

외국인 체포·구속 시 영사통보 개선방안



2020. 9. 24.

사법행정자문회의
재판제도 분과위원회

[목 차]

[재판제도 분과위원회 연구검토 결과]

1. 사법행정자문회의의 주요 논의사항 및 쟁점	-----1
2. 재판제도 분과위원회 연구검토 결과	-----1

[기초발제자료]

1. 문제의 소재	-----3
가. 논의의 배경	-----3
나. 쟁점사항	----- 3
2. 협약상 영사통보제도 개관	-----4
가. 협약의 발효	-----4
나. 영사통보 관련 규정	----- 4
다. 국내법상 효력 : 법률	-----5
라. 위반의 효과에 관한 판결례(생략)	----- 5
마. 양자조약의 경우	-----5
바. 외국의 이행입법 예	----- 6
3. 영사통보 담당 주체	-----7
가. 현행 체포·구속법제	-----7
나. 체포단계(A)	-----8
다. 체포된 피의자 구속 단계(B)	-----11
라. 미체포 피의자 구인 단계(C)	-----12
마. 미체포 피의자 구속 단계(D)	-----14
바. 피고인 구속 단계(E)	-----15
사. 논의결과 요약	----- 19
4. 법원의 통제	-----19
가. 집행기관 의무이행 여부 통제	-----19
나. 당해 사건 본안 심리에 관한 통제	-----22

다. 국가의 손해배상책임 -----	23
라. 사전적 통제 -----	23
5. 규범화에 관한 논의 -----	24
가. 법률 혹은 대법원 규칙 -----	24
나. 대법원예규 -----	25
다. 실무편람 등 Soft Law(생략) -----	28
6. 그 외 신체구속의 경우 -----	28
가. 법원에 의한 신체구속 -----	29
나. 형집행 -----	33
다. 기타 신체구속 -----	33
라. 요약 -----	34
7. 결어 -----	35

[재판제도 분과위원회 논의경과]

1. 개요 -----	36
가. 회의일시 -----	36
나. 논의사항 -----	36
2. 논의결과 -----	36
가. 협약상 영사통보 의무의 직접 이행 주체-----	36
나. 규범화방안 -----	36
다. 형사소송법상 체포·구속 외의 인신구속 -----	37

외국인 체포·구속 시 영사통보 개선방안

2020. 9. 24.

사법행정사무회의 재판제도 분과위원회

[재판제도 분과위원회 연구검토 결과]

1. 사법행정사무회의 주요 논의 사항 및 쟁점

- 비엔나 영사 협약상 영사통보 의무의 직접 이행 주체
 - 집행기관
 - 법원
- 규범화의 문제
 - 규범화의 필요성
 - 규범화의 수준
- 형사소송법상 체포·구속 외의 인신구속
 - 영사통보 해당여부
 - 통보주체

2. 재판제도 분과위원회 연구검토 결과

- 영사통보 의무에 관하여 정한 비엔나협약은 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가집니다.
- 영사통보 의무 이행 주체를 확정함에 있어서 '집행기관'이 통보하는 것을 원칙적 기준으로 삼는 것이 간명합니다.
- 법원이 직접 영사통보 의무를 담당하지 않는다고 하더라도 적법절차 원리와 영장주의

정신에 비추어 영사통보에 대한 피의자·피고인의 권리가 지켜지도록 보장할 필요가 있습니다.

4. 분과위에서 검토한 예규개정안을 토대로 자구와 체계 등을 정비하여 예규를 개정할 필요가 있습니다.

5. 나아가 협약 내용을 법관들에게 알리기 위한 방안을 강구할 필요가 있습니다.

6. 차후 형사소송법상 체포·구속 이외의 인신구속에도 이상의 논의를 반영할 필요가 있습니다.

[기초발제자료]

1. 문제의 소재

가. 논의의 배경

- ‘영사관계에 관한 비엔나협약’(이하 ‘협약’이라 한다)은 파견국의 국민이 체포·구속된 경우 접수국의 권한 있는 당국에 의한 영사통보 의무에 관하여 정함
- 협약은 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가짐
- 협약상 의무가 체포·구속절차에서 잘 준수되고 있는지 일부 법관 사이에 문제가 제기됨. 법관들이 이 협약의 존재를 알지 못하는 상황에 있다고 여겨짐
- 헌법상 적법절차 원칙과 영장주의의 정신에 비추어 법원이 체포·구속 과정에서 절차 이행을 보장할 필요가 있음
- 수사기관은 주된 체포·구속 집행기관으로서 협약상 의무를 이행하고자 노력해 왔으며, 지금까지 법원이 영사통보에 관여하는 국면이 많지 않음.
- 앞으로 외국인 범죄 유형에 변화가 예상됨. ‘누락’이 우려되는 국면은 피고인 구속과 형사소송법상 체포·구속에 해당하지 않는 신체구속 제도의 경우임

나. 쟁점사항

(표 삽입을 위한 여백)

1. 협약상 영사통보 의무의 직접 이행 주체
가. 집행기관
나. 법원
2. 규범화의 문제
가. 규범화의 필요성
나. 규범화의 수준
3. 형사소송법상 체포·구속 외의 인신구속
가. 영사통보 해당여부
나. 통보주체

2. 협약상 영사통보제도 개관

가. 협약의 발효

- 협약은 국가 간 영사관계를 규율하는 다자간 국제조약으로 1963. 4. 22. '유엔 영사관계회의'에서 채택되었으며 1967. 3. 19. 발효됨
- 우리나라는 1977. 4. 6. 협약이 발효

나. 영사통보 관련 규정

제36조
파견국 국민과의 통신 및 접촉
1. 파견국의 국민에 관련되는 영사기능의 수행을 용이하게 할 목적으로 다음의 규정이 적용된다.
(b) 파견국의 영사관할구역내에서 파견국의 국민이, 체포되는 경우, 또는 재판에 회부되기 전에 구금 또는 유치되는 경우, 또는 기타의 방법으로 구속되는 경우에, 그 국민이 파견국의 영사기관에 통보할 것을 요청하면, 접수국의 권한 있는 당국은 지체 없이 통보하여야 한다. 체포, 구금, 유치 또는 구속되어있는 자가 영사기관에 보내는 어떠한 통신도 동 당국에 의하여 지체 없이 전달되어야 한다. 동 당국은 관계자에게 본 세항에 따른 그의 권리를 지체 없이 통보하여야 한다.

1) 영사통보

- 협약 제36조 제1항 (b) 제1문

가) 체포, 구금, 유치 및 기타의 방법으로 구속

- 협약 내 정의 규정이 없음
- 1961년 국제법위원회의 연감
- '파견국의 국민이 재판에 회부되기 전에 유치되어 있고 그에 대한 형사소송이 제기된 경우, 파견국의 국민이 형을 선고받았으나 항소할 수 있거나 하급심 판결의 파기가 가능한 경우, 파견국의 국민에 대한 유죄 판결이 확정된 경우, 또한 해당 조항은 격리, 정신병원에 감금 등과 같은 다른 유형의 구금에도 적용'
- '구속'에는 형사절차상 구속 뿐만 아니라 모든 종류의 인신구속을 포함

나) 해당 국민의 통보 요청

- 양자조약이 체결된 경우 달라질 수 있음

다) 접수국의 '권한 있는 당국' 의 지체 없는 통보

- 여기의 권한 있는 당국에 법원이 해당하느냐가 본 보고서의 주제와 관련

2) 권리고지

- 협약 제36조 제1항 (b) 제3문
- 영사통보 주체와 권리고지 주체 분리 가능(미국 등 입법례)

다. 국내법상 효력 : 법률

라. 위반의 효과에 관한 판결례(생략)

마. 양자조약의 경우

1) 대한민국과 미합중국 간의 영사협약(1963. 12. 19. 발효)

2) 대한민국과 러시아연방 간의 영사협약(1992. 7. 29. 발효)

가) 조문내용

- 파견국 국민의 의견을 물을 필요 없이 당연히 통보함
- 불구속 재판의 경우에도 피고인에게 영사통보에 관한 권리가 고지되어야 하는 것으로 이해됨

나) 불구속 재판의 경우 권리고지 주체 검토 : 법원

3) 대한민국과 중화인민공화국 간의 영사협정(2015. 4. 12. 발효)

