

검·경 수사권조정에 대한 비판적 분석: 2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로

박찬걸*

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로, 검·경 수사권조정 제도의 도입 배경, 주요 내용, 그리고 이에 따른 법적 쟁점과 시사점을 분석한다. 특히, 수사권조정 제도가 수사권 분할을 통한 수사 효율성 제고와 검찰 개혁의 일환으로 추진되었는지, 그리고 수사권 조정의 실질적 효과와 부작용을 평가한다. 또한, 수사권 조정 제도가 수사권 분할을 통한 수사 효율성 제고와 검찰 개혁의 일환으로 추진되었는지, 그리고 수사권 조정의 실질적 효과와 부작용을 평가한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.03.31.1.29>

❖ 주제어 : 수사권조정, 수사지휘권, 수사종결권, 검찰개혁, 직접수사

* 대구가톨릭대학교 사회과학대학 경찰행정학과 부교수(법학박사).

I. 문제의 제기

지난 2019. 4. 30. 국회에서 패스트트랙으로 입안된 후 ‘2020. 1. 13. 의결되어 2020. 2. 4. 공포된 개정 형사소송법(법률 제16924호) 및 검찰청법(법률 제16908호)’(이하에서는 ‘개정법’이라고 한다)은 2020. 1. 14. 공포된 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(법률 제16863호)과 함께 소위 검찰개혁 내지 수사권 조정 3대 입법으로 평가되고 있다. 개정법에서의 검·경 수사권조정은 경찰측의 주장을 적극적으로 검토·반영하는 차원에서 이루어진 것이 아니라 검찰개혁의 일환으로 단행된 것이라는 점을 부인할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 개정법의 제안이유에서도 알 수 있듯이 2018. 6. 21. 발표된 소위 ‘검·경 수사권조정 합의문’¹⁾의 문언과 취지가 그대로 반영되어 있는데, 동 합의문의 과정을 면밀히 살펴보면, 법무부와 행정안전부 그리고 청와대 사이의 정치적 타협과 합의라는 현 정부의 시대정신이 그대로 녹아 있음을 확인할 수 있다. 즉 결과론적으로는 기존 경찰측의 주장이 상당 부분 반영되었지만, 이러한 현상은 그 과정에 있어서 경찰측에서 주장하는 논거의 타당성 여부를 면밀하게 검토한 결과로 판단되기 보다는 어떻게 해서든지 기존의 검찰권력을 분산해야 한다는 시대적·역사적·정치적 사명감의 일환으로 이루어진 것이라고 평가할 수 있다.²⁾

개정법에서 제시된 검·경 수사권조정 내용으로는, ① 검찰과 경찰을 상호협력 관계로 설정하여 검사의 수사지휘권을 폐지하고, ② 경찰에게 불송치처분의 권한을 인정하여 1차적 수사종결권을 부여하고, ③ 검찰의 직접수사 범위를 대폭적으로 축소하고, ④ 사법경찰관이 신청한 각종 영장을 검사가 기각한 경우 이에 대한 불복을

- 1) 당시 검찰의 대표로 법무부장관, 경찰의 대표로 행정안전부장관이 각각 합의하였다는 점에서 검·경 수사권조정 합의문이라고 일컬어지고 있지만, 과연 각 기관의 수장이 합의하였다고 하여 검찰과 경찰이 수사권조정에 대하여 ‘합의’하였다고 평가하는 것이 타당한지 매우 의문이 든다. 이는 합의문 발표 후 검찰과 경찰이 서로 합의문의 내용에 불만을 쏟아내고 있는 실정을 보아도 그러하다. 그러므로 합의문의 성격을 부여하기 보다는 현 정부의 강력한 의지가 투영된 ‘권고안’ 정도로 파악하는 것이 보다 적합한 용어의 사용이라고 본다.
- 2) 同旨 최호진, “한국형 수사와 기소분리모델의 전망과 경찰의 과제”, 비교형사법연구 제19권 제1호, 한국비교형사법학회, 2017. 4, 221면(최근 수사권조정에 대한 논의는 경찰의 노력에 의해서 이루어진 것이라기보다는 오히려 검찰의 문제점이 지적됨으로 인하여 반사적 효과로 경찰에 대한 수사권의 문제가 등장한 것이다).

고등검찰청에 설치된 영장심의위원회에 하도록 하고³⁾, ⑤ 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 경우와 동일하게 한 것⁴⁾ 등을 주요 골자로 하고 있다.⁵⁾ 한편 개정법 부칙에 따라 공포 후 6개월이 경과한 때로부터 1년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다.⁶⁾ 개정법의 주요 내용을 통하여 알 수 있듯이, 외형적으로 보이는 이번 수사권 조정의 핵심은 검사의 수사지휘권 폐지와 사법경찰관의 1차적 수사종결권 인정이라고 할 수 있다. 이는 검·경 사이에 협력적 수사관계의 설정을 통하여 상호 견제와 균형을 바탕으로 국민에게 보다 인권친화적인 환경을 제공하기 위한 것이라는 점이 공통되는 제안이유로 설명되고 있다. 하지만 형사절차가 기존의 경우와 비교하여 훨씬 복잡하게 변경되어 국민의 입장에서 볼 때 불편함이 초래될 것이 예상된다. 왜냐하면 검사는 송치처분을 받은 사건에 대하여 기소 여부를 판단하기 위하여 사법경찰에 대한 보완수사를 통해 절차의 반복을 진행해야 하며, 불송치처분을 받은 사건에 대하여 고소인 등이 이의신청을 하면 불송치처분의 적정성 여부를 판단하기 위하여 역시 다시 위와 같은 절차를 진행해야만 하기 때문이다. 또한 사법경찰의 수사에 대한 통제수단이 약화되어 비대해진 권한을 적절하게 견제할 수 있는 장치의 마련도 요구되고 있다. 이하에서는 수사권조정과 관련된 현재의 상황 및 위와 같은 문제의식을 바탕으로 개정법에 나타난 쟁점을 크게 송치 전 검사의 수사지휘권 원칙적 폐지(II), 불송치사건에 대한 사법경찰관의 1차적 수사종결권 인정(III), 검사의 직접수사 범위 축소(IV) 등으로 나누어 비판적으로 분석해 보기로 한다.⁷⁾

3) 이에 대하여 보다 자세한 논의로는 박찬걸, “검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안”, 형사법의 신동향 제62호, 대검찰청, 2019. 3, 23-25면 참조.

4) 개정 형사소송법 제312조 제1항에서는 ‘검사가 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.’라고 하여, 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 기존의 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 경우와 동일하게 하여 한층 강화하였다. 이는 증거능력을 인정받기 위한 검사의 이중수사를 억제하고 공판중심주의에 기여하기 위한 조치로 평가된다.

5) 이에 대하여 우리나라의 수사권조정에 따른 수사체계가 사실상 공안기관(경찰)이 큰 권력을 가지고 있는 중국의 형사사법모델과 유사한 형태라고 분석하고 있는 견해로는 정웅석, “검경 수사권조정 개정안의 주요 내용에 대한 비교 분석 및 대안”, 형사법의 신동향 제62호, 대검찰청, 2019. 3, 243-245면.

6) 다만 개정법 부칙 단서에 의하면, 제312조 제1항의 개정규정은 공포(2020. 2. 4.) 후 4년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다.

II. 송치 전 검사의 수사지휘권 원칙적 폐지

1. 의 의

우리나라에서 그 동안 검사는 직접수사권, 수사지휘권, 수사종결권, 영장청구권, 기소독점권, 기소재량권, 공소유지권, 형집행권 등 수사과 재판에 걸쳐 사실상 모든 권한을 보유하고 있었다. 이와 같이 지나치게 과도한 검찰의 권한을 축소하여 남용의 소지를 없애야 하는 당위성의 측면에서 검찰의 수사권을 제한해야 한다는 점에 대한 국민적 공감대가 형성되어 왔는데, 이는 원래 검찰이 직접수사를 하는 기관이 아니라 경찰 등 1차적 수사기관의 권한 남용을 견제·감독하고 인권을 보장하기 위해 등장하였던 역사에도 부합하는 것이다. 이와 더불어 검찰에게 과대하게 집중된 권한을 악용한 각종 비위 사건이 적지 않게 발생하여, 국민들이 검찰에 대해 갖는 신뢰도가 매우 낮은 수준에 그치고 있는 만큼 형사사법절차에서의 수사구조를 재설계하여 상호 견제와 균형이라는 권력분립의 원리 아래, 수사에 대한 공정성과 신뢰성을 담보할 필요가 강하게 대두되었다. 이러한 시대상황을 반영하여 개정 형사소송법에서는 수사지휘에 관한 일반적인 규정이라고 할 수 있는 개정 전 제196조 제1항(수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.) 및 제3항(사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.)을 삭제하여, 사법경찰관의 1차 수사, 즉 송치 전 수사에 대하여 검사의 수사지휘를 원칙적으로 폐지하였다. 사법경찰관에 대한 송치 전 검사에 의한 수사지휘의 원칙적 폐지는 검사와 사법경찰관의 관계를 기존의 지휘감독관계에서 상호협력관계로 전환하기 위한 시도이자 사법경찰관이 책임감 있는 수사를 하기 위한 기틀을 마련해 준 것으로 평가된다.

다만 송치 전이라고 할지라도 예외적으로 ① 사법경찰관이 신청한 영장의 청구

7) 다만 개정법에 의한 수사권조정 관련 내용 가운데 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부에 대한 심의 및 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 강화 부분은 지면관계상 다음의 기회에 논하기로 한다.

여부 결정에 관하여 필요한 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있고(제197조의2 제1항 제2호), ② 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있고, 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있으며(제197조의3 제1항), ③ 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고(제197조의4 제1항), 이러한 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다(제197조의4 제2항 본문).

또한 송치처분 후에는 ④ 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있고(제197조의2 제1항 제1호), 불송치처분 후에는 ⑤ 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있으며(제245조의8 제1항), ⑥ 고소인 등에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 하며(제245조의6), 이에 고소인 등이 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의신청을 하면 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다(제245조의7).

