

# 보석제도의 개선방안 연구

Improvement of Bail Systems

안성훈·김혜경·고명수





## 발간사

헌법 제12조 및 제27조는 모든 기본권 보장의 전제조건이 되는 신체의 자유의 보장을 위한 형사절차상의 원칙으로서 적법절차, 사전영장의 원칙, 변호인의 조력을 받을 권리, 신속한 재판을 받을 권리, 무죄추정의 원칙을 규정하고 있고, 형사소송법 제275조의2 및 제70조에서도 무죄추정의 원칙을 명문으로 규정함과 동시에 신체의 자유를 제한하는 구속사유를 엄격하게 제한하고 있습니다. 특히 헌법상 보장된 신체의 자유와 함께 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도 원리로써 작용하고 있는 무죄추정의 원칙은 형사재판에 있어서 유죄의 판결이 확정될 때까지 피의자나 피고인은 원칙적으로 죄가 없는 자로 다루어져야 하고, 그 불이익은 필요 최소한에 그쳐야 한다는 원칙으로써 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용하기 때문에 형사절차상의 수사과 재판은 원칙적으로 불구속 상태에서 이루어질 것을 요구하고 있습니다. 이에 따라 형사절차상 인신의 구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 때에만 최후의 수단으로만 사용되어야 하며, 형사소송의 진행을 확보할 수 있는 수단이 구속 이외의 다른 대체 수단으로써 그 목적을 달성하는 것이 가능한 경우에는 비례성 원칙과 과잉금지원칙에 따라 구속의 대체처분을 선택할 수 있는 제도를 마련하는 것이 당연한 귀결입니다.

주지하다시피 우리 형사소송법은 이러한 불구속수사·재판의 원칙과 비례성 원칙을 실현하기 위하여 그동안 수차례에 걸쳐 인신구속제도와 구속자석방제도에 관한 규정을 개정해 왔습니다. 예컨대 1997년에는 구속전 피의자심문제도(구속영장실질심사제도)와 기소전보석제도를 도입하였고, 2007년 개정형사소송법에서는 불구속수사 원칙의 천명, 필요적 구속전피의자심문제도의 도입, 구속적부심제도의 개선(청구대상의 확대, 청구고지절차의 신설, 심사기간의 제한 및 조서작성의 의무화), 보석제도의 개선(보석청구권자의 확대 및 보석조건을 다양화), 구속사유 심사시 필요적 고려사항의 신설 및 구속기간의 갱신 등이 이루어졌습니다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고

## ii 보석제도의 개선방안 연구

현재의 구속과 구속자 석방제도의 운용 현실을 둘러보면 이러한 제도적 장치들이 헌법 및 형사소송법의 원칙을 실현하는데 얼마만큼 기여하고 있는지는 의문이 아닐 수 없습니다.

예컨대, 형식적으로만 보면 우리나라의 석방제도는 구속과 석방의 첫 단계라고 할 수 있는 영장실질심사 단계부터 구속적부심사, 보석, 구속집행정지, 구속취소와 같은 다양한 제도가 마련되어 있어 불구속수사·재판의 원칙을 실현할 수 있는 제도적 장치가 잘 마련되어 있는 것처럼 보이지만, 구체적으로 들여다보면 각 제도마다 신청권자, 판단의 주제, 요건, 절차, 효과 등이 각기 다르고 복잡하여 법률전문가가 아니면 적절한 절차를 선택하여 신청하는 것이 사실상 곤란하고, 또한, 구속의 첫 단계인 영장실질심사 단계에서 엄격하게 구속사유를 심사하였다는 전제하에 이후의 석방인 구속적부심사나 기소 후의 보석심사에 있어서 피해자와의 합의나 피해에 준하는 금액의 공탁 등 특별한 사정 변경이 없는 한 보석청구를 잘 인용해 주지 않는 구조적인 문제점이 나타나고 있습니다. 이러한 문제점은 통계상으로 확인할 수 있는데, 특히 대표적인 구속자 석방제도인 보석제도의 운용 현실은 2007년도 형사소송법 개정 이후 다양한 보석조건을 도입함으로써 불구속재판 원칙의 실현 가능성을 높이는 규범 환경이 조성되었음에도 불구하고 법정구속률은 증가하고 있고, 반대로 보석허가율은 감소하고 있는 것으로 나타나고 있어, 개정 노력의 취지와 다르게 불필요한 구속을 억제하고 구속의 장기화를 막기 위한 실질적 통제수단이 되고 있지 못하고 있는 것으로 보입니다.

이 연구에서는 현행 구속과 구속자 석방제도가 신체의 자유를 최대한 보장하기 위한 헌법정신과 형사소송법의 취지에 부합하는 방향으로 운용되어야 한다는 전제하에 이러한 상황이 왜 발생하고 있는지를 살펴보고, 이러한 상황의 발생 원인의 분석과 이를 바탕으로 한 개선방안을 모색하여 현행 보석제도가 불구속수사·재판의 원칙을 실현하는 사후적 구제수단으로서 실질적으로 작용할 수 있는 방안을 모색하고자 하였습니다. 구체적으로 공식통계에 나타난 제도 운용 현황을 분석하고 검찰, 경찰, 변호사 등 형사사법 전문가들을 대상으로 한 심층면접을 통해 현행 보석제도의 운영상의 문제점을 도출하고자 하였는데, 그 결과 형사절차상 불구속수사·재판의 원칙을 실현할 수 있는 제도적 장치가 다양하게 마련되어 있음에도 불구하고 현행 구속자 석방제

도가 제대로 작동하고 있지 않는 것은 ① 불구속수사·재판의 원칙이 실무에 뿌리를 내리지 못하고 여전히 구속을 처벌로 생각하는 인식이 작동하고 있다는 점, ② 구속자 석방제도가 구조적인 문제점을 가지고 있다는 점에서 그 이유를 찾아볼 수 있었습니다. 이러한 점에 주목하여 선행연구와 비교법적 검토를 통해 보석제도의 개선을 넘어서 형사절차상 구속자 석방제도 전반에 대한 개선방안을 모색하였다는 점이 본 연구의 성과라고 할 수 있겠습니다.

아무쪼록 본 연구가 향후 구속된 피고인에 대한 석방제도로써의 보석제도의 개선뿐만 아니라 형사절차상 인신구속이 이루어지는 첫 단계에서부터 헌법정신과 형사소송법의 취지에 부합하는 방향으로 구속자 석방제도가 기능하기 위한 정책적 방안을 모색하는 데에 참고자료로 활용될 수 있기를 기대합니다.

이번 연구는 검사, 판사, 변호사, 법학전문대학원 교수분들이 자신들의 소중한 경험을 바탕으로 실무 운영과 제도상의 문제점, 고려사항 등을 솔직하게 말씀해주시고 이에 대해서 함께 고민하였기에 가능하였습니다. 지면을 빌려 도움을 주신 분들에게 감사의 말씀을 전합니다.

2021년 12월

연구진을 대표하여

선임연구위원 안 성 훈





# 목 차

국문요약 .....	1
<b>제1장</b> 안성훈	
연구의 필요성 및 목적 .....	5
<b>제2장</b> 안성훈	
보석제도에 대한 일반적 고찰 .....	13
제1절 보석제도의 의의 .....	15
제2절 보석제도의 연혁 .....	17
제3절 보석제도의 이론적 근거 .....	19
1. 공정한 재판(Fairness)의 원칙 .....	21
가. 무죄추정(Presumption of Innocence)의 원칙 .....	21
나. 방어권 보장 .....	23
2. 비례성의 원칙 .....	23
제4절 우리나라의 보석제도 .....	24
1. 연혁 .....	24
2. 현행 규정 .....	25
3. 보석의 종류 .....	28
가. 필요적 보석 .....	29
나. 임의적 보석 .....	32
4. 보석의 절차 .....	32
가. 보석의 청구 .....	32
나. 검사의 의견 제출 .....	33

다. 법원의 심리 .....	34
라. 법원의 결정 .....	35
마. 보석의 조건 .....	36
바. 보석조건의 결정기준 .....	41
사. 보석조건의 변경 .....	42
아. 보석의 허가·기각 결정에 대한 항고 .....	42
자. 보석의 집행 .....	43
차. 보석의 취소와 실효 .....	43

### 제3장 김혜경·고명수·안성훈

## 보석제도의 비교법적 고찰 ..... 45

제1절 영미법계 국가(영국, 미국) .....	47
1. 개관 .....	47
2. 영국의 보석제도 .....	50
가. 영국의 인신구속제도 .....	50
나. 영국의 보석제도 .....	51
다. 보석의 제한 .....	54
라. 보석조건의 위반 .....	57
3. 미국법상 보석제도 .....	58
가. 인신구속에서의 불구속 재판의 원칙 .....	58
나. 보석제도의 변천과 원칙적 보석 .....	59
다. 각 주의 재판 전 석방(보석) 기준 .....	61
라. 보석금 결정시 참작사유 .....	70
마. 보석의 종류 .....	71
바. 보석 폐지 또는 현금 보석 폐지 경향 .....	73
제2절 독일 .....	76
1. 독일 구속제도 .....	76
가. 구속요건 .....	76
나. 구속영장 발부 및 집행 .....	84
다. 구속기간 .....	86
라. 구속심사 .....	87

마. 항고 .....	89
바. 구속 관련 통계 .....	90
2. 독일 보석제도 .....	95
가. 개관 .....	95
나. 구속집행정지(제116조)를 위한 구속 대체처분으로서의 담보제공 ..	101
다. 체포명령·유지 배제(제127조a)를 위한 담보 제공 .....	105
라. 구속요건을 갖추지 않은 피의자에 대한 형사절차 보장을 위한 담보제공지시(제132조) .....	109
제3절 일본 .....	110
1. 일본의 구속제도 .....	110
가. 체포 .....	111
나. 구속 .....	112
2. 일본의 보석제도 .....	121
가. 보석의 의의 .....	121
나. 보석의 종류 .....	122
다. 보석의 절차 .....	124
라. 보석의 취소 .....	127
마. 보증금의 몰취와 환부 .....	128
바. 보석통계 .....	128
제4절 비교법적 고찰: 국내법 개선에 관한 시사점 .....	130
1. 비례성 원칙에 입각한 구속과 석방제도의 확립 .....	130
2. 구속과 석방제도의 일원화 .....	132
3. 보석 허가방식의 다양성과 재판 전 서비스 프로그램의 운영 .....	132
4. 전자감시(Electronic Monitoring(taffing))의 활성화 .....	133
5. 범죄 죄명별 석방제도 .....	134
6. 현금 보석제도의 완전한 폐지 .....	135
7. 위험평가에 따른 석방 .....	137

## 제4장 안성훈

### 현행보석제도의 운용상의 문제점과 개선방안 ..... 141

제1절 공식통계상의 보석제도의 운용현황 및 평가 .....	143
----------------------------------	-----

1. 전체 수사사건 처리현황 .....	143
2. 구속 관련 통계 .....	145
가. 수사단계에서의 인신구속 .....	145
나. 공판단계에서의 인신구속 .....	148
3. 구속자석방 관련 통계 .....	151
가. 체포·구속적부심 청구사건 처리상황 .....	151
나. 보석청구사건 처리상황 .....	154
4. 구속과 구속자 석방제도 관련 통계의 평가 .....	156
제2절 현행 구속자 석방제도의 한계와 개선방안 .....	158
1. 문제의 소재 .....	158
2. 구속을 처벌로 보는 인식 전환의 필요 .....	161
가. 구속=처벌의 구속관이 자리 잡게 된 배경 .....	161
나. 개선방안 .....	165
3. 구속과 구속자 석방제도의 현행 절차구조의 개선 .....	166
가. 비례성 원칙에 입각한 구속과 석방제도의 확립 .....	166
나. 구속과 구속자 석방제도의 일원화 .....	168
다. 전담재판부의 설치 .....	172
라. 구속사유와 석방사유의 연계 필요성 .....	174
마. 구체적인 구속사유와 근거의 명확한 제시 .....	177
4. 전자감시(Electronic Monitoring) 조건의 활성화와 재판전 서비스 프로그램의 운영 .....	180

## 제5장 안성훈

결 론 .....	183
-----------	-----

참고문헌 .....	189
------------	-----

Abstract .....	199
----------------	-----



## 표 차례

〈표 3-1〉 미국 각주의 재판 전 석방(보석) 제한 기준 .....	63
〈표 3-2〉 2007~2012년 구속사유 적용 비율 .....	79
〈표 3-3〉 2019년 주요 범죄 구속사유별 현황 .....	80
〈표 3-4〉 최근 3년간 구속비율의 추이 .....	91
〈표 3-5〉 연도별 구속비율의 추이 .....	91
〈표 3-6〉 연도별 일반형법범 유죄선고자 중 구속비율의 추이 .....	91
〈표 3-7〉 연도별(2007~2012년) 구속자 구속기간의 추이 .....	92
〈표 3-8〉 1975년, 2012년 구속자 구속기간 비교 .....	93
〈표 3-9〉 2019년 주요 범죄별 구속기간 .....	93
〈표 3-10〉 연도별 구속기소인원 대비 유죄선고 비율의 추이 .....	94
〈표 3-11〉 2019년 주요 범죄 구속기소인원 .....	94
〈표 3-12〉 피의자구속과 피고인구속의 차이 .....	113
〈표 3-13〉 2019년 형법범 등 인지건수, 검거건수, 검거인원, 발생률, 검거율 .....	119
〈표 3-14〉 최근 5년간 체포영장/구속영장 발부건수 .....	119
〈표 3-15〉 최근 10년간 검찰사건 피의자 처리상황 .....	120
〈표 3-16〉 보석허가결정 사례 .....	126
〈표 3-17〉 최근 5년간 제1심 피고인 구속상황 .....	129
〈표 4-1〉 연도별 검찰수사사건 처리현황 .....	145
〈표 4-2〉 구속영장 청구, 발부, 기각 현황 .....	146
〈표 4-3〉 제1심 형사공판사건(인원수) 중 구속사건 비율(접수) .....	147
〈표 4-4〉 구속영장 직권발부 건수 및 공판단계에서의 구속비율 .....	148
〈표 4-5〉 제1심 형사공판사건 법정구속 현황(2014년~2020년) .....	149
〈표 4-6〉 연도별 체포·구속적부심 청구사건 접수 현황 .....	152
〈표 4-7〉 연도별 체포·구속적부심 청구사건 석방률 .....	152
〈표 4-8〉 2020년도 체포·구속적부심 청구사건 처리현황 .....	153
〈표 4-9〉 최근 10년간 보석청구사건 처리상황 .....	154
〈표 4-10〉 보석에 대한 항고 및 재항고 현황 .....	155
〈표 4-11〉 형사소송법상 구속사유와 보석 제외사유 비교 .....	175

x 보석제도의 개선방안 연구

〈표 4-12〉 독일 형사소송법 구속영장의 집행정지 규정 .....	175
〈표 4-13〉 독일형사소송법 구속영장 규정 .....	179



## 그림 차례

[그림 2-1] 손목시계형 장치 견본 및 사양 .....	39
[그림 2-2] 전자보석 절차 .....	41
[그림 4-1] 보석허가율 / 체포·구속적부심 석방률 추이 .....	160



헌법 제12조 및 제27조는 모든 기본권 보장의 전제조건이 되는 신체의 자유의 보장을 위하여 형사절차상의 원칙으로서 적법절차, 사전영장의 원칙, 변호인의 조력을 받을 권리, 신속한 재판을 받을 권리, 무죄추정의 원칙을 규정하고 있고, 형사소송법 제275조의2 및 제70조에서도 무죄추정의 원칙을 명문으로 규정함과 동시에 신체의 자유를 제한하는 구속사유를 엄격하게 제한하고 있다. 특히 헌법상 보장된 신체의 자유와 함께 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도 원리로써 작용하고 있는 무죄추정의 원칙은 형사재판에 있어서 유죄의 판결이 확정될 때까지 피의자나 피고인은 원칙적으로 죄가 없는 자로 다루어져야 하고, 그 불이익은 필요 최소한에 그쳐야 한다는 원칙으로써 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용하기 때문에 형사절차상의 수사과 재판은 원칙적으로 불구속 상태에서 이루어질 것을 요구하고 있다. 이에 따라 형사절차상 인신의 구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 최후의 수단으로만 사용되어야 하며, 형사소송의 진행을 확보할 수 있는 수단이 구속 이외의 다른 대체 수단으로써 그 목적을 달성하는 것이 가능한 경우에는 비례성 원칙과 과잉금지원칙에 따라 구속의 대체처분을 선택할 수 있는 제도를 마련하는 것이 당연한 귀결이다.

이러한 불구속수사·재판의 원칙과 비례성 원칙을 실현하기 위하여 우리 형사소송법은 그동안 수차례에 걸쳐 인신구속제도와 구속자석방제도에 관한 규정을 개정해 왔다. 예컨대 1997년에는 구속전 피의자심문제도(구속영장실질심사제도)와 기소전보석제도를 도입하였고, 2007년 개정형사소송법에서는 불구속수사 원칙의 천명, 필요적 구속전피의자심문제도의 도입, 구속적부심제도의 개선(청구대상의 확대, 청구고지절차의 신설, 심사기간의 제한 및 조서작성의 의무화), 보석제도의 개선(보석청구권자의 확대 및 보석조건 다양화), 구속사유 심사시 필요적 고려사항의 신설 및 구속기간의 갱신 등이 이루어졌다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고 현재의 구속과 구속자

## 2 보석제도의 개선방안 연구

석방제도의 운용 현실을 둘러보면 이러한 제도적 장치들이 헌법 및 형사소송법의 원칙을 실현하는데 얼마만큼 기여하고 있는지는 의문이다.

예컨대, '죄를 저질렀으니까 구속된다'는 응보나 처벌의 관념이 국민의 법감정에 합치하여 검찰과 법원의 구속 실무에서 여전히 작동하고 있는 상황에서, 형식적으로만 보면 우리나라의 석방제도는 구속과 석방의 첫 단계라고 할 수 있는 영장실질심사 단계부터 구속적부심사, 보석, 구속집행정지, 구속취소와 같은 다양한 제도가 마련되어 있어 불구속수사·재판의 원칙을 실현할 수 있는 제도적 장치가 잘 마련되어 있는 것처럼 보이지만, 구체적으로 들여다보면 각 제도마다 신청권자, 판단의 주체, 요건, 절차, 효과 등이 각기 다르고 복잡하여 법률전문가가 아니면 적절한 절차를 선택하여 신청하는 것이 사실상 곤란하고, 또한, 구속의 첫 단계인 영장실질심사 단계에서 엄격하게 구속사유를 심사하였다는 전제하에 이후의 석방인 구속적부심사나 기소 후의 보석심사에 있어서 피해자와의 합의나 피해에 준하는 금액의 공탁 등 특별한 사정 변경이 없는 한 보석청구를 잘 인용해 주지 않는 구조적인 문제점이 나타나고 있다. 이러한 문제점은 통계상으로 확인할 수 있는데 대표적인 구속자 석방제도인 보석제도의 운용 현실은 2007년도 형사소송법 개정 이후 다양한 보석조건을 도입함으로써 불구속재판 원칙의 실현 가능성을 높이는 규범 환경이 조성되었음에도 불구하고 법정 구속률은 증가하고 있고, 반대로 보석허가율은 감소하고 있는 것으로 나타나고 있어, 개정 노력의 취지와 다르게 불필요한 구속을 억제하고 구속의 장기화를 막기 위한 실질적 통제수단이 되고 있지 못하고 있는 것으로 보인다.

본 연구는 현행 구속과 구속자 석방제도가 신체의 자유를 최대한 보장하기 위한 헌법정신과 형사소송법의 취지에 부합하는 방향으로 운용되어야 한다는 전제하에 이러한 상황이 왜 발생하고 있는지에 대한 의문에서 출발하였고, 이러한 상황의 발생 원인의 분석과 이를 바탕으로 한 개선방안을 모색하여 현행 보석제도가 불구속수사·재판의 원칙을 실현하는 사후적 구제수단으로서 실질적으로 작용할 수 있는 방안을 모색하고자 하였다. 구체적으로 공식통계에 나타난 제도 운용 현황을 바탕으로 문헌 연구와 학계 및 실무전문가 심층면접 등을 통해 얻은 결과를 분석·검토한 결과 현행 구속자 석방제도가 헌법과 형사소송법의 원칙에 부합하는 방향으로 운용되지 못하고 있는 이유는, ① 불구속수사·재판의 원칙이 실무에 뿌리를 내리지 못하고 여전히

구속을 처벌로 생각하는 인식이 작동하고 있다는 점, ② 현행 구속자 석방제도는 제도마다 신청권자, 판단의 주체, 요건, 절차, 효과 등이 달라 매우 복잡한 체계로 되어 있고, 또한, 영장재판에서 구속이 결정되면 사후 석방제도인 구속적부심사나 보석심사에 있어서 피해자와의 합의나 피해액에 준하는 금액의 공탁 등 특별한 사정 변경이 없는 한 보석청구를 잘 인용해 주지 않는 등의 구조적인 문제를 가지고 있다는 점에서 그 이유를 찾아볼 수 있다.

이러한 원인 분석을 바탕으로 현행 보석제도의 운용상의 문제점은 단순히 현행 보석 규정의 개정이나 새로운 보석조건의 마련을 통해서 해결될 수 없고, 근본적인 원인의 개선, 즉, 구속을 처벌로 생각하는 국민의 법의식과 실무의 인식 변화와 현행 구속자 석방제도가 가지고 있는 구조적인 문제의 개선을 통해 해결될 수 있다는 점을 확인할 수 있었고, 이러한 전제하에 모색한 구체적인 개선방안은 다음과 같다.

첫째, 헌법상의 무죄추정의 원칙 하에 형사절차상의 수사과 재판은 원칙적으로 불구속 상태에서 이루어지는 법제가 마련되어 있음에도 불구하고 이러한 법제와 국민과 실무의 구속관 사이에는 큰 괴리가 있으므로 이러한 법제와 국민의 법의식 사이에 괴리를 메우는 작업이 시급히 요청된다. 그러나 국민의 법의식의 변화는 하루 아침에 이루어질 수 있는 것이 아니므로 이러한 괴리를 메우기 위해서 사법부가 주체가 되어 우리 형사사법이 지향하는 바를 분명히 하고 이를 형사절차 전반에 관철시켜 실무에서 지속적으로 실현시켜 나감으로써 실무와 국민의 법의식에 자리 잡고 있는 구속=처벌의 구속관을 바꿔나갈 필요가 있다.

둘째, 현행 구속자 석방제도의 구조를 근본적으로 개선할 필요가 있다. 구체적으로 비례성 원칙에 입각한 석방제도의 확립과 구속과 구속자 석방제도의 일원화, 구속심사 전담재판부의 설치, 구속사유와 석방사유의 연계, 구속영장 발부시 구체적인 구속사유와 근거의 제시, 그리고 불구속 재판의 실현 등 인권보장을 위한 일반화된 정책으로 전자감시조건의 활성화를 도모할 필요가 있다. 특히 구속과 구속자 석방제도의 일원화와 구속심사 전담재판부의 설치, 구속영장 발부시 구체적인 구속사유와 근거의 제시는 현행 구속자 석방제도 구조를 근본적으로 바꿀 필요가 있다는 관점에서 볼 때 반드시 개선이 필요한 필요적 개선방안이라고 생각한다.



# 연구의 필요성 및 목적

안 성 훈



## 제1장

# 연구의 필요성 및 목적

형사소송법과 형사절차의 기본틀은 범인필벌이라는 사고하에, 범죄혐의자에 대하여 법원의 확정판결 전의 인신구속과 무죄추정의 원칙이 양립되어 왔다. 그러나 확정판결 전 인신구속은 명백한 범죄혐의를 전제로 한다는 점에서 유죄의 심증이 해당 제도의 바탕이 되어 있다는 점에서 무죄추정의 원칙과는 양립 불가능해 보인다. 특히 우리나라 보석제도는 필요적 보석이 원칙임에도 불구하고 2011년에서 2020년까지 최근 10년간 구속 피고인 가운데 보석 허가를 받은 비율은 평균 4.7%에 불과하고, 이는 미국의 보석허가율은 2018년 기준 47%, 영국의 경우 41%, 유럽연합(EU)이 30.2% 정도임에 비하여<sup>1)</sup> 현저히 낮을 뿐만 아니라, 필요적 보석이라는 형사소송법상의 법률 용어 자체를 무색케 하고 있다.

1) “구속피고인 ‘전자’보석 5일부터 본격 시행”, 2020/08/05 법률신문 인터넷기사, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=163344> (방문일: 2021/11/7)

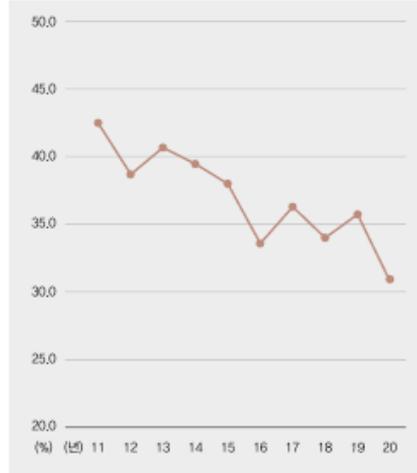
## 8 보석제도의 개선방안 연구

[보석인원수 누년비교표]

구분 연도	구속기소 인원(A)	보석청구 인원(B)	보석허가 인원(C)	보석 청구율 ( $\frac{B}{A}$ )(%)	보석 허가율 ( $\frac{C}{B}$ )(%)
2011	47,117	7,224	3,124	15.3	43.2
2012	44,377	6,247	2,414	14.1	38.6
2013	45,409	6,465	2,625	14.2	40.6
2014	48,939	7,040	2,780	14.4	39.5
2015	55,317	7,196	2,732	13.0	38.0
2016	58,639	6,996	2,352	11.9	33.6
2017	53,555	6,079	2,204	11.4	36.3
2018	48,605	5,191	1,769	10.7	34.1
2019	48,492	4,946	1,764	10.2	35.7
2020	44,656	5,692	1,755	12.7	30.8
평균	49,511	6,308	2,352	12.7	37.3

주 : 지방법원 신청에 의한 보석관련 표임

[보석허가율의 추이(도표)]



주 : 지방법원 신청에 의한 보석관련 추이임

\* 법원행정처(2021), 2021 사법연감, 755쪽 표, 그림 인용.

본 연구는 보석제도(the Bail system)의 현행 운영상의 문제점을 분석·검토하여 그 개선방안을 모색하고자 함을 목적으로 한다. 보석제도는 보증금 등을 조건으로 피고인(피의자)을 석방함으로써 피고인(피의자)의 출석을 확보하여 구속의 목적을 실질적으로 달성하면서 한편으로는 피고인(피의자)에게 자유를 부여하여 불구속재판(수사)을 가능하게 하는 제도이다.<sup>2)</sup> 구금이 아닌 다른 경미한 수단으로 구속의 목적을 달성한다는 점에서 보석은 구속의 비례성 원칙을 실현하고, 무죄추정의 원칙을 구현하며, 피고인이 검사와 대등한 당사자로서 자신에게 유리한 증거를 찾는 등 방어준비를 자유롭게 할 수 있도록 하여 피고인의 방어권 보장에도 충실한 제도이다.<sup>3)</sup> 하지만 이러한 제도적 취지와 다르게 사법통계가 보여주는 보석제도의 운용 현실은 2007년도 형사소송법 개정 이후 보석조건이 다양화되어 불구속수사·재판 원칙의 실현 가능성을 높이는 규범 환경이 조성되었음에도 보석인용율은 오히려 낮아지고 있어 불필요한 구속을 중단함으로써 구속의 장기화를 막기 위한 실질적 통제수단이 되고 있지 못하고 있음을 보여주고 있다.

2) 정승환(2018), 형사소송법, 박영사, 131쪽.

3) 이주원(2021), 형사소송법, 박영사, 157쪽.

구속은 피의자 또는 피고인의 신체 자유를 제한하는 형사절차상 대인적 강제처분의 한 종류이다.<sup>4)</sup> 구속의 목적은 형사소송절차의 실효성(적정한 사실조사 및 소송절차에의 출석)과 그 후의 형벌의 집행을 담보하려는 데에 목적이 있다.<sup>5)</sup> 이러한 인신구속제도는 형사소송의 확보를 위하여 필요한 제도이지만 그 운용에 있어서는 필연적으로 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 자유권적 기본권인 개인의 신체의 자유를 직접적으로 제한하기 때문에 개인의 인권과 사회적·경제적 생활 등 전반에 걸쳐 매우 중대하고 심각한 영향을 미치게 된다. 예컨대, “가정과 사회에서의 행복추구권이 상실되고, 고용 관계와 사업 관계 등 경제생활은 물론, 사회적·정신적인 모든 생활면에서 관계가 파괴되며, 세인으로부터 유죄의 추정을 받아 개인의 명예와 장래의 취업에도 지울 수 없는 낙인이 찍히게 되는 수도 있고, 형사소추에 관련하여서는 자기에게 유리한 증거 수집 등 방어준비를 충분히 할 수 없게 되고, 유·무죄의 판단에 있어서 법원으로 하여금 편견을 가지게 할 우려가 있으며, 수사나 재판과정에서도 빨리 신체의 자유를 얻기 위하여 본의 아닌 자백을 함으로써 공정한 재판을 저해할 수도 있고, 가족의 생활도 곤궁에 빠지게 하는 등”의 폐해를 야기할 가능성이 있다.<sup>6)</sup> 이와 같이 인신구속제도는 헌법이 보장하고 있는 신체의 자유에 대한 예외를 염두에 두고 있기 때문에 그 운용은 신중하게 이루어져야 하고, 피의자 또는 피고인에 대하여 부득이한 사유가 있을 때만 인정되어야 한다.

우리 헌법은 모든 기본권 보장의 전제조건인 신체의 자유를 최대한 보장하기 위해 적법 절차의 원칙(헌법 제12조 제1항)과 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)을 규정하고 있다. 이들 규정의 취지는 “법관이 인신의 구속에 관한 헌법과 법률의 규정들을 해석·적용함에 있어 국가형벌권보다 개인의 인권 옹호에 우위를 두고 헌법과 법률을 해석·적용함으로써 개인의 인신구속에 신중을 기하여야 한다”는 의미로 해석된다.<sup>7)</sup> 이 때문에 형사소송법도 제275조의2 및 제70조에서 무죄추정의 원칙을 재차 선언하는 동시에 구속사유를 엄격하게 제한하여 규정하고 있으며, 또한, 제198조 제1항은 “피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다”고 규정하고 있고, 제199

4) 정승환(2018), 앞의 책, 131쪽.

5) 법원행정처(2014), 법원실무제요 형사(Ⅰ), 278쪽.

6) 헌법재판소 1993.12.23. 선고 93헌가2 결정.

7) 대법원 2003.11.11. 자 2003모402, 결정.

조 제1항 단서도 “강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 제한하는 구속제도가 법률유보의 원칙에 부합한다고 하더라도, 그와는 별개로 비례성 원칙은 형사절차의 전 과정에서 반드시 준수되어야 함을 의미한다.<sup>8)</sup> 이러한 헌법과 형사소송법의 태도는 인신구속제도의 운용에 있어서 불구속수사(형소법 제198조) 및 불구속재판 원칙을 확립하게 하였다.<sup>9)</sup> 하지만 인신구속제도의 운용 현실은 인권보장을 위한 획기적인 노력의 산물로 평가되는 2007년 개정 형사소송법 이후에도 불구속수사·재판 원칙이 형사절차에서 관철되고 있는지에 대해서는 여전히 의문이 제기되고 있다.<sup>10)</sup>

주지하다시피 현행 형사소송법은 인신의 구속으로 인한 폐해를 줄이기 위하여 영장제도 및 구속요건을 엄격히 제한하고 있으며, 또한, 부당한 구속의 사후 구제제도로서 구속적부심사, 보석, 구속의 취소, 구속의 집행정지 등 여러 제도를 규정하고 있다. 특히 구속적부심사제도와 보석제도는 구속의 사후구제제도로서 중요한 역할을 담당하고 있다.<sup>11)</sup> 하지만 구속 관련 통계를 살펴보면, 예컨대 구속적부심에 의한 석방율은 영장실질심사제도 도입 이전과 비교하면 그다지 차이가 없으며, 보석허가율은 오히려 도입 이전보다도 낮아지고 있다. 형사소송법 개정으로 보석청구권자가 확대되고 보석조건이 다양화되는 등 보석의 활성화를 기대하고 제도가 개선되었지만, 보석 허가 현황을 보면, 보석허가율은 이전에 비해 나아지기는커녕 오히려 낮아지고 있다. 이러한 사실에서 일단 구속이 된 피의자 또는 피고인에 대해서는 구속사유가 해소되거나 조건에 의해 상쇄될 수 있어 계속 구금의 필요성이 더 이상 존재하지 않은 경우라도 형사재판이 진행되어 확정판결을 받기 전까지 석방의 기회는 좀처럼 주어지지 않는다는 것을 알 수 있다.<sup>12)</sup>

이러한 형사사법 실무의 상황은 검찰과 법원이 여전히 구속을 곧 유죄 내지 형벌로 생각하는 태도(구속=처벌이라는 구속관)를 견지하고 있는 것이 아닌가라고 하는 합리

8) 김성돈/김혜경(2015), “현행 형사소송법상 인신구속제도의 합리적 입법개선 방안”, 국회입법조사처 정책연구용역보고서, 국회입법조사처, 91쪽.

9) 위의 보고서, 1쪽.

10) 위의 보고서, 2쪽.

11) 문영호/이인영(1992), 우리나라 보석제도의 운영현황과 개선방향, 한국형사정책연구원, 13쪽.

12) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 2쪽.

적인 의심을 하게 한다.<sup>13)</sup> 구속은 형사절차나 집행의 확보를 위한 수단이지 그 자체 유죄 인정이나 처벌을 위한 수단이 아니다. 따라서 구속을 처벌로 보는 실무의 관행은 “형사절차의 진행 중에는 어떠한 형태이든 피의자 또는 피고인의 처벌을 금지하는 무죄추정의 원칙에 명백히 반한다.”<sup>14)</sup>

또한, 현행 형사소송법은 예외적으로만 인정되고 필요 최소한의 범위 내에서 이루어져야 하는 구속을 19개월간 가능하도록 보장하고 있으면서도 불필요한 구속을 줄여나가기 위해 구속의 계속 여부를 판단하기 위한 사후적 구제수단을 충분하게 마련하고 있지 못하다.<sup>15)</sup> 특히 1997년 형사소송법의 개정으로 기소 전 보석제도가 인정되었을 뿐 아니라 2007년 개정 형사소송법에 의해 보석조건이 다양화가 이루어졌기 때문에 불구속재판원칙의 실현 가능성을 높이는 규범 환경이 과거에 비해 더 높아졌음에도 불구하고 실무에서의 구속·석방 제도의 운용 현실은 일단 구속 전 피의자심문절차(영장실질심사)에서 구속영장이 발부된 후에는 기소 전후를 불문하고 구속의 계속을 다룰 수 있는 기회는 매우 제한적으로만 인정되고 있는 것으로 나타나고 있다.<sup>16)</sup> 구체적으로 사법통계에서 나타나는 현행법상 구속·석방 제도의 운용 상황을 살펴보면, 현행법상 구속의 계속을 다루면서 석방 가능성을 심사하는 기능은 수사단계에서는 구속적부심제도가 담당하고, 공판단계에서는 보석제도가 담당하고 있는데, 기소 전 단계인 영장실질심사에서 구속 결정이 되면 법원이 구속적부심사에서 그 결정을 되돌리는 경우는 드물고, 기소 후 공판단계에서도 보석인용율이 2007년 개정 형사소송법 이전에 비해 오히려 낮아지고 있어 양 제도 모두 불필요한 구속을 중단함으로써 구속의 장기화를 막기 위한 실질적 통제수단이 되고 있지 못하고 있음을 알 수 있다.<sup>17)</sup>

이에 본 연구는 현행 인신구속제도가 신체의 자유를 최대한 보장하기 위한 헌법정신과 형사소송법의 취지에 부합하는 방향으로 운용되어야 한다는 전제하에 현행 보석

13) 선행연구에서는 “구속사유가 인정되지 않거나 범죄가 비교적 경미하여 본안재판에서 집행유예 등 관대한 판결의 선고가 예상되는 경우에도 저지른 범죄에 상응하는 처벌 내지 형벌로서 구속영장을 청구하거나 발부하는 관행이 있음을 부정하기 어렵다.”고 하여 검찰과 법원의 실무관행을 지적하고 있다. 조성용(2010), “현행 인신구속제도 운용의 문제점과 개선방안”, 법조, 제644호, 143쪽.

14) 조성용(2010), 위의 논문, 145쪽.

15) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 66쪽.

16) 위의 보고서, 66쪽.

17) 위의 보고서, 41쪽.

## 12 보석제도의 개선방안 연구

제도가 구속 결정 시뿐만 아니라 구속의 계속 여부를 판단하는 사후적 구제수단으로서 실질적으로 작용할 수 있는 방안을 모색하고자 한다.

## 제 2 장 보석제도의 개선방안 연구

# 보석제도에 대한 일반적 고찰

안 성 훈



## 제2장

# 보석제도에 대한 일반적 고찰

### 제1절 | 보석제도의 의의

보석(Bail, Sicherheitsleistung)은 보증금 납입 등의 일정한 조건을 전제로 구속의 집행을 정지함으로써 구속된 피고인을 석방하는 제도를 말한다(형사소송법 제94조 이하).<sup>18)</sup> 현행법상 보석은 보증금 납입뿐만 아니라 법원에의 출석 및 증거를 인멸하지 않겠다는 서약서의 제출이나 보증금 상당의 금액 납입약정서의 제출 등 다양한 조건에 의한 보석이 가능하다(동법 제98조).<sup>19)</sup> 보석은 유효한 구속영장의 존재를 전제로 일정한 조건하에 석방하여 그 집행만을 정지시키는 것이므로 그 실질은 구속집행정지와 동일하다고 할 수 있다.<sup>20)</sup> 그러나 보증금 납입 등의 일정한 조건이 있고, 피고인 측에 신청권이 있다는 점에서 구속집행정지(동법 제101조)와 구별되고, 또한, 보석이 취소된 때에는 정지되어 있던 구속영장의 효력이 부활한다는 점에서 구속영장의 효력을 전면적으로 소멸시키는 구속취소(동법 제93조)와도 구별된다.<sup>21)</sup> 또한, 보석은 구속된 피고인에 대한 석방제도라는 점에서 체포 또는 구속된 피의자에 대하여 법원이 체포·구속의 적법 여부와 필요성을 심사하여 체포·구속이 적법하지 않거나 필요성이 없을 경우에 피의자를 석방하는 제도인 체포·구속적부심사제도(동법 제214조의2 제1

18) 이재상/조균석/이창온(2021), 형사소송법 제13판, 박영사, 321쪽.

19) 2007년 개정형사소송법 이전의 보석은 반드시 보증금을 정하여 보석을 허가하였기에 보증금 납부를 조건으로 하는 구속의 집행정지를 의미하였으나, 2007년 개정형사소송법은 보석의 조건을 다양화하여 병렬적으로 규정하였고(제98조), 이에 따라 법원은 하나 또는 몇 개의 조건을 적절히 부과할 수 있게 되어 보증금 없는 보석도 가능하게 함으로써 보석제도의 확대와 활성화를 도모하였다. 위의 책, 321쪽.

20) 위의 책, 321쪽; 이주원(2021), 앞의 책, 157쪽; 정승환(2018), 앞의 책, 162쪽.

21) 이재상/조균석/이창온(2021), 위의 책, 321쪽; 정승환(2018), 위의 책, 162쪽.

항)와도 구별된다.<sup>22)</sup> 관련하여 현행법은 피의자에 대하여 보증금 납입을 조건으로 구속의 집행을 정지하는 보증금납입조건부 피의자석방제도(동법 제214조의2 제5, 6, 7항. 이하 피의자보석이라고 한다.)를 규정하고 있어 피의자에 대하여도 실질적으로 보석을 인정하고 있다.<sup>23)</sup> 그러나 피의자보석은 구속적부심사의 청구가 있을 때만 허용되고, 법원의 직권에 의해서 석방이 인정되는 직권보석(재량보석)이며, 피의자에게 보석청구의 권한이 인정되지 않는다는 점에서 원래 의미의 보석과는 구별된다.<sup>24)</sup>

보석은 피의자 또는 피고인을 석방하면서도 보증금 납입 등의 일정한 조건을 전제로 하여 공판절차 및 형집행을 위한 출석을 심리적으로 확보함으로써 구속의 목적을 달성할 수 있기 때문에 피의자 및 피고인의 인권보호와 권리보장이라는 측면에서 중요한 의미를 가진다.<sup>25)</sup> 즉 보석제도는 무죄추정의 원칙을 구현하고, 구속의 비례성 원칙을 실현한다는 측면에서 피의자 및 피고인의 인권보호와 권리보장을 위하여 사실상 구속을 규제하는 원리로 작용하게 되고,<sup>26)</sup> 또한, 석방된 신분으로 소송당사자로서 적절한 방어준비와 효율적으로 변호인의 조력을 받아 자신의 방어권을 보완할 수 있다는 점에서 피의자와 피고인의 방어권 보장에 크게 기여하고,<sup>27)</sup> 나아가 국가의 이익이나 형사정책적인 측면에서도 구금에 의한 악영향을 배제할 수 있고, 또한, 미결 구금에 소요되는 국가의 경비를 절감할 수 있다는 점<sup>28)</sup>에서 구속의 대체수단으로써 중요한 제도적 의미를 가진다.<sup>29)</sup>

22) 이창현(2010), 구속과 보석, 입추, 51쪽.

23) 보증금납입조건부 피의자석방의 대상자는 구속적부심사를 청구한 구속된 피의자이기 때문에 체포적부심사를 청구한 체포된 피의자에 대하여는 보증금납입을 조건으로 한 석방이 허용되지 않는다(대법원 1997.8.27. 결정 97모21). 이재상/조균석/이창온(2021), 앞의 책, 317-318쪽.

24) 이재상/조균석/이창온(2021), 위의 책, 317쪽; 이주원(2021), 앞의 책, 155-156쪽.

25) 김희옥(1989), “보석제도의 제문제-이론적 배경 및 운용현황·문제점-”, 형사법연구 제2호, 한국형사법학회, 106쪽; 오도기(1989), “보석과 인권보장”, 형사법연구 제2호, 한국형사법학회, 84쪽.

26) 이창현(2010), 앞의 책, 29쪽.

27) 이러한 의미에서 보석은 당사자주의의 이념을 실현하기 위한 제도이다. 차용석(1983), 형사소송법연구, 박영사, 473쪽; 이재상/조균석/이창온(2021), 위의 책, 322쪽; 김현숙(2004), “현행보석제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 12쪽; 이창현(2010), 앞의 책, 30쪽.

28) 현재 우리나라는 미결수용자의 증가에 따라 교정시설의 과밀수용 현상이 나타나고 있으며, 교정시설 과밀수용 해소가 교정당국의 시급히 해결해야할 현안문제가 되고 있다. 안성훈(2016), 교정시설에서의 과밀수용 현상과 그 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 참조.

29) 김희옥(1989), 앞의 논문, 106쪽; 이창현(2010), 앞의 책, 31쪽. 이외에도 구속으로 인한 피고인의 신체적 정신적 고통이 상당 부분 해소되고, 유죄판결이 확정되어 이를 집행할 때까지 피고인의 사회적 경제적 활동을 계속하게 하여 피고인과 그 가족들의 생활 안정에 도움이 된다는

## 제2절 | 보석제도의 연혁

보석제도는 대륙법계에도 있는 제도이지만 영미법계와 달리 구속된 피의자·피고인의 권리로서의 성격보다는 구속의 집행정지를 위한 대체수단으로서의 성격이 강하다. 따라서 구속된 피의자·피고인의 권리로서의 보석은 영미법계의 보석제도를 기원으로 본다.<sup>30)</sup>

보석제도의 기원에 관해서 일정한 정설이 있는 것은 아니나 일반적으로 중세 영국에서 유래한 것으로 보고 있으며, 제도 창설의 배경으로는 미결수용자의 구금과 관리를 담당하였던 집행관의 과도한 책임과 경제적 부담을 고려하여 그 대안으로 마련된 제도로 이해되고 있다.<sup>31)</sup> 구체적으로 살펴보면 당시 영국에서는 판사들이 순회하면서 재판물을 하였는데 순회 기간이 길어 수용자들이 장기간 열악한 환경의 감옥에 구금될 수밖에 없는 상황에 있었다.<sup>32)</sup> 그 결과 수용자를 구금·관리하는 집행관(Sheriff)에게 과도한 책임과 경제적 부담이 지워졌고, 이에 집행관을 대신하여 수용자에 대한 관리 책임을 맡아줄 사람(Sureties)의 필요성이 대두함에 따라 보석제도가 등장하게 되었다.<sup>33)</sup> 당시의 보석제도는 수용자의 보증인 또는 친구, 친척 등에게 관리책임을 맡기거나, 일정한 재력이 있는 보증인에게는 일정한 액수의 금전을 납부하게 함으로써 수용자의 관리책임을 면제하여 주고 피고인이 법정에 출석하지 않을 경우에는 그 보증금을 몰수하는 방식으로 운영되었는데, 이러한 운영은 집행관의 재량에 따라 이루어졌기 때문에 재량권 남용 등의 많은 문제점이 발생하였다.<sup>34)</sup> 이에 따라 1275년 100명의

견해, 또한, 사회적인 측면에서 피고인이 불구속 상태에서 재판을 받게 됨에 따라 재판 기간 동안 노동력 등 인적자원의 손실을 막아 경제활동에 기여할 수 있다는 견해 등이 보석의 제도적 의미로 제시되고 있다. 이인영(1994), “보석제도에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 11-12쪽; 이창현(2010), 위의 책, 10쪽; 김현숙(2004), 앞의 논문, 12-13쪽.

30) 김희옥(1986), “우리나라 보석제도의 이론적 배경 및 그 문제점”, 사법행정 제303권 제3호, 44쪽.

31) 김현숙(2004), 앞의 논문, 13쪽.

32) 위의 논문, 13-14쪽.

33) 따라서 제도창설 당시 보석제도의 성격은 “피고인이 보증인의 감호를 받는다는 의미에서 생활 속의 감옥(Living Prison)”으로 이해되었고, 보증인은 사실상 간수의 역할을 하였다. 임상현(1974), “미국의 보석제도” 저스티스 제12권 제1호, 한국법학원, 157쪽; 이인영(1994), 앞의 논문, 14쪽.

34) 이인영(1994), 위의 논문, 15쪽.

배심원들이 집행관에 의하여 부정한 방법에 의해 보석으로 석방된 사건들을 조사한 결과를 반영하여 웨스터민스터법(The Statute of Westminster)이 제정되었는데, 이 법은 보석을 허가할 수 있는 죄와 그러하지 아니한 죄를 분류하여 집행관의 보석 권한을 제한하였고, 집행관의 보석 권한은 치안판사(Justice of Peace)에게 전부 이전하게 되어 치안판사가 범죄의 성격, 피고인의 품성, 증거의 경중 등을 기준으로 보석 여부를 결정하도록 하였다.<sup>35)</sup> 그러나 위험성이 있는 중대한 범죄를 범한 범죄자에 대하여서도 제한 없이 보석이 허가되었기 때문에 1486년의 법령 개정으로 보석허가권은 2인의 법관의 합의에 의해서만 행사할 수 있도록 하였으며, 순회형사재판소(The Court of Oyer and Terminer)에 의무적으로 보석 허가에 대한 통고를 하도록 하였다.<sup>36)</sup> 또한, 찰스 1세가 대헌장(Magna Carta)의 규정에도 불구하고 5명의 기사를 구금하였을 때에는 위 규정이 심리 이전에는 적용되지 아니한다는 이유로 기각되었는데, 이 사건을 계기로 1628년에 의회에서 권리청원(The Petition of Right)을 채택하여 법률에 따라 보석이 허가될 수 있는 사건의 경우에는 재판 전에 보석 결정을 청구할 수 있도록 하였다.<sup>37)</sup> 그 후 1679년의 인신보호령(The Habeas Corpus Act)에서는 법률에 따라 보석이 가능한 범죄의 경우에는 보석을 허가받기 위하여 판사의 면전에 가능한 한 빨리 인치되도록 하는 절차를 규정하여 법률상 권리로 인정되고 있는 보석권의 절차규정을 마련하였다. 그럼에도 불구하고 판사들은 지불이 불가능할 정도의 고액의 보석금을 결정하는 등의 방법으로 위 인신보호령의 목적이나 취지에 상충하는 결정을 하였고, 이러한 상황이 지속함에 따라 의회는 1689년에 권리장전(The Bill of Rights)에서 과도한 보석금을 금지하는 규정을 두었다.<sup>38)</sup>

영국의 보석제도는 미국으로 건너가 1641년의 매사추세츠 자유장전(The Massachusetts Body of Liberties), 1682년의 펜실베이니아 입법(The Pennsylvania Legislature), 1776년의 노스캐롤라이나와 버지니아 권리선언(The North Carolina's and Virginia's Declaration of Rights), 1787년의 노스웨스트 주정부 통치조례(The Ordinance to Govern the Northwest Territory), 1789년의 사법법(The Judiciary Act)

35) 위의 논문, 15쪽.

36) 위의 논문, 15쪽.

37) 위의 논문, 15쪽.

38) 문영호/이인영(1992), 앞의 보고서, 14쪽.

등의 모습으로 나타나고 이것이 미국 보석제도의 모태가 되었다.<sup>39)</sup>

미국의 보석제도는 영국과 달리 정부의 자의적인 재량을 신임하지 않고 입법화된 보석의 절대적인 권리를 더 선호하였기 때문에 연방사법법(The Federal Judiciary Act)은 증거가 명백하여 유죄를 선고받을 가능성이 있는 사형에 처해질 범죄를 제외하고는 형사사건으로 체포된 피의자와 피고인에게는 보석이 허가된다는 규정을 두어 보석의 절대적인 권리를 인정하였고,<sup>40)</sup> 또한, 1791년의 권리장전(權利章典, The Bill of Rights)에 포함된 미국연방수정헌법 제8조에서 “과다한 보석보증금의 금지(excessive bail shall not be required)”를 규정하여 보석을 받을 권리가 헌법상의 권리임을 분명히 하였다.<sup>41)</sup>

한편 미국의 보석제도는 보석보증금제도(Money-Oriented Bai)를 중심으로 발전하였는데 그 배경에는 영국과는 달리 광활한 국토와 개척지를 가진 미국의 특성상 피고인이 도주한 경우에 지연이나 혈연 등의 사적 보증인(private surety)들이 피고인을 찾아서 법정에서 출석시킨다는 것은 사실상 불가능하였을 뿐만 아니라 넓고 유동 인구가 많은 새로운 개척지에서 피고인의 보증을 맡아줄 보증인을 구하기도 쉽지 않았기 때문에 보석제도가 제대로 행사되지 못하였다고 하는 현실이 있었다.<sup>42)</sup> 이에 따라 미국의 보석제도는 보증인의 서약 대신 보석금을 납부하게 하고 피고인이 출석하지 않으면 보석금을 몰수하는 보석보증금제도가 일반화되었고, 이러한 과정에서 사적 보증인을 대신하는 상업적인 직업보증인제도(bondsman)도 발전하게 되었다.<sup>43)</sup>

### 제3절 | 보석제도의 이론적 근거

보석제도는 신체의 자유를 제한하는 구금이 아닌 다른 경미한 수단으로 구속의 목적을 달성한다는 점에서 구속의 비례성 원칙을 실현하고, 무죄추정의 원칙을 구현

39) 이인영(1994), 위의 논문, 16쪽.

40) 이후 미국의 주 대부분은 이 규정을 채택하였다.

41) 김희옥(1989), 앞의 논문, 104-105쪽; 문영호/이인영(1992), 앞의 보고서, 14쪽.

42) 이인영(1994), 위의 논문, 17쪽.

43) 이인영(1994), 앞의 논문, 17쪽.

하며, 피고인의 방어권 보장에도 충실한 제도로 이해되고 있다.<sup>44)</sup> 이에 따라 보석제도는 형사소송법의 대원칙인 적법절차의 원칙에서 이론적 근거를 찾을 수 있다.

적법절차의 원칙은 헌법정신인 인간의 존엄과 가치를 인정하고 피의자·피고인의 기본적 인권을 보장하는 공정한 절차에 의하여 국가형벌권이 실현되어야 한다는 원칙을 말한다.<sup>45)</sup> 주지하다시피 형사소송법은 실제적 진실발견의 목적을 달성하기 위하여 시민의 기본권을 제한할 수 있는 강제처분규정, 예컨대 체포·구속, 압수·수색·검증 등의 규정을 두고 있고, 이러한 규정에 근거하여 형사사법기관은 시민의 자유와 권리를 제한하는 강제처분을 집행한다.<sup>46)</sup> 그러나 이러한 강제처분은 본질적으로 기본권 침해의 소지를 내포하고 있을 뿐만 아니라 실제 집행되었을 경우 그 자체로서 시민에게 사실상의 부담과 불이익을 초래한다. 특히 신체의 자유를 제한하는 인신구속(체포, 구속)은 방어준비를 위한 실질적인 기회를 박탈하는 것은 물론 체포·구속된 사람의 자유와 사회적 명예뿐만 아니라 정상적인 사회활동이나 경제활동에 곤란을 초래하고, 나아가 가족관계에까지 심각한 영향을 미친다.<sup>47)</sup> 이러한 형사절차에 관련되는 시민의 부담과 불이익을 최소화해야 한다는 요청은 근대 형사법의 발전과정에서 계속해서 강조되어 왔고, 영미법의 전통에서는 적정절차의 원칙(due process)으로, 대륙법의 전통에서는 사법정형성의 원칙으로, 우리나라에서는 적법절차의 원칙<sup>48)</sup>으로 확립되었다.<sup>49)</sup>

현행법상 적법절차를 실현하는 하위원칙으로는 공정한 재판의 원칙과 비례성 원칙, 그리고 피고인 보호 원칙을 그 내용으로 하는데<sup>50)</sup> 보석제도의 이론적 근거는 크게 공정한 재판의 원칙과 비례성의 원칙과 관련하여 논하여야 한다.<sup>51)</sup>

44) 이주원(2021), 앞의 책, 157쪽; 정승환(2018), 앞의 책, 161쪽.

45) 이재상/조균석/이창온(2021), 앞의 책, 28쪽; 이주원(2021), 앞의 책, xli-xlii.

46) 정승환(2018), 앞의 책, 18쪽.

47) 이재상/조균석/이창온(2021), 앞의 책, 322쪽

48) 우리 헌법은 제12조 제1항과 제3항에서 수사기관이 피의자나 피고인을 체포·구속함에 있어서는 적법한 절차에 따를 것과 적법한 절차에 따라 법관이 발부한 영장에 의할 것을 규정하고 있다.

49) 정승환(2018), 앞의 책, 18쪽.

50) 위의 책, 19-20쪽.

51) 이재상/조균석/이창온(2021), 앞의 책, 28쪽; 이주원(2021), 앞의 책, xliii-xlvi; 정승환(2018), 위의 책, 19쪽.

## 1. 공정한 재판(Fairness)의 원칙

공정한 재판의 원칙(Fair trial, Grundsatz des fairen Verfahrens)은 법치국가원칙에 내재하는 이념으로서 헌법과 법률에 의해 신분이 보장되어 독립하여 심판하는 “법관으로부터 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 적법절차에 의하여 이루어지는 재판을 의미한다.”(헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 93헌바26; 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22)<sup>52)</sup> 이와 같이 공정한 재판을 위해서는 공평한 법원의 구성과 피고인의 무죄추정 및 방어권 보장, 실질적 당사자주의의 실현 등이 요구되는데, 헌법상의 무죄추정의 원칙, 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리는 공정한 재판의 원칙을 구체화한 규정이며, 형사소송법에서는 공평한 법원의 구성(제척·기피·회피 제도 등), 피고인의 방어권보장(피고인의 진술권과 진술거부권 등), 무기평등의 원칙(변호인의 조력을 받을 권리, 검사의 객관 의무 등) 등 대부분의 규정이 공정한 재판을 실현하기 위한 것이라고 해도 과언이 아니다.<sup>53)</sup>

### 가. 무죄추정(Presumption of Innocence)의 원칙

무죄추정의 원칙은 형사절차에서 피의자 또는 피고인은 유죄판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 원칙으로,<sup>54)</sup> 공정한 재판을 실현하기 위한 형사절차상 가장 중요한 원칙이다.<sup>55)</sup> 우리나라는 1980년 제8차 헌법 개정시에 무죄추정을 헌법에 직접 규정(제27조 제4항)<sup>56)</sup>하여 무죄추정의 원칙이 단순한 법 격언 내지 지도이념이 아닌 헌법 규범으로서 헌법상 기본권의 성격을 가지고 있음을 분명히 하고 있다.<sup>57)</sup> 이에

52) 이주원(2021), 위의 책, xliii

53) 이재상/조균석/이창운(2021), 앞의 책, 29-30쪽 참조.

54) 우리 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하고 있으며, 형사소송법 제257조의2에서도 “피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하여 무죄추정의 원칙을 명문으로 선언하고 있다. 이주원(2021), 위의 책, xliv; 이재상/조균석/이창운(2021), 위의 책, 22쪽.

55) 이주원(2021), 위의 책, xliv.

56) 우리 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하고 있고, 하위 법률인 형사소송법 제275조의2도 “피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하고 있으며, 또한, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제79조도 “미결수용자는 무죄의 추정을 받으며 그에 합당한 처우를 받는다.”라고 규정하고 있다.

57) 신동운(1990), “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분”, 서울대 법학 31권 3·4호, 서울대학

따라 “형사절차와 관련하여 아직 공소의 제기가 없는 피의자는 물론이고 공소가 제기된 피고인까지도 유죄의 판결이 확정될 때까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 다루어져야 하고 그 불이익은 필요 최소한에 그쳐야 한다.”<sup>58)</sup>

적법절차의 원칙은 형사소송법이 지향하는 또 하나의 주요 목적인 실체적 진실발견의 한계로 작용하는데, 그러한 의미에서 “무죄추정의 원칙은 형사절차에서 실체적 진실발견의 목적이 소극적 실체진실주의를 바탕으로 할 것을 요청한다.”(헌법재판소 1996.12.26. 선고 94헌바1)<sup>59)</sup> 즉 형사절차에서 열 사람의 범인을 놓치더라도 죄 없는 한 사람이 억울하게 처벌받는 일이 없어야 한다는 관점에서 모든 피의자·피고인에 대해 무죄를 전제로 수사와 재판을 해야 한다는 것이다. 따라서 모든 피의자·피고인은 무죄의 추정을 받기 때문에 그들의 기본권이 부당하게 침해되지 않도록 헌법과 법률에서 규정하는 적법한 절차에 의해서만 형사절차가 진행되어야 하는 것이고 이러한 의미에서 형사소송법의 대원칙인 적법절차의 원칙도 무죄추정의 원칙에서 비롯된다고 할 수 있다.<sup>60)</sup> 이와 같이 무죄추정의 원칙은 형사절차와 형사재판 전반을 이끄는 대원칙으로 작용하고 있으며,<sup>61)</sup> 이에 근거하여 ① 강제처분의 제한, ② 피의자·피고인에 대한 불이익한 처우의 금지, ③ “의심스러울 때는 피고인의 이익으로”(in dubio pro reo)라는 증명의 기본원칙 등과 같은 다양한 실천적 규정들이 마련되어 있다. 이에 따라 피의자·피고인에 대한 불구속 수사 및 불구속 재판과 보석제도의 적용은 무죄추정의 원칙에 근거한 형사절차상 필요적 요청으로 이해할 수 있으며, 이러한 의미에서 보석권을 인정하지 않을 때에는 무죄추정의 원칙은 무의미하게 된다.<sup>62)</sup>

교 법학연구소, 154쪽; 정영훈(2012), 무죄추정에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 22쪽.

58) 권영성(2010), 헌법학원론, 법문사, 438쪽; 허영(2021), 한국헌법론, 박영사, 402쪽; 한수웅(2021), 헌법학 제11판, 638-639쪽, 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111; 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2002헌마193.

59) 정승환(2018), 앞의 책, 20쪽.

60) 위의 책, 22쪽.

61) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016도21231.

