

연구보고서 2004-22

범죄수사의 공정성과 인권보장 방안연구

《研究陣》

연구위원 : 서보학 (경희대학교 법대 교수)

목 차

I. 研究目的, 方法 및 重點研究事項	1
1. 研究目的 및 方法	1
2. 重點研究事項	2
II. 現行 搜查節次의 公正性 및 人權保障 實態와 問題點	4
1. 搜查의 公正性 問題	4
2. 搜查와 人權侵害의 問題	6
III. 搜查의 公正性 및 人權保障과 搜查構造의 相觀關係 分析	8
1. 現行 搜查構造와 搜查權 配分 論爭	8
1) 問題의 提起	8
2) 現行 搜查構造 : 現行法上 우리나라 檢察·警察의 權限關係	10
3) 外國의 立法例에 따른 檢察·警察의 權限關係	11
4) 우리나라에서의 搜查權 配分 論爭	15
2. 搜查構造와 搜查의 公正性의 關係	25
1) 權力分立 및 牽制의 必要性	25
2) 搜查權의 政治的 中立性 確保	26
3) 實體的 眞實發見과 司法正義의 實現	26
3. 搜查構造와 人權保障의 關係	27
4. 搜查의 公正性과 人權保障을 위한 바람직한 搜查構造	29
1) 搜查의 公正性 및 人權保障 確保를 위한 檢·警間의 合理的 搜查權配分	

모델	29
2) 警察의 搜查權 獨立을 위한 制度的 補完策	33
3) 政治的 事件의 專擔搜查機關의 設置 問題	37
IV. 警察搜查의 公正성과 人權保障制度 考察	39
1. 警察搜查의 公正性 保障 方案	39
1) 司法警察官 主導의 搜查體系 確立	39
2) 搜查司法警察官吏의 專門化 및 獨立性 確保	40
3) 警察搜查結果에 대한 警察內 再審査制度(抗告制度) 新設	41
2. 警察搜查의 人權保障 方案	42
1) 被疑者訊問과 適法節次遵守를 통한 人權保障	43
2) 被疑者訊問調書作成時 適法節次 遵守	63
3) 被疑者訊問時 人權保障을 위한 其他 制度的 裝置	68
4) 強制搜查와 人權保障	79
V. 結 論	84
參 考 文 獻	88

I. 研究目的, 方法 및 重點研究事項

1. 研究目的 및 方法

수사는 형사절차의 제1단계로서, 수사에 의해 형사절차는 개시된다. 수사는 공소제기·유지를 위한 준비로서 범죄사실을 조사하고 범인과 증거를 발견·수집하는 수사기관의 활동이다. 범죄를 둘러싼 실체적 진실은 공판정에서 법원에 의해 최종적으로 확인되지만, 수사단계에서 피의자의 자백과 참고인의 진술, 물적·인적 증거 등이 확보되는 점에서 실체적 진실발견을 추구하는 형사절차의 성패는 사실상 수사단계에서 결정된다고 보아도 과언이 아니다. 계몽주의 시대의 등장과 더불어 확립된 탄핵주의적 소송구조 하에서 법원의 심판은 수사의 종결과 공소기관의 기소를 기다렸다가 시작되고 또 심판의 대상과 범위도 불고 불리원칙의 제한을 받기 때문에 법원의 실체적 진실발견은 뚜렷한 한계를 가질 수밖에 없다. 결국 수사기관의 공정하고 철저한 수사가 범죄를 둘러싼 실체적 진실을 밝히는 형사절차의 가장 기본적인 전제가 되는 셈이다.

그러다 보니 수사기관은 공정하고 철저한 수사로 피해를 보는 사건당사자나 이해집단으로부터 청탁과 압력, 회유의 대상이 되기 쉽고, 선정적이고 자극적인 보도를 선호하는 언론의 부당한 영향력 행사에 쉽게 노출되기도 한다. 특히 우리 사회에서 모든 부패의 시발점이자 정점을 이루고 있는 정치권력으로부터의 부당한 영향력 행사는 많은 중요한 사건에서 실체적 진실발견을 방해하여 사법정의의 실현을 심각할 정도로 훼손하고 있는 실정이다.

다른 한편 수사기관은 빠른 사건 해결을 위한 수사의 효율성을 앞세우는 경향이 강해, 수사과정에서 쉽게 적법절차를 무시하고 피의자의 인권을 침해하는 수사관행이 유지되고 있는 것도 사실이다. 지난해 서울지검 고문치사사건은 아직 우리의 수사관행에서 야만적인 가혹수사가 잔존하고 있음을 밝혀져 국민들에게 큰 충격을 안겨 준 바 있다. 철저하게 실체진실의 발견을 추구하되 수사과정에서 적법절차를 준수하고 수사대상자의 인권과 권리를 보장·존중하는 것은 수사기관의 또 다른 중대한 의무가 아닐 수 없다.

현재 우리나라의 수사현실, 즉 검찰과 경찰의 수사는 공정성과 인권보장이라는 두 가

지 점에서 모두 심각한 국민의 불신에 부딪혀 있는 것이 사실이다. 수사기관을 두려워하는 하되 그 활동을 신뢰하지 않고 그 결과를 쉽게 받아들이지 못하고 있는 것이 현실이다. 또한 현재의 수사구조는 검찰에 수사권이 집중되어 있기 때문에 검찰의 판단에 따라 쉽게 사실관계가 은폐·축소되고, 수사기관 상호간의 견제와 선의의 경쟁을 통한 수사의 공정성 확보 및 피의자의 인권보장 효과도 크게 기대할 수 없는 것이 현실이다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 형사절차의 시발점을 이루고 있는 수사가 공정하지 못하고 또 인권경시적이 되어서는 이 땅에 진정한 사법정의는 실현될 수 없는 것이다.

본 연구는 이러한 문제점과 현실인식을 바탕으로 깔고 수사절차에 있어 수사의 공정성과 인권보장을 담보할 수 있는 제도적 보완장치를 강구하는 데 연구의 목적을 두고 있다.

연구방법은 우리나라의 현 수사제도, 수사구조 및 수사관행의 문제점들을 연구분석하고 수사선진외국의 모범적인 제도들을 참작하여, 우리의 수사현실에 있어서 수사의 공정성과 인권보장을 담보할 수 있는 제도적 방안을 강구·제안한다.

2. 重點研究事項

- (1) 현행 수사절차 전반의 공정성 및 인권보장에 대한 실태와 문제점을 분석한다. 수사기관의 신뢰도에 대한 각종 여론조사결과, 수사행태에 대한 대한변호사협회나 국가인권위원회의 인권보고서 등이 참고자료로 활용될 것이다.
- (2) 수사구조와 수사의 공정성 및 인권보장과의 상관관계를 분석한다. 현재 검찰에 집중되어 있는 수사구조는 수사권이 쉽게 정치권력에 종속되어 수사의 독립성과 공정성을 해치는 결과를 낳고 있고, 인권보장 측면에 있어서도 수사기관 상호간의 감시와 견제라는 순기능이 전혀 발휘되지 못하는 원인이 되고 있다. 수사의 독립성과 공정성을 확보하고 수사절차에 있어서 인권보장을 실현하기 위해서는 수사권을 합리적으로 배분하고 검찰과 경찰이 대등한 입장에서 상호 견제하고 감시·경쟁할 수 있는 수사구조로의 개편이 절실히 요청된다.
- (3) 미국·독일·영국·일본 등 선진외국의 합리적인 수사권 배분모델과 수사절차에 있어서 인권보장을 위한 제도적 장치들을 알아보고 우리나라에의 도입가능성을

검토한다.

- (4) 구체적으로 경찰수사에 있어서 수사의 공정성과 인권보장을 위해 필요한 제도적 보완장치에 대해 연구한다. 소위 ‘경찰수사권 독립’을 위해서도 경찰수사의 공정성과 인권보장에 대한 국민의 신뢰제고가 가장 급선무인 만큼 이 부분에 대한 연구와 그 연구결과가 실무에 피드백 될 수 있도록 하는 것이 필요하다.

Ⅱ. 現行 搜查節次의 公正性 및 人權保障 實態와 問題點

1. 搜查의 公正性 問題

검찰·경찰은 수사를 통해 실체적 진실을 밝히고 법원에의 심판을 청구함으로써 사법 정의의 실현에 기여한다. 이러한 검찰·경찰의 수사활동에 있어서 실현되어야 할 가장 중요한 가치 중의 하나가 바로 수사의 공정성이다. 수사의 공정성은 검찰·경찰의 수사 활동과 결과에 대한 시민들의 협조태세와 승복률을 높일 뿐만 아니라 사법체계 전반에 대한 신뢰를 강화하여 법치주의의 확립에 기여하는 효과를 낳는다. 반면 수사기관의 수사활동이 공정성을 잃을 때 사법체계 전반에 대한 국민의 불신이 가중되고 법질서는 권위와 존엄성을 상실하게 되어 법치주의는 그 설 땅을 잃게 된다. 여기서 수사의 공정성이란 사건을 수사함에 있어서 어느 누구의 압력이나 눈치에도 굴하지 않고 즉 좌면우고 하지 않고, 누구의 편파적인 이해관계도 고려하지 않고 즉 불편부당하지 않게 나아가 조사대상자의 신분이나 지위에 관계없이 평등하게, 오로지 법과 직업적 양심에 따라 실체적 진실을 밝힐 목적으로 수사가 이루어지는 것을 의미한다. 수사가 공정성의 가치를 내재할 때 국민들은 수사기관을 신뢰하고 수사에 적극 협조하며 수사결과를 아무 의심 없이 받아들일 수 있게 될 것이다.

현재 우리나라의 수사기관 즉 검찰과 경찰은 수사의 공정성과 관련하여 국민의 신뢰를 받고 있는가? 아마 이 문제에 대해서는 부정적인 답이 주어질 수 있을 것이다. 우선 검찰은 수사권과 기소권을 독점하고 경찰의 수사를 지휘하기 때문에 수사의 공정성을 앞장서 실천하고 보장해야 하는 기관이다. 그러나 오늘날 검찰의 수사활동은 총체적으로 국민들의 불신에 부딪쳐 있다고 평가해도 과언이 아니다. 우리 검찰이 국민의 불신을 받게 된 가장 큰 이유는 지금까지 대형비리의혹사건·정치적으로 민감한 사건에 대한 수사와 공소제기에 있어서 공정성과 엄정성을 결여했다는 데에 있다. 대부분의 경우 검찰은 국민의 여론에 밀려 마지못해 수사에 착수하면서도 의혹의 핵심은 덮어 둔 채 「덮어주기식 수사」, 「짜 맞추기식 수사」, 「봉합 수사」, 「비껴가기식 수사」, 「편파 수사」, 「표적 수사」 등으로 일관해 「泰山鳴動鼠一匹」식으로 끝나기가 일쑤였다. 그 결과 이제 국민들은

검찰의 수사결과에 대해 총체적 불신으로 맞서는 상황이 되고 말았다. 행정부소속으로 검찰의 중립화가 완전히 보장되어 있지 않고 게다가 검사 개인의 직무독립성이 인정되지 않고 전체가 마치 군대식으로 일사분란하게 움직이는 현 우리 검찰조직의 특징을 고려할 때 정치인이나 고위관료가 관련된 사건 그리고 정치적으로 민감한 사건에 대해 검찰이 국민의 소리보다는 정치권의 외풍에 더 민감하게 반응하는 것은 어쩌면 당연한 현상이라고도 할 수 있다. 따라서 현재의 검찰 직제와 조직으로는 정치적 사건에 대해 검찰권의 완전한 중립화와 엄정하고 공정한 수사를 기대하는 것은 사실상 무리라고 할 수 있다. 더구나 검찰이 수사권과 기소권을 독점하고 있기 때문에 검찰의 수사활동이 외부 기관에 의해 전혀 견제되거나 감시될 수 없는 수사권체제도 검찰수사의 불공정성과 편파성에 기여를 하고 있다. 이러한 검찰수사의 현주소를 반영하듯 검찰수사에 대한 국민들의 신뢰도는 매우 낮은 편이다. 한 여론조사기관의 설문조사결과에 따르면 검찰수사 전반에 대한 신뢰도를 묻는 질문에 대해 응답자의 57%가 신뢰하지 않는다고 답했고 신뢰한다는 답은 31.1%에 불과했다(한국갤럽 2001년 5월 전화조사결과).¹⁾ 특히 검찰수사의 공정성(검찰이 정치인이나 일반 서민들을 차별 없이 평등하게 수사하고 있는가?)에 대한 질문에 대해서는 86.3%가 공정하지 못하다고 답했고 긍정적인 대답은 8.6%에 불과했다(한국갤럽 같은 조사). 이러한 여론조사결과는 오늘날 검찰의 수사결과가 전혀 국민들의 신뢰를 받지 못하고 있는 상황임을 말해주고 있다.

한편 경찰의 수사활동은 정치적으로 민감한 사안보다는 재산범죄나 폭력사건, 교통사고 등 민생침해사범에 집중되어 있기 때문에 상대적으로 국민들의 총체적인 불신이나 저항에 부딪히는 사례가 적었다. 그러나 경찰에 대한 국민들의 불신이 전통적으로 매우 높은 상황임을 고려할 때 경찰의 수사활동 역시 국민들의 전폭적인 신뢰를 받고 있다고 말하기는 어려운 형편이다.²⁾ 많은 경우에서 경찰의 조사를 받고 조서를 작성하고 난 뒤 무언가 드러나지 않은 힘이 이면에서 편파적으로 작용했고 자신의 주장과 권리가 제대로 경청되거나 존중받지 못했다는 느낌을 국민들이 가슴속에 담고 있는 사실이다. 매년

1) http://gallup.chol.com/svcdb/condition_list.asp 참조.

2) 최근 '범죄 및 치안'과 관련한 경찰전반의 역할수행에 대한 여론조사 결과는 잘하고 있다는 대답이 43.3%, 잘 못하고 있다는 대답이 56.7%였다(한국갤럽 2003년 7월 전화조사 결과, http://gallup.chol.com/svcdb/condition_list.asp 참조).

이루어지는 정부부처에 대한 국민들의 민원만족도 조사에서도 경찰이 검찰과 함께 항상 뒷자리를 차지하는 것³⁾은 결국 경찰의 수사활동, 특히 공정성에 대한 국민들의 불신이 크기 때문이라고도 분석할 수 있을 것이다. 경찰의 수사가 공정성을 띠지 못하는 원인 중에 하나는 경찰의 수사가 사건처리의 종결권을 가지고 있는 검찰에 의해 제대로 사후통제가 되지 않고 있는 현재의 수사구조도 한 몫하고 있다고 본다. 검찰이 많은 자체 수사부담으로 인해 경찰의 수사결과에 대한 철저한 사후통제가 현실적으로 불가능한 상황에 처해 있기 때문이다. 결국 경찰에 의한 불공정한 수사결과는 검찰에서 제대로 걸러지지 않고 법원의 심판대에 올라 고스란히 국민들의 피해로 되돌아오는 상황이 유지되고 있는 것이다.

2. 搜查와 人權侵害의 問題

검찰·경찰 수사의 불공정성 못지 않게 강한 비판을 받아야 할 부분은 바로 수사과정에서의 인권침해 부분이다. 헌법에 의해 모든 피의자는 유죄의 판결이 확정되기까지는 무죄로 추정되며 인권과 자신의 방어에 필요한 모든 절차적 권리가 존중되어야 한다. 그리고 아무리 범죄혐의가 짙은 피의자, 흉악한 죄를 저지른 범죄인이라 할지라도 수사과정에서 인간으로서의 존엄성은 보장되어야 한다. 그러나 작년 서울지검 고문치사 사건에서 보듯이 아직도 우리의 수사현장에서는 매우 야만적이고 비문명적인 가혹행위와 인권침해행위가 상존하고 있는 것이 사실이다. 국회 법제사법위원회의 국정감사자료에 따르면 1999년 7월 1일부터 2000년 6월 30일까지 사이의 1년간 폭행, 감금, 고문, 직권남용 등 인권침해를 이유로 검찰, 경찰, 국정원 직원 및 교도관 등이 고소, 고발당한 사건은 1,035건으로 전년도 같은 기간의 145건에 비해 7배나 증가한 것으로 나타났다.⁴⁾

그리고 작년 한 국책연구소에서 검찰 및 경찰에서 조사 받은 사람들을 대상으로 한 설문조사 결과에 따르면 검찰·경찰에서의 수사과정이 결코 인권친화적이지 않다는 사

3) 국무조정실 정책평가위원회, 2003년도 상반기 정부업무 평가결과 종합보고서, 41면 참조.

4) 대한변호사협회, 인권보고서 2001(제16집), 248면 참조.

실을 알게 된다. 예컨대 검찰수사과정에서 욕설·폭언을 들은 경험에 대해서는 응답자의 34%가 있다고 대답했고, 협박을 들은 경험자도 17.2%나 되었다. 또한 검찰수사과정에서 가혹행위로 허위진술이나 자백을 강요당했다고 응답한 사람도 12.4%나 되었다.⁵⁾

이러한 상황은 경찰수사에서도 크게 다르지 않았다. 경찰수사의 인권침해 상황에 대해서는 직접 경찰관에 대한 설문조사가 이루어 졌는데, 이 조사에서 수사과정상 반말·무시하는 말이 이루어지고 있다는 문항에 대해서는 응답경찰관의 28.2%가 대체로 그렇다 또는 항상 그렇다고 대답을 했고, 욕설이나 폭언에 대해서는 21%, 피의자에 대한 협박에 대해서는 7.4%, 가벼운 신체적 폭력에 대해서는 8.5%, 심한 신체적 폭력에 대해서는 3.5%, 밤샘조사에 대해서는 7.4%, 고문에 대해서는 1.6%, 성적 모욕감에 대해서는 1.3%, 성추행·성폭행에 대해서는 0.8%가 대체로 또는 항상 그렇다고 응답을 하였다.⁶⁾

이상의 조사결과는 아직 우리 수사기관이 피의자를 인격과 존엄성을 가진 권리의 주체로서 인정하기보다는 단순한 수사의 객체, 조사의 대상으로 여기고 수사의 효율성만을 앞세운 채 무리한 수사가 강행되고 있음을 말해주는 것이다. 인권침해적 수사는 피의자를 그 자체 존엄성을 가진 목적으로서가 아닌 단순한 수단으로 취급하는 것이며, 이러한 수사관행은 비단 인권침해뿐만 아니라 허위진술과 거짓자백으로 이어질 가능성이 크기 때문에 실체적 진실발견과 사법정의의 실현에도 장애가 된다.

현재 검찰수사과정의 인권침해 관행에 대해서는 자체 감찰 외에는 외부 수사·사정기관에 의한 감시·통제의 가능성이 주어져 있지 않기 때문에 사실상 무방비 상태로 방치되어 있는 상황이고, 또한 검찰은 피의자인권의 법치국가적 보장장치를 자임하고 있으면서도 실제로는 많은 사건수사와 사건처리에 대한 부담으로 경찰수사에 대한 견제와 감시의 역할을 제대로 해내지 못하고 있기 때문에 경찰수사의 인권침해적 관행도 잘 시정되지 않고 있는 것이 사실이다. 이러한 구조적 문제점이 피의자신문에 변호인입회권의 미보장, 밤샘수사의 관행, 가혹수사에 대한 감시체계의 불비 등 제도적 미비점과 어우러져 인권침해적 수사를 확대 재생산 해 내고 있는 실정이다.

5) 신의기·강은영, 범죄수사절차상 피의자의 인권침해 현황조사, 2002, 한국형사정책연구원, 130면-134면의 표4-24, 표4-26, 표4-27 참조.

6) 신의기·강은영, 앞의 책, 172면 표7-9 참조.

Ⅲ. 搜查의 公正性 및 人權保障과 搜查構造의 相關關係 分析

1. 現行 搜查構造와 搜查權 配分 論爭

1) 問題의 提起

참여정부들어 자치경찰제의 도입과 부분적이거나 경찰수사권의 독립이 예정되면서 올해 초 한동안 검찰과 경찰간의 수사권 분배(경찰의 수사권 독립) 문제가 뜨거운 논쟁거리가 되었었다. 지난 국민의 정부에서도 경찰수사권 독립은 중요한 사법개혁과제의 하나였으나, 이 문제가 두 권력기관간의 집단이기주의에 기초한 권한싸움(밥그릇 싸움)으로 비추어 지면서 여론의 곱지 못한 눈총을 받았고, 결국 국론분열을 우려한 청와대의 지시로 논쟁이 수그러들면서 이 문제는 다시 현정부의 개혁과제로 이월되고 말았다. 그러는 사이 국민의 정부에서도 과거 정부 때와 마찬가지로 대통령의 친인척, 주요 정치인 및 공직자 그리고 벤처사업가들이 관련된 각종 대형비리사건들이 연이어 터졌고, 이 사건들에 대한 검찰의 수사가 엄정·공정하지 못했다는 시비가 끊임없이 제기되었다. 이에 대한 당연한 반응으로 검찰의 수사는 국민들의 불신을 받았으며, 그 결과 우리 사법사상 최초로 세 번에 걸쳐 특별검사제가 도입되기도 하였다. 참여정부 들어서도 현대 그룹의 대북송금 사건을 놓고 이미 한차례 특별검사제가 도입된바 있다.

그러나 그 자체가 정치적 시비로부터 자유롭지 못한 특별검사제가 검찰과 경찰의 본래의 역할을 대신하는 항구적인 대안장치가 될 수는 없다고 본다. 오히려 이 시점에서는 위기에 빠진 검찰과 경찰의 위상을 바로 세우고 그 권한과 역할을 재조정하려는 노력이 필요하다. 本稿는 그 노력의 출발점이 검찰에 집중된 수사권을 분산시키는 데에 있다고 본다. 그 주된 방안은 수사단계에서 검찰·경찰간의 권한관계를 새롭게 짜는 것이고, 다른 방안은 정치적 사건에 대한 수사를 독립된 제3의 기관에 맡기는 것이다.

살피건대 현재의 수사구조, 즉 검찰에 의한 수사권의 독점 및 광범위한 재량권의 보유, 검찰·경찰간의 상명하복식 종속구조는 은폐·축소·편파수사 등의 시비를 불러일으키고 수사의 독립성과 사법정의를 해치며 수사단계에서 피의자의 인권을 유린하는 부정

적 결과를 낳고 있다. 특히 소수의 엘리트 검찰(약 1500명)에 의한 거대조직 경찰(약 15만명)에 대한 지배·조정은 민주적 권력분립의 원칙에도 반할 뿐만 아니라, 정치권이 검찰을 장악하고 다시 검찰을 통해 경찰을 장악함으로써 가장 독립적이어야 할 양 수사기관이 형사사법기관으로서의 독립성을 상실하고 정치권의 ‘연장된 팔’로 전락한 결과를 낳고 말았다. 이러한 점에 비추어 볼 때 검찰·경찰간의 합리적인 수사권 배분문제(경찰의 수사권 독립문제)는 단순한 기관싸움이 아니라 양 기관간의 일방적인 지배·종속 관계를 수평적·균형적 관계로 바로 잡음으로써, 권력기관 상호간의 견제와 균형을 통해 권력의 남용을 막고 사법정의를 실현하며 인권을 보호하는 법치국가적 형사사법의 기본이념을 실현하는 것과 관련되어 있음을 알 수 있다. 본고에서는 이러한 문제의식을 기초로 우선 경찰의 수사권 독립을 지지하는 논거와 반대논거들을 살펴본 뒤 필자가 생각하는 검찰·경찰간의 수사권 배분모델을 제시해 보고자 한다.⁷⁾ 나아가 현재와 같이 수사기관이 정쟁에 이용되는 것을 방지하고 수사권의 독립성을 담보하기 위해 일부 정치적 성격의 사건에 대한 수사를 독립된 제3의 수사기관에 맡기는 방안도 함께 검토해 볼 수 있다.

7) 경찰수사권 독립에 대한 학계의 입장은 크게 (일부)긍정설, 부정설, 경찰의 자질과 역량부족을 근거로 내세우는 시기상조설 등으로 나뉜다.

- ① 肯定說: 김기두, 형사소송법, 1987, 56면; 염정철, 형사소송법, 1980, 280면; 서보학, 수사권의 독점 또는 배분 - 경찰의 수사권 독립요구에 대한 검토, 형사법연구, 제12권, 1999. 11, 398면 이하; 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 형사법과 세법, 학당 명형식 교수 화갑기념논문집, 1998, 297면 이하; 이관희, 경찰수사권의 독자성 확보방안, 수사연구, 1992.2, 22면 이하; 김용세, 현행 수사권체제의 문제점과 개선방안, 대전대 사회과학논문집 제19권 제1호 통권 제32호(2000.5), 89면, 92면 등. 경찰에 부분적으로 독자적 수사권을 주자는 一部肯定說로는 차용석, 형사소송법, 1997, 232면; 차용석, 완전독립보다 일정형별 이하 범죄에 수사권 부여 바람직, 수사연구, 1992.3, 36면 이하; 허일태, 제한된 범위 내에서 독자적 수사권 주어야, 수사연구, 1992.7, 24면 이하; 신현호, 경찰 수사권 독립의 범위, 수사연구, 1992.11, 8면 이하; 이태언, 검찰과 경찰의 수사권 배분에 관한 연구, 고황법학 제3호(2001.5), 143면(원칙적 경찰수사의 독립, 단 특정범죄의 검찰수사지휘권 인정) 등.
- ② 否定說: 이재상, 형사소송법, 2001, 93면; 하태훈, 범죄수사단계에서의 사법경찰과 검찰과의 관계, 홍대논총 1998 제30집, 7면 이하; 정완/이진국, 수사권독립 논의에 대한 검토, 형사정책연구, 2003, 제14권 제2호(통권 54호), 199면 이하 등.
- ③ 時機尙早說: 백형구, 형사소송법 강의, 2001, 373면; 백형구, 경찰수사권 독립의 구체적 방안 - 시기상조론의 이론구성-, 수사연구, 1992.4, 24면 이하; 신동운, 형사소송법 I, 1997, 58면 이하; 배종대/이상돈, 형사소송법 2001, 176면; 송광섭, 형사소송법, 1994, 347면; 배영근, 일반국민의 시각에서 본 경찰수사권독립, 수사연구, 1992.10, 6면 이하 등.

2) 現行 搜查構造: 現行法上 우리나라 檢察·警察의 權限關係

우리나라의 수사현실은 한해 동안 발생하는 전체 형사범죄의 대부분(약 97%)이 경찰에 의해 처리되고 있다. 그러나 현행법상 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 검사를 보좌·보조하는 역할만이 주어지고(형소법 제196조, 검찰청법 제53조) 수사권의 주체는 검사로 규정되어 있다(형소법 제195조). 물론 경찰에게도 범죄의 수사 그 직무로 규정되어 있고(경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조 제1호, 사법경찰관리집무규칙 제2조 제2항), 실무에서도 독자적으로 범죄를 입건·(임의)수사하는 수사개시권을 행사하고 있다.

그러나 경찰에게는 독자적으로 수사를 종결시킬 수 있는 권한이 주어지지 않기 때문에 자체수사의 완결시 반드시 모든 사건을 관할 검찰에 송치시켜야 하며(사법경찰관집무규칙 제54조)⁸⁾, 또한 강제수사를 위한 독자적 영장청구권이 인정되지 않기 때문에 반드시 검찰을 통해서만 영장을 청구할 수 있다(헌법 제11조 제3항, 형소법 제201조 제215조). 나아가 경찰에게는 검찰에 대한 수사사무보고·정보보고의무(사법경찰관리집무규칙 제11조 제12조), 타관할 수사시 보고의무(형소법 제210조) 등이 부과되어 있다.

반면 검찰에게는 경찰의 피의자 체포·구속장소감찰권(형소법 제198조의2), 변사체검시에 대한 지휘권(형소법 제222조, 사법경찰관리집무규칙 제33조), 사법경찰관리에 대한 행정적 책임요구권(폭력행위등처벌에관한법률 제10조), 경찰수사중지명령권과 사법경찰관리의 체임요구권(검찰청법 제54조) 등이 주어져 있어 전체적으로 수사권 행사에 있어서 검·경간의 수직적 상명하복의 관계가 강제되어 있다.

결국 경찰은 범죄수사의 대부분을 맡아 처리하고 있음에도 불구하고 그 실제적 역할에 걸맞는 법적 지위를 인정받지 못하고 있으며, 수사권의 주체인 검찰의 보조자로서 머물고 있는 것이 현실이다.

8) 사법경찰이 범죄자를 입건하여 필요한 수사를 행한 이후에는 통고처분제도(도로교통법 제118조, 경범죄처벌법 제6조 등)에 따라 범칙금을 납부한 사건과 즉결심판사건(법원조직법 제34조)을 제외한 모든 사건을 검사에게 송치하여야 한다.

3) 外國의 立法例에 따른 檢察·警察의 權限關係

가. 外國의 搜查構造

각국의 검찰·경찰제도의 모습과 그 상호간의 권력 관계는 각각의 역사적·법문화적·제도적 전통과 차이에 따라 상이한 모습을 띠 수밖에 없다. 그러나 일반적으로 대륙법 계통에 속하는 독일·프랑스에서는 검찰우위의 수사권체계가 확립되어 있는 반면, 영미법 계통에 속하는 영국·미국에서는 경찰우위의 수사권체계가 정착되어 있다. 즉 독일·프랑스에서는 검찰이 수사권의 주체이고 경찰은 수사의 보조자이며, 반대로 영·미에서는 경찰이 수사권을 행사하고 검찰에게는 공소의 제기과 유지가 주된 임무로 부과되어 있다.

한편 대륙법계의 검·경제도를 따르고 있었던 일본은 연합군 점령기인 1948년 7월 형사소송법의 개정을 통해 미국식 제도를 수입, 경찰을 제1차적 수사기관, 검찰을 제2차적·보충적 수사기관으로 규정하여 오늘에 이르고 있다.

이하에서 대륙법계와 영미법계를 대표하는 선진외국의 수사제도와 검찰·경찰 관계를 개괄적으로 살펴본다.⁹⁾

- ① 獨逸 : 독일의 형사소송법상 검찰은 수사를 주재하고 경찰은 검찰을 보조하는 역할을 한다. 즉 검찰은 법원조직법 제152조와 형사소송법 제161조의 범위 내에서 경찰에 대하여 수사지휘권을 가지며, 경찰은 검찰의 보조기관으로서 검찰의 명령에 복종하여야 한다. 경찰도 독자적으로 수사에 착수할 권한과 의무를 가지고 있지만(StPO 제163조 제1항), 경찰의 수사결과는 지체 없이 - 즉 긴급한 증거보전 및 신속한 조사 후에 - 검찰에 송부되어야 하며(동조 제2항) 그렇게 되면 형사소송법 제152조와 제160조에 따라 수사의 주도권은 검찰에 귀속된다. 그러나 법규정과 달리 독일의 수사현실에서 수사절차에 대한 사실상의 주도권은 경찰이 가지고 있다.¹⁰⁾ 검찰에 자체 수사인력이

9) 각국의 검찰 및 경찰제도와 수사권을 둘러싼 양 기관간의 권한관계에 대해서는 박승진/최석윤/이경재, 각국의 검찰제도, 형사정책연구원, 1998; 자치경찰제의 이해, 경찰개혁위원회, 1999, 43면 이하; 각국의 수사제도 및 실태 비교, 법무부자료, 법률신문, 1999.5.13, 제2788호 13면; 차용석, 수사연구, 1992.3, 37-41면; 이태언, 고향법학 제3호(2001.5), 110면 이하; 신환철/손봉선, 한국 경찰의 중립화 방안, 전북대학교 사회과학연구 23(1997.2), 186면 이하; 김용세, 대전대 사회과학논문집 제19권 제1호 통권 제32호(2000.5), 83면 이하; 정완/이진국, 형사정책연구, 2003, 제14권 제2호(통권 제54호), 169면 이하; 표창원, 영국경찰의 위상과 운영체계에 관한 고찰, 한국경찰연구, 제1권 제1호, 2002.6, 71면 이하 등 참조.

