

제정 수사준칙상 피의자신문 이전 절차에 관한 고찰^{*}

— 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 문제를 중심으로

이형근**

국 | 문 | 요 | 약

형사소송법 개정에 이어 제정 수사준칙이 입법예고 되었다. 제정 수사준칙은 피의자신문 이전 절차에 관한 규정을 정비하고 있다. 개정 형사소송법이 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 강화함에 따라 피의자신문 국면에 대한 사후적 통제가 한결 용이해질 것으로 생각된다. 그러나 전문법칙의 적용범위, 내용부인 조서의 탄핵증거 사용 가능성 등을 고려할 때 피의자신문 국면에 대한 사전적 통제는 여전히 필요하고 중요하다. 이에 본연구는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등을 중심으로 제정 수사준칙상 관련 조항을 검토하고, 각 쟁점에 관한 수사현실과 학계의 논의를 고찰하여, 수사준칙상 관련 규정의 개선방안을 제시해 보고자 하였다.

제2장에서는 제정 수사준칙상 관련 조항의 내용과 입법경위를 살피고, 제정 수사준칙이 피의자신문 이전 절차에 관한 사항을 상위 법령에 규정하고 검사 및 사법경찰관 양자를 수범자로 설정한 점, 각종 하위 법령·규칙에 산재해 있던 수범례를 발굴하고 통합한 점 등에 있어 그 의의가 크다는 사실을 확인하였다. 제3장에서는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 수사현실과 학계의 논의를 일별하고, 수사준칙상 관련 조항의 수정·보완 필요성을 확인하였다. 제4장에서는 이상의 연구를 토대로 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 총18건의 개선방안을 제안하고, 조문화(안)를 제시하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.95>

❖ 주제어 : 개정 형사소송법, 제정 수사준칙, 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문

* 이 논문은 필자의 법학전문박사학위논문(“피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 연구”, 서울대학교 법학전문대학원, 2020. 8.) 제3장 및 제6장 제2절의 내용 중 일부와 후속 연구를 바탕으로 제정 수사준칙에 규정된 피의자신문 이전 절차를 고찰한 것이다.

** 경찰수사연구원 경정, 법학전문박사, 심리학박사

I. 서론

2020년 2월 4일 제정 ‘수사권 조정’을 주요 내용으로 하는 형사소송법이 공포되었고¹⁾, 2020년 8월 7일에는 형사소송법 개정에 따라 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙을 구체화하는 대통령령(이하 ‘제정 수사준칙’)이 입법예고 되었다²⁾. 개정 형사소송법은 검사와 사법경찰관의 관계(제195조), 검사와 사법경찰관의 수사권(제196조, 제197조) 등 수사권 조정에 관한 조항뿐만 아니라 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건(제312조)에 관한 조항도 개정하였다³⁾. 그러나 피의자신문, 조서작성 등 피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 조항은 손대지 않았다⁴⁾.

개정 형사소송법은 검사와 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 ‘적법한 절차와 방식의 준수’ 및 ‘피고인 등의 내용인정’으로 단일화하였다(제312조 제1항). 이를 통해 피의자 진술의 청취 및 기록 국면에서 하자가 발생하더라도 이를 사후적으로 통제하기가 한결 쉬워질 것으로 전망된다⁵⁾. 그러나 영장실질심사나 약식절차에서는 이와 같은 사후적 통제장치가 작동될 수 없고, 공판절차에서 피고인 등이 내용부인을 하더라도 당해 조서는 탄핵증거로 사용될 여지가 있어 피의자 진술의 청취 및 기록 단계에 대한 사전적 통제는 여전히 필요하고 중요하다⁶⁾.

1) 2020. 2. 4. 일부개정 법률 제16924호 형사소송법.

2) 2020. 8. 7. 법무부공고 제2020-242호 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제정(안) 입법예고.

3) 개정 형사소송법은 부칙 제1조에서 시행일에 관하여 “이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 1년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다. 다만, 제312조 제1항의 개정 규정은 공포 후 4년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다.”라고 규정하고 있다. 한편, 2020. 8. 7. 법무부공고 제2020-243호 형사소송법·검찰청법 일부개정법률의 시행일에 관한 규정 제정(안) 입법예고상 “형사소송법 일부개정법률은 2021년 1월 1일에 시행하되, 같은 법 제312조 제1항의 개정규정은 2022년 1월 1일에 시행”하는 것으로 되어 있다.

4) 이형근, 조서제도 관련 형사소송법 개정 논의, 형사정책연구소식 통권 제149호, 2019, 33면; 이형근, 피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 연구: 신문, 조서 및 영상녹화의 운용론을 중심으로, 서울대학교 법학전문박사학위논문, 2020a, 2면; 이형근·백윤석, 피의자신문조서의 왜곡에 대한 증거법적 평가 방향: 왜곡에 대한 일반인과 변호사의 인식 비교연구, 경찰학연구 제19권 제4호, 2019, 134면.

5) 이형근, 앞의 논문(2020a), 3면; 이형근, 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 전망, 형사정책연구 제31권 제2호, 2020b, 160면.

6) 이형근, 앞의 논문(2020a), 4-5면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 135면.

제정 수사준칙은 변호인의 신문참여 등(제13조, 제14조), 출석요구(제19조), 심야조사(제21조), 수사과정의 기록(제26조) 등 피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 규정을 정비하고 있다. 피의자 진술의 청취 및 기록 단계가 다양한 하위 요소로 구성되는 관계로, 본연구는 피의자신문 이전 절차를 구성하는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문을 주요 연구쟁점으로 삼아 제정 수사준칙을 검토하고(Ⅱ), 각 연구쟁점에 관한 수사현실과 학계의 논의를 고찰한 후(Ⅲ), 수사준칙상 관련 규정의 수정·보완 방안을 제시해 보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 피의자신문 이전 절차에 관한 수사준칙 규정 검토

현행 수사준칙상 수사에 관한 집무상의 준칙은 사법경찰관리만을 수범자로 하고 있다(제1조)⁷⁾. 반면, 제정 수사준칙은 검사와 사법경찰관의 관계에 관한 사항뿐만 아니라 일반적인 수사절차와 방법에 관한 사항의 수범자에 검사와 사법경찰관 양자를 포함하고 있다(제2조). 이에 따라 피의자신문을 비롯한 각종 수사절차에 관한 하위 규범이 수사기관마다 상이하게 제정·운용되던 문제가 일정 부분 해소될 것으로 전망된다. 제정 수사준칙은 피의자 진술의 청취에 관하여, 변호인의 신문참여 등(제13조, 제14조), 출석요구(제19조), 수사상 임의동행(제20조), 심야조사(제21조), 장시간 조사(제22조), 휴식시간(제23조), 신뢰관계자 동석(제24조) 등을 규정하고 있다.

출석요구는 신문의 대상인 피의자를 수사관서에 위치하도록 하는 가장 일반적인 방법이고, 변호인의 신문참여 등은 피의자의 방어권 보장에 핵심이 되는 요소이며, 양자는 공히 범죄사실 및 정상에 관한 신문의 환경에 적지 않은 영향을 미친다⁸⁾. 한편, 제정 수사준칙은 “신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 비공식적으로 진술을 청취하는 수사관행”⁹⁾을 의미하는 사전신문에 관한 규정은 두고 있지 않다¹⁰⁾.

7) 2017. 7. 26. 타법개정 대통령령 제28211호 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(이하 ‘현행 수사준칙’). 반면, 수사지휘에 관한 사항은 검사와 사법경찰관리 모두를 수범자로 하고 있다(제1조).

8) 출석요구서상 출석요구 취지의 기재 정도는 피의자의 신문 대비 수준에 영향을 줄 수 있고, 신문참여 변호인의 좌석 배치는 변호인의 실질적 조력 여부에 영향을 줄 수 있다.

그런데 사전신문은 - 변호인의 참여·조력 여부와 별론으로 - 신문절차 전반의 적법성과 적정성을 잠식하는 관행으로 평가되고 있어¹¹⁾, 수사준칙상 관련 규정 신설을 검토해 볼 필요가 있을 것으로 생각된다.

이에 본장에서는 피의자신문 이전 절차의 통상적인 연대기 순서에 따라 출석요구에 관한 규정(제1절), 변호인의 신문참여 등에 관한 규정(제2절)을 살펴보고, 면담시 변호인 참여·조력 제한 금지 규정(제13조 제2항)을 중심으로 사전신문의 문제를 고찰해 보고자 한다(제3절). 아울러 각 규정의 검토는 현행 수사준칙과 제정 수사준칙의 비교검토를 기본으로 하되¹²⁾, 현행 수사준칙에 비교할 내용이 없는 경우에는 입법경위를 추가로 설명할 것이다¹³⁾.

1. 출석요구

제정 수사준칙은 제19조에서 출석요구에 관한 6개의 항을 두고 있다. **제1항**은 출석요구시 유의사항을 규정하고 있는데, 여기에는 우편 등 출석을 대체할 수 있는 방법의 강구(제1호), 출석요구시 피의자의 명예·비밀 등 보호(제2호), 출석요구시 피의자의 생업·대비시간 등 고려(제3호), 필요최소한의 출석요구(제4호) 등이 포함된다. **제2항**은 피의자 및 변호인과의 조사 일시·장소 협의 의무를 규정하고 있다. **제3항**은 출석요구의 취지를 구체적으로 기재한 출석요구서에 의한 출석요구의 원칙 및 전화 등에 의한 출석요구의 가능성을 규정하고 있다. **제4항**은 출석요구서 사본 또는 수사보고서(전화 등에 의한 출석요구서) 편철 의무를 규정하고 있다. **제5항**은 수사관서 이외 장소에서의 조사 가능성을 규정하고 있다. **제6항**은 제1항부터 제5항까지의 규정이 피의자 이외 사람에 대한

9) 이형근, 앞의 논문(2020a), 122면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 146면.

10) 다만, “신문이 아니라 단순 면담 등이라는 이유로 변호인의 참여·조력을 제한해서는 안 된다”라는 규정을 두고 있다(제13조 제2항).

11) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 156-158면.

12) 제정 수사준칙은 현행 수사준칙과의 차별성을 부각하며 ‘제정’이라는 명칭을 사용하고 있으나, 본연구의 주된 연구쟁점인 출석요구와 변호인의 신문참여 등은 현행 수사준칙에도 규정되어 있으므로(제19조, 제21조), 양자의 비교검토를 논의의 출발점으로 삼고자 하는 것이다.

13) 가령, 면담시 변호인 참여·조력 제한 금지 규정(제13조 제2항)은 2019. 10. 31. 제정 법무부령 제961호 인권보호수사규칙(이하 ‘인권보호수사규칙’) 제40조 제5항에서 유래한 것이다.

출석요구시에도 준용됨을 규정하고 있다.

제1항의 유의사항은 현행 수사준칙에 없는 내용이다(제19조). 이 부분은 법무부령인 인권보호수사규칙 제37조의 규정을 대폭 차용하여 축조한 것으로 판단된다¹⁴⁾. **제2항**의 조사 일시·장소 협의 의무도 현행 수사준칙에는 없는 내용이다(제19조, 제21조). 다만, 법무부령인 검찰사건사무규칙 제12조 제4항과 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제9조 제1항에 변호인과의 신문일시 조정 또는 협의에 관한 규정이 있는바¹⁵⁾, 이들 규정의 취지가 제정 수사준칙 제19조 제2항에 반영된 것으로 추정된다¹⁶⁾. **제3항**의 출석요구서에 의한 출석요구의 원칙 및 예외는 현행 수사준칙에도 유사한 규정이 있다(제19조 제1항, 제2항)¹⁷⁾. 다만, 출석요구서에 의한 출석요구에 있어 “출석요구의 취지를 명백하게 적어”라는 부분이 “피의사실의 요지 등 출석요구의 취지를 구체적으로 기재”로 변경

14) 인권보호수사규칙 제37조(출석요구) “피의자에게 출석을 요구할 때에는 다음 각호의 사항에 유의해야 한다. 1. 검사가 형사소송법 제200조에 따라 피의자에게 출석을 요구하는 경우 조사의 필요성, 우편·전자우편·전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법의 선택 가능성 등 수사 상황과 진행 경과를 고려해야 한다. 2. 피의자에게 전화, 문자메시지 등으로 출석을 요구한 경우 그 사실을 서면으로 작성하여 기록에 첨부한다. 3. 출석요구 방법, 출석일시 등을 정할 때 피의자의 명예 또는 사생활의 비밀이 침해되거나 생업에 지장을 주지 않도록 노력해야 한다. 4. 피의자에게 출석을 요구할 때에는 특별한 사정이 없는 한 피의자가 출석하는데 필요한 시간을 부여하고, 주요 죄명 또는 피의사실의 요지 등 출석요구 사유를 알려주어야 한다. 5. 양벌규정을 적용하여 기업체나 그 대표자를 조사하는 경우에는 가능한 한 우편을 통한 진술 등을 활용하여 기업활동이 위축되지 않도록 한다. 6. 피의자에 대하여 불필요하게 여러 차례 출석요구를 하지 않는다. 특히 진술을 거부하거나 범행을 부인하는 피의자에게 자백을 강요하기 위한 수단으로 불필요하게 반복적인 출석요구를 해서는 안 된다.” 인권보호수사규칙 제37조 중 제1호, 제3호, 제4호, 제6호가 다소간의 수정을 거쳐 제정 수사준칙 제19조 제1항 각호에 포섭되었음을 알 수 있다.

