

검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

Follow-up Tasks for the Adjustment of Investigation Authority
between Prosecutor and Police Officer in Korea

강석구·김태명·윤동호·조기영



KiC

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

이른바 국정농단 사태에 대한 국민적 항의로서 우리나라를 뜨겁게 달군 촛불민심은 대한민국을 ‘나라다운 나라’로 만들어줄 것을 요구했고, 이러한 민심을 반영하여 현 정부는 ‘국민이 주인인 나라’를 목표로 ‘적폐의 철저하고 완전한 청산’을 전면에 내세웠습니다. 또한, 검찰개혁과 경찰개혁을 중심에 두는 ‘국민의, 국민을 위한 권력기관 개혁’도 함께 천명하였고, 그 과정에서 검찰과 경찰 간의 수사권 조정 문제는 검찰과 경찰을 개혁하기 위한 핵심과제로서 부각되었습니다. 특히, 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 검찰과 경찰 양 기관을 상호 협력관계로 설정하면서, 경찰에게는 1차 수사에서 보다 많은 자율권을 부여하고 검찰은 사법통제 역할을 더욱 충실히 함을 원칙으로 하는 ‘검·경 수사권 조정 합의문’을, 검찰의 감독기관인 법무부장관과 경찰의 감독기관인 행정안전부장관이 2018년 6월 21일에 발표한 것은, 수사권 조정을 향한 현 정부의 의지를 보여주는 상징적인 사건이었습니다.

하지만 정당 간의 이해가 첨예하게 갈리면서 검찰과 경찰 간 수사권 조정을 내용으로 하는 형사소송법·검찰청법 일부개정법률안은 신속처리법안으로 처리되었고, 2020년 1월 13일에 국회 본회의를 통과하기까지 제1야당인 자유한국당을 배제하고서도 1년 6개월 이상의 기간이 소요되었습니다. 더욱이 개정 법률의 부칙에 따라 공포일인 2020년 2월 4일부터 6개월이 경과한 때인 2020년 8월 5일부터 1년 이내에, 즉 2021년 8월 4일까지 대통령령을 제정해야만 하는 상황이라고 할 수 있었고, 그 내용 역시 대한민국 역사상 한 번도 경험해본 적 없는 전혀 새로운 제도와 절차를 담고 있습니다. 다른 선진국에서도 동일한 제도를 시행한 전례가 없는 만큼, 이런 생경한 제도의 시행령을 형법학과 소송법학의 지식과 경험만으로 최장 1년 6개월만에 제정해 내는 일은 결코 쉽지 않고, 경우에 따라서는 전혀 예측하지 못한 문제들이 발현될 수 있을 뿐만 아니라 최악의 경우 형사사법기능 또는 형사사법시스템 자체가 무력화될 수 있기 때문에 후속입법을 마련해야 하는 정부로서는 적지 않은 부담을 가질 수밖에 없는 상황이라고 할 수 있었습니다.

ii 검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

이에 정부는 법률을 공포하자마자 지체 없이 대통령 직속으로 ‘국민을 위한 수사권 개혁 후속추진단’을 출범시켰고, 형사정책 분야의 국책연구기관인 한국형사정책연구원도 국민을 위한 수사권 개혁이 될 수 있도록 후속과제의 방향성을 제시하고, 정부의 후속조치 마련을 적극적으로 지원하기 위해 이 연구를 추진하게 된 것입니다. 다만 당초의 예상보다 정부의 후속조치가 신속하게 마련되어 이 연구의 성과가 후속과제에 직접적으로 반영되지는 못했지만, 4명의 법률전문가의 고민이 담긴 소중한 자료인 만큼 후속 개정작업에서라도 소용되기를 기대합니다.

끝으로, 충분하지 않은 연구기간에도 불구하고 저와 함께 충실하게 연구를 마무리 해주신 전북대학교 법학전문대학원의 김태명 교수님과 조기영 교수님, 국민대학교 법과대학의 윤동호 교수님께 깊이 감사드리며, 예기치 않은 변수들이 끊이지 않았는데도 흔들림 없이 연구를 지원해준 최혜선 연구원의 노고에도 감사드립니다.

2020년 12월

연구진을 대표하여

연구책임자 강석구



목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 강석구

서론	9
----------	---

제1절 연구의 목적	11
------------------	----

제2절 연구의 내용 및 방법	13
-----------------------	----

제2장 조기영

검찰·경찰 수사권의 범위 및 한계	15
--------------------------	----

제1절 서 설	17
---------------	----

제2절 검찰·경찰의 수사권 조정 및 검사 수사개시 범위 설정의 방향	18
---	----

1. 수사와 기소의 분리의 원칙	18
-------------------------	----

2. 검사의 직접수사 한정의 원칙과 직접수사 자제의 원칙	19
---------------------------------------	----

제3절 검찰·경찰의 수사권 조정 경과 및 평가	21
---------------------------------	----

1. 수사권 조정 경과	21
--------------------	----

2. 검사의 직접수사 제한을 위한 수사권 조정에 대한 평가	27
--	----

제4절 검사의 직접 수사개시의 범위 및 한계	30
--------------------------------	----

1. 이른바 '검찰의 직접수사'의 범위	30
-----------------------------	----

2. 경찰공무원이 범한 범죄 (검찰청법 제4조 제1항 제1호 나목)	39
---	----

3. 검사의 직접수사 대상 범죄와 사법경찰관이 송치한 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄 (검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목)	40
--	----

제5절 검사와 사법경찰관의 수사 범위 및 한계	41
---------------------------------	----

1. 검사에 의한 사법경찰관의 수사에 대한 견제 방법	41
2. 검사 직접수사의 범위와 수사권의 경합	42
3. 사법경찰관 송치 이후의 검사의 수사 범위	43
4. ‘수사준칙규정안’ 제18조의 문제점	44
제6절 결론적 고찰	45

제3장 윤동호

수사권 조정 이후 상호 협력·견제방안과 향후과제 47

제1절 서 설	49
제2절 현황: 검경 수사권 조정과 상호협력관계로 전환	50
1. 검사와 경찰의 관계: 수사지휘관계에서 상호협력관계로 전환	50
2. 경찰 수사의 독립성 보장과 책임성 강화	51
3. 검사의 역할과 기능 변화	54
제3절 바람직한 검·경 상호견제 및 협력방안	61
1. 검사의 직접 수사 개시 범위를 수사준칙으로 명확화	62
2. 수사 개시 단계 상호견제 및 협력방안	69
3. 수사진행 단계 상호견제 및 협력방안	71
4. 수사종결 단계 상호견제 및 협력방안	77
제4절 향후 과제	82
1. 경찰 수사의 재량권 명문화로 책임성 강화와 전문성 향상	82
2. 분산된 수사권의 효율적 행사를 위한 협력기구 마련	83
3. 공수처에 완전한 기소권 부여	83

제4장 김태명

대통령령으로 제정되는 일반적 수사준칙이 갖추어야 할

내용 85

제1절 서 론	87
1. 형사소송법의 개정취지	87
2. 수사준칙규정안의 입법취지	90

제2절	현행 수사관련 법령의 내용과 문제점	91
1.	현행 수사관련 법령의 체계와 내용	91
2.	현행 수사 관련 법령의 문제점	102
제3절	수사준칙규정안의 문제점과 개선방안	103
1.	수사준칙규정안의 제정과정과 개요	103
2.	수사준칙규정안의 내용과 문제점	107
3.	수사준칙규정안의 개선방안	110
제4절	결 어	123

제5장 강석구

그 밖의 후속과제 127

제1절	후속입법에 대한 평가 및 과제	129
1.	대통령령 입법예고안과 제정안의 비교	129
2.	제정 검사수사범위규정과 수사준칙규정에 대한 평가	132
제2절	검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제	138
1.	검사 수사범위 입법의 방식과 주체에 대한 숙고 필요	138
2.	특별사법경찰 등에 대한 검사 지휘 관련 입법 필요	141
3.	불법자산 동결 관련 권한의 조정 필요	146

제6장 강석구

결론 149

참고문헌 155

Abstract 159

I. 연구의 배경 및 목적

■ 연구의 당초 추진배경 및 목적

- 2020년 2월, 검찰·경찰 간 수사권 조정에 관한 개정 형사소송법과 개정 검찰청법이 공포되고, 개정 법률의 부칙에 따라 공포 후 6개월이 경과한 때로부터 1년 이내에 대통령령 등 하위규범을 제정하여 시행하여야 하는 시간적 제약 발생
- 이에 수사권 조정을 실질화하기 위한 후속과제를 발굴하고, 일반적 수사준칙 등 구체적 실천방안을 마련함으로써 정부의 후속조치 마련을 적극 지원하기 위해 4월부터 연구 추진

■ 후속입법 조기제정에 따른 연구방향 일부 수정

- 수사준칙규정, 검사수사범위규정 등 후속 입법이 2021년 1월 시행을 전제로 금년 10월에 조기 제정됨에 따라 불필요한 정책혼선을 최소화하기 위하여 후속 입법의 보완방향 및 후속입법에서도 담아내지 못한 후속과제를 발굴하는 방향으로 일부 수정

II. 연구의 방법

■ 법학적 연구방법론에 기반한 문헌연구

- 중점 후속과제인 ① 검찰·경찰 수사권의 범위 및 한계 설정, ② 검찰·경찰 수사권 행사 및 상호 협력의 내용과 방법 설정, ③ 일반적 수사준칙의 내용과 한계 설정을 중심으로 연구하되, 중점 후속과제에 반영되지 못한 후속과제에 대해서는 별도 분석
- 내·외부 전문가 자문 및 토론회의 보조적 활용

Ⅲ. 주요 연구내용

1. 검찰·경찰 수사권의 범위 및 한계

■ 수사권 조정의 방향 및 원칙

- 수사와 기소의 분리 원칙
- 검사의 직접수사 한정과 자제의 원칙

■ 검사의 직접수사 제한을 위한 수사권 조정에 대한 평가

- 대통령령(안)이 직급·금액 기준으로 검사와 경찰의 수사범위를 한정한 것은 검사를 경찰의 상급기관임을 인정하는 결과가 되어 형사소송법의 개정취지에 반하나, 대통령령(안)이 최종적으로 검사의 직접수사를 폐지하기 위한 정책방향으로 나아가는 과도기적 입법이라는 점에서 불가피한 측면이 있음
- 검찰청이 정한 ‘중요범죄’, 법무부령(안)이 정한 ‘중요사건’이라는 정성적 기준에 의해, 검사의 직접수사 범위에 해당한다고 열거된 범죄들에 대한 직접수사가 필요한지 여부에 대한 판단이 다시 이루어져야 함

■ 검사의 직접 수사개시의 범위와 한계

- 검찰청법 등에 규정된 검사의 직접수사 대상은 ‘한정열거’된 것으로 이해하여야 하며, 동법 등에 규정된 6대 생활영역에 속하는 범죄라고 하더라도 ① 검사의 소송법상 권한과 관련한 중요성, ② 피의자의 이익을 보호하기 위한 법치국가적 관점에서의 중요성, ③ 경찰의 수사를 신뢰하기 어려운 사정의 존재를 기준으로 중요범죄에 해당한다고 판단되는 경우에만 직접수사를 할 수 있어야 함

■ 검사와 사법경찰관의 수사범위 및 한계

- 검사와 사법경찰관의 수사권이 경합하는 경우는 검사가 검찰청법에 따라 직접수사를 할 수 있는 범위 내에서만 가능
- 사법경찰관 송치 이후에는 검사의 직접수사의 범위에 속하지 않는 경우 검사가 직접 보완수사를 하는 것은 허용되지 않지만, 검사의 직접수사의 범위에 속하는 경우 검사는 보완수사를 요구할 수 있음
 - 다만 검사의 직접수사가 완전 폐지된 상황이라면 경찰의 위법·부당한 수사를 통제하기 위하여 송치한 사건에 대한 검사의 전면 재수사까지 인정하는 것이 바람직함

