

영장발부에 있어 구속사유 판단의 문제 — 개정 형사소송법 제70조 제2항을 중심으로 —

이 승 준*

국 | 문 | 요 | 약

개정 형사소송법은 형사소추 및 공판절차에서의 피의자 또는 피고인의 인권보호뿐만 아니라 피해자의 피해회복, 나아가 국가형법권의 적정한 행사에 대한 제고라는 점에서 형사소송법 제정 이후 50년 만에 매우 의미있는 개정으로 평가할 수 있다.

구속제도의 개선 역시 이러한 새로운 형사소송법의 이념의 구현이라는 측면에서 나름의 변화가 있었는데, 제70조 제2항의 도입이 바로 그것이다. 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 우려라는 의무적 고려사항은 구속여부 결정시 기준에 불문으로 인정되던 형사정책적 고려사항을 명문으로 인정하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있다. 문제는 이제 이러한 의무적 고려사항의 해석에 달려있다. 범죄의 중대성과 같은 개별 요소를 어떻게 인정할 것인지에 대한 명확한 기준과 이러한 개별 요소들간의 상호관계에 대한 명료한 판단이 이루어져야 하며, 기존의 구속사유들과 조화적 해석의 문제가 해결되어야 하는 것이다.

기존의 실무의 필요를 반영하여 구속 근거 조문을 변경한 것은 실질적 법치주의라는 대이념의 반영이며, 타당한 경향으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 이번 형사소송법의 개정은 구속사유에 대한 개정이 아니라 점을 유의하여야 한다. 그렇지만 여전히 새로 도입된 조문의 해석과 적용은 법원에 맡겨졌다고 할 수 있다. 법원은 더욱 어려운 과제를 떠안게 된 것이다. 단순히 과거의 구속영장 발부 재판의 관행에서 벗어나, 불구속재판의 원칙을 구현하면서도 명문의 구속사유를 훼손하지 않고, 의무적 고려사항을 반영하여 국민의 법감정과 범죄의 불법을 제대로 형량한 구속여부 판단을 위해 명확한 척도를 개발하려는 노력을 다하여야 하는 것이다.

아울러 이제는 과거의 과잉구속의 잘못된 관행을 벗어나, 점점 축소화되어 가는 범죄에 대한 대책으로서의 구속의 기능에 대한 재검토가 필요하다. 따라서 개정되지 얼마 지나지 않은 시점에서 성급할 수도 있으나, 입법적으로는 형사소송법 제70조 제1항의 구속사유에 대한 개정작업이 이루어져야 할 것이다. ‘구속사유’와 ‘구속사유 판단시 고려사항’ 사이에는 분명한 차이가 존재함을 인정하여야 한다. 이를 위해서는 실무의 관련규에 대한 개정작업이 동반되어야 할 것이다.

❖ 주제어 : 구속사유, 의무적 고려사항, 예방적 구금, 구속의 기능

* 대전대학교 법정대학 법학과 전임강사, 법학박사

I. 문제의 제기

서울중앙지방법원은 2006년 언론을 통해 ‘인신구속 사무처리기준’을 공개하였다. 인신구속의 공정성과 투명성 확보 차원에서 인신구속의 기준을 공개함으로써, 검찰의 구속영장청구에 대한 하나의 준거점을 제시하면서 국민의 형사절차진행에 대한 예측가능성을 담보해주려는 취지였다고 볼 수 있다. 이러한 서울중앙지방법원의 인신구속 사무처리기준의 공개를 계기로, 각급 법원에서도 통일된 인신구속의 기준을 마련하려는 노력이 이어졌으며, 이에 자극받은 검찰에서도 수사기관의 요구와 필요를 반영한 독자적인 인신구속 기준을 마련하게 되었다. 검찰은 부분별한 영장청구를 지양하여 피의자의 인권을 보장하고, 법원도 이를 바탕으로 불구속수사 및 불구속재판의 원칙을 회복하려고 하고 있는 것이다.

이에 앞서 형사소송법 제70조의 구속사유 규정이 구속영장 청구 및 발부의 현실과 피리가 크다는 비판에 따라, 이를 바로 잡고자 형사소송법 개정안이 국회에 제출되었다. 장윤석 의원이 대표발의한 형사소송법 개정안에 의하면 제범의 우려, 피해자 또는 중요 참고인과 그 친족에 대한 보복우려가 인정되는 경우나 중범죄의 경우에 구속할 수 있도록 하였다. 이후 이 법안을 반영한 법제사법위원회 수정안이 발의되는 등 입법적 개선작업의 노력으로 2007년 7월 이른바 신행사소송법 개정안이 통과되어 전면적인 형사절차 규정의 변화와 함께 구속제도에도 변화가 왔다.

이러한 일련의 과정들로 2008년 1월 1일부터, 법원이 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자·중요 참고인 등에 대한 위해 우려 등을 고려하도록 구속제도가 개선되었다. 개정 형사소송법에서 이처럼 구속사유 심사시 새로운 의무적 고려사항을 추가시킨 것은 거물피의자가 유전무죄, 무전유죄 때문에 방면되는 것을 막겠다는 취지였다. 위 조항의 도입은 기존에 구속여부 판단시 명문의 규정이 없음에도 불구하고 이미 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 사회적 파급효과 등의 형사정책적 요소가 영장청구 및 발부의 불문의 구속요건으로 작용해왔기 때문에, 형사소송법의 개정을 통해 명문으로 규정한 것으로 볼 수 있다.

그런데 개정 형사소송법의 의무적 고려사항의 추가는 의무적 고려사항 각각의 해석 및 상호관계뿐만 아니라, 명문으로 규정되어 있는 주거부정, 증거인멸의 우려,

도주 또는 도주의 우려 등 기존의 구속사유와의 관계 해석에 대한 과제를 던져 주었다. 의무적 고려사항과 구속사유간의 충돌가능성이 있음에도 개정 규정에 대한 구체적인 해석은 법원에 맡겨졌기 때문이다. 구속을 가능하게 하는 명문의 구속‘사유’와 ‘고려사항’의 분명한 차이를 간과한 것이다. 따라서 이하에서는 기존의 구속사유의 해석과 적용에 대해서 개략적으로 살펴보고, 개정 형사소송법 제70조 제2항의 의무적 고려사항의 바람직한 해석 및 입법개선을 통해 구속의 기능변화와 이에 바탕한 구속영장 발부의 방향을 모색하고자 한다.

II. 구속사유¹⁾에 관한 외국의 입법례

1. 미 국

형사소송법의 구속사유를 해석, 적용함에 있어 외국의 입법례를 참고하지 않을 수 없다. 이는 근대 사법제도의 후발국이자 계수법 국가인 우리 법제의 불가피한 속성에 기인한다. 먼저 미국은 우리나라와 달리 별도의 구속제도를 두고 있지 않으며, 인신구속은 체포(arrest)제도로 일원화 되어 있다. 여기서 체포는 범죄소추 또는 수사의 목적으로 개인을 자신의 의사에 반하여 구금하는 것으로,²⁾ 법적 권한으로 신체의 자유를 박탈하는 것이며 일종의 속박이 가해져야 한다. 이러한 속박은 사법기관에 의해 자신의 의사에 반하여 자유롭게 이동할 수 없도록 개인의 자유를 제한하여야 한다. 미국의 경우 이러한 체포에 명문의 체포사유를 규정하고 있지 않다. 다만 체포는 합리적인 근거가 있으면 영장없이 할 수 있다.³⁾ 구금(detention)의 경우 영장없는 체포나 구금이 원칙이고, 물건에 대한 압수, 수색의 경우는 사법부의 판단

1) 구속사유에 대하여 견해에 따라 주거부정, 증거인멸 또는 증거인멸의 우려, 도주 또는 도주우려에 더하여, 범죄혐의, 나아가 비례의 원칙까지 포함하는 주장도 있으나, 본고에서는 구속사유를 형사소송법의 명문의 규정에 따라 주거부정, 증거인멸 또는 증거인멸의 우려, 도주 또는 도주우려로 국한한다.

2) *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200(1979)

3) *U.S. v. Watson*, 423 U.S. 411(1976)

을 요하는 영장에 의하는 것이 원칙이다. 사람에 대한 체포나 구금에서 영장을 요하지 않는 것은 보통법상 영장을 요하지 않았던 역사적 측면과, 체포근거가 발생한 시점과 영장발부 후 체포하는 시점 사이의 수사과정의 변화를 고려할 때 영장의 요구가 불합리할 수 있다는 형사정책적 측면을 감안한 것으로 보여진다. 미국헌법 수정 제4조는 “부당한 수색, 체포 및 압수로부터 신체, 가택, 서류 및 재산을 보호받기 위한 국민의 권리는 이를 침해할 수 없으며, 체포, 수색 및 압수의 영장은 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되는 상당한 이유가 없이 그리고 수색장소와 피체포자 또는 압수품을 특정하여 기재하지 아니하고는 발부되지 아니한다”고 규정하여 이를 뒷받침하고 있다.⁴⁾ 여기서 개인이 범죄소추 또는 수사의 목적으로 자신의 의사에 반하여 구금되면 동조의 체포가 되는 것이다.⁵⁾

미국의 경우 이처럼 체포사유가 명문으로 규정되어 있지는 않으나, 보석결정을 할 것인지 사회의 안전이 위협된다고 판단하여 보석을 하지 않고 예방적 구금(preventive detention)을 할 것인지의 판단사유로, 도망의 염려(risk of flight), 타인이나 사회에 대한 위협(danger to other persons or the community)을 요구하고 있다. 폭력범죄, 법정 최고형이 사형 또는 무기징역형인 범죄, 법정형이 10년 이상인 마약 범죄, 그리고 두 번 이상 위 세 유형의 범죄로 처벌받은 자가 다시 중죄를 범한 경우 예방적 구금의 여부를 판단하게 되는데, 도망의 염려는 피의자가 다른

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

5) 이러한 영장없는 체포가 합법적이기 위해서는 공개된 장소에서의 체포이거나, 체포에 ‘상당한 이유’(probable cause)가 인정되어야 한다. 여기서 ‘상당한 이유’란 체포가 정당화되지 않을 가능성보다 체포가 정당화될 가능성이 높다는 것을 의미한다. 피체포자가 범죄를 범했을 가능성이 그렇지 않을 가능성보다 높다는 것으로[*Brinegar v. U.S* 338 U.S. 160 (1949)], 이러한 판단은 경찰관(치안관사)이 확보한 증거가 합리적으로 신중한 사람(reasonably prudent person)이 객관적으로 판단하여 체포가 필요한가가 기준이 된다[Brown v. States, 24 Wis. 2d 491(1964)]. 구체적인 기준으로는 중죄(felony)의 경우 ① felony가 범해졌다는 것과 ② 피체포자가 그 범죄를 저질렀다는 합리적인 근거가 있으면 되는 것이다. 버스에서 소매치기가 발생하여 신고를 받고 출동한 경찰이 소매치기 장면을 목격한 운전기사가 지목하는 범인이 있는 경우 영장없이 체포할 수 있는 것이다. 이처럼 probable cause가 인정되지 않아 영장없는 체포가 인정되지 않는 예외적인 경우로는 개인의 집에서 행해지는 긴급하지 않은 체포가 있다.

