

## 개정 형사소송법과 국민참여재판제도의 시행에 따른 경찰수사의 변화방향

김 태 명\*

### 국문요약

국민의 형사재판 참여에 관한 법률(법률 8495호)과 함께 형사소송법 일부개정법률(법률 8496호)이 공포되어, 2008년 1월 1일 그 시행을 앞두고 있다. ‘일부개정’이라는 수식어가 붙어 있는 법률안의 명칭과는 달리, 이번 개정으로 말미암아 1954년에 제정된 우리나라 형사소송법은 사실상 전면개정에 가까울 만큼 대폭적인 변화를 맞이하게 되었다.

개정 형사소송법 하에서는 검찰과 경찰에 부여된 과도한 수사권이 제한 또는 재분배될 전망이다. 형사소송법 개정과 함께 추진되어 온 검찰과 경찰간의 수사권조정협의를 결국 별다른 성과없이 끝났지만, 공판중심주의의 구현을 지향하는 개정 형사소송법과 국민참여재판제도의 실시와 더불어 실질적인 의미에서 검찰과 경찰 상호간의 업무분담 내지는 기능조정이 가속화될 것으로 본다. 모두들 인정하고 있듯이 수사권조정의 요체는 단순히 검찰과 경찰간의 권한분배의 문제가 아니라, 국민의 기본권보장과 적법절차의 준수에 보다 적합한 수사구조를 재확립하는데 있고, 이러한 의미에서 수사권조정은 곧 개정 형사소송법이 추구하는 방향과 일치한다. 경찰에서 개정형사소송법이 추구하는 방향을 잘 이해하고 그에 적합한 수사관행을 적극적으로 확립해 나가야 하는 이유를 여기에서도 발견할 수 있다.

\* 동국대학교 법과대학 부교수, 법학박사

## I. 머리말

지난 6월 1일 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률(법률 8495호)」과 함께 「형사소송법 일부개정법률(법률 8496호)」이 공포되어, 2008년 1월 1일 그 시행을 앞두고 있다. ‘일부개정’이라는 수식어가 붙어 있는 법률안의 명칭과는 달리, 이번 개정으로 말미암아 1954년에 제정된 우리나라 형사소송법은 사실상 전면개정에 가까울 만큼 대폭적인 변화를 맞이하게 되었다.

이번 개정은 한편으로는 지난 2003년 대법원에 설치된 사법개혁위원회와 2005년 대통령 자문기구로 발족된 사법개혁추진위원회의 활동의 결과물이자, 다른 한편으로는 지난 1987년 민주화운동 이후 국민들이 끊임없이 염원해 온 사법개혁의 편린이라고 할 수 있다. 비록 사법개혁추진위원회의 제안이 개정법률에 모두 반영된 것은 아니지만, 이번 개정으로 현행 형사소송법의 문제점으로 지적되었던 피고인 및 피의자의 방어권보장, 인신구속제도 및 압수수색제도, 재정신청제도, 공판중심주의적 법정심리절차, 증거법체제, 재판기록공개, 피해자보호제도 등이 상당 부분 개선·보완됨으로써 국가형벌권 행사의 적정성과 국민의 인권보장이 획기적으로 제고될 수 있는 토대가 마련되었다고 할 수 있다.<sup>1)</sup>

지난 6월 1일 공포된 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」과 「형사소송법 일부개정법률」은 수사, 공판, 형집행에 이르는 형사절차 전반에 적지 않은 영향을 미칠 것이 예상되지만, 특히 이번 형사소송법의 개정은 형사절차 전반에 걸치고 있지만, 특히 검찰·경찰의 권한을 제한하고 피의자·피고인 및 변호인의 권한을 확대·강화하는 데 초점을 맞추어져 있다. 또한 수사와 관련해서는 피의자신문, 참고인조사와 같은 임의수사에서 비롯하여 체포, 구속, 압수·수색·검정 등 강제수사에 이르기까지 수사활동전반에 대한 규제가 강화되었다.<sup>2)</sup>

이와 같은 수사기관의 권한에 대한 광범위한 통제는 대부분의 수사가 경찰에 의해서 실시되고 있고 특히 긴급체포, 압수·수색·검증 등 강제처분

1) 개정형사소송법의 내용에 대해서는 법원행정처, 형사소송법개정법률해설, 2007.6. 및 법무부, 개정형사소송법, 2007.6. 참조.

2) 개정형사소송법이 수사절차에 미치는 영향에 대해서는 손동권, “공판중심주의 도입과 수사절차의 개선방안”, 한국공안행정학회 제28회 학술회의 자료집, 2007.6.9., 27면 이하.

이 경찰에 의해서 주도적으로 이루어지고 있는 현실에서, 곧바로 경찰의 강제수사에 직접적인 영향을 미칠 것으로 본다. 이번 개정 형사소송법이 추구하는 것은 단순히 수사권에 대한 통제가 아니라 ‘국가형벌권행사의 적정성과 국민의 인권보장’의 조화에 있고 나아가서는 이러한 변화는 형사사법의 민주화를 향한 당연한 수순이라고 하지 않을 수 없다는 점에서, 형사사법에 있어서 검찰과 더불어 수사절차의 큰 축을 담당하고 있는 경찰로서는 형사사법의 민주화를 향한 시대적 흐름에 적극적으로 대처하는 자세가 어느 때보다도 절실히 요구된다고 하겠다.

이하에서는 개정 형사소송법의 주요내용과 국민참여재판제도를 중심으로 하여, 수사기관의 권한에 어떠한 변화가 있었으며 이러한 변화가 특히 경찰수사에 어떠한 영향을 미칠 것인지 그리고 이러한 변화에 대하여 경찰은 어떻게 대응해 나가야 할 것인지에 대해서 살펴본다.

## II. 개정 형사소송법에 따른 경찰수사의 변화방향

수사절차에 있어서 이번 개정 형사소송법의 내용은 피의자 및 변호인의 방어권보장과 인신구속제도 및 압수수색제도의 합리적 개편으로 요약할 수 있다. 그리고 그 구체적인 내용으로는 i) 진술거부권 고지, 변호인참여권 보장, 영상녹화, 수사과정 기록 등 피의자신문절차의 개선, ii) 영장에 의한 체포 및 긴급체포제도의 개선, iii) 필요적 심문, 심문조서작성, 국선번호 확대 등 영장실질심사제도의 개선, iv) 구속사유심사시 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자·중요참고인 등에 대한 위해우려 고려 및 체포·구속시 적부심사청구권 고지, v) 긴급체포시 압수·수색·검증제도의 개선을 들 수 있다. 이하에서는 각 내용에 따른 경찰수사의 변화방향에 대해서 살펴본다.

### 1. 피의자신문제도의 개선

일본형사소송법은 구속된 피의자에 대해서는 출석의무와 체류의무를 인정하고 있으므로(동법 제198조 제1항) 구속피의자의 신문을 강제수사로

해석할 여지가 있지만, 우리나라에서는 구속·불구속을 불문하고 피의자에 대하여 진술거부권이 보장되어 있기 때문에 피의자신문은 임의수사라고 보는 것이 일반적이다. 그러나 한편으로 1995년 형사소송법의 개정에 의해 “피의자가 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려”가 영장에 의한 체포의 요건으로 규정되고 또한 현실적으로 피의자신문은 변호인을 배제한 채 밀실에서 비밀로 이루어지는 것이 일반적이라는 이유 때문에 강제수사 또는 강제적 성격을 띤 임의수사로 파악하는 견해도 주장되고 있다.<sup>3)</sup>

아무튼 이론적으로는 임의수사이지만 현실적으로는 거의 강제수사에 준하여 운용되고 있는 피의자신문 과정에서의 인권침해 우려에 대비하여, 헌법과 형사소송법은 피의자신문의 적법성을 보장하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련해 놓고 있다. 우선 헌법은 체포·구속·압수·수색과 더불어 ‘심문’에 있어서의 적법절차원칙을 선언하고(제12조 제1항), 고문금지(같은 조 제2항), 변호인의 조력을 받을 권리(같은 조 제4항), 자백배제법칙 및 자백보강법칙(같은 조 제7항)을 명시하고 있다. 그리고 형사소송법은 위와 같은 헌법규정에 상응하는 규정을 둔과 동시에 피의자의 체포·구속기간을 제한하고(제202조, 제203조), 피의자신문의 주체·절차 및 조서작성방법을 상세히 규정하며(제241조 내지 제244조), 나아가서 피의자신문조서의 증거능력을 제한하고 있다(제312조). 한편 판례도 위법수집증거배제법칙을 적극적으로 활용하여 진술거부권을 고지하지 않고 작성한 피의자신문조서,<sup>4)</sup> 변호인과의 접견교통권을 침해하여 얻은 자백<sup>5)</sup> 및 위법한 긴급체포 상태에서 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 부인한 바 있다.<sup>6)</sup>

그러나 지난 2002년 발생한 서울지검 고문치사사건에서 볼 수 있듯이, 이와 같은 여러 가지 제도적 장치의 존재에도 불구하고 피의자신문 과정에서의 인권침해는 끊이질 않았다. 헌법이 고문을 받지 않을 권리를 헌법상 보장하고 고문에 의한 자백의 증거능력을 부인하고 있음에도 불구하고(제12조 제2항 및 제7항) 수사실무에서는 폭행, 협박, 모멸적 언사와 조롱,

3) 차용석, 형사소송법, 1987, 347면. 유사한 지적으로는 정영석·이형국, 형사소송법(전정판), 1996, 175면.

4) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682판결

5) 대법원 1990.8.24. 선고 90도1285판결, 1990.9.25. 선고1586판결.

6) 대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701판결.

회유, 잠 안 재우기 등 위법수사가 불식되지 않았다.

피의자신문과정에서의 인권침해가 끊이지 않는 이유로는 i) 피의자신문에 있어서 변호인접견교통권 내지는 변호인참여권이 실질적으로 보장되어 있지 않다는 점, ii) 진술거부권 고지 등 피의자신문 및 조서작성절차가 제대로 준수되고 있지 않다는 점, iii) 형식적으로는 전문법칙에 의해 피의자신문조서의 증거능력이 제한되어 있기는 하지만 현실적으로는 공판정에서 검사작성 피의자신문조서가 공판정에서 거의 절대적 증거능력을 발휘하고 있다는 점 등이 지적된 바 있다.<sup>7)</sup> 개정형사소송법은 이러한 비판을 수용하여 피의자신문의 적법성을 보장하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 새롭게 마련하고 있다.

#### 가. 변호인 및 피의자와 신뢰관계에 있는 자의 참여권 보장

우선 개정형사소송법은 피의자신문과정에서의 변호인 참여권을 신설하고(제243조의2) 나아가서 피의자가 장애인 등 특별히 보호를 요하는 자인 경우 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있게 하였다(제244조의5). 현행 형사소송법은 피의자신문과정에서의 변호인참여에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않았으나, 경찰은 지난 1999년 6월부터 피의자신문과정에 변호인이 참여할 수 있도록 업무지침을 마련하여 시행하였고,<sup>8)</sup> 검찰은 구속기간을 제한하고 있는 법제 하에서는 시행이 곤란하고 구속기간 연장과 참고인구인제도 등의 보완이 선행되고 수사기밀누설 등에 대한 대비책이 마련되어야 한다는 이유로 부정적인 태도를 취해 오다가 2002년 서울지검 피의자고문치사사건이 발생한 이후 변호인참여제도를 부분적으로 시행하였다. 그리고 대법원은 이른바 송두율 교수사건에서 “누구든지

7) 이동희, “피의자신문의 현황과 개선책”, 형사법연구 20호, 2003.12., 219면 이하; 서보학, “피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화방안”, 형사법연구 20호, 2003.12., 255면 이하 참조.

8) 피의자 신문시 변호인 참여지침(수사 61110-1601, 1999.6.5.). 이 지침에 따르면 경찰수사에서의 변호인 참여는 국가보안법위반사건, 조직폭력·마약·테러사건, 공범 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련사건의 수사 및 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있다고 판단되는 사건, 기타 수사에 중대한 지장을 초래한다고 판단되는 사건 등의 경우에는 경찰관서의 장에 의해 제한될 수 있으나, 실무적으로는 거의 제한없이 변호인참여를 허용해 왔다.

체포 또는 구속당할 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법 규정에 비추어 구금된 피의자는 피의자신문을 받을 때 변호인의 참여를 요구할 수 있고, 수사기관은 이를 거절할 수 없다.”고 판시하여, 변호인참여권을 인정하는 전향적인 판결을 내린 바 있다.<sup>9)</sup>

다만 개정형사소송법은 정당한 사유가 있는 경우에는 변호인의 참여권을 제한할 수 있는 여지를 부여하고 있어 ‘정당한 이유’의 유무를 둘러싸고 앞으로 적지 않은 논란이 있을 것으로 예상된다.<sup>10)</sup> 대법원은 피의자신문을 방해할 염려가 있거나 수사기말을 누설하여 증거를 인멸하거나 관련사건의 수사를 방해할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우를 예시한 바 있으나,<sup>11)</sup> 경찰에서는 변호인의 참여권을 적극적으로 보장할 필요가 있다고 본다. 현행 형사소송법과 마찬가지로 개정 형사소송법 하에서도 사법경찰관 작성 피의자신문조서에 대해서는 법정에서 피고인이 내용을 부인하는 경우에는 증거로 사용될 수 없으므로, 경찰로서는 변호인의 참여를 부인해 가면서까지 무리한 수사를 해야 할 필요성이 적다. 그리고 수사경찰이 전문 증인으로 법정에서 출석하여 증언을 해야 하는 경우를 대비하기 위해서라도 변호인 참여권을 적극적으로 보장하지 않으면 안 된다. 특히 사법경찰관의 피의자신문을 비롯한 경찰수사에 대한 국민의 신뢰를 제고하기 위해서는 변호인참여권을 폭넓게 인정하는 전향적인 자세가 요구된다고 하겠다.

#### 나. 피의자신문 및 조서작성절차의 엄격성 강화

피의자신문에 있어서는 변호인참여의 문제 못지않게 진술거부권 고지, 조서의 열람 또는 낭독 기타 피의자신문 및 조서작성절차의 적법성에 대

9) 대법원 2003.11.11. 선고 2003도402결정. 자세한 내용은 조국, “변호인 참여권 소고-2003년 ‘송두율 교수 사건’관련 대법원결정의 의의와 향후 과제”, 형사정책연구 2003.12., 참조.

10) 지난 2003년 법무부는 형사소송법 개정안을 내 놓으면서 피의자가 체포·구속된 후 48시간 이내인 경우, 증거의 인멸·은닉·조작 또는 조작된 증거의 사용이나 공범도주의 염려가 있는 경우, 피해자·참고인 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 대한 위험이 있는 경우에는 변호인의 참여권을 제한하고, 변호인이 신문에 개입하거나 수사에 현저한 지장을 초래할 때에는 변호인의 퇴거를 명할 수 있게 하며, 변호인이 피의자를 대신하여 답변하거나 신문을 제지 또는 중단시키는 등 신문에 개입하는 것을 금지한 바 있다. 이에 대해서는 이상희, “형사소송법 개정안에 대한 의견” JURIST 2003.3. 30면 참조.

11) 대법원 2003.11.11. 선고 2003도402결정; 2005.5.9. 선고 2004도24결정.

해서는 적지 않은 논란이 있었다. 즉, 형사소송법에서 피의자신문시에 진술거부권을 고지하도록 규정하고 있음에도 불구하고(제200조 제2항) 수사 실무에서는 진술거부권의 고지를 조서에 부동문자로 명시하여 이것을 구두에 의한 고지에 대신하거나, 피의자에 대하여 조서열람 및 증감·변경권을 명시하고 있음에도 불구하고 이를 생략하는 경우가 적지 않았다. 또한 피의자신문 및 조서작성의 주체가 엄연히 검사 또는 사법경찰관으로 되어 있음에도 불구하고 실무적으로는 검찰청의 참여계장이나 사법경찰리(사법경찰관사무취급)가 피의자를 신문하고 조서를 작성하는 것이 관례였다. 대법원은 진술거부권을 고지하지 않고 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 부인하면서도,<sup>12)</sup> 피의자신문조서를 작성함에 있어서 기재내용을 알려주지 아니하였더라도 성립의 진정이 인정되는 한 증거능력이 인정된다고 하거나<sup>13)</sup> 사법경찰관사무취급이라는 개념을 사용해 사법경찰리가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 인정함으로써<sup>14)</sup> 피의자신문 및 조서작성절차의 위법을 사실상 방지하고 있었다.

이에 개정형사소송법은 피의자신문 및 조서작성절차의 적법성을 제고하기 위하여 우선 진술거부권의 내용을 구체적으로 고지하고,<sup>15)</sup> 진술거부권 및 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지의 여부를 질문하고 이에 대한 답변을 조서에 자필로 기재하거나 답변을 기재한 부분에 기명날인 또는 서명을 하도록 하며(제244조의3 제1항, 제2항), 진술의 임의성과 조서의 정확성을 확보하기 위하여 피의자가 조서에 대해 이의를 제기한 때에는 그 부분을 남겨두고 이의가 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 취지를 자필로 기재하게 하고 있다(제244조 제2항, 제3항). 또한 피의자신문과정을 조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록하도록 하고(제244조의4), 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정을 영상녹화할 수 있도록 하였다(제244조의2).

12) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682판결.

13) 대법원 1988.5.10. 선고 87도2716판결, 1993.5.14. 선고 93도486판결, 1994.1.25. 선고 93도1747판결.