이와 같이 개정 형사소송법은 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 폐지하는 대신 송치 전 수사지휘에 대한 보완책으로 영장청구에 대한 보완수사요구권, 시정조치요구권, 송치요구권 등을 인정하고 있고, 송치 후 수사지휘에 대한 보완책으로 소추권행사를 위한 보완수사요구권을 인정하고 있으며, 불송치 후 수사지휘에 대한 보완책으로 재수사요구권, 고소인 등의 이의신청시 사건송치의무 등을 인정하고 있다. 이에 대하여 현실적으로 검사의 수사지휘는 송치 후 보완수사 요청이나 송치 전이라도 영장청구 과정에서 보완을 요청하는 경우가 대부분이므로, 이러한 보완수사요구권 등의 신설은 수사지휘의 다른 이름일 뿐 실질적으로는 동일한 내용이며, 보완수사요구에 대한 징계요구권 내지 직무배제요구권까지 허용하는 개정법의 태도는 기존의 수사지휘가 오히려 강화되는 측면도 있다는 견해⁸⁾, 검·경의 관계가 상

8) 정승환, “수사권조정 법안의 문제점과 수사구조 개혁의 방향”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협

하관계가 아니라 대등한 협력관계라고 하더라도 지휘는 가능하다는 전제에서 보완 수사요구 등은 수사지휘와 실질적으로 동일하다는 견해⁹⁾, 검사의 무정형적 지휘가 구체화된 견제권으로 변화되고, 보완수사요구 등 특정 요구에 대해서는 경찰의 정당성 판단이 가능해졌다는 점¹⁰⁾, 지휘는 명령과 복종관계를 기반으로 자발적이고 독자적인 판단이 배제된 채 강제력이 수반되는 상대방의 요구에 따라야만 하는 것임에 반하여, 협력은 상호 동등한 관계를 기반으로 자발적이고 독자적인 판단에 의해서 상호 간의 합치된 이해관계인 범죄자에 대한 처벌을 달성하기 위하여 상대방의 요청을 들어 주는 것이라는 점¹¹⁾ 등을 논거로 하여, 현행 수사지휘는 폐지된 것으로 볼 수 있다는 견해 등의 대립이 있다. 이와 같은 견해의 대립에도 불구하고 본질적인 내용은 검사에 의한 수사통제가 전혀 이루어지지 않는 사법경찰에 의한 수사의 영역은 절대 허용되어서는 안 된다는 점이다. 왜냐하면 통제받지 않는 수사권의 존재는 작금의 검찰개혁의 기본취지에 역행하는 것이기 때문이다. 이러한 측면에서 경찰에게 1차적 수사권을 부여하는 작업과 동시에 이에 대한 엄정한 감시와 견제의 장치를 견고하게 마련하는 것은 반드시 병행되어야만 한다.¹²⁾

2. 보완수사요구권의 행사를 통한 견제

가. 내 용

검사는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우 또는 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우 중의 어느

회, 2019. 9, 116면.

9) 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 경찰법연구 제16권 제2호, 한국경찰법학회, 2018. 12, 17-18면.

10) 이형세, “검·경 수사권 조정에 관한 심포지엄 토론문”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019. 9, 145면.

11) 강성용, “바람직한 경·검 관계에 대한 연구 -미국 형사사법제도에 대한 미시적 분석-”, 외법논집 제43권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019. 8, 84면.

12) 본고의 ‘II. 송치 전 검사의 수사지휘권 원칙적 폐지’ 부분에서는 송치 전 및 송치처분 후의 견제방안을 분석하고, 불송치처분 후의 견제방안에 대해서는 본고의 ‘III. 불송치사건에 대한 사법경찰관의 1차적 수사종결권 인정’ 부분에서 다루기로 한다.

하나에 해당하는 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다(제197조의2 제1항). 사법경찰관은 이러한 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다(제197조의2 제2항). 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 이러한 요구에 따르지 아니하는 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있고, 그 징계 절차는 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따른다(제197조의2 제3항).

나. 검토

1) 송치사건에 대한 보완수사 vs 불송치사건에 대한 재수사

검사의 소추업무에 있어 공소제기 여부의 결정과 수사의 연관성으로 인해 소추관인 검사가 증거를 적정하게 수집되고 있는지 또는 보완할 것은 없는지 등을 검토하고 수사활동을 하는 사법경찰관에게 보완요청이나 방향제시를 하여 수사가 적정하게 진행될 수 있도록 이끌어야 할 필요성에 대해서는 재론의 여지가 없다. 현실적으로 대부분의 사건에 있어 검사가 처음부터 개입을 할 필요가 없다고 하더라도 특별한 경우에는 검사가 처음부터 방향설정을 하고 수사진행을 통제할 필요가 있는 것인데, 이와 같은 수사 관여는 사법경찰관이 수사를 종료하고 사건을 검사에게 송치한 후에도 이루어질 수 있고, 사법경찰관이 수사를 진행하는 중인 송치 전에도 이루어질 수 있다.¹³⁾ 여기서 보완수사요구의 대상이 되는 제197조의2 제1항 제1호에서 말하는 ‘송치사건’과 재수사의 대상이 되는 제245조의5 제2호에서 말하는 ‘불송치사건’은 법문의 규정상 매우 엄격하게 구별된다. 왜냐하면 ‘송치사건’이란 사법경찰관이 범죄를 수사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하는 것을 말하는 반면에, ‘불송치사건’이란 사법경찰관이 범죄를 수사한 후 송치사건에 해당하지 아니하는 그 밖의 경우에 해당할 때 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지

13) 박찬걸, “경찰권과 검찰권의 조정을 통한 ‘국가수사청’ 설치에 대한 시론”, 비교형사법연구 제20권 제1호, 한국비교형사법학회, 2018. 4, 212면.

체 없이 검사에게 송부하는 것을 말하기 때문이다.

2) 보완수사요구 불응시의 조치 미흡

사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우에 보완수사를 요구하는 것은 현행법상 검사에게 영장청구권이 독점적으로 인정되어 있는 상황에 비추어 볼 때 송치 전이라고 할지라도 얼마든지 가능한 일이다. 또한 이러한 경우는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우와 비교해 볼 때 사법경찰이 이에 응할 가능성이 훨씬 높다고 예상할 수 있다. 왜냐하면 전자의 경우 송치 전 영장의 청구라는 공통의 관심사를 달성하기 위한 협력관계가 도출되는 반면에 후자의 경우 사법경찰에 의한 1차 (책임)수사 종결 후라는 시간적 관계로 인하여 공통의 관심사가 다소 반감될 우려가 있기 때문이다.

여기서 사법경찰관은 검사의 보완수사요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다. 하지만 ‘정당한 이유’를 판단하는 기준이 불확실하기 때문에 양측의 갈등상황이 발생할 우려가 있다. 더욱이 그 불이행에 대한 정당한 이유의 판단을 통제의 대상인 사법경찰관이 하도록 하는 것은 사실상 보완수사요구를 사문화하는 것이라는 지적¹⁴⁾은 눈여겨 볼만하다. 이는 치안을 담당하고 있는 경찰에게 적어도 사건 송치 전 검찰의 수사지휘에 의한 통제의 가능성을 사전에 제거함으로써 송치 전 사건에 대한 통제받지 않는 수사권을 보장하고 있는데, 치안의 역할이 날로 커지고 있는 현대 위험사회에서 경찰의 비대해지는 역할을 오히려 확장함으로써 기존의 법치국가에서 경찰국가로의 전이를 가속화할 우려도 제기¹⁵⁾되고 있다. 물론 송치사건에 대한 검사의 보완수사를 정당한 이유 없이 거부하는 경우란 이론상 쉽게 상정하기 힘들겠지만, 그럼에도 불구하고 정당한 이유를 들어 이를 거부하는 경우를 실무상 전혀 배제할 수도 없는 것이다. 또한 보완수사의 범위에 대하여 검사와 사법경찰관 사이에 이견이 있을 경우 이를 해결할 수 있는 방안이 존재하지 않는 문제점도 지적할 수 있다. 예를 들면

14) 정웅석, 앞의 논문, 247면.

15) 박용철, “검·경 수사권조정 합의안의 내용과 의미에 대한 일고”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 41-42면.

공범이나 여죄수사 등에 대한 보완수사요구가 가능한지에 대한 검찰과 경찰 간의 다툼이 생길 수밖에 없다.¹⁶⁾

다음으로 검사의 보완수사요구가 있는 때 사법경찰관이 정당한 이유가 있다고 판단하여 이러한 검사의 요구에 응하지 않을 경우 이에 대한 조치가 미흡하다. 이러한 경우에 보완수사를 강제하게 하거나 검사에게 사건을 송치하게 하는 등의 강제절차가 전혀 없는 것이다. 그렇다고 하여 1차적 수사종결권이 사법경찰관에게 있는 사건의 경우 검사가 직접 수사할 수도 없는 노릇이다. 다만 사법경찰관이 정당한 이유 없이 보완수사요구에 따르지 아니하는 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있지만, 정당한 이유가 있다고 판단하여 보완수사요구에 따르지 아니하는 상황을 대비한 규정은 전무한 실정이다. 이는 사법경찰관 수사과정에서의 신속하고 효율적인 수사지휘를 포기하게 되어 전체적으로 수사의 효율성을 해치고 경우에 따라서는 사건송치 후 보완수사를 받게 되는 피조사자에게 이중수사의 불편을 야기하게 된다.¹⁷⁾ 오히려 법률전문가로서 기소를 담당하는 검사가 사법경찰관이 검찰에 송치하기 전에 적시에 잘못된 수사방향을 지적하고 점검하는 것이 수사의 효율성면에서 바람직하다.

3) 직무배제 또는 징계요구 불응시의 조치 미흡

검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 보완수사의 요구에 따르지 아니하는 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있지만, 이러한 통제방안에는 강제력이 부여되어 있지 않아 실효성에 의문이 생길 수 있다. 자기 식구인 경찰에게 얼마나 효과적인 직무배제 내지 징계 등을 할 수 있는지는 의문이다. 특히 현재의 검찰청법 제54조에서 규정하고 있는 검사장의 임용권자에 대한 교체임용요구권도 거의 사문화되고 있는 실정에서는 더욱 그러하다. 그러므로 징계요구권이 아니라 징계소추권을 인정하는 것이

16) 김 용, “거꾸로 가는 형사사법개혁”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019. 9, 133면.

