

구속전 피의자심문제도에 관한 비판적 검토

이 태 훈*

국문요약

1995년 제8차 개정 형사소송법 이후로 우리나라 인신구속체계는 체포와 구속으로 이원화되었고, 인신구속의 신중을 기하기 위한 방안으로 구속전 피의자심문제도가 신설되었다(형사소송법 제201조의2). 그러나 체포와 구속을 이원화할 합리적 근거가 없을 뿐만 아니라 이로써 수사기관의 업무에 혼선을 초래할 뿐이다. 또한 미체포 피의자에 대한 판사의 사전적 심문제도는 현행 헌법질서에 위반될 소지를 안고 있으며 형사소송구조에 반할 뿐만 아니라 세계적으로 유례가 없는 것이다. 현행 형사소송법상 체포와 구속의 이원주의는 1995년의 제8차 형사소송법 개정이전으로 환원시켜서 일원화해야 한다. 다만 체포와 구속의 이원주의를 현행과 같이 고수하고자 한다면 일본 형사소송법과 같이 체포전치주의를 도입하여 수사기관이 서면에 의한 체포영장을 발부받거나 긴급체포를 한 이후에 구속영장을 청구하고, 이 단계에서 법원은 구속사유를 판단하기 위하여 피의자를 심문하도록 형사소송법을 개정하는 것이 보다 합리적이다.

* 한국형사정책연구원 원장, 법학박사.

I. 문제제기

2003년 말부터 지금까지 우리사회는 사법개혁에 관한 논의로 한 바탕 몸살을 앓은 바 있다. 이 논의에서 중심을 차지한 것은 국민의 사법참여나 형사소송법의 개정 등 형사사법의 개혁이었다. 형사사법개혁 물론 선진적 사법개혁의 필요성은 1980년대 중반부터 끊임없이 대두되었지만, 최근의 사법개혁은 구체적인 법안으로 실천되었다는 점에서 큰 의의를 가지고 있다. 2005년에 출범한 사법제도개혁추진위원회는 그 동안에 논의된 개혁쟁점들을 정부안으로 법제화하여 국회에 제출하였으며, 그 법안의 대부분은 현재 국회에서 통과되어 그 시행을 앞두고 있다.

낡은 사법제도를 사회상황이 바뀐 현실에 조응시키도록 개혁하는 것은 어느 국가나 사회에서도 문제를 제기할 것이 못된다. 그러나 필자가 우리나라의 형사사법개혁에서 의문을 가지는 것은 형사사법의 개혁이 현행 형사소송법의 기본구조와 원칙에 대한 깊은 이해를 바탕에 두지 않고 오로지 ‘개혁’이라는 목표만을 강조한 나머지 ‘어떻게’(How)의 문제를 경시했다는 점이다. 형사사법개혁에서 구체적인 방법론을 경시한 채 목표만 강조하는 경우에는 혁명시기에나 볼 수 있는 기이한 결론이 도출되어 결국 형사사법 전반에 대한 혼란만 가중시킬 뿐이다. 이와 관련한 대표적인 예가 바로 실무에서 ‘구속영장실질심사제도’라고 불리우는 구속전 피의자심문제도¹⁾(형사소송법 제201조의2)이다.

구속전 피의자심문제도는 인신구속을 행함에 있어서 피의자를 법관 면전에 출석시켜 그에게 변명과 이익이 되는 사실을 진술할 기회를 부여하고 이를 중요한 판단자료로 삼아서 구속영장의 발부여부를 결정하는 방식을 말한다. 현행 형사소송법 제201조의2는 구속영장이 청구된 피의자 심문방법을 두 유형으로 나누고 있는데, 이에 의하면 이미 체포된 피의자에

1) 구속전 피의자심문의 법문상 정확한 명칭은 ‘구속영장청구와 피의자심문’(형사소송법 제201조의2)이다. 검찰의 경우 이 제도를 ‘구속전 피의자심문제도’라고 칭하고 있음에 비해 법원에서는 이를 구속영장실질심사제도라고 부르고 있다. 이는 1995년 개정 형사소송법에서 이에 대한 정식 명칭을 정하지 아니한 데서 기인한 것으로 보인다. 그러나 이는 단순한 명칭의 문제에 불과한 것이라 보아 가벼이 넘길 문제는 아니라고 생각되며, 법원과 검찰이 각각 이 제도를 어떠한 시각에서 이해하고 있는가를 단적으로 보여주는 것이라고 할 수 있는 것이다.

대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체없이 피의자를 심문하고, 미체포 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문한다. 이 점에서 형사소송법 제201조의2에 규정된 구속전 피의자심문제도는 체포된 피의자의 구속에 관해서는 체포‘후’ 심문체계이며, 미체포 피의자의 구속에 관해서는 구속영장 발부‘전’ 심문체계를 유지하고 있다.

그러나 1995년 12월 29일에 처음으로 형사소송법에 신설된 구속과 체포의 이원주의와 구속전 피의자심문제도는 도입 당시부터 격렬한 논쟁에 휩싸였으며, 그 여파는 지금까지도 계속되고 있다. 필자는 1995년의 제8차 형사소송법 개정을 둘러싸고 격렬한 논쟁이 벌어지던 당시에 체포와 구속의 이원적 체계를 일원화시키고 구속전 피의자심문제도를 폐지해야 한다고 주장한 적이 있다.²⁾ 그 이유는 인신구속의 이원적 체계와 우리나라식의 구속전 피의자심문제도가 선진외국과 국제법규에서는 볼 수 없는 기형적 제도이며 현행 헌법질서에도 부합하지 않는 위헌적 요소도 가지고 있다고 판단했기 때문이다. 결국 이원적 인신구속체계와 비체계적인 구속전 피의자심문제도는 입법되었지만, 그러나 그 이후에도 이 제도의 운영을 둘러싸고 잡음이 적지 않게 나타났고, 결국에는 형사소송법 제201조의2가 시행된 지 10년밖에 안 되는 기간 동안 2차례나 개정되는 결과를 초래하였다. 여기서 필자는 최근에 구속영장의 발부기준을 둘러싸고 증폭되고 있는 검찰과 법원간의 갈등의 배후에 구속전 피의자심문제도의 기형적 입법에 있다고 판단하면서 이 제도가 안고 있는 법이론적·정책적 문제점을 다시 한 번 지적하고 제도운영의 합리적인 방안을 제시해보고자 한다.

II. 형사소송법상 인신구속과 구속전 피의자심문제도의 개정과정

우리나라 형사소송법은 1954년 9월 23일에 제정된 이후 지금까지 총 17차례의 부분적인 개정이 이루어졌다. 이 중에서 가장 획기적인 개정은

2) 이태훈, 미국의 인신구속제도와 운영실태, 법조 제490호, 1997, 24-25쪽.

1995년 12월 29일에 개정되고, 1997년 1월 1일자로 시행된 제8차 형사소송법 개정이었다. 형사소송법 제8차 개정으로 인하여 한국의 인신구속제도는 체포와 구속의 이원적 체계로 개편되었으며, 구속전 피의자심문제도도 최초로 형사소송법에 발을 들여놓기 때문이다. 이러한 개혁이 어느 정도로 성과를 거두었는지, 법이론적·정책적으로 타당한 것인지를 평가하기 위해서는 일차적으로 우리 형사소송법의 개정사에서 주된 지위를 차지하고 있는 인신구속제도의 변천과정과 그 배경을 논의해볼 필요가 있다.

1. 1995년 형사소송법 개정 이전의 인신구속제도

1995년 이전의 형사소송법은 수사절차상 인신구속에 관하여 구속영장에 의한 구속(제201조 이하), 긴급구속(제206조 이하), 현행범체포(제211조 이하)를 각각 규정하고 있었다. 여기서 구속영장에 의한 구속은 사전구속영장에 의한 구속으로서 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만 한 상당한 이유가 있고 구속사유(주거부정, 증거인멸염려, 도망 또는 도망우려) 중 어느 하나에 해당하는 때 검사의 청구로(사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로) 지방법원판사가 발부한다. 이에 반해 긴급구속이란 사전영장에 의하지 아니한 피의자구속으로서, 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 피의자가 도망할 염려가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원판사의 구속영장을 받을 수 없는 때에 검사 또는 사법경찰관이 그 사유를 고하고 지체 없이 피의자를 구속하는 것을 말한다. 이 점에서 긴급구속은 범죄혐의의 중대성과 구속사유가 존재함에도 불구하고 법관의 사전영장을 받을 수 없는 긴급한 상황에 대비하여 사용되는 예외적 장치로 활용되도록 규정되어 있었다.

1995년 형사소송법 개정 이전의 인신구속체계는 현행범체포를 제외하면 영장에 의한 구속과 긴급구속으로 일원화되어 있었다. 또한 그 당시의 구속영장의 발부관행을 보면, 검사는 영장청구에 필요한 서류를 첨부하여 판사에게 송부하고, 판사는 그 서류를 심사하여 구속여부를 결정했을 뿐 피의자신문은 행하지 않았다. 구속된 피의자의 구속적부를 사후적으로 심사할 가능성으로는 헌법 12조 제6항과 형사소송법 제214조의2에 규정된

구속적부심사제도가 있었다. 그러나 이러한 인신구속체계에 대하여 주로 법원 측에서 문제를 제기하였는데, 그 주된 배경은 구속실무에서 수사기관이 의사의 진단결과 등 확실적인 기준에 의해서 구속영장을 청구하는 경향이 있었고, 영장청구를 받은 법관은 형식적 심사에 그치고 거의 기계적으로 구속영장을 발부하는 예가 많아 결과적으로 구속이 남용되었다는데 있었다. 또한 사전 영장주의의 예외인 긴급구속의 남용을 방지하기 위하여 지나치게 억제한 나머지 경찰에 의한 보호실구금과 같은 편법수사의 부작용도 인신구속체계의 개편에 힘을 실어 주었다. 그 결과 1995년의 형사소송법 개정을 통하여 인신구속체계는 체포와 구속으로 이원화되었고, 종래의 서면에 의한 영장심사를 대신하는 구속전 피의자심문제도가 형사소송법 제201조의2에 뿌리를 두게 되었다.

