

「被疑者の 身柄確保에 대한 現行制度의 問題點과 改善策」

孫 德 權*

〈目 次〉

I. 序	가 있는 피의자에 대하여
II. 比較法的 考察	나. 도주 또는 증거인멸의 우려
1. 다른나라의 立法例	가 없는 피의자에 대하여
2. 우리나라의 現行제도	IV. 結論: 새로운 구성과 각 처분
3. 비교의 結果	의 기간
III. 當위명제에 비추어본 現行제	1. 새로운 구성
도의 문제점과 改善策	2. 각 처분의 기간
가. 도주 또는 증거인멸의 우려	

I. 序

수사에는 임의수사가 원칙이고 강제수사는 법에 정한 절차와 내용에 따라서만 할 수 있다. 이는 피의자에 대한 신병확보에도 그대로 적용된다. 따라서 수사기관은 법이 정한 특정한 예외의 경우를 제외하고는 법관이 발부한 사전영장에 의하거나 당사자의 자유로운 동의나 승락이 있어야 피의자의 身柄을 확보할 수 있다. 그럼에도 불구하고 우리의 수사현실은 임의동행의 형식을 갖춘 강제연

* 警察大學 法學科 教授

행이 주요한 피의자의 身柄確保策으로 사용되고 있고, 法上으로 피의자의 신병 확보를 위한 장소도 아닌 경찰서 보호실이 잠정적인 유치장소로 사용되고 있다. 따라서 형식적인 측면만을 보면 불법수사가 주요한 수사방법이 되고 있다. 이는 피의자의 신병확보에 관한 한 범규범과 수사현실의 괴리가 심각함을 보여 주는 것이다. 이에 범규범을 따르지 않는 수사기관에게도 그 책임이 있을 수 있으나, 현행의 범규범이 이러한 현상을 불가피하게 하는 데에도 그 이유가 있을 수 있다. 만약 전자에만 그 이유가 있다면 불법을 행하는 수사기관을 규제하는 것은 너무나 당연한 요청이고 그 처방 또한 간단하다. 반면에 만약 현행의 법제도가 불법구속을 불가피하게 하거나 이에 의할 때에는 수사를 사실상 불가능하게 하는 요소가 있다면 그 보완책을 강구할 필요가 있다. 그러나 후자의 경우에 그 보완책을 찾기란 그리 간단치 않다. 왜냐하면, 피의자의 신병확보는 형사소송절차를 통한 공형벌권의 실현이라는 공익적 요구와 피의자에게도 신체의 자유를 가능한 최대로 보호하라는 헌법적 요구가 충돌하는 영역이기 때문이다. 충돌하는 兩要求 중에서 어느 일방을 희생하고 다른 하나만을 실현하는 것은 쉬우나, 충돌하는 양자의 요구를 합리적으로 조화시키는 것은 어렵기 마련이다. 그런데, 민주법치국가에서 어떠한 제도의 확립에는 어렵지만 후자의 방법을 따라야 하는 것은 당연한 요청이다.

또한 우리나라의 대표적인 영장에 의한 피의자의 신병확보책은 통상의 구속제도 하나 밖에 없으며 그 요건은 엄격하고 그 기간은 비교적 장기이다. 그런데 무죄추정을 받는 피의자에 대한 통상의 구속은 불가피한 최후의 수단(ultima ratio)에 그쳐야 한다. 그러나 수사의 현실에는 수사기관의 통상구속에 대하여 피의자가 법원에 구속적부심사를 청구하여 석방되는 사례가 적지 않다. 물론 이의 원인은 수사기관 자체가 현행 구속제도를 남용하는 데 그 이유가 있을 수 있다. 그러나 현행의 피의자 신병확보책이 그 요건이 엄격하고 비교적 장기의 구속제도 하나에 의존하고 있는 데에도 그 이유가 있을 수 있다. 만약 후자에 그 이유가 있다면 요건이 엄격한 장기의 현행 구속제도를 보완하는 적절한 단

기의 피의자의 신병확보책이 마련되어야 한다.

이러한 제도와 현실의 괴리를 직시하면서 본논문은 피의자의 신병확보와 관련된 모든 제도와 그 내용을 다루고자 하는 것이 아니라, 수사실무에서 특히 요청되는 기본사항만을 주연구대상으로 하고자 한다. 수사실무에서 특히 요청되는 기본사항이란, ① 긴급한 경우에 영장없이 피의자의 신병을 확보하는 제도, ② 법관이 발부한 정식의 영장에 의해 피의자의 신병을 확보하는 제도, ③ 피의자가 소환에 불응하는 경우에 그를 강제로 인치하여 신문하는 제도를 합리적으로 마련하는 것이다. 아래에서는 위의 연구범위에 해당하는 각국의 입법례 및 우리나라의 제도를 먼저 평면적으로 비교분석한 후에, 다음으로 현행 우리나라 제도의 문제점과 개선책을 수사실무에서 요구되는 당위명제와 관련하여 밝힌다.

II. 比較法的 考察

1. 다른 나라의 立法例

1.1. 獨逸의 제도

독일 형사소송법 제9장에서는 피의자에 대한 여러가지 자유박탈의 처분에 대하여 규정하고 있다. 拘束(제112조 이하), 臨時監護(제126조의 a)와 緊急逮捕(제127조) 등이 그것이다.

먼저 긴급체포(Vorläufige Festnahme)는 법관의 구속영장 없이 행해지는 일시적인 자유제한처분이다. 현행범인인 경우 누구든지 영장없이 체포할 수 있다(제127조 1항). 비현행범인인 경우에 검사 또는 사법경찰관리는 지연의 위험(Gefahr im Verzug)이 있고, 구속영장 또는 감호영장의 요건이 구비된 때에는 긴급체포할 수 있다(동조 2항). 이 경우 체포된 자는 지체 없이 늦어도 다음 날 까지 체포장소를 관할하고 있는 구법원의 판사에게 인치되어야 한다(제128조 1

기의 피의자의 신병확보책이 마련되어야 한다.

이러한 제도와 현실의 괴리를 직시하면서 본논문은 피의자의 신병확보와 관련된 모든 제도와 그 내용을 다루고자 하는 것이 아니라, 수사실무에서 특히 요청되는 기본사항만을 주연구대상으로 하고자 한다. 수사실무에서 특히 요청되는 기본사항이란, ① 긴급한 경우에 영장없이 피의자의 신병을 확보하는 제도, ② 법관이 발부한 정식의 영장에 의해 피의자의 신병을 확보하는 제도, ③ 피의자가 소환에 불응하는 경우에 그를 강제로 인치하여 신문하는 제도를 합리적으로 마련하는 것이다. 아래에서는 위의 연구범위에 해당하는 각국의 입법례 및 우리나라의 제도를 먼저 평면적으로 비교분석한 후에, 다음으로 현행 우리나라 제도의 문제점과 개선책을 수사실무에서 요구되는 당위명제와 관련하여 밝힌다.

II. 比較法的 考察

1. 다른 나라의 立法例

1.1. 獨逸의 제도

독일 형사소송법 제9장에서는 피의자에 대한 여러가지 자유박탈의 처분에 대하여 규정하고 있다. 拘束(제112조 이하), 臨時監護(제126조의 a)와 緊急逮捕(제127조) 등이 그것이다.

먼저 긴급체포(Vorläufige Festnahme)는 법관의 구속영장 없이 행해지는 일시적인 자유제한처분이다. 현행범인인 경우 누구든지 영장없이 체포할 수 있다(제127조 1항). 비현행범인인 경우에 검사 또는 사법경찰관리는 지연의 위험(Gefahr im Verzug)이 있고, 구속영장 또는 감호영장의 요건이 구비된 때에는 긴급체포할 수 있다(동조 2항). 이 경우 체포된 자는 지체 없이 늦어도 다음 날 까지 체포장소를 관할하고 있는 구법원의 판사에게 인치되어야 한다(제128조 1

항). 공소가 제기된 때에는 체포된 즉시 또는 인치받은 법관의 결정에 의하여 관할법원에 인치된다. 법원은 인치된 자를 신문한 후에 늦어도 체포 다음 날까지 그의 석방, 구금 또는 임시감호 여부에 대하여 결정하여야 한다(제129조). 체포된 자에 대하여 구속영장의 발부를 위하여는 검사의 청구가 있어야 한다. 다만 검사가 청구할 수 없는 때에는 법관은 직권으로 구속영장을 발부할 수 있다(제128조 2항).

구속(Untersuchungshaft)은 법관이 발부한 구속영장에 의한 자유박탈처분이다. 독일 형사소송법 제112조, 제112조의 a 그리고 제113조에서 구속의 실질적 요건을 규정하고 있다. 구속요건으로 범죄의 현저한 혐의(dringender Tatverdacht, 동법 제112조 제1항) 이외에 도망과 도망의 위험(동조 제2항 1, 2호), 증거인멸의 위험(동조 동항 3호) 또는 재범의 위험성(제112조의 a)을 그 요건으로 하고 있다. 그러나 독일에서는 주거부정의 요건은 없으나, 위와 같은 요건외에 특히 사건의 중대성 및 예상되는 형벌이나 개선 및 보안처분과 관련성이 있어야 한다고 규정하여 이른바 비례성의 원칙(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)을 정하고 있는 것이 특색이다. 또한 위 구속이유가 없더라도 구속을 명할 수 있는 예외의 경우로서 謀殺등 목적의 테러단체형성(형법 제129조의 a), 謀殺(동법 제211조), 故殺(동법 제212조), 民族謀殺(동법 제220조의 a), 또한 행위로 인하여 타인의 신체와 생명을 위태롭게 하는 경우 및 상습범의 경우를 구별하여 규정하고 있다(제112조 3항). 피의자가 구속영장에 의하여 구금된 때에도 지체없이 관할법관에게 引致(Vorführung)하여야 하며, 법관은 지체없이 늦어도 그 다음날까지 범죄사실을 訊問하여야 한다(제115조 1, 2항). 독일 형사소송법에는 수사기관이 피의자를 구속할 수 있는 기간을 제한하는 규정은 없다. 그러나 판결선고시까지의 구속기간은 원칙적으로 6개월을 초과해서는 안된다고 규정하고 있다(제121조 1항). 또한 재범의 위험을 이유로 한 구속기간은 1년까지 가능한 것으로 되어 있다(제122조의 a). 구속중인 피의자는 항상 법원에 구속심사(Haftprüfung)를 신청할 수 있으며, 이 신청이나 구속에 대한 이

의없이 구속이 3개월간 계속된 경우에는 법원이 직권으로 구속심사를 하도록 규정하고 있다(제117조 제5항).

臨時監護(einstweilige Unterbringung)는 피의자를 정신병원 또는 중독치료원(Entziehungsanstalt)에 일시 감금하는 강제처분이다. 구속이 형벌의 집행을 예상한 강제처분임에 대하여 임시감호는 보안처분의 집행을 위한 강제처분이라고 할 수 있다. 임시감호도 감호영장(Unterbringungsbehl)에 의하여 한다. 감호영장은 구속영장을 발부하는 법원에서 발부하며, 감호영장의 발부에 대하여는 구속영장의 발부에 관한 규정이 준용된다(제126조의 a 2항).