62) 이재상/조균석/이창온(2021), 앞의 책, 322쪽

## 나. 방어권 보장

앞서 살펴본 바와 같이 공정한 재판의 원칙에 따라 모든 피의자·피고인에게는 “신속하고 공개된 법정에서 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리”가 있다(헌법재판소 1996.1.25. 선고 95헌가5; 헌법재판소 1994.4.28. 선고 93헌바26 결정 등 참조). 따라서 모든 피의자·피고인은 “형사소송절차에서 단순한 처벌 대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하며 형사소송절차에서는 검사에 대하여 ‘무기대등의 원칙’이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다.”(헌법재판소 1996.12.26. 선고 94헌바1)

보석제도는 수사단계부터 공판단계까지의 기간 피의자·피고인이 국가기관이며 법률전문가인 검사와 대등하게 자기방어를 행할 수 있도록 충분한 기회를 보장하여 무기평등의 원칙에 따른 실질적 당사자주의를 확보할 수 있고, 이를 통해 공정한 재판을 이루게 한다는 점에서 피의자·피고인의 방어권 보장에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다.<sup>63)</sup>

## 2. 비례성의 원칙

비례성의 원칙은 “국가형벌권의 실현을 위한 수단으로서의 강제처분은 구체적 사건의 개별적·사실적 상황을 고려하여 소송의 목적을 달성하는 데 적합하고, 다른 수단에 의하여는 그 목적을 달성할 수 없을 뿐 아니라 이와 결합된 침해가 사건의 의미와 범죄혐의의 정도에 비추어 상당해야 한다는 것, 즉 목적과 수단, 목표와 방법, 침해와 공익 사이에 비례가 유지되어야 한다”는 것을 말한다.<sup>64)</sup>

비례성의 원칙은 법치국가원리와 기본권의 본질에서 유래하여 전체 형사절차를 지배하는 헌법상의 원칙으로서, 수사단계 및 공판단계, 형의 양정에서도 중요한 기준

63) 이인영(1994), 앞의 논문, 10쪽; 이창현(2010), 앞의 책, 26-27쪽

64) 과잉금지의 원칙이라고도 한다. 이재상/조균석/이창운(2021), 앞의 책, 30쪽

으로 작용하고 있으며, 특히 형사소송법 제199조 제1항은 “강제처분은 이 법률에 규정한 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다”고 하여 비례성의 원칙을 강제처분의 제한원리로서 명문으로 규정하고 있다. 이에 따라 비례성의 원칙은 “체포·구속, 압수·수색 등의 강제처분이 법적으로 허용되는 경우에도 그 명령과 집행 또는 계속을 한계 짓는 기능”으로 작용한다.<sup>65)</sup> 즉 비례성 원칙에 근거하여 피의자·피고인에 대한 강제처분은 그 이외의 다른 방법으로는 법적 평화의 유지나 실현이 불가능하고, 또는 그러한 강제처분이 그 목적을 위하여 상당하고 최소한에 그치는 경우에만 인정되므로, 불구속 수사나 재판 또는 그 밖의 대체수단에 의해 그 목적 달성이 가능하다면 구속은 당연히 회피되어야 한다는 점에서 비례성의 원칙은 피의자·피고인의 인권보장을 위하여 구속을 제한하는 원리로 작용하게 된다. 그 연장선에서 보석제도는 신체의 자유를 제한하는 구금이 아닌 다른 경미한 수단으로 구속의 목적을 달성한다는 점에서 구속의 비례성원칙을 충실히 실현할 수 있는 제도로서 중요한 의미를 가진다.

## 제4절 | 우리나라의 보석제도

### 1. 연혁

주지하다시피 1954년 2월 제정된 형사소송법(법률 제341호, 1954. 9. 23. 공포 시행)은 종래의 대륙법계의 직권주의를 기반에 두고 여기에 영미법계 특히 미국의 인권보장을 중심으로 하는 당사자주의적 소송구조를 도입한 절충적인 소송구조를 취하고 있다.<sup>66)</sup> 이에 따라 대륙법계와 달리 우리나라 형사소송법상의 보석에 관한 규정은 보석청구가 있으면 일정한 제외사유가 없는 한 반드시 피고인을 석방하여야 하는 필요적 보석을 원칙으로 하고 있으며, 보충적으로 임의적 보석을 인정하고 있다.

보석제도와 관련한 형사소송법상의 주요 개정내용을 살펴보면 다음과 같다. 먼저

65) 위의 책, 30쪽.

66) 이재상/조균석/이창은(2021) 앞의 책, 15쪽.

제3차 개정 형사소송법(1973. 1. 25. 법률 제2450호)에서는 구속취소, 구속집행정지, 보석에 대한 검사의 즉시항고의 인정과 구속적부심사제도가 폐지되는 등 형사절차상 인권보장의 취지가 후퇴하는 방향으로 개정이 이루어졌으나, 제5차 개정 형사소송법(1980. 12. 18. 법률 제3282호)에서는 구속적부심사를 제한적으로 인정하는 개정이 이루어졌고, 제6차 개정 형사소송법(1988. 2. 25. 법률 제3955호)에서는 헌법 개정에 따라 구속적부심사청구에 대한 제한규정을 삭제하는 등 인권보장을 강화하는 내용의 개정이 이루어졌다.<sup>67)</sup>

제8차 개정 형사소송법(1995. 12. 19. 법률 제5054호)에서는 인신구속제도와 관련한 규정에 대한 획기적인 개정이 이루어졌는데, 체포영장제도, 구속전 피의자심문제도, 구속적부심사를 청구한 경우 보증금 납입 조건부 피의자석방제도 등이 도입되었고, 또한, 헌법재판소의 위헌결정에 따라 보석 허가 결정에 대한 검사의 즉시항고를 폐지하였다. 제9차 개정 형사소송법(1997. 12. 13., 법률 제5435호)에서는 임의적이었던 구속전 피의자심문제도가 신청에 의한 심문제도로 변경되었고, 제13차 개정 형사소송법(2004. 10. 16., 법률 제7225호)에서는 헌법재판소의 헌법 불합치 결정에 따라 구속적부심사 청구 후 검사가 공소제기를 한 경우에도 법원은 구속적부심사를 할 수 있게 되었다.<sup>68)</sup>

제17차 개정 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호)에서는 불구속 수사 원칙의 천명, 필요적 구속전 피의자심문제도의 도입, 보석조건의 다양화 등 형사절차에 있어서 피고인 및 피의자의 권익을 보장하기 위한 큰 폭의 개정이 이루어졌다.<sup>69)</sup>

## 2. 현행 규정

제94조(보석의 청구) 피고인, 피고인의 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·동거인 또는 고용주는 법원에 구속된 피고인의 보석을 청구할 수 있다.

제95조(필요적 보석) 보석의 청구가 있는 때에는 다음 이외의 경우에는 보석을 허가하여야 한다.

1. 피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때
2. 피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범한 때

67) 이창현(2010). 앞의 책, 45쪽.

68) 위의 책, 45-46쪽.

69) 위의 책, 46쪽.

3. 피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
4. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
5. 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때
6. 피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿음만한 충분한 이유가 있는 때

제96조(임의적 보석) 법원은 제95조의 규정에 불구하고 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 제94조에 규정한 자의 청구에 의하여 결정으로 보석을 허가할 수 있다.

제97조(보석, 구속의 취소와 검사의 의견) ① 재판장은 보석에 관한 결정을 하기 전에 검사의 의견을 물어야 한다.

- ② 구속의 취소에 관한 결정을 함에 있어서도 검사의 청구에 의하거나 급속을 요하는 경우외에는 제1항과 같다.
- ③ 검사는 제1항 및 제2항에 따른 의견요청에 대하여 지체 없이 의견을 표명하여야 한다.
- ④ 구속을 취소하는 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다.

제98조(보석의 조건) 법원은 보석을 허가하는 경우에는 필요하고 상당한 범위 안에서 다음 각 호의 조건 중 하나 이상의 조건을 정하여야 한다.

1. 법원이 지정하는 일시·장소에 출석하고 증거를 인멸하지 아니하겠다는 서약서를 제출할 것
2. 법원이 정하는 보증금에 해당하는 금액을 납입할 것을 약속하는 약정서를 제출할 것
3. 법원이 지정하는 장소로 주거를 제한하고 주거를 변경할 필요가 있는 경우에는 법원의 허가를 받는 등 도주를 방지하기 위하여 행하는 조치를 받아들일 것
4. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 사람 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하는 행위를 하지 아니하고 주거·직장 등 그 주변에 접근하지 아니할 것
5. 피고인 아닌 자가 작성한 출석보증서를 제출할 것
6. 법원의 허가 없이 외국으로 출국하지 아니할 것을 서약할 것
7. 법원이 지정하는 방법으로 피해자의 권리 회복에 필요한 금전을 공탁하거나 그에 상당하는 담보를 제공할 것
8. 피고인이나 법원이 지정하는 자가 보증금을 납입하거나 담보를 제공할 것
9. 그 밖에 피고인의 출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건을 이행할 것

제99조(보석조건에의 결정 시 고려사항) ① 법원은 제98조의 조건을 정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 범죄의 성질 및 죄상(罪狀)
  2. 증거의 증명력
  3. 피고인의 전과(前科)·성격·환경 및 자산
  4. 피해자에 대한 배상 등 범행 후의 정황에 관련된 사항
- ② 법원은 피고인의 자금능력 또는 자산 정도로는 이행할 수 없는 조건을 정할 수 없다.

제100조(보석집행의 절차) ① 제98조 제1호·제2호·제5호·제7호 및 제8호의 조건은 이를 이행한 후가 아니면 보석허가결정을 집행하지 못하며, 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 다른 조건에 관하여도 그 이행 이후 보석허가결정을 집행하도록 정할 수 있다.

- ② 법원은 보석청구자 이외의 자에게 보증금의 납입을 허가할 수 있다.
- ③ 법원은 유가증권 또는 피고인 외의 자가 제출한 보증서로써 보증금에 균등함을 허가할 수 있다.
- ④ 전항의 보증서에는 보증금액을 언제든지 납입할 것을 기재하여야 한다.
- ⑤ 법원은 보석허가결정에 따라 석방된 피고인이 보석조건을 준수하는데 필요한 범위 안에서 관공서나 그 밖의 공사단체에 대하여 적절한 조치를 취할 것을 요구할 수 있다.

제100조의2(출석보증인에 대한 과태료) ① 법원은 제98조 제5호의 조건을 정한 보석허가결정에 따라

석방된 피고인이 정당한 사유 없이 기일에 불출석하는 경우에는 결정으로 그 출석보증인에 대하여 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

② 제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

제102조(보석조건의 변경과 취소 등) ① 법원은 직권 또는 제94조에 규정된 자의 신청에 따라 결정으로 피고인의 보석조건을 변경하거나 일정기간 동안 당해 조건의 이행을 유예할 수 있다.

② 법원은 피고인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보석 또는 구속의 집행정지를 취소할 수 있다. 다만, 제101조 제4항에 따른 구속영장의 집행정지는 그 회기 중 취소하지 못한다.

1. 도망한 때
2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
3. 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때
4. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
5. 법원이 정한 조건을 위반한 때

③ 법원은 피고인이 정당한 사유 없이 보석조건을 위반한 경우에는 결정으로 피고인에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 부과하거나 20일 이내의 감치에 처할 수 있다.

④ 제3항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

제103조(보증금 등의 몰취) ① 법원은 보석을 취소하는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보증금 또는 담보의 전부 또는 일부를 몰취할 수 있다.

② 법원은 보증금의 납입 또는 담보제공을 조건으로 석방된 피고인이 동일한 범죄사실에 관하여 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보증금 또는 담보의 전부 또는 일부를 몰취하여야 한다.

제104조(보증금 등의 환부) 구속 또는 보석을 취소하거나 구속영장의 효력이 소멸된 때에는 몰취하지 아니한 보증금 또는 담보를 청구한 날로부터 7일 이내에 환부하여야 한다.

제104조의2(보석조건의 효력상실 등) ① 구속영장의 효력이 소멸한 때에는 보석조건은 즉시 그 효력을 상실한다.

② 보석이 취소된 경우에도 제1항과 같다. 다만, 제98조제8호의 조건은 예외로 한다.

제105조(상소와 구속에 관한 결정) 상소기간 중 또는 상소 중의 사건에 관하여 구속기간의 갱신, 구속의 취소, 보석, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소에 대한 결정은 소송기록이 원심법원에 있는 때에는 원심법원이 하여야 한다.

현행 형사소송법은 제94조 내지 제100조의2, 제102조 내지 제105조에서 보석에 관한 규정을 두고 있다. 보석 관련 규정은 2007년 형사소송법 전면 개정시 보석조건을 다양화하여 보증금 납입뿐만 아니라 피고인의 서약서 제출, 보증금 약정서 제출, 제3자의 출석보증서 제출, 피해금액 공탁 또는 담보 제공 등 다양한 보석조건이 마련되었고, 또한, 보석조건 위반에 대한 제재로서 보석취소 이외에 과태료와 감치를 부과할 수 있도록 하였고, 또한, 출석보증인에 대한 과태료 규정도 신설하는 등의 큰 폭의 개정이 있었다.<sup>70)</sup>

앞서 언급한 바와 같이 보석 관련 규정들은 영미법의 영향을 받아 보석을 받을 권리를 신체의 자유와 관련하여 피고인의 권리로 인정함으로써 보석청구가 있으면 일정한 제외사유가 없는 한 법원은 반드시 보석을 허가하여야 하는 필요적 보석을 원칙으로 하고 임의적 보석을 보충적으로 인정하고 있다(제95조, 제96조). 보석은 원칙적으로 피고인에게만 인정되며, 피의자의 경우 구속적부심사를 청구하였을 때에 법원에서 구속이 적법하였다고 판단되는 경우라도 보증금의 납입을 조건으로 석방 결정을 할 수 있는데, 이때의 보석은 구속적부심을 담당하는 수임판사의 직권으로 이루어진다는 점에서 권리로서의 보석과는 구별된다(제214조의2 제5항).

### 3. 보석의 종류

보석은 보석 청구의 유무에 따라 청구보석과 직권보석으로 구분된다.<sup>71)</sup> 청구보석은 피고인 등 보석청구권자의 보석 청구에 의하여 법원이 보석 결정을 하는 경우를 말하고, 직권보석은 법원이 직권으로 보석 결정을 하는 경우를 말한다.<sup>72)</sup> 또한, 보석은 보석 결정에 대한 법원의 재량 유무에 따라 필요적 보석과 임의적 보석으로 구분된다.<sup>73)</sup> 필요적 보석은 피고인에 대한 보석의 청구가 있으면 법에서 규정하고 있는 제외사유가 없는 한 법원이 반드시 보석을 허가하여야 하는 경우를 말하며 권리보석이라고도 한다(제95조). 이에 반해 임의적 보석은 보석의 허가 여부가 법원의 재량에 의해 이루어지는 경우를 말하며 재량보석이라고도 한다. 필요적 보석은 청구보석에 대해서만 인정되지만, 임의적 보석은 청구보석과 직권보석(제96조), 또한, 구속적부심을 청구한 피의자에 대해 법원이 직권적·재량적 보석을 결정하는 경우(제214조의2 제5항)에도 모두 인정된다. 형사소송법은 필요적 보석을 원칙으로 하고 임의적 보석을 보충적으로 인정하고 있다.

70) 이창현(2010), 앞의 책, 48쪽.

71) 이재상/조균석/이창운(2021), 앞의 책, 323쪽.

72) 실무에서는 대부분 보석청구에 의해 보석 결정이 이루어지고 있는데, 이는 법원의 소극적 태도에 기인한다고 보는 견해가 있다. 이창현(2010), 앞의 책, 53쪽.

73) 이재상/조균석/이창운(2021), 앞의 책, 323쪽.

### 가. 필요적 보석

헌행법은 보석의 청구가 있는 때에는 일정한 제외사유가 없는 한 보석을 허가하여야 한다고 규정하여 필요적 보석을 원칙으로 하고 있다(제95조). 필요적 보석의 제외사유는 형사소송법 제95조 단서에서 규정하고 있는데 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

① 제1호 : 피고인이 사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때

피고인이 중대한 범죄를 저지른 때에는 실형 선고의 가능성이 높기 때문에 법정에 출석하지 않을 위험이 커질 것이고, 따라서 보증금에 의하여 피고인의 출석을 확보할 수 없다는 것을 이유로 한다. 법정형을 기준으로 하는 제1호 제외사유에 대해서는 비교법적으로 볼 때 미국의 경우에는 사형에 해당하는 죄만을 제외사유로 하고 있고, 일본의 경우에는 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역이나 금고로 제한(일본형사소송법 제89조 제1호)하고 있어, 우리 형사소송법의 제외사유는 지나치게 넓은 비판이 제기되고 있다.<sup>74)</sup>

② 제2호 : 피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범한 때

누범이나 상습범을 제외사유로 규정한 이유에 대해서는 실형 선고의 개연성이 높아 도망의 염려가 현저하기 때문이라는 견해<sup>75)</sup>와 재범의 위험성으로부터 사회를 보호하기 위한 것이라는 견해가 있다.<sup>76)</sup> 보석은 구속을 전제로 하고 있고, 구속사유를 고려한 구속 필요성의 완화 내지 보증금의 조건으로 구속 필요성의 완화를 기대할 수 있을 경우에 보석이 허가될 수 있다. 따라서 재범의 위험성은 형사소송법이 인정하고 있는 구속사유가 아니라는 점을 고려하면 전자의 견해가 타당하다.<sup>77)</sup>

③ 제3호 : 피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한

74) 위의 책, 323쪽.

75) 정승환(2018), 앞의 책, 162-163쪽.

76) 신동운(2014), 신형사소송법 제5판, 법문사, 1053쪽.

77) 위의 책, 324쪽.

이유가 있는 때

죄증인멸의 염려를 보석의 제외사유로 규정한 것은 보석이 증거인멸을 방지하기 위한 구속을 대신할 수 없다는 점을 이유로 한다.<sup>78)</sup> 제3호의 제외사유에서는 형사소송법 제70조에서 규정하고 있는 구속의 사유인 '증거를 인멸할 염려가 있는 때'와 달리 '죄증인멸의 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때'라고 하여 요건을 보다 엄격히 규정하고 있다. 따라서 죄증인멸의 염려는 당해 범죄의 객관적 사정, 재판과정, 피고인의 지위와 활동 등을 고려하여 결정하여야 하고, 또한, 그에 대한 명확하고 구체적인 근거가 제시되어야 할 것이다.

④ 제4호 : 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때

보석이 보증금의 몰수라는 심리적 부담에 의하여 피고인의 도망을 방지하기 위한 제도라는 점을 고려할 때 동일한 사유로 보석을 허가하지 않는 것은 논리적 모순이며 보석 자체를 부정하는 결과가 될 수 있다. 따라서 제4호에서 규정하고 있는 도망의 염려란 보증금에 의하여도 피고인의 출석을 확보할 수 없는 경우를 말하는 것으로 보인다.<sup>79)</sup> 문제는 이를 어떻게 구분하여 판단할 수 있는가이다. 제4호 제외사유 또한, 제3호의 경우와 같이 형사소송법 제70조에서 규정하고 있는 구속의 사유인 '도망하거나 도망할 염려가 있는 때'와 달리 '도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때'라고 하여 요건을 보다 엄격히 규정하고 있다는 점에서 도망의 염려는 당해 범죄의 객관적 사정, 재판과정, 피고인의 지위와 활동 등을 고려하여 결정하여야 할 것이고, 또한, 그에 대한 명확하고 구체적인 근거가 제시되어야 할 것이다.<sup>80)</sup>

⑤ 제5호 : 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때

피고인의 주거가 분명하지 않다는 것은 법원이 피고인의 주거를 알 수 없는 경우를 말한다. 피고인이 주거에 대하여 묵비권을 행사하고 있다 할지라도 법원이 피고인의

78) 위의 책, 324쪽.

79) 위의 책, 324쪽.

80) 이인영(1994), 앞의 논문, 140쪽.

주거를 알고 있는 때에는 주거불명에 해당하지 않는다.<sup>81)</sup>

피고인의 주거불명은 독립된 구속사유로는 적절하지 않다는 견해<sup>82)</sup>가 있는데, 피고인의 주거불명은 구속사유(제70조 제1항 제1호)의 하나이기 때문에 당연히 필요적 보석의 독립된 제외사유로 보는 것이 타당하다.<sup>83)</sup> 즉 보석은 구속을 전제로 하고 있고, 구속사유를 고려한 구속 필요성의 완화 내지 보증금 조건부로 상쇄를 기대할 수 있을 경우에 보석이 허가될 수 있다. 따라서 피고인의 주거불명은 필요적 보석의 제외사유로 인정되고, 반대로 피고인의 주거불명 사유가 조건부로 상쇄될 수 있다면 바로 보석이 이루어져야 할 것이다.

- ⑥ 제6호 : 피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때

제6호 제외사유는 피해자 등 증인보호라는 형사정책적인 목적을 실현하기 위하여 1995년 형사소송법 개정 시에 필요적 보석의 제외사유로 추가된 것으로<sup>84)</sup> 피고인이 보석으로 석방되어 피해자 등 증인의 법정 출석을 방해하거나 피해자 등 증인 또는 그 가족에게 보복을 하거나 위해를 가하는 것을 방지하기 위한 것이다.<sup>85)</sup> 다만 제6호의 제외사유는 제2호 제외사유와 같이 형사절차 진행의 확보를 위한 구속이 아니라 예방적 조치로서의 구속을 전제로 하는 구속사유에 근거하고 있다는 점에서 현행법의 해석상 구속사유가 아닌 고려사항을 전제로 필요적 보석의 제외사유로 규정하는 것은 논란의 여지가 있다.<sup>86)</sup> 예방적 조치로서의 구속사유의 인정 여부는 입법론적인 고려가 필요한 부분이기 때문에 별론으로 하더라도, 제6호 제외사유는 형사절차의 확보라

81) 위의 책, 325쪽.

82) 이재상/조균석/이창운(2021), 위의 책, 287쪽; 이인영(1994), 앞의 논문, 141쪽; 정승환(2018), 앞의 책, 171쪽; 이창현(2010), 앞의 책, 63쪽.

83) 구속사유에서 주거부정을 독립된 사유로 볼 것인지에 대한 문제와는 다른 문제이다. 구속사유에서 주거부정을 독립된 구속사유로 규정한 것이 타당하지 않다는 견해에 대해서는 이재상/조균석/이창운(2021), 앞의 책, 287쪽 참조.

84) 이창현(2010), 앞의 책, 64쪽.

85) 이재상/조균석/이창운(2021), 앞의 책, 325쪽.

86) 현행 형사소송법이 피고인의 권리로서 필요적보석을 인정하고 있기 때문에 제외사유의 범위가 엄격하고 제한적인 필요가 있는데, 이러한 관점에서 볼 때 제6호는 법관의 판단에 있어서 재량이 개입할 여지가 크다고 할 수 있다. 이인영(1994), 앞의 논문, 142쪽.

는 관점에서 볼 때 구속사유로 인정될 수 있다는 점, 즉 피해자는 형사재판의 당사자이고, 증인 등의 출석이나 증언도 원활한 재판절차의 확보에 있어 매우 중요하기 때문에 이들에 대한 위해 우려 방지는 구속의 목적에 부합한다는 점에서 보석의 제외사유로 인정될 수 있다.

한편 이와 같은 필요적 보석의 제외사유에 대해서는 제외사유의 내용이 광범위하고 추상적일 뿐만 아니라 그 내용의 판단이 법원의 재량에 속한 결과 필요적 보석이 원칙이 아니라 오히려 예외가 원칙이 되고 있다는 비판이 제기되고 있다.<sup>87)</sup>

#### 나. 임의적 보석

형사소송법은 “필요적 보석의 제외사유에 해당하는 경우에도 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 피고인 등 보석청구권자의 청구에 의하여 결정으로 보석을 허가할 수 있다”고 하여 임의적 보석(재량보석)을 규정하고 있다(제96조). 임의적 보석의 전형적인 사례로는 피고인의 건강상의 이유로 보석을 허가하는 소위 ‘병보석’을 들 수 있다.<sup>88)</sup>

### 4. 보석의 절차

#### 가. 보석의 청구

보석의 청구권자는 피고인, 피고인의 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·동거인 또는 고용주이다(제94조). 2007년 개정 전 형사소송법에서는 보석 청구권자가 ‘피고인, 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족과 형제자매’이었으나(구법 제94조, 제30조 제2항), 개정법에서는 그 외에 가족, 동거인, 고용주도 피고인에

87) 위의 책, 334쪽; 정승환(2018), 앞의 책, 171쪽

88) 법원의 재량으로 허가되는 소위 병보석은 2016년 황제 병보석 사건으로 사회적으로 알려지게 되었는데 당시 재벌총수가 8년에 가까운 시간 동안 항고를 거듭하면서 법원으로부터 병보석을 받아 자유로운 생활을 해왔다는 사실이 유전무죄 무전유죄라는 국민적 박탈감을 준 사건으로 인식되어 사회적으로 큰 이슈가 되었다. 그러나 이는 주거지를 자택과 병원으로 제한하는 보석 조건의 준수 여부를 제대로 관리·감독하지 못한 사법당국의 문제이지 보석제도의 문제라고는 볼 수 없다.

대한 보석을 청구할 수 있게 되었다.

보석의 청구는 서면으로 하여야 하고, 보석청구서에 사건번호, 구속된 피고인의 신상, 청구의 취지 및 청구의 이유, 청구인의 성명 및 구속된 피고인과의 관계를 기재 하여야 한다(형소규칙 제53조 제1항). 보석청구인은 보석조건을 결정함에 있어 피고인의 자력 또는 자산 정도에 따른 이행 가능한 조건(제99조 제2항)인지 여부를 판단하기 위하여 필요한 범위 내에서 피고인(피고인이 미성년자인 경우에는 그 법정대리인 등)의 자력 또는 자산 정도에 관한 서면을 제출하여야 하며(규칙 제53조의2 제2항), 적합한 보석조건에 관한 의견을 밝히고 이에 관한 소명자료를 제출할 수 있다(형소규칙 제53조의2 제1항).

보석청구는 공소제기 후 재판의 확정 전까지는 심급을 불문하고 할 수 있으며 상소 기간 중에도 가능하다(제105조). 또한, 피고인을 구속하는 경우에는 구속영장이 집행된 후라면 지정된 장소에 인치하기 전에도 보석을 청구할 수 있다.<sup>89)</sup>

#### 나. 검사의 의견 제출

보석청구권자로부터 보석청구가 있으면 재판장은 보석에 관한 결정을 하기 전에 검사의 의견을 물어야 하고(법 제97조 제1항), 검사는 재판장의 의견요청에 대하여 지체 없이 의견을 표명하여야 한다(동조 제3항).<sup>90)</sup> 2007년 개정 전 형사소송법에서는 ‘보석에 관한 결정을 함에는 검사의 의견을 물어야 한다. 단, 검사가 3일 이내에 의견을 표명하지 아니한 때에는 보석허가에 대하여 동의한 것으로 간주한다’고 규정하고 있었다(구법 제97조 제1항). 이 규정으로 인해 검사가 3일 동안 보석 결정을 보류하는 경향이 있었고, 이로 인해 신속한 보석 결정이 이루어지지 않는다는 지적이 제기됨에 따라 이러한 지적을 반영하여 개정법에서는 제3항을 신설하여 ‘지체 없이’ 의견을 표명하여야 한다는 규정을 마련하였다.<sup>91)</sup> 또한, 의견요청에 따라 제시된 검사의 의견에 대해 법원은 기속되지 않기 때문에 단서 규정은 큰 의미가 없어 삭제되었다.

개정법에 따라 검사는 재판장으로부터 보석에 관한 의견요청이 있을 때는 의견서와

89) 이재상/조균석/이창운(2021), 앞의 책, 326쪽.

90) 법원이 직권으로 보석을 하는 경우에도 동일하다.

91) 이창현(2010), 앞의 책, 37쪽.

소송서류 및 증거를 지체 없이 법원에 제출하여야 하며, 이 경우 특별한 사정이 없으면 의견요청을 받은 날의 다음 날까지 제출하여야 한다(규칙 제54조 제1항). 보석에 대한 의견요청을 받은 검사는 보석 허가가 상당하지 아니하다는 의견일 때에는 그 사유를 명시하여야 하고(동조 제2항), 보석 허가가 상당하다는 의견일 때에는 보석조건에 대하여 의견을 제시할 수 있다(동조 제3항). 개정법에서도 검사의 의견은 법원의 보석에 관한 결정에 구속력을 가지지 않는다.<sup>92)</sup>

#### 다. 법원의 심리

보석청구를 받은 법원은 지체 없이 심문기일을 정하여 구속된 피고인을 심문하여야 한다. 다만 ① 보석청구권자 이외의 사람이 보석을 청구한 때, ② 동일한 피고인에 대하여 중복하여 보석을 청구하거나 재청구한 때, ③ 공판준비 또는 공판기일에 피고인에게 그 이익되는 사실을 진술할 기회를 준 때, ④ 이미 제출한 자료만으로 보석을 허가하거나 불허가할 것이 명백한 때에는 피고인을 심문할 필요가 없다(규칙 제54조의2 제1항). 이와 같이 피고인이 보석을 청구한 경우 피고인을 심문하는 것이 원칙으로 규정하고 있으나 실무에서는 보석청구시의 피고인 심문 규정은 형해화되어 피고인을 심문하는 경우는 거의 없는 실정이라고 한다.<sup>93)</sup>

심문기일을 정한 경우에는 법원은 즉시 검사, 변호인, 보석청구인 및 피고인을 구금하고 있는 관서의 장에게 심문기일과 장소를 통지하여야 하고, 피고인을 구금하고 있는 관서의 장은 위 심문기일에 피고인을 출석시켜야 한다(규칙 제54조의2 제2항). 심문기일의 통지는 서면 외에 전화·모사전송·전자우편·휴대전화 문자전송 그 밖에 적당한 방법으로도 할 수 있으며, 이 경우 통지의 증명은 그 취지를 심문조서에 기재함으로써 할 수 있다(동조 제3항). 피고인, 변호인, 보석청구인은 피고인에게 유리한 자료를 낼 수 있으며(동조 제4항), 검사, 변호인, 보석청구인은 법원이 지정한 심문기

92) 법원이 검사의 의견 취취절차를 거치지 않고 보석 결정을 한 경우 그 결정의 효력에 대하여 대법원은 “검사의 의견취취 절차는 보석에 관한 결정의 본질적 부분이 되는 것은 아니므로 설사 법원이 검사의 의견을 듣지 아니한 채 보석에 관한 결정을 하였다고 하더라도 그 결정이 적정한 이상 절차상의 하자만을 들어 그 결정을 취소할 수는 없다”고 판시하였다. 대법원 1997. 11. 27. 결정 97모88.

93) 이창현(2010). 앞의 책, 73쪽.

일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다(동조 제5항). 법원은 피고인, 변호인 또는 보석 청구인에게 보석조건을 결정함에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있으며(규칙 제54조의2 제6항), 피고인 심문을 합의부원에게 명할 수 있다(동조 제7항).

### 라. 법원의 결정

보석의 청구를 받은 법원은 특별한 사정이 없는 한 보석청구를 받은 날로부터 7일 이내에 보석청구에 관한 결정을 하여야 한다(형소규칙 제55조). 이와 같이 현행 규칙은 보석청구를 받은 날로부터 7일 이내에 보석청구에 대해 결정을 하여야 한다고 규정하고 있지만, '특별한 사정'이 있는 경우에는 예외로 하고 있어 법원의 판단에 따라 보석 결정이 장기간 보류될 여지를 남겨 두고 있다. 실제로 2020년 사법연감에 따르면 보석 결정 평균처리 기간은 지방법원은 17.7일, 고등법원은 30.9일, 대법원은 57.8일로 나타나고 있어 규칙 제55조 규정은 예외가 원칙이 되고 있는 규정으로 보인다.<sup>94)</sup> 법원의 보석 결정이 장기간 보류된다는 것은 그 기간 동안 피고인의 지위가 불안정한 상태로 장기간 놓여 있다는 의미이고, 나아가 불구속 재판을 받을 피고인의 권리가 부당하게 침해되는 상황이 지속되고 있다는 것에 다름 아니다. 따라서 특별한 사정에 해당하는 경우를 명확히 하여 피고인의 권리를 보장할 필요가 있다.<sup>95)</sup>

법원은 보석을 허가하지 아니하는 결정을 하는 때에는 결정 이유에 제외사유를 명시하여야 한다(형소규칙 제55조의2). 법원의 보석 기각결정에 대하여 피고인 등은 항고할 수 있다(제402조, 제403조 제2항). 이와 같이 보석 기각결정은 불복의 대상이 되기 때문에 결정문에 보석의 기각사유와 근거를 구체적으로 명시할 필요가 있지만, 법원 실무에서는 단순히 제외사유를 명시하는 수준에 그치고 있어 입법적 보완이 반드시 필요하다. 추후 피고인이 보석을 재신청함에 있어서 이전 보석신청이 기각된 사유와 근거가 무엇인지를 아는 것은 구속 피고인의 관점에서 매우 중요한 사항임으로 보석 기각사유와 근거를 명확히 기재할 필요가 있다.<sup>96)</sup>

법원은 보석을 허가하는 경우에는 필요하고 상당한 범위 안에서 피고인의 출석을

94) 법원행정처(2021), 2021 사법연감, 659쪽 '보석청구사건 처리상황' 표 참조.

95) 이창현(2010). 앞의 책, 76쪽.

96) 위의 책, 78쪽.

담보할 수 있는 조건 중 하나 이상의 조건을 정해야 한다(제98조). 2007년 개정 전 형사소송법에서는 보석 허가 결정시의 조건으로 보증금 납입을 주된 조건으로 하고 이에 추가하여 주거제한이나 그 밖에 적당한 조건을 규정하고 있었으나(구법 제98조, 제99조), 개정 형사소송법에서는 금전적 보석조건뿐만 아니라 비금전적 보석조건을 포함하여 다양화함으로써 개별청구 사안의 특성과 피고인이 처해 있는 구체적 사정에 가장 적합한 보석조건을 정할 수 있게 함으로써 보석제도가 실질적으로 피고인의 출석을 담보하면서 불구속 재판 원칙의 확대를 도모하였다.<sup>97)</sup>

#### 마. 보석의 조건

법원이 보석 허가를 결정하는 경우에 정해야 하는 보석의 조건은 다음과 같다(법 제98조).

##### ① 제1호 : 피고인의 서약서 제출

제1호의 보석조건은 “법원이 지정하는 일시·장소에 출석하고 증거를 인멸하지 아니하겠다는 서약서를 제출할 것”이다. 제5호의 보석조건인 제3자의 출석보증서 제출과 함께 보증금 없는 보석을 인정하여 자력이 없는 가난한 피고인에 대하여도 보석을 허용하여 보석을 활성화하기 위하여 도입된 조건이다.<sup>98)</sup>

##### ② 제2호 : 보증금 약정서 제출

제2호의 보석조건은 “법원이 정하는 보증금 상당의 금액을 납입할 것을 약속하는 약정서를 제출할 것”이다. 피고인이 보증금 상당액을 납입할 필요는 없으나 피고인이 정당한 이유 없이 재판기일에 출석하지 아니하는 경우에 법원이 보석조건을 변경하여 제8호에 따라 정하는 보증금을 납입하겠다는 의사를 표시하는 서면을 제출하는 등 장래에 보증금을 납입하겠다는 약정서를 제출하는 것을 말한다.<sup>99)</sup>

97) 위의 책, 43쪽.

98) 이재상/조균석/이창온(2021), 앞의 책, 328쪽.

99) 이창현(2010), 앞의 책, 83쪽.

## ③ 제3호 : 주거제한

제3호의 보석조건은 “법원이 지정하는 장소로 주거를 제한하고 이를 변경할 필요가 있는 경우에는 법원의 허가를 받는 등 도주를 방지하기 위하여 행하는 조치를 수인할 것”이다. 보석 허가 결정시 다른 보석조건과 함께 가장 많이 적용되는 조건이다.

## ④ 제4호 : 접근금지

제4호의 보석조건은 “피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하는 행위를 하지 아니하고 주거·직장 등 그 주변에 접근하지 아니할 것”이다. 이 조건은 조직범죄나 성폭력 사건, 가정폭력 사건 등과 같이 피고인 및 피해자와의 관계 등에 비추어 증거인멸의 염려가 있거나 피해자나 가족, 증인 등에게 위해를 가할 우려가 있는 대상자에게 부과할 수 있는 조건으로 적합하다.

## ⑤ 제5호 : 제3자의 출석보증서 제출

제5호의 보석조건은 “피고인 외의 자가 작성한 출석보증서를 제출할 것”이다. 이 조건은 “종래 수사절차에서 체포 또는 구속된 피의자를 석방하면서 그 부모 등 신원보증인을 세우는 실무를 제도화하여 피고인의 보호자 등이 피고인의 출석을 담보하는 출석보증서를 제출하게 한 것”이다.<sup>100)</sup> 제3자 출석보증서의 실효성을 확보하기 위하여 보석 허가 결정으로 석방된 피고인이 정당한 사유 없이 재판 기일에 출석하지 않는 경우에는 결정으로 출석보증인에게 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(제100조의2 제1항). 이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제100조의2 제2항).

## ⑥ 제6호 : 출국금지 서약

제6호의 보석조건은 “법원의 허가 없이 외국으로 출국하지 아니할 것을 서약할 것”이다. 실무상, 이 조건만으로 보석 허가 결정이 나는 경우는 없고, 제3호나 제4호 조건과 같이 다른 조건과 함께 활용되고 있다.<sup>101)</sup>

100) 위의 책, 85쪽.

101) 위의 책, 86쪽.

## ⑦ 제7호 : 공탁 또는 담보 제공

제7호의 보석조건은 “법원이 지정하는 방법으로 피해자의 권리회복에 필요한 금원을 공탁하거나 그에 상당한 담보를 제공할 것”이다. 피해자측이 피고인에게 불합리하게 과도한 요구를 하여 합의가 이루어지지 않은 경우에 보석을 가능하게 하기 위한 조건이다. 그러나 이 조건은 무죄로 추정되는 피고인에게 유죄를 전제로 하는 피해회복 의무를 강요하는 결과를 초래할 우려가 있다. 따라서 피고인이 이러한 조건을 인정하는 경우에 한하여 부과하는 것이 타당하다.<sup>102)</sup>

## ⑧ 제8호 : 보증금 납입 또는 담보 제공

제8호의 보석조건은 “피고인 또는 법원이 지정하는 자가 보증금을 납입하거나 담보를 제공할 것”이다. 이 조건은 보석의 전형적인 조건으로 보증금 납입은 피고인뿐만 아니라 제3자도 할 수 있으며, 보증금을 납입하는 이외에 담보를 제공하는 것도 가능하다. 법원은 보증금의 전부 또는 일부에 대하여 이를 대체한 유가증권 또는 피고인 외의 자가 제출한 보증서의 제출을 허가할 수 있다(제100조 제3항).

## ⑨ 제9호 : 그 밖에 조건

제9호의 보석조건은 “그 밖에 피고인의 출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건을 이행할 것”이다. 이 조건은 제1호부터 제8호까지의 구체적인 보석조건 외에 법원이 개별 청구 사안의 특성과 피고인의 상황을 고려하여 적당하다고 판단되는 보석조건을 부과할 수 있도록 한 규정으로 보석조건을 더욱 다양화하여 보석의 확대를 도모할 수 있도록 한 것이다.

## ⑩ 전자장치 부착

전자장치 부착 조건은 불구속 재판 원칙을 실현하고 미결구금 인원의 감소를 통한 과밀수용을 해소하기 위하여 2020년 「전자장치의 부착 등에 관한 법률」에 신설되어 동년 8월 5일부터 시행되고 있다.<sup>103)</sup> 이 조건은 형사소송법 제98조 제9호의 ‘피고인의

102) 이재상/조균석/이창온(2021), 앞의 책, 328쪽.

103) “8월 5일(수), 전자장치부착 조건부 보석(전자보석) 제도 시행”, 2020. 8. 3. 법무부 보도자료.

출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건'에 해당하는 것(전자장치 부착 등에 관한 법률 제31조의2 제1항, 이하 전자장치부착법이라고 한다.)으로 피고인의 위치를 실시간으로 파악 가능한 전자장치 부착을 조건으로 하고 있다는 점에서 기존의 보석조건과 비교하여 피고인의 도주방지를 통한 출석 담보라고 하는 점에서 매우 우월한 조건이라고 할 수 있다. 다만 무죄가 추정되는 피고인에게 종래 성폭력, 살인, 강도, 미성년자유괴 범죄를 저지른 4대 흉악범죄자에게 부착하는 전자장치를 부착하는 것은 인권침해의 소지가 있을 수 있기 때문에 부착방식의 변화와 국민 인식의 변화를 함께 모색할 필요가 있다. 이러한 점을 고려하여 전자보석대상자의 경우 종래의 전자발찌가 아닌 손목시계형 전자장치를 부착하고 있지만(아래 [그림 2-1] 참조),<sup>104)</sup> 전자장치 부착에 대한 국민의 인식이 함께 변화되지 않는 이상 인권침해의 소지는 여전히 제기될 수밖에 없다.

#### ▶▶ [그림 2-1] 손목시계형 장치 견본 및 사양



- 무게 : 70g
- 완충(完充) 소요시간 : 3시간
- 완충 시 작동시간 : 24시간
- 방진·방수 수준 : 완전방수(IP68)
- 기본 기능 : 위치추적, 훼손 및 분리감지, 통화 및 문자, 시계 등

〈이해를 돕기 위한 이미지임.  
실제 장치와는 차이가 있음〉

\* 출처: "8월 5일(수), 전자장치부착 조건부 보석(전자보석) 제도 시행", 2020. 8. 3. 법무부 보도자료, 3쪽 표 그림 재인용.

전자장치 부착을 조건으로 하는 보석(이하 전자보석이라고 한다.)은 법원 직권, 피고인, 피고인의 변호인 등의 청구에 따라 법원이 결정하며 보호관찰관이 집행한다(이

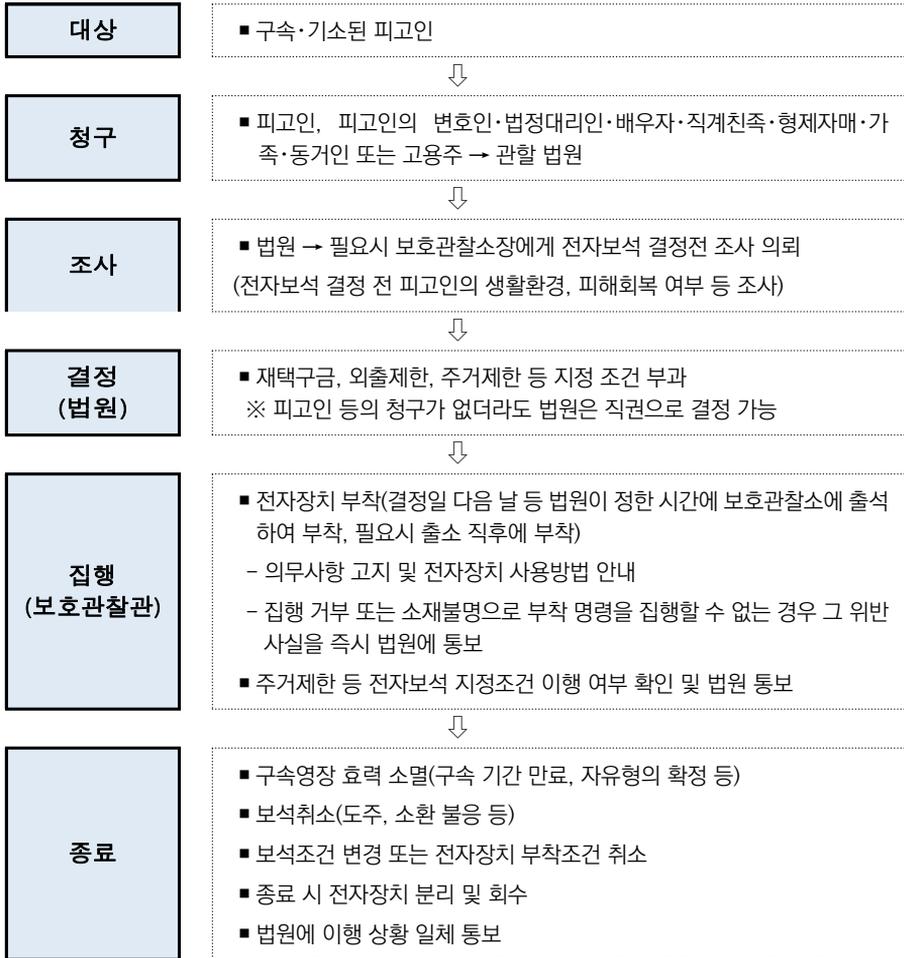
104) 위의 보도자료 참조.

하 전자보석의 절차는 [그림 2-2] 참조).

법원은 전자장치 부착을 명하기 위하여 필요하다고 인정하면 그 법원의 소재지 또는 피고인의 주거지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 피고인의 직업, 경제력, 가족 상황, 주거상태, 생활환경 및 피해회복 여부 등 피고인에 관한 사항의 조사를 의뢰할 수 있다(동조 제2항). 의뢰를 받은 보호관찰소의 장은 지체 없이 조사하여 서면으로 법원에 통보하여야 하며, 조사를 위하여 필요한 경우에는 피고인이나 그 밖의 관계인을 소환하여 심문하거나 소속 보호관찰관에게 필요한 사항을 조사하게 할 수 있고(동조 제3항), 보호관찰소의 장은 조사를 위하여 필요하다고 인정하면 국공립 기관이나 그 밖의 단체에 사실을 알아보거나 관련 자료의 열람 등 협조를 요청할 수 있다(동조 제4항). 전자장치 부착 명령을 받고 석방된 피고인은 법원이 지정한 일시까지 주거지를 관할하는 보호관찰소에 출석하여 신고한 후 보호관찰관의 지시에 따라 전자장치를 부착하여야 하고(제31조의3 제2항), 보호관찰소의 장은 피고인의 보석조건 이행 여부 확인을 위하여 적절한 조치를 하여야 한다(동조 제3항).

보호관찰소의 장은 피고인의 보석조건 이행 상황을 법원에 정기적으로 통지하여야 하고(동법 제31조의4 제1항), 피고인이 전자장치 부착 명령을 위반한 경우 및 전자장치 부착을 통하여 피고인에게 부과된 주거의 제한 등 형사소송법에서 규정하고 있는 다른 보석조건을 위반하였음을 확인한 경우 보호관찰소의 장은 지체 없이 법원과 검사에게 이를 통지하여야 한다(동조 제2항). 전자장치의 부착은 구속영장의 효력이 소멸한 경우나 보석이 취소된 경우, 또는 보석조건이 변경되어 전자장치를 부착할 필요가 없게 되는 경우에는 그 집행이 종료된다(동법 제31조의5).

» [그림 2-2] 전자보석 절차



\*출처: "8월 5일(수), 전자장치부착 조건부 보석(전자보석) 제도 시행", 2020. 8. 3. 법무부 보도자료, 6쪽 표 그림 재인용.

바. 보석조건 결정기준

형사소송법 제99조 제1항은 법원은 보석의 조건을 정함에 있어서 ① 범죄의 성질 및 죄상, ② 증거의 증명력, ③ 피고인의 전과·성격·환경 및 자산, ④ 피해자에 대한 배상 등 범행 후의 정황에 관련된 사항<sup>105)</sup>을 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 가장

105) '피해자에 대한 배상 등 범행 후의 정황에 관련된 사항'은 보석조건 중에서 제7호(공탁 또는

많은 보석조건으로 활용되고 있는 보석보증금 조건 결정의 경우 보증금이 피고인의 출석을 확보하기 위한 것이지만 피고인의 경제적 사정에 비추어 너무 과도한 보증금을 조건으로 할 경우 보석제도의 취지를 무의미하게 만들 수도 있기 때문에 보석보증금은 피고인의 출석을 확보함에 상당한 금액을 정하여야 한다.<sup>106)</sup> 이에 따라 형사소송법에서는 '법원은 피고인의 자력 또는 자산 정도로는 이행할 수 없는 조건을 정할 수 없다'고 규정하고 있다(제99조 제2항).

### 사. 보석조건의 변경

법원은 직권 또는 보석청구권자의 신청에 따라 결정으로 피고인의 보석조건을 변경하거나 일정 기간 당해 조건의 이행을 유예할 수 있다(제102조 제1항). 보석조건의 변경은 보석 허가 결정 당시에 부과한 조건이 사정 변경에 따라 부적절한 경우에 보석조건을 변경하거나, 또는 보석조건의 이행을 유예할 수 있게 한 것이다. 예컨대 보석조건의 변경은 제한된 주거의 변경과 장기여행의 허가 등이 대표적이고, 보석조건의 이행유예는 보석조건의 이행 없이 석방된 피고인이 당해 보석조건을 기한 내에 이행할 수 없는 사정이 있는 경우 등에 적용된다. 법원은 보석을 허가한 후에 보석조건을 변경하거나 보석조건의 이행을 유예한 결정을 한 경우에는 그 취지를 검사에게 지체 없이 통지하여야 한다(형소규칙 제55조의4).<sup>107)</sup>

### 아. 보석의 허가·기각 결정에 대한 항고

보석의 허가 또는 기각 결정에 대하여 불복이 있을 경우 보통항고를 할 수 있으나(제403조 제2항), 즉시항고는 할 수는 없다. 1995년 이전의 형사소송법에서는 검사의 즉시항고를 허용하여 검사의 즉시항고가 있으면 보석의 집행이 정지되도록 하였으나, 이에 대해 헌법재판소는 영장주의, 적법절차의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 반한다는 이유로 위헌결정을 하였다.<sup>108)</sup> 이에 따라 검사의 즉시항고를 인정한 규정은 1995년

담보제공)와 연관되는 것으로 2007년 개정형사소송법에서 추가되었다.

106) 이창현(2010), 앞의 책, 90-91쪽.

107) 전자장치부착 조건의 경우에는 보호관찰소의 장에게 통지하여야 한다(전자장치법 제31조의4 제3항).

개정 형사소송법에서 삭제되었다.

### 자. 보석의 집행

보석 허가 결정은 재판의 일종이기 때문에 검사가 보석의 집행을 지휘한다(제460조). 보석조건 중 제1호(서약서), 제2호(보증금 납입 약정서), 제5호(출석보증서), 제7호(공탁 또는 담보 제공), 제8호(보증금 납입)의 조건은 이를 이행한 후가 아니면 보석 허가 결정을 집행하지 못하며, 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 다른 조건에 관하여도 그 이행 이후 보석 허가 결정을 집행하도록 정할 수 있다(제100조 제1항). 보증금은 보석청구자가 현금으로 납부함을 원칙으로 하지만 법원의 허가에 의해 보석청구자 이외의 자가 대신 납부할 수 있고(동조 제2항), 보증금 또한, 유가증권 또는 피고인 이외의 자가 제출한 보증서로 보증금에 갈음할 수 있다(동조 제3항). 한편 법원은 보석 허가 결정에 따라 석방된 피고인이 보석조건을 준수하는 데 필요한 범위 안에서 관공서나 그 밖의 공사단체에 대하여 적절한 조치를 취할 것을 요구할 수 있다(동조 제5항).

### 차. 보석의 취소와 실효

#### (1) 보석의 취소

법원은 ① 피고인이 도망한 때, ② 피고인이 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, ③ 피고인이 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때, ④ 피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, ⑤ 법원이 정한 조건을 위반한 때에 보석을 취소할 수 있다(제102조 제2항). 보석의 취소는 법원이 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 하며(법 제102조 제2항), 보석을 취소하는 때에는 결정으로 보증금 또는 담보의 전부 또는 일부를 몰취할 수 있다(제103조 제1항). 보석의 취소 여부와 보증금의 전부 또는 일부의 몰취는 법원의 재량에 속한다. 다만 동조 제2항은 보증금의 납입 또는 담보 제공을 조건으로 석방된 피고인이 동일한 범죄사실에 관하여 형의

108) 헌법재판소 1993. 12. 23. 결정 93헌가2.

선고를 받고 그 판결이 확정된 후 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보증금 또는 담보의 전부 또는 일부를 몰취하여야 한다고 하여 필요적 몰취를 규정하고 있다. 보석 취소 결정에 대하여는 피고인과 변호인이 항고할 수 있다(법 제403조 제2항). 법원이 보석을 취소한 때에는 검사는 피고인을 재구금하여야 한다(규칙 제56조 제1항). 다만 급속을 요하는 경우에는 재판장, 수명법관, 수탁판사가 재구금을 지휘할 수 있고(동조 제1항 단서), 이 경우에는 법원사무관 등에게 그 집행을 명할 수 있으며, 법원사무관 등은 그 집행에 관하여 필요한 때에는 사법경찰관리 또는 교도관에게 보조를 요구할 수 있으며 관할구역 외에서도 집행할 수 있다(동조 제2항). 보석 취소 결정의 집행에 의하여 피고인을 재구금한 경우에는 재구금한 날부터 구속 기간의 잔여기간이 진행된다.

## (2) 보석조건 위반에 대한 제재

피고인이 정당한 사유 없이 보석조건을 위반한 경우 법원은 결정으로 피고인에 대하여 1천만 원 이하의 과태료를 부과하거나 20일 이내의 감치에 처할 수 있다(법 제102조 제3항). 보석조건 위반행위에 대한 제재는 보석 취소의 경우뿐만 아니라 보석을 취소하지 않는 경우에도 부과할 수 있으며,<sup>109)</sup> 제재 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(동조 제4항).

## (3) 보석의 실효

보석은 일정한 보석조건에 따라 구속영장의 효력을 정지시켜 피고인을 석방하는 것이므로 보석의 취소와 구속영장이 실효한 때에는 그 효력을 상실한다(제104조의2 제1항). 따라서 무죄, 면소, 형의 만료, 형의 선고유예와 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료 선고의 확정, 자유형이나 사형 선고의 확정에 따라 구속영장이 실효된 경우(제331조)에는 보석도 효력을 상실한다.

109) 보석조건 위반행위에 대한 제재규정은 2007년 개정 형사소송법에서 신설된 규정으로 도입 취지가 “경미한 보석조건 위반이나 조건 위반에 대한 고의성이 약한 경우까지 보석을 취소하고 피고인을 재구금하는 것보다는 과태료나 감치처분을 통해서 피고인에게 앞으로 보석조건을 준수하도록 경고하자는데 의미”에 있다는 점에서 실무에서는 보석을 취소하지 않는 경우에 부과될 것으로 보인다. 이창현(2010), 앞의 책, 100쪽.

## 제 3 장 보석제도의 개선방안 연구

# 보석제도의 비교법적 고찰

김혜경·고명수·안성훈



## 제3장

# 보석제도의 비교법적 고찰

이하에서는 각국의 보석제도에 대한 비교법적 검토를 통해 현행 보석제도의 개선을 위한 시사점을 모색하고자 한다. 구체적으로 보석제도의 기원이라고 할 수 있는 영미 법계(영국, 미국)와 대륙법계를 대표하는 독일, 그리고 우리나라 보석제도의 모델이라고 할 수 있는 일본의 보석제도에 관한 절차와 법령상, 실무상 기준 등을 살펴보고자 한다.

### 제1절 | 영미법계 국가(영국, 미국)

#### 1. 개관

우리나라의 보석제도는 영미법에 그 기원을 두고 있다. 따라서 영미법상의 보석제도의 기원과 발전과정 및 현황을 검토함은 비교법적인 의미가 있다. 여기에서는 간단히 영미법상 보석제도의 기원을 살펴보고 다음으로 영국과 미국의 보석제도의 법적 근거 및 제도 운영에 관하여 검토하고자 한다.

영국의 경우 보석제도의 기원은 매우 오랜 역사를 가지고 있다. 1066년 지역공동체 연대책임제 또는 인보증제도(the system of Frankpledge)에서 유래된 것으로 알려져 있는데, 동 제도는 10인을 한 조로 14세 이상 시민의 법 위반에 대한 공판정예의 출석 보증 또는 공동책임의 의미를 가지는 제도였다.<sup>110)</sup> 공동체 전체가 출석 보장을

110) 이인영(1994), 앞의 논문, 13쪽 이하 참조.

위한 재산보증을 함으로써 현대적 의미의 보증금 조건부 석방과 유사한 형태를 구축한 것으로 평가된다. 그 후 공동책임 개념은 해체되고 보호자로 지정된 특정인으로부터 보증금을 납입 받고 출석을 보증하되, 피고인이 도주하는 경우 해당 보증금을 몰수하는 방식으로 변형되었다.<sup>111)</sup>

영국의 경우 중세부터 순회재판을 함으로써 재판을 대기하는 피고인들이 장기간 구금에 노출될 수밖에 없었고, 반사적으로 구금을 집행하는 집행관의 경제적 부담과 책임 또한, 가중되는 형태였다. 따라서 장기구금으로부터의 해방을 의미하는 보석은 매우 유용한 제도였지만, 보석금 책정 및 석방 여부가 집행관의 재량에 전적으로 의존되는 결과, 집행관에 의한 보석 남용이 문제가 되었다.<sup>112)</sup> 집행관은 개인 이익을 위해 보석제도를 이용하기도 하였으며, 이를 방지하기 위해 보석이 허가되는 범죄의 기준을 명문화하는 웨스트민스터 제1법률(Statute of Westminster, The First (1275) CHAPTER 5 3 Edw 1)이 제정되기에 이르렀다.<sup>113)</sup> 1275년에 제정된 동법은 집행관의 보석권을 없애고, 법률에 의하여 보석이 가능한 범죄와 불가능한 범죄를 구체적으로 나열하였으며, 집행관은 단지 보석 금액을 결정하고 해당 금액에 관련된 요소들을 평가할 권한만을 가지게 되었다.<sup>114)</sup>

이후 집행관의 권한 남용에 대한 대책으로 치안판사에게 보석 권한이 이전되었지만, 위험성 여부와 관계없이 보석 허가가 가능하였기에 여전히 보석 여부가 객관적으로 담보되지 않았고, 1486년 개정으로 순회형사법원(The Court of Oyer and Terminer)이 의무적으로 보석 허가에 대한 통고를 하는 방식으로 변경되었다.<sup>115)</sup> 영미법상 oyer and terminer는 앵글로-프렌치의 oyer et terminer의 영미식 번역으로, 문자 그대로 듣고 판단한다(to hear and to determine)는 의미이다.<sup>116)</sup> 이후 미국에서는 델라웨어, 조지아, 뉴저지 및 펜실베이니아를 비롯한 일부 주에서 형사관할법

111) 위의 논문, 13쪽.

112) William Duker(1977), "The Right to Bail: An Historical Inquiry", Albany Law. Review 33, p. 64.

113) Legislation UK, Statute of Westminster, The First(1275), <https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1/3/5> (방문일: 2021.06.03.)

114) ibid.

115) 이인영, 앞의 논문, 15쪽.

116) Oyer and terminer, Merriam-Webster.com. Retrieved February 7, 2011. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/oyer%20and%20terminer> (방문일: 2021.06.10.)

원의 명칭으로 사용되었다.<sup>117)</sup>

영국의 보석제도는 당시 영국의 식민지였던 미국에도 영향을 주었는데, 1641년 매사추세츠 자유법(The Massachusetts Body of Liberties)에 보석제도의 법적 근거가 규정되었다.<sup>118)</sup> 그러나 역사적으로 영국의 식민지로서 일반영장주의에 의한 폐해, 국왕의 집행관들의 권한 남용 등을 겪어왔던 미국은 국가에 의한 자의적인 재량권 행사를 신뢰하지 않았기 때문에 보석에 대해 시민의 절대적 권리로서의 의미를 부여하고자 하였지만, 1776년 버지니아주 헌법 제9절은 단순히 “과도한 보석금이 요구되지 않아야 한다(“excessive bail ought not to be required…”)”라고 규정할 뿐이었다.<sup>119)</sup> 이에 1789년의 연방사법법(Judiciary Act of 1789)은 명백한 증거로 인하여 유죄선고의 가능성이 있는 사형에 해당하는 범죄를 배제한 모든 형사사건의 체포된 자에게 보석을 허가함으로써 보석권을 절대적 권리로 인정하였다.<sup>120)</sup> 해당 규정은 “모든 형사사건상 모든 체포에 대하여 사형이 선고될 경우를 제외하고는 보석은 허가되어야 하는 바”<sup>121)</sup>라고 규정함으로써, 사형 이외의 범죄는 원칙적으로 피고인에게 보석권이 있을 뿐만 아니라 사형 대상 범죄의 경우에도 재판 전에 범죄자를 구금할 것인가의 결정은 판사의 재량에 맡겨졌다.<sup>122)</sup>

입법사적 맥락에서 제8차 수정헌법은 1789년 연방사법법과 그 함의를 같이 하는바, 제1의회는 과도한 보석금을 방지하는 개정을 채택하였는데, 유죄판결선고 전과 후의 보석을 구별하지 않았고, 1946년 연방형사소송규칙에서도 이와 같은 구분이 명확히 이루어지지 않았다.<sup>123)</sup>

117) Victor Baynard Woolley(1906), Practice in Civil Actions and Proceedings in the Law Courts of the State of Delaware, Star Printing Company, 5쪽.

118) 김희옥(1989), 앞의 논문, 105쪽.

119) 7 American Charters 3813 (F. Thorpe ed., 1909)

120) Franklin E. Zimring/Richard S. Frase(1980), The Criminal Justice System: Materials on the Administration and Reform of the Criminal Law, Little, Brown, 36쪽 이하 참조.

121) “Upon all arrests in criminal cases, bail shall be admitted, except where punishment may be by death, in which cases it shall not be admitted but by the supreme or a circuit court, or by a justice of the supreme court, or a judge of a district court, who shall exercise their discretion therein, regarding the nature and circumstance of the offense, and of the evidence, the usages of law”

122) The Judiciary Act of 1789, 1 Stat. 73, 91.

