

미결구금일수 일부산입 위헌결정에 대한 평석

조성용*

국 | 문 | 요 | 약

최근 구속된 피고인이 법원에서 형을 선고받기 전에 구치소에 갇혀 있던 기간(미결구금일수)을 판사가 형기에 전부 산입해야 한다는 헌법재판소의 결정이 나왔다. 이번 헌법재판소 결정의 다수의견과 소수의견 사이에는 미결구금일수 본형산입과 관련하여 미결구금을 바라보는 관점이 현저하게 다르다. 다수의견은 경험적-사회학적 기능의 관점에서 미결구금의 형의 집행으로서의 성격(형벌적 성격)을 전면적으로 인정하는데 반하여, 소수의견은 법학적 관점에서 미결구금의 형벌적 성격을 부정 내지는 부분적으로만 인정한다. 그리하여 다수의견은 구속 피고인이 경험한 미결구금일수는 형기에 전부 산입해야 한다는 결론에 도달한다. 만일 미결구금일수 중 일부만 산입한다면, 이는 무죄추정의 원칙 및 구속 피고인의 방어권 보장에 정면으로 위배된다.

그러나 미결구금이 본질상 형의 집행이 아니라면 미결구금일수를 본형에 산입하는 경우에도 미결구금을 마치(先取된) 형의 집행인 것처럼 취급해야 할 논리적 필연성은 없다고 본다. 미결구금일수 본형산입의 근거에 있어서 결정적인 것은 '선취된 형의 집행'이라는 사고가 아니라, 오히려 형사사법의 관점에서 구속 피고인에게 부과한 신체적 해악에 대한 사후적인 상쇄라고 보아야 한다. 이러한 사고에 의하면 미결구금일수 일부산입규정은 헌법상 무죄추정의 원칙과 적법절차의 원칙에 반하지 않는다. 왜냐하면 미결구금일수 일부산입의 문제는 미결구금일수를 어느 정도 본형에 산입하는 것이 공평의 관점에서 상당할 것인지의 문제일 뿐, 무죄추정의 원칙에 기한 불구속재판의 원칙의 구현이나 구속 피고인에 대한 방어권보장 등의 문제와는 차원을 달리하는 것이기 때문이다.

이번 헌법재판소 결정의 다수의견은 미결구금일수 일부산입규정의 입법취지는 다수의견이 생각했던 것과는 다른 관점에 의해서 정당화될 수 있다는 점을 간과하였다. '선취된 형의 집행'이라는 기본전제를 전면적으로 인정하고 예외 없는 절대적인 전부산입을 규정할 것인지 아니면 예외적인 경우에 한하여 전부산입을 제한할 것인지는 기본적으로 입법자가 결정할 사항이다. 입법자가 후자의 입장을 취하였다고 해서 법리상 위헌이라고 단정할 수 있는 사안은 아니라고 본다. 다른 한편 법정정책 측면에서는 이번 헌법재판소 결정의 결론 그 자체는 결과적으로 바람직한 것으로 평가된다. 요컨대, 이번 헌법재판소 결정은 그 결론 자체는 법정정책적으로 바람직하나, 그러한 결론을 뒷받침하는 논거는 법리상 문제가 있는 것으로 판단된다.

* 단국대학교 법과대학 부교수, 법학박사

대상결정: 헌법재판소결정 2007헌바25

[사안의 개요]

청구인은 2006년 특수강도강간 혐의로 구속기소된 후 1심에서 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항 및 형법 제334조 제2항, 제333조, 제298조가 적용되어 징역 5년을 선고받고, 항소와 상고를 했지만 모두 기각되었다. 이 과정에서 항소심법원은 형법 제57조 제1항을 적용하여 항소심의 미결구금일수 58일 중 28일만을 본형에 산입하였고, 대법원은 상고심의 미결구금일수 105일 중 100일만을 본형에 산입하였다.

[사안의 쟁점]

판결선고전 구금일수의 일부를 법관의 재량에 의해 형기에 산입할 수 있도록 규정한 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부

[판결의 요지]

[다수의견]

헌법상 무죄추정의 원칙에 따라, 유죄판결이 확정되기 전에 피의자 또는 피고인을 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니 된다. 특히 미결구금은 신체의 자유를 침해받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로, 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다.

그러나 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분은 미결구금의 이러한 본질을 충실히 고려하지 못하고 법관으로 하여금 미결구금일수 중 일부를 형기에 산입하지 않을 수 있게 허용하였는 바, 이는 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 지나치게 제한함으로써 헌법에 위반된다고 할 것이다.

[소수의견]

미결구금일수 중 전부 또는 일부를 본형에 산입할 수 있도록 규정한 형법 제57조 제1항은 형사사법상의 공평과 인권을 보호하기 위한 것으로서 그 목적과 수단 사이에 합리성과 정당성이 인정되므로 헌법상적법절차원칙이나 무죄추정원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(중략) 미결구금일수의 본형산입의 문제는 형의 내용을 정하는 것이 아니고 단지 형사소송상 불가피한 강제처분인 미결구금의 기간을 어느 정도 본형에 산입하는 것이 공평의 관점에 비추어 상당할 것인지의 문제로서 그 산입의 정도를 법관의 재량으로 정하도록 한 형법 제57조 제1항의 입법목적은 형사사법의 공평을 도모하고 인권을 보호하기 위한 것이지 재판청구권과 직접 관련 된다고 볼 수 없다. 또한 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분의 존재로 인하여 피고인의 정당한 방어권행사 또는 유리한 양형을 위한 증거신청 등 재판청구권의 행사가 방해받는다고 할 수 없다. 따라서 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

(중략) 미결구금일수의 본형산입에 관한 형법 제57조 제1항은 미결구금 상태인 구속 피고인에 대하여 소송절차상 불가피하게 자유를 제약하는 실질을 고려하여 공평의 관념상 그 기간을 본형

에 산입할 수 있도록 한 규정에 불과하고 불구속 피고인과 달리 구속 피고인을 차별 취급하고자 하는 목적과 내용을 담고 있지 않으므로, 위 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일하다고 볼 수 없다고 할 것이다. 따라서 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분으로 인하여 구속 피고인과 불구속 피고인 사이에 자의적인 차별이 존재한다는 다수의견은 본질적으로 동일하지 않은 구속 피고인과 불구속 피고인을 동일시한 잘못이 있다.

[연구]

❖ 주제어 : 미결구금, 미결구금일수, 일부산입, 무죄추정, 희생의 보상

I. 서론

최근 구속된 피고인이 법원에서 형을 선고받기 전에 구치소에 갇혀 있던 기간(미결구금일수)을 판사가 형기에 전부 산입해야 한다는 헌법재판소의 결정이 나왔다. 이번 헌법재판소 결정의 결론을 한 마디로 축약한다면, (앞으로) 박탈해야 할 자유에서 (이미) 박탈한 자유를 전부 빼주어야 한다는 것이다. 이번 헌법재판소 결정은 미결구금일수의 통산에 관한 종전 판례의 연장선인 동시에 최종 마침표로 볼 수 있다. 기존의 판례¹⁾가 부분적으로 그리고 점진적으로 미결구금일수의 전부산입을 시도한 것이라면, 이번 헌법재판소 결정은 전면적으로 그리고 예외 없는 절대적인 전부산입을 전격적으로 선언한 것이라는 점에서 그 파장효과는 전자의 경우보다 훨씬 더 크다. 이로써 앞으로 미결구금일수 통산에 관한 더 이상의 논의²⁾는 그 의미를 상실하게 되었고, 결과적으

- 1) 재정통산을 통해서 미결구금일수를 전부 산입하는 경우 그 판결주문의 표시방법에 관한 대법원 전원합의체 판결(대판 1999.4.15, 99도357 전원합의체), 미결구금일수의 법정통산에 관한 형사소송법 제482조 제1항에 대한 헌법재판소 전원재판부의 헌법불합치 결정(헌재결 2000.7.20, 99헌가7 전원재판부), 일부상소의 경우 미결구금일수의 법정통산을 인정한 대법원 전원합의체 판결(대판 2002.6.20, 2002도807 전원합의체).
- 2) 형법 제57조 제1항은 미결구금일수 일부산입의 기준에 관하여 규정하고 있지 않으므로 예외적으로 일부산입할 수 있는 사유가 어떠한 경우인지 논란이 되어 왔다. 이번 헌법재판소 결정으로 이러한 논의는 더 이상 의미가 없게 되었다. 형법 제57조 제1항을 원칙적인 전부산입의 법정통산의 형식으로 변경하고 예외적으로 일부산입할 수 있는 사유를 구체적으로 명시하여야 한다는 견해로는 송희진, 일부상소에 있어서 상소심의 심판범위와 미결구금일수의 법정통산 여부, 법학연구 제12권 제2호, 연세대학교, 2002, 208면.

로 구속 피고인의 인권보호에 크게 기여할 것으로 예상된다.