2. 수사권 조정 이후 상호 협력·견제방안과 향후과제

■ 검찰·경찰 수사권 조정과 상호협력관계 전환의 의의

- 경찰 수사의 독립성 보장과 책임성 강화
 - 1차적 수사권과 검사의 영장불청구에 대한 심의신청권
 - 1차적 수사종결권 내지 불송치결정권
- 검사의 역할과 기능 변화
 - 검사의 직접 수사권 제한, 경찰의 수사에 대한 검사의 견제장치
 - 사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원과 특사경의 수사에 대한 검사의 수사지휘권, 기소독점주의의 변화

■ 바람직한 검·경 상호견제 및 협력방안

- 검사의 직접 수사 범위를 수사준칙으로 명확화
 - 특히 해석적 논란이 예상되는 관련범죄의 의미 명확화
- 수사 개시 단계 상호견제 및 협력방안
 - 검·경이 수사 관할이 아닌 범죄를 인지한 경우 상호통보규정 마련

4 검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

- 고소·고발사건 접수 창구의 단일화 : 수사관할 고소·고발사건만 접수
- 수사 진행 단계 상호견제 및 협력방안
 - 강제수사를 위한 영장에 관한 검·경협력
 - 경찰이 긴급체포한 피의자에 대한 검사의 영장 청구전 대면조사 불가
 - 경찰의 체포·구속한 피의자 석방 시 검사의 지휘규정 폐지
- 수사 종결 단계 상호견제 및 협력방안
 - 불송치사건 : 검사의 송치요구권과 이해관계인 이의신청기간 규정 필요
 - 송치사건 : 검사의 보완수사요구 시 보완사항 특정과 보완수사기간 설정

■ 향후 과제

- 경찰 수사의 재량권 명문화로 책임성 강화와 전문성 향상
- 분산된 수사권의 효율적 행사를 위한 협력기구 마련
- 공수처에 대한 완전한 기소권 부여

3. 대통령령으로 제정되는 일반적 수사준칙이 갖추어야 할 내용

■ 수사준칙규정안의 문제점

- 형사소송법 개정으로 그동안 훈령에 맡겨져 왔던 수사절차상 인권보장에 관한 규정의 마련을 하위법령인 대통령령에 위임한 점은 바람직함
 - 다만 ① 수사절차에 관한 기본법인 ‘형사소송법’에 직접 규정하는 것이 바람직하고,
 - ② 검찰과 경찰의 상호협력에 관하여 구체적인 협의의 절차나 방법을 규정하고 있지 않으며, ③ ‘수사준칙’ 규정이라는 명칭과는 달리 정작 수사절차에 관한 규정이 부실한 측면이 있음

■ 수사준칙규정안의 개선방안

- 검찰과 경찰의 상호협력에 관한 규정의 보완
- 일반적 수사준칙에 관한 규정의 보완

- 상위법에 반할 소지가 있는 규정의 보완
- 하위법령에 대한 위임규정의 신설

4. 그 밖의 후속과제

■ 후속입법에 대한 평가

- 검사수사범위규정의 경우 ① 검사수사개시 범위에서 '정보통신기반보호법 제28조에 해당하는 죄'를 삭제하고, ② 부칙 수정을 통해 종전의 규정에 따라 한 행위의 효력을 부인하며, ③ 단서 규정의 활용을 통해 검사의 직접수사 범위 재조정 가능성을 열어둔 점 이외에는 입법예고안의 내용 유지
- 수사준칙규정의 경우 자구를 수정하고 체계정합성을 보완한 외에 ① 준수 의무의 대상을 준별하거나 판단주체를 명시하고, ② 검사와 사법경찰관 간의 협의강제 요건을 구체화·명확화하며, ③ 수사준칙규정의 해석 및 개정에 관한 외부 자문 위원회를 마련함으로써 입법예고안에 비해 책임소재 등을 명확화
 - 다만 ④ 검사수사범위규정과 달리 부칙을 유지하여 기존 수사준칙규정(또는 수사지휘규정)에 따라 한 행위의 효력을 인정함으로써 실무상 혼선 및 책임회피가 발생할 수 있고, ⑤ 기존 수사준칙규정 별표에 규정된 별표를 대통령령에 직접 마련하지 않음에 따라 실무상 혼선 우려
- 양 규정 모두 당초의 목표에 비해 미진한 부분이 있지만, 그 자체를 완성된 입법의 종국적 모습이라고 평가할 수 없는 만큼 실제로 시행하면서 취합될 시행착오와 미비점을 바탕으로 사후적인 운영평가나 제도개선 필요
 - 특히 ① 수사준칙규정 시행에 필요한 서식을 검찰과 경찰의 상호 협의 하에 수사준칙규정에 직접 마련할 필요가 있고, ② 특별사법경찰, 공수처 등 실질적으로 수사권을 행사하는 모든 공직자·기관이 행하는 수사를 일반적으로 포섭할 수 있는 방향으로 수사준칙규정 개정 필요

■ 검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

- 검사 수사범위 입법의 방식과 주체에 대한 숙고 필요
- 특별사법경찰 등에 대한 검사 지휘 관련 입법 필요
- 불법자산 동결 관련 권한의 조정 필요

IV. 정책제언

■ 대통령령 보완입법 검토 사안

- 정성적 방식에 의한, 수사개시 요건 보완
- 수사준칙규정의 공동주관 고려
- 형사사건 공개준칙 위임범위의 구체화
- 검사의 사건이송 예외사유 등 재고
- 재수사 요청기한 적용예외 규정의 법률적 근거 마련
- 수사개시 통보의무의 완화
- 마약류 범죄의 수사주체 재고

■ 중장기적 검토 사안

- 보완수사 요구 시 내용·범위의 구체화
- 영장심의위원회 의결효력 규정의 신설
- 사법경찰관의 피의자 체포·구속 취소·집행정지 관련 규정 신설
- 재수사 불이행·불충실 시 송치요구권의 법률화
- 이해관계인의 이의신청기간 마련
- 수사중지·참고인증지·기소중지·기소유예에 대한 견제장치 마련
- 수사유예 제도의 신설

■ 법률 개정 사안

- 검찰청법상 검사 수사범위 입법의 방식과 주체에 대한 재고
- 사법경찰직무법상 특별사법경찰관의 범위 및 지휘·감독권 명확화
- 마약거래방지법(또는 범죄수익은닉규제법)상 기소 전 몰수·추징 보전명령 관련 제도의 정비

※ 주요 키워드 : 검찰개혁, 수사권조정, 형사소송법, 검찰청법, 수사준칙

제 1 장

검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

서론

강 석 구

제1절 | 연구의 목적

수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 검찰과 경찰 양 기관을 상호 협력관계로 설정하면서, 경찰에게는 1차 수사에서 보다 많은 자율권을 부여하고 검찰은 사법통제 역할을 더욱 충실히 함을 원칙으로 하는 ‘검·경 수사권 조정 합의문’을 법무부장관과 행정안전부장관이 2018년 6월 21일에 발표하였고, 국회는 합의문의 문언과 취지를 반영한 ‘형사소송법 일부개정법률안’(의안번호 2020030, 채이배의원 대표발의)과 ‘검찰청법 일부개정법률안’(의안번호 2016500, 백혜련의원 대표발의)을 신속처리법안으로 처리하여 2020년 1월 13일에 가결하였으며, 2020년 2월 4일에 대통령이 이를 공포하였다. 이에 따라 경찰은 1차적 수사권 및 수사종결권을 가지고, 검찰은 기소권과 함께 특정 사건에 관한 직접 수사권, 송치 후 수사권, 사법경찰관 수사에 대한 보완수사 및 시정조치 요구권 등 사법통제 권한을 가지게 되었다.

다만 검찰과 경찰로 하여금 국민의 안전과 인권 수호를 위하여 서로 협력하게 하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로 행사되도록 하고자 한 검·경 수사권 조정의 당초 취지를 현실적으로 반영하기 위해서는 시행령 등 하위규범에 이를 구체화하는 한편, 수사권 관련 법제를 함께 정비할 필요가 있다고 할 것이다. 개정 법률의 부칙 역시 “공포 후 6개월이 경과한 때로부터 1년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행”하도록 규정하고 있어 공포일인 2020년 2월 4일부터 6개월이 경과한 때인 2020년 8월 5일부터 1년 이내에 대통령령을 제정해야만 하는 상황이라고 할 수 있다.

그런데 정당 간의 이해가 첨예하게 갈리면서 이를 수렴·타협하여 법률안으로서 성안(成案)하는 데만 1년 6개월 이상 소요되었을 뿐만 아니라 그 내용 역시 대한민국 역사상 한 번도 경험해본 적 없는 전혀 새로운 제도와 절차를 담고 있다. 다른 선진국에서도 동일한 제도를 시행한 전례가 없는 만큼, 이런 생경한 제도의 시행령을 형법학과 소송법학의 지식과 경험만으로 최장 1년 6개월만에 제정해내는 일은 결코 간단하지 않다. 경우에 따라서는 전혀 예측하지 못한 문제들이 발현될 수 있을 뿐만 아니라 최악의 경우 형사사법기능 또는 형사사법시스템 자체가 무력화될 수 있기 때문에 후속입법을 마련해야 하는 정부로서는 적지 않은 부담을 가질 수밖에 없는 상황이라고 할 수 있다. 더욱이 검찰·경찰의 수사권 조정은 단순히 검찰·경찰 두 기관 간의 권한 배분이 되어서는 곤란하고, 검찰과 경찰로 하여금 국민의 안전과 인권 수호를 위하여 서로 협력하게 하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로 행사되도록 하고자 한, 즉 “국민을 위한 수사권 개혁”이라는 당초의 입법취지가 후속입법에 충분히 반영되어야 한다.

이에 정부는 법률을 공포하자마자 지체 없이 대통령 직속으로 ‘국민을 위한 수사권 개혁 후속추진단’을 출범시키는 한편, 수사준칙 등 법무·검찰의 주요 하위 법령 및 관련 법령을 제·개정하기 위한 ‘후속조치 TF’를 법무부에 구성하였고, 형사정책 분야의 국책연구기관인 한국형사정책연구원도 ① 국민의 안전과 인권수호를 위해 검찰·경찰이 긴밀히 협력하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이면서 효율적으로 행사되기 위하여 필요한 후속과제를 발굴하는 한편, ② 검·경 수사권 조정이 국민을 위한 실질적인 수사권 개혁이 될 수 있도록 일반적 수사준칙 등 구체적 실천방안을 마련함으로써 정부의 후속조치 마련을 적극 지원하기 위해 같은 해 4월부터 이 연구를 추진하게 된 것이다.

제2절 | 연구의 내용 및 방법

이 연구는 문헌연구와 법제분석을 주된 연구방법으로 하고, 내·외부 전문가 자문 및 토론회를 보조적으로 활용하였다.

이 연구에서는 이 중 ① 검찰청법 제4조 제1항 및 형사소송법 제196조 개정에 수반한 ‘검찰·경찰 수사권의 범위 및 한계’ 문제, ② 형사소송법 제195조, 제197조의2, 제197조의3, 제197조의4 규정 신설 등에 수반한 ‘검찰·경찰 수사권 행사 및 상호 협력의 내용과 방법’ 문제, ③ 형사소송법 제195조 제2항 신설에 수반한 ‘일반적 수사준칙의 내용과 한계’ 문제가 가장 시급하면서도 중요한 후속과제라고 판단하였고, ①과 관련한 사안은 “검찰·경찰 수사권의 범위 및 한계”로서 제2장에서, ②와 관련한 사안은 “수사권 조정 이후 상호협력·견제 방안과 향후과제”로서 제3장에서, ③과 관련한 사안은 “대통령령으로 제정되는 일반적 수사준칙이 갖추어야 할 내용”으로서 제4장에서 공동연구진이 각각 책임 집필하였다.

