

개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계

황 문 규 *

국 | 문 | 요 | 약

개정 형사소송법 제196조는 경찰에게 수사개시 및 진행에 대한 법적근거를 부여함과 동시에 지금까지처럼 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘권을 보장해주고 있다. 그런데 법은 검사의 지휘에 관한 구체적 사항을 대통령령에 위임하고 있어, 이를 어떻게 규정할 것인지와 두고 검찰과 경찰은 벌써부터 갈등양상을 보이고 있다. 그 논란의 중심에는 검사의 지휘를 받는 수사의 범위에 경찰의 내사활동이 포함되느냐가 있다. 왜냐하면 경찰은 내사를 포함한 경찰수사에 대한 지휘권을 강화하려고 하고, 경찰은 수사지휘의 범위를 줄여 경찰수사의 자율성을 최대한 확보하려고 하기 때문이다. 검사의 지휘에 관한 대통령령은 결국 수사지휘권의 행사범위와 한계를 어떻게 설정할 것인가의 문제로 귀결된다.

본 연구는 이 문제에 대한 해답을 찾기 위한 과정의 하나로 개정 형사소송법 제196조에 따른 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계를 고찰해 본다. 이를 근거로 검사의 수사지휘에 관한 대통령령 제정의 방향을 제시한다.

❖ 주제어 : 수사주체성, 수사개시권, 수사지휘권, 내사, 검사의 지휘에 관한 대통령령

* 독일 튀빙엔 대학 법학박사(형사법)

I. 서론

2011년 6월 20일 검찰총장과 경찰청장은 우여곡절 끝에 수사권 조정안에 합의하였다. 국회는 검·경 양 기관이 합의한 이 조정안을 근거로 지난 6월 30일 형사소송법(이하 형소법) 제196조에 대한 개정안을 통과시켰다¹⁾. 이로써 지난 수 십년간 많은 논란과 갈등을 빚어온 검·경 수사권문제는 ‘일단’ 조정이 이루어진 것으로 평가되고 있다.

그런데 많은 사람들이 수사권을 둘러싼 검·경간 갈등은 완전 해소되었다기보다는 여전히 진행형이라고 생각하고 있다. 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘권을 둘러싼 대통령령 제정 문제가 남아있기 때문이다. 특히 검찰과 경찰이 이미 합의한 조정안을 두고도 각기 달리 해석하면서 대립양상을 보이고 있음을 고려하면 더욱 그렇다. 때문에 앞으로 진행될 대통령령 제정과정에서 개정 형소법의 취지에 부합하는 조정안이 도출될 수 있을지에 대한 강한 의구심이 제기되고 있는 실정이다. 왜냐하면 검찰은 경찰수사에 대한 지휘권을 강화하려고 하고, 경찰은 검사의 수사지휘의 범위를 가능한 줄이면서 수사의 자율성을 강조하려고 할 것이기 때문이다. 검찰과 경찰은 제각기 자신이 속한 조직의 이익을 우선시함으로써 수사권조정을 통해 수사기관간 견제와 균형의 원리가 작동하는 수사구조를 만들어 국민의 인권보호라는 궁극적인 목적을 자칫 외면하지 않을까라는 우려가 있는 것도 사실이다.

그러면 이번엔 어렵사리 이루어진 형소법 제196조 개정의 진정한 의미는 무엇인가? 이는 바로 제196조에서 규정하고 있는 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계를 어떻게 해석할 것인지의 문제와 직결된다. 본 연구는 이 문제를 곰곰이 되짚어 봄으로써 앞으로 논의될 검사의 수사지휘에 대한 대통령령 제정의 방향을 가늠해 보고자 한다.

1) 형소법 개정과정에 대해서는 이동희, 경찰수사권 개정입법에 대한 평가와 향후 과제, 2011, 13면 이하.

II. 형소법 제196조 개정의 배경

1. 과도한 검찰권에 대한 우려

1954년 형소법 제정을 위한 공청회에서 엄상섭 의원은 수사의 주도권을 누가 쥐느냐에 따라 ‘경찰파쇼’ 또는 ‘검찰파쇼’가 초래될 수 있음을 우려하였다²⁾. 수사기관을 대표하는 검찰과 경찰의 권한은 그 자체로 강력하고 국민의 이익에 직접적으로 영향을 미치는 것이어서 이를 적절하게 분산하여야 하는데, 그렇지 못하고 어느 한 기관에 권한이 집중될 경우 남용의 위험이 도사리고 있으며 결국에는 검찰 또는 경찰권력에 의한 ‘파쇼’ 체제를 불러올 수 있다는 지적이었다.

그런데 형소법 제정 당시의 사정은 검찰보다는 경찰에 의한 파쇼를 더 우려해야 했기 때문에 입법자들은 검사에게 수사권과 기소권을 주어 경찰의 수사를 지휘·통제하는 수사구조를 채택하게 된다. 여기에는 무엇보다도 경찰에 의한 극심한 인권 침해와 부정부패 등 경찰에 대한 불신이 커다란 영향을 미쳤다. 하지만 당시 입법자들은 검사에게 독점적 지위를 주면서도 “장기적으로” 형사사법체계는 수사권과 기소권이 분리되는 방향으로 나아가야 한다는 생각까지 포기한 것은 아니었다³⁾.

그러나 지난 50여 년 동안 형소법 운영과정에서 장기적으로 수사권력이 분리되

-
- 2) 당시 엄상섭 의원이 발언한 내용은 다음과 같다: “미국에 있어서 왜 수사는 경찰관, 기소는 검사, 이렇게 노렸느냐 하면 이것은 역시 미국 사람들 생각에는 권력이 한군데에 집중되면 남용되기 쉬우므로 권력은 분산이 되어야 개인에게 이익이 된다, 이렇게 생각했던 것입니다. 그런데 우리나라 실정으로 보면 수사기관이 범죄수사의 주도체가 된다면 기소권만을 가지고도 강력한 기관이거늘 또 수사의 권한까지 푸라스하게 되니 이것은 결국 검찰 파쇼를 가지고 온다는 것입니다. 그런데 지금 일본이나 미국 같은 데 있어서는 경찰기관이라는 것은 자치단체에 드러가 있어요. 혹은 영국 같은 데서도 그렇습니다. 이런 나라에서도 ‘수사는 경찰관이 해라, 기소 여부는 검찰관이 해라...’ 또 ‘증거가 모자라면 경찰에다가 의뢰해라...’ 이렇게 되어 있는데, 우리나라는 경찰이 중앙집권제로 되어 있는데, 경찰에다가 수사권을 전적으로 맡기면 경찰 파쇼라는 것이 나오지 않나, 검찰 파쇼보다 경찰 파쇼의 경향이 더 시지 않을까? 이런 점을 보아 가지고 소위원회나 법제사법위원회에서는 오직 우리나라에 있어서 범죄수사의 주도권은 검찰이 가지는 것이 좋다는 정도로 생각을 했던 것입니다. 그러나 장래에 있어서는 우리나라도 조만간 수사권하고, 기소권하고는 분리시키는 이러한 방향으로 나가는 것이 좋겠다는 생각을 가지고 있습니다.”
- 3) 형사소송법 제정당시의 검찰총장 한경만도 “수사는 경찰에 맡기고 검사에게는 기소권만 주자는 것은 법리상으로는 타당합니다만 앞으로 백년 후면 모르지만”이라며 장기적으로는 경찰에게 수사권을 부여하는 것이 합리적이라는 입장을 표명한 바 있다.

어야 한다는 관점은 민주화 시대를 거치는 등 시대변화에도 불구하고 외면당한 반면, 검사지배적 수사구조는 더욱 확대 강화되어 왔다. 이러한 경향은 검찰에게 적어도 선진국에서는 그 예를 찾아보기 힘들 정도로 많은 권한들을 독점할 수 있게 해주었다. 검찰은 그동안 법적으로 주어진 수사권, 경찰의 수사에 대한 수사지휘권, 영장청구권, 기소권, 형집행권 등을 독점적으로 행사해 옴과 동시에 범죄예방, 정보수집 등 법률로 정해지지 않은 활동까지 그 영역을 확장하고 있다⁴⁾. 반면, 이러한 검찰의 독점적 권한들을 견제하고 감시할 수 있는 장치마련에는 그다지 많은 관심을 기울이지 못하였다. 그 결과 검찰은 이러한 독점적 권한들을 국민을 위해 행사하기보다는 자신이 속한 조직 또는 조직구성원의 이익을 보호하기 위해 아무 거리낌 없이 사용함으로써 대한민국은 “검찰공화국”이라는 말이 등장할 정도로 검찰권 남용현상⁵⁾이 심각한 상태에 이르렀다. 여기에 검찰의 강력한 권한을 분산하고 견제, 감시할 수 있도록 검찰을 개혁해야 한다는 국민적 요구로 이어지게 된 이유가 있다. 그런데 검찰개혁 작업의 일환으로 논의된 대검찰청 중앙수사부 폐지, 특별수사청 신설 등이 의미있는 성과를 거두지 못함에 따라 경찰을 통한 검찰의 견제와 균형을 유지토록 하는 대안이 설득력을 얻게 되었고, 그것이 이번 형소법 개정으로 이어졌음도 부인하기 어려운 사실이다. 물론 그보다 더 주목할 만한 것은 그동안 검찰개혁을 논의하는 과정에서 ‘검찰은 개혁의 대상이지 주체가 될 수 없다’라는 검찰의 본질과 속성이 확인되었다는 점이다⁶⁾. 바로 이 점에서 앞으로 또다시 검찰개혁이 본격화할 수 있는 시기가 도래할 것이며, 그때 지금까지의 논의와 시도는 본격적인 검찰개혁 작업으로 이어지는 가교로서의 역할을 할 수 있는 토대가 될 것으로 보인다⁷⁾.

4) 김희수·서보학·오창익·하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 2011, 135면.

5) 이에 대해서는 김희수·서보학·오창익·하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 2011.

6) 검찰은 그간 스폰서 검사, 그랜저 검사 등과 같은 내부비리에 소극적으로 대응하면서도 지난 2011년 6월 30일 이루어진 국회의 형사소송법 개정에 대해서는 고위간부들이 집단사의를 표명하는 등 조직적으로 반발하여 국민들로부터 집단이기주의에 빠져있다는 비난을 받은 바 있다. 특히 김준규 전 검찰총장은 김·경 수사권조정 합의안이 검찰의 뜻에 반해 국회에서 수정의결된 것에 대한 불만으로 대통령의 만류에도 불구하고 사퇴를 강행하여 조직내부의 비리에 대해서는 반성하지 않으면서 외부의 개혁요구에 대해서는 강력 반발한다는 지적을 받은 바 있다. 이는 검찰이 개혁의 주체가 아닌 개혁의 대상이 될 수밖에 없음을 보여주는 좋은 예이다.

7) 프레시안, “국회 손떠난 검찰개혁, 이제는 국민이!”, 인터넷 검색(2011년 7월13일): <http://www.>

2. 수사현실과 법규정간의 괴리

현행 형소법 제196조 제1항에 의하면, 경찰은 검사의 지휘를 받아야만 수사를 할 수 있다. 경찰은 수사의 보조자로서 수사권의 주체인 검사의 지휘 없이는 수사의 개시조차 할 수 없다는 것이다. 검사의 지휘는 경찰수사의 개시·진행을 위한 “선차적·필수적 전제조건”인 셈이다⁸⁾. 물론 형소법 등에서 일정한 조건하에 사법경찰관에게 개별적인 수사권한을 부여하는 규정을 두고 있으나, 경찰수사의 일반적 근거조항으로 보는 것은 무리라는 게 학계의 일반적 입장이다⁹⁾.

