검·경 수사권 관련 대통령령에 대한 비판적 고찰*

황 문 규**

국 | 문 | 요 | 약

지난 2011년 7월 개정된 형사소송법 제196조는 그간 수사의 보조자에 불과하던 경찰에 수사개시·진행권을 부여하였다. 동시에 경찰수사에 대한 검사의 지휘권을 명시하고 구 검찰청법 제53조를 삭제하여 검찰과 경찰의 새로운 관계 재정립을 도모하고자 하였다. 그런데 제3항에서 검사의 지휘에 관한 사항을 검찰과 경찰의 합의가 필요한 대통령령으로 정하도록 규정하였다.

이 점에서 개정 형사소송법 제196조 3항에 근거를 둔 검사의 지휘에 관한 대통령령의 출발점은 수사주체로서 경찰의 지위 변화와 상명하복관계에 기초한 기존 검·경관계의 변화이다. 그것은 대통령령이 경찰의 수사에서 검사의 지휘권을 완전히 배제하는 방향이어서도 안 되지만, 적어도 기존 명령·복종에 기초한 검찰과 경찰의 관계를 보다 새롭게 정립하여 궁극적으로 수사절차의 투명성을 확보하고 국민인권을 한층 더 보장하라는 의미였을 것이다.

그런데 대통령령은 처음부터 종래의 사법경찰관리집무규칙을 그 출발점으로 삼아 형사소송법 개정이 의도한 ‘경찰 수사현실의 법제화’가 아니라 ‘검사의 수사지휘 관행의 법제화’를 의도하였다. 그 결과 국민인권은 물론, 대통령령을 통해 제한적이거나 견제와 균형의 원리가 작동하는 형사사법시스템이 또다시 뒷전으로 밀려나는 결과를 초래하여 형사소송법 개정의 의미를 퇴색시켰다.

❖ 주제어 : 수사권 관련 대통령령, 경찰의 수사주체성 훼손, 검사의 수사지휘권 강화

* 본 논문은 2012. 1. 10. 개최된 한국경찰법학회 제47차 학술회의에서 발표한 내용을 수정·보완한 것임

**중부대학교 경찰행정학과 교수·법학박사

I. 서론

검·경 수사권 관련 대통령령(이하 ‘영’이라 한다)인 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’¹⁾이 논란 끝에 제정되어 2012년 1월 1일부터 시행에 들어갔다. 현재 시행되고 있는 영은 국무회의 심의를 요하는 영 제정의 특성²⁾상 양 당사자인 검찰과 경찰의 원만한 합의를 통해 제정되었어야 함에도 그렇지 못해 아쉬운 측면이 있다. 개정 형사소송법 제196조에서 위임한 영에 어떤 내용을 담을 것인지를 두고 양 당사자인 검찰과 경찰이 합의점을 도출해내지 못함에 따라 국무총리실에서 ‘갈등 중재’라는 측면에 많은 비중을 두고 양 기관의 입장을 강제로 ‘조정’하여 영을 제정하였기 때문이다.

그러다보니 현재의 영은 형사소송법이 지향해야 할 ‘국민인권 보장’을 통한 민주적 이념과 가치의 실현을 도외시하였다는 지적에서 자유롭지 못하다. 대신 그 자리에는 검찰과 경찰이 각기 영 제정을 통해 얻을 수 있는 ‘권력의 힘’만이 자리 잡아 국민의 이익이 고려될 수 있는 여지가 처음부터 없었던 것이 아니냐 라는 비판이 제기되었다³⁾. 게다가 조정자의 입장에 선 국무총리실이 검찰공화국이라는 말을 들을 정도로 무소불위의 권력을 가진 ‘검찰의 힘’에 영향을 받지 않고 객관적이고 중립적인 입장을 견지할 수 있었을까? 에 대한 의문이 제기되기도 하였다⁴⁾. 실제로 검찰에 비해 경찰은 국무총리실 조정안에 강한 불만과 반발을 드러냈다. 특히 일선 경찰을 중심으로 수사경찰의 상징인 수갑을 반납하는 움직임을 보이기까지 하였다.

이 글은 이러한 점을 염두에 두고 현재 시행되고 있는 영을 비판적으로 고찰해 보고자 한다.

1) 2011. 12. 30. 대통령령 제23436호로 제정.

2) 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.

3) 2012. 1. 19.자 인터넷 법률신문 “검·경 수사권 분쟁 누구를 위한 것인가”.

4) 2011. 12. 13.자 주간경향 954호 “경찰이 힘겨루기에서 진 이유”, <http://newsmaker.khan.co.kr/khnm.html?mode=view&code=113&artid=201112061740361&pt=nv>, 2012. 2. 10. 검색.

II. 대통령령의 출발점: 형사소송법 제196조의 개정 및 구 검찰청법 제53조의 삭제

개정 형사소송법 제196조 제3항에 따른 영은 검사의 지휘에 관한 구체적인 사항을 규정할 것을 요구받고 있다. 그런데 제1항과 제3항에서 검사의 수사지휘권을 명시해놓았음에도, 굳이 검사의 지휘에 관한 사항을 영으로 정하라고 한 이유는 무엇인가라는 의문을 제기하지 않을 수 없다. 개정전 형사소송법 제196조 1항 및 2항에서도 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘권을 인정하고 있었지만, 검사의 수사지휘에 관한 사항을 구체적으로 규정한 별도의 법령은 존재하지 않았었다.

아래에서는 이 물음에 대한 답을 찾기 위한 과정으로 영 제정의 출발점이 되었던 형사소송법 제196조의 개정에 따른 경찰의 수사개시·진행권과 검사의 수사지휘권의 관계 그리고 검찰과 경찰을 명령·복종관계로 규정한 구 검찰청법 제53조⁵⁾의 삭제의 의미를 살펴보고자 한다.

1. 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시·진행권과 검사의 수사지휘권의 관계

개정 형사소송법 제196조는 경찰에게 수사개시·진행권을 부여함과 동시에 경찰수사에 대한 검사의 지휘권을 명시하고 있다. 그것도 경찰의 수사개시·진행권을 명시한 제196조 2항보다 앞선 1항에서 사법경찰관은 ‘모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다’고 규정하고 있는 것이다.

검찰측은 이에 대해 법이 개정되어 경찰의 수사개시·진행권이 인정되더라도 검사의 수사지휘권으로부터 자유로운 영역은 없다는 점과 종래의 포괄적 지휘권⁶⁾이

5) 구 검찰청법 제53조는 “사법경찰관리는 범죄수사와 관련하여 소관 검사가 직무상 내린 명령에 복종하여야 한다”고 규정하고 있었다. 이 조항은 2011. 7. 18.자로 삭제되었다.

6) 포괄적 지휘권이란 검찰측에서 ‘검사의 지휘없는 경찰수사는 위법하므로 경찰수사에 대한 근거조항을 만들어야 한다’는 경찰측 주장에 대한 반박 논리로 제시한 개념이다. 즉 사실적으로 매 건마다 검사의 지휘가 행해지지는 않고 대부분 경찰의 자율적인 수사가 인정되지만, 그럼에도 불구하고 그러한 자율적인 수사도 검사의 지휘권 하에서 행해지는 것을 의미하며, 그래서 필요한 때에는 언제든지 어떤 사항에 대해서든 검사가 구체적으로 지휘할 수 있고 최종적인 결정권을 행사하는 것이다. 자세한 내용은 이완규, 개정 형사소송법상 수사체제, 법조 제60권 제9호(2011. 9.), 15면 이하 참조.

그대로 유지된다는 법무부·검찰의 입장이 입법과정에 반영된 것이라고 주장하고 있다. 그리하여 개정 형사소송법은 검사의 본원적 수사권을 규정한 제195조를 그대로 두고, 수사주재자로서 검사의 사법경찰관에 대한 포괄적 수사지휘권을 제196조 1항에, 그러한 검사의 지휘권 하에서 사법경찰관의 자율적인 수사권, 즉 검사의 본원적 수사권에서 파생된 수사권을 2항에 규정하였다는 것이다⁷⁾. 또한 이러한 점을 더욱 명확히 하기 위하여 1항에 “모든 수사”라는 문구를 삽입하였다는 것이다⁸⁾. 한마디로 법이 개정되더라도 검사 중심의 일원적 수사 및 수사지휘체제에 변화가 없다는 것이다.

하지만, 검찰측은 수사권 조정 관련 총리실 및 검찰측 관계자가 참석한 가운데 진행된 ‘형사소송법 제196조 개정시 어떻게 해석되는지’에 대한 논의⁹⁾ 과정에서 검찰측 의견과는 전혀 다른 의견을 밝힌 것으로 확인된다. 즉, 법이 개정되어 경찰에게 주어지는 수사개시권은 제한없는 개시권이며, 그래서 검사의 지휘는 개시 이후 수사단계에서만 가능하고, 또한 그러한 이유에서 검사의 입건지휘를 가능하게 할 수 있는 “검사가 달리 지휘하지 않는 한”이라는 문구 삽입은 있을 수 없으며, 나아가 수사권자로서 경찰이 하는 수사를 검사가 일방적으로 중단시킬 수 없다는 점 등 경찰도 수사주체의 지위를 얻게 된다는 입장을 분명히 하였다.

이는 형사소송법 제196조가 개정되면 경찰의 지위변화 뿐만 아니라 검사의 지휘권 제한이 불가피한 것으로 해석되지 않겠느냐는 논의가 이루어졌음을 말해준다. 그 때문에 검찰측에서는 사개특위에서 추진하였던 개정전 형사소송법 제196조 1항의 개정을 결사코 반대한 것이다. 또한 검찰측이 이 조항의 개정예 전격 합의하면서 검사의 지휘권확보를 위한 담보장치로 검찰의 입장을 일방적으로 반영할 수 있는 ‘법무부령’으로 하자고 고집하고, 또 이것이 국회 법사위에서 영으로 변경되는 것에

7) 이완규, 위의 글, 23면.

8) 이완규, 위의 글, 25면. 이와 관련 이귀남 당시 법무부 장관은 사개특위 제18차 전체회의에서 다음과 같이 설명한 바 있다: “이렇게(수사개시권 명문화) 되면 검사가 수사지휘권이 없어지는 것이 아니냐 하는 검찰의 일부 그런 오해를 불식시키기 위해서 ‘모든’이라는 표현을 썼다는 말씀을 드리고요”. 제301회 국회(임시회) 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 6. 20), 3면.

