creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

조건부 석방제도 연구

- 미국 형사소송제도를 중심으로 -

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

Sara Oh

조건부 석방제도 연구

- 미국 형사소송제도를 중심으로 -

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

Sara Oh

Sara Oh의 법학박사 학위논문을 인준함

2022년 12월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

한국의 형사소송절차는 피고인의 헌법적 권리를 중심으로 석방제도를 논해 왔다. 구속영장실질심사가 행해지는 피의자 단계에는 조건부 석방제도를 법으로 규정하지 않고 있다. 이에 반해 보석단계에는 잘 발달된 조건부 석방제도가 있다. 그러나 현재 구속영장실질심사 단계에는 판사가 여러가지 보석조건을 유연하게 사용할 수 있는 조건부 석방제도가 도입되어 있지 않아서 피고인뿐만 아니라 피의자의 헌법적 권리 역시 중요시하는 세계적 글로벌 트렌드와 비교가 되는 상황이다.

한국 역사를 살펴보면, 피의자 단계의 조건부 석방제도는 일찍이 광복 후 미군정 시대에 이미 한국에 들어왔던 적이 있었다. 1948년에 미군정 형사소송법 개정 제176호는 피의자와 피고인의 모든 단계를 아우르는 넓은 범위의 조건부 석방제도를 제안하였다. 영미법적 발상이었지만 제176호는 한국에서 형사재판을 받게 되는 모든 사람의 인권을 보장하기 위한 원칙과 실무를 획기적으로 제시하였다는데 그 의의가 있다.

이 논문은 한국 형사소송법 피의자 단계의 조건부 석방제도의 필요성에 대하여 고찰해 보았다. 이를 위하여 한국 광복 시대에서 현대까지에 이르는 여러 차례의 형사소송법 개정, 각종 추진위원회 등에서 이루어진 시도와 논의를 살펴보았다. 특히 한국의 구속영장실질심사 단계를 고려해 볼 때, 미국의 initial appearance hearing 실무와 제도를 비교하였다.

그 결과 한국 형사소송법의 구속영장실질심사 단계에 조건부 석방제도가 필요하다는 결론에 도달하였다. 굳이 구속이 아니더라도 판사가 각종 보석조건을 사용하여 피의자의 법정출두 등 목적을 달성할 수 있게 하는 실질적 제도이기 때문이다. 글로벌 기준으로 볼 때에도 구속영장실질심사 단계의 피의자가 보석단계에서처럼 조건부 석방을 받지 못할 이유가 없다.

다만 고려해야 할 한국적인 특성들이 눈에 띄었다. 첫째, 조건부 석방제도를 구속영장실질심사 단계에 도입하려면 여러 사법제도 구성기관의 협의와 조정이 필요하다. 검찰, 법원, 학계 등 구성원의 소통이 원활하도록

도와야 한다. 둘째, 한국에서 오랜 세월동안 사용해 온 대륙법의 제도와, 영미법을 바탕으로 하는 미국의 피의자 단계 조건부 석방제도 실무의 차이점을 고려하여 한국의 특성에 맞추어 면밀히 법을 개정할 필요가 있다.

주제어 : 조건부 석방, 보석, 보석조건, 미군정법 제176호, 구속영장 실질심사

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 2 장 한국 공판 전 석방제도의 연혁 ····· 2

제 1 절 한국 석방제도의 개관 ····· 2

제 2 절 한국 석방제도의 연혁 ····· 6

1. 일제강점기 형사사법제도의 특징 ····· 6

2. 미군정하의 형사사법개혁의 실시 ····· 7

가. 미군정법령 제176호의 시행 ····· 7

나. 제176호에 나타난 공판 전 조건부 석방제도 ····· 7

다. 번역에 대한 논의 ····· 8

3. 1954년 형사소송법의 제정 ····· 13

4. 1995년 형사소송법의 개정 ····· 16

5. 2003년 사법개혁위원회의 논의 ····· 17

6. 2004년 사법제도개혁추진위원회의 논의 ····· 18

7. 2006년 형사소송법의 개정 ····· 19

8. 미군정법령이 한국 형사소송법에 미친 영향 ····· 21

제 3 장 미국의 공판 전 석방제도 ····· 22

제 1 절 미국의 공판 전 석방제도의 절차 ····· 22

1. Arrest ····· 22

2. Initial Appearance ····· 26

3. Bail Review ····· 26

4. Preliminary Hearing ····· 32

제 2 절 미국의 주별 조건부 석방제도 고찰 ····· 33
1. 미국 연방제도 ····· 33
2. 매릴랜드주 제도 ····· 39
3. 펜실베니아주 제도 ····· 47
4. 캘리포니아주 제도 ····· 56
5. 뉴욕주 제도 ····· 65

제 4 장 외국의 공판 전 석방제도 ····· 66
제 1 절 독일 ····· 66
1. 독일 구속제도의 특징 ····· 66
2. 구속의 집행정지제도 ····· 66
제 2 절 일본 ····· 72
1. 일본 구속제도의 특징 ····· 72
2. 일본 석방제도의 특징 ····· 76
제 3 절 프랑스 ····· 78
1. 프랑스 구속제도의 특징 ····· 78
2. 프랑스 석방제도의 특징 ····· 80

제 5 장 한국 조건부 구속제도의 구성 ····· 85
제 1 절 도입의 다양화 필요성 ····· 85
1. 전자장치부착 제도 ····· 85
가. 한국의 입법경과 ····· 85
나. 미국 연방법원의 전자장치부착제도 ····· 88
2. 범죄 유형별 석방 조건의 부과 ····· 91
가. 보증금의 책정과 석방 조건의 부과 ····· 91

나. 가정폭력, 성범죄 관련 사건 ····· 92
다. 총기, 마약 등 위험물질 관련 사건 ····· 94
라. 사기, 금융비리 관련 사건 ····· 97
제 2 절 석방조건의 내용 ····· 98
1. 석방 현황 ····· 98
2. 석방조건의 유형별 검토 ····· 99
가. 피의자의 출석담보 목적 ····· 99
나. 증거인멸 우려의 방지 목적 ····· 102
다. 일상생활에서 재범요소 제거 목적 ····· 103
라. 경제활동, 사회활동의 유지나 제한 목적 ····· 103
마. 피해자 등에 대한 피해회복 목적 ····· 104
바. 치료 · 교양 · 교육 · 보호감독의 목적 ····· 104
사. 보증금 납입 또는 담보제공의 목적 ····· 105
아. 피해회복을 위한 공탁 ····· 105
3. 한국 형사제도를 고려한 조건부 석방제도 적용 제안 ···· 106
가. 도입의 필요성 ····· 106
나. 보증금의 책정 ····· 107
다. 인공지능 프로그램과 각종 기술의 활용 ····· 108
라. 감독기관의 설치 ····· 109
마. 신청권과 참여권 ····· 110

제 6 장 결론 ····· 111

참고문헌 ····· 113

Abstract ····· 124

표 목 차

[표 1] Arrest warrant 원본 ····· 24
[표 2] Arrest warrant 번역본 ····· 25
[표 3] Conditions of release 원본 ····· 27
[표 4] Conditions of release 번역본 ····· 29
[표 5] 비금전적 석방의 조건 ····· 45
[표 6] 펜실베니아주 석방 법령 제519조 ····· 49
[표 7] 펜실베니아주 석방 법령 제523조 ····· 49
[표 8] 펜실베니아주 석방 법령 제524조 ····· 50
[표 9] 펜실베니아주 석방 법령 제527조 ····· 50
[표 10] 펜실베니아주 지역별 석방율 통계 ····· 52
[표 11] 펜실베니아주 유형별 석방율 비교 ····· 53
[표 12] 금전적 조건부 석방율 50% 초과 지역 ····· 54
[표 13] 인종적 차이가 큰 비율을 보이는 5개 지역 ····· 55
[표 14] 캘리포니아주 보증금 기준표 원본 ····· 58
[표 15] 캘리포니아주 보증금 기준표 번역본 ····· 59
[표 16] 캘리포니아주 보증금 계산양식 원본 ····· 60
[표 17] 캘리포니아주 보증금 계산양식 번역본 ····· 62
[표 18] 구속적부심사청구 및 인용건수 ····· 98

제 1 장 서 론

오늘날 대부분의 민주국가에서 조건부 석방제도는 형사절차에 참여하는 피의자 또는 피고인에 대한 기본적인 인권보장에 있어 중요한 절차이다. 헌법적 권리를 보장한다는 의미 외에도 조건부 석방제도는 현대 사회에서 특히 공판 전 피의자 단계에서 유용하게 사용될 수 있는 여러가지 기능을 갖추고 있다.

법원이 각 형사사건의 특성과 피의자의 개인적 상황에 잘 맞추어 보석조건을 부과하는 경우, 피의자의 법정출두를 보장하는 필수적인 역할이 가능하다. 또한 재판에 필요할 수 있는 증거와 증인의 안전을 보호하고, 재판 전에 피의자가 위험한 활동을 하지 못하도록 금지함으로서 지역사회의 평화에 기여할 수도 있다.

한편 법원 행정의 관점에서는 구속을 불가피하게 사용하지 않으면서도 판사의 결정 범위를 폭넓고 유연하게 해 주는 실질적인 방편이 된다. 조건부 석방제도로 인해 신체가 구속으로부터 자유로워진 사람은 최소한의 제약 아래 자신의 재판을 제대로 준비할 수 있다. 피의자는 자신의 개인생활에 별다른 침해나 불이익을 받지 않고도 법적인 대응이 가능하다.

피의자 단계의 조건부 석방제도는 이와 같이 인권보호와 효율적인 실무적인 목적을 동시에 달성할 수 있는 절차로서, 각종 보석조건을 통해 유연하게 사용될 수가 있기 때문에 현대사회에 있어 그 실용성과 의미가 크다고 간주된다. 그래서 피의자 단계의 조건부 석방제도는 미국을 비롯한 많은 나라에서 보편적인 global standard로 인식된다.

그런데 한국은 현재 피의자 단계에서 이루어지는 구속영장실질심사에 조건부 석방제도를 사용하지 않는다. 그 이유로는 오랜 대륙법의 영향, 광복 전후로 발생했던 역사적인 요인들, 검찰과 법원 등 기관 간의 대립과 의견의 불일치를 비롯한 구조적인 문제 등이 거론된다. 그러나 현대 사회에 실질적으로 가장 중요한 것은 지금 세계적인 추세에 알맞은 형사소송절차를 운영하려면 조건부 석방제도가 피의자 단계에 도입될 필요가 있다.

이 논문은 영미법체계에서 바라보는 시각으로 한국의 공판 전 조건부 석방제도를 관찰하면서 쓴 글이다. 유죄 판결 전에는 피의자와 피고인 단계에 적용되는 인권보장이 동일하고, 각 단계에 수반되는 형사소송절차도 동일하다는 기본적 원칙을 바탕에 두고 저술하였다.

현대 미국 대부분의 주(state) 형사소송법은 기소 여부를 막론하고 공판 전 피의자와 피고인을 동등하게 defendant라는 한 가지의 명칭으로 일관되게 부르고 있다. 피의자와 피고인의 구별을 인권보호 차원에서 두지 않는다. 피의자의 구속여부가 심사되는 initial appearance부터 기소 후 피고인의 bail review까지, 모든 단계의 defendant에게 다양한 형태의 조건부 석방 절차를 동일하게 사용하는 미국 제도를 특별히 중점으로 한국의 형사소송법을 살펴보기로 하였다.

그래서 1948년대 이후 광복 시대 미군정법령 제176호가 한국의 형사소송법 개정에 영향을 미친 내용을 시작으로, 한국의 구속영장실질심사 단계에 조건부 석방제도를 도입하는 방향으로 생각해 보기로 한다. 한국과 미국의 공판 전 조건부 석방제도의 역사, 이론과 실무 현황을 알아보고, 조건부 석방제도의 개정이 한국 형사절차제도에 실용적인 기여를 할 수 있다는 점을 강조해 보려고 한다.

제 2 장 한국 공판 전 석방제도의 연혁

제 1 절 한국 석방제도의 개관

한국의 역사를 살펴보면, 미국법이 한국의 법제도와 법이론 형성에 지대한 영향을 미친 것이 사실이다. 그 중에서도 형사소송법 분야가 가장 주목되는 분야라 할 수 있다. 이는 형사소송법이 한국에서 고유하게 발전한 법분야라기 보다는 역사적으로 발달된 문화적 소산[1]이기 때문이다.

1) 신동운, 일제하의 예심제도에 관하여 -그 제도적 기능을 중심으로-, 『서울대학교

따라서 한국 형사소송법을 이해하기 위해서는 그 생성과정과 역사적 성격을 면밀하게 살펴볼 필요가 있다. 20세기의 한국은 일제식민지 시대를 거치면서 과거의 제도를 개혁하고 현대적인 형사사법조직과 제도를 수립해 나갔다. 당시 그 추진의 원동력을 제공한 주체가 바로 해방 후 미군정이었기 때문에 이 시기에 대해 특별히 주목할 필요가 있다.

우선 한국에 최초의 서구식 법령이 들어온 것은 일제강점기 시대이다. 1912년 조선형사령 제정을 통해 일본 명치(明治) 22년에 개정된 명치 형사소송법을 의용하였고, 일제강점기의 수사기관은 강제처분에 관한한 명치 형사소송법상 예심판사에 준하는 지위가 부여되어 있었다.[2)]

일본은 한국에서 치안유지를 강조하는 형사정책 하에서 긴급처분과 재판상의 수사처분을 실시하여 검찰의 강제수사 권한을 확대하고, 수사서류의 증거능력을 대폭적으로 용인하는 대정11년(1922년) 형사소송법을 제정·공포하고 1924년부터 시행하였는데[3)], 같은 해 조선형사령 개정으로 인해 대정11년 형사소송법이 한국 형사소송법에 의용되기에 이르렀다.

대한민국 헌법은 제9조에 강제수사법정주의, 영장주의, 변호인의 조력을 받을 권리, 구속적부심사청구권을 보장하고, 일사부재리원칙 등을 보장하여 강제수사 등 과정에서 인권보장이 이루어질 수 있는 내용을 포함시키고, 여기에 미군정법령 제176호로 도입된 영장제도, 보석제도, 구속적부심사제도 등을 편입시켜 인권보장을 강화하였다.

그 이후 1954년 9월 23일에 비로소 형사소송법이 제정·공포되었다. 제정 형사소송법의 특징은 위 건국헌법 제9조의 규정과 수사의 적정성을 동시에 확보하기 위해 강제수사법정주의(형사소송법 제199조 제1항 단서, 이하 '형사소송법' 법명은 생략한다), 영장주의(제200조의2), 검사의 체포·구속장소 감찰규정(제198조의2) 등을 별도로 두게 되었다.[4)]

1972년 12월 27일 소위 '유신헌법'이 공포되면서 개정된 형사소송법은

법학 제27권 1호』(1986. 4.), p.149.

2) 신동운, 박병호교수환갑기념(Ⅱ) -일제하의 형사절차에 관한 연구-, 한국법사학논총, p.410

3) 小田中, 刑事訴訟法の歴史的分析, p.454, 노명선, 형사소송법, 성균관대학교출판부(제3판, 2013), p.49.에서 재인용

4) 구 형사소송법(법률 제341호, 1954. 9. 23. 제정, 1954. 5. 30. 시행) 참조

기존 제도의 모순되는 부분을 수정·보완하였으나 피의자의 인권보장 측면에서는 많은 후퇴를 보이기도 하였다. 특히 보석결정, 구속취소결정, 구속의 집행정지결정에 대하여 검사가 즉시 항고(제97조 제3항, 제101조 제3항)를 할 수 있도록 하고, 구속적부심사제도를 폐지하였으며, 긴급구속의 요건을 '금고 이상의 죄를 범한 자'로 완화하였다.(제206조 제21항)

한편 1980년 형사소송법 개정으로 구속적부심사제도가 다시 부활하게 되었고, 무죄추정 규정을 신설하는 등 피의자와 피고인의 인권이 다시금 강조되었으나 구속적부심사청구에 있어서 법률위반 또는 중대한 사정변경을 청구사유에서 배제시키고, 국가보안법위반 사건과 검찰인지 사건 등 제한 사유에 대해서는 1987년에 이르러서야 비로소 폐지되었다.[5]

1987년 대통령직선제 개헌이 이루어지고, 헌법재판소가 설치된 이후 1992년에는 무죄가 선고되어도 검사가 10년 이상을 구형시에는 구속영장이 효력을 유지하던 규정에 대한 위헌결정이 있었다.[6] 1993년에는 보석허가 결정에 대하여 검사의 즉시항고에 의해 집행정지를 허용하는 것은 적법절차의 원칙에 반하고 과잉금지의 원칙에도 위반된다는 결정이 있는 등[7] 피의자의 인권을 옹호하는 결정이 다수 있었다.

한편, 1995년에는 헌법 개정과는 별도로 형사소송법의 대대적인 개정작업이 이루어진 바, 헌법에 규정된 체포제도를 도입하고, 긴급구속제도를 폐지하였다. 나아가 '구속 전 피의자심문제도'를 도입하여 판사가 피의자를 대면하여 구속 전에 직접 심문하도록 함으로써 구속영장 발부에 절차적 정당성을 한 단계 높이게 되었다. 한편 인권보장적 측면에서 구속적부심 청구시 보증금납입조건부 피의자석방제도를 신설하고, 검사의 구속장소 감찰을 강화하기도 하였다.[8]

이후 1997년에는 '구속 전 피의자심문' 여부를 둘러싸고 법원과 검찰간

---

5) 이 무렵의 판례는 '압수물의 경우에는 압수절차가 위법하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니다'라는 이유로 증거능력을 긍정함으로써(소위 '성질·형상론') 증거물에 대해서는 위법수집증거배제원칙이 받아들여지지 않고 있었다.(대법원 1987. 6. 23. 선고 87도705; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결)

6) 헌법재판소 1992. 12. 24.자 선고 92헌가8 결정

7) 헌법재판소 1993. 12. 23.자 선고 93헌가2 결정

8) 구 형사소송법(법률 제4796호, 1994. 12. 22. 개정, 1995. 1. 1. 시행) 참조

갈등이 있었는데 그동안 판사가 직권으로 판단하던 것을 피의자, 변호인, 고용주 등의 신청에 의한 제도로 개정되었고, 1999년 사법제도개혁추진위원회가 활동하면서 사법의 민주화를 위해 다양한 제도적 개선방안을 논의하였으나 중장기적 연구과제 선정에 그치고 실질적인 제도개혁으로 이어지지는 않았던 것으로 보인다.[9]

2003년 8월경 사법개혁이 본격적으로 시작되었는데 2003년 10월 28일 대법원 산하에 사법개혁위원회(소위 '사개위')'를 두고 대법원의 기능과 구성, 법조일원화와 법관임용방식의 개선, 법조인 양성과 선발제도 개선, 국민의 사법참여, 사법서비스와 형사사법제도 개선에 대하여 논의하였고,[10] 주제별 논의를 거쳐 2004년 12월 15일 사법제도개혁추진위원회(소위 '사개추위')는 구체적 쟁점별로 논의한 결과[11] 20여개 법률의 제정·개정을 마무리하였다.

'사개추위'가 추진한 개정 형사소송법의 인신구속 관련 주요 내용으로는, 긴급체포제도를 개선하여 긴급체포를 한 경우 지체 없이 구속영장을 청구하도록 하되 영장청구시간은 48시간을 초과할 수 없도록 하는 한편, 수사기관이 구속영장을 청구하지 아니하고 긴급체포한 피의자를 석방한 경우에는 법원에 사후 통지하는 제도를 신설하였고(제200조의4 제4항), 나아가 긴급압수·수색의 남용을 방지하고 긴급체포에 대한 긴급압수·수색의 독자성을 인정하기 위해 '긴급성' 요건을 추가하고, 긴급압수·수색이 허용되는 시간을 24시간으로 한정하며(제217조 제1항), 구속영장과는 별도로 지체없이 압수·수색영장을 청구하도록 하되 체포 시로부터 48시간을 넘을 수 없도록 규정하였다.(제217조 제2항)

2008년 1월 1일부터는 국민의 사법참여제도의 일환으로 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」이 형사재판에 참여하는 법률이 시행되어 사건마다 배심원단을 구성해 평의와 평결을 진행토록 하는 배심제를 근간으로 양형에

---

9) 사법제도개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁-대통령자문위원회 보고서(2000), pp.10-15.

10) 사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집(Ⅰ-Ⅵ), (2004. 5.-2005. 1.)

11) 대법원, "바람직한 형사사법시스템의 모색", 공청회자료집(2004); 사개추기획추진단, 형사사법토론회 자료집(2005. 4.); 대검찰청, 공판중심주의 형사소송법개정백서(2005. 9), 대검찰청, 사개추위 형사소송법개정백서(2006. 6.) 참조

의견을 개진하는 참심제 요소를 가미한 국민참여재판이 도입되었다.[12]

이와 같은 제도개선의 과정에서 구속영장단계 조건부 석방제도 도입의 필요성에 관한 논의가 지속적으로 제기되었는데 그 취지는 기존의 구속영장 발부와 기각의 일도양단식 결정에서 벗어나 다양한 스펙트럼 속에서 구속여부를 결정할 수 있는 재량을 법관에게 부여하고, 구속제도의 목적에 부합하지 않는 구속을 실질적으로 제한하여 피의자의 인권을 한 차원 높게 보장시킬 필요가 있다는 것이 주요 내용이다.

이하에서는 한국 형사소송법의 발전 과정 중 특히 미국법이 도입되던 시기 한국 형사법에 미친 영향을 중심으로 구체적으로 살펴보기로 한다.

제 2 절 한국 석방제도의 연혁

1. 일제 강점기 형사사법제도의 특징[13]

일제 강점기의 형사사법제도는 조선총독부재판소령, 범죄즉결례, 조선형사령의 3법에 의하여 구축되었다. 조선총독부령은 대륙식, 특히 독일식 모델에 따라 검찰을 법원에 병치시키고 양자를 조선총독의 지휘 아래에 두었는데 식민통치의 효율성을 확보하기 위한 제도라고 할 수 있다.[14]

특히 조선형사령은 표면상으로 근대법령인 일본의 형사소송법을 의용하도록 규정하고 있었지만 식민통치의 확보를 위하여 근대 형사소송법의 핵심 이념 가운데 하나인 영장주의를 배제한 내용이었다.

조선형사령은 제12조 이하에서 검사 및 사법경찰관에게 “수사상 필요하다가 사료하는 때”라는 지극히 막연하고 일반적인 요건하에 피의자의 구속을 포함하여 압수, 수색, 검증 등 각종 수사상 강제처분을 독자적인

12) 법원행정처, 국민의 형사재판참여에 관란 법률 해설(2007), p.6.

13) 이하 일제하의 형사제도에 관해서는 신동운, 「일제하의 예심제도에 관하여」 - 그 제도적 기능을 중심으로-, 서울대학교 법학(제27권 1호), 1986. 4., p.149. 이하 자세히 기재되어 있으므로 이 논문에서는 그 내용에 관하여 간략하게 살펴보기로 한다.

14) 신동운, 일제하의 예심제도에 관하여 - 그 제도적 기능을 중심으로-, 『서울대학교 법학 제27권 1호』(1986. 4.), p.149.

권한으로 할 수 있도록 규정하였다.

결과적으로, 미군정이 한국에 들어와 미국법의 구상에 따라 제도의 변화를 단행하기 직전의 형사사법제도는 전형적인 식민지 지배통치를 위한 도구에 불과했다고 볼 수 있으며, 그로 인한 폐해는 역사자료나 다큐멘터리 등을 통해 소개되거나 널리 알려진 내용이 많이 있음을 알 수 있다.

2. 미군정하의 형사사법개혁의 실시

가. 미군정법령 제176호의 시행

미군정이 한국형사법에 미친 영향 중 가장 의미가 있는 부분은 서구식 영장제도를 도입한 부분이라 할 것이다. 앞서 언급한 바와 같은 일제가 남긴 식민지배 과정에서 검찰, 경찰 등 수사기관에게 허용되었던 전단적 인신구속의 강제처분권을 폐지하고 사법심사의 틀 안으로 귀속시킨 효과가 있었던 것으로 보인다.

1948년 5월 10일 제헌국회구성을 위한 총선거에 임박하여 미군정은 선거의 자유를 보장하자는 취지로 미군정법령 제176호를 마련하였고, 그 표제는 '형사소송법의 개정(Changes in criminal procedures)'이었다. 미군정법령 제176호의 주된 내용으로는 영장제도의 확립, 구속기간의 제한, 구속 전후의 절차적 보장, 구속적부심사제도의 도입 등 내용이 있었다.[15]

나. 제176호에 나타난 공판 전 조건부 석방제도

1948년 한국에 소개된 미군정법령 제176호는 미국식 석방제도를 그대로 잘 표현하고 있다. 제19조는 공소제기의 전후를 불문하고 보석을 허가하였다. 이는 미국에서 요즘 사용되는 형사소송법의 원칙과 매우 비슷하다. Before or after public action이라는 시간적인 유연성을 부여하여

15) 신동운, 일제하의 예심제도에 관하여, -그 제도적 기능을 중심으로-, 『서울대학교 법학 제27권 1호』(1986. 4.), p.149.

언제든지 필요에 따라 석방이 가능하게 한 것이다. 또한 보석의 혜택을 받을 수 있는 당사자를 suspect or accused 등으로 표현해 놓아서 기소 전후 단계의 석방 가능성이 명확하도록 하였다.

보석의 종류에 대해서는 당시 미국에서 일반적으로 사용했던 금전적 조건부 석방제도를 한국에 도입하려 했던 정황이 보인다. 보증금의 책정에 있어서 사건의 제반사정을 고려하고,[제19조 제가항[16]] 금액은 피의자 또는 피고인의 도주 방지를 보장할 만큼 충분해야 한다고 정하였다. 현대 미국 법원에서 널리 시행하는 비금전적 조건부 석방제도는 미군정법령 제176호에 나타나지 않는다.[17]

과거와 현대의 미국 제도를 비교하는 차원에서 또 살펴볼 만한 다른 특징들로는 보증금 책정의 기준이 미국 수정헌법 제8조에 의거한 reasonable bail[18]이라는 점, 제176호에 arrest 이후의 최초출두 절차가 언급되어 있지 않다는 것, 그리고 피의자 보석에 대해서 항고가 가능하다는 점(제19조 제사항 제4호)[19] 등이 있다. 현대 시대의 구속적부심은 이미 제176호에 반영되어 있었다. 미군정청은 제약이 적고 유연한 조건부 석방제도를 도입하려고 노력했던 것으로 보인다.

다. 번역에 대한 논의

(1) 체포와 구속

공판 전 조건부 석방을 논하기에 앞서 제176호의 한글 번역이 어려운 부분이 바로 체포와 구속이다. Restraint, restraint of body, restrained person, arrest와 detention이 혼용되고, 영문 다음에 이어서 작성한 한글

---

16) ...take into consideration the circumstances of the case...
17) ...in fixing the amount of bail.
18) 한글본에는 “상당한 조건”이라고 번역되었으나, 합당한 또는 적절한 보석 정도가 직역에 해당할 것이다.
19) If the prosecutor, suspect or accused is dissatisfied with the order of the court fixing or denying bail, he may appeal to the next higher court within three (3) days.

소리 표기는 별로 이해에 도움이 되지 않는다.

몇 가지 추측이 가능하다. 우선 제176호 제정 당시 의회가 아닌 장소에서 법률을 쓰는 상황에서 용어의 통일과 단어의 뜻 정의 등의 정식 입법 활동이 어려웠을 수 있다.

예를 들어 제176호에서 restraint 표현과 관련된 조항은 아마도 arrest 또는 detention 표현이 등장하는 조항을 쓴 사람들이 아닌 다른 사람이 민법에 기반한 인신보호영장[20]을 염두에 두고 썼을 것이라고 추측된다.

또한 영어 용어를 한글로 번역하여 표기하는 과정에서 미국 군정청이 의도치 않았던 오해가 발생할 요지가 생겼다. 여기에 대표적인 몇 가지를 논해 보려고 한다.

Section II.a. All words used in this ordinance to refer to ***restraint, restraint of body or restrained person****, shall be deemed to include al forms of restraint such as* ***koo in, koo ryu, koochi, chepo, kum sok****, etc.*

위와 같이 제2조 (a)는 restraint가 들어간 위 영어 표현이 한국어의

---

20) 인신보호영장(writ of habeas corpus)은 미국과 영국의 민법에 뿌리를 둔 제도로서, 형사소송제도가 시행하는 조건부 석방과는 구조가 다른 민사소송절차이다. 미국에서는 피해자가 인신보호영장을 신청하면 민사소송이 진행되고, 그 피해자의 자유를 제한한 정부기관의 대표나 교도소장이 민사소송의 피고가 된다. 피해자가 승소하면 무조건 석방되는 민사 절차로서, 형사절차의 보석과는 근본적인 개념이 다르다. [Legal Information Institute. "Habeas Corpus", Wex, http://www.law.cornell.edu/wex/habeas_corpus (last accessed 12/2/2022).
그런데 제176호는 당시 형사소송법 개정(changes in criminal procedures)을 다루면서 이러한 인신보호영장제도를 함께 도입할 생각이 있었던 것으로 보인다. 이 내용이 제17조에 다소 반영되었는데, 이를 증명하듯 형법식 용어인 arrest나 detention이 아닌, restraint를 쓰는 것이 관찰된다.
제17조(6)이 warrant(영장)의 유무를 논하는 것을 보면, 미군정청은 인신보호영장제도가 공판 전 단계에서도 효력이 있도록 기획하였다. 그런데 사실 미국 본토 실무에서 공소 전 인신보호영장은 특정한 상황 (예를 들어, 불법이민자들이 장시간 동안 재판 없이 제한된 장소에서 이동이 금지된 사건, 전쟁포로를 재판 전에 무제한 구치소에 감금해 두는 등의 사건 등)에나 적용되기 때문에, 공판 전 단계에서는 쉽게 볼 수 없다. 미군정청은 한국에 제176호를 제정하면서 미국 본토의 제도보다도 오히려 더 유연하고, 시민이 이해하기 쉬운 제도를 만들어 일종의 선물처럼 주고 가려고 했던 것으로 보인다.

구인, 구류[21], 유치, 체포, 검속 등을 모두 총괄하여 의미한다고 하였는데, 이렇게 포괄적인 의미의 용어는 지금 시대에도 논의를 야기하기에 충분하다.

사실 미국에서 restraint은 현대 형사소송법 실무에서 잘 사용되지 않는 단어이며, 신체 자유의 제한을 표현할 때 옛날 민법에서 쓰던 용어이다. Restraint의 뜻이 유연하고 넓은 것은 맞으나, 한글 소리 표기로 쓰인 구인, 구류, 유치, 체포, 검속 등의 각종 형사절차를 모두 통털어 정의하기엔 무리가 있다.

다만 인신보호영장을 염두에 두고 일부러 restraint를 사용했다는 점에서 이해와 공감이 가는 편이다. 제176호는 구인, 구류, 유치, 체포, 검속의 상황을 막론하고 어느 상태에서나 인신보호영장의 메커니즘이 작동할 수 있도록 배려한 것이다.

Section III. No person shall suffer restraint of body except pursuant to a ***warrant of arrest (koo sok yung jang)*** *issued by a court...*

Arrest는 여러 조항에 걸쳐 한글 소리 표기가 다르게 쓰이거나 뜻이 다르게 나타나 있다. 예를 들어 제 3조의 warrant of arrest(영장)의 사유를 논하면서 위와 같이 구속영장으로 표기하고, 바로 그 아래에 거주지의 불분명함, 증거인멸 등의 전형적인 한국의 구속영장 발부사유를 나열하고 있다. 이런 경우에는 구속으로 번역하는 것이 옳다고 볼 수 있다.

Section VII. The provisions pertaining to ***warrants of arrest (koo in jang[22])****...*

그런데 제7조에서는 위와 같이 warrants of arrest가 구인장으로 표기

---

21) 이때 「구류」는 현행 형사소송법 제69조(구속의 정의) "본법에서 구속이라 함은 구인과 구금을 포함한다." 중 '구금'에 해당하는 24시간 이상의 장시간 신체구속을 의미한다.

22) 현행 형사소송법 제71조(구인의 효력) "구인한 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 한다."의 24시간 미만의 신체구속에 해당한다.

되어 있고, 그 이후 조항에서는 arrest가 체포를 뜻하는 데에 대부분 쓰이는 것을 볼 수 있다.

Section XIX.a. Courts shall be liberal in releasing persons against whom ***warrants of arrest or detention*** *have been executed on their giving reasonable bail, either* ***before or after*** *institution of public action.*

제19조는 arrest를 detention이라는 용어와 거의 언제나 함께 등장하도록 하였다. 한글 소리 표기가 별도로 없지만, 이는 체포와 구속의 구별을 의미한다. 같은 문장 후반에 쓰인 공소 전후라는 표현도 이를 뒷받침한다. 그러므로 여기서 arrest는 체포, detention은 구속을 의미한다. 제19조는 공소 전후를 불문하고 조건부 석방을 허가하고 있는 모습을 보여주고 있다.

Section VII. ...**warrants of detention (koo ryu jang)**...provisions pertaining to arrest (koo in) and **detention (koo ryu)**...

다만 detention이 제19조에서는 깔끔하게 구속으로 번역하는데 비해, 제7조에서는 위와 같이 구류로 번역되는 것이 포착된다. Arrest와 마찬가지로, 제7조의 번역은 제176호 전체에서 가장 설명하기가 어렵다. 상황에 따라서 번역관이 동일한 영어용어를 한글로는 다르게 해석했기 때문이다.

(2) 피의자와 피고인

Section XIX.a. ..shall fix an amount high enough to give the reasonable assurance that the ***suspect or accused*** *will not attempt to escape.*

제19조는 광복 후 한국에 도입된 미국의 조건부 석방제도를 논하는데

있어 제176호에서 가장 중요한 조항이라고 할 수 있다. 보석을 책정하는 기준과 대상이 잘 정의되어 있는데, 한글본에는 “피의자 또는 피고인”으로 번역되었다. 위 체포와 구속의 구별과 동시에, 이러한 대상의 구별은 조건부 석방이 기소 전후를 막론하고 언제든 가능하다는 것을 의미한다.

Section XIX.b. ***Persons accused*** *of offenses punishable by fine or by penal sevitude or imprisonment for not more than six (6) months, shall be released on giving reasonable bail to be fixed by the court.*

이 조항에 대한 한글본 번역은 난해한 면이 있다. “피의사건 또는 피고사건”으로 번역을 했는데, 영어 원본에는 그냥 accused라는 단어 하나뿐이다. 아마도 당시 한글 번역관은 제176호를 제정하는 취지를 잘 파악하고 있었던 것 같다. 영어 원본 자체를 수정하여 미군정청의 입법 의도를 살려 의역한 것으로 추정된다.