14) 대법원 1981.6.9. 선고 81도1357판결; 1982.12.28. 선고 81도1080판결.

15) 개정형사소송법 제244조의3 제1항은 피의자신문 전에 i) 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있다는 것, ii) 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것, iii) 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것, iv) 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것을 고지하도록 규정하고 있다.

이처럼 개정형사소송법은 피의자신문 및 조서작성절차를 엄격하게 규정하고 나아가서 위법수집증거배제법칙(제308조의2)을 명시하고 있기 때문에, 앞으로 피의자신문과정의 적법성에 대한 요구가 더욱 거세질 전망이다. 법정에서 피고인이 내용을 부인하는 사법경찰관작성 피의자신문조서는 탄핵증거로는 사용될 수 있으나(제318조의2) 위법수집증거로 판명되는 경우에는 탄핵증거로도 사용될 수 없으므로, 피고인이 법정에서 내용을 부인하면서 피의자신문 및 조서작성절차의 위법을 다투는 경우 피의자신문조서는 증거로서의 가치를 상실하게 되기 때문이다. 그리고 피의자신문의 주체를 사법경찰관으로 한정하고 또한 사법경찰관을 보조하는 역할을 하는 사법경찰리에 실질적으로 수사를 담당하는 대다수의 경사, 경장, 순경을 포함시키고 있는 현행법체제하에서는<sup>16)</sup> 사법경찰관이 아닌 사법경찰리가 피의자신문을 할 수 밖에 없는 현실을 외면하기는 힘드나, 사법경찰관의 수를 대폭적으로 늘임으로써 실질적으로 사법경찰관에 의한 피의자신문이 되도록 노력하여야 할 것이다.

#### 다. 피의자신문조서의 제한과 영상녹화물 및 전문증언의 완화

그동안 위법한 피의자신문을 조장하는 근본적인 원인의 하나로 검사작성 피의자신문조서의 증거능력의 문제가 지목되었다. 즉, 현행 형사소송법은 사법경찰관작성 피의자신문조서는 진정성립은 물론 내용을 부인하면 증거능력을 배제하고 검사작성 피의자신문조서는 진정성립을 부인하더라도 특신상태가 인정되면 증거능력을 인정하여 양자의 증거능력에 근본적인 차이를 둬으로써, 실무상으로는 경찰단계에서 자백조서가 작성되었더라도 공판정에서 피고인이 부인할 것을 대비하여 같은 내용의 피의자신문조서를 중복적으로 작성하는 폐단이 있었다.<sup>17)</sup> 더구나 대법원은 비교적 최근

16) 일본형사소송법은 사법경찰직원을 사법경찰원과 사법순사로 구분하고 경찰법의 계급상 순사를 제외한 경시총감, 경시감, 경시장, 경시정, 경시, 경부, 경부보, 순사부장을 모두 사법경찰원으로 규정하고(제39조 제2항 및 경찰법 제62조) 나아가서 사법경찰원과 사법순사를 구분하지 않고 사법경찰직원 모두에 대해서 피의자 및 참고인에 대한 신문권을 부여하고 있다(제198조, 제223조).

17) 신동운, “한국검찰제도의 현황과 개선책, 법학 29권 2호(통권 74호), 서울대학교 법학연구소, 1988, 56면 참조.

까지 피고인이 공판정에서 간인과 서명, 무인한 사실이 있음을 인정하여 형식적 진정성립이 인정되면 거기에 기재된 내용이 자기의 진술내용과 다르게 기재되었다고 하여 그 실질적 진정성립을 다투더라도 특별한 사정이 없는 한 그 실질적 진정성립이 추정된다는 입장을 취함으로써<sup>18)</sup> 사실상 증거능력의 부존재에 대한 거증책임을 피고인에게 전가하고 있었다.

다만 2004년 대법원은 원칙적으로 피고인이 진정성립을 인정하지 않는 한 피의자신문조서의 증거능력은 인정되지 않는다고 하여 기존의 견해를 변경하였고,<sup>19)</sup> 최근에는 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 검사 작성의 피의자신문조서가 그 실질적 진정성립이 인정되지 아니한다면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다고 하더라도 이를 증거로 사용할 수 없다고 판시하였다.<sup>20)</sup> 판례의 변경으로 인해 그 심각성이 다소 완화가 되고 있는 것이 사실이지만 피의자신문조서의 증거능력으로 인한 문제를 근본적으로 개선하기 위한 방안으로는 i) 수사기관작성 피의자신문조서는 구두변론주의·직접심리주의에 배치되고 서면심리의 길을 열어 놓고 있으므로 그 증거능력을 부정해야 한다는 견해,<sup>21)</sup> ii) 사법경찰관작성 피의자신문조서와 마찬가지로 검사작성 피의자신문조서도 내용을 인정한 경우에 한하여 증거능력을 인정해야 한다는 견해<sup>22)</sup> 그리고 iii) 검사작성 피의자신문조서와 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력의 인정요건을 동일하게 인정해야 한다는 견해가 주장된 바 있다.<sup>23)</sup>

개정 형사소송법은 이상과 같은 급진적인 변화를 지양하고, 원칙적으로 검사작성 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인의 진술에 의하여 진정성립이 인정되고 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여

18) 대법원 2003.10.23. 선고 2003도4411판결.

19) 대법원 2004.12.16. 선고 2002도537 전원합의체 판결.

20) 대법원 2007.1.25. 선고 2006도7342판결. 자세한 내용은 정웅석, “검사작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력”, 저스티스 83호 (2005.2), 222면 이하; 이정수, “검사작성 조서의 진정성립과 증거능력 : 실질적 진정성립 추정 여부와 그 인정방법”, 법조 54권 6호, 234면 이하 참조.

21) 손동권, “전문법칙과 사법경찰”, 형사판례연구[2], 1994, 268면; 배종대·이상돈, 형사소송법(제5판), 2004, 596면.

22) 서보학, 앞의 논문, 272면.

23) 이동희, 앞의 논문, 248면.

증거능력을 인정하고 있다(제312조 제1항).

개정 형사소송법에서 특히 주목할 부분이 바로 영상녹화물의 증거능력이다. 종래 피의자신문조서에 준하여 공판정에서 피고인이 진정성립을 부인하면 그 증거능력이 부정되던 영상녹화물은<sup>24)</sup> 이제 피고인이 공판정에서 진정성립을 부인하는 경우를 대비하는 중요한 보조증거가 될 수 있다. 즉, 피고인이 공판정에서 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 경우에 피고인의 진술에 대신하여 영상녹화물에 의하여 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되었음이 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 인정되는 때에는 피의자신문조서의 증거능력이 예외적으로 인정될 수 있는 길이 열렸다(제312조 제2항).

다만 영상녹화물이 피의자신문조서의 증거능력을 보완하는 보조증거로 사용될 수 있는 것은 검사작성 피의자신문조서에 제한된다. 당초 사법개혁추진위원회가 제안한 형사소송법개정안은 검사에 의한 것이든 사법경찰관에 의한 것이든 불문하고 피고인이 공판정에서 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 사실을 부인하는 경우 다른 방법으로 이를 증명하기 어려운 때에 한하여 보충적으로 증거로 사용될 수 있음을 인정하였으나(제312조의2), 개정 형사소송법은 이 규정을 수용하지 않았다. 따라서 개정 형사소송법상으로도 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하는 경우 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력은 인정되지 않을 뿐만 아니라, 영상녹화물에 의하여 조서에 기재된 진술이 피고인이 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 증명된 때에도 증거능력을 인정받을 수 없다. 다만 참고인진술조서의 경우에는 검사작성이든 사법경찰관작성이든 구분하지 않고 영상녹화물에 의하여 예외적으로 증거능력을 인정받을 수 있고(제312조 제4항)고 공판정에서 피고인이나 증인의 기억을 환기시키기 위한 용도로 활용될 수 있으므로(제318조의2), 경찰로서는 피의자신문이나 참고인조사시에는 원칙적으로 영상녹화를 할 필요성이 있다고 본다.

그리고 전문진술의 증거능력과 관련하여 종래 대법원은 피고인을 조사

24) 대법원은 검사가 녹화한 비디오테이프에 대해 그 비디오테이프의 녹화내용은 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 보아 피의자신문조서에 준하여 증거능력이 인정된다고 판시한 바 있다(대법원 1992.6.23. 선고 92도682판결).

한 경찰관의 증언은 증거능력이 인정되지 않는다는 견해를 취하였으나,<sup>25)</sup> 개정 형사소송법은 조사경찰관 등이 증인으로 나와 위증죄의 부담을 안고 피고인측의 반대신문을 받으면서 한 증언에 증거능력을 부여함으로써 실제적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 도모하기 위하여 검사, 검찰수사관, 사법경찰관 등 공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자가 법정에 전문증인으로 출석하여 증언할 수 있도록 하였다(제316조). 또한 공판정에서 피고인이 범죄사실을 부인하는 경우 공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자가 그 진술의 증명력을 탄핵하기 위하여 공판정에 출석하여 증언할 수 있다(제318조의2 제1항).