9) 이 논의는 2011. 6. 9. 17:00-22:20까지 총리실 2명, 검찰측 3명, 경찰측 3명 등 총 8명이 참석한 가운데 진행되었다. 논의내용은 “수사권 법안에 대한 총리실 실무자회의 결과”보고서에 정리되어 있음.

대해 당시 검찰총장이 사표를 던지면서까지 저지하려고 했던 이유도 바로 여기에 있었던 것이다.

그것은 형사소송법 제196조 2항이 만들어지는 순간 1항의 수사지휘권 명시와 관계없이 적어도 수사개시·진행에 있어서는 사법경찰관도 검사와 마찬가지로 수사의 주체가 되는 것으로 해석될 수 있음을 간과하지 않았다는 증거이기도 하다. 개정전 형사소송법 체계 하에서 검사의 지휘는 경찰수사의 개시·진행을 위한 “선차적·필수적 전제조건”¹⁰⁾으로 작용하여 결과적으로 “검사가 수사를 행하는 하나의 방식”¹¹⁾이어서 검사의 수사 이외 경찰의 고유한 수사영역이라는 것이 있을 수 없었다는 점을 상기하면 이는 더욱 분명해진다. 또한 그것은 형사소송법 제196조의 개정을 검사의 지휘가 경찰수사에 일일이 다 미치지 못하는 수사현실을 바로잡아 법률규정에 부합시키고 이를 통해 수사기관의 책임감을 높이지는 데서 출발한 점에서도 확인된다. 범죄 진압과 수사를 통해 국민의 생명과 재산을 보호해야 하는 것이 국가가 수행해야 할 중대한 임무 중의 하나라는 점을 생각할 때, 검찰이든 경찰이든 수사기관이 범죄혐의를 인식하면 수사를 개시·진행해야 하는 것은 당연한 국가의 임무이기 때문이다.

이러한 배경을 고려하면 개정법은 검사의 포괄적 지휘권으로부터 독립된, 경찰이 스스로 수사를 개시·진행할 수 있는 주체적인 수사권¹²⁾을 부여하고 있는 것이다. 경찰의 이러한 수사권은 국민으로부터 나오는 권한이다. 우리나라 헌법 제1조 2항에서 국가기관이 행사하는 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 명시하고 있다. 국민의 대표기관인 국회에서는 공권력의 하나인 수사권을 형사소송법 제195조를 통해서도 검사에게, 제196조를 통해서도 경찰에게 부여하고 있는 것이다.

여기서 국민이 국회에서 만든 법률을 통해 검찰과 경찰에 각각 부여한 수사권을 어떤 권한은 본원적이고 어떤 권한은 파생적이라고 구별할 수 있는지 의문을 제기하지 않을 수 없다. 더구나 권력이 어느 한 기관에 집중되지 않도록 서로 견제하고 균형을 이룰 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있는 민주주의 체제에서는 더욱 의문

10) 조국, 현 시기 검찰·경찰 수사권조정 의 원칙과 방향, 2005, 228면.

11) 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 경찰학연구 제7권 제1호(2007, 4.), 152면.

12) 이에 대한 자세한 내용은 유주성, 사법경찰관의 수사주체성에 관한 연구, 치안정책연구 제25권 제2호(2011. 12.), 10-18면 참조.

시된다. 또한 그것이 검찰측에서 주장하는 것처럼 검사의 포괄적 지휘 하에서 검사의 구체적 지휘가 없더라도 자율적으로 수사를 개시할 수 있음을 규범화한 정도에 그친 것이라고 보기도 어렵다. 그러한 의도가 있었다라면 굳이 개정 형사소송법 제196조에 2항을 따로 둘 필요가 없었을 것이다. 왜냐하면 종래의 규정에 단서로서 “검사의 지휘가 있는 때에는 그에 따르고, 지휘가 없는 때에는 자율적으로 수사를 개시·진행하여야 한다”라는 취지, 즉 “검사가 달리 지휘하지 않는 한”이라는 문구를 삽입하기만 했어도 충분했을 것이기 때문이다. 나아가 4항에서 별도로 수사한 사건의 관계서류 및 증거물에 대한 ‘전건 송치의무’를 규정할 필요도 없었을 것이다. 만약 검사가 수사에 대해 직접 수사하고, 사법경찰은 그 수사사무를 위한 연장된 팔에 불과할 경우 수사사무는 검사의 고유사무에 해당하고 위임 자체가 불가능하여서 굳이 송치의무를 둘 필요가 없기 때문이다¹³⁾.

아무튼 경찰의 수사개시·진행권이 인정되면 제한적으로나마 경찰은 수사의 주체가 되는데, 그 순간 경찰을 더 이상 검사의 보조기관으로 볼 수 없음을 물론이다. 나아가 이는 우리나라의 수사구조가 검사 중심의 일원적 수사체제에서 검사와 사법경찰관(또는 특별사법경찰관)이 병립하게 되는 ‘이원적 또는 다원적 수사체제’로 전환되지 않을 수 없게 되었음을 말해준다. 그런 점에서 검사의 수사지휘는 과거 수사의 주체인 검사 대 수사의 보조자인 경찰과의 관계에서 검찰과 경찰 두 수사주체간의 관계로 바뀌었다고 볼 수 있을 것이다¹⁴⁾.

여기에 개정 형사소송법에서 여전히 검사의 수사지휘권을 존치시키고 있는 이유가 있다고 보여진다. 왜냐하면 검찰과 경찰 양 기관 모두 수사주체가 될 경우 수사권 행사 과정에서 두 수사주체간 충돌이 발생할 수밖에 없고, 그것을 조정 내지 통제할 제도적 장치가 필요하기 때문이다. 이 경우 검사의 지휘는 경찰의 수사 활동을 법적으로 조정·통제하고, 또 사법경찰관과 의견이 일치하지 아니할 경우에는 검사의 법률적 판단에 따라 수사를 진행하고 사건을 처리해야 하는 기능을 수행할 것이 요구된다¹⁵⁾.

13) 박노섭, 개정 형사소송법에 따른 검사 수사지휘권의 범위와 한계, 형사소송 개혁방향과 바람직한 형사사법제도 모색 학술세미나(2011. 12. 2, 한국경찰법학회), 15면.

14) 박노섭, 위의 글, 12면; 강석구, 내사의 쟁점과 과제, 형사정책 학술세미나(2011. 12. 13, 한국형사정책연구원), 17-18면.

그런 점에서 경찰의 수사개시·진행권이 확보되었다고 하여 경찰수사에 대한 검사의 개입이 불가능하거나 배제된다는 것을 의미하지는 않는다. 경찰의 모든 수사에 대한 검사의 지휘권이 법에 여전히 명시되어 있기 때문이다. 마찬가지로 이유에서 검사의 수사지휘권이 미치지 않는 경찰의 수사영역은 없다는 주장도 타당하다. 개정 형사소송법은 검사의 지휘권이 완전히 배제되는 경찰의 수사권 독립 내지 완전한 수사권조정을 상정하고 있지는 않고 있는 것이다.

그렇지만 그것이 검사의 포괄적 지휘권이라는 우산 아래에서만 경찰의 수사개시·진행권이 인정된다는 의미는 아니다. 또한 검사의 수사지휘권 행사로 아무런 제한 없이 경찰이 개시·진행하는 수사를 무력화시킬 수 있다는 의미까지 내포하고 있다고 보기도 어렵다. 특히 법에서 범죄혐의를 인식한 경찰에게 수사개시·진행을 강제하고 있는 수사법정주의를 무력화시키는 것까지 의미하고 있지는 않을 것이다. 만약 그러한 의미를 포함할 의도였다면 검사의 지휘에 관한 사항을 영에 위임할 하등의 이유가 없었을 것이기 때문이다. 오히려 종래 검사가 수사지휘권을 매개로 자신이 원하는 대로 경찰의 수사를 조종하던 경우와 달리, 개정 형사소송법 체계 하에서 검사의 지휘권은 개정전에 비해 제약을 받지 않을 수 없게 되었다¹⁶⁾.

우리 입법자가 의도한 검사의 수사지휘의 목적, 즉 경찰수사의 적법절차 준수 여부에 대한 통제 및 이를 통한 인권보호라는 목적도 거기에 있다¹⁷⁾. 그것이 바로 독일, 프랑스 등 검사제도가 탄생한 이후 지금까지 지향해왔던 ‘법률의 감시자’라는 기능에 충실할 뿐만 아니라 수사지휘의 개념을 복종과 명령으로 이해하기 보다는 상호협력력을 위해 필요한 조정 내지 통제로 보고 있는 추세¹⁸⁾와도 부합하는 길이다.

15) 춘천지방법원 강릉지원 2007. 4. 30. 2007고합6; 서울고등법원 2007. 10. 19. 2007노1093; 대법원 2009. 4. 9. 2007도9481 참조.

16) 형사소송법 제196조의 개정에 따른 검사의 수사지휘권의 한계에 대해서는 줄저, 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구 제22권 제3호(2011 가을), 241면 이하 참조.

17) 이는 판례에서도 잘 드러난다: “인권침해의 소지가 가장 많은 수사분야에서 국민의 인권과 자유를 보호하기 위하여 우리 헌법과 법률은 검사제도를 두어...”대법원 2010. 10. 28 대판 2008도11999.

18) Weidmann, Die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft, 2001, 387면. 한국형사정책연구원 강석구 박사는 따라서 우리나라 개정 형사소송법 체제 하에서의 수사지휘도 “상호협력적 수사지휘”이어야 함을 지적하였다. 강석구, 주 13)의 글, 18면.

2. 김·경 명령·복종관계를 규정한 구 검찰청법 제53조의 삭제

사실 검사의 수사지휘는 ‘법률의 감시자’로서의 검사가 경찰에 대한 법치국가적 통제기능을 수행한다는 데 있었지만, 지금까지 우리나라에서는 구 검찰청법 제53조를 근거로 경찰의 수동적 복종을 요구하는 명령으로 이해되었다. 구 검찰청법 제53조에서 검사와 경찰의 관계를 같은 군대내 상하관계처럼 ‘상명하복관계’로 규정해 놓았었기 때문이다.