전반적으로 제176호의 번역관은 미군정청이 의도한 법의 내용을 잘 파악하고 있었던 사람이 분명하다. 아마도 번역을 하면서 큰 고심을 했을 것으로 추측이 되는데, 같은 영어 단어라고 하더라도, 때와 상황에 맞추어 다른 여러 가지 한국어 표현으로 맞추어 번역하기로 나름 결정을 한 것 같다.

그래서 번역이 일관되지 않고 arrest가 체포, 구속, 구인, 그리고 detention이 구류, 구속을 모두 의미하는 결과를 가져왔다. 제7조의 경우에는 무려 동일한 조항 안에서 동일한 영어 단어가 다르게 번역되는 상황이 발생하였다. 결국 이러한 혼란에 대한 근본적인 책임은 한 용어로 여러 상황을 유연하게 정의하는 미국법과, 한 단어마다 구별과 차이점을 두는 대륙법식 한국법의 차이점에 있다. 제176호가 고군분투했던 용어들은 현대에도 아직 명확한 번역이 쉽지 않다.

번역의 논의를 떠나서, 한국의 조건부 석방제도의 발판을 일찍이 제176호가 제공했던 것을 알 수 있다. 공소 전후 피의자 또는 피고인의 조건부 석방이 가능하였고, 구속적부심제도의 기본적 틀을 세웠으며, 보증금

책정 기준에 있어서도 미국 헌법의 기준을 충실히 따랐다. 1948년 이후 시간이 많이 흐른 오늘날, 옛 미군정청이 한국에 만들어 주고자 했었던 형사소송법의 내용을 살펴보니 감회가 새롭다. 미국 본토에서 사용되는 것보다 더욱 유연하고 절차가 간단한 실질적인 조건부 석방제도를 추구해 보았던 것이다.

3. 1954년 형사소송법의 제정

대한민국 건국헌법은 제9조에 강제수사법정주의, 영장주의, 변호인의 조력을 받을 권리, 구속적부심사청구권을 보장하고, 일사부재리원칙 등을 보장하여 강제수사 등 과정에서 인권보장이 이루어질 수 있는 내용을 포함시키고, 여기에 미군정법령 제176호로 도입된 영장제도, 보석제도, 구속적부심사제도 등을 편입시켜 인권보장을 강화하였고, 그 이후 1954년 9월 23일에 형사소송법이 제정·공포되었다.

제정 형사소송법의 특징은 위 건국헌법 제9조의 규정과 수사의 적정성을 동시에 확보하기 위해 강제수사법정주의(형사소송법 제199조 제1항 단서, 이하 '형사소송법' 법명은 생략한다), 영장주의(제200조의2), 검사의 체포·구속장소 감찰규정(제198조의2)을 두게 되었다.

그러나 피의자 단계의 보석이 1954년 제정 형사소송법에서 채택되지 않게 되었다. 광복 후 검사는 법을 전문적으로 교육받지 않지 않은 사람들이 많았고, 영미법의 헌법적 피의자 권리에 관한 개념을 이해하고 있는 사람이 드물었다. 당시 홍익대학교에서 형사법을 가르쳤던 엄상섭 교수는 우리나라의 법률가들에 대해 "10년이고 20년이고, 형소법이면 형소법 하나만 가지고 연구한 사람이 없습니다"라고 하였다.[23]

결과적으로, 미군정법령 제176호가 있었음에도 불구하고, 한국 형사법 분야의 실무적 편의를 위해 영미법이 아닌 대륙법이 자리를 잡았다. 당시 변호인을 잘 선임하는 피의자는 법원에서 유리한 판결을 얻을 수 있는

23) 신동운, 제정형사소송법의 성립경위, 형사법연구(제22호), 한국형사법학회(2004), p.179.

가능성이 높다는 우려로 인해 피의자 보석제도는 1954년 제정 형사소송법의 내용에서는 빠지게 되었다.

영미법계가 아닌 대륙법계로 한국 형사소송법의 기본구조가 형성된 또 다른 이유로는 맥아더 장군이 당시 일본과 한국의 법에 개정할 때 한국은 이미 광복을 맞이한 국가였기 때문에 일부 통치권을 한국에 넘겨준 상태였기 때문이다.

즉, 한국에 이양된 일부 통치권의 내용 중 형사소송법에 대한 자치권이 포함되어 있었고, 그 이유로 한국은 새롭게 소개된 영미법 보다는 기존에 익숙하던 일본식 대륙법 체계를 그대로 사용하게 되었다. 이러한 이슈에 대해 당시 김병로 대법원장은 "...대륙법체계만 섭용한 것도 아니고 꼭 영·미식 체계만 섭용한 것도 아니고 역시 우리에게 제일 편의한, 이러한 점을 절충해서 이 형사소송법안이 편성되었다"고 밝혔다.[24]

광복 전에 사용하던 의용형사소송법을 대본으로 하여, 미군정법령 제176호로 도입된 영장제도, 보석제도, 구속적부심제도 등은 새로운 형사소송법에 적당히 편입시키기로 한다는 것이 당시 법전편찬의 방침이었다. 결과적으로 기존의 대정형사소송법에 미군정법령 내용을 가감 또는 수정하는 방식으로 한국 형사소송법의 초안이 만들어졌다.[25]

그래서 조건부 석방제도는 공소제기 이후의 단계, 즉 피고인에 대해서만 적용하는 것으로 한정하였다. 보석을 피고인에 대해서만 한정적으로 인정하는 것은 외국의 사례에서 별로 유례를 찾아볼 수 없는 것으로서 미군정당국의 구상이 한국의 형사사법 현실적인 벽에 부딪쳐 왜곡, 굴절된 결과라고 보는 견해도 있다.[26]

1954년 형사소송법 개정을 위한 논의에서는 법제사법위원회가 제안한 수정안 실무에 대해 검찰과 법원이 대립하는 양상을 보였다. 각 의제에 대해 의견이 수렴되기 보다는 각계의 의견을 청취하는 상황의 회의가 진

---

24) 신동운, 앞의 논문, p.170.
25) 신동운, 앞의 논문, p.164.
26) 신동운, 미국법이 한국형사법에 미친 영향, 『미국학 제16권』, 서울대학교 미국학연구소, pp.37.

행되었다.

당시의 어려운 여건을 감안한다면, 이러한 수준의 형사소송법의 제정은 수훈 제1급에 속하는 민주과업의 성취라고 보아도 좋을 것이라는 견해도 있다.[27]

1954년 형사소송법의 작성 경위를 살펴보면, 김병로는 구형사소송법을 근거로 하여 미군정 법령, 일본형사소송법 개정법 중 연합국 총사령부의 영향을 받아 제정된 부분을 참조하여 현행 형사소송법 초안을 작성하였다고 하였다. 이것은 의용형사소송법에 의하여 생성된 종래의 형사실무를 유지하면서 미군정이 도입한 인권보장의 장치를 추가한다는 구상에 입각한 것이었다.

정부의 형사소송법 초안은 1953. 1. 14. 국회 법제사법위원회에 회부되어 심의되었는데, 법제사법위원회는 형사소송법안 심의결과를 1954. 2. 15. 제18차 본회의에 보고하였고, 국회는 법제사법위원장의 보고와 김병로 대법원장의 정부제안 이유 설명을 듣고, 제1독회(대체토록), 제2독회(축조심의)를 거쳐 1954년 2월 19일 제3독회를 생략하고 이의 없이 법사위안을 그대로 통과시켰다.

1954년 제정형사소송법는 영장주의를 인정하였다. 영장발부 및 청구주체에 관해서는 별로 논의되지 않았는데, 그것은 이 문제가 이미 미군정법령에 의하여 이미 상당부분 해결이 되었기 때문이다. 따라서 제정과정에서 논의가 많았던 부분은 영장발부의 절차 및 효력 등 내용에 관한 것이었다.

법관의 영장발부 심사가 실질심사인지 여부가 다투어졌는데, 영장발부 전 피의자를 심문한다는 의미의 실질심사가 아니라 서면심사에 불과했기 때문에 서면에 의한 영장발부의 실질적 심사를 할 수 있도록 법원측과 법제처장은 필요한 소명자료를 요구하였고, 이에 검찰 측은 당시 전쟁 이후라는 혼란 상황을 고려하여 실질적 심사는 구속적부심사절차청구시 하면 되므로 영장발부의 형식적 요건만 심사하자고 주장하였다.

자료제출을 법관의 요구시로 제한하자는 절충안도 제출되었지만 결국

27) 한인섭, 형사소송법 중 개정법률에 대한 검토 및 대안, 서울대학교 법학연구소, 1995, p.117.

소명자료제출을 명문화하였다. 결국 1954년 형사소송법 제정시 미군정법령의 영장주의 내용이 반영되었고, 그 과정에서 공판 전 피의자에 대한 석방제도는 도입되지 않게 되었다는 부분은 다시 한번 생각해볼 필요가 있다.

4. 1995년 형사소송법의 개정

1995년 한국 형사소송법에서는 기소전 보석제도를 도입하였다. 제214조의 2(체포와 구속의 적부심사) 제4항은 "법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여"보석을 할 수 있도록 규정하고 있으며, 제항에서는 보석의 경우 "적당한 조건을 부가할 수 있다."라고 규정한다. 이는 구속적부심사청구시 보증금납입조건부 피의자 석방을 할 수 있도록 하여, 구속적부심과 보석 중 법원이 택일할 수 있도록 하려는 것이다.[28]

당시 개정 법률이 피의자에 대한 석방제도를 도입한 것은 바람직하나 그 도입방식에 있어서 보석을 구속적부심과 연계시키는 것은 타당하지 않다는 의견이 있었다.[29] 즉, 구속적부심과 보석은 그 취지를 달리하는 별개의 제도이기 때문인데, 구속적부심이 불법, 부당한 구속에 대한 사법적 통제의 성격을 지니고 있다면, 보석제도는 구속제도의 합리적 운용과 피고인의 방어권 보장을 위한 불구속 수사 원칙을 가능한 유지시키려는 것으로서 차이가 있다는 이유에서이다.

그런데 개정안과 같이 양자를 혼용하여 운영하게 되면, 조건부 피의자 석방이라는 제도가 수사기관의 불법구속에 대한 엄정한 법의 심판을 회피하는 수단이 될 수도 있으므로 구속적부심을 불법구속된 모든 피의자에게 조건없이 확대하는 한편, 보석제도도 피의자에게 피고인의 보석과 동일한 조건하에 확대적용되도록 해야한다는 견해가 있는데 타당하고 본다.[30]

5. 2003년 사법개혁위원회의 논의

28) 한인섭, 앞의 논문, p.125.
29) 한인섭, 앞의 논문, p.125.
30) 한인섭, 앞의 논문, p.125.

2003년 8월에 대법관 구성의 다양화 등 사법개혁에 대한 요구가 있었다. 이에 따라 대통령과 대법원장이 사법개혁을 공동으로 추진하기로 하며 2003년 10월에 '사법개혁위원회(이하 '사개위'라 한다)가 출범되었다[31]. 사개위의 논의 이후 2004년에 대통령 직속 '사법제도개혁추진위원회(이하 '사개추위'라 한다)가 구성되었다.

위와 같은 논의 과정에서 대법원은 대법원의 기능과 구성, 법조인 양성 및 선발제도 개선, 국민의 사법참여, 사법서비스 및 형사사법제도 개선의 5가지 주제를 다루었다. 특히 '형사사법절차에서의 피의자·피고인의 인권보장'이라는 제목으로 인신구속절차 개선이 논의되었다.

우선 대법원은 개혁의 기본과제 중 하나로 인신구속절차의 개선과 관련하여 제도개선을 추진하려고 하였는데, 그 구체적인 내용 중에는 보석조건 다양화, 석방제도 통합, 영장단계 조건부석방제도 도입, 긴급체포제도 개선 등이 포함되어 있었다.[32]

당시 사개위에서 법원이 추진한 내용에 영장단계에서의 조건부 석방제도를 도입하자는 내용이 포함되어 있었다. 검찰의 구속영장청구에 대하여 법원이 영장발부와 영장기각이라는 두 가지 결정권한만 가지고 있으나 앞으로는 '영장을 발부할 때 다양한 조건을 부과하면서 석방하는 제도를 도입하자'는 것이었다. 이 제도에 관해 법원은, 영장단계에서 법원이 다양한 재량으로 다양한 조건을 부과하면서 피의자를 석방할 수 있어서 피의자에 대한 '불구속 수사를 획기적으로 확대할 수 있다'는 이유로 그 도입을 주장하였다[33]. 또한 이러한 제도가 미국, 독일 등 선진국에서

31) 사법개혁위원회는 2개의 분과 위원회로 구성되었는데 제1분과위원회(위원장 이은영)는 대법원의 기능과 구성, 법조일원화와 법관임용방식 개선, 법조인 양성 및 선발 등을 논의하고, 제2분과위원회(위원장 신동운)은 국민의 사법참여, 사법서비스 및 형사사법제도 개선을 논의하였다.[사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집(Ⅰ), 사법개혁위원회(2004. 5.), p.6.]

32) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ), p.3.

33) 법원은 '조건부 석방'의 내용으로 석방의 조건으로 기존의 보석보증금뿐만 아니라 서약서, 출석보증서, 주거지 제한 등 다양한 조건을 도입하자는 주장이 있었고, 그 이전인 1999년에 활동한 사법개혁추진위원회에서도 영장단계에서의 보석보증금부 석방제도의 도입을 논의한 일이 있는데 이때도 찬반론이 대립되었다. [사법개혁추진위원회, pp.64-65. 참조].

채택하고 있으므로 한국도 선진 사법제도를 도입해야 한다고 설명하였다.

검찰은 이에 대해 한국에는 이미 구속이 된 피의자에 대한 보석제도인 구속적부심에서의 보증금부 석방제도가 도입되어 있으므로, 영장발부 단계에서 또다시 조건부 석방이라는 제도를 도입할 필요가 없다는 뜻으로 의견을 표했다.[34]

6. 2004년 사법제도개혁추진위원회의 논의

사개추위에서 인신구속절차에 관련된 개정안 논의는 2005년에 진행되었다. 이때 법원은 보석조건의 다양화를 위해 보석 조건을 21개로 정하는 한편[35] '기타 대법원 규칙으로 정하는 사항'을 추가하여 판사의 보석재량을 대폭 확대하고자 하였다.[36]

이에 관해 법무부와 검찰은 한국 실정에는 맞지 않는 보석조건이 많다고 지적하였다. 그래서 다시 논의된 사개추위 기획추진단에서는 8개 조건과 그 밖에 법원이 정하는 조건으로 9개 정도로 줄여서 사개추위안으로 정해지게 되었다.[37]

한편 석방제도의 통합에 관해서는 기존의 보석, 구속적부심, 구속취소, 구속집행정지 등을 하나의 석방제도로 통합하자는 취지의 법원안에 대해 법무부와 검찰은 처음에는 각 제도가 가진 독자적인 의미로 규정되어 있고, 실무도 거기에 익숙해져 있으므로 어느 하나의 석방제도에 따른 신

---

34) 사법개혁추진위원회, p.65.

35) 21개 보석조건 : 1. 서약서 제출, 2. 일정 금액 납입약정서, 3. 주거제한, 4. 일정 근무지, 학교 등 일정 구역을 이탈하지 않는 것, 5. 일정한 일시, 장소에의 출석 의무, 6. 도주, 증거인멸행위, 피해자 가해행위 금지, 7. 여행 또는 출국시 법원신고, 8. 여권, 신분증 등의 영치, 9. 출석보증서 제출, 10. 피해자, 공범 등과의 접촉금지, 11. 차량운행 제한, 12. 음주, 향전신성의약품 등 사용금지, 13. 무기, 흉기 등 소지금지, 14. 고용관계 유지, 15. 일정한 사회활동 금지, 16. 금융거래 중지, 17. 피해회복에 필요한 금원의 지급, 공탁 등, 18. 배우자, 자녀 등에 대한 위자료, 부양료 등 지급, 19. 질병검사 또는 그 목적의 입원, 20. 법원조사관 기타의 자에 의한 감시, 감독지시 준수, 21. 보증금의 납입 또는 담보제공, 22. 기타 대법원규칙에 정하는 사항.

36) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ) 참조.

37) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ) 참조.

청이 있으면 법원에서 다른 사유까지 고려하여 판단하는 방식이 바람직하다는 입장이었다.[38]

그 후 논의 과정에서 법원안대로 석방제도를 통합하는 방향으로 사개추위 기획추진단의 의견이 정해졌으며, 다만 석방제도의 통합에서 피고인단계와 피의자단계를 별도로 구성하여 통합하자는 안이 채택되었다. 그리고 법원이 주장한 구속영장단계 조건부 석방제도는 사개위에서 법원이 주장한 것과 같은 내용으로 도입하기로 하였다.[39]

이후 국회 심의 과정에서는 보석조건의 다양화와 관련하여 보석의 조건을 보석보증금뿐만 아니라 서약서 제출, 주거제한 등 9개로 다양화하고, 위와 같은 보석의 조건을 피의자단계까지 확장하여 구속영장단계의 구속영장단계 조건부 석방시 위 9개의 조건을 부과할 수 있도록 하였으며, 석방제도를 통합하여 '석방심사'라는 용어의 제도로 통일적으로 운영하는 것을 제안하였다.[40]

그러나 결국에 석방제도 통합안은 도입하지 않기로 하였다. 나아가 구속영장단계 보석제도 역시 도입하지 않기로 하였으며, 다만 기소된 이후 피고인단계의 보석조건만 다양화하기로 하여 사개추위안에서 제안한 9개의 조건에 일부만 수정된 상태로 통과되었다.[41]

7. 2006년 형사소송법의 개정

현대에 와서 한국은 미국의 석방제도에 관해 각종 공부와 연구를 많이 한 이후 형사소송법 개혁을 시도하였다. 피의자 단계에도 보석을 도입하자는 논의가 등장하였다. 이 과정에서 견해의 차이가 발생하였다.

검찰은 만일 피의자 단계에 조건부 보석을 허용할 것이라면 구속영장 기각 결정에 관하여 대법원까지 항고할 수 있는 권한을 요구하였다. 그러나 결과적으로 이러한 항고권은 허용되지 않게 되었다. 또한 함께 조

38) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ) 참조.
39) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ) 참조.
40) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ) 참조.
41) 형사소송법 제98조.

건부 석방에 관한 논의도 채택되지 않게 되었다.

이에 관해서는, 피의자에 대한 보석이 이루어지는 기간(48시간) 동안 검찰이 사건 기록을 법원에 인계함으로써 사실상 수사가 이루어질 수 없어 결과적으로 피의자에 대한 구속기간만 연장되기에 피의자 인권에 반한다는 주장이 제기되었다.[42] 이에 대해 수사기록에 관하여 현재 일부 시행되는 전자기록 시스템을 확장하여 미국과 같이 전자기록 시스템을 형사사법 절차에 전면적으로 도입하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다.

2006년 사법제도개혁추진위원회는 구속취소, 보석, 영장실질심사 등 다양한 조건부 석방제도를 피의자, 피고인을 위하여 운영하도록 하는 제안이 있었다. 이 단계에서 검찰이 피의자 단계의 조건부 석방제도 도입을 반대하고, 영장항고 제도를 도입할 것을 주장하여 영장항고와 조건부 석방제도가 모두 제외되었다.[43]

그 이후 2010년 국회는 사법제도개혁특별위원회를 개시하여 다시금 영장항고 제도와 피의자 단계의 조건부 석방제도 도입을 논의하였다. 그러나 최종적으로 합의에 이르지 못하였다.[44]

7년 후 대법원은 형사사법발전위원회에서 영장단계 조건부 석방제도를 논의한 바 있다. 그러나 2018년[45], 2019년[46] 형사소송법 일부 개정 법률안 발의에서 조건부 석방제도 도입이 국회의원 임기만료로 폐기된 상황이다.[47]

대법원은 최근 사법행정자문회의를 정기적으로 개최하면서 피의자 단계에서의 조건부 석방제도 도입에 관하여 논의하고, 피의자 단계에서 일정한 조건으로 구속을 대체할 수 있도록 함이 헌법상 무죄추정의 원칙에 부합하고, 적절한 조건을 부과하여 석방을 명할 수 있도록 할 경우 구속영장 발부 또는 기각이라는 결정에서 벗어나 폭넓은 심사를 할 수 있다는 의

---

42) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ) 참조.
43) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ) 참조.
44) 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ) 참조.
45) 2018. 9. 13.경 장제원 의원 대표발의 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제15494호)
46) 2019. 8. 8. 조응천 의원 대표발의 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제21884호)
47) 대법원 재판제도분과위원회, 구속영장단계 조건부 석방제도 도입 문제, 대법원(2021. 6.), pp.8-9.

견을 개진하였다.[48]

대법원에서 실시한 조사에서도 위 제도의 필요성에 관해서는 법원, 변호사, 학계 모두 필요성을 공감하였고, 구속영장 심사단계에서 일정한 조건으로 구속을 대체할 수 있다면 조건부 석방제도를 적극적으로 도입하는 것이 무죄추정의 원칙에 부합한다는 의견이다.[49]

피의자 단계 조건부 석방제도를 도입하면 구속과 불구속의 한계선상에 있는 경우에 관하여 즉시 보석을 하여 피의자가 자유로운 상태에서 재판을 준비할 수 있도록 함으로써 피의자 인권 보장에 도움이 될 것으로 보인다.

판사는 피의자를 계속 구속할 필요가 없거나, 구속대체 수단으로 충분히 목적을 달성할 수 있다고 판단하면, 조건부 석방을 결정할 수 있다. 특히 주거지의 제한, 출석보증의 선서, 피해자에 대한 배상명령 등 다양한 조건을 부과하는 방법으로 석방을 명할 수 있고, 무죄추정의 원칙, 비례의 원칙에 부합하며, 피의자의 도주를 방지하면서도 피의자의 방어권을 실질적으로 보장할 수 있으며[50], 자유로운 상태에서 재판받게 해줄 수 있다고 본다.[51]

8. 미군정법령이 한국 형사소송법에 미친 영향

미군정 시대에 미국식 증거법칙, 적법절차조항 및 기타 헌법규정 등 다양한 내용이 한국에 소개되었다.[52] 1948년 미군정법령 제176호에 의한 '형사소송법의 개정'은 한국 형사소송법에 큰 영향을 미쳤던 것으로 보인다.

---

48) 대법원 사법행정자문회의 운영지원단, 제15차 사법행정자문회의 결과요지(2021. 9.).

49) 법원은 2021. 5. 3.-5. 10. 구속영장 심사단계 조건부 석방제도 도입 필요성에 관해 법관 및 법원공무원 18,528명(응답자 1,990명, 응답비율 10.7%), 변호사(대한변호사협회원) 28,345명(응답자 320명, 응답비율 1.1%), 학계(한국형사법학회원) 469명(응답자 15명, 응답비율 3.19%)로 설문조사를 실시하였는바 응답자 중 법관(81.8%), 변호사 94.4%, 법학자 86.7%가 제도 도입 자체에 관해서는 찬성하는 경향을 보였다.[대법원 사법지원실, 구속영장단계 조건부석방제도 연구 검토 결과 보고, https://www.scourt.go.kr, (최종접속 2022. 12. 20.)]

50) 법원행정처, 새로운 인신구속제도 연구, 앞의 책, p.181.

51) 조성용, 현행 인신구속제도 운용의 문제점과 개선방안 -구속 및 구속자 석방제도의 운용을 중심으로-, 법조 제644호, 법조협회(2010. 5.), pp.153-157.

52) 신동운, 미국법이 한국형사법에 미친 영향, 『미국학 제16권』, 서울대학교 미국학연구소, pp.39-41.

위 규정들은 이후 형사소송법은 물론 헌법에도 편입되어 그 중요성이 강조 되었던 것으로 보인다. 특히 조건부 석방제도와 관련하여 미군정법령 제176호가 1948년에 이미 관련 내용을 도입하고 있었던 점에 비추어 보면 미군정법령이 한국 형사사법절차에 미친 영향이 매우 지대하다.

특히 미군정법령 제176호가 도입되던 당시에는 현재 논의되고 있는 조건부 석방제도 등이 포함되어 있으며 지금 보아도 선진적인 제도들이 많이 확인된다. 그 중에는 영장주의 등과 같이 한국 형사사법제도의 근간을 이룬 제도가 있는 반면 피의자에 대한 공판 전 석방제도는 한국 형사소송법으로 직접 편입되지 않은 부분도 있는 것으로 보인다.

이와 같이 한국 형사소송법에 영향을 미친 미국의 공판 전 석방제도의 모습을 우선적으로 살펴보고자 한다.

제 3 장 미국의 공판 전 석방제도

제 1 절 미국 공판 전 석방제도의 절차

미국의 조건부 석방제도의 절차를 이해하려면 법원 실무를 살펴보는 것이 직접적이고 쉬운 방법이다. 공판 전 절차는, arrest, initial appearance, bail review, preliminary hearing 등 순서로 구분되는데, 위 기본 절차들을 우선 검토할 필요가 있다. 이하에서는 가상 사례를 들어서 설명하기로 한다.

1. Arrest

한국에서 유학 온 甲이 음주 후 운전을 하던 중 도로에서 경찰에게 음주단속을 당하였다. 경찰관은 원래 甲에게 자동차 전등을 수리해야 한다는 점을 알려주려고 했었는데, 甲의 신체 상태를 보더니 그 자리에서 음주측정을 실시하겠다고 요청하였다. 甲의 동의 아래 측정된 수치를 기록한 후,

경찰관은 甲에게 미란다 고지를 하며 말하였다. "You are under arrest".

수갑을 차고 구치소로 연행된 甲은 구치소에서 거의 48시간을 구금 상태로 기다리며 경찰관의 각종 질문에 답하였다. 甲은 신분증과 여권, 지문을 제출했으며, 주소와 연락처, 사진을 제공했고, 자신 소유의 자동차를 경찰이 수색하도록 동의하였다. 이러한 모든 절차는 영어와 한국어로 동시에 통번역 처리되었다.

미국의 arrest 절차는 통상적으로 한국어 번역에서 체포하고 표현한다.[53] 위에 설명한 상황은 미국에서 영장 없이 현장에서 실행된 전형적인 warrantless arrest의 경우에 속한다. 만일 arrest warrant를 받고 연행을 하려고 한다면, 甲을 실제로 측정했던 경찰관은 법원에 application for warrant(영장청구서)를 제출해야 한다.

지방법원 소속 치안판사가 위 영장청구서를 받고 발부여부를 결정하는데, 발부의 사유는 미국 수정헌법 제4조에 의거한 probable cause(상당한 이유)이다. 발부된 영장에 의해 甲이 구치소에 연행되어 들어오면 甲은 해당 지자체의 형사소송법에 따라 24-48시간을 기다리게 된다. 그 이후의 절차는 영장의 발부 여부와 관계없이 동일하다.

아래는 미국 연방법원의 arrest warrant 양식이다. 경찰관의 청구서에 의해 발부된 arrest warrant의 경우에는 complaint 칸에 체크 표기하고, 검사가 청구한 경우에는 information 칸에 체크 표기한다. 나아가 보호관

---

53) Arrest는 한글로 "체포"라고 대부분 번역된다. 그러나, 구속을 의미한다고 보기도 한다. 체포로 번역할 때는 미국에서 arrest가 단기간 24-48시간 동안 피의자의 인신을 확보하는 절차라는 점에 주목한다. 한편 구속으로 번역하는 경우에는 arrest의 사유인 probable cause(상당한 이유)가 한국에서 구속에 적용하는 사유, 예를 들어 도망할 염려, 주거부정, 증거를 인멸할 염려 등을 포함하는 경우이다.
미국 형사소송법은 체포와 구속의 사유를 깔끔하게 구분하여 별도로 규정하지 않고 있다. Arrest 그리고 detention 등의 절차는 여러가지 사유를 case-by-case로 복합적으로 섞어 사용하며, 선택된 사유들을 전체적으로 모아서 상당한 이유라고 명칭하는 것이 한국과 다른 점이라고 할 수 있다. 이는 미국 수정헌법 제 4조에 의거하여 발전한 절차이다.

찰 등 기타 다른 내용이 필요한 경우에는 추가로 표기할 수 있다.

<표1. arrest warrant 원본>

AO 442 (Rev. 11/11) Arrest Warrant

UNITED STATES DISTRICT COURT

for the

United States of America

v.

Defendant

Case No.

ARREST WARRANT

To: Any authorized law enforcement officer

YOU ARE COMMANDED to arrest and bring before a United States magistrate judge without unnecessary delay

(name of person to be arrested) ,

who is accused of an offense or violation based on the following document filed with the court:

☐ Indictment ☐ Superseding Indictment ☐ Information ☐ Superseding Information ☐ Complaint

☐ Probation Violation Petition ☐ Supervised Release Violation Petition ☐ Violation Notice ☐ Order of the Court

This offense is briefly described as follows:

Date:

Issuing officer's signature

City and state:

Printed name and title

Return

This warrant was received on *(date)* , and the person was arrested on *(date)*

at *(city and state)* .

Date:

Arresting officer's signature

Printed name and title

<표2. arrest warrant 번역본>

미국 연방 지방 법원

_____재판관할(지역 이름)

미국 연방 정부

대 사건 번호 : _____

피의자 _____
(피의자의 성명)

ARREST WARRANT

체포할 권한이 있는 경찰관에게 :

연방법원에 제출된 서류를 근거로 아래 나열된 범죄 또는 위반을 저질렀다는 혐의를 받는 피의자 _____(피의자 이름)을 체포하여, 가능한 신속하게 치안판사 앞에 데려올 것을 명한다,

-기소장, -(재)기소장, -청구서(또는 공소장) -(재)청구서 또는 공소장 -고소장 -관찰보호 명령위반 - 석방조건위반 -행정법 등 위반공지 -법원의 명령

내용은 간단하게 아래에 설명되어 있다:
_____

날짜 : _____ 발부하는 법관의 서명: _____
법관의 직분과 성명: _____

관할 도시와 주(state): _____

2. Initial Appearance

48시간 뒤에 법원으로 이송된 甲은 치안판사 앞에 서게 되었다. 법정에는 甲이 구치소에서 미리 전화로 연락해 요청한 변호사, 그리고 검사와 법원 측에서 제공한 영한 통번역사 등이 참석하였다.

치안판사는 甲에게 직접 여러 가지 질문을 하였다. 검사와 변호사의 양쪽 변론을 들은 후, 치안판사는 甲이 arrest가 될 만한 상당한 이유가 충분하다고 결정을 내렸다. 이로서 甲의 사건은 법원에 정식으로 사건번호가 생성되어 입건되고, 다음 법원 출두일이 결정되었다. 그러자 甲의 변호사는 치안판사에게 甲의 석방을 요구하기 시작하였다.

미국의 initial appearance는 최초로 피의자가 치안판사 앞에 서게 되는 최초출두 절차이다. 피의자는 죄명, 처벌규정, 재판 관련 권리, 변호인 선임 권리 등에 대해 고지를 받는다. 최초출두 절차가 마치는 동시에 구속 또는 보석조건을 설정하는 다음 절차를 시작한다.

3. Bail Review

甲의 변호사는 甲이 얼마나 학습에 열정이 있는 학생인지, 학교에 당장 출석하지 못하면 어떤 불이익이 있는지 등의 개인적인 사유들을 주장하였다. 반대로 검사는 甲가 석방된다면 법의 처벌을 피해 한국으로 도주할 수 있다는 우려를 표하며 구속(detention)을 요청했다.

치안판사의 결정은 조건부 석방이었다. 조건은 다음과 같다. 甲을 다음 법원 출두일까지 석방하되, 甲는 여권을 경찰에게 제출해야 한다. 법원의 사건이 모두 끝날 때까지 돌려받을 수 없으며, 재판관할에서 이동하려면 미리 연락을 하고 허가를 받아야 한다. 전자발찌를 착용하는 것은 학교 생활이나 학업에 불편할 수 있으므로, 경찰 또는 검찰 측에서 추후 신청을 한다면 다시 고려하기로 하였다. 그리고 미화 10,000달러를 법원에 지불하는 금전적 조건을 부여하였다.

연방법원이 조건부 석방에 사용하는 아래의 양식에는 피의자가 법정에 출석하겠다는 취지의 서약서 아래 석방하는 출석서약서 조건부석방 등 전통적으로 연방법원이 사용하는 보석의 종류가 나열되어 있다.

<표4. conditions of release 원본>

AO 199A (Rev. 06/19) Order Setting Conditions of Release Page 1 of _____ Pages

UNITED STATES DISTRICT COURT

for the

United States of America
v.
Defendant

Case No.

ORDER SETTING CONDITIONS OF RELEASE

IT IS ORDERED that the defendant's release is subject to these conditions:

(1) The defendant must not violate federal, state, or local law while on release.

(2) The defendant must cooperate in the collection of a DNA sample if it is authorized by 34 U.S.C. § 40702.

(3) The defendant must advise the court or the pretrial services office or supervising officer in writing before making any change of residence or telephone number.

(4) The defendant must appear in court as required and, if convicted, must surrender as directed to serve a sentence that the court may impose.

The defendant must appear at: _____
Place

on _____
Date and Time

If blank, defendant will be notified of next appearance.

(5) The defendant must sign an Appearance Bond, if ordered.

특히 위 양식의 뒷면에는 석방에 사용되는 각종 조건이 자세하게 나열된다.

ADDITIONAL CONDITIONS OF RELEASE

Pursuant to 18 U.S.C. § 3142(c)(1)(B), the court may impose the following least restrictive condition(s) only as necessary to reasonably assure the appearance of the person as required and the safety of any other person and the community.

IT IS FURTHER ORDERED that the defendant's release is subject to the conditions marked below:

(☐) (6) The defendant is placed in the custody of:
Person or organization _____
Address *(only if above is an organization)* _____
City and state _____ Tel. No. _____
who agrees to (a) supervise the defendant, (b) use every effort to assure the defendant's appearance at all court proceedings, and (c) notify the court immediately if the defendant violates a condition of release or is no longer in the custodian's custody.