이처럼 개정형사소송법은 자백편중의 수사를 차단하기 위한 방법으로 피의자신문 및 조서작성절차의 엄격성을 더욱 더 강화한 반면, 그 동안 엄격히 제한하고 있었던 영상녹화물 및 조사경찰관의 법정진술의 증거능력을 상당히 완화하였다. 이것은 피의자신문이 조서작성이라는 서면위주의 조사 방식에서 벗어나서 구두에 의한 신문방식으로 변화되어야 함을 뜻한다. 따라서 개정 형사소송법 하에서 수사기관은 피의자신문조서작성 보다는 영상 녹화 내지는 조사경찰관의 법정증언에 보다 더 중점을 두어야 한다.

## 2. 체포·구속제도의 개선

### 가. 긴급체포제도의 개선

개정 형사소송법은 피의자신문제도와 더불어 긴급체포제도에 대한 대폭적인 개선내용을 담고 있다. 과거 피의자의 신병확보가 구속위주로 규정된 결과 구속사유인 증거인멸의 우려와 도주의 우려가 인정되어야 피의자를 구속할 수 있기 때문에 수사초기에 피의자의 신병확보를 위하여 수사기관의 임의동행이나 보호실유치와 같은 탈법적인 관행이 생길 수밖에 없었던 현실을 감안하여, 1995년 개정 형사소송법은 이러한 불법적인 수사관행을 없애기 위하여 영장에 의한 체포제도를 도입하였다. 그러나

25) 대법원 1979.5.8. 선고 79도493 판결; 1983.6.14. 선고 83도1011 판결, 1984.2.28. 선고 83도3223 판결; 2005.11.25. 선고 2005도5831판결.

이러한 변화에도 불구하고 수사실무에서는 수사기관의 출석요구에 응하여 자진출석한 피의자를 신문이 끝난 뒤 긴급체포하는 경우가 많았다. 즉, 긴급체포를 하면 피의자신문을 위한 48시간이상의 추가시간을 벌 수 있을 뿐만 아니라 압수·수색에 있어서도 영장주의의 예외를 인정받을 수 있기 때문에, 수사기관은 피의자를 신문한 후 피의자의 진술이나 이미 확보한 증거로 유죄의 심증을 굳힌 경우나 구속영장을 청구하게 되면 피의자가 도주할 우려가 있다고 판단되는 경우에는 일단 긴급체포하여 신병을 확보하고 본다. 이 때문에 수사실무에서는 영장에 의한 체포보다는 긴급체포가 압도적으로 많이 이용되었다.

이러한 문제점을 개선하기 위하여 학계에서는 긴급체포후 지체없이 사후체포영장을 발부받도록 해야 한다는 주장이 제기되었고,<sup>26)</sup> 사법개혁추진위원회의 논의과정에서도 사후체포영장제도의 도입에 대해서 격론이 벌어졌으나 결국 피의자의 석방시 법원에 사후통지하는 제도를 도입하는 것으로 결론지어졌다.<sup>27)</sup>

개정 형사소송법은 긴급체포의 남용을 해결하기 위한 방안으로 불구속 수사의 원칙을 선언하고(제198조 제1항), 사법개혁추진위원회의 제안에 따라 피의자 석방시 사후통지제도를 도입하고 있다. 우선 긴급체포를 한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 검사는 지체없이 구속영장을 청구하여야 하고, 구속영장의 청구는 체포한 때로부터 48시간을 초과할 수 없다(제200조의4 제1항). 또한 검사가 구속영장을 청구하지 아니하고 긴급체포한 피의자를 석방한 경우에는 30일 이내에 법원에 서면으로 통지하여야 하고 사법경찰관이 긴급체포한 자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 피의자를 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다. 그리고 피의자 등은 통지서 및 관련서류를 열람·등사할 수 있다(같은 조 제4항, 제5항).

현행 형사소송법이 사실상 48시간이라는 시간적 여유를 수사기관에게 아무런 사후적 통제없이 허용하고 있는 것과는 달리, 이처럼 개정 형사소송법은 지체없이 구속영장을 청구하도록 하고 구속영장을 청구하지 아니

26) 배종대·이상돈, 형사소송법(제5판), 2004, 255면; 신동운, 형사소송법(제3판), 2005, 147면; 이은모, “피의자 인신구속제도의 정비방안”, 형사법연구 제19호(2003 여름), 113면; 이재상, 형사소송법(제6판), 2006, 222면 참조.

27) 사후체포영장제도에 대한 비판으로는 이완규, 형사소송법특강, 2006, 181면 이하 참조.

하고 피의자를 석방한 경우에는 의무적으로 긴급체포에 관한 사항을 법원에 통지하게 하고, 나아가서 석방된 자가 관련서류를 열람할 수 있도록 함으로써 긴급체포로 인한 위법행위를 시정할 수 있도록 하고 있다. 대법원이 위법한 긴급체포에 의해 유치 중에 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 태도를 취하고 있는 상황에서<sup>28)</sup> 개정 형사소송법에 의해 긴급체포에 대한 법원과 피의자의 사후통제가 강화된 만큼, 피의자의 긴급체포를 수행하는 사법경찰관리는 긴급체포과정에서의 적법성 확보에 각별히 유의해야 할 것이다.

#### 나. 영장실질심사제도의 개선

구속은 피고인의 형사절차에서의 출석을 보장하고 증거를 인멸함으로써 인한 수사 및 심리의 방해를 제거하며 확정된 형벌의 집행을 확보하기 위한 필요불가결한 제도이나, 다른 한편으로 자백을 얻어내는 수단으로 악용되어 인권침해의 원인이 되고 구속된 피의자나 피고인이 석방을 위하여 허위로 자백하거나 피해자와 무리하게 합의를 하는 등 많은 부작용을 낳고 있다. 또한 피의자·피고인은 구속상태를 조기에 벗어나기 위하여 검사·판사와 친분관계있는 변호사에게 석방을 조건으로 하여 과도한 수임료를 지불하는 등 법조비리의 원인이 되기도 한다. 특히 우리나라는 과도한 구속으로 인해 이와 같은 문제점이 증폭되었다.

이와 같이 인신구속의 남용으로 인한 문제점을 해결하기 위해 1995년 개정 형사소송법은 영장에 의한 체포제도와 더불어 구속전 피의자신문제도(영장실질심사제도)와 보증금납입조건부 피의자석방제도(기소전보석제도)를 도입하였다. 1995년 개정 형사소송법은 법관의 재량에 의하여 영장실질심사를 시행하도록 하였으나 대법원은 1996년 형사소송규칙을 개정하여 원칙적 피의자신문과 영장전담판사제도를 실시하도록 한 결과 검찰로부터 강한 반발이 제기되었고,<sup>29)</sup> 급기야 시행된 지 1년도 채 안되어 다시 형사소송법

28) 대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701 판결.

29) 영장실질심사제도를 둘러싼 법원과 검찰의 대립과 쟁점에 대해서는 심희기, “구속영장실질심사제론과 구속전 피의자신문제론”, 현대형사법의 쟁점과 과제(동암 이형국교수 화갑기념논문집), 1998, 625면 이하 참조.

을 개정하여 체포된 피의자에 대해서는 신청에 의해 심사를 하고 영장실질 심사기간을 구속기간에서 제외하는 내용의 개정이 단행되었다.<sup>30)</sup>

이러한 개정에 대해서는 적법절차의 원칙 및 영장주의로부터의 후퇴라는 비판과 함께 필요적 심사제도로 전환되어야 한다는 주장이 꾸준히 제기되어 왔다. 이번 개정 형사소송법은 이러한 주장을 수용하여 체포된 피의자에 대해서는 지체없이 그리고 체포되지 아니한 피의자도 도망 등의 사유로 심문할 수 없는 경우를 제외하고 구인한 후 심문을 실시하도록 하였다(제201조의2 제1항, 제2항). 이와 함께 법원사무관의 심문조서 작성을 의무화하고, 영장심사 피의자에 대한 국선변호인제도를 명시하였다.

개정 형사소송법에 의해 필요적 심사제도가 도입됨으로써 영장실질심사제도의 도입 당시 수사기관측이 이 제도의 반대 내지는 제한근거로 주장했던 문제점, 즉 피의자심문을 제한없이 실시할 경우 수사기관의 업무가중을 초래하고 수사에 지장을 초래하는 문제점이 다소 가중될 것으로 예상되나,<sup>31)</sup> 이는 필요적 심사제도의 채택에 따르는 당연한 결과로 수사기관으로서는 마땅히 수용하지 않으면 안 될 것이다.