2. 1995년 제8차 개정 형사소송법상의 인신구속제도

1995년의 제8차 개정 형사소송법은 신체확보의 방법으로 기존의 구속영장에 의한 구속을 존치시키되, 긴급구속을 폐지하는 대신 체포제도를 신설하여 그것을 체포영장에 의한 체포(제200조의2), 긴급체포(제200조의3)로 구분하여 규정하였다. 체포제도를 신설한 이유는 앞에서 언급한 바와 같이 수사기관이 피의자를 임의동행하여 보호실에 유치하여 수사하는 관행을 없애되 구속의 요건보다 완화된 조건 하에서 수사기관이 피의자의 신체를 확보할 필요성을 고려한 것으로 알려져 있다.³⁾ 이로써 제8차 형사소송법 개정을 통하여 우리나라 인신구속체계는 세계적으로 유례가 없는 이원주의의 체계를 갖추게 되었다.⁴⁾

3) 1995년도 제8차 형사소송법 개정의 주요내용에 관해서는 차용석, 개정형사소송법의 내용 -체포와 구속을 중심으로-, 형사법연구 제9호, 1996, 65-88쪽 참조; 또한 체포제도의 도입과정에 관한 상세한 서술로는 이완규, 형사소송법특강 - 이념과 현실의 균형을 위한 모색 -, 2006, 170-174쪽 참조.

4) 1995년의 형사소송법 개정을 통하여 체포제도를 도입하는 과정에서 구속과의 관계가 문제되었는데, 그것은 체포를 구속의 사전절차로 파악할 것인지(소위 체포전치주의), 아니면 체포와 구속을 이원적·병렬적으로 규정할 것인지에 관한 문제였다. 결국 이 문제는, 구속의 요건을 입증할 충분한 자료가 있는 경우에 무용한 절차의 중복을 방지하기 위하여 사전구속영장에 의한 구속도 두어야 한다는 이유에서 결국 이원주의를 채택하게 되었다. 따라서 현행 형사소송법에 의하면, 체포의 요건이 구비된 경우에는 체

1995년 개정 형사소송법에서는 체포와 구속의 이원적 구조이외에 형사소송법 제201조의2에 ‘구속영장청구와 피의자신문’이라는 표제로 구속전 피의자신문도 신설하여 판사가 구속영장의 발부 이전에 피의자를 직접 심문하는 가능성이 열리게 되었다. 형사소송법 제201조의2의 규정내용에 따라서 체포(통상체포, 긴급체포, 현행범체포)된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 심문할 수 있고(동조 제1항), 미체포 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문할 수 있도록 규정(동조 제2항)하고 있었다. 1995년 개정형사소송법의 구속전 피의자신문제도는 모든 구속영장청구사건에 대하여 필요적으로 피의자 심문을 규정한 것이 아니라 법관이 “필요하다고 인정하는 때”에 심문할 수 있는 선택권을 부여한 것이 특징이었다.

3. 1997년 제9차 개정 형사소송법상의 구속전 피의자신문제도

그러나 1995년의 제8차 개정 형사소송법에 조율하기 위하여 개정된 1996년의 형사소송규칙 제96조의4는 “구속영장의 청구를 받은 판사는 수사기록에 의하더라도 구속영장을 발부하거나 청구를 기각할 이유가 명백한 경우를 제외하고는 구속 여부를 결정하기 위하여 피의자를 심문한다”라고 규정하여 구속전 피의자신문을 원칙적으로 행하도록 규정하였다. 즉, 1995년의 개정형사소송법이 구속전 피의자신문을 임의적으로 규정한 데

포를 하여 구속을 할 수 있고, 처음부터 구속의 요건이 존재하는 경우에는 체포절차를 거치지 아니하고 곧바로 사전구속영장에 의한 구속이 이루어질 수도 있다. 그러나 체포와 구속의 이원적 인신구속제도의 도입이 타당한 것인지의 여부를 둘러싸고 검찰과 법원은 상반되는 견해를 가지고 논쟁을 벌인 적이 있으며, 이러한 현상은 지금도 나타나고 있다. 법원은 피의자를 오랫동안 구금해 둘 필요가 있는 경우와 잠시만 불려서 조사하면 될 경우가 다르기 때문에 기존의 구속이외에 체포제도를 신설하는 것이 적절하다고 주장한 반면, 검찰 측에서는 형사피의사실에 대한 책임을 묻기 위하여 사람을 붙잡아 두는 제도는 미국을 비롯한 선진제국이 모두 한 가지 제도를 가지고 있고, 이것만으로도 충분한데, 새로이 체포제도를 신설하는 것은 인신구속제도를 혼란스럽게 만들 뿐이라고 주장하였다.

반해 형사소송규칙 제96조의4는 필요적으로 규정하고 있었다. 이로써 하위규범인 형사소송규칙이 상위규범인 형사소송법에 반하는 흠이 있다는 문제가 제기되었다. 또한 법원은 1996년 형사소송규칙 제96조에 따라서 현실적으로 거의 모든 사안에 대하여 구속전 피의자심문을 함으로써 민생치안확보 및 범죄수사에 투입되어야 할 수사인력이 피의자심문과 관련하여 피의자 호송 등에 사용되는 등의 문제가 발생하자 이를 보완해야 한다는 목소리도 나왔다.

그 결과 1997년 12월 13일에는 제9차로 형사소송법이 개정되어 동법 제201조의2에서 그 동안 구속전 피의자심문을 지방법원판사의 전단적 재량에 맡기는 입법방식에서 탈피하여 체포된 피의자에 대하여는 “피의자 또는 변호인 등의 신청이 있는 때”(제1항), 체포되지 아니한 피의자에 대하여는 “구속의 사유를 판단함에 있어서 필요하다고 인정할 때”(제3항)에만 피의자를 심문할 수 있다고 규정하게 되었다.⁵⁾

그러나 학계에서는 구속전 피의자심문제도는 법관의 대면권을 보장하기 위한 제도이므로 수사기관의 부담과 소송경제를 이유로 회피될 수 있는 것이 아니고, 구속전 피의자심문을 피의자 측의 신청에 맡기도록 규정한 형사소송법 제201조의2 제1항의 규정내용이 영장발부에서 적법절차를 강조한 헌법 제12조 제3항에 반한다는 모순을 안고 있고, 법관에 의한 피의자의 심문을 필수적인 절차로 규정하고 있는 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제9조 제3항에도 위반된다는 점을 들어 구속전 피의자심문을 피의자측의 청구나 법관에 재량에 맡길 것이 아니라 아예 처음부터 필요적 피의자심문으로 규정해야 한다고 주장하였다.⁶⁾ 결국 이 논쟁은 참여정부의 형사사법개혁에서 논의의 대상에 포함되게 되었다.

5) 이와 관련하여 신동운 교수는 1997년의 형사소송법 개정이 구속영장 발부에서 주도적으로 피의자를 심문할 수 있는 권한을 법관으로부터 박탈해버렸고 이는 입법적 후퇴를 의미하는 것이고, 인신구속의 여부는 헌법적으로 직무활동의 독립성이 담보되고 신분이 보장된 법관에 의하여 실질적으로 판단해야 한다는 영장주의의 기본원칙을 크게 훼손하는 것이라고 지적하고 있다. 신동운, 형사소송법, 2005, 167쪽.

6) 송광섭, 구속영장실질심사제도의 문제점과 개선방향, 형사정책 제10호, 1998, 60쪽; 신동운, 앞의 책, 167쪽 이하; 이은모, 피의자 인신구속제도의 정비방안, 형사법연구 제19호, 2003, 117쪽; 이재상, 형사소송법, 2006, 234쪽; 이재석, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 형사정책 제11호, 1999, 196쪽; 황정근, 구속영장실질심사제도의 개선방안, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997, 50쪽.

4. 2007년의 개정 형사소송법상의 구속전 피의자심문제도

2003년에 참여정부가 출범하면서 역점을 둔 정책목표 중의 하나는 사법제도의 개혁이었다. 2003년 하반기부터 2004년말까지 활동했던 사법개혁위원회와 2005년 한해 동안 입법준비작업을 맡았던 사법제도개혁추진위원회는 국민사법참여재판, 군사법제도개혁 등 굵직한 사법개혁주제들을 다루었는데, 이 중에는 인신구속제도의 개혁도 중요한 토의대상이었다. 사법개혁위원회는 인신구속제도의 개혁쟁점으로서 석방조건의 다양화, 석방제도의 통합, 영장단계의 조건부 석방제도의 도입, 긴급체포제도의 개선 등에 관하여 논의한 바 있다. 그러나 이와는 별도로 법무부는 이미 2004년에 “변호인의 조력을 받을 권리 및 인신구속절차에 관한 형사소송법 개정안”을 마련한 바 있는데, 이 개정안의 내용 중에는 구속전 피의자심문제도의 개선도 포함하고 있었다.⁷⁾

우선 법무부는 구속전 피의자심문의 절차와 관련하여 체포된 피의자에 대하여는 “피의자 또는 변호인 등의 신청이 있는 때”, 체포되지 아니한 피의자에 대하여는 “구속의 사유를 판단함에 있어서 필요하다고 인정할 때”에만 피의자를 심문할 수 있도록 한 1997년 제9차 개정 형사소송법 제201조의2를 ① 모든 경우에 “필요적” 피의자심문으로 개정하고⁸⁾, ② 피의자를 심문하는 경우 그 심문의 요지 등을 조서로 작성하여 기록에 편철하도록 하며, ③ 피의자에게 변호인이 없는 경우 국선변호인을 선임하도록 하는 형사소송법 개정안을 마련하였다.

결국 구속전 피의자심문에 관한 법무부의 형사소송법 개정안은 사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 일부개정법률안에 포함되어 형사소송법이 개정되는 결과를 낳았다. 2006년 7월 19일자 제15차 개정 형사소송법은

7) 법무부의 인신구속절차에 관한 개정안 내용으로는 사법개혁위원회, 사법개혁위원회자료집(VI) - 제14차~제27차 회의 자료 -, 2005, 46-63쪽 참조.

8) 법무부가 체포된 피의자이든 미체포된 피의자이든 구속전 피의자심문을 필요적으로 하도록 형사소송법 개정안을 입안한 이유는 1997년의 제9차 형사소송법 개정에서는 체포된 피의자의 경우 호송인력 부족 등 현실여건을 감안하여 심문신청이 있는 경우에만 심문하도록 규정하였지만, 구속전 피의자심문 신청률이 80%를 상회하여 높게 나타나 이 제도가 정착되어 우려한 문제점이 상당부분 해소되어 개정여건이 성숙되었다는 판단에 따른 것이었다. 사법개혁위원회, 사법개혁위원회자료집(VI) - 제14차~제27차 회의 자료 -, 2005, 51쪽 참조.

