 조정된 검·경수사권을 고려하면 삭제되어야 마땅하고 향후 구속기간은 최장 20일의 한도에서 탄력적으로 운영될 수 있다고 보인다. 이렇게 변경된 구속기간에서 구속전 피의자심문에 필요한 기간을 구속기간에 산입하지 않는 현행법의 태도는 수정되어야 할 것이다. 마지막으로 구속제도의 통합적 운영은 구속장소운영에도 영향을 미칠 수 있다. 즉 경찰단계 구속시 사용되는 경찰서 유치장은 사법부가 운영하는 구치소로 변경되어야 한다.

수사시 체포·구속에 대한 민주적 통제방안으로 경찰위원회 제도의 실질화가 주장되기도 하나 이는 이미 그 한계가 노출되어 있고, 외부적·민주적 통제장치로 국가인권위원회와 국민권익위원회가 어느 정도 기능을 하지만 이 또한 사후적 통제방법이고 개입 및 제재권한의 한계로 실효성에 의문이 제기되고 있다. 보다 독립적·중립적이고 권한이 강화된 형태의 외부적 시민통제기구의 설치가 논의되고 있어 고무적이긴 하지만 현재 제안된 형태의 안은 경찰수사에 제한되고 검찰 수사에는 해당 사항이 없다는 점에서 그 한계가 있다고 보인다.

연구 목적과 방법

허 황

제1장

연구 목적과 방법

제1절 | 목적

본 연구의 대상은 형사절차 중 수사단계에서의 체포·구속이다. 이 단계에서 수사기관의 수사행위에 의해 침해될 수 있는 국민의 기본권은 재산권, 초상권, 주거의 자유, 신체의 자유, 정보적 자기결정권 등 다양하지만 그 중에서 가장 핵심적인 것인 신체의 자유이다. 이러한 신체의 자유는 인신구속의 형태로 침해될 수 있는데, 현행 형사소송법은 수사목적을 위해 일정범위에서 수사기관에 의한 인신구속을 허용하고 있고 이러한 인신구속은 강학상 대인적 강제처분이라고 불리우는 체포·구속의 형태로 이루어진다.

본 연구의 목적은 이러한 체포·구속의 대상이 된 자의 인권을 강화하는 방안을 마련하는 것이다. 물론 형사소송법은 소송절차의 대상이 되는 피의자 및 피고인의 인권보장 뿐만 아니라 국가의 형벌권 실현이라는 가치도 함께 추구하고 있기 때문에 어느 한 면만의 지나친 강조는 바람직하지 못하다. 형사소송법의 발전은 이러한 충돌하는 양 가치를 최대한 조화시키는 방향으로 이루어진다. 그럼에도 불구하고 국제적 수준에서 한국의 수사단계의 체포·구속제도는 인권보장의 측면에서 여전히 미흡하다는 평가를 받는다. 예컨대, 2006년 UN 자유권 규약 위원회 (United Nations Human Rights Committee)의 평가에 따르면 우리나라 수사기관은 수사절차에서 긴급체포를 남용하고 있고, 형사소송법은 공소제기 전이라도 지나치게 긴 구속기간을 허용하고 있다고 한다. 또한 이러한 한국의 체포 및 구속제도는 1973년 3월 23일에 발효되고 한국에서 1990년 7월 10일부터 효력을 가지게 된 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)」 제9조 제3항에 비추어 보았을 때 문제의 소지가 다분하다고 한다.

법원의 통계자료를 살펴보면 2019년도 법원에 구속영장이 청구된 사건은 총 29,646건이고 이 중 영장이 발부된 건수는 24,044건, 기각된 건수는 5,608건으로 발부율이 81.1%에 이른다. 같은 기간 체포영장의 청구건수는 37,780건이고 이 중 발부건수가 36,948건, 기각건수가 832건으로 발부율은 97.8%이다.[1] 영장에 의한 체포의 경우 그 요건이 완화되어 있는 관계로 영장발부율이 굉장히 높지만 구속영장의 경우에는 상대적으로 엄격한 요건으로 인해 발부율이 비교적 낮다는 것을 알 수 있다.

한편, 오랜 기간 논란이 되었던 소위 "검·경수사권 조정"이 어느 정도 가닥이 잡혔고 2020년 현재 입법화가 이루어져 시행을 앞두고 있다. 따라서 머지않아 수사실무의 관점에서 큰 변화가 발생하리라는 점은 누구나 예상할 수 있다. 이러한 "검·경수사권 조정"의 목적은 수사와 관련된 국가기관들 간의 단순한 권한쟁의를 넘어 형사소추기관의 권한을 적절히 배분하여 궁극적으로 수사단계에 있어서 국민의 인권을 보호하고자 함이다. 개정된 형사소송법에 따르면 검사의 수사지휘권이 폐지되었고 검사의 직접수사의 범위가 한정되었으며 이에 따라 사법경찰은 수사종결권의 확보를 통해 비교적 독립적이고 자율적인 수사권을 가지게 되었다. 다만 "검·경수사권 조정"과 관련된 논의는 현재 입법화된 형태를 넘어 궁극적으로 헌법 제12조 제3항의 영장청구권의 변경까지 이르지만 이러한 논의 내용은 아직까지 실정화되지 못하고 있다. 본 연구와 관련하여 "검·경수사권 조정"의 중요한 내용은 바로 이러한 체포·구속 영장청구권의 귀속주체의 변경에 관한 것으로 보이는데 이러한 내용이 아직 실정화되지 못한 관계로 본 연구에서는 체포·구속 영장청구권의 귀속주체의 변경을 전제로 한 내용은 포함되지 않는다.

1) 법원행정처, 2020 사법연감, 633면.

제2절 | 방법

앞서 언급한 내용과 범위에서 본 연구의 방법은 주로 문헌연구이다. 먼저 현재의 체포·구속제도를 개관하는데 특히 체포·구속과 관련된 한국 형사소송법의 발전과정도 함께 간략히 살펴본다. 한국 형사소송법은 인신구속과 관련하여 체포와 구속을 구분하는 '이원화'의 길을 가고 있다.[2] 그러면서도 구속 이전에 반드시 체포절차를 거쳐야 한다는 체포전심주의를[3] 채택하지 않고 있어 비교법적으로는 상당히 독특한 체계를 가지고 있다고 볼 수 있다. 그런데 이러한 발전이 법체계에 부합하는 지는 이론적 관점에서 다시 한번 재고를 요한다고 보인다. 체포·구속의 일원화냐 이원화냐는 궁극적으로 어떠한 체계가 국민의 인권보장에 더 부합하는지의 문제와 무관하지 않기 때문이다.

이어서 비교법 연구가 뒤따르는데, 이러한 연구의 대상으로 삼은 국가는 일본, 독일, 영국으로 제한하였다. 일본 형사소송법은 체포·구속과 관련하여 현재 우리나라의 그것과 가장 유사하여 일본법에 대한 연구는 필수불가결하다고 판단되었고, 독일과 영국의 형사소송법은 체포·구속과 관련하여 한국 형사소송법과는 상당히 다른 체계를 취하고 있지만 각각 대륙법계와 영미법계를 대표한다고 보아 해당 연구를 통해 직접적이든 간접적이든 적지 않은 시사점을 줄 것으로 판단되었다.

다음으로 현행 수사절차에서 체포·구속과 관련하여 학계 또는 실무에서 이미 많이 제기된 문제점을 중심으로 보다 심도 있는 논의를 전개하고 개선점을 제시한다.

① 우선 현행 형사소송법에 따르면 체포는 단기간의 인신구속제도로서 수사단계에서만 인정되는데 그 종류가 영장에 의한 체포(형사소송법 제200조의2), 긴급체포(동법 제200조의3 및 제200조의4), 현행범체포(동법 제211조 이하)로 나뉜다. 체포에 관한 중요한 내용은 헌법에 규정되어 있는데 헌법 제12조에 의하면 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속을 받지 아니하고(제1항), 체포·구속을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 하지만 현행범인

2) 이창현, 형사소송법 제6판, 2020 정독, 302면.
3) 대표적으로 아래에서 살펴볼 일본의 형사소송법이 이를 취하고 있다.

인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다(제3항). 따라서 이러한 헌법의 입장에 따르면 체포의 경우에도 법률유보 뿐만 아니라 법관유보까지 2중의 심사를 거쳐 집행된다. 그런데 현행 형사소송법에서 긴급체포와 현행범체포의 경우에는 사후 체포영장 발부를 요구하지 않아서 (사후 구속영장청구제도가 마련되어 있음에도 불구하고) 수사기관에 의한 불법부당한 체포에 대한 적시의 사법적 통제(법관유보)가 부재하다는 비판을 받는다. 따라서 수사기관에게 부여된 긴급권한으로서 긴급체포 및 현행범체포 대상자의 인권을 보장한다는 차원에서 이들 제도에서 수사기관의 권한의 사법적 통제 방안을 살펴볼 필요가 있다.

② 그 다음으로 구속제도에 대한 상세한 논의가 진행된다. 현행 형사소송법은 수사절차의 구속과 공판절차의 구속을 구분하면서 공소제기 전이라도 사법경찰의 수사단계에의 구속(10일)과 검찰의 수사단계에서의 구속(최장 20일)을 인정하고 있다. 특히 공소제기 전 단계에서 인정되는 구속기간과 관련해서는 앞서 언급한 바와 같이 그 기간이 지나치게 길어 국제적 표준에 부합하지 않는다는 비판이 제기되어 이에 대한 검토가 필요한 실정이다. 반대로 수사절차에서의 구속기간의 경우 범죄의 중대성 및 복잡성, 다수의 참여 등을 고려하지 않고 도식적, 일률적으로 규정되어 있어 이는 오히려 실체적 진실발견을 저해하는 요인으로 작용한다는 문제제기도 보인다. 이러한 수사단계에서 구속기간에 대한 논의는 수사단계의 구속의 주체가 누구인가라는 문제와 구속의 장소는 어디인가라는 문제와도 결부되어 있다고 보인다. 따라서 필요하다면 이러한 문제에 대한 논의도 살펴본다.

마지막으로 수사단계에서의 불법부당한 인신구속으로부터 피의자를 보호하기 위한 기타의 절차에 대해 알아본다. 여기에는 사법기관은 아니지만 수사기관 외부에 놓여 있어 인신구속과 관련된 수사기관의 인권침해적 행위를 감시하고 견제할 수 있는 민주적 통제제도(경찰위원회, 국가인권위원회, 국민권익위원회 등)의 실효성에 대해 알아 볼 것이다. 그리고 특히 경찰의 경우 비교적 최근에 신설된 영장심사관에 대해서도 언급해 보고자 한다.

형사소송법상 수사단계에서 체포·구속제도 일반에 관한 연구

허 황

제2장

형사소송법상 수사단계에서 체포·구속제도 일반에 관한 연구

범죄를 저지른 사람에게 법원에 의한 국가의 형벌권 행사가 가능하기 위해서는 소추기관에 의한 공소제기가 필요하고 이러한 공소제기를 위해서는 다시금 수사기관에 의한 수사가 필요하다. 형사소송법 제195조와 제196조 제2항은 검사 및 사법경찰관으로 하여금 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하도록 하고 있다. 이러한 수사의 경우 임의수사가 원칙이나 예외적으로 필요성에 의해 강제수사도 법률상 허용하고 있다.

강제수사는 수사기관의 강제처분을 통해 수사 대상자의 기본권 제한을 감수하면서 이루어진다. 강제수사의 수단이 되는 강제처분은 그 대상이 사람인가 아니면 물건인가에 따라 대인적 강제처분과 대물적 강제처분으로 구분된다. 대인적 강제처분에는 대표적으로 체포와 구속이 있고 압수·수색·검증은 대표적인 대물적 강제처분에 속한다. 사인의 기본권 침해 정도를 따지면 후자보다 전자가 더 크다.

제1절 | 체포·구속 제도의 의의

1. 의의 및 역사

체포와 구속은 이미 제정 헌법에 의해서도 국민의 신체의 자유를 침해할 수 있는 중요한 국가기관의 행위로 인식되었다.[4] 현재 체포와 구속(금)에 대한 것은 헌법 제12

4) 제정 헌법에서는 제9조가 신체의 자유를 보장하고 체포와 구속에 관한 사항을 다루고 있다. 다만, 제정 한법에는 구속 대신 구금이라는 용어가 등장한다.

조와 제44조에 규정되어 있고 형사소송법적 의미에서 수사절차의 체포·구속은 형사소송법 제2편(제1심) 제1장(수사) 제200조의2 이하에 규정되어 있으며 제1편(총칙) 제9장(피고인의 소환, 구속)의 구속에 관한 규정을 준용한다. 체포는 수사단계에서 피의자에 대해서 행해질 수 있지만 구속은 형사절차의 모든 단계에서 이루어질 수 있다.

형사소송법 교과서의 개념정의에 따르면 '체포(逮捕)'는 수사초기에 피의자를 비교적 단기간 구금하는 강제처분임에 반해 '구속(拘束)'은 피의자 또는 피고인을 비교적 장기간 구금하는 강제처분이다.[5] 형사소송법의 구속에 대응되는 행형법의 표현으로 미결수용이라는 용어가 사용되기도 한다.[6] 이러한 개념구분에 따르면 체포와 구속의 구분은 단순히 구금의 장단기라는 시간적 표지에 따라 구별된다. 즉, 형사소송법의 체포라는 개념은 단순히 사람을 붙잡아 장소적 이동을 못하게하는 것을 넘어서 어느 특정 장소로 데리고 와서 그곳에서 일정 기간 유치하는 것을 포함한다. 다시 말해 체포에는 체포 후 단기간의 유치도 포함된다는 것이다.[7] 이러한 체포의 개념적 표지만 살펴본다면 형사소송법 제69조, 제71조, 제71조의2의 '구인(拘引)'과 크게 다르지 않다.[8] 왜냐하면 구인이란 국어사전에 따를 때 "사람을 강제로 잡아서 끌고 감"을 의미하기 때문이다.[9][10] 그리고 구속의 경우 형사소송법 제69조의 개념정의에 따르면 구속은 '구인'과 '구금'을 포함하는데, 이러한 개념설정에 따르면 구속에도 이미 앞서 설명한 체포의 요소가 포함되어 있다. 그럼에도 불구하고 현행 형사소송법이 체포와 구인을 구별하는 이유는 체포는 체포기관의 피의자신문이라는 별도의 조사를 위해 인정되는 것이고[11] 구인은 그러한 수사기관이 아닌 법원의 소송행위를 위해 필요한 것이라는 점이 조심스레 도출될 수 있다.[12] 이러한 차이는 체포·구속의 일원화 또는

---

5) 이창현, 형사소송법 제6판, 2020 정독, 302면; 기타 문헌으로 최용성/강동욱, 현행 긴급체포제도의 합리적 입법방안 모색, 한국범죄학 제13권 제2호(2019), 139면 각주 19).
6) 신양균, 미결수용자의 처우에 관한 연구, 한국형사정책연구원(1994), 17면.
7) 권오걸. "現行 人身拘束制度에 관한 一考察." 慶北實業專門大學論文集 17.1 (1998), 264면.
8) 김재덕, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 법학논집 제20권 제1호(2015), 이화여자대학교 법학연구소, 156면.
9) 네이버 국어사전 https://ko.dict.naver.com/#/entry/koko/81f62c0436f1408cbfb42276285f92db (2020.12.20. 최종검색)
10) 따라서 권오걸 교수는 현행법상의 인신구속의 절차를 "신병확보절차"와 "구속판단절차" 그리고 "구속집행의 절차"로 구분하고 신병확보의 방법에는 체포에 의한 절차와 구인장 발부에 따른 구인의 절차로 구별하고 있다, 앞의 논문, 255면.
11) 법무연수원, 검찰실무 Ⅰ, 316쪽; 이에 대한 비판으로 조기영. "구속피의자의 수사기관 조사실 출석의무?." 법학연구 통권 제42호(2014), 전북대학교 법학연구소, 93면 이하.

이원화 논의와 연결되어 있다.

한편, 수사절차의 체포·구속에 관한 형사소송법의 변화를 살펴보면 특히 1995년의 형사소송법개정이 중요한 의미를 가진다. 그 이전의 형사소송법에 따르면 피의자를 인치하는 방법으로 사전영장에 의한 구속(구 형사소송법 제201조)과 사후영장에 의한 구속 두 가지가 있었고, 후자의 경우 다시금 긴급구속과 현행범 체포로 나누어져 있었다. 이러한 법적 상황하에서는 수사단계에서 피의자의 신병을 확보하는 주된 수단이 구속이 될 수 밖에 없었다. 그런데 사전이든 사후든 구속영장의 발부요건은 그 당시에도 까다로웠기 때문에 수사를 위해 신병을 확보할 필요가 있는 수사기관은 임의수사의 성격을 가지는 피의자 신문을 위한 출석요구에 불응하는 피의자를 관행적으로 임의동행이나 보호실 유치와 같은 형식을 통해 강제로 구금하게 되었다. 이러한 배경하에서 1995년 형사소송법 개정을 통해 체포영장에 의한 체포가 새롭게 도입되고 과거 긴급구속은 긴급체포의 형태로 전화되게 되었다. 여기에는 이미 헌법이 체포와 구속을 준별하고 있다는 자각이 중요한 역할을 하였다.[13] 이러한 맥락 속에서 구속과 구별되는 체포제도가 부각이 되고 한국 형사소송법은 체포·구속과 관련하여 본격적인 이원화의 길로 들어서게 된다. 다만, 이러한 역사적 발전과 관련하여 여전히 의문이 남는 것은 과거 불법적 관행을 단순히 제도화·합법화(Legalisation)한다고 하여 인권침해와 관련된 문제의 불씨가 제거되었는가 하는 문제이다(Legitimationsfrage).[14] 과거 수사 대부분이 피의자의 진술에 의존하던 시절에는 그만큼 피의자의 신병을 확보할 필요성이 컸고 따라서 인신구속을 위한 요건을 낮출 형사정책적 이유가 있었다고 하지만 현대에는 수사기법이 발전함에 따라 피의자진술에의 의존성이 점차 낮아지는 추세에서는 다시금 수사단계에서의 인신구속을 위한 요건을 높여야 하지 않을까

12) 미국의 경우 체포한 다음 판사와 대면(이를 initial appearance라고 함)을 한 후에는 수사기관이 피의자를 소환하여 조사하는 것이 허용되지 않는다고 한다. 물론 피의자가 스스로 수사기관에 나와 진술하는 것은 문제가 없으나, 수사기관이 피의자를 소환할 권리가 없다. 이는 미국에서는 수사를 위한 구금(detention)이 없다는 것을 의미하는 것으로, 수사상 구속을 인정하는 대륙법계 국가나 일본, 우리나라와 크게 다른 점이다, 정웅석. "감염병 예방 및 관리에 관한 법률에 따라 제4군 감염병으로 분류된 메르스 등 감염 구속 피의자의 구속기간 개선방안." 형사법의 신동향(2016), 84면.

13) 장승일, 수사상 긴급체포제도의 운용에 대한 재검토, 법학연구 제18집 제2호(2015.06), 32면.

14) 정승환. "연구논문(研究論文) : 형사소송법(刑事訴訟法)의 체포제도(逮捕制度)에 대한 재검토(再檢討) -형사소송법(刑事訴訟法) 개정안(改正案)의 인신구속제도(人身拘束制度)와 관련하여-." 法曹 54.7 (2005), 56면.

하기 때문이다.

2. 일원화 vs. 이원화

앞서 현행 형사소송법은 체포와 구속을 구분하는 '이원화'의 형태를 띄고 있다고 하였다. 대인적 강제처분과 관련된 중요한 변화인 1995년 및 2007년 형사소송법의 개정을 통해 종래 임의동행과 보호실유치 등의 탈법적 수사관행이 일정한 법적 요건설정하에서 체포제도로 법적으로 승인된 것이다.[15] 판례 또한 체포와 구속에 대한 이원주의적 입장을 취한다.[16] 이러한 이원주의적 입장은 우리나라뿐만 아니라 일본도 취하고 있는데[17] 다만, 일본은 체포전심주의를 취하고 있음에 반해 우리나라는 체포절차를 거치지 않고도 피의자를 구속할 수 있다는 차이점이 있다(이른바 병렬주의[18]).[19]

이에 반해 체포·구속의 일원화란 "인신구속제도를 체포와 구속으로 구분함이 없이 하나의 제도로 단일화하자는 논의로 이해"된다고 한다.[20] 여기에는 앞서 언급했듯이 체포와 구속은 기간의 장단기 이외에는 그 본질상 구분되지 않는다는 점에서 출발한다.[21] 선행연구에 따르면 한국과 일본을 제외한 많은 국가에서는 대부분 체포와 구속을 구분하지 않는 일원화의 입장에 서있다고 한다.[22] 일원화의 입장에서는 체포란 단지 구속을 위한 준비과정으로 이해되고 법원 앞에 피의자 또는 피고인은 세우기 위해 필요한 수단으로 이해하여 별도의 수사목적을 위한 체포를 인정하지 않는다. 미국의 경우를 보아도 체포는 일차적으로 피의자를 법관 앞에 인치시킴으로써 형사절

15) 권오걸. 앞의 논문, 253면 이하; 최용성/강동욱, 앞의 논문, 135면.
16) 형사소송법은 수사단계에서의 체포와 구속을 명백히 구별하고 있고 이에 따라 체포와 구속의 적부심사를 규정한 같은 법 제214조의2에서 체포와 구속을 서로 구별되는 개념으로 사용하고 있는바, 같은 조 제4항에 기소 전 보증금 납입을 조건으로 한 석방의 대상자가 '구속된 피의자'라고 명시되어 있고, 같은 법 제214조의3 제2항의 취지를 체포된 피의자에 대하여도 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되어야 한다는 근거로 보기는 어렵다 할 것이어서 현행법상 체포된 피의자에 대하여는 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되지 않는다, 대법원 1997. 8. 27. 자 97모21 결정.
17) 다만 일본 또한 체포와 구류를 분리하고 있지만 체포전치주의를 취함에 따라 체포와 구류가 유기적으로 연계되고 있어서 이를 일원화된 인신구속제도라고 보고 있는 입장으로, 정진수, 인신구속제도의 일원화에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구총서 06-30, 2006, 70면.
18) 이러한 용어를 사용하는 문헌으로 정승환, 앞의 논문, 70면.
19) 최용성/강동욱, 앞의 논문, 142면.
20) 정진수, 앞의 책, 69면.
21) 정진수, 앞의 책, 69면.
22) 최용성/강동욱, 앞의 논문, 141면.

차의 원만한 진행을 보장하기 위한 것이었다.[23] 이러한 입장에서는 현행 형사소송법 제203조의2에 따라 체포기간이 구속기간에 포함되는 것이 당연한 것으로 이해된다.[24]

현재 한국의 형사소송법이 일원화의 입장에 서있는가 아니면 이원화의 입장을 대변하는가 혹은 향후 일원화 내지 이원화의 방향으로 나아가야 하는가의 문제는 수사기관의 인신구속을 통해 발생하는 피의자의 인권유린이 문제되고 있는 현 상황에서 중요하다고 보인다. 이는 수사단계에서 인신구속의 주체가 누구인가 혹은 누구여야 하는가의 문제와도 무관하지 않다. 지금까지 수사단계에서의 인신구속제도와 관련하여 한국 형사소송법이 일원화에서 이원화로 발전하고 있는 반면 글로벌 스탠다드는 그 역의 방향으로 나아가고 있는 것이 무엇을 의미하는지를 살펴보아야 한다. 앞서 2006년 UN 자유권 규약 위원회는 한국의 공소제기 전 인신구속제도와 관련하여 우려를 표명하였다는데, 이는 체포와 구속의 관계에 대한 일원주의적 입장에서 이원주의적인 우리의 제도를 바라보았기 때문에 내릴 수 있는 평가가 아닌가라고 생각된다. 현 단계에서 일원주의로 회귀하자는 주장은 다음과 같은 이유로 설득력이 없지 않다고 보인다.

먼저 1995년 형사소송법 개정으로 새로이 도입된 영장에 의한 체포(형사소송법 제200조의2)는 당시 탈법적으로 운영되는 임의동행 또는 보호실유치의 관행을 수사의 필요성이라는 이유로 합법화시킨 것 이상의 의미를 담아내지 못하고 있다. 탈법적 관행이라면 오히려 근절시켜야 할 대상이지 실무상의 입법적 수요가 제기되었다는 이유로 합법화시켜야 하는 가는 재고의 여지가 있다. 나아가 영장에 의한 체포는 임의수사인 형사소송법 제200조의 피의자신문을 간접적으로 강제하는 효과를 가진다. 원래 피의자신문은 임의수사이기 때문에 피의자는 수사기관의 출석요구에 응해야 할 법적 의무를 부담하지 않는다.[25] 그런데 형사소송법 제200조의2에 따르면 수사기관은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 경우 법원의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 영장에 의한 체포가 성립하기 위한 실질적 요건은 범죄의 상당한 혐의뿐이고 이러한 상당한 혐의요건

23) 이인영, 체포·구속된 피의자 보석에 관한 고찰, 비교형사법연구 제6권 제2-1호(2004), 274면.
24) 정초영. "수사기관의 구속기간실태 및 외국의 구속제도." 치안정책연구 -.13 (1999), 279면.
25) 이창현, 앞의 책, 289면.

또한 그렇게 엄격하지 않다는 점이 고려된다면 형사소송법 제200조의 피의자신문은 동법 제200조의2에 의해 사실상 강제수사로 전환되어 제200조의 취지가 형해화된다고 볼 수 있다. 앞서 잠깐 언급한 법원의 통계를 보아도 체포영장의 발부율은 98%에 가깝다는 것을 알 수 있는데 이는 체포영장을 청구하면 대부분 인정되는 것이므로 결국 영장에 의한 체포제도가 이룩한 업적이란 피의자의 인권을 보호한 것이 아니라 피의자신문의 성질을 바꾸어 놓은 것 밖에는 없다고 할 것이다. 나아가 체포영장제도가 도입되었으나 체포의 전심절차를 거칠 필요가 없는 구속제도와 긴급체포제도로 인해 실무상 그 활용률이 높지 않고 대부분 기소중지자에 대한 '지명수배'용으로만 활용되는 점도 영장에 의한 체포제도에 대한 의구심을 떨쳐버릴 수 없게 한다.[26]

제2절 | 현행 체포·구속의 요건, 절차, 권리구제

여기서는 앞으로 수사단계에서의 인신구속제도의 개선안을 마련하기 위한 기초작업으로 현행법상 수사단계에서의 인신구속제도에 대해 개괄적으로 살펴본다. 형사소송법이 수사목적상 허용하고 있는 체포와 구속을 그 요건과 절차 그리고 권리구제라는 측면에서 살펴보면 다음과 같다.

1. 체포제도

형사소송법상 체포는 영장에 의한 체포(제200조의2), 긴급체포(제200조의3 및 제200조의4), 현행범체포(제211조 이하)로 구분된다. 체포란 단기간의 인신구속(구금)을 의미하고 현행 수사실무상 체포도 인치라는 목적 이외에 수사를 위해서도 활용되고 있다. 그리고 법원 통계상 체포영장의 발부 비율이 상당히 높다는 것은 앞서 지적하였다.

26) 최용성/강동욱, 앞의 논문, 145면.

가. 영장에 의한 체포

영장에 의한 체포는 1995년 형사소송법 개정에 의해 도입되었음은 앞에서 언급하였다. 형사소송법 제200조의2에 따르면 이러한 영장에 의한 체포가 성립하기 위해서는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 수사기관의 출석요구에 응하지 않거나 응하지 아니할 우려가 있어야 한다.

그리고 수사기관의 입장에서 이러한 요건이 충족되었다고 판단했더라도 곧바로 체포로 나아갈 수는 없고 법원이 발부하는 체포영장을 발부받아 이를 집행할 수 있다. 법원의 체포영장발부는 검사의 청구에 종속된다는 점에서 형사소송법 제201조의2의 구속전 피의자 신문을 위한 법원의 구인장발부와 다르다. 사법경찰관의 체포영장 청구는 검사를 경유하여 이루어진다. 검사 또는 (검사를 경유한) 사법경찰관의 체포영장 청구를 받은 법원은 체포가 상당하다고 인정할 때 체포영장을 발부하고 명백히 체포의 필요성이 인정되지 아니하는 경우에는 체포영장발부를 거부한다. 구속과 달리 체포영장발부를 위해 피의자의 심문절차를 거칠 필요는 없고 수사기관이 제출한 서면심사로 족하다.

일단 발부받은 체포영장을 가지고서 수사기관이 피의자를 체포하였고 이제 다시 피의자를 구속하고자 한다면 체포한 때부터 48시간이내에 구속영장을 청구하여야 하고 그 기간에 청구가 이루어지지 않으면 피의자는 즉시 석방된다. 법원의 체포영장 발부 그 자체에 대해서는 별도의 불복절차가 예비되어 있지 않다.

나. 긴급체포

긴급체포 또한 영장에 의한 체포와 마찬가지로 1995년 형사소송법 개정에 의해 처음 도입되었고 2007년 형사소송법 개정을 통해 현재의 내용과 같이 수정되었다. 긴급체포가 성립되기 위해서는 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망하거나 도망할 우려가 있으며 시간적 여유가 없어 법원의 체포영장을 받을 수 없어야 한다.

사법경찰관이 피의자를 긴급체포한다면 즉시 검사의 승인을 얻어야 한다(형사소송

법 제200조의3 제2항). 사법경찰관이 피의자를 긴급체포하면 즉시 긴급체포서를 작성하고 12시간 내에 검사에게 긴급체포의 승인을 요청해야 한다. 다만 수사중지 결정 또는 기소중지가 결정된 피의자를 소속 경찰관서가 위치하는 행정구역 외의 지역이나 바다에서 긴급체포한 경우에는 긴급체포 후 24시간 이내에 긴급체포의 승인을 요청해야 한다(검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정제27조 제1항).

형사소송법에는 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다(형사소송법 제200조의4 제6항)고 규정하고 있는데, 이는 검사가 법원에 통지의무를 부담하므로 사법경찰관이 긴급체포한 피의자를 석방한 경우에는 검사의 통지의무 이행을 위하여 보고가 전제되어야 한다는 취지에서 도입된 것이라고 한다.[27)]

검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포하는 경우에는 즉시 긴급체포서를 작성하여야한다. 긴급체포와 영장에 의한 체포를 비교하면 긴급체포의 가중된 요건이 영장에 의한 체포의 약화된 절차를 대체한다고 볼 수 있다. 이러한 가중된 요건이 약화된 영장주의를 상충하는 것이다.

검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 (사법경찰관은 검사를 경유하여) 관할 법원에 구속영장을 청구하여야 하고, 이때에 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야하며 긴급체포서를 첨부해야 한다. 이와 관련하여 과거 1995년 개정되기 전의 형사소송법에 따르면 긴급구속을 행한 수사기관은 48시간 이내에 영장발부를 청구하여 실제로 발부받아야 했지만 개정된 형사소송법에 따르면 48시간 이내에 영장을 발부받을 필요는 없고 청구만 하면 족하다.[28)]

수사기관이 피의자를 긴급체포하였지만 구속영장을 청구하지 않거나 구속영장을 발부받지 못하면 피의자는 즉시 석방된다. 이 경우 사후적으로 법원에 의한 긴급체포의 적법성 판단을 요구하지 않지만 긴급체포를 행한 검사는 석방일로부터 30일 이내에 긴급체포서의 사본이 첨부된 서면으로 석방된 자의 인적사항, 긴급체포의 일시·장소와 긴급체포하게 된 구체적인 이유, 석방의 일시·장소 및 사유, 긴급체포 및 석방한

27) 김재덕, 앞의 논문, 163면.
28) 김재덕, 앞의 논문, 160면.

검사 또는 사법경찰관의 성명을 법원에 통지해야 하고 사법경찰관이 긴급체포한 피의자를 구속영장신청없이 석방하는 경우 즉시 검사에게 보고해야 한다. 그리고 긴급체포 후 석방된 자 등은 통지서 및 관련 서류를 열람·등사할 수 있다.

다. 현행범체포

형사소송법 제212조에 의하면 누구나 현행범인을 영장없이 체포할 수 있다. 동법 제213조에 따르면 검사 또는 사법경찰관이 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 즉시 검사 또는 사법경찰관리에게 인도하여야 한다. 현행범으로 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다. 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

라. 체포자의 석방 및 권리구제

현행 형사소송법에 따르면 영장에 의한 체포이든 긴급체포이든 현행범체포이든 제214조의2에 의해 체포에 대한 적부심사청구가 가능하다. 청구주체는 체포된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주이다. 피의자를 체포한 검사 또는 사법경찰관은 체포된 피의자와 앞서 언급된 자 중 피의자가 지정하는 자에게 체포적부심사를 청구할 수 있음을 알려야 한다. 이 때 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 청구를 인정할지 기각할지를 결정한다.

이러한 체포적부심사절차가 마련되어 있기 때문에 형사소송법 제200조의2의 체포영장발부에 대해서 형사소송법 제403조 제2항에 따라 항고하지 못한다. 마찬가지의 이유에서 검사 또는 사법경찰관의 긴급체포 또는 현행범체포에 대해서는 형사소송법 제417조의 준항고가 적용될 수 없다고 보인다. 이는 동규정에서 구금에 관한 처분이란 피의자나 피고인에 대한 체포의 집행과 관련된 처분을 포함하고 있어도[29] 마찬가지이다.

---

29) 이창현, 앞의 책, 1295면.

2. 구속

가. 의의

비교적 장기의 인신구금인 구속은 형사소송법에 의해 피의자의 수사 및 피고인의 공판정출석 그리고 유죄판결시 수형자의 형집행의 보장을 위해 필수불가결하게 인정되고 있다. 구속은 구인과 구금을 포함하며(형사소송법 제69조) 피고인 구속과 피의자 구속으로 구분된다. 피의자 구속은 수사절차에서 검사의 구속영장청구에 종속하여 구속영장발부를 전제로 검사 또는 사법경찰관에 의해 집행되고, 이 경우 수사기관은 체포절차를 반드시 거쳐야 하는 것은 아니다. 따라서 미체포 피의자에 대해서도 구속이 성립될 수 있다. 이에 반해 피고인 구속의 경우 공소제기 이후 법원에 의한 직권발부된 구속영장이 문제된다. 피의자를 대상으로 하든 피고인을 대상으로 하든 구속은 사전에 발부된 영장을 요건으로 한다.

형사소송법 제198조에 따르면 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다. 이는 헌법적 지위를 가지는 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)과 피의자 방어권의[30] 보장으로부터 도출된다. 그런데 형사절차의 목적실현을 위해 필요한 한도에서는 예외적으로 구속이 인정될 수 있는데, 이러한 예외적 성격으로 인해 그 요건과 절차가 엄격해야 한다. 현행법은 수사단계에서의 구속도 인정하고 있으며 판례 또한 수사기관이 피의자를 조사하는 등 범죄 수사를 진행하는 목적을 위한 구속을 인정하고 있다.[31]

나. 요건

피의자 구속이 성립하기 위해서는 피고인 구속과 마찬가지로 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 구속사유(주거불명,[32] 증거인멸염려, 도망 또는 도망할 염려)가 존재해야 한다. 그리고 법원의 구속사유 심사시 필수적 고려사항으로 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려가 있다.

---

30) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결.
31) 대법원, 2013. 7. 1. 선고, 2013모160 판결.
32) 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료의 범죄의 경우 주거불명의 구속사유만 인정된다.

명문의 규정은 없지만 구속이 적법하기 위해서는 비례성의 원칙에 부합해야 한다.[33]

다. 절차

앞의 구속의 성립요건이 존재한다고 판단되면 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다(형사소송법 제201조 제1항). 검사의 청구를 받은 지방법원판사는 신속히 구속영장의 발부여부를 결정해야 한다(동조 제2항).

구속영장청구를 받은 판사는 영장발부여부를 실질적으로 심사해야 하는데 이를 위해 피의자 심문을 거쳐야 한다. 형사소송법의 체포규정에 따라 체포된 피의자의 경우 구속영장의 청구를 받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문해야 하고, 체포되지 않은 피의자의 경우 판사는 범죄혐의가 있음을 전제로 구인장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문한다. 이 경우 피의자가 도망 등의 사유로 심문할 수 없다면 심문하지 아니한다.