경찰의 수사권에 대한 법규정 및 그 해석의 문제는 차치하더라도 실무적으로는 경찰이 형사사건의 대부분을 수사하고 있으며, 수사착수에 대한 검사의 지휘는 이루어지지 않고 있는 것이 현 실정이다. 여기에 수사현실과 법규정간의 괴리가 발생한다. 문제는 경찰의 수사권행사는 국민의 기본권을 침해하거나 침해할 가능성이 높은 국가공권력이어서 법적인 근거를 필요로 함에도 형사절차에 대한 기본을 다루고 있는 형소법에서 그러한 근거를 명확히 두지 않고 있다는 점이다¹⁰⁾. 이는 현실적으로 검사의 지휘를 받지 않고 이루어지는 대부분의 경찰의 수사활동은 엄밀한 의미에서 위법에 해당하는 것이 아니냐는 주장으로 이어지기도 한다. 실제로 경찰에는 수사권이 없다는 인식이 일반화되어 경찰의 수사활동에 대하여 “검사가 수사권자 아니냐! 너희들이 뒤편 사람을 함부로 잡으려 하느냐”는 등 사건관계인들의 무시와 저항의 빌미가 되고 있기도 하다¹¹⁾.

그런데 이러한 수사현실과 법규정간의 괴리는 현행 검찰청법 제53조에 의해 더욱 심화되는 현상을 보여 왔다. 왜냐하면 현행 검찰청법 제53조는 검사의 지휘를

pressian.com/article/article.asp?article_num=30110713122924). 실제로 지난 8월5일 국회는 국회 저축은행 국정조사특위 기관보고에 증인으로 채택됐던 검찰간부 6명이 출석을 불응한 데 이어 동행 명령까지 거부한 것을 계기로 이른바 무소불위의 검찰권력에 대한 개혁방안을 논의하기 위하여 사법제도개혁특별위원회를 재가동하기로 결정하였다.

- 8) 조국, 현 시기 검찰·경찰 수사권조정 의 원칙과 방향, 2005, 228면.
- 9) 조국, 검사 수사지휘권 행사에 관한 연구, 2009, 60면; 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 2007, 152면; 박노섭, 사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제, 2005, 232면 이하; 이진국, 정완, 수사권 독립논의에 관한 검토, 2003, 179면.
- 10) 박노섭, 사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제, 2010, 236면.
- 11) 강형래, 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권, 2011, 15면.

경찰이 복종해야 할 대상으로 규정함으로써 검찰과 경찰의 관계를 상명하복 관계로 설정하고 있기 때문이다. 그 결과 실무적으로 사건담당 경찰관은 검사의 수사지휘에 따르기만 하면 된다는 소극적인 자세를 보여주고, 경찰수사간부는 자신의 지휘가 검사의 지휘와 상충될 것을 염려해야 할 뿐만 아니라 혹여 검사의 지휘와 상충될 경우에는 아무 의미가 없게 되는 등 경찰내부의 지휘체계가 무력화되는 문제를 초래해왔다¹²⁾. 게다가 검사의 수사지휘는 많은 경우 자의적으로 행사되는 등 남용되어 경찰로 하여금 “우리를 완전히 종처럼 부린다”는 자괴감을 가지게 함¹³⁾과 더불어 검찰과의 갈등구조를 형성, 심화시키게 만드는 부작용을 초래해왔다. 형소법상 수사절차를 이끌고 있는 우리나라 검사는 독일의 검사가 보여주는 바와 같이 경찰의 수사에 대한 ‘법률적인 통제자’로서의 역할¹⁴⁾을 수행하기보다는 ‘지휘’를 통해 경찰을 단순히 검찰의 수사를 보조하기 위한 도구로 전락시키고, 이를 통한 경찰의 검찰에의 예측에 큰 비중을 두고 있는 듯한 모습을 보여왔다. 이러한 모습은 검찰과는 다른 경찰의 존재이유를 제대로 인식하지 못하는 데서 비롯된다. 법적으로 범죄 수사라는 임무에 제한된 검찰과 달리, 경찰은 넓은 의미의 ‘치안’을 확보하기 위하여 범죄진압과 더불어 범죄예방이라는 임무를 수행할 것을 요구받고 있어 양 기관은 본질적으로 각기 서로 다른 특성을 가진 조직이다¹⁵⁾. 그럼에도 불구하고 검찰은 수사지휘를 매개로 복종이 요구되는 ‘명령’을 통해 형소법의 적용이 어려운 경찰의 예방적 기능까지 통제하려고 하는 것이다.

요약해 보자면, 현행 형소법 및 검찰청법은 지난 60여 년간 변화된 수사현실과 국민인식을 충분히 반영하지 못하고 있어 그에 대한 개정은 ‘선택’이 아니라 ‘시대적 요청’이었던 것이다. 그러나 경찰이 그간 추구해왔던 수사권조정이라는 측면에서 볼 때 이번 개정은 수사현실의 법제화에 중점을 두었기 때문에 처음부터 수사권 조정과는 거리가 있었다는 비판이 제기되기도 한다. 수사권조정의 목적이 검찰이 독점하고 있는 수사권과 기소권을 분리하고 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘를 폐지 또는 최소화하는데 있는 것으로 이해할 때 이번 개정은 ‘현실의 법제화’에 불과

12) 조국, 검사 수사지휘권 행사에 관한 연구, 2009, 50면.

13) 국회 사법제도개혁특별위원회, 제300회 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 5. 19), 17면.

14) 박노섭, 사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제, 2005, 231면.

15) Pütter, Polizei und Staatsanwaltschaft, 2003, 269-270면.

하다는 평가이다. 그러나 수사권조정 목적의 검찰과 경찰이 갈등과 대립구조를 벗어나 상호 협력체제하에 사회비리나 범죄를 효율적으로 척결하고 국민의 인권보호를 위해 수사권을 행사할 수 있는 수사구조를 만들어 가는데 있었다고 본다¹⁶⁾, 그러한 평가를 그대로 수용하기는 힘들다. 특히 검사의 수사지휘에 대한 구체적 사항을 법무부령이 아니라 검·경 양 기관의 협의를 필요로 하는 대통령령¹⁷⁾으로 규정하도록 국회에서 결정한 점을 고려하면 더욱 그렇다. 다만 그 성과는 향후 논의될 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘권에 대한 구체적 사항이 어떻게 규정되느냐에 따라 크게 좌우될 것으로 보인다.

III. 개정 형소법상 경찰의 수사개시권의 내용과 한계

1. 개정 전후 형소법 제196조의 내용

현 행	개 정
<p>제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.</p> <p>② 경사, 순경은 사법경찰관으로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다.</p> <p>③ 전2항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.</p>	<p>제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.</p> <p>② 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.</p> <p>③ 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.</p> <p>④ 사법경찰관은 범죄를 수사할 때에는 관계서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다.</p> <p>⑤ 경사, 경장, 순경은 사법경찰관으로서 수사의 보조를 하여야 한다.</p> <p>⑥ 제1항 또는 제5항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.</p>

16) 국회 사법제도개혁특별위원회, 제300회 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 5. 19), 18면.

17) 국무회의 규정(대통령령 제20741호) 제4조는 “국무회의에 상정할 의안으로서 2개 이상의 부·처에 관련되는 의안은 사전에 관계 부·처간에 합의를 얻어서 제출하여야 한다. 다만, 합의를 얻지 못한 때에는 그 사유를 명시하여 국무회의에 상정할 수 있다”고 규정하고 있다.

2. 경찰의 수사주체성 인정

개정 형소법 제196조 제2항은 경찰에게 독자적으로 수사를 개시, 진행할 권한을 부여하고 있어 경찰의 수사주체성을 인정하고 있다. 우리나라의 수사구조도 앞으로는 적어도 수사의 개시·진행에 있어서는 검사와 (특별)사법경찰 모두 수사의 주체가 됨으로써 검사 일원적 수사체제에서 ‘이원적 또는 다원적 수사체제’로 전환될 것으로 보인다. 이는 현행 형소법 제196조에 따른 수사지휘를 “검사가 수사를 행하는 하나의 방식”이라는 해석¹⁸⁾에 비추어 보면 더욱 명확해진다. 다시 말해 현행법상 경찰의 수사는 검사의 수사의 일부분에 지나지 않기 때문에 경찰이 하는 수사는 검사의 수사를 보조하는데 그쳤지만, 개정 형소법상 경찰의 수사는 적어도 개시, 진행에 있어서는 검사의 지휘없이도 그 정당성 및 적법성을 인정받게 됨을 의미한다.

이로써 경찰은 수사의 주체로서 원칙적으로 수사개시에 충분한 범죄혐의가 존재하는 한 검사에 대해서도 독자적으로 수사에 착수할 수 있게 된 것이다¹⁹⁾. 물론 검사의 수사지휘의 범위와 한계를 어떻게 설정하느냐에 따라 이미 개시한 검사에 대한 수사의 진행여부가 달라질 수 있을 것이다. 그럼에도 검사에 대한 경찰의 수사개시 권한은 현재 경찰이 견제받지 않는 무소불위의 권력기관이라는 비판이 끊임없이 이어지고 있고, 그래서 검사를 수사대상의 하나로 삼고 있는 소위 “특별수사청”의 신설 문제가 향후 언제든지 논의될 것이라는 점을 고려한다면, 향후 적지 않은 파급효과를 가져올 것으로 보여진다. 검찰과 사법경찰이라는 양대 수사기관이 대등한 수사주체로서 수사권을 두고 서로 견제할 수 있는 토대가 마련된 것이다. 지난번 국회 사법제도개혁특별위원회의 수사권 조정 논의가 국민이 부여한 수사권 주재자로서의 역할과 기능을 경찰이 제대로 수행하지 못하였다는 반성적 고려에서 출발하였다는 점에 비추어 볼 때 이는 굉장히 중요한 의미를 내포하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

18) 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 2007, 152면.

19) 2011년 3월 11일 국회 사법제도개혁특별위원회 제11차 회의에서 주성영 의원이 언급한 바와 같이 현행 형소법에 따르면이라도 경찰은 원칙적으로 검사는 물론 국회의원도 수사할 수 있다. 하지만 경찰의 수사는 검사의 지휘를 받아야 하고, 게다가 검사의 명령에 복종해야 하는 사정을 감안하면, 현실적으로 검사에 대한 경찰의 수사는 불가능한 것이나 마찬가지이다.

그렇다고 검찰에서 우려하는 바와 같이 검사의 수사권과 경찰의 수사권이 충돌하게 되는 등 국가수사권 체계의 난립상이 초래되고, 또 양 기관이 동일한 범죄에 대하여 경쟁적으로 조사를 벌임으로써 형사사법의 효율성 및 국민인권 보호 측면에서 심각한 부작용을 초래할 것²⁰⁾이라고 보기는 어렵다. 왜냐하면 검사에게 경찰수사에 대한 지휘권이 보장되어 있기 때문이다. 다만 검사의 수사지휘권이 얼마나 합리적으로 행사되느냐에 따라 그 결과는 달라질 것이다.

바로 이 점에서 경찰에게 수사개시권을 부여하는 규정도 형소법 제195조에 규정하거나 또는 제196조의 표제를 ‘사법경찰관리의 수사’로 하여 검사와 같이 경찰도 수사의 주체임을 분명히 하는 게 입법기술상 바람직하지 않았나 하는 아쉬움이 남는다. 그럼으로써 형소법 제195조는 수사의 주체로서 검·경 수사기관을 명시하고, 같은 법 제196조에는 검사의 수사지휘권에 관한 규정을 두어 양 조문의 관계를 분명히 할 수도 있었기 때문이다²¹⁾. 문제는 그렇지 못함으로써 개정 형소법 제196조 제1항에서 말하는 검사의 지휘를 받는 “모든 수사”의 개념이 경찰에서 하는 수사만을 의미하는 것인지, 아니면 검찰에서 하는 수사도 포함하는지에 대한 논란의 여지를 남겨놓았다는 점이다²²⁾.

