

영장향고제도 도입 필요성에 관한 연구

김 경 수*

국 | 문 | 요 | 약

검찰과 법원의 영장기각을 둘러싼 갈등이 격한 양상을 보이며 반복되고 있다. 이는 구속기준 객관화의 요구에 기인한다. 즉, 구속영장 발부의 결정기준이 각각의 판사 생각에 따라 유사사례에서도 달라지는 등 지극히 주관화 되어 있다는데 문제점이 있다.

이에 본 연구에서는 영장향고제도의 도입 필요성, 현행 형사소송법상 해석론으로도 영장향고가 가능한지, 해석론상 영장향고가 불가하여 입법론적으로 해결하여야 하는지에 대한 문제를 검토하여 보았다.

구체적으로는 형사소송법 제402조 소정의 향고는 수소법원의 결정에 한하는지, 영장재판을 담당하는 수임판사의 명령에도 확대해석이 가능한지, 수임판사가 행하는 영장재판의 성질이 결정인지 아니면 명령인지, 영장기각에 대하여 제416조 소정의 준향고로 불복할 수 없는 것인지, 검찰의 영장재청구 제도 및 피의자의 체포·구속적부심사제도와 불복수단이 중첩된 것은 아닌지, 수임판사의 재판에 대하여 불복을 허용한 제184조 제4항의 신설로 모든 영장재판에 대하여 향고를 허용하는 것으로 확대해석 할 수 있는 것인지 등을 검토하여 보고자 한다. 아울러 외국의 입법례를 살펴본 후 영장기각에 대한 향고제도의 도입 필요성 및 바람직한 형태에 대한 필자의 견해를 제시하여 보고자 한다.

❖ 주제어 : 영장재판, 수임판사, 불복, 향고, 준향고

I. 서론

최근 10대 청소년 6명이 10대 여중생을 폭행한 끝에 숨지게 하고 시신을 훼손해 한강에 버린 엽기적인 살인사건이 있었다. 이 사건에서 공범 6명 중 4명에 대하여는

* 충남지방경찰청 감찰관, 법학박사

구속영장이 발부되었지만 나머지 2명은 구속영장이 기각되었다. 이 가운데 한 명인 이○○(19세)에 대한 구속영장 기각을 두고 법원과 검찰이 첨예한 대립 양상을 보인 바 있다.¹⁾ 이 사건을 수사하던 서울서부지검은 이○○에 대한 구속영장을 4번 청구하였으나 모두 기각되었고, 5번째 청구한 영장에 대하여는 서울서부지법이 이례적으로 ‘기각’이 아닌 ‘각하’하였다. 형사소송법상 ‘기각’과 ‘각하’를 따로 구분하는 명문 규정은 없으나 통상적으로 요건을 갖추지 못하거나 절차상 흠결이 있는 경우에 ‘각하’라는 표현을 사용한다. 이처럼 검찰이 청구한 구속영장에 대하여 법원이 각하한 것은 영장기각에 대한 불복수단으로서의 항고 인정여부에 관하여 검찰과 법원이 얼마나 첨예하게 대립하고 있느냐를 적나라하게 보여주는 대목이라고 할 것이다.

이미 2006년도에도 소위 론스타사건²⁾³⁾을 두고 검찰이 청구한 구속영장을 법원이 기각함으로써 양자간 다툼은 격한 양상을 보인 바 있다. 검찰은 법원에 대하여 일정한 구속기준이 없는 로또영장이라고 맹비난하였고, 법원 또한 검찰이 재판부의 신뢰를 실추시켰다면서 극도의 대립관계가 형성되었다. 당시 정○○ 검찰총장은 ‘영장은 항고대상이 아니라는 판례가 있지만 사실상 영장기각은 항고의 대상으로

1) “검찰-법원, 여중생 살해 연루 19세 영장 싸고 20여일 신경전, 5번 청구 5번 퇴짜… 檢-法 ‘오기싸움’?”, 동아일보 2010. 7. 16.; “여중생 시신 유기 10대 혐의 추가했다더니 5번째 영장도 각하… 검찰 땅신살”, 한겨레신문, 2010. 7. 16.

2) 론스타 사건은 前 재정경제부 금융정책국장 등이 외환은행 자산을 저평가하고 부실을 부풀리는 방식으로 정상가보다 수천억원 낮은 가격에 외환은행을 외국계 사모펀드인 론스타사에 헐값 매각한 사건을 말한다.

3) 검사는 2006. 11. 15. 피의자 ○○○에 대하여 증거거래법위반 등 혐의로 구속영장을 청구하였고, 같은 달 16. 서울중앙지법 영장전담판사는 ‘피의자의 주거가 일정하고, 도주나 증거인멸의 우려가 없으며, 구속한 상태에서 수사를 할 필요성이 보이지 않는다.’는 이유로 이를 기각하였다. 이에 검사는 그 사유가 매우 위법·부당하다는 이유로 2006. 11. 17. 준항고를 하였으나, 11. 22. 서울중앙지방법원(제1형사부)은 이를 기각하였다. 당시 영장전담판사는 구속영장기각결정은 ‘법원의 결정’이 아니라 ‘수소법원이 아닌 판사의 명령’으로서 형사소송법 제402조, 제403조의 ‘법원의 결정’에 해당하지 않고, 제416조(준항고)의 ‘재판장 또는 수명법관’에도 해당하지 아니하므로 항고 또는 준항고로 불복할 수 없다고 하였다. 또한 형사소송법이 재판장 또는 수명법관의 명령에 대하여만 불복방법을 두고 수탁판사·판사의 명령에 대하여 불복방법을 두지 않은 것은 입법의 불비로 볼 수 있으나 구속영장의 발부에 대하여는 피의자가 구속적부심사 청구 등으로, 구속영장 기각에 대하여는 재청구를 통하여 원재판의 위법을 다룰 수 있는 길이 열려 있기 때문에 입법의 태도가 부당하다고 볼 수 없다는 이유로 검사의 준항고를 기각한 바 있다.

볼 수 있다. 판례도 시대정신에 따라 변화하여야 한다.’고 주장하며 양자간 분쟁을 해소하기 위해서는 영장기각에 대한 항고제도의 도입이 필요하다고 하였다.⁴⁾

이처럼 검찰과 법원의 영장기각을 둘러싼 갈등이 격한 양상을 보이며 반복되는 이유가 무엇인지에 대한 고민은 시사하는 바가 크다. 현행 형사소송법 규정에 대한 해석론으로 영장항고제도를 인정할 수 있을 것인지, 인정할 수 없다면 형사소송법 개정을 통하여 입법론적으로 영장항고제도를 도입할 필요성은 없는지가 초미의 관심사로 부각되고 있다.

영장항고제도를 도입하려는 움직임은 구속기준 객관화의 요구에 기인한다. 즉, 어떤 사안에서 구속영장이 발부되었는데 그와 유사한 사건에서는 특별한 이유 없이 영장이 기각되는 경우가 있다. 이는 구속영장 발부의 결정기준이 지극히 주관화되어 있어 영장재판을 담당하는 판사마다 결과가 달라진다는 것이다. 결국 구속사유에 관한 선례 축적 등을 통해 영장재판의 공정성 내지 예측가능성을 확보하기 위해서 영장기각에 대한 항고제도의 도입 필요성이 제기되고 있는 것이다.

따라서 여기서는 형사소송법 제402조 소정의 항고는 수소법원의 결정에 한하는지, 영장재판을 담당하는 수임판사의 명령에도 확대해석이 가능한지, 수임판사가 행하는 영장재판의 성질이 결정인지 아니면 명령인지, 영장기각에 대하여 제416조 소정의 준항고로 불복할 수 없는 것인지, 검찰의 영장재청구 제도 및 피의자의 체포·구속적부심사제도와 불복수단이 중첩된 것은 아닌지, 수임판사의 재판에 대하여 불복을 허용한 제184조 제4항의 신설로 모든 영장재판에 대하여 항고를 허용하는 것으로 확대해석 할 수 있는 것인지를 검토하여 보고자 한다. 아울러 외국의 입법례를 살펴본 후 영장기각에 대한 항고제도의 도입 필요성 및 바람직한 형태에 대한 필자의 견해를 제시하여 보고자 한다.