123) Professional Bail Agents of the United States(PBUS) About Bail - History of Bail, <https://www.pbush.com/page/14> (방문일: 2021.06.10.)

## 2. 영국의 보석제도

### 가. 영국의 인신구속제도

영국의 인신구속의 유일한 시작점은 체포이다. 체포는 반드시 범죄혐의가 있어야 하며 영장 체포와 영장 없는 체포가 있지만, 영장 없는 체포가 대부분이다.<sup>124)</sup> 영장 없는 체포의 경우 체포 가능 범죄는 1984년 경찰 및 범죄증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984) 제24조에 규정되어 있는데, 7가지로 대분류 된다.

예컨대 제1항은 (a) 법률에 의하여 신고가 확정된 범죄자, (b) 과거 유죄판결전력이 없는 21세 이상의 사람이 5년 이상의 징역형을 선고받을 수 있는 범죄를 한 경우, (c) 동법에 의하여 체포 가능한 범죄자, 제2항은 (a) 1979년 관세 및 소비관리법 제1장 제1절에 정의된 관세 및 소비관리법에 따라 체포될 수 있는 범죄, (b) 1911년 및 1920년의 공공비밀법에 따른 범죄로 인해 피고인에 대한 존증으로 선고된 징역형 기간 때문에 체포할 수 없는 범죄자, (c) 1956년 성범죄법 제14조(여성 성추행죄), 제22조(여성 매춘유발죄), 또는 제23조(21세 미만 소녀 알선죄)에 따른 범죄, (d) 1968년 도난법 제12조 제1항에 따른 권한 없이 자동차 또는 기타 운송수단의 절취 또는 제25조 제1항 도난 등을 위한 준비 등에 관한 범죄, (e) 1889년 공공기관 부패실행법(Public Bodies Corrupt Practices Act 1889) 제1조 또는 1906년 부패방지법(Prevention of Corruption Act 1906) 제1조에 따른 대리인과의 부패거래 위반죄 등 특정 법률 위반을 열거방식으로 규정하고 있으며, 체포 가능 범죄는 언제든지 피의자를 영장 없이 체포할 수 있다.<sup>125)</sup>

영장에 의한 체포는 사전에 경찰이 치안판사에게 구체적인 범죄혐의와 피의자를 특정한 청구장(Information)을 제출하여야 하며, 치안판사는 피의자의 출두를 확보하기 위해서 체포영장(Warrant)이나 소환장(Summons)을 발부하여야 하며, 양자의 구분은 소환장이 원칙이고 체포영장은 중대범죄나 소환장 집행이 불가능한 경우 예외적으

124) 정진수 외 15인(2004), 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(IV), 한국형사정책연구원 연구보고서 04-04, 한국형사정책연구원, 52쪽.

125) Legislation, Police and Criminal Evidence Act 1984 § 24 Arrest without warrant for arrestable offences. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/24/enacted?view=plain>(방문일: 2021.06. 12)

로 발부되는데, 이 과정을 통해 치안판사로부터 체포장을 발부받아야 한다.<sup>126)</sup>

즉, 소환장은 법적 절차에 참여할 수 있는 개인 또는 단체에 대해서 법원이 발행한 공개적인 공식문서로서 형사소송법 제61조에 근거하여, 개인에게 법적 조치가 취해지거나 증인으로서 법원에 출두할 때 발부되며, 청문회에의 출석을 보장하기 위한 문서인 반면, 체포장은 형사소송법 제70조에 근거하여 특정 범죄를 저지른 개인을 체포하기 위한 형사절차상의 체포영장으로, 모든 체포영장은 서면으로 작성하여야 하고 법원장의 서명과 법원의 인장이 있어야 하며, 법적 체포명령을 발하는 것이므로 엄격한 요건을 갖추어야 한다(① 체포영장은 서면에 의할 것, ② 체포명령을 집행할 사람의 이름과 지정을 명시할 것, ③ 영장은 피체포자의 성명과 특징이 기재될 것, ④ 영장은 개인이 범한 범죄가 명시될 것, ⑤ 법원장의 서명이 있을 것, ⑥ 반드시 봉인될 것).<sup>127)</sup>

그리고 치안판사는 체포장에 지정된 날짜에 법정 출두를 조건으로 하여 보석을 명할 수 있다. Warrant backed for Bail 이라고 불리는 이 시점, 즉 체포 즉시 피의자의 석방이 시작되는 것이다.<sup>128)</sup>

## 나. 영국의 보석제도

### (1) 보석제도의 개관

영국의 보석제도에 관한 이하의 내용은 영국 검찰국(The Crown Prosecution Service)이 해당 홈페이지에 보석에 관한 내용을 상세히 설명한 부분을 정리한 것이다.<sup>129)</sup>

영국에서 보석은 경찰 단계부터 항소심까지 형사 절차의 전 과정에서 가능하다. 피고인의 관점에서 법원의 보석 결정은 자유의 박탈 및 제한과 직결되므로, 영국 검찰국은 피고인의 구금상태를 지속적으로 검토하고, 구금시간 제한이 국가표준에

126) Summons and Warrants, Summons. <https://www.indiafilings.com/learn/summons-and-warrants/> (방문일: 2021.06.12.)

127) Summons and Warrants, Warrant of Arrest, <https://www.indiafilings.com/learn/summons-and-warrants/> (방문일: 2021.06.12.)

128) Chapter 2: Detection of Crime and Arrest. <https://www.cilexlawschool.ac.uk/wp-content/uploads/2019/09/UQ11-Criminal-Litigation-Sample-2019.pdf> 18쪽. (방문일: 2021.06.13)

129) The Crown Prosecution Service, Bail. <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/bail> (방문일: 2021.06.13.)

적합하게 처리되도록 하며, 사법절차와 공공 및 피해자에 대한 위험을 고려하여 그렇게 함이 적절한 경우 보석을 반대한다. 또한, 그것이 치안법원, 형사법원, 또는 고등법원, 소년법원의 치안판사 면전인지에 따라 보석 문제는 달리 취급된다.

## (2) 경찰보석(Police Bail)

기소 전 경찰보석은 다음과 같은 경우 부과되거나 제한될 수 있다.<sup>130)</sup>

### (가) 용의자를 기소할 증거가 충분하지 않고 추가조사를 위해 석방된 경우

증거를 보존하거나 심문을 통해 증거를 확보하기 위하여 용의자를 구금할 필요가 더 이상 없는 경우에, 그러나 아직 경찰이 기소할 단계는 아닌 경우로서, 용의자는 반드시 석방되어야 하지만, 용의자가 구속된 상태인가에 대한 어떠한 추가조사가 필요하다고 인정되는 경우 용의자를 보석으로 또는 보석조건 없이 석방할 것인가는 경찰의 판단에 달려 있다.<sup>131)</sup>

경찰 및 형사증거법(PACE) 제37조 제2항이 적용되고, 용의자를 구금하기에 증거가 불충분하다고 판단하여 구금보호관이 직권으로 석방한 경우나 보석의 전제조건이 충족되거나 사전조사 중인 경우에는 구금에 필요한 추가 증거를 획득할 때까지 용의자를 석방할 수 있다. 만일 보석을 허가할 경우 보석조건을 붙일 수 있는데, 피의자의 출석을 보장할 필요가 있는 경우, 보석 중 범죄를 범하거나, 검찰 증인을 방해하거나, 재판과정을 방해하거나, 또는 용의자 자신의 신변보호를 위해 필요한 경우가 이에 해당한다.

### (나) 경찰이 기소할 충분한 증거가 있다고 판단하지만, 기소 결정을 위해 검찰에 이를 회부하여야 하는 경우<sup>132)</sup>

검찰 의견을 듣기 위해 경찰은 보석으로 용의자를 석방할 수 있으며, 보석 기간에 조건을 부과할 수 있다. 그러나 검찰 규정에 따르면 다음의 5가지 요건이 충족될 경우 그 보석이 제한될 수 있는데, 첫째, 기소 대상자가 범죄를 저질렀다고 의심할만한

130) 37(2), 34(2) and 34(5) of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)

131) The Crown Prosecution Service, Conditions of Bail. <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/bail> (방문일: 2021.06.14.)

132) 37(7)(a) PACE and .37B PACE and the Director's Guidance on Charging.

타당한 근거가 있을 것, 둘째, 유죄판결이 현실적으로 가능하다고 입증할 수 있는 추가 증거를 확보할 수 있으며, 사건의 중대성 또는 상황이 즉시 기소 결정을 정당화할 수 있을 것, 셋째, 1976년의 보석법(the Bail Act 1976)에 따라 보석을 거부할 상당한 근거 사유들이 지속되고 있으며, 제반 정황에 비추어 볼 때 보석을 거부하는 것이 적절할 것, 마지막으로 용의자를 기소함이 공익을 위하여 적합할 것 등이 그것이다.<sup>133)</sup>

#### (다) 기소 전 보석조건 위반

경찰은 기소 전 보석에 부과된 조건이 위반되었다고 믿을만한 합리적인 근거가 있을 경우 체포권을 가진다(46A(1A) PACE). 이 경우 일단 구금되면, 구금관리관은 용의자가 기소될 수 있는지 여부를 결정한다(37C(2)(a) PACE). 만일 기소가 확정되면, 체포된 자는 그에 따라 기소될 수 있고, 그와 같은 기소가 확정되지 않으면 피의자는 구금되어 있는 동안 이를 요청할 수 있다. 만일 기소가 승인되지 않는다면, 피의자는 보석 또는 보석 없이 기소되지 않고 석방될 수 있다(37C(2)(b) PACE).

#### (라) 기소 후

충분한 증거가 있어서 피의자가 범죄혐의로 기소된 경우, 경찰은 피의자를 구금하거나, 보석으로 석방하거나, 또는 장래 법정에 출두할 것을 조건으로 조건부 보석을 통해 석방할 수 있다(47(1A) PACE). 다만 경찰은 피의자에게 보석 조건으로 가석방 범죄자 보호관찰시설(Bail Hostel)에의 거주나 법률자문가와 면담에의 참석, 피의자 스스로 보고 가능한 상태로 만들 것, 전자 모니터링 요구사항을 포함시키는 것 등과 같은 조건은 부과할 수 없다.

만일 기소 후 보석조건을 위반하게 되면, 법정에서의 첫 번째 출석 전에 경찰의 보석조건 위반의 처리절차는 법원이 부과한 보석조건 위반 처리절차와 동일하게 진행된다.

또한, 피고인이 경찰이 부과한 보석조건을 변경하기 위해 치안법원에 이를 신청한 경우, 법원은 접수 받은 후 5일 이내에 신청내용을 심문하여야 하고, 해당 심리 날짜를 검찰에 통지하여야 한다. 검찰이 경찰로부터 해당 내용을 받은 경우, 검사는 경찰에게

133) The Code for Crown Prosecutors, The Threshold Test. <https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors> (방문일: 2021.06.14)

신청서에 대한 의견을 제공할 것을 요청하여야 한다.

### (3) 보석권(The Right to Bail)

1976년 보석법 제4항에 따라 범죄로 고발되거나 심문 후 유죄로 인하여 요청되는 경우, 피고인은 만일 보석 예외규정이 적용되지 않는 한 조건 없이 보석을 허가받아야 하며, 검찰은 사건이 진행되는 동안 보석과 관련한 문제를 지속적으로 검토하여야 한다. 보석에 대한 조건은 오로지 보석에 대한 예외가 존재하는 경우 이를 해결하기 위해 필요한 경우에만 부과될 수 있다.

1976년 보석법 제5항에 따라 보석 또는 조건부과 보석을 거부하는 법원은 그들의 결정에 대한 이유를 반드시 제시하여야 한다.

## 다. 보석의 제한

### (1) 보석의 배제(Exclusions to the right to bail)

#### (가) 살인범죄

보석을 결정할 수 있는 치안판사의 권한은, 첫 공판에서든 또는 기존의 보석조건을 위반한 이후이든 살인범죄의 경우에는 2009년 검시관 및 사법법 제115조 제1항(115(1) of the Coroners and Justice Act 2009)에 의해서 배제된다. 이 경우 살인범죄에는 살인미수나 살인음모는 포함되지 않는다.

살인 또는 살인미수로 기소된 자가 이전에 영국이나 EU회원국 법원에서 1994년 형사사법 및 공공질서법 제25조 제2항(25(2) of the Criminal Justice and Public Order Act 1994)에 열거된 살인, 살인미수, 강간 또는 중대 성범죄 등으로 유죄판결을 받은 경우, 그것이 정당화될 수 있는 예외적인 이유가 있는 경우에만 보석이 허가될 수 있다.

검시관 및 사법법 제114조 제2항은 만일 법원의 보석으로 석방될 경우 타인에게 신체적 또는 정신적 상해를 입힐 수 있는 범죄를 범할 위험이 없다는 점을 충족시키지 않는 한, 살인죄로 기소된 자에게 보석을 허가할 수 없다고 규정하고 있다. 그와 같은 결정을 함에 있어서 법원은 범죄의 성격과 죄질의 중대성, 피고인의 성격과 과거

전력, 그리고 기존의 보석 허가와 관련한 기록들을 고려하여야 한다.

#### (나) 비고의적 살인 및 중대 성범죄

비고의적 살인, 강간 또는 중대 성범죄로 기소된 자가, 그 이전에 1994년 형사사법 및 공공질서법 제25조 제2항(25(2) of the Criminal Justice and Public Order Act 1994)에 열거된 살인, 살인미수, 강간 또는 중대 성범죄로 영국이나 EU 회원국 법원에서 유죄판결을 받은 경우에는 특히 예외적인 사유가 있는 경우에만 보석이 허가될 수 있다. 다만 기소된 피고인이 영국 또는 EU 회원국 법원에서 비고의적 살인 또는 과실치사죄(culpable homicide)로 기존에 유죄판결을 받은 전력이 있는 경우, 유죄판결시 징역 또는 유죄로 인한 구류선고를 받을 경우에만 보석을 제한할 수 있다.

#### (다) A급 약물사용범죄(영국의 일부지역에만 해당)

영국의 일부 지역에서는 1976년 보석법 별표1 제1부 6A항부터 6C항을 적용하여, 성인 약물사용자의 행위가 약물과 관련이 있는 범죄를 범하였고, 약물검사를 받아야 하지만 해당 요건을 준수하지 않은 경우에는 보석을 배제하는 조항을 두고 있다.

#### (2) 보석권의 예외(Exceptions to the right to bail)

보석 거부 사유는 1976 보석법 별표 1에 명시되어 있다. 이에 따르면 1976년 보석법 별표 1의 예외가 존재한다고 믿을만한 충분한 근거가 있는 경우 보석이 거부될 수 있다. 위반의 범주에 따라 적용되는 예외가 다르며, 부록 1-6에 대하여 특정 범주의 범죄로 기소된 피고인에게 보석이 보류될 것인지 여부를 결정함에 있어서 법원이 취해야 하는 접근법이 명시되어 있다.

#### (3) 조건부 보석

조건부 보석 또는 보석의 조건은 조건 없는 보석의 부여에 내재하는 위험을 해결하기 위한 때에만 유일하게 부과될 수 있고, 조건부 보석 과정에서도 검사는 해당 조건이 필요하고 합리적이며 비례성에 부합함을 보장해야 하며, 다음의 조건을 보석에 부과할 수 있다.<sup>134)</sup>

134) The Crown Prosecution Service, Conditions of Bail. <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/b>

- 경찰서에의 보고(Reporting to a police station) : 경찰서에의 보고는 그것이 가지는 위험을 방지하기 위해서 충족해야 하는 요건들이 갖추어져야 한다. 예컨대, 피고인의 도주를 방지하기 위해서는 피고인이 해야 할 보고시간이 무단이탈을 방지하지 못할 정도로 시간 간격이 길지 않도록 주의하여야 한다.
- 출입조건(Doorstep condition) : 도주방지라는 법적 목적을 위해 부과되며 통행시간제한 또는 거주조건을 시행할 필요가 있고 비례성에 부합하는 경우 적절히 부과할 수 있다.
- 살인사건 : 2009년 검시관 및 사법법 제115조(the Coroners and Justice Act 2009)에 따라 형사법원은 1976년 보석법 제3조 (6A)항에 부합하는 건강검진 제공이라는 조건을 부과해야 한다. 다만 법원은 그에 관한 충분한 보고를 이미 얻었다면 조건을 부과할 필요가 없다.
- 운전금지(Not to Drive) : 법원은 운전금지가 필요하다는 점이 충족될 경우에만 부과할 수 있으며, 그렇게 함으로써 예기치 않은 부당한 결과를 초래하는지 여부를 고려하여야 한다.
- 보증인 : 보증인은 재판절차 진행 전과정에서 계속될 수 있으며, 만일 이와 같은 조건을 부과할 경우 보증인이 각각의 청문회(변론)에 반드시 참석할 필요는 없다. 검찰은 법원이 잠재적 보증수단과 그 지위를 탐색할 수 있도록 조력하여야 하며, 보증인의 자격을 조사할 준비를 언제나 하여야 한다.
- 유가증권 : 유가증권은 검찰이 아닌 법원 또는 예외적인 경우에는 경찰에 제출되어야 한다.
- 전자장치 부착(Electronic tagging) : 전자장치 부착에 관한 지역의 규정이 있어서 이를 충족하는 경우 법원은 보석을 허가받지 못한 피고인에게 부착명령을 명할 수 있다.
- 위치추적 모니터링 기능이 포함된 전자장치 부착(Electronic tagging with GPS location monitoring) : 전자장치부착과 동일하나 특정 지역 또는 특정 주소 주변에의 접근금지과 같은 위치추적을 모니터링할 수 있는 요소를 추가적으로 부과할 수 있다.

#### (4) 보석의 재심사

검사는 1976년 보석법 5B 조항에 의거하여 치안판사의 법원에 보석을 재고할 것을 신청할 수 있다. 이는 오로지 기소에 의하여 재판을 받으면서, 치안판사나 경찰이 허가한 보석에만 적용된다. 검찰은 보석조건을 변경하거나 조건 없이 허가되었던 보석에 조건을 부과하거나 보석을 취소할 수 있다.

검사는 원결정이 내려졌던 경찰이나 법원이 인지하지 못했던 정보에 의해서만 이를 신청할 수 있다. 만일 정보가 법원에 의하여 보류된다면, 다른 누군가가 법원에 보고하지 않는 한 그와 같은 정보를 이용할 수 없다. 만일 피고인이 이미 보석에 부응하여 법원에 출석하였다면 치안판사는 5B 조항에 의거한 보석을 재고할 필요는 없다. 5B 조항만이 보석 재고를 허용하는 유일한 규정은 아니므로, 법원은 피고인이 면전에 출석할 때마다 여전히 보석을 고려할 의무가 있다.

그 외 불법구금된 피의자 등은 인신보호영장을 청구할 수 있는데, 이는 상급법원에

서면 또는 구두로 불법사유를 명시한 진술서(Affidavit)를 첨부하고, 영장청구를 받은 법원은 심리절차 후 구금의 불법성이 인정되면 인신보호영장 발부를 통해 피구금자를 법원에 인치한 후에 석방을 명한다.<sup>135)</sup>

#### 라. 보석조건의 위반

1976년 보석법 제7조 (3)항은 경찰이 보석조건을 위반할 가능성이 있다고 믿을만한 합리적인 근거가 있거나 그러한 조건위반이 의심되는 타당한 근거가 있는 경우 피고인을 체포할 권한을 가진다.

1976년 보석법 제7조 (4)항에 따라서, 체포된 자는 가능한 한 신속히 그리고 체포된 지 24시간 이내에, 체포된 지역의 치안판사 면전에 출두하여야 한다. 체포된 자는 반드시 24시간 이내에 처리되어야 하며, 피고인을 법정에 출두시키는 것이 충족되지 않는 경우, 검찰은 법원이 24시간이라는 제한을 인지하고 해당 시간 내에 사건을 처리하도록 협조하여야 하며, 피고인의 석방을 위해 주의를 기울여야 한다.<sup>136)</sup>

1976년 보석법 제7조 (5)항에 따라, 피고인이 소환된 치안판사 법원은 다음의 두 의견, 즉 피고인이 구금에 대항할 가능성이 없거나 보석조건을 이미 위반했거나 위반할 가능성이 있는 경우에는 피고인을 구금하거나 동일 또는 다른 조건을 부가하여 보석을 허가할 수 있다. 치안판사 법원에서의 쟁점은 보석조건 위반이 있었는지 여부, 그리고 만일 존재한다면 피고인에게 보석을 재허가해야 하는지 여부이다. 만일 피고인이 새로운 범죄 및 보석조건의 하나 또는 그 이상의 위반으로 체포될 경우, 경찰은 구속 후 24시간 이내에 보석 위반과 새로운 범죄를 법원에 제기하여야 하는지를 판단하여야 한다. 만일 제기된다면 피의자도 보석 위반으로 체포되지만, 새로운 범죄의 수사 여부와 상관없이 24시간 이내에 치안판사 면전에 출두하여야 한다.

135) 정진수 외, 앞의 보고서, 60쪽 인용.

136) R v Culley [2007] EWHC 109 (Admin).

### 3. 미국법상 보석제도

#### 가. 인신구속에서의 불구속 재판의 원칙

미국은 경죄를 범한 피의자에 대하여는 영장에 의한 체포방식을 취하지 않고, 특정 기일에 법원에 출석하도록 발부되는 출석통지서(citation)나 소환장(summons)을 통해서 법원에의 출석을 보증함으로써 불구속 재판을 원칙으로 한다.<sup>137)</sup> 만일 경찰에서 석방되지 않고 계속 체포되어 있는 상태의 피의자는 불필요한 지체 없이, 일반적으로는 48시간 이내에 부판사 앞에 인치되어야 한다. 최초의 출석이 이루어지면, 부판사는 일단 인정신문을 하고 변호인의 조력을 받을 권리 등 피의자의 형사절차상의 권리를 고지한 후에 구속 여부에 대한 상당성 심사를 하게 된다. 그리고 그 후에 보석의 허가 또는 구금유지명령 여부가 결정된다. 따라서 체포 또는 구금된 피의자는 이와 같은 최초의 출석(Initial Appearance)에 의해서 거의 대부분 보석으로 석방된다.<sup>138)</sup>

만일 해당 절차에서 석방되지 않은 피의자는, 결정이 있었던 때로부터 10일 이내에 예비신문절차(Preliminary Hearing)가 진행되고, 구속사유의 존재 여부에 대하여 증거조사, 증인신문 등을 통해 심사를 받는다.<sup>139)</sup> 연방형사소송법 제5조의1에 따르면 예비신문절차는 공판 전 치안판사가 피의사실에 대한 증거 유무를 심사하는 절차로, 중죄 사건은 기소에 앞서 동 절차를 반드시 거쳐야 하는 바, 이 경우 피의자에게 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 없다고 판단되면 즉시 석방을 명하여야 하고, 상당한 이유가 있을 때에도 원칙적으로 보석으로 피의자를 석방한다. 만일 피의자를 석방하지 않고 구금하고자 한다면, 검찰은 피의자 석방시 피의자의 법정출석을 합리적으로 담보하기 어렵다는 점, 또는 증인이나 범죄피해자의 신변 또는 공공의 안전을 보호하기 어렵다는 점 등을 명백하고 설득력 있는 증거를 통해 입증하여야 한다.

이와 같은 보석제도로 인하여 1984년 보석개혁법(The Bail Reform Act of 1984)의 시행 전에는 단지 2%만의 피고인만이 구금된 상태에서 재판을 받았으며, 보석개혁법 시행 이후인 1990년도에도 29%만이 구속재판을 받았는데, 구속피고인 또한 폭력범죄

137) 오기두(2005), “미국의 인신구속제도”, 인권과 정의 제351호, 대한변호사협회, 77쪽.

138) 위의 논문, 77쪽.

139) 위의 논문, 77쪽.

와 마약범죄가 대부분이었으므로, 일반범죄자는 거의 대부분 불구속 재판을 받았다고 평가할 수 있다.<sup>140)</sup>

## 나. 보석제도의 변천과 원칙적 보석

### (1) 1966년 보석개혁법

1966년 보석개혁법(Federal Bail Reform Act 1966)은 1789년 이래로 지속된 연방 보석법의 첫 번째 주요한 실질적 개혁으로, 무자력 피고인(non-capital defendant)에 대하여 재판관이 보석과 같은 경제적 이해들이 피고인의 재판 출석을 충분히 보장하지 않는다고 판단하지 않는 한, 재판 진행 중 본인 서약하에 또는 보석금을 통해 석방되도록 명령하여야 한다는 점을 확인하였다.<sup>141)</sup> 재판관은 출석을 보장하기 위해 고안된 조건목록 중에서 제한적 대안들을 선택하여야 하는데, 여기에는 여행제한, 출석보증금(피고인이 출석하면 환불), 충분한 수의 지불능력이 있는 보증인에 의한 보석금 집행 등이 포함되며, 중죄로 기소되거나 유죄판결을 받고 선고 또는 상고를 기다리고 있는 피고인 개인에 따라 다른 기준이 적용되는 바, 재판관이 “어떤 조건도 피고인이 타인이나 지역사회에 위험을 끼치거나 도주하지 않을 것”(“will reasonably assure that the person will not flee or pose danger to any other person or to the community.”)이라고 신뢰할만한 이유가 없는 한 피고인은 석방되어야 한다.<sup>142)</sup>

따라서 1966년 개혁법은 석방을 위하여 피고인의 재판정예의 출석을 보증함에 필요한 최소한의 부담만을 피고인에게 부과하도록 창안되었으며, 재판을 위한 피고인의 출석이 보석 결정의 유일한 기준이었고, 무보증금의 경우에는 피고인의 지역사회에 대한 위험성을 재판관이 보석 여부 결정에 고려하는 것을 허용하지 않았으며, 오로지 사형사건이나 유죄판결 이후에만 지역사회 안전에 대한 위험을 보석 결정에 평가할 권한을 부여하였다.<sup>143)</sup>

140) 위의 논문, 77-78쪽.

141) the Bail Reform Act of 1966, 18 U.S.C. 3146 et seq.

142) PROFESSIONAL BAIL AGENTS OF THE UNITED STATES, History of Bail, <https://www.pb.com/page/14> (방문일: 2021.06.14.)

143) *ibid.* (방문일: 2021.06.14.)

## (2) 위험성 평가와 예방적 구금(Prevention Detention)

그러나 이와 같은 보석의 확대가 재범위험성이 있는 범죄자를 사회 내에 방치하는 결과를 초래하였으며, 이로 인하여 사회방위의 필요성이 높다는 주장이 제기되었고, 1969년 5월 사법위원회는 보석개혁법의 개선을 추진하였다. 사법위원회에서는 1966년 보석개혁법에 의하여 허용되는 잠재적인 위험성이 있는 피고인의 석방 관련 문제의 해결이 논의의 가장 핵심이었으며, 그 결과 1970년 콜롬비아 지방법원 개혁 및 형사소송법(The District of Columbia Court Reform and Criminal Procedure Act of 1970)은 재판관이 무보증 보석을 결정함에 있어서 도주 우려뿐만 아니라 지역사회에 대한 위험성도 고려하도록 허용하였다.<sup>144)</sup> 동법은 위험성 관련 조항의 불합리한 적용에 대비한 많은 조치들을 포함하고 있는데, (1) 동법 하에 구금 대상으로 분류되는 자에 대하여는 명백하고 설득력 있는(clear and convincing) 증거가 있어야 하고, (2) 판결 전 석방조건이 지역사회 안전을 합리적으로 보장하지 않는다는 기타의 요건이 있어야 하며, (3) 체포된 자가 범죄를 범했음이 상당한 정도로 증명될 수 있어야 한다.<sup>145)</sup>

이후 1984년 보석개혁법은 예방적 이유에서의 피의자 구속을 허용하였는데, 법원은 사형에 해당하는 중죄 이외에도 도주 또는 재범의 위험성이 심각한 때에는 보석 허가 없이 구속을 명할 수 있다는 점에서 이를 예방적 구금(Preventive Detention)이라고 한다.<sup>146)</sup> 이에 따라 회계연도 2013-2014년도 기준으로 콜롬비아 지역구에서 체포 및 기소된 자의 16%가 최초 구금되었고, 이중 절반 이상이 법적 처분 전에 석방되었으며, 평균적으로 청구인의 약 90%는 피고인 스스로의 서약이나 감독 조건으로 지역사회에 석방되었다.<sup>147)</sup>

1984년도 보석개혁법의 예방적 구금은 연방대법원의 판결에도 영향을 미쳤는데, 1987년의 *United States v. Salerno* 사건에서 대법원은 적절한 상황에서는 지역사회의 안전에 대한 정부의 규제적 관심이 개인의 자유보다, 즉 공익이 사익보다 중대하다고

144) *ibid.* (방문일: 2021.06.14.)

145) *ibid.* (방문일: 2021.06.14.)

146) Pretrial Justice Center, Preventive Detention <https://www.ncsc.org/pjcc/topics/preventive-detention> (방문일: 2021.06.15.)

147) *ibid.* (방문일: 2021.06.15.)

판결하였는데, 동 판결에서 예방적 구금을 옹호하는 것만큼이나 중요한 것은 결정이 내려진 맥락이었다. 렌퀴스트 대법원장(Chief Justice Rehnquist)에 의하여 제공된 대법원의 의견은 가장 중대한 범죄에 대하여 구금을 청구할 수 있다는 연방법의 제한을 강조하였는데, 신속한 구금청문회를 제공하고, 재판관이 위험성(dangerousness) 척도를 평가하는 구체적인 절차와 기준을 제공하며, 1974년 연방신속재판법(the Federal Speedy Trial Act of 1974) 조항을 통해 구금 기간의 엄격한 기간 제한을 부과함으로써 가능하다고 보았다.<sup>148)</sup> 1966년과 1984년의 보석개혁법은 연방법원 시스템에만 적용되지만, 대부분이 주들이 이를 따랐고, 최근에는 최소한 44개주와 콜롬비아 지역구가 구금 결정에 있어서 지역사회 안전과 법정 출석 실패의 위험이라는 양자를 열거한 법률을 갖추고 있다.<sup>149)</sup>

2006년에는 연방의회는 아동에 대한 살인과 성적 학대에 대응하여 1984년 보석개혁법을 포함한 아담 월시 아동보호 및 안전법(the Adam Walsh Child Protection and Safety Act (AWA))을 통과시켰는데, 동 개정은 아동을 대상으로 한 범죄로 기소된 피고인은 반드시 출입금지(통행금지) 기간 동안 일정한 장소에 갇혀야 하며, 정기적으로 사법기관에 신고하여야 함을 규정하고 있다.<sup>150)</sup>

현재 대부분의 주와 연방법원 시스템에서 보석제도는 재판이 진행 중인 피고인의 법정 출석과 지역사회에 위험성이 없음을 보장하는 역할을 하고 있으며, 법원은 조건들의 조합 또는 무조건으로 법정에서의 피고인 출석과 타인 및 지역사회에의 안전을 합리적으로 보장할 법적 예측을 하여야 한다.<sup>151)</sup>

## 다. 각 주의 재판 전 석방(보석) 기준

### (1) 재판 전 석방(Pretial Release)에 관한 각주의 태도

미국의 각 주는 과도한 보석(금)을 금지하는 수정헌법 제8조를 반영하는 헌법 조항

148) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 at 755 (1987).

149) Supra note 3, p. 12.

150) National Conference of State Legislation, Adam Walsh Child Protection and Safety Act, <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/adam-walsh-child-protection-and-safety-act.aspx> (방문일: 2021.06.21.)

151) Gena Keebler, Our Journey Toward Pretial Justice, Federal Probation, Vol. 71, Number 2, September, 2007, 2쪽.

들을 갖추고 있는데, 이에 따라 각 주의 헌법이나 법규에는 피고인의 법정 출석에 동의 또는 서명한 후에 구금시설로부터 석방될 수 있는 보석권(right to bail)을 규정하고 있다.

예컨대 앨라배마주 헌법은 ‘증거가 분명하거나 유죄의 가능성이 큰 경우, 사형에 해당하는 범죄를 제외하고는 충분한 보증에 의해서 보석이 가능하여야 함을 규정하고 있다.<sup>152)</sup> 이러한 헌법 조항들은 최초 재판 전 구금과 석방을 위한 판단기준을 설정하는데, 특히 피고인의 석방조건 중에서 재정적 요건을 충족하지 못하기 때문에 구금되는 경우가 종종 발생하는바, 재정적 재원이 문제되지 않는 한 법적으로 구금 또는 석방하기 위한 기준을 헌법 조항이 제시하여야 한다. 각 주는 특정한 위법행위로 기소된 피고인에 대한 구금을 채택하고 있지만, 그와 같은 위법행위로 기소된 피고인에 대한 구금은 절대적인 것은 아니며, 법원은 피고인에 대한 유죄예측이나 증거가 명백하다든가 또는 비조건 또는 조건의 조합이 피고인의 법정 출석 또는 지역사회안전을 합리적으로 보장한다는 점 등과 같은 기준을 구금 결정에 앞서 결정하여야 한다.<sup>153)</sup>

일부 주들은 특정 범죄나 정황을 명시하지 않은 채 피고인의 구금을 승인하고 있는데, 예를 들어 뉴저지주 헌법은 “범죄혐의를 열거하지 않는 대신에 만일 법원이 금전적 보석의 액수, 재판 전 비금전적 조건부 석방, 또는 금전 보석과 비금전적 조건의 결합이 피고인의 재판정 출석이나 타인 또는 지역사회의 안전의 여부나 형사사법절차를 방해하려는 시도의 존재를 확인하게 된다면, 재판 전 석방은 거부될 수 있다”라고 규정하고 있다.<sup>154)</sup>

## (2) 각 주의 재판 전 석방(보석)의 제한 기준

〈표 3-1〉은 2020년 6월 기준으로 National Conference of State Legislatures가 제공하는 50개 주의 재판 전 석방(보석)이 거부되는 사유들이다.<sup>155)</sup>

152) National Conference of State Legislatures, Pretrial Release Eligibility and Detention, <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/pretrial-release-eligibility.aspx> (방문일: 2021.06.20.)

153) *ibid.* (방문일: 2021.06.20.)

154) *ibid.* (방문일: 2021.06.20.)

155) *ibid.* (방문일: 2021.06.20.)

▶▶ &lt;표 3-1&gt; 미국 각주의 재판 전 석방(보석) 제한 기준

구 분	주헌법에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우		법령에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우	
	인용 규정	사 유	인용 규정	사 유
앨라배마	Const. art. 1 §16	사형 범죄	§§15-13-108 & 15-13-3	헌법과 동일(사형 범죄)
알래스카	Const. art. 1 §11	사형 범죄	§12.30.011(d) (2)	미분류 중죄(Unclassified felonies), A급 중죄, 중대 성범죄, 음주운전 중 중범죄, 화학축정에 응하지 않은 중범죄, 지난 5년 동안 이와 유사한 유죄판결을 받은 사람의 중범죄, 재판적 석방 기간 동안 행한 중범죄, 다른 주에서 범한 중범죄로 체포된 자
아리조나	Const. art. 2 §22	사형범죄, 성폭력범죄, 미성년자에 대한 성적 행동이나 성추행, 입법부에 의해서 정의되는 바에 따라 피고가 불법체류 중인 경우의 중범죄, 중범죄로 재판전 석방 기간 동안 범한 중죄, 중죄들	§13-3961	헌법과 동일. 또한, 불법체류 중인 자에 의한 가중 운전죄, 아동에 대한 위험한 범죄, 테러리즘, 피고가 갇힌 일원인 경우
알칸사스	Const. art. 2 §8	사형 범죄		특별한 규정 없음
캘리포니아	Const. art. 2 §8	사형 범죄, 폭력행위 관련 중범죄, 성폭력 관련 중범죄, 신체적으로 중상해를 끼칠 우려가 있는 중범죄	Penal Code §§1271 & 1270.5	사형 범죄들
콜로라도	Const. art. II §19	사형 범죄, 폭력범죄로 인한 재판전 석방 중에 범한 폭력범죄, 폭력범죄 전과가 있거나 중범죄에 대한 전과가 두 번 있는 자의 강력범죄	§16-4-101	헌법과 동일, 또한, 범죄전과 있는 자의 불법 무기소지, 성폭력, 아동을 신탁하고 있는 자의 아동성폭력
코네티컷	Const art 1 §8	사형 범죄		없음
델라웨어	Const. art. 1 §12	사형 범죄	11 Del. C. §§2103 & 2116	헌법과 동일, 또한, 중대범죄로 재판전 석방 기간 동안 범한 폭력 중범죄
콜롬비아 지역구		없음	§§§23-1321, 23-1322, 23-1325, & 23-1329	1급 및 2급 살인, 부장하고 있는 동안 살인을 의도한 폭행, 중범죄 또는 경범죄로 재판 중 석방된 자의 모든 범죄, 무기소지(무장) 중

64 보석제도의 개선방안 연구

구 분	주헌법에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우		법령에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우	
	인용 규정	사 유	인용 규정	사 유
				§23-331조에 의하여 정의되는 위험범죄 또는 폭력범죄, 기존의 폭력이나 위법범죄 전과가 있는 자의 재판전 석방 중에 행해진 폭력범죄 또는 위험범죄, 재판 이전의 사건에서의 서로 다른 사건들에서의 둘 또는 그 이상의 폭력범죄 또는 위험범죄, 시체상해를 수반한 강도, 무면허 총기 소지, 소총 또는 산탄총 소지, 폭력범죄 또는 위험범죄 행하는 중의 총기소지, §22-4502(a)에 의한 무장 폭력범죄 또는 위험범죄로 인하여 보호관찰, 가석방, 또는 감독부 석방 중에 범한 § 7-2508.01에서 정의된 총기범죄를 범하는 경우
플로리다	Const. art. 1 §14	사형 범죄 또는 중신형이 가능한 범죄	§ 907.041(4)	마약 밀매, 과실치사죄(고살, manslaughter)로 유죄 판결을 받은 전과자, 면허정지 또는 면허정지 운전으로 유죄판결을 받은 전과자, 위험한 범죄, 재판전 석방 기간 중의 위험 범죄, 피고인이 과거에 석방된 재범자, 상습폭력범죄자, 3회의 중범죄자, 폭력 전과 범죄자 또는 마약류 물질의 제조로 선고받은 전력이 주의 변호사 파일에 남아 있는 범죄자
조지아		없음	§§ 17-6-1 & 17-6-13	스토킹 위반으로 재판전 석방이나 보호관찰 또는 가석방 중 발생한 스톱킹, 중범죄 전과가 있는 자의 중범죄, 피해자에게 중상해를 입힌 가정폭력범죄
하와이	Const. art. 1 §12	중신형이 가능한 범죄	§§ 804-4(a) & 804-3	1급 또는 2급의 살인 및 살인미수, A급 또는 B급 중범죄 (1급 위조 및 원조 실패 제외)
아이다호	Const. art. 1	사형 범죄	§§ 19-2902 &	헌법과 동일(사형 범죄)

구 분	주헌법에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우		법령에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우	
	인용 규정	사 유	인용 규정	사 유
	§6		19-2903	
일리노이	Const. art. 1 §9	사형 범죄, 중신형이 가능한 범죄, 가석방 가능성 없는 범죄	725 ILCS 5/110-4	헌법과 동일, 또한, 스토킹, 가중 스토킹, 학교 구역에서 발생한 불법 무기사용, 테러리즘 및 시도
인디애나	Const. art. 1 §17	살인, 반역죄	§35-33-8-2	살인
아이오와	Const. art. 1 §12	사형 범죄	§811.1	특정되어 있지 않음
캔사스	Const. Bill of Rights §9	사형 범죄	§§22-2802 & 59-29a20	성범죄자
켄터키	Const. Bill of Rights §16	사형 범죄		없음
루이지애나	Const. art. 1 §18	중대범죄, 폭력범죄, 금지된 위험물질의 제조, 유통 또는 분사를 목적으로 한 생산, 제조, 유통 또는 소유	C. Cr. P. Art. 312 & Art. 313	사형 범죄, 25년 이상의 징역에 처할 수 있는 성범죄 및 폭력범죄로 분류된 범죄, 보석 후에 법정에 출석하지 않은 피고인이 범한 폭력범죄, 보석 후 법정에 출석하지 않은 피고인이 범한 금지된 위험한 물질의 생산, 제조·유통 또는 처분, 소유, 가정폭력, 보호명령 위반, 스토킹, 가족이나 동거인 또는 데이트 상대에게 가한 무력 또는 위협적 무기사용이 수반된 중범죄
매인	Const. art. 1 §10	현행 형벌과 관계없이, 헌법 채택 후 과거 또는 현재 사형에 해당하는 범죄	15 §1003(3) & (4)	헌법과 동일
매릴랜드		없음	Cr. Pr. §5-202	도주죄, 총기 소지 및 사용 등에 관련한 (f)(1) 규정에 따른 범죄 또는 폭력범죄로 유죄판결을 받은 전력이 있는 자의 폭력범죄, 과거 총기사용관련 (f)(1) 규정 위반범죄로 유죄판결을 받은 자의 동일한 위반, 방화, 1,2,3급 강도, 아동학대, 파괴장치 관련 범죄, 금지된 위험물질과 관련한 범죄, 차량 또는 선박에

구 분	주헌법에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우		법령에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우	
	인용 규정	사 유	인용 규정	사 유
				의한 과실치사, 폭력범죄 위협 또는 학대를 포함한 보호명령 위반, 등록된 성범죄 등의 범죄로 재판전 석방을 받은 자가 해당 범죄들을 범한 경우.
매사추세츠		없음	276§§58& 58 A	타인에 대한 물리력 사용·사용 미수 또는 위협적 사용을 수반한 중범죄, 강도나 방화 등 타인에게 물리력을 가할 상당한 위험이 수반되는 중범죄, 부부/자녀 분쟁 관련 보호명령 위반, 가정학대 관련 범죄, 최소 형량 3년 이상인 약물범죄, 증인 협박, 음주운전 3차 이상, 269 §10(a), (c) & (m) & 269 §10G에 열거된 총기불법소지, 재판전 석방 중의 신규범죄
미시간	Const. art. 1 §15	살인, 반역죄, 15년 이내에 2회 중범죄 전력이 있는 자의 중범죄, 1급 성폭력범죄, 무장강도, 금전 갈취목적 납치, 집행유예나 가석방 또는 중범죄로 재판전 석방 도중 범한 폭력범죄	§§765.5, 765.6(1), & 765.6(d)	살인, 반역죄
미네소타	Const. art. 1 §7	사형 범죄		없음
미시시피	Const. art. 3 §29	사형 범죄, 종신형이 가능한 범죄, 20년 이상 처벌가능한 범죄, 20년 이상 처벌가능한 범죄 또는 사형 범죄로 유죄 판결을 받은 전력이 있는 피고인, Const. Art. 3 § 29(2)에 열거된 범죄로 재판전 석방된 동안 저지른 중범죄	§§99-5-33 & 99-5-35	부상당한 피해자가 회복될 것이라고 알려질 때까지의 잠재적 살인범죄로 기소된 범죄자
미주리	Const. art. 1 §20	사형 범죄	§§544.455, 544.457 & 544.470	어떤 범죄든 간에 기소된 불법 체류자
몬타나	Const. art. 2 §21	사형 범죄	§46-9-102	헌법과 동일

구 분	주헌법에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우		법령에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우	
	인용 규정	사 유	인용 규정	사 유
네브라스카	Const. art. 1 §9	NA	NA	
네바다	Const. art. 1 §7	사형 범죄 또는 가석방 없는 종신형이 가능한 범죄	§178.484	1급 살인범죄
뉴 햄프셔			§§597:1, 597:1c, & 597:2	종신형이 가능한 범죄, 가족, 동거인 또는 친밀한 파트너에 대한 남용, 친밀한 파트너 보호명령 위반
뉴욕			CLS CPL §510.10	§ 140.25(2)에 따른 2급 강도 및 § 160.10(1)에 따른 2급 강도를 제외한 강력범죄 (CLS 처벌조항 § 70.02 참조), 3급 증인 협박, 증인매수, 220조(§ 220.77 제외)를 제외한 A급 중범죄;
노스 캐롤라이나	Const. art. 1 §27	특별한 사항 없음		사형 범죄, 재판전 석방 중 마약밀매 등, 다른 범죄자를 위한 재판전 석방 기간 중 길거리 갠단관련 범죄 및 과거 5년 이내 유사한 유죄판결이 있던 경우, 동일 범죄로 재판전 석방 기간 중에 범한 중범죄 또는 A1급 경범죄 및 5년 이내 유사한 유죄판결이 있는 경우, 불법 약물 또는 의존성이 있는 메스암페타민의 제조
노스 다코타	Const. art. 1 §11	사형 범죄		
오하이오	Const. art. 1 §9	사형 범죄, 의회에 의해 결정되는 중상해의 상당한 위험이 내포된 중범죄	§2937.222	사형에 해당하지 않는 중한 살인, 살인, 1급 또는 2급 중범죄, 중한 차량살해, 차량살해, 차량 과실치사, 중한 스토킹, 마약 또는 음주운전에 의한 중범죄
오클라호마	Const. art. 2 §8	사형 범죄, 폭력범죄, 종신형이 가능한 범죄, 두 개 이상 중범죄 유죄판결 전력이 있는 자의 중범죄, 최대형량이 최소 10년인 위험한 금지 약물 범죄	22 §1101	헌법과 동일, 추가로 납치범죄

구 분	주헌법에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우		법령에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우	
	인용 규정	사 유	인용 규정	사 유
오레곤	Const. art. 1 §§14 & 43	살인, 반역죄, 중 살인, 폭력 중범죄	§135.240	헌법과 동일, 추가로 재판전 석방 기간 도중의 모든 범죄
펜실바니아	Const. art. 1 §14	사형 범죄 또는 중신형이 가능한 범죄	42 Pa.C.S. 5701	헌법과 동일
로드 아일랜드	Const. art. 1 §9	과거 중신형 또는 유사한 유죄판결이 있는 자의 위험한 무기사용 또는 사용위험을 가하는 범죄, 10년 이상의 처벌을 받을 수 있는 마약범죄	§12-12-1	특별한 사항 없음
사우스 캐롤라이나	Const. art. 1 §15	사형 범죄, 중신형이 가능한 범죄, 의회에 의해 정의된 폭력범죄	§22-5-510	헌법과 동일, §16-60에 열거된 폭력범죄
사우스 다코타	Const. art. 6 §8	사형 범죄	§40-11-102	헌법과 동일
테네시	Const. art. 1 §15	사형 범죄, 과거 2회 중범죄로 유죄판결을 받은 자의 중범죄, 중범죄로 재판전 석방 도중 범한 중범죄, 과거 중범죄 유죄판결이 있는 자의 흉기를 사용한 범죄, 이전의 중범죄로 인한 감독 도중 범한 폭력범죄 또는 성폭력 중범죄, 입법부가 가정폭력과 관련하여 조건부 재판전 석방에서의 보호명령 위반으로 석방을 거부하는 법을 제정함.	C. Cr. P. Art. 1 7.152 & Art. 1 7.153	가정폭력이나 아동학대와 관련하여 재판전 석방 조건이 부과된 보호명령의 위반
유타	Const. art. 1 §8	사형 범죄, 다른 중범죄로 재판전 석방, 보호관찰 또는 가석방 도중에 범한 중범죄, 법규에 의해 보석이 불가능하게 규정된 범죄	§77-20-1 (effective Oct. 1, 2020)	헌법과 동일, 추가로 피고인이 과거에 중대한 보석조건을 위반한 전력이 있는 경우, 가정폭력범죄
버몬트	Const. §40	사형 또는 무기징역에 처해질 수 있는 범죄; 폭력을 수반한 중범죄	13 §§§§7553, 7553a, 1043, 1044, & 1063	헌법과 동일, 추가로 1급 및 2급 가중 가정 폭력, 가중 스토킹
버지니아		없음	§§19.2-120 & 19.2-120.1	§ 19.2-297.1에 열거된 폭력범죄, 무기징역 또는 사형이 가능한 범죄, 과거 유사 유죄판결이 있는 10년 이상 가능한 약물범죄, 최소 필

구 분	주헌법에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우		법령에 의하여 재판전 석방(보석)이 거부되는 경우	
	인용 규정	사 유	인용 규정	사 유
				요적 처벌을 수반하는 총기 범죄, 사형 또는 무기징역으로 처벌 가능한 범죄 또는 폭력범죄로 인한 두 개 이상의 유죄판결의 전력이 있는 자의 모든 중범죄, 다른 중범죄 사건으로 재판전 석방 기간 동안 범한 중범죄, 과거 유사한 범죄로 이미 유죄판결을 받은 자의 § 18.2-67.5:2(B)에 열거된 성범죄, 아동포르노 또는 아동을 상대로 한 특정 범죄, 갱단 참여 또는 모집, 테러리즘, 바이오 테러리즘, 사망 또는 치상의 결과를 초래하는 운전과 지난 5년간 유사한 범죄에 대해 3회 전과가 있는 경우, 보호명령의 2회 이상의 위반, 20년 이내 가족 또는 동거인에 대한 세 번 이상의 폭행, 사법 방해 또는 무력적 위협으로 체포에 저항한 자, 가족이나 동거인 질식사, 성매매, 특정 범죄로 기소된 불법 체류자
워싱턴	Const. art. 1 §20	사형 범죄, 종신형이 가능한 범죄	NA	
웨스트 버지니아			§62-1C-1	무기징역
위스콘신	Const. art. 1 §8	종신형이 가능한 살인으로 석방이 입법부에 의하여 법으로 허용된 경우, 최대 20년의 처벌이 가능한 성폭력, 중상해를 수반하는 중범죄 또는 그와 유사하게 유죄판결을 받은 전력이 있는 경우의 중상해의 위협	§§969.01 & 969.035	1급 고의적 살인, 1급 또는 2급 아동 성폭력, 동일 아동에 대한 성폭력의 반복행위, 대안시설에 거주하는 아동에 대한 성폭력, 폭력 범죄 또는 폭력범죄와 유사한 동일 유죄판결 전력이 있는 폭력범죄 미수
와이오밍	Const. art. 1 §14	사형 범죄	§7-10-101	헌법과 동일

### 라. 보석금 결정시 참작사유

보석의 심리는 체포 후 48시간 이내에 이루어져야 하지만, 주말이나 법정 공휴일과 겹치는 때에는 최대 72시간까지 연장될 수 있다. 그러나 대부분의 주에서는 24시간 이내에 초기 심리를 요구하고 있는데, 법원이 보석(재판 전 석방)을 검토할 때에는 다음의 요건을 심사하게 된다.<sup>156)</sup>

- 범죄혐의의 중대성(The Seriousness of the Alleged Offense): 법원은 피고인에게 보다 고액의 보석금을 부과할 만한 보다 중대한 혐의가 있는지 여부 등을 조사하게 된다.
- 도주 위험(Flight Risk): 만일 구금상태에서 석방될 경우 피고인이 사후 법원 심리절차에 출석할 가능성이 있는지에 대한 법원의 평가이다.
- 범죄 이력(Criminal History): 피고인이 보석으로 석방될 경우 문제를 발생시키지 않는다거나 공공에 대한 안전위험요소가 있는지 여부에 대한 법원의 평가 및 과거 법원에 불출석한 이력이 있는지 여부
- 지역사회 유대(Community Ties): 피고인이 가족, 고용 또는 자산 등을 통해 지역사회와 유대관계를 맺고 있는지 여부와 그와 같은 유대관계가 피고인의 도주 기회를 감소시키는 정도에 대한 평가
- 석방 조건(Conditions on Release): 각급 법원은 전자식 테더 사용, 무작위 약물테스트, 통행금지, 상담, 법원의 사전 석방 담당직원과의 회의 또는 이와 유사한 조치 등의 조건을 추가하는 것이 피고인의 법정 출두 가능성을 높이기 위해 필요 또는 적절한지 여부에 대한 평가
- 보석 일정(bail schedule): 일반적으로 법원은 사안별로 일관된 방식으로 보석금을 정하도록 하는 표가 있어서, 피고인에게 적절한 보석금을 책정할 수 있도록 보유하고 있다.

피고인 측은 실제 현금이나 보증채권이 수반되지 않는 개인서약보증(personal recognizance bond)이나 보다 낮은 보석금 책정을 다룰 수 있고, 사후에 보증금의 감면을 요구할 수도 있다.<sup>157)</sup> 실제로 연방 헌법에는 과도한 보석금의 금지가 규정되어 있지만, 그것이 반드시 주 단위에서 보장되지는 않으며, 일부 주에서는 피고인의 상대적으로 경한 범죄에도 불구하고 과도한 보증금을 부과함으로써 결과적으로 피고인의 구금에 이르게 하는 경우도 있다.

156) Aaron Larson, How does bail work, Expert Law. <https://www.expertlaw.com/library/criminal-law/how-does-bail-work> (방문일: 2021.06.20.)

157) Aaron Larson, How does bail work, Expert Law. <https://www.expertlaw.com/library/criminal-law/how-does-bail-work> (방문일: 2021.06.20.)

### 마. 보석의 종류

미국은 각 주에 따라서 보석의 형태 또는 보석의 조건이 각각 다르다. 주된 형태는 보증 채권(surety bond)에 의한 보석으로 보석 보증을 업으로 하는 사업체(Bail bond company)나 업자(Bail Bondman)가 법원에 보석 금액을 기재한 약속어음(Promissory note)을 발행하고, 피고인으로부터는 통상 보석금의 10%에 해당하는 수수료를 받는 형식으로, 피고인이 재판정에 불출석하게 되면 보증채권 발행자가 법원에 보석금의 전액을 완납하여야 할 책임을 지게 된다.<sup>158)</sup>

그 외에도 다음과 같은 보석의 종류들이 있다.

#### □ 서약(Recognizance (ROR))

서약이란 피고인이 스스로 필요한 모든 사법절차에 참석할 것을 법원에 약속하고 법원이 정한 불법행위나 기타 금지된 행위를 하지 않을 것을 서약하는 것으로 피고인의 법정 출두 서약이라고도 한다.<sup>159)</sup>

#### □ 무담보 보석(Unsecured Bail)

무담보 보석이란 보증금이 없는 석방으로, 보증금이 책정되지는 않지만, 피고인이 보석조건을 위반하면 수수료를 지불해야 한다는 점에서 서약과 차이가 있는바, 이를 “무담보 출석 보증(Unsecured appearance bond)”라고도 한다.<sup>160)</sup>

#### □ 소환장 석방(Citation Release)

일반적으로 축약하여 Cite Out이라고 불리는 소환장 석방은 피고인이 지정된 날짜에 해당 법원에 출정해야 한다는 것을 피체포자에게 안내하는, 체포기관이 피체포자에게 발부하는 소환장 발행을 의미하는데, 일반적으로는 개인이 체포되고 난 직후에

158) Eric Helland/Alexander Tabarrok(2004). "The Fugitive: Evidence on Public versus Private Law Enforcement from Bail Jumping." *The Journal of Law and Economics* 47(1), University of Chicago Press, 93쪽 이하.

159) National Conference of State Legislatures. Bail Bond Agent Business Practices. <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/bail-bond-agent-business-practices.aspx> (방문일: 2021.06.20.)

160) *ibid.* (방문일: 2021.06.20.)

아무런 재정적 보증 없이 발행된다.<sup>161)</sup>

#### □ 재산담보부 보석(Property Bond)

피고인 또는 피고인의 대리인이 보석금 전액과 동등한 가치를 가지는 부동산(real property)을 법원에 약속하는 것으로, 만일 법원에 출두하지 않으면 주는 보석금을 회수하기 위해서 해당 재산에 대한 압류 절차를 부과하거나 이를 징수할 수 있으며, 경우에 따라서는 재산의 가치가 보석석방금의 두 배에 달하기도 한다.<sup>162)</sup>

#### □ 현금(Cash)

만일 법원이 허용하는 보석의 형태가 유일하게 “cash-only”일 경우에는 법원은 현금 보증금을 명령하는데, 법원이 사건이 종결될 때까지 법정 출석의 담보로서 현금을 보관한다. 특히 현금 보증금은 ① 법원이 피고인의 도주 위험이 있다고 판단한 경우, ② 법원이 미납부된 벌금에 대하여 영장을 발부할 경우, ③ 피고인이 사전 청문회(prior hearing)에 출석하지 않는 경우 법원에 의해서 명령된다. 현금보증금은 피고인의 청문회 출석을 담보하는 강한 요인으로 작용하게 되는데, 피고인이 지정된 날짜에 법정에 출두하지 않으면 현금 보증금의 몰수와 함께 피고인에 대한 법원의 체포영장(bench warrant)이 발부되고, 피고인이 출석할 경우에는 현금은 이를 납부한 자에게 다시 반환된다.<sup>163)</sup>

#### □ 예치금 제공 조건부 보석(Deposit Bond)

법원은 피고인으로부터 통상 보석보증금의 10% 정도의 예치금을 피고인으로부터 받고 석방하되, 피고인이 특정 기일에 재판정에 출석하지 않으면 나머지 보석금을 법원에 납부하여야 하고, 피고인이 재판 기일에 출석하면 법원은 제공 받은 예치금에서 일정액의 수수료를 공제하고 나머지 금액을 피고인에게 반환한다.<sup>164)</sup>

161) *ibid.* (방문일: 2021.06.20.)

162) *ibid.* (방문일: 2021.06.20.)

163) Aaron Larson, How does bail work, *Expert Law*. <https://www.expertlaw.com/library/criminal-law/how-does-bail-work> (방문일: 2021.06.20.)

164) University of pretrial, Bail Bond. <https://university.pretrial.org/glossary/bailbond> (방문일: 2021.06.20)

## □ 조건부 석방(Conditions of release)

법원은 지역사회로 석방되는 자가 법정에 출두하고 더 이상 범죄를 저지르지 않도록 다양한 비금전적 조건과 자유 제한을 부과할 수 있는데, 일반적으로는 경찰에의 의무적 전화 통화, 사전 심리서비스 프로그램에의 정기적 체크, 여권 양도, 자택구금, 전자 감시, 약물검사, 알코올 상담, 총기 반납 등이 있다.<sup>165)</sup>

## 마. 보석 폐지 또는 현금 보석 폐지 경향

보석제도가 개인의 경제적 능력에 따른 차별이라든가 또는 흑인의 구금비율이 상대적으로 높다는 점에 따른 인종적 차별을 초래한다는 비판이 제기되고 있어서, 주별로 보석 자체를 폐지하거나, 또는 현금(재산)을 조건으로 하는 보석을 폐지하고자 하는 경향이 나타나고 있다.

뉴욕주는 2020년 1월 1일부터 특정 범죄에 대하여 보석 없는 구금으로부터 피고인이 석방되어야 한다는 현금보석폐지 개혁(Cash Bail “Reform” Eliminations)을 발표하였다.<sup>166)</sup> 해당 개혁법은 특정 범죄영역을 정하여, 해당 범죄는 아무런 조건 없이 자동적으로 보석 석방이 되어야 함을 규정하고 있는데, 해당하는 범죄군은 다음과 같다.<sup>167)</sup>

165) Vance, Neil R., and Ronald J. Stupak(1997). “Organizational Culture and the Placement of Pretrial Agencies in the Criminal Justice System.” *The Justice System Journal*, vol. 19, no. 1, Taylor & Francis, Ltd., 60쪽 이하.

166) The Senate State of New York, Cash Bail “Reform” Eliminations. [https://www.nysenate.gov/sites/default/files/press-release/attachment/cash\\_bail\\_pdf\\_2.pdf](https://www.nysenate.gov/sites/default/files/press-release/attachment/cash_bail_pdf_2.pdf). (방문일: 2021.06.20.)

