

# 법원의 구속기간에 대한 소고

신 이 철\*

## 목 차

- |                      |                       |
|----------------------|-----------------------|
| I. 서 설               | 3. 구속기간 위반의 효과        |
| II. 현행법의 구조와 외국의 입법례 | IV. 피고인에 대한 구속기간 관련문제 |
| III. 구속기간의 제한과 갱신    | 1. 구속기간의 형기산입         |
| 1. 구속기간의 제한          | 2. 상소심과 미결구금일수        |
| 2. 구속기간의 갱신          | V. 결론                 |

## I. 서 설

구속이란 형사절차를 관철시키기 위하여 피의자 또는 피고인의 신체 자유를 제한하는 강제처분으로서, 구속기간은 적법하게 구속할 수 있는 기간을 말한다.<sup>1)</sup> 형사소송법상 구속기간에는 수사기관의 피의자에 대한 구속기간(제202조, 제203조, 제205조)<sup>2)</sup>과 수소법원의 피고인에 대한 구속기간(제92조)이 있는데, 양자는 구속의 제한과 기간의 연장 등에 있어서 차이가 있다. 현행법은 피의자피고인에 대한 인권보장과 재판의 신속을 도모하기 위하여 구속기간을 제한하고, 미결구금기간을 단축하려는 취지에서 기간계산의 일반원칙(제66조)에 대한 예외(제66조 제1항 단서, 제3항 단서)를 인정하고 있다. 이와 구별되는 개념으로 구속기간은

\*건동대학교 행정학부(경찰행정학과) 교수, 법학박사

- 1) 법관의 영장을 발부 받아 하는 구속인 피의자구속과 공소제기 후 법원이 피고인을 구속하는 경우인 피고인구속으로 나누어 볼 수 있다.
- 2) 구속기간연장 허가결정이 있는 경우에 그 연장기간은 법 제203조의 규정에 의한 구속기간 만료 다음날로부터 기산한다(형사소송규칙 제98조).

확정판결전의 구속기간 즉 미결구금기간을 의미하므로 확정판결의 형기와 구별되며, 구속영장의 유효기간(규칙 제178조)은 구속영장이 발부된 후 집행시까지의 기간을 말하는 것으로서 구속자체의 기간이 아니라 는 점에서 차이가 있다.<sup>3)</sup>

그런데 최근 2007년도에 새로운 입법에 버금갈 만큼의 대대적인 형사소송법의 손질이 이루어졌는데, 특히 그동안 신속한 재판받을 권리를 피고인의 권리를 보장하기 위해 도입한 구속기간의 제한제도가 오히려 실제적 진실발견과 피고인의 재판받을 권리에 장애가 된다는 지적이 많았다. 따라서 법원의 구속기간을 연장한 것은 과거와 달리 재판실무상의 어려움을 어느 정도 해소하였다고 볼 여지가 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 불구속재판의 원칙에 비추어 보면 오히려 문제점으로 지적될 소지도 없지 않다. 따라서 법원의 구속기간을 어떻게 해결하는 것이 바람직한지에 대해 검토하기에 앞서, 우선 현행법에 있어서 법원의 구속기간의 규정과 도입과정을 살펴보면서 해당법조문의 해석과 향후 제도의 운영에 대한 시사점을 얻기 위해 외국의 입법례를 간략히 살펴보기로 한다. 그런 다음에 구체적으로 법원의 구속기간의 제한과 구속기간의 갱신 및 구속기간의 형기산입 문제를 검토하는 가운데 올바른 해석방법과 기준을 마련하면서도 미흡한 경우에는 입법론적 제시를 해 보고자 한다.

## II. 현행법의 구조와 외국의 입법례

우리나라의 현행법상 법원의 구속기간은 공소제기일을 기준으로 2개월이고 그 갱신은 원칙적으로 2차로 제한되지만, 항소심과 상고심에서 ‘피고인 또는 변호인이 신청한 증거의 조사, 상소이유를 보충하는 서면

3) 그리고 수사기관의 피의자에 대한 체포기간은 피의자에 대한 구속기간이 아니지만, 그 체포기간은 구속기간에 산입된다.

제출 등으로 추가 심리가 필요한 부득이한 경우'에는 3차에 한하여 구속 기간을 갱신할 수 있다.<sup>4)</sup> 이는 개정 전의 형사소송법의 구속기간이 1심은 6개월, 항소심 및 상고심은 4개월로 제한되어 있었기 때문에 구속기간의 제한으로 인하여 충분한 심리가 이루어지지 못한 상태에서 판결이 선고 되는 경우가 있었고, 피고인이 추가 증거조사를 원해도 구속기간 제한으로 인하여 이를 받아들이기 어려운 경우도 적지 않았다. 결국 신속한 재판을 받을 피고인의 권리를 보장하기 위해 도입된 구속기간 제한제도가 오히려 피고인의 방어권 행사에 장애를 주게 되고 재판받을 권리를 침해하게 되는 불합리한 결과를 낳게 되었다는 비판이 제기되어 이를 극복하기 위하여 개정 형사소송법에 반영하게 되었다.<sup>5)</sup>

외국의 입법례를 살펴보면 공판절차가 개시된 이후에 구속기간을 제한하는 규정이 없는 영국·미국과 달리, 일본의 경우 법원의 공판단계의 구속기간을 공소제기가 있는 날로부터 원칙적으로 2개월로 규정하고 있지만, 구속 계속의 필요가 있는 경우에는 법원은 언제든지 이유를 붙여 1개월마다 제한 없이 구속기간 갱신이 가능하다고 규정하고 있다(형사소송법 제60조 제2항 본문).<sup>6)</sup> 다만 단기 1년 이상의 징역·금고에

4) 다만, 개정법 제294조 제2항은 '법원은 검사·피고인 또는 변호인이 고의로 증거를 뒤늦게 신청함으로써 공판의 완결을 지연하는 것으로 인정할 때에는 직권 또는 상대방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다'고 하여 소송지연을 초래하는 증거신청을 제한하고 있을 뿐이다.

5) 원래 ① 상소심(2·3심)의 구속기간 갱신은 원칙적으로 현행과 같이 2차로 제한하되, '피고인과 변호인이 동의한 경우'에 한하여 3차 갱신을 허용하는 방안 ② 구속기간 갱신은 원칙적으로 현행과 같이 2차로 제한하되, 항소심·상고심에서 '피고인 또는 변호인이 신청한 경우' 3차에 한하여 구속기간을 갱신하는 방안 ③ 항소심, 상고심에서 원칙적으로 2차에 한하여 구속기간 갱신을 허용하되, '피고인 또는 변호인이 신청한 증거의 조사, 상소이유를 보충하는 서면의 제출 등으로 추가 심리가 필요한 부득이한 경우' 3차 갱신을 허용하는 방안이 순차로 논의된 결과 당시 ③번 수정안이 국회를 통과한 것이다(2006. 12. 15. 제263회 국회 법제사법위원회(법안심사1소위원회) 제2호 회의록 및 2007. 3. 27. 제266회 국회 법제사법위원회(법안심사1소위원회) 제2호 회의록 참조).

해당하는 중죄, 상습으로 장기 3년 이상의 징역·금고에 해당하는 죄를 범하거나, 증거인멸의 우려가 있거나 신원, 주거 등이 미상인 경우에는 갱신 횟수에 제한이 없다(같은 법 제60조 제2항 단서, 제89조). 1심에서 금고 이상의 형에 처하는 판결이 선고 된 후에는 구속기간의 제한이 없다(같은 법 제344조).<sup>7)</sup>

독일의 경우 수사상 미결구속기간은 원칙적으로 6개월이고, 6개월 이상의 구속은 매우 엄격한 요건 하에서만 허용되며, 6개월 이상 계속하여 구속이 필요한 경우에는 고등법원에 기록을 보내 구속의 계속 여부에 관한 심사를 받아야 하지만(독일 형사소송법 제121조), 일단 공판이 시작되면 판결 선고 시까지 위 6개월의 구속기간은 진행이 정지됨으로써, 공판이 시작된 피고인에 대한 구속기간은 제한이 없다. 또한 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분이 선고 된 경우에는 미결구속기간의 제한에 관한 규정의 적용이 없으므로, 항소심은 구속기간의 제한을 받지 않는다.<sup>8)</sup> 다만, 공판절차를 개시한다는 결정을 하는 경우, 판결을 선고

6) 勾留の期間は 公訴の提起があつた日から二箇月とする。特に継続の必要がある場合においては 具体的にその理由を附した決定で 一箇月ごとにこれを更新することができる。但し 第八十九条第一号 第三号 第四号又は第六号にあたる場合を除いては 更新は 一回に限るものとする。일본 형사소송법 제60조 ② 구류기간은 공소제기가 있는 날로부터 2개월로 한다. 특히 계속할 필요가 있는 경우에는 구체적으로 이유를 붙인 결정으로 1개월마다 이를 갱신할 수 있다. 다만, 제89조 제1호, 제3호, 제4호 또는 제6호에 해당하는 경우를 제외하고는 갱신은 1회에 한하는 것으로 한다.

7) 禁錮以上の刑に処する判決の宣告があつた後は 第六十条第二項但書及び第八十九条の規定は これを適用しない。 제344조 (금고 이상의 형이 선고 된 후의 구류기간 등) 금고 이상의 형에 처하는 판결이 선고 된 후에는 제60조 제2항 단서, 제89조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

8) §121 (1) Solange kein Urteil ergangen ist, das auf Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung erkennt, darf der Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat über sechs Monate hinaus nur aufrechterhalten werden, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund

하는 경우에는 피고인에 대한 구속의 계속여부에 관하여 결정(직권 구속심사)을 하여야 한다(독일 형사소송법 제207조, 제268조b, 제332조).<sup>9)</sup>

프랑스의 형사소송법은 성년인지 미성년인지 여부, 그 죄가 경죄인지 중죄인지 여부, 각 경죄나 중죄 중 그 범죄의 성격이 어떠한 것인지 여부에 따라 구속기간을 달리하여 매우 복잡하고 상세하게 규정하고 있다. 일반적으로 경죄의 예심구속기간은 4개월이며, 원칙적으로 연장이 불가하지만 이미 중죄 또는 경죄를 범하여 1년을 초과하는 구금실행을 받은 전력이 있고 수사 중인 범죄의 법정형이 5년을 초과하는 경우에는 연장이 가능하다(형사소송법 제145-1조). 연장은 4개월을 초과하지 않는 기간 동안 가능하고 연장횟수의 제한은 없으나 총 구속기간은 1년으로 제한된다. 예외적으로 국외에서 행한 범죄, 마약거래, 테러, 조직매춘, 매춘, 탈세 또는 범죄단체조직을 통한 범죄이거나 법정형이 징역

- 
- das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen,
- (2) In den Fällen des Absatzes 1 ist der Haftbefehl nach Ablauf der sechs Monate aufzuheben, wenn nicht der Vollzug des Haftbefehls nach §116 ausgesetzt wird oder das Oberlandesgericht die Fortdauer der Untersuchungshaft anordnet.
- (3) Werden die Akten dem Oberlandesgericht vor Ablauf der in Absatz 2 bezeichneten Frist vorgelegt, so ruht der Fristenlauf bis zu dessen Entscheidung. Hat die Hauptverhandlung begonnen, bevor die Frist abgelaufen ist, so ruht der Fristenlauf auch bis zur Verkündung des Urteils. Wird die Hauptverhandlung ausgesetzt und werden die Akten unverzüglich nach der Aussetzung dem Oberlandesgericht vorgelegt, so ruht der Fristenlauf ebenfalls bis zu dessen Entscheidung.
- (4) In den Sachen, in denen eine Strafkammer nach §74a des Gerichtsverfassungsgesetzes zuständig ist, entscheidet das nach §120 des Gerichtsverfassungsgesetzes zuständige Oberlandesgericht. In den Sachen, in denen ein Oberlandesgericht nach §120 des Gerichtsverfassungsgesetzes zuständig ist, tritt an dessen Stelle der Bundesgerichtshof.
- 9) 이에 대한 자세한 내용으로는 조국, “영미 체포, 구속제도의 특징과 그 비교법적 함의”, 비교형사법연구 제11권 제1호(한국비교형사법학회, 2009), 1쪽 이하; 신양균, “독일의 인신구속제도에 대한 검토”, 비교형사법연구 제11권 제1호(한국비교형사법학회, 2009), 50쪽 이하 등 참조.