가) 조문내용

- 권리고지 및 영사통보(제7조 제1 내지 5항)의 영사에 대한 정보제공 및 방청 허가(같은 조 제6항), 사형선고 시의 영사통보(같은 조 제8항)에 관하여 정함

나) 영사에 대한 정보제공 등(제7조 제6항) 이행 주체

(1) 법원이 주체라는 견해

- 공소가 제기되면 검찰은 소송당사자의 지위에 있으므로 절차 진행의 주체인 법원이 의무를 담당하는 것이 타당함

(2) 집행기관이 주체라는 견해

- 집행기관이 영사통보를 담당하므로 정보제공도 집행기관이 함이 효율적임
- 요청되는 정보는 집행기관에서도 조화가 가능한 경우가 많음

(3) 결론 : 집행기관. 다만, 사실상 법원의 협력이 필요할 것으로 보임

다) 사형선고의 경우 통보 주체 검토(제7조 제8항)

(1) 사형선고 사실 : 법원

(2) 집행 예정, 연기 및 변경 사실 : 집행기관

바. 외국의 이행입법 예

(표 삽입을 위한 여백)

	이행입법 여부	규범화 수준	규범화 내용
미국	○협약은 헌법에 의하여 바로 효력 가짐 ○그 외 56개국과 양자조약 체결 ○그 외 국가들과도 국제관습법상 영사통보의무 인정(연방대법원)	○연방형사소송규칙에 최초출석의 경우 판사의 고지의무 ○법무부에 의한 구금과 이민세관집행국에 의한 구금은 연방 행정명령 ○주 입법으로 6개주가 영사통보에 관하여 법률 ○그 외 매뉴얼	각 해당입법에 의함
영국	필요함	경찰 및 형사증거법에 따른 실무규칙 C, H	체포의 경우 경찰, 그 외의 경우 교도소
일본	필요치 않음	최고재판소 통달	○ 판사 ○ 체포장에 의한 체포는 수사기관
중국	필요치 않음	최고인민법원 사법해석	법원
독일	○필요함 ○동의법이 제정되어 있음	○형사사건에 관하여 형사소송법 규정 ○자유박탈사건에 관하여 행정규칙	○ 형사사건은 의무자 명시× ○ 자유박탈사건은 판사
프랑스	필요치 않음	법무부의 해석지침	교도소장 및 검찰

- 비교대상국들의 법문화와 법현실에 맞게 규범화의 수준 및 그 내용을 결정하였고, 어떠한 통일된 경향성은 보이지 아니함

3. 영사통보 담당 주체

가. 현행 체포·구속법제

(표 삽입을 위한 여백)

체포(A)	체포영장에 의한 체포	석방
	긴급체포	
	현행범인체포	
	체포영장에 의한 체포	구속(B)
	긴급체포	
	현행범인체포	
미체포 피의자 구인(C)	석방(구속영장 기각)	
	미체포 피의자 구속(D)	
피고인 구속(E)		

나. 체포단계(A)

1) 영사통보 의무 존부: ○

2) 영사통보 의무 주체

가) 이론상: 체포 집행기관(이하 '집행기관'이라 한다)¹⁾

- 집행의 전·후 단계에서 법원과 대면할 기회가 없음
- 체포 후 석방되는 경우도 있고, 구속영장이 청구되어 심문에 이르는 경우라도 체포 후 심문시까지 시간이 경과함
- 체포 직후 피의자신문이나 압수·수색 등이 이루어지는 경우가 많으므로 그 적법성의 보장을 위하여서라도 수사기관이 즉시 권리고지 및 영사통보의무를 이행함이 타당함

1) 일반적으로 집행이란 국가의 강제력에 의하여 재판의 내용을 실현하는 행위를 말하고 집행지휘라 함은 재판기관 외에 따로 집행기관이 존재하는 경우에 집행기관으로 하여금 재판의 집행에 착수할 수 있는 권한을 부여하는 행위를 말한다(실무제요 형사 I, 법원행정처, 2014, 제529면). 형사소송법은 구속영장의 집행에 관하여 제81조에서 아래와 같이 정하고 이 조항(혹은 제81조 제1항 본문 및 제3항)을 다른 경우에 관하여 준용한다.

제81조(구속영장의 집행)

- ① 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 단, 급속을 요하는 경우에는 재판장, 수명법관 또는 수탁판사가 그 집행을 지휘 할 수 있다.
- ② 제1항 단서의 경우에는 법원사무관등에게 그 집행을 명할 수 있다. 이 경우에 법원사무관등은 그 집행에 관하여 필요한 때에는 사법경찰관리·교도관 또는 법원경위에게 보조를 요구할 수 있으며 관할구역외에서도 집행할 수 있다.
- ③ 교도소 또는 구치소에 있는 피고인에 대하여 발부된 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 교도관이 집행한다.

- 법관에게 권리고지 및 영사통보의무를 부과하는 일본에서도 체포장에 의한 체포의 경우에는 수사기관이 이행함

- 결론 : 집행기관

- 형사소송법 제200조의6이 같은 법 제81조 제1항 본문, 제3항을 준용하므로 사법경찰관리 또는 교도관이 집행기관임

나) 실무²⁾ : 집행기관

(1) 행정규칙

(가) (경찰청) 범죄수사규칙

제241조(외국인 피의자 체포·구속시 영사기관 통보)

- ① 사법경찰관은 「영사관계에 관한 비엔나협약」 제36조의 규정에 따라 외국인을 체포·구속하였을 때에는 체포·구속시 고지사항 외에 해당 영사기관에 체포·구속사실의 통보와 국내 법령에 위반되지 않는 한도 내에서 해당 영사기관원과 접견·교통을 요청할 수 있음을 고지하여야 한다.
- ② 사법경찰관은 전항의 내용을 고지하고 피의자로부터 별지 제194호 서식의 영사기관통보요청확인서를 작성하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 피의자가 영사기관 통보 및 접견을 요청한 경우에는 별지 제195호 서식의 영사기관 체포·구속통보서를 작성하여 해당 영사기관에 지체없이 통보하여야 한다.
- ④ 사법경찰관은 전항에도 불구하고, 별도 외국과의 조약에 따라 **피의자** 의사와 관계없이 해당 영사기관에 통보하게 되어 있는 경우에는 반드시 이를 통보하여야 한다.
- ⑤ 제2항부터 제4항까지의 서류는 수사기록에 편철하여야 한다.

(나) 그 밖에 (해양경찰청)범죄수사규칙, 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제74조, 인권보호수사준칙 제57조, 외국인범죄수사처리지침

(2) 실무관행

(가) 경찰

- '영사기관 통보 등 업무처리 지침'을 만들어서 영사통보를 실시함
- 영사통보 등의 방법 및 절차를 일반국가(협약이 적용되는 국가)와 미국·러시아·중국(양자조약이 적용되는 국가)으로 나누어 설명함

2) 실무에 관하여는 논의의 편의상 체포·구속 단계에 무관하게 이 부분에서 검토한 후 각 해당부분에서 재론하기로 한다.

- 지방청·경찰청 사건 담당자를 영사통보의 주체로 하고 해당 영사기관에 팩스로 통보하도록 정함

(나) 검찰

- 송치사건의 경우
 - 검사가 수사기록에 영사기관 통보요청확인서, 영사기관 체포·구속통보서가 제대로 첨부되어 있는지 확인하는 실무례가 어느 정도 확립됨
 - 직수사건의 경우
 - 대검찰청에서 일선 검찰청에 하달한 통일적인 지시·지침이 존재하지 아니함
 - 검사마다 다른 양식·절차를 통해 영사기관 통보요청을 받고 해당 영사기관에 체포·구속통보함
 - 다만, 중국과의 양자 조약 이후 대검찰청이 중국 국적의 외국인에 대한 체포·구속과 관련하여 별도의 지침을 하달함. 그 이후부터 위 지침에 첨부된 체포통보서, 구속통보서, 수감(또는 노역장유치, 구류, 감정유치 등) 통보서, 출입국관리 법령 위반 사범 영사기관 통보 반대 확인서, 영사관원과의 접견 등 의사 확인서 및 영사관 통보요청 확인서를 사용하고 있음
 - 관내 외국인이 많은 검찰청에서는 지침이나 서식을 만들어 시행함
 - 인천지방검찰청, 수원지방검찰청 안산지청은 '영사관 통보요청 확인서' 등을 기록에 편철하도록 하고 영사관에 팩스통보 하도록 한다고 함
 - 법정구속의 경우
 - 법무부 국제형사과에 따르면, 대검 공판송무부에 불구속 외국인 피고인의 법정구속 시 별다른 지침이 마련되어 있지 않음
- (다) 교도소
- 법무부 교정국 관계자에 따르면, 대표적 교정시설에 확인한바 관례상 외국인이 처음 입소할 때 영사통보를 하는 것으로 확인됨.
 - 통일된 근거 규정이나 업무매뉴얼은 존재하지 않음