4) <http://www.chosun.com/national/news/200611/200611170282.html>

II. 영장기각 실태와 불복제도

1. 영장기각 실태

영장기각은 구속영장 뿐만 아니라, 체포영장이나 압수수색영장의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 체포영장은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 출석에 불응하거나 불응할 우려가 있는 경우에 한하여 발부되는 것으로 사실상 소제수사 등을 통해 피의자의 소재불명이 확인되거나 피의자가 지속적으로 출석에 불응하면 대부분 체포영장이 발부된다. 따라서 아래 표 1에서 보듯이 기각되는 사례가 거의 없을 정도이므로 검찰과 법원간의 갈등은 크게 야기되지 않는다. 압수수색영장의 경우에도 영장발부율이 거의 99%에 달할 만큼 기각되는 사례는 거의 찾아보기 어렵다. 압수수색영장 발부율이 99%에 육박한다는 것은 수사기관의 강제처분권 남용과 그로 인한 기본권의 침해를 예방하기 위한 법원의 사법적 통제가 제대로 이루어지지 않고 있음을 반증하는 것이기도 하다.⁵⁾

표 2에서 보듯이 영장기각에 대한 항고인정여부를 둘러싼 검찰과 법원의 대립은 최고조에 달하고 있다. 검찰이 한 명의 피의자에 대하여 5번씩이나 청구한 구속영장에 대하여 법원은 ‘이미 4회에 걸쳐 구속영장이 기각됐는데도 거듭 영장을 청구한 것은 강제처분권이 최소한의 범위에서 허용되어야 한다는 원리에도 어긋난다.’고 밝혔다. 한편, 검찰이 영장기각결정에 대한 항고제도 도입을 여론화시키기 위한 노림수라고 비난하기도 하였다.

결국 영장기각을 둘러싼 영장항고제도에 관한 도입 논의는 구속영장의 기각과 관련하여 문제되는 경우가 대부분이다.⁶⁾ 그러므로 본 연구에서는 영장기각에 대한 항고제도 도입 논의를 하되, 구속영장 기각에 대한 경우를 중심으로 설명하고자 한다. 아울러 구속영장 기각에 대한 항고제도 도입 논의가 근본적으로 구속영장 발부 결정기준이 객관화되어 있지 않고 판사들의 자의적 해석에 의하여 이루어지기 때문이

5) 같은 취지의 의견으로 조국, “컴퓨터 전자기록에 대한 대물적 강제처분의 쟁점”, 한국형사정책학회 2010년도 춘계학술회의 발표자료, 2010. 5.15, 95-96면.

6) 표 1의 각종 영장기각률 현황, 표 2의 여중생 살인사건 피의자에 대한 검찰 영장청구 및 법원의 결정 내용을 보면, 충분히 알 수 있다.

라는 비판이 있는 만큼, 이러한 점도 고려하여 항고제도 도입 필요성에 대한 접근을 시도해 보고자 한다.

【표 1】 각종 영장 기각률 현황(2008년도)

구속영장			체포영장			압수수색영장			
발부	기각	기각률	발부	기각	기각률	발부	일부기각	기각	기각률
42,732	14,295	24.07%	77,361	1,162	1.48%	95,237	9,122	1,361	1.29%

* 출처 : 법원행정처, 사법연감, 2009, 89-90면.

* 각종 영장기각률 현황은 사법연감 내용을 바탕으로 재구성하였고, 압수수색영장 기각률은 일부기각을 발부에 포함(일부기각도 영장은 발부됨)하여 계산한 비율임

【표 2】 여중생 살인사건 피의자에 대한 검찰 영장청구 및 법원 결정

영장청구	첫 번째 영장	두 번째 영장	세 번째 영장	네 번째 영장	다섯 번째 영장
날짜	6월 19일	6월 22일	6월 29일	7월 5일	7월 12일
검찰 영장청구사유	범죄목인, 사체유기	범죄목인, 사체유기	범죄목인, 사체유기	범죄목인, 사체유기	범죄동참, 사체유기
법원 결정 및 사유	도주 및 증거 인멸 우려 없다	도주 및 증거 인멸 우려 없다	도주 및 증거 인멸 우려 없다	도주 및 증거 인멸 우려 없다 조사에 순순히 응하고 있다	네 차례 결정과 판단을 달리하기 어렵다. 5번 영장청구는 '강제 처분이 필요 최소한의 범위 내에서 허용돼야 한다'는 원리에도 어긋난다.
	기각	기각	기각	기각	각하

* 출처 : 동아일보, 2010. 7.16. 12면.

2. 영장재청구

앞서 살펴 본 바와 같이 10대 청소년 6명이 10대 여중생을 폭행한 끝에 숨지게 하고 시신을 훼손한 사건에서 검찰은 지방법원판사의 구속영장 기각에 대하여 영장을 네차례나 재청구하였다. 형사소송법 제201조 제5항은 ‘검사가 구속영장을 청구함에 있어서 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 구속영장을

청구하거나 발부받은 사실이 있을 때에는 다시 구속영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다.’고 규정하고 있는 바, 이는 영장재청구의 근거조항이라고 볼 수 있다. 검찰이 청구한 구속영장에 대하여 지방법원판사가 기각결정을 한 경우 검찰은 동일한 범죄사실에 대하여 보강수사를 하거나 새로운 범죄사실을 추가하는 등의 방법으로 영장을 재청구할 수 밖에 없다. 그러나 보강수사나 새로운 범죄사실을 추가하여 영장을 신청하더라도 지방법원판사가 거듭하여 영장을 기각한다면 사실상 영장재청구는 큰 의미가 없게 된다. 따라서 영장기각결정에 대한 불복방법으로서 항고제도의 도입 논의가 활기를 띠고 있는 것이다. 영장재청구에 의하면 피의자는 몇 번이고 수사기관에 다시 불려가서 보완조사를 받는 불편을 겪게 된다. 그러나 상급법원에 의하여 이루어지는 영장항고는 1심 법원에서 심사한 기록만 가지고 당부를 결정하므로 그러한 불편을 피할 수 있다. 본 사례에서 영장기각결정에 대한 불복방법으로서 현행법상 항고, 준항고가 가능한지에 대한 해석론은 후술하기로 한다.

3. 불복제도

가. 항고

항고라 함은 법원의 결정에 대한 상소를 말한다. 형사소송법 제402조는 ‘법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다. 단, 법률에 특별한 규정이 있으면 예외로 한다.’고 규정하고 있다.

제403조 제1항은 ‘법원의 관할 또는 판결전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우 외에는 항고하지 못한다.’고 규정하고 있다.⁷⁾ 동조 제2항은 ‘전항의 규정은 구금, 보석, 압수나 압수물의 환부에 관한 결정 또는 감정하기 위한 피고인의 유치에 관한 결정에 적용하지 아니한다.’고 규정하고 있다.

7) 형사소송 절차상 결정에 대하여는 소송진행을 원활하게 하기 위하여 원칙적으로 불복을 허용하지 않는 것으로 보인다.

나. 준항고

준항고란 재판장 또는 수명법관의 재판과 검사 또는 사법경찰관의 처분에 대하여 그 소속법원 또는 관할법원에 취소 또는 변경을 청구하는 불복신청방법을 말한다. 준항고는 소속법원 내지 관할법원에 불복한다는 점에서 상급법원에 불복하는 항고와 다르다. 따라서 엄격한 의미에서는 상소에 해당하지 않는다.⁸⁾ 준항고의 종류는 법관의 재판에 대한 준항고와 수사기관의 처분에 관한 준항고가 있다.

형사소송법 제416조는 ‘재판장 또는 수명법관이 기피신청을 기각한 재판, 구금·보석⁹⁾·압수 또는 압수물의 환부에 대한 재판, 감정하기 위하여 피고인의 유치를 명하는 재판, 증인·감정인·통역인 또는 번역인에 대하여 과태료 또는 비용의 배상을 명하는 재판 등을 고지한 경우에 불복이 있으면 그 법관 소속의 법원에 재판의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다.’고 규정하고 있다.

Ⅲ. 외국의 입법례

영장항고제도는 기본적으로 영장재판에 대한 불복이다. 외국의 경우에는 영장재판에 대하여 항고나 준항고 등의 불복방법을 인정하고 있는 것이 일반적 경향이다. 우리나라의 경우에도 영장재판의 불복방법으로서의 항고제도를 도입할 필요성이 있다면 외국의 입법례를 검토하여 가장 바람직한 형태의 불복제도를 만들어 내는 것이 중요하다. 주요 선진국가의 입법례를 다음과 같이 살펴 보기로 한다.¹⁰⁾

8) 손동권, 형사소송법(개정판), 세창출판사, 2010, 804-805면.

9) 보석은 법원에 청구되기 때문에 그에 관한 재판은 법원의 재판이지 여기서 말하는 재판장 또는 수명법관의 재판이 될 수 없다. 그리고 법원의 보석 관련 결정에 대해서는 항고할 수 있다는 별도의 규정이 제403조 제2항에 마련되어 있기 때문에 제416조 제1항 제2호에서의 ‘보석’은 입법론적으로 삭제하는 것이 바람직하다는 견해(손동권, 앞의 책, 805면)가 있다.

