

[특 집]

개정 형사소송법과 수임판사의 재판에 대한 불복

김재봉*

차 례

I. 시작글	사소송법의 입장
II. 수임판사의 재판에 대한 불복 가능 여부 부에 관한 종래의 논의	IV. 수임판사의 재판에 대한 불복제도의 필요성과 형태
III. 수임판사의 재판에 대한 불복과 개정형	V. 마침글

I. 시작글

작년 말에 터진 소위 론스타사건에서 검찰이 청구한 영장을 법원이 기각함으로써 법원과 검찰의 전면적인 논쟁이 발생한 이후 또다시 최근 신정아 전 교수와 정윤재 전 청와대 비서관에 대한 영장청구가 기각됨으로써 양자간의 다툼은 더욱 격화되는 양상을 보여주었다. 검찰은 법원에 대하여 ‘일정한 기준이 없는 로또영장’, ‘판사 마음대로 하는 원님재판’이라는 등의 비난을 가하고, 여기에 대하여 법원은 ‘(검찰이)그다지 점잖치 않은 표현으로 영장기각에 불만을 표시해 재판부의 신뢰를 저해시켰다’, “영장범죄 사실이 아닌 다른 범죄의 수사를 위하여 신병을 구속하는 수사방식(이른바 ‘별건구속’)은 21세기의 선진 사법으로 나아가기 위해서는 지양돼야만 할 것”이라는 등으로 응수하면서 격한 형태의 대립양상이 전개되었다. 이 와중에서 정상명 검찰총장이 그 해결방안의 하나로 영장항고제도의 도입을 요구하였다.¹⁾

이처럼 영장기각을 둘러싼 논란 중에서 영장항고제도가 주목을 받게 되었고 따

* 한양대학교 법과대학 교수

1) 이상과 같은 논쟁에 대한 자세한 내용은, 인터넷 조선일보 2007.9.21; 인터넷 중앙일보 2007.09.21 참조.

라서 그에 대한 본격적인 검토가 요구된다고 할 수 있다. 즉 검찰이 주장하는 영장항고제도가 현행법상으로 인정될 수 있는 것인지, 인정되지 않는다면 법개정을 통하여 도입할 필요성은 없는 것인지 등에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 이러한 영장항고의 문제는 근본적으로 영장재판을 하는 판사, 즉 수임판사²⁾의 재판에 대한 불복이 가능한지의 문제로 귀착된다. 즉 영장재판 이외에 증거보전청구에 대한 재판 등을 포괄하는 수임판사 재판의 전반에 대한 불복의 문제에 대하여 검토함으로써 체계적인 접근이 가능해진다. 특히 2007년 개정형사소송법은 증거보전청구를 기각하는 판사의 결정에 대하여 3일 이내의 항고를 인정하는 규정을 신설하였다. 이 조항이 수임판사의 재판에 대한 불복 허용 여부에 대한 종래의 논의에 변화를 가져올 것인지가 당장 문제될 수 있다. 따라서 아래에서는 수임판사재판에 대한 불복과 관련한 종래의 논의를 먼저 살펴보고 다음으로 개정형사소송법상의 문제점에 대하여 검토한 다음 마지막으로 이 문제의 바람직한 해결방안을 제시해 보기로 한다.

II. 수임판사의 재판에 대한 불복 가능 여부에 관한 종래의 논의

영장재판 등 수임판사의 재판에 대하여 판례는 불복이 허용되는 않는다는 입장이다. 종래의 다수설은 이를 지지하지만 근래 이를 비판하는 입장이 주로 검사들의 논문에서 개진되고 있다. 아래에서는 이러한 판례와 학설의 입장을 살펴보고 그에 대한 검토를 해보기로 한다.

1. 판례

(1) 영장관련 재판에 대한 판례

먼저 구속영장기각에 대하여 대법원은 일관되게 불복을 불허하지만 그 근거는 판례에 따라 달리한다. 현행 형사소송법과는 배열체계를 달리하였던 과거 형사소

2) 이처럼 수소법원으로부터 독립하여 소송법상 권한을 행사하는 개개의 법관을 수임판사라고 하며, 구체적으로 수사기관에 대하여 각종의 영장을 발부하는 판사(형사소송법 제201조), 증거보전절차를 행하는 판사(형사소송법 제184조) 또는 수사상 증인신문을 행하는 판사(제221조의 2) 등을 말한다(신동운, 형사소송법(제4판), 2007, 443면; 이재상, 신형사소송법, 2007, 63면).

송법(1954년 제정형사소송법: 법률 341호) 하에서의 판례는 형사소송법의 규정배열을 기초로 한 해석을 주된 논거로 하였다.³⁾ 현행 형사소송법 하에서 불복이 허용되지 않는다는 대법원의 가장 최근의 입장은 작년에 사회적으로 커다란 관심을 불러일으킨 ‘론스타사건’에서 제시되었다.⁴⁾ 여기서 대법원은 형사소송법상 재판의 종류·주체에 대한 문언을 판단의 주된 기초로 하고 있다. 즉 ‘지방법원판사’ 또는 ‘판사’ 등 개별판사 또는 법관이 주체로 규정된 경우의 재판은 ‘명령’이기 때문에 ‘법원의 결정’을 그 대상으로 하는 항고가 허용되지 않는다고 한다. 또한 형사소송법 제416조의 준항고의 대상인 재판은 그 주체가 ‘재판장 또는 수명법관’으로 규정되어 있기 때문에 지방법원판사의 재판에 대하여는 준항고를 제기할 수 없다고 한다.⁵⁾ 아울러 대법원은 이처럼 불복을 불허하는 실질적 근거를 제시하고 있는데, 즉 신체의 자유와 관련한 기본권의 침해는 부당한 구속 등에 의하여 비로소 생길 수 있는 것이고 검사의 영장청구가 기각된 경우에는 직접적인 기본권침해가 발생할 여지가 없다는 점, 체포영장·구속영장에 관한 재판에 대하여 항고·준항고를 통한 불복을 허용하게 되면 그 재판의 효력이 장기간 유동적인 상태에 놓여 피의자의 지위가 불안하게 될 우려가 있으므로 그와 관련된 법률관계를 가급적 조속히 확정시키는 것이 바람직하다는 점, 체포영장·구속영장의 발부에 대하여는 피의자

3) ‘구속영장의 신청을 기각할 때에 관한 형사소송법 제201조 제3항의 규정은 우리 현행 형사소송의 기본정신 및 소론 형사소송법 제201조 제6항의 배열상의 위치와 문리해석상으로 보아 구속영장 신청을 기각한 결정에 대하여 항고나 재항고를 불허한다고 해석함이 정당하다’(대결 1958.3.14, 4290형항9).

※ 1954년 제정형사소송법(법률 제341호) 제201조 (구속)

① - ③ 생략

④ 전3항의 규정에 의하여 구속을 받은 자 또는 그 변호인 ... 가족은 관할법원에 구속의 적법여부의 심사를 청구할 수 있다.

⑤ 전항의 청구를 받은 법원은 지체없이 구속한 자와 구속받은 자를 심문하여 그 청구가 이유없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유있다고 인정한 때에는 결정으로 구속받은 자의 석방을 명하여야 한다.

⑥ 전항의 청구를 기각하는 결정에 한하여 항고를 할 수 있다.

4) 대결 2006.12.18, 2006도646.

5) “형사소송법은 제37조에서 재판의 종류를 ‘판결’, ‘결정’, ‘명령’으로 나누어서 규정하는 한편, 재판의 종류와 성질에 따라 이를 담당할 주체를 ‘법원’, ‘법원합의부’, ‘단독판사’, ‘재판장’, ‘수명법관’, ‘수탁판사’, ‘판사 또는 지방법원판사’, ‘법관’ 등으로 엄격히 구분하여 규정하면서, 검사의 체포영장 또는 구속영장의 청구에 대하여는 ‘지방법원판사’가 그 발부 여부에 대한 재판을 하도록 규정하고 있다”고 하면서, 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 ‘법원의 결정’에 해당되지 아니하고, 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 되는 ‘재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판’에도 해당되지 아니함이 분명하다”(대결 2006.12.18, 2006도646).

가 체포·구속의 적부심사를 청구할 수 있고 그 영장청구가 기각된 경우에는 검사가 영장의 재청구를 할 수 있도록 하여 간접적인 불복의 길을 마련하고 있다는 점을 들고 있다. 또한 영장재판 등 재판에 대한 불복의 허용여부는 입법형성의 자유이고 특히 피의자·피고인과 대립하는 지위에 있는 검사에게 재판에 대한 불복을 허용할 것인지는 더욱더 입법정책의 문제에 속하는 것이기 때문에 구속영장기각재판에 대하여 불복을 허용하지 않더라도 위헌의 문제는 발생하지 않는다고 한다.⁶⁾ 이밖에 2005년의 대법원 결정⁷⁾에서도 구속영장기각재판에 대한 불복을 불허하였다. 그 논거로서 법원의 결정에 대한 항고를 허용하는 형사소송법 제402조에서 규정하는 '법원'은 수소법원만을 의미한다는 점,⁸⁾ 항고의 대상이 되는 것은 '결정'에 한하는데 판사의 구속영장기각 처분의 법적 성질은 '명령'이라는 점을 들고 있다. 또한 준항고에 관한 형사소송법 제416조에 규정하는 '재판장 또는 수명법관'은 수소법원의 일원으로서의 법관을 말하는 것이어서, '판사'의 영장결정은 준항고의 대상이 되지 않는다고 한다.