10년 이상의 경우에는 2년까지 연장이 가능하다.

중죄의 예심구속기간은 1년이며, 석방구급판사가 검사, 예심수사판사, 변호인 등의 의견을 듣는 재판을 거쳐 연장여부를 결정한다. 연장은 6개월을 초과하지 않는 범위에서 가능하고 연장횟수의 제한은 없으나 연장되는 총기간은 법정형 20년 미만인 경우에는 2년, 기타의 경우에는 3년으로 제한된다(형사소송법 제145-2조). 다만 예외적으로 국외에서 행한 범죄는 법정형의 장단에 따라 각 3년 및 4년으로, 마약거래, 테러, 조직매춘, 매춘, 탈세 또는 범죄단체조직을 통한 범죄 등의 경우 총 구속기간은 4년으로 되어 있다.<sup>10)</sup> 이상의 외국 입법례를 살펴보면 현행법의 구속기간 제한은 그 예가 많지 않고 다소 엄격하다고 볼 수 있다.

---

10) 구체적으로 살펴보면 성년에 대하여는 ① 경죄의 경우, i) 법정형이 5년 이하이고 중죄나 1년을 초과하는 실형<sup>1)</sup>전과가 없는 자의 경우 최초 4개월 구속이 가능하고 연장은 불가능하며, ii) 법정형이 5년을 초과하거나 또는 중죄나 1년을 초과하는 실형전과가 있는 경우에는 최초 4개월이고, 4개월씩 연장가능하여 최장 1년이고, iii) 범죄사실 중 일부가 국외에서 행해지거나 해당 범죄가 마약밀수, 테러, 조직범죄, 조직매춘알선, 범죄단체조직 등인 경우 최초 4개월이고, 4개월씩 연장가능하여 최장 2년인데, 해당 피의자의 석방이 사람이나 재산의 안전에 위해가 될 경우 항소원 예심부는 4개월 더 연장할 수 있으며, ② 중죄의 경우, i) 법정형 징역 20년 미만의 경우, 최초 1년이고, 6개월씩 연장가능하여 최장 2년이고, ii) 법정형 징역 20년 이상의 경우, 최초 1년이고, 6개월씩 연장가능하여 최장 3년으로서, 양자 모두 피의자의 석방이 사람이나 재산의 안전에 위해가 될 경우 4개월씩 2회 연장이 가능할 뿐만 아니라 만약 해당범죄가 마약밀수, 테러, 조직매춘알선, 범죄단체조직 등인 경우에는 최장 4년이다. 미성년의 경우에는 나이에 따라, 범죄의 성격에 따라 다시 구속기간이 다른데, 개략적으로 살펴보면, ① 경죄의 경우, 16세 이상으로서 해당 범죄의 법정형이 7년 이하인 경우 최초 1개월이고 1회 연장가능하여 최장 2개월이며, 16세 이상으로서 법정형이 7년을 초과하는 경우 최초 4개월이고, 4개월씩 연장하여 최장 1년이고, ② 중죄의 경우, 13세 이상 16세 미만은 최초 6개월이고 1회 연장가능하여 최장기간이 1년이며, 16세 이상은 최초 1년이고 6개월씩 연장가능하여 최장 2년이다 (김재역, “프랑스 예심제도 실무”, 해외연수검사논문(2007.8), 30쪽).

### Ⅲ. 구속기간의 제한과 갱신

#### 1. 구속기간의 제한

현행 형사소송법은 수소법원의 피고인에 대한 구속기간을 원칙적으로 2개월로 제한하는 규정(제92조)을 두고 있다. 이는 공판정 출석 확보와 형 집행의 확보를 위하여 법원의 구속이 필요하지만, 미결구금의 부당한 장기화로 인한 인권침해를 억제하고, 이 기간에 대부분 심판을 마치려고 하는 경향이 있기 때문에 재판의 신속에 기여하는 기능을 수행하고 있다.

여기서 구속기간의 기산일은 첫째, 공소제기 전부터 구속된 경우(구속기소 된 경우)를 살펴보면, 개정 전 형사소송법에서는 ‘구속된 날’이 구속기간의 기산일이며,<sup>11)</sup> 수사기관에 의한 구속기간은 1심법원의 구속기간에 산입해 왔다. 이에 대하여 왜 수사를 위한 구속기간이 법원의 심리를 위한 구속기간에 영향을 미쳐야 하는지에 대하여 의문을 제기하고 비판하는 견해<sup>12)</sup>가 등장하면서 활발한 논의가 이루어지다가 결국 개정법은 공소제기전의 체포, 구인, 구금기간은 법원의 구속기간에 산입하지 아니한다는 명확한 규정을 두었다(개정법 제92조 제3항). 이는 수

11) 그 당시 논거로는 (i) 형사소송법 제203조의2의 유추적용 및 미결구금일수 산입과의 균형상(법원실무제요 형사편(제2판)(법원행정처, 1998), 379쪽) 또는 (ii) ‘의심스러운 때에는 피고인의 이익으로’ 라는 원칙(강구진, 형사소송법원론(학연사, 1984), 197쪽)을 원용하거나, (iii) 형사소송법상 공소제기 전의 구속기간을 공소제기 후의 구속기간에 산입하지 아니한다는 규정이 없을 뿐만 아니라 기소에 의하여 피의자에 대한 구속은 피고인에 대한 구속으로 당연히 전환된다는 점(백형구, "구속기간에 관한 이론적·실무적 고찰," 법률학의 제문제: 유기천박사 고회기념(유기천박사 고회기념 논문집 편찬위원회, 1998), 291쪽; 김희옥, "형사절차상의 구속기간", 고시연구 제21권제7호(제244호)(고시연구사, 1994. 7), 32쪽) 등이 거론되었다.

12) 김정원, 피고인에 대한 구속기간의 기산일에 관한 검토, 형사재판의 제문제 제4권(형사실무연구회, 2003.12), 399-404쪽.

사기판의 구속기간이 장기화되는 복잡한 사건의 경우에 1심 재판의 구속기간이 오히려 짧아지는 문제점이 있어 이를 해결한 것이라고 볼 수 있다. 둘째, 공소제기 후에 피고인을 구속한 경우 즉, 공소제기 후 수사법원이 구속영장을 발부하여<sup>13)</sup> 불구속 피고인을 구속하는 경우에 그 구속기간의 기산일에 대하여는 견해의 대립이 있다. 이에 구속영장의 집행시부터 인치완료시까지의 기간을 구속기간에 포함시키는 것이 피고인의 구속기간을 제한하고 있는 현행법의 취지에 부합한다는 점을 논거로 구속영장의 집행에 의하여 피고인을 사실상 구속한 날이라는 구속영장 집행시<sup>14)</sup>과 피고인이 인치된 때로부터 법원의 심판이 가능하다는 점을 근거로 하여 구속영장의 집행에 의하여 피고인을 법원, 구치소 기타 일정한 장소에 인치한 날이라는 인치완료시<sup>15)</sup>의 학설 대립이 있다. 생각건대 구속영장의 집행을 통해 사실상 구속된 날을 기준으로 보게 되면 구속영장 집행의 시점을 정확하게 정하기 어려운 난점이 없는 것은

13) 헌법 제12조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다."고 규정하고 있는바, 헌법상 영장제도의 취지에 비추어 볼 때, 위 규정은 헌법 제12조 제1항과 함께 이른바 적법절차의 원칙을 규정한 것으로서 범죄수사를 위하여 구속 등의 강제처분을 함에 있어서는 법관이 발부한 영장이 필요하다는 것과 수사기관 중 검사만 법관에게 영장을 신청할 수 있다는 데에 그 의의가 있다 할 것이고, 형사재판을 주재하는 법원이 피고인에 대하여 구속영장을 발부하는 경우에도 검사의 신청이 있어야 한다는 것이 위 규정의 취지라고 볼 수는 없다(대법원 1996. 8. 12. 자 96모46 결정). 이에 대한 글로는 김희옥, 법원이 재판 중인 피고인에 대하여 구속영장을 발부하는 경우에도 반드시 검사의 신청이 있어야 하는지 여부 : 중요판례연구, 고시연구 24권 6호(279호)(1997.5) 200-202쪽.

14) 차용석/백형구, 주식 형사소송법(1), 한국사법행정학회(1998), 317쪽; 김희옥, 형사절차상의 구속기간, 고시연구(1994.7), 32쪽; 임동규, 형사소송법(제6판)(법문사, 2009), 401쪽. 이 견해에 의하면 호송중의 가유치기간(제86조)은 구속기간에 산입된다.

15) 김기두, 형사소송법 전정신판(박영사, 1987), 107쪽; 정영석/이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996, 181쪽; 서일교, 형사소송법 제8개정판(박영사, 1979), 133쪽.

아니다. 그러나 구속영장의 집행에 의하여 피고인은 현실적으로 구속되는 것이라는 점을 고려해 보면 구속영장의 집행시부터 인치완료시까지의 기간(특히 형사소송법 제86조의 호송중의 가유치 기간)<sup>16)</sup>을 피고인의 구속기간에 산입해야 하므로 인치기간이 구속기간에 산입되는 구속영장집행시설이 타당하다고 본다. 입법론적으로는 명문의 규정이 없어 학설이 대립되고 있으므로 구속영장집행시가 그 기산일이라는 점을 명문으로 규정함이 바람직하다고 본다.

그리고 구속 기간의 계산에 있어서 피고인의 구속기간은 원칙적으로 2개월이며(제92조 제1항) ‘역서’(달력)에 따라서 계산하게 된다(제66조 제2항 참조). 따라서 구속되어 기소된 날이 1월 15일이면 그 다음 다음달의 해당일인 3월 15일의 전날인 5월 14일로 구속기간이 만료되는 것이다. 여기서 만약 그 해당일이 없는 경우 예컨대 12월 30일이 구속 기소된 날이라면 2월에 해당일이 없게 되는데 이때에는 2월말일로 구속기간이 만료된다. 그리고 피고인에 대한 구속기간의 계산에 관련하여 기간계산의 일반원칙인 초일불산입의 원칙과 공휴일불산입의 원칙에 대한 예외가 인정된다. 따라서 구속기간의 초일은 피의자에 대한 구속기간의 경우와 마찬가지로 시간을 계산함이 없이 1일로 산정하고 구속기간의 말일이 공휴일이라도 구속기간에 산입된다(제66조 제1항 단서, 제3항 단서).