더나아가 독일 형소법에는 피의자는 검사의 소환에 응할 의무가 있고(제163조의 a 3항)¹⁾, 만약 피의자가 도주 또는 증거인멸의 염려가 있고 소환에 불응하는 경우에 검사는 구인명령(Vorführungsbefehl)을 할 수 있도록 규정되어 있다. 그러나 사법경찰은 독자적으로 구인할 수 없으며 검사에게 보고하여 검사가 처리한다. 구인명령에 따른 구금은 구인된 날의 익일을 초과할 수 없다(163조의 a, 134조, 135조). 피의자가 도주중이거나 은신하고 있는 경우에는 검사 또는 판사는 지명수배장(Steckbrief)을 발부할 수 있다(제131조 1항). 체포된 자가 도주하거나 그 밖의 구금으로부터 도주한 경우에는 경찰관청도 수배장을 발부할 수 있다(동조 2항).

끝으로 독일 형소법상 범죄의 혐의가 있는 사람에 대하여는 검사 및 경찰임을 담당하는 공무원은 그의 신원확인(Feststellung der Identität)을 위하여 필요한 조치를 할 수 있다. 신원확인을 위한 자유박탈은 12시간을 초과할 수 없다(163조의 b, 163조의 c).

1.2. 프랑스의 제도

프랑스의 피의자에 대한 신병확보제도는 그 나라의 형사소송구조에 대한 이해

1) 더나아가 피의자뿐만 아니라 증인·감정인도 검사의 소환에 출석할 의무와 진술 또는 감정할 의무가 있다(제161조의 a).

를 필요로 한다. 왜냐하면 우리나라와는 다른 독특한 구조를 가지고 있기 때문이다. 즉, 프랑스의 형사소송구조는 검찰과 법원이 소추와 재판권을 분담하는 탄핵주의 소송구조이기는하나 검찰의 소추에 의하여 곧바로 본심재판이 계속되는 것이 아니고 일단 豫審節次(L'instruction pr paratoire)를 거쳐서 재판회부 여부를 결정하는 것에 그 특징이 있다. 그런데 이러한 예심절차를 수행하는 주체가 바로 예심판사(Le juge d' instruction)이다. 프랑스 예심법원의 임무는 실제적 진실을 규명하여 소추된 피의자를 재판에 회부할 것인지 아니면 더 이상의 절차진행을 중지할 것인지를 결정하는 것이며, 이러한 의미에서는 우리나라에서의 검사가 일반적으로 행하는 수사절차와 동일한 성격을 가진다. 반면에 예심절차는 검사의 소추에 의하여 비로소 개시되고 그 소추의 범위내에서만 수사권을 가진다는 점에서 보면 재판적 성격을 띠고 있다고도 볼 수 있다. 요약하면, 프랑스에서는 訴追, 豫審 및 裁判의 3단계로 나누어 각 단계마다 검찰, 예심법원 및 재판법원에 분담시키는 이른바 三分構造를 택하고 있다.

위와같이 프랑스에서는 예심판사제도를 두고 그에게 수사상 필요한 광범위한 일반적 강제처분권을 주어 그의 주재하에 수사를 계속하게 한다. 따라서 프랑스에서 피의자에 대한 신병확보에는 사법경찰관과 검사 이외에 예심판사가 중요한 작용을 하고 있다. 그 내용을 구체적으로 보면 다음과 같다.

프랑스에서 사법경찰관이 행사하는 가장 일반적이고 중요한 강제처분이 保護留置(La garde à vue)이다. 사법경찰관은 수사상 필요하면 일정한 범죄행위로 혐의를 받고 있는 자를 법관의 관여 없이 24시간 이내에 보호유치할 수 있다(형소법 제63조). 이 경우에 수사상 필요하면 예심판사와 검사의 청구에 의하여 보호유치기간을 1회에 한하여 연장할 수 있다. 사법경찰관이 피의자를 보호유치했을 때는 법정기간내에 검사에게 신병을 송치해야 한다. 이 보호유치는 피의자 뿐만 아니라 참고인에게도 할 수 있다(제63조 1항). 따라서 프랑스의 형사절차는 실무상 사법경찰관에 의한 La garde à vue에서 시작된다고 할 수 있을 정도로 보호유치는 널리 애용되고 있는 제도이다. 사법경찰관은 현행법에 대해서는

보호유치외에 다른 강제처분권이 있다. 즉 사법경찰관은 수사종결시까지 누구도 범행현장으로부터 이탈하지 못하게 할 수 있다. 이때 범행현장에 있던 모든 사람은 이 조치에 응하여야 하며 이에 불응하는 자는 10일 이상 3월 이하의 구금 및 일정액의 벌금에 처한다(제61조).

검사는 비현행법에 대해서는 독자적인 대인적 강제처분권을 가지지 못하고 전술한 사법경찰관의 보호유치에 대한 관여통제권 밖에 없다. 즉 사법경찰관이 보호유치의 기간을 연장할 필요가 있는 경우에는 피의자를 검사에게 인치하여야 하며(제77조 1항), 검사는 피의자의 진술을 들은 후에 보호유치를 24시간 연장할 수 있는 허가장을 발할 수 있다(제77조 2항). 이러한 허가는 예외적으로 피의자를 검사에게 인치함이 없이 이유를 붙인 결정에 의하여도 발할 수 있다(제77조 4항). 보호유치된 피의자에게 구속이 필요한 경우에 검사는 중죄의 경우에는 예심청구와 동시에 예심판사에게 구속을 청구하고 경죄의 경우에는 구속기소하여 당일 공판을 받게하거나 그렇지 못하면 법원에 구속을 청구할 수 있다. 그러나 현행법의 경우에 검사는 사법경찰관의 보고를 받아 현장에 출동하게 되고 이 때부터 수사의 지휘권은 검사에게 넘어가고 사법경찰관은 그 직무를 면한다(제68조 1항). 이후 검사는 모든 사법경찰권을 행사할 수 있다(제68조 2항). 특징적인 것은 중죄 현행범인 경우 피의자가 도주하였을 때는 예심이 개시되지 아니한 경우에 한하여 검사는 범죄에 가담한 모든 자에 대하여 구인장(mandat de d'amener)을 발부할 수 있다(제70조). 그러나 輕罪 現行犯인 경우에는 그 자에 대한 보호유치 이외에 다른 자에 대한 특별한 강제처분권도 사법경찰관에게 부여되어 있으며²⁾ 검사에게는 직접적인 강제처분권이 없다. 따라서 검사는 사법경찰관으로부터 송치된 피의자를 불구속기소하든가 구속기소하여

2) 사법경찰관은 범죄사실이나 증거물에 관한 정보를 제공할 수 있다고 인정되는 모든 자를 소환하여 진술을 들을 수 있으며 소환된 자는 출두 및 진술의 의무가 있고 소환에 불응하는 자에 대하여는 검사에게 보고하여 검사가 공권력을 발동하여 출두를 강제할 수 있다(제62조 1항, 2항).

단일 공판심리를 받도록 하며 만일 기소당일공판개정이 불가능하면 법원에 구속 등을 청구할 수 있다.³⁾

예심판사는 개인의 신체의 자유를 제한하는 명령을 발할 수 있는 권한이 있다. 즉 예심판사는 당해 범죄가 경죄구금형 이상의 형에 해당하는 경우에 일정한 구속요건이 존재하면 구속영장(mandat de dépôt)을 발부할 수 있다(제135조). 또한 예심판사는 예심이 진행되는 동안 개인의 자유를 박탈할 수 있는 구속(Détention provisoire)의 권한이 있다. 위 권한은 피의자가 이미 예심판사의 수중에 있음을 전제로 구치소장에게 피의자를 수감할 것을 명령하는 구금영장(mandat de dépôt)과 피의자가 도주중인 경우 그를 체포하여 구금할 것을 내용으로 하는 체포영장(mandat d'arrêt)을 통하여 행사된다. 프랑스에 있어서 구속은 중죄(Crime)와 경죄(Délit)의 경우에만 인정되나, 그 구속의 요건은 같지 않다.⁴⁾

구속의 실질적인 요건으로는 먼저 중죄의 경우에는 그 규정이 없으므로 예심판사는 구속사유에 제한되지 않고 영장에 의하여 구속할 수 있다(동법 제146조 제1항). 다만 예심진행중 중죄로서의 요건을 갖추지 못한 것이 판명되었을 때는 검사의 의견을 들은 후 구속을 계속 유지하거나 또는 석방을 명하는 별도의 결정을 하여야 한다(동법 제2항).

그러나 경죄의 경우에는 구속을 하기 위한 실질적 요건으로서 먼저 법정형이 최하 2년 이상의 징역형에 해당하여야 한다(동법 제144조 제1항). 다만 사법통제하에 놓인 피의자가 고의로 사법통제에 따른 의무를 위반한 때에는 이러한 법정형제한에 구애받지 않고 구속할 수 있다(동법 제144조 제2항). 이상의 요건을 갖추더라도 피의자에 대한 구속이 증거를 보전하거나 증인에 대한 강압이나

3) 李義權, 구속제도에 관한 고찰, 검찰 1984년 1권, 86-87면

4) 프랑스 형법상 범죄는 형벌의 경중에 따라서 중죄, 경죄 및 衛警罪의 세가지로 구분되고 있다. 중죄란 법정형이 5년 이상 20년 이하의 징역이나 금고, 무기징역, 무기금고, 추방, 공민권박탈에 해당하는 범죄를 말하고, 경죄란 2개월이상 5년이하의 징역형 또는 10,000프랑 이상의 벌금형에 해당하는 범죄를 말하며, 위경죄(Contravention)란 1일 이상 2월 미만의 징역형 또는 30프랑 이상 10,000프랑 미만의 벌금형에 해당하는 범죄를 말한다.

피의자와 공범간에 공모를 방지할 수 있는 유일한 방법인 경우, 또는 구속이 범죄로 인한 혼란으로부터 공공질서를 유지하거나 피의자를 보호하거나 범죄의 종료 또는 그 재발을 방지하거나 피의자가 사법적 처분에 응하는 것을 보장하기 위하여 필요한 경우(동법 제144조 제1항 1, 2호)에만 구속결정을 할 수 있다.

구속을 하기 위한 형식적 요건으로는 먼저 경죄에 대해서는 구속영장 또는 체포영장 이외에 별도로 예심판사가 피의자를 구속에 처한다는 취지의 결정을 발하여야 하며, 이러한 결정은 검사 및 필요한 경우에는 피의자 또는 그 변호인의 의견을 들은 후에 발한다. 그 결정에는 위와같은 실질적 요건을 인정할만한 특별한 이유를 設示하여야 하며, 위 결정은 예심의 어느 단계에서나 발할 수 있으며, 위 결정에 대하여는 피의자는 중죄소추부에 항고를 제기할 수 있다(동법 제186조). 그러나 중죄에 대하여 구속명령은 적용되지 않는다. 따라서 예심판사는 중죄의 경우에는 특별한 요건이 없이 체포장과 구금영장에 의하여 직접 피의자를 구속할 수 있다(제146조 1항).