그러나 이번 헌법재판소 결정을 둘러싸고 다수의견과 소수의견 사이에 뚜렷한 관점의 차이가 드러나고 있듯이, 그러한 결론을 뒷받침하는 논거의 타당성과 관련해서는 논란의 여지가 있는 것으로 보인다. 다수의견과 소수의견의 핵심적인 쟁점은 미결구금일수 일부산입규정의 입법취지, 미결구금일수 일부산입규정이 적법절차원칙 및 무죄추정원칙을 침해하는지 여부, 나아가 구속 피고인의 재판받을 권리 및 평등권을 침해하는지 여부로 요약될 수 있다.

이 글에서는 우선 이러한 쟁점들에 관한 다수의견 및 소수의견의 논거를 가능한 중립적인 입장에서 비교 및 분석하고, 이를 토대로 이번 헌법재판소 결정의 논거의 타당성 여부를 검토하고자 한다. 마지막으로 이번 헌법재판소 결정의 결론 그 자체가 지니는 법정정책적 의의에 대해서도 나름대로 평가해 보고자 한다.

II. 미결구금일수 일부산입규정의 입법취지

1. 미결구금의 본질

다수의견에 의하면 “미결구금은 도망이나 증거인멸을 방지하여 수사, 재판 또는 형의 집행을 원활하게 진행하기 위하여 무죄추정의 원칙에도 불구하고 불가피하게 피의자 또는 피고인을 일정기간 일정시설에 구금하여 그 자유를 박탈하게 하는 재판확정전의 강제적 처분이고, 형의 집행은 아니다.”

다른 한편 소수의견에 의하면 “미결구금은 신체의 자유를 제한하는 면이 있지만 미결구금이 형사사건의 수사과 형사소송을 진행하기 위하여 피의자 또는 피고인의 신병을 확보할 필요에서 불가피하게 행하여지는 재판확정전의 강제처분인 점에서, 사회일반의 법익을 보호하고 피고인의 사회복귀를 위하여 범죄에 대한 법률상의 효과로서, 피고인에 대하여 과하는 법익의 박탈인 형의 집행과는 그 법적 성격이 현저히 상이한 것이다.”

다수의견 및 소수의견 모두 미결구금은 법적 성격상 형의 집행은 아니라고 본다. 확

실히 현행 형사소송법 해석상 미결구금은 형의 집행과 동일시될 수 없다. 아시다시피 미결구금의 목적은 오로지 형사절차의 실행 및 형집행의 확보에 있다. 즉, 미결구금은 순수하게 소송절차적인 목적을 위해서만 정당화된다. 그리하여 미결구금을 수단으로 형법 등 실체법이 추구하여야 할 목적(예컨대 응보 및 예방목적)을 추구해서는 안 된다. 응보 및 예방목적의 추구는 실체법의 전제가 확정되어 있을 때(관련 피고인의 유죄가 확정되었을 때)에만 가능하기 때문이다. 이와 같이 형사소송법상 강제처분인 미결구금과 실체법상의 형벌은 집행의 전제, 시기 그리고 기능(목적)의 측면에서 엄격히 구분된다. 그리하여 실무적으로 미결구금 수용자와 수형자는 접견횟수나 移監, 노역 등의 처우에 있어서 차이가 있는 것이다.³⁾

그럼에도 불구하고 피고인이 경험한 미결구금을 선고한 형과 동일시한다면 다음과 같은 폐해를 초래할 수 있다.⁴⁾ 즉, 이는 형법체계에 반할 뿐만 아니라 형벌의 기능에 비추어 볼 때에도 의문시된다. 미결구금이 본래 취지와는 달리 소송적 보전수단으로서의 성격을 상실하고 형벌로 변질될 염려가 있다. 나아가 미결구금일수가 선고된 형에 산입되면 행위자가 마땅히 감수해야 할 시간이 대폭 축소됨으로써 재사회화라는 형벌의 원래 목적을 달성하지 못하게 되며, 비교적 장기 자유형에서 말뚝 많은 단기 자유형으로 전환되는 결과를 초래한다.

2. 미결구금일수 본형산입의 근거

가. 미결구금일수 본형산입에 관한 현행 법체계 및 재판실무

미결구금일수 본형산입의 근거를 검토하기 전에 우선 미결구금일수 본형산입에 관한 현행 법체계 및 재판실무를 살펴볼 필요가 있다. 미결구금일수의 본형산입에 관하여는 법률에 의한 당연산입을 원칙으로 하는 법정통산주의와 법원의 재량에 의한 임의적 산입을 원칙으로 하는 재정통산주의로 나눌 수 있는데, 우리나라는 일본과 마찬가지로 재정통산주의를 취하고 있다. 재정통산주의를 취하고 있는 나라에서도 원칙적으로 미

3) 미결구금 수용자와 수형자의 차이에 대해서는 김용준, 가·미결수용자의 처우상 구별, 교정 278, 1999/6, 법무부, 26면 이하.

4) 현재결 2000.7.20, 99헌가7 전원재판부 다수의견의 재판요지.

미결구금일수 전부를 본형에 산입하되, 피고인에게 책임을 돌릴 수 있는 사유로 인한 미결구금일수를 본형산입에서 제외하는 방식(전부산입설)과 원칙적으로 당해사건의 수사, 공판에 통산 필요한 기간과 피고인에게 책임을 돌릴 수 있는 사유로 생긴 미결구금일수는 이를 본형에 산입하지 않고 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 연장된 구금일수만을 산입하는 방식(일부산입설)으로 나누어진다. 형법 제57조 제1항에 관한 우리나라의 재판실무는 원칙적으로 미결구금일수 전부를 본형에 산입하되,⁵⁾ 예외적으로 법관의 재량에 따라 적절한 범위 내에서 미결구금일수의 일부를 본형산입에 제외하는 방식으로 운용하고 있으므로 전자의 방식을 취하고 있다. 그리하여 형법 제57조 제1항 중 “전부” 부분은 미결구금일수 본형산입에 관한 원칙규정으로, “또는 일부” 부분은 그에 관한 예외규정으로 볼 수 있다.

이와 같이 우리나라는 재정통산주의 중 전부산입설을 취하고 있으나, 상소제기 이후 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 미결구금일수가 늘어나는 경우에는 법원의 재량개입 없이 자동적으로 형기에 산입함이 타당하다고 보아 법정통산규정(형사소송법 제482조)을 보충적으로 두고 있다. 그 이외에도 현행법은 형법 제57조 제1항에 대한 특칙으로 소송촉진 등에 관한 특례법 제24조를 두고 있다.

요컨대, 미결구금일수 본형산입에 관한 현행 법체계는 재정통산주의 중 전부산입설을 원칙으로 하되, 한편으로는 법정통산규정을 보충적으로 두고 있으며, 다른 한편으로는 재정통산규정에 대한 특례를 두고 있다.

나. 미결구금일수 본형산입의 근거에 관한 다수의견 및 소수의견의 비교 및 검토

미결구금일수 본형산입의 일반론에서 다수의견은 “미결구금은 (중략) 형의 집행은 아니다. 그러나 미결구금은 자유를 박탈하여 고통을 주는 효과면에서는 실질적으로 자유형과 유사하고, 구금 여부 및 구금기간의 연장은 피고인의 죄책 또는 귀책사유에 정

5) 1심의 미결구금일수에 대해서는 예외 없이 그 전부를 본형에 산입하고 있으나, 1심 판결선고 이후의 미결구금일수에 대해서는 반드시 그러하지 아니하고 경우에 따라서는 피고인의 범행 후의 태도, 피고인의 부당한 소송지연으로 심리기간이 연장되었는지 여부 등을 고려하여 미결구금일수 중 일부만 본형에 산입하는 방식을 취하고 있다.

확하게 대응되는 것이 아니라 형사절차상의 사유에 의해 좌우되는 경우가 많다. 이러한 점에서, 유죄의 경우에는 미결구금기간을 형기에 산입하는 것이 형평에 맞고 피고인들 사이에서도 공평을 도모할 수 있다”고 한다. 나아가 다수의견은 미결구금의 예외적 성격과 자유형의 집행과의 유사성을 다시 한번 강조한다. 그리하여 “미결구금은 무죄추정의 원칙에도 불구하고 신체의 자유라는 중요한 기본권을 제한하는 것이므로 (중략) 적법절차의 원칙에 따라 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐만 아니라 과잉금지 원칙에 반하지 아니 하는 정당한 한도 내로 제한되어야 한다. 또한 (중략) 미결구금은 실질적으로 자유형의 집행과 유사하기 때문에 무죄추정의 원칙에 따라 그 구금기간에 대한 정당한 평가와 보상이 이루어져야 한다. 즉, 구금된 피고인이 무죄판결을 받은 경우 형사보상법 등에 의하여 미결구금일수에 따른 금전적 보상을 받을 수 있고, 유죄판결을 받은 경우에는 미결구금일수를 본형에 통산하게 된다”고 한다.

