

## 구속제도의 이론과 실제

변 중 필\*

### 국 | 문 | 요 | 약

이 논문에서는 2007년 대폭 개정된 바 있는 형사소송법의 내용 중에서 구속제도와 관련된 이론적 논의현황 및 실무상의 운용실태에 관한 대강을 짚어보고 이를 비판적으로 검토함과 동시에 바람직한 제도개선의 방향과 방안에 관해 살펴보았다. 그 주된 사항을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 그 동안 실무상의 구속기준으로 작용해 온 실형기준원칙은 실무자들 사이에서도 전적인 지지를 받고 있지 못할뿐더러 무죄추정원칙이나 구속의 본래적 목적 및 취지에도 반하므로 향후 구속실무에서 그 적용을 배제하는 것이 바람직하다고 본다. 둘째, 구속사유로서의 범죄혐의의 상당성과 관련해서는 서로 다른 방식의 이해와 접근이 가능함을 고려할 때 법체계성의 측면에서 일관성만 유지할 수 있다면 체포사유로서의 범죄혐의의 상당성과 그 개연성 정도를 구분하지는 관정도 수용할 수 있다고 본다. 셋째, 구속사유심사시 고려사항으로서 신설된 범죄의 중대성 요소는 현행법상 구속사유로 볼 수는 없지만, 입법론적 측면에서 구속사유의 하나로 규정할 수 있는 가능성이 애당초 배제되어 있지는 않다고 본다. 다만, 재범의 위험성 요소와 피해자에 대한 위해 우려 요소는 구속의 본래적 목적과 취지에 비추어 볼 때 이들을 독자적인 구속사유로 정하는 것은 타당하지 않다. 넷째, 영장항고제는 갈등해소가능성, 사법형식성 내지 절차적 정당성 및 예상효과 등에 비추어 볼 때 중장기적으로 입법론적 도입을 검토하는 것이 바람직하다고 본다. 만일 단기적 해결책을 지향한다면, 입법론적 도입은 별론으로 하더라도, 영장결정에 대한 구체적 이유를 명시하도록 의무화하는 개선책이 필요하다고 본다. 다섯째, 구속 전 피의자심문제도와 관련해서는 법 제201조의2 제2항 및 제7항을 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 여섯째, 구속적부심제도와 관련해서는 피고인에게도 적부심청구권을 인정해야 할 것이며, 법 제214조의2 제13항을 개정함과 동시에 법원의 적부심청구각결정에 대해서는 구체적인 이유를 명시하도록 의무화하는 것이 필요하다고 본다.

❖ 주제어 : 실형기준원칙, 구속사유심사시 고려사항, 영장항고제, 구속전 피의자심문, 구속적부심

\* 동국대학교 법과대학 교수

## I. 머리말

사법제도 개혁의 일환으로 지난 2007년 대폭 개정된 형사소송법(법 8496호, 2007.6.1. 공포, 2008.1.1.시행)은 인신구속 부분에서도 여러 가지 변화를 꾀하였다. 법원의 구속사유심사에 있어 범죄의 중대성, 재범의 위험성 등을 고려사항으로 규정하는가 하면, 상소심에서 피고인의 법정구속기간을 3차에 한해 갱신할 수 있도록 기간제한을 완화하는 조치를 취했으며, 보석조건을 다양화하였고, 긴급체포제도와 관련하여 간접적 통제방안으로 사후통지제도를 신설하였으며, 그 밖에 체포·구속적 부심제도 및 긴급압수수색제도를 개선하는 등의 조치를 취하였다.

이 가운데서 구속<sup>1)</sup>과 관련된 개정내용의 대강은 다음과 같다. 먼저, 피고인 구속 관련 개정내용으로는 구속사유심사시 고려사항의 추가(제70조 제2항), 구인 후의 유치에 관한 근거규정의 마련(제71조의2), 구속집행시 구속이유 등 고지에 관한 규정 중 단서 추가(제72조), 구속영장 집행절차의 개선(제81조), 피고인 구속기간의 갱신(제92조) 등을 꼽을 수 있다. 다음으로, 피의자 구속 관련 개정내용으로는 불구속수사원칙의 천명(제198조 제1항), 피의자 구속시 피고인 구속사유심사시의 고려사항 준용(제209조, 제70조 제2항), 피의자 구속시 체포단계에서의 미란다원칙 준용(제209조, 제200조의5), 구속 전 피의자신문 규정의 변경(제201조의2 제1항, 제2항, 제6항, 제10항), 재구속의 제한 규정의 손질(제214조의3) 등을 꼽을 수 있다.

아래에서는 구속과 관련된 이상의 개정 내용 중 쟁점사항에 관한 이론적 논의현황 및 실무상의 운용실태에 관한 대강을 짚어보고 이를 비판적으로 검토해 봄과 동시에 바람직한 제도 개선의 방향과 방안에 관해 살펴보기로 한다. 이하의 서술에서

1) 석방 관련해서는 특히 보석제도의 전면적 개정을 꼽을 수 있는데, 보석청구권자의 범위확대(제94조), 보석취소결정과 검사의 의견표명 규정 변경(제97조 제1항, 제3항), 보석조건 다양화(제98조), 보석조건 결정시 고려사항의 추가(제99조 제1항), 보석허가결정의 집행절차 변경(제100조 제1항, 제5항), 출석보증인에 대한 과태료 부과(제100조의2), 보석조건의 변경·취소 및 보석조건 위반시 과태료 부과(제102조), 보증금의 몰취(제103조), 보증금의 환부(제104조), 보석조건의 효력 상실 규정 추가(법 제104조의2) 등이 그것이다. 피의자 석방 관련 개정내용으로는 적부심사청구대상의 확대(제214조의2 제1항), 체포·구속적부심사청구 고지절차의 변경(제214조의2 제2항), 법원의 적부심사기한의 제한(제214조의2 제3항), 적부심사 조서작성의 의무화(제214조의2 제14항) 등을 꼽을 수 있다. 하지만 논의내용의 광범위성으로 인해 석방 관련 부분은 원칙상 생략하기로 한다.

는 구속 일반, 구속 전 피의자심문제도, 구속적부심제도로 나누어 언급하되, 특히 불구속수사원칙의 실현 정도, 구속사유 및 그 심사시 고려요소에 관한 논란, 구속영장발부기준의 문제, 구속 전 피의자심문제도의 순기능과 역기능, 구속적부심제도의 문제점 등에 주목하여 다루고자 한다.

## II. 구속 일반

여기서는 구속사유 및 구속사유심사시 고려사항, 구속영장발부기준, 불구속수사원칙 등을 다루고자 한다. 구속사유 및 그 심사와 관련하여 논란이 되고 있는 사항으로는 구속사유와 체포사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’ 정도, 구속사유심사시 고려사항의 의의와 성격, 구속사유의 객관화 문제 등을 들 수 있다. 이들 사항은 해석론적 측면뿐만 아니라 입법론적 차원에서도 문제가 되고 있는 쟁점들이다.

### 1. 이론적 논의현황

#### (1) 구속사유와 체포사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’ 2)

크게 동일설과 구별설이 대립하고 있는 실정이다. 전자는 양자의 경우에 요구되는 범죄혐의의 정도를 동일하게 보는 견해이다.<sup>3)</sup> 합리적인 평균인을 기준으로 하여 무죄의 추정을 깨뜨릴 수 있을 정도로 범죄를 범하였을 고도의 개연성이 있을 것을 요구한다. 형사소송법 제200조의2 제1항과 제201조 제1항에서 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유”라고 동일하게 규정되어 있음을 주된 근거로 삼는다(문리해석의 중시). 후자는 체포영장을 발부하기 위한 범죄혐의의 정도는 구속영장 발부의 경우보다 약한 정도의 혐의로 족하다는 견해이다.<sup>4)</sup> 체포는 구속의 전

2) 상세하게는 김재근, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 대구대학교 박사학위논문, 2007, 175-176쪽 참조

3) 다수설. 신동운, 신형사소송법, 2009, 210, 230쪽; 이재상, 신형사소송법[제2판], 2008, 234, 247쪽; 배종대·이상돈, 형사소송법[제7판], 홍문사, 2006, 241쪽

단계인 수사초기의 단계에서 이루어지는 것으로 그 효력기간이 48시간에 불과하다는 점, 구속의 경우에는 구속영장 청구시에 피의자신문 등 더욱 엄격한 사법심사가 이루어진다는 점, 체포시에도 구속시와 같은 정도의 소명을 요구하면 체포를 구속과 같이 취급하는 것이어서 체포제도를 별도로 둔 입법취지에 반한다는 점 등을 그 논거로 든다.

## (2) 구속사유심사시 고려사항

개정 형사소송법상 구속사유 심사시 고려사항으로 규정된(제70조 제2항) 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해 우려 등은 독립된 구속사유가 아니라 구속사유를 심사함에 있어 고려해야 할 사정에 불과하다. 따라서 가령 주거부정, 증거인멸 내지 도망의 염려 등 구속사유가 없는 경우에는 이들 요소만을 근거로 구속할 수 없다.

이와 관련해서는 특히 사안의 중대성 등을 구속사유로 규정할 것인가의 문제가 주된 논란이 되고 있는데, 이에 관해서는 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 긍정설은 일정한 요건 하에 구속사유로 규정하는 것이 필요하다는 견해이다.<sup>5)</sup> 부정설은 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해 우려 등을 구속사유로 규정하는 것은 구속의 본질에 반하며, 더욱이 현실로 발생하지 않은 장래의 전망적 판단만으로 피해자를 구속하는 것은 인권보장에 역행한다고 한다.<sup>6)</sup> 특히 ‘재범의 위험성’의 경우 이를 구속사유로 규정하고 있는 법제에서는 구속이 형사절차의 확보라는 목적 외에 예방구금의 성질을 가지지만, 무죄추정의 원칙상 구속이 사전형벌로서의 성격을 가질 수는 없다고 주장한다.<sup>7)</sup>

4) 소수설. 임동규, 형사소송법[제6판], 법문사, 2009, 174쪽; 정용석·백승민, 형사소송법, 2008, 508쪽

5) 김대휘, 구속제도의 개선방안, 사법행정(1992.3), 사법행정학회, 55쪽; 하태훈, 인권보장을 위한 수사상의 인신구속제도의 개선방안, 안암법학 제3집, 1995, 366쪽 이하

6) 김재곤, 앞의 논문, 218쪽 참조

7) 이재상, 앞의 책, 245-246쪽

## 2. 실제

### (1) 구속제도 운용실태의 변화

구속제도의 운용실태는 구속 전 피의자심문제도(영장실질심사제도)가 시행된 1997년을 전후하여 획기적인 변화를 맞았다. 이 제도가 시행되기 전의 오랜 기간 동안에는 구속이 사실상의 처벌로 간주되어 범죄에 대한 응보 또는 일반예방의 목적을 달성하기 위한 수단으로 활용되어 온 측면이 적지 않았다. 그 결과 구속영장을 심사할 때에도 형사소송법에 정한 구속사유보다는 사안의 경중, 피해자와의 합의, 구금을 통한 징벌효과 등 본안에 관한 사항을 주된 판단의 기초로 삼아 형식적 서류 심사를 통하여 피의자를 일단 구속하였다가, 피해자와 합의를 하거나 일정 기간의 구금을 통하여 징벌적 효과를 달성한 이후에 신병을 석방하는 방식으로 운용되어 왔다.<sup>8)</sup> 이후 이러한 관행을 개선해야 한다는 인식이 높아지는 과정에서 1995년 제8차 형사소송법 개정으로 이 제도가 도입되어 1997년 1월 1일자로 시행된 이후부터 종래의 그릇된 관행을 탈피하고 법률상의 구속사유를 중심으로 영장심사를 하면서 구속영장실무에 일대 혁신이 일게 되었다. 이런 점에서 이 제도는 과거의 그릇된 관행을 개선하고 피의자의 인권을 신장하는 획기적인 전기를 마련하였다.<sup>9)</sup>