경죄에 있어서 구속기간은 4월을 초과할 수 없다(제145조 2항). 그러나 예심판사는 이 기간이 만료된 때에는 위와 동일한 이유를 실시한 결정, 즉 연장명령(ordonnance de prolongation)에 의하여 기간을 연장할 수 있으며 그 연장기간 역시 4월을 초과할 수 없다(제145조 2항). 중죄에 있어서는 구속기간의 제한이 없다. 즉 예심이 진행되는 동안에는 중죄의 구속기간은 전혀 제한받지 아니한다. 예심이 종결된 후에는 기소법원이 다른 결정을 하지 않는 한 구속을 할 수 있다(제181조 2항).⁵⁾

5) 그런데 1975. 8. 6개정법률 75-701호에 따른 형사소송법 제145조 제3항의 규정에 의하면 피의자가 중죄 또는 경죄로 인하여 중죄형 또는 집행유예없는 3월이상의 징역형을 선고 받은 전과자이거나 또는 해당범죄의 법정형이 5년이상의 징역형에 해당하는 경우를 제외하고는 구속기간의 연장은 2월을 초과할 수 없으며 그 회수도 1회에 한한다. 따라서 현행법상으로는 특별히 예외적인 경우를 제외하고는 구속기간이 6월을 초과할 수 없게 되었다고 한다(文晟祐, 拘束令狀審査의 內實化 方案, 검사세미나 연수자료집(3집), 739면).

1.3. 美國의 제도⁶⁾

미국의 피의자에 대한 신병확보제도는 체포제도밖에 없다. 이 체포제도를 운용하는 방법은 州마다 약간의 차이는 있으나 대동소이하다. 미국에서는 경찰만이 범죄수사를 하고 검사는 기소와 공소유지를 하는 것이 원칙이므로 체포는 경찰만이 할 수 있다. 미국에서도 체포에는 영장에 의한 체포와 영장없는 체포가 있다. 수정헌법 제4조는 체포를 위한 영장은 상당한 이유(Probable Cause)에 근거하여야 한다고 영장요건을 규정하고 있지만, 전통적으로 보통법(common law)상 영장없는 체포가 인정되어 왔고 판례법도⁷⁾ 이를 확인하고 있다.

영장없이 피의자를 체포할 수 있는 요건은 범죄의 종류와 체포자에 따라서 차이가 있다. 보통법에 의하면 중죄의 경우에는 피의자가 죄를 범하였다고 믿을 상당한 이유(Reasonable Ground)만 있으면 비록 사법경찰에 의해 영장없이 체포되었다 하더라도 합법성이 인정된다. 그러나 경죄의 경우에는 경찰의 면전에서 죄를 범한 경우(committed in the officer's presence)에 한하여 영장없이 체포할 수 있다. 즉 현행범일 때에만 영장 없는 체포가 가능하다. 그렇지 않은 경우에는 아무리 죄를 범하였다고 믿을 상당한 이유가 충분하더라도 반드시 영장을 발부받아 체포하여야 한다. 최근에는 죄를 범하였다고 믿을 상당한 이유가 충분하고 즉시 체포하지 않으면 다시 죄를 범하거나 도주의 우려가 있는 경우에도 체포하지 못한다는 것은 모순이라는 비판이 일어나 州에 따라서는 경죄의 경우에도 중죄와 마찬가지로 체포하게 하거나 도주, 증거인멸, 재범 등의 우려가 있는 경우에는 체포를 허용하는 경향이 나타나고 있다.⁸⁾ 일반사인도 현행범을 영장없이 체포할 수 있다. 더 나아가 비현행의 중범피의자에 대해서도 일반사인은 영장없이 체포할 수 있다. 그러나 그 요건은 엄격하여 중죄를 행하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있을 뿐만 아니라 “중죄가 실제로 행해졌을” 것을 요구하

6) 이에 대한 자세한 연구는 이재상, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원, 1991년, 19면 이하

7) 대표적인 판례로는 United States v. Watson, 423 U.S.411, 96S.Ct. 820 L.Ed.2d 598 (1976)

8) Ferdico, Criminal Procedure, 1989, p.82

고 있다.

체포영장을 발부받기 위해서는 어떤 범죄가 범해졌고 그것이 피의자에 의하여 범하여졌다고 믿을만한 상당한 이유(probable cause)가 있어야 한다. 통상의 경우 치안판사는 고발장(Complaint) 또는 선서증언을 토대로 상당한 이유에 대하여 판단한다. 체포장의 청구권자는 법률상 제한이 없다. 경찰관도 직접 체포장의 발부를 청구할 수 있다.

체포된 피의자는 통상 경찰서로 연행되어 신병등록절차(Booking)를 밟고, 경찰책임자는 증거가 박약하거나 사안이 경미한 경우에는 혐의자를 석방하거나 훈계방면하고 계속 구속할 필요가 있는 경우에는 경찰관의 통제하에 구치소나 기타 적당한 장소에 구금된다. 체포된 자는 “불필요한 지체 없이(without unnecessary delay)” 치안판사에게 인치되어야 한다. 판사는 인치된 피의자에게 혐의 내용과 헌법상 보장된 권리를 고지해 준다. 그리고 중죄의 경우에, 치안판사는 피체포자가 포기하지 않는 한, 예비심문의 기일을 지정하여야 한다. 그러나 경죄의 경우에는 예비심문을 거치지 않고 바로 공판이 진행된다. 통상적으로 피체포자의 최초의 인치시점에 치안판사에 의하여 역시 保釋이 행해진다. 그러나 법원은 심리의 결과, 피고인의 출석과 타인 및 사회의 안전을 합리적으로 보증할 수 있는 석방조건이 존재하지 않는다고 판단한다면, 피고인에게 보석을 허가하지 아니하고 구금을 명하여야 한다. 이렇게 되면 피체포자는 계속 구금된다. 구금된 피의자는 법원에 인신보호영장을 청구할 수 있다. 법원이 인신보호영장을 발부한다면 그 영장은 구금하고 있는 자에게 송달되고, 송달받은 자는 20일을 넘지 않는 범위에서 구금의 진정한 이유를 증명하는 회신을 하여야 한다. 법원은 회신된 날로부터 5일 이내에 심리를 개최하여 구금이 헌법이나 법률에 위반한 결과라고 판단한다면 구금되어 있는 자의 석방을 명해야 한다.

1.4. 日本의 제도

일본 형사소송법에 있어서 피의자의 신병을 확보하기 위한 제도에는 逮捕와 勾留의 制度가 있다. 이 중 체포는 피의자의 보전을 위하여 최초로 행하는 단기

간의 신병처분이다. 이에 영장에 의한 것과 영장에 의하지 않는 것이 있다. 현행범인은 누구라도 체포장 없이 체포할 수 있다(제213조). 검사, 검찰사무관, 사법경찰원 또는 사법순사는 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 믿을만한 충분한 이유가 있고 급속을 요하여 법관의 영장을 발부받을 여유가 없을 때 피의자에게 그 사실을 고하고 영장없이 체포할 수 있다. 이 경우에는 즉시 법관에게 체포장을 청구할 절차를 취하지 않으면 안된다. 체포장이 발부되지 않은 때에는 피의자를 바로 석방해야 한다(동법 제210조). 체포장의 청구권자는 제한이 없다(사법경찰관도 청구할 수 있다). 상기의 경우 이외에 피의자의 체포는 반드시 법관이 발부하는 영장의 존재를 전제로 한다. 즉 검사, 검찰사무원 또는 사법경찰원은 피의자가 죄를 범하였다고 의심하기에 족한 상당한 이유가 있을 때 법관이 발부한 체포장에 의하여 체포할 수 있다(제199조 1항). 사법경찰원은 검사를 거치지 않고 바로 법관에게 체포영장을 청구할 수 있고 도주나 증거인멸의 우려 등도 그 요건이 아니다. 죄의 종류도 묻지 않으나 벌금 500円이하 또는 구류, 과료에 해당하는 경미사건에 대하여는 피의자가 일정한 거주가 없거나 수사기관의 출두요구에 응하지 않을 경우에 한하여 체포영장을 청구할 수 있다. 법관은 위와같은 상당한 이유가 있으면 동 영장을 발부하고 명백히 체포의 필요가 인정되지 않으면 동 청구를 각하한다(제199조). 체포영장은 수사기관이 체포의 이유 및 그 필요를 인정할 만한 자료를 첨부하여 법관에게 서면으로 청구해야 한다.

사법순사가 피의자를 체포하거나 현행범인을 일반인으로부터 인도받았을 때는 바로 사법경찰원에게 인치하여야 하고(동법 제202조), 사법경찰원은 임의조사후에 유치의 필요가 없다고 판단되면 석방하고 유치의 필요가 있다고 생각되면 48시간내(체포시부터 계산)에 서류와 증거물을 첨부하여 피의자를 검사에게 송치하여야 하고 이 시간내에 송치하지 않으면 피의자를 즉시 석방하여야 한다(동법 제203조, 211조, 216조). 검찰사무관이 체포한 경우는 검사에게 즉시 피의자를 인도하고(동법 제202조) 검사가 자신이 체포하거나 검찰사무관으로부터 피의자를 수취하였을 때에는 임의신문후 유치의 필요가 없을 때에는 석방하고

유치의 필요가 있을 때에는 체포시부터 48시간 이내에 구류청구를 하거나 공소제기를 하여야 하며 이러한 절차를 위 시간내에 취하지 아니하면 피체포자를 석방해야 한다(동법 제202조, 제204조). 검사가 사법경찰원으로부터 피의자를 송치받으면 신문 후 유치의 필요가 없으면 석방하고 그 필요가 있으면 송치시부터 24시간, 피의자가 신체의 구속을 당한 때부터 72시간 이내에 구류청구 또는 공소제기를 하여야 하며 그 시간내에 위 조치를 취하지 아니하면 피의자는 즉시 석방된다(동법 제205조).

판사는 검사로부터 구류청구를 받으면 구류영장의 발부를 신속히 결정해야 하며 구류결정을 하지 않음을 명시하여 피의자를 석방할 수 있다(동법 제207조). 검사가 피의자의 구류청구를 하기 위해서는 먼저 피의자를 체포하고 체포 후의 절차가 적법하게 이루어져야 하며 그 절차에 반한 구류청구는 판사에 의하여 각하된다(동법 제207조). 일본 형소법은 위와같이 피의자를 구류하기 위해서는 반드시 체포를 거쳐야 하는 체포전치주의를 채택하고 있는 것이 특징이다. 따라서 在宅者의 경우에도 체포의 절차를 반드시 거쳐야 한다. 勾留는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 피의자가 일정한 거주가 없거나 죄증을 인멸할 우려가 있거나 도망 또는 도망할 우려가 있을 때 할 수 있다. 다만 500円이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 대하여는 피의자가 일정한 거주가 없을 때에 한하여 구류할 수 있다(동법 제60조). 구류기간은 구류청구일로부터 10일간이고 위 기간내에 기소 또는 불기소를 결정하기 어려워 부득이 구류를 계속할 이유가 있을 때는 법관은 검사의 청구에 따라 모두 10일을 초과하지 않은 기간동안 그 기간의 연장을 허가할 수 있다(동법 제208조). 또한 특정범죄(내란, 외환, 국교에 관한 죄, 소요죄)에 관하여는 법관은 검사의 청구에 의하여 다시 5일을 넘지 않는 기간동안 구류기간을 연장할 수 있다(동법 제208조의 2).