17) 한석훈, “수사권조정 및 고위공직자범죄수사처 설치 법안의 평가 -비즈니스범죄 등을 수사하는 전문수사청 설치를 위한 제안-”, 성균관법학 제31권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2019. 12, 659면.

보다 실효적인 제재방안이라고 판단된다. 참고로 일본의 경우에는 검사총장, 검사장 또는 검사정은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 검찰관의 지시 또는 지휘에 따르지 아니하는 경우에 필요하다고 인정하는 때에는, 경찰관인 사법경찰직원에 대해서는 국가공안위원회 또는 도도부현 공안위원회에, 경찰관 이외의 사법경찰직원에 대해서는 그 자를 징계 또는 파면할 권한을 가진 자에게 각각 징계 또는 파면의 소추를 할 수 있다(일본 형사소송법 제194조 제1항). 국가공안위원회·도도부현 공안위원회 또는 경찰관 이외의 사법경찰직원을 징계하거나 파면할 권한을 가진 자는 전항의 소추가 이유 있다고 인정하는 때에는 별도의 법률에 규정된 바에 의하여 소추를 받은 자를 징계 또는 파면하여야 한다(일본 형사소송법 제194조 제2항). 이러한 점에서 개정 형사소송법상 검사가 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구하는 것이 과연 협력적 관계에서 도출될 수 있는 권한인지가 의문이다. 왜냐하면 징계요구권의 행사는 검찰개입의 형식이 협력보다는 수사지휘를 관철하기 위한 압력으로 작용하기 충분하기 때문이다.

3. 시정조치요구권의 행사를 통한 견제

가. 내 용

검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있다(제197조의3 제1항). 이와 같은 송부 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건기록 등본을 송부하여야 하고(제197조의3 제2항), 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있다(제197조의3 제3항). 사법경찰관은 검사의 시정조치 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없으면 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다(제197조의3 제4항). 이러한 통보를 받은 검사는 시정조치 요구가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있으며(제197조의3 제5항), 송치 요구를 받은 사법경찰관은 검사에게 사건을 송치하여야 한다(제197조의3 제6항). 검찰총장

또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있었던 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관리의 징계를 요구할 수 있고, 그 징계 절차는 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따른다(제197조의3 제7항). 한편 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있는 경우 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 피의자에게 알려주어야 한다(제197조의3 제8항).

나. 검토

시정조치요구권은 송치 전에 검사가 경찰수사에 개입할 수 있는 여지를 준 것으로서 수사지휘의 원칙적인 폐지로 인하여 발생할 수 있는 사법경찰에 의한 인권침해를 방지하기 위한 조치로 평가된다. 이러한 측면에서 시정조치요구권의 인정은 사법경찰관의 송치 전 수사에 대한 적절한 통제수단이 되어야 하는데, 이를 보완하기 위하여 다음의 점을 지적할 수 있다. 첫째, 현행법상 검사의 수사지휘권은 사법경찰관의 독자적 의사결정에 의한 자율적인 수사권 행사를 인정하면서, 법률전문가인 검사가 일반적 또는 구체적 지휘를 통해 사법경찰관의 수사활동을 법적으로 조정·통제하고, 검사와 사법경찰관의 의견이 일치하지 아니할 경우에는 검사의 법률적 판단에 따라 수사를 진행하고 사건을 처리하는 역할을 수행하여 왔다.¹⁸⁾ 여기서 일반적 수사지휘는 대검찰청 소관부서에서 각급 검찰청에 대하여 예규 또는 지침의 형식으로 지시하면 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 관할 사법경찰관에게 이를 시달하는 방법으로 이루어지고, 구체적 수사지휘는 특정 사건 또는 사안을 담당하는 주임검사가 사법경찰관에게 지시하는 개별적 수사지휘인데, 이는 명문의 규정상으로는 사법경찰관이 수행하는 모든 수사활동에 대하여 이루어진다. 하지만 검사는 모든 사건에 대하여 실제로 수사지휘를 하는 것이 아니라 예외적으로 행사하고 있었는데, 그 예외의 대표적인 예가 사법경찰에 의한 ‘법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용’이라고 할 수 있다. 즉 수사지휘는 경찰권의 남용에 대한 견제의 수단으로서 수사에 있어서의 인권보장과 적정절차를 실현하기 위한 법치국가의

18) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007도9481 판결.

불가결한 요소라고 할 수 있는데¹⁹⁾, 개정법의 태도는 단지 수사‘지휘’가 ‘시정조치 요구’라는 용어의 변경으로 순화된 것에 불과하지, 그 본질은 수사지휘로서의 성격이 그대로 남아 있다고 평가된다. 즉 개정법에서 검·경의 관계를 상명하복이 아닌 상호협조관계로 파악해야 하는 대전제로 인하여 기존의 수사‘지휘’라는 규정은 모두 삭제하고 있는 것이며, 그렇다고 하여 검사에 의한 사법경찰의 수사에 대한 개입이라는 법치국가적 통제기능을 외면할 수도 없는 노릇이니 보완수사요구, 시정조치 요구, 재수사요청 등의 표현을 차용하여 기존 수사지휘의 명맥을 유지하고 있는 것이다. 참고로 일본의 경우 검찰관과 도도부현 공안위원회 및 사법경찰직원은 수사에 관하여 상호 협력하여야 한다(일본 형사소송법 제192조)라고 규정하고 있음에도 불구하고, 검찰관은 스스로 범죄를 수사하는 경우에 필요한 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수사의 보조를 하도록 할 수 있으며(일본 형사소송법 제196조 제3항), 이 경우에 사법경찰직원은 검찰관의 지시 또는 지휘에 따라야 한다(일본 형사소송법 제196조 제4항). 결국 검·경의 관계를 상호협력관계로 설정한다고 하더라도 검사에 의한 수사지휘가 절대적으로 불가능한 것은 결코 아닌 것이다.

둘째, 사법경찰관의 수사과정에서 발생하는 문제에 대한 시정조치요구를 사법경찰의 상급기관이 아닌 검사가 행하는 것이 과연 타당한 것인지에 대한 의문이 발생할 수 있다. 이에 대하여 사법경찰 내부에서 시정조치를 하여 자체적인 감독과 효율적인 수사를 도모하고, 검사가 개입하여 사법경찰의 책임을 묻는 것은 사법경찰의 수사종결 후 사건이 검사에게 송치되고 나서 이루어지는 것이 타당하므로 동 조항을 삭제하는 견해²⁰⁾도 피력되고 있다.

셋째, 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있는 경우 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 피의자에게 알려주어야 하는데, 이는 기존의 제244조의3(진술거부권 등의 고지)을 보다 구체화한 것이라고 할 수 있다. 하지만 이러한 일련의 고지에도 불구하고 피의자가 법령위반 등을 인지하기란 현실적으로 매우 어렵기 때문에 변호인의 조력을 받을 권리가 보다 강화될 필요성이 있다.

19) 최호진, 앞의 논문, 211면.

20) 박기석, “국민을 위한 합리적 검경수사권조정 방안: 패스트트랙 입법안의 분석 및 개선안 제시를 중심으로”, 한국치안행정논집 제16권 제3호, 한국치안행정학회, 2019. 11, 55면.

넷째, ‘법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용’이나 ‘정당한 이유’의 해석을 둘러싸고 검·경 사이에 갈등이 유발될 가능성을 배제할 수 없다. 또한 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용에 해당하는 경우에 한하여 시정조치요구권이 인정되기 때문에 직무태만이나 소극적인 수사, 교묘한 직무유기 등에 대해서는 사실상 매우 제한적일 수밖에 없어 거의 무용지물이 될 소지가 많다.²¹⁾

4. 송치요구권의 행사를 통한 견제

가. 내 용

검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고(제197조의4 제1항), 이러한 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다. 다만, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다(제197조의4 제2항).

나. 검 토

개정 형사소송법에 의하면, 사법경찰관을 1차적 수사권자로 규정하면서도 검사의 직접수사를 배제하는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 이에 따라 검사와 사법경찰간의 수사경합시 해결기준을 제197조의4에서 제시하고 있는 것이다. 즉 검사와 사법경찰관이 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 수사 혼선 및 과열을 방지하기 위하여 원칙적으로 검사가 사건 송치를 요구할 수 있도록 하면서, 예외적으로 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 사법경찰관이 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있도록 규정한 것이다. 이는 영장 단계에 이르게 되면 사법경찰관의 수사가 상당 부분 진행된 것으로 볼 수 있고, 사건 당사자에게 미치는 영향도 큰 점을 고려한 것으로써, 사법경찰

21) 이창현, “검·경수사권 조정 관련 법률안에 대한 검토와 대안”, 형사소송의 이론과 실무 제11권 제2호, 한국형사소송법학회, 2019. 12, 6면.

관의 영장신청 시점을 기준으로 사법경찰관의 계속 수사를 인정하는 경우에는 수사 경쟁으로 인한 영장청구·영장신청의 남발 등 인권침해 가능성도 배제할 수 없는 측면이 있는 것을 적절히 반영한 것이다. 그런데 여기서 주의할 점은 개정 형사소송법 제197조의4는 검찰청법의 개정을 고려하지 못한 채 신설되었다는 것이다. 개정 검찰청법에서는 검사의 직접수사 범위를 제한하고 있기 때문에 수사의 경합은 결국 검사에 의한 직접수사가 가능한 영역에 국한된 현상이 될 것이다. 다만 검사가 직접수사 가능 범죄사건에서 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있기 때문에(제197조의4 제2항), 검사의 직접수사 영역이 축소되는 현상까지도 초래될 것으로 예상된다.

Ⅲ. 불송치사건에 대한 사법경찰관의 1차적 수사종결권 인정

1. 내 용

현행 형사소송법 제196조 제4항에서는 ‘사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.’라고 하여, 전건송치주의를 규정하고 있었지만, 개정 형사소송법에서는 이를 삭제하는 대신 제245조의5에서 ‘사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 다음 각 호의 구분에 따른다. 1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다. 2. 그 밖의 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. 이 경우 검사는 송부받은 날로부터 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다.’라고 하여, 사법경찰관에게 불송치사건에 대한 1차적 수사종결권을 인정하고 있다. 이는 수사의 개시부터 종결에 이르기까지 사법경찰관의 책임성이 증대되어, 보다 신중하고 인권친화적인 수사를 하기 위한 조치로 도입된 것이다.

