

# 수사절차법 제정을 위한 토론회

필요성, 가능성 그리고 그 방향

2022. 7. 21. (목) 오후 2시  
국회의원회관 제7간담회의실

## 좌장

- 김남준 변호사  
(민주사회를 위한 변호사모임)

## 발제

- 김면기 교수  
(경찰대학 법학과/  
치안대학원 수사학과 교수)

## 토론

- 김지미 변호사  
(민주사회를 위한 변호사모임)
- 국수호 경정  
(경찰청 국가수사본부, 변호사)
- 승재현 박사  
(한국형사·법무정책연구원)

## 주최



MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society

민주사회를 위한 변호사모임 사법센터



국회의원 김영배·김용민·이란희·최기상



# CONTENTS

수사절차법 제정을 위한 토론회

## 【사 회】

김남준 변호사 민주사회를 위한 변호사모임

## 【인 사 말】

장유식 소장 민주사회를 위한 변호사모임 사법센터 .....	4
김영배 국회의원 더불어민주당, 서울 성북구 갑 .....	6
김용민 국회의원 더불어민주당, 경기 남양주시 병 .....	8
이탄희 국회의원 더불어민주당, 경기 용인시 정 .....	10
최기상 국회의원 더불어민주당, 서울 금천구 .....	12

## **【발 제】**

김면기 경찰대학 법학과/치안대학원 수사학과 교수 ..... 17

**<독립적인 수사절차법 제정, 더 이상 미룰 수 없다>**

- 수사절차법 제정의 필요성, 가능성, 그리고 그 방향

## **【토 론】**

김지미 변호사 민주사회를 위한 변호사모임 ..... 45

국수호 경정 경찰청 국가수사본부, 변호사 ..... 53

승재현 박사 한국형사·법무정책연구원 ..... 59

## 인 사 말

장 유 식  
민변 사법센터 소장



반갑습니다. 민주사회를 위한 변호사모임 사법센터 소장 장유식 변호사입니다.

수사절차법은 오랫동안 그 제정필요성이 제기되어 왔습니다.

특히 제1차 검경개혁(검경 수사권 조정) 이후 수사절차가 다양화 세분화되고 시행착오가 거듭되면서 수사절차법에 대한 사회적 공감대가 넓혀져 왔으나, 아쉽게도 1년이 지나도록 논의가 공전되어 왔습니다.

그러는 와중에 지난 4월 제2차 검경개혁(수사-기소 분리)법안이 입법화되었고, 앞으로도 사개특위 구성, 검찰의 직접수사권 완전폐지, 가칭 중대범죄수사청이라 불리는 새로운 수사기구의 신설 등이 예정되어 있어 그야말로 형사사법체제의 대격변은 피할수없는 현실이 되었습니다. 수사절차법의 제정은 더 이상 미룰수 없는 당면과제가 되고 있습니다.

수사절차법은 적법절차의 보장과 인권침해방지를 위해 반드시 제정되어야 합니다. 독립적인 수사절차법은 중복수사에서 발생하는 피의자에 대한 인권침해를 막고, 고소인에게는 적법한 권리행사를 보장하게 될 것입니다.

아무쪼록 오늘의 토론회가 수사절차법 제정의 발판이 되어 큰 결실을 맺게 되기를 기대하면서 토론회를 위해 애써주신 모든분들께도 건강과 행운이 함께 하시길 바랍니다. 감사합니다.

## 인사말

김 영 배

더불어민주당 국회의원 서울 성북구 갑



안녕하십니까, 더불어민주당 국회의원 김영배입니다.

수사권과 기소권을 양손에 쥐고 대한민국을 입맛대로 좌지우지하던 검찰 권력을 축소하고 균형 있는 국가수사역량 발전을 위해 더불어민주당은 끊임없이 노력해왔습니다. 2017년 촛불혁명의 가장 큰 요구이기도 했습니다.

그 결과 검사의 허가가 없으면 수사를 종결할 수도 없었던 검·경의 수사권을 균형 있고 합리적으로 조정하였고 범죄를 저지르고도 처벌받지 않을 수 있는 검사와 고위공직자를 수사하는 고위공직자범죄수사처를 신설하였습니다.

검경수사권 조정과 공수처 신설은 검찰개혁의 뿌리입니다. 검찰과 보수정당의 반대에도 불구하고 튼튼한 뿌리는 잘 심어 두었지만 검찰개혁이라는 나무가 잘 자랄 수 있도록 하려면 가지치기도 해야 하고 별도 잘 들도록 해야 하는 꾸준한 작업이 남아있습니다.

<수사절차법>의 제정은 검경수사권 조정과 공수처 신설 등 민주당이 이뤄낸 검찰개혁의 뿌리를 기반으로 나무가 더욱 잘 자랄 수 있도록 하는 첫 번째 과제입니다.

모든 국민이 법대 아래 검사와 동등한 당사자의 지위와 권한을 실질적으로 누릴 수 있도록 빈틈없고 촘촘한 수사 절차법이 제정되어야 하며 오늘 토론회가 수사절차법 제정의 뿌리가 될 것이라 생각합니다.

오늘 참석해주신 경찰대학교 김면기 교수님과 김지미 변호사님, 국수호 경정님, 승재현 박사님 등 전문가들과 공정한 수사절차법 마련을 위한 논의를 함께 할 수 있어 영광입니다.

저 또한 논의의 결과를 토대로 수사절차법 제정에 최선을 다할 것임을 약속드립니다. 마지막으로 오늘 토론회를 준비해주신 보좌진과 관계자분들께도 감사드립니다.

## 인사말

김 용 민

더불어민주당 국회의원 경기남양주시 병



안녕하십니까.

더불어민주당 남양주시(병) 국회의원 김용민입니다.

이번 토론회에 참석해 주신 많은 분들께 감사드립니다. 특히 이번 토론회 준비에 힘써주신 민주 사회를 위한 변호사 모임 검, 경찰 공수처 관계자 및 전문가분들께 감사의 인사를 전합니다.

대한민국 국민이라면 법 앞에 평등하며 법 집행에 있어 모든 면에서 차별 받지 않는 기본권을 가지고 있습니다.

현행 형사소송법은 형사소송을 규율하는 절차법으로서 수사 절차에서 이루어지는 수사 실무뿐만 아니라 형사소송 그 자체를 규율하는 법입니다.



때문에 지금까지 수사 절차와 수사 실무는 칠흑같이 어두운 밤에 가까웠습니다. 공개되지 않아 외부에서 통제할 수 없었습니다. 이 때문에 수사 과정에서 권한 남용이나 부당행위, 비윤리적 행위는 모두 묻히고 범죄행위가 드러나도 수사권과 기소권 모두 검찰이 가지고 있었으므로 문제가 되지 않는 경우도 많았습니다.

이러한 문제들은 오롯이 국민들이 마주하게 되는 문제점입니다.

검찰과 경찰이 시민들에게 직접 영향을 미치는 것은 절차와 수사 실무입니다. 국민들은 수사 절차와 수사 실무를 모르니 정당한 항의나 저항을 할 수 없었고 적법한 수사 기준이 없었기 때문에 권한 남용이나, 부당행위 비윤리적 행위를 구분하기 어려웠습니다.

우리는 검찰개혁으로 인해 권력기관의 권한을 분산하고 견제함으로써 권한 남용을 예방하여 국민들의 자유와 인권, 안전과 평화를 더 잘 보호할 수 있게 되었습니다.

이제 수사 절차법 제정을 검경 수사권 조정 개혁의 첫 번째 후속 조치로서 추진되어야 합니다.

국민의 기본권을 지키기 위해 더욱더 실용적이고 국민이 피부로 느낄 수 있는 수사 절차법이 제정되어야 하며 이번 토론회를 계기로 수사 절차법 제정의 기틀을 닦고 더욱 올바른 방향으로 앞으로 나아가는 데 있어 보탬이 될 것입니다.

감사합니다

인사말

이 탄 희

더불어민주당 국회의원 경기 용인시 정



안녕하십니까. 더불어민주당 국회의원(경기 용인정) 이탄희입니다.

오늘 토론회에 관심을 가지고 참석해주신 여러분께 감사의 말씀을 드립니다.

지난해 검·경수사권 조정이 시행된 이후, 현장에서는 수사 절차 법률이 필요하다는 목소리가 나오고 있습니다.

이는 현행 형사소송법이 형사소송만을 규율하고 있어 실제 수사 절차 과정에서 이뤄지는 행위를 제대로 담아내지 못하고 있기 때문입니다.

수사기관의 수사는 법원의 강제처분에 비해 인권침해의 위험성이 크다는 우려가 꾸준히 제기되어 왔습니다.

훨씬 정교하게 통제해야 함에도 형사소송은 법원의 강제처분과 수사기관의 수사 간의 유사점에 방점이 찍혀 있어 제도 운영 상의 공백이 발생하곤 했습니다.

실제 과거 권위주의 정권 시절에는 수사기관의 ‘깜깜이 수사’가 가능해 대중을 탄압하기 위한 도구로 악용되기도 했습니다.

이제는 전 국민께서 수사가 적법한 절차에 의해 진행되고 있는지 확인할 수 있고, 기본권도 보장하는 독립적인 수사 절차법을 만들어야 합니다.

이번 토론회가 모든 국민에 도움이 되는 수사 절차법이 만들어지는 주춧돌이 되기를 기대합니다. 저 역시 입법적·제도적 뒷받침에 힘쓰겠습니다.

감사합니다.

## 인사말

### 최기상

더불어민주당 국회의원 서울 금천구



안녕하십니까.

더불어민주당 서울 금천구 국회의원 최기상입니다.

먼저 대한민국 수사절차의 패러다임을 바꿀 뜻깊은 자리를 마련해 주신 ‘민주사회를 위한 변호사모임 사법센터’와 동료 의원님들께 깊이 감사드립니다. 또한 바쁘신 와중에도 이 자리에 참석해주신 발제·토론자 여러분들께도 감사의 말씀을 전합니다.

우리나라는 수사절차에 대한 규율을 별도로 두고 있지 않고 형사소송법을 통해 공소, 재판, 형의 집행 등 대부분의 형사절차와 함께 다루고 있습니다. 그런데 최근에는 이러한 형사소송법이 수사단계를 규율하는 법률로서 충분하지 않다는 지적이 나오고 있습니다.

현행 형사소송법을 살펴보면 수사절차를 규율하는 조문은 전체 490여 개의 중 50여 개에 불과합니다.

더욱이 이 조문들마저 직접 수사절차를 규정하기보다는 제1편 총칙에 있는 법원의 강제처분 절차를 상당 부분 준용하는 방식을 채택하고 있어 정교하지 못한 데다, 법률전문가가 아닌 사람들에게는 이해하기 어렵다는 비판이 있습니다. 때문에 독립된 「수사절차법」 제정이 필요하다는 목소리가 높습니다.

무엇보다 수사권은 우리 헌법에서 보장하는 신체의 자유 등 기본권을 직접적으로 제한할 수 있어 더욱 주의 깊게 다뤄야 합니다.

「대한민국 헌법」 제12조 제1항은 ‘모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.’고 규정하고 있습니다.

수사권은 본질적으로 남용될 가능성이 크기 때문에 헌법에서 보장하는 신체의 자유를 실질적으로 보호하기 위해서는 수사권의 구체적인 발동 요건·기간·방법 등을 현행 규율보다 엄격하게 규율하여야 합니다.

오늘 각계 전문가 분들의 귀한 의견 등을 통하여, 우리 수사절차가 시민들의 인권을 보호하고 누구나 쉽게 이해할 수 있는 방향으로 개선되길 바랍니다. 저도 오늘 토론회에서 논의된 내용들이 실효성 있는 제도 개선으로 이어질 수 있도록 입법적·정책적 노력을 다하겠습니다.

다시 한번 발제와 토론에 참여해주신 여러분들과 참석해주신 모든 분들께 깊은 존경과 감사의 인사를 드립니다. 감사합니다.



## 발 제

**독립적인 수사절차법 제정, 더 이상 미룰 수 없다**

**- 수사절차법 제정의 필요성, 가능성, 그리고 방향 -**

김 면 기

경찰대학 법학과/치안대학원 수사학과 교수





## 독립적인 수사절차법 제정, 더 이상 미룰 수 없다

- 수사절차법 제정의 필요성, 가능성, 그리고 방향 -

김 면 기<sup>1)</sup>

### I. 들어가며

국가의 수사(搜查)는 강력한 공권력 행사 중 하나이다. 강제처분이 수반되는 수사는 국민의 신체의 자유 등 기본권을 가장 직접적으로 제한하기 때문이다. 권위주의 시대가 지나면서 형사절차에서의 인권 보호장치들이 상당부분 강화되었지만, 여전히 경찰(검찰) 수사를 통한 피의자 체포·구속, 압수·수색·검증 등 강제처분은 국가의 공권력을 상징한다.

따라서 이와 같은 수사절차를 규율하는 법률의 중요성은 두말할 나위 없다. 국민의 기본권이 언제, 어떠한 상황에서, 얼마나 제한될 수 있는지에 대해, 법률에서 명확하고 상세하게 규정해야 함은 당연하기 때문이다. 그러나 수사절차를 규율하고 있는 현행 형사소송법은 여러 가지 문제를 갖고 있다. 일반 국민들이 이해하기에 상당히 복잡한 방식으로 서술되어 있을뿐더러, 기본권이 제한되는 상황과 요건에 대한 구체적인 서술이 미흡하다. 하위법령에서 수사절차의 많은 부분을 규정하고 있어 형사절차 법률주의에도 위배된다. 이와 같은 문제에도 불구하고, 정치적인 속성이 수반되는 형사소송법의 특성상, 법률 개정에 대한 국회 차원의 진지한 논의는 찾아보기 어렵다.

다행히 몇 년 전부터 변화의 기미가 나타나고 있다. 수사절차에 대한 지속적인 개선 논의와 함께, 보다 근본적인 차원에서 현행 형사소송법의 구조적인 문제를 해결하기 위한 노력들이 이어지고 있다.

1) 경찰대학 법학과/치안대학원 수사학과 교수, 법학박사(S.J.D.), 뉴욕주 변호사. 본 발제문의 작성에 많은 도움을 주신 한양대학교 법학전문대학원 박현정 교수님, 치안대학원 박사과정에 재학 중인 이보라 보좌관님께 깊은 감사를 포함한다. 혹시 본 원고의 오류가 있다면, 모두 발제자의 책임임을 밝힙니다.