일본에서 勾引(拘引)은 피고인에 대해서만 인정되고 피의자에게는 인정되지 않는다. 그러나 일본에서 수사기관은 피의자가 소환에 불응하느냐 여부와 관계 없이 일반적으로 그를 체포할 수 있으므로 별도로 구인제도의 필요성은 없다.

2. 우리나라의 현행제도

2.1. 여러 제도와 그 개념

우리나라는 피의자의 신병확보에 관한 제도가 형사소송법 뿐만 아니라 헌법에도 규정되어 있는 것이 특징이다. 헌법에서는 逮捕와 拘束이라는 제도를 들고 있고(헌법 제12조), 형사소송법에서는 拘束, 拘引, 拘禁, 緊急拘束, 現行犯逮捕라는 더 많은 제도를 들고 있다. 각 제도가 의미하는 개념을 정리하면 다음과 같다. 헌법에 규정되어 있는 체포란 실력으로써 신체의 자유를 억압하여 특정한 장소에 인치하는 것을 말한다. 다음으로 형사소송법상의 拘引이란 그 성질과 의미가 반드시 명확하지 않으나 체포의 한 유형으로서 신문의 목적으로 법원 또는 수사기관에 인치하여 단기간 동안 억류할 수 있는 제도를 말한다. 拘禁이란 실력으로 인정한 장소에 유치하고 비교적 장기간 그 장소외에는 나가지 못하게 하는 것을 말한다. 그리고 拘束이란 구금과 구인을 포함하는 개념이라고 형소법은 명시하고 있으나(제69조), 수사실무에서 구속은 구금만을 의미하는 것으로 통용되고 있다. 다음으로 긴급구속이란 통상구속과 성질이 같으나 단지 긴급한 상황아래서 수사의 합목적성을 실현하기 위하여 절차상 사전영장을 요하지 않는 경우라고 일반적으로 해석되고 있다. 다음으로 현행범의 체포는 일반 체포와 성질이 동일하나 단지 그 대상을 현행범으로 국한시킨점이 다를 뿐이다.

2.2. 구체적 내용

우리 형소법상 피의자의 신체를 법관이 발부한 영장없이 확보할 수 있는 제도로서는 현행범인의 체포와 긴급구속이 있다. 다른 입법례와 마찬가지로 현행범인은 누구든지 영장없이 체포할 수 있다(제212조). 비현행범에 대해서는 수사기관은 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄

를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 증거인멸 또는 도주의 우려라는 구속사유가 있으며 긴급을 요하여 지방법원판사의 구속영장을 받을 수 없는 경우에 영장없이 피의자를 긴급구속할 수 있도록 규정되어 있다(제206조 1항). 사법경찰관이 피의자를 긴급구속하는 경우에는 미리 검사의 지휘를 받아야 한다. 단 특히 급속을 요하여 미리 지휘를 받을 수 없는 사유가 있을 때에는 사후에 즉시 승인을 받아야 한다(제206조 2항). 수사기관은 현행범인을 체포하였거나 피의자를 긴급구속한 경우에 구속을 계속할 필요가 있다고 인정하는 때에는 지방법원판사 있는 시 또는 군에서는 구속한 때로부터 48시간 이내에, 기타의 시 또는 군에서는 72시간 이내에 구속영장의 발부를 받아야 한다(제207조 1항). 구속영장의 발부를 받지 못한 경우에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(제207조 2항).

현행범인의 체포와 긴급구속 이외에 수사기관이 피의자의 신병을 확보하기 위해서는 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 정식영장에 의하여야 한다. 형소법 제201조는 구속의 실질적 요건으로서 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유와 일정한 주거가 없는 경우, 증거를 인멸할 염려가 있거나, 도망 또는 도망의 염려를 들고 있다. 검사 이외의 모든 수사기관은 독자적인 구속영장청구권한이 없으며 반드시 검사에게 신청하여 검사가 구속의 필요성을 인정하는 경우에 한하여 검사의 청구에 의한 판사의 구속영장발부에 따라 피의자를 구속할 수 있다(형소법 제201조 1항, 제197조). 안기부의 수사관은 물론(국가안전기획부법 제15조), 군사기밀누설의 경우에는 군사법경찰관도 검사의 청구를 거쳐야만 민간인을 구속할 수 있다(군사기밀보안법 제19조). 수사기관에서 하는 피의자구속기간은 검사와 사법경찰관에게 모두 10일씩 허용되나 검사만은 지방법원판사의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 1차에 한하여 구속기간을 연장할 수 있다(형소법 제202조, 203조, 205조). 따라서 수사기관에서의 최장구속기간은 30일이다. 다만 국가보안법위반사범에 대하여는 그 수사의 은밀성 계속성을 고려하여 사법경찰관은 20일까지, 검사는 30일까지 구속기간을

연장받을 수 있는 특칙이 허용된다(국가보안법 제19조).⁹⁾

피의자가 수사기관의 소환에 대하여 출석을 거부하는 경우에 피의자를 강제로 출석시키는 구인제도에 대해서 우리 형소법의 규정은 불완전하다. 즉 형사소송법에는 법원이 피고인을 구인할 경우에 그 구인기간은 24시간에 한한다는 제71조를 제209조에서 준용하는 규정 하나 뿐이다. 이러한 입법의 불완전 때문에 피의자의 구인제도 자체에 대하여 견해의 대립이 있게 된다. 실무에서는 피고인의 구인에 관한 형사소송법 제71조가 수사에 관하여 준용된다는 이유로 피의자에 대한 구인이 당연히 허용된다고 해석하고 있다.¹⁰⁾ 또한 많은 실무가들은 수사기관의 피의자구인이 허용된다는 전제위에서 현행제도의 개선책을 찾고 있다.¹¹⁾ 이에 반하여 피의자에 대한 구인이 허용되지 않는다고 해석하는 견해도 있다.¹²⁾ 그것은 피의자신문은 임의수사이므로 피의자는 수사기관의 출석요구에 응

9) 그러나 최근 헌법재판소는 국가보안법 제19조중 제7조 및 제10조의 죄(찬양·고무·불고지죄)에 관한 구속기간연장부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다(90헌마82 국가보안법 제19조에 대한 헌법소원): “동법 제7조(찬양·고무 등) 및 제10조(불고지)의 죄는 구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운 것도 아니어서 굳이 수사기관에서 일반형사사건의 최장구속기간 30일보다 더 오래 피의자를 구속할 필요가 있다고 인정되지 아니한다. 그럼에도 불구하고, 국가보안법 제19조가 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여서까지 형사소송법상의 수사기관에 의한 구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 입법목적의 정당성만을 강조한 나머지 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙 등을 무시한 것이라고 아니할 수 없고 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권제한입법의 원리로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것임이 명백하다.”

10) 법원행정처, 法院實務諸要, 193면

11) 박희태, 구속제도의 개선모색, 검찰 1986년 1월, 31면; 송주환, 구속영장 신중처리방안, 검사세미나연수자료집(5집), 758면; 문성우, 구속영장심사의 내실화방안, 검사세미나연수자료집(3집), 432면

12) 이재상, 형사소송법, 233면; 同人, 구인과 임의동행, 변호사협회지 132권, 26면; 백형구, 수사의 이론과 실무, 사법행정, 1987년 7월, 34면

할 의무가 없고 출석의무 없는 피의자의 출석을 구인에 의하여 강제하는 것은 임의수사인 피의자신문의 본질에 반하고 피의자에게는 진술거부권이 보장되어 있으므로 진술의무 없는 피의자의 출석을 구인에 의하여 강제하는 것은 무의미하며, 피고인의 출석은 공판개정의 요건임에 반하여 피의자의 수사기관에의 출석이나 수사기관에 의한 신문이 수사의 요건이 되는 것도 아니므로 피의자의 출석을 강제해야 할 이유가 없고, 피의자에 대한 구인을 인정하여 검사뿐만 아니라 사법경찰관에 대한 구인까지 인정하는 것은 권위주의적 편의주의적 사고의 결과라는 점을 이유로 한다.¹³⁾ 이러한 피의자에 대한 구인제도 자체뿐만 아니라 더 나아가 법관이 발부한 영장에 의하지 않는 긴급구인까지 허용된다고 볼 것인가,¹⁴⁾ 아니면 법관이 발부한 영장에 의한 구인만이 허용된다고 볼 것인가에¹⁵⁾ 대해서도 견해의 대립도 있다. 이와 같이 우리 형사소송법에는 구인기간에 대한 것 이외에 피의자의 구인에 대한 별다른 규정이 없으므로 학자간의 견해가 통일되어 있지 않고, 따라서 이 제도 자체의 구체적 내용을 명확하게 단정하기는 어렵다.

3. 비교의 결과

각국의 입법례를 비교하면 우선 모든 입법례가 공통적으로 현행범인을 영장 없이 체포할 수 있게 하고 있다. 법관이 발부하는 영장에 의한 피의자의 신병확보제도도 각국이 마련하고 있는 것은 동일하나 그 구체적 내용은 약간씩 상이하다. 가장 독특한 나라는 영장에 의한 피의자의 신병확보를 요건이 완화되어 있고 단기인 체포제도와 요건이 엄격하고 비교적 장기인 구류제도로 2원화하여

13) 위와같은 상세한 논거는 이재상, 강제수사절차의 개선방안, 형사정책연구원, 57면

14) 정해창, 체포와 구금, 검찰 1971년 12월, 85면

15) 박희태, 전계논문, 31-33면

할 의무가 없고 출석의무 없는 피의자의 출석을 구인에 의하여 강제하는 것은 임의수사인 피의자신문의 본질에 반하고 피의자에게는 진술거부권이 보장되어 있으므로 진술의무 없는 피의자의 출석을 구인에 의하여 강제하는 것은 무의미하며, 피고인의 출석은 공판개정의 요건임에 반하여 피의자의 수사기관에의 출석이나 수사기관에 의한 신문이 수사의 요건이 되는 것도 아니므로 피의자의 출석을 강제해야 할 이유가 없고, 피의자에 대한 구인을 인정하여 검사뿐만 아니라 사법경찰관에 대한 구인까지 인정하는 것은 권위주의적 편의주의적 사고의 결과라는 점을 이유로 한다.¹³⁾ 이러한 피의자에 대한 구인제도 자체뿐만 아니라 더 나아가 법관이 발부한 영장에 의하지 않는 긴급구인까지 허용된다고 볼 것인가,¹⁴⁾ 아니면 법관이 발부한 영장에 의한 구인만이 허용된다고 볼 것인가에¹⁵⁾ 대해서도 견해의 대립도 있다. 이와 같이 우리 형사소송법에는 구인기간에 대한 것 이외에 피의자의 구인에 대한 별다른 규정이 없으므로 학자간의 견해가 통일되어 있지 않고, 따라서 이 제도 자체의 구체적 내용을 명확하게 단정하기는 어렵다.

