

수사기관의 구속기간 산입배제에 대한 제언*

신 이 철**

국 | 문 | 요 | 약

피의자에 대한 인권보장적 견지에서 구속사유를 엄격히 함은 물론, 수사기관의 구속기간에 대해서도 현행 형사소송법은 엄격하게 제한하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라 수사기관의 구속기간이 장기간으로 되어 있다는 주장이 제기되고 있으며 어느정도 축소할 필요성이 제기된다. 다만 현실적으로 수사기관의 구속기간이 축소되기 전까지는 현행법 하에서 기간 산입 배제사유 만큼이라도 삭제하든지, 아니면 적어도 이러한 규정을 엄격히 해석할 필요가 있다고 생각된다. 예컨대 피고인의 구속을 최소화하고 부당한 구금을 방지하기 위하여 마련된 영장실질심사제도의 취지에 비추어 볼 때 현행법상 영장실질심사가 필요적으로 이루어지는 만큼 영장실질심사기간의 산입을 배제하는 것은 문제가 있다고 생각되기 때문에 법의 개정을 통하여 본 조항이 삭제하기 전에는 적어도 일(日)이 아닌 실제로 소요된 시간만을 제외하는 것도 하나의 방안이 될 수 있을 것으로 보며, 구속적부 심사기간도 구속적부 심사의 청구권이 헌법상 보장된 기본권이라는 점에 비추어 보면 마찬가지로 본다.

❖ 주제어 : 구속기간 산입배제, 구속, 구속영장실질심사, 항고

* 이 논문은 2014년도 원광디지털대학교의 교비 지원에 의해서 수행됨.

** 원광디지털대학교 경찰학과 조교수. 법학박사

I. 서 설

형사소송법이 실현하고자 하는 최고의 목표이자 이념이 실체진실주의이지만, 이 또한 유일한 이념은 아니므로 적정절차의 원리와 신속한 재판에 의한 제한이 불가피하다. 보통 인권보장 측면에서 구속의 폐해를 가능한 한 줄이면서 부당한 구속의 계속으로부터 피고인을 구제하는 방법에는 첫째가 영미법계처럼 필요적 보석을 인정하는 것이고, 두 번째는 대륙법계처럼 구속기간을 법정하는 방법인데, 현재 우리나라는 양자를 병용하고 있다. 본 논문에서는 특히 피의자 구속기간을 법정하는 방법과 관련하여, 부당하게 장기간 계속되는 구속이야말로 적정절차 원리의 핵심을 침해하는 것이 되기 때문에 어디까지나 구속은 예외적 성격을 지닐 수밖에 없게 된다. 이러한 예외적 성격은 필연적으로 구속기간을 제한할 것을 요구하게 되며, 현행 형사소송법은 수사단계에 따라 구속기간을 구체적으로 법정하고 있는 방식을 취하고 있다(제202조, 제203조).

그런데 구속기간 단축과 관련하여 현재에 이르기까지 꾸준히 논의가 이루어지고 있는데, 현행법상 사법경찰관의 구속기간 10일에 대하여 불구속 수사와 재판의 원칙을 확립하고 피의자의 인권을 보호하려는 취지하에 축소하려는 움직임에 대하여,¹⁾ 경찰의 입장에서는 검찰이 토요일 및 공휴일에는 사건 송치를 받지 않으므로 실제 수사할 수 있는 기간은 사실상 단축될 수밖에 없고 일방적인 수사기간 단축은 수사현실과 부합되지 않는다는 반론이 제기되고 있다.²⁾ 따라서 본 논문에서는 현재의 수사기관의 구속기간에 대한 타당성을 검토하기 전에 먼저 현행 형사소송법상 수사기관의 구속기간의 제한과 연장문제를 전반적으로 살펴본 다음(Ⅱ), 구속기간의 산입을 배제하는 규정을 살펴보고 이에 대한 개별적 사유에 대한 구체적 타당성을 검토한 다음(Ⅲ), 구속기간이 위반된 경우에 어떤 소송법상 효과를 가져올

1) 사법경찰관의 구속기간을 5일 정도로 단축하는 것이 바람직하다는 견해가 제기되고 있다. 예컨대 백형구, “구속기간에 관한 이론적 실무적 고찰”, 법률학의 제 문제, 1988, 282면; 김희옥, “형사절차상의 구속기간”, 고시연구, 1994, 28면; 이재상, “강제수사절차의 개선방안”, 형사정책연구원, 1991, 82면. 대검찰청 검찰21세기 연구기획단, “구속제도 정비방안연구”, 1995, 180면.

2) 백형조, “피의자구속기간 단축의 문제점에 관한 연구”, 한국경찰학회보 제1권, 한국경찰학회, 1999, 9면.

수 있는 것인지를 알아보고(IV) 마지막으로 구속기간에 대한 입법론을 포함하여 올바른 해석론과 그 기준을 마련하면서 결론(V)을 내리고자 한다.

II. 수사기관 구속기간의 엄격한 제한과 연장

1. 현행법상 구속기간의 제한

사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 하므로(법 제202조), 사법경찰관의 피의자에 대한 구속기간은 10일이 된다. 그리고 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방해야 하기 때문에(법 제203조), 검사의 피의자에 대한 구속기간도 마찬가지로 10일이 된다(제203조). 이와 같이 형사소송법상 수사기관에게 피의자의 도주 및 증거인멸방지를 위하여 구속기간을 허용하면서도 다른 한편으로는 인권보장적 요청을 고려하여 구속기간을 가급적 제한하여 그 기간을 법정화하고 있다.

다음으로 형사소송법 제202조는 비록 ‘피의자의 인치’만을 규정하고 있지만, 사법경찰관이 피의자만을 검사에게 송치하면 검사는 피의자에 대한 수사가 사실상 불가능하므로 실무에서는 사법경찰관이 피의자를 검사에게 인치할 때 관계서류와 증거물 등 사건도 함께 송치하는 것이 일반적이다. 이에 따라 송치되는 날 피의자의 신병이 검찰청에 와서 검사가 피의자를 조사한 후 구치소로 이감되고 있는 것이다.³⁾ 그런데 사건이 복잡하여 수사기록의 양이 많은 경우에는 검사가 사법경찰관으로부터 사건기록만을 미리 송치받고 피의자의 신병은 그 다음날 인치되는 경우도 있는데 이를 실무상 ‘선송치’라고 한다. 선송치되는 사건에서 검사의 구속기간은 제203조에서 ‘사법경찰관으로부터 피의자의 인치받은 때로부터’라고 규정하고 있기 때문에 기록을 송치받은 날로부터 기산되는 것이 아니라, 피의자가 인치되는 날로

3) 단순히 검사의 피의자신문조서가 송치 받은 당일에 작성된 것만으로 임의성이 없는 것은 아니라는 것으로는 대법원 1984. 5. 29, 84도378.

부터 기산하게 된다. 따라서 중요사건의 지휘시에 사실상 11일간 기록을 보면서 수사가 가능하다는 이점이 있게 된다. 여기서 피의자로서의 구속기간을 포함한 미결구금일수는 모두 본형에 통산된다.⁴⁾

가. 구속기간의 기산점

피의자가 체포영장에 의한 체포(제200조의2), 긴급체포(제200조의3), 현행범 체포(제212조)에 의하여 체포된 경우에는 구속기간은 체포한 날로부터 구속기간을 기산한다. 그리고 체포되어 있지 않아 구인을 위한 구속영장(제201조의2 제2항)에 의해 구인된 경우에는 구속기간을 구인한 날로부터 구속기간을 기산하게 된다(제203조의2). 이는 1995년 형사소송법 개정 이래 이러한 구속기간의 산입규정을 통하여 사실상 구속기간이 단축된 것으로 평가된다.