형사소송절차의 일부분으로 수사절차를 규율하기 보다는, 수사절차가 갖는 상징적인 특수성을 고려하면 ‘수사절차법’이라는 별도의 독립적인 법률 제정 필요성이 논의되기 시작한 것이다.

금일 발제는 수사절차법 제정을 위한 입법적인 노력을 촉구하고자 한다. 이어지는 2장에서는 수사절차법 제정의 ‘필요성’에 대한 그간의 논의를 정리하고, 3장에서는 별도의 독립적인 수사절차법 제정의 ‘가능성’을 진단하고자 한다. 마지막 4장에서는 수사절차법 제정에서 고려해야 할 구체적인 원칙과 방향을 살펴본다.

## II. 독립적인 수사절차법 제정의 필요성

### 1. 수사절차법 제정 논의 및 배경

현행 형사소송법은 매우 불친절하다. 수사절차는 더욱 그렇다. 형사소송법에 규정된 수사절차에 대해 일반인은 고사하고 전문가들도 법률의 구조적 체계와 구체적 의미를 정확히 숙지하기 어렵다. 그리고 수사절차 조문들은 내용의 구체성마저 상당히 빈약하다. 국가의 수사는 시민들의 신체의 자유를 직접적으로 제약하고 남용의 위험성도 크다는 점에서, 최대한 찾아보기 쉽고 상세하게 서술되어야 할 필요가 높지만, 현실은 그렇지 않다. 발제자는 2017년도 ‘수사절차법 제정’ 관련 선행 연구에서, 이러한 문제들을 지적한 바 있다.<sup>2)</sup>

우선 형사소송법 구조적 체계의 문제는 우리 형사소송법의 편장체계에서 비롯된다. 형사소송법은 수사-기소-재판절차를 모두 다루고 있는데, 제1편 총칙에서 법원의 재판에 적용되는 일반적인 형사절차를 규정하고, 수사절차(제2편 제1심 제1장 수사)에서 총칙상의 조문들을 상당부분 준용하는 방식

2) 김면기 등 3인, 수사단계 인권보호를 위한 수사절차법 제정 연구, 치안정책연구소 2018 연구보고서. 처음으로 수사절차법 제정의 필요성을 주장한 문헌은 2017년 출간된 임수빈 변호사의 박사학위 논문으로 보인다. 임수빈, “검찰권 남용에 대한 통제방안”, 서울대학교 법학전문박사 학위논문, 2017, 130-131면.

을 택하고 있다. 형사절차의 자연스런 흐름과는 다소 맞지 않는 서술방식이다. 그리고 수사단계에서 발생하는 강제처분과 기본권 제한에 대해서는 그 요건과 절차가 상세하게 규정될 필요가 있지만, 인권침해의 가능성이 상대적으로 적은 재판절차를 준용하면서 자연스레 조문의 구체성이 떨어질 수 밖에 없다.

이러한 서술방식은 대륙법계 국가인 독일·프랑스의 형사소송법과 유사한 형태이다. 아래의 표에서 드러나듯, 우리나라는 해방 후 일본의 구형사소송법(대정형사소송법)을 거의 그대로 받아들였는데,<sup>3)</sup> 당시 일본의 형사소송법이 대륙법계를 계수한 형태였기 때문에 우리도 유사한 형태를 띄게 되었다. 이러한 형태는 형사소송의 주도권이 법원에게 부여되어 있던 직권주의 형사절차의 잔재(殘滓)로 볼 수 있다.<sup>4)</sup> 현재 우리 형사절차가 당사자주의에 가까운 것으로 평가받고 있음을 고려하면, 현행 형사소송법의 구조가 적합한지는 다소 의문이다. 그리고 일반적으로 시민들이 생각하는 ‘동적·발전적’인 형사절차의 구조와는 상이하게 서술되어 있다고 볼 수 있다.

---

3) 신동운, “제정형사소송법의 성립 경위”, 형사법연구 제22호, 2004, 181-184면.

4) 수범자가 아닌 사법부 중심의 형사소송법이라고 볼 수 있다.

[표 1 : 한국·일본 형사소송법 편제 비교]

1922년 일본 대정형사소송법	1954년 대한민국 형사소송법 정부초안	현행 대한민국 형사소송법
<b>제1편 총칙</b>	<b>제1편 총칙</b>	<b>제1편 총칙</b>
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	·	·
⋮	⋮	⋮
<b>제2편 제1심</b>	<b>제2편 제1심</b>	<b>제2편 제1심</b>
제1장 수사	제1장 수사	제1장 수사
제2장 공소	제2장 공소	제2장 공소
제3장 예심	제3장 공판	제3장 공판
제4장 공판	·	·
⋮	⋮	⋮
<b>제3편 상소</b>	<b>제3편 상소</b>	<b>제3편 상소</b>
제1장 통칙	제1장 통칙	제1장 통칙
제2장 공소	제2장 공소	제2장 공소
제3장 상고	제3장 상고	제3장 상고
제4장 항고	제4장 항고	제4장 항고
⋮	⋮	⋮

출처 : 김면기 등 3인, 수사단계 인권보호를 위한 수사절차법 제정 연구, 치안정책연구소 2018 연구보고서, p7.

이러한 문제는 단지 형사절차에 대한 체계적·구조적인 이해의 측면에 국한되지 않는다. 앞서 언급한 바와 같이 수사절차의 꽃이라고 할 수 있는 강제처분과 관련하여, 법원에 적용되는 총칙상의 조문들을 수사단계에서 준용하는 형태를 취하다 보니 내용의 구체성이 빈약하고 체계적으로 맞지 않는 부분들도 다수 확인된다.<sup>5)</sup> 법률을 보완하기 위해 수사절차에 적용되는 대통령령, 부령, 행정규칙 등 하위법령이 있지만, 아무래도 수사기관의 시각 위주로 기술되어 있고 형사절차 법률주의에도 부합하지 않다는 지적이 꾸준히 제기된다.<sup>6)</sup>

오랫동안 지적되어 온 수사과정에서의 잘못된 관행이 현행 형사소송법상의 부실한 수사절차 규정의 문제와 결코 무관하지 않다. 실제 형사소송법에는 별건수사, 심야조사, 변호인 없는 ‘면담’, 제한없는 소환조사 등에 관한 명확한 규정이 존재하지 않기 때문이다.<sup>7)</sup> 과거 임수빈 변호사는 그의 박사학위 논문에서 실무적으로 광범위한, 그러나 문제의식은 턱없이 부족한, 과도한 수사방식에 대해 날낱이 문제제기를 한 바 있다. 그는 1) 표적수사를 하면서 다른 사건으로 압박을 가하는 사례,<sup>8)</sup> 2) 지나친 심야조사의 문제,<sup>9)</sup> 3) 집요한 피해자 대상 진술 추궁의 문제<sup>10)</sup>들을 지적하며, 관련 내용을 법률 차원에서 규정할 필요가 있다고 주장한 바 있다.<sup>11)</sup>

5) 이동희, 형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론, 비교형사법연구 제21권 제1호, 2019.  
 6) 형사절차법률주의는 기본권 제한의 법률유보원칙을 의미한다. 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”)은 이러한 원칙을 천명하고 있다. 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 51면.  
 7) 2017. 2. 27. 법률신문, “검찰권 남용 막게 ‘기소 기준제’ 도입해야”  
 8) 임수빈 변호사는 “타건 압박수사라고 제가 말하겠는데요. 사실 하고 싶은 수사는 A라는 사건이 따로 있어요. 그런데 거기에 대해서는 접근하기가 쉽지 않으니깐 횡령, 배임 같은 B사건으로 사람을 몰아냅니다. 그래서 이걸 갖고, 이걸 빌미로 A 사건에 대해서 검찰에 유리한 진술을 하라고 심리적으로, 정신적으로 압박을 가하는 거죠”라고 말한 바 있다. 2017. 3. 18. 노컷뉴스, “검찰 조사 받고 한강 다리로 가는 일, 더는 없어야”한다고 주장한 바 있다. <https://www.nocutnews.co.kr/news/4751982>. 다행히 지난 5월 개정된 형사소송법에서 이와 같은 별건수사에 대한 제한 규정이 삽입된 바 있다.  
 9) 임수빈 변호사는 “다 그렇지는 않겠지만 자백을 받기 위해서 똑같은 질문을 하고 또 하고 또 하고 하는 겁니다. 그리고 조사를 받는 분들 입장에서 보게 되면 이게 밤 12시 넘어가게 되면 지치게 되거든요”, “정신적으로 그렇게 되면 한밤중에 검사가 요구하는 진술을 얻어내기 쉽다는 그런 유혹 때문에 자꾸 그쪽으로 가는 거죠”, “물론 동의를 하지 않으면 심야수사를 못하게 돼 있어요. 12시까지만 하게 돼 있는데요. 문제는 조사를 받으러 가면 검사와 피의자는 고양이와 쥐. 갑과 을 관계거든요. 거기서 검사가 좀 더 합시다라고 하는데 검사님이 이 사건 처리를 어떻게 할지 모르는데 못하겠다는 말을 하기는 굉장히 어렵습니다. 그래서 아예 못하게 해 버리자는 거죠”라고 주장한 바 있다 2017. 3. 18. 노컷뉴스, “검찰 조사 받고 한강 다리로 가는 일, 더는 없어야”, <https://www.nocutnews.co.kr/news/4751982>  
 10) 임수빈 변호사는 “피해자를 부를 때 적어도 1주일 전에는 통보하고, 5번 이상은 부르지 못하게” 해야 할 필요가 있다고 주장한 바 있다. 2017. 2. 27. 법률신문, “검찰권 남용 막게 ‘기소 기준제’ 도입해야”  
 11) 2017. 2. 27. 법률신문, “검찰권 남용 막게 ‘기소 기준제’ 도입해야”

이와 같은 임수빈 변호사의 주장은 많은 관심을 받았지만, 구체적인 법률상 수사절차의 변화로까지 이어지지는 못했다.

종합하면, 거시적인 구조적 측면에서나 미시적인 내용의 구체성 측면에서나, 현행 형사소송법의 수사절차의 문제는 심각하다. 단지 조문 몇 개의 개정만으로는 이와 같은 복합적인 문제들을 해결하기가 쉽지 않다. 별도의 법률을 제정하여 새롭게 판을 짜는 것이 오히려 수월할 수도 있다. 이러한 맥락에서 발제자는 수사단계를 독립적으로 규율하는 ‘수사절차법’ 제정을 주장한 바 있다.

## 2. 2017년 이후의 논의

2017년 연구 이후, 발제자의 주장을 뒷받침하는 후속 연구들이 다수 진행된 바 있다. 발제자의 연구에 이어 경찰대학 치안정책연구소에서는 ‘수사절차법 제정 구체화 연구’라는 연구용역을 발주하였으며, 동 연구에서는 영국, 미국, 독일, 일본의 형사절차 관련 법률들에 대하여 비교가 이루어진 바 있고,<sup>12)</sup> 이후 연구내용이 학술논문으로도 출판된 바 있다.<sup>13)</sup> 수사구조 전문가인 이동희 교수도 일본 형사소송법에 대한 비교 검토를 포함한 ‘형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론’이라는 연구논문을 발표한 바 있다.<sup>14)</sup>

두 연구 모두 발제자의 선행 연구와 상당히 유사한 주장을 전개한 것으로 보인다.

12) 도중진 등, 수사절차법 제정안의 구체화 연구, 치안정책연구소, 2018.

13) 도중진, 대륙법계수사절차관련법령체계에관한고찰 -독일및일본의수사절차관련법령을중심으로-, 형사소송의 이론과 실무 제11권 제2호, 2019; 도중진, 영미법계 수사절차 관련 법령 체계의 고찰과 시사점, 비교형사법연구 제21권 제3호, 2019. 두 논문에서 저자는 “현재 우리 형사소송법의 수사절차는 구체적인 수사행위 보다 수사의 주체가 먼저 언급되면서 복잡하게 기술되어 있어 일반인의 입장에서 그 의미를 쉽게 이해하기 힘들다. 즉 형사소송법의 수사관련 규정인 제195조부터 제245조의4를 살펴보면 우선 제195조, 제196조, 제197조에 수사의 주체를 규정하고 다음으로 체포(영장·긴급체포)와 구속, 현행법체포, 압수·수색, 다시 수사의 단서에 해당하는 고소·고발, 피의자 신문의 순으로 구성 [되어] 수사대상자는 물론 수사 실무자도 이해하기 어렵게 구성되어 있다. 따라서 수사절차법의 제정은 이러한 점을 염두에 두고 수사실무자와 수사대상자가 이해하기 쉽게 조문을 구성할 필요가 있을 것이다”는 취지의 주장을 펼친다.

14) 이동희, 형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론, 비교형사법연구 제21권 제1호, 2019. 저자는 “헌법과 형사소송법에서 보장하는 국민의 권익이 제대로 향유되기 위해서는 수범해야 할 국민들이 형사절차법에 어떠한 권리가 보장되어 있고, 그 권리가 구체적으로 어떠한 절차를 통해 실현되고 있는지를 쉽게 이해할 수 있어야 한다. 형사절차법이 체계적이고 이해하기 쉬운 법률이어야 하는 이유다. 그러나 이러한 관점에서 보자면, 현행 형사소송법은 그 역할을 충실히 수행하고 있다고 보기 어렵다. 왜냐하면, 현행 형사소송법의 편장체계가 형사절차 흐름의 순과 차이가 있다는 점, 공판절차에서의 증거수집 및 증거조사를 중심으로 하는 절차규정들이 제1편 총칙에 자리잡고 있고, 제2편 제1장의 ‘수사’절차는 시간적으로 후지하는 공판절차를 역으로 준용하는 방식으로 기술되어 있다는 점, 제2편 제3장의 ‘공판’절차는 그 중핵적 내용이 총칙 편에 다수 규정되어 있다는 점, 그리고 형사절차에 관한 규정이 기본법인 형사소송법 이외에 다수의 특별법에 산재되어 있다는 점 등이 문제점으로 자리 잡고있기 때문이다”라고 주장한다.