다만 2020년 8월 5일부터 대통령령 제정이 가능한 만큼 실질적 지원이 가능한 시기까지 연구기간을 최대한 단축하기 위하여 각 장의 집필을 ㉠ 해당 주제와 관련한 연구를 수행한 경험이 있으면서도 ㉡ 검찰 또는 경찰에 재직할 이력이 없는 형사법학자에게 위탁하였고, 학문적·정치적으로 민감한 사안에 대한 집필인 만큼 —연구의 독립성 및 자율성을 훼손할 수 있는— 공동연구진 간 인위적인 의견 통일은 도모하지 않았으며, 내용뿐만 아니라 형식에 있어서도 각자의 결정을 존중하였다. 그런 만큼, 각자의 결정에 따라 제2장, 제3장 및 제4장에서 다루지 않았거나, 연구과정에서 발굴했지만 각 장의 집필에는 반영되지 못한 후속과제에 대해서는 “그 밖의 후속과제”로서 제5장에서 기술하고자 하였다.

이와 관련하여 당초 연구계획으로는 8월 20일까지 집필원고를 취합하고, 이를 바탕으로 검사의 수사범위안, 일반적 수사준칙안 등을 최대한 성안하여 ‘실질적 수사권 조정을 위한 정책제언’으로서 제6장에서 기술하고자 하였는데, 제6장에서 다루고자 했던 후속입법인 ‘검사의 수사개시 범죄범위에 관한 규정 제정(안)’, ‘검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제정(안)’, ‘형사소송법·검찰청법 일부

14 검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

개정법률의 시행일에 관한 규정 제정(안) 및 부령인 ‘검사의 수사개시 범죄범위에 관한 규정 시행규칙 제정(안)’이 연구진의 예상보다 빠른 8월 7일에 2021년 1월 1일 시행을 목표로 입법예고되어 9월 27일에 확정됨에 따라 불필요한 정책 혼선을 최소화하기 위하여 이 연구에서는 정책제언을 별도로 기술하지 않기로 하였다. 대신, 이들 후속 입법예고안과 관련된 논의를 각 장의 집필내용에 최대한 반영하고자 노력하였고, 이들 후속 입법에서도 담아내지 못한 후속과제까지 최대한 발굴하여 —확정된 제정 대통령령을 기준으로 제정 대통령령 등에 대한 분석까지 포함하여— 제5장에 수렴하였다.

환언하자면, 제2장부터 제4장까지의 내용은 주로 형사소송법 및 검찰청법의 개정 사항 중 검찰·경찰 수사권 조정과 관련된 내용을 중심으로 기술하였고, 이들 법률에서 위임한 대통령령 등의 입법예고안에 대하여 일부 포함하였다. 또한, 확정된 제정 대통령령과 관련된 사항은 금년 11월 15일까지 진행된 사항을 중심으로 제5장 이후에서만 기술하였음을 미리 밝혀둔다.

제 2 장

검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

검찰·경찰 수사권의 범위 및 한계

조 기 영

제2장

검찰·경찰 수사권의 범위 및 한계

제1절 | 서 설

2020. 1. 23. 국회에서 의결되어 동년 2. 4. 공포된 개정 형사소송법과 검찰청법은 종래 한국의 형사사법구조에 커다란 변화를 주고 있다. 개정법률에 따르면, 경찰은 모든 사건에 대한 1차적 수사권을 지닌 수사의 주체가 되었고, 검사는 예외적으로 검찰청법 제4조 제1항에 규정된 한정된 범위 내에서만 직접수사를 담당할 수 있게 되었다. 이는 궁극적으로 수사와 기소를 분리하여 검찰과 경찰의 기능을 분립시키고, 양 권력기관 상호간의 견제와 균형을 통해 국민의 기본권을 보장하려는 취지의 법률 개정으로 평가할 수 있다. 그러나 여전히 검사의 직접수사의 권한이 잔존하고 있어 그 범위를 구체적으로 한정하는 어려운 문제를 피할 수 없고, 새롭게 설정된 검사와 사법경찰관의 관계 속에서 검사의 수사범위는 어떻게 한정되어야 하는지에 관한 논의가 필요한 상황이다.

경찰에 수사권이 집중되면 권한 오·남용의 위험이 증대하는 것은 두말할 나위가 없다. 정부가 일반경찰과 구분되는 국가수사본부를 설립하고 자치경찰제를 시행하여 경찰의 권한을 나누는 방안을 추진하고 있는 것도 바로 이런 이유에서이다. 이러한 방향의 형사사법개혁에 따르면, 검사는 국가수사본부가 행하는 수사의 적법성·적절성을 감시·견제하는 역할을 수행하고, 공소의 제기 및 유지에 집중할 수 있는 공소관으로 거듭나야 한다. 이러한 관점에서 개정 검찰청법 제4조 제1항을 중심으로 검사의 직접수사의 개시범위를 살펴보고, 개정 형사소송법 하에서 수사와 관련된 검사와 사법경찰관의 관계, 즉 검사와 사법경찰관의 수사의 범위와 한계를 검토하는 것이 이

장의 주요 내용이다. 검찰과 경찰의 수사권의 범위 및 한계를 논함에 있어서 주의해야 할 점은 이 논의가 검찰과 경찰이라는 양대 권력기관의 권한쟁의의 문제가 아니라는 점이다. 범죄혐의를 받는 국민, 즉 피의자의 권리와 일반 국민의 수사절차에 대한 신뢰가 수사권 조정의 지도이념이 되어야 한다.

제2절 | 검찰·경찰의 수사권 조정 및 검사 수사개시 범위 설정의 방향

1. 수사와 기소의 분리의 원칙

2000년대 이후 검·경 수사권 조정 논의가 시민사회와 정부에서 지속적으로 이루어져 왔다.¹⁾ 학계에서도 수사와 기소의 분리를 통한 형사사법절차 재구성에 관해 견해의 차이가 있지만, 무소불위의 검찰권의 오·남용을 통제하기 위한 개혁 입법이 필요하다는 점에 대하여 원론적으로 부인하는 견해는 소수에 불과하다.²⁾

수사와 기소의 분리 필요성에 대한 종래의 많은 논의를 대신하여 여기서는 3가지의 이유만을 다시 확인하고자 한다. 첫째, 민주주의적 관점에서 수사와 기소의 분리를 통한 과도한 검찰의 독점적 권한을 제한하여 정치적 중립성을 확보하고 검찰개혁을 이루어야 한다는 것이 국민적 요구사항이라는 점이다.³⁾ 공수처법의 제정도 검찰개혁이라는 국민적 요구가 반영된 입법이라고 할 수 있다.

둘째, 법치국가적 관점에서 한국 검찰의 이례적인 광범위하고 과도한 견제 받지 않는 권한은 견제와 균형을 통해 국민의 자유와 권리를 보장한다는 헌법상 권력분립의 원칙에 반한다.

셋째, 형사법이론적 관점에서 동일한 공무원이 수사와 기소라는 성질이 다른 소송

- 1) 상세한 내용은, 조기영, “수사권조정과 수사절차개선”, 비교형사법연구(한국비교형사법학회) 제21권 제1호, 2019. 4. 39면 이하 참조.
- 2) 예를 들면, 김성룡, “청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제2호, 2018. 8. 19-23면.
- 3) 수사와 기소의 분리를 대선공약으로 제시한 문재인 대통령이 대통령선거에서 당선되었으며, 2017. 5. 9. 대통령 선거일 저녁 JTBC 개표방송에서 발표한 ‘차기 정부 가장 필요한 개혁’이라는 설문조사에서 ‘무소불위 검찰개혁’이 29.3%를 차지할 정도로 검찰개혁에 대한 국민의 기대는 높았다.

행위를 담당하는 형사절차는 ‘신규문주의’의 폐해를 초래하고, 검사로 하여금 ‘신규문관’의 역할을 하도록 한다. 한국의 검사는 마치 19세기 전반까지의 유럽의 규문관처럼 범인필별이라는 수사기관으로서의 직업의식과 소추요건에 대한 엄격한 심사를 통해 부당하고 무리한 기소를 자제해야 한다는 본래적 의미에서 검사로서의 사명의식이라는 상호 모순되는 심리상태에 처하게 된다.⁴⁾ 기소는 수사의 적법성과 적정성에 대한 심사를 전제로 하는 법률적 성격이 강한 행위임에 반하여, 법률전문가인 검사들이 다분히 사실적 영역에 속하는 수사를 직접 담당함으로써, 수사한 사건은 기소를 해야 한다는 심리적 상태를 극복할 수 없게 된다. 또한 검사의 직접수사는 경찰에서의 수사를 송치받아 기소되어야 할 사안에서 불기소하는 기소재량의 남용을 가져올 수 있다.

여전히 검사의 직접수사를 인정하고 있는 2020년 개정 형사소송법과 검찰청법은 수사와 기소의 완전한 분리를 통한 검찰개혁이라는 법치국가적·민주적 요청을 온전히 반영하지 못한 과도기적 입법으로 평가할 수 있다. 따라서 개정법상 검사가 예외적으로 가지는 직접수사의 범위와 한계는 검찰청법 개정의 취지에 따라 대통령령에서 제한적으로 규정해야 한다. 설령, 세력 간 권한 조정 및 타협이라는 입법의 특성이 반영된다 하더라도, 검사의 직접수사 범위는 한정적으로 해석되고 운용되어야 한다. 법률 단계에서 여러 정치적·사실적 관계가 반영되어 검사의 직접수사를 일부 인정하는 입법이 이루어졌다 하더라도, 이는 형사사법개혁이라는 목적을 위한 과도기적 상태이고 완성된 입법의 종국적 모습은 아니기 때문이다.

2. 검사의 직접수사 한정의 원칙과 직접수사 자제의 원칙

가. 직접수사 한정의 원칙

검찰청법 시행령의 제정 및 해석에 있어서 기본 원칙은 ‘직접수사 한정의 원칙’이라고 할 수 있다. 개정 형사소송법 제196조와 제197조는 검사와 사법경찰관리를 모두 수사의 주체로 인정하고 있다. 그러나 개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호가 검사의 수사개시의 범위를 한정하고 있는 것은 원칙적으로 검사는 수사기관으로서의 지위를

4) 조기영, 앞의 논문, 44-45면.

가지지 않는다는 점을 확인하는 의미를 지닌다. 왜냐하면 검사가 사법경찰관리와 동일한 수사의 주체라면, 형사소송법 규정 이외에 검찰청법에 의해 그 수사범위를 한정할 이유가 없기 때문이다.

또한 검사의 직접수사의 범위 제한은 검찰권 오·남용의 폐해가 직접수사에 있다는 반성에 기초한 것이다.⁵⁾ 검사는 수사지휘권 및 기소권을 제한 없이 행사할 수 있을 뿐만 아니라 아무런 제한 없는 직접수사를 통해 정치·경제·사회 각 분야에 막강한 영향력을 행사해 왔으며, 그 권한행사가 정치적 이해관계와 제식구 감싸기를 대상으로 하는 경우에는 항상 법과 정의에 기초한 것은 아니었다. 따라서 검찰청법 시행령에 규정되게 될 범죄유형들이 직접수사의 대상이 되는지 여부는 한정적으로 해석하는 원칙을 견지해야 한다.