다른 한편, 이러한 영장심사방식의 변화는 과거의 관행과 충돌을 겪으면서 법관은 물론 수사기관에도 큰 혼란을 가져왔고, 이로써 법원과 검찰 간에 지속적인 갈등을 양산하는 계기가 되었다. 검찰 측에서는 구속에 대한 통일적인 객관적 기준이 필요함을 전제로, 지나치게 추상적인 현행 형사소송법의 구속요건을 구체화할 필요가 있다고 하면서 현행 세 가지 구속요건(주거부정, 도망 또는 도망의 우려, 증거인멸의 우려) 외에 중대범죄나 재범 내지 보복범죄의 우려 등을 새로운 구속요건으로 추가해야 한다고 주장해 왔다. 반면, 법원 측은 실무상 범죄의 중대성과 보복범죄의 우려 등을 구속 여부 심사에 고려하고 있다고 반박하면서 굳이 구속요건으로 설정할 필요는 없다는 입장을 취해 왔다. 이러한 갈등양상에 대한 일종의 절충적 해결책으로 2007년 개정 형사소송법은 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한

8) 법원행정처, 법원실무제요: 형사[ I ], 2008, 275쪽; 사법연수원, 형사소송절차실무, 2009, 131쪽

9) 법원실무제요: 형사[ I ], 276쪽

위해 우려 등을 구속 여부 심사시 고려사항으로 신설하였다. 그러나 영장재판을 둘러싼 법원검찰 사이의 갈등은 법개정 이후에도 여전히 해소되지 않고 있으며, 그러한 갈등이 때로는 정제된 법리논쟁이나 피의자피고인의 인권보호에 초점을 둔 것이라기보다는 기관 간의 힘겨루기 내지 주도권 쟁취의 양상으로 비치고 있어 형사사법에 대한 국민의 불신을 심화시키고 있는 실정이다.<sup>10)</sup>

## (2) 실무상의 구속이해와 실행기준원칙의 의의

현재의 실무상 구속에 관해서는 크게 세 가지 해석 내지 경향이 존재하고 있다고 한다.<sup>11)</sup> 첫째는 형사정책적 접근론으로서 구속을 형사정책 실현의 수단, 즉 형벌집행의 일환으로 적극 활용하자는 입장이다. 둘째는 실체적 접근론으로서 사안의 경중에 따라 구속 여부를 판단하자는 입장이다. 이 입장에서는 실행사안의 피의자는 구속하고 비실행사안의 피의자는 불구속할 것을 주장한다(이른바 ‘실행기준원칙’ 역시 이와 궤를 같이 한다). 그리고 셋째는 절차적 접근론으로서 구속 여부의 판단에 형사정책적 고려나 사안의 경중 등의 요소를 배제하고 도망 혹은 증거인멸 등으로지 절차확보의 필요성에 따라 구속 여부를 결정할 것을 주장하는 입장이다. 이들 각각의 접근방법은 체계적으로 볼 때 비교적 수미일관하여 통일적 기준의 제시라는 요구에는 부합하지만, 실제로 이와 같은 원형적 구속기준을 고수하는 실무가는 비교적 드물고, 대부분의 실무가는 이들 각각의 요소가 조금씩 가미된 혼합형 구속관을 견지하고 있으며, 현실적으로는 실체적 접근론 내지 이에 근접한 구속관이 다수 실무가의 지지를 받고 있다고 한다.<sup>12)</sup> 그런데 이러한 실체적 접근론을 해석론적으로 뒷받침해 주는 것이 이른바 규범적 도주론, 즉 실행선고가 예상되는 피의

10) 이에 대해, 2007년 6월 1일 형사소송법 개정에 따라 불구속수사원칙이 명문화되기까지 하였고(제 198조 제1항), 그에 따라 헌법과 형사소송법이 정한 엄정한 구속사유의 심사로 바람직한 인신구속 관행을 정립하는 방향으로 실무가 운용되고 있다는 지적으로는 사법연수원, 형사소송절차실무, 131쪽 참조

11) 이에 관해서는 서정, 개정 형사소송법과 인신구속제도의 운용방향, 법률신문 제3618호, 2008.1.17. 자, 15쪽

12) 2001년 11월 법조인 대상 설문조사에 의하면, 형사정책적 접근론이 38.0%, 실체적 접근론이 61.6%, 절차적 접근론이 0.4%의 지지를 얻었다고 한다(유해용, 인신구속제도의 운영방식 개선을 위한 제안, 저스티스 제83호 참조).

자는 규범적으로 평가할 때 도망할 염려가 있는 것으로 보아야 한다는 관점이라고 한다.<sup>13)</sup> 이러한 사정을 반영하듯 현재의 실무는 실형이 예상되면 구속하고 그렇지 않으면 불구속하는 것이 합당하다(‘실형기준원칙’)는 인식 하에서 운영되고 있으며, 이것이 구속실무운용의 기본전제이자 실제라고 한다.

그럼에도 불구하고 현재의 실무가 이러한 인식이나 전제에 부합하는 방식으로 운영되고 있는지에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 이러한 의문은 영장기각사건에서의 비실형선고율에 비해 영장발부사건의 실형선고율이 그리 높지 않다는 점에 근거하고 있다.<sup>14)</sup> 그런데 이와 같이 비실형으로 끝나는 사건에서 구속이 지속되고 있는 중요한 원인 중의 하나로 영장재판의 구조적 한계를 꼽고 있다. 피의자에게 법관대면권이 보장되더라도 영장재판의 구조적 불균형<sup>15)</sup>이 완전히 시정되지는 않는다고 한다. 이러한 상황이나 실무운용에 비추어 볼 때 이른바 실형기준원칙이 구속 여부를 결정하는 데 상당한 영향력을 미치고 있음을 엿볼 수 있다.

### (3) 구속사유 및 그 심사 관련 문제상황

#### 1) 구속사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’

실무 자료에 의하면 구속사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’을 체포사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’과 구분하고 있는 것 같다.<sup>16)</sup> 후자의 경우 ‘범죄혐의의 상당성’에 관해서는 이를 특정한 범죄의 존재 및 그 범죄와 특정 피의자를 연결할 수 있는 객

13) 가령, 최근 법률신문의 조사(설문조사)에서 응답 변호사의 71.7%가 ‘사안이 중대하면 도주나 증거인멸의 우려가 높다고 보아야 한다.’고 하여 규범적 도주론에 부합하는 의식을 보여주었다고 한다.

14) 2005년 12월 1일부터 2006년 4월 30일까지 5개월간 대전지법의 영장재판 705건의 본안재판 결과를 추적해 본 결과, 영장기각사건의 실형선고율은 7%로서 약 84%의 사건이 집행유예, 벌금형, 무죄로 종결되었는가 하면, 영장발부사건의 실형선고율은 51%로서 약 42%의 사건이 집행유예, 벌금형, 무죄, 공소기각으로 종결되었다고 한다(서정, 앞의 글 참조). 그런데 피해자와의 합의 등 중간의 사정변경을 고려하더라도 구속사건의 실형선고율 51%는 불구속사건의 비실형선고율 84%와 비교할 때 매우 낮은 수치에 해당한다.

15) 수사기관은 프로인데 피의자는 아마추어라는 점, 영장재판은 수사기관에게는 일상의 업무지만 피의자에게는 대부분 인생의 첫 경험이란 점 등을 들 수 있으며, 자신을 방어할 충분한 시간적·정신적 여유가 없고 피의자의 신분이 낮거나 재력이 부족하면 할수록 이러한 불균형은 더욱 커진다고 한다(서정, 앞의 글).

16) 사법연수원, 형사소송절차실무, 116쪽

관적이고 합리적인 혐의가 존재하는 것을 말한다고 보면서, 아직 수사단계인 점을 고려하면 유죄판결을 할 수 있을 정도라거나 공소를 제기할 수 있는 정도에까지 이를 필요는 없다고 한다. 반면 구속사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’은 유죄판결의 경우처럼 고도의 증명을 요하는 것은 아니지만, 피의자에게 무죄추정의 원칙을 깨뜨릴 수 있을 정도로 충분한 범죄혐의를 일단 수궁할 수 있을 고도의 개연성과 구체적인 소명자료가 존재함을 의미한다고 새기고 있다.<sup>17)</sup> 구속사유로서의 범죄혐의는 체포영장에 의한 체포보다 그 증명의 정도가 한 단계 높을 것을 요구하는데, 그 이유는 구속이 체포보다 장기간 인신을 구속하기 때문이라고 한다.<sup>18)</sup>

## 2) 구속사유심사시 고려의 중점과 예방적 구금

인식구속은 불가피한 경우에 한해 예외적으로 허용되어야 한다는 원칙론에는 이견이 없으나, 구속사유심사와 관련된 실무현실에서는 인식의 차이가 존재하고 있다. 특히 논란이 되고 있는 것은 규범적 평가개념으로 설정된 ‘증거인멸 또는 도망의 염려’와 관련해서다. 검찰 측에서는 법원이 구속 여부 심사시에 범죄의 중대성, 죄질, 재범의 우려, 사회적 위험성 등에 대한 판단을 배제한 채 증거인멸 또는 도망의 염려라는 추상적이고 불분명한 기준에 따라 심사하는 단편적이고 형식적인 자세는 시정되어야 한다고 주장한다.<sup>19)</sup> 증거인멸 또는 도망의 염려를 위주로 구속사유를 심사할 경우 범죄의 중대성이나 죄질과 분리되어 직업, 가족관계, 사회적 유대관계 등 개인적인 사정을 중심으로 구속 여부가 결정되게 되는데, 이럴 경우 사회계층간 구속기준에 편차가 생길 우려가 있다고 한다. 이는 평등이나 형평성, 이로써 일반 국민의 정의감정에 배치된다는 항변으로 보인다.

이에 대해 법원 측은 구속의 목적을 정확히 함으로써 구속사유에 대한 판단을 엄격하게 하고자 하는 입장으로 비친다. 구속의 목적은 형사절차의 실행 및 이후의

17) 법원실무제요: 형사[ I ], 311쪽

18) 사법연수원, 앞의 책, 127쪽, 그런데 이러한 개념이해에는 다소간의 불명확성이 깃들어 있는 것 같다. 두 경우 모두에 있어 동일한 정도의 범죄혐의가 있을 것을 요구하면서 다만 절차진행의 단계에 따라 그 소명의 정도만 달리 하고 있는 것인지, 아니면 소명의 정도를 달리 요구하고 있는 만큼 요구되는 범죄혐의의 정도도 다르게 보고 있는 것인지 여부가 다소 분명치 않다.

19) 정동기, 구속영장실질심사제의 문제점, 국회보 통권 제365호, 국회사무처, 1997, 117쪽

형집행을 확보하려는 데 있으므로<sup>20)</sup> 구속을 통해 절차확보 이외의 다른 목적을 추구하는 것은 원칙상 허용되지 않는다고 한다. 구속은 형벌이 아니므로 실체법이 추구하여야 할 법익보호의 기능을 구속을 통해 달성하려는 것은 허용되지 않는다는 것이다. 형벌의 선취, 단기자유형으로서의 고려, 위기 조정 및 특별 예방적 고려, 자백획득의 수단, 여론의 압력 등은 이른바 ‘위장된 구속사유’일 뿐이며, 증거인멸 또는 도망의 염려 등 법이 정한 구속의 목적 이외의 다른 목적으로 구속을 활용하는 것은 제도의 오용이자 남용으로서 그 자체 위법하다고 한다.<sup>21)</sup>

### 3) 구속사유심사시 고려요소의 비중

개정 형사소송법은 법원이 구속사유를 심사함에 있어 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해 우려 등을 고려하도록 규정하였다(제70조 제2항). 종래 실무상으로 구속 여부를 판단할 때 이러한 요소들이 고려되어 왔으나 법적으로 이를 정당화해 줄 근거규정이 없었는데 개정 형사소송법이 이를 명문화한 것이다.<sup>22)</sup> 그런데 실무상 이 규정의 의미에 대해 이견이 있는 것 같다. 일각에서는 지금까지의 실무관행을 형사소송법에 반영함으로써 선진 각국에서 인정하는 ‘예방적 구금’과 유사한 개념을 도입한 것이라고 해석하는 입장이 있다.<sup>23)</sup> 이에 반해 이 규정은 형사소송법 제70조 제1항의 구속사유를 심사할 때 참작해야 할 고려사항에 불과하며, 그 자체로 구속사유를 규정한 것은 아니라는 관점이 지배적이다.<sup>24)</sup>

이러한 개정법규의 취지 및 그에 대한 해석론적 논의에서 한 걸음 더 나아가 범죄의 중대성 등을 구속사유로 하자는 주장이 있다. 가령 범죄의 중대성을 구속사유로 추가하자는 취지는 현행법이 구속의 본질과 국민의 법감정 및 실무상의 관행에

20) 형사소송절차의 실효성(적정한 사실조사 및 소송절차에의 출석)과 그 후의 형벌의 집행을 담보하기 위한 것이므로, 이러한 목적 이외의 다른 목적을 추구하는 것은 허용되지 않는다(법원실무제요: 형사[1], 275쪽).