한편 대법원은 구속기간연장신청을 기각하는 재판에 대하여도 불복을 불허한다. 그 이유는 위의 2005년 대법원결정과 동일하다. 즉 항고에 관한 규정인 형사소송법 제402조, 제403조에서 말하는 법원은 형사소송법상의 수소법원만을 가리키므로, 구속기간의 연장을 허가하지 아니하는 지방법원 판사의 결정에 대하여는 항고가 허용되지 않고, 나아가 지방법원 판사는 수소법원의 구성원으로서의 재판장 또는 수명법관도 아니므로 그가 한 재판은 형사소송법 제416조의 준항고의 대상도 되지 않는다고 한다.⁹⁾ 이밖에 지방법원 판사의 압수·수색영장재판에 대하여도 대

6) “심급제도를 통한 재판에 대한 불복의 허용은 국민의 재판청구권을 보장하기 위하여 필요한 것이지만, 동시에 한정된 법 발견자원의 합리적인 분배와 재판의 적정과 신속이라는 상반되는 요청도 고려하여야 한다는 점에서 어느 재판에 대하여 불복을 허용할 것인지의 여부 또는 어떤 불복방법을 허용할 것인지 등은 원칙적으로 입법자의 형성의 자유 내지 입법정책에 속하는 사항으로서, 영장재판에 대하여 불복을 불허하는 형사소송법의 입장은 위와 같은 여러 타당한 근거가 있는 것이기 때문에 입법자의 입법형성의 자유의 범위 내에서 이루어진 합리적인 선택의 결과일 뿐, 헌법에 위반되는 것이 아니다”(대결 2006.12.18, 2006도646).

7) 대결 2005.3.31, 2004도517.

8) 그 이유로서 구속적부심사나 재정결정도 법원의 재판이지만 이에 대하여는 항고를 금지하는 규정이 있다는 점, 구속영장재판 등을 하는 판사는 독립된 재판기관으로서의 판사(수임판사)를 뜻하는 것이므로 이러한 법원 또는 판사를 제외하면 수소법원만이 남게 되기 때문이라는 점을 제시하는데(대결 2005.3.31, 2004도517), 이는 아래의 증거보전청구 기각재판에 대하여 불복을 불허한다는 1986년 대법원 결정에서와 완전히 동일한 것이다(참조, 1986.7.12, 86도25).

9) 대결 1997. 6. 16, 97도1.

법원은 불복을 인정하지 않는데, 그 근거는 위의 대법원결정과 유사하다. 즉 지방법원판사는 준항고에 관한 규정인 형사소송법 제416조에서 규정하는 수소법원의 구성원으로서 '재판장 또는 수명법관'이 아니고, 또한 지방법원판사의 재판은 항고에 관한 규정인 형사소송법 제402조, 제403조에서 규정하는 '법원의 결정'도 아니라는 점을 근거로 제시하였다.¹⁰⁾¹¹⁾

이처럼 영장관련 재판에 대하여 불복을 불허하면서 대법원이 제시하는 논거는 다음과 같이 정리할 수 있다. 우선 준항고의 경우 지방법원판사는 형사소송법 제416조의 '재판장 또는 수명법관'에 해당하지 않기 때문에 허용되지 않는다고 일관되게 판시하고 있다. 항고의 경우는 지방법원판사의 재판은 형소법 제402조·제403조에서 규정하는 '법원의 결정'이 아니기 때문에 허용되지 않는다는 것인데, 그 이유로 형소법 제402조, 제403조의 '법원'은 '수소법원'을 의미하기 때문이라는 것이 일반적이지만(수소법원이론), 2005년의 대법원결정이나 최근의 론스타사건에서 처럼 항고의 대상이 수소법원의 재판이라는 언급을 하지 않고 지방법원판사의 재판은 판사의 '명령'이고 따라서 법원의 '결정'이 아니기 때문에 허용되지 않는다고 판시한 경우도 있다(명령이론).

(2) 증거보전청구 기각재판에 대한 판례

대법원은 증거보전청구를 기각하는 재판에 대하여도 불복할 수 없다고 한다. 그 이유로서 형사소송법 제402조에서 말하는 '법원'은 수소법원을 의미하는 것이고,¹²⁾ 형사소송법 제416조의 '재판장 또는 수명법관'에 '판사'는 포함되지 않는다는 점을 제시하고 있는데, 이는 앞의 영장관련 재판에서와 동일한 것이다. 이밖에 명문의 규정이 없기 때문에 즉시항고도 허용되지 않는다고 한다. 또한 형사소송법 제184조 제2항에서 증거보전청구를 받은 판사는 그 처분에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다고 규정한 것은 그 판사가 증거보전청구를 받아들여 같은 조 제1항이 정하는 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 행함에 있어서 수소법원

10) 대결 1997. 9. 29, 97도66.

11) 이밖에 구속영장발부에 대하여 피의자가 항고를 제기할 수 있는지에 대한 대법원판례는 없고 하급심에서 이를 부정할 경우가 있다(서울지법 1992.6.5, 92보1 결정).

12) '항고제도는 수소법원의 재판 중 결정 또는 명령에 대한 불복절차일 뿐만 아니라 형사소송법상 법원이란 용어는 구속적부심사와 재정결정에 관한 규정 중에 쓰여지고 있으나 그 결정에 대하여는 항고할 수 없도록 특별히 규정하고 있고, 그밖에 판사라는 용어는 수사단계에 있어서의 구속영장, 압수, 수색, 검증영장, 증거보전, 제1회 공판기일전의 증인신문에 관한 각 규정 등에서 쓰여지고 있으나 그때의 판사는 독립된 재판기관(강학상, 수임판사)으로서의 판사를 뜻하는 것이므로 이와 같은 법원 또는 판사를 제외하면 수소법원만이 남게 되기 때문'이라고 한다(대결 1986.7.12, 86도25).

으로서의 법원 또는 재판장이 그와 같은 처분을 하는 경우에 그에 관한 해당 규정이 전면적으로 준용된다는 뜻일 뿐이지 그 청구를 받은 판사를 수소법원 또는 재판장이라고 할 수는 없다는 점도 제시한다.¹³⁾

2. 학 설

(1) 영장관련 재판에 대한 불복의 가능 여부

1) 불복을 부정하는 견해

현재 다수설은 구속영장 기각재판에 대하여 항고나 준항고 등 불복이 허용되지 않는다고 한다.¹⁴⁾ 구속기간연장에 관한 재판이나¹⁵⁾ 압수수색영장재판¹⁶⁾에 대하여는 불복이 부정된다고 명시적으로 밝히고 있는 견해가 많지는 않다. 그러나 이 경우도 다수설은 구속영장기각의 경우와 같은 입장에서 서 있는 것으로 이해해도 무방할 것 같다. 이처럼 다수설이 수임판사의 재판에 불복을 허용하지 않으면서 그 이론적 근거를 뚜렷이 밝히고 있지는 않지만 '수소법원이론' 즉 형사소송법 제402조의 '법원'을 수소법원에 한정시키는 이론을 제시하는 판례를 인용하고 있는 것을 보면 판례의 수소법원이론을 따르고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 견해에 따라서는 '명령이론'에 기초한 경우도 있다. 즉 재판의 종류를 판결, 결정, 명령으로 나누고 그 각각에 대한 불복방법으로서 판결의 경우는 항소·상고, 결정의 경우는 항고, 명령의 경우는 원칙적으로 불복이 금지되고 예외적으로 준항고 또는 이의신청에 의한 불복이 인정되는 것을 전제로, 구속영장재판이나 압수수색영장재판의 경우 결정인지 명령인지 법에 명시되어 있지는 않지만 그것이 법원이 행한 것인지 법관·판사가 행한 것인지에 따라 결정인지 명령인지를 구별하는 것을 기준으로 하여, 수임판사의 영장재판은 명령에 해당되고 따라서 이는 형소법 제402조, 제403조의 '법원의 결정'이 아니며 또한 형소법 제416조의 '재판장 또는 수명법관'의 재

13) 대결 1986.7.12, 86모25. 이밖에 특별한 근거의 제시 없이 '증거보전청구를 기각하는 결정에 대하여는 즉시항고로써 불복할 수 없다'고 한 판례도 있다(대결 1984.3.29, 84모15)

14) 배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 2007, 250면; 신동운, 형사소송법(제4판), 2007, 167면; 신양균, 형사소송법, 2004, 166면; 이재상, 형사소송법(제6판), 2007, 233면; 임동규, 형사소송법(제4판), 2006, 190면; 정웅석, 형사소송법(제4판), 2007, 234면 이하. 신동운 교수는 해석론상 불복을 불허하면서 입법론으로는 독일처럼 항고를 인정하는 것이 타당하다고 한다 [신동운, 형사소송법(제4판), 1176면].

15) 이재상, 형사소송법(제6판), 237-238면; 임동규, 앞의 책, 190면; 정웅석, 앞의 책, 2007, 226면.

16) 이재상, 형사소송법(제6판), 276면.