확보되어 있지 않기 때문에 검사는 “손·발 없는 머리”(Kopf ohne Hände)라고 하며, 따라서 실제로 수사활동은 대부분 검찰의 관여 없이 경찰에 의하여 이루어지고 있고, 형사소송법 제163조 제2항의 “지체 없이”(ohne Verzug)라는 개념이 넓게 해석되기 때문에 수사종결의 단계에 이르러 비로소 검사에게 송치될 뿐이다.

- ② 佛蘭西 : 프랑스는 특이한 형사사법체계를 가지고 있다. 가장 큰 특징은 2심제라는 것과 검찰이 법원의 하부조직으로 되어 있다는 점이다. 즉 다른 나라와는 달리 프랑스의 검찰청은 법원에 부속되어 있으며, 검찰은 주로 소추에 대한 권한만을 행사한다. 반면 수사 와 판결은 원칙적으로 모두 판사의 권한에 속한다. 또한 각급 법원은 사법부가 아닌 법무부에 소속되어 있으며, 법무부 장관은 재판업무를 제외한 모든 업무를 총괄한다. 이러한 구조 하에서 프랑스 검찰은 주로 소추업무만을 담당하지만 적절한 소추권의 수행을 위하여 필요한 경우에는 수사권 내지 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 행사한다.¹¹⁾
- ③ 日本 : 일본에서는 경찰이 1차적인 수사기관, 검찰은 2차적 수사기관으로의 역할을 담당하고 있다. 일본 형사소송법은 검찰관과 사법경찰직원을 각각 독립한 조사기관으로 규정하고 양자의 관계를 상호협력관계로 규정하고 있다(형사소송법 제192조). 검찰관은 관할구역내의 사법경찰직원에 대하여 조사 또는 공소유지에 관한 일반적인 지시를 할 수 있고(일반적 지시권, 형사소송법 제193조 제1항), 수사의 협력을 구하기 위하여 필요한 일반적 지휘를 할 수 있다(일반적 지휘권, 동법 제193조 제2항). 검찰관의 사법경찰직원에 대한 일반적 지휘는 검찰관이 행하는 수사에 관하여 사법경찰직원의 협력을 구하는 경우에 한하여 허용되며, 사법경찰직원이 직접 하는 수사에 관해서는 검찰관의 사법경찰직원에 대한 일반적 지휘는 인정되지 않는다. 즉 사법경찰직원은 스스로의 수사에 대해서 독자적인 수사권을 확보하고 있는 것이다.
- ④ 美國 : 연방국가인 미국에서는 주마다 다른 점은 조금씩 있으나 원칙적으로 경찰이 범죄수사의 권한을 가지고 독자적인 수사를 행하며, 검사는 조직범죄와 같은 일부 특

10) Kühne, Strafprozeßlehre, 4. Aufl., 1993, S. 34 ff.; Lillie, Das Verhältniss von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, ZStW 1994, S. 625 ff.

11) 프랑스 형사소송법 제41조: 「검사는 모든 형사법규위반에 대한 수사와 소추에 필요한 모든 행위를 하거나 사법경찰관에게 명할 수 있다.」

프랑스 형사소송법 제12조: 「사법경찰관은 검사장의 지휘를 받아 그 권한을 행사한다.」

수한 범죄를 제외한 대부분의 사건에 대해서는 경찰송치사건에 대한 기소여부의 결정 및 공소유지만 담당한다. 그리고 검찰과 경찰은 상하관계가 아닌 대등한 협조관계를 유지하고 있다. 검사는 경찰의 수사에 원칙적으로 관여하지 않으며 증거능력 있는 증거물의 확보를 위해 수사의 전개방법 및 절차에 대해 법률조언을 함으로써 경찰을 위한 일종의 “고문변호인” 역할을 담당하고 있다고 말할 수 있다.

- ⑤ 英國 : “정의로운 거리의 심판관”이라는 명성을 갖고 있는 영국의 경찰은 수사권의 주체이며 형국 형사사법체제의 중추적 역할을 담당하고 있다. 전통적으로 영국에서는 경찰이 수사와 기소임무를 함께 해 왔으나, 수사권과 소추권이 한 기관에 집중된 폐단이 드러남에 따라 1985년 국립기소청(The Crown Prosecution Service)이 창설되어, 수사는 경찰이 기소는 국립기소청이 맡고 있다. 영국에서는 전통적 의미의 검찰조직은 사실상 존재하지 않으며 국립기소청이 기소기관으로서의 검찰의 역할을 하고 있는 것이다.

이상에서 언급된 각국의 구체적인 수사제도를 도표로 요약하면 다음과 같다.

	독 일	프랑스	일 본	미 국	영 국	한 국
검·경의 수사지위	검사 : 수사주재 경찰 : 수사보조	검사 : 수사주재 경찰 : 수사보조	검사 : 2차수사 경찰 : 1차수사	검사 : 수사자문 경찰 : 수사주재	경찰 : 수사주재	검사 : 수사주재 경찰 : 수사보조
경찰의 수사개시권	초동수사권	기초조사권 (예비수사권)	독자적 수사개시	독자적 수사개시	독자적 수사개시	사실상 독자적 수사개시
경찰의 영장청구권	없음	없음	체포·압수·수색·검증영장 청구권 가짐. 단, 구류(구속) 영장 청구권은 검사만 가짐.	체포·구속영장 청구권 가짐	체포·구속영장 청구권 가짐	없음
경찰의 수사종결권	없음 (모든 사건 송치)	없음 (모든 사건 송치)	없음 (모든 사건 송치)	일정범위의 수사 종결권 가짐(무혐의, 경미사건 등)	무혐의 처분 등에 대한 수사종결권 가짐	즉결심판권 행사 (기타 모든 사건 송치)
소추권	검사 또는 사인 소추주의	검사 또는 사인 소추주의	검사 기소독점	대배심 또는 검사	검사 (국립기소청)	경찰 즉결 심판 청구권 행사. 기타 검사 기소 독점
검·경간의 관계	실질적 대등·협력관계	검사우위	대등·협력관계	대등·협력관계	경찰우위	검사우위

나. 外國搜查制度 概觀의 意味

외국의 입법례를 살펴보는 것은 우리 실정에 맞는 검·경간의 수사구조를 찾아내는데 참고가 되는 한에서만 의미가 있다. 각각의 역사적·법문화적 특성을 바탕으로 발전되어 온 외국의 제도가 우리 실정에 무조건 들어맞는 모델이 될 수는 없기 때문이다. 또한 외국의 제도가 실제 운용되는 실상을 들여다보지 않고 피상적으로 판단하거나 자신의 주장에 들어맞게 견강부회식으로 해석하여 소개하는 것은 외국의 제도에 대한 올바른 판단을 왜곡시킬 수 있다. 예를 들어 검찰에게 수사(지휘)권이 주어져 있는 독일에서도 검찰이 경찰에 대해 우리나라식의 일방적 우위를 점하고 있다고 생각하면 오산이다. 수사권의 주체가 검찰이고 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권이 인정되어 있음에도 불구하고 양 기관간의 관계는 수평적이고 대등한 관계라 할 수 있기 때문이다.¹²⁾ 그 이유는 독일의 검찰이 자체 수사인력을 확보하고 있지 않고 언제나 경찰의 도움을 받아서만 수사를 할 수 있다는데 있다. 이러한 이유로 독일의 검찰을 “손·발 없는 머리”(Kopf ohne Hände)라고 한다. 이는 우리나라 검찰이 자체 수사인력을 확보한 상태에서 경찰을 완전히 배제하고 독자적으로 수사를 할 수 있는 것과는 전혀 다른 상황이 아닐 수 없다. 수사를 지휘할 수는 있지만 반드시 손과 발이라고 할 수 있는 경찰의 도움을 받아서만 수사를 할 수 있다면 양자의 관계는 협조적·수평적이 되지 않을 수 없는 것이다. 이런 점에서 독일의 검·경관계는 오히려 미국이나 일본식의 관계에 가깝다고도 평가할 수 있다. 미국에서는 주로 경찰이 수사하고 검사는 공소제기 및 공소유지의 임무를 맡고 있지만 실제 수사단계에서 경찰의 독자적인 수사가 이루어지기보다는 법 적용의 오류 회피, 증거능력 있는 증거의 확보, 성공적인 기소율의 제고 등을 위해 검찰과의 긴밀한 협조하에서 수사가 이루어지는 것이 보통이다.¹³⁾ 일본에서는 경찰이 제1차적 수사기관, 검찰이 제2차적 수사기관으로 되어 있지만 형사소송법에 양 기관의 협조의무가 명시(동법 제 192조)되어 있을 뿐만 아니라 검찰에게는 경찰에 대한 일반적 지시권·지휘권이 주어져 있기 때문에 실제로는 양 기관이 대등한 입장에서 협조관계를 유지하고 있다.¹⁴⁾ 이와

12) 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 형사법과 세법, 학당 명형식 교수 화갑기념논문집, 1998, 300면; 경찰개혁위원회, 자치경찰제의 이해, 1999, 18면 이하 참조.

13) 박승진/최석윤/이경제, 각국의 검찰제도, 형사정책연구원, 1998, 45-47면; 경찰개혁위원회, 자치경찰제의 이해, 1999, 10면 이하 참조.

같이 독일, 미국, 일본에서 성공적인 범죄수사와 공소제기를 위해 양 기관이 상호 대등한 입장에서 협력관계를 유지해 나가고 있는 현실을 보면, 결국 법률상 누가 수사권의 주체로 되어 있는가는 그리 중요한 문제가 아니라는 것을 알 것이다.

그러나 우리나라에서는 수사권의 주체여부에 따라 그 권한행사에 있어서 엄격한 차이가 존재하고 일방이 타방을 지휘·조정하는 상명하복식의 관계가 강제되어 있을 뿐만 아니라 현실적으로도 상호 협력·견제의 관계보다는 일방적 지휘·복종의 관계가 정립되어 있다. 때문에 현재 검·경간의 관계를 수평적·협조적 그리고 상호견제가 가능한 관계가 되도록 재정립할 필요성이 제기된다. 이에 대한 모델은 결국 권력기관 상호간의 균형적 권한배분과 견제, 수사의 효율성, 실체적 진실발견 및 사법정의의 실현, 피의자의 인권보호 등의 관점을 기준으로 설정되어야 할 것이다.

4) 우리나라에서의 搜查權 配分 論爭

가. 警察의 搜查權 獨立·現實化 要求論理

경찰의 수사권 독립 내지 현실화 요구는 다음과 같은 이유에 근거하고 있다.¹⁴⁾

- ① 경찰이 전체범죄의 대부분을 수사하고 있음에도 불구하고 제도상 경찰이 수사권의 주체가 아닌 검찰의 수사보조자로 남아 있는 것은 수사현실과 맞지 않는다.
- ② 대부분의 사건에서 범인검거·증거수집 등의 수사에 대한 임무와 책임을 경찰이 지고 있고, 수사가 실패했을 경우의 비난도 역시 경찰에 쏟아지고 있음에도 불구하고 수사주체자로서의 권한은 검사가 가지고 있어 사실상의 책임과 법률상의 권한이 불일치 한다.
- ③ 소수의 검사가 연 200만건에 가까운 형사사건을 일일이 수사지휘한다는 것은 물리적으로 불가능하다.
- ④ 경미한 사건조차도 경찰이 자체 종결하지 못하고 반드시 검사의 검토와 판단을 거

14) 박승진/최석운/이경재, 각국의 검찰제도, 형사정책연구원, 1998, 165-166면; 경찰개혁위원회, 자치경찰제의 이해, 1999, 15면 참조.

15) 아래의 논거들은 주로 경찰개혁위원회, 자치경찰제의 이해, 1999, 10면 및 33면 이하에서 참조.

- 치도록 되어 있어 사건관계자들이 장시간 대기하거나 사건처리가 지연된다. 즉 현재의 이중적 수사구조는 국민들에게 막대한 시간적·경제적 손실을 초래하고 있다.
- ⑤ 서장 등 경찰간부와 검사의 수사지휘가 중복되어 지휘·명령체계가 이원화되어 있고 이로 인해 수사지연과 업무혼선이 초래된다. 또한 경찰간부의 창의적이고 능동적인 수사지휘가 어려워진다.
 - ⑥ 행정자치부의 외청인 경찰에 대해 법무부의 외청인 검찰이 포괄적인 수사지휘를 하도록 하는 것은 민주적인 정부조직의 원리에 반한다.
 - ⑦ 검찰이 본연의 공소업무 외에 범죄수사와 경찰지휘에 매달리다 보니 업무량이 과중해져¹⁶⁾ 공소업무와 경제·지능범죄수사 등 검사의 개입이 필수적인 분야에 상대적으로 소홀해지고 있다. 또한 검찰의 수사권 행사를 위하여 수사인력을 보강하다 보니 그 인원이 민생치안을 책임지고 있는 경찰 수사인력의 31%에 육박하고 있다.
 - ⑧ (자치경찰제가 도입된다는 전제하에) 자치경찰이 검사동일체원칙으로 중앙집권화된 국가기관인 검찰의 지휘아래 놓인다면 정치적 중립성과 분권화 이념에 역행하게 되어 자치경찰제의 본질이 훼손된다.

나. 檢察의 不可論理

검찰측의 반대논리를 살펴보면 다음과 같다.¹⁷⁾

- ① 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조 제1호 및 사법경찰관리집무규칙 제2조 제2항은 ‘범죄의 수사’를 경찰관의 직무로 규정하고 있다. 따라서 현행법상 경찰은 수사권의 주체이고 대부분의 사건에서 수사권을 행사하고 있다. 더군다나 외국에서는 경찰의 구속수사 기간이 통상 48시간으로 제한되고 있음에 반하여 우리나라는 경찰이 10일간 구속수사할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 경찰이 수사의 보조자로서 마치 전혀 수사권을 행사하지 못하고 있는 것처럼 주장하는 것은 옳지 않다.

16) 1997년 대검국감보고서에 의하면 검사 1인당 연간 2154.2명, 월평균 179.5명, 매일 6명을 처리하고 있는 것으로 나타났다.

17) 아래 검찰의 논거들은 주로 자치경찰제 도입과 경찰수사권독립 문제에 대한 법무부의 공식견해, 법무부 홈페이지 문건인 <http://www.moj.go.kr/news/0507noteindex.html>; 수사지휘론, 서울고등검찰청, 1998; 황희철, 인권과 수사권의 통제, 법률신문, 1998.6.18, 제2702호, 15면; 정완/이진국, 수사권독립 논의에 대한 검토, 형사정책연구, 2003, 제14권 제2호(통권 제54호) 참조.

- ② 수사는 공소제기를 목적으로 진상규명과 증거수집 등을 하는 준비행위이기 때문에 수사와 소추행위를 분리할 수 없다.
- ③ 검사의 수사지휘를 통해 경찰수사로부터 발생할 수 있는 각종 인권침해를 방지하거나 사후 통제할 수 있다.
- ④ 그동안 경찰의 사건은폐, 편파수사, 강압수사 등 술한 부정·비리사건 그리고 자질 및 법률지식부족 등의 문제점을 알고 있는 국민들은 경찰의 수사권독립을 반대한다.
- ⑤ 경찰이 독자적 수사권과 사건종결권을 주장하는 교통사고·폭력·절도 등 민생침해사범은 전체 형사사건의 약 70%를 차지하고 있을 뿐만 아니라 부정과 인권유린의 소지가 크기 때문에 검찰의 통제를 받아야 한다.
- ⑥ 경찰은 치안행정기관으로서 방대한 조직, 정보수집권, 무장병력 등을 보유하고 있는데 수사권에 대한 유일한 견제장치인 검사수사지휘권까지 배제될 경우 경찰권의 비대화와 남용의 위험성을 초래한다.
- ⑦ 경찰의 독자적 사건종결권은 국가소추주의 아래서 검사소추제도를 채택한 우리나라 형사소송체계의 근간을 흔드는 주장이다. 오히려 현재 경찰에게 인정되고 있는 즉결심판청구권을 회수하여야 한다.
- ⑧ 경찰의 영장직접청구권은 헌법개정이 필요한 사항이고 인신구속을 신중히 처리하려는 헌법의 적법절차 조항의 변질을 초래한다.
- ⑨ 수사권의 소재와 운용에 대한 논란을 종식시키고 지휘책임과 인사관리를 일치시키기 위해서는 사법경찰을 행정경찰과 분리하여 법무부 소속으로 이관하여야 한다.
- ⑩ 자치경찰제가 도입되더라도 자치경찰제는 경찰조직내의 지휘체계 변경과 예산의 지방이전 문제로서 자치사무가 아닌 국가사무인 형사사법권을 수행하는 검사의 수사지휘권과는 아무 관련이 없다. 오히려 지방경찰과 지역토호간의 유착에 의해 지방비리에 대한 지방경찰의 수사의 어려움을 예방하고 수사의 광역화 및 전국적 통일성을 기하기 위해서는 국가중앙조직인 검사의 수사지휘를 받아야 한다.

다. 檢察·警察의 相反된 論理에 對한 批判的 檢討

경찰의 수사권 독립문제에 대해서는 이와 같이 양측의 상반된 논리가 팽팽히 맞서고 있다. 그러나 전체적으로 볼 때 수사현실과 법제도의 일치를 주장하는 경찰의 주장이 더

큰 설득력을 갖는 것이 사실이다. 이하 문제가 되는 주요 논점들을 비판적으로 검토해 본다.

- ① 검찰은 경찰법, 경찰관직무집행법 및 사법경찰관리집무규칙 등의 규정을 들어 경찰도 수사권의 주체이고 수사권이 보장되어 있다고 주장하나 다수설은 현행 형사소송법 제195조 및 제196조, 검찰청법 제53조, 사법경찰관리집무규칙 제2조 제1항 등을 근거로 수사권의 주체는 검사만이고 사법경찰관리는 수사의 보조자로 보고 있다.¹⁸⁾ 따라서 모든 형사사건에 대한 수사의 주재자는 검찰이고 경찰은 그의 지휘를 받아서만 수사를 하도록 되어 있다. 그러나 수사실무에서는 특히 중대하고 이례적인 범죄사건이 아닌 한 대부분 경찰이 독자적으로 수사를 개시하여 완료하고 검사는 송부된 수사기록만을 토대로 기소여부를 결정하는 것이 일반적이다. 소수의 검사가 모든 형사사건에 대해 책임지휘를 한다는 것은 물리적으로 불가능하기 때문이다. 그렇다면 현실에 맞도록 경찰에게도 독립적인 수사권을 부여하는 것이 규범과 현실의 괴리를 막기 위해서도 바람직하다 할 것이다. 만약 검찰이 경찰에 대해 사실상 독립된 수사권을 행사하고 있음에도 불구하고 이를 법적으로까지 보장받으려고 하는 것은 지나친 욕심이라고 비난한다면 이는 거꾸로 자기 자신에 대한 비난의 논거가 될 수 있다. 법제도와 현실의 괴리를 무시하면서까지 현실적으로 행사할 수 없는 권한을 무리하게 유지하고, 심지어는 직무유기상태에 두려하다는 비난이 가능하기 때문이다.
- ② 경찰의 강압적 탈법수사로 인해 발생할 수 있는 피의자에 대한 인권침해를 막기 위해 검사가 수사지휘권을 가져야 한다는 주장은 검찰수사에 대한 국민의 신뢰가 땅에 떨어진 지금에는 그다지 큰 설득력을 갖지 못한다. 검찰자신도 피의자의 인권침해에 대한 시비로부터 결코 자유롭지 못하기 때문이다.¹⁹⁾ 최근 서울지검 강력부에

18) 다만 배중대/이상돈, 형사소송법, 2001, 173면과 백형구, 형사소송법강의, 1997, 367면은 사법경찰관은 수사의 주체이고 사법경찰관만 수사의 보조자로 보고 있다(수사주체설).

19) 우리나라의 사법개혁을 촉구하는 한 보고서는 다음과 같이 우리나라 검찰청의 분위기를 전하고 있다: 「최근 검찰은 스스로 민원검사제도를 두고, 고소사건에서 고소인 조사를 즉시 처리하기로 하는 등 바람직하게 제도를 개선하였지만 사건 관계자에 대한 검찰의 배려는 근본적으로 바뀌지 않았다. 헌법은 명백하게 ‘무죄추정의 원칙’을 천명하고 있으므로, 형사피고인은 유죄 판결이 내려지기까지는 무죄로 추정됨에도 불구하고 아직 기소되지 않은 피의자 혹은 사건 관계자들은 검찰청에 들어서면 으박지르는 고통 소리와 위협적인 언사, 욕설들을 감당해내지 않으면 안된다. 물론 이는 매우 한정된 경우이기는 하겠

서 살인용의자로 조사 받던 피의자가 고문치사한 사건과 같이 검찰수사단계에서도 검사의 묵인 내지 방조하에 검찰수사관이나 검찰에 파견된 경찰관들에 의해 피의자에 대한 폭행과 가혹행위가 자행되고 있는 것으로 알려져 있다.²⁰⁾ 또한 검찰에 의해 관행적으로 이루어져 온 철야수사 등도 수사의 효율성만을 앞세웠지 피의자의 인권보호와는 거리가 먼 것이 현실이다. 오히려 경찰수사단계에서의 가혹행위는 추후 검찰에 의해 사법처리의 대상이 될 수도 있기 때문에 자제될 수 있지만, 검찰수사단계에서의 가혹행위는 수사주재자의 묵인 하에 아무런 견제를 받지 않고 일어날 수 있기 때문에 그 심각성이 더 할 수 있는 것이다. 또한 형사절차에서 검사가 객관적이고 중립적인 입장을 견지하기보다는 피의자·피고인의 범죄혐의를 밝히고 입증하는 공격당사자의 입장에서 서 있는 것이 수사와 재판의 현실임을 감안할 때 검사가 피의자의 인권을 보호하는 보호자라고 자칭하는 것도 현실과 맞지 않는다.²¹⁾ 결국 수사단계에서 피의자의 인권보호는 수사권의 분산을 통해 서로의 불법행위를 상호 감시·견제토록 하며, 수사기관이 피의자의 권리를 존중하고 적법절차를 준수하지 않을 수 없도록 만드는 제도적 장치(예컨대 피의자신문시 변호인의 참여 보장과 철야조사의 금지 등)의 마련에 의해 담보될 수밖에 없는 것이다.

그리고 우리나라에서 유달리 많은 고소사건의 처리에 있어서도 일일이 검찰의 수사지휘를 받도록 되어 있는 현재의 수사권 구조가 결과적으로 국민의 인권을 침해하고 있는 현실을 지적하지 않을 수 없다. 예컨대 우리나라에서는 단순한 민사채무관계임에도 불구하고 형사고소를 통해 빌려 준 돈을 받아내려는 채권자들이 고소를 남발하고 있는 실정인데, 통상 빚 독촉에 시달려 잠적한 피고소인은 자신이 고소되어 있는지도 모르고 다니다가 어느 날 갑자기 수배자라고 하여 긴급체포되

지만 단순한 참고인으로 소환된 사람들이나 검찰 수사를 의뢰하기 위해 찾아간 고소, 고발인들조차 주눅들게 만드는 검찰의 고압적인 분위기는 일반 국민들로 하여금 검찰청과 검사실을 여전히 두려운 곳으로 느끼게끔 만든다」; 국민을 위한 사법개혁, 참여민주사회시민연대 사법감시센터, 1996, 58면.

20) 국가인권위원회도 지난해 11월부터 올 10월말까지 검찰과 관련한 진정사건 2백69건을 분석한 결과 수사관의 가혹행위에 대한 것이 7.4%인 20건에 이른다고 밝힌바 있다.

21) 손동권 교수는 우리나라 검사에게 피의자·피고인의 이익을 위하여 수사하여야 할 객관적무는 명목으로 흐르고 있고 그의 공격당사자의 지위에 비추어 볼 때 피의자·피고인의 인권옹호기관이라는 자격을 붙이는 것은 어색한 장식에 불과하다고 지적한다. 손동권, 수사독립권, 경찰에게 보장하여야 한다, 시민과 변호사, 1994년 11월호(통권 제10호), 209면 참조.

는 경우가 많다. 이 경우에 피고소인은 사안의 특성상 단순히 조사만 받으면 석방이 되어야 할 사람들이 많음에도 불구하고 석방여부에 대한 검사의 지휘를 기다리느라 12시간에서 48시간까지 경찰서 유치장에 감금되어 있는 경우가 많다. 심지어 이미 빚을 다 변제하고 합의를 하였음에도 불구하고 검사의 수사지휘를 받느라 구속되어 있는 경우도 적지 않다. 이러한 경우에 담당 경찰관이 사법경찰관의 지휘에 따라 석방여부를 결정할 수 있다면 불필요한 구금으로 인한 피고소인의 인권침해는 상당부분 예방·제거될 수 있을 것이다. 이러한 문제점은 검찰의 수사지휘가 인권을 보장한다는 주장에도 불구하고, 사안의 경중 및 사건의 성질에 따른 강제수사의 필요성 여부에 대해 담당 경찰의 재량적 결정권을 전혀 허용하지 않고 무조건적으로 검찰의 수사지휘를 받도록 하는 현재의 수사권구조가 구조적으로 낡고 있는 인권침해의 대표적 사례라고 지적할 수 있을 것이다.

- ③ 검찰이 국민의 여론을 들먹이며 경찰수사권독립을 반대하는 것도 설득력이 없다. 지금까지 검찰 스스로도 국민의 여론에 귀를 기울인 적이 없기 때문이다. 또한 아직 경찰이 국민들로부터 큰 신뢰를 얻지 못하고 있는 것은 사실이나 검찰이 이를 들어 유독 경찰수사권 독립에 대한 반대논거로만 해석하는 것은 국민의 여론을 제대로 읽지 못하고 있는 것이다. 경찰수사만큼이나 검찰수사도 국민의 불신을 사고 있기 때문이다. 오히려 국민은 수사권이 한쪽에 독점되어 부당하게 진실이 은폐·축소되는 것을 원치 않는다. 이보다는 양 수사기관이 서로 독립적이고 대등한 입장에서 수사권을 행사하여 균형과 견제속에서 모든 형사사건의 숨겨진 진실들이 숨김없이 밝혀지기를 원하고 있다.
- ④ 경찰에게 독자적인 사건종결권을 주는 경우 국가소추주의 아래서 검사소추주의를 채택한 우리나라 형사소송체계의 근간을 뒤흔들 수 있다는 주장도 큰 설득력이 없다. 다른 선진외국의 예를 보더라도 검사에 의한 소추독점주의가 어떤 상황에서든 지켜져야 할 절대성을 가지는 제도는 아닐 뿐더러,²²⁾ 우리나라에서는 경찰에 의한 즉결심판청구가 인정되어 검사기소독점원칙의 일각이 이미 깨어져 있기 때문이다.²³⁾ 공정한 수사를 전제로 일정한 사안(예컨대 ‘혐의 없음’ ‘죄가 안됨’ ‘공소권

22) 검사의 수사주체권이 확립되어 있는 독일·프랑스에서도 검사의 기소독점원칙은 사인소추주의에 의해 깨어져 있고 미국에서는 대배심제도에 의해 검사의 기소독점이 제한되고 있다.

없음' 등)에 대해서는 경찰에 독자적인 수사종결권을 주더라도, 이에 불복하는 사람에 대해 檢察抗告 등의 권리를 인정한다면 굳이 검찰만의 수사종결권을 고집할 필요는 없으리라고 생각된다.²⁴⁾

참고로 이러한 문제는 우리주변에서 많이 발생하는 단순폭행사건을 예로 든다면 쉽게 판단을 내릴 수 있다. 흔히 단순폭행사건의 경우 사안이 경미하고 두 사람 모두 화해를 하여 처벌을 원치 않는 경우가 많다. 이렇게 되면 법적으로는 공소권이 없는 사건이 되기 때문에 사실상 조사가 필요 없는 사건이 된다. 그러나 현행 법체계에서는 경찰이 독자적으로 사건을 종결한 권한을 갖고 있지 않기 때문에 폭행의 양 당사자는 모두 경찰서로 연행되어야 하고 몇 시간씩 기다려가며 조사를 받고 조서를 작성해야 한다. 만약 이런 사건에서 경찰이 독자적인 판단에 의해 사건을 종결시킬 수 있다면, 파출소(순찰지구대) 단계에서 간단한 보고서를 작성하여 경찰서 상황실에 보고하고 사법경찰관의 지휘에 의하여 종결('공소권 없음')함으로써 신속하게 사안을 끝낼 수 있게 된다. 국민이 보다 편리한 수사서비스를 받을 수 있는 것이다.

- ⑤ 경찰의 직접적 영장청구권은 인신구속을 신중히 해야 한다는 원칙에 반하기 때문에 불가하다는 검찰의 주장도 큰 설득력이 없다. 물론 경찰이 직접 영장을 청구하는 것보다 검찰을 통하게 하면 인신구속여부와 요건을 한번 더 신중하게 검토할 수 있는 장점은 있다. 그러나 그동안 구속영장실질심사제의 도입과 개정을 둘러싸고 법원과 검찰간에 벌어진 공방을 보면 결코 검찰이 인신구속에 신중하다는 인상을 주지는 않는다. 그리고 영장의 발부는 신청기관이 누구이든 결국 법원의 판단에 맡겨져 있는 것이기 때문에 경찰이 직접 청구한다하여 영장발부와 인신구속이 남발한다고 보는 것은 성급한 판단이 아닐 수 없다. 오히려 법원·검찰·경찰간의

23) 검찰은 경찰서장의 즉결심판청구권을 박탈하는 것을 장기적 과제로 삼고 있다(서울고등검찰청, 수사지휘론, 1998. 302면). 그러나 검찰이 경찰의 수사권 독립논쟁과 관련하여 경찰의 즉결심판청구권을 회수하자고 주장하는 것은 현재 검찰의 인력과 업무량으로 볼 때 현실성을 결여한 단순한 감정적 반응이라고 밖에 볼 수 없다. 다만 검찰이 수사권을 경찰에게 넘겨주고 공소 제기·유지의 임무에만 충실한다면 즉결심판청구권을 회수하는 것은 바람직하다고 볼 수 있다. 아무리 경한 사건이라 할지라도 혐의있는 사건에 대한 기소임무는 원칙적으로 검찰에 속한 것이기 때문이다.

24) 同旨 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 318면.

권력관계를 미루어 짐작해 보면 검찰에 의한 영장청구보다는 경찰에 의한 영장청구가 기각될 가능성이 더 큰 것으로 판단된다. 경찰의 수사권 독립을 찬성하는 本稿의 입장에서는 필요시 강제수사의 행사를 위하여 당연히 경찰에게 직접적 영장청구권이 인정되어야 한다고 본다. 그 대신 최근 형사소송법의 개정을 둘러싸고 다시 논의가 되고 있는 바와 같이, 구속영장청구시 모든 피의자에 대하여 판사의 심문이 가능하도록 구속영장실질심사제도의 개정이 뒤따라야 할 것이다.