라. 구속기간

형사소송법 의하면 사법경찰관은 검사인치 또는 석방 전까지 최장 10일까지 피의자를 구속할 수 있고(제202조) 검사의 경우 피의자를 구속하거나 인치받은 때로부터 공소제기 또는 석방 전까지 최장 10일까지 피의자를 구속할 수 있다(제203조). 검사가 피의자를 구속하는 경우 수사의 계속이 상당하다고 인정되면 검사의 신청에 따른 법원의 허가를 전제로 최장 10일간 구속을 연장할 수 있다(제205조). 피의자가 체포 또는 구인된 경우에 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날부터 기산한다.

형사소송법 제201조의2에 따른 피의자 심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사관계서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 수사기관의 구속기간에 이를 산입하지 않는다. 이는 구속전 피의자 심문절차의 진행에 따라 수사기관의 구속기간이 실질적으로 단축되어 수사가 제대로 진행

33) 헌법재판소 2010.11.25. 선고 2009헌바4 결정.

될 수 없는 실무상의 어려움을 고려한 것이다.

형사소송법 제66조 전단에 의거 구속기간의 계산은 일로써 계산하는 것이기 때문에 초일을 산입하지 아니하여야 하나, 단서규정의 적용에 의해 초일은 산입이 된다.

마. 권리구제

수사단계의 구속의 경우 피의자의 입장에서는 앞서 언급한 구속전 피의자심문절차를 통한 권리보호 뿐만 아니라 체포된 피의자와 마찬가지로 형사소송법 제214조의2에 따른 구속적부심사를 통한 권리구제도 가능하다.

다만, 체포적부심사와는 달리 구속적부심사의 경우 법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 있다(동조 제5항). 이를 피고인 보석과 구별하여 소위 피의자 보석이라고 한다. 이러한 피의자 보석을 배제하는 사유로 ① 죄증인멸의 충분한 우려, ② 피해자 등의 생명·신체·재산에 대한 가해의 충분한 우려가 있다. 피의자 보석결정의 경우 주거제한 또는 특정 일시·장소에 출석할 의무 등의 조건을 부가할 수 있다.

수사단계에서 체포·구속의 비교법적 연구

최 민 영

제3장

수사단계에서 체포·구속의 비교법적 연구

아래에서는 비교법적 연구를 위해 연구대상의 범위에서 독일, 영국, 일본의 법제도를 살펴본다. 수사단계에서 검찰의 권한이 비교적 강한 독일과 경찰의 권한이 강하다고 판단되는 영국·일본의 비교연구는 향후 한국에서 변화되는 수사구조와 관련하여 체포·구속제도 개선에 기여한다고 사료된다.

제1절 | 독일

독일의 경우 체포와 구속에 대한 일반규정들이 형사소송법 제1권 제9장에 규정되어 있다.

1. 체포

가. 의의

일본이나 한국과 달리, 독일의 경우 체포는 구속으로 이어지는 임시처분으로 보아 영장을 발부하지 않는다. 독일의 체포제도는 법관의 영장발부를 기다리면 신병을 확보할 수 없는 긴급한 상황에서 혐의자의 신병을 확보하는데 주된 목적을 둔다. 한국 형사소송법 제200조의2, 제200조의3, 제212조의 체포에 상응하는 독일의 인신구속제도로는 '잠정적 체포(vorläufige Festnahme)'를 들 수 있다. 이는 독일 형사소송법 제127조 이하에 규정되어 있다.

나. 독일 형사소송법 제127조 제1항

1) 요건

동조 제1항에 따르면 누군가 현행범으로 적발되거나 추적되는 경우 도망의 혐의가 있거나 신원을 즉시 확인할 수 없다면 누구나 판사의 명령없이 잠정적으로 체포할 수 있다. 검찰 또는 경찰직 공무원에 의한 신원확인은 제163조b 제1항에 따른다. 이는 한국 형사소송법 제212조 현행범인의 체포에 해당된다고 볼 수 있다. 다만, 독일의 경우 현행범체포가 신원확보·확인의 목적으로만 이루어져야 한다는 것이 명시되어 있다. 독일 형사소송법 제127조 제2항은 구속명령(Haftbefehl) 또는 수용명령(Unterbringungsbefehl)의 요건이 충족되더라도 지체의 위험이 있다면 검찰 또는 경찰직 공무원에게 잠정적인 체포권한을 인정하고 있다.

2) 절차

동법 제128조 제1항에 따르면 체포된 자는 다시 석방되지 못하면 즉시, 늦어도 체포일의 다음 날까지 체포된 지역을 담당하는 구법원의 판사에게 구인되어야 한다. 판사는 제115조에 따라 구인된 자를 신문한다. 독일 형사소송법 제128조 제2항에 따르면 판사가 체포가 정당하지 못하거나 체포이유가 없다고 판단하면 석방을 명한다. 그렇지 않다면 검찰의 신청에 기하거나 검사가 연락되지 않는다면 직권으로 구속명령 또는 수용명령을 발한다. 구속의 범위에서 관할 법관에로의 인치에 관한 규정인 제115조 제4항은 준용된다.

주목해야할 것은 독일의 경우 현행범체포 이후 구속의 필요성이 인정되어 구속영장을 청구하는 경우 법원은 구속의 필요성 뿐만 아니라 그 체포의 적법성을 판단한다는 것이다. 체포의 적법성과 구속의 필요성이 인정되면 법원은 구속영장을 발부 한다. 여기서도 알 수 있는 것은 독일의 경우 체포와 구속이 분리된 절차가 아니라는 것이다.

다. 독일 형사소송법 제127조 제2항

한국 형사소송법 제200조의3 긴급체포에 해당하는 것은 독일 형사소송법 제127조 제2항으로 보인다.

이에 따르면 특히 구속명령의 요건이 충족되고 지체의 위험이 있다면 검찰 또는 경찰직 공무원은 잠정적인 체포를 할 수 있다. 구속명령의 요건은 독일 형사소송법 제112조에 규정되어 있다. 이에 따르면 구속(Untersuchungshaft)은 피의자가 범죄에 대한 긴급한 혐의가 있고 구속사유가 존재하는 경우에 명령된다(제1항). 이 경우 구속사유로는 도주 및 도주우려(Fluchtgefahr), 증거인멸의 우려(Verdunkelungsgefahr)를 규정하고 있다(제2항). 다만 특정 중범죄의 경우 그것에 대한 현저한 혐의가 인정된다면 이러한 구속이유가 없어도 구속명령이 이루어진다(제3항).

한국의 긴급체포에 해당될 수 있는 독일 형사소송법 제127조 제2항은 엄밀히 보면 과거 우리의 긴급구속에 가깝다. 동 규정의 잠정적 체포가 인정되기 위해서는 구속사유가 인정되어야 하고, 이러한 잠정적 체포와 구속과의 차이는 단지 법원의 영장을 발부받을 시간적 여유가 없다는 점이다. 여기서도 알 수 있는 것은 독일의 경우 체포와 구속의 질적인 차이가 없다는 점이다.

독일은 체포와 관련해서 잠정적인 체포만 인정하고 한국 형사소송법 제200조의2(영장에 의한 체포)와 같은 것을 알지 못한다. 그런데 한국의 영장에 의한 체포가 임의규정인 형사소송법 제200조 피의자의 출석요구를 일정한 요건하에서 강제하기 위한 제도임에 반해, 독일의 경우 피의자는 소환에 응하여 검사와 수사판사(Ermittlungsrichter) 앞에 출석해야하는 법적 의무가 독일 형사소송법 제163조a 제3항에서 부과되어있다는 점에 주의해야 한다.[34] 수사단계에서도 적용될 수 있는 피의자 신문에 관한 규정 중 하나인 독일 형사소송법 제133조에 따르면 피의자는 서면으로 신문을 위해 소환(Ladung)되며 이러한 소환에 출석하지 않는 경우 구인(Vorführung)된다는 경고가 붙을 수 있다. 그리고 구인에 관한 규정인 동법 제234조에 따르면 구속명령의 발부를 허용하는 사유가 있는 경우 즉각적인 구인이 인정된다. 동법 제135조에 의거 피의자는 지체없이 판사에게 구인되어야 하고 판사에 의해 신문되고 피의자는 구인장에 근거하여 구인이 시작된 다음 날이 끝날 때를 넘겨서까지 유치해서는 안 된다. 동법 제163조a 제3항에 의하면 구인의 합법성에 관하여는 피의자의 신청에 의해 관할 법원이 판단하고 이러한 판단에 대해서는 불복하지 못한다. 다만, 경찰 앞에 출석해야 하는 의무는 없다.[35]

---

34) 조기영, 앞의 논문, 84면.

라. 시사점

이를 종합하면, 독일의 경우 수사단계의 피의자는 법률상 검사의 출석요구를 거절할 수 없고, 범죄의 현저한 혐의가 있고 도주 및 도주우려가 있거나 증거인멸의 우려가 있다면 즉각적인 구인이 이루어질 수 있으며 이러한 구인이 인정되면 판사에게 인도되고 판사에 의해 신문이 이루어진다. 한국의 경우 피의자는 검사 또는 사법경찰의 출석요구를 거부할 수 있고 출석한 때에도 언제나 퇴거할 수 있지만,[36] 출석불응의 경우 범죄의 상당한 혐의가 있고 출석불응 또는 출석불응의 우려가 있으면 영장에 의한 체포가 가능하다. 한국의 영장에 의한 체포는 소환에 불응하는 경우 범죄혐의를 전제로 출석을 강제한다는 점에서 독일의 구인과 유사하다고 할 수 있지만 독일의 경우 피의자는 원칙적으로 수사를 위한 검사의 소환에 응해야 하는 의무가 부여되어 있는 것이고 한국의 경우 형사소송법 제200조에 따라 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있을 뿐이고 피의자의 출석 요구에 응할 필요가 없다는 차이가 있다.

나아가 독일의 경우 체포는 신원확보 및 확인을 위해 인정되는 것이고 그 자체로 독자적인 의의를 가지는 인신구속제도라고 보기 힘들며 구속을 위한 준비절차일 뿐이다.

2. 구속

가. 의의

독일에서도 구속은 자유박탈로서 아직 확정적으로 유죄판결을 받지 않아 무죄추정을 받는 자의 권리에 대한 가장 중한 침범이다.[37] 구속은 피의자가 도망하거나 증거를 인멸하거나(독일 형사소송법 제112조) 집행을 방해하는 것(동법 제457조)을 막음으로써 효과적인 형사사법을 보장한다.[38] 즉, 구속은 인지절차 또는 집행을 보장하기 위해 피의자·피고인의 자유를 박탈하는 것이다.[39] 따라서 구속은 어느 경우이든 선취된

35) Werner Beulke, Strafprozessrecht, 9. Aufl., C.F.Müller, Rn. 127.
36) 이은모/김정환, 형사소송법, 박영사 2019, 425면.
37) Klaus Volk, Grundkurs StPO, 7. Aufl., § 10 Rn. 6.
38) Klaus Volk, 앞의 책, § 10 Rn. 6.
39) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., C.H.Beck, § 30 Rn. 1.

형벌이 되어서는 안된다(다만, 피구금자는 구속을 형벌로 느끼고 구속과 형벌은 유사하게 집행되며 미결구금은 본형에 산입된다).[40]

독일에서 형사절차상 구속은 다음 세 가지 목적에 기여한다. 첫째, 구속은 형사절차에서 피의자·피고인의 출석을 보장한다(제112조 제2항). 둘째, 구속은 형소추기관에 의해 규칙에 부합하는 사실관계조사를 보장한다. 셋째, 구속은 통설에 따르면 형집행을 보장하다. 그 이외의 목적은 형사소송법의 구속에 의해 추구되지 않는다. 따라서 재범방지를 위한 구속은 이러한 체계에 부합하지 않는다고 한다.[41]

구속은 수사단계를 포함하여 절차의 모든 단계에서 허용된다. 판결의 확정력으로 인해 구속이 자동으로 형벌구금으로 전환되지 않고 교도소 입소(Einlieferung in die Vollzugsanstalt)를 통해서 전환된다.[42]

나. 요건

독일에서 구속은 긴급한 범죄혐의(dringender Tatverdacht)가 인정되고 구속사유가 있으며 사안과 기대되는 형벌 또는 보안처분과의 의미와의 관계에서 비례성의 원칙이 충족되는 경우에 허용된다.

1) 긴급한 범죄혐의[43]

구속을 위한 범죄혐의는 그 정도에 있어 공소제기를 위해 필요한 충분한 혐의(hinreichender Tatverdacht)보다 더욱 높은 혐의이지만[44] 대부분 일시적 수사결과의 얕은 토대에 기초한다. 따라서 공판개시에 이르지 않더라도 구속명령이 발부될 수 있다.[45] 구속을 위해서는 피의자·피고인이 범죄를 저지르고 가벌성과 소추가능성의 모든 요건(친고죄에서 고소는 제외)이 주어져 있다는 점에 대해 높은 정도의 개연성이 있어야 한다. 책임무능력을 이유로 책임이 탈락된 경우 치료감호명령(제126조a)이 문제된다.[46]

---

40) Klaus Volk, 앞의 책, § 10 Rn. 6.
41) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 1.
42) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 4.
43) '유력한 범죄혐의(dringender Tatverdacht)'라는 번역, 주승희, 앞의 논문, 62면.
44) 이에 관하여는 정승환, 앞의 논문, 66면 참조.
45) Klaus Volk, 앞의 책, § 10 Rn. 7.

2) 구속사유

독일에서 대부분의 구속명령은 도주우려 또는 증거인멸의 우려를 이유로 한다. 그 외에도 구속사유로 반복의 우려와 특정 중요범죄에 대한 혐의가 있다.

가) 도주 및 도주우려

주거부정인자 또는 외국으로 피하는 자는 도주 중인 자이다. 절차를 피해 어느 곳에 "잠수를 탄(untergetaucht)" 자는 숨어 있는 자이다. 붙잡힌 자는 도주하는 자가 아니지만 도주우려가 있음을 드러낸 자이다.[47]

도주우려는 법률에 규정되어 있다(제112조 제2항 제2호). 위험예측에 있어서는 도주와 관련된 모든 정황을 고려하고 단순한 추측은 피해야 한다. 법원은 자신이 기초하고 있는 특정한 사실을 진실이라고 확신하고 있을 필요는 없다. 이러한 정황은 긴급한 범죄혐의에 해당하는 개연성으로 존재해야한다.[48]

나) 증거인멸의 우려

도주우려의 경우와 마찬가지로 특정한 사실관계는 피의자가 절차규정에 위반되고 불공정한 방식으로 물적 또는 인적 증거방법에 영향을 미쳐 진실의 수사를 위태롭게 한다는 긴급한 혐의를 근거지워야 한다.

다) 중요범죄

법문에 따르면 기술된 중요범죄의 충분한 혐의만으로 충분하고 구속사유는 있을 필요가 없다. 그러나 학설상의 많은 견해는 범죄의 중요성만으로 구속이 처분되는 것은 비례성원칙에 부합하지 않는다고 한다. 독일 연방헌법재판소는 헌법합치적 해석을 통해 적어도 도주 또는 증거인멸의 낮은 또는 막연한 위험이 있어야 한다고 하였다. 다만 이러한 위험은 구체적인 사실로 증명되어야 하는 것은 아니라고 하였다.[49]

---

46) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 5.
47) Klaus Volk, 앞의 책, § 10 Rn. 8.
48) Klaus Volk, 앞의 책, § 10 Rn. 8.
49) BVerfGE 19, 342.

라) 반복의 위험성

구속사유로서 반복의 위험성은 독일 형사소송법 제112조a에 별도로 규정되어 있다. 독일의 적지 않은 견해에 따르면 반복의 위험성이라는 구속사유는 체계정합적이지 못하다고 한다. 안전을 위한 구속은 형사절차에 기여하는 것이 아니고 예방적·경찰적 유형의 예방적 처분으로서 위험한 범죄자의 계속되는 범죄로부터 일반의 보호에 기여한다. 사태악화방지를 위한 구속은 개별적 피해자도 보호한다고 한다.

3) 절차

구속은 법관의 구속영장(schriftliche Haftbefehl)에 의해 명령된다. 구속영장의 내용은 독일 형사소송법 제114조 제2항이 규정한다.

영장발부의 권한은 법관만이 가진다(독일 기본법 제104조 제2항 제1문). 구속법관(Haftrichter)은 각각의 수사단계에서 기능적으로 권한을 가지는 법관으로 수사절차에서는 수사법관, 중간절차에서는 결정을 내리는 법원, 공판절차에서는 참심의 참여가 배제된 수소법원이다. 상고가 제기되면 상고법원이 결정하는 것이 아니라 원심법원이 결정한다. 판결의 확정 이후에는 형집행명령을 내릴 때까지는 수소법원이 구속영장에 관한 결정의 권한을 가지고 그 이후로는 검사가 집행기관으로서 권한을 가진다.[50]

수사단계에서는 검사가 수사법관에게 구속영장발부를 청구한다. 공소제기 이후에는 사건을 담당하거나 (판결이 상고를 통해 불복된 경우) 담당하였던 법원이 구속영장을 발부한다. 법원은 검사의 의견을 구해야 하지만(제33조) 검사의 청구를 기다릴 필요는 없다. 구속영장을 집행하는 것은 검사의 일이다(제36조 제2항).

구속영장은 구금(Verhaftung)에[51] 의해 집행된다. 이는 제36조 제2항에 따라 검사의 임무이고 검사는 이를 위해 수사관(법원조직법 제152조) 또는 경찰(제161조)을 활용할 수 있다. 관계인이 구속집행을 통해 생명의 위험에 처하게 되면 구속영장은 집행될 수 없다.[52] 구금은 체포(Ergreifung)를 통해 이루어진다. 구속법의 변경에 관한 법은[53] 이유고지 및 제3자에 대한 통지에 대한 많은 의무를 신설하였다. 구속의 경우

50) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 20.
51) 이러한 번역으로 권오걸. 앞의 논문, 254면.
52) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 21.
53) BGBl. I, 2009, 2274ff.

이미 피의자·피고인에게 구속영장 사본(경우에 따라 번역본)이 교부되어야 한다(제114조a 제1문).

나아가 피의자·피고인은 구속시 지체없이 서면에 의해 다음 사항을 고지받는다: 피의자·피고인이 지체 없이 늦어도 체포된 날 익일에 법원으로 구인된다는 것, 진술권 및 진술거부권을 가진다는 것, 그리고 이를 넘어 피의자·피고인은 자신에게 유리한 증거를 신청할 수 있고 즉시 또는 언제나 사선변호인을 접견할 수 있으며 의사의 진료를 청구할 수 있고 가족 또는 신뢰관계에 있는 자에게 통지할 수 있으며 국가의 비용으로 통역인을 구할 수 있다는 사실.

그런 후 (제115조 제1항) 피의자·피고인은 지체 없이 구속영장을 발부한 법관에게 인치된다(제115조, 제126조 제1항 제1문). 피의자·피고인이 법원의 구금장소(Gerichtsgefängnis)로 데려다 놓으면 이자는 인치(vorgeführt)된 것이다. 독일 기본법 제104조 제2항에 따르면 자유박탈을 허용하고 지속시키는 것은 법관만이 결정해야 하고 법관의 명령에 기초하지 않은 자유박탈의 경우 지체 없이 법관의 결정을 구해야 한다. 경찰은 자체 권력으로 체포된 날 익일 종기 보다 더 길게 구금하지 못한다. 유럽인권협약(Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK) 제5조 제3항에 따르면 체포 또는 자유박탈에 처한 자는 지체 없이 법관 또는 기타 법관의 임무수행 권한을 받은 자에게 인치되어야 한다. 이 자는 적정한 기간 내에 판결 또는 절차 중 석방을 요구할 권리를 가진다. 그 석방은 법원출석담보에 종속될 수 있다.

체포된 자를 적시에, 다시 말해 늦어도 체포된 날의 익일까지 관할 법관 앞에 인치할 수 없다면 이 자는 지체 없이 그 다음의 구법원으로 인치해야 한다(제115조a). 법정기간은 경찰의 신문으로 초과될 수 없다.[54] 이는 피의자·피고인이 관할법원으로부터 먼 곳에서 체포된 사안의 경우를 예정한 것이다.[55]

구속영장을 발부한 법관(Haftrichter)은 이제 늦어도 다음날 (제115조 제2항; 기본법 제104조 제3항) 피의자·피고인에게 진술거부권 등을 고지하고 신문해야 하고(제115조 제2항 제3항; 이것이 첫 번째 신문이라면 추가적으로 제136조도 적용된다), 구속영장이 계속 유지되는지(그렇다면 제115조에 따라 고지해야하고), 집행배제가

54) BGH StV 95, 283.
55) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 25.

되는지(제116조), 취소되는지(제120조)를 결정해야 하며, 구속이 집행되는 경우 피의자·피고인이 포기하거나 거부하더라도 가족 또는 신뢰관계에 있는 자에게 통지해야 한다(제114조c 제2항). 이 경우 국선변호인이 지정된다(제140조 제1항 제4호, 제141조 제3항 제4문).

4) 구속기간

구속기간과 관련하여 독일 형사소송법의 특징은 구속기간에 대한 도식적 제한이 없다는 점이다. 이는 수사단계이든 (중간단계를 포함하여) 공판단계이든 마찬가지이다.[56] 물론 독일 형사소송법 제121조에서 6개월의 한도를 설정해 두고 있지만 수사의 어려움 또는 그 특별한 범위 혹은 기타 이유로 구속이 계속될 필요성이 있는 경우에는 구속유지가 인정된다. 구속기간에 대한 유일한 제한은 반복의 위험에 따른 구속의 경우 뿐이다.[57]

5) 구속완화(Haftverschonung) - 집행유예

법관은 구속의 목적이 구속을 집행하는 것보다 덜 침해적인 조치로 도달될 수 있다면 구속의 집행유예를 명령한다(제116조). 이는 도주우려의 경우 완화된 수단으로 충분하다면 집행은 유예되어야 한다(제1항). 법률에서 예시로 들고 있는 것은 신고의무(제1호), 주거제한(제2호)과 가택연금(제3호), 담보제공(제4호)이다. 논란의 소지가 있지만 전자발찌(elektronische Fußfessel)도 여기에 해당될 수 있다. 증거인멸우려의 경우 완화된 수단, 특히 특정인(공동피의자·피고인, 증인, 감정인)과 접촉하지 말라는 명령이 고려되면 구속은 유예될 수 있다. 이러한 수단의 효과가 확실하지 않기 때문에 유예는 임의적이다. 다만, 견해에 따라서는 제2항의 법문("할 수 있다")에도 불구하고 비례성원칙을 이유로 마찬가지로 필수적 규정으로 이해한다. 특정 명령으로 반복의 위험성이 본질적으로 경감될 수 있고 이를 통해 구속의 목적이 달성될 수 있을 거 같으면 이 경우에도 구속명령의 집행은 유예될 수 있다.[58]

구속의 집행유예와 관련하여 실무상 중요한 사안은 담보제공에 따른 석방이다.

---

56) 주승희. "형사절차상 구속 기간 관련 독일 제도 소개 및 시사점." 입법과 정책 11.3 (2019), 61면.
57) 주승희. 앞의 논문, 70면.
58) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 47.

보증금(Kaution)은 구속영장 발부를 저지할 수 없고 단지 구속영장의 집행만을 저지할 수 있으며 이는 도주우려의 경우에 한한다.

구속집행유예는 구속영장발부와 체포이후에 명령될 수 있다. 구속집행유예는 단순위반행위, 신뢰관계의 단절, 구금을 요하는 새로운 사실관계의 등장의 요건이 있는 경우 취소된다. 유죄판결 또는 검사의 높은 구형은 구속집행유예를 취소시킬 수 있는데, 이는 다만 유죄판결과 구형이 원래의 예측에서 피고인에게 불리한 방향으로 현저히 벗어나고 따라서 도망의 우려가 현저히 높아진 경우로 한정된다.[59] 비례성의 원칙에 따라 집행되지 않았던 구속영장을 수년간 유지하는 것은 금지된다.[60]

6) 구속영장의 취소

구속영장을 발부하였고 피의자·피고인이 자신 앞에 구인된 법관은 구속영장의 요건이 존재하지 않는 경우 구속영장의 취소를 명할 수 있다. 그러나 구속영장을 취소할 수 있는 법관은 반드시 구속영장을 발부한 법관에 한하지 않으며 각각의 절차단계에서 기능적으로 관할권을 가지는 법관도 이를 행할 수 있다. 급속을 요하는 경우 재판장도 구속영장을 취소할 수 있다.

다음의 경우 구속영장이 취소된다.[61]

- 법관이 차후 영장발부 요건(긴급한 범죄혐의 또는 구속사유)이 탈락했다고 간주하거나 영장유지가 비례성원칙에 부합하지 않는다고 판단하는 경우(제120조 제1항 제1문). 예컨대 피고인이 비록 유죄판결을 받았지만 구속기간이 이미 부과된 형의 3분의 2에 이른 경우.
- 확정력이 있는 무죄판결이 이루어진 경우(제120조 제2항), 공판절차의 개시가 거부된 경우(제204조) 또는 절차가 종국적인 절차장애로 인해 결정 또는 판결로 중지된 경우(제120조 제1항 제2문),
- 검사가 이를 신청한 경우(제120조 제3항), 이때 법관은 수단절차에서 검사의 결정에 구속된다.

---

59) BVerfG StV 06, 139, 141.
60) BVerfG 53, 152.
61) Klaus Volk, 앞의 책, § 10 Rn. 16.

- 구속이 6개월 이상 계속된 때(제121조 제1항). 다만, 고등법원(OLG)이 특별히 중하거나 광범위한 수사가 판결을 허용하지 않고 구속의 계속을 정당화한다고 판단하는 경우에는 그렇지 않다. 예외적으로 이를 위해 기타 중요한, 좁게 파악된 사유들이 충분할 수 있다. 예컨대 변호인이 자주 교체되어서 지연된 경우 또는 서류열람에 장기의 시간이 필요한 경우. 그러나 법원의 일반적 업무과중은 중요한 이유가 아니다.

고등법원이 구속을 지속시킨다면 고등법원은 직권으로 3개월마다 구속적부심사를 행하여야 한다(제122조 제4항 제2문). 구속계속을 위한 요건은 때에 따라 강화된다.

7) 구제수단(Rechtsbehelfe)

관련자의 구제수단으로 구속적부심사(Haftprüfung)과 구속항고(Haftbeschwerde)가 있다. 이 둘의 상호관계는 분명하게 규정되어 있지 않다고 한다.

신청에 의한 구속적부심(제117조)의 경우 관할 법관이 구속명령을 취소하거나 그 집행을 유예할지를 심사한다. 구속적부심이 두 번 또는 그 이상 신청되면 마지막 구두심리가 이루어진 지 2개월이 지나고 구속이 구속에 대한 마지막 결정 이후 3개월이 지나야 구두심리에 대한 청구권을 가진다(제118조 제3항). 구속적부심 청구를 하지 않고 변호인도 가지지 못한 피의자·피고인의 경우 구속적부심은 3개월이 지나면 직권에 의해 이루어진다(제117조 제5항). 6개월이 지나면 고등법원이 직권으로 구속을 계속할지에 대한 문제를 다룬다.[62]

구속적부심신청은 이심(移審)의 효과를 가지지 않는다. 즉 이는 구속법관이 구두심리 후 결정한다. 구두심리는 피의자·피고인이 신청하여 진행시킬 수 있다(제118조 제1항). 구속이 지속되는 한 구속적부심사청구가 받아들여지지 않더라도 이러한 청구는 언제나 재차 반복될 수 있고 구속항고의 기각이후에도 그렇다(제117조). 그러나 구두심리는 2개월 간격을 가지고 진행된다.[63]

구속적부심절차에서 구두심리는 신청이 접수된 후 지체 없이 2주 내에 정해져야 한다(제118조 제4항). 그러나 이러한 기간의 침해는 유력한 견해에 따르면 구속영장의

62) Klaus Volk, 앞의 책, § 10 Rn. 19.
63) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 49.

취소를 야기하지 않는다고 한다.[64] 피의자·피고인은 이 경우 원칙적으로 출석할 권리를 가지고 이는 무엇보다 증명에 있어 중요하다. 긴급한 경우 피의자·피고인의 권리들은 국선변호인에 의해 행사된다. 심리 종료시 늦어도 1주 이내에 그 판단은 결정의 형태로 공표된다.[65]

다른 항고(제304조)와 마찬가지로 구속항고으로도 법원의 결정에 대해 다툴 수 있다. 그 대상은 구속명령 그 자체일 수도 있고 구속적부심절차에서 발부된 법원의 결정(제117조 제1항 제2문)일 수도 있다. 다툼의 대상이 되는 결정을 내린 법관은 자신의 결정을 변경하던지 항고를 항고법원(법원조직법 제73조)에 제출해야 한다(제306조). 항고법원의 결정에 대한 재항고는 고등법원에 제기한다(제310조). 구금항고절차는 구속적부심에 대한 신청과 별도로 이행되지 않는 한 보충적이다(제117조 제2항 제1문).[66]

다. 시사점

독일의 경우 구속은 수사단계를 포함하여 절차의 모든 단계에서 허용된다. 따라서 구속제도는 피의자 구속과 피고인 구속의 구분 없이 통합적으로 운영된다. 독일어 Beschuldigte(r)라는 표현은 수사절차, 중간절차, 공판절차를 포함한 모든 절차를 관통하는 개념으로 피의자와 피고인 모두를 포함한다.

구속의 요건과 관련하여 먼저 구속이 성립하기 위해서는 매우 높은 정도의 범죄혐의가 인정되어야 한다. 구속을 위한 범죄혐의 정도는 공소제기를 위한 범죄혐의 정도보다 높다. 따라서 이러한 요건설정은 구속제도의 남용을 억제하는 역할을 수행한다.

구속사유의 경우 독일은 한국과 마찬가지로 도주 및 도주우려 그리고 증거인멸의 우려라는 두 개의 큰 카테고리로 구분하고 각각의 경우 보다 구체적인 사유를 기술하고 있다. 중요범죄의 경우 이러한 구속사유를 명시적으로 요구하고 있지 않으나 학설상 다수 견해는 목적적 축소해석을 통해 이러한 구속사유를 요구하고 있다. 독일의 경우 구속여부를 심사할 때 비례성원칙을 준수해야 함을 명문화하였다.

---

64) OLG Hamm NStZ-RR 06, 17.
65) Roxin/Schünemann, 앞의 책, § 30 Rn. 64.
66) Klaus Volk, 앞의 책, § 10 Rn. 20.

독일의 경우에도 범죄의 반복위험성을 이유로 한 구속을 인정하고 있는데 우리나라와는 달리 이는 기존의 구속사유와는 별개로 취급되지 한국에서와 같이 기존의 구속사유를 심사하는데 고려하는 사유로서 역할을 하고 있지 않다. 독일에서는 여전히 이러한 구속사유로서 반복의 위험성에 대한 문제제기가 많다.

독일의 구속영장발부절차를 살펴보면 한국의 구속전 피의자심문절차는 마련되어 있지 않아서 법관은 서면심사를 통해 먼저 구속영장을 발부하고 체포된 피의자·피고인은 지체 없이 구속영장을 발부한 법관에게 인치된다. 그런 후 구속적부심사를 받는다.

구속기간과 관련하여서는 독일의 경우 체포기간과 달리 수사기관에 의한 구속이든 법원에 의한 구속이든 구속기간에 대한 제한이 없다. 즉 독일은 구속기간을 계산할 때 수사기관과 법원의 구분이 없고 일단 6개월의 기간을 설정하면서도 구속계속여부의 심사를 통해 계속적으로 구속할 수 있다는 점이 우리나라와 다르다.

마지막으로 독일은 구속영장에 대한 항고를 인정하고 있다. 따라서 우리나라와 비교하면 독일은 구속전 피의자심문과 같은 절차는 부재하지만 구속후 적부심사절차와 구속결정에 대한 항고절차는 마련되어 있다.

제2절 | 영국

1. 체포(Arrest)

영국에서 종래 체포는 신문을 하기 위한 신병확보의 수단이 아닌 기소된 피고인을 법정에 인치하기 위한 수단으로서의 성격이 강했다. 따라서 수사기관이 충분한 증거를 확보한 후 기소를 위해 주로 이루어졌고, 체포의 신문을 금지하는 것이 일반적이었다. 그러나 진술거부권 고지 등 안전장치를 마련하며 점차 신문을 위한 체포를 인정해 왔고, 치안 및 형사증거법(Police And Criminal Evidence Act 1984, 이하 PACE 1984) 및 부속규정인 Code C, D, E, F 등[67]의 절차적 견제장치를 마련하면서 대다수의 체포

67) 부속규정 Code는 Codes of Practice를 의미하는 것으로, 영국 내무부에서 경찰관의 직무집행을 위해 마련한 "실무규칙" 정도에 해당한다. Code A(2015)는 검문·검색, Code B(2013)는 압

가 영장 없이 이루어질 정도로 수사를 위한 경찰의 체포, 구금권한이 확대되어 왔다.[68]

가. 영장에 의한 체포(Arrest under Warrant)

치안판사는 경찰이 제출, 선서한 기소장(information)에 근거하여 범죄가 이루어지거나 이루어졌다고 믿는 경우에 체포영장을 발부할 수 있는데[69] 그 범죄는 기소가능범죄(indictable offenses)[70] 또는 법정형이 자유형인 경우에 한정한다.[71] 그러나 실무상으로는 영장 없는 체포가 광범위하게 이용되고 있어 체포영장의 발부를 위한 별도의 절차보다는 치안법원에 대한 기소절차에서 소환 또는 보석에 불응한 피고인을 인치하기 위한 수단으로 사용된다.[72]

나. PACE 1984에 근거한 무영장 체포(Summary Arrest)

영장 없는 체포는 범죄에 가담, 또는 가담하려고 한 의심이 있는 경우 그리고 체포할 필요성에 대한 합리적인 근거를 그 요건으로 하고 있다. PACE 1984 제24조는 무영장에 의한 체포를 경찰관과 일반시민에 따라 나누어 규정하고 있는데 양자의 차이는 영장 없이 체포할 필요성의 요건에 있다. 필요성에 대한 요건은 PACE 1984 제24조 제5항과 Code G(para. 2.9)에 규정되어 있는 사유들 중 어느 하나에 해당되어야 하고 그 외의 사유는 인정되지 않고 있다.[73] 하지만, 해당 요건 자체가 매우 폭넓게 규정되

수·수색, Code C (2019)는 테러범 이외의 구금, Code D(2017)는 DNA·지문 등에 의한 신원확인, Code E, F(2018)는 피의자의 진술녹음·녹화, Code G(2012)는 체포권한, Code H(2019)는 테러범 관련 구금에 관한 규정을 규율하고 있다.

68) David J. Feldman, England and Wales, in Criminal Procedure A World Wide Study, 2007, 149, 154면.

69) Magistrates' Courts Act 1980 제1조.

70) 중대범죄로 재판장과 배심원 앞에서 정식으로 재판해야 하는 정식기소범죄(indictable-only offenses)와 피의자의 선택과 치안판사의 허가로 치안판사법원 또는 형사법원 양쪽에서 모두 재판이 가능한 선택가능범죄(triable –either way offenses)를 통칭하여 기소가능범죄라고 한다.

71) Michael Zander, Case and Materials on the English Legal System, 2007, 200면.

72) 영국의 형사사건기소절차-외국사법제도연구(3), 법원행정처, 2007, 208-209면.

73) 필요성의 요건으로는 경찰관이 체포대상자의 이름 또는 주소를 모르고 이를 쉽게 파악 할 수 없을 때, 또는 제시된 이름 또는 주소가 진짜임을 의심할 합리적인 근거가 있을 때, 피의자가 스스로 또는 다른 사람에게 신체적 상해를 입히거나 피의자에 대한 신체적 상해의 염려가 있을 때, 재산상의 손해를 야기한 때, 공공양식에 반하는 범죄(이 경우 일상영업을 하는 공중다수의 사람들이 객관적으로 방해를 받아야 한다) 또는 고속도로에서의 교통방해 등을 막기 위한 때, 피의자로부터 아동이나 약자를 보호하기 위한 때, 신속하고 효과적인 범죄의 수사를 위한 때(용

어 있고 요건을 충족하는 주위의 사정에 대한 판단은 경찰관의 재량에 달려 있어서 실무상 영장 없는 체포가 일반적으로 정당화되고 있다.