판도 아니므로 결국 불복이 인정되지 않는다는 것이다.¹⁷⁾

이상과 같은 부정설을 뒷받침하는 실질적 근거로서는 다음과 같은 것들을 생각해 볼 수 있다. 먼저 절차자연에 따른 문제점이다. 영장재판에 대한 불복을 통하여 피의자의 경우 그 신병에 대한 최종결정이 지연됨으로 인하여 불안정한 지위에 놓이게 되고, 수사기관의 입장에서는 수사기록의 송부 및 반송, 피의자에 대한 반복된 심문 등으로 인한 영장심사기간의 장기화로 수사의 지장 및 절차의 번잡을 초래할 수 있다는 것이다. 다음으로 현재도 피의자에게는 구속적부심제도가 인정되고 있고 검사의 경우에는 영장재청구를 할 수 있기 때문에 별도의 불복제도를 들 필요가 없다는 점이다.¹⁸⁾ 이밖에 영장에 대한 불복제도는 현행 형사소송법 체계와 조화되지 않는다는 점이 지적될 수 있다. 즉 구속적부심결정에 대하여 항고를 불허하면서 신속한 결정의 필요성이 더 요구되는 영장청구단계에서 항고를 인정하는 것은 체계상 균형이 맞지 않는다는 주장이 가능하다. 또한 영장재청구제도와 관련된 문제점이 제기될 수 있다. 영장기각에 대한 항고, 재항고를 거쳐 최종적으로 영장기각이 확정된 후 다시 검사가 영장을 재청구할 수 있다면, 재청구의 인용 여부와 관계없이 피의자의 지위를 지나치게 불안하게 하는 것이라는 점이다. 한편 영장항고제도가 도입될 경우 대부분의 피의자가 영장발부에 불복할 것이 예상되어 법원 업무가 크게 가중될 것이라는 우려도 있을 수 있다. 또한 집행정지효력과 관련하여 영장기각 후 집행정지결정이 내려진 경우 어떠한 절차를 통하여 피의자를 구속할 것인지가 문제되고, 영장항고심에서 영장기각결정을 취소하면서 영장이 발부되고 피의자가 재항고할 경우 피의자를 석방하였다가 재항고가 기각되면 다시 신병을 확보하는 등의 절차적 문제점이 지적될 수 있다.

2) 불복을 긍정하는 견해

영장관련재판에 대하여 불복이 가능하다는 입장은 대부분 형사소송법 제402조의 항고를 통한 불복을 긍정하지만, 형사소송법 제416조의 준항고가 가능하다는 입장도 있다. 먼저 항고가 가능하다는 입장(항고설)은 형사소송법 제402조의 '법원의 결정'에는 수임판사의 재판도 포함된다고 한다. 즉 제402조의 법원은 판례처럼 좁은 의미의 수소법원 즉 공소제기된 법원 내지 피고사건이 소송계속된 법원으로 이해하는 것은 부당하며, 보다 넓은 의미의 소송법상 의미의 법원으로 파악하거나

17) 차용석·백형구, 주석형사소송법I, 1998, 162, 197면; 차용석·백형구, 주석형사소송법 II, 1998, 141면.

18) 일본의 경우 영장재판에 대한 준항고가 인정되고 있는 반면, 우리와 같은 구속적부심제도가 없고 영장재청구제도도 법률상·실무상 인정되지 않는다.

수소법원의 개념 자체를 확장해야 한다고 한다. 그 근거로서 우선 판례의 '수소법원이론'을 비판한다. 먼저 수소법원이 아닌 법원의 재판에 대하여도 항고가 인정되는 경우가 있기 때문에 수소법원이론은 부당하다고 한다. 즉 판례는 보증금납입 조건부 피의자석방결정에 대하여 항고를 인정하고 있고, 재정결정에 대하여도 법률상 항고가 금지되지만 형사소송법 제415조에 따른 재항고(즉시항고)를 허용하며, 형사소송법(제437조)은 재심청구기각결정 또는 재심개시결정에 대하여 항고(즉시항고)를 인정하고 있다고 한다.¹⁹⁾ 또한 헌법 제101조에 의하면 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고(제1항), 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직되도록 하고 있기 때문에(제2항), 구속영장기각결정과 같은 사법권을 행사하는 판사도 1인제의 '법원'이 되어야 하고, 수소법원이든 수소법원이 아닌 법원이든 법원에 포함시켜야 한다고 한다.²⁰⁾ 항고긍정설 중에는 형사소송법 제402조의 '법원'을 수소법원으로 보더라도 판례처럼 좁게 이해하지 않고 그 의미를 넓게 파악하여 수임판사도 법원으로 파악하는 입장이 있다. 즉 영장청구사건, 증거보전청구사건 등과 같이 독립된 사건이 계속된 법원은 모두 수소법원이라거나,²¹⁾ 분쟁당사자로부터 청구를 받아 그 판단권을 행사하는 법원은 모두 형사소송법 제402조의 법원이며 수소법원이란 용어도 이러한 의미로 사용되어야 한다고 한다.²²⁾

한편 불복긍정설은 판례의 '명령이론'에 대하여도 비판을 가한다. 즉 재판의 주체에 따라 결정과 명령을 구분하는 것은 타당하지 않다고 하며, 형사소송법은 '법원'의 보정'명령' 또는 '판사'의 구속영장 발부여부에 대한 '결정'(제201조 제3항)이란 표현을 쓰고 있는 것을 그 예로 든다. 나아가 수임판사의 재판도 법원의 '결정'으로 파악하는 것이 가능하다고 한다. 즉 결정과 명령의 구별은 재판사항의 중요성을 기준으로 판단하는 것을 전제로 구속영장은 인권에 관한 중요한 규정에 관한 것이기 때문에 결정으로 파악하여야 한다거나²³⁾ 공소제기와 무관하게 독립하여 영장청구사건, 증거보전청구사건 등에 대하여 이루어지는 재판은 중국재판이기 때문에

19) 류장만, 구속영장기각결정이 항고대상이 되는지에 관하여, 형사실무의 제문제 제2호, 2003, 358-360면; 오세인, 영장청구 기각결정에 대한 불복방법, 형사판례연구 9, 2001, 342-346면.

20) 류장만, 앞의 논문, 361면; 이완규, 개정형사소송법상 영장항고, 형사법의 신동향 제9호, 2007.8, 52-53면.

21) 신현주, 형사소송법, 2002, 795-796면.

22) 이완규, 앞의 논문, 51면 참조.

23) 서일교, 형사소송법(개정 7판), 1964, 212면. 이처럼 중요한 사항인지에 따라 결정과 명령을 구별하는 입장은 항고와 준항고에 대하여 현행 형사소송법과 유사한 규정을 갖고 있던 일본의 구형사소송법(1948년 이전의 형사소송법) 하에서 유력하게 주장되던 견해였다(이에 대하여는 뒤에서 다시 언급하기로 한다).

결정으로 보아야 한다고 한다.²⁴⁾ 한편 영장의 성질이 허가장이란 것을 전제로, 판사의 영장재판을 명령으로 파악하는 것은 명령장설을 따를 때에만 가능한 것이어서 부당하고, 구속영장기각의 경우 명령의 실질적 내용 즉 명령에 따라 집행할 내용이 없기 때문에 명령으로 파악하는 것은 타당하지 않다고 한다.²⁵⁾ 이밖에 공소 제기 이후의 법원의 구속은 '결정'으로서 항고를 허용하면서, 수사절차에서 판사의 영장재판을 '명령'으로 보아 항고를 불허하는 것은 다같은 구속재판으로서 실질이 같음에도 달리 취급하는 것은 불합리하다고 한다.²⁶⁾

위에서처럼 불복을 긍정하는 입장은 대부분 항고설을 따르지만, 준항고의 방법으로 불복이 가능하다는 입장(준항고설)도 있다. 이는 론스타사건에서 검찰이 구속영장기각에 대하여 준항고를 제기하면서 취한 입장이다. 그 논거로서 실무상 구속영장에서는 변호인이 참여한 가운데 피의자신문이 이루어지고 피의자에게 변명의 기회가 부여되는 방식으로 진행되도 있는 바, 이는 명백히 '재판'으로 볼 수 있기 때문에 영장전담 법원은 형소법 제416조의 '재판장'인 것이며, 또한 실무상 영장전담 법원이 구속적 피의자신문을 진행함에 있어서 본인을 '재판장'으로 지칭하는 관행이 있다는 점을 든다.²⁷⁾ 이밖에 구속기간을 연장하거나 연장신청을 기각하는 판사의 결정도 수소법원의 구성원에 의한 결정과 마찬가지로 보아야 하므로 준항고를 허용하는 것이 타당하다는 견해도 있다.²⁸⁾

불복긍정설 중에는, 판례와 같이 구속영장기각에 대하여 항고를 불허하는 경우 범죄피해자의 기본권(재판절차진술권)과 검사의 수사권과 공소권을 통하여 실현되는 범죄자처벌에 대한 국민의 기본권을 침해하는 것이고 피의자에게 구속적부심을 인정함으로써 피의자만을 일방적으로 우대하는 것이 되어 평등권을 침해하는 것이 되며 결국 법률이나 그 해석이 판례의 입장과 같은 것이라면 위헌이라는 견해도 주장된다.²⁹⁾³⁰⁾

24) 신현주, 형사소송법, 2002, 682-683면.

25) 류장만, 앞의 논문, 372-373면; '론스타사건 관련 구속영장 기각결정에 대한 재항고 이유', 형사법의 신동향 제5호, 2006.12, 130-131면.

26) 이완규, 앞의 논문, 53면.

27) '론스타사건 관련 구속영장 기각결정에 대한 재항고 이유', 형사법의 신동향 제5호, 2006·12, 133면. 론스타사건 재항고 이유서에는 항고과 재항고가 모두 가능한 것으로 파악하고 있는데, 검찰은 편의상 준항고의 방법을 택한 것으로 이해된다.

28) 신양균, 앞의 책, 172면.

29) 김태우, 판사의 영장결정에 대한 불복제도 연구, 형사법의 신동향 제9호, 2007.8, 26면 이하.

30) 이밖에 검사의 불복은 부정하되 피의자의 경우는 불복할 수 있다는 견해도 있다(허형구·차용석·백형구, 주석형사소송법 하, 1986, 338면).