- ⑥ 사법경찰을 행정경찰과 분리하여 법무부 소속으로 이관하자는 주장(사법경찰분리론)은 전혀 설득력이 없다. 현재에도 검찰의 수사권 독점으로 인한 축소·은폐·편과수사 등의 시비가 끊이지 않고 있는 마당에, 그나마 견제관계에 있는 경찰의 수사권을 완전히 가져가겠다는 것은 지나친 권력에의 탐욕이라고 밖에 볼 수 없다.
- ⑦ 범죄수사는 소추의 준비행위이고 소추와 불가분의 관계에 있기 때문에 검사의 수사지휘권이 인정되어야 한다는 주장은 일면 타당성이 있다. 기소편의주의가 지배하는 우리의 법제도 하에서 소추의 여부 및 범위에 대한 판단에 따라 수사의 방향·대상·범위 등이 결정될 수 있고 또한 공소유지에 필요한 증거의 수집 등이 필요하기 때문이다.²⁵⁾ 이렇게 본다면 원칙적으로는 한 검사가 한 사건의 수사를 직접 지휘하고 공소제기를 결정하여 공소유지까지 담당하는 것이 바람직하다. 그러나 현실은 대부분의 사건이 경찰의 독자적인 수사에 의해 완결되고 검찰은 그 결과를 가지고 공소제기 여부를 결정한다. 또한 내부적 사무분장에 따른 결과이기는 하지만 검찰 내에서도 수사검사와 공소유지를 담당하는 검사가 따로 있어 대부분 수사검사가 공판에는 관여하지 않고 있기 때문에, 엄밀히 말하면 수사와 공소제기 및 공소유지의 불가분성 및 통일성이 지켜지지 않고 있는 것이 현실이다. 이러한 실무현실을 놓고 본다면 검사가 소추권 행사와 공소유지를 위해 반드시 수사를 지휘해야 한다는 주장은 그 설득력을 잃을 수밖에 없다. 경찰이 독자적 수사권을 가진다 할지라도 공소권의 행사를 위해 필요한 사항은 얼마든지 일반적 수사지침의 마련이나 검·경간의 유기적 협조를 통해 이루어 질 수 있는 것이다.²⁶⁾

25) 하태훈, *홍대논총*, 1998 제30집, 18-19면.

26) 영·미·일과 같은 선진국에서는 수사권과 소추권한이 분화되고 검·경이 협력관계를 유지해도 공소권의 적정한 행사를 하는데 있어 어떤 문제점도 제기되지 않고 있다는 지적은 경찰개혁위원회, 자치경찰

- ⑧ 정보수집권과 무장병력을 거느리고 있는 경찰이 독자적인 수사권까지 갖게될 경우 경찰력의 비대화와 권한남용이 우려된다는 검찰의 비판²⁷⁾은 상당히 설득력이 있다. 따라서 경찰이 독자적인 수사권을 갖는다 할지라도 그것은 다시 검찰수사권과 형사절차상의 다른 제도적 장치들에 의해 적절한 견제를 받아야 한다. 뿐만 아니라 경찰수사권이 경찰내부에서도 독립적일 수 있도록 하는 체제가 마땅히 마련되어야만 한다. 그리고 현재 연구·추진단계에 있는 자치경찰제의 도입은 경찰의 수사권독립으로 초래될 지도 모를 경찰력의 비대화에 대한 우려를 상당부분 해소시켜 줄 수 있을 것이다. 그러나 다른 한편으로는 우리나라를 ‘검찰공화국’이라 부르게 할 만큼 거대한 권력기관으로 성장한 검찰이 다른 기관의 비대화와 권력남용의 가능성을 우려하면서도 스스로는 견제 받지 않는 권한을 계속 유지하겠다는 것은 사리에 맞지 않는다. 검찰이든 경찰이든 견제 받지 않는 절대권력은 절대적으로 부패하고 시민의 권리를 억압하기 마련이다. 검찰이 먼저 자신의 과도한 권한을 내어놓고 민주적 통제장치에 스스로를 재갈물릴 때 진정 국민의 신뢰를 회복하게 될 것이다.
- ⑨ 경찰의 자질론에 기초한 부정설이나 시기상조설도 설득력이 없다. 경찰의 수사권 독립과 자질향상의 문제는 닭과 계란의 관계로 비유할 수 있다. 즉 계란(=자질향상)으로부터 닭(=수사권 독립)이 나오는 것이 아니라 그 반대, 즉 닭(=수사권 독립)으로부터 계란(=자질향상)이 나올 것을 기대할 수 있다는 것이다. 일반적으로 경찰은 힘들고 어려워하며 권한은 없고 책임만 지는 직업으로 인식되어 있다. 이런 상태에서 유능하고 정의감에 불타는 인재들이 경찰에 투신할 것을 기대할 수는 없다. 독자적인 판단과 책임하에 소신껏 일할 수 있는 환경이 마련되었을 때 구성원의 사기가 진작되며 많은 인재들이 경찰에 몸을 담게 되어 결국 경찰구성원 전체의 자질도 향상되는 결과를 가져올 것이다. 또한 경찰도 그동안 우수 인재들의 양성과 유치를 위해 꾸준한 노력을 기울인 결과 상당한 성과를 거두어 단순히 옛날과 같이 ‘자질미달’ ‘역량부족’ 등의 한마디 말로 경찰전체의 자질을 폄하할 수는

제의 이해, 12면 참조.

27) 경찰의 수사권 독립으로 경찰기구의 비대화와 경찰국가화로의 일보 후퇴를 가져올지 모른다는 우려에 대해서는 하태훈, *홍대논총*, 1998 제30집, 19면; 배종대/이상돈, *형사소송법* 2001, 176면.

없는 실정이다.²⁸⁾ 나아가 올해 경찰청이 발표한 대로 향후 다수의 국가고시출신자들을 수사경정으로 특채할 경우 자질론 시비는 많이 불식될 것으로 본다.

- ⑩ 자치경찰제와 경찰의 수사권 독립은 어떤 상관관계에 놓여 있는가? 첫째, 자치경찰제는 반드시 수사권 독립을 전제하는가? 우선 자치경찰에 대해 국가중앙조직인 검찰이 수사지휘권을 갖는 것은 모순이라는 인상을 주는 것이 사실이다. 그러나 지방자치는 자치행정에 한하는 개념이고 법을 적용하는 사법에서 자치사법이라는 개념은 통용될 수 없기 때문에 자치경찰제 시행과 경찰수사권독립 사이의 관련성은 그다지 크지 않다고 하는 견해²⁹⁾ 및 자치경찰제를 도입한다고 해도 치안질서의 유지는 지방자치단체의 고유사무에 속하지 않고 일종의 국가위임사무이기 때문에 중앙정부의 감독권이 완전히 배제되는 것은 아니라는 견해³⁰⁾ 등도 있기 때문에 선불리 자치경찰제가 경찰의 수사권독립을 전제로 한다는 결론을 내리는 것은 무리라고 본다. 둘째, 자치경찰제가 도입되면 검찰의 수사지휘권은 더욱 강화되어야 한다는 검찰의 주장은 일면 설득력이 있다. 자치경찰제가 도입될 경우 가장 우려되는 점은, 자치경찰이 지방자치단체장의 정치적 영향력 아래 놓이게 된다는 것과 자치경찰과 지방토호세력간의 유착관계가 형성될 수 있다는 점이다. 이럴 경우 자치경찰이 이들에 대한 비리의혹을 제대로 수사하기 어려울 것이라는 점은 충분히 예상할 수 있다. 이는 현재의 검찰이 정치적으로 민감한 사안에 대해 제대로 소신 있는 수사를 하지 못하고 있는 실정과 비슷하다 할 것이다. 그러나 이러한 문제는 정치적 영향력으로부터 수사권 - 그것이 경찰의 수사권이든 또는 검찰의 수사권이든 - 의 독립을 지킬 수 있는 제도적 장치에 의해 풀어야지 검찰이 자치

28) 경찰은 그간 고시특채, 경찰대생, 법대졸업생, 간부후보생 등 고급인력을 다수 확보하였고, 이중 고시특채, 경찰대 졸업생, 간부후보생 숫자만 해도 전체 검사 숫자(약1,500명)를 상회하는 숫자이다. 그리고 경찰은 95년부터 조사요원의 간부화를 지속적으로 추진, 현재 6대도시 경찰서 조사요원 다수를 경위로 배치하고, 경찰수사연수소를 통해 수사요원에 대한 수사전문화교육을 지속적으로 실시하고 있다. 또한 앞으로도 변호사·사법연수원 수료자 및 법학과 졸업생(매년 300명)을 수사요원으로 특채하고 수사전문학교를 설치하는 등 수사요원들에 대한 법률소양을 제고할 계획을 갖고 있다. 이상 경찰개혁위원회, 자치경찰제의 이해, 40면 참조.

29) 손동권, 자치경찰제도의 시행과 경찰수사권독립의 문제, 자치경찰제 도입에 따른 쟁점과 도입방향, 경실련 자치경찰제 대토론회 자료집, 1999, 33면 참조.

30) 허영, 검·경 수사권 다툼을 보며, 동아일보 시론, 1999.5.8일자 참조.

경찰을 수사지휘한다고 하여 해결될 수 있는 문제는 아니라고 본다. 오히려 정치적 영향력으로부터 자유롭지 못한 검찰이 자치경찰을 지휘한다면 자치경찰을 중앙 정치의 영향력 아래 종속시키는 부작용을 낳을 위험성이 클 것이다.

2. 搜查構造와 搜查의 公正性의 關係

경찰의 독립된 수사권 보장은 한곳에 집중된 권한의 분산을 통한 권력남용위험의 방지, 수사권의 정치적 중립성·독립성 확보, 성역 없는 수사를 통한 실체적 진실의 확보와 사법정의의 실현을 위해 필요하다. 이 모든 것이 결국은 수사의 공정성 확보와 관련 있는 것이다.

1) 權力分立 및 牽制의 必要性

경찰의 수사권 독립은 검찰권력의 분산과 견제를 위해 필요하다. 우리나라 검찰은 단순히 범죄수사권만 가지고 있는 것이 아니다. 경찰의 고유영역이라고 할 수 있는 범죄예방에서부터 정보수집, 수사, 공소제기, 공판절차에의 참여, 형집행, 범죄인의 사후관리 및 감시 등 형사사법의 전분야에 걸쳐 검찰이 관여하고 있다. 특히 수사의 방향·대상·범위 등을 결정할 수 있는 수사지휘권, 공소제기여부를 독자적으로 판단할 수 있는 기소재량권 그리고 이미 진행 중인 형사재판까지 중단시킬 수 있는 공소취소권 등을 가지고 있어 사법처리의 여부와 대상·범위 등을 독자적 재량으로 결정할 수 있는 막강한 권한을 견제 받지 않고 행사하고 있다. 게다가 경찰의 수사가 주로 민생침해사범에 국한되어 있는 반면에 검찰 수사는 주로 정치인·주요공직자 관련 비리사건, 대형경제사건, 부정선거사건, 선거·노동 등 공안사건, 마약사건, 조직폭력배사건 등에 집중되어 있어 그 자신의 정책적 판단에 따라 정치권 및 사회의 흐름에 심대한 영향을 미칠 수 있기 때문에 검찰자체가 하나의 거대한 권력집단으로 자리잡고 있는 것이 현실이다. 이러한 현실을 생각하면 우리나라에서 '검찰공화국' '검찰팻쇼'라는 말이 나오고 있는 것은 전혀 이상한 일이 아니다. 이러한 이유로 검찰은 정치권이 반드시 손아귀에 넣어야 하는 기관이 되어

버렸고 準사법기관으로서 오직 법과 양심에 따라 직무를 수행해야할 검찰이 정치권의 ‘연장된 팔’로 전락하고 말았다. 경찰의 수사권 독립은 현재 한 기관에 독점되어 있는 수사권과 수사종결권을 두 기관으로 분산시켜 상호 견제와 균형을 맞추도록 함으로써 권한의 남용과 권력기관의 독주를 막는 긍정적 기능을 할 수 있을 것으로 기대된다.³¹⁾

2) 搜查權의 政治的 中立性 確保

현재와 같이 수사권이 소수의 검사에게 독점되어 있고 경찰이 검찰의 수사지휘권에 복종하도록 되어 있는 관계에서는 정치권이 검찰을 장악하면 결국 검찰을 통해 경찰까지 장악하는 결과를 낳게 된다. 형사사법기관의 수사권이 정치권에 종속되어 사법정의의 실현이 저해되는 부조리를 타파하기 위해서도 경찰의 수사권은 독립되어야 하고 검찰과의 관계도 대등·수평적 관계로 재정립되어야 한다. 정치권이 소수인력의 검찰을 장악하는 것보다는 두 개의 수사기관 그리고 거대 인력의 경찰을 장악하는 것이 훨씬 어려울 것이기 때문이다.³²⁾

3) 實體的 眞實發見과 司法正義의 實現

지금까지 국민적 관심이 집중되었던 많은 사건에서 수사권을 독점하고 있는 검찰이 보여준 행태는 국민적 비난을 사기에 충분한 것이었다. 편파수사·축소은폐수사·비껴가기식 수사 등 검찰수사에 따라 붙는 이러한 수식어들은 그동안 검찰이 수사권과 기소재량권의 독점적 지위를 이용하여 실제적 진실을 은폐하고 사법정의의 실현을 방해하여 왔음을 짐작케 해준다. 이러한 검찰수사권의 남용과 왜곡을 막기 위해서는 수사권의 정치적 중립을 담보하고 기소재량권을 견제할 수 있는 제도적 장치의 마련이 시급하다. 그

31) 同旨 허일태, 수사연구 1992.7, 28면; 차용석, 수사연구, 1992.3, 43면; 김용세, 대전대 사회과학논문집 제 19권 제1호 통권 제32호(2000.5), 89면; 이태언, 고향법학 제3호(2001.5), 135면 참조.

32) 차용석 교수는 다수의 경찰을 중앙에서 통제하기보다는 소수의 검사에 대한 통제가 보다 효율적이라는 관점에서 볼 때에는 정치적 영향력은 검사가 더 받기 쉬울지 모른다고 이야기한다. 차용석, 수사연구, 1992.3, 41면 참조.

예로는 검찰의 사건수사에 대한 법무부장관의 지휘권배제, 재정신청제도의 전면적 확대, 기소법정주의로의 전환 등이 고려될 수 있고 경찰수사권 독립도 그 한 방안이 될 수 있다. 검찰이 독점하고 있는 수사권을 경찰과 분점시켜 일단 경찰이 독자적 수사권을 행사하고 이에 미진한 점이 있다고 생각되면 검찰이 2차적·보충적으로 수사케 하는 것이다. 이렇게 되면 양 기관의 견제와 균형의 관계 속에서 일방이 사건을 은폐·축소하기도 쉽지 않고 실체적 진실의 발견에 한발 더 접근할 수 있을 것으로 생각되기 때문이다.³³⁾

여기서 한 가지 더 지적해야 할 점은 흔히 검찰이 주장하듯이 수사권의 독점으로 인한 폐해는 전체의 1%에도 미치지 못하는 일부 정치적 사건에서만 드러나는 것은 아니라는 것이다. 일반 형사사건의 처리에 있어서도 수사권의 독점과 일방적 수사지휘로 인한 진실은폐 및 왜곡의 문제점은 다수 발견되고 있다. 예컨대 선거부정사범의 수사에 있어서 대부분 경찰은 독자적인 수사개시를 결정하지 못하고 검찰의 지휘를 받도록 되어 있는데, 이것이 결국은 정치적 고려에 따라 수사의 개시여부·범위·방향을 결정하는 검찰의 행태에 따라 사실상 선거부정사범에 대한 철저한 수사과 사법처리 그리고 깨끗하고 공명정대한 선거문화의 정착이 방해되는 결과를 낳고 있는 실정이다. 나아가 몇 년 전부터 시행되고 있는 “고소사건 전담 수사지휘제도”는 현장 수사를 담당하는 일선 경찰관의 객관적인 조사결과에 따른 독자적인 의견서 작성권한을 박탈하고, 사건에서 멀리 떨어진 검사의 피상적인 수사지휘에 따라 사건처리를 하도록 되어 있어 사실상 공정한 수사와 실체적 진실발견이 저해되고 있는 것이 현실임을 지적하지 않을 수 없다. 결국 이러한 문제점은 독점되어 있는 수사권을 분산시키고 경찰의 독자적인 수사권한을 보장할 때에만 제거될 수 있는 것이다.

3. 搜查構造와 人權保障의 關係

검찰은 피의자의 인권보호를 위해 경찰의 수사를 지휘해야 한다고 주장하지만 현실적으로 대부분의 사건이 검찰의 지휘 없이 진행되고 있는데다가 앞서 언급한 바와 같이

33) 同旨 이태연, *고황법학* 제3호(2001.5), 136면.

검찰자신도 결코 피의자의 인권침해에 대한 시비로부터 자유롭지 못한 상태이다. 따라서 검찰의 수사지휘가 피의자의 인권을 보호하는 견제장치가 된다고 말하는 것은 현실과 일치하지 않는다. 검사의 수사지휘권 아래 경찰이나 검찰직원의 수사가 진행되고 피의자에 대한 가혹행위가 있더라도 검사가 묵인하면 아무 문제되지 않는 현구조하에서는 오히려 피의자의 인권이 침해될 가능성이 보다 더 크다고 할 수 있다. 그 보다는 경찰의 수사권을 독립시켜 경찰의 책임하에 수사가 진행·완결되도록 하고 만약 경찰수사과정 중 가혹행위가 있었다는 의혹이 불거져 나온 경우에는 이 부분을 검찰이 수사하여 철저히 책임을 묻는 체제가 정착된다면 경찰도 함부로 피의자에 대한 인권을 유린하는 행위를 하지 않을 것이다.³⁴⁾

다른 한편 현재의 수사구조하에서 경찰수사의 인권침해는 검찰에 의한 견제·통제가 가능하다고 하더라도, 검찰수사에 의한 인권침해에 대해서는 검찰 자체의 감찰 이외에는 전혀 통제의 수단·방법이 존재하지 않는 것은 문제이다. 검찰 특수부·강력부·공안부 등에 의한 강압수사와 인권침해시비 끊이지 않고 있는 상황에서 검찰측에 의한 인권침해가능성을 검찰 스스로의 양식과 통제 하에 맡겨두는 것은 민주법치국가의 원칙에 맞지 않는다. 경찰의 수사권 독립을 통해 검찰수사의 인권침해와 탈법행위에 대해서는 경찰측의 엄정한 수사가 가능하도록 해야 한다. 이러한 수사구조만이 진정으로 탈법수사를 방지하고 피의자의 인권보장을 담보할 수 있는 제도가 될 것이다.

그리고 경찰이든 검찰이든 수사과정 중 피의자에 대한 인권침해를 막고 적법절차의 준수를 강제하기 위해서는 피의자신문과정에서 변호인이 참여할 수 있도록 하는 제도가 도입되어야 한다. 수사단계에서 피의자의 인권보호를 위해서는 수사당사자인 검찰자신이 아니라 변호인이 더 큰 역할을 해 줄 수 있을 것이기 때문이다.³⁵⁾ 그밖에 수사기관의 인권침해사태에 대한 국가인권위원회의 조사권한을 강화시킨다면 검찰·경찰에 의한 수사과정에서의 인권침해사태는 지금 보다 현저히 줄어들 것이다.

34) 비슷한 지적 김용세, 대전대 사회과학논문집 제19권 제1호 통권 제32호(2000.5), 89면.

35) 同擘 김용세, 대전대 사회과학논문집 제19권 제1호 통권 제32호(2000.5), 98면; 이태언, 고향법학 제3호(2001.5), 137면.

4. 搜查의 公正性과 人權保障을 위한 바람직한 搜查構造

1) 搜查의 公正性 및 人權保障 確保를 위한 檢·警間의 合理的 搜查權配分 모델

수사의 공정성 확보와 피의자의 인권보호를 위한 수사권 분점의 필요성은 앞서의 논의를 통해 이미 확인되었다. 이하에서는 앞서 논의된 바를 기초로 필자가 생각하는 합리적인 검찰·경찰간의 수사권 배분 모델을 제시하기로 한다.

① 警察 = 第1次的 搜查機關, 檢察 = 第2次的 搜查機關

검찰과 경찰이 공히 수사권의 주체가 되어야 한다. 이를 위해서는 형사소송법 제195조의 개정을 통해 사법경찰관을 검사와 함께 수사권의 주체로 명시하여야 한다.

구체적으로는 제1차적 수사권을 경찰이 행사하되 검찰의 판단에 따라 필요한 경우(예컨대 공소제기여부를 판단하기 위해 혐의사실의 확인이 더 필요하거나 증거의 수집이 더 필요하다고 판단되는 경우, 경찰의 수사결과가 논리적이지 못한 경우 등), 또는 경찰의 수사결과에 대해 불복하는 자가 검찰항고를 제기한 경우, 경찰관에 의한 피의자인권 침해 시비가 있는 경우 등에만 검찰이 제2차적·보충적 수사권을 행사하도록 해야한다.³⁶⁾

② 司法警察‘官’ = 搜查權의 主體, 司法警察‘吏’ = 搜查補助機關

경찰 수사권을 행사하는 주체는 사법경찰‘官’에 한정되어야 한다. 단 검사와의 직급관계를 고려할 때 사법경찰관 중에서도 경찰수사권을 행사할 수 있는 직급으로는 경정 이상의 사법경찰관에 한정하는 것이 바람직하다.³⁷⁾ 반면 사법경찰관 중 경위·경감과 사법경찰‘吏’(순경·경장·경사)는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사에 참여하는 수사보조자로 남는다. 이는 검사가 수사의 주체이고 검찰직원이 수사보

36) 同旨 박정섭, 경찰수사의 선진화를 위한 수사권 독립에 관한 연구, 수사연구, 1992.2, 28-29면.

37) 박정섭, 수사연구, 1992.2, 29면은 경찰수사권을 행사할 인적 범위로 수사경정 이상, 총경, 경무관, 치안감, 치안총감, 경찰관청인 서장, 국장(지방경찰청장), 본부장(경찰청장) 등을 들고 있다.

조자인 것과 마찬가지로이다.

- ③ 警察의 獨立된 搜查權은 모든 事件搜查에 인정되어야 한다.

일부의 주장³⁸⁾과 같이 단순경미범죄나 일정 형벌이하의 범죄만이 아니라, 모든 범죄에 대해 경찰의 독립된 수사권이 인정되어야 한다.³⁹⁾ 굳이 독립된 수사권을 인정해 주면서 그 범위를 제한할 합리적인 이유가 없기 때문이다.

그리고 이 경우 경찰의 수사권은 검사 및 검찰직원 그리고 법무부 소속 공무원의 범죄에 대해서도 당연히 미친다고 보아야 한다. 과거 법무부예규(1958.4.23)는 “법무부관계직원의 관련사건이 발생시에는 시급히 관할 검찰청에 보고하고, 각급 검사장 또는 지청장은 사건의 경중을 불문하고 경찰 등에 수사 지휘함이 없이 시종일관 검찰에서 수사토록 할 것”을 규정하였었다.⁴⁰⁾ 현재에도 검사나 검찰직원, 법무부소속 공무원의 관련사건에 대해서는 검찰 스스로 수사하거나 대검감찰부에서 조사하는 것이 관행이다. 이는 비리 경찰관들을 검찰이 수사하여 사법처리하는 것과 비교할 때 불평등할 뿐만 아니라, 검사·검찰직원·법무부 소속 공무원들은 사법처리의 치외법권 지역에 놓아둔다는 비판을 면하기 어렵게 만든다. 양 기관간에 상호 “cross check”가 가능할 때만이 진정한 견제와 균형 그리고 높은 직무도덕성의 유지가 가능할 것이다.

- ④ 일정 범위 내에서 警察의 獨自的 事件終決權도 인정되어야 한다.

현재 경찰에 대해서는 즉결심판청구권이 인정되어 부분적인 사건종결권이 인정되고 있다. 그러나 이를 넘어 단순·경미사안에 대한 사법처리의 지연을 방지하고 신속성을 기하기 위해서는 ‘혐의 없음’ ‘죄가 안됨’ ‘공소권 없음’ 등과 같은 사안에 대해 경찰에 독자적인 수사종결권을 주는 것이 바람직하다.⁴¹⁾ 다만 이럴 경우 경찰수사결과에 대해 불복할 수 있는 檢察抗告制度 등이 마련되어야만 한다. 이렇게 된다면 경찰의 수사결과에 불복하는 사람은 다시 검찰의 수사를 의뢰할 수 있

38) 예컨대 차용석, 완전독립보다 일정형벌 이하 범죄에 수사권 부여 바람직, 수사연구, 1992.3, 36면 이하; 신현호, 경찰 수사권 독립의 범위, 수사연구, 1992.11, 13면 이하 참조.

39) 同旨 김용세, 대전대 사회과학논문집 제19권 제1호 통권 제32호(2000.5), 92면 참조.

40) 이에 대해서는 경찰수사론, 경찰대학(편), 1991. 53면 참조.

41) 同旨 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 318면; 이태언, 고향법학 제3호(2001.5), 144면. 반대 김용세, 대전대 사회과학논문집 제19권 제1호 통권 제32호(2000.5), 92면.

기 때문에 부당한 권리침해의 발생을 최소화할 수 있을 것이다. 그리고 경찰의 수사결과에 대한 검찰항고제도는 현재의 검찰수사결과에 대한 항고보다는 그 견제적 실효성이 클 것으로 기대할 수 있다. 왜냐하면 경찰수사결과에 대한 검찰항고는 경쟁적 관계에 있는 타수사기관의 수사결과에 대한 재심의 성격을 갖지만, 현재의 검찰항고제도는 검찰자신의 수사결과에 대한 재심의 성격을 띠고 있어서 거의 실효성이 없기 때문이다.

반면 수사결과 혐의가 드러남에도 불구하고 정책적 판단에 따라 불기소를 결정할 수 있는 재량권은 경찰에게 인정되어서는 안된다. 기소·불기소를 결정하는 공소권은 원칙적으로 검사의 고유영역에 속하기 때문이다.⁴²⁾ 다만 우리법제가 계속 기소재량주의를 고집할 것인가 아니면 기소법정주의를 도입할 것인가는 논의가 필요한 문제인데 검찰의 기소재량권남용을 막기 위해서는 - 최소한 부분적으로나마 - 기소법정주의를 도입하는 것이 바람직하다.

⑤ 警察에게 直接的인 令狀請求權이 인정되어야 한다.

독립된 수사권을 인정하면서 강제수사를 위한 영장청구를 계속 검사를 경유해 하도록 한다면 독자적인 수사가 이루어질 수 없다. 영장발부는 결국 법관의 판단에 맞겨져 있는 것이기 때문에 경찰이 영장을 청구한다고 하여 인신구속이 남발될 것이라고 전망하는 것은 근거 없는 기우에 불과하다고 본다.⁴³⁾ 앞서 말한 바와 같이 우리나라 형사사법기관간의 현실적인 권력관계를 고려할 때 검찰에 의한 영장청구보다는 경찰에 의한 영장청구가 더 엄격한 심사에 부처지고 기각될 확률도 더 높을 것으로 판단되기 때문이다. 물론 경찰의 직접적 영장청구권이 인정되려면 헌법의 개정이 따라야 한다.⁴⁴⁾ 그리고 인신구속의 신중을 기하기 위해서는 경찰의 영장청구권 인정 여부와 관계없이 구속영장청구시 모든 피의자에 대한 판사의 심

42) 同旨 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 318면.

43) 검찰 송치전 경찰 수사의 독자성 확보를 주장하는 손동권 교수는 체포영장은 경찰에게 직접청구토록 하는 것이 타당하나 구속영장은 검사의 청구와 판사의 실질심사를 거쳐 발부되는 것이 바람직하다고 한다. 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 317면 참조.

44) 헌법개정이 어렵다면, 경찰이 영장청구를 신청하면 검찰은 의무적으로 영장을 청구하도록 하는 방안을 절충안으로 도입하자는 주장도 있다. 김용세, 대전대 사회과학논문집 제19권 제1호 통권 제32호(2000.5), 92면.

문이 제한 없이 가능하도록 구속영장실질심사제에 대한 재개정이 뒤따라야 한다.

⑥ 警察 作成의 被疑者訊問調書の 證據能力

경찰에게 독자적인 수사권이 인정되면 피의자·참고인 등이 검찰에서 재수사를 받아야 하는 불편은 사라지게 된다. 그리고 경찰 작성의 피의자신문조서가 재판에서 사실관계를 가리는 중요한 증거자료가 될 것이다.

문제는 현재 검사작성의 피의자신문조서에 인정되는 것과 같은 정도의 증거능력을 경찰작성의 피의자신문조서에 인정하여야 할 것인가 이다. 이에 대한 해답은 전문법칙에 대한 예외를 확대하는 쪽이 아니라 오히려 피고인의 이익을 위해 경찰작성의 피의자신문조서이든 검사작성의 피의자신문조서이든 공판정에서 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하는 경우에만 증거능력이 인정되는 쪽으로 개정되어야 할 것으로 본다(형소법 제312조 참조). 현재 우리나라 수사기관의 피의자신문상황을 직시할 때 수소법원이 직접 청취하지 않은 진술에 대해 피고인이 공소사실을 부인함에도 불구하고 그 증거능력을 인정할 수 있을 만큼 신용성(‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것’)의 정확적 보장이 있다고 보기는 어렵기 때문이다.⁴⁵⁾ 피고인의 범행부인에도 불구하고 검찰작성의 피의자신문조서에 증거능력을 인정할 수 있도록 한 형소법 제312조 1항 단서는 현재 검찰에서 자백위주의 수사관행을 부추기는 한 주요한 원인이 되고 있는 것으로 지목되고 있다. 다만 피의자신문과정에 변호인의 참여가 제도적으로 보장된다면 변호인참여를 적극적으로 장려하기 위해서 변호인참여시의 수사기관작성의 피의자신문조서에 대해서는 보다 강화된 증거능력을 인정하여도 무방할 것이다.

⑦ 기타 不平等 條項의 削除

기타 검찰과 경찰간의 상명하복 관계를 강요하는 불평등 조항들은 모두 삭제되어야 한다. 그 중 대표적인 것들로는 사법경찰관리의 복종의무(검찰청법 제53조), 검찰의 수사중지명령권과 체임요구권(동법 제54조), 검찰의 사법경찰관리에 대한 행정적 책임요구권(폭력행위등처벌에관한법률 제10조), 경찰의 타관할 수사시 보고의무(형소법 제210조), 경찰의 수사사무보고 및 정보보고의무(사법경찰관집무규칙 제11

45) 同旨 배종대/이상돈, 형사소송법, 2001, 578면; 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 318면.

조. 제12조), 검찰의 체포·구속장소감찰권(형소법 제198조의2)⁴⁶⁾ 등을 들 수 있다. 반면 일본 형사소송법(제192조)과 같이 우리 형사소송법에도 수사에 있어서 검찰과 경찰이 서로 협조하도록 협력의무를 명시하여 상호 대등·평등한 입장에서 공정한 수사가 이루어지도록 하여야 한다.

2) 警察의 搜查權 獨立을 위한 制度的 補完策

경찰의 수사권 독립으로 경찰권력의 비대화와 남용가능성을 막고 사법정의의 실현과 인권보장에 기여하는 바람직한 결과를 가져오기 위해서는 여러 가지 제도적 보완장치가 함께 마련되어야 한다. 그 중 중요한 것들을 언급해 보면 다음과 같다.

① 司法警察의 內部的 獨立性 및 專門性 確保

진정한 의미에서의 경찰수사권 독립이 정착되려면 경찰조직자체가 정치적 영향력으로부터 자유로울 수 있어야 할 뿐만 아니라, 경찰조직 내부에서도 수사권 독립이 확보되어야 한다. 이를 위해서는 인사·보직 등에 있어서 사법경찰과 행정경찰을 엄격하게 분리·관리하여야 하며 사법경찰관, 특히 수사간부는 직무수행에 있어서 독립된 관청으로서의 지위를 누릴 수 있어야만 한다.⁴⁷⁾ 특히 사법경찰을 행정경찰과 분리·관리하는 것은 경찰수사권의 정치적 중립성 확보뿐만 아니라 수사전문인력을 양성·확보하기 위해서도 반드시 필요한 조치이다. 그동안 경찰 내 인사

46) 경찰에 의한 피의자의 불법 체포·구속여부를 조사하기 위한 검사의 체포·구속장소감찰권은 피의자의 인권보호를 위해 존치시켜도 무방할 것으로 생각할 수 있다. 더욱이 경찰의 수사권이 독립되고 검사의 수사지휘가 배제된다면 피의자의 인권보호를 강화하기 위해서도 검사의 체포·구속장소감찰이 계속되어야 할 필요성이 있기 때문이다. 그러나 동조항은 현재 경찰이 검·경간의 불평등 관계를 상징하는 대표적인 규정으로 문제삼고 있어 경찰의 수사권이 독립되고 검·경간에 수평적·대등적 관계가 형성되기 위해서는 삭제되는 것이 바람직하다고 본다. 경찰이 검찰에 의한 체포·구속여부의 불법성을 조사할 수는 없는데 동조항을 계속 존치시키는 것은 불평등하기 때문이다. 경찰에 의한 불법 체포·구속여부는 피의자 측의 고소·고발이 있을 경우 경찰이 이를 철저히 수사토록 하고 혐의가 드러날 경우 그에 상응한 형사책임을 묻는다면 실효성 있는 방치책이 되리라고 본다.