3. 경찰의 독자적 수사개시권 명문화

형소법 제196조의 개정으로 이어진 이번 검·경 수사권조정은 무엇보다도 경찰의 수사개시권 인정에 방점을 두고 있다. 개정 형소법 제196조 제2항은 “사법경찰

20) 정웅석, 수사권독립론에 관한 연구: 형사소송법 제195조와 제196조의 개정에 관한 비판적 시각에서, 2005, 112면.

21) 정완, 이진국, 수사권 독립논의에 관한 검토, 2003, 197면. 여기에는 검찰이 경찰을 아직까지 법적으로 수사의 주체로 인정하지 않겠다는 강한 의도가 반영된 측면이 있다. 검찰측은 경찰의 수사주체성 인정 요구에 대해 현행 형소법 제196조로도 충분히 사법경찰관에게 수사의 주체성이 인정된다고 주장하고 있다. 그럼에도 정작 법률로 이를 명문화하지는 주장에 대해서는 예나 지금이나 거부반응을 보이고 있다. 달리 해석하면 이는 검찰의 경찰지배를 정당화하기 위한 검찰만능주의의 오류에 빠진 논리에 지나지 않는 것으로 보인다.

22) 독일의 경우는 우리와 달리 형소법 제160조에서 검사의 임무를 규정하고, 제161조 제1항에서 검사에게 직접 수사하거나 경찰로 하여금 수사를 하게 할 수 있는 권한을 부여하는 규정을 별도로 두고 있다.

관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다”라고 규정함으로써 명시적으로 경찰에게 수사의 개시권을 부여하고 있다. 이는 앞서 지적한 바와 같이 검사의 지휘를 받지 않고 수사에 착수하는 기존 경찰의 수사현실과 동떨어진 범규범간의 간격을 메꿀 수 있는 토대를 마련해 주었다는 점에 그 의의가 있다. 교통·정보통신기술의 획기적 발달에 힘입어 점점 기동성을 더해가는 현대범죄에 효과적으로 대처하기 위해서는 신속한 수사착수로 조기에 증거를 확보해야 하는 것이 성공적인 수사를 위한 생명인데, 수사의 개시단계에서부터 모든 수사에 대하여 검사의 지휘를 받기를 요구하는 규정은 수사현실과는 동떨어져 있었기 때문이다.

경찰에게 수사개시권을 부여한다는 것은 “범죄혐의를 인지한 때”에 경찰은 원칙적으로 검사의 개입여부를 기다릴 필요가 없이 독자적으로 수사를 개시할 수 있음을 말한다. 경찰은 이제 범죄혐의를 인지하였다면 수사를 개시하면 되는 것이지, 수사의 개시여부에 대해 검사의 지휘를 받을 필요가 없게 된 것이다. 이는 경찰이 검찰과는 달리 범죄수사 이외 범죄예방의 임무도 지고 있다는 점에서, 그리고 이 두 가지 임무는 종종 동시에 수행되어야 할 상황이 벌어진다는 점에서 특히 중요한 의미를 부여하지 않을 수 없다²³⁾. 예컨대, 대형건물에 화재가 발생하거나 지하철에서 폭발사고가 발생하였을 경우 경찰은 이에 대해 혼잡상황 정리 등 위험방지 조치 및 그 과정에서 발생할 수 있는 범죄예방의 조치를 우선적으로 취해야 하는데, 이러한 상황에서 수사가 필요한 지, 필요하다면 언제, 어떻게 시작할 것인가는 검찰보다 경찰의 자체적인 판단에 따르는 게 상황을 신속하고 효율적으로 처리할 수 있기 때문이다²⁴⁾.

경찰의 수사개시권은 수사를 개시할 것인지 또는 말 것인지를 스스로 결정할 수 있는 재량의 문제가 아니라 의무로 이해해야 한다. 경찰이 범죄사실을 발견했는데도 경찰의 선택에 따라서 수사개시 여부가 결정된다면 수사권남용의 우려가 높아지기 때문이다.²⁵⁾ 또한 범죄로부터 국민의 생명과 재산을 보호해야 하는 게 국가의

23) Ackermann/Clages/Roll, Handbuch der Kriminalistik, 2011, 98면.

24) Albertini, Das Verfahren vor der Eröffnung der Untersuchung - aus der Sicht der Polizei, ZStrR 3/2010, 340-341면.

25) 국회 사법제도개혁특별위원회, 제300회 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 5. 19), 15면.

기본적인 책무인 만큼 본질적으로 검찰은 물론이고 경찰의 범죄수사를 ‘권한’이 아닌 ‘의무’로 이해하여야 하기 때문이다²⁶⁾. 이는 형소법 제195조에서 범죄혐의가 있는 경우에 검사에게 수사를 강제하고 있는 수사법정주의와도 부합한다²⁷⁾.

그러나 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 ‘때’, 즉 수사의 개시시점에 대한 판단은 경찰에게 주어져 있는 것으로 해석하여야 한다. 수사착수에 필요한 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의로서 수사절차를 개시하기에 앞서 먼저 범죄혐의가 충분한지 아닌지에 대한 수사기관의 주관적 판단이 필요하기 때문이다²⁸⁾. 대법원도 “수사를 개시할 것인가 또는 조사활동을 종결할 것인가의 판단은 수사기관이 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 권한을 적절하게 행사할 수 있도록 합리적인 재량에 위임되어 있는 행위”임을 지적하면서 수사의 개시 이전에 범죄혐의 여부를 확인하는 활동에 관한 수사기관의 자체적인 판단을 인정하고 있다²⁹⁾. 다만, 이러한 결정은 자칫 수사범위를 무제한으로 확대하는 등 수사권남용으로 이어질 수 있는 만큼 충분한 구체적 사실에 근거를 두어야 한다. 또한 일정한 수사조건³⁰⁾ 즉, 수사의 필요성과 상당성이라는 조건이 갖추어질 것을 필요로 한다. 따라서 경찰의 수사개시는 원칙적으로 범죄구성요건이 갖추어지고 소추요건이 충족된 경우에 한해 그 필요성이 인정되며, 이 경우에도 수사로 인해 침해되는 법익이 수사으로써 달성하려는 공익보다 더 중대하다고 판단된다면 수사절차의 개시는 허용될 수 없는 것으로 보아야 한다³¹⁾.

4. 경찰의 자율적 수사진행권 인정

이번 형소법 제196조 개정의 의의는 경찰이 단지 수사개시권을 부여받았다는 데

26) 정완, 이진국, 수사권 독립논의에 관한 검토, 2003, 196면.

27) 신동운, 신형사소송법, 2011, 45면.

28) 그렇더라도 고소, 고발 또는 자수가 있는 경우에는 경찰은 형소법 제238조 및 제240조에 따라 즉시 수사에 착수하여야 한다. 변사자 또는 변사의 의심이 있는 시체가 있는 경우에는 형소법 제222조에 따라 수사착수에 앞서 검사가 필요하다.

29) 대법원, 2006. 12. 7. 선고 2004다14932 판결.

30) 이에 대해서는 노경환, 수사조건과 적법절차의 이중기능, 2010, 595면 이하.

31) 배종대, 이상돈, 형사소송법, 2006, 184면.

에 그치지 않는다. 경찰은 독자적으로 개시한 수사의 성공을 위해 법적으로 허용된 필요한 조치를 취해 나갈 수 있는 권한 즉, 수사를 자율적으로 진행할 권한을 부여 받은 것이다. 개정 형소법 제196조는 이러한 경찰의 자율적 수사진행권을 특정범죄에 제한하거나 또는 특정 수사단계에 한정하지 않고 있다. 따라서 경찰은 범죄발생에 대한 수사개시 등 초동수사 뿐만 아니라 수사의 개시부터 종결 전 단계에 이르는 모든 영역에 걸쳐 수사권을 행사할 수 있다. 이는 검찰에서 경찰의 수사권조정 주장에 대한 반대논리로 그동안 펼쳐왔던 주장과도 맥락을 같이한다. 즉, 경찰은 수사를 개시한 이후 자율적으로 수사를 진행하는 과정에서 “검사의 지휘가 있으면 이에 따르고, 지휘가 없으면 통상적인 수사행위를 할 수 있다.³²⁾ 여기에는 모든 수사에 대한 빠짐없는 개입은 검찰에게 현실적으로 감당하기 어려울 정도의 업무부담을 가져올 것이라는 점이 작용하고 있다.

5. 경찰의 수사개시·진행권의 한계

그러나 경찰의 수사권은 검사에게 인정되는 완전한 수사권과는 달리 제한적이다. 경찰은 독자적으로 수사에 착수한 사건에 대해 스스로 종결할 권한을 갖고 있지 못할 뿐만 아니라 경찰의 수사에 대해서는 수사지휘를 통한 검사의 개입이 허용되어 있다. 개정 형소법 제196조 제1항은 경찰에게 모든 수사에 관하여 검사의 수사지휘를 받도록 하고 있으며, 제3항에서는 검사의 수사지휘가 있을 경우 경찰은 이에 따라야 함을 규정하고 있다. 검사의 지휘가 없는 경우 경찰의 독자적 수사권은 인정되지만, 이 경우에도 여전히 검사의 수사지휘는 가능하다는 점을 재확인하고 있는 것으로 해석된다. 한편 이들 규정은 궁극적으로 경찰에게 수사주체의 지위가 주어지더라도 형소법, 검찰청법 이외 특별법 및 여러 하위 법령에서 다양한 형태로 규정하고 있는 검사의 지휘권 보장을 담보하기 위한 조치로도 보여진다. 왜냐하면 검사의 지휘에 관한 규정은 형소법 등 법률보다는 하위법령에 많이 위임되어 있으며³³⁾, 계

32) 정웅석, 수사권독립론에 관한 연구: 형사소송법 제195조와 제196조의 개정에 관한 비판적 시각에서, 2005, 123면.

33) 이는 주로 검찰청법 제11조의 위임규정, 즉 “검찰청의 사무에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다”는 규정을 근거로 하고 있다.

다가 그러한 방법으로 검사의 수사지휘는 수사와 직접 관련이 없는 분야에까지 확장되어 있기 때문이다.³⁴⁾ 하지만 여러 하위법령에 규정된 검사지휘에 관한 규정의 효력의 지속여부는 앞으로 제정될 대통령령의 성격에 따라 결정될 것으로 보인다.

나아가 제4항에서는 경찰이 수사한 서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하도록 규정함으로써 전건송치주의 원칙을 채택하고 있다. 수사종결시 사건송치의무에 대한 법적근거를 지금까지는 법무부령인 사법경찰관리집무규칙 제54조에 두고 있었는데 이를 형소법에 명문화한 것이다. 이런 점을 고려하면 수사가 종결되기 전이라도 수사사항에 변경이 있을 때마다 관련서류 등을 검사에게 송부하라는 의미는 아닐 것이다. 오히려 이는 경찰도 수사주체로서의 지위를 획득한 이상 검사의 지휘에 관한 사항이 어떻게 규정되느냐에 따라 송치의무를 지지 않을 수도 있다는 해석의 여지를 처음부터 차단하기 위한 것이다³⁵⁾. 궁극적으로 이 규정의 취지는 경찰의 수사권 남용의 소지를 없애는데 있다고 이해할 수 있다. 따라서 경찰에게 독자적 수사개시권을 부여하면서도 수사지휘권과 더불어 수사의 종결권을 검찰에 둬으로써 자의적인 수사개시·진행 또는 수사권 남용으로 인한 국민인권 침해 등을 방지하기 위한 견제 또는 통제장치를 마련해 둔 것으로 봄이 타당하다³⁶⁾.

