2017년도 하반기
치안정책연구소 학술세미나

국민을 위한 수사구조 개혁과 경찰의 과제

2017. 11. 22.(수)
13:30 ~ 17:30
국회의원회관 제3세미나실

공동 주최

국회의원 **표창원**

치안정책연구소
POLICE SCIENCE INSTITUTE

축사

오늘은 1년 중 첫 눈이 내린다는 '소설(小雪)'입니다.

점차 쌀쌀해지는 날씨에도 「국민을 위한 수사구조개혁과 경찰의 과제」를 주제로 개최되는 세미나에 많은 분이 참석해 주셔서 진심으로 감사드립니다.

아울러, 경찰에 늘 관심과 성원을 보내주고 계시며 오늘 행사를 공동주최하신 표창원 의원님, 세미나 준비에 힘써준 경찰대학장 및 치안정책연구소장, 발표와 토론을 위해 소중한 시간을 내어주신 사회자, 발제자, 토론자 여러분께도 감사의 인사를 전합니다.

오늘날 국민주권 시대를 맞아, 현재의 독점적이고 왜곡된 형사사법체계를 '견제와 균형의 원리'에 따라, 인권을 보호하고 국민 편익을 증진할 수 있는 방향으로 새롭게 재편해야 한다는 요구가 대단히 높습니다.

경찰은 국민과 가장 가까운 수사기관이자, 형사사법절차의 '출발점'입니다. 경찰 수사를 통해 사건 해결의 큰 방향이 대부분 결정된다는 점에서 그 중요성이 남다릅니다.

멀지 않은 시기에 현실로 다가올 수사구조개혁에 대비하여, 경찰은 법과 원칙에 따라 맡겨진 역할과 책임을 다하는 진정한 '국민의 경찰'로 거듭나기 위해 과감한 개혁을 추진하고 있습니다.

경찰관 개개인의 역량과 인권의식을 제고하여, 차분하고 냉정하게 사건의 실체를 파악하고 국민의 인권을 보다 확실하게 보호하겠습니다.

변호인의 참여권을 실질적으로 보장하고, 강제수사를 최소화 하는 등 수사절차와 제도 역시 부단히 개선할 것입니다.

자의적인 수사권 행사나 권한남용을 방지할 수 있는 공정하고 독립적인 통제 · 감독 시스템도 확립하겠습니다.

앞으로, 사회 각계의 다양한 의견에 귀를 기울이고, 국민을 위한 올바른 방향으로 경찰개혁을 추진해 나가겠습니다.

오늘 세미나가 경찰 발전과 함께 수사구조개혁 완수를 위한 중요한 계기가 될 것으로 기대하며, 참석하신 모든 분들의 소중한 고견을 나누는 알찬 시간이 되었으면 합니다.

감사합니다.

2017. 11. 22.

경찰청장 **이 철 성**

환영사

안녕하십니까? 경찰대학장 서범수입니다.

사회 각 분야에서 미래 대한민국을 위한 활발한 변화가 진행되는 가운데 우리 대학 치안정책연구소에서 '국민을 위한 수사구조개혁과 경찰의 과제'를 주제로 학술 세미나를 개최하게 된 것을 매우 뜻깊게 생각합니다.

특히, 우리 경찰대학과 경찰수사 발전에 크게 기여하시고 오늘 행사도 함께 주최하신 표창원 의원님께 깊은 감사를 드리며,

바쁜 일정에도 소중한 시간을 할애하시어 오늘 세미나를 진행해 주실 각 세션별 사회, 발표자 및 토론자 분들과 이 자리에 함께하신 여러분들께 환영과 감사의 말씀을 전합니다.

수사구조개혁은 경찰만의 문제가 아니라 우리 '국민'이 '주인'으로서 보다 바람직한 형사사법체계를 정립하기 위한 매우 중요한 과제입니다.

공정하고 전문적인 수사제도를 확립하고 한 쪽에 치우치지 않는 균형 있는 수사 활동이야말로 국민에게 신뢰받는 치안서비스로 이어지고 나아가 인권보호의 초석이 될 것입니다.

경찰대학과 치안정책연구소는 그간 수사구조개혁, 민주적 경찰운영 등을 주요 연구주제로 삼고, 치안정책의 비전을 제시하는 선도적인 역할을 담당해 왔습니다.

특히, 연구소에서는 영국의 수사절차법, 일본 · 독일의 수사제도 등을 꾸준히 분석하는 등 높아진 시민의식에 부합하는 수사제도를 연구하고 있습니다.

선진 외국의 사례를 참조하여 수사절차 개선의 방향성을 확인하고 합리적인 수사제도 구성방안을 논의해 보는 것은 공정하고 공감 받는 수사의 밑거름이 될 것이라 생각합니다.

오늘 이 자리는 그간의 연구를 함께 이해하고 더욱 공감 받는 방향을 설계하기 위하여 마련되었습니다.

아울러, 이번 세미나를 통해 바람직한 수사제도를 설계하고 많은 분들과 공유함으로써 국민지향적인 입법과 정책이 이루어졌으면 합니다.

행사 준비에 많은 노력을 해 주신 표창원 의원실과 치안정책연구소 관계자 여러분들께 깊은 감사의 말씀을 드리며, 참석하신 모든 분들의 앞날에 큰 발전이 있기를 기원합니다.

2017. 11. 22.

경찰대학장 **서 범 수**

2017년도 하반기
치안정책연구소 학술세미나

국민을 위한 수사구조개혁과 경찰의 과제

목차

제1주제

수사절차법 제정의 필요성과 방향 — 김면기(치안정책연구소 연구관) ····· 1

제2주제

경찰수사의 독립성 · 중립성 확보를 위한 수사체제(구조) 재설계 — 황문규(중부대 경찰행정학과 교수) ····· 27

2017년도 하반기
치안정책연구소 학술세미나

국민을 위한 수사구조개혁과 경찰의 과제

제1주제

수사절차법 제정의 필요성과 방향

김면기(치안정책연구소 연구관)

수사절차법 제정의 필요성과 방향*

김 면 기**

Ⅰ. 들어가며

1. 논의의 배경 및 문제 제기

그동안 수사구조개혁에 대한 논의는 대부분 '누가' 수사를 하는가에 초점을 두고 진행되어 왔다. 1990년대 후반부터 수사기관(경찰·검찰)은 수사 지휘권 문제를 놓고 본격적으로 대립해왔는데, 최근에는 수사·기소 업무 분리와 헌법상 영장청구권 폐지 문제로 범위가 확대되었다. 정치권의 논의는 조금 더 폭넓다. 수사권 조정 문제와 함께 고위공직자범죄수사처(이하 '공수처') 설치 논의도 비중 있게 다뤄지고 있는데, 최근에는 공수처의 규모와 구성방식을 두고 치열한 논쟁이 이어지고 있다.[1] 수사기관과 정치권의 논의는 결국 수사의 주체를 어떻게 구성할 것인가와 밀접한 관련이 있다고 할 수 있다. 이와 함께 논의되는 수사기관의 독립성, 정치적 중립성 보장 문제들도 비슷한 맥락이라고 할 수 있다.

이러한 논의는 물론 중요하다. 현대 민주주의 사회에서는 단지 입법·행정·사법의 전통적인 삼권분립을 넘어 기능적 권력분립도 중요시 되고 있기 때문이다.[2] 집행 권력인 행정권도 특정 기관이나 부처가 독점할 것이 아니라, 그 권한을 나눔으로서 권력 남용을 제한하고 견제와 균형을

* 본 발제문은 현재 경찰대학 치안정책연구소(소장 진교훈)에서 진행 중인 '수사절차법 제정 연구'의 일부를 발췌한 것입니다 (김기헌, 강성용, 김면기 연구관 공동 연구). 본 발제문 작성 과정에서 많은 조언을 해주신 분들(김영수 치안정책연구부장, 탁광오, 김혁, 박상민, 이상엽)께 감사드립니다.

** 치안정책연구소 경찰연구관, 법학박사(S.J.D.), 뉴욕주 변호사

1) 여당인 더불어민주당은 공수처를 적극 추진하고 있는 반면, http://www.mediatoday.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=139246 (2017.11.1. 방문), 야당에서는 공수처가 무소불위(無所不爲)의 권력으로 될 우려가 있다며 반발하고 있다. http://news1.kr/articles/?3104570 (2017.11.1. 방문).

2) 허영, 헌법이론과 헌법(신8판), 박영사, 2017, 777-778, 864-866, 982-988면.

이루는 것이 바람직하다. 이러한 원칙은 범죄행위를 밝히고 처벌하는 국가의 형사사법기능에도 동일하게 적용된다. 바로 이 때문에, 문재인 대통령이 지난 경찰의 날 "검경 수사권 조정은 국민의 인권보호를 위해 꼭 해야 할 일입니다"라고 언급한 것으로 보인다.[3)]

하지만, 이와 같은 노력들만으로 수사권 남용을 제한하고, 궁극적으로 국민의 인권보호를 달성될 수 있을까? 나아가 현재의 수사 환경 개선에 필요한 논의를 모두 포함하는가? 그렇다고 보기는 어렵다. 수사권은 본질적으로 남용의 가능성이 크기 때문에 수사권의 구체적인 발동 요건·기간·방법 등이 보다 엄격하게 규율될 필요가 있다. 또한 수사권은 가장 중요한 기본권 중 하나인 신체의 자유를 직접적으로 제한하기 때문에 더욱 주의 깊게 다루어져야 한다. 이는 수사기관들이 '어떻게' 수사를 해야 하는가, 즉 수사절차를 구성하는 구체적인 법령들에 대한 논의라고 할 수 있다. 하지만 현재의 수사구조개혁 논의들은 '누가' 수사를 하는가에 주로 초점이 맞춰져 있고, '어떻게' 수사를 해야 하는가에 대해서는 충분한 논의가 이루어지지 않고 있다.

이와 관련된 논의가 전혀 없는 것은 아니다. 최근 들어 수사기관들은 경쟁적으로 수사절차 개선안을 발표하고 있는데, 다수의 개선안들이 수사단계에서의 인권보호를 위한 수사관행 변화와 관련이 있다. 경찰은 지난 6월 16일 경찰 외 인사들로 구성된 경찰개혁위원회를 출범시킨 후, 체포·구속제도 개선, 변호인 참여권 강화 등을 발표해오고 있다.[4)] 검찰의 행보도 유사하다. 지난 9월 19일 검찰개혁위원회가 활동을 시작하였는데, 얼마 전 발표된 첫 권고안은 검찰의 조사과정에서의 변호인이 조언할 권한을 보장하라는 내용이었다.[5)] 이와 같은 수사기관의 활발한 움직임은 과거의 소극적인 태도에 비해 분명 고무적이다.

하지만 이러한 노력은 여러 측면에서 한계가 있다. 첫째, 헌법상 기본권 제한의 법률유보원칙을 충족시키기 어렵다.[6)] 신체의 자유를 직접적으로 제한하는 수사절차는 단지 수사실무의 행정적인 변화를 넘어서 법률차원에서 세밀하게 논의·개선되어야하기 때문이다. 둘째, 최근의 개혁

3) http://mbn.mk.co.kr/pages/news/newsView.php?category=mbn00006&news_seq_no=3366324 (2017.11.1. 방문).

4) http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2017061601071203025001; http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20170913000159; http://mbn.mk.co.kr/pages/news/newsView.php?category=mbn00009&news_seq_no=3288238 (2017.11.1. 방문).

5) http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2017102618478253807&ref=https%3A%2F%2Fsearch.naver.com (2017.11.1. 방문).

6) 아래에서 설명하는 바와 같이 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 법률유보원칙을 의미한다. 이는 헌법 제12 제1항("누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다")에서 규정한 형사절차법률주의와도 관련이 있다. 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 51면. 거의 동일한 의미로 이해되지만, 기본권 제한의 법률유보원칙이 보다 일반적으로 사용되고, 형사절차법률주의라는 용어는 그다지 널리 쓰이지 않으므로, 여기서는 기본권 제한의 법률유보원칙에 중점을 두어 설명하고자 한다.

논의들은 수사절차 전반을 종합적·균형적 다루기보다는, 특정 사안들에 다소 편향된 경향이 있기 때문이다. 예를 들어 피의자 신문과정에서의 변호인 참여권 실질화가 경찰·검찰에서 모두 집중적으로 논의되고 있지만, 현실적으로 변호인이 수사기관의 조사과정에 참여하는 비율은 0.3%에 불과하다.[7] 때문에 이러한 변호인 참여권이 대폭 확대된다고 해도, 얼마나 많은 피의자들이 직접적인 혜택을 볼 수 있을지 의문이다. 마지막으로, 개혁이 촉발된 동기를 살펴보면 수사기관들이 노력이 완전히 자발적이라고 볼 수만은 없다. 최근의 움직임은 수사권 조정 국면에서 여론의 지지를 얻기 위한 측면이 크기 때문에, 변화의 동력이 얼마나 지속할 것인지는 여전히 미지수다.

종합하면, 수사구조개혁 논의에서 수사의 주체가 아닌 수사의 절차에 대한 개선논의는 충분하지 않다. 최근 들어 수사기관들의 노력이 감지되고 있지만 여러 측면에서 한계가 있다.

2. 논의의 초점

오늘 논의의 주제인 '수사절차법 제정의 필요성과 방향'은 이와 같은 문제의식에 기반하고 있다. 사실 이러한 논의가 완전히 새로운 것은 아니다. 현행 형사소송법이 수사단계를 규율하는 법률로서 충분하지 않다는 지적은 그동안 꾸준히 있어왔다.[8] 최근에는 임수빈 변호사가 박사학위 논문에서 수사절차법 제정의 필요성을 언급한 바 있다.[9] 하지만, 이러한 논의들 대부분 현행 수사절차의 문제점을 지적하고, 수사절차법의 제정의 필요성을 선언적으로 주장하는 정도에 그치고 있다. 왜 '독립된' 수사절차법이 필요한지, 수사절차법을 '어떻게' 구성해야 할지에 대한 구체적인 논의는 찾아보기 힘들다.

본 연구는 이에 대해 논의하고자 한다. 우선 수사절차를 다루는 현행 법령들의 문제점을 파악하고, 어떠한 문제들이 있는지, 이러한 문제들은 왜 지속되고 있는지 살펴본다. 이를 바탕으로 수사절차를 독립적으로 규율하는 별도의 법률이 필요함을 주장한다. 이어서 수사절차법 제정에 있어 고려되어야 할 사항들에 대해서 논의한다. 우선 수사절차법은 헌법상 법률유보의 원칙 준수와 법치주의의 회복과 관계가 있음을 주장한다. 그리고 수사권 조정 이후의 새로운 수사 환경에 대비함과 동시에, 현재 일관성 없이 난립하고 있는 수사관련 법령들의 정비도 염두에 두어야

---

7) http://www.edaily.co.kr/news/news_detail.asp?newsId=03716246612810296&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y (2017.11.1. 방문).

8) 한편, 노정환 검사는 형사절차를 수사절차-소송절차-형집행절차로 나누어 수사절차는 형사소송법이 규율하는 소송절차(공판절차)와는 별개로 독립된 절차임을 주장하고 있다. 노정환, "수사절차독립성론(상(上)-수사의 개념 및 원칙을 중심으로", 법조 제57권 제3호, 2008.

9) 임수빈 변호사는 검찰권이 표적수사, 철야조사, 잘못된 공소제기, 부당한 불기소 처분 등으로 남용되고 있다고 주장하면서 이 중 수사에 대한 통제를 위하여 한 방안으로서 영국의 PACE를 언급하면서 수사절차법 제정을 제안하고 있다. 임수빈, "검찰권 남용에 대한 통제방안", 서울대학교 법학전문박사 학위논문, 2017, 130-131면.

함을 보인다. 또한 최근 수사기관·시민단체·학계를 중심으로 논의되고 있는 개혁안들의 반영도 제안한다. 마지막으로 이러한 변화는 궁극적으로 시민들의 인권을 보호하고, 누구나 쉽게 이해할 수 있는 수사절차법 제정이 목표가 되어야 함을 환기시킨다.

연구를 위해, 수사절차와 관련된 법률이 잘 정비되어 있는 영국과 미국의 사례를 주로 검토한다. 특히 영국의 경찰 및 형사증거법 1984(Police and Criminal Evidence Act 1984, 이하 PACE법이라고 한다)는 여러 면에서 참고할 만하다.[10] 아울러 수사절차에 대한 연방 헌법적 차원의 정교한 통제가 이루어지는 미국의 사례도 검토한다. 아울러 독일·프랑스·일본의 사례들도 비교·분석함으로서 보다 설득력 있는 연구결과를 도출하고자 한다.

수사절차법의 적용 범위에 대해서 잠시 언급할 필요가 있다. 본 연구의 목적은 형사소송법의 수사절차와 그 하위법령들의 문제점을 개선하고, 보다 정교하고 독립적인 수사절차 법률 제정을 제안하는 데 있다. 따라서 일반적인 형사사건에 적용되는 것을 염두에 두고 있는 바, 특수성이 요구되는 수사(테러사건 수사 등)에도 동일하게 적용될지 여부는 별도의 논의를 요한다. 21세기 들어 테러에 대한 공포가 전 세계적으로 확산되면서, 영국·미국 등 많은 나라들은 테러사건에 적용되는 '별도의' 법률을 제정하여 시행하고 있기 때문이다.[11] 우리나라도 유사한 취지에서 지난 2016년 3월 '국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법'이 국회를 통과하여 시행중에 있다. 이러한 점들을 고려하면 필요한 경우 별도의 법률을 통해 수사절차법 적용의 예외를 둘 수 있을 것이다.[12]

본격적인 논의에 앞서, 본 연구를 조직 이기심의 발로라는 편향된 시각에서 바라볼 수도 있다는 기우에서, 다시 한 번 연구의 목적과 내용을 강조하고자 한다. 본 연구는 수사 절차를 정교하게 법률 차원에서 규율하고 투명성을 확보함으로써, 국민들의 수사 절차에 대한 이해도를 높이고 인권을 보호하기 위한 것이다. 결코 경찰수사의 권한 확대를 위한 수단으로써가 아니라, 어떠한 형태의 수사 구조 하에서라도 수사절차의 법률상 규율이 국민을 위해 반드시 필요하다는 점을 밝혀둔다.

---

10) PACE법 원문은 https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents를 참고 (2017.11.1. 방문). PACE법을 번역한 한글 서적으로는, 김현숙, 영국의 PACE법 연구, 치안정책연구소, 2011을 참고.

11) 예를 들어, 영국에서는 2000년도 이후 테러관련 법률을 수차례 제·개정함으로서 테러에 대한 대응태세를 강화하고 있고, 최근에는 특히 이슬람 국가에 의한 테러위협이 커지면서 '2015년 대테러 및 안보법(Counter-Terrorism and Security Act 2015)'을 제정하기도 하였다. 이호수·설진배, "영국의 테러리즘 대응 입법동향과 특징 분석, 국가정보연구 제9권 제2호", 2016, 189-195면. 미국에서도 20세기 후반부터 테러관련 법률을 정비하였고, 특히 9.11. 테러 이후에 '애국법(USA PATRIOT ACT)'을 제정하여 대응하고 있다. 이호수·설진배, "미국의 테러리즘 대응 입법 동향과 특징", Crisisonomy, Vol.12 No.8, 2016, 16-19면. 이러한 법률은 테러사건에 별도로 적용되는 법률이다.

12) 예를 들어 최근 사회적 논란이 되고 있는 실종아동에 대한 문제도 마찬가지이다. 수사기관의 실종아등의 통신정보(위치정보, 통신사실확인자료)를 수집할 경우에 어떤 예외를 두어야 하는지 등도 유사한 맥락에서 논의되고 있다.

II. 수사절차법 제정의 필요성

1. 현행 형사소송법의 문제

우선 현행 형사소송법이 수사절차를 규율하는 법률로서 어떠한 문제가 있는지 살펴보자. 우리 형사소송법은 수사, 공소, 재판, 형의 집행에 이르기까지 형사절차의 대부분을 다루고 있다. 그런데 형사소송법의 수사절차(제2편-제1심-제1장 수사)는 해당 부분에서 직접 수사절차를 규정하기 보다는, 제1편 총칙에 있는 법원의 강제처분 절차를 상당부분 준용하는 방식을 채택하고 있다.[13] 때문에 직접적으로 수사기관의 수사 절차를 규율하고 있는 조문은 형사소송법의 490여 개 조문 중 50여개에 불과하다.

이와 같은 형사소송법의 구성방식은 우리 형사소송법의 성립 경위와 밀접한 연관이 있다. 참고로 1950년대 초반 형사소송법 제정 논의 당시, 대륙식의 직권주의 방식을 택할 것인가, 영미식의 당사자주의 방식을 택할 것인가에 대한 논쟁이 있었다.[14] 오랜 논의 끝에 우리 형사소송법은 일본의 구형사소송법(대정형사소송법)을 거의 그대로 받아들임으로써 독일·프랑스와 유사한 직권주의(대륙식)적 요소가 뚜렷한 형태로 구성되었다.[15] 즉, 법관이 형사절차 전반의 주재자로서 사실발견을 위해 적극적인 활동을 할 것을 염두에 두고, 총칙 부분에서 법원의 역할을 광범위하게 규정한 것이다. 반면, 수사기관의 수사절차는 1심의 하위단계로서 총칙의 규정을 상당부분 준용하는 방식을 택하게 되었다. 이러한 규정방식은 현행 형사소송법에도 거의 동일하게 유지되고 있다.[16]

---

13) 형사소송법 제1편 총칙규정은 법원의 형사소송과 관련된 일반적·원칙적 규정으로서, 제1장 법원의 권한 - 제2장 법원직원의 제척, 기피, 회피 - 제3장 소송행위의 대리와 보조 - 제4장 변호 - 제5장 재판 - 제6장 서류 - 제7장 송달 - 제8장 기간 - 제9장 피고인의 소환, 구속 - 제10장 압수와 수색 - 제11장 검증 - 제12장 증인신문 - 제13장 감정 - 제14장 통역과 번역 - 제15장 증거보전 - 제16장 소송비용에 대해 규정하고 있다. 형사소송법 상 수사절차 부분은 곳곳에서 총칙의 규정을 준용하고 있다. 주로 형사소송법의 제1편 제9장(피고인의 소환, 구속), 10장(압수와 수색), 11장(검증)에 조문들이 준용의 대상이 된다.