다른 한편 소수의견에 의하면 “미결구금은 (중략) 형의 집행과는 기본적인 차이가 있으므로 반드시 미결구금기간이 본형에 산입되어야 할 논리적 필연성이 있는 것은 아니다.” “미결구금은 형의 집행은 아니지만 자유를 박탈하는 점이 자유형의 집행과 유사하기 때문에 적법절차원칙으로부터 유래하는 형사사법의 공평 내지 형평의 원리에 따라 그 기간을 선고된 본형에 산입하는 것을 인정한 것으로” 이해한다. 헌법에 의하여 법률과 적법한 절차에 따라 이루어진 미결구금 자체가 신체의 자유를 침해하는 것이 아닌 이상 그로 인해 입게 되는 불이익은 피고인의 희생이라고 볼 수 없으므로 당연히 미결구금일수 전부가 산입되어야 할 논리적인 근거는 없다고 할 것이나, “절차의 확보라는 이유로 아직 판결이 확정되지 않은 피고인에 대해 부과된 미결구금이라는 신체적 해악에 대하여 공정성의 원칙에 기초하여 사후적인 조정을 하는 것이 미결구금일수의 본형산입제도의 인정 근거”라고 한다.

우선 미결구금일수 본형산입의 근거에 관한 다수의견의 논리는 다음과 같이 요약될 수 있다. 즉, 미결구금은 사실상 형을 미리 집행하는 것이나 마찬가지며, 따라서 미결구금일수는 무죄추정의 원칙 및 구속 피고인의 방어권보장 그리고 공평성의 원칙에 따라 선고된 본형에 전부 산입되어야 한다. 여기에서는 무엇보다도 무죄추정의 원칙 및 구속 피고인의 방어권 보장이 전면에 나서며, 공평성의 원칙도 부수적으로 첨가된다. 이에 반하여 미결구금일수 본형산입의 근거에 관한 소수의견의 구상에 의하면, 미결구금은

형의 집행과 사실상 유사하나 선취된 형의 집행은 아니며, 따라서 미결구금일수는 무죄 추정의 원칙이나 구속 피고인의 방어권 보장의 차원이 아니라 오히려 형사소송법이 인정한 미결구금의 일수를 어느 정도 본형에 산입하는 것이 공평한지에 따라 결정된다. 즉, 공평성의 원칙이 전면에 나서고 있는 것이다.

여기에서 다수의견과 소수의견은 미결구금은 본질상 형의 집행은 아니라는 점에 대해서는 견해가 일치하지만 미결구금일수의 본형산입과 관련해서는 미결구금을 바라보는 관점이 서로 다르다는 점을 확인할 수 있다. 다수의견은 미결구금일수의 본형산입과 관련하여 미결구금을 경험적·사회학적 기능의 측면에서 바라본다. 이러한 관점에서 바라보면 미결구금의 형벌적 성격이 강조된다. 현실적으로 이점을 부정하기는 어렵다. 미결구금 수용자는 수형자보다 더 잘 먹을 수 있고, 사복을 입고, 외부인과의 접견이 자유로우며 정역에서도 제외된다. 그러나 미결구금 집행의 실태를 아는 자는 미결구금이 종종 구속 피고인을 행형보다도 더 고통스럽게 만든다는 점을 알고 있다.⁶⁾ 무엇보다도 불확실한 소송결과에 대한 불안과 심문으로 인한 긴장 등으로 인하여 그러하다. 심지어 어떤 미결구금 수용자는 미결구금보다 차라리 행형을 원한다고 한다. 우리가 한쪽에는 행형, 다른 한쪽에는 미결구금을 저울추에 놓고 각각 고통을 주는 무게를 잰다고 한다면 아마도 저울은 동일한 무게를 보여줄 지도 모른다. 이러한 의미에서 미결구금이 행형보다 더 미결구금 수용자에게 유리하다는 사고는 검증되지 아니한 단순한 추정에 불과하다. 그리하여 다수의견은 미결구금은 자유를 박탈하여 고통을 주는 효과면에서 실질적으로 자유형과 유사하다는 점을 전면에 내세우고, 미결구금일수를 본형에 산입할 때 미결구금을 ‘마치 (선취된) 형의 집행인 것처럼’ 취급한다. 다수의견의 모든 논리적 귀결은 바로 이러한 전제로부터 출발한 것이라고 볼 수 있다.

요컨대, 다수의견은 미결구금일수의 본형산입과 관련하여 경험적·사회학적 기능의 관점에서 미결구금의 형의 집행으로서의 성격(형벌적 성격)을 전면적으로 인정하는데 반하여, 소수의견은 법학적 관점에서 미결구금의 형벌적 성격을 부정 내지는 부분적으로만 인정한다.

이러한 관점의 차이는 형법 제57조 제1항 중 원칙규정(“전부” 부분)의 근거에 관한

6) 실무자의 입장에서 미결구금이 실질적으로 행형 못지않게 미결구금 수용자에게 고통을 주고 있다는 취지의 논거로는 Ackermann, Zur Anrechnung der Untersuchungshaft, NJW 1950, S. 368.

한, 별다른 문제점을 야기하지는 않는다. 단지 이론적 구성이 다를 뿐이지 결론에 있어서 차이가 나지는 않는다. 그러나 형법 제57조 제1항 중 예외규정(“또는 일부” 부분)의 근거에 관한 한, 이제 사정은 다르다. 다수의견에 의하면 미결구금일수를 산입하지 않거나 일부만 산입한다면, 이는 무죄추정의 원칙 및 구속 피고인의 방어권 보장에 정면으로 위배된다. 왜냐하면 구속 피고인이 경험한 미결구금은 실질적으로 형을 미리 집행한 것이나 다를 바 없는데, 판결선고 후에 미결구금일수를 본형에 산입하지 않거나 일부만 산입한다면 이는 기판력있는 확정판결의 선고 이전에 피고인에게 불리하게 일종의 형벌을 부과한 것이나 마찬가지이며, 결과적으로 구속 피고인의 방어권을 침해하는 것이기 때문이다. 이에 반하여 소수의견은 미결구금일수를 산입하지 않거나 일부만 산입한다고 하더라도 공평성의 원칙에 반하지 않는 한, 예외적으로 법관으로 하여금 이를 허용할 여지를 남기고 있다. 왜냐하면 소수의견은 기본적으로 미결구금을 선취된 형의 집행으로 파악하지 않으므로 미결구금일수를 산입하지 않거나 일부만 산입한다고 하더라도 무죄추정의 원칙 및 구속 피고인의 방어권 보장이 침해된다고 보지는 않기 때문이다. 오히려 예외적으로 미결구금일수를 산입하지 않거나 일부만 산입하는 것이 공평성의 원칙에 더 부합하는지에 주목한다.

이와 같은 형법 제57조 제1항 중 예외규정(“또는 일부” 부분)에 관한 관점의 차이는 미결구금일수 일부산입규정의 근거(입법취지)를 규정할 때에도 나타난다. 다수의견에 의하면 미결구금일수 산입범위의 결정을 법관의 자유재량에 맡기는 이유는, “피고인이 고의로 부당하게 재판관을 지연시키는 것을 막고 형사재판의 효율성을 높이고, 피고인의 남상소를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이는데 있다”고 한다. 이에 반하여 소수의견에 의하면 “공평의 관점에서 미결구금일수의 본형산입이 인정되는 것이라 하더라도 이를 어떤 형태로 입법에 반영할 것인지는 입법자의 재량영역에 속하는 것으로서 그 재량행사에 따른 입법이 명백히 불합리하지 않는 한 이를 위헌으로 할 수 없다”고 한다. 예컨대 “재판지연만을 목적으로 한 불출석이 명백한 증인의 반복신청으로 인하여 지연된 기간 또는 변론종결 단계에서 피해자와의 합의를 위한다는 명목의 기일속행신청으로 인하여 지연된 기간 등은 이를 본형에 산입하는 것이 오히려 형사사법의 정의에 반하는 것이 될 수 있다”는 것이다. 그리하여 소수의견은 미결구금일수 일부산입규정의 입법취지를 “미결구금이라는 신체적 해악에 대하여 공정성의 원리에 기초하여 사후적

인 조정을 하는 것”이라는 차원에서 이해하고 있다.