이와 같이 경찰의 수사권에 한계를 두고 있는 것은 경찰수사의 현실이 아직은 수사권과 공소권을 분리하여 검찰과 경찰 양 기관의 협조를 통한 적절한 공소권 행사를 담보할 정도의 수준에 이르지 못하는 못했음을 말해준다고도 볼 수 있다³⁷⁾. 경찰청장을 정점으로 한 10만 경찰조직은 강력한 중앙집권적 국가경찰제도를 유지하고 있으며, 범죄수사 및 범죄예방이라는 두 가지 임무를 수행하고 있어 경찰력이 사실상 국민생활의 모든 영역에 미치고 있다. 게다가 현대사회의 힘의 원천으로 간주되고 있는 정보, 특히 국민의 인권에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 막대한 정보를 축적

34) 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 2007, 160면. 수형자등호송규칙(대통령령 제22611호) 제2조에 근거한 경찰과 무관한 사건피의자 및 피고인의 호송, 재산형등에관한검찰집행사무규칙(법무부령 제729호) 제43조에 의한 사법경찰관리에 대한 벌과금등집행의 촉탁 등은 그 대표적인 예이다.

35) 이동희, 경찰수사권 개정입법에 대한 평가와 향후 과제, 2011, 19면.

36) 국회 사법제도개혁특별위원회, 제300회 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 5. 19), 16면.

37) 신양균, 검사의 수2한 검토, 2007, 152면; 조국, 현 시기 검찰·경찰 수사권조정 원칙과 방향, 2005, 232면.

하고 이용할 수 있는 강력한 조직과 장비를 갖추고 있다. 형사절차에 있어서도 우리나라 경찰은 10일간의 피의자 구속권 등 다른 민주국가의 경찰이 갖지 못한 권한을 보유하고 있는데 비해, 경찰에 의한 인권침해는 여전히 재생산되고 있음도 간과하기 어려운 사실이다³⁸⁾.

따라서 이러한 경찰력에 대한 적절한 통제와 견제가 없으면 자칫 ‘경찰국가’로 진행될 위험이 높아질 수밖에 없다. 우리 입법자도 이번 형소법 개정에 있어 이러한 점을 간과하지 않은 것이다. 수사는 그 주체가 누구든지 상관없이 그 특성상 합목적성을 추구하고, 경우에 따라서는 정책적 판단에 좌우되어 적법절차와 국민인권 보호에 대한 요청을 소홀히 할 가능성을 간과하기 어렵기 때문이다. 수사의 이러한 특성을 감안한다면 경찰에게만 수사권을 신중하게 행사할 것을 요구하는 것은 아니며, 검사에게도 수사와 일정한 거리를 두고 경찰의 수사를 사후 통제하는데 역량을 집중해 달라는 의미로 해석해야 할 것이다.

IV. 개정 형소법상 검사의 수사지휘권의 범위와 한계

1. 검·경관계의 변화: 상명하복관계에서 상호협력관계로

먼저 검사의 수사지휘권을 논하기에 앞서 개정 형소법에서의 검·경관계를 살펴볼 필요가 있다. 검사의 수사지휘도 기본적으로 지휘의 주체인 검사와 지휘를 받는 객체인 경찰과의 관계를 전제로 하고 있기 때문이다.

지금까지의 수사지휘는 검찰청법 제53조를 근거로 수동적 복종을 요구하는 명령으로 이해되었다. 이러한 수사지휘는 ‘수사’라는 직무상의 상명하복관계를 넘어 조직상의 상명하복관계를 기초로 한 개념이었다³⁹⁾. 그런데 검찰청법 제53조가 삭제되어 이제 검·경관계를 더 이상 명령을 하고 그에 복종하여야 하는 상명하복관계로 볼 수 있는 근거가 없어진 것이다. 물론 일부에서는 이 규정의 삭제에 대해 ‘전근대

38) 조국, 현 시기 검찰·경찰 수사권조정 의 원칙과 방향, 2005, 231면.

39) 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 2007, 165면.

적 용어'의 정리에 불과하며, 개정 형소법에 검사의 수사지휘 규정이 포함되어 있고, 또 검찰청법 제4조에도 수사지휘 규정이 명시되어 있어 '수사현실의 반영' 이상의 의미를 부여하기 어렵다는 주장이 있다⁴⁰⁾.

그러나 이 규정을 삭제한 취지는 국회 사법제도개혁특별위원회가 검찰청법 개정 이유에서 밝힌 바와 같이 검찰과 경찰의 관계를 명령과 복종의 관계에서 탈피하여 수사주체의 지위를 가진 “검찰과 경찰의 관계 재정립을 도모”하기 위함에 있는 것으로 이해하여야 한다. 그렇다면 제53조의 삭제는 ‘명령’ 내지 ‘복종’과 같은 구태의연한 표현을 단순히 현대적으로 표현한 것 이상의 의미를 지니고 있는 것이다. 특히 국회 사법제도개혁특별위원회 논의과정에서 명령복종관계에 근거한 검사의 수사지휘권의 오남용으로 인한 비판이 끊임없이 제기되었고, 그래서 이 규정의 삭제가 필요하다는데 대해 대부분의 입법자들이 동의했다는 점을 고려한다면 더욱 그렇다⁴¹⁾. 우리 입법자들은 이 규정의 삭제를 통해 단순히 ‘명령에 복종’이라는 전근대적인 용어를 정리하는 차원을 넘어 그 동안 지나치게 자의적으로 행사되어 왔던 검사의 ‘전근대적인 지휘문화’ 또한 근절시키고자 하였음을 부인하기 어렵다⁴²⁾. 이는 그러한 전근대적인 수사지휘로는 1954년 형소법 제정 이후 지난 60여 년간 꾸준히 발전해온 현재의 경찰수준은 물론, 그간 민주화된 사회변화를 충분히 반영하지 못하고 있어 형사실무의 발전에도 도움이 되지 않을 것이라는 반성적 고려에서 비롯된 것으로 볼 수 있다⁴³⁾. 지난 2011년 1월 1일부터 시행되고 있는 스위스 개정 형소법(제307조)도 경찰수사에 대한 검사의 지휘권을 인정하면서도, 이러한 지휘는 “검찰과 경찰간 상호협력”이라는 범주에서 이루어지는 것을 상정하고 있다. 이는 지휘의 개념을 복종과 명령으로 이해하기 보다는 상호협력을 위해 필요한 조정 내지 통제로 보고 있음을 의미한다. 독일형소법은 스위스처럼 비록 검·경 협력을 명문으로 규정하고 있지는 않으나, 실무적으로 검·경관계의 중심에는 ‘상호협력’이 자리하고 있다는데 이론이 없다⁴⁴⁾.

40) 김정범, 검·경 수사권 조정과 국민의 인권, 2011, 65면.

41) 2011년 6월 30일 국회에서는 검찰청법 개정안에 대해 재석 218명 가운데 반대표(기권 1명) 없이 217명의 의원이 찬성하였다.

42) 국회 사법제도개혁특별위원회, 제300회 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 5. 19), 17면.

43) 조국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 2010, 564면.

따라서 이번 형소법과 검찰청법의 개정취지에 부합하는 새로운 검·경관계는 수사의 효율성을 위해서는 상호협력하고, 국민의 기본권 보호라는 측면에서는 서로 견제하는 검·경관계의 정립을 의미한다. 검사의 지휘도 그러한 관계를 기초로 행사되어야 한다.

2. 검사의 수사지휘권 보장

앞서 살펴본 바와 같이 지금까지의 검찰은 수사지휘의 개념을 검·경간 상명하복 관계에 집착한 나머지 수사의 효율성 도모 및 국민인권 보호를 위한 감시와 통제보다는 복종이 요구되는, '명령'으로 이해한 것이 아닌가 싶다. 실제로 검찰은 현행 형소법 제196조 및 검찰청법 제53조의 규정에 따라 '지휘' 내지 '명령'의 상대방으로서 검찰청 소속 사법경찰관리와 조직이 다른 경찰청 소속 사법경찰관리를 구별하지 않고 있으며, 또한 구체적으로 그 지휘방법에 있어서도 경찰의 자율성을 훼손한 사례는 드물지 않다⁴⁵⁾. 이는 "수사와 관련하여 검찰청 직원에 대한 지휘와 사법경찰에 대한 지휘는 건물만 다르게 사용한다는 것만 제외하고는 전혀 차이가 없"음을 말해준다⁴⁶⁾. 결국 검사는 경찰에 대해 우월적 또는 지배적 지위에 있기 때문에 경찰 수사의 자율성을 존중하지 않아도 되는 것처럼 수사지휘를 해왔고, 심지어는 경찰 조직 자체가 지휘를 받아야 할 하나의 대상에 불과한 것으로 곡해해 왔음을 부인하기 어렵다⁴⁷⁾. 이와 같은 검사의 수사지휘권 행사는 독일, 프랑스 등 검사제도가 탄생한 이후 지금까지 지향해왔던 '법률의 감시자'로서 경찰의 수사권남용 및 인권침해에 대한 '견제 내지 통제'라는 개념과는 거리가 멀다고 하지 않을 수 없다.

그럼에도 우리 입법자들은 개정 형소법에서도 여전히 검사의 수사지휘권을 보장해 주고 있다. 이는 검사에게 수사지휘권을 지금과 같이 무제한적으로 행사해도 좋

44) Weidmann, Die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft, 2001, 387면.

45) 송치의견 지휘시 "무의견"으로 송치할 것을 지휘하거나, 구속영장 신청서류에 "구속영장 발부를 청구바랍니다"라는 존대어 대신 "구속영장 발부를 청구바람"이라는 평어를 쓴 것을 문제삼아 구속영장을 반려하는 등의 사례는 그 좋은 예이다. 동아일보, 2005. 7. 21, "검·경신경전 불쌍 사납습니다", 인터넷 검색(<http://news.naver.com>에서 2011. 9. 5자 검색).

46) 박노섭, 사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제, 2005, 238면.

47) 조국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 2010, 564면

다거나 경찰수사의 자율성을 무시해도 된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 입법자가 의도한 검사의 수사지휘는 오히려 검사로 하여금 수사지휘를 통해 경찰수사가 견제받지 않고 남용됨으로써 발생할 수 있는 인권침해 등을 방지하거나 억제하는데 있다 할 것이다. 검사의 수사지휘권은 말하자면 경찰의 수사활동에 대한 한계를 설정하고, 그럼으로써 경찰수사권 남용의 여지를 차단하는데 맞추어져야 한다. 그렇게 본다면 수사지휘를 명분으로 경찰수사에 대한 검사의 무제한적인 개입은 경찰을 검찰에 완전히 예속시켜 검찰직원화하는 것으로 이번 형소법 개정취지와 맞지 않는 것임을 확인할 수 있다. 현실적으로 수사활동 자체가 가지는 탄력성, 기동성, 광역성 그리고 수사방법의 비정형성으로 인해 경찰의 모든 수사에 대한 빠짐없는 검사의 수사지휘는 사실상 불가능하고⁴⁸⁾, 그러한 시도는 경찰의 반발을 불러 ‘업무협조는 없고, 지휘만 존재하는 검·경관계’를 초래하여 결과적으로 검찰에 엄청난 업무 부담으로 되돌아 올 것이라는 사실을 외면하기도 어렵다. 지금까지 경찰은 검찰청법 제53조의 규정 때문에 검사의 지휘를 ‘수동적 복종이 요구되는 명령’으로 이해하여 ‘검사의 손발’ 역할을 자임한 측면이 있으나(그럼에도 검사의 일방적 지휘에 경찰은 적지않게 반발하였음), 이 규정이 삭제된 이상 앞으로의 검·경관계에서도 경찰이 이러한 역할을 아무런 마찰없이 수행할 것이라고 기대하기는 어려울 것으로 추측된다. 달리 표현하자면 검찰과 경찰이 한 조직에 속하지 않는 이상, 검찰이 경찰의 협조없이 지금까지처럼 일방적 복종을 강요하는 지휘만으로 범죄수사라는 국가책무를 원활히 수행하기를 기대할 수 없음을 말한다.