14) 신동운, "제정형사소송법의 성립 경위", 형사법연구 제22호, 2004, 181-184면. 당시 제정과정에 참여했던 입법자들은 대륙법계(직권주의) 제도에 비해 영미법계의 당사자주의(공판중심주의) 제도가 보다 인권보호에 충실하다고 보았다고 한다. 신동운, 앞의 논문, 184면.

15) 이는 1950년대 초반에 직접 형사소송법 초안을 작성하였던 김병로 대법원장(당시 법전편찬위원회 위원장)이 영미식 당사자주의가 초래할 수 있는 문제점에 대해 상당히 우려하고 있었기 때문이라고 한다. 신동운, 앞의 논문, 186면.

16) 형사소송법 제정 이후, 2007년의 대폭 개정을 포함해 20여 차례의 개정이 있었지만, 기본 구성방식은 제정 당시와 거의 유사하게 유지되고 있다.

[표 1 : 한국·일본 형사소송법 편제 비교표]

1922년 일본 대정형사소송법	1954년 대한민국 형사소송법 정부초안	현행 대한민국 형사소송법
제1편 총칙	**제1편 총칙**	**제1편 총칙**
제1장 재판소의 관할	제1장 법원의 관할	제1장 법원의 관할
제2장 재판소 직원의 제척, 기피 및 회피	제2장 법원 직원이 제척, 기피, 회피	제2장 법원 직원의 제척, 기피, 회피
⋮	⋮	⋮
제9장 피고인의 소환, 구류 및 구인	제9장 피고인의 소환, 구속	제9장 피고인의 소환, 구속
제10장 피고인신문	제10장 압수 및 수색	제10장 압수 및 수색
제11장 압수 및 수색	제11장 검증	제11장 검증
제12장 검증	⋮	⋮
⋮		
제2편 제1심	**제2편 제1심**	**제2편 제1심**
제1장 수사	제1장 수사	제1장 수사
제2장 공소	제2장 공소	제2장 공소
제3장 예심	제3장 공판	제3장 공판
제4장 공판	⋮	⋮
⋮		
제3편 상소	**제3편 상소**	**제3편 상소**
제1장 통칙	제1장 통칙	제1장 통칙
제2장 공소	제2장 공소	제2장 공소
제3장 상고	제3장 상고	제3장 상고
제4장 항고	제4장 항고	제4장 항고
⋮	⋮	⋮

이는 당사자주의에 근거한 영국·미국의 형사사법시스템과 비교하면 차이가 뚜렷하다. 영국의 경우 PACE법은 경찰의 수사단계를 기소·공판단계와는 직접적인 관계없이 별도로 규율하고 있다.[17] 과거 PACE법이 제정되기 이전에, 경찰은 명시적인 성문법의 규정 대신 기존의 판례들 또는 법관의 규칙(Judge's Rule)을 참고하여 업무를 수행하였다. 그러나 경찰권 남용 사례가 계속 발생하면서 경찰 수사 활동에 대한 보다 명확한 기준에 대한 필요성이 제기되었고, 그 결과 1984년 경찰 수사를 독자적으로 규율하는 PACE법이 제정된 것이다.

17) 김현숙, 앞의 책, 3-6면.

미국의 경우는 수사절차만을 다루는 독립적인 법률이 있는 것은 아니지만, 수사단계를 기소·공판단계와 동등하면서도 독립적인 위치에서 바라보고 있다. 우리나라의 '형사소송법'과 같은 용어 대신에 미국에서 사용되는 '형사절차(Criminal Procedure)'라는 명칭의 사용에서 드러나듯, 수사·기소·공판 절차가 대등하게 절차의 흐름에 따라 발전적으로 규율되어 있다.[18] 참고로, 미국의 형사절차와 관련된 책자들의 편제는 보통 2권으로 구성되어 있는데, 1권은 수사기관의 수사절차를 다루고, 2권은 법정에서의 기소·공판절차를 서술하고 있다.[19] 흥미로운 것은 형사절차에서 수사절차에 대한 관심이 더 크다는 점이다.[20] 수사기관의 체포구속, 압수수색, 피의자 신문 절차 등은 연방 헌법상 개인의 권리들과 밀접하게 연관되어 있어 매우 비중 있게 다루어진다.[21] 우리나라의 경우 형사소송법이라는 법률 하에서 수사기관의 수사절차에 대한 관심이 떨어지는 것과는 차이가 있다.

이러한 비교를 통해 직권주의적인 형사소송법 조문 구성 자체에 심각한 문제가 있다고 주장하려는 것은 아니다. 구성방식을 떠나 수사절차에서의 공권력 행사를 통제하려는 진지한 노력이 있다면 해결될 수 있을 것이기 때문이다. 또한 공권력 행사의 공정성·중립성이 확고하다면 수사절차 규정의 문제들이 극복될 수 있을 것이다.[22] 결국 실제 수사의 적정성은 형사소송법의 구성방식을 포함하여 수사절차 조문의 정교함과 그 나라의 수사현실 모두를 고려해야 하는 것이다. 하지만 우리나라의 경우는 이런 면들을 충족시키지 못하고 있다. 형사소송법이 규정하는 수사절차는 허술할

18) 형사절차에 대한 대표적인 문헌으로는 Wayne R. Lafave 등, Criminal Procedure, West Academic Publishing, 2017

19) 통상적으로 수사절차는 Criminal Investigation이라는 용어를 사용하고, 공판절차는 Criminal Adjudication 또는 Bail to Jail이라는 용어를 사용한다. 이러한 취지의 설명은 하버드 로스쿨, 예일 로스쿨, 스탠퍼드 로스쿨 홈페이지 등에도 나와 있다. http://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69286; https://law.yale.edu/studying-law-yale/areas-interest/criminal-justice/criminal-law-courses https://law.stanford.edu/courses/criminal-procedure-investigation/ (2017.11.1. 방문).

20) 미국 대부분의 로스쿨에서 1권 수사절차 과목은 필수과목임에 비하여, 2권 법정에서의 절차는 선택과목인 경우가 많다.

21) 미국의 경우 18세기 후반 건국 이래로, 형사절차는 대부분 주의 관장사항이었다. 그러나 각 주에서 형사절차에서의 인권보호에 소홀하자, 1960년대 이래로 연방대법원은 적극적 연방헌법의 해석을 통해서 각주의 형사절차를 적극적으로 규율하기 시작했다. 이를 가능하게 한 것이 연방수정헌법 제14조의 적법절차(Due Process of Law)규정인데, 연방대법원은 동 규정을 통해 연방수정헌법상의 각 조항들이 주에도 적용된다고 선언하였다. 이후로 강제수사와 관련된 대부분의 조항들, 즉 연방수정헌법 제4조의 압수수색(Search and Seizure)과 관련된 조항, 제5조의 자기부죄금지원칙(Privilege against Self-incrimination) 등 핵심적 조항들이 각 주의 형사절차에도 적용되게 되었다. 이러한 변화를 통해 연방헌법이 각 주의 형사절차를 규율한다는 점에서 미국 형사절차는 흔히 헌법적 형사절차(Constitutional Criminal Procedure)로 불리고 있다.

22) 즉, Herbert L. Packer 교수가 형사절차를 두 모델로 나누어 설명한 바와 같이, 법률적으로 세부적인 기준을 만들어서 수사기관을 통제할 것인지, 아니면 수사기관의 독립성·중립성을 강화시킴으로서 수사절차에 대한 신뢰를 형성할 것인지는 그 나라 고유의 입법정책적인 선택의 문제이다. Herbert L. Packer, Two Models of the Criminal Process, 113 U. Pa. L. Rev. 1, 14 (1964).

뿐더러, 수사기관의 공정성·중립성에 대한 신뢰도도 높지 않다.[23] 때문에 수사기관의 재량을 축소시키는 등 수사절차를 보다 정교하게 규율하는 수사 법률의 필요성이 계속 제기되고 있는 것이다.

구체적 수사 절차를 중심으로 살펴보자. 수사권 남용으로 인한 인권침해가 가장 심각한 경우는 수사기관의 강제수사로 볼 수 있다. 따라서 이와 관련된 규정들은 더욱 정밀하게 규정될 필요가 있다. 하지만, 우리 형사소송법은 실무적으로 별로 발생하지 않는 '법원의 피고인에 대한 구속'과 관련된 절차를 총칙에서 상세히 서술하고,[24] 이를 수사기관의 구속에 준용하고 있다.[25] 형사소송법 제209조(준용규정)은 법원의 구속에 적용되는 1) 구속 심사 시 고려사항(제70조 제2항), 2) 구속영장집행 절차(제85조), 3) 구속의 통지(제87조), 4) 변호인의 의뢰(제90조), 5) 비변호인과의 접견 등(제91조), 6) 구속의 취소(제93조), 7) 구속의 집행정지(제101조 제1항) 등의 규정들을 그대로 수사기관의 구속에 적용하고 있다. 하지만 수사단계의 구속은 법원이 행하는 피고인 구속절차에 비해 인권침해의 위험이 훨씬 높기 때문에, 법원의 절차를 그대로 준용하는 것은 수사절차에 대한 충분한 규율이 되기 어렵다는 비판이 있다.[26] 이 외에도 대물적 강제처분, 즉 압수·수색과 관련된 조문들도 역시 유사한 문제를 가지고 있다.[27]

준용 여부와 관계없이 수사기관의 수사에 대한 규율 자체가 부실한 부분도 있다. 실무적으로 수사기관은 유죄 입증을 위해 피의자 신문에 상당히 의존하고 있음에도, 형사소송법은 구체적인 신문 절차·방식에 대해 별로 언급하고 있지 않다. 비록 2007년 형사소송법 개정으로, 피의자 신문조서의 작성 방식 개선, 변호인 참여권 보장 등의 진전이 있었지만, 여전히 충분하지 않다. 이로 인해 피의자를 무리하게 신문하는 사례도 적지 않다. 예를 들어, 시간적 여유를 거의 주지 않고 피의자의 출석을 요구하던가,[28] 수 십 차례에 이를 정도로 피의자를 반복적으로 소환·조사한다던가,[29] 그러면서도 조서작성·수사과정 기록은 생략한다던가,[30] 피의자 면담을 빙자하여 사

23) http://www.kgnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=462222 (2017.11.1. 방문).

24) 법원의 구속과 관련된 규정은 총칙 제9장 피고인의 소환, 구속(제68조(소환)부터 제105조(상소와 구속에 관한 결정))이다.

25) 수사기관의 체포와 관련된 규정은 형사소송법 제200조(피의자의 출석요구)부터 제200조의6(준용규정)까지인데, 총칙상의 구속과 관련된 조문들을 다수 준용하고 있다. 수사기관의 구속과 관련된 절차도 유사한 방식을 택하고 있다.

26) 이은모, "공법: 수사절차에 관한 개정형사소송법의 내용 검토", 법학논총, 제24권 제3호, 2007, 343면.

27) 형사소송법은 총칙 제10장 압수와 수색에서는 법원의 압수수색을 상세히 규정하고, 이러한 규정들을 수사단계에서 부분적으로 준용하고 있다. 하지만 법원이 공판단계에서 직접 압수수색을 행하는 경우는 매우 드물고, 대상자의 인권 침해의 가능성도 수사기관의 압수수색과 비교하면 차이가 크다.

28) 임수빈 변호사는 검찰이 피의자에게 "내일이나 모래 출석하라"고 급박하게 요구하는 경우가 많음을 지적한다. 이는 검찰이 피의자 신문을 임의수사가 아닌 강제수사의 일종으로 여기고 있기 때문이라고 비판하며, 피의자 신문은 임의수사임이 명백하다고 주장한다. 임수빈, 앞의 논문, 103-109면.

29) 임수빈, 앞의 논문, 109-111면.

30) 임수빈, 앞의 논문, 111-114면.

실상 피의자 신문을 한다던가,[31] 다른 사건을 이용한 압박수사 또는 심야조사를 하는[32] 사례들이 계속 발생하고 있다. 이러한 관행들은 오랫동안 비판받았음에도 불구하고 사라지지 않고 있는데, 이는 결국 법률에서 피의자 신문 절차를 세부적으로 규율하고 있지 않기 때문이다.

그 외에도 여러 부분에서 문제가 발견된다. 수사기관의 내사는 수사의 전 단계로서 광범위하게 행해지고 있지만, 형사소송법은 내사에 대해 언급조차 하지 않고 있다. 증거와 관련된 규정도 부실하다. 수사의 상당부분은 증거수집·보존과 관련이 있음에도 불구하고, 형사소송법의 증거관련 규정은 대부분 공판단계에서의 증거능력 논의에만 초점을 맞추고 있다. 또한 도주 중인 피의자의 검거를 목적으로 공개수배가 많이 이루어지고 있지만, 형사소송법은 수배에 대해서는 전혀 다루고 있지 않다. 앞서 언급한 바와 같이 2007년 형사소송법 개정으로 수사절차가 일부 보강되었지만, 여전히 많은 부분이 충분히 규율되지 않은 상태로 남아있다.[33]

살펴본 바와 같이 현행 형사소송법은 수사행위를 정교하게 규율하는 법률로서의 기능이 미약함을 알 수 있다.[34] 이에 대한 정확한 이유를 알기는 어렵다. 우리 형사소송법의 구조적인 특성 때문일 수도 있고, 수사절차 규율에 대한 관심 자체가 부족하기 때문일 수도 있다. 구조적인 특성이 관심의 부족을 초래했을 수도 있다. 어떤 이유에서건, 현행 형사소송법 수사절차의 문제는 가볍지 않아 보인다.

2. 하위법령 등의 한계

지금까지 살펴본 형사소송법상 수사절차 규정의 문제들은 하위법령을 통해 보충될 수도 있을 것이다. 수사절차는 국민들의 신체의 자유를 직접 제한하기 때문에 법률에 규정되는 것이 바람직하지만, 법률 개정의 어려움 등 현실적인 문제를 고려하면 보충적으로 하위법령에 규정하는 것도 가능하기 때문이다. 대표적인 하위법령들로는 '검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정'(대통령령, 이하 '수사준칙'), '검찰사건사무규칙'(법무부

31) 임수빈, 앞의 논문, 114-116면.

32) 임수빈, 앞의 논문, 116-122면.

33) 2007년 형사소송법의 개정은 수사절차 보다는 공판절차의 변화에 초점이 맞춰졌다.

34) 결론적으로 우리 형사소송법은 수사기관의 수사절차를 정교하게 규율 하는 데 다소 무기력하다. 이는 실체법인 형법과 비교하면 두드러진다. 좋은 예로서, 20세기 후반 새롭게 나타나기 시작한 전자매체들에 대해서 형법과 형사소송법이 어떻게 대응하고 있는지 살펴보자. 형법은 이미 1995년에 법 개정을 통하여 전자매체 등에 대한 위법행위를 처벌하기 위한 조항들을 신설하였다. 예를 들어 형법 제277조의2(공전자기록위작·변작)를 신설하여 전자기록 등 특수매체기록을 위작 또는 변작한 행위에 대한 처벌 근거를 마련하였고, 제366조(재물손괴 등)를 개정하여 전자기록 등 특수매체 기록을 손괴 대상으로 추가하였다. 하지만, 형사소송법의 수사절차에서 전자기록 등에 대해서 다루기 시작한 것은 2011년에 이르러서였다. 이처럼 형사소송법은 수사절차를 충분히 규율하지 못할뿐더러 사회의 변화도 적시에 따라가지 못하고 있다.

령, 이하 '검사규칙')이 있다. 그 외에 법령은 아니지만, 경찰수사에 적용되는 중요한 규칙으로써 '범죄수사규칙'(경찰청 훈령, 이하 '범수규칙')이 있다.

그런데 하위법령은 여러 가지 문제를 드러내고 있다. 하위법령의 제·개정 과정에서 형사소송법을 보충할 수 있는 정밀한 수사절차 규정에 대한 논의는 많지 않고, 경찰의 수사주체성(수사개시권)과 내사권한의 인정 범위에 대한 논쟁이 주된 초점이 되고 있기 때문이다.[35] 즉, 하위법령의 제·개정이 수사기관간의 영향력 또는 지배력 다툼의 대리전이 되고 있는 셈이다. 이로 인해 제·개정과정도 매끄럽지 않았을뿐더러, 이후 해석을 둘러싸고도 수사기관 간 갈등이 지속되고 있다. 하위법령의 제·개정도 '누가' 수사를 할 것인가에 초점이 맞추어진 나머지, '어떻게' 수사를 할 것인가에 대한 관심은 부족하다고 할 수 있다.

보다 구체적으로 살펴보자. 2011년 형사소송법 개정으로 경찰은 처음으로 수사주체성(수사개시권)을 인정받았다.[36] 형사소송법 제196조 제②항이 "사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다"고 규정한 것이다. 개정 전 형사소송법에서 사법경찰관이 단순히 수사의 보조자에 머물렀던 것과 비교하면,[37] 개정법에서는 분명히 수사주체성이 인정된다고 할 수 있다. 그러나 이러한 수사주체성도 여전히 제한을 받는다. 바로 앞의 제196조 제①항에서 사법경찰관은 "모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다"고 규정하였기 때문이다. 경찰과 검찰의 갈등은 두 조항을 어떻게 해석할 것인가를 두고 증폭되었으며, 하위법령의 제·개정 과정에 이러한 갈등이 고스란히 나타나고 있다.

가장 첨예한 갈등은 수사준칙 제정과정에서 나타났다. 2011년 형사소송법 개정으로 사법경찰관의 수사주체성이 일부 인정되면서 사법경찰관의 수사를 규율하기 위한 새로운 법령이 필요했다. 형사소송법은 이를 대통령령으로 규정하도록 했는데, 제정 과정에서 경찰과 검찰 간에 극심한 갈등이 표출되었다.[38] 검찰은 경찰에 대한 수사지휘의 범위를 최대한 확장하는 쪽으로 하위법령을 정비하고자 하였고, 경찰은 반대 입장이었다. 국무총리실의 조정을 거쳐 최종안이 도출되었는데, 여전히 갈등이 지속되고 있다.[39] 경찰은 수사준칙이 형사소송법 개정의 취지에 반한

35) 이는 특히 형사소송법 개정 이후 검찰이 검찰사건사무규칙의 개정을 통하여 '수사사건' 제도를 신설함으로서, 내사단계를 포함한 모든 수사에 대한 수사지휘권을 확립하려고 한 시도에서 잘 드러난다. 관련된 내용으로는, 신동운, 신형사소송법 제5판, 2014, 51면.

36) 형사소송법 제196조 2항. 한편 검사의 명령에 대한 경찰의 복종의무를 규정한 검찰청법 제53조도 삭제되었다. 검찰청법 제53조(사법경찰관리의 의무)는 "사법경찰관리는 범죄수사와 관련하여 소관 검사가 직무상 내린 명령에 복종하여야 한다"고 규정하고 있었는데, 2011년 검찰청법 일부개정을 통해 삭제되었다.

37) 2011년 개정 전 형사소송법은 제196조(사법경찰관리) ①에서 "수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받어 수사를 하여야 한다"고 규정하고 있었다.

38) http://news1.kr/articles/?3129677 (2017.11.1. 방문).

39) http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0005933381 (2017.11.1. 방문).

다고 비판한다. 예를 들면, 수사준칙 제18조 1항은 입건 여부와 관계없이 경찰이 검찰에게 제출해야하는 사건기록에 대해 열거하고 있는데, 이는 경찰의 내사행위 전반에 통제를 가능하게 한 규정이라고 지적한다.[40] 또한 수사준칙 제76조는 선거·공안사건 등 예민한 사건에 대해서, 경찰이 검찰에 입건 여부를 지휘 받도록 규정하고 있는데,[41] 이는 경찰의 수사주체성을 인정한 형사소송법 제196조 제2항의 취지에 어긋난다고 비판이 제기되고 있다. 수사준칙을 둘러싸고 양 기관사이의 소모적인 갈등이 부각되면서, 정작 사법경찰관의 수사행위를 규율하는 법령으로서의 의미는 퇴색되어 있다.

검사규칙에도 유사한 논란이 있다. 형사소송법 개정 및 수사준칙 제정 후, 검찰은 직접 접수한 내사사건에 대해서도 경찰을 지휘할 수 있는 근거 규정을 마련하기 위해 검사규칙을 개정하였다. 이 때 개정된 검사규칙에 신설된 제143조의2,3,4의 수사사건 제도는 검찰에서 그동안 진정·내사사건 등으로 접수하던 사건을 새로운 명칭인 '수사사건'으로 접수할 수 있도록 규정한 것이었다. 검찰은 수사준칙 제80조(검사 수사사건 지휘)[42]와 연계하여 검사가 직접 접수한 내사사건에 대해서도 경찰에 수사를 지휘할 수 있는 법적인 근거가 구비되었다고 주장하고 있다.[43] 이에 대해 경찰의 비판은 계속되고 있다.

수사기관(경찰)의 수사활동을 제대로 규율하려면, 실질적인 수사행위를 체계적으로 규율하는 규범력 있는 법령을 만드는 것이 무엇보다도 중요할 것이다. 하지만, 살펴본 바와 같이 두 법령(수사준칙, 검사규칙)은 검사 수사지휘권의 범위(경찰의 수사주체성과 내사권한 인정 여부)에 대해 초점이 맞추어져 있을 뿐, 수사기관의 수사를 정교하게 규율하는 법령으로서의 기능은 미흡하다. 수사절차를 스포츠 게임에 비유하자면, 게임의 공정성을 위해 게임의 규칙을 상세하게 만들기 보다는, 심판의 권한 범위에 대한 논쟁이 주를 이루고 있는 것이다.[44] 때문에 위의 두 법령은 형사소송법의 부실한 수사절차를 보충하는 데 한계를 드러내고 있다.

---

40) 황문규, 앞의 논문, 141면. 수사준칙 18조 1항은 경찰이 범죄인지서의 작성, 즉 입건 여부와 관계없이 검사에게 제출해야하는 사건기록과 관련해서 규정하고 있다.

41) 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정 제76조(중요 범죄의 입건)는 "사법경찰관은 대공(對共)·선거(정당 관련 범죄를 포함한다)·노동·집단행동·출입국·테러 및 이에 준하는 공안 관련 범죄에 대하여 수사를 개시한 때에는 검사에게 지휘를 건의하고 입건 여부에 대한 검사의 의견에 따라야 한다"고 규정하고 있다.

42) 수사준칙 제80조(검사 수사사건 지휘) ①사법경찰관리가 검사로부터 검사가 접수한 사건에 대하여 수사할 것을 지휘 받은 때에는 신속히 수사한 후 사건 송치 전에 검사의 구체적 지휘를 받아야 한다.