그 결과 수사절차에서 검사의 현실적 역할이 실제로는 그리 능동적이거나 적극적이지 못했음에도 불구하고, 개별사건에서 검사가 수사지휘권을 행사한 사안에서는 법령의 틀을 넘어 조직상의 상명하복으로까지 확대되었던 게 사실이다¹⁹⁾. 검사의 지휘는 경찰수사에 대한 법률적 통제를 넘어 경찰조직에 대한 사실상의 통제장치로 작용해 왔던 것이다. 이러한 검사의 지휘권은 많은 경우 무제한적이고 비합리적으로 행사되어서 검찰과 경찰간 많은 갈등과 논란의 원인이 되었다. 이런 이유로 국회는 구 검찰청법 제53조에 근거한 검사의 수사지휘권의 오남용 관행을 비판하였고, 거의 모든 입법자들이 이 규정을 삭제하는데 동의하였다²⁰⁾.

구 검찰청법 제53조가 삭제되어 이제 김·경관계를 더 이상 상명하복관계로 볼 수 있는 근거가 없어진 것이다. 이 규정의 삭제에 대해 ‘전근대적 용어’의 정리에 불과하다는 주장이 있는 것도 사실이다²¹⁾. 그러나 이 규정 삭제의 취지는 국회 사개특위가 검찰청법 개정이유에서 밝힌 바와 같이 검찰과 경찰이 ‘명령과 복종의 관계’에서 탈피하여 ‘새로운 관계 재정립’을 도모하기 위함에 있다고 할 것이다. 그것은 또한 형사소송법 제196조의 개정으로 수사종결을 제외한 모든 수사활동에 주체성을 가지게 된 경찰의 지위를 고려한 입법적 조치이다. 그런 점에서 제53조의 삭제는 ‘명령’ 내지 ‘복종’과 같은 구태의연한 표현을 단순히 현대적으로 표현한 것 이상의 의미를 지니고 있는 것이다.

우리 입법자들은 이 규정의 삭제를 통해 단순히 ‘명령에 복종’이라는 전근대적인

19) 신양균, 주 11)의 글, 165면.

20) 2011년 6월 30일 국회에서는 검찰청법 개정안에 대해 재석 218명 가운데 반대표(기권 1명) 없이 217명의 의원이 찬성하였다.

21) 김정범, 김·경 수사권 조정과 국민의 인권, 2011, 65면.

용어를 정리하는 차원을 넘어 그 동안 지나치게 자의적으로 행사되어 왔던 검사의 ‘전근대적인 지휘문화’ 또한 근절시키고자 한 것이다²²⁾. 이는 그러한 전근대적인 수사지휘로는 검찰청법(1949년) 및 형사소송법(1954년) 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 있다²³⁾. 구 검찰청법 제53조의 삭제는 계기로 앞으로 정립해야 할 바람직한 검사의 수사지휘는 상명하복관계에 기초한 기존 검·경관계를 탈피하여 수사의 효율성을 위해서는 상호협력하고, 국민의 기본권 보호라는 측면에서는 서로 견제하는 검·경관계를 전제로 해야 한다는 의미가 담겨 있는 것이다.

III. 대통령령에 대한 비판적 고찰

검사의 지휘에 관한 영은 개정 형사소송법 제196조 3항에 근거를 두고 있다. 그 출발점은 앞서 언급한 바와 같이 수사주체로서 경찰의 지위 변화와 상명하복관계에 기초한 기존 검·경관계의 변화이다. 그것은 영이 경찰측에서 주장해왔던 바와 같이 검사의 지휘권을 완전히 배제하는 방향이어서도 안 되지만, 적어도 기존 명령·복종에 기초한 검찰과 경찰의 관계를 보다 새롭게 정립하라는 의미였을 것이다.

그런데 영은 처음부터 현행 법무부령인 사법경찰관리집무규칙을 그 출발점으로 삼았다. 그것은 기존 검찰과 경찰을 상명하복관계로 보던 관점에 입각하여 검사의 지휘에 관한 사항을 구체화하겠다는 것을 의미한다는 점에서 문제가 있었다. 왜냐하면 사법경찰관리집무규칙은 과거 법무부와 검찰이 경찰보다 우월한 지위에서 제·개정하였던, 그래서 거기에는 경찰의 지위가 검사의 명령에 복종해야 하는 수동적 지위로 규정하고 있었기 때문이다.

아래에서는 이러한 점을 염두에 두고 영의 내용 가운데 긍정적인 측면과 더불어

22) 국회 사법제도개혁특별위원회, 제300회 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 5. 19), 17면 (순법규 의원 발언 참조).

23) 조국, 검사 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 경찰청 연구용역보고서, 2009, 75면.

특히 문제가 되는 점을 살펴보고자 한다.

1. 검찰과 경찰간 갈등 해소 및 예방

현재 시행되고 있는 영은 기존의 수사지휘가 무제한적·무정형적으로 행사²⁴⁾되어 검찰과 경찰간 갈등을 양산하였던 점을 고려하였음을 간과하기 어렵다. 우선 영 제2조에서 검사의 수사지휘는 ‘사법경찰관을 존중하고 법률에 따라 적정하게’ 행사되어야 할 것을 규정하고 있다. 검사의 수사지휘에 대한 기본 원칙을 정하고 있는 선언규정이다.

영 제107조는 대검찰청, 경찰청 및 해양경찰청간 ‘수사협의회’를 두어 수사에 관한 제도개선 방안 등을 논의하고 상호 의견을 교환할 수 있는 제도적 장치를 마련해 두고 있다. 수사협의회는 특히 수사지휘의 범위에 관한 해석을 두고 검찰과 경찰간 대립이 있을 경우 양 기관의 ‘협의조정 창구’가 될 것으로 보인다. 다만, 영은 수사협의회의 구성, 운영방식, 논의의 대상 등에 대해 구체적으로 규정하지 않고 있어 실제 어떻게 운영될지, 어떤 역할을 할지는 미지수다. 그럼에도 영에서 규정할 수 없었던 ‘피의자 호송·인치 지휘’ 문제를 두고 검찰과 경찰은 영 시행일로부터 6개월 이내에 관련 MOU를 체결해야 하는 만큼 수사협의회는 어떤 식으로든지 구성, 운영될 것으로 추측된다²⁵⁾.

24) 이와 관련하여 국회 사개특위 손범규 위원이 다음과 같이 지적한 바 있다. “‘기소의견으로 송치할 것’ ‘불기소의견으로 송치할 것’, 송치 자체를 경찰은 의견도 없는 사람으로 취급을 하면서 지휘를 해요. 그런 지휘를 하니깐, 그 따위 지휘를 하니깐 경찰에서 자괴감을 가지고 ‘우리가 무슨 머슴이냐, 종이나, 우리를 종처럼 부린다’ 이렇게 생각을 하고 울분에 차 있으니까 지금 현재처럼 ‘검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다’고 할 거면 그 지휘가 어떤 형태로 되어야 되는지 대강이라도 독일 형사소송법처럼 해 줘야 됩니다. 지금 그냥 ‘지휘를 받아 수사를 하여야 된다’고 해 놓고 모든 지휘는 마음대로 할 수 있게 되어 있기 때문에 그런 말도 안 되는 지휘를 하는 거거든요. 세상에 ‘무의견 송치할 것’이라는 지휘가 어디 있으며 ‘기소의견으로 송치할 것’ ‘불기소의견으로 송치할 것’, 그런 것까지, 그러면 그것은 지휘가 아니라 완전히 조직을, 경찰을 동물 취급하는 거예요. 손발로 취급하는 거예요, 그거는. 그렇게까지 하라는 거는 아니거든요.”, 국회 사법제도개혁특별위원회, 제300회 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 5. 19), 17면.

25) 실제로 검찰과 경찰, 해양경찰은 2012. 1. 26. 수사협의회의 구성 및 운영방안 등을 논의하기 위한 사전모임을 가졌다. 그리고 이 자리에서 실무협의회를 구성하여 세부 운영방안을 논의하기로 합의했다는 보도가 있었다. 2012. 1. 26.자 연합뉴스“검·경 수사협의회 첫 회동...실무협의 합의(종합)”.

영 제8조에서는 검사의 위법·부당한 지휘에 대해 경찰이 검사에게 다시 지휘해 줄 것을 요청할 수 있는 ‘재지휘건의’를 명문화하였다. 이 조항에 따라 재지휘건의를 받은 검사는 경찰의 의견에 대해 재지휘 여부를 결정하고, 필요한 조치를 하여야 한다. 나아가 재지휘건의에 대한 검사의 조치에 이견이 있을 경우 사법경찰관 소속 관서의 장은 검사 소속 관서의 장에게 의견을 제시할 수 있도록 규정하여 실효성 확보장치를 마련하고 있다. 영 제정과정에서 검찰측은 이 조항의 신설에 대해 해당 검사 소속 관서의 장 대신 소속 부서의 장(예를 들어 부장검사)으로 하자는 의견을 제시하였으나, 경찰측은 그럴 경우 이 조항의 원래 목적을 달성할 수 없다는 우려에서 검찰측의 의견을 거부한 바 있다. 재지휘건의 제도의 신설은 그간 검·경간 갈등의 원인이 되어왔던 검사의 부당한 수사지휘를 제한하는 효과가 있을 것으로 기대된다.

이 조항은 원래 경찰이 제출한 영 초안에 있던 ‘수사지휘에 대한 이의신청’ 규정²⁶⁾에서 출발하였다. 검사의 지휘가 지금까지 오·남용된 사례가 적지 않았고 그로 인해 검찰과 경찰간 갈등을 야기해 왔던 점을 인식한 경찰이 영 제정을 계기로 검사의 수사지휘권 행사에 한계를 두어 그런 사례를 차단하고자 하는 의도에서 비롯된 것으로 보인다. 검사 지휘의 적법성 또는 정당성 여부에 대해 이의제기를 할 수 없다는 논리는 검사는 실수를 하지 않는 절대왕정 또는 전체주의 국가의 ‘군주’와 똑 같다는 주장과 다름없기 때문이다.