- 2020. 5.경 개별 구치소에 유선 확인한 사항은 아래와 같음. 이에 의하면 교도소 수용 개시단계에서 대체로 권리고지 및 영사통보가 이루어지고 있는 것으로 보이나 제도적 완비는 아님

- 서울, 수원, 서울동부, 인천, 서울남부, 대구, 울산 통영(다만 체포·구급시 경찰이 해야한다는 의견 제시)구치소, 춘천, 원주, 전주, 광주, 천안교도소: ○
- 밀양, 충주(영사통보에 관하여 번역된 책자 비치): ×

다. 체포된 피의자 구속 단계(B)

1) 영사통보 의무 존부

가) 의무가 있다는 견해

- 체포를 통해서 인신구속이 한차례 발생하였지만, 체포된 피의자에 대한 구속영장 발부도 엄연히 새로운 구속임

나) 의무가 없다는 견해

- 이미 체포단계에서 권리고지 및 영사통보가 한차례 이루어졌고, 피의자의 인신에 특별한 변화가 없음
- 일본의 입법례가 이 경우는 영사통보를 요하지 않는 것으로 정하고 있음

다) 결론 : 의무가 있음

- 인신의 사실상 상태보다 법률상 효과에 의하여 판단하는 것이 적법절차 원리에 부합

2) 영사통보 의무 주체

가) 이론상

(1) 집행기관이라는 견해

- 권리고지 및 영사통보 절차는 구속영장 집행후의 절차임
- 앞서 본 행정규칙의 내용상 체포·구속의 경우 영사통보에 관하여 정함

- 법원이 심문 단계에서 영사통보에 관하여 고지한다고 하더라도 이는 구속이 될 경우에 대비한 고지에 불과함

(2) 법원이라는 견해

- 구속영장 심문 단계에서 피의자 대면이 이루어지므로 법원이 고지할 수 있음
- 구속될 경우 구속적부심을 청구할 수 있다는 점에 관한 고지도 심문단계에서 하고 있음

(3) 결론 : 집행기관

- 영사통보는 구속 집행후의 절차이므로 집행기관이 하는 것이 타당함
- 법원 내의 절차인 구속적부심과는 성격이 다름
- 형사소송법 제209조에서 같은 법 제81조 제1항 본문, 제3항을 준용하므로 사법경찰관리 또는 교도관이 집행기관임
- 다만 심문단계에서 ‘사전적’ 권리고지를 할 수는 있음

나) 현 실무상: 집행기관

라. 미체포 피의자 구인 단계(C)

1) 영사통보 의무 존부

가) 의무가 있다는 견해

- 형사소송법은 구인과 구금을 구속으로 규정하므로 미체포 피의자의 구인 역시 구속에 해당함
- 반대론은 사실상은 구금이 아니지 않은가 하는 것이나 적법절차를 준수할 국가기관이 그 같은 변소를 하는 것은 타당하지 않음
- 형사소송법은 미체포피의자에 대한 구인에 구속통지 조항을 준용함(제201조의 2 제10항, 제87조)

나) 의무가 없다는 견해

- 구인영장의 효력이 사실상 약화되어 있고 대부분은 임의출석함

- 절차의 번거로움을 초래하므로 실제로 구속이 되고나서 권리고지 및 영사통보를 하면 족함

다) 결론 : 의무가 있음

- 적법절차에 따라야 할 국가기관이 사실상의 현황에 맞추어 규범적 의무를 이행할 수는 없음

2) 영사통보 의무 주체

가) 집행기관이라는 견해

- 구인영장 집행을 단계에서 법원과 대면할 기회가 없음
- 체포영장 등에 의한 체포와 달리 볼 필요 없음

나) 법원이라는 견해

- 체포와 달리 구인 후 법원 심문에 이르기까지 시간이 멀지 않음
- 구인영장이 사실상 임의출석과 같이 운영되므로 법원에 의한 권리고지 및 영사통보가 자연스러움

다) 결론 : 집행기관

- 체포의 경우와 같이 취급하되, 영장심문 단계에서 법원이 제대로 이행되었는지 확인하면 될 것임
- 형사소송법 제201조의2 제10항에서 같은 법 제81조 전체를 준용하는데, ① 원칙적으로 검사가 지휘하는 경우에는 사법경찰관리 또는 교도관이 구인영장을 집행하고, ② 예외적으로 급속을 요하여 재판장, 수명법관, 수탁판사가 지휘하는 경우에도 사법경찰관리 또는 교도관이 구인영장을 집행하되 법원사무관등에게도 그 집행을 명할 수 있고, 이 경우 법원사무관등은 사법경찰관리, 교도관, 법원경위에게 그 집행의 ‘보조’를 요구할 수 있도록 규정되어 있음³⁾

3) 재판장 등 법원이 집행지휘를 할 때에도 그 지휘에 의하여 집행사무를 담당하는 것은 원칙적으로 사법경찰관리(법 81조 1항 단서)인데, 이때에는 법원이 사법경찰관리를 직접 지휘하게 되는 셈이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 법원의 구속(구금)은 피고인을 법원에 출석시킨 다음에 하는 것이 보통인데 사법경찰관리가 법원에 상근하지 않는 만큼, 급속을 요한다는 이유로 법관 스스로 집행지휘에 착수한 후 다시 인근 경찰서에 위 집행지휘서류를 송부하고 사법경찰관리를 법원에 오게 하여 집행하게 한다는 것은 모순일 뿐 아니라 급속의 요청에도 부합하지 않는 단점이 있으므로,

- 즉, 예외적으로 급속을 요하여 재판장, 수명법관, 수탁판사가 지휘하더라도 법원사무관등에게 구인영장의 집행까지 명하지 않는다면 법원이 영사통보 의무 주체가 되지 아니함
- 결국, 사법경찰관리, 교도관 또는 법원사무관등이 집행기관이 됨

라) 실무상: 사법경찰관리 또는 교도관

마. 미체포 피의자 구속 단계(D)

1) 영사통보 의무 존부

가) 의무가 없다는 견해

- (구인영장 집행단계에서 통지가 이루어졌음을 전제로) 구속 단계에서 또 다시 영사통보를 하는 것은 불필요한 중복임

나) 의무가 있다는 견해

- 구인영장이 발부된 경우라도 영장심문을 거쳐 영장이 기각되는 사례가 적지 않음
- 법률상 새로운 구속이므로 적법성 확보를 위해 권리고지 및 영사통보절차를 거침이 타당함

다) 결론 : 의무가 있음

- 헌법이 정한 적법절차의 원리에 맞게 협약상 의무를 이행함이 타당함

2) 영사통보 의무 주체

가) 이론상: 집행기관

- 형사소송법 제209조에서 형사소송법 제81조 제1항 본문, 제3항을 준용하므로, 사법경찰관리 또는 교도관이 집행기관이 됨

구금의 경우 법원이 사법경찰관리를 직접 지휘하는 경우는 거의 없다. 오히려 법원에 상근하는 법원사무관 등에게 집행을 명할 수 있는 길이 열려 있으므로(법 81조 2항) 이를 이용하는 것이 대부분이다(실무제요 형사 I, 법원행정처, 2014, 제530면).