그러나 불산입 기간의 특례로서 첫째, 피고인에 대한 구속기간의 효력이 지속한 경우에도 현실적으로 구속되지 아니한 기간은 구속기간에 산입되지 아니한다. 예컨대 보석기간·구속집행 정지기간·도주기간 등이 그것이다. 이 경우 도망 또는 석방일과 수감일은 각각 1일로 계산되지만,

16) 구속영장의 집행에 의하여 구속된 피고인을 법원 기타 지정한 장소에 인치하는 도중에 필요한 때에는 그 피고인을 교도소, 구치소에 임시로 유치할 수 있다는 내용으로서, 구속영장을 집행한 장소와 그 피고인을 인치할 장소와의 거리관계를 고려한 규정이다. 여기서 가유치한 시간은 형사소송법 제71조의 시간(24시간)에는 산입되지 아니하나, 피고인의 구속기간(제92조)에는 산입된다고 본다(차용석/백형구, 주석 형사소송법(Ⅰ), 한국사법행정학회, 1998, 304쪽).

석방직후 재수감된 때와 같이 양자가 같은 날인 때에는 1일만 산입하여야 한다. 이 경우 당초에 계산해 두었던 다음 갱신예정일을 다시 계산해야 하는데, 출소한 다음날부터 당초의 구속만기일까지의 잔존기간을 계산한 다음 재수감된 날부터 그 잔존기간을 기산하여 마지막 날을 변경된 구속만기일로 보게 된다. 주의할 것은 잔존기간의 계산은 달력에 의하므로 만약 월 미만일 때에는 일수로 계산하지만,<sup>17)</sup> 월 이상인 때에는 〇〇일 식으로 계산해서는 안되고 〇월 〇〇일로 계산해야 한다. 또한 재수감일로부터 잔존기간을 가산할 때에도 달력에 의해야 한다.

둘째, 피고인이 실제로 구속된 기간이 구속기간에 산입되지 않는 경우도 있다. 예컨대 구속된 피고인에 대한 감정유치기간인데 구속중인 피고인의 감정유치기간 중에는 구속의 집행이 정지된 것으로 간주되므로(제172조의2) 피고인에 대한 감정유치기간은 피고인의 구속기간에 산입되지 않는다.<sup>18)</sup> 그리고 공판절차가 정지된 기간으로 ① 기피신청에 의하여 소송진행이 정지된 경우(제22조),<sup>19)</sup> ② 공소장변경에 따라 공판절차가 정지된 경우(제298조 제4항) ③ 피고인이 사물의 변별 또는 의사의 결정을 할 능력이 없는 상태에서 공판절차가 정지된 경우(제306조 제1항) ④ 피고인이 질병으로 출정할 수 없어서 공판절차가 정지된 경우(제306조 제2항), ⑤ 수소법원이 법률의 위헌여부의 심판을 헌법재판소

17) 잔존기간이 1개월 미만인 경우 예컨대 1월 29일 구속 기소되었고, 3월 3일 석방, 3월 19일 재수감된 경우 잔존기간은 석방다음날인 3월 4일부터 당초의 구속만기일인 3월 28일까지의 25일이다. 재수감일인 3월 19일부터 25일이 되는 4월 12일이 변경된 구속만기일이다. 따라서 4월 13일자로 다음 갱신을 한다.

18) 감정유치기간을 구속기간계산에서 제외하는 것에 대해 입법론상 의문을 제기하는 입장으로는 신현주, 신정2판 형사소송법(박영사, 2002), 293쪽.

19) 종래 법관 등에 대한 기피신청을 이유로 소송진행이 정지되는 경우(형사소송법 제22조)에 구속기간을 갱신해야 하는지 문제되었다. 1995년의 형소법 개정시에 공소장변경은 물론, 기피신청에 있어서 공판절차의 진행이 정지되는 경우를 구속기간 불산입의 사유에 추가함으로써(법 제92조 제3항) 입법자는 이 문제를 입법적으로 해결함으로써 더 이상 구속기간갱신 결정을 할 필요가 없게 되었다.

에 제청하여 당해 피고사건의 재판이 헌법재판소로부터 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지된 경우(헌법재판소법 제42조 제1항 본문)<sup>20)</sup> 등의 경우에는 피고인에 대한 구속기간에 산입되지 않는다. 그러나 여기서 비록 구속기간에 산입되지 않은 기간이라고 하더라도 이는 피고인에 대한 공판절차를 진행하기 위하여 인정된 예외일 뿐, 이미 유죄판결을 선고 받은 자에 대해서 형을 집행하는 단계에까지 불산입의 특례를 적용할 이유가 없기 때문에 피고인에게 유죄판결을 선고 할 경우에는 이 기간을 미결통산일수에 산입시켜야 한다.

## 2. 구속기간의 갱신

### 2.1 연장기간

법원의 구속기간은 원칙적으로 2개월이지만, 피고인에 대한 신병확보의 필요성이 계속되고 피고사건의 사안이 복잡하여 구속기간 내에 심리 또는 판결을 할 수 없는 경우 등 ‘구속을 계속할 필요가 있는 경우’에는 심급마다 2차에 한하여 결정<sup>21)</sup>으로 구속기간을 갱신(갱신기간은 2개월을 초과하지 못함)할 수 있다(제92조 제1항, 제2항). 갱신한 기간도

20) 구속기간에 산입되지 않는 재판정지기간의 기산점은 법원이 위헌제청결정을 할 때, 그 단표점은 헌법재판소의 위헌여부결정서 정보가 위헌제청법원에 송달 된 때로 봄이 상당하다는 것으로 임동규, 앞의 책, 402쪽.

21) 위법·부당한 갱신결정에 대해서는 보통항고를 할 수 있다(제403조 제2항). 다만, 이와 구별되어야 할 것은 형사소송법 제402조, 제403조의 법원은 형사소송법상의 수소법원만을 가리킨다고 할 것이므로(대법원 1986. 7. 12. 자 86모25 결정), 같은 법 제205조 제1항 소정의 구속기간의 연장을 허가하지 아니하는 지방법원 판사의 결정에 대하여는 같은 법 제402조, 제403조가 정하는 항고의 방법으로는 불복할 수 없고, 나아가 그 지방법원 판사는 수소법원으로서의 재판장 또는 수명법관도 아니므로 그가 한 재판은 같은 법 제416조가 정하는 준항고의 대상이 되지도 않는다(대법원 1997. 6. 16. 자 97모1 결정).

구속기간과 마찬가지로 2개월이므로 결국 제1심에서는 공소제기일로부터 늦어도 6개월내에 판결을 마칠 것이 요구된다. 다만, 상소심은 피고인 또는 변호인이 신청한 증거의 조사, 상소이유를 보충하는 서면의 제출 등으로 추가 심리가 필요한 부득이한 경우에는 3차에 한하여 갱신할 수 있다(개정법 제92조 제2항 단서). 종전에는 상소심의 경우에도 2차까지만 갱신할 수 있었으나,<sup>22)</sup> 상소심의 경우 상소기간, 상소기록의 송부기간, 상소이유서 제출기간 때문에 실제로 심리를 할 수 있는 기간이 3개월 정도로 지나치게 짧았다. 그래서 항소심은 사실심의 최종심으로서 실제로 심리를 할 수 있는 기간이 부족하여 충실한 심리를 하지 못할 가능성이 있어 결국 실체적 진실발견에 장애가 되어 이를 고려할 필요가 있었고, 상고심의 경우 전원합의가 필요한 경우 대법관 전원이 기록을 검토하는 시간이 많이 소요되어 구속기간이 촉박할 뿐만 아니라 공개변론이 필요한 사건 또는 법리 등 쟁점이 복잡한 사건에 대한 충실한 심리에 지장을 초래하기도 하였다.<sup>23)</sup> 따라서 현행법은 법 개정을 통하여 상소심은 부득이한 경우 3차까지 갱신할 수 있도록 하였다. 즉 상소심의 구속기간은 각각 4개월을 초과하지 못하지만 추가심리가 부득이한 경우에는 각각 6개월까지 연장될 수 있다. 결국 이렇게 연장된 구속기간에 따라 3심까지의 최장 구속기간은 18개월이고, 구속재판을 하려면 이 기간 안에 재판을 마쳐야 한다.<sup>24)</sup> 그렇지 않고 이 기간이 경과되면 피고인을 석방하여 불구속재판을 하는 수밖에 없다.<sup>25)</sup>

22) 과거에는 제1심의 구속기간은 2차 갱신을 하는 경우 6개월이고, 제2심과 제3심에서의 구속기간은 2차 갱신을 하는 경우 각 4개월이 되어 총 14개월이 된다. 다만 구속기간의 갱신기간을 1개월로 단축해야 한다는 견해와 심리기간의 충분성에 비추어 적절하다는 견해의 대립이 있었다.

23) 법원행정처, 형사소송법 개정법률해설(2007), 8쪽 참조.

24) 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법(홍문사, 2008), 146쪽.

25) 같은 취지로 헌법재판소 2001. 6. 28. 99헌가14. '구속기간'은 '법원이 피고인을 구속한 상태에서 재판할 수 있는 기간'을 의미하는 것이지, '법원이 형사재판을 할 수 있는 기간' 내지 '법원이 구속사건을 심리할 수 있는 기간'을 의미한다고 볼 수

여기서 피고인 또는 변호인이 신청한 증거의 조사, 상소이유를 보충하는 서면의 제출은 추가심리가 필요하나 부득이한 경우의 예시라고 보아야 하며,<sup>26)</sup> 추가심리가 필요한 경우를 열거 규정으로 볼 수는 없다고 해석하는 것이 일반적이다.<sup>27)</sup> 그러나 항소심 및 상고심에서 구속기간을 3차 갱신함에 있어서는 이와 같은 입법취지를 고려할 필요는 있다고 본다.<sup>28)</sup> 자세한 것은 후술하겠지만 여기서 갱신절차 없이 구속기간을 넘기는 경우는 물론 갱신절차 없이 구속기간이 경과한 후 갱신결정을 하더라도 아무런 효력이 없어 구속영장의 효력이 상실되므로 피고인은 검사의 석방지휘에 의하여 당연히 석방되어야 한다.<sup>29)</sup> ii) 상소심의 파

---

없다. 즉, 이 사건 법률조항은 미결구금의 부당한 장기화로 인하여 피고인의 신체의 자유가 침해되는 것을 방지하기 위한 목적에서 미결구금기간의 한계를 설정하고 있는 것이지, 신속한 재판의 실현 등을 목적으로 법원의 재판기간 내지 심리기간 자체를 제한하려는 규정이라 할 수는 없다. 그러므로 구속사건을 심리하는 법원으로서 만약 심리를 더 계속할 필요가 있다고 판단하는 경우에는 피고인의 구속을 해제한 다음 구속기간의 제한에 구애됨이 없이 재판을 계속할 수 있음이 당연하고, 따라서 비록 이 사건 법률조항이 법원의 피고인에 대한 구속기간을 엄격히 제한하고 있다 하더라도 이로써 법원의 심리기간이 제한된다거나 나아가 피고인의 공격·방어권 행사를 제한하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 볼 수는 없다. 이 사건 법률조항에 의한 구속기간의 제한과 구속기간 내에 심리를 마쳐 판결을 선고 하는 법원의 실무관행이 맞물려 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 사실상 침해되는 결과가 발생한다 하더라도, 그러한 침해의 근본적인 원인은 이 사건 법률조항을 그 입법목적에 반하여 그릇되게 해석·적용하는 법원의 실무관행에 있다 할 것이다. 따라서 비록 위와 같은 법원의 실무관행으로 말미암아 결과적으로 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해될 수 있다 하더라도, 이로써 그 자체로는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니하는, 오히려 피고인의 또 다른 기본권인 신체의 자유를 두텁게 보장하고 있는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.