Signed: _____ _____
Custodian *Date*

(☐) (7) The defendant must:
(☐) (a) submit to supervision by and report for supervision to the _____, telephone number _____, no later than _____.
(☐) (b) continue or actively seek employment.
(☐) (c) continue or start an education program.
(☐) (d) surrender any passport to: _____
(☐) (e) not obtain a passport or other international travel document.
(☐) (f) abide by the following restrictions on personal association, residence, or travel: _____
(☐) (g) avoid all contact, directly or indirectly, with any person who is or may be a victim or witness in the investigation or prosecution, including: _____
(☐) (h) get medical or psychiatric treatment: _____
(☐) (i) return to custody each _____ at _____ o'clock after being released at _____ o'clock for employment, schooling, or the following purposes: _____
(☐) (j) maintain residence at a halfway house or community corrections center, as the pretrial services office or supervising officer considers necessary.
(☐) (k) not possess a firearm, destructive device, or other weapon.
(☐) (l) not use alcohol (☐) at all (☐) excessively.
(☐) (m) not use or unlawfully possess a narcotic drug or other controlled substances defined in 21 U.S.C. § 802, unless prescribed by a licensed medical practitioner.
(☐) (n) submit to testing for a prohibited substance if required by the pretrial services office or supervising officer. Testing may be used with random frequency and may include urine testing, the wearing of a sweat patch, a remote alcohol testing system, and/or any form of prohibited substance screening or testing. The defendant must not obstruct, attempt to obstruct, or tamper with the efficiency and accuracy of prohibited substance screening or testing.
(☐) (o) participate in a program of inpatient or outpatient substance abuse therapy and counseling if directed by the pretrial services office or supervising officer.
(☐) (p) participate in one of the following location restriction programs and comply with its requirements as directed.
(☐) (i) **Curfew.** You are restricted to your residence every day (☐) from _____ to _____, or (☐) as directed by the pretrial services office or supervising officer; or
(☐) (ii) **Home Detention.** You are restricted to your residence at all times except for employment; education; religious services; medical, substance abuse, or mental health treatment; attorney visits; court appearances; court-ordered obligations; or other activities approved in advance by the pretrial services office or supervising officer; or
(☐) (iii) **Home Incarceration.** You are restricted to 24-hour-a-day lock-down at your residence except for medical necessities and court appearances or other activities specifically approved by the court; or
(☐) (iv) **Stand Alone Monitoring.** You have no residential curfew, home detention, or home incarceration restrictions. However, you must comply with the location or travel restrictions as imposed by the court.
Note: Stand Alone Monitoring should be used in conjunction with global positioning system (GPS) technology.

<표4. conditions of release 번역본>

[앞면]

미국 연방 지방 법원

관할 지역: _____

미국 연방 정부

대 사건 번호 : _____

피의자 _____

석방 조건 명령

피의자의 석방은 다음의 조건을 담보로 한다:

(1) 석방 기간 동안 피의자는 다른 연방, 주, 지자체의 법률을 위반하지 않는다.

(2) 피의자는 미국 연방법 제34조 40702항이 허가하는 DNA 샘플수집에 협조한다.

(3) 피의자는 주거지 또는 전화번호에 변동이 있기 전에 미리 법원 또는 감독관에게 서면으로 알려야 한다.

(4) 피의자는 법원이 요구하는 날짜에 출석해야 하며, 유죄 판결의 경우 부과될 수 있는 모든 형벌을 인정하고 지시받는대로 수행한다.

다음 법원 출석일은 _____ (장소) _____ (날짜) _____ (시간) 이다.
만일 위 칸에 표기되지 않는다면 추후 공지 받을 것이다.

(5) 요구 사항에 따라, 법정 출석과 관련된 조건부 서류에 피의자가 서명해야 한다.

[뒷면]

미국 연방 지방 법원

관할 지역: _____

미국 연방 정부

대 사건 번호 : _____

피의자 _____

석방 조건 명령

피의자의 석방은 다음의 조건을 담보로 한다:

(1) 석방 기간 동안 피의자는 다른 연방, 주(state), 지자체의 법률을 위반하지 않는다.

(2) 피의자는 미국 연방법 제34조 40702항이 허가하는 DNA 샘플수집에 협조한다.

(3) 피의자는 주거지 또는 전화번호에 변동이 있기 전에 미리 법원 또는 감독관에게 서면으로 알려야 한다.

(4) 피의자는 법원이 요구하는 날짜에 출석해야 하며, 유죄 판결의 경우 부과될 수 있는 모든 형벌을 인정하고 지시받는대로 수행한다.

다음 법원 출석일은 _____ (장소) _____ (날짜) _____ (시간) 이다.
만일 위 칸에 표기되지 않는다면 추후 공지 받을 것이다.

(5) 요구 사항에 따라, 법정 출석과 관련된 조건부 서류에 피의자가 서명해야 한다.

[뒷면]

기타 석방 조건

미국 연방법 제18조 3142(c)(1)(B)에 의거하여 법원은 피의자의 법정출석 보장, 사회와 구성원의 안전보장을 확보하기 위한 최소한의 제한적인 조건을 합리적인 필요에 따라 부과할 수 있다.

그러므로, 아래 조건을 피의자의 석방에 대한 담보로 명하는 바이다.

(6) 피의자는 _____(감독관 성명 또는 기관명)의 감독을 받는다.
- 감독관의 주소: _____

감독관은 (a) 피의자를 감독하며, (b) 피의자의 법원출석을 최대한 보장하도록 노력하고, (c) 피의자가 석방조건을 위반하거나 감독에서 벗어나면 즉시 법원에 알릴 의무가 있다는데 동의한다.
- 감독관의 서명: _____ 날짜: _____

(7) 피의자는 다음과 같은 조건을 준수한다.

(a) 감독절차에 응하며 감독관을 _____(날짜) 전에 _____(전화번호)로 연락한다.
(b) 직장업무를 계속하거나, 또는 구직활동을 멈추지 않는다.
(c) 교육의무를 계속하거나, 또는 교육활동을 새로 시작한다.
(d) 여권을 _____에게 제출한다.
(e) 여권 또는 해외여행 서류를 구하지 않는다.
(f) 다음과 같은 개인적 교류, 거주, 여행에 관련된 제한을 준수한다: _____
(g) 수사나 소송에 참여하는 피해자 또는 증인과 직접적 또는 간접적인 모든 접촉을 금한다: _____(성명)이 이에 포함된다.
(h) 의료적 심리치료에 응한다.
(i) 석방 후 _____시에, 하교 또는 퇴근 후 _____시에 감독장소로 돌아간다.
(j) 공동체 센터, 구치소 운영시설 등 감독관이 요구하는 장소에 거주한다.

(k) 총기, 파괴력이 있는 기기, 또는 다른 무기를 소지하지 않는다.
(l) 음주를 _____ 금한다. 또는 _____ 과도하게 하지 않는다.
(m) 미국 연방법 제21조 802가 규제하는 약물을 사용하거나 불법적으로 소지하지 않는다. 다만, 의료면허가 있는 의사에게 처방받은 경우는 제외한다.
(n) 감독관의 요구에 따라 약물검사에 응한다. 약물검사는 무작위로 실시될 수 있으며, 소변, 땀, 원격 음주여부 검사 등 각종 방식의 검사가 가능하다. 피의자는 이러한 불법 약물검사 절차를 방해하거나 방해를 시도하지 말 것이며, 검사의 정확성 또는 효과와 관련하여 결과를 함부로 변경하지 않는다.
(o) 감독관 또는 감독기관의 지시에 따라 병원에 입원 또는 통근하여 약물 관련 치료를 받는다.
(p) 아래와 같은 거주제한 조건을 지시에 따라 준수한다.

(1) 통금시간: 거주지에 매일 _____ 시부터 _____ 시까지, 또는 감독관이 지시하는 시간대에 있어야 한다.
(2) 자택구금: 직장, 학교, 종교활동 또는 의료적, 약물, 정신과 치료, 변호사 상담, 법정출석, 법원이나 감독관이 허가하는 외출 외에는 거주지에 있어야 한다.
(3) 자택감금: 의료적 치료, 법원 출석 또는 법원이 허가하는 특정한 경우를 제외하고는 24시간 자택에 감금된다.
(4) 개인적 모니터링: 통금, 자택구금 또는 감금이 없으나 법원이 지정하는 지역적 또는 여행제한의 조건을 준수한다. 다만 개인적인 모니터링은 GPS기기를 사용하여 전자감독과 함께 실시되어야 한다.

4. Preliminary Hearing

한편 甲이 작년에 음주운전으로 단속되어 이미 처벌받은 전과가 있음에도 불구하고 올해 다시 한번 음주운전으로 다시 한 번 단속되어 중범으로 의율되었다. 치안판사는 이에 甲에게 다음 법원 출두 기일을 4주 이후로 정하여 고지하였다.

최초출두일로부터 3-4주 이내에 프레림스(prelims)라는 약칭으로 불리우는 첫 번째 법원 기일이 preliminary hearing이다. 연방 법원에서 prelims는 18 U.S.C. §3060 및 연방 형사 절차 규칙 5.1에 따라 최초출두일 이후 14-21일 이내에 행해진다.

예비 심문에서 법관은 피의자가 기소된 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 충분한 증거가 있는지 또는 상당한 이유가 있는지 판단한다. 상당한 이유가 있다고 결론이 나면 보석 및 조건 등을 신청에 따라 다시 검토할 수 있다. 피고인은 그에 따라 구속이 지속되거나 석방된다.

그 이후에 중범죄 또는 연방 사건은 추가적인 절차를 진행하기 위해 대배심으로 넘어가게 되고, 이후 공판절차를 진행하게 된다. 경범죄 및 기타 사건은 그대로 플리바게닝 합의 및 재판으로 이어진다. 연방 법원은 최초출두 후 70일 이내에 재판 날짜를 정한다. 판사나 배심원의 재판 후에는 판결의 선고가 이루어진다.

제 2 절 미국 주별 조건부 석방제도

미국의 이하에서는 미국 연방제도를 우선 살펴보고, 이어서 매릴랜드주, 펜실베니아주, 캘리포니아주의 조건부 석방제도를 순차적으로 살펴보고자 한다.

1. 미국 연방제도

연방법원의 체포영장절차는 연방형사절차법(Federal Rules of Criminal Procedure) 제 4조와 9조에 설명되어 있다. 영장을 발부하는 기준은 다른 미국의 주(state)법원과 마찬가지로 정당한 이유의 존재여부에 있다. 첫 번째, 범죄가 발생하였다고 생각될 만한 정당한 이유, 그리고 두 번째, 범죄를 피의자가 저질렀다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 한다. 체

포를 할 만한 정당한 이유의 존재여부는 검사가 법원에 제출하는 공소장(complaint)이나 청구서(information)에 기재된 내용에 의거하여 결정한다. 미국에서는 이러한 서류에 피의자를 defendant로 표현하지만, 아직 기소가 된 단계는 아니다.[54]

고소장은 연방경찰이 검사와 협력해서 작성한다. 피의자가 유죄를 인정하지 않는 중범죄 사건의 경우, 고소장이 법원에 접수된 이후 30일 이내로 검사는 대배심에 사건과 증거를 제출하며 기소절차를 추진한다. 피의자가 유죄를 인정하거나 불항쟁 답변을 선택하는 사건에서는 검사가 법원에 청구서를 제출한다.[55]

연방형사절차법 제3조는 체포영장이 치안판사를 비롯한 법관(judicial officer)에 의해 발부되어야 한다고 명시하고 있다. 연방법원의 치안판사는 연방지방법원이 임명하고 변호사 시험 합격 이후 5년 이상의 경력을 지닌다. 일반직 임기는 8년, 비정규직 임기는 4년이지만 퇴직 전까지 무제한 재임이 가능하다. 미국 주(state)법원에서도 임용기준, 방법, 명칭은 약간씩 다르지만 모두 법원소속 공직으로서 전적으로 법관의 업무를 수행한다. 미국에서 체포영장은 이러한 법관이 발부하는 것이 일반적이다.[56]

예외적으로 소수의 주(state)에서 검사 또는 시장, 지방행정장을 비롯한 각종 고위직 공무원이 치안판사를 겸임하기도 하는데, 미국 연방대법원이 뉴햄프셔 주(state)에서 검찰총장을 겸직한 치안판사의 체포영장 발부를 금지한 쿨리지(Coolidge)판례는 유명하다.[57]

미국에서 고소장을 제출할 수 있는 권한 또는 자격에 대해서는 법이나 판례가 드물다. 다만 실무에서는 순서대로 검사가 가장 큰 권한을 가진다고 학계에서도 인정하고 있다. 치안판사가 검사의 고소장을 거부하고 사건을 받지 않는 경우가 드물기 때문이다. 두 번째로는 경찰의 고소장이 사건을 시작하는 데 유력하며, 그 다음으로는 일반인(citizen)의 고소장이 체포영장 또는 소환장으로 연결된다. 미국법률가협회 예심절차모델

54) Rule 4, 9. Federal Rules of Criminal Procedure. 미국은 피의자와 피고인의 개념이 한국 대륙법 체계와 달라서 defendant라는 단어를 통용한다.
55) Rule 4, 9. Federal Rules of Criminal Procedure.
56) Weinreb, Lloyd L. “Criminal Process”, 7th Ed. (2004), p.15.
57) Weinreb, Lloyd L. “Criminal Process”, 7th Ed. (2004), p.15.

법(American Law Institute's Model Code of Pre-Arraignment Procedure)은 치안판사가 일반인의 증언과 검사의 증언을 고려한 후에 고소장에 기재된 피의자가 범죄를 저질렀다는 정당한 이유가 존재하면 고소장을 받아들일 수 있다고 명시하고 있다. 각 주(state)에 따라 다르지만, 미국에서는 일반인이 체포영장 발부의 근거가 되는 고소장을 제출하는 것이 가능하다.[58]

연방형사절차법 제 5조에 의하면, 연방관할에서 체포된 피의자는 최대한 신속하게 치안판사 또는 법관 앞에서 최초출두(initial appearance)를 할 권리가 있다. 치안판사는 이 절차에서 피의자에게 적용될 수 있는 죄목, 형량, 벌금 등을 공지하고, 변호인을 선임할 권리, 묵비권, 재판권 등을 알려준다. 구속 또는 조건부 석방결정(conditional release)이 최초 출두 단계에서 이루어진다.[59]

연방법원에서 최초출두의 목적은 다음과 같다. 첫 번째, 피의자의 체포 이후 처음으로 피의자가 법관 앞에 서서 구속 또는 보석, 조건부 석방 등의 판결을 받는 절차이다. 두 번째, 경범죄의 경우에는 즉석재판이 이루어지는 단계이다. 중범죄의 경우, 피의자에게 왜 체포가 되었는지를 설명해준다. 물론, 정식 기소는 나중에 예심절차 때 발생하므로, 아직 범죄 목차에 대한 정보가 매우 명확한 시기는 아니다.[60]

최초출두가 연방법원 재판 전 절차에서 중요한 단계로 등장한 것은 1975년의 거스타인(Gerstein) 판례[61] 덕분이다. 1970년대 당시 플로리다 주(state)에서는 피의자가 영장 없이 체포된 후 30일 이상 감금되어 기다리는 상황이 통상적인 관례였다. 이러한 관습에 반기를 들었던 거스타인 사건에서 연방대법원은 영장 없는 체포의 정당한 이유 존재 여부를 평가하는 신속한 출두 절차가 필요하다고 표명하였다.[62]

---

58) Weinreb, Lloyd L. "Criminal Process", 7th Ed. (2004), p.19.
59) Rule 5. Federal Rules of Criminal Procedure.
60) Worral, John L. "Criminal Procedure: From First Contact to Appeal", 2nd Ed. (2007), p. 282.
61) Gerstein v. Pugh, 420 U.S. 103 (1075).
62) Worral, John L. "Criminal Procedure: From First Contact to Appeal", 2nd Ed. (2007), p. 283.

거스타인 판례 당시에는 정확한 시간 제한을 두지 않고 체포 후 "신속한(promptly)"라는 애매한 표현을 썼지만, 20년 후 1991년도 리버사이드(Riverside County) 판례에서 대법원이 48시간을 깔끔하게 정해 놓았다. 이 48시간의 기한을 초과할 수 있는 예외로서는 피의자를 구치소로 이감하는데 소요되는 시간, 치안판사가 없는 곳에서 야간 또는 주말에 체포가 발생했을 때 부득이하게 기다리는 시간 등이 허가된다.[63]

중범죄 혐의에 폭력성이 있거나, 검사가 신청을 하거나, 또는 기타 이유로 피의자는 최초출두로부터 3일 이내에 구속심사(detention hearing)를 받을 수 있다. 피의자가 시간의 여유를 신청한다면 5일까지 연장이 가능하다. 치안판사나 법관이 구속 또는 조건부 석방 여부를 다시 한 번 심사하는 절차인데, 많은 피의자들이 위 절차를 기권(waive)한다. 대부분 3일 전에 내려졌던 최초출두의 구속 판결이 동일하게 유지되기 때문이고, 다음 단계인 prelims에서 보석을 신청할 수도 있기 때문이다.[64]

체포일로부터 10일 이내에 피의자는 prelims를 받을 권리가 있다. 검사와 변호인이 각각 유리한 증거를 제출하고, 치안판사는 정당한 이유의 존재여부를 결정한다. 정당한 이유가 있다고 판단되는 중범죄 사건은 대배심(grand jury)로 넘어간다(bindover)[65]. 한편, 경범죄 사건은 치안판사의 즉결심판을 이미 신청하지 않았다면 prelims 이후 일반재판 일정으로 진행한다.[66]

Prelims가 재판 전 연방법원 절차에서 중요한 이유는 대배심과는 달리, 피의자에게 각종 권리가 주어지기 때문이다. 예를 들어, 대배심에서는 피의자가 변호인을 선임할 수 없고 검사의 주장을 반박하기도 어렵다. 그러나 prelims에서는 피의자의 변호인 참여와 변호가 가능하다.[67]

---

63) Worral, John L. "Criminal Procedure: From First Contact to Appeal", 2nd Ed. (2007), p. 284.
64) Rule 5. Federal Rules of Criminal Procedure.
65) 다만 예외적으로 대배심이 피의자가 체포되기 전에 미리 기소를 하여 피의자가 구속되는 경우, 정당한 이유의 존재를 이미 밝혔으므로 부득이 prelims를 할 필요가 없다.
66) Rule 5. Federal Rules of Criminal Procedure.
67) Worral, John L. "Criminal Procedure: From First Contact to Appeal" 2nd Ed. (2007), p.292.

미국에서는 prelims와 최초출두 둘 다 정당한 이유의 존재를 기준으로 삼기 때문에 그 목적이 종종 헷갈릴 때가 있다. 그러나 이 두 절차가 크게 구별되는 특징이 있다. 최초출두, 그리고 구속심사의 주요 목표는 피의자를 구속할 만한 정당한 이유가 있는지 평가하는데 있지만, prelims의 목적은 이 사건을 재판으로 진행시킬 만한 정당한 이유가 있는지 평가하는 데에 있는 것이다. 이런 차이점 때문에 연방법원은 최초출두와 prelims를 서로 다른 단계로 구분해서 다루고 있다.[68]

Prelims에서 검사는 사건에 충분한 증거가 있으므로 앞으로 재판이 가능하다는 변론을 하게 되고, 피의자 측은 이를 부정한다. 양측 의견을 고려한 후, 재판 진행 여부의 결정은 연방법원에서 치안판사가 내리게 된다. 만일 최초출두 단계에서 피의자를 구속할 만큼의 정당한 이유는 있다고 판결되었지만, prelims에서 검사가 재판에 충분한 증거를 획득하지 못하였다면 구속되었던 피의자는 prelims 단계에서 석방된다. 그 외의 경우에도 피의자는 prelims에서 보석 또는 조건부 석방 등을 신청할 수 있다.[69] 이렇게 당사자 변론이 가능한 prelims에서는 변호인의 선임과 참여가 헌법적으로 보장된다. 경제적으로 어려운 피의자는 국선변호인을 선임할 수 있다. 검사와 피의자는 서로의 증인을 심문할 수 있고, 실제 재판에서는 잘 허용되지 않는 전문증거까지도 제출하며 정당한 이유의 유무를 논할 수 있다. 이러한 특성 때문에 prelims는 미니재판(mini trial)이라고도 종종 불리운다. 정당한 이유가 있다고 판결되면 이 미니재판은 피의자를 대배심으로 넘기는 역할을 하게 되고 이는 기소(indictment)로 이어진다.[70]

그러므로 연방법원에서의 피의자 기소는 대부분 prelims 후 대배심 동의하에 이루어진다. 연방대배심은 연방관할에 거주하는 23명의 시민으로 구성되어 있는데, 무작위로 선택되어 대략 1년을 배심원으로 봉사한다. (중범죄 사건이라도 대배심이 언제나 관여하는 것은 아니다. 피의자가

68) Worral, John L. “Criminal Procedure: From First Contact to Appeal” 2nd Ed. (2007), p.293.
69) Worral, John L. “Criminal Procedure: From First Contact to Appeal” 2nd Ed. (2007), p.293.
70) Worral, John L. “Criminal Procedure: From First Contact to Appeal” 2nd Ed. (2007), p.293.

유죄를 인정하거나 자백 또는 불항쟁 답변을 하는 경우에는 대배심 없이 기소되어 일반 재판 일정으로 진행한다.) 대배심이 사건에 관여하는 중범죄 사건의 경우, 검사는 정당한 이유를 입증하기 위한 증거와 증인을 소환하여 대배심 앞에 제출한다. 대배심이 기소를 하려면 23명 중 최소 12명의 동의가 있어야 한다. 기소장은 'True Bill', 불기소는 'No Bill'이라고 부른다. 기소 당시에 구금상태가 아닌 피의자는 기소와 동시에 구속영장이 발부되고 체포된다.[71]

미국에 대배심이 있는 이유는 검사의 기소 권한에 제한을 두려는 것이 목적이다. prelims도 마찬가지라고 볼 수 있다. 행정부 소속의 검사에게 지나친 권한을 주지 않으려는 사법부와 입법부의 조치로서 일종의 정치적인 균형 유지를 위한 구조라고 할 수 있다.[72]

미국의 대배심 제도는 영국에서 도입되었다. 미국 역사 초창기 시절에 아직 미국 정부의 힘이 약했을 당시, 미국 대배심은 시민으로 구성된 단체로서 영국의 대배심보다도 더욱 광범위하고 자유로운 권한을 행사했다. 19세기까지 검사의 역할을 함께 맡아 했다고 해도 과언이 아니다. 미국 연방대배심은 일반 범인에 대한 기소는 물론, 알려지지 않은 공무원의 부정부패를 드러내고 앞장서서 각종 범죄를 인지하고 수사에 나선 공으로 사회적으로 높은 명성과 인기를 끌었다. 또한 검사가 특정한 정치적 시각으로 기소를 시도하면 대배심이 나서서 반대하기도 하였다. 예를 들어 뉴욕 주지사를 신랄하게 비판한 신문기자를 검사가 명예훼손죄로 대배심에 넘겼는데, 증거의 충분함에도 불구하고 대배심이 불기소를 결정한 젱거(Zenger) 판례는 유명하다.[73]

대배심제도가 미국 형사법에 정착하게 된 이유는 미국 헌법이 쓰여질 무렵의 18세기 문헌에 잘 표현되어 있다. "검사가 고소장을 제소할 때 제한을 할 방도가 없는 것이 염려되며, 영장만 발부되면 무죄한 사람을 비롯해 누구든지 체포해 갈 수 있다는 두려움에..." 제5 헌법개정조항을

71) Rule 5. Federal Rules of Criminal Procedure.
72) Saltzburg, Stephen A. & Capra, Daniel J. "American Criminal Procedure Adjudicative" 9th Ed. (2010), pp.884-885.
73) Saltzburg, Stephen A. & Capra, Daniel J. "American Criminal Procedure Adjudicative" 9th Ed. (2010), p.886.

별다른 반대의견 없이 제정하여 미국 대배심제도를 입법했다고 알려져 있다.[74]

그러나 이와 같은 검찰과의 충돌은 오늘날 미국 대배심에서는 보기 어렵다. 예전과는 달리 대배심의 범죄수사 역할이 크게 줄어든 까닭이지만, 기소 여부를 결정하는 데에 있어 현대 미국 대배심은 검사가 제출하는 증거만을 신속히 고려한 뒤 일반적으로 검사의 의견에 동의해 버리기 때문이다. 비판적인 학자들은 이제 미국 대배심은 검사에게 "도장 찍어주기(rubber stamp)"의 형식적인 역할을 하는 의미 없는 기구로 전락했다고 평한다.[75]

결과적으로 대배심 절차를 더욱 줄이거나 생략하는 경우가 늘어나고 있다. 실제로 전통적인 대배심 절차를 그대로 사용해 기소를 하는 주(state)법원은 현재 미국 50개 주(state) 중에 절반도 되지 않는다. 연방법원을 제외하고, 기소는 대부분 prelims 절차에서 이루어진다.[76]

정식으로 기소된 피고인은 prelims에서 치안판사 앞에 서게 되고 기소가 확정된 죄목을 공지받는다. 이 단계에서 피고인은 추후 재판에서 유죄(guilty) 또는 무죄(not guilty), 불항쟁 답변(nolo contendere)[77] 선택 여부를 결정한다. 재판(trial)은 예심날자로부터 70일 이내로 일정을 잡아 일반 재판 절차로 진행한다.[78]

2. 매릴랜드주 제도

매릴랜드 주(state) 지방법원에서 고소는 검사의 청구서(information) 또는 일반인의 고소장(application for statement of charges) 접수로부터

---

74) Saltzburg, Stephen A. & Capra, Daniel J. "American Criminal Procedure Adjudicative" 9th Ed. (2010), p.887.
75) Saltzburg, Stephen A. & Capra, Daniel J. "American Criminal Procedure Adjudicative" 9th Ed. (2010), p.887.
76) Saltzburg, Stephen A. & Capra, Daniel J. "American Criminal Procedure Adjudicative" 9th Ed. (2010), p.888.
77) 이를 논쟁사퇴(論爭辭退)라고 번역하는 견해도 있다.(법무부, 미국형사소송법, 법무부 법무국 조사과(1954), p.144.
78) Rule 5. Federal Rules of Criminal Procedure.

시작된다. 모든 성인 연령의 일반인은 매릴랜드 주(state) 법원에 고소장을 제출할 권리가 있으며 경찰관도 이에 포함된다.[79]

고소를 신청하는 일반인을 예전에는 통상적으로 '시민(citizen)'이라고 명칭했으나 최근에는 '개인(individual)'이라고 정의하여, 매릴랜드 주(state)에서 고소를 하려면 미국 시민권이 필요하다는 불필요한 오해를 차단하였다. 미성년자, 노약자 등 심신미약자 고소인의 경우, 법적 보호자 또는 경찰관이나 보호소 직원이 고소장을 대리(on behalf of) 작성하여 제출한다. 외국인 고소인 등 언어소통이 어려운 경우, 법원이 법정번역관을 무상으로 연계하여 고소장을 영어로 작성하도록 배려한다.[80]
치안판사는 고소장과 청구서, 경찰의 증언 등을 고려하여 소환장 또는 체포영장을 발부할 수 있다. 체포영장을 발부하는 가장 중요한 기준은 피의자가 고소장에 기재된 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 정당한 이유의 존재 여부이다. 또한 동시에 고려하는 요소에는 피의자의 과거 법정결석 여부, 현재 피의자 주거지의 불안정성, 현재 다른 범죄로 인한 구속 여부, 그리고 타인 또는 사회에 대한 피의자의 잠재위험성 등이 포함된다.[81]

매릴랜드 주(state) 경찰은 현행범을 체포영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 경찰이 있는 앞에서 범죄가 일어나는 경우, 범죄가 발생하고 있다는 정당한 이유가 있는 경우, 범죄를 시도하고 있다는 정당한 이유가 있는 경우, 합법적인 현행범 체포에 해당한다.[82]

주지사가 비상사태를 선언하는 예외적인 상황을 비롯하여, 매릴랜드 주(state) 경찰은 긴급상황에 체포영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 긴급상황은 피의자를 신속하게 체포하지 않으면 피의자가 도주할 우려가 있거나, 다른 사람의 신체나 재물에 상해 또는 손해를 입힐 가능성이 있거나, 또는 증거를 인멸할 우려가 있는 상황으로 정의된다. 또한, 살인, 방화, 절도, 마약범죄, 총기소유, 매춘, 석방조건의 위반 등 본 조항에 나열된 범죄가 발생한 정당한 이유가 있는 경우에도 긴급상황으로 간주되

79) §2-607, MD Courts and Judicial Proceedings, Code Annotated.
80) §2-607, MD Courts and Judicial Proceedings, Code Annotated.
81) §2-607, MD Courts and Judicial Proceedings, Code Annotated.
82) §2-202, MD Code, Criminal Procedure.

어 피의자의 영장 없는 체포가 가능하다.[83]

매릴랜드 주(state)에서 체포되는 모든 피의자는 48시간 이내로 최초출두에 참석하고, 2013년부터는 변호인을 선임하여 함께 참여할 권리가 법적으로 보장된다.[84]

48시간이 초과한 이후의 최초출두는 법원이 아닌 피의자의 개인사정으로 인한 예외적인 경우에 허가된다. 예를 들어 피의자가 음주 또는 마약에 중독되어 소통이 불가능하거나, 신체의 질병 또는 사고로 병원에 있는 경우이다. 그러나 만일 병원에 있는 피의자가 의사소통과 서명이 가능하다는 의사의 소견이 있다면, 치안판사가 보안관 또는 경찰관을 대동하고 직접 병실을 방문하여 최초출두를 실시할 수 있다. 구속영장이 발부되는 경우, 피의자는 퇴원과 동시에 구치소로 이송된다.[85]

최초출두에서 치안판사는 고소장의 사본을 피의자에게 제공하고, 피의자가 이 사건에서 혐의를 받는 죄목을 낭독하며 관련 형량과 헌법적 권리 등을 공지한다. 곧이어 구속, 보석, 또는 조건부 석방 등의 판결을 내리며 서류를 처리하고 마무리한다. 이러한 내용은 피의자가 기본적으로 알아야 할 권리가 있으므로, 만일 피의자가 외국인이거나 언어소통이 불가능하면 공인자격증을 소지한 법정통역관을 반드시 제공한다.[86]

만일 영장 없이 체포된 피의자의 사건에 구속할 만한 정당한 이유가 전혀 없다고 판단되면 치안판사는 즉시 피의자를 조건없이 석방한다.[87]

치안판사는 최초출두의 모든 내용을 서면으로 기록한다. 검사와 변호인의 대면 혹은 비대면 출석 여부, 정당한 이유의 존재 여부 판단 결과, 구속영장 발부 여부, 보석 또는 조건부 석방 여부 등을 자세히 입력하여 기록으로 남긴 후 서명한다.[88]

매릴랜드 주(state) 규칙은 치안판사가 보석을 결정할 때 자주 사용하는 어휘 'bond'를 정의하기를, 피의자가 법정출석을 하겠다는 서약을 기록한

83) §2-203, MD Code, Criminal Procedure.
84) Rule 4-213, Maryland Rules.
85) Rule 4-213, Maryland Rules.
86) Rule 4-213, Maryland Rules.
87) Rule 4-216, Maryland Rules.
88) Rule 4-213, Maryland Rules.

“의무서약서(written obligation)”라고 하고 있다. 금전적 조건이 있는 경우, 피의자 또는 보증인의 서약서는 채무를 갚을 의무까지 보증하는 것이다.[89]

이와 같이 ‘bail bond’는 금전적 또는 비금전적 조건부 석방(with or without surety or collateral security)에 보증인의 유무 여부와 관계 없이 통용되는 표현으로서, 피의자의 법정출석을 조건부로 채무 계약처럼 서명한 서류를 뜻한다.[90]

매릴랜드 주(state)의 최초출두는 영장 없이 체포되었거나 또는 체포영장으로 인해 체포된 피의자에게 최대한 신속하게 법정 절차를 밟도록 인도하여 헌법적 권리를 보장해 주는 데에 있다. 그러나 피의자가 최초출두 또는 보석심사 단계에서 자백을 하거나 범죄연루 사실에 대해 발언을 한다면 이는 추후 재판에서 사용될 수 있다. 2004년도 펜넬(Fenner) 판례에서 매릴랜드 주(state) 대법원은 피의자가 최초출두에서 변호인이 없는 상태에서 자백을 한 경우라도 그 내용을 재판에 증거로 제출하는 것이 합법적이라고 명시한 바 있다.[91]

매릴랜드 주(state)에서 출석서약서 조건부석방은 재판을 기다리는 기간 동안 피의자 또는 피고인이 금전적 조건 없이 석방되는 경우를 말한다. 그러나 모든 사건에서 출석서약서 조건부석방이 가능한 것은 아니다. 폭력을 행사하는 범죄로 과거에 유죄판결을 받은 피의자가 또다시 폭력을 행사하는 범죄를 저지른 혐의로 현재 재판을 기다리는 경우에는 이러한 석방이 불가하다.[92]

최고형이 종신징역인 범죄 혐의로 재판을 기다리는 경우에도 출석서약서 조건부석방은 불가하다. 다만 금전적 조건을 수반하는 석방이나 다른 종류의 조건부 석방은 가능하다[93]. 최고형이 사형인 범죄 혐의, 교도소 등 구치시설에서 도주한 혐의, 마약범죄단체의 우두머리(drug kingpin)로 지명되어 고소된 피의자 등에게는 재판 전 석방이 허가되지 않는다.[94]

---

89) Rule 4-216.1, Maryland Rules.
90) Rule 4-217, Maryland Rules.
91) Rule 4-213, Maryland Rules.
92) §5-101, MD Code, Criminal Procedure.
93) §5-102, MD Code, Criminal Procedure.
94) §5-202, MD Code, Criminal Procedure.

매릴랜드 주(state)에서 조건부 석방을 판결하는 법관이나 치안판사는 피해자의 안전을 가장 중요한 요소로 간주하고 이를 보호할 수 있는 조건을 반드시 고려하도록 한다. 필요에 따라 피의자가 피해자를 접촉하지 못하는 조건을 부여하고, 피의자를 가택구금하거나 전자감독하는 조건을 포함할 수 있다. 연방정부에서 지원금이 있는 경우, 주정부가 지정한 전자감독 지원체재가 있는 경우, 또는 피의자가 경제적으로 빈곤한 경우가 아니라면, 가택구금감독과 전자감독 조건으로 인해 발생하는 비용은 피의자가 부담한다.[95]

최초출두 이후 구속된 피의자는 판사 앞에서 보석심사(bail review)를 다시 한 번 받을 기회가 있다. 대부분 최초출두의 결정이 그대로 지속되기 때문에, 피의자의 요청에 따라 위 권리를 행사하지 않는 경우도 있다.[96]

매릴랜드 주(state)에서 중범죄로 고소된 피의자는 prelims를 신청할 권리를 최초출두 단계에서 치안판사 또는 법관으로부터 공지받는다. 피의자는 최초출두일 이후 10일 내로 prelims를 신청할 수 있다. 만일 10일이 경과하면 피의자가 prelims를 신청할 권리를 포기한 것으로 간주한다. 매릴랜드 주(state)에서는 prelims에 대한 피의자의 권리가 절대적인 것은 아니다. 주대배심에 의해 기소된 경우에는 prelims를 배제해도 문제되지 않는다.[97]

Prelims는 피의자의 신청일로부터 30일 이내로 날자를 정한다. 그러나 피의자가 prelims 전에 기소되었다면 prelims는 하지 않아도 무방하다.[98] 연방법원의 prelims과 비교해 볼 때, 매릴랜드 주(state)의 피의자는 증거를 전혀 제출하지 못하고 검사가 제출한 증거를 반박하거나 검사의 증인을 심문할 권리만 가진다. 그러나 검사는 각종 증거를 자유롭게 제출할 수 있다.[99]

Prelims 단계에서 사건에 재판을 할 수 있는 정당한 이유가 있다고 판결이 내려지면 검사는 30일 내로 신속히 기소를 하여야 한다. 만일 이 기한 내에 기소가 이루어지지 않으면 불기소(nolle prosequi) 처리하여 사건을 종료한다.[100]

---

95) §5-201, MD Code, Criminal Procedure.
96) §4-103, MD Code, Criminal Procedure.
97) §4-103, MD Code, Criminal Procedure.
98) Rule 4-221, Maryland Rules.
99) Rule 4-221, Maryland Rules.