43) 이에 대해 신동운 교수는 검사의 수사지휘권을 강화하려는 시도에서 비롯되었다고 비판한다. 동 조항은 수사사건에 대해서도 여전히 내사사건과 마찬가지로 '입건유예'등의 처리 방식을 규정하고 있는데, 이는 경찰에 대한 수사지휘는 가능하게 하면서도 형사소송법과는 모순되는 체계로서 형사절차법률주의에 위반된다고 비판한다. 신동운, 앞의 책, 51면.

44) 물론 검사는 선수(選手)로서의 성격도 가지고 있다.

경찰청 범죄수사규칙의 한계는 더욱 명확하다. 우선 범죄수사규칙은 '훈령'에 불과하다. 훈령이란 상급관청이 하급관청의 권한행사를 지휘하기 위하여 발하는 명령으로서 원칙적으로 법규와 같은 성질을 갖지 않으므로 직접 국민을 구속하지 않는다. 경찰청은 이러한 문제점을 인식하고 2011년 형사소송법의 개정 후 경찰 수사전반을 규율할 수 있는 독자적인 행안부령 제정을 검토하였다.[45] 경찰의 독자적 수사주체성이 인정되면서, 경찰 자체적으로 수사절차를 규율할 수 있는 법령을 제정할 권한이 있는 것으로 보았기 때문이었다. 그러나 이는 별다른 진전을 보지 못했고, 기존에 활용되던 범죄수사규칙이 여전히 경찰 수사절차에 대한 가이드라인으로써의 역할을 하고 있다. 하지만 범죄수사규칙은 규범력에 본질적 한계가 있기 때문에 수사절차를 규율하는 데 얼마나 큰 의미가 있을지 의문이다.

그 외에 다른 하위법령·행정규칙들도 일관성이 부족할 뿐만 아니라 동일한 내용들이 중복되어 있다는 지적을 받고 있다.[46] 또한 수사기관은 사회적 필요에 따라 그때그때 훈령·예규들을 제정하여 시행하고 있는데, 이로 인해 지나치게 많은 행정규칙들이 난립이 되어 있다는 비판도 받고 있다.[47] 결국 수사 하위법령·행정규칙들은 세부적인 내용·체계에 있어 많은 문제가 있는 셈이다.

3. 위법수집증거배제법칙의 한계

지금까지 살펴본 바와 같이 현행 형사소송법과 하위법령들은 수사절차를 규율하는 법령으로서 한계를 가지고 있다. 손쉬운 해결책은 이러한 법령들을 정교하게 만드는 것이지만, 개정과정에서 현실적·구조적인 어려움이 있을 수 있다. 때문에 재판과정에서 수사기관이 위법한 방법으로 수집한 증거의 증거능력을 배제함으로써 부적절한 수사관행을 바로 잡을 수도 있을 것이다. 잘 알려져 있듯이, 미국에서 발달한 위법수집증거배제법칙은 수사기관의 위법한 수사를 억제하는 데에서 가장 큰 의의를 두고 있다. 우리 형사소송법도 2007년 제308조의2를 신설하여 위법수집증거배제법칙을 명문화 한 바, 미국에서와 같은 기대를 해 볼 수 있다.[48]

---

45) 황문규 외 2인, 경찰 독자적 수사준칙에 관한 행안부령 제정방안에 대한 연구, 경찰청 연구용역보고서, 2012.

46) 황문규 외 2인, 앞의 책, 18-19면.

47) 황문규 외 2인, 앞의 책, 18-19면. 이러한 상황에서 일선 수사관들이 모든 법령들을 정확히 숙지하고 수사실무에 적용하리라 기대하기는 어렵다.

48) 관련 법조문 신설은 위법수집증거배제법칙이 적용되는 증거의 범위를 확대하였다는 데 큰 의의가 있다. 위법수집증거배제법칙이 기존에도 판례를 통해 인정되어 왔지만, 진술증거에만 적용되었고, 비진술증거, 즉 물적증거에 대해서는 형상불변설에 따라 동 법칙을 적용하지 않았다. 이는 수사기관이 위법한 방법으로 수집한 증거라도 그 형태와 모양은 그대로이기 때문에 증거능력을 배제하는 것이 합리적이지 못하는 판단에서였다. 그러나 오랜 논의 끝에 동 법칙이 법에 명문화 되면서, 대법원도 법 시행 직전에 물적증거에 대해서도 동 법칙을 적용하도록 판례변경을 하였다. 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결. 따라서 적법한 절차를 준수하지 아니하고 취득한 증거에 대해서는 진술증거·비진술 증거를 불문하고 증거능력이 배제될 수 있게 된 것이다.

하지만, 위법수집증거배제법칙만으로는 한계가 명확하다. 현재 대법원이 위법수집증거배제법칙의 구체적 적용방식으로서 재량적 증거배제를 택하고 있기 때문이다. 2007년 대법원의 전원합의체 판결은 수사기관의 위법한 증거수집이 "적법절차의 실질적인 내용"을 침해하는 경우에 해당할 경우 원칙적으로 증거능력을 배제해야 한다고 판단하였다.[49] 하지만 이러한 기준이 수사기관에게 얼마나 명확한 기준을 제시해줄 수 있을지 의문이다. '적법절차'의 의미를 헌법재판소 결정에 따라 조금 더 부연설명 해보아도 모호함은 마찬가지이다.[50] '실질적 내용'이 무엇인지에 대해서도 역시 판단하기 어렵다. 이러한 기준은 모든 증거가 수집된 후에 사후적으로 심사하는 법원에게는 적절한 기준일지 몰라도, 현장에서 충분한 정보 없이 즉각적인 법집행을 하는 수사기관이 의지할만한 기준으로 되기는 어렵다. 때문에 위법수집증거배제법칙이 확립되고, 관련된 판례가 누적되어도 수사기관의 수사행위를 규율하는 선명한 지침이 되기는 어렵다.

이러한 지적이 대법원이 채택한 재량적 증거배제 원칙 자체를 비판하는 것은 아니다. 수사기관의 위법행위의 동기·방식·결과 등 대한 충분한 심사 없이 자동적으로 증거를 배제하는 것은 판례의 다수의견이 우려하는 바와 같이 "증거능력의 배제가 … 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는" 것일 수도 있기 때문이다.[51] 따라서 증거배제 여부에 대한 판단기준은 그 나라의 전반적인 형사절차 뿐만 아니라 고유의 법 감정과도 부합하는 것이 바람직하다. 다만 여기서 강조하고 싶은 점은 재량적 증거배제가 수사기관에 실질적인 지침을 줄 수 있는 원칙으로서의 기능이 약하다는 것이다.

이러한 점은 미국의 사례와 비교하면 명확하다. 미국의 경우 원칙적으로 수사기관의 위법한 수집증거는 자동적·의무적으로 배제된다.[52] 위법수집증거배제법칙의 요체는 수사기관의 활동에 대한 사법적 통제로서, 수사기관에게 위법수사에 대한 명확한 지침을 제공하는 것을 중요한 목적으로 하고 있기 때문이다. 때문에 위법수집증거배제법칙에 대한 예외도 실제로 위법수사의 억제와는 무관한 경우를 중심으로 발달하였다. 대표적인 것이 경찰관이 선의로 법집행(good faith exception)을 한 경우에는 증거능력 배제의 예외를 인정해주는 것이다. 예를 들어, 경찰관이 '상당한 이유가' 있다고 착오하고 수색영장을 신청하였으나, 판사의 실수로 인해 영장이 발부되어 집행된 경우, 이는 경찰에 대한 위법수사 억제와는 관련이 없기 때문에 증거가 배제되지 않는다.[53]

---

49) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결

50) 헌법재판소는 적법절차에 대해 "국가의 형벌권을 실현함에 있어 피고인 등의 기본권 보장을 위한 정당한 절차, 즉 근본적인 공정성을 담보하는 절차라고 정의한 바 있다. 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정.

51) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

52) 조국, 위법 수집증거 배제법칙, 박영사, 2005, 21-35면. 이러한 자동적·의무적 배제 원칙은 1970, 80년대 보수화된 사법부에서 동 원칙의 헌법적 근거를 약화시키고, 많은 예외를 부가함으로서 그 의미가 다소 퇴색되었다. 조국, 앞의 책, 47-56면. 그럼에도 불구하고 기본 틀은 여전히 유지되고 있다. 조국, 앞의 책, 73-74면.

53) United States v. Leon, 489 U.S. 897 (1984).

결론적으로 미국의 위법수집증거배제법칙은 개개의 수사 활동과 직접적으로 연관되어 발달되고 있음을 알 수 있다.

우리나라 위법수집증거배제법칙의 또 다른 한계는, 여전히 성문법 위주의 개념법학에 치우쳐 있는 우리나라에서 개개의 판례가 큰 의미를 갖기 어렵다는 점이다. 형사소송법 수사절차에 대한 학계의 논의도 여전히 조문해석에 치우쳐있는 경우가 많은 반면, 개별 판례가 주는 현실적인 의미와 영향에 대해서는 논의가 부족하다. 게다가 공개되는 판례의 범위가 극히 일부에 불과하기 때문에 선례로서의 기능에도 큰 한계가 있다. 실제로 2012년~2017년 6월 사이 각급 법원에서 처리된 본안사건은 780여만건에 달하지만, 공개적으로 열람이 가능한 사건은 1만5천여건에 불과하다고 한다.[54] 최근 판결문 공개를 요구하는 여론이 높아지고 있지만, 개인정보보호법 개정 등 넘어야 할 장벽이 높다. 때문에 수사기관이 부적절한 방법으로 수집한 증거가 언제 어떤 이유로 배제되는 지에 대한 논의는 충분하지 않은 셈이다.[55]

결국 우리 형사소송법에 도입된 위법수집증거배제법칙의 상징적 의미는 클지 몰라도, 직접적으로 수사실무에 미쳐온 영향은 제한적이라고 할 수 있다. 법원이 증거배제 기준으로서 '적법절차의 실질적인 내용 침해'라는 기준을 제시했지만, 실무에서 유용한 기준으로서 활용되기에는 한계가 있고, 관련된 판례의 축적도 우리나라의 법문화에서는 의미가 다소 제한적이기 때문이다.

4. 독립한 수사절차법 제정 필요성

지금까지 살펴본 바와 같이 현행 수사절차 법령들의 문제들은 복잡하고 다양하다. 기본적으로 수사기관의 수사는 법원의 강제처분에 비해 인권침해의 위험성이 크기 때문에 보다 정교하게 통제할 필요가 있다. 하지만 현재의 형사소송법에서 규정한 수사절차는 구조적·현실적인 이유로 수사절차에 대한 규율이 충분하지 않다. 수사절차의 주요한 하위법령도 개개의 수사절차를 상세히 규정하기 보다는 주로 경찰의 수사주체성 논의에 초점이 맞추어져 왔고, 그 외의 하위법령·행정규칙들도 그때그때의 필요에 따라 일관성 없이 관리 되어온 경향이 있다. 또한 위법수집증거배제법칙의 효과도 제한적이다. 이러한 복잡한 문제들을 종합적·효과적으로 개선하기 위해서는 형사소송법과는 별도로 수사절차만을 규율하는 수사절차법 제정이 필요하다.

물론 새로운 법률제정은 쉬운 일이 아니다. 많은 사람들이 수사절차법 제정의 필요성에 공감

54) http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2017102014108284963&ref=https%3A%2F%2Fsearch.naver.com (2017.11.1. 방문).

55) 다행히 판례가 점차 누적되면서 연구가 점차 확대되고 있다. 예를 들어 조국, "2007년 이후 대물적 강제처분 분야에서의 위법수집증거배제", 비교형사법연구, 제19권 제1호, 233-256면, 김승주, "위법수집증거배제법칙에 관한 10년간 판례의 흐름, 형사소송 이론과 실무", 제9권 제1호, 193-241면. 그럼에도 불구하고, 체계적이고 지속적인 연구가 충분하다고 보기는 여전히 어렵다.

한다고 해도, 이를 현실화 시키는 것은 또 다른 문제이다. 이는 오랫동안 유지되던 형사사법시스템의 큰 틀을 바꾸는 것이기 때문이다. 또한 형사절차의 큰 변화는 여러 이해관계자들의 저항을 가져오고, 그 방향성을 불문하고 국민들의 불안이 늘어날 수밖에 없다. 때문에 지금까지 살펴본 수사절차법 제정의 당위성에도 불구하고, 실제 법률안의 발의·통과까지는 많은 난관이 예상된다. 때문에 현실적인 대안으로서, 형사소송법에 있는 수사절차를 전면적으로 개정·보완하는 것도 검토해 볼만 하다. 수사절차법 제정을 주장하는 취지는 수사기관들이 엄격한 통제를 받도록 하는 것이 핵심이지, 수사절차법 제정 그 자체가 반드시 목적이 되어야만 하는 것은 아니기 때문이다.

하지만, 현재 우리 수사법령에 내재된 문제들은 단순한 법률의 미비 차원을 넘어, 구조적인 한계를 드러내고 있다. 근본적으로 현재의 형사소송법은 법원의 강제처분과 수사기관의 수사간의 '동일한' 점에 초점이 맞춰져 있다. 하지만 이제는 법원의 강제처분과 수사기관의 수사간의 '다른' 점에 보다 초점을 두고, 수사단계의 공권력 남용을 제한할 수 있는 독립적인 수사절차 법률을 만들 필요가 있다. 동시에 하위법령들도 병행하여 정비함이 바람직하다. 이를 통해 적법한 수사절차에 대한 보다 상세한 가이드라인을 제시할 수 있을 것이다.

수사구조개혁에 대한 국민적 열망이 높은 지금이 어쩌면 형사절차 전반에 대한 개혁의 적기라고 할 수 있다. 이를 고려하면, 이번 기회에 별도의 수사절차법을 제정하는 것이, 수사절차 개혁을 위한, 어려우면서도 오히려 쉬운 길이 될 수도 있을 것이다.[56]

56) 형사소송법의 수사절차를 개선하는 것은 일반적인 법률 제·개정에 비해 훨씬 어렵다. 본질적으로 형사소송법은 가장 정치적인 법률이기 때문이다. 역사적으로 형사소송법은 정치적으로 우위에 있는 세력이 반대세력 또는 집권세력에 반발하는 일반 대중들을 탄압하기 위한 용도로서 자주 사용되어 왔다. 따라서 개정내용이 명백히 인권보호를 강화하는 내용이어도 반발이 없는 것은 아니다. 기득권 세력은 이러한 변화를 결코 즐거워하지 않기 때문이다. 결국 형사소송법은 개정 자체가 쉽지 않은 것이다.

III. 수사절차법의 제정 방향

지금까지 수사절차법 제정이 필요한 구체적인 이유들에 대해서 살펴보았다. 본 장에서는 이를 토대로 수사절차법 제정은 특히 무엇을 염두에 두고 마련되어야 하는지 살펴보기로 한다.

1. 기본권 제한의 법률유보원칙 준수

새로운 수사절차법은 헌법상 기본권 제한의 법률유보 원칙을 준수하는 방향으로 마련되어야 한다.[57] 헌법 제37조 제2항은 "모든 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"고 선언하고 있다. 즉, 기본권을 제한하는 법률은 정당한 목적을 가져야 하며, 기본권을 제한하는 경우에도 내용·방법상의 한계를 갖는다는 의미이다. 그리고 기본권을 제한하는 법률은 자의적인 해석에 따라 좌우될 정도로 불명확해서는 안 된다.[58]

이러한 법률유보원칙은 신체의 자유와 관련될 경우 더욱 엄격하게 적용되어야 한다. 헌법 제12조에 규정된 신체의 자유는 가장 기본적이고 자연적인 자유로서,[59] 헌법상의 다른 기본권들이 1~2줄 정도로 간단하게 언급되어 있음과 비교하면, 매우 구체적으로 상세히 규정되어 있다. 따라서 신체의 자유를 제한하기 위해서는 실체법적·절차법적 기준이 엄격히 마련되어야 하고, 이를 충족하는 경우에만 제한됨이 바람직하다.[60] 수사절차를 다루는 법률은 이러한 신체의 자유를 직접적으로 제한하기 때문에 법률유보원칙이 보다 강력히 준수되어야 한다.

하지만 앞서 지적한 바와 같이 형사소송법은 수사절차를 충분히 규율하지 못하고 있다. 또한 형사소송법의 하위 법령들도 수사절차를 충분히 규율하는데 문제를 드러내고 있다.[61] 형사소송법이 제정 된지 이미 60년이 넘었고, 그 동안 수차례 개정되었음에도 불구하고, 이러한 문제들은 여전히 개선되지 않고 있다. 이는 아마도 형사소송법의 수사절차에 대한 논의가 수사의 주체성에 대한 논쟁에 집중되었기 때문이다. 결국 수사행위에 대한 법률적 통제는 여전히 부족한 바,

57) 형사절차법률주의 대신에 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 법률유보원칙에 초점을 맞추어 설명하는 이유로는 앞의 각주 6)을 참고.

58) 전광석, 한국헌법론(제12판), 2017, 257-262면.

59) 헌재결 1992.4.14. 90헌마82, 4, 206.

60) 전광석, 앞의 책, 318면.

61) 기본권 제한에 대한 법률유보원칙이 기본권 제한의 근거가 반드시 법률에 있어야 할 것을 요하는 것은 아니다. 경우에 따라서 행정입법으로도 가능하다. 물론 법률의 근거가 없는 행정입법은 위헌이 된다. 전광석, 앞의 책, 260면.

기본권(신체의 자유) 제한의 법률유보원칙을 충족시킨다고 보기 어렵다.

조금 거칠게 비유하자면, 과거 헌법 개정의 역사가 독재권력 유지·보존의 역사였다면, 형사소송법 수사절차의 개정의 역사는 통제받지 않는 수사권력 유지·보존의 역사라고 할 수 있다. 차이가 있다면 헌법은 1987년 개정을 통해 권력을 주권자인 시민의 품으로 돌려주었지만, 형사소송법은 수사권력이 여전히 시민들에 의해 견제받기 어려운 상태라는 점이다. 따라서 수사절차법 제정을 통해 수사기관의 수사절차를 종합적·체계적으로 명확히 규율함으로서 법률유보의 원칙을 준수토록 해야 한다.

외국의 사례 중에는 앞서 언급한 영국의 수사관련 법률을 참조할 만하다. 영국의 경우 PACE법과와 그 실무규범(Code of Practice)은 경찰 수사에 적용되는 독립적인 수사법령이다. PACE법은 200여개의 조문으로 구성되어 있는데, 불심검문에서 압수, 체포, 수색과 증거 일반에 이르기까지 상세하고, 이해하기 쉽게 규율하고 있다. 이는 경찰관의 업무에 많은 도움이 될 뿐만 아니라, 수사 대상자인 국민의 시각에서도 확인하기 쉽게 되어 있다. PACE법은 이후 영국의 경찰 수사 활동 및 수사 대상자의 처우에도 긍정적인 변화를 가져왔고, 외국에서도 활발히 참조하고 있다. 이는 우리나라의 수사절차법 제정에 많은 도움이 될 것으로 보인다.[62]

이해를 돕기 위해 PACE법과 우리 형사소송법의 '압수·수색 영장청구' 관련 조문을 간단히 비교해보자. 수사기관이 청구한 영장이 일정한 요건을 충족할 경우 판사의 심사를 통하여 발부됨은 양국 모두 동일하다.[63] 하지만 영장이 발부되기 위한 구체적인 법률상 요건은 적지 않은 차이가 있다. 그 요건을 비교해보면, 다음과 같다.

[표 2 : PACE법과 형사소송법 비교표]

PACE법 압수・수색 영장청구 규정[64]	형사소송법 압수・수색 영장청구 규정
8 장소의 출입과 수색을 허가할 수 있는 치안판사의 권한 (1) 경관작성 청구서상에 (a) 기소가능범죄가 발생했으며 (b) 제1A항에서 명시한 구역내에 (그 자체나 다른 물건과 결합 여부와 관계없이) 범죄의 수사에 합리적인 가치가 있을만한 물품이 있고, (c) 그 물품이 관련 증거일 가능성이 있으며 (d) 법적 면책품, 제외품이나 특별절차를 요하는 물품이 아니면서 (e) 제3항에 명시한 조건을 적용하였다고 치안판사가 믿을만한 합리적인 이유가 있으면, 치안판사는 청구서에 명시된 각각의 장소에 경관이 진입하여 수색할 권한을 부여하는 영장을 발부할 수 있다.	제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

62) 참고할만한 선행연구로서, 이영돈, "경찰수사단계에서 체포된 피의자의 법적 지위에 관한 연구", 서울대학교 박사논문, 2011.

63) 물론 영장 신청시 검사 경유를 요하는가 하는 점에 있어서는 차이가 있다.

PACE법 압수・수색 영장청구 규정[64]	형사소송법 압수・수색 영장청구 규정
(1A)1) 제1항b호에서 언급한 장소에는 (a) 영장신청서에 특정된 하나 이상의 장소(이 때 신청서는 “특정 장소 영장” 발부를 위한 것임) 또는 (b) 신청서에 사람이 점유・관리하는 장소, 특정할 수 있는 종류의 장소가 포함된다 (이 때 신청서는 “포괄영장”을 위한 것임). (1B) 포괄영장을 위한 신청서의 경우, (a) 제1항a호에서 언급한 범죄사실 때문에, 제1항b호에 언급된 물건을 발견하기 위한 신청서에 명시되어 있지 않은 용의자가 점유 또는 관리하는 장소를 수색할 필요가 있다고 믿을만한 합리적인 이유가 있으며 (b) 신청서에 용의자가 점유 또는 관리하고 수색하여야 할 필요가 있는 모든 장소를 명시하는 것이 사실상 불가능하다는 점을 치안판사가 납득하여야 한다. (1C) 신청서에 따라 영장을 발부한 목적을 달성하기 위하여 다수의 출입하는 것을 승인할 필요가 있다는 점을 치안판사가 납득한 때에는, 한 건당 한 사람 이상이 그 장소에 출입하여 수색하는 것을 승인할 수 있다. (1D) 다수의 출입을 승인한 때에는, 출입횟수에 제한이 없거나 최대횟수만을 제한할 수 있다. (2) 경관은 제1항에 따라 허가된 수색을 하기 위하여 물건을 압수하거나 보관할 수 있다. (3) 제1항e호에서 언급한 조건은 다음과 같다. (a) 장소출입을 허가할 권한이 있는 사람과 연락하는 것이 사실상 불가능하고 (b) 장소출입을 허가할 권한이 있는 사람과 연락하는 것은 가능하지만, 그 증거에 접근하게 할 권한이 있는 사람과의 연락이 불가능하며 (c) 영장이 없이는 장소출입이 허용되지 않으며 (d) 그 장소에 도착한 경관에 즉시 그 장소에 들어갈 수 없을 때에는 수색의 목적이 충족되지 못하거나 심각하게 훼손될 때 (4) 본법에서 “관련증거”란 범죄와 관련하여, 그 범죄의 재판에 증거로서 허용될만한 어떤 것을 의미한다. (5) 이하 생략	

굳이 별도로 설명하지 않아도 PACE법에서는 압수·수색 영장 청구의 요건과 절차를 매우 상세하게 규율하고 있음을 알 수 있다. 그에 반해 우리 형사소송법의 압수·수색 영장 청구요건은 지나치게 추상적이다. 형사소송법 제215조의 “죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고, 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여”라는 문구가 수사기관과 법원에 얼마나 큰 가이드라인이 될지는 의문이다. 이와 같은 법률조문의 구체성·명확성의 차이는 수사절차 전반에

64) 이하 내용은 김현숙, 앞의 책을 참고한 것임.