15) 2020. 1. 31. 일부개정 법무부령 제966호 검찰사건사무규칙(이하 ‘검찰사건사무규칙’) 제12조 제4항 “제3항의 경우 변호인이 출석요구 일시에 참여할 수 없는 등 부득이한 사유가 있으면 검사는 변호인의 요청에 따라 출석일시를 조정하는 등 변호인이 참여할 수 있도록 필요한 조치를 해야 한다.” 2018. 8. 13. 일부개정 경찰청훈령 제882호 변호인 접견·참여 등 규칙(이하 ‘변호인 접견·참여 등 규칙’) 제9조 제1항 “제8조에 따라 변호인 참여 신청을 받은 때에는 피의자신문 일시·장소에 관하여 변호인과 협의하여야 한다.” 법무부령과 경찰청훈령 간의 차이는 변호인과의 신문일시 조율이 사후조정 사항인지 사전협의 사항인지에 있다.

16) 제정 수사준칙은 피의자 및 변호인과의 조사 일시·장소 조율을 공히 사전협의의 사항으로 규정하고 있다(“... 출석요구를 하려는 경우 ... 협의해야 한다.”).

17) 현행 수사준칙 제19조 제1항 “사법경찰관이 피의자 또는 참고인에게 출석을 요구할 때에는 별지 제4호서식 또는 별지 제5호서식에 따른 출석요구서를 발부하여야 한다. 이 경우 출석요구서에는 출석요구의 취지를 명백하게 적어야 한다.” 제2항 “사법경찰관은 신속한 출석요구 등을 위하여 필요할 때에는 전화, 팩스, 그 밖의 상당한 방법으로 출석을 요구할 수 있다.”

되었고, 전화 등에 의한 출석요구의 요건이 “신속한 출석요구 등을 위하여 필요할 때”에서 “신속한 출석요구 등 부득이한 사정이 있는 경우”로 변경되었다.

제4항의 출석요구서 사본 등 편철 의무는 현행 수사준칙에도 동일한 규정이 있다(제19조 제3항). **제5항**의 수사관서 이외 장소에서의 조사는 현행 수사준칙(제19조)은 물론 검찰사건사무규칙(제12조), 범죄수사규칙(54조)¹⁸⁾, 인권보호수사규칙(제37조) 등 다른 하위 규범에서도 발견할 수 없다. 다만, 인권보호수사규칙은 제37조 제1호에서 “출석을 대체할 수 있는 방법의 선택 가능성”을 고려하도록 규정하고 있다. 제정 수사준칙은 **제6항**에 참고인 등에 대한 준용규정을 두고 있는 반면, 현행 수사준칙은 피의자와 참고인에 대한 출석요구를 함께 규정하고 있다(제19조)¹⁹⁾.

종합하면, 제정 수사준칙상 출석요구에 관한 조항은 현행 수사준칙상 관련 규정을 수용 또는 수정한 것(제3항, 제4항), 법무부령인 인권보호수사규칙상 관련 규정을 차용한 것(제1항), 법무부령인 검찰사건사무규칙 및 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙상 관련 규정을 반영한 것(제2항), 제정 수사준칙에 의해 새롭게 신설된 것(제5항) 등으로 구성되어 있음을 알 수 있다.

2. 변호인의 신문참여 등

제정 수사준칙은 제13조와 제14조에서 변호인의 신문참여 등에 관한 7개의 항을 두고 있다²⁰⁾. **제13조 제1항**은 피의자 옆자리로 변호인의 좌석 배치, 법적 조언·상담의 보장 및 메모의 허용을 규정하고 있다. **제2항**은 면담시 변호인의 참여·조력 제한 금지를

18) 2019. 11. 14. 일부개정 경찰청훈령 제954호 범죄수사규칙(이하 ‘범죄수사규칙’).

19) 현행 수사준칙 제10조 제1항 “... 피의자 또는 참고인에게 출석을 요구할 때에는 ...”, 제4항 “... 피의자나 참고인 출석하였을 때에는 ...”.

20) 제정 수사준칙상 변호인의 신문참여 등에 관한 조항은 참여와 조력의 환경, 제한, 범위 등에 관한 것(주로 제13조)과 의견진술, 이의제기 등 변호인의 역할에 관한 것(주로 제14조)으로 나뉘고, 엄밀한 의미에서 후자는 신문의 환경에 영향을 미치는 피의자신문 이전 절차에 관한 것이라기보다 신문 절차 자체에 관한 것으로 볼 수 있다. 다만, 양자의 구분이 반드시 명확한 것은 아니고(예: 좌석 배치, 조언·상담 보장, 메모 보장 등), 양자를 비롯한 다양한 요인이 변호인의 신문참여제도에 복합적으로 작용하는 관계로(이형근, 변호인의 신문참여에 관한 하위 법령·규칙 비교연구, 법조 제69권 제3호, 2020c, 96면), 제정 수사준칙상 변호인의 신문참여 등에 관한 제13조와 제14조를 모두 연구의 대상으로 삼았다.

규정하고 있으며, 제3항은 제1항 및 제2항의 규정이 피의자 이외의 사람에 대한 조사·면담시에도 준용됨을 규정하고 있다. 제14조 제1항은 변호인의 신문 후 조서열람 및 의견진술권, 의견서면 제출권 및 검사와 사법경찰관의 의견서면 편철 의무를 규정하고 있다. 제2항은 변호인의 신문 중 의견진술권, 그 요건으로서 승인 및 검사와 사법경찰관의 승인 의무를 규정하고 있다. 제3항은 변호인의 신문 중 이의제기권을 규정하고 있으며, 제4항은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 의견이나 이의의 조서 기재 의무를 규정하고 있다.

제13조 제1항의 좌석 배치, 조언·상담의 보장 및 메모의 허용은 현행 수사준칙에 없는 내용이다(제21조). 첫째, 좌석 배치는 법무부령인 검찰사건사무규칙 제9조의2 제7항²¹⁾, 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제6조 제1항²²⁾, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제10조²³⁾의 내용을 차용하여 조문화한 것으로 생각된다. 둘째, 조언·상담의 보장은 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제9조 제2항²⁴⁾, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제12조²⁵⁾의 내용을 차용하여 조문화한 것으로 생각된다. 셋째, 메모의 허용은 법무부령인 검찰사건사무규칙 제13조의10 제1항²⁶⁾, 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제9조 제5항²⁷⁾, 경찰청

- 21) 검찰사건사무규칙 제9조의2 제7항 “검사는 피의자의 옆에 신문에 참여하는 변호인의 좌석을 마련해야 한다. 다만, 조사인원, 조사공간, 피의자의 의사 등으로 인하여 부득이한 경우 변호인의 동의를 받아 변호인의 조력에 장애가 되지 않는 범위에서 변호인의 좌석 위치를 조정할 수 있다.”
- 22) 2019. 11. 12. 제정 대검찰청예규 제1028호 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침(이하 ‘변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침’) 제6조 제1항 “검사는 피의자의 옆에 신문에 참여하는 변호인의 좌석을 마련하여야 한다. 다만, 조사인원, 조사공간, 피조사자의 의사 등으로 인해 부득이한 경우 변호인의 동의를 받아 조언 등 변호인의 조력에 장애가 되지 않는 한도에서 변호인의 좌석을 달리 정할 수 있다.”
- 23) 변호인 접견·참여 등 규칙 제10조 “경찰관은 변호인이 피의자에게 실질적인 조력을 할 수 있도록 조사실 선정, 좌석 배치 등을 하여야 한다.”
- 24) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제9조 제2항 “변호인은 피의자의 요청이 있는 때에는 피의자에게 신문·조사와 관련하여 조언할 수 있다. (후략)”
- 25) 변호인 접견·참여 등 규칙 제12조 “경찰관은 신문 중 특정한 답변 또는 진술변복을 유도하거나 신문을 방해하는 등 우려가 없는 한 피의자에 대한 변호인의 조언·상담을 보장하여야 한다.”
- 26) 검찰사건사무규칙 제13조의10 제1항 “검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 피의자 및 신문에 참여한 변호인이 신문내용을 손으로 써서 기록하는 것을 제한해서는 안 된다. 이 경우 검사는 피의자 또는 변호인이 기록할 수 있도록 적절한 조치를 해야 한다.”
- 27) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제9조 제5항 “변호인은 신문내용을 수기(手記)로 기록할 수 있다. (후략)”

훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제11조²⁸⁾의 내용을 차용하여 조문화한 것으로 생각된다.

제2항의 면담시 변호인의 참여·조력 제한 금지도 현행 수사준칙에는 없는 내용이다(제21조). 이 부분은 법무부령인 인권보호수사규칙 제40조 제5항에서 유래한다²⁹⁾. **제3항**의 참고인 등에 대한 준용규정도 현행 수사준칙에는 없는 내용이다(제21조). 이 부분은 법무부령인 검찰사건사무규칙 제9조의2 제8항³⁰⁾, 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제11조³¹⁾, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제16조³²⁾의 취지를 수용하여 조문화한 것으로 판단된다.

제14조 제1항의 신문 후 의견진술권 등은 기본적으로 형사소송법 제243조의2 제3항 및 제4항에 뿌리를 두고 있다³³⁾. 다만, 의견서면 제출권 및 검사와 사법경찰관의 의견서면 편철 의무는 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제8조 제4항³⁴⁾, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제1항³⁵⁾의 내용을 가미한 것으로 생각된다. **제2항**의 신문 중 의견진술권 등도 형사소송법 제243조의2 제3항에 뿌리를 두고

- 28) 변호인 접견·참여 등 규칙 제11조 “경찰관은 신문 중 수사기밀 누설이나 신문 방해 등 우려가 없는 한 변호인의 메모를 보장하여야 한다.” 아울러, 경찰청에서는 2020. 4. 6.부터 ‘변호인의 전자기기 사용 메모권 보장제도’를 시행하고 있다(2020. 4. 6. 경찰청 수사기획과-7216).
- 29) 인권보호수사규칙 제40조 제5항 “검사는 조서 등을 작성하지 않고 단순히 피의자로부터 피의사실에 대한 의견을 청취한다는 등의 사유로 제1항부터 제4항까지[피의자신문시 변호인의 참여]의 적용을 배제해서는 안 된다.”
- 30) 검찰사건사무규칙 제9조의2 제8항 “검사의 피혐의자·피내사자·피해자·참고인에 대한 조사시 변호인의 참여에 관하여는 제1항부터 제7항까지의 규정을 준용한다.”
- 31) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제11조 “검사가 피혐의자·피내사자·피해자·참고인을 조사함에 있어 변호사의 참여에 관하여 제3조, 제5조 내지 제10조의 규정을 준용한다.”
- 32) 변호인 접견·참여 등 규칙 제16조 “피혐의자·피해자·참고인에 대한 조사에 있어서 당해 피혐의자·피해자·참고인의 법률적 조력을 위한 변호사의 참여에 관하여는 제8조부터 제15조까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “피의자”는 각각 “피혐의자”, “피해자”, “참고인”으로, “신문”은 “조사”로, “변호인”은 “변호사”로 본다.”
- 33) 형사소송법 제243조의2 제3항 “신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. (후략)” 제4항 “제3항에 따른 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.”
- 34) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제8조 제4항 “변호인은 조서 열람 후 조서기재의 정확성 등에 관한 의견서를 제출할 수 있고, 검사는 변호인이 이를 제출하는 경우 당해 조서 다음 순서에 편철하여야 한다.”
- 35) 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제1항 “피의자에 대한 신문에 참여한 변호인은 신문 후 조서를 열람하고 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 변호인은 별도의 서면으로 의견을 제출할 수 있다.”

있으며³⁶⁾, 현행 수사준칙은 형사소송법 규정에 반한 의견진술을 참여제한 사유로 규정하고 있다(제21조 제4항 제1호). 한편, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제2항은 변호인의 신문 중 의견진술 요청권과 사법경찰관의 승인재량을 규정하고 있는 바, 제정 수사준칙 제14조 제2항은 이러한 승인재량을 일정 범위에서 의무화한 것으로 볼 수 있다.

제3항의 신문 중 이의제기권은 형사소송법 제243조의2 제3항 단서를 재선언한 것에 불과하며, 현행 수사준칙은 형사소송법 규정에 반한 이의제기를 참여제한 사유로 규정하고 있다(제21조 제4항 제3호). **제4항**의 의견이나 이의의 조서 기재 의무는 현행 수사준칙에는 없는 내용으로(제21조), 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제8조 제2항³⁷⁾, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제3항³⁸⁾의 내용을 차용하여 조문화한 것으로 생각된다.

종합하면, 현행 수사준칙상 변호인의 신문참여에 관한 조항은 신문참여의 절차, 참여 제한의 사유 등을 주요 내용으로 하고 있어, 제정 수사준칙상 변호인의 신문참여에 관한 조항은 대부분 형사소송법 및 다른 하위 법령·규칙의 내용을 바탕으로 축조되었음을 알 수 있다. 특히, 법무부령인 인권보호수사규칙(→ 제13조 제2항), 검찰사건사무규칙(→ 제13조 제1항, 제3항), 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침(→ 제13조 제1항, 제3항, 제14조 제1항, 제4항), 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙(→ 제13조 제1항, 제3항, 제14조 제1항, 제2항, 제4항)의 관련 규정이 다수 반영되어 있음을 알 수 있다.

3. 사전신문

제정 수사준칙상 사전신문³⁹⁾을 직접적으로 규율하는 조항은 없다. 그러나 면담시 변

36) 형사소송법 제243조의2 제3항 “(전략) 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.”

37) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제8조 제2항 “검사는 제1항에 따라 변호인이 이의를 제기하거나 의견을 진술한 경우에는 그 내용을 조서에 기재하고 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.”

38) 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제3항 “제2항에 따른 의견진술 또는 이의제기가 있는 경우 경찰관은 그 내용을 조서에 기재하여야 한다.”