매릴랜드 주(state) 역시 prelims 단계에서 구속, 조건부 석방 등 보석 절차를 할 수 있다. 대배심제도도 존재하지만, 연방대배심에 비해 그 역할이나 존재감이 약해진 편이다. prelims 절차가 실무적으로 기소를 결정하는 단계로서 자리잡고 있다.[101]

위와 같은 다수의 재판 전 절차를 담당하기 위하여, 매릴랜드 주(state)의 각 법정에는 최소한 1명 이상의 치안판사가 연중무휴 업무 중이다. 주(state) 지방법원을 관장하는 대법원장은 수요에 맞추어 치안판사를 임명한다. 연방법원의 치안판사직과 달리, 매릴랜드 주(state)의 직책은 임기제한이 없다. 모든 매릴랜드 주(state)의 치안판사는 거주지를 등록하고 항시 상주해야 할 법적인 의무가 있으며, 지정된 지방법원에 접수되는 사건들을 신속하게 관리한다.[102]

매릴랜드 주(state) 보석 실무 사례 중에 조건부 석방제도를 논하는 데 있어 유명한 판례로서 2005년의 윌러(Wheeler) 사건이 있다. 피의자 윌러는 18세기 이후로 매릴랜드 법원이 줄곧 사용해 온 금전적 조건의 부여가 재판 전의 피의자를 잠재적 위험성(dangerousness)이 있는 인물로 간주하여 구금상태를 유지하는 부당한 '예방적 구금'이라고 비판하였다. 이는 매릴랜드 주(state)의 각종 형사절차법 개정을 시작하는 계기를 마련하게 되었다.

결국 2013년경 매릴랜드 주(state)는 재판 전 시스템을 개혁하기 위한 위원회를 구성했다. 위원회는 1998년에서 2014년 사이에 폭력 범죄가 감소한 반면, 같은 기간 동안 주(state)의 미재판 전 구금인의 수는 증가했음을 발견했다. 위원회는 재판 전 구금인의 68%가 판사가 설정한 보증금을 납부할 수 없다는 이유로 구금되었다고 결론내었다.[103]

매릴랜드 주(state)는 오랫동안 시행되던 금전적 조건부 석방제도를 개선하려는 취지로 "재판 전 조건부 석방개정법"을 2017년에 도입하여 재판

100) Rule 4-221, Maryland Rules.
101) Rule 4-221, Maryland Rules.
102) §2-607, MD Courts and Judicial Proceedings, Code Annotated
103) DeWolfe, Paul. "The High Cost of Bail: How Maryland's Reliance on Money Bail Jails the Poor and Costs the Community Millions", Maryland Public Defender's Office (2017).

전 피의자의 비금전적 석방을 우선적으로 고려하도록 하였고, 구시대적 관행을 정당화하고 반복하지 않도록 조치를 하였다.[104]

오늘날에도 위험성이 높다고 간주되는 피의자에 대한 금전적 조건부 석방 또는 예방적 구금은 매릴랜드 법 제 4-216조에 의거해 책정될 수 있다. 다만, 어떠한 조건부 석방도 피의자의 잠재적 위험성을 감경할 수 없다고 판단될 경우에만 부과할 수 있다. 잠재적 위험성은 특정한 피해자에 대한 것일 수도 있고, 지역사회에 대한 비특정적 위험일 수도 있다.

<표5. 비금전적 석방의 조건>

비금전적 석방의 조건
(A) 전반적인 접촉 금지 명령
(B) 여행, 사회활동, 주거지 변경에 대한 제한
(C) 현재 고용상태를 유지하거나, 실직상태인 경우에는 적극 구직활동을 해야 하는 조건
(D) 교육 프로그램에 등록하고 시작하는 조건
(E) 피의자 개인 상황(직장, 학교 등)을 고려한 합리적인 통금시간 규칙
(F) 화기, 총기 또는 기타 위험한 무기의 소지 금지(이미 소유한 경우에는 압수한다.)
(G) 과다 음주, 마약 또는 기타 법으로 통제된 약물의 섭취 금지(전문 의료 처방은 예외)
(H) 약물이나 알코올 의존에 대한 의학적, 심리적, 정신과적 치료나 상담을 받아야 하는 조건
(I) 전자 발찌 등의 기기 착용과 신체적 이동 감시 조건
(J) 지정된 감독자에게 정기적인 보고를 하는 조건
(K) 피의자를 감독하고 법원에 피의자의 출두를 보장하는 데 동의하는 지정된 사람 또는 기관의 보호 또는 감독에 피의자를 맡기는 조건
(L) 그 외에 피의자의 법정 출두 또는 각 피해자, 다른 사람 또는 지역 사회의 안전을 보장하는 데 도움이 되는 기타 모든 법적 조건

이러한 판사의 판단 기준은 사건의 여러 정황을 종합해 본 결과 '명확하고 설득력 있는 증거'에 기반을 두어야 한다. 이와 달리, 피의자의 재판

104) Saccenti, Brian. "Pretrial Release & Detention in Maryland After the 2017 Amendment to the Pretrial Release Rules", University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class (2017), p.307.

출석의 확보하는 목적을 조건부 석방의 요건으로 고려하는데 관해서는 특정한 증거기준이 아직 따로 있지 않아서 판사의 재량으로 결정하는 것도 가능하다[105]. 피의자를 구금할는지 또는 조건부로 석방할지 여부를 결정할 때 법원이 고려하는 증거는 경찰이 제출한 진술서나 검찰이 제출하는 서류의 형태로 제공된다. 때때로 매릴랜드 주(state) 검찰은 최초출두 등 절차에 증인을 직접 세우는 경우도 있다. 매릴랜드 주(state) 형사재판의 관계인들과 당사자는 판사의 조건부 석방 판단에 영향을 줄 수 있는 증거를 제출하는 것도 합법적으로 허용된다.

원래 매릴랜드 주(state)가 실행해 왔던 무담보 조건부 석방 외에, 2017년도 개정법이 제시하고 권고하는 대안적 석방조건은 피해자 또는 증인에 대한 위협, 각종 위법적 행위의 가능성을 줄일 수 있는 조건으로서, 아래 내용을 포함할 수 있다[106]. 그 뿐 아니라 매릴랜드의 국선변호인단의 연구서에 의하면 조건부 석방 평가에서 인종적 격차가 명백하다고 결정했다. 흑인 피의자의 평균 보증금 액수 $48,895는 지방법원 치안판사 앞에 최초출두 당시 백인 피의자의 평균 보증금 $33,678보다 45% 더 높았다. 그 이후 지방법원 판사의 조건부 석방심사에서는 차이가 $54,565 대 $36,224로 51%이나 더 높게 나타났다.[107]

이와 같은 차별은 상업적 보석보증인들이 흑인 피의자에게 더 높은 가격을 받는 결과를 초래했다. 국선변호인단의 연구가 진행된 5년 동안 흑인 피의자는 총 1억 8천 달러가 넘는 액수를 보석보증인 사업자들에게 지불했는데, 이는 다른 인종의 피의자들 전체가 상업적 보석보증인에게 지불한 금액을 합친 액수의 두 배가 넘는다. 매릴랜드 주(state)의 흑인 인구는 전체의 1/3 정도 밖에 되지 않기에 인종차별적 요소가 있다고 분석된다. 이와 같은 매릴랜드 주(state) 법원의 금전적 조건부 석방제도에 대한 의존은 매릴랜드 주(state)의 가장 가난한 지역 사회에서 보증금 산업이 막대한 부를 축적하는 원인이 되었다[108]. 그러나 매릴랜드 주(state)

105) Saccenti, Brian, p.314.
106) Saccenti, Brian, pp.326-327.
107) DeWolfe, Paul. 앞의 책.
108) DeWolfe, Paul. 앞의 책.

의 석방 조건은 피의자를 처벌하거나, 여론에 부합하기 위한 목적으로 활용되어서는 안 된다고 할 것이고, 각 죄명별로 정해진 보석 금액액에 따라 치안판사 등이 일정표를 참조하여 정할 수 있다고 할 것이다.[109]

3. 펜실베니아주 제도

미국의 각 주의 제도들을 비교하면, 그 중 펜실베니아 주의 보석제도가 보석제도의 구성 및 운용방식 등에 비추어 표준적인 제도로 운영되고 있음을 알 수 있다. 특히 펜실베니아 주의 조건부 석방제도는 미국이 영국령 화폐 단위인 파운드를 사용할 시절부터 현재에 이르기까지 기본 적인 절차를 크게 바꾸지 않고, 유사한 절차를 통해 조건부 석방결정을 해왔다는 점에서 미국 조건부 석방제도의 과거와 현재가 잘 조화되어 역사적으로 의미있는 실무절차가 확립되어 있다는 것이 특징이다.

과거 펜실베니아 주의 판례에 의하면 피의자들이 '펜실베니아 법원의 법관 앞에 지정된 기일에 출석하겠다'는 취지로 약속을 하면서 60파운드를 지불한 후 비로소 석방된 사실이 확인되기도 하는데 이와 같은 조건부 석방의 전통이 현재까지 이어지고 있는 것으로 보인다.

펜실베니아 주에서는 피의자가 구속되면 경찰은 피의자를 직접 치안판사 앞으로 데려가 최초출두의 절차를 진행하게 된다. 최근에는 전자 화면을 통해 비대면 최초출두도 많이 사용되는 실정이다. 앞서 살펴본 바와 같이 최초출두의 목적은 피의자에게 구금된 이유를 설명해 주는 것이다. 기소될 죄목, 정당한 이유의 존부, 조건부 석방 여부를 피의자에게 알려주게 되는 것이다. 펜실베니아 주에서 최초출두 절차에는 피의자의 변호인이 대체로 동반하지 않는 경우가 많은데, 예외적으로 필라델피아시(市)에서만 피의자의 조건부 석방 여부를 논할 때 검사와 함께 국선변호인이 함께 참석하도록 하고 있을 뿐이고, 나머지는 변호사의 참여를 법적으로 요구하지 않고 있다.[110]

---

109) Saccenti, Brian, p.335.
110) ACLU Pennsylvania. "Broken Rule: Statewide Bail Report", ACLU of

펜실베니아 주(state) v. 벤스키 사건에서[111] 펜실베니아 법원은 금전적 조건부 석방결정을 받은 피의자가 약속한 기일에 법정에 출석하지 않고 도주하자 상업적 보석보증인의 담보를 몰취하였다. 이후 보석보증인이 소송으로 담보를 되찾으려 했으나 1심과 항소심에서 모두 패소했는데, 벤스키는 우크라이나 국적의 남성으로, 미국 펜실베니아에서 저지른 여러 건의 미성년자 성범죄 사건으로 기소되었다. 2015년 당시 피의자 신분으로 구금된 벤스키는 치안판사에게서 $100,000의 조건부 석방결정을 받았다. 이때, 벤스키는 상업적 보석보증인의 보증을 통해 법원에 보증금을 지불한 후 석방되었는데, 소송이 시작되자, 법원은 2016년경 죄명을 재정비하면서 벤스키의 보증금을 총 $300,000로 인상하고, 5일의 여유를 주며 나머지 $200,000를 법원에 지불하도록 요청하였는데 벤스키는 법원에 출석하지 않고 도피하였다. 펜실베니아 법원은 체포영장을 발부했으나 피고인은 멕시코를 경유해 우크라이나로 도주한 것으로 추정되고 더 이상 행방을 찾을 수가 없게 되었다.

보석보증인은 이에 대하여 $100,000에 대하여 보증한 담보를 법원에 제출할 수 없다고 소송을 제기하였다. 즉, 법원이 보증금의 액수를 갑자기 인상한 이유로 피고인이 도주했기 때문에, 보석보증인은 피고인에 대한 책임이 없다고 주장하였다. 그러나 1심 법원은 “조건부 석방에서 보증금이 불법적 또는 비합리적인 절차를 통해 책정되었거나, 편견 또는 악의에 의한 책정이 된 것이 아니라면 법원의 결정을 따른다”고 판단하였다. 외국 국적 피의자의 도주를 우려하며 보증금을 인상한 법원의 결정은 합리적일 뿐 아니라 이런 사건을 자주 다루는 상업적 보석보증인에게 예측이 가능한 상황이었다는 이유로 보석보증인의 청구는 받아들여지지 않았고, 항소심도 1심 판결과 같은 취지로 보석보증인의 항소를 기각해 확정하였다.

펜실베니아 주(state)법원에서 치안판사는 하급 판사로서 필라델피아 시(city)를 제외한 곳에서 조건부 석방을 판결하는 법관이다. 펜실베니아 주(state)법원의 치안판사는 6년 임기 기간이 끝날 때마다 선거로 선출되

Pennsylvania Research Report(2021), p.7.

111) Commonwealth of Pennsylvania v. Venskyy(2019).

며, 재선에 대한 기간 제한이 없다. 펜실베니아 주(state)헌법에 의하면 피의자는 조건부 석방을 책정받을 권리가 있다. 이때 조건부 석방 없이 구속되는 경우는 살인과 같은 중대한 범죄를 저질렀거나 또는 구속이 아니면 공공안전을 보장할 수 없는 사건의 피의자들로 한정된다.[112)]

[표6. 펜실베니아주(state) 석방 법령 제519조 (234 Pa. Code §519]

체포영장이 없는 경우의 절차
(A)(1) 최초출두. 체포 영장이 없는 상태로 피의자가 구금되는 경우, 신속하게 소장을 제출하고 피의자가 법관 앞에 설 수 있는 최초출두의 기회를 마련한다. (2) 만일 최초출두가 전자상 비대면으로 이루어지는 경우라면, 피의자의 사건을 최종적으로 담당할 곳인지의 여부를 가리지 않고, 현재 피의자가 있는 곳에서 가장 거리가 가깝고 편리한 전자상 최초출두가 가능한 장소에서 절차를 진행한다.

[표7. 펜실베니아주(state) 석방 법령 제523조 (234 Pa. Code §523)]

석방의 조건
(A) 석방을 결정할 때는 피의자의 법원 출석과 석방 조건의 이행을 염두에 두고 다음과 같은 사항을 고려한다. (1) 기소된 죄목의 특성. 유죄 판결의 가능성, 양형의 감경 또는 가중에 영향을 미칠 요소와 선고 가능한 형벌의 중대성. (2) 피의자의 현재 취업 상태. 과거 취업 경력, 재정 상태 (3) 피의자의 가족 관계. 가족과 관련된 특성 (4) 피의자가 지역에 거주한 기간. 거주의 특성, 과거 거주지 (5) 피의자의 나이, 성격, 평판, 정신건강. 음주중독 또는 마약중독의 여부 (6) 피의자의 과거 조건부 석방 경력의 여부. 만일 있다면 법원 출석 그리고 석방 조건을 이행했는지에 대한 여부. (7) 피의자가 체포 또는 재판을 도피했거나 도피를 시도한 과거 경력이 있는지에 대한 여부. (8) 피의자의 전과. (9) 거짓 신분 사용의 여부. (10) 피의자의 법원 출석과 석방 조건의 이행에 영향을 미칠 수 있는 다른 요소 **(B)** 피의자가 자백을 하지 않거나 수사에 협조를 잘 하지 않는 사실이 석방 조건을 가중하는 사유가 되어서는 아니된다.

112) Pennsylania. “MDJS: The Judges Who Set Bail”

[표8. 펜실베니아주(state) 석방 법령 제524조 (234 Pa. Code §524)]

조건부 석방의 종류
(C)(1) 개인 약조: 피의자는 법정에 출석하겠다는 약속과 석방 조건을 이행하겠다는 서면 동의란에 서명하고 석방된다. (2) 비금전적 조건부 석방: 법정 출석과 석방 조건 이행에 필요한 비금전적 석방 조건을 이수하겠다는 피의자의 동의 하에 석방된다. (3) 무담보 조건부 석방: 법정 출석과 석방 조건 이행을 하지 못하였을 때, 법관이 결정한 보증금 액수를 법원에 지불할 책임을 진다는 약조에 피의자가 서면으로 동의하고 석방된다. (4) 소액 조건부 석방: 피의자는 법관이 결정한 보증금 액수의 소액, 예를 들어 1,000원, 정도를 법원에 지불하고, 그 피의자를 보증해 줄 수 있는 개인, 기관, 또는 상업적 보석보증인의 동의 하에 석방된다. (5) 금전적 조건부 석방: 피의자가 금전적 조건을 완수하면 석방된다. 금전적 조건은 피의자의 법정 출석과 석방 조건의 이행에 합리적으로 필요하다고 고려되는 액수를 초과하면 아니된다.

[표9. 펜실베니아주(state) 석방 법령 제527조 (234 Pa. Code §527]

비금전적 석방의 조건
(A) 비금전적 석방은 다음과 같은 조건들을 포함할 수 있다. (1) 피의자가 담당 기관에 보고를 해야 하는 조건 (2) 피의자의 여행 등 이동에 관한 제한 (3) 피의자의 법정 출석과 석방 조건의 이행에 필요한 다른 조건

미국의 인권옹호기관은 펜실베니아 주(state)에서 재판 전 구금된 피의자가 전체 형사사건 피의자의 64%에 이르고, 치안판사가 피의자의 재정 상태에 대한 고려 없이 보증금의 액수를 과다하게 책정한다고 비판하면

서, 경제적으로 어려운 피의자만 구속이 되는 결과를 초래하는 등 빈부의 격차가 존재한다고 지적한다.[113]

펜실베니아 주(state) 통계를 보면 피의자당 평균 $38,433의 현금 보증금이 부과되고 있는 것으로 보인다. 법원에 따라 또는 조건부 보증금을 책정하는 법관의 결정에 따라 소위 '10% 규칙'이 사용되기도 하고 또는 보증금 전체를 지불해야 석방이 가능한 곳도 있다. 다만 10% 규칙을 적용하는 곳에서는 피고인이 평균 대략 보증금으로 부과되는 금액의 10%에 해당 하는 금액인 $3,843 정도를 내고 석방되는 것이다. 그러나 보증금 전체를 지불해야 하는 경우에는 $38,433[114]에 이르는 금액이 과중하다는 비판이 많이 제기된다. 위 금원은 펜실베니아 주(state)에 거주하는 일반인 가족의 약 1년 소득의 절반이 넘는 액수이기 때문이다.[115]

물론 금전적 조건부 석방에 지정되는 보증금의 평균 액수는 법원마다 차이가 있다. 암스트롱 지역 구(區)의 경우에는 평균 보증금이 피의자당 $15,099밖에 되지 않는다. 그러나 벅스 지역 구(區)는 보증금의 평균이 $77,462나 된다. 예를 들어, 벅스 지역 구(區)의 한 치안판사의 평균 보증금 지정액이 무려 $600,000[116]라고 보고된 사실도 확인된다.[117]

이와 같이 높은 보증금 지정으로 인하여 펜실베니아 주(state)에서는 구속된 피의자의 절반 이상이 현금 보증금을 지불하지 못하고 석방되기를 포기하는 현상이 만연하다. 통계가 집계된 2016-2017년에만 약 97,000명에 이르는 피의자가 금전적 조건부 석방명령을 받고도 해당 보증금을 마련하지 못하여 재판 전에 석방되지 못하고 구금 상태로 지냈던 것으로 확인되는 등 위와 같이 과도한 금액으로 책정된 보증금이 사실상 보증금제도가 마련된 제도의 근본 취지를 몰각시키고 오히려 구금을 정당화시키는 수단으로 전락하였다는 비판이 나타나기도 하는 원인이 된다.

예를 들어, 보증금의 평균 액수가 비교적 낮은 암스트롱 지역에서도,

113) Pennsylania. "MDJS: The Judges Who Set Bail"
114) 2022. 5. 4. 기준 환율(1USD = 1,267.5KRW)에 의하면 4,871만 3,827원.
115) ACLU Pennsylvania. 앞의 책, p.8.
116) 2022. 5. 4. 기준 환율(1USD = 1,267.5KRW)에 의하면 7억 6,050만 원.
117) ACLU Pennsylvania,앞의 책, p.8.

56.3%의 피의자가 보증금을 지불하지 못하였다. 펜실베니아 주(state)에서 보증금을 지불하지 못하고 석방되지 못한 피의자의 1/4 정도는 무려 $5,000[118]의 보증금 이하의 액수조차 지불할 수 없었던 것으로 나타나는데, 결과적으로, 다른 환경적 요소를 제외하더라도 개인적으로 재정상태가 어려운 가난한 피의자는 그렇지 않은 피의자보다 쉽게 구금되는 것으로 나타난다고 볼 수 있다. 이때, 펜실베니아 주(state)에서 가장 석방율이 낮은 지역 10곳의 통계는 아래 표와 같다.[119]

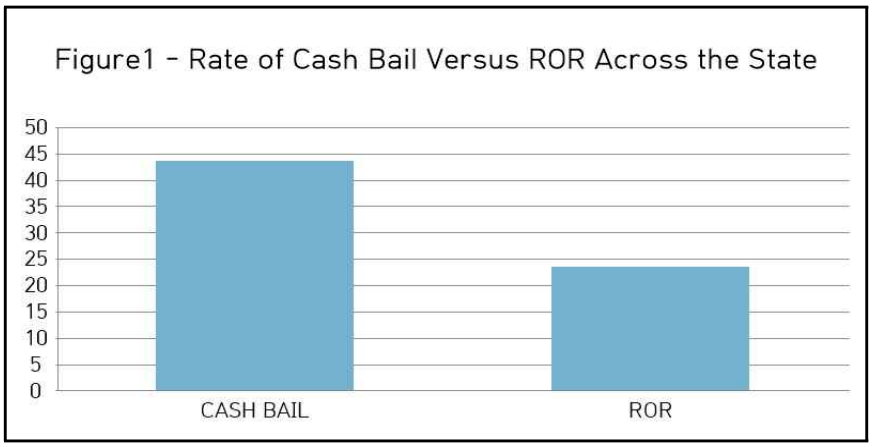
[표10. 펜실베니아 주(state) 지역별 석방율 통계]

지역 구(區)	보증금을 지불하지 못해서 석방되지 못한 피의자비율(%)	금전적(보증금부) 보석결정의 수(건)
브래드포드	89.3	814
제퍼슨	86.0	420
클리어필드	83.9	657
미플린	82.3	661
포레스트	81.1	53
엘크	79.8	228
티오가	78.8	264
풀튼	78.8	113
헌팅든	76.7	497
프랭클린	76.6	1651

특히 펜실베니아 주(state)에서 가장 자주 사용되는 종류의 조건부 석방은 “현금” 조건으로, 전체 조건부 석방 사건의 43.4%에서 책정되는 것으로 나타났다. 아래 표를 보면 비금전적 조건부 석방인 “출석서약서 조건부석방”의 형태보다 2배 정도 더 책정되는 것으로 보인다.[120]

118) 2022. 5. 4. 기준 환율(1USD = 1,267.5KRW)에 의하면 633만 7,500원.
119) ACLU Pennsylvania, 앞의 책, p.8.
120) ACLU Pennsylvania, 앞의 책, p.9.

[표11. 펜실베니아 주(state)의 유형별 석방율 비교]



현금 형태의 금전적 조건부 석방은 인구가 많은 도시나 인구가 적은 비도심지역에서 비슷하게 높은 수치로 나타나는 등 큰 차이를 보이지 않고 있다. 요즘 미국 전체적으로 재판 전 피의자의 비도심지역 구금율이 점차 증가하는 추세인데[121], 지역별 구별뿐만 아니라, 치안판사 개인별 차이도 상당히 있는 것으로 보인다.

이와 같은 배경에는 펜실베니아 주(state) 전체에 보증금 형태나 액수에 관한 일관된 기준이 없는 때문이라는 점이 자리잡고 있다. 펜실베니아 주(state)의 치안판사 가운데 41%가 현금 형태의 금전적 조건부 석방을 부과한 것으로 나타나는 반면, 출석서약서 조건부 석방 형태는 치안 판사 중에 20%만이 부과하였다. 한편, 치안판사 중에는 현금 형태만 책정하고 다른 종류의 조건부 석방은 활용하지 않는 경우도 있었다. 암스트롱 지역 구(區)를 예로 들면, 치안판사 '갑'은 총 사건의 61.1%에서 금전적 석방조건을 부과한 반면, 치안판사 '을'은 총 사건의 36.5%만 금전적 석방조건으로 부과한 사실이 확인되고, 인근 블레어 지역 구(區)의 치안판사 '병'은 맡은 사건의 17.8%만 현금 조건으로 책정했다. 위 세 명의 치안판사 중 '병'은 이미 은퇴한 상태로, 일용직 시간제 치안판사로 근무 중이었다.[122]

121) ACLU Pennsylvania, 앞의 책, p.11.

[표12. 금전적 조건부 석방율 50% 초과 지역]

지역 구(區)	현금 조건부 석방의 비율
리하이	56.5%
델라웨어	55.9%
라카와나	52.6%
버크스	50.9%
비버	50.8%
노스햄튼	50.7%
로렌스	50.7%

펜실베니아 주(state)의 치안판사의 수가 총 574명인데, 이 중 123명은 통계가 수집된 2016-2017년도에 출석서약서 조건부석방을 단 한 번도 책정하지 않은 사람이다. 이들이 업무하는 카메론, 엘크, 티오가 지역 구(區)에서는 통계가 수집된 2년 동안 출석서약서 조건부석방 조건이 한 건도 없었다는 점에서 다른 지역과의 차이점이 부각된다.[123]

나아가 주의깊게 살펴볼 필요가 있는 부분은 현금 조건부 석방제도의 부과가 백인보다 흑인에게 더 많이 책정되었다는 통계이다. 흑인 피의자는 총 사건의 55.2%에서 현금 조건부 석방 결정을 받았음에 반하여 백인 피의자는 38.5%만 현금 조건을 부과받은 것으로 나타났다. 이때 부과된 보증금액도 흑인 피의자는 평균 $12,866로서 백인 피의자보다 높게 책정되었다. 서머셋 지역의 예를 살펴 보면, 흑인 피의자가 현금 조건을 부과받은 비율이 백인 피의자의 평균 3배에 달하였고, 보증금의 액수도 흑인 피의자의 경우 백인 피의자의 평균 2배 이상이 더 높게 부과되었다[124].

이러한 부분은 조건부 석방이 사건과 피의자의 생활환경 뿐만 아니라 인종과 같은 요소들이 개입될 여지가 있다는 것을 시사하는 것으로서 그 운용이 사회적 불평등을 심화시킬 우려가 있으므로 신중함이 요구된다.

122) ACLU Pennsylvania, 앞의 책, p.11.
123) ACLU Pennsylvania, 앞의 책, p.12.
124) ACLU Pennsylvania, 앞의 책, p.12.

[표13. 인종적 차이가 큰 비율을 보이는 5개 지역][125]

지역 구(區)	흑인 피의자에 대한 현금 조건 책정	백인 피의자에 대한 현금 조건 책정	대비 비율
서머셋	70.6%	23.1%	3.1
센터	49.0%	22.8%	2.1
라이코밍	55.9%	27.7%	2.0
블레어	53.8%	29.1%	1.9
버틀러	59.4%	33.1%	1.8

미국 헌법상 미국 조건부 석방제도의 목적은 석방에 중점을 두고 있으나 펜실베니아 주(state)의 예를 살펴보면, 석방보다는 구속의 목적으로 많이 사용되고 있다고 평가된다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 다음과 같은 개선이 필요하다고 지역 변호사협회와 인권단체가 촉구하고 있다.[126]

(1) 치안판사는 법원 출석과 석방 조건의 이행을 위한 최소한의 금전적 조건만을 책정해야 한다. 현금 조건을 줄이고, 개인 약조 형태를 더 사용해야 한다. 제한적인 재판 전 구금이 실시되어야 한다. 이를 위해 최초출두 절차에 치안판사가 일관되게 사용할 수 있는 체크리스트를 개발하여, 각 사건을 객관적으로 평가하고 조건을 결정할 수 있도록 한다.

(2) 법원행정처는 조건부 석방에 관련된 데이터와 통계를 수합하여 수시로 공시하고, 절차의 투명성을 높일 필요가 있다. 각 치안판사의 통계로서, 자주 사용하는 조건부 석방의 형태, 담당한 사건에서 석방되지 못하고 구금되는 피의자의 숫자, 인종이나 성별 등의 카테고리적 분석을 각 지역 구 그리고 주(state) 전체적으로 조사하여 데이터를 시민과 공유한다.

125) ACLU Pennsylvania, 앞의 책, p.13.
126) ACLU Pennsylvania, 앞의 책, p.15.

(3) 각 지역 구의 법원장이 치안판사를 감독할 수 있는 행정 권한을 증진시켜야 한다. 펜실베니아 주(state) 행정법으로 법원장이 치안판사에 대해 매년 감사할 권리를 부여하도록 한다. 각 치안판사의 실적에 대한 통계를 보고받아 법원장이 평가하고, 교육하며, 개인별 감사 내용을 시민에게 공표할 수 있어야 한다.

(4) 구치소의 행정 권한을 증가하여 각 피의자의 재정 상태를 파악하고 법원에 신속하게 보고할 수 있도록 한다. 재정상태가 각별히 어려운 피의자가 금전적 조건부 석방 책정을 받고도 구금되어 있는 상황이 발생하면 법원에 보고하여 재심 또는 재고려가 될 수 있도록 절차를 정비한다.[127]

4. 캘리포니아주 제도

미국 캘리포니아 주(state)의 경우, 캘리포니아 주(state)의 재판 전 사법제도가 근본적으로 기능하지 못한다는 비판이 제기되었고, 사법제도가 재범을 방지하고, 피의자의 '법정출석'을 보장한다는 명시된 목표를 달성하지 못하였을 뿐만 아니라 형사 사법 시스템의 신성한 원칙인 무죄추정의 원칙을 구현하지 못한다는 문제의식이 있었다.[128]

특히 캘리포니아 주(state)는 피의자들의 높은 구속율은 캘리포니아 사법체계에서 미결구금에 대한 의존도 때문에 발생한 결과라는 것이 주된 의견이었다. 2015년 공공 정책 연구소(Public Policy Institute of California)는 캘리포니아 구치소에 수감되어 있는 사람들 중 50,000명(62%) 가량이 선고를 기다리는 재판 전 수감자들로 구성되어 있다고 보고한 사실이 있을 정도로 '무죄추정의 원칙'이 전도되어 사실상 피의자가

127) ACLU Pennsylvania,앞의 책, p.16.
128) California Senate Bill No. 262. "The Safe and Resilient Communities Act"(2021), Section 2, a)

구금된 상태에서 재판을 받는 상황이 전개되었다. 나아가 최근 보고서에 의하면 2020년 주(state) 전역에 수감되어 있는 총 44,241명의 수감자들 [주(state) 전체 교도소 인구의 약 3/4, 피의자 및 피고인 포함]이 아직 범죄로 유죄 판결을 받거나 형을 선고받지 않은 미결수감자로 나타났다.[129]

통계에 따르면 보증금을 낼 금전적 여유가 없다는 사유로 피의자를 재판 전에 감금하는 캘리포니아의 금전적 보증금의 평균치에 해당하는 금액은 약 $50,000 정도로서, 이는 미국 평균 보증금의 5배 이상에 해당하는 금액이고, 높은 편이다.[130]

캘리포니아 주(state)에서는 이와 같이 영장을 담당하는 판사에 의하여 지나치게 높은 금액의 보증금이 부과되는 것을 지양하고, 보증금 산정에 일응의 기준을 마련하기 위하여 '보석기준표'를 만들어서 실무에서 활용하고 있다. 이하 캘리포니아 주(state) 보석기준표는 로스앤젤레스 지역구(區)가 2022년도에 발행한 것으로, 체포된 피의자에 대한 조건부 석방을 결정하는데 일종의 가이드라인으로 사용하도록 마련한 것이다. 위 보석기준표에 제시된 보증금의 액수는 최초출두 당시 치안판사의 재량으로 자유롭게 변경할 수 있다.

캘리포니아 주(state)는 보증금을 계산하는 양식도 마련하고 있는데, 만일 피의자가 2건 이상의 혐의로 기소된 경우에는 가장 높은 보증금으로 책정되는 범죄의 액수로 정하고, 2건 이상의 범죄를 다른 날짜에 저지르는 경우에는 각 죄목마다 따로 보증금을 정하며, 피의자가 2명 이상 있는 범죄의 경우에는 각 피의자별로 보증금을 정하고 있다. 이렇게 보증금의 기준을 표형식으로 정하고 있는 미국의 주(state)는 캘리포니아 주(state)가 거의 유일하다.

---

129) California Senate Bill No. 262. "The Safe and Resilient Communities Act"(2021), Section 2, b)

130) California Senate Bill No. 262. "The Safe and Resilient Communities Act"(2021), Section 2, d)

[표14. 캘리포니아주 보증금 기준표 원본][131]

Criminal code	Crime	Bail($)
192(a)	MANSLAUGHTER – Voluntary	100,000
192(b)	MANSLAUGHTER – Involuntary	50,000
192(c)(1)	VEHICULAR MANSLAUGHTER - Driving vehicle with gross negligence	50,000
192(c)(3)	VEHICULAR MANSLAUGHTER - Accident caused for financial gain	100,000
192.5(a)	DUI with gross negligence	100,000
192.5(b)	DUI without gross negligence	50,000
192.5(c)	With gross negligence	50,000
203	MAYHEM	100,000
205	AGGRAVATED MAYHEM (LIFE)	1,000,000
207	KIDNAPPING	100,000
	- Kidnapping child under age 14 to deprive custody (P.C. 667.85)	150,000
	- Kidnapping for purpose of felony sexual offense (P.C. 667.8(a) and (b))	1,000,000
	- KIDNAPPING FOR RANSOM, ROBBERY, SEX OFFENSE, etc. (LIFE)	1,000,000
209.5	KIDNAPPING DURING A CARJACKING (LIFE)	1,000,000
210.5	FALSE IMPRISONMENT - KIDNAP TO EVADE ARREST	100,000
211	ROBBERY	100,000
	- First Degree	100,000
	- Second Degree	50,000
215	CARJACKING	100,000
219	TRAINWRECKING (LIFE)	1,000,000
220(b)	ASSAULT WITH INTENT TO COMMIT SPECIFIED SEX OFFENSES WHILE IN THE COMMISSION OF FIRST DEGREE BURGLARY	1,000,000
222	ADMINISTERING DRUGS TO AID FELONY	20,000
236	FALSE IMPRISONMENT	50,000
236.1	HUMAN TRAFFICKING	100,000

[표15. 캘리포니아주 보증금 기준표 번역본][132]

법령번호	죄명	보증금($)
192(a)	괴실치사 - 자발적	100,000
192(b)	과실치사 - 비자발적	50,000
192(c)(1)	차량 과실치사 - 중과실 부주의	50,000
192(c)(3)	차량 과실치사 - 금전적 이익을 위해 사고를 야기한 경우	100,000
192.5(a)	음주운전 - 중과실	100,000
192.5(b)	음주운전 - 중과실 없는 경우	50,000
192.5(c)	중과실	50,000
203	사람의 신체절단 상해	100,000
205	중대한 신체절단 (최대형량 : 종신형)	1,000,000
207	아동납치	100,000
	14세 미만의 미성년자를 납치 - 부모가 양육권을 갖지 못하게 할 목적으로	150,000
	중대한 성적인 범죄를 저지르려는 목적으로 납치	1,000,000
	돈을 받으려고 납치, 강도행위 중 납치, 성적인 범죄를 위한 납치 (최대형량 : 종신형)	1,000,000
209.5	차량납치 중 사람 납치 (최대형량 : 종신형)	1,000,000
210.5	인질감금 - 피의자가 체포되지 않기 위한 목적	100,000
211	강도	100,000
	- 1급	100,000
	- 2급	50,000
215	차량납치	100,000
219	기차파손 (최대형량 : 종신형)	1,000,000
220(b)	1급 주거침입을 하는 동안에 성범죄를 저지르려는 의도로 사람을 상해	1,000,000

131) Superior Court of California County of Los Angeles, Felony Bail Sechedule, 2002, p.6.
132) Superior Court of California County of Los Angeles, Felony Bail Sechedule, 2002, p.6.