47) 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 형사법과 세법, 319면; 이현, 수사권 독립논의에 앞선 당면과제, 수사연구, 1992.3, 46면; 허일태, 수사연구, 1992.7, 29면; 차용석, 수사연구, 1992.3, 42면; 이태연, 고황법학 제3호(2001.5), 138면, 148면 참조.

및 보직관리가 행정경찰·사법경찰의 구분 없이 뒤섞여 이루어져 수사분야의 전문가 양성에 미진했다는 비판을 받아왔기 때문이다.⁴⁸⁾ 최근 경찰이 사법고시와 국가고시 합격자 다수를 수사경정으로 특채하겠다는 계획을 발표한바 있는데, 이러한 것도 전문적 법률지식을 갖춘 사법경찰관의 확보와 수사인력의 고급화에 기여할 수 있을 것으로 판단된다.

그리고 중장기적으로는 현재 경찰수사인력의 31%에까지 이르고 있는 검찰의 수사인력(검사를 제외한 수사서기 등)을 사법경찰로 흡수하여 수사인력을 일원화하여야 한다. 경찰에게 독립적인 제1차적 수사권이 주어지고 검찰이 제2차적·보충적 수사기관으로 돌아설 경우 현재와 같이 검찰에게 많은 수의 수사인력이 불필요할 뿐만 아니라 검·경간의 실질적인 대등·협력·견제관계를 이루기 위해서도 경찰은 수사를 담당하는 ‘손과 발’, 검찰은 경찰의 도움을 받아 제2차적 수사권과 공소권을 행사하는 ‘손·발 없는 머리’로 남아야 하기 때문이다.⁴⁹⁾

그러나 근본적으로 수사권의 독립성은 제도의 완비만으로 이루어 질 수는 없다고 본다. 그 보다는 형사사법권을 부당한 압력으로부터 지키려는 수사권 주체들의 굳은 신념이 더 중요하다. 우리나라에서 민주화의 쟁취역사가 말해주듯이 수사의 독립성·중립성도 결국은 누가 쥐어주는 것이 아니라 스스로 쟁취할 때만이 얻어질 수 있는 것이기 때문이다.

② 被疑者訊問時 辯護人 參與 保障

그동안 검찰은 수사의 비밀보장과 법적 근거의 미비 등을 이유로 피의자신문시 변호인의 참여를 허용하지 않았다. 그러나 피의자에 대한 가혹수사·강압수사를 방지하고 피의자의 방어권을 실질적으로 보장하기 위해서는 반드시 신문과정에 변호인의 참여가 허용되어야 한다.⁵⁰⁾ 그리고 경찰로서는 피의자 신문시 변호인의 참여를 허용하는 것이 경찰의 독자적 수사권 행사로 인해 피의자의 인권유린이 증가할 수

48) 이현, 수사연구, 1992.3, 46면; 이기호/양문승, 수사요원전문화방안, 치안연구소, 1996, 58면. 경찰내 수사 전문교육기관인 형사학교의 설치와 경찰수사관고시제도의 신설 제안에 대해서는 박정섭, 수사연구, 1992.20, 30면 참조.

49) 同旨 하태훈, 홍대논총 1998, 제30집, 21면 참조.

50) 同旨 차용석, 수사연구, 1992.3, 41면.

있다는 검찰의 비난과 세간의 우려를 불식시킬 수 있는 가장 확실한 방법이 될 것이다. 다행히 경찰은 1999년 6월부터 피의자신문과정에 변호인이 참여할 수 있도록 업무지침을 마련하여 전국적으로 시행하고 있다(그 시행건수는 1999년 6월부터 2001년 12월까지 총 615건에 이르는 것으로 보고되어 있다). 그동안 검찰이 이 제도의 도입에 매우 소극적이었던데 반해⁵¹⁾ 경찰이 먼저 피의자의 인권보호를 위해 피의자신문시 변호인의 참여를 보장한 것은 매우 고무적이고 획기적인 조치라 평가할 수 있다. 법무부도 지난해 서울지검 강력부의 고문치사사건을 계기로 ‘고문방지 특별규칙’을 마련하고 원칙적으로 피의자신문 전과정에 변호인의 참여를 허용하겠다는 특별대책을 발표한 바 있다. 다만 수사기관이 변호인의 입회를 허용하면서도 세부지침을 통해 변호인의 참여를 제한할 수 있는 사유를 광범위하게 규정함으로써 변호인 참여제도를 사실상 형해화하는 것은 경계되어야 할 것이다. 피의자신문시 변호인의 참여권은 수사기관의 시혜적인 조치가 아니라 모든 피의자와 변호인의 당연한 권리로서 법적으로 보장되어야 한다.

한편 최근 대법원이 재독 사회학자 송두율씨 사건에서 구속된 피의자의 경우 피의자신문에 변호인의 참여를 원칙적으로 보장함(대결 2003.11.11, 2003 모 402)에 따라 수사실무에서 많은 변화가 예상된다.

③ 專門法律知識의 強化

범죄수사를 경찰이 독자적으로 진행하더라도 수사과정에서 경찰은 올바른 법률 및 법조항의 적용, 증거능력 있는 증거의 확보, 구속영장 신청시 서류 작성 및 구속의 적정성 검토 등을 위해 법률전문가의 조언이 필요하다. 이런 점에서 경찰의 수사권이 독립된 경우에도 법률전문가들로 구성된 공소권 담당기관인 검찰과의 유기적인 협조가 요청되고 수사진행에 대한 법적 조언을 받을 필요가 인정된다. 그러나 근본적으로는 경찰의 수사전문가들이 전문화교육 등을 통해 검사 못지 않은 법적

51) 검찰은 그동안 피의자신문과정에 변호인의 참여문제는 현재와 같이 제한된 구속기간을 가진 법제하에서는 시행이 곤란하므로 구속기간 연장과 참고인구인제도 등 형사사법제도의 보완이 선행되어야 하며 수사기밀누설 등에 대한 대비책이 마련되어야 한다는 이유 등으로 비판적인 입장을 보여왔다(법률신문, 1999.6.3, 제2793호, 1면 참조). 피의자의 인권보호기관임을 자처하는 검찰이 오히려 피의자신문과정에 변호인의 참여를 보장하는 경찰측의 조치에 비판적·유보적 입장을 보여 온 것은 시사해 주는 바가 많다고 할 것이다.

전문지식과 소양을 갖추는 것이 요청된다. 이런 점에서 당분간 사법고시출신자들의 수사경정특채는 긍정적인 효과를 가져올 수 있을 것으로 본다.

나아가 경찰 내부에서 법적 조언으로 수사를 도와줄 수 있는 자문변호사제도의 도입도 검토될 수 있을 것이다.⁵²⁾ 실제 경찰이 몇 해 전 경찰서별로 유급자문변호사제도의 도입을 추진한 것은 이런 측면에서 긍정적이 시도로 평가될 수 있을 것이다.⁵³⁾

④ 搜查警察에 대한 內·外部統制의 強化

경찰에게 독자적인 수사권이 주어질 경우 일선 수사관서에서 수사권이 남용되지 않도록 내·외부적으로 보다 강력한 통제가 이루어져야 한다. 강력한 내부통제를 위해서는 무엇보다 내부감찰기능이 강화되어야 한다. 감찰의 주체와 관련해서는 우선 경찰에 일차적인 감찰권을 주고 감독기관인 행자부에 2차적인 감찰권이 보장되어야 한다. 또한 감찰기관에는 외부전문가의 참여가 가능하도록 해야 한다. 최근 검찰에 대한 감찰권의 법무부 이관을 놓고 법무부와 검찰간에 야기된 갈등에서 볼 수 있듯이 자체감찰만으로는 대외적인 설득력을 가질 수 없는 문제점을 가지고 있다. 그러나 외부기관에 의한 감찰은 자칫 수사에 대한 간섭·통제의 수단이 될 수 있다는 점에서 조심스러운 점이 있는 것은 사실이다. 따라서 경찰에 대한 감찰도 자체 감찰과 외부 감찰이 다 가능하도록 하되 외부전문가의 참여를 반드시 보장해 공정하고 신중한 감찰이 이루어질 수 있도록 하는 것이 중요하다.

외부통제로는 언론과 인권단체, 국가인권위원회 등에 의한 보다 자유로운 경찰감시, 수사실명제와 당사자에 대한 신속하고 정확한 수사결과 통보절차의 확립, 수사결과에 대한 검찰항고제도의 보장 및 검찰에 의한 철저한 사후통제 등을 들 수 있다. 이러한 외부통제는 경찰조직 및 수사체계의 투명화를 촉진시킬 것이다.

52) 허일태 교수도 각 경찰서 단위별로 변호사 또는 법과대학교수들로 구성된 상설법률자문위원을 두자는 제안을 한다; 수사연구, 1992.7, 25면 참조. 비슷한 취지의 제안으로는 신현호, 수사연구, 1992.11, 13면. 참고로 영국에는 규모가 큰 경찰기구에는 법률부 또는 변호사부가 설치되어 있어 경찰의 질문에 응하되 경찰은 여기에 구속되지는 않는다고 한다; 차용석, 수사연구, 1992.3, 39면.

53) 다만 검찰은 경찰의 '유급자문변호사제'의 도입 움직임에 대해 현행법상 검사의 수사지휘로 가능한 일인데 별도의 예산을 들이는 것은 예산낭비이며, 이는 사실상의 수사지휘로 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘를 규정한 형사소송법을 형해화 하려는 것이라는 부정적 반응을 보인 것으로 보도되었다; 법률신문, 1999.6.3, 제2793호, 1면 참조.

3) 政治的 事件의 專擔搜查機關의 設置 問題

그동안 우리나라에서는 정치인들과 고위공직자들이 연관된 대형 비리사건과 정치적으로 민감한 사건들이 터질 때마다 특별검사제도의 도입이 강력하게 주장되었고, 국민의 정부 들어 우리 사법사상 최초로 조폐공사파업유도사건, 옷로비사건, 벤처비리사건(이용호게이트)에 특별검사가 도입되었다.

원래 미국에서 채택·운용된 특별검사제도는 검찰의 기소독점주의에 대한 예외를 인정하여 정치적 중립성과 독립성이 특별히 요청되는 사건에서 비상설적으로 임명되는 검사가 수사와 공소제기를 맡도록 하는 제도이다. 정식명칭이 獨立辯護士(Independent Counsel)인 미국의 특별검사는 닉슨 대통령의 하야를 가져온 워터게이트 사건에서 비롯되어 78년 카터 대통령때 법적으로 제도화되었으며 이후 레이건 대통령 당시 『이란-콘트라 사건』의 조사를 위해 특별검사가 임명된바 있고, 최근에는 클린턴 대통령의 아칸소 주지사 시절의 의혹사건인 『화이트 워터 사건』의 비리를 캐내기 위해 특별검사가 임명되기도 했다. 미국에서의 특별검사제도는 미국 검찰권의 완전한 독립을 보장해주는 핵심제도로 평가받았다.⁵⁴⁾ 그러나 미국 내에서도 이 특별검사제도에 대한 비판이 없었던 것은 아니다. 同제도의 대표적인 단점으로는 특별검사는 일반 검사와는 달리 예산상의 제한이나 수사·기소상의 의무도 없이 예산·시간·(검찰)정책순위에 상관없이 활동함으로써 통상 수사기간이 장기화되고 수사의 대상자에게는 지나치게 큰 부담을 안겨준다는 점, 형사사법절차가 과도하게 정치화되어 정치적 인기영합이나 지나친 언론의 관심을 유발시키려 하기 때문에 정상적·직업적 검찰영역을 침해한다는 점 등이 지적되었다.⁵⁵⁾

우리나라에서는 인권단체와 재야법조를 중심으로 상시적인 특별검사를 도입해야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있다. 정치적으로 민감한 대형비리사건에 대한 검찰수사가 국민의 총체적인 불신에 직면하여 있기 때문이다.

생각건대 검찰의 중립화가 보장되어 있지 않고 검사동일체의 원칙에 따라 전조직이 마치 군대식으로 일사분란하게 움직이는 현 검찰조직의 특성을 고려할 때, 정치적으로

54) 이상 미국의 특별검사제도에 대해서는 전원배, 미국 특별검사제도의 내용과 문제점, 현안분석 제98호, 1995년; 김주원, 특별검사법의 필요성과 입법방안, 인권과 정의, 1997.6 (제250호), 10면 이하 참조.

55) 전원배, 현안분석 제98호, 1995년, 21면.

민감한 사건에 대해 검찰이 국민의 소리를 듣기보다는 정치적 외풍에 더 민감하게 반응하는 것은 어쩌면 당연한 현상이라고 할 수 있다. 따라서 현재의 검찰 직제와 조직으로는 정치적 사건에 대해 검찰권의 엄정하고 공정한 수사를 기대하는 것은 사실상 무리이다. 이런 맥락에서 상시적 특검제의 도입은 그 필요성과 타당성이 인정되는 것이 사실이다. 그러나 특별검사제에 지나친 기대와 환상을 갖는 것은 무리이다. 특별검사제 자체가 정치적 시비로부터 완전히 자유로울 수 없는데다가 그 실효성과 효율성도 100% 확신할 수 없기 때문이다. 국민의 정부에서 도입된 세 차례의 특별검사제에 있어서도 - 특히 두 차례는 - 국민이 만족할 만한 결과를 내놓지 못한 것이 사실이다. 나아가 특별검사제의 존재자체는 우리 형사사법의 한 축을 이루고 있는 검찰과 사법경찰을 2류 수사·소추기관으로 전락시켜 그 존재가치를 훼손시킬 우려도 다분히 있다. 따라서 수사권의 정치적 중립성과 공정성을 확보하기 위해서는 검찰과 사법경찰을 정치적 영향력으로부터 자유롭게 하기 위한 제도적 장치 - 예컨대 사건수사에 대한 장관의 지휘권 배제, 검찰총장·경찰청장의 엄격한 임기보장과 인사청문회 도입, 검찰·경찰 내에 독립된 인사위원회 설치 등 - 의 도입과 권력기관간의 견제와 균형을 위한 권한의 배분에 역량을 집중하는 것이 순리라고 보여진다.

다만 현재 정치적 사건에 대한 검·경의 수사가 정쟁에 이용되고 극도의 국민적 불신에 부딪혀 있는 상황임을 고려할 때, 형사사법기관을 정치적 시비로부터 자유롭게 하기 위해서는 당분간 - 정치적 중립을 위한 제도의 정착과 수사기관 자체의 체질이 개선될 때까지 - 정치적 사건에 대한 수사를 독립된 제3의 기관에 맡기는 방안도 진지하게 고려해 볼 수 있을 것이다. 구체적으로는 대통령의 친인척 관련 사건, 정치인 및 일정직위 이상의 고위공직자 관련 사건 등 그 대상과 범위를 명확히 설정한 후, 이에 대한 수사를 '상시적' 특별검사나 부패방지위원회에 맡기는 것이 그 한 방안이 될 것이다. 그리고 개개사건의 수사가 정치적으로 악용되는 것을 막기 위해서는 현재와 같이 "case by case"식이 아니라 상시적 수사기구의 설치·운영이 바람직하다. 물론 정치적 사건에 대한 수사를 특별검사나 특별기구에 맡기는 경우에도 그 자체의 정치적 중립성에 대한 시비가 최소화 되도록 선출절차와 소속, 권한 등에 대한 충분한 논의와 검토가 뒤따라야 할 것이다.

IV. 警察搜查의 公正性과 人權保障制度 考察

1. 警察搜查의 公正性 保障 方案

1) 司法警察官 主導의 搜查體系 確立

경찰실무에서 사법경찰관에 의한 직접 수사가 이루어지는 경우는 거의 없다. 경찰의 인원구성이 소수의 간부(사법경찰관)와 압도적 다수의 비간부(사법경찰리)로 구성된 전형적인 에펠탑 구조인데다가,⁵⁶⁾ 실무자들인 사법경찰리(그 중에서도 주로 경장, 경사)가 오랜 동안의 현장수사 경험을 바탕으로 실질적인 피의자신문을 포함하여 거의 모든 범죄수사를 전담하고 있는 것이 현실이기 때문이다. 게다가 경찰수사는 검사의 지휘를 받도록 되어 있기 때문에 경찰간부인 사법경찰관들이 경찰실무자들의 수사에 적극적으로 개입하지 않으려는 경향이 있는 것도 이런 현상에 한 몫하고 있다. 따라서 경찰수사에서 사실상 사법경찰리가 주체가 되어 수사가 이루어지고 있다고 해도 과언이 아니다.

이러한 경찰의 수사현실은 검사가 주체자가 되어 이루어지는 검찰수사와 비교되어 국민들의 불신 내지 낮은 신뢰를 받는 한 원인이 되고 있다. 또한 일선 수사현장에서 하위직 경찰관 주도의 수사가 이루어지다 보니 이런 저런 경로를 통한 청탁이나 압력이 많이 이루어지고 있는 것도 사실이다. 경찰수사가 공정하지 못하다는 국민들의 뿌리깊은 불신은 결국 수사간부인 사법경찰관 주도의 수사가 이루어지지 않고 있기 때문인 것으로 판단된다.

따라서 경찰수사의 공정성을 확보하고 국민들의 신뢰를 확보하기 위해서는 보다 많은 수사간부의 양성과 직접적인 수사참여를 통해 실질적으로 사법경찰관 주도의 수사가 이루어져야 할 것으로 본다. 최근 경찰청이 고시출신자들을 수사간부로 특채하는 한편 일

56) 경찰백서에 따르면 2001.12.31 현재 총 90,819명의 재직 경찰관 중 실무자(사법경찰리)로 분류되는 경사, 경장, 순경이 73,537명으로 전체의 86.5%를 차지하고 있다(경찰백서, 경찰청 2002).

선 수사현장에서의 조사요원들의 간부화를 통해 사법경찰관의 직접수사를 강화하도록 하겠다는 혁신계획을 발표한 것은 매우 긍정적인 조치라고 평가된다. 또한 경찰청이 금년부터 2005년까지 경찰직급을 상향조정해 중간간부의 수를 늘리기로 한 것도 전체경찰 조직의 사기진작뿐만 아니라 우수인력의 유입을 촉진하고 대국민 사법·치안서비스의 질을 향상시키는데 크게 기여할 것으로 판단된다.

그리고 궁극적으로 수사간부 주도의 경찰수사가 이루어지기 위해서는 시급히 경찰의 수사권 독립이 이루어져 사법경찰관에게 수사에 대한 독립된 권한과 책임이 부여되어야 할 것으로 본다.

2) 搜查司法警察官吏의 專門化 및 獨立性 確保

앞서 살펴본 바와 같이 경찰수사의 공정성이 확보되기 위해서는 경찰조직 내부의 인사·보직 등에 있어서 사법경찰과 행정경찰을 엄격하게 분리·관리하여야 하며 사법경찰관, 특히 수사간부는 직무수행에 있어서 독립된 관청으로서의 지위를 누릴 수 있어야만 한다.⁵⁷⁾ 사법경찰을 행정경찰과 분리하는 것은 경찰수사권의 독립성 확보뿐만 아니라 수사전문인력을 양성·확보하기 위해서도 반드시 필요하다. 그리고 사법경찰권을 행사하는 수사경찰에 대해서는 보다 엄격한 자질·인성검사를 거쳐 선발하는 한편 수사경찰이 된 후에도 전문화 교육 등이 지속적으로 뒷받침되어야 한다.

외국의 사례를 보면 사법경찰은 보다 엄격한 과정을 거쳐 선발되고 있다. 미국 워싱턴 DC 경찰의 경우 일반경과 3년 이상 근무 후 시험을 거쳐 형사시보(investigator)가 되고, 형사시보로 최소 1년 현장훈련 후 형사(detective)가 되며, 5년 이상 근무하여야 형사반장 시험에 응시할 수 있는 자격을 부여하고 있다. 프랑스의 경우도 일반경찰이 수사경찰이 되려면 심사와 시험을 거쳐야 하고, 경위급 이상 수사간부는 수사경찰 중에서 상위자의 퇴직 등에 따라 승진토록 하고 있다.

최근 경찰청은 수사경찰의 자질향상을 위한 개혁프로그램을 제시한 바 있다. 그 구체

57) 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 형사법과 세법, 319면; 이현, 수사권 독립논의에 앞선 당면과제, 수사연구, 1992.3, 46면; 허일태, 수사연구, 1992.7, 29면; 차용석, 수사연구, 1992.3, 42면; 이태연, 고향법학 제3호(2001.5), 138면, 148면 참조.

적인 내용을 살펴보면 첫째, 수사부서에 근무하고 있는 경찰관 15,000명에 대해 적성과 자질을 검증하기 위한 인성검사를 실시하고, 외국의 수사경찰에서 보듯이 수사부서에 근무할 경찰관에 대해서는 자질과 능력을 사전에 검증할 수 있는 「수사경찰 인증제」를 실시토록 한다. 또한 수사경찰의 전문화를 위하여 보직·승진 등에 독립된 인사시스템을 갖추는 「수사경과제」의 도입을 적극 검토하는 한편, 현재 수사부서가 기피부서도 인식되어 있는 현실을 고려, 고과평정 등 인센티브 부여방안을 검토기로 한다. 둘째, 수사경찰의 내실 있는 교육체계 구축을 위하여 수사전문교육기관을 설치토록 한다. 구체적으로 경찰대학, 경찰종합학교, 수사·보안연구소, 지방경찰학교 등에서 분산실시하고 있는 수사관련 교육과정을 경무관을 원장으로 하는 가칭 「수사경찰교육원」으로 통합 운영하여 수사경찰의 교육체계를 강화함으로써 인권의식 고취, 수사기법의 발전 등을 꾀한다. 셋째, 우수 전문인력 확보를 위해 고시출신자 특별채용을 확대한다. 구체적으로는 경찰인력구조 개선방안과 연계하여 1단계 3개년 계획으로 변호사자격자 등 100명을 특별 채용하여 도시권 경찰서부터 우선 배치하며, 아울러 향후 조사요원 간부화 확대 실시 및 교통사고 조사요원과 수사 2계·형사반장 등의 보직에도 경위급을 배치하여 사법경찰관이 직접 수사를 담당하도록 하여 경찰수사의 신뢰성과 공정성을 확보한다는 것이다.

경찰수사는 결국 검사에 의한 검찰수사에 비교되기 마련이다. 따라서 수사경찰관의 전문화와 간부화를 계획하는 경찰청의 혁신계획은 매우 바람직한 것으로 평가된다.

3) 警察搜查結果에 대한 警察內 再審査制度(抗告制度) 新設

경찰의 수사결과는 모두 검찰로 송치되어 검찰에 의한 사후통제를 받는다. 그러나 우리의 수사현실에서 경찰의 수사결과가 모두 검찰에 의해 제대로 사후평가 되지 않는다. 검찰 스스로도 많은 사건수사의 부담을 안고 있기 때문에 경찰의 수사결과가 자세한 검토 없이 검찰의 사건종결처리단계를 그대로 통과하는 수가 많기 때문이다. 따라서 경찰의 수사결과가 검찰의 수사결과를 결정적으로 좌우하는 경우가 많고, 경찰수사의 공정성이 매우 중시되는 이유도 바로 여기에 있다. 그러나 다른 한편으로는 경찰의 수사결과가 검찰에 의해 뒤집어 지거나 재수사를 지시 받는 경우도 적지 않기 때문에, 이것이 검찰에 의해 경찰의 수사독립에 대한 반대의 논거로 제시되기도 한다.

그리고 사건 당사자에 의한 이의가 제기되더라도 이미 검찰에 사건이 송치된 후에는 비록 경찰이 재수사에 착수하더라도 사건자료가 모두 검찰에 넘어간 상태에서 수사가 진행되어 재수사의 효율성과 신뢰가 떨어질 수밖에 없다. 또한 사건 당사자는 검찰에 이의를 제기함으로써 경찰수사결과를 바로 잡을 수 있는 기회도 있으나, 검찰에서 경찰의 수사결과를 그대로 수용하는 경우가 많아 이의제기의 효과를 거두기가 쉽지 않은 상황이다. 더군다나 약식명령이 청구되는 가벼운 사건 등의 경우에는 사건당사자에게 검찰수사의 진행상황이나 결과가 통보되지도 않고 바로 약식명령이 송달되는 경우도 많아 애초에 검찰 측에 이의를 제기할 수 있는 기회조차 갖지 못하는 경우가 비일비재하다.

이러한 수사현실을 고려한다면 경찰수사결과에 대해 검찰송치전 수사결과를 통보 받고 이에 대해 바로 경찰에 이의를 제기할 수 있는 제도의 도입이 필요하다. 이러한 경찰항고제도의 도입은 경찰이 성실하고 공정하게 사건수사에 임하게 되는 효과를 낳을 뿐만 아니라 사건당사자도 수사결과에 대한 통지를 충실하게 받게 되어 경찰수사에 대한 만족도가 향상될 것이다. 또한 경찰의 수사결과가 검찰에서 반복되는 비율을 떨어뜨려 경찰수사에 대한 신뢰도를 높이게 될 것이다.

최근 경찰청은 「송치전 수사이의제도」를 도입, 경찰이 수사한 사건을 검찰로 송치하기 전에 수사결과에 대해 피의자와 피해자 등 사건당사자가 불복할 기회를 갖게 함으로써 사건수사의 공정을 기하기 위한 제도를 시범적으로 실시하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 송치전 수사이의제도는 잘못된 경찰수사결과에 대해 즉시의 시정이 가능하도록 함으로써 시민들의 만족도를 높이고 수사경찰관의 공정한 수사자세를 담보할 수 있다는 점에서 매우 바람직한 제도로 평가받을 수 있을 것이다.

2. 警察搜查의 人權保障 方案

지난해 발생한 서울지검 고문치사사건을 계기로 수사기관의 강압적·탈법적 수사관행

58) 수사이의제도의 대상은 사건접수부에 접수된 모든 불구속 사건이며, 절차는 담당 수사관이 사건송치전 수사결과를 구두, 우편, e-메일을 이용, 사건 당사자에게 통지하고, 통지받은 사건 당사자는 3일 이내에 서면으로 해당 경찰서에 이의를 제기할 수 있도록 되어 있다.

을 뿌리뽑고 형사소송법의 제 규정들을 인권친화적으로 개정·보완해야 한다는 목소리가 높다. 형사소송법의 개정논의가 진행되고 있는 이 시점에서 피의자신문과 관련한 인권보장 및 방어권 강화 방안을 생각해 보는 것은 큰 의미가 있다고 생각한다. 피의자신문이 형사사건의 해결에 있어서 결정적 위치를 차지하고 있고 대부분의 인권침해적 수사가 바로 피의자신문단계에서 발생하고 있기 때문이다. 피의자신문에서 일방적으로 유죄를 추궁 당하고 자신의 무죄를 제대로 항변하지 못한 피의자가 나머지 형사절차에서 이를 뒤집는 역전의 기회를 마련한다는 것은 매우 어려운 일이다. 비록 우리 형사소송법이 피의자신문과 관련한 몇 가지 적법절차규정들을 마련해 놓고 있기는 하지만, 아직 피의자의 인권과 방어권 보장에 미흡한 점이 많고, 수사실무관행도 인권보장원칙을 크게 존중하지 않고 있는 것이 현실이다.

이하에서는 주로 피의자신문절차에 대한 형사소송법상의 제 규정들과 실무관행을 피의자의 인권 및 방어권 보장의 관점에서 비판적으로 살펴보고, 앞으로의 형사소송법 개정작업에 참고할만한 관점들을 제시해 보고자 한다.⁵⁹⁾ 또한 수사과정에서 항상 인권침해의 위험성을 동반하는 강제수사의 문제점에 대해서도 언급하기로 한다.

1) 被疑者訊問과 適法節次遵守를 통한 人權保障

피의자신문은 수사기관이 필요한 경우 피의자를 출석시켜 신문하고 진술을 듣는 임의수사의 한 방법이다(형소법 제200조 1항). 피의자신문은 수사기관의 입장에서는 유죄증거, 특히 자백을 획득하여 진실을 밝힐 수 있는 기회이고, 반대로 피의자의 입장에서는 자기에게 유리한 사실을 주장하여 수사기관의 혐의를 벗어날 수 있는 기회가 된다.⁶⁰⁾ 그러나 대부분의 피의자신문이 이런 역할중립적 입장에서 출발하는 것이 아니라, 이미 수사기관의 유죄심증이 서 있는 단계에서 시작되어 그 혐의를 확인하는 절차로서 진행되는 것이 일반적이기 때문에, 혐의를 뒷받침하는 데 필요한 피의자의 진술, 특히 자백을 받아 내기 위해 각종 탈법적 수사가 이루어질 가능성이 크다. 빠른 사건해결을 1차

59) 이하의 주된 내용은 서보학, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안, 형사법연구 제20호(2003), 255면 이하 참조.

60) 배종대/이상돈, 형사소송법 2001, 221면.

목적으로 삼는 수사기관의 행태에 비추어 보아 피의자의 인권과 방어권은 수사의 효율성·합목적성에 밀려 침해될 위험성이 크다는 것이다.

한편 피의자신문단계에서 행해진 진술이 법정에서 유죄의 증거로 채택되고, 특히 자백이 이루어질 경우 그 자백에 기초해 모든 물적·인적 증거가 쉽게 확보된다는 점에서 피의자신문은 실체적 진실을 밝히는 것뿐만 아니라 피의자의 방어권 차원에서도 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 그러나 피의자신문단계에서 이미 수사기관의 유죄심증 하에서 서 있는 대부분의 피의자는 형사소송절차의 한 주체로서보다는 단순한 신문의 객체로서 취급되고 자신의 방어에 필요한 권리와 인권이 제대로 존중되지 못하고 있는 것이 우리의 수사현실이다. 그리고 우리 형사소송법에는 임의수사인 피의자신문시 준수되어야 할 적법절차조항과 피의자의 방어권 행사에 필수적인 기본적 권리들을 규정해 놓고 있기는 하지만, 아직 피의자의 인권과 방어권을 충분히 보장하기에는 부족한 수준일 뿐만 아니라 그나마 이 규정들 역시 잘 지켜지지 않고 있는 것이 우리 수사의 현주소이다. 사회의 민주화와 급속한 인권의식의 향상에도 불구하고 아직까지 수사기관의 강압적·탈법적 수사관행을 둘러싼 시비가 끊이지 않고 있는 현실은, 이제 우리의 수사절차, 특히 피의자신문과정에 있어서 피의자의 인권과 방어권을 강화하기 위한 획기적인 개선책이 필요함을 말해준다고 하겠다.

하위규범으로서의 형사소송법은 헌법의 이념에 구속되고 헌법이 보장하는 기본적 인권을 형사절차상 구체적으로 실현하는 임무를 띠고 있다. 이런 의미에서 형사소송법을 ‘헌법적 형사소송법’(constitutional criminal procedural law) 또는 ‘응용된 헌법’(das angewandte Verfassungsrecht)이라고도 지칭한다.⁶¹⁾ 따라서 형사소송절차는 범인색출과 필벌주의에 입각해 실체적 진실만을 추구해서는 안 되고, 피의자와 피고인의 절차상 권리와 인권이 보장되는 가운데서 실체적 진실이 밝혀지고 사법정의가 실현될 수 있도록 형성·운용되어야 한다. 헌법이 추구하는 자유권적 기본이념, 적정절차의 원칙과 무죄추정의 원칙 그리고 각종 기본권은 형사절차 전체를 관통하며 형사절차를 지도하는

61) 신동운, 형사소송법I 1997, 6면; 차용석, 형벌권 남용으로부터의 자유, 1993, 263-264면; 차용석, 형사소송법 1997, 16면 참조. 반면 우리나라의 형사소송은 대부분 법률과 명령·규칙 등에 의해 규율되기 때문에 헌법적 형사소송법론은 큰 의미가 없다는 비판적 시각도 있다. 백형구, 형사소송법강의 2001, 15면 이하 참조.