(2) 증거보전청구기각재판에 대한 불복의 가능 여부

형사소송법 제184조의 증거보전청구를 판사가 기각한 경우 이에 대한 불복이 가능한지에 대하여 위의 영장관련 재판에서와는 별도의 관점에서 논의가 이루어진다. 먼저 이를 긍정하는 입장은 주로 피의자·피고인의 불복에 초점을 두고 논거를 제시한다. 즉 증거보전은 증거를 강제로 수집할 능력이 없는 피의자·피고인에게 유일한 공권적 증거수집방법이기 때문에 그 신청이 기각된 경우에 불복을 허용하는 것이 적법절차나 당사자주의의 관점에서 바람직하고 구속중인 피의자가 고문 등으로 상처를 입은 경우 종국재판시까지 기다리면 상처가 치유되므로 진실 발견을 위하여도 항고로 다룰 수 있어야 한다고 한다.³¹⁾ 이밖에 형사소송법(제184조 제2항)이 증거보전청구를 받은 판사에게 수소법원 또는 재판장과 동일한 권한을 인정하고 있다는 점에서 판사의 증거보전신청 기각결정은 수소법원의 결정에 준하여 항고(법 제402조)의 방법으로 다룰 수 있다고 한다.³²⁾ 이러한 긍정설에 반하여 불복이 허용되지 않는다는 견해도 있다.³³⁾ 이 입장은 판례를 인용하면서 불복을 부정하고 있기 때문에 그 논거는 판례와 같은 것으로 볼 수 있다.

3. 검 토

(1) 판례와 학설의 검토

먼저 불복을 부정하는 판례와 학설에 대하여 검토하기로 한다. 불복부정설은 두 가지 이론적 근거, 즉 수소법원이론과 명령이론에 기초하고 있으므로 그 각각에 살펴보아야 한다. 우선 수소법원이론의 경우 형사소송법 제402조의 '법원'의 의미를 너무 좁게 파악하는 문제점이 있다. 불복 긍정설이 지적하듯이 대법원은 수소법원의 재판이 아닌 기소전보석결정 등에 대하여 항고를 허용하고 있는 것을 보면 형소법 제402조의 법원을 수소법원으로 한정하는 것은 옳다고 할 수 없다. 다음으로 '명령이론'의 경우 적극적으로 형소법 제402조의 법원의 범위를 제한하고 있지 않기 때문에 수소법원이론과 같은 문제가 발생하지는 않는다. 그러나 너무 문언에 의존하는 형식적 접근방법을 따르고 있고 수임판사 등 판사가 형소법 제402조의

31) 차용석·최용성, 형사소송법(제2판), 2004, 340-341면.

32) 백형구, 형사소송법강의, 2001, 420면; 신동운, 형사소송법(제4판), 241면; 신양균, 앞의 책, 252면

33) 배중대·이상돈, 앞의 책, 327면; 이재상, 형사소송법(제6판), 295면; 임동규, 앞의 책, 247면; 차용석·백형구, 주석형사소송법 I, 569면.

법원에 포함되지 않는 이유를 실질적으로 제시하지 못하는 문제점이 있다.³⁴⁾

다음으로 불복공정설에 대하여 검토해 보기로 한다. 먼저 형사소송법 제402조의 법원에 수임판사를 포함시켜 그 재판에 대하여 항고가 가능하다는 항고설의 경우, 형사소송법상 항고와 별도로 준항고제도를 둔 이유를 설명하기가 곤란하다는 문제점이 있다. 이 입장에 의하면 재판장이나 수명법관도 법원에 포함될 것인데 왜 이들의 재판에 대하여는 항고가 아닌 준항고로 다루도록 하는지를 이해하기가 어렵다.³⁵⁾ 항고설에 의하면 예컨대 구속영장재판의 경우 재판장·수명법관의 재판은 간이한 절차인 준항고로 다루고 수임판사의 재판에 대하여는 복잡한 절차인 항고로 다루어야 하는데 이것이 과연 타당한 것인지 의문이다. 수소법원의 개념을 확대하여 항고를 증명하려는 견해 역시 수임판사를 '법원'에 포함시킨다는 점에서 동일한 문제를 안고 있다. 특히 분쟁당사자로부터 청구를 받아 그 청구사건에 대하여 판단권을 행사하는 법원은 모두 형사소송법 제402조의 법원이라는 견해는 당사자의 신청에 의한 경우와 법원의 직권에 의한 경우를 구별하여 전자는 법원의 결정이고 후자는 판사의 명령으로 구별하는 것으로 보인다. 그러나 이에 대하여는 형사소송법의 규정과 조화되지 않는다는 지적을 할 수 있다. 즉 이 견해에 의하면 기피신청이나 공판기일변경신청(법 제270조) 등 당사자의 신청에 대한 재판에 대하여도 항고가 허용되어야 할 것이나 형사소송법은 기피신청 기각에 대하여는 즉시 항고(법 제23조) 또는 준항고(법 제416조)를 하도록 하고 있고(법 제416조) 공판기일 변경신청을 기각한 명령에 대하여는 항고 등 불복을 허용하지 않고 있다.³⁶⁾ 또한 중요한 사항인지 여부에 따라 결정과 명령을 구별하는 견해는 그 기준이 분명하지 않다는 문제점이 있고,³⁷⁾ 영장청구사건 등에 대한 재판도 종국재판이라는 견해는 이러한 재판의 경우에도 심급의 이탈은 없다는 점에서 그 타당성을 인정하기 곤란하다.

불복공정설이 '명령이론'에 대하여 가하는 비판도 모두 옳다고 할 수는 없다. '법원'의 보장'명령'이나 '판사'의 구속영장발부 여부에 대한 '결정' 등의 표현을 하는

34) 절차지연 등 불복부정설에서 제시가능한 논거들에 대하여는 아래 IV. 1(수임판사재판에 대한 불복제도의 필요성)에서 검토하기로 한다.

35) 견해에 따라서는 재판장이나 수명법관은 법원이 아니고 법원의 구성원이기 때문에 항고가 허용되지 않는다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 재판장이나 수명법관도 독립하여 재판을 한다는 점에서 수임판사와 다를 바 없고, 또한 단순한 법원의 구성원으로서의 행위에 대하여는 이의신청을 하도록 되어 있다는 점에서(靑柳文雄, 刑事訴訟法通論, 1962, 57면 참조) 그 타당성을 인정하기 곤란하다.

36) 법원실무제요, 345면.

37) 靑柳文雄, 앞의 책, 750면.

형사소송법규정은 반드시 재판의 종류를 엄두에 두고 규정된 것으로 볼 수는 없다. 또한 영장재판을 명령으로 파악하는 것은 명령장설을 전제로 할 때에만 가능한 것도 아니다. 재판의 종류로서 명령과 영장의 성질로서 명령은 서로 차원이나 영역을 달리하는 것이기 때문이다.³⁸⁾ 또한 기소후 법원의 구속재판에 대하여는 항고가 허용되는 반면, 기소전 판사의 구속재판에 대하여는 불복이 허용되지 않는 것은 부당하다는 주장도, 기소를 기준으로 피의자가 피고인으로 바뀌면서 절차상 권리나 의무에서 차이가 있고 영장의 성질도 허가장에서 명령장으로 바뀌는 등의 차이가 있듯이 재판의 주체나 성질도 기소전후에 따라 달라질 수 있다는 것을 간과한 것으로 보여진다.

한편 수임판사의 재판에 대하여 준항고가 가능하다는 입장도 타당성을 인정하기 곤란하다. 일반적으로 재판장, 수명법관이라는 용어는 합의부를 전제로 사용하는 것이며,³⁹⁾ 영장담당판사를 실무관행상 재판장으로 지칭한다고 하여 그것이 곧바로 법적 의미를 갖는 용어가 될 수는 없기 때문이다.⁴⁰⁾ 수임판사의 재판 특히 구속영장기각에 대하여 항고를 불허하는 법률이나 해석은 기본권을 침해하는 것으로 위헌이라는 견해도 동의하기 어렵다. 피의자가 구속되지 않고 불구속으로 기소된 상태에서도 피해자에게는 진술의 기회가 주어질 수 있고, 피해자 없는 범죄도 있기 때문에 구속영장기각이 곧바로 피해자의 재판절차진술권을 침해한다고는 볼 수 없다. 또한 피의자를 구속하지 못하여 처벌을 못하더라도 그것이 범죄자처벌에 대한 일반국민의 기본권을 직접 침해하는 것으로 볼 수는 없다. 피의자에게만 구속적부심을 인정하는 것이 평등권을 침해하는 것인지도 의문이다. 검사는 수사상 조직이나 능력에서 피의자를 압도한다는 점에서 실질적으로 피의자를 배려해야 할 필요성은 상존하고, 또한 검사는 피의자에게 인정되지 않는 영장재청구라는 수단을 가지고 있기 때문이다.

38) 독일에서는 재판의 종류로서 명령은 Verfügung이라는 용어를 쓰고, 영장의 성질로서 명령은 Anordnung 또는 Befehl이라는 용어를 사용하고 있으며, 양자가 우연히 '명령'으로 번역되어 혼동이 초래되는 것으로 보인다. 한편 영장의 성질을 명령장으로 이해하는 경우에도 구속영장기각의 경우는 특정행위를 명하는 것이 아니라 특정한 내용을 담은 명령을 하지 않겠다는 의미로 이해하여야 하기 때문에, 집행내용이 없다는 이유로 명령장설을 비판하는 것도 타당하다고 할 수 없다.

39) 배종대·이상돈, 앞의 책, 48면; 이재상, 신형사소송법, 2007, 62면.

40) 위와 같은 이유에서 영장재판 등에 대하여 불복을 긍정하는 검사들의 논문에서도 준항고는 인정될 수 없다고 한다(이완규, 앞의 논문, 55면; 최교일, 구속영장심사의 법적 성격 및 기각결정에 대한 불복방법, 형사재판의 제문제 제2권, 1992, 378면).