주나 다른 나라로 도망하거나, 지경기일에 범정에 출석하지 않을 위험을 의미한다. 이러한 도망의 염려는 증거의 강약, 피의자의 지역사회에서의 거주 기간, 협력자의 유무, 과거의 범정 출석률, 자산, 가족, 가족의 피의자에 대한 의존도, 피의자의 직업 등을 고려하여 판단하게 된다. 타인이나 사회에 대한 위험은 피의자가 보석상태에서 다른 죄를 범하거나 증인이나 배심원 또는 사법 관계자 등에게 위해나 협박을 가할 가능성을 의미하며,⁶⁾ 과거 범죄력, 범행당시 보석 상태 여부, 생활 방식, 생계 수단, 약물 사용이나 음주 경력, 주위 협력자의 유무 및 유대관계, 피의자의 증인 등에 협박 (및 이에 준하는 행위) 여부 등을 고려하여야 한다.

2. 독 일

독일 형사소송법은 구속사유로서 도주 또는 도주의 위험과, 증거인멸의 위험, 재범의 위험성 및 살인죄, 테러단체조직죄 등의 중대 범죄를 인정하고 있다. 과거 독일 형사소송법은 구속사유로서 도망과 증거인멸의 위험만을 규정하고 있었으나, 히틀러 치하의 형사소송법이 정치적 탄압을 위해 계속되는 위험성과 公憤의 유발 (fortdauernde Gefährlichkeit und Erregung in der Öffentlichkeit)을 구속사유로 도입하였다. 후에 이 구속사유는 胎生的 不純性을 이유로 삭제되었다가, 1964년 개정에서 성범죄에 한하여 위험성만이 다시 도입되었다. 이후 재범의 위험성은 사회적 법익에 대한 범죄뿐만 아니라, 일반 재산범죄에 대해서까지 확대 적용되었으며, 1976년 개정에서는 중대범죄라는 구속사유도 도입되었다. 이러한 독일 형사소송법은 사안의 중요성과 예상되는 형벌 또는 보안처분과 비교해 볼 때 구속의 비례성이 결여되어 있는 경우에는 미결구금을 허용하지 않는다. 명문으로 비례의 원칙을 규정하고 있는 것이다. 이러한 비례의 원칙은 경미사건에 있어서는 구속의 제한사유로 작용한다.⁷⁾

6) U.S. v. Millan, 4 F. 2d. 1038, 1048-49(1993)

7) 범행이 6월 이하의 자유형 또는 180일수 이하의 벌금형이 기대되는 경우에는 증거인멸의 위험과 재범의 위험성이라는 사유로 구속할 수 없으며(제113조 1항), 도망의 위험을 이유로 하는 구속은 피의자가 이미 도망한 일이 있거나 주거가 없거나, 신원을 증명할 수 없는 경우에 한하여 할 수 있게 하고 있다(동조 2항).

먼저 구속사유로 도주 또는 도주의 위험을 살펴보면, 도주란 범죄인이 형사절차를 회피할 목적으로 도망 또는 잠적하는 것을 뜻한다.⁸⁾ 즉 피의자가 형사절차를 장기간 회피하려고 하는 의사가 있을 경우 구속사유로서 인정되는 것이다. 도주의 위험은 일정한 객관적 사실을 근거로 개별적인 상황을 판단하여 피의자가 형사절차를 회피할 것이라는 높은 개연성이 있으면 인정된다.⁹⁾ 도망의 위험이라는 구속사유는 가능한 객관화될 것을 요한다. 다음으로 증거인멸의 위험은 피의자가 물적·인적 증거에 대하여 증거자료의 가치와 존재에 부정한 방법으로 영향을 미칠 위험을 뜻한다. 여기서 부정한 방법으로 영향을 미친다는 것은 피의자가 법률을 위반하거나 법적으로 인정되지 아니하는 방법으로 증거조사를 방해하는 것을 말한다.¹⁰⁾ 증거자료의 파괴, 변경, 절취, 은닉 또는 위조 및 공범이나 증인 또는 감정인에 대하여 부정한 방법으로 영향을 미치거나, 타인으로 하여금 그러한 행위를 하게 하는 행위 등이 여기에 해당된다. 증거인멸의 위험은 증거인멸 행위로 인하여 실체진실의 발견이 어렵게 될 고도의 개연성이 있을 경우에 인정된다.¹¹⁾ 피의자의 구체적 행위를 통해 증거인멸의 현저한 혐의가 인정되어야 하는 것이다.

그리고 또다른 구속사유로 재범의 위험성은 피의자 또는 피고인이 강간죄 등의 성범죄(형법 제174조, 제174조의 a, 제176조 내지 제179조)를 범할 현저한 위험이 있고, 상해의 죄(형법 제224조 내지 제227조), 중절도죄(형법 제243조, 제244조, 제249조), 강도와 공갈의 죄(형법 제249조 내지 제255조) 등 범죄를 심히 해하는 범죄를 반복하여 범함으로써 판결확정 전에 동종의 다른 범죄를 범하거나 범죄를 계속하게 될 위험이 인정되고 이로 인하여 1년이 넘는 자유형이 예상될 때에 구속이 인정된다. 이러한 위험이 인정되기 위해서는 피의자 또는 피고인이 5년 이내에 동종

8) Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen - Boujong, 4th edition. C.H. Beck, 1999, Vor §112, Rn. 10; Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz -Paeffgen, Lutherhand, 2004, Vor §112 Rn. 22

9) KK-Boujong, Vor §112, Rn. 15

10) KK-Boujong, Vor §112, Rn. 29

11) Kleinknecht/Meyer, Lutz. Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen. 46th edition. C.H. Beck, 2003. Vor §112, Rn.26; KK-Boujong, Vor §112, Rn.24; SK StPO-Paeffgen, Vor §112, Rn. 25

의 범죄로 인하여 자유형이 선고되었을 것을 요구한다(제112조의 a). 이러한 재범의 위험성은 범죄 예방효과 측면에서 재산범죄에 대하여도 구속사유로 확대되었으나, 재범의 위험성은 절차확보를 위한 구속사유가 아니라 일종의 예방적인 구금처분(보안구금)의의 성격을 띠고 있어,¹²⁾ 구속사유로서 이질적이며 법치국가원칙에 반한다는 비판이 가해진다.¹³⁾

한편 독일 형사소송법은 일정한 중한 범죄에 있어서는 규정된 구속사유가 존재하지 않는 경우에도 구속이 가능하도록 하고 있다. 피의자 또는 피고인이 테러단체조직죄(형법 제129조의 a), 살인죄(형법 제211조, 제212조, 제220조의 a) 또는 폭발물파열죄(형법 제311조)의 범죄행위 또는 그 행위가 타인의 신체나 생명을 위태롭게 하는 한 현저한 혐의가 있는 피의자는 구속사유가 없는 경우에도 구속할 수 있다(제112조 3항). 여기에 대해서도 중한 범죄의 혐의만으로 구속을 인정하는 것은 구속의 목적이나 비례성의 원칙에 위배된다는 비판이 제기되고 있다.¹⁴⁾

3. 프랑스

프랑스의 경우, 불구속 수사가 원칙이며 필요할 경우 피의자를 사법통제하에 둘 수 있고, 사법통제명령만으로 불충분한 경우에만 예외적으로 피의자를 구속할 수 있는데 이때 구속사유 판단은 처벌 양형과 연계하여 판단하고 있다.

즉 프랑스 형사소송법의 특징인 예심수사단계에서 피의자가 중죄형에 해당할 때 또는 예심수사 피의자가 3년 이상의 구금형인 경죄형에 해당할 때에만 구속이 결정되거나 연장될 수 있도록 하고 있는 것이다.¹⁵⁾ 따라서 예외적으로 예심수사 피의자가 형법 제3권(재산에 대한 중죄 및 경죄)¹⁶⁾에 규정된 경죄를 범하고 1년을 초과하는

12) Kleinknecht/Meyer, Vor §112, Rn.1; KK-Boujong, Vor §112, Rn.4.

13) Roxin, Strafverfahrensrecht, 20 Aufl., Verlag C.H. Beck, 1987, S.187

14) Kleinknecht/Meyer, §112, Rn.37; KK-Boujong, Vor §112, Rn. 40

15) 프랑스 형법 제143-1조

16) 불법영득죄와 재산에 대한 기타침해도 나누어 지는데, 前者는 다시 절도죄와 강요죄, 사기 및 유사범죄, 횡령죄로 구분되며, 後者は 강물취급 및 유사범죄, 손괴·훼손 및 효용상실, 전 산장보치리장치에 대한 침해, 자금세정죄로 구성되어 있다.