최근에는 국회와 언론 매체에서도 ‘수사절차법 제정’에 많은 관심을 보이고 있다. 얼마 전 박병석 국회의장과 여야 원내대표는 검찰관련 법안 합의 과정에서 “현재 [대부분] 규칙으로 돼 있는 수사절차”의 문제가 많기 때문에, 보다 명료하게 별도의 법을 제정하여 “수사의 공정성, 중립성”을 담보할 필요가 있다는 논의를 나누는 것이 확인된다.<sup>15)</sup> 국회 차원에서도 별도의 수사절차법 제정에 대한 공감대가 높아지고 있는 셈이다. 여러 언론보도들도 이와 같은 움직임에 힘을 실고 있다.<sup>16)</sup> 작년 초 시사IN에는 수사절차법 제정이 중요하다는 기고문이 실린 바 있는데, 그 취지가 매우 설득력 있다.<sup>17)</sup>

검찰과 경찰, 시민들에게 직접 영향을 미치는 것은 수사 절차와 수사 실무다. 그 두 가지를 바꾸면 수사 과정에서 발생하는 인권침해 행위를 예방할 수 있다. 시민들이 체감하는 것은 검사에서 경찰로 수사 주체가 바뀐 게 아니라, 수사관들이 시민들을 대하는 절차와 방식이다. 검경 수사권 조정이 시행된 지금이 수사 절차, 수사 실무를 개혁하기 좋은 때다. 검경 수사권 조정의 배경이 수사권에 대한 견제와 감시가 부족했다는 것이기 때문이다.

지금까지 수사 절차와 수사 실무는 블랙박스에 가까웠다. 공개되지 않아 외부에서 통제할 수 없었다. 이 때문에 수사 과정에서 권한남용이나 부당행위, 비윤리적 행위는 모두 묻혔다. 범죄행위가 드러나도 수사권을 검찰이 가지고 있었으므로 문제가 되지 않는 경우도 많았다.

시민들은 수사 절차와 수사 실무를 모르니 정당한 항의나 저항을 할 수 없었다. 적법하고 적정한 수사 기준이 없었기 때문에 권한남용이나 부당행위, 비윤리적 행위를 구분할 수도 없었다. 과도한 압수수색과 피의사실 공표, 포토라인 설치에 대해서 항의할 수 없었고 항의해도 소용이 없었다. 변호사들도 기준을 알 수 없기는 마찬가지였다.

수사를 하는 검사와 경찰도 수사권의 한계를 몰랐다. 수사권의 한계를 모르니 권한남용, 부당행위, 비윤리적 행위에 노출되어 있었다. 나중에 문제가 되어야 자신의 행위가 잘못됐다는 것을 알 수 있다. 수사관을 지키기 위해서도 수사 절차, 수사 실무는 제도화되어야 한다.

15) 2022. 5. 4. 뉴스1코리아, [인터뷰]박홍근 "검수완박 다음 수사절차법 추진"...檢 보완수사 견제, <https://news.nate.com/view/20220504n02907>

16) 2022. 4. 4. 이주경제, 수사권 조정 후 '깜깜이' 불송치 불만 고조."수사절차법 필요", <https://www.ajunews.com/view/20220324131755543>; 2022. 5. 4. [인터뷰]박홍근 "검수완박 다음 수사절차법 추진"...檢 보완수사 견제, <https://www.news1.kr/articles/74669835>; 2022. 2. 25. 대선 후보들의 검찰 공약...이재명 “수사-기소 분리”, 윤석열 “검찰 독립 강화”, <https://www.khan.co.kr/national/court-law/article/202202252056025>

17) 2021. 2. 25. 수사권 조정만큼 중요한 것, <https://www.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=43930>

올해는 형사·법무정책연구원에서 수사절차법 제정과 관련된 정책연구를 진행하고 있는 것으로 확인된다.<sup>18)</sup> 동 연구를 담당하는 것으로 알려진 승재현 연구위원은 “수사절차는 국민의 자유와 직결된 문제임에도 이를 규율하는 기본법이 존재하지 않는다”며 “개별 법령과 규칙, 예규 및 훈령 등에 산재돼 있는 수사관련 규정을 단행 법률로 제정할 필요성이 있다”고 말한 바 있다. 동 연구는 그간의 논의를 집대성하여 보다 구체적인 방향을 제시할 것으로 기대된다.

### 3. 최근의 변화 및 전망

최근 수사권 조정 등 변화로 인해 ‘수사절차법’ 제정의 필요성은 더욱 강령해졌다. 큰 틀에서 형사절차 개혁이 지향한 방향은 수사과 기소의 분리라고 할 수 있기 때문이다.<sup>19)</sup> 따라서 수사절차와 형사소송과의 직접적인 관련성은 보다 희미해졌고, 이는 수사절차를 별도로 규율해야 할 필요성이 더욱 높아졌음을 의미한다.<sup>20)</sup> 이러한 흐름을 감안하면 수사절차법 제정 논의는 보다 탄력을 받을 것으로 예상된다.

그러나 새로운 법률 제정이 결코 쉬운 일은 아니다. 사법제도, 그 중에서도 형사사법제도는 상당히 보수적인 속성을 지니며, 기존의 절차와 관행에 익숙한 분야에서 변화를 이끌어내기는 상당히 어렵기 때문이다. 수사절차법 제정의 필요성에 대한 공감대가 확산되어 가고 있고, 우리의 실정에 맞는 비교법적인 연구도 점차 축적되어가고 있지만, 실현 가능성은 여전히 미지수다. 가장 큰 이유는 형사사법 관계자들이 70여년동안 일관되게 형사소송법의 틀 내에서 수사절차를 이해해왔기 때문이다. 그렇다면 과연 독립적인 수사절차법 제정이 가능한 것일까? 어쩌면 형사절차, 그 자체만을 바라봐서는 답을 찾기 어렵다.

본 연구에서는 다른 법영역에서 참고할만한 사례를 통해 독립된 수사절차법의 제정가능성을 진단하고자 한다.

18) 2022. 3. 7. 법률신문, 형사·법무정책연구원, 2022년 연구과제 선정; 수사권 조정 이후 수사기관 과제 집중 연구 <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=176938>.

19) 최근의 수사권 조정 입법, 소위 ‘검수완박’ 등에 대한 직접적인 논의는 본 발제의 주제를 넘어서는 영역이므로 제외하고자 한다.

20) 잘 알려져있듯, 오랫동안 수사와 기소에서 검사의 독점적 지위가 인정되었고, 경찰은 수사에서 제한된 권한만을 행사하였다.



### III. 독립적인 수사절차법 제정 가능성

#### 1. 과연 가능할까?: 행정조사기본법 제정의 배경과 의의

행정조사기본법의 제정 배경은 수사절차법 제정 논의에 참고할 만한 점이 많다. 오랫동안 행정기관의 행정조사가<sup>21)</sup> 법령에 명확한 근거를 두지 않은 채, 행정편의주의적으로 이루어져 왔다는 비판이 높았고, 이에 2007년 행정조사기본법이 제정되었기 때문이다.<sup>22)</sup> 실제 20세기 후반 들어 행정의 영역이 지속적으로 확대되어 가고, 행정조사의 필요성, 범위, 수단 등이 커지면면서 국민들의 부담이 높아져 갔고, 특히 기업들로부터 많은 불만이 제기되는 상황이었다. 그럼에도 행정기관의 근거없는 수시조사가 만연하였고, 중복조사가 빈번히 이루어지는 등의 문제가 좀처럼 개선되지 않았기 때문에, 오랜 논의를 거쳐 행정조사기본법이 제정된 것이다.

#### 2. 행정조사기본법의 내용 분석 및 긍정적 측면

2007년 제정된 행정조사기본법은 총6장, 29개의 조문으로 구성되어 있다.<sup>23)</sup> 제1장 총칙, 제2장 조사계획의 수립 및 조사대상의 선정, 제3장 조사방법, 제4장 조사실시, 제5장 자율관리체제의 구축, 제6장 보칙이다. 행정조사기본법 제1조에서는 동 법의 제정 목적을 명확히 밝히고 있는데, “행정조사에 관한 기본원칙·행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항을 규정”하고, 궁극적으로 “행정의 공정성·투명성 및 효율성을 높이고, 국민의 권익을 보호함을 목적”으로 한다고 규정하고 있다. 이를 바탕으로 이하의 각 조문에서는 행정조사의 실시, 방법 등에 대한 내용을 구체화하고 있다. 행정조사기본법의 전체 조문 구성은 다음과 같다.

21) 행정조사기본법 제2조에서는 행정조사를 “ “행정조사”란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동”으로 정의하고 있다.

22) 김영조, 행정조사기본법의 문제점과 개선방안, 공법학연구 제8권 제3호, 2007. 최환용, 장민선, 국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원 연구보고서, 2016, pp.17-18.

23) 행정조사기본법은 2007년 개정된 이후 현재까지 총 4차례 개정이 있었으나 모두 타법개정을 반영한 것으로 유의미한 개정은 없었다고 볼 수 있다.

<행정조사기본법의 조문구성>

<b>제1장</b>	<b>총칙</b>	
제1조	목적	
제2조	정의	
제3조	적용범위	
제4조	행정조사의 기본원칙	
제5조	행정조사의 근거	
<b>제2장</b>	<b>조사계획의 수립 및 조사대상의 선정</b>	
제6조	연도별 행정조사운영계획의 수립 및 제출	
제7조	조사의 주기	
제8조	조사대상의 선정	
<b>제3장</b>	<b>조사방법</b>	
제9조	출석·진술 요구	
제10조	보고요구와 자료제출의 요구	
제11조	현장조사	
제12조	시료채취	
제13조	자료등의 영치	
제14조	공동조사	
제15조	중복조사의 제한	
<b>제4장</b>	<b>조사실시</b>	
제16조	개별조사계획의 수립	
제17조	조사의 사전통지	
제18조	조사의 연기신청	
제19조	제3자에 대한 보충조사	
제20조	자발적인 협조에 따라 실시하는 행정조사	
제21조	의견제출	
제22조	조사원 교체신청	
제23조	조사권 행사의 제한	
제24조	조사결과의 통지	
<b>제5장</b>	<b>자율관리체제의 구축 등</b>	
제25조	자율신고제도	
제26조	자율관리체제의 구축	
제27조	자율관리에 대한 혜택의 부여	
<b>제6장</b>	<b>보칙</b>	
제28조	정보통신수단을 통한 행정조사	
제29조	행정조사의 점검과 평가	

행정조사기본법은 ‘법률단위’에서 행정조사의 절차와 방식을 알기 쉽고 명확하게 규정했다는 점에서 가장 큰 의의를 찾을 수 있다. 기본법 제정 이전에는 개별법령에 행정조사의 방식과 절차가 산재되어 있었고, 심지어는 행정기관의 내부규칙에 근거를 두고 있는 경우도 많았다. 수범대상자인 기업, 국민들은 행정조사의 근거를 찾기도 어렵고 이해하기도 쉽지 않은 상황이었다. 행정조사기본법은 제1장에서는 행정조사에 적용되는 공통 원칙을 선언하고, 이하에서는 행정조사에 수반되는 각 절차들을 조사의 순서에 따라 알기 쉽게 배치하였다.

물론 행정조사기본법 제정으로 그간의 문제들이 모두 해결된 것은 아니다. 실효성에 대한 문제가 특히 지적된다. 행정조사기본법이 제정되었지만, 적용이 배제되는 분야가 지나치게 많고, 기본법의 특성상 개별 행정조사 및 근거 법령에 미치는 직접적인 영향에 한계가 있다는 분석이 대표적이다.<sup>24)</sup> 한 연구에서는 개별 법령상 행정조사 규정을 전수조사하였는데,<sup>25)</sup> 연구결과, 1) 법적 근거가 충분하지 않은 경우도 있고, 2) 조사의 목적과 내용이 불명확한 경우도 있고, 3) 조사대상자 선정의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 절차가 미비하고, 4) 법률이 아닌 시행규칙에서 수사조사를 규정한 경우도 있고, 5) 조사의 절차에서 기본법상 절차를 제대로 반영하지 않은 경우도 있고, 6) 조사대상자의 권익보호를 위한 규정이 미비한 경우도 확인되었다고 한다. 동 연구에서는 이를 바탕으로 행정조사기본법과 개별 법령 법제의 개선방안을 제안한 바 있다.<sup>26)</sup>

그러나 이와 같은 한계에도 불구하고, 행정조사기본법의 제정은 나름 충분한 의의가 있다고 볼 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이 기존의 행정조사의 근거법령들은 내용이 불분명할 뿐더러 규범력에도 한계가 있었기 때문이다. 비록 임의적인 사실확인 조사에 불과할지라도, 조사대상·조사시기·조사방법 등

24) 특히 행정조사기본법 제3조에서 본 법의 적용이 배제되는 분야로서 금융감독, 조세, 행형, 공정거래법, 할부거래, 방문판매 등을 열거하고 있는데, 지나치게 배제되는 범위가 넓다는 비판이 많다. 그리고 행정조사기본법이 일반법으로 기능하고 있는지, 개별법령에 대한 단순한 입법지침에 불과한 것은 아닌지 등에 대한 문제도 제기된다.

25) 최환용, 장민선, 국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원 연구보고서, 2016, pp.109-140.

26) 최환용, 장민선, 국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원 연구보고서, 2016, pp.141-160.

이 명확하게 규정되어 있지 않을 경우, 수범자가 겪는 부담은 결코 적지 않다는 점도 인식할 필요가 있다. 행정조사기본법의 존재로 인해, 수범자들이 행정조사에 적용되는 일반 원칙과 절차에 대해 보다 쉽게 이해할 수 있게 되었음은 두말할 필요가 없다. 그리고 학계와 실무계에서 행정조사의 명확성·통일성에 대한 관심이 지속적으로 이어지는 것도 행정조사기본법 제정의 큰 의의라고 할 수 있다.<sup>27)</sup>

### 3. 예상되는 반론

그렇다면 행정영역에서 행정기관의 조사를 별도로 규율하는 행정조사기본법과 같이, 형사절차에서도 수사기관의 수사를 규율하는 수사절차법의 제정이 가능할까? 험난한 길이 예상된다.