하지만 사법경찰관의 1차적 수사종결권은 최종적인 판단이 아니라 잠정적인 판

단에 불과한데, 사법경찰관은 제245조의5 제2호의 경우(불송치처분)에는 그 송부한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자²²⁾ 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다.)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 하고(제245조의6), 이러한 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있으며, 사법경찰관은 이러한 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 신청인에게 통지하여야 한다(제245조의7). 또한 검사는 제245조의5 제2호(불송치처분)의 경우에 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있으며, 사법경찰관은 이러한 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 한다(제245조의8). 이와 같은 고소인 등에 대한 송부 통지, 고소인 등의 이의신청시 사건송치의 의무화, 재수사의 요청 등의 제도를 새롭게 도입함으로써 사법경찰관의 1차적 수사종결권을 견제하고 있는 것이다.

2. 검토

가. 수사권과 기소권의 분리는 가능한 것인가?

사법경찰관에게 수사종결권을 부여하는 것은 수사권과 기소권을 엄격히 구분할 수 있다는 전제에서 출발하고 있다. 수사절차에서 수사권과 기소권을 구분해야 하는 주된 이유는, 수사는 수사전문가인 사법경찰관이 주관하고, 법률전문가인 검사는 공소의 제기 및 유지에 집중해야 한다는 시각에서 비롯된다. 이와 관련하여, 수사권과 기소권의 분리에 대하여 찬성하는 입장에서는 다음과 같은 논거를 주로 제시하고 있다. ① 검사가 수사와 기소의 권한을 동시에 행사하고, 특히 직접수사를 개시·진행하는 경우에는 인지적 편견에 의하여 그 수사의 객관성과 공정성 측면에서 문제가 발생하게 된다. 검사는 범인을 처벌해야 한다는 수사기관으로서의 직업의식과 엄격한 소추요건 심사를 통해 부당하고 무리한 기소를 자제하여야 한다는 사명의식

22) 피해자가 다수인 사건에서 일부 피해자만 고소·고발을 하였다고 하더라도 고소·고발하지 않은 피해자 역시 불송치처분에 대하여 이의신청을 할 수 있을 것이다.

이라는 상호 모순되는 심리상태에 처하게 될 수밖에 없는데, 검사가 직접수사를 담당하면 수사를 할수록 기소를 하지 않으면 안 되는 처지에 빠지게 되며, 효율적인 기소를 위하여 수사과정의 위법·부당을 묵인할 수 있게 된다.²³⁾ 이와 같이 검사가 직접 수사를 하는 상황에서 검사에게 준사법기관이라는 지위를 인정하는 것은 타당하지 않은데, 객관적인 기소결정을 해야 할 검사가 직접 수사를 하고 사법경찰관에 대한 적극적인 수사지휘를 하도록 하는 구조는 수사의 효율성만을 지나치게 강조하여 피의자의 인권을 오히려 침해하는 쪽으로 악용되고 있다.²⁴⁾ ② ‘형사절차를 진행하는 것’ 자체가 수사의 목적이 될 수 없는 것처럼 ‘공소를 제기하거나 유지하는 것’ 자체가 수사의 목적이 될 수는 없다. 수사는 범죄혐의의 규명이라는 실체를 목적으로 하는 것이지 공소의 제기 및 유지라는 절차를 목적으로 할 수는 없다. ③ 수사 후 무조건 검찰로 사건을 송치해야 하는 전건송치주의를 취한다면 범죄성립 여부에 대한 판단을 형식적으로 하거나 부실하게 한 후 사건을 넘기기 급급할 수 있고, 재량권이 없이 모든 사건을 검찰에게 송치하여야 하는 상황에서는 사법경찰관에게 책임감 있는 사건의 처리를 기대하기가 어렵다.²⁵⁾ 하지만 검사의 수사지휘를 폐지하고 협력관계로 설정하면, 경찰 수사의 책임성과 전문성이 향상되고 검사 기소의 객관성과 공정성이 높아질 수 있으며, 검사의 수사관여를 차단함으로써 검사는 경찰 수사결과를 중립적·객관적 시각으로 판단하여 기소권을 행사하게 되므로 국민의 인권신장에 도움이 된다. ④ 수사는 경찰, 기소는 검찰, 재판은 법원이 각각 나누어 담당하면서 형사절차에서 상호 단계별 견제가 이루어지도록 해야 한다. 또한 사법경찰관의 수사종결권은 잠정적·1차적인 반면에 검사의 수사종결권은 확정적·2차적인 것이기 때문에 검사의 수사종결권을 침해하는 것이 아니다.²⁶⁾

반면에 수사권과 기소권의 분리에 대하여 반대하는 입장에서는 다음과 같은 논거

23) 조기영, “수사권조정과 수사절차개선”, 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019. 4, 44-45면.

24) 이성기, “수사-기소의 분리와 검찰개혁”, 형사정책 제29권 제1호, 한국형사정책학회, 2017. 4, 154-155면.

25) 윤동호, “사법경찰관의 ‘1차적 수사종결권’의 법제화 방안”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 118면(사경이 송치 여부에 관해 재량권을 갖는 것은 사건의 조기 종결로 인해 수사 역량의 강화로 이어질 수 있다. 스스로 최종적인 판단을 해봐야 판단능력이 향상되기 때문이다).

26) 윤동호, 앞의 논문, 120면.

를 주로 제시하고 있다. ① 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘는 사법절차의 본질상 필요에 의하여 주어진 권한이며, 이를 단지 행정기관 간의 상하관계의 문제로 인식하는 것은 사법절차로서의 수사의 본질에 부합하지 아니한다.²⁷⁾ 즉 기소·불기소의 결정은 일종의 사법적 결정이지만, 탄핵주의의 이념에 따라 준사법기관인 검찰이 기소·불기소의 결정권을 행사해 온 것이므로, 이러한 권한은 검찰권의 본질적 내용인 셈이다.²⁸⁾ ② 수사의 궁극적인 목적이 공소를 제기 및 유지할 것인지의 여부를 결정하기 위한 것이라는 측면에서 수사과 기소의 관련성을 완전히 배제할 수는 없다. 수사가 소추를 목적으로 하는 공소제기의 준비행위로서의 성격을 가지고 있는 이상 그 준비행위의 필요성과 타당성을 소추권자인 검사가 검토하는 것은 당연한 일이다.²⁹⁾ 불기소권도 기소권에 포함될 수밖에 없으므로 사법경찰관의 불기소에 대한 기소권자인 검사의 수사지휘를 배제하는 것은 허용될 수 없다. 사법경찰관의 불송치처분권은 준사법기관의 처분인 검사의 불기소결정권을 침해하고, 검찰권의 본질인 기소권을 행사하는 것과 동일시 할 수 있어 현행 사법체계의 근간을 변경한다. ③ OECD 35개 회원국 중 28개국은 헌법이나 법률에 명문으로 검사의 수사지휘권을 규정하고 있고³⁰⁾, 2008년 오스트리아, 2011년 스위스는 기존에 없던 검사의 수사지휘권을 새롭게 도입하는 등 국제적인 추세는 수사와 기소가 분리되어 있지 않다. ④ 전건송치주의의 기본취지는 법률전문가에 의한 수사과정의 사법적 감독이라고 할 수 있는데, 사법경찰관이 불송치처분을 할 수 있다고 한다면 국민의 기본권 침해 여부에 대한 사법적 판단이 결여되기 마련이다. 게다가 검사의 불기소처분에 대하여는 재정신청이나 헌법소원 등과 같이 외부기관에 의한 통제도 가능하지만, 개정 형사소송법에 의한 사법경찰관의 불송치처분에 대하여는 외부기관에 의한 통제가 전혀 마련되어 있지 않다. 검찰의 본질적 문제는 권력형 부패사건이나 정치적 사건에 대해서 정치권력의 눈치를 살피면서 수사를 주저하는 행태가 문제인 것이지

27) 정승환, 앞의 논문, 116면.

28) 차정인, “수사권조정의 주요 쟁점”, 법조 제67권 제5호, 법조협회, 2018. 10, 83면.

29) 정웅석, “수사지휘에 관한 쟁점과 과제”, 형사법의 신동향 제58호, 대검찰청, 2018. 3, 21면 및 53면(수사와 기소의 분리가 아닌 수사와 수사지휘의 분리를 통한 검찰의 (준)사법적 성격의 회복이 진정한 의미가 있다).

30) 신태훈, “이른바 ‘수사와 기소 분리론’에 대한 비교법적 분석과 비판”, 형사법의 신동향 제57호, 대검찰청, 2017. 12, 104면.

이것과 아무런 관계가 없는 대부분의 형사사건에 대해서도 경찰에 대한 사법적 통제를 포기하라는 것은 타당하지 않다.³¹⁾

생각건대 개정법에 의하여 사법경찰관에게 1차적 수사종결권을 인정하여 기존과 다른 새로운 형사사법시스템에서의 관계설정은 어디까지나 수사권조정 of 궁극적인 목적이라고 할 수 있는 국민의 인권보장 및 수사의 효율성 증대라는 이념과 상충하지 않는 한도 내에서 그 정당성이 인정될 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 수사과 기소의 엄격한 분리를 통하여 수사의 영역에 있어서 검사를 절대적으로 배제하는 방안은 타당하지 않다. 왜냐하면 경찰의 부적절한 수사활동에 대하여 검찰의 시의 적절한 개입이 존재하지 않는다면 수사의 효율성이 저하될 수 있을 뿐만 아니라 국민의 인권이 침해될 가능성도 농후하기 때문이다. 현행법상 경찰에게 독자적인 수사개시권을 인정하고 있음에도 불구하고 검사에게만 수사종결권을 인정하고 있는 것은 경찰에 의한 수사권의 남용으로 인한 국민의 인권침해를 방지하기 위한 통제장치를 마련하기 위함이다. 이는 강력한 국가경찰체제 아래에서 국민의 인권에 직접적 영향을 미칠 수 있는 막대한 정보를 축적하고 이를 이용할 수 있는 조직과 장비를 갖추고 있는 경찰에 대하여 적절한 통제가 없는 경우에 발생할 수 있는 위험성을 방지하기 위하여 검사에게 감시적 기능을 부여한 것으로 이해된다. 수사는 범죄의 혐의를 밝혀내는 사실상의 행위임과 동시에 법정에서 증거를 현출하기 위한 법률상의 행위이기도 하므로, 양자가 서로 조화롭게 협력을 해야 하는 것이지, 일방이 타방을 완전히 배척할 수 있는 성질의 것이 결코 아니다. 수사와 기소의 완벽한 분리를 주장하는 사법경찰관에게 일종의 기소·불기소의 결정권과 유사한 권한인 불송치처분권을 인정하는 것은 모순이다. 수사종결권은 단순히 수사를 종결할 수 있는 권한에 불과한 것을 넘어 당해 사건의 기소 또는 불기소를 결정할 수 있는 사법작용으로 파악해야 한다. 이는 결국 준사법기관³²⁾에 해당하는 검사의 권한 가운데 본질

31) 정웅석, 앞의 논문(각주 29), 52면(검찰개혁은 검찰의 문제점을 개혁하자는 것이지, 경찰에 대한 통제를 지금보다 약화시켜 국민을 더 쉽게 수사하고 더 쉽게 구속할 수 있게 만들자는 소위 수사의 효율성 확보와 동일시되어서는 안 될 것이다).