실형을 이미 선고받은 경우에는 그 형이 5년 이상의 구금형에 해당할 경우 구속이 결정될 수 있으며, 예심수사 피의자가 고의로 사법통제를 회피하였을 경우에도 구속이 결정될 수 있다.

그리고 이러한 구속은 재범방지의 필요성, 범죄의 중대성 등의 형사정책적 요소를 고려하여 결정되는데, 첫 번째로 증거 또는 물적 징표를 보존하거나, 증인 또는 피해자에 대한 방해 또는 예심수사피의자와 공범자간의 부정한 통보를 방지하기 위해 필요할 경우, 두 번째로 예심수사피의자의 보호, 사법을 위한 신병의 확보 또는 범죄를 종료시키거나 또는 그 반복을 방지하기 위하여 필요한 경우, 세 번째로 범죄의 중대성, 범행상황 또는 피해의 크기 때문에, 공공질서에 대하여 특별하고 지속적인 혼란을 초래한 범죄를 종료시키기 위해 필요한 경우에 이러한 필요를 충족시키기 위한 유일한 수단일 때에만 구속을 결정할 수 있는 것이다.¹⁷⁾

이처럼 프랑스의 경우 구속사유에 명문으로 범죄의 중대성, 재범방지의 필요성 등 형사정책적 고려사항을 규정하고 있다는 점에 특징이 있다.

III. 구속사유 규정의 개정연혁

개정 형사소송법의 의무적 고려사항의 해석을 위해서는 구속사유 근거규정의 연혁적 변화를 살펴볼 필요가 있다. 이는 구속사유 변동의 흐름을 확인함으로써 새로이 도입된 제70조 제2항의 이념적 배경과 그 필요성의 인식을 통해 해석과 적용의 방향을 가늠해 볼 수 있기 때문이다.

우리나라에 근대적 형사사법제도가 도입된 것은 1895년 大韓帝國의 재판소구성법 제정이 계기가 되었다고 볼 수 있다. 그러나 당시 근대적 형사절차의 도입은 일제에 의해 강제적으로 이루어진 것이지, 우리나라의 사법제도 개혁을 염두에 둔 것이 아니었다. 이러한 맥락에서 1895년 형사절차의 준칙으로 제정된 민·형소송규정(법부령 제3호)은 인신구속에 관한 근거규정을 두지 않았다. 이후 1908년에 제정된 민·형사소송규칙(1908.7.13, 법률 제13호)에 이르러서야 비로소 구속에 대해 규정

17) 프랑스 형법 제144조.

할 수 있었던 것이다. 그러나 이 규칙도 인신구속의 권한을 검사 및 사법경찰관에게 부여함으로써 근대 서구국가의 영장주의와는 비교할 수 없는 것이었다.¹⁸⁾ 1912년 朝鮮刑事手令의 실시는 근대 형사절차에 있어 큰 전기를 제공하였으나, 조선형사령도 일본의 식민지배의 한 수단이었으므로 여러 특례조항을 두었으며,¹⁹⁾ 구속제도에 있어서도 영장주의를 배제하는 특례조항을 규정하고 있었다.²⁰⁾ 이러한 식민지하의 불합리한 구속제도를 어느정도 바로잡은 것은 1948년 미군정법령 제176호였다. 미군정법령 제176호는 근대 서구의 영장주의 대원칙을 규정함으로써 식민지형 인신구속제도에 중지부를 찍었다.

이러한 역사적 변천을 거치면서 도입된 1954년 형사소송법은 제정 당시에는 구속사유에 관한 특별한 논의를 찾기 어렵다. 전후 일제 잔재를 청산하고 형사소송법의 부존재라는 미개한 상황의 타개에 몰두하였기 때문에 구속영장 발부시 판사의 심사권에 관해 형식적 심사권에 그칠 것인지 아니면 실질적 심사권을 보장해 줄 것인지에 대하여 논란이 있었을 따름이다.²¹⁾ 逆說의이지만 이는 일본 형사소송법의 영향으로 당연시 여긴 것이 아닌가 생각된다. 일본 형사소송법의 의용 상황을 하루 빨리 벗어나고자 하였음에도 불구하고 실질적으로는 많은 부분을 차용한 것이다. 판사의 영장심사권에 대해, 검찰측에서는 판사에게 실질적 심사를 위한 자료제출 의무를 부과할 경우 피의자의 인권보장에만 치우친 나머지 수사진행이 곤란해 질 것이라는 어려움을 토로하였으며, 법원측에서는 자료제출의무 규정 등을 통한 실질적 심사권의 보장을 주장하였다. 이러한 논쟁에도 불구하고 특이하게도 구속사유에는 별 이견이 없었다.²²⁾

18) 조선형사령 제12조는 제1항에서 “검사는 현행범이 아닌 사건이라도 수사의 결과 급속한 처분을 요할 것으로 사료하는 때에는 공소제기 전에 한하여 영장을 발하여, 검중, 수색, 물건차압을 하고 피고인, 증인을 신문하거나 또는 감정을 명할 수 있다. 단, 발급, 파로 혹은 비용배상의 인도를 하거나 또는 선서를 하게 할 수는 없다”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “전항의 규정에 의하여 검사에게 하여진 직무는 사법경찰관도 또한 임시로 이를 할 수 있다. 단, 구류장을 발할 수는 없다”고 규정하고 있다[김병화, 한국사법사(중세권), 일조각, 1980, 337면 이하 참조].

19) 玉名友彦(법원도서관 역), 朝鮮刑事手令釋義, 2005, 107면 이하 참조.

20) 신동운, “일제하의 형사절차에 관한 연구”, 한국법사학논총, 박영사, 1991, 409면 이하 참조.

21) 한국형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1991, 124면 이하.

22) 한국형사정책연구원, 앞의 책, 124-126면.

구속사유에 관한 구체적인 조문을 살펴보면 제정 형사소송법(제정 1954.9.23 법률 341호)은 제70조에서 ‘拘束의 事由’라는 표제로 제1항에서 “法院은 被告人이 罪를 犯하였다고 疑心할 만한 相當한 理由가 있고 다음 各號의 1에 該當하는 事由가 있는 境遇에는 被告人을 拘束할 수 있다”고 하면서 구속사유로서 ‘被告人이 一定한 住居가 없는 때’, ‘被告人이 證據를 湮滅할 念慮가 있는 때’, ‘被告人이 逃亡 또는 逃亡할 念慮가 있는 때’로 명시하고 있으며, 주거부정의 경우 예외를 두어 제2항에서 “1萬 5千圓 以下の 罰金, 拘留 또는 科料에 該當하는 事件에 關하여는 前項 第1號의 境遇를 除한 外에는 拘束할 수 없다”고 하여, 경미한 범죄의 경우 주거가 부정할 경우에만 구속이 가능케하여 무분별한 인신구속의 확대를 막으려고 하였다.

1995년 개정(일부개정 1995.12.29 법률 5054호)에서는 제2항의 개정²³⁾과 달리, 제70조 제1항이 개정되었는데, ‘逃亡 또는 逃亡할 念慮’로 되어있던 것을 보다 의미의 명확화를 위하여 ‘도망하거나 도망할 염려’로 변경하였다. 특별히 법해석적으로 달라지는 것은 없었다. 그리고 이전 개정으로부터 20여년이 경과하여 벌금의 상한을 다시 상향하였으며, 이와 함께 多額이라는 추가요건을 부가하였다.

그리고 2007년 일부개정(일부개정 2007.6.1 법률 제8496호 시행일 2008.1.1)에 이르러서 구속사유 판단에 대한 제70조에 상당한 변화가 초래되었다. “법원은 제1항의 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하여야 한다”라고 제70조 제2항을 신설하여 구속사유 판단시 범죄와 관련된 중요한 형사정책적 요소는 의무적으로 고려하여야 함을 명시한 것이다. 본 조항의 입법취지는 거물피의자가 유전무죄, 무전유죄 때문에 방면되는 것을 막겠다는 취지라고 언급되고 있지만,²⁴⁾ 단순히 여기에 그치지 않고 성문의 규정없이 범행수법의 잔혹성, 범죄피해의 규모, 국민 여론, 재범의 가능성, 사건 관련자에 대한 위협 등의 여러 요소를 종합적으로 고려하던 현재의 영장발

23) 형사소송법 제정이후, 개정은 주로 제2항에 대한 것으로, 1973년 일부개정(일부개정 1973.1.25 법률 2450호)은 제2항을 “五萬圓以下の 罰金, 拘留 또는 科料에 該當하는 事件에 關하여는 前項 第1號의 境遇를 除한 外에는 拘束할 수 없다”고하여 벌금의 상한을 상향조정하였는데, 이는 시간의 경과에 따른 물가수준의 상승 등 사회적 변화를 반영하고자 한 것으로 보인다.

24) 제267회 국회 법제사법위원회(2007.4.26) 회의록 제4호, 11면.

부의 실무를 반영토록 하여 명문화함으로써 기존의 비판을 잠재우려한 것으로 볼 수 있을 것이다. 구속사유와 구속영장 청구 및 발부의 현싵과 괴리가 컸기 때문이다. 위 개정내용은 구속제도의 문제점을 직시한 2006년 장윤석 의원 발의의 개정안을 수정하여 위원회안으로 변경한 것인데, 장윤석 의원안은 제70조 제1항에 제4호 및 제5호를 신설하고 동조에 제3항을 신설할 것을 기본 골자로 하여,²⁵⁾ 구속사유 판단 시에는 누범과 상습범의 재범위험성을 고려하고, 피해자 등 사건관련자들에 대한 위협의 가능성을 판단하여야 하며, 나아가 중범죄자에 대해서는 구속할 수 있게 하자는 것이었다. 2007년 형사소송법 개정안은 헌법상 무죄추정원칙과의 충돌우려 및 불구속 수사 및 재판보장의 대세에 역행할 우려를 고려하여, 위 개정안의 취지만을 반영하여 구속사유를 확대하지 않은 채, 구속사유 판단시 의무적 고려사항을 신설하였다. 이러한 개정법은 독일 및 프랑스의 입법례를 참고한 것으로 판단된다.