이상과 같이, 미결구금일수 본형산입의 근거에 관한 다수의견과 소수의견은 미결구금을 바라보는 기본적인 관점의 차이로 인하여 상반된 결론에 이르고 있다. 그렇다면 양자 중 어느 것이 타당한 것인가? 필자가 보기에는 소수의견의 논지가 더 일관되어 있는 것으로 보인다. 미결구금이 본질상 형의 집행이 아니라면 미결구금일수를 본형에 산입하는 경우에도 미결구금을 마치 (선취된) 형의 집행인 것처럼 취급해야 할 논리적 필연성은 없다. 물론 그것은 단순히 이론적인 고찰을 통해서 왈가왈부할 수 있는 것이 아니라 오히려 현실적으로 고려해야 할 문제에 속한다. 구속 피고인이 경험한 미결구금일수를 본형에 산입할 때 미결구금은 외형적으로 - 개별적인 미결구금 및 행형의 집행 실태를 감안해 볼 때 - 자유형의 집행과 유사하며, 구속 피고인도 주관적으로 미결구금을 선취된 형의 집행으로 여기고 있다는 점을 고려해야 할 것이다. 게다가 구속 피고인의 귀책사유 없이 미결구금일수가 연장되는 경우라면 공범인 불구속 피고인과의 형평성 차원에서 더욱 그러할 것이다. 그러한 한에서 미결구금이 행형보다 더 유리하다는 사고가 미결구금일수 본형산입의 근거로 작용해서는 안 된다.⁷⁾ 그러나 이와 같은 점을 인정한다고 하더라도 그로부터 구속 피고인이 경험한 미결구금일수를 본형에 전부 산입해야만 한다는 결론은 도출되지 않는다. 미결구금이 사실상 선취된 형의 집행이라는 전제는 어디까지나 경험적·사회학적으로 개연성이 높은 경험명제에 불과하다. 즉, 필연적인 것은 아니다. 게다가 피고인이 경험한 미결구금을 선고한 형과 동일시한다면, 이는 이미 앞에서 지적한 바와 같이,⁸⁾ 형법체계에 반할 뿐만 아니라 형벌의 기능에 비추어 볼 때에도 의문시된다. 나아가 피고인이 확정판결의 선고가 내려지게 된 계기가 되었던 범죄행위로 인하여 미결구금을 경험한 것이 아니라 오히려 이와는 전혀 관계가 없는 다른 범죄행위로 인하여 미결구금을 경험했다고 하더라도 그가 경험했던 미결구금의 기간은 나중에 선고된 형에 산입될 수 있는데,⁹⁾ 이는 미결구금을 선취된 형의

7) 이러한 취지로는 Dreher, Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des §60 StGB, MDR 1970, S. 969.

8) II. 1, 참조.

9) 예컨대 피고인이 절도죄의 혐의로 불구속 기소되어 재판이 진행되던 중 피고인이 다시 강도죄의 혐의로 구속 기소되었기 때문에 법원이 양 사건을 병합하여 심리한 결과, 절도죄에 대해서는 유죄가 선고된 반면에 강도죄에 대해서는 무죄가 선고되었다면, 이때 강도죄의 혐의로 인하여 경험한 미결구금일수는 절도죄의 선고형에 산입될 수 있다. 왜냐하면 만약 미결구금일수를 절도죄의 선고형에

집행으로 파악하는 사고에 의해서는 설명될 수 없는 것이다.¹⁰⁾ 이러한 점에 비추어 보더라도 미결구금일수 본형산입의 근거에 있어서는 이른바 ‘선취된 형의 집행’이라는 사고가 아니라 이와는 다른 사고가 지배하고 있다는 것을 알 수 있다.

오히려 미결구금일수 본형산입의 근거에 있어서 결정적인 것은 형사사법의 관점에서 구속 피고인에게 부과한 신체적 해악에 대한 사후적인 상쇄라고 본다. 이러한 사고는 실천적인 공평성에 기초한 것이다. 소수의견은 이러한 사고를 정확하게 인식하였고 이에 기초하여 미결구금일수 본형산입의 근거는 선취된 형의 집행을 사고에 기초한 무죄추정원칙의 구현이나 구속 피고인의 방어권보장 등의 문제와는 차원이 다르다는 점을 설득력 있게 논증하였다. 다만 소수의견은 이러한 사고를 구체화하지는 않았다. 그리하여 이러한 사고는 ‘공평성’이라는 개념의 일반성으로 말미암아 일반적이고 추상적인 법원칙의 차원에 머물렀고, 그러한 한에서 미결구금일수 일부산입의 근거 및 기준을 구체적으로 제시하는 단계에까지는 이르지 못한 것으로 보인다. 이하에서는 소수의견이 미결구금일수 본형산입의 근거로 제시한 실천적인 공평성의 사고를 구체화하고, 거기에 기초하여 미결구금일수 일부산입의 근거 및 기준을 제시해 보고자 한다.

다. 미결구금일수 본형산입의 근거의 재구성¹¹⁾

미결구금일수 본형산입의 근거로서 실천적인 공평성은 무엇보다도 개인의 자유권과 효율적인 형사소추라는 공익 사이의 사실상의 모순이 언제 정당화 되는가 라는 관점에서 파악되어야 한다. 구속요건이 충족되면 범죄혐의자는 무죄추정의 원칙에도 불구하고 개인의 자유에 대한 중대한 침해로 감수해야만 한다. 이러한 한에서 그를 ‘특별한 희생자’(Sonderopfer)라고 부를 수 있다. 이러한 특별한 희생자를 보상 없이 내버려 두어서는 안 된다. 일반적인 공법의 영역에서는 이러한 경우 적법한 국가의 침해에 대한 보상

산입하는 것 대신에 형사보상법에 따라 보상금만 지급한다면, 피고인은 절도죄뿐만 아니라 강도죄에 대해서도 유죄가 선고된 자보다도 더 불리한 처지에 놓이게 될 것이기 때문이다.

- 10) 미결구금을 선취된 형의 집행으로 파악하는 사고에 의하면 미결구금일수의 본형산입은 오로지 구속영장이 발부되는 계기가 되었던 범죄행위에 대하여 형이 선고된 경우 바로 그 선고형에 대해서만 가능할 것이다.
- 11) 미결구금일수 본형산입의 근거의 재구성은 Dencker 교수가 그의 논문(Die Anrechnung der Untersuchungshaft, MDR 1971, S. 627ff)에서 제시한 착안점에 기초한 것이다.

제도를 알고 있다. 행정법상의 손실보상제도와 마찬가지로 여기에서도 국가는 개인의 특별한 희생에 대하여 보상해 주어야 할 의무가 있다. 즉, 형사사법의 관점에서 개인에게 부과한 신체적 침해를 상쇄해야 할 의무 말이다. 책임을 입증할 수 없는 경우에는 보상은 금전의 형태로 이루어지며(형사보상법 제4조), 확정판결을 선고한 경우에는 미결구금일수를 선고된 형에 산입하는 형태로 이루어진다. 그리하여 형법 제57조 제1항은 적법한 국가의 침해에 대한 보상규정¹²⁾으로 이해되어야 한다. 더 정확하게는 일반적인 공법의 영역에서 규정된 국가의 일반적 보상의무에 대한 특별법적인 표현이다.¹³⁾

이러한 맥락에서 피고인이 무죄의 경우에는 부당하게 겪은 구금을 희생으로 보아 미결구금기간 전부에 대하여 보상이 이루어지나, 피고인이 유죄인 경우는 피고인이 무죄인 경우와 동일시할 수 없으며, 그로 인해 입게 되는 불이익은 피고인의 희생이라고도 볼 수 없으므로 미결구금일수 전부가 본형에 산입되어야 할 논리적 근거가 없다고 주장하는 소수의견에는 찬성할 수 없다. 왜냐하면 위에서 전개한 희생에 대한 보상사고에 의하면 피고인이 무죄이든 유죄이든 불문하고 구속을 경험한 피고인은 모두 특별한 희생자로서 파악되어야 하며, 그에 상응한 보상이 이루어져야 하기 때문이다. 물론 유죄로 판명된 피고인에 대해 그가 경험한 미결구금일수를 본형에 전부 산입해야 하는지는 별개의 문제이다.

이제 위에서 전개한 희생에 대한 보상사고를 미결구금일수 일부산입의 문제에 적용하여 미결구금일수 일부산입의 근거(입법취지) 및 기준을 밝혀보고자 한다. 미결구금일수 본형산입의 근거를 희생에 대한 보상으로 파악한다면 그러한 희생에 대한 보상의 한계로부터 미결구금일수 본형산입의 한계(불산입 또는 일부산입)가 도출된다. 일반적으로 희생에 대한 보상은 피보상자(구속 피고인)의 귀책사유에 의해 제한된다. 이점은 명문의 규정은 없지만 미결구금일수 본형산입에 관한 기존의 판례를 통해서 확인될 수 있으며, 형사소송법 제482조 제1항 내지 제3항의 입법취지도 이러한 맥락에서¹⁴⁾ 이해

12) Dreher가 최초로 구상하였고 Dencker가 더욱 발전시킨, 이른바 희생에 대한 보상사고(Aufopferung)는 그 후 독일의 통설이 되었다.

13) Dencker, 앞의 논문, 627면.

14) 동조의 취지는 통상적으로 상소제기를 위하여 필요한 기간을 포함하여 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 인하여 발생한 미결구금기간에 대해서는 피고인의 보호차원에서 자동적으로 본형에 산입하려는데 있다고 본다.

될 수 있다. 그리하여 미결구금일수 일부산입의 근거는 기본적으로 미결구금일수는 희생에 대한 보상차원에서 그 전부를 본형에 산입하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 구속 피고인에게 귀책사유가 있으면 보상이 제한될 수 있다는 데에서 찾을 수 있다. 나아가 여기에 기초하여 미결구금일수 일부산입의 기준을 다음과 같이 설정할 수 있다. 즉, 구속 피고인이 범행 후 유책하게 자신에 대한 구속을 야기 또는 연장시키는 행위를 행한 경우에는 미결구금일수 중 일부만 산입할 수 있다고 말이다.