26) 이은모, 형사소송법(박영사, 2010), 247쪽.

27) 임동규, 앞의 책, 402쪽.

28) 고의로 증거를 뒤늦게 신청하여 공판을 지연하는 경우 각하결정을 할 수 있다는 형사소송법 제294조 제2항의 규정에 비추어 구속기간 갱신의 사유인 ‘추가심리가 부득이한 경우’는 제한적으로 새겨야 한다는 입장으로는 신동운, 신동운, 신형사소송법(법문사, 2009), 836쪽.

기환송판결 또는 파기이송판결에 의하여 환송 또는 이송을 받은 법원의 구속기간도 2개월이며 갱신이 허용된다. 예컨대 구속된 피고인이 제2심 판결에 불복하여 대법원에 상고하였는데, 대법원이 파기환송판결을 선고 한 경우 사건을 환송받은 법원도 피고인에 대하여 구속기간을 최대 3차까지 갱신할 수 있다.

## 2.2 상소와 구속기간 갱신

① 판결선고 후 상소기간 중(상소제기전) 또는 상소 중(상소제기후)의 사건에 대한 구속기간갱신결정은 소송기록이 원심법원에 있는 때 혹은 원심법원을 떠나 아직 상소심법원에 도달하기까지는 원심법원이 하여야 한다(제105조, 규칙 제57조 제1항). 따라서 상소의 경우에 원심법원이 갱신결정을 하면 이는 원래 상소법원이 해야 할 것을 편의상 원심법원이 대행한 셈이 되는데 실무상 ‘대행갱신’이라고 하며 그 후 상소법원은 나머지 구속기간 갱신만 할 수 있게 된다(최대 2차에 한하여 가능). 여기서 쟁점으로 부각될 수 있는 것으로 원심(상소심의 경우 3차 갱신까지도 가능하지만 부득이한 경우에 한정되므로 2차를 한도로 하여 본다)이 2차의 갱신을 하고 판결 선고 후에 대행갱신을 한 경우라면 상소심은 제2차부터 갱신을 할 수 있음은 분명하지만, 원심에서 1차 갱신만을 하고 판결선고 후에 대행갱신을 한 경우이다. 이러한 경우 원심에서 어차피 1회 더 갱신이 가능하였던 만큼 이 대행갱신을 원심의 갱신으로 보고 상소심에서는 1차부터 갱신할 수 있는 것으로 볼 여지도 없지 않으나, 원심에서 대행갱신을 한 이상 상소심에서는 나머지 갱신밖에 할 수 없다고 본다. 이렇게 해석하는 경우에 상소심의 심리기간을 원심에게 부당하게 빼앗겨서 심리에 지장이 있을 수 있으므로 원심이 1차의 갱신만을 하고 판결을 선고 하는 경우에는 원심이 그 판결선고 전으로 갱신

29) 법원행정처, 법원실무제요(Ⅰ)(2008), 544쪽 이하.

기산일을 앞당겨서 미리 2차의 갱신을 할 수는 없는 것 인가하는 의문이 제기될 수 있다. 즉 1월 10일 구속기소 되었고, 3월 10일 1차 갱신(5월 9일이 갱신만료일), 4월 20일이 판결선고 예정인 경우 원심이 판결선고 전인 4월 15일자로 4월 19일부터 기산되는 2차 갱신을 할 수 있는가에 있다. 현재 실무는 5월 10일부터 갱신해야 할 것을 4월 19일부터 갱신하는 이른바 갱신기산일 자체를 앞당기는 갱신은 할 수 없는 것으로 보고 있다.<sup>30)</sup>

그렇다면 갱신기산일은 그대로 두고 갱신결정의 시기만을 앞당겨서 행하는 조치가 과연 가능한지가 문제된다. 예컨대 1월 10일 구속기소, 3월 10일 1차 갱신의 경우에 판결선고 일이 5월 10일 이후이면 2차갱신을 해야 하는 것은 당연하고, 판결선고 일이 5월 9일 이전이라도 원심이 판결선고 후에 5월 10일부터 기산되는 갱신을 한다면 대행갱신이 명백하므로 별 문제될 것은 없다. 문제는 예컨대 5월 8일이 판결선고 일인 경우 원심이 판결선고 전인 5월 7일자로 5월 10일부터 기산되는 갱신결정을 할 수 있는지에 있다. 이러한 갱신은 할 수 있다고 보지만, 갱신기산일이 분명히 원심판결선고 후인데도 원심이 그 갱신결정을 선고 전에 하느냐 후에 하느냐 하는 우연한 사정으로 말미암아 상소심의 심리기간이 2개월씩 늘었다 줄었다 할 수 있게 하는 것은 부당하므로 그 갱신의 성격은 원심의 2차갱신이 아니라 상소심의 대행으로서의 갱신이라고 보아야 한다. 결국 원심의 갱신인지 아니면 상소심의 갱신인지는 갱신기산일을 기준으로 해서 판단해야 하며, 결정일자가 판결전이라도 갱신기산일이 판결 후라면 상소심 1차 갱신의 대행으로 보고 결정이유에 형사소송법 제105조를 기재하여야 할 것이고 상소심의 갱신은 2차부터 할 수 있다고 해석해야 한다.

그리고 실무상 구속기간이 만료되기 전에 보석 또는 구속집행정지를 하고 판결을 선고 하면서 이를 취소함으로써 확실하게 대행갱신을 하는

30) 법원행정처, 앞의 책, 547쪽 이하.

방법을 취하는 경우가 많으므로 자주 문제되지는 않지만, 구속기간의 만료로 석방되었다가 판결을 선고 하면서 구속하는 경우에는 대행갱신의 실질을 갖게 되므로 상소심은 2차부터 구속기간을 갱신할 수 있게 된다. 그러나 불구속으로 진행된 사건의 판결을 선고 하면서 피고인을 구속하는 경우에는 상소심의 대행갱신이 아니므로 상소심은 2개월이 경과한 후 1차부터 구속기간을 갱신할 수 있게 된다.

② 환송·이송의 재판이 있는 후의 사건에 관한 구속기간갱신결정도 소송기록이 이송·환송받은 법원에 도달하기까지는 그 이송·환송의 재판을 한 법원이 이를 하여야 한다(규칙 제57조 제2항). 여기서 이송 또는 환송된 사건의 경우에 이송·환송법원이 구속기간갱신 등의 결정을 하는 것은 원래 이송·환송법원 등이 대행하는 것이므로 이송 또는 환송받은 법원은 나머지 1차(예외적으로 2차)에 한하여 구속기간 갱신 결정을 할 수 있다.

### 2.3 관련문제 - 판결선고(상소제기)후 원심법원에 의한 피고인의 구속가능성

상소 후에 소송기록이 상소법원에 도달하지 않고 원심법원에 있는 경우에 원심법원의 권한범위에 관하여 형소법 제105조는 ‘구속기간의 갱신, 구속의 취소, 보석, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소에 대한 결정은 원심법원이 하여야 한다’고 규정하고 있고, 형사소송규칙 제57조 제1항은 ‘피고인의 구속, 구속기간 갱신, 구속취소, 보석, 보석의 취소, 구속집행 정지와 그 정지의 취소의 결정은 원심법원이 이를 하여야 한다’고 규정하고 있다. 위 규칙은 위 법률과 달리 원심법원의 권한으로 ‘구속’과 ‘보석취소’를 인정하고 있는데 위 규칙의 법률저촉 여부가 쟁점이며 과연 구속 등을 할 수 있는지가 문제된다.<sup>31)</sup> 이에 학설은 형사소송

31) 사실 이 문제는 ① 법 제70조에서 말하는 피고인 구속권한을 갖는 법원의 개념,

법 제105조는 예외적 특별규정을 마련하면서 ‘피고인 구속’과 ‘보석취소’를 포함시키지 않았을 뿐만 아니라, 원심법원의 피고인 구속은 그 필요성이 없거나 설령 있더라도 불가결한 것이 아니며, 설령 구속의 필요성이 있다고 보더라도 그 이유만으로 대법원규칙으로 원심법원의 피고인 구속이 가능한 것으로 운용할 수는 없다는 부정설의 입장이 있다. 따라서 형사소송규칙 제57조 제1항은 법률에 명백히 저촉되므로 개정되어야 한다는 견해이다.<sup>32)</sup> 그러나 이심의 효력발생시기에 관한 소송기록송부시설과 법 70조의 규정에 비추어 소송계속이 있는 수소법원은 피고인을 구속할 권한을 가지고 있음이 분명하며 법 105조가 구속 그 자체를 규정하지 않은 것은 이를 전제로 한 것이다. 따라서 법 105조는 이미 구속되어 있는 피고인의 신병의 처리에 관한 규정에 불과하고 원심법원이 피고인을 구속할 수 있는 권한이 없다는 것을 뒷받침하는 규정은 아니라는 긍정설의 입장<sup>33)</sup>이 있다.

---

② 이심효과 발생시점(상소제기시 기준설과 소송기록 송부 기준설), ③ 법 제105조의 성격(판결확정 후, 원심과 상소심 간에 피고인의 신병처리에 관한 기술적 절차를 규정한 것인가. 아니면 실체적 요건을 규정한 것인가), ④ 무죄판결선고 등으로 구속의 효력이 상실된 피고인도 원심법원이 재차 구속할 수 있는지 등 세부논점을 가지고 있다.

32) 차정인, “상소기간 중 또는 상소 중 원심법원의 피고인 구속”, 법률신문(2007. 9. 20), 제3588호, 15쪽; 차정인, “형사소송법 제105조의 해석론”, 법률신문(2007. 11. 8), 15쪽.