32) 검사의 준사법기관 인정의 논거로는, 검사는 행정부의 한 부서인 법무부에 속하지만 행정작용의 특징인 합목적성의 관점이 아니라 철저한 합법성의 제약을 받는다는 점, 법관에 준하는 자격과 신분보장이 법률에 규정되어 있다는 점, 검사의 불기소처분은 종국적 처분이 될 수 있기 때문에 사법적 결정은 아니더라도 준사법적 결정에는 해당한다는 점, 준사법적 결정에 해당하는 불기소처

적인 내용을 구성하는 것이다. 개정법에 의하면 검사의 직접수사 범위가 엄격히 제한되므로 이러한 준사법기관으로서의 성격은 더욱 부각될 것으로 기대된다.

나. 기소유예 처분도 불송치사건의 대상인가?

송치사건 대상의 기준이 되는 ‘범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우’란 범죄가 성립한다고 판단되는 경우를 말하고, 불송치사건 대상의 기준이 되는 ‘그 밖의 경우’란 혐의없음(범죄인정안됨, 증거불충분), 죄가안됨, 공소권없음, 각하 등을 말한다. 그런데 여기서 사법경찰관이 기소유예 처분을 내리는 것이 적절하다는 이유로도 불송치처분을 할 수 있는지에 대해서는 개정법의 내용상 해석이 분분할 수 있다. 만약 사법경찰관이 검사의 기소유예처분에 상응하는 불송치처분을 할 수 있다면, 사법경찰관의 불송치처분 재량을 견제할 수 있는 장치를 마련할 필요성과 중요성은 한층 더해진다. 또한 검사의 기소유예 처분에 상응하는 경찰의 불송치처분에 대하여 피의자가 무혐의를 주장하면서 이의를 제기할 수 있는 제도에 대해서도 개정법은 함구³³⁾하고 있기 때문에 이에 대한 보완이 이루어져야 한다.

다. 피해자 없는 범죄에 대한 불송치처분의 견제장치 미흡

도박, 성매매, 마약, 뇌물 등과 같이 은밀하게 이루어짐과 동시에 직접적인 피해자가 없는 범죄의 경우에는 고소인, 고발인, 피해자 또는 그 법정대리인 등이 전혀 존재하지 않을 수 있는데, 이에 대한 사법경찰관의 불송치처분은 검사의 사전·사후 통제가 전혀 이루어지지 않은 상태에서 궁극적으로 사건이 종결되는 결과를 초래할 수 있다. 이에 대하여 사법경찰관의 수사종결권은 경찰단계에서 수사결과 혐의가 없어 불송치한다는 결정에 불과하므로 검사의 기소권과는 명백히 구분되는 결정이라는 점, 검찰은 그러한 불송치처분을 통제하면서 오류가 있다면 언제든지 재수사

분에 대하여는 행정심판이나 행정소송이 아니라 항고, 재항고 및 재정신청 등 형사재판의 대상이 된다는 점, 모든 검사는 검찰사무를 단독으로 처리하는 단독관청이라는 점 등을 들 수 있다.

33) 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치처분에 대한 통제 방법에 관한 헌법적 분석 -검사의 불기소처분에 대한 통제와의 비교를 중심으로-”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 164면.

하여 기소권을 행사할 수 있다는 점³⁴⁾ 등을 논거로 하여, 이를 심각하게 받아들이지 않는 견해도 존재한다.

하지만 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있고, 사법경찰관은 이와 같은 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 하지만, 실제로 재수사를 하지 않거나 부실하게 하거나 미온적일 경우에 이를 제재할 수단이 전혀 마련되어 있지 않다.³⁵⁾ 생각건대 불송치한 사건에 대한 검토 후 검사의 직접수사가 가능하도록 하는 방안은 검사의 직접수사 범위를 기존의 방식과 동일하게 유지할 수 있는 결과를 초래하기 때문에 수사권조정 취지에 정면으로 위배될 소지가 다분하다. 하지만 수사종결권은 단지 수사를 종결할 수 있는 권한에 불과한 것이 아니라 기소권과 직결된 것이기에 경찰의 불송치처분으로 사건이 검찰에 의해서가 아니라 경찰에 의하여 종결될 수 있는 것은 범치국가적 이념을 뒤흔들 수 있다.³⁶⁾ 결국 사법경찰관의 불송치처분에 대한 통제 미흡은 현행법의 기소독점주의와 기소편의주의를 침해할 소지가 있는데, 기소뿐만 아니라 불기소 역시 사법적 결정의 성격을 가지고 있고 양자는 논리적으로 밀접하게 연관되어 있으므로, 검사가 준사법기관으로서 최종적으로 수사종결권을 행사할 수 있는 보다 실질적인 방안을 마련하는 것이 바람직하다. 예를 들면 고소인 등의 이의신청 이외에도 피해자 없는 범죄에 대한 통제가 필요한 점을 고려하여, 사건관계인이 없는 사건에 대해서는 해당 법익의 주관 행정기관에게 수사결과를 통지하여 해당기관이 이의신청하는 제도로 해결하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 이와 더불어 일정한 사회적·국가적 법익을 해하는 범죄권에 있어서는 사법경찰관의 불송치처분에 대한 견제의 역할을 전문적·의도적으로 수행하기 위한 고발단체 내지 고발인이 등장할 가능성도 배제할 수 없을 것이다.

34) 조성제/송재현, “검·경 수사권 조정안에 따른 수사절차에 있어서 인권보장 방안”, 한국치안행정논집 제16권 제3호, 한국치안행정학회, 2019. 11, 374면; 황문규, “검경 수사권 조정에 관한 법안의 비교·검토”, 형사정책 제30권 제3호, 한국형사정책학회, 2018. 12, 47면.

35) 이완규, 「검경 수사권 조정 관련 법안 긴급검토」, 한영문화사, 2019. 11, 106면.

36) 박용철, 앞의 논문, 41면.

라. 불송치처분에 대한 고소인 등의 수용가능성 문제

일각³⁷⁾에서는 경찰단계에서의 수사종결권 행사를 통하여 사건관계인의 불안정한 지위가 조기에 해소되고, 검사에 의한 이중조사도 줄어들어 국민불편이 감소할 것이라고 한다. 하지만 현실적으로 사법경찰관의 불송치처분에 대하여 피의자와 대립관계에서 사건관계인의 반대측을 담당하고 있는 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인이 이를 그대로 수용할 가능성은 현저히 낮아 보인다. 왜냐하면 우리나라의 고소율이 지극히 비정상적으로 높은 상황 및 민사사건의 형사화 현상이 심화되는 상황을 고려하면 이의제기를 하는 고소인 등의 비율이 상당할 것이 예상되기 때문이다. 특히 중국적인 수사종결이 아닌 잠정적인 수사종결에 대하여 고소인 등이 그대로 승복할 것을 기대하는 것이 오히려 더 모순적인 상황이라고도 평가할 수 있다. 그러므로 피의자에게는 사법경찰관의 불송치처분이 신속하게 형사절차에서 벗어나는 기회가 될 수 있겠지만, 고소인 등의 이의신청으로 인하여 검사에 의한 수사를 다시 받을 수 있는 여지는 항상 존재하여 그 지위가 불안정하게 된다. 그렇다면 이중수사의 부담(?)³⁸⁾을 경감시키기 위한 일련의 조치가 퇴색하게 되는 결과가 되는데, 이에 대한 대책의 마련이 시급하다. 이는 결국 검사가 아닌 사법경찰관에게 1차적 수사종결권을 인정한 것은 고소인 등에게 이의신청이라는 절차의 번잡만을 가중시킨 것에 지나지 아니한다.³⁹⁾ 그러므로 기존의 전건송치주의는 유지되어야 하며, 사법경찰관에 의한 수사의 종결은 부정되어야 한다. 한편 경제적 능력이 없는 사회적 약자는 이의제기권을 자유롭게 행사하지 못할 것이라는 우려가 제기되고 있지만, 이러한 경우는 이의제기권의 행사를 보다 간편하게 하는 방식의 도입으로 얼마든지 해결할 수 있는 문제로 보여 진다. 그 보다 더 본질적인 부분은 이의제기권을 행사하는 데 있어서 경제적 능력이 왜 고려되어야 하는지도 의문이다. 이는 고소

37) 이형세, 앞의 논문, 147면.

38) 물론 소위 ‘이중수사’ 내지 ‘중복수사’라는 것이 반드시 인권침해라는 점에 대해서도 필자는 동의하지 않는다. 왜냐하면 사법경찰관에 의한 수사 이후 검사의 기소 여부 판단을 위한 수사가 필연적인 것은 아니지만 경우에 따라서는 반드시 요구되는 경우도 충분히 상정할 수 있을 뿐만 아니라 사법경찰관에 의한 단 한 번의 수사만으로 피의자 또는 피해자 등의 인권이 무조건적으로 보장된다는 주장 역시 설득력이 부족하기 때문이다.

39) 同旨 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 76면; 정승환, 앞의 논문, 120면; 조기영, 앞의 논문, 55면.