또한 기존에는 체포가능범죄에 한하여서만 체포가 가능하다고 보았으나, 중대조직범죄 및 경찰법(Serious Organized Crime and Police Act 2005, 이하 SOCPA 2005)에 의해 해당 개념은 폐지되고 모든 범죄에 대해서 체포가 가능하게 되었다.[74] 즉, SOCPA 2005에 따라 체포가 가능한 범죄(arrestable offence, serious arrestable offence)에 대한 개념이 폐지되었다.[75]

이외에도 영장 없이 체포가 가능한 권한을 규정하고 있는 법률로는 보석법(Bail Act 1976) 제5B조 및 제7조의 보석조건 위반 또는 법원출두 불응에 대한 체포, 보석으로 석방된 자가 경찰 출두에 불응한 경우의 PACE 1984 제46A조의 체포, 테러리스트라고 합리적으로 의심되는 자에 대해 영장 없이 체포할 수 있는 테러법(Terrorism Act 2000) 제41조의 체포 등이 있다.

2. 체포 후의 절차: 보석(Bail)과 구금(Detention)

가. 체포 후 구금

1) 인치 및 최초 구금절차

경찰관이 피의자를 경찰서 이외의 장소에서 체포한 경우 지체 없이 인근 경찰서로 인치하여야 하는데,[76] 피의자를 최초에 인치한 경찰서가 관할구역에 지정되어 있는 경찰서가 아닌 경우 6시간 이내에 지정된 경찰서로 인치하여야 한다. 피의자가 지정경찰서에 인치되어 오면 가능한 한 즉시 구금경찰관(custody officer)에게 데려가야 하며, 구금경찰관은 증거가 불충분한 경우에 피의자를 조건 없이 또는 보석에 의한 석방을 할 수 있다.[77]

의자가 거짓진술을 하였거나, 진술의 진위가 즉시 입증되기 어려운 경우, 허위증거를 제시하였거나 증거의 멸실이 염려되는 경우, 공범과 접촉할 우려가 있거나 증인을 협박·위해를 가할 우려가 있는 경우 등), 체포되지 않으면 도주 등으로 그 기소를 어렵게 할 염려가 있는 때가 있다.

74) 다만, 형법(Criminal Act) 제4조 제(1)항과 제5조 제(1)항에서 규정하고 있는 범인도피죄 등에 대해서는 5년 이상의 법정형에만 영장 없는 체포가 가능하다.

75) SOCPA 2005 sch. 17 part.3, sch. 7 part. 3. 이에 따라 과거에 제한적 상황에서만 인정되던 PACE 1984 제25조도 폐지되었다.

76) PACE 1984 제30조 제(1A)항.

이 때, 구금경찰관은 체포의 원인이 된 범죄수사에 관여하지 않은 사람으로, 지정경찰서의 경사 이상의 경찰관 중에서 임명된다.[78] 구금기록(custody record)을 작성하고,[79] 피의자에게 권리고지가 제대로 되었는지 여부,[80] 기소나 계속구금을 위한 필요성 여부를 심사하고,[81] 수사 후 기소 및 보석여부에 대한 결정을 하며 기타 PACE 1984와 직무규정이 준수되는지 확인할 의무가 있다.[82]

2) 계속구금에 대한 심사

피의자가 인치, 구금된 후 구금경찰관이 피의자를 보석이나 기타 증거 불충분 등의 이유로 석방하지 않고 구금하면, 심사경찰관(review officer)이 주기적으로 구금의 필요성 여부를 심사한다.[83] 심사경찰관은 구금경찰관과 함께 피의자의 구금심사업무에 관여한다. 이 때, 구금경찰관이 체포된 후 기소(charge)된 피고인에 대해 계속구금을 심사하는 반면,[84] 기소되지 않은 피의자의 계속구금은 원칙적으로 심사경찰관이 심사한다.[85]

경찰이 체포된 피의자를 기소하지 않고 계속 체포하기 위해서는 체포의 원인이 된 범죄의 증거를 확보 또는 보존하기 위해서 혹은 조사를 통해 그런 증거를 확보할 수 있다고 믿을만한 객관적 근거가 있을 때에만 구금이 허용되며,[86] 이러한 경우라 하더라도 피의자가 경찰서에 인치된 시간 또는 피의자가 체포된 후 24시간의 경과 중에 먼저 도래한 것을 기준으로 24시간을 넘지 않는 범위에서만 가능하다.[87] 24시간 경과 후 기소되지 않는 피의자는 원칙적으로 석방되며 영장 없이는 동일 범죄로 다시 체포되지 않으나, 계속 체포를 정당화할 근거가 발견된 경우에는 그러하지 않다.[88]

---

77) PACE 1984 제37조 제(2)항.
78) PACE 1984 제36조. 동조 제(3)항에 따라 경사(sergeant) 이상의 경찰을 임명하도록 되어 있으나, 제(4)항에 따라 이에 해당하는 경찰이 수행할 수 없을 경우, 지정 경찰서의 "어떤 계급"의 경찰이든 해당 업무를 수행할 수 있다고 규정한다.
79) Code C (2019) para. 2.3.
80) Code C (2019) paras 3.1-3.2A.
81) Code C (2019) paras 3.6-11.
82) PACE 1984 제37조.
83) PACE 1984 제40조 제(1)항.
84) PACE 1984 제40조 제(1)(a)항.
85) PACE 1984 제40조 제(1)(b)항.
86) PACE 1984 제37조 제(3)항.
87) PACE 1984 제41조 제(1), (2)항.

최초 구금이 허가된 이후 6시간 내에 계속 구금여부에 대한 심사가 이루어져야 하고, 두 번째 심사 이후부터는 매 9시간 이내에 심사가 이루어져야 한다.[89] 피의자가 조사를 받고 있고, 조사 도중 구금여부에 대한 심사를 하게 되면 수사에 영향을 줄 것이라 판단하는 경우 또는 심사를 담당하는 경찰관이 없어 법정 시간이내에 심사가 불가능할 경우에는 심사를 연장할 수 있으나,[90] 다음 심사는 최초 심사가 이루어졌어야하는 시간을 기준으로 하므로 전체 심사시간에는 영향을 미치지 않는다.[91] 최소한 경정 이상의 간부의 판단에 의하여 기소 없이 구금하는 것이 증거수집 및 보존에 필요하고, 기소가능범죄에 해당하며, 해당수사가 성실히 그리고 신속하게 이루어지고 있다고 볼만한 합리적인 근거가 있는 경우에 한하여 기소 전 24시간의 구금제한을 36시간까지 연장할 수 있다.[92] 그러나 이미 24시간을 초과하였거나, 두 번째 구금여부에 대한 심사가 이루어지기 전에는 연장할 수 없다.[93]

3) 영장에 의한 계속 구금(Warrant of Further Detention)

36시간을 초과하여 증거조사 및 증거확보를 위하여 계속 심문하기 위해서는 경찰관이 치안판사에게 구금연장을 위한 영장(Warrant of Further Detention)을 청구하여야 한다.[94] 치안판사는 해당범죄가 기소가능범죄로서 경찰이 성실히 그리고 신속하게 수사하고 있으며 피의자의 구금이 증거수집 및 보존에 필요하다고 인정할만한 합리적인 근거가 있는 경우에 한하여 36시간 이내에서 계속 구금을 허가하는 구금영장을 발부할 수 있다.[95] 같은 사유로 경찰관은 한 번 더 계속구금을 위한 영장을 청구할 수 있는데 이때 치안판사는 36시간 이내에서 영장을 발부할 수 있으나, 최초 구금기산 시점으로부터 96시간을 넘을 수 없다.[96] 이와 달리, 테러법(Terrorism Act 2000) sch.

88) PACE 1984 제41조 제(9)항.
89) PACE 1984 제40조 제(3)항. 계속 구금을 위한 심사는 주기적으로 심사경찰관(review officer)이 한다.
90) PACE 1984 제40조 제(4)항.
91) PACE 1984 제40조 제(3)항.
92) PACE 1984 제42조 제(1)항.
93) PACE 1984 제42조 제(4)항.
94) PACE 1984 제43조 제(2)항. 이를 위해서 기소장에 계속 구금을 필요로 하는 사유를 소명하여야 하고, 그 사본을 피의자에게도 교부하여야 하며, 경찰관이 치안판사 앞에 선서하고 그 사유를 설명할 때 피의자도 참석하여야 한다.
95) PACE 1984 제43조 제(4)항.
96) PACE 1984 제44조 제(3)항.

8의 제36조 제(3)항에 따라 체포된 경우에는 기소 전 최장 14일까지 구금될 수 있다.[97]

4) 체포시한

영국의 경우 PACE 1984 제41조에 따르면, 일반범죄의 경우 구금 이후 24시간 안에 석방해야 하는 것이 원칙이다. 이와 동시에 구금시간의 기산점을 확정하는 동법 제41조 제(2)항 (b)에 따르면,[98] 영국[99] 영토 밖에서 체포된 경우에는 i) 당해 범죄의 조사를 받게 될 영국 관할지역의 첫 번째 경찰서에 도착한 시점, 또는 ii) 영국 영토에 도착한 이후부터 24시간, 둘 중에서 더 이른 시점을 구금 시한의 기산점으로 본다고 규정하고 있다. 따라서 해외에서 체포되어 영국으로 입국한 경우, 최장 구금 가능시한은 영국 영토에 도착한 이후 24시간 또는 영국 관할의 최초 경찰서에 도착한 시간 중 더 빠른 시점을 기점으로 96시간까지 체포상태로 구금할 수 있게 된다.

5) 구금기한(Custody Time Limit)

구금기한 규정은 기소 이후 형사재판 전까지 구금될 수 있는 최장기간을 의미한다. 1985년 범죄기소법(Prosecution of Offences Act 1985) 제22조에 따라 소관부처 장관이 규칙을 통해 정하도록 규정하고 있고, 이에 따라 제정된 규칙이 1987년 범죄기소규칙(Prosecution of Offences (Custody Time Limits) Regulations 1987)이다. 이 규칙은 이후 몇 차례에 걸쳐 개정되었다. 최근에는 2000년 범죄기소규칙(Prosecution of Offences (Custody Time Limits) (Amendment) Regulations 2000) 제2조 제(2)항에 따라 기존의 범죄기소규칙(Prosecution Offences (Custody Time Limits) Regulations

---

97) Terrorism Act 2000 제정 당시에는 최장 28일 구금이 가능하였으나, Protection of Freedoms Act 2012 제57조 제(1)항에 의해 14일로 단축되었다.

98) Section 41 Limits on period of detention without charge
(2) The time from which the period of detention of a person is to be calculated (in this Act referred to as "the relevant time")—
(b) in the case of a person arrested outside England and Wales, shall be—
(i) the time at which that person arrives at the first police station to which he is taken in the police area in England or Wales in which the offence for which he was arrested is being investigated; or
(ii) the time 24 hours after the time of that person's entry into England and Wales, whichever is the earlier;

99) 이 조항에서 영국은 '잉글랜드와 웨일즈'를 의미하나, 편의상 영국으로 번역하였다. 잉글랜드와 웨일즈는 영국의 대표적인 사법관할권(model jurisdiction)이다.

1987)이 개정되어 제6B조가 신설되었고, 형사법원으로 이송 후 재판 전까지 최장구금 가능기간이 182일이 되었다.

약식기소범죄(summary only)[100] 또는 선택가능범죄(either-way cases)[101]가 약식재판(summary trial)에 의해 처리될 경우 구금기간은 56일이다.[102] 즉, 최초 출석일로부터 56일 이내에 치안법원(Magistrates' Courts)에서 약식재판이 시작되어야 한다. 하지만, 선택가능범죄가 56일이 지나기 전에 약식재판으로 결정되지 않는다면, 70일 이후에는 형사법원(Crown Court)으로 이송하여야 한다.[103] 선택가능범죄가 형사법원에서 처리될 경우, 구금일로부터 재판시작 전까지 구금기간은 112일이다.[104] 정식기소범죄(indictable-only offences)가 형사법원에서 처리되어야 할 경우, 최초출석일로부터 원칙적으로 70일 이내에 형사법원으로의 이송결정이 이루어져야 한다.[105] 또한, 이송결정으로부터 (이송 전 치안법원에서 이미 구금되었던 기간을 제외하고) 182일 이내에 형사법원의 첫 공판절차가 시작되어야 한다.[106]

검사는 구금기간이 만료되기 2일 전에 법원과 피고인에게 통지를 하여야 하나, 강제사항은 아니다.[107] 검사는 구금기간 만료에 따라 구금연장을 신청할 수 있으며, 법원의 결정에 의해 구금기간을 연장할 수 있다.[108] 이 때, 검사가 치안법원에 구금연

---

100) Magistrates' Court Act 1980 제32조에 의해 치안판사는 6개월 이내의 자유형 또는 5000파운드 이내의 형을 선고할 수 있다.

101) 중대범죄로서 재판장(Judge)과 배심원 앞에서 정식으로 재판해야 하는 정식기소범죄와 피의자의 선택과 치안판사의 허가로 치안판사법원 또는 형사법원 양쪽에서 모두 재판이 가능한 선택가능범죄를 기소가능범죄(indictable offences)라고 한다.

102) Prosecution Offences (Custody Time Limits) Regulations 1987 (as amended) 제4조A조; Prosecution of Offences (Custody Time Limits) (Amendment) Regulations 1999 제2조 제(2)항으로 4A조 신설.

103) Prosecution of Offences (Custody Time Limits) Regulations 1987 (as amended), 제4조 제(2)(4)항; Prosecution of Offences (Custody Time Limits) (Amendment) Regulations 1989, No. 767, 제3조로 개정.

104) Prosecution Offences (Custody Time Limits) Regulations 1987 제5조 제(3)항.

105) Prosecution Offences (Custody Time Limits) Regulations 1987 제4조 제(2), (4)항.

106) Prosecution Offences (Custody Time Limits) Regulations 1987 (as amended) 제6B조; Prosecution of Offences (Custody Time Limits) (Amendment) Regulations 2000, No. 3284, 제2조로 개정. 2020년 Covid 한시법 제정(2021년 6월 29일까지 유효)으로 인해 9월 28일부터 제5조 제(3)항의 112일은 168일로, 제6B조의 182일은 238일로 각각 연장되었다. 이에 대해서는 Prosecution Offences (Custody Time Limits) (Coronavirus) (Amendment) Regulations 2020 제2조.

107) Prosecution Offences (Custody Time Limits) Regulations 1987 제6조 제(1)(2)항.

108) Prosecution of Offences Act 1985 제22조 제(3)항. 실제 구금기한 연장에 대한 절차는 Criminal Procedure Rules part. 14 rule 14.18, 14.19 참조. 이에 대해서는 https://www.gov.

장을 신청하려면 구금만료 2일 전, 그리고 형사법원에 신청하려면 구금만료 5일 전에 법원과 피고인에게 이 사실을 통지해야 한다.[109] 법원은 연장을 하는데 충분한 사유가 있는지, 그리고 검사가 성실하고 신속하게 처리했는지 여부를 종합적으로 판단하여 구금기간을 연장한다. 구금기간이 만료되면, 보석으로 석방되는 것이 일반적이다.

나. 보석

1) 체포 후 길거리 보석(Bail on the Street)

체포된 용의자를 경찰서가 아닌 범죄현장 또는 제3의 장소에 데려가 수사를 진행하는 것이 필요하다고 합리적으로 판단되는 경우를 제외하고 체포 후 지체 없이 경찰서로 인치하여야 한다.[110] 그러나 경찰관에게 보다 융통성을 부여하고 경찰서에 인치하는 번거로움을 줄이며 순찰에 더욱 전념할 수 있도록, 체포 후 길거리 보석 제도를 도입하였다. 이에 따르면 경찰관이 체포된 용의자를 경찰서로 인치하기 전에 아무 때나 경찰서에 출석할 것을 조건으로 하여 보석할 수 있다.[111] 이때 경찰관은 체포일시 및 사유, 출석일시 및 장소를 기재한 서면을 교부하여야 하고[112], 지정된 날짜에 출석하지 않으면 영장 없이도 재차 체포할 수 있으며[113], 이때에는 지체 없이 경찰서로 인치하여야 한다.[114]

2) 경찰에 의한 보석

영장에 의한 체포의 경우 피의자가 경찰서에 계속 구금될 것인지 아니면 보석에 의하여 석방될 것인지가 영장에 기재되어 있다. 그러나 영장 없는 체포의 경우에 보통 경찰은 기소 후 또는 기소여부에 대한 심사가 진행되는 동안 석방여부를 결정하여야 한다. 기소 전 피의자는 구금경찰관이 수사 중인 범죄의 증거 보존 및 확보를

---

uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#custody-and-bail (2020년 12월 20일 검색). 참고로 Criminal Procedure Rules는 영국 대법원장(Lord Chief Justice)이 제정하는 형사소송규칙에 해당하는 것으로, 의회가 제정한 법률인 Act보다 한 단계 아래의 규칙을 말한다.

109) Prosecution Offences (Custody Time Limits) Regulations 1987 제7조 제(2)항.
110) PACE 1984 제30조.
111) PACE 1984 제30A조.
112) PACE 1984 제30B조.
113) PACE 1984 제30D조 제(1)항.
114) PACE 1984 제30D조 제(2)항.

위해 필요하다고 인정할만한 합리적인 근거가 있는 경우에만 계속 구금된다.[115] 이때 중범죄여부는 문제되지 않는다. 피의자가 기소된 후에는 이름과 주소가 분명하지 않거나 구금경찰관이 피고인 본인과 타인의 안전 또는 재산에 손해를 막기 위하여 필요하다고 객관적으로 인정되는 경우 이외에는 석방되어야 한다.[116]

3) 법원에 의한 보석

법원은 휴정을 할 경우에 그때마다 피고인에 대한 보석여부를 결정하여야만 한다. 보석법(Bail Act 1976)이 제정된 이후 보석추정주의(presumption of bail)에 의하여 피고인이 자유형을 선고받을 수 있는 범죄를 저질렀고,[117] 재판에 나타나지 않거나, 보석중 범죄를 저지르거나, 사법절차를 방해할 것이 예상되는 경우, 피고인 자신의 안전을 위한 경우, 피고인에 대한 충분한 정보가 없는 경우 이외에는 피고인이 보석을 신청하지 않아도 보석에 의한 석방을 하도록 규정하고 있다.[118] 보석추정주의의 예외로 개정 전 형사정의 및 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act 1994, CJPOA 1994) 제25조에서 피고인이 살인, 살인미수, 강간 등의 범죄에 대하여 일체의 보석을 불허하는 것으로 규정하고 있었으나, 유럽 인권협약 위반의 문제로 범죄와 무질서법(Crime and Disorder Act 1998) 제56조에서 예외적인 경우에 보석을 허가하도록 하고 있다.[119]

3. 우리에게 주는 시사점

영국의 체포제도에서 강제수사는 대부분 경찰의 독자적 권한에 의해 이루어진다. 하지만, 경찰 내부의 구금경찰관, 심사경찰관 등 수사에 관여하지 않는 경찰관이 최초

115) PACE 1984 제37조 제(2)항.
116) PACE 1984 제38조 제(1)(a), (b)항. 한편 형사정의 및 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act 1994, 이하 CJPOA 1994)에서는 구금경찰관에게 조건부 보석을 허가할 수 있는 권한을 부여하고 있고(CJPOA 1994 제27조), 보석 후 출석하지 않은 피고인에 대해 체포할 권한도 부여하고 있다(CJPOA 1994 제29조).
117) 법정형이 자유형에 이르지 않는 경우에는 피고인이 보석을 받고 출석하지 않은 기록이 있고, 그 기록에 비추어 볼 때 같은 우려가 있는 경우에 한하여 보석이 거부될 수 있다.
118) Bail Act. sch. 1, part Ⅰ, paras. 2-6. 이성기, 미국과 영국의 체포·구금제도의 비교법적 고찰 - 체포·구금의 요건 및 처리절차를 중심으로, 한양법학 제22권 제2집, 2011, 325면 재인용.
119) 이성기, 앞의 논문, 326면.

구금절차부터 피의자의 권리고지, 법적 절차 준수, 주기적 구금 필요성 여부 심사 등의 중요한 역할을 담당한다. 또한, 체포를 법정인치의 수단으로 보던 기존의 원칙을 버리고 피의자신문 등 수사를 위한 수단으로 보기 시작하면서 체포·구금의 권한을 확대해 왔다.[120]

영국은 우리처럼 체포와 구속을 별도로 구분하지 않는다. 우리와 달리, 영국에서는 영장 없는 체포가 일반화되어 있고, 경미범죄에 대한 체포를 폭넓게 허용하면서, 동시에 경찰의 수사 및 재판단계에서 다양한 보석을 허용하여 수사 단계에서의 장기간 구금을 방지하고 있다. 즉, 기소 전 구금일수를 엄격히 통제하고, 기소 후에도 필요적 보석을 통해 불구속 재판을 진행한다. 영국에서는 우리의 구속 개념에 해당하는 "영장에 의한 구금" 기간이 매우 짧다. 우리는 기소 전 구속으로 인해 최장 30일까지 구속이 가능하나, 영국에서 기소 전 단계의 피의자는 총 96시간의 구금을 초과할 수 없다. 반면, 영국의 기소 후 구금기간은 약식기소범죄, 선택가능범죄, 정식기소범죄 별로 그 구금기한을 달리 하고 있다. 약식기소범죄의 경우에는 재판 전까지 56일간 구금이 가능하며, 형사법원으로 이송된 정식기소범죄의 경우에는 이송된 후 재판 전까지 182일까지 구금이 가능하다. 하지만, 이 경우에도 대부분 보석을 원칙으로 하고 있다.

제3절 | 일본

1. 체포제도

현행 일본 형사소송법이 인정하고 있는 체포에는 우리와 마찬가지로, 통상체포(通商逮捕;체포영장에 의한 체포), 현행범체포(現行犯逮捕), 긴급체포(緊急逮捕)의 세 종류가 있다.

120) 이성기, 앞의 논문, 332면 이하.

가. 통상체포

사전영장에 의한 체포인 통상체포는 수사기관, 즉 검사, 검찰사무관, 사법경찰직원(사법경찰관리)이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때에 법관이 미리 발부한 영장에 의해 행하는 체포를 말한다. 통상체포의 영장은 검사 또는 사법경찰관만 청구할 수 있으며, 검찰사무관이나 사법경찰리에게는 권한이 없다. 또한 사법경찰관이라도 국가공안위원회 또는 도도부현 공안위원회가 지정하는 경부 이상의 자가 아니면 청구할 수 없다(제199조 제2항). 일본 형사소송법상 통상체포의 요건으로는 체포의 이유와 체포의 필요성이 요구된다. 체포영장의 청구를 받은 법관은 체포의 이유가 있다고 인정되면, 명백히 체포의 필요가 없다고 인정하는 때를 제외하고는 체포영장을 발부하도록 되어 있다.[121] 만약, 명백히 체포의 필요성이 없다고 인정되는 경우에는 체포영장의 청구를 각하해야 한다(형사소송법규칙 제148조의3).

체포의 요건 중 1) 체포의 이유는 "피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유(제199조 제2항)"를 말한다. 이와 관련하여 오사카 고등법원 등에서는 "수사기관의 단순한 주관적 혐의만으로는 부족하고, 증거자료에 근거한 객관적이고 합리적인 혐의"라고 본다.[122] 그리고 2) 체포의 필요성 판단에서는 "피의자의 연령 및 신상 또는 범죄의 경중이나 양태, 그 밖의 사정에 비추어 피의자가 도망의 우려가 없고, 증거를 인멸할 우려가 없는 등 명백하게 체포의 필요성이 없는 경우(형사소송법규칙 제143조의3)"에 법관이 체포영장 청구를 각하하도록 되어 있다(제199조 제2항). 나아가 체포의 필요성 요건과 관련하여 제199조 제1항 단서는 "30만 엔 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 일정한 경미범죄에 있어서 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유 없이 피의자신문을 위한 수사기관의 출석요구에 불응한 경우에 한하여" 체포할 수 있도록 하는 요건을 부가하고 있다.[123]

---

121) 일본 형사소송법 제199조 제2항 본문 및 단서.

122) 大阪高判昭50·12·2判タ335号232頁.

123) 斎藤 司, 被疑者の身体拘束制度と諸問題, 刑事訴訟法の思考プロセス, 法学セミナー, 通巻743号, 日本評論社, 2016, 111頁.

나. 긴급체포

긴급체포는 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있으며, 급속을 요하여 법관에게 체포영장을 청구할 수 없을 때에 그 이유를 고지하고 행하는 체포를 말한다.[124] 우리나라와는 달리, 피의자를 긴급체포하였을 때에는 즉시 법관에게 사후적으로 체포영장을 청구하여야 하며, 영장이 발부되지 않을 때에는 즉시 피의자를 석방하여야 한다.[125]

1) 합헌성 여부

긴급체포는 영장 없는 체포를 가능하게 하기 때문에 일본 헌법 제33조의 영장주의에 반하는 것이 아닌가 하는 문제를 제기한다. 이에 대하여 일본 최고재판소는 "이러한 엄격한 제약 하에 죄상이 무거운 일정의 범죄에 관해서만 긴급을 요하는 경우에 한하여 체포 후 즉시, 법관의 심사를 받아 체포영장의 발부를 구하는 것을 조건으로 하여 피의자를 체포를 인정하는 것은 헌법 제33조 규정의 취지에 반하는 것이 아니다"라고 판시하고 있다.[126]

다수설은 긴급체포를 체포 후 '즉시' 법관에 의한 심사가 이루어진다는 점에서 합헌성을 긍정한다.[127] 하지만, 합헌을 인정하는 근거와 관련하여 이론 간에 논란이 있으며, 주된 입장은 다음과 같다.[128] (1) 영장체포설: 사후라고는 하지만, 체포 후 즉시 체포영장이 발부되는 경우에는 체포절차 전체를 영장에 의한 체포로 해석할 수 있다고 본다. (2) 현행범체포설: 현행범체포에 긴급체포나 준현행범 체포를 포함할 수 있다고 본다. (3) 합리적 체포설: 일정한 긴급사태의 경우, 범인을 영장 없이 체포하는 것은 헌법 제33조가 영장주의의 합리적인 예외라고 인정하고 있다고 본다.

2) 긴급체포 요건

(1) 비교적 무거운 법정형의 범죄인 "사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역 또는

---

124) 일본 형사소송법 제210조 제1항 제1문.
125) 일본 형사소송법 제210조 제1항 제2문 및 제3문.
126) 最大判昭和30·12·14刑集9卷13号2760頁.
127) 児島章朋, 緊急逮捕の要件と逮捕状請求の手続, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012, 79頁.
128) 児島章朋, 前揭, 79頁.

금고에 해당하는 죄"에 대하여 (2) 통상체포와 비교하여 높은 범죄의 혐의가 존재하는 때, 그러니까 죄를 범하였다는 것을 의심하기에 충분한 이유가 있는 경우, (3) 급속을 요하여 법관에게 체포영장을 청구하는 것이 가능하지 않은 경우, (4) 검사, 검찰사무관, 사법경찰직원이 상기의 이유를 고지하여 영장 없는 긴급체포를 할 수 있다.[129] 그리고 (5) 체포한 자는 즉시 법관에게 체포영장을 청구하는 절차를 진행해야 한다.

여기서 두 번째 요건인 혐의의 충분성은 통상체포의 상당한 이유보다 요건을 엄격하게 정하고 있다. 이것은 법원의 사법심사를 사전에 거치지 않는 긴급체포의 경우, 수사기관에 의한 자의적 체포를 억제하기 위함이다. 그러나 이 혐의는 긴급체포의 여러 정황을 고려하건대, 구속요건으로서 "혐의의 상당성"보다는 낮은 것으로 해석된다.[130] 또한 세 번째 요건인 긴급성에서는 수사관이 피의자를 그 장소에서 체포하지 않으면, 체포가 곤란해지는 사정이 있었는지를 여러 정황을 고려하여 판단한다. 이 때, 긴급성의 판단자료로서 체포시점에 있었던 사정만을 고려하는 것으로 족하다는 견해도 있다. 하지만, 이에 따르면, 수사관이 사전에 체포영장 발부를 구하는 노력을 태만히 한 경우에도 긴급체포를 인정할 수 있는 가능성이 생긴다. 따라서 체포 전 사정까지 고려하여 수사관의 태만함 등이 인정되지 않는 경우에 긴급성을 긍정하는 것이 타당하다.[131]

이외에 "체포의 필요성"도 요건으로 보는 것이 다수설과 실무의 입장이다. 긴급체포의 경우, 체포의 필요성 요건에 대하여는 통상체포와 같이 명문규정이 없다. 하지만, 신체구속을 통해 죄증인멸 및 도망을 방지할 필요가 있는가에 관한 판단은 긴급체포의 경우에도 타당한 요건이라고 해석해야 한다. 또한, 체포의 필요성 판단과 긴급성 판단은 그 내용상 명백한 차이가 있으므로 긴급체포의 요건으로 체포의 필요성도 당연히 포함되어야 한다.[132]

---

129) 긴급체포는 신속성을 요구하기 때문에 사법순사를 포함하지 않는 사법경찰원을 영장청구권자로 하는 통상체포와 달리, 사법순사를 포함하는 사법경찰원을 영장청구권자로 한다.

130) 문언을 근거로 하여 '혐의의 충분성'은 구속을 위한 '혐의의 상당성'보다 높은 정도의 혐의를 요구하는 것이라고 보는 견해도 있다(대표적으로, 熊谷弘ほか(編), 捜査法大系 2 勾留・保釈, 日本評論社, 1972, 38頁). 그러나 본문에서 언급하고 있는 인신구속기간의 차이 및 구속의 판단은 피의자 체포 후의 수사결과를 토대로 이루어진다는 점에 비추어 구속에 필요한 혐의는 체포에 필요한 혐의보다 높다고 생각하는 것이 합리적이라고 할 것이다. 藤永幸治ほか(編), 大コンメンタール 刑事訴訟法〈第3巻〉, 青林書院, 1996, 456頁; 三浦正晴/北岡克哉, 令状請求の実際101問[改訂], 立花書房, 2002, 46頁; 児島章朋, 前掲, 79, 81頁など.

131) 三浦正晴/北岡克哉, 前掲, 48頁; 児島章朋, 前掲, 80頁など.

3) 사후영장 청구절차: "즉시"의 의미

긴급체포에서는 피의자에게 이유를 고지하고 체포한 이후, 즉시 법관에게 체포영장을 구하는 절차를 진행해야 한다. (1) 피의자에게는 피의사실의 요지와 급속을 요하는 사정이 있다는 것 두 가지를 체포 시에 고지해야 한다. 이 둘 중 어느 하나라도 결한 경우에는 긴급체포절차가 위법하다고 할 수 있다. 하지만, 이러한 절차 자체가 신속을 요하는 사정 하에 이루어진다는 점을 고려하면, 상세한 고지까지 수행할 필요는 없다고 본다.[133] (2) 긴급체포영장의 청구권자와 관련하여, 통상체포의 경우와 같은 제한을 두고 있지 않다. 따라서 검찰사무관이나 사법순사도 청구할 수 있고, 체포자 자신이 아닌 경우도 무관하다. 영장청구절차는 통상체포와 다르지 않다.[134]

형사소송법 제210조 제1항의 "즉시"에 대하여는 (1) 문자 그대로 해석하여 "즉각"이라고 할 정도의 유예만을 허용한다는 설, (2) "가능한 빨리" 정도의 취지라고 하여 앞의 경우보다 온화하게 해석하는 설이 있다. 긴급체포의 합헌성은 일본 최고재판소의 판시와 같이 "즉시 법관에게 심사를 받아 체포영장 발행을 청구하는 것을 조건으로 하여" 인정할 수 있으므로, 즉시 법관의 심사를 받는 것이 합헌성 판단에 불가결한 요소라 할 수 있다. 따라서 이에 대하여는 엄격한 해석이 이루어지는 것이 상당하다고 할 것이다.[135]

또한, 체포영장 청구절차가 즉시 이루어졌는지 여부는 단순히 긴급체포 시점에서 법원에 체포영장 청구가 수리된 시점까지의 장단(長短)만이 아니라, 체포영장청구의 소명자료 작성시간이나 체포지·경찰서·법원 사이의 거리와 교통사정 등 구체적 사실을 고려하여 판단한다. 판례 역시 긴급체포에서 영장청구까지 약 6시간 내지는 6시간 반이 경과한 사안에서 위법이라고 판단한 것[136]과 적법이라고 판단한 것[137]이 모두

---

132) 児島章朋, 前揭, 79頁.
133) 児島章朋, 前揭, 80頁.
134) 児島章朋, 前揭, 80頁.
135) 나아가 긴급체포의 합헌성과 관련한 학설 중 영장체포설을 취하는 경우에는 영장발부까지 시간적 접착이 중요하다고 할 것이므로 엄격하게 해석하여야 한다는 입장에 가깝게 해석하고, 현행범체포설을 취하는 경우에는 엄격성을 요구하지 않는다고 해석한다. 児島章朋, 前揭, 80頁.
136) 大阪高判昭50.11.19判タ335号353頁, 낮 시간에 피의자를 체포한 후, 검증에 입회시킨 경우.
137) 京都地決昭52.5.24判タ364号309頁, 피해자와 참고인이 긴급회의에 출석하였기 때문에 취조가 늦어진 경우; 広島高判昭58.2.11判タ496号166頁, 이른바 학생운동 내분사건에서 피의자뿐만 아니라 피해자 역시 수사에 비협력적이었던 경우.

있다. 이와 관련하여 법관이 체포영장의 발부를 청구받고, 그 발부를 판단하기까지의 시간도 문제된다. 형사소송법 제210조가 이를 규정하지는 않지만, 앞의 최고재판소 판결의 취지나 영장주의의 관점에서 신속성의 요청은 체포영장의 청구에만 그치는 것이 아니라, 법관의 판단에까지 미치는 것으로 해석할 수 있다.[138]

4) 법원의 심사

가) 판단대상: 긴급체포 추인과 인신구속 계속의 승인

이 청구를 받은 법관은 긴급체포 시에 긴급체포 요건이 충족되어 있는지, 그리고 영장청구 시에 통상체포의 이유와 필요성이 존재하는지를 심사한다. 이들 모두가 인정되지 않으면, 체포영장 청구는 기각되고 즉시 피의자는 석방되어야 한다(제210조 제1항).[139] 즉, 긴급체포 후 체포영장 발부를 구하는 것은 우선, 법관에게 이미 행해진 긴급체포의 위법성을 추인해 줄 것을 요청하는 의미가 있다. 뿐만 아니라, 이후 인신구속을 계속할 필요성을 법관에게 승인해 줄 것을 요청하는 의미도 있다. 따라서 긴급체포영장에는 피의자의 신체구속을 허가하는 효과가 있고, 이것은 통상체포영장과 다를 바가 없다. 이로 인해 영장발부 시점에 통상체포의 요건을 결하는 경우에는 긴급체포영장의 발부도 허가되지 않는다고 본다. 이렇게 긴급체포영장의 청구를 받은 법관은 (1) 체포 시 긴급체포요건의 존부와 (2) 영장발부 시 통상체포 요건의 존부 두 가지를 심사한다. 이 두 개의 판단은 각각 독립된 것으로, 영장발부 시점에 통상체포요건이 인정되지 않아 체포영장이 발부되지 않더라도 긴급체포 자체가 위법하게 되는 것은 아니다.[140]

나) 소명자료의 범위

긴급체포 요건은 긴급체포 시점에 존재해야 하기 때문에 체포영장 청구 시에 제출한 소명자료도 원칙적으로 체포자가 체포 시에 인식했던 구체적 사정에 기초하여 작성되어야 한다. 다만, 체포자가 체포 시에 인식하고 있었던 사정이라면, 이를 긴급체

---

138) 三浦正晴/北岡克哉, 前掲, 51頁; 児島章朋, 前掲, 80頁など.
139) 斎藤 司, 逮捕と令状主義, 刑事訴訟法の思考プロセス, 法学セミナー, 通巻744号, 日本評論社, 2017, 104頁; 児島章朋, 前掲, 80頁など.
140) 藤永幸治ほか(編), 前掲, 467頁; 児島章朋, 前掲, 81頁など.