물론 이러한 일반적인 공식은 다시 특수한 형사소송법적 고려에 의해 현저하게 제한될 수 있다.¹⁵⁾ 왜냐하면 미결구금일수 본형산입의 근거는 국가의 일반적인 보상의무에 대한 특별법적인 표현이기 때문이다. 피고인은 어떠한 경우에도 소송주체로서 자신의 권리행사를 방해받아서는 안 된다. 이는 형사소송법의 대원칙이다. 거기로부터 구속 피고인이 범행 후 유책하게 자신에 대한 구속을 야기 또는 연장시키는 행위를 하였다 하더라도 그러한 행위가 형사소송법상 권리행사로 파악될 수 있는 한, 미결구금일수 중 일부만 산입해서는 안 된다는 결론이 도출된다. 예컨대 피고인의 범행부정이나 정보 제공의 거부로 인하여 구속이 연장되었다고 하더라도 미결구금일수 중 일부만 산입해서는 안 된다. 왜냐하면 이러한 소송상의 행위는 피고인의 권리행사 차원에서 허용될 뿐만 아니라, 미결구금일수 일부산입을 통해 이러한 행위를 비난하는 것은 수사기관이 구속을 피고인에 대한 압박수단으로 사용할 위험을 초래하기 때문이다. 즉, 형사소송법상 금지되어 있는 자백의 강요가 문제될 수 있다. 마찬가지로 피고인의 상소제기로 인한 미결구금일수의 연장은 어떠한 경우에도 미결구금일수의 일부산입으로 이어져서는 안 된다.¹⁶⁾ 설령 구속 피고인이 소송을 지연시킬 의도 하에 애당초 승산이 없다는 점을 알면서도 상소를 제기하거나, 기각될 것이 명백함에도 불구하고 오로지 소송을 지연시키기 위하여 뻔뻔스럽게 상소를 제기하는 경우에도 그러하다. 어떠한 동기에 의하든 상소제기는 피고인의 권리행사에 속하기 때문이다. 즉, 상소제기의 허용 여부는 오직 형사소송법에 규정되어 있는 형식 및 기간에 의해 결정될 뿐이다. 이러한 의미에서 피고인 또는 피고인 아닌 자가 상당한 이유없이 상소를 제기한 것으로 인정되는 때에는 상소제기후의 판결선고전 구금일수 중 상소제기기간 만료일로부터 상소 이우서 제출기

15) Dencker, 앞의 논문, 628면.

16) 이러한 입장으로는 Dreher, 주7의 논문, 969면; Dencker, 앞의 논문, 628면.

간 만료일까지의 일수는 이를 본형에 산입하지 아니한다고 규정한 소송촉진 등에 관한 특례법 제24조는 위헌의 소지가 농후하다.¹⁷⁾

나아가 구속 피고인이 범행 후 자신에 대한 구속을 야기 또는 연장시키는 행위는 소송상의 행위로서 형사소송법상 허용될 수 없는(비난가능한) 것이어야 한다. 그리하여 범행 후 구속 피고인의 행위는 자신에 대한 구속을 사실상 야기 또는 연장시키는 결과를 초래해야 할 뿐만 아니라(객관적 요소), 구속 피고인은 소송을 지연시킬 의도 내지 미결구금일수를 본형에 산입시킬 의도를 지니고 있어야 한다(주관적 요소). 오로지 소송을 지연시키기 위한 의도에서 행한 행위는 피고인의 거짓진술과는 달리 합법적인 소송적 권리에 속하지 않는다. 왜냐하면 피고인의 거짓진술은 자신이 처한 소송적 상황을 개선하기 위한 차원에서 행해지는 반면에, 오로지 소송을 지연시키기 위한 의도에서 행한 행위는 그렇게 볼 수 없기 때문이다. 또한 산입의 의도는 순수한 의도라는 점, 즉 구속 피고인은 오로지 미결구금일수 산입을 위하여 노력할 뿐 그 밖의 합리적인 목적은 추구하지 않는다는 점이 확인되어야 한다. 왜냐하면 합법적 목적의 추구는 형사소송법상 허용되기 때문이다. 이와 같은 소송의 지연 또는 미결구금일수 산입의 의도를 확인하는 일은 - 실무적으로 이는 물론 쉽지 않은 일이다 - 법관에게 맡겨져 있다.

다른 한편 회생에 대한 보상 및 귀책사유와 사고는 언제 미결구금일수의 일부산입이 허용되는지에 대한 기준 이외에도 어떠한 범위까지 허용되는지에 대한 기준도 제공한다. 즉, 미결구금일수의 일부산입은 구속 피고인이 소송을 지연시키거나 미결구금일수를 본형에 산입시키기 위하여 의도적으로 자신에 대한 구속을 연장시켰던 기간에 대해서만 허용된다.¹⁸⁾ 거기로부터 확정판결을 선고받은 구속 피고인이 상소를 포기한 이후 또는 상소제기 후 상소를 취하한 이후 또는 상소제기기간 중에 아무런 의사도 표명하지 않아서 상소제기기간이 도과한 이후에는 미결구금일수 중 일부만 산입해서는 안 된다는 결론이 도출된다. 왜냐하면 확정판결을 선고받은 구속 피고인은 위와 같은 경우의 미결구금기간에 대해서는 의도적으로 자신에 대한 구속을 연장시킬 수 없기 때문이다.

17) 이러한 방식으로 상소를 규제하는 것은 헌법상 보장된 무죄추정의 권리를 침해하는 위헌적 소지가 있을 뿐만 아니라 피고인의 이익보호라는 상소제도의 존재이유와 상충되는 면이 있다고 비판하는 견해로는 신동운, 형사소송법 제4판, 2007, 1060면 이하. 그에 반하여 헌법재판소는 이 규정이 피고인의 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니며, 피고인을 검사와 불합리하게 차별하는 것도 아니라는 이유에서 합헌결정을 내린 바 있다. 이에 대해서는 헌재결, 1994.12.29, 92헌바31.

18) Dencker, 앞의 논문, 629면.

오히려 그러한 경우의 구속의 연장은 피고인 이외의 자의 행위에 의해 결정된다.

3. 미결구금일수 일부산입에 관한 실무관행의 검토 - 희생에 대한 보상 및 유의 사고에 입각하여 -

이제 앞에서 전개한 희생에 대한 보상 및 귀책사유의 사고에 입각하여 이번 헌법재판소 결정의 직접적인 계기가 되었던 미결구금일수 일부산입에 관한 실무관행에 대해 비판적으로 검토해 보고자 한다. 형법 제57조 제1항은 판결선고전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 본형에 산입한다고 간략하게 규정하고 있다. 그리하여 언제 그리고 어떠한 범위에서 미결구금일수 중 일부만 산입할 수 있는지 그 기준을 제시하고 있지 않다. 종래 판례는 법관의 자유재량에 의하여 일부만 본형에 산입할 수 있다고 해석해 왔다.¹⁹⁾ 이에 관한 우리나라 실무관행에 의하면 1심의 미결구금일수는 그 전부를 산입하는 반면에, 항소심 및 상고심의 미결구금일수는 피고인의 항소 및 상고가 기각될 경우 통상 수일에서 10일 삭감해 산입한다. 서울고법의 경우 관행적으로 10일 삭감하고 있다. 이러한 실무관행은 과연 타당한 것인가?

피고인의 항소 및 상고가 기각될 경우 항소심 및 상고심의 미결구금일수 중 일부를 삭감하여 산입하는 기준관행의 배후에는 다음과 같은 사고가 깔려있는 것으로 보인다. 하나는 대개 미결구금이 행형보다 상소제기자에게 더 유리하다는 사고이다. 다른 하나는 상소제기자는 미결구금의 프리미엄을 노리고 불필요한 상소를 남발하거나 소송을 지연시킬 것이며, 그 결과 상소심법원은 과도한 부담을 안게 될 것이라는 사고이다. 전자의 사고는 앞서 이미 언급하였듯이,²⁰⁾ 경험적-사회학적으로 타당하지 않을 뿐만 아니라 (범죄)심리학적으로도 잘못이다. 후자의 사고는 너무나 경직되고 도식적인 관행이라는 점에서 의문스럽다. 왜냐하면 상소심법원은 미결구금일수의 일부만 산입할 수 있는 사유가 피고인에게 존재하는지에 대해 개별적으로 판단하지 아니한 채, 너무나 쉽게 그와 같은 도식적인 관행에만 의존하여 판단하기 때문이다. 이러한 사고는 앞서 언급한 미결구금일수 일부산입의 기본취지와는 한참 동떨어져 있다. 게다가 왜 일률적으로 ‘10일’씩

19) 대법원 2005.10.14. 선고 2005도4758 판결; 대법원 1993.11.26. 선고 93도2505 판결.

20) II. 2. 나, 참조.

미결구금일수를 삭감하여 산입하는지 합리적인 근거도 발견하기 어렵다.²¹⁾

Ⅲ. 적정절차원칙 및 무죄추정원칙의 침해 여부

1. 다수의견의 논거

다수의견은 미결구금일수 일부산입규정은 다음과 같은 논거에서 헌법상 무죄추정의 원칙과 적법절차의 원칙에 반한다고 본다.