나. 초일불산입과 공휴일등 불산입 원칙의 예외

원래 기간의 기산점(시기)과 관련하여, 기간계산을 함에 있어서 일(日)⁵⁾로써 계산하는 것은 초일을 산입하지 않는 이른바 ‘초일불산입의 원칙’이 지배되고 있다(제66조 제1항 본문). 따라서 일(日)을 단위로 하는 기간의 기산일은 초일의 익일이 된다. 그러나 구속기간의 계산에 있어서는 피의자의 이익을 위하여 초일불산입 원칙의 예외를 인정함으로써, 시간을 계산함이 없이 1일로 산정하도록 규정하고 있는데(제66조 제1항 단서), 피의자의 구속기간(제202조, 제203조)이 이에 해당하게 된다.⁶⁾ 예컨대 2014. 6. 1. 23:00에 긴급체포된 경우에는 기간의 계산에 있어서 구속

4) 경합범에 해당하는 수개의 범죄사실 가운데 구속영장이 발부되지 않은 다른 범죄사실에 대해서도 법원이 미결구금일수에 산입 할 수 있다는 것으로 대법원 1986. 12. 9. 선고 86도1875 판결; 대법원 1988. 7. 26. 선고 88도841 판결; 대법원 1996. 5. 10. 선고 96도880 판결.

5) 기간의 계산방법에는 실제의 기간을 수리적 원리에 따라 계산하는 자연적 계산방법과, 역서(달력)에 따라 계산하는 역법적 계산방법이 있다. 여기서 월(月) 또는 년(年)을 단위로 하는 기간의 계산에는 역법적 계산방법을 채택하고 있으며(제66조 제2항), 시와 일을 단위로 계산하는 기간계산은 자연적 계산방법에 의한다.

6) 물론 피고인의 구속기간(제92조)도 이에 포함된다. 다만, 공소제기 후에 수소법원이 피고인을 구속하는 경우 그 구속기간의 기산점에 대하여 구속영장의 집행에 의하여 피고인을 법원 또는 구치소 기타 지정한 장소에 인치한 날이라는 견해(인치완료시설)과 구속영장의 집행에 의하여 사실상 구속

기간의 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정하므로 2014년 6월 1일을 기산점으로 삼으면 되고, 그로부터 10일이면 2010. 6. 10. 24:00이 구속기간의 만료시가 되는 것이 원칙이다. 이는 수사기관의 구속기간을 가급적 단축하려는 인권보장적 취지에서 둔 것으로 이해된다. 그리고 기간의 만료점(종기)와 관련하여 기간의 말일이 공휴일 또는 토요일인 경우에는 기간에 산입하지 아니하는데, 이를 ‘공휴일 등 불산입의 원칙’이라고 한다. 그러나 구속기간의 경우에 있어서는 그 예외가 인정되어 구속기간의 말일이 공휴일 또는 토요일에 해당되어도 그 공휴일 또는 토요일이 구속기간에 산입된다(제66조 제3항).

2. 현행법상 구속기간의 연장

수사절차상의 구속기간은 헌법상 인정된 무죄추정의 권리(헌법 제27조 제4항)에서 파생되는 불구속수사원칙(제198조 제1항)에 대한 예외로서 설정된 기간이다.⁷⁾ 따라서 구속기간의 연장은 최소한에 그쳐야 함은 물론이다.

가. 형사소송법과 국가보안법상 연장기간

현행 형사소송법은 수사계속의 필요를 고려하여 구속기간의 연장을 인정하되, 구속기간의 연장에 대한 사법적 억제라는 견지에서 법관의 허가제도를 규정하고 있다. 즉, 사법경찰관의 구속기간에 관하여는 -검사의 구속기간과 달리- 원칙적으로 연장이 허용되지 않지만, 검사의 구속기간은 1차에 한하여 연장이 허용되고 있다. 이와 같이 검사의 구속기간에 관하여 비교적 장기간 허용하는 것은 사법경찰관의 경우는 주로 초동수사를 위한 것이지만, 검사의 수사는 공소제기 여부를 결정하기 위한 준사법적 절차로서 비교적 장기간이 소요될 수 있다는 점을 고려한 것으로 보인다.⁸⁾ 참고로 일본의 경우는 원칙적으로 10일간(일본형사소송법 제208조 제1항)으로 하고, 부득이한 사유가 있는 경우에만 검찰관의 청구에 의한 재판관의 결정으로 통산

한 날이라는 견해(구속영장집행시설)의 대립이 있으나 후설이 타당하다고 본다.

7) 헌법재판소 1992. 4. 14, 90헌마82.

8) 백형구 등, 주석 형사소송법 II, 한국사법행정학회, 2009, 204면.

하여 10일간의 연장이 인정되고 있다(동조 제2항). 여기서 통산하여 10일간이란 필요한 날짜만큼 여러 차례 연장해도 되지만 합하여 10일을 넘을 수 없다는 취지이다.⁹⁾ 즉 연장신청의 회수를 제한하고 있지 아니한 관계로 합일 10일을 초과하지 않는 한 몇 번이라도 연장신청 또는 연장허가가 가능하다.¹⁰⁾

여기서 한 가지 분명히 해야 할 것으로, 구속기간의 제한과 관련하여 대부분 수사 단계에서 피의자를 구속할 수 있는 최대의 기간은 경찰에서 10일(체포기간 포함), 검찰에서의 20일(검찰단계 10일 + 검찰단계 연장 10일)로서 최장 총 30일이 된다는 식으로 설명이 대부분 이루어지고 있다.¹¹⁾ 그러나 -경찰에는 인정되지 않는- 검찰에서 구속기간연장의 허가결정이 있는 경우에 그 연장기간은 구속기간 만료의 다음날부터 기산한다는 명문의 규정(규칙 제98조)을 두고 있는 것과는 달리, 경찰에서의 구속기간 만료일 10일째는 적어도 송치되어야 하고, -사법경찰관이 구속기간 내에 사건을 검사에게 송치하면 검사의 구속기간이 시작되는데- 그 10일째는 검찰의 입장에서는 시간을 계산함이 없이 구속기산점이 된다고 해야 하므로 사실상 수사기관의 구속기간은 총 29일로 보아야 할 것으로 생각된다. 다만 검사가 송치사건을 다루는 것이 아니라, 인지수사를 하는 사건의 경우에는 사법경찰관 단계의 구속기간이 당연히 제외되므로 10일 + 10일로 되어 최장 20일까지 피의자가 구속이 가능하다는 점에는 의문의 여지가 없다.

한편, 극히 예외적이기는 하지만 국가보안법 제3조 내지 제10조의 죄로 구속된 피의자에 대한 사법경찰관의 구속기간은 1차에 한하여 연장이 허용된다(국가보안법 제19조). 이에 반하여 검사는 국가보안법 위반사건의 피의자인 경우에는 2차에 걸쳐 구속기간을 연장할 수 있도록 하고 있다(국보법 제19조 제2항). 이렇게 되면 다른 범죄의 피의자에 대한 최대한의 구속기간보다 20일을 더 구속할 수 있게 함으로써 그만큼 수사기관에 의하여 신체의 자유, 그 보장원리로서의 무죄추정의 원칙과 신속한 재판을 받을 권리를 더 많이 제한당하게 되는 것이므로 이러한 규정이 과연

9) 히라라키 토키오/조균석 역, 일본형사소송법, 박영사, 2012, 127면. 그리고 내란죄, 외환죄, 소란죄 등의 특별한 사건에 관하여는 5일을 한도로 더 연장할 수 있다(일본 형사소송법 제208조의2).