나. 직접수사 자제의 원칙

검찰청법과 그 하위법령에 의해 검사의 수사개시의 범위에 속하는 범죄라고 하더라도, 검사가 이러한 범죄를 반드시 직접수사해야 하는 것은 아니다. 검사의 직접수사 대상이 되는 범죄에 대한 수사개시·진행을 자제해야 한다는 원칙을 ‘직접수사 자제의 원칙’이라고 할 수 있다. 2020년 개정 전 형사소송법 제195조는 ‘검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.’고 규정하고 있었다. 그러나 2020년 개정 형사소송법 제196조는 ‘검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.’고 규정하고 있다. 개정 전 형사소송법은 검사의 수사주체성 외에 수사의무를 규정하고 있었다고 볼 수 있다. 이를 이론상 수사강제주의 또는 직권수사의 원칙이라고 부르기도 하였다.⁶⁾ 반면, 개정 형사소송법은 검사의 예외적 수사주체성을 인정하고 있지만, 검사가 반드시 자신의 수사범위에 속하는 범죄를 수사해야할 의무를 부과하고 있는 것으로 해석되지는 않는다.⁷⁾ 개정

5) 금태섭, ‘고위공직자범죄수사처 설치의 의미와 앞으로의 방향’ 토론문, 국민을 위한 수사개혁방향 심포지엄(대한변호사협회 주관), 2020. 7. 17, 25면 참조.

6) 신양균·조기영, 형사소송법, 박영사, 2020, 90면.

7) 물론, 사법경찰관리의 수사를 규정하고 있는 형사소송법 제197조 제1항도 ‘범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.’라고 규정하고 있으나, 이는 개정 전 제196조 제2항이 ‘사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.’고 규정하고 있던 것을 입법기술상 개정 형사소송법 제196조의 문언과 일치시키고 있는 것으로 볼

형사소송법 제197조의2, 제197조의3이 검사는 사법경찰관에게 일정한 경우 보완수사를 요구할 수 있고, 시정조치와 사건송치를 요구할 수 있도록 규정하고 있는 것은 사법경찰관리의 수사주체성을 인정하고, 그 오남용을 검사로 하여금 통제하도록 하는 취지라고 할 수 있다. 개정 형사소송법 제197조의4가 검사와 사법경찰관의 수사가 경합하는 상황을 규정하고 있는 것은 사법경찰관의 모든 사건(검사의 수사개시 범위에 해당하는 사건을 포함하여)에 대한 수사권을 전제로 한 규정이다. 현행 형사소송법이 사법경찰관에게 1차적 수사권을 부여하고 있고, 검사는 공소관 및 수사통제기관으로 자리매김 되어야 한다는 관점에서 볼 때, 검사는 비록 수사개시의 범위에 해당한다고 판단되는 사건이라 하더라도 이에 대한 직접수사를 자제하는 것이 바람직하다.

제3절 | 검찰·경찰의 수사권 조정 경과 및 평가

1. 수사권 조정 경과

가. 검·경 수사권조정 합의문

2018. 6. 21. 법무부장관과 행정안전부장관은 ‘검·경 수사권조정 합의문’(이 장에서 ‘합의문’이라고 한다.)을 발표하였다.⁸⁾ 합의문의 주요 내용은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 검찰과 경찰 양 기관을 상호 협력관계로 설정하면서, 경찰에게는 1차 수사에서 보다 많은 자율권을 부여하고 검찰은 사법통제 역할을 더욱 충실히 함을 원칙으로 하고 있다. 이에 따라 경찰은 1차적 수사권 및 수사종결권을 가지고, 검찰은 기소권과 함께 특정 사건에 관한 직접 수사권·송치 후 수사권·사법경찰관 수사에 대한 보완수사 및 시정조치 요구권 등 사법통제 권한을 갖도록 하였다. 합의문의 취지에 따라 2020. 1. 13. 형사소송법과 검찰청법이 개정되었다.

수 있다.

8) 보도자료(대통령비서실, 국무조정실, 법무부, 행정안전부, 검찰청, 경찰청), 검·경 수사권 조정 합의문 서명식 개최, 2018. 6. 21. 참고.

나. 2020년 형사소송법 개정

검찰·경찰 수사권의 범위와 한계와 관련된 개정 형사소송법의 주요 내용은 다음과 같다. 검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력해야 할 의무가 있고, 수사를 위하여 준수하여야 하는 일반적 수사준칙에 관한 사항을 대통령령으로 정한다(개정 형사소송법 제195조, 동조는 공포 후 6개월이 경과한 날부터 1년 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다). 검사와 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다(개정 형사소송법 제196조, 제197조). 구법과 달리 사법경찰관은 1차적 수사권을 가지며, 검사는 후술하는 개정 검찰청법에 따라 한정된 범위 안에서 이른바 ‘직접수사’를 할 수 있다.

개정 형사소송법은 검사의 사법경찰관에의 보완수사요구권을 규정하고(개정 형사소송법 제197조의2), 사건기록등본 송부 요구, 시정조치요구 등의 권한을 인정하고 있다(개정 형사소송법 제197조의3). 즉, 검사는 필요한 경우 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있고, 사법경찰관은 정당한 이유가 없는 한 이에 따라야 한다. 검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 경우 사법경찰관에게 사건기록 등본 송부, 시정조치, 사건 송치를 요구할 수 있고, 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 해당 사법경찰관리의 징계를 요구할 수 있다.

다. 2020년 검찰청법 개정

2020. 1. 13. 국회는 합의문의 문언과 취지를 반영하여 ‘검찰청법 일부개정법률안’(이 장에서 “개정 검찰청법”이라고 한다.)을 의결하였다. 개정 검찰청법은 합의문의 취지를 반영하여 검사의 특정 사건에 관한 직접 수사권을 구체화하여 검사의 직무 조항에 검사의 직접수사 범위를 규정하고, 검사의 범죄수사에 관한 지휘·감독 대상에서 일반사법경찰관리를 제외하고, ‘형사소송법 일부개정법률안’상의 검찰청 직원 조항 신설에 따라 검찰청 직원의 사법경찰관리로서의 직무 근거를 규정하기 위한 것이었다.⁹⁾ 개정 검찰청법 제4조 제1항은 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 다음과 같이 규정하고 있다.

9) 국회 의안정보시스템, 검찰청법 일부개정법률안(의안번호 2016500, 제안일자: 2018.11.12).

개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호

- ① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다.
1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다.(2020.2.4. 단서신설 : 공포후 6개월이 경과한 날부터 1년 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행)
 - 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 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄

라. 대통령령 및 법무부령 입법예고

검찰의 직접수사의 범위를 구체화하기 위해 청와대는 민정수석실을 중심으로 법무부와 행정안전부, 기획재정부, 특별사법경찰, 군법무관 등이 참여하는 ‘국민을 위한 수사권개혁 후속추진단’(이 장에서 “추진단”이라고 한다.)을 운영하였다. 이후 추진단의 수사권개혁 작업이 지속되었고, 청와대 민정수석은 2020. 7. 16. 국무총리에게 시행령 초안을 보고하였다.¹⁰⁾ 2020. 8. 7. ‘검사의 수사개시 범죄범위에 관한 규정 제정안’(이 장에서 “대통령령(안)”이라고 한다.)과 ‘검사의 수사개시 범죄범위에 관한 규정 시행규칙 제정안’(이 장에서 “법무부령(안)”이라고 한다.)이 입법예고 되었다. 입법예고된 바에 따르면, 검찰청법 시행령 및 시행규칙은 2021년 1월 1일부터 시행된다. 법무부는 “개정령이 시행될 경우 검사 직접 수사 사건은 연간 총 5만여건에서 8,000여건 이하로 감소할 것”이라고 전망하고 있다.¹¹⁾

(1) 대통령령(안) 및 법무부령(안)의 검사의 수사개시 범죄범위

대통령령(안) 제2조는 검찰청법 제4조 제1항 제1호가 정한 ‘중요범죄’를 다음과 같이 한정하고 있다. ① 부패범죄의 경우는 공직자윤리법상 재산등록의무를 지는 공무원의 형법상 뇌물의 죄(수뢰, 사전수뢰, 제3자뇌물제공, 수뢰후부정처사, 사후수뢰, 알선수뢰, 뇌물공여등) 및 이들 죄의 뇌물에 대한 뇌물공여를 대상으로 하고 있다. 일반직 공무원의 경우 4급 이상이 재산등록의무자에 해당한다. 그 밖에 대통령령(안)에 규정된 부패범죄는 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(이하에서 “특정범죄가중

10) KBS 뉴스, “靑 수사권 조정안, 이번 주 공개되나”, 2020년 7월 26일자.

11) 인터넷 아жу경제, “검경 수사권 조정 시행령 입법예고”, 2020년 9월 9일자.

법”이라고 한다.)에 규정된 수취액이 3천만원 이상의 뇌물죄(동법 제2조)·알선수재죄(동법 제3조)·국고 등 손실죄(동법 제5조)를 비롯한 일정 법률¹²⁾의 특정 범죄 중 수수금액 5,000만원 이상인 경우를 검사의 수사개시의 범위에 속하는 것으로 규정하고 있다.

② 경제범죄의 경우는 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(이하에서 “특정경제범죄법”이라고 한다.) 등 일정한 경제범죄에 대한 처벌규정을 두고 있는 법률에 규정된 특정 범죄가 그 대상이다.¹³⁾ 특정경제범죄법을 예로 들면, 형법 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등 사용사기), 제351조(제347조, 제347조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억원 이상일 때에 검사의 수사범위에 속한다. ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’(이하에서 “자본시장법”이라고 한다.), ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’(이하에서 “산업기술보호법”이라고 한다.), ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’(이하에서 “부정경쟁방지법”이라고 한다.), ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’(이하에서 “채무자회생법”이라고 한다.), ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하에서 “공정거래법”이라고 한다.), ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’(이하에서 “하도급법”이라고 한다.), ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’(이하에서 “표시광고법”이라고 한다.), ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’(이하에서 “가맹사업법”이라고 한다.)에 규정된 특정 범죄는 ‘시장경제질서의 공정성·신뢰성·효율성 등을 해할 우려가 있거나 사회적 이득을 끝만한 사건으로 관할 지방검찰청 검사장이 검사의 수사개시가 필요하다고 판단한 중요사건’(법무부령(안) [별표])이 검사의 수사개시 범위에 속하는 범죄이다. 대외무역법에 규정된 특정 범죄는 수출입가액 50억원 이상, 조작가액 10억원 이상이 그 대상이 된다.

12) 변호사법, 정치자금법, 의료법, 약사법, 형법상 배임수증재죄(동법 제357조)·제359조(제357조의 미수범만 해당한다)에 해당하는 죄, 특정경제범죄법, ‘주식회사 등의 외부감사에 관한 법률’, ‘상법’에 규정된 특정 범죄가 여기에 해당한다. ‘국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법’에 규정된 범죄는 수수금액 합계 3,000만원 이상인 경우가 검사의 수사범위에 속한다.

13) 특정경제범죄법, 특정범죄가중법, 자본시장법, 산업기술보호법, 부정경쟁방지법, 채무자회생법, 공정거래법, 하도급법, 표시광고법, 가맹사업, 대외무역법, ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특별법’ 등이 경제범죄의 대상이 되는 법률이다. 이들 법률 중 특정 범죄만이 검사의 수사범위에 속한다.

③ 공직자범죄는 주요공직자가 범한 직무유기, 직권남용, 불법체포·감금, 폭행·가혹행위, 피의사실공표, 공무상비밀의 누설죄(형법 제122조부터 제127조까지의 범죄로 다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우를 포함한다), 허위공문서작성, 위조등 공문서행사 및 각 죄의 미수범(형법 제227조·제229조·제235조(제227조·제229조의 미수범만 해당한다))에 해당하는 죄, 국정원직원의 직권남용(국가정보원법 제19조), ‘대통령 등의 경호에 관한 법률’상의 비밀누설과 직권남용(제21조제1항(제9조제1항·제18조를 위반한 경우만 해당한다))에 해당하는 죄), 특정범죄가중법상의 특수직무유기(동법 제15조)가 대상이 된다.