실제로 독일 연방공무원법(Das Deutsche Beamten-gesetz)의 ‘이의제기’ 규정의 역사적 발전과정을 보면, 절대왕정 시대의 최고관청은 군주의 ‘연장된 팔’로서 군주와 마찬가지로 완전무결하다는 전제 하에서 거기서 근무하는 공무원들의 이의제기권

26) 경찰은 총 19개 조항이 담긴 영 초안을 제출하였다. 초안 제14조에 수사지휘에 대한 이의신청 규정을 두었다. 제1항은 “주무 사법경찰관은 구체적 사건과 관련된 검사의 수사지휘의 적법성 또는 정당성에 의견이 있을 때에는 수사지휘 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 관할 고등검찰청 검사장에게 서면으로 이의신청을 할 수 있다.” 제2항은 “제1항의 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 5일 이내에 수사지휘를 변경·철회할 수 있고, 이 경우에는 고등검찰청으로 이의신청서를 송부하지 않는다. 다만, 변경·철회를 하지 않는 경우 또는 이의신청서 접수일로부터 5일이 경과된 경우에는 고등검찰청으로 이의신청서를 송부하여야 한다. 제3항에서 이의신청서를 접수한 고등검찰청 검사장은 5일 이내에 해당 수사지휘의 적법성·정당성 여부를 판단하고 그 결과를 통보하여야 한다. 이의신청을 인용하는 경우에는 고등검찰청 검사장은 해당 검사에게 수사지휘를 변경·철회하도록 하여야 한다”고 규정하였다.

이 허용되지 않았다. 이후 나찌시대에 다시 공무원에게 복종의무만 있고 이의제기 권이 허용되지 않았다²⁷⁾. 오늘날 독일 검사와 경찰은 모두 공무원이므로 검사의 지휘에 대한 경찰의 이의제기는 당연히 인정된다. 검사의 지휘에 대한 경찰의 이의제기는 원칙적으로 단계를 거쳐 최종 법무부장관과 내무부 장관에까지 도달할 수 있다고 한다²⁸⁾. 대개의 경우 그 이전 단계에서 조정절차를 거쳐 해결된다고 한다.

또한 영은 수사지휘의 정형성을 담보하고 부당한 수사지휘를 방지하기 위한 제도적 장치로서 ‘서면 수사지휘’ 규정을 두고 있다. 영 제5조에 따라 검사의 수사지휘는 원칙적으로 「형사사법절차 전자화 촉진법」에 따른 형사사법정보시스템(KICS)을 이용하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 상황이 있을 경우 구두나 전화 등 간편한 방식이 이용될 수 있으나, 이 경우에도 경찰은 서면 또는 KICS를 통한 지휘를 요청할 수 있도록 규정하고 있다. 여기에는 그간 수사지휘가 일정한 형식이나 지휘계통 없이 검사 마음대로 이루어져 기관간 ‘상호 존중’보다는 경찰을 ‘검사의 손발’로 취급한다는 인상을 제공해왔고, 또 수사지휘의 정형성 내지 투명성을 담보할 수 없어 검사의 지휘가 오·남용되어도 경찰의 입장에서는 그 적법성 또는 타당성조차 판단하기 곤란한 경우가 많았던 관행²⁹⁾을 바로잡고자 하는 경찰의 입장이 반영되었다고 볼 수 있다.

27) Rux, J., *Das Remonstrationsrecht: Eine Tradition des liberalen Rechtsstaats?*, 1-3면.

28) 필자는 2011년 10월 26일 경찰청에서 독일 막테부르크 검찰청 소속 Ellen Brech- Kugelmann 검사와 면담을 하였다. 이의신청(Remonstration)과 관련, 담당경찰관은 검사의 지시의 부당성을 이유로 불이행할 수 있으며, 이 경우 그 사유를 수사기록에 편철하여야 한다. 담당검사는 지시의 정당성을 기재하여 담당경찰관에게 재지시 또는 해당경찰 부서장에게 통보하고, 그 부서장은 정당성 여부를 판단하여 정당하면 담당경찰관에게 검사의 지시이행을 명하거나 담당경찰관을 교체할 수 있다. 부서장이 검사의 지시를 부당하다고 인정할 경우에는 그 사유를 수사기록에 편철하여 담당검사에게 제출하고, 담당검사는 상급 검사에게 경찰관서의 이의제기 내용을 전달한다. 이러한 방법으로 이의제기 절차는 최종적으로 법무부 및 내무부 장관에까지 도달하게 되고 여기서 조정절차가 착수된다.

29) 세칭 ‘벤츠 여검사 사건’에서 최 변호사는 여 검사에게 자신의 담당 사건이 유리하게 진행되도록 일종의 청탁을 하였으며, 이를 받은 여 검사는 경찰수사에 대한 지휘를 명분으로 사건처리에 개입한 것은 그 좋은 예이다. 2012. 1. 22.자 매일경제 “벤츠 여검사, 내연남과 주고 받은 문자메시지 열어보니...”.

2. 국민인권 보호 측면에서의 문제

가. 피의자신문시 변호인 참여권 제한

영 제21조는 형사소송법에서 수사기관의 피의자신문 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 뒷받침하고 있는 형사소송법 제243조의2 ‘변호인의 피의자신문 참여제도’를 구체적으로 이행하기 위한 규정을 명시하고 있다. 이 규정은 종전 사법경찰관리집무규칙(제16조의 2 변호인의 피의자신문 참여)의 내용을 그대로 옮겨온 것으로 종전보다 변호인의 피의자신문 참여권을 더 제한하는 등의 새로운 내용은 없다. 주로 피의자 방어권 보장과 실제진실발견이라는 수사목적 달성 사이에 균형을 유지해야 한다는 실무적 필요성에서 변호인참여권 제한의 사유를 구체적으로 적시하고 있다.

그런데, 대법원은 2003. 11. 11. 송두울 사건을 계기로 구속피의자에 대하여³⁰⁾, 헌법재판소는 2004. 9. 23. 불구속 피의자에 대하여³¹⁾ 각각 변호인의 피의자신문 참여권을 헌법상 권리(헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙, 제12조 제1항의 적법절차 원칙, 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리)로 인정하고 있다. 그리고 헌법 제37조 제2항에서는 기본권제한은 필요한 경우에 한하여 법률에 의해서만 가능하다는 점을 명시하고 있다. 따라서 피의자신문시 변호인 참여권에 대한 제한은 법률에 의하여야 한다.

그럼에도 이번 수사권 관련 영에서 사법경찰관이 변호인의 피의자신문 참여권을 제한할 수 있도록 규정하고 있어 “사법경찰관이 재량으로 부여하는 혜택의 수준”으로 전락시켰다는 비판³²⁾이 제기되고 있다. 비록 앞의 두 판례에서 변호인의 피의자신문 참여권은 무제한으로 인정되는 것이 아니라는 점을 지적하면서 제한의 기준으로 신문방해나 수사기밀 누설 경우 등을 제시하고 있다 하더라도, 이러한 제한을 법률이 아닌 영에서 규정하는 것은 변호인참여제도의 의의를 퇴색케 할 우려가 크

30) 대법원 2003. 11. 11. 2003도402.

31) 헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌마138.

32) 대한변협이 2011년 12월 21일 발표한 성명서 “검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 대한 규정 제정령(안) 중 변호인 참여권을 무력화하는 제21조를 즉각 수정하라”에서 확인.

다. 특히 변호인참여를 제한하는 사유를 판단하는 주체가 수사기관 자신이라는 점에서 자의적으로 해석 적용될 여지가 크고, 그래서 남용될 우려 또한 높다.

특히 영 제21조 2항에서는 변호인의 신문 참여를 신청하는 경우 반드시 ‘변호인 참여 전에’ 변호인선임에 관한 서면을 제출하도록 요구하고 있어, 현실적으로 수사기관의 조사를 받는 국민들이 변호인의 조력을 받을 수 있는 기회를 박탈할 가능성까지 규정하고 있다. 수사활동 자체가 가지는 변화무쌍함, 게다가 경찰단계에서 피의자신문은 수사의 초기 단계라는 특성상 사전에 변호인 선임 사실을 서면으로 준비하여 제출할 수 없는 경우가 적지 않은 현실을 고려한다면 더욱 그렇다. 또한 동조 5항이 수사기관으로 하여금 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하도록 하고 있어 소송행위의 확실성의 담보에도 특별한 문제가 없다³³⁾. 그렇다면 ‘변호인 참여 전에’ 굳이 변호인선임에 관한 서면을 제출할 의무를 두고 있는 영 제21조 2항의 규정은 자칫 변호인의 참여권을 제한하는 결과를 초래할 가능성을 배제하기 어려울 것이다.

하지만 이러한 변호인참여권 제한에 대한 비판이 그 제한 내지 판단의 주체가 ‘검사’가 아닌 ‘사법경찰관’이기 때문에 나온 것이라면 그 비판에 쉽게 수긍하기 어렵다. 형사소송법 제243조의2 제1항은 ‘검사 또는 사법경찰관은 정당한 사유가 없는 한 변호인을 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다’고 규정하여, 정당한 사유가 있는 경우에는 변호인 참여권이 제한될 수 있으며, 그 주체로 ‘검사 또는 사법경찰관’을 명시하고 있다. 또한 지금까지 검찰사건사무규칙 제9조의2와 사법경찰관리집무규칙에 제16조의2에서 피의자신문에 대한 변호인참여권의 제한사유를 구체화하고 있었다. 그런데 검사가 주체가 되어 피의자신문시 변호인의 참여를 제한하면 문제가 없는데, 사법경찰이 그 주체가 되었을 때는 문제가 된다는 식의 지적³⁴⁾은 아직도 경찰을 검사의 수사를 보조하는데 불과한 ‘수사의 보조자’로 보고 있다는 것 이외 달리 설명하기 어렵다는 점을 지적하고 싶다.

33) 조기영, 변호인의 피의자신문참여권, 형사법연구 제19권 제4호(2007 겨울), 313면.

34) 앞의 주 32) 참조.

나. 체포영장으로 체포한 피의자 석방시 검사의 사전지휘 유지

이번 영에서는 긴급체포된 피의자 석방시 검사의 사전승인 제도를 폐지하여 불필요하게 인신의 자유를 제한하지 못하도록 하였다. 형사소송법 제200조의2에서는 ‘영장을 청구하지 아니하는 때 피의자를 즉시 석방’하도록 규정하고 있다. 그런데 종래의 사법경찰관리집무규칙 제26조 1항은 “체포 또는 긴급체포하거나 구속한 피의자를 석방하고자 할 때에는 피의자 석방 건의서를 작성·제출하여 미리 검사의 지휘를 받아야 한다”고 규정하여 검사의 사전승인제도가 즉시 석방되어야 할 피의자의 자유권을 제한한 측면이 있었기 때문이다.