구속전 피의자심문시 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원 판사는 직권으로 변호인을 선정하도록 하여 피의자심문시 국선변호인의 조력을 받을 권리를 명시적으로 규정하였다. 또한 2007년 6월 1일자 제17차 개정 형사소송법⁹⁾은 ① 체포된 피의자나 미체포된 피의자를 불문하고 구속전 피의자심문을 필요적으로 변경하였으며(제201조의2 제1항 및 제2항), ② 심문기간에 대해서는 구속영장이 청구된 날의 다음 날까지 피의자를 심문하도록 하고(동조 제1항 후단), ③ 구속전 피의자를 심문하는 경우 법원사무관 등으로 하여금 심문의 요지 등을 조서로 작성하도록 규정하였다(동조 제6항).¹⁰⁾

5. 검 토

우리나라 형사사법개혁의 역사에서 인신구속제도는 끊임없이 논쟁의 대상이 되어왔고 개혁의 한 가운데 서 있었다. 특히 1995년의 제8차 형사소송법 개정을 기점으로 인신구속체계는 체포와 구속으로 이원화되었고, 구속률의 저감과 피의자의 인권보장을 위하여 구속전 피의자심문제도도 신설하게 되었다. 이 중에서 체포와 구속의 이원적 체계는 1995년의 개정 형사소송법 이후 지금까지 유지되고 있지만, 구속전 피의자 심문제도는 적지 않게 개정되었다.

1995년의 제8차 개정 형사소송법은 체포된 피의자이든 미체포된 피의자이든 불문하고 구속영장을 청구받은 판사가 임의적으로 피의자를 심문할 수 있도록 규정하고 있었음에 반해, 1997년의 제9차 개정 형사소송법은 체포된 피의자에 대하여는 “신청이 있는 때”, 미체포된 피의자에 대하여는 판사가 “임의적으로” 피의자를 심문할 수 있도록 규정했다. 마지막으로 2007년의 제17차 개정 형사소송법은 체포된 피의자나 미체포된 피의자를 불문하고 피의자를 필요적으로 심문하도록 변경하였으며, 구속전 피

9) 2007년 6월 1일자 제17차 개정 형사소송법은 2008년 1월 1일자로 발효된다.

10) 원래 정부의 형사소송법 일부개정법률안은 구속전 피의자심문조서에 심문의 요지만을 기재하도록 규정하고 있었으나 국회 법제사법위원회의 법안 심사과정에서 실제진실 규명을 위하여 수사, 재판 과정을 명확히 기록해야 한다는 원칙에 따라 구속전 피의자심문조서를 공판조서에 준하여 작성하도록 수정하였다고 한다. 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 94쪽 및 그곳의 주 55번 참조.

의자 심문시 법원의 조서작성의무까지도 명시해두고 있다.

인신구속체계를 새롭게 구성하고 구속전 피의자심문제도를 수차례 개정한데는 인신구속제도 전반에 대한 법정책과 사법기관간의 상이한 이해가 작용한 것으로 볼 수 있는 여지도 있다. 그러나 필자가 이해하기로는 구속전 피의자심문제도가 지금까지 수차례 개정을 겪게 된 근본적인 이유는 무엇보다도 1995년에 인신구속제도를 개혁하면서 우리 헌법상의 인신구속에 대한 체계에 대한 이해나 구속전 피의자심문에 대한 분명한 이론적 토대 없이 구속을 줄여야 한다는 현실적 명문에 사로잡혀서 입법을 추진했기 때문이다. 이 점은 예컨대 최근에 개정된 형사소송법 제201조의2 제6항의 피의자심문시 법원의 조서작성의무만 보아도 분명하게 나타난다. 피의자심문시 법원의 조서작성의무를 명시한 배경은 아마도 법원이 지금까지 구속전 피의자심문을 마치 형사본안사건과 같이 상세하게 실시하고 있는데 대한 대응책으로 등장한 것으로 보인다. 그러나 수사절차의 초기단계에서 그것도 구속영장을 발부하는 단계에서 법원이 형사본안사건에서 처럼 피의자를 심문한다면, 이것은 규문재판의 전형을 재현하는 것과 다를 바 없다. 결국 인신구속제도에 대한 지금까지의 복잡한 개정의 배경에는 애초에 잘못 구상된 우리나라의 인신구속체계가 시행 10년이 지난 지금까지도 제 자리를 잡지 못한다는 사실을 반증해 주는 것이다. 필자가 이 부분에 대하여 끊임없이 문제를 제기하고 있는 이유도 바로 여기에 있다.¹¹⁾

Ⅲ. 구속전 피의자심문의 법이론적·정책적 문제점

현행 형사소송법은 체포절차를 거쳐서 구속영장을 청구하는 경우와 미체포상태에서 직접 구속영장을 청구하는 경우에 모두 피의자에 대한 사전심문의 방식을 규정하고 있다. 이와 관련하여 특히 문제로 되는 부분은 미체포상태에서 직접 구속영장을 청구하는 경우에 피의자를 사전적으로 심문하는 것이 이론적·정책적으로 타당한지의 여부이다.

11) 필자의 이전의 논의에 관해서는 이태훈, 미국의 인신구속제도와 운영실태, 법조 46권 7호(490호), 1997, 5-25쪽 참조.

1. 사전심문체계와 적법절차원칙

1995년 형사소송법 개정 당시에 구속전 피의자심문을 “사전심문”으로 규정하는 것이 타당한 것인지에 관한 논란이 있었다. 사전심문이란 구속영장을 청구받은 판사가 구속사유를 심사하기 위하여 구속영장을 발부하기 이전단계에서 피의자를 심문하는 것을 말한다. 이 경우 체포된 피의자에 대한 구속영장이 청구된 경우에는 당해 피의자의 인신이 확보되어 있기 때문에 피의자에 대한 사전심사를 하는 것은 의미가 있다. 문제는 미체포 피의자에 대하여 구속영장이 청구된 사례(현행 형사소송법 제201조의2 제3항의 사례)에서 피의자를 사전적으로 심문하는 것이 구속의 목적달성을 위태롭게 할 수 있으며 구속의 기습적 성격과도 모순된다는 점이다.¹²⁾

하지만 법원 측에서는 적법절차원칙, 법적 청문청구권의 보장, 재판청구권의 보장 및 무기대응의 원칙 등 헌법원칙을 근거로 피의자에 대한 사전심사 내지 사전청문이 폐지해야 한다는 주장은 부당하다는 입장을 취하였다.¹³⁾ 피의자의 법관 앞에서의 변명권이 보장되지 아니한 채 수사기관의 일방적인 수사기록에 대한 형식심사만으로 구속여부를 결정한다면 헌법 제12조 제1항 후단과 제3항에서 규정하고 있는 적법절차원칙이 형해화되고, 적법절차원칙에서 파생되는 법적 청문권에도 위배되고, 나아가 재판청구권과 당사자대등원칙에도 반한다는 것을 이유로 한다.

그러나 미체포 피의자에 대한 구속영장이 청구된 사례에서 사전심문을 생략한다고 하여 그것이 헌법상의 적법절차에 위반되는 것은 아니다. 구속에 있어서는 피의자나 피고인의 인권보장도 중요하지만, 피의자나 피고인의 형사소송에의 출석을 보장하고 증거를 인멸함으로써 수사와 심리를 방해하는 것을 방지하며 확정된 형벌의 집행을 확보하는 등 구속목적의 달성도 결코 경시되어서는 안 될 부분이다. 구속법을 구성함에 있어서는 피의자의 인권과 구속목적의 조화시켜야 할 필요성이 제기되는 이유도 바로 여기에 있다. 이러한 관점에서 출발해보면, 체포되지 아니한 피의자에 대한 구속은 일차적으로 서면에 의한 영장을 발부하되 구속이 된 이후에 법관 앞에 인치시켜서 구속사유의 존재를 심사하도록 하는 것이 구속법에

12) 이상돈, 형사소송원론, 1998, 90쪽.

13) 황정근, 구속영장실질심사제도의 개선방안, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997, 16쪽.

서 상반되는 두 가지 이익을 조화시킬 수 있다.¹⁴⁾

2. 피의자심문의 방식에 관한 비교법적 검토

그러면 현행 형사소송법상의 구속전 피의자심문과 같은 사전심문의 방식이 외국의 법제에서도 인정되고 있는가? 이와 관련한 비교법적인 서술은 적지 않지만 사실에 대한 분명한 이해가 없는 것 같다.

가. 미 국

미국의 경우 우리나라와 같이 ‘체포’(영장)와 ‘구속’(영장)이라는 이원적 인신구속제도를 가지고 있는 것이 아니라 구속(arrest) 하나의 개념만 존재한다. 즉, 미국에서 수사기관이 피의자의 신체를 강제적으로 확보하는 수단은 구속(arrest) 하나뿐이다.¹⁵⁾ 미국에서 수사는 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유(probable cause)가 있는 피의자를 거의 100% 인신 구속(arrest)함으로써 비로소 개시된다.¹⁶⁾ 즉, 사형 또는 1년 이상의 징역

14) 독일 연방헌법재판소도 1959년에 구속영장 발부 이전단계에서 피의자심문을 허용하지 않는 것이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단함에 있어 피의자가 수사기관에 의하여 신체가 확보된 이후에 법관 앞에 인치시켜서 방어할 기회를 부여하는 방식(즉, 사전영장의 발부와 사후 구속심사)이 피의자나 피고인의 이익과 형사사법의 필요성을 조화시키는 것이라고 판시한 바 있다. 또한 독일 기본법 제103조 제1항에 명시되어 있는 법적 청문권(“누구나 법원에 대하여 법적 청문권을 가진다”)이 구속영장 발부 이전단계에서의 피의자심문을 정당화하는 근거가 될 수 없다고 판시하였다. BVerfGE 9, 99.