거의 유사하게 적용된다. 물론 PACE법처럼 상세하게 규정하는 것만이 정답은 아니지만, 우리 형사소송법의 모호함은 분명 개선될 필요가 있다.

이러한 점들을 개선하는 수사절차법의 제정은 형사절차에서의 법치주의 회복과도 연관이 있다. 그동안 우리 수사기관은 수사 대상자의 정치적·사회적 지위에 따라 자의적으로 수사권을 행사하는 경우가 많았다. 이는 수사기관이 의식적으로 차별적인 법집행을 해왔기 때문이기도 하지만, 형사소송법에 수사 절차가 명확하게 규정되어 있지 않음으로써 수사기관에 많은 재량이 주어져 있기 때문이기도 하다. 수사절차법 제정을 통해 수사절차를 보다 명확하게 법률에 규정함으로써 국가 공권력 행사에 법치주의 정신을 고양시킬 필요가 있다.

2. 수사 환경의 변화에 대비

조만간 수사 환경의 급격한 변화가 예상되고 있다. 통제받지 않는 수사권 남용의 문제가 제기되면서, 수사구조개혁이 시대적 과제로 인식되고 있기 때문이다. 이러한 변화는 공권력의 남용을 방지하고 인권 침해를 방지하기 위한 목적이지만, 지금껏 수사구조의 큰 변화를 시도한 적이 없기 때문에 또 다른 우려를 낳을 수 있다. 따라서 새로운 수사 환경에 대한 밑그림을 그려봄으로써, 이러한 걱정을 최소화할 필요가 있다. 수사절차법 제정은 이처럼 수사 환경의 변화를 준비하는 의미도 가진다.

수사 환경 변화를 앞 둔 최근의 분위기는 과거의 양상과는 차원이 다르다. 수사구조개혁 논의는 지난 1998년 본격적으로 시작된 이후, 2005년과 2011년에도 활발한 논의가 있었다. 당시의 논의는 대부분 정권 차원에서 시작된 Top-Down 방식으로, 정치권과 관련 기관을 제외한 국민들의 관심은 그리 높지 않았다. 하지만 최근의 수사구조개혁 논의는 검찰개혁을 바라는 국민적 열망에서 비롯된 Bottom-Up 성격이 높다. 작년 국정농단사태, 이후 많은 국민들이 과도한 검찰 권력이 초래하는 문제를 여실히 인식하게 되었기 때문이다. 이러한 여론을 반영하여 지난 대통령 선거 당시 거의 모든 정당에서 강도 높은 검찰개혁과 수사권 조정을 공통된 공약으로 제시한 바 있다. 당선된 문재인 대통령도 수차례 강력한 검찰개혁과 수사권 조정 의지를 보인 바 있다. 수사구조개혁은 더 이상 먼 훗날의 일이 아니다.

이와 관련된 논의의 폭도 상당히 광범위하다. 개헌을 통한 헌법상 검사의 독점적 영장청구권 폐지, 수사-기소 분리를 포함한 수사권 조정, 공수처 설치 등 수사구조에 대해 활발한 논의가 이루어지고 있다. 이러한 논의들은 앞으로도 당분간 계속될 것으로 보이고, 아마도 내년 지방선거 이전에 국회 논의를 거쳐 변화가 마무리 될 것으로 예상된다. 새로운 수사절차법은 이처럼 전례 없는 규모의, 임박한 변화에 대한 선제적인 대응을 염두에 두고 마련되어야 할 것이다.

3. 인권보호 장치 강화 및 하위법령의 정비

최근 수사구조개혁 논의와 연관되어 인권보장강화를 위한 다양한 개혁안들이 제안되고 있다. 특히 각 수사기관들이 전례 없이 개혁을 위해 경쟁적으로 노력하고 있다. 경찰과 검찰은 각각 개혁위원회를 출범하여 수사절차에 대한 전반적인 개혁안을 마련하고 있는데, 이는 개혁에 소극적인 수사기관의 특성을 고려하면 상당히 고무적인 일이다. 또한 학계와 시민단체에서도 인권보호를 위한 제도 마련을 활발하게 논의하고 있다. 수사절차법 제정 과정에서는 이러한 노력들을 참고 할만하다.

물론 앞서 언급한 바와 같이 수사기관이 추진하는 개혁 노력의 순수성에는 일부 의심이 들 수도 있다. 전향적인 개혁안을 제시하는 이면에는 각 기관의 수사권한의 확대 또는 유지라는 조직 차원의 이해관계가 결부되어 있음을 부인하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 최근 논의되는 개혁의 양과 질은 전례 없는 수준인 것은 사실이다. 특히 경찰이 최근에 제시한 개혁안들 중 일부는 수사실무를 담당하는 일선 경찰관들의 강력한 반발을 초래하기까지 하였다.[65] 따라서 개혁의 단초가 무엇인가에 너무 얽매일 필요 없이, 각 기관이 제안하는 내용들 중 일부를 수사절차법에 포함시킴으로서 법률적으로 제도화하는 것을 검토해 볼만 하다.

아울러 시민단체·학계의 제안들에 대해서도 주목할 필요가 있다. 그동안 우리나라 수사절차의 발전 과정에는 이들의 역할이 상당했다. 군사정권 시절뿐 아니라 민주화가 된 이후에도 수사기관의 인권침해를 밝혀내고 개선하는데 많은 기여를 했다. 최근의 수사구조개혁 논의 국면에서도 관련된 논의는 활발하다. 예를 들어 지난 6월 진보네트워크센터 등 9개의 시민단체연합은 경찰에 대한 민주주의적 통제 장치가 없음을 지적하면서, 경찰 조직 및 권한의 분산을 주장하고 있다.[66] 학계의 논의는 보다 구체적이다. 수사의 개시 절차에서부터 수사의 종결 단계까지 걸쳐 인권 보호를 위한 다양한 개선안들이 논의되고 있다. 이러한 활발한 노력들 중 법률에 규정함이 바람직한 내용은 수사절차법에 반영할 필요가 있다.

아울러 수사절차 하위법령들에 대한 정비 과정에서도 인권보호 장치 강화를 염두에 둘 필요가 있다. 물론 앞서 지적한 바와 같이 우선 수사절차의 하위법령들을 보다 정교하게 구성하고, 난립한 법령들을 체계적으로 일관성 있고, 간결하게 정비해야 한다. 이러한 과정에서 추가로 고려할 것이 있다. 인권보호와 밀접한 관계가 있는 하위법령들의 규범력을 강화시키는 일이다. 사실 경찰·검찰이 이미 시행중인 하위법령 중에는 상당한 수준의 인권보호 장치들이 이미 존재하고 있

65) http://www.hankookilbo.com/v/2e7701fd89cd44099235548ff90daaeb (2017.11.1. 방문)

66) 진보네트워크센터 등, 정부 경찰개혁 정책제안서, https://act.jinbo.net/wp/wp-content/uploads/2017/05/%EA%B2%BD%EC%B0%B0%EA%B0%9C%ED%98%81%EC%A0%95%EC%B1%85%EC%A0%9C%EC%95%88%EC%84%9C_20170531.pdf (2017.11.1. 방문).

다. 대표적인 예가 2013년부터 시행중인 경찰청 훈령 '변호인 접견·참여 등 규칙'이다. 동 규칙은 수사과정에서의 변호인 참여권을 폭넓게 보장하기 위해, 경찰청에서 독자적으로 제정한 것이다.[67] 하지만 상위 법령과 충돌되고 있을 뿐만 아니라 규범력이 약하기 때문에, 수사실무에 직접적인 변화를 가져오는 데는 한계가 있다. 따라서 이와 같은 법령들을 정비함과 동시에 그 중 일부는 수사절차법에 반영하는 것을 검토해 볼만 하다.

4. 누구나 이해하기 쉬운 수사법률

수사절차법은 수사의 주체인 수사관은 물론이고, 수사대상자인 일반인들이 처음 읽어보아도 이해하기 쉽도록 제정되어야 한다. 정상적인 교육을 받은 사람이라면 누구든지 수사절차법을 읽어봄으로서 수사행위의 시작단계부터 종료단계까지 어떠한 일들이 일어나는지 쉽게 알 수 있어야 한다. 현행 형사소송법의 수사절차는 이러한 배려가 매우 부족하다. 때문에 수사절차법에는 수사에 관한 기본적인 절차들을 상세하면서도 이해하기 쉽게 규정함으로써 수사의 각 단계에 적용되는 법령들을 명확하게 할 필요가 있다. 이러한 변화는 수사대상자 뿐만 아니라, 직접 수사행위를 하는 수사관들의 업무 처리에도 도움이 될 것이다. 동시에 수사기관의 수사권 남용도 자연스레 견제될 수 있을 것이다.

이를 위해서는 어려운 법률용어 순화 외에도, 체계적인 조문 구성이 필수적이다. 수사절차법은 수사대상자가 처음으로 수사관을 마주하는 단계부터 사건이 종결되어 검찰로 송치되는 단계까지 시간의 흐름대로 기술될 필요가 있다. 역시 영국의 사례를 참고 할만하다. PACE법은 시간의 흐름에 따라 수사단계를 이해하기 쉽고, 자연스럽게 기술하고 있기 때문이다. PACE법과 현행 형사소송법의 수사절차를 비교하면 다음과 같다.

[표 3 : PACE법의 구성]

제1부	제2부	제3부	제4부	제5부	제6부	→
정지 및 수색할 권한	출입, 수색, 압수권한	체 포	유치	경찰의 신문과 처우	실무규범 일반	

→	제7부	제8부	제9부	제10부	제11부	제12부
	형사절차에서의 서류증거	형사절차상 증거-일반론	보칙	경찰의 민원과 징계	경찰-일반규정	잡칙 및 보칙

67) 동 훈령에서는 피의자뿐만 아니라 피내사자·피해자에 대해서도 변호인 참여권을 보장하고 있다. 변호인 접견·참여 등 규칙(경찰청 훈령) 제1조. 이는 형사소송법 제243조의2(변호인의 참여 등), 수사준칙 제21조에서 피의자에게만 변호인 참여권을 보장하고 있는 것과 비교하면 훨씬 인권친화적이다.

[표 4 : 형사소송법 수사절차의 구성]

제196조~제197조	제198조~제200조	제200조의2~ 제200조의6	제201조~제209조	제211조~제214조	제214조	→
수사의 주체 등	수사일반	체포 (영장·긴급체포)	구속	현행범 체포	체포·구속 적부심사	

→	제215조~제220조	제221조~제222조	제223조~제248조	제241조~제245조	제245조의2~ 제245조의4	
	압수·수색·검증	참고인 조사, 감정 등	고소·고발 등	피의자 신문	전문수사 자문위원	

PACE법의 경우 수사대상자가 '처음으로 경찰관을 마주치는 단계(정지 및 수색)'부터 '압수·수색' → '체포' → '유치' → '경찰의 [신]문과 처우'에 이르기까지 절차의 흐름대로 규정되어 있다. 이어서 각 단계에서 수집된 증거가 어떻게 활용되는지에 대한 구체적인 규정들이 나온다. 그 이후에는 경찰에 대한 민원과 징계 등의 절차가 규정되어 있다. PACE법의 조문들은 시간의 흐름에 따라 직관적으로 알기 쉽게 배치되어 있음을 알 수 있다.

반면 우리 형사소송법의 수사절차는 다소 혼란스럽다. 구체적인 수사행위보다는 수사의 주체가 먼저 언급되는데, 이마저도 복잡하게 기술되어 있어 일반인이 그 의미를 쉽게 이해하기 힘들다.[68] 이어서 체포(영장·긴급체포)와 구속에 관한 조문들이 나온 후, 다시 체포(현행범 체포)에 대해서 언급하고 있다. 그 다음에는 압수·수색에 대한 내용이 이어지는데, 통상적으로 압수·수색은 체포·구속의 전 단계에 이루어진다는 점을 고려하면 배치 순서가 매끄럽지 못하다. 이어서 수사 '개시'의 단서에 해당하는 고소·고발에 대한 조문들이 나오는데 역시 부자연스럽다. 그 다음의 피의자 신문에 대한 조문들도 마찬가지다. 이와 같은 조문배치는 수사대상자 뿐만 아니라 수사실무자들도 혼란스럽게 만든다.

수사절차법 제정은 이러한 점들을 염두에 두고, 보다 이해하기 쉬운 법률이 되도록 구성되어야 할 것이다.

68) 우리 형소법의 수사관련 규정(제195조부터 제245조의4)은 처음에 수사의 주체를 규정하고 있다. 제195조(검사의 수사)는 검사가 수사의 주체임을 명시하고 있으며, 제196조(사법경찰관리)는 사법경찰관리의 수사의 주체성과 검사와의 관계에 대해 규정하고 있다. 그리고 제197조(특별사법경찰관리)는 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할자에 대해 규정하고 있다. 이어지는 조문에 각 수사행위들이 규정되어 있다. 그러나 수사대상자의 입장에서 볼 때, 수사관련 법령에서 누가 수사의 주체인지를 밝히는 것이 크게 중요한 일은 아니다. 실제 수사단계에서 자신이 어떠한 공권력 행사를 받게 되는지가 핵심이다. 수사는 대표적인 국가 공권력의 행사로서 국가기관이 수행함은 당연한 일이기 때문이다. 그것이 검찰이던, 경찰이던 간에 말이다. 이러한 방식은 수사대상자에게 친화적인 법률 구성으로 보기는 어렵다.

[표 5 : 수사절차법의 구성][69]

현행 형사소송법 목차
제1편 총칙
제1장 법원의 관할
제2장 법원 직원의 제척, 기피, 회피
⋮
제9장 피고인의 소환, 구속
제10장 압수 및 수색
제11장 검증
⋮
제2편 제1심
제1장 수사
제2장 공소
제3장 공판
⋮
제3편 상소
제1장 통칙
제2장 공소
제3장 상고
제4장 항고
⋮

수사절차법 제정안 목차 예시
제1장 총칙
제2장 수사의 개시
제3장 임의수사
제4장 통신수사
제5장 압수와 수색
제6장 검증
제7장 체포 및 구속
제8장 수배와 공조
제9장 송치와 이송
제10장 증거
제11장 장부와 비치서류
제12장 약식절차 특칙

69) 수사절차법 제정안의 목차는 범죄수사규칙(경찰청 훈령)을 참조하였다.

V. 마치며

오늘 발표한 수사절차법 제정 논의의 핵심은 국민들의 인권 보호를 위해, 수사기관들이 수사과정에서 보다 엄격한 법률의 통제를 받도록 하게 만드는 데에 목적이 있다. 본 연구에서는 그동안 수사구조개혁 논의의 초점이 다소 불균형했음을 지적하고, 현행 수사법령 및 행정규칙의 문제점에 대해서 살펴보았다. 2007년 형사소송법 개정으로 위법수집증거배제법칙이 신설되었지만, 그 의미는 여전히 제한적이다. 수사절차법 제정은 이러한 문제들에 대한 입법적 차원의 해결 시도이다.

본 연구에서 다루지 못한 부분이 많다. 이는 현행 수사절차 법령에 대한 문제의식을 바탕으로 수사절차법 제정의 필요성과 방향에 국한해서 논의했기 때문이다. 따라서 형사절차에서 다른 주체(법원·검찰)들의 수사에도 동일하게 적용될 것인가, 수사절차법의 소관부처는 어디가 될 것인가 등에 대해서는 추가 논의가 필요함은 당연하다.

2017년도 하반기
치안정책연구소 학술세미나

국민을 위한 수사구조개혁과 경찰의 과제

제2주제

경찰수사의 독립성 · 중립성 확보를 위한 수사체제(구조) 재설계

황문규(중부대 경찰행정학과 교수)

경찰수사의 독립성·중립성 확보를 위한 수사체제(구조) 재설계

황 문 규*

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 현행 수사체제의 진단
Ⅲ. 경찰수사의 중립성·독립성 확보를 위한 수사체제 재설계 방안
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서 론

새 정부가 출범한 이후 경찰개혁을 위한 방안이 숨이 가쁠 정도로 연일 쏟아져 나오고 있다. 대통령 공약에서는 그간 과도한 검찰권에 대한 폐해에 대한 반성적 인식에서 검찰개혁을 위한 방안이 촘촘하게 제시되었는데, 역설적이게도 정작 개혁작업은 경찰에서 제일 활발하다. 대통령 공약 및 국정과제로 설정된 광역단위 자치경찰제 도입 권고안, 시민에 의한 민주적 외부통제기구로서 경찰인권·감찰옴부즈만(위원회) 및 경찰위원회의 실질화 방안 등은 그 예이다. 검찰개혁의 일환으로서 수사-기소 분리로 경찰에 수사권이 부여될 경우 자칫 경찰권이 비대화되어, 경찰이 또다른 '검찰'이 될 수 있다는 우려를 해소하려는 노력의 산물일 것이다.

그러나 어찌된 일인지 수사-기소 분리의 당사자인 검찰측에서는 수사-기소 분리를 위한 주목할 만한 움직임을 보이지 않고 있다. 그렇지만 이 시점에서 검찰의 움직임만을 바라보고 기다리기에는 여전히 경찰에서 해야 할 과제가 산적해 있다. 1954년 형사소송법이 제정된 이후 현재까지 검찰과 경찰간 위계적 계층구조를 형성하고 있는 수사체제가 지난 60여 년 동안 수사체제

* 중부대학교 경찰행정학과 교수(법학박사, leiter0327@naver.com)

에 어떠한 변화도 허용하기를 꺼려했다. 검찰과 경찰간 수사체제뿐만 아니라 경찰 내에서의 수사체제도 커다란 변화 없이 지난 60여 년 동안 이어져오고 있는 이유이기도 하다. 그 때문에 검사의존적 수사체제에서 벗어나는 것만이 경찰수사의 숙명으로 여겨져 왔다. 그래서 경찰을 견제하고 통제할 장치는 검사의 수사지휘권과 영장청구권이 유일무이한 것으로 간주되어 그 이외의 통제장치를 마련할 생각조차 하지 못했다. 그 영향으로 경찰활동에 대한 통제는 마치 형사법적 차원에서 이루어져야 한다는 인식이 고정관념 아닌 고정관념이 되었고, 이는 형사법 편향적 경찰활동으로 이어져 행정경찰작용의 침식이라는 결과를 가져왔다. 한 발 더 나아가 마치 행정경찰작용은 '순찰'이 전부인 것인양 무게감 없이 취급되어 온 반면, 사법경찰작용은 마치 17세기까지 천동설이 불변의 진리인양 우리의 세계관을 지배한 것처럼 경찰활동의 전부인 것으로 인식되어 온 것도 부인할 수 없는 사실이다.

인식의 전환이 필요한 시점이다. 수사체제에 근본적 변화를 주어야 할 시점인 것이다. 특히 행정경찰활동을 바로 세우는 작업을 통해 수 십년간 고착된 검경간 수사체제에 변화를 이끌어내야 한다. 그러나 그동안 방치되어온 행정경찰활동의 강화는 숨어있는 경찰권을 새삼 일깨우는 것이라 그 자체로 경찰권이 비대해진다는 우려에 직면하게 될 수 있다. 경찰권을 분산하는 방안이 뒤따라야 하는 이유이다.

이러한 인식 하에서 이 글은 현행 수사체제를 진단하여 어떠한 문제가 있는지 그리고 이러한 문제를 개선하기 위해서 수사체제가 어떻게 재설계되어야 하는지를 고민해보고자 한다.

Ⅱ. 현행 수사체제의 진단

1. 검사 지배적 수사체제

가. 경찰수사의 주체성 형해화

우리나라의 수사체제는 검사에 의해 지배되는 시스템으로 이루어져 있다. 검사의 지배를 가능하게 하는 매개체는 '수사지휘'이다. 종전에는 형사소송법 제196조에서 경찰은 '검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다'고 규정하여 "검사의 수사지휘권=검사의 수사행사방식"이라는 등식을 만들어놓았다. 그리하여 수사에 있어 경찰은 검사의 연장된 팔로서 '수사지휘'를 매개로 검사의 수사를 대신해주는 존재에 불과하였다. 이는 경찰에 수사의 개시·진행권을 보장해주기로 한 2011년

개정 형사소송법에서도 크게 달라지지 않고 있다. 개정 형사소송법 제196조 제2항에서 인정하고 있는 경찰의 수사개시·진행권은 전체 형사사건의 약 96%, 검찰이 종결하는 전체 형사사건의 약 80%를 검사의 실질적 지휘없이 경찰이 주도적으로 처리하고 있는 현실을 감안하여 적어도 수사의 개시·진행 영역에서 경찰의 수사주체성을 인정하기 위험이다. 또한 제196조 제1항 및 제3항[1]에서 여전히 '검사의 수사지휘권'을 규정하고 있지만, 이는 검사에게 경찰수사를 지배하는 것이 아니라 경찰이 주체적으로 하는 수사에 대한 '법률적 통제자'가 되어달라는 것을 의미한다.[2]

그러나 검찰은 '검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정'(이하 '대통령령')을 통해 경찰수사에 대한 지배력을 여전히 유지하려는 모습을 보이고 있다. 이 대통령령에 따른 수사지휘권을 통해 검찰은 필요에 따라 경찰수사를 중단시키고 검찰에 사건을 송치할 것을 지휘할 수 있다.[3] 2012년의 김광준 검사사건은 그 대표적인 예이다.[4] 나아가 정치적으로 민감한 사건 등의 경우 입건지휘를 받도록 하고 있다. 대통령령 제76조에서는 대공·선거, 노동, 집단행동, 출입국·테러 및 이에 준하는 공안관련 범죄에 대해 경찰이 수사를 개시한 때에는 검사에게 입건여부에 대해 검사의 지휘를 받도록 규정하고 있다. 그리하여 형사소송법 제196조 제2항에 따라 경찰은 범죄를 인식하면 수사를 개시·진행하여야 함에도 불구하고, 입건을 하지 못하게 하여 수사의 진행을 차단할 가능성을 열어놓고 있다. 이외에도 경찰수사를 지배하기 위하여 촘촘한 통제장치를 마련해놓고 있다. 예컨대, 내란죄, 외환죄, 공안범죄, 공무원범죄 등의 일정한 범죄에 대한 수사개시보고(대통령령 제74조), 관할구역 외에서 수사시 보고의무(형사소송법 제210조)[5], 수사담당자에 대한 교체임용요구권 및 행정적 책임요구권(검찰청법 제54조, 폭력행위등 처벌에 관한 법률 제10조), 경찰만을 대상으로 하는 인권옹호직무방해죄(형법

1) 제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.
③ 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.