하지만 이것이 경찰수사의 모든 단계에서 검사의 수사개입이 불필요하다는 것으로 이해해서는 곤란하다. 그럴 경우 앞서 지적한 바와 같이 ‘경찰국가화’의 위험성은 그만큼 높아질 것이기 때문이다. 따라서 검사의 수사지휘권이 인정되는 한 경찰수사의 모든 단계에서 검사의 현실적 수사지휘는 물론 잠재적 수사지휘, 즉 수사지휘의 가능성은 열려있는 것으로 보아야 한다⁴⁹⁾. 다만, 검사의 수사지휘는 경찰이 책임감을 갖고 당연히 자율적으로 진행해야 할 수사사항에 대한 간섭에 머물거나 통상의 수사절차를 허락해 주는 정도에서 탈피하여 법률적 통제수준에서 유지되는 것

48) 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 2007, 164면.

49) 조국, 현 시기 검찰·경찰 수사권조정 의 원칙과 방향, 2005, 233면.

이 바람직하다고 하겠다. 요컨대, 검사는 수사경찰의 비리나 인권침해 등의 특별한 이유가 없다면 경찰수사의 초입단계부터 개입하거나 경찰수사 진행 중에 일방적으로 사건이송을 명하는 것을 자제하여야 하며, 수사지휘는 수사종결시 경찰에게 수사의 재개 또는 보강을 요구하는 방식으로 이루어져야 할 것이다⁵⁰⁾. 이것은 또한 현행 형소법에 따른 수사지휘에 대해 “검사의 수사지휘·감독은 피지휘자인 사법경찰관의 모든 수사권 발동을 일일이 구체적으로 완전히 통제한다는 의미가 아니다”라는 해석과 부합하기도 한다⁵¹⁾.

그런데 이런 식으로 검사의 수사지휘가 이루어질 경우 검찰은 경찰수사의 개시여부에 관한 사실조차도 제대로 파악하지 못해 경찰수사에 대한 법률적 통제는 사실상 불가능한 상황에 직면할 수도 있다. 경찰수사의 모든 단계에서 검사의 개입이 인정되는 것으로 본다면, 경찰수사가 개시되었다는 상황을 검사가 알고 있어야 하는 것이 검사의 수사지휘가 의도하는 목적에 부합한다. 여기에 경찰이 수사를 개시한 경우에 검찰에 보고할 필요성이 있다고 하겠다. 물론 이 경우에도 개정 형소법이 인정하고 있는 경찰의 수사주체로서의 지위를 전제하고, 경찰수사의 자율성이 훼손되지 않는 범위 내로 제한되어야 한다. 그렇지 않을 경우 자칫 경찰의 모든 수사에 대해 보고할 것을 요구한다거나, 현재 사법경찰관리집무규칙 제11조에서 규정하고 있는 바와 같이 22개 항목의 범죄발생에 대해 보고할 것을 요구하는 방식으로 이어져 오히려 수사지휘권의 확대나 다름없는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 따라서 수사개시에 대한 보고는 경찰수사과정에서 인권침해의 가능성이 특히 높은 사건에 제한되어야 할 것이다.

3. 검사의 수사지휘와 내사와의 관계

검사의 지휘를 받는 ‘모든 수사’의 범위에 경찰의 내사도 포함되는가? 이와 관련하여 법무부장관과 경찰청장은 지난 6월 20일 형소법 개정관련 합의문 발표 이후 개최된 국회 사법제도개혁특별위원회에서 ‘모든 수사에 내사사건은 포함되지 않는

50) 조국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 2010, 565면.

51) 법무연수원, 수사지휘론, 2003, 11면.

다'라는 입장을 밝혔다⁵²⁾. 이처럼 모든 수사에 내사는 포함되지 않는다는 부분에 대해 이견이 없다 하더라도 내사에 대한 수사지휘의 문제는 별개다. 내사의 범위를 어떻게 보느냐에 따라 수사지휘를 받을 수도 있기 때문이다. 경찰의 내사가 언제부터 형소법의 적용을 받는 수사활동이 되는가, 즉 수사와 내사의 범위 및 그 한계를 어떻게 해석하느냐의 문제이다.

지금까지의 관행을 보면, 경찰은 범죄사건부에 등재하는 '입건'이라는 형식적 절차를 거쳤느냐 여부에 따라 내사와 수사를 구분하는 형식설의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 형식설은 범죄를 인지한 수사기관이 사법경찰관리집무규칙 제21조 제1항에 따라 수사착수를 위한 범죄인지 보고서를 작성하거나 또는 경찰내사처리규칙(경찰청 훈령 제563호) 제11조에 따라 범죄사건부에 등재하는 등 수사기관의 내부적 절차인 '입건' 여부를 기준으로 내사와 수사를 구별하는 입장이다. 형식적으로 입건을 하지 않은 이상 첩보수집 등 정보활동은 물론이고 이를 통해 수집한 정보에서 범죄혐의의 유무를 확인하기 위한 강제처분이 수반된 활동도 내사활동으로 본다는 입장이다.

실질설은 내사와 수사를 구별하는 형식적 요건인 '입건' 여부와 상관없이 수사기관이 실질적으로 수사를 진행하였다면 이미 내사단계를 넘어 수사의 영역에 해당한다는 입장이다. 즉, 수사기관이 조사대상자에 대하여 범죄혐의가 있다고 판단하였음을 외부적으로 표시하는 일련의 조치가 있다면 그때부터 수사가 개시된 것으로 본다는 견해이다⁵³⁾. 대법원도 실질설에 따라 내사와 수사를 구별하고 있다. 대법원은 특별한 사정이 없는 한 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 본다면에서도 범죄인지는 실질적인 개념이라는 점에서 수사기관이 "범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니"라고 판시하고 있다⁵⁴⁾.

52) 국회 사법제도개혁특별위원회, 제301회 사법제도개혁특별위원회 회의록 제18호(2011. 6. 20), 13면.

53) 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 2004, 323면.

54) 대법원, 2001. 10. 26. 2000도2968 판결. 이 판결의 사실관계를 보면, 피고인은 검사가 범죄인지의 절차를 밟기 전에 작성한 피의자신문조서나 진술조서는 증거능력이 없다고 주장하였는데, 이에 대해 대법원은 입건여부와는 상관없이 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때에 범죄를 인지한

내사도 넓은 의미에서 수사의 일부⁵⁵⁾로 볼 수 있는데도, 이렇게 수사와 구별하려는 이유는 내사활동이 헌법상 요구되는 국민의 기본권보호와 직결되기 때문이다. 우리 헌법과 형사소송법은 형사절차와 관련하여 수사의 대상이 된 사람 즉, 피의자가 행사할 수 있는 여러 기본권을 보장해주고 있다. 그런데 만약 형식설의 입장에서 내사와 수사를 구별하게 된다면 수사기관이 ‘입건’을 하느냐 마느냐에 따라 그 대상자가 행사할 수 있는 기본권이 달라진다는 문제가 발생하게 된다⁵⁶⁾. 헌법이 보장하는 기본권의 보호여부가 수사기관의 자의에 따라 결정되는 모순을 초래할 수 있는 것이다. 그러한 문제는 종래 우리나라 대법원 판례와 헌법재판소의 결정에서 드러난 바 있다. 즉, 내사활동은 대외적인 효력이 없는 수사기관의 내부적 사건처리 방식에 지나지 않기 때문에 내사사건에 대해 수사기관에서 종결처분을 하더라도 진정한 은 재정신청⁵⁷⁾이나 헌법소원⁵⁸⁾을 제기할 수 없다. 또한 형사입건된 피의자와 달리 내사단계에서의 조사대상자는 형사소송법 제184조에 의한 증거보전을 청구할 수 없다⁵⁹⁾. 이와 같이 내사활동은 수사활동에 비해 법의 통제를 덜 받게 되어 있는 법적·제도적 미비로 인해 수사기관의 자의가 개입될 소지가 높고 남용의 가능성 또한 상존한다. 실제로 수사기관에서는 내사라는 명목으로 각종 강제처분을 해놓고도 내사종결 처리하고 있다. 그만큼 인권침해의 위험은 높아진다고 할 것이다.

검찰에서는 이러한 점을 이유로 경찰의 내사활동에 대해 검사의 수사지휘를 통한 통제가 있어야 한다는 논리를 전개하고 있다. 경찰이 내사를 빌미로 압수, 수색은 물론이고 체포 등 강제수사를 하고서도 입건하지 않았다는 이유로 내사로 간주하여 검사의 지휘없이 자체적으로 사건을 종결할 수 있기 때문에 내사활동은 법률적 통제의 사각지대에 놓일 우려가 있다는 것이다. 첩보수집 등 정보활동과 같은 순수한

것으로 보아야 한다면서 피고인의 주장을 배척하였다. 하지만 이 판례는 앞선 판례와 비교할 때 피의자나 고소인·고발인 등 시민에게 유리하고 수사기관에 불리한 영역에서는 형식설을 가지고 권리를 제한하는 한편, 피의자에게 불리하고 수사기관에게 유리한 영역에서는 실질설을 취하여 피의자·피고인의 방어권을 제한하는 모순된 현상을 보이고 있다는 비판이 제기된다. 자세한 내용은 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 2004, 325면.

55) 권오걸, 수사절차로서의 내사에 대한 고찰, 2001, 264면.

56) 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 2004, 327면.

57) 대법원, 1991. 11. 5. 91모68 결정.

58) 헌법재판소, 1990. 12. 26. 89헌마277 결정.

59) 대법원, 1979. 6. 12. 선고79도792 판결.

내사영역을 넘어서는 경찰의 내사활동에 대해서는 인권보호 차원에서 검사의 수사지휘가 필요하다는 주장이다⁶⁰⁾. 그런데 실무적으로는 검찰에서도 형식설의 입장에서 입건여부를 기준으로 내사사건을 처리하고 있는 실정⁶¹⁾에 있어 인권에 취약하기는 마찬가지다. 그런 점에서 수사기관의 내사활동으로부터 국민의 인권을 보호하는 목적이라면 경찰의 내사는 물론이고 검찰의 내사도 통제를 받아야 한다는 주장이 가능해진다⁶²⁾. 다만 여기서의 통제는 인권침해의 우려가 있는 강제력이 수반되는 내사활동에 대해 법원에 의한 사법적 통제를 받도록 하는데 주안점을 두어야지, 모든 내사를 수사활동으로 포함시키는 방향이 되어서는 곤란하다. 내사활동은 사전조사를 통하여 범죄혐의 없음이 명백한 조사대상자를 걸러냄으로써 수사력 낭비는 물론, 범죄낙인에 따른 사회적·경제적 피해를 방지할 수 있는 순기능도 가지고 있기 때문이다⁶³⁾.

한편, 사법경찰관리 직무규칙 제20조 제1항⁶⁴⁾으로부터 내사의 목적은 “범죄혐의가 있는가”를 확인하는 데에 있음을 유추해 볼 수 있다⁶⁵⁾. 이러한 점에서 내사는 정보기관의 첩보수집 등 정보활동과 수사단서를 토대로 범죄혐의를 밝혀내는 사법경찰의 수사활동의 경계에 걸쳐있는 활동으로서 경찰이 행사할 수 있는 독자적 권한으로 이해하기도 한다⁶⁶⁾. 내사활동은 수사가 개시되기에 충분한 구체적 범죄혐의가 존재하기 전에 이루어지므로 형소법의 적용을 받지 않고, 그래서 검사의 통제

60) 김남일, 내사를 내사하라, 한겨레 21 제867호(2011. 6. 28), 인터넷 검색(2011. 9. 8): http://h21.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/29915.html.