10) 외국의 입법례는 이완규, “개정 형사소송법상 영장항고”, 구속제도와 영장항고(형사법연구회 편), 법문사, 2008, 315-317면; 이인석, “영장항고제도에 관한 연구”, 법조 통권 제619호, 2008. 4, 401-417면; 독일 및 일본의 판례 등을 주로 참조하여 정리하였음.

1. 미국

미국은 경죄(dismenor)를 제외한 모든 중·상급범죄(felony) 피의자를 일단 체포하여 치안판사에게 데려가면 치안판사가 보석석방명령 또는 보석기각(구속)을 함에 따라 구속 여부에 대한 결정을 하는 체제를 가지고 있다. 이런 체제이므로 체포되는 범죄의 범위가 넓고 다양하여 각 범죄에 필요한 다양한 조건이 필요하게 되는 것이다. 미국의 보석조건이 다양한 것은 이러한 제도에서 유래한다.

미국 연방법 제3145조 제a항은 ‘치안판사에 의한 석방명령 또는 범죄에 대한 원래의 관할법원의 판사가 아닌 자에 의한 석방명령이 있는 때에는 검사는 범죄에 대한 관할법원에 석방명령의 취소 또는 석방조건의 변경을 구하는 심사를 청구할 수 있다.’는 규정을 두고 있다.¹¹⁾ 동조 제c항은 석방 또는 구금명령에 대한 항고 또는 심사청구를 기각하는 결정에 대한 항고절차는 제28편 제1291조 및 제3731조에 규정에 의한다고 하여 차상급심에의 불복절차도 규정하고 있다.

2. 독일

독일은 일반항고 규정에서 영장항고를 규정하고 있다. 독일 형사소송법 제304조는 1심법원 및 항소법원의 결정, 재판장·수명법관·수탁판사 및 수사절차에서의 판사의 처분에 대하여는 항고할 수 있다고 규정하고 있다. 이 조문상 수사절차상 판사의 처분에는 구속영장, 압수수색영장 등 모든 강제처분에 대한 결정이 포함된다.¹²⁾¹³⁾

11) 미국의 경우 체포(arrest)에 대해서는 불복을 허용하지 않으나 다양한 조건을 부과하여 보석을 허가하는 것을 원칙으로 하고 있다. 석방이나 구금명령에 대한 심사와 항고는 보석결정이나 조건에 관한 항고가 규정된 것으로 해석할 수 있을 뿐, 우리나라의 영장기각과 같은 결정을 상정하여 그에 대한 항고가 이루어지고 있는 것으로 볼 수 없다는 견해가 있다(이인석, 앞의 논문, 401면). 즉, 미국 연방법이 인정하고 있는 항고는 조건을 붙여 피의자를 보석석방하는 것이 타당한지 또는 석방에 붙여진 조건이 타당한지 여부에 관한 것이지, 단순히 영장에 관한 결정에 대하여 항고할 수 있는 것으로 볼 수 없다는 것이다.

12) Engelhardt, StPO-Karlsruher Kommentar, C.H.Beck, 2003, § 304 Rn. 18.

13) 독일의 경우에 판사의 영장재판에 관하여 일반항고규정에 의하여 항고를 인정하고 있는데, 그 내용은 우리나라 법무부나 검찰이 주장하는 단순한 영장항고제도와 같이 판사는 구속영장을 발부 또는

독일은 항고 제도를 인정함으로써 구속사유의 판단기준에 대한 구체적 판례가 축적되어 있다. 예컨대, 가명으로 집을 임대하는 경우 등 도피처 마련, 가족적·직업적 유대가 없는 경우, 상당한 범죄전력이 있는 경우 등은 구속사유의 하나인 ‘도망할 위험성’을 판단하는 기준으로 인정되고 있다.¹⁴⁾ 또한 피의자가 진술을 거부하거나 사실관계를 부인하는 경우, 일부사실만 인정하는 정도로는 증거인멸의 우려를 인정하기 어렵다는 입장이다.¹⁵⁾ 한편, 조사 전에 진술을 모의한 경우, 다른 사건의 재판에서 위증죄 또는 사범방해죄로 처벌받은 경우 등은 증거인멸의 우려가 있는 것으로 인정되고 있다.¹⁶⁾

3. 프랑스

프랑스 형사소송법은 수사판사 또는 구금 및 석방담당판사의 결정에 대한 항고를 일반항고와는 별도의 규정을 두어 그 범위와 한계를 규율하고 있다. 이에 의하면, 검사는 수사판사 또는 구금 및 석방담당판사의 모든 결정에 대하여 고등법원 기소부에 항고할 권리가 있고(제185조 제1항), 피의자도 구금에 관한 판사의 결정에 대하여 항고할 권리가 있다(제186조 제1항). 검사와 피의자 모두 구속 뿐만 아니라 수사절차상 판사의 재판에 대하여 항고를 제기할 수 있는 셈이다. 이와 같이 프랑스에서도 구속단계에서의 사범통제명령¹⁷⁾을 통한 조건부석방이 허용되고, 그에 대한 불복이 인정되고 있다.

기각하는 결정만 할 수 있고, 만일 영장이 기각된 경우 검사가 이에 항고하여 영장을 발부받아 피의자를 구속하는 제도와는 상당한 차이가 있다는 견해가 있다(이인석, 앞의 논문, 407면). 이에 따르면, 독일의 항고제도는 구속명령의 유지, 구속집행유예 등을 다투기 위한 제도로, 구속단계에서의 다양한 조건의 석방제도라는 인신구속제도가 존재하고 그 제도의 틀 속에서 전체적인 석방에 관한 결정에 대하여 항고하는 방식으로 운영된다는 것이다.

14) OLG Düsseldorf StV 1994, 85.

15) OLG Köln StV 1992, 383; OLG Frankfurt NJW 1960, 351, 352; OLG Hamm StV 1985, 114.

16) NJW 1965, 889, 883.

17) 사범통제명령제도는 수사과정에서 실제적 진실발견 및 공공질서 유지를 가능하게 하는 범위 내에서 피의자의 인권을 최대한 보장하고 구속자의 수를 줄이기 위한 방안으로 1970. 7. 17. 형사소송법 개정법률에 의하여 도입된 제도이다. 이는 구속명령으로 인한 피의자의 자유를 완전하게 박탈하는 것을 피하면서도 형사소추절차의 원활한 진행을 도모할 수 있게 되는 구속과 불구속의 중간에 해당하는 처분이다(이인석, 앞의 논문, 410면).

4. 일본

일본의 경우 법원의 결정에 대해서는 항고가 인정되고, 판사의 명령에 대해서는 준항고가 인정되는 것이 통설이다. 일본 형사소송법 제429조 제1항은 준항고 대상인 재판의 주체를 우리나라와는 달리 ‘재판관’으로 규정하고 있기 때문에 구속이나 압수에 관한 판사의 재판에 대한 불복으로 준항고가 인정된다.¹⁸⁾

일본도 준항고를 통해 구속기준에 대한 다양한 판례가 집적되어 있는 상황이다. 예컨대, 구류(우리나라의 구속에 해당)의 요건인 주거부정에 해당하는 경우로 약 1년간 간이여관을 전전해 온 경우,¹⁹⁾ 전출한 아파트에 짐을 맡겨 놓고 때때로 방문하는 경우²⁰⁾ 등을 들 수 있다. 또한 범행 후 거소를 전전하고 가족과 별거중에 있으며 집행유예 기간 중인 경우,²¹⁾ 다수의 동종전과가 있고 직업도 안정되지 않은 경우²²⁾ 등은 도망할 염려가 있는 경우로 보았다. 피의자를 포함한 관계자가 조직적으로 관계문서를 정리하고 수사에 비협조적이며 피의자가 묵비하고 있는 사정이 있는 경우,²³⁾ 공범자 중 폭력조직원이 있고 피의자가 부인하는 경우²⁴⁾ 등은 증거인멸의 우려가 있는 경우로 보았다.

Ⅳ. 형사소송법상 영장항고에 관한 해석론

1. 불복부정설

구속영장 기각재판에 대하여 항고나 준항고의 방법으로 불복할 수 없다는 견해로

18) 일본은 우리나라와는 달리 체포·구속적부심사제도가 존재하지 않고, 영장의 재청구도 허용되지 않으므로 검사와 피의자 모두 준항고를 통해 불복할 수 밖에 없다.

19) 東京地決 昭和 35. 2. 17.

20) 福岡地決 昭和 46. 11. 26.

21) 東京地決 昭和 39. 4. 17.

22) 東京地決 昭和 39. 7. 9.

23) 秋田地決 昭和 34. 8. 13.

24) 東京地決 昭和 39. 10. 14.