10) 田口守一, 刑事訴訟法(第4版 補正版), 弘文堂, 2006, 79면.

11) 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2010, 276면; 三井誠·酒巻匡 著, 신동운 역, 「입문 일본형사수속법」, 법문사, 2003, 63면.

신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법이념에 합당한 것인지가 문제된다. 이에 헌법재판소는 국가보안법상의 구속기간 연장규정에 대하여 ‘국가보안법상의 구속기간연장규정(제19조)을 제7조(찬양고무), 제10조(불고지)의 경미한 죄까지 적용하는 것은 신체의 자유, 무죄추정, 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이므로 일부 위헌이라고 판시하는가 하면,¹²⁾ 국가보안법 제3조, 제5조, 제8조 및 제9조의 죄에 관한 구속기간의 연장에 대해서는 합헌결정을 내린바 있다.¹³⁾

생각건대 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하기 위한 국가보안법의 대부분의 범죄가 매우 지능적이고 그 형태가 조직적인데다가 극히 은밀하게 이루어지는 특성상 단기간의 수사로는 배후관계의 규명이나 증거포착이 어려워 수사에 상당한 기간이 필요하다는 점이 주장되고 있다. 특히 최근에는 국가보안법위반의 범죄자가 진술거부권을 행사하거나, 다행히 묵비권을 행사하지 않고 진술을 하더라도 잘 알지 못한다는 식으로 범행을 은폐하는 경우가 대부분이므로 수사에 더욱 어려움이 사실상 가중되고 있어서 수사기간을 어느정도 보장하여 주어야 할 필요성이 인정된다. 그러나 수사단계에서의 장기구속은 상당한 증거도 없이 먼저 구속을 한 뒤에야 비로소 증거를 찾아 내려는 폐단을 야기하는 등 악용될 우려 또한 대단히 높다는 점을 고려해 본다면 현재의 연장기간을 지금보다 더 축소해야 할 것으로 생각되며, 차후에 입법적으로

12) 헌법재판소 1992. 4. 14, 90헌마82.

13) 헌법재판소 1997. 6. 26, 96헌가9; 1997. 8. 21, 96헌마48. 신·구법 제3조(반국가단체의 구성 등), 제5조(자진지원·금품수수), 제8조(통신·회합 등), 제9조(편의제공)에 해당하는 피의사건은, 일반형사범죄의 피의사건과는 달리, 지능적·조직적으로 범죄가 이루어지므로 그 공범자나 참고인 등 사건 관련자의 수가 많은 것이 일반적이고, 또 이들 범죄는 그 성질상 은밀하게 그리고 우리의 수사권이 사실상·법률상 미치지 아니하는 북한과 중국·일본·독일 등지에 걸쳐 광범위하게 이루어지는 일도 흔히 있으므로 그 사건 수사를 하기 위하여서는 우리 공관 등 외교경로를 통하거나 국제형사경찰기구 등을 통하여 사실확인 등을 하거나 증거자료를 확보하는 경우도 흔히 있다. 따라서 이들 범죄에 대한 수사는 수사단서의 발견, 증거수집, 심증형성 등 수사를 함에 있어서 일반형사범죄에 비하여 상대적으로 많은 시간을 필요로 한다. 그리고 이들 범죄의 피의자는 일반적으로 주거가 일정하지 않고 증거를 인멸할 염려가 많은데다가 이들 범죄의 성격상 불구속수사를 하기에는 부적절한 경우가 많다. 그러므로 이들 범죄에 대한 수사에 있어서는 그 피의자에 대한 구속기간을 최소한의 범위 내에서 연장할 상당한 이유가 있다고 보여진다. 더구나 그 구속기간의 연장에는 지방법원 판사의 허가를 받도록 규정하고 있어서, 수사기관의 부당한 장기구속에 대한 법적 방지장치도 마련되어 있다는 점 등을 근거로 하고 있다.

는 국가보안법 위반의 피의자에 대한 구속기간 연장 특칙자체를 점차적으로 폐지¹⁴⁾ 하는 것이 타당하다고 본다.

나. 구속기간의 연장 신청과 허가

현행법상 법원에 대한 연장의 신청권자는 검사에 한하며, 사법경찰관에게는 그 신청권이 없다. 즉 사법경찰관에게 국가보안법위반사건에 대하여 1차 연장할 수 있어도 사법경찰관은 검사에게 기간연장을 신청하여야 하고 검사는 기간연장의 필요성이 있다고 인정하면 법원에 연장신청을 할 수 있다. 연장신청방법은 서면에 의하여 하며, 구속기간의 연장신청서에는 기간연장이 필요한 이유와 연장할 기간을 기재하여야 한다. 기간연장신청은 검사소속의 지방검찰청에 대응한 지방법원에 하여야 하나, 구속영장을 발부한 법원임을 요하지는 않는다. 기간연장을 신청하는 경우에는 연장의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다(제205조 제2항).

연장의 신청을 받은 판사는 ‘수사의 계속함에 상당한 이유’가 있다고 인정할 때에는 그 연장을 허가할 수 있다. 여기서 상당한 이유가 있는 때라 함은 구속기간연장의 필요를 인정할 수 있는 상당한 이유가 있는 때라는 의미이므로, 사건의 복잡성으로 인하여 10일 이내에 수사를 완료하지 못한 경우, 중요 참고인의 소재불명으로 인하여 조사를 하지 못한 경우, 기소여부의 결정에 불가결한 감정이 완료되지 아니한 경우와 같이 구속기간을 연장하지 않고는 기소불기소의 결정이 곤란한 경우가 이에 해당한다고 할 것이다.¹⁵⁾ 그 외에도 문제가 될 수 있는 것은 피의자가 진술거부권을 행사함으로써 증거수집이 곤란한 경우에 기간연장의 사유가 될 수 있는가에 있다. 이에 대하여 피의자에게는 묵비권이 보장되어 있기 때문에 묵비하는 것 자체를 두고 구속연장의 이유로 삼는 것은 허용되지 않는다는 견해와 피고인의 특징은 공소제기의 유효 적법요건이므로(제254조 제3항 제1호) 진술거부권 행사로 피의자의 특징이 곤란한 경우에는 연장사유로 된다는 견해의 대립이 있으나,¹⁶⁾ 여러 가지

14) 차용성/최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008, 218면.

15) 그러나 검사가 사건이 많아 구속사건을 처리할 시간이 없었다는 것은 사유가 되지 않고, ‘계속 수사를 위하여’와 같은 추상적인 문구로는 상당한 이유의 개진이라고 볼 수 없다(법원행정처, 법원 실무제요 형사 II, 2008. 322면).

16) 백형구 등, 주석 형사소송법 II, 210면.