61) 신동운, 신형사소송법, 2011, 36면.

62) 김남일, 내사를 내사하라, 한겨레 21 제867호(2011. 6. 28), 인터넷 검색(2011. 9. 8): http://h21.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/29915.html.

63) 허인석, 내사의 법적 쟁점에 관한 연구, 2010, 151면.

64) 사법경찰관리집무규칙 제20조 제1항은 “범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다”고 규정하고 있다.

65) 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 2004, 311면.

66) Giudice, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren?, 2/2010, 4면. 검찰에서도 내사라는 개념을 사용하지만 “범죄혐의가 있는가”를 규명하기 위해 진행되는 경찰내사와 달리, “수사할 단서로서 조사할 필요가 있는”지를 조사하기 위한 활동으로 일단 “범죄혐의가 있다”는 전제하에서 출발한다는 점에서 차이가 있다. 이에 대해서는 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 312면.

밖에 존재하는 영역으로 본다⁶⁷⁾.

그런데 내사의 목적은 범죄협의를 있는가를 확인하기 위한 활동에 국한되지 않고, 예방적 범죄진압의 영역으로까지 확장되고 있는 추세에 있다. 실제로 테러, 마약 등의 범죄를 사전에 인지하여 그 범죄가 실행되는 것을 저지하기 위한 목적으로 이루어지는 범죄조직에의 잠입, 미행, 관찰 등의 활동은 물론이고, 축구경기장에서 난동을 부리는 훌리건을 사전에 포착하여 밀착감시 등의 방법으로 훌리건 난동의 위험으로부터 관중을 보호하는 사례 등은 예방적 범죄진압 활동의 일환으로 이루어지는 내사활동의 좋은 예다. 왜냐하면 수사개시에 필요한 정도의 범죄협의를 존재할 때까지 기다렸다가는 수사작수 자체가 불가능하거나 또는 이미 범죄가 실행되어 사후 대응만으로는 회복할 수 없는 엄청난 피해를 야기할 수 있기 때문이다⁶⁸⁾. 이러한 추세는 특히 지난 2001년 9.11테러 이후 범죄에 대한 사후 대응보다는 사전 첩보수집 등의 경찰활동을 통한 예방적 범죄진압이 훨씬 효과적이라는 경험적 인식에서 강화되고 있다⁶⁹⁾. 우리나라의 경우도 마찬가지다. 통신비밀보호법에서는 일정한 범죄에 대해 그 범죄의 실행을 저지할 목적으로 사전에 범죄의 계획 등 그 징후를 포착해내는 활동을 내사활동으로 이해하고 있다. 즉, 통신비밀보호법 제6조는 같은 법 제5조 제1항에서 규정하고 있는 일정한 범죄에 대해 다른 방법으로는 범죄행위를 포착 또는 그 범죄의 실행을 저지하기 어려운 경우에도 “피내사자별로” 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다고 규정하고 있다⁷⁰⁾.

이러한 내사활동은 많은 경우 직접적인 피해자가 없거나 또는 배후가 잘 드러나지 않아 범죄조직의 전모 및 조직구성원들을 색출해 내기 어려운 마약, 자금세탁

67) Albertini/Fehr/Voser, *Polizeiliche Ermittlung*, 2008, 544면.

68) 이는 무엇보다도 과학기술의 발달로 범행의 수단, 방법이 다양해졌기 때문이다. 인터넷해킹 등 인터넷범죄, 환경범죄 등은 그 좋은 예이다.

69) 이러한 인식에서 독일 수사실무(특히 연방수사국(Bundeskriminalamt)을 중심으로)에서는 계획적, 조직적인 수사를 위해 가능하면 조기에 범죄정보를 입수한다는 개념의 ‘Früherkennung’이 강조되고 있다. Abbühl, *Der Aufgabenwandel des Bundeskriminalamtes*, 2010, 358면.

70) 통신비밀보호법 제5조 제1항은 “통신제한조치는 다음 각호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다”고 규정하고, 제6조 제1항은 “검사는 제5조 제1항의 요건이 구비된 경우에는 법원에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

등 조직범죄, 부패범죄 또는 테러(우리나라의 경우 주로 보안사범) 등의 분야에서 이루어지고 있다. 왜냐하면 이들 범죄들은 일반적 범죄유형에서 보여지는 피해자-가해자 형태를 보여주지 않고 직접적 피해자가 없거나 또는 피해자가 있어도 자신을 드러내고 싶어하지 않기 때문에 범죄혐의 인정을 위한 수사단서를 발견하기 어렵기 때문이다⁷¹⁾. 이들 분야에서의 내사목적은 달성하기 위해서는 무엇보다도 은밀한 활동이 요구된다. 잠복, 미행 등은 물론이고, 경우에 따라서는 압수·수색을 통한 계좌추적, 통신수사 등의 대물적 강제처분을 필요로 한다. 이러한 강제처분이 허용되지 않는다면 내사를 통한 목적달성이 어려워 결국은 내사활동이 무용지물이 되고 말 것이기 때문이다. 이 때문에 독일의 형소법에서는 비록 내사개념을 두고 있지 않지만, 경찰이 수사 이전 단계에서 실질적으로 활동할 수 있도록 이미 오래 전부터 강제처분에 필요한 최초 범죄혐의 인정의 문턱을 낮추고 있는 추세이다⁷²⁾. 독일 형소법에서 규정하고 있는 비밀수사요원 및 정보원의 투입, 감시 등은 그 좋은 예이다. 이는 수사 이전단계에서의 경찰의 활동을 실질적으로 보장하면서도 동시에 그 활동이 사법적 통제를 받는 영역 내에 머물 수 있도록 하는 법치국가적 조치로 보여진다. 앞서 언급한 우리나라의 통신비밀보호법도 이러한 추세를 반영하고 있는 대표적인 예인 것이다. 또한 내사활동을 다루고 있는 현행 사법경찰관리집무규칙 제 20조 제1항도 “내사를 빙자한 막연한” 강제처분을 제한하고 있을 뿐이지, 내사 그 자체를 위한 강제처분을 금지하고 있지는 않고 있다. 내사의 목적달성을 위해서는 어느 정도의 강제처분은 필요불가결하다는 의미로 이해할 수 있다.

따라서 내사활동에 대한 검사의 수사지휘 문제는 내사활동 그 자체에 대해 검사의 통제가 있어야 하느냐 마느냐의 문제로 접근할 문제는 아니다. 이러한 접근방식은 내사와 수사를 엄밀히 구분하기 어려운 경찰의 내사활동을 굳이 모든 수사에 포함시킴으로써 검사의 지휘를 받도록 하여 은밀성이 요구되는 내사활동을 무력화시키는 결과를 초래할 것이다. 이는 범죄수사라는 임무에 한정된 검찰과는 달리, 경찰은 ‘치안’이라는 상위의 목표아래 범죄수사는 물론이고 범죄예방이라는 기능을 수

71) Albertini, Das Verfahren vor der Eröffnung der Untersuchung - aus der Sicht der Polizei, ZStrR 3/2010, 337면.

72) Meertens, Das Gesetz gegen die Organisierte Kriminalität, eine unerträgliche Geschichte!, 1992, 206면.

행하기 위해 전략적으로 움직여야 하는 경찰의 존재이유를 간과한 것으로 보여진다. 게다가 현행 형소법상 수사의 지휘가 명문화된 경찰의 초동수사에 대해서도 검사의 지휘가 제대로 이루어지지 않고 있다는 수사현실을 고려하면 내사사건에 대한 검사의 수사지휘 주장은 현실적으로 실현 불가능한 주장이라고 하지 않을 수 없다⁷³⁾. 이 같은 주장은 독일경찰이 형소법상 검사의 연장된 팔로서 초동수사권만을 보유한 상태에서도 범죄정보를 장악함으로써 사실상 수사절차를 지배하게 된 점을 인식⁷⁴⁾한 검찰이 이번 대통령령 제정을 통해 수사지휘의 범위를 범죄수사를 넘어 범죄정보활동으로 확대해 궁극적으로 수사의 주재자로서의 지위를 계속 유지하겠다는 의도가 숨어있는 것이 아닌가 하는 의구심을 낳게 하고 있다.

이러한 점을 종합해 볼 때, 경찰내사에 대한 수사지휘의 문제는 내사과정에서 이루어질 수 있는 필요불가결한 강제처분의 유형을 되도록 법률, 즉 형소법의 테두리 안으로 끌어들이어 강제처분이 수반되는 경찰의 내사활동을 법적으로 뒷받침해 줌과 동시에 사법적 통제를 받도록 하는 관점에서 해결책을 찾는 것이 타당하리라 생각된다. 동시에 경찰, 검찰 등 수사기관은 형소법의 규율을 피해나가기 위해 관행적으로 내사를 빙자한 수사를 하고 있음⁷⁵⁾도 부인하기 어려우므로 내부적으로 이를 통제할 수 있도록 내사단계에 허용되는 조사활동을 제한하는 방안⁷⁶⁾도 고려해 볼 필

73) 정부 각 기관에서 이루어지는 각종 감찰활동 그리고 국가정보원에서 이루어지는 정보활동도 넓은 의미에서 내사활동에 포함된다고 할 수 있다. 게다가 이들 활동은 많은 경우 강제처분을 필요로 하는데, 이들 활동에 대해 전부 검사의 수사지휘가 있어야 한다면 검찰은 지금보다 더 많은 업무부담을 안게 될 것으로 추측된다.

74) 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 2011, 111면. 독일의 경찰이 수사절차를 지배하게 된 결정적인 이유는 여러 가지가 있겠지만, 무엇보다도 연방범죄수사청(Bundeskriminalamt)을 중심으로 각 주의 경찰에 분산되어 있던 정보를 연방차원에서 종합적으로 관리 및 조정할 수 있는 정보처리시스템(INPOL)의 구축에서 찾을 수 있다. 게다가 유로폴, 인터폴 등 국제경찰기구와의 정보교환도 경찰을 통해 이루어진다. 그런데 독일검찰은 이러한 경찰의 정보에 대한 접근이 제한되어 있어 정보분야에서의 이러한 우위를 바탕으로 한 경찰의 전문수사기법들을 현실적으로 당해낼 수 없었던 것이다. 특히 마약 등 조직범죄 진압을 위해 투입된 위장수사관으로부터 나오는 정·첩보 및 수사기법은 이러한 추세(사실상 경찰의 수사절차 지배)를 심화시키고 있다. Weidmann, Die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft, 2001, 381-383면.

75) 김남일, 내사를 내사하라, 한겨레 21 제867호(2011. 6. 28), 인터넷 검색(2011. 9. 8): http://h21.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/29915.html.

76) 하태훈, 한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평 - 수사 일반과 강제처분 부분 -, 2011, 8면.

요가 있다.

4. 검사의 수사지휘권 행사의 한계

검사에게 경찰수사에 대한 지휘권이 주어져 있다고 해도 여기에는 일정한 한계가 있다. 정부조직법상 경찰과 검찰은 서로 다른 행정부처에 속한 각기 독립된 조직이기 때문이다. 오늘날의 권력분립 원칙은 입법, 행정, 사법간의 권력분립을 넘어서 기관간의 권력분립까지 포괄하는 기능적 권력분립론으로 그 의미가 확대되고 있는 추세이다⁷⁷⁾. 따라서 검사의 수사지휘권은 권력분립의 원칙상 요구되는 한계, 즉 검찰과 경찰간에 견제와 균형을 원리가 작동되는 한도 내에서 행사되어야 한다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 어느 한 기관에 권력이 과도하게 집중되는 것을 견제하고자 한 형소법 제정 당시 입법자의 구상에서도 찾을 수 있다. 또한 이번 형소법 개정과정에서 수사지휘에 관한 사항을 당초 법무부령에 규정하기로 했다가 대통령령에 담기로 수정한 것도 어느 한 기관의 우월적 지위가 아니라 기능적 권력분립의 원칙에 입각한 협의를 요구한 것으로 이해할 수 있다.