우선 미결구금을 허용하는 것 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속 사수의 원칙에 대한 예외인데, 형법 제57조 제1항 부분은 그 미결구금일수 중 일부만을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해를 가중하고 있다.

둘째, 미결구금은 신체의 자유를 박탈하여 고통을 주는 효과면에서는 실질적으로 자유형의 집행과 유사하고, 미결구금상태에서의 정신적 긴장이나 미래에 대한 불안을 고려할 때 미결구금이 확정된 형의 집행보다 완화된 형태의 구금이라고 단정할 수 없다.

셋째, 구속 피고인의 책임으로 부당하게 재판이 지연된 경우에는 재판의 효율성을 위하여 미결구금기간 중 그에 해당하는 부분을 형기에 산입하여서는 아니된다는 주장이 있으나, 형사소송절차상의 사유에 의해 좌우되는 구금기간의 장단을 피고인의 귀책사유에 정확하게 대응시키기도 쉽지 않을 뿐 아니라, 설사 구속 피고인이 고의로 재판을 지연하거나 부당한 소송행위를 하였다 하더라도 이를 이유로 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형벌적 요소를 도입하여 제재를 가하는 것으로서 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 것이다.

21) 참고적으로 과거 독일에서는 피고인의 상소가 상소심법원에 의해 기각되는 경우 1심 판결선고서에 서 상소심법원의 결정시까지 피고인이 경험한 미결구금일수가 3개월에 못 미치면 산입하지 않고, 3개월을 초과하면 초과한 기간에 한해서 산입해 주는 관행이 있었다. 이러한 관행은 1969년 6월 25일 제1차 형사소송법개정을 계기로 사라졌다. 이러한 실무관행에 대한 비판으로는 Würtenberger, Die Anrechnung der Untersuchungshaft, JZ 1952, S. 549; Wahle, Zur Anrechnung weiterer Untersuchungshaft, NJW 1965, S. 735ff.

넷째, 구속의 목적은 형사소송절차의 실효성, 즉 적정한 사실조사 및 소송절차에의 출석 확보와 판결 후의 형벌의 집행을 담보하려는 데에 있는 것이므로, 이러한 목적 이외의 다른 목적을 추구하는 데에 허용되지 않는다. 그러므로 피의자나 피고인이 구속된 상태를 이용하여 소송의 지연이나 남상소의 방지라는 사법운영상의 목적을 달성하려는 것은 구속제도의 본래 목적에 부합하지 않는다고 할 것이다.

2. 다수의견의 논거에 대한 검토

첫째, 미결구금일수 일부산입규정은 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙의 예외에 대한 특례를 설정함으로써 신체의 자유에 대한 침해를 가중하고 있다고 보는 다수의견의 첫 번째 논거는 미결구금일수 본형산입과 관련하여 미결구금의 형의 집행으로서의 성격을 전면적으로 인정하는 경우에만 비로소 타당할 것이다. 즉, 미결구금을 마치(선취된) 형의 집행인 것처럼 취급할 때에만 비로소 미결구금일수 일부산입규정은 특례규정으로서 신체의 자유에 대한 침해를 가중시킨다는 해석이 가능하다. 그에 반하여 미결구금일수 일수산입규정을 희생에 대한 보상의 예외규정으로 파악한다면 신체의 자유에 대한 침해를 가중시킨다는 의미가 아니라, 오히려 구속 피고인의 귀책사유로 인하여 희생에 대한 보상을 제한한다는 의미로 이해하여야 한다.

둘째, 미결구금은 사실상 자유형의 집행과 유사하다는 다수의견의 두 번째 논거에 대해서는 전적으로 찬성할 수 있다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이,²²⁾ 그와 같은 점을 인정한다고 하더라도 그로부터 구속 피고인이 경험한 미결구금일수를 본형에 전부 산입해야만 한다는 결론은 도출되지 않는다.

셋째, 설사 구속 피고인의 책임으로 부당하게 재판이 지연된 경우라도 미결구금일수 중 일부를 산입하지 않는다면 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형벌을 부과하는 결과를 초래한다는 다수의견의 세 번째 논거의 배후에는 다음과 같은 사고가 깔려있는 것으로 보인다. 즉, 미결구금일수 중 일부만 산입할 수 있는 사유라는 것도 따지고 보면 처벌되지 아니하는 소송상의 행위(예컨대 소송을 지연시킬 의도로 불출석)가 명백한 증인을 반복적으로 신청하는 행위)에 불과하며, 그러한 행위를 이유로 미결구금일수의

22) II. 2. 나, 참조.

일부만 산입하는 것은 일종의 ‘괘씸죄’로 처벌하는 것이나 다를 바 없다는 사고 말이다. 다수의견과 같이 미결구금일수 본형산입과 관련하여 미결구금을 마치 선취된 형의 집행인 것처럼 취급한다면 구속 피고인이 경험한 미결구금일수는 전부 산입되어야만 한다. 거기에 대해 예외는 없다. 그러한 한에서 미결구금일수 일부산입규정은 이미 확정 판결을 선고받은 자에 대하여 ‘첨가적으로’ 형벌을 부과하는 셈이다. 더구나 그 자체로 처벌될 수 없는 범행 후 피고인의 소송상의 행위(기껏해야 부도덕한 행위?)를 문제 삼아서 말이다.

이와 유사한 맥락에서 Gallas는 다음과 같이 지적한 바 있다. “미결구금 본형산입제도는 형사소송에서 교육을 위한 보조수단으로 전락하고 만다. 법원은 미결구금일수를 본형에 산입하지 않음으로써 피고인에게 범행을 부인하지 말고 소송을 지연시키는 증거신청을 하지 말도록 압력을 행사할 수 있는 권한을 손에 쥐게 된다. 그러나 이는 자백의 강요 내지 거짓에 대한 형사처벌(Lügenstrafe)로 이어지며, 결과적으로 미결구금일수 본형산입과는 전혀 관계가 없는 관점에 이르고 만다.”²³⁾ 한 마디로, 미결구금일수 일부산입규정은 판사로 하여금 도덕이 자리 잡고 있지 않은 곳에 도덕심을 불러일으키도록 강제하는 규정이라는 것이다.

그러나 이러한 논거는 이미 앞에서 거듭 언급한 바와 같이, 미결구금일수 본형산입과 관련하여 미결구금의 형의 집행으로서의 성격을 전면적으로 인정하는 경우야 비로소 설득력을 갖는다. 왜냐하면 피고인이 경험한 미결구금은 실질적으로 형을 미리 집행한 것이나 다를 바 없는데, 판결선고 후에 미결구금일수의 일부만을 산입한다면 이는 기관력있는 확정판결의 선고 이전에 피고인에게 불리하게 일종의 형벌을 부과한 것이나 마찬가지이기 때문이다. 그에 반하여 미결구금일수 일수산입규정을 여기에서 전개한 바와 같이 희생에 대한 보상의 예외규정으로 파악하면, 피고인의 귀책사유로 인한 소송지연행위는 희생에 대한 보상을 제한하는 사유가 된다. 미결구금일수 중 일부만 산입할 수 있는 사유가 (형사)처벌될 수 있는 행위인지 아니면 부도덕한 행위에 불과한 것인지는 이때 크게 문제되지 않는다. 여기에서는 적정절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙이 적용될 여지가 거의 없다. 오히려 공평의 관점(희생에 대한 보상사고)이 전면에서 나서게

23) Gallas, Große Strafrechtskommission, Niederschriften Bd. 4, S. 284(Dreher, 주7의 논문, 971면에서 재인용).

된다.

넷째, 피고인이 구속된 상태를 이용하여 소송의 지연이나 남상소의 방지라는 사법운영상의 목적을 달성하려는 것은 구속제도의 본래 목적에 부합하지 않는다는 다수의견의 네 번째 논거는 다음과 같은 의미로 풀이된다. 즉, 법원이 미결구금을 소송의 지연이나 남상소의 방지라는 목적 - 다수의견에 의하면 이는 미결구금일수 일부산입규정의 입법 취지이다 - 을 달성하기 위한 수단으로 이용하고 있다는 것이다. 미결구금은 원래 절차의 진행 및 형집행의 확보 이외의 다른 목적을 추구하지 않는 데도 말이다. 예컨대, 법원이 미결구금일수 일부산입규정을 구실로 구속 피고인으로 하여금 쓸데없이 상소를 제기하거나 소송을 지연시키는 증거신청을 하지 말도록 압력을 행사할 수 있다는 것이다.

물론 미결구금일수 일부산입에 관한 실무운영 여하에 따라서는 이러한 지적은 현실적으로 상당히 설득력이 있다. 앞에서 살펴보았듯이,²⁴⁾ 우리나라의 경우 미결구금일수 일부산입의 기준에 관한 규정은 없으며, 오로지 법관의 자유재량에 의하여 결정된다. 더구나 이에 관한 실무관행 또한 매우 의문스럽다. 그러한 한에서 이러한 지적은 결코 틀린 말이 아니다. 그러나 미결구금일수 일부산입의 입법취지와 그에 관한 실무운영의 실태는 엄격히 구분되어야 한다. 우리나라의 실무관행은 유감스럽게도 미결구금일수 일부산입의 본래의 입법취지를 따라가지 못하고 있다. 외형적으로 드러난 미결구금일수 일부산입에 관한 잘못된 실무관행을 근거로 미결구금일수 일부산입의 본래의 입법취지를 간과하거나 곡해해서도 곤란하다고 본다.