(2) 소결

위에서처럼 불복부정설과 불복긍정설은 모두 나름대로의 문제가 있음을 알 수 있다. 사건으로는 불복을 부정하는 것이 타당하며, 이는 형사소송법상 재판에 대한 불복규정의 체계적 해석으로부터 뒷받침된다. 판결전 재판에 대한 형사소송법상 불복제도는 항고와 준항고가 있고, 수임판사의 재판에 대한 불복 여부를 논하는데 있어서는 준항고제도의 본질에 대한 검토가 특히 필요하다. 우리 형사소송법상 준항고제도는 일본형사소송법에서 유래하는 것으로, 明治형사소송법에서는 보석을 허가하는 예심판사의 재판과 증인, 감정인에 대한 예심판사의 재판에 대하여만 준항고가 인정되었다. 그러나 불복의 범위가 너무 좁다는 비판을 고려하여 1922년 大正형사소송법에서는 재판장, 수명판사, 예심판사, 수탁판사 또는 區 재판소판사의 기피신청각하 등 일정한 재판에 대하여 불복이 있는 경우에 준항고할 수 있도록 개정하였다.⁴¹⁾ 즉 당시 일본에서는 재판의 일종으로서 결정과 명령을 구별하면서, 결정은 법원이 주체이고 그에 대하여는 항고가 허용되는 반면, 명령은 재판장 등 판사가 주체이고 그에 대하여는 불복이 원칙적으로 인정되지 않지만, 법률의 규정이 있는 경우에 예외적으로 준항고를 제기할 수 있다고 보는 것이 일반적이었기 때문에,⁴²⁾ 이처럼 법률의 개정을 통하여 준항고의 대상인 재판의 범위를 확장한 것이다. 이와 같이 재판의 주체에 따른 결정과 명령의 구별이론은 이후 일본의 통설적 견해로서 자리잡았다.⁴³⁾ 그러나 이에 따르면 법률에 규정되지 않은 판사의 재판(명령)에 대하여는 불복(준항고)을 하지 못하는 문제점이 있다.⁴⁴⁾ 1948년 신형사소송법에서는 이러한 문제점에 대한 인식과 함께 예심제도의 폐지를 반영하여 준항고의 대상을 '판사'의 일정한 재판⁴⁵⁾으로 개정하게 되었다. 이에 따르면 영장

41) 司法省 編纂, 改正刑事訴訟法理由, 1922, 249면. 이것이 의용형사소송법으로서 일제시대 우리나라에서도 시행되었다.

42) 平沼騏一郎, 新刑事訴訟法要論, 1922, 209면, 669면, 695면; 樫田忠美, 改正刑事訴訟法, 1922, 57면, 302면, 307면 이하.

43) 1948년 이전까지 이론으로는, 小山松吉, 刑事訴訟法提要(上), 1927, 237면; 同, 刑事訴訟法提要(下), 683면 이하; 小野清一郎, 刑事訴訟法, 1938, 528면 이하. 일제시대 우리나라이론으로는, 藤井尙三, 最新朝鮮 刑事訴訟法講義, 1936, 53면, 195면. 최근의 이론으로는, 伊藤營樹 外, 新版 註釋刑事訴訟法 제1권, 1998, 294면; 白取祐司, 刑事訴訟法(제3판), 2005, 373-375면.

44) 따라서 결정과 명령의 구별은 중요한 사항인지의 여부에 따라야 한다는 견해가 유력하게 주장되었다(靑柳文雄 外, 註釋刑事訴訟法 第1卷, 1981, 참조).

45) 일본형사소송법 제429조 ① 판사(재판관)가 다음 재판을 한 경우에 불복이 있는 자는 간이 재판소의 판사가 한 재판에 대하여는 관할지방재판소에, 기타의 판사가 한 재판에 대하여는 그 판사 소속의 재판소에 그 재판의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다.

재판, 증거보전재판 등 수임판사의 재판에 대한 준항고 여부는 문제되지 않는다. 이처럼 일본의 경우 재판에 대한 불복수단에 있어서 법원의 결정에 대하여는 항고, 판사의 명령에 대하여는 준항고라는 도식에 따라 법개정이 일관되게 이루어졌다.

우리나라의 경우 일제시대에 大正형사소송법이 의용되었고, 1954년 제정형사소송법은 의용형사소송법상의 준항고제도를 승계하였다. 종래의 규정에서 예심판사, 수탁판사, 구재판소판사가 삭제되었기는 하였지만 기본적으로 기존의 준항고제도를 받아들인 것이기 때문에 일본의 준항고제도와 동일하게 그 본질을 이해해도 무방할 것이다. 따라서 법원의 결정에 대하여는 항고로, 판사의 재판에 대하여는 법률에 규정이 있는 경우에 준항고로 불복하여야 한다는 도식이 우리 형사소송법에도 타당하다고 할 수 있다. 결국 영장재판 등 수임판사의 재판의 경우 준항고규정에 포함되어 있지 않기 때문에 불복이 인정되지 않는다고 하여야 한다. 형사소송법의 제정에 있어서 우리 입법자는 판사의 재판에 대한 통제보다는 일제시대에 이루어진 검사나 사법경찰관의 권한남용에 대한 통제에 주된 관심이 있었고,⁴⁶⁾ 또한 재판인력의 부족도 고려하여 이러한 입장을 취한 것으로 이해된다. 견해에 따라서는 일제시대에 수사상 강제처분에 관여하던 예심판사의 재판에 대하여 준항고로 인정되었는데, 마찬가지로 수사절차에 관여하는 수임판사의 재판에 대하여 불복이 인정되지 않는 것으로 보는 것은 부당하고 따라서 우리 입법자는 준항고 대신 항고를 허용하는 입장을 취한 것으로 이해하여야 한다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 예심판사와 수임판사는 그 기능·역할이 다르고, 수임판사의 재판에 대한 불복은 매우 중요한 사항이기 때문에 우리 입법자가 이를 허용하려는 입장이었다면 명시적인 규정을 두었을 것이라는 점에서 이러한 주장은 타당하다고 할 수 없다.

이상과 같은 이해를 기초로 현행 형사소송법상 불복제도를 정리해 보면 다음과 같다. 형사소송법제 402조, 제403조의 '법원'의 의미는, 기소전 보석결정 등에 항고를 인정하는 판례의 입장 등을 고려할 때 수소법원에 한정시키는 것은 타당하지 않고 이보다 넓은 의미 즉 일정한 사건에 대하여 재판권을 행사하는 소송법상 의미의 법원으로 이해하는 것이 타당하다. 다만 판사의 재판에 대하여는 준항고로 불복하여야 한다는 것이 형사소송법의 입장이므로 여기서 판사는 제외되어야 한다. 결국 제402조, 제403조에서 '법원'의 의미는 수임판사 등 판사를 제외한 소송법

② - ⑤ 생략

46) 일제시대 예심제도하에서 수사기관의 문제점에 대하여는, 신동운, 일제하 예심제도에 관하여, 서울대학교 법학 제27권 1호(1986), 149면 이하 참조.

상의 의미의 법원으로 이해하여야 하고, 이들 법원의 결정에 대하여는 항고가 허용되며, 수임판사 등 판사의 재판(명령)에 대하여는 법률에 규정이 있는 경우에 한하여 준항고가 인정된다고 하여야 한다.

Ⅲ. 수임판사의 재판에 대한 불복과 개정형사소송법의 입장

2007년 개정형사소송법은 영장재판 등에 대한 불복과 관련하여 종래와 마찬가지로 별도의 규정을 두고 있지 않으나, 증거보전청구기각 결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다는 규정을 새롭게 도입하였다. 이처럼 증거보전청구기각에 대한 항고제도가 도입된 개정형사소송법 하에서는 수임판사의 재판에 대한 불복의 허용여부에 대하여 종전과는 다른 새로운 해석을 해야 할 것인지가 문제된다. 아직 개정형사소송법을 대상으로 한 교과서나 논문이 본격적으로 출간되지 않아 학설의 전반적인 입장을 말하기는 이르다고 할 수 있다. 그러나 현재까지 나와 있는 간행물을 기준으로 할 때, 우선 여전히 별다른 영향을 주지 않는 것으로 보는 입장을 발견할 수 있다. 즉 증거보전청구를 기각하는 재판에 대하여는 개정법에 따라 3일 이내의 항고가 가능하다고 하면서, 영장의 발부나 기각결정에 대하여는 항고나 준항고가 허용되지 않는다는 종전의 입장을 유지하고 있다.⁴⁷⁾

이에 반하여 개정형사소송법이 증거보전청구기각에 대한 항고를 인정함으로써 이것이 다른 수임판사의 재판에 대한 불복 여부에 대한 해석도 영향을 미쳐 모든 수임판사의 재판에 항고가 가능하게 되었다는 견해가 있다. 즉 3일 이내의 항고도 항고의 일종이므로 증거보전청구재판을 하는 판사도 항고의 대상인 재판을 하는 '법원'이 된다는 것을 나타낸 것이며, 영장재판 등을 판사도 같은 판사이기 때문에 '법원'이 됨으로써 수임판사의 재판 모두에 대하여 항고가 가능하게 되었다고 한다. 따라서 수임판사의 재판에 대하여는 원칙적으로 제402조의 항고를 할 수 있고 다만 증거보전청구기각에 대하여만 특칙인 제184조에 따라 3일 이내의 항고를 할 수 있다고 한다. 그 근거로서 영장재판을 하는 판사나 증거보전청구재판을 하는 판사나 모두 법문상으로 동일한 판사라는 점 이외에 증거보전절차에서 압수수색이나 증인신문청구를 기각하는 재판에 대하여는 항고를 허용하고, 일반절차에서의 압수수색청구나 형사소송법 제221조의 2에 따른 증인신문청구를 기각하는 재판에 대하여는 항고를 불허하는 것은 동일한 수사절차상 처분을 구별하여 취급하는 것

47) 신동운, 간추린 형사소송법, 2007, 64면, 86면; 이재상, 신형사소송법, 2007, 245면.