나) 실무상: 현재 집행기관이 담당하고 있음

바. 피고인 구속 단계(E)

1) 실무에 의한 피고인 구속 유형론

- 피의자 구속의 경우는 검사가 구속영장을 청구하지 않는 이상 법관이 직권으로 영장을 발부할 수 없지만 공소제기 이후 법원은 절차 중 어느 때고 법률상 요건을 갖추었다고 판단하면 구속영장을 발부할 수 있음
- 무죄추정의 원칙상 재판계속 중 피고인 구속이 억제될 필요가 있고 재판절차의 정당성 확보를 위한 예견가능성 제고와 관련하여 재판 도중 사정의 변경 없이 급작스럽게 구속하지는 않는 법문화가 형성되어 있음. 따라서 실무상 피고인 구속의 경우 자연스레 유형화가 이루어짐
- 첫째, 피고인에 대하여 실형을 선고하면서 구속사유가 있다고 판단하여 피고인을 구속하는 경우(이 경우를 소위 '법정구속'이라 한다)
- 둘째, 피고인이 공판에 출석하지 아니하여 구속영장을 발부하는 경우
- 셋째, 피고인이 다른 형사사건으로 구속되어 있거나 형 집행 중(이 경우를 '별건구속' 내지 '별건수형중'이라 한다) 구속만기나 형만기가 다가와서 당해 사건에서 구속영장을 발부하는 경우
- 넷째, 병합된 사건의 심리 중 심리가 길어지면서 불구속 상태로 있던 사건의 범죄사실을 이유로 구속영장을 발부하는 경우[이 경우를 '자(子) 사건 구속'이라 한다]
- 다섯째, 그 외에 사안별로 실형 선고 전에 피고인에 대한 구속영장이 발부되는 경우(이 경우를 통틀어 소위 '기일구속'이라 한다)
- -예컨대, 피고인이 누범전과가 있으나 사안이 비교적 경미하여 불구속 상태에서 재판 계속중 이후 추가로 사건들이 많이 병합됨
- 각 유형별로 구속영장발부에서 영장집행 후의 절차에 이르는 과정이 상이함 (표 삽입을 위한 여백)

	영장발부절차	영장집행	영장집행 후 절차
법정구속·기일구속	판결 선고 후 '범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인 선임권을 말하고 변명할 기회를 줌'(제72조 제1문)	○ 법원이 있는 자리에서 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리(제81조 제1항 제1문) ⁴⁾ ○ 급속을 요하는 경우 재판장 등(제81조 제1항 제2문)	○ 통상 법원이 "구속사실을 누구에게 통지하면 되겠는지" 묻고, ○ 법원사무관 등이 실제 통지를 행함(제87조 제1항)
피고인 불출석	거치지 않음(제72조 제2문)	검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리(제81조 제1항)	집행기관에 의하여 이루어짐
별건구속 중 발부의 경우·자 사건 구속	변론기일 내지 심문기일에 '범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인 선임권을 말하고 변명할 기회를 줌'(제72조 제1문)	○ 심문을 마치고 검사에게 영장을 송부하거나, 간혹 그 자리에서 검사에게 영장을 교부하는 경우가 있음 ○ 어느 경우라 하더라도 별건 구속사건의 구속기간이나 형의 만기에 맞추어서 교도관에 의하여 집행됨(제81조 제3항)	집행기관(교도관)에 의하여 이루어짐

- 한편 법정구속 및 기일구속의 경우에 구속 통지를 법원이 행하는 것은 관행으로 확립되어 있음. 또한 실무제요의 내용도 다음과 같음

통지의 주체는 법에 규정된 바 없으나 법원(법관이나 사법경찰관이 아님)으로 해석된다. 실제 통지행위는 법원사무관 등이 행하고 있다. (법원실무제요 형사 I, 2014, 531면)
--

4) 서울남부지방법원의 경우 법정구속 사안에서 구속영장에 '처리자의 소속, 관서, 관직'과 '처리자 서명날인'에 사법경찰관리인 검찰직원의 직급(예컨대, '서울남부지검 6급')과 서명날인이 기재되어 있는 것을 볼 수 있다. 또한 '집행일시'는 선고시간, '집행장소'는 법정으로 '구금일시'는 선고시간과 같은 시간 '구금장소'는 서울남부구치소로 기재되어 있다. 법원에서 교도관에게 바로 신병이 넘겨지므로 기재는 실제와 맞지 않는 면이 있다(형사 재판장들은 피고인 법정구속시 교도관이 없는 상태가 발생하지 않도록 법정구속 선고기일에 속행중인 구속사건을 포함시키도록 신경을 쓰고 있는 것이 현실이다).

- 관행에도 불구하고 이론상 다툼의 여지가 있을 수 있음⁵⁾

- 구속통지는 구속영장 집행후의 절차임

- 피고인 구속 중 일부의 경우에만 법원이 통지를 하는데 그와 같이 구별할 법률상 근거가 없음

2) 영사통보 의무 존부에 대한 검토 : 0

- 별건구속되어 있던 중 당해사건으로 영장을 발부하는 경우와 자 사건 구속의 경우 피고인 인신구속의 사실 상태는 변화가 없으므로 권리고지 및 영사통보가 불필요한 것 아닌가 하는 의문이 있을 수 있으나 엄연히 새로운 범죄사실로 이에 대한 법원의 심문을 거쳐 새로이 구속되는 것이므로 필요하다고 생각됨

- 다른 경우는 특별히 의문의 여지가 없음

3) 영사통보 의무 주체에 대한 논의 및 검토

	이론적 검토	실무
법정구속 및 기일구속	법원의 의무라는 견해 : ○ 심문기일에 '영장이 발부될 경우'를 전제로 권리를 고지하고 영사통보의사를 물을 수 있음 ○ 법원이 현재 집행 후 절차인 구속사실 통지를 하고 있는 것이 관행임. 그러한 상황에서 권리고지 및 영사통보만 떼내어 집행기관에 맡기는 것은 불합리함 집행기관의 의무라는 견해 :	○ 적어도 법원은 하고 있지 않은 것으로 보임 ○ 또한, 대검 공판 송무부에서는 불구속 외국인 피고인의 법정구속 시 별다른 지침이 마련되어 있지 않은 점

5) 형사소송법 제88조는 "피고인을 구속한 때에는 즉시 공소사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다"고 정한다(구속의 통지에 관한 위 법 제87조 제1항 역시 "피고인을 구속한 때에는"이라는 표현을 사용한다). 그런데, 위 제88조의 의무를 누가 이행하여야 하는지에 대하여 형사소송규칙 제52조는 이 고지의 주체가 마치 법원인 것 같은 인상을 주고 있으나 그럼에도 불구하고 이 고지는 구속의 집행기관이 하는 것이라는 견해(신, 951)가 있다. 이 견해에 의하면, 예외적으로 재판장 등이 구속영장의 집행지휘를 하는 경우에만 위 규칙이 적용된다고 새겨야 한다는 것이다. 위 견해는 사후청문절차를 사실상 법관이 하는 것이 어렵다는 점을 염두에 둔 것이 아닌가한다(참고: 형사소송규칙 제52조(구속과 범죄사실 등의 고지) 법원 또는 법관은 법 제72조 및 법 제88조의 규정에 의한 고지를 할 때에는 법원사무관 등을 참여시켜 조서를 작성하게 하거나 피고인 또는 피의자로 하여금 확인서 기타 서면을 작성하게 하여야 한다).

	<p>○ 집행기관도 아닌 법원이 집행 후 절차를 굳이 이행할 필요 없음</p> <p>○ 구속 사실 통지를 법원이 하고 있는 것은 사실이나 그러한 해석의 근거를 알 수 없으며, 피고인 구속의 여러 유형 중 법정 구속 및 기일구속의 경우에만 법원이 구속 사실 통지를 행하고 있다는 점에서 논리적 필연성도 없음</p> <p>○ 구속사실 통지도 집행기관이 행함이 타당함</p> <p>결론: ○ 논리상 집행기관이 이행함이 타당함</p> <p>○ 다만 법원이 구속의 적법성 통제를 위하여 사실상 누락을 방지할 필요가 있으므로 '권리고지' 형식으로 피고인과 집행기관에게 영사통보의무를 상기시킬 필요가 있음</p>	<p>은 앞에서 본 바와 같음</p> <p>○ 영덕지원 관내 조사에 의할 때 수사기관에서는 통보가 이루어지지 않고, 교도소에서 외국인 입소 시 체류관계 확인 위하여 통보절차가 무조건 진행됨</p>
피 고 인 불 출 석 경우	<p>영장발부에서 영장집행 후 절차에 이르기까지 법관을 대면하지 아니하므로 법원에 의한 권리고지와 영사통보가 불가함</p>	○ 집행기관
별 건 구 속 중 발 부 의 경 우 및 자 사 건 구 속	<p>법원의 의무라는 견해 :</p> <p>○ 심문기일에 '영장이 발부될 경우'를 전제로 권리를 고지하고 영사통보의사를 물을 수 있음</p> <p>○ 피고인이 영사통보를 원한다고 하는 경우 실제 영장이 집행되는 날짜에 맞추어 통지를 행하면 될 것임</p> <p>집행기관의 의무라는 견해 :</p> <p>○ 집행기관도 아닌 법원이 집행 후 절차를 굳이 이행할 필요 없음</p> <p>○ 날짜를 헤아려 사무를 처리하기 번거로움</p> <p>○ 실제 구속영장 집행이 이루어 질 때 집행기관이 피고인의 의사를 물음이 타당함</p> <p>결론 : 집행기관</p>	<p>○ 교도관</p> <p>○ 대표적 교정시설에 확인한바 관례상 협약에 따라 외국인이 처음 입소할 때 영사통보를 하고 있는 것으로 확인됨은 앞서 본 바와 같음</p>