중요한 판단자료 가운데 하나가 될 수는 있다고 생각된다. 그리고 여죄수사를 이유로 하는 구속연장의 경우에도 논란은 있지만, 원칙적으로 사건단위의 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 해야 한다. 다만, 여죄수사가 기소와 불기소를 결정함에 필요 불가결한 경우에는 허용될 수 있다고 해야 한다.¹⁷⁾

구속기간의 연장신청의 허가여부는 판사의 재량에 속하므로, 판사는 10일의 한도 내에서 연장을 허가할 수 있다. 여기서 연장기간이 10일로 고정된 것은 아니고 불구속수사의 원칙과 강제수사비례의 원칙에 따라 판사는 연장기간을 적절히 축소할 수도 있다. 그리고 연장일수를 정하는 것도 판사의 재량에 속하므로 검사의 신청일수에 구속되지 않는다. 여기서 판사가 검사의 신청기간을 초과하여 연장할 수 있는가에 대하여 논의가 있을 수 있지만, 판사의 재량은 검사가 신청한 기간 내에서만 인정된다고 본다. 그리고 구속기간연장허가결정이 있는 경우에 그 연장기간은 형사소송법 제203조의 규정에 의한 구속기간만료 다음날부터 기산한다(규칙 제98조). 예컨대 검사가 수뢰죄 피의자를 2014. 6. 4 18:00에 구속하였고 판사에게 신청하여 2014. 6. 12에 10일의 구속기간 연장허가를 받았다면 연장된 구속기간의 기산일은 종전 구속기간 만료 다음날인 2014. 6. 14이 되어 이때부터 기산하여 10일이 되는 2014. 6.23. 24:00까지 검사는 피의자를 구속할 수 있다.

여기서 구속기간연장을 허가하지 아니하는 지방법원판사의 결정에 대하여 수소법원의 구성원에 의한 결정과 마찬가지로 보아야 하므로 준항고를 허용해야 한다는 견해도 있으나,¹⁸⁾ 불복할 수 없다고 해야 한다.¹⁹⁾ 판례도 수소법원이나 수소법원의 재판장 또는 수명법관이 아니기 때문에 형사소송법 제402조 및 제403조가 정하는 항고의 방법과 제416조가 정하는 준항고의 방법으로도 불복할 수 없다는 입장을 취하고 있다.²⁰⁾ 한편 헌법재판소 또한 ‘구속기간연장을 허가하는 지방법원판사는 독립된 재판기관(강학상 수임판사)으로서 수소법원에 해당되지 아니하여 형사소송법 제402조에 의한 항고의 대상도 되지 아니하고, 재판장 또는 수명법관에도 해당

17) 백형구 등, 주석 형사소송법 II, 211면; 이선중 등, 주석 형사소송법, 236면; 히라라키 토키오/조균석 역, 일본형사소송법, 박영사, 2012, 129면.

18) 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009, 188면.

19) 손동권/신이철, 새로운 형사소송법 제2판, 세창출판사, 2014, 264면.

20) 대법원 1997. 6. 16. 선고 97도1 결정.

되지 아니하여 형사소송법 제416조에 의한 준항고의 대상도 되지 아니하며, 또한 구속기간의 연장허가는 형사소송법 제403조 제2항이 정하는 판결전의 소송절차에 있어서의 구금에 관한 결정에도 해당되지 아니하여 위 규정에 의한 항고도 할 수 없다'고 판시하면서, 결국 수사기관의 구속기간연장허가신청에 대한 지방법원판사의 허가결정에 대하여는 형사소송법상 항고, 준항고, 즉시항고 등의 불복방법이 마련되어 있지 않다는 입장을 분명하게 표명하고 있다.²¹⁾ 다만 일본의 형사소송법은 재판관의 구류에 관한 재판을 준항고의 대상으로 규정하고 있으므로(동법 제429조 제1항 제2호)²²⁾ 구속기간(구류기간)의 연장에 관한 재판장의 재판에 대하여도 준항고가 허용된다는 것이 일반적 견해이다.

3. 외국의 입법례

보통 선진 외국의 경우 체포와 구금을 구별하여 단기간의 체포를 선행하는 입법 태도를 취하고 있으며, 사법경찰의 성격을 초동수사에 있어서 체포기관으로 파악하고 있다. 예컨대 미국은 체포되어 석방되는 경우에는 법원이 관여하지 않으나, 계속적으로 구금되는 피의자의 경우에는 불필요한 지체없이(without unnecessary delay) 치안판사(magistrate)에게 인치되어 심문을 받게 되며 일반적으로 48시간 이내에 절차가 진행되도록 규정하고 있다.²³⁾ 다만, 미국은 우리나라처럼 체포영장과 구속영장을 구분하여 수사기관의 인신구금을 체포의 단계와 구속의 단계로 구분하고 있지 않고, 통상 수사기관은 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유(probable cause)가 있는 때에는 체포(arrest)를 하고, 체포된 피의자를 신속하게 판사 앞에 데려가 보석여부를 결정하게 된다. 이때 판사가 보석을 허가하지 않으면 계속 구금된다. 이때 계속 구금을 detention이라고 하는데, 이것이 우리나라의 구속에 해당한다고 볼

21) 헌법재판소 1997. 8. 21. 선고 96헌마48.

22) 裁判官が左の裁判をした場合において `不服がある者は `簡易裁判所の裁判官がした裁判に対しては管轄地方裁判所に `その他の裁判官がした裁判に対してはその裁判官所属の裁判所にその裁判の取消又は変更を請求することができる(일본 형사소송법 제429조) `勾留 `保釈 `押収又は押収物の還付に関する裁判(제2호).

23) Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 5(a).

수 있으며 시기상 별다른 제한은 없다.²⁴⁾ 그리고 영국의 경우는 36시간동안은 경찰의 자체판단에 의한 구금을 허용하되, 그 시간 내에 석방하는 경우에는 법원의 사후승인이 필요 없지만 이를 초과하는 경우에는 치안판사의 계속구금영장(warrant of further detention)을 받도록 하고 있다.

독일의 경우는 범죄혐의자에 대해 수사기관이 행한 긴급구금의 경우 체포된 날의 다음날 안에 법관에게 인치하도록 규정하고 있다.²⁵⁾ 이때 구속기간은 원칙적으로 제한이 없지만, 재범의 위험성을 이유로 한 구속의 경우 1년을 초과할 수 없다(제 122조의a).²⁶⁾ 따라서 재범의 위험성을 이유로 구속한 경우 구속기간이 1년으로 제한되지만, 구속의 근거를 다른 사유로 변경하는 때는 다시 구속기간이 제한이 없으므로 계속 구금이 가능하다. 구속기간이 1년으로 제한되는 경우 그 구속기간은 수사상 구속과 재판상 구속을 합한 기간이다. 물론 독일에서는 공소제기전 구속기간과 공소제기후 구속기간의 구별이 없으므로 검사가 구속 후 6개월을 경과하여 기소하면 법원이 재판상 사용할 수 있는 구속기간이 6개월이 되는 것이고, 검사가 8개월 만에 기소하면 재판상 사용할 수 있는 구속기간이 4개월이 되는 것이다. 그러나 재범의 위험성을 사유로 한 구속 이외에는 구속기간 제한이 없으므로 수사상 구속기간과 재판상 구속기간을 구별할 실익이 없다. 다만, 피의자가 석방심사를 신청하지 않고 3개월이 경과되면 법원이 직권으로 석방심사를 하여 통제하고 나아가 구속기간이 6개월이 경과되면 계속 구금의 필요가 있는 때에는 주최고법원의 계속 구금결정을 받아야 하고 그 이후부터는 매 3개월마다 주최고법원의 허가를 받도록 하는 통제장치를 마련하고 있다.

그리고 프랑스의 입법을 살펴보면, 중죄사건의 경우 피의자는 원칙적으로 1년을

24) 특히 1984년 보석개혁법은 어떠한 석방조건을 정하더라도 피의자의 법정출석이나 다른 사람이나 사회의 안전을 보장하지 못할 것이라고 판단되는 경우에 판사는 공판 전에 피의자를 구금할 수 있도록 했다.

25) Klaus Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008, §10 Rn. 13f; 이완규, 형사소송법 연구 II, 법문사, 2011, 163면.