그런데 체포영장으로 체포한 피의자를 석방하는 경우에는 여전히 기존의 관행대로 검사의 사전승인을 받도록 하고 있다. 국민인권을 보호하기 위한 차원이라면, 긴급체포한 피의자를 석방하는 경우와 체포한 피의자를 석방하는 경우를 달리 구분할 하등의 이유가 없다. 영이 국민의 인권을 실질적으로 고려하지 않았다는 반증이기도 하다. 이러한 점은 수사실무에서 이루어지고 있는 사건처리 현황을 보면 더 명확해진다. 경찰에서 피의자를 긴급체포하는 경우에는 대개 추후 구속될 가능성까지 염두에 두는 경우가 많다. 왜냐하면 형사소송법 제200조의3에서 긴급체포의 요건을 ‘피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 또 피의자가 증거인멸 또는 도주우려가 있는 경우에 긴급을 요하여 체포영장을 받을 수 없는 때’로 엄격히 제한하고 있기 때문이다. 그래서 실무적으로 긴급체포권이 신중하게 행사되고 있기 때문이다. 이는 경찰에서 긴급체포한 후 구속영장을 신청하여 실제로 발부받는 현황에서 확인할 수 있다. 2008년부터 2010년까지 경찰청 통계를 보면, 긴급체포한 후 구속영장을 신청한 건수는 평균 80%에 이른다.

〈경찰 긴급체포 후 구속영장 신청 현황〉

연도별	긴급체포 건수(건)	구속영장 신청 건수(건)
2008년	13,654	11,172(81.8%)
2009년	14,730	11,604(78.7%)
2010년	10,308	8,425(81.7%)

반면, 체포영장에 의한 체포는 사정이 다르다. 왜냐하면 수사기관은 형사소송법 제200조의2에 따라 피의자가 죄를 범하였다는 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 출석요구에 불응하는 경우에 체포영장을 발부받을 수 있기 때문이다. 실무적으로 해당사건이 구속까지 가지 않는 사안이라도 피의자가 수사기관의 출석요구에 불응하는 경우 부득이 체포영장을 신청할 수밖에 없는 경우가 적지 않기 때문이다. 즉, 체포영장에 의해 체포된 피의자는 긴급체포에 의한 체포된 피의자에 비해 상대적으로 구속영장까지 신청하지 않아도 되는 경우가 많다는 것이다. 통계를 보면, 체포영장에 의한 체포 후 구속영장을 신청하는 경우는 20% 내외에 머물고 있다.

〈경찰 체포영장에 의한 체포 후 구속영장 신청 현황〉

연도별	체포발부 건수(건)	구속영장 신청 건수(건)
2008년	50,765	10,309(20.4%)
2009년	49,900	12,042(24.1%)
2010년	45,074	10,696(23.7%)

경찰측은 이러한 수사현실을 인식하고, 국민인권 보호를 강화하자는 취지에서 긴급체포 또는 체포된 피의자 석방시에 검사의 사전지휘를 받는 규정을 폐지하자고 주장하였다. 그러나 이번 영은 긴급체포한 피의자 석방시 검사의 사전지휘를 받는 규정을 삭제하면서도 체포영장에 의해 체포한 피의자 석방시 검사의 사전지휘 규정을 그대로 남겨두었다. 그 결과 체포된 피의자는 체포 또는 구속의 사유가 없어진 경우에도 경우에 따라 검사의 사전지휘를 받는 시간만큼 자유를 더 제한받는 것을 감수해야 한다. 영 제정 과정에서 국민의 인권이 좀 더 소중하게 생각되지 못한 것 같아 아쉽다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

3. 경찰의 수사주체성 훼손

가. 선거·공안사건 등 중요범죄의 입건여부 지휘

영 제76조는 경찰이 대공·선거, 노동, 집단행동, 출입국·테러 및 이에 준하는 공안관련 범죄에 대해 수사를 개시한 때에는 검사에게 입건여부에 대해 검사의 지휘를 받도록 규정하고 있다.

입건여부를 지휘한다는 것은 ‘입건유예’ 내지 ‘불입건’ 지휘를 하여 수사를 중단케 하거나 또는 ‘입건’ 지휘를 통해 수사를 계속하게 한다는 것인데, 이것은 경찰에게 범죄혐의를 인식한 때에는 수사개시·진행을 강제하고 있는 개정 형사소송법 제196조 2항과 정면으로 배치된다. 경찰의 수사개시·진행권 인정은 경찰이 적어도 직접 인지한 사건에 대해서 스스로 범죄혐의 유무를 판단할 수 있는 권한을 가지고 있음을 의미한다³⁵⁾. 개정 형사소송법 제196조 4항 및 제198조 제3항에서 경찰의 수사개시·진행권 인정과 함께 경찰에게 수사관련 서류 및 물건에 대한 목록 작성의 무와 수사 관계서류 및 증거물에 대한 전건 송치의무를 부과하고 있는 것도 바로 그 때문이다. 즉 경찰 스스로 범죄혐의 유무를 판단하여 수사를 개시·진행해서 검찰에 송치할 경우 발생할 수 있는 수사의 남용 및 그로 인한 인권침해 등의 가능성을 차단하는 차원에서 경찰이 수사한 관계서류와 증거를 검찰로 전부 송치토록 하여 경찰수사의 투명성을 확보할 수 있는 담보장치를 마련해 놓고 있는 것이다. 게다가 ‘불입건’ 내지 ‘입건유예’ 지휘가 있는 경우, 경찰은 범죄혐의가 있다고 판단하여 수사를 개시했음에도 더 이상 수사를 하지 못하고 ‘내사종결’ 처리해야 하거나 또는 법적 권한도 없는 ‘불입건’ 또는 ‘입건유예’를 해야 하는 모순에 빠지게 된다.

한편, 영 제76조를 정확히 보면, 수사를 개시한 때에 ‘입건여부’ 지휘를 받을 것을 규정하여 얼핏 보면 수사개시권을 침해하지 않는 것으로 보인다. 이 조항은 실무에서처럼 ‘수사개시=입건’으로 보지 않고 수사개시와 입건의 분리를 전제하고 있기 때문이다. 당초 검찰측이 제시한 법무부 초안에서처럼 입건 시점을 수사를 개시하여 피의자가 특정되고 혐의가 확인된 이후로 옮겨놓았기 때문에 수사개시권 침해

35) 강석구, 주 14)의 글, 8면.

문제는 없어 보인다. 오히려 검찰측 주장대로 기존에 입건 후 ‘혐의없음’이나 ‘공소권없음’ 등 불기소 의견으로 송치될 사건들을 아예 경찰단계에서 검사의 지휘 아래 불입건하도록 함으로써 연간 평균 32만명 정도의 불필요한 입건자를 감소시키는 효과를 가져올 수도 있어 보인다³⁶⁾. 그러나 이는 형사소송법 제195조 및 제196조에서 범죄혐의를 확인 내지 인식한 때에 수사에 착수할 수 있도록 규정한 내용과 부합하지 않는다. 범죄혐의가 있으면 범죄인지서를 작성하는 등 입건해서 수사해야지, 수사를 해보고 범죄혐의가 확인되면 그때서야 범죄인지서를 작성하여 입건하겠다는 것은 법률의 자의적인 해석일 뿐이다.

이러한 주장은 범죄혐의의 유무에 관계없이 수사기관 맘대로 수사를 시작하겠다는 것으로 “범죄혐의가 없는 때에는 수사활동을 할 수 없다는 의미에서의 형사소송법 제195조가 내포하는 범죄혐의의 한계기능”³⁷⁾을 전혀 인정하지 않는 모순된 논리에 지나지 않는다. 이는 실무를 법률에 맞추어 개선하는 것이 아니라 실무에 맞도록 법률을 영으로 고치겠다는 것이나 다름없다. 그만큼 국민의 인권침해 위험은 높아질 것이다. 이러한 이유에서 국무총리실은 영 제정 과정에서 ‘수사개시=입건’이라는 등식을 깨고 입건 시점을 수사개시 이후로 늦출 경우 수사현실에 커다란 혼란이 초래된다는 이유로 검찰측 주장을 수용하지 않았다. 영 제17조도 수사의 개시시점을 범죄인지서를 작성하는 실무상 입건시점으로 보고 있다.

더 심각한 문제는 입건여부 지휘의 대상사건이 정치적으로 민감한 선거·공안사건이라는 점이다. 검찰이 이들 사건을 정치적으로 이용할 우려가 있을 뿐만 아니라 수사지휘권을 행사하여 경찰의 정치적 중립성 또한 보장하기 어렵게 만들 소지가 있음을 배제하기 어렵기 때문이다. 앞에서 언급한 ‘벤츠 여검사’ 사건에서처럼 청탁 받은 검사의 지휘가 ‘보이지 않는 손’으로 작용하여 경찰수사를 왜곡할 수 있다는 점을 고려하면 더욱 그렇다. 결론적으로 이는 검사의 수사지휘를 아직도 경찰수사의 주체성을 인정하지 않던 개정전 형사소송법 체계하에서 바라보고 있음을 보여주는 대표적 예로 보여 안타까울 뿐이다.

36) 이제영, 내사와 수사의 본질과 한계: 그에 대한 법적 통제를 중심으로, 한국법학교수회(사단법인) 동계학술대회 자료집(2011. 12. 5), 27면.

37) 신양균·조기영, 내사의 개념과 허용범위, 형사법연구 제23권 제3호(2011, 9.) 193면.

나. 경찰수사에 대한 검사의 수사중단·송치명령

영 제78조는 경찰이 수사를 진행하고 있는 사건에 대해 수사절차상 이익이 제기되거나 2개 이상의 기관에서 중복 수사하는 경우 등 수사과정에서 인권이 침해될 우려가 현저하여 검사가 직접 수사할 필요가 있다고 인정되는 경우 ‘즉시 검찰로 사건을 송치하도록 지시’할 수 있음을 규정하고 있다. 개정전 수사실무에서 검사가 제한 없이 경찰이 수사진행 중인 사건에 대해 ‘수사중단·송치명령’을 하는 관행이 영에 명문화된 것이다. 그런데 법에서 부여한 경찰의 수사개시·진행권을 검사가 수사지휘를 통해 중단시킬 수 있는가의 문제가 남는다. 검사 수사지휘의 한계를 어디로 볼 것인가의 문제이기도 하다.