○ 효율성을 고려할 때 집행기관이 이행함이 타당함

- 법정구속 및 기일구속의 경우 현재 법원은 물론 집행기관에 의하여서도 권리고지 및 영사통보가 이행되지 않을 가능성이 있어 보임
- 집행기관은 법원에서 구속 통지까지 마쳐지므로 집행 및 집행 후 절차 모두가 법원에서 마쳐진 것으로 착오할 가능성이 있음
- 법원 스스로가 통보의무를 이행하던지 아니면 '권리고지' 형식으로 영사통보를 집행기관에 촉구할 필요 있음

사. 논의결과 요약

	영사통보 의무	영사통보의무 주체		법원의 통제 ⁶⁾
		검토의견	실무상	
체포(A)	○	집행기관	집행기관	영장심문 단계
체포 피의자 구속(B)	○	집행기관	집행기관	사전적 권리고지
미체포 피의자 구인(C)	○	집행기관	확인 어려움 ⁷⁾	영장심문 단계
미체포 피의자 구속(D)	○	집행기관	집행기관	사전적 권리고지
피고인 구속(E)	○	집행기관	집행기관 (법정구속, 기일구속의 경우 확인 어려움)	사전적 권리고지

4. 법원의 통제

가. 집행기관 의무이행 여부 통제

6) 아래 4.항에서 검토

7) 실무례를 찾기 어려운데서 기인함

1) 체포된 피의자 및 미체포(구인) 피의자의 영장심사 단계

	1안	2안	3안	4안	5안
내용	권리고지 및 영사통보 주체는 수사기관 이므로, 법원이 관여할 필요가 없음	법원이 직접 권리고지 및 영사통보 절차를 이행	법원이 직접 권리를 고지	법원은 체포·구인 단계에서 권리고지 및 영사통보 절차 여부 확인하고, 그렇지 않은 경우 즉시 수사기관에게 보완을 요청함	법원은 체포·구인 단계에서 권리고지 및 영사통보 절차 여부 확인하고, 그렇지 않은 경우 즉시 법원이 직접 이를 이행
검토	○ 현재 구속영장 심사 단계에서 체포의 적법성을 심사해야 하는지에 관하여 견해의 대립이 있음 ○ 헌법상 적법절차 원리에 반할 우려	○ 권리가 두텁게 보장됨에 반하여 이중의 절차가 될 우려	○ 미국연방소송규칙과 유사한 견해 ○ 권리가 두텁게 보장됨에 반하여 이중의 절차가 될 우려	○ 체포영장 집행의 적법성 통제 ○ 적법절차 원리에 부합 ○ 체포에서 구속영장실질심사에 이르는 시간을 고려하여 보면 위와 같이 통보한다고 하여 협약 위반으로 보기는 어려움	○ 이 견해를 채택하기 위하여는 일정 정도의 규범화가 필요함

● 결론 : 4안

● 영장심사를 담당하는 법원이 체포된 피의자들에게 영사통보가 제대로 이루어졌는지 확인할 필요가 있음

■ 이루어지지 않은 경우라면 법원이 권리를 고지하고, 그에 따라 수사기관으로 하여금 영사통보를 하도록 조치할 필요가 있음(이 내용을 매년 영장전담판사들에게 지급되는 매뉴얼에 추가하면 비교적 간단히 실무에 반영할 수 있을 것으로 생각됨)

■ 외국의 입법례(최초출석 시 고지하도록 하는 미국, 구속된 피의자의 경우 독일) 및 국제사법재판소 판결례에 따르면 이 단계에서라도 고지가 이루어지면 관련 조항 위반으로 판단되지는 않을 것으로 보임

● 현재 서울남부지방법원 관행임

■ 다만 실무상 공유되는 조서 내용에 의하면 3안에 가깝게 보임

판사
피의자에게 한중영사협정에 기한 영사통보와 관련된 제반 권리를 고지
피의자
영사접견을 희망하지 않는다고 진술

■ 그러나 담당직원들이 이 부분 업무 관련하여 실무상 공유하는 매뉴얼에 의할 경우 4안으로 보임

■ “피의자 심문단계에서 영사 통보제도를 안내하며 피의자의 의사확인 필요. 만약 피의자가 영사통보를 원했는데도 이루어지지 않은 경우 또는 피의자가 의사를 번복하고 영사통보 희망 시 휴정하고 경찰이 영사통보를 실시하도록 함. 경찰 보고서 받은 후 심문 재개”

■ 조서를 다음과 같이 기재하면 더 명확할 것으로 보임

판사
피의자에게 (기록상 영사기관통보요청확인서를 제시하고) 수사기관에서 한중영사협정(비엔나영사협약/한러영사협정)에 기한 영사통보와 관련된 제반 권리를 고지받았는 지 물은 즉,
피의자
고지받았으며, 영사통보를 희망하지 않는다고 진술

● 별개의 쟁점으로 구속영장 심문 절차에서 “구속될 경우”에 영사통보에 대한 권리를 ‘사전적’ 고지하느냐의 문제가 있음

■ 체포시의 영사통보를 확인하는 기회에 간이하게 함께 고지할 수 있을 것으로 보임

판사

피의자에게 구속영장이 발부되어 집행되는 경우, 영사통보를 요청할 수 있음을 고지

- 뒤에서 보는 인신구속사투의 처리에 관한 예규 개정안 참고

2) 피의자에 대한 체포·구속적부심 및 피고인에 대한 보석의 단계

- 체포·구속적부심 단계에서라도 법원에 의하여 권리고지 및 이에 따른 영사통보가 이루어진다면 관련 조항위반으로 판단되지 않을 것임
- 피의자가 권리고지 및 영사통보가 없었음을 이유로 체포·구속적부심을 청구한다고 하더라도 그 단계에서 권리고지 및 영사통보가 이루어지면 이를 들어 체포·구속이 위법하다고 보기 어려울 것으로 보임
- 영사통보 누락만으로 구속이 위법하지는 않다는 것이 독일의 재판례
- 결론 : 위의 4안과 같음

나. 당해 사건 본안 심리에 관한 통제

1) 증거능력 문제

- 권리고지 및 영사통보가 이루어지지 않은 상태에서의 진술 및 그에 기한 압수수색 등의 증거능력
- 앞서 본 독일, 미국의 재판례에 의할 때 영사통보 및 권리고지가 이루어지지 않은 상태에서 수집된 증거들의 증거능력이 당연히 배제되지는 않은 것으로 보임

2) 항소, 상고이유

- 협약의 내용은 법률과 같은 효력을 가지므로, 판결에 영향을 미친 법률의 위반이 있다는 것을 당해 사건의 항소이유 및 상고이유로 주장할 수 있음
- 본안에서의 판단은 별론임

3) 재심사유

- 형사소송법이 정하는 재심사유에는 해당하지 않음
- 국제사법재판소가 정하는 재심사 및 재검토의무와 관련하여 법률의 공백이 있음

다. 국가의 손해배상책임

- 무고한 원고에 대하여 타인의 성명모용으로 인해 기소(수원지방법원 성남지원 2014고단1006호, 공소기각, 확정)가 이루어지고 공판기일 불출석으로 인하여 구속영장이 발부되었는바 구속영장을 집행하는 과정에서 권리고지와 영사통보가 이루어지지 않은 사건
- 재판부(서울중앙지방법원 2017가단25114 손해배상 사건, 확정)는 경찰관의 신원확인 과정 및 권리고지 및 영사통보 의무 불이행에서 위법한 직무집행이 있었다고 하여 원고의 위자료 청구를 일부인용(형사보상금을 제외하면 700만원)하였음