21) 황정근, 인신구속과 인권, 법영사, 2001, 10-11쪽

22) 이와 같이 개정법상 ‘고려요소’를 추가로 규정한 것은, 기본적으로 규범적 도주론과 같이 비교적 설득력이 약한 논거에 의지하여 운용되고 있는 현재의 영장실무를 입법을 통해 추인한 데 그 의의가 있다고 보는 견해로는 서정, 앞의 글 참조

23) 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 38쪽

24) 신동운, 앞의 책, 829쪽

맞지 않으므로 현실에 맞게 규정하자는 데 있는 것 같다. 그 근거로는, 실무관행상 사안경미를 이유로 구속영장을 기각하는 경우가 많다는 점, 법 제201조 단서에 의하면 경미범죄-다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄의 경우에는 일정한 주기가 없는 때에 한해 구속할 수 있도록 함으로써 원칙상 경미범죄에 대해서는 구속을 금지하고 있다는 점, 이는 중대범죄인지 또는 경미범죄인지 여부를 구속 여부 결정의 기준으로 삼고 있는 것이어서 범죄의 중대성을 구속사유로 하더라도 전혀 새로운 것이 없다는 점, 중대범죄를 구속사유로 하면 수사 초기에 이를 신속히 진압함으로써 범죄투쟁을 위해서도 효과적이라는 점 등을 꼽고 있다. 이러한 주장에 대해서는, 증거인멸 또는 도망의 염려가 없음에도 중대범죄라는 이유만으로 무조건 구속하는 것은 구속을 수단으로 범죄와의 투쟁 및 법질서보호라는 일반 예방적 효과를 지향하는 것으로서 무죄추정의 원칙에 반한다는 등의 비판이 제기되고 있다.

이러한 형태의 논의는 ‘재범의 위험성’ 및 ‘피해자 등에 대한 위해 우려’ 요소에 대해서도 그대로 재현되고 있다. 먼저, 재범의 위험성 등으로부터 일반 사회인의 보호 및 범죄투쟁의 효율성이라는 관점에 기초하여 찬성하는 입장이 있다. 반면 무죄추정원칙에 반한다는 점, 즉 재범이라는 것은 일단 범죄인으로 확정된 다음 사후적으로 판단될 수 있는 개념임에도 불구하고 무죄추정원칙의 적용을 받는 피의자에 대해 재범의 위험성을 판단하는 것은 논리적 모순이라는 점,<sup>25)</sup> 재범의 위험성 등에 대한 예측적인 개연성판단만으로 피의자를 구속하는 것은 장래의 범죄로부터 일반인을 보호하기 위한 예방적 고려에 기초한 처사로서 구속의 본래적 목적이나 취지에 반하며, 이로써 법치국가원리에 반한다는 점 등을 들어 반대하는 입장이 있다.

#### 4) 구속 관련 실무지침 비교

구속영장발부 및 구속수사와 관련한 실무지침으로는 대법원예규<sup>26)</sup>와 대검예규<sup>27)</sup>이 있다. 그런데 이들 지침에 나타나 있는 그 기본방향에서는 양자의 차이를 확인하

25) 김재곤, 앞의 논문, 279쪽

26) 「인신구속사무의 처리에 관한 예규」(재형 2003-4, 재판예규 제1239호)

27) 「검찰의 구속수사 기준」(대검예규 기획 제400호, 2006.6.12.)

기 어렵다(기본방향의 동일성). 전자에서는 무죄추정원칙과 불구속재판 및 불구속 수사 원칙을 핵심원리로 규정하고 있는가 하면, 후자에서도 불구속수사원칙과 비례성원칙 등 법치국가헌법의 원리를 수사의 기본원칙으로 삼고 있기 때문이다.

반면 구속사유 판단시 고려해야 할 사항이나 요소들의 범위 및 종류에 있어서는 현저한 차이를 보이고 있다(고려요소들과 그 규정형태의 차이). 대법원예규에서는 도망 또는 증거인멸의 염려를 판단함에 있어 고려해야 할 요소들을 최소한의 범위에서 열거제시하고 있는 반면, 대검예규에서는 지나치리만큼 폭넓게 또 세세하게 열거제시하는 형태를 취하고 있다. 물론 이러한 차이가 심판기관과 수사기관이라는 기관의 성격차이에서 비롯되는 것으로 보이기도 하지만, 영장재판을 둘러싸고 전개되어 온 법원과 검찰 사이의 오랜 갈등양상이 암암리에 영향을 미친 것으로 짐작된다. 특히 대검예규의 경우 사안의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해우려 등을 구속수사의 일반적 기준뿐만 아니라 대부분의 범죄유형별 기준에도 적용하고 있음을 볼 때 수사실무에서 이 요소들이 갖는 비중이 어떠한을 충분히 가늠해 볼 수 있을 것 같다.

이러한 규율상태 하에서 구속영장발부 및 구속수사의 기준에 관한 합일점을 찾는 것은 쉽지 않아 보인다(점점의 부재). 지향하는 방향이나 중시하는 일반적 원칙들은 동일함에도 구체적인 영장사건에 대한 판단과 관련해서는 법원과 검찰이 현격한 대립양상을 보이고 있기 때문이다. 다만 한 가지 점, 즉 양 기관 모두 판단시의 고려사항과 관련된 합리적인 근거제시의 직접적 또는 간접적 요청으로부터는 벗어나 있지 않다는 점만은 똑같이 염두에 두어야 할 사항인 것 같다.

#### (4) 영장발부기준의 모호성 문제

현행법상의 구속사유에 기초하여 구속 여부를 판단하는 기준, 즉 구속영장발부기준이 모호하다는 지적이 적지 않다. 현재의 구속 전 피의자심문(영장실질심사)이 가장 많은 비판을 받는 이유 중 하나는 바로 구속기준의 모호성이다. 최근 몇 년간의 체포·구속영장사건 처리현황에 의하면,<sup>28)</sup> 2007년과 2008년의 구속영장발부율은

28) 법원행정처, 사법연감, 2005-2009 참조

80% 아래로 떨어져 종래에 비해 영장기각률이 상대적으로 높아지고 있음을 알 수 있다(<표 1>). 통계수치만으로는 그 원인이 무엇인지 정확히 진단할 수 없으나, 개정법 시행 이후 구속영장에 대한 법원의 심사가 상대적으로 엄격하게 진행되고 있는 것이 아닌가 하는 조심스러운 추정을 가능케 해주는 부분으로 보인다. 또한 체포영장 발부율이나 기각률은 종래에 비해 거의 변동이 없는 것으로 볼 때 법원이 체포영장보다는 구속영장에 대해 더욱 엄격하게 심사를 진행하고 있음을 엿볼 수 있는데, 이는 구속영장재판을 둘러싼 최근의 갈등현상과 무관하지 않은 것으로 짐작된다.

〈표 1〉 체포·구속영장사건의 연도별 처리현황(전심급)<sup>29)</sup>

연도 및 종류	구분	청구인원	발부인원	기각인원	발부율	기각율	직권발부
	08	합계	138,155	123,238	14,868	89.2	10.8
	구속영장	56,845	42,903	13,852	75.5	24.4	28,273
	체포영장	81,310	80,345	1,016	98.8	1.2	-
07	합계	142,164	128,380	13,817	90.3	9.7	27,543
	구속영장	59,109	46,274	12,868	78.3	21.7	27,543
	체포영장	83,055	82,106	949	98.9	1.1	-
06	합계	158,712	147,748	10,972	93.1	6.9	22,612
	구속영장	62,160	51,990	10,178	83.6	16.4	22,589
	체포영장	96,552	95,758	794	99.2	0.8	-
05	합계	170,825	160,893	10,061	94.2	5.8	21,217
	구속영장	74,613	65,150	9,592	87.3	12.7	21,211
	체포영장	96,212	95,743	469	99.5	0.5	-
04	합계	212,384	197,056	15,318	92.8	7.2	26,625
	구속영장	100,693	85,916	14,767	85.3	14.7	26,625
	체포영장	111,691	111,140	551	99.5	0.5	-

이러한 연관성 추정은 각급 법원의 영장기각률 차이에 의해서도 뒷받침되고 있

29) 발부율은 수사를 위한 청구인원 대 발부인원의 비율이고, 기각인원에는 일부기각인원이 포함되어 있음(법원행정처, 사법연감, 2008, 68쪽; 2007, 70쪽; 2006, 63쪽; 2005, 61쪽; 2004, 60쪽 참조). 이 표에 나타난 수치는 사법연감에 표시된 그대로이기 때문에(다만, 기각률은 별도로 계산한 것임), 수치상의 불일치 역시 이점을 감안해서 보아야 할 것이다.

다. 가령, 2007년 6월 기준 서울지역의 법원 영장기각률을 보면 큰 차이가 있음을 알 수 있다. 서울고등법원·서울중앙지방법원 국정감사에서 서울중앙지법의 영장기각률은 30.5%인데 반해 서울남부지법은 19.6%, 서부지법은 19.0%에 그친 것으로 밝혀졌다. 이에 대해서는 개별 판사의 재판의 독립성을 전제하더라도, 영장기각률이 들쭉날쭉하여 일관성이 없다는 지적이 있었다.<sup>30)</sup> 영장재판에서 영장기각률이 높아지고 있다는 것은 불구속수사원칙의 구현이라는 측면에서 보면 일면 바람직한 경향이라고 평가할 수도 있을 것이다. 하지만 중요한 문제는 영장발부기준이 불명확하여 법원의 영장재판이 자의적이라는 의심을 받고 있다는 점이다. 영장심사에서 구속영장발부기준이 불명확하여 어느 누구도 구속 여부를 예측할 수 없는 상황에서의 영장기각은 영장재판에 대한 불신을 가중시키는 방향으로 작용할 수밖에 없어 보인다.

### (5) 불구속수사원칙의 실현 정도

주지하다시피 개정 형사소송법은 피의자에 대한 불구속수사원칙을 명문화하였다(제198조 제1항). 이는 헌법상 신체의 자유 보장과 무죄추정원칙에서 비롯되는 당연한 요청을 입법화한 것으로, 수사단계에서의 피의자구속을 절차유지의 목적상 그야말로 불가피한 경우에 한해 예외적으로만 인정해야 한다는 헌법의 정신과 입법자의 의지를 반영한 규정이다. 통계자료에 의하면,<sup>31)</sup> 최근 10년간 수사단계에서의 검찰처리인원 중 구속인원 비율은 점차 줄어들고 있는 추세이다(<표 2>).

<표 2> 검찰처리인원 중 구속인원의 연도별 변동현황(1998년~2007년)<sup>32)</sup>

연도 \ 구분	처리인원	구속인원	구속비율(%)
1998	2,196,565	122,777	5.6

30) 법률신문 2007.10.29.자 참조

31) 법무연수원, 범죄백서, 2008, 186쪽

32) 여기서 구속현황 관련 처리인원 통계수치는 대검찰청 통합사건관리시스템에 의해 산출된 것으로, 대검찰청 통계원표시스템에 의해 산출되는 다른 항목의 처리인원과 차이가 있다(법무연수원, 범죄백서, 2008, 186쪽)고 한다.

연도 \ 구분	처리인원	구속인원	구속비율(%)
1999	2,306,824	105,202	4.6
2000	2,241,635	92,747	4.1
2001	2,321,580	92,209	4.0
2002	2,297,030	86,255	3.8
2003	2,296,945	82,443	3.6
2004	1,791,584	73,113	4.1
2005	1,450,551	50,953	3.5
2006	1,358,789	39,648	2.9
2007	1,442,228	35,202	2.4

구속인원 비율은 <표 2>에서 보는 바와 같이 1998년에는 5.6%에 달하였으나 그 후에는 매년 0.5%에서 1.6%가량 낮아져 2007년에는 2.4%를 나타내고 있다. 이와 같이 구속비율이 낮아진 것은 검찰 등 수사기관이 적법절차 및 엄격한 증거법칙을 준수함과 아울러 불구속수사를 강조하면서 인신구속에 신중을 기한 결과로 분석되고 있다.