우선, 개정 형사소송법에서 사법경찰을 수사의 주체로 인정하고 있어 영 제78조에 따른 검사의 ‘수사중단’ 지휘는 검사와 사법경찰이라는 두 수사주체 간에 이루어지는 지휘의 문제로 볼 수 있다. 이러한 예는 수사주체인 상급검사가 하급검사에게 대해 ‘직무승계’ 또는 ‘직무이전’ 지휘를 하도록 규정한 검찰청법 제7조의2에서 찾아볼 수 있다. 하지만 사법경찰과 달리 검사는 단독관청이고 또 수사종결권을 보유하고 있어 외견상 검사와 사법경찰과의 관계와 차원을 달리하는 것처럼 보인다. 그런데 이러한 차이점들이 있다고 하여 하급 검사는 상급 검사의 지휘에 따라야 하는 검사동일체의 원칙에 어떠한 제한이나 한계가 되지는 못하기 때문에 상하관계에 있는 검사 간의 지휘와 수사주체인 사법경찰과 검사 간의 지휘를 달리 보아야 할 이유가 없다. 오히려 조직을 달리하는 검사와 사법경찰 간의 지휘에 비해 검사동일체의 원칙에 따른 상하 검사간의 지휘는 구속력이 더 강하고 지휘의 범위가 더 넓다고 해야 할 것이다³⁸⁾. 그럼에도 검찰총장 등이 소속 검사의 직무인 수사를 중단시키고 그 직무를 이전 및 승계하도록 하는 ‘지휘’를 법률을 통해 명문화해 놓았다. 그만큼 수사권 남용의 가능성을 차단하고, 수사의 왜곡을 방지하고자 하는 입법자의 강한 의지가 담겨 있다고 할 것이다. 그렇다면 상하 검사간의 직무이전 및 승계에 해당하는 사법경찰에 대한 검사의 수사중단·송치명령 또한 법률을 통해서만 가능하다는 결론이 도출된다.

38) 박노섭, 주 13)의 글, 18면.

물론, 예외적으로 사법경찰에게 수사중단·송치명령을 할 수 있는 검사의 수사지휘를 규정해 놓은 경우도 있다. 형사소송법 제198조의2 제2항은 검사에게 체포 또는 구속과정에서 불법이 의심되는 경우가 있을 경우 즉시 사법경찰의 수사를 중단시키고 송치할 것을 지휘할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 그런데 이 규정은 검사의 지휘를 사법경찰의 수동적 복종을 요하는 명령으로 규정하고 있던 구 검찰청법 제53조가 폐지되기 전에도 존재하고 있었다. 이는 검찰과 경찰을 상하복종관계로 규정해 놓고 있을 때에도, 게다가 경찰의 수사가 인정되지 않았던 형사소송법 제196조가 개정되기 전에도 수사중단·송치명령에 대해서는 법적근거를 필요로 했다는 것을 의미한다.

이 조항은 결국 수사지휘를 방자하여 경찰의 수사권행사에 대한 부당한 간섭 및 통제권을 행사하여 검사지배적 수사구조를 심화시킴은 물론, 경찰수사 그 자체를 왜곡시키는 결과를 초래할 것이다. 특히 그간 검사나 검찰직원이 사건에 연루되었거나, 전관예우와 같이 전관이 개입되거나, 또는 검찰이 정치권 등으로부터 압력 내지 청탁을 받은 사건의 경우에 영장을 특별한 이유없이 기각한다거나 수사중단·송치명령을 통한 보이지 않는 ‘사건가로채기’가 드물지 않게 이루어져 왔다는 현실³⁹⁾에 비추어 볼 때 더욱 심각한 문제가 아닐 수 없다.

특히 검사의 독점적 영장청구권과 결합하여 검사의 수사지휘권을 더욱 공고히 하는 핵심장치로 작용할 것으로 보여진다. 이는 서보학 교수의 지적에서 잘 드러난다: “실제 수사실무에서 경찰이 독자적인 임의수사 개시권 및 진행권을 행사하고 있다 할지라도, 범죄수사를 위해 필요한 체포·구속 및 압수·수색·검증 등 강제처분권을 행사하기 위해서는 반드시 검사에게 영장을 청구하도록 되어 있기 때문에, 검사는 경찰로부터 영장청구의 필요성을 소명 받는 과정에서 자연스럽게 사건수사의 실체를 파악할 수 있고 또한 영장청구를 위한 보강수사지시 내지 사전 신병지휘를 통해 경찰수사의 방향과 범위를 직접적으로 통제할 수 있게 된다.”⁴⁰⁾

39) 2003년 ‘용산 범조비리 사건’, 2010년 ‘대원외고 불법 찬조금 모금’ 사건 등은 이러한 의심을 받고 있는 대표적 사례이다. 2011. 12. 1.자 인터넷 조선일보 “전직 검사에 대한 수색영장, 6번 퇴짜 놓더라”; 2008. 1. 16.자 인터넷 노컷뉴스 “비리 혐의 부장검사 출신 변호사 구속영장 결국 기각” 등 참조.

40) 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 경찰청 연구용역 보고서, 2009, 11면.

결국 영 제78조의 규정은 검사에게 독점되어 있는 영장청구권과 더불어 형사소송법에서 인정한 경찰의 수사개시·진행권을 사실상 형해화시켜 경찰수사의 독립성 확보를 사실상 불가능하게 할 것이다. 서보학 교수는 다음과 같이 지적하고 있다: “따라서 설혹 형사소송법의 개정을 통해 경찰에게 송치전 초동수사에 대한 독립성을 보장한다고 할지라도, 현재 검사에게 독점되어 있는 영장청구제도를 폐지하고 경찰에게도 자율적인 영장청구권한을 보장하지 않는 한 경찰수사의 독립성은 사실상 공허한 것이 될 수밖에 없음을 어렵지 않게 짐작할 수 있다.”⁴¹⁾ 영 제78조는 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시·진행권이 가지고 있는 한계를 다시 한번 명확히 한 셈이다.

다. 검찰 접수사건의 지휘 문제

형사소송법 제196조 제1항에서 사법경찰관은 “모든 수사에 관하여 검사의 지휘”를 받는다고 규정했을 때 ‘모든 수사’가 무엇을 의미하는지에 대한 논란이 있었다. 형사소송법 개정을 위한 국회 사개특위에서 당시 법무부장관이 답변한 내용을 살펴보면, ‘모든 수사’는 ‘경찰이 하는 수사’와 ‘검찰에서 하는 수사’를 모두 포함하는 의미로 정리해 볼 수 있겠다⁴²⁾. 형사소송법 제195조가 검사의 수사를 규정하고, 제196조가 경찰의 수사를 규정하고 있어 검찰이 지휘할 수 있는 대상이 자칫 경찰의 수사만을 의미하는 것으로 오해할 소지가 있기 때문에 ‘모든’이라는 문구를 삽입하였다는 얘기다. 따라서 검사가 직접 인지하여 수사한 사건(직수사건)은 검사의 지휘 대상이 아니라는 주장이 가능해지기 때문이다.

바로 이 점에서 영 제80조는 ‘검사 수사사건 지휘’를 규정하고 있다. 검사가 접수한 사건에 대해서도 경찰에게 수사 지휘할 법적 근거인 것이다. 이 규정에 따른 ‘검사 수사사건’에는 수사가 아닌 진정, 탄원 등 이른바 내사사건은 포함되지 않는 것으로 해석된다. 이 조항에서 검사의 지휘대상은 검사가 접수한 사건으로 ‘수사’가 필요한 사건이기 때문이다. 형사소송법 제195조 및 제196조를 보면 ‘수사’라는 것은 범죄혐의를 인식한 때에 개시되는데, 진정 등 내사사건은 수사를 개시할 정도의

41) 서보학, 위의 글, 12면.

42) 제301회 국회(임시회) 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011. 6. 20), 21면 참조.

범죄혐의가 충분치 않아 범죄혐의를 확인하는 단계를 거칠 필요가 있는 수사가 개시되기 이전 단계의 사건이다. 이러한 점 때문에 내사는 정보기관의 첩보수집 등 정보활동과 수사단서를 토대로 범죄혐의를 밝혀내는 사법경찰의 수사활동의 경계에 걸쳐있는 활동으로 간주되어⁴³⁾ 형소법의 적용을 받지도 않고, 그래서 검사의 통제대상이 아니라는 것이다⁴⁴⁾. 검사의 지휘를 받는 ‘모든 수사’에 경찰내사가 포함되지 않는다는 것도 바로 그 때문이다⁴⁵⁾.

그런 점에서 검사 내사사건에 대해 경찰이 접수를 거부하는 최근의 조치는 타당한 것으로 여겨진다. 경찰이 접수한 내사사건을 경찰이 수사하도록 지휘한다는 것은 아직 범죄혐의가 있는지 없는지 확인도 되지 않은 사건을 최소한의 확인절차를 거치지 않은 채 경찰로 하여금 수사하도록 한다는 것으로 일종의 ‘직무유기’나 다름없기 때문이다. 또한 굳이 수사와 내사를 구분하여 범죄혐의를 확인하는 과정을 통해 범죄인지는서 작성이라는 입건 절차를 둘 이유도 없을 것이기 때문이다. 나아가 이는 경찰이 아닌 검찰이라는 수사기관을 택한 국민의 선택을 존중하지 않는 업무 처리로 보여진다. 특히 영 제정과정에서 검찰은 경찰의 고유영역인 경찰내사에 대해 인권침해가 우려된다며 경찰내사사건을 검사의 통제아래에 두어야 한다고 주장해놓고, 지금에 와서 검찰내사를 경찰로 하여금 처리토록 하겠다는 것은 앞뒤가 안 맞는 모순된 조치일 뿐이다. 그럼에도 검찰은 2012년 1월 27차 입법예고한 검찰사건사무규칙(법무부령) 개정안을 통해 검찰에서 접수한 진정 등 내사사건을 ‘수사사건’으로 수리하도록 하는 ‘수사사건 제도’를 신설⁴⁶⁾하고, 이를 영 제80조 규정과 연계하여 경찰에게 수사지휘의 형태로 처리케 하려는 시도를 하고 있어 안타까울 뿐이다.

43) Giudice, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren?, 2/2010, 4면.