VI. 재판을 받을 권리의 침해 여부

1. 다수의견의 논거

다수의견은 미결구금일수 일부산입규정은 다음과 같은 논거에서 재판을 받을 권리를 침해한다고 본다. 즉, 피고인의 상소권은 헌법 제27조의 재판청구권에 포함되는 피고인의 정당한 권리로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 의하여만 이를 제한할 수 있는

24) II. 3, 참조.

바, 형법 제57조 제1항 부분이 상소제기 후 미결구금일수의 일부가 법원의 재량으로 산입되지 않을 수 있도록 하여 피고인의 상소의사를 위축시킴으로써 남상소를 방지하려는 것은, 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없다. 형사재판에서 인신이 구속되어 검사에 비하여 불리한 상태에 있는 피고인으로서 재판절차에서 자신에게 유리한 변론이나 증거신청을 하려 하다가도 위 형법 제57조 제1항 부분 때문에 정당한 증거신청을 포기할 수도 있다. 또한 재량통산의 경우에 1심 판결이 피고인의 미결구금일수 중 일부를 본형에 산입하지 아니하였다 하더라도 이는 판결법원의 재량에 속하는 사항이며 일부 통산하지 아니한 미결구금일수에 대하여 상소심에 재량권이 없으므로, 원심판결에 불복하는 구속 피고인이 상소심에서 미결구금일수 중 일부만이 산입되어 사실상 구금기간이 연장되는 불이익을 입지 않기 위해서 상소를 주저하게 될 수도 있다.

2. 다수의견의 논거에 대한 검토

미결구금일수 일부산입에 관한 실무운영의 실태에 비추어 보면 다수의견과 같이 미결구금일수 일부산입규정은 피고인의 재판청구권 및 그에 파생된 상소권을 침해한다고 볼 수 있을 것이다. 그에 반하여 미결구금일수 일부산입의 본래의 입법취지를 여기에서 전개한 희생에 대한 보상 및 귀책사유의 사고에서 찾는다면, 다시 말해 기본적으로 미결구금일수는 희생에 대한 보상차원에서 그 전부를 본형에 산입하는 것이 원칙이지만 예외적으로 구속 피고인에게 귀책사유가 있으면 보상이 제한될 수 있다는 점에 동의한다면, 미결구금일수 일부산입규정이 피고인의 재판청구권 및 상소권을 침해한다고 볼 수 없다.

이미 앞에서 살펴본 바와 같이,²⁵⁾ 미결구금일수 중 일부만 산입할 수 있는 사유는 범행 후 구속 피고인의 귀책사유로 인한 소송지연행위 라는 일반적인 공식 이외에 다시금 특수한 형사소송법적 고려에 의해 현저하게 제한된다. 거기에 따라 구속 피고인이 범행 후 유책하게 자신에 대한 구속을 야기 또는 연장시키는 행위를 하였다고 하더라도 그러한 행위가 형사소송법상 권리행사로 파악될 수 있는 한, 미결구금일수 중 일부만 산입해서는 안 된다는 결론이 도출된다. 예컨대 피고인의 범행부정이나 정보제공의 거부로 인하여 구속이 연장되었거나 피고인의 상소제기로 인하여 미결구금일수가 연장된

25) II. 2. 다, 참조.

경우에는 미결구금일수의 일부산입으로 이어져서는 안 된다. 설사 피고인이 명백하게 소송을 지연시킬 의도 하에 이러한 권리를 행사하였다고 하더라도 말이다. 게다가 상소 이유 여하에 따라서는 단순히 소송의 지연이라고만 치부할 수 없는 사례도 실무에서 적지 않게 발생한다.²⁶⁾ 다수의견에서 피고인의 재판청구권 및 상소권을 침해하는 사례로 제시한 피고인의 유리한 변론이나 증거신청 및 상소권의 정당한 행사 등도 이러한 맥락에서 벗어나지 않는다.

V. 평등권의 침해 여부

1. 다수의견의 논거

다수의견은 미결구금일수 일부산입규정은 다음과 같은 논거에서 평등권을 침해한다고 본다. 즉, 미결구금은 무죄추정의 원칙의 예외적 상태로서 신체의 자유를 중대하게 제한하는 것이므로 구속 피고인은 구속되었다는 점만으로도 이미 불구속 피고인보다 불이익한 처우를 받고 있는 것인데, 나아가 유죄판결 확정시 미결구금일수 중 일부만이 산입된다면 사실상 구금기간이 늘어나게 되어, 불구속 상태에서 유죄판결이 확정되어 자유형을 집행받는 피고인에 비하여 다시 한번 불리한 차별을 받는 결과를 초래한다.

2. 다수의견의 논거에 대한 검토

미결구금일수 일부산입규정은 불구속 피고인에 비하여 구속 피고인을 차별취급하고 있다는 다수의견의 논거의 배후에는 다음과 같은 사고가 깔려있는 것으로 보인다. 즉,

26) 상소이유 여하에 따라서는 매우 난해한 법률적 쟁점이 대상이 되는 경우도 적지 않다. 예컨대, 상소에 의해 다투어진 절차법적인 하지는 인정하지만 판결이 그러한 하자에 기초한 것이 아니어서 판결을 그대로 유지하는 경우, 상소에 의해 다투어진 사실관계가 판결문에는 명확하게 나타나 있지 않지만 판결이유로부터 추론해 낼 수 있는 경우, 상소에 의해 다투어진 모순점이 판결문에 표면적으로는 나타나 있지만 그 밖의 판결내용으로 미루어 볼 때 해명이 가능한 경우, 사건 자체가 복잡하고 법적으로도 쟁점이 많은 경우 등을 들 수 있다. 이에 대해 자세히는 Börker, Die Anrechnung weiterer Untersuchungshaft durch das Revisionsgericht, JR 1952, S. 278.

미결구금일수 중 일부만 산입할 수 있는 사유라는 것도 따지고 보면 그 자체로 처벌되지 않는 소송상의 행위에 불과한데, 구속 피고인에게는 그러한 행위를 이유로 일부산입이라는 불이익(처벌)을 줄 수 있는 반면에, 불구속 피고인(공범)에게는 - 설사 그가 아무런 거리낌 없이 그러한 행위를 자행한다고 하여도 - 일부산입이라는 불이익을 줄 수 없다는 사고 말이다. 그러나 이러한 논거는 구속 피고인이 경험한 미결구금은 실질적으로 형을 미리 집행한 것이나 다를 바 없으므로 미결구금을 경험하지 않은 불구속 피고인과의 형평상, 미결구금일수 전부를 본형에 산입하여야 한다는 전제 하에서만 타당하다.

그에 반하여 여기에서 전개한 희생에 대한 보상 및 귀책사유의 사고에 의하면 이와 같은 차별취급은 허용되며, 또 그렇게 해석하는 것이 합리적이다. 즉, 합리적인 차별로서 평등권을 침해한다고 볼 수 없다. 의도적으로 자신에 대한 침해를 확대시킨 구속 피고인은 바로 그러한 이유에서 보상을 기대할 수 없다.²⁷⁾ 그에 반하여 불구속 피고인은 아무런 침해도 경험하지 않았기 때문에 보상의 문제도 제기되지 않는다. 예컨대, 갑과 을은 보건당국의 거듭된 경고에도 불구하고 신종 플루의 감염위험성이 높은 지역으로 여행을 갔다 왔는데, 그 후 갑에게만 신종 플루의 증상이 나타나 갑은 치료시설에 격리수용되어 검역을 받은 반면에, 을에게는 그러한 증상이 나타나지 않아 검역을 받지 않았다고 하자. 이러한 경우 갑에 대해서만 그의 귀책사유로 인하여 그에게 보상을 거부해야 할 것인지 아니면 일부만 보상할 것인지 문제가 제기될 것이다. 물론 을도 이와 같은 불이익을 마땅히 받았어야만 했을지라도 말이다.

VI. 결론

이상과 같이 살펴볼 때, 이번 헌법재판소 결정의 다수의견은 미결구금일수 일부산입 규정의 입법취지는 다수의견이 생각했던 것과는 다른 관점에 의해서 정당화될 수 있다는 점을 간과하였다. 물론 이것이 다수의견이 제시한 논거는 논리적 일관성을 결하고 있다는 것을 의미하지는 않는다. 그러나 다수의견의 논거의 기본전제에 대해서는 적어도 ‘법리상’ 논란의 여지가 있다. 즉, 미결구금일수 본형산입과 관련하여 미결구금은

27) Dencker, 주11의 논문, 628면.