포 후에 서면화하는 것은 문제가 없다. 반면, 통상체포의 요건에서는 발부시점이 판단 대상이 되므로 소명자료도 체포영장청구 시까지 수집한 일체의 자료를 제출할 수 있다고 보아야 한다. 법관도 이 두 개의 판단을 명확히 구별한 후, 특히 각하재판을 할 경우에는 어떤 요건이 흠결되었는지를 구체적으로 명기해야 한다.[141]

다) 긴급체포 후 피의자를 석방하는 경우, 체포영장 청구의 필요성

이와 관련하여 수사기관이 피의자를 긴급체포했지만, 체포영장을 청구하기 전 사람을 착각한 것 등을 이유로 하여 피의자를 석방하는 경우, 체포영장을 구하는 절차를 진행할 필요가 있는지 여부가 문제된다. 통상 이 경우에도 수사기관은 체포영장을 청구할 필요가 있다고 보는 것이 다수설이다.[142] 이 사안을 형사소송법상 명문의 규정으로 규율하고 있지는 않지만, 범죄수사규범 제120조 제3항에서 밝히고 있다.[143] 즉, 긴급체포에 의해 피의자의 인신을 구속했다면, 이후 사정변경에 의해 인신구속을 계속하지 않더라도, 체포 시에 긴급체포 요건을 충족하였는지 여부를 법관의 사후 심사를 통해 거칠 필요가 있다.

이 경우, 긴급체포영장 청구를 받은 법관은 ① 긴급체포 자체가 위법하다고 판단되면, 피의자 석방 여부와 무관하게 체포영장의 청구를 각하해야 한다. 그러나 ② 긴급체포 자체가 적법하나, 이후 사정변경에 의해 피의자가 석방된 경우에는 다음과 같이 견해가 나뉘고 있다. 법관은 긴급체포의 적법성만을 판단하여 적법성을 추인하기 위해 체포영장을 발부해야 한다는 견해(②-1)와[144] 더 이상 인신구속이 필요 없음을

---

141) 예를 들어, '체포의 필요성 없음'이라고 간단하게 적을 것이 아니라, '현시점에 있어서는 체포의 필요성이 없음'과 같이 보다 구체적으로 적어야 한다는 견해로, 児島章朋, 前掲, 81頁.

142) 藤永幸治ほか(編), 前掲, 465頁; 新関雅夫ほか, 増補 令状基本問題 上, 一粒社, 1996, 184頁; 団藤重光, 法律実務講座(3), 有斐閣, 1956, 613頁など. 물론 이러한 다수설에 대하여 긴급체포영장의 청구가 필요하지 않다고 보는 견해도 있다. 이에 대한 자세한 내용은, 熊谷浩明, 緊急逮捕後被疑者を釈放した場合の逮捕状請求の要否, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012, 82頁; 幅田勝行, 緊急逮捕は適法であるが逮捕状請求時には身体拘束の必要性がない場合の措置, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012, 84頁.

143) 범죄수사규범 제120조 제3항은 다음과 같다. "피의자를 긴급체포한 경우, 체포의 이유가 된 범죄사실이 없는 경우 또는 그 사실이 죄가 되지 않는 것이 명백한 경우나 신병을 유치하여 취조할 필요가 없다고 인정되어 피의자를 석방한 경우라 할지라도, 긴급체포영장 청구를 하지 않으면 안 된다."

144) 青柳文雄ほか, 註釈刑事訴訟法〈第2巻〉, 立花書房, 1976, 164頁; 伊藤栄樹ほか, 新版 注釈刑事訴訟法〈第3巻〉, 立花書房, 1996, 166頁.

반영하여 영장청구를 각하하되, 긴급체포 자체의 적법성을 분명히 하기 위해 각하 이유에서 그 취지를 명시해야 한다는 견해(②-2)가 있다.[145]

다. 현행범체포

"현재 범죄를 실행 중이거나, 실행 직후인 자(일본 형사소송법 제212조 제1항)"를 현행범이라 하며, 현행범은 누구든지 체포할 수 있다.[146] 한편, 준현행범으로서 다음 각각에 해당하는 자 – 범인으로 불리며 추적되고 있는 때, 장물 또는 명백히 범죄의 용도에 제공되었다고 인정되는 흉기 기타 물건을 소지하고 있는 때, 신체 또는 피복에 범죄의 현저한 증적이 있는 때, 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때 - 가 범죄의 실행을 종료한 직후라고 명백히 인정되는 때에는 현행범으로 간주한다.[147] 또한, 30만 엔 이하의 벌금, 구류, 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범에 대하여는 "범인의 주거 또는 성명이 명확하지 않은 경우, 또는 범인이 도망할 염려가 있는 경우(일본 형사소송법 제217조)"에 한하여 현행범체포가 허용된다.

준현행범의 경우, 일본형사소송법은 준현행범의 경우 "죄의 실행을 마친 직후라고 명백히 인정되는 때"를 요건으로 명시하고 있다는 점에서 이러한 요건을 명문으로 두고 있지 않은 우리의 준현행범 규정(한국 형사소송법 제211조 제2항)과 차이가 있다. 또한, 일본의 경우 경미범죄 현행범체포의 사유로 3가지 예외 – 주거불명, 성명불명, 도주우려 –를 인정하고 있다는 점에서 주거불명(한국 형사소송법 제214조)만을 예외사유로 두고 있는 우리와 대비된다.[148]

2. 통상적인 체포의 절차 및 시한

가. 사법경찰이 체포한 경우

사법경찰은 사법순사로부터 피의자의 신병을 수취한 때 또는 자신이 피의자를 체포

145) 熊谷浩明, 前揭, 83頁.
146) 일본 형사소송법 제213조.
147) 일본 형사소송법 제212조 제2항.
148) 이동희, 한국과 일본의 체포·구속제도에 대한 비교연구 – 체포·구속의 법제 및 실무운용을 중심으로, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009, 69면.

한 때에 피의자에 대하여 즉시 범죄사실의 요지 및 변호인을 선임할 수 있음을 고지한 후 변명(辨解:변해)의 기회를 주지 않으면 안 된다. 사법경찰이 피의자의 변명을 청취한 결과 유치(留置)의 필요가 없다고 판단되면 즉시 피의자를 석방하여야 하고, 유치의 필요가 있다고 판단되면 피의자가 신체구속을 당한 때로부터 48시간 이내에 서류 및 증거물과 함께 피의자를 검찰관에게 송치하는 절차를 진행하여야 한다.[149] 여기서 48시간의 기산점은 체포의 착수시도 아니고, 인치한 때도 아닌 체포에 의해 신병의 구속이 이루어진 시점이다.[150] 사법경찰로부터 신병송치(身柄送致)를 받은 검사 역시 피의자에게 범죄사실의 요지 및 변호인을 선임할 수 있는 권리에 대해 고지한 후 변명의 기회를 주고 유치여부를 판단하는데, 유치의 필요가 있는 경우에는 피의자를 수취한 때로부터 24시간 이내 또는 최초로 피의자의 신체를 구속한 때로부터 72시간 이내에 재판관에게 피의자의 구속(勾留:구류)[151]을 청구해야 한다.[152]

만일 사법경찰이 48시간 이내에 송치절차로 나아가지 않은 경우, 또는 검사가 송치받은 피의자에 대해 제한시간을 초과했음을 알았을 때, 그리고 24시간 내지 72시간의 제한시간 내에 구속을 청구하지 못한 때에는 아무리 체포된 피의자에 대해 유치의 필요성이 인정된다 할지라도 즉시 피의자를 석방하는 것이 원칙이다.[153]

참고로, 체포절차에 선행하여 피의자에게 경찰서로 출두를 요청하거나 혹은 동행하여 신문하는 경우가 있다. 이는 임의동행의 방법을 통한 피의자신문을 말하는데, 범죄혐의가 체포하기에 충분할 정도는 아니고 피의자신문으로 혐의의 유무를 확정할 필요가 있는 경우, 혹은 피의자신문에 의한 체포의 필요성 판단을 하는 경우 등이 이에 속한다. 이러한 임의동행의 양태를 통해 실질적인 체포로 인정될 수 있는 때에는 체포의 시간제한을 실질적인 체포개시 시점부터 48시간으로 하여 이를 초과하는 것에

149) 일본 형사소송법 제203조 제1항.

150) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子(編), 大コンメンタール刑事訴訟法〈第4巻〉, 第2版, 青林書院, 2012, 299頁.

151) 구류는 우리의 구속과 같은 제도를 말한다. 본 보고서에서는 일본의 "구류"제도를 우리 제도와 비교하여 "구속"으로 번역하였다. 용어와 관련한 자세한 설명은 金子宏/新堂幸司/平井宜雄, 法律学小辞典, 第4版補訂版, 有斐閣, 2008, 383頁.

152) 일본 형사소송법 제205조 제1항, 제2항.

153) 일본 형사소송법 제205조 제4항. 여기서 24시간 혹은 72시간 내의 구속영장 청구는 구속영장 신청서류가 동 시간 내에 법원에 도달하고 이어서 구속영장실질심사가 가능하도록 갖추어야 함을 의미한다. 현실적으로 제한된 시간 내에 피의자가 법원에 도착하는 것까지 요하는 것은 아니다. 이에 대해서는 河上和雄ほか(編), 前揭, 313頁.

대해 구속영장을 각하하는 것이 판례의 대체적인 입장이다.[154]

나. 검사가 체포한 경우

검사가 스스로 피의자를 체포하거나 검찰사무관 내지 체포명령을 받은 사법경찰직원으로부터 체포된 피의자를 인수받은 때에도 동일한 절차를 거친다. 여기에서도 유치의 필요성이 인정되는 경우 피의자가 신체를 구속당한 때부터 48시간 이내에 재판관에게 피의자의 구속을 청구해야 한다.[155] 이 때 계속해서 유치할 필요가 없다고 인정되거나 48시간의 법정시간 내에 구속절차를 밟지 않은 경우에는 피의자를 석방하여야 한다.

다. 체포시한의 예외적 규정

1) 일본형사소송법 제206조: 부득이한 사정(やむを得ない事情)

이와 같이 일본의 형사소송법 제203조 내지 제205조에서는 체포에 대한 시간적 제한을 엄격히 규정하고 있다. 다만 검찰관 또는 사법경찰원이 "부득이한 사정"에 의해 상기의 시간제한을 따르지 못한 경우에 검찰관이 그 부득이한 사정을 소명하여 구속을 청구하는 것이 가능하고, 청구를 받은 판사는 그 지연이 부득이한 사유에서 기인한 정당한 것이라 인정되는 경우에 한하여 구속영장을 발부할 수 있다.[156]

제206조 제2항의 "부득이한 사정"은 체포된 피의자에 대해 법에서 정한 신병구속시간을 초과지연한 때 그 지연에 대한 구제를 할 수 있을지 여부를 결정하는 사유로서 매우 중요한 의미를 지닌다. 부득이한 사정에 의해 시간제한을 지키지 못한 경우에 검사는 그 사정을 구속청구서에 게재하고[157], 이를 소명할 수 있는 자료[158]를 함께 제출하여야 한다.[159] 부득이한 사정은 사법경찰이 48시간, 검사가 24시간의 신병구속

154) 河上和雄ほか(編), 前揭, 301頁.
155) 일본 형사소송법 제204조 제1항.
156) 일본 형사소송법 제206조.
157) 일본 형사소송법 규칙 제147조 제1항 제4호.
158) 소명자료는 보고서등의 서면에 한하지 않고 구두로도 가능하다고 하나, 일본 범죄수사규범 제135조에서 "지연사유보고서"를 작성하여 이를 구류청구서에 첨부하여야 한다고 규정하고 있으며 사안의 성질상 서면으로 소명해야 하는 것이라 할 것이다. 久米喜三郎, 刑訴法二〇六条二項のやむを得ない事由の意義, 判例タイムズ, 臨時増刊296号, 判例タイムズ社, 1973, 129頁.

이후, 총 72시간에 대하여 각각 판단하여야 한다. 즉, 사법경찰의 48시간과 검사의 24시간은 상호 활용할 수 없기 때문에 만일 사법경찰이 48시간의 시간제한을 지키지 못한 것이 부득이하였다고 인정되지 않는 경우에는 총 72시간 이내라 하더라도 구속청구는 인정되지 않고, 검사는 피의자를 석방하여야 한다.[160]

2) 부득이한 사정의 의의

체포 이후에 48시간, 24시간이라는 단기의 유치기간을 인정하는 것은 체포 이후의 응급조치, 예를 들어 변명의 기회를 주거나 서류를 정리하기 위한 것으로 이 기간 내에 수사를 모두 끝내야 함을 의미하는 것은 아니다. 따라서 "부득이한 사정"이란 피의자의 이송 혹은 체포에 수반하는 절차, 송치·구속영장청구를 위한 서류작성 등에 필요한 제한된 시간을 초과하는 것이 부득이한 사유에 속하는가에 따라 판단된다. 이것은 주로 자연적으로 불가항력적인 사정에 한하며, 피의자의 신병을 구속한 채 수사를 계속할 필요가 있을 때에는 구속영장을 청구해야 한다.[161] 즉, 동 규정을 통해 법적인 신병구속기간이 연장되기는 하지만 이것은 어디까지나 엄격한 기간제한 규정을 기초로, 기간초과의 하자가 치유되는 반사적·부수적 효과에 불과하다. 따라서 동 규정을 신병구속의 기간을 연장하기 위한 명분적 취지로 이해해서는 안 된다.

3) 부득이한 사정의 구체적인 예

일본 형사소송법 제206조의 "부득이한 사정"은 체포의 시간제한을 준수하는 것이 불가능하였다는 객관적 사정이 존재하는 경우에 한한다. 일본의 범죄수사규범(犯罪捜査規範) 제135조에서는 부득이한 사유에 해당하는 경우의 예시로 원격지(遠隔地)에서의 체포, 피의자의 병[162], 주취 등에 의한 보호의 필요성을 들고 있다. 따라서 사건의 복잡성, 피의자가 다수인 경우, 검사나 수사관 측의 사정에 의한 경우 등은 부득이한 사정에 해당되지 않는다.[163]

---

159) 일본 형사소송법 규칙 제148조 제2항.
160) 河上和雄ほか(編), 前揭, 317頁.
161) 小野清一郎ほか, 刑事訴訟法ポケット註釈全書, 有斐閣, 1959, 376頁; 久米喜三郎, 前揭, 129頁에서 재인용.
162) 피의자가 급작스러운 병에 걸린 경우라 하더라도 단기간의 휴양이나 조치로 회복이 예상되는 경우에 한해 인정될 수 있다. 입원 등 장기간의 치료를 요하는 경우라면 석방하여 회복 후 재체포를 검토하여야 한다. 이에 대해서는 久米喜三郎, 前揭, 129頁.

가) 물리적 거리 및 교통수단의 불편함, 혹은 돌발적·충동적인 사고가 있는 경우

실제로 시간제한을 초과한 경우가 부득이한 사유에 해당한다고 판단한 사례들은 체포 장소로부터 인치해야 할 관공서까지의 거리 또는 경찰서부터 검찰청까지의 거리가 멀어 당시 통상의 교통수단으로는 법정 시간제한 내에 피의자를 이동시키는 것이 불가능한 경우가 대부분이다. 이러한 경우들은 일본 형사소송법이 "부득이한 사정"으로 본래 예정하고 있는 것으로 일반적으로 승인된 것이다. 따라서 벽지의 섬 등 교통수단의 보급이 원활하지 않는 지역에서 사건이 발생하여 통상의 기동력을 활용할 수 없는 경우라면 당연히 부득이한 사유가 있다고 보아야 한다. 하지만, 교통수단이 발달한 최근에는 이에 해당하는 사례가 급격하게 감소하였다.[164]

나) 피의자의 병, 혹은 취기로 인해 보호의 필요성이 있는 경우

범죄수사규범 제135조는 피의자가 병에 걸린 경우, 취기로 인해 보고를 필요로 하는 경우 모두 연장사유보고서를 작성하여야 하는 부득이한 사유가 있는 경우로 규정하고 있다. 이 규정은 아무런 제한을 두지 않은 채 예시하고 있다. 하지만, 일본 형사소송법 제206조 제2항의 입법취지를 고려할 때, 단기간의 휴식을 취하거나 간단한 응급조치를 취하여 비교적 단시간 내에 회복될 경우로 한정해야 한다. 만약, 입원치료가 필요한 경우에는 석방하여 회복된 이후, 재체포를 검토하여야 한다.[165]

다) 임의동행 형식의 행위였으나 체포행위로 인정되어 결과적으로 시간제한을 넘은 경우

원칙적으로 임의동행이 방법의 양태로 인해 실질적 체포로 인정될 수 있는 경우에는 제한시간의 기산점은 실질적인 체포행위가 있었다고 인정되는 시점이 된다.[166] 부득이한 사정과 관련된 문제에서 논의되어야 할 쟁점은 임의동행이 실질적 체포와 동일시되는 경우, 이를 체포에 수반하는 시간제한초과의 문제로 볼 것인지, 아니면 영장 없는 신병구속(체포)의 문제로 볼 것인지 하는 것이다.

---

163) 河上和雄ほか(編), 前揭, 316頁.
164) 久米喜三郎, 前揭, 130頁.
165) 河上和雄ほか(編), 前揭, 316頁.
166) 이러한 유형의 시간초과에 대해서 일본판례는 대체로 구속영장청구를 각하한다. 이에 대해서는 河上和雄ほか(編), 前揭, 316頁.

한편으로는, 영장에 의하지 않은 체포가 사실상 선행되었지만, 체포영장이 발부된 이후에 선행하는 체포상태에 맞는 체포영장이 존재한다는 점에서 이미 체포영장을 집행한 것으로 볼 수 있다. 이런 측면에서는 체포에 수반하는 시간제한의 문제로 볼 수 있다. 하지만, 체포영장을 제시하지 않는 등 체포에 수반하는 여러 절차를 이행하지 않았다는 점에서 체포수단에 하자가 있었다고 볼 수도 있다. 어느 경우의 하자가 더 큰지는 명확히 구별하여 판단하기 어렵다. 이 경우에는 선행하는 실질적인 체포상태의 계속시간 등 구체적인 제반사정을 검토하여 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것이다.[167]

만약, 부득이한 사정과 관련하여 임의동행의 형식을 취한 실질적인 체포행위가 시간제한초과의 문제로 판명될 경우, 여기서의 시간지연은 피의자 신문 등에 의해 비롯되는 것이므로 "부득이한 사유"로의 인정은 어렵게 될 것이다. 판례는 이러한 유형의 사례에 대해 모두 간단히 "부득이한 사유"의 소명이 없는 것으로 보아 구속영장청구를 각하한다.[168]

라) 특정일시에 집중되어 다수의 체포·다량의 구속영장청구가 있었던 경우

원칙적으로 사건의 규모나 다른 사건의 폭주 등은 부득이한 사정이라고 인정할 수 없다. 그러나 검사가 처리할 수 있는 수준을 넘어서는 대규모의 내란, 공안사건 등이 발생한 경우는 부득이한 사정에 해당할 수 있다. 그렇다고 하더라도 범죄를 진압하고 치안을 회복하는 것이 무엇보다 우선시되는 내란사건이 수일이상 계속되는 것과 같은 예외적인 경우가 아닌 한, 이를 "부득이한 사유"에 해당한다고 해석해서는 안 된다.[169]

3. 우리 체포제도와의 비교

일본의 체포제도는 우리의 체포제도와 비교하여 다음과 같은 차이점을 보인다. 첫째, 일본의 경우, 긴급체포 이후에는 피의자를 석방한 때에도 반드시 사후영장을

167) 久米喜三郎, 前揭, 130頁.
168) 久米喜三郎, 前揭, 130-131頁.
169) 河上和雄ほか(編), 前揭, 316頁.

청구하도록 하고 있으나, 우리의 경우에는 사후영장을 요하지 않는다. 둘째, 경미범죄의 현행범 체포요건과 준현행범의 체포요건이 각각 차이를 보인다. 셋째, 체포의 주체 및 영장청구권자가 다르다. 우리는 통상체포와 긴급체포에서 체포의 주체를 명시적으로 검사와 사법경찰관으로 한정하고 있는 반면, 일본은 모든 수사기관으로 규정하고 있다. 또한, 일본은 검사뿐만 아니라 사법경찰도 법관에게 직접 영장을 청구할 수 있도록 하고 있으나, 우리는 영장청구의 주체를 검사로 한정하고 있다. 넷째, 일본은 수사상 신체구속제도에 있어서 체포전치주의를 채택하고 있다. 즉, 수사기관이 체포 없이 바로 피의자를 구속하지 않고, 구속영장을 청구하기 위해서는 반드시 체포를 거쳐야 한다. 이에 반해, 우리는 체포 없이 곧바로 구속영장을 청구할 수 있다.[170]

4. 구속제도

일본도 구속은 우리와 마찬가지로, 피의자구속과 피고인구속으로 구분된다. 조문체계 역시 우리와 유사하여 피고인구속을 중심으로 이를 형사소송법에 규정하고, 피의자구속은 이를 준용하는 방식을 따른다(제207조 제1항).[171]

가. 청구권자 및 요건

체포영장과 달리, 피의자에 대한 구속영장은 검사만이 법관에게 청구할 수 있다.(제204조 제1항, 제205조 제1항). 구속의 요건으로는 - 체포와 동일하게 - 구속의 이유와 구속의 필요성을 충족해야 한다. 우선, 구속의 이유에서는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 한다. 이것은 체포의 이유와 동일한 요건이지만, 체포와 비교하여 보다 고도의 혐의가 있어야 한다는 견해가 유력하다.[172] 다음으로, 구속의

---

170) 피고인 구속에서는 피의자 구속과는 달리, 불구속피고인을 체포 없이 곧바로 구속할 수 있다(일본 형사소송법 제60조). 체포전치주의에 대하여는 이동희, 앞의 논문, 75면 이하.

171) 피의자구속은 피고인구속과 비교할 때, 검사의 청구에 의한다는 점(제204조 내지 네206조), 구속에 관한 처분을 법관이 행한다는 점(제204조 내지 제207조), 체포가 선행한다는 점(제207조 제1항), 구속기간이 단기간으로 법정되어 있다는 점(제208조 및 제208조의2), 보석이 허용되지 않는다는 점(제207조 제2항 단서)에 있어 차이가 있다. 이에 대해서는 이동희, 앞의 논문, 73면.

172) 三井 誠, 刑事手続法(1), 有斐閣, 1997, 19頁以下; 古宮久枝, 被疑者の拘束と逮捕前置の原則, 実例刑事訴訟法Ⅰ(松尾浩也 編), 青林書院, 2012, 153頁以下; 川出敏裕, 判例講座 刑事訴訟法, 立花書房, 2016, 71頁以下など; 斎藤 司, 前掲(被疑者の身体拘束制度と諸問題), 114頁에서 재인용.

필요성에서는 1) 피의자가 일정한 주거가 없는 때, 2) 죄증을 인멸한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때, 3) 도망하거나 도망한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때의 어느 하나의 요건에 해당해야 한다(제207조, 제60조 제1항).

이에 덧붙여서, 구속의 요건으로 상당성 요건을 충족해야 한다. 구속의 상당성에서는 구속에 의해 얻게 될 이익의 정도와 발생하게 될 권리·이익 침해의 정도가 균형을 이룰 것을 요구한다. 왜냐하면, 구속의 이유와 필요성 요건을 충족한다고 하더라도, 비례성 원칙에 비추어 볼 때, 구속이 상당하지 않은 경우가 있기 때문이다. 제87조의 구속취소 규정에서 "구속의 이유 또는 구속의 필요가 없어진 때"라는 요건을 근거로 구속의 이유와 필요성을 "구속의 이유"로 보고, 구속의 상당성을 "구속의 필요성"으로 보는 견해가 일반적인 것처럼 보일 수 있다. 하지만, 구속의 필요성과 상당성 요건은 그 내용이 다르고, 2016년 개정에 의해 제90조가 "법관은 피고인이 도망 및 죄증을 인멸할 우려 이외에도 신체구속의 계속에 의해 피고인이 받게 될 건강상, 경제상, 사회생활상, 방어의 준비상 불이익의 정도 및 그 외의 사정을 고려하여 적당하다고 인정하는 경우에는 직권으로 보석을 허가할 수 있다"라고 규정하고 있는 것에 비추어 볼 때, 상당성 요건을 따로 논하는 것이 적절해 보인다.[173]

나. 구속기간

1) 피의자 구속기간

피의자구속은 원칙적으로 10일로 하고, "부득이한 사유"가 있는 경우에만 검사의 청구를 통해 법관의 결정으로 10일간 연장이 가능하다(제208조). 내란죄, 외환죄, 소란죄 등의 특별한 사건에 대해서는 5일을 한도로 더 연장할 수 있다(제208조의2). 또한 "통산하여" 10일의 의미는 필요한 날짜만큼 여러 차례 연장해도 되지만, 합하여 10일을 넘을 수 없다는 뜻이다.[174]

피의자 구속연장의 이유로서 "부득이한 사유"란 사건의 복잡곤란 또는 증거수집의 지연·곤란 등에 의해 구속기간을 연장하여 추가적 취조를 하지 않으면, 기소 혹은

173) 斎藤 司, 前揭(被疑者の身体拘束制度と諸問題), 113頁.
174) 飯畑正一郎, 勾留期間を延長すべきやむを得ない事由の意義, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012, 175頁.

불기소 결정을 하는 것이 곤란한 경우를 말한다. 부득이한 사유의 유무는 - 기소·불기소 결정을 위해 구속을 연장하여 수사할 필요가 있는가, 처음 구속기간 내에 해당 수사를 마무리하는 것이 가능하지 않다고 보는 것이 상당한가, 구속을 연장하면 연장기간 내에 수사를 마무리할 수 있는 것으로 볼 수 있는가 - 등을 기초로 검토된다. 구속연장의 이유가 되는 수사는 기소·불기소 결정을 위해 필요불가결한 것이어야 하므로 죄명을 특정하거나 공소사실에 기재하여야 하는 사실, 중요한 정상사실이 구속연장의 대상이 되고, 그 이상의 상세한 사실(예: 단순한 정상사실)은 이에 포함되지 않는다.[175]

대표적인 부득이한 사유는 다음과 같다. (1) 사건의 복잡곤란: 사건이 복잡 곤란한 경우란 조직범죄 등 피의자, 관계인이 다수인 사건, 경제범죄에서 장부와 같은 증거물이 다수인 사건, 상당히 광범위한 수사가 필요한 중대범죄, 피의자·관계인들의 진술 및 그 외의 증거가 적지 않게 다른 경우 등이다. (2) 증거수집의 지연 혹은 곤란: 공범의 미검거, 실황답사조서나 감정서 등이 검사에게 도달하지 않은 경우 등이 이에 해당한다. 다만, 피의자의 구속을 연장한다고 하더라도, 미검거 상태의 공범에 대한 취조가 가능할 것으로 예상되지 않으면, 구속을 연장하더라도 해당 기간 내에 수사를 마무리할 수 없다고 할 것이므로 부득이한 사유가 있다고 보기 어렵다. 따라서 미검거 상태 공범의 소재가 판명되어 있고, 곧 체포할 것이 거의 확실한 경우에 한정하여 부득이한 사유가 인정된다고 보아야 한다. 물론, 수사의 연장을 수사기관의 책임으로 돌릴 수 있는 경우에는 구속연장이 허용되지 않는다. (3) 사건의 폭주: 수사기관, 특히 검사가 담당한 사건이 다수라서 처음 구속기간 내에 처리할 수 없었던 경우라도, 본래의 부득이한 사유에 해당한다고 할 수는 없다. 통상의 수사기간이 10일이므로 그 기간 내에 사건을 처리하도록 조직적 기반을 갖추고 있어야 할 문제이기 때문이다. 그러나 법이 불가능을 강요하는 것은 아니라서 수사기관의 최대한 노력에도 불구하고, 일정기간 사건이 폭주하여 당해 사건의 수사를 다하지 못한 경우에는 이 점을 심사에 충분히 소명하였다는 것을 전제로 구속을 연장할 수도 있다. (4) 재연장 청구의 경우: 구속기간 연장은 "통산하여 10일을 초과할 수 없으므로(제208조 제2항)" 연장의 합계일수가 10일[176]에 이를 때까지는 몇 번이고 연장하는 것이 가능하다. 이 때, 각

175) 飯畑正一郎, 前揭, 174頁.

결정 시에 부득이한 사유가 있어야 한다.[177]

2) 피고인 구속기간

피고인의 구속기간은 공소가 제기된 날로부터 2개월이다(제60조 제2항). 구속을 계속할 필요가 있을 때에는 구체적으로 그 이유를 붙인 결정으로 1개월마다 경신할 수 있다(제89조). 이 때, 기간의 경신은 특정한 예외사유[178]를 제외하고는 1회에 한한다. 하지만, 예외사유의 폭이 넓어 피고인의 구속기간은 사실상 제한이 없다고 볼 수 있다.[179]

다. 구속질문

검사에 의해 구속영장의 청구를 받은 법관은 피의자에게 피의사건을 고지하고 이에 대한 진술을 들어야 한다(제207조, 제61조). 이것을 "구속질문"이라고 하는데, 법관이 직접 피의자에게 대면심문을 행한 후, 영장의 발부여부를 결정하는 제도를 말한다. 구속질문은 피의자가 도망한 경우를 제외하고는(제207조, 제61조 단서), 구속영장이 청구된 모든 피의자를 대상으로 한다.

구속질문에 대한 규정은 일본 형사소송법 제61조에만 규정되어 있기 때문에 관련한 구체적 절차 및 방법에 대하여는 해석상 논란이 있다. 피의자에게 진술할 기회만 부여하면 족하다는 입장이 있고, 구속의 이유 및 진술거부권 고지가 이루어지고 변호인 입회 등이 인정되어야 한다는 입장도 있다.[180]

라. 구속영장의 발부 및 집행

구속질문의 결과, 구속요건이 없다고 인정되는 경우 혹은 체포에서 구속청구까지

176) 제208조의2의 경우에는 추가로 5일이 더 가능하다.
177) 飯畑正一郎, 前揭, 175頁.
178) 일본형사소송법 제89조 제1호(사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 일정한 중중죄사건), 제3호(상습범죄), 제4호(죄증인멸의 염려), 제6호(성명·주거의 불명)에 해당하는 경우를 말한다.
179) 이동희, 앞의 논문, 75면.
180) 葛野尋之, 恣意的拘禁と刑事手続, 法学セミナー, 通巻781号, 日本評論社, 2020, 37頁以下; 이동희, 앞의 논문, 77면.

시간의 제한을 수사기관이 준수하지 못한 것에 대하여 정당한 이유가 없는 경우, 법관은 구속영장을 발부하지 않고, 즉시 피의자의 석방을 명해야 한다. 이러한 경우가 아니라면, 법관은 구속영장을 발부해야 한다(제207조 제5항). 구속영장에는 피의자의 성명 및 주거, 죄명, 피의사실의 요지, 구속할 장소 등이 기재되며(제207조, 제64조), 검사의 지휘에 의해 검찰사무관, 사법경찰관리 또는 형사시설직원이 이를 집행한다(제70조).

마. 피의자 국선변호제도

피의자를 구속한 때에는, 체포의 경우와 달리, 즉시 변호인에게 그 사실을 통지해야 한다. 구속영장이 발부되었으나, 피의자가 빈곤 그 외의 사유에 의해 변호인을 선임할 수 없는 경우에 법관은 피의자의 청구나 직권으로 피의자에게 변호인을 선정할 수 있다(제37조의2 제1항, 제37조의4). 이러한 피의자의 국선변호제도는 2016년 형사소송법 개정에 의해 구속영장이 발부된 모든 사건에 인정된다.[181]

바. 피고인 보석

보석이 인정되는 경우는 피고인 구속으로 한정한다(제207조 제1항). 보석은 인신구속의 회피라는 취지에서 보증금 납부를 조건으로 구속집행을 정지하는 것을 말한다(제93, 94조). 보석에는 1) 피고인 측의 청구에 의하여 법이 정하고 있는 제외사유에 해당하지 않는 한, 보석을 허가하지 않으면 안 된다고 하는 권리보석(제89조), 2) 법원의 직권에 의해 "적당하다고 인정되는 경우"에 허가하는 재량보석(제90조), 3) 구속이 부당하게 장기간 행해지는 경우에 이루어지는 의무적 보석(제91조)이 있다.[182]

사. 구속에 대한 불복

체포와 달리, 구속에서는 구속의 적부를 다투기 위한 절차가 보장되어 있다. 구속재판에 대한 준항고(제429조 제1항 제2호), 구속이유개시(헌법 제34조 제1항, 형소법

181) 斎藤 司, 前揭(被疑者の身体拘束制度と諸問題), 114頁.
182) 葛野尋之, 前揭, 35頁.

제207조 제1항, 제82조 내지 제86조), 구속취소(제207조 제1항, 제87조), 구속집행정지(제207조 제1항, 제95조)가 그것이다.[183]

법관의 구속재판에 대하여는 피의자와 변호인, 검사가 법원에 그 취소를 구하는 준항고를 신청할 수 있고, 구속된 피의자는 법원에 대하여 구속이유의 개시를 청구할 수 있다. 또한, 구속요건 중 어느 하나가 성립하지 못하는 경우, 제87조 소정의 청구권자[184] 또는 법관의 직권에 의해 구속을 취소할 수 있다. 이 때, 구속은 장래를 향하여 그 효력이 소멸한다. 그리고 법원은 직권에 의해 구속된 피의자를 일시적으로 신체구속에서 풀어주어 구속의 집행을 정지시킬 수 있다. 이러한 구속집행정지는 피의자나 근친자의 병환을 이유로 하는 입원이나 문병, 근친자의 관혼상제의 경우에 가능하다.

아. 구속 장소

구속영장의 기재사항 중 하나인 구속장소는 "형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률"에서 구치소 및 구치지소로 정하고 있다(동법 제3조). 또한 동법 제15조 제1항에 따라 법관은 재량으로 사건의 성질이나 피의자의 연령, 진술태도, 교통사정 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 유치시설(유치장)을 구속 장소로 사용할 수 있다. 이러한 유치시설을 "대용감옥"이라고 부른다.[185]

대용감옥 제도는 그동안 수사기관이 피의자의 신체를 구속·관리하면서 발생하는 심리적 압력을 취조에 이용하는 시스템이라 보고, 피의자의 자백강요로 이어질 위험이 큰 제도라는 비판을 받아왔다.[186] 그러나 다른 한편에서는 유치시설을 구속 장소로 이용하는 것과 구치소를 구속 장소로 이용하는 것에는 큰 차이가 없다고 보는 견해도 존재한다. 즉, 취조실의 "밀실화"는 경찰서 등의 유치시설 뿐만 아니라 검찰청 및 구치소의 취조실에도 공통된 문제라는 것이다. 오히려 자백강요의 문제는 구치소냐 유치시설이냐의 구속 장소로 해결될 사안이 아니라, 피의자신문의 녹음·녹화를 통한

183) 斎藤 司, 前揭(被疑者の身体拘束制度と諸問題), 114頁.
184) 피의자, 변호인, 법정대리인, 보좌인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 검사가 이에 해당한다.
185) 斎藤 司, 前揭(被疑者の身体拘束制度と諸問題), 114頁.
186) 小田中聰樹, 現代司法と刑事訴訟の改革課題, 日本評論社, 1995, 224頁; 刑事立法研究会, 代用監獄·拘置所改革のゆくえ—監獄法改正をめぐって, 現代人文社, 2005など; 斎藤 司, 前揭(被疑者の身体拘束制度と諸問題), 115頁에서 재인용.

"취조의 가시화"로 해결될 사안이라고 본다. 게다가 수사의 효율성 측면에서 구치소와 유치시설 간의 큰 차이를 고려하여, 보다 효율적인 유치시설에서의 구속을 고려할 필요도 있다고 본다. 즉, 구속청구담당 법관은 피해자의 구속장소를 지정하는데 있어서 피의자의 인권침해 상황이 발생하지 않도록 신중하게 배려하는 한편, 적정하고 신속한 수사가 이루어지도록 하여 구속기간을 단축함으로써 피의자의 이익에도 부합하는 방안을 고려해야 한다는 것이다.[187]

이러한 논란을 고려하여 동법 제14조 제1항에서는 "도도부현 경찰에 유치시설을 설치한다"고 규정하여 이제까지 존재하지 않았던 유치시설의 설치근거에 관한 규정을 마련하였고, 경찰법 제21조 제1항 제12호에 경찰청의 소관사항으로 "유치시설에 관한 것"이 추가되어 경찰법에도 법적 근거를 명확하게 마련하였다. 이에 더하여, 피유치자의 인권보장 측면에서 유치시설에 관한 다양한 제도개선을 추가하여 다음과 같은 법적 제도들이 정비되었다. 1) 우선, 대체 수용되는 자의 범위가 한정되어 법무대신이 국가공안위원회에 설명을 구하거나 의견을 진술하도록 하고 있으며(동법 15조), 2) 1980년 이래 조직상 및 운용상 실시되어 온 수사와 유치의 분리가 법률로 명확히 구분되었으며, 3) 유치시설 시찰위원회가 각 경찰본부에 설치되어(동법 20조에서 24조) 유치시설의 운영에 있어 투명화가 도모되었고, 4) 유치시설의 피유치자에 관하여도 형사시설의 피수용자와 같이 불복신청제도가 정비되었다(동법 229조 내지는 235조).[188]

이러한 법적 정비와 관련하여 수사와 유치의 분리는 유치업무를 총괄하는 부서를 형사에서 총무로 이관한 것에 지나지 않고, 지금까지의 운영을 법률화한 것이지 그 운영에 있어 큰 변화를 도모한 것이 아니며, 수사와 유치가 분리되지 않는 대용감옥의 문제 중 어느 것도 해소되지 않았다는 비판이 여전하다.[189] 대용감옥과 관련한 개혁적 방향은 이후의 수사실무 변화를 주시하여 지속적으로 논의될 것으로 보인다.