호인의 참여·조력 제한 금지를 규정한 제정 수사준칙 제13조 제2항⁴⁰⁾의 취지를 심도 있게 음미해 볼 필요가 있다. 제2절에서 설명한 바와 같이 제정 수사준칙 제13조 제2항은 법무부령인 인권보호수사규칙 제40조 제5항⁴¹⁾에서 유래한다. 더 거슬러 올라가자면, 인권보호수사규칙 제40조 제5항은 2018년 법무·검찰개혁위원회의 권고에 따라 제정된 것이다⁴²⁾.

면담시 변호인의 참여·조력 제한 금지 조항은 우선 변호인의 조력권 강화라는 의미를 갖는다. 한편, 동 조항은 동시에 피의자신문 이전 단계에서의 적법절차 구현이라는 의미도 갖는다. 즉, 본격적인 피의자신문 이전 단계에서부터 적법절차 구현의 핵심 요소 중 하나인 변호인의 조력권을 보장하겠다는 취지로 읽을 수 있다. 다만, 피의자신문 이전 단계에서 준수해야 할 적법절차에는 변호인의 조력권 보장 이외의 것들도 있고, 특히 수사실무에서 빈번하게 이루어지고 있는 신문 전 면담 관행⁴³⁾은 보다 근원적인 관점에서 규율할 필요가 있으므로, 향후 수사준칙에 관련 규정의 신설을 검토할 필요가 있을 것이다.

4. 소결

제정 수사준칙은 제19조에서 출석요구에 관한 6개의 항을, 제13조와 제14조에서 변호인의 신문참여 등에 관한 7개의 항을 두고 있으며, 제13조 제2항의 면담시 변호인 참여·조력 제한 금지 규정을 통해 피의자신문 이전 단계에서의 적법절차 구현을 도모하

39) 사전신문은 “신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 비공식적으로 진술을 청취하는 수사관행”을 의미한다(이형근, 앞의 논문(2020a), 122면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 146면). 다만, 사전신문은 아직까지 학계에 통용되는 개념이 아니므로, 보다 정직한 개념 정립은 후속 연구의 과제로 삼기로 하고, 본연구에서는 선행연구에서 설정한 정의를 우선 차용하기로 한다.

40) 제정 수사준칙 제13조 제2항 “신문이 아니라 단순 면담 등이라는 이유로 변호인의 참여·조력을 제한해서는 안 된다.”

41) 인권보호수사규칙 제40조 제5항 “검사는 조서 등을 작성하지 않고 단순히 피의자로부터 피의사실에 대한 의견을 청취한다는 등의 사유로 제1항부터 제4항까지[피의자신문시 변호인의 참여]의 적용을 배제해서는 안 된다.”

42) 법무·검찰개혁위원회는 “변호인의 참석을 불허하는 이른바 ‘피의자 면담’을 하지 않도록 할 것”을 권고하였다(법무·검찰개혁위원회, 법무·검찰개혁위원회 백서: 활동과 성과, 2018, 87면).

43) 신문 전 면담 관행에 관하여는 제3장 제3절에서 상론할 것이다.

고 있다. 제정 수사준칙상 피의자신문 이전 절차에 관한 조항들은 현행 수사준칙상 관련 규정을 수용 또는 수정한 것(제1유형), 법무부령, 대검찰청예규, 경찰청훈령 등 다른 하위 법령·규칙상 관련 규정을 차용 또는 반영한 것(제2유형), 제정 수사준칙에 의해 새롭게 신설된 것(제3유형) 등으로 분류해 볼 수 있었다.

생각건대, ① 피의자신문 관련 사항을 상위 법령인 대통령령에 규정함으로써 수사기관 간 상이한 제도운영으로 인한 폐해를 줄일 수 있게 된 점, ② 피의자신문 이전 절차에 관한 조항들을 정비함으로써 본격적인 피의자신문이 보다 적절한 환경하에서 이루어질 수 있게 된 점, ③ ‘단순면담’, ‘사전면담’ 등의 명목으로 이루어지던 실무관행을 법령의 규율 범위로 포섭함으로써 피의자신문 절차 전반의 적정성을 제고할 수 있게 된 점 등에서 제정 수사준칙의 의의를 찾을 수 있을 것이다. 다만, 피의자신문 이전 절차에 관한 다른 하위 법령·규칙상의 수범례, 수사현실 및 학계의 논의 등을 정밀하게 검토하여, 제정 수사준칙상 관련 규정을 수정·보완하는 작업이 지속적으로 이루어져야 할 것으로 생각된다.

Ⅲ. 신문 이전 단계의 수사현실과 학계 논의

피의자신문 이전 단계에서는 피의자 등에 대한 출석요구(형사소송법 제200조, 제221조), 사법경찰관리 등의 참여(제243조), 변호인의 참여(제243조의2), 신뢰관계자의 동석(제244조의5) 등이 이루어지고, 이러한 절차는 적절한 신문환경 조성에 직간접적으로 영향을 미친다. 가령, 피의자의 신문 대비 및 자료 준비 등은 출석요구서상 출석요구 취지의 구체성 정도에 영향을 받고, 변호인의 참여 여부 및 조력 수준은 참여제한 사유와 허용되는 역할 등에 영향을 받는다.

그런데 지난 20년간 피의자신문 및 피의자신문조서를 주제로 수행된 선행연구를 분석해보면, 신문(수사) 국면에 초점을 둔 연구보다 증거법적 평가(재판) 국면에 초점을 둔 연구가 상대적으로 더 많고, 신문 국면에 관한 연구의 상당수는 변호인의 신문참여 등을 주제로 한 것이며, 신문절차 전반을 다룬 연구⁴⁴⁾는 많지 않다는 사실을 알 수 있다⁴⁵⁾.

44) 서보학, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안, 형사법연구 제20호, 2003; 정세곤,

수사준칙은 - 형사소송법을 제외하면 - 신문 국면을 직접적으로 규율하는 최상위의 법령이고, 신문에 관한 여타 하위 법령·규칙 제개정의 기준으로 기능하는 규범이다. 이에 본 장에서는 본연구의 주된 연구대상인 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 수사현실과 학계의 논의 등을 고찰하여, 제정 수사준칙상 관련 규정 진단 및 최적화 방안 모색의 실증적·이론적 토대를 발굴해 보고자 한다.

1. 출석요구

가. 관련 법령 및 수사실무

형사소송법은 검사와 사법경찰관을 출석요구의 주체로 규정하고 있다(제200조, 제221조). 즉, 검사와 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자 등의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 1961년 개정 형사소송법이 제200조와 제221조의 “소환하여”를 “출석을 요구하여”로 개정한 것 외에는 1954년 제정 형사소송법의 내용과 크게 다르지 않다. 현행 수사준칙은 출석요구의 절차와 방식에 관한 세부사항(제19조)과 출석요구서 서식(별지 제4호 서식)을 규정하고 있으며, 검찰사건사무규칙(제12조)과 범죄수사규칙(제54조, 제55조) 등 하위 법령·규칙도 관련 내용을 규정하고 있다. 이 법령·규칙들은 공히 출석요구서에 의한 출석요구의 원칙, 기타 방법에 의한 출석요구의 가능성, 출석요구 사실의 기록, 출석요구서 양식 등을 규정하고 있으며, 그 내용은 크게 다르지 않다⁴⁶⁾.

수사실무에서는 통상 관련 규정에 따라 제작되어 형사사법정보시스템(KICS⁴⁷⁾)에 수

경찰 피의자신문조서 제도의 발전 방안, 연세대학교 법학석사학위논문, 2019; 조성제, 피의자신문에 있어서 헌법상 적법절차원리의 구현, 세계헌법연구 제14권 제1호, 2008; 최영승, 피의자신문에 있어 적법절차의 법리에 관한 연구, 경희대학교 법학박사학위논문, 2003.

45) 이형근, 앞의 논문(2020a), 8-9면. 한국학술지인용색인(kci.go.kr) 및 한국교육학술정보원(riss.kr) 기준이며, 발행일자(학위수여연도)는 2000년부터 2019년까지로 설정하여 추출, 분석하였다(2020. 3. 6. 검색).

46) 다만, 현행 수사준칙 제19조 제1항 후단에는 “이 경우 출석요구서에는 출석요구의 취지를 명백하게 적어야 한다.”라는 규정이 있고, 제4항에는 “피의자나 참고인이 출석하였을 때에는 지체 없이 진술을 들어야 하며, 오랫동안 기다리게 하는 일이 없도록 하여야 한다.”라는 규정이 있으며, 경찰청훈령인 범죄수사규칙 제54조에도 이와 같은 취지의 규정이 있으나, 법무부령인 검찰사건사무규칙 제12조에는 이와 같은 규정이 없다.

47) Korea Information System of Criminal Justice Services.

록된 출석요구서 서식을 활용하여 출석요구를 한다. 출석요구서 서식은 네 개의 단으로 구성되어 있다. 1단에는 피의자에 대한 출석요구서라는 취지와 출석요구서 번호를 기재한다. 2단에는 사건명, 피해자, 출석일시, 출석장소를 기재하고, 출석요구서, 주민등록증 또는 운전면허증, 도장, 증거자료, 필요에 따라 진술서 등을 가지고 출석하라는 취지를 기재한다. 3단에는 출석요구의 내용을 기재한다. 4단에는 출석일시의 조정이나 문의사항이 있으면 담당자의 소속팀 연락처로 문의하라는 취지, 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 않으면 형사소송법 규정에 따라 체포될 수 있다는 취지, 수사에 중대한 지장을 주지 않는 범위 내에서 선임된 변호인의 참여 하에 조사를 받을 수 있다는 취지를 기재하고, 검사나 사법경찰관의 계급과 성명, 사건 담당자의 계급과 성명 등을 기재한다.

현행 수사준칙 등에 의하면 출석요구서에 의한 출석요구가 원칙이지만 수사실무에서는 전화에 의한 출석요구가 빈번하게 이루어지고 있다⁴⁸⁾. 가령, 피의자에 대한 출석요구는 우편보다 기타 방법 중 전화로 하는 경우가 현저히 많다는 사실이 검사 경력자 및 사법경찰관 경력자의 심층면접 응답을 통해 확인되었고⁴⁹⁾, 변호인이 선임되어 있는 경우에도 출석요구 방식에 차이가 없음이 변호사 경력자의 심층면접 응답을 통해 확인된 바 있다⁵⁰⁾. 요컨대, 출석요구 실무에 있어서는 출석요구서라는 원칙과 전화 등 기타 방법이라는 예외가 전도되어 운용되고 있다.

나. 학계의 논의 등

출석요구를 주제 또는 주요 쟁점으로 하여 수행된 선행연구를 발견하기는 어려웠다⁵¹⁾. 다만, 신문절차 전반을 다룬 선행연구에서 출석요구 방식의 개선을 촉구하는 주장이 있었으며, 그 내용은 다음과 같았다. 첫째, 출석요구는 출석요구의 취지를 명확히 하여 서면으로 통보하는 방식으로 이루어져야 한다⁵²⁾. 둘째, 출석요구는 피의자가 방어권

48) 이형근, 앞의 논문(2020a), 88-89면.

49) 이형근, 앞의 논문(2020a), 88면.

50) 이형근, 앞의 논문(2020a), 88-89면.

51) 이형근, 앞의 논문(2020a), 23면. 한국학술지인용색인(kci.go.kr)에서 ‘출석요구’를 키워드로 논문을 검색하면, 3건의 논문이 표출되며, 내용은 국회법이나 민사재판에 관한 것이다(2020. 8. 29. 검색).

52) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 347-348면; 최영승, 앞의 논문(2003), 82-84면.

을 행사할 만큼 충분한 시간적 여유를 두고 이루어져야 한다⁵³⁾. 셋째, 출석요구시 허위 사실의 고지는 금지되어야 한다⁵⁴⁾. 넷째, 구속된 피의자를 반복적으로 출석시켜 신문을 강제해서는 안 된다⁵⁵⁾. 다섯째, 임의출석한 사람을 긴급체포하는 관행은 금지되어야 한다⁵⁶⁾.

한편, 이형근(2020a)은 출석요구를 서면에 의한 경우와 전화 등 기타 방법에 의한 경우로 나누고, 문헌연구 및 심층면접 등을 통해 각각의 실태를 진단한 바 있다⁵⁷⁾. 연구결과, 1) 서면에 의한 출석요구에 있어서는, ① 출석요구 취지 부분의 비정형성, ② 진술서 등을 가지로 출석하라는 취지의 기재와 문의사항이 있으면 연락하라는 취지의 기재로 인한 사전신문의 가능성, ③ 변호인의 신문참여에 관한 기재의 부적정성, ④ 실제 사건 담당자 식별의 곤란성 등이 확인되었고⁵⁸⁾, 2) 전화 등 기타 방법에 의한 출석요구에 있어서는, ① 전화에 의한 출석요구의 일상성, ② 출석요구서상 정보의 누락 가능성, ③ 전화통화 중 사전신문의 가능성, ④ 전자우편, 문자메시지 등의 경우 전달의 불확실성 등이 확인되었다⁵⁹⁾.

다. 검토

제정 수사준칙 제19조는 출석요구에 관한 사항을 상위 법령에 규정하고 검사 및 사법경찰관 양자를 수범자로 설정한 점, 각종 하위 법령·규칙에 산재해 있던 수범례를 발굴

53) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 348-349면; 최영승, 앞의 논문(2003), 84-86면. 서보학, 조성제와 최영승은 공히 48시간 이전에 서면으로 통보할 것을 주장하였다.

54) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 348-349면; 최영승, 앞의 논문(2003), 87-89면. 조성제와 최영승은 ‘자신과 관련 없는 피의사실을 고지’하는 경우뿐만 아니라 ‘피의자를 참고인으로 오인시켜 출석하도록 하는 경우’를 허위사실의 고지로 보았다.

55) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 349면; 최영승, 앞의 논문(2003), 89-91면. 조성제와 최영승은 ‘구속된 피의자’뿐만 아니라 ‘불구속 피의자’의 경우에도 과도한 출석요구가 지양되어야 한다고 주장하였다.

56) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 350면; 최영승, 앞의 논문(2003), 98-103면. 최영승은 이를 임의출석한 사람을 긴급체포하는 경우, 자수한 사람을 긴급체포하는 경우, 피의자를 참고인이라고 속여 출석케 한 후 긴급체포하는 경우, 참고인을 피의자라고 속여 출석케 한 후 긴급체포하는 경우 등으로 유형화하였다.

57) 이형근, 앞의 논문(2020a), 82-89면.

58) 이형근, 앞의 논문(2020a), 86-88면.

59) 이형근, 앞의 논문(2020a), 88-89면.

하고 통합한 점, 수사관서 이외 장소에서의 조사 가능성 등 현실적 규정을 신설한 점 등에서 그 의의가 큰 것으로 생각된다. 다만, 수사현실과 학계의 논의사항 등에 비추어 볼 때, 수정·보완의 검토가 필요한 부분이 일부 있어 보인다.

가령, ① ‘전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법(제19조 제1항 제1호)’의 활용에 장점(피의자 등의 편의) 이외의 단점(신문내용 및 신문과정의 기록 등 적법절차 준수)은 없는지, ② ‘충분한 시간적 여유(제3호)’, ‘불필요하게 여러 차례(제4호)’라는 표현이 충분한 실천적 구체성을 갖는지, ③ ‘피의사실의 요지 등 출석요구의 취지를 구체적으로 기재(제3항 본문)’라는 표현이 학계에서 거듭 지적되고 있는 출석요구 취지의 불명확성·비정형성 문제를 해소할 수 있을 것인지, ④ ‘신속한 출석요구 등 부득이한 사정(제3항 단서)’이라는 요건이 전화에 의한 출석요구의 일상성을 해소할 수 있을 것인지, ⑤ ‘출석요구서 사본 또는 수사보고서의 편철(제4항)’이 전달의 불확실성을 해소할 수 있을 것인지, ⑥ 제정 수사준칙상의 규정만으로 권리 고지 및 기록 없이 이루어지는 사전신문의 여지를 차단할 수 있을 것인지 등이 검토의 대상이 될 것으로 생각된다.

2. 변호인의 신문참여 등

가. 관련 법령 및 수사실무

형사소송법은 변호인의 신문참여 등에 관하여 비교적 구체적인 규정을 두고 있다(제234조의2). 여기에는 참여신청 등 절차에 관한 사항(제1항, 제2항), 의견진술 등 역할에 관한 사항(제3항, 제4항), 참여 및 제한에 관한 사항의 조서 기재(제5항) 등이 포함된다. 변호인의 신문참여 등에 관한 규정은 2007년 개정 형사소송법을 통해 신설되었다. 현행 수사준칙은 참여신청 등 절차에 관한 사항(제21조 제1항, 제2항) 외에 변호인의 참여 없는 신문의 가능성(제3항), 신문참여 제한의 사유(제4항) 등을 규정하고 있다. 또한, 대검찰청 예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침(총13개조)과 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙(총20개조)은 절차, 역할, 제한, 편의 등에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 한편, 이형근(2020c)은 변호인의 신문참여에 관한 선행연구 및 하위 법령·규칙을 비교분석하여, 하위 규범으로 갈수록 규율의 범위와 제약의 정도가 증가한다는 사실, 하위 규범 간 규율 내용과 방식상 차이가 상당하다는 사실, 그럼에도 불구하고 하위 규범

의 세부 규정 중 수범례가 적지 않다는 사실 등을 확인하였다⁶⁰⁾.

2015년 7월부터 2018년 6월까지 검찰수사 단계에서 이루어진 변호인의 신문참여 건수는 연평균 7,033건이었다⁶¹⁾. 동기간 검찰의 직수사건 건수, 경찰의 송치사건 건수, 구약식·구공판 사건 비율 등을 고려한 재신문 비율 등을 종합하면, 검찰수사 단계에서 변호인의 신문참여 비율은 약 3.9% 정도로 추정된다⁶²⁾. 2015년 1월부터 2017년 12월까지 경찰수사 단계에서 이루어진 변호인의 신문참여 건수는 연평균 6,938건이었다⁶³⁾. 동기간 경찰의 검거사건 건수 등을 고려하면, 경찰수사 단계에서 변호인의 신문참여 비율은 약 0.47% 정도로 추정된다⁶⁴⁾. 형사사법정보시스템상 사건수 외에 신문횟수는 자동적으로 집계되지 않고, 하나의 사건에 수명의 피의자가 있거나 한명의 피의자에 대하여 수회의 신문이 이루어지는 경우도 있어, 이 추정치의 정확성에는 일정한 제약이 있지만, 경찰수사 단계에서의 변호인 참여율이 검찰수사 단계에서의 참여율보다 현저히 낮다는 사실을 어렵지 않게 짐작할 수 있다⁶⁵⁾.

앞서 변호인의 신문참여 등에 관한 수사기관의 규범 간에 상당한 차이가 있음을 확인하였다. 이에 따라 검찰과 경찰의 실무에도 일정한 차이가 있다. 가령, 구술에 의한 참여 신청의 가능성⁶⁶⁾, 신문 일시·장소의 협의 여부⁶⁷⁾, 사전제한의 여부⁶⁸⁾, 참여제한의 사

60) 이형근, 앞의 논문(2020c), 103면.

61) 대검찰청, 국회 사법개혁특별위원회 업무현황 보고서, 2018, 44면.

62) 이형근, 앞의 논문(2020a), 97-98면.

63) 경찰청 수사국.

64) 이형근, 앞의 논문(2020a), 98-99면.

65) 이와 관련하여, “현재까지는 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 차등, 검사의 수사종결권 및 기소권 독점 등으로 인해 아무래도 경찰수사 단계에서의 참여는 더 드문 실정이었다. 개정 형사소송법은 피의자신문조서의 증거능력에 관한 조항뿐만 아니라 검사와 사법경찰관의 수사권 및 양자의 관계 등을 전면적으로 재설정하였기 때문에, 개정 형사소송법이 시행될 경우 검찰수사 및 경찰수사에 있어 변호인의 신문참여 빈도에도 필연적으로 변화가 있을 것이다.”라는 변호사 경력자의 심층면접 응답이 있었다(이형근, 앞의 논문(2020a), 99면).

66) 법무부령인 검찰사건사무규칙은 2020. 1. 31. 자 개정을 통해 구술에 의한 참여신청 규정을 신설하였다(제9조의2 제2항). 다만, 2020. 8. 현재까지 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침에는 이와 같은 내용이 반영되어 있지 않다.

67) 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙은 신문 일시·장소를 변호인과 ‘협의’하도록 하고 있는 반면(제9조 제1항), 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침은 이를 ‘통보’하도록 하고 있다(제4조 제2항).

68) 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침은 2019. 11. 12. 자 제정(구 변호인의 피의자신

유⁶⁹⁾, 참여제한에 대한 불복방법의 고지⁷⁰⁾, 변호인의 역할⁷¹⁾, 변호인을 위한 편의⁷²⁾ 등에 있어 차이가 있다⁷³⁾. 이와 관련하여, “최근 검찰과 경찰에서 변호인의 신문참여를 활성화하기 위해 노력을 기울이고 있으나, 참여 변호인의 역할과 참여 변호인에 대한 편의 제공 등이 기관이나 담당자에 따라 다른 문제가 있다.”라는 변호사 경력자의 심층면접 응답⁷⁴⁾과 “검사들 사이에는 검사가 변호사보다 역량·경험 등에 있어 우위에 있다는 인식이 있고, 변호사들 중에는 신문참여권을 악용하는 경우도 있어, 변호인의 신문참여에 있어서는 경찰실무보다 검찰실무에 대한 비판과 항의가 더 많은 것 같다.”라는 검사 경력자의 심층면접 응답⁷⁵⁾이 있었다⁷⁶⁾.

나. 학계의 논의 등

변호인의 신문참여는 피의자 진술의 청취 국면에 관한 쟁점 중 가장 활발한 연구가 수행된 주제 중 하나다⁷⁷⁾. 변호인의 신문참여에 관한 선행연구의 논의는 크게 규율방식

문 참여 운영지침 폐지 후 제정)을 통해 수사기관 최초로 사전제한을 폐지하였다(제3조, 제5조; 국가법령정보센터 변호인의 신문·조사 참여 운영지침 제정·개정이유, [- 69\) 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침은 ‘조언 명목의 신문지연’, ‘증거인멸의 위험’ 등을 참여제한의 사유로 규정하고 있는 반면\(제7조 제1항\), 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙상 참여제한 사유에는 이와 같은 내용이 포함되어 있지 않다\(제8조, 제15조\).
- 70\) 법무부령인 검찰사건사무규칙은 2020. 1. 31. 자 개정을 통해 참여제한 처분에 대한 준항고권 고지 규정을 신설하였다\(제9조의2 제5항\). 다만, 2020. 8. 현재까지 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침에는 이와 같은 내용이 반영되어 있지 않다.
- 71\) 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙은 변호인의 신문 중 의견진술 요청권과 사법경찰관의 승인제량을 규정하고 있는 반면\(제13조 제2항\), 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침에는 이와 같은 규정이 없다\(제8조\).
- 72\) 법무부령인 검찰사건사무규칙은 2020. 1. 31. 자 개정을 통해 신문참여 변호인의 기록에 관한 별도의 조를 신설하였으며\(제13조의10\), 경찰청은 2020. 4. 6.부터 ‘변호인의 전자기기 사용 메모권 보장제도’를 시행하고 있다\(2020. 4. 6. 경찰청 수사기획과-7216\).
- 73\) 이형근, 앞의 논문\(2020c\), 102-103면.
- 74\) 이형근, 앞의 논문\(2020a\), 94-95면.
- 75\) 이형근, 앞의 논문\(2020a\), 95면.
- 76\) 변호인 참여율과 심층면접 응답을 종합하면, 변호인 참여율의 제고와 함께 변호인 참여제도 운용의 적정화가 함께 이루어져야 할 것임을 알 수 있다.
- 77\) 가령, 지난 20년간 피의자신문을 주제로 수행된 연구의 과반이 변호인의 신문참여에 관한 연구였다](http://law.go.kr/admRulInfoP.do?admRulSeq=2100000183663&chrClsCd=010202&urlMode=admRulRvsInfoR(2020. 8. 31. 검색)”).</p>
</div>
<div data-bbox=)

에 관한 것과 규율내용에 관한 것으로 나누어 볼 수 있다⁷⁸⁾. 먼저, 규율방식에 관한 논의는 “피의자의 방어권 보장에 있어 핵심이 되는 변호인의 신문참여를 법률이 아닌 하위 법령·규칙으로 규율하는 방식상의 문제점에 대한 지적”이다⁷⁹⁾. 이와 관련하여, 국가인권위원회는 법률유보의 원칙 등을 근거로 경찰청훈령인 범죄수사규칙의 개정을 권고한 바 있고⁸⁰⁾, 학계에서도 국가인권위원회와 같은 취지의 주장이 다수 발견된다⁸¹⁾. 이에 대한 개선방안으로는 변호인의 신문참여에 관한 사항을 형사소송법으로 규율해야 한다는 의견⁸²⁾, 형사소송규칙으로 규율해야 한다는 의견⁸³⁾, 최소한 수사준칙으로 규율해야 한다는 의견⁸⁴⁾, 형사소송법의 개별적·구체적 위임을 전제로 하위 법령·규칙에 규정할 수 있다는 의견⁸⁵⁾ 등이 병존하고 있다.

다음으로, 규율내용에 관한 학계의 논의는 참여의 제한, 변호인의 역할, 통지·신청 등 절차, 참여제한에 대한 불복방법, 참여신청에 따른 신문중단, 참여환경 및 편의에 관한 것으로 나누어 볼 수 있다⁸⁶⁾. 첫째, 참여의 제한에 관하여는, 형사소송법상 변호인의 신

(한국학술지인용색인 기준, 입법론 제외: 이형근, 앞의 논문(2020a), 9면).

78) 이형근, 앞의 논문(2020c), 86면.

79) 이형근, 앞의 논문(2020c), 92면.

80) 국가인권위원회 2013. 5. 27. 자 12진정0456100 결정.

81) 김동률·이 훈, 피의자신문시 변호인참여를 반대하는 주장에 대한 반박론: 독일에서의 논의를 중심으로, 치안정책연구 제30권 제3호, 2016a, 231-232면; 김동률·이 훈, 피의자신문의 문제점과 변호인참여의 필요성, 조선대학교 법학논총 제23집 제2호, 2016b, 408면; 김정연, 형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장, 헌법학연구 제25권 제4호, 2019, 18면; 송호창, 송두율 교수사건 경위와 법률상 주요쟁점, 민주법학 제26호, 2004, 16-17면; 이영돈, 변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계, 경북대학교 법학논고 제47집, 2014, 279-280면; 정병곤, 피의자신문시 변호인 참여권, 한국민간경비학회보 제12권 제1호, 2013, 233면; 주승희, 피의자신문에 참여한 변호인의 진술거부권행사 권고와 변호인윤리, 숭실대학교 법학논총 제33집, 2015, 425-427면.

82) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 233면; 박찬운, 변호인참여권의 현실과 문제점 그리고 활성화를 위한 제안: 대한변협의 설문조사를 바탕으로, 인권과정의 제453호, 2015, 70-72면; 이영돈, 앞의 논문, 297-280면.

83) 조도현, 수사절차상 변호인 참여에 관한 연구, 조선대학교 법학논총 제16권 제2호, 2009, 320면; 천진호, 형사절차에서 변호인의 역할 제고 방안, 한양대학교 법학논총 제28집 제4호, 2011, 369면.

84) 이형근, 앞의 논문(2020a), 259면; 이형근, 앞의 논문(2020c), 104-105면. 이형근은 형사소송규칙에 규정하는 방안은 중립성 측면에서, 수사준칙에 규정하는 방식은 관련성 측면에서 각각 이점이 있을 것으로 보았다(이형근, 앞의 논문(2020c), 105면).

85) 주승희, 앞의 논문, 434-436면.

86) 이형근, 앞의 논문(2020c), 86면.

문참여 제한에 관한 ‘정당한 사유’라는 표현이 불명확해 수사기관의 자의적 판단을 야기할 우려가 있다는 지적⁸⁷⁾, 좀 더 구체적인 관점에서 신문 중 승인 없는 의견진술 등 법률이 정한 방식에서 벗어난 조력 행위를 즉시 참여제한 사유 삼는 것은 과도하다는 지적⁸⁸⁾, 특정한 답변 또는 진술변복의 유도나 진술거부권 행사의 권고를 참여제한 사유로 삼아서는 안 된다는 의견⁸⁹⁾, 참여신청 단계에서 위법한 조력의 우려가 있는 경우는 극히 희박하므로 ‘정당한 사유’라는 기준은 신문 중 참여제한 사유로 운용해야 할 것이라는 의견⁹⁰⁾ 등이 있다.

둘째, 변호인의 역할에 관하여는, 신문참여 변호인은 신문 중 자유롭게 의견진술, 이의제기, 상담, 조언 등을 할 수 있어야 한다는 의견⁹¹⁾, 이의제기의 대상에 부당한 신문

-
- 87) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 232면; 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016b), 408면; 김두원, 한국형 미란다 원칙의 제정립과 수사 실무와의 관계에 관한 고찰, 중앙법학 제21집 제2호, 2019, 213-214면; 김정연, 앞의 논문, 17면; 오택림, 변호인의 피의자신문 참여권에 관한 연구(하), 법조 제57권 제4호, 법조협회, 2008, 233면; 이은모, 수사절차에 관한 개정형사소송법의 내용 검토, 한양대학교 법학논총 제24집 제3호, 2007, 354면; 전승수, 피의자신문시 변호인참여권: 형사소송법 제243조의 2의 해석을 중심으로, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009, 396면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 231면; 정한중, 변호인의 피의자신문 참여권과 증거개시 청구권, 외법논집 제27집, 2007, 465면; 조기영, 변호인의 피의자신문참여권, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 317면; 조도현, 앞의 논문, 329면; 최석윤, 변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 고찰, 형사정책연구 제23권 제4호, 2012, 77면; 최영승, 피의자신문과정에서의 적법절차에 관한 사개추위안의 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 475면.
- 88) 권순민, 위허자백을 방지하기 위한 형사소송법상 몇 가지 제도들에 대한 검토, 조선대학교 법학논총 제23권 제3호, 2016, 132면; 변필진, 변호인의 피의자신문 참여권의 제한에 대한 비교법적 고찰, 법조 제58권 제2호, 2009, 241면; 오택림, 앞의 논문, 233면; 이영돈, 앞의 논문, 275-276면.
- 89) 김대웅, 변호인의 피의자신문 참여권, 형사판례연구 제17권, 2009, 439면; 박찬운, 앞의 논문, 68면; 심희기, 변호인의 피의자신문참여권의 내용, 범위, 한계, 인권과정의 제347호, 2015, 90면; 이영돈, 앞의 논문, 276-278면; 전승수, 앞의 논문, 406면; 정병곤, 인권보장을 위한 변호인참여권 강화 방안, 한국법학회 법학연구 제16권 제2호, 2016, 83면; 조 국, 형사소송법 분야 2003년도 주요판례, 형사법연구 제21호, 2004, 57면; 조 국, 변호인의 피의자신문참여권 및 피의자의 출석 및 신문수인의무 제론, 저스티스 통권 제160호, 2017, 91-92면; 조기영, 앞의 논문, 323면; 주승희, 앞의 논문, 441-444면; 최석윤, 앞의 논문, 78면.
- 90) 조성제, 수사기관의 피의자 신문시 변호인 참여권과 피의자 인권, 한국경찰학회보 제11권 제1호, 2009, 215면.
- 91) 권순민, 앞의 논문, 131-132면; 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 233면; 김두원, 앞의 논문, 214면; 박찬운, 앞의 논문, 65-66면; 이동희, 한국의 피의자신문절차와 그 개혁, 형사법연구 제21권 제4호, 2009, 146면; 이상문, 형사소송법에서 권리의 구체적 의미, 경찰법연구 제8권 제2호, 2010, 161면; 조기영, 앞의 논문, 312면; 이영돈, 앞의 논문, 269면; 이은모, 앞의 논문, 354면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 232면; 조도현, 앞의 논문, 330면; 주승희, 앞의 논문, 426면; 천진호, 앞의 논문, 370면.

‘방법’뿐만 아니라 ‘내용’도 포함되어야 한다는 의견⁹²⁾, 변호인의 이익이나 의견을 조서에 기재하도록 하고, 변호인의 조서 증감·변경 청구권을 인정해야 한다는 의견⁹³⁾ 등이 있다. 셋째, 통지·신청 등 절차에 관하여는, 구술에 의한 참여신청을 허용해야 한다는 의견⁹⁴⁾, 피의자와 변호인 모두에게 출석요구를 하고 신문 일시·장소를 협의해야 한다는 의견⁹⁵⁾, 변호인의 참여 없이 신문할 수 있는 기준을 보다 명확하게 설정해야 할 것이라는 지적⁹⁶⁾ 등이 있다.

넷째, 참여제한에 대한 불복방법에 관하여는, 참여제한 처분에 대한 준항고권 고지 외에 검사나 사법경찰관의 직속 상급자 등에 대한 이의신청 규정을 마련할 필요가 있다는 의견 등이 있다⁹⁷⁾. 다섯째, 참여신청에 따른 신문중단에 관하여는, 피의자신문의 임의수사적 성격, 변호인 조력권의 중요성 등을 고려할 때, 피의자가 변호인의 신문참여를 신청하면 원칙적으로 신문을 중단해야 한다는 의견⁹⁸⁾, 체포된 피의자의 경우에는 변호인의 참여가 합리적인 시간 내에 가능한지 등에 따라 신문중단 여부를 판단해야 한다는 의견⁹⁹⁾ 등이 있다. 여섯째, 참여환경 및 편의에 관하여는, 변호인의 메모권, 기록권을 보다 폭넓게 보장해야 한다는 의견¹⁰⁰⁾, 별도의 조사공간 설치 등 환경개선이 필요하다는 의견¹⁰¹⁾ 등이 있다.

92) 정병곤, 앞의 논문(2016), 79-80면; 조 국, 앞의 논문(2017), 93-94면. 다만, 정병곤은 해석론상으로는 부당한 신문 ‘내용’이 이의제기의 대상이 되지 않지만, 입법론적으로는 부당한 신문 ‘내용’을 이의제기의 대상에 포함시켜야 할 것으로 보았다(정병곤, 앞의 논문(2016), 80면).

93) 박찬운, 앞의 논문, 67, 71면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 83, 85면.

94) 조기영, 앞의 논문, 313면; 조성제, 앞의 논문(2009), 207면.

95) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 233면; 박찬운, 앞의 논문, 69, 71면; 이영돈, 앞의 논문, 273면; 전승수, 앞의 논문, 390면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 233면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 84면; 정진연, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계, 성균관법학 제18권 제3호, 2006, 645면.

96) 권순민, 앞의 논문, 133면.

97) 박찬운, 앞의 논문, 71-72면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 87면.

98) 윤영철, 피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고: 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부 형사소송법개정안의 문제점을 중심으로, 형사정책연구 제16권 제1호, 2005, 83-84면; 이영돈, 앞의 논문, 272면; 조 국, 앞의 논문(2017), 95면; 조기영, 앞의 논문, 313면; 조도현, 앞의 논문, 230면; 조성제, 앞의 논문(2008), 377면; 조성제, 앞의 논문(2009), 207-208면; 천진호, 앞의 논문, 370면.

99) 이영돈, 앞의 논문, 273면.

100) 이영돈, 앞의 논문, 278면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 61면.

101) 박찬운, 앞의 논문, 72-73면.

한편, 이형근(2020c)은 변호인이 신문참여에 관한 선행연구 및 하위 법령·규칙을 비교분석하여, 변호인의 신문참여제도를 저해하는 제도적 기제를 형사소송법상 관련 규정의 추상성에서 시작하여 변호인 조력권의 위축에 이르는 ‘악순환의 고리’로 진단하고¹⁰²⁾, 규율방식 및 규율내용에 관한 개선방안을 제안한 바 있다¹⁰³⁾.

다. 검토

제정 수사준칙 제13조와 제14조는 피의자의 방어권 보장에 핵심이 되는 변호인의 신문참여 등에 관한 사항을 상위 법령에 규정하고 검사 및 사법경찰관 양자를 수범자로 설정한 점, 각종 하위 법령·규칙에 산재해 있던 수범례를 발굴하여 통합하고 좌석 배치, 메모권 등 조력권 행사에 직간접적으로 영향을 미치는 부분까지 규율하고 있는 점, 변호인의 신문 중 의견진술 요청권과 검사 및 사법경찰관의 승인의무를 신설한 점 등에서 그 의의가 큰 것으로 생각된다. 다만, 수사현실과 학계의 논의사항 등에 비추어 볼 때, 수정·보완의 검토가 필요한 부분이 일부 있어 보인다.

가령, ① 변호인의 참여·조력 및 의견진술 등에 관한 조항의 내용이 양적·질적으로 적정한지, ② 참여의 제한 및 이에 대한 불복방법에 관한 조항을 신설할 필요는 없는지, ③ 통지·신청 등 절차에 관한 조항을 신설할 필요는 없는지, ④ 참여신청에 따른 신문중단에 관한 조항을 신설할 필요는 없는지 등이 검토의 대상이 될 것으로 생각된다.

3. 사전신문

가. 관련 법령 및 수사실무

사전신문은 “신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 비공식적으로 진술을 청취하는 수사관행”을 의미하는데¹⁰⁴⁾, 수사기관에서는 이를 피의자신문과

102) 이형근, 앞의 논문(2020c), 104면.

103) 이형근, 앞의 논문(2020c), 104-111면. 규율방식의 개선방안으로는 형사소송법에 규정하는 것을 최선으로, 수사준칙 등 상위 법령에 규정하는 것을 차선으로 각각 제시하였다. 규율내용의 개선방안으로는 변호인에 대한 통지·신청 등 절차의 개선, 참여신청시 신문중단, 신문참여의 사전제한 폐지 및 신문참여 변호인의 역할 적정화, 신문 중 참여제한의 개선, 참여제한에 대한 불복방법의 개선, 참여환경 및 편의에 관한 사항의 개선 등을 제시하였다.

구별하여 ‘피의자 면담’이라고 칭하고 있다¹⁰⁵⁾. 제정 수사준칙뿐만 아니라 현존하는 어떠한 법령·규칙도 이를 직접적으로 규율하는 예가 없다. 다만, 형사소송법상 관련 규정을 종합적으로 해석해보면, 일정 범위의 피의자 면담은 사전신문에 해당하는 부적법한 수사행위가 된다는 사실을 어렵지 않게 알 수 있다¹⁰⁶⁾.

그러나 수사실무에서는 원거리에서 피의자를 호송하는 과정이나 피의자가 수사기관의 사무실에 출석한 후 조서작성이 시작되기 전까지의 시점에 사전신문이 빈번하게 이루어지고 있다는 사실이 검사 경력자 및 사법경찰관 경력자의 심층면접 응답을 통해 확인되고 있다¹⁰⁷⁾. 또한, 사전신문 등으로 인해 피의자의 권리가 침해되거나 수사가 제대로 이루어지지 못한 예가 검찰과 경찰에서 공히 발견된다¹⁰⁸⁾.

나. 학계의 논의 등

수사실무에서는 사전신문이 빈번하게 이루어지고 있으나, 이에 관한 선행연구와 판례를 - 본절 가.항에서 소개한 것 외에 - 추가로 발견하기는 어려웠다. 이형근(2020a)은 사전신문의 부적법성을 다음과 같이 논증하였다¹⁰⁹⁾. 첫째, 수사기관과 피의자 간 대화가 피의자신문에 해당하는지 여부는 당해 대화의 내용에 따라 결정된다¹¹⁰⁾. 즉, 당해 대화의 내용이 범죄사실 또는 정상에 관한 것이라면 - 대화의 시점·장소, 조서작성·영상녹화 여부 등과 무관하게 - 신문에 해당한다. 형사소송법이 범죄사실과 정상에 관한 필요사항을 묻는 것을 피의자신문의 핵심으로 규정하고 있기 때문이다(제242조). 둘째, 당해 대화가 신문에 해당한다면 신문에 관한 적법절차 및 방식이 준수되어야 한다¹¹¹⁾. 즉, 사법경찰관리 및 변호인 등의 참여(제243조, 제243조의2), 조서작성(제244조), 진술거부권 등의 고지(제244조의3), 수사과정의 기록(제244조의4) 등이 이루어져야 한다. 셋째, 따

104) 이형근, 앞의 논문(2020a), 122면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 146면.