권을 행사하는데 있어서 경제적 능력에 따라 심각한 불평등 현상이 존재하지 않는 것과 같은 이치이다.

마. 부실한 사건기록의 검토 가능성

사법경찰관은 불송치의 경우 그 이유를 명시한 서면⁴⁰⁾과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 하고, 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있는데, 직접수사의 가능성이 배제되어 있는 상황에서 검사가 사건기록만으로 불송치의 위법 또는 부당 여부를 심사하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 검사의 업무 차원에서, 불기소의견으로 송치된 사건을 검토하는 현재의 경우와 불송치처분에 대하여 사후점검을 하는 개정법의 태도를 비교해 보면, 후자의 경우 현저히 부실하게 될 가능성이 크다. 왜냐하면 전자의 경우 사법경찰관의 의견이 불기소일 뿐이지 검사에게는 기소 여부의 판단의무를 지는 ‘살아있는’ 사건이지만, 후자의 경우 검사에게는 사후점검의무에 불과한 ‘죽은 사건’으로 받아들여지기 때문이다.⁴¹⁾

한편 사법경찰관이 존재하는 사건기록을 부실하게 송부한다고 하여도 이를 검증할 방법이 없으며, 수사과정에서 부실수사 또는 지연수사를 함으로 인하여 송치처분 또는 불송치처분의 결정 자체를 차일피일하는 경우에도 이를 통제할 방안이 미흡하다. 원래 본 규정은 ‘경찰이 종결하는 기록은 등본을 만들어 검찰에 송부’하도록 하는 것이었다. 이는 기록의 변개나 조작이 있었는지 여부를 확인하기 위한 것이지 그 기록을 검사에게 다시 검토하라는 취지가 아니었던 것이다. 하지만 사개특위의 논의과정에서 등본 복사 업무가 과중할 것이라는 경찰측의 문제제기가 있었고, 이에 법무부장관이 20일간 원본을 검찰에 송부하자고 제안하였으며, 국회의 논의 과정에서 60일에서 90일로 변화되어 개정법에 들어오게 된 것이다.⁴²⁾

40) 사법경찰관이 불송치처분을 하는 경우에는 불송치처분문을 작성하도록 요구하고 있는데, 검사의 재수사 요청을 최대한 줄이기 위해서는 불송치처분문의 내용 작성에 심혈을 기울여야 한다. 그러므로 경찰 내부에서 불송치에 대한 법률적인 판단과정을 반드시 거치도록 할 필요성이 있는데, 변호사 자격을 가진 사법경찰관으로 하여금 불송치처분문 작성 과정에서 필수적으로 심사하도록 하는 방안이 좋은 예가 될 것이다.

41) 차정인, 앞의 논문, 85면.

바. 재수사 요청 불응시 견제장치 미흡

검사의 재수사 요청에 대하여 사법경찰관이 응하지 않을 경우 사건을 검사에게 송치하도록 하거나 기타 제재를 가할 수 있는 근거가 전혀 존재하지 아니한다. 또한 재수사 요청을 받은 사법경찰관이 이미 내린 결론에 대하여 다시금 충실하게 재수사를 할 것이라는 점도 전혀 담보되어 있지 않다. 검사는 재수사의 요청만을 할 수 있을 뿐, 직접적으로 재수사를 할 수는 없다. 이에 의하면 이미 사법경찰관이 내린 불송치처분을 검사가 재수사를 요청한다고 하여 최선을 다하여 다시 재수사하는 것을 기대하기는 어렵다. 사법경찰관은 재수사 요청에 따라 재수사를 하고 사건을 기소의견으로 검찰에 송치하거나 재차 불송치처분을 할 수도 있다. 즉 사건을 기소하지 않고 종결할 권한이 여전히 사법경찰관에게 유보되어 있다. 만약 사법경찰관이 재차 불송치처분을 할 경우에도 검사가 재차 재수사를 요청하는 것 이외의 견제장치는 존재하지 아니한다. 물론 사법경찰관이 정당한 이유 없이 그에 따르지 않을 경우에는 징계권자에게 징계를 요구할 수도 있겠지만, 정당한 이유에 대한 판단이 추상적이라는 점, 그에 대한 판단의 주체가 기본적으로 경찰청 소속이라는 점, 경찰의 징계요구만이 가능하고 이에 응하지 않을 경우의 제재수단이 전무하다는 점 등의 문제점이 지적된다. 더욱이 현행 검찰청법 제54조에서는 징계요구권 보다 완화된 교체임용요구권이 있음에도 불구하고 해당 조문이 적용된 사례가 거의 없다는 점을 참고할 필요가 있다.

사. 이의신청의 절차와 관련하여

먼저 이의신청이 있었지만 사법경찰관이 이의신청권자에 해당하지 않는다고 판단하여 사건을 송치하지 않는 경우를 대비하여 불복할 수단을 마련해야 한다. 이러한 문제는 특히 ‘피해자’의 범위 설정⁴³⁾과 관련하여 매우 중요하다. 이러한 불복이

42) 김 용, 앞의 논문, 134면.

43) 이에 대하여 경찰의 불송치처분에 대한 이의신청권이 인정되는 피해자의 정의에는 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자 및 형사실체법상 직접적인 보호법익의 주체가 아니라 하더라도 문제되는 범죄로 인하여 법률상의 불이익을 받게 되는 자가 반드시 포함되어야 한다는 견해로는 이재홍, 앞의 논문, 187-188면.

가능하려면 우선 사법경찰관이 이의신청을 받았음에도 불구하고 사건을 검찰에 송치하지 않는 경우 이의신청 기각결정을 하도록 해야 한다. 또한 이의신청 기각결정문을 이의신청자에게 송달하도록 할 필요가 있다. 이의신청 기각결정의 불복대상은 불송치처분 자체가 아니라 이의신청 기각결정 자체의 고유한 하자, 즉 이의신청인이 적법한 고소인, 고발인, 피해자에 해당되는지 여부로 파악하는 것이 타당하다. 왜냐하면 이의신청 기각결정에 대한 통제는 사건기록 전체를 파악하여야 하는 것이 아니어서 추가적인 조사가 필요 없으므로 심리의 부담이 크지 않기 때문이다.

다음으로 이의신청을 실질적으로 행사할 수 있도록 사전에 이러한 권리가 있음을 고지해 주어야 한다. 그런데 여기서 고소인 또는 고발인이 아닌 단순 피해자의 경우 불송치처분의 통지를 받지 못하는 문제가 발생할 수 있다. 또한 장기간 동안 사건이 미종결되는 것을 방지하기 위하여 이의신청권의 행사기간도 적절하게 설정하는 작업이 요구된다.

IV. 검사의 직접수사 범위 축소

1. 의 의

현행 형사소송법 및 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」에서 검사의 직접수사에 관한 권한을 살펴보면, 검사는 수사의 주재자로서 직접수사를 할 수 있는 권한을 갖고 있고, 이에 따라 검찰수사관 등 검찰 자체 수사인력을 활용하여 피의자신문 등 임의수사 및 체포·구속, 압수·수색 등 강제수사를 직접 수행하고 있으며, 사법경찰관이 수사를 진행하고 있는 사건도 검사가 필요하다고 인정하는 경우 수사중단을 명령하면서 송치하도록 지휘함으로써 직접 수사할 수 있다. 대부분의 형사사건은 사법경찰관에 의한 직접수사 및 송치 전·후에 검사의 수사지휘의 형태로 이루어지지만, 여론의 관심이 집중된 일부 사건은 검사가 직접수사하는 관행이 오랫동안 유지되어 왔다. 그런데 검사에 의한 직접수사가 차지하는 비중이 1990년 초반 소위 ‘범죄와의 전쟁’을 기점으로 점차 확대

되어 가면서 수사성과를 위한 무리한 수사, 정치권의 영향을 받는 편향된 수사 등의 문제가 심각하게 대두되었고, 이와 동시에 검찰 본연의 사무라고 할 수 있는 사법경찰관에 대한 수사지휘 및 기소권 행사에 소홀하다는 비판이 강하게 제기되었다. 이에 대처하기 위하여 개정 검찰청법은 검사의 직접수사 범위를 제한함으로써 수사권과 기소권을 모두 가지고 있는 검찰의 권한을 축소하여 권한 남용의 소지를 최소화하고, 경찰과 검찰이 상호 견제하여 수사기관에 대한 국민의 신뢰를 회복할 수 있도록 하였다.

기존의 검찰청법 제4조(검사의 직무) 제1항에 의하면, ‘검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다. 1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항.’이라고 규정하여, 검사가 범죄수사를 함에 있어서 그 대상이 전혀 제한되어 있지 않아 모든 범죄에 대한 수사가 가능하였다. 하지만 개정 검찰청법 제4조 제1호에서는 단서를 ‘다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각목과 같다. 가. 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄, 나. 경찰공무원이 범한 범죄, 다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄’라고 신설하여 검사에 의한 직접수사의 범위를 대폭적으로 축소하고 있다. 이를 보다 엄밀히 말하자면, 검찰청법 제4조 제1호 단서에 규정된 범죄에 대해서는 언제든지 검사가 직접 수사를 개시 및 진행할 수 있지만, 그 이외의 범죄에 대해서는 검사가 직접 수사를 개시하지는 못하고, 사법경찰이 개시한 수사를 이어 받아 수사를 진행할 수는 있는 것으로 변경한 것이다.⁴⁴⁾ 기존 검찰권 행사의 폐해 중 하나가 바로 과도한 직접수사의 확장에 있었는데, 개정법의 취지는 이를 대폭적으로 축소하기 위한 조치로 평가된다.

44) 이에 대하여 경찰이 기소의견으로 사건을 검찰에 송치하는 경우에는 법률적인 검토는 물론 수사가 미흡한 경우에는 보완수사를 요구할 수 있고, 검찰수사관을 통한 직접수사가 가능하다는 점을 이유로 하여 기존과 유사하므로 큰 변화가 없다는 견해(이원상, 앞의 논문, 74면; 이재홍, 앞의 논문, 165면)가 있다.