167) *ibid.*

## 74 보석제도의 개선방안 연구

<ul style="list-style-type: none"> <li>□ 2급 과실치사</li> <li>□ 가중처벌대상인 교통사고 살인사건</li> <li>□ 형사상 과실치사</li> <li>□ 3급 폭행</li> <li>□ 가중처벌대상인 차량폭행</li> <li>□ 테러위협</li> <li>□ 학교내 불법 총기/화기소지 범죄</li> <li>□ 미성년자대상 총기 불법판매</li> <li>□ 3도 및 4도 방화</li> <li>□ 3차 및 4차 테러 지원 자금세탁</li> <li>□ 아동 대상 성적 음란물 판매 또는 소지</li> <li>□ 동물싸움, 부상이나 고문, 과속 등 가중처벌 대상 동물학대</li> <li>□ 1급 불법 감금</li> <li>□ 1급 강요</li> <li>□ 1급 중절도죄</li> <li>□ 1급 및 2급 형사 불법약물소지</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>□ 학교내/근처 1급 및 2급 불법약물 판매</li> <li>□ 아동 대상 불법약물 판매 및 아동이용 불법 약물범죄를 포함한 아동 이용 특정 약물 중 범죄</li> <li>□ 1급 범죄 교사 및 방조</li> <li>□ 스쿨존에서의 성매매 알선</li> <li>□ 성범죄자 미등록</li> <li>□ 분사장치 자기방어 수단 이용 또는 1급 및 2급 공무집행방해</li> <li>□ 뇌물죄 및 1급 뇌물수수, 공직에 대한 뇌물 제공</li> <li>□ 체포 저항</li> <li>□ 기소 방해</li> <li>□ 배심원 조작 및 물적 증거 조작</li> <li>□ 가중처벌되는 1급 희롱(괴롭힘)</li> <li>□ 항공기에 대한 1급 레이저 유도</li> <li>□ 4급 불법무기 소지</li> <li>□ 1급 기업부패 및 자금세탁</li> </ul>
--	---

그리고 보석과 관련한 증거개시절차에 대하여 다음의 개혁을 추진하였다.<sup>168)</sup>

<ul style="list-style-type: none"> <li>□ 뉴욕주의 증거개시절차 개혁은 “자동적” 증거개시로, 변호사들이 증거를 확보하고 검토하기 위해서 서면 요구를 할 필요가 없음.</li> <li>□ 새로운 공개일정은 일반적으로 검찰이 “증거개시 가능한” 모든 자료를 공소장 후 15일 이내에 할 것이 요구됨.</li> <li>□ 현재 변호인은 서면 요청을 하여야 하며 그 기한은 제한이 없음.</li> <li>□ 변호사를 포함한 피고측은 성명과 주소를 포함한 피해자에 대한 정보 접근이 가능해짐.</li> <li>□ 피고인은 사진이나 다른 조치를 위해 범죄현장에 접근할 수 있음.</li> <li>□ 피고인은 더 이상 자신에 관한 증거에 대한 정보 없이 유죄협상을 할 필요 없음.</li> <li>□ 피고측은, 검찰이 실사 및 관련 증거자료의 존재를 합리적으로 조사하였으며 검사가 발견된 모든 자료를 송부하였음을 진술하는 준법확인서를 송달한 후, 30일 이내에 상호 증거개시를 하여야 한다.</li> </ul>
--

168) Discovery Reform in New York, Major Legislative Provisions - Updated after April 2020 Amendments. [https://www.courtinnovation.org/sites/default/files/media/document/2020/Discovery\\_NYS\\_Revised\\_2020.pdf](https://www.courtinnovation.org/sites/default/files/media/document/2020/Discovery_NYS_Revised_2020.pdf), 3-4쪽. (방문일: 2021.06.20.)

또한, 2019년 S.2101-A로 발의된 보석폐지법(Bail Elimination Act)은 금전적 보석을 종식하고 불필요한 재판적 구금을 축소하여 형사사법시스템의 공평과 정의를 향상할 목적으로 제정되었다.<sup>169)</sup> S.2101-A는 소수의 중대범죄 중 하나로 기소되고 도주의 우려가 높다고 판단될 때에만 구금명령을 내릴 수 있음을 원칙으로 하면서,

- 경범죄 및 비폭력 범죄로 기소된 피고인의 석방을 의무화하여 대부분의 경우 재판 전 자유를 보호하고,
- 금전적 보석을 폐지함으로써 재판전 석방이 재산(경제력)과 관련되지 않도록 하며,
- 모든 뉴욕 시민의 헌법 및 정당한 절차적 권리를 보장하며, 구금 대상자에 대한 개별적이고 증거기반의 청문회와 신속한 재판의 원칙을 보호할 것을 요구하며,
- 전자 모니터링, 감독 기타 조건이 개인의 법정출석을 보장하기 위한 최소한의 제약인지 여부를 확인하기 위하여 법원이 그 필요성에 대한 각각의 결정을 할 것을 요구하고,
- 전자감시의 대상이 될 피고인을 제한하고, 특정 범죄를 저지른 자의 위치를 한 번에 60일 이하로 제한 추적하고, 신속한 재판의 대상이 되도록 하며,
- 지역 법원은 공개되지 않은 데이터에 의존하거나 서로 다른 영향을 미치는 재판 전 위험평가 도구를 사용하지 못하도록 제한하고,
- 재판전 구금시설에서 대기할 자를 결정하는 다양한 의사결정 기준을 투명하게 하기 위하여 보다 강력한 정보수집과 공유를 요구하고 있다.<sup>170)</sup>

169) The New York State Senate, Senate Bill S2101A 2019-2020 Legislative Session Enacts the "bail elimination act of 2019": repealer. <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2019/s2101> (방문일: 2021.06.23.)

170) The New York Civil Liberties Union (NYCLU), LEGISLATIVE MEMO: BAIL ELIMINATION ACT. <https://www.nyclu.org/en/legislation/legislative-memo-bail-elimination-act> (방문일: 2021.06.23.)

## 제2절 | 독일

### 1. 독일 구속제도

#### 가. 구속요건

독일 형사소송법 제112조 제1항은 유력한 범죄혐의, 구속사유의 존재 그리고 비례성 원칙의 준수를 구속요건으로 제시하고 있다.

##### (1) 유력한 범죄혐의

유력한 범죄혐의, 즉 피의자<sup>171)</sup>가 정범 또는 공범으로 위법하고 유책하게 죄를 저질렀다는 고도의 개연성이 있어야 피의자를 구속할 수 있다. ‘유력한 범죄혐의’는 최초의 혐의인 ‘범죄행위의 혐의’(독일 형사소송법 제160조 제1항), ‘충분한 사실적 근거’(제152조 제2항), 그리고 공판절차 개시 결정을 위한 요건인 ‘충분한 혐의’(제203조, 제419조 제3항)보다 강한 개념이다. 우리나라 형사소송법상 ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유’(제70조, 제201조)와 유사한 의미로 이해된다.<sup>172)</sup>

다만 유죄판결을 받을 고도의 개연성에 대한 요구와 관련하여 견해대립이 있다. 수사 초기단계에서 피의자에게 유죄가 선고될 것인지를 예측할 수 없다는 점에서 유죄판결 개연성에 대한 예측을 요구할 수는 없다는 견해가 있다.<sup>173)</sup> 이 견해는 유죄판결을 고도의 개연성으로 내리게 하는 법정 증거의 존재만으로 유력한 범죄혐의 요건이 충족된다고 본다. 그에 반해 통설은 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 있어야 한다는 입장이다.<sup>174)</sup> 구속영장을 청구할 때 이미 존재하는 상황을 토대로 한 회고적

171) 독일에서 Beschuldigte는 피의자와 피고인을 포괄하는 개념이다. 그러나 가독성을 위해 아래에서는 피의자로 기술한다. 피의자에 대한 절차가 피고인에 대한 절차와 차이가 있는 부분(우리나라 형사소송법과의 비교 부분)에서만 피고인·피의자 용어를 구분하여 사용한다.

172) 신양균(2009), 독일의 인신구속제도에 대한 검토, 비교형사법연구 제11권 제1호, 36-37쪽.

173) Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2005.(이하 StPO) Rn. 219; Deckers, StV 2001, 116 (116); BGHSt 38, 276 (278).

174) OLG Koblenz StV 1994, 316 (317); OLG Köln StV 1996, 389 (390); Hilger, in: Löwe/Rosenberg StPO, 26. Aufl., 2014.(이하 LR-Hilger) § 112, Rn. 17; Geppert, Jura 1991, 269 (269 f.); Nelles, StV 1992, 385 (386).

예측으로 유죄판결을 받을 고도의 개연성이라는 전망적 예측이 가능하다고 설명한다.

## (2) 구속사유의 존재

독일 형사소송법 제112조 제2항은, 피의자가 도주 중이거나 은신 중임이 확인된 경우(제1호), 도주의 위험이 있는 경우(제2호), 피의자의 행동에 비추어 증거방법을 말소, 변경, 제거, 은폐 또는 위조하거나, 공동피의자, 증인 또는 감정인에 대하여 부당한 영향력을 행사하거나, 그와 같은 행위를 타인에게 사주할 것이라는 유력한 혐의가 있고 그래서 증거인멸의 위험이 있는 경우(제3호)를 구속사유로 규정하고 있다.

도주의 위험에 대한 판단은 단순 추측이 아닌 구체적 사실에 근거하여야 한다. 법관은 해당 사안에서 모든 중요한 사정들을 감안하여 판단한다. 독일에서도 중한 형벌이 예상되는 경우 일반적으로 도주의 위험이 크다고 본다. 1년 이상의 자유형이 예상되는 피의자는 도주할 가능성이 더 크지 않겠느냐는 가설에서 비롯된 경향인데, 이에 대해서는 비판적 시각이 우세하다. 예상되는 형벌에 비례하여 도주의 위험이 커진다는 사실이 경험적으로 확인된 바 없기 때문이다. 도주의 위험 판단을 위해서는 별도의 추가적 사정들이 있는지, 그리고 도주하고자 하는 유혹을 억제하는 사정이 있는지를 종합적으로 검토하여야 한다고 본다.<sup>175)</sup> 구체적으로 피의자의 인적 관계, 직업적 토대, 피의자의 연령·건강상태, 확실한 주거 여부가 판단 고려요소가 된다.

증거인멸을 이유로 하여 구속하는 경우에는 6개월을 초과하는 자유형, 180일의 일수를 초과하는 벌금형이 부과될 수 있는 경우에만 구속을 명할 수 있다(제113조 제1항 참고). 다만, ① 소송절차를 이미 회피한 적이 있거나 도주의 준비를 하거나, ② 이 법의 효력범위 내(국내)<sup>176)</sup>에 주소나 거소가 없거나, ③ 자신의 신분을 증명할 수 없는 때에는 도주 위험을 이유로 구속할 수 있다(동조 제2항).

그리고 일정 중대범죄와 관련하여 유력한 혐의가 있는 피의자를 구속할 수 있다(제

175) 특히, OLG Hamm StV 2003, 509 (509 f.).

176) 해당 조항의 문구는 '본법의 효력범위 내'로 되어 있다. 이는 입법자가 법률상 구동독을 폭넓게 외국으로 보면서도 기본법에 따를 때 외국으로 할 수 없었기 때문에 해당 문구를 '국내'라고 하지 않고 '본법의 효력범위 내'로 한 것이다.(LR-Hilger, § 127a, Rn. 2 참고) 담보제공에 관한 일반규정(제116조a), 체포명령·유지 배제규정(제127조a), 구속요건을 갖추지 않은 피의자에 대한 형사절차 보장을 위한 규정(제132조)에서도 '본 법의 효력범위 내'로 규정되어 있다. 이하에서는 '본법의 효력범위 내'를 '국내'로 기술한다.

112조 제3항). 일정 중대범죄혐의는 절대적 구속사유여서 다른 구속사유가 없더라도 피의자를 구속할 수 있다. 국제형법 제6조 제1항 제1호 또는 제13조 제1항에 따른 범죄행위, 또는 형법 제129조b 제1항과 결부된 형법 제129조a 제1항 또는 제2항에 따른 범죄행위, 또는 형법 제211조, 제212조, 제226조, 제306조b나 제306조c에 따른 범죄행위, 또는 타인의 생명이나 신체를 위태롭게 하는 형법 제308조 제1항 내지 제3항의 범죄행위에 대한 유력한 혐의가 있는 피의자에 대해서는 제112조 제2항의 구속사유(도망·은닉, 도주의 위험, 증거인멸의 위험)가 없더라도 구속을 명할 수 있다.

이 구속사유는 독일 헌법에서 보호하는 생명의 가치를 보다 확실하게 보호하기 위한 것이다. 해당 중대범죄에 대한 미수, 공범도 포함한다. 그런데 절대적 구속사유로 규정한 것은 비례성의 원칙에 반한다는 지적이 있다.<sup>177)</sup> 개인의 자유에 대한 권리와 효과적인 형사소추에 대한 요구 간 긴장관계에 대한 고려가 없기 때문이다. 연방헌법 재판소는 이러한 이유에서 해당 요건을 제한적으로 해석하여야 한다고 판시한 바 있다.<sup>178)</sup> 피의자를 구속하지 않으면 혐의를 받는 범죄를 즉시 해명하고 처벌하는 것이 위태롭게 될 것이 인정되는 경우에만 구속할 수 있다고 보았다.<sup>179)</sup>

마지막으로 재범위험성이 구속사유로 고려된다(제112조a). 피의자에게 일정 범죄<sup>180)</sup>를 범하였다는 유력한 혐의가 있고, 피의자가 확정판결 이전에 동종의 중대범죄를 행할 위험이 있거나 그 범죄를 계속할 위험이 있고, 구속이 이러한 급박한 위험을 방지하기 위하여 필요한 경우일 것을 요구한다.

위 네 가지 구속사유 중 도망·은닉 또는 도주의 위험이 구속 실무에서 절대적으로

177) Krauß, in: Beck'sche Online-Kommentare StPO mit RiStBV und MiStra, 39. Ed. 2021, (이하 BeckOK-Krauß) § 112, Rn. 42.

178) BVerfGE 19, 342 (350).

179) 그러나 실무상, 혐의를 받는 범죄를 즉시 해명하고 처벌하는 것에 대한 위험을 특정 사실을 들어 증명할 필요가 없고 그 위험은 도망 또는 증거인멸의 위험이 확실히 부정되지 않는 한 인정된다고 완화된 심사를 하여 실질적인 제한은 이루어지지 않고 있다고 한다. 신양균 (2009), 앞의 논문, 42쪽 참조.

180) 제112조a 제1항 제1호에서는, 형법 제174조, 제174조a, 제176조 내지 178조 또는 제238조 제2항과 제3항에 따른 범죄행위를, 동항 제2호에서는 형법 제89조a, 제89조c 제1항 내지 제4항, 제125조a, 제224조 내지 제227조, 제243조, 제244조, 제249조 내지 제255조, 제260조, 제263조, 제306조 내지 제306조c, 제316조a 또는 마약류법 제29조 제1항 제1문 제1.10호 또는 제3항, 제29조a 제1항, 제30조 제1항, 제30조a 제1항, 신(新) 정신활성물질에 관한 법률 (Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz) 제4조 제3항 제1호 a목에 따른 범죄행위에 중대한 피해를 유발하는 범죄행위의 반복 또는 계속을 규정하고 있다.; 제2호 범죄에 대해서는 1년 이상의 자유형이 예상되는 경우에만 피의자를 구속할 수 있다.

큰 비중을 차지한다. 2007년부터 2012년까지 매년 독일 연방통계국에서 발간한 형사 소추(Strafverfolgung) 통계 내 관련 자료를 분석한 결과, 도망·은닉 또는 도주의 위험이 전체 구속사유 중 85~86%(중복 포함)를 차지하였다. 그 뒤를 이어 증거인멸의 위험(6~7%), 제112조a 제1항 제2호 범죄의 재범위험(4~5%), 중대범죄 혐의(1~2%), 제112조a 제1항 제1호 범죄의 재범위험(대략 1%) 순으로 조사되었다(아래 <표 3-2> 참고). <표 3-3>는 2019년 주요 범죄에 대한 혐의로 구속된 사례들을 구속사유별로 구분하여 집계한 것이다.

▶▶ <표 3-2> 2007~2012년 구속사유 적용 비율

(단위: %)

구분	구속사유 (중복 포함)				
	도망·은닉 또는 도주의 위험 (제112조 제2항 제1호 또는 제2호)	증거인멸의 위험 (제112조 제2항 제3호)	중대범죄혐의 (제112조 제3항)	재범위험 (제112조a 제1항 제1호 범죄)	재범위험 (제112조a 제1항 제2호 범죄)
2007	86.5	5.8	2.1	1.6	3.9
2008	85.5	6.9	2.1	1.3	4.3
2009	85.7	6.3	1.5	1.3	5.2
2010	85.9	6.4	1.4	1.3	5.0
2011	86.1	6.7	1.2	1.0	5.0
2012	85.4	7.2	1.4	1.0	5.1

\* 출처: Krauß, in: Beck'sche Online-Kommentare StPO mit RiStBV und MiStra, 39. Ed. 2021, (이하 BeckOK-Krauß) § 112, Rn. 42.

▶▶ &lt;표 3-3&gt; 2019년 주요 범죄 구속사유별 현황

(단위: 명)

2019년	구속사유 (중복 포함)				
	도망·은닉/ 도주의 위험 (제112조 제 2항 제1호 또는 제2호)	증거인멸의 위험 (제112조 제 2항 제3호)	중대범죄혐의 (제112조제3 항)	재범위험 (제112조a 제1항 제1호 범죄)	재범위험 (제112조a 제1항 제2호 범죄)
강간 등 성폭력범죄 (제177조 및 제178조)	519	46	5	61	2
모살(미수 제외) (제211조)	146	7	38	1	-
고살 (제212조, 제213조)	340	16	115	1	1
상해 (제223조)	842	55	3	5	21
위험한 상해 (제224조 제1항)	2115	143	93	6	102
절도 (제242조)	2,684	39	1	1	20
횡령 (제246조)	70	2	-	-	-
강도, 공갈 등 (제249조 내지 제255조, 제316조a)	2,608	145	19	12	160
사기(제263조)	1,510	85	1	6	56
문서위조의 죄 (제267조 내지 제282조)	796	18	-	-	1
음주운전 관련 도로교통범죄	87	3	-	-	2
마약법 위반	5,551	399	1	5	125
체류법 위반	547	6	-	-	1

\* 출처: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2019, S. 340 f. 목록에서 필자가 주요 범죄를 선정하여 부분 발췌하였음.

### (3) 비례성의 원칙

#### (가) 형사소송법 제112조 제1항 제2문

독일 형사소송법 제112조 제1항 제2문은, “사안의 중대성과 예상되는 형벌 또는 보안처분에 비하여 비례성이 없는 경우에는 구속을 명할 수 없다.”라고 하여, 구속에

대한 소극적 요건으로 비례성의 원칙을 명시하고 있다. 기본권을 제한하는 모든 처분에 대해 적용되는 헌법상 비례성 원칙을 표현한 것이다. 따라서 사안의 중대성 또는 재범위험성에 근거한 구속영장 발부를 포함하여 모든 구속사유에 대해,<sup>181)</sup> 그리고 구속영장의 집행, 구속기간에 대해서도 비례성의 원칙이 적용된다. 즉, 구속집행정지(제116조), 구속취소(제120조), 6개월 이상의 구속기간 이후의 절차(제121조), 피고인이 불출석에 대한 충분한 해명이 없는 경우 발부되는 구속영장(제230조 제2항 및 제329조 제4항)에 대해서도 비례성 원칙에 위배되어서는 안된다.<sup>182)</sup>

예상되는 형벌에 비해 비례적인지 여부 판단에서 형벌의 정도를 일률적으로 반영할 것인지에 대해 견해대립이 있다. 예상되는 형벌은 법원이 공판심리를 거치고 난 뒤 결정할 양형을 예측하여 산정한다. 이때 벌금형만이 예상되면 피의자를 구속하는 것은 일반적으로 비례적이지 않다고 보거나, 구속을 하되 구속기간은 벌금형을 대체하는 자유형기의 가능한 범위를 초과해서는 안 된다고 보는 견해가 있다.<sup>183)</sup> 최소 1년 이상의 자유형이 예상되는 경우에만 구속이 비례성 원칙에 반하지 않는다는 엄격한 기준을 제시하기도 한다.<sup>184)</sup> 이에 반해 통설은 벌금형이 예상되는 경우에도 구속영장을 발부할 수 있다는 입장이다.<sup>185)</sup> 경미한 범죄에 대해 비례성 원칙을 구체화한 제113조를 그 근거로 제시한다.<sup>186)</sup> 이 규정은 경미한 범죄(최고 6개월의 자유형이나 180일의 일수에 해당하는 벌금형이 부과될 수 있는 범죄)에 대해서는 증거인멸을 이유로는 구속을 명할 수 없지만, (제1항) 일정 경우에 한하여<sup>187)</sup> 도주 위험을 이유로 구속할 수 있다고 하고 있다. 즉 비례성의 원칙은 예상되는 처벌이 경미하다는 이유만으로 구속을 금하지는 않지만, 예상되는 처벌이 경미한 경우 증거인멸의 위험을 이유로 한 구속영장 발부를 제한한다고 이해한다.

181) Hellmann, StPO, Rn. 233.

182) BVerfGE 19, 342 (347); BeckOK-Krauβ, § 112, Rn. 1, 43; Böhm/Werner, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2014, (이하 MüKo-Böhm/Werner) § 112, Rn. 3.

183) BeckOK-Krauβ, § 112, Rn. 45.

184) Hassemer, StV 1984, 38 (41); Heinz, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012, Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, Version: 1/2014, (이하 Heinz(2014)) S. 105.

185) OLG Düsseldorf NJW 1997, 2965; MüKo-Böhm/Werner, § 112, Rn. 3; Hellmann, NJW 1997, 2145 (2148).

186) Hellmann, StPO, Rn. 234.

187) 소송절차를 이미 회피한 적이 있거나 도주의 준비를 한 경우, 국내에 주소나 거소가 없는 경우, 자신의 신분을 증명할 수 없는 경우를 들고 있다.

다음으로 “...비례성이 없는 경우에는 구속을 명할 수 없다.”라는 규정형식과 관련하여, 비례성의 원칙은 구속이 비례성 요건을 충족시켜야 한다는 적극적 요건이 아니라, 단지 구속결정이 비례적이지 않다는 것이 확정된 경우에만 그 구속을 불허하는 소극적 제외사유라고 이해한다.<sup>188)</sup> ‘in dubio pro reo’ 원칙이 적용되지 않기 때문에 비례성 여부가 의심스럽다고 해서 피의자에 대한 구속이 비례적이지 않다고 보아야 하는 것은 아니고, 따라서 여타 구속요건을 충족시킨 경우에는 구속영장을 발부할 수 있다고 본다.<sup>189)</sup>

### (나) 비례성 원칙의 요청

비례성 원칙의 요청을 구체적으로 분석하면, 구속을 명하고 유지하는 과정 내내 개인의 자유권과 효과적인 형사소송 보장 간 긴장관계를 항상 고려할 것이 요구된다. 개인의 자유권은 기본법 제2조 제2항 제2문과 기본법 제104조에서 보호한다. 그리고 기본법 제20조 제3항 법치주의 원칙으로부터 무죄추정의 원칙<sup>190)</sup>이 인정된다. 따라서 원칙적으로 유죄판결을 받은 자에 대해서만 자유박탈이 가능하다. 범죄혐의가 있다는 이유로 자유를 박탈하는 것은 예외적으로만 허용된다. 피의자가 무죄가 아니라는 의심을 구체적인 증거에 근거한 유력한 범죄혐의를 들어 정당하게 제시하여야 하고,<sup>191)</sup> 피의자를 구속하는 것 외에 다른 방법으로는 해당 범죄를 즉시 해명하고 신속하게 처벌할 수 없는 경우에만 구속을 최후 수단으로 명할 수 있는 것이다.<sup>192)</sup> 또한, 구속을 제재로서 부과하여서는 안 되며,<sup>193)</sup> 피의자의 진술에 영향을 미치는 방식으로 남용되어서도 안 된다.

구속 유지를 위해서는 보다 가중된 정당성이 요구된다. 구속 후 시간이 지남에

188) OLG Düsseldorf NStZ 1993, 554 (554); BeckOK-Krauß, § 112, Rn. 42, 44; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., 2012, (이하 StPO) Rn. 216.

189) OLG Hamm StraFo 1998, 283 (283); 그러나 이에 반해 ‘in dubio pro reo’ 원칙은 사실관계 결정에 대해서만이 아니라 비례성 원칙과 같은 법적 개념에 대해서도 적용되고, 따라서 법관은 구속이 비례성 요건을 충족시키는지 여부를 판단하여야 한다는 반론이 있다. (특히, Hellmann, StPO, Rn. 233.)

190) 유럽인권협약 제6조 제2항은 무죄추정의 원칙을 명시하고 있다.; 구속과 관련하여 무죄추정의 원칙을 강조하는 견해는 Hassemer, StV 1984, 38 (40 f.).

191) BVerfGE 19, 342 (348); 82, 106 (115).

192) BVerfGE 20, 144 (147).

193) Heinz(2014), S. 106.

따라, 피의자의 자유권과 효과적인 형사소송 간 긴장관계가 변할 수 있기 때문이다.<sup>194)</sup> 연방헌법재판소는 구속기간이 길어질수록 양 가치 중 피의자의 자유권의 중요성이 커지게 된다고 판시하였다.<sup>195)</sup> 구속기간이 길어지면 신속한 재판의 원칙 준수에 대한 요구 또한 커지게 된다. 소송절차 기간의 적정성은 해당 사건의 복잡성, 관련된 사람들의 수 또는 방어행위, 유죄판결 시 예상되는 형벌 등 객관적인 기준에 의해 정한다. 절차 지연을 구속자가 요구한 것이 아니고 상당한 정도의 절차적 지연을 막을 수 있는데도 그렇게 하지 않은 경우에는 구속 유지가 비례성 원칙에 반할 수 있다.<sup>196)</sup> 이 경우 절차 지연은 일반적으로 구속취소사유, 지연의 정도가 중하지 않은 경우에는 구속집행정지사유<sup>197)</sup>가 될 수 있다. 그리고 법원이 과중한 업무를 이유로 6개월 이내에 공판을 열 수 없다는 것이 명백한 경우에는 구속영장을 발부하지 않을 수 있다.<sup>198)</sup>

그리고 행형은 수형자에 대한 재사회화를 위하여야 한다는 헌법적 요청을 고려할 때, 추후 독일 형법 제57조 제1항의 요건이 충족될 것이 거의 확실하다면 구속영장의 집행은 일반적으로 정지된다. 독일 형법 제57조 제1항은 최소 2개월 이상의 유기자유형을 선고받고 그 선고형의 3분의 2를 경과한 시점에 피구금자를 가석방하여도 일반인의 안전과 관련하여 문제가 없고 피구금자도 동의를 한 경우에 보호관찰을 조건으로 유기자유형의 남은 형의 집행을 유예하도록 한다. 추후 형이 선고된 후 수형기간 동안 재사회화를 달성하여야 하는데, 선고 전에 이미 예상되는 형기의 대부분을 미결구금으로 소진하기 때문이다. 그러나 예상되는 선고형의 3분의 2를 경과하는 시점에 구속영장을 자동으로 취소하거나 정지하여야 하는 것은 아니다.<sup>199)</sup>

194) BeckOK-Krauß, § 112, Rn. 2.

195) BVerfGE 36, 264 (270); 53, 152 (158 f.); BVerfG NStZ 2005, 456 (457).

196) BVerfG StV 2008, 198 (198 f.); MüKo-Böhm/Werner, § 116, Rn. 13; BeckOK-Krauß, § 112, Rn. 48: 복잡한 사안의 경우 일반적으로 일주일에 한번 이상 공판이 열렸는지를 기준으로 한다.

197) 13개월 동안 구금되었으나 공판이 언제 개시될 것인지 예상할 수 없었던 사례에서 구속영장의 집행을 정지한 바 있다.(OLG Karlsruhe NStZ 2001, 79)

198) OLG Düsseldorf StV 1988, 390 (390 f.).

199) OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2018, 37065, Rn. 14.

### 나. 구속영장 발부 및 집행

구속은 법관이 서면으로 발부한 구속영장을 통해 이뤄진다(독일 형사소송법 제114조 제1항). 구속영장에 ① 피의자, ② 피의자가 유력한 혐의를 받고 있는 행위, 그 수행 시간 및 장소, 범행에 해당하는 법률구성요건과 적용될 형법규정, ③ 구속사유, ④ 국가안보를 저해하지 않는 한, 유력한 범죄혐의와 구속사유의 근거가 되는 사실을 기재하여야 한다(동조 제2항). 이 의무 부과를 통해 법관으로 하여금 자신의 결정을 검토하게 하여 구속영장 발부를 자제하도록 유도한다. 그리고 구속영장이 발부된 피의자의 정보를 확실히 확인하기 위한 조치이다.<sup>200)</sup>

피의자를 구속할 때 피의자에게 발부된 구속영장 사본을 교부하여야 한다(제114조 a). 다만 구속 조치를 위해 경찰이 피의자에게 가던 중 피의자를 우연히 마주쳐 체포하는 중에 구속사유와 피의사실의 요지를 통지하는 것이 불가능한 경우에는 체포 후 지체 없이 통지하여야 한다.

이후 구속된 피의자를 즉시 관할법원에 인치하여야 한다(제115조 제1항). 신병 확보 후 늦어도 다음 날까지는 관할법원에 인치하여야 한다.<sup>201)</sup> 이 시간 안에 관할법원에 인치할 수 없는 때에는 관할법원에서 가장 가까운 지방법원의 법관에게 인치하여야 한다(제115조a). 이후 법관은 즉시, 늦어도 그 다음 날까지 혐의사실에 관하여 인치된 피의자를 신문하여야 한다(제115조 제2항 및 제115조a 제2항). 신문할 때, 피의자에게 자신에게 불리하게 작용하는 정황 및 혐의사실에 대해 의견을 개진할 권리와 진술을 거부할 수 있는 권리를 고지해주어야 한다. 피의자는 혐의근거 및 구속사유를 반박할 기회를 갖는다(제115조 제3항 참고). 일반적으로 자유 상태에 있었던 피의자에 대한 구속영장은 그 자의 도주 또는 증거인멸을 막기 위해 청문 없이 발부된다.<sup>202)</sup> 따라서 신문이 피의자에게는 구속과 관련하여 자신의 의견을 개진할 수 있는 최초의 시점이 된다.

피의자 신문 후 법관은 구속 유지, 구속취소, 구속집행정지 여부를 결정한다. 원칙적으로 구속영장을 발부한 법관만이 이를 결정할 수 있다. 다만 예외적으로 제115조a

200) Hellmann, StPO, Rn. 237; OLG Brandenburg, NStZ-RR 1997, 107 (108); OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1996, 267 (267 f.); OLG Karlsruhe, NStZ 1986, 134 (135).

201) Hellmann, StPO, Rn. 240.

202) Hellmann, StPO, Rn. 240.

제1항에 따라 피의자가 관할법원에서 가장 가까운 지방법원의 법관에게 인치된 경우에는 그 법관이 신문을 한다. 그런데 구속영장을 발부한 법관이 아닌 법관은 수사기록의 내용을 알지 못한다는 점에서 구속취소 또는 집행정지에 대해 제한된 결정 권한만을 갖는다. 검사가 제120조 제3항에 따라 구속취소를 신청하였거나 구속영장에 지정된 자가 아닌 다른 자를 체포한 경우에 한하여 그 법관은 피체포자를 석방한다. 피의자를 석방하지 않기로 결정한 경우에는, 피의자는 제115조에 따른 신문을 받기 위해 자신을 관할법원에 인치해줄 것을 요구할 수 있다. 그러면 피의자는 즉시 관할법원으로 인치되어야 한다(제115조a 제3항 참고). 긴급한 경우 경찰에 의해 개별 수송되기도 한다.<sup>203)</sup> 신문과정에서 피의자가 구속영장 발부 또는 집행에 관하여 충분한 근거가 있는 이의를 제기하거나, (관할법원에서 가장 가까운 지방)법원이 구속의 유지에 대하여 의문을 갖는 경우에는 그러한 사실을 즉시, 상황에 비추어 가장 신속한 방식으로 - 전화 또는 팩스 -<sup>204)</sup> 관할법원과 관할검사에게 통지한다. 통지를 받은 관할법원은 즉시 구속영장 취소 또는 집행정지 여부를 심사한다(제115조a 제2항 제3문 내지 제5문).

관할법원과 가장 가까운 지방법원의 법관의 제한된 결정 권한을 개선하여야 한다는 목소리도 있다. 실무상 해당 법관이 피의자에 대한 구속 유지가 요건을 갖추지 못하였다고 판단한 경우에도 피의자는 관할법원에 인치될 때까지 수일 동안 더 구속되어 있어야 하기 때문이다. 가장 신속한 방식으로 관할법원과 관할검사에게 통지한다고는 하지만 바로 연락이 닿지 않을 수 있고 피의자 수송에 일정 시간이 소요된다는 점을 고려할 때, 법관의 결정 권한을 확대할 필요가 있다고 본다.<sup>205)</sup> 구체적인 방안으로 구속영장 집행을 일시적으로 정지할 수 있는 권한을 부여할 것을 제시한다.<sup>206)</sup> 다만 이 방안은 구속 집행의 일시적 정지는 일반적으로 인정되지 않는다는 점<sup>207)</sup>과 형사소

203) Hellmann, StPO, Rn. 240.

204) Hellmann, StPO, Rn. 240.

205) Maier, NStZ 1989, 59, (60 f.); Ziegert, StV 1997, 439, (441 f.); Hellmann, StPO, Rn. 240.

206) 이후 관할법원 법관에게 통지되면, 관할법원 법관이 즉시 구속 유지 여부를 최종적으로 결정할 것을 제안한다. (Hellmann, StPO, Rn. 240.)

207) 따라서 구속집행정지를 통한 귀휴는 원칙적으로 불가능하다. (Böhm, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2014, (이하 MüKo-Böhm) § 116, Rn. 9); 예외적으로 일시적 집행정지를 인정한 판례로는, LG Verden StV 1995, 387: 아들의 질병을 이유로 특정 기간 동안 구속집행정지를 명한 사례.

송법상 관련 규정들을 고려할 때 받아들이기에 무리가 있다. 공소를 제기하기 전에 구속, 구속집행정지(제116조), 구속 집행(제116조b) 및 제119조a에 따른 신청에 관계된 법원의 여타 결정이나 처분에 대해서는 구속영장을 발부한 법원에게 관할권이 있다고 규정하고 있는 제126조 제1항 제1문, 그리고 일정한 경우에 관할법원과 가장 가까운 지방법원의 법관은 관할법원과 관할검사에게 즉시 관련 사실을 통지하도록 하는 제115조a 제2항 제4문에 반하기 때문이다.

#### 다. 구속기간

독일에서는 구속기간에 대해 일률적인 상한을 정하고 있고, 이 기간이 경과하면 구속을 취소한다. 구속기간은 원칙적으로 6개월이어야 한다. 독일 형사소송법 제121조 제1항은, 6개월 이상의 구속이 가능한 예외적인 경우를 규정하는 형식으로 구속기간을 제시하고 있다. 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분이 선고되는 때에는 시간적 제약이 적용되지 않는다(제1항 단서). 법관은 구속을 결정할 때부터 구속기간이 준수될 수 있는지를 검토하여야 한다.

수사가 특별히 어렵거나 수사의 범위가 특별히 넓은 경우 또는 기타 중대한 사유로 인해 판결을 선고할 수 없고 구속을 계속하는 것이 정당하다고 여겨지는 때에는 동일한 범죄행위를 이유로 6개월 이상 구속할 수 있다. 수사가 특별히 어렵거나 수사의 범위가 특별히 넓은 경우로는, 여러 범죄가 해명되어야 하거나 다수의 증인들을 신문하여야 하거나 비용이 많이 드는 감정 또는 번역이 요청되는 때가 해당된다. 기타 중대한 사유로는 형사소추기관과 법원이 효과적으로 대응할 수 없었던 사정들로 인한 절차 지연을 들 수 있다. 사법부 내 자원 부족이나, 검사 또는 법원의 과중한 업무부담은 중대한 사유로 볼 수 없다.<sup>208)</sup> 다음으로, 동일한 범죄행위의 범위를 판례는 동일절차에서 다루어진 사건이 아닌 구속영장 발부 시점에 구속영장에 포함될 수 있었던 모든 범행으로 넓게 본다.<sup>209)</sup> 조사과정에서야 비로소 드러난 범행의 일부분도 포함한다.<sup>210)</sup> 그리고 구속영장 집행 중 다른 죄책이 알려진 경우에 구속기간 제한을 위한

208) BVerfG NStZ 1995, 459 (460); NStZ 2004, 49 (49 f.); StV 2005, 220, (222 ff.); Hellmann, StPO, Rn. 250.

209) OLG Celle NStZ 1987, 571 (572); OLG Bremen NStZ-RR 1997, 334 (335); OLG Köln NStZ-RR 2004, 125 (125 f.).

기산점을 그 다른 죄책을 이유로 새로운 구속이 개시되거나 확대될 수 있는 시점으로 본다. 이로써 영장이 발부된 죄책에 대한 구속기간이 만료된 후 최초의 구속 당시 이미 인지하고 있었던 다른 죄책을 이유로 새로운 구속을 하여 피의자에 대한 전체 구속기간을 연장하는 것을 제한한다.

구속기간 연장을 위한 결정은 주 고등법원이 관할한다. 구속기간 연장을 위한 요건을 갖추었더라도, 구속영장 집행이 정지되거나 주 고등법원이 구속의 계속을 명한 경우를 제외하고 원칙적으로 6개월이 경과하면 구속을 취소하여야 한다.(제121조 제2항) 주 고등법원은 관할법원에게 매회 최장 3개월에 걸쳐 구속심사를 위임할 수 있다.(제122조 제3항) 다만, 제112조a상 범죄의 재범위험을 이유로 구속된 경우에는 주 고등법원의 허가 여부를 불문하고 1년을 초과하여 구속할 수 없다.(제122조a) 이때 구속기간이 1년을 경과하면 구속을 취소하여야 한다.

## 라. 구속심사

독일에서는 기소 전후를 불문하고, 즉 구속된 피의자·피고인을 석방하는 제도로 구속심사를 두고 있다. 피고인도 구속심사를 청구할 수 있다는 점에서, 피의자에 대해서만 구속적부심사를 인정하는 우리나라와 다르다.

구속심사는 피의자의 신청에 의하거나 법관 직권에 의해 이루어진다. 구속 중 피의자는 구속취소 또는 집행정지를 위해 언제든지 법원에 심사를 신청할 수 있다(독일 형사소송법 제117조 제1항). 구두변론을 거쳐(제118조 제1항)<sup>211)</sup> 피의자의 신청에 대한 인용 여부를 결정한다. 구두변론은 지체 없이 수행되어야 하며, 기일 지정이 피의자의 동의 없이는 피의자의 구두변론 신청 후 2주일을 넘겨서는 안 된다.(동조 제5항) 법관은 구속 유지, 구속취소, 구속집행정지를 결정하고, 구속의 내용을 변경할 수 있다. 이때 법관은 자신의 결정에 대한 이유를 제시하여야 한다.(제34조) 구속영장

210) Hellmann, StPO, Rn. 250; LR-Hilger, § 121, Rn. 15.

211) 피의자의 신청에 의하거나 법원의 직권 재량으로 구두변론을 하게 된다. 구두변론 이후 구속이 유지된 경우에는 피의자는 그 유지기간을 기준으로 최소 3개월, 그리고 최종 구두변론을 기준으로 최소 2개월이 지나야만 추가적인 구두변론을 청구할 수 있다.(제118조 제3항) 공판이 계속 중이거나 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분을 선고한 판결이 내려진 경우에는 피의자는 구두변론을 청구할 수 없다(제4항).

을 발부한 법관이 결정을 내리기 때문에(제126조) 구속심사 신청은 구속에 대한 항고와는 달리 2심의 효과(Devolutiveffekt)가 없다.<sup>212)</sup> 이 결정은 항고 또는 재항고의 대상이 된다(제117조 제2항 제2문). 그리고 법원은 정기적으로 구속을 직권으로 심사할 수 있다.<sup>213)</sup> 법원은 공판절차 개시결정을 내릴 때 직권으로 구속심사를 하고,(제207조 제4항) 판결의 선고와 동시에 직권으로 구속의 계속 여부를 결정하여야 한다(제268조b). 구속이 6개월 이상 지속된 경우에는 주 고등법원 관할 하에 구속심사가 이루어진다(제121조 및 제122조 참고).

### (1) 구속취소

구속요건이 더 이상 충족되지 않는 경우, 즉 유력한 범죄혐의가 소멸되었거나, 구속사유가 더 이상 존재하지 않거나, 구속의 계속이 사안의 중요성 및 예상되는 처벌이나 보안처분에 비추어 비례성에 반한다고 인정되는 경우에는, 법원은 직권으로 구속영장을 취소하여야 한다(독일 형사소송법 제120조 제1항 제1문).

피의자에 대한 구속기간이 예상되는 자유형의 기간을 채웠거나 초과한 경우가 주요 구속취소사유가 된다. 아직 예상되는 자유형의 기간을 채우지는 않았으나 신속한 재판의 원칙을 중대하게 위반한 경우도 포함된다. 그리고 구속 이후 추가조사를 하였음에도 전체적으로 또는 개별 구성요건요소와 관련하여 혐의가 강화되지 않은 경우, 증거인멸 위험을 이유로 구속하였으나 피의자가 자백하였거나 모든 증거들이 확보된 경우, 혐의변경 등을 이유로 추가적인 구속이 비례성 원칙에 반하게 된 경우를 들 수 있다.<sup>214)</sup> 또한, 피고인이 무죄를 선고받거나, 제204조에 따라 공판절차의 개시가 기각되었거나, 제206조a 또는 제206조b에 따라 절차가 최종적으로 중지된 경우에도 구속영장을 취소하여야 한다(제120조 제1항 제2문 참고). 이 경우에는 구속요건인 유력한 범죄혐의를 인정하기 어렵고, 구속 유지가 비례성 원칙에 반한다고 볼 여지가 크기 때문이다. 공소제기 이전에 검사가 구속취소를 신청한 경우에도 법관은 구속영장을 취소하여야 한다. 검사는 법관의 취소 결정 전이라도 신청과 동시에 피의자의 석방을 명할 수 있다(제120조 제3항). 그리고 6개월 이상의 구속이 허용되는 사안(제

212) Hellmann, StPO, Rn. 253.

213) Schröder, NStZ 1998, 68 (68 ff.); LR-Hilger, § 117, Rn. 2.

214) Hellmann, StPO, Rn. 248.

121조 제1항; 위 II-3. 참고)에서 구속영장의 집행이 정지되지 않거나 주 고등법원이 구속의 계속을 명하지 않은 때에는 6개월이 경과하면 구속을 취소하여야 한다(동조 제2항).

구속이 취소되면 피의자는 석방된다. 구속취소 결정에 대해 검사는 항고(제304조) 및 재항고(제310조)할 수 있다. 항고·재항고 제기만으로 피의자 석방을 막을 수는 없다.(제120조 제2항) 구속집행정지 중인 경우에도 해당 구속을 취소할 수 있다. 이 경우 피의자는 구속집행정지를 위해 자신에게 부과되었던 조건에 대한 부담에서 벗어나게 된다.

## (2) 구속집행정지

구속집행정지는 구속을 대체하는 강제처분으로, 구속의 목적을 구속 집행보다 경한 처분으로도 달성할 수 있다면 그러한 대체처분 준수를 조건으로 구속 집행을 정지하는 제도이다(독일 형사소송법 제116조).

물적·인적 담보 제공을 조건으로 석방되는 보석제도는 구속집행정지를 위한 대체 처분 중 하나이다. 피의자의 보석청구도 허용된다(제116조a 제3항 참고). 다만 보석을 위한 요건으로 피의자의 청구나 동의를 요하지는 않는다. 구속집행정지에 대해서는 보석제도를 중심으로 아래에서(III-2.) 보다 자세히 검토한다.

## 마. 항고

피의자 또는 검사는, 구속영장 발부, 그리고 구속심사를 통해 내린 구속취소·집행정지·유지 결정에 대해 항고할 수 있다. 구속에 대한 항고에도 항고에 대한 일반규정(독일 형사소송법 제304조 이하)이 적용되므로, 동일한 구속에 대해 항고를 한 번만 제기할 수 있다.<sup>215)</sup> 이 점에서 앞서 살펴본 구속심사와 항고는 차이가 있다. 구속심사는 피의자가 반복하여 청구할 수 있는 기간 제한이 있기는 하나 반복신청이 가능하다. 그리고 구속심사와 달리 항고는 이심의 효과가 있다.<sup>216)</sup> 관할법원 법관이 아니라 항고법원인 지방법원 형사부에 항고가 제출되고, 항고법원 결정에 대해서는 상급법원

215) Hellmann, StPO, Rn. 252.

216) Hellmann, StPO, Rn. 252.

에 재항고를 제기하게 된다. 구속에 대한 항고 절차와 구속심사 절차 간 관계는, 전자가 후자에 대해 보충적인 관계에 있다. 구속심사 신청은 항고와 함께 제기할 수 없고(제117조 제2항), 피의자가 구속심사를 청구하면 이미 제기한 항고는 효력을 잃는다.

항고의 대상이 된 결정을 한 법원이나 재판장이 항고를 이유 있다고 보는 경우에는 항고를 받아들여 해당 결정을 경정하여야 한다. 항고를 이유 없다고 보는 경우에는 지체 없이 늦어도 3일이 경과하기 전에, 항고법원에 항고를 제출하여야 한다(제306조 참고). 구속에 대한 항고 절차 중에 피의자의 신청 또는 법원 직권으로 구두변론에 의해 재판할 수 있다(제118조 제2항). 이는 (일반)항고 절차에 대한 예외이다. 항고에 대한 일반규정에 따르면 (일반)항고에 대한 재판은 구두변론 없이 진행된다(제309조 제1항), 구속에 대한 항고에서만 구두변론에 의한 재판이 가능하다.

#### 바. 구속 관련 통계

구속 관련 통계는 독일 형사소추(Strafverfolgung) 통계에서 확인할 수 있다. 형사소추 통계는 1975년부터 매년 발간되고 있다. 1995년을 기점으로 동베를린의 자료도 집계되었고, 2007년을 기점으로 과거 동독 지역 주를 포함한 독일 전역의 자료를 대상으로 한다. 과거 통계와의 비교를 위해 과거 서독 지역 주만을 대상으로 한 자료도 계속 제공된다. 특히 독일 콘스탄츠 대학의 Heinz교수는 1975년부터 기록된 형사소추 통계를 분석하였는데, 이를 통해 독일 구속제도 전반의 경향을 확인할 수 있다.

독일 형사소추 통계는 구속영장 발부 건수, 구속영장에 의해 구속된 자의 수, 구속된 자의 실제 구금기간에 대한 자료는 제공하지 않는다.<sup>217)</sup> 따라서 구속영장이 발부되었지만 그것이 집행되지 않은 경우(구속취소, 구속집행정지(특히 보석 현황))를 정확하게 포착할 수 없다. 그리고 형사소추 통계는 형법 제59조(선고유예), 소년법원법(JGG) 제27조(선고유예), 제45조 제3항(조건부 기소유예)에 따른 처분을 받은 자와 중국재판을 받은 자(이하 형사소추 통계대상자)만을 대상으로 한다. 따라서 구속되기는 하였으나, 혐의가 불충분하거나 추방으로 인해 기소되지 않은 자들은 통계에 포함되지 않는다.<sup>218)</sup>

217) Heinz(2014), S. 49.

218) Heinz(2014), S. 105.

▶▶▶ <표 3-4> 최근 3년간 구속비율의 추이

(단위: 명, %)

연도	형사소추 통계대상자	(그 중) 구속자	구속비율
2017	886,490	29,548	3.33
2018	879,988	30,000	3.40
2019	903,142	29,660	3.28

\* 출처: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2017, S. 380; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2018, S. 364; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2019, S. 340 f. 각각에서 부분발취(구속비율은 필자가 추가함).

▶▶▶ <표 3-5> 연도별 구속비율의 추이

(단위: %)

연도	구속비율	연도	구속비율
1976	4.8	2006	2.6
1980	3.9	2007	2.4
1985	3.2	2008	2.7
1990	3.1	2009	2.6
1995	3.8	2010	2.6
2000	4.0	2011	2.6
2005	2.8	2012	2.7

\* 출처: Heinz(2014), S. 112.

\* 1995년부터 동베를린 포함; 2007년부터 독일 전역을 대상으로 집계함.

▶▶▶ <표 3-6> 연도별 일반형법범 유죄선고자 중 구속비율의 추이

(단위: 명, %)

연도	(일반형법에 의해) 유죄선고 받은 자	(그 중) 구속자	유죄선고 받은 자 중 구속비율
1995	683,258명	30,196명	4.4 %
2000	638,893명	30,818명	4.8 %
2005	674,004명	22,787명	3.4 %
2010	704,802명	22,763명	3.2 %
2015	674,145명	23,176명	3.4 %

\* 출처: Heinz, Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland – Berichtsstand 2015 im Überblick, Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, Version: 1/2017, (이하 Heinz(2017)) S. 152 부분발취.

위 <표 3-4>는 최근 2017년부터 2019년까지, 형사소추 통계대상자 중 구속된 적이 있는 자(중국재판 당시 석방상태였던 경우도 포함)의 비율(구속비율)을 보여준다. <표 3-5>은 1976년부터 2012년까지 구속비율이 계속하여 증가하지 않고 유지 또는 감소하였음을 보여준다.<sup>219)</sup> 그리고 <표 3-4>와 <표 3-5> 비교를 통해 최근 구속비율이 2012년에 비해 다소 증가하였음을 알 수 있다. 형사소추 통계는 소년범 사건도 포함하여 집계하는데, <표 3-6>는 그 중 일반형법에 의해 유죄 선고받은 자만을 대상으로 한 구속비율을 나타낸 것이다.

구속된 적이 있는 자는 대부분 유죄판결을 받는다. 구속된 적이 있는 자 중 유죄판결을 받지 않은 비율은, 2012년 4.1%(형별이 아닌 보안처분 부과: 0.9%; 절차중지: 1.7%; 무죄판결: 1.4 %)에 불과하였다. 이 수치는 소년범도 포함된 것으로, 일반형법만을 대상으로 하면 그 비율은 3.2%에 불과하였다. 그리고 일반형법에 의해 유죄판결 받은 자 중 54.5%(2012년 기준)만이 집행의 유예가 없는 자유형을 선고받았다. 이는 유죄를 선고받은 자 중 대략 절반은 구속에 의해서만 자유박탈을 겪게 된다는 것을 보여준다.<sup>220)</sup>

다음으로 구속기간을 살펴보면, 아래의 표는 구속된 자가 실제로 구금된 기간은 확인할 수 없지만, 구속기간 구간별로 집계한 자료이다.

▶▶▶ <표 3-7> 연도별(2007~2012년) 구속자 구속기간의 추이

(단위: %)

연도	구속기간				
	1개월 미만	1개월 이상 3개월 미만	3개월 이상 6개월 미만	6개월 이상 1년 미만	1년 이상
2007	28.2	23.7	24.8	17.4	5.8
2008	27.8	22.5	25.7	17.7	6.2
2009	28.8	22.2	26.6	17.4	5.0
2010	26.6	23.1	26.5	18.4	5.4
2011	24.3	24.2	27.8	18.3	5.3
2012	24.1	24.2	27.7	18.6	5.5

\* 출처: Heinz(2014), S. 114 부분발췌.

219) Heinz(2014), S. 198 f.

220) Heinz(2014), S. 114 f.

▶▶ <표 3-8> 1975년, 2012년 구속자 구속기간 비교

(단위: %)

연도	구속기간				
	1개월 미만	1개월 이상 3개월 미만	3개월 이상 6개월 미만	6개월 이상 1년 미만	1년 이상
1975	36.4	28.7	20.1	11.2	3.6
2012	23.8	24.6	27.7	18.6	5.4

\* 출처: Heinz(2014), S. 114 부분발췌.

▶▶ <표 3-9> 2019년 주요 범죄별 구속기간

(단위: 명)

2019년	구속기간				
	1개월 미만	1개월 이상 3개월 미만	3개월 이상 6개월 미만	6개월 이상 1년 미만	1년 이상
강간 등 성폭력범죄 (제177조 및 제178조)	65	44	168	208	114
모살 (미수 제외) (제211조)	5	1	29	48	96
고살 (제212조, 제213조)	16	16	80	181	140
상해 (제223조)	252	246	248	129	24
위험한 상해 (제224조 제1항)	384	470	686	613	193
절도 (제242조)	1,052	1,017	514	138	15
횡령 (제246조)	32	22	13	4	1
강도, 공갈 등 (제249조 내지 제255조, 제316조a)	339	459	959	788	254
사기 (제263조)	335	335	462	316	148
문서위조의 죄 (제267조 내지 제282조)	271	266	189	68	13
음주운전 관련 도로교통범죄	39	16	22	9	4
마약법(BtMG)위반	914	877	1,751	1,707	493
체류법(AufenthG)위반	200	151	134	48	14

\* 출처: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2019, S. 341 목록에서 필자가 주요 범죄를 선정하여 부분 발췌함.

위 <표 3-7>을 보면, 구속자 중 절반 정도가 3개월을 넘지 않는 기간 동안 구속되었음을 확인할 수 있다. 그리고 1975년과 2012년 통계를 비교한 <표 3-8>를 통해, 구속기간이 과거에 비해 조금씩 증가하였음을 알 수 있다. 6개월 이상 구속된 자의 비율이

1975년에 14.8%이었던 것이 2012년에는 24%로 증가하였다. 다만, 구속비율은 동기간 중에 상당히 감소하였다는 점 또한, 감안하여야 할 것이다. 구속비율은 1976년 4.8%, 1980년 3.9%, 2012년 2.9%이었다.(위 <표 3-5> 참고) <표 3-9>은 2019년 주요 범죄별 구속기간을 집계한 자료이다. 중대범죄일수록 6개월 이상 구속하는 비율이 높다는 것을 확인할 수 있다.

다음으로 중대범죄를 중심으로 구속 관련 통계를 살펴보면 다음과 같다.

▶▶ <표 3-10> 연도별 구속기소인원 대비 유죄선고 비율의 추이

(단위: 명, %)

연도	살인죄 (제211조 내지 제217조)		강도죄 (제249조 및 제250조)		위험한 상해 (244조)	
	구속되었고 유죄선고 받은 자(A)	전체 유죄선 고 받은 자 중 A의 비율	구속되었고 유죄선고 받은 자(A)	전체 유죄선 고 받은 자 중 A의 비율	구속되었고 유죄선고 받은 자(A)	전체 유죄선 고 받은 자 중 A의 비율
1995	646명	84.8%	1771명	42.4%	5588명	22.4%
2000	603명	85.3%	1737명	37.9%	3655명	22.8%
2005	457명	76.2%	1341명	29.3%	2918명	18.2%
2010	458명	86.4%	1174명	30.1%	2413명	19.2%
2015	405명	88.0%	1040명	36.5%	3209명	31.8%

\*출처: Heinz(2017), S. 153 부분발췌.

▶▶ <표 3-11> 2019년 주요 범죄 구속기소인원

(단위: 명, %)

2019년	형사소추 통계대상자	(그 중) 구속자	구속비율
총 계	903,142명	29,660명	3.28%
강간 등 성폭력범죄 (제177조 및 제178조)	2,523명	599명	23.74%
모살 (미수 제외) (제211조)	197명	179명	90.86%
고살 (제212조, 제213조)	547명	433명	79.15%
상해 (제223조)	53,695명	899명	1.67%
위험한 상해 (제224조 제1항)	33,915명	2,346명	6.91%
절도 (제242조)	104,585명	2,736명	2.61%
횡령 (제246조)	6,521명	72명	1.10%

2019년	형사소추 통계대상자	(그 중) 구속자	구속비율
강도, 공갈 등 (제249조 내지 제255조, 제316조a)	9,620명	2,799명	29.09%
사기 (제263조)	97,303명	1,596명	1.64%
문서위조의 죄 (제267조 내지 제282조)	25,919명	807명	3.11%
음주운전 관련 도로교통범죄	75,656명	90명	0.11%
마약법(BtMG)위반	80,827명	5,742명	7.10%
체류법(AufenthG위반)	10,779명	547명	5.07%

\* 출처: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2019, S. 340 부분발췌; 구속비율은 필자가 추가함.

〈표 3-10〉은 중대범죄를 저지른 피의자에 대한 구속 건수는 전반적으로 감소하고 있음을 보여준다. 그리고 〈표 3-11〉는 2019년 주요 범죄에 대한 형사소추 통계대상자 중 구속된 적이 있는 자의 비율(구속비율)을 정리한 것으로, 중대범죄일수록 구속될 가능성이 높다는 것을 확인할 수 있다.

## 2. 독일 보석제도

### 가. 개관

#### (1) 담보 제공에 관한 일반규정(제116조a)

보석(Sicherheitsleistung)에 관한 구체적인 내용은 독일 형사소송법 제116조a에서 규정하고 있다. 현금이나 유가증권의 공탁, 담보권의 설정 또는 보증인 등을 통해 담보를 제공하게 되는데(제1항), 이때 담보의 액수와 종류는 법관의 자유재량으로 정한다(제2항). 피의자의 재정상황, 소득, 사안의 중대성, 해당 범죄가 야기한 재산상 손해의 정도, 해당 구속사유의 심각성 등을 고려하여 결정한다.<sup>221)</sup> 구속집행정지 및 담보 산정 결정의 관할권은 제126조에 따라 관할법원에 있다.

법원은 직권으로 담보 제공을 통한 구속영장 집행정지를 결정할 수 있다.<sup>222)</sup> 피의자도 보석을 청구할 수 있다(제116조a 제3항 참고). 그러나 통설은 피의자의 보석신청

221) BeckOK-KrauB, § 116a, Rn. 2.

222) BeckOK-KrauB, § 116a, Rn. 4.

또는 보석 결정에 대한 동의는 필수요건이 아니라고 본다. 담보 제공이라는 구속 대체처분이 구속보다 더 경미하기 때문이다. 다만 피의자에게 보석을 강요할 수는 없기 때문에, 실무상으로는 피의자나 변호인의 요청에 의해 피의자의 재정상황, 소득 등을 사전에 확인한 후에 보석을 명하게 된다.<sup>223)</sup>

보석 결정 당시 정해진 보석금을 추후에 증액하는 것은, 실제 사정이 변경되어 구속집행정지 취소요건(제116조 제4항)을 충족시킨 경우<sup>224)</sup> 외에는 원칙적으로 허용되지 않는다.<sup>225)</sup> 그러나 적절한 자가 보증하여 피의자가 석방된 경우에는, 그 보증인이 사망하거나 보증인과 피의자 간 신뢰관계가 무너졌다면 구속 대체처분을 조정하거나 더 나아가 구속집행정지를 취소할 수도 있다.

국내에 거주하지 않는 피의자가 담보 제공을 조건으로 구속집행정지를 신청한 때에는 관할법원의 지역에 거주하는 자에게 송달된 서류의 수취에 관해 전권을 부여하여야 한다(제116조a 제3항). 외국 송달과 관련하여 발생될 수 있는 곤란함을 피하기 위한 의무부과이다. 다만 해당 조항이 피의자의 의무를 규정한다는 점에서, 법원은 관할법원의 지역이 아닌 다른 지역에 거주하는 자를 대리인으로 선정할 수 있다고 본다.<sup>226)</sup> 대리권 수여의 효과는, 구속집행정지를 취소하는 경우 아직 추징되지 않은 보석금을 해제하거나(제123조 제2항), 피의자가 조사를 회피하거나 선고된 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분의 집행에 불응하는 경우 아직 해제되지 않은 보석금을 추징하거나(제124조 제1항), 피의자가 사망하여 절차가 종료할 때까지 유효하다.<sup>227)</sup> 대리인 변경은 법원의 허가 없이는 불가하다.

보석의 효과는 법원이 내린 명령에 따라 실제로 담보가 제공되어야 발생한다. 구속 영장 심사판사에게 보증인을 증명하는 서류를 제시하거나 공탁소에서 공탁을 받았다는 통지를 하면<sup>228)</sup> 석방명령이 내려진다.

223) MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 12.

224) 법원은 1. 피의자가 자신에게 부과된 의무나 제한을 현저히 위반하거나 2. 피의자가 도주를 준비하거나, 규정에 따른 소환에 대하여 충분한 해명 없이 불응하거나, 기타의 방법으로 그에 대한 신뢰가 정당하지 못하였음을 보여주거나 3. 새롭게 나타난 사정으로 구속이 필요한 경우에 구속영장 집행정지를 취소하고 재구속을 명한다.: 자세한 내용은 아래(2-가-(2)) 참고.

225) MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 15.

226) LR-Hilger, § 116a, Rn. 15; MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 26 f.: 일반적으로 피의자는 자신의 변호인을 송달의 수취에 관한 전권을 위임받은 대리인으로 지명하는데, 이때 변호인이 관할법원 지역에 거주하지 않아도 된다.

227) Mayer, NStZ 2016, 76 (81).

구속집행정지 및 보석의 결정은 항고 대상이 된다(제304조). 그러나 보석금 추징(제124조)을 비롯하여 부과조건 변경·취소에 대해 재항고할 수는 없다. 부과조건 변경·취소는 재항고 사유인 구금(제310조 제1항 제1호) 개념에 포함되지 않기 때문이다.