다수설이다.²⁵⁾²⁶⁾ 이는 대법원의 태도와 맥을 같이한다. 대법원의 입장에 관하여는 후술하기로 한다. 불복부정설의 논거는 다음과 같다.

i)검사의 구속영장 청구를 담당하는 지방법원 판사는 형사소송법 제402조에 규정된 ‘법원’에 해당하지 않는다. ii)항고는 ‘법원의 결정’을 대상으로 하므로 ‘법원의 결정’이 아닌 지방법원판사의 재판인 구속영장 청구재판은 항고대상이 아니다. iii)제402조가 규정한 항고의 대상은 수소법원의 결정이어야 하는데, 영장재판을 하는 지방법원판사는 수소법원이 아니므로 구속영장재판은 항고대상이 될 수 없다. iv)제416조 준항고의 대상이 되는 재판은 ‘재판장 또는 수명법관’이어야 하는데 영장을 심사하는 지방법원판사는 여기에 해당하지 않는다.

그러나 불복부정설은 형사소송법 제402조의 ‘법원’의 의미를 너무 좁게 해석한다는 문제점이 있다. 판례가 기소전보석결정에 대하여 항고를 인정하고 있는 점을 고려해 보면 제402조의 법원을 수소법원으로 한정하는 것은 타당하지 않다고 본다. 불복부정설은 영장항고제도를 인정할 경우 영장심사기간의 장기화로 절차지연의 문제가 발생할 우려가 있다고 한다. 또한 피의자에게는 구속적부심사제도, 검사에게는 영장재청구 제도가 있기 때문에 별도의 불복제도가 불필요하다고 본다. 그러나 영장항고제도는 구속적부심사제와 영장재청구 제도는 본질적으로 다르다. 이에 관하여는 후술하기로 한다. 한편, 구속적부심결정에 대하여 항고를 불허하면서 영장기각에 대하여 항고를 인정하는 것은 형사소송법 체계와 조화가 되지 않는다고 한다. 그러나 이는 영장항고제도 도입 논의를 하면서 입법론적으로 해결하여야 할 부분이라고 생각한다.

25) 배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006, 250면; 신양균, 형사소송법(제2판), 법문사, 2004, 166면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 1338-1347면; 임동규, 형사소송법(제4판), 법문사, 2006, 190면; 정웅석, 형사소송법(제4판), 대명출판사, 2007, 234-235면; 차용석·백형구, 주석 형사소송법(II), 한국사법행정학회, 1998, 141면; 이인석, 앞의 논문, 387-393면; 김재봉, “개정 형사소송법과 수임판사의 재판에 대한 불복”, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 49면.

26) 불복부정설을 취하면서도 법관의 재판인 명령에 대하여 상급법원에 불복방법을 인정하지 않는 것은 사법절차의 형식적 엄밀성과 적법절차의 관점에서 볼 때 문제가 적지 않다고 생각되므로 입법론적으로 볼 때 독일 형사소송법의 경우와 같이 항고의 대상을 법관의 명령에 대해서까지 확장하는 것이 바람직하다는 견해도 있다(신동운, 앞의 책, 1338면).

2. 불복긍정설

검사의 구속영장청구에 대하여 지방법원판사가 구속영장을 발부하였거나 기각하였을 때 항고 또는 준항고로 다룰 수 있다는 견해이다.

가. 항고설

현행법상 수사절차에서 판사의 영장결정에 대해 항고가 허용된다는 입장이다.²⁷⁾ 형사소송법 제402조의 ‘법원의 결정’에는 수임판사의 재판도 포함된다고 한다. 즉 제402조의 법원은 대법원 판례처럼 좁은 의미의 수소법원, 다시 말하면 공소제기된 법원 내지 피고사건이 소송계속된 법원으로 이해하는 것은 부당하며, 보다 넓은 의미의 소송법상 의미의 법원으로 파악하거나 수소법원 개념 자체를 확장해야 한다고 한다.²⁸⁾²⁹⁾

수소법원이 아닌 법원의 재판에 대하여도 항고가 인정되는 경우가 있기 때문에 수소법원 이론은 부당하다고 한다. 판례는 보증금납입조건부 피의자석방결정에 대하여 항고를 인정하고 있고, 재정결정에 대하여도 법률상 항고가 금지되지만 형사소송법 제415조에 따른 재항고(즉시항고)를 허용하며, 형사소송법 제437조는 재심 기각결정 또는 재심개시결정에 대하여 항고(즉시항고)를 인정하고 있다고 한다.³⁰⁾

27) 강동범, “구속영장재판에 대한 불복 가부”, 형사법연구 제21권 제3호, 2009, 102면; 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002, 682면; 이완규, 앞의 논문, 320면; 최교일, “구속영장심사의 법적 성격 및 기각결정에 대한 불복방법, 형사재판의 제문제, 박영사, 1999, 377면.

28) 다시 말하면, 영장청구사건, 증거보전청구사건 등과 같이 독립된 사건이 계속된 법원은 모두 수소법원으로 보거나(신현주, 앞의 책, 795-796면) 분쟁당사자로부터 청구를 받아 그 판단권을 행사하는 법원은 모두 형사소송법 제402조의 법원이며 수소법원이란 용어로 이러한 의미로 사용되어야 한다고 주장하는 견해가 있다(이완규, 앞의 논문, 319-320면).

29) 형사소송법 제402조는 법원의 결정이라고 하고 있을 뿐 수소법원이라는 개념을 사용하고 있지 않으므로 판례이론과 같이 제402조의 법원을 수소법원으로 제한할 이유가 없고, 오히려 법원의 재판권은 분쟁당사자로부터 분쟁판단에 대한 청구 등을 받아 그 분쟁해결을 위한 판단권을 행사하는 것이므로 분쟁당사자로부터 청구를 받아 그 판단권을 행사하게 된 법원은 모두 제402조가 말하는 법원이라고 하여야 한다는 것이다. 즉, 영장의 청구도 그 자체가 하나의 사건으로서 법원에 계속되며 따라서 영장청구사건을 재판하는 판사는 ‘사건계속법원’으로 보아야 하며 이때 판사가 하는 재판은 명령이 아니고 결정의 일종이라는 견해가 있다(신현주, 앞의 책, 682면).

30) 류장만, “구속영장기각결정이 항고대상이 되는지에 관하여”, 형사실무의 제문제 제2호, 2003,

항고설은 형사소송법 제402조의 법원에 수임판사를 포함시켜 그 재판에 대하여 항고가 가능하다고 보고 있다. 그러나 우리 형사소송법이 항고와 준항고를 구별하여 명문화한 이유를 설명하기 어렵다는 문제점이 있다.

나. 준항고설

수사절차에서 판사의 영장에 대한 재판에 대한 불복은 제416조 제1항에 의해 준항고가 허용된다는 견해이다.

제402조의 항고에 관한 한 그 대상이 법원의 결정이라는 점, 그 법원은 수소법원에 한정한다는 판례이론을 받아들이지만 이에 반해서 영장재판을 하는 판사는 제416조 제1항에서 규정하는 재판장에 해당한다고 볼 수 있는 점 등으로 보아 준항고가 허용된다는 것이다.³¹⁾

또한 헌법 제27조, 제101조 제2항, 제107조 제2항 등은 그 취지상 대법원이 최고의 법원으로 기능하는 심급제도를 통해 재판을 받을 권리를 최대한 보장하기 위한 것인데, 이렇게 볼 때 영장기각재판이 헌법이나 법률에 위반된다면 대법원은 그에 대한 최종판단을 내려야 하고, 이를 위해 대법원의 판단을 받기 위한 길을 열어 두어야 하며, 따라서 지방법원판사의 영장기각재판이 있으면 검사는 형사소송법 제416조 제1항 제2호를 유추적용하여 그 법관 소속 지방법원에 준항고를 제기할 수 있다는 것이다. 이러한 준항고를 허용하면 대법원에 재항고(제415조)를 제기하여 그 판단을 받을 수 있게 된다.

일반적으로 재판장, 수명법관이라는 용어는 합의부를 전제로 하는 것이며, 실무 관행상 영장담당판사를 가르켜 재판장이라고 호칭한다고 하더라도 그것이 법적 의미를 부여하는 것은 아니므로 수임판사의 재판에 대하여 준항고가 가능하다는 해석은 수긍하기 어려운 측면이 있다.

358-360면; 오세인, “영장청구 기각결정에 대한 불복방법, 형사판례연구 9, 2001, 342-346면.

31) 대검찰청, “론스타사건 관련 구속영장 기각결정에 대한 재항고 이유”, 형사법의 신동향, 2006. 12, 144면.