그리고 수사기관은 체포에서 구속영장청구 및 영장실질심사까지의 수사방식에 특히 유의하지 않으면 안 된다. 사실 학계나 시민단체에서 필요적 영장실질심사를 주장해 온 데에는 피의자에게 변명의 기회를 제공한다는 점 외에도<sup>32)</sup> 밀행수사의 폐해를 방지하고 위법수사를 간접적으로 통제하고자 하는 의도가 있었다.<sup>33)</sup> 즉, 영장실질심사단계에서 수사초기의 자백강요, 불법체포·감금 등 인권침해행위는 피의자심문과정에서 노출되므로, 영장실질심사제도는 인권침해행위에 대한 사전억제장치가 될 수 있고 이로 인해 수사기관이 작성하는 피의자신문조서의 진실성이 담보될 수 있다.<sup>34)</sup> 따라서 구속영장이 청구된 모든 피의자에 대해 필요적 심사가 실시

30) 1997년 형사소송법 개정의 경위에 대해서는 황정근, 인신구속과 인권, 1999, 93면 이하 참조.

31) 이 점에 대해서는 강신덕, “경찰의 입장에서 본 인신구속제도의 문제점과 그 대책 및 바람직한 운용방향”, 법원행정처, 앞의 책, 196면 이하 참조.

32) 형사소송법은 피고인 또는 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포·구속할 수 없다고 규정하고 있다(제72조, 제200조의5, 제200조의2).

33) 이 점에 대해서는 신동운, 형사소송법(제3판), 2006, 168면 참조.

34) 황정근, 앞의 책, 17면.

되는 개정 형사소송법 하에서 수사기관은 특히 체포 후부터 구속영장을 발부받기 전까지의 초기수사에서의 적법절차 준수에 더욱 유의해야 한다.

#### 다. 구속제도의 개선

영장실질심사제도와 더불어 과도한 인신구속의 문제를 해결하기 위한 방안의 하나로서 구속영장심사단계에서의 조건부 석방제도가 오래전부터 주장되어 왔다.<sup>35)</sup> 사법개혁추진위원회도 과다한 인신구속의 원인 중의 하나로 현행법상으로는 영장심사단계에서 구속영장을 발부하거나 기각하는 두 가지 중 한 가지만을 선택할 수밖에 없다는 점을 지적하고, 영장심사단계에서 구속사유의 존부뿐만 아니라 다른 대체수단으로 구속의 목적을 달성할 수 있는지를 심사하여 영장심사단계에서 보석 등 조건을 붙여 피의자를 석방할 수 있는 조건부 석방제도의 도입을 제안하였다.<sup>36)</sup> 그러나 사법개혁추진위원회가 제안한 영장심사단계에서의 조건부 피의자석방제도는 i) 구속비율을 낮추기 위한 실효성있는 제도가 아니고, ii) 영장심사의 본안재판화를 가중시킬 우려가 있으며, iii) 체포·구속적부심을 통하여 조기석방이 가능하므로 제도도입의 실익이 없다는 이유의 반대에 부딪쳐 결국 채택되지 못하였다.<sup>37)</sup>

개정 형사소송법은 판사가 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자·중요참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하도록 하는 규정을 두고 있다(제70조 제2항, 제209조). 이 규정은 원래 사법개혁추진위원회의 제안에는 없었던 사항이었으나 국회 법제사법위원회의 심의과정에서 추가된 것으로, 최근 영장실질심사에서 구속영장이 기각되어 석방된 피의자가 재범을 범하는 경우가 빈발하는 데 따른 대응책으로 풀이된다.<sup>38)</sup> 지금까지 실무상 구속사유를 판단함에 있어서는 재범의 위험

35) 황정근, “영장실질심사제도 시행의 의미와 과제”, 법원행정처, 영장실질심사제도, 1997, 443면.

36) 자세한 내용은 사법개혁추진위원회, 형사소송법개정안 설명자료, 2006, 17면 이하 참조.

37) 검찰측의 반대논거에 대해서는 사개추위 형사소송법등 개정백서Ⅱ, 2006.6., 486면 이하 참조.

38) 2006.2.27.에 장윤석 의원의 대표발의로 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자나 참고인에 대한 위해우려를 구속사유에 추가하는 형사소송법 일부개정법률안이 국회에 제출

성, 피해자·중요참고인 등에 대한 위해우려가 고려되었지만, 개정형사소송법에서는 이러한 요소들이 구속여부를 결정하는데 큰 변수로 작용할 것이 예상된다. 그리고 검사가 구속영장을 청구함에 있어서는 구속의 필요성을 인정할 수 있는 자료를 제출해야 하는데(제210조 제2항), 이러한 자료는 실질적으로 대부분의 수사를 담당하고 있는 경찰에 의해 준비될 수밖에 없다. 재범의 위험성과 피해자·중요참고인 등에 대한 위해우려가 구속여부를 결정함에 있어서 고려해야 할 사유로 명시된 이상, 경찰로서는 체포를 비롯한 초동수사단계에서부터 필요적 영장실질심사를 대비하여 이에 관한 자료의 수집에 각별히 유의하지 않으면 안 된다.

그리고 이번 개정형사소송법은 체포·구속적부심사를 청구서가 접수된 때로부터 48시간 이내로 제한하고 조서를 작성하게 하는 등 체포·구속적부심사제도에 대한 개선안을 담고 있는데(제214조의2 제4항, 제14조), 특히 피의자의 체포·구속시 적부심사청구권 고지를 의무화하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다(제214조의2 제2항). 대법원은 위법한 체포 중에 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 태도를 취하고 있고<sup>39)</sup> 특히 이번 개정 형사소송법은 위법수집증거배제법칙을 명문화하고 있는 만큼, 수사기관은 피의자의 체포·구속시에 적부심사청구권의 고지에 각별히 신경을 기울여야 것이다.

### 3. 긴급체포시 압수·수색·검증제도의 개선

현행 형사소송법은 대인적 강제처분에 대해서는 영장주의를 비교적 엄격하게 적용하고 있는 반면, 압수·수색·검증과 같은 대물적 강제처분에 대해서는 다양한 예외를 허용하고 있다. 대물적 강제처분에 있어서의 영장주의의 예외 중 특히 실무적으로 많은 문제가 된 것이 바로 긴급체포시의 압수·수색·검증(제217조 제1항)이다. 사법개혁위원회는 긴급체포의 사유에 해당하기만 하면 피의자의 체포여부나 피의자의 소지여부에 관계없이 피의자가 소유 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급압수·수색·검증을 할 수

되었고, 이번 형사소송법개정안에 대한 국회 법제사법위원회의 심의과정에서 장윤석 의원을 토대로 하는 수정안이 제출되어 이 수정안이 채택되었다(법무부, 앞의 책, 40면 참조).

39) 대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701 판결

있고 48시간 이내에 돌려줄 경우에는 사후통제수단이 없다는 점을 문제점으로 지적하고 그에 대한 개선조치의 연구·검토를 건의한 바 있다.

사법개혁추진위원회는 사법개혁위원회의 건의를 받아들여 긴급성의 요건을 추가하고, 긴급압수·수색·검증의 대상과 시간을 제한하며, 압수를 계속할 필요가 있을 경우 구속영장과는 별도로 압수·수색영장을 청구하도록 하였다. 이 중 압수·수색·검증의 대상을 피의자가 소지 또는 보관으로 제한하는 것을 제외한 모든 제안이 받아들여져 개정 형사소송법에 반영되었다.

첫째로, 긴급성의 요건이 명시되었다. 실무상 제217조의 긴급압수·수색은 긴급체포된 사실이 밝혀지면 피의자와 관련된 사람이 증거물을 은닉하는 것을 방지하기 위한 것이므로 신속성이 필요한 상황이 많다. 이로 인하여 종래 긴급체포를 한 경우에 당연히 긴급압수·수색이 허용된다는 인식이 널리 퍼져 있었고 법률에도 긴급성 요건이 명시되지 아니하였으나, 법원으로서 긴급압수·수색의 남용을 방지하는 데 유효적절한 수단을 찾기 어려웠다. 이번 개정 형사소송법은 긴급압수수색으로 인한 부당한 인권침해의 소지를 최소화하기 위하여, 긴급체포를 한 경우에도 법관으로부터 영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 상태에서 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에만 압수·수색을 할 수 있도록 긴급성 요건을 추가하였다.