몇 가지 반론이 쉽게 예상된다. 우선, 행정조사와 수사절차의 목적과 대상의 차이를 강조하는 입장이다. 행정조사와 수사절차는 분명한 차이가 있는 것이 사실이다. 그러나 그것이 결코 본질적인 차이라고 보기는 어렵다. 행정조사나 수사절차나 모두 공권력 행사의 일환이라는 점에는 사실상 차이가 없으며, 현대사회에서 행정권력의 강화 현상을 고려하면 법률 단위에서 구체적으로 절차를 마련해야 할 필요성은 크게 다르지 않다고 볼 수 있기 때문이다. 더구나 행정조사는 원칙적으로 대상자의 동의에 기반해 이루어지는 영역임에도 불구하고 별도의 기본법을 제정하여 조사절차를 명확히 하고 있는 점을 고려하면, 강제력이 수반되는 수사절차에서는 보다 정치한 법률이 마련될 필요성은 오히려 더 높다고 할 수 있다.<sup>28)</sup>

수사절차와 형사재판과의 연관성·긴밀성을 고려한 반론도 생각해볼 수 있다. 일반적으로 형사절차에서 수사는 재판과의 연관성이 높은 편으로 알려져

27) 예를 들어, 강수진, 행정조사로 취득한 증거와 위법수집증거배제 법칙, 형사소송 이론과 실무 14(1), 2022; 김병주, 행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제, 사법 1(59), 2022; 이근우, 공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안, 형사소송 이론과 실무 14(1), 2022; 최용, 고권적(高權的) 행정조사에 있어 적법절차원칙의 준수 및 적용 필요성에 관한 연구 - 입법론적 개선방안을 중심으로 -, 입법학 연구 18(1), 2021; 이창섭, 영장에 의한 통제를 받지 않는 행정조사와 압수·수색의 구별, 홍익법학 22(1), 2021; 이종교/김석환, 중복 세무조사 금지 원칙의 재고찰, 홍익법학 22(1), 2021; 류기환, 아동학대 현황과 그 대응방안 - 행정조사와 경찰수사를 중심으로 -, 법이론실무연구 9(1), 2021

28) 강제수사와 임의조사의 구별이 의미가 있지만, 때로는 임의조사가 강제수사보다도 더 큰 기본권 침해를 야기하는 경우도 있다. 제한없는 임의수사(행정조사)가 통제받는 강제수사보다 강력할 수도 있기 때문이다.

있으므로, 수사와 재판이 유기적으로 연결되는 단일한 형사절차 법률이 바람직하다고 볼 수 있다.<sup>29)</sup> 그러나 이와 같은 부류의 주장은 어디까지나 ‘직관적, 논리적’ 판단에 근거한 주장으로서, 별도의 수사절차법 제정 가능성을 판단을 위한 ‘실증적, 경험적’ 근거가 되지 못한다. 사실 형사소송(형사재판)과 가장 밀접한 영역이라면, 바로 증거를 다루는 법률이라고 볼 수 있다. 소송(재판)이 바로 증거법의 적용 그 자체이기 때문이다. 그러나 많은 나라에서 소송법과 별도의 독립적인 증거법을 운용하고 있다.<sup>30)</sup> 이를 고려하면, 수사절차를 별도의 법률로서 운용할 것인지 여부도 결국 입법정책적인 문제여 지나지 않는다는 사실을 알 수 있다.

새로운 법률제정에 필요한 막대한 입법행정력, 시간, 예산 등을 고려한 비판도 있을 수 있다. 잦은 형사소송법 개정으로 인해 현행 수사절차는 상당히 복잡하고, 하위 법령등도 산재하여 정비에는 많은 시간과 노력이 소모될 수 있기 때문이다. 그리고 추가 형사소송법 개정, 새로운 대법원 판례 도출 등으로 인해 법률의 변화 가능성도 높기 때문에, 새로운 수사절차법 제정을 주저할 수도 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이, 국민의 신체의 자유를 직접적으로 침해하는 수사절차만큼, 명확하고 알기쉽게 서술된, 상세하고 구체적인 법률이 존재해야 할 필요성이 높은 영역도 없을 것이다. 최근 일부 행정기관은 기관 고유의 권한에 대한 헌법소송에 엄청난 행정력을 투입하고 있다.<sup>31)</sup> 그러한 행정력이 국민의 편익을 위한 수사절차법 제정을 위해 투입되어야 하는 것 아닐까?

29) 행정조사와 행정소송의 연관성에 대한 직접적인 분석은 발제자의 전문성을 넘어서는 부분이므로 생략하기로 한다.

30) 미국의 경우 연방형사규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)과 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence)가 별도로 나누어져 운용되고, 영국의 경우도 소송절차와 별도의 증거법체인 PACE법(The Police and Criminal Evidence Act: PACE Act)이 존재한다.

31) 최근 법무부는 소위 ‘검수완박’에 대항하여 헌법재판소에 권한쟁의심판청구(2022헌라4)서를 제출한 바 있다. 심판대상이 되는 피청구인(국회)의 처분 또는 부작위는 “피청구인이 국회 본회의에서 2022. 4. 30. ‘검찰청법 일부개정법률안(대안)에 대한 수정안’, 같은 해 5. 3. ‘형사소송법 일부개정법률안(대안)에 대한 수정안’을 각 가결한 법률 개정행위”이다. 권한쟁의의 청구인은 법무부장관(대리인 검사3명), 대검찰청 및 각 검찰청 검사 6명(대리인 검사 1명)으로 명시하고 있다. 권한쟁의의 청구서는 1) 권한쟁의심판 청구배경, 2) 심판청구의 적법성, 3) 심판대상, 4) 입법절차의 위헌성, 5) 우리 헌법상 검찰·검사, 6) 검사·검찰의 본질적 권한 침해, 7) 결론으로 구성되어 있으며, 총 291페이지에 달한다. 직접 가늠하기는 어렵지만, 이와 같은 권한쟁의 준비에 투입된 법률 전문가 인력 정도면 수사절차법 조문 구성도 충분히 가능할 것이다. 새로운 법률 제정이지만, 기존의 수사절차를 알기 쉽고 상세하게 서술하는 것을 목표로 하고 있기 때문이다.

## IV. 그렇다면, 어떤 수사절차법인가?

### 1. 구체적 방향 모색

지금까지 독립된 수사절차법의 필요성, 가능성을 검토해보았다. 법체계적, 구조적인 측면에서 별도의 수사절차 법률의 바람직함은 살펴본 바와 같다. 수사절차법이 형사절차법률주의를 염두에 두고, 현행 형사소송법의 수사절차 관련 법률과 하위법령의 조문들을 상세하게, 법률차원에서 정비하는 데에서 주된 의의를 찾을 수 있다. 이와 같은 수사절차법 제정이 결코 불가능한 일 이 아니라는 점은 행정조사기본법과의 비교를 통해 알 수 있었다.

구체적인 조문 구성에 있어서는 다음과 같은 사항들이 고려되어야 한다. 수사절차법은 수범자 친화적인 법률이 될 수 있도록 체계적으로 이해하기 쉽게 서술되어야 한다. 그리고 수사절차 구성에서 염두에 두어야 할 핵심가치 내지는 기본원칙들을 법률 단위에서 논의할 필요가 있다, 또한 실제 수사 현실을 반영할 수 있도록 수사의 개념도 새롭게 재정립할 필요가 있다. 아울러 그동안 수사절차의 조문들이 지나치게 주체 등 형식적인 부분에 초점을 맞추어 왔다는 점을 인식하고, 강제처분의 요건 등 보다 실질적인 요소들에 대한 구체적 기술이 이루어질 수 있도록 해야한다. 수사절차법 제정 과정에서 이와 같은 내용들이 종합적으로 반영될 필요가 있다.

### 2. 알기쉬운 수사절차: 조문 체계의 정비

현행 형사소송법의 수사절차는 체계적인 설명이 사실상 불가능하다. 앞서 언급한 바와 같이 1심의 하위 요소로서 구성되면서 수사단계의 특성이 애시당초 반영되지 않았고, 잦은 재개정을 거치면서 일관성 없는 나열에 그치고 있다. 상대적으로 최근 제정된 행정조사기본법과 비교해 봤을 때 이러한 모순은 뚜렷이 확인된다. 아래의 표는 형사소송법의 수사절차와 행정조사기본법의 주요 조문과 순서를 비교한 자료이다.

<형사소송법(수사)과 행정조사기본법의 조문구성 비교>

[형사소송법(수사절차)]

[행정조사기본법]

형사소송법 제195조 ~ 제245조의 10	
	<b>수사일반</b>
제195조~ 제197조	수사의 주체 및 주체간의 관계
제197조의 2,3,4	수사주체간의 업무처리 보완수사, 시정조치요구, 수사의 경합
제198조	준수사항 (불구속, 인권보호, 목록작성, 별건수사 금지 등)
제198조의 2	검사의 체포·구속장소 감찰
제199조	수사와 필요한 조사
제200조	피의자의 출석요구
	<b>체포·구속 등</b>
제200조의 2~ 제200조의 6	영장에 의한 체포, 긴급체포, 긴급체포와 영장청구기간, 준용규정 등
제201조~ 제209조	구속영장청구와 피의자 심문, 구속기간 및 산입, 연장 등, 재구속의 제한, 준용규정 등
제211조~ 제214조	현행범체포, 경미사건과 현행범인 체포, 체포와 구속의 적부심사, 준용규정 등
	<b>압수·수색·검증 등</b>
제215조~ 제220조	압수, 수색, 검증, 영장에 의하지 아니한 강제처분, 압수물의 환부, 가환부, 준용규정 등
	<b>참고인 조사 등</b>
제221조~ 제222조	제3자의 출석요구, 감정의 위촉과 감정유치의 청구, 영장심의, 변사자의 검시 등
	<b>고소 일반</b>
제223조~ 제248조	고소권자, 고소의 제한, 고소권자의 지정, 고소기간, 고소의 취소
	<b>피의자 신문</b>
제241조~ 제245조	피의자신문, 변호인의 참여, 조서작성 및 영상녹화, 진술거부권 고지, 수사과정의 기록
	<b>전문수사자문위원</b>
제245조의 2~ 제245조의 4	전문수사자문위원의 참여 전문수사자문위원 지정 등
	<b>사건송치 및 이후절차</b>
제245조의 5	사법경찰관의 사건송치, 고소인 등의 이의신청, 재수사요청

제1장	총칙
제1조	목적
제2조	정의
제3조	적용범위
제4조	행정조사의 기본원칙
제5조	행정조사의 근거
<b>제2장</b>	<b>조사계획의 수립 및 조사대상의 선정</b>
제6조	연도별 행정조사운영계획의 수립 및 제출
제7조	조사의 주기
제8조	조사대상의 선정
<b>제3장</b>	<b>조사방법</b>
제9조	출석·진술 요구
제10조	보고요구와 자료제출의 요구
제11조	현장조사
제12조	시료채취
제13조	자료등의 영치
제14조	공동조사
제15조	중복조사의 제한
<b>제4장</b>	<b>조사실시</b>
제16조	개별조사계획의 수립
제17조	조사의 사전통지
제18조	조사의 연기신청
제19조	제3자에 대한 보충조사
제20조	자발적인 협조에 따라 실시하는 행정조사
제21조	의견제출
제22조	조사원 교체신청
제23조	조사권 행사의 제한
제24조	조사결과의 통지
<b>제5장</b>	<b>자율관리체제의 구축 등</b>
제25조	자율신고제도
제26조	자율관리체제의 구축
제27조	자율관리에 대한 혜택의 부여
<b>제6장</b>	<b>보칙</b>
제28조	정보통신수단을 통한 행정조사
제29조	행정조사의 점검과 평가

최근 몇 년간 국회에서는 국민들이 법률을 친숙하고 가깝게 느낄 수 있도록 하기 위한 법률용어 정비를 추진한 바 있다.<sup>32)</sup> 2019년부터 이와 같은 작업이 본격적으로 이루어졌으며, 언론보도에 따르면 총 17건의 법률용어 정비대상이 추진된 것으로 확인된다.<sup>33)</sup> 그리고 국회 법제실에서는 유관기관과 협력하여 법률용어 개선을 추진하고 있는데, 법제처, 국립국어원, 한국법제연구원과 함께 ‘법제 개선을 위한 실무협의회’ 등을 개최하고 있다.<sup>34)</sup> 이러한 노력의 일환으로 형사분야에서는 형법 조문이 상당부분 개정된 바 있다.<sup>35)</sup>

이러한 노력은 상당히 유의미하지만, 개별 조문에 대한 용어정비 차원에 가깝고, 법률 전체의 구조적인 문제에 대한 개선에는 이르지 못했다는 아쉬움이 있다. 수범자가 형사소송법 수사절차의 전체적인 구성과 체계를 이해하기에는 많은 어려움이 있다. 수사절차법 성안 과정에서는 행정조사기본법을 참고하여 조문을 재구성하는 것이 바람직하다.

### 3. 수사의 기본원칙 확립 필요성

형사절차는 여러 가치가 정면으로 충돌한다. 정의 실현을 위한 합법적인 국가권력의 행사일지라도, 그 과정에서는 시민들의 기본권이 직접적으로 침해된다. 따라서 국가권력에 대한 적절한 통제, 인권침해 최소화 등에 대한 논의가 필수적이다. 그리고 그러한 필요성은 수사단계에서 극대화된다.

32) 참고할만한 문헌으로는, 국회법제실, 법제이론과 실제, 법률용어 및 표현의 표준화, 2019, pp.847-885.

33) 2019. 8. 19. 국회 대변인실 보도자료, 문희상 국회의장, “국민으로부터 입법권한 부여받은 국회, 국민들이 알기 쉬운 용어로 법률 표현해야”

34) 2020. 2. 21. 국회 법제실 법제연구분석과 보도자료, 국회 법제실“법률용어·표현 개선하겠습니다”- 법제처 · 국립국어원 · 한국법제연구원과의 실무협의회, 21일 개최 -, - 국회의원 발의 법률안 · 정부제출 법률안 · 하위법령 간 통일성 확보 추진 -

35) 형법 [시행 2021. 12. 9.] [법률 제17571호, 2020. 12. 8., 일부개정]. 당시의 개정이유 및 주요내용은 다음과 같다.

- 1953년 제정되어 시행된 현행 형법은 제정 이후 60년 이상 경과하였음에도 제정 당시의 어려운 한자어, 일본식 표현, 어법에 맞지 않는 문장 등이 그대로 사용되고 있고, 일상적인 언어 사용 규범에도 맞지 않아 일반 국민들이 그 내용을 쉽게 이해하기 어렵다는 지적이 있어 왔음.
- 형법은 형사실체법의 근간이 되는 법으로서 많은 형사 관련 특별법의 기초가 될 뿐만 아니라, 국민들의 일상생활에 직접 적용되는 기본법이라는 점에서 형법에 사용되는 용어나 문장은 형사 관련 특별법 등 다른 법령 문장의 모범이 되어야 하고, 국민들의 올바른 언어생활을 도모할 수 있어야 함.
- 따라서, 형법에 사용된 일본식 표현이나 어려운 한자어 등 개정이 시급한 대표적인 법률용어들을 국민의 눈높이에 맞추어 알기 쉬운 우리말로 변경하고, 법률문장의 내용을 정확히 전달할 수 있도록 어순 구조를 재배열하는 등 알기 쉬운 법률 문장으로 개정함으로써 형법에 대한 국민의 접근성 및 신뢰성을 높이려는 것임.