### 3. 검토

#### (1) 구속사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’

구속은 피의자 또는 피고인을 비교적 장기간에 걸쳐(피의자: 10일 단위, 피고인: 2월 단위) 구금하는 제도임에 비해 체포는 수사 초기에 단기간에 걸쳐(48시간 억류) 피의자의 신병을 확보하기 위해 도입한 제도이다. 또한 체포이유 역시 구속사유보다 완화되어 있어 피의자에 대한 인지도 구속제도에 비해 상대적으로 간편하게 행할 수 있도록 되어 있다.<sup>33)</sup> 이에 체포요건으로 요구되는 범죄혐의의 상당성을 구속요건으로서의 그것에 비해 완화하는 조치를 긍정적으로 검토해볼 필요가 있다. 이러한 조치가 법이론적 타당성 및 체계성에 반하는 것도 아니라고 본다. 물론 그로 인해 체포가 더 손쉽게 이루어져 인권침해의 우려가 제기되겠지만, 이러한 우려는

33) 이재상, 앞의 책, 233쪽

그 전제로서 통상체포 외에 긴급체포와 현행범체포까지도 헌법상의 영장주의에 의한 통제를 받도록 하는(즉 사후영장을 발부받도록 하는) 방안을 통해 해소될 수 있을 것이다.

최근의 설문조사 결과에 의하면 법조인들은 체포사유 및 구속사유로서 요구되는 범죄혐의의 개연성 정도를 구별해야 한다는 점에 대체로 인식을 같이 하고 있는 것으로 나타났다.<sup>34)</sup> 물론 체포사유로서의 그것과 구별해야 하는 이유에서는 직역(판사검사와 변호사) 간에 대체로 인식의 차이를 보이고 있지만 말이다. 이는 실무상으로는 체포와 구속에서 요구되는 범죄혐의의 정도를 달리 규정할 필요가 있음을 말해주는 것이라 풀이된다.

## (2) 실행기준원칙

이른바 실행기준원칙은 구속에 관한 현행법규 및 그 태도와 어울리지 않는다. 최근의 설문조사 결과에 의하면 이 원칙을 구속영장발부기준으로 삼는 것과 관련하여 평균적으로는 직역종사자(판사검사와 변호사) 간에 인식의 차이가 있지만, 세부적으로는 세 직역종사자 모두 적지 않은 부정적 태도를 취하고 있는 것으로 나타났다.<sup>35)</sup> 이로 볼 때 실행기준원칙을 영장발부의 주된 기준으로 삼는 것에 대해서는 적어도 실무의 인식이 통일되어 있지 않음을 알 수 있다. 이런 점을 고려한다면, 이론적 측면에서 그 타당성을 의심받고 있는 이 원칙이 장래에도 계속해서 실무상 영장발부의 핵심적 기준으로 작용할 수 있을지는 의문스러워 보인다.

## (3) 구속사유심사시 고려사항

### 1) 예방적 구금으로서의 구속

구속을 구속의 본래적 목적 달성 외의 수단으로 활용할 수 있는가?<sup>36)</sup> 현행법이

34) 한국형사정책연구원, 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ): 개정형사소송법에 대한 평가연구, 2009.12, 342-344쪽 참조

35) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ), 340-341쪽 참조

36) 예방적 구금의 인정 여부 및 그 문제점에 관해 자세한 것으로는 조성용, 개정형사소송법상 구속사유심사의 필요적 고려사항의 문제점과 개선방향, 인권과정의, 제386호, 2008; 조성용·신태영, 예방

기초하고 있는 전통적인 구속의 목적에 비추어 보면 구속을, 그 본래의 목적 외의 다른 목적 달성을 위한 수단으로 활용하는 것은 쉽지 않아 보인다. 따라서 형식적 정의의 원칙(평등이념)이나 이와 연계된 국민의 법감정 등을 구속사유심사시의 고려사항 또는 더 나아가 구속사유의 하나로 볼 수 있을 것인지 여부의 문제는 이러한 논의가 가능한 것이라 하더라도 입법론적 영역에 속하는 것이라 하겠다.

## 2) 구속사유심사시 고려사항

구속사유심사시 고려사항으로 신설된 ‘범죄의 중대성 등’ 요소는 현행법상 구속사유로 해석하기는 어려워 보인다. 반면 입법론적 측면에서는 ‘범죄의 중대성 등’을 구속사유의 하나로 규정할 수 있는 가능성이 애당초 배제되어 있지는 않다고 본다. 하지만 이러한 가능성은 ‘범죄의 중대성’ 요소에 국한되는 것일 뿐, ‘재범의 위험성’이나 ‘피해자 등에 대한 위해 우려 등’ 요소에는 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 후자의 요소들은 장래의 불확실한 사정을 예측적으로 고려하는 것으로서 구속의 본래적 목적과 취지에 반하기 때문이다. 최근의 설문조사 결과에 의하면 실무자들은 대체로, 범죄의 중대성과는 달리 재범의 위험성이나 피해자 등에 대한 위해 우려의 요소는 대부분이 이를 구속사유의 하나로 보지 않음은 물론 구속사유심사시 주된 고려요소로도 인정하지 않고 사안에 따라 고려 여부를 선택할 수 있는 요소 정도로 인식하고 있다.<sup>37)</sup> 이는, 재범의 위험성이나 피해자 등에 대한 위해 우려 등은 이를 구속사유로 규정할 필요성이 그다지 크지 않다는 인식을 반영한 것으로 보이며, 이로써 이 요소들을 둘러싼 해석론적 및 입법론적 논의 역시 그다지 큰 의미를 갖지 못하는 것임을 보여주는 셈이다.

또한 장래에 범죄의 중대성 요소를 구속사유의 하나로 규정하더라도 이를 구속사유로 보기 위해 실질적 정의의 이념이나 국민의 법감정 등의 논거에 기대기보다는 범죄의 중대성이 인정되면 도망 또는 증거인멸의 우려가 현저한 경우로 볼 수 있다는 경험칙에 기대는 것이 더 적절하리라 본다.

구속 도입의 정당성 여부와 입법론적 대안, 저스티스 제109호, 한국법학원, 2009 참조

37) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사연구 및 평가(Ⅲ), 344-350쪽 참조

#### (4) 구속사유심사기준의 객관화 내지 공정성 문제

구속사유 판단은 구체적 사실에 기초해야 하며, 법관의 주관적 추측이나 추단에 의존할 수 없음은 물론이다. 하지만 구속사유 판단에는 경험상 특정한 사실적 요소가 결정적인 영향을 미치는 경우도 있을 수 있겠지만, 대부분의 경우 여러 가지 정황적 요소들과 사실을 전체적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다. 가령 형사소송에서 선고될 형량은 도망의 염려를 판단함에 중요한 자료가 된다.<sup>38)</sup> 그렇다면 어떤 요소를 어떻게 반영하느냐에 따라 구속사유, 즉 도망의 염려나 증거인멸의 염려에 대한 판단은 달라질 수 있다. 구속영장 발부 여부를 둘러싸고 법원과 검찰이 대립양상을 보이는 것도 이와 무관하지 않다. 따라서 중요한 것은 구속사유를 판단함에 있어 제반 구체적 요소들이나 사실 및 절차의 진행에 따른 여러 사정들의 변화를 전체적으로 고려하여 판단하되, 그러한 판단이 규범적으로 타당한 것임을 논증하는 것이다.

형사소송법이 구속영장 청구시에 구속의 필요성을 인정할 수 있는 소명자료를 제출하도록 규정하고 있고(제201조 제2항), 영장을 발부하지 않을 경우에는 영장청구서에 그 취지 및 이유를 기재하도록 규정하고 있음은 이러한 점을 반영한 것이라 할 수 있다. 하지만 구속영장 발부결정이나 기각결정에 대해서는 항고나 준항고가 인정되지 않으며,<sup>39)</sup> 상소를 불허하는 결정에 대해서는 이유를 명시하여야 할 의무도 없음을 감안하면, 이 정도만으로는 충분하지 못하다. 이에 대한 근원적인 해결책은 구속영장 발부 여부에 대한 판단에 있어 그러한 판단에 이르게 된 이유를 구체적으로 제시(논증)하도록 의무를 지우는 것이다.<sup>40)</sup>

38) 이재상, 앞의 책, 248쪽 참조. 예컨대 특별히 중형이 선고될 것이 기대되는 경우에는 그 사유만으로도 도망의 염려를 인정할 수 있다고 볼 수 있겠지만, 이 경우에도 경제적 지위나 직업 또는 가족관계 등에 비추어 예외적으로 도망의 염려가 부정될 수도 있다.

39) 大決 2006.12.18, 2006도646: “검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 ‘법원의 결정’에 해당하지 아니하고, 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 되는 ‘재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판’에도 해당하지 아니한다.”

40) 그런데 이것은 영장재판이 결정이나 명령이나 하는 현행법 해석상의 논란과 결부되어 있는 문제이다. 따라서 좀 더 근원적인 해결책을 찾자면 입법론적으로 영장재판에 대한 불복을 인정하는 방안, 즉 영장항고제의 도입을 검토해 볼 수도 있을 것이다.

### (5) 불구속수사원칙의 실현

구속의 본래적 목적이 형사절차 및 형집행의 확보에 있음을 감안하면 이러한 목적 달성을 위해 피의자를 구속하는 것이 능사가 아님은 분명하다. 따라서 수사실무상 수사의 편의를 위해 구속수사에 의존하려는 경향과 시도가 사라지지 않는 한, 불구속수사원칙의 실천적 중요성이 지속적으로 강조되어야 함은 지극히 당연한 일이라 하겠다. 최근의 통계자료와 설문조사 결과에 의하면 불구속수사원칙은 종전에 비해 대체로 더 잘 실천되고 있는 것으로 보인다.<sup>41)</sup> 세 직역종사자 모두 법관의 엄격한 구속사유 판단, 피의자 인권보호에 대한 인식제고, 검사의 신중한 영장청구의 순으로 높은 응답률을 보이고 있어 나름의 의미 있는 합리적 근거들에 의한 변화가 이루어지고 있음을 짐작케 한다.

하지만 이러한 원칙이 실무상 완전히 정착되도록 하기 위해서는 추가적인 제도마련이나 보완책의 병행이 필요해 보인다. 이에 실무적으로 불구속수사를 확대·정착시키기 위해서는 구속 전 피의자심문단계에서 구속의 대체수단을 함께 도입하는 것도 고려해 봄직하다. 즉 보석제도를 영장실질심사와 적절히 연계시켜 운용하는 제도적 장치(이른바 영장보석제도 또는 영장단계 조건부석방제도)를 도입하는 것이다.<sup>42)</sup> 이를 통해 불구속수사원칙을 견지하면서도 피의자의 자발적인 절차참여를 유도하는 효과를 얻을 수 있을 것으로 기대된다.

## Ⅲ. 구속 전 피의자심문제도

### 1. 이론적 논의현황

#### (1) 미체포된 피의자에 대한 구인영장 발부의 타당성 문제

41) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사연구 및 평가(Ⅲ), 334-338쪽 참조

42) 사법개혁위원회의 형사소송법개정안 제201조의2 제6항은 구속영장의 청구를 받은 지방법원 판사는 심문을 거쳐 구속영장을 발부함과 동시에 조건부로 피의자를 석방할 수 있다고 규정하고 있다.