---

187) 樋口裕晃, 勾留場所を留置施設とすることの適否, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012, 140-141頁.

188) 樋口裕晃, 前揭, 141頁.

189) 青木和子, 代用監獄の問題点と現段階, 刑事法ジャーナル, 第5号, 成文堂, 29頁; 樋口裕晃, 前揭, 141頁에서 재인용.

5. 우리 구속제도와의 비교

가. 체포·구속의 성격에 대한 이해

구속은 체포와 비교할 때, 그 요건으로서 보다 높은 혐의를 요구한다고 보는 견해가 유력하다. 이 견해에 따르면, 먼저 단기간의 신체구속인 체포를 선행하여 최대 72시간의 체포유치기간 내에 피의자에 대한 수사를 진행하고, 그 결과 보다 혐의가 생기면 추가적 신체구속이 필요하므로 장기간의 신체구속인 구속을 집행한다고 본다. 즉, 체포유치기간은 수사기관이 추가적으로 구속을 집행할지 여부를 판단하기 위해 피의자를 수사하는 시간으로 이해한다.

물론, 체포는 구속보다 가벼운 처분이지만, 구속과 달리 체포에는 준항고 등의 불복절차가 보장되지 않는 점을 고려하면, 체포는 법관이 구속여부를 심사하기 위하여 신속하게 법관의 면전에 피의자를 인치하기 위한 처분으로 이해할 수도 있다. 1979년 일본이 비준한 "시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(자유권 규약)" 제9조 제3항이 "형사상 죄에 대하여 체포되거나 억류된 자는 법관...의 면전에 신속하게 데리고 가야만 하는 것이고..."라고 규정하는 것도 체포를 법관의 면전에 인치하는 행위로 이해하는 근거라고 본다. 이 견해에 따르면, 체포 후 수사기관은 피의자를 취조할 수 없고, 구속여부를 판단할 수 있도록 신속하게 법관의 면전에 피의자를 인치해야 한다.[190]

그러나 이 견해에 대하여는 현행법이 체포와 구속이라는 두 개의 신체구속 처분을 인정하는 점을 충분히 설명하지 못한다는 비판이 있다.[191] 만약, 체포가 피의자의 공판출석을 확보하기 위해서만 인정된 제도라면, 형사소송법은 경찰에 48시간을 주지 않고, 피의자를 신속히 송치하라고 규정하였을 것이다. 그러나 즉시의 인치를 규정하지 않은 것은 경찰관에게 피의자의 도망 및 증거인멸을 저지한 상태에서 수사를 속행할 수 있는 시간을 주기 위함이라고 보아야 한다. 즉, 체포는 도망 등의 방지만을 위한 처분도 아니고, 적극적으로 피의자의 신문을 목적으로 인정된 처분도 아니다.[192]

---

190) 田宮裕, 捜査の構造(刑事訴訟法研究 1), 有斐閣, 1971, 164頁以下; 後藤昭, 捜査法の論理, 岩波書店, 2001, 96頁以下; 斉藤 司, 刑事被収容者処遇法と逮捕留置, 愛媛法学会雑誌, 第35巻, 愛媛大学法学会, 2009, 179頁以下; 斎藤 司, 前掲(被疑者の身体拘束制度と諸問題), 114頁에서 재인용.

191) 川出敏裕, 別件逮捕・勾留の研究, 東京大学出版会, 1998, 17頁など; 斎藤 司, 前掲(被疑者の身体拘束制度と諸問題), 114頁에서 재인용.

192) 히라라기 토키오 저/조균석 역, 일본형사소송법, 박영사, 2012, 109면.

나. 우리 구속제도와의 차이

일본의 구속제도는 우리의 구속제도와 비교하여 다음과 같은 차이점을 보인다. 첫째, 사법경찰의 구속기간의 유무이다. 우리는 사법경찰의 구속기간을 별도로 10일로 두고 있는 반면, 일본의 구속기간은 검사에게만 인정된다. 다만, 검사의 구속기간 동안 대부분의 피의자는 대용감옥인 경찰서 유치시설에 수감되기 때문에 피의자신문 등의 수사가 계속된다. 이로 인해 대용감옥에의 유치는 현재도 논란 중에 있다. 둘째, 일본의 구속질문은 우리의 영장실질심사와 달리, 검사나 변호인의 참여가 허용되지 않고, 진술거부권 등을 고지하지 않는다. 셋째, 일본은 구속재판에 대하여 불복절차로서 준항고 등을 허용하는 반면, 우리는 체포구속적부심사제도를 통하여 구속과 체포에 대하여 그 적부를 물을 수 있다. 넷째, 우리는 구속적부심사절차에서 법원이 직권으로 보증금납입을 조건으로 피의자를 석방할 수 있으나, 일본은 피고인보석만 인정할 뿐 피의자보석은 인정하지 않는다. 다섯째, 우리는 피고인의 구속기간을 심급별로 엄격히 제한하나, 일본은 1개월 단위로 계속해서 구속기간을 연장할 수 있다.[193]

193) 유사한 견해로 이동희, 앞의 논문, 90면 이하.

수사단계에서 체포제도개선에 관한 연구

허 황

제4장

수사단계에서 체포제도개선에 관한 연구

제1절 | 수사단계에서 체포제도 확대에 관한 비판적 검토

앞의 비교법 연구를 통해 알 수 있는 것은 일본을 제외하고 (일본의 경우에도 반대시각은 존재하였다) 독일과 영국의 경우 체포와 구속의 구분이 한국처럼 엄격하지 않다는 점이다. 그런데 한국의 헌법과 형사소송법의 태도는 구속과 구별되는 체포제도를 인정하고 있다. 더구나 형사소송법은 영장에 의한 체포제도의 도입을 통해 체포와 구속의 이원화를 한층 더 심화시키고 있다고 보인다. 여기에 더해 최근 "검·경수사권 조정"이 일단락되어 수사단계에서 사법경찰의 지위가 향상되었고 실무상 대부분의 경우 체포는 사법경찰에 의해 이루어지고 있다는 점을 고려하면 체포제도는 더욱더 강화되는 방향으로 나아가고 있는 것이 아닌가가 문제될 수 있다.

이와 관련하여 우선 체포를 어떻게 이해해야 하는가의 문제가 등장한다. 비교법적 관점에서 바라보면 체포는 두 가지의 목적에서 이루어진다. 하나는 우리나라와 일본에서처럼 수사기관의 범죄수사, 특히 피의자 신문을 위한 체포를 인정하는 경우이다. 다른 하나는 과거 영국법의 태도처럼 이러한 수사목적의 체포는 인정될 수 없고 법정 인치의 수단으로서의 체포만을 인정하는 것이다. 물론 현재 영국법의 태도는 수사를 위한 체포를 인정하는 추세라고는 하지만, 영국법은 체포와 구속을 구분하지 않는다는 점을 고려하면 구속수사와 별도로 체포수사를 인정하고 있는지는 의심스럽다. 독일의 경우에도 체포는 신원확인을 위해서만 인정되고 체포가 이루어지면 피의자는 즉시 법관 앞으로 인치되어 법관에 의해 향후 구속여부를 판단받게 된다.

생각건대, 향후 체포제도는 오히려 축소되는 방향으로 나아가야 한다고 생각된다.

그 이유는 먼저 이미 앞서 설명한 바와 같이 체포제도 강화에 기여하였던 1995년 형사소송법의 개정, 즉 영장에 의한 체포의 설치는 개선이 아니라 개악이기 때문이다.[194] 영장에 의한 체포는 당시까지 실무상 이루어졌던 탈법적 관행으로서 임의동행 및 보호실유치를 단순히 합법화한 것 이상의 의미는 없다고 하였다. 오히려 이를 통해 임의수사인 피의자 신문제도가 강제수사의 속성을 띄게 된다는 점이 이미 설명하였다. 따라서 현행법상 영장에 의한 체포에 의해 이루어지는 체포는 그 실질이 불법인 것이다. 나아가 체포가 주로 사법경찰에 의해 이루어진다는 점을 고려하면 체포권한의 강화는 전체 형사절차과정에서 사법경찰의 수사권한의 강화와 맞물려 있다고 보인다. 그런데 검·경수사권 조정으로 이미 강화된 경찰의 수사권에 더해 이러한 영장에 의한 체포권한을 유지시켜 준다면 이는 문제가 되지 않을 수 없다. 경찰이 체포제도를 일종의 자신들만의 고유한 영역으로 인식하고 그 제도를 강화시키려 한다면 기소권을 포함하여 수사권도 결국은 국가의 형벌권에 부수하는 성질의 것이지 그 자체로 독자적인 것은 아니라는 기본적인 원칙에 반하는 것이다.

따라서 현행 형사소송법은 수사절차에서 체포제도의 축소의 방향으로 나아가야 하고 실질적 의미에서 체포의 요건은 강화되어야 한다고 본다. 이것의 실천적 의미는 형사소송법 제200조의2의 폐지와 제200조의3 긴급체포 요건 및 절차의 강화에 놓여 있다.

영장에 의한 체포의 경우 앞의 통계에서 알 수 있듯이 체포영장 발부비율(97.8%)이 굉장히 높아서 체포영장발부 과정에서의 사법적 심사는 실질적 의미가 없다고 보인다. 2006년 이후 긴급체포 비율이 낮아지고 영장체포 비율에 높아지고 있는 현상 또한 영장에 의한 체포의 완화된 요건과 무관하지 않다고 보인다. 우리나라와 비슷한 제도를 운영하고 있는 일본의 경우를 살펴보면 통상체포를 인정하기 위한 범죄혐의의 정도가 긴급체포를 위한 범죄혐의 정도보다 낮은데, 이는 우리나라에도 - 우리나라의 경우 법률상 영장에 의한 체포와 긴급체포가 범죄혐의 정도와 관련하여 차이를 보이고 있지 않음에도 불구하고 - 그대로 적용될 수 있다고 보인다. 체포영장발부에 필요한 범죄혐의 정도가 구속영장발부에 필요한 범죄혐의 정도보다 사실상 낮으면 이는 체포수사를 법적으로 허용하고 있는 셈이다. 따라서 영장에 의한 체포는 폐지되어야

194) 같은 견해 정승환, 앞의 논문, 59면 이하.

한다.

긴급체포의 경우에도 아래에서 좀더 구체적으로 살펴보겠지만 요건과 절차 및 통제에 있어서 보다 강화되어 아주 쉽게 체포가 이루어지는 상황을 만들지 말아야 한다. 독일법 연구에서 살펴본 바와 같이 긴급체포를 위한 요건과 관련하여 범죄혐의 정도는 구속과 마찬가지로 공소제기를 위해 필요한 범죄혐의 정도보다도 높아야 한다. 그리고 긴급체포후 석방되는 경우 사후 체포영장발부를 통한 사법적 심사를 받아야 한다. 이는 체포는 구속에 종속되어야 한다는 일원주의의 발로이다.

수사단계의 인신구속에 대한 사법적 통제강화는 이를 통해 진일보 할 것이고 이어서 수사절차의 구속제도는 경찰에 의한 구속과 검찰에 의한 구속을 통합함으로서 좀더 완성되리라 보인다. 후자에 관하여는 뒤에서 설명한다.

제2절 | 수사단계에서 체포와 영장주의

1. 긴급체포의 위헌성여부

가. 문제제기

과거 긴급체포의 경우 영장에 의한 체포에 비해 그 성립요건이 까다로움에도 불구하고 수사기관의 입장에서는 사전에 체포영장을 발부받을 필요가 없다는 점에서 실무상 더 많이 활용되었다고 한다. 수사기관은 과거 실무상 긴급체포의 성립요건이 충족되지 않음에도 불구하고 다양한 이유에서 일단 긴급체포를 행한 후 48시간 이내에 구속영장을 신청하지 않고 석방함으로써 긴급체포를 남용한다는 비판을 받게 되었다. 이는 1995년에 개정 전 형사소송법의 경우 사후영장에 의한 긴급구속이 인정되었던 것과 구별된다.[195] 즉, 현행 긴급체포에서는 긴급체포 후 수사기관의 긴급체포가 적법한지를 심사하는 사후 체포영장발부 절차가 누락되어있다. 그 대신 구속의 필요성과 상당성이 인정되는 경우 수사기관은 구속영장을 청구하도록 되어 있다. 과거 긴급구

195) 권오걸. 앞의 논문, 255면.

속이 현재의 긴급체포로 전환되었기 때문에 구속의 요건과 긴급체포의 요건이 일정부분 겹친다는 점(긴급체포와 구속 사유로서 증거인멸의 우려와 도망 또는 도망우려, 범죄혐의의 상당성)에서 사후 구속영장발부절차를 통해 긴급체포에 대한 충분한 사법적 심사가 이루어질 수 있다는 설명도 가능하나 이러한 설명은 수사기관이 긴급체포를 한 후 구속영장청구를 하지 않고 피의자를 석방한 경우에는 적용할 수 없다.

무엇보다 이러한 긴급체포의 절차요건은 헌법 제12조 제3항에[196] 위배될 수 있다는 비판이 강하게 제기된다. 즉 사후 체포영장의 발부를 규정하고 있지 않은 현행 형사소송법 규정이 헌법 제12조 제3항 단서를 침해하고 있다는 주장이다. 이러한 입장에서는 현재의 긴급체포절차를 헌법에 일치시키기 위해서는 사후 긴급체포영장 발부절차의 신설을 요구한다.

이러한 사후 체포영장의 문제를 다루기 전에 영장없는 체포제도에서의 인신보호를 위한 기존의 다른 제도를 활용할 수 없는지에 대해 먼저 검토해 보고자 한다. 이러한 기존의 다른 제도의 활용으로 영장없는 긴급체포 운영에서 발생하는 문제점을 남김없이 해결할 수 있다면 별도로 사후 체포영장제도를 도입할 필요성은 낮아질 것이고 그렇지 않다면 긴급체포의 경우에도 사후 체포영장제도를 도입에 적극적인 태도를 취해야 할 것이다.

나. 해결책

1) 체포적부심제도의 적극적 활용 가능성 여부

먼저, 긴급체포의 경우에도 체포적부심사제도를 활용할 수 있는지가 문제된다.

법이론적 관점에서 이를 긍정하는데에는 별다른 무리가 없어 보인다. 판례는 헌법 제12조 제6항은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 누린다고 하고 있으며 형사소송법 제214조의2 제1항은 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 등이 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, "형사소송법의 위 규정이 체포영장에 의하지 아니하고

196) "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다."

체포된 피의자의 적부심사청구권을 제한한 취지라고 볼 것은 아니므로 긴급체포 등 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 경우에도 헌법과 형사소송법의 위 규정에 따라 그 적부심사를 청구할 권리를 가진다"고 하였다.[197]

다만, 그럼에도 불구하고 긴급체포에 대한 적부심사에 대한 실효성에 대해 의구심을 드러내는 견해가 있다. 즉, 긴급체포의 경우에도 체포된 피의자는 적부심사를 청구할 수 있지만 형사소송법 제214조의2 제4항에 따르면 적부심사청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포된 피의자를 심문하고 이 기간은 체포기간에 산입되지 않기 때문에 적부심사제도의 활용은 그 한계가 있다는 것이다.[198] 또한 적부심사제도의 궁극적 목적은 (비록 긴급체포시점과 심사청구시점 사이에 시간적 간격이 매우 좁다고 하여도) 심사청구시점에서 체포의 불법부당성을 심사하여 체포 또는 구속된 피의자를 석방하는 것이기 때문에 긴급체포 그 자체에 대한 심사는 적부심사의 목적과 범위를 넘어서는 것이라고 하겠다.

물론 견해에 따라서는 체포적부심을 필요적 절차로 전환하고, 무영장 체포 이후 즉시 법관에게 인치하고 체포적부심이 이루어지도록 하는 방안을 제안하기도 하는데[199] 임의적 성격의 체포적부심사를 필요적 절차로 전환한다는 것은 사후 체포영장을 도입하자는 주장과 다름없다고 할 것이다. 그리고 이러한 주장은 체포적부심사는 필요적 절차로, 구속적부심사는 임의적 제도로 운영하는 것을 의미하는데 과연 이것이 타당한지는 의문스럽다.

따라서 긴급체포의 적법성을 심사하기 위해 구속영장청구와 별도로 체포적부심사를 청구하는 것은 실효성이 없다고 판단된다. 참고로 2019년 전국 지방법원에 접수된 체포적부심사건수는 19건 밖에 안되어 그 활용율이 매우 미미함을 알 수 있다.[200]

2) 피의자보석의 허용

다음으로 긴급체포된 자에게 피의자보석을 허용할 수 있는지가 다투어진다. 원래 보석제도는 피의자를 대상으로 하든 피고인을 대상으로 하든 하자없이 구속된 자가

197) 대법원 1997. 8. 27. 자 97모21 결정.
198) 문채규, "수사절차상 피의자의 청문권", 법학연구(부산대) 제49권 제1호, 2008, 5면; 하태인, "수사기관의 무영장체포와 영장주의의 실질적 의미", 법학논문집 제35권 제2호(2011), 137면.
199) 장승일, 앞의 논문, 48면 이하.
200) 법원행정처, 2020 사법연감, 634면.

활용할 수 있는 것이지 체포된 피의자와는 무관하다.[201] 그런데 이에 대한 반론으로 현행법의 해석 범위에서도 피의자보석제도를 긴급체포된 피의자에게 적용할 수 있다는 주장이 있다. 이에 따르면 "구속된 피의자의 개념에 체포된 피의자도 포함된다고" 하는데, "체포와 구속은 모두 수사 초기에 피의자의 신병을 단기간 법적 절차에 따라 확보하기 위한 제도라는 점에서 유사점을 가지고 있고 체포기간도 형사소송법 제203조2에 따라 구속기간에 산입되기" 때문이라는 것이다.[202] "그러므로 보석보증금 납입조건부 석방인 피의자보석에 대해서 체포된 피의자와 구속된 피의자를 구분할 합리적 이유가 없을 뿐 아니라 체포적부심사가 인정된 피의자만을 이 제도의 혜택에서 제외할 근거가 없다"는 것이다.[203] 체포와 구속에 관한 일원론적 관점에서의 이러한 주장을 어느 정도 타당하다고 보인다. 다만, 현행 피의자보석은 피고인보석에 비해 상당히 제한적으로 활용된다는 점(즉, 체포구속적부심사에 종속되고 직권보석이라는 점)에서 이러한 해석은 한계를 가지고 있으므로 입법론적 차원에서 체포구속적부심과 별도로 활용될 수 있는 피고인보석을 확대하는 방법이 바람직하다고 보인다. 앞서 살펴보았듯이 영국의 체포절차에서도 이러한 보석이 폭넓게 활용되고 있다.

3) 구속영장발부심사시 긴급체포의 적법성 판단도 함께 심사

또 다른 견해에 따르면 법원은 수사기관이 긴급체포된 자를 계속 구속할 필요성을 인정하여 구속영장을 청구할 때에(형사소송법 제200조의4) 향후 구속여부 뿐만 아니라 이미 이루어진 긴급체포의 필요성 및 상당성도 함께 심사해야 한다는 것이다. 이러한 주장의 근거로 긴급체포와 구속여장의 발부는 일련의 연결된 절차이기 때문에 법원의 구속영장심사의 경우 긴급체포의 위법성도 함께 고려될 수 있다는 점을 든다. 한편, 엄격한 문언해석에 입각하면서 우리나라 형사소송법은 체포·구속의 이원주의를 전제로 체포전치주의를 알지 못하고 긴급체포의 경우 사후 구속영장이 문제되기 때문에 긴급체포 그 자체는 영장주의가 적용되지 않는다는 점을 고려하면 법원이 사후

---

201) 이인영, 앞의 논문, 242면.

202) 제214조의2 제4항의 법문상의 "구속된"의 의미는 체포를 포함한 넓은 의미의 구속이라고 해석하여야 할 것이라고 주장한다, 박형남, 신설된 인신구속제도의 운용방안, 법원행정처, 1996, 125면.

203) 하태영, 긴급체포된 피의자와 체포적부심사청구", 비교형사법연구 제1권 제1호, 1999, 327-328면.

구속여부를 심사할 때 긴급체포의 적법성을 판단할 수 없다는 견해도 보인다.[204] 법원의 입장은 "구속영장청구시 첨부된 긴급체포서를 검토하여 긴급체포의 위법성을 통제하고 피의자의 인권보장을 위해 이를 고려해야 한다고" 본다고 한다.[205]

생각건대, 수사기관이 긴급체포후 48시간 이내에 구속영장을 청구한다면 긴급체포와 구속여부판단의 시간적 근접성으로 인해 법원의 입장에서 긴급체포의 적법성과 구속여부를 엄격히 분리해서 판단해야 할 이유는 찾기가 어렵다고 보인다. 긴급체포의 요건과 구속요건이 상당부분 일치한다는 점과 향후 체포와 구속을 엄격히 구분하지 않고 체포를 구속을 위한 준비정도로 이해하는 방향으로 나아가야 한다면 법원의 구속영장심사시 긴급체포의 하자도 함께 검토하는 것이 바람직하다고 보인다. 앞서 살펴본 독일 형사소송법도 이러한 입장을 취하고 있다(동법 제128조 제2항 참조). 구체적으로 문제가 되는 것은 긴급체포는 위법하지만 그럼에도 불구하고 앞으로 구속의 필요성과 상당성이 인정된다면 법원은 어떻게 판단해야 하는가이다. 이런 경우라면 법원은 긴급체포의 위법성을 이유로 구속영장청구를 기각하고 수사기관은 다시 구속영장을 청구해야 할 것으로 보인다. 불법하게 긴급체포하여 발생하는 불이익은 수사기관에게 돌리는 것이 바람직하기 때문이다.

입법론적 관점에서는 체포와 구속의 엄격한 이원주의를 버리고 양 절차를 통합시키는 방향으로 나아가는 것이 합리적이라고 보인다. "즉 체포에 대한 사법적 통제 혹은 사후 정당성의 부여절차와 향후 계속적인 구금을 위한 심사절차를 통합하도록" 하는 것이다.[206] 수사단계와 공판단계에서 사법권을 검찰과 법원으로 적절하게 배분하는 것이 아니라 형사절차 전반에 걸쳐 피의자 또는 피고인의 인신구속에 관한 최종적인 판단권자는 법원이 되어야 한다는 것이 헌법 제12조 제3항의 취지라면 법원은 피의자의 인신구속에 대한 많은 재량이 부여되어 있다고 보인다. 따라서 검사가 어떠한 사유(즉 긴급체포냐 아니면 구속이냐)로 영장을 청구하느냐에 구애됨이 없이 법원은 수사절차 전반에 걸친 인신의 자유침해행위를 심사할 권한과 의무가 부여되어 있다고 보인다.

---

204) 이재상, 신형사소송법연습, 제7판, 박영사, 2012, 86면. 다만 입법론 상으로는 부당하다고 한다.
205) 김재덕, 앞의 논문, 165면.
206) 류부곤. "인신구속제도의 개선 필요성과 방향 - 긴급체포 및 구속의 제도적 개선점을 중심으로 -." 비교형사법연구 제19권 제4호 (2018), 151면 이하.

4) 사후 체포영장제도의 도입

가) 사후 체포영장제도 도입 찬반론

수사기관에 의해 남용될 위험에 특히 취약한 긴급체포를 가장 실효적으로 통제하기 위해서는 긴급체포된 자를 지체없이 심사권한을 가지는 법원 앞으로 인치하여 긴급체포에 대한 법원의 판단을 받는 것이다. 따라서 긴급체포 후 지체없이 법원에 체포영장을 청구하도록 하는 입법을 마련해야 한다는 주장이 점점 힘을 얻고 있다.[207] 이는 기존의 긴급구속 대신 긴급체포를 도입하던 시기부터 계속해서 주장되어 왔지만 특히 실무계측의 반대로 관철되지 못하고 있는 실정이다.

우선 이러한 주장을 펼치는 입장에서의 논거를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 헌법 제12조 제3항의 취지는 영장주의의 예외로 영장없는 강제처분을 허용하는 것이 아니라 영장의 사전발부에 대한 예외로 일정한 경우 영장의 사후발부를 인정한다는 것이다.[208] 나아가 현재 인정되고 있는 형사소송법 제200조의4 제4항에 따른 사후통지제도만으로 위법한 긴급체포를 사법적으로 통제하는 데에 한계가 있다는 점도 든다. 긴급체포 후 즉시 사후 영장을 청구하지 않고 피의자를 석방하면서 30일 시한으로 긴급체포서를 첨부하면서 사후통지만 한다면 법원이 이에 대해 적극적으로 반응할 것이라고 기대하기 어렵고 사후통지의 경우 대부분 형식적인 통지만이 이루어지기 때문이라는 것이다.[209]

그런데 이러한 사후 긴급체포영장제도의 도입에 대해 반대하는 목소리도 적지않다. 이는 주로 수사실무적 이유와 실익이 없다는 근거를 들고 있다. 먼저, 긴급체포영장절차를 도입하게 되면 짧은 시간 내에 사후체포영장청구와 사후구속영장청구라는 이중의 절차가 진행되기 때문에 (여기에 더해 피의자 측의 체포적부심사청구도 이론상 진행될 수 있다)[210] 수사기관 뿐만 아니라 법원의 입장에서도 상당히 번거롭고 따라서 사법인력이 과도하게 배치될 위험이 발생한다는 것이다. 둘째, 영장심사제도는 위법

---

207) 문성도, 2007년 긴급체포제도 개정의 법적 의의, 경찰법연구 제5권 제2호, 2007, 184면 이하; 장승일, 앞의 논문, 33면.

208) 신동운, 「형사소송법」, 제4판, 법문사, 2007. 141면; 조상제, "현행형사소송법상 체포제도의 문제점", 계명법학, 제3집, 1999, 21면; 신양균, 형사소송법, 제2판, 2004, 152면; 이영란, 한국형사소송법, 숙명여자대학교 출판국, 2007., 286면; 천진호, 영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토, 법학논고 제26집, 2007, 332면; 장승일, 앞의 논문, 50면; 문성도, 앞의 논문, 135면 이하.

209) 장승일, 앞의 논문, 51면.

210) 장승일, 앞의 논문, 50면 이하.

부당하게 인신구속된 자를 석방하는 것이 목적이지 긴급체포의 불법성을 확인하는 것 그 자체는 아니기 때문에 긴급체포된 후 이미 석방된 경우에도 사후적으로 사법적 심사를 받는다는 것은 석방된 자의 입장에서도 무익하고 영장심사제도취지에도 맞지 않는다는 것이다.[211] 셋째, 현재 긴급체포를 위해 마련된 사후 구속심사요건이 사후체포심사요건보다 더 엄격하기 때문에 실질적으로 현행 제도에 따르더라도 사법적 통제의 공백이 없다는 논리이다. 넷째, 실무상 긴급체포는 주로 도주하고 있어 지명수배된 피의자를 대상으로 이루어지는데, 특히 사기, 횡령, 배임 등 재산범죄 고소사건에서 피고소인 소환조사가 어려운 상황에서 고소인의 일방적 진술에 의거하여 지명수배할 수 밖에 없고, 지명수배된 피고소인을 긴급체포한 후 조사과정에서 그 혐의가 풀려서 석방하게 되는 경우가 많다는 점을 지적하기도 한다.[212]

생각건대, 비록 현재 제도인 사후 구속영장심사절차에 대한 옹호론자의 근거가 더 많아 보이고 그 중에는 경청할 만한 가치가 있는 것도 있다고 보인다. 특히 이중절차로 인한 사법자원의 과다 투입의 논거는 상당히 그럴듯하게 들린다. 그러나 체포영장발부와 구속영장발부를 이중의 절차라고 하지만 이 둘은 그 성격이나 대상이 다른 것이고 구속영장발부여부를 심사할 때 긴급체포의 적법성도 함께 판단한다는 제도적 보장이 있지 않은 이상 이중의 절차 논리로 인해 긴급체포에 대한 사후 사법적 통제가 불필요하다는 주장은 설득력이 없다. 나아가 구속요건이 체포요건보다 더 엄격하다는 주장에 대해서는 어떠한 체포요건(즉 통상체포인지 긴급체포인지)을 구속요건에 대한 비교대상으로 보는지 알 수가 없다. 단순 비교를 통해 구속요건이 긴급체포요건보다 더 엄격하다고 할 수 있는지는 의문이다. 나아가 지명수배된 피고소인에 대해 이루어지는 긴급체포의 관행은 오히려 수사기관이 긴급체포를 얼마나 남용하고 있는가를 보여주는 예가 된다고 본다. 긴급체포를 인정하기 위해서는 장기 3년이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 '상당한' 이유가 있어야 하는데, 따라서 단순한 범죄혐의를 넘어서 구체적인 사실을 바탕으로 일정한 정도의 혐의가 형성되어야 하는데 앞서 언급한 관행은 이러한 요건이 충족되지 않았음에도 긴급체포가 이루

211) 사법개혁위원회, 「사법개혁위원회자료집(VI)-제14차~제27차 회의 자료-」, 법원행정처, 2005. 2.14., 100-102면.
212) 사법개혁위원회, 「사법개혁위원회자료집(VI)-제14차~제27차 회의 자료-」, 법원행정처, 2005. 2.14., 100-102면.

어지고 있다는 사실을 자인하는 셈이다.[213] 마지막으로 긴급체포 후 이미 석방된 피의자에 대해서도 사후 긴급체포영장심사를 통한 사법적 심사가 뒤따라야 하는가에 대해서는 형사절차, 그 중에서도 수사절차에서 영장주의의 의미에 대한 재고가 필요하리라 보인다. 형사소송법상 대원칙인 영장주의는 강제수사의 남용을 억제하고 개인의 자유와 재산을 보호하기 위한 사법적 통제수단을 의미한다.[214] 그런데 이러한 영장주의는 현재 진행 중인 개인의 자유에 대한 국가기관의 침해가 있는 경우에만 개입하는 것은 아니라고 본다. 과거에 그러한 침해가 있었는지를 판단하고 그러한 침해가 있었다면 그 불법성을 확인하고 선언하는 것도 영장주의의 중요한 기능이라고 보인다. 이는 헌법과 형사소송법이 영장주의원칙을 통해 형사절차전반에 걸쳐 사법부의 통제를 통한 법치주의를 실현하고 있기 때문이다.

나) 사후 체포영장제도 도입의 경우 그 형태

그런데 사후 체포영장을 요구하는 경우에도 그 형태가 어떠해야 하는지 대해서는 견해가 나누어진다. 긴급체포의 경우 사후 구속영장발부와 별도로 체포영장발부를 요구해야 한다는 입장과 구속영장을 청구하지 않고 석방하는 경우에만 체포영장을 청구할 수 있다는 입장이[215] 있을 수 있다. 한편 현행 긴급체포제도의 모습(긴급체포 → 구속영장청구)과는 반대로 사후 체포영장발부심사를 두면서 여기서 구속여부까지 심사하도록 하고(긴급체포 → 체포영장청구) 별도의 구속영장청구절차를 폐지하는 방안도 생각해 볼 수 있겠으나[216] 이는 용어상의 차이일 뿐 현행 제도에서 구속심사시 긴급체포의 적법성 여부를 심사하는 것과 별반 다르지 않을 것이다.

생각건대, 비록 체포영장심사와 구속영장심사는 그 대상과 성질이 다르다고 하지만 체포와 구속의 근접성 및 연속성으로 인해 구속영장심사시에 소급적으로 체포영장심사도 병행할 수 있다고 보이므로 사후 체포영장은 수사기관이 사후 구속영장을 청구하지 않고 석방하는 경우에만 인정하는 것이 바람직하다고 보인다.

---

213) 법률신문, 2017-04-28, "경찰이 고소인 주장만으로 긴급체포… 신체의 자유 침해" 인권위, 해당 경찰서에 긴급체포 요건 등 직무교육 실시 권고 https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=117741 (2020.12.15 최종검색).

214) 이창현, 앞의 책, 274면.

215) 황정근·박영관·송두환, "구속영장실질심사제도의 개선방안", 『형사정책연구』(형사정책세미나, 1997), 제21호, 50면.

216) 앞의 살펴본 일본의 긴급체포제도는 이러한 형태를 취하고 있다.

다) 사후 체포영장청구의 시한 및 방식

사후 체포영장을 도입할 경우 영장청구시한을 어떻게 설정할 것인지에 대한 것도 문제된다. 이미 1999년 사법개혁추진위원회도 긴급체포후 구속영장청구기간의 제한에 문제가 있다고 보았다. 당시의 사정을 잘 설명하는 문헌에 따르면 "긴급체포후 구속영장청구시한인 48시간이 외국에 비해 지나치게 길고, 긴급체포후 영장청구가 지연되는 경우가 있는 등 인권침해의 소지가 있으며, 긴급체포 후 48시간 이상을 법관의 영장 없이 유치장에 유치할 수 있는 현행 제도는 헌법이 규정하는 영장주의 원칙의 예외이므로 최대한 이를 단축하여야 한다는 것이었다."[217]

입법론으로 사후영장이 필요한 것으로 개선을 하더라도 구체적인 방식에 있어서는 다시 다양한 의견이 개진되고 있다. 우선 긴급체포 후 지체없이 체포영장을 청구해야 한다면서 6시간을 시한으로 하는 안,[218] 12시간 내에 청구해야 한다는 안,[219] 24시간 안에 청구해야 한다는 안,[220] 36시간 안에 청구해야 한다는 안,[221] 24시간을 시한으로 하되 필요적으로 체포적부심과 구속영장청구를 동시에 행하도록 하자는 안,[222] 법관에게 인치가 완료되는 것이 48시간 내에 이루어지도록하자는 안[223] 등이 있다.

이에 대해 수사기관의 반론은 현행 수사실무상 48시간은 필수불가결하다는 것이다. 이러한 반론에 의하면 체포와 영장청구에 관한 결정사이에 상당한 시간적 간격이 있다고 한다. 왜냐하면 대부분 긴급체포는 지명수배의 경우 많이 이루어지는 데 이 경우 지명수배의뢰 기관과 수배자 검거 기관이 달라 그 신병인도에 많은 시간이 걸리

---

217) 사법개혁추진위원회 발족 경위와 활동에 대해 상세한 것은 사법개혁추진위원회, 「민주사회를 위한 사법개혁-대통령 자문위원회 보고서-」, 씨에스기획인쇄, 2000.5, 27-28면, 문성도, 앞의 논문, 137면에서 재인용.

218) 한국형사법학회의 2010년 형사소송법 개정안의 제안. 하태훈, "한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평", 형사법연구 제23권 제1호, 2011, 16-17면 참조. 한편 시간에 대한 별도의 언급없이 '지체없이'라고 표현하는 견해도 이와 동일한 입장으로 평가할 수 있다. 이러한 입장으로 정승환, 앞의 논문, 84면.

219) 이창현, 앞의 책, 327면; 강동범, "구속영장재판에 대한 불복 가부 및 구속제도 개선방안", 형사법의 신동향 제23호, 2009, 250면.

220) 차용성/강동욱, 앞의 논문, 140면.

221) 김준성, "형사소송법상 긴급체포제도에 관한 재검토", 형사법연구 제23권 제3호, 2011, 222면. 이 견해는 형사소송법에서 통상 '지체없이'는 24시간 이내로 받아들여지고 있고, 긴급체포에 수반되는 대물적 강제처분의 시한이 24시간이라는 점에서 24시간의 조사 후 영장청구절차를 위한 시간 12시간을 더하여 36시간이 적정하다고 한다.

222) 하태인, 앞의 논문, 139면.

223) 류부곤. 앞의 논문, 155면.