105) 법무·검찰개혁위원회, 앞의 백서, 87면.

106) 이에 관하여는 본절 나.항에서 상론할 것이다.

107) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면.

108) 경찰이 수사한 세칭 ‘309동 성폭행 사건’, 검찰이 수사한 세칭 ‘오산시장 뇌물수수 사건’이 대표적 예다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결, 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결).

109) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면.

110) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면.

111) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면.

라서 “신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 [통상 참여나 권리의 고지 등도 결락한 채] 비공식적으로 [통상 범죄사실 또는 정상에 관한] 진술을 청취하는 수사관행”은 형사소송법상 적법한 절차와 방식에 명백히 위배된다¹¹²⁾. 아울러 이와 같은 해석은 변호사를 대상으로 한 인식조사를 통해서도 뒷받침되고 있다¹¹³⁾.

한편, 이형근(2020a)은 사전신문 근절을 위한 몇몇 개선방안을 제시하였다¹¹⁴⁾. 수사준칙 등에 “조서작성 또는 영상녹화를 하지 아니하는 상태에서 피의자에게 범죄사실 및 정상에 관한 사항을 질문하거나 들어서는 아니 된다.”라는 규정 등을 신설할 것¹¹⁵⁾, 수사준칙 등에 “피의자를 신문하기 전에 범죄사실 및 정상에 관한 대화를 나눈 사실이 있는지 여부”를 개방형 질문으로 확인하도록 하는 규정을 둘 것¹¹⁶⁾, 이와 같은 개선사항을 피의자신문조서 서식에 반영할 것¹¹⁷⁾ 등이 그것이다.

다. 검토

제정 수사준칙에는 사전신문을 직접적으로 규정하는 조항이 없다. 그러나 제정 수사준칙은 면담시 변호인의 참여·조력 제한 금지 조항(제13조 제2항)을 신설함으로써 본격적인 피의자신문 이전 단계에서부터 적법절차를 구현하고자 했다는 점에서 그 의의가 큰 것으로 생각된다. 다만, 피의자 면담 중에는 신문에 해당하는 것이 있을 수 있고, 이 경우 당해 면담(신문)에는 변호인의 참여 외에도 신문에 관한 제반 규정¹¹⁸⁾이 적용되어야 할 것이므로, 보다 근원적인 관점에서 사전신문에 관한 규정의 신설을 검토할 필요가 있을 것으로 생각된다.

112) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 156-158면.

113) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 156-158면. 동연구에서 변호사 참여자는 사전신문이 적법한 절차와 방식(19%), 실질적 진정성립(24%), 특신상태(24%), 임의성(33%) 등에 부정적 영향을 미칠 것이라고 응답하였다.

114) 이형근, 앞의 논문(2020a), 274-277면.

115) 이형근, 앞의 논문(2020a), 275면.

116) 이형근, 앞의 논문(2020a), 275-276면.

117) 이형근, 앞의 논문(2020a), 276-277면. 동연구는 사전신문 등에 관한 확인 문답을 탑재한 피의자 신문조서 서식 개정안(私案)을 제시하였다.

118) 가령, 사법경찰관리 등의 참여(제243조), 조서작성(제244조), 진술거부권 등의 고지(제244조의3), 수사과정의 기록(제244조의4) 등.

4. 소결

이상에서 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 법령, 수사실무 및 학계의 논의를 일별하고, 이에 관한 제정 수사준칙의 의의와 보완 필요사항을 짚어보았다. 이를 통해, 변호인의 신문참여에 비해 출석요구 및 사전신문에 관한 선행연구가 상대적으로 부족하다는 사실, 사전신문의 경우에는 이를 직접적으로 규율하는 법령·규칙마저 없다는 사실 등을 확인할 수 있었다. 또한, 제정 수사준칙은 피의자신문 관련 사항의 상위 법령으로의 통합, 피의자신문 이전 절차에 관한 조항의 정비 등을 통해 신문절차 전반의 적정성을 제고하고자 한 점에서 큰 의의가 있으나, 출석요구 취지의 명확화 등을 통한 출석요구 실무의 최적화, 변호인의 신문참여·조력·참여제한 등에 관한 규정의 타당화를 통한 조력권의 실질적 보장, 신문절차 전반의 적법성과 적정성을 잠식하는 사전신문 관행의 근절을 위해서는 개선을 요하는 부분이 있음을 알 수 있었다.

IV. 수사준칙상 관련 규정의 개선방안

제2장과 제3장에서 제정 수사준칙상 피의자신문 이전 절차에 관한 규정을 검토하고 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등 주요 쟁점에 관한 수사현실과 학계의 논의를 고찰해 보았다. 제정 수사준칙 검토를 통해서는 신문절차 전반의 적정성 제고 측면에서 제정 수사준칙이 갖는 의의를 확인할 수 있었고, 수사현실 및 학계 논의 고찰을 통해서 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등의 최적화를 위해서는 제정 수사준칙의 보완이 필요함을 알 수 있었다. 본장에서는 이상의 연구를 토대로 수사준칙상 관련 규정의 개선방안을 연구쟁점별로 제안해 보고자 한다. 개선방안은 제정 수사준칙상 관련 조항을 기준으로, 선행연구에서의 논의사항을 반영하고, 다른 법령·규칙 중 수범이 되는 내용을 차용하는 방식을 기본으로 할 것이다¹¹⁹⁾.

119) 이와 같은 방식은 이미 관련 선행연구에서 활용된 바 있고(이형근, 앞의 논문(2020c), 104-113면), 제정 수사준칙상 관련 조항의 조문화에도 유사한 방식이 사용된 것으로 확인된다(제2장에서 조항별 입법경위 등을 상론하였다).

1. 출석요구

출석요구 전반과 관련하여, ① 제정 수사준칙 제19조 제1항 제1호에 따라 ‘전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법’을 활용할 때에도 적법절차가 준수될 수 있도록 하여야 할 것으로 생각된다. 가령, 제1호의 뒷부분에 “이 경우 진술거부권 등의 고지, 수사과정의 기록 등 적법절차를 준수할 것”이라는 유의사항을 추가할 수 있을 것이다. ② 제19조 제1항 제3호의 ‘충분한 시간적 여유’를 보다 구체화하여야 할 것으로 생각된다. 가령, 충분한 시간적 여유 옆에 “최소 48시간”이라는 구체적 기준을 병기할 수 있을 것이다. 48시간은 관련 선행연구가 공통적으로 제안하는 시간적 기준인바¹²⁰⁾, 이를 참고하고 심층적 논의를 거쳐 합리적 기준을 설정하면 될 것으로 생각된다¹²¹⁾. ③ 제19조 제1항 제4호의 ‘불필요하게 여러 차례’를 보다 구체화하여야 할 것으로 생각된다. 이 부분은 출석요구의 횟수를 제약하기보다 제19조 제1항 제4호의 앞부분에 “사전에 기록을 면밀히 검토하여 신문내용 및 쟁점사항을 정리하는 등 신문이 원활하게 이루어지도록 함으로써”라는 유의사항을 추가하는 방식을 제안하고자 한다¹²²⁾. 각 사건마다 필요한 진술의 범위가 다르고, 신문결과 및 수사사항에 따라 추가 진술의 청취가 필요한 경우가 있기 때문이다.

아울러, ④ 피의자의 일상을 보다 두텁게 보장하고 수사기관에의 출석이 가외의 불편으로 이어지는 사례를 방지하기 위해 출석시 신속한 조사에 관한 규정을 마련할 필요가 있을 것으로 생각된다. 가령, 제19조 제1항 제5호에 “출석한 피의자에 대하여는 지체 없이 진술을 들어야 하며 장시간 기다리는 일이 없도록 할 것”이라는 유의사항을 추가할 수 있을 것이다. 이는 이미 현행 수사준칙 및 범죄수사규칙에 있는 내용이다¹²³⁾. 또한,

120) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 348-349면; 최영승, 앞의 논문(2003), 84-86면.

121) 아울러 충분한 시간적 여유를 주는 데에는 생업의 보장뿐만 아니라 방어권의 보장이라는 취지도 있으므로, 생업 외에 “방어권 행사”를 병기할 필요가 있을 것이다.

122) 이 부분은 대검찰청예규인 영상녹화 업무처리 지침 제7조의 규정을 차용하여 조문화하였다. 2019. 3. 15. 일부개정 대검찰청예규 제982호 영상녹화 업무처리 지침 제7조 “검사 및 수사관은 사전에 기록을 면밀히 검토하여 신문내용 및 쟁점사항을 정리하고 장비의 정상적인 작동여부를 확인하는 등 조사·신문이 원활하게 이루어지도록 사전 준비를 철저히 하여야 한다.”

123) 현행 수사준칙 제19조 제4항 “피의자나 참고인이 출석하였을 때에는 지체 없이 진술을 들어야 하며, 오랫동안 기다리게 하는 일이 없도록 하여야 한다.” 경찰청훈령인 범죄수사규칙 제54조

⑤ 출석요구 과정에서의 사전신문 여지를 차단할 규정을 마련할 필요가 있을 것으로 생각된다. 가령, 제19조에 “피의자에게 출석요구를 할 때에는 범죄사실과 정상에 관한 사항을 신문해서는 아니 된다.”라는 항을 신설할 수 있을 것이다¹²⁴⁾.

서면에 의한 출석요구와 관련하여, ⑥ 출석요구의 취지를 명확하게 기재하도록 할 실천적 방안을 마련하여야 할 것으로 생각된다. 제정 수사준칙 제19조 제3항은 이를 위해 ‘출석요구의 취지를 구체적으로 기재한 출석요구서’를 발송해야 한다는 규정을 두고 있다. 따라서 이 문제는 제19조 제3항의 내용을 수정·보완하기보다 출석요구서 서식의 ‘출석요구 내용’ 부분을 정형화하는 방법으로 개선하는 것이 보다 현실적일 것으로 생각된다. 가령, 출석요구서 서식의 출석요구 내용 부분에 “범죄의 일시 및 장소, 피해자, 방법 및 결과(피해정도)를 기재하기 바랍니다. (예시) 귀하가 2000년 00월 00일 00에서 00의 방법으로 피해자 000을 속여 000원을 교부받았다는 내용의 고소가 접수되어, 귀하를 피의자로 조사하고자 합니다.”라는 내용을 탑재할 수 있을 것이다¹²⁵⁾.

전화 등 기타 방법에 의한 출석요구와 관련하여, ⑦ 출석요구의 취지 등이 서면에 의한 출석요구와 동일하게 고지될 수 있도록 하여야 할 것으로 생각된다. 가령, 제정 수사준칙 제19조 제3항의 뒷부분에 “이 경우 피의자가 지정하는 방법(SMS, MMS, SNS 등)으로 출석요구서(pdf, hwp 파일 등)를 발송하여야 한다.”라는 내용을 추가할 수 있을 것이다¹²⁶⁾. 이를 통해 전화 등 기타 방법에 의한 출석요구를 제약하지 않으면서도 관련 정보의 누락, 출석자 지위의 불명확한 고지 등의 문제를 해소할 수 있을 것으로 생각된다. ⑧ 아울러 전화로 출석요구를 하는 경우에는 그 내용을 녹음하도록 하고, 통화녹음물 등을 사건기록에 편철하도록 함으로써, 전달의 확실성을 제고하고 출석요구 과정에서의 사전신문 관행을 예방·통제할 수 있을 것으로 생각된다.

제3항에도 동일한 취지의 규정이 있다.

124) 이형근, 앞의 논문(2020a), 255면. 이 규정과 후술할 ‘사전신문의 금지’ 조항 등을 통해 출석요구 시점, 출석 후 조서작성 이전 시점 등 피의자신문 이전 절차에서의 사전신문 관행을 효과적으로 근절할 수 있을 것으로 생각된다.

125) 이형근, 앞의 논문(2020a), 256면의 ‘출석요구서 서식 개정안(私案)’ 참조.

126) 이형근, 앞의 논문(2020a), 257면.

2. 변호인의 신문참여 등

변호인의 참여·조력과 관련하여, ① 구술에 의한 참여신청을 명문화할 필요가 있을 것으로 생각된다. 가령, 제정 수사준칙 제13조에 “참여신청은 서면 또는 구술로 할 수 있다.”라는 규정을 신설할 수 있을 것이다. 이는 이미 검찰사건사무규칙에 있는 내용이다¹²⁷⁾. ② 변호인 참여신청이 있는 경우에는 원칙적으로 신문을 중단하도록 할 필요가 있을 것으로 생각된다. 관련 선행연구의 제안이 그러하고¹²⁸⁾, 대법원의 입장도 이와 같기 때문이다¹²⁹⁾. 가령, 제13조에 “신청을 받았을 때에는 변호인이 참여할 때까지 신문을 중단하여야 한다.”라는 규정을 신설할 수 있을 것이다¹³⁰⁾. ③ 변호인과의 신문 일시·장소 협의를 명문화할 필요가 있을 것으로 생각된다. 관련 선행연구의 제안이 그러하고¹³¹⁾, 이미 이를 명문화한 예가 있기 때문이다¹³²⁾. 가령, 제13조에 “신청을 받았을 때에는 피의자신문 일시·장소에 관하여 변호인과 협의하여야 한다.”라는 규정을 신설할 수 있을 것이다¹³³⁾.