222	중범죄를 저지르기 위해 상대방에게 마약을 투약	20,000
236	감금	50,000
236.1	인신매매	100,000

[표16. 캘리포니아주 보증금 계산양식 원본][133]

Felony Bail Computation Worksheet

1 Name of Arrestee:

2 List all offenses:

Base Bail ***(see Felony Bail Schedule at pages 5-22)*** **AMOUNT**

Of the offenses listed in 2, which carries the highest bail schedule amount?
3 *List code and section number here:* _____
List the bail schedule amount for that offense in 3a. **3a**

Is arrestee charged with two or more offenses? *If yes, move to 3b and 3c. If no, move to 4*

Were additional offenses committed against separate victims OR were the offenses
3b committed on separate dates? *If yes, list the sum of the bail schedule amount(s) for each additional offense committed against a separate victim and/or on a separate date in 3b.*
3b

Were additional separate sex acts committed on the same victim AND may each
3c act be punished separately? *If yes, list the sum of the bail schedule amounts for each additional separate sex act in 3c.*
3c

If no to 3b and 3c, base bail is ***only*** *the bail amount for the offense listed in 3a*

Enhancements ***(see Felony Bail Schedule at page 23)***

4 Was the offense committed for the benefit of a gang? If yes, add $40,000
4

5 Was a weapon involved? *If yes, add only the greatest of 5a-5d. If no weapon, move to 6*

5a Did the arrestee personally discharge a firearm, causing GBI or death?
If yes, add $1,000,000 **5a**

5b Did the arrestee personally discharge a firearm, not causing GBI/death?
If yes, add $200,000 **5b**

5c Did the offense involve possession, use, or discharge of a firearm?
If yes, add $50,000 **5c**

5d Did the arrestee use a weapon other than a firearm? **5d**
If yes, add $20,000

133) Superior Court of California County of Los Angeles, Felony Bail Sechedule, 2002, p.3.

6 Did the offense involve infliction of GBI?	If yes, add $30,000	**6**
7 Does the arrestee have any prior convictions? *If no prior c onvictions, move to 8*		
7a Does the arrestee have a prior conviction for a serious or violent felony or enumerated sex offense?	If yes, add $50,000 per prior conviction	**7a**
7b Is the arrestee charged with a serious or violent felony AND does the arrestee have two or more convictions for serious or violent felonies?	If yes, add $1,000,000	**7b**
7c Haspast the5 years? arrestee served a prison term during the	If yes, add $10,000 per term	**7c**
1 Are there any other enhancements to be added? *If no other enhancements, move to 9*		
8a Is the crime a hate crime?	If yes, add $25,000	**8a**
8b Is the victim over 65, under 15, or disabled AND is the crime enumerated in Penal Code sections 667.9-667.10?	If yes, add $25,000	**8b**
8c *Add only once*: Are there other felony charges pending against arrestee, or is the arrestee on parole, felony probation, or probation department supervision?	If yes, add $25,000	**8c**
8d *If base bail is less than $1,000,000 and neither 6a nor 8c apply*: Does the offense carry a possible term of life imprisonment?	If yes, add $1,000,000	**8d**
2 **Add lines 3a through 8d.**	**This is the Total Bail: 9**	

_____ _____ If Law Enforcement, Do You

☐ Yes ☐ No

Name of Person Completing Form **Badge/ID #** Oppose O/R Release?

If deviation from Felony Bail Schedule is sought, please attach request and supporting documentation.

CRIM-208 Felony Computation Worksheet [01-2018]

[표17. 캘리포니아주 보증금 계산양식 번역본][134]

중범죄에 해당하는 보증금을 계산하는 기준표

1. 피의자의 성명
2. 전체 죄명 목록

기본 보증금 산정

3a. 위 2번에 나열된 죄명들 중 어떤 죄가 가장 높은 보증금에 해당하는가?
(법령번호를 기재 : _____
위 3a에 해당하는 보증금 액수를 보증금 기준표에서 찾아서 기재하시오.
피의자의 죄명이 2개 이상인가? 만약에 그렇다면 3b.와 3c.를 활용하시오. 그렇지 않으면 4.로 가시오.

3b. 별도의 죄명들이 각자 다른 피해자에게 행하여졌거나 또는 각자 다른 날짜에 행하여졌는가? 만약에 그렇다면, 각 죄명이 다른 피해자 또는 다른 날짜에 행해진 것에 해당하는 보증금 액수를 보증금 기준표에서 찾아서 합산하여 기재하시오.

3c. 성범죄에 해당하다면, 각자 다른 성범죄 죄명이 동일한 1명의 피해자에게 행하여졌으며, 각 행위가 따로따로 처벌받는 것이 가능한가? 그렇다면 각 성범죄 행위에 해당하는 보증금 액수를 보증금 기준표에서 찾아서 기재하시오.
만일 3b.와 3c.에 대한 답이 No라면, 3a에 기재된 보증금 액수입니다.

4. 범죄가 범죄조직에게 이득을 주기 위해 행해졌는가?
만일 Yes라면 기본 보증금에 $40,000을 더하시오.

5. 무기가 사용되었는가?
만일 Yes라면 아래 5a.에서 5d.에 해당하는 금액 중 가장 큰 보증금 액수를 적용하시오.
만일 No라면 6.으로 가시오.

5a. 피의자가 개인적으로 총기를 발사해서 중대한 신체 상해 또는 사망을 야기했습니까?
만일 Yes라면 $1,000,000을 더하시오.

5b. 피의자가 개인적으로 총기를 발사했으나 중한 상해 또는 사망은 야기되지 않았습니까?
만일 Yes라면 $200,000을 더하시오.

134) Superior Court of California County of Los Angeles, Felony Bail Sechedule, 2002, p.3.

5c. 범죄에 총기소지 사용 또는 발사가 수반되었는가?
만일 Yes라면 $50,000을 더하시오.
5d. 피의자가 총기가 아닌 다른 무기를 사용하였는가?
만일 Yes라면 $20,000을 더하시오.
6. 범죄가 중대한 신체 상해를 수반하였는가?
만일 Yes라면 $30,000을 더하시오.
7. 피의자가 전과가 있는가?
전과가 있다면 8.으로 가시오.
전과가 없다면 위의 단계로 가시오.
7a. 그 전과가 중범죄였는가 또는 성범죄였는가?
만일 Yes라면 각 전과당 $50,000을 더하시오.
7b. 피의자가 현재 중범죄로 구속되어 있는데, 지난 과거에 2개 이상의 중범죄 전과가 있는가?
만일 Yes라면 $1,000,000을 더하시오.
7c. 지난 5년 동안 피의자가 유죄 판결을 선고받고 복역한 적이 있는가?
만일 Yes라면 각 복역마다 $10,000을 더하시오.
8a. 이 외에 더 가중할 것이 있는가?
만일 가중할 사항이 없다면 9.으로 가시오.
인종차별 또는 차별에 관계된 범죄인가?
만일 Yes라면 $25,000을 더하시오.
8b. 피해자가 65세 이상이든지 15세 미만이든지 또는 장애인이든지 피의자가 구속된 범죄가 법에 정해진 특정 범죄에 해당하는가?
만일 Yes라면 $25,000을 더하시오.
8c. 단 한 번만 더하시오 : 현재 피의자에게 다른 중범죄로 재판 계속 중인 사건이 있는가 또는 피의자가 현재 석방 중인지 또는 보호관찰 중에 있는가 또는 보호관찰소에 감독 아래에 있는가?
만일 Yes라면 $25,000을 더하시오.
8d. 만일 기준 보증금이 $10,000,000 미만이고, 6a. 또는 8c.에 해당하지 않는다면, 그리고 현재 당면한 죄명의 최대 형량이 종신형인가?
만일 Yes라면 $1,000,000을 더하시오.
9. 3a.부터 8d.를 더하시오. 이것이 최종 보증금입니다.
_____ _____ 만일 당신이 경찰관이라면 성명, 배지번호를 기재하시오. 피의자의 석방에 찬성하는가, 반대하는가?
예, 아니오

만일, 중범죄에 해당하는 보증금을 계산하는 기준표를 따르고 싶지 않은 경우에는, 이를 소명할 수 있는 서류를 첨부하시오.

한편 위 보증금 계산양식은 현재 캘리포니아에서 사용하고 있는 보증금 산정 방식으로서 각 범죄마다 보증금의 액수를 가중할 수 있는 요인들을 포함한다. 예컨대 조직폭력배에 해당하는 경우 $40,000, 무기를 사용하는 경우 $1,000,000, 전과가 있는 경우 $1,000,000를 각 보증금에 더하도록 하였다.

캘리포니아 주(state)에서는 법원에서 금전적 조건부 석방을 처분받는 캘리포니아 피의자의 약 97%는 석방을 받기 위해 상업적 보석보증인과 거래를 맺으며, 그들 회사에 환불되지 않는 수수료를 지불한다. 캘리포니아 주(state)의 상업적 보석보증 산업은 자신들의 이익만 우선시하며, 공공 안전 보장 또는 법원 출석율을 향상시키는데 기여하지 않는 서민 착취의 방향으로 발전해 왔다. 특히 캘리포니아 주(state)의 미결구금 비율이 다른 미국의 법원보다 높음에도 불구하고, 현재 캘리포니아 주(state)의 사법시스템은 여전히 법원 출석율이 낮고 구금율이 높은 편이라는 점이 특징이다.[135] 캘리포니아 대법원은 이러한 제도로 인한 과도한 미결구금율로 인해 사실 석방이 가능한 피구금자의 주거 및 식사 비용을 주(state) 지자체에서 부득이하게 부담하는 것이 어렵다고 밝혔다. 예를 들어, 캘리포니아 지역 6곳에서 지난 2년 동안 기소 전 피의자를 수감하는 데만 $37,500,000 상당의 예산에 지출하였다. 피의자의 구금에 중점을 둔 시스템을 석방에 중점을 둔 체제로 전환한다면 지자체 경제가 향상될 수 있다고 캘리포니아 의회가 결정을 내린 사실이 있는데, 석방된 상태의 피의자 1인을 지역사회 내에서 감독하는 비용은 그를 구금하는 비용의 약 10%으로 계산된다. 그래서 미국의 여러 법원들이 납세자의 세금을 절감할 수 있는 “석방 기반 모델”을 도입하여 재판 전 절차의 새로운 전환을 시도하는 중이다.[136]

한편 2021년 3월, 캘리포니아 대법원은 피의자가 보증금을 낼 수 있는지의 여부에 따라 자유가 제한되는 것은 위헌이며, 보증금의 액수를 설정할 때 판사가 피의자의 재정적 상황을 고려해야 한다고 판결하였다. 이에 의거해 주(state) 의회는 형법 제1269b조를 다음과 같이 개정하였다.[137]

---

135) California Senate Bill No. 262. “The Safe and Resilient Communities Act”(2021), Section 2, e), f)

136) California Senate Bill No. 262. “The Safe and Resilient Communities Act”(2021), Section 2, g)

5. 뉴욕주 제도

미국의 조건부 석방 관련 통계는 주(state)정부 정책에 따라 모두 다르다. 수집된 모든 통계를 다 볼 수 있도록 허가하는 주(state)로서는 뉴욕이 있다. 엑셀 형식으로 매년 피의자 단계 조건부 석방 통계를 공개한다.

예를 들어, 2020년 통계를 살펴보면 총 196,259건의 사건이 공판 전 법원절차를 거쳐갔다. 그 중 80% 또는 13,352건이 비금전적 조건부 석방 판결을 받았고, 20% 또는 3,407건이 금전적 조건부 석방 판결을 받았다. 각 사건의 자세한 내용을 살펴보는 것이 가능한데, 랜덤으로 몇 건을 분석하여 정리해 보면 내용이 다음과 같다. 2020년 4월에 발생한 사건 1의 피의자는 24세의 남미계 여성이다. Initial appearance hearing을 담당한 재판관할은 뉴욕 주(state)의 제8호 법원이다. 당시 가장 중한 범죄로 간주된 죄목은 상해죄였으며, 부과된 보증금은 $10,000이다. 2020년 8월에 발생한 사건 2의 피의자는 33세의 백인 남성이며 재판관할은 제5호 법원이다. 중범죄 죄목은 불법총기소지죄이고, 부과된 보증금은 $20,000이다. 2020년 11월에 발생한 사건 3의 피의자는 알수 없는 인종의 (혼혈의) 25세 남성으로, 재판관할은 제4호 법원이다. 가장 중한 범죄가 무면허운전죄이고, 출석서약서 조건부 석방결정을 받았다.[138]

이러한 통계자료는 피의자의 인종, 나이, 성별, 죄목, 보증금 내력을 알 수 있어서 매우 유용하다. 미국에서 중요하게 여기는 인종차별, 성차별 이슈는 물론, 어떤 죄목에 얼마만큼의 보증금이 부과되는지에 대한 통계를 얻을 수 있기 때문이다. 엑셀표에는 보증금 금액 외에도, 각 사건에 부과된 조건들을 표기할 수 있는 칸이 있다.

다만 미국의 모든 50개 주(state)가 대부분 이 정도로 자세한 자료를 수집하거나 공개하지는 않기 때문에, 뉴욕 주(state)의 조건부 석방 관련 자료공개 정책은 매우 예외적이고 참신하다고 볼 수 있다.

---

137) California Senate Bill No. 262. “The Safe and Resilient Communities Act”(2021), Section 2, e), g)

138) New York State Unified Court System. “Pretrial Release Data”. Division of Technology and Court Research. 2020.

제 4 장 외국의 공판 전 석방제도

제 1 절 독일

1. 독일 구속제도의 특징

독일 기본법은 신체의 자유에 대한 박탈은 판사만이 결정하도록 하고, 형사 피의자에 대한 구속에 관해 법관의 대면 기회를 헌법적으로 보장하는 등 인신구속 절차에 법원의 주도적 개입을 넓게 인정한다. 특히 독일 형사소송법상 구속 또는 미결구금(untersuchungshaft)은 피고인 또는 피의자의 신체의 자유를 제한하는 대인적 강제처분으로서 미결구금은 유죄판결이 확정되지 않았고, 무죄추정 원칙을 받는 피의자의 권리와 생활을 가장 중대하게 침해하는 자유박탈 처분이라고 보고 있다.[139]

이때 미결구금은 피의자가 도주하거나 증거를 조작하지 못하도록 하고(독일 형사소송법 제112조), 유죄를 받은 피의자가 형집행을 면탈하지 못하게 함으로써(형사소송법 제457조) 효율성을 확보하는 것이다. 미결구금은 피의자의 자백을 받기위한 구금(beugehaft)을 해서는 안 된다.[140]

2. 구속의 집행정지제도

독일형사소송법 제116조는 공판 전 보석제도를 일컬어 구속을 대체할 수 있는 '대체처분'이라고 부른다. 신체의 구속을 대체하면서 동시에 무조건적인 석방도 대체하는 제3의 완충책으로서 보석제도를 시행한다.[141]

---

139) 김환수/문성도/박노섭, Klaus Volk의 독일형사소송법, 박영사(2009), p.77.
140) 주승희, 형사절차상 구속 기간 관련 독일 제도 소개 및 시사점, 입법과 정책(24), 국회입법조사처(2019. 12.), p.63.
141) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-,

독일은 구속 없이 구속의 목적을 달성할 수 있는 충분한 근거가 있는지의 여부를 각 구속사유별로 평가하여 구속영장의 집행을 정지할 수 있게 하고 있다. 또한 모든 구속결정에 있어서 독일형사소송법 제116조의 요건이 존재하는지 심사하도록 하고 있다. 독일의 대체처분에는 피의자 등이나 제3자에 의한 담보제공이 허용된다. 독일 형사소송법 제116조에 의하면 대체처분에 사용되는 담보에는 현금, 주식, 부동산, 또는 제 3자의 보증물이 있다. 보석의 책정은 판사의 재량에 맡겨진다. 대체처분을 활용하여 구속의 목적을 달성할 수 있는 충분한 근거가 있는 경우에 구속영장의 집행을 정지하게 한 독일형사소송법 제116조는 비례원칙을 잘 표현한 방법이라고 할 수 있다.[142]

흥미롭게도, 독일 법무부가 공인하는 영문판 독일 형사소송법 제 116조는 구속영장을 warrant of arrest로 번역하였다.[143] 그런데 바로 그 다음 문단에 등장하는 제117조는 구속을 detention으로 번역하였다. 한국의 미군정법 제176호의 번역이 기억나는 부분이다.

독일도 대륙법을 따르는 만큼, 미국식 용어를 독일 형사소송법의 상황과 개념에 따라 맞춤 번역을 한 것으로 보인다. 세계적으로 정확하기로 유명한 독일 법무부가 현대 글로벌 시대에 이런 방식으로 번역을 하고 있다면, 70년전 한국 미군정법령 제176호의 번역도 그다지 오류를 범한 것은 아니라고 할 수 있다.

제112조에서도 구속영장은 warrant of arrest, 구속은 detention으로 번역하는 정황이 관찰되는데, 제 112조는 독일 법원이 구속영장을 발부하는 사유를 나열하고 있다. 불분명한 주거지, 도주의 우려, 의심되는 범죄의 중대성, 재범의 경우 등을 포함[144]하기 때문에 한국의 구속영장의 사

법원행정처, P.235.

142) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처, P.235.

143) Brian Duffett, Monika Ebinger의 2009년도 번역본으로서, 2019년도에 새로 개정된 내용까지 담고 있으므로, 공신력이 확실한 번역본으로 볼 수 있다. The German Code of Criminal Procedure. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html (last accessed on 12/7/2022>. Auf der Grundlage der Übersetzung von Brian Duffett und Monika Ebinger. Stand: Die Übersetzung berücksichtigt die Änderung(en) des Gesetzes durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I, S. 1066).

유와도 쉽게 비교가 된다.

한편 불구속된 피의자가 사회에서 또 범죄를 저지르는 '긴급한 위험상황'[145]을 예방하기 위해 구속영장을 발부한다는 것은 미국의 영장 사유와 다소 비슷하다. 다만 미국과 다르게 독일에서는 만일 의심되는 범죄가 중대한 경우나 폭력적인 성질의 경우에는 구속기간을 1년 이상으로도 책정할 수 있다고 한다.

독일 실무에 따르면, 공판 전에 보석을 책정하고 구속영장을 정지하는 가장 보편적인 상황은 구속영장의 발부 사유가 도주의 우려, 단 한 가지밖에 해당되지 않는 경우라고 한다.[146] 한국 개념으로 얼핏 본다면 체포영장의 사유와 비슷하다. 독일 역시, 법원 출두를 위한 신체의 확보 목적 한 가지만으로 체포는 가능하지만, 구속을 하기엔 불충분한 사유로 간주하는 것을 볼 수 있다.

독일 형사소송법의 영어 번역은 한국의 미군정법령 제176호의 번역을 다시 뒤돌아보게 한다. 예를 들어, 제176호에서 피고인으로 번역된 accused은 미국 형법에서 잘 쓰이는 단어가 아니다. 현대 미국 형사소송법은 거의 일괄적으로 defendant라는 용어를 사용하는 추세이기 때문이다. 게다가 기소 전후에 관련없이 섞어서 쓴다.

그런데, 독일 영문본은 피고인을 제176호와 동일하게 accused로 번역하고 있다. 독일의 인권기구가 유럽통합(European Union) 산하기관에 제출한 번역 관련 설명서는 국제사회에서 법률번역의 중요성을 강조하며 accused이 독일 형사소송법에서 어떤 의미로 사용되는지 명확하게 정의하고 있다. Accused은 기소가 된 후 법원에서 첫 조사를 받은 사람을 뜻한다.[147] 이는 피의자가 아닌 피고인이므로, 제176호의 번역이 옳다는

---

144) 독일 형사소송법 제 112조. 위와 동일.

145) 영어로 to avert imminent danger로 번역된다. 미국에서는 dangerousness라는 표현을 쓰며, 굳이 긴급한 상황을 요구하지는 않는다.

146) Schlun & Elseven. "How Does Bail Work in Germany? Procedures and Tips https://se-legal.de/how-does-bail-work-in-germany-procedure-and-tips-for-behaviour/ ?lang=en (last accessed on 12/7/2022>.

147) 원본에는 다음과 같다. In the German criminal procedure law, the term "accused" refers to a person suspected of an offence from the time of the first examination in which a charge was brought against him/her. Heike Rabe. "The right to translation and interpretation and the right to information in criminal proceedings in the EU", German Institute for Human

것을 시사해 준다.

독일 형사소송법이 과연 제176호에 어떤 영향을 끼쳤는지, 관련이나 고려의 여부에 대해서는 증거나 자료가 없다. 그러나, 미국정법을 제정하는 단계에서 입법을 하는 장본인들은 분명히 정통 유럽식 대륙법, 그 중에서도 특히 대표적인 독일법을 다소 고려하며 제176호를 작성했을 것으로 판단된다.

한국이 대륙법을 따르는 국가인 것을 고려하여, 당시 번역을 할 때 영어 단어에 상응하는 독일 용어를 한글로 바꾸었거나, 독일법을 잘 아는 한국인이 소위 영-독-한 3-단계 번역을 하지 않았을까 생각된다.

위 내용과 연관된 것으로 독일의 구속심사제도(haftprüfung)가 있다. 독일 형사소송법상 구속심사제도는 구속된 피의자와 피고인을 석방하기 위한 제도로서 구속된 피의자나 피고인이 언제든지 법원에 구속의 취소나 그 집행정지의 여부에 대한 심사를 청구할 수 있고(독일 형사소송법 개정 전 제117조 제1항), 변호인 없는 피의자가 구속심사신청이나 구속항고를 제기하지 않고 3개월이 경과한 때에는 직권으로 이를 심사하도록 규정하고 있다.(개정 전 제117조 제5항)[148]

구속영장에 의하여 구속된 피의자 또는 구속심사를 신청할 수 있다(독일 형사소송법 개정 전 제117조 제1항), 신청권자는 구속된 피의자, 피고인, 변호인, 그의 법정대리인(제118조의 b)이고, 검사에게는 청구권이 없다. 변호인은 피의자나 피고인의 의사에 반하여 구속심사를 청구할 수 없고(제118조의 b), 구속심사 청구에는 일정한 형식을 요구하지 않는다.[149]

한편, 변호인을 선임하지 않은 피의자가 구속심사나 구속항고를 제기하지 않고 3개월이 경과한 때에는 법원은 직권에 의하여 구속심사를 진행하고, 심사해야 한다.(개정 전 제117조 제5항) 이때 3개월의 기간은 모든 구속요소를 고려하여 계산되고, 중단되지 않고 집행되어야 할 필요는 없다. 그리고 그로부터 6개월이 경과한 이후부터는 주(state) 상급법원이

Rights, May 2015.

148) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처, p.262. 김환수/문성도/박노섭, Klaus Volk의 독일형사소송법, 박영사(2009), p.86.

149) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처, p.262.

직권으로 구금계속 여부에 대한 심사를 한다(제121조).[150]

구속심사청구 사건은 구속영장을 발부한 법관이 심사한다(독일 형사소송법 제126조 제1항). 법관은 구속심사를 하기 전에 구속의 계속을 결정하기 위한 독자적인 조사를 명할 수 있는데(개정 전 제117조 제3항), 법원은 이러한 구속심사청구에 대하여 장래의 결정을 위한 보완심사를 할 수 있고, 이 수사결과에 따라서 새로운 구속심사를 명할 수도 있다[151].

법원은 신문의 결과와 서류의 내용을 고려하여 구속심사청구에 대해 결정하고, 그 이유가 제시되어야 한다. 이 결정은 피의자에 대한 신문종결시, 늦어도 신문개시 1주일 내에 피의자와 검사에게 고지되어야 하고(제118조의a 제4항), 구속심사결정에 대해 항고할 수 있다(개정 전 제117조 제2항).[152]

독일 형사소송법상 구속심사 제도는 구속의 적법성만 심사하는 것이 아니라 구속 계속의 필요성까지 심사한다는 점에서 영미의 인신보호영장 제도와 구별되고, 구속항고 제도는 구속영장을 발부한 재판에 대한 상급법원의 상소 제도로서 구속자체의 적부만을 심사하는 영미의 인신보호제도와는 성격을 달리하며, 구속의 집행유예는 일종의 대체처분으로서 피의자 또는 피고인이 보다 경미한 대체처분에 의해 구속의 목적을 달성할 수 있는 경우에 그 지위를 보장하기 위해 구속의 집행만 정지하는 것으로서 한국 형사소송법에 대륙법과 영미법의 체계가 혼재되어 있는 이상, 제도의 운영에 관한 위의 내용들을 법 개정시 참고할 필요가 있다.[153]

독일에서 위와 같은 각종 절차를 사용하여 피의자의 구속 또는 석방을 결정하는 데에는 다음과 같은 요건들이 고려된다. 이미 언급한 법정출두확보 또는 도주의 우려, 증거 인멸 가능성, 새로운 범죄를 또 저지를 수 있는 가능성, 그리고 자신과 다른 사람에게 위해를 가할 수 있는 가능성이다. 한국의 구속심사 기준을 생각하게 하며 상당히 비슷한 점이 많다.

---

150) 김환수/문성도/박노섭, Klaus Volk의 독일형사소송법, 박영사(2009), p.85.
151) 한국형사정책연구원, 앞의 책, p.125.
152) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처. p.214-215.
153) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처, p.375.

그리고 조건부 석방이 결정되는 경우, 다음과 같은 보석조건이 자주 부과된다고 한다. 주소변경의 경우에 해당 정부 기관에 반드시 알려야 하는 조건, 지정된 장소 또는 지리적으로 정해진 경내에 들어가지 않는 조건, 정해진 시간에는 정해진 장소에 꼭 머물러야 하는 조건, 독일 국경을 벗어나지 않는 조건, 현재 사건과 관계된 행위를 하지 않는 조건, 예를 들어 만일 해당 사건이 업무상황에서 발생했다면, 직장이나 일자리에 출근하지 않는 조건, 정해진 보증금을 입금하는 조건, 약물 또는 알콜중독 치료 또는 관련 교육에 참여하는 조건, 범죄와 관련된 증거물과 접촉하지 않는 조건, 여권과 각종 신분증을 경찰에 제출하는 조건, 은행계좌 압류에 응하고 자금을 인출하지 않는 조건, 가택구금의 조건, 전자발찌 착용의 조건 등이다.[154]

만일 구속된 경우, 피의자와 피고인은 기소 전후를 막론하고 언제든지 보석심사신청을 할 수 있지만 2개월에 한 번씩 신청이 가능하다. 신청을 할 때에는 구속을 대체할 수 있는 조건부 석방의 내용을 자발적으로 제시하는 것도 가능하다. 그러나 구속이 6개월 이상 지속되는 경우에는 고등지방법원에서 자동적으로 보석심사를 시행한다. 6개월에서 석방되지 않은 이후로는 매 3개월마다 보석심사의 기회가 주어진다. 구속이 지속되는 경우에는 언제든지 항고가 가능하다. 그러나 사실 대부분의 독일 형사재판은 6개월 이내로 판결이 나기 때문에, 구속기간은 보편적으로 6개월이 최장기간이라고 볼 수 있다.[155]

독일에서 외국 국적의 이민자가 불법체류 관련 법령을 어겨서 구속된 경우에도 위와 비슷한 기준으로 구속과 석방여부를 정하게 된다. 형사소송법과 동일한 기준을 사용하는데, 굳이 구속을 하지 않고 피의자에게 피해가 적은 방법을 사용하면서도 구속과 같은 목적을 달성할 수 있다면 조건부 석방을 하도록 하였다. 그러나 실제로는 이러한 조건부 석방

154) Fair Trials International. “Criminal Proceedings and Defence Rights in Germany”. FTI. https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/Germany-advice-note.pdf (last accessed 1/30/2023).
155) Fair Trials International. 앞의 책

제도가 독일의 각 재판관할의 특성과 개성에 맞게 표현되고 있다고 한다. 각 사건의 상황에 따라 조건부 석방이 이루어지는 것이다.

예를 들어 2020년에 베를린 연방관할에서는 18명이 구속된 데 비해, 바바리아 연방관할에서는 무려 851명이 구속되었고 조건부 석방을 받지 못하였다는 통계가 있다. 아마도 바바리아 쪽에 불법체류 관련 법령을 위반한 사람의 숫자가 더 많았을 것으로 예상되지만, 대규모의 베를린 관할이 1년동안 구속한 사람의 숫자가 단 18명에 불과했다는 것이 다소 의외로 느껴진다.[156]

제 2 절 일본

1. 일본 구속제도의 특징

가. 의의

일본 형사수속법에 의하면, 구류(勾留)[157]란 체포된 피의자에 대하여 그 신병을 다시 계속하여 구속할 이유와 필요가 있을 때 검찰관[158]의 청구에 기하여 재판관이 발부한 구류장에 의하여 행하는 피의자의 신병 구속을 구류라고 한다. 기소후의 구류인 피고인구류와는 구분되고, 또 동음

156) Paula Hoffmeyer-Zlotnik. "Country Report: Alternatives to Detention". AIDA & ECRE. https://asylumineurope.org/reports/country/germany/detention-asylum-seekers/legal-framework-detention/alternatives-detention/ (last accessed 1/30/2023.) 물론 이 통계는 형사소송법에 의거한 조건부 석방이 아닌 불법체류 관련 법령인 Residence Act 62(1)에 의거한 숫자이다. 그러나 구속의 기준이 형사소송법의 기준과 매우 동일한 것이 특징이다. 조건부 석방은 "if the purpose of the detention can be achieved by other, less severe but equally sufficient means"의 경우에 가능하다.

157) 한국의 '구속'에 해당하나 원문에 충실하게 '구류(久留)'라고 표기한다.[신동운, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003. p.52. 참조]

158) 한국의 '검사'에 해당하나 원문에 충실하게 '검찰관(檢察官)'이라고 표기한다. [신동운, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003. p.52. 참조]

인 구류(拘留)는 징역이나 금고 등과 같은 형벌의 일종이며 여기서 말하는 「구류(勾留)」와는 다른 것이다[159].

일본 형소법 제207조 제1항은 「전3조의 규정에 의한 구류 청구를 받은 재판관은 그 처분에 관하여 재판소 또는 재판장과 동일한 권한을 가진다.」고 규정하고 있는데, 피의자의 구류에 관하여 피고인의 구류에 관한 규정을 준용하고, 피의자구류의 요건도 일본 형소법 제60조 제1항이 규정하는 바에 의한다.[160]

즉, 피의자가 죄를 범하였다고 의심하기에 족한 상당한 이유가 있는 경우로서 피의자가 '일정한 주거를 가지지 아니한 때', '죄증을 인멸한다고 의심하기에 족한 상당한 이유가 있는 때', '도망하거나 또는 도망한다고 의심하기에 족한 상당한 이유가 있는 때'의 어느 하나에 해당하는 때를 의미하고, 일정한 경범죄에 관해서는 구류할 수 있는 경우가 제한된다.[161]

나. 체포선행주의

일본 형소법 제207조 제1항은 '전3조의 규정', 즉 체포절차를 전제로 하고 있기 때문에 체포를 선행하고 있지 않은 피의자에 대하여 곧바로 구류청구를 할 수는 없고, 이에 반해 기소 후의 구류에 관해서는 신병이 불구속인 피고인에 대하여 구류장을 발부할 수 있다. 이러한 제도를 체포선행주의 또는 체포전치주의라고 한다.[162]

이와 같은 내용에 비추어 보면, 형소법의 구류에 해당하는 개념은 사실 한국 형사소송법의 구속이라고 할 것이다. 한국 형사소송법상 구속은

---

159) 이때 사용하는 '구(勾)'가 일본의 상용한자(常用漢字)가 아니라 일본의 매스컴에서는 「こう留」라고 기재한다든지 구류(勾留)를 의미하는 단어로서 「구치(拘置)」라는 말을 사용하는 것이 일반적이지만 최근에는 그대로 「구류(勾留)」라는 말을 사용하는 예도 많아지고 있다고 한다.[신동운, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003. p.53. 참조]
160) 신동운, 앞의 책, p.53.
161) 신동운, 앞의 책, p.53.
162) 신동운, 앞의 책, p.53-54.

체포된 피의자에 대한 구속과 미체포 피의자에 대한 구속의 2가지를 전제로 하고 있지만 일본 형사소송법상으로는 피의자구류에 반드시 체포가 선행하는 체포전치주의를 채택하고 있다. 다만 한국 형사소송법에서는 피의자구속에 체포전치주의를 필요적으로 채택하지 않고 있다.[163]

다. 구류 재판과 불복신청

검찰관에 의한 구류(勾留)의 청구는 '구류이유가 존재함을 인정할 자료' 등 일정한 필요자료를 첨부한 구류청구서를 제출함으로써 행한다. 구류청구를 받은 재판관은 먼저 피의자에 대한 구류질문을 하고, 피의자는 체포된 이후 이 시점에 이르러서 비로소 구류청구한 검찰관을 통해 재판관의 면전에 인치된다. 다만 피체포자에 관해서는 이러한 절차가 없는 것이 특징이다. 드리고 구류질문은 통상 재판소 청사 내의 구류질문실에서 행해진다.[164]

재판관은 구류청구의 적법성, 구류의 이유 및 필요성 유무를 판단하여 구류장을 발부하거나 또는 구류청구를 각하하는 재판을 한다. 구류청구를 각하하는 재판에 대해서는 검찰관이, 구류청구를 인용하는 재판에 대하여는 피의자와 변호인이, 간이재판소 재판관이 행한 경우에는 지방재판소에, 여타의 재판관이 행한 경우에는 그 재판관 소속 재판소에 각각 그 취소를 구할 수 있고, 이러한 불복신청을 준항고(準抗告)라고 하는데, 이 신청을 접수한 재판소는 합의체로 재판을 한다.[165]

일본 형소법에 의하면 구류장(勾留狀)을 발부할 때 재판관은 반드시 체포된 피의자를 심문하도록 되어 있는데, 즉 재판관이 피의자를 대면하여 구류질문을 행하는 것이고, 이에 상응하는 한국 형소법상의 제도로 영장실질심사제도가 있다고 할 것이다.[166]

---

163) 신동운, 앞의 책, p.54.
164) 신동운, 앞의 책, p.54-55.
165) 신동운, 앞의 책, p.55.
166) 신동운, 앞의 책, p.56.