현행법상 구속 전 피의자심문을 위해 체포된 피의자의 경우에는 체포의 효력을 이용하여 피의자를 법원에 인치하면 되지만, 체포되지 아니한 피의자의 경우에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문을 하도록 되어 있으며, 이 경우 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 심문을 생략할 수 있도록 되어 있다(제201조의2 제2항). 그런데 이에 대해서는 입법론상 타당하지 않다는 지적이 제기되고 있다. 구속 전 피의자심문제도는 구속을 제한하고 규제하는 영장주의의 실효성을 확보하기 위한 제도임에도 불구하고 반대로 구속 전 피의자심문을 위해 피의자를 구속하는 것은 그 자체 모순이라는 이유 때문이다. 수사기관에서 아직 피의자를 조사하지 않은 상태에서 법관이 피의자를 심문하여 인신구속 여부를 결정하는 제도는 세계적으로 그 유례를 찾아보기 어렵다는 점도 비판의 근거로 제시되고 있다.<sup>43)</sup>

이에 대해 먼저 구속영장을 발부한 후에 판사가 구속된 피의자를 심문하여 구속 사유가 없는 피의자는 석방하게 하는 것이 타당하다는 견해가 있다.<sup>44)</sup> 하지만 이러한 생각 역시, 일단 구속하기 위해서는 구속사유가 있음을 전제로 한다는 점에 비추어 볼 때 모순되기는 마찬가지다. 이와는 달리 구속 전 피의자심문제도가 구속하기 전 피의자의 변명과 이익 되는 진술의 기회를 제공한다는 것이므로 출석할 것을 통지하여 임의출석 하도록 한 후 구속 여부를 판단하는 것이 타당하다는 견해도 있다.<sup>45)</sup> 하지만 이 견해에 의하더라도 임의출석하지 않을 경우에는 어떻게 할 것인가 하는 문제는 여전히 남는다.

## (2) 구속 전 피의자심문기간의 구속기간 불산입 문제

형사소송법 제201조의2 제7항은 구속 전 피의자심문기간을 구속기간에 산입하지 않고 있다. 이에 대해, 수사기관의 구속기간을 실질적으로 보장하기 위한 것이고 피의자의 불이익은 미결구금일수에서 산입하면 충분하다고 하여 이를 타당하다고 보

43) 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여, 법조 제54권 제7호, 법조협회, 2005, 83쪽; 최교일, 구속 전 피의자심문제도에 관한 고찰, 법조 제46권 제5호, 법조협회, 1997, 117쪽

44) 이재상, 앞의 책, 254쪽

45) 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판사, 2009, 205쪽

는 견해<sup>46)</sup>도 있으나, 이는 수사기관의 수사편의를 위한 규정(영장실질심사로 인해 수사기관의 실질적 수사기간이 단축될 우려를 고려한 것)으로서 바람직하지 않다는 비판도 제기되고 있다. 피의자의 의사나 책임과는 무관하게 개정 형사소송법이 피의자의 인권(법관대면권)의 보호와 신장을 위해 필요적으로 구속 전 피의자심문을 하도록 하고 있음에도 불구하고 그 심문기간을 구속기간에 산입하지 않는다고 규정한 것은 수사의 편의만을 고려한 발상이라는 지적이다. 나아가 영장실질심사제도에 구속기간 불산입의 장치를 결합시키는 것은 필요적 심문을 조약체결국의 의무로 규정하고 있는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제9조 제3항에 저촉되며, 적법절차에 의해 영장을 발부하도록 규정하고 있는 헌법 제12조 제3항에 비추어 위헌의 소지가 크다는 지적도 있다.<sup>47)</sup>

### (3) 영장재판에 대한 불복의 문제

#### 1) 논의 현황

##### (가) 판례의 태도

대법원은 수사절차에서 지방법원판사의 영장결정에 대해서는 항고는 물론 준항고도 허용할 수 없다는 태도를 취하고 있다(항고·준항고불허).<sup>48)</sup> 즉 항고에 관해 규정한 형사소송법 제402조, 준항고에 관해 규정한 제416조 제1항, 재판의 종류를 나누어 규정한 제37조 및 재판의 종류성질에 따라 담당주체를 달리 규정한 형사소송법의 구조 등을 종합하여 보면, 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법

46) 노명선 · 이완규, 앞의 책, 203-204쪽

47) 신동운, 앞의 책, 242쪽

48) 大決 2006.12.18, 2006모646. 대법원은 대법원 이외의 각급 법원에서 잘못된 재판을 하였을 경우에 이를 바로 잡기 위한 심급제도는 재판청구권을 보장하기 위한 하나의 수단임은 분명하나, 그렇다고 하여 심급제도가 언제나 대법원의 판단을 받도록 하는 장치인 것은 아니며, 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법 발견자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제라고 본다. 이러한 전제 하에서 어떤 재판에 대해 심급제도를 통한 불복을 허용할 것인지 또는 어떤 불복방법을 허용할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이며, 특히 형사절차에서-수사 또는 공소제기유지를 담당하는 주체로서 피의자 또는 피고인과 대립적 지위에 있는-검사에게 어떤 재판에 대해 어떤 절차를 통해 어느 범위 내에서 불복방법을 허용할 것인지는 더욱 더 입법정책에 달린 문제라고 한다.

원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의해 항고의 대상이 되는 ‘법원의 결정’에 해당하지 않고, 제416조 제1항의 규정에 의해 준항고의 대상이 되는 ‘재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판’에도 해당하지 않음이 분명하다는 것이다.<sup>49)</sup> 나아가 신체의 자유에 관련된 기본권침해는 부당한 구속 등에 의해 비로소 생길 수 있는데 검사의 영장청구가 기각된 경우에는 이로 인한 직접적인 기본권침해가 발생할 여지가 없다는 점, 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 청구에 관한 재판에 대해 항고나 준항고를 통한 불복을 허용하게 되면 그 재판의 효력이 장기간 유동상태에 놓여 피의자의 지위가 불안정하게 될 우려가 있어 그와 관련된 법률관계를 가급적 조속히 확정하는 것이 바람직하다는 점 등을 고려할 때, 이들 관련 규정들의 취지는 체포영장 또는 구속영장에 관한 재판 자체에 대해 직접 항고나 준항고를 통해 불복하는 것은 허용하지 아니하는 대신에, 피의자에 대해서는 체포영장 또는 구속영장이 발부된 경우 체포·구속적부심을 청구함으로써, 그리고 검사에 대해서는 영장청구가 기각된 경우 영장발부를 재청구할 수 있도록 함으로써 ‘간접적인’ 불복방법을 열어 놓은 데 있다고 한다.

#### (나) 학설

법관의 영장결정에 대해 불복할 수 있는지에 관해서는 해석론상 부정설, 항고가 허용된다는 견해, 준항고가 허용된다는 견해 등이 대립하고 있다. 부정설은 수사절차에서의 영장에 대한 재판은 법관이 행하는 재판으로서 명령에 해당하기 때문에 현행법상 불복방법이 없다고 보는 입장이다.<sup>50)</sup> 이 견해는 항고는 물론 준항고도 허용되지 않는다고 보며(항고·준항고불허설), 대법원의 태도와 그 맥을 같이 한다. 영장재판에 대한 불복이 인정되어 그 결과 전국에 하나뿐인 대법원에 영장사건이 집중되면 법발견 자원의 한계로 인해 영장사건은 물론 본안사건에 대한 심리도 부실하게 될 우려가 있다는 점, 모든 구속사건은 본안사건 외에 영장사건을 파생시켜 영장재판이 또 하나의 본안재판으로 변질될 우려가 있다는 점 등을 들어 준항고도 어렵다는 입장이다. 대법원이 보유하고 있는 법발견 자원의 한계를 고려할 때 영장

49) 大決 1958.3.14.자, 4290형재항9; 大決 2005.3.31.자, 2004모517 참조

50) 배종대·이상돈, 앞의 책, 250쪽; 신동운, 앞의 책, 247-248쪽

재판에 대한 불복장치를 마련하려면 그 전제로 고등법원상고부제도의 도입 등 대법원의 업무부담 경감을 위한 대책부터 마련하여야 한다고 한다.<sup>51)</sup> 이 견해에 따르면 법원의 영장재판에 대해 불만이 있을 경우 검사는 영장재청구를 통해, 그리고 피의자는 구속적부심 청구를 통해 불복할 수 있을 뿐이다.

항고허용설은 현행법상 수사절차에서의 판사의 영장결정에 대해 항고가 허용된다는 입장이다.<sup>52)</sup> 형사소송법 제402조는 법원의 결정이라고만 하고 있어 여기서의 법원을 반드시 수소법원에 한정할 이유가 없다는 점(설령 법 제402조의 법원을 수소법원에 국한하더라도 관례와는 달리 수소법원을 ‘분쟁당사자로부터 청구를 받아 그 청구사건에 대해 판단권을 행사하게 된 법원’으로 새길 수 있다는 점), 헌법 제101조의 법원은 행정단위로서의 법원이 아니라 소송법상 의미의 법원이며, 영장재판을 담당하는 지방법원판사 역시 이러한 소송법상 의미의 법원으로서 형사소송법 제402조의 법원에 해당한다는 점, 영장청구도 그 자체가 하나의 사건으로서 법원에 계속되어 영장청구사건을 재판하는 판사는 ‘사건 계속법원’으로 보아야 하며, 이로써 영장재판은 명령이 아니라 결정이라는 점, 형사소송법 제184조 제4항은, 수임판사의 재판이 결정으로서 그에 대한 항고가 가능하다는 점을 확인한 것이라고 해석할 수 있다는 점 등을 그 근거로 들고 있다.<sup>53)</sup>

다음으로, 준항고허용설은 지방법원판사의 영장기각결정에 대해서는 형사소송법 제416조 제1항 제2호를 유추적용하여 준항고가 허용된다는 견해로서 검찰측의 입장이다. 헌법 제27조, 제101조 제2항, 제107조 제2항 등은 그 취지상 대법원이 최고법원으로 기능하는 심급제도를 통해 재판받을 권리를 최대한 보장하기 위한 것인데, 이렇게 볼 때 지방법원판사의 영장기각재판이 헌법이나 법률에 위반된다면 대법

51) 신동운, 앞의 책, 247쪽

52) 강동범, 구속영장재판에 대한 불복 가부, 한국형사법학회 2009년 하계학술대회 발표자료집, 106-122쪽; 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002, 682쪽; 이완규, 개정법상의 영장항고, 형사소송법연구 1, 탐구사, 2008, 480-483쪽; 최교일, 구속영장심사의 법적 성격 및 기각결정에 대한 불복방법, 형사재판의 제문제, 박영사, 1999, 377쪽

53) 수사실무적 측면에서, 판사의 영장재판에 대한 불복이 허용되는지 여부에 대해 대립적 해석이 가능한 상황이라면 외국의 예와 같이 불복을 인정하는 것이 합리적이라는 점, 영장재판에서 구속결정이 이루어지면 피의자는 구속적부심을 통해 불복할 수 있는 반면, 검사는 영장재청구 외에 달리 불복방법이 없는데, 이는 검사에 비해 피의자를 우대하는 것이어서 합리적이지 못하다는 점 등의 논거도 제시되고 있다(이완규, 앞의 책, 482-483쪽 참조).

원은 그에 대한 최종판단을 내려야 하고, 이를 위해 대법원의 판단을 받기 위한 길을 열어두어야 하며, 따라서 지방법원판사의 영장기각재판이 있으면 검사는 형사소송법 제416조 제1항 제2호를 유추적용하여 그 법관 소속 지방법원에 준항고를 제기할 수 있다는 것이다. 이와 같이 준항고가 허용되면 이를 매개로 대법원에 재항고(제415조)를 제기하여 그 판단을 받을 수 있게 된다.

#### (다) 입법론

나아가, 현행법상으로는 영장 항고 및 준항고도 불가하다는 전제 하에서 입법론상 영장항고제를 도입하자는 견해가 있다(영장항고제 도입설).<sup>54)</sup> 영장항고는 영장 재청구 및 구속적부심과는 다른 제도라는 점,<sup>55)</sup> 영장재판 역시 엄연히 법관에 의한 사법적 심사로서의 성격을 띠는데, 이러한 영장재판에 대해 아무런 견제장치가 없어 그 당부에 논란이 있을 경우 이를 시정할 기회가 법적으로 보장되어야 한다는 점,<sup>56)</sup> 영장항고를 인정하면 영장재판의 정당성, 이로써 구속사유 판단의 정당성 여부에 대한 많은 판례가 축적되어 구속에 대한 객관적 기준을 확립할 수 있음은 물론 이를 통해 영장재판에 대한 일반의 예측가능성 및 공정성에 대한 신뢰가 제고될 수 있다는 점 등을 논거로 들고 있다.<sup>57)</sup>

## 2. 검토

지난 형사소송법 개정을 통해 구속 전 피의자심문을 필요적으로 행함으로써 초래된 변화의 내용에 관해서는 실무상 대체로 긍정적인 효과(구속 여부 판단에 대한

54) 김재곤, 앞의 논문, 282쪽

55) 구속적부심은 그 심사시를 기준으로 하여 구속의 적부 여부뿐만 아니라 구속 계속의 필요성 여부를 그 심사대상으로 하는 제도이므로 구속영장의 발부가 위법하지 않은 경우라 하더라도 구속적부심을 청구할 수 있으며, 피의자의 구속 여부를 결정하기 위한 구속심사와는 그 목적과 성질을 달리 한다(김재곤, 앞의 논문, 284쪽).