15) 이와 관련하여 ‘arrest’ 개념의 해석을 둘러싸고 그것이 우리나라의 ‘구속’에 해당된다는 견해와 ‘체포’에 해당된다는 견해가 대립되고 있다. 미국의 형사소송에서는 arrest와 detention의 개념이 있는데, detention은 arrest된 피의자가 치안판사 앞에 최초로 출석하여 심문을 받았으나 보석이 허가되지 않고 구금계속명령(commitment)에 의해 공판기일까지 기존의 arrest하의 구금상태를 계속 유지시키는 것을 의미할 뿐이다. 이와 관련하여 황정근, 앞의 논문, 20쪽 및 그곳의 주 26)에서는 미국 형사절차상 arrest가 체포에 해당하고 detention을 구속으로 이해하고 있다(그곳의 주 26번의 ①, ④ 참조). 하지만 중요한 것은 arrest를 ‘체포’로 번역하든 ‘구속’으로 번역하든 미국 형사절차에서 수사기관이 범죄수사를 목적으로 피의자를 구금할 수 있는 제도는 arrest라는 1개의 인신구속제도가 유일한 수단이지 우리나라처럼 체포와 구속에 대항하는 2개의 인신구속제도가 없다는 점이다. 이에 관한 사실자료는 Rolando V. del Carmen(김한균 역), 미국의 인신구속제도, 형사정책연구 제16권 제4호, 2005, 16-17쪽 참조.

16) 미국의 경우 인신구속의 법적 근거는 개정헌법 제4조와 연방형사소송규칙 제4조에 명

형에 해당하는 큰죄(felony)든 큰죄 이하의 징역형 또는 벌금형에 해당하는 작은 죄(misdemeanor)든 피의자가 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에 치안판사는 인신구속영장(arrest warrant)을 발부한다. 경찰이 피의자를 구속한 이후에는 통상 24시간에서 36시간 이내에 치안판사 앞에 피의자를 출두시키는 최초출석(The First or Initial Appereance) 단계에서 구속을 위한 상당한 이유의 심사, 보석허가 또는 구금계속(detention) 등의 절차가 진행된다. 그리고 이러한 최초출석단계를 통하여 큰죄의 70% 정도, 작은 죄의 90% 정도에 대하여 보석이 허가된다. 중요한 것은 미국에서 피의자에 대한 구속영장의 발부를 위하여 사전심문을 인정하지 않고 있다는 점이다. 미국에서는 경찰이 치안판사에게 구속영장을 청구하면 치안판사 또는 법관은 수사기관이 작성한 서면의 소명자료만을 검토하여 영장발부 여부, 즉 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유(probable cause)의 존재 여부를 결정한다. 또한 구속영장은 청문 절차나 피의자의 진술기회 부여 없이 치안판사 또는 법관에 의하여 일방적으로(ex parte) 발부하고, 상당한 이유가 인정되는 경우에는 치안판사나 법원은 일반적으로 반드시 구속영장을 발부해야 한다.¹⁷⁾

나. 독 일

독일 형사소송법상 피의자에 대한 인신구속의 방식은 임시구속(vorläufige Festnahme)와 영장에 의한 구속(Untersuchungshaft)로 대별된다. 임시구속은 사인의 현행범체포(제127조 제1항), 구속요건이 존재하는 경우 검찰과 경찰의 긴급체포(제127조 제2항), 현행범인이 신속절차에서 즉시 재판할 개연성이 있고 도주의 위험이 있는 경우에 수사기관의 현행범체포(제127b조 제1항)의 사례를 포괄한다. 임시구속이 된 피의자는 석방되지 않은 한 지체없이 또는 늦어도 구속된 다음날까지 판사에게 인치된다(제128조 제1항). 여기서 판사는 구속의 이유가 없거나 구속이유가

시되어 있다. 개정헌법 제4조는 “...어떠한 구속영장도 ...선서 또는 확약에 의하여 뒷받침된 상당한 이유에 근거하지 아니하고는 발부해서는 안된다”라고 규정하고 있으며, 연방형사소송규칙 제4조는, “피의자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 구속영장을 발부하여야 한다”고 명시하고 있다.

17) Rolando V. del Carmen(김한균 역), 앞의 논문, 19-20쪽.

없어졌다고 판단되는 경우에는 석방을 명하고 그렇지 않은 경우에는 일반적으로 검사의 신청에 의하여 구속을 명한다(제128조 제2항). 이에 반해 영장에 의한 구속은 검사의 구속영장청구에 기초하여 판사가 서면심사를 거쳐 사전구속영장을 발부한다(제114조). 사전구속영장에 의하여 구속된 피의자는 지체없이 판사에게 인치되고, 판사는 인치된 후 지체없이 늦어도 다음날까지 피의사실에 관하여 심문을 한다(제115조 제1항 및 제2항). 이 점에서 독일 형사소송법상 미체포 피의자에 대한 판사의 심문제도는 우리나라의 사전심문체제와 그 성격이 판이하게 다르다. 즉, 독일은 미체포 피의자에 대한 구속영장의 청구가 있으면 우선 서면심사에 의해 구속 사유를 판단한 후 영장을 발부하고, 구속이 집행되면 지체없이 판사에게 인치하도록 하여 심문한 후 구속의 계속여부를 결정하도록 하고 있다.

다. 일 본

일본 형사소송법 제207조 제1항은, “전 3조의 규정에 의하여 구류의 청구를 받은 재판관은 그 처분에 관한 재판소 또는 재판장과 동일한 권한이 있다…”고 규정하고 있다. 이 조항은 ‘전 3조’에 의한 구류의 청구를 받은 경우에 관하여 규정한 것임과 동시에 ‘전 3조’의 규정에 의하지 아니한 피의자의 구류청구를 인정할 수 없다는 취지로 해석된다.¹⁸⁾ 이것을 체포전치주의라 한다. 사법경찰원이 피의자를 체포한 경우 체포의 효력에 기초한 일시적 유치상태에서 구류를 계속하려면 체포한 때로부터 48시간 이내에 피의자를 검찰관에게 송치해야 하고, 검찰관은 송치받은 때로부터 24시간 이내에 재판관에게 구류장을 청구하거나 공소를 제기해야 한다. 검찰관에 의한 구류청구를 받은 재판관은 먼저 피의자에 대하여 피의사실을 고지하고 그에 관한 진술을 청취하게 되는데, 이를 구류질문¹⁹⁾이라 한

18) 松尾浩也(監修)/松本時夫・土本武司, 條解 刑事訴訟法, 新版増補版, 弘文堂, 2001, 335쪽 참조; 또한 三井 誠・酒巻 匡(지)/신동운(역), 입문 일본형사수속법, 2003, 53쪽 이하.

19) 일본 형사소송법에는 구류질문에 관한 명시적인 규정은 없지만, 피고인에 대한 구류시 진술청취규정인 형사소송법 제61조를 준용하여 피의자에 대한 구류질문 형태로 운용하고 있다. 일본의 인신구속제도에 관한 상세한 내용은 박영관, 현행 인신구속제도에 대한 비판, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997, 63-96쪽 참조; 또한 노명선, 일본에서의 체포·구류와 관련된 몇 가지 쟁점, 형사법의 신동향 제7호, 2007, 1-45쪽 참조.

다. 따라서 이러한 구류질문제도를 피상적으로 보면 우리나라의 구속전 피의자심문과 동일하게 볼 여지도 있다. 그러나 일본의 경우 체포전치주의로 인하여 미체포상태에서 피의자에 대하여 직접 구속영장을 청구할 수 없다. 일본 형사소송법상 구류는 체포상태 하에 있는 피의자의 구금의 계속을 의미할 뿐이며 미국의 arrest와 같이 진정한 의미의 구속제도는 최초의 체포뿐이다. 또한 일본의 구류질문절차는 미국에서 구속된 피의자가 24시간 내지 48시간 이내에 치안판사의 면전에 최초로 출석하는 절차(first appearance)와 동일하다.

라. 검 토

이상의 비교법적인 검토로부터 미국에서는 arrest(구속)와 detention(구금계속), 일본에서는 체포와 구류로 외견상 우리나라 형사소송법상의 체포와 구속에 유사하게 구별하여 규정되어 있지만, 그 실질은 우리나라의 체포와 구속의 이원주의가 아니라 일원주의를 취하고 있으며 법원의 심문도 사후적 심문이 된다는 점이 밝혀졌다. 다만, 독일에서는 vorläufige Festnahme(임시구속)와 Untersuchungshaft(사전영장에 의한 구속)를 구별하여 사용하고 있는 바, 임시구속된 이후에 구속을 청구하는 경우에는 우리 형사소송법 제201조의2 제1항과 같이 법원의 심문이 행해진다. 그러나 미체포 피의자에 대한 구속절차에 있어서는 독일과 우리나라의 법규정이 확연하게 차이가 나는데, 우리나라는 사전심문을 규정하고 있음에 반하여 독일은 사후적 심문(즉, 구속심사)을 규정하고 있다. 1995년의 형사소송법 개정으로 기존의 구속과 새로운 체포제도를 신설함으로써 사전구속영장은 언제 사용하며 체포영장은 언제 사용하는지 사전구속영장의 심사기준과 체포영장의 심사기준은 무엇인지 등에 관하여 수사기관의 업무혼선만 야기할 뿐이다.²⁰⁾ 또한 미체포 피의자에 대한 판사의 심문제도를 사전심문으로 규정하는 입법방식은 세계적으로 유례가 없고 구속의 기습적 성격을 무시하고 있으며, 이로써 형사절차의 목적달성마저 어렵게 만들어버릴 위험을 안고 있다.

20) 이완규, 형사소송법특강 - 이념과 현실의 균형을 위한 모색 -, 2006, 174쪽.