2. 검토

가. 직접수사 범위의 내용과 관련하여

개정 검찰청법에 의하면 검사의 직접수사 범위의 구체적인 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는데⁴⁵⁾, 추후 대통령령 입안과정에서 직접수사 대상의 범위가 확장될 가능성이 없지 아니하고, 이에 따라 수사기관 간 소모적인 논란이 재연될 가능성도 배제할 수 없다. 예를 들면 경제범죄⁴⁶⁾의 영역으로 사기, 횡령, 배임, 조세 범죄 등을 예시로 들고 있는데, 동 영역이 전체 형사사건에서 차지하는 비중이 결코 적지 않을 뿐만 아니라 비단 동 영역 이외에도 얼마든지 확장의 가능성이 있음을 배제할 수 없는 노릇이다. 같은 맥락에서 아래의 <표 - 1>에서 보는 바와 같이 2018. 6. 21. 수사권조정 합의문에서 예시로 들고 있는 금융·증권범죄의 하위유형인 사기적 부정거래, 시세조정, 미공개정보이용 등, 인수합병비리, 파산·회생비리 등도 대통령령에 의하여 직접수사의 대상으로 포섭될 가능성이 농후하며, 이는 개정 검찰청법에서는 제외되어 있는 ‘위증, 증거인멸, 무고 등’의 범죄도 마찬가지라고 할 수 있다. 또한 개정 검찰청법 제4조 제1호 다목에서 제시하고 있는 ‘사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄’의 범주설정이 쉽지가 않다. 특히 검사의 직접수사 범위를 형사소송법이 아닌 법무부 소관법률인 검찰청법에서 정하도록 한 조치로 인하여 향후 검찰의 의지에 따라 그 범위가 확대될 가능성도 남아 있다.

45) 검사의 직접수사 범위를 법령으로 제한해 버리면, 사법경찰관이 직접수사를 게을리하더라도 이를 대체하여 수사할 수사기관이 없게 되므로 사법경찰관의 수사개시 권한남용을 견제할 효과적 수단이 없게 되는 문제에 대한 지적으로는 한석훈, 앞의 논문, 645면.

46) 경제범죄와 관련하여 공정거래법, 관세법, 조세법 처벌법, 출입국관리법 등에서 규정하고 있는 전속고발의 경우, 행정기관에 의하여 1차적으로 조사된 사건을 검사에게 직접 고발이 이루어지고 있어 전형적인 직접수사의 대상으로 분류되고 있는 실정이 감안된 것으로 판단된다. 또한 특별사법경찰관이 수사하는 특수한 영역에 해당하므로 개정법에 의하더라도 검사의 수사지휘는 그대로 유지된다는 점에서 더욱 그러하다.

〈표-1〉 「검·경 수사권조정 합의문」에 따른 검사 직접수사 사건의 범위

구 분	영 역
부패범죄	뇌물, 알선수재, 배임수증재, 정치자금법 위반, 국고등 손실, 수뢰관련 부청 처사, 직권 남용, 범죄 수익 은닉
경제범죄	사기, 횡령, 배임, 조세범죄 등(기업·경제비리 등)
금융·증권범죄	사기적 부정거래, 시세조정, 미공개정보이용 등 인수합병비리, 파산·회생비리 등
선거범죄	공직선거범죄, 공공단체등위탁선거범죄, 각종 조합 선거범죄 등
기타	군사기밀보호법 위반, 위증, 증거인멸, 무고 등 방산 비리 관련, 사법방해 관련

출처: 「검·경 수사권 조정 합의문」

나. 직접수사 범위의 설정기준과 관련하여

결론부터 말하자면 검사의 직접수사 범위의 설정기준이 매우 모호하다. 개정 검찰청법 제4조 제1호 나목에서 제시하고 있는 경찰공무원이 범한 범죄를 검사가 수사할 필요성에 대하여는 이견이 없을 것이지만, 개정 검찰청법 제4조 제1호 가목에서 제시하고 있는 범죄군이 검사의 직접수사 대상이 되어야만 하는 설득력 있는 논거를 쉽게 찾을 수 없다. 이에 대하여 검사에게 직접수사를 허용하는 것은 단순히 지금까지의 관행에서 비롯된 것이며, 제도적으로나 역사적으로나 그 근거를 찾을 수 없다는 의미에서 검사의 직접수사를 전적으로 폐지하자는 견해⁴⁷⁾, 직접수사권의 존치는 검찰의 권력을 상당 부분 그대로 남겨두는 결과가 될 것이므로, 기소와 수사의 분리 원칙을 실현하기 위해서는 검사의 직접수사권을 인정해서는 안 된다는 견해⁴⁸⁾, 지금까지의 검사에 의한 직접수사를 완전히 무시할 수 없는데다가 현 정부에서도 검찰에 직접수사를 요구하여 큰 성과를 거둔 상황, 당장 경찰의 수사역량과 전문성을 신뢰하기 어렵기에 갑자기 경찰에게 중대사건을 맡기기 어려운 현실 등을 종합적으로 고려한 것이지만 올바른 방향은 아니라는 점에서 원칙적으로 모든 사건의 1차 수사는 사법경찰관이 하도록 해야 한다는 견해⁴⁹⁾ 등이 주장되고 있다.

47) 이형세, 앞의 논문, 144면; 최정학, “정부의 ‘검·경 수사권 조정 합의안’에 대한 단상”, 민주법학 제48권, 민주주의법학연구회, 2018. 11, 355면 이하 참조.

48) 조기영, 앞의 논문, 52면.

49) 이창현, 앞의 논문, 12면 및 18면.

생각건대 이러한 현상은 검사의 직접수사 범위를 축소해야 한다는 수사권조정
 당위적인 명제(?) 아래 어떻게든 그 범위는 축소해야 하겠고, 그렇다고 하여 모든
 수사에 있어서 직접수사를 배제하는 것도 불가능한 상황에서 교육지책으로 제시된
 일종의 타협책이라고 판단된다. 이는 결국 합리적인 근거나 논리적인 사고에 기초
 한 것이 아니라 이도 저도 아닌 어중간한 방편인 것이다. 검사에 의한 기존의 직접
 수사가 문제되는 영역이 바로 특수수사라고 할 수 있는데, 연일 언론에 보도되어
 국민적 관심이 집중된 사건, 정치적 중립성이 고도로 요구되는 고위공직자 관련 사
 건 등에 대한 검찰의 수사가 지탄의 대상이 되었던 것이고, 이는 검찰개혁의 단초를
 제공한 것이었기 때문에 이 부분에 대한 개정은 필수적이라고 할 수 있다. 하지만
 이와 같은 특수수사는 현행대로 유지한 채 전혀 논란이 되지 않았던 민생범죄를 포
 함한 일반수사에 대한 전반적인 제한을 가하는 것은 오로지 ‘검찰권의 축소’라는 대
 명제를 충족시키기 위한 명분 없는 방편의 극치에 지나지 않는다.

그러므로 검사의 직접수사는 필요최소한도에 그쳐야 하며, 그 범위의 설정에 있
 어서는 설득력 있는 논거가 제시되어야 하는데, 예를 들면 경찰공무원이 범한 범죄,
 공소시효가 임박한 범죄, 고소·고발이 접수된 이후 상당한 기간 수사의 진척이 없
 는 범죄 등으로 국한하여 직접수사를 허용할 필요성이 있다. 이와 같이 검사의 직접
 수사를 획기적으로 축소한다면 타협의 산물인 사법경찰관의 1차 수사종결권을 다시
 회수하여 전진송치주의로 회귀할 수 있는 전환점이 될 수 있을지도 모르겠다.

다. 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 제정으로 인한 직접수사 범위의 재설정 필요

기존의 수사권조정 논의 가운데 하나로써 검사와 관련된 범죄를 대상으로 하는
 수사에 있어서 검찰의 직접수사가 과연 타당한가라는 지적이 있어 왔다. 사법경찰
 관의 수사에 대해서는 검사 또는 법원에 의한 이중적 통제장치가 마련되어 있지만,
 검사의 수사에 대해서는 법원에 의한 통제 이외에 별다른 실효성 있는 장치가 없다
 는 것이다. 하지만 이번 수사권조정 관련 입법의 또 다른 결과로 도입된 고위공직자
 범죄수사처의 설치로 인하여 이와 같은 지적은 더 이상 설득력을 얻기가 어려워졌
 다. 즉 고위공직자범죄수사처 외의 다른 수사기관이 검사의 고위공직자범죄 혐의를

발견한 경우 그 수사기관의 장은 사건을 고위공직자범죄수사처에 이첩하여야 하는데(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제25조 제2항), 이와 같이 기존에 검사가 연루된 각종 비리나 부정부패 등에 대해서는 검찰이 아닌 독립된 고위공직자범죄수사처라는 국가기관이 직접 수사를 하여 소추까지 할 수 있는 길이 마련되어 있기 때문에 검찰에 대한 획기적인 통제장치가 마련된 상황인 것이다.

한편 수사권조정의 근본취지 가운데 하나가 검찰의 정치적 중립성 확보라고 할 수 있는데⁵⁰⁾, 개정 검찰청법에서 검사의 직접수사 대상으로 상정하고 있는 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄 등은 오히려 정치적으로 민감할 여지가 상당히 많은 사건에 해당한다. 이와 같이 정치적으로 민감한 사안만을 검찰의 직접수사 대상으로 상정할 경우 검찰의 정치적 중립성은 요원한 일이 될 것이다. 이와 관련하여 2020. 1. 14. 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하에서는 ‘공수처법’이라고 한다)의 공포 및 2020. 7. 15. 시행 예정으로 인하여 개정 검찰청법에서 인정되고 있는 검사의 직접수사 범위는 더욱 더 축소될 전망이다. 개정 검찰청법 제4조의 내용은 동일하게 패스트트랙으로 상정된 공수처법의 국회 통과가 미지수인 상황에서 설정된 부분이라고 할 수 있는데, 공수처법이 제정된 현재의 상황에서는 검사의 직접수사 범위에 대한 재조정이 불가피할 수밖에 없다. 즉 고위공직자범죄등에 관한 수사 및 대법원장·대법관·검찰총장·판사·검사·경무관 이상의 경찰공무원에 해당하는 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 고위공직자범죄 및 관련범죄의 공소제기와 그 유지에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처를 두고 있고(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제3조 제1항), 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 처장이 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 수사처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 하기 때문에(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제24조 제1항) 고위공직자범죄의 범위 내에서 검사의 직접수사는 배제되는 것으로 보아야 한다. 그런데 개정 검찰청법에 따른 검사의 직접수사 가능 범죄군이 부패범죄, 경제범죄

50) 검찰의 정치·정권으로부터의 독립선언이야말로 진정한 검찰개혁의 첫걸음이라는 견해로는 김성룡, “청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 24면.

죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄 등이기 때문에 고위공직자범죄수사처의 설치에 따라 검사의 직접수사 범위는 상당부분 축소될 수밖에 없으며, 이에 따른 검찰청법의 재개정이 수반되어야 할 것이다.

V. 글을 마치며

이번 개정법을 통하여 정립된 수사권조정은 형사사법제도의 개선에만 그치는 것이 아니라 검·경으로 하여금 국민의 안전과 인권을 보호하고, 법치국가적 헌법질서를 수호하는 기관으로 거듭날 수 있도록 하는 것이 현 정부의 기본관념으로 판단된다. 개정법은 검사의 수사지휘권 폐지 및 직접수사 범위 축소, 사법경찰관의 제1차 수사종결권 보장 등을 통하여 현행법상 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권으로 인한 수사기관 사이의 수직적인 관계가 협력적인 관계로 변모될 것이고, 이러한 협력관계의 변화로 인하여 사법경찰관 수사의 책임성과 전문성이 향상되고, 검사에 의한 기소의 객관성과 공정성이 담보된다는 것이 입법의 주된 취지이다. 또한 검사의 수사관여를 원칙적으로 차단함으로써 검사는 사법경찰관의 수사결과를 중립적·객관적인 시각으로 판단하여 기소권을 행사하게 되므로 국민의 인권이 더욱 두텁게 보호된다는 취지이다. 하지만 검찰개혁의 일환으로 진행되고 있는 검·경 수사권조정은 결코 국민여론이나 국민감정으로 밀어붙여서는 안 된다. 지금까지 유지해 온 국가의 형사사법시스템을 완전히 변경하는 작업은 합리적인 이성을 기초로 한 전문가의 엄격한 진단 아래 이루어져야 하는 것이다. 하지만 유권자의 표를 의식하는 정치권의 행태로 보았을 때 작금의 검찰개혁 작업은 국민여론에 힘을 입어 마치 브레이크 없는 질주를 하는 듯하여 앞으로 다가올 무수한 시행착오와 혼란, 그리고 갈등의 증폭을 도무지 헤아릴 수 없을 지경이다. 매우 위험한 일이 아닐 수 없다.

우리는 동일한 사실관계를 바라보는 시각이 어떠한 가치관을 가지고 있는지 여부에 따라 극명하게 달라지는 것을 흔히 정치의 영역에서 자주 접하게 된다. 하지만 형사소송법의 영역에서도 이러한 현상은 예외가 아니라고 할 수 있는데, 특정한 규정을 해석하는 시각에 따라 정반대의 결론이 도출되는 과정을 바라보면서 정치적

색채가 매우 강하게 느껴지는 인상은 비단 필자가 아닌 그 누구라도 쉽게 수긍하고 있을 것이다. 이는 특히 검·경 수사권조정 과정에 있어서 접할 수 있었던 다양한 논의들의 대체적이고 주요한 특징이라고 파악된다. 예를 들면 상대 진영측의 단점은 최대한 확대하여 부각시키는 침소봉대(針小棒大)에 매진하는 반면에 장점은 최대한 축소하여 희석시켜 버리고 마는 논리 아닌 논리를 접할 때마다 냉소를 자아냈던 경험이 너무나도 흔한 일이 되어 버렸다. 이성에 의한 합리적인 호소가 아닌 감정에 의한 집단적인 궤변에 지나지 않는 몇몇 논거들의 주장은 논의의 진척은커녕 대화의 장 그 자체를 거부하는 듯한 태도에 불과한 것이다. 수사권조정과 관련된 외국의 입법례를 바라보는 시각의 차이는 더욱 가관이다. 주요 선진국에서의 수사와 기소가 분리되어 있는지 여부에 대한 명제를 논함에 있어 정반대의 결론이 도출되는 주장을 쉽게 찾아볼 수 있는 것도 같은 맥락이다. 궁극적으로 소추기관의 사법통제는 불가피한 것이고, 이러한 통제는 가급적 조기에 전방위적으로 진행되면 효과가 극대화된다. 특히 증거재판주의와 관련하여, 수사 초기에 관련 증거를 적정하게 확보하는 것이 소추 및 재판에 있어서의 관건이 되는 것이다. 결국 사법경찰관에 대한 검사의 사법통제는 보다 철저하게 이루어져야 하기 때문에 금번 개정법은 또 다른 개정의 대상이 되어야 할 것이다.

참고문헌

- 강성용, “바람직한 경·검 관계에 대한 연구 -미국 형사사법제도에 대한 미시적 분석-”,
외법논집 제43권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019. 8.
- 김성룡, “청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형
사정책학회, 2018. 8.
- 김 응, “거꾸로 가는 형사사법개혁”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019.
9.
- 박기석, “국민을 위한 합리적 검경수사권조정 방안: 패스트트랙 입법안의 분석 및
개선안 제시를 중심으로”, 한국치안행정논집 제16권 제3호, 한국치안행정학
회, 2019. 11.
- 박용철, “검·경 수사권조정 합의안의 내용과 의미에 대한 일고”, 형사정책 제30권
제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8.
- 박찬걸, “검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안”, 형사법
의 신동향 제62호, 대검찰청, 2019. 3.
- 박찬걸, “경찰권과 검찰권의 조정을 통한 ‘국가수사청’ 설치에 대한 시론”, 비교형
사법연구 제20권 제1호, 한국비교형사법학회, 2018. 4.
- 신태훈, “이른바 ‘수사와 기소 분리론’에 대한 비교법적 분석과 비판”, 형사법의 신
동향 제57호, 대검찰청, 2017. 12.
- 윤동호, “사법경찰관의 ‘1차적 수사종결권’의 법제화 방안”, 형사정책 제30권 제2
호, 한국형사정책학회, 2018. 8.
- 이성기, “수사·기소의 분리와 검찰개혁”, 형사정책 제29권 제1호, 한국형사정책학
회, 2017. 4.
- 이완규, 『검경 수사권 조정 관련 법안 긴급검토』, 한영문화사, 2019. 11.
- 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 형사정책 제30권 제2호, 한국
형사정책학회, 2018. 8.
- 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치결정에 대한 통

- 제 방법에 관한 헌법적 분석 -검사의 불기소처분에 대한 통제와의 비교를 중심으로”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8.
- 이창현, “검·경수사권 조정 관련 법률안에 대한 검토와 대안”, 형사소송의 이론과 실무 제11권 제2호, 한국형사소송법학회, 2019. 12.
- 이형세, “검·경 수사권 조정에 관한 심포지엄 토론문”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019. 9.
- 정웅석, “검경 수사권조정 개정안의 주요 내용에 대한 비교 분석 및 대안”, 형사법의 신동향 제62호, 대검찰청, 2019. 3.
- 정웅석, “수사지휘에 관한 쟁점과 과제”, 형사법의 신동향 제58호, 대검찰청, 2018. 3.
- 정승환, “수사권조정 법안의 문제점과 수사구조 개혁의 방향”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019. 9.
- 조기영, “수사권조정과 수사절차개선”, 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019. 4.
- 조성제/승재현, “검·경 수사권 조정안에 따른 수사절차에 있어서 인권보장 방안”, 한국치안행정논집 제16권 제3호, 한국치안행정학회, 2019. 11.
- 차정인, “수사권조정 주요 쟁점”, 법조 제67권 제5호, 법조협회, 2018. 10.
- 최정학, “정부의 ‘검·경 수사권 조정 합의안’에 대한 단상”, 민주법학 제48권, 민주주의법학연구회, 2018. 11.
- 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 경찰법연구 제16권 제2호, 한국경찰법학회, 2018. 12.
- 최호진, “한국형 수사과 기소분리모델의 전망과 경찰의 과제”, 비교형사법연구 제19권 제1호, 한국비교형사법학회, 2017. 4.
- 한석훈, “수사권조정 및 고위공직자범죄수사처 설치 법안의 평가 -비즈니스범죄 등을 수사하는 전문수사청 설치를 위한 제안-”, 성균관법학 제31권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2019. 12.
- 황문규, “검경 수사권 조정에 관한 법안의 비교·검토”, 형사정책 제30권 제3호, 한국형사정책학회, 2018. 12.

Critical Analysis on Adjustments of Investigation Power
between the Prosecution and Police:
Focused on contents of Criminal Procedure Law and the Public
Prosecutor' s Office Act Revised as of Feb 4, 2020

Park, Chan-geol*

Contents of adjustments of investigation power between the prosecution and police included followings. ① To abolish the command of investigation by the prosecutors, by establishing the relations between the prosecution and police as that of mutual cooperation ② To assign the right to close investigations to police in the first place by acknowledging the authority of police not to forward a case to the prosecution ③ To reduce the scope of direct investigation of the prosecution on a large scale ④ Should prosecutors dismiss diverse warrants applied by judicial police officers, appeal of dissatisfaction to this can be done to Warrants Deliberation Committee established at High Prosecutors Office ⑤ Requirements for admissibility of evidence for protocols of examination of suspects prepared by prosecutors to be same as those prepared by judicial police officers.

The reason of the suggestion for this revision was explained generally to provide people with more human rights-friendly environment based on mutual check and balance between the prosecution and police by establishing cooperative relations between them. That said, criminal procedures changed in a far more complicated way compared with the existing ones, and so inconveniences are expected to arise

* Associate Professor, Dept. of Police Administration, Daegu Catholic University, Ph.D. in Law.

from the standpoint of people. Along the way, means to control investigation of judicial police has been weakened, resulting in the need of preparation of tools to properly check the increased rights of police. Based on the current circumstances related with adjustments of investigation power and critical thoughts as such, the study sought to conduct a critical analysis, by largely dividing the issues emerged at the revised law into abolition of the command of prosecutors prior to forwarding the cases in principle, recognition of the right of judicial police officers to close investigations in the first place for unforwarded cases and reduction of the scope of direct investigation by prosecutors.

❖ key words: adjustments of investigation power, command of investigation, right to close investigations, prosecution reform, direct investigation