게 되고 따라서 실제 수사할 시간이 부족하다는 것이다.[224]

심사의 방식과 관련하여 구속영장의 경우와 마찬가지로 피의자에 대한 실질심사가 이루어져야 한다는 견해와 체포영장의 경우처럼 서류심사로 족하다는 견해가 대립되어 있다.[225]

생각건대, 긴급체포의 경우 사후 체포영장제도를 도입하면 현행의 사후 구속영장청구와 마찬가지로 수사기관은 '지체 없이' 관할지방법원판사에게 체포영장을 청구해야 함을 원칙으로 삼아야 한다. '지체 없이'라는 규범적 표지는 개별 사건에서의 구체적 타당성을 고려하여 법원에게 판단재량을 주는 방식으로 사후 체포영장제도의 탄력적 운용을 가능하게 하지만 해석을 요하기 때문에 판례의 축적이 필요하리라 보인다. 그런데 현행 사후 48시간의 구속영장청구시한과 같이 사후 체포영장청구시한을 별도로 두어야 하는지는 검토를 요한다. 견해에 따르면 "2007년의 개정 법률은 구속영장의 청구를 지체없이 하도록 하였지만 최종적인 청구시한은 다시 48시간으로 규정함으로써 하나마나한 개정이 되었다"고 비판한다.[226] 앞의 비교가능한 외국법 연구를 다시 살펴보면, 일본의 경우 긴급체포후 검사는 '즉시' 법관에게 사후적으로 체포영장을 청구하여야 한다. 일본의 경우 우리나라와 같은 영장청구시한은 존재하지 않는다. 독일의 경우 체포된 자는 체포일의 다음 날까지 (즉, 24시간에서 48시간 사이) 체포된 지역을 담당하는 구법원의 판사에게 구인되어야 한다. 하나의 규정에 '지체 없이'라는 표지와 사후 체포영장청구시한 규정을 동시에 마련해 놓은 것은 상호 이질적인 두 요소를 한 데 섞어 놓은 것으로서 바람직하지 않다고 보인다. 그럼에도 불구하고 양자를 조화롭게 해석하기 위해서는 수사기관의 영장청구는 48시간을 넘으면 절대적으로 무효라고 보아야 하고 48시간을 넘지 않은 경우라도 합리적인 혹은 상당한 이유 없이 지체하여 영장을 청구하면 이것도 해당 규정의 위반으로 보아야 할 것이다. 사후 체포영장시한의 문제는 각 국가가 형사정책적으로 고려해서 결정해야할 사안으로 입법자에게 그 재량이 부여되어 있다고 보이는데, 현재의 48시간 시한도 우리나라의 수사실무를 고려한다면 지나치게 길다고 보기 힘들다고 하겠다. 더구나 앞서 언급한 바와 같이 '지체 없이'라는 표지와의 조화로운 해석을 고려한다면 48시간의 영장청구시한이 적절하다고 보인다.

---

224) 문성도, 앞의 논문, 137면.
225) 류부곤. 앞의 논문, 148면.
226) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법 제2판, 홍문사 2006, 131면.

마지막으로 긴급체포를 위해 사후 체포영장을 도입한다면 그 방식은 서면심사인지 아니면 실질심사인지를 정해야 할 것이다. 본 연구에 따르면 수사기관이 긴급체포 후 구속영장을 청구하는 경우에는 별도의 사후 체포영장을 청구할 필요가 없고 따라서 구속영장발부를 위한 절차가 진행되어야 할 것이다. 따라서 여기서는 실질심사가 문제된다. 사후 체포영장이 필요한 사안, 즉 피의자가 긴급체포 후 구속영장의 청구 없이 석방되는 경우에는 향후 구속여부를 결정하는 심사가 아니라 이미 행해진 긴급체포의 적법성을 심사하기 때문에 이미 석방된 피의자를 다시 법원으로 구인하는 것은 허용되지 않는다고 보인다. 그러므로 여기서는 서면심사가 문제된다. 다만, 긴급체포의 불법성판단에 이해관계가 있는 석방된 피의자가 신청하는 경우에는 실질심사의 길을 열어두어야 한다고 생각된다.

2. 현행범체포의 위헌성여부

수사기관 또는 사인은 영장없이 현행범인을 체포할 수 있다(형사소송법 제212조). 현행범체포의 성립요건은 영장에 의한 체포나 긴급체포와는 달리 현행범인 또는 준현행범인의 표지에 따라 결정된다. 즉, 범죄의 실행 중이거나 실행의 즉후인 자를 현행범인이라하고 ① 범인으로 호창되어 추적되고 있는 자, ② 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 자, ③ 신체 또는 의복류에 현저한 증적이 있는 자, ④ 누구임을 물음에 대하여 도망하는 자는 현행범인으로 간주한다. 다만 판례는 "현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접착성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다."[227] 따라서 이러한 요건을 만족하는 자를 체포하는 경우에는 영장이 불필요하다.

그런데 이러한 현행범체포의 경우에도 긴급체포와 마찬가지로 법원에 의한 사후 체포영장발부절차를 통해 그 적법성을 심사받아야 하는지가 문제될 수 있겠다. 왜냐하면 헌법 제12조 제3항 단서는 현행범체포의 경우에도 사후에 영장을 청구하도록

227) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결

하고 있기 때문이다. 따라서 긴급체포와 마찬가지로 현행범체포의 경우에도 사후 체포심사절차를 통해 현행범체포의 적법성을 판단할 기회가 부여되어야 한다는 주장이 보인다.[228] 이러한 현행범체포를 위한 사후 체포영장 도입은 헌법 제12조 제3항의 규정에서 도출될 뿐만 아니라 현행범체포의 경우에도 긴급체포의 경우와 마찬가지로 체포가 불법하게 이루어질 가능성이 전혀 없는 것은 아니어서 그 남용이 우려되고 통제의 필요성이 인정된다고 한다.[229]

그러나 헌법재판소는 현행 현행법체포 규정은 헌법의 영장주의에 위배되지 않는다고 본다.[230] 헌법 조문은 "사후에 영장을 청구하라고만 되어 있을 뿐 그 영장 형식에 대해서는 정한 바가 없다"는 이유이다.[231] 나아가 48시간 이내에 한편으로 체포영장을 다른 한편으로 구속영장을 청구하라는 것은 절차를 지나치게 번잡하게 만든다는 것이다.

생각건대, 현행범체포는 긴급체포와 달리 범죄현장에서 거의 실시간으로 범죄를 저지르고 있는 자를 체포하는 것으로 그 요건이 긴급체포에 비해 아주 제한적이고 엄격하다. 즉, 현행범체포의 경우 범죄의 혐의정도가 긴급체포에서 요구하는 상당한 범죄혐의를 넘어 거의 확실성에 가까운 개연성(명백성)의 정도를 요구하고 있으므로 오인체포의 염려가 거의 없다고 하겠다.[232] 따라서 범죄현장에서 체포하는 자의 판단을 어느 정도 존중하고 있다. 판례도 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 당시 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량 여지가 있다고 보고 있다.[233] 이러한 명백성의 요건으로 인해 형사소송법은 사인('누구든지')에 의한 현행범체포도 인정하고 있다. 이러한 현행범체포의 특수성은 사후적 체포영장심사절차를 불필요한 것으로 만들고 있다고 보여진다. 앞서 살펴본 독일과 일본의 경우에도 현행범체포의 경우에 영장을 요구하고 있지 않다. 특히 일본은 긴급체포의 경우에는 사후 체포영장을 요구하면서 현행범체포의 경우 이를 요구하고 있지 않다는 점은 주목할 만하다.

---

228) 문성도, 앞의 논문, 149면; 신이철. 현행범 체포의 요건과 절차에 대한 올바른 해석과 입법론. 법학논총, 31(2), (2018) 279면 이하.
229) 신이철. (2018). 현행범 체포의 요건과 절차에 대한 올바른 해석과 입법론. 법학논총, 31(2), 280면.
230) 헌법재판소 2012.5.31. 선고 2010헌마672 전원재판부.
231) 문성도, 앞의 논문, 149면.
232) 신이철. 앞의 논문, 251면.
233) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682

수사단계에서 구속제도개선에 관한 연구

권 오 걸

제5장

수사단계에서 구속제도개선에 관한 연구

현행 형사소송법은 수사단계라도 수사목적을 위해 피의자에 대한 구속을 인정하고 있다. 수사단계에서 구속에 관한 규정은 형사소송법 제2편(제1심) 제1장(수사) 제201조 이하에 규정되어 있는데, 구속에 관한 일반적인 내용을 담고 있는 형사소송법 총칙상의 구속에 관한 규정을 상황에 맞게 준용하고 있다. 형사소송법의 의미에서 구속은 구인과 구금을 의미하고, 구속이 성립하려면 피고인에 대한 상당한 범죄혐의가 있고 세 가지 구속사유(주거부정, 증거인멸우려, 도망 및 도망우려) 중 적어도 하나는 충족해야한다. 구속사유의 심사시 법원은 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려해야 한다. 이러한 총칙상의 구속에 관한 규정은 수사단계에서의 구속의 경우에도 적용이 된다. 다만, 검사 또는 사법경찰관은 법원이 발부한 영장 없이 구속을 집행할 수 없고 수사단계에서는 법원 또한 검사의 영장청구를 기다려 영장을 발부할 수 있다.

형사소송법 제201조의2에 따르면 법원에서는 형사소송법 제200조의2의 체포영장 발부와는 달리 구속영장을 발부하려면 피의자를 심문해야 한다(소위 영장실질심사). 체포된 피의자에 대해서 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문해야하고 미체포된 피의자의 경우 해당 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인장을 발부하여 피의자를 구인 후 심문해야 한다.

관할 법원이 구속영장을 발부하면 사법경찰관의 구속의 경우 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방해야하고(형사소송법 제202조), 검사의 구속 또는 피의자 인치의 경우 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방해야 한다(동법 제203조). 다만, 검사의 구속의 경우 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 1차에 한해 구속기간의 연장을 허가 할 수

있다(제205조).

그런데 학계 또는 실무계에서 이러한 수사단계의 구속제도에 대한 문제제기가 피의자의 인권보장차원에서 다양하게 이루어지고 있다. 먼저, 수사단계에서 구속의 주체는 누구인가 또는 누구여야 하는가(수사기관? 또는 법원?)라는 다소 이론적 논의를 거론할 수 있다. 주지하다시피 이는 이미 많은 형사소송법 교과서에서도 등장하는 문제, 즉 구속영장이 법원의 명령장인가 아니면 허가장인가라는 것과 맥을 같이 한다. 이는 또한 수사절차에서 피의자의 구속장소는 어디가 되어야 하는 문제와도 연결된다. 이러한 논의의 실익은 국민의 인권보장이라는 차원에서 어떠한 제도가 더 바람직한가를 파악하여 필요하다면 수사단계의 구속제도를 그 주체, 기간, 장소의 측면에서 새롭게 설계하는데 놓여 있다. 둘째, 구속된 피의자의 보석에 대한 문제제기이다. 현행 형사소송법상 소위 피의자 보석은 피고인 보석과는 달리 구속적부심사청구에 종속하여 법원의 직권에 의해 인정되고 있다. 이러한 피의자 보석의 한계로 인해 수사단계에서 구속피의자의 신체의 자유가 부당하게 제한될 수 있다는 지적들이 있다. 셋째, 현행 형사소송법이 수사단계에서 인정하고 있는 구속기간이 외국에 비해 지나치게 길다는 비판이 있다. 사법경찰관이 피의자에 대해 구속수사를 하는 경우 공소제기 전까지 최장 30일까지 구속될 수 있는데 이는 피의자의 방어권 보장 또는 무죄추정의 원칙에 관점에서 타당하지 못하다는 문제의식이다.

이하에서는 이렇게 제기된 문제에 대해 살펴보고 그것이 실제로 문제가 된다면 그 개선안을 제시해 보고자 한다.

제1절 | 수사기관에서 법원으로의 구속주체 변경 및 판사인치제도에 관한 논의

먼저 현행 수사단계의 구속제도보다 더 인권친화적인 구속제도의 마련을 위해서 해명되어야 할 것으로 구속의 주체에 관한 문제가 등장한다. 수사절차에서 수사기관과 법원 중 누가 구속의 주체가 되어야 하는가라는 문제는 단순히 구속과 관련된 사법권의 효율적 배분이라는 차원을 넘어서 구속의 객체가 되는 피의자의 형사절차상

의 권리관계에 중요한 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 앞서 행한 비교법 연구는 이러한 문제의식을 보다 분명하게 하는데 일본을 제외하고 영국과 독일의 경우 기소전 구속 주체도 기소후 구속의 경우와 마찬가지로 법원이 되고 이에 따라 수사절차에서의 인신보호가 좀더 강화되었다는 평가가 가능하기 때문이다.

1. 수사단계 구속의 주체 문제

먼저 수사단계에서 구속의 주체는 누구인가 혹은 누가되어야 하는가에 대한 문제를 살펴보자. 헌법 제12조 제3항은 구속의 경우 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고만 되어있어 구체적으로 누가 구속행위를 하는지에 대해서는 아무런 언급이 없다. 반면 형사소송법 제70조에 따르면 법원은 구속의 요건이 성립하는 경우 피고인을 구속할 수 있다고 하고 동법 제201조 제1항에서는 구속요건의 충족을 조건으로 검사와 사법경찰관은 각각 관할 지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다고 한다. 이를 고려하면 언뜻 기소전 피의자의 경우 수사기관이 구속의 주체가 되고 기소후 피고인의 경우 법원이 주체가 된다고 보인다. 그런데 기소전 수사절차에서는 수사기관이 직접적으로 구속행위를 담당하고 있지만 구속영장을 발부받아 구속을 집행하는 것이기 때문에 구속여부의 최종적인 결정권자는 법원이다. 따라서 수사단계에서는 구속의 주체가 누구인가라는 논의가 등장하게 된다. 이러한 논의는 전통적으로 법원의 구속영장의 성질이 무엇인가라는 형태로 진행되었다.

가. 수사기관으로 보는 입장

먼저 수사단계에서 구속의 주체는 수사기관이라고 보는 입장이 있다. 이러한 입장에는 수사절차와 공소제기 이후의 공판절차는 엄격히 구분되어 심판권은 법원에 속하지만 수사권은 수사기관이 가진다고 본다(권력분립의 원칙). 따라서 수사기관이 수사권 행사의 일환으로 피의자를 구속할 수 있지만 구속남용을 통해 피의자의 신체의 자유가 침해될 소지가 있기 때문에 법원은 구속영장발부절차를 통해 이를 방지해야 한다는 것이다. 따라서 법원의 구속영장을 허가장으로 이해한다.[234)]

나. 법원으로 보는 입장

이에 반해 수사절차에서 구속의 주체는 법원이라고 보는 입장은 공판단계 뿐만 아니라 수사단계에서도 당사자주의에 따른 무기대등의 원칙이 고수되는데 수사기관이 피의자를 대상으로 구속이라는 강제처분을 하게 되면 이는 무기대등의 원칙이 반하게 되는 것으로 인정할 수 없고 기소전의 구속도 공판단계에서의 구속과 마찬가지로 법원이 권한을 가진다는 것이다. 수사는 공판과 분리되어 있지 않고 공판을 위한 준비단계로 인식하며 따라서 수사단계에서의 구속영장은 공판단계에서의 구속명령과 마찬가지로 명령장이라고 한다.

다. 검토

이러한 문제는 전통적으로 수사구조론에서 많이 다루어졌다. 수사구조론은 수사절차가 전체 형사절차에서 어떠한 의미와 지위를 가지는가 그리고 이러한 수사절차에 참여하는 활동주체들 사이에는 어떠한 관계가 존재하는가에 관한 체계적 이론을 말한다.[235] 이러한 수사구조론에 대한 자세한 논의는 여기서 생략하고 필요한 부분만 업급하자면 기존의 논의는 주로 수사단계에서의 주재자가 누구인가에 대해 검찰과 법원간의 일종의 권한다툼 위주로 흘러갔었다. 수사절차의 경우 직권주의적 성격이 강하기 때문에 검사가 수사절차에서 주도권을 가지고 법원은 인권보호와 관련된 영역에서만 역할을 해야한다는 견해와 반대로 수사절차 영역에서도 당사자주의는 견지되어야 하고 피의자든 피고인이든 그 자의 인신구속을 행할 권한은 법원만이 가진다는 견해로 첨예하게 대립되어 있다.

그런데 이러한 양상은 검·경수사권 조정으로 큰 변화를 맞이하게 되었다고 생각된다. 검·경수사권의 조정의 바탕에는 입법자가 보다 철저하게 당사자주의를 관철시키고자 하는 의사가 담겨 있다고 보인다. 과거 수사절차에서 직권주의를 강조하여 수사절차의 주재자는 검찰이라는 식의 주장은 변화된 상황에서는 더 이상 그 설자리가 없을 것으로 보인다. 마찬가지로 수사권 조정으로 경찰이 자율적인 수사권을 가지게

234) 최근 이러한 입장으로 박봉균/김문귀. 무죄추정의 원칙과 공판전 인신구속 - 영장실질심사를 중심으로 -. 법학연구, 19(2), (2019), 119면.
235) 이창현, 앞의 책, 203면 참조.

되었다고 하여 경찰이 수사절차에 대한 배타적 권한을 검찰을 상대로든 법원을 상대로든 주장할 수 있는 것도 아니다. 상황이 이렇다면 수사절차에서 구속은 주체는 법원이 되어야 한다는 주장이 더욱 설득력을 가지게 될 것이다.

2. 판사인치제도 도입

구속의 객체인 피의자의 입장에서는 대립당사자인 수사기관이 주체가 되어 운영되는 구속보다는 중립적 지위를 점하고 있는 법원이 주체가 된 구속제도가 자신의 권리보호의 관점에서 더 선호할 것이다. 비교법적 관점에서 한국과 일본을 제외하고 대부분 국가에서는 법원이 구속주체가 된다는 점도 이를 뒷받침한다. 이들 국가에서 "구속의 기간은 우리의 현행법에서 기소 후 법원에 의한 구속의 경우와 같이 비교적 장기간으로" 설정되어 있고 "특히 우리나라를 제외하고는 체포시한 이후에는 경찰이 구속의 주체가 되는 경우는 없다는" 점을 든다.[236]

그러므로 향후 한국의 형사소송법도 기소전 구속제도과 관련하여 판사인치제도와 유사한 형태로 나아가야 할 것이다. 이러한 방향에서 피의자 조사 등을 목적으로 하는 체포는 지양되어야 하고 단기간 인신구속의 목적은 법원에 의한 판단을 구하기 위한 일시적 신병확보로 제한되어야 한다. 일단 붙잡아 놓고 수사를 한 뒤 구속영장이 발부될 수 있을 정도로 범죄혐의를 강화시켜 영장을 청구하는 것은 피의자의 신체적 자유를 수사편의에 맞추어 과도하게 침해하는 것으로 보인다. 이러한 관행은 수정되어야 하며, 수사기관은 체포를 하기 전에 미리 충분한 수사를 통한 증거를 확보하고 그러한 구체적인 증거확보를 통해 구속영장발부에 필요한 범죄혐의를 형성할 수 있도록 해 놓아야 한다. 그런 후 긴급체포 또는 현행범체포를 통해 피의자의 신병을 확보하고 신병을 확보한 즉시 추가적인 수사없이 영장을 발부하는 법원으로 피의자를 인치해야 할 것이다. 그런 후 수사기관이 추가적으로 피의자 신문 등의 조사가 필요하다면 법원의 통제하에서 구치소를 방문하여 (사법경찰의 경우 더 이상 피의자를 경찰서 유치장에 구금할 수는 없다) 추가 조사를 할 수 있다.

수사단계에서 체포의 의미를 이렇게 제한적으로 봐야 한다면 당장 해석론을 통해

236) 류부곤. 앞의 논문, 159면.

적법한 체포의 범위를 축소할 수도 있겠지만 해석론에 관한 다툼이 여전하다면 입법적 해결방법도 모색할 수 있다고 본다. 생각건대, 형사소송법이 제69조에서 구속의 정의규정을 마련해 놓은 것처럼 체포의 정의규정을 신설하는 것도 좋은 방법이라 여겨진다. 예컨대 "피의자 신원확인을 위한 질문 이외에 범죄사실의 조사를 위한 체포는 금지된다."

제2절 | 수사단계에서 보석제도의 강화방안

1. 의의

수사단계에서 인신구속을 당하는 피의자의 인권보장을 강화하는 또 다른 방법은 보석제도를 확대하는 것이다.

현행 형사소송법 제214조의2 제5항에 따르면 법원은 일정한 배제사유(죄증인멸의 염려 또는 피해자 등의 생명·신체·재산 등에 해를 가할 염려)가 있는 경우를 제외하고 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 있다. 이를 소위 피의자보석이라고 한다.

1995년 형사소송법 개정 전에 보석제도는 원래 피고인에게만 인정되었다. 그 주된 이유로는 피고인과 달리 피의자의 경우 구속기간이 짧고 구속적부심사절차가 이미 마련되어 있으며 피의자를 석방할 경우 증거를 인멸할 우려가 크기 때문에 수사에 어려움이 따른다는 점을 든다.[237]

보석제도는 구속의 요건이 충족되어 구속재판이 가능함에도 불구하고 헌법상의 무죄추정의 원칙의 관철과 피고인의 방어권을 실질적으로 보호하기 위해 일정한 조건부로 피고인을 석방해주는 제도이다. 따라서 보석제도는 한편으로는 구속제도가 갖는 폐해를 줄이면서도 다른 한편 보석을 통해 구속제도를 대체하면서 구속제도가 갖는 기능을 살리는 역할을 수행한다.

1995년 개정 형사소송법은 이러한 보석제도의 취지를 기소 전 단계까지 확대하였

237) 이인영, 앞의 논문, 242면.

다는 점에서 한층 진일보한 사법개혁으로 평가받을 수 있다. 이를 통해 피의자는 기존의 구속취소(제93조, 제209조)와 구속집행정지(제101조, 제209조) 외에도 피의자보석을 통해 구속에서 벗어날 수 있게 되었다.[238]

그런데 이러한 보석제도의 확대에도 불구하고 피의자보석이 피고인보석과 비교하면 상당히 제한적이어서 피의자의 인권보장에 미흡하다는 평가를 받는다. 그 주된 내용은 개정 법률이 피의자보석을 구속적부심사절차단계에서 결정하도록 함으로써 성격이 서로 다른 두 가지 제도를 하나의 절차에서 섞어 놓아 보석제도의 한계가 드러난다는 것이다. 한편 피의자에 대해 보석제도가 이러한 방식으로 확대된 데에는 "양 제도를 별도의 절차로 규정할 경우, 현실적으로 유사한 구제절차의 중복과 각 절차마다 수사기록이 법원에 송부되어 수사지연 등의 불합리한 점이 발생한다는 염려가" 작용하였다고 한다.[239]

그럼에도 불구하고 피의자의 인신보호를 위해서는 피의자보석의 개선에 대한 요구가 지속적으로 주장되고 있다. 무엇보다 그간의 실무운영을 비추어 보면 초동수사의 경우 수사의 편의를 위해 구속수사방법을 많이 이용하려는 행태가 나타나는데 피의자보석을 보다 확대하면 이러한 구속수사에 내재된 강압수사의 위험을 줄일 수 있다. 그리고 인신구속된 자의 인권보호강화를 위해서는 기소 전 구속제도와 기소 후 구속제도를 통합하는 방향으로 나아가야 한다는 점을 고려할 때 현행 피의자 보석제도를 피고인 보석과 같은 수준으로 업그레이드하는 것도 함께 검토되어야 한다고 보인다.

2. 피고인 보석과의 차이

현행 형사소송법은 피의자 보석을 구속적부심사와 연동시켜놓았기 때문에 피고인보석과 비교하면 여러 가지 면에서 차이점을 드러낸다. 이 중 가장 중요한 것은 피의자에 대해서는 형사소송법 제95조의 필요적 보석이 허용되지 않고 그 보석여부가 법원의 판단에 맡겨져 있다는 점이다. 즉 피고인보석의 경우 보석을 배제할 사유가 없는 한 법원은 보석을 허가해야 하는데, 피의자보석에서는 동법 제214조의2 제5항에 따라 법원은 보석요건이 충족되는 한 보석을 명할 수 있다. 그리고 피의자보석은 구속적부

238) 이인영, 앞의 논문, 241면.
239) 국회 법제사법위원회, 형사소송법중개정법률안 심사보고서, 1995.12, 15-16면.

심사와 결합되어 있어 피의자가 이러한 적부심사를 신청하는 한도에서 법원이 직권으로 보석을 결정하는 구조를 취하고 있기 때문에 피의자의 입장에서는 적부심사를 통하지 않고 직접 보석을 신청할 길이 없다. 따라서 피의자 보석의 경우 소위 권리보석이 인정되지 않는다.[240]

보석 배제사유와 관련하여 피의자보석의 경우 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때와 피의자가 피해자 측에게 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때 보석이 인정될 수 없다. 피고인에 대한 필요적 보석(제95조)의 경우에는 그 밖에도 피고인이 사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때(제1호), 피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범한 때(제2호), 피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때(제3호), 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때(제4호), 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때(제5호), 피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때(제6호)를 배제사유로 인정하고 있다.

나아가, 피의자에 대해서는 석방결정을 하는 경우 법원은 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있고(제214조의2 제5항), 피고인의 경우에는 보석을 허가하는 경우에 주거를 제한하고 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다(제99조). 피고인의 경우 보석취소의 사유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보석을 취소할 수 있다. 피고인보석과 달리 피의자보석의 경우에는 보석의 취소규정을 두고 있지 않고 있으며, 석방된 피의자가 도망한 때, 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있은 때, 출석요구에 대하여 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때, 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때에는 이에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재체포 또는 재구속하지 못한다고 규정하고 있다.

240) 이인영, 앞의 논문, 244면.

3. 개선방안

여기서는 국민의 인권보장강화라는 차원에서 피의자 보석제도에 대한 개선방안을 검토하고자 한다.

가. 체포구속적부심사와 분리된 권리·필요보석제도도입

앞서 언급한 바와 같이 현재의 피의자 보석은 구속적부심사와 연동이 되어 있는 구조이다. 따라서 피의자는 보석에 대한 권리가 인정되지 않고 보석절차도 법원의 직권으로 개시되고 보석여부의 결정도 법원에 재량에 맡겨져 있다. 따라서 학설상 견해는 "피의자보석이 구속적부심사청구를 계기로 법원에 의한 시혜적 조치로 운영될 수 있다는 우려가 있으며, 현실로 피의자보석이 제대로 활용되지 않는다"는 점을 지적한다.[241] 2003년 9월 3일에 제정된 「보석·구속집행정지 및 적부심 등 사건의 처리에 관한 예규」(재형 2003-5) 제19조 제2항에 의하면 "구속적부심사 청구사건의 경우 그 사안에 따라 무조건의 석방명령을 적극 활용한다"고 규정하고 있지만 이는 예규로서 법률상의 일반적 구속력을 가지지 못하여 그 효력에 한계를 가진다고 볼 수 있다.

그리고 그 성격상 구속적부심사제도는 이미 발부된 구속영장의 적법성과 타당성을 심사하기 위해 마련된 것으로 법원의 구속명령 그 자체를 문제삼는 것이라면, 보석제도는 구속 그 자체는 적법 또는 타당하다는 판단을 받지만 여러 가지 이유에서 구속된 피의자에 대해 구속집행을 하지 않겠다는 의미를 가진다. 따라서 이렇게 상호 이질적인 두 가지 제도를 결합함으로써 피의자보석제도의 운용에 있어 한계가 지적되고 있다.[242] 그런데 이렇게 피의자 보석이 구속적부심사와 결합하게 된 데에는 절차의 중복성 및 지연성이라는 이유가 크다.[243] 즉 구속적부심사제도와 별개로 피고인보석과 같은 제도를 신설하면 유사한 목적의 구제절차가 겹치고 각각의 절차마다 수사관계서류와 증거물이 법원에 송부됨으로써 절차가 지연된다는 것이다.

따라서 현행 제도하에서 구속된 피의자가 보석을 희망하는 경우에는 보석이 아니라 구속적부심을 청구해야 한다. 물론 이 경우 법원에서는 먼저 구속의 적부심사를 통해

241) 이인영, 앞의 논문, 266면.
242) 이인영, 앞의 논문, 265면.
243) 박형남, 앞의 논문, 125면.

구속이 위법 부당하다는 판단을 내려 그 청구가 이유있다고 인정하게 되면 피의자는 그러한 결정에 의거 석방될 것이고 구속이 적법하고 정당하다는 판단이 내려지는 경우에도 이어서 바로 보증금 납입 조건부 석방여부를 심사하여 그 요건이 충족되면 법원은 석방결정을 한다. 그런데 이렇게 되면 절차의 신속성 및 효율성은 촉진될지 몰라도 피의자의 입장에서는 보석심사에 대한 청구권한이 박탈되고 법원이 직권으로 심사를 하더라도 반드시 보석이 인정된다는 보장이 없게 된다. 이는 구속된 피고인에 비해 상당히 불합리한 처우가 된다. 또한 피의자가 구속의 적부에 대해서는 별다른 다툼이 없고 단시 보석만을 요구하는 경우에도 피의자는 적부심사를 청구해야 하고 청구를 받은 법원은 적부에 대해 심사해야 하므로 오히려 절차의 신속성 및 효율성이 저하될 수도 있다.[244]

생각건데, 피의자 보석은 구속적부심사절차에서 분리되어 피고인 보석과 통합되어 운영되어야 한다. 이는 구속된 피의자의 인권보장의 확대라는 측면에서 상당한 의의가 있고 절차의 신속성이나 효율성의 저해라는 측면에서도 그다지 큰 악영향을 미치지 않는다고 보인다. 구속적부심사와 분리된 형태로 보석제도가 운영되면 구속된 피의자는 매번 양 절차를 동시에 진행시켜야 할 필요가 없고 선택적으로 절차를 진행시킬 수 있다. 구속의 적부에 이의가 있는 피의자는 적부심사를 먼저 신청하여 이를 다투어 보고 구속이 적법하다는 판단을 받은 후에 보석을 신청하여도 피의자의 입장에서는 큰 불이익이 없다. 이 경우에 발생되는 절차의 지연은 당연히 피의자가 감내해야할 문제이다. 처음부터 보석만이 문제되는 피의자의 경우는 보석만을 신청하여 본래부터 이루려는 목적을 큰 절차적 장애 없이 달성할 수 있을 것이다. 만약 피의자가 절차지연을 목적으로 적부심사와 보석심사를 동시에 신청한다면 법원의 입장에서는 피의자로 하여금 양 자 중 하나를 선택하게 하든지 하나의 절차에서 다룰 수 있도록 절차지연을 방지하기 위한 절차적 장치를 마련하는 것도 하나의 방법이 된다고 보인다.

피의자 보석의 문제에 대한 보다 큰 해결책은 수사절차에서의 구속제도와 공판절차에서의 구속제도를 통합하는 것이다.

---

244) 이인영, 앞의 논문, 265면.

나. 체포 피의자에 대한 적용확대

여기서는 앞서 살펴본 국민의 인권보장 강화라는 측면에서 확장된 피의자보석을 구속된 자 뿐만 아니라 체포된 자에게까지 확대할 수 있을까에 대해 검토가 이루어진다. 이 경우 순차적 검토가 필요한 데 우선, 현행 적부심사와 결부된 피의자 보석을 체포된 피의자에게까지 확대할 수 있는지 여부를 먼저 따져보고 이어서 체포된 피의자에게도 권리·필요보석이 인정될 수 있는지를 검토해 보아야 한다.

먼저 형사소송법 제214조의2 제5항의 피의자 보석에 체포된 피의자도 포함될 수 있는지를 살펴보자. 우선 동법 제214조의2 제5항의 자구를 보면 피의자보석의 대상으로 '구속된 피의자'라고 명시되어 있다. 그리고 판례에 따르면 "형사소송법은 수사단계에서의 체포와 구속을 명백히 구별하고 있고 이에 따라 체포와 구속의 적부심사를 규정한 같은 법 제214조의2에서 체포와 구속을 서로 구별되는 개념으로 사용하고 있는바, 같은 조 제4항에 기소 전 보증금 납입을 조건으로 한 석방의 대상자가 '구속된 피의자'라고 명시되어 있고, 같은 법 제214조의3 제2항의 취지를 체포된 피의자에 대하여도 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되어야 한다는 근거로 보기는 어렵다 할 것이어서 현행법상 체포된 피의자에 대하여는 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되지 않는다"고 하고 있다.[245] 따라서 입법과 판례의 태도는 기본적으로 체포 구속적부심과 결부된 피의자보석을 체포된 피의자에게는 인정할 수 없다는 입장이다.

다만 여기에는 다음과 같은 반론이 있다. 먼저 체포와 구속은 장단기라는 기준과 그 요건의 강약에 의해 구분될 뿐 그 실질에 있어서는 둘 다 수사 초기 단기간의 피의자 신병확보를 목적으로 한다는 점에서 차이가 없다는 것이다. 또한 형사소송법 제203조2에 의거 구속기간에 체포기간이 포함되므로 구속된 피의자라는 개념은 체포된 피의자도 담고 있다는 것이다.[246] 그러므로 "피의자보석에 대해서 체포된 피의자와 구속된 피의자를 구분할 합리적 이유가 없을 뿐 아니라 체포적부심사가 인정된 피의자만을 이 제도의 혜택에서 제외할 근거가 없다"고 한다.[247] 또한 "대법원이 동일한 판례에서 위법 또는 부당하게 체포·구속된 피의자에게 모두 적부심사를 청구할 수 있다고 판단

245) 대법원 1997. 8. 27. 자 97모21 결정.
246) 제214조의2 제4항의 법문상의 "구속된"의 의미는 체포를 포함한 넓은 의미의 구속이라고 해석하여야 할 것이라고 주장한다, 박형남, 앞의 논문, 125면.
247) 하태영, 앞의 논문, 327면 이하.

하였다면, 적부심사권과 하나의 절차에서 통합된 기소전 보증금 납입조건부 석방제도는 체포된 피의자에게도 당연히 적용되어야 할 것이다는" 견해도 보인다.[248]

생각건대, 현행법의 태도를 비추어 보면 체포와 구속은 구별되고 형사소송법 제214조의2 제5항은 명시적으로 구속된 피의자라는 용어를 사용하고 있기 때문에 이러한 법문의 해석한계를 넘어설 수는 없다고 보인다. 한편 체포된 피의자에 대해서는 보석이 인정될 수 없다는 점에 대한 반론이 원용하는 논거들도 타당하다고 보인다. 이를 종합하면 형사소송법 제214조의2 제5항의 구속된 피의자를 "체포·구속된 피의자"로 바꾸는 입법적 결단을 내려야 한다고 보인다. 향후 형사소송법의 개정은 체포와 구속을 엄격히 구분하지 않는 일원화의 방향으로 나아가야 하기 때문이다.

한편, 이제 체포된 피의자에게도 보석제도가 인정된다면 여기서의 보석제도는 피고인을 위한 보석제도와 같은 성질의 것이어야 한다. 따라서 체포된 피의자에게도 권리·필요보석을 인정하여 적부심사절차와 구별되는 절차를 통해 체포된 피의자는 선택적으로 인신구속으로부터 해방될 수 있는 길이 열려야 한다고 보인다.

다. 구속영장실질심사단계에서 보석청구의 인정의 문제

한 발짝 더 나아가 이제 형사소송법 제201조의2의 구속전 피의자 심문절차에서도 보석제도를 활용할 수 있는지를 살펴보자. 이는 구속과 관련된 모든 절차에서 보석제도의 활용가능성을 도입하여 관련 형사절차에서 구속자의 신체의 자유를 가능한 한 최대한 보장하려는 시도로 이해된다. 앞서 다룬 현행 피의자보석에 관한 논의는 체포구속적부심사와 분리의 방향으로 진행되었다면 여기서는 반대로 보석제도활용가능성을 수사절차에서 시기적으로 좀더 앞당기면서 구속전 피의자심문절차와 연계하여 운영하려는 시도라 하겠다. 어쨌든 현행 형사소송법은 구속전 피의자심문 단계에서는 보증금 납입조건부 석방이라는 제도를 알지 못한다. 보석제도가 일단 유효한 구속영장을 전제로 보증금 납입을 조건으로 구속의 집행을 정지하는 절차라는 점에서 아직 발부되지 않고 오히려 발부여부를 판단하기 위해 마련된 구속전 피의자 심문절차에서 보석제도를 활용한다는 것은 앞서 체포구속적부심사 결합형 피의자 보석에서 설명한

248) 이인영, 앞의 논문, 267면.