원리로서 작용할 뿐만 아니라, 효율성과 합목적성을 내세운 수사기관의 실체적 진실추구가 결코 뛰어 넘을 수 없는 한계로서 작용하고 있다. 즉 헌법이 추구하는 이런 기본원칙들과 인권존중 사상은 실체적 진실발견의 요청에 우선하는 우월한 가치들인 것이다.⁶²⁾ 이러한 관점에서 피의자신문을 둘러싼 우리 형사소송법의 제 규정들과 실무관행은 많은 개선·보완의 필요성을 드러내고 있다.

① 被疑者訊問을 위한 出席要求

피의자신문의 장소가 법에 정하여져 있는 것은 아니지만 통상 검찰청이나 경찰서에서 이루어진다. 따라서 검찰·경찰은 피의자에게 피의자신문을 위한 출석요구를 하게 된다(형소법 제200조).⁶³⁾ 출석요구 자체는 피의자신문과 아무 관련이 없는 것처럼 생각될 수 있으나 사실은 그렇지 않다. 수사기관의 출석요구가 그 운용방법에 따라서는 피의자의 방어권을 제한하고 인권을 침해할 수 있는 소지가 다분하기 때문이다. 이하에서 몇 가지 문제점을 살펴본다.

첫째, 출석취지의 명확한 통보의 필요성

피의자에 대한 출석요구는 원칙적으로 서면(출석요구서)에 의하도록 되어 있다(사법경찰관리집무규칙 제16조 1항; 검찰사건사무규칙 제12조 1항). 그리고 출석요구서에는 출석의 취지를 명백하게 기록하여 한다(사법경찰관리집무규칙 제16조 2항). 사법경찰관리집무규칙과 검찰사건사무규칙에서는 다음과 같이 출석요구서의 내용을 예시하고 있다(사법경찰관리집무규칙 별지 제2호 서식; 검찰사건사무규칙 별지 제16호 서식)

“귀하에 대한 () 피의사건(고소인: , 고발인: , 진정인:)에 관하

62) 同旨 김근보, 수사절차에 있어서 피의자의 인권보장, 경북대 박사논문 1993, 9-11면; 조국, 헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차의 인권, 고시연구 27권 4호(2000.4), 92면; 차용석, 형벌권 남용으로부터의 자유, 238면.

63) 흔히 실무에서는 출석요구 대신 소환이라는 용어를 사용한다. 그러나 엄밀히 말해 수사기관의 출석요구는 피요구자가 출석여부를 임의로 결정할 수 있는 임의수사의 한 방법임에 비하여, 소환은 법원이 피고인이나 증인을 부를 때 쓰는 용어로 그 자체에 강제성을 띠고 있는 강제수사의 한 방법이라는 점에서 구별된다. 따라서 수사기관이 피의자를 부르는 것은 출석요구라고 하는 것이 정확하다.

여 문의할 일이 있으니 . . . 오전(후) 시에 당서 ○○과 ○○계(우리청 호 검사실)로 출석하여 주시기 바랍니다. 출석하실 때에 반드시 이 출석요구서와 주민 등록증(또는 운전면허증) 및 도장 그리고 아래 증거자료와 기타 귀하가 필요하다고 생각하는 자료를 가지고 나오시기 바라며, ... 지정된 일시에 출석할 수 없는 부득이한 사정이 있거나 이 출석요구서와 관련하여 궁금하신 점이 있으면, ○○계[우리청 검사실(전화 - , 담당자)]에 연락하여 출석일시를 조정하거나 궁금하신 사항을 문의하시기 바랍니다. 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 아니하면, 형사소송법의 규정에 따라 체포될 수 있습니다.

이같이 출석취지를 명백히 통보하도록 한 취지는, 피의자가 자신이 어떤 혐의를 받고 있는지 알고 수사기관의 예상되는 질문에 답변할 것을 사전에 준비할 수 있도록 하기 위함이다. 만약 경찰이나 검찰에 처음으로 출석요구된 경우에 사전에 출석취지를 제대로 통보 받지 못했다면 수사관의 질문에 준비된 대답을 할 수 없고 자신을 제대로 방어할 수 없게 될 것임은 어렵지 않게 짐작할 수 있다. 이런 점에서 수사기관이 피의자에 출석을 요구할 때 그 출석취지를 명백히 통보해 줌은 피의자의 방어권 보장을 위해 매우 중요한 일이다. 그런데 사법경찰관리집무규칙이나 검찰사건사무규칙에서 예시하고 있는 출석요구서를 보면, 피의사건과 관련하여 죄명·고소인·고발인·진정인을 기재하도록 되어 있으나 이 정도로 피의자가 자신의 피의사건에 대하여 구체적인 정보를 얻을 수 있을지는 매우 의심스럽다. 출석요구서에 피의사건의 사실관계를 보다 구체적으로 적시할 필요성이 인정되는 대목이다.

게다가 수사기관의 출석요구가 항상 서면으로 이루어지는 것은 아니다. 검사는 필요한 경우 전화나 모사전송 기타 상당한 방법(ex. 전보)으로 피의자의 출석을 요구할 수 있고(검찰사건사무규칙 제12조 2항), 사법경찰관리집무규칙에서는 피의자 신문시 출석요구서를 발부하도록만 규정되어 있으나(동규칙 제16조 1항) 실무에서는 역시 전화나 팩스 등에 의한 출석요구가 이루어지고 있다. 예컨대 오늘날 통신 기술의 발달·보급으로 전화를 이용한 출석통지가 많이 이루어지고 있는데, 이 경우 출석취지를 명확히 알려주기보다는 “별일 아니니 걱정말고 출석하라”는 정도로

통보를 끝내는 경우가 많고, 피의자의 경우에는 더 이상 질문했다가는 혹 자신에게 불리하게 작용하지 않을까 염려하여 더 이상의 질문을 삼가는 것이 현실이다. 또한 출석의 긴급성을 다투는 경우에 많이 이용되는 전보의 경우에도 지면의 제약으로 출석일시와 장소만을 통보하는 경우가 일반적이다. 이렇게 출석취지를 명확히 통보하지 않음으로써 수사기관은 수사의 기밀을 유지할 수 있고 곧 있을 피의자신문에 있어서 유리한 입지를 확보할 수 있게 된다.

반면 이러한 통보관행이 피의자의 방어권을 제한하는 결과를 가져옴은 물론이다. 따라서 수사기관이 피의자의 출석을 요구할 때에는 반드시 서면(출석요구서·팩스)에 의하도록 하고, 또 출석요구서에 피의사건과 관련한 사실관계를 어느 정도는 상세하게 - 사실관계의 요지정도 - 적시하도록 법에 규정할 필요성이 있다. 이는 피고인·피의자의 체포·구속시 반드시 범죄사실의 요지를 고지하도록 한 형사소송법(제72조, 제200조의5)의 취지에 비추어 보아도 당연한 것이다. 만약 서면으로 통보할 수 없는 부득이한 경우에는 예외적으로 전화나 전보 등으로 통보를 할 수 있도록 하되, 이 경우에는 추후에 피의자로부터 출석의 취지를 상세히 설명받았다는 취지의 확인서에 서명·날인을 받도록 하여 반드시 출석취지의 명확한 설명이 있도록 해야 할 것이다.⁶⁴⁾ 만약 출석취지의 명확한 통보가 생략된 경우에는 적법절차위반으로 보아 후에 이루어진 피의자의 진술의 증거능력을 부인함으로써 절차의 준수를 강제할 수 있을 것이다.

둘째, 출석의 시간적 여유

출석요구를 받은 피의자가 충분한 시간적 여유를 갖고 준비된 상태로 출석에 임할 수 있어야 함은 물론이다. 그런데 현행법에는 출석요구시 피의자에게 보장해야 할 시간적 여유에 대한 아무런 규정이 없다. 그리고 실무에서도 전화 또는 전보 등을 이용하여 당일(오전에 전화를 걸어 오후 출석을 요구) 또는 익일(오후에 전화를 걸어 익일 오전에 출석을 요구)에 긴급히 출석을 요구하는 경우가 적지 않다. 출석에 시간적 여유를 주지 않아야 피의자가 변명을 궁리하거나 관련자와 입을 맞출

64) 전보의 경우에는 지면의 제약이 있으나 전화번호의 부기를 통해 사후통화하는 방식으로 출석취지를 설명해 줄 수 있을 것이다.

위험성이 줄어든다는 인식을 갖고 있기 때문이다. 그러나 이러한 긴급한 출석요구가 피의자의 방어권을 제약하는 결과를 가져옴은 물론이다. 따라서 검찰사건사무규칙이나 사법경찰관리집무규칙에 그 시간적 여유를 명시할 필요가 있다. 당일 또는 익일의 출석요구를 피하고 답변준비(변호사와의 면담 등)에 필요한 시간적 여유를 주기 위해서는 적어도 출석요구가 통보·도달된 때로부터 48시간의 시간적 여유는 보장되어야 할 것으로 본다.

셋째, 허위사실의 고지에 의한 출석요구

이는 피의자에게 진실한 피의사실 대신 엉뚱한 피의사실을 고지하거나 또는 피의자를 참고인으로 오인시켜 출석케 하는 경우이다. 이렇게 되면 피의자는 사실상 신문을 대비할 기회를 박탈당하게 된다. 특히 참고인으로 믿고 출석한 경우에는 자신의 피의사실에 대해 수사기관에 출두해 해명할 것인지 아니면 다른 방법으로 대응할 것인지에 대한 피의자의 임의적 선택권이 박탈당하는 결과가 발생한다. 이러한 詐僞的 方法에 의한 출석확보가 피의자의 방어권을 극도로 제한한다는 데에는 이견이 있을 수 없다. 따라서 허위사실의 고지에 의한 출석이 이루어진 경우에는 중대한 적법절차의 위반을 인정해 그 이후에 이루어진 피의자의 진술에 대해 증거능력을 부인하는 것이 옳다.

넷째, 과다출석요구의 문제

이 문제는 다시 불체포·불구속된 피의자와 체포·구속된 피의자의 문제를 나누어서 살펴보아야 한다. ① 피의자의 인신이 아직 체포·구속되지 않은 경우에 수사기관은 피의자의 출석을 요구할 수 있고, 피의자는 임의적인 판단에 따라 이에 응할 수 있다. 그러나 대다수의 시민들에게 있어서 수사기관의 출석요구를 쉽게 거절할 수 없는 것이 현실이고 보면 그 출석은 가급적 한번으로 끝나는 것이 바람직하다. 수사기관의 빈번한 출석요구는 당사자에게 상당한 심리적 부담과 압박을 줄 뿐만 아니라 작지 않은 실생활의 불편을 초래하기 때문이다. 또한 위압적이고 사무적인 수사관서에서의 분위기를 반복해서 경험하려는 시민은 단 한 사람도 없을 것이다. 다만 출석요구의 횟수를 법적으로 제한하기는 어려운 만큼, 수사기관은 합

리적이고 과학적인 수사방법의 개발을 통해 사건해결을 피의자의 진술에만 의존하는 수사관행을 탈피하고, 피의자에 대한 신문은 가급적 한번으로 끝내는 관행을 정착시키는 것이 바람직하다. ② ‘반복된 출석요구에 의한 사실상의 자백 강요’의 문제점은 인신구속된 피의자의 경우, 검찰수사에서 주로 문제된다. 우리 형사소송법은 체포·구속된 피의자에게 출석 및 조사수인의무가 있는지에 대해서 명문의 규정을 두고 있지 않다.⁶⁵⁾ 다만 우리 형사소송법이 수사기관의 출석요구에 대한 불응 내지 불응의 우려를 체포사유로 인정하고 있기 때문에(제202조의2 1항), 적어도 체포의 경우에는 피의자의 출석을 확보하여 조사를 가능케 하려는 것이 입법의 취지임을 짐작할 수 있다. 피의자가 체포된 경우에는 수사기관이 피의자신문을 통해 48시간 내에 구속영장청구 내지 석방의 판단을 하여야 하기 때문에 시간적 여유가 많지 않다는 점, 특히 체포영장제도의 도입취지가 임의수사인 피의자신문이 갖는 한계를 극복하고 필요최소한의 강제적 출석확보를 가능케 하려는 점에 있다는 점 등을 고려하면 체포된 피의자에 대한 출석요구와 조사수인요구는 긍정될 수 있을 것으로 본다. 물론 이 경우 임의수사인 피의자신문이 사실상 강제처분으로 바뀌는 문제점은 있으나, 체포제도의 도입으로 체포영장이 발부되는 한에 있어서는 피의자신문의 임의수사적 성격이 강제수사로 바뀔 수 있는 가능성이 입법적으로 열려 있다는 점에서 큰 문제는 없는 것으로 판단된다.⁶⁶⁾

그러나 구속된 피의자의 경우에는 사정이 다르다. 수사기관의 입장에서는 구속된 후 최소 10일에서 최장 30일까지 수사를 계속할 수 있는 시간적 여유가 있기 때문이다. 반면 이 기간이 피의자에게는 재판에 대비할 매우 중요한 기간이다. 인신이

65) 일본에서는 형사소송법 제198조 1항에 「범죄를 수사함에 있어서 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 이를 조사할 수 있다. 단 피의자는 체포 또는 구속되어 있는 경우를 제외하고는 출석을 거절하거나 또는 출석한 후에는 언제라도 퇴거할 수 있다.」라고 하여, 체포·구속된 피의자에게는 출석 및 조사수인의무가 있는 것처럼 규정되어 있기 때문에, 과연 체포·구속된 피의자에게 출석·조사수인의무가 있는지에 학설상의 대립이 있다고 한다. 인신구속된 피의자의 출석·조사수인의무에 대한 일본 학계의 논쟁에 대해서는 이은모, 피의자 인신구속제도의 정비방안, 2002년도 한국형사법학회 동계학술대회 발표자료집, 110-111면 참조.

66) 이은모 교수는 체포된 피의자에 대해 출석 및 체류의무를 부인하는 것이 옳다는 입장이고, 특히 피의자신문의 임의수사적 성격을 철저히 보장하기 위해서는 현재 체포의 요건으로 되어 있는 출석불응 및 불응의 우려를 삭제하여야 한다는 입장이다(앞의 논문, 111면 참조).

구속된 상황에서 재판을 준비한다면 결코 긴 기간이라고는 할 수 없다. 그런데 이 기간 동안 매일 수사기관에서 피의자를 불러 신문하는 것은 피의자의 방어준비를 방해하는 것일 뿐만 아니라, 피의자의 심신을 지치게 만들고 이 상황이 빨리 종결 되었으면 하는 바램을 갖게 만들어 사실상 자백을 강요하는 효과를 낳게 된다. 따라서 구속된 피의자에 대해서는 출석의무와 조사수인의무를 부인하는 것이 옳고, 여죄를 추궁하는 것이 아니라면 피의자의 협조를 받아 임의수사의 형식으로 진행되어야 할 것이다.⁶⁷⁾ 그리고 구속기간 중 반복된 출석요구에 의해 확보된 진술이 있다면 적법절차위반 내지 임의성의 결여를 이유로 그 증거능력을 부인하는 것이 타당하다.

다섯째, 임의출석과 연계된 긴급체포의 문제.

실무에서는 수사기관의 출석요구나 임의동행요구에 응하여 자진 출석한 피의자에 대하여 신문이 끝난 뒤 긴급체포하는 경우가 많다. 자진출석에 의한 피의자신문은 임의수사이기 때문에 피의자는 신문 도중 또는 신문이 끝난 뒤에는 자유로운 퇴거가 보장되어야 한다. 그러나 수사기관의 입장에서는 제 발로 걸어 들어온 피의자를 그냥 놓아주는 것을 꺼려하고, 특히 피의자의 진술이나 이미 확보한 증거로 유죄의 심증을 굳힌 경우 그리고 구속영장을 청구하게 되면 피의자가 도주할 우려가 있다고 판단되는 경우에는 일단 긴급체포를 하여 신병을 확보하고 본다. 이렇게 되면 수사기관은 피의자신문을 위한 48시간 이상의 추가시간을 벌 수 있을 뿐만 아니라, 압수·수색에 있어서도 영장주의의 예외를 인정받을 수 있게 된다(형소법

67) 이 점에 있어서는 구속된 피의자의 출석·체류의무를 부인하는 이은모 교수의 견해와 일치한다(앞의 논문, 111면 참조). 다만 이은모 교수는 체포·구속된 피의자의 출석·체류의무를 부인하게 되면 수사의 어려움이 예상되므로, 참고인에 대한 강제출석과 허위진술에 대한 처벌제도(소위 사법방해죄)의 도입을 적극적으로 검토해야 한다고 한다(앞의 논문, 111면 주44 참조). 그러나 피의자신문의 임의적 성격을 유지하기 위해 구속뿐만 아니라 체포된 피의자의 출석·체류의무까지 부인하면서 그 보다 더 임의적 성격을 띠어야 할 참고인신문을 강제수사로 전환해야 한다는 주장은 논리적으로 일관되지 않는다. 또한 검찰이 일관되게 주장하고 있는 참고인의 허위진술에 대한 처벌제도는 지나치게 수사편의주의적인 발상으로서 수사의 협조자에 불과한 참고인에 대한 수사기관의 협박·회유 가능성을 증대시키고 공판정중심주의를 파괴할 수 있는 제도이기 때문에 도입되어서는 안될 것으로 판단된다(이 문제에 대해서는 서보학, 참고인 허위진술죄와 참고인 구인제도?, 대한변협신문 제71호(2002.12.16), 7면 참조).

제217조 1항). 수사실무가 긴급체포를 남용하는 주된 이유이다. 그러나 이렇게 임의출석과 연계된 긴급체포는 긴급체포제도가 도입된 본래의 취지에 반하는 것이다. 특히 형사소송법은 체포영장의 발부요건으로 출석의 불응이나 불응의 우려를 들고 있는데 제 발로 출석하여 신문에 응한 피의자, 즉 체포의 사유가 존재하지 않는 피의자를 예외조치인 긴급체포로 붙드는 것은 명백히 체포권의 남용이라고 해야 한다.⁶⁸⁾ 그리고 임의출석과 연계된 긴급체포는 수사기관의 임의적 판단에 의해 임의수사인 피의자신문을 강제수사로 전환시키는 결과를 낳게 된다. 긴급체포는 체포영장에 의한 체포가 불가능한 상황에서 사태의 긴급성에 기초해 예외적으로 허용되는 특별한 조치로 머물러야 한다. 그러나 우리의 수사실무에서 긴급체포의 수가 체포영장에 의한 체포의 수를 압도하는 현실은 분명 이상이 아닐 수 없다.⁶⁹⁾ 임의적으로 수사에 협조한 피의자를 수사기관의 자의적 판단에 의해 강제수사의 객체로 전락시키는 것은 명백한 인권침해요 방어권의 침해이기 때문에 이러한 실무행위는 속히 시정되어야 한다. 형사증거법적으로는 임의출석과 연계된 긴급체포에서 확보된 증거에 대해서는 적법절차 위반을 이유로 한 위법수집증거로서 그 증거능력을 부인하는 것이 옳다.

② 陳述拒否權의 告知

우리 헌법은 제12조 2항에서 “모든 국민은... 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라고 하여 진술거부권을 기본권의 하나로 보장하고 있다. 형사소송법도 검사와 사법경찰관이 피의자신문시 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정해 피의자의 진술거부권을 보장하고 있다(제200조 2항). 피고인도 재판 중 각개의 신문에 대하여 진술을 거부할 수 있고(제289조), 재판장은 인정신문이 끝난 후 또는 검사의 기소요지진술이 끝난 후 피고인에게 진술거부권이 있음을 고지하여야 한다(형사소송규칙 제127조 1항). 그런

68) 이재상 교수는 체포영장을 받아서는 피의자를 체포할 수 없는 경우, 즉 체포의 긴급성이 인정되는 경우에 한하여 긴급체포를 할 수 있고, 따라서 임의로 출석한 경우에는 체포영장을 발부되기 위한 요건이 충족되지 않기 때문에 도망이나 증거인멸의 위험이 있다하더라도 긴급체포는 할 수 없다고 한다. 이재상, 연습형사소송법 2002, 76면.

69) 2001년 한해 체포현황을 살펴보면 긴급체포는 총 46,026건, 체포영장에 의한 체포는 총 1,716건이었다(범죄분석, 대검찰청 2002, 298면 참조).

데 검사와 대등한 소송당사자로서의 지위를 갖고 법관의 면전에서 신문을 받는 피고인에 비해 피의자는 우월한 수사기관에 의해 단지 조사의 객체로 취급받는 경우가 허다하다. 때문에 오히려 피의자에게야말로 진술거부권의 보장이 인권보장 및 방어권 행사를 위한 핵심적인 제도적 장치라 하지 않을 수 없다.

형사소송법적으로 진술거부권의 진가는 단순한 보장보다는 그 권리가 적절한 시점에 명확한 방법으로 피의자에게 고지되어야 한다는 데에 있다. 때문에 형사소송법은 검사와 사법경찰관에게 피의자신문시 피의자에 대한 진술거부권의 고지의무를 명문으로 규정해 놓고 있는 것이다(제200조 2항). 대부분의 형사피의자들은 진술거부권이 헌법상 보장된 자신의 권리인줄 잘 모르고 있으며, 혹 알고 있다 할지라도 수사기관의 위세에 눌리거나 불이익을 염려하여 당당히 그 권리의 행사를 주장하지 못하는 것이 현실이다. 따라서 수사기관에 의한 진술거부권의 고지의무는, 형사 피의자에 대해서는 자신의 권리를 인식하고 당당하게 그 권리를 행사할 수 있도록 격려하는 의미를 갖는 동시에, 수사기관에 대해서는 침해할 수 없는 피의자의 권리를 자각하고 진술을 강요할 수 없도록 경계하는 의미를 갖는 것이다. 이런 점에서 진술거부권의 고지는 수사기관이 피의자신문시 준수해야 할 가장 중요한 적법 절차의 내용이고, 이에 대한 침해는 중대한 절차적 위법으로서 후에 이루어진 진술의 증거능력을 부인케 하는 이유가 된다.⁷⁰⁾

대법원은 한국의 미란다판결이라고 불리우는 ‘대판 1992.6.23, 92도682’ 판결에서 진술거부권이 고지되지 아니한 채 작성된 검사작성의 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 부인된다고 하여 진술거부권의 불고지가 중대한 적법 절차위반임을 확인한 바 있다.⁷¹⁾ 물론 이 판결로 우리 대법원이 위법수집증거배제

70) 同旨 김희옥, 진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서와 위법수집증거, 고시계 1997.8, 61면; 백형구, 수사기관의 피의자신문·피고인신문, 고시계 1995.11, 140면; 백형구, 형사소송법강의 2001, 45면, 625면; 송광섭, 형사소송법 1999, 337면; 신동운, 앞의 책, 142면; 신양균, 형사소송법 2000, 658면; 차용석, 형사소송법 1997, 709면. 반면 진술이 자백인 경우에는 위법수집증거배제법칙이 아니라 자백의 임의성이 의심되는 사유로 보아 제309조를 적용해야 한다는 견해가 다수설이다(배종대/이상돈, 앞의 책, 556면; 이재상, 형사소송법 제 2001, 486면; 임동규, 형사소송법 2000, 431면; 진계호, 형사소송법 2000, 112면). 그러나 피의자신문시 진술거부권을 고지하지 않았다 하더라도 자백의 임의성이 인정되는 경우는 적지 않다는 점에서 제309조를 적용하는 견해는 옳지 않다고 해야 한다.

71) 대판 1992.6.23, 92도682: 「형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술

법칙을 전면적으로 채택하였다고 확인하기는 어렵다고 하는 분석도 있기는 하다.⁷²⁾ 그리고 진술거부권의 고지가 - 진술의 증거능력을 판단하는 독자적 기준이 아니라 - 진술의 임의성을 판단하기 위하여 법원이 고려해야 될 여러 상황 중의 하나에 해당하는 것으로 언급한, 즉 진술거부권이 고지되지 않더라도 임의성만 인정되면 증거능력이 인정될 수 있다는 듯한 뉘앙스를 풍겨 초기의 판례에서 후퇴한 듯한 인상을 주는 판결(대판 1997.10.10, 97도1720)⁷³⁾도 있기는 하다. 그러나 다른 하자가 없는 검사작성의 피의자신문조서에 대해 진술거부권의 불고지를 이유로 증거능력을 부인한 앞의 대법원 판례는 그만큼 수사기관의 진술거부권고지의무의 중요성을 부각시켜, 형사실무에서도 진술거부권의 고지가 절대로 간과될 수 없는 적법절차로 자리잡게 하는데 큰 기여를 한 것은 사실이다.

문제는 진술거부권이 ‘명확한 방법’으로 고지될 수 있도록 하는 점이다. 진술거부권의 고지는 피의자가 이해할 수 있도록 명시적이고 적극적인 방법에 의하여야 한다. 그런데 수사실무에서는 진술거부권의 고지가 피의자신문조서에 부동문자로 명시되어 있고, 실제 진술거부권이 고지되지 않았다 할지라도 피의자신문조서에 그 반대의 취지가 기재되지 않는 것이 보통이기 때문에, 사실상 진술거부권이 고지되지 않았다는 이유로 증거능력이 부정될 진술이 거의 없다는 데에 문제점이 있다.⁷⁴⁾ 이렇게 되면 수사기관이 적극적이고 명시적으로 진술거부권을 고지하지 않으면서도 사실상 고지의무를 회피해 갈 수 있는 길이 열려 있는 셈이 된다. 이러

을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.」 이 판결에 대한 평석으로는 김희옥, 앞의 논문, 61-62면; 이재홍, 진술거부권의 고지가 결여된 피의자신문조서 등의 증거능력, 사법행정 95.5, 50면 이하 참조.

72) 이재홍, 앞의 논문, 52면.

73) 대판 1997.10.10, 97도1720: 「진술의 임의성에 관하여는 당해 조서의 형식, 내용(진술거부권을 고지하고 진술을 녹취하고 작성 완료 후 그 내용을 읽어 주어 진술자가 오기나 증감 변경할 것이 없다는 확인을 한 다음 서명날인하는 등), 진술자의 신분, 사회적 지위, 학력, 지능정도 그 밖의 여러 가지 사정을 참작하여 법원이 자유롭게 판정하면 된다.」

74) 이러한 문제점의 지적은 김성돈, 미란다법칙과 위법수사통제방안, 형사법연구 14호(2000.12), 10면; 이재홍, 앞의 논문, 52면.

한 잘못된 수사실무를 바로 잡기 위해서는 피의자신문조서에 인쇄된 부동문자만에 의한 진술거부권고지는 효력이 없는 것으로 보아야 하고,⁷⁵⁾ 이 부분에 대한 법원의 강력한 제동이 필요하다고 본다. 즉 피의자신문조서에 진술거부권의 고지가 부동문자로 명시되어 있다 할지라도 반드시 별도의 절차에 의해 구두에 의한 명시적·적극적 고지가 있어야 하며, 이 부분에 대해 피의자의 확인을 받는 제도의 도입이 필요하리라고 본다. 예컨대 피의자신문조서에 진술거부권을 사전에 구두에 의한 명시적·적극적 방법으로 고지 받았는지의 여부를 서명·날인의 방식으로 확인을 받거나 별도의 확인서에 서명·날인을 받아 첨부하도록 하는 것이다. 그리고 당사자의 서명·날인을 받은 확인서가 없는 경우에는 피의자신문조서를 증거로 사용할 수 없도록 하는 것이다.⁷⁶⁾

認定訊問의 경우에도 진술거부권의 고지가 필요한가? 형사소송법은 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 진술거부권을 고지하도록 규정(제200조 2항)하고 있기 때문에 그 진술이 개인신상에 대한 것이든 피의사실에 대한 것이든 구분할 이유가 없다고 본다. 인정신문은 피의자 개인에게 불리한 것이 될 수 없다는 이유로 진술거부의 대상이 될 수 없다고 생각할 수도 있으나 원래 진술거부권은 진술의 유·불리에 상관없이 인정되는 권리이다. 또한 자신에게 불리할 것 인지의 여부는 진술자 본인이 판단할 문제이고, 경우에 따라서는 개인신상에 대한 것도 피의자측에 불리한 단서가 될 수 있기 때문에 진술을 강요해서는 안 된다고 해야 한다.⁷⁷⁾ 예컨대 개인의 본적이나 주소, 직업 등은 범죄가 발생한 장소, 범죄의 종류나 범행의 방법에 따라서는 범인의 확인과 증거수집에 중요한 단서가 될 수 있는 것이다.⁷⁸⁾

75) 同旨 이상돈, 사례연습 형사소송법 2001, 77면.

76) 이재홍 판사는 진술거부권이 부동문자로 기록되어 있는 경우에는 증명력을 인정하지 말자는 취지의 논지를 전개(앞의 논문, 52면)하고 있으나, 부동문자만으로는 고지가 되지 않은 것으로 보아 증거능력의 인정여부를 문제삼는 것이 적법절차를 강제하는 데에 더 바람직한 방법이다.

77) 同旨 김희옥, 앞의 논문, 60-61면; 백형구, 고시계 1995.11, 140면; 백형구, 형사소송법강의 2001, 43면; 신동운, 앞의 책, 143면; 신현주, 형사소송법 1999, 121면; 이재상, 앞의 책, 110면; 임동규, 앞의 책, 345면; 차용석, 형사소송법 1997, 168-169면.

78) 이와 같이 성명이나 직업 등의 진술에 의하여 범인임이 확인되거나 증거수집의 계기를 만들어 주는 경우에는 인정신문에 대해서도 진술거부권이 인정된다는 절충설적 견해(배종대/이상돈, 앞의 책, 104면; 신양균, 앞의 책, 508면)는 결국 적극설과 같은 입장이라고 보아야 한다.

따라서 수사기관은 피의사실에 대한 신문이 아니라 이미 인정신문에 들어가기 전에 진술거부권이 있음을 적극적이고 명시적인 방법으로 고지할 것이 요청된다.

③ 苛酷搜查의 禁止

우리 헌법은 고문을 받지 않을 권리를 헌법상의 권리로 보장하고 있다(제12조 2항). 하위법에서는 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자가 그 직무를 행함에 있어서 형사피의자 등에 대하여 폭행 또는 가혹행위를 한 경우에 이를 형사처벌하는 규정을 두고 있다(형법 제125조, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의2 등). 또한 우리나라는 1990.4.10일 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(International Governant on Civil and Political Rights: B규약)에 가입하여 1990.7.10일 국내적으로 효력이 발생(조약 1006호, 1007호 및 1008호)함으로써, 국내의 인권문제도 국제적 평가와 감시아래 놓이게 되었으며 우리 정부는 글로벌 스탠더드에 맞게 인권을 보장하고 실천할 국제적 책임을 지게 되었다.⁷⁹⁾

그러나 지난해 서울지검에서 발생한 살인용의자 고문치사사건은 아직 우리의 수사 현장에서 물리적 폭력을 동반한 가혹수사가 여전히 이루어지고 있음을 입증해 주었다. 더구나 군사정권의 퇴진과 함께 사라진 것으로 믿었던 물고문까지 행해진 것으로 드러나 그 충격은 더욱 컸다. 사실 정권의 문민화 이후에도 검찰, 경찰의 수사과정에서 신체적 폭력뿐만 아니라 협박, 폭언, 고압적 신문자세, 모멸적 언사와 조롱, 회유, 잠 안 재우기 등을 동원한 가혹수사가 계속되고 있다는 비판과 의혹제기는 끊임없이 이어져 왔다. 사회전반의 민주화와 인권의식의 빠른 성장에도 불구하고 검찰과 경찰은 수사기관 특유의 폐쇄적 조직문화와 권위주의 의식에 사로잡혀 있기 때문이다. 이제 인간의 존엄성을 침해하는 가혹수사가 더 이상 용납되어서는 안 된다는 점에 대해서는 이견이 있을 수 없다. 문제는 어떻게 수사과정, 특히 피의자신문에 있어서 가혹수사를 근절할 수 있는가이다. 이 문제를 단순히 수사기관 스스로의 결단이나 양식에만 맡겨둘 수는 없고 제도적 보완이 뒤따라야 한다.