법원에 의해 수사의 적법성 통제가 이루어지지만, 적절성에 대한 통제는 오로지 수사기관의 선의에 맡겨져 있기 때문이다. 이는 검사의 공소제기 이후와는 뚜렷이 대비되는 특징이다. 소송계속이 발생하면, 중립적·객관적인 사법부의 소송지휘가 이루어지고 국가의 일방적 수사활동은 극도로 제한되기 때문이다.

이를 고려하면, 수사과정 전반에 적용될 수 있는 상징적인 ‘원칙’ 조항의 필요성이 상당히 높다.<sup>36)</sup> 대표적으로 수사의 ‘상당성’ 개념이 그러하다.<sup>37)</sup> 오랫동안 수사절차의 ‘적법성’이 주로 강조되어 왔지만, 수사의 상당성도 상당히 중요하다. 국가의 공권력 행사인 수사활동에도 기본권 침해 전반에 적용되는 비례의 원칙이 적용되어야 하기 때문이다. 이와 같은 상당성의 개념 외에도 수사절차의 공정성, 투명성, 신뢰성 등에 대한 관심도 필요하다. 개별 형사절차들이 단지 적법성을 넘어 ‘정당성’을 확보하기 위해서는 이와 같은 가치들에 대한 관심이 높아질 필요가 있다.

앞서 살펴본 행정조사기본법에서는 이러한 원칙조항이 마련되어 있다. 아래와 같이 제4조(행정조사의 기본원칙)에서는 행정조사권의 남용 금지, 조사대상자 선정의 적합성, 중복조사의 최소화, 처벌대신 계도 위주, 비밀누설 금지, 용도목적 외 사용 금지 등을 명시하고 있다.

<행정조사의 기본원칙>

<p>행정조사기본법 제4조(행정조사의 기본원칙)</p> <p>① 행정조사는 조사목적 달성하는데 <b>필요한 최소한의 범위</b> 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 <b>조사권을 남용하여서는 아니 된다.</b></p> <p>② 행정기관은 <b>조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정</b>하여 행정조사를 실시하여야 한다.</p> <p>③ 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 <b>중복되지 아니하도록 하여야 한다.</b></p> <p>④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.</p>
--

36) 유사한 취지에서 류부곤 교수는 형사소송법 제1조에 “우리 형사소송법은 ‘적법절차의 원칙’과 ‘(소극적, 상대적 의미의)실체진실주의’를 이념으로 하며, 형사소송법은 이러한 이념에 의한 형사소송절차에 의해 ‘국가형벌권이 적정하게 행사되도록 하는 것’을 목표로 한다는 것을 내용으로 하는 규정이 마련되어야 한다”고 주장한 바 있다. 류부곤, 새로운 시대의 형사소송법을 위한 몇 가지 제언 - 형사소송법의 과거, 현재, 미래라는 관점에서, 2022.2.4. 경북대학교 형사법센터 세미나 발표문

37) 김면기, 수사의 효과성 향상을 위한 DNA 가계검색 활용 검토 - 수사 상당성의 원칙을 중심으로 -, 경찰법연구 제19권 제3호, 2021.

- ⑤ 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 **비밀을 누설하여서는 아니된다.**
- ⑥ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 **원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.**

수사절차법 제정 과정에서도 이러한 취지를 반영하여 기본원칙을 담은 조항을 마련할 필요가 있다. 현행 형사소송법에도 일부 이와 같은 취지의 조문들이 존재한다. 그러나 전체적인 조화 없이 산발적으로 규정되어 있는데, 법률의 개정 과정에서 일관성 없이 즉흥적으로 삽입된 경우가 많기 때문이다. 그동안 법률 개정을 통해 1) 불구속 수사의 원칙, 2) 인권존중 및 비밀 유지, 3) 철저한 목록 작성, 4) 별건수사 및 자백강요 금지, 4) 강제수사 최소의 원칙 등이 삽입되었다. 그러나 위의 행정조사기본법 제4조(행정조사의 기본원칙)과 비교했을 때 여전히 빈약함을 알 수 있다. 국민의 기본권을 직접적으로 침해하는 수사절차에서는 기본원칙들이 더욱 선명하게 제시될 필요가 있다.

<현행 형사소송법의 기본원칙 관련 조항>

- 제198조(준수사항) ①피의자에 대한 수사는 **불구속 상태**에서 함을 원칙으로 한다. <신설 2007.12.21.>
- ②검사·사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 **인권을 존중**하고 수사과정에서 취득한 **비밀을 엄수**하며 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다. <제정 1954.9.23.>
- ③ 검사·사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 수사과정에서 수사와 관련하여 작성하거나 취득한 서류 또는 물건에 대한 **목록을 빠짐 없이 작성**하여야 한다. <신설 2011. 7. 18.>
- ④ 수사기관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 **별개의 사건을 부당하게 수사**하여서는 아니 되고, 다른 사건의 수사를 통하여 확보된 증거 또는 자료를 내세워 **관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요**하여서도 아니 된다. <신설 2022. 5. 9.>
- 제199조(수사와 필요한 조사) ①수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, **필요한 최소한도의 범위** 안에서만 하여야 한다. <개정 1995. 12. 29.>

#### 4. 수사의 개념 재정립의 필요성

수사절차법의 제정 과정에서는 수사의 개념, 그리고 수사의 본질적인 목적에 대한 재검토가 이루어질 필요가 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 수사절차는 형사소송법의 하위 구성요소로서 편제되어 있다. 이로 인해 수사에 대한 일반적인 개념 정의도 형사소송과 밀접한 관련하에 논의되는 것이 일반적이었다. 그동안 다수의 견해는 수사를 ‘범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기과 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동’으로 이해해 왔다고 볼 수 있다.<sup>38)</sup> 즉, 수사와 공소의 제기 또는 유지 여부와의 밀접한 관련성이 강조되어 온 것이다. 바꿔말하면, 수사의 영역에서 공소의 제기 또는 유지와 직접적으로 연관되지 않은 활동은 제외하는 것으로 여겨져 온 듯하다.

그러나 이와 같은 수사에 대한 개념 정의는 수사기관에 요구되는 다양한 역할을 포괄하지 못하는 측면이 있다. 현실적으로 수사기관은 형사재판과는 무관한 사실 발견의 요청도 받는다. 2019년 논란이 되었던 화성연쇄살인사건 재수사가 대표적이다. 당시 경찰은 DNA 분석을 통해 오랜 미제사건이었던 화성사건의 진범을 밝혀냈고, 이춘재에 대한 피의자 신문 등 수사를 진행하여 범행 일체를 자백 받았다.<sup>39)</sup> 그러나 당시 화성연쇄살인사건은 이미 공소시효가 완성된 상태로, 경찰 수사는 ‘공소의 제기과 유지 여부의 결정’과는 무관하다고 볼 수 있었다. 그럼에도 불구하고 경찰은 수사본부까지 차려가며 한 달여간 집중 수사를 진행하였고, 이춘재가 자백한 14건의 살인, 9건의 성범죄의 혐의를 입증하였다. 그러나 잘 알려져있듯, 최종적으로는 관련사건들에 대해 모두 불기소처분(공소권없음)이 이루어졌다.<sup>40)</sup> 이와 같이 공소시효가 완성되었음에도 재수사가 이루어지는 사례는 그다지 어렵지 않게 찾아볼 수 있다.<sup>41)</sup>

38) 기존의 수사에 대한 개념 논의를 비판적으로 정리하고, 수사의 개념에 대한 새로운 접근을 시도하는 문헌으로는 이지은, 박노섭, 수사에 관한 개념적 오류 비판, 경찰법연구 제16권 제1호, 2018.

39) 2019. 11. 15. 한국일보, 경찰, 화성 8차사건 수사 잘못 첫 인정 “이춘재가 진범”, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201911151681396349>

40) 2020. 12. 28. 중앙일보, 이춘재 자백한 살인 14건, 공소권 없음 처분...처벌 못 한다, <https://www.joongang.co.kr/article/23956326#home> 다행히 재수사로 인해 화성 8차사건 잘못된 판결의 피해자 윤성여씨에 대한 재심이 속도감 있게 이루어졌고, 신속하게 무죄가 선고된 바 있다.

이와 같은 공소제기와 무관한 실체적 진실 발견의 목적 외에도, 경찰활동의 현장에서 수사기관에게 요구되는 역할은 더욱 다양하다. 예를 들어 가정폭력 신고 현장에 출동한 경찰관은 우선 현장에서 가해자와 피해자를 분리하고 폭력 행위 등에 대한 수사를 진행한다. 이 과정에서 경찰관은 피해자에게 가해자에 대한 처벌 의사 등을 확인하는데, 상당수의 피해자들은 가족관계인 가해자에 대한 처벌에 주저하는 경우가 많다.<sup>42)</sup> 이 경우 경찰관은 선불리 가해자에 대한 체포에 나서지 못하게 된다.<sup>43)</sup> 그러나 경찰관이 그대로 철수할 경우 가정폭력은 언제든 재발할 수 있으며, 실제 유사한 사례들도 어렵지 않게 확인된다. 이를 고려하면, 피해자에 대한 신변보호를 위해서는 가해자에 대한 적극적인 수사가 필요한 경우가 있는 셈이다.<sup>44)</sup> 처벌의사에 따른 공소의 제기 여부와는 별도로, 가해자를 신속히 체포하여 피해자로부터 격리시켜야 할 필요성은 수사기관 고유의 판단에 근거할 필요가 있다.<sup>45)</sup>

이와 같은 사례들은 수사의 개념에 대한 새로운 접근을 요한다. 수사의 목적을 보다 폭넓게 이해할 필요가 있는 셈이다. 수사의 목적이 단지 공소의 제기 또는 유지 여부의 결정을 넘어, 과거 사실의 확인과 피해자 보호도 고려해야 할 필요가 있음을 의미한다. 이와 같은 주장이 결코 수사의 개념 범주가 제한 없이 확장되어야 함을 뜻하는 것은 아니다. 형사절차와 관련하여, 현실적으로 수사기관이 형사소송과 직접적으로 긴밀하게 연관되지 않은 경우에도, ‘불가피’하게 역할을 해야 하는 경우가 있음을 인정할 필요가 있는 것이다.

독립된 수사절차법 제정 과정에서는 이와 같이 수사의 기본원칙을 명확히 하고, 수사의 개념에 대해서도 새롭게 정립할 필요가 있다.

41) 2021. 8. 6. 조선일보, 24년전 실종된 그녀... 납친이 살해 자백했지만 공소시효 지났다. <https://www.chosun.com/national/incident/2021/08/06/5SGUNHYRYZBJTMXW2HEMI5M3Z4/>

42) 2019. 11. 25. 한국일보, 피해자 ‘처벌불원’ 의사 있으면, 가정폭력 62% 불기소, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201911251167097526>

43) 수사의 목적을 공소의 제기 또는 유지 여부에 대한 판단과 밀접히 연관시켜 이해하는 입장에서는 처벌 불원 의사로 인해 공소의 제기가 어려운 상황에서 체포 등 수사에 착수하기 어렵기 때문이다.

44) 가정폭력 사건에서 피해자 처벌불원의사의 진정성에 대한 의문을 가져볼 필요도 있기 때문이다. 이수정 외 4인, 처벌불원 의사를 드러내는 가정폭력 피해자의 진정성에 대한 실증적 의문 제기, 이화젠더법학 제12권 제1호, 2020.

45) 유사한 시각에서 국회입법조사처는 얼마 전 “수사기관의 신변보호제도에 관한 비교법적 연구“라는 연구과제를 발주한 바 있다. 발제자는 현재 공동연구자로 동 연구과제를 수행중이다.

## 5. 수사절차의 초점 전환: 형식에서 실질으로

앞서 살펴본 형사소송법 수사절차의 구조적인 문제, 원칙론적 조항의 부재들은 개별 수사절차 구체적 문언들에도 직간접적으로 영향을 미쳐왔다. 형사소송법의 수사절차는 국가의 공권력 행사에 합법성을 부여하기 위한 도구적인 법률 차원에서 서술된 경향이 높고, 수범자들이 자신의 기본권이 제한되는 과정에 대한 구체적인 요건 및 절차들을 확인할 수 있도록 하려는 노력은 미미했다. 따라서 개별 수사절차의 적법성을 넘어, 각 조문에 담겨있는 구체적인 내용의 충실함에 대해서도 보다 비판적으로 검토해 볼 필요가 있다.

형사절차에서 기본권 침해가 문제되는 것은 대부분 수사절차, 그 중에서도 강제수사(강제처분)라고 할 수 있다. 따라서 강제수사에 요구되는 여러 구체적 요건들이 형사소송법에 정치하게 서술되어야 할 필요성은 매우 높다. 그럼에도 불구하고 이러한 요건들에 대한 관심이 높아진 것은 상대적으로 최근의 일이다. 단적으로 10여년 전까지만 해도 검사는 단지 “범죄수사에 필요한 때”라는 요건만 충족되면 지방법원판사에게 압수수색영장을 청구하여 발부받을 수 있었다.<sup>46)</sup> 형사소송법은 사실상 국가 수사권력 작동을 위한 ‘러버 스탬프(rubber stamp)’에 지나지 않았다.<sup>47)</sup> 해당 조문에 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고”라는 범죄 혐의에 대한 요건, “해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여”라는 관련성 요건이 추가된 것은 놀랍게도 2011년에 이르러서였다.<sup>48)</sup>

이처럼 강제처분의 구체적 요건에 대한 관심이 사실상 ‘진공상태’였던 이유는 우리 헌법상의 영장주의와도 깊은 관련이 있다. 우리 헌법 제12조 3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에

46) 형사소송법 제215조 (압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. [시행 2010. 1. 1.] [법률 제9765호, 2009. 6. 9., 타법개정]

47) 영미권에서 러버 스탬프란 별다른 내용검토 없이 마구 도장찍는 사람, 또는 잘 생각 않고 무조건 찬성하는 사람(관청, 의회등)을 의미한다.

48) 형사소송법 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. [전문개정 2011. 7. 18.]