IV. 기존 구속사유의 조화적 해석

1. 개별 구속사유의 해석과 적용

개정 형사소송법의 제70조 제2항을 해석하기 위해서는 먼저 기존의 구속사유에 대한 고찰이 선행되어야 한다. 기존 구속사유의 해석을 통해서 새로운 의무적 고려사항의 해석방향을 결정할 수 있기 때문이다.

먼저 住居不定과 관련하여, 형사소송법은 ‘일정한 주거가 없는 때’를 명문으로 규정하여 주거부정을 독립된 하나의 구속사유로 인정하고 있다. 여기서 주거의 부정이란 일정하게 정해진 주소나 거소가 없음을 의미한다. 주거부정을 구속사유로 하는

25) 제4호는 “누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범하는 등 피고인이 다시 죄를 범하거나 범할 우려가 있는 때”라고 규정하였으며, 제5호는 “피고인이 피해자, 당해 사건의 재판과 관련된 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때”라고 한 다음, 제3항은 “법원은 제1항의 규정에도 불구하고 피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 피고인을 구속할 수 있다”고 규정하였다.

것은 주거가 부정한 자는 소제불명으로 인해 형사소추의 진행과 형의 집행이 불가능해질 가능성이 높아지기 때문이다. 그런데 주거부정에 대하여, 이는 독립된 구속사유라고 하기 보다는 도망의 위험을 판단하기 위한 자료에 불과하며, 독립된 구속사유로 보는 것은 타당하지 않다는 견해가 대다수이다.²⁶⁾ 생각건대 주거부정이 구속사유로 논란이 되는 것은 주거부정만으로는 구속요건이 인정되지 않으며, 주거부정을 통해 도망의 위험이 인정될 경우에 구속될 수 있다는 전제에서 출발하기 때문이다. 그런데 주거부정은 입법론적으로 개정 내지 삭제 주장을 하는 것과는 별개로 현행법의 해석으로는 다액 50만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 해당하는 경미범죄에 대하여는 명확히 구속사유가 됨을 부정할 수 없다. 주거부정은 도망의 위험성을 증가시키는 요인으로 볼 수 있다. 그러나 구속의 목적은 증거의 보존과 그를 통한 형사절차의 진행에 있으며, 주거부정의 경우 형사소추와 공판절차의 진행이 불가능해질 우려가 충분히 있을 수 있다. 따라서 주거부정의 구속사유로서의 독립성을 부정하기 보다는 合目的의 解釋이 필요하다고 하겠다. 단순히 주소가 불명하다고 하여 구속이 인정되는 주거부정으로 볼 것이 아니라, 수사기관의 소환 요구 등에 응할 수 있는 연락처, 우편물 수령지 등을 종합적으로 판단하여 구속사유로서 판단이 이루어져야 하는 것이다. 지금까지 주거부정을 독립된 구속사유로 보지 않는 다수설의 영향으로 주거부정을 판단하는 명확한 기준을 찾기 쉽지 않다.²⁷⁾ 생각건대 주거부정의 여부 판단은 주민등록의 유무, 주거의 종류 등의 주거의 확실성이 고려되는 형식적 주거와, 거주 형태, 동거가족의 유무, 가족관계 등의 생활의 안정성이 고려되는 실질적 주거를 기초로 판단하여야 할 것이다. 이를 통해서 피의자의 주거부정이 형사절차에의 출석 확보를 현저히 저해할 우려가 있는 경우 구속사유로서 인정될 수 있을 것이다.

다음으로 두 번째 구속사유인 證據湮滅의 危險은 피의자 또는 피고인이 불구속상

26) 배종대/이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006, 242면; 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008, 190면; 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사, 2008, 249면; 이영란, 한국형사소송법(개정판), 나남, 2008, 328면.

27) 실무에서는 주거의 종류(집, 여관, 여인숙, 고시원, 기숙사, 직장 임시 숙소 등), 거주 기간, 주민등록과 주거의 일치 여부 및 주민등록 탈소 여부, 거주 형태(임차 계약의 형태·기간, 임료의 지급 방법·상환 등), 가족의 유무, 가재 도구의 현황, 피의자의 성행, 조직·지역 사회 정착성 등을 고려하고 있다(구속 수사 기준에 관한 지침 : 대검예규 기회 제400호, 2006. 6. 12. 제5조 제2항 참조).

태에 있으면 인적·물적 증거방법을 훼손, 변경, 위조, 방해하여 진실발견을 곤란하게 할 위험이 있는 경우, 구속을 통해 증거방법에 대한 부정적 영향을 차단함으로써 사실인정이 침해되는 것을 방지하기 위해 인정되는 구속사유이다. 실무상 빈번히 문제가 되지만 그 판단이 매우 어려운 경우이다. 증거인멸의 對象은 피의사실과 관련된 인적·물적 증거방법이다. 여기서 피의사실에 대해서는 증거가 수집되어 증거인멸의 가능성이 없지만, 범행 동기 및 경위와 같은 정상관계 사실에 관하여 증거인멸의 염려가 있는 경우에도 증거인멸의 대상에 포함된다고 할 수 있다.²⁸⁾ 證據湮滅의 危險에 대하여, 증거인멸의 위험은 부정한 방법으로 증거를 인멸할 구체적 위험이 인정되어야 한다는 견해가 있다.²⁹⁾ 이와 달리 인적·물적 증거방법에 대해 부정한 영향력의 행사로 범인 또는 수사기관의 진실발견을 침해할 고도의 개연성, 즉 증거인멸의 현저한 혐의가 인정되어야 한다는 견해도 있다.³⁰⁾ 생각컨대 증거인멸의 위험은 피의자(피고인)가 부정한 방법으로 증거방법에 영향을 미쳐 실제적 진실발견을 방해할 고도의 개연성이 있을 것을 요한다고 봄이 타당하다. 구체적 위험은 위험의 정도에 대한 답이 될 수 없으며, 실질적인 판단기준을 제시한다고 보기 어렵기 때문이다. 증거인멸의 위험은 주로 화이트칼라범죄나 기업범죄, 편취죄의 경우처럼 조직적·지능적 범죄로서 증거은폐·훼손의 가능성이 있는 경우뿐만 아니라 살인과 같이 중형의 선고가 예상되는 경우에도 인정된다. 여기서 증거인멸의 위험성 판단은 인멸의 대상이 되는 증거가 범죄사실에 결정적인 증거인지 여부, 증거인멸행위가 가능한지 여부, 피의자가 피해자 및 주요 참고인들에게 위력을 행사하여 진술을 번복할 수 있는지의 여부 등 증거인멸의 객관적 가능성을 토대로 증거인멸로 간주되는 행위의 준비 내지 시도유무와 같은 증거인멸의 주관적 의도, 그리고 공범의 존재 및 공범의 도주여부, 공범의 자백여부 등의 기타 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.³¹⁾ 예컨대 피의자가 묵비하는 경우에는 증거인멸의 우려가 인정될 가능성이

28) 김경선, “구속사유에 대한 고찰”, 令狀實質審査制度 -實務上- 問題點과 課題-, 법원행정처, 1997, 79면도 동일한 입장을 취하고 있다. 이재상, 앞의 책, 285면도 필요적 보석의 제외사유로서 ‘죄증을 인멸할 염려’ 판단에서 동일한 취지로 서술하고 있다.

29) 이재상, 앞의 책, 249면; 이영란, 앞의 책, 329면.

30) 임동규, 앞의 책, 191면; 진계호, 형사소송법(제2판), 2004, 형설출판사, 268면.

31) 실무에서는 범죄의 성격에 따른 증거 인멸·왜곡의 용이성, 사안의 경중, 증거의 수집 정도, 피의자의 성행, 지능과 환경, 물적 증거의 존재 여부와 현재 상태, 공범의 존재 여부와 현재

높아진다고 하겠다.³²⁾

마지막으로 현재 구속사유 중 대부분을 차지하고 있는 逃亡 또는 逃亡할 念慮는 피의자 또는 피고인이 형사소송절차에 참여할 것을 확보하기 위한 구속사유로, 도망이란 형사소송절차를 회피하여 수사와 재판의 진행 및 형의 집행을 피하여 숨는 것을 말하며, 도망할 염려는 피의자 또는 피고인이 형사소송절차를 회피할 고도의 개연성이 있음을 뜻한다.³³⁾

逃亡은 피의자 또는 피고인이 형사절차를 장시간 회피할 意思를 가지고, 형사소송절차를 회피하는 것으로, 해외로 도피하는 경우가 여기에 해당된다. 逃亡할 念慮란 피의자 또는 피고인의 환경적 요소를 평가한 결과 형사소송을 회피하여 도망할 고도의 개연성이 있는 상태로, 가족관계, 직장이나 경제적 지위 등에 비추어 중형의 선고가 예상되는 경우가 해당될 수 있다.³⁴⁾ 도주우려에 대해 실무에서는 범죄사실, 피의자의 개인적 사정, 가족관계, 사회적 환경 등을 고려하여 판단하고 있다.³⁵⁾ 도망의 위험에 대한 판단은 추상적인 기준만으로는 불가능하다. 단순히 주거가 판명되지 않거나, 죄질이 나쁘다거나 중형이 예상되는 것만으로는 부족하다. 도망의 위험은 단순한 추측이 아니라, 구체적인고 특정된 사실로부터 추론되어야 하는 것이다.³⁶⁾ 구체적인 도주준비행위가 밝혀지지 않으면 도망의 위험은 피의자의 심리적 상황, 범죄의 경중, 자수여부, 범죄적 환경 등의 逃走助長要素와 직장, 가족관계 등의 逃走抑制要素를 종합적으로 비교衡量하여 판단하여야 한다.³⁷⁾ 그리고 이들에

상태, 피해자, 참고인 등 사건 관계인과 피의자와의 관계, 수사 협조 등 범행 후의 정황, 범죄 전력 등을 증거인멸 판단시 고려하고 있다(구속 수사 기준에 관한 지침 제6조 제1항 참조).