33) 이균용, “상소제기 후 원심법원의 구속에 관한 권한”, 법률신문(2007.10.15), 제3588호, 15쪽(이심의 효력발생시기는 “소송기록송부기준설”의 입장에 있다); 법원실무제요-형사(법원행정처, 1998), 368쪽; 신동운, 신형사소송법(법문사, 2009), 1283쪽(다만 이심의 효력발생시기는 “상소제기를 기준”으로 판단하고 있다); 손동권, 개정신판 형사소송법(세창사, 2010), 270쪽; 정용석, “포괄일죄에 대한 공소사실의 특징, 추가기소, 항소심심판의 범위”, 고시계(2010.8), 82쪽. 소재불명 등으로 불구속재판을 받은 피고인에 대하여 유죄판결이 선고된 구체적 사안을 놓고 볼 때, 형사법규의 논리적이고 명확한 해석과 동시에 합리적 대안을 제시하기 위한 실무적 고민도 필요한 요소라는 보는 견해도 있다(권창국, 판결선고 후 원심법원에 의한 피고인 구속 가능성(2007. 11. 22), 제3604호, 15쪽.

대법원은 상소제기 후 소송기록이 상소법원에 도달하지 않고 있는 사이에는 피고인을 구속할 필요가 있는 경우에도 기록이 없는 상소법원에서 구속의 요건이나 필요성 여부에 대한 판단을 하여 피고인을 구속하는 것이 실질적으로 불가능하다는 점 등을 고려하면, 상소기간 중 또는 상소 중의 사건에 관한 피고인의 구속을 소송기록이 상소법원에 도달하기까지는 원심법원이 하도록 규정한 형사소송규칙 제57조 제1항의 규정이 형사소송법 제105조의 규정에 저촉된다고 보기는 어렵다. 불출석상태에서 징역형을 선고 받고 항소한 피고인에 대하여 제1심법원이 소송기록이 항소심법원에 도달하기 전에 구속영장을 발부한 것이 적법하다는 입장이다.<sup>34)35)</sup> 생각건대 특히나 상소제기 후의 문제로 구속이유나 필요성이 부정되어 불구속재판을 받은 예가 아닌, 소재불명 등으로 결석재판이 진행된 점에 특징이 있는 경우에는 소송기록이 도달 않은 상태에서 구속요건을 현실적으로 판단할 수 없고, 사안과 같이 판결선고 후 비로소 피고인의 구속이유와 필요성이 긍정되는 경우도 있다는 점에서 보면 긍정설이 타당하다고 본다.

34) 대법원 2007. 7. 10. 선고 2007모460 판결. 구속취소결정에 대한 재항고항소법원은 항소 피고사건의 심리 중 또는 판결선고 후 상고제기 또는 판결확정에 이르기까지 수소법원으로서 형사소송법 제70조 제1항 각 호의 사유 있는 불구속 피고인을 구속할 수 있고 또 수소법원의 구속에 관하여는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속함을 규율하는 형사소송법 제208조의 규정은 적용되지 아니하므로 구속기간의 만료로 피고인에 대한 구속의 효력이 상실된 후 항소법원이 피고인에 대한 판결을 선고 하면서 피고인을 구속하였다 하여 위 법 제208조의 규정에 위배되는 재구속 또는 이중구속이라 할 수 없다(대법원 1985. 7. 23. 선고 85모12 판결).

35) 창원지방법원 제1심이 피고인이 공판에 출석하지 않자 소송촉진등에관한특별법에 따라 피고인불출석 상태에서 공판을 진행하여 사기죄 등의 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 징역 1년 6월을 선고 한 후 피고인 항소 중 피고인을 구속하자 같은 법원 제2심은 위 법 제105조에 따라 '원심법원은 피고인 구속 권한이 없다'는 이유로 구속취소 결정을 하였는데, 대법원은 위 규칙 제57조는 위 법 제105조에 저촉되지 않고, 원심법원에 구속권한이 있다는 이유로 파기환송 결정을 했다.

### 3. 구속기간 위반의 효과

구속기간의 위반의 경우로는 구속기간이 만료된 후에 구속을 계속하거나, 구속기간의 갱신이 재량권의 현저한 일탈인 경우, 또는 각 심급에 있어서 정해진 횟수 이상의 구속기간의 갱신을 한 경우 등이 여기에 해당한다고 할 수 있다. 여기서 구속기간을 위반한 구속자체의 효력으로 대법원은 피고인에 대한 법원의 구속이 만료되더라도 구속영장이 당연히 실효되는 것은 아니라는 입장(비당연 실효설)이며,<sup>36)</sup> 법원이 법정회수를 초과하여 구속기간을 갱신한 경우에도 구속영장은 실효되지 않는다고 판시하고 있는 반면에,<sup>37)</sup> 통설은 구속기간의 경과로써 구속은 실효가 되며 따라서 그 후의 구속은 불법구속이 된다는 입장을 취하고 있다(당연 실효설).<sup>38)</sup> 생각건대 현행법이 피고인의 구속기간을 현실화하였다는 점과 구속기간을 엄격히 제한하고 있는 취지에 비추어 보면 당연히 실효된다고 봄이 타당하다. 따라서 종래의 판례는 구속영장의 효력이 당연실효가 된다는 입장으로 변경되어야 할 것으로 본다.

그리고 이러한 구속기간의 위반의 구속을 계속하면서 행한 소송절차의 적법성(유효성)과 관련해서는 판례가 법정회수를 초과한 구속기간의 갱신이 있더라도 이러한 사실이 원심판결에 영향을 미칠만한 위법이 되는 것은 아니며,<sup>39)</sup> 구속갱신결정이 없다는 사유만으로는 제1심판결이 소송절차에 위법이 있다거나 그 밖의 항소이유에 해당한다고 할 수 없다는 입장이다.<sup>40)</sup> 그러나 피고인의 구속은 피고인의 방어능력에 막대한 지장을 초래한다는 점에서 이러한 불법구속의 진행 중에 취해진

36) 대법원 1964. 11. 17. 선고 64도428 판결.

37) 대법원 1963. 9. 24. 선고 63도356 판결.

38) 신동운, 제2판 신형사소송법(법문사, 2009), 836쪽; 진계호, 형사소송법(형설출판사, 2000), 277쪽.

39) 대법원 1968. 8. 23. 선고 68도832 판결.

40) 대법원 1963. 6. 5. 선고 63도102 판결.

절차는 모두 무효라고 보아야 할 것이고, 이러한 사실은 방어방법의 제출 기회를 박탈할 수 있다는 점에서 원심판결에 영향을 미칠만한 위법이 있다고 보아 상소이유가 된다고 봄이 타당하다.<sup>41)</sup> 그 밖에도 구속기간만료후의 구속 중에 수집한 증거(예; 자백)는 불법구속 중에 수집한 증거로서 위법수집증거배제법칙에 의하여 그 증거능력이 배제되어야 한다. 또한 법정구속기간을 초과하여 구속한 경우에는 형법상 불법감금죄(형법 제124조)가 성립할 수 있으며, 국가배상법상의 손해배상청구의 사유가 될 수 있다.<sup>42)</sup>

## IV. 피고인에 대한 구속기간의 관련문제

### 1. 구속기간의 형기산입

#### 1.1 기존의 미결구금일수의 법체계

구속기간의 형기산입과 관련한 전체적인 법규정을 일별해 보면, 형법 제57조 제1항은 ‘판결선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다’고 규정하고,<sup>43)</sup> 형사소송법 제482조 제1항은 ‘상소제기 후의 판결선고 전 구금

41) 다만 학설은 절대적 항소이유가 된다는 견해와 상대적 항소이유가 된다는 견해의 대립이 있다.

42) 항소법원은 항소 피고사건의 심리 중 또는 판결 선고 후 상고제기 또는 판결확정에 이르기까지 수소법원으로서 형사소송법 제70조 제1항 각호의 사유 있는 불구속 피고인을 구속할 수 있고 또 수소법원의 구속에 관하여는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속함을 규율하는 형사소송법 제208조의 규정은 적용되지 아니하므로 구속기간의 만료로 피고인에 대한 구속의 효력이 상실된 후 항소법원이 피고인에 대한 판결을 선고 하면서 피고인을 구속하였다 하여 위 법 제208조의 규정에 위배되는 재구속 또는 이중구속이라 할 수 없다(대법원 1985. 7. 23. 선고 85도12 판결).

일수는 다음 경우에는 전부를 본형에 산입한다'고 규정하면서 그 제1호로 '검사가 상소를 제기한 때', 제2호로 '검사가 아닌 자가 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때'를 들고 있다. 따라서 피고인 등의 상소가 기각되는 경우에는 형법 제57조의 규정에 의하여도 상소제기기간 만료일부터 상소이유서제출기간 만료일까지의 구금일수를 본형에 산입하지 아니할 수 있도록 되어 있다. 그런데 소송촉진등에관한특례법 제24조는 형법 제57조의 규정에 대한 특칙으로서 피고인 등의 상소가 상당한 이유 없이 제기된 것으로 인정될 경우 상소제기기간 만료일부터 상소이유서 제출기간 만료일까지의 구금일수를 반드시 본형에 산입하지 않도록 강제하고 있는 것이다.<sup>44)</sup> 위 법조항은 피고인등의 상소가 상당한 이유 없이 제기된 것으로 인정될 경우 상소제기 후의 구금일수 중 일부를 반드시 본형에 산입하지 않도록 하여 결국 미결구금일수의 불산입이라

---

43) 형법 제57조에 의하여 본형 산입의 대상이 되는 미결구금일수(재정통산 일수)는 판결 선고 전날까지의 구금일수라고 보아야 한다. 따라서 판결선고 일이 판결선고 전 구금일수에서 제외된다는 것은 형법 제57조에 의하여 명백하며, 대법원도 판결선고 일은 판결선고 전 구금일수에서 제외된다는 입장이다(대법원 1996. 12. 27. 선고 66도1500 판결). 대법원은 판결 선고 당일에 집행유예, 선고 유예, 벌금형 등의 선고 나 보석, 구속취소 등으로 인하여 그날 중으로 석방된 피고인이 바로 당일에 상소를 제기한 경우에는 그 선고 당일(석방된 당일)의 구금일수 1일은 상소심의 재정통산의 대상이 된다고 할 것이고, 상소심은 재정통산의 대상이 되는 미결구금일수가 있을 때에는 반드시 그 전부 또는 일부를 본형에 산입하여야 하는 것이므로 그 경우 위 미결구금일수 1일을 반드시 본형에 산입하는 선고 를 하여야 한다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도6246 판결).

44) 피고인에게 불이익을 과하는 것이므로 피고인의 상소에 관한 권리를 간접적으로 제한하는 규정이라고 할 수 있는데, 당시 대법원은 입법정책상의 선택의 범위 내에서 규정되어 합헌으로 판시하였고(대법원 1992. 6. 23. 92초40), 헌법재판소도 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라고 결정한 바 있다(헌법재판소 1994. 12. 29. 92헌바31). 그럼에도 불구하고 미결구금일수의 불산입을 통한 상소의 규제는 헌법상 보장된 무죄추정의 원리를 제한하는 위헌의 흠이 있다는 지적에 신동운, 앞의 책, 1041면; 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000, 836면; 배종대/이상돈, 제7판 형사소송법(홍문사), 822면 참조.