④ 선거범죄의 경우는 형법상 선거방해죄(동법 제128조), 공무원의 정당 및 정치단체 결성 관여 가입을 금지하는 정치운동의 금지¹⁴⁾, 공직선거법이 규정한 범죄(동법 제230조부터 제260조까지에 해당하는 죄)와 군인의 정치관여 및 그 밖의 선거 관련 법률이 정한 선거범죄를 대상으로 하고 있다.¹⁵⁾ 다만, 선거범죄는 이들 법률에 규정된 범죄라는 이유만으로 곧 검사의 수사개시 범위에 속하지는 않으며, “금품선거, 허위사실공표, 유사기관 설치 등 당선무효 또는 자격상실 결과 발생 가능성이 있거나 사회적 이목을 끌만한 사건으로 관할 지방검찰청 검사장이 검사의 수사개시가 필요하다고 판단한 중요사건”에 해당하여야 한다(법무부령(안) [별표]).

⑤ 방위사업범죄는 방위력 개선, 방위산업육성 및 군수품 조달 등 방위사업의 수행과 관련하여 범한 죄를 말하고, ⑥ 대형참사범죄는 ‘재난 및 안전관리 기본법’(이하에서 “재난안전법”이라고 한다.) 제3조 제1호 나목의 사회재난¹⁶⁾이 발생한 경우 그 재난과 관련하여 범한 죄와 정보통신기반보호법 제28조에 해당하는 죄¹⁷⁾를 포함하고 있다.

14) 국가공무원법 제84조 제1항, 지방공무원법 제82조 제1항, 경찰공무원법 제31조 제3항, 예비군법 제15조 제3항 및 국가정보원법 제18조 제1항·제2항에 해당하는 죄.

15) ‘공공단체 등 위탁선거에 관한 법률’(이하에서 “위탁선거법”이라고 한다.), ‘지방교육 자치에 관한 법률’, 정치자금법, 정당법, 국민투표법, 주민투표법, ‘주민소환에 관한 법률’, 교육공무원법, 균형법, 새마을금고법, 농업협동조합법, 수산업협동조합법, 신용협동조합법, 산림조합법, 중소기업협동조합법, 소비자생활협동조합법, 영업조합법, 협동조합기본법.

16) 재난안전법상 사회재난이란 화재·붕괴·폭발·교통사고(항공사고 및 해상사고를 포함한다)·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 피해와 국가 핵심기반의 마비, ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’에 따른 감염병 또는 가축전염병예방법에 따른 가축전염병의 확산, ‘미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법’에 따른 미세먼지 등으로 인한 피해를 말한다.

17) 주요정보통신기반시설 침해행위에 의하여 주요정보통신기반시설을 교란·마비 또는 파괴하는 범죄를 말한다.

법무부령(안) 제3조는 대통령령(안)에 규정된 범죄 중 별표에 해당하는 범죄에 대해서는 별표로 정하는 기준을 충족해야 수사를 개시할 수 있고, 검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목에 따른 직접 관련성이 있는 범죄를 수사하는 경우 또는 검사가 사건 수사 중 범죄수익의 처분과 관련하여 영 제2조의 중요범죄에 대해서 수사를 개시하는 경우에는 별표에 따른 수사개시 기준을 적용하지 않는다고 규정하고 있다.

※ 부패·경제·선거범죄의 수사개시 기준 <법무부령(안) [별표]>

범죄		수사개시 기준
부패범죄 (영제2조제1호)	나목 중 특정범죄가중법 제3조	수수금액 합계 5,000만원 이상
	다목	수수금액 합계 5,000만원 이상
	라목	수수금액 합계 5,000만원 이상
	마목	수수금액 합계 5,000만원 이상
	바목부터 자목까지	수수금액 합계 5,000만원 이상
	차목	수수금액 합계 3,000만원 이상
	카목	범죄수익 발생의 원인이 된 범죄의 기준과 같음
경제범죄 (영제2조 제2호)	라목부터 카목까지	시장경제질서의 공정성·신뢰성·효율성 등을 해할 우려가 있거나 사회적 이목을 끌만한 사건으로 관할 지방검찰청 검사장이 검사의 수사개시가 필요하다고 판단한 중요사건
	하목 중 대외무역법 제53조, 제53조의2 및 제53조, 제53조의2에 해당하는 제55조 내지 제57조	수출입가액 50억원 이상 조작가액 10억원 이상
	더목	범죄수익 발생의 원인이 된 범죄의 기준과 같음
	선거범죄 (영 제2조제4호)	금품선거, 허위사실공표, 유사기관 설치 등 당선무효 또는 자격상실 결과 발생 가능성이 있거나 사회적 이목을 끌만한 사건으로 관할 지방검찰청 검사장이 검사의 수사개시가 필요하다고 판단한 중요사건

(2) 대통령령(안) 및 법무부령(안)에 의한 검찰청법상 ‘중요범죄’의 구체화 기준

입법예고된 대통령령(안) 및 법무부령(안)에 의한 ‘중요범죄’의 구체화 방식은 비교적 구체적으로 대상범죄를 특정한 방위사업범죄와 대형참사범죄를 제외하고는 2단계 구조를 취하고 있다. 즉, ① 시행령에 검찰청법상 검사가 수사를 개시할 수 있는 범위 범위인 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사범죄에

해당하는 개별범죄를 형법, 특별형법 및 그 밖의 관련 법률에 규정된 처벌규정을 구체적으로 적시하는 방식으로 한정열거하고, ② 이들 범죄들의 범위를 시행규칙에서 다시 한 번 제한하는 방식이다. 시행규칙이 시행령에서 한정열거된 범죄를 다시 제한하는 방식으로는 ㉠ 정량적 방법과 ㉡ 정성적 방법이 활용되고 있다. 부패범죄는 뇌물 수수금액 합계 3,000만원 이상을 검사의 수사개시 범위 대상으로 하고, 또한 부패범죄에서 형법상 뇌물죄의 주체가 될 수 있는 공무원, 공공기관의 임직원 등 ‘주요공직자’(대통령령(안) 제2조 제1호 가목)를 시행규칙에서 공직자윤리법 제3조 제1항 제1호부터 제13호까지에 해당하는 자로 한정하는 것(법무부령(안) 제2조)도 정량적 방법을 적용한 경우이다. 정량적 방식이 적용된 부패범죄와 대조되는 것으로 경제범죄 및 선거범죄에서의 검사의 수사개시 범위를 제한하기 위한 정성적 방법이 주목할 만하다. 자본시장법이나 공정거래법 등 공정거래 관련 법률이 정한 범죄의 경우는 시행령상의 요건에 해당하는 범죄라는 이유로 곧 검사의 수사개시 범위에 속하는 것은 아니며, “시장경제질서의 공정성·신뢰성·효율성 등을 해할 우려가 있거나 사회적 이목을 끌만한 사건으로 관할 지방검찰청 검사장이 검사의 수사개시가 필요하다고 판단한 중요사건”이라는 추가적 요건이 충족되어야 한다. 선거범죄도 마찬가지인데, “금품선거, 허위사실공표, 유사기관 설치 등 당선무효 또는 자격상실 결과 발생 가능성이 있거나 사회적 이목을 끌만한 사건으로 관할 지방검찰청 검사장이 검사의 수사개시가 필요하다고 판단한 중요사건”이라는 정성적 기준을 충족했다고 판단되는 경우에만 검사가 직접수사를 할 수 있다.

2. 검사의 직접수사 제한을 위한 수사권 조정에 대한 평가

가. 정량적 방식에 의한 제한의 문제점

대통령령(안)은 ‘정량적 방식’에 의해 검사의 수사개시의 범위를 제한하고 있다. 부패범죄의 주체를 공직자윤리법상 재산등록의무자로 한정함에 따라 일반직 공무원인 경우 4급 이상이 직접수사의 대상이 되는 것이나, 부패범죄의 경우 뇌물수수금액 합계 3,000만원 이상인 경우 수사개시의 대상으로 하고, 경제범죄 중 대외무역법 위반의 경우 수출입가액 50억원 이상, 조작가액 10억원 이상으로 수사개시의 범위를

한정한 것이 그 예이다.

이와 같이 직급이나 뇌물수수금액의 액수를 기준으로 검사와 사법경찰관의 수사범위를 구분하는 방식은 무엇보다 개정 형사소송법이 검사와 사법경찰관의 관계를, 상호대등관계를 전제로 서로 협력하여야 하는 관계로 설정한 것에 반한다. 뇌물수수금액 3,000만원 이상에 대해서는 검사의 직접수사를 허용하고 그 미만의 금액에 대해서는 이를 불허하는 것은 —물론, 경찰도 3,000만원 이상의 뇌물수수사건에 대한 1차적 수사권이 있지만— 일정 금액의 다과를 기준으로 높은 금액은 검사, 낮은 금액은 경찰이 수사의 대상으로 하는 결과가 되어 “검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다.”고 규정한 형사소송법 제195조 제1항의 취지에 반하게 된다. 검사를 경찰에 대한 상급수사기관임을 간접적으로 인정하는 결과가 되기 때문이다.

또한 부패범죄나 경제범죄의 일부, 예컨대 특정경제범죄법(이득액 5억원 이상 처벌)과 같이 정량적 기준인 ‘금액’만을 검사의 수사개시 기준으로 설정한 것에도 문제가 있다. 금액 기준으로 검사의 수사개시 범위에 속하더라도 상위법인 검찰청법이 규정하고 있는 ‘중요 범죄’에 해당하는 추가적 기준을 두고 있지 않기 때문이다. 금액이 많고 높다는 이유로 반드시 검사의 직접수사가 필요한 것은 아니다.

대통령령(안)이 정량적 방법을 사용하여 검사의 직접수사의 범위를 제한할 수밖에 없는 것은 불가피한 측면이 있다. 근본적으로는, 검찰청법의 개정이 정치적 타협의 산물¹⁸⁾로 원래 공소관으로서의 역할과 경찰의 수사통제에 충실해야 할 검사에게 직접수사의 여지를 남겨둔 과도기적 입법이라는 데에 있다. 검사의 직접수사를 전혀 인정하지 않는 것이 아닌 한, 뇌물사건이나 경제범죄의 경우 검사의 수사범위를 인정해 주기 위해서는 일정 직급이나 금액을 기준으로 설정할 수밖에 없는 한계가 있다. 그리하여 예를 들면, 3급 이상의 공무원은 공수처가, 4급 공무원은 경찰이, 5급 이하의 공무원은 경찰이 수사하게 된다는 기묘한 상황이 발생하게 될 수도 있다.

그러나 이는 과도기적 입법의 불가피한 부수적 결과로 받아들일 수밖에 없다. 다만, 정량적 기준 외에 법무부령(안)이 일부 경제범죄나 선거범죄에서 인정하고 있듯이

18) 국회의원 채이배 정책보고서(노종화), 검경수사권 조정 이후 검찰 직접수사의 범위 - 경제범죄를 중심으로 -, 2020. 3. 15면.

정성적 기준을 추가적으로 설정하지 않은 것은 검사의 직접수사의 범위를 축소하고자 한 개정 형사소송법과 검찰청법의 취지에 반한다. 검찰청법 제4조 제1항 제1호는 6개의 생활영역을 강조하는 것이 아니라 ‘중요범죄’를 강조하고 있는 취지로 이해한다면, 시행령 및 시행규칙안에서 정성적 기준을 추가하지 않은 것은 미흡한 부분이다. 해석론상으로 입법예고된 대통령령(안) 및 법무부령(안)에서 정성적 기준을 설정하지 않은 부패범죄나 일부 경제범죄의 경우도 상위법인 검찰청법이 규정하고 있는 ‘중요범죄’에 해당하는 경우에만 검사가 수사를 개시할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 생각된다. ‘중요범죄’ 여부를 판단하는 기준은 후술한다.