32) 배종대/이상돈, 앞의 책, 240면; 신양균, 660면; 정용석, 형사소송법(제3판), 대명출판사, 2006, 232면.

33) 이재상, 앞의 책, 248면.

34) 이재상, 앞의 책, 248면.

35) 일반적으로는 생활의 불안정성으로 인한 소재불명의 가능성(가족관계, 연명, 주거, 직업 등)과 처벌 회피목적으로 인한 소재불명의 가능성(사건의 경중, 전과, 집행유예, 보석, 여죄, 범행적 후의 정황, 범행후의 소재불명 등) 및 기타 사유에 의한 소재불명의 가능성(신상관계 미확인, 피의사실 등에 대한 진술태도, 공간사건에서의 피의자의 지위, 자살우려, 피해자와의 합의 등)을 판단의 기준으로 하고 있다(법원행정처, 법원실무재요, 형사 I, 2008, 315면).

36) OLG Hamm StV 1985, 114.

37) 배종대/이상돈, 앞의 책, 243면.

대한 기계적 판단이 아니라 도주조장요소와 억제요소간의 실질적인 비교형량이 철저히 지켜져야 한다.

2. 구속사유 판단의 엄격해석 원칙

구속사유는 실질적 죄형법정주의의 의미를 반영하여, 형사소송법의 명문규정을 바탕으로 최대한 엄격하게 해석되어야 한다. 불구속수사 및 재판의 충실한 이행을 위해 인신구속은 필요최소한에 그쳐야 하는 것이다. 여기서 중요한 점은 과도한 구속의 방지를 위해서는 각각의 구속사유를 도식적으로 판단해서는 안된다는 점이다. 예컨대 의사인 사위가 병원장인 장인의 재산에 대한 욕심으로 뺑소니 교통사고로 위장하여 장인을 살해하였으나, 양심의 가책을 느끼고 자신의 부인에게 사실을 털어놓고 범행에 사용되었던 차량을 타고 경찰에 자수한 경우이다. 이 사례에서 피의자는 주거가 일정하며, 물적 증거인 차량도 확보되어 증거인멸의 염려도 없다고 볼 수 있다. 그렇다면 남아있는 구속사유는 도망의 염려인데 존속살해죄의 피의자로서 7년 이상의 중형의 선고가 예상되는 경우로서 도망의 염려가 인정될지 여부가 검토되어야 한다. 이러한 경우 지금까지 법원의 경향을 보면 구속결정을 내리는 경향이 짙었다. 그러나 이러한 도식적인 판단은 적절치 않다. 죄질이 불량하고 범죄가 중대한 경우 심정적으로 구속의 필요성을 인정하게 되며, 따라서 중형이 예상된다는 이유로 도망의 염려가 인정된다고 하는 것은 逃走助長要素와 逃走抑制要素간의 비교형량 판단을 간과한 것으로 무죄추정의 원칙과 비례성의 원칙에 반한다고 볼 수 있기 때문이다. 또한 국방부 소속의 고위 군인인 자가 부처 회식자리에서 술에 취하여 부하 여군을 등뒤에서 껴안고 가슴부위를 만졌으나, 이후 다음날 정상적으로 출근하여 근무하는 경우 구속사유가 인정되는지 문제된다. 이러한 경우 고위 군인으로서 신분의 불확실성이 낮고, 회식장소의 종업원을 비롯한 다수의 목격자가 존재하였으며, 범죄이후 정상적으로 출근하고 있으므로 증거인멸 및 도주의 우려를 인정하기 쉽지 않다.³⁸⁾

이처럼 구속사유의 판단은 매우 난해한 문제이다. 그럼에도 지금까지 검찰의 구속영장청구와 법원의 영장발부 실무는 형식적이고 관행적으로 이루어져 왔다. 검찰의

38) 본 사례에 대해서 현실적으로는 구속영장이 청구되는 경우가 많다.

경우 피의자의 범죄혐의의 경중과 입증가능성을 사실상 인신구속의 척도로 대체하여, 검찰 내부의 결재기준에 따라 범죄피해의 정도나 사회적 물의 등을 고려하여 범죄의 경중을 판단하고 사법경찰관이나 검사 작성의 자백조서를 바탕으로 공소유지가 가능할 것으로 예측되면 영장을 청구하여, 도주 또는 증거인멸의 구속사유는 사실상 사문화된 것으로 취급하여 왔다. 법원의 영장발부관행도 이러한 검찰의 심증을 그대로 확인하는 절차에 지나지 않았으며, 도주와 증거인멸 판단의 고유권한을 포기한 채 검사가 작성한 영장청구서의 부분을 차용할 따름이었다.³⁹⁾ 법관의 구속사유 판단은 검사가 제시한 기계적 범죄사실을 토대로 구속을 사실상의 형벌로 변질시켜 왔다고 볼 수 있는 것이다.

그러나 구속영장의 청구와 발부는 헌법의 기본정신과 형사소송법의 이념에 따라 이루어져야 한다. 검찰은 타성과 관행에서 벗어나 실질적으로 영장청구 가능성을 판단하고, 법관도 헌법과 법률에 따라 객관적으로 구속사유를 심사하여야 한다. 여기서 법관의 주관적인 판단으로는 구속의 필요성이 인정되더라도 각각의 구속사유에 해당되는지 엄격히 판단하고, 어느 사유에도 해당되지 않는다면 불구속 상태에서 형사절차를 진행하는 것이 바람직하다. 명문의 구속사유에 해당하지 않음에도 불구하고 기타의 사유로서 피의자를 구속하는 것은 형사소송법의 기본이념에 반하는 것이며, 법관에 의한 법제정이라고 할 수 있다. 구속사유 판단은 명문의 형사소송법 규정에 철저히 바탕을 두어야 한다.

V. 구속사유 판단시 의무적 고려사항⁴⁰⁾의 해석

1. 제70조 제2항의 개별 요소의 해석

39) 신동운, “인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안”, 서울대 법학 제39권 제1호(106호), 서울대학교 법학연구소, 21-22면 참조. 신동운 교수는 여기에서 구속영장 청구와 발부의 잘못된 관행과 헌법정신을 벗어난 실무처리에 관하여 상세히 기술하고 있다.

40) 임동규, 앞의 책, 191면 및 이영란, 앞의 책, 330면은 (일반적) 고려사항이라고 명명하면서 범죄의 중대성과 제법의 위법성은 도망할 염려를 판단하는 적극적 요소가 되며, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려는 증거인멸의 우려를 판단하는 구제적 기준이 된다고 한다.

가. 범죄의 중대성

범죄의 중대성은 '중대성'의 사전적 의미에 비추어 볼 때, 범죄의 종류, 범행의 동기, 범죄의 죄질, 범행의 수법, 범인의 연령·성행, 범인의 수, 피해자의 수, 피해의 정도 및 규모, 범행 후의 정황 등을 종합적으로 고려하였을 때, 범죄가 매우 중요하여 국민의 법감정 및 여론이 쉽게 묵과할 수 없는 범죄를 의미한다고 볼 수 있다. 경찰 및 검찰의 수사기관이 객관적 의심을 통해 수사를 진행하지 않을 수 없는 범죄를 뜻하는 것이다.

여기서 범죄의 중대성은 필요적 보석의 제외사유인 '사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범했다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때'로 이해하는 견해가 있다.⁴¹⁾ 생각건대 제70조 제2항의 범죄의 중대성은 국민의 법감정, 양형현실 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, '사형, 무기 또는 장기 5년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범했다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때'로 해석할 수 있을 것이다. 이는 필요적 보석의 제외사유보다 강화된 것으로, 살인죄 정도의 중범죄에 대하여는 불법의 정도 및 국민의 법감정상 구속의 필요성을 인정할 수 있을 것이다. 독일의 경우 테러단체조직죄(형법 제129조의 a), 살인죄(형법 제211조, 제212조, 제220조의 a) 또는 폭발물과열죄(형법 제311조)와 같은 중대범죄의 경우 구속을 인정하여 개별적 규정방식을 취하고 있다. 이러한 개별적 규정방식이 명확성의 원칙에는 보다 충실한 것으로 볼 수 있으나, 사전 예측가능성이 담보된다면 종합적 고려가 가능한 형사소송법의 현재의 규정방식이 적절한 것으로 보인다.

중한 범죄의 혐의만으로 구속을 인정하는 것은 구속의 목적이나 비례성의 원칙에 위배된다는 비판을 제기할 수도 있다.⁴²⁾ 그러나 범죄의 중대성을 구속사유 판단시의 부수적 고려사항으로 하는 현재의 형사소송법에 대해서는 적절한 비판이 아니며, 향후 형사소송법 개정을 통해 범죄의 중대성이 구속사유로 도입된다고 하더라도 불문의 비례성의 원칙에 의해 무조건적 구속에 대하여는 제한이 가해지므로 타당한 비판이라고 보기 어렵다.

41) 이정란, 앞의 책, 329면.

42) Kleinknecht/Meyer, Vor §112, Rn. 37; KK-Boujong, Vor §112, Rn. 40.