## (2) 담보 제공의 목적

적절한 담보를 제공하도록 하는 것, 그리고 경우에 따라 제공된 담보를 추징하는 것은, 인간의 존엄성(기본법 제1조 제1항), 일반적 행동의 자유권(동법 제2조 제1항), 재산권(동법 제14조)을 침해하지 않는다.<sup>229)</sup> 그리고 평등원칙에도 반하지 않는다.<sup>230)</sup> 보석제도가 일반적으로 부유한 자에게 유리하기는 하지만, 기본법이 경제적 불평등을 인정하는 경제 질서를 전제하기 때문이다. 그러나 부유한 자에게 무조건 유리하여서는 안 되기 때문에 담보액수는 피의자의 재정상황, 소득에 따라 적정하게 결정되어야 한다. 이는 보석제도의 취지에도 부합한다. 보석제도는 피의자가 보석금 손실의 위험을 감수하기보다 형사소송 절차에 참여하고 나아가 부과된 형벌을 받는 것을 택하도록 심리적 강제를 하기 위해 담보를 제공할 것을 조건으로 피의자를 석방시켜주는 처분이다.<sup>231)</sup> 즉 법정출두 확보라는 기본적 목적<sup>232)</sup> 외에도, 구속집행정지에 관한 제116조 제1항 제4호, 보석금 추징에 관한 제124조를 고려할 때 선고가 예상되는 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분의 집행을 보장하기 위해<sup>233)</sup> 담보 제공이 요구된다. 그리고 담보 제공은 형벌 또는 형벌과 유사한 제재가 아니다.<sup>234)</sup> 따라서 피의자의 재정상황, 소득에 비하여 부당한 금액을 요구하여서는 안 된다. 보석금으로 해당 범죄를 완전히 해명하고 신속하게 처벌하기 위한 것 이외의 목적을 추구해서도 안 된다.

제3자에 의한 담보 제공을 통한 보석도 가능하다. 다만 피의자의 혐의에 대한 완전

228) 이에 대해 구체적인 내용은 Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn. 612 ff.; 다만 절차를 신속하게 진행하기 위해 공탁소의 사건번호가 부여된, 사법부 회계부서의 납입확인서를 제시하여도 된다고 한다.(MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 14)

229) BVerfG NStZ 1991, 142.

230) MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 5.

231) BVerfG BeckRS 2012, 59280; OLG Hamm BeckRS 2015, 05040; LR-Hilger § 116a, Rn. 9.

232) 특히 유럽인권협약 제5조 제3항 제2문은, 피의자의 법정 출두를 확보할 수 있는 조치가 있으면 피의자를 석방할 수 있다고 규정하고 있다.

233) MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 3.

234) MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 4.

한 해명 또는 신속한 처벌 보장이라는 담보 제공의 목적상, 제3자에 의한 담보 제공은 피의자와 제3자 간 관계를 고려하여 결정하게 된다. 즉 피의자와 제3자는, 제공한 담보가 추징되어 제3자가 손해를 입는 것을 피의자가 원하지 않을 것이 충분히 추정되는 관계에 있어야 한다.<sup>235)</sup> 일반적으로 보석금의 전부 또는 일부를 피의자의 가족 구성원이 지불하는 것은 피의자의 도주 위험을 감소시키는 안정화 요인이 된다.<sup>236)</sup> 제3자가 제공하는 담보의 액수는, 제3자의 자산규모를 감안하여 제3자가 단순히 피의자와의 우정의 의미에서 제공하는 정도가 아닌 수준에서 결정한다.<sup>237)</sup> 그리고 피의자가 제3자에게 손해를 끼치는 것보다 형사절차에 임하는 선택을 하게 할 정도의 담보를 요구한다.

### (3) 담보의 해제와 추징

구속집행정지를 취소하는 경우에 법원은 피의자 또는 제3자가 제공한 담보가 해제되는지 여부도 결정해주어야 한다. 구속영장이 취소되거나(독일 형사소송법 제123조 제1항 제1호) 다시 구속되거나 선고된 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분이 집행된 경우(제2호)에 구속집행정지가 취소된다. 그러면 아직 추징되지 않은 담보는 해제된다(동조 제2항). 유죄판결이 내려졌다고 해서 곧바로 구속집행정지가 취소되거나 담보가 해제되지는 않는다. 이때 구속영장은 단지 집행만이 정지되었을 뿐, 여전히 형 집행을 보장해주는 구속 대체처분에 대한 기초를 구성한다.<sup>238)</sup> 따라서 피고인이 선고된 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분의 집행에 불응하면, 아직 해제되지 않은 보석금은 추징된다. 피의자를 위해 담보를 제공한 제3자가 피의자로 하여금 법원이 정한 기간 내에 출두하게 하였거나, 피의자의 도주 시도를 제 때 알려 피의자를 체포할 수 있도록 한 경우에는, 제3자는 담보의 해제를 요구할 수 있다(동조 제3항).

아직 해제되지 않은 보석금은 피고인이 선고된 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분의 집행에 불응하는 경우 외에도 피의자가 조사를 회피한 경우에도 추징된다(제

235) MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 6: 따라서 재정적으로 독립된 관계에 있는 제3자가 (특히 조직범죄 또는 경제범죄 혐의를 받는) 피의자를 위해 담보를 제공한다는 사실이 명백한 경우에는 구속집행이 정지되지 않는다.

236) OLG Zweibrücken, BeckRS 2011, 05164.

237) BeckOK-Krauß, § 116, Rn. 11; KG(4. Strafsenat), BeckRS 2018, 9874.

238) Schweckendieck NStZ 2011, 10 (12); KG NStZ 2012, 230 (231, Rn. 4).

124조 제1항 참고). 따라서 벌금형을 선고받은 경우에는 벌금을 내지 않거나, 소송비용을 부담하지 않거나, 벌금형을 대체하는 자유형 집행에 응하지 않더라도 보석금은 추징되지 않는다.<sup>239)</sup> 제공된 보석금으로 선고된 벌금형이나 소송절차 비용을 상계하는 것도 허용되지 않는다.<sup>240)</sup> 그리고 증거를 인멸한 경우와 같이 다른 명령을 위반한 경우에도 추징은 불가하다. 또한, 실무상 보석금 추징을 위해서는 구속집행정지를 결정할 때 어떤 조건 하에서 추징되는지를 명시하여야 한다.<sup>241)</sup>

#### (4) 담보 제공방식

##### (가) 현금이나 유가증권의 공탁

현금이나 유가증권의 공탁은 일반적으로 공탁규정(Hinterlegungsordnung)<sup>242)</sup>에 의한다. 해당 공탁업무가 지방법원의 공탁소에 배정된다.(공탁규정 제1조) 피의자가 구속 상태이기 때문에 자신이 직접 공탁소에 납입할 수는 없고, 보통 피의자의 변호인이 납입한다.<sup>243)</sup> 공탁소는 해당 자금 출처가 피의자의 자산인지, 아니면 제3자의 자산인지를 묻지 않는다.<sup>244)</sup>

현금이 아닌 직불카드(EC 카드) 또는 신용카드로도 담보를 제공할 수 있다. 2006년 12월 22일 「법원 및 사법당국과의 지불거래에 관한 법률(Gesetz über den Zahlungsverkehr mit Gerichten und Justizbehörden; ZahlVGJG)」은 직불카드(EC카드) 또는 신용카드에 의한 지불을 허용하였는데, 이것이 보석제도에도 적용된다. 지불에 관한 세부 사항은 주 정부 또는 연방법무부의 법규명령으로 정한다.<sup>245)</sup>

239) 체포명령·유지 배제(제127조a 제1항)를 위해 피의자가 적절한 담보를 제공한 경우(동항 제2호)에 그 보석금은 예상되는 벌금형과 소송비용을 대비한다는 점에서 차이가 있다. 이에 대해서는 아래 3-라. 참고.

240) 관련 판례로는, OLG Frankfurt am Main, StV 2000, 509.

241) Graf, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019, (이하 KK-Graf) § 116, Rn. 20.

242) 공탁규정(1937년 3월 10일 제정)은 2010년 10월 31일까지 유효하였고, 현재는 각 주(州)법으로 규율한다. 다만 대부분 공탁규정과 동일한 내용을 담고 있다.(MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 19)

243) BGH NJW 2009, 840 (840): 이때 변호인은 제공받은 돈을 다른 목적으로는 사용할 수 없다.

244) 피의자가 적절한 담보를 공탁할 것을 명한 경우, 해당 자금의 출처가 제3자일지라도 형식적 의미에서 공탁자는 피의자이기 때문에 그 보석금에 대한 상환청구권을 피의자의 채권자가 압류할 수 있다.(MüKo-Böhm/Werner, § 123, Rn. 25)

245) BeckOK-Krauß, § 116a, Rn. 2; MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 24.

## (나) 담보권의 설정

담보권 설정 대상이 되는 담보권에는 동산(질권, 소유권의 양도담보) 및 부동산(토지채무(부동산담보물권))에 대한 모든 유형의 담보, 그리고 채권(담보목적의 채권양도)이 포함된다. 민법상 좁은 의미의 담보 설정으로 보지 않는다.<sup>246)</sup> 이미 부동산에 다른 담보가 설정되어 있어 담보가치가 충분하지 않은 경우에도, 해당 부동산의 강제경매 가능성으로 인해 피의자가 도주하는 것을 막을 수 있다면 그 부동산에 담보를 설정하는 것도 가능하다.

## (다) 보증인

보증은 구속집행정지가 취소되면 제3자가 사전에 정해진 금액을 국가에게 지불하기로 하는 독일 민법 제780조상 채무약속(Schuldversprechen) 또는 제3자의 단독채무자로서의 지불의무이다.<sup>247)</sup> 독일 민법 제765조에 의해 청구할 수 있는 채무가 아니기 때문에 민법상 보증을 의미하지 않는다. 제3자가 은행에 현금이나 유가증권을 공탁하고 추후 담보 추정요건(독일 형사소송법 제124조)이 충족되면 국가가 은행으로부터 해당 금액을 지급받을 수 있는 권한을 부여하는 방식으로 보증이 가능하다.<sup>248)</sup>

보증 액수가 충분하다면, 피의자가 해당 제3자에 의한 보증에 동의하지 않더라도 보석이 가능하다.<sup>249)</sup> 보증 제공을 반드시 서면으로 작성(독일 민법 제766조)할 필요는 없지만 서면 작성이 권고된다.<sup>250)</sup>

246) BeckOK-Krauß, § 116a, Rn. 2; MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 20: 압류된 채권을 양도하는 것도 가능하다고 한다.

247) OLG Hamm BeckRS 2017, 122303, Rn. 11; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 375 (376)

248) LR-Hilger, § 116a, Rn. 6: 다만 유럽연합 내 승인된 신용기관(대형은행)이 제116조a 제1항의 의미에서 직접 집행 가능하여야 하고, 취소할 수 없는, 무조건적·무제한적 지불약속을 하여야 한다. 이 사실이 보석명령에 명시되어야 한다.(MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 23)

249) LR-Hilger § 116a, Rn. 7.

250) KK-Graf, § 116a, Rn. 1.

## 나. 구속집행정지(제116조)를 위한 구속 대체처분으로서의 담보제공

### (1) 구속집행정지

#### (가) 개관

독일은 피의자와 피고인을 구별하지 않고 동일한 형태로 구속영장 집행을 정지한다. 우리나라 형사소송법상 구속집행정지(제101조)가 피의자·피고인에게 개인적 사정이 있는 경우 구속 집행을 일시적으로만 정지하는 데 반해, 독일 형사소송법상 구속집행정지(제116조)는 불구속 상태에서 소송절차에 임할 수 있도록 하는 제도이다.<sup>251)</sup>

독일 형사소송법 제116조 제1항부터 제3항까지 구속집행정지를 위한 요건을 규정하고 있다. 비례성의 원칙이 반영된 규정이다. 도망<sup>252)</sup>을 제외한 구속사유(도주의 위험, 증거인멸의 위험, 중대범죄혐의, 재범위험)를 이유로 발부된 구속영장의 집행은, 더 경한 처분으로도 구속의 목적을 달성할 수 있다고 예상할 수 있는 충분한 근거가 있는 경우에는 법원에 의해 정지된다.

도주의 위험만을 이유로 구속영장이 발부된 경우에는 1. 정해진 시간에 법관, 형사소추기관 또는 이들이 지정한 사무소에 출두하여야 한다는 지시<sup>253)</sup>, 2. 법관의 승인 없이는 주소, 거소 또는 일정 지역을 이탈할 수 없다는 지시, 3. 지정된 자의 감독하에 서만 주거를 이탈할 수 있다는 지시, 4. 피의자 또는 제3자가 적절한 담보를 제공하여야 한다는 지시를 더 경한 구속 대체처분으로 고려한다(제116조 제1항). 제4호 처분과 관련하여, 제3자에 의한 담보 제공을 허용할 것인지는 법관의 재량이다.<sup>254)</sup> 다만 제3자에 의한 담보 제공을 조건으로 결정하면 이 사실을 명시하여야 한다. 법원은 담보제공자를 사후적으로 변경할 수도 있다.<sup>255)</sup>

증거인멸을 이유로 구속영장이 발부된 경우에는 더 경한 처분으로도 증거인멸 위험을 현저히 감소시킬 것이라고 예상할 수 있는 충분한 근거가 있다면 법원은 구속영장

251) 신양균(2009), 앞의 논문, 57쪽.

252) 도주한 피의자가 출두하고자 한다면, 구속사유는 도주에서 도주 위험으로 전환된다. 그러면 구속 집행이 정지될 수 있다.(MüKo-Böhm, § 116, Rn. 5)

253) 고용주 동의하에 고용주에게 출두할 것을 지시할 수도 있다.(BeckOK-Krauß, § 116, Rn. 8)

254) BeckOK-Krauß, § 116a, Rn. 2.

255) BeckOK-Krauß, § 116a, Rn. 3.

의 집행을 정지할 수 있다고 하면서, 이때 고려되는 대체처분으로 공동피의자, 증인 또는 감정인과 연락하지 않아야 한다는 지시를 규정하고 있다(동조 제2항). 증거인멸을 이유로 구속영장이 발부되어 구속된 상황에서 증거가 대부분 확보되어 기소되었다면, 공동피의자 등과의 접촉금지명령을 내리고 구속 집행을 정지하여 주는 것이다.

재범위험을 이유로 구속영장이 발부된 경우에는 피의자가 특정한 지시를 준수할 것이고 이를 통해 구속의 목적이 달성될 것이라는 충분한 근거가 있다면 구속영장의 집행을 정지할 수 있다(동조 제3항).

피의자가 높은 개연성으로 소송절차를 회피하지 않을 것이 예상되는 경우에만 구속 집행정지 결정이 내려진다. 이때 가족 간 유대와 같은 개인적 상황, 범죄 결과, 예상되는 형벌, 조사과정에서 피의자가 보여주었던 행동, 미결구금산입(독일 형법 제51조 제1항)으로 인한 도주 위험의 감소 등 모든 상황이 고려된다.<sup>256)</sup>

피의자가 담보 제공을 조건으로 구속집행정지를 신청하는 경우(제116조a 제3항 참고) 외에도 법원은 전체 소송절차 내내 직권으로 구속집행정지를 심사한다. 특히 구속영장 발부, 구속에 대한 항고, 구속심사 시 구속영장 심사판사에 의해 검토되고, 주 고등법원에 의해서도 제121조에 따른 절차에서 검토된다. 주 고등법원도 구속집행을 정지할 수 있다(제122조 제5항).

집행정지의 대상이 되는 구속영장에는, 공판을 위한 구속(제127조b 제2항)을 위해 발부된 구속영장, 피고인의 불출석(제230조 제2항; 제329조 제4항 제1문)을 이유로 발부된 구속영장, 본인출석명령(제236조)에 따른 구속영장, 임시수용(제126조a 제2항; 제116조 제3항 및 제4항 준용)에 따른 시설수용영장도 포함된다. 그러나 제275조a 제6항에 따른 구금명령, 제453조c 유예취소 전 임시처분으로서 발부된 구속영장에 대해서는<sup>257)</sup> 구속집행정지가 불가하다. 해당 조항에서 구속집행정지를 위한 제116조를 준용하지 않는다.

256) BeckOK-Krauß, § 116, Rn. 6.

257) 사후적 보호감호를 명해야 할 긴급한 이유가 존재할 때에는 법원은 판결의 확정력이 발생할 때까지는 구금명령을 내릴 수 있다.(제275조a 제6항); 집행유예 또는 선고유예를 취소할 수 있는 충분한 근거가 존재하는 경우, 법원은 취소결정의 확정력이 발생할 때까지 유죄판결을 받은 자의 인신을 확보하기 위하여 임시처분을 할 수 있다. 제112조 제2항 제1호나 제2호(도주, 도주의 위험) 구속사유를 이유로 구속이 긴급한 경우 또는 유죄판결을 받은 자가 중대한 범죄행위를 행할 우려가 있다는 충분한 사실적 근거가 있는 경우 구속영장을 발부할 수 있다.(제453조c 제1항)

그리고 구속집행정지와 관련하여 법원은 검사의 신청에 구속되지 않는다. 이는 공소제기 이전에 검사가 구속영장 취소를 신청하면 구속영장을 반드시 취소하여야 하는 것(제120조 제3항)과 다르다.

#### (나) 구속집행정지 취소

법관은 ① 피의자가 자신에게 부과된 의무나 제한을 현저히 위반하거나, ② 피의자가 도주를 준비하거나 규정에 따른 소환에 대하여 충분한 해명 없이 불응하거나 기타의 방법으로 그에 대한 신뢰가 정당하지 못하였음을 보여주는 경우, 또는 ③ 새롭게 나타난 사정으로 구속이 필요한 경우에 구속집행정지를 취소하고 재구속을 명한다(제116조 제4항).<sup>258)</sup>

구속집행정지를 명할 당시와 비교할 때 상황이 본질적으로 변한 경우에만 집행정지를 취소할 수 있다. 그리고 비례성의 원칙을 고려하여 집행정지를 취소하기 전에 대체처분 강화를 우선 검토해보아야 한다.<sup>259)</sup> 이때 제공하여야 하는 담보 액수를 지나치게 가중하는 처분<sup>260)</sup>은 사실상 구속집행정지를 취소하는 것과 다를 바 없기 때문에 허용되지 않는다.

#### (다) 비례성 원칙과 구속집행정지

구속집행정지 결정이 형사소송법 규정과는 달리 실무상으로는 - 특히 도주위험을 이유로 발부된 구속영장의 집행정지를 결정하는 경우 - 비례성 원칙을 충분히 고려하지 않는다는 지적이 있다.<sup>261)</sup> 그리고 보석제도를 충분히 활용하고 있지 않음을 지적한다.<sup>262)</sup> 구속보다 경한 처분으로도 구속의 목적을 달성할 수 있는지에 대한 판단이 쉽지 않다는 이유로, 피의자의 자유권보다는 효과적인 형사소송 절차확보를 우선순위를 두는 관행이 지속되고 있는 것이다. 독일 형사소송법 제116조 규정이 법관에게 구속집행정지 결정을 위한 광범위한 재량을 부여하고 있는 것도 그 원인으로 분석된다.<sup>263)</sup> 이는 실제 구속사유가 존재하지 않아 구속영장이 기각되어야 하거나 추후

258) 해당 요건은 구속영장이 취소된 후에 재발부되는 경우에도 동일하게 적용된다.

259) BeckOK-Krauß, § 116, Rn. 20.

260) BVerfG StV 2013, 96: 45,000유로에서 250,000유로로 인상한 경우.

261) MüKo-Böhm, § 116, Rn. 2; LR-Hilger, § 116, Rn. 2.

262) MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 2.

263) 이러한 분석으로는, Nobis, StraFo 2013, 318 (318 ff.).

취소되어야 하는 경우에도 효과적인 형사소송 절차확보를 위해 일단 구속영장 발부 후 집행만을 정지하는 실무관행과도 궤를 같이 한다. 이러한 문제의식하에 구속집행정지 취소 요건(제116조 제4항)처럼 구속집행정지 요건도 명확하게 규정하여야 한다는 주장이 있다.<sup>264)</sup> 이 견해는 더 나아가 통상적 사안에서는 피의자의 주소, 직장, 지역사회 내 지위 등이 확실하거나 피의자 또는 제3자가 적절한 담보를 제공하는 등 일정 조건을 충족하면 구속 집행을 일관되게 정지하는 것을 원칙으로 하되, 이러한 조건을 충족하였음에도 불구하고 피의자를 구속하려면 구속이 필요한 특별한 사정이 있어야 한다는 형태로 개정할 것을 제안한다.

구속집행정지 요건규정이 각각 의무(제116조 제1항)와 재량(동조 제2항 및 제3항) 형식으로 규정되어 있는 점도 주목해볼 만하다. 도주 위험을 근거로 구속영장이 발부된 때(제1항)에는 요건충족 시 구속 집행이 반드시 정지되어야 하는데 반해, 증거인멸의 위험(제2항) 또는 제112조a상 범죄의 재범위험(제3항)을 근거로 구속영장이 발부된 때에는 “법관은 구속영장 집행을 정지할 수 있다”고 하여 법관에게 구속집행정지 결정에 대한 재량이 부여되어 있다. 그러나 통설은 제2항, 제3항의 경우에도 요건충족 시 비례성의 원칙에 따라 구속 집행이 정지되어야 한다고 본다.<sup>265)</sup>

## (2) 구속에 대한 대체처분

구속집행정지를 명하기 위해서는 구속보다 경한, 구속에 대한 대체처분을 지시하여야만 한다. 구속 대체처분 지시가 필요하지 않다면, 애초에 구속영장은 발부되지 않았어야 하거나 발부된 구속영장은 취소되어야 하기 때문이다.<sup>266)</sup> 같은 맥락에서 구속집행정지는 구속을 위한 요건(유력한 범죄혐의, 구속사유의 존재, 사안의 중대성 및 예상되는 형벌 및 보안처분을 기준으로 한 비례성원칙 준수)이 여전히 충족되는 경우에만 가능하다. 그래서 구속집행정지 명령에는 기본적으로 구속사유가 여전히 존재한다는 사실이 포함되어야 한다.<sup>267)</sup>

구속 대체처분 중 하나인 피의자 또는 제3자의 적절한 담보 제공은, 도주 위험만을

264) MüKo-Böhm, § 116, Rn. 2 f.; MüKo-Böhm/Werner, § 112, Rn. 1.

265) MüKo-Böhm, § 116, Rn. 7; KK-Graf, § 116, Rn. 4.

266) MüKo-Böhm, § 116, Rn. 8; BeckOK-Krauß, § 116, Rn. 7.

267) KK-Graf, § 116, Rn. 7; MüKo-Böhm, § 116, Rn. 11.

근거로 구속영장이 발부된 경우(제116조 제1항 제4호)에 고려되는 대체처분으로 규정되어 있지만, 증거인멸을 근거로 구속영장이 발부된 경우, 제112조a상 범죄의 재범위험을 근거로 구속영장이 발부된 경우에도 피의자 또는 제3자의 적절한 담보 제공을 조건으로 구속 집행을 정지할 수 있다.<sup>268)</sup> 제2항에 따른 구속집행정지를 명하면서, 공동피의자 등과의 접촉금지명령과 동시에 적절한 담보제공처분을 추가하여 해당 접촉금지명령을 강화시킬 수도 있다. 여타 대체처분이 행사절차 중 피의자의 출석을 확보하기 위해 부과되는데 반해, 적절한 담보제공처분은 그 외에도 선고가 예상되는 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분의 집행을 보장하기 위해 부과된다.

대체처분은 범죄적 성격이 없어야 하고, 기본권을 침해해서도 안 되며, 피의자에게 기대 불가능한 요구를 해서도 안 된다. 앞서 살펴본 제116조 제1항 제1호 내지 제4호에 규정된 대체처분 외에도 기타 대체처분이 부과될 수 있다. 여기에는 신분증, 여권 또는 운전면허증 제출 지시, 특정 주거에 입주하여야 한다는 지시, 특정 지역에 진입할 수 없다는 지시, 약물치료에 대한 지시, 은행계좌 동결처분, 일시적 직업금지명령(제132조a) 등이 포함된다.<sup>269)</sup> 대체처분은 상호 간에 결합가능하다.<sup>270)</sup> 대체처분은 기본적으로 구속영장의 발부를 전제하지만, 피의자가 구속영장이 발부되는 것을 면하고자 경찰을 상대로 특정한 제한 내지 의무를 자발적으로 제시하는 것도 가능하다고 본다.<sup>271)</sup>

## 다. 체포명령·유지 배제(제127조a)를 위한 담보 제공

### (1) 체포제도 개관

우리나라에서는 영장에 의한 체포(형사소송법 제200조의2)를 원칙으로 하는데 반해, 독일에서 체포는 구속으로 이어지는 임시처분이다. 법관이 영장을 발부할 때까지 기다리면 신병을 확보할 수 없는 긴급한 상황이 있는 경우에 혐의자의 신병을 확보하

268) MüKo-Böhm, § 116a, Rn. 13.

269) BeckOK-KrauB, § 116, Rn. 12.

270) BeckOK-KrauB, § 116, Rn. 7.

271) KK-Graf, § 116, Rn. 5; 이 관행에 의문을 제기하는 견해로는, MüKo-Böhm, § 116, Rn. 8: 경찰이 필요하다고 판단하는 대체처분을 구속영장 심사판사가 반드시 명할 필요가 없다는 점을 근거로 제시한다.

기 위한 처분이다.

체포제도에는, 범죄현장의 직접 당사자이거나 이로 인하여 추적당하고 있는 자가 도주의 혐의<sup>272)</sup>가 있거나 그 자의 신원을 즉시 확인할 수 없는 경우 법관의 명령 없이도 누구나 그 자를 임시로 체포할 수 있게 하는 현장체포(독일 형사소송법 제127조 제1항), 검사나 경찰공무원<sup>273)</sup>에 의한 개인 신원확인을 위한 체포(제1항; 제163조b 제1항 준용), 구속의 전(前)단계로서 긴급을 요하고 구속영장이나 시설수용영장의 요건이 존재하는 경우 검사와 경찰공무원이 체포할 수 있게 하는 수사기관에 의한 임시 체포(제2항)가 있다.

위 제127조는 우리나라 형사소송법상 현행범인의 체포(제212조), 긴급체포(제200조의3)를 포괄하는 규정이다. 우리나라와의 차이점을 살펴보면,<sup>274)</sup> 독일에서는 현행범인을 체포하는 경우에도 ‘도주의 혐의가 있거나 그 자의 신원을 즉시 확인할 수 없는 경우’라는 체포사유를 명시적으로 요구하고 있다. 긴급체포와 관련하여서도, 우리나라에서는 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유를 요구하는데 반해, 독일에서는 대상 범죄를 한정하고 있지 않다. 또한, 독일에서는 신원확인을 위해서도 영장 없이 체포할 수 있도록 하고 있고, 심리 구금을 위한 임시체포(제127조b)<sup>275)</sup>도 가능하다는 점에서 차이가 있다.

272) 구속사유 중 하나인 ‘도주의 위험’이 있을 필요는 없다. 대상자의 인식 가능한 행위를 통해 그 자가 즉시 체포되지 않으면 형사절차를 모면할 것이라는 사실이 추정되면 ‘도주의 혐의’가 인정된다고 본다.(Beulke, StPO, Rn. 236)

273) 경찰(Polizei)직무(Dienst)를 수행하는 공무원을 말한다. 독일의 경찰체계를 보면, 다수의 주(州)가 경찰행정과 질서행정 분리체계를 취하고 있고, 바덴-뷔르템베르크, 자아란트, 작센, 브레멘 주(州)가 단일체계를 취하고 있다. 분리체계 하에서는 경찰관청과 질서관청(Ordnungsbehörde)이 제도적으로 분리되어 있고, 이 중 경찰관청만이 경찰(Polizei)로 불린다. 단일체계 하에서는 전체 관청이 경찰로 불리지만, 기능에 따라 경찰행정관청과 경찰집행관청으로 분리된다.(이에 대해 자세한 내용은, 김성룡, 독일 경찰의 구조와 기능 - 행정, 위험예방, 사법, 정보 기능 분리의 관점에서 -, 형사법의 신동향 제63호, 247쪽 이하)

274) 이에 대해 자세한 내용은 신양균(2009), 앞의 논문, 30쪽 이하 참고.

275) 심리구금을 위한 임시체포는 우리나라 형사소송법상 소환(제68조), 구인(제71조)과는 달리 공판심리에 대비하여 피고인의 출석을 확보하기 위한 제도이다. 체포자를 석방하여 절차를 신속하게 진행할 수 없게 되는 경우를 방지하기 위한 제도이다. 신속절차를 통해 즉각적인 판결을 내릴 개연성이 있고 체포자가 공판심리에 출석하지 않을 것을 우려할만한 구체적인 사실이 있는 경우에는 검사와 경찰공무원이 범죄현장에서 발견되거나 추적당하는 자를 임시 체포할 수 있다(독일 형사소송법 제127조b).

## (2) 체포 후 절차

체포 후, 체포자가 석방되지 않은 이상, 지체 없이 늦어도 체포일 다음 날까지는 체포지의 관할 지방법원 판사에게 그 자를 인치하여야 한다(제128조 제1항).<sup>276)</sup> 판사는 인치된 자를 신문한다. 판사가 체포를 정당하지 않다고 보거나 체포사유가 소멸되었다고 보는 경우에는 석방을 명한다. 그렇지 않은 경우에는 판사는 검사의 청구로, 검사와 연락할 수 없는 때에는 직권으로, 구속영장이나 시설수용영장을 발부한다(동조 제2항). 그런데 검사와 경찰공무원은, 피의자가 추후 선고가 예상되는 벌금과 소송비용에 대한 담보를 제공하는 경우 독자적으로 체포를 유지하지 않고 지방법원 판사에게 인치하지 않을 수 있다.

독일에서는 체포된 피의자에 대해서만 신문하는데(제128조) 반해, 우리나라에서는 체포 여부를 불문하고, 체포(영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범인 체포)된 피의자(제201조의2 제1항) 외의 피의자(제2항; 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후)도 대상으로 한다.

## (3) 체포명령·유지 배제

피의자가 국내에 주소나 거소를 가지고 있지 않고,<sup>277)</sup> 구속요건을 갖추되 구속사유가 오로지 도주 위험인 경우에는 ① 범죄행위를 이유로 자유형을 선고하거나 자유를 박탈하는 보안처분을 명할 것을 고려하지 않거나, ② 피의자가 예상되는 벌금형과 소송비용에 대하여 적절한 담보를 제공한 경우에 피의자에 대한 체포명령·유지를 배제할 수 있다(제127조a 제1항).

자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분이 예상되는 경우에는 체포명령·유지가 배

276) 우리나라 형사소송법은 긴급체포 시 검사 또는 사법경찰관으로 하여금 즉시 긴급체포서를 작성하게 한다는 점(제200조의3 제3항), 피의자를 구속하고자 할 때에는 검사가(사법경찰관은 검사에게 신청하여) 지체 없이 관할 지방법원 판사에게 구속영장을 청구하도록 하면서 영장 청구기한을 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내로 하고 있다는 점(제200조의4 제1항), 구속영장을 청구하지 않고 피의자를 석방한 경우 석방한 날부터 30일 이내 법원에 통지의무가 있다는 점(제200조의4 제4항)에서 차이가 있다.

277) 방문, 휴가 여행, 일시적인 출장목적을 위한 체류는 거소로 인정되지 않는다. 해당 규정의 적용대상과 관련하여, 외국인에 한정하는 견해(Schmitt, Meyer-Goßner/Schmitt Strafprozessordnung, 58. Aufl., 2015.(이하 Meyer-Goßner/Schmitt StPO) § 127a, Rn. 2)가 있는데, 규정의 문구와 비례성의 원칙의 요청을 고려할 때 외국인에 한정할 필요는 없다고 본다(Mayer, NStZ 2016, 76 (80); BeckOK-Krauß, § 127a, Rn. 2).

제되지 않는다(동항 제1호). 이때 자유를 박탈하는 소년구금처분(Jugendarrest: 소년법원법 제16조)이 예상되는 경우에도 체포명령·유지가 배제되지 않는다고 보는 견해<sup>278)</sup>가 있다. 그러나 소년구금처분은 자유형이 아니라 소년법원법 제13조 제2항 제3호에 따른 징계조치이므로 소년구금처분이 예상되는 경우에는 체포명령·유지 배제가 가능하다고 보아야 할 것이다.<sup>279)</sup> 피의자에 대한 체포명령·유지가 배제되면, 피의자는 체포되지 않고 피의자가 이미 체포된 경우에는 석방된다. 피의자가 이미 지방법원 판사에게 인치된 경우에도 제127조a에 따라 석방된다.<sup>280)</sup> 운전면허 박탈, 운전금지(독일 형법 제44조), 박탈 및 몰수(동법 제73조 이하)와 같은 부수적 처분은 체포명령·유지 배제결정에 영향을 미치지 않는다.<sup>281)</sup>

#### (4) 적절한 담보 제공

피의자에 대한 체포명령·유지 배제를 위한 조건 중 하나로, 예상되는 벌금형과 소송비용에 대한 적절한 담보제공이 요구된다. 담보 제공은 현금이나 유가증권의 공탁, 담보권의 설정 또는 보증인을 통해 가능하다(형사소송법 제127조a 제2항; 제116조a 제1항 준용). 담보의 액수는 법원의 양형 판단에 기초한 벌금형과 소송비용을 충당할 수 있을 정도여야 한다. 소송비용은 수수료 및 국고의 체당금이다. 공소 준비에 의해 발생한 비용 및 범죄행위의 법률효과에 관한 집행비용도 소송비용에 포함된다(제464조a 제1항). 「형사소송 및 벌금형 부과에 관한 지침(Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren; RiStBV)」 제60호는 혐의범죄에 대해 경험적으로 확정된 벌금형과 소송비용을 기반으로 담보 액수를 결정하도록 하고 있다. 실무상 이 지침에 따라 경찰공무원이 검사와 상의한 후 금액을 결정한다고 한다.<sup>282)</sup> 이 지침은 아래에서 살펴볼 구속요건을 갖추지 않은 피의자에 대한 형사절차 보장을 위한 담보제공지시(형사소송법 제132조)에도 그대로 적용된다.

피의자에 대한 체포명령·유지 배제를 위한 적절한 담보제공 지시는 제116조a 제3항도 준용하기 때문에(제127조a 제2항) 독일에 거주하지 않는 피의자가 예상되는

278) BeckOK-KrauB, § 127a, Rn. 3.

279) MüKo-Böhm, § 127a, Rn. 6.

280) KK-Graf, § 127a, Rn.1; LR-Hilger, § 127a, Rn. 11.

281) BeckOK-KrauB, § 127a, Rn. 3.

282) MüKo-Böhm, § 127a, Rn. 7.

벌금형과 소송비용에 대하여 적절한 담보를 제공하여 체포명령·유지를 배제하는 경우에는 피의자는 관할법원의 지역에 거주하는 자에게 송달된 서류의 수취에 관한 전권을 서면으로 부여하여야 한다. ‘관할법원 지역 거주’ 요건을 판례는 완화하여 다른 지역에 거주하는 자에게 위임하는 것도 허용한다.<sup>283)</sup>

#### 라. 구속요건을 갖추지 않은 피의자에 대한 형사절차 보장을 위한 담보제공지시(제132조)

독일 형사소송법 제132조에 따르면, 범죄행위에 대하여 유력한 혐의가 있는 피의자가 국내에 주소나 거소가 없지만 해당 사건이 구속요건을 갖추지 못한 경우에, 형사절차 보장을 위해 예상되는 벌금형과 소송비용에 상응하는 적절한 담보를 제공할 것과 관할법원의 지역에 거주하는 자에게 송달의 수취에 관한 전권을 위임할 것을 명할 수 있다. 명령을 내릴 수 있는 주체는 원칙적으로 법관이나, 긴급을 요하는 경우에는 검사와 그의 수사요원(독일 법원조직법 제152조)도 해당 명령을 내릴 수 있다(제2항). 다만 이 경우 피의자는 법원의 결정을 신청할 수 있다. 이 신청권은 압수명령에 대해 당사자는 언제든지 법원의 재판을 신청할 수 있게 한 제98조 제2항 제2문에 비추어 인정된 것이다.

위 명령은 벌금형이 선고될 것이 예상되는 경우에만 내릴 수 있다. 벌금형이 아닌 자유형 또는 자유를 박탈하는 처분이 예상되는 경우에는 해당 명령을 내릴 수 없다. 그리고 도주 위험이 있는 경우에만 적절한 담보의 제공을 명할 수 있다고 본다.<sup>284)</sup> 인적 범위와 관련하여서는, 독일 영역이 아닌 외국에 있는 피의자는 제외된다고 보는 견해<sup>285)</sup>가 우세하나, 가까운 장래에 독일 영역에 다시 들어와 명령을 이행할 수 있으면 외국에 있는 피의자도 포함된다는 견해<sup>286)</sup>도 있다.

그리고 송달의 수취에 관한 대리인은 관할법원 지역 내에 거주하여야 한다.<sup>287)</sup> 앞서 살펴본, 구속집행정지, 체포명령·유지 배제를 위한 송달의 수취에 관한 대리인은

283) LR-Hilger, § 127a, Rn. 10; BeckOK-Krauß, § 127a, Rn. 5; MüKo-Böhm, § 127a, Rn. 9.

284) BeckOK-Krauß, § 132, Rn. 5.

285) Jakoby, StV 1993, 448; Schmitt, Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 132, Rn. 1.

286) Mayer, NStZ 2016, 76 (80); Schultheis, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019, § 132, Rn. 1; MüKo-Böhm, § 132, Rn. 3.

287) BeckOK-Krauß, § 132, Rn. 12.

‘관할법원의 지역에 거주하는 자’라는 명시적 규정에도 불구하고 일반적으로 관할법원 지역에 거주하지 않아도 된다고 본다.

적절한 담보 제공은 현금이나 유가증권의 공탁, 담보권의 설정 또는 보증인을 통해 가능하다(제132조 제1항; 제116조a 제1항 준용). 피의자가 담보제공명령에 불응하는 경우에는 피의자 소유의, 직접 이용하는 운송수단과 기타 물건을 압수할 수 있다(제132조 제3항). 송달의 수취에 관한 대리인을 지정하라는 명령에 따르지 않은 경우에도 피의자의 물건을 압수할 수 있다. 압수대상물은 경제적 관점에서가 아니라 법적으로 피의자 소유물이어야 한다. 구체적인 압수절차는 제94조(증거대상의 보전)와 제98조(압수명령)에 의한다(제132조 제3항 제2문).<sup>0</sup> 압수대상물에 해당하는 피의자의 물건과 피의자를 수색할 수 있다. 압수된 물건들은 최종 유죄판결 선고 후 처분된다.

그러나 압수가 명령된 담보가치보다 현저히 과하게 이루어진 경우, 압수로 인해 피의자가 독일을 떠나는 것이 사실상 불가능하게 된 경우는 비례성 원칙에 반하는 것으로 본다. 그리고 반드시 피의자가 있을 때에만 압수할 수 있고, 해당 압수의 목적이 담보제공명령을 집행하기 위한 것인지 아니면 송달서류의 수취를 위한 대리인을 지정하기 위한 것인지를 명확히 해야 한다. 압수 후에도 충분한 담보 제공, 대리인 지정, 형사소송절차 중지 또는 무죄 선고가 있으면 압수가 해제된다.<sup>288)</sup>

### 제3절 | 일본

#### 1. 일본의 구속제도

일본의 인신구속절차는 통상 다음과 같은 절차로 진행된다.

<sup>288)</sup> BeckOK-Krauß, § 132, Rn. 14 ff.

## 가. 체포

체포는 피의자의 신체의 자유를 단기간 구속하는 대인적 강제처분이다. 우리나라의 경우와 달리 일본은 피의자의 구속은 반드시 체포를 전제로 한다(체포전치주의, 제 207조 제1항). 체포전치주의를 정한 취지는, 피의자에 대한 신병구속의 초기 단계에서는 혐의 및 신병구속의 필요성에 대한 판단이 다분히 유동적이기 때문에, 우선 제1단계로서 48시간 내지 72시간이라는 비교적 단기의 구금인 체포에 의한 신병구속을 선행시켜 그 기간의 수사에 의해서도 혐의 및 신병구속의 필요성이 인정되는 경우에만 한하여 재판관의 판단을 거쳐 제2단계로서 10일간의 구류를 인정한다는 신중한 절차를 취하는 것이 피의자의 인신보호의 요청에 부합한다는 것에 있다고 한다.<sup>289)</sup> 이에 따라 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어 그 자를 구속할 필요가 있는 경우, 우선 경찰은 재판소에 체포장(우리나라의 체포영장에 해당한다. 이하 체포영장이라고 한다.)을 청구하고 재판소로부터 발부받은 체포영장에 의하여 그를 체포한다. 체포의 영장주의는 피의자 인권보장의 관점에서 원칙적으로 재판관에 의한 사전심사를 통해 신병구속의 근거를 확립함에 있다.<sup>290)</sup> 체포의 종류에는 통상체포(법 제199조 제1항)와 긴급체포(법 제210조), 현행범체포(법 제212조)로 나누어지는데 통상체포의 경우 우리나라와 달리 경찰도 체포영장을 청구할 수 있고(법 제199조 제2항), 실무에서는 통상 체포영장 청구는 경찰에 의하여 이루어지고 있다.<sup>291)</sup>

289) 安富潔(2021), 刑事訴訟法講義 第5版, 慶應義塾大學出版會, 67쪽; 白取祐司(2021), 刑事訴訟法 第10版, 日本評論社, 184쪽; 酒卷匡(2020), 刑事訴訟法 第2版, 有斐閣, 74쪽.

290) 재판관에 의한 영장심사의 취지는 수사기관의 권한남용의 방지 및 피의자의 인권보장에 있다. 安富潔(2021), 위의 책, 67쪽.

291) 검찰이 청구하는 경우는 미체포피의자가 검찰에 출석하지 아니하는 경우나 일부 특수부 사건과 같이 경찰을 거치지 아니하고 검찰이 직접 수사하는 사건 등에 한정된다.

제199조 ① 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 재판관이 미리 발부한 체포장에 의하여 이를 체포할 수 있다. 단 30만엔(형법, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 및 경제관계범죄의 정비에 관한 법률의 죄 이외의 죄에 관하여는 당분간 2만엔) 이하의 벌금·구류 또는 과료에 해당하는 죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유 없이 전조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하는 경우에 한한다.

② 재판관은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 검찰관 또는 사법경찰원(경찰관인 사법경찰원에 대하여는 국가공안위원회 또는 도도부현(都道府縣) 공안 위원회가 지정하는 경부(警部) 이상의 자에 한함. 이하 본조에 있어서 같은)의 청구에 의하여 전항의 체포장을 발부한다.

단 명백히 체포의 필요가 없다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 검찰관 또는 사법경찰원은 제1항의 체포장을 청구하는 경우에 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 이전에 체포장의 청구 또는 그 발부가 있는 때에는 그 취지를 재판소에 통지하여야 한다.

제200조 ① 체포장에는 피의자의 성명 및 주거, 죄명, 피의사실의 요지, 인치할 관공서 기타의 장소, 유효기간 및 그 기간 경과 후에는 체포할 수 없고 영장은 이를 반환하여야 한다는 취지와 발부 연월일 기타 재판소의 규칙에 규정된 사항을 기재하고 재판관이 이에 기명날인하여야 한다.

② 제64조 제2항 및 제3항의 규정은 체포장에 대하여 이를 준용한다.

제201조 ① 체포장에 의하여 피의자를 체포하는 때에는 체포장을 피의자에게 제시하여야 한다.

② 제73조 제3항의 규정은 체포장에 의하여 피의자를 체포하는 경우에 이를 준용한다.

제202조 검찰사무관 또는 사법순사가 체포장에 의하여 피의자를 체포한 때에는 즉시 검찰사무관은 이를 검찰관에게, 사법순사는 이를 사법 경찰원에게 인치하여야 한다.

제203조 ① 사법경찰원은 체포장에 의하여 피의자를 체포한 때 또는 체포장에 의하여 체포된 피의자를 인수한 때에는 즉시 범죄사실의 요지 및 변호인을 선임할 수 있다는 취지를 고지한 후 변명의 기회를 부여하며, 유치의 필요가 없다고 사료할 때에는 즉시 이를 석방하고, 유치의 필요가 있다고 사료할 때에는 피의자의 신체가 구속된 때부터 48시간 이내에 서류 및 증거물과 함께 이를 검찰관에게 송치하는 절차를 하여야 한다.

② 전항의 경우에 피의자에게 변호인의 유무를 물어, 변호인이 있을 때에는 변호인을 선임할 수 있다는 취지는 이를 고지할 것을 요하지 아니한다.

③ 사법경찰원은 제37조의 2 제1항에 규정된 사건에서 제1항의 규정에 의해 변호인을 선임할 수 있다는 취지를 고지함에 있어, 구류가 청구된 경우 빈곤 그 밖의 사유로 인해 스스로 변호인을 선임할 수 없을 때에는 재판관에게 변호인의 선임을 청구할 수 있다는 취지, 재판관에게 변호인의 선임을 청구함에는 자력신고서를 제출해야 한다는 취지, 자력이 기준액 이상일 때에는 미리 변호사회(제37조의 3 제2항의 규정에 의해 제31조의 2 제1항의 신청을 해야 하는 변호사회를 말함)에 변호인 선임신청을 해야 한다는 취지를 피의자에게 알려야 한다.

④ 제1항의 시간의 제한 내에 송치의 절차를 취하지 아니한 때에는 즉시 피의자를 석방하여야 한다.

\*출처: 법무부(2009), 일본형사소송법·규칙

나. 구속

피의자를 체포한 후 계속 유치할 필요가 있으면 경찰은 48시간 이내에 검찰에 기록 및 증거물과 함께 신병을 송치하여야 한다(제203조 제1항). 유치의 필요성은 사안의

경중과 태양, 도망, 죄증인멸, 통모(通謀) 등 수사방해의 유무, 피의자의 연령, 생활환경, 건강, 기타 제반 사항을 고려하여 판단하여야 한다(범죄수사규칙 제130조 제4항). 신병을 인계받은 검찰은 계속 구금의 필요성이 있을 경우 24시간 이내에 재판소에 구류장(우리나라의 구속영장에 해당한다. 이하 구속영장이라고 한다.) 청구를 하여야 한다(제205조 제1항). 체포영장에 의한 피의자구속은 최대 72시간을 초과할 수 없다(제205조 제2항).<sup>292)</sup> 피의자의 신병을 구속하는 목적은 도망 및 죄증인멸의 위험을 방지함에 있다.<sup>293)</sup> 따라서 공판에의 출석, 형집행의 확보 및 죄증인멸을 방지하여 적절한 재판의 실현을 도모하고자 이루어지는 강제처분인 기소 후 피고인구속과는 구별된다.

#### ▶▶ <표 3-12> 피의자구속과 피고인구속의 차이

구분	피의자	피고인
구속에 선행하는 신병구속의 전제 유무	체포전치주의	피의자구속을 전제로 하지 않음
구속기간	청구일로부터 10일간	기소 또는 구속재판일로부터 2개월간
기간의 연장·갱신	특별한 사정이 없는 경우 10일 이내에서 연장	1개월마다 갱신
보석	보석 인정 안됨	보석이 인정됨
구속 재판	검사의 청구	직권
불복	준항고	준항고(제1회 공판전), 항고(제1회 공판 이후)

\* 출처: 安富潔(2021), 刑事訴訟法講義 第5版, 慶應義塾大學出版會, 77쪽 표 재구성.

#### (1) 피의자구속

피의자구속의 요건은 구속의 이유와 필요(실체적 요건), 구속영장의 청구·발부(절차적 요건)이다.<sup>294)</sup> 구속의 이유로는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한

292) 일본 형사소송법상 체포와 구속 간의 영장의 성격, 구속기간, 불복제도, 집견교통권 등의 차이에 대해서는 白取祐司(2021), 앞의 책, 181쪽 이하 참조.

293) 最大判 1970. 9. 16. 民集 24·10·1410.

294) 피의자 구속의 실체적 요건과 절차적 요건에 대한 구체적인 내용은 酒卷匡(2020), 앞의 책, 66-68쪽 참조.

이유가 있고, ① 피의자가 일정한 주거가 없는 때(주거부정), ② 피의자가 죄증을 인멸할 것으로 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때(죄증인멸의 염려), ③ 피의자가 도망 또는 도망할 것으로 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때(도망의 염려)이다(제60조 제1항). 다만, 30만 엔 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄에 대해서는 피의자의 주거가 일정하지 않은 경우에만 구속의 이유가 인정된다(동조 제3항).

피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 '상당한 이유'는 통상체포에서의 상당한 이유보다도 고도의 혐의가 필요하지만, 긴급체포의 '충분한 이유'와 같은 고도의 혐의는 필요하지 않다.<sup>295)</sup> 주거부정은 피의자에게 객관적으로 정해진 주거가 있다고 하더라도 피의자가 성명, 주거에 대해 묵비권을 행사하여 재판소, 검찰관에게 그 주거를 인지할 수 없는 경우도 포함된다(東京地決 1968. 5. 24. 下刑集 10·5·581). 죄증인멸의 염려에는 실무상 자백의 유무에 의해서 결정되는 것이 아니라 자백이 있더라도 관계 참고인의 진술에 영향을 미쳐 죄증을 인멸할 우려가 있는 경우도 포함된다. 단순히 추상적인 죄증인멸의 염려가 아니라 죄증인멸의 가능성이 객관적으로 존재하고, 피의자의 그 의도가 인정되는 경우이어야 한다. 도망의 염려에는 법원의 소환, 구인을 어렵게 하는 경우도 포함되고, 거소를 전전하여 구인장에 의한 공판기일에 출두하기 어려운 경우에는 도망의 염려가 있다고 본다(広島高岡山支決 1973. 4. 9. 刑月 5·4·496).

구속의 필요는 피의자구속에 의한 공익적 이익과 이로 인해 피의자가 입는 불이익을 비교衡量하고, 피의자구속의 상당성이라는 관점에서 판단된다. 구체적으로는 구속 이유(죄증인멸이나 도망의 염려)의 개연성, 사안의 경중, 체포시간 내에서의 사건처리 가능성, 합의의 성립, 전과·전력의 유무, 피의자의 연령, 건강상태, 구속에 의한 불이익의 정도(직업 등에의 영향), 신병 인수인의 존재, 가족이 받는 불이익 등이 고려된다.<sup>296)</sup>

피의자 구속영장 청구는 검찰관이 구속영장청구서(형사소송규칙 제147조 제1항) 소명자료(동규칙 제148조)를 첨부하여 재판관에게 제출한다(동규칙 제299조). 피의자의 구속영장 청구에 있어서는 체포가 선행되어야 한다(법 제207조 제1항). 검찰관으로

295) 安富潔(2021), 앞의 책, 77쪽.

296) 위의 책, 78쪽.

부터 구속영장 청구를 받은 판사는 피의자에게 피의사건을 알리고 이에 관한 진술을 듣는 등 구류질문(제61조)<sup>297)</sup>을 실시하고,<sup>298)</sup> 구속영장 청구가 적법하고 구속의 이유 및 필요가 있다고 인정될 경우 구속영장을 발부한다(제207조 제1항). 구속영장이 발부 되면 원칙적으로 10일간 피의자를 구속할 수 있고, 그 사이에 기소 여부를 결정한다. 만약 검찰관이 체포된 피의자를 송치받은 후 24시간 이내에 재판소에 기소하였다면 검찰관은 구속영장 청구를 할 필요가 없고(제205조 제3항), 법원이 직권으로 그를 계속 구속할 것인지 여부를 결정하게 된다. 어느 경우이든 법원은 구속을 위한 절차로서 구속질문실에서 구속질문을 거친 후에 구속영장을 발부할 수 있다.

판사는 구속의 이유 또는 필요가 없을 경우, 혹은 법이 정한 시간제한(206조)을 위반했을 경우 등 구속영장 청구가 부적법하다고 인정될 때에는 구속영장 청구 각하 재판을 하고 즉시 피의자의 석방을 명해야 한다(제207조 제5항). 구속영장 청구 각하 재판에 대하여 검사는 준항고를 할 수 있다(제429조 제1항 제2호)

제204조 ① 검찰관은 체포장에 의하여 피의자를 체포한 때 또는 체포장에 의하여 체포된 피의자(전조의 규정에 의하여 송치된 피의자를 제외한다)를 인수한 때에는 즉시 범죄사실의 요지 및 변호인을 선임할 수 있다는 취지를 고지한 후 변명의 기회를 부여하며, 유치의 필요가 없다고 사료될 때에는 즉시 이를 석방하고 유치의 필요가 있다고 사료될 때에는 피의자의 신체가 구속된 때부터 48시간 이내에 재판관에게 피의자의 구류를 청구하여야 한다. 단 그 시간제한 내에 공소를 제기한 때에는 구류청구를 할 것을 요하지 아니한다.

② 검찰관은 제37조의 2 제1항에 규정된 사건에서 전항의 규정에 의해 변호인을 선임할 수 있다는 취지를 고지함에 있어, 구류가 청구된 경우 빈곤 그 밖의 사유로 인해 스스로 변호인을 선임할 수 없을 때에는 재판관에게 변호인의 선임을 청구할 수 있다는 취지, 재판관에게 변호인의 선임을 청구함에는 자력신고서를 제출해야한다는 취지, 자력이 기준액 이상일 때에는 미리 변호사회(제37조의 3 제2항의 규정에 의해 제31조의 2 제1항의 신청을 해야 하는 변호사회를 말함)에 변호인 선임신청을 해야 한다는 취지를 피의자에게 알려야 한다.

③ 전항의 시간의 제한 내에 구류청구 또는 공소제기를 하지 아니하는 때에는 즉시 피의자를 석방하여야 한다.

297) 일본형사소송법 제61조(구류질문) 피고인의 구류는 피고인에 대하여 피고사건을 고지하고 이에 관한 진술을 들은 후가 아니면 이를 할 수 없다. 그러나 피고인이 도망한 경우는 그러하지 아니하다.

298) 구류질문은 피의자나 피고인에게 피의사실 또는 피고사실을 고지하고, 이에 대한 피의자나 피고인의 진술을 청취하는 절차이다. 구류질문은 구류질문실에서 이루어지는데, 변호인이 선임되어 있더라도 입실하지 않고, 검찰관은 물론 경찰관도 입실하지 않는 것이 실무의 일반적인 운용형태이다. 다만 서기관이 입회하여(형소규 제69조), 구류질문조서를 작성할 뿐이다(형소규 제39조). 법원행정처(2013), 외국사법제도연구(14) 각국의 구속 및 보석 기준과 실무운영현황, 501쪽.

④ 전조 제2항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다.

제205조 ① 검찰관은 제203조의 규정에 의하여 송치된 피의자를 인수한 때에는 변명의 기회를 부여하며, 유치의 필요가 없다고 사료될 때에는 즉시 이를 석방하고, 유치의 필요가 있다고 사료되는 때에는 피의자를 인수한 때부터 24시간 이내에 재판관에게 피의자의 구류를 청구하여야 한다.

② 전항의 시간제한은 피의자의 신체가 구속된 때부터 72시간을 초과할수 없다.

③ 전2항의 시간제한 내에 공소를 제기한 때에는 구류청구를 할 것을 요하지 아니한다.

④ 제1항 및 제2항의 시간제한 내에 구류청구 또는 공소제기를 하지 아니하는 때에는 즉시 피의자를 석방하여야 한다.

⑤ 전조 제2항의 규정은 검찰관이 제37조의 2 제1항에 규정된 사건 이외의 사건으로 체포하여 제203조의 규정에 의해 동항에 규정된 사건으로 송치된 피의자에 대해, 제1항 규정에 의해 변명의 기회를 부여하는 경우에 이를 준용한다. 다만 피의자에게 변호인이 있을 때에는 그러하지 아니하다.

제206조 ① 검찰관 또는 사법경찰원이 부득이한 사정에 의하여 전3조의 시간제한에 따를 수 없는 때에는 검찰관은 재판관에게 그 사유를 소명 하여 피의자의 구류를 청구할 수 있다.

② 전항의 청구를 받은 재판관은 그 지연이 부득이한 사유에 기한 정당한 것이라고 인정하는 경우가 아니면 구류장을 발부할 수 없다.

제207조 ① 전3조의 규정에 의한 구류청구를 받은 재판관은 그 처분에 관하여 재판소 또는 재판장과 동일한 권한을 갖는다. 단 보석에 관하여는 그러하지 아니하다.

② 전항의 재판관은 제37조의 2 제1항에 규정된 사건으로 구류가 청구된 피의자에게 피의사실을 고지할 때에, 변호인을 선임할 수 있다는 취지, 빈곤 그 밖의 사유로 인해 스스로 변호인을 선임할 수 없을 때에는 변호인의 선임을 청구할 수 있다는 취지를 피의자에게 고지해야 한다. 다만 피의자에게 변호인이 있을 때에는 그러하지 아니하다.

③ 전항의 규정에 의해 변호인 선임을 청구할 수 있다는 취지를 고지함에 있어 변호인 선임을 청구함에는 자력신고서를 제출해야 한다는 취지 및 자력이 기준액 이상일 때에는 미리 변호사회(제37조의 3 제2항의 규정에 의해 제31조의 2 제1항의 신청을 해야 하는 변호사회를 말함)에 변호인 선임 신청을 해야 한다는 취지를 알려야 한다.

④ 재판관은 전항의 구류청구를 받은 때에는 신속히 구류장을 발부하여야 한다. 단 구류의 이유가 없다고 인정되는 때 및 전조 제2항의 규정에 의하여 구류장을 발부할 수 없는 때에는 구류장을 발부하지 아니하고 즉시 피의자의 석방을 명하여야 한다.

제208조 ① 전조의 규정에 의하여 피의자를 구류한 사건에 관하여 구류 청구일로부터 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하는 때에는 검찰관은 즉시 피의자를 석방하여야 한다.

② 재판관은 부득이한 사유가 있다고 인정하는 때에는 검찰관의 청구에 의하여 전항의 기간을 연장할 수 있다. 이 기간의 연장은 통산하여 10일을 초과할 수 없다.

제208조의 2 재판관은 형법 제2편 제2장 내지 제4장 또는 제8장의 죄에 해당하는 사건에 있어서는, 검찰관의 청구에 의하여 전조 제2항의 규정에 의하여 연장된 기간을 다시 연장할 수 있다. 이 기간의 연장은 통산하여 5일을 초과할 수 없다.

\*출처: 법무부(2009), 일본형사소송법·규칙

(2) 피고인 구속(소환·구인)

구속 규정에 구인과 구금을 포함하고 있는 우리나라와 달리 일본 형사소송법은 소환, 구인, 구속을 별도로 규정하고 있다.

## (가) 소환

소환이란 일정한 장소에 출두하라는 재판이다. 법원은 법원의 규칙으로 정하는 상당한 유예기간을 두고 피고인을 소환할 수 있다(57조). 소환은 소환장을 발부하여 이를 행한다(62조). 구금되어 있는 피고인이 공판기일에 소환을 받고 정당한 이유가 없음에도 출두를 거부하여 형사시설 직원에 의한 인치를 현저히 곤란하게 한 때에는 법원은 피고인의 출석 없이 그 기일의 공판절차를 진행할 수 있다(제286조의2).

## (나) 구인

구인이란 특정인을 일정한 장소에 유치하는 재판 및 그 집행을 말한다. 피고인이 소환에 불응할 때에는 구인장을 발부하여 구인할 수 있다(제58조). 피고인을 구인할 때에는 즉시 피고인에게 공소사실의 요지를 고지하고, 변호인이 없는 때에는 변호인 선임권 및 국선변호인 선임청구권이 있음을 고지하여야 한다(제76조 제1항).

법원은 구인된 피고인에 대하여 변호인 선임권을 고지함에 있어서는 변호사, 변호사법인 또는 변호사회를 지정하여 변호인의 선임을 신청할 수 있다는 취지 및 그 신청처를 고시하여야 한다(76조 2항). 구인한 피고인은 구인장이 발부되지 않는 한 법원에 인치된 때부터 24시간 이내에 석방하여야 한다(제59조)

## (다) 구속

구속은 피고인의 공판정 출두를 확보하기 위하여 피고인을 구금하는 재판 및 그 집행을 말한다. 피고인구속의 요건은 피의자구속의 경우와 거의 동일하다. 구속은 구속영장을 발부하여 이를 행한다(제62조). 구류질문 시 변호인 선임권 외에 국선변호인 선임청구권이 있음을 알려야 한다(제77조 제1항). 법원은 구속된 피고인에 대하여 변호인 선임권을 고지함에 있어서는 변호사, 변호사법인 또는 변호사회를 지정하여 변호인의 선임을 신청할 수 있다는 취지 및 그 신청처를 고시하여야 한다(제77조 제2항).

구속된 피의자가 동일 사실로 기소될 경우, 피의자구속 과정이 피고인구속으로 연계된다. 그러나, 공소사실이 구속의 기초가 된 범죄사실과 동일하지 않은 등으로 피의자에게 구속영장이 발부되지 않은 경우, 검사는 법원의 직권 발동을 요구하는 취지로 '구영장'이라고 기소장에 기재하여 기소한다. 기소 후의 구속에는 체포전치주

의가 적용되지 않는다. 따라서 검찰관에게는 구속영장 청구권은 없다. 그 밖에 기소 후의 구속은 제1회 공판기일 전에는 재판관이, 그 후에는 그 사건을 심리하는 수소재판소가 직권으로 행사한다(제280조). 이것은 수소재판소가 구속재판을 함으로써 공판 심리전에 사건에 대해 예단을 가지는 것을 방지하기 위함이다.