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

45) 검찰청법 제4조는 검사의 직무로 ‘범죄수사’에 필요한 사항을 들고, 이어서 범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘·감독을 규정하고 있다.

46) 법무부는 검찰사건사무규칙 개정안에서 ‘수사사건 제도’를 신설(안 제143조의2 수사사건의 수리, 제143조의3 수사사건의 수리절차, 제143조의4 수사사건의 처리 등)하는 규정을 입법예고(2012. 1. 27.-2. 6.간 입법예고, 법무부공고 제2012-15호)한 바 있다.

4. 검사의 수사지휘권 강화

가. 기존 검사 수사지휘 관행의 법제화

지금까지 수사지휘에 관한 법규정은 개정전 형사소송법 및 검찰청법에서 “지휘·감독” 또는 “명령에 복종”과 같은 원론적 차원에 머물고 있었다. 검사의 수사지휘권의 범위, 행사방식 등에 대한 구체적 규정이 없었기 때문에 수사 일선에서 검사의 지휘는 ‘경찰에 대한 검사의 말’이 곧 수사지휘라는 등식으로 통했다. 그것은 충분한 법적 근거 없이 수사지휘가 이루어져 왔음을 말해주기도 한다. 그래서 검찰측은 지금까지 수사실무에서 행해져왔지만 법제화되지 못해 경찰의 반발과 거부사태⁴⁷⁾를 야기했던 수사지휘권을 최대한 영에 명문화하여 수사지휘권을 더욱 공고히 하고자 시도하였다⁴⁸⁾.

이러한 시도는 우선 수사단계별로 검사의 지휘권을 구체화하는 결과로 나타났다. 경찰사건에 대해서는 수사개시 보고(제74조) → 입건시 지휘(제76조) → 송치전 지휘(제77조) → 송치지휘(제78조) → 송치 이후 보완지휘(제79조)와 같이 단계별 수사지휘가 이루어질 수 있도록 하였다. 검찰사건에 대해서는 제80조에서 ‘검사 수사 사건 지휘’ 규정을 두어 경찰이 사건 송치 전에 검사의 구체적 지휘를 받을 의무를 부과하고 있다. 수사개시 보고에서부터 송치 이후 보완지휘에 이르기까지 경찰수사의 전 과정을 일일이 구체적으로 완전히 통제하여 수사개시·진행권을 부여받은 경찰수사의 자율성을 사실상 무력화시키고 있는 것이다. 게다가 영 제3조에서 검찰의 일반적 수사준칙 및 지침 제정권을 규정하고 있다. 영은 경찰과 협의를 통해 제정되어야 하기 때문에 검찰의 입장이 반영되지 못하는 경우가 있을 것인데, 이 규정은 그러한 점을 보완할 수 있는 장치로 작용할 것으로 보인다.

47) 그 대표적인 사례로 세칭 ‘장신중 경정 사건’, ‘김영일 경감 사건(구속전 피의자 면담을 위한 검사의 인치명령을 거부했다는 이유로 ’인권옹호직무명령불준수 및 직무유기’혐의로 기소된 사건)’ 그리고 경찰청장 승인없이 검찰에 파견되어 있던 경찰관을 복귀 지시한 황운하 성동경찰서 형사과장 사건 등을 들 수 있다.

48) 이러한 시도는 영 제정 관련 법무부 초안에서 잘 드러난다. 특히 법무부 초안 제89조 피의자 인치 등에 관한 지휘, 제90조 수사사무 점검·지도, 제92조 사법경찰관리의 파견, 제96조 사법경찰관리에 대한 징계요구 등, 제97조 사법경찰관리에 대한 의견제시, 제9조 제5항 행정경찰의 사법경찰관에 대한 관여 금지 등은 그 대표적인 예이다.

그런 점에서 영은 법에서 인정한 경찰의 수사주체성을 ‘검사의 재량’에 맡겨놓은 것이 아닌가 하는 의구심이 든다. 그 결과 이제 경찰은 형사소송법 개정을 통해 수사주체성을 제한적으로 인정받고도 그것을 제대로 행사할 수도 없고, 또 그것을 부여해 달라고 할 수도 없는 처지에 놓이게 된 것이다. 이번 영 제정은 앞으로의 검·경 수사권 문제를 지금까지와 같이 수사권 독립을 요구하는 경찰과 이를 반대하는 검찰과의 문제에서 “기껏해야 더 이상 검찰의 잔심부름은 하지 않겠다는 수준”으로 낮추어 놓았다는 지적⁴⁹⁾이 예사롭게만 들리지 않는 이유다.

나. 경찰내사에 대한 통제

‘내사’라는 용어는 수사실무상 존재하지만, 형사절차의 기본법인 형사소송법에는 등장하지 않는다. 즉 수사기관의 내사활동은 형사소송법의 통제 범위에서 벗어나 법률적 통제의 사각지대에 있다는 말이다. 그러다보니 수사기관은 활동이 비교적 자유로워 법의 통제를 덜 받게 되는 ‘내사’를 선호하고 가능하면 그 범위를 넓히려는 습성이 있다. 그만큼 인권보호에는 취약하다는 뜻이기도 하다⁵⁰⁾. 이는 무엇보다도 내사와 수사를 구분하는 기준을 실무적으로 수사기관의 형식적 절차인 ‘입건’으로 보고 있는데 기인한다.

실제로 검찰, 경찰 등 수사기관은 범죄인지서를 작성한 후 사건번호를 부여하는 절차인 ‘입건’을 하느냐 마느냐를 기준으로 입건 전 단계인 내사와 입건 이후 단계인 수사를 구분해왔다. 그 결과 피내사자가 피의자나 피고인이 되어 누릴 수 있는 헌법상 기본권 행사 시점이 수사기관에 따라 달라지는 모순이 초래된다. 그에 반해 대법원은 지난 2001년 10월 26일 판결⁵¹⁾ 이후 수사개시의 시점을 입건이 아니라 실질적으로 수사행위가 있었는지 여부에 따라 결정해야 한다는 실질설을 취하고 있다. 통상적으로는 수사기관이 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차(입건)를 거쳐야 범죄인지가 된 것으로 볼 수 있으나, 범죄의 인지는 실질적인 개념이고 수리하

49) 2012년 1월 5일자 내일신문, “최근의 검경 갈등이 말해주는 것”.

50) 자세한 내용은 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 2004; 한국형사정책연구원, 형사소송법 개정연구, 2010, 49-61면 참조.

51) 대법원, 2001. 10. 26. 2000도2968.

는 절차는 내부사무처리 절차에 불과하므로 사실은 수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시한 때 이미 범죄를 인정한 것으로 보아야 한다는 것이다.

수사실무에 이 실질설을 적용하여 형식설이 가지는 모순을 해결하자면, 수사기관이 내사에서 수사로 전환하는 절차를 ‘범죄인지=입건=수사개시’라는 등식에 맞추어야 한다. 그러기 위해서는 내사과정에서 ‘수사’에 해당하는 명백한 행위가 있으면 수사를 개시한 것으로 간주하는 규정을 둘 필요가 있다. 그것이 그간의 수사실무와 판례 및 이론 사이의 간격을 좁히고 실질적으로 수사기관에 의한 내사권 남용으로 인한 국민의 인권침해를 최소화할 수 있는 길이다. 그러자면 피의자를 전제로 하는 명백한 수사활동에 대해 수사개시를 간주하는 규정을 ‘법률’에 적시하여 경찰과 검찰 모두에게 적용되도록 하여야 한다⁵²⁾. 왜냐하면 내사문제는 경찰의 내사뿐만 아니라 검찰의 내사도 마찬가지로 누가 누구를 통제하는 방식으로 해결할 수 있는 문제가 아니기 때문이다.

그런데 영 제18조 1항을 보면, 피의자신문조서를 작성하고, 긴급체포를 하고, 또 검사에게 체포·구속영장을 신청하고도 범죄인지서를 작성하지 않을 수 있다는 의미로 해석될 수 있다. 범죄인지서를 작성하지 않는다는 말은 실무적으로 입건을 하지 않고 사건을 내사종결할 수 있다는 의미이기도 하다. 그 결과 어디까지가 내사인지, 어디서부터 수사인지를 더 불분명하게 만들어, 결과적으로 이 조항의 목적이 ‘국민의 기본권 보호’ 보다는 ‘경찰에 대한 검사의 통제’에 있는 것이 아닌가 하는 의구심을 낳고 있다. 오히려 내사활동의 범위를 종전보다 넓혀 그간 내사라는 명목으로 수사활동을 하던 관행 그 자체를 규범화한 것으로 보인다. 경찰이 하는 내사에 대해서는 검사의 통제 아래 두어 ‘통제받지 않는 내사’라는 지적을 수용하는 한편, 검찰이 하는 내사는 영 제18조를 법적근거로 삼아 내사영역을 합법적으로 넓히면서도 종전과 같이 통제의 범위 밖에 머물게 되었다.

이는 제18조 2항을 보면 더 분명해진다. 특히 3항과의 관계에서 2항을 보면 경찰의 내사활동에 대한 이의제기가 없는 상황에서 굳이 사건의 목록과 요지까지 검사

52) 실제로 검찰과 경찰은 영 제정을 위한 협상 과정에서 수사개시 간주규정(피의자신문조서를 작성한 때, 긴급체포를 한 때, 체포·구속영장을 청구하는 때)을 두기로 하였으나, 영에서 수사의 개념을 정할 수 있느냐는 논란의 가능성 때문에 현재의 영으로 변경되었다. 진교훈, 내사와 수사의 본질과 한계: 그에 대한 법적 통제를 중심으로, 동계학술대회 자료집(2011. 12. 5, 한국법학교수회), 51면.

에게 제출하도록 의무화할 필요가 있는가라는 의문이 든다. 왜냐하면 2항에 따라 굳이 검찰에게 사건목록과 요지를 제출하지 않더라도 3항에서 이의제기가 있거나 인권침해를 인정할 만한 현저한 이유가 있다고 판단할 경우 검사는 구체적 사건과 관련한 서류와 증거물을 경찰로부터 제출받을 수 있기 때문이다. 과연 인권보호를 위한 통제만을 목적으로 하고 있는지, 아니면 경찰의 내사활동 및 이를 통해 수집한 범죄정보를 통제하려는 것인지 의문이다.