범죄의 중대성은 범죄 그 자체를 대상으로 판단하는 것이 타당하나, 오늘날 범죄의 중대성은 국민 여론과 언론의 보도 등 범죄 외적 요소의 개입에 의해 판단이 좌우되는 측면이 크다. 그러나 범죄의 중대성 판단은 건전한 법의식을 지닌 법관이 국민 여론 등에 좌우됨이 없이 객관적인 기준으로 하여야 한다. 범죄의 중대성은 범죄의 경중을 나타내는 것으로, 그 판단은 사회 평균인이 사후적으로 판단하여 범죄의 종류, 피해의 정도 및 규모 등을 종합적으로 고려하였을 때 중대범죄라는 것이 인정되어야 한다. 여기서 사회 平均人은 편견없는 법관이라고 볼 수 있으며, 事後的의라는 시점은 범행이 이루어진 이후 법관이 구속영장발부를 판단하는 시기를 뜻한다고 하겠다.

나. 재범의 위험성

재범의 위험성은 형사법체제에서 널리 이용되는 개념으로 형의 집행이나 보안처분과 관련하여 주로 논의가 되고 있다. 최근 憲法裁判所는 치료감호의 종료시점과 관련한 판결에서 '재범의 위험성'은 "비록 추상적이긴 하지만 건전한 일반상식을 가진 수범자에 의하여, 그리고 법관의 해석에 의하여, 형법과 형사소송법 그리고 사회보호법의 전반적 체계와 내용에 비추어 그 의미의 범위가 일의적으로 충분히 귀결될 수 있는 정도의 것"이라고 판시한 바 있다.⁴³⁾

형법이 재범의 위험성을 상정하고 있는 대표적 규정으로 선고유예와 집행유예를 들 수 있다. 먼저 선고유예에 있어 '개전의 정상이 현저한 때'에 대해 判例는, "반성의 정도를 포함하여 널리 형법 제51조가 규정하는 양형의 조건을 종합적으로 참작하여 볼 때 형을 선고하지 않더라도 피고인이 다시 범행을 저지르지 않으리라는 사정이 현저하게 기대되는 경우를 가리킨다고 해석할 것이고, 이와 달리 여기서의 '개전의 정상이 현저한 때'가 반드시 피고인이 죄를 깊이 뉘우치는 경우만을 뜻하는 것으로 제한하여 해석하거나, 피고인이 범죄사실을 자백하지 않고 부인할 경우에는 언제나 선고유예를 할 수 없다고 해석할 것은 아니며, 또한 형법 제51조의 사항과 개전의 정상이 현저한지 여부에 관한 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속한

43) 헌재결 2005.2.3., 2003헌마1.

다”고 판시하고 있으며,⁴⁴⁾ 學說도 대체로 문언 그대로 ‘피고인이 죄를 뉘우치는 경우’로 좁게 해석하지 않고 널리 제범의 위험성이 인정되지 않는 경우라고 보고 있다.⁴⁵⁾ 다음으로 집행유예에 있어 ‘정상에 참작할 만한 사유’로, 이는 제51조는 양형 조건, 즉 범인의 연령·성행·지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단과 결과, 범행후의 정황을 종합적으로 고려하여 형의 선고 그 자체만으로도 위하적 기능을 다하여 이를 집행하지 않아도 장래에 제범의 위험성이 없다고 사료되는 경우를 뜻한다.⁴⁶⁾

여기서 구속사유를 판단하기 위한 再犯의 危險性이, 형법이 여러 규정을 통해 상정하고 있는 ‘제범의 위험성’과 다른 의미를 지니는지 문제된다. 먼저 제범의 위험성을 피고인의 전과에 의하여 당해 범죄가 누범 또는 상습범에 해당하거나 범죄의 특성상 반복 범죄의 개연성이 높은 것이라고 이해하는 견해도 있다.⁴⁷⁾ 獨逸의 경우 제범의 위험성은 피의자가 강간죄 등의 성범죄를 범하였다고 인정할 만한 현저한 혐의가 있거나, 상해의 죄, 중절도죄, 강도와 공갈의 죄 등 범질서를 심히 침해하는 범죄를 반복 또는 계속하여 범함으로써 확정판결 이전에 동종의 중대한 범죄를 저지를 위험이 있거나 그 범죄를 계속할 위험이 일정사실에 근거하고 있으며, 이로 인하여 1년 이상의 자유형이 기대될 때 인정된다. 생각건대 구속은 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 비교적 장기간에 걸쳐 제한하는 강제처분으로, 피의자 또는 피고인의 형사소송에의 출석을 보장하고, 증거 인멸에 의한 수사와 심리의 방해를 막고, 확정된 형벌의 집행을 확보하기 위해 집행된다. 이러한 구속의 도입취지와 목적을 고려할 경우 구속사유의 판단에서 요구되는 제범의 위험성을 형법이 상정하고 있는 다른 제범의 위험성 규정과 비교할 때 나름의 독자성 인정을 넘어 달리 해석할 필요는 없어 보인다. 제범의 위험성은 형사절차의 확보가 아니라 일반인의 보호를 위한 예방적 구금의 성격을 지닌다고 볼 수도 있을 것이며, 단기자유형을 인정하는 결과가

44) 대판 2003.3.20. 2001도6138.

45) 박상기, 형법총론(6판), 박영사, 2006, 538면 등. 상세한 소개로는 박미숙, “선고유예의 요건 판단과 상고이유”, 형사판례연구 제12집, 박영사, 2004, 473면 이하 참조.

46) 김일수/서보학, 형법총론(제10판), 2004, 782면; 이계상, 형법총론(제5판 보정), 2007, 593면; 정성근/박장민, 형법총론(제3판), 2007, 691면.

47) 이영란, 앞의 책, 330면.

될 여지도 있다. 그러나 제범의 위험성은 범죄자의 판결확정전 또다른 범행을 차단함으로써 제범으로 인한 형사절차의 회피와 형벌집행의 면탈을 억제함으로써 형사절차의 확보에 기여한다고 볼 수 있다. 따라서 개정된 형사소송법 제70조 제2항의 제범의 위험성은 ‘피의자 또는 피고인이 당해 사건으로 구속되지 않으면 장래에 다시 범죄를 저지를 것이 현저하게 기대되는 경우’라고 볼 수 있을 것이다.

제범의 위험성 판단의 주체와 기준은 법원이 형법과 형사소송법의 이념을 토대로 피의자 또는 피고인의 범죄를 판단하여야 한다. 판단시기는 범행이 이루어진 사후이나 제범이 이루어지기 전이라는 점에서는 사건을 의미하게 되므로, 事後豫測이라고 할 것이다. 편견없는 법원이 범행이 이루어지고 나서 영장의 발부여부를 심사하는 사후적 시점, 영장발부시에 범죄인의 범행을 대상으로 미래의 제범가능성을 사전에 예측하여야 하는 것이다.

다. 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려

피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려는 피해자와 범죄수사에 중요한 단서를 제공하여 기소의 제거나 유지 또는 재판과정에 결정적인 영향을 미치는 참고인의 생명을 위협하는 위협이나 해를 입힐 충분한 가능성을 뜻한다고 볼 수 있다. 여기서 중요한 것은 중요 참고인의 범위이다. 참고인이란 수사과정에서 피의자 아닌 제3자를 의미하는데, 여기서 어느 범위의 제3자까지 중요 참고인에 포섭될지 그 한계설정이 이루어져야 하는 것이다.

형사소송법은 본 조문과 유사하게 필요적 보석의 제외사유를 규정하면서 ‘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’를 규정하여 피해자와 증인보호라는 형사정책적 목적을 실현하도록 하고 있다. 한편 특정범죄신고자등보호법도 특정강력범죄와 마약류불법거래범죄 등의 특정범죄에 관하여 범죄신고자 등을 실질적으로 보호하기 위한 규정을 두고 있다. 동법에서 규정하고 있는 ‘범죄신고자등’이란 특정범죄에 관한 신고·진정·고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술 또는 증언 기타 자료제출행위 및 범인검거를 위한 제보 또는 검거활동을 한 자로 정의하고 있다.⁴⁸⁾

이러한 규정들과 구속의 목적을 고려하여 판단컨대, 개정 형사소송법 제70조 제2항이 새롭게 도입한 위해가 우려되는 중요 참고인은 피해자의 친족(4촌이내의 친족과 동거가족)과 고소·고발 등의 수사단서의 제공자, 증인으로 채택될 가능성이 있는 목격자, 범죄사실을 피해자로부터 직접 傳聞한 자, 범죄와 관련된 증거제출자 등이 될 수 있을 것이다. 이러한 자들에 대한 생명을 위협하는 행위, 예컨대 상해 내지 살인의 충분한 가능성이 있는 경우 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려가 인정될 것이다. 피해자 및 중요참고인에게 직접적으로 전화, 편지 등을 활용하여 살해의 협박행위를 하는 경우 또는 간접적으로 그 주변인들에게 살해 내지 상해의 의사를 널리 전파하는 경우 등이 위해 우려가 인정된다고 하겠다. 그러나 단순한 분노의 표출이나 자신의 억울함의 호소는 위해의 우려라고 보기 어렵다.

이러한 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려의 판단도 영장발부여부를 결정할 편견없는 법관의 시각에서 형사소추 및 공판절차의 진행과정에서 피고인이 중요 참고인들에게 위해를 가할 가능성을 사전예측하여야 한다. 이때 범죄인과 피해자를 포함한 중요 참고인과의 관계, 범행후의 정황 및 범죄자의 태도, 중요 참고인 등의 범죄에 대한 대응 등을 종합적으로 판단하여 위해 가능성을 인정하여야 한다.

라. 의무적 고려사항간의 관계

새로이 도입된 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 피해자·중요 참고인 등에 대한 위해 우려는 개별요소의 해석과 적용도 중요하지만, 이들 3가지 요소간의 관계에 대한 문제도 중요하다. 이 3가지 요소는 ‘구속의 필요성’을 결정하는 독립되어 있으면서도 유기적 관계를 유지하고 있는 因子라고 할 것이다. 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려의 3가지 의무적 고려사항의 상호 관계는 각각의 요소가 구속사유에 결부되어 구속의 필요성을 결정하는 종합적·독립적 인자로서, 3가지 요소가 개별적으로는 약하나 종합적으로 판단할 경우 구속의 필요성이 인정되면 구속될 수 있으며, 3가지 요소 중 어느 하나의 요소가 매우 강하게 인정될 경우에도 구속될 수 있는 관계라고 할 것이다.