는 심리적 부담을 통하여 형사재판의 조속한 확정을 통하여 법적 안정성을 확보하고 남상소로 인한 상소법원의 업무부담을 감경하기 위한 것이라고 할 수 있다. 결국 우리나라는 미결구금기간의 형기산입에 관하여, 형법 제57조 및 ‘소송촉진등에관한특례법’ 제24조에 따라 법원의 재판으로 산입되는 ‘재정통산’제도와, 형사소송법 제482조에 따라 법률상 당연히 산입되는 ‘법정통산’제도를 두고 있다. 즉, 미결구금기간의 산입은 형법 제57조 등에 의한 재정통산을 원칙으로 하지만, 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 미결구금일수가 늘어나는 경우에는 법원의 재량개입이 없이 자동적으로 형기에 산입함이 타당하다고 보아 법정통산규정을 보충적으로 두고 있는 것이다. 따라서 법정통산은 미결구금일수의 본형산입에 관한 법관의 재량이 인정되지 아니하므로 판결에서 선고 할 필요가 없고<sup>45)</sup> 선고 하더라도 아무런 의미가 없는 것인 반면,<sup>46)</sup> 재정통산에 있어서는 우리 형법 제57조 제1항은 대다수의 입법례가 미결구금기간의 ‘전부’를 형기에 산입하는 것과는 달리, 미결구금기간의 ‘전부 또는 일부를 …… 산입한다’라고 규정함으로써, 해당 법관으로 하여금 미결구금일수를 형기에 산입하되, 그 산입범위는 재량에 의하여 결정하도록 하고 있는 바, 이는 법관에게 그 산입 여부에 대한 재량은 없으나 산입의 범위를 결정할 재량이 부여되어 있다고 할 것이다.<sup>47)</sup>

45) 대법원 1983. 12. 27. 선고 83도2378 판결.

46) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도2263 판결. 형사소송법 제482조의 규정에 의하여 미결구금일수가 법정통산되는 경우에 항소심이 그 법정통산될 일수보다 적은 일수를 산입한다는 판단을 주문에서 선고 하였다 하더라도 이는 법률상 의미 없는 조치에 불과하고 이로 말미암아 법정통산이 배제되는 것은 아니므로 위와 같은 사유만으로 원심판결을 파기할 수는 없다.

47) 이 때문에 미결구금일수 불산입에 대한 위헌확인사건이 많았던 바, 이에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에서 제외하고 있으므로 대법원의 판결을 심판의 대상으로 하여 청구한 청구인의 이 사건 헌법소원은 부적법하다고 결정을 해오고 있었다(헌법재판소 2000. 9. 4. 2000헌마527; 2000. 9. 6. 2000헌마558; 2000. 10. 17. 2000헌마623; 2000. 11. 1. 2000헌마676; 2001. 5. 22 2001헌마336).

이는 피고인이 고의로 부당하게 재판을 지연시키는 것을 막아 형사재판의 효율성을 높이고, 피고인의 남상소(濫上訴)를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이는데 있는 것이다.

## 1.2 형법 제57조 제1항의 해석과 위헌결정

여기서 형법 제57조 제1항은 판결선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입하도록 규정하고 있다(형법 제57조). 즉 법원의 재량에 따라 판결주문에 형의 선고 와 동시에 미결구금일수의 전부 또는 일부를 본형에 산입하는 이른바 판결통산(재량통산, 재정통산)을 말한다.<sup>48)</sup> 본래 미결구금은 형의 집행은 아니지만 자유를 박탈하는 점이 자유형과 유사하기 때문에 형법 제57조는 인권보호의 관점에서 미결구금일수의 전부 또는 일부를 본형에 산입한다고 규정하고 있었다.<sup>49)</sup> 이에 과거 판례는 미결구금일수 중 일부 통산을 허용한 본 규정이 헌법상의 평등원칙이나 피고인에 대한 무죄추정의 원칙 또는 재판을 받을 권리의 보장에 관한 원칙 등에 위배되는 것이라고 할 수 없다고 판시한 바 있으며,<sup>50)</sup> 판결주문에 산입일수를 구체적으로 명시하지 않고 단지 판결선고 전 구금일수 전부를 산입한다고 표시하더라도 형의 집행단계에서 소송기록을 통하여 그

48) 병합심리된 사건에서 법원이 수개의 범죄사실을 병합 심리하여 형법 제37조 후단의 경합범에 대하여 2개의 형을 선고 하는 경우, 구금일수를 어느 죄에 관한 형에 산입할 것인가의 문제는 법원의 재량에 속하는 사항이므로 구금일수를 구속영장이 발부되지 아니한 다른 범죄사실에 관한 죄의 형에 산입할 수도 있다). 한편 甲죄의 혐의로 구속영장이 발부되어 구속된 자가 乙죄의 혐의도 있다고 인정되어 양 죄로 공소제기 되었는데, 甲죄는 무죄, 乙죄는 유죄로 인정된 경우에는 甲죄의 구속영장에 의한 미결구금일수를 乙죄의 형에 산입해야 한다.

49) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도6606 판결.

50) 대법원 1967. 4. 4. 선고 67도304 판결; 대법원 1989. 10. 10. 선고 89도1711 판결; 대법원 1993. 11. 26. 선고 93도2505 판결.

산입의 범위가 충분히 확정되므로 명확성이 결여된 것은 아니라고 한다.<sup>51)</sup> 그러나 미결구금일수의 일부라도 산입하는 것은 필요적이므로 산입을 전혀 하지 아니하는 것은 위법하며<sup>52)</sup>, 또한 실제로 구금된 일수를 초과하여 산입한 것도 위법하다고 판시하였다.<sup>53)</sup> 다만 제1심법원이 실제로 구금된 일수보다 더 많은 미결구금일수를 본형에 산입하였더라도 피고인만이 상소한 경우에는 불이익변경금지의 원칙상 상소심은 미결구금일수를 감축할 수 없게 된다는 것이 판례의 입장이지만,<sup>54)</sup> 의문이 없지 않다.<sup>55)</sup>

51) 대법원 1999. 4. 15. 선고 99도357(전원합의체판결). 그리고 항소심이 피고인의 항소를 기각하면서 판결선고 전의 미결구금일수를 제1심판결의 선고 형에 산입하는 경우에 제1심판결의 선고 형이 2개 이상 있을 때에는 그 중 어느 형에 산입하는지를 분명히 해야 함에도 판결선고 전의 항소심 구금일수를 원심형에 산입한다고만 하여 2개의 선고 형 중 어느 형에 산입하는지 또한 쌍방에 산입하면 몇 일씩을 산입할 것인지 밝히지 아니한 항소심판결을 판결이유를 제대로 갖추지 아니한 위법이 있다고 지적한 판례가 있다(대법원 1995. 7. 11. 선고 95도1084 판결).

52) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79도443 판결.

53) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도1709 판결.

54) 대법원 1996.1.23. 선고 95도2500 판결. 즉, 피고인만이 판결에 불복하여 항소한 경우에 1심의 미결구금일수의 산입이 잘못되었다 하더라도 항소심으로서의 피고인에게 불이익하게 판결할 수는 없는 것이므로, 항소심이 1심판결을 취소하고 주형은 제1심판결과 동일하게 선고 하면서 1심판결 선고 전의 미결구금일수만을 제1심판결보다 줄여서 선고 한 것은 불이익변경금지원칙에 반하여 위법하다는 것이다.

55) 그러나 형사소송법상 불이익변경금지의 원칙은 피고인의 항소권 보장을 위하여 정책적으로 마련된 것으로 피고인만 항소한 경우에 상소심에서 원심보다 피고인에게 더욱 불리한 판결을 할 수 없다는 것인데, 물론 피고인만이 항소한 경우 초과산입 미결구금일수를 시정하는 것이 주문의 형식상으로는 피고인에게 불이익하다고 볼 수는 있겠지만, 실제하지 않는 미결구금일수의 산입을 배제하는 것이 과연 피고인에게 불이익을 주는 것이라 볼 수 있는지 의문이다. 또한 실제하지 않는 미결구금일수를 산입하여 피고인에게 부당한 혜택을 주는 것은 미결구금일수의 산입제도의 본래의 취지에도 맞지 않는다. 이에 대하여는 피고인만이 상소를 한 경우에도 상소심에서 직권으로 과다산입된 미결구금일수를 정정할 수 있도록 하여야 한다고 주장하는 견해로는 이상문, “미결구금일수의 산입에 있어 산입할 수 있는 일수를 초과하여 산입한 것의 적부”, 대법원판례해설, 1983, 1984상반기(통권 제2호), 266쪽; 양철한,

그러나 최근에 헌법재판소는 (i) 미결구금을 허용하는 것 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사의 원칙에 대한 예외인데, 형법 제57조 제1항 부분은 그 미결구금일수 중 일부만을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해가 중하고 있다는 점과 (ii) 미결구금은 신체의 자유를 박탈하여 고통을 주는 효과 면에서는 실질적으로 자유형의 집행과 유사하고, 미결구금상태에서의 정신적 긴장이나 미래에 대한 불안을 고려할 때 미결구금이 확정된 형의 집행보다 완화된 형태의 구금이라고 단정할 수도 없다는 점 (iii) 설사 구속 피고인이 고의로 재판을 지연하거나 부당한 소송행위를 하였다고 하더라도 이를 이유로 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형벌적 요소를 도입하여 제재를 가하는 것으로서 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다는 점 (iv) 상소권의 남용은 형사재판절차를 불필요하게 지연시킬 뿐 아니라 상소심 업무를 과중하게 하여 신속적정한 사법운영을 방해하므로, 이를 예방하거나 제어할 필요성이 있지만, 피고인의 상소권은 헌법 제27조의 재판청구권에 포함되는 피고인의 정당한 권리로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 의하여만 이를 제한할 수 있는 바,<sup>56)</sup> 형법 제57조 제1항 부분이 상소제기 후 미결구금일수의 일부가 법원의 재량으로 산입되지 않을 수 있도록 하여 피고인의 상소의사를 위축시킴으로써 남소를 방지하려 하는 것은, 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없다는 점을 고려해 볼 때 결국 미결구금은 신체의 자유를 침해받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로, 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다. 그럼에도 불구하고 형법 제57조 제1항 중 ‘또는 일부’

“미결구금일수산입에 관한 문제”, 재판실무 2집(창원지방법원, 2005.9), 389쪽).  
56) 헌법재판소 1996. 10. 4. 95헌가1; 현재결 1999. 7. 22. 96헌바19.

부분은 미결구금의 이러한 본질을 충실히 고려하지 못하고 법관으로 하여금 미결구금일수 중 일부를 형기에 산입하지 않을 수 있게 허용하였는바, 이는 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 지나치게 제한함으로써 헌법에 위반된다고 결정한 바 있다.<sup>57)</sup>

### 1.3 미결구금일수를 기재하지 않은 판결의 적법성

미결구금은 신체의 자유를 침해받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로, 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다고 하면서 형법 제57조 제1항 중 판결선고 전 구금일수의 일부산입부분에 대해 헌법재판소의 위헌결정이 선고 되었음은 이미 살펴본 바와 같다. 문제는 미결구금일수를 전부 산입하는 경우에 과연 법원이 판결문에 미결구금일수의 기재할 필요가 있는지에 대하여 의문이 제기되었다.