나. 정성적 방식에 의한 보완

검찰청법은 ‘중요범죄’라는 개념을 사용하고 있다. 한편, 법무부령(안)은 일부 경제범죄와 선거범죄의 수사개시의 요건으로 ‘중요사건’이라는 용어를 사용하고 있다. 즉 일부 경제범죄의 경우는 “시장경제질서의 공정성·신뢰성·효율성 등을 해할 우려가 있거나 사회적 이목을 끌만한 사건으로 관할 지방검찰청 검사장이 검사의 수사개시가 필요하다고 판단한 중요사건”(법무부령(안) [별표])에 한하여 수사를 개시할 수 있으며, 선거범죄의 경우도 “금품선거, 허위사실공표, 유사기관 설치 등 당선무효 또는 자격상실 결과 발생 가능성이 있거나 사회적 이목을 끌만한 사건으로 관할 지방검찰청 검사장이 검사의 수사개시가 필요하다고 판단한 중요사건”에 한하여 수사를 개시할 수 있다(법무부령(안) [별표]). 이들 정성적 요건 중 ‘사회적 이목을 끌만한 사건’이 과연 중요사건의 본질적 요소인지의 여부 등 개별적인 내용에 대해서는 여러 가지 이론이 제기될 수 있으나, 일부 경제범죄와 선거범죄가 자동적으로 검사의 수사개시 범위에 속하지 않도록 한 법무부령(안)의 취지는 높이 평가할 만하다. 입법예고된 대통령령(안) 및 법무부령(안)의 백미는 이러한 정성적 방식에 의한 검사의 직접수사 범위 제한 시도라고 평가할 수 있다. 대상범죄를 열거하고 ‘중요사건’이라는 개념을 통해 다시 검사의 수사개시를 제한하고자 하는 법무부령(안)은 형사소송법과 검찰청법 개정 취지에 부합하며, 또한 검찰청법 제4조 제1항 제1호가 ‘중요사건’만을 검사의 직접수사의 대상으로 한정하고자 하는 취지와도 부합된다.

제4절 | 검사의 직접 수사개시의 범위 및 한계

1. 이른바 ‘검찰의 직접수사’의 범위

가. 서 설

검찰청법 제4조 제1항 제1호 가목은 검사의 예외적인 직접수사의 범위로 ‘부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요범죄’를 규정하고 있다. 여기서 ‘부패범죄 등 대통령령으로 정하는 중요범죄’의 내용과 관련하여 다양한 견해가 대두될 수 있다. 먼저, 법문에서 대형참사 ‘등’이라는 문언을 사용하는 것과 관련하여 6가지의 유형이 한정 열거인지 예시인지가 문제된다. 또한 부패범죄, 경제범죄 등의 문언이 일정한 범죄유형을 규정한 것인지 아니면 일정한 생활영역을 규정한 것인지가 문제된다. 입법예고된 대통령령(안) 및 법무부령(안)이 이들 6가지 영역에 해당하는 구체적 범죄유형을 열거하고 있더라도 이에 관한 논의가 의미가 없는 것은 아니다. 개정 검찰청법의 취지는 앞에서 기술한 바와 같이 최종적으로 검사의 직접수사를 폐지하는 방향을 향하고 있고, 이러한 최종 단계에 이르기까지 시행령과 시행규칙에 의해 검사의 수사개시 범위에 해당하는 범죄를 점진적으로 축소해가는 상황을 완전히 배제할 수는 없기 때문이다.

나. 검찰청법상 6가지 영역 : 열거 또는 예시

(1) 예시설

검찰청법상 ‘부패범죄 등 대통령령으로 정하는 중요범죄’의 경우 앞에 열거된 유형 이외에 같은 종류의 것이 더 있음을 나타내는 것이라는 해석이 가능하다(例示說). 예시설은 검찰이 취하고 있는 입장으로 이해된다. 의존명사 ‘등’은 2가지 의미로 사용된다. 하나는 명사나 어미 뒤에 사용되어 그 밖에도 같은 종류의 것이 더 있음을 나타내기도 하고, 다른 의미는 두 개 이상의 대상을 열거한 다음에 쓰여 대상을 열거된 것만으로 한정함을 의미하기도 한다.¹⁹⁾ 예를 들면, ‘정치, 경제, 사회, 문화 등 여러

방면에 걸친'이라는 표현은 정치, 경제, 사회, 문화 외에 그 밖의 다른 영역이 있다는 의미로 전자의 예에 해당한다. 반면, '법무부장관은 내일부터 영국, 프랑스, 스웨덴 등 3개국을 순방한다.'라는 표현에서는 법무부장관의 순방 대상국가를 영국, 프랑스, 스웨덴으로 한정하는 의미를 지닌다. 예시설은 검찰청법 제4조 제1항 제1호의 의존명사 '등'을 전자의 의미로 이해하는 견해라고 할 수 있다. 예시설은 한정 열거의 의미로 사용될 때에는 영국, 프랑스, 스웨덴 등 '3개국'이라고 하여 열거된 내용을 한정하는 표현이 추가된다는 점을 논거로 제시할 수 있다. 또한 검·경 수사권조정 합의문 4. 나. ①이 "검사는 경찰, 공수처 검사 및 그 직원의 비리사건, 부패범죄, 경제·금융범죄, 공직자범죄, 선거범죄 등 특수사건(구체적 내용은 별지와 같다) 및 이들 사건과 관련된 인지사건(위증·무고 등)에 대하여는 경찰과 마찬가지로 직접적 수사권을 가진다."고 규정하고 있고, 합의문의 별지는 [특수사건의 범위]를 규정하고 있는데²⁰⁾, 여기서도 '등'이라는 의존명사를 사용하고 있다는 점을 논거로 제시할 수 있다.

(2) 한정열거설

한편, '부패범죄 등 대통령령으로 정하는 중요범죄'에서 직접수사의 대상이 되는 영역은 검찰청법에 열거된 '부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사'로 한정된다는 견해가 주장될 수 있다(限定列舉說). 한정열거설은 경찰이 취하고 있는 입장으로 이해된다. 이 견해는 검찰청법 제4조 제1항 제1호의 취지는 대통령령(안)에서 6대 범죄 유형에 해당하는 중요범죄를 구체적으로 규정하라는 것이 입법자의 의도라는 논거를 제시한다. 신속처리안건 지정 형사소송법 개정안을 대표 발의하고, 해당 안건 의결 시부터 4+1 논의까지 직접 참여했던 채이배 의원이 발간한

19) 국립국어원 표준국어대사전 참조.

20)

구 분	영 역
부패범죄	뇌물, 알선수재, 배임수증재, 정치자금, 국고 등 손실, 수뢰관련 부정처사, 직권남용, 범죄수익 은닉 등
경제범죄	사기, 횡령, 배임, 조세 등(기업·경제비리 등)
금융·증권범죄	사기적 부정거래, 시세조종, 미공개정보이용 등 인수합병비리, 파산·회생비리 등
선거범죄	공직선거, 공공단체 등 위탁 선거, 각종 조합 선거 등
기타	군사기밀보호법(방산비리 관련) 위증, 증거인멸, 무고 등(사법방해 관련)

정책보고서는 검사의 수사개시 범위를 6대 범죄로 한정하고 대통령령에서 이를 구체적으로 규정해야 한다는 취지로 이해하고 있다.²¹⁾

(3) 검토 : 한정열거

검찰청법이 정한 부패범죄 등 중요범죄는 다음과 같은 이유로 법문에 기술된 유형을 한정열거한 것으로 보아야 한다. 첫째, 검찰청법 개정 취지는 원칙적으로 검사는 공소관으로서의 직무를 수행함과 동시에 경찰 수사의 적법성을 법치국가적으로 통제하는 역할을 담당하고, 수사는 경찰이 수행하도록 하기 위한 것이다. 예시설에 따르면, 검사의 직접수사의 범위를 사실상 제약 없이 확대할 수 있어 개정 검찰청법의 취지에 반한다. 둘째, 예시설에 따르면, 검사의 직접수사 범위가 불분명한 사건을 검사가 임의로 판단하여 직접수사하여 기소한 경우 법원에서 검사의 수사범위와 수사권한과 관련한 위법수집증거의 문제가 발생할 수 있어 법적 불안정성을 초래하게 된다. 셋째, ‘합의문’ 4. 가.는 “검사의 1차적 직접수사는 반드시 필요한 분야로 한정하고, 검찰수사력을 일반송치사건 수사 및 공소유지에 집중하도록 한다.”고 규정하고 있다. 합의문상 ‘반드시 필요한 분야’를 대통령령에 의하여 확대하는 것은 합의문의 취지에 반한다.

직접수사는 신규문주의 하에서 신규문관의 심리적 모순 상태가 작용하는 영역이다. 경찰 수사에 대하여는 영장청구 단계, 보완수사요구 등 검사에 의한 통제가 예정되어 있으나, 검사의 수사에 대한 통제는 없는 것이나 다름없다. 검사가 체포·구속영장이나 압수·수색·검증영장을 청구하는 경우 수임판사에 의한 통제가 예정되어 있다고 볼 수 있으나, 영장담당판사가 설령 영장의 발부를 기각하더라도 이것이 곧 수사의 적법성을 통제하는 장치를 의미하는 것은 아니다.²²⁾

종래 검찰의 수사권 및 기소권 행사에 대한 국민의 불신은 크게 2가지이다. 하나는 정치적 이해관계에 따라 수사·기소권을 행사하는 것이고, 다른 하나는 검사의 부패범죄 등에 대한 미온적이고 소극적인 수사이다.²³⁾ 이와 같은 두 가지 유형의 문제점에

21) 국회의원 채이배 정책보고서(김선웅), 검경수사권 조정 이후 검찰 직접수사의 범위 - 부패범죄·공직자범죄·선거범죄·방위사업범죄·대형참사를 중심으로 -, 2020. 4. 5면 이하 참조.

22) 독일의 한 학자는 검찰, 경찰의 권력적 지위가 강화되는 것에 비하여 법원(수임판사)이 형사절차에서 기대되는 역할을 수행하지 못한다고 지적하면서, “법원은 수사기관의 수사활동이라는 행군로(die Marschroute der Ermittlungsakte)를 따라 판단을 하며”, 검사의 ‘문서확인관’으로 전락했다고 비판하고 있다. Schünemann, Wohin treibt der deutsche Strafprozess?, ZStW, 2002, 13면 및 37면.

공통된 점은 공정하지 못하다는 것이며, 이러한 현상이 가능할 수 있었던 것은 검사가 수사권과 기소권을 동시에 가지고 있으면서 객관성과 중립성을 유지하지 못하였기 때문이다.

종국적으로 검사는 수사기관이 아닌 공소관 및 수사통제기관으로 자리매김해야 한다는 점에서도 검찰청법에 규정된 검사의 직접수사 범위의 내용은 한정될 것으로 보아야 한다.

다. 6대 생활영역

검찰청법이 규정하고 있는 ‘부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등’ 이 특정 범죄유형을 의미하는 것인지 아니면 일정 생활영역을 의미하는 것인지 문제된다. 범죄유형은 형법에 의해 처벌되는 불법행위의 전형을 의미한다.²⁴⁾ 예컨대, 절도죄의 불법전형은 불법영득의사에 의한 타인의 재물의 절취이다. 그러나 형법이나 특별형법상 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 대형참사라는 범죄유형은 존재하지 않는다. 따라서 검찰청법이 규정하고 있는 검사의 직접수사의 범위는 검찰과 경찰의 수사권의 범위를 획정하는 개념으로서는 매우 불분명한 상태에 있다. 통신비밀보호법이 통신제한조치의 대상이 되는 범죄유형을 형법과 특별형법을 기준으로 열거하고 있는 것과 대조되는 모습이다. 합의문상 ‘특수사건의 범위’는 범죄유형을 전제로 하지만, 검찰청법 제4조 제1항 제1호는 범죄유형을 기술하는 것이 아니다.