둘째로, 긴급압수·수색·검증의 시간이 제한되었다. 과거 수사실무에서는 출석요구에 응하여 자진출석한 피의자를 신문이 끝난 뒤 피의자의 진술이나 이미 확보한 증거로 유죄의 심증을 굳힌 경우나 구속영장을 청구하게 되면 피의자가 도주할 우려가 있다고 판단되는 경우에는 일단 긴급체포하여 신병을 확보하였다. 그리고 긴급체포를 하게 되면 수사기관은 피의자신문을 위한 48시간 이상의 추가시간을 벌 수 있을 뿐만 아니라, 압수·수색에 있어서도 영장주의의 예외를 인정받았다. 이 때문에 수사실무에서는 긴급체포가 남용되는 사례가 많았다. 이 점을 감안하여 개정 형사소송법은 긴급체포 후 영장청구기간을 ‘체포한 때로부터 48시간이내’에서 ‘지체없이’로 개정하고, 긴급압수·수색의 요건으로 긴급성을 추가하며, 나아가서 일반적으로 48시간은 구속영장을 발부받을 수 있는 충분한 시간이므로 긴급성 요건과도 상충된다는 이유에서 긴급압수·수색이 허용되는 시간을 24시간으로 한정하였다.

셋째로, 압수를 계속할 필요가 있을 경우 구속영장과는 별도로 압수·수색영장을 청구하도록 하였다. 현행법에 의하면 긴급체포 후 구속영장을 발부받으면 별도의 압수·수색영장없이 압수를 계속할 수 있고, 구속영장을 발부받지 못한 경우에만 압수·수색영장을 발부받도록 되어 있다. 개정 형사소송법은 긴급체포와 긴급압수·수색을 구분하고, 압수를 계속할 필요가 있을 경우에는 구속영장과는 별도로 지체 없이 압수·수색영장을 청구하도록 하고 있다. 다만 압수·수색영장은 체포된 피의자에 대한 구속영장과 동시에 청구되는 사례가 많으므로 양자의 청구기간이 달라짐으로 인하여 발생하는 사무처리의 불편을 해소하기 위하여, 압수·수색영장의 청구기간을 구속영장 청구의 최장 기한과 동일하게 ‘체포한 때로부터 48시간 이내’로 규정하였다.

#### 4. 기타 주요 개정사항

이상의 사항 외에도 이번 개정 형사소송법은 경찰에서 주목할만한 많은 내용을 담고 있는데, 그 대표적인 것이 재정신청제도의 개선과 증거개시제도의 채택이다.

##### 가. 재정신청범위의 확대

사인소추가 원천적으로 배제되고 기소독점주의와 더불어 기소편의주의까지 채택하고 있는 우리나라 형사소송법제 하에서 재정신청제도는 검사의 공소권을 통제하는 가장 중요한 수단으로 인식되고 있다.<sup>40)</sup> 형사소송법 제정당시 모든 범죄에 대하여 허용되었던 재정신청은 1973년 유신정권에 의해 현행과 같이 형법상 직권남용죄(제123조 내지 제125조)로 대폭

40) 검사의 공소권(부당한 불기소처분)을 통제하기 위한 방안으로는 이 외에도 검찰항고제도, 헌법소원제도가 있다. 그러나 전자는 검찰내부의 통제장치라는 점에서 그리고 후자는 한계가 있을 수밖에 없고, 후자는 청구권자가 고소인으로 한정되어 있고 헌법소원이 인용되더라도 불기소처분을 취소하는 결정을 할 수 있을 뿐 검사에게 기소를 강제할 수 없다는 점에서 제도적 한계가 있다. 재정신청제도의 검찰권남용에 대한 통제수단으로서의 성격에 대해서는 하승수, “검찰권남용에 대한 통제수단으로서의 재정신청제도” 법과사회 16·17호, 1999, 54면 이하 참조.

축소된 이래 사실상 그 기능을 상실하였다가, 1987년의 이른바 부천경찰서 성고문사건을 계기로 다시 활기를 찾았다.

그 이후 5·18민주화운동등에관한특별법, 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법, 의문사진상규명에관한특별법, 부패방지법, 공직선거및선거부정방지법 등의 특별법에 의해 재정신청의 범위가 점차 확대되었으나, 재정신청제도의 본래 취지를 실현하기 위해서는 형사소송법 제정 당시와 같이 모든 범죄로 확대되어야 된다는 주장이 계속적으로 제기되었다.<sup>41)</sup> 검찰로부터의 반대 또는 제한론이 제기되었으나 결국 사법개혁추진위원회는 전면적 확대방안을 채택하고, 재정신청이 폭증할 것을 대비하여 (고등법원에서 지방법원본원 합의부로) 관할법원 변경, 검찰항고전치주의, 비용부담·담보제공 등의 내용을 담은 개정안을 마련하였다.<sup>42)</sup> 그러나 국회심의 과정에서 재정신청의 범위를 전면확대하는 대신 신청인을 고소인으로 제한하고(다만 직권남용죄는 고발인도 포함), 관할법원을 고등법원으로 유지하며, 재정신청이 이유있다고 인정되는 경우 부심판결정을 하고 변호사를 지정하여 공소유지를 담당하게 하는 제도를 폐지하고 공소제기결정을 하고 검사가 공소를 제기하는 제도로 변경되었다.

공소유지변호사제도가 폐지됨에 따라 당소 불기소처분을 하였던 검찰이 법원의 공소제기결정에 대하여 어느 정도 성실하게 소추활동을 할 것인지에 따라 재정신청제도의 성패가 좌우되는 상황이 되었다는 점에서 앞으로 많은 논란이 있을 것으로 예상되지만, 아무튼 재정신청의 대상이 모든 범죄로 확대하다는 점은 높이 평가할만하다. 재정신청의 대상이 직권남용죄로 제한되어 있을 당시 재정신청은 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자나 이를 보조하는 자의 직권남용 또는 인권침해행위를 규제하는 장치였는데, 재정신청의 대상이 모든 범죄로 확대된 개정 형사소송법 하에서는 재정신청이 법원, 검찰, 경찰 등 수사와 재판에 관여하는 모든 공무원의 위법행위를 시민이 감시·통제하는 수단으로 활용될 가능성이 높다. 재정신청권자의 범위에서 고발인이 제외되었다고 하지만 고소는 대리에 의해서도 가능하므로, 재정신청의 대상이 모든 범죄로

41) 김태명, “재정신청제도의 의의와 범위의 확대”, 형사법연구 21호, 2004, 333면 이하 참조.

42) 사법개혁추진위원회의 형사소송법 개정안에 대해서는 김태명, “사개추위안의 준기소절차에 대한 검토”, 제1회 동아시아 형사사법 국제학술대회 자료집, 2006, 291면 이하 참조.

확대된 이상 인권침해 감시자로서의 역할을 수행하던 시민단체, 변호사 등의 활동이 활성화될 것으로 본다. 따라서 검찰과 경찰은 수사에 있어서 적법절차의 준수와 인권보장에 더욱 만전을 기해야 할 것이다.

#### 나. 증거개시제도의 채택

이번 개정 형사소송법의 가장 큰 특징 중의 하나가 바로 증거개시제도의 도입이다. 검찰 측으로부터의 강력한 비판에도 불구하고,<sup>43)</sup> 이번 개정 형사소송법은 피고인의 방어권을 충실히 보장하고 신속한 재판을 가능하도록 하기 위하여 피고인 또는 변호인이 공소제기된 사건과 관련된 서류나 물건을 열람·등사할 수 있도록 규정하고 있다(제226조의3).<sup>44)</sup> 더욱이 개정 형사소송법은 검사가 신청할 예정인 증거 이외에 피고인에게 유리한 증거까지 포함한 전면적 개시를 원칙으로 하고 있다.<sup>45)</sup> 또한 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 경우 등에는 열람·등사를 거부할 수 있으나, 검사가 열람·등사를 거부하는 경우 법원에 불복신청을 할 수 있으며 법원이 이를 받아들여 증거개시를 요구하였음에도 불구하고 이를 거부한 때에는 증거로 사용할 수 없도록 하고 있다. 이처럼 증거개시의 범위가 넓고 또한 불복장치가 마련되어 있음으로 인해 검사로서는 쉽사리 피고인 또는 변호인의 증거개시 요구를 거부하기는 힘들 것으로 보인다.

일반적으로 증거개시는 공판중심주의, 당사자대등주의를 구현하기 위한 제도로 설명되고 있으나, 위법수사에 대한 통제장치로서의 기능을 간

43) 차동언, “사개추위안의 공판준비절차에 대한 검토”, 비교형사법연구 8권 1호 특집호, 2006, 383 이하 참조.

44) 사법개혁추진위원회의 형사소송법 개정안의 증거개시제도에 대해서는 성낙현, “사개추위안의 증거개시제도에 대한 검토”, 비교형사법연구 8권 1호 특집호, 2006, 437 이하 참조.

45) 사법개혁추진위원회는 그 이유에 대하여 “현행 실무상 공소가 제기되면 수사기록 일체를 법원에 제출함으로써 피고인 측에서는 특별한 제한 없이 기록 전체를 열람·등사하고 있는데(사실상 전면개시임), 증거개시제도를 도입한다고 하면서 오히려 현행실무보다 피고인 측의 증거접근을 어렵게 만드는 제도가 된다면 개악이라는 비판을 피할 수 없을 것이라는 점을 고려한 것”이라고 설명하고 있다(사법개혁추진위원회, 형사소송법 개정안 설명자료, 2006, 124면 참조).