첫째, 피의자신문의 밀행적 성격을 회색시켜야 한다. 다시 말해 피의자신문과정에

79) 박미숙, 국제인권기준과 현행 형사절차, 한국형사정책연구원 2000, 28면 참조.

외부인의 참여와 감시가 가능하도록 해야 한다. 가장 좋은 방법은 피의자신문에 변호인이나 신뢰인 등의 참석을 법적으로 보장하는 것이다(이 문제는 뒤에서 따로 언급한다). 또 하나의 문제는 신문장소의 지나친 폐쇄성을 제거하는 것이다. 이 문제는 특히 검찰수사에 있어서 심각하다. 현재 경찰의 경우 피의자신문이 넓은 사무실에서 다수의 사람들이 출입·현재하는 상태에서 이루어지기 때문에 상대적으로 강압수사의 위험성은 줄어들었다고 말할 수 있다. 그러나 검찰수사의 경우 피의자신문은 폐쇄된 검사방에서 이루어지는 것이 일반적이고, 특별히 중요한 사건은 별도로 마련된, 층 입구가 철문으로 가로막혀 있는 특별조사실(대검찰청 중앙수사부나 서울지검 특별수사부 조사실 등)에서 조사가 이루어진다. 지난해의 고문치사 사건으로 서울지검에서 특별조사실을 폐쇄했지만 검찰 전체적으로도 이런 공간이 모두 사라졌는지는 의문이다. 결론적으로 검찰의 피의자신문장소가 지나치게 폐쇄적이고 이는 항시 인권침해의 위험성을 동반한다는 것이다. 외부와 단절된 신문장소에 불려가게 되면 피의자는 위축되고 고립무원의 심리적 절망감을 느끼게 되어 자신을 적절히 방어할 수 없게 된다. 뿐만 아니라 신문하는 검사·수사관도 자백을 강요하고 싶은 환경적 유혹을 강하게 느끼게 된다. 피의자신문이 임의수사라면 피의자가 언제든지 조사 받기를 중단하고 자유로이 퇴거할 수 있는 장소에서 신문이 이루어지는 것이 타당하다. 따라서 검찰, 경찰 등 수사기관에서의 피의자신문장소는 외부인의 출입이 어느 정도 자유롭고, 가능한 한 다수인이 현재하는 장소에서 이루어지는 것이 바람직하다.

둘째, 가혹수사의 일종인 밤샘수사를 법으로 금지시켜야 한다. 현재 우리 법규상 헌법 제12조 7항과 형사소송법 제309조에서 자백배제법칙을 규정하고 있는 것 외에 직접 ‘철야신문’을 규정하고 있는 조문은 없다. 따라서 철야신문도 임의수사의 한 방법으로 행해지고 있다.⁸⁰⁾ 다수설도 밤샘수사를 무조건 위법한 수사라고 할 수는 없고, 다만 철야신문으로 인한 잠 안재우기로 피의자의 피로가 가중되고 정상적인 판단능력을 상실할 정도에 이르렀을 때에는 자백의 증거능력을 부인해야

80) 수사현장에서는 ‘새벽 닭 울음 소리와 함께 자백이 나온다’고 하여 밤샘신문을 포기할 수 없는 매우 효과적인 신문방법으로 선호한다고 한다.

한다는 정도에서 제한을 하고 있다.⁸¹⁾ 철야신문을 피조사자가 피곤한 틈을 이용하여 자백이나 수사담당자가 의도하는 대로 의 답변을 유도하기 위한 수단으로 밤샘 조사를 하는 ‘잠 안재우기 수사’와 구별하여, 후자는 금지되지만 전자는 원칙적으로 허용된다는 견해도 케를 같이 하는 입장이다.⁸²⁾ 우리 대법원은 검찰에서 약 30시간 동안 잠을 재우지 않고 신문한 상태에서 받은 피고인의 증거능력을 부정한 바 있다(대판 1997.6.27, 95도1964).⁸³⁾

최근 경찰청은 인권보호적 수사를 위해 철야조사를 엄격히 제한·통제한다는 방침을 세우고, 야간조사시에는 상황실장 또는 주무과장의 사전승인을 반드시 받도록 하고, 부득이하게 철야조사를 해야 할 경우에는 신문조서에 연행일시, 대기시간·장소, 조사개시 및 종료시간, 취침·휴게시간 등을 명기하여 진술의 임의성을 확보하도록 했다.

그러나 ‘철야신문’은 피의자의 정신과 신체를 피폐하게 만드는 고문수사의 일종으로서 법으로 엄격하게 금지시켜야 한다. 허용되는 ‘철야신문’과 금지되는 ‘잠 안재우기 수사’를 구별하려는 견해는 타당하지 않다. 철야신문 자체가 잠을 재우지 않고 피의자의 피곤한 상태를 이용하여 자백을 받아 내리는 의도를 이미 내포하고 있다고 보아야 하기 때문에, 수사담당자의 의도여하에 따라 허용되는 ‘철야신문’과 금지되는 ‘잠 안재우기 수사’를 구별한다는 것은 사실상 불가능한 일이다. 오히려 모든 ‘철야신문’은 수사기관의 의도와는 상관없이 피의자의 수면권과 행복추구권 그리고 피의자가 신체적·정신적으로 양호한 상태에서 자신을 방어할 수 있는 권리를 침해하는 가혹수사의 일종으로 간주하여⁸⁴⁾ 엄격하게 법으로 금지시키는 것이 옳다. 다만 철야신문이 부득이하게 요청되는 경우에는 그 사유를 엄격하게 법으로 정하여 예외적으로 허용할 수 있을 것이다.

구체적으로 밤 12시 이후부터 새벽 6시까지의 수사는 금지되어야 한다. 피의자에

81) 배종대/이상돈, 앞의 책, 555면; 이재상, 앞의 책, 486면; 임동규, 앞의 책, 658면; 차용석, 형사소송법 1997, 708면.

82) 봉욱, 철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력, 형사판례연구(7) 2000, 426면.

83) 독일에서도 약 30시간 잠을 재우지 않은 상태에서 획득한 자백의 증거능력을 부인한 연방대법원의 판결이 있다(BGHSt 13, 60).

84) 同擘 조국, 앞의 논문, 101면.

게 적어도 6시간의 수면과 휴식은 보장되어야 한다는 것이다.⁸⁵⁾ 긴급체포 또는 현행범으로 체포된 피의자, 특히 야간에 체포된 피의자에 대해서는 48시간 내에 구속영장을 청구하기 위한 수사가 불가피하기 때문에 철야신문이 가능하도록 하자는 주장도 있으나,⁸⁶⁾ 이 경우도 밤 12시 이후 새벽 6시까지의 수사는 허용되지 않는다고 해야 한다. 48시간의 시간적 제한이 그 시간동안에는 피의자의 인권을 침해해도 좋다는 면책특권을 부여하는 것은 아니기 때문이다. 당사자의 동의가 있는 경우 철야신문이 가능하도록 해야 한다는 주장도 있다.⁸⁷⁾ 물론 당사자의 동의는 자유롭게 이루어져야 한다는 단서가 붙기는 하다. 그러나 수사기관의 면전에서 당사자가 얼마나 자유롭게 의사표시를 할 수 있을지는 의문이다. 오히려 동의를 강요되고 동의를 빙자한 사실상의 강제적 철야신문이 행해지는 것을 막기 위해서는, 당사자의 동의 여하에 관계없이 철야신문은 금지되어야 한다. 다만 철야신문을 하지 않으면 다른 사람의 신체·생명에 급박한 위험을 가져올 수 있는 경우에는 일종의 긴급피난상황으로서, 또한 변호인의 입회가 있는 경우에는 위법수사와 인권침해가 감시될 수 있기 때문에 예외적으로 철야신문이 허용될 수 있다고 보아도 좋을 것이다.

그리고 수사실무에서 철야신문금지가 제대로 준수될 수 있도록 하기 위해서는 피의자신문조서에 신문일자뿐만 아니라 신문시간(신문의 시작시간, 종료시간, 휴식시간) 그리고 혹 철야신문이 이루어진 경우에는 법에 허용된 예외사유를 반드시 기재하도록 해야 한다.

셋째, 가혹수사에 대한 시비가 있을 경우 철저한 수사와 처벌이 가능하도록 하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 현재 경찰에 의한 가혹수사에 대해서는 검찰에

85) 영국의 경우 법에 의해 구금된 피의자에게는 연속된 시간으로 최소 8시간의 휴식이 제공되어야 하며 휴식시간은 원칙적으로 야간이어야 한다. 그리고 신문할 때에는 식사를 위한 휴식이 보장되어야 하고, 약 2시간마다 용변 또는 음료수 음용을 위한 휴식시간이 주어져야 한다(Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers, para. 12. 2 and 12.7 참조).

86) 예컨대 봉욱, 앞의 논문, 433면. 또한 대검찰청이 서울지검고문치사사건 이후 발표한 가혹행위 근절방안에도 야간에 체포된 피의자에 대한 철야신문을 예외적으로 허용하고 있다.

87) 봉욱, 앞의 논문, 434면.

의한 견제가 가능하다. 이 점은 검찰이 경찰에 대한 수사지휘권을 주장하는 가장 중요한 이유이기도 하다. 그러나 그동안의 많은 사건에서 드러났듯이 경찰에서의 가혹수사가 검찰에서 제대로 견제되지 않고 있는 것이 현실이다. ‘경찰에서 고문을 받았다고 하소연했지만 검사가 들어주지 않았다’라는 많은 무죄인들의 항변은 오늘날 검찰수사지휘의 참모습을 말해 주고 있다. 따라서 경찰수사과정에서 인권침해의 의혹이 있는 경우에는 검찰의 철저한 조사와 엄한 사법처리가 필요하다.

한편 경찰수사는 그나마 검찰에 의한 견제의 가능성이 있지만, 검찰수사과정에서의 가혹행위에 대해서는 견제할 마땅한 장치가 없는 것이 문제이다. 검찰의 자체 감찰이나 제석구 수사 그리고 재정신청(형소법 제260조)의 가능성 정도이다. 오늘날 경찰 못지 않게 많은 가혹행위가 검찰의 피의자신문과정에서 이루어지고 있다는 의혹을 앞에 두고 이러한 제도적 맹점은 매우 당혹스럽기까지 하다. 따라서 경찰을 비롯하여 검찰의 가혹수사에 대해 독립적으로 조사하여 처벌할 수 있는 제도적 장치의 마련이 필요하다. 만약 경찰의 수사권독립이 이루어진다면 검찰과 경찰 간에 상호간의 불법행위에 대한 상호견제(cross check)가 가능할 것이고 어느 정도 이런 효과를 거둘 수 있을 것이다. 그러나 더 바람직하기는 외부기관, 예컨대 국가인권위원회에 독립적인 조사권한을 주어 피의자신문과정에서 가혹행위가 있었다는 고발이나 진정이 있을 경우, 그리고 재판도중 시비가 불거진 경우에는 재판부의 결정에 의해 조사가 시작될 수 있도록 하는 제도적 장치의 마련이 절실히 요구된다.

④ 檢事 및 司法警察官에 대한 除斥·忌避制度

공정한 재판을 보장하기 위해 형사소송법은 판사 및 법원직원에 대한 제척·기피 제도를 두고 있다(제17조-제25조). 그러나 검사와 사법경찰관리 등 수사기관에 대한 제척·기피가 가능한지에 대해서는 명문의 규정이 없고 학설은 나뉘어져 있다.⁸⁸⁾ 수사기관에 대한 제척·기피의 문제는 주로 검사에 대한 제척·기피가 가능

88) 다만 현재 검사에게는 법무부 훈령으로 사건의 회피의무가 규정되어 있고(1998.12.29, 법무부훈령 제404호, 검사윤리강령 제8조), 사법경찰관의 경우에는 사법경찰관리집무규칙 제9조에 회피의무가 규정되어 있다. 사법경찰관리집무규칙 제9조(수사의 회피): 「사법경찰관리는 피의자·피해자 기타 관계인과 친족 기타 특별한 관계로 인하여 수사에 공정성을 잃을 염려가 있거나 또는 의심받을 염려가 있다고 인정되는 사건에 대하여는 소속관서의 장의 허가를 받아 그 수사를 회피하여야 한다.」

한지를 놓고 학설이 대립되고 있으나, 이 학설들의 견해는 사법경찰관에 대해서도 역시 동일하게 적용될 수 있다.

검사에 대해 제척·기피가 가능한 지에 대해, 부정설의 논거는 ① 검사는 당사자의 지위가 인정되므로 당사자를 제척·기피할 수는 없고, ② 검사동일체의 원칙에 의하여 검사의 체임이 언제나 가능하고, 검사가 교체되어도 소송법적 효과에는 영향이 없으므로 검사에게 제척·기피제도를 적용하여 특정 검사를 직무집행에서 배제해야 할 이유가 없다는 것 등이다.⁸⁹⁾ 반면 긍정설은 ① 검사는 대립당사자가 아니라 공익의 대표자로서 객관의무를 부담할 뿐만 아니라, ② 사법기관적 성격을 가지며, ③ 공정하고 신뢰받는 검찰권을 확립하기 위해서는 제척·기피제도가 검사에게도 적용될 필요성이 있다는 등의 이유를 든다.⁹⁰⁾

생각건대 수사의 주체자로서 검사(또한 사법경찰관)가 갖는 공익적 위치와 객관의무를 고려할 때 검사의 당사자적 지위나 검사동일체의 원칙을 앞세워 검사에 대한 제척·기피를 부인하는 것은 설득력이 떨어진다. 검사의 사법기관성과 독립관청성 그리고 공익의 대표자로서의 지위는 검사의 당사자적 지위나 검찰의 내부적 규율에 불과한 검사동일체원칙에 우선하는 가치라고 보아야 한다. 또한 형사절차에서 피의자신문이 갖는 중요성을 생각한다면 검사에 대한 제척·기피제도는 당연히 인정되어야 한다. 피의자의 입장에서 그 자신의 운명은 사실상 피의자신문단계에서 결정된다고 보아도 과언이 아니다. 따라서 검사는 재판에 임하는 법관에 준하는 객관성과 공정성을 가지고 피의자신문에 임하여야 하며, 사건수사의 불공정성과 편파성이 우려되는 사유가 존재할 때에는 법규상 당연히 사건수사에서 제척되거나 또는 피의자의 신청에 의해 기피될 수 있어야 한다. 형사소송법에 법관 및 법원직원에 준하는 검사 및 검찰직원에 대한 제척·기피제도가 도입되어야 한다. 또한 앞으로 경찰에게 - 최소한 일정부분 - 독자적인 수사권이 주어진다면 검사와 마찬가지로 사법경찰관에 대한 제척·기피제도도 도입되어야 함은 물론이다.

89) 강구진, 형사소송법 1982, 95면; 김기두, 형사소송법 1987, 59면; 신양균, 앞의 책, 358면; 이재상, 앞의 책, 89면; 임동규, 앞의 책, 55면; 정영석/이형국, 형사소송법 1996, 72면.

90) 배종대/이상돈, 앞의 책, 82면; 백형구, 형사소송법강의 2001, 115면; 송광섭, 앞의 책, 67면; 신동운, 앞의 책, 52면.

⑤ 被疑者의 辯護人과의 接見交通權 保障

수사기관을 상대로 힘겨운 싸움을 벌여야 하는 피의자의 입장에서 가장 큰 도움은 역시 법률전문가인 변호인의 조력을 받는 것이다. 변호인은 피의자에게 진술거부권, 고문을 받지 않을 권리, 조서열람 및 증감·변경 청구권 등 형사소송법상의 권리를 알려 줄 뿐만 아니라 심리적 안정을 찾아주고 구체적인 신문답변방법 등을 지도하며 위법수사여부 등도 감시하게 된다.⁹¹⁾ 변호인의 조력은 곧 피의자의 방어권을 보충하고 피의자신문에 있어서 무기평등의 원칙을 실현하는 길이 된다.

특히 체포·구속으로 인신이 속박된 피의자는 방어준비에 제약이 따르고 심리적으로 매우 불안한 상황에 처하며 수사기관의 강력한 추궁이 예상되기 때문에 변호인의 조력이 더욱 절실하게 필요한 입장이다.⁹²⁾ 그러나 체포·구속기간 동안 피의자를 압박하여 자백을 받아 내려는 수사기관의 입장에서는 가급적 외부와의 접견교통이 차단된 채 조사를 진행하기를 원한다. 게다가 체포된 피의자의 경우에는 48시간 내에 석방 또는 구속영장청구를 결정해야 하는 시간적 제약이 따르기 때문에 변호인과의 접견교통으로 인한 조사지연을 꺼리게 된다. 이런 이유 때문에 수사기관은 피의자를 구금장소로부터 조사실로 계속 소환·신문함으로써 사실상 접견교통을 어렵게 하거나, 수사방해 등을 이유로 접견을 연기 또는 불허하거나 심지어 접견내용을 청취함으로써 피의자와 변호인간의 접견교통을 방해하려고 시도한다.

그런데 우리 헌법은 누구든지 체포·구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다(제12조 4항 전단). 형사소송법에도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 인신구속을 당한 피의자와의 접견교통권이 보장되어 있다(제34조). 이러한 접견교통권은 체포·구속된 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있도록 하는 형사절차상 가장 중요한 권리이며, 변호인의 고유권 가운데서 가장 중요한 권리에 속한다.⁹³⁾ 물론 접견교통권도 기본권 제한의 범위 내에서 법률로 제한될 수 있음

91) 이은모, 수사절차에서의 변호권보장의 의미와 내용, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 266면; 정영일, 형사변호인제도의 개선방향, 형사정책 제7호(1995), 241-242면.

92) 헌재 1992.1.28, 91헌마111: 「헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것으로」

은 당연하다. 그러나 현행법상 피의자와 변호인의 접견교통은 이것을 제한하는 법률이 없기 때문에 아무 제한 없이 보장되고 있다. 법원의 결정이나 수사기관의 처분에 의하여도 변호인의 접견교통권은 제한될 수 없다.⁹⁴⁾

따라서 수사기관은 신문전이나 신문중이라도 변호인의 접견요청이 있을 경우에는 즉시 조사를 중단하고 먼저 접견을 허락하여야 한다. 그리고 변호인과의 접견교통은 감시 받지 않는 자유로운 접견교통과 비밀의 보장을 내용으로 하기 때문에, 입회나 감시, 수수한 서류나 물건의 압수는 허용되지 않는다.⁹⁵⁾ 만약 접견교통권을 수사기관이 침해하였을 경우에는 준항고제도(형소법 제417조)를 통해 침해행위의 취소를 구할 수 있고 또한 접견교통권을 침해한 상태에서 얻은 증거(특히 피의자의 자백)의 증거능력을 부인함으로써 접견교통권의 침해를 견제할 수 있다.⁹⁶⁾ 한편 임의동행형식으로 연행되어 조사 받는 피의자가 조사도중 자유로이 변호인을 접견할 수 있어야 함은 물론이다.⁹⁷⁾

93) 배종대/이상돈, 앞의 책, 128면; 이은모, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 267면; 이재상, 앞의 책, 132면; 임동규, 앞의 책, 88면.

94) 대판 1996.6.3, 96도18: 「접견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다.」

95) 헌재 1992.1.28, 91헌마111: 「변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이며 이러한 접견교통권의 충분한 보장은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통하여서만 가능하고 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능하다. 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.」

96) 대판 1990.9.25, 90도1586: 「헌법상 보장된 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하는 유죄의 증거에서 실질적이고 완전하게 배제하여야 하는 것인바, 피고인이 구속되어 국가안전기획부에서 조사를 받다가 변호인의 접견신청이 불허되어 이에 대한 준항고를 제기 중에 검찰로 송치되어 검사가 피고인을 신문하여 제1회 피의자신문조서를 작성한 후 준항고절차에서 위 접견불허처분이 취소되어 접견이 허용된 경우에는 검사의 피고인에 대한 위 제1회 피의자신문은 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태가 계속된 상황에서 시행된 것으로 보아야 할 것이므로 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다.」

97) 同旨 배종대/이상돈, 앞의 책, 262면; 백형구, 형사소송법강의 2001, 100면; 신동운, 앞의 책, 205면; 이재상, 앞의 책, 241면. 대판 1996.6.3, 96도18: 「변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 되므로, 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야 하고, 임의

입법론적으로 볼 때, 최소한 형소법 제282조의 필요적 변호사건에 해당하는 중대한 사건(사형·무기 또는 단기 3년 이상의 징역·금고)에 있어서는 피의자신문에 들어가기에 앞서 먼저 변호인과의 접견을 거치도록 하는 제도의 도입이 요청된다. 수사기관의 관행은 가급적 변호인과의 접견이 있기 전에 자백을 받아내려고 한다. 이는 변호인과의 접견교통 후에는 피의자신문이 그만큼 쉽지 않다는 것에 대한 반증이라고 할 것이다. 따라서 필요적 변호사건에 해당하는 중대한 사건에 있어서는 피해자의 이익을 위하여 변호인과의 접견교통이 먼저 이루어지도록 법으로 보장할 필요가 있다고 본다. 피의자에게 이미 변호인이 선임되어 있거나 또는 선임의사가 있는 경우에는 피의자의 요청에 의하여 즉시 접견요청의사를 통보하고, 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 국선변호인의 선임을 통해 변호인의 조력을 거친 후에 피의자신문이 개시될 수 있도록 해야 한다. 물론 이 문제는 피의자에 대한 국선변호제도의 확대가 선결조건으로 되어 있기는 하다.

2) 被疑者訊問調書作成時 適法節次 遵守

피의자신문조서의 작성절차와 관련하여 형사소송법은 몇 가지 중요한 적법절차규정을 설치해 놓고 있다. 피의자신문의 주체(제200조, 제241조, 242조), 신문에의 참여자 규정(제243조), 조서의 열람·낭독과 증감·변경 청구권의 보장(제244조)에 관한 규정이 그것이다.

① 被疑者訊問의 主體

형사소송법은 피의자신문의 주체로 검사와 사법경찰관⁹⁸⁾을 규정하고 있다(제200조, 제241조, 제242조). 이는 피의자신문이 검사와 사법경찰관의 주도하에 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 이 문제는 경찰과 검찰의 경우를 나누어 살펴보아야 한다.

동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우에도 이는 마찬가지이다。」

98) 여기서 사법경찰관은 경위 이상의 경찰관과 검찰청법 제47조 1항에 규정된 검찰주사·마약수사주사·검찰주사보·마약수사주사보 등과 별정직 공무원으로서 각급검찰청 검사장의 지명을 받은 공무원 중 5급 내지 7급 공무원(동법 제47조 2항)을 의미한다.

첫째, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰실무에서 피의자신문을 포함하여 사건수사는 사실상 사법경찰리가 주도하고 있는 실정이다. 이러한 수사현실을 감안하여 대법원도 사법경찰관사무취급이라는 개념을 사용해 사법경찰리가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하고 있다.⁹⁹⁾ 그리고 판례는 사법경찰관사무취급이 신문하고 작성한 조서는 형사소송법 제196조 2항과 이에 근거를 둔 사법경찰관리집무규칙 제2조에 의하여 사법경찰관리가 검사 등의 지휘를 받고 수사사무를 보조하기 위하여 작성한 서류라고 할 것이므로 이를 권한 없는 자가 작성한 서류라고 볼 수는 없다는 입장이다(대판 1982.12.28, 82도1080). 즉 검사가 수사지휘권을 갖고 있는 현재의 수사구조하에서 사법경찰리가 피의자를 신문하고 조서를 작성하였다하여 이를 위법이라고 볼 수는 없다는 것이다.

그러나 사법경찰관이 신문의 주체로 되어 있음에도 불구하고 사법경찰리 주도의 피의자신문을 적법한 것으로 인정하는 판례는 문제가 있다. 법을 개정하든지 아니면, 수사경찰간부의 수를 늘리고 독자적인 수사권한을 부여해 사법경찰관이 실질적으로 피의자신문을 주도할 수 있도록 제도의 개선이 뒤따라야 할 것이다. 수사에 실질적 책임을 지지 않는 사법경찰리 주도의 피의자신문을 사실상 용인함으로써 인권침해와 편파·불공정수사 시비가 끊이지 않고 있다는 점을 인식하여야 한다.

둘째, 검찰실무에서도 검사 주도에 의한 피의자신문은 거의 이루어지지 않는다. 과중한 사건부담에다가 철저한 공소유지까지 대비해야 하는 검사로서는 개별사건의 수사보다는 공소장 작성에 더 많은 시간을 할애하는 것이 현실이기 때문이다. 이는 송치사건을 거의 기계적으로 처리해야 하는 형사부검사의 경우 더욱 그러하다고 한다. 때문에 실무상으로는 대부분의 경우 ‘참여계장’이 주도적으로 피의자를 신문하고 조서를 작성하는 것이 굳어진 관행이다. 그런데 대법원은 경찰과 달리 검찰의 피의자신문에 대해서는 보다 엄격한 잣대를 들이댄다. 즉 판례는 “검찰주사가 검사의 지시에 따라 검사가 참석하지 않은 상태에서 피의자였던 피고인을 신문하여 작성하고 검사는 검찰주사의 조사 직후 피고인에게 개괄적으로 질문한 사실이

99) 대판 1982.12.28, 82도1080; 1981.6.9, 81도1357 등 참조.

있을 뿐인데도 검사가 작성한 것으로 되어 있는 피고인에 대한 피의자신문조서는... 검사의 서명, 날인이 되어 있다 하더라도 검사가 작성한 것이라고 볼 수 없으므로, 형사소송법 제312조 제1항 소정의 ‘검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당하지 않은 것임이 명백하다”(대판 1990.9.28, 90도1483)라고 하여 검사작성의 피의자신문조서가 되기 위해서는 검사가 직접 신문할 것을 요구하고 있다.¹⁰⁰⁾ 또한 최근에는 검찰 직원이 작성한 피의자신문조서에 대해 검사가 피의자를 상대로 개괄적인 확인만 했다면 비록 조서의 작성자가 검사로 되어 있다 할지라도 사실상 그 신문조서는 사법경찰관작성의 조서로 보아야 하기 때문에 피의자가 법정에서 진술내용을 부인하는 경우에는 유죄의 증거로 인정할 수 없다는 대법원판결이 나왔다. 즉 대법원은 판결문에서 “외관상 검사가 작성한 것으로 돼 있는 피고인에 대한 제1회 피의자신문조서는 검사가 임석하지 않은 상태에서 검찰주사와 수사보가 번갈아 가며 신문한 끝에 작성한 것이고, 검사는 이들이 조사를 마치고 자백하는 취지의 진술을 기재한 피의자신문조서를 작성해 가져오자 이를 살펴본 후 비로소 피고인이 조사를 받고 있던 방으로 가서 피의자신문조서를 손에 든 채 ‘이것이 모두 사실이나’는 취지로 개괄적으로 질문한 사실이 있을 뿐 피의사실에 관해 피고인을 직접·개별적으로 신문한 것이 아니므로 이 피의자신문조서를 형사소송법 제312조1항 소정의 ‘검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서’로 볼 수 없다”고 하였다(대판 2003.10.9, 2002도4372). 다만 다른 판례에서는 검사가 주도적으로 핵심적 사항을 신문하되, 검찰주사보가 문답조서를 작성함에 있어 검사가 동석한 상황에서 일부 불분명한 사실이나 일시, 장소 등 보조적 사실에 대한 신문에 그친 경우에는 검사작성의 피의자신문조서의 성립을 인정한 바 있다(대판 1984.7.10, 84도846).

결론적으로 판례는 검찰의 피의자신문에 있어서는 검사 주도하의 - 적어도 핵심적 사항에 대해서는 - 직접신문을 요구하고 있다.¹⁰¹⁾ 검사의 공익적 지위와 수사의 주재자로서의 위치를 생각할 때 또한 형사증거법상 검사작성 피의자신문조서의 증

100) 이 판례에 대한 평석은 이관형, 대법원판례해설 14호(91.11), 417면 이하.

101) 만약 검찰직원이 주도적으로 신문을 한 경우라면 이 경우 작성된 조서는 검사작성의 조서가 사법경찰관 작성의 조서로 보는 것이 옳을 것이다.

가능력이 상당히 높게 인정되고 있는 현실을 고려할 때 이런 판례의 요청은 당연한 것이라 할 수 있다. 검찰수사에 대한 신뢰도와 만족도를 높이기 위해서도 사건 당사자에 대한 검사의 직접신문은 요청된다. 검사에 의한 피의자신문을 강제하기 위해서는 피의자신문조서의 말미에 검사의 주도하에 직접신문이 이루어졌는지 여부를 피의자로부터 서명·날인에 의해 확인 받도록 하는 장치가 필요하다고 본다.

② 被疑者訊問에의 參與者規定

형사소송법은 검사와 사법경찰관이 피의자를 신문할 때에는 검찰청 수사관·서기관·서기 또는 사법경찰리 등을 참여시켜야 한다고 규정하고 있다(제243조). 이런 참여자규정을 둔 취지는 조서기재의 정확성과 신문절차의 적법성을 보장하기 위함에 있다.¹⁰²⁾ 경찰실무에서는 사법경찰리에 의한 단독 조사, 검찰실무에서는 참여계장에 의한 단독조사가 많이 문제된다. 사법경찰리의 경우 대법원이 인정한 사법경찰관사무취급이라는 개념에 의해 신문의 주체가 될 수는 있지만 단독조사는 참여자규정의 위반에 해당한다. 검사실의 참여계장이 사법경찰관에 해당하는 한 신문의 주체가 될 수 있을지는 모르지만 단독조사는 허용되지 않고, 더구나 검사작성의 피의자신문조서가 문제되는 경우에는 절대 신문의 주체가 될 수 없다는 것은 이미 앞에서 살펴 본 바와 같다. 비록 참여자 규정이 수사기관 상호간의 자기통제라는 점에서 적법절차 준수를 강제하는 데 한계가 있는 것은 사실이지만,¹⁰³⁾ 그럼에도 이러한 참여자규정을 위반하여 이루어진 피의자신문은 적법절차를 위반한 위법한 수사가 되지 않을 수 없다.¹⁰⁴⁾ 이렇게 위법수사를 양산하고 있는 법규정과 수사현실 간의 괴리를 제거하기 위해서는 형사소송법상 관련규정의 개정이 필요하다고 할 것이다. 다만 피의자신문단계에 변호인의 참여가 허용된다면 굳이 참여자규정의 준수를 고집할 필요는 없을 것으로 본다.

102) 배종대/이상돈, 앞의 책, 224면; 이재상, 앞의 책, 212면.

103) 배종대/이상돈, 앞의 책, 224면.

104) 이상돈 교수는 이러한 절차위반에서 작성된 피의자신문조서에 대해 위법수집증거로서 증거능력을 부인하나(이상돈, 앞의 책, 80면, 84면), 경찰수사현실을 고려할 때 그 증거능력을 부인하는 것은 무리라고 할 것이다.

③ 被疑者訊問調書の 閱覽 및 增感·邊境請求權

피의자신문조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 주어야 하고 오기가 없는지 물어 보아야 한다(형소법 제244조 2항 전단). 그리고 피의자가 증감, 변경의 요구를 하였을 때에는 그 내용을 조서에 기재하여 한다(동법 제244조 2항 후단). 이같이 형사소송법은 피의자에게 서명·날인전 피의자신문조서에 대한 열람권과 증감·변경 청구권을 보장하고 있다. 이는 조서내용의 정확성과 진술의 임의성을 보장하기 위한 장치이다.