2) 이에 대해서는 황문규, 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구 제22권 제3호, 2011, 217면 이하 참조.

3) 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(대통령령, 이하 '검사의 수사지휘에 관한 대통령령'이라 한다) 제78조 제1항 및 제2항에 따라, 검사는 경찰이 수사를 진행하고 있는 사건에 대해 수사절차상 이의가 제기되거나 2개 이상의 기관에서 중복 수사하는 경우 등 수사과정에서 인권이 침해될 우려가 현저하여 검사가 직접 수사할 필요가 있다고 인정되는 경우 '즉시 수사를 중단하고 검찰로 사건을 송치'할 것을 지시할 수 있다.

4) 2012. 11. 19.자 주간동아 제863호, "감히 검사 비리를 경찰이?", 인터넷 http://weekly.donga.com/List/3/all/11/94966/1.

5) 제210조(사법경찰관리의 관할구역 외의 수사) 사법경찰관리가 관할구역 외에서 수사하거나 관할구역 외의 사법경찰관리의 촉탁을 받어 수사할 때에는 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다. 다만, 제200조의3, 제212조, 제214조, 제216조와 제217조의 규정에 의한 수사를 하는 경우에 긴급을 요할 때에는 사후에 보고할 수 있다.

제139조) 등은 경찰을 통제하기 위한 장치의 대표적인 예이다. 이를 장치를 통해 (적어도 수사의 개시·진행에 있어) 경찰의 수사주체성을 형해화시키고 있다.

나. 권력과의 동행을 위한 경찰수사 지배

수사체제에 대한 검찰의 지배는 경찰수사에 대한 통제에 머물지 않는다. (정치·경제)권력과의 동행을 위한 장치이다. 앞서 언급한 바와 같이 대통령 제76조에서는 정치적으로 민감한 선거·공안사건, 노동사건 등을 입건여부 지휘의 대상사건으로 규정하고 있다. 이는 권력편향적 수사 또는 수사지휘를 위한 '보이지 않는 손'이 작용하기 위한 장치가 작용할 가능성을 열어놓고 있는 규정이다.

여기서 잠깐 검찰보고사무규칙(법무부령)을 살펴보자. 이 규칙에 따르면 검사는 대통령에서 규정된 입건여부 지휘의 대상사건에 대해 (경찰이든, 검찰이든) 수사착수가 있으면 상급검찰청의 장과 법무부장관에게 사무보고(제3조) 및 정보보고(제8조)를 해야 한다.[6]

그렇다면 정치적·사회적으로 민감한 선거·공안사건, 노동사건 등의 사건은 내사착수 또는 형사입건 단계부터 법무부 검찰국에 보고되고 다시 법무부를 거쳐 청와대 민정수석실에 보고된다. 이러한 보고를 토대로 법무부에서는 비공식적으로 중요수사에 관여하고, 우병우 민정수석의 경우처럼 청와대에서도 직접 수사에 개입하는 것이다.[7] 대부분의 사건이 경찰을 통해 수사 또는 내사가 시작된다는 점에서 경찰수사를 완벽하게 장악할 필요가 있는데, 대통령령 제76조가 그러한 기능의 가능성을 열어놓고 있는 것이다. 검찰은 경찰→검찰(입건여부 결정)→법무부 검찰국→청와대 민정수석실→법무부 검찰국(또는 경찰청)→검찰→경찰 등의 체계로 순환되는 시스템을 통해 '권력과 동행'하는 모습을 보이고 있다. 이러한 사무보고 및 정보보고는 전두환 정부 당시 정치권력이 검찰을 통제하기 위하여 만든 '통제장치'이다.

다. 검사의 독점적 영장청구권과 '천적 없는 검사 지배적 수사생태계'의 구축

수사기관이 강제처분을 하기 위해 영장을 청구하는 경우에는 헌법 제12조 제3항 및 제16조에 따라 원칙적으로 검사를 거쳐야 한다. 이처럼 영장청구 시 검사를 경유하도록 한 취지는 "검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지"하고자 함에 있다는 것이 헌

6) 검찰보고사무규칙(법무부령) 제2조 (보고절차) 이 규칙에 의한 보고는 각급검찰청의 장이 상급검찰청의 장과 법무부장관에게 동시에 하여야 한다. 다만, 특별한 사유가 있는 때에는 법무부장관에게 보고한 후 상급검찰청의 장에게 보고할 수 있다.

7) 김종민, 권위주의 시대의 유산과 개혁과제, 2017. 11. 10.자 법률저널, 인터넷 http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45945.

법재판소의 입장이다.[8] 검사에 의한 영장청구권 제도는 적어도 경찰 등 수사기관의 영장신청에 있어서 검찰이 법원에 앞서 1차적 점검자 역할을 한다고 볼 수 있다. 법원에 의한 1단계 점검시스템보다는 검찰 및 법원에 의한 2단계 시스템이 수사기관에 의한 인권침해의 가능성을 낮추는 것은 부인할 수 없다.

그러나 검사를 통한 영장청구권 제도가 과연 인권보호를 위한 장치인지는 의문이다. 이 제도가 실제로는 수사에 있어 검사의 지배체제를 공고히 하기 위한 장치로 오남용되는 것을 적지 않게 목도할 수 있기 때문이다.[9] 실제로 수사기관이 신청한 영장에 대해 인권보호와는 무관하게 기각되어 경찰수사를 무력화하거나, 심지어 전관예우의 통로로 활용되는 경우가 적지 않다.[10][11] 이는 특히 검찰 출신 변호인이 피의자의 변호인으로 선임된 사건, 검찰에서 무혐의 종결된 사건에 대한 경찰의 재수사, 검찰 출신 변호인이나 검찰 식구들이 관련된 범죄에 대한 경찰의 수사, 사회적 관심이나 파장이 커서 경찰의 수사를 장악할 필요성이 있는 사건 등에서 주로 나타나고 있다. 이로 인해 수사기관은 실질적 사법통제기관으로서의 법원의 판단을 받아볼 기회마저도 박탈당하고 있다.

문제는 수사기관의 인권침해를 방지하기 위한 장치로서 검사를 경유하여 영장을 청구하는 제도를 둔 것이라면, 수사기관으로서 검찰의 영장청구에 대해서는 왜 그러한 이중적 통제장치를 두지 않는가 라는 점이다. 검찰이 경찰보다 더 인권옹호적 기관이라거나 준사법기관이라는 주장이 제기될 수 있지만, 이는 검찰이 수사기관으로 있다는 사실을 부인하지 않는 한 설득력이 없다.

바로 이 점에서 검사를 통한 영장청구제도는 애초 법원과 검찰 간 강제처분권 독점을 둘러 싼 권력투쟁의 과정에서 이루어진 일종의 타협책이라는 지적이 설득력 있게 다가온다.[12] 다시 말해, 이 제도는 당초 조선형사령에 따른 검찰과 사법경찰의 인신구속 권한을 폐지하면서 법원에는 영장발부권을 부여하는 대신에 검찰에는 영장신청권을 부여하려는 는 과정에서 탄생한 산출물에 불과하다는 것이다.[13] 이러한 이유에서인지 검사의 영장청구권 제도는 수사지휘권과 결합

8) 96헌바28, 31, 32 병합.

9) 검사 독점적 영장청구권 제도의 오남용 사례에 대해서는 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 경찰청 연구보고서, 2009, 13-26면 참조.

10) 지난 2012년 1월에 발생한 이른바 '벤츠 여검사' 사건은 그 대표적인 사례이다. 벤츠 여검사와 내연 변호사간에 오고간 문자에는 "창원경찰에 다시 제출해. 경찰 쪽 통해서 사건구속 의견으로 올리는 게 나을 것 같아"라는 내용이 있다. 2012. 1. 22.자 여성조선, "벤츠女검사-내연변호사 문자메시지함 봤더니", 인터넷 http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2012/01/22/2012012200188.html.

11) 2017. 11. 3.자 JTBC, "검찰, 조양호 한진회장 구속영장 또 기각…경찰 '반발'", 인터넷 http://news.jtbc.joins.com/html/927/NB11544927.html.

12) 황문규, 헌법상 검사 독점적 영장청구제도의 의의와 한계, 경찰법연구 제15권 제1호, 2017, 15면.

13) 김선택, 영장청구주체입법의 변천 및 평가, 안암법학 제31호, 2010, 14면.

하여 한편으론 광복이후 형성된 형사사법기관간 계층화[14]를 고착화시키고 수사체제에 대한 검사의 지배현상을 공고히 하고 있다. 다른 한편으론 수사생태계에서 검사를 견제·통제하는 역할을 할 천적을 발붙이지 못하게 만들고 있다. 그리하여 검사가 두려워해야 할 대상을 '국민'에서 법무부-청와대 민정수석실-대통령으로 이어지는 인사권자로 전환시키고 있다. 여기에 검찰이 "국민 위에 군림하고 권력에 봉사하는 검찰"이라는 비판[15]의 대상으로 전락하여 개혁의 대상이 되고 있는 이유가 있다.

한편, 검사 경유 영장청구제도는 헌법에 규정되어 있어 전체 강제처분 제도의 운영을 지나치게 경직되게 만들고 있다. 즉, 강제처분의 경우 검사가 직접 영장을 청구하는 경우가 아니라면 '(경찰 등 해당기관의) 신청→검사청구→법관발부'라는 절차를 밟게 되는데, 수사절차가 아닌 경우 예컨대 행정상 강제처분의 경우에도 '검사청구'라는 절차를 거치지 않을 수 없는 모순을 초래한다.[16] 이러한 점들을 고려하면 이 제도를 규정하고 있는 헌법을 개정하고 형사소송법상 규정으로 대신할 필요가 있다.

2. 이중적, 계층적 수사체제

가. 검찰·경찰=수사기관, 그러나 경찰수사 위의 검찰수사

검사는 기소권을 행사하지만, 수사기관으로서 직접 수사도 담당하고 있다. 검찰도 경찰과 같은 하나의 수사기관이다. 다만, 검찰에는 수사종결권, 즉 기소여부를 결정할 권한이 인정된다는 점에서 경찰과 차이가 있을 뿐이다. 그러나 경찰은 전체 형사사건의 약 96%를 처리하고 있어 사실상 수사절차를 지배하고 있다. 그럼에도 현재의 수사체제는 검찰의 수사를 경찰의 수사 위에 둠으로써 위계적 수사구조를 형성하고 있다. 수사기관으로서 검찰과 경찰의 갈등 문제가 끊임없이 발생하는 이유도 여기에서 찾을 수 있다. 검찰과 경찰은 사실상 동일한 수사기관임에도 앞서 살펴본 바와 같이 수사지휘권과 영장청구권 제도가 검찰과 경찰의 수사를 계층화해 놓고 있기 때문이다.

14) 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001, 283면.

15) 참여연대 사법감시센터, 박근혜정부 3년 검찰보고서(2015) : 국민 위에 군림하고 권력에 봉사하는 검찰, 2016. 3. 23. 참조.

16) 황문규, 헌법상 검사 독점적 영장청구제도의 의의와 한계, 경찰법연구 제15권 제1호, 2017, 24면.

나. 유명무실한 수사지휘

우리 형사소송법은 경찰과 동일한 수사기관인 검사에게 수사지휘권을 부여하여 경찰수사와 검찰수사를 위계적 계층구조를 형성하게 하고 있다. 그런데 위계적 계층구조의 매개체인 수사지휘권은 실제 제대로 행사되지 못하고 있다. 이는 경찰에서 처리하는 사건의 수와 검사 인력 현황을 살펴보면 명확해진다. 2016년 한 해 동안 경찰집계 발생 범죄는 총 1,849,450건이며, 이중 검거건수는 1,552,455건이다.[17] 2013년 12월 31일 기준 전국 검사의 정원은 1,942명이다.[18] 그렇다면 전체 검사가 경찰이 처리한 수사에만 전념한다고 해도 1인당 연간 799여건을 처리해야 한다는 결론이 나온다. 게다가 검찰은 직접 범죄를 인지하여 수사를 하고 있다. 2015년 검찰 인지 사건은 총 14,158건, 21,338명에 달한다.[19] 여기에 현장에서 발생하는 각종 범죄사건에 대해 일일이 사전적으로 또는 사후적으로 수사지휘를 하기를 기대할 수 없는 이유가 있다. 실제로도 그렇지 못한 것이 현실이다. 검찰에서도 이런 현실을 고려해서인지 형사소송법에 따른 수사지휘에 대해 "검사의 수사지휘·감독은 피지휘자인 사법경찰관의 모든 수사권 발동을 일일이 구체적으로 완전히 통제한다는 의미가 아니다"라고 변명섞인 해석을 내놓고 있다.[20] 이 때문에 정승환 교수는 "수사지휘를 하는 것도, 하지 않는 것도 아닌 검찰"이라고 비판하고 있다.[21]

다. 이중적, 계층적 수사체제의 문제

문제는 이러한 계층화가 경찰에서의 수사와 검찰에서의 재수사라는 '이중 수사'를 초래하고 있다는 점이다. 사실상 동일한 수사기관인 검찰의 수사는 검찰 자체적으로 인지수사를 하는 경우를 제외하고는 경찰의 수사를 반복하고 있다. 이는 형사소송법(제312조 이하)에서 검찰과 경찰 조서의 증거능력을 달리하는데서 비롯되지만, 국민의 입장에서 볼 때 경찰에서 조사를 받았음에도 검찰에서 다시 조사받아야 하는 불편이 있다. 개인적 활동에 종사해야 할 시간에 똑같은 조사를 이중으로 받아야 하니 사회적으로 경제적으로 낭비임에 틀림없다.

한편, 경찰의 입장에서는 '검찰에 송치하면 끝'이라는 인식이 만연하게 되고, 이는 수사에 있어 책임성을 담보하지 못하게 하고 있다. 경찰의 수사는 검사의 지휘라는 문턱을 넘어 검찰에 송치하는 것을 최우선 목표로 한다. 따라서 일단 사건이 검찰에 송치되는 순간, 경찰은 그 사건에 대해 '나몰라라'하게 된다. 송치 이후 공소제기 여부 및 재판의 결과에 대해 관심을 둘 필요가

17) 경찰청, 2016년 범죄통계, 2017, 21면, 24면.

18) 대검찰청, 2014년 검찰연감, 2014, 30면.

19) 대검찰청, 2016년 검찰연감, 2017, 223면.

20) 법무연수원, 수사지휘론, 2003, 11면.

21) 정승환, 사법개혁에 부응하는 경찰 수사조직의 개편과 수사구조의 개혁, 대검찰청 정책연구보고서, 2012, 16면.

없는 것이다. 공소제기 여부 및 재판을 고려치 않은 경찰에서의 수사가 그만큼 부실해질 수 있음을 의미한다. 그 피해는 국민이 지게 된다. 그럼에도 국가적으로 서로 다른 기관에서 똑같은 조사를 반복하려고 이중으로 인력과 예산을 투입하고 있으니 낭비임은 자명하다.[22]

더 심각한 문제는 구속의 경우 경찰과 검찰에 의해 이중으로 구속되기 때문에 그 기간이 2배로 늘어난다는 점이다. 현행 형사소송법에서는 경찰이 피의자를 구속한 때에는 10일, 검사가 구속한 때에는 10일+10일 간의 구속을 인정하고 있다. 피의자의 입장에서 볼 때 이는 경찰에 의해 구속된 경우에는 최대 30일(사법경찰10일+검사 20일), 검사에 의해 구속된 경우에는 최대 20일간 구속되어야 하는 것이다. 똑같은 조사를 받는데 경찰에서 구속된 사람은 검찰에서 구속된 사람에 비해 최대 10일 더 구속되어야 하는 불합리가 있다.[23] 이처럼 사실상 동일한 수사기관에 의한 이중 수사는 그 자체로 국민에게 불편을 초래하는 불합리함을 넘어 인권보호에 역행하고 있다.

그렇다면 여기서 검사의 수사지휘 제도가 왜 존재하는지, 그 목적이 무엇인지를 묻지 않을 수 없다. 경찰이 수사를 못하기 때문에 이를 지도하기 위한 것인지, 아니면 경찰수사에 대한 견제와 통제를 통해 인권침해 등을 방지·억제하기 위한 것인지 의문이 들지 않을 수 없다. 수사경찰관들을 대상으로 강력사건에 대하여 검사의 지휘가 도움이 되었는가 여부에 관한 설문조사 결과를 보면, 수사지휘가 경찰이 수사를 못하기 때문은 아니라는 점을 확인할 수 있다. 이 설문조사에서 전체 응답자 755명의 65%인 476명의 수사경찰관들이 수사지휘를 받을 필요가 없다고 대답하였다.[24] 이러한 인식은 특히 살인, 강도 등 강력사건의 경우 더욱 강한 것으로 나타나고 있다. 한편 2010년 서울양천경찰서 고문사건의 경우를 보면, 검사의 수사지휘권이 행사되었음에도 경찰수사과정에서 발생하는 인권침해 행위를 억제하지도 못했고, 사후적으로도 발견하지도 못했다. 2002년 10월에 발생한 서울지방검찰청 피의자 고문치사사건의 사례는 수사지휘권을 통해 경찰수사에서 인권침해 행위를 부추기지 않으면 다행이라는 생각이 들 정도이다.

이러한 사례들은 이중 수사가 적어도 경찰수사를 견제하고 통제하기 위한 것인지를 의심하게 만들고 있다. 물론 경찰에서 조사하고 다시 검찰에서 재조사하다보면, 재조사 과정에서 경찰에서 미처 발견하지 못한 부분을 발견할 수 있고 나아가 경찰조사과정에서 이루어진 인권침해 행위를 확인할 수도 있을 것이다. 이는 그렇지만 위 사례들에서 보는 바와 같이 그다지 유의미한 효과를 보여주지 못하는 대신, 국민의 불편 및 국가적·사회적·경제적 낭비 등의 부작용을 초래하고 있다는 점에서 문제가 아닐 수 없다.

---

22) 같은 취지에서 정승환, 사법개혁에 부응하는 경찰 수사조직의 개편과 수사구조의 개혁, 대검찰청 정책연구보고서, 2012, 18면.

23) 황문규, 헌법상 검사 독점적 영장청구제도의 의의와 한계, 경찰법연구 제15권 제1호, 2017, 26면.

24) 김상희·조병인, 수사경찰의 의식에 관한 연구, 1996, 484-485면.

3. 행정경찰과 사법(수사)경찰의 혼합적 수사체제[25]

가. 행정경찰과 사법경찰의 구분과 한계

경찰활동은 그 성질에 따라 행정경찰작용과 사법경찰작용으로 구분된다. 행정경찰작용은 위험(또는 범죄)이 발생하기 전에 그 발생을 방지·예방하는 것을 목표로 하는데 반해, 사법경찰작용은 이미 발생한 범죄(또는 위험)의 수사를 목표로 한다. 따라서 사법경찰의 영역에서는 범죄수사를 위한 증거의 수집·보전 및 이를 통한 형사적 처벌을 우선하고, 행정경찰의 영역에서는 위험이 발생하기 전이라면 이를 예방하고 이미 발생한 경우라면 그 위험을 진압하거나 위험의 확산을 방지하는 것을 우선하게 된다.[26]

여기서 전자의 영역에서 활동하는 경찰을 행정경찰, 후자의 영역에서 활동하는 경찰을 사법경찰(실무적으로는 수사경찰)이라고 한다. 이러한 구분이 필요한 것은 무엇보다도 행정경찰이냐 사법경찰이냐에 따라 그 지휘체계가 달라지기 때문이다. 행정경찰은 소속 행정기관의 지휘체계에 따르고, 사법경찰은 검사의 지휘체계에 따른다.

그러나 행정경찰과 사법경찰이 활동하는 영역은 표리관계에 있고 중첩적이어서 그 경계가 불분명한 경우가 많아, 이론상 구분과는 달리 실무적으로 구분은 쉽지 않다.[27] 극단적인 상황을 가정하여 보면, 행정경찰이 이미 발생한 범죄를 발견한 경우 사법경찰에게 통보하는 것 이외 아무런 조치를 취할 수 없을 것이다. 사법경찰은 아직 발생하기 직전의 범죄(위험)에 대해 발생하기만을 기다려야 하는 상황에 처하게 될 것이다. 이 때문에 우리나라에서는 행정경찰과 사법경찰을 구분하지 않고 있다. 수사부서에 근무하면 사법경찰, 수사부서가 아닌 지구대·경비 등의 비수사부서에 근무하면 행정경찰이 되고, 행정경찰이라도 인사이동으로 수사부서로 이동하면 그때부터는 사법경찰이 되는 식이다.

---

25) 이 부분은 황문규, 경찰개혁: '경찰을 경찰답게' 만들기 위한 경찰조직 재설계, 숭실대학교 법학논총 제39집, 299-303면을 요약, 정리한 것임.

26) 행정경찰과 사법경찰의 차이점에 대해서는 박병욱/황문규, 위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점, 형사정책연구 제23권 제3호, 한국형사정책연구원, 2012, 199-226면 참조.

27) 유길준은 1895년 그의 책 '서유견문'에서 행정경찰과 사법경찰을 다음과 같은 비유로 구분하고 있다: "어떤 사람이 남의 집 울타리를 넘어가려고 할 때에 이를 막는 것은 행정경찰이고, 그가 한 발이라도 울타리 위로 넘어가면 무고히 남의 집에 침입하는 잡범이니 사법경찰의 직분에 귀속되어 형법의 처단을 받게 된다. 그러므로 사실은 행정경찰과 사법경찰이 표리관계를 이루는 셈이다." 정승환, 사법개혁에 부응하는 경찰 수사조직의 개편과 수사구조의 개혁, 대검찰청 정책연구보고서, 2012, 22면에서 재인용.