과할 수 없다. 즉, 검사가 공판기일의 증거조사절차에 가서야 비로소 제출하게 되는 증거를 공판기일 전에 미리 반대 당사자인 피고인 또는 변호인에게 개시하는 경우, 피고인 또는 변호인은 개시된 증거의 문제점을 검토하여 공판정에서 증거수집과정의 적법성을 공략하게 될 것이고 이로써 적법절차에 따르지 아니한 피의자신문 및 피의자신문조서는 증거로 사용하지 못하게 되는 결과가 발생한다. 개정 형사소송법은 증거개시의 대상으로 ‘공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 또는 물건’ 뿐만 아니라(제266조의3 제1항), 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크 등 특수매체가 포함하고 있다. 따라서 수사기관은 피의자신문, 피의자신문조서의 작성, 영상녹화 및 영상녹화물의 제작에 있어서 개정형사소송법이 규정하고 있는 적법절차에 유의하지 않으면 안 된다.

### III. 국민참여재판제도의 시행에 따른 경찰수사의 변화

#### 1. 국민참여재판제도 시행의 의미

「형사소송법 일부개정법률(법률 8496호)」과 더불어 지난 6월 1일에 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률(법률 8495호)」이 공포되었다. 이 법률에 의해 지난 2004년 사법개혁위원회의 논의에서 시작된 국민참여재판 제도는<sup>46)</sup> 2005년 사법개혁추진위원회의 법률안 성안과 입법예고 그리고 올해의 국회통과를 거쳐 드디어 내년 1월 1일 그 시행을 앞두고 있다.<sup>47)</sup>

이번에 도입된 국민참여재판은 배심원이 유무죄만을 판단하는 미국식 배심제와 참심원이 형량을 판사에게 제시하는 독일의 참심제를 혼합한 것으로, 우리나라의 독자적인 시민참여제도라고 할 수 있다. 오늘날 대부분

46) 사법개혁위원회, 국민과 함께하는 사법개혁-사법개혁위원회 백서, 법원행정처, 2005, 169면 이하.

47) 추진경과에 대해서는 하태영, “국민의 사법참여-국민의 형사재판 참여에 관한 법률(안)을 중심으로-”, 형사법연구 24호, 2006, 305면 이하; 한상훈, “입법동향분석: 국민의 형사재판참여제도의 입법논의”, 법과사회 28호, 2006, 303면 이하 참조.

의 국가는 배심제 또는 참심제로 대표되는 국민 사법참여제도를 시행하고 있는데, 국민의 사법참여는 사법에서 시민적 감각과 시민적 가치를 반영함으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 높이고 궁극적으로는 재판에서 법이론과 법현실의 간극을 극복할 수 있는 근본적인 대안으로 평가된다.<sup>48)</sup>

그리고 국민참여재판은 단순히 국민의 사법참여라는 정치적 의미를 넘어서 우리나라의 형사사법시스템에 커다란 변화의 계기가 될 전망이다. 이번 개정형사소송법이 추구하는 목표이기도 하지만 국민참여재판의 참 모습은 공판중심주의이다. 즉 모든 증거는 공판정에 집중되고 공판절차에서는 구두주의, 직접주의에 의한 심리가 행해진다. 따라서 이전처럼 수사기관이 작성한 서류를 법원으로 보내고, 법원은 그 서류를 토대로 재판하는 심리 방식은 더 이상 유지되기가 힘들다. 그리고 과거 같으면 수사의 결과가 서면의 형태로 법원에 제출되었으나, 이제는 피의자를 신문하거나 참고인을 조사한 수사기관이 직접 법원에 증인으로 출석하여 진술을 하게 되는 상황이 발생하게 될 것이다. 따라서 국민참여재판제도 하에서 수사기관은 과거와 같이 피의자나 참고인을 신문·조사하고 그 결과를 조서로 작성하는 수사방식을 탈피하지 않으면 안 된다. 이하에서는 국민참여재판의 실시에 따르는 경찰수사의 여러 가지 변화방향에 대해서 검토하고자 한다.<sup>49)</sup>

## 2. 국민참여재판제도 시행에 따른 수사방식의 변화

### 가. 자백과 조서위주 수사관행의 탈피

종래 수사관행에 따르면 우선 경찰에서 피의자를 신문하여 자백을 확보하고 이를 경찰조서에 기재하며, 다시 검사가 피의자를 신문하여 자백을 확보하고 검찰조서에 기재한다. 수사과정에서 확보된 자백은 변호인에게 개시되지 않으며 검사는 이러한 자백을 기초로 한 수사결과를 근거로 피의자를 기소하고, 공판절차에서 자백을 기재한 조서가 증거물과 함께

48) 이천현, “국민의 사법참여와 형사재판 개선방안”, 한국공안행정학회 제28회 학술회의 자료집, 2007.6.9., 53면 이하.

49) 한인섭, “국민참여재판 하에서 경찰 역할의 변화”, 형사정책연구 19권 2호, 2006, 540면 이하 참조.

법관에게 제출된다. 그리고 자백은 증거조사절차에서도 거의 여과없이 법관의 유죄심증형성에 결정적인 작용을 한다.

흔히 우리나라의 재판관행을 두고 조서재판이라는 비판이 행해지고 있다. 이러한 비판은 근본적으로 검사작성의 피의자신문조서가 피고인의 유죄를 입증하는데 가장 기본적이고 중요한 증거로 활용되었다는 사실에 기인한다. 즉, 법률상으로 사법경찰관작성 피의자신문조서는 피고인이 법정에서 내용을 부인하면 증거능력을 상실하는데 반하여 검사작성 피의자신문조서는 성립의 진정만을 인정하면 증거능력을 갖고, 또한 실무상으로는 비교적 최근까지 법원은 형식적 진정성립만 인정되면 실질적 진정성립이 추정된다는 태도를 취함으로써 사실상 실질적 진정성립에 대한 거증책임을 피고인에게 전가시켜 검사작성 피의자신문조서에 절대적인 증거능력을 부여하였다. 그리고 이러한 재판관행으로 인해 수사기관은 자백을 받아내기 위해 불법체포 감금, 폭행, 협박 등 위법수사의 유혹을 뿌리치기가 사실상 어려웠다.

이와 같은 자백과 조서 위주의 수사관행은 수사기관에게 절대적으로 유리한 반면 피의자, 피고인에게는 절대적으로 불리하다. 이번 개정 형사소송법은 피의자·피고인의 방어권보장과 공판중심주의를 표방하고, 이러한 수사관행을 개선하기 위하여 피의자신문 및 조서작성 절차개선, 변호인 참여권 보장, 피의자신문조서 증거능력의 제한, 증거개시 등 다양한 제도를 채택하였음은 앞에서 살펴보았다.

이와 함께 국민참여재판제도의 시행은 조서위주의 수사관행을 해소하는데 결정적인 작용을 할 것으로 예상된다. 국민참여재판에서는 배심원들은 법관처럼 읽어서 판단하는 것이 아니라 보고 들어서 판단한다. 즉, 배심원들은 수사기관이 작성·제출하는 조서가 아니라 법정에서 검사와 변호인이 제출하는 증거물을 보고, 또한 그들이 행하는 증인신문 또는 피고인신문의 결과를 들어서 유무죄를 판단한다. 따라서 수사기관은 피의자를 신문하고 단순히 그 결과를 조서로 작성하여 제출하는 것으로 그쳐서는 안 되고, 배심원들에게 보여서 설득할 수 있는 증거물을 수집하여 제출하고 경우에 따라서는 직접 법정에서 증인으로 출석하여야 하고 증언하지 않으면 안 된다. 결과적으로 국민참여재판에서는 공개주의, 구두주의 그리고 직접주의를 내용으로 하는 공판중심주의가 더욱 강조되지 않을 수 없다.

### 나. 수사경찰관의 법정증언 확대

형사소송법은 사법경찰관작성 피의자신문조서는 피고인이 내용을 인정하는 경우에 한하여 증거능력을 인정하고 있고(제312조 제2항), 법원은 피고인이 공소사실을 부인하는 경우 그를 조사한 경찰관을 법정에 증인으로 소환하여 신문할 수 없다는 태도를 취하였다. 이 때문에 우리나라에서는 경찰관은 조서를 통해 피의자신문의 결과를 법원에 현출시켰을 뿐, 자신이 직접 증인으로 나서 증언하는 경우는 사실상 인정되지 않았다. 그러나 앞에서 설명한 것처럼 개정 형사소송법은 공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 전문증인으로(제316조 제1항) 또는 피고인이 법정에서 범죄사실을 부인하는 경우 이를 탄핵하기 위하여 증인으로 신문할 수 있도록 하였다.