이처럼 영은 경찰의 내사에 대해서만 통제를 받도록 규정한 반면, 사실상 검찰의 내사는 그대로 내버려 두었다⁵³⁾. 검찰은 오히려 경찰의 내사까지 통제할 수 있는 권한을 부여받았다. 이로써 검찰은 경찰의 내사에 대한 통제와 더불어 중요범죄 입건지휘, 독점적 영장청구권 그리고 수사중단·송치명령 등을 통해 정치적으로 민감한 사건, 검찰관계자가 관련된 사건 혹은 청탁을 받은 사건 등에 대하여 얼마든지 검사의 의도에 따라 사건을 처리할 수 있게 되었다⁵⁴⁾. 이 점에서 영이 기존 ‘검찰권의 공고화 내지 강화’를 초래한 것이라는 비판을 받는다. 특히, 검사의 통제가 인권보장에 기여하고 있는가에 대한 의문이 제기되고 있는 현실을 고려한다면 더욱 그렇다. 이는 그간 보여준 검찰의 반인권적 태도에서 잘 드러난다⁵⁵⁾.

때문에 영 제18조에 의한 경찰내사에 대한 검찰의 통제는 독일경찰이 형소법상 검사의 연장된 팔로서 초동수사권만을 보유한 상태에서도 범죄정보를 장악함으로써 사실상 수사절차를 지배하게 된 점에 위기의식을 느낀 검찰이 이번 영 제정을 통해 수사지휘의 범위를 범죄수사를 넘어 범죄정보활동으로 확대해 궁극적으로 수사의 주재자로서의 지위를 계속 유지하겠다는 의도가 숨어있는 것이 아닌가 하는 의구심을 낳게 하고 있다. 형사소송법 개정으로 자칫 경찰이 사실상의 수사절차를

53) 여기서 검사의 지휘에 관한 사항을 규정하는 영의 성격상 검찰의 내사를 다룰 수가 없지 않느냐는 이견을 제시할 수 있다. 그래서 내사와 수사를 구분하는 문제는 형사소송법 등 법률에서 다루어야 할 차원이라는 것이다. 사실 영에서 경찰의 내사를 규정하면, 검찰의 내사는 ‘검찰사건사무규칙’ 정도의 법무부령에서 정할 수밖에 없는데, 이럴 경우 지금까지 수사의 주재자라는 점을 강조해왔던 검찰의 입장에서는 법체계의 모순을 초래하게 된다.

54) 진교훈, 주 50)의 글, 55면.

55) 서보학, 주 40)의 글, 50-52면. 한마디로 검찰은 “기소기관이자 법률적 통제기관으로서의 역할보다는 피의자를 직접 소환·조사하고 조서를 작성하고 증거를 수집하는 수사기관으로서의 역할에 주력”하고 있어 인권옹호기관이라고 보기 어려울 정도라는 지적이다.

지배할 것을 우려한 나머지 수사지휘의 영역을 경찰의 범죄정보 분야로까지 확대해 나가겠다는 것이라는 지적이다⁵⁶⁾.

IV. 결 론

지금까지 현재 시행되고 있는 검·경 수사권 관련 영을 비판적으로 고찰해 보았다. 개정 형사소송법 제196조에서 경찰의 수사주체성을 인정하고 검사의 지휘에 관한 사항을 영에 위임하였을 때, 검찰개혁을 바라는 많은 사람들은 한편으론 이번 영이 검사의 지휘권 행사에 한계를 두어 검찰권을 견제할 장치로 작용할 것으로 기대했다. 다른 한편으론 경찰의 수사주체성 인정과 명령·복종관계의 삭제로 인한 검찰과 경찰의 관계변화가 이루어져 검찰과 경찰이 범죄수사를 위해서는 상호 협력하고, 국민인권을 위해서는 상호 견제할 수 있을 것으로 기대했다.

하지만 이번 영은 이러한 기대와는 달리 그동안 실무에서 이루어져왔던, 반드시 바람직하다고 보기 어려웠던 검사의 수사지휘 관행을 법제화 하는데 그쳤다. 한마디로 ‘경찰 수사현실의 법제화’에서 출발한 형사소송법 제196조 개정은 하위 규정인 영을 통해 ‘검사의 수사지휘 현실의 법제화’로 종결된 것이다.

그것은 어쩌면 당연한 결과인지 모른다. 왜냐하면 이번 영 논의의 중심은 수사권을 누가 어떻게 행사할 것인가의 문제가 아니라 경찰이 받아야 하는 검사의 수사지휘의 범위 문제에 있었기 때문이다. 이번 영으로 수사기관간 견제와 균형의 원리가 작동하는 시스템을 달성하기에는 처음부터 한계가 있었음을 말해준다. 기껏해야 검찰의 잔심부름을 어디까지 하느냐의 수준에 그칠 수밖에 없었던 한계 말이다.

그 결과 1954년 형사소송법 제정 당시 우리 입법자들이 ‘장기적으로’ 희망했던 견제와 균형의 원리가 작동하는 형사사법시스템을 갖추기 위해서는 정말 ‘백 년’을 기다려야 할지 모르는 상황이 되었다⁵⁷⁾. 과연 개정 형사소송법 제196조가 영을 통

56) 출처, 주 16)의 글, 240면.

57) 형사소송법 제정당시의 검찰총장 한격만은 “수사는 경찰에 맡기고 검사에게는 기소권만 주지는 것은 법리상으로는 타당합니다만 앞으로 백 년 후면 모르지만”이라고 하였다.

해 그리려고 했던 수사구조는 검사의 포괄적 지휘권 아래서만 인정되는 경찰의 수사개시·진행권에 불과한 것이었을까? 그것을 위해 국회 사개특위는 수개월간 검찰의 반발을 자초하면서까지 검찰개혁의 일환으로 형사소송법 제196조를 개정했던 것일까?

참고문헌

- 김정범, 검·경 수사권 조정과 국민의 인권, ‘검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권’ 심포지엄, 서울지방변호사회, 2011.
- 박노섭, 개정 형사소송법에 따른 검사 수사지휘권의 범위와 한계, ‘형사소송 개혁방향과 바람직한 형사사법제도 모색’ 학술세미나(2011.12.2.), 한국경찰법학회.
- 강석구, 내사의 쟁점과 과제, 형사정책 학술세미나(2011.12.13.), 한국형사정책연구원.
- 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 경찰청 연구용역 보고서, 2009.
- 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 서울대학교 법학 제45권 제3호, 2004.
- 신양균, 검사의 수사지휘권에 대한 검토, 경찰학연구 제7권 제1호, 2007.
- 신양균·조기영, 내사의 개념과 허용범위, 형사법연구 제23권 제3호, 2011.
- 유주성, 사법경찰관의 수사주체성에 관한 연구, 치안정책연구 제25권 제2호, 2011.
- 이완규, 개정 형사소송법상 수사체제, 법조 제60권 제9호, 2011.
- 이제영, 내사와 수사의 본질과 한계: 그에 대한 법적 통제를 중심으로, 동계학술대회 자료집(2011. 12. 5), 한국법학교수회(사단법인).
- 조 국, 현 시기 검찰·경찰 수사권조정의 원칙과 방향, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005.
- 조 국, 검사 수사지휘권 행사의 범위와 한계, 경찰청 연구용역 보고서, 2009.
- 조기영, 변호인의 피의자신문참여권, 형사법연구 제19권 제4호, 2007 겨울.
- 진교훈, 내사와 수사의 본질과 한계: 그에 대한 법적 통제를 중심으로, 동계학술대회 자료집(2011. 12. 5), 한국법학교수회(사단법인).
- 허인석, 내사의 법적 쟁점에 관한 연구, 형사법 쟁점연구II, 2010.
- 한국형사정책연구원, 형사소송법 개정연구, 2010.
- 황문규, 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구 제22권 제3호, 2011 가을.
- Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 2008.
- Giudice, Ludovica Del, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann

beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren?, ZStrR 2/2010.

Rux, Johannes, Das Remonstrationsrecht: Eine Tradition des liberalen Rechtsstaats?,

in: <http://www.staatsrecht.info/pub/beamte.htm>, 2012. 2. 10. 검색.

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

Kritische Analyse der Verordnung des Staatspräsidenten über die staatsanwaltschaftlichen Weisungen gegenüber der Polizei und das polizeiliche Ermittlungsverfahren

Hwang, Mungyu*

Nach der Neufassung des §196 KStPO ist die Verordnung des Staatspräsidenten über die staatsanwaltschaftlichen Weisungen gegenüber der Polizei und das polizeiliche Ermittlungsverfahren erlassen worden.

Damit ist einerseits zu erwarten, dass Konflikten zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren vorgebeugt wird. Denn §2 der Verordnung bestimmt, dass die Staatsanwaltschaft Respekt gegenüber der Kriminalpolizei haben soll, was bisher nicht der Fall war. Zudem statuiert die Verordnung in § 8 ein Remonstrationsrecht, das der Kriminalpolizei ermöglicht, gegen staatsanwaltschaftlicher Anordnungen vorzugehen, sofern Zweifel an deren Recht- und Zweckmäßigkeit bestehen. Somit schränkt das sog. Remonstrationsrecht schränkt das bisher uneingeschränkte staatsanwaltschaftliche Weisungsrecht ein.

Andererseits ist jedoch zu bemerken, dass die neue Verordnung die Selbstständigkeit bei polizeilicher Ermittlungstätigkeit verletzt. Insbesondere verlangt § 76 der Verordnung von den Polizeibeamten, den Anweisungen der StA bezüglich der Einleitung des Ermittlungsverfahrens Folge zu leisten, obwohl § 196 der neuen KStPO das Recht und die Pflicht zum ersten Zugriff sowie die Selbstständigkeit bei ihrer Ermittlungstätigkeit den Polizeibeamten zuweist.

Die Kritik besteht darin, dass die neue Verordnung nicht berücksichtigt, warum § 196 KStPO geändert ist, und somit dazu beiträgt, das Ermittlungsmonopol der Staatsanwaltschaft noch zu verstärken. Dies könnte zu noch schärfenden

* Professor, Department of Police Administration Joongbu University

Konflikten zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft führen.

- ❖ Schlagwörter: Verordnung über die staatsanwaltschaftlichen Weisungen gegenüber der Polizei und das polizeiliche Ermittlungsverfahren, Verletzung polizeilicher Ermittlungsselbständigkeit, Verstärkung staatsanwaltschaftliches Weisungsrechts.