3. 판례의 입장

형사소송법 제37조는 재판의 종류를 판결, 결정, 명령으로 나누어 규정하는 한편, 재판의 종류와 성질에 따라 이를 담당할 주체를 법원, 법원합의부, 단독판사, 재판장, 수명법관, 수탁판사, 판사 또는 지방법원판사, 법관 등으로 엄격하게 구분하여 규정하면서, 검사의 체포영장 또는 구속영장의 청구에 대해서는 지방법원판사가 그 발부 여부에 대한 재판을 하도록 규정하고 있다. 또한 제402조 본문은 법원의 결정에 대하여 항고할 수 있다고 규정하고, 제416조 제1항은 재판장 또는 수명법관은 각호의 1에 해당하는 재판을 고지한 경우에 불복이 있으면 법관 소속의 법원에 재판의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 규정을 종합하여 볼 때, 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 구급 등에 관한 재판’에도 해당되지 아니함이 분명하다고 판시한 바 있다.³²⁾³³⁾

헌법 제12조 제6항은 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정하여 체포 또는 구속의 적부심사를 적법하게 발부된 영장에 의하여 구속된 사람의 구제 내지 불복방법의 하나로 보장하면서도, 검사가 신청한 체포 또는 구속영장 등의 발부가 법원에 의하여 거부된 때의 불복방법에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 또한 형사소송법 제200조의 2 제4항 및 제201조 제5항에서 ‘... 검사가 체포영장(또는 구속영장)을 청구함에 있어서 동

32) 대법원 1958. 3.14. 자 4290형재합9 결정; 대법원 2005. 3. 31. 자 2004모517 결정; 대법원 2006. 12. 18. 자 2006모646 결정.

33) 압수수색영장의 경우에도 같은 취지의 판례가 있다. 형사소송법 제416조는 재판장 또는 수명법관이 한 재판에 대한 준항고에 관하여 규정하고 있는 바, 여기서 말하는 재판장 또는 수명법관이라 함은 수소법원의 구성원으로서의 재판장 또는 수명법관만을 가르키는 것이어서, 수사기관의 청구에 의하여 압수영장 등을 발부하는 독립된 재판기관인 지방법원판사가 이에 해당한다고 볼 수 없으므로, 지방법원판사가 한 압수영장발부의 재판에 대하여는 위 조항에서 정한 준항고로 불복할 수 없고, 나아가 같은 법 제402조, 제403조에서 규정하고 있는 항고는 법원이 한 결정을 그 대상으로 하는 것이므로 법원의 결정이 아닌 지방법원판사가 한 압수영장발부의 재판에 대하여 그와 같은 항고의 방법으로도 불복할 수 없다(대법원 1997. 9. 20. 자 97모66 결정).

일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 체포영장(또는 구속영장)을 청구하거나 발부받은 사실이 있을 때에는 다시 체포영장 또는 구속영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다.’고 규정하여 사실상 검사가 체포영장 또는 구속영장의 발부를 재청구할 수 있다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 지방법원 판사가 체포영장 또는 구속영장을 발부하지 아니한 데 대하여 따로 불복할 수 있다는 규정은 두고 있지 아니한 반면에, 제214조의 2에서는 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 등이 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다고 규정(제1항)하는 한편, 체포 또는 구속적부심사의 청구를 인용하거나 기각하는 재판에 대하여는 항고하지 못한다고 규정하고 있다(제8항).

이러한 헌법과 형사소송법의 규정은 신체의 자유와 관련한 기본권의 침해는 부당한 구속 등에 의하여 비로소 생길 수 있고 검사의 영장청구가 기각된 경우에는 이로 인한 직접적인 기본권침해가 발생할 여지가 없다는 점, 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 청구에 관한 재판 자체에 대하여 항고 또는 준항고를 통한 불복을 허용하게 되면 그 재판의 효력이 장기간 유동적인 상태에 놓여 피의자의 지위가 불안하게 될 우려가 있으므로 그와 관련된 법률관계를 가급적 조속히 확정시키는 것이 바람직하다는 점을 고려하여, 체포영장 또는 구속영장 자체에 대한 불복을 허용하지 아니하는 대신에 영장이 발부된 경우에는 피의자에게 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있도록 하고, 간접적인 방법으로 불복할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 데에 그 취지가 있다고 할 것이다. 따라서 이는 헌법이 법률에 유보한 바에 따라 입법자의 형성의 자유의 범위 내에서 이루어진 합리적인 정책적 선택의 결과일 뿐, 헌법에 위반되는 것은 아니라고 판시한 바 있다.³⁴⁾

4. 검토

불복부정설, 불복긍정설(항고설, 준항고설) 모두 현행법상 항고제도를 인정할 수 있겠느냐의 문제와 관련하여 해석상 논란과 문제점이 있음을 앞서 살펴 보았다. 또한 대법원도 형사소송법 제402조의 법원은 수소법원에 한하는 것이며, 제416조 1항

34) 대법원 2006. 12. 18. 자 2006모646 결정

의 주체는 재판장 또는 수명법관이어야 하는데 영장기각결정 등을 하는 지방법원판사는 이에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다.

요컨대, 형사소송법 제402조의 ‘법원’의 의미는 수임판사 등 판사를 제외한 소송법상의 의미의 법원이므로 이들 법원의 결정에 대하여는 항고가 허용되며, 수임판사 등 판사의 재판(명령)에 대하여는 법률에 규정이 있는 경우에 한하여 준항고나 이의신청이 인정되는 것으로 볼 수 있다. 또한 형사소송법 제37조는 재판의 종류를 판결, 결정, 명령으로 나누어 규정하고 있다. 이러한 점을 종합하여 볼 때, 현행 형사소송법의 해석론으로는 영장재판에 대한 항고를 인정할 수 없다고 본다.³⁵⁾³⁶⁾ 따라서 이에 관하여는 입법론적으로 해결해야 할 것이다.

V. 영장항고제도 도입 필요성에 관한 비판적 검토

1. 영장항고제도의 도입 필요성

특정사건에 대한 구속영장기각을 두고 검찰과 법원의 갈등이 극도의 대립양상을 보이고 있음을 앞서 살펴 보았다. 이는 유사한 사건에서도 구속영장 발부 여부를 심사하는 판사들의 생각이 각각 다르고, 구속결정도 지극히 주관적으로 작용하는데서 비롯된다. 즉, 형사소송법상 구속사유인 증거인멸이나 도주 우려는 추상적이고 불확정한 개념으로서 판사가 나름대로 의무에 합치하는 판단을 하였다고 하더라도 유사한 사건에서 결론이 다르게 나올 수 있다. 따라서 상급법원에 대한 불복을 통하여 구속사유에 대한 법해석의 통일을 기할 수 있고, 불복이 허용될 경우 기각의 이

35) 같은 취지의 의견으로 이인석, 앞의 논문, 391-393면.

36) 반면에, 현행법 해석상 영장재판에 대한 항고가 가능하다는 견해가 있다(강동범, 앞의 논문, 102면). 그 이유는 첫째, 영장재판을 담당하는 지방법원 판사는 헌법, 법원조직법, 형사소송법의 관련 규정에 비추어 소송법상 의미의 법원(재판기관)으로서 제402조의 법원에 해당하고, 둘째, 영장재판은 결정이라고 보아야 하며, 셋째, 제184조 제4항은 수임판사도 법원이며, 그의 재판은 결정으로서 이에 대한 항고가 가능하다는 점을 확인한 것이라고 해석할 수 있기 때문이라고 한다. 영장재판에 대한 항고를 허용함으로써 상소심, 특히 대법원에 사건이 폭주할 염려가 있으나, 이는 항고제한의 방법이 아닌 사법자원의 분배를 통해 해결해야 할 문제라고 한다.

유를 제시하여야 하기 때문에 검사나 피의자에게 구속기준을 명백히 제시할 수 도 있다.³⁷⁾ 나아가 영장재판도 재판의 일종이므로 그 판단의 타당성을 위해서는 사후 적 심사가능성이 원칙적으로 보장되어야만 한다.

불복제도를 통하여 실체적 진실이나 적법절차의 일방적 희생을 막을 필요가 있고, 불복을 허용하는 경우에도 제기기간이나 심사기간의 제한을 통하여 불복절차가 지나치게 지연되는 것을 막을 수 있다는 장점이 있다.³⁸⁾

2. 다른 제도와와의 관계

가. 검사와 피의자간 불평등 관계

헌법 제12조 제6항은 체포 또는 구속의 적부심사를 적법하게 발부된 영장에 의하여 구속된 사람의 구제 내지 불복방법의 하나로 보장하고 있다. 반면에 검사가 신청한 체포영장 또는 구속영장 등의 발부가 법원에 의하여 거부된 때의 불복방법에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않다. 이러한 헌법정신은 형사소송법에도 투영되어 제214조의 2에서 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 등이 관할 법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 같은 영장 재판에 대하여 피의자에 대하여는(영장발부에 대하여) 불복수단을 인정하면서도 검사에 대하여는(영장기각에 대하여) 불복수단을 허용하지 않고 있다. 이는 양자를 차별하는 것으로 사실상 헌법상 평등권의 침해가 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있다.