의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고 있다. 헌법에서 요구하고 있는 강제수사의 요건으로 핵심적인 것은 ‘검사의 신청’, ‘법관의 발부’라는 주체에 대한 서술이라고 볼 수 있다.<sup>49)</sup> 이와 같은 헌법상의 조항의 차이는 우리 형사절차에서 강제처분의 구체적인 서술에 큰 차이를 가져왔다. 오랫동안 강제수사에 요건에 대한 논의는 곧 영장주의 관련 논의를 의미했고, 이는 사실상 영장 청구 ‘주체’에 대한 논쟁을 의미했기 때문이다.<sup>50)</sup> 반면, 영장청구의 ‘상황적·환경적’ 요건에 대한 구체적 논의는 별로 진지하게 이루어진 바 없다. 이로 인해 앞서 언급한 바와 같이 2010년대 이르러서야 변화가 나타난 것이다.

‘주체’에 대한 논의는 물론 중요하다. ‘누가’ 강제처분을 청구할 수 있고, ‘누가’ 강제처분을 허가할 수 있느냐는 분명 가벼운 문제가 아니다. 그러나 주체에 대한 논의가 결코 전부가 되어서는 안된다. 형사절차의 적정한 운용을 ‘주체’의 선의에만 맡기는 셈이기 때문이다. 따라서 주체보다 더욱 중요한 것은 ‘언제’, ‘어떻게’라고 볼 수 있다. 결국 구체적인 형사절차 운용의 기준, 즉, 언제, 어떻게 강제처분이 이루어지느냐에 대한 논의에 더욱 많은 관심이 모아져야 한다.

그런 측면에서 우리 강제처분 절차와 미국의 절차와의 비교는 유의미하다. 우리나라와 달리 미국의 경우 이미 오래전부터 ‘언제’, ‘어떻게’에 대한 논의가 매우 활발하였다. 미국에서는 건국 당시인 18세기부터 영장 청구에 있어 ‘상당한 이유(probable cause)’라는 범죄혐의, 그리고 압수수색 대상 물건의 ‘특정성(particularity)’ 요건이 핵심으로 간주되어 왔다. 그 이유는 헌법상 영장주의의 문언의 차이에서 비롯되는 것으로 볼 수 있다. 우리 헌법 제12조 3항과 미국 헌법상의 조항을 간략히 비교해보자.

49) ‘적법한 절차’라는 표현은 모호한 표현을 제외하면, ‘제시’라는 단어가 그나마 유의미한 표현이라고 볼 수 있다.

50) 강제수사 진행에 있어 가장 핵심적인 논의는 소위 ‘공익의 대변자’ 또는 ‘인권보호’ 역할을 수행하는 것으로 인식되는 검사의 ‘영장청구’였다.

<우리나라 헌법과 미국 헌법의 강제처분 조항 비교>

대한민국 헌법의 강제처분 조항	미국 연방헌법의 강제처분 조항
헌법 제12조 ③체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 <u>적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시</u> 하여야 한다.	수정조항 4조 불합리한 압수와 수색에 대하여 신체, 주거, 서류, 물건의 안전을 확보할 국민의 권리는 침해되어서는 아니된다. <u>선서나 확약에 의하여 상당하다고 인정되는 이유</u> 가 있어 특별히 수색할 장소와 압수할 물건, 체포·구속할 사람을 <u>특정한 경우</u> 를 제외하고는 영장은 발부되어서는 아니된다. <sup>51)</sup>
제16조 ... 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 <u>검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장</u> 을 제시하여야 한다.	

우리나라와 미국 연방헌법상의 강제처분 조항의 차이는 쉽게 확인된다. 미국 연방헌법의 경우, 영장발부를 위한 상황적·환경적 요건들을 구체적으로 서술하고 있다. 영장은 ‘선서나 확약에 의하여’, ‘상당한 이유’가 인정되고, 체포 또는 압수수색의 장소와 대상을 ‘특정한 경우’에 발부될 수 있다. 우리 헌법과 달리 영장청구 주체와 발부주체에 대한 언급은 전혀 없다. 반면 우리나라는 주체에 대한 언급을 제외하면, ‘적법한 절차’, ‘제시’라는 단어 정도가 유의미하다. 이러한 차이를 정리하면, 우리나라의 경우 영장주의 조항이 국가에게 강제처분 권한을 부여하는 차원에서 서술되었다면, 미국의 경우 개인의 권한에 중점을 두고 권한의 제약·침해가 이루어지기 위한 전제조건들을 명하게 서술하는 형태로 조문이 구성되어 있는 셈이다.

이와 같은 차이는 이후의 강제처분의 법리 발달과정에도 큰 영향을 주었다. 앞서 언급한 바와 같이 우리나라에서 강제처분의 상황적·환경적 요건들에 대한 구체적인 논의가 시작된 것은 최근의 일이다. 그러나 영미법계의 경우 이미 오래전부터 압수수색에서의 ‘특정성’<sup>52)</sup>, ‘상당한 이유’<sup>53)</sup> 등 ‘언제,

51) The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

52) 특정성 요건의 경우, 미국 건국 전으로 거슬러 올라간다. 18세기 영국에서 운영되었던 노던 브리튼(North Briton)이라는 급진적 신문사에 대한 압수수색 사건에서 특정성 쟁점이 촉발되었다. 신문사에서 당시 영국의 왕이던 조지 3세를 비판하는 기사를 게재하자, 수사기관에서는 비방범죄로 노던 브리튼사를 수사하기 시작했다. 얼마 후 판사는 ‘기사를 쓴 자, 인쇄한 자, 발간한 자 등에 대해 철저하고 완전한 압수를 허용하는 영장 (to make strict and diligent search for the authors, printers, and publishers)’을 발부하였다. 해당 영장은 체포되는 사람, 압수수색 대상 및 장소에 대한 구체성이 결여되었고, 이로 인해 수사기관은 3일동안 49명을 체포하고, 관련자들의 모든 개인적인 물건들도 압수한 바 있다. 이러한 교훈에서 미국 연방헌법에서 특정성 요건이 추가되었고, 오늘날까지도 중요한 의미를 갖는다. Thomas K. Clancy, The Framers’ Intent:

어떻게’에 대한 활발한 논의가 진행되었다.

미국 연방헌법 문언상의 ‘선서나 확약’의 의미도 상당히 중요한 현실적 의미를 갖는다. 역시 이 요건도 형식적인 주체에 대한 문제가 아니라, 실질적인 상황적·환경적 논의와 연결된다. 이와 같은 ‘선서나 확약’의 의미와 관련하여, 발제자는 선행연구에서 우리 헌법상의 영장 청구주체 논의와 연결된 주장을 펼친 바 있다.<sup>54)</sup> 수사기관에 대한 사법통제라는 영장주의의 본질에 충실하기 위해서는, 판사의 영장 심사가 단지 형식적인 검토에 그치지 않고 실질적인 심사가 담보될 필요가 있다. 이를 위해서는 판사가 법정에서 실제 수사를 책임지고 진행한 수사관—수사과정에서 수집된 증거, 작성된 기록의 진실성, 적절성을 직접 설명해줄 수 있는 사람—을 대면하고 설명할 필요가 있다. 그런 측면에서 대부분의 영장 청구에서 수사과정의 구체적 내용의 진실성을 숙지하고 있지 못한 검사의 영장청구는 사실상 무의미하다고 볼 수 있다. 이는 수사대상자가 법정에 출석하지 않는 체포영장 또는 압수수색영장의 경우에 극대화된다. 이러한 견지에서 발제자는

압수수색영장[과 체포영장]의 청구·발부에서 ... 수사기관이 제출하는 자료들을 법관이 충분히 검증할 수 있는 장치는 [사실상] 존재하지 않는다. ... 구속영장과 같이 보다 실질적인 심사가 이루어지도록 하는 방법이 분명히 있다. 가장 바람직한 방법은 법관이 법정 또는 사무실에서 담당 수사관을 대면하고 영장에 대한 실질적 심사를 진행하는 것이다. 담당 수사관은 수사 단서의 입수 경위, 현재까지 수집된 증거, 영장이 필요한 이유 등에 대하여 보다 상세히 설명할 수 있기 때문이다. 영장을 발부하는 법관이 강제수사의 필요성·적절성에 대한 판단을 제대로 하기 위해서는 바로 이와 같은 정보가 필요하다. 현재의 영장청구의 주체인 검사와의 대면은 큰 의미가 없다. 검사는 경찰이 신청한 영장에 첨부된 수사기록을 한 두 번 읽어본 정도에 불과하기 때문이다. 법관이 수사기록만으로 판단하기 어려운 부분에 대하여 담당 수사관을 대면하고 물어본다면 보다 충실한 영장 심사가 가능할 것이다. 이러한 방법이 궁극적으로 영장주의의 본질을 보다 ‘실질적’으로 충족할 수 있는 길이 될 것이다

John Adams, His Era, and the Fourth Amendment, 86 Ind. L.J. 979, 1007 (2011).

53) Oliver, W. M. (2010). The modern history of probable cause. Tenn. L. Rev., 78, 377; Ortman, W. (2016). Probable cause revisited. Stan. L. Rev., 68, 511.; Lerner, C. S. (2002). The reasonableness of probable cause. Tex. L. Rev., 81, 951.; Weber, J. K. (1982). The Birth of Probable Cause. Anglo-American Law Review, 11(2), 155-167.; Olson, J. M. (1998). Gauging an Adequate Probable Cause Standard for Provisional Arrest in Light of Parretti v. United States. Cath. UL Rev., 48, 161.

54) 김면기, 현행 헌법상 영장주의의 합리적 해석 및 운영방안 - 살아있는 헌법 (Living Constitution)의 시각에서, 비교형사법연구 제23권 제4호, 2022.



라고 주장한 바 있다.

이처럼 강제처분 등에 있어 실질보다 형식적인 측면들이 강조되어 온 우리나라의 법제는 다소 문제가 있다. 형사사법제도의 운용을 ‘주체’의 선의에 의존하기보다는, ‘객관적인 기준’을 구체화하고 적용 과정에 대한 감독이 활발해지도록 하는 것이 중요하다. 그런 측면에서 우리나라의 수사법제 개선에 있어 미국의 사례를 참고하고, 수사절차법 제정에도 이러한 원칙을 반영하는 것이 필요할 것이다.

물론 비교법에 있어 특정 국가의 법체계가 우월하다는 것은 분명히 경계할 필요가 있다. 실제 최근의 형사절차 운용 및 평가는 우리가 주요 선진국의 형사사법제도에 비해 결코 뒤떨어져 있지 않음을 잘 드러낸다. 특히 2000년대 중반 이후로 우리 형사소송법은 기본권 보장에 초점을 두고 수차례 개정되었으며, 이후 다수의 인권친화적인 대법원 판례들도 나온 바 있다. 그럼에도 불구하고 앞서 살펴본 바와 같이 우리 형사소송법 상 강제처분의 요건들에 대한 구체적인 논의는 여전히 충분하지 않음을 알 수 있다. 형사소송법의 구조적인 문제, 원칙론적 조항의 부재 문제, 헌법상 영장주의의 문제는 복합적으로 현행 형사소송법상 수사절차의 문제들을 야기하였다고 볼 수 있다. 이는 오랜기간에 걸쳐 강제처분의 상황적·환경적 요건이 정치하게 형성되어 온 미국과의 비교는 이러한 차이를 극명하게 드러낸다. 이러한 공백으로 인해 강제처분의 적절성은 사실상 수사기관의 선의에 맡겨져 있는 셈이다. 형식보다 실질에 대한 보다 근본적인 논의가 필요한 부분이라고 볼 수 있다.

수사절차법 제정 논의에서 이러한 측면들을 참고할 필요가 있다.

## V. 나가며

현행 형사소송법의 수사절차는 여러 측면에서 많은 문제점이 확인된다. 지나치게 법원 중심의 시각에서 서술되어 있어, 수범자가 형사소송법을 읽어보고 수사절차를 이해하기란 상당히 어렵다. 수사절차의 구체성도 상당히 빈약하다. 국민의 신체의 자유를 직접적으로 제약한다는 점에서, 친절하고 상세한 법률 조문의 구성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

새로운 수사절차법 제정은 여러 측면에서 의미가 있다. 현행 수사절차의 여러 문제들은 형사소송법의 일부 개정을 통해서도 좀처럼 개선되기 어려우며, 보다 근본적인 해결이 오히려 쉬운 길일 수 있기 때문이다. 본 연구에서는 수사절차법 제정의 필요성에 대한 그간의 논의를 정리하고, 행정조사기본법과의 비교를 통해 독립적인 수사절차법 제정의 가능성을 살펴보았다. 그리고 독립적인 수사절차법 제정 과정에서 반영되어야 원칙들을 제시하였다.

오랫동안 수사관련 법제는 사실상 권력기관 간 권한 다툼의 전유물이었다. 최근의 변화도 결코 예외는 아니다. 이제는 진정 국민의 입장에서 공정하고 투명한 수사절차를 만들기 위한 논의를 시작할 때이다. 수사절차법 제정이 그 단초가 될 수 있을 것이다. 다행히 수사절차법 제정에 대한 공감대가 점차 확산되고 있고, 이제는 학계를 넘어 법조계, 언론에서도 많은 지지를 보내고 있다.

이제는 국회에서 응답할 시점이다. 올해 하반기에는 신속히 법률 성안작업에 착수해서 법안 발의 및 공청회를 진행하고, 23년도 상반기에는 법안심의를 진행하는 등의 로드맵을 검토해볼 필요가 있다. 그리고 새로운 수사절차법 제정에는 국민적 동의가 필수이므로, 정당간의 긴밀한 협의도 반드시 수반되어야 할 것이다.

형사절차의 주된 적용 대상자는 범법자들이기 때문에, 수범자 친화적인 방향으로의 변화는 동력이 약하다. 그리고 형사절차는 대중의 여론에 따라 그 변화의 방향이 요동친다. 학계, 법조계, 국회의 진지한, 그리고 적극적인 관심이 필요한 이유다.

# 토론

김 지 미 .....	45
민주사회를 위한 변호사모임 사법센터	
국 수 호 .....	53
경찰청 국가수사본부, 변호사	
승 재 현 .....	59
한국형사·법무정책연구원	



## 수사절차법 제정의 필요성, 가능성, 그리고 방향

김지미

(민주사회를 위한 변호사모임 사법센터)

### 1. 들어가며

문재인 정부에서 적극 추진되었던 검경수사권 조정과 이어서 추진되고 있는 수사 기소 완전 분리는 막강한 검찰의 권한을 분산하고 수사기관의 전문화를 꾀한다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 그런데 수사권의 조정과 수사 기소 분리를 추진하는 과정은 철저하게 수사의 권한을 누구에게 줄 것인가 혹은 검찰의 직접 수사를 어느 범위에서 허용할 것인가 하는 ‘수사의 주체’를 둘러싼 논쟁의 연속이었다. 수사 기소의 분리가 왜 필요한가에 대하여 권한의 분산과 이를 통한 기관 간 견제를 드는 경우가 많다. 권력기관 개혁의 기본 취지이고 이에 대하여 동의하는 바이나 그것이 궁극적인 목적이자 취지가 될 수는 없다. 권한의 분산과 견제는 결국 국민의 자유와 권리를 위해 작동해야 하기 때문이다.