으로 부당하다는 점을 든다.⁴⁸⁾

이처럼 개정형사소송법의 해석과 관련하여 논란의 여지가 있으나 사건으로는 개정형사소송법 하에서도 증거보전청구 기각재판 이외의 나머지 수임판사의 재판에 대하여는 종래와 마찬가지로 불복이 허용되지 않는다고 생각한다. 우선 개정형사소송법이 증거보전절차에 한하여 항고제도를 도입한 것은 증거보전제도의 취지에 따른 것으로 볼 수 있다. 증거보전절차는 수사기관과 비교하여 증거수집에 있어서 열악한 지위에 있는 피의자·피고인을 보호하는데 주된 취지가 있는 것이 고⁴⁹⁾ 따라서 피의자·피고인의 증거보전청구가 기각되었을 때에는 이에 대한 불복을 인정하는 것이 이들의 증거수집을 확실하게 보장하는 길이 되며 증거보전제도의 기본취지에도 부합한다.⁵⁰⁾ 앞에서 살펴본 바와 같이 여러 학설이 영장재판에 대하여는 불복을 부정하면서 명문의 규정이 없는 현행법의 상황 하에서도 증거보전재판에 대하여 불복을 인정하는 것은 이와 같은 이유 때문이라고 할 수 있다. 결국 개정형사소송법이 증거보전절차에 항고제도를 도입한 것은 검사보다는 피의자·피고인의 증거수집을 보장하는 것을 주로 염두에 둔 것으로 이해하여야 하며, 이러한 취지를 고려할 때 개정형사소송법은 증거보전절차에 한하여 항고제도를 인정한 것으로 해석하여야 하며 이 규정을 항고제도의 전반적인 확대의 근거로서 말하기는 곤란하다. 이러한 한정적 해석은 증거보전절차에서의 항고제도의 입법과정에서도 확인된다. 수임판사재판에 대한 불복제도의 도입 여부에 대한 사법제도 개혁추진위원회의 논의과정에서 항고제도의 도입에 소극적인 법원측이 개별적인 항고제도를 제시하였고 이것이 사개추위안과 정부안에 반영되어 국회에 제출되었으나⁵¹⁾ 국회의 심의과정에서 법원측이 영장단계에서의 조건부석방제도가 도입되

48) 정웅석 교수는 개정형사소송법이 반영된 형사소송법 교과서에서, '구속영장기각결정에 대한 항고 또는 준항고를 허용하는 것이 타당하다고 본다'고 하고 있는데(정웅석, 형사소송법(전정 1판), 2007, 538면 이하), 이것이 항고 또는 준항고의 허용에 대한 해석론인지 또는 입법론적 필요성을 주장하는 것인지 불확실하다. 이를 해석론으로 보더라도 특별히 개정형사소송법을 토대로만 주장될 수 있는 논거를 제시하는 것은 아니며 개정 이전의 형사소송법 하에서 항고를 허용하지는 입장의 논거에서 크게 벗어나 있지 않다.

49) 신동운, 형사소송법(제4판), 238면; 이재상, 신형사소송법, 313면. 증거보전신청권을 검사에게도 인정하는 입법형식은 외국에서 유사한 사례를 찾아볼 수 없는 것으로 입법론적 제고를 요한다거나[신동운, 형사소송법(제4판), 238면], 검사의 경우 일반적인 강제처분이나 제221조의2의 규정을 활용하면 충분하다[차용석·최용성, 앞의 책, 338면]는 등의 이유로 비판을 가하는 견해가 다수 존재한다. 참고로 일본형사소송법은 피의자·변호인에게만 증거보전청구권을 인정하고 있다(제179조 제1항).

50) 따라서 명문의 규정이 없는 현행법 하에서도 피의자의 불복을 인정하고 있는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다.

51) 사개추위의 논의과정에서 특히 검찰과 법원이 대립하여, 검찰은 2004년 법무부 개정안(자

는 것을 전제로 영장재판에 대한 항고제도를 수용하겠다는 입장을 고수함으로써 영장단계 조건부 석방을 반대하는 검찰측과 견해가 대립하여 결론이 나지 않는 상황에서 국회는 증거보전청구재판에 대하여만 항고제도를 도입하는 선에서 법안을 처리하였다고 한다.⁵²⁾ 이러한 입법과정을 보더라도 항고제도가 전반적으로 확대되었다고 해석하는 것은 무리라고 보여진다. 만일 항고가 수임판사의 재판 전반에 인정된 것으로 볼 경우 증거보전절차에 한하여 제기기간이 제한된 항고를 인정하는 이유를 설명하기가 곤란해진다. 증거보전절차에서의 압수수색 및 증인신문이 통상절차에 따른 압수수색 및 형소법 제221조의2에 따른 증인신문에 비하여 특별히 항고제기기간을 단축할 만큼 급박한 것이라고는 할 수 없기 때문이다. 사건으로는 후술하는 바와 같이 수임판사의 재판에 대하여 불복을 인정하는 것이 타당하다고 생각하기 때문에 개정형사소송법이 검사에게도 불복을 인정한 것 자체는 바람직한 것이라고 할 수 있다. 다만 위와 같은 이유에서 증거보전절차에 도입된 항고규정이 다른 수임판사의 재판에도 영향을 미칠 것인지에 대하여는 신중한 판단이 요구된다고 할 것이다.

IV. 수임판사의 재판에 대한 불복제도의 필요성과 형태

1. 수임판사의 재판에 대한 불복제도의 필요성

위와 같이 현행법의 해석론으로는 수임판사재판에 대한 불복을 인정하기가 어렵다 하더라도 이러한 현행법의 입장이 과연 타당한 것인지에 대한 입법론적 검토는 별도로 이루어져 하며, 사건으로는 아래와 같은 이유에서 불복제도의 도입이 필요하다고 생각한다.

세한 내용은 후술)과 마찬가지로 준항고를 통한 불복제도를 도입할 것을 주장한 반면, 법원은 처음에는 현행제도를 유지하는 입장을 취하다가 구속에 관한 재판, 증거보전절차 및 기소전 증인신문절차 등의 각 개별 조문에 3일 이내의 항고제도를 도입할 것을 제안하였으며, 최종적으로 사개추위에서는 구속재판, 증거보전청구 기각재판에 개별적으로 3일 이내의 항고제도를 도입하는 것으로 결론이 났고 이것이 그대로 정부안이 되어 국회에 제출되었다(금태섭, 인신구속제도 개선방안, 사개추위 형사소송법 개정백서 II, 대검찰청, 2006, 501면 이하; 사개추위 대책팀, '인신구속제도 쟁점별 논의 최종결과', 사개추위 형사소송법 개정백서 II, 대검찰청, 2006, 473면; 이완규, 앞의 논문, 57면 참조).

52) 이완규, 앞의 논문, 58면.

(1) 이론적·법정책적 요청

영장재판도 재판의 일종으로서 법률과 양심에 따른 판단이 가능하도록 판사에게 철저히 독립성이 보장되어야 한다. 그러나 그 판단의 적법타당성을 보장하기 위하여는 사후적 심사의 가능성이 원칙적으로 열려 있어야 한다. 판사의 영장재판은 신체의 자유 등 중요한 기본권과 관련되고 또한 실체적 진실발견의 가능성과 연결되기 때문에 판사가 영장재판에 있어서 절차규정을 준수하지 않거나 그 재량을 명백히 남용하여 자의적 판단을 한 경우 이는 위법한 것으로서 이에 대한 불복을 통하여 시정이 이루어지는 것이 타당하다. 또한 구속사유로서 증거인멸이나 도주우려는 추상적이고 불확정한 개념으로서 판사가 나름대로 의무에 합치하는 판단을 하였다라도 유사한 사안에서 결론이 다르게 나올 수 있다. 그러나 이는 바람직한 것이 아니며 법적안정성을 해치게 되어 형사사법에 대한 신뢰를 깨뜨리는 원인이 될 수 있다. 따라서 상급법원에 대한 불복을 통하여 구속사유에 대한 법해석의 통일성을 기할 수 있고, 불복이 허용될 경우 각각의 이유를 제시하여야 하기 때문에 검사나 피의자에게 구속기준을 명백히 제시할 수도 있다.⁵³⁾

영장재판 등에 대하여 불복을 부정하는 견해는 그 주된 논거로 절차의 지연에 따른 문제점을 지적하지만 신속성도 어디까지나 실체적 진실이나 적법절차를 전제로 한 개념이므로 불복제도를 통하여 실체적 진실이나 적법절차의 일방적 희생을 막을 필요가 있고,⁵⁴⁾ 불복을 허용하는 경우에도 제기기간이나 심사기간의 제한 등을 통하여 불복절차가 지나치게 지연되는 것을 막을 수 있다. 또한 구속적부심이나 영장재청구가 불복제도를 부인하는 근거가 될 수는 없다. 이들은 판사의 재판에 대한 직접적인 불복제도가 아니며, 특히 영장재청구의 경우 동일심급에서 이루어지는 것으로 이를 통하여는 법해석의 오류시정이나 법해석의 통일을 충분히 달성할 수 없기 때문이다. 또한 불복부정설의 입장에서는 영장재판에 대한 불복과 함께 영장재청구를 인정할 경우 피의자의 지위를 지나치게 불안하게 한다는 문제점을 제기할 수 있지만, 이는 불복수단의 도입과 함께 영장재청구를 일정한 범위에서 제한하는 조치를 병행함으로써 해결될 수 있고,⁵⁵⁾ 영장재판에 대한 불복시 집행정지에 따르는 문제점은 집행불정지규정을 둠으로써 피할 수 있다.⁵⁶⁾ 영장재

53) 류장만, 앞의 논문, 364면 이하.