신체의 자유와 관련된 기본권의 침해는 부당한 구속 등에 의하여 비로소 생길 수 있다는 점, 검사의 영장청구가 기각된 경우에는 이로 인한 직접적인 기본권의 침해가 발생할 여지가 없다는 점, 영장 청구의 재판 자체에 대하여 항고 또는 준항고를 통한 불복을 허용하게 되면 그 재판의 효력이 장기간 유동적 상태에 놓여 피의자의 지위가 불안정해 질 염려가 있다는 점, 이미 체포영장 또는 구속영장이 발부된 경우에는 체포 또는 구속적부의 심사를 청구할 수 있는 권한을 피의자에게 부여하고 있

37) 류장만, 앞의 논문, 364면.

38) 김재봉, 앞의 논문, 54면.

고, 영장청구가 기각된 경우에는 검사로 하여금 그 영장을 재청구할 수 있도록 함으로써 간접적으로 불복할 수 있는 방법이 마련되어 있는 점 등으로 보아, 검사에 대한 불복수단을 마련하지 않은 것은 헌법이 법률에 유보한 바에 따라 입법자의 형성의 자유의 범위 내에서 이루어진 합리적인 정책적 선택의 결과일 뿐이므로 헌법에 위반되지 않는다는 견해가 있다.³⁹⁾

그러나 이 견해는 찬성하기 어려운 측면이 있다. i)검사의 영장청구가 기각된 경우에는 직접적인 기본권의 침해가 발생할 여지가 없다고 주장하고 있으나 이는 단편적 해석에 불과하다. 신체의 자유와 관련된 기본권의 침해가 부당한 구속 등에 의하여 생길 수 있는 것은 사실이나 이는 순전히 피의자 입장만 고려한 해석이다. 즉, 피해자의 피해회복의 측면을 간과한 점이 있다고 본다. ii)영장청구 재판 자체에 대하여 불복을 허용하게 되면 재판의 효력이 장기간 유동적 상태에 있어 피의자의 지위가 불안해 질 염려가 있다고 주장하나, 이는 항고기간의 제한이나 심사기간을 제한하여 법원이 신속한 처리를 하도록 하면 해결될 수 있을 것으로 보인다. iii)영장청구가 기각된 경우 검사의 영장재청구를 통해 간접적 불복방법을 이미 확보하고 있다고 주장하나 영장항고제도와 영장재청구 제도는 본질적으로 다른데 이 점을 간과한 잘못이 있다. 영장항고제도와 영장재청구 제도가 어떻게 다른 지에 관하여는 다음에서 설명하기로 한다.

한편, 영장항고의 재판에 대하여는 다시 재항고가 허용됨에도 불구하고 구속적부심에 대해서는 항고가 허용되지 않으므로 이 또한 차별적 취급이라는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 이에 의하면, 이런 차별적 취급을 피하기 위해서 구속적부심에 대하여 항고를 허용하더라도 피의자의 구속적부심사기간은 구속기간에서 제외되므로 실질적으로 피의자에게 미결 구속기간의 증가라는 불이익을 가져 온다고 한다. 또한 피의자가 영장발부결정에 불복하여 항고할 경우 구속기간이 진행되지 않아 수사기관은 영장항고가 확정될 때까지 피의자를 구금할 수 있게 되어 피의자에게 불이익 하다는 것이다. 종전에는 이런 문제점을 극복하기 위하여 구속기간에는 산입하지 않더라도 미결구금에 산입하면 된다는 주장이 제기되기도 하였다.⁴¹⁾ 한편, 최근에 이와 관련

39) 대법원 2006. 12. 18 자 2006모646 결정

40) 이인석, 앞의 논문, 420면.

하여 헌법재판소는 판결선고 전 구금일수의 산입을 규정한 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 신체의 자유를 침해한다며 미결구금일수는 형기에 전부 산입하여야 한다는 취지의 의미있는 결정을 한 바 있다.⁴²⁾

나. 영장재청구와 체포·구속적부심

체포영장 또는 구속영장청구가 기각된 경우에는 검사로 하여금 그 영장을 재청구할 수 있도록 하고 있고, 체포영장 또는 구속영장이 발부된 경우에는 피의자에게 체포·구속적부의 심사를 청구할 수 있는 권한을 부여함으로써 간접적으로 불복할 수 있는 방법이 마련되어 있다는 판례의 태도는 수긍하기 어려운 점이 있다. 왜냐하면 영장재청구 및 체포·구속적부심사제도는 본질적으로 영장항고와는 다르기 때문이다.

영장재판에 대한 불복, 즉 영장항고는 영장재판시의 상황을 기준으로 영장재판 자체의 당부를 심사하는 것이고, 영장재청구는 영장재판 이후의 추가적 상황도 고려하는 절차이기 때문이다. 다시 말하면, 영장재청구는 영장재판 자체의 당부를 심사하는 것이 아니라, 영장이 기각된 이후 발생한 새로운 사정을 고려하여 심사하는 것이다. 즉, 영장 기각 후 수사기관이 새로운 증거나 관련자의 진술을 추가로 확보하여 범죄사실을 더욱 명백히 한 후 이러한 사정을 기초로 영장을 다시 신청하여 심사를 받는 것이다. 그러므로 유사한 사안에서 판사 각각의 주관에 의하여 달리 나올 수 있는 영장 발부 여부에 대한 결과 그 자체에 대하여 심사하는 영장항고와는 다르다.

구속적부심은 좀더 세밀하게 살펴 볼 필요가 있다. 영장발부에 대한 항고는 영장 발부시의 상황을 기준으로 이루어지는 것이나 구속적부심은 구속 이후의 사정변화까지 고려하는 것이므로 양자는 분명한 차이점이 있다. 즉, 구속영장 발부 후 피해

41) 강동범, 앞의 논문, 101면. 이에 따르면, 만약 영장항고를 입법에 의해 명문화하는 경우에는 구속된 피의자에 대한 감정유치기간과 같이 취급(제221조의 3 제2항 제2문, 제172조 제8항)하는 내용을 신설하면 된다는 것이다.

42) 헌재결 2009. 6. 25. 2007헌바25.

자의 피해회복을 통해 피해자와 합의를 한다는 사정 등이 구속적부심에서는 고려될 수 있다.⁴³⁾

그렇다고 하여 피의자에게 항고를 청구할 권리를 부여하는 것은 타당하지 않다고 본다. 왜냐하면 구속적부심만으로도 이미 항고의 효과를 달성할 수 있기 때문이다. 즉, 구속이 적법한지 여부 그 자체도 심사를 하고, 거기에 더하여 구속 이후의 사정까지 고려하는 것이기 때문이다. 구속적부심은 구속이 불법인 경우는 물론 부당한 경우도 포함된다. 불법인 경우라 함은 재구속의 제한(제208조)을 위반한 경우, 구속 사유가 없는 구속, 경미사건에 있어 주거가 일정한 경우임에도 구속한 경우, 체포구속기간을 초과한 이후에도 계속 구속한 경우 등이 해당된다. 구속이 부당한 경우라 함은 피해변상, 합의, 고소취소 등이 있는 경우가 해당된다고 할 것이다.

다. 구속취소와의 관계

영장 기각재판에 대한 검찰과 법원의 대립이 격화되고 있는 가운데, 검찰이 영장 재청구제도가 이미 존재하고 있어 사실상 불복수단이 확보되어 있음에도 영장항고 제도를 도입하는 것은 구속취소제도와의 관계에서 법률상 문제가 발생한다는 주장이 제기될 수 있다. 영장기각에 대하여 검사가 항고를 하여 항고법원이 검사의 영장 항고를 받아들여 직접 구속영장을 발부하는 경우, 그 하급심 법원이 이와 별도로 상급법원에서 발부한 구속영장에 대하여 판단 후 구속적부심을 인용하는 것이 가능한가라는 문제도 발생한다. 만약 이를 가능하다고 하면 상급법원의 구속결정을 하급법원이 뒤집는 경우가 발생하여 심급체계상 모순이 생긴다. 그러나 구속영장발부 요건과 구속적부심 심사요건이 다르기 때문에 크게 문제가 되지 않는다고 본다.⁴⁴⁾

43) 영장재판에 대한 불복의 필요성은 피의자에게 있어서 보다 현실적으로는 검사에게 더 크다는 견해가 있다. 이에 따르면 법관의 영장기각행위에 대한 검사의 불복수단으로서는 동일법원에 대한 영장 재청구보다 상급법원의 판단에 의한 구제가 보다 합리적이고 효과면에서도 더 낫다고 한다. 그리고 피의자가 불복하는 경우와 검사가 불복하는 경우를 구별한다. 즉, 피의자의 경우에는 체포·구속적부심사제도를 이용하게 하고, 검사의 경우에는 영장기각자체에 대하여 항고할 수 있도록 하는 것이 합리적이라고 한다. 또한 피의자의 적부심사청구에 대한 법원의 기각결정에 대하여는 다시 피의자에게 항고제기의 권한을 인정하는 것이 바람직하다고 한다(이은모, “피의자 인신구속제도의 정비 방안”, 형사법연구 제19호, 2003, 121-122면).