그런데 수사실무에서 조서작성시 피의자의 진술이 그대로 조서에 기재되는 것은 아니다. 진술자의 진술취지나 요지를 기재한 것으로 족하기 때문이다.¹⁰⁵⁾ 바로 여기에서 조서작성자의 의도나 언어·어휘사용의 기교 등에 의해 범의를 추론케 하거나 특정한 뉘앙스를 풍기는 조서가 작성될 수 있다. 또한 신문자는 자신이 의도하는 대로 질문을 작성하여 신문과정에서 피의자의 답변을 일정한 방향으로 유도해 갈 가능성도 있다. 이러한 점등 때문에 피의자는 자신의 진술이 충분히 그리고 진지하게 청취되지 못하였다고 느낄 수 있고, 자신의 진의가 제대로 조서에 반영되지 못하였다는 불만을 가질 수 있다. 피의자는 조서의 열람을 통해 과연 사실이 그런지를 확인하고 불만이 있다면 증감·변경청구권의 행사를 통해 이를 시정할 수 있는 것이다. 대부분의 사건에서 검찰·경찰에서 작성된 피의자신문조서는 후일 법정에서 피고인의 유무죄를 가리는 가장 중요한 증거로 사용된다. 조서의 내용이 어떻게 작성되었는가는 피의자 본인에게는 매우 중대한 이해관계가 걸려 있는 문제인 것이다. 따라서 피의자신문이 끝난 후 피의자로 하여금 조서에 기재된 내용을 열람케 하고 원할 경우 증감·변경청구를 할 수 있도록 보장하는 것은 피의자의 방어권과 인권보호를 위해 매우 중대한 의미를 가진다고 할 수 있다.

조서의 열람과 증감·변경 청구권을 보장하지 않은 피의자신문조서에 대해서는 적법절차 위반을 이유로 한 위법수집증거로서 그 증거능력을 배척하여야 한다.¹⁰⁶⁾ 반

105) 검찰수사편람(상권), 대검찰청 1983, 220면; 수사절차론, 사법연수원 2002, 104면.

106) 백형구, 고시계 1995.11, 141-142면; 백형구, 형사소송법강의 2001, 408면; 신양균, 앞의 책, 127면. 반면 피의자신문절차 나아가 피의자신문작성상의 위법은 진술의 임의성의 한 내용으로서 논의되면 충분하고, 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 독립한 요건으로 고려할 필요는 없다는 견해도 있다. 박미숙, 피의자신문조서 작성절차의 위법과 증거능력, 형사정책연구소식 제35호(1996.5/6), 36면.

면 판례는 피의자신문조서를 작성함에 있어 기재내용을 알려주지 아니하였다 하더라도 제312조의 요건, 즉 성립의 진정이 인정되는 한 피의자신문조서의 증거능력은 인정된다는 입장을 취하고 있다(대판 1994.1.25, 93도1747; 1993.5.14, 93도486; 1988.5.10, 87도2716). 이러한 판례의 태도는 피의자보호를 위해서는 매우 불만족스러운 것이다. 자신에게 불리하게 사용될 증거를 스스로 확인하고 시정할 기회를 갖지 못한 경우에도 성립의 진정만을 이유로 그 증거능력을 인정하는 것은 피의자의 인권과 방어권을 중대하게 침해하는 것이기 때문이다.

3) 被疑者訊問時 人權保障을 위한 其他 制度的 裝置

이하에서는 위에서 살펴 본 내용 이외에 피의자신문과 관련하여 적법절차 준수를 강제하고 피의자의 인권을 보장하며 방어권을 강화하기 위해 도입이 요청되는 법적 장치들을 생각해 본다.

① 被疑者訊問에의 辯護人 및 家族·信賴人의 參與 保障

첫째, 변호인의 피의자신문 참여. 형사소송의 진행절차에서 피의자가 가장 위약한 위치에 처해 있는 시점이 바로 피의자신문단계이다. 유죄의 심증을 굳힌 수사기관으로부터 집요하게 추궁을 당할 뿐만 아니라 자백을 받아내기 위해 각종 강압과 회유를 동반한 신문기법이 동원되기 때문이다. 자칫 말을 잘못하면 꼬투리를 잡힐까 봐 함부로 대답하기도 쉽지 않은 상황이다. 이런 고립무원의 상태에서 피의자가 몇몇이 자신을 방어하고 무죄를 주장하기란 쉽지 않다. 그러나 만약 변호인이 곁에 있다면? 사정은 100% 달라진다. 변호인이 수사기관의 위법한 신문행태를 감시·견제할 뿐만 아니라 신문에 대한 적절한 답변을 지도해 줄 수 있기 때문에 신문자체를 유리하게 이끌어 갈 수도 있게 된다. 변호인의 존재자체가 곧 인권보장이요 방어권 강화라고 말할 수 있는 것이다. 결국 피의자신문에 변호인이 입회하는 것은 피의자에게는 수호천사가 호위하는 상황이요 수사담당자의 입장에서는 최악의 시나리오가 아닐 수 없다. 서울지검 고문치사사건 이후 형사소송법의 개정논의 중 가장 핵심사항도 역시 피의자신문에 변호인의 참여를 허용하는 문제였다. 변호인이 곁에 있었

다면 피의자가 가혹한 고문 끝에 죽어갈 이유가 없었기 때문이다.

우리 형사소송법은 피의자신문의 중요성, 피의자신문에 따르는 인권침해의 위험성에도 불구하고 피의자신문에 변호인의 참여를 허용하는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 물론 피의자신문조서의 기재사항에 대한 변호인의 이의제기권을 규정한 형사소송법 제48조 5항을 적극적으로 해석함으로써 변호인의 입회권에 대한 실정법적 근거가 될 수 있다는 견해¹⁰⁷⁾와 실질적 변호를 받을 것을 보장하고 있는 헌법상의 변호권 조항 및 구속된 피의자와의 접견교통권을 확대 해석함으로써 변호인의 참여권이 허용될 수 있다고 보는 견해¹⁰⁸⁾도 있지만 이러한 논거에서 바로 변호인의 참여를 요청할 수 있는 - 피의자 또는 변호인의 - 권리가 도출된다고 보기에는 무리가 있다.¹⁰⁹⁾ 우리 실무에서 이미 변호인의 참여가 부분적으로 시행되고 있기는 하지만,¹¹⁰⁾ 형사소송법의 개정을 통해 이제 더 이상 시혜적인 조치가 아니라 피의자와 변호인의 정당한 권리로 보장할 필요가 있다.¹¹¹⁾ 외국의 입법에¹¹²⁾를 보더라도, 미국에서는 1964년의 *Escobedo v. Illinois*판결과 1966년의 *Miranda v. Arizona*판결에 의하여 경찰·검찰의 피의자신문단계에 변호인의 참여권이 인정되고 있고, 독일에서는 검사의 피의자신문에 변호인의 참여가 인정되고 있다(StPO

107) 신동운, 앞의 책, 621면; 조국, 앞의 논문, 99면.

108) 차용석, 형사소송법 1997, 208면.

109) 백형구, 형사소송법강의 2001, 409면; 신양균, 앞의 책, 263면; 이은모, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 277면; 이재상, 앞의 책, 138면; 이재상/박미숙, 수사절차상 피의자의 변호에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1994, 108면.

110) 경찰은 지난 1999년 6월부터 피의자신문과정에 변호인이 참여할 수 있도록 업무지침을 마련하여 부분적으로 시행하고 있고, 검찰은 그동안 피의자신문과정에 변호인의 참여문제는 현재와 같이 제한된 구속기간을 가진 범죄에서는 시행이 곤란하므로 구속기간 연장과 참고인구인제도 등 형사사법제도의 보완이 선행되어야 하며 수사기밀누설 등에 대한 대비책이 마련되어야 한다는 이유 등으로 비판적인 입장을 보여오다가, 지난해 서울지검고문치사사건 이후로 변호인입회제도를 마련, 역시 부분적으로 시행하고 있다.

111) 同旨 배종대/이상돈, 앞의 책, 224면; 백형구, 앞의 논문, 139-140면; 백형구, 형사소송법강의 2001, 409면; 이재상/박미숙, 앞의 책, 107-109면; 임동규, 앞의 책, 162면; 송광섭, 앞의 책, 337면; 신동운, 앞의 책, 622면(해석상으로 가능하지만 입법론적으로 명확히 하자는 입장); 신양균, 앞의 책, 126면; 이은모, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 277-278면; 정영석/이형국, 앞의 책, 95면; 정영일, 앞의 논문, 245면; 조국, 앞의 논문, 99면.

112) 이재상/박미숙, 앞의 책, 100면 참조.

제163조a 3항 2문, 제168조c 1항 및 5항). 또한 한국내 미군의 법적 지위를 규정한 한미행정협정에도 변호인의 피의자신문참여권이 명문으로 규정되어 있다(동협정 제22조 9항, 동협정의 합의의사록 제22조 9항 마 참조).

피의자신문에 변호인이 참여하게 되면 인권침해를 예방하고 피의자의 방어권을 강화시킨다는 장점 외에도, 진술의 임의성과 피의자신문조서의 성립의 진정을 담보하고 나아가 법관면전조서에 준하는 정도의 높은 신용성과 증거능력을 부여할 수 있게 됨으로써 신속한 재판의 진행도 가능하게 된다.¹¹³⁾ 피의자신문에 변호인이 참여함으로써 수사기관이 갖는 어려움은 수사의 민주화, 적법절차 보장 그리고 피의자의 인권보장이라는 대전제 앞에 자리를 양보하지 않을 수 없다.

피의자신문에 변호인의 참여권이 인정된다면 그것은 검찰과 경찰의 피의자신문에 모두 허용되어야 한다. 경찰자백은 법정에서의 부인으로 증거능력이 없고(형소법 제312조 2항), 따라서 경찰의 불법·부당한 신문에 대한 법적 규제가 가능한 이상 경찰의 피의자신문에 대해서는 변호인의 참여권을 인정할 필요가 없다는 견해도 있다.¹¹⁴⁾ 그러나 피의자신문절차의 공정성과 진술의 임의성은 경찰조사 단계에서도 확보되어야 하고, 특히 실무에서 경찰에서의 진술이 검찰에서 번복되어 받아들여지는 것이 매우 어렵다는 사실을 고려하면 경찰단계의 피의자신문에도 당연히 변호인의 참여권이 인정되어야 한다.¹¹⁵⁾

변호인의 참여권은 피의자와 변호인 모두의 권리로 인정되어야 한다. 따라서 피의자의 요청이 있을 경우 당연히 그리고 변호인의 요청이 있을 경우에는 피의자의 반대의사가 없는 한 변호인의 참여가 법적으로 보장되어야 하며, 요청이 있음에도 불구하고 변호인의 참여 없이 신문이 이루어진 경우에는 피의자권리의 중대한 침해와 중대한 적법절차 위반으로 보아 진술의 증거능력을 부정해야 할 것이다. 다만 일정한 경우, 예컨대 피해자나 참고인의 생명·신체에 명백한 위협이 예상되는 경우 또는 명백히 수사의 목적을 방해할 경우 등의 제한사유를 엄격하게 정하여

113) 同旨 백형구, 피의자신문과 변호인의 참여권, 사법행정 1986.2, 7면; 백형구, 형사변호의 제문제, 외법논집 제3집(1996), 267면; 이은모, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 277면; 정영일, 앞의 논문, 245면.

114) 백형구, 수사단계에서의 변호활동, 대한변호사협회지, 1986.6, 30면.

115) 同旨 이은모, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 277면; 이재상/박미숙, 앞의 책, 108면.

변호인의 참여권을 형해화하지 않는 범위 내에서 참여권을 제한하는 것은 가능하다고 할 것이다.¹¹⁶⁾

한편 2003.11.11일 대법원은 서울지법의 재독 사회학자 송두율(宋斗律)씨에 대한 변호인 입회 불허 취소 결정에 대해 서울지검 공안1부가 낸 재항고를 기각하고 “변호인의 입회를 허용하라”는 매우 획기적이고 전향적인 결정을 내렸다. 대법원은 결정문에서 “누구든지 체포 또는 구속당할 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법 규정에 비취 구금된 피의자는 피의자 신문을 받을 때 변호인의 참여를 요구할 수 있고 수사기관은 이를 거절할 수 없다”고 밝혔다(대결 2003.11.11, 2003 모 402). 그리고 대법원은 “이번 결정은 宋씨 사건에만 국한하는 것은 아니고 모든 피의자에게 해당된다”면서도, 다만 변호인이 신문을 방해하거나 “수사 기밀의 누설 염려가 있을 만한 사정이 객관적으로 명백할 경우에는 검찰이 변호인 참여를 제한할 수 있다”고 경우에 따라서는 변호인 입회가 불허될 수 있음도 명확히 했다.

아직 변호인 입회권이 법률에 명문으로 규정되어 있지 않은 상황에서 대법원이 변호인의 입회를 원칙적으로 허용해야 한다는 첫 판단을 내림에 따라 다른 형사사건 피의자들에게도 이 원칙이 적용될 전망이고, 검찰도 대법원의 결정을 존중하겠다는 견해를 보이고 있어 앞으로 피의자 신문에 변호인의 입회는 돌이킬 수 없는 대세로 굳어질 전망으로 보인다. 다만 이번 대법원의 결정은 구속된 피의자의 경우로

116) 최근 법무부가 내 놓은 형사소송법 개정안은 변호인의 입회권을 보장하면서도 지나치게 예외사유를 포괄적으로 규정해 사실상 입회권을 형해화시킬 위험성이 있다. 즉 피의자를 체포·구속한 후 48시간 이내인 경우, 증거의 인멸·은닉·조작 또는 조작된 증거의 사용, 공범도주의 염려가 있는 경우, 피해자·참고인 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 대한 위험이 있는 경우 등에는 변호인의 참여 없이도 신문할 수 있도록 하고, 변호인이 신문에 개입하거나 수사에 현저한 지장을 초래할 때에는 변호인의 퇴거를 명할 수 있고, 변호인이 입회하더라도 피의자를 대신하여 답변하거나 신문을 제지 또는 중단시키는 등의 변호인이 신문에 개입하는 행위를 금지하고 있다. 그러나 변호인의 도움이 가장 필요한 때인 체포·구속 후 48시간 동안 변호인의 피의자신문 참여를 배제하는 것은 사실상 변호인의 입회권을 무의미하게 만드는 조치이고, 또한 구속사유인 증거의 인멸·은닉 등을 예외사유로 규정하게 되면 사실상 구속된 피의자의 경우 변호인의 입회권이 봉쇄될 가능성이 크다는 점에서 문제가 아닐 수 없다. 만약 법무부의 안대로 법개정이 이루어진다면 변호인의 참여는 불허가 원칙이고 입회가 예외가 될 가능성이 매우 크다. 시간적 제한을 없애고 불허사유를 최소화하여 실질적으로 변호인의 입회권이 보장될 수 있도록 법개정이 이루어져야 할 것이다. 역시 이러한 문제점의 지적은 이상희, 형사소송법 개정안에 대한 의견, JURIST 2003.3, 30-31면 참조.

한정하고 있어서 구속되지 않은 피의자에게까지 변호인 입회권이 보장될지는 미지수이다. 형사절차에서 피의자신문이 차지하는 중요성과 실무에서 피의자신문이 끝난 후 긴급체포 되는 수가 적지 않음을 고려할 때 변호인의 참여권은 비단 구속된 피의자의 경우뿐만 아니라 구속되지 않은 피의자의 경우에도 당연히 확대 보장되어야 할 것이다.

둘째, 가족 및 신뢰인의 피의자신문 참여. 가족 및 신뢰인은 피의자와 친밀한 신뢰 관계를 맺고 있는 사람을 말한다. 비록 이들이 피의자에게 법률적 조력을 제공할 수는 없지만, 이들의 피의자신문참여는 피의자에게 심리적 안정감을 가져다주고 수사기관의 위법·부당한 신문을 감시·예방하는 기능을 하게 된다. 또한 진술의 임의성도 보장이 가능하다. 물론 가족 등이 가족애에 집착함으로써 진실을 밝히는 데 장애가 될 수도 있지만, 경우에 따라서는 가족 등의 참여와 격려로 피의자가 자신의 범행을 순순히 뉘우치고 자백하는 효과도 거둘 수 있다. 피의자가 낯선 수사관의 면전보다는 가족 앞에서 오히려 진실해 질 수 있기 때문이다. 이러한 긍정적인 효과를 고려한다면 피의자신문에 가족 등의 참여를 법으로 보장하는 것은 입법론적으로 요청되는 일이라고 판단된다.¹¹⁷⁾

② 被疑者の 國選辯護權 保障

우리 헌법 제12조 4항 단서는 국선변호제도의 대상을 피고인으로 한정하고 있다. 때문에 우리 법규상 수사단계의 피의자는 국선변호를 청구할 수 없다고 보는 것이 일반적 견해이다.¹¹⁸⁾ 형사소송법도 체포·구속적부심사의 경우(제214조의2 9항)를 제외하고는 피의자에게 국선변호인제도를 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 반면

117) 同旨 최영승, 피의자신문에 있어서 적법절차의 법리에 관한 연구, 경희대학교 박사학위논문 2003, 231면 참조.

118) 이은모, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 271면. 반면 미국 헌법에서 the accused를 피고인만이 아니고 피의자·피고인을 포함하는 것으로 확대해석하는 것과 같이, 우리나라 헌법 제12조 4항 단서의 형사피고인도 피의자를 포함하는 것으로 넓게 해석하여 피의자에 대한 국선변호제도를 인정하지 않고 있는 형사소송법을 위헌으로 보아야 한다는 주장도 있다(문홍주, 변호인의 조력을 받을 권리, 법제연구, 제2권 1호(1992), 122면; 차용석, 형사소송법 1997, 214면 참조).

미국이나 독일에서는 수사단계에 있는 피의자에 대한 국선변호인의 선임이 가능하도록 되어 있다.¹¹⁹⁾

앞서도 여러 번 강조된 바와 같이 피의자가 피의자신문단계에서 변호인의 법률적 조력을 받는 것은 재판단계에서의 그것 이상으로 중요하다. 유죄의 결정적 증거로 사용되는 자백진술의 대부분 이 단계에서 이루어지기 때문이다. 그러나 현실적으로는 경제적 이유 등으로 변호인을 선임할 수 없어 피의자신문단계에서 변호인의 조력을 받는 피의자는 많지 않은 것이 사실이다. 따라서 국가가 사회국가적 기본이념을 실천하고 피의자신문에 있어서 인권보장과 당사자대등주의를 실현하기 위해서는 피의자에게도 국선변호제도를 확대할 필요성이 인정된다.¹²⁰⁾ 또한 본고가 앞서 주장한 바와 같이 일정범죄(필요적 변호사건에 해당하는 중대범죄)의 수사에 있어서는 반드시 변호인과의 접견을 먼저 거친 후에 피의자신문이 이루어지도록 하기 위해서나, 피의자신문에의 변호인 참여가 법으로 보장될 경우 그 적용을 확대하기 위해서도 피의자에 대한 국선변호제도의 확대가 필요하다.

피의자에 대한 국선변호제도를 도입하더라도 현실적으로 어느 범위의 피의자까지 국선변호제도를 인정할 것인지에 대해서는 견해가 갈린다. 사형·무기 등의 중대한 사건에 한정하자는 견해,¹²¹⁾ 구속된 피의자에게만 인정하자는 견해,¹²²⁾ 피의자에게 형사소송법 제33조의 피고인에 대한 국선변호인 선정사유가 존재하거나 피의사건이 제282조의 필요적 변호사건에 해당하는 경우에 인정하자는 견해,¹²³⁾ 피의자가

119) 피의자의 국선변호선임제도에 대한 미국, 독일의 입법예에 대해서는 이재상/박미숙, 앞의 책, 114면-122면 참조.

120) 同旨 강구진, 앞의 책, 143면; 배종대/이상돈, 앞의 책, 131면; 백형구, 외법논집 제3집(1996), 270면; 백형구, 형사소송법 1998, 637면; 신양균, 앞의 책, 397면; 이은모, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 272면; 이재상, 앞의 책, 138면; 이재상/박미숙, 앞의 책, 125면; 정영석/이형국, 앞의 책, 96면; 정영일, 앞의 논문, 247면. 한편 국제인권규약 제14조 3항과 국제연합의 피구금자보호준칙의 원칙 제17조 제2항 등에서 피의자국선변호제도가 확인되고 있으므로, 동규약 및 그 의정서의 가입국이며 국제연합가입국인 우리나라는 피의자국선변호제도를 채택해야 할 국제법적 의무를 지고 있다는 견해도 있다(정영일, 앞의 논문, 247면).

121) 강구진, 앞의 책, 143면.

122) 백형구, 외법논집 제3집(1996), 270면; 백형구, 형사소송법 1998, 637면.

123) 이은모, 한양대 법학논총 제14집(1997.10), 272면; 이재상, 앞의 책, 138면; 이재상/박미숙, 앞의 책, 125면; 정영일, 앞의 논문, 247면.

구속된 사건 중 제33조 또는 제282조에 해당하는 경우에 인정하자는 견해¹²⁴⁾ 등이 있다. 사형·무기 등의 중대한 사건에만 한정하는 것은 피의자의 변호 받을 권리를 지나치게 제한하는 결과가 된다. 구속된 피의자에게 변호인의 조력이 절실히 필요한 것은 사실이지만, 구속되지 않은 피의자에게도 무기평등의 원칙을 실현하고 인권이 보장된 가운데 피의자신문을 받도록 하기 위해서는 반드시 변호인의 도움이 필요하다고 해야 한다. 이런 점에서 피의자에 대한 국선변호제도는 중대사건이나 피의자의 인신이 구속된 경우로만 한정할 것은 아니다. 다수견해가 주장하는 바와 같이 피의자에게 형사소송법 제33조의 국선변호인 선정사유가 존재하거나 피의사건이 필요적 변호사건에 해당할 정도로 중대한 경우에는 국선변호제도를 적용하는 것이 바람직하다.

③ 搜查機關 作成 被疑者訊問調書の 證據能力의 制限 必要性

현재 경찰에서는 경찰작성의 피의자신문조서의 증거능력을 검찰의 그것과 같게 상향조정해 줄 것을 요구하고 있다. 그러나 이 문제는 수사단계에서 피의자의 인권 보장과 관련하여 매우 신중한 검토가 요청된다. 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 규정하고 있는 형사소송법 제312조 1항을 문제점을 살펴보면 그 해답이 나올 것이다.

결론적으로 검찰수사단계에서 인권친화적 피의자신문이 이루어지기 위해서는 형사소송법 제312조 1항이 보다 엄격한 방향으로 개정되어야 한다. 동조항에 따르면 검사작성의 피의자신문조서는 성립의 진정과 진술의 특신상태가 인정되면 피고인의 법정부인에도 불구하고 유죄의 증거로 사용될 수 있다. 범행을 부인하는 법관면전진술보다 전문진술을 앞세워 피고인을 유죄로 판단할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 것이다. 비록 범조일원화가 주장된다고는 하나, 수사기관인 검사 앞에서의 진술을 법관면전진술보다 앞세울 수 있도록 한 제312조 1항 단서는, 피고인의 이익을 불모로 지나치게 수사 및 재판의 편의를 지향한 것으로서 위헌의 소지가 다분하다.¹²⁵⁾ 더구나 현재 검찰수사실무에서 피의자나 참고인에 대한 신문이 주로 참여

124) 대한변협의 견해, 피의자 국선변호인제도 도입을 위한 형사소송법 개정 건의, 대한변협 인권보고서 2001, 388면 참조.

계장에 의해 이루어지고 있는 현실을 고려하면 단순히 검사명의로 되어 있는 조서라 하여 특별히 높은 증거능력을 부여하고 있는 것은 큰 문제가 아닐 수 없다.

이 문제에 대해 우리 헌법재판소는 ‘제312조 1항 단서는 피의자의 인권보호와 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로서 그 합리적 이유가 인정된다’는 이유로 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 적이 있다(헌재 1995.6.29, 93헌바45 전원재판부 다수의견 참조). 그러나 같은 판결에서 소수의견은 同조항 단서가 ‘소추기관인 검사에 의해 법관의 재판이 왜곡될 가능성을 열어 놓고 있고, 또한 수사기관인 검사로 하여금 자백확보에 주력하게 함으로써 헌법상의 고문금지, 불리한 진술거부권 등의 명문규정을 형해화할 위험성이 있다’는 이유로 위헌임을 밝히고 있다.

생각건대 소수의견이 우리의 수사·재판현실을 정확히 직시한 것으로서 인권보호를 위해 타당한 견해라고 생각한다. 밀행적이고 강압적인 검찰의 수사관행, 피의자·피고인을 공격하는 검사의 대립적 위치를 고려할 때 어떠한 경우에도 검사 앞진술에 대해 법관면진진술과 동등한 또는 더 높은 증거자격과 신빙성을 부여하는 것은 옳지 못하다고 본다.¹²⁵⁾ 특히 우리 대법원이 검사작성의 피의자신문조서에 대해 공판정에서 성립의 진정이 인정되면 특신상태는 반증이 없는 한 추정된다는 입장을 취하여 특신상태의 부존재에 대한 입증책임을 피고인에게 전가하고 있기 때문에(대판 1986.9.9, 86도1177 참조), 실무상 특신상태가 부인되는 경우는 거의 없다는 데에 문제의 심각성이 있다. 앞의 헌법재판소판결의 소수의견도 특신상태가 없다는 이유로 증거능력이 부인된 예는 1995년까지 약 40년 동안 3-4건에 불과하다는 점을 잘 지적하고 있다. 그리고 특신상태가 인정된 검사작성의 피의자신문조서에 대해 증명력을 부인하는 것이 더 어려운 일이라는 것은 어렵지 않게 짐작이 간다. 이러한 메카니즘에 따라서 검사는 자백을 강요하는 강압수사의 유혹을 쉽게

125) 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 규정하고 있는 형사소송법 제312조 1항에 대해서는 광주지법이 사기죄로 재판을 받고 있던 피고인측의 위헌법률심판제청을 받아 들어 2003.2.17일 헌법재판소에 위헌법률심판제청이 제기되어 있는 상태이다.

126) 원본증거인 피고인의 진술보다 전문증거인 자백조서의 신빙성을 앞세울 수 있도록 한 형소법 제312조는 범죄투쟁의 효율성을 지나치게 고려한 것으로서 직접주의에 대한 중대한 침해가 된다는 비판은 배종대/이상돈, 앞의 책, 568면.

받게 되고, 일단 검사 앞에서 자백한 피고인은 법정에서 범행을 완강히 부인함에도 불구하고 거의 예외 없이 유죄로 판결되고 있는 것이 현실이다.¹²⁷⁾

헌법적 관점에서 볼 때에도, 수사단계에서 자백위주의 수사관행이 유지되어 피의자의 진술거부권 및 고문·가혹행위를 당하지 않을 권리가 침해당할 위험성이 매우 높고, 재판단계에서는 검사의 입증책임을 부당하게 덜어주고 열악한 위치에 처한 피고인을 차별하여 평등권을 침해하고 있다. 또한 피고인의 법정진술 보다 전문진술을 앞세울 수 있도록 하는 것은 공판정중심주의 및 구두변론주의를 침해하여 결국 피고인의 공정한 재판을 받을 헌법상의 권리를 침해하는 것이다. 형사소송법의 대전제는 10명의 진범을 놓치는 한이 있더라도 1명의 억울한 범인을 만들지 않는 소극적 진실주의에 있다. 수사가 어려워지고 재판부담이 늘어난다고 해서, 제도적으로 인권침해적 수사관행을 조장하고 억울한 범인을 만들 수 있는 장치를 그냥 방치해서는 안 된다.

입법론적으로 개정 방향은 분명하다. 현재 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 경찰작성의 그것과 마찬가지로 끌어내려 법정에서 피고인이 그 내용을 인정하는 경우에만 인정하는 것이다.¹²⁸⁾ 검사작성의 피의자신문조서와 경찰작성의 피의자신문조서의 증거능력을 통일함으로써, 경찰수사에서 피의자가 순순히 자백함에도 불구하고 재판과정에서 피고인이 부인할 것을 대비하여 검사가 재차 피의자신문조서를 작성하는 불편과 수사력의 낭비를 제거할 수 있는 장점도 있다. 그 대신 변호인이 피의자신문에 참여하여 작성된 조서에 대해서는 그 작성주체가 검사이든 사법경찰관이든 구별 없이 진술의 임의성과 성립의 진정, 높은 신용성이 담보될 수 있으므로 무조건적으로 증거능력을 인정하는 것이 바람직하고, 그렇게 함으로써 수사실무에서 변호인의 피의자신문참여가 활성화되고 재판진행이 신속화 되는 궁

127) 역시 이러한 문제점의 지적은 신동운, 공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장 - 수사기록 열람·등사권 확보를 중심으로, 2002년.12.9. 형사실무연구회발표논문, 9면.

128) 비슷한 취지 배종대/이상돈, 형사소송법, 578면; 계경문, 형사소송법 제312조에 관한 소고, 외법논집 제3집(1996.12), 520면-522면; 신동운, 형사소송법 1993, 622면; 이동명, 피의자신문조서의 증거능력, 호남대 논문집 제21집(2000.12), 337면. 구두변론주의에 배치되고 서면심리주의의 길을 열어 놓고 있는 제312조를 폐지하는 것이 바람직하다는 견해로는 손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구 II(1994), 268면.

정적인 효과를 거둘 수 있을 것이다.

④ 違法한 被疑者訊問에 대한 搜查公務員의 民·刑事責任 強化

피의자신문과정의 위법행위로 피의자의 인권을 침해하고 국가에 손해를 야기한 수사공무원에 대한 민·형사책임을 강화하는 것도 위법한 피의자신문을 예방할 수 있는 조치가 된다.

첫째, 위법한 피의자신문에 대한 형사책임.

사법권을 행사하며 체포·인신구속의 직무를 담당하는 수사공무원은 높은 인권의식과 준법의식 그리고 고도의 직업윤리를 갖출 것이 요구된다. 형법은 수사공무원의 직무범죄와 관련하여 직권남용죄(제123조), 불법체포·감금죄(제124조), 폭행·가혹행위죄(제125조) 등을 규정해 놓고 있고,¹²⁹⁾ 이들 범죄는 모두 형사소송법상 제정신청의 대상이 된다(형소법 제260조). 수사공무원이 피의자신문을 위한 출석을 확보하기 위하여 피의자를 참고인이라고 속여 출석케 한 경우, 임의동행을 가장했으나 폭행·협박 등을 사용해 사실상 강제적으로 피의자를 연행한 경우, 자진출석한 피의자의 퇴거를 막은 경우, 피의자신문 중 진술을 강요하기 위해 물리적 폭력이나 가혹행위가 행사된 경우 등에 이들 죄의 적용이 가능하다. 지금까지 수사공무원의 불법행위에 대해서는 문제를 삼지 않거나 비교적 관대하게 처분했던 것이 사실이다. 그러나 이제부터라도 수사공무원의 인권침해행위에 대해 철저히 진상을 파악하고 엄격한 형사책임을 묻는다면 수사의 효율성과 합목적성만을 내세운 위법한 피의자신문의 관행은 상당부분 줄어들 것으로 판단된다. 또한 수사기관 스스로에 의한 진상규명과 사법처리에는 한계가 있기 때문에 독립기관인 국가인권위원회에 수사과정의 불법행위에 대한 실질적인 조사권을 부여하는 것이 바람직하다.

둘째, 위법한 피의자신문에 대한 민사책임.

국가배상법에 의하면 국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 손해를

129) 또한 형법 제124조 및 제125조를 범하여 치상 또는 치사의 결과를 야기한 수사공무원은 특정범죄가중처벌등에관한법률에 의해 가중처벌된다(제4조의2).