라. 사전적 통제

1) 코트넷 시스템 활용

- 코트넷의 영장발부시스템(CR602 공판영장등록)에 영장과 함께 생성할 수 있는 항목(아래 형광펜 표시 부분)에 현재 수사기관에서 사용하고 있는 것과 유사한 양식의 '영사통보 및 권리고지 안내서'를 생성하여 두면 영장을 발부하

는 법관이 이를 첨부하여 영장을 발부할 수 있음(권리고지 및 영사통보는 집행기관이 이행할 것임)

- 또한 피고인의 주민번호가 외국인 등록번호이고, 국적이 외국으로 입력된 경우 팝업으로 이를 첨부 하겠는지 의사를 물어서 첨부할

수도 있음

- ① 공무를 담당하는 국가기관끼리 업무를 분배하는 것도 어디까지나 인권을 위한 것인 점, ② 미국 연방형사소송규칙의 경우가 영사통보 및 권리고지의무

를 행정부 공무원이 수행해야 할 것으로 보면서도 판사에게 권리고지를 하도록 규정하고 있는 점(독일 형사소송법도 마찬가지)을 고려할 필요 있음

2) 재판양식의 활용

- 같은 취지에서 법원에서 법정구속의 경우 사용하는 ‘구속통지’ 용지에 ‘영사통보안내서’를 합쳐서 통일된 양식을 만들 수 있음

5. 규범화⁸⁾에 관한 논의

가. 법률 혹은 대법원 규칙

1) 입법에 반대하는 견해

- 이미 협약이 법률로서 효력이 있는데 대외적 구속력이 있는 법률 혹은 대법원 규칙에 또다시 이를 덧붙이는 것은 불필요함
- 협약 외에 양자조약이 있어 각 국가별로 내용이 달라짐

2) 입법에 찬성하는 견해

- 법관들이 협약의 존재조차 잘 알지 못하는 것이 현실임
- 형사소송법을 인신구속에 관한 ‘기본법률’로 상정하고, 다른 인신구속의 경우에 형사소송법의 규정을 준용 내지 참고함으로써 인신구속의 적법성을 확보할 수 있음
- 실제로 보호관찰 등에 관한 법률은 구인 및 유치의 경우에 형사소송법상 규정을 준용함
- 구속의 통지와 함께 규정함으로써 법적 취급이 함께 이루어져 누락을 쉽게 방지할 수 있음

3) 결론 : 장기적 과제로 입법에 찬성함

4) 안(案)

8) 협약이 이미 법률로써 효력을 가지므로 규범적 효력에는 문제가 없다. 여기서 ‘규범화’의 의미는 협약이 규범으로서 효력을 가지지 못하는 법현실에서 어떻게 실제로 효력을 가지게 할 것인지에 관한 문제를 말함

가) 형사소송법의 경우

- 협약의 규정 순서대로 축조한 방식(영사통보→권리고지)

제87조(구속의 통지)

- ① 피고인을 구속한 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 제30조제2항에 규정한 자 중 피고인이 지정한 자에게 피고사건명, 구속일시·장소, 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 알려야 한다.
- ② 외국인인 피고인이 요청하면 피고인의 구속사실을 피고인 국가의 영사기관에 통보하여야 하며, 피고인에게 전단에 따른 권리가 있음을 지체없이 알려야 한다.
- ③ 전항에도 불구하고 피고인 국가와 별도의 조약이 있는 경우에는 그에 따른다.
- ④ 제1, 2항의 통지는 지체없이 서면으로 하여야 한다.

- 논리적 순서대로 축조한 방식(권리고지→영사통보)

제87조(구속의 통지)

- ① 피고인을 구속한 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 제30조제2항에 규정한 자 중 피고인이 지정한 자에게 피고사건명, 구속일시·장소, 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 알려야 한다.
- ② 피고인이 외국인인 때에는 피고인 국가의 영사기관에 구속사실에 대하여 통보를 요청할 권리가 있음을 고지하고, 피고인이 이를 요청한 때에는 구속사실을 피고인 국가의 영사기관에 통보하여야 한다.
- ③ 전항에도 불구하고 피고인 국가와 별도의 조약이 있는 경우에는 그에 따른다.
- ④ 제1, 2항의 통지는 지체없이 서면으로 하여야 한다.

나) 형사소송규칙의 경우

- 이 역시 두가지 방식으로 축조가 가능함. 아래 예시는 전자의 방식

제51조의2(영사통보)

- ① 외국인인 피고인을 구속한 때에는 피고인이 요청하면 피고인 국가의 영사기관에 구속사실을 통보하여야 하며, 피고인에게 전단에 따른 권리가 있음을 지체 없이 알려야 한다.
- ② 전 항에도 불구하고 피고인 국가와 별도의 조약이 있는 경우에는 그에 따른다.
- ③ 제1항의 통지는 지체없이 서면으로 하여야 한다.

나. 대법원에규

1) 개정에 찬성하는 견해

- 법원이 원칙적으로 영사통보 주체가 아니라는 전제에서 수사기관의 영사통보 절차 이행 여부에 대한 임의적 확인 절차 및 권리고지를 규정

- 협약은 이미 법률로써 효력이 있으므로 이를 실무에 반영하기 위한 차원의 예규만으로도 충분함
- 법률이나 규칙보다 탄력적이고 상세한 운영이 가능함

2) 개정에 반대하는 견해

- 법률 또는 대법원 규칙에 의함이 타당함
- 예규가 아무런 대외적 효력이 없음에도 법원 실무에 상당한 영향력을 미치는 것이 사실이고, 예규에 위반할 경우 효력이 애매해짐

3) 결론 : 새로운 의무를 창설하지 않는 범위 내에서 개정에 찬성

- 예규제정권은 대법원의 행정규칙제정권 및 사법행정권의 내재적 권한임
- 예규로서 협약에 정해진 것 이상 법관에게 새로운 의무를 부과하는 내용은 부당
- 따라서 적법성 통제 차원에서 권리고지에 대한 확인 및 권리고지에 관하여 규정하는 것에 그치고 직접 영사통보에 대한 의무를 규정하는 것은 부적절하다고 봄

4) 안(案)⁹⁾

원안	수정안
인신구속사무의 처리에 관한 예규 (재형 2003-4) 개정안<신설> 제47조의2 (피의자에 대한 영사기관 에의 통보 고지 등)	인신구속사무의 처리에 관한 예규 (재형 2003-4) 개정안2<신설> 제47조의2 (외국인 피의자에 대한 영사기관에의 통보 고지 등)
① 판사는 외국인인 미체포 피의자 에게 피의자의 요청에 따라 구 속영장의 집행 즉시 검사, 사법 경찰관리, 교도관으로 하여금 본 국의 영사기관에 대하여 구속사	① 판사는 외국인 피의자에 대한 심 문절차에서, 피의자가 체포 또는 구인될 당시 집행기관으로부터 다음의 사항을 고지 받았는지 확 인한다.