라. 구류통지와 구류이유의 개시

피의자를 구류한 때에는 재판관은 즉시 변호인 등에게 그 내용을 통지하는데, 이는 일본 형소법이 구류되어 있는 피의자에 관하여 그 소재의 외부에의 통지의무를 명문화하여 방어권확보를 중심으로 한 피의자의 권리, 이익을 보호하고 있음을 알 수 있다.[167]

구류된 피의자는 재판관에 대하여 구류이유(勾留理由)의 개시를 청구할 수 있는데, 일본 헌법 제34조 후단이 규정하고 있는 바와 같이 '누구라도 정당한 이유가 없으면 구금되지 아니하며 요구가 있으면 그 이유는 즉시 본인 및 그의 변호인이 출석한 공개법정에서 제시되지 않으면 안된다'는 것에 근거한 것이다.[168]

일본 헌법에 있는 것처럼 구류이유의 개시는 공개법정에서 행해지고, 일반인의 방청도 가능하다. 청구가 있으면 재판관이 개시일을 정하나 원칙적으로 개시일과 청구일 사이에 5일 이상을 둘 수는 없고, 개시기일은 검찰관, 피의자, 변호인 등에게 토이되며, 공판기일에 할 수도 있다.

한국 형사소송법에는 일본 형소법상의 구류이유개시와 같은 제도가 마련되어 있지 않다. 일본의 구류이유 개시제도는 위와 같이 공개법정에서 시행된다는 점이 특징이나 이와 같은 공개개시 제도는 한국 형소법은 구비하고 있지 아니하다.[169]

다만 한국 형사소송법은 법관의 구속영장발부를 사후적으로 통제하는 장치로 구속적부심사제도를 두고 있다. 불법, 부당한 인신구속이 없도록 하기 위하여 한국 헌법 및 형사소송법은 체포 또는 구속된 피의자에게 적부심(適否審)을 청구할 수 있는 권한을 부여하고 있으며, 위와 같은 체포, 구속적부심사제도가 헌법적 근거를 가지고 있는 것이 일본 제도와의 차이점이라 할 것이다.[170]

---

167) 신동운, 앞의 책, p.57.
168) 신동운, 앞의 책, p.57-58.
169) 신동운, 앞의 책, p.58.

2. 일본 석방제도의 특징

가. 보석 없음

일본은 영장단계에서 조건부 석방제도의 도입을 논의한 바 있으나, 단기의 구속기간을 두는 수사절차에서 보석제도를 두는 것이 적절하지 않다는 이유로 도입되지 않았다.[171]

일본 형소법 제207조 제1항 단서에 나타난 것처럼, 기소전 단계의 피의자구류에 관해서는 보석(保釋)이 인정되지 않고, 이는 기소후의 구류에 관해서는 피의자의 경우와 달리 보석이 허용되고 있다는 점에서 차이가 있다고 할 것이다.[172]

일본은 피고인의 구속이 피의자와 달리 심리의 필요에 따라 장기간에 이르는 경우가 있다.[173] 일본 형사소송법은 '범죄의 성질, 증명력, 피고인의 성격, 자산 등을 고려하여 출석을 보증할 만한 상당한 금액'을 석방의 조건의 정하고 있으나[일본 형사소송법 제93조[174]] 보증금을 통해 피의자의 출석을 보장하는 제도는 도입하고 있지 않다.[175]

나. 구류의 취소

---

170) 신동운, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003, 58.
171) 김도윤, 일본 형사절차법, 박영사, 2021, p.307.
172) 김도윤, 일본 형사절차법, 박영사, 2021, p.307.
173) 김도윤, 일본 형사절차법, 박영사, 2021, p.308.
174) 일본 형사소송법 제93조(보증금액, 보석의 조건)
① 보석을 허가하는 경우에는 보증금액을 정하여야 한다.
② 보증금액은 범죄의 성질 및 정황, 증거의 증명력과 아울러 피고인의 성격 및 자산을 고려하여 피고인의 출석을 보증하기에 충분한 상당한 금액이어야 한다.
③ 보석을 허가하는 경우에는 피고인의 주거를 제한하거나 기타 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.
175) 김도윤, 일본 형사절차법, 박영사, 2021.

피의자는 구류의 필요가 없어졌다고 판단할 때에는 그 취지를 주장하여 구류의 취소를 청구할 수 있고, 청구인은 그 밖에 검찰관, 피의자의 변호인, 법정대리인 등에게도 인정되고 있으며, 재판관은 청구를 인용하면 구류를 취소하는데, 이때 구류취소는 직권으로도 가능하다.[176]

다. 구류의 집행정지

재판관은 적당하다고 인정하는 때에는 구류되어 있는 피의자를 친족, 보호단체 기타의 자에게 위탁하거나 또는 피의자의 주거를 제한하여 구류의 집행을 정지할 수 있고, 피의자의 신병을 일시적으로 석방한다.[177]

보석과 비슷하지만 보증금의 납부는 필요하지 않고, 재판관의 직권에 의해서만 행하여지며, 피의자, 변호인, 배우자 등의 청구권이 인정되지 않는 점이 다르다. 나아가 공판 전 단계에서만 행해질 수 있고, 청구가 있어도 이는 재판관의 직권발동을 촉구하는 의미일 뿐이므로 신청의 의미를 지니는데 지나지 않는다.[178]

라. 피의자 단계 조건부 석방제도 없음

일본에서 피의자 단계 조건부 석방제도가 없는 이유는, 첫째로 피의자 단계에 구속되는 시간이 피고인 단계에서 구속되는 시간보다 짧기 때문이다. 두 번째로 피의자 단계에서 증거인멸이 될 가능성이 피고인 단계 때보다 높기 때문이다.[179] 피고인의 구속은 피의자의 구속과 달리 심리의 필요에 따라 장기간에 이르는 경우가 있기 때문이다.[180]

---

176) 조균석, 일본 형사소송법, 박영사, 2012.
177) 조균석, 일본 형사소송법, 박영사, 2012.
178) 조균석, 일본 형사소송법, 박영사, 2012.
179) 조균석, 일본 형사소송법, 박영사, 2012, p.308. Shigemitsu Dando and Hiroshi Tamiya, Conditional Release of an Accused in Japan, Pennsylvania University Law Review, 1960, p. 328.
180) 조균석, 일본 형사소송법, 박영사, 2012, p.308.

제 3 절 프랑스

1. 프랑스 구속제도의 특징

프랑스 형사소송법(Code de procédure penalé)에 의하면 구속 또는 미결구금[détention provisoire[181]]은 피의자 또는 피고인의 자유에 대한 제한 내지 자유박탈의 강제수단을 의미한다. 프랑스의 형사절차는 법원이 실체적 진실을 발견하기 위하여 적극적으로 조사활동을 하는 직권주의적 구조와 더불어 예심절차(l'instruction préparation)라는 제도를 두었다.[182]

이때 예심절차는 검사의 청구에 의한 예심판사[le juge d'instruction[183]]가 행하는 공판 전 조사절차로서[184], 사건이 기소되기 전에 충분한 조사를 하는 절차이므로 그 실질은 수사에 해당한다. 예심(instruction)은 예심판사가 수행하는 수사적 성격의 소송행위를 의미하는데[185], 프랑스 형사소송법은 소추, 예심절차에 의한 수사, 판결의 각 기능을 엄격하게 구분하여 소추는 검사에게, 예심수사는 예심판사에게, 판결은 판결법원에게 귀속시키고 있다. 이때 예심판사는 그 명칭에도 불구하고 예심법원[juridiction d'instruction]에서 한국의 검사와 유사한 직무를 수행하는데, 수색, 압수는 물론 사법경찰관에 대한 수사지휘(사실상 공조수사의 형식)를

181) '가구금' 또는 '잠정구금'이라고도 한다[법무부, 프랑스 형사소송법, 휴먼컬처아리랑(2015), p.116. 참조].
182) 한국형사정책연구원, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원(1991).
183) 하만석, "프랑스 수사기관과 강제수사권", 각국의 구속제도에 관한 연구, 법무연수원(1998), p.205에 의하면 '수사판사'라고 번역하기도 한다.
184) 하만석, 앞의 논문, p.205.
185) 예심판사는 2000. 6. 15. 프랑스 형사소송법 개정 이전에는 스스로 수사를 하면서 필요한 경우 체포, 압수, 수색 및 구속영장을 발부할 수도 있어서 그 권한이 막대하였으나, 현재는 직접 구속영장을 발부하지는 않고 예심판사가 구속영장을 청구하면 석방구금판사(Juge des libertes et de la detention)가 발부하는 것으로 변경되었다. 예심판사는 지방법원 소속으로 대통령령에 의해 3년 동안 임명되고, 재임명될 수 있는 반면, 석방구금판사는 법원장, 선임 수석부장판사, 수석부장판사의 직급을 가진 판사로서 각 지방법원장에 의해 지명된다[대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ), 앞의 책, p.463]

통한 수사, 피의자 및 증인신문 등을 수행해 사실상 수사로 볼 수 있다.[186]

프랑스 형사소송의 특징은 법원의 예심절차에 있다고 할 수 있는데, 프랑스에서도 예심절차와 공판절차가 엄격하게 구분되어 있기는 하지만 수사절차에 검사와 사법경찰관의 수사뿐만 아니라 법원 예심판사의 활동도 포함된다. 즉, 예심판사는 수사권을 가지고 있을 뿐만 아니라 구속의 결정과 그 집행에 대한 권한도 함께 있다.[187]

예심판사는 피의자에 대한 피의자심문을 실시한 후 범죄가 경죄 중 구금형 이상의 형에 경우에 일정한 구속요건이 존재하면 구속영장(mandat de dépôt)을 발부할 수 있다(프랑스 형사소송법 제143-1조). 예심판사는 중죄에 대하여 구금영장을 발부하여 피의자를 구속하고, 경죄의 경우에는 피의자에 대한 사법통제(le contrôle judiciaire) 또는 전자감시하의 가택구금으로 위험을 방지할 수 없는 경우에만 피의자를 구속할 수 있다(제144조). 예심판사는 피의자에게 범죄 혐의가 있는지의 여부를 조사하여 사안이 중죄, 경죄 혹은 위경죄를 구성하지 아니한다고 인정하는 때, 범인을 모르는 때 또는 피의자에게 충분한 혐의가 없는 때에는 불기소결정(ordonnance de non-lieu)을 내린다.(프랑스 형사소송법 제177조 제1항) 그리고 피의사실이 '위경죄'를 구성한다고 판단되는 경우에는 결정으로 사건을 치안법원(Tribunal de police)[188]에 이송하는 취지의 선고를 하고, 사건이 경죄를 구성한다고 판단할 때에는 경죄법원(Tribunal correctionel)으로 이송하는 취지의 선고를 하며, 피의사실이 법률상 중죄를 구성한다고 인정할 때에는 중죄법원(Cour dàssises)으로 이송을 명한다(제181조 제1항). 이때 예심판사는 그 결정과 함께 소송기록을 검사에게 송부하고, 검사는 지체없이 이를 중죄법원 사무국에 송부해야 한다(제181조 제10항).[189]

예심판사가 예심을 종결하였다고 인정하는 때에는 즉시 그 취지를 당

186) 법무부, 프랑스 형사소송법, 휴먼컬처아리랑(2015), p.116.
187) 한국형사정책연구원, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원(1991), p.136.
188) 치안법원에 관하여 그 원어에 충실하게 '경찰법원'이라고 번역하는 경우도 있다[법무부, 프랑스 형사소송법, p.116, 각주33) 참조].
189) 한국형사정책연구원, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원(1991)

사자 및 그 변호인에게 고지하고(제175조 제1항), 검사는 피의자가 구금되어 있는 경우에는 1월 이내에, 기타의 경우에는 3월 내에 예심판사에게 사유를 적시한 의견서를 제출하여야 한다(제175조 제3항). 예심판사는 종결 결정(ordonnance de réglement)을 내리며 이때 구속·전자감시 하의 가택구금 또는 사법통제는 함께 종료된다(제179조 제2항).[190]

2. 프랑스 석방제도의 특징

가. 구속기한 만료 전 구속 중단(Cessation Anticipée)

프랑스 형사절차에서는 구속영장이 모든 사건에 있어서, 경죄와 중죄를 불문하고 중단될 수 있다. 피의자의 별다른 청구가 없는 경우에도 법원이 필요하다고 간주하면 판사의 직권으로 구속의 정지가 이루어질 수 있고, 법원이 내리는 석방결정에 의하여 구속영장이 아예 종결될 수도 있다. 프랑스 형사소송법 제144조의 구속사유가 더 이상 충족되지 않는다거나, 구속이 합리적인 기간을 초과한다고 간주되면 석방결정으로 피의자를 석방한다.[191]

예심판사는 프랑스 형사소송법 제201조 제2항에 근거하여 피의자의 석방을 직권으로 명령할 권한이 있다. 그 지역의 수사판사부 법원장(프랑스 형사소송법 제221조 제2항, 제2조)이 예심판사의 역할을 수행한다.[192]

나. 구속심사제도(Les Demandes de Mise en Libertés)

프랑스의 구속영장은 발부된 이후에 구속심사제도를 거치게 된다. 구속기관이나 선고법원은 구속심사 기간과는 무관하게 언제든지 구속의 필

190) 한국형사정책연구원, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원(1991)
191) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처.
192) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처.

요성과 구금의 정당성을 심사할 의무가 있으며 이에 따라 구속을 취소할 수 있고(프랑스 형사소송법 제147조), 피의자도 각 절차의 각 단계에서 석방을 청구할 수 있다.[193]

경죄의 경우, 예심판사는 예심이 종결될 때까지 직권 또는 검사와 피의자의 청구에 의하여 구속심사를 하여야 하고[194], 중죄의 경우에는 직권에 의한 구속심사는 인정되지 아니하며, 예심판사는 구속기관과 관계없이 절차의 각 단계에서 구속의 필요성을 심사하여 구속을 취소할 수 있고(제147조 제1항), 피의자와 변호인은 언제든지 석방을 청구 할 수 있는 권리가 있다(제148조 제1항). 예심판사는 검사가 기소할 수 있는 기회를 주기 위해 지체 없이 검사에게 서류를 송달하고(제148조 제2항), 검사도 공익의 대표자로서 피의자를 위해 석방을 청구할 수 있다(제147조 제2항).[195]

다. 사법통제(Le Contrôle Judiciaire)

예심판사는 필요에 따라 사법통제(le contrôle judiciaire)를 명할 수 있다(프랑스 형사소송법 제138조 제1항). 사법통제는 불구속 상태에서 피의자의 수사를 진행하는 것이 적절하지 않다고 간주될 경우, 조건부 보증조치를 행하면 구속을 하지 않는 제도이다.[196]

---

193) 프랑스 형사소송법 제147조 : ① 모든 사건에 대하여, 예심판사는 검사의 의견을 들은 후 직권으로 사법통제부 석방 혹은 사법통제 없는 석방을 명하되, 피의자가 모든 소송절차에서 성실히 출석할 것과 주거를 이전하는 경우에는 그 사실을 예심담당관에게 신고할 것을 조건으로 할 수 있다.
② 검사도 또한 언제든지 석방을 청구할 수 있다. 다만, 예심판사가 석방을 명하는 경우를 제외하고, 예심판사는 청구일부터 5일 이내에 이유를 붙인 의견서를 첨부하여 소송기록을 석방구금판사에게 송부하여야 하며, 석방구금판사는 그로부터 3일 이내에 결정한다.

194) 프랑스 형사소송법 제147조 제2항 : 검사도 또한 언제든지 석방을 청구할 수 있다. 다만, 예심판사가 석방을 명하는 경우를 제외하고, 예심판사는 청구일로부터 5일 이내에 이유를 붙인 의견서를 첨부하여 소송기록을 석방구금판사에게 송부하여야 하며, 석방구금판사는 그로부터 3일 이내에 결정한다.
프랑스 형사소송법 제148-1조 제1항 : 피의자, 중죄 또는 경죄의 피고인은 소송절차 중 언제든지 사유의 제한 없이 석방 청구를 할 수 있다.

195) 이때 예심판사는 청구를 인용하는 경우를 제외하고, 검사에게 소송기록을 송달한 때로부터 5일 이내에 이유를 붙인 의견서를 첨부하여 석방구금판사에게 사건을 이송하여야 하며, 석방구금판사는 3일 이내에 결정을 하여야 한다(제148조 제3항).

사법통제는 예심판사에게 피의자를 석방할 것인지 아니면 구속할 것인지 여부에 관한 결정을 맡기면서 이를 택일적(擇一的)으로 결정하는 것이 아니라 피의자에게 일정한 조건 내지 의무를 과하면서 조건부로 석방할 수 있도록 결정에 스펙트럼을 부여해주는 제도이다. 피의자에게 사법통제를 명할 것인가에 대한 여부는 예심판사의 재량에 맡겨져 있고, 피의자는 사법통제명령에 대해서 항고할 수 없다.[197]

한국과 미국의 조건부 석방제도가 피의자나 피고인의 구속을 전제로 일정한 조건하에 구금상태에서 해방시켜 주는 사후적 제도임에 반하여, 프랑스는 체포나 구속을 전제로 하지 않고, 처음부터 불구속 상태에서 보증적 조치를 부여받고 재판을 받을 수 있다는 점에서 차이가 있다.[198] 수사의 필요성 등의 이유가 인정되는 때에는 예심판사의 재량에 따라 법에 규정된 17개 정도의 가능한 조건 중(법 제138조 제2항) 선택하여 피의자에게 사법통제를 통한 보석조건을 부과하고 피의자를 석방하게 된다.[199]

이와 같이 사법통제 조건이 다양하고 시간이 갈수록 그 항목이 변동·증가하고 있는 것은 이 조건들이 구속된 피의자를 전제로 하여 석방하면서 조건을 부과하는 것이 아니라 구속결정을 하기 전, 또는 구속결정을 하는 과정에서 모든 피의자를 상대로 하여 먼저 불구속을 전제로 사법통제를 실시하고, 그 조건에도 불구하고 구속을 해야만 하는 필요가 있을 때에만 구속을 하는 순서로 판단하기 때문에 대상 사건이 경한 사건부터 중한 사건까지 광범위하다. 그리고 이들 중 프랑스에서 실무상 가장 빈번하게 부과되는 조건은 출석조건 및 소환에 응할 의무를 부과한 5, 6번 조건이라고 할 수 있다.[200]

사법통제는 보증금 납부와 관련하여 특별한 담보기능에 관하여 규정

---

196) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처.

197) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처.

198) 이창현, 앞의 책, p.146.

199) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처.

200) 이인영, 보석제도에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문(1994), p.63.

하고 있는데, 그 내용을 살펴보면 피의자가 납부한 보증금 및 담보는, 모든 소송절차 및 판결의 집행과정에서 피의자 또는 피고인의 출석과 필요한 경우, 이들에게 부과된 다른 의무의 이행을 위한 출석, 범죄에 의하여 발생한 손해의 배상 및 원상회복과 피의자가 부양비의 미지급으로 인하여 소추된 때에는, 그 부양비의 지급, 벌금의 납입 등을 담보하기 위한 것으로 명시하고 있고(프랑스 형사소송법 제142조 제1항 제1-2호), 이에 따라 예심판사 또는 석방구금판사는 피의자의 동의를 얻어, 보증금 중 피해자 또는 부양 청구권자의 권리의 담보에 충당되는 부분에 대해서 권리자의 청구에 따라 임시로 권리자에게 지급하게 할 수 있다.(제142-1조)[201]

프랑스의 조건부 석방제도의 실무에 대해서는 종종 진기한 의견을 접할 수가 있다. 예를 들어, 어떤 특정 재판관할의 예심법원(chambre d' instruction)이 통계적으로 조건부 석방보다는 구속을 많이 하는 편이라고 알려지자, 언론과 변호사들이 그 법원을 일컬어 영어로 "confirmation chamber" 또는 구속확정법원이라는 별명으로 부르며 비판했다고 한다. 그 반대의 예시로는, 어떤 예심판사가 다른 판사들에 비해 조건부 석방 판결을 자주 내린다고 알려지자, 그 예심판사를 자유의 여신에 비교하여 별명을 "liberator", 또는 해방자라고 불렀다고 한다.[202]

가벼운 농담처럼 받아들일 수 있는 일화들이지만, 이러한 별명들에는 프랑스 제도의 자유로움이 잘 녹아들어 있다. 각 법원과 판사가 각자 재량과 성향을 마음껏 발휘하여 소신있게 판결을 하는 것으로 사려된다. 또한 프랑스 시민사회가 사법제도에 다른나라 사람들보다 비교적 관심이 높다고 볼 수도 있다.[203]

형사소송법 제 144조에 따르면 프랑스의 조건부 석방제도에서 구속 심사를 할 때 고려하는 기준들은 다음과 같다. 사건의 진실을 밝혀내는데 필요한 증거 또는 자료를 보호할 필요가 있을 경우, 증인 또는 피해

---

201) 법원행정처, 외국사법제도연구(14) -각국의 구속 및 보석 기준 실무 운영 현황-, 법원행정처.

202) Fair Trials International. "Pre-Trial Detention in France". FTI. https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/Fair_Trials_International_France_PTD_Communique%CC%81_EN.pdf (last accessed 1/30/2023).

203) Fair Trials International. 앞의 책.

자 그리고 그들과 연계된 가족들이 증언을 불편 없이 하도록 도와야 할 경우, 조사를 받는 피의자와 공범들의 공모를 예방할 필요가 있을 경우, 조사받는 사람을 보호할 필요가 있는 경우, 조사받는 사람이 법원의 감독 아래 있어야 하는 경우 (법정출두 확보), 피의자가 다른 새로운 범죄를 저지르지 않도록 조처가 필요한 경우, 지역사회에 피해를 줄이기 위한 조치를 해야 하는 경우에는 구속이 결정된다.[204]

조금 시간이 지나기는 하였으나, 2007년에 조건부 석방제도 관련 개정이 있었고, 그 이후로 구속의 숫자가 많이 줄어들었다. 개정이 발생한 2007년에 총 20,000명이 구속되었는데 비해, 그 이후로는 해마다 16,000-17,000건 범위 내에서 구속 결정이 내려지는 상황이다.[205]

현대적인 석방조건의 트렌드로서, 프랑스의 전자발찌의 사용은 2010년 이후로 조금씩 늘어나는 추세이고, 대략 1년에 450건이 석방조건으로 부과되고 있다. 다만 조건부 석방 관련 통계 수집에 대한 필요성이 제기되고 있는 상황이라서 숫자가 정확하지는 않다.[206]

프랑스 예심법원에서 자주 사용되는 석방조건들은 다음과 같다. 이동 또는 여행 전에 해당 정부 기관에 알리는 조건, 법정에 출두하거나 소환에 응해야 하는 조건, 지정된 장소에 가지 않는 조건, 가택구금의 조건, 전자발찌 착용의 조건, 운전을 하지 않는 조건, 지정된 사람들과 접촉하지 않는 조건, 법원에 지불하는 보증금 외에도 피해자 또는 자신의 부양가족 등에게 금전적인 지불을 하는 조건 등이다.[207]

---

204) Fair Trials International. 앞의 책.
205) Fair Trials International. 앞의 책.
206) Fair Trials International. 앞의 책.
207) Fair Trials International. 앞의 책.

제 5 장 한국 조건부 석방제도의 구성

제 1 절 도입의 다양화 필요성

1. 전자장치부착 제도

가. 한국의 입법경과

전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법')이 2020. 2. 4. 개정되어 2020. 8. 5.부터 시행되고 있다. 특히 위 전자장치부칙법 개정에는 보석조건으로 '전자장치부착'이 신설되었는데, 이는 전자장치 부착명령의 활용범위를 확장하면서 기존의 전자장치부착명령, 즉 전자감독제도에 대한 시각변화를 보여주는 입법이라는 평가가 있다[208].

특히 위 2020. 2. 4. 개정된 전자장치부착법 일부개정안의 제안이유를 살펴보면, 교정시설 과밀수용 해소 방안으로 가석방이 확대됨에 따라 범죄에 대한 국민의 불안이 가중되고 있어 현행법상 특정 범죄자에 한정된 전자장치 부착 대상을 가석방의 경우에도 확대함으로써 출소자 관리감독의 사각지대를 최소화할 필요가 있다는 부분과, 보석허가자의 도주방지와 출석 담보를 위해 주거제한 등 조치와 함께 전자장치 부착을 보석조건으로 부과할 수 있도록 함으로써 도주 우려 등 보석허가 결정에 대한 법원의 부담을 완화하여 보석활용률을 높이고 미결구금 수용자를 감소시켜 과밀구금을 해소하는 것을 제안이유로 들고 있다[209].

같은 취지에서 다른 입법제안에서는 위와 같은 전자장치부착명령 제도가 미국, 영국, 프랑스 등 대부분의 주요 국가에서도 보석을 조건으로 하는 전자감독 제도를 이미 활용 중이라고 제시하면서, 한국이 오랜 기간

---

208) 김혜정, 전자장치부착법 개정 의미에 대한 고찰, 보호관찰(20), 한국보호관찰학회(2020), pp.1-2.

209) 2019. 11. 27.자 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률안 제안이유(의안번호 제2023982호) 참조

전자감독 제도를 시행해온 경험과 노하우가 축적되어 있으므로 이를 보석허가자의 도주방지와 출석 담보를 위해 전자감독을 보석조건으로 부과하는 방법이 법원의 보석허가 결정에 도움이 될 것이라고 보았다[210].

(1) 보석과 전자장치 부착 규정의 신설

위 개정을 통해서 전자장치부착법의 입법목적이 종래 "특정범죄를 저지른 사람의 재범방지를 위하여 형기를 마친 뒤에 보호관찰 등을 통하여 지도하고 보살피며 도움으로써 건전한 사회복귈르 촉진하고 위치추적 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 특정범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 한다[211]."에서 " 수사・재판・집행 등 형사사법 절차에서 전자장치를 효율적으로 활용하여 불구속재판을 확대하고, 범죄인의 사회복귀를 촉진하며, 범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 한다[212]."로 변경하였는데, 이는 전자장치부착명령이 기존의 '보안처분'의 성격을 넘어서 그 기능을 이용해 ① 불구속재판을 확대하고, ② 범죄인의 사회복귀를 촉진하며, ③ 범죄로부터 국민을 보호하는데 두고 있음을 나타내고, 특히 보석의 조건으로 전자장치부착을 규정함으로써 전자장치부착이 감독수단임을 분명하게 보여주고 있다[213].

위 개정으로 전자장치법의 목적에 대한 개정과 함께 "제5장 보석과 전자장치 부착"이 신설되었는데, 위 규정의 신설로 법원은 형사소송법 제98조 제9호[214]에 따른 보석의 조건으로 '전자장치 부착명령'을 부과할

210) 2019. 10. 30.자 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률안 제안이유(의안번호 제2023318호) 참조

210) 2019. 10. 30.자 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률안 제안이유(의안번호 제2023318호) 참조

211) 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(법률 제16314호) 제1조

212) 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(법률 제17933호) 제1조

213) 김혜정, 전자장치부착법 개정 의미에 대한 고찰, p.8.

214) 제98조(보석의 조건) 법원은 보석을 허가하는 경우에는 필요하고 상당한 범위 안에서 다음 각 호의 조건 중 하나 이상의 조건을 정하여야 한다.
9. 그 밖에 피고인의 출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건을 이

수 있다고 볼 수 있다(전자장치부착법 제31조의2 제1항). 이때 법원은 전자장치 부착명령을 하기 위해서 필요한 경우 보호관찰소의 장에게 피고인의 직업, 경제력, 가족상황 등 피고인에 관한 사항의 조사를 의뢰할 수 있게 되었고(동조 제2항), 보호관찰소의 장은 법원으로부터 의뢰받은 조사를 하기 위하여 필요한 경우에는 피고인이나 기타 관계인을 소환하여 심문하거나 국공립 기관이나 기타 단체에 사실을 알아보거나 관련 자료 등 협조를 요청할 수 있도록 하였다(동법 제3, 4항).

특히, 수사나 공판 단계에서 피고인의 보석조건이나 미결구금의 대안으로 전자장치부착을 활용하는 방안에 관해서는 지속적인 논의가 있었고 그 대안 중 하나로서 전자발찌 부착이 제안되었으며[215], 보석조건으로 전자장치부착을 활용하는 것이 과잉 미결구금의 해소방안으로 의미가 있다는 견해가 있다[216].

다만 기존에는 구속영장발부시 구속의 대안인 조건부 석방의 일환으로 수사단계부터 전자장치부착을 명하는 것이 기소 후 피고인 단계에서 석방하는 보석에 비하여 상대적으로 증거인멸이나 도주의 우려가 높고 위와 같은 전자장치부착 조치를 사기 위한 시간적 여유가 충분하지 않다는 점에서 비효율이라는 문제점[217]과 조건부 석방제도 자체가 도입되어 있지 아니한 상황에서 전자장치부착만 석방의 조건으로 허용하는 것이 체계상 맞지 않다는 문제로 위 개정입법에는 도입되지 아니하였다.

(2) 조건부 석방조건으로 활용 가능성

위 개정을 통해 보석 및 가석방대상자에 대해서는 전자장치부착이 확대되었음에도 위 제도가 조건부 석방 단계까지 반영되지 않은 상황이다. 이에 관해서는 보석의 조건으로 전자장치부착 규정이 형사소송법에서 직접

행할 것

215) 강호석, 문희갑, 전자발찌 도입 2년의 성과와 확대발전 방향, 보호관찰(10), 한국보호관찰학회(2010), p.108

216) 이형섭, 위치추적 전자감독제도 시행 5년의 현황과 과제, 보호관찰(13), 한국보호관찰학회(2013), p.71.

217) 김혜정, 앞의 책, p.10.

규정하는 것이 타당하다는 지적이 있고[218], 이후 살펴보는 내용과 같이 형사소송법에서 조건부 석방제도를 도입한다면 그 과정에서 전자장치의 부착을 석방의 조건으로 명시하고, 그 구체적인 내용을 전자장치부착법에 포함시켜 확대하는 방안을 고려할 필요가 있다.

나. 미국 연방법원의 전자장치부착제도

연방법원이 전자위치추적장치를 사용해 피의자를 감독하는 석방조건을 부여할 때 고려하는 요소는 첫째, 전자감독이 피의자의 법정출석을 확보하기 위해 필수적인 조건이라고 간주되어야 하고, 둘째, 피의자가 사회에 끼칠 위험성이 높아 지속적인 감독이 필요한 상황이어야 하며[219], 셋째, 미국 연방법원은 피해자가 미성년자인 성범죄를 비롯한 아동학대 혐의를 받는 피의자를 조건부로 석방할 때 전자감독조건을 반드시 부여하게 된다[220].

전자감독 석방조건은 이미 재판에서 유죄판결을 받은 피고인에게 사용될 적에는 법리적인 우려가 그다지 크지 않지만, 재판 전 피의자에게 석방조건으로 부여할 때에는 피의자의 헌법적 권리가 침해되지 않도록 주의하여야 한다. 미국에서는 전통적으로 유죄판결을 받은 피고인보다 재판 전 피의자의 권리가 더 크다고 간주하기 때문이다.[221]

만일 전자감독으로 인한 피의자의 법정출석 확보 또는 위험성 감소 등의 기준이 충족되는지의 여부가 불확실한 상황이라면, 피의자가 전자감독 조건을 법원에 자발적으로 신청하도록 하는 방법이 있다. 피의자의 동의로서 헌법적인 문제를 해결하는 것이다. 대부분의 피의자는 구금에 비해 덜 부담이 가는 전자감독을 선택하기를 원하기 마련이다. 다만 전자

---

218) 김혜정, 앞의 책, p.17.
219) United States Court. “Chapter 3: ”Authority to Impose Location Monitoring”. Last accessed Jun. 17, 2022. <https://www.uscourts. gov/services-forms/probation-and-pretrial-services/supervision/authority-impose-location-monitoring>.
220) 18 U.S. Code §3142
221) Gross, Michael. “Electronic Monitoring Systems in the Pre-Trial Environment”, Metro-Date Department of Justice (1992), p.7.

감독은 지속적으로 비용이 발생하므로, 경제적으로 빈곤한 피의자에게는 별도로 정부지원금 또는 가격할인 등을 적용해주어야 할 필요가 있다.[222]

현재 매사추세츠 주(state)를 비롯하여 전자감독을 석방의 조건으로 부여하는데 다소 회의적인 법원도 있기는 하지만, 연방법원은 전자감독을 긍정적으로 평가하는 편이다. 연방법이 제시하는 석방의 조건의 목적과 잘 부합한다는 것이다. 예컨대, 연방법 제 18조 3563(b)항 13호는 법원이 피의자가 지정된 장소에 거주해야 한다는 조건을 부여할 수 있다고 명시하고 있다. 또한 제14호에 의하면 법원을 떠나 이동할 때는 피의자가 반드시 감독관의 허가를 미리 받아야 하는 조건이 가능하다. 제 19호는 직장에 있지 않은 시간에는 피의자가 자택에 머물러 있어야 하는 조건을 부여하되, 이를 전자감독기기를 사용해서 확인하는 것이 가능하다고 하였다. 연방법원은 이러한 목적을 달성하는데 있어 전자감독 조건이 대체로 유용하다는 의견이다.[223]

현재 연방법원이 피의자를 전자감독하는 능동적 방식으로는 피의자의 이동시간을 제한하는 통행금지시간 모니터링(curfew), 이동장소를 제한하는 자택구금 모니터링(home detention), 그리고 자유로운 이동을 허가하는 모니터링(stand-alone)이 대표적이다. 또한 이러한 조건을 피의자가 제대로 이행하는지 확인하는 방법으로 24시간 전자기기를 사용하여 위치확인을 하는 팔찌 혹은 발찌 모니터링(radio frequency monitoring)과 GPS 전파로 위치확인을 하는 위성 모니터링(satellite monitoring)이 있는데, 별도로 지정된 연방정부의 지원금이 없다면 전자감독에서 발생하는 모든 비용은 피의자가 부담해야 한다.[224]

1984년 전자감독제도를 도입한 이후, 미국 연방법원은 재판 전 피의자를

---

222) Gross, Michael. “Electronic Monitoring Systems in the Pre-Trial Environment”, Metro-Date Department of Justice (1992), pp.14-15.

223) United States Court. “Chapter 3: Location Monitoring”. Last accessed Jun. 17, 2022. <https://www.uscourts.gov/services-forms/location-monitoring-probation-supervised-release-conditions>

224) United States Court. “Chapter 3: Location Monitoring”. Last accessed Jun. 17, 2022. <https://www.uscourts.gov/services-forms /location-monitoring-probation-supervised-release-conditions>.