3. 구속영장청구와 발부에서 권력분립적 요소

우리 헌법은 제12조 제3항에서 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 명시하고 있다.²¹⁾ 따라서 헌법 제12조 제3항을 충실하게 해석하게 되면, 영장이 발부되기 위해서는 검사의 ‘영장신청’과 판사의 ‘영장발부’라는 2개의 절차가 요구된다. 이와 같이 헌법이 영장발부의 요건으로 검사와 판사라는 두 기관의 관여를 명시하고 있는 이유는 검사나 판사 중 어느 한 기관이 영장청구와 영장발부를 모두 독점하게 되면 피의자나 피고인에 대한 인신구속이 신중하지 못할 위험이 있고 이로써 부당한 기본권 침해의 문제를 없애기 위한 것이다. 다시 말해서 우리 헌법은 권력분립의 관점에서 동등한 자격을 가지고 있는 동시에 인권옹호기관의 성격을 가진 검사와 판사에게 상호견제권을 부여함으로써 검사나 판사 어느 기관도 마음대로 그 단독으로는 인신구속을 하지 못하게 하겠다는 의지를 표현해두고 있다.²²⁾ 그런데 미체포 피의자에 대하여 검사가 사전구속영장

21) 우리나라 헌법상 영장신청의 주체로서 검사가 명시된 것은 1962년의 제5차 헌법개정에서 “체포·구금·수색·압수에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정한 데서 연원한다. 건국헌법과 제2공화국 헌법은 영장청구권자에 대하여 명시적으로 규정하지 않아 이론상 사법경찰관이 법관에게 직접 영장을 청구하는 것도 불가능하지 않았다. 그러나 제5차 헌법개정으로 이와 같은 해석상의 가능성이 완전히 봉쇄되었다. 우리 헌법이 검사만 영장신청의 주체가 될 수 있도록 명시한 것은 수사절차의 주체자로서 검사의 수사지휘권을 확보하기 위한 것임과 동시에 신분이 보장되어 있고 법률전문가인 검사로 하여금 사법적 통제를 통하여 국민의 신체의 자유 등 인권보호를 위한 것이다. 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대법학 박사학위논문, 2001, 247-248쪽; 이금로, 헌법상의 인신구속제도에 대한 소고, 형사법과 헌법이념(제1권), 공법연구회(편), 2006, 160쪽.

22) 이 점에서 형사소송법 제70조 제1항에 규정된 바와 같이 공판절차에서 법관이 검사의 영장청구 없이 직권으로 피고인을 구속하는 것은 구속영장과 관련하여 검사의 영장신청과 법관의 영장발부를 명시해두고 있지 아니한 국가에서는 몰라도 적어도 두 기관의 상호통제를 규정해두고 있는 현행 헌법 하에서는 위헌의 흠이 있다. 하지만 헌법재판소는 형사소송법 제70조 제1항에 대한 위헌소원과 관련하여 “헌법 제12조 제3항이 영장의 발부에 관하여 ‘검사의 신청’에 의할 것을 규정한 취지는 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 데에 있는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정함으로써 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있으므로, 공판단계에서 법원이 직권에 의하여 구속영장을 발부할 수 있음을 규정한 형사소송법 제70조 제1항 및 제73조 제1항 중 ‘피고

을 청구한 경우, 판사가 구속사유를 심사하기 위하여 일방적으로 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하는 것은 권력분립원칙의 구체적 표현으로서 검사와 판사의 관할권을 분명하게 구분해두고 있는 헌법 제12조 제3항에 반하는 것이다.

4. 인신구속과 무죄추정원칙

헌법 제27조 제4항은, “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 명시하고 있다. 무죄추정에 관한 이 규정내용은 구속전 피의자신문의 정당성을 지지해주는 규범적 근거로 이해되고 있다.²³⁾ 즉, 구속전 피의자신문의 정당성은 불구속수사원칙에서 도출되는 데, 이러한 불구속수사원칙은 무죄추정원칙을 구성하는 핵심내용 중의 하나에 속한다는 것이다.

가. 학설과 판례의 태도

우리나라 통설²⁴⁾은 무죄추정원칙이 인신구속의 규범적 제한원리라는

인을 …… 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다’ 부분은 헌법 제12조 제3항에 위반되지 아니한다”고 판시하였다. 헌법재판소 1997.3.27. 96헌바28.31.32 전원재판부. 그러나 이 결정례는 형사사법체계에서 검사의 기능과 역할의 한 단면만 고찰한 결과에 불과하다. 대륙법적 형사사법체계 하에서 검찰제도의 도입은 사법내부의 권력분할을 의미하는 것으로서 수사, 공소, 재판, 형집행에 이르는 일련의 사법과정 중에서 재판은 법원에 맡기고 수사, 공소, 형집행은 법원과는 또 다른 사법기관으로서 검찰에 맡긴 것이었으며, 이 골격은 우리나라의 사법체계에도 그대로 유지되고 있다. 검찰제도에 관한 최근의 상세한 연구내용으로는 이완규, 검사의 지위에 관한 연구 - 형사사법체계와의 관련성을 중심으로 -, 서울대학교박사학위논문, 2005 참조. 이와 관련하여 우리 헌법 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”고 규정하고 있는데, 여기서 ‘사법권’의 개념은 법원의 재판기능에만 국한될 뿐이다. 특히 규문주의적 형사소송구조에서 해방된 오늘날 검찰은 수사지휘의 기능만 가지는 것이 아니라 법원에 대하여 법령을 정당하게 적용할 것을 청구하는 기능도 가지고 있다(검찰청법 제4조 제1항 제3호). 따라서 공판절차에서 법관이 직권으로 영장을 발부하여 구속하는 경우에도 헌법 제12조 제3항에 따라 검사의 신청이 필요하다고 보아야 할 것이다.

23) 예컨대 황정근, 앞의 논문, 9쪽

24) 백형구, 형사소송법강의, 1997, 20-21쪽; 신동운, 형사소송법, 2005, 493쪽; 이재상, 형사소송법, 2006, 104쪽; 정동욱, 무죄의 추정, 고시연구 제16권 11호, 1989, 147쪽; 차용석

점에서 출발하여 피의자에 대한 수사와 피고인에 대한 재판은 원칙적으로 불구속으로 행해져야 하며, 구속은 도주 및 증거인멸의 우려가 있는 경우에 예외적으로 허용되어야 한다는 점을 강조한다. 그러나 무죄추정원리는 형사재판 단계에서 입증책임의 소재와 입증의 정도를 정하는 규칙에 불과할 뿐이며, 무죄추정원리는 불구속수사를 규제할 수 있는 아무런 기준을 제시하지 못한다는 유력한 견해²⁵⁾가 있다.

한편 헌법재판소는, “...무죄추정의 원칙은 증거법에 국한된 원칙이 아니라 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도원리로서 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다. 신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 수사와 재판은 불구속을 원칙으로 한다...그러므로 구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 최후의 수단으로만 사용되어야 하며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 하는 것이다...”라고 판시함으로써 무죄추정원칙이 인신구속에 적용된다는 점을 분명하게 확인하고 있다.²⁶⁾

헌법 제27조 제4항이 무죄추정원칙의 인적 적용범위를 ‘형사피고인’에 게만 한정해두고 있음에도 불구하고 통설과 판례가 해석을 통하여 ‘형사 피의자’에게까지 확대하고자 하는 이유는 고도의 범죄혐의가 인정됨을 이유로 공소가 제기되어 유죄판결을 받을 개연성이 더욱 높아진 형사피고인

외 3인 공저, 주식 형사소송법(III), 제3판, 한국사법행정학회, 1999, 82쪽.

25) 신현주, 형사소송법, 2002, 137쪽; 이진국, 인신구속과 무죄추정원칙, 형사정책연구, 제16권 제4호(제64호), 2005, 49-59쪽; 이태훈, 미국의 인신구속제도와 운영실태, 법조, 46권 7호(490호), 1997, 17쪽.

26) 헌재 2003.11.27. 2002헌마193; 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144; 또한 헌법재판소는 무죄추정원칙으로 인하여 구속기간은 최소한에 그쳐야 한다고 이해하면서 국가보안법상의 구속기간 연장 규정(제19조)을 찬양·고무죄(국가보안법 제7조)와 불고지죄(동법 제10조) 등에 적용하는 것은 무죄추정원칙에 따른 불구속수사의 원칙을 침해하여 위헌이라고 하였다(헌재 1992.4.14. 90헌마82). 사법경찰관과 검사에게 부여된 구속기간은 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외로서 설정된 기간이므로[헌재 1997.6.26. 96헌가8·9·10(병합)], 법원의 구속기간의 제한도 무죄추정원칙에서 도출(헌재 2001.6.28. 99헌가14)된다고 판시하고 있다. 다만, 파기환송 사건에 있어 구속기간 갱신 및 구속으로 인하여 신체의 자유가 제한되는 것은 무죄추정의 원칙에 위배되는지 않는다고 판시(대판 2001.11.30. 2001도5225)하였다.

에게 조차 무죄의 추정이 인정된다면 아직 공소제기여부를 결정할 수 있을 정도로 범죄혐의가 높지 않은 형사피의자 및 그 전단계의 단순한 혐의자들에 대해서는 더욱 더 강한 무죄추정이 인정되어야 한다는 논리적 관련성 때문이다.²⁷⁾

나. 비교법적 검토

무죄추정원칙을 헌법질서에 명시적으로 규정하고 있는 예는 드물다. 예를 들어 미국이나 독일 또는 일본에서는 무죄추정원칙에 관한 명문의 규정이 없이 판례와 학설에 따라 규범적 내용과 적용범위를 설정하고 있다. 이 점을 고려해보면, 무죄추정원칙의 (주관적) 적용범위를 확장시킬 가능성이 더 많은 국가는 우리나라 보다 외국일 것이다. 왜냐하면, 우리나라 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인”이라고 명시하여 주관적 적용범위를 제한해 두고 있음에 반해 외국에서는 무죄추정원칙에 관한 명문의 규정 자체가 없기 때문에 그 적용범위를 “형사피의자”에게까지 확장시키는 데는 그다지 큰 저항이 없을 것이기 때문이다. 그렇다면 외국의 법질서에서 무죄추정원칙이 과연 형사피의자 내지 인신구속에 대하여 적용되는 것일까?

미국 연방대법원은 이미 1979년 *Bell v. Wolfish* 사건에서 이 무죄추정의 원칙은 “형사재판 단계에서의 거증책임을 분배하는 원칙이며, 사실 인정권자로 하여금 오로지 재판단계에서 나타난 증거에 의해서만 유·무죄를 판단하게 해야 하는 것이며, 재판단계에서 증거로 제출되지 아니한 피고인의 구속, 기소 기타 문제 등에서 일어나는 의심들에 기초해서 유·무죄를 판단해서는 안 되는 것이다.…” 그리고 이 원칙은 재판전 단계에는 적용이 되지 아니한다”고 판시하여 무죄추정원칙이 재판단계에서 입증책임의 분배에 관한 원칙임에 불과하다는 점을 명확하게 제시한 바 있다.²⁸⁾

또한 독일의 학설과 판례는 구속과 무죄추정원칙이 상호 조화관계에 있으며, ‘재범의 위험’이 있는 경우에도 구속을 허용하는 형사소송법 제112a조의 예방구속조차도 무죄추정원칙에 위배되지 않는다고 이해하고 있다.