이에 대하여 판결선고 전 구금일수(미결구금일수)를 판결문에 명시하지 않는다면 형의 선고와 동시에 판결로써 미결구금일수를 선고해야 한다고 규정한 형사소송법 제321조 제2항에 정면으로 반할 뿐만 아니라,<sup>58)</sup> 피고인의 입장에서는 판결선고 시 미결구금일수를 알 수 없어 불안정한 지위에 놓이게 되며 집행이후 교정기관을 통하여 비로소 개별적으로 파악해야 하게 되어 국민의 알권리를 침해한다는 점은 물론, 형사판결의 주문은 재판의 결론에 해당하는 부분으로서 단순하고 명확하여야 하며, 주문 자체로써 집행에 의문이 없을 정도로 그 내용이 특정

57) 헌법재판소 2009. 6. 25. 2007헌바25.

58) 형사소송법 제321조 제2항 '판결전 구금의 산입일수'에 있어서 '日數'의 사전적 의미는 '날의 수'라고 할 것이어서 구체적 숫자로 표시하여야 법문의 해석에도 부합한다는 것이다.

될 수 있어야 하는데 결국 주문의 명확성과 특정성에도 위배된다고 검찰에서는 주장하고 있다. 특히 판결에서 미결구금일수를 선고 하지 않을 경우 사건기록을 통해 미결구금일수를 계산할 수밖에 없는데, 기록이 판결 선고 후 검찰로 송부되기까지 20여일 이상 걸리는 현실을 고려할 때 형 집행에도 문제가 생길 수 있다고 지적하고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 대법원은 최근 ‘미결구금일수는 전부 본형에 산입될 것이어서 판결에서 구금일수를 따로 정할 필요가 없다’는 취지로 판시하고 있다.<sup>59)</sup> 생각건대 쟁점은 형법 제57조 제1항의 ‘또는 일부’부분이 위헌으로 삭제되더라도 법원은 여전히 판결로서 미결구금일수 산입을 선고해야 하는가의 문제라고 할 수 있다. 물론 미결구금일수를 판결문에 기재하지 않으면 형사소송법 제321조 제2항을 사문화시킨다는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 형사소송법 제321조 제2항은 재량통산을 전제로 규정한 것으로 보아야 하고, 따라서 재량통산을 규정한 형법 제57조가 위헌으로 밝혀진 이상 미결구금일수를 판결문에 명시해야 한다는 제321조 제2항을 근거로 삼는 것은 다소 무리가 있다고 보인다. 아울러 우리나라는 형 집행과 관련하여 법원주의가 아닌 검사주의를 채택한 이상 검사가 미결구금일수를 파악하여 집행함이 타당하다고 본다.

## 2. 상소심과 미결구금일수

형사소송법 제482조는 법정통산을 규정한 것으로 판결전 구금일수 즉, 미결구금일수가 법률에 의하여 자유형(유기징역·유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류)의 집행시에 당연히 본형에 산입되는 것을 말한다. 이는 법관의 재량을 배제하고 미결구금일수의 전부를 본형에 산입함으로써 구속된 피고인의 이익을 보호하려는데 입법취지가 있다. 여기서 형법 제57조가 규정한 미결구금일수의 산입기준은 제1심법원과

59) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3459 판결.

상소심법원 모두에게 적용된다. 따라서 형법 제57조의 특칙규정이라고 할 수 있는 형사소송법 제482조의 상소제기후 미결구금일수에 관한 규정도 헌법재판소의 위헌결정에 맞추어 재해석되어야 한다. 다시 말하면 결국 형사소송법 제482조 제1항은 상소심판결이 선고 된 경우에 ‘상소 제기 후 판결 선고 전 구금일수는 다음 경우에는 전부를 본형에 산입한다. 1. 검사가 상소를 제기한 때,<sup>60)</sup> 2. 피고인 또는 피고인 아닌 자<sup>61)</sup>가 상소를 제기한 경우에 원판결이 파기된 때’라고 규정하고,<sup>62)</sup> 제2항은 ‘상소제기기간 중의 판결확정 전 구금일수(상소제기 후의 구금일수를

- 
- 60) (i) 검사가 상소를 제기한 경우에는 원심판결의 파기여부와 관계없이(검사의 상소가 기각되는 경우는 물론 원심판결이 파기된 경우에도) 원심판결 선고 일로부터 상소심 판결 선고 전까지의 구금일수 전부를 본형에 산입하여야 한다(제482조). 그리고 (ii) 검사와 피고인 쌍방이 상소를 제기한 경우에도 법정통산의 사유에 해당 한다(대법원 1972. 5. 23. 선고 72도528 판결). (iii) 경합범의 관계에 있는 사실 중 일부를 유죄로 일부를 무죄로 각 판결하고, 그 중 유죄부분에 대하여는 피고인이, 무죄부분에 대하여는 검사가 각자 상소를 제기한 경우에 상소심에서 쌍방의 상소를 모두 기각하는 경우에 있어서도 판결선고 전의 구금일수는 전부 본형에 산입 한다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체판결. 종래의 판례는 상고심에서 쌍방의 상고를 모두 기각하는 때에는 원심의 유죄부분과 무죄부분은 가분적이어서 쌍방의 상고는 서로 영향을 미치지 않으므로 피고인만이 상고한 유죄부분에 대하여는 제482조 제1항 제1호에 정해진 검사가 상고한 경우에 해당하지 아니하므로 상고후의 구금일수를 형법 제57조에 의하여 재정산입하여야 한다고 판시하였다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도6311 판결).
- 61) 「피고인 아닌 자」는 피고인의 상소권대리행사자(형사소송법 제340조·제341조)를 말하지만, 논리적으로는 「피고인 아닌 자」에는 「검사」도 포함되므로, 오해의 소지를 없애기 위하여 형사소송법 제482조 제1항 제2호의 「피고인 또는 피고인 아닌 자」를 「검사 이외의 자」로 개정하는 것이 타당하다는 입장으로는 서법정, 특집/형사법의 현안문제 현황 판결선고 전 구금일수 산입제도의 문제점 및 개선방안, 법조 49권 6호(통권 525호)(법조협회, 2000.6.), 99쪽.
- 62) 피고인 또는 피고인 아닌 자가 상소를 제기한 경우(피고인의 상소대리권자(제340조, 제341조)가 피고인을 위하여 상소한 경우를 말함)에는 원심판결이 파기된 경우(파기의 이유 또는 파기판결의 내용을 불문)에 한하여 법정통산의 사유로 된다. 따라서 지금까지 피고인의 상소가 기각된 경우에는 적용되지 않으며, 상소법원은 형법 제57조에 의하여 법정통산을 하여야 한다고 해석해 온 것이다(대법원 1972. 9. 12. 선고 72오1 판결).

제외한다)는 전부 본형에 산입한다.’라고 규정하고 있다. 한편, 형법 제57조 제1항은 원래 ‘판결 선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.’라고 규정하고 있었으나, 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌가25 결정은 미결구금이 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 박탈하고 있다는 점에서 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다는 취지에서 위 규정 중 ‘또는 일부’ 부분이 헌법에 위반된다고 선언하였다. 이에 따라 형법 제57조 제1항은 판결 선고 전의 미결구금일수 전부가 본형에 산입된다는 법정통산의 근거조항으로 되었다. 결국은 모든 판결 선고 전의 구금일수는 그 전부가 본형에 산입되어야 한다는 것이다.

먼저 법정통산의 대상으로 ㉠ 상소제기후 판결선고 전 구금일수를 규정하고 있는데,<sup>63)</sup> 여기서 본조 제1항은 상소제기후의 구금일수만을 법정통산의 대상으로 규정하고 있으므로 제1심판결 선고 후 상소제기 전의 구금일수는 법정통산의 대상이 아니라고 해석될 여지가 있었고, 이에 대하여 피고인은 상소기간 중 아무런 불이익을 받을 염려가 없이 상소에 대하여 숙고할 여유를 가져야 하므로 이 기간을 제외한 것에 대하여 의문이 제기되었다. 이에 헌법재판소는 상소제기기간을 법정통산의 대상에서 제외한 형사소송법 제482조는 상소숙려기간의 중요성을 강조하면서 상소제기전 구금일수에 관하여 상소포기나 상소기간도과냐에 따라 미결구금일수의 산입에 차이가 나는 것은 피고인의 신체의 자유를 침해하고 평등의 원칙에 위배된다는 이유로 헌법불합치결정을 한 바 있다<sup>64)</sup>. 그리하여 2004년 입법자는 형소법 제482조를 개정하여 상소

63) 과거에는 상소제기후의 미결구금일수에 한해서 법정통산의 대상이 되므로 제1심판결 선고 전의 구금일수는 재정통산(형법 제57조)의 대상으로 될 뿐, 법정통산의 대상으로 되지 아니한다고 해석을 하였다.

64) 헌법재판소 2000.7.20. 99헌가7. 형소법 제482조 제1항을 위헌무효로 할 경우 법정통산의 근거규정이 없어지는 폐단이 있다는 이유로 헌법불합치결정을 내렸다.

제기기간중의 판결확정 전 구금일수는 전부 본형에 산입되는 것으로 되었다(제482조 제2항). 그리고 본조 제1항의 판결선고 전은 상소법원의 판결선고 전을 의미한다. 따라서 상소법원이 파기환송 또는 파기이송의 판결을 선고 하는 경우에는 그 판결의 선고 전이 본조 제1항의 판결선고 전에 해당한다.<sup>65)</sup>

상소 후의 미결구금일수의 산입과 관련하여 형사소송법 제482조 제2항의 상소가 제기된 이후의 미결구금일수가 법정통산의 대상이 되지 않는 경우를 예정하고 있다. 그러나 형법 제57조 제1항의 재량산입 부분에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 취지에 따라 상소제기 이후의 미결구금일수도 전부 법정통산되는 것으로 새겨야 할 것이다.<sup>66)</sup>

과거에 판결선고 일부터 상소제기시까지의 미결구금일수는 형기에 산입된다는 규정을 두고 있었지만(형사소송법 제482조 제2항), 상소제기 이후부터 상소를 취하 전일까지의 기간을 형기에 산입하는 규정이 없었다. 여기서 미결구금과 관련한 현행 법령에 의하면, 피고인이 상소하였다가 상소를 기각당하면 상소제기 후의 미결구금기간을 형법 제57조에 의하여 산입받을 수 있는 반면, 상소심 계속중에 피고인이 상소를 취하한 경우에는 그 기간의 미결구금에 대해서 전혀 산입받지 못하는 결과가 되는바, 상소를 기각당한 피고인과 상소를 취하한 피고인을 다르게 취급할 합리적 이유가 없다. 따라서 상소를 취하한 경우에 구금기간 산입의 근거규정을 두지 않은 것은 합리적 이유가 없는 자의적인 차별에 해당하므로 형사소송법 제482조 제1항 및 제2항은 평등의 원칙에 위배하여 신체의 자유를 과도하게 제한한다는 위헌의 의심이 제기 되었다.

이에 2009. 12월 헌법재판소는 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 유죄판결이 확정되기 전의 피의자 또는 피고인은 아직 죄 있는 자가 아니므

65) 판결선고 전의 미결구금일수에 한해서 법정통산의 대상으로 되므로 판결확정후의 구금일수는 법정통산의 대상으로 되지 아니한다고 해석해 왔다.