검찰청법에 열거된 6가지 유형은 범죄유형이 아닌 생활영역을 의미하는 것으로 보아야 한다(生活領域說). 그러나 ‘부패’, ‘경제’, ‘공직자’, ‘대형참사’라는 생활영역은 시민의 일상용어법에 따르더라도 매우 불분명한 개념이다. 예를 들면, ‘경제범죄’라는 용어는 형사정책적·일상적 용어는 될 수 있어도, 절도·강도·사기·공갈·횡령·배임·권리행사방해·장물 등 개별 재산범죄와 같은 특정 범죄유형을 가리키는 개념은 될 수 없다. 이러한 불안정성과 불명확성을 해소하기 위해 입법예고된 대통령령(안)과 법무부령(안)은 형법, 특별형법, 그 밖의 관련 법률에 의해 구체적으로 특정된 범죄

23) 장승혁, “검찰권의 제한”, 형사법연구(한국형사법연구) 제32권 제2호, 2020. 6. 278-279, 285면 등 참조; 조기영, ‘선진 수사기구로 출범하기 위한 공수처 설립방향’ 토론회, 고위공직자범죄수사처 설립준비단 주관 공청회, 2020. 6. 25. 참조.

24) Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, 306면 Rn. 306.

유형을 검사의 직접수사의 범위로 규정하고 있다.

검찰청법 제4조 제1항 제1호는 부패, 경제, 공직자, 선거, 방위사업, 대형참사라는 6대 생활영역에서 ‘중요범죄’(중요성 기준)를 검사의 직접수사의 범위로 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 따라서 검사의 직접수사의 범위는 첫째, 검찰청법이 규정한 6대 생활영역에 속할 것, 둘째, 그것이 중요 범죄에 해당할 것이라는 2가지 요건을 갖춘 경우에 인정된다.

예컨대, 검찰청법에 규정된 ‘경제범죄’는 그 자체가 중요범죄에 해당하는 것이 아니며, ‘경제범죄’라고 분류될 수 있는 생활영역에 속하는 범죄 중 ‘중요 범죄’에 해당하는 경우를 의미한다. 왜냐하면 검·경 수사권 조정과정, 이에 관한 합의문 및 합의문의 취지에 따른 개정 검찰청법은 검찰의 직접수사 범위를 축소를 전제로 이루어졌기 때문이다. 또한 개정 검찰청법이 경제범죄 전체를 중요범죄로 규정하고자 했다면, 굳이 동법 제4조 제1항 제1호의 가목에 “대통령령으로 정하는 중요범죄”라는 단서를 둘 필요는 없다.²⁵⁾ 이미 기술한 바와 같이 입법예고된 대통령령(안)과 법무부령(안)은 2단계 구조를 통해 검사의 수사개시의 범위를 제한하고 있다. 일정 경제범죄나 선거범죄에서의 ‘중요사건’이라는 기준이 바로 그것이다.

이러한 의미에서 검찰청법 제4조 제1항 제1호가 규정하고 있는 6가지 영역은 범죄 유형이 아닌 특정 생활영역을 의미하는 것으로 이해하여야 한다. 생활영역만을 한정하는 것으로는 검사에 의한 직접수사를 명확하게 제한할 수 없다. 따라서 검찰청법이 언급하고 있는 ‘중요범죄’가 어떠한 내용과 성질을 지니는 것인지 검토할 필요가 있다.

라. 검찰청법상 ‘중요범죄’의 의미 및 판단기준

종래 검찰의 직접수사의 폐해를 완화하기 위해 검사가 직접수사할 수 있는 범위를 제한해야 한다는 주장들이 제기된 바 있다. 검사의 직접수사를 제한하는 기준으로는, 사건의 중대성과 복잡성을 고려해야 한다는 입장도 있고, 사안의 성질상 검사가 직접 수사하는 것이 적절한 경우로 한정하자는 견해가 있다. 특별히 중하고 법률상 복잡한 사건만을 검사가 수사하고 경찰수사 중의 수사지휘권은 인정하지 않아야 한다는 견

25) 국회의원 채이배 정책보고서(노종화), 앞의 보고서, 2020. 3, 14면.

해²⁶⁾는 전자에 속한다. 반면, 검사의 직접수사는 필요최소한도에 그쳐야 하며, 그 범위의 설정에 있어서는 설득력 있는 논거가 제시되어야 한다면서, 예를 들면 경찰공무원이 범한 범죄, 공소시효가 임박한 범죄, 고소·고발이 접수된 이후 상당한 기간 수사의 진척이 없는 범죄 등으로 국한하여 직접수사를 허용할 필요성을 인정할 수 있다는 견해²⁷⁾는 사안의 성질상 경찰에 의한 수사가 부적절한 경우 검사의 직접수사를 인정하는 입장이라고 할 수 있다.

이미 언급한 바와 같이 사안의 중대성과 복잡성을 검사의 수사개시 범위를 설정하는 기준으로 삼는 것은 사법경찰관리를 1차적인 수사의 주체로 인정하고, 검사와 사법경찰관을 수사에 있어서 상호대등한 협력관계로 설정하고 있는 개정 형사소송법의 태도에 비추어 타당하지 않다. 또한 이러한 입장은 법률전문가인 검사를 사법경찰관리보다 수사에 있어서 전문성을 가지고 있다고 전제하고 있는 견해로서 그 전제도 수긍되기 어렵다. 검사는 중대하고 복잡한 사건의 수사에 역량을 발휘하는 전문가라기보다는 형사사법 일반의 전문가일 뿐이다.²⁸⁾ 검사와 검찰수사관이 일정 분야에 대한 전문성을 보유하고 있는 경우가 있더라도, 이는 종래 그 분야의 수사를 담당했었다는 '지속적인 경험의 산물'일 뿐이다.²⁹⁾ 이러한 입장에 따르면, 수사권조정과 검찰 개혁의 근본 취지의 하나인 검찰의 정치적 중립성을 확보해야 한다는 당위에 부합하지도 않는다. 검찰이 수사권과 기소권을 동시에 가지고 정치적 이해관계에 따라 소송행위를 함으로써 형사사법의 공정성에 심각한 의문을 가질 수 있는 사안들이 바로 사건 규모가 크고 복잡한 정치적·경제적 사건들이기 때문이다.³⁰⁾

26) 박기석, “검찰수사의 문제점과 합리적 검경관계 - 개정 형사소송법과 제정 대통령령을 중심으로”, 한국경찰연구(한국경찰연구학회) 제11권 제1호, 2012. 봄, 87면.

27) 박찬걸, “검·경 수사권조정에 대한 비판적 분석 : 2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로”, 형사정책연구(한국형사정책연구원) 제31권 제1호, 2020. 3. 56면. 박찬걸 교수는 검사의 직접수사를 획기적으로 축소한다면 타협의 산물인 사법경찰관의 1차 수사종결권을 다시 회수하여 전건송치주의로 회귀할 수 있는 전환점이 될 수 있을지도 모른다고 진단한다.

28) 최정학, “정부의 ‘검·경 수사권 조정 합의안’에 대한 단상”, 민주법학(민주주의법학연구회) 제68호, 2018. 11. 356면.

29) 조기영, 앞의 논문, 49면.

30) “수사권조정의 근본취지 가운데 하나가 검찰의 정치적 중립성 확보라고 할 수 있는데, 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.” 박찬걸, 앞의 논문, 57면.

따라서 부패금액의 높고 낮음, 공직자 직위의 높고 낮음 등을 검사의 직접수사의 범위 확정 기준으로 삼는 것은 원칙적으로 타당하지 않다. 다만, 검찰청법상의 생활영역을 그대로 인정하는 것 또한 허용되지 않으므로, 일정 금액이나 정도를 기준으로 검사가 수사를 개시할 수 있는 영역으로 산정하는 것이 과도기 상태에서 불가피한 상황일 뿐이다. 그러나 이것이 정치적 중립성 또는 종래 직접수사의 폐해가 그대로 드러나지 않도록 ‘중요범죄’에 대한 판단 기준을 정립할 수 없다는 것을 의미하지는 않는다.

검사의 예외적 직접수사를 인정하는 ‘중요범죄’의 판단요소로 다음과 같은 3가지를 고려할 수 있다. ① 검사의 소송법상 권한(영장청구권과 보완수사요구권)과 관련한 중요성, ② 피의자의 이익을 보호하기 위한 법치국가적 관점에서의 중요성, ③ 경찰의 수사를 신뢰하기 어려운 사정으로 인한 중요성을 들 수 있다(중요성 3요소설). 이들 모두 위에서 언급한 6대 생활영역에 속하는 범죄임을 전제로 함은 물론이다.

① ‘검사의 소송법상 권한과 관련한 중요성’이란 검사가 사법경찰관이 지니고 있지 않은 소송법상 권한, 즉 영장청구권한 및 공소제기의 권한을 가지는 점과 관련하여 검사의 직접수사를 인정하는 것이 합리적으로 인정되는 경우를 말한다. 국민의 법적 보호를 위해 ‘급속을 요하는 불가피한 경우’가 여기에 해당한다. 대표적인 예로는 공직선거법을 위반한 선거범죄를 들 수 있다. 공직선거법에 규정한 죄의 공소시효는 당해 선거일후 6개월(선거일후에 행하여진 범죄는 그 행위가 있는 날부터 6개월)을 경과함으로써 공소시효가 완성된다(공직선거법 제268조 제1항). 물론, 사법경찰관도 공직선거법에 규정한 죄를 신속·공정하게 수사를 하여야 하지만(공직선거법 제9조 제2항), 공직선거법상 공소시효의 특례에 따라 기소권을 행사하는 검사가 직접 신속하게 수사를 하여 기소여부를 결정해야 할 필요성이 인정되는 경우가 있을 수 있다. 예컨대, 고위공무원과 기업이 결탁한 상당한 금액의 뇌물수수 혐의가 명백하게 드러난 경우에는, 그 실체적 진실을 신속하게 밝혀 일반예방효과를 누리기 위해서는 경찰의 1차적 수사, 검찰의 보완수사요구 등의 절차를 거치기보다는 영장청구권과 기소권을 가지고 있는 검사가 직접 수사를 하여 범죄의 진상을 신속하게 밝힐 필요성이 인정된다.

② ‘피의자의 이익을 보호하기 위한 법치국가적 관점에서의 중요성’이란 피의사건

이 검찰청법 제4조 제1항 제1호가 규정한 '생활영역'에 속하는 것을 전제로 하여, 피의자가 수사기관의 이중수사를 피하고 신속한 수사의 종결을 위하여 검사가 직접수사를 할 수 있는 경우이다. 검찰청법에 따른 검사의 직접수사의 범위 한정 및 형사소송법에 따른 사법경찰관의 1차적 수사권은 검찰과 경찰의 권한쟁의를 조정하기 위한 법률이 아니다.³¹⁾ 수사권 조정의 문제는 수사의 대상이 되는 국민, 즉 피의자의 권리를 보장하는 기능을 수행하여야 한다. 피의자는 경찰과 검찰의 중복수사를 받아야 하기 때문에 장기간의 수사로 인해 정신적, 육체적, 경제적 피해를 보게 된다.³²⁾ 수사의 효율성 측면에서도 경찰의 수사와 검찰의 수사가 중복되는 점이 많기 때문에, 대부분의 사건에서 한번으로 족한 수사를 중복하여 행함으로써 비효율을 낳고 있다.³³⁾ 수사권 조정은 피의자가 불필요한 이중수사를 받지 않도록 하고, 신속하게 수사절차를 종결하여 피의자의 법적 지위를 안정화시키는 것을 목적으로 한다. 개정 형사소송법이 검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서와 마찬가지로 피고인이 그 내용을 부인하면 증거로 할 수 없도록 한 것도, 종래 검사 작성 피의자신문조서의 증거법적 우위로 인하여 불필요한 이중수사가 이루어졌다는 반성에 기인한 것으로 볼 수 있다.

경찰이 수사 후 송치한 경우 검사가 보완수사를 요구하는 등의 절차를 거쳐 공소제기하게 된다. 이때 피의자는 동일한 피의사건에 대하여 경찰수사, 검찰수사라는 이중의 수사를 받게 된다. 따라서 피의자가 6대 생활영역에 속하는 피의사건에 대한 검찰의 수사를 원하는 경우에는 피의자의 인권을 보장하기 위한 '중요범죄'에 해당한다고 볼 수 있다.