나. 행정경찰과 사법경찰의 혼합으로 인한 문제

실무적으로 행정경찰과 사법경찰을 구분하기 어렵다는 점을 인정하더라도, 양자를 혼합 운영함에 따른 문제점은 간과하기 어렵다.

(1) 행정경찰 및 사법경찰 영역에서의 전문성 약화

먼저, 앞서 언급한 바와 같이 어떤 부서로 인사발령이 있느냐에 따라 행정경찰과 사법경찰을 상호 전환하게 하는 것은 양 영역에서의 전문성을 제고하는데 한계가 있다. 그 한계는 특히 기본권제한적 성격이 강한 사법경찰의 영역에서 더 두드러진다. 순찰업무를 담당하는 파출소의 경찰관이 신고를 받고 출동한 범죄현장에서 증거를 수집하는 등 수사를 하게 되는 문제도 있다. 지난 2007년 발생한 일명 '석궁테러사건'에서 범죄현장에 출동한 파출소 경찰관이 증거를 함부로 수집하다 판사에게 발사된 부러진 화살을 분실하게 된 사건은 그 좋은 예이다.[28]

(2) 사법경찰에 대한 행정경찰의 개입

행정경찰과 사법경찰이 구분되어 있지 않아서 형사소송법상 검사의 수사지휘를 받지 않는, 그래서 사법경찰관[29]으로 볼 수 없는 예컨대 경찰청장(치안총감) 또는 치안정감 또는 치안감 계급의 지방경찰청장이 수사에 관하여 직접 지시하는 경우이다. 2012년 12월 18대 대통령 선거를 앞두고 불거진 '국가정보원 댓글사건'에 대한 경찰수사에서 당시 김용판 서울지방경찰청장이 축소·은폐를 지시했다는 의혹사건은 그 대표적인 사례이다. 행정경찰이 사법경찰의 영역인 수사에 개입했다는 것이다. 물론 사법경찰로 볼 수 없는 치안정감인 지방경찰청장에게도 해당 업무에 대해 그 소속 공무원에 대한 지휘·감독권이 인정된다.[30] 경찰청 훈령인 범죄수사규칙에서는 경찰청장, 지방경찰청장 및 경찰서장의 소속 공무원의 수사에 대한 지휘·감독권을 명시하고 있다.[31] 따라서 서울지방경찰청장이 수사업무를 처리하는 담당 수사경찰관에게 지휘·감독권을 행

---

28) 정승환, 앞의 글, 14면.

29) 형사소송법 제196조 제1항에서는 "수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다."고 규정하여, 지방경찰청장급인 치안감, 서울지방경찰청장급인 치안정감, 경찰청장인 치안총감은 사법경찰관으로 포함시키고 있지 않다.

30) 경찰법 제24조 제24조(직무수행) ① 국가경찰공무원은 상관의 지휘 · 감독을 받아 직무를 수행하고, 그 직무수행에 관하여 서로 협력하여야 한다.
② 국가경찰공무원은 구체적 사건수사와 관련된 제1항의 지휘 · 감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다.

31) 범죄수사규칙(경찰청훈령 제774호, 2015. 9. 1.시행) 제13조의2(경찰청장) ① 경찰청장은 국가경찰의 수사에 관한 사무를 총괄하고 지휘·감독하며, 경찰청의 수사업무를 관장한다.
제13조의3(지방경찰청장) 지방경찰청장은 합리적이고 공정한 수사를 위하여 소속 공무원 및 소속 경찰관서의 범죄수사에 대하여 전반적인 지휘·감독을 하며, 체계적인 수사 인력·장비·시설·예산 운영 및 지도·교양 등을 통해

사하였다고 하여 그것이 곧 위법인 것은 아니다. 제정 형사소송법 제196조 및 그 모태가 된 조선형사령 제4조, 그리고 현행 검찰청법 제54조의 역사적 연원 등에 대한 종합적 고찰 결과, 형사소송법 제196조에서 규정한 경위에서 경무관까지의 계급은 사법경찰관이 될 수 있는 경찰의 계급을 규정한 것이 아니라, 검사의 수사지휘권이 미치는 사법경찰관의 범위를 정한 것으로 보아야 한다는 주장이 있음을 고려하면 이 점은 더욱 분명해진다.[32] 다시 말해 치안감급 이상의 경찰지휘관의 경우 검사의 수사지휘권이 미치지 않을 뿐이지, 수사에 있어 소속 공무원에 대한 지휘·감독권을 행사하지 못한다고 보기는 어렵다.

그러나 행정경찰과 사법경찰이 분리되어 있지 않은 상황에서 검사의 수사지휘권 밖에 있는 경찰지휘관 또는 수사부서에 있지 않은 경찰관서의 장이 소속 공무원의 수사에 대한 지휘권을 제한없이 행사할 수 있다고 한다면, 역으로 검사의 수사지휘권도 경무관 이하 전 경찰관에게까지 제한없이 미친다고 하는 논리가 성립하게 된다. 이는 자칫 검사가 수사지휘권을 매개로 전 경찰을 통제할 수 있다는 논리로 이어질 여지가 있다.

그렇다면 위 국정원 댓글사건에서 특히 문제되는 것은 당시 김용판 서울지방경찰청장이 지휘·감독권을 행사한 것 그 자체가 아니라, 석연치 않은 이유로 수사에 부당하게 개입한 부분이다. 여기에는 또한 검사의 수사지휘권 밖에 있는 경찰지휘관 중에는 실제 수사업무를 제대로 한 경험이 없어 수사를 잘 모르면서도 수사지휘를 하게 된다는 문제에 대한 인식이 작용하고 있다.[33]

(3) 형사법 편향적 경찰활동과 행정경찰활동의 침식

현장경찰관들로 하여금 사전예방적 대응을 위한 경찰권 행사에 대한 결정과 그 결정에 대한 책임의 부담에서 벗어나 위험(또는 범죄)의 발생을 기다렸다가 사후적 차원의 수사에만 치중하게 할 우려가 있다는 것이다. 왜냐하면 행정경찰 영역에서의 경찰활동은 아직 발생하지 않은 장래의 위험(또는 범죄)에 대응하는 것이어서 현장경찰관의 판단에 따라 재량권을 행사할 여지가 많기 때문이다. 또한 그래서 이 점은 자칫 경찰권 남용 및 그에 따른 신분상 불이익의 문제로 비화될 가능성이 높아서, 현장경찰관들은 이미 발생한 위험(또는 범죄)에 대한 사후적 대응, 즉 사

그 책임을 다하여야 한다.
제13조의4(경찰서장) 경찰서장은 해당 경찰서 관내의 범죄수사에 대하여 지휘·감독을 하며, 합리적이고 공정한 수사를 위하여 그 책임을 다하여야 한다.

32) 조국·김준호, 경찰 내부 수사지휘의 합리적 운용방식에 대한 연구, 경찰청 연구보고서, 2013, 43-45면.

33) 이 때문에 경찰은 최근(2017. 9. 4) '수사경찰 인사운영규칙'을 개정하여 수사부서 선발요건을 강화하였다. 이에 따라 일선 경찰서 과장급(경정) 경찰관이 되려면 최근 10년 동안 5년 이상의 수사부서 경력이 있어야 한다. 또한 수사부서 팀장급(경위·경감) 경찰관의 경우 최근 10년 내 수사 경력이 총 5년 이상이거나 폭력·지능 등 수사 내 특정 부서 업무(죄종) 경력이 2년 이상의 자격을 갖출 것이 요구된다. 2017. 9. 4.자 서울경제, "수사경찰 되기 어려워졌다", http://www.sedaily.com/NewsView/1OKWB0SZXC(2017. 9. 22. 인터넷 검색).

법경찰의 영역에서 활동하려고 하기 때문이다. 사법경찰의 영역에서는 이미 발생한 위험(또는 범죄)에 대해 형사법에서 정한 절차와 방식에 따라 사후적으로 대응하기만 하면 경찰권 남용의 문제가 발생할 여지가 없다. 그에 반해 위험방지 목적의 사전예방적 영역에서의 경찰활동은 장래의 위험(또는 범죄)에 대한 사전적 대응이다. 따라서 현장경찰관들은 경찰관 개개인의 판단에 따라 경찰권 발동여부 및 수단의 선택에 대해 결정해야 하는데, 그 결정이 의도하지 않은 결과로 이어질 경우 경찰권 남용의 부담을 혼자 짊어져야 한다. 때문에 현장에서는 이미 발생하지도 않은 위험(또는 범죄)에 대응하기 위해 괜히 재량권을 행사했다가 혹시 잘못되기라도 하여 신분상 불이익을 받는 것보다, 이미 발생한 범죄에 대해 재량의 여지가 적은 사후적 대응을 하는 것이 훨씬 더 안전하다고 생각한다. 형사법 편향적 경찰활동이 이루어지는 이유다.

문제는 현행 경찰활동이 지나치게 형사법적으로 편향되어 있기 때문에 현장의 경찰관들은 재량의 여지가 적어 책임소재가 분명한 사후대응 위주의 경찰활동에 치중하고, 그럼으로써 현장 경찰활동이 상대적으로 위축되며, 그리하여 결국 행정경찰 영역이 잠식될 우려가 있다는 점이다.

이러한 문제의 이면에는 그렇지만 행정경찰이 업무수행 과정에서 강제처분을 해야 하는 경우가 있을 수 있는데, 그에 필요한 행정상 강제처분을 가능하면 허용하지 않으려는 제도적 장치도 작용하고 있다. 경찰관직무집행법상 강제처분으로는 보호조치(제4조), 위험발생의 방지조치(제5조), 범죄의 예방을 위한 제지조치(제6조), 위험방지를 위한 출입(제7조) 등이 있다. 이러한 조치를 위해서는 '목전의 급박한 경찰상 장해'를 제거하여야 할 필요가 있을 경우 등 긴급성이 충족되어야 한다. 그런데 긴급성이 충족되었는지 여부는 이론적으로, 사후적으로야 판단이 어렵지 않지만, 시시각각 상황이 변하는 현장에서 판단하기란 결코 쉽지 않다. 이처럼 어려운 상황에서는 차라리 강제처분을 하지 않는 편이 나을지도 모른다. 행정상 강제처분, 즉시강제를 위한 요건을 이처럼 까다롭게 할 수밖에 없는 것은 행정상 강제처분에 대한 통제장치가 충분히 마련되어 있지 않고, 그래서 자칫 재량의 여지가 많은 즉시강제로 인해 국민의 기본권이 침해될 가능성이 커질 우려가 있기 때문이다. 2012년 수원에서 발생한 세칭 '오원춘 사건'에서 경찰이 현장부근의 주거에 출입할 엄두를 내지 못한 것도 바로 이러한 문제에서 비롯된다.

한편, 임의적 행정경찰활동에 대해서까지도 통제 중심의 형사법적 시각에서 접근하여 그 요건을 최대한 까다롭게 하고 있다. 예컨대, 경직법에서 불심검문 제도를 두고 있지만 신원확인 조차도 강제할 수 없다. 그 결과 불심검문의 대상자가 범죄혐의를 받는 피의자는 물론, 체포의 대상자인 경우에도 그 사람이 체포의 대상자인지 여부를 확인하기 어렵다.

더 큰 문제는 그럼에도 행정상 강제처분에 대한 통제장치를 마련하기 쉽지 않다는 점이다. 헌법에서 검사를 통해서만 법원에 영장을 청구할 수 있도록 하고, 이러한 영장주의는 원칙적으로 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 한다. 물론 헌법 제12조 제3항

단서에서 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다는 것이 대법원의 입장이다.[34] 여기서 행정상 강제처분이 필요하지만 그렇지 않고서는 행정목적을 달성할 수 없는 '지극히 예외적인 경우'가 아닌 때에는 어떻게 할 것인가의 문제가 남는다. 이러한 경우에는 강제처분을 위한 절차적 규정이 없어 검사를 경유하여 영장을 신청해야 하는 상황에 처하게 된다. 수사절차가 아닌 경우에도 '검사청구'라는 절차, 즉 검사의 통제를 받아야 하는 모순을 초래한다.[35]

4. 소결: 검사 지배적 수사체제의 재설계 필요성

현행 수사체제에 대한 진단의 결과, 현 수사체제는 크게 3가지의 문제점을 안고 있음을 확인하였다. 첫째, 현 수사체제는 수사지휘권 및 영장청구권 제도를 매개로 검사에 의해 지배되고 있다. 생태계의 균형을 유지하려면 천적이 있어야 하는데, 수사생태계에서는 검사의 천적을 허용하지 않음으로써 수사생태계의 균형이 파괴되고 있다. 경찰수사의 검사의존성을 강화하여 경찰수사의 성장, 발전을 원천적으로 어렵게 만들고 있다.

둘째, 검찰과 경찰이 사실상 동일한 수사기관임에도 계층화되어 있다. 국민의 입장에서는 경찰의 수사를 받고 또다시 검찰의 수사를 이중으로 받아야 하는 불편이 있다. 경찰의 입장에서도 기소와 재판을 고려치 않고 '송치하면 끝'인 수사에 책임질 이유가 없다. 국가적·사회적·경제적 낭비가 아닐 수 없다. 게다가 구속의 경우 검찰에서 구속될 경우 공소제기시까지 최대 20일 구속되어있는데 반해, 경찰에서 구속될 경우 최대 30일까지 구속될 수 있어, 검찰의 존재가 과연 인권옹호를 목적으로 하는지 의문이 아닐 수 없다.

셋째, 행정경찰과 사법경찰이 혼합적으로 운용되고 있어 사법경찰의 전문성을 제고하는데 한계가 있고, 경찰활동이 형사법 편향적이어서 행정경찰 영역이 침식되고 있다. 행정경찰 목적의 경찰활동에 대해서까지 형사법적 관점에서 사법적 통제장치를 적용하려하고 있다. 그래서 행정경찰활동을 위축시킴과 동시에 그 성장을 가로막고 있다. 경찰도 사법경찰활동에 중점을 두고 검사 지배적 수사체제에서 벗어나려고만 할 뿐, 행정경찰활동을 뒷받침할 법적 근거를 마련하는 등 행정경찰작용을 바로 세우려는 노력은 부족하다.

문제는 이러한 왜곡된 수사체제로 인한 피해가 고스란히 국민에게 돌아간다는 점이다. 현 수사체제에 변화를 주어 수사생태계의 균형을 찾아나가야 할 이유이다.

---

34) 96다56115.

35) 황문규, 헌법상 검사 독점적 영장청구제도의 의의와 한계, 경찰법연구 제15권 제1호, 2017, 24면 이하 참조.

Ⅲ. 경찰수사의 중립성·독립성 확보를 위한 수사체제 재설계 방안

1. 수사체제 재설계의 원칙과 방향

그러면 수사체제는 어떠한 원칙과 방향으로 재설계되어야 하는가? 첫째, 경찰을 수사의 주체성으로 인정하는 방향이어야 한다. 수사의 보조자 취급을 받는 한 경찰에게서 책임있는 수사를 기대하기 어렵다. 경찰은 검사의 지휘라는 문턱을 넘어 사건을 검찰에 송치하는 순간 해당 사건에서 자유로워지고, 이후 어떠한 결과가 나오든 관심이 없다. 이처럼 낮은 책임성은 또한 경찰수사의 전문성을 제고하는 데에도 한계로 작용한다. 따라서 한편으론 경찰을 검찰수사의 '연장된 팔'로 만들고 있는 검사의 수사지휘권을 약화 또는 폐지하여야 한다. 다른 한편으론 행정경찰과 사법경찰이 혼합적으로 운영되고 있는 체제에서 탈피하여야 한다. 이를 통해 형사법 편향적인 경찰활동을 바로 세워야 한다.

둘째, 검찰과 경찰 사이에 견제와 균형의 민주적 원리가 작동되도록 해야 한다. 천적 없는 검사 지배적 수사생태계에 변화를 주어 균형을 회복할 필요가 있다. 이는 한편으론 계층적 수사체제를 탈피하여 검찰과 경찰이 상호 견제하는 대등한 수사기관으로서 다원적 수사체제를 구축할 때 가능해질 것이다. 다만, 검찰을 지금과 같은 수사기관으로 계속 머물게 할 것인지는 추가적 논의가 필요하다. 검찰이 경찰과 같은 중복적 수사영역을 갖고 있는 상태에서 검찰과 경찰 간 대등한 관계의 설정은 자칫 수사권한의 총량만을 늘리는 결과로 이어질 우려가 있기 때문이다.[36] 여기서 수사-기소의 분리를 통해 검찰을 수사기관에서 벗어나게 하여 원칙적으로 기소권을 전담하는 기관으로 거듭나게 할 필요가 있다. 검찰은 기소권으로 경찰의 수사권을 견제, 감시하고, 경찰은 수사권으로 검찰의 기소권을 견제할 수 있게 되는 것이다.

셋째, 경찰권 강화로 이어지는 방향이어서는 안된다. 형사소송법 제정 당시 '검찰파쇼'를 우려하면서도 검찰에 기소권과 수사권을 독점시켰던 것은 '경찰파쇼'에 의한 폐해가 더 우려되었기 때문이다.[37] 그렇다면 현 수사체제의 재설계가 검찰권을 약화시키는 대신 경찰권을 강화하는 결과로 이어져서는 안될 것이다. 따라서 경찰권을 분산하고 민주적으로 통제하는 제도적 장치가 충분히 마련되어야 한다. 이러한 제도적 장치에는 경찰수사를 감독하는 내외부적 통제장치 이외에 자치경찰제 도입, 행정경찰과 사법경찰의 분리, 경찰노조 등을 고려할 수 있다.

---

36) 김인회 교수는 검경 수사권조정의 첫 번째 원칙으로서 "수사권한의 총량이 줄어들어야 한다"는 점을 내세우고 있다. 김인회, 권력기관 개혁의 핵 - 검찰개혁, 사람과 정책 여름호, 민주정책연구원, 2011, 71면.

37) 신양균, 형사소송법 제·개정정 자료집(상), 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 126면.

2. 수사-기소의 분리

가. 수사-기소 분리의 필요성

형사사법절차에서 검찰이 수사권과 기소권을 쥐고 있다는 것은 법원 이외 실질적인 견제기관이 없다는 점에서 견제 또는 통제 없이 수사권을 마음대로 행사할 수 있음을 의미한다. 천적 없는 검사 지배적 수사생태계에서 검찰 이외 다른 수사기관의 성장을 원천적으로 차단하고 있다.

문제는 검찰의 이러한 권한이 단순히 형사사법절차에서 주도권을 차지하는 정도로 머물지 않고, 형사사법에 관한 "법담론과 법집행의 주도적인 생산자"로서 우리의 일상적인 생활을 보이지 않게 규격화하고 통제하는 데까지 미치고 있다는 점이다.[38] 이에 대해 이호중 교수는 다음과 같이 지적하고 있다.[39]

"어떠한 사회적 사실을 형사사건화할 것인가 여부, 그리고 그 사건을 어떠한 범죄로 규정지을 것인가 여부를 주도적으로 결정하는 것이 검찰권의 핵심이며, 검찰은 이러한 권한을 통하여 사회적 사실을 정의하는 막강한 권력기관이다. 박종철사건을 살인이 아니라 고문치사죄로 형상화하는 것, 전경들이 각목으로 무차별 구타하여 사망한 강경대사건을 살인죄가 아니라 상해치사죄 정도로 의율하는 것, 노동분쟁이나 시민단체의 집회·시위에 국가보안법을 적용하여 정치적 사건으로 변질시키는 것 등이 검찰이 지닌 권력의 살아 있는 모습이다. 기업의 구조적인 비리사건에 대해서도 국가경제에 이바지한 공로를 높게 쳐주는 담론을 형성하는 것, 그리고 반대로 국가경제를 망친다는 이유로 노동조합의 파업에 대하여 엄격한 법적 잣대를 형성하는 것도 검찰의 권력작용이다."

이러한 권한을 토대로 검찰은 무소불위의 검찰권을 휘두르고 있으며, 그 결과 대한민국은 "검찰공화국"이라는 말이 등장할 정도에 이르렀다.[40] 수사-기소의 분리를 통한 검찰의 권한 분산이 필요한 이유이다.

나. 수사-기소 분리의 원칙과 방향

수사-기소 분리의 원칙과 방향은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 검찰권의 분산 차원에서 이루어져야 한다. 따라서 검찰의 직접수사권은 제한 또는 금지되어야 한다. 제한적으로 허용하는 경우에도 검찰의 직접수사는 경찰관련 비리사건 또는 경찰에서 다루기 힘든 금융·기업범죄

38) 이호중, 검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제, 서강법학 제9권제2호, 2007, 48면.
39) 이호중, 검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제, 서강법학 제9권제2호, 2007, 49면.
40) 김희수/서보학/오창익/하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 2011, 135면.

등에 대한 특수수사로 한정되어야 한다. 이를 위해서는 우선적으로 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 경찰 작성 피의자신문조서의 증거능력과 동일하게 제한해야 한다.[41]

둘째, 경찰의 수사주체성을 인정하는 방향이어야 한다. 그렇다면 현재와 같이 검찰이 수사지휘권을 매개로 경찰수사를 지배하지 못하게 할 필요가 있다. 따라서 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘는 최소화 또는 금지되어야 한다. 수사지휘권은 궁극적으로 ①공소제기를 위한 보충적 수사가 필요한 경우, ②법적 하자가 있는 경우, ③당사자의 이의제기나 인권침해 시비가 있는 경우 등에 한하여 제한적으로 인정될 필요가 있다. 다만, 공소의 제기 및 유지를 위한 보완수사요구권은 인정될 필요가 있다. 그렇다고 경찰에게 반드시 수사종결권을 인정할 필요는 없다.

셋째, 검사의 영장청구권은 중장기적으로 폐지되어야 한다. 영장발부 여부에 대해서는 법원의 통제로 일원화해야 한다. 다만, 검사의 영장청구권 폐지는 헌법개정을 요하는 만큼 그때까지는 영장청구권을 인정하는 것을 전제로 한다. 그렇다면 수사지휘는 영장청구권의 행사로 대체하고 폐지될 필요가 있다. 이는 검사의 수사지휘가 궁극적으로 경찰수사를 지배하는 매개체가 아니라 법률적 통제와 감시 장치로 전환되어야 한다는 점에서 영장청구권을 통해 경찰의 강제처분을 법률적으로 통제·감시하게 하는 방향과도 부합한다. 다만, 검사가 인권보호 이외의 사유 등으로 경찰이 신청한 영장을 기각하는 경우 '준항고'제도와 같은 불복장치를 마련하는 방안을 검토할 필요가 있다. 문제는 이 경우 법원의 영장기각에 대한 검사의 영장항고제도의 도입으로 이어질 것인데, 이 경우 유무죄를 따지는 본안재판절차가 지연되고 불구속수사·재판 원칙의 약화를 초래할 우려가 있다는 점이다.