3. 비교의 결과

각국의 입법례를 비교하면 우선 모든 입법례가 공통적으로 현행범인을 영장 없이 체포할 수 있게 하고 있다. 법관이 발부하는 영장에 의한 피의자의 신병확보제도도 각국이 마련하고 있는 것은 동일하나 그 구체적 내용은 약간씩 상이하다. 가장 독특한 나라는 영장에 의한 피의자의 신병확보를 요건이 완화되어 있고 단기인 체포제도와 요건이 엄격하고 비교적 장기인 구류제도로 2원화하여

13) 위와같은 상세한 논거는 이재상, 강제수사절차의 개선방안, 형사정책연구원, 57면

14) 정해창, 체포와 구금, 검찰 1971년 12월, 85면

15) 박희태, 전계논문, 31-33면

체포전치주의를 택하고 있는 日本이다. 또한 방법의 차이는 있지만 사회질서유지와 효율적인 범죄진압을 위하여 각국은 초동수사단계에서 피의자의 신병을 비교적 간단히 확보할 수 있는 제도를 마련하여 시행하고 있다. 즉, 영미법계에서는 법관의 영장제도를 채택하면서도 영장없는 체포를 상당히 광범위하게 인정하고 있으며 대륙법계에서도 검사의 구인명령, 보호유치, 가체포를 허용하고 있다. 일본도 영장없는 체포제도와 더불어 영장제이긴 하나 간편한 체포장제도를 택하고 있다. 또한 초동수사단계에서 피의자의 신병을 구속하는 기간은 비교적 단기이고 초동수사후 범죄혐의가 어느 정도 객관화되어야 장기간의 유치가 가능하도록 되어 있다. 그러나 법관이 발부한 영장 없이 피의자를 체포(또는 구속)할 수 있는 제도의 구체적 내용은 각국에 따라 조금씩 다르다. 일본과 미국의 영장없는 (긴급)체포제도는 중범죄자만이 그 대상으로 되어 있다. 반면에 독일의 긴급체포제도와 프랑스의 보호유치제도에는 중범죄에 한하는 제한이 없다.

우리나라에서 긴급구속의 대상은 일본 및 미국과 같이 중범죄자에 한한다. 따라서 경미범죄자의 경우는 긴급한 경우에도 그를 체포할 수 없다. 또한 영장에 의한 구속은 一元化되어 있고, 그 기간도 비교적 장기이다. 더 나아가 그 실질적 요건이 상당한 범죄혐의와 도주 또는 증거인멸이므로 아주 엄격하다. 따라서 그 요건이 엄격하고 그 기간도 비교적 장기인 통상의 구속제도는 초동수사단계에서 활용되기 어렵게 되어 있다. 이로부터 초동수사단계에서의 불법구금의 시비가 끊임없이 발생하므로 이를 불식시키기 위하여는 무언가 새로운 제도를 생각해 내야 할 당위성이 비교법적 고찰의 결론으로서 나온다.¹⁶⁾

Ⅲ. 당위명제에 비추어본 현행제도의 문제점과 개선책

가. 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 피의자에 대하여

16) 정동욱, 불법구금의 방지방안-제도개선의 측면에서-, 고시연구 1988년 12월, 141면

체포전치주의를 택하고 있는 日本이다. 또한 방법의 차이는 있지만 사회질서유지와 효율적인 범죄진압을 위하여 각국은 초동수사단계에서 피의자의 신병을 비교적 간단히 확보할 수 있는 제도를 마련하여 시행하고 있다. 즉, 영미법계에서는 법관의 영장제도를 채택하면서도 영장없는 체포를 상당히 광범위하게 인정하고 있으며 대륙법계에서도 검사의 구인명령, 보호유치, 가체포를 허용하고 있다. 일본도 영장없는 체포제도와 더불어 영장제이긴 하나 간편한 체포장제도를 택하고 있다. 또한 초동수사단계에서 피의자의 신병을 구속하는 기간은 비교적 단기이고 초동수사후 범죄혐의가 어느 정도 객관화되어야 장기간의 유치가 가능하도록 되어 있다. 그러나 법관이 발부한 영장 없이 피의자를 체포(또는 구속)할 수 있는 제도의 구체적 내용은 각국에 따라 조금씩 다르다. 일본과 미국의 영장없는 (긴급)체포제도는 중범죄자만이 그 대상으로 되어 있다. 반면에 독일의 긴급체포제도와 프랑스의 보호유치제도에는 중범죄에 한하는 제한이 없다.

우리나라에서 긴급구속의 대상은 일본 및 미국과 같이 중범죄자에 한한다. 따라서 경미범죄자의 경우는 긴급한 경우에도 그를 체포할 수 없다. 또한 영장에 의한 구속은 一元化되어 있고, 그 기간도 비교적 장기이다. 더 나아가 그 실질적 요건이 상당한 범죄혐의와 도주 또는 증거인멸이므로 아주 엄격하다. 따라서 그 요건이 엄격하고 그 기간도 비교적 장기인 통상의 구속제도는 초동수사단계에서 활용되기 어렵게 되어 있다. 이로부터 초동수사단계에서의 불법구금의 시비가 끊임없이 발생하므로 이를 불식시키기 위하여는 무언가 새로운 제도를 생각해 내야 할 당위성이 비교법적 고찰의 결론으로서 나온다.¹⁶⁾

Ⅲ. 당위명제에 비추어본 현행제도의 문제점과 개선책

가. 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 피의자에 대하여

16) 정동욱, 불법구금의 방지방안-제도개선의 측면에서-, 고시연구 1988년 12월, 141면

1. 영장없는 피의자의 신병확보에 있어

1.1. 제1의 명제 : 수사기관은 피의자와 조우한 현장에서 당장 체포하지 않으면 도주 또는 증거인멸의 염려가 있는 경우에 그를 영장없이 긴급히 체포할 수 있어야 한다.

1) 현행제도와 그 문제점

제1의 명제를 뒷받침할 수 있는 현행법상의 제도로서는 제206조의 긴급구속이 있다. 즉 현행범인 이외의 피의자에 대하여 영장에 의하지 않고 신병을 확보할 수 있는 유일한 합법적인 방법은 긴급구속제도이다. 그러나 현행 긴급구속제도는 위의 명제를 완전히 실현할 수 없을 뿐만 아니라 현재 이의 이용도 거의 없는 사문화된 제도이다. 검찰측이 조사한 바에 의하면 1980년 이후 1987년까지 수사기관에서 피의자를 긴급구속한 것은 1980년에 9건, 1987년에 2건으로 모두 11건이 있을 뿐이라고 한다.¹⁷⁾ 긴급구속을 이용하지 않는 데서 오는 수사의 난점을 수사기관은 임의동행과 보호유치의 방법에 의하여 달성하고 있다. 그러나 임의동행에 응하지 않는 피의자의 連行은 강제처분에 해당하기 때문에 법에 정한 긴급구속에 의하여만 정당화될 수 있다고 하여야 한다. 또한 보호실은 피의자를 유치하는 장소도 아니다. 그렇다면 수사기관은 자주 탈법적인 방법에 의하여 위의 명제를 불법으로 실현하고 있다고 할 수 있다. 또한 수사기관이 긴급구속제도를 활용한다 할지라도 장기 3년이상에 해당하는 피의자에 한하여 수사기관은 합법적으로 위의 명제를 실현할 수 있을 뿐이다. 그 이하에 해당하는 경죄의 피의자에 대해서는 도망 또는 증거인멸의 우려가 있다고 하더라도 수사기관은 그를 합법적으로 강제체포할 수 있는 방법이 없다. 이는 죄 있는 자가 형사절차에서 벗어나는 것을 방임하는 결과가 된다.

17) 문효남, 긴급구속제도의 이용실태와 문제점, 검사세미나연수자료집(3집), 155면

2) 개 선 책

수사실무상 긴급구속이 활용되지 않고 사문화된 이유로서 일반적으로 지적되는 것은 긴급구속의 요건이 지나치게 엄격하다는 점이다. 따라서 수사실무가는 긴급구속의 요건을 완화해야 한다는 것을 그 개선책으로 주장하고 있다.¹⁸⁾ 특히 제206조의 요건으로 증거인멸 또는 도주의 우려와 더불어 급속을 요하여 영장을 받을 수 없는 경우를 드는 것은 불필요한 중복에 불과하다는 것이 그 핵심이다. 그러나 “급속을 요하여 영장을 받을 수 없는 경우”의 요건을 삭제해야 한다는 견해에는 찬성할 수 없다.¹⁹⁾ 왜냐하면 예외적으로 영장에 의하지 않는 구속을 허용하기 위하여는 영장에 의한 구속사유를 넘어가는 특별한 요건이 구비되어야 하기 때문이다. 도주 또는 증거인멸의 우려는 영장에 의하여 구속할 때에도 갖추어야 할 요건이다. 따라서 영장에 의한 구속사유를 초과하는 특별한 요건은 당연히 영장에 의하여 구속할 수 없는 긴급성이 되어야 한다. 그 긴급성이란 급속을 요하여 법관의 사전영장을 받을 수 없는 경우이고 이것은 긴급구속의 요건으로 유지되지 않을 수 없다.

현행 긴급구속제도의 문제점은 오히려 영장없는 체포를 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 자에 대하여만 허용한 것에 있다고 생각된다. 물론 경범죄에 대해서는 임의수사를 하는 것이 원칙이다. 그러나 경범죄자라 할지라도 수사기관은 그의 도주 또는 증거인멸을 방임할 수는 없다. 더 나아가 수사실무에서 지금까지 긴급구속의 이용을 어렵게 만든 이유도 바로 이러한 중범죄의 요건에 있을 수 있다. 왜냐하면 당장 체포하지 않으면 도주 또는 증거인멸의 염려가 있는 긴급상황에서 수사기관이 피의자의 범행정도를 파악하여 긴급구속의 여부를 결정하도록 기대하는 것은 무리이기 때문이다. 긴급구속에 중범죄의 요건이 있는한 임의동행의 형식에 의한 연행과 보호실유치의 수사관

18) 문효남, 긴급구속제도의 이용실태와 문제점, 검사세미나연수자료집(3집), 157면

19) 同旨 이제상, 전개논문, 54면

행이 제거되기는 어렵다. 결론적으로, 구속사유(도주 또는 증거인멸의 우려)에 해당하고 긴급성이 인정됨에도 불구하고 죄 있는 자가 형사절차에서 벗어나는 것을 방임하는 현행의 입법태도는 중범죄의 요건이 삭제됨으로써 바뀌어야 한다. 그러나 이러한 개선책은 헌법규정과의 충돌문제가 대두될 수 있다. 왜냐하면 헌법 제12조 3항이 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 경우에만 사후영장에 의한 체포나 구속을 허용하고 있기 때문이다. 따라서 가장 바람직하기는 범죄의 중대성에 대한 긴급구속의 요건을 완화하기 위해서는 헌법개정과 동시에 형사소송법의 개정이 있는 것이다. 그러나 헌법의 규정에는 형사소송법과는 달리 [영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 때]의 요건이 없다. 따라서 헌법은 장기 3년 이상의 중범죄자는 긴급성이 없어도 사전영장 없이 체포할 수 있다는 것만을 규정한 것이지, 영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 긴급성이 있는 경우를 규율한 것은 아니라고 해석할 수 있다. 만약 이러한 해석이 가능하다면 헌법의 개정없이 형사소송법의 개정만으로 중범죄 아닌 자의 영장없는 긴급체포를 실현할 수 있을 것이다.