수사권 조정이 검찰과 경찰의 밥그릇 싸움으로 인식되어 수십 년 동안 추진이 어려웠던 이유, 문재인 정부에서 추진된 수사권 조정과 현재 진행되고 있는 수사 기소 분리가 강한 동력을 가지지 못하고 헛도는 이유 중에 하나는 국민들이 제도 개혁의 궁극적인 수혜자가 자신이 될 것이라고 생각하지 않기 때문이다. 수사 기소 분리의 과정에서 ‘수사의 객체’인 국민은 어디에서도 찾아볼 수 없었다.

뒤늦은 생각이지만 문재인 정부 초기에 수사 기소의 분리와 수사절차법 제정을 함께 추진하였다면 어땠을까 상상해본다. 수사권조정으로 경찰 수사에 대한 통제나 감독의 공백이 생길 거라는 우려가 제기되었을 때 국민의 자유, 권리와 관련된 수사 절차에 대하여 세밀하게 법을 만들어 누구나 법의 눈으로 경찰을 들여다보게 하겠다고 했다면 어땠을까. 아쉬움은 있지만 수사절차법은 수사 기소 분리와 별개로 언젠가 되었든 반드시 제정되어야 할 법이다. 우리 형사소송법이 수사 절차를 제대로 규율하고 있지 못하다는 발제자의 의견에 덧붙여 아래에서는 수사절차법의 필요성에 대하여 두 가지 정도를 보충하고자 한다.

## 2. 형사소송법이 수사 절차를 규율하는 기본법인가

발제자께서는 현행 형사소송법이 수사 절차와 관련해서 매우 불친절하다고 표현하면서 형사소송법에 규정된 수사절차에 대해 일반인은 고사하고 전문가들도 법률의 구조적 체계와 구체적 의미를 정확히 숙지하기 어렵다고 하였다. 15년차 변호사로서 부끄럽지만 100% 공감하는 지적이다. 수사와 관련된 조문을 한 번에 찾기란 쉬운 일이 아니며 몇 개의 조문을 넘나들며 이해하는 일은 법률전문가로서도 번거롭기만 하다. 우리 형사소송법은 이름에서 알 수 있듯이 ‘소송’을 위한 법이다. 형사소송법의 주 무대는 소송이 벌어지는 형사 법정이며 기소를 한 검사와 기소를 당한 피고인, 그리고 판단을 하는 법관이 주요 등장 인물이 된다. 수사가 벌어지는 경찰서나 검찰청 혹은 현장, 수사와 관련된 인물들(경찰, 검사, 검찰 수사관, 피의자, 참고인 등)과 관련된 사항은 형사소송법의 주된 규율 대상이 아닌 것이다.

이렇게 보면 현재 수사절차를 규율하는 기본법은 없는 것이 된다. 그런데 놀랍게도 이를 알거나 인식하는 이는 드물다. 현재까지 발표되거나 발간된 수사절차법과 관련한 논문이나 간행물이 극소수라는 점이 이를 반증한다고 할 수 있다. 수사 절차에서 발생하는 강제 처분은 본질적으로 기본권의 제한과

인권 침해를 야기하기 때문에 법률로 세세하게 규정해야 한다는 문제 의식이 없었다는 사실은 개인적으로도 큰 충격이었다. 헌법에 엄연히 ‘법률에 의하지 아니하고는..’이라고 규정이 되어 있음에도<sup>1)</sup> 형사상 강제처분의 주요 규정들이 하위 법령으로 규율되고 있는 사실을 문제라고 인식하지 못한 것이다.

그리고 발제자도 지적하셨지만 형사소송법의 규정들이 세부적인 내용들을 담고 있지 못해 법에 규정되어야 할 내용들이 하위 법령으로 규율되고 있다는 점도 큰 문제이다. 검찰의 잘못된 수사 관행으로 지적되어 온 별건 수사, 심야 조사, 수용자 소환 조사 등도 모두 수사 절차와 관련한 법의 공백이 있었기에 가능한 것이다. 변호인 접견 교통권과 관련해서도 법률에 세부 규정이 없으니 변호인의 참여권을 실질적으로 형해화하는 규정들을 버젓이 하위 법령에 규정할 수 있었다.

수사절차법을 논할 때 자주 인용되는 것이 영국의 경찰과 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984, 이하 PACE법)이다. 영국은 무고한 3명의 청소년을 방화살인범으로 기소하여 유죄 판결을 받은 Maxwell confait 사건을 계기로 1977년 형사절차 개혁을 위한 왕립위원회(일명 필립스 위원회)를 만들었고 필립스 보고서의 권고를 기초로 1984년 PACE법을 제정하였다. PACE법은 경찰의 범인 검거부터 피의자의 최초 법정 출석까지의 절차 등을 광범위하게 규율하고 있으며 형사절차상 증거에 관한 중요한 규칙을 담고 있다.<sup>2)</sup>

1) 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”

2) 김현숙, ‘영국의 PACE법 연구’, 치안정책연구소, 2011

PACE법은 총 200여 개의 조문으로 구성되어 있는데 PACE법의 전체 구성과 우리 형사소송법에서 수사 절차를 규율하는 조문을 비교해보면 형사소송법의 조문이 얼마나 허술한지 더 쉽게 알 수 있다.<sup>3)</sup>

[표 2 : PACE법과 형사소송법 비교]

PACE법 압수·수색 영장청구 규정 <sup>67)</sup>	형사소송법 압수·수색 영장청구 규정
8 장소의 출입과 수색을 허가할 수 있는 치안판사의 권한	제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가

[표 3 : PACE법의 구성]

제1부	제2부	제3부	제4부	제5부	제6부	→
정지 및 수색할 권한	출입, 수색, 압수권한	체포	유치	경찰의 신문과 처우	실무규범일반	
→	제7부	제8부	제9부	제10부	제11부	제12부
	형사절차에서의 서류증거	형사절차상 증거-일반론	보칙	경찰의 민원과 징계	경찰-일반규정	잡칙 및 보칙

[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, 감점 등	고소·고발 등	피의자 신문	전문수사 자문위원	

3) 강성용, 김기현, 김면기, '수사단계 인권보호를 위한 수사절차법 제정 연구', 치안정책연구소, 2012. 12. 19면, 24면



<p>(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.</p> <p>(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).</p> <p>(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.</p> <p>(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.</p> <p>(1D) 다수의 출입을 승인한 때에는, 출입횟수에 제한이 없거나 최대횟수만을 제한할 수 있다.</p> <p>(2) 경관은 제1항에 따라 허가된 수색을 하기 위하여 물건을 압수하거나 보관할 수 있다.</p> <p>(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</p> <p>(4) 본법에서 "관련증거"란 범죄와 관련하여, 그 범죄의 재판에 증거로서 허용될만한 어떤 것을 의미한다.</p> <p>(5) 이하 생략</p>	<p>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.</p> <p>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.</p>
--	--

### 3. (비공개) 하위 법령의 문제점

우리 헌법은 형사절차에 관한 권리를 비교적 자세하게 규정하고 있으며 개인의 자유와 권리를 보장하는 방식으로 형사절차와 관련한 사항을 규정하고 있다. 모든 국민은 신체의 자유를 가지고 고문을 받지 아니하며 누구든지 체포, 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 권리를 가진다거나 검사가 신청한 법관의 영장 없이는 주거의 자유를 침해받지 않는다는 식이다. 또한 국민의 자유와 권리는 법률로써 제한할 수 있다는 원칙도 천명하고 있다. 따라서 형사 절차와 관련하여 개인의 자유와 권리를 제한하기 위해서는 본질적이고 주요한 내용은 반드시 법에 규정되어 있어야 한다.

그러나 우리의 현실은 그렇지 않다. 앞서 본 것처럼 형사소송법이 수사 절차와 관련한 규정을 상세히 두고 있지 아니한 탓에 수사 절차와 관련한 규정들은 경찰관직무집행법 및 그 시행령, 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사 준칙에 관한 규정(대통령령), 지문을 채취할 형사피의자의 범위에 관한 규정(법무부령), 경찰 인권보호규칙(경찰청 훈령), 경찰청 범죄수사규칙(경찰청 훈령), 경찰청 사건의 관할 및 관할사건수사에 관한 규칙(경찰청 훈령) 등에 산재해 있고 그 형태도 제각각이다.

이러한 하위법령으로 자유와 권리를 제한하는 것은 법률유보원칙 위반이라는 점은 너무나 명백하다. 국회의 개입 없이 행정부가 마음대로 개정할 수 있으며 이를 통제할 수 있는 장치는 없는 것이나 마찬가지이다. 국민들이 훈령 등의 하위 법령의 내용까지 알기는 쉽지 않기 때문에 자신의 권리가 침해되는지, 보호할 방법은 무엇인지조차 알 수 없다. 더 큰 문제는 훈령 등의 하위법령이 제대로 공개조차 되지 않고 있다는 점이다. 비공개 규정의 문제는 특히 검찰에서 두드러진다.

2022년 2월 기준 대검찰청이 보유하고 있는 비공개 규정은 63개이다. 이는 대검이 보유하고 있는 전체 규정의 20%에 해당하며 중앙행정기관 중에서 비공개 규정을 가장 많이 보유하고 있는 기관에 해당하게 된다.

국가 안보와 직결되는 국방부(59개)가 보유하고 있는 비공개규정보다 더 많으며 수사의 총량에서 월등히 앞서는 경찰청(1개)과 비교해 봐도 압도적인 수치이다. 4)

이 비공개 규정에는 수사 사건 처리와 관련한 사항도 물론 포함되어 있다. 한 언론보도에 따르면 대검의 수사 관련 비공개 규정은 26개인데<sup>5)</sup> 그 중에는 성폭력사건처리 및 피해자보호지원에 관한 지침도 포함되어 있다.

검찰은 이를 직무수행을 곤란하게 할 우려가 있다는 이유로 비공개하고 있는데<sup>6)</sup> 검찰이 성폭력사건의 피해자를 위하여 어떤 지원을 하는지를 성폭력 피해자나 이를 지원하는 변호사가 아는 것이 어째서 검찰의 직무수행을 곤란하게 하는 것인지 이해하기 어려울 뿐만 아니라 검찰의 직무수행의 편의를 위해 국민의 권리 보호를 위한 얼마나 많은 규정들이 비공개로 운영되고 있을지 암담한 기분이다.

경찰은 범죄수사규칙에서 성폭력피해자 2차 피해 방지 조항을 두고 있고 이는 당연히 공개되어 있다.

법률로 규정해야 할 사항들을 하위 법령에 규정하고 있어 그 내용을 쉽게 알 수 없을 뿐만 아니라 국민에게 불리하게 개정이 되어도 견제할 수 있는 방법이 없다. 수사와 관련한 내부 지침들이 얼마나 있는지 그 목록조차 공개하지 않아 알 수 없고 지침의 목록이 공개된다 한들 그 내용을 알 수 없어나의 권리를 보호할 방법이 전혀 없다.

그럼에도 검찰은 그 지침을 기준 삼아 지금도 국민을 상대로 처분을 내리고 있는 것이 지금의 현실인 것이다.

4) 유승익, 법무검찰행정 비공개 내부규정의 문제점과 개선방안 토론회, 2022. 2.

5) 경향신문 2020. 11. 6. 보도

6) 유승익, 앞의 발제문

#### 4. 나가며

형사소송법의 허술함과 하위 법령들의 헌법 위반 상태를 해결할 수 있는 방법은 역시 수사절차법의 제정이다. 수사기관의 인권 침해를 막고 누구나 쉽게 수사 절차가 제대로 이루어지고 있는지 알 수 있는 길은 세밀한 법의 규율이 정답이라고 할 것이다. 형사소송법의 전면 개정과 수사절차법의 제정은 결코 쉬운 작업은 아닐 것이다. 오늘의 토론회가 본격적인 시작이 되길 간절히 기원하며 발제자가 제시하신 방법이 지난한 길에 한줄기 빛이 되리라 믿어 의심치 않는다.

## 수사절차법 제정 토론문1)

국 수 호<sup>2)</sup>

학자로서 수사실무에 있어 문제되는 쟁점들을 관심있게 살펴보고 항상 좋은 연구를 해주시는 김면기 교수님께 감사드리며, 수사절차법 제정에 관한 이번 발제가 현행 형사절차 전반에 대하여 돌아볼 수 있는 좋은 기회가 된 것 같습니다.

제가 수사업무를 하면서 형사소송법을 찾아보면 '왜 이렇게 내용파악이 어렵지?'라고 느낀 것이 한두번이 아니었습니다. 절차의 흐름에 따라 규정되어 있지 않다보니 관련 조항을 찾기 어렵고, 수많은 준용규정에 있어서는 고개를 내두를 정도입니다. 특히 경찰이 수사할 때 지켜야 할 절차는 찾아보기 정말 어렵습니다. 그러다가 이번 발제문을 비롯한 수사절차법 제정에 관한 논의들을 접하고 나서야 그 이유를 깨닫게 되었습니다. 관점을 바꾸어 형사소송을 진행하는 법관의 입장에서 살펴보면 정말 친절하게 구성되어 있다는 것을 깨닫게 되었고, 공소제기 및 유지를 업무로 하는 검사의 입장에서 살펴보아도 크게 어려움이 없는 구성임을 알 수 있었습니다.

수사절차를 규정하고 있는 현행 형사소송법은 일반 국민들이 이해하기 어렵다는 점, 기본권이 제한되는 상황과 요건에 대한 구체적인 서술이 미흡하다는 점, 하위법령에서 수사절차의 많은 부분을 규정하고 있어 형사절차법률주의 위반의 소지가 크다는 점 등 발제자의 의견에 적극 공감합니다. 수사절차법 제정 필요성에 관한 논의에 소소하게 덧붙이자면, 형사절차의 대원칙을 선언하거나 법률의 목적을 설명해야 하는 제1조에서, 형사소송법은 "법원은 직권으로 관할을 조사하여야 한다"고 선언하고 있습니다. 수사뿐만 아니라 형사절차에 관한 기본법으로서 심각한 구조적인 문제가 있다고 생각합니다.