54) 사법절차의 형식적 엄밀성과 적법절차의 관점에서 문제가 있으므로 항고를 허용하는 것이 타당하는 견해로는, 신동운, 형사소송법(제4판), 1176면.

55) 사법제도개혁추진위원회 형사소송법개정안 제201조 제4항 참조.

56) 2004년 법무부형사소송법개정안 제419조 참조.

판에 대한 불복으로 인한 법원업무 가중의 우려는 신체의 자유 등 국민의 중요한 기본권침해 앞에서는 설득력이 부족하며 인적·물적 시설의 확충이나 재판의 효율적 운영을 통하여 반드시 해결되어야 할 과제라고 할 수 있다.

(2) 비교법적 고찰

외국의 경우 아래에서 보는 바와 같이 수임판사의 영장재판 등에 대하여 항고나 준항고 등의 불복방법을 인정하는 것이 일반적이라는 점도 불복제도 도입의 필요성에 대한 논거로 제시될 수 있다.

1) 독 일

독일의 경우 수임판사의 재판에 대한 불복방법으로서 보통항고를 허용하고 있다. 즉 법률에 명시적 규정이 없는 한 항고는 제1심이나 항소심의 법원이 하는 모든 결정(Beschluss) 그리고 재판장, 수사절차 관여 판사(수임판사), 수명법관, 수탁판사의 모든 명령(Verfügung)에 대하여 허용된다.⁵⁷⁾ 연방법원이나 주상급법원의 결정과 명령에 대하여는 항고가 허용되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 제1심 관할의 주상급법원이 구금, 임시수용, 관찰수용, 압수·수색 등의 결정과 명령을 하는 경우에는 항고가 허용되고(StPO § 304 IV), 연방법원과 주상급법원의 수임판사(Ermittlungsrichter)에 의한 명령이 구금, 임시수용, 압수·수색을 내용으로 하는 경우에도 항고가 허용된다(StPO § 304 IV). 한편 공판법원의 판결전 재판에 대하여는 항고가 허용되지 않는 것이 원칙이나, 구금, 임시수용, 압수, 운전면허 임시박탈 등에 관하여는 항고가 허용된다(StPO § 304 V). 이처럼 독일의 경우 불복제도와 관련하여서는 결정과 명령을 구별할 실익은 없다.⁵⁸⁾ 독일에서 보통항고는 제기기간의 제한이 없고, 검사, 피의자·피고인 이외에 증인, 감정인 기타 재판을 통하여 권리나 이익이 제한받는 자도 제기할 수 있다. 이러한 항고에는 이심의 효력은 있으나 집행정지의 효력은 없는 것이 원칙이며, 불이익변경금지의 원칙도 적용되지 않는다.⁵⁹⁾

2) 일 본

일본의 경우 법원의 결정에 대하여는 항고가 인정되고 판사의 명령에 대하여는 준항고가 인정된다는 것이 통설이고 이러한 도식에 맞게 형사소송법이 규정되어 있다. 준항고의 경우 그 사유는 우리와 유사하나 준항고 대상인 재판의 주체를 우

57) StPO § 304 I : Volk, Strafprozessrecht, 2002, 269.

58) Löwe Rosenberg, StPO 1, 26Aufl. 2006, 780.

59) Beulke, Strafprozessrecht, 2004, 314.

리와는 달리 ‘판사’로 규정하고 있기 때문에 구속이나 압수에 관한 수임판사의 재판에 대한 불복 즉 준항고가 명문에 의하여 인정된다(제429조 제1항 제2호). 준항고를 제기할 수 있는 자는 피의자·피고인에 한정되지 않고 불복이 있는 자는 모두 제기할 수 있고, 준항고의 제기기간은 3일이다. 준항고의 관할법원은 지방재판소·가정재판소의 판사가 한 재판에 대하여는 그 판사가 속한 지방재판소·가정재판소이고, 간이재판소의 판사가 한 재판에 대하여는 관할 지방재판소이며, 어느 경우어나 합의부에서 심리한다(제429조 제1항, 제3항).

한편 증거보전청구를 각하하는 재판의 경우 그것이 판사의 재판이기 때문에 항고의 대상이 되지 않고 또한 제한적으로 열거된 준항고 사유에 증거보전청구기간은 포함되어 있지 않기 때문에 원칙적으로 준항고는 허용되지 않는다고 한다.⁶⁰⁾ 다만 증거보전청구를 각하하는 재판 중에서 압수청구를 각하하는 재판에 대하여는 제429조 제1항의 ‘압수에 관한 재판’에 해당한다고 하여 준항고를 인정하는 것이 최고재판소와 다수설의 입장이다.⁶¹⁾

3) 미 국

미국의 경우 수사기관이 치안판사의 영장에 의한 또는 영장 없는 arrest를 통하여 피의자의 신병을 1차적으로 확보하고 이후 치안판사에 의하여 장기구금(detention) 또는 석방(release, 보석)이 이루어지게 된다. 치안판사의 arrest영장재판에 대하여는 불복이 허용되지 않지만 구금 또는 석방(보석) 재판에 대하여는 불복이 허용된다. 즉 치안판사 또는 범죄관할법원의 판사 이외의 자가 석방명령(release order)을 한 경우, 범죄관할법원에 검사는 석방명령의 취소 또는 석방조건의 변경을 청구할 수 있고, 석방명령을 받은 자는 석방조건의 변경을 청구할 수 있다.⁶²⁾ 또한 치안판사 또는 범죄관할법원의 판사 이외의 자가 구금명령(detention order)을 한 경우, 구금명령을 받은 자는 범죄관할법원에 구금명령의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다.⁶³⁾ 이러한 석방·구금명령의 취소·변경청구를 기각하는 재판에 대하여는 항소가 인정된다.⁶⁴⁾

미국의 경우 arrest제도를 구속에 포함시킬 것인가,⁶⁵⁾ 체포로 이해할 것인가에

60) 藤永幸治, 大コンメンタル刑事訴訟法 제2권, 1994, 800면.

61) 最決19080.11.18, 集34-6-421; 松尾浩也 監修, 條解刑事訴訟法, 2006, 296면.

62) US CODE, TITLE 18 § 3145 (a)(1)(2).

63) US CODE, TITLE 18 § 3145 (b).

64) US CODE, TITLE 18 § 3145 (c).

65) arrest를 구속으로 번역한 예로는, 카르멘(김한균 번역), 미국의 인신구속제도, 형사정책연구 제16권 제4호(2005 겨울), 5면 이하.

따라 판사의 구속영장재판에 대한 불복의 허용범위가 달라지게 된다. 전자의 입장에서는 판사의 구속영장재판에 대한 불복은 부분적으로 인정된다고 할 것이고, 후자의 입장에서는 구속영장재판에 관한 한 전면적으로 인정된다고 할 것이다. 어느 입장에 의하든 범위의 차이는 있으나 공판전 단계에서 관여하는 판사(수임판사)의 재판에 대한 불복이 인정된다는 것은 분명하다.

4) 프랑스

프랑스 형사소송법은 예심수사판사 또는 석방구금판사의 결정에 대한 항고를 일반항고와는 별도의 규정을 두어(제12절) 그 범위와 한계를 규율하고 있다. 이에 따르면 검사는 예심수사판사 또는 석방구금판사의 모든 결정에 대하여 고등법원 예심부에 항고할 권리가 있고(제185조 제1항), 예심수사피의자도 구금에 관한 판사의 결정에 대하여 항고할 권리가 있다(제186조 제1항). 결국 검사와 피의자 모두 수사절차상 판사의 재판에 대하여 항고를 제기할 수 있다.

2. 수임판사의 재판에 대한 불복제도의 형태

수임판사의 재판에 대하여 불복을 허용하는 경우에도 구체적으로 어떠한 제도를 통하여 이를 인정할 것인지가 문제되는데, 현행 형사소송법상으로는 항고 또는 준항고의 방법 중 어느 쪽을 택할 것인지의 문제로 귀착된다. 먼저 준항고의 방법은 2004년 법무부 형사소송법 개정안에서 채택하였고 앞에서 살펴본 바와 같이 현재 일본에서 시행되고 있다. 법무부 개정안에 의하면 준항고의 대상을 재판장 또는 수명법관의 재판으로 한정하지 않고 널리 '판사'의 재판으로 하면서 이를 법원에 청구하도록 하고 있다. 또한 판사의 재판 중에서 준항고의 대상이 되는 5가지 사항을 열거하고 있는데 현행법과는 달리 증거보전청구를 기각하는 재판을 준항고의 대상으로 추가하고 있다(동법안 제416조 제1항). 이밖에 구금재판에 대한 준항고에서는 집행정지의 효력을 부정하고, 법원이 수사서류와 증거물을 반환하기까지의 기간은 체포·구속기간에 산입하지 않도록 하였다(동법안 제419조).⁶⁶⁾ 이와는 달리 2007년 개정형사소송법과 그 기초가 되었던 사법제도개혁추진위원회의 개정안은 불복방법으로서 항고제도를 채택하였고 앞에서 고찰한 바와 같이 독일 등 유럽국가에서도 항고제도를 시행하고 있다. 사개추위안의 경우 항고제도를 도입하면서 절차의 안정을 위하여 항고기간을 3일로 제한하고, 집행정지의 효력을 부정하며 피의자의 항고권을 보장하기 위하여 법무부안과는 달리 형사소송법 제419조에

66) 법무부, 형사소송법 개정안, 2004.