1.2. 제2의 명제 : 수사기관은 소환에 의해 임의출석한 피의자를 조사한 후 범죄혐의가 상당한 것으로 발견되어 석방하면 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우에 정식의 구금영장이 발부될 때까지 그의 신병을 계속 확보할 수 있어야 한다.

1) 현행제도의 문제점

위의 명제의 당위성은 수사기관(특히 경찰)이 구속영장을 발부받기 위하여 소요되는 시간때문에 나온다. 청구영장이 수사기관을 출발하여(특히 경찰에서 출발하여 검찰을 거쳐) 법원에서 소정절차를 밟아 실제 영장이 발부되는 순간까지는 상당한 시간이 걸린다. 그러나 위의 명제를 뒷받침해 줄 수 있는 합법화된 현행제도는 불완전하다. 만약 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 증거인멸 또는 도망의 염려가

있는 경우에는 긴급구속의 요건에 해당되어 48시간 또는 72시간내에서 피의자의 계속적 신병확보는 적법하다. 그러나 이러한 중범죄에 해당하지 않는 피의자에 대해서는 위의 명제를 실현할 수 있는 합법화된 현행제도는 없다. 따라서 수사의 실체는 중범죄 또는 경범죄의 혐의자를 구별하지 않고 구속영장이 발부될 때까지 보호실에 유치하여 대기시키고 있다.²⁰⁾ 이에 대하여 대법원판례는 수사의 편의상 피의자를 임의동행한 경우에도 조사 후 귀가시키지 아니하고 “그의 의사에 반하여” 경찰서조사실 또는 보호실 등에 유치한 것은 불법구금에 해당한다고 판시하였다.²¹⁾ 문제는 피의자의 승락에 의하여 보호실에 유치한 경우이다. 이에 대해서도 학자들은 본인의 동의에 의한 보호실유치는 실질적인 구속에 다를바 없으므로 긴급구속의 절차에 의하지 아니하고 구속영장없이 보호실에 유치하는 것은 불법구금이 된다고 해석하고 있다.²²⁾

2) 개선책

위의 명제를 실현하는 개선책으로 우선 수사실무상 관행화되어 있는 보호실유치를 입법화하는 방법이 있다. 예컨대, 프랑스와 같이 24시간 또는 48시간의 보호유치를 인정하고 이 보호유치의 결정, 진행 및 연장에 관하여 검사의 구속장소감찰, 의사의 신체검사, 보호유치의 개시와 종료시에 피유치자의 서명날인을 받는 방법 등 검찰의 엄격한 통제책을 강구하자는 견해가 여기에 해당한다.²³⁾

보호실유치제도가 불가부득하다면 입법에 반영하여 이를 정면으로 인정하고 가축고지, 검사나 경찰책임간부의 사전승인, 유치기간제한, 재유치금지 등 합리적인 규제를 하자는 견해도 마찬가지이다.²⁴⁾

20) 또한 기소중지된 피의자를 경찰관이 발견 검거한 경우에도 그 피의자를 관할 검찰청의 검사에게 인치할 때까지 경찰서의 보호실에 억류하는 것이 통례이다.

21) 대판 1985.7.29, 85 모 16

22) 이재상, 형사소송법, 222면; 백형구, 수사의 이론과 실무, 사법행정 1987년 7월, 35면

23) 임양운, 프랑스에 있어서의 경찰의 보호조치에 관한 연구, 해외파견검사 연구논문집 (5집), 275면

24) 신현주, 형사소송법, 103면

그러나 피의자에 대한 보호실유치를 새로이 입법화하지 않고도 위의 명제를 실현하는 개선책이 있다. 그것은 현행 긴급구속에서 3년 이상의 피의자에 한하는 요건을 삭제하는 것이다. 이렇게 되면 수사기관(특히 경찰)은 경범죄자라 할지라도 도주 또는 증거인멸의 우려가 있으면 정식의 구금영장이 발부될 때까지 피의자를 적법하게 유치할 수 있게 된다. 이 경우 수사경찰은 피의자를 경찰관 직무집행법상의 보호실에 유치하여서는 안되고, 정식의 유치장이나 영장대기자를 위한 별도의 공간에 유치하여야 한다. 왜냐하면 경찰관직무집행법상의 보호실은 행정경찰목적의 장소이지, 피의자를 유치하는 사법경찰목적의 장소는 아니기 때문이다.

2. 영장에 의한 피의자의 신병확보에 있어서

2.1. 제1의 명제 : 수사기관은 피의자에 대한 범죄혐의가 초기단계라 하더라도 도주 또는 증거인멸의 우려가 있으면 강제로 그의 신병을 확보할 수 있어야 한다.

1) 현행제도의 문제점

위의 명제를 실현시킬 수 있는 적합한 현행제도는 없다고 볼 수 있다. 왜냐하면 현행의 법관이 발부하는 영장에 의한 구속제도는 구속사유가 너무 엄격하여 피의자를 조사한 후가 아니면 구속사유에 해당하는가를 판단할 수 없기 때문에 수사를 위한 제도라기보다는 수사를 완결한 후에 행하는 종국적인 강제처분인 구금으로서의 성격을 띠지 않을 수 없다.²⁵⁾ 이는 결국 수사기관에서는 우선 피의자를 데려가서 조사하기 위하여 임의동행이나 보호유치와 같은 탈법적인 수사를 행할 수 밖에 없다.

25) 박희태, 전계논문, 25면

2) 개선책

현행제도의 문제점을 개선하기 위해서는 구금 이전에 피의자의 신체를 합법적으로 보존하는 제도의 도입이 고려되어야 한다. 이를 위해 가장 대표적으로 주장되는 것은 체포 내지 체포장제도의 도입이다. 체포제도를 도입해야 한다고 주장하는 근거에는 다음과 같은 것들이 있다.²⁶⁾

첫째, 수사초기에 피의자를 간편하게 (영장청구시 법관에게 피의범죄의 상당성을 소명하는 자료제출의 어려움 없이) 인치할 수 있는 제도로서 단기간의 체포제도가 필요하다는 것이다. 이러한 수사초기에 단기간의 신병확보제도가 없었기 때문에 수사기관은 우선 피의자를 데려가서 조사하기 위하여 임의동행이나 보호유치와 같은 탈법적인 수사를 행할 필요가 있었다. 따라서 수사초기에 단기간의 체포제도가 도입된다면 현재 탈법적으로 자행되는 임의동행과 보호실유치의 악습은 제거될 수 있다. 둘째, 체포제도는 헌법 제12조 3항에 규정된 헌법상의 제도이기 때문에 하위법인 형사소송법에 실현되어야 한다는 것이다. 헌법상 보장된 제도를 하위의 형사소송법에 실현하는 것은 입법자의 의무이다. 셋째, 체포와 구속(구금)의 각 단계에서 신체구속의 이유를 다시 심사하여 가능한한 비교적 장기의 구속(구금)을 방지하기 위하여 체포제도의 도입이 필요하다는 것이다.²⁷⁾ 수사의 초기인 체포의 단계에서는 범죄의 혐의와 신체구속의 필요성이 부동적이고 그 후의 수사활동에 의하여 범죄의 혐의나 신체구속의 필요성이 소멸될 수도 있다. 따라서 먼저 제1단계로서 체포에 의한 단기의 신체구속을 선행시키고 수사를 진행하여 범죄의 혐의나 신체구속의 필요성에 관하여 상당한

26) 이에 대해서는 이재상, 강제수사절차의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1991, 59면; 백형구, 형사절차상 인권보장의 당면과제, 형사정책연구, 1990, 2호, 137면; 정동욱, 불법구금의 방지방안, 고시연구 1988년 12월, 142면; 박희태, 구속제도의 개선모색, 검찰 1986년 1월, 39면

27) 이재상 교수의 전제논문 60면에 의하면 일본의 체포제도에 대한 松尾와 高田의 주장근거이다.

정도의 소명이 유지된 경우에만 구금을 인정하고, 체포후에 구속의 이유가 더 이상 존속하지 않음이 판명된 때에는 피의자를 즉시 석방하게 하는 것이 피의자의 인권보장에 유리하다.

생각컨대, 체포장제도의 도입에 대한 위의 주장근거는 타당하다. 그러나 구체적 내용에 있어서는 주의를 요한다. 우선 피의자에게 도주 또는 증거인멸의 우려가 없어도 피의자를 원칙적으로 체포할 수 있게 한 일본의 체포제도는 문제가 있다. 왜냐하면 도주 또는 증거인멸의 우려가 없는 피의자에게는 원칙적으로 소환과 임의출석의 수사방법에 의하여야 하기 때문이다. 즉 일본의 통상의 체포제도는 임의수사의 원칙과 조화되기 어렵다. 따라서 체포제도를 도입할 경우에는 “피의자가 도주 또는 증거를 인멸할 우려”를 원칙적인 체포사유로 두어야 한다. 이렇게 되면 체포제도는 구금제도와 마찬가지로 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 피의자의 신체를 법관의 영장에 의하여 강제로 확보하는 제도이나, 전자는 수사초기에 범죄혐의의 상당성을 소명할 수 없는 단계에서 피의자의 신체를 간단히 단기간 확보하여 수사하는 제도이고, 후자는 수사후 범죄혐의가 상당하여 공소가 제기될 것으로 예정된 피의자의 신체를 비교적 장기간 확보하는 제도로서 각자의 기능을 가지게 된다. 물론 피의자가 소환에 불응하는 경우를 체포사유로 추가하여도 무방하다. 그러나 그것은 피의자에 대한 별도의 구인제도가 있다면 필요가 없게 된다 (따라서 피의자에 대한 별도의 구인제도가 없는 일본에서 피의자가 소환에 불응하는 경우에 체포제도가 이용되는 것은 당연하다). 또한 일본 형사소송법과 같이 체포전치주의를 도입한다면 부당한 장기구속의 방지를 목적으로하는 체포제도의 정신이 몰각될 수 있다는 점을 유의하여야 한다. 왜냐하면 이미 수사기관의 수사활동에 의하여 범죄혐의가 상당하고 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 것으로 밝혀진 피의자의 신병을 확보하기 위해서는 막바로 구금할 수 없고 반드시 체포를 거쳐야 한다면 오히려 신체구속을 장기화시키는 중복절차이기 때문이다. 따라서 일본의 체포전치주의는 도입할 필요가 없다.

2.2 제2의 명제 : 수사를 통해 범죄혐의가 상당화되고 증거인멸 또는 도주의 우려가 있는 피의자에 대하여 수사기관은 재판을 위한 신병확보책으로 그를 구금하여야 한다.