26) Strafprozeßordnung, § 122 a. In den Fällen des § 121 Abs. 1 darf der Vollzug der Haft nicht länger als ein Jahr aufrechterhalten werden, wenn sie auf den Haftgrund des § 112a gestützt ist. 제121조 제1항에 해당하는 사례에서 구속이 제112조 a의 구금사유에 근거한 때에는 그 집행이 1년을 초과하여 계속되어서는 안된다.

초과하여 수사상 구속을 할 수 없다. 다만 석방구급판사는 예심수사를 계속하여야 할 특별한 사유가 있는 때에는 6개월을 초과하지 아니하는 범위 내에서 구속기간을 연장할 수 있다. 이 연장결정은 구속결정과 마찬가지로 심문을 거쳐야 한다(제145-2조 제1항). 연장결정은 갱신할 수 있으나 피의자의 혐의범죄의 법정형이 20년 미만의 구금형에 해당하는 때에는 2년, 그 외의 경우는 3년을 넘을 수 없다. 다만 범죄 사실의 일부가 국외에서 행해진 때에는 이 기간은 각각 3년과 4년이 된다. 또한 피의자의 혐의범죄가 형법 제2권, 제4권에 규정된 범죄 또는 마약거래, 테러, 조직적 매춘, 탈세 또는 조직범죄인 경우는 4년으로 한다(제145-2조 제2항, 제3항). 한편, 고등법원 예심부는 예외적으로 예심수사를 계속함이 필요하고 피의자를 석방하는 경우 사람이나 재산의 안전에 위해를 초래할 우려가 있는 때에는 이 기간을 4개월 연장할 수 있다(제145-2조 제3항). 반면에 일반형사 범죄사건의 원칙적 구속기간은 4개월이다.²⁷⁾ 선진외국은 각 나라마다 피의자에 대한 인권보장과 피해자를 포함한 사회안전(공공이익)의 보호는 나름대로 적절한 입법을 통하여 해결하고 있다고 보인다.

Ⅲ. 구속기간에 산입 배제문제

우리나라의 형사소송법은 비록 연장을 허용하지는 않지만, 사법경찰관에게 10일의 구속기간을 부여하고 있는 것에 대하여 피의자에 대한 인권보장 관점에서 부당하다는 비판이 꾸준히 제기되고 있다.²⁸⁾ 그러한 논의 가운데 피의자 구속기간에서

27) 그러나 중죄 또는 일반형사범죄에 대하여 중죄의 형이나 집행유예 없이 1년을 초과하는 구금형을 선고받은 사실이 있는 때 또는 혐의범죄가 법정형이 5년을 초과하는 구금형에 해당하는 때에는 석방구급판사는 결정으로 피의자심문절차를 거쳐 4개월 이내의 기간으로 연장할 수 있다(제145-1조 제1항, 제2항). 연장은 갱신할 수 있으나 원칙적으로 1년을 초과할 수 없다. 그러나 혐의범죄가 10년 이상의 법정형에 해당하는 경우 또는 범죄사실이 국외에서 행해지거나 마약거래, 테러, 조직범죄, 조직매춘, 탈세 또는 범죄단체조직 등에 해당하는 때에는 2년까지 연장할 수 있다(제145-1조 제2항). 고등법원 예심부는 예심수사를 계속할 필요가 있고 피의자를 석방하는 경우 사람이나 재산의 안전에 위해를 초래할 우려가 있는 때에는 2년의 기간을 4개월 더 연장할 수 있다(제145-1조 제3항).

28) 백형구 등, 주석 형사소송법 II 제4판, 한국사법행정학회, 2009, 201면.

제외되는 기간으로 영장실질심사에 있어서 법원이 관계서류와 증거물을 접수한 날로부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간, 체포구속적부심사에 있어서 법원이 관계서류와 증거물을 접수한 때로부터 결정 후 검찰청에 반환한 때까지의 기간, 피의자의 감정유치기간, 구속집행정지 기간, 도망간 기간 등이 거론되고 있는데, 우선 이에 대한 구체적 고찰이 필요하다.

1. 영장실질 심사기간(구속전 피의자신문기간)의 산입배제

영장실질심사²⁹⁾로 인하여 수사기관의 실질적인 수사기간이 단축되어 수사에 지장을 초래할 수도 있다는 점을 고려하여 수사기관의 구속기간을 확보해 주기 위해서 형사소송법은 법원이 구속영장청구서, 수사관계 서류 및 증거물을 접수한 날로부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 구속기간의 계산에 있어서 산입하지 아니한다고 규정하고 있다(제201조의2 제7항). 구속영장을 청구 받은 판사가 피의자신문을 한 경우 법원사무관 등은 구속영장에 구속영장청구서·수사관계 서류 및 증거물을 접수한 시각과 이를 반환한 시각을 기재하여야 한다(규칙 제96조의18 본문). 여기서 실무는 일(日)단위로 계산하고 있으며, 제201조의2 제7항 역시 日(날)로 설정되어 있다.

여기서 체포된 피의자의 경우에 대해서는 수사관계 서류 등이 접수된 날과 반환된 날이 모두 구금된 기간이므로 구속기간에 산입 되지 않는 날을 정함에 있어서 별다른 의문이 없다. 예컨대 2014. 6. 1. 23:00 긴급 체포되어 2014. 6. 2. 14:00 검사에게 구속영장 신청되고 2014. 6. 2. 16:00 법원에 구속영장 청구서 및 수사기록 접수시켜 2014. 6. 3. 10:00 판사의 구속 전 피의자 신문이 이루어져, 12:00 구속영장 발부되고 13:00 검찰청에 구속영장 및 수사기록 반환된 경우에 있어서, 2014. 6. 2. 16:00 법원에 구속영장 청구서 및 수사기록 접수시키고, 2014. 6. 3. 13:00

29) 구속영장실질심사제도는 종래 형식적 서류심사만으로 구속영장을 발부함으로써 구속이 남발되었던 것을 막으려는 취지에서 1995년 제8차 「형사소송법」 개정을 통해 우리나라에도 도입되었다. 그 동안 몇 차례 개정절차를 거치면서 현재에는 피의자의 법관 대면권 보장이라는 국제인권규약을 실천하기 위하여 피의자의 의사 또는 법원의 재량과 무관하게 필요적으로 구속전 피의자신문을 실시하도록 하는 제도로써 정착되었다.

검찰청에 구속영장 및 수사기록 반환되었으므로 구속기간 10일중 6월 2일과 3일(일수로 2일)은 산입 되지 않는다는 것이다. 결국은 6월 10일 24:00에서 2일이 늘어나게 되므로 결국은 사법경찰관은 2014년 6월 12일 24:00까지 구속할 수 있으며, 이때까지 검사에게 인치해야 한다.

이러한 피의자심문기간의 구속기간 공제는, 1997. 12. 우리 형소법이 신청에 의한 피의자심문제도를 채택하고 있었음에도 현실적으로 법원이 거의 모든 사안에 대하여 피의자심문을 하자 민생치안확보 및 범죄수사에 투입되어야 할 수사인력이 피의자심문과 관련하여 사용되는 등의 문제가 발생한다는 이유로 이를 보완하면서 수사기관의 구속기간을 확보해 주기 위하여 신설된 규정이었다. 그러나 피의자심문이 의무화된 오늘날 현행법에서도 여전히 의미 있는 규정인가에 대하여, 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,³⁰⁾ 지나치게 실무편의를 고려한 규정이라는 주장이 없지 않다.³¹⁾ 그러나 일반적으로는 법원은 구속여부에 대한 판단을 신속히 해야 할 필요성이 있다거나,³²⁾ 그렇지 않으면 수사기관의 구속기간을 실질적으로 보장하기 위한 것으로 정당하고, 피의자의 불이익은 미결구금일수에서 산입하면 충분하다고 보고 있다.