석방할 때 전자감독을 보석의 중요한 조건으로 사용해 왔다. 통계상 전자감독의 조건을 부여받는 피의자는 대부분 미국 시민권자(80%)인 남성(84%)이며, 최초출두 당시 직장이 있었고(63%) 기혼자(55%)로 나타났다. 범죄의 종류를 살펴보면 마약 혐의가 66%로서 가장 높은 전자감독을 받는 것으로 나타나고, 폭력 또는 총기관련 범죄는 21%가 전자감독을 받았다.

전체 전자감독의 77%가 중범죄로 기인한 석방조건이며, 최초출두 당시 피의자가 구속되었으나 보석으로 석방된 사건에 전자감독이 조건인 경우가 84%였다. 최초출두 단계에서 구속영장이 발부되었다는 것은 피의자의 도주가능성 또는 위험성이 높다고 간주되어 자유을 제한할 정당한 사유가 성립되었다는 뜻이므로, 구속의 대안으로 조건부 석방과 함께 전자감독을 실행할 가치가 있는 적법한 사건에 한해서 실시된 것을 볼 수 있다.[225]

한국에서 전자장치부착법은 2007년 제정된 이후 지속적인 개정을 거쳤고, 특히 2002. 2.경 이루어진 개정은 전자장치부착의 목적과 기능을 새롭게 규정하는 점에서 이전 개정과 달리 상당히 중요한 의미를 지니고 있다. 위 개정은 보석과 관련한 전자장치 부착 규정의 신설이라는 점에서 의미가 있으나 조건부 석방제도가 도입될 경우에도 그 활용이 기대된다.[226]

이를 조건부 석방제도의 석방조건 유형에 구체적으로 명시하는 방법으로 포함하는 것이 법률 체계에 부합한다고 할 것이고, 미국과 같이 효율적인 전자감독제도를 실시하는 방안이 필요해 보인다.[227]

미국의 경우, 영장발부단계에서 전자장치 부착조건으로 석방이 가능하다. 전자보석 또는 전자모니터링은 공판전 구속을 줄이는 방도로 미국에서 도입되어 있다. 미국에서 전자감독은 pretrial 감독관에게 보고하거나 통행금지명령을 준수하는 등의 석방조건을 부과하여 지역사회 내에서 피의자를 관리하는 것을 목표로 하고, 비교적 여러 주(state)에서 널리 이용되고 있는 조건부 석방의 대표적인 조건이다.[228]

---

225) Cadigan, Timothy P. “Electronic Monitoring in Federal Pretrial Release”, Federal Probation(1991), p.29.

226) 김혜정, 앞의 책, p.26.

227) 김혜미, 조건부 석방제도의 전망과 실익에 관한 논의 - 미국 인신구속제도의 체계와 최신동향에 대한 검토를 바탕으로 -, 2022년 한국형사소송법학회 학술대회, 한국형사소송법학회(2022), p.19.

2. 범죄 유형별 석방 조건의 부과

가. 보증금의 책정과 석방 조건의 부과

오늘날 조건부 석방제도를 구성하는데에 있어 고려할 목표가 여러 가지 있다. 여기에는 피의자의 기본권 보장, 법원 판사의 재량 확대, 보석 책정과 조건의 유연성과 기능성 등이 포함된다. 이러한 프레임에 맞추어 조건부 석방제도의 기준을 세워야 하는데, 형사 절차의 어느 단계에 어떤 기준을 적용할 것인지도 고려할 필요가 있다. 특정한 형사절차단계에서 어떻게 피의자가 구속이 되는지에 대한 요건을 살펴보고, 그 요건의 특성을 고려하며 보석과 조건의 기준을 책정하는 것이 합리적일 것이다.

영장실질심사단계에 조건부 석방제도를 새로이 설계하고자 한다면, 영장실질심사에서 피의자를 구속하는 사유를 검토하면서 보석여부와 조건의 기준을 책정할 수 있을 것이다. 또한 범죄의 특성과 중대성 등 각 사건의 특정 상황을 여러 방면에서 감안하여 책정을 할 수 있도록, 피고인 단계에서처럼 법원 판사가 결정을 할 수 있는 폭넓은 권한이 있어야 한다.

예를 들어, 해외 도주의 우려가 있는 피의자의 경우에는 여권을 제출시키는 조건을 부과할 수 있다. 특정 증인의 안전, 증거의 인멸이 우려되는 구속 사유의 경우에는 증인의 거주지 또는 증거가 저장되어 있는 특정 장소에 대해 일정한 거리 내 접근금지 조건을 제시한다. 주소가 불분명한 피의자에 대해서는 가족 또는 친척 지인, 특정 보호기관 등을 감독자로 명하여 주소 확보와 유지에 대한 조건을 세울 수도 있다. 또한 사건의 피의자에게 전자발찌 착용 또는 위치추적을 부과하여 석방 조건이 제대로 이행되는지 여부를 확인할 수 있다. 여기 아래에 몇 가지 범죄의 카테고리를 논하면서 미국의 조건부 석방제도를 예시로 함께 들어 보았다.

228) 김혜미, 조건부 석방제도의 전망과 실익에 관한 논의 - 미국 인신구속제도의 체계와 최신동향에 대한 검토를 바탕으로 -, 2022년 한국형사소송법학회 학술대회, 한국형사소송법학회(2022), p.19.

나. 가정폭력, 성범죄 관련 사건

가정폭력 또는 성범죄 사건 실무에서 우려되는 점 중 하나는 피의자가 공판 전에 피해자 또는 자신에게 불리한 증인에게 앙심을 품고 해를 끼칠 가능성이다. 특히 범죄의 폭력성이 매우 심각한 경우나, 동일한 피해자에게 재범으로 폭행이 반복되는 경우에는 피의자의 석방을 쉽게 결정하기가 어렵다.

그리고 피해자가 지니고 있는 증거를 인멸할 가능성, 피의자가 재판 전에 도주를 하는 등의 문제는 구속여부를 결정하는 데 있어 미국과 한국이 모두 고려하는 중요한 이슈이다. 만일 피의자를 석방할 것이라면, 이러한 점을 고려하여 꼼꼼하게 조건을 세우는 것이 필요하다.

한국 법과는 조금 다르지만, 미국법원 실무에서는 가정폭력이나 성범죄 뿐 아니라 일반 시민들 간의 신체적 폭행 사건에서 고려하는 전형적인 구속 사유 중 하나가 피의자가 피해자 또는 지역사회에 미칠 위험성(dangerousness)이다. 치안판사는 initial appearance 단계에서 피의자의 상황과 범죄의 중대성을 꼼꼼하게 고려하여 구속여부를 결정한다.

그러므로, 피의자의 상황을 평가하는데 있어 꼭 확인할 것이 과거 동종전과이다. 미국은 가정폭력 경범죄 사건에 피의자가 초범으로 법원에 들어온 경우에는 대부분 조건부 석방을 허가하는 쪽으로 결정하고 있는데, 한국도 이러한 방향으로 고려를 해 보는 것이 유익할 것으로 보인다.

미국 매릴랜드 주(state)의 예를 들면, 최고 징역형 형량이 10년을 넘지 않는 경범 폭행죄의 초범으로 의심받는 피의자에 대해서 대체로 $2,500-$5,000 정도의 보증금을 부과하고 석방하는 것을 볼 수 있다.

가정폭력 또는 성범죄 사건 피의자의 석방에는 금전적 조건 외에 다른 조건들도 유용하다. 결혼한 부부나 동거인 사이에 발생한 가정폭력 사건의 경우에는 피의자를 피해자와 함께 거주하지 못하도록 조건을 부과할 수 있다. 피의자가 집에서 필수적인 옷가지와 개인용품을 가지고 나와야 하는 경우에는 경찰의 감독 아래 함께 거주지를 매우 짧은 시간

만 접근할 수 있도록 조치한다. 이 때 피의자는 피해자에게 직접 연락을 하는 행위도 불가능하다. 모든 필수적인 연락은 경찰관을 통해서만 이루어지도록 한다.

미국 대부분의 주(state) 내에는 공판 전 석방된 피의자의 감독을 특별히 담당하는 pretrial services agency라는 관공서가 있다. 구치소와 동일하게 법무부 산하에 소속된 기관이지만, 각 지자체마다 운영 방식이 자치적이다.

치안판사는 석방 조건을 부과할 때 피의자를 이러한 정부 산하 감독기관에 위임할 수 있는데, 특별히 가정폭력 사건의 경우에는 피의자가 감독기관이 직접 운영하는 가정폭력방지 교육 프로그램에 출석하거나, 지역 병원시설에서 분노조절장애 검사를 받아야 한다는 조건을 세우기도 한다. 감독기관은 피의자가 조건을 잘 충족하였는지 여부에 대해 법원에 보고서를 올려서, 추후 피의자의 석방조건이행 관련 문제가 발생하면 증거로 사용할 수 있도록 한다.

피의자가 석방을 받고 나서 구속 사유에 해당하는 행동이나 석방조건 위반을 최대한 하지 않도록 예방하기 위해, 치안판사가 석방조건을 부과할 당시 감독기관과 협업하는 실질적인 센스가 필요하다. 치안판사가 현실적으로 감독이 쉽고 가능한 조건을 세워야만 피의자가 조건을 효과적으로 잘 이행할 수 있는 것이다. 따라서 피고인 단계 이후 서비스에 맞춰져 있는 보호관찰소와 위치추적 관제센터 등의 시설을 피의자 단계에도 설립하여, 조건의 폭과 가능성을 다양하게 넓혀 줄 필요가 있다.

미국에서는 소규모 인구가 거주하는 지자체의 경우, 재판과 선고 절차 이후의 피고인 감독에 사용되는 보호관찰소(probation office)를 피의자 감독기관인 pretrial services agency가 함께 사용하는 곳이 종종 있다. 특히 전자발찌 위치추적의 경우에는 예산과 기술인력의 부족 등의 문제로 인해 보호관찰소의 장비와 기기를 부득이 같이 공유하기도 한다.

그러나 대부분의 미국 지자체 법무부는 석방조건 이행 감독업무에 있어서 공판 전 피의자, 그리고 선고 후 피고인 단계에 해당하는 감독관, 정책, 프로그램들을 따로 운영하며 명칭도 서로 다르게 부른다. 예를 들

어 보호관찰 감독관은 probation officer로, 공판 전 피의자 감독관은 pretrial service officer로 불리운다. 피의자 단계의 감독업무를 확실하게 구별하고 공판 전 업무에 특화된 감독관을 고용하는 것이다.

재판이 끝나고 형을 집행하는 단계의 보호관찰은 앞으로 피고인이 사회에 잘 적응하도록 재활을 돕고 재범을 방지하려는 목표가 있다. 그러나 무죄추정의 원칙이 명확하게 적용되는 피의자 단계의 감독은 피의자가 법원에 잘 출석하도록 계도하기, 공판 전 피의자 관리 등 그 목적이 아주 다르다.

역사와 이념적인 면에서도 큰 차이가 있다. 재판 이후 보호관찰은 징역을 대신하는 일종의 특별한 혜택을 피고인에게 주는 것이라고 표현할 수 있으며, 비교적 근대에 등장한 제도이다. 그러나 피의자 단계의 보석과 석방은 아직 재판을 받지 않은 피의자가 헌법적으로 당연하게 누릴 수 있는 전통적인 인권절차로서, 구속이 필요치 않다면 꼭 주어져야 하는 기회이자 권리이다. 따라서 미국의 몇몇 법원의 관행과는 달리, 피의자 단계의 감독업무와 부서의 설립은 선고 후 단계 피고인의 보호관찰소와는 별도로 구성해야 할 필요가 있다고 본다.

아직 재판을 받지 않은 피의자의 효율적인 관리는 결국 형사재판절차가 제대로 이루어지도록 돕고 기본적 인권을 보호하는데 기여를 하게 된다. 한편 재판을 기다리는 동안 피의자가 우발적인 증거 인멸, 도주 또는 다른 범죄를 저지르지 않도록 방지하는 역할도 있다. 그러므로 피의자 단계 감독업무에 대해 충분한 인력과 시설을 지원할 필요가 있다.

다. 총기, 마약 등 위험물질 관련 사건

피의자에게 무죄추정의 원칙이 적용되기는 하지만, 총기, 무기, 폭발물, 마약 등의 위험물질이 연루된 범죄는 근본적으로 죄질이 좋지 않은 경우가 많기 때문에 피의자의 석방이 조심스럽다. 무기를 많이 소유하고 잘 다루는 피의자는 공판 전에 피해자나 증인, 더 나아가 지역사회에 위협이 될 가능성이 있다. 또한 마약 관련 증거는 비교적 쉽게 없애거나

신속하게 인멸할 수 있기 때문에 석방 여부를 잘 고려해야 한다.

미국에서도 대부분의 총기 또는 마약 사건은 요즘 합법화되어가는 대마초 소지 등의 극소수 범죄를 제외하면 거의 중범죄로 간주된다. 강력사건에서 총기를 실제로 발사했다고 의심되는 피의자, 대규모 마약을 거래한 것으로 추정되는 피의자, 또는 이러한 동종전과가 반복되는 재범피의자 등의 경우에는 아예 법적으로 공판 전 석방을 금하는 법원이 많다. 이러한 경우, 예외적으로 치안판사는 initial appearance 단계에서 보석이나 조건부 석방을 결정할 권한이 없다. 구속영장이 자동적으로 발부되는 것이다.

그러나 경범죄 혐의를 받으면서 초범인 경우에는 피의자의 석방이 가능하다. 예를 들어 미미한 양의 차량 내 마약 소지, 미등록된 총기 소지 등 비교적 가벼운 혐의의 피의자는 거의 언제나 조건부 석방이 된다고 볼 수 있다. 이러한 경우 석방조건으로서는 소유한 총기와 무기를 모두 경찰서에 제출하고 다른 총기와 무기를 공판 전에 절대로 소유하거나 사용하지 못하게 할 수 있다. 또한 마약 사건은 외국과 관련된 거래가 있는 경우가 압도적으로 많으므로, 피고인의 여권을 제출시키고 해당 법원 밖으로의 이동을 금하는 조건을 부과한다. 피의자의 해외 연락망을 관리하기 위해, 감독기관이 피의자의 이동 상황과 인적 접촉을 수시로 모니터 할 수 있도록 피의자가 협조하게 하는 종류의 조건도 가능하다.

총기나 마약이 관련된 중범죄 상황의 피의자에게 석방을 허가하는 경우에는 석방조건을 더욱 촘촘하게 맞춤식으로 부과할 필요가 있다. 우선 피의자의 도주를 막고 법원 기일에 출석을 보장하도록 보증금의 액수를 조정한다. 미국 매릴랜드 주(state)의 경우에는 사건에 따라 다르지만 최소 $10,000로 시작해서 통상적으로 $1,000,000까지 보석이 책정되는 것을 볼 수 있다. 이러한 범죄의 사건에서 석방을 하는 경우 피의자의 경제사정, 외국주소의 존재 또는 도피가능성의 여부, 범죄의 중대성 등 여러 상황을 고려하여 책정을 하기 때문에 사건마다 액수에 큰 차이가 난다. Case-by-case마다 다르다고 보기 때문에 보증금 액수의 기준이나 평균을 정하기가 어렵다.

그러나 위에서 언급한 적이 있는 캘리포니아 주(state)는 중범죄를 저지를 때 마약의 사용이 동반되면 보증금을 $20,000로 일관되게 책정하는 것을 볼 수 있다. 만일 피의자가 총기를 발사하여 다른 사람의 신체에 중대한 해를 입혔거나 사망을 야기했을 경우는 보증금 $1,000,000을 가산한다. 캘리포니아 같은 경우에는 체크리스트 양식을 사용하여 보증금 책정을 하기 때문에, 매릴랜드 주(state)나 다른 대부분의 미국 주(state)와 다르게 특이하게도 일관된 숫자를 관찰할 수 있는 것이 특징이다.

원래 미국의 치안판사는 구속, 보석 또는 석방조건의 결정을 내리는데 있어 극히 자율적인 재량을 가지고 옛 영국 식민지 시대부터 업무를 해온 것이 오랜 역사적인 전통이다. 그래서 당연히 보증금 액수에 관련해서 선명한 기준을 지적해 내기 어렵다. 그만큼 유연성이 주어진 구조인 것이다.

오늘날 시대가 많이 바뀌었으나, 보증금 결정을 하는데 있어 체크리스트의 사용 또는 표준화된 계산법이 미국 전체적으로 일반화된다면 사법부의 자율성이 흐려진다고 생각할 치안판사들이 아직도 많이 있다. 그러나 아마도 이는 치안판사의 가장 중대한 역할이 사라지지 않을까 걱정하는 구시대적인 발상이다.

현대 기술적 현실을 고려한다면, 캘리포니아 주(state)의 체크리스트 시스템에서는 인공지능적인 방식으로 보증금이 책정되어도 별다른 문제가 없다. 오히려, 컴퓨터가 인간 치안판사보다도 수학적으로 더욱 정확하고 오류없는 계산과 신속한 전산 입력을 할 수 있는 것이 사실이다. 각 치안판사마다 특정하게 가질 수 있는 개인적인 편견이나 성향을 배제하고 매우 객관적인 숫자를 산출해 낼 수 있다는 의견까지 발생하며 새로운 조건부 석방의 시대가 서서히 열리고 있다. 아직 치안판사를 인공지능이 대체하는 시점은 아니지만, 치안판사가 보증금을 계산할 때 인공지능적인 프로그램을 보조 기기로 사용하는 것은 이미 시작되었다. 한국이 앞으로 IT강국으로서 프로그램을 개발하는 등, 이 방면에서 빛을 낼 기회가 있지 않을까 기대가 된다. 물론, 금전적인 조건 외에도 사건 경위에 맞춘 각종 비금전적 석방조건들이 필요하기 때문에 치안판사의 역할은 매

우 중요하다. 지속적으로 피의자가 감독기관의 면담과 방문을 받도록 하거나, 불시로 마약검사에 응하게 하는 등 피의자 개인 상황에 맞춘 조건들이다. 예를 들어 한 치안판사는 매 주말마다 주거지가 불분명한 피의자를 주말에만 구치소에 1박 2일로 머물도록 하는 색다른 석방 조건을 부과하기도 하였다. 이러한 창의적이고 실질적인 case-by-case 상황 판단은 인공지능으로만 해결하기엔 아직 부족하다.

라. 사기, 금융비리 관련 사건

미국에서 사기, 날조, 위조, 횡령 등의 범죄 혐의에 대한 보증금 액수는 범죄의 중대성과 도주 우려 상황에 따라 많이 다른 편이다. 예를 들어 캘리포니아 주(state)의 샌디에고는 각종 법인 서류 위조에 대한 기본적인 보증금을 $5,000로 시작한다. 주식 관련 사기는 그보다 7배가 높은 $35,000로 규정해 놓았다.[229] 매릴랜드 주(state)는 미리 규정해 놓은 금액이 없지만 보편적으로 $2,500-$100,000 정도로 책정한다.

석방 조건으로는 우선 피해 당사자인 회사 소유 사무실이나 건물에 가깝게 접근하게 못하는 명령이 가장 보편적이라고 볼 수 있다. 치안판사가 정해놓는 거리 경계선 50미터 이내에 발을 들여놓으면 전자발찌가 작동하여 석방조건을 위반하게 되는 형식이다. 또한 사건에 증인이 될 수 있는 피해자 기업의 임원이나 직원에게 직접 연락을 취하지 못하는 no contact order이 부과된다.

사건에 관련된 인물을 접촉하거나 증거를 인멸할 수 있는 가능성을 최대한 줄이기 위해 아예 가택구금을 조건으로 세울 수도 있다. 위의 접근금지 명령처럼, 피의자가 지정된 가택 부지의 경내 밖으로 나가면 경보가 울리는 종류의 시스템이다. 다만 법원에 출석하거나 감독기관의 프로그램에 참석하는 등의 합당한 상황에는 허가를 받고 외출할 수 있다.

또는 법원이 지정하는 장소에서 재판이 끝날 때까지 거주하는 조건을 부과할 수 있는데, 이러한 장소는 대부분 구치소, 지역 사회봉사 단체 등과

229) Bail Schedule. Superior Court of California, County of San Diego, eff. 1/3/2022, p. 122.

연계되는 숙식시설이다. 감독관이 언제든지 자유로이 드나들 수 있으며, 각종 교육 프로그램, 상담원과 유료 편의시설이 있고 24시간 내내 CCTV와 경비 등을 고용하여 안전을 관리한다. 그러나 감독이 비교적 허술할 수 있는 야간시간에 피의자가 도주하는 것을 방지하기 위해 curfew라고 불리우는 통금시간을 정해놓는다.

제 2 절 석방조건의 내용

1. 석방 현황

한국의 구속적부심사제도는 현재 활용이 지속적으로 감소하는 추세이다. 구석적부심사는 2016년에 총 2,353건이 청구되었는데, 2020년에는 1,815건에 불과하여 23% 가량 감소하였다. 서울중앙지방법원의 경우 구속적부심사 중 인용건수가 2016년 20.5%, 2019년 10.2%, 2020년 3.0%로 줄어들고 있고, 전국적으로도 인용건수가 2016년 17.2%에서 2019년 14.3%, 2020년 7.7%로 계속 감소하고 있다.

[표18] 구속적부심사청구 및 인용건수 ('16 ~ 21. 6.)[230]

	2016		2017		2018		2019		2020		2021. 1.~6.	
청명	신청건수	인용건수	신청건수	인용건수	신청건수	인용건수	신청건수	인용건수	신청건수	인용건수	신청건수	인용건수
전국 합계	2,353	355	2,125	301	1,994	240	1,928	197	1,815	118	749	49
서울중앙지방검찰청	156	32	180	44	195	17	136	19	132	4	41	3
서울동부지방검찰청	79	19	62	7	41	2	48	5	53	4	19	2
서울남부지방검찰청	104	26	111	15	108	19	98	13	96	8	31	0
서울북부지방검찰청	94	8	85	3	64	7	62	2	54	0	25	1
서울서부지방검찰청	76	15	71	8	89	19	94	15	55	5	27	4
의정부지방검찰청	86	6	85	14	45	6	51	1	64	4	34	1
인천지방검찰청	162	20	121	9	122	3	110	3	104	2	25	1
춘천지방검찰청	9	0	20	4	24	3	12	0	13	1	9	1
수원지방검찰청	130	11	77	8	69	8	60	1	39	2	36	2
대전지방검찰청	52	6	50	3	67	10	39	0	81	5	17	1
청주지방검찰청	48	6	31	2	37	2	44	3	33	0	12	1
대구지방검찰청	69	6	76	4	72	2	95	3	78	6	30	0
부산지방검찰청	173	18	86	8	93	9	91	7	88	5	36	3
울산지방검찰청	55	9	40	4	24	2	38	4	38	6	13	2
창원지방검찰청	58	11	31	9	33	3	45	5	37	3	17	1
광주지방검찰청	51	4	58	0	71	5	50	1	47	1	29	2
전주지방검찰청	14	0	27	2	25	1	26	0	31	3	8	0
제주지방검찰청	48	5	43	3	45	4	35	1	36	2	11	2
기타 지청	889	153	871	154	770	118	794	114	736	57	329	22

현행 제도에서는 수사 단계에서 피의자의 신청에 의한 석방제도 및 구속대체제도가 실질적으로 그 기능을 다하지 않는다고 볼 수 있으므로 구속영장 심사 단계에서 판사의 직권으로 보증금 납입 등 각종 조건부로 피의자를 석방하는 방안이 적극적으로 검토될 필요가 있다.

2. 석방조건의 유형별 검토

가. 피의자의 출석담보 목적

구속의 가장 중요한 목적 중 하나가 법정출석의 확보이므로, 피의자가 출석을 담보할 수 있는 방안을 조건으로 부과하는 것이 가장 먼저 고려될 수 있다. 이때 피의자에 대하여 법원에 출석토록 하기 위해서는 피의자의 주거를 일정 범위 내로 제한하고, 주거를 변경할 필요가 있는 경우에는 법원에 주거를 변경하는 취지와 이유를 소명하는 서류를 신청하여 그 허가를 받을 것, 필요한 경우 법원이 지정하는 주거 등 이외의 장소의 출입 금지, 피의자가 사용하는 휴대전화기에 대한 감청을 허용하는 서약서 작성, 전자감응식 감시장치의 착용 후 감시조치에 동의하는 내용의 서약서 제출 등을 통한 출석담보 방식이 고려될 수 있다.[231]

피의자의 출석을 약한 제한으로 보장할 수 있다면, 이는 피의자에 대한 자유의 침해를 최소화 하는 것으로서 무죄추정의 원칙 등에 부합하여 바람직하다고 할 것이다. 이를 반영하여 현행 형사소송법도 보석조건을 규정하면서 피고인이 출석을 약속하는 서약서를 제출하는 것을 형사소송법 제98조 제1호에 규정하고 있다. 미국 역시 출석서약서 조건부석방(release on own recognition)을 규정하고 점차 많이 쓰이는 추세라서, 실질적으로 사용하기에 편리할 것으로 보인다.[232]

---

230) 대검찰청, 범죄분석(2016. ~ 2020.), 범죄통계원표(2016. 1.~2021. 6. 기준).
231) 대법원 재판제도분과위원회, 앞의 글, p.12.
232) 일부 견해는 서약서와 출석보증서의 제출이 보석보증금 없는 보석을 인정하여 자력 없는 가난한 피고인에 대하여도 보석을 허용하여 보석을 활성화하기 위하

다만 미국에서는 경범죄 정도에 해당하는 경미한 사건을 제외하고는 모든 형사사건 피의자를 일단 체포한 후에 계속 구금할 만한 사안이 아니면 조건을 부과하여 보석을 허용하는 체계이므로, 체포된 사안 중에는 경한 사건도 많고 범죄의 경중이 아주 가벼운 것부터 매우 중한 것까지 다양하기 때문에 서약서만 제출받고 석방하는 사례가 많은 것으로 보인다.

이에 반해 한국의 경우 미국에서 보석이 허용되지 않을 정도의 중한 범죄이거나 도주와 증거인멸의 우려가 인정되는 경우에만 구속되고, 그 이외의 사람들은 애초에 수사단계에서 불구속으로 처리되므로 전체 형사사건 중 구속의 비율이 비교적 적은 한국에서는 구속된 사람을 서약서만 제출받고 석방한다는 것이 상대적으로 어려울 가능성은 있다.

보석의 조건으로 금전적 조건을 부여하는 것은 예로부터 당연하게 여겨왔지만 그 동안 사회적 부익부 빈익빈(富益富 貧益貧)의 문제로 인해 대안적 방안의 필요성이 대두되었고, 그 대표적인 사례가 서약서 등의 제출이라고 볼 수 있다. 그렇지만 기존과 같은 보증금 체계를 그대로 유지하면서 '피고인 또는 법원이 지정하는 자가 보증금을 납부하거나 담보를 제공하는 조건'을 유지하는 것은 경제적 양극화에 따른 소득불평등 관련 범죄의 발생에서 나아가 보석 등을 통해 석방의 기회를 차등적으로 적용하는 것으로 보일 수 있으므로 이들보다는 제3의 대안적 방법을 통한 석방조건의 확립이 필수적이라 할 것이다. 이를 위해서는 현행 형사소송법 제98조에 나열하고 있는 9가지 보석조건, 그 중에서도 형사소송법 제98조 제9호 '그 밖에 피고인의 출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건을 이행할 것'의 내용이 중요하다고 할 것이다.[233]

여 도입된 것으로 보기도 하는데[이재상, p.302. 참조], 영미법에서 위 제도가 마련된 취지상 빈자에 대한 배려의 차원보다는 피의자의 양심과 출석의 약속으로 보석을 허용한다는 취지로서 피의자 또는 피고인의 자력과 반드시 연계시켜 판단할 필요성은 낮은 것으로 보인다.

233) 홍영오/박준희/금현섭/박성민/김빛나, 사회변화에 따른 미래 형사정책 방향(3) : 경제적 양극화와 형사정책의 변화, 한국형사정책연구원(2017. 12.), pp. 154-157.(위 분석에 의하면, 경제적 불평등 및 부의 격차가 범죄율에도 일정 부분 영향을 미치는 것으로 보이고, 최근 한국의 경제적 양극화 현상이 심화되면서 주거지 분할 현상 등으로 지역간 범죄율 및 범죄내용에도 각 차이가 나타나고 있으므로 형사정책적인 대책이 필요하다는 취지이다.)

앞서 살펴본 바와 같이, 미국에서는 판사에 의한 '수시 마약 소변검사', '석방된 피의자의 주거지에 대한 수시 압수수색 허용' 등이 헌법에 맞지 않는 과도한 조건의 부여라는 이유로 위법하다는 판결이 있었는데, 한국에서도 판사 재량에 의한 '적당한 조건'의 내용을 확립하되, 그 내용이 헌법상 영장주의 등에 부합하는 내용이 되어야 하는 것은 물론이다.

결국, 금전적 조건부 석방제도는 보증금의 부과가 사회적, 경제적 불평등의 부조리를 형사사법에 나타낼 수 있다는 점에서 그 이용을 주의할 필요가 있다. 또한 서약서 또는 출석보증서를 통하여 직접적으로 출석을 강제하는 방법 외에 피의자의 소재 등 확인을 통해 출석을 간접적으로 확보하는 다양한 방법이 고려될 수 있는데, 구체적으로 다음과 같은 방법을 들 수 있다.[234]

그 예시로는, 법원이 지정하는 검찰청 또는 경찰서 등 지정 관공서, 또는 법원 및 검찰공무원 등 지정 공무원이 지정한 일시 및 장소에 정기적으로 출석, 지정된 날짜에 관공서 등에 출석할 수 없고, 이에 대한 정당한 사유로 질병 등이 있을 경우에는 미리 사유 및 증빙서류나 진단서를 명시하여 신고, 특정한 법원을 지정한 후 해당 법원을 벗어나서 도망하지 않을 조건, 피해자나 사건과 관계된 제3자를 찾아가거나 해를 가하는 행위를 하지 않을 조건, 3일 이상의 여행을 하거나 외국으로 출국하는 경우에는 미리 법원에 신고하여 허가를 받을 조건, 법원이 지정하는 관공서(법원, 검찰청, 경찰서, 시청)에 여권 기타 피의자 또는 피고인의 신분을 증명할 수 있는 서류를 맡겨놓을 조건, 피의자 또는 피고인 이외의 자(가족 제외[235])가 제출

234) 이에 관하여, 형사소송법 제99조 제2항은 피고인의 경제력에 따라 과도한 조건을 정할 수 없도록 규정하고 있는데, 이는 미국 수정헌법 제8조의 "과다한 보증금은 허용되지 않는다(Excessive bail shall not be required)."라는 규정에서 영향을 받은 것으로 보인다. 다만 이때 'excessive bail'의 개념에 관하여 단순히 피고인이 납입할 수 없는 보증금을 뜻하는 것이 아니라, 출석을 확보하는 데 필요한 이상의 보증금을 의미한다는 견해가 있으나[이재상/조균석, p.304. 참조], 1984년 미국의 Federal Bail Reform Act가 "피고인의 구금을 강제하는 경제적 조건을 부가해서는 안된다."라고 규정한 점에 비추어(Lafave, Encyclopedia, p.101), 명목상 고액의 보증금을 부여하고, 실질적으로 석방의 기회를 박탈하는 것을 금지한다는 취지로 해석할 여지가 있다고 보아야 할 것이다.

235) 피고인(또는 피의자)가 향후 재판에 출석할 것을 보증하는 보증서를 제출하는 것인데, 형사소송법 제98조 제1호가 피고인 스스로가 제출하는 서약서임에 반

하는 출석보증서, 피의자 또는 피고인이 석방조건에 위반할 경우 1,000만 원 이하의 과태료 처분을 감수하겠다는 서약서[236] 제출 등을 들 수 있다.

나. 증거인멸 우려의 방지 목적

증거인멸 우려를 방지하는 목적은 그 자체로 한국 형사소송법 제70조 제1항 제2호에 의거해 구속사유에 해당된다. 이러한 목적을 위해서 범죄의 피해자, 공범, 주요 참고인, 기타 법원이 특정하는 사람들과 만나거나 어떠한 접촉도 피할 것을 조건으로 부과할 수 있다.[237]

증거인멸의 염려와 도망할 염려의 경우 대표적인 구속사유에 해당한다는 점에 비추어 이들 사유는 특별히 조건으로 부과되지 않더라도 도주하거나 증거인멸을 하면 조건부 석방을 취소할 수 있는 사유가 된다.

이러한 점을 고려하여 형사소송법 제98조 제1항 제1호도 '법원이 지정하는 일시·장소에 출석하고 증거를 인멸하지 아니하겠다는 서약서를 제출할 것'을 석방시 부과할 수 있는 첫 번째 조건으로 명시하고 있다.

그리고 형사소송법 제98조 제4호는 "피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하는 행위를 하지 아니하고 주거·직장 등 그 주변에 접근하지 아니할 것"을 규정하고 있다.

피해자나 증인 또는 그 친족의 생명, 신체, 재산 등에 해를 가하는 행위를 하지 아니하고 그들 주변에 접근하지 아니하여 피해자 또는 증인을 보호하는 목적을 달성함과 동시에 증거인멸의 우려를 원천적으로 감소시

하여 위 출석보증서는 피고인 이외의 자가 제출하는 서면을 의미한다. 이에 관해서는 피고인(또는 피의자)이 향후 수사 및 재판절차에 출석하지 않아도 아무런 제재를 받지 아니하여 위 출석보증서의 효력에 의문이라는 주장도 제기되고 있는 바, 이러한 문제점에 대한 대책으로 가족에 의한 출석보증서가 사실상 위 '서약서'와 같은 문제가 있을 수 있는 점을 고려하여 가족이 아닌 제3자에 의한 출석보증서를 교부받도록 하고, 미국의 실무에 의할 경우, 상업적 보석보증인 등을 통하여 출석보증을 받는 방법 등이 고려될 수 있다.

236) 명칭은 '서약서' 임에도 그 실무는 사실상 금전적 보석과 동일하나, 본건은 벌금과 동일한 개념으로서 피의자가 도망해도 돌려주지 않는 차이점이 있다.

237) 대법원 재판제도분과위원회, 앞의 글. p.13.

키는 것을 목적으로 한다.

이때 법원이 지정하는 관공서(검찰청 또는 경찰서) 또는 공무원(법원 및 검찰공무원 등)이 지정한 일시 및 장소에 정기적으로 출석하는 방법 등이 추가된다면 위 접근금지의 효과가 높아질 것으로 보인다.

다. 일상생활에서 재범요소 제거 목적

피의자가 저지른 범행에 대한 재범을 방지하는 것이 중요해 보이는 사안의 경우, 판사는 피의자의 일상생활 중 추가로 발생할 가능성이 있는 재범의 기회를 원천적으로 차단하는 내용의 조건을 부과하는 것이 가능하다.