1) 현행제도의 문제점

위의 명제를 충족시키는 현행제도가 형소법 제201조의 구속 (소위 구금에 해당하는 것)이다. 그런데 형사소송법 제201조에 의한 구금의 대상이 되는 피의자는 수사를 통해 범죄혐의가 상당한 것으로 밝혀지고 보통 그에 대해서 공소가 제기될 것으로 예정된 者이어야 한다. 그러나 수사의 실무에서는 이러한 者 이외의 피의자도 적지 않게 구금하였음을 아래의 통계표가 보여 주고 있다.

〈표 1〉 제1심 형사공판사건 구속·불구속비율²⁸⁾

년 도	접수인원	구속기소인원	불구속기소인원	구속기소율(%)
1981	103,132	81,373	21,759	78.9
1982	107,090	82,809	24,281	77.3
1983	105,732	82,023	23,709	77.6
1984	107,621	81,541	26,080	75.8
1985	108,570	82,574	25,996	76.1
1986	115,007	86,635	28,372	75.3
1987	113,536	86,245	27,291	76.0
1988	119,404	91,362	28,042	76.5
1989	129,866	96,051	33,815	74.0
1990	141,686	103,810	37,876	73.3

28) 법원행정처, 사법연감(1991), 533면

이 통계에 의하면 매년 구금된 피의자의 20 내지 30%는 검사에 의하여 구속 기소되지 않고 석방되고 있으며, 그 석방인원은 매년 20,000명을 상회하고 있다. 그런대 이들의 대부분은 굳이 구금되지 않아도 좋을 피의자였다.

〈표 2〉 구속적부심사 청구사건의 석방률 비교²⁹⁾

년 도	청구건수	석방건수	석 방 율
1986	3,301	1,844	55.9%
1987	4,122	2,406	58.4%
1988	5,467	3,090	56.5%
1989	8,263	4,504	54.5%
1990	10,616	5,630	53.0%

이 통계로부터도 구금되지 않아도 좋을 적지않은 피의자가 실제로 검사에 의해 구금영장이 청구되고 법원에 의해 영장이 발부되어 강제로 구금되었다는 것을 알 수 있다.

2) 개 선 책

현행 형사소송법 제201조에 의한 구속제도의 개선책에 대하여 여러가지 관점에서 주장되고 있다. 예컨대, ① 주거부정을 구속사유에서 삭제하여야 한다 ② 구속실질심사제도를 도입하여야 한다 ③ 사안의 중대성만으로 구속사유가 되도록 하여야 한다 ④ 재범의 위험성도 구속사유로 하여야 한다 ⑤ 수사기관의 구속기간을 단축하여야 한다는 등의 주장이다. 그러나 이러한 주장들은 현행 구속

29) 법원행정처, 사법연감(191), 462면; 또한 법원행정처가 1992년 8월 26일에 펴낸 「92년 사법연감」에 따르면 구속영장발부후 구속필요성을 법원이 판단하는 구속적부심은 1991년에 11,982명이 청구하여 이중 50.9%인 6,102명이 석방된 것으로 나타났다(중앙일보 1992년 8월 26일 기사).

제도가 굳이 구금되지 않아도 좋을 피의자를 구금하고 있는 현행 수사실무의 문제점을 해결하는 것은 아니다. 위에 적시한 현행 수사실무의 문제점은 우리 형소법상 수사초기에 간편하게 피의자의 신병을 확보할 수 있는 합법화된 제도가 없기 때문에 수사기관이 제201조의 구속제도를 남용한 데 그 이유가 있다고 생각된다. 따라서 이의 해결을 위해서는 위에서 설명한 수사초기에 비교적 간단하게 도주 또는 증거인멸의 우려있는 피의자의 신병을 확보할 수 있는 체포제도가 도입되어야 한다.

나. 도주 또는 증거인멸의 우려가 없는 피의자에 대하여

1. 제1의 명제 : 도주 또는 증거인멸의 우려가 없는 피의자에 대해서는 원칙적으로 소환과 임의출석의 방법으로 수사하여야 한다.

우리 형소법 제199조는 임의수사의 원칙과 강제처분법정주의를 선언하고 있다. 더 나아가 피의자의 신병확보를 위한 모든 강제처분에 -즉 영장에 의한 구속뿐만 아니라 긴급구속에도- 도주 또는 증거인멸을 그 요건으로 명시하고 있다. 따라서 우리나라의 형소법은 상기의 명제를 가장 충실히 따르고 있는 입법이다. 그러나 외국의 입법례에는 중범죄를 독립된 구속사유로 규정하여 중범죄를 범한 자의 구속을 용이하게 하는 것을 쉽게 볼 수 있다. 예컨대 프랑스 형사소송법에는 중죄의 경우에 구속의 실질적 요건에 대한 규정이 없으므로(제146조 1항) 예심판사는 구속사유에 제한되지 않고 영장에 의하여 피의자를 구속할 수 있다. 독일 형사소송법도 피의자에게 테러단체조직죄, 살인죄 및 폭발물과열죄의 혐의가 현저한 때에는 다른 구속사유가 없는 경우에도 구속할 수 있다고 규정하고 있다(제112조 3항). 또한 일본 형소법에서는 법관이 발부한 영장에 의한 단기의 체포는 중범죄뿐만 아니라 경범죄에 대해서도 도주 또는 증거인멸의 우려와 관계없이 허용되고 있다. 이러한 외국의 입법례와 같이 우리나라에서도 중

제도가 굳이 구금되지 않아도 좋을 피의자를 구금하고 있는 현행 수사실무의 문제점을 해결하는 것은 아니다. 위에 적시한 현행 수사실무의 문제점은 우리 형소법상 수사초기에 간편하게 피의자의 신병을 확보할 수 있는 합법화된 제도가 없기 때문에 수사기관이 제201조의 구속제도를 남용한 데 그 이유가 있다고 생각된다. 따라서 이의 해결을 위해서는 위에서 설명한 수사초기에 비교적 간단하게 도주 또는 증거인멸의 우려있는 피의자의 신병을 확보할 수 있는 체포제도가 도입되어야 한다.

나. 도주 또는 증거인멸의 우려가 없는 피의자에 대하여

1. 제1의 명제 : 도주 또는 증거인멸의 우려가 없는 피의자에 대해서는 원칙적으로 소환과 임의출석의 방법으로 수사하여야 한다.

우리 형소법 제199조는 임의수사의 원칙과 강제처분법정주의를 선언하고 있다. 더 나아가 피의자의 신병확보를 위한 모든 강제처분에 -즉 영장에 의한 구속뿐만 아니라 긴급구속에도- 도주 또는 증거인멸을 그 요건으로 명시하고 있다. 따라서 우리나라의 형소법은 상기의 명제를 가장 충실히 따르고 있는 입법이다. 그러나 외국의 입법례에는 중범죄를 독립된 구속사유로 규정하여 중범죄를 범한 자의 구속을 용이하게 하는 것을 쉽게 볼 수 있다. 예컨대 프랑스 형사소송법에는 중죄의 경우에 구속의 실질적 요건에 대한 규정이 없으므로(제146조 1항) 예심판사는 구속사유에 제한되지 않고 영장에 의하여 피의자를 구속할 수 있다. 독일 형사소송법도 피의자에게 테러단체조직죄, 살인죄 및 폭발물과열죄의 혐의가 현저한 때에는 다른 구속사유가 없는 경우에도 구속할 수 있다고 규정하고 있다(제112조 3항). 또한 일본 형소법에서는 법관이 발부한 영장에 의한 단기의 체포는 중범죄뿐만 아니라 경범죄에 대해서도 도주 또는 증거인멸의 우려와 관계없이 허용되고 있다. 이러한 외국의 입법례와 같이 우리나라에서도 중

범죄를 독립한 구속사유로 하자는 주장이 실무가에 있어서 적지않다.³⁰⁾

생각컨대, 특별히 중형이 선고될 것이 기대되는 때에는 그 사유만으로 도망할 염려를 인정할 수 있게 되고, 따라서 이러한 자의 구속이 대부분 가능하게 된다.³¹⁾ 그러나 중형이 선고될 것이 기대되는 모든 자가 도망의 염려가 있게 되는 것은 아니다. 예컨대 중범죄자라 하더라도 그의 경제적 지위나 직장 또는 가족 관계 등에 비추어 예외적으로 도망할 염려를 부정할 수도 있다. 만약 후자의 경우에도 구속을 인정한다면 이는 피의자에 대하여 사전형벌을 가하는 것과 동일하게 되어 무죄추정의 원칙에 배치될 뿐만 아니라 또한 강제처분은 불가피한 최소한에 그쳐야 한다는 비례성의 원칙과도 일치하지 않는다. 따라서 중대범죄를 도주 또는 증거인멸의 우려와 완전히 절연하여 독립된 구속사유로 하는 것은 타당하지 않다.

2. 제2의 명제 : 피의자가 소환에 불응하는 경우에 그를 강제로 단기간 유치하여 신문할 수 있어야 한다.

1) 현행제도의 문제점

위의 명제를 실현시킬 수 있는 현행의 제도는 피의자의 구인제도이다. 그러나 피의자의 구인제도는 지금까지 실무상 거의 사용되지 않아 사문화되다시피 하였다.³²⁾ 그 이유는 형사소송법이 구인을 구속의 일종으로 규정하면서도 구인의 요건을 별도로 정하고 있지 않아 구인의 요건을 구속과 동일하게 규정한 때문

30) 박희태, 구속제도의 개선모색, 검찰 1986년 1월, 56면; 박재권, 현행 구속기간 및 영장제도의 문제점과 개선방안, 검사세미나연수자료집(Ⅲ), 319면; 문성우, 구속영장심사의 내실화방안, 검사세미나연수자료집(Ⅲ), 756면; 송주환, 구속영장 신증처리방안, 검사세미나연수자료집(V), 430면

31) Boujong, KK, § 112Rn. 18; Kleinknecht/Meyer, Strafprozeßordnung, § 112 Rn. 25; Wendisch, LR, § 112 Rn.38; Peters, Strafprozeß, § 47 A II 2 b aa

32) 최근(1992년 9월) 한준수 前연기군수의 선거부정폭로사례에서 피의자에 대한 拘引이 이용되었다.

이다. 그런데 구인은 피의자가 소환에 불응할 경우에 도주 또는 증거인멸의 염려와 관계 없이 그를 신문하기 위하여 단기간 억류하는 제도이다. 또한 구인제도는 대부분 수사초기에 소환에 불응하는 피의자를 강제로 소환 신문하여 “범죄혐의를 발견 또는 확인하고자” 그의 신병을 확보하는 단기간의 잠정적 처분이다. 이러한 취지의 구인을 위하여 이미 “상당한 범죄혐의”와 “증거인멸 또는 도망의 염려”라는 엄격한 구속의 요건을 요구한다면 구인제도의 실용성이 없게 되는 것은 당연한 결과이다.

2) 개선책

먼저 현행 제도의 문제점에 대한 개선책을 밝히기 이전에 피의자조사를 위한 구인이 허용될 수 있는가에 대한 검토가 필요하다. 왜냐하면 피의자조사를 위한 구인이 허용될 수 없다면, 이의 허용을 전제로 한 현행제도의 개선책도 무의미하기 때문이다.