구속기간은 피의자의 경우와 달리 기소일로부터 2개월이다(제60조 제2항). 기소 후 새로 구속된 경우에는 구속영장의 집행일로부터 계산한다(제55조 참조). 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 구체적으로 그 이유를 적시한 결정으로 1개월마다 갱신할 수 있다. 갱신은 원칙적으로 1회이나 사형, 무기 또는 단기 1년 이상의 징역·금고에 해당하는 죄의 경우(제89조 제1호), 장기 3년 이상의 징역·금고에 해당하는 죄의 상습범인 경우(제89조 제3호), 죄증인멸의 우려가 있는 경우(제89조 제4호), 및 피고인의 성명 또는 주거가 불분명한 경우(제89조 제6호)에는 예외로 한다(제60조 제2항).

### (3) 구속에 대한 불복

구속영장의 청구 또는 구속기간의 연장 청구에 대한 재판에 대하여 불복이 있을 때에는 준항고를 할 수 있다(법 제429조 제1항 제2호). 준항고를 하려면 준항고법원에 이유를 기재한 신청서를 제출하여야 한다(제431조).

구속된 피의자, 그 변호인, 법정대리인, 보좌인, 배우자, 직계 친족, 형제자매, 기타 이해관계인은 구속이유의 공개를 청구할 수 있다(82조 1항). 구속이유 공개 청구는 구속이 개시된 해당 법원에 청구해야 한다. 재판관이 구속이유개시 청구를 각하한 재판에 대하여는 제429조 제1항 제2호에 의하여 준항고를 할 수 있다(最高裁判所決定 1971. 6. 14. 刑集 25·4·565). 구속이유의 공개는 공개 법정에서 이루어 지고(제83조 제1항), 원칙적으로 피의자 및 그 변호인이 출석하여야 한다(제83조 제3항). 구속이유의 공개는 공개 법정에서 재판관이 구속이유를 고하는 것이므로 그 절차에서 재판관의 행위는 제429조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 구속에 관한 재판에는 해당하지 않아 준항고의 대상이 아니다(最決 1993·7·19 刑集 47·7·3).

## (4) 구속 통계

## ▶▶ &lt;표 3-13&gt; 2019년 형법범 등 인지건수, 검거건수, 검거인원, 발생률, 검거율

<b>1. 인지건수</b>		
형법범/위험운전치사상/과실운전치사상 등		1,117,741 건
<b>2. 검거인원</b>		
형법범/위험운전치사상/과실운전치사상 등		571,442 건
<b>4. 발생률</b>		
형법범/위험운전치사상/과실운전치사상 등		885.9 %
<b>5. 특별법범 검찰청신규수리인원</b>		
		328,053 명

\* 출처: 2020年版 日本犯罪白書 통계 편집 작성

## ▶▶ &lt;표 3-14&gt; 최근 5년간 체포영장/구속영장 발부건수

(단위: 건)

구분	총수	체포영장			구속영장		
		총수	통상	긴급			
2019년	발부	총수	447,191	85,658	78,957	6,701	96,827
		청구	444,326	85,658	78,957	6,701	94,114
		직권	2,865	-	-	-	2,713
	각하	6,573	88	56	32	6,263	
	취하(철회)	6,980	1,227	1,227	-	2	
2018년	발부	총수	468,902	90,212	82,884	7,328	100,916
		청구	466,374	90,212	82,884	7,328	98,544
		직권	2,528	-	-	-	2,372
	각하	6,370	57	32	25	6,169	
	취하(철회)	6,796	1,194	1,194	-	7	
2017년	발부	총수	466,359	92,522	85,100	7,422	104,533
		청구	463,624	92,522	85,100	7,422	101,993
		직권	2,735	-	-	-	2,540
	각하	5,402	55	31	24	5,268	
	취하(철회)	7,232	1,212	1,212	-	6	
2016년	발부	총수	478,162	96,431	88,806	7,625	109,463
		청구	475,520	96,431	88,806	7,625	106,995
		직권	2,642	-	-	-	2,468
	각하	4,533	54	19	35	4,394	
	취하(철회)	7,379	1,388	1,388	-	2	
2015년	발부	총수	492,783	100,880	92,766	8,114	115,121
		청구	489,520	100,880	92,766	8,114	111,988
		직권	3,263	-	-	-	3,133
	각하	4,101	62	36	26	3,891	
	취하(철회)	7,073	1,373	1,373	-	18	

\* 출처: 日本司法統計年報 각연도

〈표 3-14〉은 최근 5년간 체포영장 및 구속영장의 발부 건수를 나타낸 것이다. 2019년 전체 체포영장 발부 건수는 85,658건이고, 구속영장은 96,827건이 발부되었다. 5년 전인 2015년 체포영장과 구속영장의 발부 건수는 각각 100,880건, 115,121건으로 전체적으로 체포영장과 구속영장의 발부 건수는 감소추세를 보이고 있다. 〈표 25〉에서 나타나는 바와 같이 2019년 특별법범을 포함한 형법범 등 검거인원은 899,495명으로, 체포영장 발부 건수와 대비해 보면 검거 인원 중 약 9.5% 정도가 체포된 것으로 보인다.

▶▶▶ 〈표 3-15〉 최근 10년간 검찰사건 피의자 처리상황

(단위: 명, %)

연도	체포관계				구속관계			
	총수 (A)	경찰등 체포·신병부 송치 (B)	검찰체포 (C)	신병률 (B+C/A)	인용 (D)	각하 (E)	구속영장 청구율 (D+E/B+C)	구속영장 청구기각률 (E/D+E)
2019	289,399	103,059	205	35.7	90,359	4,919	92.3	5.2
2018	301,649	108,709	172	36.1	95,079	4,888	91.8	4.9
2017	306,007	110,407	167	36.1	97,357	3,901	91.6	3.9
2016	316,534	114,306	183	36.2	102,089	3,580	92.3	3.4
2015	333,923	118,259	194	35.5	106,979	2,866	92.7	2.6
2014	346,530	117,454	172	33.9	106,806	2,452	92.9	2.2
2013	356,594	119,119	221	33.5	109,686	1,790	93.4	1.6
2012	372,284	121,593	227	32.7	112,047	1,570	93.3	1.4
2011	386,202	119,789	240	31.1	110,373	1,326	93.1	1.2
2010	413,064	124,449	301	30.2	114,567	1,237	92.8	1.1

\* 日本檢察統計年報 각연도

〈표 3-15〉은 최근 10년간 검찰사건 피의자 처리상황을 나타낸 것이다. 전체 피의자 중 경찰 등에서 체포되어 검찰에 송치되었거나 검찰이 체포한 사건의 피의자 인원이 차지하는 비율인 신병률은 2010년 30.2%에서 2019년에는 35.7%로 증가하여 지속적인 증가 추세를 보이고 있다.

또한, 신병사건 피의자 인원 중 구속영장 청구율은 2010년 92.8%에서 소폭의 증감

을 반복하여 2019년 92.3%를 기록하였다. 구속영장 청구기각률은 2010년 1.1%에서 지속적으로 상승하여 2019년에는 5.2%로 극격한 상승추세를 보이고 있다. 구속영장 청구기각률이 최근 10년간 급격한 증가추세를 보이고 있으나 여전히 5%대에 불과하다는 점을 고려할 때, 일본에서는 일단 체포되면 대부분 구속영장이 청구가 되고, 구속영장이 청구되면 95% 이상이 인용되고 있다.

## 2. 일본의 보석제도

피고인구속의 집행을 정지하는 제도로서는 우리나라와 같이 보석(제88조 내지 제94조)과 구속의 집행정지(95조)가 있다.

일본의 형사소송법은 과거 프랑스와 독일 등 대륙법의 영향을 받아 1880년 치죄법(治罪法)과 1890년 그 개정법인 형사소송법이 프랑스법을 모범으로 계수하였으며, 그 후 1922년 개정법이 독일법의 영향을 강하게 받았으나 1948년 제정된 공포된 현행 형사소송법은 대륙법을 기반으로 영미법의 당사자주의가 대폭 수용되었다. 이러한 영향으로 일본의 보석제도는 이전에는 대륙법적인 특성을 가지고 있었으나 이후에는 영미법계의 영향을 받아 필요적 보석(권리보석)에 관한 규정을 두는 등 피고인의 인권을 강화하는 규정이 마련되었다.<sup>299)</sup>

### 가. 보석의 의의

보석은 일정한 보증(보증금, 유가증권, 보증서)을 조건으로 피고인구속의 집행을 정지하고 그 구금을 해제하는 제도로서 피고인의 신병을 구속하는 대신 보증을 조건으로 피고인의 심리를 간접적으로 압박하여 공판정의 출석 확보를 비롯하여 여러 조건을 준수하게 하여 신병을 구인하는 것과 동일한 효과를 기대하고자 하는 것이다(형사소송법 제93조). 보석은 피고인만의 권리로서 피의자에게는 인정되지 않는다. 또한, 보석은 피고인에 대한 것이 아니라 하나의 구속영장에 하나의 보석이 적용되는 것으로서, 예를 들어 1명의 피고인에게 3개의 구속영장이 병존하고 있는 때에는 3개의 보석 허가 결정이 없으면, 피고인은 현실적으로 신병의 구속은 해제되지 않는다. 그렇

299) 後藤昭·白取祐司編(2018), 新コンメンタル刑事訴訟法 第3版, 日本評論社, 1쪽.

지만 경우에 따라서는 병합하여 보석 허가 결정을 할 수 있다.

### 나. 보석의 종류

보석에는 피고인·변호인·법정대리인·보좌인·배우자·직계 친족·형제자매의 청구에 의한 경우(청구보석, 제88조)와 법원의 직권으로 행사하는 경우(직권보석, 제90조)가 있으며 또한, 청구가 있으면 이를 허용하지 않으면 안 되는 경우(필요적 보석 또는 권리보석, 89조)와 법원의 재량에 위임되어 있는 경우(재량보석, 제90조)가 있다.

일본의 보석제도는 피고인에게만 인정된다는 점에서 우리나라의 보석제도와 기본적으로 동일하지만 부당하게 장기간 구금된 피고인에게 보석을 허가하는 의무적 보석이 있다는 점에서 차이가 있다(제91조 제1항).

#### (1) 필요적 보석

피고인에게는 무죄의 추정이 작용하기 때문에 법원은 보석의 청구가 있는 경우에 일정한 제외사유가 없는 한 보석을 허가하여야 한다(제89조). 보석의 제외사유는 ① 피고인이 사형·무기 혹은 단기 1년 이상의 징역 혹은 금고에 해당하는 죄를 범한 자인 때, ② 피고인이 전에 사형·무기 혹은 장기 10년을 초과하는 징역 혹은 금고에 해당하는 죄에 관하여 유죄의 선고를 받은 사실이 있는 때, ③ 피고인이 상습으로 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범한 자인 때, ④ 피고인이 죄증을 인멸할 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때, ⑤ 피고인이 피해자 기타 사건의 심판에 필요한 지식을 가졌다고 인정되는 자 또는 그 친족의 신체 또는 재산에 해를 가하거나 이들을 외포(畏怖) 하게 할 행위를 할 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때, ⑥ 피고인의 성명 또는 주거가 불명한 때이다(제89조 제1호 내지 제6호). '상습으로'라고 하는 것은 동종의 범죄가 일종의 습벽으로 반복하여 이루어졌다고 인정되는 경우를 말하며, 그 상습성이 범죄의 구성요건으로 되어 있을 것, 또는 동종 전과가 있을 것을 필요로 하지 않는다(高松高決 1955. 6. 18. 裁特 2·13·656). 또한, '죄증을 인멸할 것'이란 물증, 인증의 조사를 적극적으로 불가능하게 하는 경우에 한하지 않고 공판의 개정을 불가능하게 할 목적으로 고의로 출두하지 않고, 그 사이에 증인의 사망 등의 사고의 발생이나 물증의 자연적 소멸을 기다리는 등의 소극적인

태도도 포함한다(東京高決 1954. 7. 15. 裁特 1·1·24).

비교법적으로 볼 때 우리나라의 경우와 달리 피고인의 도망 또는 도망할 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때는 필요적 보석의 제외사유에는 해당되지 않는다는 점이 특징적이다.<sup>300)</sup>

## (2) 직권보석

법원은 보석의 제외사유에 해당되는 경우라도, 적당하다고 인정될 때에는 직권으로 보석을 허가할 수 있다(제90조). 일반적으로 직권보석이라고 하는데, 법원의 직권에 의한 보석은 구속에 의한 구금이 부당하게 장기화된 때에도 행해지기 때문에 임의적 보석 또는 재량보석이라고도 한다. '적당하다고 인정하는 때'란 기본적으로 법원의 자유재량에 맡겨져 있다는 의미이지만 그렇다고 하더라도 보석제도의 목적이나 기능에 비추어 구체적 합리성이 있는 경우에만 허용된다. 즉 필요적 보석의 제외사유에 해당하는 경우에는 원칙적으로 보석의 허용이 적절하지 않다고 인정되기 때문에 직권 보석을 인정하기 위해서는 석방이 상당하다고 할 만한 특별한 사정이 필요하기 때문에 법원이 재량보석의 적부를 판단할 때는 '도망 또는 죄증을 인멸할 염려의 정도'를 고려한 후 '피고인이 받은 건강상, 경제상, 사회생활상 또는 방어 준비상의 불이익 정도, 기타 사정'을 개개의 사안에서 구체적 상황에 맞게 고려하여 판단한다(最決 2014. 11. 18. 刑集 68·9·1020). 보석의 제외사유에 해당하는지는 구속되어 있는 사건을 기준으로 판단한다(名古屋高決 1955. 1. 13. 裁特 2·1=3·3). 한편 재량보석의 허가 여부를 판단함에 있어서는 구속영장이 발부된 사실의 사안의 내용과 성질, 피고인의 경력, 행적, 성격 등의 사정을 검토하기 위한 하나의 자료로써 구속영장이 발부되지 않은 다른 범죄사실을 고려할 수 있다(最決 1969. 7. 14. 刑集 23·8·1057).

## (3) 의무적 보석

구속에 의한 구금이 부당하게 장기화된 경우에는 법원은 형사소송법 제88조에 규정하는 자의 청구에 의하거나, 또는 직권에 의한 결정으로 구류를 취소하거나 보석을 허가하여야 한다(제91조 제1항). '구속에 의한 구금이 장기화된다는 것은 사안의 경중

300) 다만 보석취소 사유에는 해당된다.

이나 재판의 난이도뿐만 아니라 피고인의 심신상태 등 구체적인 사정에 따라 종합적으로 판단할 때에 구류의 재판에 의해 현실적으로 구금이 부당하게 길게 계속된다는 것을 의미한다.<sup>301)</sup> 부당하게 긴 구속으로 인하여 수집된 자백의 증거능력을 부정함으로써 간접적으로 장기간의 부당한 구금을 금지하고 있는 일본 헌법 제38조 제2항의 취지에 따라 규정된 것이다.<sup>302)</sup>

## 다. 보석의 절차

### (1) 보석의 청구

구속된 피고인, 변호인, 법정대리인, 보좌인, 배우자, 직계친족 및 형제자매는 보석을 청구할 수 있다(제88조 제1항). 그렇지만 청구권이 있는 것은 권리보석(제89조)의 경우뿐이다. 이 청구는 피고인이 수감되기 전에도 할 수 있다. 실무에서는 보석의 피고인이 실형의 판결을 선고받은 때에는 보석은 그 효력을 상실하여 다시 수감되게 되는데, 이 경우 수감되기 전에 보석을 청구하여 다시 보석 허가 결정이 있는 때에는 수감되지 않는데(제343조), 이러한 사례는 실무에서는 종종 이루어지고 있다고 한다.<sup>303)</sup> 보석의 청구는 서면에 의하여야 하고 보석의 청구시기에 제한이 없어서 상소기간 중에도 가능한 것은 우리나라의 경우와 동일하다.

### (2) 검찰관의 의견

법원이 보석을 허가하는 결정 또는 보석을 각하하는 결정을 하는 때에는 검사의 의견을 들어야 한다(제92조 제1항). 그러므로 검찰관이 구속을 계속하는 것이 필요하다고 생각하면 그 필요성과 자료를 법원에 제출하여야 하며 이는 구속취소 결정을 하는 경우에도 적용된다(동조 제2항).

우리나라와 달리 일본의 형사소송법에는 검사의 의견 표명과 관련한 기간의 제한에 관한 규정을 두고 있지 아니하여 상당한 기간 내에 의견이 표명되지 않을 때에는 결정을 지체할 필요가 없다고 해석하고 있다.<sup>304)</sup> 위 해석에 의해서도 '상당한 기간'을

301) 김현숙(2004), 앞의 논문, 33쪽.

302) 위의 논문, 33-34쪽.

303) 石丸俊彦·仙波厚·川上拓一·服部悟(2005), 新版 刑事訴訟の実務(上), 新日本法規出版, 611쪽.

304) 김현숙(2004), 앞의 논문, 34쪽.

과연 어느 정도의 기간으로 볼지에 대해서는 판단이 달라질 수 있을 것으로 보이지만 법원이 검사의 의견에 구애받지 않으므로 기간이 큰 의미는 없다.

### (3) 보증금액과 보석조건

법원이 보석을 허가하는 경우에는 필요적 조건으로 보증금액을 정하여야 한다(형사소송법 제93조 제1항). 이때 보증금액은 범죄의 성질 및 정상, 증거의 증명력과 피고인의 성격 및 자산을 고려하여 피고인의 출두를 보증하기에 충분한 상당한 금액이어야 한다(동조 제2항).

법원이 적당하다고 인정하는 피고인 이외의 자가 제출한 보증서로써 보증금에 갈음할 것을 허가하는 경우(제94조 제3항)에도 보증금은 명시하여야 하고, 이를 대신하는 것으로서 보증서에 의하여 그 금액이나 일정액을 정하게 된다. 일단 보증금액을 정하면 항고 시의 재고안에 의한 감액을 제외하고는 변경할 수 없다.<sup>305)</sup>

보증금액은 범죄의 성질(법정형의 경중, 피해의 정도, 범정(犯情), 횡수, 전과의 유무, 집행유예 중의 유무), 정상(직업, 연령, 범행 후의 정상), 증거의 증명력, 피고인의 성격 및 자산(부모 형제를 포함)을 고려하여 피고인의 출석을 보증하기에 충분한 상당한 금액이어야 한다. 그 취지는 보증금이 몰취되어도 상관없을 정도의 낮은 금액으로는 피고인에 대한 출석 확보 또는 도망 방지에 도움이 되지 않기 때문에, 보석조건을 준수하게 하기에 충분한 심리압박의 효과를 기대할 수 있는 금액, 즉 피고인에게 어느 정도 무리해서 마련하게 할 정도의 금액일 것을 요구하는 것으로, 실무에서는 상기 취지에서 일반사회에서 보면 다소 높다고 생각되는 금액으로 정해지고 있다.<sup>306)</sup>

한편, 법원은 현금 대신 유가증권<sup>307)</sup> 또는 피고인 이외의 자(신분관계가 있는 자가 많다. 다만, 변호인이 제출할 수도 있다.)이 제출한 일정액(보증금의 전액이라도 좋으나, 통상은 그 부분이다.)의 보증서로써 보증금을 대신하는 것을 허용할 수 있다(제94조 제3항). 보증서로 보증금을 대신하는 조건은 실무에서 많이 활용되고 있는데, 보증서에는 상기 일정 금액과 그 보증금을 언제든지 납부한다는 내용이 기재되어 있으며, 만약 현금으로 납부한 금액 이상의 금액에 대한 몰취 결정이 있는 경우, 그 현금납부분

305) 石丸俊彦·仙波厚·川上拓一·服部悟(2005), 앞의 책, 613쪽.

306) 위의 책, 614쪽.

307) 실무에서는 거의 사례를 찾아 볼 수 없는데 그 이유는 가액이 변동하기 때문이다.

을 차감한 잔액에 대하여 보증서를 납입한 자는 현금을 납부하여야 한다. 이 납부는 검찰관이 발부하는 납부 명령에 따라 이루어지고, 만약 납부하지 않을 때에는 검찰관의 납부 명령을 채무명의로 하여 보증서 명의인의 재산에 대하여 강제집행이 이루어진다(제490조). 보증서 명의인의 재산에 대한 강제집행은 만약 피고인이 보석조건을 위반하여 보증금의 몰취 결정을 받게 되면 보증서를 제출한 자에게까지 금전적 손해를 끼치게 된다는 점에서 피고인에 대한 심리강제의 효과가 있다고 한다.<sup>308)</sup> 단, 현실적으로 현금을 납부하는 것은 아니므로 실무에서는 보증금액이 높아 보이더라도, 이 보증서와 현금의 비율을 적절하고 타당하게 할당함으로써 심리강제의 효과를 거두면서 현실적으로는 납입하는 금액의 부담 경감을 고려하면서 결정한다고 한다.<sup>309)</sup>

보석을 허가하는 경우에 피고인의 주거를 제한하고 기타 적당하다고 인정되는 조건을 붙일 수 있다(제93조 제3항). 이는 우리나라의 2007년 개정 전의 보석조건과 동일하다. 보증금이 납부되면 법원은 그 취지를 검찰청에 통지하여 검찰관의 집행(석방)지휘에 의하여 피고인의 신병이 석방되게 된다(제472조 제1항 내지 제473조).

보석 허가 결정의 양식은 다음과 같다.

▶▶▶ <표 3-16> 보석허가결정 사례

平成 16 年 (む) 第43号	保 釈 許 可 決 定	被告人 古 角 一 弘 1982 年 3 月 7 日 生
피고인에 대한 대마단속법 위반 피고사건에 대하여 2004년 6월 10일 변호인 다카마츠 타카오로부터 보석의 청구가 있었으므로 당 재판소는 검찰관의 의견을 들은 후 다음과 같이 결정한다.		
主 文		
피고인의 보석을 허가한다. 보증금액은 금 200만엔으로 한다.		

308) 石丸俊彦·仙波厚·川上拓一·服部悟(2005), 앞의 책, 613-614쪽.

309) 위의 책, 614쪽

출감 후에는 아래의 지정 조건을 성실히 지켜야 한다. 이를 위반한 때에는 보석이 취소되고, 보증금도 몰취될 수 있다.

指 定 條 件

1. 피고인은 東京都 西東京市 向台下町 二丁目 8番地 3의 로아르 508호에 거주하여야 한다.  
주거를 변경할 필요가 생긴 때에는 서면으로 재판소에 신청하여 허가를 받아야 한다.
2. 소환을 받은 때에는 반드시 정해진 날짜에 출석하여야 한다(출석할 수 없는 정당한 이유가 있으면 미리 그 이유를 밝혀 신고하여야 한다.).
3. 도망하여 은신하거나 증거인멸이라고 생각되는 행위를 하여서는 아니 된다.
4. 해외여행 또는 5일 이상의 여행을 하는 경우에는 미리 법원에 신청하여 허가를 받아야 한다.

2008年 6月 12日

横浜地方裁判所横須賀支部

裁判官 東 ひかり

これは謄本である.

前同日同庁

裁判所書記官 平田 恵

\* 출처: 石丸俊彦·仙波厚·川上拓一·服部悟(2005), 新版 刑事訴訟の実務(上), 新日本法規出版, 615쪽 표인용.

#### (4) 보석의 집행

법원이 보석을 허가하는 결정은 보증금의 납부가 있는 후가 아니면 이를 집행할 수 없으나(제94조 제1항) 보석청구자가 아닌 자에게 보증금의 납부를 허가할 수 있고(동조 제2항), 보증금은 유가증권 또는 법원이 적당하다고 인정하는 피고인 이외의 자가 제출한 보증서로써 갈음할 것을 허가할 수 있다(동조 제3항).

보증금의 대납이나 피고인 이외의 보증서 제도는 모두 보석 허가 결정의 집행을 용이하게 하는 제도인데, 우리나라에서와 같은 보석보증보험증권을 활용하는 제도는 없다고 한다.

#### 라. 보석의 취소

법원은 ① 피고인이 소환을 받고 정당한 이유 없이 출두하지 아니하는 때, ② 피고인

이 도망하거나 도망할 것이라고 의심하기에 상당한 이유가 있는 때, ③ 피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 것이라고 의심하기에 상당한 이유가 있는 때, ④ 피고인이 피해자 기타 사건의 심판에 필요한 지식을 가진 것으로 인정되는 자 또는 그 친족의 신체 혹은 재산에 해를 가하거나 가하려고 하거나 이들을 외포(畏怖)하게 하는 행위를 한 때, ⑤ 피고인이 주거의 제한, 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때에는 검찰관의 청구에 의하거나 직권으로 결정으로서 보석을 취소할 수 있다(형사소송법 제96조 제1항).

#### 마. 보증금의 몰취와 환부

보석을 취소하는 경우에는 법원은 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰취할 수 있다(제96조 제2항). 보석을 받은 자가 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후 집행을 위해 소환을 받고도 정당한 이유 없이 출두하지 아니한 때 또는 도망한 때에는 검찰관의 청구에 의하여 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰취하여야 한다(동조 제3항).

또한, 몰취되지 않은 보증금은 ① 구속이 취소되거나 구속영장이 효력을 상실한 때, ② 보석이 취소되거나 또는 효력을 상실하여 피고인이 수감된 때, ③ 보석이 취소되거나 또는 효력이 상실한 경우에 있어서 피고인이 수감되기 전에 새로이 보석 결정이 있어서 보증금이 납부된 때 또는 구류의 집행이 정지된 때에는 환부하지 않으면 안 된다(규칙 제91조 제1항).

또한, 일본 형사소송법 제343조에 의하면 보석이 실효된 경우에도 피고인이 수감 전에 보석을 허가하거나 구류의 집행정지를 할 수 있으므로 보석이 취소되어도 수감 전에 보석청구가 있으면 보증금의 증액 등 조건을 강화하는 등의 조치를 취하여 보석을 다시 허가할 수 있는데, 이와 같은 재보석 결정이 있을 때에는 이전에 납부된 보증금은 새로운 보증금의 전부 또는 일부로서 납부된 것으로 간주된다(동조 제2항).

#### 바. 보석통계

〈표 3-17〉은 최근 5년간 제1심 피고인 구속상황을 나타낸 것으로 구속인원, 구속률, 보석인원, 보석률 등 피고인의 구속상황에 관한 2015년부터 2019년까지의 추이를

보여주고 있다.

전체 구속영장 발부인원 중 보석허가인원이 차지하는 비율인 보석률은 2015년 지방재판소의 경우 25.7%에서 2019년에는 32.0%로 매년 증가 추세를 보이고 있다. 간이재판소 또한 2015년 13.6%에서 2019년 16.7%로 소폭이긴 하지만 증가 추세를 보이고 있다.

▶▶▶ <표 3-17> 최근 5년간 제1심 피고인 구속상황

(단위: 명, %)

연도	구분	종국처리 총인원 (A)	구속 총인원 (B)	구속기간			보석 인원 (C)	구속률 (B/A)	보석률 (C/B)
				1개월 미만	3개월 미만	3개월 이상			
2019	지방 재판소	48,751	35,850 (100.0)	8,668 (24.2)	18,550 (51.7)	8,632 (24.1)	11,465	73.5	32.0
	간이 재판소	4,511	3,103 (100.0)	506 (16.3)	2,357 (76.0)	240 (7.7)	519	68.8	16.7
2018	지방 재판소	49,811	36,957 (100.0)	8,655 (23.4)	19,858 (53.7)	8,444 (22.8)	11,372	74.2	30.8
	간이 재판소	5,051	3,625 (100.0)	601 (16.6)	2,758 (76.1)	266 (7.3)	574	71.8	15.8
2017	지방 재판소	50,591	38,028 (100.0)	8,841 (23.2)	20,398 (53.6)	8,789 (23.1)	11,589	75.2	30.5
	간이 재판소	5,524	3,947 (100.0)	664 (16.8)	3,023 (76.6)	260 (6.6)	629	71.5	15.9
2016	지방 재판소	53,247	40,480 (100.0)	8,750 (21.6)	22,296 (55.1)	9,434 (23.3)	11,654	76.0	28.8
	간이 재판소	5,856	4,281 (100.0)	648 (15.1)	3,370 (78.7)	263 (6.1)	629	73.1	14.7
2015	지방 재판소	54,297	41,948	8,478	24,002	9,468	10,801	77.3	25.7
	간이 재판소	6,590	4,867	689	3,899	279	663	73.9	13.6

\* 日本司法統計年報 各연도

## 제4절 | 비교법적 고찰: 국내법 개선에 관한 시사점

지금까지 구속·석방제도 개선(특히 보석 활성화) 방안의 일환으로, 보석제도를 중심으로 하여 미국과 독일, 그리고 일본의 구속·석방제도를 전반적으로 검토하였다.

비교법적으로 보석제도를 검토함에 있어서 유의할 점은, 형사사법제도 전반이 우리나라 제도와 커다란 차이가 있기 때문에 보석의 전제가 되는 구속과 보석이 이루어지는 형사절차상의 단계와 빈도, 그리고 의미가 다르다는 점이다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라 실무상 보석은 원칙적으로 구속된 후 공판단계에서 석방되는 제도이지만, 미국에서는 피의자가 일단 체포되고 그 이후에 보석재판에 의하여 계속 구금 여부가 결정되는 형사사법시스템을 가지고 있어 체포 후 24시간 내에 이루어지는 기소인부절차(arraignement)에서 대부분의 피의자들이 보석으로 석방되고 있고, 독일의 경우는 수사단계와 공판단계의 구분 없이 구속심사가 이루어지고 보석은 구속심사에 따른 구속집행정지 결정시 조건 중의 하나로써 활용하고 있다. 또한, 우리와 유사한 법체계를 가지고 있는 일본의 경우에도, 우리나라의 경우와 달리 구속영장청구가 기각된 경우에 검찰이 이에 대하여 준항고로 불복할 수 있는 제도를 두고 있고, 보석에 있어서도 부당하게 장기간 구금된 피고인에게 보석을 허가하도록 하고 있으며, 보석을 허가하는 경우에는 필요적으로 보증금액을 정하도록 하고, 피고인이 도망하거나 도망할 것으로 의심할 상당한 이유가 있는 경우는 필요적 보석의 제외사유에 해당되지 않고, 일단 보석이 취소되어도 재보석을 할 수 있다는 점 등에서 차이가 있다. 따라서 비교법적으로 각국의 보석제도를 검토함에 있어서는 각국의 형사절차에 대한 기본적인 차이점, 특히 인신구속제도의 차이점을 전제로 하여 살펴볼 필요가 있다. 보석제도의 용어 및 개념에 있어서도 우리나라의 보석제도와 차이가 있다는 점도 주의할 필요가 있다. 이러한 전제하에서 우리나라 보석제도 개선을 위한 주요 시사점은 크게 다음과 같이 정리할 수 있다.

### 1. 비례성 원칙에 입각한 구속과 석방제도의 확립

독일의 경우 비례성의 원칙이 구속 관련 절차 전 과정을 관통하고 있다는 점을

확인할 수 있는데, 비례성의 원칙은 독일 형사소송법 제112조 제1항 제2문에 구속에 대한 소극적 요건으로 명시되어 있다. 그리고 개별 구속·석방규정(특히 구속집행정지(제116조)) 곳곳에도 자리하고 있다. 구속을 명하고 유지하는 과정 내내 개인의 자유권과 효과적인 형사소송 보장 간 긴장 관계를 항상 고려할 것을 요구하고 있는 것이다. 우리나라에서도 구속과 관련하여 비례성의 원칙 준수 의무가 포괄적으로 명시되어 있다. 헌법 제37조 제2항에 근거하여 “강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한의 범위 안에서만 하여야 한다.”라고 규정한 형사소송법 제199조 제1항 단서가 그것이다. 이러한 명문의 규정에도 불구하고 실제 구속제도 운용은 비례성 원칙을 충족하지 못하는 경우가 많다. 독일에서도 실무상 구속집행정지(특히 보석)가 적극적으로 이루어지지 않고, 비례성 원칙에 위배되는 처분이 종종 내려지고 있다고 한다. 그러나 비례성 원칙은 반드시 구속에 대한 실질적 제한원리로 작동하여야 한다. 이를 위해서는 구속심사를 할 때 구속 또는 석방 양자택일 구조에서 탈피하여 독일과 같이 제3의 구속 대체처분을 도입하는 형태로 구속과 석방제도를 통합할 필요가 있다. 그리고 기소 전에도 보석제도를 적극적으로 활용하여야 한다. 비례성의 원칙은 특히 구속집행정지 결정에서 큰 의미가 있다. 독일에서 구속집행정지는 구속을 대체하는 강제처분으로, 구속의 목적을 구속집행보다 경한 처분으로도 달성할 수 있다면 그러한 대체처분 준수를 조건으로 구속집행을 정지하는 처분이다. 우리나라 구속집행정지가 피의자·피고인에게 개인적 사정이 있는 경우 구속 집행을 일시적으로만 정지하는 제도인 것에 반해, 독일 구속집행정지는 불구속 상태에서 소송절차에 임할 수 있도록 하는 제도이다. 그리고 독일에서 구속 대체처분인 담보제공을 통해 석방되는(피의자·피고인)보석은 구속집행정지의 주요 형태이다. 이에 반해 우리나라에서는 보석(형사소송법 제94조 이하)과 구속집행정지(제101조)를 별도로 운용하고 있다. 구속집행정지를 위한 조건으로 담보 제공이 아니라 구속된 피고인을 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 피고인의 주거를 제한하는 조건을 부과한다(동법 제101조 제1항 참고). 피의자보석의 체계 내 기능도 상이하다. 우리나라에서는 보증금 납입 조건부 석방제도(제214의2조 제5항)를 두고 있다. 이것은 보석제도를 피의자에게까지 확대한 것이기는 하지만, 그 결정은 구속적부심사의 맥락에서 내려진다. 피의자에게는 청구권이 없고 법원 직권으로만 결정한다. 또한, 처분조건으

로 보증금 납입만 가능하고 기타 조건은 인정되지 않는다는 점, 석방 결정이 내려지면 구속영장이 실효된다는 점에서 독일의 (피의자)보석제도와 차이가 있다.

## 2. 구속과 석방제도의 일원화

우리나라의 구속자 석방제도는 기소 전후를 기준으로 석방제도를 달리할 뿐만 아니라 석방제도의 복잡성으로 인해 오히려 피의자와 피고인의 인권보장적 측면에서 비합리적인 형사체계로 운영되고 있다. 피의자와 피고인의 관점에서 볼 때 법원의 석방 결정은 자유의 박탈 및 방어권의 제한과 직결되므로, 구속과 석방을 담당하는 전담재판부에 의해 기소 전후를 불문하고 구속의 첫 단계부터 형의 확정시까지 비례성의 원칙에 따라 피의자와 피고인의 구금상태를 지속적으로 검토하여 구속의 유지 및 석방 여부를 판단할 필요가 있다.

영국과 미국뿐만 아니라 독일의 경우 기소 전후 구분 없이 구속 피의자 외에도 피고인도 구속심사를 청구할 수 있고, 피의자·피고인 석방제도를 단일하게 운용하여 피의자도 보석을 청구할 수 있어 구속과 구속자석방 체계가 일원화되어 있음을 알 수 있는데, 이와 같이 구속 개시부터 구속 유지 여부를 형사절차 전 과정 내내 지속적으로 심사할 수 있는 구조라는 점에서 시사하는 바가 크다.

## 3. 보석 허가방식의 다양성과 재판 전 서비스 프로그램의 운영

미국의 경우 보증채권(surety bond)에 의한 보석 이외에도 보석 허가방식은 서약(Recognizance (ROR), 무담보 출석 보증(Unsecured appearance bond), 소환장 석방(Citation Release), 재산담보부 보석(Property Bond), 현금(Cash), 예치금 제공 조건부 보석(Deposit Bond), 경찰에의 의무 전화통화, 사전 심리 서비스 프로그램에의 정기적 체크, 여권 양도, 자택구금, 전자감시, 약물 검사, 알코올 상담, 총기 반납 등의 조건부 석방(Conditions of release) 등 다양한 형태로 운영되고 있다.

또한, 재판 전 서비스 프로그램(Pretrial services program)을 운영하면서 보석제도와 연계하고 있는데, 동 프로그램을 통해서 재판 전에 피고인 석방에 대해 어떠한 조건을 설정할 것인지 결정함에 있어서 체포된 피고인과 사법부가 사용가능한 석방조

건들에 대한 정보를 수집하고 제시하며, 재판 전 구금상태에서 풀려난 피고인들이 석방조건을 준수하는지를 감시하고 예정된 법정 출석을 지원하는데, 이를 통해 불필요한 재판 전 구금을 최소화하고 교정시설의 과밀화 해소를 모색하고 있다.<sup>310)</sup> 재판 전 피의자들을 감독하고 필요한 도움을 줄 수 있는 감독 조건부 석방제도는 구속의 대안으로서 불구속 재판의 원칙을 구현할 수 있고, 또한, 피의자의 법원 출석을 담보하고 구치시설의 과밀해소와 국가재정의 부담을 감소시킬 수 있을 것으로 기대된다. 예컨대 정신성적장애를 가진 성범죄나 마약범죄, 주취폭력의 경우 초범이라고 할지라도 구속되는 경우가 많고, 이들이 집행유예나 벌금 등으로 사회로 복귀한 후에도 동종의 재범에 이르게 되는 경우가 많은데, 처음부터 대안적 프로그램을 도입하여 관리하고 치료한다면 재범 방지에도 도움이 될 것으로 기대된다.<sup>311)</sup>

우리 형사소송법 제98조 역시 서약서, 보증금 납입약정서, 주거제한, 접근금지, 피고인 이외의 자의 출석보증서, 상당 금액공탁, 지정인의 보증금 납입 등을 보석의 조건으로 규정하고 있기는 하지만 미국의 사례와 같이 현행 보석조건을 보다 다양화하여, 개별 대상자의 특성과 생활환경에 따른 경제적 여건이나 환경, 지역사회와의 유대관계 등을 고려한 보석제도의 적극적인 활용을 검토하고, 재판 전 프로그램의 운영을 통해서 피고인의 법정 출석을 보다 강화하는 방안을 강구할 필요가 있을 것이다.

#### 4. 전자감시(Electronic Monitoring(taffing))의 활성화

영국의 경우 잉글랜드와 웨일즈에서 법원이나 교도소의 상태와 통금시간을 감시하기 위해서 전자감시제도가 이용되고 있는데, 보통은 발목에 부착되는 형태로 조건을 위반하는 경우 법원은 피고인의 조건을 변경할 수 있고, 이는 재구속을 의미하게 된다.<sup>312)</sup> 전자 태그의 종류는 두 가지로 통금시간 태그(curfew tag)와 위치 태그(location tag)로서, 피고인에 대해서는 법원이 그 종류를 결정하게 되는데 만일 통금시간 태그를 부착 받았다면 피고인이 통금시간 동안 집에 머무르고 있는지 여부를

310) Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman (2001), Pretrial Services Programs: Responsibilities and Potential, National Institute of Justice, 1쪽 개요 참조.

311) 법원행정처(2013), 앞의 책, 186쪽.

312) UK Gov, Electronic tags, <https://www.gov.uk/electronic-tags> (방문일: 2021.06.21.)

확인하고 모니터링 센터에 경고를 보내게 되며, 위치 태그의 경우에는 상시적으로 이동에 대한 데이터를 기록하게 된다.<sup>313)</sup> 미국은 조건부 보석에 있어서 보석의 조건으로 전자 모니터링을 하고 있다. 독일의 경우에도 2000년 5월 헤센주에서 전자발찌 부착 모델(Modellprojekts zum Einsatz der elektronischen Fußfessel)을 시범적으로 실시한 이후 구속영장의 집행정지를 위한 대체처분으로써 적절한 대체처분으로 평가되고 있으며, 현재 몇몇 주에서 구속영장의 집행정지를 위한 대체처분으로 시행되고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라 역시 2020년 2월 전자장치부착법 제31조의2를 신설하여 구속·기소된 피고인에게 전자장치 부착을 조건으로 보석을 허가하고 있다. 아직 그 효과를 확인할 수 있는 단계는 아니지만, 영국과 미국, 독일 등의 전자보석제도의 운영상황을 참고하여 활성화를 도모할 필요가 있다.

## 5. 범죄 죄명별 석방제도

미국의 경우 National Conference of State Legislatures가 제공하는 50개 주의 재판 전 석방이 거부되는 사유들을 보면, 각주의 헌법 및 보석관련 법률들은 범죄를 특정하여 석방 여부를 결정하고 있음을 확인하였다. 대체로 이들은 사형에 해당하는 범죄나 중신형 또는 무기징역으로 처벌 가능한 범죄들이 가장 많았으며, 그 밖에 관련 법률에서 성폭력 범죄나 아동대상 범죄 등을 포함한 중범죄를 위주로 주별로 보석이 거부되는 범죄들을 제한적으로 열거하고 있음을 알 수 있었다. 또한, 뉴욕주는 2020년 1월 1일부터 특정범죄에 대하여 보석 없는 구금으로부터 피고인이 석방되어야 한다는 현금보석폐지 개혁(Cash Bail “Reform” Eliminations)을 발표하였다.<sup>314)</sup>

가장 올바른 방법이라고 할 수는 없지만, 일정한 범죄를 기준으로 하여 조건 없는 석방을 하는 방법도 구금을 줄이는 하나의 방안이 될 수 있을 것이다. 이는 한편으로는 중대범죄 여부, 즉 법정형을 기준으로 하여 일정한 법정형 이상의 범죄, 예컨대 상한 제한방식(00년 이하)의 법정형을 두고 있는 범죄는 조건 없는 석방을 하고, 하한 제한 방식(00년 이상)이거나 상·하한 제한방식인 경우에는 일정한 법정형 하한과

313) *ibid.* (방문일: 2021.06.21.)

314) The Senate State of New York, Cash Bail “Reform” Eliminations. [https://www.nysenate.gov/sites/default/files/press-release/attachment/cash\\_bail\\_pdf\\_2.pdf](https://www.nysenate.gov/sites/default/files/press-release/attachment/cash_bail_pdf_2.pdf). (방문일: 2021.6.20.)

상한을 기준으로 하여 중대범죄를 제외하고는 원칙적으로 석방하도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

현재 피의자 및 피고인의 구속 기준이 객관적 범죄혐의의 존재를 전제로 하여, 주거부정, 증거인멸 우려, 도주 또는 도주 우려로 한정되어 있다는 점을 고려할 때 위와 같은 특정범죄 기준 또는 법정형 기준의 석방 기준의 마련은 불구속 수사·재판을 확대할 수 있는 방안이 될 수 있다. 객관적 범죄혐의가 있다는 사실만으로 구속의 대상이 되는 것이 아니라, 객관적 범죄혐의가 존재하더라도 중대범죄가 아닌 한은 원칙적 석방을 목적으로 하기 때문이다.

다만, 현행법상 필요적 보석의 예외 사유인 형사소송법 제95조 제1항이 ‘피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때’ 라고 함으로써, 이미 피고인구속에 대하여는 법정형을 기준으로 하는 구속 기준을 갖추고 있다는 점에서는 위와 같은 법정형 기준이 보석 사유를 보다 제한하는 역효과를 초래할 수도 있다. 궁극적으로는 현행 형사소송법상의 필요적 보석기준을 법원이 엄중히 적용함이 타당하겠지만, 여기에서는 피고인은 물론 피의자 단계까지 통합적이고 일관성 있는 필요적 석방(보석) 제도의 방안을 모색한다는 점에서는 피의자보석에 있어서 의미를 가질 수 있을 것이다.

## 6. 현금 보석제도의 완전한 폐지

현금을 조건으로 하는 보석에 대하여는 그동안 많은 비판이 있었다. 예컨대 Schnacke는 “만일 적절한 보석·보석 불허가의 균형이 특정 주의 예방적 구금을 통해 형성되지 않고, 금전(재력)이 조건부석방을 위한 선택기준으로 남는 한, 역사는 판사들이 금전이라는 선택권을 보석이 가능한 다른 피고인들을 신속하게 구금하는데 이용할 것임을 밝혀 왔다. 반면, 만일 공정하고 투명한 절차를 통해서 고위험군의 피고인이 구금될 수 있도록 적절한 균형이 형성된다면, 금전(재력)은 공공의 안전이나 법원 출석률에 부정적인 영향을 미치지 않고도 보석절차에서 확실히 제거될 수 있다.”라고 보았다.<sup>315)</sup> 이처럼 미국에서는 보석금이 자력 여부에 의한 차별로 인식되어 왔으며,

315) Timothy R. Schnacke(2014), Fundamentals of Bail: A Resource Guide for Pretrial Practitioners and a Framework for American Pretrial Reform, the National Institute of Correction

현금을 조건으로 하는 보석이 무자력의 피고인에 대한 빈부격차의 결과라고 비판하거나, 또는 흑인에 대한 구금율이 매우 높다는 점에서 인종적 차별로까지 인식되어 온 것으로 보인다.

최근 이에 대한 반성적 고려로서, 미국 일리노이주가 피의자에 대한 ‘현금 보석(cash bail)’ 제도를 완전히 폐지했다고 밝혔는데, 뉴저지주 등이 현금 보석제도를 대폭적으로 제한한 적은 있지만, 완전히 철폐한 것은 50주 중 일리노이주가 처음이다.<sup>316)</sup> 재판 전 개혁(Pretrial Reform)의 일환으로 일리노이주 재판 전 공정법(Illinois Pre-Trial Fairness Act)의 일부에 해당하는 현금 보석(Cash Bail)의 폐지(Illinois House Bill 3653)는 2023년 1월 1일부터 시행되는바, 개정안은 재판 전 석방 및 재판 전 석방의 조건부로서 보석과 조건부 보석에 관한 다수의 조항을 정립하면서, 보증채권 수수료에 관한 신용카드 또는 현금카드와 관련한 법원법 및 특수한 보석과 관련한 수수료와 연관된 모든 용어들을 삭제하였다.<sup>317)</sup>

이는 보석제도가 피고인의 출석을 담보하는 재정적 압박을 조건으로 하는 석방이라는 인식에서 벗어나서, 무죄추정의 원칙에 따른 판결 전 석방을 의무화하는 규정으로서 의미가 있다. 특히 미국의 경우에는 조지 플로이드(George Floyd) 사망 사건 이후 인종적 정의 및 사회 정의 회복 운동이 활발해 지면서, 이것이 사법과 경찰작용에도 많은 영향을 미친 것으로 해석된다.

우리나라도 다문화 사회로 진입하면서 외국인에 의한 범죄 또는 외국인에 대한 범죄가 급증하고 있다. 특히 외국인에 의한 범죄의 경우 도주 우려 등의 판단에 있어서 긍정적 해석을 할 경향이 있다는 점을 무시할 수 없으며, 구속된 외국인 피의자 또는 피고인은 무자력인 경우 보석에 의해 석방될 기회가 상대적으로 감소할 수 있다. 미국에서 현금 보석을 유색인종에게 부당하게 부정적인 영향을 미치는 ‘빈민의 세금’(poor people's tax)<sup>318)</sup>라고 명칭하는 이유도 여기에 있다.

s, U.S. Department of Justice, 52쪽.

316) “일리노이, 미 최초로 보석제도 폐지”, 2021. 2. 25. 조선일보 인터넷기사, [https://www.chosun.com/international/us/2021/02/25/ZLQFJK7AZD4NOX4PAQ6MS4T2Y/?utm\\_source=nate&utm\\_medium=referral&utm\\_campaign=nate-news](https://www.chosun.com/international/us/2021/02/25/ZLQFJK7AZD4NOX4PAQ6MS4T2Y/?utm_source=nate&utm_medium=referral&utm_campaign=nate-news) (방문일: 2021.11.7.)

317) Summary of Provisions in Illinois House Bill 3653: Criminal Justice Omnibus Bill, February 15, 2021. <https://www.civicfed.org/iifs/blog/summary-provisions-illinois-house-bill-3653-criminal-justice-omnibus-bill> (방문일: 2021.06.20.)

318) NPR, Illinois Becomes 1st State To Eliminate Cash Bail, February 22, 2021, <https://www.npr.com>

물론 무자력의 문제는 비단 외국인 범죄자뿐만 아니라 소득 수준이 낮은 모든 국민들에게 공통되는 보석의 약점이 될 수 있다. 따라서 현금 또는 보증금 없는 보석제도의 운영은 우리에게 시사하는 바가 매우 크다. 다만 피고인의 재판정예의 출정의무 이행을 어떻게 담보할 것인가라는 측면에서 이의제기가 있을 수 있지만, 피고인의 출석담보가 반드시 재력에 의해 보장되어야 하는가는 별개의 문제이다.

## 7. 위험평가에 따른 석방

캘리포니아는 2018년 8월 28일 Senate Bill No. 10 CHAPTER 244를 승인함으로써 기존의 보석법을 완전히 폐지하였다.<sup>319)</sup> 동 법안에 따르면 기존 법률이 피고인의 출석을 보장하거나 피해자 또는 피해자의 가족을 폭력으로부터 보호하는데 충분하다고 인정되는 금액의 보석 및 보석조건을 정하여 재판 전 석방을 인정하고 있고, 경범죄로 구금 중인 피고인에 대하여는 공공의 안전을 해하거나 피고인의 법정 출석을 보장할 수 없다는 합리적인 결정을 내리지 않는 한 피고인의 서약으로 석방할 수 있다고 규정되어 있었다.

그런데 동 법안이 시행되는 2019년 10월 1일부터 보석과 관련된 기존의 법률을 폐지하고, 체포 및 구금된 자에 대하여 사전평가기관(pretrial assessment Service)이 실시하는 사전평가(pretrial risk assessment)의 적용을 규정하고 있는데, 이는 범죄를 범한 자의 위험 수준을 평가하여 위험판정 결과를 법원에 제출하고 형사사건의 판결이 보류 중인 피고인에 대한 석방조건을 권고하도록 하는 것이다. 또한, 동 법안은 법원이 사전평가서비스 기관을 설립하여 법원 직원이 이를 수행하거나 지정하는 공공기관과의 계약을 통해 이를 수행할 수 있도록 하고 있다. 다만 지정된 경우를 제외하고 경범죄로 체포되거나 구금된 피고인은 사전평가서비스 기관의 위험평가를 제출할 필요 없이 석방하도록 규정하고 있다. 또한, 사전평가기관에 의하여 피고인의 위험성이 낮은 것으로 평가되면 피고인의 서약으로 석방할 수 있고, 추가적으로 피고인이 석방되지 않을 경우 사전-기소인부절차(pre-arraignment review)를 통해 석방하도록

[org/2021/02/22/970378490/illinois-becomes-first-state-to-eliminate-cash-bail](https://www.sos.ca.gov/2021/02/22/970378490/illinois-becomes-first-state-to-eliminate-cash-bail) (방문일: 2021.06.20.)

319) Senate Bill No. 10 CHAPTER 244 [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201720180SB10](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB10) (방문일: 2021.06.20.)

권한을 부여한다. 만일 재판 전 감독조건 등이 공공의 안전과 법정에의 출석을 합리적으로 보장하지 않을 가능성이 상당할 경우에는 기소인부절차 결과에 따라서 피고인을 구속하는 것을 허용한다.

1320.7은 사전평가서비스에 관한 내용들을 정비하고 있는데, (b)항에 의하면 고위험이란 범죄로 석방되는 기간 동안 법정에 출석하지 못하거나 공공의 안전에 대한 위험이 유의미한 수준인 것으로 분류되며,<sup>320)</sup> (i)항에 의하면 위험점수란 만일 피고인이 최근 범죄에 대하여 판결을 받기 전에 석방된다면 요구된 법정에의 출석, 또는 신규 범죄를 범함으로 인하여 발생할 공공안전에 대한 위험 정도를 검증된 위험평가 도구에 의하여 기술적으로 평가하는 것으로, 숫자나 고, 중, 저 위험과 같은 용어로 표시된다.<sup>321)</sup>

발의안이 통과될 경우, 체포되어 수감된 피고인 중 거의 40%가 SB-10에 따른 위험 평가를 받게 될 것으로 추정된다.<sup>322)</sup> 또한, 동법의 시행에 따른 주요한 영향으로, 피고인이 체포 후 얼마나 오랜 기간 구금될 것인가의 문제와 관련하여 경범죄로 체포된 자 중 약 142,500명, 즉 약 40%가 이틀간 구금되기 보다는 12시간 이내에 석방될 것으로 추산되는 반면, 중범죄로 입건된 자 중 약 3,000명 즉 1.3% 정도는 기존의 법에서보다 더 오래 구금될 것으로 전망된다고 한다. 더욱이 어떠한 상황에서는 보석금을 신속히 납부하는 대신, 위험평가를 받기 위해 36시간 동안 구류될 수도 있고, 위험평가 결과 구속이 필요하다고 판단될 경우 판사에 의하여 구속기간이 보다 길어질 우려도 있다는 점이 지적되기도 한다.<sup>323)</sup> 만일 위험평가 도구가 매우 객관적이고

320) 1320.7. As used in this chapter, the following terms have the following meanings:

(b) "High risk" means that an arrested person, after determination of the person's risk following an investigation by Pretrial Assessment Services, including the use of a validated risk assessment tool, is categorized as having a significant level of risk of failure to appear in court as required or risk to public safety due to the commission of a new criminal offense while released on the current criminal offense.

321) (i) "Risk score" refers to a descriptive evaluation of a person's risk of failing to appear in court as required or the risk to public safety due to the commission of a new criminal offense if the person is released before adjudication of his or her current criminal offense, as a result of conducting an assessment with a validated risk assessment tool and may include a numerical value or terms such as "high," "medium," or "low" risk.

322) Brennan Center for Justice, California's Referendum to Eliminate Cash Bail, Explained <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/californias-referendum-eliminate-cash-bail-explained> (방문일: 2020.06.21)

323) *ibid.* (방문일: 2020.06.21)

예측 가능성이 크다면, 이러한 평가도구를 이용하여 보석 여부를 결정함은 상당히 합리적이라고 보여 진다. 현재 일부이지만 우리나라도 재범평가 도구를 계발하고 이를 통해서 재범평가 여부가 가석방이나 양형 등에 간접적으로 영향을 미치는 것으로 알고 있다. 그렇다면 보석 여부의 결정에 위험평가 도구를 활용하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.



## 제 4 장 보석제도의 개선방안 연구

# 현행보석제도의 운용상의 문제점과 개선방안

안 성 훈



## 제4장

# 현행보석제도의 운용상의 문제점과 개선방안

현행 보석제도의 문제점을 검토함에 있어서 가장 먼저 살펴볼 부분은 보석제도의 운용이 제도의 취지에 맞게 적절히 운용되고 있는지를 살펴보는 것이다. 이를 위해서 공식통계상 나타나는 보석제도의 운용현황을 살펴볼 필요가 있다.

실무상의 보석 관련 통계를 이해하기 위해서는 보석의 전제가 되는 인신구속 관련 통계를 살펴볼 필요가 있기 때문에 이하에서는 공식통계인 범죄백서와 법무연감, 사법연감 등의 통계를 바탕으로 크게 구속 관련 통계과 구속자석방 관련 통계로 나누어 검토하고자 한다. 구체적으로 2011년부터 2020년까지 최근 10년간의 구속 관련 통계로서 전체 수사사건 처리현황, 구속영장 처리현황을 검토하였고, 구속자석방 관련 통계로서 체포·구속적부심 청구사건 처리현황, 보석청구율과 보석허가율, 보석 결정에 대한 항고 및 재항고 현황 등을 검토하여 현행 보석제도의 운용에 대해서 평가하고자 한다.

### 제1절 | 공식통계상의 보석제도의 운용현황 및 평가

#### 1. 전체 수사사건 처리현황

2011년부터 2020년까지 최근 10년간 검찰의 수사사건 처리현황은 <표 4-1>과 같다. 2011년부터 2020년까지 최근 10년간 검찰에서 처리되는 사건의 추세는 증가와 감소를 반복하고 있지만, 평균적으로 약 235만 건 정도가 처리되고 있는 것으로 나타

났다. 2020년 검찰에서 처리한 사건은 2,215,577건(100%)으로, 처리된 사건을 구체적으로 살펴보면 기소 662,077건(29.9%), 불기소 1,291,658건(58.3%), 소년보호사건이나 가정보호사건 등으로 이송 261,842건(11.8%) 등으로 나타나고 있다.

최근 10년간 검찰이 기소로 처리한 사건은 2011년 917,335건(40.6%)에서 2020년 662,077건(29.9%)으로 10년 전과 비교하여 건수와 비율에 있어서 모두 큰 폭으로 감소하였고, 전체적으로 감소 추세를 보이고 있다. 최근 10년간 검찰에서 기소사건으로 처리한 사건은 전체처리사건 대비 평균 35% 정도이다.

검찰이 2020년도에 처리한 기소사건을 구체적으로 살펴보면, 공판을 신청한 사건은 219,062건, 약식을 신청한 사건은 443,015건으로 구약식 사건이 2배 이상 많은 것으로 나타났다. 기소사건 중 구약식으로 처리되는 사건은 10년 전과 비교할 때 큰 폭의 감소 추세를 보이고 있으며, 전체 기소사건 중 구공판 대비 비율에 있어서도 약 5배에서 약 2배 정도로 큰 폭으로 감소한 것으로 나타나고 있다. 한편 검찰이 불기소로 처리한 사건은 2011년 1,203,587건(53.3%)에서 2020년 1,291,658건(58.3%)으로 증가하여, 전체적으로 증가 추세를 보이고 있다. 검찰이 2020년도에 처리한 불기소사건을 구체적으로 살펴보면 무혐의처분 317,251건, 기소유예처분 217,206건, 기소중지 264,868건으로, 참고인중지 7,153건, 각하 171,110건 등이었다. 한편 2018년 이후부터는 무혐의로 처분되는 사건이 기소유예로 처분되는 사건보다 많은 것으로 나타나고 있다.

▶▶ <표 4-1> 연도별 검찰수사사건 처리현황

(단위: 건)

구분 \ 연도		2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	
접수	계	2,333,961	2,401,107	2,474,033	2,463,524	2,580,756	2,672,784	2,506,404	2,401,898	2,503,478	2,397,832	
	구수	65,803	74,547	84,196	83,944	88,432	83,473	90,535	99,297	111,949	142,279	
	신수	268,148	2,326,560	2,389,837	2,379,580	2,492,324	2,589,311	2,415,869	2,302,601	2,391,529	2,255,553	
처리	계	2,259,500	2,316,969	2,389,660	2,374,370	2,495,255	2,581,748	2,407,061	2,290,052	2,361,611	2,215,577	
		(100%)	(100%)	(100%)	(100%)	(100%)	(100%)	(100%)	(100%)	(100%)	(100%)	
	기소	소계	917,335	902,562	910,158	870,320	852,314	894,616	809,882	719,980	699,111	662,077
			(40.6%)	(39.0%)	(38.1%)	(36.7%)	(34.2%)	(34.7%)	(33.6%)	(31.4%)	(29.6%)	(29.9%)
		구공판	182,436	196,484	182,322	191,080	187,402	209,734	202,649	196,821	205,418	219,062
	구약식	734,899	706,068	727,836	679,240	664,912	684,882	607,233	523,159	493,693	443,015	
	불기소	소계	1,203,587	1,257,938	1,297,033	1,344,779	1,460,294	1,458,816	1,367,742	1,320,937	1,381,922	1,291,658
			(53.3%)	(54.3%)	(54.3%)	(56.6%)	(58.5%)	(56.5%)	(56.8%)	(57.7%)	(58.5%)	(58.3%)
		무혐의	280,482	304,120	315,513	334,419	361,070	371,611	333,716	314,565	324,017	317,251
		기소유예	359,305	357,854	338,628	338,350	378,723	376,137	338,971	274,936	242,471	217,206
기소중지		123,232	147,858	185,052	208,340	218,047	213,833	209,989	237,460	295,726	264,868	
참고인중지		17,740	17,710	17,582	15,694	12,542	10,008	8,411	7,150	6,836	7,153	
각하		67,423	83,974	87,987	95,974	112,931	104,710	116,518	138,712	162,762	171,110	
기타	355,405	346,422	352,271	352,002	376,981	382,517	360,137	348,114	350,110	314,070		
이송	138,578	156,479	182,469	159,271	182,647	228,316	229,437	249,135	280,578	261,842		
	(6.1%)	(6.8%)	(7.6%)	(6.7%)	(7.3%)	(8.8%)	(9.5%)	(10.9%)	(11.9%)	(11.8%)		
미제	74,451	84,138	84,373	89,154	85,501	91,036	99,343	111,846	141,867	182,255		

\* 출처: 2021 법무연감 통계 편집 수정

## 2. 구속 관련 통계

### 가. 수사단계에서의 인신구속

<표 4-2>는 최근 10년간 구속영장 청구 및 발부와 기각 현황을 나타낸 것이다. 수사기관에서 구속영장을 청구한 인원은 영장실질심사제도 도입 이전과 비교할 때 극적인 감소 추세를 보이고 있는데, 영장실질심사 도입 이전 약 14만 명에 달하던 청구인원은 2005년 10만 명대를 깨고 73,800명을 기록한 후 지속적으로 감소하였다.