9) 종전에 논의되던 안을 원안으로 하여 재판제도분과위원회의 토의를 통하여 수정안을 만들었음

실의 통지를 요청할 수 있고 본 국의 영사기관과 자유롭게 통신 하거나 접견할 수 있음을 고지 하여야 한다.	1. 피의자는 본국의 영사기관에게 <u>피의자의 체포 또는 구인 사실 을 통보하여 줄 것을 요청할 수 있는 권리가 있음</u>
② 판사는 외국인인 체포 피의자에 게 체포 당시 또는 현행범인 체 포 후 검사, 사법경찰관에게 인도된 즉시 검사, 사법경찰관리 로부터 제1항에 의한 고지를 받 았는지 확인하여야 한다. 피의자 가 고지받지 못하였다고 인정되 는 경우 판사는 제1항과 같이 고지하여야 한다.	2. 국내 법령에 위반되지 않는 한도 내에서 해당 영사기관원과의 접 견·교통을 요청할 수 있음 ¹⁰⁾
③ 법원사무관등은 제1항 및 제2항 에 따라 고지를 할 때에는 규칙 제52조에 의한 조서에 이를 기 재하여야 한다.	② 피의자가 제1항 각호의 권리를 고지받지 못하였다고 인정되는 경우 판사는 즉시 피의자에게 이를 고지한다. ¹¹⁾
	③ 판사는 심문을 종결하기 전에, 구속영장이 발부되어 집행되는 경우 피의자에게 제1항 각호의 권리가 있음을 고지한다. ¹²⁾
	④ 제1 내지 3항에 관하여 피의자의 본국과 체결된 별도의 조약이 있 을 때는 그에 따른다.
	⑤ 법원사무관등은 제1 내지 3항에 따라 확인 및 고지를 한 때에는 규칙 제52조에 의한 조서에 이 를 기재한다.
제62조의2 (피고인에 대한 영사기관 에의 통보 고지)	제62조의2 (외국인 피고인에 대한 영사기관에의 통보 고지)
① 법원은 공소제기 당시 불구속 상 태였던 외국인인 피고인에 대하 여 구속영장을 발부하여 구속한	① 법원은 외국인 피고인에 대한 구 속영장 발부에 관한 청문절차를 종결하기 전에, 구속영장이 집행

때에는 피고인의 요청에 따라 검사, 사법경찰관리, 교도관으로 하여금 본국의 영사기관에 대하여 구속사실의 통지를 요청할 수 있고 본국의 영사기관과 자유롭게 통신하거나 접견할 수 있음을 고지하여야 한다.	되는 경우 피고인에게 제47조의2 제1항 각호의 권리가 있음을 고지한다.
② 법원사무관등은 제1항에 따라 고지를 할 때에는 공판조서에 이를 기재하여야 한다.	② 제1항에 관하여 피고인의 본국과 체결된 별도의 조약이 있을 때는 그에 따른다.
	③ 법원사무관등은 제1항에 따라 고지를 한 때에는 공판조서에 이를 기재한다.

- ① 체포피의자 뿐만 아니라 구인된 미체포 피의자도 영사통보를 받을 권리가 있으므로 원안 제47조의2 제2항에서 '체포'를 삭제함
- ② 체포·미체포를 불문하고 구속될 경우 영사통보를 받을 권리가 있으므로 위 제1항에서 '미체포'를 삭제함
- ③ 논리적 순서에 따라 제1항과 제2항 순서 변경
- ④ 구속되는 경우의 사전적 권리고지로서 제47조의2 제4항을 추가함
- '하여야 한다'는 위당을 '한다'로 수정함

다. 실무편람 등 Soft Law(생략)

6. 그 외 신체구속의 경우

가. 법원에 의한 신체구속

- 10) 앞서 본 경찰청 범죄수사규칙 제241조 제1항을 참조함
- 11) 이 경우 법원이 영사통보 의무를 직접 이행하도록 하는 것은 새로운 의무를 창설하는 것이므로 따로 규정하지 아니함. 실무상은 사법경찰관에게 보완을 요구하는 형태로 운용될 것으로 보임
- 12) 위 예규 제45조 제4항["판사는 심문을 종결하기 전에 구속영장이 발부되는 경우 구속적부심사를 청구할 수 있음을 고지하고 뒷면에 구속적부심 청구서가 인쇄된 안내문(전산양식 B1650, B1651)을 교부하여야 한다."]을 참조하여 문언 구성하였음

○ 집행유예 취소 등 위한 구인과 유치
○ 치료감호법에 의한 보호구속
○ 보석취소 및 구속집행정지 취소
○ 아동학대행위자, 가정폭력행위자에 대한 동행영장, 유치명령 및 소년법상 동행영장
○ 구인명령
○ 감치명령
○ 인신보호법상 구인과 유치
나. 형집행
다. 기타 신체구속
○ 출입국관리법상 보호 통지
○ 인신보호법

가. 법원에 의한 신체구속

1) 집행유예 취소 등 위한 구인과 유치

가) 영사통보 해당여부 검토 : 0

나) 통보주체 검토

- 구인장 및 유치허가장 집행 주체는 보호관찰관 혹은 사법경찰관리임
- 결론 : 보호관찰관 또는 사법경찰관리

다) 법원의 통제

- 보호관찰관 혹은 사법경찰관리의 구인장 집행시의 영사통보의무에 대해서 보호관찰소가 인지하고 있는지 의문임
- 집행유예 취소 등을 위한 구인과 유치는 매우 침익적 처분이므로 법원이 유치허가장 발부시 및 집행유예 취소를 위한 심문시에 기록을 확인하고 보완요청할 필요 있음

2) 치료감호법에 의한 보호구속

3) 보석취소 및 구속집행정지 취소

가) 영사통보 해당여부

(1) 해당한다는 견해

- 사실상 인신이 새로이 구속된 경우에 해당함
- 일본의 경우 영사통보 및 권리고지로 필요한 경우로 정함

(2) 해당하지 않는다는 견해

- 인신이 구속되어 있던 중 보석 및 구속집행정지 결정을 통해서 그 집행만이 정지되어 있던 경우에 해당하여 언제든 보석 내지 구속집행정지 결정이 취소 될 수 있던 상황에 놓여 있었음.

(3) 결론 : 해당함

- 엄격한 법리적 관점보다는 평균적 수준의 피고인의 관점에서 구속이라고 평가함이 온당함

나) 통보 주체 검토

- 보석취소 결정이 있으면 검사가 직권으로 그 결정등본에 의하여(즉 새로운 구속영장의 필요 없이 그 결정등본만을 피고인에게 제시하고) 피고인을 재구금 하여야 하므로 검사에게 그 등본을 송부함
- 이로써 재판의 고지가 끝나므로 재구금 집행 전에 피고인에게 그 결정을 따로 고지하지 않음(대법원 1983. 4. 21.자 83모19 결정)
- 결론 : 원칙적으로 집행기관인 검사가 통보하되, 법원사무관 등이 집행하는 경우 법원이 통보함(형사소송규칙 제56조 제1항 단서, 제2항)

4) 아동학대행위자, 가정폭력행위자에 대한 동행영장 및 유치명령 및 소년법상 동행영장

가) 동행영장

(1) 의의(생략)

(2) 영사통보 해당여부

(가) 해당한다는 견해

- 가정보호사건, 아동보호사건, 소년사건은 형사처벌절차의 특례를 정한 것일 뿐 본질을 달리하지 아니함

- 위 법에서 형사소송법을 준용함

(나) 해당하지 않는다는 견해

- 가정보호심판규칙상 임시조치를 결정하거나 임시조치를 할 필요가 없다고 인정한 때에는 행위자를 즉시 석방하도록 규정함→덜 침익적

(다) 결론 : 해당함

- 신체구속에 해당하는 이상 침익적인 정도가 상대적으로 적다고 하여 달리 볼 근거가 없음

(3) 통보주체 검토

- 법령상 동행영장은 판사의 집행지휘(가정보호심판규칙 제21조 제1항)에 의하여 법원공무원 또는 사법경찰관리가 집행함(가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제27조 제1항)

- 또한 동행영장이 집행된 사실을 법원이 통지하게 되어있음(위 법 제27조 제3항)

- 결론 : 법원 또는 사법경찰관리

나) 유치명령

(1) 의의(생략)

(2) 영사통보 해당여부 검토 : O

(3) 통보주체 검토

- 임시조치는 다른 형벌의 집행과는 달리 송치 후는 물론이고 수사단계의 임시 조치도 법원이 집행을 지휘함

- 판사는 조사관, 법원공무원, 사법경찰관리 또는 구치소 소속 교정공무원으로 하여금 임시조치 결정을 집행하게 할 수 있음
- 그 집행지휘는 결정 등본을 집행담당자에게 교부함으로써 함
- 결론 : 법원, 사법경찰관리 또는 교도관

5) 구인명령

가) 영사통보 해당여부 검토

- 민사소송법상 구인과 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 의한 구인에는 형사소송법상 구인의 규정이 준용됨
- 가사소송법에는 준용규정이 없으나 달리 볼 근거는 없음
- 다만 채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 구인의 경우 파산선고를 받은 채무자 등을 구인하는 경우(위 법 제319, 320조)는 거의 찾아보기 어렵다고 함
- 결론 : 협약상 '구속'에 해당함