1) 이하 토론문의 내용은 경찰청의 공식적인 입장이 아니며, 토론자의 개인적인 견해를 밝힙니다.

2) 경찰청 국가수사본부 수사연구관

형사절차의 대부분을 차지하는 약식절차가 형사소송법 총 493개 조항 중 448번째 조항에 규정되어 있는 것도, 일반 국민 및 수사실무자 등 실질적인 수범자들에 대한 방향성보다는 지나치게 법원 중심적인, 직권주의적인 절차의 잔재가 남아있는 체계라고 생각합니다.

전반적으로 발제자의 의견에 공감하면서 몇가지 첨언하고자 합니다.

### 1. 수사의 기본원칙 확립에 대하여

수사의 상당성, 수사절차의 투명성, 신뢰성 등 수사의 공정성을 확보하기 위한 '원칙' 조항이 필요하다는 점에 대하여 깊이 공감합니다. 하지만 원칙조항이라고 하더라도 조금 더 구체화하여 규범력을 높이는 방향이 되어야 할 것입니다. 불구속 수사의 원칙, 인권 존중 및 비밀 유지, 강제수사 최소의 원칙 등 조항은 현재 수사 실무상 거의 규범력이 없다고 볼 수 있을 정도로 수사실무자 또는 수사대상자들이 적용조항으로 거론하지 않는 것들입니다. 현행 형사소송법 제198조 제3항의 수사 관련 작성 서류 등에 대해 빠짐없이 목록을 작성할 의무와 같이 보다 구체적인 원칙조항이 논의되어야 할 필요성이 있다고 생각합니다.

### 2. 수사의 개념 재정립에 대하여

공소의 제기 또는 유지와 직접적으로 연관되지 않는 수사활동도 수사의 개념에 포함되어야 한다는 취지의 발제자의 주장에 깊이 공감합니다.

기본권을 침해하는 수사활동을 제한하기 위한 목적으로 수사의 개념을 공소제기 및 유지에 종속시키코자 하는 기존 견해를 비판하면서, 수사의 개념을 '범죄혐의 유무를 밝히기 위해 범인, 범죄사실과 증거에 관해 필요한 조사를 하는 수사기관의 활동'으로 정의한 문헌<sup>3)</sup>도 주목할만 하다고 봅니다<sup>4)</sup>.

다만, 피해자 보호 등 수사기관으로서 요구되는 역할의 다양성을 수사의 개념 정의에 있어 고려할 필요성이 있다는 주장에 대해서는 다음과 같이 생

3) 총경 황정인, 경찰 수사의 패러다임, 2021 하반기 수사연구관 보고서. 이 문헌에서는 수사활동을 제한하는 문체는 수사조건으로 해결하는 것이 타당하다면서, 수사의 개념문제로 접근하는 주장을 비판하고 있습니다.

4) 이지은, 박노섭, 수사에 관한 개념적 오류 비판, 경찰법연구 제16권 제1호, 2018.(발제문 각주 38)도 유사한 논의를 하고 있으나, 2020년 개정된 형사소송법상 수사체계를 근거로 하여 추가적으로 설득력있는 논증을 하고 있다고 생각합니다.

각해볼 수도 있을 것입니다. 각종 위협적인 상황(국민의 생명, 신체, 재산에 대한 위협)에서 가해자와 피해자를 분리하고 피해자에 대한 신변보호를 하는 것은 전형적인 경찰의 행정작용이므로, 경찰의 행정법적 역할을 확대할 수 있는 시도를 통해 해결할 수도 있지 않을까 하는 것입니다. 수사의 개념에 대한 새로운 인식을 바탕으로 한다고 하더라도, 현대사회에서 각종 비유형적인, 폭발적으로 늘어나는 위협상황에 대한 대처는 기본적으로 경찰의 범죄예방활동(행정작용)을 통해 해결할 수 밖에 없을 것이기 때문입니다.

물론 현행 경찰관직무집행법의 지나치게 엄격한 규정, 가해자와 피해자를 분리하는 등 불가피한 유형력 행사도 형사절차(강제수사)의 일환인 '체포'로 보는 지나치게 경직된 법원의 해석 등 적지않은 문제가 도사리고 있습니다. 결국은 학계의 활발한 논의, 국민적인 관심, 국회에서의 다양한 논의 등을 통해 해결해야 할 문제라고 생각합니다. 이 부분에 있어 경찰행정법 영역에서의 다양하고 활발한 논의를 기대합니다.

### 3. 수사의 '주체'에 대한 논의 - 수사행위자와 수사통제권자의 구분 필요성

수사기관의 강제처분이 '언제', '어떻게' 이루어지느냐에 대한 논의에 보다 많은 관심이 모아져야 한다는 발제자의 의견에 공감합니다. 체포영장 또는 압수수색영장 발부의 과정에 있어서 법관이 담당 수사관을 대면하고 실질적 심사를 진행하는 것이 바람직하다는 의견에도 공감합니다.

하지만 실제 수사절차법 제정 논의에 있어, 수사의 '주체'에 대한 논의가 빠질 수는 없을 것입니다. 지금까지 논의되어온 정치적인 논의들을 차치하고, 수사에 있어 견제와 균형의 원칙이 철저하게 적용되어야 한다는 측면에서 말씀드리고자 합니다.

발제자께서 여러차례 언급하신 바와 같이 형사절차의 적절한 운용을 '주체'의 선의에만 맡기는 것은 바람직하지 않습니다. ‘

객관적인 기준'을 구체화하는 것이 중요한 이유입니다. 그러나 아무리 '객관적'이고 '구체화'된 기준이 있다고 하더라도, 그 적용 과정에 대한 감독이 실질적이지 않다면 무용지물이 될 것입니다. 그러한 측면에서 적어도 수사기관의 수사에 대하여, 해당 수사기관이 아닌 제3자가 그 과정을 검토하는

절차가 있는 것이 바람직합니다. 강제수사 등 절차에 있어 국민의 기본권을 침해하는 측면이 강한 수사절차의 특성에 더하여, 권력이 수사기관을 장악하려는 시도가 그간 우리나라에서 계속적으로 이루어져왔고 그에 따른 인권침해 사례가 많았다는 국민들의 비판여론이 많은 점을 생각한다면, 반드시 제3자가 그 수사과정을 들여다보고 검토하는 절차가 있어야 할 것입니다.

이른바 수사행위자와 수사통제권자가 같은 것은 결코 바람직하지 않은 것입니다. 수사에 대한 통제는 여러 가지 방식이 있을 수 있겠습니다만 국민(시민)의 참여에 의한 통제도 의미있는 방식이 될 수 있겠습니다. 그래서 검찰에서 '검찰시민위원회' 등을 도입한 것으로 보입니다. 그러나 전문적인 수사통제기관이 통제하는 것만큼 실효적인 방안은 딱히 찾기 힘들 것입니다. 수사결과를 바탕으로 공소제기 여부를 결정할 수 밖에 없으므로 수사결과에 대한 검토 및 수사에 대한 통제 역할을 공소권자에게 맡기는 경향은 우리나라뿐만 아니라 선진 사법체계를 가진 외국에서도 현실화되어 있거나 제도화되어 있는 것으로 알고 있습니다<sup>5)</sup>.

문제는 수사통제권자가 직접 수사행위를 할 경우, 어떻게 통제할 수 있겠느냐 하는 것입니다. 일응 법원에 의한 통제를 생각할 수도 있겠지만, 공소가 제기된 사건에 한하여 심사를 할 수 있는 법원의 소극적인 역할, 삼권분립의 원칙에 의하여 행정기관인 수사기관에 대하여 적극적인 통제를 하기는 힘든 점 등을 고려하면 법원에 의한 통제는 극히 일부분의 실효성만 가진다고 평가할 수 있겠습니다. 현행 우리나라의 수사체계를 볼 때, 검찰 또는 공수처 등 공소기관이 직접 수사를 개시하는 경우 뿐만 아니라 경찰이 송치한 사건에 대하여 보완수사를 하는 경우에도 이러한 문제는 똑같이 발생하게 됩니다.

이렇게 볼 때 적어도 수사의 '주체'에 관한 논의에 있어, 수사주체와 수사에 대한 통제권자가 구분되는 것이 바람직하고 이러한 문제는 수사절차법에 대한 논의에서도 충분히 반영되어야 한다고 생각됩니다<sup>6)</sup>.

5) 주로 법적으로 강제하는 '지휘'의 방식보다는 소추권자로서 의견을 제시하고 수사에 있어 가이드를 제시하는 유연한 방식으로 협업하는 것으로 알고 있습니다.

6) 이하 구체적인 논의는 본 주제를 넘어서는 부분이라고 생각되어 생략하기로 합니다.



저는 이러한 논의에 있어 법원의 역할도 중요하다고 생각합니다. 공소제기권자가 직접 수사한 사건에 대하여, 그동안 우리 법원은 별다른 의심 없이 결정하고 판단해왔습니다. 하지만 선진 형사사법체계를 가진 외국의 경우 공소제기권자가 피의자를 신문하고 압수수색을 하는 등 직접 수사를 진행하는 경우는 극히 드물다고 볼 수 있습니다. 공소제기권자가 하는 수사는, 법원은 물론 배심원도 중립성에 의심을 갖고 보기 때문에 설득이 힘들다는 이유 때문인 것으로 알려져 있습니다<sup>7)</sup>.

지금까지 법원은 이런 부분에 대하여 관심을 갖지 않았습니다. 따라서 수사절차법이 제정된다면 '공소기관이 직접 수사한 증거에 의한 사실의 인정은 신중히 하여야 한다'는 취지의 규정도 필요하다고 생각합니다.

실제 수사절차법이 제정되기까지는 많은 논의가 필요하고 시간이 소요될 것입니다. 주관부처를 정하는 것부터, 실질적인 내용에 이르기까지 워낙 논의의 범위가 넓기 때문입니다. 또한 경찰, 검찰, 공수처, 법원, 변호사 단체 및 국민 등 이해관계를 가진 당사자가 많은 점도 논의가 쉽지 않은 지점입니다. 수사절차의 수범자들에게 친화적인 방향으로의 입법 논의가 이루어질 수 있도록 이 자리를 빌어 적극적인 관심을 부탁드립니다.

7) 미국 부장검사인 정한성 검사는 "제가 직접 수사를 시작하게 되면 저도 결국에 경찰과 한편이라고 변호사가 주장할 수 있어요. 배심원을 최대한 설득시키자면 아무래도 저를 수사와 무관하고 그저 수사의 내용과 결론을 보여주는 사람으로 질 봐야 제게 더 신빙성이 가겠죠." "전략적으로 저희가 직접 수사하면 불필요한 약점이 생기죠, 중립성이 좀 떨어지는."이라고 말한다. (美현직 부장검사 "검사가 직접수사 안하는 이유는" 노컷뉴스, 2022. 4. 21.)



## 수사절차법 제정의 필요성

한국형사법무정책연구원 승재현

### 1 수사절차법 제정의 필요성

- 수사 절차와 관련해서는 형사소송법, 검찰청법, 검사와 경찰의 상호협력을 위한 수사준칙, 범죄수사규칙, 경찰수사규칙 등 수 많은 법, 법규명령, 예규, 훈령 등이 있음
  - “내 억울한 사건은 누가 어떻게 해결해 주느냐”에 대한 물음에 법률전문가 조차도 쉽게 설명하지 못하는 상황임.
- 한명의 국민이 하나의 혐의가 적용된 수사를 수사기관에 고소를 하고 검찰의 보완수사 요구가 있다는 가정하면 고소인의 고소 시작과 마지막의 결과에 대해 수십 가지 경우의 수를 가지고 있음
- 피의자 역시 이 경우의 수에 따라 중복적인 수사에 노출될 수 있음. 피의자의 입장에서는 인권침해의 문제가 발생하고, 고소인의 입장에서는 정의의 공백을 느낄 수 있음

### 2 수사절차법 제정의 방향

- 수사 절차는 국민의 자유와 직결되는 문제로 그 절차가 인간의 존엄과 가치에 합치되어야 하며, 그 행사가 예측 가능해야 함.

그러나 현재의 법체계에서는 형사소송법이 존재하나, 이 형사소송법은 법원의 재판절차와 상소제도가 주요한 내용으로 되어 있고, 수사절차는 법원 절차는 준용하는 방식으로 되어 있음. 수사절차를 규율한 기본법은 존재하지 않음.

- 수사절차가 명확하지 아니하면 그 피해는 오롯이 국민이 볼 수밖에 없음. 수사절차의 투명성과 객관성 그리고 명확성은 바로 국민을 위한 기본권 보장과 관련이 있음

- 다만 대한민국은 대륙법계를 계수함. 프랑스의 경우 수사는 일반 경찰이 담당하는 것이 아니라 '예심판사'가 담당하고 있음. 이러한 이유에서 대한민국의 형사소송법 역시 "수사"는 판사와 동등한 자격을 갖춘 '검사'가 담당하는 것으로 함.

- \* 이러한 이유에서 법령화 하는 것에 대해 법원과 검찰의 의견을 수렴할 필요성은 있음

### 3 수사절차법 제정

- 현재 수사절차에 관련된 내용 중 실질적으로 국민의 기본권과 관련된 내용은 최소한 법규명령 혹은 법률로 제정되어야 함. 그러나 실제 국민의 기본권 침해가 가능한 수사관련 규정들이 예규 및 훈령으로 되어 있는 경우도 있음

- \* 경찰 내사 찰, 규칙, 공수처 사무규칙 등

- 수사절차법 제정은 피의자의 중복 수사에서 발생하는 인권침해를 막고, 고소인의 권리가 막혀 수사의 공백이 만들어 내는 정의의 공백을 막을 수 있으며, 개별단계에서 예측 가능한

절차법을 만들어 사건관계인이 충분하고도 완전한 정보를 받을 수 있다는 장점이 있음

- 또한 현재 수사를 받고 있는 국민의 입장에서 그 수사절차에 위법 또는 부당이 있는지 확인하기 위해서는 복잡다기한 법과 법규명령을 찾고, 여기에 더해 개별 예규를 찾는 것은 매우 어려움이 있음. 쉽게 찾고, 쉽게 확인할 수 있어 수사과정을 예견할 수 있는 수사절차법의 제정이 필요함

*Memo*



A series of horizontal lines forming a ruled page for writing.



*Memo*



A series of horizontal lines forming a ruled page for writing.