44) 같은 의견으로 강동범, 앞의 논문, 100면.

또한 검사가 항고를 통하여 구속영장을 발부받아 놓고 사후에 법원의 허가 없이 구속취소를 할 수 있는지 여부가 문제된다. 검사가 판사의 영장기각에 대하여 항고하여 그 주장이 받아들여져 구속결정을 한 경우에 다시 검사가 자신의 주장을 받아들인 항고법원의 결정을 스스로 뒤집는 구속취소를 할 수 있게 된다면 매우 부적절한 결과를 가져오게 된다는 문제가 있다.⁴⁵⁾ 현행 형사소송법상 구속취소에서도 구속영장 발부 후 구속사유가 없거나 소멸된 경우에는 검사가 구속을 취소할 수 있으며, 이러한 구속취소는 피의자에게 불리한 것이 아니므로 이러한 문제점이 영장항고제도를 도입하기 때문에 생기는 문제라고 비판하는 것은 적절하지 않다고 생각한다.

VI. 영장항고제도에 관한 입법론

법원의 결정에 대하여는 항고를 인정하고, 판사의 모든 재판에는 준항고를 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 준항고 대상으로는 구속영장기각결정과 같은 수임판사의 재판을 포함한 모든 재판이 해당된다고 하여야 한다. 다시 말하면, 준항고의 대상을 재판장 또는 수명법관의 재판으로 한정하지 말고 판사의 모든 재판으로 그 범위를 확대하자는 것이다. 단, 개정형사소송법 제184조 제4항에서 신설한 증거보전청구기각결정에 대하여는 항고가 가능⁴⁶⁾한 것으로 되어 있으나 영장재판에 대한 불복제도의 일관성 및 통일성을 위해 이 또한 개정하여 준항고의 방법으로 다루도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

45) 이인석, 앞의 논문, 419면.

46) 대법원은 형사소송법 제402조에서 말하는 ‘법원’은 수소법원을 의미하는 것이고, 제416조의 ‘재판장 또는 수명법관’에 판사가 포함되지 않기 때문에 증거보전청구를 기각하는 결정에 대하여는 불복할 수 없다는 입장(대법원 1986. 7. 12. 자 86모25 결정)을 취하였다. 그러나 개정 형사소송법은 제184조 제4항에서 증거보전신청을 기각하는 결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다는 규정을 신설하였다. 개정 전에도 증거보전청구기각결정에 대하여 항고할 수 있다는 의견(신동운, 앞의 책, 321면; 신양균, 앞의 책, 252면)이 있었다. 이에 따르면, 형사소송법 제184조 제2항이 증거보전청구를 받은 판사에게 수소법원 또는 재판장과 동일한 권한을 인정하고 있다는 점에서 판사의 증거보전신청 기각결정은 수소법원의 결정에 준하여 항고(제402조)로 다룰 수 있다는 것이다. 반면에, 증거보전신청을 기각하는 결정에 대하여는 불복할 수 없다는 견해(배종대·이상돈, 앞의 책, 327면; 임동규, 앞의 책, 247면)도 있었는데 그 논거는 대법원의 입장과 같다.

증거보전청구기각결정에 대하여 3일 이내에 항고를 할 수 있다는 개정 형사소송법 제184조 제4항의 신설로 수사절차상 영장재판에 대한 항고가 전반적으로 인정되는 계기가 되었다는 주장이 있다.⁴⁷⁾ 그러나 이는 해석상 문제가 있다고 본다. 왜냐하면 증거보전절차는 증거수집 과정에서 수사기관에 비해 상대적으로 열악한 지위에 있는 피의자나 피고인을 보호하기 위한 취지가 있는 것으로 실질적으로는 검사의 증거보전청구를 보호하는 측면보다는 피의자나 피고인의 증거수집을 보장하기 위한 목적이 더 크다고 볼 수 있기 때문이다. 증거보전청구기각결정에 대하여 3일 이내에 항고를 할 수 있다는 규정을 둔 것은 영장재판에 대한 항고 도입 여부에 대한 사법제도개혁추진위원회의 논의 과정에서 검찰과 법원의 대립으로 부득이하게 탄생한 산물이다. 즉, 검찰은 영장항고제도의 단독 도입을 주장하였고, 법원은 영장단계에서의 조건부석방제도⁴⁸⁾의 도입을 전제로 영장재판에 대한 항고제도를 수용하겠다고 하였다. 이와 같은 양측의 대립으로 결론을 내지 못하자 이에 관하여는 차후 다시 논의하기로 하고 일단 증거수집에서 열악한 지위에 있는 피의자 등을 보호하기 위해서 증거보전청구기각결정에 대하여만 3일 이내에 항고할 수 있는 것으로 형사소송법이 개정된 것이다. 따라서 제184조 제4항 규정의 신설로 판사의 영장재판에 대한 항고가 일반적으로 인정되는 계기가 되었다는 해석은 타당하지 않다고 본다. 또한 수임판사의 재판에 대하여 전반적으로 항고를 인정한 것으로 해석할 경우 일반항고와는 달리 왜 유독 증거보전청구기각결정에 대하여만 3일 이내에 항고기간을 두고 있는 것인지 그 이유를 설명하기 어렵다는 문제점이 있다.

요컨대, 준항고 제도는 상급법원의 업무상 부담을 경감시켜 줄 수 있고, 불복사건에 대한 신속한 처리가 가능하다는 장점을 가지고 있다. 특히, 구속영장과 같이 피의자의 기본권 침해와 직결되는 사안은 그 처리에 있어 신속성이 요구된다. 그러므로 영장기각 재판에 대한 불복방법으로는 준항고 제도를 입법화하는 것이 가장 바람직하다고 본다.

47) 이완규, 앞의 논문, 327-333면.

48) 영장항고제도만의 단독 도입은 구속수사의 확대라는 방향으로 형사사법제도가 후퇴할 것이라고 한다. 따라서 영장항고제도의 도입 논의는 영장단계에서 조건부 석방제도와 함께 논의되어야 한다는 것이다. 영장단계에서의 조건부 석방제도는 구속영장청구에 대한 심사절차에서 피의자에 대하여 구속영장을 발부함과 동시에 피의자를 조건부로 석방하는 제도를 말한다. 이 제도가 도입되면 구속과 불구속의 한계선상에 있는 사건의 경우에 영장단계에서 적절한 조건을 부과하고 석방하여 불구속수사 원칙을 확대할 수 있다는 것이다.

한편, 피의자는 구속적부심을 통하여 구속 그 자체에 대한 심사를 받아 항고의 목적을 달성할 수 있고, 구속(영장 발부) 그 자체에 대한 것 뿐만 아니라 구속 이후의 사정변화까지 고려(예를 들면, 피해자와의 합의 등)하여 심사를 받기 때문에 별도의 항고를 인정하는 방향으로 새로운 입법을 추진할 필요는 없다고 본다.

다만, 구속적부심 기각결정에 대하여는 항고를 인정할 필요가 있다고 본다. 검사의 경우 영장기각결정에 대한 항고, 재항고가 인정되는 방향으로 입법이 된다면 그것과의 형평성을 위해서도 구속적부심 기각결정에 대한 피의자의 항고권은 보장되어야 한다. 그리고 원래 구속적부심사제도가 가지는 본질적 의의가 수사단계에서 신체구속을 당한 피의자가 그 구속의 적부를 법원에 청구하는데 있다는 점을 고려하면 구속적부심 기각결정에 대한 항고는 인정되어야 한다.⁴⁹⁾ 따라서 구속적부심 결정에 대하여 항고하지 못한다는 형사소송법 제214조의 2 제8항은 개정되어야 한다. 위에서 언급한 입법론을 바탕으로 영장항고제도를 도입하는 내용의 입법안을 요약·정리하면 아래 표와 같다.