나) 통보주체 검토

- 민사소송법상 구인장의 집행은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관이 담당하는 것이 원칙이므로 구인장의 원본을 우선 검사에게 송부하며(형사소송규칙 제48조의 준용에 의함) 이 경우 '구인장집행의뢰서[전산양식 A1634]를 송부하는 것이 관례임
- 채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 구인의 경우 형사소송법이 준용되므로 위 민사소송의 경우와 같이 볼 것임
- 결론 : 집행기관

6) 감치명령

가) 영사통보 해당여부 검토 : 0

나) 통보주체 검토

- 감치의 경우 결정과 집행이 밀착됨

- 법원이 법원직원 등으로 하여금 즉시 행위자를 구속하게 하고 24시간 이내에 감치에 처하는 재판을 하게 됨
- 법원직원, 교도관 또는 국가경찰공무원이 감치를 집행함
- 결론 : 법원, 교도관 혹은 국가경찰공무원

7) 인신보호법상 구인과 유치

나. 형집행

다. 기타 신체구속

1) 출입국관리법상 보호 통지

2) 정신건강복지법에 의한 입원

가) 해당여부

- 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 '정신건강복지법'이라 한다)은 정신질환자의 신청에 의한 자의입원(제41조), 보호의무자의 동의를 받은 정신질환자의 신청에 의한 동의입원(제42조) 외에도 보호의무자의 신청에 의한 입원(제43조) 및 소위 행정입원(제44조)에 관하여도 정함

(1) 영사통보대상에 해당한다는 견해

- 앞서 본 관련 조항 해석에 의하면 정신병원 입원의 경우도 '구속' 경우에 포함됨
- 피구금자 입장에서 신체구속된다는 점에서 동일

(2) 영사통보대상에 해당하지 않는다는 견해

- 보호의무자의 신청에 의한 입원의 경우 입원개시에 국가기관이 관여하는 바가 없음
- 현행법상 통보 주체가 불분명함

(3) 결론 : 해당

- 법리적 관점에서 협약이 정하는 대상에 해당하지 않는다고 볼 근거가 없음

나) 통보주체 검토

- 현 제도 하에서 통보주체의 확정이 어려움→개선이 필요함

다) 법원의 통제(인신보호재판)

- 인신보호법은 위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설수용으로 부당하게 인신의 자유를 제한당하는 개인의 구제절차를 마련하기 위한 목적에서 2008. 7. 부터 시행
- 주로 정신보건시설에 강제입원된 환자의 수용해제여부를 다루는 재판제도로 운영
- 인신보호재판 매뉴얼¹³⁾은 법상 정신질환자 또는 보호의무자에게 통지하도록 되어 있는 중요한 통지절차가 누락된 경우 수용과정이 위법하며, 심리결과 수용이 위법하다고 판단되면 수용계속의 필요성이 인정된다고 하더라도 수용해제를 명하여야 한다고 봄. 신체의 자유를 제약하는 절차적 위법의 하자는 치유되지 않는다고 보기 때문임
- 이 논리에 의하면, 수용개시과정에서 협약상의 영사통보 및 권리고지 절차가 누락된다면, 수용 과정에 위법이 있었다고 판단될 여지가 있음

라. 요약

	영사통보 해당여부	통보주체 검토	법원의 통제
집행유예취소 구인, 유치	○	보호관찰관 또는 사법경찰관리	유치허가장 발부시, 집행유예 취소 심문시
치료감호법보호구속	○	사법경찰관리 또는 교도관	
보석취소, 구속집행정지 취소	○	집행기관(검사, 법원사무관 집행시 법원)	

13) 법원행정처, 인신보호재판 매뉴얼, 2015, 44면(대외비, 미공개)

가정폭력행위자 등 동행영장, 유치명령 및 소년법상 동행영장	○	법원 등 집행기관	
구인명령	○	사법경찰관	
감치명령	○	법원 등 집행기관	
인신보호법상 구인과 유치	○	집행기관	
형집행		형 집행기관	
출입국관리법	○	출입국관리공무원	
정신보건복지법	○	알 수 없음	인신보호재판

7. 결어

- 영사통보 주체를 확정함에 있어서 ‘집행기관’이 통보하는 것을 원칙적 기준으로 삼는 것이 간명함
- 누락을 방지하기 위해 의무이행의 주체를 일원화하여야 함
- 집행 후의 절차이므로 집행기관이 이행하는 것이 논리적으로 타당하며 절차의 효율성이 높고, 기관의 속성상 더 적합함
- 그러나 헌법상 적법절차 원리와 영장주의 정신에 비추어 법원이 직접 영사통보 의무를 담당하지 않는다고 하더라도 ‘권리고지’ 형태로 영사통보에 대한 피의자·피고인의 권리가 제대로 지켜지도록 보장할 필요가 있음
- 한편, 협약 해당 조항 제2문은 아래와 같은 통신의 권리도 규정함. 이 보고서에서는 이에 관하여는 상론하지 아니하였으나 예규개정안에 반영하였음

체포, 구금, 유치 또는 구속되어있는 자가 영사 기관에 보내는 어떠한 통신도 동 당국에 의하여 지체 없이 전달되어야 한다.

- 형사소송법상 체포·구속에 관한 실무가 확립되고 나면 형사소송법상 체포·구속 외의 인신구속에 관하여도 논의할 필요 있음

[재판제도 분과위원회 논의경과]

1. 개요

가. 회의 일시

- 제1차 회의 : 2020. 4. 17. 금요일 17:00
- 제2차 회의 : 2020. 5. 28. 목요일 14:00
- 보고서 제출 : 2020. 6. 15.

나. 논의사항

1. 협약상 영사통보 의무의 직접 이행 주체

- 가. 집행기관
- 나. 법원

2. 규범화의 문제

- 가. 규범화의 필요성
- 나. 규범화의 수준

3. 형사소송법상 체포·구속 외의 인신구속

- 가. 영사통보 해당여부
- 나. 통보주체

2. 논의결과

가. 협약상 영사통보 의무의 직접 이행 주체 ☞ 집행기관

나. 규범화 방안 ☞ 예규의 개정

1) 관련 예규의 개정

인신구속사무의 처리에 관한 예규(재형 2003-4) 개정안2<신설>

제47조의2 (외국인 피의자에 대한 영사기관에의 통보 고지 등)

- ① 판사는 외국인 피의자에 대한 심문절차에서, 피의자가 체포 또는 구인 될 당시 집행기관으로부터 다음의 사항을 고지 받았는지 확인한다.
1. 피의자는 본국의 영사기관에게 피의자의 체포 또는 구인 사실을 통보 하여 줄 것을 요청할 수 있음
2. 국내 법령에 위반되지 않는 한도 내에서 해당 영사기관원과의 접견·교 통을 요청할 수 있음
- ② 피의자가 제1항 각호의 권리를 고지받지 못하였다고 인정되는 경우 판 사는 즉시 피의자에게 이를 고지한다.
- ③ 판사는 심문을 종결하기 전에, 구속영장이 발부되어 집행되는 경우 피 의자에게 제1항 각호의 권리가 있음을 고지한다.
- ④ 제1 내지 3항에 관하여 피의자의 본국과 체결된 별도의 조약이 있을 때는 그에 따른다.
- ⑤ 법원사무관등은 제1 내지 3항에 따라 확인 및 고지를 한 때에는 규칙 제52조에 의한 조서에 이를 기재한다.

제62조의2 (외국인 피고인에 대한 영사기관에의 통보 고지)

- ① 법원은 외국인 피고인에 대한 구속영장 발부에 관한 청문절차를 종결 하기 전에, 구속영장이 집행되는 경우 피고인에게 제47조의2 제1항 각 호의 권리가 있음을 고지한다.
- ② 제1항에 관하여 피고인의 본국과 체결된 별도의 조약이 있을 때는 그 에 따른다.
- ③ 법원사무관등은 제1항에 따라 고지를 한 때에는 공판조서에 이를 기재 한다.

2) 그 외 Soft law ☞ 제도의 존재를 법관들에게 알릴 필요(상세는 발제자료)

다. 형사소송법상 체포·구속 외의 인신구속 ☞ 추후 논의 필요