따라서 개정 형사소송법 하에서는 피고인을 조사한 경찰관은 법정에 증인으로 나와 증언을 하게 되는 사례가 증가할 것으로 예상된다. 그리고 국민참여재판에서는 이러한 사례가 더욱 많아질 수밖에 없다.<sup>50)</sup> 즉, 구두 변론주의를 원칙으로 하는 국민참여재판에서는 조서 등 서류가 아니라 증인의 증언에 의한 심리가 일반화되는데, 이 경우 피의자신문과정에서 피의자의 자백을 들은 경찰관이나 범행현장에서 초동수사를 담당한 경찰관은 가장 결정적이고 중요한 증인이 된다. 물론 검찰단계에서 피의자신문을 담당한 수사검사도 증인으로 출석할 수 있지만, 개정 형사소송법은 전문증인 또는 피고인의 진술을 탄핵하기 위한 증인으로 “공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자”로 규정하고 있기 때문에, 수사검사가 직접 증인으로 나서기 보다는 수사경찰관 또는 검찰수사관을 증인으로 내세우는 사례가 많을 것으로 예상된다.

이를 대비하여 수사를 담당하는 경찰공무원은 수사에 있어서 적법절차를 준수하도록 유의하고, 특히 피의자신문 및 조서작성에 있어서는 법정에서의 변호인의 반대신문에 대비하여 적법절차를 정확히 인지하고 이를 준수하여야 한다. 법정에서 피고인이 범죄사실을 부인하여 검사가 수사경찰관을 증

50) 배심제 하에서 법정증언은 경찰관의 가장 중요한 직무에 속한다. 흔히 경찰관은 증거수집자(fact-gatherer)라고 생각되지만 그에 못지않게 증거제시자(fact-presenter)로 기능하게 된다. 한인섭 앞의 글, 529면 각주 7).

인으로 소환하여 신문하는 경우, 수사경찰관이 단순히 “피고인이 진술한 대로 조서가 작성되었다”라는 진술만으로는 법관의 유죄심증형성에 기여할 수 없을 뿐만 아니라, 수사경찰관의 법률지식의 부족 등을 이유로 자신의 진술을 탄핵하려는 변호인의 반대신문에 맞서지 않으면 안 되기 때문이다.

그리고 국민사법참여 재판제도 하에서는 공판절차에서의 수사경찰관의 역할이 중요하기 때문에 그 동안 검사의 보조자로서 인식되어 오던 사법경찰관리의 지위에 대한 재인식이 필요하다. 즉, 사법경찰관리가 단순히 검사의 보조자에 불과하고 독자적인 수사를 실시하지 않는다고 한다면 검사가 아닌 사법경찰관리를 법정에 증인으로 신문하는 의미는 반감될 수밖에 없기 때문에, 검사가 사법경찰관리를 증인으로 신문하기 위해서는 적어도 사법경찰관에게 직무상의 독립성을 부여하는 방향으로 전환하지 않을 수 없다. 이러한 이유에서 국민법참여재판제도는 검찰과 경찰의 수사권조정에 있어서도 적지 않은 영향을 미칠 것으로 본다.

#### IV. 맺음말

지금까지의 형사재판은 형사소송법상으로는 공판중심주의를 지향하고 있지만 그 실질에 있어서는 수사기관에서 작성한 조서(피의자신문조서, 참고인진술조서 등)나 법관이 작성한 조서(공판조서)를 중심으로 한 조서재판이 이루어져 왔다. 이러한 조서재판의 관행은 피의자·피고인의 방어권을 부당하게 제한함은 물론 불법체포·감금, 폭행, 협박 등 인권침해의 폐해를 발생시키는 원인이 되었다.<sup>51)</sup> 이번 개정 형사소송법은 이러한 조서재판의 관행을 개선하기 위하여 형사소송의 대원칙인 공개주의·구두변론주의·직접주의를 내용으로 하는 공판중심주의를 표방하고 피의자 및 피고인의 방어권보장, 인신구속 및 압수수색제도의 개편, 공판준비절차제도 도입, 증거개시제도 도입, 피의자신문조서의 증거능력 제한 등 형사절차 전반에 걸친 광범위한 개정을 단행하였다.

51) 조서재판의 실무관행과 공판중심주의에 대해서는 유중원, “공판중심주의 실현의 전제 조건”, 법률신문, 2005.5.12.; 김정범, “공판중심주의 제대로 이해하자”, 2006.10.2.; “창간 56주년 특별좌담, ‘공판중심주의와 구술변론’”, 2006.12.4. 참조.

이와 같은 개정방향에 대해서는 수사권의 약화를 이유로 반대 내지는 축소를 주장하는 목소리도 없지 않다. 그러나 개정 형사소송법에 의해 수사가 제한되는 측면이 있다면 그것은 그 동안 ‘부당한’ 또는 ‘과도한’ 수사이고, 개정 형사소송법이 피의자·피고인의 방어권을 강화하고 인신구속 및 압수수색제도를 개편함으로써 인해 적법한 수사가 다소 제한되는 측면이 있다면 이는 과학수사 등 선진수사기법의 개발을 통해 극복하지 않으면 안 된다.

한편 수사기관의 수사권 제한과 피의자·피고인의 방어권 강화로 특징지어지는 이번 개정 형사소송법에 대해서는 적법절차를 지나치게 강조한 나머지 실체진실의 발견과 형사사법의 정의실현을 소홀히 하고 있다는 지적도 있다. 그러나 그 동안 우리나라 형사소송법은 실체진실주의와 적법절차의 원칙 사이에서 균형추로서의 역할을 하지 못하고 실체진실의 발견에 보다 큰 비중을 둠으로써 적법절차의 원칙과 국민의 기본권보장을 상대적으로 소홀히 하였다는 비판을 받아 왔다. 이번 형사소송법의 개정취지는 현행 형사절차에서 나타난 문제점을 해결하기 위하여 그 동안 지나치게 실체진실주의로 기울어져 있던 무게중심을 적법절차의 원칙으로 옮기는 것으로 형사소송의 지도이념인 실체진실의 발견을 소홀히 하는 것은 결코 아닐 것이다.

개정 형사소송법 하에서는 검찰과 경찰에 부여된 과도한 수사권이 제한 또는 재분배될 전망이다. 형사소송법 개정과 함께 추진되어 온 검찰과 경찰간의 수사권조정협의를 결국 별다른 성과없이 끝났지만, 공판중심주의의 구현을 지향하는 개정 형사소송법과 국민참여재판제도의 실시와 더불어 실질적인 의미에서 검찰과 경찰 상호간의 업무분담 내지는 기능조정이 가속화될 것으로 본다. 모두들 인정하고 있듯이 수사권조정의 요체는 단순히 검찰과 경찰간의 권한분배의 문제가 아니라, 국민의 기본권보장과 적법절차의 준수에 보다 적합한 수사구조를 재확립하는데 있고, 이러한 의미에서 수사권조정은 곧 개정 형사소송법이 추구하는 방향과 일치한다. 경찰에서 개정형사소송법이 추구하는 방향을 잘 이해하고 그에 적합한 수사관행을 적극적으로 확립해 나가야 하는 이유를 여기에서도 발견할 수 있다.

## Reform of Criminal Procedure and Changes in the Role of Police

Kim, Tae-Myeong\*

The government has tried to secure a fair, transparent and effective judicial system, submitting wide-ranging reform plans to the National Assembly in 2005. On April 30, 2007, the National Assembly enacted new legislation on the trial process that more specifically stipulates that courts should focus on the testimonies made in trials, which was often disregarded as judges avoid time-consuming court procedures and tend to rely heavily on pretrial dispositions provided by the prosecution. And the jury system for criminal cases will be introduced for the first time on January 1, 2008 along with the other judicial reform measures approved by the National Assembly. These revisions are expected to expand ways to protect human rights through judiciary procedures, which have been criticized for being too authoritarian.

Under the new acts are many changes going to be enforced in the criminal procedure system. In particular, the power of police in criminal investigations will undergo extensive reform. For example, all suspects will now have the right for their lawyer to participate in an interrogation. These measures will check investigation agencies, who have hitherto enjoyed too much power. Investigation procedures might be interrupted if a lawyer misuses the right to object. But considering that investigation agencies have been notorious for exerting excessive pressure during interrogations, they should accept that they are the reason for this change.

And the investigation officer's testimony is introduced in the new Criminal Procedure Act, so police witness can be summoned to the

---

\* Associate Professor, Department of Law, Dongguk University

criminal court and examined by parties. Thus investigation officers are going to stand in front of judges or jury panel, and witness what they has experienced in many cases. Under the revised law, police is expected to gain the authority to commit an primary investigation under his own responsibility, and to be put under strong pressure to the due process of law.

주제어 : 형사사법개혁, 국민참여재판, 경찰수사, 법정증언, 적법절차

Keywords : Reform of Criminal Procedure, jury system, criminal investigation, police witness, due process of law