다. 수사-기소 분리의 구체적 방안

검찰의 수사권과 기소권은 어떻게 분리할 것인가? 여기에는 검사에게 기소권만을 부여하고 수사권을 완전하게 분리해내는 방안에서부터 경찰에게 부여할 수사종결권의 범위 등에 따라 다양한 방안이 제기될 수 있다. 구체적으로 경찰에게 수사종결권을 부여할 것인가, 송치의무를 부여할 것인가, 그리고 검사의 수사지휘권을 인정할 것인가, 검사의 영장청구권을 인정할 것인가, 검사의 직접수사를 허용할 것인가 등에 따라 수사-기소 분리의 형태가 달라질 수 있다. 이를 정리해보면 크게 4가지 방안으로 구분할 수 있다.

41) 김선수 변호사도 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한하는 문제를 수사권과 기소권을 분리하는 전단계로서 추진되어야 한다는 점을 지적하고 있다. 최강욱, 권력과 검찰, 2017, 180면.

〈표 1〉 검찰의 수사권과 기소권 분리 방안

구 분		제1안	제2안	제3안	제4안
검찰	기소권	○	○	○	○
	직접 수사권	×	△ (경찰관련 사건만)	△ (경찰관련사건+ 특수수사)	△ (경찰관련사건+ 특수수사)
	2차적·보충적 수사	×	×	△ (송치된 사건에 한하여)	○
	직접 수사인력	100% 전환	직접수사를 위한 필요인력	직접수사를 위한 필요인력	직접수사 및 보충 수사를 위한 필요인력 유지
	수사지휘권	×	×	△ (예외적으로)	△ (2차적·보충적 수사 목적으로)
	보완수사요구권	○	○	○	○
	영장청구권	×	×	△ (중장기적으로 폐지)	○
경찰	수사개시·진행권	○	○	○	○
	수사종결권	○	○	○	×
	송치의무	△ (기소의견시에만)	△ (기소의견시에만)	△ (기소의견시에만)	○

먼저, 제1안의 경우 수사권과 기소권을 완전히 분리하는 방안이다. 즉, 검찰의 권한에서 수사권을 완전히 분리하여 원칙적으로 '검찰은 기소, 경찰은 수사'라는 수사체제를 형성하는 방안이다. 이 안에서는 경찰에게 수사종결권까지 부여하므로, 경찰에서 불기소 종결한 사건은 검찰에 송치할 필요가 없다. 기소의견인 사건에 대해서는 검찰에 송치하도록 하는 방안인데, 이는 표창원 의원의 형사소송법 개정안[42]과 유사하다. 다만, 경찰에서 사건을 불기소 종결한 경우에도 고소인 또는 피의자에게 경찰위원회 또는 검찰에 이의를 제기할 가능성을 열어놓아 사건처리의 공정성을 담보해야 한다.

42) 형사소송법 제195조 제3항 사법경찰관이 범죄를 수사하여 혐의가 인정되는 때에는 관계 서류 및 증거물을 검사에게 송치하여야 한다.

검사의 수사지휘권은 완전히 배제된다. 또한 영장청구의 경우에도 검사를 경유하지 않고 바로 법관에게 신청하는 방안이다. 검찰의 직접 수사인력은 자연감소 또는 단계적·점진적으로 경찰 등 다른 수사기관으로 100% 전환된다. 2013년 12월 31일 기준 검찰공무원은 7,870명이며, 이중 수사부서에 근무하는 것으로 볼 수 있는 인원은 약 5,500명이다.

이 안의 경우 수사권이 없는 검찰이 공소유지를 위한 지휘권을 행사할 수 있느냐의 문제가 제기될 수 있다. 그러나 영국의 경우 기소권만 가진 검찰이 경찰의 수사에 대해 'advise(자문)'을 하고 있다는 점, 그리고 수사는 궁극적으로 공소의 제기·유지 여부를 결정하기 위한 활동이라는 점을 고려한다면, 기소권 행사의 차원에서 요구되는 경찰수사에 대한 검찰의 자문 내지 지휘를 굳이 부인할 필요는 없다.

한편, 이 안에처럼 검사의 직접 수사를 전면 금지할 경우 경찰비리 등 경찰에서 처리하기 곤란한 사건 등에 대한 수사는 어디에서 담당할 것인가의 문제가 남는다. 경찰에서 경찰관련 비리사건을 처리하게 될 경우 현재의 검찰에서 드러난 문제가 재연되어 수사생태계의 균형을 깨트릴 위험성이 있다. 때문에 이러한 경우에 한하여 검사의 직접수사를 허용하고 있는 표창원 의원의 형사소송법 개정안[43]을 적극 검토할만하다.

그러나 이 안의 경우 현재의 수사체제와 비교하여 영장청구권 불인정 등 검찰의 권한을 지나치게 약화시킬 뿐만 아니라 직접수사에 강한 집착을 보이는 검찰의 입장 등을 감안하면, 수용가능성은 높지 않다.

제2안은 제1안과 달리 검사의 직접수사권을 제한적으로 허용하고, 그에 필요한 범위 내에 한하여 직접 수사인력을 유지하는 방안이다. 검사의 직접수사권은 경찰관이 관련된 비리사건 등에 한한다. 제2안의 경우에도 제1안과 같이 검사의 직접수사권이 지나치게 제한적이고 또한 영장청구권이 인정되지 않아 수용가능성은 낮다.

제3안은 제2안과 달리 현재와 같이 검사의 영장청구권 제도와 예외적으로 검사의 수사지휘권을 인정하는 방안이다. 검사의 직접수사권의 허용범위는 제2안과 비교하여 경찰관련 비리사건과 더불어 금융·기업범죄 등 특수수사가 필요한 분야로까지 확대되어 있다. 이러한 검사의 직접수사권은 금태섭 의원의 형사소송법 개정안[44]과 유사하다. 제3안에서는 경찰이 송치한 사건에 한하여 검사의 2차적·보충적 수사도 허용하고 있다. 그에 따라 검찰의 직접 수사인력이 제2안에서보다 늘어날 것이다. 검사의 수사지휘는 ①공소제기를 위한 보충적 수사가 필요한 경우, ②법적 하자가 있는 경우, ③당사자의 이의제기나 인권침해 시비가 있는 경우에 한하여 인정된다. 제3

43) 형사소송법 개정안 제196조 제2항 검사는 국가경찰공무원이 범한 범죄의 수사에 관하여는 사법경찰관의 임무를 수행할 수 있다.

44) 형사소송법 개정안 제196조 제2항 검사는 사법경찰관이 수사하기 곤란하거나 스스로 수사할 필요가 있다고 판단하는 때에는 수사를 개시·진행할 수 있다.

안이 수사-기소 분리의 원칙과 방향에 부합하고, 영장청구권을 인정하고 또한 검사의 직접수사권의 허용범위도 특수수사 분야에서까지 확대되어 있다는 점에서 수용가능성이 높다고 하겠다.

제4안은 제3안과 달리 경찰에 수사종결권을 부여하지 않고, 검찰에 수사지휘권과 영장청구권을 인정하는 방안이다. 이 안에서는 경찰의 수사종결권이 인정되지 않으므로, 경찰은 전건 송치의무를 진다. 검찰의 직접수사의 허용범위는 제3안에서와 동일하다. 수사지휘권은 그렇지만 현재와 같이 전면적이 아니라 2차적·보충적 수사를 위한 경우에만 제한적으로 허용된다. 제4안은 금태섭 의원의 형사소송법 개정안과 유사하다.[45] 제4안은 검사의 수사지휘권이 인정되고, 수사종결권이 부여되어 않아, 경찰 입장에서는 현재와 크게 달라진 점이 없어 수용가능성이 높지 않다.

라. 수사-기소 분리의 단계적 접근

수사-기소 분리는 단번에 이루어질 수 있는 사안이 아니고, 점진적·단계적 접근이 필요하다. 참여정부에서 추진했던 검경 수사권 조정이 실패했던 요인 중의 하나도 당시 경찰이 수사권 조정을 통한 수사권 독립을 일거에 쟁취하고자 했기 때문이라는 점은 시사하는 바가 크다.[46]

한편, 수사-기소 분리와 자치경찰제 도입은 상호 독립적이면서도 서로 밀접하게 연계되어 있다. 예컨대, 경찰은 수사-기소 분리가 기대하는 수준에 못미친다고 생각할 경우 자치경찰제의 도입에 소극적일 것이다. 반면 검찰은 지방분권적 자치경찰제가 전제되지 않는다면 수사-기소 분리에 소극적으로 나올 것이다. 실제로 지난 2017년 10월 13일 경찰청에서 열린 국정감사에서 권은희 의원은 “자치경찰제는 경찰개혁위원회 회의록에도 나왔듯 수사권 조정을 전제로 논의되고 있”다고 언급하면서, 자치경찰제 도입은 순항 중인데 반해 수사권 조정 논의는 지지부진하다는 점을 지적한 바 있다. 이에 대해 이철성 경찰청장은 “자치경찰제만 앞서나가고 수사권 조정은 유야무야되는 일이 없도록 하겠다”고 밝히고 있다.[47] 문무일 검찰총장은 수사권조정은 어떤 식으로든 논의돼야 한다면서, “지방분권화된 경찰을 전제로 한 것이라면, 저희도 그것에 맞게 검찰 기능을 바꿔야 할 것으로 본다”고 하여 수사권조정은 자치경찰제를 전제로 하고 있음을 밝힌 바 있다.[48]

---

45) 형사소송법 개정안 제195조 제3항 사법경찰관리는 수사에 관하여 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.
제195조 제4항 사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.

46) 문재인·김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다: 무소불위의 권력 검찰의 본질을 비판하다, 2011, 282면.

47) 2017. 10. 13.자 뉴스1, “[국감현장] 권은희 "자치경찰제는 순항하는데 수사권 조정은…”, 인터넷 http://news1.kr/articles/?3123576.

48) 2017. 10. 17.자 인터넷 법률신문, “문무일 검찰총장, 1·2심 무죄사건 '상고 제한' 방침”, 인터넷 https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=121992.

이러한 상황을 감안하면, 수사-기소 분리와 자치경찰제 도입의 직접적 이해관계자인 검찰과 경찰이 큰 틀에서 양 제도의 추진방안에 대해 논의하여 공동의 합의안을 도출하는 것이 우선되어야 한다. 그렇지 않고서는 양 기관이 서로 눈치보기에 급급해 할 것이다. 이러한 점에서 "검경 수사권 조정 문제와 자치경찰제 도입을 원샷으로" 풀어야 한다는 대통령의 인식은 적확하다.[49] 수사-기소 분리에 대한 단계적인 접근 방안은 아래 표와 같이 정리할 수 있다.

〈표 2〉 단계별 수사-기소의 분리

1단계	• 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 경찰 작성 피의자신문조서와 동일하게 제한 • 수사지휘권은 점진적 축소 • 경찰신청 영장 기각시 이의제기권 강구 • 헌법상 영장청구권 규정 폐지 추진 • 행정경찰과 사법경찰 분리 추진 • 자치경찰제 시범 실시
2단계	• 검찰의 직접수사 및 직접수사 인력 점진적 축소 • 수사지휘권은 특정한 경우에 한하여 예외적 허용 • 행정경찰과 사법경찰 분리 • 자치경찰제 전면 실시
3단계	• 검찰의 직접수사는 예외적으로 금융·경찰비리 등 특수한 분야에 한하여 허용 • 경찰에 수사종결권 인정, 불기소 종결(이의제기권 인정), 기소의견의 경우 검찰에 송치 → 송치된 사건에 대해 2차적·보충적 수사 • 헌법상 영장청구권 규정 폐지 → 각 수사기관은 법원에 직접 청구

3. 행정경찰과 사법경찰의 분리[50]

현행 경찰은 행정경찰과 사법경찰을 명확히 구분하고 있지 않다. 실무적으로도 앞서 서술한 바와 같이 행정경찰과 사법경찰의 영역은 중첩되고 경계가 모호한 지점이 많다. 그럼에도 사법경찰이 아닌 행정경찰인 경찰지휘부에 의해 사법경찰에 대한 수사지휘가 이루어지고 있어 수사의 객관성 및 공정성 확보에 문제가 있다는 비판이 지속적으로 제기되고 있음을 감안하면 이에 대한 해결책이 필요하다.

49) 2017. 10. 26.자 머니투데이, "'광역단위 자치경찰제' 본격 도입…'내년 개헌안 확정때 큰 틀 마련'", 인터넷 http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2017102615530246426&outlink=1&ref=http%3A%2F%2Fsearch.daum.net.

50) 이 부분은 황문규, 경찰개혁: '경찰을 경찰답게' 만들기 위한 경찰조직 재설계, 숭실대학교 법학논총 제39집, 311-312면을 요약, 정리한 것임.

가. 행정경찰과 사법경찰 분리의 필요성

행정경찰과 사법경찰을 분리 운영해야 하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 사법경찰의 경우 수사에 있어 검사의 지휘에 따라야 하고, 또한 행정상 상급자의 지시에도 기속되는데, 양자가 상이할 경우에 혼선이 초래되기 때문이다. 물론 양자의 지휘가 충돌하는 경우 적어도 수사와 관련해서는 검사의 지휘가 우선한다. 그렇지만 현실적으로 인사권을 가진 행정상 상급자의 지휘를 배제하는 것도 결코 쉽지 않다. 더 큰 문제는 행정상 상급자가 수사에 관한 경험과 지식이 일천하면서도 사건수사를 지휘하는 경우이다. 이는 사법경찰의 사기저하 등의 문제로 이어지기 때문이다.

둘째, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰활동이 형사법 편향적으로 이루어지게 되어 행정경찰활동의 위축을 초래하고, 그로 인해 범죄(위험)으로부터 국민의 안전을 충실히 보장하지 못할 우려가 있기 때문이다. 따라서 행정경찰과 사법경찰을 분리하여 한편으론 사법경찰에 의한 수사의 전문화를 제고하고, 다른 한편으론 행정경찰 영역의 강화를 도모하여야 한다.

셋째, 경찰권 비대화 우려를 해소할 수 있다. 경찰의 경우 물리력을 행사할 수 있는 수사 등 법집행기능과 정보기능이 통합 운용하고 있다. 지나친 사례일 수도 있으나 나찌시대의 게슈타포 사례에서 보는 바와 같이 정보와 수사가 통합되면 거기서 나오는 권한이 비대해질 것임은 부인하기 어렵다. 게다가 정보활동은 비합법·반합법적인 영역에서 이루어지고, 수사 등 법집행활동은 합법적인 영역에서 이루어지는데, 정보활동과 수사활동이 결합하게 되면 수사와 정보의 경계가 모호해지게 된다. 이 경우 비합법·반합법적인 방법으로 수집된 정보(증거)가 수사에 활용될 수 있고, 그 반대로 수사상 강제처분을 통해 수집된 증거가 정보에 악용될 수 있음을 배제하기 어렵다. 최근 국정원의 적폐청산 과정에서 드러나는 바와 같이 사건을 가공하는 사례[51]는 하나의 대표적인 예에 불과할 정도로 우려스럽다. 따라서 행정경찰과 사법경찰의 분리는 수사와 정보의 분리를 가져온다는 점에서도 필요하다.

나. 행정경찰과 사법경찰 분리의 반대 논거

행정경찰과 사법경찰을 분리하는 것은 그렇지만 첫째, 범죄예방과 범죄수사의 융합을 통해 가능한 효율적인 치안활동을 어렵게 할 수 있다. 범죄의 예방활동과 수사활동은 현장에서 상호 뒷받침하는 역할을 하는데, 분리될 경우 그러한 역할을 기대할 수 없을 것이다. 둘째, 그 결과 경찰기능이 와해되어 치안역량이 훼손되는데, 사법경찰이 검찰에 종속되어 검찰권 강화로 이어질 우려가 있다. 셋째, 행정경찰과 사법경찰의 분리는 이론상으로는 가능할지 몰라도 실제적으로는

51) 2017. 10. 30.자 오마이뉴스, “국정원이 사건을 '가공'하는 법 왜 수사권을 폐지해야 하나?”, 인터넷 http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002372247&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news.

불가능하다. 이러한 이유로 행정경찰과 사법경찰의 분리는 있을 수 없고, 오히려 유기적 융합을 도모하여야 한다는 주장이 제기될 수 있다.

하지만, 최근 경찰청에서 이른바 '국가수사본부'를 검토하고 있는 것으로 알려지고 있다. 현재로서는 그 구체적 내용을 알 수 없지만, 국가수사본부를 논의하고 있다는 것 자체는 이미 행정경찰과 사법경찰을 조직적으로 또는 기능적으로 분리하는 것을 전제로 하고 있다고 보아야 한다. 그렇다면 행정경찰과 사법경찰을 분리할 수 없다는 주장은 더 이상 설득력을 갖기 어렵다고 보아야 할 것이다.

다. 행정경찰과 사법경찰의 분리 방안

행정경찰과 사법경찰을 이론에서처럼 완전하게 분리하기는 쉽지 않다. 그러나 기능적으로는 분리할 수 있다. 이 경우에도 경찰기능이 와해될 우려는 없다. 검찰에서는 지난 2004년에서 2005년까지 진행된 검경 수사권 조정의 과정에서 경찰에서 사법경찰을 분리하여 법무부 소속 특별수사기구를 설치하는 방안을 제시한 바 있다. 그러나 이는 경찰조직을 사실상 와해하면서 검찰조직을 비대화하는 결과로 이어질 것이라는 비판에 직면할 수 있어 실현의 가능성이 낮다. 여기서는 경찰조직을 행정경찰과 사법경찰 기능을 중심으로 분리하는 방안을 살펴보기로 한다.

우선, 현재 각 부서별로 분산되어 있는 수사기능을 한 곳으로 일원화해야 한다. 예컨대, 서울 강남경찰서의 경우 수사를 하는 곳은 지능범죄수사과, 형사과, 그리고 생활안전과의 일부, 여성청소년과의 여성수사팀, 교통과의 교통조사계, 교통범죄수사팀, 그리고 보안과의 일부이다. 이들을 단일의 수사지휘관에 의한 지휘를 받을 수 있는 사법(수사)경찰부서로 조직을 재편하면, 행정경찰과 사법경찰이 조직적으로 분리된다. 이 경우 생활안전과처럼 수사가 단속 또는 관련첩보 등의 수집과 연계되어 있어 수사기능만을 분리해내면 업무의 효율성에 문제가 있다는 지적이 제기될 수 있다. 그러나 이 경우에도 단속업무와 수사를 분리할 수 있다면 오히려 유착 등으로부터 자유로워질 수 있어 결과적으로 수사의 공정성을 제고하는 효과를 거둘 수 있는 장점이 있다. 단속부서에서 수집한 정보는 범죄정보 부서에서 분석과정을 거쳐 수사부서에서 집행하기 때문이다.

다음으로 수사부서에서 근무하는 사법경찰에 대해서는 인사발령시 형사소송법상 사법경찰관리의 지위를 '별도로' 부여하는 절차를 거치도록 해야 한다. 수사부서에서 근무하려는 자는 일반부서에서 일정기간(예컨대 3년 또는 5년) 근무한 경력자를 대상으로 수사경과제 시험(필기 및 실기)을 통과한 경찰관으로 제한할 필요가 있다. 다만, 이처럼 일정한 자격을 부여하면서까지 수사부서 근무자를 제한하려면 경제적 측면 등에서 충분한 유인동기가 있어야 한다는 점을 고려해야 할 것이다.

마지막으로 이렇게 되면 수사부서에 근무하는 경찰관들은 수사부서 최고 책임자의 지휘 하에

놓이게 된다. 여기서 경찰관서의 장은 검찰청법 제8조[52]를 응용하여 수사담당자에 대해서는 일반적 지휘·감독권만 부여하고, 구체적 사건에 대한 지휘는 수사부서 최고 책임자에게만 하도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 다만, 이러한 지휘는 원칙적으로 서면의 방법으로 이루어져야 할 것이다.[53] 또한 경찰관서의 장이 수사담당자에 대한 승진 등의 인사를 할 경우에는 반드시 수사부서 최고 책임자의 의견을 듣도록 할 필요가 있다. 수사담당자는 구체적 사건의 처리와 관련하여 상사의 지휘에 대하여 이견이 있거나 지휘내용이 명확하지 않아 이행하기 어려울 때에는 이의를 제기할 수 있는 방안을 마련해야 한다.[54] 범죄수사규칙(경찰청훈령) 제15조에서 이미 구체적 수사와 관련된 상관의 지휘감독의 적법성 또는 정당성에 이견이 있는 경우 이의를 제기할 수 있음을 규정하고 있다.

이처럼 사법경찰을 운용하는 경우, 행정경찰 부서에 근무하는 경찰관에 대해서는 원칙적으로 현행범 체포 이외의 수사활동에서 배제해야 한다. 행정경찰이 범죄사건현장에 출동한 경우에도 현장보존 등 필요불가피한 조치 이외의 수사활동을 하지 못하도록 해야 한다. 물론 행정경찰이 근무 중 현행범을 발견한 경우 또는 수배자 등을 발견한 경우에는 이들을 체포할 수 있어야 할 것이다.

3. 자치경찰제의 도입을 통한 경찰권의 지역적 분산

가. 자치경찰제 도입의 필요성

자치경찰제의 도입이 필요한 이유는 무엇보다도 비대화된 국가경찰조직과 권한의 분산이다. 우리나라의 경찰은 1인의 경찰청장 지휘감독 하에 경찰청→지방경찰청(17개)→경찰서(252개)→지구대(516개)→파출소(1479개[55])의 체제로 중앙집권화된 국가경찰체제이다. 중앙집권적 국가

52) 제8조(법무부장관의 지휘 · 감독) 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다.

53) 범죄수사규칙(경찰청훈령)에서도 경찰 내부에서의 수사지휘는 원칙적으로 '수사지휘서' 또는 '형사사법정보시스템(KICS)'를 이용하는 방식으로 이루어져야 함을 규정하고 있다. 이에 대해서는 범죄수사규칙 제14조의3에서 제14조의6 참조.