생각건대 과거와 달리 영장실질심사가 피의자가 희망하는 경우에만 이루어지는 것이 아니고, 피의자의 의사와 관계없이 필요적으로 이루어지는 만큼 입법론적으로는 영장실질심사기간의 산입을 배제하는 것은 다소 문제가 있다고 판단된다. 이러한 문제점이 있다고 보는 이상 법의 개정을 통하여 본 조항이 삭제되기 전까지는 일(日)이 아닌 실제로 소요된 시간만을 제외하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다고 본다. 위에서 살펴본 사안에서 실제로 영장실질심사가 진행된 시간은 2014. 6. 2. 16:00 - 2014. 6. 3. 13:00까지 21시간에 불과하지만 구속기간에서 제외되는 기간은

30) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2012, 289면. 구속전 피의자심문제도를 실질적으로 보장하기 위해서는 본 규정을 삭제하는 것이 필요하다는 입장으로는 이은모, 앞의 책, 273면.

31) 신양균, 앞의 책, 189면.

32) 권오걸, 앞의 책, 273면.

2일이므로 사실상 구속기간이 1일이 연장되는 효과가 나타나게 된다. 따라서 피고인의 구속을 최소화하고 부당한 구금을 방지하기 위하여 마련된 영장실질심사제도의 취지에 비추어 볼 때도 이러한 입법취지에 맞는 적절한 입법적 조치가 뒤따라야 하는 이유가 여기에 있게 된다.

다른 한편으로, -앞서 살펴본 체포된 피의자가 아닌- 체포되지 않은 피의자에 대한 영장청구 즉 사전구속영장의 경우에는 구금되어 있지 않기 때문에 다소 어려운 문제가 발생할 여지가 있다. 즉 사전영장이 청구되면 피의자가 구금되지 않은 상태에서 수사관계서류가 접수되고 그 후 법원으로부터 구인용 구속영장이 발부되고 이에 따라 비로소 구인되기 때문에 구금기간의 기산점 이전에 수사관계서류가 접수되게 된다. 예컨대 2014. 5. 1. 17:00경 사전구속영장이 청구되면서 수사관계서류가 접수되고, 2014. 5. 1. 22:00경 구인용 구속영장이 발부되었다. 그리고 2014. 5. 2. 10:00경 구인용구속영장이 집행되어 피의자가 구인되었고, 2014. 5. 2. 22:00경 구속영장이 발부되고 수사관계서류가 반환되었으며 2010. 5. 3. 11:00경 집행된 경우, 과연 2014. 5. 2. 하루가 구속기간 산입에서 제외되는지의 문제가 생긴다. 결국 사전구속영장 청구시 구속전 피의자심문을 위한 구인기간의 구속기간 산입여부와 관련하여 다툼이 예상된다. 이에 학설은 사전구속 영장의 경우(제201조의2 제2항)는 수사관계서류가 제출시에 구금기간이 아니므로 제201조의2 제7항이 예상한 경우가 아니고 따라서 제201조의2 제7항은 체포된 피의자의 경우(제201조의2 제1항)에만 적용된다는 견해(제201조의2 제1항 한정설, 체포한정설)³³⁾와 제201조의2 제7항은 사후영장이든 사전영장이든 구별없이 적용된다는 견해(제201조의2 제2항 포함설, 무한정설)의 대립이 있다. 현재 검찰실무상으로는 불법구금시비를 차단하고 논란의 소지를 없애기 위하여 사전영장 청구시 피의자심문을 위한 구인시부터 법원으로부터 수사기록을 반환받을 때까지의 기간은 구속기간에 가능한 한 구속기간 산입이 제외되지 않는 것으로 해석하여 결국은 구속기간에 산입하여 처리하고 있다.³⁴⁾ 생각건대 구속기간의 산입배제규정의 취지가 수사기관이 구속기간 중에 피의

33) 신동운, 형사소송법 제3판, 법문사, 2005, 172면.

34) 대검 형사 제1과-1551, 2008.2.4. 사전영장 청구시 구속전 피의자심문을 위한 구인기간의 구속기간 산입 시달.

자를 조사할 수 있는 기간을 확보해 주고자 하는 제도로써 수사기록이 법원에 가 있는 동안 조사를 할 수 없는 상황이 되므로 이를 구속기간에서 제외시켜 주려는 것으로 구속된 피의자에 대한 조사가능성을 확보해 준다는 면에서 보면 사전사후영장을 구별할 이유가 없고, 그렇다면 적어도 구인된 날로부터 수사관계 서류 등이 반환되는 날까지(2014. 5. 2) 구속기간 산입에서 제외되어야 하는 것으로 보인다. 그렇다면 결과적으로 1일이 구속기간 산입에서 제외되므로 구속기간 만료일은 2014. 5. 12일이 될 것이다. 그러나 영장실질심사기간의 산입을 배제하는 것은 문제가 있다고 본 이상, 구속기간 불산입 규정인 제201조의2 제7항은 제201조의2 제1항인 체포된 피의자의 경우에만 적용된다는 견해가 타당하다고 생각된다. 따라서 구속기간 10일은 구인된 날인 2014. 5. 2.로부터 10일째인 2014. 5. 11. 24:00에 만료될 것이다.

2. 구속적부심문(제214조의2 제13항)기간의 공제

구속적부심사청구의 남용은 물론, 수사의 지장을 초래하는 것을 막고 전격기소의 폐해를 방지하기 위하여 형사소송법은 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 날로부터 결정후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 구속적부심사의 경우 수사기관의 구속기간에 산입하지 아니한다는 규정을 두고 있다(제214조의2 제13항). 따라서 구속적부심사 청구가 기각된 때에는 구속된 피의자에 대한 구속기간이 실질심리의 기간만큼 사실상 연장되는 효과가 발생한다. 이에 대하여 적부심사청구의 남용에 대한 대책으로는 형사소송법이 피의자심문이나 기타 수사관계서류 및 증거물을 조사하지 아니하고 청구를 기각할 수 있도록 이미 제214조의2 제3항이 규정한 간이기각 결정사유에 의하여 마련하고 있을 뿐만 아니라,³⁵⁾ 구속기간 불산입규정은 무죄추정의 권리(헌법 제27조 제4항)와 구속적부심사청구권(헌법 제12조 제6항)을 기본권으로 인정한 헌법의 태도에 반하는 위헌의 소지가 있다고 하는 입장과,³⁶⁾ 수사의 연속

35) 객관적·외형적인 요건의 존부만을 판단하는 것이므로 당해 구속영장을 발부한 법관도 관여할 수 있다(제214조의2 제12항 반대해석). 그리고 이러한 법원의 간이기각결정에 대하여는 항고하지 못한다(제214조의2 제8항).

36) 신동운, 앞의 책, 322면.