48) 특정범죄신고자등보호법(일부개정 2007.12.21 법률 제8719호) 제2조 제2호 및 3호.

범죄의 중대성, 제법의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려의 3가지 요소는 구속여부를 판단하게 하는 相互補完의이면서 制限的·對等的의 관계에 있는 것이다. 예컨대 농아인 20세의 청년이 배고픔을 이기지 못하고 야간에 식당의 창문을 열고 몰래 침입하여 계산대에 있던 1,000원을 훔쳐 달아나다 잡혀진 경우, 범죄의 중대성과 피해자 및 중요 참고인에 대한 우려를 인정하기는 어렵다. 그러나 위 사람이 같은 지역에서 이미 3차례나 동일한 범행을 저질렀다는 물증이 있는 경우 제법의 위험성을 인정할 수 있는 것이다. 제법의 위험성으로 인해 구속시켜야 할 이유가 구속시키지 않아야 할 사유보다 그 정도가 크다면 구속의 필요성이 인정된다. 또한 야간에 여성 혼자 거주하는 주택들에 수차례 침입하여 여성을 강간하고 금품을 빼앗았으며, 피해자의 나체사진을 찍고 신분증을 가지고 가면서 자신이 검거되면 가만두지 않겠다는 협박을 한 피의자의 경우, 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 피해자에 대한 위해우려를 모두 인정할 수 있으며, 구속이 인정될 수 있는 것이다.

2. 제70조 제2항과 기존 구속사유와의 관계

개정 형사소송법이 제70조 제2항에 “법원은 제1항의 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 피해자·중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하여야 한다”는 조문을 도입한 것은 거를 피의자가 자신의 사회적·경제적 지위를 이용하여 정당한 법의 심판을 받지 않는 것을 막기 위함이었다. 즉 불구속 수사 및 재판 원칙의 관철로 인한 사법불평등이라는 부작용을 막아보자는 의도가 존재한 것이다.

현재 프랑스 형사소송법이 증거인멸의 가능성, 범죄피해자의 보호, 범죄의 중대성, 범죄피해규모, 사회질서 유지 등을 구속사유 실시사 판단요소로 규정하고 있다. 개정 형사소송법도 이러한 프랑스의 입법례를 참고한 것으로 판단된다. 지금까지 구속 영장의 발부는 주로 사건의 중대성을 중심으로 한 형사정책적 요소에 대한 판단이 이루어져왔다. 구속영장 판단의 실무에서 제70조 제1항의 구속사유는 형식적 요건에 불과하며, 오히려 범죄의 중대성, 범죄피해규모, 국민 여론 등의 불문의 형사정책적 요소가 주요한 판단기준으로 작용해 온 것이다. 그러나 이러한 판단은 법률적 근거가

없이 재판부의 책임에 맡겨져 왔다. 여기에서 형사정책적 요소에 대한 판단의 법적 근거를 마련한 점에서 제70조 제2항의 도입은 바람직한 것으로 볼 수 있다. 그러나 중요한 점은 위 조항의 판단 및 운용에 있다. 어느 정도가 중대한 범죄인지, 제법의 위험성은 어떠한 경우에 인정할 것인지, 참고인의 범위와 위해 우려는 어느 정도까지 인정할 것인지에 대한 재판부의 명확한 기준 설정이 필요한 것이다.

또다른 문제는 기존의 제70조 제1항과의 조화적 해석이다. 주거부정, 증거인멸의 우려, 도주우려 등의 '구속사유'와 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려라는 '의무적 고려사항'의 판단의 상호관계가 규명되어야 하는 것이다. 특히 제70조 제2항의 도입으로 구속영장 발부의 문제점이 해소되었는지 검토되어야 한다. 實務상으로는 이미 범죄의 중대성 등이 고려되어 구속사유가 판단되어 왔으므로 개정법의 시행으로 구속사유는 확대되지 않고, 그로인한 근본적인 차이는 거의 없으며, 제법의 위험성이나 피해자·중요 참고인 등에 대한 위해 우려는 구속사유를 판단하는 구체적이고 전형적인 사례라고 해석되고 있다.⁴⁹⁾

생각건대 프랑스 형사소송법은 명문으로 구속영장 발부 요건에 범죄피해자의 보호, 범죄의 중대성, 범죄피해규모, 공공질서유지상 필요를 규정하고 있다. 이는 개정 형사소송법처럼 형사정책적 고려사항을 규정하고 있으나, '구속사유'로서 규정한 것이 아닌 '구속사유 판단시 의무적 고려사항'으로 규정되어 있는 것이 아니다. 이점에서 개정 형사소송법 제70조 제2항의 도입은 형사정책적 요소의 고려를 통한 사법평등의 달성이라는 목표는 달성하였으나, 방법론에 있어서는 적절하다고 보기 어렵다. 따라서 개정 형사소송법 제70조 제2항의 해석은 영장전담법관이 구속사유 심사시 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 피해자 및 중요참고인 등에 대한 위해 우려를 의무적으로 고려하여 구속사유에 대한 판단을 하여야 한다는 것에 지나지 않는다. 의무적 고려사항은 구속사유의 판단에 영향을 주는 요소로 인신의 자유제한에 대한 추가적 통제장치로서 구속사유가 존재하는 상황에서 구속사유가 존재한다고 하여 바로 구속이 결정되는 것이 아니라, 구속사유의 존재에 더하여 의무적 고려사항인 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 중요 참고인 등에 대한 위해 우려를 종합적으로 판단하여 구속의 필요성이 인정되는 경우 구속이 결정되는 관계에 있는 것이지, 일부 견해⁵⁰⁾가 주장

49) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007.6. 3면.

하는 것처럼 개정 제70조 제2항이 지금까지 구속사유 판단시 사안의 중대성이나 제법의 위험성 등을 고려해 오던 실무 관행을 법률에 반영함으로써 선진국에서 인정하는 예방적 구금의 개념을 도입한 것이라고 보기 어렵다.⁵¹⁾ 의무적 고려사항의 도입으로 형사소추 및 재판진행과정에서 형이 확정되기 전까지 구속을 통해서 제법의 위험성이 있는 범죄인으로부터 일반인의 생명, 신체 등을 보호하고, 범죄로부터 사회안전을 확보하는 예방적 기능을 인정한 것으로 보기에는 무리가 있는 것이다. 중대 범죄를 저지른 자에게 중형이 예상된다고 하여 구속사유 심사시 구속사유로서 도주의 우려를 인정하는 적극적인 요소로 간주하는 것은 치명적 豫斷이다. 그런데 여기서 본질적으로 의무적 고려사항인 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 중요 참고인 등에 대한 위해 우려는 '예방적 구금'의 성격을 지니고 있다는 점을 간과할 수 없다.

여기서 개정 형사소송법에 대한 우려가 생긴다. '구속사유'와 '구속사유 판단시 고려사항'의 구분에 대한 고려가 없었던 것이다.⁵²⁾ 제70조 제2항의 도입만으로는 실질적인 인신자유의 보장과 무죄추정원칙의 구현을 이뤄내면서, 범죄용의 평등을 달성할 수는 없다. 개정 법률은 사안의 중대성 등의 도입시 현법상 무죄추정의 원칙과의 충돌 및 불구속 재판·수사원칙과의 역행 우려⁵³⁾에만 귀기울인 罅를 범하였다.

이러한 상황에서 법원은 의무적 고려사항인 범죄의 중대성, 제법의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려의 合目的的 解釋을 통해 구속사유인 증거인멸과 도주우려에 대한 개연성을 인정하여, 피의자의 정당한 법의 심판에 대한 회피를 방지할 수밖에 없다.⁵⁴⁾ 이러한 판단과정에서 구속사유의 문의적 한계를 넘어 의무적

50) 이영란, 앞의 책, 329면은 일반적으로 구속은 ①피의자, 피고인의 출석확보, ②증거인멸의 방지, ③형확정시 집행을 확보하기 위한 것으로 설명되지만, 이외에도 ④형확정전까지 제법의 위험성이 있는 범죄인으로부터 타인의 생명, 신체, 재산의 보호 및 사회안전의 확보라는 예방적 기능도 함께 가진다고 하면서 '고려해야 할 사항'이 실무상 고려되어오던 관행을 형사소송법에 반영하고 선진국에서 인정하는 '예방적 구금'과 유사한 개념을 도입한 것이라고 한다.

51) 이재상, 앞의 책, 248면도 이러한 입장에서 서 있다고 하였다.

52) 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008, 249면도 구속심사의 고려사항은 독립된 구속사유에 해당하지는 않는다고 보고 있다.

53) 법원행정처, 앞의 책, 2-3면.

54) 최근 서울중앙지방법원은 2008.5.15 대수그림 의족을 받고 있는 대우정보시스템 대주주 조풍언씨 등 2명을 특정경제범죄가중처벌법상 배임 혐의로 구속하면서, "형의 소명이 충분했고 사안의 중대성 감안할 때 증거 인멸 및 도주 우려가 있다"며 구속사유 및 의무적

고려사항의 편입을 통한 구속사유의 확장은 허용되지 않는 유추해석이라는 점을 유의하여야 한다. 개정 형사소송법 규정의 취지는 거물피의자의 처벌 회피방지이나, 제70조 제2항은 도입은 기존 실무에 아무런 변화를 미치지 않는다고 해석하는 것은⁵⁵⁾ 형사소송법 개정의 취지를 몰각시키는 것이다. 실질적인 인신자유의 보장과 무죄추정원칙의 구현을 위해 법적용의 평등이라는 전제가 회생될 수는 없다. 그리고 무죄추정의 원칙이 피의자에 대한 무죄의 추정에 대하여 현저하고 구체적인 의심이 존재하는 경우까지 구속을 허용하지 않는다는 의미는 아니다.⁵⁶⁾ 여기서 범죄의 중대성, 재범의 위험성 등이 구속사유로 도입된다고 하여 무죄추정의 원칙이 훼손되는 것은 아니라고 하겠다. 우리 형사소송법은 범죄의 상당한 혐의 및 비례의 원칙에 의해 강제수사인 인신구속에 대한 추가적인 통제가 이뤄지기 때문이다. 비교법적으로도 범죄의 중대성, 재범의 위험성 등이 구속사유에 규정된다고 하여 무죄추정원칙에 반하는 것으로 보지 않으며, 각국의 형사정책적 현실과 형사사법 전통에 의해 결정된 문제라고 할 것이다.