바와 같이 상호 이질적인 두 제도를 하나의 절차에서 운영한다는 비판점을 떠오르게 한다. 그럼에도 불구하고 학설상의 견해는 구속전 피의자심문의 경우에도 보석제도가 도입되어야 한다고 주장한다. 이를 검토하기 위해서는 먼저 체포구속적부심사와 구별되는 구속전 피의자심문의 특징을 살펴보아야 할 것이다.

현재 형사소송법 제201조의2의 피의자 심문은 체포구속적부심사시의 피의자 심문과의 경우와는 달리 필요적 절차이다. 한때 이러한 구속전 피의자 심문의 성격이 수사기관과 법원에게 과중한 부담을 준다는 이유로 임의적인 것으로 바뀐 것이 있었으나 일반 시민의 인권보장에 더욱 무게가 실리게 되어 다시금 필요적 절차로 환원되었다.[249] 따라서 수사기관이 피의자를 구속하려고 하면 헌법 제12조 제3항에 따라 법원의 영장이 필요하고 법원은 구속영장을 발부하기 위해 피의자 심문을 하여야 하는데 이 때 피의자는 구속영장 발부를 전제로 보석을 청구할 수 있는가이다. 이러한 절차의 형성은 이론적으로 무리없이 가능하다고 보인다. 피의자의 입장에서는 석방의 결정을 받는 것이 목적인데 한편으로 구속의 요건이 충족되지 않는다고 주장하면서 다른 한편 그럼에도 불구하고 법원이 구속영장을 발부하는 경우 바로 보석신청을 하겠다는 취지의 주장도 병존할 수 있기 때문이다. 이는 피의자의 입장에서는 오히려 신속한 석방을 보장한다고 볼 수 있다. 다만 우려가 되는 것은 영장실질심사단계에서 보석제도를 강조하게 되면 사실상 법률이 피의자에게 구속영장발부에 필요한 범죄사실의 인정을 신속히 강요하게 되는 것은 아닐까라는 의구심이다. 유죄답변와 같은 협상제도를 알지 못하는 한국의 형사소송법에서는 이러한 위험요소는 간과될 수 없다.

그럼에도 불구하고 학설상 견해에 따르면 구속전 피의자 심사제도와 결합된 보석제도의 도입을 긍정적으로 평가하고 있는 듯하다. "영장실질심사단계에서의 피의자심문절차에서 구속의 요건이 존재하는 경우에도 일정한 보석보증금을 납부하게 하고 석방하면 피의자의 출석을 담보할 수 있다고 판단되는 경우에는 판사가 즉시 보석을 허가하여 석방할 수 있도록 하는 것이 타당하"고 "피의자의 보석은 수사절차에 있어 구속수사로 인하여 야기되어지는 강압수사의 위험을 방지할 수 있다는 점에서도 그러하다"라는 견해도 있고,[250] "보석제도가 활성화되어 있는 미국에서는 치안판사가 피의

249) 신동운, 인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 서울대학교 법학, 제39권 제1호(1998), 31-33면 참조.
250) 이재석, 앞의 논문, 313면.

자를 심문하는 절차에서 보석을 허용하고 있고, 우리의 경우에 있어서도 이와 같이 피의자심문시에 피의자에 대한 보석여부를 결정하여야 한다"라는 견해도 보인다.[251] 나아가 같은 맥락에서 "구속영장실질심사와 피의자보석제도의 연계시스템은 구속영장실질심사제도의 실천적 가치를 활성화함에 함께 영장기각결정으로 석방되는 경우에 야기되어지는 제문제에 대한 보완책으로도 바람직한 제도"라고 평가하는 입장도 있다.[252] 그리고 구속적부심사 때 보다 이른 영장실질심사시 보석을 청구하게 되면 "피의자의 범죄혐의와 무죄, 벌금형의 경미한 처벌의 가능성과 관련된 유리한 사실을 진술함으로써 보석허가결정의 가능성을 증가시키거나 보다 적은 금액의 보석보증금액이나 보다 경미한 조건으로 석방될 가능성을 가질 수 있을 것으로" 보는 평가도 영장실질심사와 결합된 보석제도 도입에 대한 찬성근거이다.[253]

이를 종합하면 구속전 피의자 심문절차에서도 보석제도를 활용할 수 있는 길을 터주는 것이 보다 국민의 인권보장에 기여할 수 있다고 보인다.

제3절 | 수사단계에서 구속기간에 관한 연구

본 절에서는 기간을 중심으로 형사절차상 구속제도를 살펴본다. 우리나라 형사소송법은 구속기간을 공소제기 전과 공소제기 후(제92조)로 구분하고 공소제기 전의 경우도 사법경찰관의 구속기간(제202조)과 검사의 구속기간(제203조)으로 나누어진다. 형사절차의 순서에 따라 살펴보면 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방해야 하고, 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받을 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다. 검사에 의한 피의자 구속의 경우 검사의 신청에 의해 지방법원판사는 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때에는 10일을 초과하

251) 손동권, 구속영장실질심사제의 운용상 문제점과 그 개선책, 법정고시, 1997.12, 126면; 황정근, 영장실질심사제도 시행의 의미와 과제, 영장실질심사제도(실무상 문제점과 과제), 법원행정처, 1997, 443면 이하.
252) 이재석, 앞의 논문, 314면.
253) 이인영, 앞의 논문, 273면 이하.

지 아니하는 한도에서 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다(제205조). 다음으로 법원이 피고인을 구속하는 경우 구속기간은 2개월이고(제92조 제1항) 특히 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 심급마다 2개월 단위로 2차에 한하여 결정으로 갱신할 수 있고, 상소심은 추가 심리가 필요한 부득이한 경우에는 3차에 한하여 갱신할 수 있다.[254]

구속기간의 계산에 관하여 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정하며 기간의 말일이 공휴일에 해당하는 경우에도 이를 기간에 산입한다(동조 제3항 단서). 그리고 피의자가 현행범인의 체포 또는 구속된 경우에는 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날부터 기산한다.

비교법적 관점에서 우리나라와 일본 그리고 영국의 경우 형사소송법상 구속기간은 기간의 제한이 있다는 점에서 특징적이다. 물론 나라마다 기간은 각각 다르다. 독일의 경우 체포의 시한만 있고 원칙적으로 구속기간의 제한이 없다. 우리나라에서 피의자 구속기간은 최대 30일이고 피고인에 대한 구속기간은 최대 18개월이다.

수사절차로 한정하여 살펴보면 피의자 구속기간도 경찰에 의한 구속기간 10일, 검찰에 의한 구속기간 10일 및 연장의 경우 10일로 상당히 도식적이고 비탄력적이다. 이러한 구속기간은 한편으로 피의자의 인권보장이라는 관점에서 그 기간이 너무 길다는 비판과 다른 한편 중대하고 복잡한 사건 수사의 경우 반대로 너무 짧을 수 있다라는 비판에 동시에 직면하고 있다. 아래에서는 이러한 수사절차에서의 구속기간에 관한 다양한 논의를 살펴보고 국민의 인권보호강화와 수사의 효율성 확보 간의 적절한 조화점이 어디인지를 논한 후 개선방안을 모색해 본다.

---

254) 국가보안법 사안의 경우 동법 제3조 내지 제10조의 죄로 구속된 피의자에 대한 사법경찰관의 구속기간은 1차에 한하여 연장이 허용된다(동법 제19조). 이에 반하여 검사는 국가보안법 위반사건의 피의자인 경우에는 2차에 걸쳐 구속기간을 연장할 수 있도록 하고 있다(동법 제19조 제2항). 헌법재판소는 국가보안법상의 구속기간 연장규정에 대하여 '국가보안법상의 구속기간 연장규정(제19조)을 제7조(찬양고무), 제10조(불고지)의 경미한 죄까지 적용하는 것은 신체의 자유, 무죄추정, 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이므로 일부 위헌이라고 판시하는가 하면, 국가보안법 제3조, 제5조, 제8조 및 제9조의 죄에 관한 구속기간의 연장에 대해서는 합헌결정을 내린바 있다, 헌법재판소 1997. 6. 26, 96헌가9; 1997. 8. 21, 96헌마48.

1. 수사절차에서 구속기간 축소? 확대?

먼저 살펴보아야 할 것은 현재의 수사절차상의 구속기간이 적절한가이다.

국제규약의 기준 및 국제기구의 평가에 비추어 기소 전 구속기간이 지나치게 길다는 시각이 있다. 과거 1999년에 배포된 보도자료에 따르면 사법개혁추진위원회는 "경찰의 구속기간을 현재의 10일에서 5일로 단축하되 수사상 필요한 경우 검사의 허가를 받아 1회에 한하여 5일 이내에서 연장할 수 있도록 하고 이 경우 연장된 기간만큼 검사의 구속기간을 줄여 전체적으로 수사기관의 구속기간을" 30일에서 25일로 하여 5일간 단축하는 안을 발표하였다.[255]

그런데 이러한 방안에 대해서는 특히 경찰을 중심으로 크게 반발하였는데, 그 내용을 간추려보면 전체 수사에서 차지하는 경찰 수사의 비중이 상당히 높고 경찰수사는 그 성질상 주로 현장수사임에 반해 검찰수사는 요식·탁상수사임에도 불구하고 경찰의 구속기간만 유독 단축시켜 놓았고, 5일이라는 구속기간은 경찰이 실제로 수사하는데 턱없이 부족한 기간이며,[256] "검찰은 토·일요일 및 공휴일에는 사건송치를 받지" 않기 때문에 "실제 수사할 수 있는 기간은 5일이 아니라 3~4일로 더욱" 단축되며, 이러한 구속기간의 단축은 수사부실화를 초래하여 오히려 피의자의 인권보호에 반하게 된다는 것이다. 경찰의 반대논리는 주로 수사현실에 근거하였다.[257]

한편 수사단계에서 구속기간의 축소에는 전체적으로 동의하면서 경찰의 구속기간이 아닌 검찰의 구속기간을 오히려 줄여야 한다는 입장도 있다. 즉 검찰의 구속기간을 10일로 하고 10일간의 연장제도를 폐지하자는 것이다. 그러면 전체 수사절차에서의 구속기간이 30일에서 20일로 줄어들기 때문에 사법개혁추진위원회의 25일안보다도 더욱 인권친화적이라는 것이다.[258] 나아가 수사구조를 경찰수사와 검찰수사가 결합되는 연계형과 검찰수사만의 독자형으로 구분하고 연계형과 독자형 사이의 균형을 유지하기 위해 연계형의 경우 검찰구속기간을 최장 10일로 단축해야 한다는 주장도

---

255) 백형조. 앞의 논문, 8면.

256) 검사의 구속기간이 비교적 장기인 이유로 "사법경찰관의 경우는 주로 초동수사를 위한 것이지만, 검사의 수사는 공소제기 여부를 결정하기 위한 준사법적 절차로서 비교적 장기간이 소요될 수 있다는 점을 고려한 것"을 든다, 백형구 등, 주석 형사소송법 Ⅱ, 한국사법행정학회, 2009, 204면.

257) 백형조, 앞의 논문, 9면.

258) 백형조, 앞의 논문, 21면.

이러한 입장에 속한다.[259]

한편, 피고인의 구속기간에 관한 내용이지만 반대로 현행 형사소송법상의 엄격한 구속기간의 제한을 풀어야 한다는 주장도 보인다. 이러한 주장의 취지는 피의자 구속기간에도 상황에 맞게 적용될 수 있을 것이다. 피고인구속기간을 심급마다 2차에 한하여 갱신할 수 있도록 한 (구) 형사소송법 제92조 제1항에 대한 위헌법률심판에서[260] 헌법재판관 소수의견은 "법원이 피고인에게 입증 및 반증의 기회를 충분히 보장하지 못한 채 서둘러 심리를 종결하고 판결을 선고하는 것은"..."결국 구속기간을 일률적으로 엄격히 제한하고 있는 이 사건 법률조항에서 비롯된 것"이라고 보았다. 학설상 일부 견해는 특정 범죄들, 예를 들어 "사안이 매우 복잡하고 다수인이 연루된 경제범죄나 국제적인 테러범죄 등에 대해서는" 현행법상의 구속시한을 풀어줄 수 있도록 관련 규정을 개정해야 한다는 입장도 보인다.[261]

생각건대, 현재 도식적이고 일률적으로 규정되어 있는 피의자의 구속기간이 비교법적 관점에서 길다 하여 단순히 그 기간을 반으로 줄이자는 주장은 올바른 해법이 될 수 없다고 보인다. 수사현실의 반영없이 구속기간의 도식성과 일률성을 유지한 채 숫자만 줄이는 것은 해법이 될 수 없다. 그리고 수사절차에서 구속기간을 줄이는 방안을 마련하는 과정에서 경찰의 구속기간을 줄어야 한다든지 검찰의 구속기간을 줄어야 한다든지 하는 주장은 구속권을 둘러싼 각 기관간의 권한다툼으로 비쳐질 우려가 있고 이러한 주장은 앞으로 경찰과 검찰의 상호협력관계를 표방하는 형사소송법 체계에서는 설득력이 떨어진다고 하겠다. 오히려 아래에서 살펴보겠지만 몇몇 국가에서 시행하고 있는 탄력적 구속기간제도를 도입하는 것이 수사현실이나 인신구속을 당한 자의 입장에서도 보다 타당하다고 보인다.

다만, 한 가지 지적하고 싶은 것은 '수사기간 = 구속기간'으로 간주하는 잘못된 수사관행이다.[262] 충분한 구속기간이 부여되지 않으면 부실수사로 이어진다는 생각은 불구속수사원칙에 위배된다. 2020년 10월 7일에 제정된 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제3조 제3항에 따르면 검사와 사법경찰관은

---

259) 김택수. "이중적 수사구조에 의한 기본권 침해." 경찰학연구 18.1 (2018): 101면.
260) 2001. 6. 28. 99헌가14 전원재판부.
261) 주승희. 앞의 논문, 81면 이하.
262) 같은 취지 조기영, 앞의 논문, 95면.

물적 증거를 기본으로 하고 사건관계인의 진술을 과신하지 않도록 주의하라고 요구하고 있다. 앞서 언급한 위헌법률심판에서 헌법재판관 다수의견도 법원이 "만약 심리를 더 계속할 필요가 있으면, 불구속 상태에서 기간 제한 없이 재판을 계속할 수" 있다고 하였다. 물론 구속은 수사기관의 수사 및 법원의 심리를 위한 중요한 수단이지만 모든 수사가 구속을 통해서만 이루어지는 것은 아니다.

2. 수사주체별로 도식화된 구속기간의 탄력적 내지 통합적 운영가능성

앞서 살펴본 독일 형사소송법은 구속기간을 공소제기 전과 후로 나누지 않고 일단 6개월의 기간을 설정하면서도 구속계속여부의 심사를 통해 계속적으로 구속할 수 있다는 점이 우리나라와 달랐다. 이러한 독일의 예시는 구속기간과 관련된 대표적인 통합형 모델이다.

통합형 모델은 반드시 경찰이 먼저 구속수사을 집행하고 이어서 검찰이 집행하는 순서를 지키지 않아도 되고, 일단 구속영장이 발부되어 피의자가 구속되면 경찰과 검찰이 동시에 수사할 수도 있고, 복잡한 경제범죄 사건의 경우 경찰수사를 거치지 않고 검찰이 바로 수사를 할 수도 있다. 2020년 개정 형사소송법에 따르면 검사와 일반사법경찰관의 관계가 대폭 수정되었는데, 기존의 검사가 일반사법경찰관에 대해 가졌던 수사지휘권이 폐지되고 검사와 사법경찰관에게 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 상호 협력의무를 부과하였고(동법 제195조 제1항), 검사와 사법경찰관 간의 수사가 경합하는 경우 검사는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있도록 하였다. 또한 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제50조는 검사에게 사법경찰관에 의한 계속적 범죄수사가 가능한 경우 중복수사회피의무를 부과하고 있다. 이러한 사정들은 기존의 개별 수사기관별 구속기간의 도식적·획일적 운영에 대한 신속한 변경을 요구한다.

독일의 경우 검찰은 한국의 검찰수사관과 같은 자체적인 수사인력이 없기 때문에 경찰수사인력에 대한 의존도가 높다. 따라서 상호 협력하지 않으면 "손없는 머리, 머리없는 손"의 구조가 되어 적법한 수사가 이루어지지 못한다고 한다. 독일 형사소송법상 검사는 여전히 수사의 주재자이고 경찰에 대한 수사지휘를 통해 검찰이 수사를

하는 것도 직접수사와 마찬가지로 검찰의 수사로 보기 때문에 경찰단계의 구속, 검찰단계의 구속이라는 표현을 쓰지 않는다. 그런데 우리나라의 경우 구형사소송법에 따라 검찰의 수사지휘를 인정하면서도 경찰의 구속과 검찰의 구속을 엄격히 구분하는 우를 범하고 있다고 보인다. 이러한 모순으로 인해 피의자의 입장에서는 경찰수사부터 시작하느냐 검찰수사부터 시작하느냐에 따라 구속기간에 차등(경찰수사의 경우 최장 30일, 검찰수사의 경우 최장 20일)이 생겨 평등권에 위반된다는 주장까지 보인다.[263] 이러한 문제점을 해결하기 위해서도 통합형 구속기간제도를 도입해야 한다고 보인다.

향후 검·경수사권 조정의 결과로 경찰의 독자적인 수사권이 확보되고 검찰의 수사권이 대폭 축소되는 상황이 되면 구속기간이 통합적으로 운용되지 않는 이상 경찰단계에서의 구속기간이 더 늘어나야 하지 않을까라는 생각이 들 수도 있다. 이런 경우 적어도 과거 사법개혁추진위원회의 권고안대로 경찰단계의 구속기간을 축소해야 한다는 주장은 더 이상 설자리가 없다고 보인다. 반대로 검·경수사권 조정에도 불구하고 검찰은 여전히 특정 범죄를 대상으로 (직접) 수사권을 가지고 이러한 특정 범죄는 통상적으로 수사의 어려움을 동반한다면 (부패·경제·공직자·선거·방위사업·대형참사의 6대 범죄 등)[264] 현행 구속기간제도를 그대로 유지해야 한다고 볼 수도 있다. 향후 이러한 복잡한 상황이 전개된다면 기소 전 구속기간제도는 더욱더 통합형으로 나아가야 할 것이다.

입법적 관점에서 구체적인 구속기간의 통합형안을 만든다면 먼저 생각해 보아야 할 것으로 독일과 같이 사법경찰관의 구속기간, 검사의 구속기간, 법원의 구속기간을 모두를 통합시킬 것인지 아니면 일본과 같이 우선은 공소제기 전의 구속기간, 즉 경찰의 구속기간과 검사의 구속기간만 통합시키고 공소제기 후는 현행 제도를 유지할 것인지를 결정하는 것이다.

갑작스러운 큰 변화에 따른 부작용을 고려한다면 단계별로 후자의 안을 먼저 시행해 보는 것도 하나의 방법이라 여겨진다. 일본의 피의자구속은 원칙적으로 10일로 하고, "부득이한 사유"가 있는 경우에만 검사의 청구를 통해 법관의 결정으로 10일간

263) 김택수. 앞의 논문, 92면 이하.
264) 개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호 및 검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정 제2조 참조.

연장이 가능하다(일본 형사소송법 제208조)고 하였다. 내란죄, 외환죄, 소란죄 등의 특별한 사건에 대해서는 5일을 한도로 더 연장할 수 있도록 하여(동법 제208조의2) 좀더 탄력성을 부여하였다. 또한 "통산하여" 10일의 의미는 필요한 날짜만큼 여러 차례 연장해도 되지만, 합하여 10일을 넘을 수 없다는 뜻이다. 우리나라의 경우 사법경찰의 구속기간을 별도로 10일로 두고 있는 반면, 일본의 구속기간은 검사에게만 인정된다. 그러나 검사의 구속기간 동안 대부분의 피의자는 대용감옥인 경찰서 유치시설에 수감되기 때문에 경찰의 피의자신문 등의 수사가 계속된다. 결론적으로 일본의 경우 합산하여 25일의 피의자 구속기간을 검찰, 경찰의 구분없이 활용하고 있는 것이다. 우리의 경우 현재 사법경찰과 검찰단계에서의 구속기간을 합산하면 최장 30일의 구속기간이 나온다. 이러한 전체 합산기간이 적정한지는 별로의 검토가 요구된다. 그간의 논의과정에서 제안되었던 안을 살펴보면 20일안,[265] 25일안 등이 보인다. 생각건대, 통합안에 따른 구속기간의 탄력적 운영가능성은 기존의 획일적인 체계에 비해 실무상의 구속 필요성을 줄여준다고 예상된다. 그리고 검·경수사권 조정에 따라 경찰의 수사권이 강화되고 경찰이 수사한 사건에 대해서는 다시 검찰이 수사할 수 없다면 그 구속기간이 축소되어야 하는 것은 당연하다. 또한 검사의 수사개시사건의 경우 범죄의 혐의를 인지하면 검사가 바로 수사를 개시하기 때문에 사법경찰의 수사절차를 거칠 필요가 없다. 결국 개정 형사소송법의 실시로 인해 기존의 2중의 수사절차의 구조가 없어진다면 피의자의 경우 20일의 구속기간이 적절하다고 보인다.

장기적으로 독일식과 같은 사법기관 전체(경찰, 검찰, 법원)의 통합안도 생각해 볼 수 있다. 독일의 경우 법원의 서면심사에 의한 구속영장이 발부되면 피의자는 체포되고 체포된 날 익일까지 법원의 인치된다. 이 경우 법원은 구속이 적법하고 정당한지를 심사하여 계속 구금을 할 것인지 아니면 석방할 것인지를 결정한다. 이러한 주기적인 적부심사절차 이외에는 피의자·피고인의 구속기간을 절대적으로 제한하는 별도의 규정이 존재하지 않는다. 구속의 지속기간에 관한 규정인 독일 형사소송법 제121조에 따르면 구속의 집행은 원칙적으로 6개월의 시한을 가지지만 수사가 가지는 난이성 및 범위, 기타 사유를 고려하여 6개월을 넘겨서 구속을 집행할 수 있다. 6개월의 시한을 넘긴 경우 구속은 주기적으로 적부심사를 받는다. 따라서 독일의 경우 구속의

265) 김택수. 앞의 논문, 101면; 류부곤. 앞의 논문, 160면.

기간을 실질적으로 제한하는 당위규범은 신속한 재판의 원칙 밖에 없다고 하겠다. 그런데 신속한 재판의 원칙과 관련해서는 독일에서도 그 적용기준이 모호하다는 비판을 받는다. 이러한 독일의 구속제도를 그대로 한국에 차용하기는 아직 무리가 따른다고 보인다.

3. 구속기간에 산입 배제문제

형사소송법 제201조의2 제7항에 의하면 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장 청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 사법경찰관과 검사의 구속기간에 이를 산입하지 아니한다. 또한 동법 제214조의2 제13항에 의하면 법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 영장에 의하거나 긴급하게 체포 후 구속영장을 청구하기 위한 기간의 적용에 있어서는 그 제한기간에 산입하지 아니하고, 수사기관의 구속기간 및 연장기간의 적용에 있어서는 그 구속기간에 산입하지 아니한다. 이는 입법자가 사법경찰관 및 검사의 구속기간이 각각 10일의 단기인 점을 고려하여 법원에 의해 영장실질심사 및 체포·구속적부심사가 진행되는 기간은 체포 및 구속기간에서 배제하려는 것이다. 따라서 피의자의 입장에서는 이러한 심사의 기간만큼 체포 및 구속의 기간이 늘어나는 불이익이 따른다.

현재의 수사기관에서의 구속기간이 비교법적 관점에서 지나치게 길다고 보는 입장에서는 이렇게 피의자의 이익을 위해 진행되어야 하는 영장심사 또는 적부심사로 인해 오히려 인신구속의 기간이 장기로 되는 것을 문제삼는다.[266] 특히 "영장실질심사제도에 구속기간 불산입의 장치를 결합시키는 것은 필요적 심문을 조약체결국의 의무로 규정하고 있는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제3항에 저촉될 뿐만 아니라 적법절차에 의하여 영장을 발부하도록 규정하고 있는 헌법 제12조 제3항에 비추어 볼 때 피의자에게 불리하게 한 것으로 위헌의 소지가 있다거나,[267] 지나치게 실무편의를 고려한 규정이라는 주장이 없지 않다."[268] 또한 영장실질심사에서 구속기

266) 신이철, "수사기관의 구속기간 산입배제에 대한 제언." 형사정책연구 25.4 (2014): 230면 이하.
267) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2012, 289면. 구속전 피의자심문제도를 실질적으로 보장하기 위해서는 본 규정을 삭제하는 것이 필요하다는 입장으로는 이은모, 앞의 책, 273면.
268) 신양균, 앞의 책, 189면.

간에서 배제되는 기간(~ 접수한 날부터 ~ 반환한 날까지의)이 적부심사의 경우 불산입되는 기간(~ 접수한 때부터 ~ 반환된 때까지의) 보다 더 장기이기 때문에 향후 입법적 조치로 해당 규정을 폐지하기 전까지는 영장실질심사에서도 "일(日)이 아닌 실제로 소요된 시간만을 제외하는 것도 하나의 방안"이 된다고 보는 견해도 있다.[269]

그런데 향후 조정된 수사권 배분의 상황하에서 수사절차에서의 구속기간이 통합형으로 전환된다면 이러한 구속기간의 불산입 규정은 필히 삭제가 되어야 할 것이다. 무엇보다 중복·과잉수사의 남용방지의 의미를 담고 있는 검·경수사권 조정과 통합형의 도입으로 구속기간이 탄력적으로 운용될 가능성으로 인해 오히려 각각의 수사기관은 구속수사의 기간을 좀더 확보할 수 있기 때문이다.

4. 통합형에 따른 구속장소의 변경

현재 형사소송법상의 이원적 수사구조에서는 구속기간만 수사기관의 주체에 따라 분리되어 있는 것이 아니라 구속장소 또한 분리되어 있다. 일단 법원의 구속영장이 발부되면 사법경찰이 수사를 진행하는 경우 사법경찰은 경찰서 유치장에서 피의자를 구속하고 이후 절차가 검찰로 넘어가게 되면 해당 구속기간 동안 피의자는 구치소에 구속된다. 한국에서 피의자 및 피고인의 신체를 구금하는 장소에는 경찰서에 설치된 유치장, 법무부 소속의 교정기관으로서 구치소, 교도소내 미결수용실의 세 가지 유형이 있다.[270]

이러한 구속장소의 단계별 분리는 많은 부작용을 낳고 있는데 피의자의 입장에서 각 절차마다 같은 조사를 수사주체를 달리해가며 중복적으로 받아야 하는 불이익도 그 중 하나이다.[271] 또한 구속장소의 단계별 분리는 각각의 수사주체에게는 보다 근접한 거리에서 피의자를 구속하여 수사할 수 있도록 하는데,[272] 각 수사주체의 지근 거리에 구속장소를 설치하게 되면 원거리의 구속장소보다 아무래도 더 자주 피의자에 대한 인적 조사가 이루어질 가능성이 있다.[273] 경찰은 이를 의식하여 경찰

269) 신이철(Shin Yi-Chul). 앞의 논문, 232면.
270) 이진국. 구속장소의 법적 규율에 관한 소고. 동아법학, (44), (2009), 620면.
271) 류부곤. 앞의 논문, 159면 이하.
272) 특히 유치장은 경찰서 내에 설치가 되어 있다.
273) 박미숙, 국제인권기준과 현행형사절차, 한국형사정책연구원 연구총서, 2000, 109-110면 참조;

유치장이 수사목적으로 관리되지 않도록 수사부서에서 분리하는 방안을 내놓기도 하였다.[274]

앞서 제시한 구속기간의 통합은 구속장소의 통합을 의미하기도 한다. 현행법상 경찰관직무집행법 제9조에 따라 이루어지는 수사목적 경찰 유치장 구속은 향후 폐지되고 구치소의 구속으로 일원화되어야 한다.[275] 이는 앞서 논의한 수사절차의 구속주체의 변경의 문제와 맥을 같이 한다.[276] 이렇게 수사절차에서 구속장소가 통합되고 구속의 주체가 법원으로 된다면, 그럼에도 불구하고 검사의 체포·구속장소감찰제도(형사소송법 제198조의2 제1항)가 필요한지는 재고를 요한다.

이진국. 앞의 논문, 620면.

274) 경찰브리핑, 2019. 10. 24., 경찰수사 개혁을 위한 「미래비전 보고서」 발표 - 제명: 경찰수사를 새롭게 디자인 하다(REDESIGN) -, 2면.

275) 권오걸. 앞의 논문, 267면.

276) 류부곤. 앞의 논문, 160면.

체포·구속에 대한 한층 강화된 통제방안

허 황

제6장

체포·구속에 대한 한층 강화된 통제방안

제1절 | 체포·구속에 대한 외부적·민주적 통제방안

앞의 장들에서 국민의 인권보장 강화를 위해 수사절차상 체포·구속의 사법적 통제 강화를 주로 살펴보았다면 여기서는 수사기관 외부에 설치된 민주적 통제장치들에 대해서 살펴본다.

수사기관의 수사활동, 그 중에서 특히 인권침해적 요소가 강할 수 있는 체포·구속에 대한 외부적 통제기구의 설치에 관한 구체적인 논점을 살펴보기 전에 몇 가지 정리하고 넘어가야 할 것이 있다.

첫째, 공권력을 담당하는 국가기관은 이러한 공권력의 행사를 통해 자신에게 부여된 국가적·사회적 역할을 수행한다. 이러한 기능들은 현대 국가에서 일반 시민들이 공동체를 형성하여 함께 살아나아가기 위해 필수불가결한 구성요소들이다. 그러므로 각각의 국가기관은 자신들에게 부여된 기능을 수행하기 위해 일정한 범위의 권한을 부여받고 정당한 범위 내에서 그러한 권한행사를 보장받게 된다. 특정 권한(권력)을 통제한다는 것은 그것이 순기능을 하는 경우라면 문제가 없겠지만 역기능을 한다면 권한침해이고 이러한 권한침해는 시민이 공동체를 형성하여 생존해 나아가는 데 필수적인 요소를 제한하거나 파괴한다. 따라서 외부적 통제는 각각 국가기관에 부여된 정당한 권한(경찰의 경우 수사권, 검찰의 수사 및 기소권, 법원의 경우 심판권)을 침해하지 않는 범위에서 작동해야 한다.

둘째, 2중, 3중의 권력통제기구의 설치는 국민의 인권을 2중, 3중으로 보호한다는 점에서는 환영할 만한 일이다. 그러나 이는 법적 관점에서 보면 사후에 문제가 생겼을

경우 책임소재가 불분명하게 되거나 분산된다는 함의를 담고 있다. 통제권한이 실질적인 구속력을 가진다면 1차적 책임자인 수사담당자의 위법한 수사행위에 대한 책임은 감시기구로 전가되거나 심지어 분산되어 사라질 수도 있다. 또한 합목적적 관점에서 보면 2중, 3중의 견제장치란 비효율성의 증가를 의미할 수 있다. 권한사용에 대해 어느 하나의 판단주체(여기서는 수사기관)의 판단만을 존중하지 않고 다양한 주체들의 판단들을 수용하여 최종적으로 결정이 이루어지기 때문이다. 이는 본 연구와 관련하여 신속한 재판의 저해하는 원인이 될 수도 있다.

이러한 점들은 권한(권력)에 대한 외부적·민주적 통제의 내재적 한계이다. 이러한 한계를 유념하면서 경찰 또는 검찰의 체포·구속에 대한 합법적이고, 합목적적인 외부적·민주적 통제제도가 실현될 수 있는 방안을 살펴보아야 한다.

그동안 수사기관의 수사행위와 관련된 많은 위원회들이 있고 또 설치되도록 주장되고 있다. 대표적으로 '국가인권위원회'와 '국민권익위원회'가 있고 경찰의 경우 '경찰위원회'와 2019년 9월부터 시범적으로 운영되고 있는'경찰 사건심사 시민위원회'가 있다. 검찰의 경우 기소여부의 타당성을 심사하기 위한 '검찰시민위원회', 검찰항고의 타당성을 검토하기 위한 '검찰항고심사위원회'가 있다. 향후 새롭게 그 설치를 주장하는 것으로 경찰의 긴급체포심사위원회[277]와 경찰·검찰·교정·특사경·사법기관의 사무를 대상으로 하는 '형사사법위원회'[278]등이 있다.

여기서는 수사절차에서 체포·구속으로 범위를 한정하면서 새로운 통제기구의 설치에 대한 방안을 강구하기 보다는 이미 설치되어 있는 통제제도의 개선에 주안점을 둔다.

1. 국가 및 시·도자치 경찰위원회의 실질화

경찰에 대한 대표적인 외부적 통제장치로서 1991년에 설치된 경찰위원회는 경찰에 대한 민주적 통제를 통해 경찰의 정치적 중립과 민주성 확보를 그 목적으로 한다. 이러한 경찰위원회의 설치 및 활동근거는 경찰법에 규정되어 있다. 경찰법에 따르면 국가경찰의 경우 국가경찰위원회는 행정안전부 소속으로 국가경찰행정에 관한 사항

277) 김재덕, 앞의 논문, 169면.
278) 한민경. "경찰활동에 대한 외부기구의 통제: 평가 및 제언." 刑事政策 32.1 (2020): 121면 이하.

을 심의·의결하고, 위원장 1명을 포함한 7명의 위원으로 구성되어 있으며, 위원은 행정안전부장관의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명하고 위원회의 사무는 경찰청에서 수행한다. 이러한 국가경찰위원회의 심의·의결사항 중 하나는 국가경찰사무에 관한 인권보호와 관련되는 경찰의 운영·개선에 관한 사항이다.

그런데 이러한 경찰위원회는 경찰의 구체적인 수사행위, 특히 체포·구속에 수반된 국민의 인권침해를 시정하는 장치로는 부족한 점이 많다. 왜냐하면 경찰위원회는 주로 경찰의 법령, 정책 등에 대하여 심의·의결하는 기관이지 민원제기 또는 스스로의 인지를 통해 알게된 경찰의 불법행위에 대해 독자적인 조사를 할 수 없기 때문이다.[279]

따라서 국민의 인권보장강화를 위해 경찰위원회의 실질적인 기능이 강화되어야 한다는 주장이 보인다. 그 방법으로 국가(자치)경찰이 수사가 종료한 경우 수사한 사건들의 개요와 수사결과를 국가(지방자치)경찰위원회에게 정기적으로 보고하도록 하는 방법, 중요범죄가 인지되어 개시된 경우 경찰위원회에 이를 보고하도록 하는 방안, 그리고 경찰위원회의 입장에서는 보고된 사안에 대해 검토 후 경우에 따라 감사 등의 조치를 취할 수 있도록 하는 방안 등이 제시된다.[280]

2018년도 경찰개혁위원회의 권고안에 따르면 경찰위원회는 경찰공무원의 주요 비위사건에 대한 감사·감찰·징계 요구할 수 있고 상관의 부당한 수사지휘에 대해 이의가 제기된 경우 이에 대한 조치를 요구할 수 있다. 그리고 구체적 사건에서 경찰위원회에서 요구한 경우 조사 등은 시민에 의한 민주적 외부통제기구로서 '경찰인권·감찰옴부즈만(위원회)'에서 이루어지는 것을 권고하고 있다.

경찰의 불법 부당한 체포·구속을 통해 피의자의 인권이 침해된 경우 경찰위원회를 통해 얼마나 이것이 실효적으로 구제될 것인가에 대해서는 상당히 회의적이다. 현재 경찰위원회의 임무와 권한으로는 구체적으로 발생한 사법경찰의 인신구속과 관련된 인권침해를 적시 적소에 구제할 수 없다. 경찰위원회의 실질화 방안으로 제시된 견해들도 불법한 인신구금에 대한 간접적 제재로서의 역할에 그친다고 보여진다.

---

279) 박병욱, 경찰개혁위원회의 성과와 과제, 민주법학 통권 68호(2018), 305면.
280) 황문규. 경찰수사의 독립성·중립성 확보를 위한 수사체제 재설계. 형사정책연구, 28(4), (2017), 331면.

2. 국가인권위원회 및 국민권익위원회의 통제기능 강화

구체적 사안에서 검사와 사법경찰에 의해 집행된 불법한 체포·구속의 경우 그에 대한 보다 실효적인 외부적·민주적 통제장치로 기존의 국가인권위원회와 국민권익위원회의 사법감시 기능이 있다.