적 효율성·합목적성과 피고인의 이익·기본권 보장이라는 두 가지 상충되는 이익을 고려하여 구속기간 산입여부 및 그 범위를 법원에서 재량으로 결정하는 것도 생각해 볼 수 있다는 입장,³⁷⁾ 그리고 구속기간 미산입규정은 실질적으로 구속적부심사를 주저하게 하는 요소로 작용할 수 있다는 점을 근거로 삭제를 주장하는 입장³⁸⁾ 등이 제기되어 있다. 생각건대 적부심사기간을 구속기간에 산입하지 않으려는 것은 수사를 함에 있어서 지장을 막으려는 입법적 취지는 충분히 이해할 수는 있다. 그러나 다른 한편으로는 구속적부심의 청구는 -영장실질심문과 같이 필요한 것은 아니라고 할지라도- 헌법상 권리로서 보장되고 있다는 점을 고려하면 청구권을 부여하면서 다른 한편으로는 구속기간에 산입하지 않는 불이익을 과하는 것이 과연 타당한지에 대한 의문이 있다. 또한 법원의 심사기간은 법원의 사정에 따라 달라질 수 있는데 그렇게 지연된 불이익까지 피의자에게 돌린다는 것은 타당할 수 없다고 해야 한다. 그리고 수사관계서류 등을 법원에 제출하였다하여 수사가 완전히 불가능한 것도 아니고 그 기간 동안 특별히 수사에 지장을 초래하는 것도 아니라는 점에 비추어보면 더욱 더 구속기간 불산입에 대한 규정은 타당성을 가질 수 없다고 해야 하고, 나아가 오히려 시급히 삭제하는 것이 바람직 할 것으로 본다.

다만 현재 실무는 시간을 계산함이 없이 일(日)로 계산하여 제외하지만, 본 규정이 삭제되기 전까지는 적어도 일(日)이 아닌 실제로 소요된 시간만을 제외하는 것도 하나의 방안이 될 수 있고 또 그렇게 해석될 여지가 충분히 있다고 본다. 왜냐하면 법문상으로도 영장실질심사의 경우는 제201조의2 제7항에서 “...접수한 ‘날’로부터 ...반환한 ‘날’까지”라고 규정하고 있지만, 이와 달리 구속적부심사의 경우에는 제214조의2 제13항에서 “...접수한 ‘때’로부터 ...반환된 ‘때’까지”라고 규정하고 있으므로 때를 시(時)로 보아 계산하는 것이 오히려 자연스럽고, 실무처럼 일(日)로 계산해야 할 필연성은 어느 문구를 살펴보더라도 찾아볼 수 없으며, 더욱이 구속기간을 엄격히 해석해야 한다는 점을 보태면 더욱 그러하다고 해야 한다.

37) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 168면; 신양균, 앞의 책, 208면. 적부심의 행사로 인하여 피의자가 법률이 정한 것보다 장기간 구속이 되는 결과가 되어 무죄추정의 원칙에 반한다는 점도 근거로 삼고 있다.

38) 권오걸, 앞의 책, 294면.

3. 피의자의 감정유치기간 제외

피의자에 대한 정신감정 등을 위해 감정유치를 하는 경우 구속과의 관계가 문제된다. 먼저 감정유치를 위하여 검사는 판사에게 감정유치를 청구하며(제221조의3 제1항), 판사로부터 감정유치장을 발부받아 감정을 위한 유치를 할 수 있다(제221조의3 제2항).

여기서 이미 구속 중인 피의자에 대하여 감정유치장이 집행되었을 때에는 피의자가 유치되어 있는 기간 동안 구속은 그 집행이 정지된 것으로 간주하고(제221조의3 제2항, 제172조의2 제1항), 그 유치된 기간에 한하여 구속집행정지된 것으로 간주되어 구속기간이 다시 진행되지 않고, 그 유치기간은 피의자의 구속기간(제202조, 제203조)에 산입하지 않는다. 이는 감정유치기간 중에는 원칙적으로 수사가 중단되고 감정의 결과에 의하여 기소여부가 좌우되므로 유치기간의 구속기간 불산입은 감정유치제도의 성질상 당연히 요청되는 것이다. 결국 감정유치로 인하여 피의자의 구속기간이 경과하는 것을 방지하려는 취지가 담겨 있다고 보아야 하며, 구속중인 피의자가 감정유치되는 경우에는 실질적으로 구속기간이 연장되게 된다.

그리고 감정유치처분이 취소되거나 유치기간이 만료된 때에는 구속의 집행정지가 취소된 것으로 간주한다(제221조의3 제2항, 제172조의2 제2항). 예컨대 2014. 5. 1. 구속송치 받은 피의자에 대해 2014. 5. 6. 10:00경 감정유치장을 받아 감정유치를 하였고, 감정이 종료되어 2014. 7. 5. 11:00경 감정유치를 취소하고 다시 구치소를 구금한 경우, 2014. 5. 6. 10:00에 구속집행이 정지된 것으로 간주되지만 구속기간에 있어서는 이날도 1일 구속한 것으로 계산되어 감정유치전에 이미 구속기간이 6일이 경과되었고, 2014. 7. 5. 11:00경 다시 구속되었으므로 구속기간 산입에 있어서는 제66조 제1항인 초일 산입규정에 따라 2014. 7. 5. 이 구속기간 7일째로 계산된다. 따라서 구속기간 만료일은 2014. 7. 8이 된다.

그러나 감정유치는 감정을 목적으로 하는 것이라 할지라도 실질적으로는 구속에 해당하므로 유치에 관하여는 구속에 관한 규정이 준용된다(제172조 제7항). 유치기간 중에는 구속의 집행이 정지된 것으로 간주하나 유치처분은 실질적으로 인신구속 처분이므로 유치기간은 미결구금일수의 산입에 있어서는 구속으로 간주하여(동조 제8항), 그 유치기간을 본형에 통산한다.

4. 그 밖의 사유

피의자가 실제로 구속당한 기간이 아니면 구속기간에 산입하지 아니하고 제외된다. 예컨대 구속 중에 도주(도망)하였다가 재수감된 경우에는 도주기간이 실제로 구속된 기간이 아니므로 구속기간에 산입되지 않는다. 이때 도주일과 재수감일은 각각 1일로 계산하여 구속기간에 산입하지만, 양자가 같은 날인 때(예: 도망 직후 재수감)에는 1일만을 산입하게 된다. 그리고 피의자에 대한 구속집행정지(제209조, 제101조)에 의하여 피의자가 석방된 경우도 비록 구속영장의 효력은 지속하지만 현실적으로 피의자가 석방된 경우이므로 구속집행 정지기간은 구속기간에 산입되지 않는다. 다만, 이때에도 구속집행정지일과 재구속일은 각각 1일로 계산하여 구속기간에 산입하지만, 양자가 같은 날인 때(예: 석방 직후 재수감)에는 1일만을 산입하게 된다.³⁹⁾

Ⅳ. 구속기간 위반효과

구속기간이 만료된 후에 구속을 계속하는 경우 등 구속기간에 위반한 경우에는 구속영장이 당연히 실효되며, 피의자를 즉시 석방하여야 한다. 대법원은 ‘피고인’에 대한 법원의 구속이 만료되더라도 구속영장이 당연히 실효되는 것은 아니라는 입장을 취하고 있으나,⁴⁰⁾ 수사기관의 구속기간을 엄격하게 제한하고 있는 취지에 비추어 보면 기간을 초과하면 구속영장의 효력은 당연히 상실되어 불법구금이 된다고 보는 것이 타당하다. 따라서 구속은 적법하더라도 구속기간이 경과하였음에도 불구하고 구속을 계속하는 것 또한 불법한 구속에 해당하기 때문에 구속적부심을 청구할 수 있게 된다(제214조의2).

그리고 검사가 구속기간을 초과한 상태에서 기소한 경우 그 구속의 계속은 위법이라고 하더라도 그 위법에 의하여 법치국가의 핵심을 침해하지 않는 한,⁴¹⁾ 공소제

39) 법원행정처, 법원실무제요 형사 1, 2008, 543면.

40) 대법원 1964.11. 17. 선고 64도428 판결.