구체적인 내용으로, 교통사고 등 관련 범행의 경우 차량 운행의 전면 금지, 법원이 특정하는 차량(오토바이, 특수차량 등)의 운행의 부분금지, 필요한 경우 법원이 지정하는 장소(법원, 검찰청 또는 경찰서)에 해당 차량을 일정기간 보관, 운전면허증 등 차량의 운전에 필요한 각종 자격을 맡겨둘 것, 술을 전혀 마시지 않거나 과도하게 마시지 아니할 조건, 법원이 정할 일시 및 장소에 음주측정, 마약, 향전신성의약품, 대마초 기타 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용하지 말 것, 무기나 흉기, 기타 위험한 물건에 대한 소지 금지 등 조치를 통해 재범을 일으킬 수 있는 물건이나 요소에 대한 접근을 차단하는 방식으로 재범가능성을 낮추고 조건부로 석방하는 방안이 고려될 수 있다.[238]

라. 경제활동, 사회활동의 유지나 제한 목적

피의자에 대한 석방 조건으로 피의자가 경제활동 또는 사회활동을 그대로 유지하거나 특정 직업 등을 제한하는 조건이 고려될 수 있다. 구체적인 내용으로 피의자가 현재 직장을 다니는 경우, 고용을 유지할 것, 해고되었거나 직장이 없는 경우에는 적극적으로 직장을 구하기 위해 노력

238) 대법원 재판제도분과위원회, 앞의 글, p.13.

할 것이 조건으로 부여될 수 있고, 피의자 또는 피고인이 일정한 직업활동이나 사회활동을 계기로 범죄를 저지르게 되었고, 그 직업으로 복귀할 경우 재범의 가능성이 있는 경우에는 법원이 지정하는 특정 직업활동이나 사회활동을 금지하며, 위조사범이나 수표 또는 어음 관련 사기 범행의 피의자의 경우, 수표나 어음 발행의 금지 또는 법원이 지정하는 특정 금융거래의 금지 등이 고려될 수 있다.[239]

최근 많이 문제되는 중고물품 사기 사건의 경우 '인터넷을 통한 중고물품 거래의 금지' 또는 '계좌이체 금융거래 금지' 등의 방법이 적극적으로 고려될 수 있을 것이다. 다만, 판사는 그와 같은 제한 방법을 구체적으로 정하여 기본권 침해의 정도를 최소화할 필요가 있을 것이다.

마. 피해자 등에 대한 피해회복 목적

법원이 지정한 특정 기간 내에 피해자의 권리회복에 필요한 인적 또는 물적 담보조치를 이행할 것을 요구하는 것이 가능하다. 이때 피의자 또는 피고인이 부담하는 배우자나 자녀 그 밖의 가족 등에 대하여 부양료, 교육비 등을 지급하는 사실을 증명토록 하는 방법이 고려될 수 있다. 특히 피해자 있는 범죄들 중 교통사고 등 범죄, 사기나 배임 등 범죄에서도 피해회복을 위한 방안으로 피해회복 가능성이나 피해회복을 위한 노력이 석방 조건의 하나로 고려될 수 있는 것이다.[240]

다만 이러한 피해자 등에 대한 피해회복의 목적은 민사소송 등과의 관계상 대부분 금전적인 피해배상으로 이어질 가능성이 높은 경우가 많아 보이는데, 이 때 조건은 피해자 등에 대한 피해회복과 더불어 보증금 납입 또는 이에 상응하는 담보의 제공 방식으로도 가능할 것으로 보인다.[241]

바. 치료 · 교양 · 교육 · 보호감독의 목적

239) 대법원 재판제도분과위원회, p.13.
240) 대법원 재판제도분과위원회, p.13.
241) 대법원 재판제도분과위원회, p.13.

피의자가 자신의 의지로 해결할 수 없는 질병, 중독 등이 범죄에 영향을 미친 경우에는 의료기관(정신병원 등) 등에 의한 검사, 치료를 받게 하거나 그 목적을 위하여 의료기관에 입원할 것을 조건으로 석방하는 것이 고려될 수 있고, 성매매 범행의 경우 법원이 지정하는 특정 교육프로그램에 참여시키는 것도 가능하며, 법원이 지정하는 사람에 의한 보호감독조치에 따를 것을 조건으로 석방하는 것도 가능하다.

법원이 지정하는 사람에 의한 보호감독조치는 주로 미성년의 피의자에 대하여 활용도가 높을 것으로 보이는데, 이는 '학교에 결석하지 않을 조건' 등과 같은 결합도 가능한 것으로 보인다.

사. 보증금 납입 또는 담보제공의 목적

피의자 또는 피고인, 그 밖에 법원이 지정하는 사람에 의한 보증금 납입 또는 담보의 제공에 의한 석방이 가능하다고 볼 수 있고, 한국 형사소송법에서는 보석 및 구속적부심 단계에서 보증금납입 조건부 석방제도를 도입하고 있어서 그 활용도가 높을 것으로 기대되는 조건이다.[242]

다만 이러한 보증금납입 조건은 '부유층에게만 석방의 기회를 높인다'는 비판이 있고, 석방의 기회에서 부익부 빈익빈을 가져온다는 문제점이 있어 피의자의 사회적 지위나 경제력에 맞는 적정한 보증금 산정이 필요하다.

아. 피해회복을 위한 공탁

한국의 개정 형사소송법은 '법원이 지정하는 방법으로 피해자의 권리회복에 필요한 금전을 공탁하거나 그에 상당하는 담보를 제공할 것'을 보석조건에 추가하였다. 이 조건에 관해서는 사개추위 논의시 검찰에서 반

242) 형사소송법 제98조(보석의 조건) 법원은 보석을 허가하는 경우에는 필요하고 상당한 범위 안에서 다음 각 호의 조건 중 하나 이상의 조건을 정하여야 한다.
8. 피고인이나 법원이 지정하는 자가 보증금을 납입하거나 담보를 제공할 것

대 의견을 표명한 사실이 있는데, 당시 검찰에서 위와 같은 피해회복을 위한 공탁이 형사의 민사화를 초래하여 경제적으로 어려운 피고인에게 무리한 조건일 수 있으며, 조건부 석방제도의 취지와 무관한 조건이라는 주장을 하였다.[243]

미국의 현대적 추세를 살펴보면, 해당 사건의 상황에 필요하다면 판사가 이러한 조건을 부과하는 것이 법으로 금지되거나 문제가 되지는 않을 것으로 보인다. 조건을 정하는 판사의 재량이 넓게 인정되고, 다양한 종류의 조건을 사건마다 각기 다르게 맞춤형으로 표현하도록 허가하기 때문이다.[244]

그러나 한국은 형사소송법에 민사소송을 통해 집행권원을 확보하는 불편을 덜기 위해 배상명령제도를 두고 있어서 조건부 석방제도에 피해회복을 위한 공탁에 대한 필요가 덜할 것으로 예상된다.

흥미롭게도, 영국법에 기반을 둔 형사소송법을 사용하는 인도 대법원은 2021년에 피해자의 회복에 필요한 금전을 공탁하는 보석조건을 불허한 바 있다. 공판 전 피의자 단계에서 보석조건으로 적용하기에는 부적절하다고 하였다.[245]

3. 한국 형사제도를 고려한 조건부 석방제도 적용 제안

가. 도입의 필요성

---

243) 이준보, 사법개혁제도추진위원회 제7차 실무위원회 제출자료 - 법안 검토의견서, “사개추위형사소송법 등 개정백서”, 대검찰청(2006. 6.), pp.714.

244) 이준보, 사법개혁제도추진위원회 제7차 실무위원회 제출자료 - 법안 검토의견서, “사개추위형사소송법 등 개정백서”, 대검찰청(2006. 6.), pp.714-716.(당시 검찰에서는 석방조건 중 위 ‘피해회복을 위한 금원의 공탁’ 부분을 삭제하자는 의견을 제시하였다.)

245) Tejaswi Pandit. “Directions to deposit Rs2 lakh compensation for victims as a bail condition for grant of bail: SC says not permissible”. SCC Blog, Jul. 14, 2021. https://www.scconline.com/blog/post/2021/07/14/victim-compensation-2/ (last accessed 2/1/2023).

한국 형사소송법 제 98조는 이미 보석의 조건을 다양화하여 각종 금전적 그리고 비금전적 석방 조건을 부과할 수 있도록 하였다. 제 99조는 피고인이 저지른 범죄의 성질 및 죄상, 증거의 증명력, 피고인의 전과와 성격, 환경 및 자산, 피해자에 대한 정황 등을 고려하여 보증금 여부를 결정하도록 되어 있어서, 미국의 보석제도처럼 case-by-case 상황을 고려한다는 점에서 매우 훌륭하다.

다만 이러한 제도는 구속 후 단계인 구속적부심에서 활용이 가능하므로, 영장심사단계에 조건부 석방이 없다는 점이 오히려 이상하게 보인다. 피의자의 헌법적 권리가 영장심사단계에서만 갑자기 줄어든 것처럼 보이기 때문이다. 피의자의 헌법적 권리는 공판 전 모든 단계에 걸쳐 일관되고 동일하게 적용될 필요가 있다고 본다.

현재 한국의 영장심사단계는 구속영장의 발부 또는 기각, 이 둘 중의 하나밖에는 선택권이 없다. 이는 일찌기 광복 후 한국에서 논의되었던 법률보다도 뒤떨어진 감각의 제도적 구성이라고 말할 수 있다. 미군정 제 176호를 보면 이보다 훨씬 앞서나간 제도가 이미 들어왔었던 정황이 드러나기 때문이다. 1948년 당시 미국식 조건부 석방제도를 독일식 대륙법 체계와 비교하며 잘 번역하고 활용하려고 노력한 모습이 눈에 띈다. 한국 역사에 이미 존재했던 시스템을 다시금 되살려 재정비하고, 시민의 권리를 보장하는 좋은 취지를 이어나가는 것은 의미가 있을 것이다.

미국의 조건부 석방제도는 피고인 단계 보다는 피의자를 위한 시스템이며 그 기원과 역사가 영국 식민지 시대 이전으로 거슬러 올라갈 정도로 유구하다. 한국이 영장심사단계에 조건부 석방제도를 도입한다면 이러한 민주주의적 무죄추정원칙과 불구속 수사원칙 등에 잘 부합할 것으로 보인다. 또한 현대적 감각을 살려 실질주의와 법 절차의 기능성 증진에도 기여를 할 것으로 예상된다.

나. 보증금의 책정

앞서 위에 설명한 바와 같이, 두 가지 방법 중에 하나를 선택할 수

있다. 첫째, 매릴랜드 주(state)나 다른 대부분의 미국 법원처럼 판사의 재량을 넓혀 자율적으로 보증금을 책정하게 하는 방법이 있다. 또 하나는 캘리포니아 주(state)처럼 bail schedule 제도를 도입하여 일률적인 보증금 액수를 한국 전역에 걸쳐 책정하도록 하는 것이다.

두 시스템 모두 장단점이 있겠으나, 현재 한국이 운용하는 보석신청 단계에서 판사가 별도의 규제나 제한 없이 보증금을 결정하고 있다면, 영장심사단계에서도 비슷한 방식을 따르는 것이 실용적일 것으로 보인다. 갑자기 캘리포니아 주(state)처럼 체크리스트를 작성하려면 한국에서는 복잡한 입법 논의와 오랜 시간이 걸리는 회의가 많이 필요할 것으로 보인다.

분명히 각 계층에서 의견이 충돌할 것이며, 만일 bail schedule이 결국에 완성된다 하더라도, 모두를 만족시키는 결과물이 아닐 것이다. 차라리 원래 취지를 받들어, 판사의 결정 재량을 넓히고 결정의 범위와 선택의 유연성을 살려 case-by-case로, 판사-by-판사 결정을 하도록 제도를 구상하는 것이 좋을 것 같다. 미국에서도 후자 캘리포니아 주(state)의 방식은 소수에 속한다. 대부분의 다른 미국 주(state)들은 자율적인 사법부의 판단을 따르고 존중하고 있다.

다. 인공지능 프로그램과 각종 기술의 활용

오늘날 컴퓨터를 사용하지 않는 국가 공공기관은 거의 없다. 한국과 미국의 법무부도 각종 서류의 입력과 기록 관리, 전과 검색 등 여러 분야에서 업무를 전자화하였다. 이제는 무거운 서류뭉치를 굳이 카트에 실어 이 부서에서 저 부서로 옮겨 다니지 않아도 된다. 어떤 기록이나 쉽게 전자화 할 수 있어서, 만일 행정 관리자가 원하기만 한다면 사이버 공간에서 실시간 저장, 공유, 수정, 서명 등이 가능해 진 시대이기 때문이다.

한국의 경우에도 형사사법절차 전자화 촉진법[246] 등을 통해 형사사법절차의 전자화를 촉진하여 신속하고 공정하며 투명한 형사사법절차의

246) 법률 제9942호, 2010. 1. 25. 제정, 2010. 5. 1. 시행

실현을 구현하기 위해 노력하고 있는 것으로 보인다. 그런데 아직도 주요 사건의 경우 서면 기록을 통해 사건내용의 정리가 이루어지고 있으므로 향후 형사사건의 전자화가 보다 확대될 필요가 있다.

보증금을 책정할 때 계산에 도움이 되는 인공지능 프로그램을 사용하는 것도 시간이 흐르면서 점차 보편화 될 것으로 예상된다. 이미 다수의 미국 주(state)법원이 이런 소프트웨어와 앱을 치안판사 업무에 활용하도록 하고 있다.

한국이나 미국이나 보증금 결정을 할 때 사실 고려할 요소가 많고 복잡하다. 사건마다 피의자의 상황이 다르고 이를 잘 반영하여야 하기 때문이다. 선택지가 다양한 만큼 결정도 간단하지 않다. 인공지능은 이러한 통계적인 업무에 각종 디테일을 보완하고 수학적 오류를 방지하는데 사용하면 될 일이다. 다만 이러한 체계에서는 캘리포니아 주(state)의 체크리스트 양식이 유용하게 쓰일 것으로 보인다.

판사가 자율적으로 보석관련 결정을 하도록 재량을 두되, 인공지능 프로그램과 각종 기술을 활용할 옵션을 주어 현대 시대에 앞장 서는 법원 제도를 구상해 보는 것도 유익할 것 같다.

위에서 논한 것처럼, 한국이 IT강국이라는 현실을 잘 활용하면 판사의 업무를 더욱 신속하고 정확하게 하는데 도움이 될 프로그램을 개발할 수 있을 것이라고 보인다. 실용성이 중요시되는 오늘날, 인공지능은 물론 빅데이터, 전자발찌와 추적시스템 등 각종 현대 기술의 사용은 필수적이다. 글로벌시대인 만큼, 한국의 좋은 기술과 제도는 외국에 수출할 수도 있을 것이다. 또한, 미국처럼 전반적으로 기록을 전산화하여 검찰, 법원 등 각종 부서 간의 협조와 편의를 도모할 수 있다.

라. 감독기관의 설치

조건부 석방을 아무리 잘 결정해 놓아도, 피의자가 그 조건을 제대로 이행하는지 감독하지 않는다면 제도가 제대로 운영될 수 없다. 한국은 아마도 피고인 위주의 감독 시스템을 주로 운영해 왔던 것으로 보인다.

피의자를 위한 영장심사단계에 조건부 석방제도를 도입한다면, 여기에 알맞은 피의자 감독제도와 기관 역시 준비해야 한다.

미국 실무에서는 예산의 부족으로 인해 보호관찰소의 제도와 장치를 공유하는 경우가 있기는 하지만, 공판 전 피의자를 위한 감독 시스템은 따로 구상하는 것이 적절하다.

마. 신청권과 참여권

미국 매릴랜드 주(state)에서는 검사와 변호사가 initial appearance 단계에서 조건부 석방 절차에 대한 신청권과 참여권이 있는지 여부에 대해 일찍이 열띤 논의가 벌어진 적이 있다. 결과를 간단히 요약한다면, 신청권은 없으나 참여권은 있는 쪽으로 결정이 났다고 알려져 있다.

어차피 매릴랜드 주(state)에서는 피의자의 신청이 없이도 initial appearance 단계에서 조건부 석방이 가능하기 때문에, 피의자의 신청권은 불필요하다. 굳이 신청권을 별도로 규정할 필요는 없다고 결론지은 것이다. 또한 검사는 구속영장을 청구할 권리가 있으므로 신청을 굳이 할 필요가 없다. 다만 변호사와 검사 둘 다 initial appearance 절차에 참여할 권리는 있어서, 석방조건 책정 등에 대한 의견을 자유롭게 진술할 수 있다고 하였다.

그리고 헌법적인 시각을 감안할 때, initial appearance 절차에 대한 변호사의 참여권은 필수적이라고 결론을 내렸다. 2013년에 매릴랜드 주(state) 대법원은 이러한 논리를 판례에서 확정하였다. DeWolfe v. Richmond 사건에서 대법원은 미란다 원칙이 초기출두 단계에도 그대로 적용되는 것이 옳으며, 피의자가 만일 경제적으로 어려움이 있어서 변호인을 선임할 수 없다면 국선변호인이 꼭 참여해야 한다고 하였다.

이 판례는 미국이 형사절차의 첫 번째 단계인 initial appearance에 존재하는 피의자의 헌법적 권리를 명확하게 부각시켰다는 점에 있어서 의미가 있다. 구속영장심사 단계의 피의자의 헌법적 권리를 피고인과 똑같이 보장해 주어야 한다는 원칙을 고수한 것이다.

DeWolfe 판례의 이론은 한국의 구속영장심사 단계에 조건부 석방제도를 도입해야 할 필요성을 잘 시사해 준다. 구속적부심 단계에만 피의자 보석조건이 가능한 것은 헌법적으로 형평성이 맞지 않는다. 구속영장심사 단계의 피의자에게도 동일한 기회가 주어져야 한다.

제 6 장 결론

피의자에 대한 구속영장심사 단계에서 조건부 석방의 내용에 관해서는 미국 등 대부분 민주주의 국가들이 이를 도입하였고, 한국도 미군정 법령 176호를 통해 일찍이 관련 제도를 도입한 사실이 있는 사실도 확인해 보았다. 피의자 단계 구속영장실질심사에 조건부 석방을 사용하는 것은 이제 global standard라고 할 수 있다. 따라서 각국의 제도와 한국의 역사 및 현실적 필요성 등에 비추어 볼 때 이제 한국에도 공판 전 단계에 조건부 석방제도를 도입하여 피의자가 자유로운 상태에서 방어권을 행사하게 할 필요가 있다.

다만 공판 전 석방제도의 도입 과정에서 미국, 독일 프랑스 등 여러 국가들의 트렌드와 한국적 상황의 특수성 등을 충분히 고려할 필요가 있고, 그 과정에서 대륙법계와 영미법계 형사사법제도 운영의 특수성까지 더불어 고려하여 구체적인 제도를 마련해 나간다면 공판 전 단계 석방을 통한 피의자의 헌법적 인권을 보장하는데 훌륭한 역할을 담당할 수 있으리라 기대한다.

영장실질심사 단계에 조건부 석방을 도입한다면 판사의 선택권이 넓어져 실용적인 결정을 할 수 있다. 다양한 조건을 활용하여 금전적 그리고 비금전적 조건을 사용하는 것이 가능하다. 이로 인하여 피의자가 도주하지 않고 법정에 출두할 수 있도록 인도하고, 증거가 인멸되는 것을 방지하며, 지역사회와 피해자의 안전을 도모하는 등 각종 실질적 목적을 달성할 수 있을 것이라고 본다.

이런 목적을 위하여, 한국적인 특성이라고도 할 수 있는 구조적 대립과 소통문제를 해결하는 것이 우선 필요할 것으로 보인다. 한국에서는 1954년 형사소송법 개정 당시부터 현대에 이르기까지 검찰과 법원 등의 기관대 기관의 협의가 다소 어려웠던 것으로 보인다. 기관 상호간의 지속적인 논의와 조정을 통하여 실무적인 이슈를 재정비하고, 서로간의 신속한 소통과 긴밀한 협조가 이루어질 수 있도록 도와야 할 필요가 있다.

결론적으로, 오늘날 글로벌 시대에 알맞은 형사소송법을 제정하여 형사소송절차 전 단계에 걸쳐 인권을 명확하게 보호할 필요가 있다. 재판을 받게 되는 사람은 구속영장실질심사 단계에서나 또는 기소된 이후나 유죄판결이 나기 전까지는 동일한 인권보장을 받을 권리가 있다. 공판 전 피의자에 대한 조건부 석방 절차에 보석단계와 동일한 만큼의 헌법적 권리를 인정하고 그에 걸맞는 절차를 시행하여야 할 것이다. 따라서 영장실질심사 단계에 조건부 석방제도를 도입하는 것은 당연하고 자연스러운 필요성이 있다고 고려된다.

참 고 문 헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982
2. 강동범, 구속영장재판에 대한 불복 가부 및 구속제도 개선방안, 형사법의 신동향 제23호, 2009
3. 국회 법제사법위원회, 형사소송법 중 개정법률안 심사보고서, 1995
4. 김경수, “영장항고제도 도입 필요성에 관한 연구”, “형사정책연구(84), 한국형사정책연구원, 2010
5. 김대근/승재현, 미국형사소송제도의 시행현황 및 우리 사법 환경과의 합치 여부 연구, 대검찰청, 2012
6. 김도윤, 일본 형사절차법, 박영사, 2021
7. 김성돈, 개정형사소송법에 있어서 인신구속제도, 성신법학, 성신여자대학교 법학연구소, 2009
8. 김택수, 이중적 수사구조에 의한 기본권 침해, 경찰학연구, 2018
9. 김한균, 미국의 인신구속제도, 한국형사정책연구원, 2005
10. 김환수/문성도/박노섭, Klaus Volk의 독일형사소송법, 박영사, 2009
11. 김희옥/박일환, 주석 형사소송법, 한국사법행정학회, 2017
12. 내무부 치안국편, 미군정법령집, 내무부 치안국, 1956

13. 한국법제연구회편, 미군정법령집(영문판), 한국법제연구회, 1971106
14. 노명선, 형사소송법, 성균관대학교출판부(제3판), 2013
15. 대검찰청, 공판중심주의 형사소송법개정백서, 2005.
16. 대검찰청, 사개추위 형사소송법개정백서, 2006
17. 대검찰청, 사개추위 형사소송법등 개정 백서Ⅱ(신속처리절차/인신구속제도개선), 대검찰청, 2006
18. 대법원, “바람직한 형사사법시스템의 모색”, 공청회자료집, 2004
19. 대법원, 사법개혁위원회자료집(Ⅲ)-현행제도의 문제점과 개혁의 기본방향, 사법개혁위원회, 2004
20. 대법원 재판제도분과위원회, 구속영장단계 조건부 석방제도 도입 문제, 대법원, 2021
21. 대법원 재판제도분과위원회, 구속영장단계 조건부석방제도 연구·검토결과 보고, 대법원(2021. 6.-10.)
22. 류부곤, 인신구속제도의 개선 필요성과 방향, 비교형사법연구, 2018
23. 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울애학교 대학원, 2001
24. 민복기, 정윤환, 형사소송법개정법개설, 조선출판문화사, 1948
25. 박강우, “체포·구속제도의 문제점과 개선방안”, 외법논집(제36권 제1호), 한국외국어대학교 법학연구소, 2012
26. 박미숙, 국제인권기준과 현행형사절차, 한국형사정책연구원, 2000
27. 박봉규/김문귀, 무죄추정의 원칙과 공판전 인신구속, 법학연구, 2019

28. 박병규, “구속영장재판 종류, 항고, 개선방안”, 형사재판의 제문제 제7권, 사법발전재단, 2014
29. 박형남, 신설된 인신구속제도의 운용방안, 법원행정처, 1996
30. 배종대, 이상돈, 정승환, 형사소송법, 홍문사, 2006
31. 백형구, 형사소송법, 박영사, 1997
32. 백형구/차용석, 주석 형사소송법, 한국사법행정학회, 2017
33. 법무부, 프랑스 형사소송법, 휴먼컬처아리랑, 15
34. 법원행정처, 법원실무제요 형사(1), 법원행정처, 2014
35. 법원행정처, 국민의 형사재판참여에 관란 법률 해설, 2007
36. 법원행정처, 불구속 재판 시행의 과제, 법원행정처, 1997
37. 법원행정처, 새로운 인신구속제도 연구, 법원행정처, 1996
38. 사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집(회의), 법원행정처, 2005
39. 사개추기획추진단, 형사사법토론회 자료집, 2005
40. 사법제도개혁추진위원회, 형사사법 제도의 개혁, “사법 선진화를 위한 개혁Ⅵ-7”, 사법제도개혁추진위원회, 2005
41. 사법제도개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁 - 대통령자문위원회 보고서, 2000
42. 손동권, 구속영장 실질심사제의 운용상 문제점과 그 개선책, 법정고시, 1997
43. 신동운, 가인 김병로 선생과 법전편찬 - 형법과 형사소송법을 중심

으로-, 법학연구(제25집), 2007년

44. 신동운, 미국법이 한국형사법에 미친 영향, 미국학, 서울대학교 미국학연구소(제16집), 1993

45. 신동운, 미국법상 인신구속의 법리에 관한 일고찰, 형사법연구(제6호), 1993

46. 신동운, 신형사소송법(제5판), 박영사, 2014

47. 신동운, 인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 서울대학교 법학(제39권), 1998

48. 신동운, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003

49. 신동운, 일제하의 예심제도에 관하여, 서울대학교 법학, 서울대학교 법학연구소, 1986

50. 신동운, 제정형사소송법의 성립경위, 형사법연구(제22호), 한국형사법학회, 2004

51. 신의기/이민식/우영기, 구속영장 기각사건의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구회, 2009

52. 심회기, 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정, 법사학연구(제16호), 한국법사학회, 1995

53. 심회기, 미군정기 남한의 사법제도개편, 법제연구(제8호), 한국법제연구원, 1995

54. 오경식/최창호, 미국형사소송 실무와 절차, 유원북스, 2017

55. 유해용, 인신구속제도의 운영방식 개선을 위한 제안, 저스티스(제83호), 한국법학원, 2005
56. 이인영, 보석제도에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1994
57. 이인영, 체포·구속된 피의자 보석에 관한 고찰, 비교형사법연구(제6권), 2004
58. 이상원, 형사소송법, 서울대 법학전문대학원, 2010
59. 이성기, 미국과 영국의 체포·구금제도의 비교법적 고찰, 한양법학, 2011
60. 이주원, 형사소송법(제3판), 박영사, 2021
61. 이재상/조균석, 신형사소송법, 박영사, 2019
62. 이찬엽, “인신구속에 따른 인권보장에 관한 고찰”, 사회과학연구(제17권 제2호), 동국대학교 사회과학연구원, 2010
63. 이창현, 구속과 보석, 입추, 2010
64. 정영훈, 불구속수사·재판의 원칙의 발전과 정체, 인신구속제도의 재편 방안, 인권과 정의, 2019
65. 정웅석/최창호/이경렬/김한균, 신형사소송법, 박영사, 2021
66. 정준섭, “영장항고제도 도입의 필요성과 정당성”, 부산대학교 법학연구(통권 60호, 49권 제2호), 2009
67. 정진수, 인신구속제도의 일원화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2006
68. 정초영, 수사기관의 구속기간실태 및 외국의 구속제도, 치안정책연구, 1999

69. 조균석, 일본 형사소송법, 박영사, 2012

70. 조성용, “현행 인신구속제도 운용의 문제점과 개선방안 - 구속 및 구속자 석방제도의 운용을 중심으로”, 법조(644), 법조협회, 2010

71. 주승희, 당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구, 한국형사정책연구원, 2006

72. 차용석, 형사소송법, 박영사, 2000

73. 천진호, 형장청구권의 귀속 주체에 관한 검토, 법학논거, 2007

74. 최종고, 해방 후 한국기본법의 정비과정, 한국법사학논총, 박영사, 1991

75. 하만석, “프랑스 수사기관과 강제수사권”, 각국의 구속제도에 관한 연구, 법무연수원, 1998

76. 하태훈, 한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평, 형사법연구, 2011

77. 한국형사정책연구원, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원, 1991

78. 한국형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990

79. 한인섭, 대한민국 헌정 50년, 헌법과 형사법-권력정치, 집단갈등과 법의 지배, 법학(제39권), 서울대학교 법학연구소, 1999

80. 한인섭, 형사소송법 중 개정법률에 대한 검토 및 대안, 서울대학교 법학연구소, 1995

81. 한인섭, 형사소송법 제정과정과 김병로, 법학연구(제28권), 충남대학교 법학연구소, 2017

82. 한인섭, 형법제정에서 김병로의 기여, 법학(제55권), 서울대학교 법학연구소, 2014
83. 허황/최민영/권오걸, 국민의 인권보호를 위한 형사소송법상 체포·구속제도 개선 방안 연구, 한국형사정책연구원, 2020
84. 황정근 등, 구속영장실질심사제도의 개선방안, 형사정책연구 제21호, 1997

Ⅱ. 외국문헌

1. ACLU Pennsylvania. “Broken Rule: Statewide Bail Report”, ACLU of Pennsylvania Research Report. 2021.
2. Blond, Neil C. “Criminal Procedure”, Aspen Publishers. 2009.
3. Boyce, Ronald N. “Criminal law and procedure: cases and materials”, Thomson Reuter. 2010.
4. DeWolfe, Paul. “The High Cost of Bail: How Maryland′s Reliance on Money Bail Jails the Poor and Costs the Community Millions”, Maryland Public Defender’s Office, 2017.
5. Dressler, Joshua. “Criminal procedure: prosecuting crime”, Thomson West. 2010.
6. Emanuel, Steven L. “Criminal procedure”, Wolters Kluwer Law & Business. 2009.
7. Haddad, James B. “Criminal procedure: cases and comments”, Foundation Press. 2008.
8. Iller/Goodwin, Criminal Litigation, 1985.
9. Marcus, Paul. “Gilbert law summaries: criminal procedure”, Barbri, 2008.
10. Murray, Daniel. “A Survey of Criminal Procedure in Spain and Some Comparisons with Criminal Procedure in the United States”, 40 North Dakota Law Review 1, 1964.

11. Saccenti, Brian. “Pretrial Release & Detention in Maryland After the 2017 Amendment to the Pretrial Release Rules”, University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class, 2017.
12. Saltzburg, Stephen A. “American criminal procedure: cases and commentary”, Thomson West. 2007.
13. Shigemitsu Dando and Hiroshi Tamiya, Conditional Release of an Accused in Japan, Pennsylvania University Law Review, 1960.
14. Taslitz, Andrew E. “Constitutional criminal procedure”, Foundation Press. 2010.
15. Tobolowsky, Peggy M. & Quinn, James. “Pretrial Release in the 1990’s: Texas Takes Another Look at Nonfinancial Conditions”, 19 New England Journal on Criminal and Civil Confinement 267, 1993.
16. Vogler, Richard. “Reform Trends in Criminal Justice: Spain, France, and England & Wales”, 4 Washington University Global Studies Law Review 631, 2005.
17. Weaver, Russell L. “Criminal procedure: cases, problems & exercises”, Thomson West, 2007.
18. Cait, Barrett. “Liberty and Justice for All: Equalizing Pretrial Detention for Wealthy and Indigent Defendants”, Connecticut Law Review, 2021.
19. Cassell, Paul and Fowles, Richard. “Does Bail Reform Increase Crime?

An Empirical Assessment of the Public Safety Implications of Bail Reform in Cook County, Illinois", Wake Forest Law Review, 2020.

20. Harvard Law Review Association. "Bail Reform and Risk Assessment: the Cautionary Tale of Federal Sentencing", Harvard Law Review. Feb. 2018.
21. Harvard Law Review Association. "Criminal Law-Bail Reform: California Replaces Money-Bail System With Pretrial Detainment System", Harvard Law Review, May 2019.
22. Harvard Law Review Association. "Criminal Law-Bail Reform: Supreme Judicial Court of Massachusetts Holds That Judges Must Issue Findings of Fact When Setting Unaffordable Bail for Indigent Defendants", Harvard Law Review. Mar. 2018.
23. Harvard Law Review Association. "Preventive Detention Before Trial", Harvard Law Review. May 1966.
24. Karnow, Curtis E.A. "Setting Bail for Public Safety", Berkeley Journal of Criminal Law. Spring 2008.
25. McCoy, Candace. "Caleb Was Right: Pretrial Decisions Determine Mostly Everything", Berkeley Journal of Criminal Law. Fall 2007.
26. McMillion, Rhonda. "Boosting Bail Reform", American Bar Association Journal. Nov. 2017.
27. Wanger, Betsy K. "Limiting Preventive Detention Through Conditional

Release: the Unfulfilled Promise of the 1982 Pretrial Services Act", Yale Law Journal. Dec. 1987.

28. Wiseman, Samuel R. "Pretrial Detention and the Right to Be Monitored", Yale Law Journal. Mar. 2014.
29. Yale Law Journal Company. "Administration of Pretrial Release and Detention: A Proposal for Unification", Yale Law Journal. Nov. 1973.
30. Yale Law Journal Company. "Bail: An Ancient Practice Reexamined", Yale Law Journal. May 1961.
31. Cohen, Thomas H. and Reaves, Brian A. "Pretrial Release of Felony Defendants in State Courts", U.S. Dept. of Justice (Nov. 2007)
32. Miller, Marc L. & Wright, Ronald F. "Criminal Procedures" 3rd Ed. (2007).

Abstract

Conditional Release at Initial Appearance:

Considering U.S. Criminal Procedure

오사라(Sara Oh)
College of Law, Criminal Law
The Graduate School
Seoul National University

The criminal code of the Republic of Korea currently does not provide for a comprehensive bail bond system at the initial appearance hearing phase, where an arrested person's detention and release are determined. In Korea, a country which follows continental-style legal system, a defendant's rights to bail are mostly discussed in post-indictment contexts. The right to bail conditions does not attach at the initial appearance phase.

Nonetheless, the Korean history shows that a comprehensive bail bond system was introduced as early as in 1948 through a criminal code called Ordinance 176. The Ordinance provided for a bail bond system for both before and after indictment phases, thus guaranteeing a criminal defendant's bail rights at all times.

However, this U.S.-style legislation was not adopted by the Korean Criminal Code Reform of 1954 and afterward.

This research aimed to discuss the necessity for equal bail rights at the initial appearance hearing in Korea. For this purpose, history of Korea was considered including the criminal code reforms that took place since 1945 until today, as well as various government committee activities that discussed the introduction of a comprehensive bail bond system at the initial appearance phase. Comparisons were made with the U.S. criminal procedure.

As result, this research concluded that the bail bond system should be as comprehensive at the initial appearance hearing just as in any other bail review hearings that take place later in the criminal procedure. Initial appearance hearing followed by bail review is a global standard today in many countries of the world, including the U.S.

Furthermore, legislation should be drafted carefully considering the unique characteristics of the Korean law, such as the need for institutional negotiation between different judicial actors, and its historic and traditional propensities for continental-style criminal legal system.

Keywords : conditional release, bail bond, bail conditions, Ordinance 176, initial appearance