변호인의 의견진술 및 이의제기와 관련하여, ④ 신문 중 의견진술 승인의 요건인 ‘정당한 사유가 없는 한’ 부분을 보다 구체화할 필요가 있을 것으로 생각된다. 정당한 사유 등과 같은 불확정 개념의 사용을 지적하는 선행연구가 많기 때문이다¹³⁴⁾. 생각건대, 제

127) 검찰사건사무규칙 제9조의2 제2항 “제1항의 신청은 서면 또는 구술로 할 수 있다.”

128) 조기영, 앞의 논문, 313면; 조성제, 앞의 논문(2009), 207면.

129) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결. 동판결은 “피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 형사소송법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다.”라고 판시하였다.

130) 단, 피의자가 변호인이 참여할 때까지 변호인의 참여 없는 신문을 요청하였을 경우는 예외로 할 수 있을 것이다.

131) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 233면; 박찬운, 앞의 논문, 69, 71면; 이영돈, 앞의 논문, 273면; 전승수, 앞의 논문, 390면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 233면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 84면; 정진연, 앞의 논문, 645면.

132) 변호인의 접견·참여 등 규칙 제9조 제1항 “제8조에 따라 변호인 참여 신청을 받은 때에는 피의자신문 일시·장소에 관하여 변호인과 협의하여야 한다.”

133) 단, 체포된 피의자신문의 경우에는 신문 일시·장소를 변호인에게 통지하고 변호인의 요청에 따라 조정할 수 있도록 하는 예외를 둘 수 있을 것이다.

134) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 232-233면, 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016b), 408면; 박찬운,

정 수사준칙 제14조 제2항에서 이 부분은 “신문에 현저한 지장이 없는 한”으로 수정하는 것이 보다 바람직할 것이다. ⑤ 부당한 신문방법뿐만 아니라 부당한 신문내용도 신문 중 변호인의 이의제기 대상으로 하여야 할 것으로 생각된다. 부당한 신문내용도 이의제기의 대상이 된다면 되어서야 한다는 선행연구가 있고¹³⁵⁾, 대법원의 입장도 그러하기 때문이다¹³⁶⁾. 따라서 제14조 제3항의 신문 중 이의제기 대상에 부당한 “신문내용”을 추가할 것을 제안한다.

제정 수사준칙은 참여의 제한과 이에 대한 불복방법 등에 관한 규정을 두고 있지 않다(제13조, 제14조). ⑥ 변호인의 신문참여제도에 있어 참여의 제한 문제는 본질적 부분에 해당하고, 관련 선행연구에서 가장 빈번하게 다루어지고 있는 쟁점임으로¹³⁷⁾, 제14조의 2를 신설하여 참여의 제한과 이에 대한 불복을 정치하게 규율할 필요가 있을 것으로 생각된다. 참여의 제한 등을 조문화함에 있어서는 선행연구가 거듭 지적하고 있는 ‘정당한 사유’의 구체화¹³⁸⁾, 제한사유의 타당화¹³⁹⁾ 문제를 적극 고려하여야 할 것이다. 참여의 제한 등에 관한 조문화 방안은 비교적 최근에 수행된 선행연구의 그것을 차용하여 제안

앞의 논문, 70-71면; 송호창, 앞의 논문, 15면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 81면; 천진호, 앞의 논문, 370면; 최석윤, 앞의 논문, 78-79면.

135) 정병곤, 앞의 논문(2016), 79-80면; 조 국, 앞의 논문(2017), 93-94면.

136) 대법원 2007. 11. 30. 자 2007모26 결정. 동결정은 “피의자 신문에 참여한 변호인의 피의자가 조력을 먼저 요청하지 않은 경우에도 그 의사에 반하지 않는 한 스스로의 판단에 따라 능동적으로 수사기관의 신문 ‘방법이나 내용’에 대하여 적절한 방법으로 상당한 범위 내에서 이의를 제기하거나 피의자에게 진술거부권 행사를 조언할 수 있는 것이 원칙이라 할 것이니, 변호인의 이러한 행위를 두고 신문을 방해하는 행위라고 평가할 수 없다 할 것이고, 이는 수사기관의 신문이 위법 또는 부당하지 않은 경우에도 마찬가지라 할 것이다.”라고 실시하였다.

137) 이형근, 앞의 논문(2020c), 86면. 지난 20년간 변호인의 신문참여를 주제로 수행된 39건의 연구 중 32건이 참여제한 문제를 다루고 있다.

138) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 232면; 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016b), 408면; 김두원, 앞의 논문, 213-214면; 김정연, 앞의 논문, 17면; 오택림, 앞의 논문, 233면; 이은모, 앞의 논문, 354면; 전승수, 앞의 논문, 396면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 231면; 정한중, 앞의 논문, 465면; 조기영, 앞의 논문, 317면; 조도현, 앞의 논문, 329면; 최석윤, 앞의 논문, 77면; 최영승, 앞의 논문(2006), 475면.

139) 권순민, 앞의 논문, 132면; 김대웅, 앞의 논문, 439면; 박찬운, 앞의 논문, 68면; 변필건, 앞의 논문, 241면; 심희기, 앞의 논문, 90면; 오택림, 앞의 논문, 233면; 이영돈, 앞의 논문, 275-278면; 전승수, 앞의 논문, 406면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 83면; 조 국, 앞의 논문(2004), 57면; 조 국, 앞의 논문(2017), 91-92면; 조기영, 앞의 논문, 323면; 주승희, 앞의 논문, 441-444면; 최석윤, 앞의 논문, 78면.

하고자 한다¹⁴⁰⁾.

아울러, ⑦ 참여환경 및 편의와 관련된 사항을 시대적 흐름 및 여타 법령·규칙의 수준에 부합하는 방향으로 보완할 필요가 있을 것으로 생각된다. 제정 수사준칙은 이미 좌석 배치, 메모권 등 조력권 행사에 직간접적으로 영향을 미치는 부분까지 보장하고 있다(제13조 제1항). 따라서 제13조 제1항에 하위 법령·규칙 또는 수사기관의 시책에 의해 이루어지고 있는 “휴식시간”의 보장¹⁴¹⁾, “노트북 등 전자기기를 활용한 기록”의 보장¹⁴²⁾ 등을 추가로 명문화할 필요가 있을 것이다.

3. 사전신문

제정 수사준칙은 심야조사, 장시간 조사 등 부적정한 신문에 우려가 있는 사항에 대한 규정을 두고 있다(제21조, 제22조). 사전신문은 당해 진술청취 국면뿐만 아니라 신문절차 전반의 적법성, 나아가 이에 대한 증거법적 평가에까지 부정적 영향을 줄 수 있는 관행이고¹⁴³⁾, 진술청취 국면 적정화의 가장 유효한 대안인 영상녹화제도마저도 위협할 수 있는 요소이므로¹⁴⁴⁾, 제19조의2를 신설하여 사전신문 문제를 강력하게 규율할 필요가 있을 것으로 생각된다. 사전신문의 제한을 조문화함에 있어서는 ① ‘범죄사실과 정상에 관한 대화’가 신문에 해당한다는 점, ‘기록되지 않는 신문은 부적법하다는 점’ 등을 명확히 하고, ② 피의자를 신문하기 전에 범죄사실 또는 정상에 관한 대화를 나눈 사실이 있는지 ‘여부를 확인’하는 규정을 두는 등으로 규범력을 확보해야 할 것이다. ③ 아울러, 부득이 사전신문을 한 경우에는 그 사유와 내용을 ‘수사보고서 등에 기재’하도록 함으로써 사전신문 관행을 예방·통제할 수 있도록 하여야 할 것이다. 사전신문의 제한에 관한 조문화 방안은 비교적 최근에 수행된 선행연구의 그것을 차용하여 제안하고자 한다¹⁴⁵⁾.

140) 이형근, 앞의 논문(2020c), 113면.

141) 변호인 접견·참여 등 규칙 제14조 “변호인이 신문 중 휴식시간을 요청하는 경우 특별한 사정이 없는 한 휴식시간을 부여하여야 한다.”

142) 2020. 4. 6. 경찰청 수사기획과-7216 ‘변호인의 전자기기 사용 메모권 보장제도’ 전국 시행계획.

143) 이형근, 앞의 논문(2020a), 275면.

144) 이형근, 앞의 논문(2020a), 334면. 가령, “처음에는 영상녹화 없이 신문하다가 피의자가 자백하면 그 이후부터 영상녹화를 하는 관행이 있다.”라는 검사 경력자의 심층면접 응답이 있었다.

4. 소결

이상에서 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등을 중심으로 피의자신문 이전 절차를 적정화할 방안을 제안해 보았다(총18건). 출석요구에 관하여는, 출석요구 전반에 관한 개선방안 5건, 서면 출석요구에 관한 개선방안 1건, 기타 출석요구에 관한 개선방안 2건 등 8건의 개선방안을 제안하였다. 변호인이 신문참여 등에 관하여는, 참여·조력에 관한 개선방안 3건, 의견진술 및 이의제기에 관한 개선방안 2건, 참여제한 등에 관한 개선방안 1건, 참여환경 및 편의에 관한 개선방안 1건 등 7건의 개선방안을 제안하였다. 사전신문의 제한에 관하여는, 사전신문의 원칙적 금지, 사전신문에 대한 확인 및 통제장치 마련 등 3건의 개선방안을 제안하였다. 이상의 제안사항을 조문화하여 제시하는 것으로 소결을 갈음하고자 한다¹⁴⁵⁾.

제정 수시준칙	개선안
제13조(변호인의 피의자신문 참여·조력) ① <신설>	제13조(변호인의 피의자신문 참여·조력 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 형사소송법 제243조의2 제1항에 규정된 자의 신청을 받았을 때에는 변호인을 피의자신문에 참여하게 하여야 한다.
② <신설>	② 제1항의 신청은 서면 또는 구술로 할 수 있다.
③ <신설>	③ 검사 또는 사법경찰관은 제1항의 신청을 받았을 때에는 변호인이 참여할 때까지 신문을 중단하여야 한다. 단, 피의자가 변호인이 참여할 때까지 변호인의 참여 없는 신문을 요청하였을 때에는 피의자를 신문할 수 있다.
④ <신설>	④ 검사 또는 사법경찰관은 제1항의 신청을 받았을 때에는 피의자신문 일시·장소에 관하여 변호인과 협의하여야 한다. 단, 체포된 피의자신문의 경우에는 검사 또는 사법경찰관은 신문 일시·장소를 변호인에게 통지하고 변호인의 요청에 따라 조정할 수 있다.
① 검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 옆자리 등 실질적인 조력을 할 수 있는 위치에 앉도록 해야 하고, 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 법적 조언·상담을 보장해야 하며, 이를 위한 메모를 허용해야 한다.	⑤ 검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 옆자리 등 실질적인 조력을 할 수 있는 위치에 앉도록 해야 하고, 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 법적 조언·상담 및 휴식시간을 보장해야 하며, 이를 위한 기록(노트북 등 전자기기를 이용한 기록을 포함한다)을 허용해야 한다.
② <생략>	⑥ <생략>

145) 이형근, 앞의 논문(2020a), 360면.

146) 조문에서 ‘밑줄’친 곳이 수정·보완 또는 신설된 부분이다.

제정 수사준칙	개선안
③ (생략) 제14조(변호인의 의견진술) ① (생략) ② 신문에 참여한 변호인은 신문 중이라도 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 검사 또는 사법경찰관은 정당한 사유가 없는 한 이를 승인해야 한다. ③ 신문에 참여한 변호인은 제2항에도 불구하고 부당한 신문방법에 대해서는 검사 또는 사법경찰관의 승인 없이 이의를 제기할 수 있다. ④ (생략) 〈신설〉	⑦ (생략) 제14조(변호인의 의견진술 등) ① (생략) ② 신문에 참여한 변호인은 신문 중이라도 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 검사 또는 사법경찰관은 신문에 <u>현저한 지장이 없는 한</u> 이를 승인해야 한다. ③ 신문에 참여한 변호인은 제2항에도 불구하고 부당한 신문방법 및 신문내용에 대해서는 검사 또는 사법경찰관의 승인 없이 이의를 제기할 수 있다. ④ (생략) 제14조의2(참여의 제한과 이의신청 등)¹⁴⁷⁾ ① 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 참여로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 때에는 피의자신문 중 변호인의 참여를 제한할 수 있다. 이 경우 검사 또는 사법경찰관은 피의자와 변호인에게 변호인 참여를 제한하는 처분에 대해 형사소송법 제417조에 따른 준항고를 제기하거나 ○○○¹⁴⁸⁾에 이의를 신청할 수 있다는 사실을 고지하여야 한다. 1. 모욕적인 말과 행동 등을 하는 경우 2. 피의자를 대신하여 답변하는 경우 3. 신문 내용을 촬영·녹음하는 경우 4. 기타의 방법으로 신문을 방해 또는 수사기밀을 누설하는 경우 ② 제1항에 따라 변호인 참여를 제한하는 경우 검사 또는 사법경찰관은 그 내용을 조서에 기재하고 피의자와 변호인에게 그 사유를 설명하면서 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. ③ 제1항에 따라 변호인의 참여를 제한한 경우 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 다른 변호인을 참여시킬 기회를 주어야 하며, 그 사유가 해소된 때에는 당해 변호인을 신문에 참여하게 하여야 한다.
제19조(출석요구) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 할 때에는 다음 각 호의 사유에 유의해야 한다. 1. 출석요구를 하기 전에 우편·전자우편·전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법의 선택 가능성을 고려할 것 2. (생략) 3. 출석요구를 할 때에는 피의자의 생업에 지장을 주지 않도록 충분한 시간적 여유를 두도록 하고, 피의	제19조(출석요구) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 할 때에는 다음 각 호의 사유에 유의해야 한다. 1. 출석요구를 하기 전에 우편·전자우편·전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법의 선택 가능성을 고려하되, 이 경우 진술거부권 등의 고지, 수사과정의 기록 등 적법절차를 준수할 것 2. (생략) 3. 출석요구를 할 때에는 피의자의 생업 및 방어권 행사에 지장을 주지 않도록 충분한 시간적 여유(최소