가. 국가인권위원회

2001년에 설치된 국가인권위원회는 대통령직속기구로서 국가인권위원회법에서 정한 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 수행하며 입법, 사법, 행정 등 3부로부터 독립된 국가기구로서 누구의 간섭이나 지휘를 받지 않고 국가인권위원회법에 정해진 업무를 독자적으로 수행하는 독립기구이다. 국가위원회는 국회 선출 4인(상임위원 2인 포함), 대통령 지명 4인, 대법원장 지명 3인으로 인권위원을 선출 또는 지명하여 구성하여 독립성과 다양성을 확보하고 있다. 이러한 국가인권위원회는 종합적인 인권 전담기구로서 인권보호 향상에 관한 모든 사항을 다루고 인권침해와 차별행위에 대한 조사와 구제조치를 담당하는 준사법기구이다.

국가인권위원회의 사건처리 절차는 다섯 단계의 절차를 거친다(1. 인권상담 2. 진정접수, 3. 사건조사, 4. 위원회의결, 5. 당사자통보). 사건처리는 통상적으로 3개월 정도가 소요되지만, 사건의 난이도와 복잡성 정도에 따라서 사건 조사가 지연될 수도 있다. 진정인은 이미 종결된 사건의 경우 결정통지서의 안내에 따라서 행정심판을 제기하거나 행정소송을 통해서 이의를 제기할 수 있으며 인권침해가 인정되면 국가인권위원회는 피진정인에게 구제조치나 관련 법령 제도 정책, 관행의 시정 또는 개선을 권고한다. 권고는 법적 구속력이 없으나, 이행하지 않은 경우 위원회는 피진정인이 불수용한 사유 등을 공표할 수 있다. 조사는 일반적으로 진정내용에 대해서 피진정인에게 답변과 관련 자료의 제출을 요구하는 방식으로 이루어진다. 이후 진정제기시 접수된 자료와 피진정인이 제출한 자료를 비교 검토하고 필요한 경우 추가 자료제출 요구, 참고인 조사, 현장 조사, 감정 등을 통해서 사실관계를 확인한다.[281]

---

281) 국가인권위원회 홈페이지 참조, https://case.humanrights.go.kr/rprsnt/rprsntGuide.do (2020. 12.17. 최종검색).

실제 2017년 국가인권위원회의 보도자료를 살펴보면 국가인권위원회가 구체적인 근거 없이 고소인들의 주장만을 근거로 범죄 가능성과 도주 우려를 판단해 적법절차 없이 피고소인을 긴급체포한 행위에 대해 「헌법」제12조가 보장하는 신체의 자유를 침해한 것으로 보고, ○○경찰서장에게 경찰관 관련 직무교육을 실시할 것을 권고했음을 알 수 있다.[282]

나. 국민인권위원회

그에 비해 국민권익위원회는 부패방지와 국민의 권리보호 및 구제를 위하여 예전의 국민고충처리위원회, 국가청렴위원회, 국무총리 행정심판위원회가 합쳐져 2008년에 신설된 기관이다. 동 위원회의 기능은 크게 세 가지로 "첫째, 고충민원의 처리와 이와 관련된 불합리한 행정제도 개선하고 둘째, 공직사회 부패 예방·부패행위 규제를 통한 청렴한 공직 및 사회풍토 확립하며, 셋째, 행정쟁송을 통하여 행정청의 위법·부당한 처분으로부터 국민의 권리를" 보호한다.

부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제2조 제5호에 따르면 "고충민원"이란 행정기관등의 위법·부당하거나 소극적인 처분(사실행위 및 부작위를 포함한다) 및 불합리한 행정제도로 인하여 국민의 권리를 침해하거나 국민에게 불편 또는 부담을 주는 사항에 관한 민원(현역장병 및 군 관련 의무복무자의 고충민원을 포함한다)을 말한다.

고충민원 처리 절차를 살펴보면 다음과 같다. 1. 상담 및 신청: 누구든지 본인 또는 대리인을 통하여 서면으로 직접 신청하거나 우편, 인터넷, 팩스 등을 통하여 신청할 수 있다. 접수된 민원은 60일 이내에 처리되지만, 부득이한 경우 60일의 연장이 가능하다. 2. 민원조사: 접수된 고충민원은 위원회 또는 위원회의 지시를 받은 조사관이 관계행정 기관에 대한 설명요구와 관계자료, 서류 등의 제출을 요구하거나, 신청인, 이해관계인, 참고인 또는 관계 직원의 출석 및 의견진술 요구하거나 관계행정기관 등에 대한 실지조사 또는 전문가 감정의뢰 등을 통하여 민원사안의 사실관계를 조사

282) 국가인권위원회 보도자료, 2017-04-28, "고소인의 주장만으로 긴급체포 결정은 신체자유 침해" (https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?boardtypeid=24&boardid=7601039&menuid=001004002001, 최종검색 2020.12. 16.)

하게 된다. 3. 심의·의결: 조사가 완료되면 전원 위원회 또는 소위원회에서 사실관계와 증거등을 심의(필요시 출석조사 실시)하고, 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성(소위원회는 구성위원 전원의 출석과 출석위원 전원 찬성)으로 시정조치를 권고하거나, 법령, 제도, 정책 등의 개선권고 또는 의견표명 등을 하게 된다. 4. 처리결과 통보: 위원회는 의결이 있는 날로부터 3일 이내에 처리 결과(단, 시정권고, 의견표명인 경우 의결서 첨부)를 양 당사자에게 송달하게 된다. 위원회의 권고 또는 의견을 받은 관계 행정기관의 장은 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이를 존중하여야 하며, 당해 권고 또는 의견을 받은 날로부터 30일 이내에 그 처리결과를 위원회로 통보하게 된다. 행정기관 등이 위원회의 의결에 대하여 이의가 있는 경우에는 처리결과 통보를 받은 날로부터 30일 이내에 그 사유를 서면으로 작성하여 위원회에 이의를 제기할 수 있고, 이 경우 위원회는 당해 사안을 재심의 할 수 있다.[283]

경찰의 인신구속과 관련된 실제 의결례를 찾아보면 현행범 체포 이의에 관한 사건을 찾을 수 있는데, 여기서 국민권익위원회는 “인신구속과 관련하여 고충민원 의결 피신청인에게 신청인의 손목에 수갑을 채우고 피의자 조사하여 「피의자 유치 및 호송 규칙」 제22조 제6항을 위반한 경위 최○○, 경장 김○○에 대하여 교육 등 적절한 조치를 취할 것을 시정권고”하였다.[284]

다. 검토

양 기관 모두 국가기관에 의해 자행된 인권침해 내지 고충에 대해 사후적으로 조사하여 시정·징계 등을 권고하거나 범죄사실이 인정되는 경우 고발권을 가지고 있다는 점에 검사 또는 사법경찰관의 체포·구속도 이러한 기관에 의해 어느 정도는 통제받을 수 있겠다.

다만 그 어느 기관도 독자적인 수사권을 가지고 있지 못하여 수사기관의 위법부당

283) 국민권익위원회 홈페이지 참조(https://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05010102 2020.12.18. 최종검색)

284) 국민권익위원회 고충민원 의결정보 홈페이지, 경찰의 현행범 체포 이의 등(20161107)(https://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05050401&method=searchDetailViewInc&boardNum=78079&currPageNo=14&confId=1010&conConfId=1010&conTabId=123&conSearchCol=BOARD_TITLE&conSearchSort=A.BOARD_REG_DATE+DESC%2C+BOARD_NUM+DESC 2020.12.20. 최종검색).

한 수사가 인정되어도 이를 제재하는데 한계가 있다고 보인다. 또한 국민권익위원회의 경우 경찰민원에 관한 사항만 처리하고 검찰민원에 대해서는 그 역할을 하지 못한다는 점에서는 아쉬움이 남고 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법 제43조 제1항 제3호에 의하면 수사 및 형집행에 관한 사항으로서 그 관장기관에서 처리하는 것이 적당한다고 판단되는 경우 권익위원회는 접수된 고충민원을 관계 행정기관등에 이송할 수 있다고 하기 때문에 동 위원회를 통한 권리구제에는 한계가 있다. 이에 반해 국가인권위원회는 법원의 재판을 제외하고 구금·보호시설의 업무를 수행하는 자에 대한 조사를 할 수 있어 여기에는 검찰과 경찰 모두 포함한다.

3. 외부적 시민 통제기구

일종의 옴부즈만제도인 기존의 국가인권위원회와 국민권익위원회의 한계를 인식하고 특히 검·경 수사권조정으로 인해 확대된 경찰의 수사권을 통제한다는 차원에서 경찰개혁위원회는 2018년 외부적 시민 통제기구의 설치를 권고한 바 있다. 여기서 제안된 형태로 독임제의 "경찰인권·감찰 옴부즈만" 또는 위원회로서 "경찰인권·감찰위원회"가 있다. 권고안을 제안하는 과정에서 경찰개혁위원회는 자신들의 모델로 영국의 "독립 경찰민원 조사위원회(Independent Office of Police Conduct)"를 언급하였다. 이러한 기구가 만들어진 배경에는 1981년 영국 브릭스턴에서 벌어진 흑인 폭동사건이 있다고 한다. 그 당시 사건에 투입된 경찰이 과잉으로 진압하였다는데 이것이 계기가 되어 경찰의 독립적인 창설로 이어졌다는 것이다. 동위원회는 2002년 제정된 「경찰개혁법」(Police Reform Act 2002)에 기초하여 2004년부터 설치되어 운영되고 있다. 동 모델의 특징은 위원회가 자신에게 속한 감찰인력을 통해 경찰관련 민원조사에 역량을 집중하면서 불법부당한 수사권한을 남용한 경찰관에 대한 행정조치 뿐만 아니라 범죄사실이 확인되는 경우 직접적인 수사권도 가지고 있다는 점이다. 무기사용에 의해 또는 경찰구금단계에서 사람이 사망하는 경우와 같이 중대한 사안에서 독자적인 수사관이 개입하고 그 밖의 경우에는 경찰 스스로 수사를 진행하지만 검사가 아닌 독립 경찰민원 조사위원회의 감시를 받는다고 한다.[285] 이러한 형태의 통제기

285) 독일 연방공민교육국 홈페이지https://www.bpb.de/politik/innenpolitik/innere-sicherheit/201425/kontrolle-der-polizei(2020.12.20. 최종검색).

구는 특정 범위의 경찰군으로 조사대상을 한정하지 않고 감찰대상자를 구체적으로 개인 및 부서별로 특정하지 않더라도 감찰업무가 시작된다는 점에서 고위공직자범죄 수사처와 다르다고 한다.[286]

이러한 안에 대해 경찰위원회는 위원회 구성원의 전문성 부족의 우려를 표명하였지만 이러한 비판은 타당하지 않다고 보인다. 외부기관이라 하여 전문성이 부족하다는 근거는 어디에도 없기 때문이다.

제2절 | 체포·구속에 대한 내부적 통제방안 – 경찰의 영장심사관제도

경찰은 2018년 3월부터 시범적으로 영장신청절차를 강화하여 검사에게 영장신청을 하기 전에 경찰 내부에 설치된 영장심사관의 심사를 거치도록 하는 방안을 마련하여 시행하고 있다. 이들 영장심사관을 통해 인권을 침해의 소지가 있는 무리한 영장신청이 감시·통제된다. 영장심사관의 자격은 수사경력 7년 이상 또는 변호사 자격증 소지자 등 수사·법률 전문가가 가지고 이들 영장심사관은 경찰 수사팀에서 신청하고자 하는 체포·구속·압수영장을 검찰에 송부하기 전에 수사기록과 증거물을 심사하고 검사에 의해 청구되지 않거나 법원에서 기각된 영장 사례를 수집하고 분석하여 전 수사부서에 환류하고 교육하는 역할을 담당한다. 경찰의 입장에서는 객관적인 시각으로 사건을 살펴보고 오류를 바로잡을 수 있는 '제3자의 관점'을 수사절차 전반에 도입함으로써 수사사건의 완결성 확보에 기여할 것으로 기대된다고 한다.[287]

다만 제도 운영 초기보다는 확대되었지만 아직은 여전히 시범운영 중이고 모든 영장신청사건에 적용되는 것이 아니라 현실적으로 영장심사관이 퇴근한 야간이나 휴무인 주말에 일어나는 사건의 영장은 심사에서 제외되고 압수수색 영장의 경우 심사가 수사관이 직접 사무실을 찾는 주요 사건에 한해서 이루어진다는 한계가 있다는 지적이 있다.[288]

---

286) 한민경, 앞의 논문, 95면.
287) 2020 경찰백서, 25면.
288) [출처: 중앙일보] '영장심사관제'가 뭐길래…경찰이 늘리자 못마땅한 檢,

이러한 영장심사관제도는 경찰 내부의 자체적인 사법적 통제장치라고 볼 수 있다. 경찰 스스로가 영장신청과정에서 발생할 수 있는 국민의 인권침해를 방지하기 위해 노력하고 있다는 점에서 아주 고무적이라 평가된다. 경찰청에서 제시하는 통계자료에 따르면 영장심사관 도입이후 영장발부율이 높아졌다고 한다.[289] 실제로 '영장심사관제도'가 도입되어 시범운영된 이후 2017년과 비교하여 체포영장 발부율은 87.4%에서 91.7%로, 구속영장 발부율은 65.6%에서 81.7%로, 압수수색영장은 88.5%에서 94.6%로 상승하였다는 보고도 보인다.[290] 영장심사관의 심사로 위법·부당한 인신구속에 대한 1차적 제한을 가한다는 측면에서는 당연히 의의가 있다고 보인다.

다만, 영장심사관제도가 경찰 내부의 사법적 통제장치인 점을 고려하면 우선 자격요건에서 변호자 자격증이 없는 7년 이상의 수사경력자 부분은 재고의 여지가 있다고 보인다. 물론 7년 이상의 수사경력자는 그동안의 실무경험으로 담당 사건에 대한 법률적 평가도 어느 정도 수행할 수 있다고는 보이지만 법률전문가는 아니기 때문에 사법적 통제장치로서의 기능수행에는 여전히 의구심이 남는다. 나아가 사안에 대한 다툼이 생기는 경우, 즉 영장심사관이 영장신청적합을 결정하였지만 영장이 사후 불청구되거나 기각되는 경우 또는 반대로 신청이 되어야 할 사안에서 영장신청부적합 판단을 내려 경찰 자체적으로 영장신청을 중지한 경우, 영장심사관은 어떠한 책임을 지는지가 분명하지 않다. 혹은 경찰청 내부에서 인신구속과 관련하여 법적 책임을 물을 만한 사안이 생긴 경우 그 책임을 영장심사관에게 전가시키는 방법으로 제도를 남용할 우려는 없는 지도 따져봐야 한다. 마지막으로 영장심사관이라는 별도의 경찰 내부의 사법적 통제장치를 마련함으로써 발생할 수 있는 절차지연의 문제를 거론할 수 있다. 앞서 살펴보았듯이 실무상 많이 활용되고 또 남용되기도 하는 긴급체포의 경우 형사소송법 제200조의4 제1항에 따르면 체포한 사법경찰관은 지체 없이 구속영장청구를 검사에게 신청하여야 하는데, 추가된 영장심사관의 심사를 명목으로 피의자를 신속한 사법적 감시에 놓이게 하지 않고 경찰에 잡아두는 새로운 관행이 생기는 것은 아닌지 살펴보아야 할 것이다.

---

289) 이러한 통계수치에 대해 검찰청은 의문을 표시하고 있지만, 중앙일보, 2019.02.17., '영장심사관제'가 뭐길래…경찰이 늘리자 못마땅한 檢, https://news.joins.com/article/23376866 (2020.12.16.최종검색), 실효성이 전혀 없다는 반박은 되지 못한다고 보인다.

290) 경찰청 수사기획과, "영장심사관 제도 확대 운영 계획", 2019. 1. 14.

다만, 아직은 제도의 시행초기라 그 도입에 따른 부작용에 대한 자료가 부족하기 때문에 부작용에 대한 막연한 우려로 제도시행을 축소할 수는 없다고 보인다. 향후 앞에서 제기한 우려를 참고하여 제도가 개선될 수 있기를 희망한다.

결 론

허 황

제7장

결 론

이상의 연구 결과를 요약하면 다음과 같다.

1. 국제적 기준에 따르면 우리나라의 수사절차상 체포·구속제도는 수사의 효율성 및 신속성 보장에 좀더 치우쳐서 국민의 인권, 즉 신체적 자유보장에는 후퇴를 가져왔다는 평가가 가능하다. 이는 특히 헌법상의 영장주의가 비교적 약하게 기능하여 수사기관으로 하여금 남발, 남용의 유혹을 떨치지 못하는 긴급체포 및 현행범체포 영역에서 가장 두드러지게 나타난다. 또한 국제법·비교법적 관점에서 지나치게 길다는 평가를 받는 공소제기 전 구속기간(경찰단계 10일, 검찰단계 1회 연장 포함 20일)도 국민의 인권을 표방하는 학계, 실무계, 언론 및 시민단체로부터 개정의 압박을 강하게 받고 있는 분야이기도 하다. 무엇보다 수십년간 지속되어 온 검·경수사권 조정이 2020년에 이르러 드디어 결실을 맺게 되었는데 이렇게 각각 조정된 수사권의 범위에서 검찰과 경찰의 체포·구속제도는 어떠한 형태로든 변경이 필수적으로 뒤따를 것으로 예상된다.

2. 먼저 본 연구의 결과를 큰 틀에서 요약하면 앞으로 한국 형사소송법은 형사절차 전반에 걸친 체포 및 구속을 하나의 원칙과 체계로 통합하는 일원화·통합화의 방향으로 나아가야 한다. 이는 우선 체포와 구속의 일원화를 의미하고 나아가서 사법경찰의 구속과 검찰의 구속의 통합화를 의미한다. 보다 넓게는 공소제기 전과 후의 구속의 통합도 향후 논의해볼만한 가치가 충분히 있다고 여겨진다.

3. 체포와 구속의 일원화란 체포는 구속을 위한 사전 준비단계일 뿐 그 자체로

큰 의미와 역할을 가져서는 안됨을 의미한다. 그런데 한국의 형사소송법 역사를 뒤돌아보면 역설적이게도 체포제도는 1995년에 도입된 영장에 의한 체포제도를 통해 오히려 더 강화되는 방향으로 나아갔다고 보인다. 따라서 본 연구는 영장에 의한 체포제도의 존재의의 및 태생적 배경에 대해 강한 의문을 제기하였다. 그러므로 이러한 제도는 앞으로 폐지되는 방향으로 나아가야 한다고 보인다.

4. 긴급체포와 관련하여 다음의 결론에 도달하였다. 첫째, 긴급체포의 적법성을 심사하기 위해 현행의 구속영장청구와 별도로 체포적부심사를 청구하는 것은 실효성이 없다고 판단된다. 둘째, 체포와 구속에 관한 일원론적 관점에서 긴급 체포된 피의자에 대한 보석도 충분히 가능하다고 보고 체포된 피의자에 대한 보석제도의 도입을 주장한다. 그리고 이는 현재 불충분한 피의자 보석을 피고인 보석 정도로 개선하는 작업과 함께 이루어져야 한다. 셋째, 긴급체포한 수사기관이 구속영장을 청구하는 경우 청구를 받은 법원은 향후 구속영장발부에 관한 심사 뿐만 아니라 체포시점의 긴급체포의 적법성과 상당성도 함께 심사해야 하고 구속영장발부 조건을 충족하지만 체포가 불법부당하다면 구속영장발부를 기각해야 한다. 넷째, 긴급체포의 사후적 사법통제 방안으로 현재의 사후 구속영장청구제도만으로는 사후적 통제장치로서 미흡하고 사후 체포영장제도가 도입되어야 한다. 이 경우 사후 체포영장은 절차중복을 피하기 위해 수사기관이 사후 구속영장을 청구하지 않고 석방하는 경우에만 인정하는 것이 바람직하다. 다섯째, 이렇게 사후 체포영장제도를 신설하는 경우 영장청구의 시간적 한계와 관련하여 '즉시'라는 규범적 표지와 '48시간'의 절대적 시한을 그대로 도입할 수 있고 이를 위한 해석론으로 수사기관의 영장청구는 예컨대 48시간을 넘으면 절대적으로 무효라고 보아야 하고 48시간을 넘지 않은 경우라도 합리적인 혹은 상당한 이유없이 지체하여 영장을 청구하면 이것도 해당 규정의 위반으로 보아야 할 것이다.

5. 현행범 체포의 경우 그 특수성으로 인해 긴급체포와 같이 사후적 체포영장심사절차를 도입하는 것은 불필요하다.

6. 수사절차단계에서 구속제도와 관련하여 다음과 같은 결과에 도달하였다. 첫째, 공소제기 전 구속의 경우 그 주체가 누구인가라는 질문에 대해 본 연구는 이를 법원으로 보고 있다. 따라서 구속영장은 명령장이고 이러한 배경에서 판사인치제도 도입을 주장하였다. 둘째, 공소제기 전 피의자 보석제도는 향후 피고인 보석제도와 같은 권리·필요보석으로 변모해야 한다. 셋째, 이렇게 변모된 피의자 보석은 체포된 피의자에게까지 확대되어야 한다. 넷째, 이러한 강화된 피의자 보석은 궁극적으로 구속전 피의자심문 단계까지로 확대될 수 있다. 이러한 보석제도의 확대는 체포·구속의 일원화와 기소전 인신구속의 영역에서도 법원이 주체가 되어야 한다는 주장과 일맥상통하는 것이다.

7. 수사단계의 구속기간의 경우 국제법·비교법적 관점에서 이러한 구속기간이 지나치게 장기라고 주장하지만 수사현실의 반영없이 구속기간의 도식성과 일률성을 유지한 채 숫자만 줄이는 것은 해법이 될 수 없고, 단순히 경찰의 구속기간을 줄여야 하느냐 검찰의 구속기간을 줄여야 하는 논쟁도 무익하다. 현재의 도식적, 획일적, 단계적 구속기간 규정은 삭제해야 하고 향후 구속기간은 최장 20일의 한도에서 탄력적으로 운영되어야 한다. 이는 조정된 경찰과 검찰의 수사권을 고려하면 더욱 그러하다. 이렇게 변경된 구속기간제도 하에서 구속전 피의자심문에 필요한 기간을 구속기간에 산입하지 않는 현행법의 태도는 수정되어야 한다. 마지막으로 구속제도의 통합적 운영은 구속장소운영에도 이루어져야하는데, 경찰단계 구속시 사용되는 경찰서 유치장은 사법부가 운영하는 구치소로 변경되어야 한다.

8. 수사시 체포·구속에 대한 민주적 통제방안으로 경찰위원회 제도의 실질화가 주장되기도 하나 이는 이미 그 한계가 노출되어 있고, 외부적·민주적 통제장치로 국가인권위원회와 국민권익위원회가 어느 정도 기능을 하지만 이 또한 사후적 통제방법이고 개입 및 제재권한의 한계로 실효성에 의문이 제기되고 있다. 보다 독립적·중립적이고 권한이 강화된 형태의 외부적 시민통제기구의 설치가 논의되고 있어 고무적이긴 하지만 현재 제안된 형태의 안은 경찰수사에 제한되고 검찰 수사에는 해당 사항이 없다는 한계점이 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

강동범, “구속영장재판에 대한 불복 가부 및 구속제도 개선방안”, 형사법의 신동향 제23호, 2009.

경찰브리핑, 2019. 10. 24., 경찰수사 개혁을 위한「미래비전 보고서」발표 - 제명: 경찰수사를 새롭게 디자인 하다(REDESIGN) -.

권오걸. “現行 人身拘束制度에 관한 一考察.” 慶北實業專門大學論文集 17.1 (1998).

국회 법제사법위원회, 형사소송법중개정법률안 심사보고서, 1995.12.

김재덕, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 법학논집 제20권 제1호(2015), 이화여자대학교 법학연구소.

김준성, “형사소송법상 긴급체포제도에 관한 재검토”, 형사법연구 제23권 제3호, 2011.

김택수. “이중적 수사구조에 의한 기본권 침해” 경찰학연구 18.1 (2018).

류부곤. “인신구속제도의 개선 필요성과 방향 - 긴급체포 및 구속의 제도적 개선점을 중심으로 -.” 비교형사법연구 제19권 제4호 (2018).

류지영, “긴급체포제도의 문제점과 개선방안”, 형사법연구, 제20호(2003).

문성도, 2007년 긴급체포제도 개정의 법적 의의, 경찰법연구 제5권 제2호, 2007.

문채규, “수사절차상 피의자의 청문권”, 법학연구(부산대) 제49권 제1호, 2008.

박미숙, 국제인권기준과 현행형사절차, 한국형사정책연구원 연구총서, 2000.

박병욱, 경찰개혁위원회의 성과와 과제, 민주법학 통권 68호(2018).

박봉균, 김문귀. 무죄추정의 원칙과 공판전 인신구속 - 영장실질심사를 중심으로 -. 법학연구, 19(2), (2019).

박형남, 신설된 인신구속제도의 운용방안, 법원행정처, 1996.

배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법 제2판, 홍문사 2006.

백형구 등, 주석 형사소송법 Ⅱ, 한국사법행정학회, 2009.

백형조. “피의자 구속기간 단축의 문제점에 관한 연구.” 한국경찰학회보 1.1 (1999)

법무연수원, 검찰실무 Ⅰ.

사법개혁위원회, 「사법개혁위원회자료집(Ⅵ)-제14차~제27차 회의 자료-」, 법원행정처, 2005.2.14.

손동권, 구속영장실질심사제의 운용상 문제점과 그 개선책, 법정고시, 1997.12.

신동운, 인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 서울대학교 법학, 제39권 제1호(1998).

신동운, 「형사소송법」, 제4판, 법문사, 2007.

신동운, 신형사소송법, 법문사, 2012.

신이철. "수사기관의 구속기간 산입배제에 대한 제언." 형사정책연구 25.4 (2014).

신이철. 현행범 체포의 요건과 절차에 대한 올바른 해석과 입법론. 법학논총, 31(2), (2018).

신양균, 형사소송법, 제2판, 2004.

이동희, 한국과 일본의 체포·구속제도에 대한 비교연구 - 체포·구속의 법제 및 실무운용을 중심으로, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009.

이영란, 한국형사소송법, 숙명여자대학교 출판국, 2007.

이은모/김정환, 형사소송법, 박영사 2019.

이인영, 체포·구속된 피의자 보석에 관한 고찰, 비교형사법연구 제6권 제2-1호(2004).

이재상, 신형사소송법연습, 제7판, 박영사.

이진국. 구속장소의 법적 규율에 관한 소고. 동아법학, (44), (2009).

이성기, 미국과 영국의 체포·구금제도의 비교법적 고찰 - 체포·구금의 요건 및 처리절차를 중심으로, 한양법학 제22권 제2집, 2011.

이창현, 형사소송법 제6판, 2020 정독.

장승일, 수사상 긴급체포제도의 운용에 대한 재검토, 법학연구 제18집 제2호(2015.06).

정승환. "연구논문(硏究論文) : 형사소송법(刑事訴訟法)의 체포제도(逮捕制度)에 대한 재검토(再檢討) -형사소송법(刑事訴訟法) 개정안(改正案)의 인신구속제도(人身拘束制度)와 관련하여-." 法曹 54.7 (2005).

정웅석. "감염병 예방 및 관리에 관한 법률에 따라 제4군 감염병으로 분류된 메르스 등 감염 구속 피의자의 구속기간 개선방안." 형사법의 신동향(2016).

정진수, 인신구속제도의 일원화에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구총서 06-30, 2006.

정초영. "수사기관의 구속기간실태 및 외국의 구속제도." 치안정책연구 -.13 (1999).

히라라기 토키오 저/조균석 역, 일본형사소송법, 박영사, 2012.
조기영. “구속피의자의 수사기관 조사실 출석의무?.” 법학연구 통권 제42호(2014), 전북대학교 법학연구소.
조상제, “현행형사소송법상 체포제도의 문제점”, 계명법학, 제3집, 1999.
주승희. “형사절차상 구속 기간 관련 독일 제도 소개 및 시사점.” 입법과 정책 11.3 (2019).
천진호, 영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토, 법학논고 제26집, 2007.
경찰개혁위원회, 경찰권 시민통제 및 강제수사 최소화 권고(2017.9.12.).
신양균, 미결수용자의 처우에 관한 연구, 한국형사정책연구원(1994).
최용성/강동욱, 현행 긴급체포제도의 합리적 입법방안 모색, 한국범죄학 제13권 제2호 (2019).
하태영, 긴급체포된 피의자와 체포적부심사청구“, 비교형사법연구 제1권 제1호, 1999.
하태인, “수사기관의 무영장체포와 영장주의의 실질적 의미”, 법학논문집 제35권 제2호 (2011).
하태훈, “한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평”, 형사법연구 제23권 제1호, 2011.
한민경. “경찰활동에 대한 외부기구의 통제: 평가 및 제언.” 刑事政策 32.1 (2020).
황문규. 경찰수사의 독립성·중립성 확보를 위한 수사체제 재설계. 형사정책연구, 28(4), (2017).
황정근·박영관·송두환, “구속영장실질심사제도의 개선방안”, 『형사정책연구』(형사정책세미나, 1997), 제21호.
황정근, 영장실질심사제도 시행의 의미와 과제, 영장실질심사제도(실무상 문제점과 과제), 법원행정처, 1997.

2020 경찰백서.

2. 외국문헌

Beulke, Werner, Strafprozessrecht, 9. Aufl., C.F.Müller.

Klaus Volk, Grundkurs StPO, 7. Aufl.

Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., C.H.Beck.

David J. Feldman, England and Wales, in Criminal Procedure A World Wide Study, 2007.

Michael Zander, Case and Materials on the English Legal System, 2007.

斎藤 司, 被疑者の身体拘束制度と諸問題, 刑事訴訟法の思考プロセス, 法学セミナー, 通巻743号, 日本評論社, 2016.

児島章朋, 緊急逮捕の要件と逮捕状請求の手続, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012.

熊谷弘ほか(編), 捜査法大系 2 勾留·保釈, 日本評論社, 1972.

藤永幸治ほか(編), 大コンメンタール 刑事訴訟法〈第3巻〉, 青林書院, 1996.

三浦正晴/北岡克哉, 令状請求の実際101問[改訂], 立花書房, 2002.

斎藤 司, 逮捕と令状主義, 刑事訴訟法の思考プロセス, 法学セミナー, 通巻744号, 日本評論社, 2017.

新関雅夫ほか, 増補 令状基本問題 上, 一粒社, 1996.

団藤重光, 法律実務講座(3), 有斐閣, 1956.

熊谷浩明, 緊急逮捕後被疑者を釈放した場合の逮捕状請求の要否, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012.

幅田勝行, 緊急逮捕は適法であるが逮捕状請求時には身体拘束の必要性がない場合の措置, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012.

青柳文雄ほか, 註釈刑事訴訟法〈第2巻〉, 立花書房, 1976.

伊藤栄樹ほか, 新版 注釈刑事訴訟法〈第3巻〉, 立花書房, 1996.

河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子(編), 大コンメンタール刑事訴訟法〈第4巻〉, 第2版, 青林書院, 2012.

金子宏/新堂幸司/平井宜雄, 法律学小辞典, 第4版補訂版, 有斐閣, 2008.

久米喜三郎, 刑訴法二O六条二項のやむを得ない事由の意義, 判例タイムズ, 臨時増刊296号, 判例タイムズ社, 1973.

三井 誠, 刑事手続法(1), 有斐閣, 1997.

古宮久枝, 被疑者の拘束と逮捕前置の原則, 実例刑事訴訟法Ⅰ(松尾浩也 編), 青林書院, 2012.

川出敏裕, 判例講座 刑事訴訟法, 立花書房, 2016.

斎藤 司, 前掲(被疑者の身体拘束制度と諸問題).

飯畑正一郎, 勾留期間を延長すべきやむを得ない事由の意義, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012.

葛野尋之, 恣意的拘禁と刑事手続, 法学セミナー, 通巻781号, 日本評論社, 2020.

小田中聰樹, 現代司法と刑事訴訟の改革課題, 日本評論社, 1995.

刑事立法研究会, 代用監獄·拘置所改革のゆくえ—監獄法改正をめぐって, 現代人文社, 2005.

樋口裕晃, 勾留場所を留置施設とすることの適否, 令状に関する理論と実務Ⅰ, 別冊判例タイムズ34号, 判例タイムズ社, 2012.

青木和子, 代用監獄の問題点と現段階, 刑事法ジャーナル, 第5号, 成文堂.

田宮裕, 捜査の構造(刑事訴訟法研究 1), 有斐閣, 1971.

後藤昭, 捜査法の論理, 岩波書店, 2001.

斉藤 司, 刑事被収容者処遇法と逮捕留置, 愛媛法学会雑誌, 第35巻, 愛媛大学法学会, 2009.

川出敏裕, 別件逮捕·勾留の研究, 東京大学出版会, 1998.

Abstract

A Study on the Improvement of Arrest Restraint System under the Criminal Procedure Act for the Protection of Human Rights of the People

Hwang Heo·Min-young Choi·Oh-Geol Kwon

The biggest change in the Criminal Procedure Act under the current government is the "the adjustment of investigation rights between prosecutor and police" that has paid off to some extent in 2020. Through this, the Republic of Korea has faced a major change in criminal procedures, especially in the investigation phase, which is expected to have a significant impact on the arrest and detention of the person in the investigation phase. In addition, the international community's past comments on Korea's human restraint system are still valid today. To sum up this, a fundamental review of criminal procedures, especially the arrest and detention system, is needed at this point in the investigation stage.

Looking at the arrest and detention system at the investigation stage from the macro perspective of the human restraint system, the current criminal procedure law takes the form of arrest and detention dualization, especially in the form of strengthened arrest system. This can be seen as going against the global trend, rather, the arrest and detention system should move toward unification in order to strengthen the human rights security of the people. What this means is the unification of arrest and detention, and further the integration of the detention by the judicial police and the detention by the prosecutor.

The unification of arrest and detention specifically means the reduction of

the arrest system, which leads to the abolition of the arrest system by warrant and the strengthening or substantiation of the requirements and procedures for emergency arrest and current criminal arrest.

Emergency arrest shall be changed as follows: From a one-sided perspective on arrest and detention, bail should also be strengthened to the level of the defendant's bail for the suspect who was arrested urgently. In addition, if an investigative agency urgently warrants an arrest warrant, the court should not only examine the issue of future detention warrants, but also examine the legality and substantiality of past arrest warrants, and reject the issue of detention warrants if either is not recognized. Furthermore, the post-arrest warrant system needs to be recognized as a post-judicial control measure of emergency arrest, but in this case, the post-arrest warrant can only be recognized if it is released without an arrest warrant. Finally, regarding the time limit of a warrant claim, the normative element "immediate" and the absolute deadline of "48 hours" can be set, for example, a warrant request by an investigative agency should be considered absolutely invalid if it is not over 48 hours. Even if it is not more than 48 hours, it can be considered a violation of the relevant regulations if the warrant is delayed without a reasonable or substantial reason.

In criminal proceedings, the subject of arrest should be the court, whether before or after the indictment. Therefore, the arrest warrant seems to have the character of a commander during the investigation phase. The bail system should also be recognized as a suspect's right, separate from the review procedure, regardless of whether they are arrested or detained. Furthermore, the reinforced bail could be extended to the stage of interrogation of suspects before arrest.

In the case of the detention period at the investigation stage, the current regulations on schematic, uniform, and step-by-step detention period should be deleted considering the adjusted investigation rights, and the future detention period can be operated flexibly up to 20 days. The attitude of the current law,

which does not include the period required for interrogation of pre-arrest suspects in such a changed period of detention, should be revised. Finally, the integrated operation of the restraint system may also affect the location of the restraint system. In other words, the police station's detention center, which is used for police-level arrest, should be changed to a detention center run by the judiciary.

Although the substantialization of the police commission system is claimed as a democratic control measure for arrest and detention during investigation, its limitations have already been exposed. Although the National Human Rights Commission of Korea and the Anti-Corruption and Civil Rights Commission function to some extent as external and democratic controls, this is also a post-control method and the limitation of intervention and sanctions authority raises questions about its effectiveness. It is encouraging that the establishment of a more independent, neutral, and empowered form of external civil control is being discussed, but the current proposed form of the plan is limited to police investigations and does not apply to prosecutor investigations.

연구총서 20-AB-05

국민의 인권보호를 위한 형사소송법상 체포·구속제도 개선 방안 연구

발　　행 | 2020년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전　　화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정　　가 | 7,000원
인　　쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482
I S B N | 979-11-91565-02-7 93330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.