27) 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 서울대 법학, 31권3·4호(83·84호), 1990, 156쪽.

28) *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 99 S. Ct. 1861, 60 L. Ed. 2d 447(1979)

일본에서는 일반적으로는 헌법 제31조를 적정절차조항으로 이해하여 이 조항에 무죄추정원칙도 포함된다고 이해하고 있다.²⁹⁾ 또한 다수설은 ‘피고 사건에 대하여 범죄의 증거가 없는 때’에는 무죄판결을 선고하도록 규정한 형사소송법 제336조를 헌법 제31조를 구체화한 조항으로 이해한다.³⁰⁾

결국 비교법적인 관점에서 보면, 무죄추정원칙이 수사상 인신구속이나 형사피의자에 적용된다는 우리나라의 학설과 판례는 설득력이 약하다는 점을 알 수 있다.

다. 이론적 문제점

불구속수사원칙이 무죄추정원칙에서 일차적이고 직접적으로 도출된다고 이해하는 통설과 판례는 이론적인 관점에서도 그 타당성을 인정받기 힘들다. 무죄추정원칙은 유죄확정 이전에 유죄확정자로서의 처우를 금지하는 것이지, 유죄확정 전에 전혀 불이익을 줄 수 없다는 것을 의미하는 것이 아니다.³¹⁾ 헌법과 형사소송법에 규정한 적법절차에 따른 체포나 구속은 불이익처분이 아니다.³²⁾ 또한 무죄추정원칙은 구속이나 압수수색의 허용성(즉, 구속요건의 충족)에 분명한 판단기준을 제공해주지 못한다. 즉, 무죄추정원칙은 강제처분의 허용성이나 강도(強度)를 판단하는 기준을 제공해 주지 못한다.

물론, 구속은 개인의 자유를 심각하게 제한하는 강제처분이라는 점에서

29) 三島聰, 刑事法への招待, 現代人文社, 2004, 15쪽; 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 有斐閣, 1999, 301쪽.

30) 松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1987, 213쪽; 後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 一橋論叢 第117巻 第4号, 1997.4, 584쪽; 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 法律文化社, 2003, 42쪽.

31) 신현주, 형사소송법, 2002, 137쪽; 이태훈, 미국의 인신구속제도와 운영실태, 법조 제490호, 1997, 16쪽.

32) 이와 관련하여 형사소송법학계에서는 헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙을 기본권으로 이해하여 무죄추정권리로 이해하는 견해가 있다. 예컨대 신동운, 형사소송법 제3판, 2005, 490쪽 이하 참조. 헌법재판소도 무죄추정권과 무죄추정원칙을 혼용하여 표현하기도 한다. 예를 들어, 현재 2003.11.27. 2002헌마193에서는 무죄추정원칙과 무죄추정권을 혼용해서 표현하고 있다. 그러나 헌법 제27조 제4항의 무죄추정을 권리 내지 기본권으로 이해하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 제한이 가능하다. 따라서 이 견해에 따르는 경우에도 헌법과 형사소송법의 적법절차에 따라 구속한 사례를 무죄추정권에 대한 침해로 볼 수 없을 것이다.

구속법의 적용에 일정한 제한이 따르지 않을 수 없다. 이를 위하여 현행 형사소송법 제199조 제1항은 구속을 포함한 강제처분은 필요한 최소한도의 범위 안에서만 행사할 것을 요구하고 있다. 이 점에서 비례원칙이 구속법을 지배하는 원리가 되는 것은 별론으로 하더라도, 무죄추정원칙이 구속의 당부를 판단하거나 불구속의 직접적인 근거가 된다고 보기 힘들다.

무죄추정원칙은 전통적으로 증거법을 지배하는 원리로 이해된다. 즉, 형사소송법상 무죄추정원칙이란, 미국의 연방대법원이 명백하게 판시한 바와 같이, 공소사실에 대한 입증책임의 소재와 입증의 정도를 정하는 법칙으로서 재판단계에서 나타난 증거에 의해서만 피고인의 유·무죄를 판단해야 한다는 증거법상의 원칙이다. 따라서 재판절차 이전단계에서 수사의 목적을 달성하기 위한 인신구속은 무죄추정원칙의 효력범위에 포함되지 않는다고 이해하는 것이 헌법 제12조와 제27조 제4항에 대한 체계적이고 충실한 해석이다.

5. 피의자신문의 본안사건화와 규문적 성격

이미 앞에서 언급한 바와 같이 선진외국의 영장발부체계에서는 서면에 의한 구속영장을 발부하고 이 영장에 의하여 구속된 피의자는 지체없이 판사의 면전에 인치시켜 변호의 기회를 부여받는 형식을 띠고 있음에 반해, 우리나라에서는 미체포 피의자의 경우 구속사유를 심사하기 위하여 사전적 심문체계를 갖추고 있다.

그런데 판사가 수사의 초기단계에서 피의자에 대한 사전심문을 강화하게 되면 그 절차는 마치 형사본안사건과 유사한 구조를 띄게 될 것이다. 실무에서는 현행 영장재판이 상세한 질문답변 형태로 이루어지고 있다. 특히 2007년 개정 형사소송법에는 기존의 피의자심문을 필요적 심문으로 개정하였고, 피의자를 심문하는 경우 그 심문의 요지 등을 조서로 작성하여 기록에 편철하도록 하며, 피의자에게 변호인이 없는 경우 국선변호인을 선임하도록 규정해 두고 있다.³³⁾ 이와 같은 법규정을 고려해보면, 이제

33) 뿐만 아니라 1997년 개정 형사소송법은 구속전 피의자신문의 경우 형사소송법 제48조(조서의 작성방법), 제51조(공판조서의 기재요건), 제53조(공판조서의 서명 등), 제56조의2(공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화), 제276조의2(장애인 등 특별히

구속전 피의자심문제도는 형사본안사건과 다를 바 없다.

그러나 수사의 초기단계에서 판사가 피의자를 대상으로 사건의 실체를 상세하게 심문하는 것은 공판절차를 형해화시켜버리는 결과를 초래하여 결과적으로 피의자나 피고인에게 불리하게 될 것이다. 특히 미체포 피의자에 대한 구속전 피의자심문은 사건이 수사절차에 있음에도 불구하고 판사 스스로가 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하도록 하고 있는데, 여기에서 심문을 형사본안사건처럼 세세하게 진행해버리는 경우에는 공판절차가 앞당겨진 것임과 동시에 수사 그 자체를 법원이 수행하는 결과가 되어 결국 오늘날 자취를 감춘 규문주의가 부활되었다는 비판이 제기되지 않을 수 없다. 이 점에서 상세한 질문과 답변의 형식으로 이루어지는 현행 영장재판의 실무는 법치국가적 형사소송법에서 적지 않은 문제점을 불러일으키게 될 것이다.

IV. 구속전 피의자심문의 개선방안

현행 구속전 피의자심문은 여러 방면에서 비체계적으로 구성되어 있으며 그 이론적 타당성도 인정할 수 없다. 따라서 필자의 견해로는 구속전 피의자심문제도의 전면개편이 필요하다고 본다. 여기서는 현행 인신구속체계와 구속전 피의자심문제도의 개선론에 대해서는 필자가 생각하는 원칙론적 관점과 현행 체계하에서의 수정론적 관점을 논의를 전개할 것이다.

보호를 요하는 자에 대한 특칙)만을 준용하고, 제52조(공판조서 작성상의 특례)를 준용 대상에서 제외하고 있으므로 법원이 구속전 피의자심문조서를 작성하는 때에는 조서 작성의 일반 원칙에 따라 조서 기재내용의 정확성 여부를 진술자에게 확인하고, 조서에 간인하여 기명날인 또는 서명을 받아야 하며, 검사·피의자 또는 변호인이 조서 기재의 정확성에 관하여 이의를 제기한 때에는 그 진술의 요지를 기재하고 법관·법원사무관 등이 조서에 기명날인 또는 서명하여야 한다. 또한 검사, 피의자, 변호인은 심문과정의 속기·녹음·영상녹화를 신청할 수 있으며 사후 속기록·녹음물·영상녹화물 사본을 신청할 수도 있다. 한편, 구속전 피의자심문조서의 증거능력에 관해서는 국회 법제사법위원회의 논의 결과, 구속전 피의자심문조서는 형사소송법 제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 제3호 소정의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'에 해당하므로 별도의 명문 규정을 두지 아니하기로 결정한 바 있다. 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 95쪽 참조.

1. 원칙론: 인신구속체계의 일원화와 구속전 피의자심문제도의 폐지

가. 인신구속체계의 일원화

필자는 현행 인신구속제도와 구속전 피의자심문제도의 다양한 문제점을 해소하기 위해서는 실무에서 법적용에 혼란만 가중시키고 있는 체포와 구속의 이원적 체계를 “구속”으로 일원화하는 것이라고 본다. 또한 구속요건이 중축된 경우에는 법원의 영장발부를 의무화하도록 법정하는 것이 외국의 입법례에 비추어 합리적이다.

이미 앞서서도 언급했듯이 비교법적으로 보면 미국에서는 수사기관이 피의자의 신체를 확보하는 강제수단은 “Arrest”하나 뿐이며, 우리나라에서 잘못 번역하여 사용하고 있는 “Detention”이라는 용어는 치안판사 앞에 최초로 출석하여 심문을 받았으나 보석이 허가되지 않고 구금이 계속되는 상태, 즉 “구금계속” 내지 “계속구금”을 의미할 뿐이다. 일본은 체포와 구류를 모두 가지고 있지만, 내용적으로 체포가 최초의 구속이고 구류는 구속기간연장의 성격을 가지고 있다고 보면 인신구속은 “체포” 하나뿐이다.