제정 수사준칙	개선안
자가 출석 일시의 연기를 요청하면 특별한 사정이 없는 한 이를 수용할 것 4. 불필요하게 여러 차례 출석요구를 하지 않을 것 5. 〈신설〉 ② (생략) ③ 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 하려는 경우 피의사실의 요지 등 출석요구의 취지를 구체적으로 기재한 출석요구서를 발송해야 한다. 다만, 신속한 출석요구 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 전화, 문자메시지, 그 밖의 상당한 방법으로 출석요구를 할 수 있다. ④ 검사 또는 사법경찰관은 제3항 본문에 따라 출석요구서를 발송하였을 때에는 그 사본을, 같은 항 단서에 따라 그 밖의 방법으로 출석요구를 하였을 때에는 그 취지를 적은 수사보고서를 사건기록에 편철해야 한다. ⑤ (생략) ⑥ 〈신설〉 ⑦ 제1항부터 제5항까지의 규정은 피의자 이외의 자에 대한 출석요구의 경우에도 준용한다.	48시간)를 두도록 하고, 피의자가 출석 일시의 연기를 요청하면 특별한 사정이 없는 한 이를 수용할 것 4. 사전에 기록을 면밀히 검토하여 신문내용 및 접점사항을 정리하는 등 신문이 원활하게 이루어지도록 함으로써 불필요하게 여러 차례 출석요구를 하지 않을 것 5. 출석한 피의자에 대하여는 지체 없이 진술을 들어야 하며 장시간 기다리는 일이 없도록 할 것 ② (생략) ③ 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 하려는 경우 피의사실의 요지 등 출석요구의 취지를 구체적으로 기재한 출석요구서를 발송해야 한다. 다만, 신속한 출석요구 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 전화, 문자메시지, 그 밖의 상당한 방법으로 출석요구를 할 수 있다. <u>이 경우 피의자가 지정하는 방법으로 출석요구서를 발송하여야 하며, 전화로 출석요구를 하는 때에는 그 내용을 녹음하여야 한다.</u> ④ 검사 또는 사법경찰관은 제3항 본문에 따라 출석요구서를 발송하였을 때에는 그 사본을, 같은 항 단서에 따라 그 밖의 방법으로 출석요구를 하였을 때에는 <u>통화녹음물 또는 문자메시지 등의 사본, 출석요구서 사본 및 그 취지를 적은 수사보고서를 사건기록에 편철해야 한다.</u> ⑤ (생략) ⑥ <u>피의자에게 출석요구를 할 때에는 범죄사실과 정상에 관한 사항을 신문해서는 아니 된다.</u> ⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정은 피의자 이외의 자에 대한 출석요구의 경우에도 준용한다.
〈신설〉	제19조의2(사전신문의 금지)¹⁴⁹⁾ ① 검사 또는 사법경찰관은 조서작성 또는 영상녹화를 하지 아니하는 상태에서 피의자에게 범죄사실 및 정상에 관한 사항을 질문하거나 들어서는 아니 된다. ② 검사 또는 사법경찰관은 조서작성 또는 영상녹화를 하지 아니하는 상태에서 피의자에게 범죄사실 및 정상에 관한 사항을 질문하거나 들을 때에는 그 사유와 내용을 수사보고서에 기재하여 수사기록에 편철하여야 한다. ③ 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각호의 사항을 개방형 질문으로 확인하여야 한다. 이 경우 피의자의 답변은 피의자로 하여금 자필로 기재하게 하거나 사법경찰관이 피의자의 답변을 기재한 부분에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. 1. 신문 전에 신문에 영향을 미칠 수 있는 강압, 회유 등을 받은 사실이 있는지 여부 2. 신문 전에 사법경찰관과 범죄사실 또는 정상에 관한 사항에 관한 대화를 나눈 사실이 있는지 여부

V. 결론

형사소송법 개정에 따라 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙을 구체화하는 제정 수사준칙이 입법예고 되었고, 제정 수사준칙은 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등 피의자신문 이전 절차에 관한 규정을 정비하고 있다. 이에 본연구는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등을 중심으로 제정 수사준칙상 관련 조항을 검토하고, 각 쟁점에 관한 수사현실과 학계의 논의를 고찰하여, 수사준칙상 관련 규정의 개선방안을 제시해 보았다.

제2장에서는 제정 수사준칙상 관련 조항의 내용과 입법경위를 살피고, 제정 수사준칙이 피의자신문 이전 절차에 관한 사항을 상위 법령에 규정하고 검사 및 사법경찰관 양자를 수범자로 설정한 점, 각종 하위 법령·규칙에 산재해 있던 수범례를 발굴하고 통합한 점 등에 있어 그 의의가 크다는 사실을 확인하였다. 제3장에서는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 수사현실과 학계의 논의를 일별하고, 수사준칙상 관련 조항의 수정·보완 필요성을 확인하였다. 제4장에서는 이상의 연구를 토대로 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 총18건의 개선방안을 제안하고, 조문화(안)을 제시하였다.

개정 형사소송법이 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 강화하였으므로, 피의자신문 국면에서 발생한 하자에 대한 사후적 통제가 한결 용이해질 것으로 생각된다. 그러나 전문법칙의 적용범위(공판절차 등), 내용부인 조서의 탄핵증거 사용 가능성 등을 고려할 때 피의자신문 국면에 대한 사전적 통제는 여전히 필요하고 중요하다. 제정 수사준칙은 변호인의 신문참여, 출석요구, 심야조사, 수사과정의 기록 등 피의자신문 국면에 관한 규정을 정비함으로써 수사기관 간 신문절차의 통일성과 적정화를 도모하고 있다. 다만, 다른 하위 법령·규칙상의 수범례, 수사현실 및 학계의 논의 등을 모두 반영하고 있는 것은 아니어서, 관련 규정을 수정·보완하는 작업이 지속되어야 할 것으로 생각된다. 모쪼록

147) 이형근, 앞의 논문(2020c), 113면에서 인용. 저자의 인용허락을 받았으며, 저자의 모든 권리가 보호됨.

148) 신문자의 상급자, 중립적 중재자, 민간인이 참여하는 위원회 등을 의미한다.

149) 이형근, 앞의 논문(2020a), 360면에서 인용. 저자의 인용허락을 받았으며, 저자의 모든 권리가 보호됨.

본연구가 이러한 개선 작업에 미력을 보탬 수 있기를 바란다.

참고문헌

- 권순민, 허위자백을 방지하기 위한 형사소송법상 몇 가지 제도들에 대한 검토, *조선대학교 법학논총* 제23권 제3호, 2016, 115-143.
- 김동률·이 훈, 피의자신문시 변호인참여를 반대하는 주장에 대한 반박론: 독일에서의 논의를 중심으로, *치안정책연구* 제30권 제3호, 2016a, 215-240.
- 김동률·이 훈, 피의자신문의 문제점과 변호인참여의 필요성, *조선대학교 법학논총* 제23집 제2호, 2016b, 395-414.
- 김두원, 한국형 미란다 원칙의 재정립과 수사 실무와의 관계에 관한 고찰, *중앙법학* 제21집 제2호, 2019, 197-229.
- 김대웅, 변호인의 피의자신문 참여권, *형사판례연구* 제17권, 2009, 411-447.
- 김정연, 형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장, *헌법학연구* 제25권 제4호, 2019, 1-36.
- 대검찰청, 국회 사법개혁특별위원회 업무현황 보고서, 2018.
- 박찬운, 변호인참여권의 현실과 문제점 그리고 활성화를 위한 제안: 대한변협의 설문조사를 바탕으로, *인권과정의* 제453호, 2015, 57-75.
- 법무·검찰개혁위원회, 법무·검찰개혁위원회 백서: 활동과 성과, 2018.
- 변필건, 변호인의 피의자신문 참여권의 제한에 대한 비교법적 고찰, *법조* 제58권 제2호, 2009, 206-252.
- 서보화, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안, *형사법연구* 제20호, 2003, 255-276.
- 송호창, 송두율 교수사건 경위와 법률상 주요쟁점, *민주법학* 제26호, 2004, 12-28.
- 심희기, 변호인의 피의자신문참여권의 내용, 범위, 한계, *인권과정의* 제347호, 2015, 83-98.
- 오택림, 변호인의 피의자신문 참여권에 관한 연구(하), *법조* 제57권 제4호, 법조협회, 2008, 211-242.
- 윤영철, 피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고: 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부 형사소송법개정안의 문제점을 중심으로, *형사정책연구* 제16권

제1호, 2005, 55-92.

이동희, 한국의 피의자신문절차와 그 개혁, 형사법연구 제21권 제4호, 2009, 135-152.

이상문, 형사소송법에서 권리의 구체적 의미, 경찰법연구 제8권 제2호, 2010, 147-168.

이영돈, 변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계, 경북대학교 법학논고 제47집, 2014, 261-282.

이은모, 수사절차에 관한 개정형사소송법의 내용 검토, 한양대학교 법학논총 제24집 제3호, 2007, 343-364.

이형근, 조서제도 관련 형사소송법 개정 논의, 형사정책연구소식 통권 제149호, 2019, 30-34.

이형근, 피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 연구: 신문, 조서 및 영상녹화의 운용론을 중심으로, 서울대학교 법학전문박사학위논문, 2020a.

이형근, 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 전망, 형사정책연구 제31권 제2호, 2020b, 149-181.

이형근, 변호인의 신문참여에 관한 하위 법령·규칙 비교연구, 법조 제69권 제3호, 2020c, 83-118.

이형근·백운석, 피의자신문조서의 왜곡에 대한 증거법적 평가방향: 왜곡에 대한 일반인과 변호사의 인식 비교연구, 경찰학연구 제19권 제4호, 2019, 133-164.

전승수, 피의자신문시 변호인참여권: 형사소송법 제243조의2의 해석을 중심으로, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009, 377-410.

정병곤, 피의자신문시 변호인 참여권, 한국민간경비학회보 제12권 제1호, 2013, 218-237.

정병곤, 인권보장을 위한 변호인참여권 강화 방안, 한국법학회 법학연구 제16권 제2호, 2016, 73-93.

정세곤, 경찰 피의자신문조서 제도의 발전 방안, 연세대학교 법학석사학위논문, 2019.

정진연, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계, 성균관법학 제18권 제3호, 2006, 633-660면.

정한중, 변호인의 피의자신문 참여권과 증거개시 청구권, 외법논집 제27집, 2007, 453-478.

- 조 국, 형사소송법 분야 2003년도 주요판례, 형사법연구 제21호, 2004, 53-80.
- 조 국, 변호인의 피의자신문참여권 및 피의자의 출석 및 신문수인의무 재론, 저스티스 통권 제160호, 2017, 86-105.
- 조기영, 변호인의 피의자신문참여권, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 303-328.
- 조도현, 수사절차상 변호인 참여에 관한 연구, 조선대학교 법학논총 제16권 제2호, 2009, 311-350.
- 조성제, 피의자신문에 있어서 헌법상 적법절차원리의 구현, 세계헌법연구 제14권 제1호, 2008, 345-384.
- 조성제, 수사기관의 피의자 신문시 변호인 참여권과 피의자 인권, 한국경찰학회보 제11권 제1호, 2009, 201-226.
- 주승희, 피의자신문에 참여한 변호인의 진술거부권행사 권고와 변호인윤리, 숭실대학교 법학논총 제33집, 2015, 419-449.
- 천진호, 형사절차에서 변호인의 역할 제고 방안, 한양대학교 법학논총 제28집 제4호, 2011, 365-385.
- 최석운, 변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 고찰, 형사정책연구 제23권 제4호, 2012, 63-90.
- 최영승, 피의자신문에 있어 적법절차의 법리에 관한 연구, 경희대학교 법학박사학위논문, 2003.
- 최영승, 피의자신문과정에서의 적법절차에 관한 사개추위안의 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 463-484.

A Study on Pre-interrogation Clauses of Criminal Investigation Rules in 2020

- In Connection with Request for Appearance, Defense Counsel's Participation and Private Interrogation -

Lee, Hyoung Keun*

According to Criminal Procedure Act amended in 2020, Criminal Investigation Rules have been pre-announced. The Criminal Investigation Rules reorganize pre-interrogation clauses. As amended Criminal Procedure Act gets into enforcement, postcontrol to interrogation phases will be much easier. Considering the range of application of hearsay rule and 'Evidence for Challenging Admissibility of Evidence' clauses, precontrol to interrogation phases is necessary and important as ever. So this study explored Criminal Investigation Rules in connection with 'request for appearance', 'defense counsel's participation' and 'private interrogation', and contemplated the investigation practices and advance researches about the issues, and suggested the improvement methods.

In chapter 2, the contents and circumstances of legislation were explored, and the meaning of Criminal Investigation Rules such as integration of concerning rules and excavation of model cases were identified. In chapter 3, investigation practices and advance researches about request for appearance, defense counsel's participation and private interrogation were explored, and the necessity of improvement of Criminal Investigation Rules was identified. In chapter 4, improvement methods which consist of 18 improvement methods of concerning issues were suggested along with provisions.

* Korean Police Investigation Academy, Superintendent, S.J.D., Ph.D. in Psychology.

- ❖ key words: Criminal Procedure Act amended in 2020, Criminal Investigation Rules in 2020, Request for Appearance, Defense Counsel's Participation, Private Interrogation.