66) 신동운, 앞의 책, 839쪽.

로 그들을 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니되고, 특히 미결구금은 신체의 자유를 침해받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 하므로 상소제기 후 상소 취하시까지의 구금 역시 미결구금에 해당하는 이상 그 구금일수도 형기에 전부 산입되어야 하며 구속 피고인의 상소제기 후 상소 취하시까지의 구금일수를 본형 형기 산입에서 제외함으로써 기본권 중에서도 가장 본질적 자유인 신체의 자유를 침해하고 있다고 결정한 바 있다. 결국 상소제기 후 상소취하시까지의 미결구금을 형기에 산입하지 아니하는 것은 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙, 평등원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 지나치게 제한하는 것이고, 따라서 ‘상소제기 후 미결구금일수의 산입’에 관하여 규정하고 있는 이 사건 법률조항들이 상소제기 후 상소 취하시까지의 미결구금일수를 본형에 산입하도록 규정하지 아니한 것은 헌법에 위반된다는 것이다. 결국 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 법적 공백상태가 발생할 것이므로 이를 방지하기 위하여 그와 같은 법률근거를 두지 않은 것은 헌법에 합치되지 않는다는 결정을 내렸다.<sup>67)</sup>

대법원도 2010. 4월에 피고인이 상소를 제기하였다가 그 상소를 취하한 경우에는, 상소심의 판결 선고가 없었다는 점에서 형사소송법 제482조 제1항 또는 형법 제57조가 적용될 수 없고, 상소제기 전의 상소제기기

67) 헌법재판소 2009.12.29. 선고 2008헌가13,2009헌가5(병합) 전원재판부. 또한 구속 피고인이 상소하였다가 상소기각판결을 선고 받는 경우에는 형법 제57조 제1항에 대한 헌법재판소 2009. 6. 25. 2007. 헌바25 결정에 의하여 그 미결구금일수 전부를 산입받을 수 있게 된 반면, 구속 피고인이 상소하였다가 상소를 취하한 때에는 이 사건 법률조항들이 상소제기 후 상소취하시까지의 구금기간을 통산하도록 규정하고 있지 아니함으로써 그 구금기간을 본형에 산입받지 못하는바, 이로 인하여 상소를 취하한 구속 피고인은 상소기각판결을 선고 받은 구속 피고인에 비하여 현저히 불리한 차별을 받는 결과가 된다는 점도 지적하였다.

간 중의 구금일수가 아니라는 점에서 형사소송법 제482조 제2항이 적용될 수 없으며, 달리 이를 직접 규율하는 규정은 없지만, 상소제기 후 상소취하한 때까지의 구금 또한 피고인의 신체의 자유를 박탈하고 있다는 점에서 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로 상소제기기간 중의 판결확정 전 구금과 구별하여 취급할 아무런 이유가 없고, 따라서 상소제기 후 상소취하한 때까지의 구금일수에 관하여는 형사소송법 제482조 제2항을 유추적용하여 그 전부를 본형에 산입하여야 한다고 하면서, 상소취하시 상소제기 이후부터 상소취하 전일까지의 미결구금일수를 형기에 산입하지 않고 형집행지휘를 하는 것은 위법하다는 결정을 한 바 있다.<sup>68)</sup> 따라서 검찰도 헌법재판소와 대법원의 위헌 내지 위법의 결정을 취지를 반영하고 수형자의 권익을 보호하기 위해 상소취하시 법률근거가 없어 산입되지 않았던 상소제기 이후부터 상소취하 전일까지의 미결구금일수를 형기에 산입하여 상소취하로 형이 확정되어 수형 중인 수용자에게 형기단축의 혜택을 주었다.

한편 ㉔ 원심판결파기후 판결전 구금일수와 관련해서는 상소법원이 원심판결을 파기한 후 사건을 환송 또는 이송을 받은 법원이 판결선고를 하기 전의 구금일수이다. 상소법원이 파기자판을 하는 경우의 법정통산에 관해서는 본조 제1항이 적용된다<sup>69)</sup>. 환송 또는 이송 받은 법원이 선고 한 판결에 대해서 상소가 제기된 경우 상소제기 후의 미결구금일수의 법정통산에 관해서는 본조 제1항이 적용된다.

68) 대법원 2010. 4. 16. 선고 2010모179 판결(재판의 집행에 관한 이의결정에 대한 재항고).

69) 왜냐하면 상소법원이 파기자판을 하는 경우에는 원심판결의 파기와 동시에 재판이 행해지기 때문이다.

## IV. 결 론

형사소송법이 제정된 이래 2007년에는 새로운 입법에 버금갈 만큼 형사소송법에 대해 대대적으로 손질이 가해졌다. 그 개정의 내용에 있어서 수사절차의 적법성과 투명성을 제고하기 위한 장치는 물론, 피의자나 피고인의 방어권을 강화하면서도 전체적으로 공판중심주의를 실현하는 쪽으로 방향을 잡았다는 평가를 받고 있다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고 일정한 분야에서는 그 기대에 미치지 못한다거나, 오히려 더 멀어졌다는 평가도 없지 않다. 다양한 평가로 엇갈리는 가운데, 특히 법원의 구속기간 연장은 과거 실무상 항소심이나 상고심에서 구속기간의 만기에 쫓겨 다소 성급하게 판결하는 사례가 없지 않아 이에 대한 시정을 위한 것이라고 볼 수 있다. 결국 현재 재판 실무상의 어려움을 현실화하였다고 볼 수가 있다. 그러나 불구속재판의 원칙에 비추어 보면, 미결구금이 너무 늘어날 우려가 있기 때문에, 미결구금의 장기화를 억제해야 할 뿐만 아니라 모든 구속사건에 대해 여유를 가지게 되어 공판심리에 있어서 신속한 재판에도 역행하는 것이 될 수 있다.<sup>70)</sup> 여기서 외국과 달리 특히 우리나라의 구속에 있어서 심각한 인권침해적 성격에 비추어 가급적 구속에 관한 규정은 가급적 엄격히 하지 않으면 안된다고 생각된다. 따라서 개정 형사소송법이 집중심리제도(제267조의2)를 도입하면서, 다른 한편으로는 상소심의 경우 피고인의 구속기간을 3차까지 연장할 수 있도록 확대한 것에 대해서는 의문이 적지 않다. 따라서 개정법에 있는 집중심리주의를 통해서 충분히 해결될 수 있을 뿐만 아니라, 또 그렇게 하는 것이 가장 바람직하다고 생각된다.<sup>71)</sup> 그리고 이번 기회

70) 공소제기전의 체포기간이나 구속기간을 피고인의 제1심 구속기간에 산입하는 것이 입법론상 타당하다는 입장으로는 백형구, “형사소송법 개정법률의 비판적 해설”, 변호사 제38집(서울지방변호사회, 2008), 268쪽.

71) 오히려 피고인이 요구하는 경우에 국한하여 3차까지 갱신할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 견해도 있다(허일태, “형사소송법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 동아

에 미결구금일수 산입과 관련된 규정도 재정비할 필요가 있다고 본다.

(투고일 2010년 6월 14일, 심사일 2010년 6월 23일, 게재확정일 2010년 7월 13일)

**주제어** : 구속기간, 신속한 재판, 불구속 재판, 미결구속기간

## 참고 문헌

### 1. 단행본

- 김기두, 형사소송법 전정신판, 박영사, 1987.  
 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.  
 법원행정처, 법원실무제요( I ), 2008.  
 법원행정처, 형사소송법 개정법률해설, 2007.  
 서일교, 형사소송법 제8개정판, 박영사, 1979.  
 손동권, 개정신판 형사소송법, 세창사, 2010.  
 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2009.  
 신현주, 신정2판 형사소송법, 박영사, 2002.  
 이은모, 형사소송법, 박영사, 2010.  
 임동규, 형사소송법(제6판), 법문사, 2009.  
 정영석/이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996.  
 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.  
 차용석/백형구, 주석 형사소송법( I ), 한국사법행정학회, 1998.

### 2. 논문

- 권창국, “판결선고 후 원심법원에 의한 피고인 구속 가능성”, 2007.  
 11. 22, 제3604호.  
 김재억, “프랑스 예심제도 실무”, 해외연수검사논문, 2007.8.  
 김정원, “피고인에 대한 구속기간의 기산일에 관한 검토”, 형사재판의  
 제문제 제4권, 형사실무연구회, 2003.12.  
 김희옥, “형사절차상의 구속기간,” 「고시연구」 제21 권제7호(제244  
 호), 고시연구사, 1994.7.

- 김희옥, “법원이 재판 중인 피고인에 대하여 구속영장을 발부하는 경우에도 반드시 검사의 신청이 있어야 하는지 여부 : 중요판례연구”, 고시연구 24권 6호(279호), 1997.5.
- 김희옥, “형사절차상의 구속기간”, 고시연구, 1994.7.
- 백형구, “구속기간에 관한 이론적·실무적 고찰,” 법률학의 제문제: 유기천박사 고회기념, 유기천박사 고회기념 논문집 편찬위원회(1998).
- 백형구, “형사소송법 개정법률의 비판적 해설”, 변호사 제38집, 서울 지방변호사회, 2008.
- 서범정, “특집/형사법의 현안문제 현행 판결선고 전 구금일수 산입제도의 문제점 및 개선방안”, 법조 49권 6호(통권 525호), 2000.6.
- 신양균, “독일의 인신구속제도에 대한 검토”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.
- 양철한, 미결구금일수산입에 관한 문제, 재판실무 2집, 창원지방법원, 2005.9.
- 이균용, 상소제기 후 원심법원의 구속에 관한 권한, 법률신문, 2007.10.15, 제3588호.
- 이상문, “미결구금일수의 산입에 있어 산입할 수 있는 일수를 초과하여 산입한 것의 적부”, 대법원판례해설, 1983, 1984상반기(통권 제2호).
- 정웅석, “포괄일죄에 대한 공소사실의 특정, 추가기소, 항소심심판의 범위”, 고시계, 2010.8.
- 조 국, “영미 체포구속제도의 특징과 그 비교법적 함의”, 한국비교형사법학회, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009.
- 허일태, “형사소송법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 동아법학 제35호, 동아대학교 법학연구소, 2005.

[Abstract]

## A Study on Court's Detention period

Yi-Chul Shin\*

Unlike the past, current law provides that in consideration of deliberation period, court's detention period is counted from the time of prosecution initiation without including arrest etc. period prior to prosecution, and detention period in appeal trial can be renewed up to three times. This seems to remedy any hastily made decision by extending court's detention period, through which it looks like difficulty in court practice is practicalized to some extent.

Nonetheless, in light of the rule of non-detention trial, it has problem, and undecided detention days can be excessively prolonged, and court take time in all detention cases, so it may impair rapid trial. Especially, under current law the intensive deliberation system is introduced, it seems to be most rational and desirable that the problem is solved by the intensive deliberation system rather than elongation of court's detention period.

**Keywords :** Detention period, rapid trial, non-detention trial, un-decided detention days

---

\* Professor of college of Public Administration, Kundong University.