56) 정진수, 구속영장심사와 피의자신문, 한국형사정책연구원, 1998, 167쪽

57) 또한 현행법 해석론으로는 불복방법이 없다고 보지만, 법관의 재판인 명령에 대해 상급법원에 불복 방법이 인정되지 않는 것은 사법절차의 형식성과 적법절차의 관점에서 문제가 적지 않으므로 입법론적으로 항고의 대상을 명령에까지 확장하는 것이 타당하다는 견해도 제시되고 있다(신동운, 형사소송법[제3판], 법문사, 2005, 1150쪽 참조).

법관의 심증 보장, 피해자의 소명기회 확대에 관한 인권신장 등)를 인정하고 있는 듯하다.<sup>58)</sup> 구속 전 피의자심문제도와 관련하여 실무상 크게 논란이 되고 있는 사항으로는 앞서 언급한 이론적 논의의 내용 및 영장재판에 대한 불복의 문제(영장항고의 인정 여부) 외에도 구속 전 피의자심문에서의 불균형 및 본안재판화의 문제를 꼽을 수 있다.

### (1) 영장재판의 구조적 불균형과 본안재판화의 문제

구속 전 피의자에 대한 심문절차는 원칙적으로 공개하지 않고, 다만 상당하다고 인정되는 경우 피의자의 친족피해자 등 이해관계인의 방청을 허가할 수 있도록 하고 있는 점(형사소송규칙 제96조의14), 판사는 피의자를 심문함에 있어 구속 여부를 판단하기 위해 필요한 사항에 관해 신속하고 간결하게 심문하도록 하고, 증거인멸 또는 도망의 염려를 판단하기 위해 필요한 때에 한해 피의자의 경력, 가족관계나 교우관계 등 개인적 사항에 관해 심문할 수 있도록 한 점 등은 구속 전 피의자심문이 본안재판화할 위험성을 방지하기 위한 현행법상의 조치로 보인다.

나아가, 심문절차에서 검사와 변호인은 판사의 피의자심문이 끝난 후에 의견을 진술할 수 있고, 다만 필요한 경우에는 심문 도중에도 판사의 허가를 얻어 의견을 진술할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송규칙 제96조의16 제3항). 이는 구속 전 피의자심문제도가 법적 청문의 원칙 내지 법적 청문권의 보장에 기초하고 있는 것이자 동시에 영장실질심사가 본안재판으로 변질될 우려를 염두에 둔 것임을 보여주는 단면이다. 따라서 검사와 변호인은 의견을 진술할 수 있을 뿐 문답형식으로 피의자를 ‘신문’할 수는 없다. 검사와 변호인에 의한 피고인 ‘신문’을 허용할 경우 이 제도에 따른 절차가 사실상 본안재판으로 변질될 가능성이 더 커지게 된다. 특히 검사의 피의자신문을 허용할 경우 구속 전 피의자심문이 법관 면전에서 자백을 획득하는 절차로 변질될 우려도 없지 않다.<sup>59)</sup>

58) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ), 350-354쪽. 다만 검사의 무분별한 영장청구 자체 및 법원의 업무가중으로 인한 심리부실 부분에 대해서는 직역(특히 판사와 검사) 간에 인식의 차이가 드러났는데, 이는 각 직역의 인식관심과 이해관계가 상당 부분 작용했기 때문인 것으로 짐작된다.

59) 이점에 관한 지적으로는 신동운, 앞의 책, 240쪽 참조

구속 전 피의자심문제도는 법적 청문권을 실질적으로 보호하기 위한 제도적 장치이다.<sup>60)</sup> 이러한 유형의 제도는 비단 이 제도에만 국한되지 않는다. 형사절차 및 형사소송에 있어 피의자·피고인의 인권보호를 지향하고 있는 체포·구속적부심제도, 보석제도도 모두 같은 성격을 지닌 것들이다. 이는 법률상 ‘신문’(訊問)이라 표현하지 않고 ‘심문’(審問)이라고 표기하고 있는 점에서도 잘 드러난다. 단순한 사전적 의미(‘케어 물음’)나 일상적인 언어사용법에 의하면 신문과 심문은 구분되지 않는다. 하지만 법문언상의 표현과 입법의 취지 및 체계적 구조 등을 감안하여 살펴보면 양자 사이에는 중요한 차이가 있음을 알 수 있다. 이들 제도는 피의자 또는 피고인을 형사절차에 직접 참여시켜 법관의 면전에서 자신에게 유리한 내용을 말하거나 항변할 수 있도록 하는 권리보장을 그 본질로 하는 제도들이다.<sup>61)</sup> 따라서 이 제도가 ‘심문적’ 성격을 띤 제도임을 분명히 하고, 영장재판에서의 불균형을 해소함과 동시에 영장재판이 본안재판화하는 것을 방지하기 위해서는 피의자의 방어권 보장을 위한 수사기록 열람·등사권 인정 등 일정한 방안을 강구할 필요성이 있다고 본다.<sup>62)</sup>

## (2) 영장항고제의 도입 문제

영장항고제의 도입과 관련한 최근의 설문조사 결과에 의하면 검사는 높은 찬성률을 보이고 있는 반면, 판사는 강하게, 그리고 변호사 역시 대체로 반대하는 경향을 보임으로써 현저한 인식차이를 보여주고 있다.<sup>63)</sup> 영장재판을 둘러싼 법원과 검찰의 대립양상을 잘 보여주는 대목이다. 이런 점에서 이 문제와 관련하여 실무상 합리적 해결의 실마리를 기대하기는 매우 어려울 것으로 전망된다. 하지만 실무의 갈등상

60) 이 제도를 영장주의의 핵심적 내용일 뿐만 아니라 범치국가원리와 적법절차의 이념에서 파생되는 핵심적 권리인 법적 청문권을 보장하기 위한 것으로 이해하는 견해로는 이재상, 앞의 책, 251쪽 참조

61) 형사소송에서 법적 청문이 갖는 의의와 중요성에 관해서는 변종필, 형사소송과 법적 청문, 인권과정의 제245호, 대한변호사협회, 1997, 91쪽 이하; 형사소송의 진실개념, 세종출판사, 1999, 285쪽 이하 참조

62) 최근의 설문조사 결과에 의하면 구속 전 피의자심문이 본안재판화하는 경향 유무와 관련하여 검사는 대체로 긍정하는 반면, 판사와 변호사는 대체로 동의하지 않는 태도를 보여주었다. 반면 피의자의 방어권 보장을 위한 수사기록 열람·등사권 인정 여부와 관련해서는 직역 간에 대체로 이와 정반대되는 인식을 보여주고 있다(형사정책과 사법개혁에 관한 조사연구 및 평가(Ⅲ), 354-356쪽).

63) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사연구 및 평가(Ⅲ), 356-357쪽 참조

황 자체는 문제의 현장일 뿐, 중요한 것은 영장발부기준을 합리화하여 영장재판의 공정성과 예측가능성 및 신뢰성을 확보하는 일이다.

구속영장 발부를 위한 구속요건은 나라마다 약간씩 다르다. 이는 인신구속제도가 기본적으로 인권이라는 보편적 가치를 지향하고 있음에도 불구하고 다소간 각국의 정치사회적·문화적 풍토 및 상황에 따라 달리 규정될 수 있음을 보여준다. 이런 점에서 구속요건에 대한 논의와는 별도로 영장재판의 공정성에 대한 시시비비를 근원적으로 차단하는 제도적 장치(영장항고제)의 도입이 필요하다고 할 수 있다. 준항고 불허설의 논거도 나름대로 일리 있으나, 이 견해 역시 문제가 없지는 않다. 사법구조적으로 볼 때 법발견 자원의 합리적 배분과 재판의 신속적정을 조화시키는 가장 중요한 현실적이고 실천적인 방안 중의 하나는 대법원의 인적·물적 구조를 재편하는 것일 것이다. 하지만 대법원 역시 이러한 인적·물적 토대의 부족 및 그로 인한 과중한 업무부담 때문에 심한 고충을 겪고 있음에도 대법관 수의 증원 등 자체 내의 구조변화를 꾀하는 데는 대단히 미온적인 태도를 취하고 있는 실정이다. 이런 현실을 감안할 때 영장항고제를 도입하기 위해서는 그 전제조건(즉 고등법원상고부제 설치 등 인적·물적 토대의 확충)부터 갖추어야 한다는 주장은 그러한 소극적 태도에 면죄부를 주는 격이 될 수 있다.

영장항고를 인정하면 구속재판에 대한 판례의 축적을 통해 구속에 대한 객관적 기준이 확립될 수 있음과 동시에 이를 통해 영장재판에 대한 예측가능성 및 그 정당성에 대한 신뢰가 높아질 수 있을 것이다. 이로써 구속영장발부기준이 모호하다는 법원에 대한 의혹 및 무리하게 구속수사를 감행하려 한다는 검찰에 대한 의혹이 진정될 수 있을 뿐만 아니라, 영장재판을 둘러싼 법원과 검찰 간의 정향 없는 갈등도 근본적으로 해소될 수 있으리라 여겨진다.<sup>64)</sup>

### (3) 기타 문제

먼저, 미체포 피의자에 대한 구인영장 발부의 타당성 여부를 본다. 구속 전 피의자심문제도의 취지에 비추어 구속영장이 청구된 모든 피의자에 대해 영장심사를 관

64) 영장항고제의 순기능에 관해서는 김재곤, 앞의 논문, 282-284쪽 참조

철시킴을 위한 불가피한 방편일 수 있겠지만, 구속 여부 심사를 위한 구속의 인정은 인권보호를 위한 인권침해의 논리를 정당화하고 있는 셈이어서 그러한 조치의 타당성 의혹을 해소할 필요가 있다. 다시 말해 법논리적으로 모순된다는 점, 인권보호에 역행한다는 점 등에 비추어 볼 때 현행법 규정을 손질하는 것이 요구된다. 물론 이러한 문제점을 근원적으로 해소하기 위한 방안의 하나로서, 구속 전 피의자심문에 있어 피의자에 대한 동등한 취급을 보장하고, 이로써 인신구속제도의 통일성을 꾀한다는 측면에서도 상당한 유용성을 지닌 이른바 체포전치주의를 도입하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다.<sup>65)</sup>

다음으로 구속 전 피의자심문기간의 구속기간 불산입 문제를 본다. 피의자의 권리로 보장된 제도가 사실상 피의자에 대한 인신구속기간을 늘리는 결과를 초래한다는 점, 이로써 위헌의 논란이 제기되고 있다는 점, 현재의 수사단계에서 구속수사기간이 짧지 않다는 점 등을 감안할 때 심문기간을 구속기간에 산입하는 방향으로 관련 조항을 개정하는 것이 바람직하다고 본다.

## IV. 구속적부심제도

### 1. 이론적 논의현황

#### (1) 적부심청구권의 확대 문제

구속적부심제도와 관련해서는 먼저 적부심청구권자의 범위 확대를 둘러싸고 찬반논란이 있다. 긍정설은 피고인에게도 구속적부심 청구권을 인정해야 한다고 주장한다. 구속적부심과 보석제도는 그 취지를 달리하는 제도이므로, 피의자에 대한 보석을 인정해야 하는 것과 마찬가지로 피고인도 구속적부심을 청구할 수 있도록 해야 한다는 점, 법원에 의해 불법 또는 부당하게 구속된 피고인도 구제할 수 있도록 하는 것이 헌법 제12조 제6항<sup>66)</sup>의 정신에 부합된다는 점 등을 논거로 들고 있다.<sup>67)</sup>

65) 같은 취지로는 김재근, 앞의 논문, 250쪽

66) “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.”