실무적으로 보면, 검사의 지휘는 사실상 경찰이 보유한 인적, 물적 자원의 한도 내에서 이행될 수밖에 없다. 경찰이 검찰이라는 조직에 종속되어 있지 아니한 이상 지휘이행은 경찰이 처한 상황과 여건을 고려한 경찰의 자율에 맡겨져 있기 때문이다. 따라서 검사의 지휘는 무엇을 해야 할 것인가 내지 어떤 수사목적이 달성되어야 하는가에 제한되어야지 검사의 지휘를 어떻게 달성할 것인가의 세부적 사항으로까지 확대되어서는 안된다⁷⁸⁾. 우리나라 법원도 이러한 점을 고려하여 검사의 호송지시를 거부한 세칭 ‘장신중 경정 사건’에 대한 판결에서 “이 사건 수사지휘의 내용은 (...) 수사지휘에 따른 피의자 호송업무가 적정히 이루어질 수만 있다면, 그 호송업무를 담당할 사람과 호송에 관한 구체적인 방법에 관하여는 강릉경찰서 자체적으로 마련해서 이를 처리하라는 취지의 내용이라고 봄이 상당하다”는 점을 지적한 바 있다⁷⁹⁾. 경찰과 서로 다른 조직에 속하는 검사에게서 경찰이 그때그때 처한 상황과

77) 조국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 2010, 572-573면

78) Albertini, Das Verfahren vor der Eröffnung der Untersuchung - aus der Sicht der Polizei, ZStrR 3/2010, 338면.

여건을 정확히 파악하기를 기대하기 어렵기 때문이다. 나아가 경찰의 인적, 물적자원의 효율적인 투입을 기대할 수도 없기 때문이다. 그렇지 않을 경우 거기에는 경찰의 자율성이 전혀 인정되지 않음을 의미하는 것으로 이미 수사지휘의 한계를 벗어난 것으로 볼 수밖에 없기 때문이다. 예컨대 ‘무의견 송치할 것’ 등과 같은 수사지휘의 사례는 그러한 좋은 예이다.

그렇다면 검사의 수사지휘는 법률적 통제에 제한되어야지, 이를 넘어 경찰고유의 집행영역인 수사의 기술적, 전술적 사항에 대한 개입으로 확대되어서는 안된다는 결론이 도출된다⁸⁰⁾. 이 경우 지휘의 범위는 수사의 개념을 어떻게 볼 것인가에 따라 결론은 달라진다. 수사의 개념을 수사 그 자체로 보아 검사의 지휘범위를 직접적 수사에 관한 사항에 제한시킬 것이냐, 아니면 수사의 개념을 넓게 해석하여 수사와 일정한 연관이 있으면 본질상 행정업무의 경우도 수사의 범위에 포함시킬 것인가의 문제이다. 그런데 수사지휘를 받아야 하는 수사의 개념을 이렇게 넓게 해석한다면 지휘의 대상은 무한정 확장되고 결국은 경찰수사의 자율성을 기대할 수 없는 상황을 야기할 것이다. 이러한 지휘의 확장을 과연 이번 형소법 개정에서 의도했는지는 의문이다. 그렇다면 왜 검찰이 경찰수사인력의 약 3분의 1에 해당하는 자체 수사인력⁸¹⁾을 보유하고 있는 지도 궁금해진다.

한편 검사의 지휘를 ‘어떻게’ 달성할 것인가에 대한 문제는 경찰 내부적으로 경찰의 인적, 물적자원에 대한 가용능력의 범위 내에서 결정된다는 점을 고려하면 수사지휘는 원칙적으로 이러한 결정을 할 수 있는 경찰내부 직무분배권자, 즉 소관 경찰관서의 수사부서 책임자를 상대로 이루어져야 한다. 이것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에만 검사가 지휘대상자를 직접 선정하도록 해야 할 것이다⁸²⁾. 그렇지 않고 위 장신중 경정 사건 판결에서처럼 수사지휘의 상대방을 검사가 결정할 문제로 해석한다면, 이는 수사에 있어 경찰수사간부의 책임있는 지휘를 어렵게 함은

79) 서울고등법원 2007. 10. 19. 선고, 2007노1093 판결. 하지만 법원은 이 사건에서 수사지휘의 상대방 및 지휘의 형식은 검사가 결정할 문제라고 보았다.

80) 조국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 2010, 572-573면

81) 2009년도 법무연감에 따르면, 2008년 현재 전국 검찰청에는 1,576명의 검사와 약 5,500명의 검찰수사관이 근무하고 있는 것으로 확인되고 있음. 법무부, 법무연감 2009, 15면.

82) 조국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 2010, 569면

물론 경찰내부의 지휘체계를 형해화하는 결과를 초래할 것이다⁸³⁾. 왜냐하면 검찰은 이미 검찰청법 제54조와⁸⁴⁾의 관계에서 사실상 경찰의 상급관서 내지 인사권자로 군림할 수도 있기 때문이다. 때문에 독일에서 검사의 지시는 구체적 사건에 대한 담당 사법경찰관이 지정되어 있지 아니하는 한 관할 경찰관서를 상대로 함을 원칙으로 하되, 경우에 따라 해당사건의 수사책임자를 상대로 이루어지고 있다⁸⁵⁾.

따라서 수사지휘의 상대방을 누구로 할 것인지는 구체적인 사안에 대한 담당자가 지정되지 않은 이상 검사가 정할 문제가 아니라 경찰내부 직무분배권자의 명령에 따라야 할 것이다⁸⁶⁾. 이와 같이 수사지휘의 상대방이 원칙적으로 경찰기관의 책임자 또는 수사부서 책임자라면 지휘의 형식은 수사지휘의 내용 및 성격에 따라 서면 또는 구두로 이루어져도 무방할 것이다. 수사지휘 내용이 상황에 따라 다양하고 그래서 본질적으로 비정형성을 띠는 경우가 많기 때문이다. 그럼에도 수사지휘의 투명성을 담보하고 수사지휘의 적절성을 둘러싼 검·경간에 이견이 발생할 가능성을 완전히 배제하기는 어려운 만큼 문서에 의한 수사지휘의 형식을 준수하도록 함이 바람직하다고 여겨진다⁸⁷⁾.

83) 김득환, 검경 수사권 조정과정에서 본 국민의 인권보장과 사회정의 실현 방안, 2011, 48면.

84) 검찰청법 제54조는 “서장이 아닌 경정 이하의 사법경찰관리가 직무 집행과 관련하여 부당한 행위를 하는 경우 지방검찰청 검사장은 해당 사건의 수사 증지를 명하고, 임용권자에게 그 사법경찰관리의 교체임용을 요구할 수 있다”라고 규정하고 있다.

85) RiStBV Anlage A “Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung der Staatsanwalts”.

86) 박노섭, 검사의 수사지휘권의 한계에 관한 연구, 2010, 15-17면.

87) 조국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 2010, 574면

V. 대통령령 제정의 방향

그러면 어떤 기준으로 대통령령을 제정할 것인가? 당초 정부조정과정에서 경찰과 검찰은 검사의 지휘에 관한 구체적 사항을 법무부령에 담기로 협의하였다. 그럴 경우 일방의 주도로 어느 한 기관에게 유리한 방향으로 법무부령이 제정될 가능성이 크다는 문제점이 제기되어 국회는 형소법 개정과정에서 제정방식을 국무회의 심의를 요하는 '대통령령으로 격상하기로 수정 의결하였다. 이는 어느 일방의 주도로 인해 또다시 야기될 수 있는 검·경간 갈등을 원천적으로 봉쇄하기 위한 조치로 보여진다. 따라서 앞으로 논의될 대통령령은 이러한 국회의 입법의도는 물론이고 앞에서 언급한 형소법과 검찰청법 개정의 취지를 충분히 반영하는 방향으로 제정되어야 할 것이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 대통령령 제정은 현재 검사의 지휘에 관한 사항을 규정하고 있는 여러 하위법령, 특히 사법경찰관리집무규칙(법무부령)의 법률화(대통령령)에 머물거나 거기에 집착해서는 안될 것이다. 그 동안 검찰은 법규제정에 있어 우월한 위치에 있었고⁸⁸⁾, 또 이렇게 재·개정된 하위법령에는 수사절차에서 경찰의 지위를 검사의 명령에 복종해야 하는 '수동적' 지위로 규정되어 있다는 점을 고려한다면 더욱 그렇다.

검·경 양 기관은 당초 법무부령(이후 국회논의 과정에서 대통령령으로 수정) 제정의 기준으로서 “국민의 인권과 범죄수사의 효율성, 수사절차의 투명성”을 제시한 바 있다.

먼저 국민의 인권보호를 위해서 검사의 수사지휘는 어떻게 행사되어야 하는가의 문제이다. 그런데 여기서 간과하지 말아야 할 것은 우리에게 익히 알려진 것처럼 검사가 ‘인권옹호기관’이기 때문에 검사의 수사지휘가 있어야 하는 것은 아니라는 점이다. 왜냐하면 수사는 본질적으로 합목적성과 밀행성을 추구하여 그만큼 인권침해의 위험성이 높아서 “직접 수사를 담당하는 경찰이 인권침해기관이라면 직접 수사를 담당하는 검찰도 역시 인권침해기관”이 될 수밖에 없다는 논리적 귀결로 이어지기 때문이다⁸⁹⁾. 그래서 2010년 서울 양천경찰서 고문사건에서처럼 검찰이 현재

88) 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 2007, 163면.

89) 서보학, 국민의 인권보호와 수사권조정 문제, 2011, 78면.

의 수사지휘 체제 아래에서 경찰의 고문행태를 발견해 내지 못한 것은 전혀 놀라운 일이 아니다. 오히려 검찰은 경찰과 같은 수사기관으로서 수사지휘를 연결고리로 일선의 수사경찰과 밀착되는 부작용을 초래할 수 있음을 배제하기 어렵다. 그 때문에 실질적으로 국민인권을 보호하는 수사지휘가 되기 위해서는 검찰이 직접 수사와 일정한 거리를 두어야 한다는데 이론이 없다. 따라서 앞으로 제정될 대통령령에 따른 검사의 수사관여는 특별한 이유로 수사개시부터 검사의 지휘가 필요한 사건에 제한되어야 하고, 경찰수사에 대한 개입은 가급적 사후 법률적 통제 수준에서 유지되는 것을 원칙⁹⁰⁾으로 함이 바람직하리라 생각된다.