이러한 의미에서 구속제도는 원활한 형사소추와 재판의 진행이라는 목표와 국민의 자유보호라는 목표 사이에 균형을 유지하여야 한다. 따라서 구속사유 판단 문제의 근본적 해결을 통해 법적용의 평등이라는 대전제를 실현하기 위해서는, 제70조 제2항의 삭제와 동시에 제70조 제1항의 구속사유에 대한 개정작업 뒤따라야 할 것이다. 불구속 수사 및 재판의 원칙이 대전제이나, 구속사유 심사시 의무적 고려사항은 거물 피의자(피고인)에 대한 처벌의지의 표명이다. 더욱이 우리나라의 현재 형사정책적 상황은 최근 일련의 강력범죄에서 알 수 있듯이 무죄추정원칙의 무의미한 고수보다는 범죄자의 구속을 통한 형사절차의 확보와 그를 통한 추가범죄의 방지를 위해 구속의 필요성이 인정될 경우에는 구속이 이루어져야함을 요하고 있다. 이제는 이른바 ‘예방적 구금’으로서의 구속에 대한 필요성이 대두되고 있는 것이다.

고려사항에 대해 판단하였다. 개정 형사소송법의 의무적 고려사항의 독자적 판단이 없는 과거의 관행적 판단으로 보인다. 앞으로 더 지켜볼 필요가 있는 대목이다.

55) 법원행정처, 앞의 책, 3면.

56) BVerfGE 19, 342, 348.

VI. 결 론

2007년 개정 형사소송법은 형사소추 및 공판절차에서 피의자 또는 피고인의 인권 보호뿐만 아니라 피해자의 피해회복을 위해서도 많은 관심과 노력의 산물을 도출해냈다고 할 수 있다. 구속제도의 개선 역시 이러한 형사소송법의 이념의 구현이라는 큰 틀에서 나름의 변화가 있었는데, 제70조 제2항의 도입도 바로 그 예이다. 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해 우려라는 의무적 고려사항은 구속여부 결정시 기준으로 불문으로 인정되던 형사정책적 고려사항을 명문으로 인정하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있다. 문제는 이제 이러한 의무적 고려사항의 해석에 달려있다. 범죄의 중대성과 같은 개별 요소를 어떻게 인정할 것인지에 대한 명확한 기준과 이러한 개별 요소들간의 상호관계에 대한 명료한 판단, 기존의 구속사유들과 어떻게 조화롭게 해석해 나갈 것인가의 문제가 해결되어야 하는 것이다. 여기서 중요한 점은 제70조 제2항은 형사소추 및 진행과정에서 형이 확정되기 전까지 구속을 통해서 재범의 위험성이 있는 범죄인으로부터 일반인의 생명, 신체 등을 보호하고, 범죄로부터 사회안전성을 확보하는 예방적 기능을 인정한 것이 아니라는 것이다.

原論의으로 보면 구속 근거 조문의 변경은 실질적 범죄주의라는 대이념의 반영이며, 불구속수사·재판의 원칙에 충실하려는 점에서 타당한 경향으로 볼 수도 있을 것이다. 지금까지 실무의 ‘과잉구속’의 관행을 근절하고 구속의 차별기능으로서의 畸形的 變形을 바로잡을 수 있는 것이다. 그러나 이번 형사소송법의 개정은 구속사유에 대한 개정이 아니라는 것이다. 구속사유의 확대가 아니라, 구속사유 판단시 고려사항의 선언적 규정에 다른 아닌 것이다. 그럼에도 불구하고 여전히 새로 도입된 조문의 해석과 적용은 법원에 맡겨졌다고 할 수 있다. 법원은 더욱 어려운 과제를 떠안게 된 것이다. 단순히 과거의 구속영장 발부 재판의 관행에서 벗어나, 불구속재판의 원칙을 구현하면서도 명문의 구속사유를 훼손하지 않고 의무적 고려사항을 반영하여 국민의 범감정과 범죄의 불법을 제대로 형량한 구속여부 판단을 위해 명쾌한 척도를 개발하려는 노력을 다하여야 하는 것이다. 여기서 구속여부에 영향을 미치는 요소의 정도가 중요하다고 하여, 명문의 구속사유의 문리적 한계를 넘을 수는 없다. 개정 형사소송법의 적용 이후에도 法院이 영장발부에서 명쾌하고 정확한 해석기준

없이 과거와 동일한 판시를 하고 있음은 시급히 개선되어야 할 과제이다.

이러한 문제가 해결된다면 이제는 과거의 과잉구속 및 구속의 기형적 변형이라는 잘못된 관행을 벗어나, 점점 흉포화되어 가는 범죄에 대한 대책으로서의 구속의 기능에 대한 재검토가 이루어질 수 있을 것이다.⁵⁷⁾ 구속이 피의자 또는 피고인의 출석확보, 증거 인멸에 의한 수사 및 심리의 방해 방지, 확정된 형벌의 집행 확보라는 ‘純眞한 기능’에 머물러 있을 것인지에 대한 진지한 고민이 필요한 것이다. 이러한 맥락에서 제70조 제2항 해석문제의 근본적 해결을 위해서는 입법적으로 형사소송법 제70조 제1항의 구속사유에 대한 개정작업이 이루어져야 한다. ‘구속사유’와 ‘구속사유 판단시 고려사항’ 사이에는 분명한 차이가 존재하기 때문이다.

57) 최근 서울중앙지검은 지하철 성추행범에 대하여 엄격한 ‘처벌’을 표명하면서, 3회 이상 적발될 경우 이른바 삼진아웃제도를 적용하여 구속수사를 원칙으로 한다고 밝혔는데, 이러한 수사기관의 인식은 구속의 예방적 구금 기능을 인정하는 것으로 구속의 기능과 본질에 대한 재검토를 진지하게 만들고 있다. 이러한 인식은 유영철 사건과 같은 강력사건에서도 드러난다.

참고문헌

□ 단행본

- 김일수/서보학, 형법총론(제10판), 2004
 배종대/이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006
 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008
 이영란, 한국형사소송법(개정판), 나남, 2008
 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사, 2008
 ———, 형법총론(제5판 보정), 2007
 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008
 정성근/박광민, 형법총론(제3판), 2007
 정용석, 형사소송법(제3판), 대명출판사, 2006
 玉名友彦(법원도서관 역), 朝鮮刑事令釋義, 2005
 법원행정처, 법원실무제요 형사 I, 2008
 ———, 형사소송법 개정법률 해설, 2007.6
 제267회 국회 법제사법위원회(2007.4.26) 회의록 제4호

□ 논문

- 김경선, “구속사유에 대한 고찰”, 令狀實質審査制度－實務上 問題點과 課題－, 법원행정처, 1997
 박미숙, “선고유예의 요건판단과 상고이유”, 형사판례연구 제12집, 박영사, 2004
 신동운, “일제하의 형사절차에 관한 연구”, 한국법사학논총, 박영사, 1991
 ———, “인신구속제도를 둘러싼 범죄용의 왜곡과 그 해결방안”, 서울대 법학 제39권 제1호 (106호), 서울대학교 법학연구소

□ 외국문헌

- Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen - Boujong, 4th edition. C.H. Beck, 1999

Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
– Paeffgen, Lutherhand, 2004
Kleinknecht/Meyer, Lutz. Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen. 46th
edition. C.H. Beck, 2003
Roxin, Strafverfahrensrecht, 20 Aufl., Verlag C.H. Beck, 1987

The Problem of Judgement of Reasons for Detention in the Issue of Warrant of Detention

Lee, Seung-Jun*

The rectification of criminal procedure code can speak that had deduced a lot of interests and product of hard works for damage rehabilitation of victim as well as personal rights patronage of suspected person or indictee at detective prosecution and procedure in a public trial.

Improvement of detention system was also own diversification in big frame called embodiment of idea of this criminal procedure code, and introduction of article §70 ② paragraph is a ready front the instance. It is the value of this rectification that the new criminal code accepted the criminal consideration element. The obligatory considerations are criminal importance, danger of second offence, worry of danger and injury to the victim and key witness which are recognized unwritten. The problem is the interpretation of obligatory consideration matter. Definite estimation about cross relationship between definite standard and such individual factors should be attained and it has to be analyzed individual factor such as criminal importance etc, and the harmonious relationship between existent reasons for detention and obligatory considerations that analyze should be solved.

Alternation of the reasons for detention clause is the reflection of the great idea which is virtual constitutionalism and reasonable inclination. But reflection of this criminal procedure code kyugis not the

* Professor, Department of Law, Daejeon University.

rectification about reasons for detention. However, interpretation and application of newly introduced clause devolved in the court now. Depart in past traditional practice simply, we must try to reflect obligatory consideration matter without damaging written grounds for detention, embodying institute of nonrestraint judgement and law emotion of citizen and crimianl illegality.

And rectification work about ground for detention of §70 ① should be achieved by legislation. Because there is plain difference between restrion ground and obligatory cosideration matter.

❖ Keywords : reasons for detention, preventative detention, obligatory consideration matter, function of detention