이에 반해 부정설은 법원에 의한 피고인구속에 대해서는 적부심청구권을 인정할 필요가 없다고 한다.<sup>68)</sup> 체포·구속적부심제도가 가지는 본래적 의미는 수사절차상의 신체구속에 대해 법원이 통제를 가하려는 데 있다는 점, 그런데 공소제기 이후에는 그 의미가 소멸한다고 볼 수 있다는 점 등을 이유로 들고 있다.

## (2) 체포·구속적부 심사기간의 구속기간 불산입 문제

형사소송법 제214조의2 제13항은 구속적부심사기간을 구속기간에 산입하지 않고 있다. 이와 같이 체포·구속적부 심사기간을 구속기간에 산입하지 않도록 한 것은 체포·구속적부심 청구권의 남용을 방지하여 수사기일의 부족을 보충하려는 취지로 보인다. 하지만 체포·구속적부심청구가 실질적 요건의 결여를 이유로 기각된 때에는 체포·구속기간이 실질심리의 기간만큼 사실상 연장되는 효과가 발생하게 되므로, 이러한 제한이 타당한지에 대해서는 논란이 제기되고 있다.

먼저, 이러한 제한이 부당하다는 견해가 있다. 체포·구속적부심사에서 실제로 수사에 지장을 받는 시간은 단지 법원의 심문기일 몇 시간뿐이라고 할 수 있는데, 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 전체기간을 구속기간에 산입하지 않도록 한 것은 잘못이라는 것이다.<sup>69)</sup> 또한 실무상으로 이미 구속영장이 발부된 피의자의 구속적부심사시에는 수사기관으로서도 증거를 보완하는 마무리 수사단계여서 구속적부심 청구가 특별히 수사에 지장을 초래한다고 보기 어렵다고 한다. 체포·구속적부심 청구권은 헌법에 의해 구속된 피의자에게 인정된 권리이고, 결정과 증거물이나 수사관계서류를 반환하는 기간은 법원의 사정에 따라 달라질 수 있고 이 기간 동안 특별히 수사에 지장이 초래되는 것도 아니기 때문이다.<sup>70)</sup> 이런 점에서 위 규정은 수사편의적인 발상으로서 피의자의 체포·구속적부심 청구를 심리적으로 제약하는 효과를 가져와 위헌의 소지를 안고 있다는 지적도 있다.<sup>71)</sup> 나아가, 수사의 합목적성과 기본권보장의 조화라는 측면에서

67) 이재상, 앞의 책, 281쪽

68) 신동운, 앞의 책, 279쪽

69) 김재곤, 앞의 논문, 286쪽

70) 이재상, 앞의 책, 281쪽

71) 박미숙, 국제인권기준과 현행형사절차, 한국형사정책연구원, 2000, 107쪽

기간산입의 여부와 범위를 법원의 재량에 맡기는 것이 바람직하다는 견해도 있다.<sup>72)</sup>

### (3) 청구기각결정에 대한 이유 명시와 항고 인정 여부

형사소송법 제214조의2 제8항에 의하면 체포·구속적부심사에 대한 법원의 결정(석방결정과 기각결정)에 대해서는 항고가 허용되지 않는다. 따라서 체포·구속적부심청구에 대한 결정은 상소가 허용되지 않는 결정이 되어 그 재판에 이유를 명시할 의무가 없다(제39조 단서). 그 결과 적법절차를 지향하는 신체구속의 법리를 축적하기 위해 대법원 판례를 집적시켜 나갈 현행법상의 근거를 찾기가 어렵고, 이와 같은 제도적 결함 때문에 체포·구속적부심절차가 법원에 대한 변호인의 막후 협상장이나 법조부조리의 온상으로 오인 받을 소지도 크다.<sup>73)</sup> 근원적으로, 구체적 논증(즉 이유) 없는 규범적 판단은 자의적 판단이라는 오해를 불러올 수밖에 없으며, 또 실제로도 그럴 가능성이 매우 높다.

이와 관련하여 법원의 청구기각결정에 대해서는 항고를 인정하여 한다는 견해가 있다.<sup>74)</sup> 이는 이유 명시를 의무화하는 한 방안일 수 있다. 그 근거로는, 체포·구속적부심제도의 본질적 의의는 수사단계에서의 구속에 대해 법원에 그 적부심사를 청구할 수 있도록 한 것이라는 점, 만일 하급심법원이 체포·구속적부심판단을 독선적으로 행하고 있음에도 그 결정의 당부에 대한 상급심법원의 심사가 이루어지지 않으면 국민의 법적 신뢰를 얻을 수 없다는 점, 기각결정에 대한 항고금지 1980년 제5공화국 헌법에 따른 비민주적 개정에 기인한 것이므로 기각결정에 대해 항고권을 인정하였던 제정 형사소송법의 정신으로 돌아갈 필요가 있다는 점 등을 들고 있다. 나아가, 기각결정에 대해 피의자에게 항고권을 인정할 경우 영장항고와 마찬가지로 대법원의 업무가중이 우려될 수 있으나 영장항고를 불허하는 이유 중의 하나가 체

72) 배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 박영사, 283쪽. 하지만 이 견해는, 헌법에 의해 기본권으로 보장된 이상 가급적 그 행사에 부담을 주는 방향으로 제한해서는 안 된다는 점, 구속기간 산입 여부의 문제는 구속과 관련된 중요사항인 만큼 법원의 판단에 맡기기는 곤란하며, 또한 법원의 결정에 맡길 경우 형평성 논란이 제기될 소지가 많다는 점 등을 고려할 때 적절치 못하다고 본다.

73) 신동운, 앞의 책, 278쪽

74) 신동운, 앞의 책, 278-279쪽

포·구속적부심에 의한 통제가능성임을 감안하면 기각결정에 대한 항고권은 반드시 인정되어야 한다고 한다.

#### (4) 체포·구속적부심사 기한의 문제

개정 형사소송법 제214조의2 제4항은 “체포·구속적부심사의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문”하도록 규정하고 있다. 개정 전 ‘지체 없이’라고 되어 있던 법문을 ‘48시간 이내’로 명시한 것이다. 이에 대해 신속한 심사절차의 진행을 보장하였다는 평이 있으나,<sup>75)</sup> 과연 그러한가 하는 의문도 제기되고 있다. 여기서도 해석론적 문제, 이로써 실무운용상의 문제가 제기될 수 있다. 즉 위 문언, 즉 ‘48시간 이내’라는 시간적 제한이 심문에만 국한된다고 볼 것인가 아니면 석방 여부에 대한 결정까지 포함한다고 볼 것인가 하는 것이다.

## 2. 실제

실무운용상 체포·구속적부심사 청구사건은 체포·구속의 적법 여부와 체포·구속 계속의 필요 여부를 판단기준으로 하되, 적부심사시까지의 변경된 사정도 고려하고, 구속적부심사 청구사건의 경우에는 그 사안에 따라 무조건적 석방명령이 부적당하다고 인정되는 때에는 보증금 납입을 조건으로 한 석방명령을 적극 활용하며, 긴급 체포되거나 현행범으로 체포된 피의자 또는 위법하게 체포된 피의자도 체포·구속적부심사를 청구할 수 있음을 기본원칙으로 정하고 있다(보석등예규 제19조).<sup>76)</sup> 기소 전 보석제도, 즉 보증금납입조건부 석방제도의 운용과 관련해서는, 보증금납입을 조건으로 한 석방명령을 할 때에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 보석절차에 관한 규정을 준용하며, 법원은 필요하다고 인정하는 경우에 피의자의 도망과 증거인멸을 방지함과 동시에 석방 후의 피의자의 출석 등을 확보하기 위해 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있도록 하고 있다(같은 예규 제27조).

75) 법무부, 개정 형사소송법, 102쪽

76) 보석·구속집행정지 및 적부심 등 사건의 처리에 관한 예규(재형 2003-5, 재판예규 제1180호) 참조

통계자료에 의하면<sup>77)</sup> 2001년 이후부터 2008년 현재까지 체포·구속적부심 청구사건의 수는 매년 현저하게 줄고 있는 추세를 보이고 있다(<표3>). 그리고 석방률 또한 2003년을 정점으로 하여 이후 계속해서 낮아지고 있음을 알 수 있다.

<표 3> 체포·구속적부심사 청구사건 수 및 석방률

연도	합계			변호인			비변호인		
	청구	석방	석방률 (%)	청구	석방	석방률 (%)	청구	석방	석방률 (%)
2001	8,786	3,899	44.4	7,254	3,107	42.8	1,922	792	41.2
2002	9,176	4,082	44.5	6,747	3,123	46.3	1,944	959	49.3
2003	8,928	4,699	52.6	6,876	3,621	52.7	2,052	1,078	52.2
2004	8,329	4,092	49.1	6,063	2,983	49.2	2,266	1,109	48.9
2005	5,737	2,697	47.0	4,010	1,909	47.6	1,727	788	45.6
2006	4,536	2,015	44.4	3,294	1,495	45.4	1,242	520	41.9
2007	3,921	1,737	44.3	3,011	1,307	43.4	910	430	47.3
2008	3,797	1,426	37.6	2,535	1,018	40.2	1,262	408	32.3

이는 애초의 체포·구속 자체가 적법하여 별로 문제될 것이 없다는 점을 보여준다는 측면에서는 긍정적인 변화라 할 수 있다. 하지만 체포·구속의 실무가 현저하게 개선되지 못한 상태에서는 이 제도 자체의 활용도가 떨어지고 있음을 뜻하는 것이므로 제도의 유용성에 문제가 있다는 우려를 반영한 것이기도 하다.

실무운용을 보면, 체포·구속적부심사에서 석방명령을 하더라도 대부분 보증금납입 조건부 석방명령을 함으로써 사실상 기소 전 보석제도로 운용하고 있다고 한다. 하지만 체포·구속적부심사가 본래 체포·구속의 적법 여부 및 그 계속의 필요성 여부를 심사하는 제도임을 감안하면 석방의 조건으로 보증금의 납입을 부담시키는 것은 제도의 취지와 어긋나는 것이라 할 수 있다.<sup>78)</sup> 피의자에게도 원칙상 보석청구권을 인정하고 영장심사단계에서 보증금납입 등의 조건을 부과하여 석방하는 이른바 영

77) 법원행정처, 사법연감, 2009, 70쪽

78) 김재곤, 앞의 논문, 227쪽

장보석제도 또는 영장단계 조건부석방제도의 도입을 긍정적으로 검토해 보아야 할 이유의 하나도 여기에 있어 보인다.

### 3. 검토

#### (1) 적부심청구권의 확대 문제

법원의 피고인구속도 부당하게 이루어질 여지가 있다는 점, 권리보호의 외연은 가급적 확대하는 것이 바람직하다는 점 등을 고려할 때 피고인에게도 적부심청구권을 인정하는 방향으로 법개정을 추진하는 것이 바람직하리라 본다.

#### (2) 체포·구속적부 심사기간의 구속기간 불산입 문제

특별히 수사에 지장을 초래하지 않는다는 점, 인정된 권리를 행사한다고 하여 결과적으로 인신구속기간을 연장되게 하는 것은 제도의 원래적 취지에 맞지 않는다는 점, 체포·구속적부심의 남용은 형사소송법 제214조의2 제3항에 정한 간이기각결정에 따라 방지하는 것이 가능하다는 점 등을 감안할 때 이러한 제한규정은 불필요하며, 따라서 개정이 필요하다고 본다.

#### (3) 청구기각결정에 대한 이유 명시와 항고 인정 문제

법체계적 측면에서 그 근거를 밝히는 것은 이론적 타당성의 요청에 부합할 뿐만 아니라 절차적 정의의 측면에서도 필수적으로 요구되는 사항임을 감안할 때, 이유를 명시하도록 의무를 부과함과 동시에 그 기각결정에 대해서는 항고를 할 수 있도록 법을 개정하는 것이 필요하다고 본다.