별도의 규정을 두지 않음으로써 항고심과 재항고심의 심사기간을 구속기간에 산입하도록 하였다.⁶⁷⁾ 수임판사재판에 대한 불복방법으로 거론되는 항고와 준항고는 심급제도에 따른 상급법원에의 불복에서 주된 차이가 있다. 항고의 경우는 상급법원에서 재판하지만 준항고의 경우는 이론적으로 상급법원이 아닌 보다 강화된 재판부에서 판단하게 된다. 그러나 지방법원판사의 재판에 대하여 준항고가 제기된 경우 합의부에서 재판하는 등 사실상 상급법원이 판단하게 되어 항고에 준하는 성질을 갖는다.⁶⁸⁾ 또한 절차상으로 준항고의 경우에 항고에 관한 규정이 대부분 준용되며, 재항고의 인정 여부에 있어서도 차이가 없다(형소법 제419조, 제415조). 생각건대 수임판사의 재판에 대한 불복방법으로는 항고보다는 준항고를 활용하는 것이 바람직할 것이다. 사개추위안이나 개정형사소송법처럼 '3일 이내의 항고'라는 변형된 항고제도를 둘 경우 항고제도에 대한 이론적 일관성이 유지되기 어렵고 그 본질에 대한 설명이 어려울 수 있다. 또한 사개추위안이나 개정형사소송법처럼 개별적으로 항고규정을 두는 경우 불복의 범위가 제한되는 문제가 있다. 압수수색 등의 경우에도 불복을 인정할 필요성이 있기 때문에 보다 포괄적인 불복을 용이하게 인정할 수 있는 준항고제도를 이용하는 것이 바람직하다. 즉 형사소송법 제416조와 준용조항인 제419조만을 일부수정하면 비교적 포괄적인 불복이 가능하게 되므로 보다 경제적이고 간편한 방식이 될 수 있다.⁶⁹⁾ 이밖에 준항고제도는 상급법원의 업무상 부담을 덜어줄 수 있고,⁷⁰⁾ 무엇보다도 이를 통하여 불복사건의 신속한 처리가 가능하다는 장점을 갖는다. 현재 실무상 준항고제도는 즉결심판절차에서 유치명령이 내려진 경우 그에 대한 불복을 위하여 흔히 활용된다고 한다. 유치명령은 재판부로서의 단독판사 즉 법원의 재판이므로 보통항고(법 제403조 제항)의 대상이 될 것이나 보통항고에 의한다면 항고의견서작성, 기록송부 등을 하는 사이에 이미 유치기간이 도과되는 등 불복의 실익이 사라지는 경우가 많기 때문에 준항고에 의하여 당해 판사가 소속한 법원에서 신속하게 재판하게 하려는 실무상 고려에 따른 것이라고 한다.⁷¹⁾ 이는 준항고가 간이신속성에서 장점을 갖는다는 말해주는 것이다. 결국 형사소송법에 준항고제도를 두고 있는 한 이론적 일관성의 유지를 위하여 또한 준항고가 갖는 실무상의 장점 등을 살릴 수 있다는 점에서 수

67) 사법제도개혁추진위원회, 형사소송법개정안 설명자료(2006.1.26), 사개추위 개정안과 그에 설명은 사개추위 홈페이지(<http://www.pcsr.go.kr/>)-자료마당-위원회자료실 76번 참조.

68) 신동운, 형사소송법(제4판), 1184면.

69) 이 경우 2004년 법무부 형사소송법 개정안처럼 증거보전청구기간을 준항고사유로서 추가하고, 집행불정지에 관한 두는 등의 수정이 필요할 것이다.

70) 青柳文雄 外, 註釋 刑事訴訟法, 第4卷, 1981, 357면.

71) 법원실무제요, 832-833면.

임판사의 재판에 대한 불복은 준항고를 통하여 이루어지도록 하는 것이 타당할 것이다. 물론 준항고제도를 폐지하고 독일 등처럼 항고에 의하여 통일적으로 규율하는 것도 가능하지만 이는 준항고 폐지 이후에 별도로 논의될 사항이라고 할 수 있다.

V. 마침글

영장기각을 둘러싼 최근의 법원과 검찰간의 논쟁은 일단 소강상태로 접어들었지만, 앞으로 또다른 중요한 사건에서 법원이 영장을 기각하고 검찰이 언론 등을 통하여 그 부당함을 호소하고 언론은 이를 확대재생산시킴으로써 법원과 검찰간의 전면적 장외대결이 또다시 재연될 소지는 충분히 남아 있다. 이는 시민들에게 형사사법체계에 대한 불안감과 불신을 야기하는 원인으로 작용할 수 있기 때문에 조속히 해결책이 강구되어야 한다. 현행 형사소송법상 수임판사재판에 대한 불복 가능성 여부는 형사소송법의 관련규정을 체계적으로 해석할 때 부정적으로 볼 수밖에 없다. 개정형사소송법 상으로도 증거보전청구기각의 경우를 제외하고는 마찬가지이다. 그러나 이론적·정책적으로나 비교법적으로 살펴볼 때 불복제도를 마련할 필요성은 크다고 할 수 있다. 최근 이용훈 대법원장이 “(구속영장 발부를) ‘당신 책임으로 하라’고 하니 이를 권한으로 착각하는 판사들이 있었다. 구속은 판사의 권한이 아니라 책임인데 지금도 국민에겐 권한으로 비치고 있다”⁷²⁾는 발언은 영장발부와 관련한 판사의 판단오류나 재량남용이 존재함을 나타내 주는 것이고, 이를 통해서도 영장재판 등 수임판사재판에 대한 불복제도 도입의 필요성을 확인할 수 있다. 이 점에서 개정형사소송법이 증거보전청구기각결정에 대하여 항고규정을 도입한 것은 바람직하다고 할 수 있다. 그러나 불복제도를 부분적으로 도입하고 또한 3일내의 기간을 제한하는 항고제도를 둠으로써 앞으로 논쟁을 더욱 촉발시키는 원인이 될 수 있다는 점에서 개정형사소송법은 비판을 받을 수밖에 없다. 여기서 항고든 준항고든 불복제도를 전면적으로 명확하게 도입하는 것이 일단 필요하다. 다만 형사소송법에 준항고제도를 존속시키는 한 수임판사의 재판에 대한 불복은 준항고의 방법으로 이루어지는 것이 형사소송법 체계상 무리가 없는 것으로 보인다. 준항고제도는 간이신속성 등 나름대로 장점을 갖고 있기 때문에 이를 특히 신속한 처리가 요구되는 구속영장재판 등 수임판사재판에 대한 불복

72) 인터넷 중앙일보 2007. 10. 03(http://article.joins.com/article/article.asp?total_id=2900880).

제도로 활용할 경우 그 가치를 인정받을 수 있을 것으로 생각된다. 앞으로 수임판사재판에 대한 불복과 관련하여 형사소송법을 개정하기 위한 논의의 장이 조속히 마련되기를 기대해 본다.

* 주제어 : 항고, 준항고, 수임판사, 영장항고, Beschwerde, Quasibeschwerde, Ermittlungsrichter, Erlassen des Haftbefehls

* 논문접수 : 2007. 11. 22. * 심사개시 : 2007. 12. 15. * 게재확정 : 2007. 12. 15.

<Zusammenfassung>

Das Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Richters im Ermittlungsverfahren in der 2007 reformierten Strafprozessordnung

Kim, Jae-Bong^{*}

Seit langem ist es umstritten, ob das Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Richters im Ermittlungsverfahren zulässig oder nicht ist. Aus dem Anlass der jüngsten einigen Fällen z.B. Lonestar-Fall, die ehemalige Professorin Junga Shin - Fall ist die Auseinandersetzung heftiger geworden.

Nach der Rechtsprechung ist gegen die Entscheidung des Ermittlungsrichters keine Anfechtung erlaubt. Nicht nur mit der Beschwerde (§ 402, 403 StPO) sondern auch mit der Quasibeschwerde (§ 406 StPO) könne man die Entscheidung des Ermittlungsrichters nicht anfechten. Der oberste Gerichtshof begründet dadurch seine Auffassung. Die Beschwerde (§ 402, 403 StPO) könne nur gegen den Beschlüsse des Gerichts vorgebracht werden. Die Quasibeschwerde könne nur gegen den Verfügungen des Vorsitzenden, des beauftragten oder ersuchten Richters erhoben werden. Die herrschenden Meinungen teilen des Standpunkts der Rechtsprechung

Jedoch wird die Ansicht vereinzelt vertreten, dass das Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Ermittlungsrichters nach der Strafprozessordnung zulässig ist. Einerseits sei die Beschwerde (§ 402, 403 StPO) erlaubt, weil der Ermittlungsrichter eine Art von Gericht sei. Andererseits sei die Quasibeschwerde gestattet, weil der Ermittlungsrichter eine Art von Vorsitzende sei.

^{*} Professor, Hanyang University, Ph. D. in Law

Meiner Meinung nach ist die Anfechtung de lege lata wie die Ansicht der Rechtssprechung und die herrschenden Lehre nicht erlaubt. Aber das Mittel sollte de lege ferenda eingeleitet werden, dadurch man gegen die Entscheidung des Ermittlungsrichters Einwand erheben kann. Dadurch kann der Fehler des Richters korrigiert werden und die Kriterien vom Erlass des Haftbefehls usw. kann klar und einheitlich werden.

Die 2007 reformierte Strafprozessordnung hat die Beschwerde gegen die Entscheidung des Richters in Beweissicherungsverfahren eingeführt. Doch ist das nicht hinreichend. Hoffentlich wird das Rechtsmittel, und zwar die Quasibeschwerde gegen alle Entscheidungen des Ermittlungsrichters durch die sofortige Gesetzesänderung eingeführt, die den Erlass des Haftbefehls, die Anordnung der Beschlagnahme oder die Anordnung der Beweissicherung usw. einschließen.