기 자체가 막바로 무효가 된다고 보기는 어려운 측면이 있다. 판례도 불법연행 등의 위법사유가 사실이라고 하더라도 그 위법한 절차에 의하여 수집된 증거를 배제할 이유는 될지언정 공소제기의 절차자체가 위법하여 무효인 경우에 해당한다고 볼 수 없다는 입장이다.⁴²⁾ 다만 이 경우에는 법원은 구속영장의 실효를 이유로 피고인에 대한 구속을 취소(제93조)하여야 할 것으로 본다. 그 이외에도 구속기간만료후의 구속 중에 수집한 증거는 불법 구속 중에 수집한 증거로서 위법수집증거배제법칙(제308조의2)에 의하여 그 증거능력을 배제하여야 함은 물론, 법정구속기간을 초과하여 구속한 경우에 형법상 불법감금죄(형법 제124조)가 성립할 수 있으며, 국가배상법 제2조의 손해배상청구의 사유가 될 수도 있다.

V. 결 론

본래 신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심이라고 할 수 있는 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제조건이다. 그러하기 때문에 우리 헌법은 신체의 자유를 최대한 보장하려는 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)으로 인하여 형사절차는 불구속수사·불구속재판을 원칙으로 하고 있다. 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 인신의 구속은 가능한 한 최소한에 그쳐야 한다. 구속기간의 제한은 수사를 촉진시켜 형사피의자의 신체구속이라는 고통을 감경시켜 주고 신속한 공소제기 및 그에 따른 신속한 재판을 가능하게 한다. 따라서 현행 형사소송법도 수사기관의 구속기간에 대하여 피의자에 대한 인권보장적 견지에서 엄격하게 제한하고 있으며, 이러한 선상에서 현행법이 구속기간을 체포 또는 구인 때로부터 기산하면서 오히려 초일을 산입하여 구속기간을 산정하고 있는 것은 충분히 이해가 가며 입법적으로 타당하다고 본다. 그러나 다른 한편으로는 수사기관의 구속기간이 실질적으로 단축시킬 수 있는 경우,

41) 이와 관련된 판례로는 ‘범의 유발형 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당 한다’고 판시한 바 있다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결).

42) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결.

예컨대 영장실질심사나 구속적부심사에 있어서 서류 등을 접수한 날로부터 반환한 날까지의 기간 등의 경우는 구속기간에 불산입하는 별도의 장치를 마련하여 수사기관의 구속기간을 실질적으로 확보해 주기도 하고 있다.

이러한 논의가운데 우리나라 수사기관의 구속기간이 지나치게 장기간으로 되어 있다는 지적이 꾸준히 제기되고 있다. 이러한 점은 그동안 과학적 수사기능이 충분하지 못했던 현실에서 구속기간을 단축할 경우에 범죄수사 목적을 달성할 수 없다는 점을 고려한 것으로도 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 현행법상 구속자체는 피의자를 구속할 당시에 객관적 범죄혐의가 있는 경우에만 가능하다는 점 등을 종합적으로 판단해 보면 구속기간이 길어 축소할 필요성은 어느 정도 느끼게 된다. 다만 입법론적으로 축소되기 전까지는 현행법 테두리 내에서라도 영장실질심사나 적부심사기간산입 배제사유 만큼이라도 삭제하든지, 아니면 이러한 규정을 엄격히 해석할 필요가 있다고 생각된다. 예컨대 피고인의 구속을 최소화하고 부당한 구금을 방지하기 위하여 마련된 영장실질심사제도의 취지에 비추어 볼 때 현행법상 영장실질심사가 필요적으로 이루어지는 만큼 영장실질심사기간의 산입을 배제하는 것은 문제가 있다고 생각되기 때문에 법의 개정을 통하여 본 조항이 삭제하기 전에는 적어도 일(日)이 아닌 실제로 소요된 시간만을 제외하는 것도 하나의 방안이 될 수 있을 것으로 보며, 구속적부심의 경우에도 마찬가지로 보여진다.

차후에 입법의 기회가 있으면 구속기간자체도 줄이든지, 아니면 적어도 기대되는 형벌과의 관계에서 -공소시효 기간과 같이- 구속기간을 구체적으로 법정화하는 것도 하나의 방안이 될 수도 있겠지만, 보다 근본적으로는 구속기간산입 배제규정을 전면적으로 삭제하는 것이 현행법상 규정되어 있는 무죄추정의 원칙과 적법절차에 비추어 보다 바람직하다고 판단된다.

참고문헌

- 권오길, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2013.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2011.
- 백형구 등, 주식 형사소송법 III 제4판, 한국사법행정학회, 2009.
- 법원행정처, 법원실무제요, 형사II, 2008.
- 사법연수원, 형사변호실무, 2011.
- 손동권/신이철, 형사소송법, 세창출판사, 2014.
- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사, 2012.
- 신동운, 형사소송법 제3판, 법문사, 2005.
- 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009.
- 이상돈, 사례연습 형사소송법 제2판, 법문사, 2001.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 나남, 2008.
- 이완규, 형사소송법 연구 II, 법문사, 2011.
- 이은모, 형사소송법 제3판, 박영사, 2012.
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2012.
- 임동규, 형사소송법 제7판, 법문사, 2011.
- 정웅석/백승민, 형사소송법 전정 제4판, 대명출판사, 2011.
- 진제호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 차용석/백형구, 주식 형사소송법 I권(제3판), 한국사법행정학회, 1999.
- 차용성/최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008.
- 백형구, “구속기간에 관한 이론적 실무적 고찰”, 법률학의 제 문제, 1988.
- 김희옥, “형사절차상의 구속기간”, 고시연구, 1994.
- 이재상, “강제수사절차의 개선방안”, 형사정책연구원, 1991.
- 대검찰청 검찰21세기 연구기획단, “구속제도 정비방안연구”, 1995.

백형조, “피의자구속기간 단축의 문제점에 관한 연구”, 한국경찰학회보 제1권, 한국 경찰학회, 1999.

히라라키 토키오/조균석 역, 일본형사소송법, 박영사, 2012.

三井誠·酒卷匡 著, 신동운 역, 「입문 일본형사수속법」, 법문사, 2003.

Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., C.F. Müller, 2007.

Klaus Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008.

Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2005.

田口守一, 刑事訴訟法(第4版 補正版), 弘文堂, 2006.

Suggestion of exclusion of the confinement period of investigative agencies

Shin, Yi-Chul*

For human rights, the confinement period of investigative agencies is strictly limited under the Criminal Procedure Law. In the case of practically reducing the confinement period of investigative agencies, for example from the date of receiving papers to the date of returning papers at detention of suspect and review of legality for confinement. the exclusion system is prepared to secure the confinement period of investigative agencies practically. However, the necessity to reduce the confinement period of investigative agencies is suggested because the confinement period of investigative agencies of our country is too much long in comparison with other advanced countries the confinement is only possible, under the current laws, when the objective criminal charge exists.

However, I think the reasons of exclusion shall be deleted under the current laws or shall be interpreted strictly at least before the confinement period of investigative agencies is reduced. For example, because it is a problem to exclude the inclusion of the period of detention of suspect, regarding the detention of suspect is executed necessarily under the current laws with the purpose of minimizing the confinement of the accused and preventing unfair detention, it can be a method to exclude the actually used hours not days at least before the deletion of this law. Regarding the claim of review of legality for confinement is the constitutional guarantees of fundamental right, the period of review of legality for confinement is the same case.

❖ Keyword: confinement period of investigative agencies, arrest, substantial judgement warrant of arrest, appeal.

투고일: 11월 30일 / 심사(수정)일: 12월 17일 / 게재확정일: 12월 17일
--

* Assistant Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University.