물론 우리나라 헌법 제12조 제1항에서는 “...누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속...을 받지 아니한다”고 명시하여 구속이외에 체포의 존재근거를 인정하고 있다. 그러나 헌법 제12조 제1항에서 “체포·구속”을 병렬적으로 규정한 것은 우리나라 제헌헌법의 기초과정에서 미국의 Arrest제도를 구속과는 별개인 체포라고 오해한 데서 비롯된 것이라고 생각된다. 그 내용이나 요건 면에서 차이가 없는 체포와 구속을 “헌법이 규정하고 있다는 이유만으로” 형사소송법에 그대로 옮겨오는 것은 이론적 타당성을 인정받을 수 없을 뿐만 아니라 양자의 구별이 어려워 실무에 전혀 도움을 주지 않는다. 따라서 체포와 구속의 두 가지로 복잡하게 되어 있는 현행 인신구속제도를 “구속”으로 다시 환원하여 일원화하는 조치가 필요하다고 본다.

나. 구속전 피의자심문제도의 폐지

인신구속제도의 일원화와 함께 구속전 피의자심문제도도 폐지해야 한

다. 이미 앞에서 언급한 바와 같이 특히 미체포 피의자에 대한 현행 구속 전 피의자심문제도는 위헌적 요소를 안고 있을 뿐만 아니라 규문적 성격이 강하여 법치국가적 형사절차에 부합하지 않는다.

수사절차에서 피의자를 구속하는 이유는 피의자가 공동체의 법질서를 파괴한 자이기 때문이다. 범죄는 법질서를 ‘부정’하는 것이고, 범죄자의 ‘구속’은 국가기관이 범죄를 ‘다시 부정’ 함으로써 법질서를 회복하는 것이다. 따라서 법질서가 파괴된 수사초기에는 혐의를 받고 있는 피의자의 인신을 일단 구속한 다음에 법관의 사후적인 심사를 받도록 하는 것이 수사의 목적과 피의자의 인권보호를 동시에 고려하는 것이다.

독일, 일본, 미국과 같은 선진국에서는 수사기관이 서면으로 구속영장을 청구하고, 판사는 검사나 경찰이 제출한 서면에 기재 범죄를 저질렀을 상당한 이유가 있다고 판단하는 경우에는 구속영장을 발부하게 된다. 당사자주의 소송구조를 철저히 따르고 있는 미국에서조차도 구속영장은 심리절차나 피의자에 대한 진술기회를 부여함이 없이 치안판사나 법관에 의하여 일방적으로 발부된다. 외국의 인신구속제도와 비교해 볼 때, 미체포 피의자에 대한 영장발부의 여부를 결정하기 위하여 피의자를 구인하는 제도는 찾아볼 수 없다.

수사단계에서 구속은 피의자 모르게 발부되고 집행되어야 하는 것이 수사의 목적이나 수사절차의 본질에 부합하는 것이다. 이는 우리나라 형사사법이 수사절차에서는 비공개원칙, 공판절차에서는 공개원칙을 취하고 있는 태도에 상응하는 것이며, 수사비공개를 내용으로 하는 형법 제126조의 피의사실공표죄의 입법취지에 비추어보아도 당연하다. 이 점에서 수사단계에서 구속영장은 범죄의 혐의를 받고 있는 자를 신속히 격리하여 새로운 범죄피해자의 발생을 막고 선량한 일반시민을 범죄로부터 보호하기 위해 필요한 허가를 법원으로부터 받는 것이라고 보아야 한다. 수사를 위한 초기구속은 모두 수사기관에 맡겨두고, 법원은 사후적으로 보석을 통하여 불구속재판의 바탕을 마련하는 것이 형사절차에서 수사기관과 법원간의 견제와 균형의 원리에도 부합하는 것이다.

2. 수정론: 현행 인신구속의 이원적 체계 하에서의 개선론

가. 체포전치주의의 도입과 사전심문의 폐지

필자가 일관되게 요구한 인신구속제도의 일원화와 구속전 피의자심문제도의 폐지가 당장 현실에서 실천될 수 없다면 현 단계의 차선택으로는 현행 인신구속체계를 유지하면서 인신구속제도를 실질적으로 일원화하고 피의자심문제도를 선진적으로 개선할 가능성을 검토하는 것이다. 여기서는 그 가능성으로서 체포전치주의의 도입과 미체포 피의자에 대한 사전적 심문제도의 폐지에 관하여 논의할 것이다.

체포전치주의를 채택하게 되면, 피의자를 구속하고자 할 모든 사례에서 체포절차를 거치도록 하는 방식을 취하게 된다.³⁴⁾ 체포전치주의의 제도적 취지는 피의자 신체확보의 초기단계에서는 범죄의 혐의와 신체구속의 필요성에 대한 판단이 매우 유동적이기 때문에 우선 48시간의 비교적 단기간의 구속인 체포에 의한 신체구속을 선행하여, 수사를 통하여 여전히 범죄혐의 및 신체구속의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 판사의 판단을 통하여 다시 장기간의 구속을 인정하는 신중한 절차를 취하는 것이 피의자의 인권보호의 요청에 보다 적합하며, 미체포 피의자의 구속 전 피의자 심문을 위한 구인제도의 폐해를 제거할 수 있기 때문이다. 현행 형사소송법의 태도와 같이 체포와 구속으로 이원화하는 경우에는 수사실무에 혼선만 야기시킬 뿐 범죄수사에 큰 도움을 주지 못한다.

인신구속에 있어서 체포전치주의를 채택하게 되면 체포는 피의자심문을 통하여 구속여부를 결정하기 위한 전제조건이 되며, 피의자심문을 위한 임시적 신체확보의 수단으로서 중요한 의미를 가지게 된다. 또한 체포전치주의를 채택하게 되면 미체포 피의자에 대해 구속하고자 할 경우에 체포영장을 발부받아 체포한 후에 피의자심문을 거치게 되기 때문에 수사의 목적과 피의자의 인권보호간의 상반되는 이익도 조정이 가능하게 된다.³⁵⁾

34) 황정근, 앞의 논문, 47쪽에 의하면, 체포와 구속을 구분할 필요가 있는지의 여부보다는 피의자를 장기간 구금시키고자 할 때 피의자심문을 거쳐야 할 것인지의 여부가 더 중요하고 피의자심문제도를 존치한다면 체포와 구속을 구분하는 것은 아무런 문제가 없다고 이해한다.

현행 이원적 인신구속체계를 개혁하여 체포전치주의를 채택하게 되면 형사소송법 제201조의2 제3항의 규정되어 있는 미체포 피의자에 대한 사전적 심문은 더 이상 불필요하게 된다. 체포전치주의 하에서는 체포된 자를 구속하고자 할 경우에 피의자심문이 필요한 반면, 체포를 거치지 않고 곧장 구속하는 것은 인정되지 않기 때문이다. 나아가 정책적인 관점에서 보는 경우에도 미체포 피의자를 심문하기 위하여 판사가 직접 피의자를 구인하도록 하는 것이 타당한 것인지 의문이 제기된다. 원래 구인이란 피고인이나 증인과 같이 출석의무가 있는 자의 출석을 강제하기 위한 강제처분인데, 피의자에게는 구속사유를 심문받기 위하여 출석할 의무가 없다.³⁶⁾ 또한 구속전 피의자심문제도의 입법취지는 구속을 제한하고 규제하는 데 있는 것임에도 불구하고 피의자심문을 위하여 법원이 피의자를 먼저 구속하는 것은 합리적인 것이 못된다.³⁷⁾ 따라서 체포전치주의에 기초하여 수사기관이 서면에 의한 체포영장을 발부받거나 긴급체포를 한 이후에 구속영장을 청구하면 이 단계에서 법원은 구속사유를 판단하기 위하여 피의자를 심문하도록 하는 것이 보다 합리적이다.

나. 체포요건의 완화

만약 체포전치주의를 채택하게 되면 체포는 구속을 위한 전제조건에 불과하게 되고, 이 점에서 체포의 요건을 완화할 필요가 있다.

현행 형사소송법 제200조의2에 따라서 체포가 가능하기 위해서는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 정당한 이유없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있어야 한다. 그러나 체포의 요건으로 “죄를 범한 상당한 이유” 이외에 “수사기관의 출석요구 불응 또는 불응의 우려”까지 포함하는 것은 수사의 초기단

35) 이러한 의미에서 이은모, 앞의 논문, 119쪽에서는 현행 형사소송법 제201조의2 제3항에 규정된 미체포 피의자에 대한 구속전 사전심문을 폐지하되, 동조 제1항에서 “제200조의2·제200조의3 또는 제212조의 규정에 의하여 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 피의자에 대하여 범죄사실을 고하고 이에 대한 진술을 들은 후가 아니면 구속할 수 없다”는 방식으로 개정할 것을 제안하고 있다.

36) 이은모, 앞의 논문, 118쪽; 이재상, 형사소송법, 2006, 235쪽.

37) 이재상, 형사소송법, 2006, 235쪽.

계에서 피의자의 신체확보를 어렵게 한다. 체포의 요건을 엄격하게 요구하게 되면 구속의 요건과 별 차이가 없게 되고, 이것은 결국 1995년 제8차 형사소송법 개정의 원인이 되었던 임의동행이나 보호실유치와 같은 탈법적 수사관행을 부활시킬 소지가 있음과 동시에 수사기관이 영장에 의한 체포보다는 긴급체포를 선호하게 하는 원인이 될 수 있다.

비교법적으로 보는 경우에도, 미국의 경우 구속(arrest)이 가능하기 위해서는 피의자에게 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 족하고, 일본에서는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 또한 명백히 체포의 필요가 없는 경우가 아니면 체포할 수 있는 것으로 규정하고 있다(일본 형사소송법 제199조 제2항).

결론적으로 현행 형사소송법 제200조의2에 규정되어 있는 영장에 의한 체포의 요건을 완화시켜서 피의자의 신체확보를 보다 간이하게 해야 할 것이다.

다. 피의자심문단계에서 보석의 인정

보석제도는 전통적으로 형사피고인에 대하여 인정되는 것이지만, 형사소송법은 체포·구속의 적부를 심사하는 단계에서 보증금 납입부 석방의 가능성을 명시해두고 있다(제214조의2 제4항). 그러나 현행 이원적 인신구속체계를 체포전치주의로 변경하여 일원화시키게 되면, 체포 이후의 구속 단계에서 구속을 대체하는 수단으로 보석을 허용하는 것이 타당하다. 이렇게 되면 체포 이후의 구속을 위한 피의자심문절차에서는 구속사유 및 필요성의 판단과 함께 구속사유와 필요성이 인정되는 경우에도 보석에 의해 절차확보의 목적을 달성할 수 있는지에 대한 판단을 행하는 것이 된다.