» **〈표 4-2〉** 구속영장 청구, 발부, 기각 현황

(단위: 건, %)

구분 \ 연도	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
전체사건 접수	2,268,148	2,326,560	2,389,837	2,379,580	2,492,324	2,589,311	2,415,869	2,302,601	2,391,529	2,255,553
청구	38,770	35,060	33,105	36,176	38,370	40,083	35,102	30,060	29,647	25,770
전체사건 접수 대비 구속영장청구율	1.7	1.5	1.4	1.5	1.5	1.6	1.5	1.3	1.2	1.1
발부	28,814	27,327	26,716	28,466	31,153	32,369	28,340	24,438	24,018	21,098
발부율	74.3	77.9	80.7	78.7	81.2	80.8	80.7	81.3	81.0	81.9
기각	8,970	7,195	5,914	7,286	6,837	7,187	6,682	5,585	5,587	4,656
기각률	23.1	20.5	17.9	20.1	17.8	17.9	19.0	18.6	18.9	18.1
구속점유율	1.3	1.2	1.2	1.3	1.3	1.3	1.3	1.2	1.1	1.0

\* 출처: e-나라지표, 구속영장 청구 발부 현황, [http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\\_cd=1727](http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1727)(방문일: 2021.10.30.)  
 \* 구속영장 청구인원 = 검사직접청구 구속영장 인원 + 사법경찰관으로부터 구속영장을 신청받아 청구한 인원  
 \* 구속영장 발부율(%) = 구속영장 청구인원 대비 구속영장발부 인원 비율  
 \* 구속영장 기각률(%) = 구속영장 청구인원 대비 구속영장기각 인원 비율  
 \* 구속점유율(%) = 전체사건 접수(신수)인원 대비 구속인원의 비율

최근 10년간의 추이도 2011년 38,770명을 기록한 이후 3만 5천 명대 전후의 증감을 반복하였으나 2020년 25,770까지 감소하였고, 전체적으로 감소 추세를 유지하고 있다. 구속영장발부율은 영장실질심사 도입 이전 평균 약 93%에 달하였으나 지속적으로 감소하여 2010년 75.8%까지 감소하였다가 이후 증가 추세로 돌아서 2015년 81.9%까지 상승한 후 최근까지 구속영장발부율은 평균 81%대를 유지하고 있다. 2020년 구속영장발부율은 82.0%로 10명에게 구속영장이 청구된다고 가정할 때, 그중 8명 정도에게 구속영장이 발부되고 있는 것으로 나타났다. 이와 같이 구속영장 청구인원과 구속영장 발부율은 영장실질심사제도 시행 이후 지속적인 감소 추세를 보이고 있다. 다만 구속영장 발부율이 영장실질심사 도입 이전 평균 약 93%와 비교할 때 낮은 수준이기는 하지만 2010년 75.8%에서 증가 추세로 돌아섰다는 점, 또한, 기각률이 2010년 24.3%를 기록한 이후 매년 감소하여 2020년 18.1%까지 감소하였다는 점에서 수사단계에서의 인신구속의 추세가 감소 추세에 있다고 단정하기는 어렵다. 한편 전체사건 접수인원 대비 구속인원의 비율을 나타내는 구속점유율도 구속영장 발부 건수의 감소에 따른 구속인원의 감소에 따라 영장실질심사제도 시행 직후인 1998년 5.8%를 기록

한 이후 지속적으로 감소하여 2011년에는 1.3%까지 감소하였고, 이후 1.3%대를 유지하다가 2020년에는 1.0%로 감소하여 전체적으로 지속적인 감소 추세를 보이고 있다. 생각건대, 현재와 같이 불구속기소율이 현저히 높아진 것은 전적으로 법원의 통제 때문이라기보다는 검찰 스스로가 수사단계에서부터 구속영장 청구 자체를 자제하고 있는 것으로 보인다.<sup>324)</sup>

▶▶▶ <표 4-3> 제1심 형사공판사건(인원수) 중 구속사건 비율(접수)

(단위: 건, %)

연도	구분	접수인원	구속인원 및 비율	불구속인원 및 비율
2011		277,744 (100.0)	28,326 (10.2)	249,418 (89.8)
2012		292,707 (100.0)	27,169 (9.3)	265,538 (90.7)
2013		270,469 (100.0)	27,233 (10.1)	243,236 (89.9)
2014		268,823 (100.0)	28,543 (10.6)	240,280 (89.4)
2015		259,424 (100.0)	33,224 (12.8)	226,200 (87.2)
2016		276,074 (100.0)	33,272 (12.1%)	242,802 (87.9%)
2017		262,612 (100.0)	28,728 (10.9%)	233,884 (89.1%)
2018		240,244 (100.0)	24,876 (10.4%)	215,368 (89.6%)
2019		247,063 (100.0)	24,680 (10.0%)	222,455 (90.0%)
2020		260,154 (100.0)	21,753 (8.4%)	238,401 (91.6%)

\* 출처: 사법연감 각 연도

수사기관의 구속영장 청구 인원의 감소에 따라 제1심 형사공판사건 중 구속사건의 비율 또한, 감소 추세를 보이고 있다. <표 4-4>는 최근 10년간 제1심 형사공판사건 중 구속사건의 비율과 그 추이를 나타낸 것이다. 표에서 확인할 수 있는 바와 같이, 해마다 접수되는 형사공판사건 중 구속기소인원은 감소 추세를 보이고 있으며, 2020

324) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 8쪽.

년에는 구속인원 비율이 최근 10년간 최저치인 8.4%를 기록하였다. 또한, 불구속률은 2019년 이후 90%를 상회하고 있다.

생각건대, 1997년 구속영장실질심사가 시행되기 이전인 1995년과 1996년의 구속 기소율은 각각 66.5%, 63.6%이었고, 구속영장실질심사제도의 시행 원년인 1997년에 54.5%였다는 점을 고려해 보면, 앞서 언급한 바와 같이 오늘날 우리나라에서 불구속 수사의 원칙이 어느 정도 정착되었다고 평가할 수 있고, 오늘날과 같이 불구속 수사의 원칙이 정착할 수 있었던 것은 1997년 구속영장실질심사제도의 시행과 2007년 형사소송법 개정을 통해 모든 구속사건에 대하여 구속영장실질심사를 전면적으로 확대한 데에서 그 원인을 찾을 수 있다.<sup>325)</sup>

### 나. 공판단계에서의 인신구속

수사단계에서의 인신구속률이 현저히 감소하고 있는 반면, 공판단계의 구속현황은 반대의 모습을 보이고 있다. <표 4-4>는 최근 10년간 구속영장 직권발부(전심급) 건수 및 공판단계에서의 구속비율을 나타낸 것이다.

▶▶ <표 4-4> 구속영장 직권발부 건수 및 공판단계에서의 구속비율

(단위: 건, %)

연도	구분	불구속기소 인원	법원의 직권에 따른 구속영장 발부 건수	공판단계에서의 구속 비율
2011		249,418	24,901	10.0%
2012		265,538	25,736	9.7%
2013		243,236	27,334	11.2%
2014		240,280	30,766	12.8%
2015		226,220	31,391	13.9%
2016		242,802	34,635	14.3%
2017		233,884	35,420	15.1%
2018		215,368	36,054	16.7%
2019		222,455	37,211	16.7%
2020		238,401	36,658	15.4%

\* 출처: 사법연감 각 연도

325) 김태명(2009), “한국의 인신구속제도”, 동아법학 제43호, 708쪽; 김인회(2010), “형사구속자수 급감의 원인과 의의”, 서울대학교 법학 제51권 제4호, 50쪽 참조.

최근 10년간 법원(전심급)이 직권으로 발부한 구속영장을 발부하는 직권발부는 2011년 24,901명을 기록한 이후 지속적인 증가 추세를 보이고 있으며, 2014년 3만 명대를 초과하여 2019년 37,211명까지 증가하였고, 2020년에는 약간 감소하여 36,658명에게 직권으로 구속영장이 발부되었다. 이는 10년 전인 2011년의 직권발부 건수와 비교할 때 약 47% 정도 증가한 수치이다. 관련하여 공판단계에서의 구속비율 또한, 2011년 10.0%대였던 구속비율이 2018년 16.9%까지 증가하였고, 2020년에는 약간 감소하여 15.4%를 기록하였다.

이와 같이 공판단계에서의 구속영장 직권발부와 구속비율이 증가하고 있다는 것은 피고인이 불구속 상태에서 심리 도중에 혹은 선고 시에 법정구속이 되는 경우가 늘고 있음을 보여주는 것으로, 앞서 살펴본 수사단계에서 구속영장 청구와 발부 건수가 급격한 감소 추세를 보이는 것과 매우 대조적인 추세를 보여주고 있다는 점에서 주목된다. 물론 사법연감에서 나타난 구속영장 직권발부에는 재판 중 도주, 잠적 등의 이유로 구속영장을 발부한 경우, 법정구속의 경우 및 피고인뿐만 아니라 증인의 구인을 위한 영장 발부 건수까지 모두 포함되어 있기 때문에 수사단계의 구속영장 발부 건수와 비교하기에는 정확한 수치라고 할 수 없지만, 인신구속과 관련한 수사단계와 공판단계에서의 인신구속의 현황을 파악하기 위한 하나의 지표가 될 수 있을 것이다.

▶▶ <표 4-5> 제1심 형사공판사건 법정구속 현황(2014년~2020년)

(단위: 건, %)

구분 연도	불구속기소사건 중 실형선고 인원(a)	법정구속 인원(b)	법정구속 비율
2014	33,321	9,643	28.9
2015	35,012	9,962	28.5
2016	39,111	11,383	29.1
2017	39,527	11,156	28.2
2018	41,171	12,314	29.9
2019	44,923	12,482	27.8
2020	48,225	12,441	25.8

\* 출처: 사법연감 각 연도

또한, 사법연감의 통계자료에서는 불구속 사건으로 기소되어 1심 중국재판을 마친 사건 중 생명형 및 자유형(집행유예를 제외한 실형)이 선고된 인원수(a)와 불구속 상태에서 기소가 된 후 재판의 중국시 최초 구속(법정구속)된 피고인 수(b)를 확인할 수 있는데, <표 4-5>는 제1심 형사공판사건에서의 법정구속 현황을 나타낸 것이다. 법원 행정처가 발행한 사법연감에는 2015년부터 법정구속 피고인 수에 관한 통계자료가 나오고 있어 법정구속 인원과 비율의 정확한 추이를 알 수 없지만, 법률신문 기사<sup>326)</sup>에 의하면 “불구속 상태에서 재판을 받다가 실형이 선고돼 법정구속되는 사례는 크게 늘어, … 통계 산출이 가능한 2002년 5,168명이던 1심 법정구속자 수는 지난해 1만 6,762명으로 3배 이상이 늘었다.”라고 보도하고 있다.<sup>327)</sup> 이와 같이 공판단계에서 행해지는 모든 구속 및 법정구속 인원의 추이는 2020년을 제외하고 28%~30%대의 수준을 보이고 있으며 전반적으로 증가하는 모습을 보이고 있다.

대법원은 최근 「인신구속사무의 처리에 관한 예규」 중 법정구속에 관한 내용의 일부를 개정한 바 있다. 기존의 예규 제57조는 “불구속 피고인이 정당한 이유 없이 출석하지 아니하는 경우에는 구속영장을 발부하는 등 적극적으로 피고인의 신병확보를 위한 조치를 강구하고, 피고인에 대하여 실형을 선고할 때에는 특별한 사정이 없는 한 법정에서 피고인을 구속한다.”라고 하여 법원에서의 피고인구속을 적극적으로 인정하는 한편 법정구속을 원칙화하였다. 그러나 2020. 12. 31. 개정을 통하여 동조를 1, 2항으로 나누어 2항에서 “피고인에 대하여 실형을 선고할 때 구속의 사유와 필요성이 있다고 인정하는 경우에는 법정에서 피고인을 구속한다.”라고 입장을 선회하였다. 앞으로 이와 같은 개정의 분위기가 법원 내에 반영될지는 지켜보아야 하겠지만, 변화에 보수적인 법원의 특성상 법정구속의 추이는 당분간 계속 유지될 것으로 생각된다.<sup>328)</sup>

326) “구속영장 발부 대폭 감소… 14만여건서 3만여건으로”, 법률신문, 2016.9.12. 인터넷 기사, <https://m.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=103085&kind=AA01> (방문일 2021.10.27.).

327) 상기 법률신문 기사의 법정구속 인원수는 전심급의 법정구속 인원으로 2020년 전심급의 법정구속 인원은 13,400명이다.

328) 한편 법정구속 인원의 증가는 하급심의 재판에 대한 상소 인원의 증가와 맞물려 미결수용자의 급격한 증가로 이어져 교정시설 과밀수용의 주요 원인으로 작용하고 있다. 안성훈(2016), 앞의 보고서, 77-81쪽 참조.

### 3. 구속자석방 관련 통계

현행 구속자 석방제도에는 체포·구속적부심, 보석, 구속집행정지, 구속취소가 있다. 그러나 구속취소와 구속집행정지는 예외적인 경우에만 활용되는 제도라는 점을 고려하면 대표적인 구속자석방제도는 구속적부심과 보석이라고 할 수 있다.<sup>329)</sup>

#### 가. 체포·구속적부심 청구사건 처리상황

〈표 4-6〉은 연도별 체포·구속적부심 청구사건의 접수 건수의 추이를 나타낸 것이다. 수사단계에서 구속된 피의자에 대한 대표적 석방제도인 체포·구속적부심사의 최근 10년간 접수 건수의 추이를 살펴보면 2011년 2,459건에서 2013년 1,843건으로 급격히 감소하였으나, 2014년 2,229건으로 다시 증가한 후 증감을 반복하였고, 2020년에는 2천 명 아래로 떨어져 1,921건을 기록하여, 전체적으로 감소 추세를 보이고 있다. 체포·구속적부심사는 수사단계에서 구속된 피의자가 구속으로부터 실질적으로 유일하게 석방될 수 있는 사유<sup>330)</sup>임에도 불구하고 체포·구속적부심사 접수 건수는 구속인원 대비 10% 정도의 매우 적은 수치를 보이고 있는데, 이에 대해서는 이미 구속된 피의자의 체포·구속적부심 제도의 활용에 대한 무지 또는 제도를 활용하더라도 인용을 받아내기가 사실상 어렵다는 인식이 강하게 자리 잡고 있기 때문이라는 지적이 제기되고 있다.<sup>331)</sup>

329) 안성훈(2016), 위의 보고서, 81쪽; 정진수(2006), 인신구속제도의 일원화에 관한 연구, 한국형 사정책연구원, 93쪽.

330) 구속집행정지 또는 구속취소도 수사단계에서 구속피의자가 석방될 수 있는 제도이지만, 이 제도들은 수사기관의 일방적인 결정에 의해 이루어지기 때문에 수사단계에서 구속된 피의자가 실질적으로 구속으로부터의 석방을 기대할 수 있는 제도는 체포·구속적부심사제도라고 할 수 있다.

331) 김성돈/김혜경(2015), 위의 보고서, 28쪽.

▶▶▶ <표 4-6> 연도별 체포·구속적부심 청구사건 접수 현황

(단위: 건, %)

구분 \ 연도	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	평균
구속적부심사	2,459	2,095	1,843	2,229	2,195	2,422	2,307	2,094	2,019	1,921	2,158
체포적부심사	3	46	22	12	12	15	18	15	19	17	19.9
합 계	2,462	2,146	1,865	2,241	2,207	2,437	2,325	2,109	2,038	1,938	2,177

\* 출처: 사법연감 각 연도

<표 4-7>은 최근 10년간 체포·구속된 피의자 체포·구속적부심 청구사건의 석방률을 나타낸 것이다. 체포·구속적부심이 청구된 사건의 석방률은 매우 급격한 감소 추세를 보이고 있다. 2011년 25.7%이었던 석방률은 2015년 20%대 아래로 떨어져 15.1%를 기록하였고, 2020년에는 10%대 아래로 떨어져 6.7%를 기록하였다. 2020년도 체포·구속적부심 청구사건의 처리상황을 구체적으로 살펴보면, 구속적부심사 청구 등을 통해 실제 구속 피의자가 석방된 경우는 130건(6.7%)에 불과하였고, 석방조건별로는 무조건 부로 석방된 경우는 80건, 보증금 납입조건부로 석방된 경우는 50건으로 보증금 납입 조건부 피의자석방제도의 활용도는 낮은 것으로 나타났다(<표 4-8> 참조).

▶▶▶ <표 4-7> 연도별 체포·구속적부심 청구사건 석방률

(단위: 건, %)

구분 \ 연도	합계			변호인			청구인		
	청구	석방	석방률	청구	석방	석방률	청구	석방	석방률
2011	2,462	633	25.7	1,397	430	30.8	1,065	203	19.1
2012	2,141	447	20.9	1,196	325	27.2	945	122	12.9
2013	1,865	325	17.4	995	209	21.0	870	116	13.3
2014	2,241	459	20.5	1,137	313	27.5	1,104	146	13.2
2015	2,207	363	16.4	1,069	253	23.7	1,138	110	9.7
2016	2,437	367	15.1	1,075	225	20.9	1,362	142	10.4
2017	2,325	333	14.3	1,257	243	19.3	1,068	90	8.4
2018	2,109	258	12.2	1,016	172	16.9	1,093	86	7.9
2019	2,038	206	10.1	946	147	15.5	1,092	59	5.4
2020	1,938	130	6.7	757	84	11.1	1,181	46	3.9

\* 출처: 사법연감 각 연도

체포·구속적부심 석방률의 급격한 감소는, 앞서 살펴본 바와 같이 수사단계에서는 영장실질심사제도를 통해 구속영장이 발부되는 피의자의 수 자체가 감소하고 있기 때문에 체포·구속적부심사 청구 가능 사건이 절대적으로 감소한 결과가 주요 원인인 것으로 보이지만, 한편으로는 구속 후 피해자와의 합의 등 큰 변화가 없는 한 구속적부심사청구를 잘 인용하지 않는 법원의 소극적 태도도 적지 않은 영향을 미치고 있는 것으로 보인다.<sup>332)</sup> 또한, 구속적부심으로 석방된 자 중 기소 전 보석으로 석방된 비율은 무조건부로 석방된 비율보다 약 38% 정도 낮게 나타나고 있어 직권으로 이루어지는 기소 전 보석제도는 실무에서 적극적으로 활용되지 않는 것으로 보인다. 이러한 상황을 종합해볼 때 결론적으로 체포·구속적부심제도는 구속된 피의자를 석방하기 위한 제도로서의 기능은 매우 제한적으로 이루어지고 있는 것으로 평가된다.

한편 체포·구속적부심 청구사건의 인용률이 매우 낮기는 하지만, 인용된 청구사건을 살펴보면 변호인이 청구한 경우의 석방률은 피의자의 가족 등 비변호인이 청구한 경우의 석방률보다 약 2배~3배 정도 높은 것으로 나타나고 있어 변호인 선임 여부가 체포·구속적부심 심사 과정에서 판사가 석방 결정을 내리는데 중대한 영향력을 미치는 것으로 보인다(<표 4-8> 참조).

▶▶ <표 4-8> 2020년도 체포·구속적부심 청구사건 처리현황

(단위: 건, (%))

구분	청구인별	합계	변호인	비변호인
접 수		1938	757	1181
처 리 계		1931 (100.0)	760 (100.0)	1,171 (100.0)
석 방 명 령		130 (6.7)	84 (11.1)	46 (3.9)
무조건부		80	56	24
조건부 (보증금납입)		50	28	22

332) 전문가 심층면접 과정에서도 피해자와의 합의는 구속적부심사나 보석 신청시 법원의 석방 결정에 있어 가장 중요한 요건으로 작용하고 있다고 공통적으로 지적하여 이를 확인할 수 있었다. 피해자와의 합의가 법원의 석방 결정에 주요 변수로 작용하는 이유는 주요 구속사유인 도망의 염려와 관련이 있는데, 즉 피해자와의 합의가 이루어지지 않으면 실행 선고의 가능성이 높아지고, 실행 선고의 가능성은 도망의 염려를 판단하는 주요 요소이기 때문이라고 한다.

구분 \ 청구인별	합계	변호인	비변호인
청구기각	1,740 (90.1)	645 (84.8)	1095 (93.5)
기 타	61 (3.2)	31 (4.1)	30 (2.6)

\* 출처: 2021 사법연감, 658쪽 표 인용.

### 나. 보석청구사건 처리상황

〈표 4-9〉는 최근 10년간 구속기소된 피고인 보석청구사건의 처리상황을 나타낸 것이다. 2011년부터 2020년까지 최근 10년간 구속기소인원 대비 보석청구인원 비율인 보석청구율을 살펴보면, 2011년 15.3%를 기록한 후 매년 감소하여 2019년 10.2%까지 감소하였고, 2020년에는 약간 증가하여 12.7%를 기록하였다. 최근 10년간 평균 보석청구율은 12.7%로 나타났다. 또한, 보석청구인원 대비 보석허가인원 비율인 보석허가율은 2011년 43.2%를 기록한 후 매년 감소하여 2020년 30.8%까지 급격히 감소하였다. 최근 10년간 보석허가율은 37.3%이다.

▶▶▶ 〈표 4-9〉 최근 10년간 보석청구사건 처리상황

(단위: 명, %)

연도 \ 구분	구속기소인원 (A)	보석청구인원 (B)	보석허가인원 (C)	보석청구율 (B/A)%	보석허가율 (C/B)%
2011	47,117	7,224	3,124	15.3	43.2
2012	44,377	6,247	2,414	14.1	38.6
2013	45,409	6,465	2,625	14.2	40.6
2014	48,939	7,040	2,780	14.4	39.5
2015	55,317	7,196	2,732	13.0	38.0
2016	58,639	6,996	2,352	11.9	33.6
2017	53,555	6,079	2,204	11.4	36.3
2018	48,605	5,191	1,769	10.7	34.1
2019	48,492	4,946	1,764	10.2	35.7
2020	44,656	5,692	1,755	12.7	30.8
평균	49,511	6,308	2,352	12.7	37.3

\* 출처: 2021 사법연감 755쪽 표 인용

\* 지방법원 신청(제1심, 항소심)에 의한 보석 관련 표임

이와 같이 보석청구율과 보석허가율은 모두 최근 10년간 지속적으로 감소하고 있는데, 이러한 추이는 2007년 개정 형사소송법에서 보석의 조건을 다양화하여 구속피고인의 석방 기회를 확대하고자 한 취지를 무색하게 하는 것으로 헌법상의 무죄추정의 원칙하에 피고인에 대한 불구속 재판을 원칙으로 하는 우리 형사소송법의 이념에도 반하는 것으로 평가된다.<sup>333)</sup>

한편 법원의 보석 결정에 대한 검사 및 피고인 측의 항고 및 재항고 현황을 살펴보면, 2011년 항고 19건, 재항고 4건이 접수되었고 2020년에는 항고 39건 재항고 17건이 접수되어 증가 추세를 보이고 있다(〈표 4-10〉 참조). 그러나 접수 건수 자체가 매우 적다는 사실에서 알 수 있듯이 실무에서는 “보석 기각결정에 대해 사실상 항고 및 재항고가 무의미하다는 판단에 따라 보석 허가에 대한 기대를 단념하거나 보석 청구를 다시 하여 이미 보석 기각결정을 한 법원에 다시 판단을 받아보는 것이 현실이다.”<sup>334)</sup>

▶▶ 〈표 4-10〉 보석에 대한 항고 및 재항고 현황

(단위: 건)

연도	구분	항고		재항고	
		접수	처리	접수	처리
2010		19	17	4	4
2011		13	14	5	5
2012		19	20	11	10
2013		52	51	25	22
2014		29	28	19	22
2015		46	38	29	23
2016		34	37	30	33
2017		32	36	22	22
2018		35	37	16	18
2019		39	37	19	17

\* 출처: 사법연감 각 연도

333) 이창현, 앞의 책, 180-181쪽.

334) 위의 책, 183쪽.

#### 4. 구속과 구속자 석방제도 관련 통계의 평가

최근 10년간의 관련 통계 분석을 통해 나타난 사실은 불구속 수사와 불구속 재판 원칙의 척도인 구속영장 발부율과 1심 구속인원의 비율은 전체적으로 감소 추세를 보이고 있어 수사단계에서는 불구속수사 원칙이 어느 정도 정착한 것으로 평가된다. 다만 구속영장 발부율의 경우 2011년부터 증가 추세로 전환되어 2020년에는 최근 10년간 최고 수치인 81.9%를 나타내고 있어 주목된다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 영장실질심사제도가 그동안 어느 정도 정착됨에 따라서 검찰이 불필요한 영장청구를 자제하고, 또한, 보다 신중하게 실질적인 영장 발부 가능성을 고려하여 구속영장을 청구하기 때문으로 해석할 수 있다. 그러나 구속영장재판에 대해서는 구속기준이 불명확하고, 구속영장의 발부나 기각 시 그 사유를 구체적으로 기재하지 않고 있어 구속기준의 불명확성과 자의성에 대한 비판<sup>335)</sup>이 계속되고 있다는 점을 고려하면, 즉 구속기준과 구속사유와 관련한 특별한 사정 변화가 없는 상황 속에서 최근 10년간의 구속영장 발부율의 증가는 구속에 대한 일반 국민들의 범감정을 반영하여 법원이 구속제도를 운영하고 있는 것은 아닌지 의문이 제기된다.<sup>336)</sup> 더욱이 공판단계에서의 피고인구속과 법정구속의 뚜렷한 증가 추세로 통계상 불구속 재판 원칙이 후퇴하고 있는 것으로 평가되고 있다는 점을 고려하면 이러한 의문은 더욱 커진다. 실제 최근 법정구속에 관한 구체적인 기준이 없다는 언론 보도<sup>337)</sup>와 함께 피고인의 법정구속이 구체적인 기준에 따른 것이라기보다는 형사사법제도의 엄벌화 경향에 따른 형사재판부의 중형선고 추세와 무관하지 않다고 하는 주장이 제기되기도 하였다.<sup>338)</sup>

법정구속은 피고인의 방어권 행사에 많은 제약을 가져오게 된다는 점에서 구속의 요건이 엄격하게 심사되어야 함은 물론이다. 그러나 법정구속은 피의자 구속에서의 영장실질심사나 구속적부심사와 같은 제도가 없는 상황에서 피고인의 구속 여부를 수소법원인 본안재판부 판사의 재량에만 의존하고 있는 상황을 고려하면, 통계상 나

335) 정영훈(2019), “불구속수사 재판의 원칙의 발전과 정체, 인신구속제도의 재편 방안”, 인권과정의 제485호, 63쪽.

336) 김성돈(2009), “개정형사소송법에 있어서 인신구속제도”, 성신법학 제8호, 53쪽 참조.

337) “법정구속 구체적 기준이 없다”, 파이낸셜뉴스, 2014.10.10. 인터넷 기사, <http://www.fnnews.com/news/201410091748319216> (방문일 2021.10.11.)

338) 위의 인터넷 기사.

타나고 있는 엄격한 영장실질심사를 통해 피의자 구속이 급감하고 있는 상황과는 반대로 법정구속 사례가 급증하는 상황이 피고인의 구속 여부를 수소법원인 본안재판부 판사의 담당하는 제도상의 문제 때문에 발생하는 것은 아닌지 의심이 가는 부분이라고 할 수 있다.

또한, 구속영장 발부 후 구속의 위법성과 부당성을 주장하여 피의자와 피고인이 석방될 수 있는 제도인 체포·구속적부심사와 보석의 인용은 인원수와 비율에서 모두 급격한 감소 추세를 보이고 있어, 현행 구속자 석방제도의 구속된 피의자를 석방하기 위한 제도로서의 기능은 매우 제한적으로 이루어지고 있는 것으로 보인다. 주지하다시피 2007년 우리 형사소송법이 불구속 수사와 재판의 원칙을 천명하고 있고 사법부도 이를 적극 실무에서 실현하겠다고 하는 의지를 밝힌 바 있다. 이러한 의지가 실무에 반영되었다면 재판단계에서의 구속인원은 점차 감소하는 추세를 보여야 함에도 불구하고, 이와 반대로 증가 추세를 보이고 있다는 점에 문제의 심각성이 있다. 특히 현행 법은 체포·구속적부심 청구에 따른 보증금 납입조건부 석방제도를 두고 있고, 또한, 2007년도 형사소송법 개정 이후 보석조건이 다양화되어 불구속 재판 원칙의 실현 가능성을 높이는 규범 환경이 조성되었음에도 불구하고, 체포·구속적부심과 보석의 인용률이 오히려 급격히 낮아지고 있다는 점은 구속자 석방제도가 불필요한 구속을 중단함으로써 구속의 장기화를 막기 위한 실질적 통제수단이 되지 못하고 있음을 보여주고 있다.

앞서 언급한 바와 같이 구속과 구속자 석방제도 관련 통계를 통해 살펴보고자 한 목적은 현행 보석제도의 문제점 검토, 즉 현행 보석제도의 운용이 제도의 취지에 맞게 적절히 운용되고 있는지를 살펴보는 것이었다. 통계에서 나타난 현행 보석제도의 운용 상황은 구속의 비례성 원칙을 실현하고, 무죄추정의 원칙을 구현하며, 피고인의 방어권 보장에 기여하고자 하는 제도의 취지가 제대로 실현되지 않고 있음을 보여주고 있다. 그 배경에 대해서는 여러 가지 이유를 찾아볼 수 있겠으나, 주된 이유는 실무에서 팽배해 있는 구속=처벌이라는 구속관과 구속영장실질심사에서 구속사유를 엄격하게 해석하면 할수록 구속자석방률이 감소할 수밖에 없는 구조적 문제점, 즉 법원은 이미 구속영장심사에서 엄격하게 구속사유를 심사하였다는 전제하에 피해자와 합의하거나 구속기간이 만료되는 등의 특별한 사정이 없으면 구속피의자 또는

피고인의 청구를 잘 인용해 주지 않는 구조적인 문제점에서 기인하고 있는 것으로 보인다.<sup>339)</sup>

이하에서는 헌법과 형사소송법의 기본 원칙인 불구속 수사·재판의 원칙에 역행하는 모습을 보고 있는 현행 보석제도의 개선방안을 마련하기 위해 통계상의 운용현황을 바탕으로 그 원인으로 지적되고 있는 사항에 대해서 구체적으로 살펴보고, 구속자 석방제도의 재편 방안의 차원에서 현행 보석제도의 개선방안을 모색해보고자 한다.

## 제2절 | 현행 구속자 석방제도의 한계와 개선방안

### 1. 문제의 소재

헌법 제12조 및 제27조는 모든 기본권 보장의 전제조건이 되는 신체의 자유의 보장을 위하여 형사절차상의 원칙으로서 적법절차, 사전영장의 원칙, 변호인의 조력을 받을 권리, 신속한 재판을 받을 권리, 무죄추정의 원칙을 규정하고 있고, 형사소송법 제275조의2 및 제70조에서도 무죄추정의 원칙을 명문으로 규정함과 동시에 신체의 자유를 제한하는 구속사유를 엄격하게 제한하고 있다

특히 “헌법상 무죄추정의 원칙은 형사재판에 있어서 유죄의 판결이 확정될 때까지 피의자나 피고인은 원칙적으로 죄가 없는 자로 다루어져야 하고, 그 불이익은 필요 최소한에 그쳐야 한다는 것을 의미”하는 것으로, “헌법상 보장된 신체의 자유와 함께 무죄추정의 원칙은 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도 원리로써 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용”하기 때문에 “형사절차상의 수사과 재판은 원칙적으로 불구속 상태에서 이루어질 것을 요구한다.” 이에 따라 “구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 최후의 수단으로만 사용”되어야 하는 것이며, 형사소송의 진행을 확보할 수 있는 수단이 구속

339) 김성돈(2009), 위의 논문, 54쪽; 조성용 (2010), 앞의 논문, 154쪽; 정영훈(2019), 앞의 논문, 67쪽 참조.

이외의 다른 대체수단으로써 그 목적을 달성하는 것이 가능한 경우에는 비례성 원칙과 과잉금지원칙에 따라 구속의 대체처분을 선택할 수 있는 제도를 마련하는 것이 당연한 귀결이다.<sup>340)</sup>

이러한 불구속 수사·재판의 원칙과 비례성 원칙을 실현하기 위하여 우리 형사소송법은 그동안 수차례에 걸쳐 인신구속제도와 구속자석방제도에 관한 규정을 개정해 왔다. 예컨대 1997년에는 구속 전 피의자심문제도(구속영장실질심사제도)와 기소 전 보석제도를 도입하였고, 2007년 개정 형사소송법에서는 불구속 수사 원칙의 천명, 필요적 구속 전 피의자심문제도의 도입, 구속적부심제도의 개선(청구대상의 확대, 청구 고지절차의 신설, 심사기간의 제한 및 조서작성의 의무화), 보석제도의 개선(보석 청구권자의 확대 및 보석조건의 다양화), 구속사유 심사시 필요적 고려사항의 신설 및 구속기간의 갱신 등이 이루어졌다. 이와 같이 현행 형사소송법은 불구속 수사·재판의 원칙과 비례성 원칙을 실현하기 위하여 다양한 제도적 장치를 마련하고 있으나, 앞서 살펴본 바와 같이 현재의 구속과 구속자 석방제도의 운용 현실을 둘러보면 이러한 제도적 장치들이 헌법 및 형사소송법의 원칙을 실현하는데 얼마만큼 기여하고 있는지는 의문이다. 특히 [그림 4-1]에서 나타나는 바와 같이 구속자 석방제도 운용의 지표라고 할 수 있는 보석허가율은 10년 전인 2011년 43.2%에서 2020년 30.7%로 10%이상 감소하였고, 체포·구속적부심 석방률은 2011년 25.7%에서 2020년 6.7%로 약 20% 가까이 급격하게 감소한 것으로 나타나고 있어 불구속 수사·재판의 원칙은 아직도 종이 위의 선언과 이상에 불과한 것처럼 보인다.<sup>341)</sup>

340) 법원행정처(2013), 앞의 책, 367쪽; 하태훈(1997), “구속영장 실질심사제도의 과제와 전망”, 형사정책 제9호, 한국형사정책학회, 86-88쪽.

341) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 2쪽.

▶▶ [그림 4-1] 보석허가율 / 체포·구속적부심 석방률 추이



\* <표 37>, <표 39> 통계 재작성

주지하다시피 형사소송법상 구속은 기소 전의 피의자에 대한 구속과 기소 후의 피고인에 대한 구속으로 나누어지고, 구속자 석방제도에 의하여 기소 전 구속된 피의자는 구속적부심(기소 전 보석 포함)과 구속취소, 구속집행정지에 의해 석방될 수 있고, 기소 후 구속된 피고인은 보석과 구속취소, 구속집행정지에 의해 석방될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 형식적으로만 보면 우리나라의 석방제도는 구속과 석방의 첫 단계라고 할 수 있는 영장실질심사 단계부터 다양한 제도가 마련되어 있어 불구속 수사·재판의 원칙을 실현할 수 있는 제도적 장치가 잘 마련되어 있는 것처럼 보이지만, 구체적으로 들여다보면 각 제도마다 신청권자, 판단의 주체, 요건, 절차, 효과 등이 각기 다르고 복잡하여 법률전문가가 아니면 적절한 절차를 선택하여 신청하는 것이 사실상 곤란하고,<sup>342)</sup> 또한, 구속의 첫 단계인 영장실질심사 단계에서 엄격하게 구속사유를 심사하였다는 전제하에 이후의 석방인 구속적부심이나 기소 후의 보석심사에 있어서 피해자와의 합의나 피해에 준하는 금액의 공탁 등 특별한 사정변경이 없는 한 보석청구를 잘 인용해 주지 않는 구조적인 문제점이 나타나고 있다.<sup>343)</sup> 또 한편으로는 ‘죄를 저질렀으니까 구속된다’는 응보나 처벌의 관념이 국민의 법감정에 합치하여 검찰과 법원의 구속 실무에서 여전히 작동하고 있음을 알 수 있는데,<sup>344)</sup> 이러한 점은 전문가 심층면접 과정에서도 확인할 수 있었다. 예컨대 ① 범죄현

342) 법원행정처(2013), 앞의 책, 368쪽.

343) 정영훈(2019), 앞의 논문, 67쪽.

의자는 범질서를 파괴한 자이기 때문에 어느 정도의 기본권의 제약을 받는 것은 당연하다거나, ② 구속은 형벌의 집행확보를 위한 것이고, 그 연장선에서 구속되었기 때문에 그러한 점을 고려(미결구금일수를 고려)하여 중국재판에서 벌금이나 집행유예 선고가 나오는 것이라고 하는 형벌의 사전집행의 측면이 있다거나, ③ 범죄혐의자를 자유롭게 돌아다니게 하는 것은 피해자나 국민 일반의 법감정에 합치하지 않고, ④ 피해자가 민사적인 방법을 통한 배상보다 가해자를 구속시키고, 그 과정에서 우위를 점하여 합의를 통한 충분한 배상을 받고자 하는 현실을 고려해야 한다는 등의 견해를 학계와 법원, 검찰 등의 실무전문가 면접 과정에서 확인할 수 있었다.<sup>345)</sup>

결국 형사절차상 불구속 수사·재판의 원칙을 실현할 수 있는 제도적 장치가 다양하게 마련되어 있음에도 불구하고 현행 구속자 석방제도가 제대로 작동하고 있지 않는 것은 ① 불구속 수사·재판의 원칙이 실무에 뿌리를 내리지 못하고, 여전히 구속을 처벌로 생각하는 인식이 작동하고 있다는 점, ② 현행 구속자 석방제도가 구조적인 문제점을 가지고 있다는 점에서 그 이유를 찾아볼 수 있다. 이하에서는 이러한 점을 주목하여 현행 구속자 석방제도의 문제점을 구체적으로 살펴보고, 이러한 문제점 분석을 바탕으로 현행 보석제도의 개선방안을 모색해보고자 한다.

## 2. 구속을 처벌로 보는 인식 전환의 필요

### 가. 구속=처벌의 구속관이 자리 잡게 된 배경

선행연구에 의하면 불구속 수사·재판 원칙이 실무에서 제대로 작동하고 있지 않는 주된 이유가 ‘구속=처벌’이라고 하는 왜곡된 구속관에 근거하고 있기 때문이라는 견해가 있다.<sup>346)</sup> 이 견해는 그 이유를 다음과 같이 구체적으로 설명하고 있다.<sup>347)</sup>

344) 유사한 견해로서 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 2쪽 참조.

345) 이러한 전문가 면접내용과 대동소이한 실무의 관점을 소개한 논문으로 조성용 (2010), 위의 논문, 143-145쪽 참조.

346) 김성돈(2009), 앞의 논문; 조성용(2010), 앞의 논문 참조.

347) 위의 책, 53~54쪽.

- 법원이 무기력한 집행유예와 폐해 많은 단기 실형의 두 갈림길에서 미결구금을 매개로 한 양형 조절을 쉽게 할 수 있는 유혹을 쉽게 뿌리칠 수 있는 대안적 수단을 쉽게 찾을 수 있을 것 같지 않기 때문이다.
- 영장재판에서 아무런 보증 없이 무조건 피의자를 불구속 상태로 두기가 곤란하여 장차 구속적부심이나 보석을 통해 석방될 것으로 예상하고 일단 구속영장이 발부된 경우라도 막상 구속적부심이나 보석을 담당하는 법관은 영장법관의 판단을 반복하는 데에 부담을 느껴 석방 결정을 내리는 일에 주저하는 태도를 보이게 마련이기 때문이다.
- 이러한 상황에서 구속=처벌로 보는 법관의 구속관은 구속을 범죄에 대한 응징 내지 형벌의 사전집행으로 생각하는 결과 구속 대체수단이나 석방조건의 다양화가 이루어진 변화에 아랑곳하지 않고 불구속 수사 및 불구속 재판을 과감하게 받아들일 수 없게 되어 있기 때문이다.
- 구속에 관한 일반 국민의 이중적 잣대(자신이 피의자인 때에는 구속이 공권력의 남용이지만, 자신이 피해자인 때에는 오히려 강력한 무기로 생각함)가 구속을 매개로 법원에 대한 불신과 신뢰의 연결고리를 조작하기 때문이다.
- 사안이 중하거나 죄질이 나쁜 범죄에 대해 사회에서 비난 여론이 들끓을 때 법원이 언론과 일반인의 법감정으로부터 자유로운 결정을 내리기가 어렵기 때문이다.

법원이 불구속 수사·재판 원칙 실현의 주체임에도 불구하고 이러한 이유로 법원이 ‘구속=처벌’이라는 구속관으로부터 전적으로 자유로울 수 없다면, 불구속 수사·재판의 원칙은 여전히 종이 위의 선언과 이상에 불과할 수밖에 없다.<sup>348)</sup>

사실 구속을 처벌로 생각하는 인식은 언론을 통해 일반적인 국민의 법의식으로 자리 잡고 있음을 쉽게 찾아 볼 수 있다.<sup>349)</sup> 예컨대 주요 사건의 피의자 또는 피고인의 불구속 처분에 대해 납득하지 못하는 여론을 기사화한 기사를 종종 접할 수 있는데, 이러한 국민의 법감정은 사회적 또는 정치적 이슈가 된 사건일수록 더 강하게 나타나고 있다. 더욱이 이러한 국민의 법감정이 사법부에 영향을 미치고 있음을 추정케 하는 기사도 심심찮게 찾아볼 수 있다.<sup>350)</sup> 이러한 상황으로 인해 사법부의 구속수사 결정과 관련하여 공정성에 대한 시비가 일기도 하고, 나아가 사법부에 대한 불신으로 이어지기도 한다.<sup>351)</sup> 여기에서 의문이 생긴다. 헌법상의 무죄추정의 원칙 하에 형사절

348) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 2쪽.

349) “설 민심 ‘김경수 법정구속, 옳다’ 51.9%”, 데일리안 인터넷신문 2019.2.7. 기사, <https://www.dailian.co.kr/news/view/770504/?sc=naver>, (방문일: 2021.11.09.)

350) “이명박 구속영장 청구 ‘국민 여론’이 이끌어냈다.”, 아주경제 인터넷신문 2018.3.21. 기사, <https://www.ajunews.com/view/20180321092255075>, (방문일: 2021.11.09.)

351) 전관예우의 문제도 이러한 실무 관행과 일반의 인식 때문에 어떤 방법으로도 구속을 면하거나 구속에서 벗어나려는 욕구에 기인하기 때문이라고 하는 견해가 있다. 하태훈(1997), 앞의 논문, 87쪽.

차상의 수사와 재판은 원칙적으로 불구속 상태에서 이루어지는 법제가 마련되었음에도 불구하고, 이러한 법제와 구속관 사이에는 왜 여전히 큰 괴리가 있는 것인가? 결론부터 말하자면 그동안 우리나라에서 인신구속제도는 근대적 형사소송절차가 도입되는 시점에 있어서 당시의 역사적 상황에 의해 다소 변질된 상태로 운영되었는데, 이러한 역사적 상황이 구속이 원칙이라는 그릇된 법의식이 국민의 법의식으로 자리하게 되는데 기여하게 되었고,<sup>352)</sup> 이러한 상황에서 법제의 개혁이 진행되었기 때문에 불구속 수사·재판 원칙이라는 법제와 국민의 법의식 사이에 괴리가 발생하고 있는 것으로 추정된다.

주지하다시피 우리나라의 근대적 형사소송법은 일본법의 타율적 계수로부터 시작되었다.<sup>353)</sup> 한일병합 이후인 1912년 조선형사령에 의하여 독일과 프랑스 등 대륙법계의 근대적 형사소송법을 모델로 한 일본 형사소송법이 우리나라에 적용되었으나, 이러한 근대법의 계수는 식민지 지배의 현실적 필요성에 의해 추진된 것이었기 때문에 그 적용은 군국주의적·권위주의적으로 왜곡될 수밖에 없었고, 더욱이 정치범처벌법, 예비검속법, 치안유지법 등의 특별법을 통해 한국인에 대한 차별과 억압을 법제화함으로써 결과적으로 기본권 보호와 이에 대한 절차적 보장은 매우 미흡할 수밖에 없었다.<sup>354)</sup> 구속과 관련하여 조선형사령 제12조 및 제13조에서 식민지 검사 및 경찰에게 고유의 강제수사권을 부여하고 있는데, 이 조문들은 수사기관에게 인신구속 및 피의자, 참고인 등에 대한 광범위한 권한을 부여한 것이었다. 이로 인해 일제 강점기의 수사는 구속수사 위주로 이루어졌고, 그 과정에서 합법적인 고문도 함께 이루어진 것이다. 이러한 전근대적 수사 관행이 당연시되었던 당시 상황은 일반 국민의 인식에 당연히 구속은 원칙적으로 이루어지는 일종의 준형벌이라는 인식을 심어주는데 기여한 것이다.

해방 이후 1948년 군정법령 제176호 형사소송법의 개정으로 인권과 피고인의 참여권을 보장하는 영미법상의 제도가 일부 수용되고, 1954년 2월에 현행 형사소송법 전이 제정됨에 따라 헌법상 신체의 자유가 실질적으로 보장되고, 불구속 수사의 원칙 등이 마련되면서 피의자 및 피고인의 인권보호가 확대되는 듯하였으나 개정 후 얼마

352) 하태훈(1997), 앞의 논문, 97쪽.

353) 정승환(2018), 형사소송법, 10쪽.

354) 위의 책, 11쪽.

지나지 않아 권위주의 시대를 겪으면서, 임의동행과 보호유치 등 탈법적 수사 관행이 나타났고, 이 시기에 대부분의 수사는 사실상 구속수사로 진행되었다. 이러한 시대 상황은 국민의 법의식을 일제 강점기 당시에 마찬가지로 구속이 원칙적인, 준처벌적 성격의 강제처분이라는 인식을 강화시키는데 기여하게 된다. 이후 권위주의를 탈피하여 기존의 수사 관행에 대한 반성으로 1995년, 2007년 등의 주요 형사소송법 개정을 통해 체포제도와 구속제도가 피의자와 피고인의 인권과 권리를 보장하는 방향으로 개선되었지만, 이러한 우리나라의 역사적 상황으로 인해 국민의 의식은 이러한 법제도의 변화에 충분히 적응하지 못하고 있는 것이다.<sup>355)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이 영미법계 국가를 대표하는 영국의 경우 17세기부터 국왕의 불법적인 인신구속에 대항하기 위하여 인신보호영장제도를 마련하는 등 부당한 체포나 구속에 대한 절차적 장치가 계속해서 발전해왔다. 인신구속을 통제하는 법제도는 그들에게 있어 쟁취의 대상이었고 투쟁의 산물이었기 때문에 그 제도들은 이상적 형태에 가깝게 발전하였고, 중국적으로는 불구속 수사·재판의 원칙이라는 형사소송법의 대원칙이 확립되게 되었다.<sup>356)</sup> 이와 같이 불구속 수사·재판의 원칙은 그들의 전통과 법의식에 합치하는 것이었고, 이러한 역사적 바탕 속에서 영미법계 국가의 일반 국민들은 수사와 재판은 불구속 상태에서 진행되는 것이 원칙이고, 인신의 구속은 예외적으로 이루어진다는 법의식이 정착하게 된 것이다. 이에 비해 우리나라에서 영장주의가 실질적으로 강조되고 운영되기 시작한 것은 약 20여 년 전부터이며, 이에 일반 국민에게는 여전히 전근대적인 구속수사와 재판의 개념, 즉 구속이 당연하다는 생각, 혹은 구속은 일종의 처벌에 준한다는 의식이 자리 잡고 있어 죄를 범하였으니까 구속된다고 하는 응보나 처벌의 관념이 국민의 법의식에 자리잡고 있는 것이고, 이러한 현상은 실무에서도 마찬가지이다.<sup>357)</sup> 결국 이러한 우리나라의 역사적 상황이 불구속 수사·재판이 원칙이라는 법제와 국민의 법의식 사이에 괴리가 존재하는 상황을 초래하였다고 볼 수 있다.<sup>358)</sup>

355) 김대휘(1992), “구속제도의 개선방안”, 사법행정, 50쪽.

356) 위의 논문, 50쪽.

357) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 2쪽; 김대휘(1992), 위의 논문, 50쪽.

358) 이와 유사한 견해로서 “우리 형사소송법은 대륙법을 모범으로 하는 계수법의 체계인데, 거기에 영미법계의 제도를 접목시켜서 기이한 형태를 취하고 있고, 그래서 그 제도들이 우리의 전통이나 법의식과는 차단되어있고, 아직 일천한 역사에서 그 뿌리를 못내리고 있다”는 지적

## 나. 개선방안

이와 같은 역사적 상황으로 인해 구속이 원칙이라는 국민의 법의식으로 자리하게 되었다고 하더라도 불구속 수사·재판이 원칙이라는 법제와 국민의 법의식 사이의 괴리를 그대로 방치할 수만은 없다. 무엇보다 국민의 법의식에서 이러한 구속관이 바뀌지 않는 한 아무리 인신구속을 제한하는 제도적 개선방안을 마련하더라도 불구속 수사·재판 원칙의 실천은 기대하기 어렵기 때문에 더욱 그러하다.<sup>359)</sup>

주지하다시피 근대적 형사절차의 확립은 인류가 투쟁을 통해 쟁취한 역사적 경험의 산물이다. 즉 수사기관과 사법기관의 활동은 언제나 인권과 헌법상 보장된 기본권 침해의 가능성을 내포하고 있기 때문에 이를 방지할 수 있는 적법절차의 보장을 통해 견제와 균형을 확보하면서 최후의 수단으로만 활용할 수 있게 한 것이고, 불구속 수사·재판의 원칙 또한, 역사적 경험을 통해 확인된 수사기관과 사법기관에 의한 인신구속의 남용을 통제하고자 확립된 원칙인 것이다.<sup>360)</sup>

따라서 우리나라의 형사절차법이 이러한 원칙을 지향해야 하는 것은 당위적인 요청에 기반한 것으로서 이에 근거한 법제와 국민의 구속관 간의 괴리를 메우는 작업은 시급한 현안 과제라고 할 수 있다. 문제는 구속=처벌의 구속관을 어떻게 변화시킬 것인가라고 하는 것이다. 국민의 법의식의 변화는 하루 아침에 이루어질 수 있는 것이 아니기 때문에, 결국 구속=처벌의 구속관을 변화시키기 위해서는 사법부가 주체가 되어 바뀌나갈 수밖에 없다. 즉 과거 잘못된 수사 관행과 재판 관행으로 인해 국민에게 그릇된 법의식을 자리 잡게 하였듯이, 이제는 그러한 잘못된 관행을 불식시키고, 불구속 수사·재판의 원칙에 입각한 구속과 구속자석방제도의 투명한 운영을 통해 국민의 구속관을 변화시켜나가야 할 것이다. 이를 위해서는 무엇보다 헌법상

도 있다. 김대휘(1992), 앞의 논문, 50쪽.

359) 조성용(2010), 앞의 논문, 150쪽.

360) 1990년 우리나라가 가입한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제3항은 “형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한, 그는 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다. 재판에 회부되는 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니되며, 석방은 재판 기타 사법적 절차의 모든 단계에서 출두 및 필요한 경우 판결의 집행을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 이루어질 수 있다.”고 규정하고 있고, 또한, 제14조 제2항은 “모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 가진다”고 규정하고 있다.

무죄추정의 원칙에 근거한 불구속 수사·재판의 원칙을 형사절차 전반에 관철시키고자 하는 사법부의 인식 전환과 의지가 필요하다. 인류의 역사적 경험을 굳이 논하지 않더라도 형벌제도의 개혁이나 형사절차의 개혁은 바텀업(Bottom-up) 방식보다 탑다운(Top-down)으로 이루어져 왔다. 사법부가 우리 형사사법이 지향하는 바를 분명히 하고 이를 형사절차 전반에 관철시켜 실무에서 실현될 때 비로소 국민 의식의 변화도 기대할 수 있을 것이다.

### 3. 구속과 구속자 석방제도의 현행 절차구조의 개선

앞서 살펴본 바와 같이 사법부는 1995년과 2007년에 형사소송법의 대대적인 개정을 통해 불구속 수사·재판의 원칙을 형사절차에 관철시키고자 노력한 바 있다. 그러나 검찰과 법원 실무의 현실은 여전히 구속을 곧 유죄 내지 형벌로 생각하는 태도를 견지하고 있는 것으로 보이고,<sup>361)</sup> 이러한 실무의 태도는 국민의 법의식에도 그대로 반영되고 있다. 따라서 구속=처벌의 구속관이 구속 및 구속자 석방제도의 운용과정에서 작용하지 못하도록 구속 및 구속자 석방제도를 통제할 수 있는 장치와 이를 실현할 수 있는 절차의 구조적 개선이 필요하다.<sup>362)</sup> 이하에서는 현행 구속 및 구속자 석방제도의 문제점을 형사절차 단계별로 살펴보고 구체적인 개선방안을 제시하고자 한다.

#### 가. 비례성 원칙에 입각한 구속과 석방제도의 확립

##### (1) 문제상황

형사소송법 제201조의2는 “체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다.”라고 하여 필요적 구속영장실질심사를 규정하고 있다. 검사가 제출한 서류만을 근거로 심사하는 것이 아니라 판사가 피의자를 직접 대면하여 필요적으로 심사를 한다는 점에서 인신구속의 첫 단계에서의 통제장치라고 할 수 있다. 문제는 영장실질심사의 결정이 구속이 아니면 석방이라고 하는 일도양단의 결정구조로 이루어지고 있어 비례성 원칙에 입각한 구속과 석방제도가

361) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 2쪽.

362) 조성용(2010), 앞의 논문, 151쪽.

실현되지 못하고 있다는 점이다.

## (2) 개선방안

형사소송의 진행을 확보하기 위하여 피고인 또는 피의자의 자유를 제한하는 구속은 “범죄에 대한 효과적인 투쟁이 다른 방법에 의하여는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용”되어야 하고, 이러한 목적 이외의 다른 목적을 추구하는 것은 허용되지 않는다.<sup>363)</sup> 형사소송의 진행을 확보할 수 있는 수단이 구속만이 유일한 것이 아니며 다른 대체수단으로써 그 목적을 달성하는 것이 가능한 경우에는 비례성 원칙과 과잉금지원칙에 따라 구속의 대체처분을 선택할 수 있는 제도를 마련하는 것이 당연한 귀결이다.<sup>364)</sup> 앞서 비교법적 검토에서 살펴본 바와 같이 독일의 경우 비례성 원칙이 구속 관련 절차 전 과정에서 적용되면서 구속을 명하고 유지하는 과정 내내 개인의 자유권과 효과적인 형사소송 보장 간 긴장관계를 항상 고려할 것을 요구하고 있다. 우리나라에서도 헌법 제37조 제2항에 근거하여 “강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.”라고 규정한 형사소송법 제199조 제1항 단서에 구속과 관련하여 비례성 원칙의 준수 의무가 포괄적으로 명시되어 있다. 그러나 이러한 명문의 규정에도 불구하고 실제 구속제도의 운용은 비례성 원칙을 충족하지 못하는 경우가 많다. 비례성 원칙은 반드시 인신구속에 대한 실질적 제한원리로 작동하여야 하며, 이를 위해서는 구속의 첫 단계인 영장실질심사에서부터 구속 또는 석방 양자택일 구조에서 탈피하여 독일과 같이 제3의 구속 대체처분, 예컨대 조건부 구속영장 집행유예제도를 도입하는 형태로 구속·석방제도를 개선할 필요가 있다.

앞서 지적한 바와 같이 우리나라의 경우 구속과 석방의 첫 단계라고 할 수 있는 영장실질심사에서는 구속이 아니면 석방이라고 하는 일도양단식 결정만 할 수 있게 규정되어 있어 영장재판의 경직을 초래하는 원인으로 지목되고 있다.<sup>365)</sup> 구속이냐? 불구속이냐? 라고 하는 결정은 수사와 재판을 받는 당사자에게 있어 매우 중요한 신분의 차이를 만들고, 이러한 신분의 차이는 이후 재판의 당사자로서 방어권을 행사

363) 법원행정처(2014), 앞의 책, 275쪽.

364) 법원행정처(2013), 앞의 책, 367쪽.

365) 법원행정처(2013), 앞의 책, 367쪽.

해야 하는 장면에서 결정적인 차이를 만들어 낸다. 뿐만 아니라 영장심사를 담당하는 양자택일의 결정을 강요받는 판사의 입장에서도 업무적 부담이 매우 클 수밖에 없고, 또한, 영장실질심사의 결정 이후의 석방심사단계에서 조건부 석방(기소전 보석, 보석) 사유가 있다고 하더라도 영장재판의 결과를 번복하는 일에 부담을 가질 수밖에 없는 구조적 한계를 만들어 낸다.<sup>366)</sup> 형사절차에서 불구속 수사·재판의 원칙을 관철시키기 위해서는 이러한 구조적 한계를 반드시 개선할 필요가 있다는 점에서 구속의 첫 단계에서부터 구속의 당부를 실질적으로 심사할 수 있는 법적 수단을 마련하는 것뿐만 아니라 조건부로 석방의 기회가 보장되는 제도적 장치가 마련될 필요가 있다.<sup>367)</sup> 비교법적으로 보더라도 많은 국가에서 구속심사단계에서부터 소위 조건부 구속영장 집행유예라고 할 수 있는 조건부 석방제도를 제도적으로 운영하고 있다.

## 나. 구속과 구속자 석방제도의 일원화

### (1) 문제상황

구속영장이 발부되어 구속된 후, 피의자나 피고인이 석방될 수 있는 방법은 기소 전 구속적부심사와 기소 후 보석, 그리고 구속의 집행정지와 구속취소가 있다. 형식적으로만 보면 우리나라의 석방제도는 다양한 제도가 마련되어 있어 구속자의 석방 가능성이 높아 보이지만, 실제 활용되는 구속자 석방제도는 기소 후 보석 외에는 활용도가 낮은 실정이고, 이마저도 허가율이 낮아 활용률이 떨어지고 있다. 이는 앞서 지적한 바와 같이 현행 구속자 석방제도가 엄격한 영장실질심사 결정 이후의 석방심사단계에서 영장재판의 결과를 번복하는 일에 부담을 가질 수밖에 없는 구조적인 문제를 가지고 있고,<sup>368)</sup> 또한, 절차상으로도 기소 전후의 석방제도를 달리할 뿐만

366) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 73쪽.; 정영훈(2019), 앞의 논문, 65쪽.

367) 최근 대법원은 “구속영장단계에서 일정한 조건으로 구속을 대체할 수 있도록 하는 것이 헌법상 무죄추정의 원칙에 부합하고, 또한, 적절한 조건을 부과하여 석방할 경우 구속영장 발부 또는 기각 결정에서 벗어나 비례성 심사에 따른 결정을 할 수 있다.”는 취지에서 구속영장단계에서 일정한 조건을 부과하여 석방할 수 있도록 하는 ‘조건부 석방제도’의 도입의 검토를 발표하였는데 같은 취지라고 할 수 있다. “대법원, ‘구속영장단계 조건부 석방 제도’ 검토 착수”, 2021.9.9. 인터넷신문기사, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=172790>, (방문일: 2021.11.10.)

368) 선행연구에 의하면, “영장전담판사는 경력 15년 이상의 부장 판사로 그 직속 상급자가 형사수석부장판사이고 형사수석부장판사가 구속적부심재판부의 재판장이 되며 영장전담재판부의

아니라 각 제도의 요건과 절차가 달리 규정되어 있는 등 피의자와 피고인의 인권 보장적 측면에서 매우 복잡하고 비합리적인 형사체계로 운영되고 있기 때문에 보인다. 따라서 현행 구속자 석방제도를 피의자와 피고인의 인권과 방어권 충분히 보장할 수 있는 체제로 개선할 필요가 있고, 이를 위해서는 현행의 복잡한 구속자 석방제도를 통합하고 단순화할 필요가 있다.

## (2) 개선방안

헌법상의 비례성 원칙은 인신구속제도의 실질적 제한원리로 작용하여야 하고, 따라서 인신구속의 개시 여부에서부터 인신구속이 종료하는 시점까지 인신구속의 필요성 유무와 수단의 적합성, 그리고 대체수단에 의한 구속 목적의 달성 가능성 등이 지속적으로 심사되어야 한다.<sup>369)</sup> 피의자가 구속된 이후 공소제기가 이루어지고 공판절차가 진행되는 과정에 이르기까지 구속 당시의 구속사유와 필요성, 구속의 요건 등은 변화될 수 있기 때문에 이러한 가변성에 대한 판단을 할 수 있는 제도적 장치는 필요적으로 마련되어야 하고, 이러한 제도적 장치, 즉 구속에 대한 사후 심사제도는 구속기간 동안 상시적으로 작동하여야 한다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 현행 형사소송법상의 구속심사제도는 구속적부심사가 이루어지는 시점, 기소 후 보석청구심사가 이루어지는 심사 등 기소 전후를 달리하여 각각 다른 요건과 절차로 진행되는 체계를 가지고 있어 형사절차의 각 단계에서 인신구속에 대한 비례성 심사를 지속적으로 하기 어려운 구조적인 한계를 가지고 있다.<sup>370)</sup>

---

사무실과 구속 적부심재판부의 사무실은 바로 인접해 있다. 실무상 구속적부심사는 5~10년 경력의 배석판사 한 명이 수명법관으로 구속 피의자에 대한 실질 심리를 하고, 심리 종결 후에 구속적부심사 합의부 판사들 간에 서면 심리 및 결정을 하는 방식"으로 운영되고 있기 때문에 구속적부심사의 인용율이 감소할 수밖에 구조라고 지적하고 있다. 정영훈(2019), 앞의 논문, 67쪽.

369) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 79쪽.

370) 선행연구에서는 구조적인 한계를 구체적으로 다음과 같이 지적하고 있다. "영장실질심사에서는 구속의 사유만 검토되고, 체포구속적부심사에서는 체포구속을 계속할 필요성이 아니라 체포구속시점 당시의 절차위반이나 체포구속요건 불충족이라는 위법성여부만 심사되며, 기소전 보석은 체포구속적부심이 청구된 경우에만 가능하다. 뿐만 아니라 공판개시 후에도 피고인에 대해서는 원칙적으로 비례성심사를 통해 구속을 계속할 필요성여부를 검토할 계기가 없을뿐 아니라 피고인에 대한 보석청구가 있더라도 광범위한 예외사유가 있어 피고인에 대한 석방의 기회는 차단되어 있다. 더 나아가 필요적 보석의 예외사유가 적용되지 않는 경우라도 장차 실형이 예상되는 경우에는 구속을 계속할 필요성여부를 심사할 계기는 구속=처벌이라는 구속관을 가진 법원에 의해 근원적으로 배제되고 있는 것이 현실이다." 김성돈/김혜경(2015), 앞의

생각건대, 불구속 수사·재판 원칙을 관철시키는 가장 효과적인 방안은 구속의 첫 단계에서부터 구속을 자제하여 구속률을 낮출 수 있는 방안을 모색하는 것이다.<sup>371)</sup> 따라서 구속자석방제도의 정비를 모색함에 있어서는 인신구속의 개시 여부에서부터 인신구속이 종료하는 시점까지 인신구속에 대한 비례성 심사를 지속적으로 할 수 있는 방안으로 검토될 필요가 있고, 구체적으로는 영장실질심사부터 구속적부심사, 구속집행정지, 구속취소, 기소 전 보석제도, 보석제도를 모두 통합하여, 간결하고 일관성 있는 구조로 정비할 필요가 있다. 또한, 인신구속의 개시 여부에서부터 인신구속이 종료하는 시점까지 인신구속에 대한 비례성 심사를 지속적으로 할 수 있는 가장 효과적이고 합리적인 구조는 구속과 석방에 대한 심사가 하나로 통합된 절차하에서 이를 전담하는 전담재판부에 의해 구속심사를 받는 구조이다.

선행연구에서는 형사절차상 구속과 석방의 심사를 일원화하는 방안과 관련하여 대부분 기소 전의 구속적부심과 기소 후의 보석의 관계를 재정립하여 구속심사제도를 개선하고자 방안으로 모색되고 있는데, 대별하면 “① 보석을 그대로 존치시키고 구속적부심을 피고인에게도 확대하자는 견해, ② 구속적부심을 그대로 존치하면서 보석을 수사단계의 피의자에게 확대하자는 견해, ③ 구속적부심을 폐지하고 보석을 기소 전 단계까지 확대하자는 견해”이다.<sup>372)</sup> 또한, 2004년 사법개혁 논의 당시에는 “여러 가지로 나누어져 있는 석방제도를 통합하여 피의자·피고인을 불문하고 법원에 단일한 절차에 의한 석방심사 청구를 할 수 있도록 하는 방안, 영장단계에서의 조건부 석방제도 도입(구속대체처분 부과 포함)” 등이 제안된 바 있다.<sup>373)</sup> 이러한 방안들은 구속적부심과 보석제도를 병용하면서 그 중 어느 하나의 제도를 확대하는 방안 또는 양 제도를 하나의 제도로 통합하는 방안, 영장실질심사 단계에서 조건부 석방제도를 도입하는 방안이라고 볼 수 있다. 불구속 수사·재판의 원칙과 비례성 원칙이 실질적 제한원리로 작동하는 인신구속제도가 되기 위해서는 구속 후 석방제도의 통합이나 영장실질심사 단계에서의 조건부 석방제도만으로는 충분하지 못하고, 영장실질심사 단계에서부터 수사기관에 의한 구속기간 및 법원의 구속기간의 모든 단계에서 지속적으로 이루어질

보고서, 81쪽.

371) 김성돈(2009), 위의 논문, 47쪽.

372) 정진수(2006), 앞의 보고서, 93-94쪽.

373) 사법개혁위원회(2005), 국민과 함께하는 사법개혁-사법개혁위원회 백서-, 사법개혁위원회 자료집(VII), 267쪽.

수 있도록 하는 구조를 취해야 할 것인데, 이들 방안은 구속 이전에 이루어지는 사전적 심사의 개선방안이거나, 구속 이후에 이루어지는 사후 심사의 개선방안이라는 점에서 인신구속의 모든 단계를 아우르는 통합방안으로서의 기능을 발휘할 수 없는 구조적인 한계를 여전히 가지고 있다고 할 수 있다.

비교법적으로 볼 때 영국과 미국뿐만 아니라 독일의 경우 기소 전후 구분 없이 구속피의자뿐만 아니라 구속피고인도 구속심사를 청구할 수 있고, 피의자·피고인 석방제도를 단일하게 운용하여 구속피의자도 보석을 청구할 수 있도록 하는 등 구속과 구속자석방 체계가 일원화되어 있음을 알 수 있는데, 구속 개시부터 구속 유지 여부를 행사절차 전 과정에서 지속적으로 심사할 수 있는 구조라는 점에서 시사하는 바가 크다. 특히 독일의 구속심사제도(Haftprüfung)는 좋은 모델이 될 수 있다. 독일의 경우 구속자 석방을 위한 제도가 구속영장 청구심사 단계에서부터 기소 전후를 불문하고 구속심사제도로 일원화되어 있으며 구속된 피의자 또는 피고인은 언제든지 법원에 구속심사를 청구할 수 있다. 더욱이 피의자에 대한 구속기간이 3개월을 경과하였음에도 피의자가 구속심사 또는 구속명령에 대한 항고를 하지 않으면 법원이 직권으로 구속심사를 하도록 하고 있어 비례성 원칙이 인신구속의 전 과정에서 철저히 관철되도록 하는 절차적 구조를 가지고 있다.

이상의 논의를 바탕으로 현행 구속과 구속자석방제도의 개선방안을 고려해 볼 때, 개선방안으로 기소 전후를 불문하고 구속과 구속자 석방심사는 구속영장실질심사나 구속적부심사와 같이 전담재판부에서 진행하는 것으로 일원화하고, 구속된 피의자 또는 피고인은 언제든지 법원에 구속심사를 청구할 수 있도록 하며, 심사 후 결정은 구속(유지), 청구기각, 조건부 구속영장 집행유예/집행정지, 구속취소로 통일하는 방안을 생각해볼 수 있다. 조건부 구속영장 집행유예/집행정지는 구속영장 청구인용을 전제로 조건부로 집행을 정지하는 것으로 종래의 기소 전 보석과 보석,<sup>374)</sup> 구속집행정

374) 역사적으로 볼 때 보석은 보증금 또는 보증인을 조건으로 구속의 집행을 정지하는 제도로 고안된 제도이다. 지금과 같이 구속을 대체하는 다양한 조건을 고려되고 있는 상황에서는 구속 집행정지의 하나의 조건으로 이해하는 것이 타당하다. 실제 독일의 경우 보석은 단지 도주 위험만을 근거로 구속영장이 발부된 경우 더 가벼운 처분으로도 구속의 목적을 달성할 수 있다고 예상할 수 있는 충분한 근거가 있을 때 고려되는 구속영장 집행정지를 위한 하나의 조건이다(독일 형사소송법 제116조 제1항 제4호). 이러한 의미에서 현행 보석제도의 실질은 독일의 구속의 집행유예/정지제도와 같으나 명칭은 영미법계의 보석(bail)이라는 용어를 사용하고 있는 것으로 해석된다. 이완규(2008), 개정형사소송법의 쟁점, 한영문화사, 380쪽.

지와 영장실질심사 단계에서의 조건부 석방제도를 통합한 제도이다. 이 방안은 구속 대상자 또는 구속자의 석방을 확대하고, 또한, 석방 시기를 앞당길 수 있을 뿐만 아니라 영장실질심사 이후의 구속심사에 있어서 앞서 내려진 영장재판의 결정에 대한 부담을 덜어 줄 수 있다. 더욱이 이러한 방안은 “구속을 처벌 내지 미리 예상된 선고형의 일부를 집행하는 실무관행을 없앨 수 있는 측면도 가지고 있다.”<sup>375)</sup>

형사단계별 구체적 적용에 있어서는, 먼저 수사단계의 피의자에 대해서는 영장실질심사 재판부가, 공소제기 이후의 피고인의 경우에는 본안재판부가 아닌 수소법원 내의 구속·석방 전담재판부가 구속, 청구기각, 조건부 구속영장 집행유예, 구속취소 결정을 할 수 있고, 구속영장이 발부된 후에는 기소 전후에 상관없이 소위 구속심사절차를 통해 각각의 구속·석방 전담재판부에서 구속유지의 필요성 여부 또는 구속사유 소멸 여부를 심사하여 구속, 청구기각, 조건부 구속영장 집행정지, 구속취소 결정을 하는 방안을 생각할 수 있다. 이와 같이 통합된 구속심사제도는 구속, 청구기각, 구속유지, 구속취소 결정을 내리면서도 구속보다 완화된 처분을 조건으로 하여 구속영장의 집행을 유예 또는 정지할 수 있는 결정을 내릴 수 있는 장점이 있다는 점에서 구속의 최후수단성 내지 비례성 원칙과 조화를 이룰 수 있고, 불구속 수사·재판의 원칙을 현실화할 수 있다.<sup>376)</sup>

## 다. 전담재판부의 설치

### (1) 문제상황

체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사(수임판사)는 지체 없이 피의자를 심문하여야 하여야 하고(제201조의2), 구속된 피의자 구속의 적부심사를 청구할 수 있는데(제214조의2), 바로 수사단계에서의 영장실질심사와 구속적부심사이다. 주시하다시피 영장실질심사는 관할지방법원 판사인 수임판사(제201조)가 구속 여부를 결정하고, 구속적부심사는 관할법원(제214조의2)이 심사를 하며, 피의자가 기소된 후에는 수소법원인 1심 재판부가 피고인의 보석 여부를 결정한다(제94조). 이와 같이 형사절차 단계별로 구속과 석방을 심사하는 재판의 주체가 다르다는 점도 비례성

375) 김성돈/김혜경(2015), 앞의 보고서, 98쪽.

376) 위의 보고서, 99-100쪽.

심사를 지속적으로 하기 어려운 구조적인 한계로 작용하고 있다.

## (2) 개선방안

앞서 살펴본 바와 같이 현재의 인신구속과 석방의 실무운용은 영장재판 단계에서는 구속심사를 판결절차에 가까울 정도로 엄격하고 신중하게 처리하는 반면 구속자의 석방은 가급적 제한적으로만 허용하는 방식으로 이루어지고 있는데, 그 배경에는 형사절차 단계별로 구속과 석방을 심사하는 재판의 주체가 달라 비례성 심사를 지속적으로 하기 어려운 구조적인 문제가 있다. 예컨대 경력 15년 이상의 부장판사가 주재한 영장실질심사에서 내려진 결정을 구속적부심사를 담당하는 법원<sup>377)</sup>에서 3~5일 만에 이러한 결정을 번복하는 일은 많은 부담을 느낄 수밖에 없을 것이고, 공소제기 후 본안 재판부에서도 보석신청사건을 처리하게 되면 당연히 본안 재판이 우선 될 것이기 때문에 보석심사는 우선순위에서 밀려 결정이 늦어지거나, 보석을 허가하면 나중에 실형을 선고하고 법정구속을 하는 데에 상당한 심리적 부담을 갖게 되는 구조이다. 더욱이 본안 재판부에서 법정구속을 결정하였다면 해당 재판부가 이에 대한 보석신청을 받아줄 것을 기대하는 것은 불가능에 가깝다. 결국 현재의 이러한 실무운용 방식이 바뀌지 않는 한, 아무리 불구속 수사·재판의 원칙과 비례성 원칙을 강조하더라도 실무운용에 있어서 법원은 구속자 석방에는 소극적일 수밖에 없는 구조인 것이다.

이러한 실무운용상의 구조적 한계는 전담재판부를 마련하는 방식으로 극복할 수 있을 것이다.<sup>378)</sup> 구속·석방심사를 전담하는 전담재판부를 두게 되면 담당 법관은 영장재판의 결정에 구애받지 않고 소신껏, 신속하게 그리고 기준을 통일하여 구속·석방심사를 처리할 수 있을 것으로 기대되며, 또한, 법관이 편견과 예단 없이 제3자의 입장에서 공정한 판단을 내리도록 하는 취지의 공소장일본주의의 취지도 관철할 수 있을 것으로 기대된다.<sup>379)</sup>

377) 실무상 구속적부심사는 5~10년 경력의 배석판사 한 명이 수명법관으로 구속 피의자에 대한 실질 심리를 하고, 심리 종결 후에 구속적부심사 합의부 판사들 간에 서면 심리 및 결정을 하는 방식”으로 운영되고 있다고 한다. 정영훈(2019), 앞의 논문, 67쪽.

378) 이에 대한 실무 전문가의 의견은 전담재판부를 따로 둔다고 해도 담당 법관이 같은 법원에 속해 있고, 사무실도 바로 옆에 있어서 영장재판의 결정에 대한 부담은 지금과 별반 차이가 없을 것이라는 의견이 대부분이었다. 그러나 이는 법원의 실무운용상의 문제점일뿐 구조적인 문제점이라고 할 수 없고, 구조적인 문제점을 바로 잡음에 따라 해소될 수 있는 문제라고 생각된다.

## 라. 구속사유와 석방사유의 연계 필요성

### (1) 문제상황

보석제도는 구속사유가 있음에도 불구하고 보증금 등 다양한 조건을 붙여서 피의자·피고인을 석방하여 불구속 상태에서 수사와 재판을 받도록 하는 제도이다. 이러한 제도의 취지상, 보석 허가심사는 구속영장실질심사시 판단한 구속사유가 그대로 유지되고 있거나 새로운 구속사유가 발생하였다면 보석이 허가되지 않고, 구속사유가 법원이 부과하는 조건에 의해 상쇄시킬 수 있는 경우에는 비례성 원칙에 따라 보석이 허가되는 구조로 이루어지는 것이 당연할 것이다. 물론 구속사유가 소멸되었다면 구속취소 결정이 내려질 것이다. 보석제도의 취지가 기본적으로 이러한 구조를 취하고 있다면 논리적으로 보석이 허가되지 않는 제외사유를 별도로 마련할 필요가 없다. 그런데 현행 형사소송법은 제95조에서 필요적 보석을 원칙으로 하면서, 필요적 보석은 피고인에 대해 보석의 청구가 있으면 법이 정하는 제외사유가 없는 한 보석을 허가하는 형식으로 규정하고 있어 제외사유를 별도로 규정하고 있다. 현행 규정이 이러한 형식을 취하고 있는 것은 피고인의 권리로서의 보석을 강조하기 위하여 필요적 보석을 원칙으로 하는 형식으로 규정을 마련하였기에 이러한 필요적 규정의 예외사유를 따로 규정하게 된 것으로 보인다. 권리보석을 명문으로 규정하고자 한 취지는 높이 평가되지만, 문제는 제외사유를 구속사유와 연계시키지 않고 제외범위를 확대시켜 권리보석의 취지와 달리 한번 구속이 되면 석방은 쉽지 않다는 형식으로 규정됨으로써 보석제도의 취지를 형해화시키고 있다는 점이다. 즉 별도로 규정된 보석의 제외사유가 구속사유와 다르고, 나아가 제외사유의 범위가 지나치게 광범위하여 보석제도의 취지를 형해화시키고 있다(〈표 4-11〉 참조). 이러한 상황은 이미 구속사유가 인정되어 구속된 자에게 구속사유(=보석제외 사유)가 있어 보석을 허가할 수 없다는 제2의 구속심사로 유도되는 논리적 모순을 야기한다.<sup>379)</sup> 실제로 현행 보석재판에 대해서는 필요적 보석이 원칙임에도 불구하고 제외사유가 원칙으로 운영되고 있다는 지적이 계속해서 제기되어 왔다.<sup>381)</sup>

379) 조성용(2010), 앞의 논문, 155쪽. 공판에 관여하지 않은 법관이 보석 등 구류에 관한 처분을 하도록 하는 것은 기소장일본주의의 예단배제의 요청에 의한 것이라고 할 수 있다.

380) 정영훈(2019), 위의 논문, 77쪽.

▶▶▶ **〈표 4-11〉 형사소송법상 구속사유와 보석 제외사유 비교**

구속사유(제70조)	보석 제외사유(제94조)
1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때 2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때 3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때  ※ 필요적 고려사항 ① 피고인이 일정한 주거가 없는 때 ② 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때 ③ 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때	1. 피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때 2. 피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범한 때 3. 피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 4. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 5. 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때 6. 피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때

(2) 개선방안

독일의 경우 대체처분으로 구속의 목적을 달성할 수 있는 충분한 근거가 있는 경우에는 각 구속사유별로 구속영장의 집행을 정지하거나 할 수 있도록 하고 있을 뿐 별도의 보석 제외사유 규정을 두고 있지 않다(〈표 4-12〉 참조). 이에 비해 우리나라의 경우 구속사유와 실질적으로 동일한 보석 제외사유를 별도로 규정하여 이를 보석 불허의 사유로 삼고 있는데, 이는 앞서 언급한 바와 같이 보석제도의 취지를 몰각한 것으로 보석제도를 형해화시키는 결과로 이어질 수밖에 없다.<sup>382)</sup>

▶▶▶ **〈표 4-12〉 독일 형사소송법 구속영장의 집행정지 규정**

<p>제116조(구속영장의 집행정지) ① 단지 도주 위험만을 근거로 구속영장이 발부된 경우 더 가벼운 처분으로도 구속의 목적을 달성할 수 있다고 예상할 수 있는 충분한 근거가 있다면 법관은 구속영장의 집행을 정지시킨다. 고려대상이 되는 더 경한 처분은 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 정해진 시간에 판사, 형사소추기관 또는 이들이 지정한 사무소에 출두하여야 한다는 지시</li> <li>2. 판사의 승인 없이는 주소, 거소 또는 일정 지역을 이탈할 수 없다는 지시</li> <li>3. 지정된 자의 감독하에서만 주거를 이탈할 수 있다는 지시</li> <li>4. 피의자 또는 제3자가 적절한 담보를 제공</li> </ol> <p>② 증거인멸을 근거로 구속영장이 발부된 경우 더 경한 처분으로도 증거인멸위험을 현저히 감소시킬 것이라고 예상할 수 있는 충분한 근거가 있다면 법관은 구속영장의 집행을 정지시킬 수 있다. 고</p>
---

381) 이창현(2009), 앞의 논문, 2쪽.  
 382) 정영훈(2019), 앞의 논문, 77쪽.

려대상이 되는 더 경한 처분은 예컨대 공동피의자, 증인 또는 감정인과 연락하지 않아야 한다는 지시이다.

③ 피의자가 특정한 지시를 준수할 것이고 이를 통해 구금의 목적이 달성되리라고 예상할 수 있는 충분한 근거가 존재하는 경우 법관은 제112조a에 의하여 발부된 구속영장의 집행을 정지시킬 수 있다.

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 판사는 제1항 내지 제3항의 경우 구속영장의 집행을 명한다.

1. 피의자가 그에게 부과된 의무나 제한을 현저히 위반한 경우
2. 피의자가 도주를 준비하거나, 적법한 소환에 대하여 충분한 해명 없이 불응하거나, 기타의 방법으로 그에 대한 신뢰가 정당한 것이 아니었음을 보여주는 경우 또는
3. 새로이 발생한 상황에 의하여 체포가 필요한 경우

\*법무부(2012), 독일형사소송법 인용.

생각건대 구속자 석방심사는 구속심사단계에서 인정된 구속사유가 존재하더라도 이에 같음하거나 완화된 다른 대체처분이 가능한지 여부만 판단하면 될 것이므로, 이를 위해서는 대체처분으로도 구속의 목적을 달성할 수 있는 충분한 근거가 있는 경우에는 대체처분을 부과하여 구속영장의 집행을 정지할 수 있다는 비례성 원칙하에 구속사유와 석방사유를 연계하는 방식으로 규정을 정비할 필요가 있다. 이와 같이 구속사유와 석방사유를 연계하는 방식으로 규정이 정비되면 구속과 석방절차의 효용성을 도모하면서도 신체 자유의 제한을 최소화하고 피의자의 방어권을 실질적으로 보장하는데 기여할 수 있을 것으로 생각된다.

구체적인 개정방안으로는 우선 현행 구속사유를 보다 명확히 하는 방향으로 개정할 필요가 있다. 왜냐하면 구속사유가 보석 제외사유가 될 것이기 때문에 현행 보석 제외사유를 삭제하는 대신 이를 충분히 고려한 구속사유를 마련할 필요가 있기 때문이다. 현행법상 구속사유는 ① 피고인이 일정한 주거가 없는 때, ② 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때, ③ 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때로 규정하고 있고, 또한, 구속사유를 심사함에 있어 고려해야 할 사항으로써 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려 등을 규정하고 있다. 이러한 구속사유와 고려사항은 형사절차의 원활한 진행을 확보하기 위하여 마련된 것으로 기본적으로 비례성 심사를 통과하기 위한 기준이 된다. 개정방안으로는 주거부정 사유의 경우 피고인의 도망 또는 도망의 염려를 판단할 때에 고려되는 사항에 불과하므로 삭제하는 것이 바람직하고, 현재 고려사유로 인정되고 있는 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려는 형사절차의 원활한 진행을 확보하기 위해 반드시 필요한 사항

이므로 구속사유로 규정할 필요가 있다. 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려를 구속사유로 보는 것은 예방적 구금을 인정하는 것이라는 지적이 있지만, 피해자는 재판의 당사자이고, 증인 등의 출석이나 증언도 원활한 재판절차의 확보에 있어 매우 중요하다는 관점에서 보면 이들에 대한 위해 우려 방지는 형사절차 진행의 확보라고 하는 구속의 목적에 부합한다.

한편 범죄의 중대성, 재범의 위험성의 고려사유는 예방구금으로 남용될 소지가 매우 강하기 때문에 기본적으로 구속사유에서 배제하는 것이 바람직하다.<sup>383)</sup> 다만 재범의 위험성은 일부 범죄유형에 있어서 판단의 기준이 마련되어 있고 판단의 정확성도 인정되고 있는 만큼 예방구금의 목적이 아닌 형사절차의 원활한 진행의 확보라고 하는 목적에서 구속사유로 고려될 수 있을 것으로 생각되기 때문에 독일과 같이 특정 범죄유형으로 제한하여 재범 위험성이 인정되는 경우에 한하여 구속사유로 인정하는 방안을 모색해 볼 수 있을 것이다. 예컨대 성폭력범죄자나 아동학대범죄자, 마약범죄자, 주취폭력범죄자 등을 고려해 볼 수 있다.

## 마. 구체적인 구속사유와 근거의 명확한 제시

### (1) 문제상황

독일 형사소송법 제112조 제1항은 구속의 요건으로 “피의자에 대한 범죄혐의가 유력하고 구속사유가 존재하는 경우 피의자에 대해 구속을 명할 수 있다. 사안의 중대성과 예상되는 형벌 또는 보안처분에 비추어 비례성이 없을 때에는 구속 명령은 허용되지 않는다.”라고 하여 구속에 대한 비례성 심사를 필요적으로 할 것을 명문으로 규정하고 있다. 또한, 비례성 심사를 거쳐 구속영장을 발부함에 있어서는 구속사유와 구속사유의 근거를 명확히 기재할 것을 규정하고 있다(법 제114조 제2항). 이에 비해 우리나라는 구속영장에 구속의 이유와 근거의 기재를 의무화하는 관련 규정이 없고,<sup>384)</sup> 실무에서는 구속영장을 발부하는 경우 “구속영장 청구서에 인쇄체 형식으로

383) 김성돈(2009), 위의 논문, 48쪽.

384) 형사소송규칙 제46조(구속영장의 기재사항)에서는 “구속영장에는 법 제75조에 규정한 사항 외에 피고인의 주민등록번호(외국인인 경우에는 외국인등록번호, 위 번호들이 없거나 이를 알 수 없는 경우에는 생년월일 및 성별, 다음부터 ‘주민등록번호 등’이라 한다.), 직업 및 법 제70조 제1항 각호에 규정한 구속의 사유를 기재하여야 한다.”라고만 규정하고 있다.

부동문자로 기재되어 있는 도망과 증거인멸의 우려 등의 구속사유 칸에 체크를 하는 방식으로 결정”한다고 한다.<sup>385)</sup> 이와 달리 구속영장을 기각하는 경우에는 그 취지와 이유를 기재하도록 하고 있는데, 이는 피의자·피고인의 입장에서 볼 때 매우 불합리한 상황을 초래한다. 대법원 인신구속사무의 처리에 관한 예규 제55조 제2항은 “구속영장의 청구를 기각하는 경우에는 구속영장청구서 하단의 해당란 또는 별지에 그 취지와 이유 및 연월일을 기재한 다음 서명·날인하여 검사에게 교부한다.”라고 규정하고 있고, 이에 따라 영장담당판사는 구속영장을 기각하는 경우에만 그 취지와 이유를 결정문에 기재하고 있다. 문제는 이러한 방식이 검찰측의 재구속 청구에 있어서는 매우 도움이 되는 반면 피의자·피고인의 입장에서는 구속의 취지와 이유를 알 수 없어 이후의 석방심사재판에서 제대로 대응할 수 없다는 점이다. 예컨대 도망의 염려로 구속영장이 발부된 경우 이 사유를 탄핵하거나 조건부로 이러한 사유를 상쇄시킬 수 있다는 것을 항변하기 위해서는 구체적인 사유와 근거를 알아야만 하는데 법원의 구속영장 청구 인용에 대한 구체적인 사유가 기재되어 있지 않기 때문에 판사가 어떠한 근거로 구속영장 청구를 인용하는 결론에 도달하게 되었는지 알 수가 없고, 결국 검사가 유죄를 전제로 작성한 청구서의 내용만을 보고 대응할 수밖에 없는 실정이다. 이는 결과적으로 불구속 수사·재판의 원칙을 실현하기에 어려운 구조를 만들고, 또한, 필요적 보석을 권리로서의 보석이 아니라 시혜적인 보석으로 만드는 주요 원인으로 작용하게 된다.

## (2) 개선방안

현행법이 불구속 수사·재판을 원칙으로 하고 있고, 또한, 필요적 보석을 원칙으로 하고 있는 이상 피의자·피고인의 입장에서 볼 때 이러한 권리를 충분히 보장받기 위해서는 자신이 왜 구속되었는지 그 취지와 이유를 구체적이고 명확하게 알 수 있어야 하고, 이러한 전제가 갖추어졌을 때 자신의 구속에 대해 변호사 등을 통해서 충분히 항변할 수 있다는 것은 자명하다. 또한, 구속사유는 형사절차가 진행됨에 따라 소멸·완화 또는 추가적으로 발생할 수도 있는 것이기 때문에 명확한 구속사유와 그 근거를 알아야만 구속사유에 따른 적절한 대응을 할 수 있을 것이다. 따라서 독일의 규정과

385) 정영훈(2019), 앞의 논문, 75쪽.

같이 구속의 사유와 근거를 구체적인 사실에 근거하여 충분히 상세하게 기재할 것을 의무화하는 방식으로 규정을 마련할 필요가 있다(〈표 4-13〉 참조).<sup>386)</sup> 구체적인 법률 개정에는 형소법 제72조(구속과 이유의 고지)와 제72조의2(고지의 방법)의 규정을 개정하여 구속의 이유와 근거를 반드시 기재하도록 하고, 고지는 서면으로 전달하는 방식으로 개정하는 방안을 생각해볼 수 있다.<sup>387)</sup>

#### ▶▶ 〈표 4-13〉 독일형사소송법 구속영장 규정

제114조(구속영장) ①법관은 서면 구속영장을 통해 구속을 명할 수 있다.

② 구속영장에는 다음의 사항이 기재되어야 한다.

1. 피의자
2. 피의자가 유력한 혐의를 받고 있는 행위, 그 수행 시간 및 장소, 범행에 해당하는 법률구성요건과 적용될 형법규정
3. 구속사유 및
4. 국가안보를 저해하지 않는 한, 유력한 범죄혐의와 구속사유의 근거가 되는 사실

③ 제112조 제1항 제2문을 적용해야 할 여지가 있거나 피의자가 이 규정을 원용할 때에는 당해 규정을 적용하지 않는 근거를 제시하여야 한다.

\*법무부(2012), 독일 형사소송법 인용.

종래 학계와 실무로부터 가장 많은 비판을 받아 오고 있는 구속기준의 불명확성과 예측 불가능성의 문제의 시발점은 바로 구속영장의 발부나 기각사유에 대해 구체적으로 기재하지 않는다는 점에 있다.<sup>388)</sup> 구속영장 결정시 구체적인 이유와 근거의 명시는 영장담당판사가 구속=처벌의 구속관에 입각한 구속을 하지 못하도록 통제하는 기제

386) 조성용(2010), 앞의 논문, 151쪽.

387) 예컨대 실무에서는 “도망할 염려를 판단함에 있어서는 일반적으로 ‘생활의 불안정 때문에 소재불명이 될 가능성(가족관계, 연령, 주거, 직업, 신병인수인 등의 요인)’, ‘처벌을 모면할 목적으로 소재불명이 될 가능성(사건의 경중, 전과·전력, 집행유예·보석중, 여죄, 범행직후의 도망, 범행후 소재불명, 체포시의 태도 등의 요인)’, ‘기타 사유에 의하여 소재불명이 될 가능성(신상관계 미확인, 피의사실 등에 대한 묵비·부인 등의 진술태도, 공안사건에서의 피의자의 지위, 자살의 염려, 피해자와의 합의, 해외여행경력 등의 요인)’의 세 가지 요소를 판단의 기준으로 하는 것이 일반적”이라고 하는데(정진수(1997), 구속영장심사와 피의자신문, 한국형사정책연구원, 70쪽), 이러한 판단기준으로 결정한 이유가 구속영장 발부 또는 기각시 구체적으로 실시하지 않는 것은 이해하기 어려운 부분이다.

388) 특히 구속영장의 발부 결정에 대해서 항고나 준항고를 허용하지 않고 구속적부심사를 받는 것으로 이를 대신하고 있는 체계상에서 구속사유와 근거가 명확히 실시되지 않는다는 점은 구속적부심사의 형식적 심사로 만드는 요인으로 작용하게 된다.

로 작용할 수 있을 뿐만 아니라 검사 및 피의자나 변호인이 법원의 결정에 대해 불복 또는 승복할 것인지를 결정함에 있어서 판단의 기준이 될 수 있고, 상급심에서 영장담당판사가 어떠한 이유와 근거로 결론에 이르렀는지를 구체적으로 파악하여 그 결정에 위법·부당함이 있을 경우 이를 시정하는데 기여할 수 있을 것으로 생각된다.<sup>389)</sup>

#### 4. 전자감시(Electronic Monitoring) 조건의 활성화와 재판전 서비스 프로그램의 운영

2020년 2월 전자장치부착법 제31조의2를 신설하여 구속·기소된 피고인에게 전자장치 부착을 조건으로 보석을 허가하고 있다. 제도 시행의 초기 단계로 아직 그 효과를 확인할 수 있는 단계는 아니지만, 법무부 보도자료에 따르면 2019년 9월부터 최근까지 33명을 대상으로 전자감시 조건부 보석을 시범 시행한 결과, 고의로 보석의 조건을 위반한 사례는 단 한 건도 발생하지 않는 등 전자보석 대상자의 조건 이행률이 매우 양호하였고, 또한, 시범 시행 과정에서 도주 우려를 해소하고 구금으로 인해 피고인이 직면한 현실적 어려움 등의 구체적 사정을 법원이 전자보석을 통해 대안을 제시하는 사례도 있는 등 시범 시행 결과 보석의 조건으로 전자감시의 효용성이 매우 높은 것으로 나타났다.<sup>390)</sup> 보석 청구시 기각사유 대부분이 도망의 염려라는 점을 고려할 때 전자보석제도는 구속에 대한 비례성 심사시 대체 수단으로 기대되는 바가 매우 크고, 실제 외국의 사례와 우리나라의 시범 시행 결과에서 이러한 기대가 입증되고 있기 때문에<sup>391)</sup> 불구속 재판의 실현 등 인권보장을 위한 일반화된 정책으로 전자감시(Electronic Monitoring(taffing)) 조건의 활성화를 도모할 필요가 있다.

또한, 미국의 경우 재판 전 서비스 프로그램(Pretrial services program)을 운영하면서 보석제도와 연계하고 있는데, 동 프로그램을 통해서 재판 전 구금상태에서 풀려난 피고인들이 석방조건을 준수하는지를 감시하고 예정된 법정 출석을 지원함으로써 불필요한 재판 전 구금을 최소화하고 교정시설의 과밀화 해소를 모색하고 있다. 재판 전 피의자들을 감독하고 필요한 도움을 줄 수 있는 감독조건부 석방제도는 구속의

389) 조성용(2010), 앞의 논문, 152-153쪽; 정영훈(2019), 앞의 논문, 75쪽

390) “8월 5일(수), ‘전자장치부착 조건부 보석(전자보석) 제도’ 시행”, 2020. 8. 3. 법무부 보도자료 참조.

391) 우리나라의 시범 시행 결과에 대해서는 위의 보도자료 참조.

대안으로서 불구속 재판의 원칙을 구현할 수 있고, 또한 피의자의 법원 출석을 담보하고 구치시설의 과밀해소와 국가재정의 부담을 감소시킬 수 있을 것으로 기대되고 있다. 우리 형사소송법 제98조 역시 서약서, 보증금 납입약정서, 주거제한, 접근금지, 피고인 이외의 자의 출석보증서, 상당 금액 공탁, 지정인의 보증금 납입 등을 보석의 조건으로 규정하고 있기는 하지만 미국의 사례와 같이 재판 전 프로그램의 운영을 통해서 피고인의 법정 출석을 확보할 수 있다면 현행 보석제도를 보완하여 불구속 수사·재판의 원칙을 실현하는데 기여할 수 있을 것으로 생각된다. 예컨대 성범죄나 마약범죄, 주취폭력의 경우 초범이라고 할지라도 구속되는 경우가 많고, 이들이 집행유예나 벌금 등으로 사회로 복귀한 후에도 동종의 재범에 이르게 되는 경우가 많은데, 처음부터 대안적 프로그램을 도입하여 관리하고 치료한다면 재범 방지에도 도움이 될 것으로 기대된다<sup>392)</sup>.

---

392) 법원행정처(2013), 앞의 책, 186쪽.



## 제 5 장 보석제도의 개선방안 연구

# 결론

안 성 훈



헌법 제12조 및 제27조는 모든 기본권 보장의 전제조건이 되는 신체의 자유의 보장을 위하여 형사절차상의 원칙으로서 적법절차, 사전영장의 원칙, 변호인의 조력을 받을 권리, 신속한 재판을 받을 권리, 무죄추정의 원칙을 규정하고 있다. 우리 형사소송법은 이러한 원칙을 구체적으로 실현하기 위하여 그동안 수사례에 걸쳐 인신 구속제도와 구속자석방제도에 관한 규정을 개정해 왔고, 그 결과 형사소송법 제275조의2 및 제70조에서 무죄추정의 원칙을 명문으로 규정함과 동시에 신체의 자유를 제한하는 구속사유를 엄격하게 제한하기 위한 다양한 제도적 장치를 마련하고 있다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고 현재의 구속과 구속자 석방제도의 운용 현실을 둘러보면 이러한 제도적 장치들이 헌법 및 형사소송법의 원칙을 실현하는데 얼마만큼 기여하고 있는지는 의문이다. 특히 대표적인 구속자 석방제도인 보석제도의 운용 현실은 2007년도 형사소송법 개정 이후 다양한 보석조건을 도입함으로써 불구속 재판 원칙의 실현 가능성을 높이는 규범 환경이 조성되었음에도 불구하고 법정구속률은 증가하고 반대로 보석허가율은 감소하고 있는 것으로 나타나고 있어, 개정 노력의 취지와 다르게 불필요한 구속을 억제하고 구속의 장기화를 막기 위한 실질적 통제수단이 되고 있지 못하고 있다.

본 연구는 현행 구속과 구속자 석방제도가 신체의 자유를 최대한 보장하기 위한 헌법정신과 형사소송법의 취지에 부합하는 방향으로 운용되어야 한다는 전제하에 이러한 상황이 왜 발생하고 있는지에 대한 의문에서 출발하였고, 그 원인의 분석과 이를 바탕으로 한 개선방안을 모색하여 현행 보석제도가 불구속수사·재판의 원칙을 실현하는 사후적 구제수단으로서 실질적으로 작용할 수 있는 방안을 모색하고자 하였다. 공식통계에 나타난 제도 운용현황을 바탕으로 문헌연구와 학계 및 실무전문가

심층면접 등을 통해 얻은 결과를 분석·검토한 결과 현행 구속자 석방제도가 헌법과 형사소송법의 원칙에 부합하는 방향으로 운용되지 못하고 있는 이유는 다음과 같다.

우선 우리나라에서 인신구속제도는 근대적 형사소송절차가 도입되는 시점에 있어서 당시의 역사적 상황에 의해 다소 변질된 상태로 운영되어 이러한 역사적 상황이 구속이 원칙이라는 그릇된 법의식이 국민의 법의식으로 자리하게 되는데 기여하게 되었고, 이러한 국민의 법의식에 합치하여 검찰과 법원의 구속 실무에서도 응보나 처벌의 관념이 인신구속에 있어서 여전히 작동하고 있다.

다음으로 현행 구속자 석방제도는 구속과 석방의 첫 단계라고 할 수 있는 영장실질 심사 단계부터 다양한 제도가 마련되어 있어 불구속 수사·재판의 원칙을 실현할 수 있는 제도적 장치가 잘 마련되어 있는 것처럼 보이지만, 구체적으로 제도의 운용 상황을 들여다보면 각 제도마다 신청권자, 판단의 주체, 요건, 절차, 효과 등이 달라 매우 복잡한 체계로 되어 있고, 또한, 영장재판에서 구속이 결정되면 사후 석방제도인 구속적부심이나 보석심사에 있어서 피해자와의 합의나 피해액에 준하는 금액의 공탁 등 특별한 사정 변경이 없는 한 보석청구를 잘 인용해 주지 않는 구조적인 문제점을 가지고 있다.

이러한 원인 분석을 바탕으로 현행 보석제도의 운용상의 문제점은 단순히 현행 보석 규정의 개정이나 새로운 보석조건의 마련을 통해서 해결될 수 없고, 근본적인 원인의 개선 즉, 현행 구속자 석방제도가 가지고 있는 구조적인 문제의 개선과 구속을 처벌로 생각하는 실무의 인식 변화가 반드시 필요하다는 점을 알 수 있었다. 개정형사소송법에서 불구속수사·재판의 원칙을 실현하기 위하여 보석조건의 다양화였지만 이러한 개선안이 현재 보석제도를 활성화하는 데에 기여하지 못하고 있는 원인, 또한 기존의 많은 선행연구에서 제시하였던 구속적부심이나 보석제도의 일부를 보완하려는 방안이 실질적인 대안이 되지 못한 원인을 바로 여기에서 찾을 수 있다. 이러한 원인 분석의 결과는 현행 보석제도의 개선방안 모색하기 위하여 시작한 연구를 현행 구속자 석방제도의 개선방안을 모색하여야 한다는 결론으로 이끌었고, 이러한 전제하에 모색한 구체적인 개선방안은 다음과 같다.

첫째, 헌법상의 무죄추정의 원칙 하에 형사절차상의 수사와 재판은 원칙적으로 불구속 상태에서 이루어지는 법제가 마련되어 있음에도 불구하고 이러한 법제와 국민

과 실무의 구속관 사이에는 큰 괴리가 있으므로 이러한 법제와 국민의 법의식 사이에 괴리를 메우는 작업이 시급히 요청된다. 그러나 국민의 법의식의 변화는 하루 아침에 이루어질 수 있는 것이 아니므로 이러한 괴리를 메우기 위해서 사법부가 주체가 되어 우리 형사사법이 지향하는 바를 분명히 하고 이를 형사절차 전반에 관철시켜 실무에서 지속적으로 실현시켜 나감으로써 실무와 국민의 법의식에 자리 잡고 있는 구속=처벌의 구속관을 바꿔나갈 필요가 있다.

둘째, 현행 구속자 석방제도의 구조를 근본적으로 개선할 필요가 있다. 구체적으로 비례성 원칙에 입각한 석방제도의 확립과 구속과 구속자 석방제도의 일원화, 구속심사 전담재판부의 설치, 구속사유와 석방사유의 연계, 구속영장 발부시 구체적인 구속사유와 근거의 제시, 그리고 불구속 재판의 실현 등 인권보장을 위한 일반화된 정책으로 전자감시조건의 활성화를 도모할 필요가 있다. 특히 구속과 구속자 석방제도의 일원화와 구속심사 전담재판부의 설치, 구속영장 발부시 구체적인 구속사유와 근거의 제시는 현행 구속자 석방제도 구조를 근본적으로 바꿀 필요가 있다는 관점에서 볼 때 반드시 개선이 필요한 개선방안이라고 생각한다.

마지막으로 본 연구는 형사소송절차의 진행을 확보하고 실체적 진실을 발견하여 국가형벌권을 실현함에 있어서 가장 중요한 역할을 담당하고 있는 구속제도의 필요성을 간과하고 있는 것은 아니다. 불구속 수사·재판 원칙의 남용으로 인해 발생하는 피해는 모두 국민의 피해로 돌아가기 때문에 그 운용에 있어서 신중을 기하지 않으면 안 된다는 점 또한, 분명한 사실이다. 즉 구속만이 인권침해의 우려가 있는 것이 아니라 불구속 또한, 인권침해의 우려가 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 구속제도의 필요성과 중요성을 인정하면서도, 본 연구의 전체에 걸쳐 무죄추정의 원칙에 입각한 불구속 수사·재판의 실현을 강조한 것은 현행 구속과 구속자 석방제도의 구조하에서는 어찌면 구속될 필요성이 없는 자 또는 조건으로 구속사유가 상쇄될 수 있는 자가 구속되어 있을 수도 있겠다는 합리적인 의심을 가지게 되었기 때문이다. 현행 구속과 구속자 석방제도하에서 담당판사의 입장에서 보면, 구속과 석방이라는 선택의 기로에서 도망의 우려와 증거인멸의 우려, 재범의 위험성, 피해자 등 증인에 대한 위협의 우려 등에 대한 판단 실패의 부담을 회피하고자 하는 것은 어찌면 당연한 것일지도 모르고, 이것이 현실이라면 그 판단의 결과는 피의자와 피고인의 구속, 구속유지,

보석 불허가 등으로 나타날 수밖에 없을 것이다. 이는 전문가 심층면접 과정에서도 확인할 수 있었는데, “판사들은 과거 피의자나 피고인들을 접하였던 경험을 일반화하여 구속사유를 판단을 하는 경향이 있고, 또한 실수로 피의자를 풀어주었을 때 그들에게 돌아오는 비난 때문에 구속자 석방심사시 소극적으로 임하는 경향이 있다.”라고 한다. 하지만 현실이 그러할지라도 그러한 판사의 부담이 피의자 또는 피고인에게 전가되어서도 안 될 것임은 분명하다. 바로 형사절차에서 열 사람의 범인을 놓치더라도 죄 없는 한 사람이 억울하게 처벌받는 일이 없어야 한다는 관점이 강조되는 지점이다.

## 1. 국내

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
- 김대휘, “구속제도의 개선방안”, 사법행정, 1992.
- 김성돈, “개정형사소송법에 있어서 인신구속제도”, 성신법학 제8호, 2009.
- 김성돈·김혜경, “현행 형사소송법상 인신구속제도의 합리적 입법개선 방안”, 국회입법조사처 정책연구용역보고서, 국회입법조사처, 2015.
- 김성룡, “독일 경찰의 구조와 기능-행정, 위협예방, 사법, 정보 기능 분리의 관점에서-”, 형사법의 신동향 제63호, 2019.
- 김인회, “형사구속자수 급감의 원인과 의의”, 서울대학교 법학 제51권 제4호, 2010.
- 김태명, “한국의 인신구속제도”, 동아법학 제43호, 2009.
- 김현숙, “현행보석제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2004.
- 김희옥, “보석제도의 제문제-이론적 배경 및 운용현황·문제점-”, 형사법연구 제2호, 한국형사법학회, 1989.
- 김희옥, “우리나라 보석제도의 이론적 배경 및 그 문제점”, 사법행정 제303권 제3호, 1986.
- 문영호·이인영, 우리나라 보석제도의 운영현황과 개선방향, 한국형사정책연구원, 1992.
- 법원행정처, 외국사법제도연구(14) 각국의 구속 및 보석 기준과 실무운영현황, 2013.
- 법원행정처, 법원실무제요 형사(I), 2014.
- 사법개혁위원회, 국민과 함께하는 사법개혁-사법개혁위원회 백서-, 사법개혁위원회 자료집(VII), 2005.
- 신동운, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분”, 서울대 법학 31권 3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1990.
- 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014.

- 신양균, “독일의 인신구속제도에 대한 검토”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.
- 안성훈, 교정시설에서의 과밀수용 현상과 그 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2016.
- 오도기, “보석과 인권보장”, 형사법연구 제2호, 한국형사법학회, 1989.
- 이완규, 개정형사소송법의 쟁점, 한영문화사, 2008.
- 이인영, “보석제도에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 1994.
- 이주원, 형사소송법, 박영사, 2021.
- 이재상·조균석·이창온, 형사소송법 제13판, 박영사, 2021.
- 이창현, 개정형사소송법상 보석제도에 관한 연구-운용실태분석과 그 개선방안을 중심으로-, 연세대학교 박사학위논문, 2019.
- 이창현, 구속과 보석, 입추, 2010.
- 임상현, “미국의 보석제도” 저스티스 제12권 제1호, 한국법학원, 1974.
- 정승환, 형사소송법, 박영사, 2018.
- 정영훈, 무죄추정에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2012.
- 정영훈, “불구속수사 재판의 원칙의 발전과 정체, 인신구속제도의 재편 방안”, 인권과정의 제485호, 2019.
- 정진수, 인신구속제도의 일원화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2006.
- 조성용, “현행 인신구속제도 운용의 문제점과 개선방안”, 법조, 제644호, 2010.
- 차용석, 형사소송법연구, 박영사, 1983.
- 하태훈, “구속영장 실질심사제도의 과제와 전망”, 형사정책 제9호, 한국형사정책학회, 1997.
- 한수웅, 헌법학 제11판, 2021.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2021.
- 법무부, 일본형사소송법·규칙, 2009.
- 법무부, 2020 범죄백서, 2021.
- 법무부, 2021 법무연감, 2021.
- 법원행정처, 2021 사법연감, 2021.

## 2. 국외

Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman(2001), Pretrial Services Programs: Responsibilities and Potential, National Institute of Justice

Eric Helland/Alexander Tabarrok(2004). "The Fugitive: Evidence on Public versus Private Law Enforcement from Bail Jumping." The Journal of Law and Economics 47(1), University of Chicago Press

Federal Bail Reform Act 1966

Franklin E. Zimring/Richard S. Frase(1980), The Criminal Justice System: Materials on the Administration and Reform of the Criminal Law, Little, Brown

Gena Keebler, Our Journey Toward Pretrial Justice, Federal Probation, Vol. 71, Number 2, September, 2007

the Bail Reform Act of 1966, 18 U.S.C. 3146 et seq.

The Bail Reform Act of 1984

Timothy R. Schnacke(2014), Fundamentals of Bail: A Resource Guide for Pretrial Practitioners and a Framework for American Pretrial Reform, the National Institute of Corrections, U.S. Department of Justice

Vance, Neil R., and Ronald J. Stupak(1997). "Organizational Culture and the Placement of Pretrial Agencies in the Criminal Justice System." The Justice System Journal, vol. 19, no. 1, Taylor & Francis, Ltd.

Victor Baynard Woolley(1906), Practice in Civil Actions and Proceedings in the Law Courts of the State of Delaware, Star Printing Company

William Duker(1977), "The Right to Bail: An Historical Inquiry", Albany Law. Review 33

115(1) of the Coroners and Justice Act 2009

25(2) of the Criminal Justice and Public Order Act 1994

37(7)(a) PACE and .37B PACE and the Director's Guidance on Charging.

37(2), 34(2) and 34(5) of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)

7 American Charters 3813 (F. Thorpe ed.. 1909)

Böhm, Klaus Michael, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, 1. Aufl., 2014.

Böhm Klaus Michael/Werner, Eric, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, 1. Aufl., 2014.

Geppert, Klaus, Vorläufige Festnahme, Verhaftung, Vorführung und andere Festnahmearten, in: Jura 1991, S. 269 ff.

Graf, Jürgen-Peter, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019.

Hassemmer, Winfried, Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, in: StV 1984, S. 38 ff.

Heinz, Wolfgang, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012, Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, Version: 1/2014.

Heinz, Wolfgang, Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland - Berichtsstand 2015 im Überblick, Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, Version: 1/2017.

Hellmann, Uwe, Die Hauptverhandlungshaft gem. § 127b StPO, in: NJW 1997, S. 2145 ff.

Hellmann, Uwe, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2005.

Hilger, Hans, in: Löwe/Rosenberg StPO, 26. Aufl., 2014.

Krauß, Matthias, in: Beck'sche Online-Kommentare StPO mit RiStBV und MiStra, 39. Ed., 2021.

Maier, Hans Christian, Was darf der "nächste" Richter nach § 115a StPO?, in: NStZ 1989, S. 59 ff.

Mayer, Marco, Die Zustellungsvollmacht im Strafprozessrecht, in: NStZ 2016, S. 76 ff.

Nobis, Frank, Plädoyer zur Abschaffung des Haftgrundes der Fluchtgefahr, in: StraFo 2013, S. 318 ff.

Schlothauer, Reinhold/Weider, Hans-Joachim, Untersuchungshaft, 4. Aufl., 2010.

- Schmitt, Bertram, in: Meyer-Goßner/Schmitt Strafprozessordnung: StPO, 58. Aufl., 2015.
- Schröder, Christian, Die jederzeitige Haftprüfung von Amts wegen, in: NStZ 1998, S. 68 ff.
- Schultheis, Ullrich, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019.
- Schweckendieck, H., § 116 StPO und Rechtskraft, in: NStZ 2011, S. 10 ff.
- Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 - Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung, 2017~2019.

- 安富潔(2021), 刑事訴訟法講義 第5版, 慶應義塾大學出版會, 2021.
- 石丸俊彦/仙波厚/川上拓一/服部悟(2005), 新版 刑事訴訟の実務(上), 新日本法規出版, 2005.
- 伊丹俊彦/合田悦三, 逐条実務刑事訴訟法, 立花書房, 2020.
- 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 (第3版), 日本評論社, 2018.
- 酒卷匡, 刑事訴訟法 第2版, 有斐閣, 2020.
- 白取祐司, 刑事訴訟法 第10版, 日本評論社, 2021.

2020年版 犯罪白書

2020年 檢察統計年報

2021年 司法統計年報

### 3. 판례

- 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111
- 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정
- 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 93헌바26
- 헌법재판소 1996.1.25. 선고 95헌가5
- 헌법재판소 1996.12.26. 선고 94헌바1
- 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22
- 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2002헌마193

대법원 1997. 8. 27. 결정 97모21  
대법원 1997. 11. 27. 결정 97모88  
대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402, 결정.  
대법원 2017. 10. 31. 선고 2016도21231

R v Culley [2007] EWHC 109 (Admin).  
United States v. Salerno, 481 U.S. 739 at 755 (1987).

最決 1969. 7. 14. 刑集 23·8·1057  
最大判 1970. 9 . 16. 民集 24·10·1410.  
最決 1971. 6. 14. 刑集 25·4·565  
最決 1993·7·19 刑集 47·7·3  
最決 2014. 11. 18. 刑集 68·9·1020  
東京高決 1954. 7. 15. 裁特 1·1·24  
東京地決 1968. 5. 24. 下刑集 10·5·581  
高松高決 1955. 6. 18. 裁特 2·13·656  
名古屋高決 1955. 1. 13. 裁特 2·1=3·3  
広島高岡山支決 1973. 4. 9. 刑月 5·4·496

#### 4. 인터넷자료

“구속영장 발부 대폭 감소… 14만여건서 3만여건으로”, 법률신문, 2016.9.12. 인터넷  
기사, <https://m.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=103085&kind=AA01>  
“구속피고인 ‘전자’보석 5일부터 본격 시행”, 2020. 8. 5. 법률신문 인터넷기사,  
<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=163344>  
“대법원, ‘구속영장단계 조건부 석방 제도’ 검토 착수”, 2021.9.9. 인터넷신문기사,  
<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=172790>  
“법정구속 구체적 기준이 없다”, 파이낸셜뉴스, 2014.10.10. 인터넷 기사,  
<http://www.fnnews.com/news/201410091748319216>

- “설 민심 ‘김경수 법정구속, 옳다’ 51.9%”, 데일리안 인터넷신문 2019.2.7. 기사,  
<https://www.dailian.co.kr/news/view/770504/?sc=naver>
- “이명박 구속영장 청구 ‘국민 여론’이 이끌어냈다.”, 아주경제 인터넷신문 2018.3.21.  
 기사, <https://www.ajunews.com/view/20180321092255075>
- 일리노이, 미 최초로 보석제도 폐지, 2021. 2. 25. 조선일보 인터넷기사,  
[https://www.chosun.com/international/us/2021/02/25/ZLQFJJK7AZD4NOX4PAQ6MS4T2Y/?utm\\_source=nate&utm\\_medium=referral&utm\\_campaign=nate-news](https://www.chosun.com/international/us/2021/02/25/ZLQFJJK7AZD4NOX4PAQ6MS4T2Y/?utm_source=nate&utm_medium=referral&utm_campaign=nate-news)
- e-나라지표, 구속영장 청구 발부 현황, [http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\\_cd=1727](http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1727)
- “8월 5일(수), 전자장치부착 조건부 보석(전자보석) 제도 시행”, 2020. 8. 3. 법무부  
 보도자료, <https://www.moj.go.kr/moj/221/subview.do>
- Aaron Larson, How does bail work, Expert Law. <https://www.expertlaw.com/library/criminal-law/how-does-bail-work>
- Brennan Center for Justice, California’s Referendum to Eliminate Cash Bail, Explained <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/californias-referendum-eliminate-cash-bail-explained>
- Chapter 2: Detection of Crime and Arrest. <https://www.cilexlawschool.ac.uk/wp-content/uploads/2019/09/UQ11-Criminal-Litigation-Sample-2019.pdf>
- Discovery Reform in New York, Major Legislative Provisions - Updated after April 2020 Amendments. [https://www.courtinnovation.org/sites/default/files/media/document/2020/Discovery\\_NYS\\_Revised\\_2020.pdf](https://www.courtinnovation.org/sites/default/files/media/document/2020/Discovery_NYS_Revised_2020.pdf)
- Legislation, Police and Criminal Evidence Act 1984 § 24 Arrest without warrant for arrestable offences. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/24/enacted?view=plain>
- Legislation UK, Statute of Westminster, The First(1275), <https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1/3/5>
- National Conference of State Legislation, Adam Walsh Child Protection and Safety Act, <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/adam-wal>

sh-child-protection-and-safety-act.aspx

National Conference of State Legislatures. Bail Bond Agent Business Practices.  
<https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/bail-bond-agent-business-practices.aspx>

National Conference of State Legislatures, Pretrial Release Eligibility and Detention,  
<https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/pretrial-release-eligibility.aspx>

NPR, Illinois Becomes 1st State To Eliminate Cash Bail, February 22, 2021,  
<https://www.npr.org/2021/02/22/970378490/illinois-becomes-first-state-to-eliminate-cash-bail>

Oyer and terminer, Merriam-Webster.com. Retrieved February 7, 2011.  
<https://www.merriam-webster.com/dictionary/oyer%20and%20terminer>

Pretrial Justice Center, Preventive Detention <https://www.ncsc.org/pjcc/topics/preventive-detention>

PROFESSIONAL BAIL AGENTS OF THE UNITED STATES, History of Bail,  
<https://www.pbus.com/page/14>

PROFESSIONAL BAIL AGENTS OF THE UNITED STATES(PBUS) About Bail -  
History of Bail, <https://www.pbus.com/page/14>

Senate Bill No. 10 CHAPTER 244 [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201720180SB10](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB10)

Summary of Provisions in Illinois House Bill 3653: Criminal Justice Omnibus Bill,  
February 15, 2021. <https://www.civicfed.org/iifs/blog/summary-provisions-illinois-house-bill-3653-criminal-justice-omnibus-bill>

Summons and Warrants, Summons. <https://www.indiafilings.com/learn/summons-and-warrants/>

Summons and Warrants, Warrant of Arrest, <https://www.indiafilings.com/learn/summons-and-warrants/>

The Code for Crown Prosecutors, The Threshold Test. <https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors>

The Crown Prosecution Service, Bail. <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/bail>

- The Crown Prosecution Service, Conditions of Bail. <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/bail>
- The Judiciary Act of 1789, 1 Stat. 73. [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/judiciary\\_act.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/judiciary_act.asp)
- The New York Civil Liberties Union (NYCLU), LEGISLATIVE MEMO: BAIL ELIMINATION ACT. <https://www.nyclu.org/en/legislation/legislative-memo-bail-elimination-act>
- The New York State Senate, Senate Bill S2101A 2019-2020 Legislative Session Enacts the “bail elimination act of 2019”; repealer. <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2019/s2101>
- The Senate State of New York, Cash Bail “Reform” Eliminations. [https://www.nysenate.gov/sites/default/files/press-release/attachment/cash\\_bail\\_pdf\\_2.pdf](https://www.nysenate.gov/sites/default/files/press-release/attachment/cash_bail_pdf_2.pdf)
- UK Gov, Electronic tags, <https://www.gov.uk/electronic-tags>
- University of pretrial, Bail Bond. <https://university.pretrial.org/glossary/bailbond>



## Improvement of Bail Systems

An, Sung-Hoon · Kim, Hye-kyung · Ko, Myung-soo

Articles 12 and 27 of the Constitution stipulate due process, warrant requirement, right to assistance of counsel, right to prompt trial, and presumption of innocence as the principles of criminal procedure to guarantee personal liberty, which is a prerequisite for guaranteeing all basic rights. As part of the Criminal Procedure Act, Articles 275-2 and 70 also stipulate the principle of presumption of innocence, while limiting the grounds for detention that restrict personal liberty. Accordingly, “detention should only be used as a last resort if no alternative means are effective in fighting crime,” and when alternatives to detention succeed in advancing the criminal proceedings, it is natural to set up a system to select these alternatives in accordance with the principle of proportionality.

Various institutional mechanisms in the current Criminal Procedure Act are intended to realize the investigation and trial without confinement; however, given the reality of the current detention and release system, how much these institutional mechanisms contribute to realizing the principles of the Constitution and Criminal Procedure Act is questionable. From the outside, Korea’s release system seems to have an institution for achieving the principles of investigation and trial without detention as there are various systems in place ranging from direct judgment of warrants, which is considered to be the first step in detention and release, to reviewing the legality of confinement, to bail, to suspension of execution of custody, and to revocation of confinement. Nevertheless, closer

examination reveals several structural problems. In the first place, it is difficult to decide which proceeding to use without substantial legal knowledge since each system differs in applicants, subjects of judgment, requirements, procedures, and effects. In addition, under the premise that the grounds for detention were strictly examined during the direct judgment of warrants, which is the first stage of the confinement, the request for bail is rarely accepted unless a change of circumstances occurs, such as the victim agreeing to settle or the deposit equivalent to the damage being made during subsequent review of the legality of the confinement or bail examination after prosecution. On the one hand, the notion of retribution or punishment that “one who is detained must have committed some crime” is woven into the public’s legal sentiment and is still evident in the prosecution and court practices regarding the arrest of individuals.

Although there are various institutional mechanisms for realizing the principles of investigation and trial without detention, the current arrest and release system is not functioning properly due to the following reasons: (1) the principle of investigation and trial without confinement is not deeply rooted in practice, and that the perception of arrest as punishment is still prevalent, and (2) the arrestee release system is structurally flawed. This study examines the problems associated with the current arrestee release system, and proposes ways to improve the bail system based on the analysis.

연구총서 21-A-06

## 보석제도의 개선방안 연구

발행 | 2021년 12월

발행처 | 한국형사·법무정책연구원

발행인 | 하태훈

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | [www.kicj.re.kr](http://www.kicj.re.kr)

정가 | 7,000원

인쇄 | 고려씨엔피 02-2277-1508/9

I S B N | 979-11-91565-31-7 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.