54) 대통령령 제8조(수사지휘에 대한 재지휘 건의) ① 사법경찰관은 구체적 사건과 관련된 검사의 수사지휘의 적법성 또는 정당성에 이견이 있거나 지휘 내용이 명확하지 않아 이행하기 어려울 때에는 해당 검사에게 의견을 밝히고 재지휘를 건의할 수 있다.
② 검사는 제1항에 따라 재지휘 건의를 받은 때에는 재지휘 여부를 결정하고, 필요한 조치를 하여야 한다.
③ 해당 사법경찰관이 소속된 관서의 장은 제2항의 조치에 의견이 있으면 해당 검사가 소속된 관서의 장에게 그 의견을 제시할 수 있다.

55) 경찰청 인터넷 홈페이지 '경찰청조직구성도', http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menu No=200220.

경찰체제는 효율적·능률적 치안활동을 도모할 수 있는 반면, 정치권력의 도구로 이용될 위험성도 안고 있다. 이러한 상황에서 수사권, 특히 수사종결권까지 경찰에 부여된다면 경찰권이 더욱 강화될 것이다. 이는 정보기능을 보유하고 있는 경찰이 완전한 수사권을 보유하게 된다면 앞서 지적한 바와 같은 수사-정보의 융합이 가능해진다는 점에서 더욱 그러하다.

또한, 경찰서간, 경찰서와 지방경찰청간 중복 수사의 문제를 해결할 수 있다. 경찰의 수사활동은 현재 경찰서 중심으로 이루어지고 있다. 때문에 전국 252개 경찰서별 수사기관이 대한민국이라는 영역에서 서로 중복적인 수사활동을 전개하고 있는 모습을 보이고 있다.[56] 문제는 이러한 중복적 수사활동으로 인해 정작 광역적·국제적 수사활동은 상대적으로 약화되어 있다는 점이다. 이처럼 기능적 역할분담은 미흡하면서도 위계적 계층구조의 경찰서-지방경찰청-경찰청의 조직체계는 관료화를 부채질하고 있는 문제가 있다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 자치경찰제의 도입이 필요하다. 다만, 자치경찰제는 도입유형의 관점에서 국가경찰 조직 및 권한을 지역적으로 분산하는 '광역단위 자치경찰제'이어야 한다.

나. 경찰개혁위원회의 광역단위 자치경찰제(안)

그런데 최근 경찰청 경찰개혁위원회에서 제시한 '광역단위 자치경찰제'는 현 국가경찰을 그대로 유지하는 것을 전제로, 광역시도에서 국가경찰과는 독립적으로 자치경찰을 설치, 운용하는 방안이다.[57] 이는 국가경찰 조직 및 권한의 지역적 분산과는 거리가 있다. 경찰개혁위원회에서 제시한 자치경찰제 도입안은 사실상 제주자치경찰의 모형을 따르고 있다. 여기서 제주자치경찰에 대한 비판을 살펴보면, 경찰개혁위원회의 자치경찰제안이 국가경찰의 분산보다는 중앙집권적 국가경찰체제를 고착화하는 요인으로 작용하지 않을까라고 우려하지 않을 수 없다. 제주자치경찰 모형의 경우 국가경찰을 그대로 유지하는 것을 전제로 하고 있다. 지자체에서 별도로 자치경찰을 설치·운영하고 있다.

문제는 이러한 자치경찰제의 경우 제한된 경찰활동으로 인해 치안의 효과는 미미하면서도 비용은 비용대로 들어가 국가예산만 낭비된다는 비판에 직면할 우려가 있다는 점이다. 실제로 제주자치경찰에 대한 비판이 그러하다. 이러한 점들은 결국 국가경찰이 잘 하고 있는데 굳이 예산을 들여 '자치경찰제를 굳이 도입할 필요가 있을까'라는 의구심으로 이어진다. 곧 국가경찰체제를 계속 고수하자는 의미나 다름없다.

---

56) 이동희·이성기·오상지, 선진수사구조 도입을 대비한 경찰수사시스템 개편방향, 경찰청 연구용역보고서, 2012, 68-69면 참조.

57) 경찰청 경찰개혁위원회, 경찰개혁위원회 광역단위 자치경찰제 권고안, 2017. 11. 8. 참조.

이러한 점을 고려할 때, 자치경찰제는 국가경찰의 조직과 권한을 지역적으로 분산할 수 있는 방향에서 도입·운영되는 것이 필요하다.

다. 수사에 있어 국가경찰과 자치경찰의 역할 배분

국가경찰의 조직과 권한을 지역적으로 분산하는 이른바 광역단위 자치경찰제가 도입될 경우 수사에 있어 자치경찰과 국가경찰의 역할은 어떻게 배분할 것인가? 자치경찰은 지역적 차원의 수사를 원칙으로 하고, 국가경찰은 보충성의 원칙에 따라 자치경찰이 하지 못하는 전국적·국제적 차원의 수사를 담당하게 해야 할 것이다.

구체적으로, 자치경찰의 수사는 지역주민의 생활과 밀접한 관련이 있는 범죄, 예컨대 고소·고발사건(사기, 횡령 등), 교통사건, 절도, 폭력, 풍속범죄(성풍속, 도박) 등의 범죄로 제한할 필요가 있다. 이러한 범죄는 2015년 기준 전체 범죄(1,861,657건) 중에서 절도 245,853건(13.2%), 폭력 305,947건(16.4%), 풍속범죄 24,491건(1.3%), 사기·횡령 294,027건(15.8%), 교통범죄 596,665건(32.1%) 등 전체 범죄의 약 78.8%에 달한다.[58] 그렇다면 자치경찰에서 처리할 범죄는 현재 기준 전체 범죄의 약 80%이며, 국가경찰은 그 나머지 약 20%의 수사를 담당하게 될 것으로 예상할 수 있다.

〈표 3〉 자치경찰과 국가경찰 간 수사의 범위

자치 경찰	지역주민의 생활과 밀접한 관련이 있는 고소(사기·횡령)·고발사건, 절도·폭력, 교통사건, 풍속범죄 등으로 제한
국가 경찰	광역적·국제적 대응이 필요하고, 지역정치인들로부터 정치적 중립성이 요구되는 강력범죄, 선거범죄, 부패범죄, 공안범죄, 광역범죄, 국제범죄 등
관할 충돌	양 기관이 대등한 기관임을 전제로 '수사관할조정위원회(가칭)'에서 협의·조정

※ 출처: 황문규, 경찰개혁: '경찰을 경찰답게' 만들기 위한 경찰조직 재설계, 법학논총 제39집(숭실대학교 법학연구소), 2017, 310면.

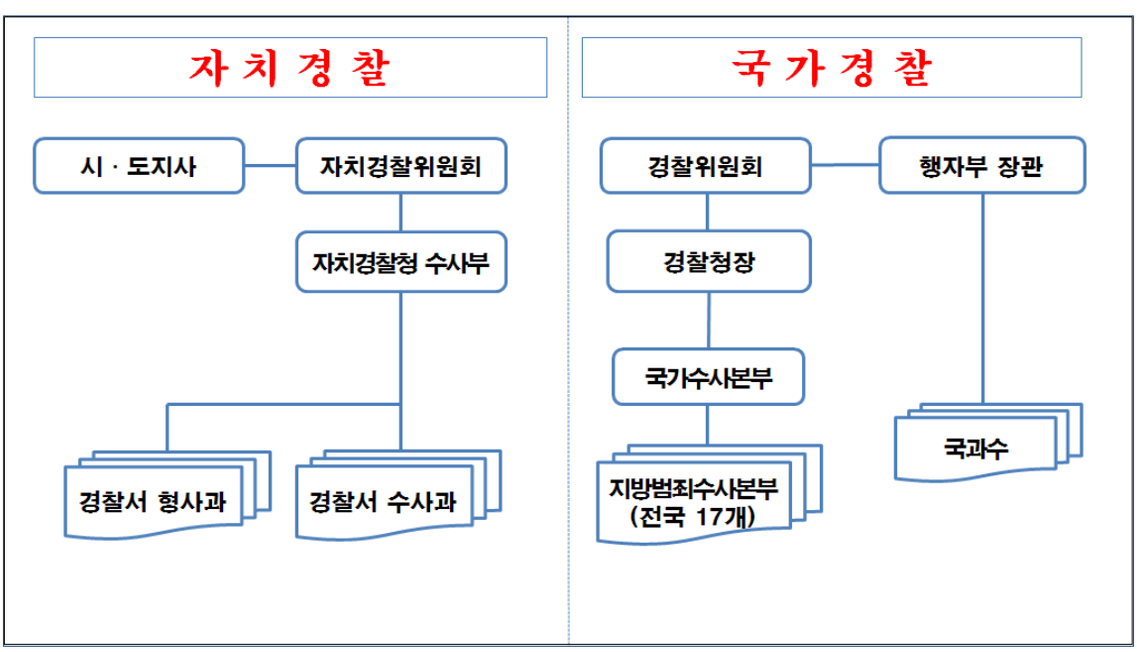
다만, 이들 범죄 가운데에서도 피의자 또는 피해자가 광역단위 기준 여러 지역에 걸쳐 있는 등 수사의 관할이 다른 지역의 자치경찰 또는 국가경찰과 겹치게 되는 경우에는 먼저 수사를 시작한 기관에 우선관할권을 주어 관할권 분쟁을 조정할 필요가 있다. 긴급을 요하는 사건의 경우에도 먼저 사건을 인지한 기관(자치경찰 또는 국가경찰)에서 관할여부에 관계없이 우선 수사할 수

58) 경찰청, 2015 경찰통계연보, 2016, 107면.

있을 것이다. 그 외에도 수사의 범위를 놓고 충돌이 있을 경우에는 이를 조정할 국가경찰과 자치경찰로 구성된 협의체가 필요할 것이다.

국가경찰도 수사기능을 중심으로 재편하여 조직범죄, 마약·불법무기, 인신매매, 그리고 사이버범죄 등 광역적·초국가적 수사에 역량을 집중할 수 있게 해야 한다. 국가경찰의 수사는 어떻게 조직할 것인가와 관련하여서는 미국의 FBI, 영국의 NCA, 그리고 독일의 BKA 등이 그 모델로 검토할만하다. 현재 경찰청에서 검토하고 있는 것으로 알려지고 있는 '국가수사본부'도 같은 맥락에서(다만, 자치경찰제의 도입안과 관계없이) 이해할 수 있다. 수사활동도 위 선진국의 수사기관에서처럼 정보의 수집·분석활동에 기반하여 이루어질 수 있는 시스템(Intelligence-led Policing)으로 전환할 필요가 있다. 이를 위해서는 범죄정보 기능 중심으로 정보경찰의 조직을 재편할 필요가 있다. 이는 최근 참여연대에서 청와대와 국회 등에 제출한 '민주적 경찰과 인권침해 중단을 위한 경찰개혁 의견서'에서 "치안정보 및 정책정보 수집권한을 폐지하되, 범죄 수사와 관련된 범죄 첩보만 범죄 수사담당 부서(수사국 또는 사이버안전국, 생활안전국, 외사국 등)에서 수집할 수 있도록" 해야 한다는 지적[59]과도 부합한다.

〈그림 1〉 국가경찰과 자치경찰의 수사조직(안)



59) 참여연대 사법감시센터, 민주적 경찰과 인권침해 중단을 위한 경찰개혁 의견서, 2017. 7. 19., 11-12면.

4. 경찰수사에 대한 민주적 통제[60]

수사체제의 재설계는 경찰을 또다른 검찰로 만드는 결과를 초래하게 해서는 안된다. 이를 위해서는 경찰에 대한 민주적 통제 장치가 마련되어야 한다.

가. 경찰위원회를 통한 경찰수사의 통제

경찰 외부적 통제장치로서 경찰위원회를 활용하는 방안이 있다. 예컨대, 자치경찰은 지방자치경찰위원회에, 국가경찰은 국가경찰위원회에 정기적으로 일정한 범죄에 대해 수사한 사건들의 개요와 수사결과를 보고하도록 의무화할 필요가 있다. 중요범죄에 대한 인지사건에 대해서는 경찰위원회(자치경찰은 지방자치경찰위원회)에 수사개시보고를 강제하는 방안도 검토할 필요가 있다.

이처럼 경찰위원회에 보고된 사안에 대해서는 경찰위원회에서 점검 후 경우에 따라 감사 등의 조치를 취할 수 있도록 하는 방안도 강구할 필요가 있다. 이에 대해서는 최근 경찰개혁위원회에서도 권고안을 제시하였다. 즉, 경찰위원회에 경찰공무원의 주요 비위사건에 대한 감사·감찰·징계 요구권을 부여하고, 상관의 부당한 수사지휘에 대해 이의가 제기된 경우 이에 대한 조치 요구권을 부여하는 방안이다. 경찰위원회의 요구에 대한 조사 등은 시민에 의한 민주적 외부통제기구로서 '경찰인권·감찰옴부즈만(위원회)'에서 이루어지는 것을 권고하고 있다. 다만, 개혁위의 안에 따르면, 경찰내부 감사·감찰부서에 의한 조사의 기회도 열어놓고 있는데, 이는 신중히 검토할 필요가 있다. 이는 특히 최근 충주에서 감찰받던 여경이 자살한 사건에서 보여지는 바와 같이 기존 감찰부서의 경우 일선경찰관들을 감시·통제하는 수단으로 주로 활용되어 왔다는 점에서 더욱 그러하다.

나. 경찰수사의 책임성 제고를 위한 '수사결과 평가시스템'의 도입

검경 수사권조정의 정도에 따라 경찰에 수사종결권까지 부여될 가능성이 있다. 또한 수사종결권이 부여되지 않더라도 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘 정도는 현재보다 현저히 떨어질 것으로 예상된다. 그렇다면 경찰도 수사의 주체로서 수사에 대한 책임성을 제고할 필요가 있다. 현재 경찰에서는 수사 후 '검찰에 송치하면 끝'이라는 인식이 적지 않다. 이로 인해 경찰수사의 책임성 제고를 통한 수사역량을 강화하는데 한계가 있다. 이는 또한 전체 형사사법절차에 대한 신뢰는 논의

60) 이 부분은 황문규, 경찰개혁: '경찰을 경찰답게' 만들기 위한 경찰조직 재설계, 숭실대학교 법학논총 제39집, 312-319면을 요약, 정리한 것임.

로 하더라도 적어도 경찰수사에 대한 대국민 신뢰를 저하시키는 요인으로 작용하게 된다. 여기에 기소 및 재판결과를 고려하여 경찰의 수사결과를 평가할 수 있는 시스템을 도입할 필요가 있다.

검찰의 경우 이미 2013년에 외부 인사 중심으로 '사건평정위원회'를 출범하여 무죄사건 평정을 통해 검사의 과오를 밝혀내기 위한 노력을 하고 있다. 경찰의 경우에도 2013년 '경찰수사 제도개선위원회'에서 「수사결과의 책임성을 제고하는 평가·교육시스템 구축」, 즉 송치이후의 기소 및 재판까지를 고려한 수사주체로서의 책임성을 제고할 수 있는 평가시스템 및 그에 따른 교육이 이루어지는 시스템 구축의 필요성을 권고한 바 있다. 그러나 현재까지 이를 구체화하는 제도에 이르지 못하고 있다는 지적이다.[61] 따라서 경찰수사의 책임성을 제고하는 평가·교육시스템을 구축할 필요가 있다.

다. 경찰노조의 도입

경찰수사에 대한 민주적 통제방안의 하나는 경찰노조이다. 상명하복의 계급제를 기반으로 하는 경찰은 조직 내부의 수직적 문화로 원활한 의사소통이 이루어지지 못하고 있다. 경찰서·지방경찰청·경찰청 단위의 경찰지휘부에서 하달되는 지시·명령은 일방적이고, 그것이 때로는 부당할지라도 이를 견제할 장치는 마땅치 않다는 것이 현 실정이다. 그러다보니 경찰지휘부의 의사결정에 경찰구성원들이 자신의 목소리를 내는 것은 쉽지 않다. 이는 특히 감찰에 의한 통제가 일상화되어 경찰관들이 징계 또는 잘릴 것을 두려워하는 것이 경찰의 현 모습이라는 지적[62]을 고려하면 더욱 그러하다. 이러한 조직문화에서 수사력이 약화되는 것은 물론이고, 공정한 수사가 이루어질 것을 기대하기 어렵다. 이는 2012년 국정원 댓글 사건에서 당시 김용판 서울지방경찰청장의 부당한 압력[63]을 견제하거나 거부할 수 없었던 것에서도 잘 드러난다.

문제는 경찰조직 외부에서 경찰조직 내부에서의 독단과 비합리적인 경찰활동을 제대로 통제하는데 한계가 있다는 점이다. 대개의 경우 경찰활동으로 인해 문제가 발생한 이후에서야 비로소 사후적 개입이 이루어진다. 게다가 경찰 활동에 대한 필요성과 적절성 여부는 조직 내부에서만 판단이 가능한 영역이다.[64] 바로 이 점에서 경찰지휘부의 독단을 견제할 경찰조직 내부의 장치

61) 이창무·강욱·조준택, 경찰 송치사건 결과활용 수사관 평가방안에 관한 연구, 경찰청 연구보고서, 2016, 75-78면 참조.

62) 2017. 11. 12.자 경향신문, "경찰노조 없이 강한 경찰 없다", 인터넷 http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201711121409021&code=940100#csidx5145f45d0ea76e98c09e696eada7c1b.

63) 2012년 12월 당시 김용판 서울지방경찰청장은 대선 전 갑자기 '국정원 무혐의' 발표를 하였으며, 당시 분석팀이 만든 100여쪽 보고서를 파기하도록 지시한 것으로 최근 밝혀지고 있다. 2017. 11. 11.자 JTBC 뉴스, "대선 전 돌연 '국정원 무혐의' 발표…경찰도 수사 타깃", 인터넷 http://news. jtbc.joins.com/html/684/NB11548684.html.

64) 장신중, 경찰의 민낯, 2016, 216면.

로서 경찰노조를 도입할 필요성이 있다. 그 외에도 경찰노조는 ①경찰의 근로조건을 개선하고, 이를 통해 경찰관은 국민에게 고품질 치안서비스를 제공할 수 있고, ②경찰조직 내부의 부정부패를 감시할 수 있고, ③경찰행정의 민주화 및 정치적 중립성을 확보하게 할 것이다.[65]

경찰개혁위원회에서도 이러한 점을 감안하면서도 경찰노조 설립에 대한 국민적 우려가 있다는 경찰청의 의견을 반영하여 경찰노조 전 단계인 직장협의회의 설립을 허용할 것을 권고한 바 있다. 다만, 수사부서의 경우 국민인권과 직결되고 향후 수사구조개혁에 따른 내부 견제장치가 필요하다는 점을 감안하여 별도의 의사소통기구를 설립하기로 함에 따라 수사경찰의 가입은 배제되었다.[66]

Ⅳ. 결 론

지금까지 현행 수사체제를 진단하고 거기에 내재되어 있는 문제점이 무엇인지를 살펴보았다. 이를 토대로 앞으로 수사체제를 어떻게 재설계할 것인지도 고민해보았다. 현 수사체제는 한마디로 요약하자면 검사 이외 어떠한 천적(또다른 수사기관)의 성장, 발전을 허용하지 않는 수사생태계를 조성하는 검사 지배적 수사체제이다. 그리하여 검찰이나 경찰이나 중복적 수사영역을 갖는 사실상 동일한 수사기관이면서도 경찰의 수사 위에 검찰의 수사가 존재하는 이상한 위계적 계층구조를 형성하고 있다. 국민의 입장에서는 경찰수사를 받고 또다시 검찰의 수사를 받아야 하는 불편이 있고, 구속이라도 되는 경우에는 구속기간이 10일이나 늘어나는 고통을 감수해야 한다. 경찰 내부에서도 행정경찰과 사법경찰이 혼합된 수사체제로 운영되어 수사경찰은 물론 행정경찰의 전문성을 제고하기도 어렵게 하고 있다. 또한 경찰활동은 형사법 편향적으로 이루어져 행정경찰활동이 침식되는 결과를 초래하고 있다. 이로 인한 피해는 또한 국민들에게 돌아간다. 지난 60여년간 사실상 고정되어 있는 현 수사체제를 재설계할 필요가 있다.

수사체제의 재설계는 무엇보다도 검찰권의 분산 차원에서 이루어져야 한다. 동시에 경찰의 수사주체성을 인정하고, 경찰과 검찰이 중복적으로 수사하는 시스템을 개선해야 한다. 중장기적으로는 검사 경유 영장청구권 제도를 규정하고 있는 헌법을 개정하여 수사기관이 직접 법관에게 영장을 청구하게 하여 법관의 사법통제를 받게 하여야 한다. 또한 경찰 내부적으로도 자치경찰제를 도입하여 경찰권의 지역적 분산과 더불어 행정경찰과 사법경찰의 균형적 발전이 이루어질

65) 최응렬·임운식, 경찰의 노동조합 활동 허용범위와 향후 입법방향에 관한 연구: 의식조사를 중심으로, 동국대학교 행정논집 제30집, 동국대학교 행정대학원, 2004, 195-197면.

66) 경찰개혁위원회, 2017. 10. 18.자 보도자료 “경찰개혁위원회 대국민 중간보고회 실시-경찰권 행사의 기본원칙 제시, 인권 관련 주요권고 종합 발표” 참조.

수 있도록 양자를 분리하여야 한다. 행정경찰과 사법경찰의 분리는 궁극적으로 행정경찰활동에 있어 묶여 있는 경찰의 손발을 풀면서도 경찰권의 올바른 행사를 위해서도 반드시 필요하다. 나아가 경찰노조를 허용하여 경찰구성원에 의한 경찰내부 통제가 이루어질 수 있는 장치를 마련하여야 한다.

지금까지 제시한 방안은 실현가능성 측면에서 다소 무모해 보일 수도 있다. 이는 현실을 외면한 채 펜으로 조직을 설계하는 것이라는 점에서 더욱 그러할 우려가 있다. 그러나 지난 60여년간 우리의 수사체제를 지배해왔던 기존의 수사체제를 흔들어 새로운 체제가 들어올 수 있는 가능성을 열어놓는다는 측면에서 결코 의미없는 일은 아닐 것이다. 끝으로 이 글이 지난 60여년간 우리 자신도 모르게 고정화된 인식과 시각에 코페르니쿠스적 전환을 하는 계기가 되길 바란다.

MEMO

MEMO

MEMO

MEMO

MEMO