현행 형사소송법	입법안
제416조(준항고) ① 재판장 또는 수명법관이 다음 각 호의 1에 해당하는 재판을 고지한 경우에 불복이 있으면 그 법관 소속의 법원에 재판의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다. 1. 기피신청을 기각한 재판 2. 구금, 보석, 압수 또는 압수물 환부에 관한 재판 3. 감정하기 위하여 피고인의 유치를 명한 재판 4. 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인에 대하여 과태료 또는 비용의 배상을 명한 재판	제416조(준항고) ① 판사가 다음 각 호의 1에 해당하는 재판을 고지한 경우에 불복이 있으면 법원에 재판의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다. 1. 기피신청을 기각한 재판 2. 구금, 압수 또는 압수물 환부에 관한 재판(보석 삭제) - 보석은 법원에 청구되므로 판사의 재판이 법원의 보석 관련 결정에 대해서 항고할 수 있다는 별도 규정이 제403조 제2항에 있어 삭제 3. 감정하기 위하여 피고인의 유치를 명한 재판 4. 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인에 대하여 과태료 또는 비용의 배상을 명한 재판 5. 증거보전청구를 기각하는 결정(신설) (제184조 제4항 삭제)

49) 이 점을 고려하여 1954년 제정 당시 우리 형사소송법은 법원의 기각결정에 대하여 구속적부심사청구권자에게 항고권을 인정한 바 있다. 만일 하급법원이 체포·구속적부심사의 판단을 독선적으로 행함에도 불구하고 현행법처럼 그 결정에 대하여 상급법원의 심사가 이루어지지 않는다면 그로 인하여 형성될 하급법원의 권위주의는 국민의 불만대상이 되지 않을 수 없다(신동운, 앞의 책, 268면).

현행 형사소송법	입법안
제214조의 2(체포와 구속의 적부심사) ⑧ 제3항(심문 없이 청구 기각)과 제4항(심문 후 청구기각 또는 석방)의 결정에 대하여는 항고하지 못한다.	제214조의 2(체포와 구속의 적부심사) ⑧항 삭제 “검사의 경우 영장기각결정에 대한 준항고, 재항고가 인정되는 방향으로 입법되는 것과의 형평성 고려 단, 영장발부에 대하여는 구속적부심이 항고의 목적을 달성할 수 있으므로 피의자에게 항고 불인정, 구속적부심 기각결정에 대하여만 항고 인정

VII. 결 론

구속영장 등 영장기각결정에 대한 불복 방법에 대하여는 현행법의 해석상 논란이 있고, 대법원도 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조 소정의 법원의 결정에 해당하지 아니하여 항고의 방법으로 다룰 수 없고, 제416조 제1항 소정의 준항고의 주체인 재판장 또는 수명법관에도 해당되지 않으므로 준항고의 방법으로 다룰 수도 없다고 판시하고 있어 궁극적으로는 입법론적 해결을 통해서만 가능하다는 점을 앞서 살펴 보았다. 영장항고제도를 도입하면 구속재판에 대한 선례의 축적을 통해 구속에 대한 객관적 기준 확립이 가능할 것이다. 아울러 영장재판에 대한 예측가능성과 그 정당성에 대한 신뢰도 높아질 것이다.⁵⁰⁾ 구속영장발부의 결정기준이 판사의 주관에 치우치고 있고 검찰이 구속수사를 지향한다는 비난을 동시에 해소할 수 있는 순기능이 생긴다고 본다.

문제는 어떤 형태의 불복수단을 도입하는 것이 가장 바람직한가이다. 형사소송법 제37조는 재판의 종류를 판결, 결정, 명령으로 나누어 규정하는 한편, 재판의 종류와 성질에 따라 이를 담당할 주체를 법원, 법원합의부, 단독판사, 재판장, 수명법관, 수탁판사, 판사 또는 지방법원판사, 법관 등으로 엄격하게 구분하여 규정하고 있다. 또한 준항고제도는 상급법원의 업무상 부담을 경감시켜 줄 수 있고, 불복사건에 대

50) 같은 의견으로 변종필, “구속제도의 이론과 실제”, 형사정책연구 제21권 제2호(통권 제82호), 2010, 68면; 황정근, “구속영장실질심사제도의 개선방안”, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997, 58면.

한 신속한 처리가 가능하다는 장점을 가지고 있다. 이러한 점을 고려하면 법원의 결정에 대하여는 항고의 방법으로, 판사의 모든 재판에 대하여는 준항고의 방법으로 다투도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 준항고 대상으로는 구속영장기각결정과 같은 수임판사의 재판을 포함한 모든 재판이 해당된다고 하여야 한다.

한편, 피의자에게 새로운 항고를 인정할 필요는 없고, 입법론에서 살펴 보았듯이 구속적부심을 통해 구속영장발부재판에 대한 불복을 하면 될 것이다. 다만, 구속적부심청구가 기각된 경우에는 항고할 수 있도록 해야 한다. 이를 위해 형사소송법 제214조의 2 제8항은 항고를 인정하는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

이러한 영장재판에 대한 항고제도의 도입으로 구속기준의 객관화, 판사의 자의성에 대한 규제를 도모할 수 있고, 나아가 피의자 등의 인권을 보장할 수 있을 것이다. 아울러 권력분립이라는 헌법적 요청에도 부응하면서 국가의 형벌권을 적정하게 실현시켜 나가는 계기가 될 것이다.

참고문헌

- 배종대 · 이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006.
- 손동권, 형사소송법(개정신판), 세창출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 신양균, 형사소송법(제2판), 법문사, 2004.
- 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002.
- 임동규, 형사소송법(제4판), 법문사, 2006.
- 정웅석, 형사소송법(제4판), 대명출판사, 2007.
- 차용석 · 백형구, 주석형사소송법(II), 한국사법행정학회, 1998.
- 강동범, “구속영장재판에 대한 불복 가부”, 형사법연구 제21권 제3호, 2009.
- 김재봉, “개정 형사소송법과 수임판사의 재판에 대한 불복”, 형사법연구 제19권 제4호, 2007.
- 대검찰청, “론스타사건 관련 구속영장 기각결정에 대한 재항고 이유”, 형사법의 신동향, 2006. 12.
- 류장만, “구속영장기각결정이 항고대상이 되는지에 관하여”, 형사실무의 제문제 제2호, 2003.
- 변종필, “구속제도의 이론과 실제”, 형사정책연구 제21권 제2호(통권 제82호), 2010.
- 오세인, “영장청구 기각결정에 대한 불복방법, 형사판례연구 9, 2001.
- 이은모, “피의자 인신구속제도의 정비방안”, 형사법연구 제19호, 2003.
- 이인석, “영장항고제도에 관한 연구”, 법조 통권 제619호, 2008. 4.
- 이완규, “개정 형사소송법상 영장항고”, 구속제도와 영장항고(형사법연구회 편), 법문사, 2008.
- 조국, “컴퓨터 전자기록에 대한 대물적 강제처분의 쟁점”, 한국형사정책학회 2010년도 춘계학술회의 발표자료, 2010. 5.15
- 최교일, “구속영장심사의 법적 성격 및 기각결정에 대한 불복방법, 형사재판의 제문제, 박영사, 1999.
- 황정근, “구속영장실질심사제도의 개선방안”, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997.

Engelhardt, StPO-Karlsruher Kommentar, C.H.Beck, 2003, § 304 Rn. 18.

“검찰-법원, 여중생 살해 연루 19세 영장 싸고 20여일 신경전, 5번 청구 5번 퇴짜… 檢-法
‘오기싸움?’”, 동아일보 2010. 7. 16.

“여중생 시신 유기 10대 혐의 추가했다더니 5번째 영장도 각하… 검찰 망신살”, 한겨레신문, 2010. 7. 16.

[http: // www.chosun.com/national/news/200611/200611170282.html](http://www.chosun.com/national/news/200611/200611170282.html)

A Study on the Need to Introduce the Warrant Appeal System

Kim kyung-soo*

The conflict surrounding the rejection of the warrant between public prosecutors' office and the court has repeatedly shown a severe aspect. This is attributed to the demand for objectification of the detention standard. That is, the criterion for determining to issue the warrant of arrest is different according to each judge's idea, and so its excessive subjectification has a problem as it varies in similar cases.

Therefore, this study attempted to examine the need to introduce the system for appealing to the dismissal of the warrant in order to secure the fairness or predictability of warrant-based judgement through the accumulation of precedents concerning the grounds for detention. And it attempted to examine whether to be able to admit the warrant appeal system through the interpretation of the provisions of the current Criminal Procedure Law and whether or not there is a need to introduce the warrant appeal system in the theory of legislation through the amendment of the Criminal Procedure Law if it cannot be admitted.

❖ Key words : warrant judgement, case-accepting judge, dissatisfaction, appeal, quasi-appeal

논문투고일 : 2010. 11. 20. / 심사완료일 : 2010. 12. 16. / 게재확정일 : 2010. 12. 20.

* Inspector of Chungnam Provincial Policy Agency, ph. D. in Law