다음으로 범죄수사의 효율성 제고를 위한 수사지휘는 무엇인가이다. 이는 ‘검사는 법률전문가’, ‘경찰은 수사전문가’라는 인식에서 출발해야 한다. 현실적으로 검사의 업무는 수사서류를 중심으로 한 법률검토에 집중되고, 사법경찰관의 업무는 경험적으로 획득한 다양한 수사기법을 토대로 사건현장에서 범죄증거를 찾아내어 범인을 검거하는데 치중되어 있다는 점에서 차이가 있다. 범죄수사의 효율성은 이런 업무적 차이를 인정하고 상호협력을 통해 이러한 차이를 보완해 나갈 때 비로소 달성이 가능하다. 게다가 재판절차가 공판중심주의로 나아감에 따라 자백보다는 과학수사 등 경찰의 전문수사기법을 통해 수집한 객관적 증거의 중요성은 더욱 커지고 있다. 특히 점점 기동화, 조직화, 탈국가화되고 있는 현대범죄를 효과적으로 진압하기 위해서 수사전문가로서의 경찰의 역량은 더욱 필요하다고 하겠다. 이 때문에 독일검찰과 경찰은 신뢰를 바탕으로 한 양 기관의 긴밀한 협력이 있을 때 비로소 조직범죄의 성공적인 진압이 가능하다는 인식하에 조직범죄 진압을 위한 검·경 협력에 관한 공동지침을 마련해놓고 있다⁹¹⁾. 이는 독일검찰이 경찰을 수동적 복종의 대상으로서가 아니라 범죄진압을 위한 협력의 파트너로 보고 있음을 말해 주는 것이다⁹²⁾. 그렇다면 대통령령에 담겨져야 할 검사의 수사지휘는 수사전문가로서의 경

90) 조국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 2010, 564-565면

91) RiStBV Anlage E “Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität”.

92) 무엇보다도 이는 조직범죄 등 일정한 범죄영역에서는 사후 대응보다는 검찰의 개입이 불가능한 예방적 범죄진압으로 경찰의 활동이 옮겨가고 있기 때문이다. Schemer, Kooperation trotz Statusunterschied? 2007, 35면.

찰의 자율적인 수사를 존중하는 선에서 수사의 본질적 목적을 달성하는데 필요불가결한 범위 내에서 이루어져야 한다.

마지막으로 수사절차의 투명성이 보장되는 수사의 지휘는 어떤 것인가의 문제이다. 형사소송의 양대 이념의 하나인 적법절차의 보장을 통한 국민인권 보호는 무엇보다도 투명한 수사절차에서 가능하다. 따라서 국민이 수사기관의 수사권 행사의 전 과정을 들여다봄으로써 자의적인 수사권 행사는 없는지, 남용은 되지 않는지 등을 감시할 수 있어야 한다. 그렇다면 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘는 무엇인지에 대해서도 확인할 수 있도록 문서에 의한 지휘와 같이 원칙적으로 지휘의 정형성이 담보될 수 있는 수사지휘시스템이 갖추어져야 한다. 동시에 법에 명시된 검사의 지휘권행사라고 할지라도 부당하거나 수사목적 달성과 무관한 수사지휘인 경우에는 이를 거부할 수 있는 장치가 대통령령에 명시되어야 한다⁹³⁾. 이는 검찰청법 제7조 제2항에 따라 검사가 소속 상급자의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이의를 제기할 수 있음과 비교해 본다면 더욱 그렇다. 그럼에도 불구하고 앞으로도 경찰은 지금까지와 마찬가지로 소속기관이 다른 검사의 부당한 수사지휘에 대해 무조건 따라야 할 뿐 이의를 제기할 수조차 없어야 한다면, 그것은 검사에 의한 파쇼를 용인하는 것과 마찬가지로 할 것이다⁹⁴⁾.

VI. 결론

지금까지 개정 형소법상 경찰수사권의 내용과 한계 및 검찰의 수사지휘권의 내용과 한계에 대해 살펴보았다. 개정 형소법의 취지는 무엇보다도 지난 반세기 동안의 변화를 제대로 반영하지 못하고 있는 수사현실을 명문화하는데서 찾을 수 있다. 그런데 이러한 ‘현실의 법제화’는 일부에서 주장하는 바와 같이 단순히 경찰의 수사개시권에 대한 법적근거 마련에만 머물러 있지는 않다. 우리 입법자들이 직접적으로 의도했던 그렇지 않든 형소법 제196조의 개정은 지금까지의 검사 중심의 일원적 수

93) 서보학, 국민의 인권보호와 수사권조정 문제, 2011, 82-83면.

94) 서보학, 국민의 인권보호와 수사권조정 문제, 2011, 83면.

사체제를 변화시킬 수 있는 가능성을 열어 놓은 것으로 의미를 확대 해석해 볼 수 있다. 사법경찰에게도 수사주체로서의 지위가 부여된 이상 검사 및 사법경찰이라는 다원적 수사체제가 가능해진 것이다. 이러한 가능성은 검·경관계를 명령복종관계로 설정한 검찰청법 제53조의 삭제로 더 높아졌다고 할 수 있겠다. 그 결과 앞으로의 수사에서 검사와 사법경찰은 지금 당장은 아니더라도 시간이 지남에 따라 점점 경쟁관계로 발전해 나갈 것이며, 그 긍정적인 효과로서 수사기관간 견제와 균형의 원리가 작동될 것으로 보인다.

그런데 문제는 경찰은 이러한 방향으로의 발전을 기대할지 모르지만, 그 동안 수사에 있어 독점적 지위를 누리던 검찰의 입장에서는 그 정반대일 것이라는 점이다. 때문에 추후 논의될 대통령령 제정과정에서 검찰은 수사지휘권 강화를 통해 그런 가능성을 사전에 봉쇄하고자 할 것이며, 반면 경찰은 수사지휘권을 축소하여 경찰 수사의 자율성을 확대해 나가려고 할 것이다. 그 과정에서 정작 이들 기관에게 수사권을 부여한 국민의 이익은 고려되지 않을 것이라는 우려가 벌써부터 강하게 제기되고 있다. 그런데 수사권 조정의 문제 또는 수사지휘권 규정의 문제는 경찰이나 검찰이 어떻게 생각하는가 보다는 그것이 국민들에게 어떤 영향을 미칠 것인지를 먼저 고려하는 것이 더 중요하다. 여기서 분명한 것은 국민들은 검찰파쇼도 우려하지만 경찰의 파쇼도 경계하고 있다는 점이다.

따라서 검찰과 경찰 양 기관은 “지휘”라는 단편적인 문구에 집착하여 ‘한쪽은 우월적 입장에서 지휘를 하고, 다른 한쪽은 수동적으로 지휘를 받아야만’ 한다는 시각에서 탈피하여야 한다. 대신 그 자리에 각기 독립적인 국가기관으로서 범죄수사라는 국가의 책무를 수행하기 위해서 상호 긴밀히 협력하고, 그 과정에서 마찰 등의 문제로 인해 조정과 통제가 필요한 부분이 있다면, 이는 ‘지휘’를 통해 해결해 나가는 것이 바람직하리라 생각한다. 앞으로 제정될 대통령령도 그러한 방향에서 논의되어야 할 것이다.

참고문헌

- 권오길, 수사절차로서의 내사에 대한 고찰, 형사법연구 제15권, 2001.
- 강형래, 수사권조정과정에서 본 국민의 인권, '검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권' 심포지엄, 서울지방변호사회, 2011.
- 김득환, 검·경 수사권 조정과정에서 본 국민의 인권보장과 사회정의 실현 방안, '검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권' 심포지엄, 서울지방변호사회, 2011.
- 김정범, 검·경 수사권 조정과 국민의 인권, '검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권' 심포지엄, 서울지방변호사회, 2011.
- 김희수·서보화·오창익·하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 삼인, 2011
- 박노섭, 사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2005.
- 박노섭, 검사의 수사지휘권의 한계에 관한 연구, 경찰학연구 제10권 제2호, 2010.
- 법무부, 법무연감 2009, 2009.
- 법무연수원, 수사지휘론, 2003.
- 배종대, 이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2006.
- 서보화, 국민의 인권보호와 수사권조정 문제, '검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권' 심포지엄, 서울지방변호사회, 2011.
- 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 서울대학교 법학 제45권 제3호, 2004. 9.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011.
- 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 경찰학연구 제7권 제1호, 2007.
- 이동희, 경찰수사권 개정입법에 대한 평가와 향후 과제, 수사연구 8월호, 2011.
- 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011.
- 정웅석, 수사권독립론에 관한 연구: 형사소송법 제195조와 제196조의 개정과 관련한 비판적 시각에서, 연세법학연구 제15권 제1·2호(통권 제26호), 2005.
- 정 완, 이진국, 수사권 독립논의에 관한 검토, 형사정책연구 제14권 제2호, 2003.
- 조 국, 현 시기 검찰·경찰 수사권조정의 원칙과 방향, 서울대학교 법학 제46권 제4

호, 2005. 12.

조 국, 검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 한국 형사법학의 이론과 실제: 정암
정성진 박사 고회기념논문집, 2010.

하태훈, 한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평 - 수사 일반과 강제처분 부
분 -, 형사법연구 제23권 제1호, 2011.

허인석, 내사의 법적 쟁점에 관한 연구, 형사법 쟁점연구II, 2010.

Abbühl, Anicee, Der Aufgabenwandel des Bundeskriminalamtes, 2010.

Ackermann/Clages/Roll, Handbuch der Kriminalistik, 2011.

Albertini, Gianfranco, Das Verfahren vor der Eröffnung der Untersuchung - aus
der Sicht der Polizei, ZStrR 3/2010.

Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 2008.

Giudice, Ludovica Del, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren?
Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren?, ZStrR
2/2010.

Meertens, Christoph, Das Gesetz gegen die Organisierte Kriminalität, eine
unerträgliche Geschichte!, ZRP 1992.

Pütter, Norbert, Polizei und Staatsanwaltschaft, in: Hans-Jürgen Lange (Hrsg.), Die
Polizei der Gesellschaft: Zur Soziologie der Inneren Sicherheit 2003.

Schemer, Silke, Kooperation trotz Statusunterschied?: Die Zusammenarbeit von
Polizei und Staatsanwaltschaft unter dem Blickwinkel arbeits- und
sozialpsychologischer Theorien, 2007.

Weidmann, Thomas, Die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft,
Kriminalistik 2001.

Möglichkeiten und Grenzen polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit im Ermittlungsverfahren nach der Neufassung des § 196 KStPO

HWANG, MUNGYU

Mit der Neufassung des §196 KStPO vom 30. Juni 2011 kann die Polizei in Zukunft selbstständig ermitteln, was bisher gesetzlich nicht gestattet ist. Für die judikative Kontrolle besteht allerdings nach wie vor ein Anweisungsvorbehalt auf Seiten der Staatsanwaltschaft. Nach der Neufassung des § 196 KStPO muss jedoch eine Verordnung des Staatspräsidenten über die staatsanwaltschaftlichen Weisungen gegenüber der Polizei normiert werden, was auch zu Konflikten zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft führen könnte. Insbesondere wird es in diesem Zusammenhang um die Frage gehen, ob die Vorermittlungen außerhalb der Kontrolle der Staatsanwaltschaft liegen. Denn die Staatsanwaltschaft versucht, ihr Weisungsrecht gegenüber der Polizei auch weiterhin zu behalten, und vor allem möglichst auch die Vorermittlungen zu prüfen, um ihre Dominanz im Ermittlungsverfahren nicht zu verlieren. Dagegen bemüht sich die Polizei darum, das staatsanwaltschaftliche Weisungsrecht zu verringern und auf diese Weise eine größere Selbstständigkeit bei ihrer Ermittlungstätigkeit zu gewinnen. Es geht vor allem darum, inwieweit der Staatsanwalt sein Weisungsrecht ausüben kann und hinsichtlich welcher Fragen dieses Weisungsrecht begrenzt werden soll.

Um diese zu beantworten, hat die vorliegende Arbeit gezeigt, zu welchem Zweck §196 KStPO neu eingefügt worden ist und wie diese Vorschrift auszulegen ist. In diesem Sinne wird in diesem Beitrag erläutert, worauf sich die neue Verordnung des Staatspräsidenten über das staatsanwaltschaftliche Weisungsrecht richten soll.

- ❖ Schlagwörter: selbstständige Ermittlungstätigkeit, Weisungsrecht, Vorermittlung, Verordnung des Staatspräsidenten zum staatsanwaltschaftlichen Weisungsrecht.