실질적으로 선취된 형의 집행과 다를 바 없으며, 따라서 마치 선취된 형의 집행인 것처럼 취급할 수 있다는 전제 말이다. 그러한 기본전제를 전면적으로 인정하고 예외 없는 절대적인 전부산입을 규정할 것인지 아니면 여기에서 전개한 사고와 같이 예외적인 경우에 한하여 전부산입을 제한할 것인지는 기본적으로 입법자가 결정할 사안이다. 입법자가 후자의 입장을 취하였다고 해서 법리상 위헌이라고 단정할 수 있는 사안은 아니라고 본다.

다른 한편 ‘법정책적’ 측면에서 보면, 이번 헌법재판소 결정의 결론 그 자체는 쌍수를 들어 환영할만하다. 무엇보다도 미결구금일수 일부산입에 관한 현행법규정과 우리나라의 실무운영의 실태에 비추어 볼 때 그러하다. 형법 제57조 제1항은 미결구금일수의 일부만 산입할 수 있는 사유에 관하여 아무런 규정도 하지 아니한 채 법관의 자유재량에 맡기고 있으므로 잘못된 실무관행이 만연할 수 있는 단초를 제공하였을 뿐만 아니라, 죄형법정주의 및 명확성의 원칙에 위배되는 것인지 논란의 소지도 있다²⁸⁾. 이번 헌법재판소의 결정으로 이러한 문제는 일거에 해결되었다. 그 이외에도 이번 헌법재판소 결정은 미결구금일수의 본형산입에 있어서 재량통산 또는 법정통산을 구별하지 않고 전부산입하는 방향으로 일원화함으로써, 그동안 지적되어 왔던 미결구금일수 본형산입규정의 복잡성 내지 후진성²⁹⁾을 해소하였다. 말썽 많았던 소송촉진 등에 관한 특례법 제24조도 자동적으로 용도폐기되었다. 나아가 이번 헌법재판소 결정은 예외적으로 미결구금일수 중 일부만 산입할 수 있는 사유를 입증하는 어려움을 구속 피고인에게 유리한 방향으로 해결하는 쾌거를 이루었다. 미결구금일수 일부산입규정이 위헌은 아니라고 하더라도 예외적으로 미결구금일수 중 일부만 산입할 수 있는 사유를 정확하게 해석하고 입증하는 것은 사실상 매우 어려운 일이 아닐 수 없다. 무엇보다도 실무에서 구속 피고인의 소송지연 내지 산입의 의도를 입증하기가 용이하지 않다. 게다가 미결구금이 사실상 행형에 못지않게 미결구금 수용자에게 고통을 준다는 점을 감안하면, 구속 피고인이 과연 미결구금의 프리미엄을 노리고 구속을 야기 또는 연장하려고 하는지 납득하기 어려울 수 있다. 이와 같은 해석 내지 입증상의 어려움이 이번 헌법재판소 결정 한 방향으로 깨끗이 해결되었다.

28) 이를 긍정하는 입장으로는 현재결, 2009.6.26, 2007헌바 25, 재판관 조대현의 보충의견.

29) 이러한 지적으로는 심희기, 미결구금일수의 법정통산에 관한 형사소송법 제482조 제1항의 헌법불합치 결정, 고시연구, 2000/11, 213면 이하.

결론적으로 이번 헌법재판소 결정은 그 결론 자체는 법정책적으로 바람직하나, 그러한 결론을 뒷받침하는 논거는 법리상 문제가 있는 것으로 판단된다.³⁰⁾ 필자로서는 구속된 피고인의 인권보호라는 상위목적 내지 헌법정신을 너무 의식한 나머지,³¹⁾ 법리적으로 다소 무리하게 이론을 전개한 것이 아닌가 하는 인상을 지울 수 없다. 그러나 이번 헌법재판소 결정은 적어도 현행 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부”부분은 입법론적으로 재고할 여지가 있다는 점을 분명하게 일깨워 주었다고 본다.

30) 필자의 이러한 결론에 대해 단순히 법리적인 측면과 법정책적인 측면의 평가가 상반된다는 이유에서 모순이라고 오해할 수도 있으나, 법이론적 측면과 법정책적 측면은 서로 차원을 달리하는 것이므로 동일한 대상에 대하여 상반된 평가가 얼마든지 나올 수 있다는 점을 밝혀둔다.

31) 필자의 추측으로는 다수설의 기본전제인 선취된 형의 집행의 사고는 바로 이와 같은 헌법정신에서 연유한 것이 아닌가 싶다.

참고문헌

- 김용준, 기·미결수용자의 처우상 구별, 교정 278, 1999/6, 법무부
- 송희진, 일부상소에 있어서 상소심의 심판범위와 미결구금일수의 법정통산 여부, 연세대학교 법학연구, 제12권 제2호, 2002
- 신동운, 형사소송법 제4판, 2007,
- 심희기, 미결구금일수의 법정통산에 관한 형사소송법 제482조 제1항의 헌법불합치결정, 고시연구, 2000/11
- Ackermann, Zur Anrechnung der Untersuchungshaft, NJW 1950
- Börker, Die Anrechnung weiterer Untersuchungshaft durch das Revisionsgericht, JR 1952
- Dencker, Die Anrechnung der Untersuchungshaft, MDR 1971
- Dreher, Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des §60 StGB, MDR 1970
- Wahle, Zur Anrechnung weiterer Untersuchungshaft, NJW 1965
- Württemberg, Die Anrechnung der Untersuchungshaft, JZ 1952

Kritische Revision der Verfassungsgerichtsentscheidung zum § 57, I des StGB

Cho, Sung-Yong^{*}

Nach der herrschenden Meinung kommt der Untersuchungshaft eine Bedeutung zu, welche aufgrund der Unschuldsvermutung gerade ausgeschlossen sein sollte. Mit einer Art Philosophie des “Als ob” wird im Grunde Inkommensurables scheinbar kommensurabel gemacht, erlittene Untersuchungshaft verbüßter Strafe gleichgesetzt. Aus dem Gedanken der vorweggenommenen Strafe ergibt sich, daß derjenige, der verurteilt wird, durch Anrechnung des Übels auf die Strafe entschädigt wird. Für Ausnahme ist da kein Platz. So führt §57, I StGB zu einer zusätzlichen Strafe für den Verurteilten.

Aber diese Hypothese von der vorweggenommenen Strafe läßt sich nicht halten. Denn die Untersuchungshaft hat nicht nur formell, sondern auch ihrem inneren Gehalt nach nichts mit Strafe zu tun, darf ja nichts mit ihr zu tun. Wenn das Gesetz dennoch erlittene Untersuchungshaft verbüßter Strafe gleichstellt, so ist das eine Fiktion, die systemwidrig und gegenüber den Funktionen, welche die Strafe haben soll, bedenklich erscheint. Aus der Tatsache, daß die Untersuchungshaft regelmäßig auch dann anzurechnen ist, wenn sie sich auf eine ganze andere Tat bezog als auf die, die zur Verurteilung führte, läßt sich ferner ablesen, daß hinter der Anrechnung ein anderer Gedanke stecken muß als der einer nachträglich vorweggenommenen Strafe.

Vielmehr geht es in Wirklichkeit um den nachträglichen Ausgleich des im Interesse der Strafrechtspflege auferlegten Übels. Dem Prinzip der Anrechnung der Untersuchungshaft zugrunde liegt damit der Gedanke der Aufopferung, d.h. der allgemeinen Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Eingriffe in

* Associate Professor, College of Law, Dankook University

Rechtsgüter des einzelnen. §57, I StGB ist eine spezialgesetzliche Ausformung der allgemeinen Entschädigungspflicht des Staates. Akzeptiert man diesen Grundgedanken der Anrechnung, so läßt sich aus dessen Grenzen auch die ratio der Nicht- oder Teilanrechnung ermitteln, modifiziert freilich wiederum durch spezielle prozessuale Erwägungen. Der Aufopferungsanspruch wird allgemein begrenzt durch den Gedanken des sog. Mitverschulden. Er ergibt also zunächst die Grundthese, daß die Anrechnung teilweise oder ganz versagt werden kann, wenn die Untersuchungshaft(-verlängerung) vom Verurteilten schuldhaft verursacht wurde. Dieser aus allgemeinen Aufopferungsgrundsätzen folgende Satz ist nun freilich durch spezielle prozessuale Erwägungen erheblich einzuschränken.

Der rechtspolitischen Forderung nach Einführung der obligatorischen Anrechnung ist im Ergebnis zuzustimmen. So ist angesichts der Tatsache, daß die in der Regel in Einzelhaft vollzogene Untersuchungshaft wohl mindestens eine ebenso schwere Belastung des von ihr Betroffenen darstellt wie die im ordentlichen Strafvollzug zu verbüßende Haft schlicht nicht einzusehen, warum ein Beschuldigter die Untersuchungshaft der Strafhaft vorzieht bzw. zu deren Vermeidung oder Verkürzung, die Untersuchungshaft herbeiführen oder verlängern sollte. Für eine ausnahmslose Anrechnung spricht ferner, daß sich die diesbezüglich geforderte Absicht des Beschuldigten sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht in der Praxis nur sehr schwer nachweisen lassen dürfte.

❖ Key words : Untersuchungshaft, Dauer der Untersuchungshaft, Teilanrechnung, Unschuldsvermutung, Aufopferung