2006년 1월 6일자로 국회에 제출한 정부의 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 3759호)은 피의자심문단계에서 피의자에 대한 보석의 가능성을 규정해 두고 있었다. 동 법률안 제201조 제6항에서 구속영장의 청구를 받은 판사는 제201조의2(구속영장청구와 피의자심문)의 규정에 의한 심문을 거쳐 구속을 기각하는 결정, 석방조건부로 구속을 대체하는 결정, 구속영장을 발부하는 결정을 하도록 규정하고 있었다. 그러나 이 규정내용은 국회 법제사법위원회의 논의과정에서 채택되지 않았다.

오늘날 구속의 대체수단으로서 보석이 피고인이나 피의자를 불문하고 인정되는 것이 일반적이다. 예컨대 미국의 경우 최초출석단계를 통하여 큰 죄의 70% 정도, 작은 죄의 90% 정도에 대하여 보석이 허가된다. 체포 전치주의를 채택하여 체포이후의 구속단계에서 보석을 활용하는 것이 합리적이라고 판단된다.

3. 영장재판에 대한 불복절차의 인정

현행 형사소송법에 따를 때 법관이 구속여부를 결정한 사항에 대하여 항고 또는 준항고가 가능한지 문제가 제기되지만, 대법원은 형사소송법 제402조(보통항고), 제403조(즉시항고)에서 말하는 법원은 형사소송법상의 수소법원만 가리키는 것이므로 영장담당법관의 결정은 항고의 대상이 될 수 없고, 영장발부여부를 결정하는 지방법원판사는 수소법원으로서의 재판장 또는 수명법관도 아니므로 그가 한 재판은 제416조가 정하는 준항고의 대상도 되지 않는다는 입장을 취하고 있다.³⁸⁾ 따라서 현행법상 법원의 영장재판에 대하여 검사에게는 영장재청구의 방법만 주어져 있으며, 피의자는 체포·구속영장청구제도를 통하여 불복할 수 있을 뿐이다.

그러나 현행법의 해석론상 판사의 영장발부결정에 대하여 항고가 인정되지 않는다 할지라도 이와 같은 항고의 배제가 정책적인 관점에서 과연 합리적인 것인지는 논의해 보아야 한다. 영장재판의 공정성에 대한 시비가 끊이지 않고 있는 현 시점에서 판사의 영장발부행위에 대한 불복방법을 인정하지 않으면 영장담당판사의 직무수행을 객관적으로 검증할 수 없게 된다.³⁹⁾ 또한 판사의 영장기각에 대해서는 현재와 같이 영장을 재청구하는 방식보다는 상급법원의 판단에 의한 구제가 보다 합리적이고 실효적이며 구속사유에 관한 선례가 축적되어 영장재판의 형평성과 예측가능성을 확보할 수 있다. 이 점에서 판사의 영장기각행위에 대해서는 집행정지의 효력이 없는 보통항고를 인정하는 것이 타당하다 할 것이다.

38) 대법원 1997.6.16. 결정 97모1; 대법원 1997.9.29. 결정 97모66 등.

39) 신동운, 인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 서울대학교 법학 제39권 제1호, 1998, 22쪽.

V. 결 론

인신구속제도에서 개혁되어야 할 것은 무작정 구속을 줄이는 것이 아니라 ‘불필요한’ 구속을 없애는 것이다. 그러나 어떠한 구속이 불필요한 구속인지를 법원이 확인하는 것은 매우 어렵다. 수사절차에서 구속을 할 것인지의 일차적인 판단은 검사와 사법경찰관의 일차적인 판단에서 출발하고 있기 때문이다. 1995년도의 형사소송법 개정을 통하여 기존의 일원적 구속체계를 체포와 구속으로 이원화하고 구속전 피의자심문제도를 도입한 취지는 한마디로 “구속의 문은 좁히고, 석방의 문은 넓힌다”였다. 이 제도가 시행된 지 10년이 넘는 현시점에서 과거를 회고해볼 때 구속의 문이 좁혀지고 석방의 문이 넓혀진 것은 맞는 것 같다. 통계적으로 볼 때 검사가 신청한 구속영장의 기각률이 과거에 비하여 현저하게 증가하였기 때문이다. 그러나 이것은 법원이 구속률의 저감이라는 목표를 달성하기 위하여 수사기관의 판단을 무시한 채 억지로 좁힌 결과에 불과하다. 구속 저감의 목표는 체포전치주의의 도입을 통한 판사의 사후적 피의자심문체제로 변경하는 경우에도 달성될 수 있으며 오히려 이렇게 하는 것이 형사소송법 체계에 보다 더 잘 들어맞는다고 할 수 있다.

이 점에서 필자가 서두에서 지적했던 말을 다시 한 번 더 되새기고자 한다. 형사사법의 특정한 목표(구속률저감)가 정해지면 어떠한 수단에 의해서라도 그것을 달성할 것이 아니라 현행 형사소송법의 구조와 체계에 상응하게 그 목적을 달성해야 한다. 이를 위해서는 세계적으로 유례를 찾아볼 수 없는 복잡한 구조를 띠고 있는 인신구속제도의 이원적 체계를 “구속”으로 일원화하고 법치국가적 형사절차에 부합하지 않는 미체포 피의자에 대한 사전심문제도를 폐지해야 한다. 다만, 이와 같은 원칙론과 약간의 동떨어진 수정론을 제시하자면, 체포전치주의를 채택하여 체포와 구속으로 이원화되어 있는 현행 인신구속체계를 실질적으로 일원화시킬 필요가 있으며, 이러한 체포전치주의에 기초하여 수사기관이 서면에 의한 체포영장을 발부받거나 긴급체포를 한 이후에 구속영장을 청구하면 이 단계에서 법원은 구속사유를 판단하기 위하여 피의자를 심문하도록 형사소송법을 개정하는 것이 보다 합리적이다.

참고문헌

- 노명선, 일본에서의 체포·구류와 관련된 몇 가지 쟁점, 형사법의 신동향 제7호, 2007.
- 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대법학박사학위논문, 2001.
- 박영관, 현행 인신구속제도에 대한 비판, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997.
- 백형구, 형사소송법강의, 1997.
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007.
- 사법개혁위원회, 사법개혁위원회자료집(VI) - 제14차~제27차 회의 자료 -, 2005.
- 송광섭, 구속영장실질심사제도의 문제점과 개선방향, 형사정책 제10호, 1998.
- 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 서울대 법학, 31권3·4호 (83·84호), 서울대학교 법학연구소, 1990.
- 신동운, 인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 서울대학교 법학 제39권 제1호, 1998.
- 신동운, 형사소송법 제3판, 2005.
- 신현주, 형사소송법 신정2판, 2002.
- 이금로, 헌법상의 인신구속제도에 대한 소고, 형사법과 헌법이념(제1권), 공법연구회(편), 박영사, 2006.
- 이상돈, 형사소송원론, 법문사, 1998.
- 이완규, 검사의 지위에 관한 연구 - 형사사법체계와의 관련성을 중심으로 -, 서울대학교박사학위논문, 2005.
- 이완규, 형사소송법특강 - 이념과 현실의 균형을 위한 모색 -, 법문사, 2006.
- 이은모, 피의자 인신구속제도의 정비방안, 형사법연구 제19호, 2003.
- 이재상, 형사소송법, 2006.
- 이재석, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 형사정책 제11호, 1999.
- 이진국, 인신구속과 무죄추정원칙, 형사정책연구, 제16권 제4호(제64호),

2005.

이태훈, 미국의 인신구속제도와 운영실태, 법조 제490호, 1997.

정동욱, 무죄의 추정, 고시연구 제16권 11호, 1989.

차용석 외 3인 공저, 주식 형사소송법(III), 제3판, 한국사법행정학회, 1999.

차용석, 개정형사소송법의 내용 -체포와 구속을 중심으로-, 형사법연구 제9호, 1996.

황정근, 구속영장실질심사제도의 개선방안, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997.

Rolando V. del Carmen(김한균 역), 미국의 인신구속제도, 형사정책연구 제16권 제4호, 2005.

福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 法律文化社, 2003.

三島聰, 刑事法への招待, 現代人文社, 2004.

三井 誠・酒卷 匡(저)/신동운(역), 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003.

松尾浩也(監修)/松本時夫・土本武司, 條解 刑事訴訟法, 新版増補版, 弘文堂, 2001.

松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1987.

後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 一橋論叢 第117卷 第4号, 1997.4.

田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 有斐閣, 1999.

A Critical Consideration on the Pre-Arrest(Goosok) Suspect Examination System

Lee, Taehoon*

Since the 8th amendment on the Criminal Procedure Code of 1995, the Korean arrest system has been divided into "Chepo" and "Goosok," in other words, arrest, which in the U.S. means that a suspect is detained for an investigation and trial. The Pre-Arrest Suspect Examination System has been established as a mean to be more careful in the decision of arrest(Criminal Procedure Code, Article 201-2). However, there are no proper reasons to keep two-tier "Chepo" and "Goosok," and distinguishing those two will result conflicts to the investigative authority. The Pre-Arrest(Goosok) Suspect Examination System toward the not-arrested(Chepo) suspect is not only unconstitutional, but also unprecedented. The System should be abrogated, and should be considered to return to the system prior to the 8th revision of the Criminal Procedure Code of 1995. Therefore, the arrest system should not be distinguished to "Chepo" and "Goosok," rather it should be handled as the sole arrest system. In this case, conducting the Pre-Arrest(Goosok) Suspect Examination System upon not-arrested(Chepo) suspect should be abrogated. Nevertheless, if the Criminal Procedure Code in force can not be revised, the arrest system itself should be reformed in a way that temporary detention(Chepo) of a suspect should be made before the official arrest(Goosok). In this case, if the investigative authority receives an arrest warrant based on the temporary detention before the official arrest, or request for an arrest warrant after the urgent arrest of a suspect, it is more appropriate to amend the Criminal Procedure Code for the court to

* President of the Korean Institute of Criminal Justice Policy (KICJP), LL.D.

examine the suspect in order to consider the conditions of the suspect's arrest.

주제어 : 체포, 구속, 구속영장, 구속전 피의자심문, 인신구속의 일원주의

Keywords : arrest, arrest warrant, ex parte procedure, monism of arrestsystem