#### (4) 체포·구속적부심사 기한의 문제

형사소송법 제214조의2 제4항의 문언상 청구서가 접수된 때로부터 피의자심문만 48시간 이내에 하면 된다고 해석할 여지도 없지 않다. 그런데 이러한 해석론을 따른

다면 위 규정에 대해서는 다음과 같은 문제점이 제기될 수 있다. 먼저, 절차의 신속성 문제이다. 개정 전 구법이 ‘지체 없이’ 심문하여야 한다고 규정하고, 구 형사소송 규칙 제103조가 체포적부심의 경우 24시간 이내로 심문기일을 정해야 한다고 규정한 점을 감안하면, 위 개정법규는 절차진행의 신속성 및 피의자 인권보호(신체자유 의 제한의 축소)의 측면에서 오히려 구법보다 퇴보한 규정이라는 점이다. 다음으로, 체포적부심의 효용성 문제이다. 가령 긴급체포된 피의자의 경우 48시간 정도의 시간이 경과하면 석방되거나, 구속영장이 청구된 때에는 영장실질심사에 의해 석방될 가능성이 있음을 감안할 때, 체포적부심을 청구한 경우에는 48시간 이내에 심문기일을 열면 될 뿐만 아니라 더욱이 접수한 수사관계서류와 증거물을 결정 후 검찰에 반환할 때까지의 기간을 체포기간에 산입하지 않는다고 하면 과연 체포적부심제도를 활용할 피의자가 있을 것인가 하는 점이다. 실무상 체포영장에 대한 적부심청구가 거의 이루어지고 있지 않은 현실도 이러한 사정과 무관하지 않아 보인다.

체포·구속적부심에서는 피의자 심문시기보다 그 석방 여부에 대한 결정이 더 중요하다고 할 수 있다. 이는, 구속영장 발부시에 피의자 심문시기가 중요성을 갖는 것과 비교된다. 구속영장 발부시에는, 체포된 피의자는 즉시 판사 앞에 인치되어야 하며 이를 통해 수사기관에 의한, 사법심사 전의 부당한 구속의 장기화를 방지해야 한다는 원칙에 충실해야 하기 때문이다. 그렇다면 체포·구속적부심에 관해 그 심문만 48시간 이내에 하면 된다는 위와 같은 해석론은 신속한 재판 및 인권보호의 이념을 충실히 반영한 것이라 보기 어렵다. 그러므로 체포·구속적부심청구가 있을 경우에는 청구서가 접수된 때로부터 48시간 이내에 피의자심문과 증거조사, 석방 여부 결정을 모두 마쳐야 한다는 의미로 해석해야 할 것이다.<sup>79)</sup> 하지만 실무의 운용은 편의를 추구할 가능성이 크다고 보며, 또 실제로도 그런 것으로 보인다.

79) 이러한 해석론으로는 오기두, 개정된 형사소송법의 운용, 저스티스 통권 제103호, 81쪽 참조

## VI. 맺음말

결론적으로, 이상의 논의내용을 요약하면 다음과 같다.

그 동안 실무적으로 사실상의 구속기준으로 작용해 온 이른바 실행기준원칙은 실무자들 사이에서도 전적인 지지를 받고 있지 못한 것으로 보이고, 더욱이 무죄추정 원칙이나 구속의 본래적 목적 및 취지에도 반하여, 이론적 타당성이나 법체계성의 관점에서 적지 않은 문제점을 안고 있다. 따라서 향후 구속실무에서 이러한 관행적 기준을 적용해서는 안 될 것으로 본다.

구속사유로서의 범죄혐의의 상당성과 관련해서는 서로 다른 방식의 이해와 접근이 가능하다고 본다. 또 어느 쪽을 선택하든 체계성의 측면에서 일관성만 유지한다면 양자의 개연성 정도를 구분하자는 견해도 해석론적 또는 경우에 따라서는 입법론적 타당성을 가질 수 있다. 하지만 체포전치주의를 도입한다는 전제 아래에서 긴급체포와 현행범체포도 영장주의에 의한 통제를 받게 한다면 체포사유로서의 범죄혐의의 정도를 구속사유로서의 그것에 비해 완화하는 것이 바람직하리라 본다.

구속사유심사시 고려사항으로서 신설된 범죄의 중대성 요소는 현행법상 구속사유로 볼 수 없다. 구속사유의 하나로 해석하는 것은 이론적 타당성이나 현행법상 구속의 목적이나 본질과 연계된 법체계성에 배치된다고 본다. 이런 점에서 예방적 구금은 우리 법체계에 맞지 않는다. 다만, 입법론적 측면에서는 구속사유의 하나로 규정할 수 있는 가능성이 애당초 없지는 않다. 따라서 범죄의 중대성 요소는 일정한 사회적 합의에 따라 이를 구속사유의 하나로 새로이 규정할 수 있는 여지가 있다고 본다. 하지만 그 밖의 요소, 즉 재범의 위험성과 피해자에 대한 위해 우려 요소를 독자적인 구속사유로 정하는 것은 구속의 본래적 목적과 취지에 반하므로 타당하지 않다.

영장항고제의 도입은 긍정적으로 검토할 필요가 있다고 본다. 영장재판에 대한 불복 가부를 둘러싼 해석상의 논란이 있으나, 해석론으로는 문제해결의 전망이 밝지 않다고 본다. 따라서 갈등해소가능성(법원과 검찰 간의 대립구도 완화 및 희석), 사법형식성 내지 절차적 정당성(결정에 대한 구체적 논증제시절차의 마련) 및 예상효과(영장발부기준의 모호성 해소 및 영장재판에 대한 신뢰 제고)에 비추어 볼 때

중장기적으로는 입법론적 해결방안을 모색하는 것이 바람직할 것이다. 만약 이러한 해결책보다 단기적인 해결책을 지향한다면, 영장항고제 도입은 별론으로 하더라도, 영장결정에 대해 그 이유를 구체적으로 밝히도록 의무화하는 개선책이 필요하다고 본다.

구속 전 피의자심문을 위해 미체포 피의자를 구인하여 심문하는 것은 법논리적으로 모순이며 또 인권보호에 역행한다는 점에서 개선책을 모색할 필요가 있다. 체포 전치주의의 도입을 전제로 한다면 이 문제 역시 좀 더 손쉽게 해결될 수 있을 것으로 예상된다.

현행법상 구속 전 피의자심문기간을 구속기간에 산입하지 않도록 하고 있는 점에 대해서는, 법률상 구속 전 피의자심문을 필요적으로 하도록 해놓고 그 심문기간을 구속기간에 산입하지 않는 것은 수사편의적 발상이며 위헌의 소지도 크다는 점에서 심문기간을 구속기간에 산입하는 방향으로 개선할 필요가 있다.

체포·구속적부심제도와 관련해서는, 현행법상 피고인에게도 적부심청구권을 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 법원의 피고인구속도 부당하게 이루어질 여지가 있다는 점, 권리보호의 외연은 가급적 확대하는 것이 바람직하다는 점(인권보호의 기준) 때문이다.

체포·구속적부 심사기간의 구속기간 불산입을 규정한 법 제214조의2 제13항은 개정하는 것이 바람직하다. 특별히 수사에 지장을 초래하지 않는다는 점(불필요한 효율성 지향), 인정된 권리를 행사함으로써 인신구속기간을 결과적으로 연장되게 하는 것은 제도의 원래적 취지에 맞지 않는다는 점(법체계성 및 인권보호의 기준), 체포·구속적부심의 남용은 형사소송법 제214조의2 제3항에 정한 간이기각결정에 따라 방지할 수 있다는 점(갈등해소가능성) 등을 감안할 때 이러한 제한규정은 불필요하다고 본다.

법원의 적부심청구 기각결정에 대해 구체적인 이유를 명시하도록 의무화하는 것이 필요하다. 적부심결정에 대한 항고를 허용하고 있지 않은 법 제214조의2 제8항을 개정하는 것도 한 방법일 것이다. 기각결정에 대해 법체계적 측면에서 그 근거를 밝히는 것은 이론적 타당성의 요청에 부합할 뿐만 아니라 절차적 정의의 측면에도 부합하기 때문이다.

## 참고문헌

### 1. 저서

- 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008
- 신양균, 형사소송법(신판), 화산미디어, 2009
- 안성수, 형사소송법, 박영사, 2009
- 이영란, 한국형사소송법(개정판), 나남, 2008
- 이완규, 형사소송법연구: 개정형사소송법의 쟁점, 탐구사, 2008
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2008
- 임동규, 형사소송법(제6판), 법문사, 2009
- 차용석·최용성, 형사소송법, 21세기사, 2008
- 김선수, 사법개혁리포트, 박영사, 2008
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007
- 법무연수원, 범죄백서, 2007·2008
- 법원행정처, 법원실무제요: 형사[ I ], 2008
- , 사법연감, 2008
- , 새로운 인신구속제도 연구, 1996
- , 형사소송법 개정법률 해설, 2007
- 사법연수원, 수사절차론, 2009
- , 형사소송절차실무, 2009
- 신용석, 일본 형사재판의 실제, 세종출판사, 2001
- 한국형사정책연구원, 형사정책과 사법개혁에 관한 조사연구 및 평가(III): 개정 형사소송법에 대한 평가연구, 2009
- 황정근, 인신구속과 인권, 법영사, 2001
- 형사법연구회(편), 구속제도와 영장향고, 법문사, 2007

## 2. 논문

- 강동범, 구속영장재판에 대한 불복 거부, 한국형사법학회 하계학술발표자료집, 2009
- 김재곤, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 대구대학교 박사학위논문, 2007
- 김재운, 개정 형사소송법상 피의자·피고인의 인권보호, 인권법평론 제2호
- 변종필, 형사소송법 개정의 역사와 전망, 형사법연구 제19권 제3호(상), 2007
- 신양균, 독일의 인신구속제도에 대한 검토, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.7
- 심재무, 개정 형사소송법의 인신구속제도, 경성법학 제16집 제2호, 2007.12
- 오기두, 개정된 형사소송법의 운용, 저스티스 통권 제103호, 한국법학원
- 이금로, 헌법상의 인신구속제도에 대한 소고, 『형사법과 헌법이념』 (제1권), 박영사, 2006
- 이동희, 한국과 일본의 체포·구속제도에 대한 비교연구, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.7
- 이승준, 영장발부에 있어 구속사유 판단의 문제, 형사정책연구 제19권 제4호, 2008
- 전승수, 개정 형사소송법상 구속제도, 법조 617권, 2008.2
- 조국, 영미 체포·구속제도의 특징과 그 비교법적 함의, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.7
- 조성용, 개정 형사소송법상 구속사유 심사의 필요적 고려사항의 문제점과 개선방향, 인권과정의 386권, 2008.10
- 조성용·신태영, 예방구속 도입의 정당성 여부와 입법론적 대안, 저스티스 통권 제109호, 한국법학원

## Theory of Detention and Its Practice

Byun, Jong Pil\*

This paper takes the focus on the detention system, which was one of the most important fields of the 17th amendment in criminal procedure law. It treats critically the situation of theoretical debates on the detention in general and the real state of its application and checks where the detention system should head in the future. In short, the main proposals are as follows:

First, the imprisonment-criteria, which functions as the factual standard for detention in practice, should not be applied any more. This is because the practitioners do not all accept it and it is against the principle of innocence assumption and the purpose of the detention system. Second, the adequacy of crime suspicion as basic cause of detention can be different from that as basic condition of arrest as to its grade, if consistency can be maintained from the viewpoint of legal system. Third, the seriousness of crimes, one of the elements to have to be taken into consideration in judging the causes of detention, is not a cause of detention according to the interpretation of existing law, but it is possible to regulate that element as an independent cause of detention from the point of legislation. By the way, the other elements, namely high rate of recidivism and worry to do harm against victim can not be regulated as independent causes of detention. The reason is that doing so is contrary to the original purpose of detention system. Fourth, it is necessary in the medium or long term to introduce the institution of warrant-complaint, which means allowing prosecutor to appeal against warrant-decision judge or court made. Even though it can not be introduced, it is desirable in the short term to make judges explain

---

\* Professor, Department of Law, Dongguk University, Ph.D. in Law

grounds for warrant-decision concretely and clearly. Fifth, in the part of suspect interrogation before detention it is necessary to reform §201-2 ② and ⑦ in criminal procedure law. Finally, in the part of review procedure of legality for detention it is desirable to give the accused the right to claim. It is also necessary to reform §214-2 ⑬ in criminal procedure law and to specify grounds for dismissal-decision of court or judge at the same time.

- ❖ Key Words: detention, detention elements, imprisonment-criteria, suspect interrogation before detention, review procedure of legality for detention