위에서 이미 적시한 바와 같이 피의자신문을 위한 구인제도는 허용되지 않아 한다는 견해는 ① 피의자신문은 임의수사이므로 피의자는 수사기관의 출석요구에 응할 의무가 없고 출석의무 없는 피의자의 출석을 구인에 의하여 강제하는 것은 임의수사인 피의자신문의 본질에 반하고, ② 피의자에게는 진술거부권이 보장되어 있으므로 진술의무 없는 피의자의 출석을 구인에 의하여 강제하는 것은 무의미하며, ③ 피고인의 출석은 공판개정의 요건임에 반하여 피의자의 수사기관에의 출석이나 수사기관에 의한 신문이 수사의 요건이 되는 것도 아니므로 피의자의 출석을 강제해야 할 이유가 없고, ④ 피의자에 대한 구인을 인정하여 검사뿐만 아니라 사법경찰관에 대한 구인까지 인정하는 것은 권위주의적 편의주의적 사고의 결과라는 점을 그 이유로 든다.³³⁾

그러나 이러한 논거는 너무 이론적이다. 형사사건의 수사과정에서 피의자신문

33) 이재상, 형사소송법, 224면; 同人, 구인과 임의동행, 변협회지 132, 26면; 同人, 강제수사 절차의 개선방안, 57면

은 실무상 매우 중요하다. 그 이유는 수사기관이 아무리 객관적 과학적인 수사를 하더라도 그것만 가지고 불충분하기 때문이다. 비록 자백을 받아내지 않더라도 신문과정에서 나타난 자질구레한 정보야말로 수사기관으로 하여금 과학적인 수사를 할 수 있는 단서를 제공해 주는 것이다. 또한 구인을 할 수만 있다면 불구속상태로 수사를 할 수가 있으므로 오히려 구속의 폐해를 줄일 수 있다.³⁴⁾ 따라서 피의자신문을 위한 적법한 강제소환의 방법이 있어야 한다.³⁵⁾ 또한 그것이 법관에 의해 발부된 영장에 의한 것이라면 수사기관에 의한 남용의 우려도 없다.

그러면 현행의 구인제도를 어떻게 개선할 것인가? 먼저 구인제도의 활성화를 위해서는 구인의 요건이 (구금)구속의 요건보다 완화되어 별도로 수사편에서 규정되어야 한다. 그 이유는 법관에 의한 구인의 대상인 피고인은 이미 범죄혐의가 객관적으로 상당한 자이다. 그렇기 때문에 제69조가 피고인구속의 개념을 구인과 구금을 포함하는 것으로 규정하고 양자의 요건이 동일하여도 별문제가 되지 않는다. 그러나 수사기관에 의한 구인의 대상인 피의자의 경우는 다르다. 왜냐하면 수사절차에서의 구금은 이미 범죄혐의가 상당히 객관화되었기 때문에 앞으로 그에 대해 공소가 제기될 피의자에 대한 자유박탈임에 대하여, 구인은 대개 범죄혐의가 아직 부동적인 피의자가 소환에 불응할 때 강제로 그를 소환하여 신문하는데 그 이용의 필요성이 있는 제도이기 때문이다.³⁶⁾ 따라서 피고인과는 달리 피의자의 경우에는 구인과 구금의 요건을 동일하게 하여서는 안되고 별도로 규정하여야 한다. 그 요건은 구인제도의 취지에 맞게 “피의자가 정당한 이유없이 소환에 응하지 않거나 응하지 않을 염려가 있을 때”로 하는 것이 적합하다고 생각한다.

상기의 것은 오직 현행 구속제도의 체계하에서 구인제도에 관한 개선책이다.

34) 이재홍(판사), 변호인접견권과 자백의 증거능력, 형사정책연구소식 1992년 5/6월, 13면

35) 參考人에 대해서는 우리 형소법 제221조의 2에서 수사기관이 判事에게 청구하여 그를 證人訊問할 수 있게 하였다.

36) 손동권, 형소법개정안의 경찰관련조항에 대한 검토, 수사연구, 1992년 7월, 8면

만약 피의자에 대한 통상의 체포장제도(검사 또는 경찰의 청구에 의해 판사가 발부한 체포장에 의한 단기간의 피의자의 신병확보제도)를 도입하고, 그 체포사유에 “피의자가 소환에 불응하는 때”를 포함한다면 별도의 구인제도는 필요가 없을 것이다. 또 다른 방법으로 독일 형소법과 같이 검사의 소환에 대하여 피의자의 출석의무를 규정한다든가, 수사기관은 피의자의 신문을 판사에게 청구할 수 있게 하는 것도 생각할 수 있다.³⁷⁾

IV. 결론 : 새로운 구성과 각 처분의 기간

1. 새로운 구성

현행범인이 아닌 피의자가 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우에 수사기관이 효율적이면서도 합법적으로 피의자의 신병을 확보하기 위해서는, 우선 현행제도가 긴급구속과 정식구속의 2종의 체계로 되어 있는 것을 ① 긴급체포(당장 체포하지 않으면 증거인멸 또는 도주의 우려가 있는 긴급한 경우의 영장없는 피의자의 신병확보제도), ② 정식체포(수사초기단계에서 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 피의자의 영장에 의한 신병확보제도), ③ 구금(수사성숙단계에서 범죄혐의가 상당하고 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우의 영장에 의한 피의자의 신병확보제도)의 3종의 체계로 새로이 구성하여야 한다. 그러나 3종의 강제처분은 일본의 체포전치주의와 같이 반드시 순서적으로 일어날 필요는 없다. 예컨대, 불구속상태에서 범죄혐의가 이미 상당한 것으로 조사된 피의자가 도망 또는 증거인멸의 우려가 있어 긴급히 영장없이 체포한 경우에는 사

37) 우리 형소법에는 수사기관이 법관에게 피의자신문을 청구할 수 있는 제도는 없다. 즉 제 221조의 2는 참고인에 대해서만 규정하고 있고, 또한 대법원판례는 被疑者訊問을 구하는 증거보전의 청구(제184조)는 허용되지 않는다고 판시하고 있다(대판 72.11.28, 72도 2104).

만약 피의자에 대한 통상의 체포장제도(검사 또는 경찰의 청구에 의해 판사가 발부한 체포장에 의한 단기간의 피의자의 신병확보제도)를 도입하고, 그 체포사유에 “피의자가 소환에 불응하는 때”를 포함한다면 별도의 구인제도는 필요가 없을 것이다. 또 다른 방법으로 독일 형소법과 같이 검사의 소환에 대하여 피의자의 출석의무를 규정한다든가, 수사기관은 피의자의 신문을 판사에게 청구할 수 있게 하는 것도 생각할 수 있다.³⁷⁾

IV. 결론 : 새로운 구성과 각 처분의 기간

1. 새로운 구성

현행범인이 아닌 피의자가 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우에 수사기관이 효율적이면서도 합법적으로 피의자의 신병을 확보하기 위해서는, 우선 현행제도가 긴급구속과 정식구속의 2종의 체계로 되어 있는 것을 ① 긴급체포(당장 체포하지 않으면 증거인멸 또는 도주의 우려가 있는 긴급한 경우의 영장없는 피의자의 신병확보제도), ② 정식체포(수사초기단계에서 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 피의자의 영장에 의한 신병확보제도), ③ 구금(수사성숙단계에서 범죄혐의가 상당하고 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우의 영장에 의한 피의자의 신병확보제도)의 3종의 체계로 새로이 구성하여야 한다. 그러나 3종의 강제처분은 일본의 체포전치주의와 같이 반드시 순서적으로 일어날 필요는 없다. 예컨대, 불구속상태에서 범죄혐의가 이미 상당한 것으로 조사된 피의자가 도망 또는 증거인멸의 우려가 있어 긴급히 영장없이 체포한 경우에는 사

37) 우리 형소법에는 수사기관이 법관에게 피의자신문을 청구할 수 있는 제도는 없다. 즉 제 221조의 2는 참고인에 대해서만 규정하고 있고, 또한 대법원판례는 被疑者訊問을 구하는 증거보전의 청구(제184조)는 허용되지 않는다고 판시하고 있다(대판 72.11.28, 72도 2104).

후에 정식체포장의 청구없이 곧바로 구금영장을 발부받을 수 있게 하여야 한다. 더 나아가 “피의자가 소환에 불응하는 경우”에 피의자를 강제로 소환하여 신문할 수 있는 구인제도가 있어야 한다. 그러나 만약 상기의 정식체포의 사유에 “피의자가 소환에 불응하는 경우”를 삽입한다면 별도의 구인제도는 필요가 없을 것이다.

2. 각 처분의 기간

끝으로 새로운 구성과 관련하여 각 처분에게 허용되는 피의자의 신병확보기간에 대하여 언급한다. 먼저, 긴급체포는 체포 또는 구속영장의 발부를 받을 수 없는 긴급상황에서 영장없이 피의자를 체포하는데 그 의미가 있는 제도이므로 이에 의하여 허용되는 피의자의 유치기간은 영장발부에 소요되는 기간에 한하여야 한다. 그 기간은 체포 후 24시간내로 하는 것이 적절하리라 믿는다. 따라서 긴급체포한 수사기관은 피의자를 계속 억류하기 위해서는 이 기간내에 이미 범죄혐의의 상당성을 소명할 자료가 있으면 구금영장을 발부받아야 하고, 그러한 소명자료가 부족하면 체포장의 발부를 받아야 한다. 후자의 경우에 법관은 피의자가 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 자이므로 체포영장을 어렵지 않게 발부해 주어야 한다. 다음으로 정식체포는 수사초기단계에서 피의자의 범죄혐의를 조사하는 것이므로 이를 위한 피의자의 신병확보기간은 범죄혐의를 어느 정도 객관적으로 밝혀 구금영장을 발부받는 데까지 소요되는 기간이어야 한다. 이 기간은 72시간 정도가 적합하리라고 생각한다. 따라서 사법경찰관이 체포한 때에는 48시간 이내에 검사에게 구금신청을 의뢰하여야 하고 이 경우에 검사는 24시간 이내에 구금영장을 발부받도록 하고, 검사가 피의자를 체포한 때에는 72시간 이내에 구금영장을 발부받도록 하면 될 것이다. 마지막으로 피의자의 구금은 수사기관이 피의자에 대한 마무리 수사를 하고 공소제기를 준비하는 데 소요되는 기간동안 허용되어야 한다. 그 기간은 현행 형소법상 각 수사기관에 허용되어 있는 구속기간(즉 경찰에게는 10일, 검찰에게는 10일과 10일의 연장가

능)에서 상기의 체포기간을 제외한 나머지 기간으로 정하면 될 것이다.

만약 피의자에 대한 구인제도를 별도로 설정한다면 도주 또는 증거인멸의 우려가 없는 피의자에 대한 임의수사의 원칙과 피의자의 일상생활을 가능한한 방해하지 않는다는 취지에서 그 기간은 현행 형소법의 규정대로 24시간이 적절하다고 생각한다. 그러나 그 회수를 1회에 한한다면 합리적인 수사를 기대할 수 없으므로 적어도 2회 이상의 구인은 보장되어야 한다.