배상하여야 한다(제2조 1항). 그리고 이 경우에 공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있을 때에는 국가가 그 공무원에게 구상할 수 있다(동조 2항).¹³⁰⁾

지금까지는 수사기관의 불법행위에 있어서 공무원 개인에 대해서는 주로 행정징계나 형사책임만이 문제되었고, 민사책임은 국가배상법에 의하여 국가가 주로 지는 것이 관행이었다.¹³¹⁾ 그러나 최근에는 검사나 수사공무원 개인의 민사책임을 묻는 판례가 생겨나고 있다. 예컨대 1997.4.30일 서울지법은 히로뽕을 만들어 판 혐의로 구속 기소되었다가 무죄를 선고받은 피해자가 수사관의 가혹행위에 대하여 수사검사를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 수사검사에게 수사활동에 대한 지휘·감독의 책임을 물어 원고일부승소판결을 내린 예¹³²⁾가 있고, 2000년.4.26일 서울지법은 박종철군 고문치사사건에 대한 책임을 물어 검찰이 당시의 치안본부장을 비롯하여 수사에 관여한 전직경찰관 등을 상대로 국가가 박씨 유족들에게 지급한 손해배상액을 지급하라는 소송에서 원고일부승소판결을 내린 바가 있다(서울지법 2000.4.26, 99가합82752). 또한 안기부의 간첩조작 사건으로 유명한 수지 김 사건에서도

130) 국가배상법에 의한 국가책임은 민법상의 사용자책임(민법 제756조)과는 달리 무과실로 인한 면책을 인정하지 않고 위법이 있으면 반드시 책임을 지도록 하고 있으며, 공무원에게 고의 또는 중과실이 있는 경우에 한하여 구상권을 인정하고 있는 점에서 경과실의 경우에도 구상권을 인정하는 민법상의 사용자책임과 차이를 가지고 있다.

131) 예컨대 2002.7.24일 서울지법 제9민사부는 체포와 수사과정에서 경찰관으로부터 폭행을 당했다며 박모씨가 국가를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 “경찰관들이 박씨를 체포하는 과정이나 수사과정에서 허위진술 또는 자백을 강요하면서 폭행을 가해 늑골 골절 등의 상해를 입히고 박씨의 정당한 치료 요구를 거부한 것은 불법행위”라며, 원고의 청구를 기각한 원심을 깨고 “국가는 박씨에게 위자료 1,000만원을 지급하라”며 원고 일부승소 판결을 했다(연합뉴스, 2002.7.24).

132) 서울지법 민사 합의14부 1997.4.30일 히로뽕을 만들어 판 혐의로 구속 기소됐다 무죄를 선고받은 박모씨가 당시 수사검사였던 車모 검사를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 “車검사는 박씨에게 2백80만원을 지급하라”고 판결했다. 지금까지 수사기관의 불법 행위에 대해 국가의 손해배상 책임을 인정한 사례는 있었지만 수사를 담당한 검사 개인에게 손해배상책임을 묻은 것은 이번이 처음이다. 재판부는 판결문에서 “수사관들이 박씨를 여관에 감금해 족쇄를 채우고 수사한 것은 인권옹호와 합법적 수사활동의 의무를 저버린 것”이라며 “車검사는 수사관들의 수사활동에 대해 지휘·감독할 의무가 있는 만큼 불법 가혹행위로 인해 박씨가 받은 피해를 배상할 책임이 있다”고 밝혔다. 그리고 “재판과정에서 수사관계자들이 마약사범의 특수성 때문에 족쇄 등을 관행처럼 이용했다고 주장했으나 피의자 인권옹호를 위해 불법적인 수사관행이 개선돼야 한다는 판단에서 이처럼 판결했다”고 밝혔다. 구속 기소된지 4개월만에 법원에서 무죄를 선고받고 풀려난 박씨는 “91년 12월 마약 수사관들에 의해 여관으로 연행돼 수감. 족쇄가 채워진 채 자백을 강요받았다”며 3억 6천여 만원을 지급하라는 소송을 냈었다(중앙일보 1999.5.1일자 보도 참조).

국가는 법원의 판결에 의해 20여년간 간첩 가족으로 몰려 고통받은 유족들에 대해 42억원의 위자료를 배상한 뒤, 당시 사건수사와 조작에 관여했던 책임자들에 대해 구상권 청구소송을 제기하는 한편 그들 소유의 부동산 등에 대해 가압류의 조치를 취하기도 했다.

이렇게 직접 수사검사나 수사공무원 개인에게 인권침해수사에 대한 민사책임을 묻는다면 위법한 수사관행에 많은 변화가 있을 것으로 예상된다. 개인의 경제적 손실을 감내하면서까지 위법한 수사를 감행하려고 하지는 않을 것이기 때문이다.

4) 强制搜查와 人權保障

강제수사는 강제처분에 의한 수사를 의미한다(형소법 제199조 1항 단서). 여기서 강제처분은 형사절차의 진행과 형벌의 집행을 확보하기 위해 강제력을 사용하는 것을 말한다. 강제수사는 임의수사에 비해 피의자의 인권 및 권리를 침해할 위험성이 크기 때문에 형사소송법 또는 기타 특별법에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 허용된다(강제수사법정주의). 그리고 그 허용요건과 함께 그리고 적법절차가 반드시 준수되어야만 한다. 강제수사의 전형적인 예로는 체포(체포영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범 체포)·구속, 압수·수색·검증·감정을 들 수 있고 통신감청이나 비디오·사진촬영 등도 강제수사의 영역으로 들어온다.

경찰수사에 있어서 강제수사는 검찰을 경유한 영장청구 절차를 거치도록 되어 있어 법원의 통제와 아울러 이종의 통제 하에 놓여 있는 셈이다. 앞으로 경찰에게 독자적 수사권이 주어진다면 독자수사의 실효성을 보장하기 위해 경찰에게도 직접적인 영장청구권이 부여되어야 함은 앞서 언급한 바와 같지만, 이러한 문제와는 무관하게 수사현장에서 강제수사를 집행함에 있어 피의자의 인권을 보장하고 적법절차를 준수하기 위한 많은 노력이 요구된다. 이하에서 몇 가지 문제점을 살펴본다.

① 緊急逮捕의 濫用 防止

피의자의 신병을 확보하기 위하여 긴급체포가 남발되고 있음은 앞서도 이미 지적한 바 있다. 긴급체포의 경우 경찰은 사전에 검찰의 지휘를 받지 않고 독자적인

판단에 따라 집행에 착수할 수 있고, 또한 피의자를 긴급체포한 경우에는 48시간 동안 긴급체포된 자의 소유·소지·보관하는 물건에 대하여 영장 없는 압수·수색·검증이 가능하기 때문에(형소법 제217조 1항) 경찰의 입장에서는 긴급체포가 매우 편리한 강제수사임에 틀림없다. 이러한 요인들이 수사실무에서 긴급체포가 영장에 의한 체포를 제치고 남발되는 중요한 이유이다. 더구나 경찰수사 실무에서는 피의자도 아닌 참고인을 수사에 잘 협조하지 않는다는 이유로 긴급체포하는 사례까지 발생하고 있는 보고되고 있어 그 남용이 매우 심각한 상황임을 짐작할 수 있다. 긴급체포는 용어 그대로 체포영장에 의한 정상적인 체포가 불가능한 상황에서 사태의 긴급성에 기초해 예외적으로 허용되는 특별한 조치이다. 예외적인 조치가 일반화되는 것은 피의자의 인권보장과 법치국가적 관점에서 용납될 수 없는 현상이다. 앞으로 형사소송법의 개정에서 긴급체포의 허용요건을 엄격하게 하고(예컨대 임의출석한 자의 긴급체포 불허) 긴급체포 후 즉시 사후영장을 청구하거나 피의자로 하여금 체포적부심을 청구하게 하는 등 사후통제를 강화해야 할 것이지만, 수사실무에서도 긴급체포의 집행은 가능한 자제되어야 할 것이다.

② 逮捕·拘束時 미란다原則의 遵守

피의자를 체포·구속할 경우에는 일정한 절차를 준수해야 한다. 즉 피의자에게 영장을 제시하고(형소법 제85조, 제209조), 범죄사실의 요지, 체포·구속이유, 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(형소법 제72조, 제209조). 이러한 절차의 불이행은 체포·구속자체를 위법한 공권력의 행사로 전락시킨다. 우리 대법원도 일관되게 이유고지 없는 체포·구속은 불법한 것으로 보고 있다(대판 2001.3.9, 2001 도 229¹³³⁾; 2000.7.4. 99도4341¹³⁴⁾; 1994.3.11, 93 도 958¹³⁵⁾). 그러

133) 대판 2001.3.9, 2001 도 229: 「군사법원법 제250조에 의하면, 군사법경찰관리가 현행 범인을 체포할 경우에는 같은 법 제112조 소정의 피의사실의 요지, 진술거부권, 변호인을 선임할 수 있다는 고지를 하도록 규정하고 있으므로, 군사법경찰관리가 현행범인 체포시 이러한 고지를 하지 아니하였다면 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로써 증거능력이 부인된다.」

134) 대판 2000.7.4. 99 도 4341: 「헌법 제12조 제5항 전문은 ‘누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.’는 원칙을 천명하고 있고, 형사소송법 제72조는 ‘피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다.’고 규정하는 한편, 이 규정은 같은 법

나 실제 수사현장에서 이러한 적법절차가 얼마나 준수되고 있는 지는 의문이다. 특히 마약사범의 검거 등에는 위험성이 따른다는 이유로 영장제시 및 고지의무의 준수가 제대로 지켜지지 않고 있고, 경우에 따라서는 무고한 시민을 폭행하여 체포하는 사례까지 발생하고 있다.¹³⁶⁾ 이렇게 미란다원칙을 미준수함으로 인한 위법한 체포·구속 및 인권침해의 사례가 정확히 어느 정도 되는지 알 수는 없으나 상당한 정도의 압수가 있을 것으로 추정된다. 체포·구속시 인권을 보장하고 특히 무고한 사람을 범인으로 오인하여 체포·구속하는 사례 등을 방지하기 위해서는 체포·구속현장에서의 미란다원칙의 철저한 준수가 요망된다.

③ 逮捕現場에서의 令狀 없는 押收·搜索·檢證의 制限

검사 또는 사법경찰관은 피의자·피고인을 체포·구속하는 현장에서 필요하면 영장 없는 압수·수색·검증을 할 수 있다(형소법 제216조 1항 및 2항). 이는 수사

제213조의2에 의하여 검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 체포하거나 일반인이 체포한 현행범인을 인도받는 경우에 준용되므로, 사법경찰관이 현행범인으로 체포하는 경우에는 반드시 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 할 것임은 명백하며, 이러한 법리는 비단 현행범인을 체포하는 경우뿐만 아니라 긴급체포의 경우에도 마찬가지로 적용되는 것이고, 이와 같은 고지는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이나, 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우이라도 일단 붙들거나 제압한 후에는 지체 없이 행하여야 한다.

- 135) 대판 1994.3.11, 93 도 958: 「피의자를 구속영장 없이 현행범으로 체포하든지 긴급구속하기 위하여는 체포 또는 긴급구속 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포 또는 긴급구속할 수 없다.」
- 136) 한국일보 2001.8.23자 보도: 「전주지검 검찰 수사관들이 산책 중인 무고한 시민을 마약사범으로 오인, 검거하는 과정에서 부상을 입혀 말썽을 빚고 있다. 23일 오후7시50분께 부산 부산진구 당감동 부산상고 부근에서 전주지검소속 마약수사관 10여명이 산책을 하던 박모(48)씨를 마약사범인줄 알고 검거하려다 갈비뼈가 부러지는 등 중상을 입혔다. 박씨는 “수사관들이 갑자기 앞을막아 10여m 달아났으나 뒤쫓아와 다리를 걸어 넘어뜨렸다”며 “수사관들에게 ‘사람을 잘못 봤다’고 항변했지만 20여분간 ‘범행을 자백하라’며 폭행을 가하고 몸을 뒤지다 히로뽕 등 증거물을 발견하지 못하자 폭행을 멈췄다”고 밝혔다. 박씨는 인근에 있던 112 순찰차에 도움을 요청했으나 경찰관은 검찰수사관들이 “공무수행 중”이라고 밝히자 그 자리를 떠났다. 전주지검 관계자는 “칠성과 소속 마약사범 검거를 위해 집선예정 장소에서 잠복근무를 하던 중 용의자와 비슷한 인상착의의 박씨가 나타나 신분을 확인하려 했으나 박씨가 들고 있던 자동차 팬벨트로 수사관을 때리고 달아나 물리적 충돌이 빚어졌고 이 과정에서 박씨가 넘어져 상처를 입었다”고 해명했다.」

기관이 피의자를 체포·구속하는 경우 체포현장에서 야기될 수 있는 위험을 방지하고, 피의자가 증거를 인멸하는 것을 방지하기 위하여 긴급행위로서 허용된다는 것이 다수설적 견해이다.¹³⁷⁾ 여기서 영장 없는 압수·수색·검증이 가능한 ‘체포현장’이 되기 위해서는, 우선 체포와 이들 행위사이에 시간적 접촉이 있어야 하고, 압수·수색·검증의 장소가 피체포자의 신체와 그의 직접적 지배 아래 있는 장소에 국한되어야 한다. 주로 문제가 되는 것은 피의자·피고인이 압수·수색·검증을 할 당시에 현장에 있어야 하는가, 피의자·피고인을 체포하는 데 성공하였음을 요하는가, 체포하기 직전에 압수·수색·검증도 허용되는가 하는 점이다. 여기에 대해서는 i) 체포행위에 시간적·장소적으로 근접해 있으면 되고 체포 전후를 묻지 않는다는 시간적·장소적 접촉설,¹³⁸⁾ ii) 압수·수색·검증 당시에 피의자·피고인이 현장에 있어야 한다는 현장설,¹³⁹⁾ iii) 피의자·피고인이 수색·검증 장소에 있고 체포가 현실적으로 착수되어야 한다는 체포착수설,¹⁴⁰⁾ iii) 피의자·피고인이 현실적으로 체포되는 경우에 한하여 영장 없는 압수·검증이 가능하다는 체포설¹⁴¹⁾ 등이 나뉘고 있다.

수사실무는 체포현장에서의 영장 없는 압수·수색·검증을 가장 폭넓게 인정하는 시간적·장소적 접촉설을 따르고 있는 것으로 판단된다. 그러나 당사자의 기본권 침해를 동반하는 강제수사는 원칙적으로 법원에 의한 영장통제를 받아야 하고 그 예외는 엄격하게 제한된 범위 내에서만 인정되어야 한다는 점, 우리 형사소송법에 사후영장에 의한 압수·수색·검증이 규정되어 있다는 점(제216조 3항, 제217조 2항 단서) 등을 고려할 때 영장 없이 행해지는 압수·수색·검증은 피의자·피고인이 실제 체포되었을 때로 한정하는 것이 바람직하다(체포설의 입장). 만약 시간적·장소적 접촉설에 따라 영장 없는 압수·수색·검증을 폭넓게 인정할 경우에는

137) 신양균, 형사소송법 2000, 214면; 이재상, 형사소송법 2002, 280면; 임동규, 형사소송법 2003, 229면.

138) 김기두, 형사소송법 1987, 212면; 임동규, 형사소송법 2003, 229면; 정영석/이형국, 형사소송법 1996, 214면.

139) 백형구, 형사소송법강의 2001, 230면.

140) 신양균, 형사소송법 2000, 216면; 이재상, 형사소송법 2002, 281면; 차용석, 형사소송법 1997, 306면.

141) 강구진, 형사소송법원론 1982, 221면; 배종대/이상돈, 형사소송법 2001, 304면; 신동운, 형사소송법 I 1997, 244면.

강제수사에 대한 사법부의 통제가 그만큼 약화되고 인권 및 기본권 침해의 위험성은 상대적으로 증대하게 된다. 실제로 최근에 사법경찰리 2인이 마약사범을 긴급체포하기 위하여 피의자의 집에 갔다가 마침 그가 부재중이자 동거녀에게 체포의도를 말한 뒤 집안을 압수·수색하고, 수색 결과 찾아낸 주사기와 마약샘플 등을 기초로 동거녀의 신체를 검증(팔뚝에 주사자국이 있음을 확인)한 뒤 동거녀를 긴급체포한 사실이 발생, 국가인권위원회에 인권 및 기본권 침해를 이유로 한 진정서가 접수된 사실도 있었다. 만약 이 사안에서 집에 대한 압수·수색과 신체에 대한 검증이 동거녀 당사자의 동의 하에 이루어졌다면 임의수사로서 별 문제가 없을 것이지만, 상황의 개연성으로 보아 사법경찰리는 동거녀에게 피의자에 대한 체포의도만을 통보한 뒤 동거녀의 의사를 묻지 않고 압수·수색·검증에 착수했을 가능성이 매우 크다.

이렇게 영장 없는 압수·수색·검증으로 인한 인권 및 기본권 침해를 최소화하기 위해서는 반드시 피의자·피고인에 대한 체포가 먼저 착수된 경우에만 무영장 압수·수색·검증이 가능하도록 하고, 만일 체포에 실패하였을 경우에는 즉시 사후영장을 청구하여 발부 받도록 하는 것이 바람직하다. 이런 부분에 대한 수사기관 스스로의 의식 및 관행의 변화도 중요하지만, 법원의 엄격하고 철저한 사후통제가 이루어져 영장주의의 예외에 대한 한계를 일탈하였다고 판단될 경우에는 위법수집 증거로서 그 증거의 증거능력을 전면 부인하는 쪽으로 판례의 태도를 변경할 것이 요구된다.

V. 結 論

1. 이상 살펴본 바와 같이 검찰·경찰간의 수사권 배분은 권력의 분산과 견제를 통한 법치국가이념의 실현 및 수사권의 정치적 중립성 확보, 실체적 진실발견과 사법정의의 실현, 수사기관간의 견제와 균형을 통한 피의자의 인권보호, 수사현실과 법제도의 불일치 제거, 사법경찰조직의 발전 등을 위해 반드시 성취되어야 할 형사사법분야의 중요한 개혁과제 중의 하나이다. 다만 수사기관을 손아귀에서 놓지 않으려는 정치권의 의중과 그간의 기득권을 지키려는 검찰의 이해관계가 맞아 떨어져 단시간 내에 검·경간에 수사권의 배분이 이루어질 것으로 전망하기는 어렵다. 또한 역설적으로 표현해 ‘경찰 수사권 독립의 가장 큰 장애는 경찰 자신’이라고 말할 수 있을 정도로 현재의 경찰모습에 대한 국민의 신뢰가 낮은 것도 사실이다. 그러나 우수한 경찰인력의 확보와 수사전문인력의 양성, 피의자신문과정에서 변호인 참여권의 확대, 자문변호사제도의 도입, 봉사하는 경찰상의 확립과 공정한 경찰권의 행사 등 자체의 역량강화와 인권의식의 향상, 그리고 긍정적 경찰상의 확립 등을 위해 꾸준히 노력한다면 수사권의 독립도 반드시 실현 불가능한 과제는 아닌 것으로 판단된다. 또한 법과 정의의 원칙에 충실해야할 수사기관이 끊임없이 정쟁의 시비에 휘말리는 것을 막기 위해서는 당분간 정치적 사건에 대한 수사를 독립된 제3의 기관에 맡기는 방안도 진지하게 고려해 볼 수 있을 것이다.

결론적으로 수사의 공정성 확보 및 인권보장을 위한 바람직한 수사권 배분의 모델을 제시한다면 다음과 같다.

- ① 검찰과 경찰이 공히 수사권의 주체가 되어야 하며, 수사에 있어서 양 기관은 협력하도록 상호협조 의무를 형사소송법에 규정하여야 한다. 기타 검찰과 경찰의 상명하복 관계를 강요하는 불평등 조항은 모두 삭제되어야 한다.
- ② 경찰이 1차적 수사권을 갖되, 검찰은 2차적 수사권을 가지며 원칙적으로 공소 제기·유지임무에 전념하도록 한다. 그리고 검찰은 2차적 수사권 및 공소권을 가지고 경찰 수사결과의 타당성, 적법성 및 인권침해 여부를 철저히 견제·감시한다.

- ③ 경찰의 독자적 수사권은 원칙적으로 모든 범죄수사에 대해 인정되어야 하며, 검찰의 간섭 없는 독자적 수사가 가능하도록 법원에 대한 직접적 영장청구권도 보장되어야 한다.
- ④ 일정 범위 내에서는 경찰에게 독자적인 사건종결권도 인정되어야 한다. 다만 사건관계인에게 검찰항고권을 부여하여 경찰의 잘못된 수사결과를 시정할 수 있는 제도적 장치를 마련한다.
- ⑤ 수사기관이 정치적 시비에 휘말리는 것을 방지하기 위해 당분간은 정치적으로 민감한 사건에 대한 수사는 특별검사에게 맞기는 방안을 적극 검토할 수 있다.

2. 작년 발생한 서울지검의 피의자 고문치사사건은 아직 인권존중의 철학이 뿌리내리지 못한 우리의 수사현실을 그대로 보여준 사건이었다. 사법정의를 지향하는 수사기관의 수사활동에 있어서 실제적 진실발견 못지 않게 중요한 것은 수사과정에서 적법절차를 준수하고 인권을 존중하는 것이다. 더불어 수사의 공정성이 전제되어야 함은 물론이다. 아직 우리나라에서 경찰수사는 공정성 및 인권보장의 측면에서 국민의 기대를 만족시키지 못하고 있다. 향후 경찰수사의 공정성을 확보하고 인권존중의 수사관행을 정착시키기 위해서는 다음과 제도적 장치의 마련과 절차의 준수가 요청된다.

- ① 수사간부의 양성과 수사참여의 확대를 통해 사법경찰관 주도의 수사체계가 확립되어야 한다. 인권의식과 법률지식을 겸비한 사법경찰관을 양성하는 한편 외부에서 적정한 수의 인재수혈을 통해 사법경찰관의 자질향상을 도모하는 것도 전체 수사경찰의 질을 높이고 경찰의 자질에 대한 일반의 염려를 불식시키는 효과적인 방안이 될 수 있을 것이다.
- ② 사법경찰과 행정경찰의 분리, 엄격한 선발절차와 전문화 교육을 통해 사법경찰권을 행사하는 수사경찰의 전문화와 내부적 독립성을 확보해야 한다.
- ③ 경찰항고제도(송치전 이의제도)의 확대실시·정착을 통해 경찰수사에 대한 공정성과 신뢰도를 확보해야 한다.
- ④ 출석요구를 받은 피의자가 충분한 답변준비를 할 수 있도록 하기 위해서는 출석취지를 명확히 통보해야 하고, 최소한 48시간의 시간적 여유를 주어야 하며,

허위사실의 고지는 금지되어야 한다. 과도한 출석요구는 지양되어야 하며, 특히 구속된 피의자에 대하여 반복된 출석요구를 통해 사실상 자백을 강요하는 것은 허용되지 않는다. 임의출석한 자를 긴급체포하는 관행도 불법한 것으로서 금지되어야 한다.

- ⑤ 진술거부권은 반드시 신문 전에 명확한 방법에 의하여 피의자에게 고지되어야 하며, 부동문자에 의한 고지는 효력이 없다고 해야 한다. 인정신문의 경우에도 진술거부권의 고지는 필요하다.
- ⑥ 가혹수사를 근절하기 위해서는 외부인의 참여를 허용해 피의자신문의 밀행적 성격을 희석시켜야 하고, 신문도 개방적이고 접근이 용이한 장소에서 이루어지도록 해 신문장소의 지나친 폐쇄성을 제거해야 한다. 또한 가혹수사의 일종인 밤샘수사를 법으로 금지시켜야 하며, 독립된 기관을 통해 신문과정의 인권침해 행위에 대한 수사 및 처벌이 가능하도록 해야 한다.
- ⑦ 공평한 피의자신문이 보장되기 위해서는 법원에 준하는 정도의 검사 및 사법경찰관에 대한 제척·기피제도가 법으로 규정되어야 한다.
- ⑧ 피의자와 변호인과의 접견교통권은 절대적으로 보장되어야 하며, 특히 필요적 변호사건에 해당하는 중대한 사건에 있어서는 변호인과의 접견이 먼저 있는 후에 신문이 이루어지도록 법에 규정할 필요가 있다.
- ⑨ 피의자신문에 있어서 검사·사법경찰관 주도하의 직접신문이 이루어져야 하며, 참여자 규정의 준수 및 피의자에 대한 조서열람 및 증감·변경 청구권의 보장이 철저하게 지켜져야 한다.
- ⑩ 피의자신문에 있어서 인권침해를 방지하고 무기평등의 원칙을 실현하기 위해서는 변호인의 입회권이 법으로 보장되어야 하며, 가족 및 신뢰인의 참여도 허용되어야 한다.
- ⑪ 변호인의 조력을 통한 피의자보호를 강화하기 위해서는 피의자에 대해서도 국선변호제도가 확대되어야 한다.
- ⑫ 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 경찰의 그것과 같게 제한함으로써, 공판정중심주의를 확대하고 자백강요 중심의 검찰수사관행을 견제하며 이중수사로 인한 수사력의 낭비와 국민불편을 해소할 필요성이 있다.

- ⑬ 위법한 피의자신문을 행한 수사공무원 개인에 대한 민·형사책임을 강화해야 한다.
- ⑭ 강제수사로 인한 인권침해를 최소화하기 위해서는 긴급체포의 남용을 제한하고, 체포·구속시 현장에서 미란다원칙을 철저히 준수토록 하며, 체포현장에서의 영장 없는 압수·수색·검증이 최소한의 범위 내에 머물도록 해야 한다.

參 考 文 獻

1. 형사소송법 교과서

- 강구진, 형사소송법, 1982
- 김기두, 형사소송법, 1987
- 백형구, 형사소송법강의, 2001
- 송광섭, 형사소송법, 1999
- 신동운, 형사소송법 I, 1997
- 신동운, 형사소송법, 1993
- 신양균, 형사소송법, 2000
- 영정철, 형사소송법, 1980
- 이상돈, 형사소송법, 1999
- 이상돈, 사례연습 형사소송법, 2001
- 이재상, 형사소송법, 2001
- 임동규, 형사소송법, 2003
- 진계호, 형사소송법, 2000
- 정영석/이형국, 형사소송법, 1996
- 차용석, 형사소송법, 1997
- Hans-Heiner Kühne, Strafprozeßlehre, 4. Aufl., 1993
- Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung, 4. Aufl., 1999
- Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 43. Aufl., 1997
- Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., 1995

2. 형사소송법 연구논문

- 김균보, 수사절차에 있어서 피의자의 인권보장, 경북대 박사논문 1993
- 김성돈, 미란다법칙과 위법수사통제방안, 형사법연구 14호(2000.12)
- 김용세, 현행 수사권체제의 문제점과 개선방안, 대전대 사회과학논문집 제19권 제1

호 통권 제32호(2000.5)

- 김주원, 특별검사법의 필요성과 입법방안, 인권과 정의, 1997.6(제250호)
- 김희옥, 진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서와 위법수집증거, 고시계 1997. 8
- 계경문, 형사소송법 제312조에 관한 소고, 외법논집 제3집(1996.12)
- 문홍주, 변호인의 조력을 받을 권리, 법제연구, 제2권 1호(1992)
- 박미숙, 국제인권기준과 현행 형사절차, 한국형사정책연구원 2000
- 박미숙, 피의자신문조서 작성절차의 위법과 증거능력, 형사정책연구소식 제35호 (1996.5/6)
- 박승진/최석윤/이경재, 각국의 검찰제도, 형사정책연구원, 1998
- 박정섭, 경찰수사의 선진화를 위한 수사권 독립에 관한 연구, 수사연구, 1992. 2
- 배영곤, 일반국민의 시각에서 본 경찰수사권독립, 수사연구, 1992. 10
- 백형구, 수사기관의 피의자신문·피고인신문, 고시계 1995. 11
- 백형구, 피의자신문과 변호인의 참여권, 사법행정 1986. 2
- 백형구, 형사변호의 제문제, 외법논집 제3집(1996)
- 봉 욱, 철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력, 형사판례연구(7) 2000
- 서보학, 수사권의 독점 또는 배분 - 경찰의 수사권 독립요구에 대한 검토, 형사법 연구, 제12권, 1999. 11
- 서보학, 참고인 허위진술죄와 참고인 구인제도, 대한변협신문 제71호(2002.12.16)
- 서보학, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안, 형사법연구 제20호 (2003)
- 손동권, 수사독립권, 경찰에게 보장하여야 한다, 시민과 변호사, 1994년 11월호(통권 제10호)
- 손동권, 자치경찰제도의 시행과 경찰수사권독립의 문제, 자치경찰제 도입에 따른 쟁점과 도입방향, 경실련 자치경찰제 대토론회 자료집, 1999
- 손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구 II(1994)
- 신동운, 공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장 - 수사기록 열람·등사권 확보를 중심으로, 2002년.12.9. 형사실무연구회발표논문

- 신의기/강은영, 범죄수사절차상 피의자의 인권침해 현황조사, 한국형사정책연구원, 2002
- 신환철/손봉선, 한국 경찰의 중립화 방안, 전북대학교 사회과학연구23, 1997. 2
- 이관형, 대법원판례해설 14호(91.11)
- 이기호/양문승, 수사요원전문화방안, 치안연구소, 1996
- 이동명, 피의자신문조서의 증거능력, 호남대 논문집 제21집(2000.12)
- 이상희, 형사소송법 개정안에 대한 의견, JURIST 2003. 3
- 이은모, 피의자 인신구속제도의 정비방안, 2002년도 한국형사법학회 동계학술대회 발표자료집
- 이은모, 수사절차에서의 변호권보장의 의미와 내용, 한양대 법학논총 제14집 (1997.10)
- 이재상/박미숙, 수사절차상 피의자의 변호에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994
- 이재홍, 진술거부권의 고지가 결여된 피의자신문조서 등의 증거능력, 사법행정 1995. 5
- 이태연, 검찰과 경찰의 수사권 배분에 관한 연구, 고향법학 제3호, 2001. 5
- 이 현, 수사권 독립논의에 앞선 당면과제, 수사연구, 1992. 3
- 전원배, 미국 특별검사제도의 내용과 문제점, 현안분석 제98호, 1995년
- 정 완/이진국, 수사권독립 논의에 대한 검토, 형사정책연구, 2003, 제14권 제2호 (통권 제54호)
- 정영일, 형사변호인제도의 개선방향, 형사정책 제7호(1995)
- 조 국, 헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차의 인권, 고시연구 27권 4호(2000.4)
- 차용석, 완전독립보다 일정형벌 이하 범죄에 수사권 부여 바람직, 수사연구, 1992. 3
- 최영승, 피의자신문에 있어서 적법절차의 범리에 관한 연구, 경희대학교 박사학위논문, 2003,
- 표창원, 영국경찰의 위상과 운영체계에 관한 고찰, 한국경찰연구, 제1권 제1호, 2002. 6
- 허 영, 검·경 수사권 다툼을 보며, 동아일보 시론, 1999.5.8자
- 황희철, 인권과 수사권의 통제, 법률신문, 1998.6.18, 제2702호.

- Hans Lillie, Das Verhältniss von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, ZStW 1994.

3. 기타 자료

- 각국의 수사제도 및 실태 비교, 법무부자료, 법률신문, 1999.5.13, 제2788호, 13면
- 검찰수사편람(상권), 대검찰청 1983
- 경찰백서, 경찰청, 2002
- 국무조정실 정책평가위원회, 2003년도 상반기 정부업무 평가결과 종합보고서
- 국민을 위한 사법개혁, 참여민주사회시민연대 사법감시센터, 1996
- 대한변호사협회, 인권보고서 2001(제16집)
인권보고서 2002(제17집)
- 범죄분석, 대검찰청, 2002,
- 수사절차론, 사법연수원, 2002
- 자치경찰제의 이해, 경찰개혁위원회, 1999
- 차용석, 형벌권 남용으로부터의 자유, 1993

연구보고서 2004-22

범죄수사의 공정성과 인권보장 방안연구

2004년 9월 발행

2004년 9월 인쇄

발행인 : 류 정 선

발행처 : 치 안 연 구 소

경기도 용인시 구성읍 언남리 88번지

인쇄처 : 대 한 문 화 사

(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안연구소 공식 견해가 아님을 밝혀둡니다.