③ 경찰의 수사를 신뢰하기 어려운 사정이 존재하는 경우에는 '중요범죄'로서의 성격이 인정된다. 예컨대, 경찰이 피의사건에 대한 강력한 예단을 언론에 공표한 경우, 경찰 수사 과정에서 수사절차의 적법성 내지 강압성이 문제된 경우, 피의사건과 관련하여 경찰의 독직사건이 발생한 경우 등 국민 일반의 관점에 비추어 볼 때 경찰이

31) 정한중 교수는 검찰이 직접수사를 확대하려고 하는 이유가 퇴직한(하는) 검사의 금전적 수입, 즉 전관예우와 관련되어 있음을 지적하고 있다. '검찰 직접 수사의 폐해와 개선방안', 황운하 의원 정책토론회 자료집, 2020. 8. 12, 19면 이하에서 인용).

32) 유인창, "현행 수사권체제의 개선방안에 관한 연구", 법학연구(한국법학회) 제21집, 2006. 2, 279면.

33) 박기석, 앞의 논문, 89면.

더 이상 해당 피의사건을 수사하는 것이 수사의 공정성에 대한 신뢰를 가질 수 없는 경우에는 검사의 직접수사의 대상이 될 수 있다. 개정 형사소송법 제197조의3에 따라 검사가 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우가 이에 대한 기준이 될 수 있을 것이다. 이 경우는 보완수사요구나 재수사요청에 의하여 수사의 적정성을 확보하는 것이 적절하지 않은 경우이기 때문이다.³⁴⁾

입법예고된 법무부령(안) [별표]가 규정하고 있는 일부 경제범죄와 선거범죄에 대한 검사 수사개시의 정성적·추가적 요건은 영장청구권과 기소권을 지닌 검사가 - 비록 통제 받지 않는 수사를 진행함으로써 남용 및 오용의 우려가 있더라도 - 신속히 일반인의 신뢰를 회복해야 한다는 점에서 검사의 직접수사를 예외적으로 허용하는 것으로 이해할 수 있다. 한편, 검찰청법 대통령령(안)과 함께 2020. 8. 7. 입법예고된 '검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제정안'(이 장에서 "수사준칙 규정안"이라고 한다.) 제7조는 "검사와 사법경찰관은 공소시효가 임박하거나 내란·외환, 선거, 테러범죄, 대형참사, SOFA사건, 연쇄살인 등 다수 피해자를 양산하거나 국가적·사회적 피해가 큰 중요한 사건의 경우에는 송치 전에 수사할 사항, 증거수집의 대상, 법령의 적용 등에 관하여 상호 의견을 제시·교환할 것을 요청할 수 있다."고 하여 중요범죄 내지 중요사건에 대한 검사와 사법경찰관의 신속한 협의를 요구하고 있다. '수사준칙규정안'이 고려하고 있는 '중요범죄' 내지 '중요사건'의 특징은 ① 공소시효가 임박한 사건, ② 다수 피해자를 양산하거나 국가적·사회적 피해가 큰 중요한 사건(내란·외환, 선거, 테러범죄, 대형참사, SOFA사건, 연쇄살인 등)이다. 여기서 ② 피해가 큰 중요한 사건이라는 기준도 '검사의 소송법상 권한과 관련한 중요성'이 인정되는 사건으로 볼 수 있다. 이러한 중대범죄에 대하여는 1차적 수사기관인 경찰과 기소 및 공소유지기관인 검사와의 신속하고 긴밀한 협조가 범질서의 회복, 피해확산 방지 및 피해회복에 중요한 관건이 되기 때문이다.

34) 공수처법의 경우 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 공수처장이 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 수사처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하도록 하고 있는데(동법 제24조 제1항), 검사의 수사개시의 범위에 속하는 범죄도 위에서 언급한 사정이 있는 때에는 이첩을 요구할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

마. 소 결

정치적 타협과 권력기관간의 이해관계 조정으로 인해 검찰의 직접수사를 잔존시킨 개정 검찰청법의 과도기적 입법 상황하에서는 입법예고된 대통령령(안)과 법무부령(안)과 같이 검사의 수사개시의 범위를 형법, 특별형법 및 관련 법률들의 처벌규정을 열거하고 직급, 금액 등의 정량적 기준으로 다시 그 범위를 한정하는 방법이 불가피한 측면이 있다. 그러나 관련 법령에 의해 검사의 직접수사의 범위에 속하는 것으로 판단되더라도, 반드시 검사가 직접수사를 개시해야 하는 것은 아니며, 검사는 직접수사를 개시하는 것을 자제하여야 한다. 검사의 직접수사가 필요한 예외적인 경우를 한정하는 기준으로 직급, 금액 등의 정량적 기준 외에 '중요범죄' 내지 '중요사건'이라는 정성적 기준이 추가 요건으로 설정되어야 한다. 검사가 직접수사를 개시해도 무방한 '중요범죄'란 사건의 중대성을 의미하는 것은 아니며, ① 검사의 소송법상 권한(영장청구권과 보존수사요구권)과 관련한 중요성, ② 피의자의 이익을 보호하기 위한 법치국가적 관점에서의 중요성, ③ 경찰의 수사를 신뢰하기 어려운 사정으로 인한 중요성이 인정되는 경우라고 할 수 있다.

2. 경찰공무원이 범한 범죄 (검찰청법 제4조 제1항 제1호 나목)

경찰공무원이 범한 범죄에 대하여 검사의 수사권을 인정하는 것은 합리적으로 판단된다. 종래 검사나 검찰공무원에 대한 검찰의 수사에 대하여는 '봐 주기 수사(제 식구 감싸기)'라는 비판이 지속되어 왔다.³⁵⁾ 경찰 조직의 경우도 권한을 남용한 조직 및 조직구성원을 보호하려는 동기가 작용할 수 있다. 수사기관 사이에 견제와 균형의 원리를 적용하여 수사기관의 위법과 비위를 시정할 수 있도록 한다는 점에서 검사가 경찰공무원의 범죄를 수사하는 것은 타당하다.³⁶⁾

35) 검사 및 검찰수사관의 범죄를 경찰이 수사 개시하더라도 검사의 송치명령이 있으면, 이에 따를 수밖에 없고, 결국 자신의 범죄를 자신이 수사한다는 것은 또 다른 의미의 규문주의라는 지적으로는, 박기석, "검찰수사의 문제점과 합리적 검경관계 - 개정 형사소송법과 제정 대통령령을 중심으로", 한국경찰연구(한국경찰연구학회) 제11권 제1호, 2012. 봄, 81면. 검찰조직의 보호라는 목적과 결합된 검사의 직접수사권한의 위험성에 대한 지적은, 장승혁, 앞의 논문, 278-279면.

36) 다만, '고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률'이 경무관 이상 경찰공무원은 공수처의 수사 대상으로 규정하고 있기 때문에(동법 제2조 제1호. 하), 경무관 이상의 경찰공무원은 공수처의 수사대상이 될 수도 있다.

3. 검사의 직접수사 대상 범죄와 사법경찰관이 송치한 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄 (검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목)

개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목은 ‘가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄’에 대하여 검사의 범죄수사를 인정하고 있다. 가목과 나목의 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄에 대한 검사의 수사개시를 인정하는 것은 직접 관련성이 있는 범죄를 검사와 사법경찰관이 따로 분리하여 수사하는 것이 비효율적이라는 점을 고려한 것으로 보인다. 다목을 해석함에 있어서도 ‘직접수사의 한정 및 자제의 원칙’에 비추어 ‘직접 관련성’을 엄격하게 해석하여야 함은 물론이다. 개정 검찰청법은 직접수사 대상 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄 외에 ‘사법경찰관이 송치한 범죄’와도 직접 관련성이 있는 때에는 검사의 수사대상으로 하고 있다. 그 취지는 경찰이 1차적 수사권을 행사하나, 관련 범죄에 대해 다시 수사요구를 하는 것은 적절하지 않고(보완수사요구에 해당하지 않는다), 검사가 공소제기 여부를 판단하는 단계에서 직접 관련성이 있는 범죄는 함께 수사하는 것이 효율적이라는 고려에 바탕을 두고 있는 것으로 보인다. 그러나 사법경찰관이 송치한 사건에 대한 관련성을 이유로 별건에 대한 검사의 직접수사의 개시범위가 확대되는 것은 경계하여야 할 점이다. 대통령령(안) 제3조는 이 점을 고려하여 ‘사법경찰관이 송치한 범죄’와 직접 관련성이 있는 범죄를 ‘해당 범죄와 영장에 의해 확보한 증거물을 공통으로 하는 범죄’로 한정하고 있다.³⁷⁾

37) 대통령령(안) 제3조 (직접 관련성이 있는 범죄) 법 제4조제1항제1호다목에 따른 “직접 관련성이 있는 범죄”란 같은 호 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄(이하 “해당 범죄”라 한다)와 합리적 관련성이 있는 범죄로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄를 말한다.

1. 형사소송법 제11조 각 호의 관련사건. 다만, 같은 조 제1호에 따른 1인이 범한 수죄는 다음 각 목의 죄로 한정하되, “직접 관련성이 있는 범죄” 중 “사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접관련성이 있는 범죄”에 대하여는 해당 범죄와 영장에 의해 확보한 증거물을 공통으로 하는 범죄를 포함한다.
 - 가. 해당 범죄와 동종범죄
 - 나. 범죄수익의 원인 또는 그 처분으로 인한 형법 제129조부터 제133조까지, 제355조 및 제356조의 죄
2. 「형사소송법」 제208조제2항에 따른 동일한 범죄
3. 「형법」 제19조에 따른 독립행위로서 경합하는 범죄
4. 해당 범죄에 대한 무고죄

제5절 | 검사와 사법경찰관의 수사 범위 및 한계

1. 검사에 의한 사법경찰관의 수사에 대한 견제 방법

사법경찰관은 모든 형사사건에 대하여 1차적 수사권을 가지고 있다. 수사기관의 강력한 권한이 오·남용되지 않도록 하기 위해 법치국가적 통제하에 두도록 하는 방법의 하나가 검사제도이다. 경찰의 수사권주체로서의 성격이 강화됨에 따라 검사에 의한 통제 필요성은 높아졌다고 할 수 있다.

개정 형사소송법상 검사에 의한 사법경찰관의 수사에 대한 견제 방법으로는, 보완 수사요구(동법 제197조의2³⁸⁾), 시정조치·사건송치요구(동법 제197조의3³⁹⁾), 경합사건의 송치요구(동법 제197조의4), 재수사요청(동법 제245조의8⁴⁰⁾)이 인정되고 있

38) 제197조의2(보완수사요구) ① 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다.

1. 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우
2. 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우
- ② 사법경찰관은 제1항의 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다.
- ③ 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 제1항의 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.

39) 제197조의3(시정조치요구 등) ① 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.

- ② 제1항의 송부 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건기록 등본을 송부하여야 한다.
- ③ 제2항의 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있다.
- ④ 사법경찰관은 제3항의 시정조치 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없으면 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다.
- ⑤ 제4항의 통보를 받은 검사는 제3항에 따른 시정조치 요구가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있다.
- ⑥ 제5항의 송치 요구를 받은 사법경찰관은 검사에게 사건을 송치하여야 한다.
- ⑦ 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.
- ⑧ 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있는 경우 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 피의자에게 알려주어야 한다.

40) 제245조의8(재수사요청 등) ① 검사는 제245조의5제2호의 경우에 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를

다.⁴¹⁾ 검사의 이러한 권한은 사법경찰관의 송치 이전과 이후로 나누어 살펴볼 수 있다.

① 송치 이전에는 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우 검사는 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다(동법 제197조의2 제1항 제2호). 검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있고, 시정조치를 요구할 수 있으며, 시정조치가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우에는 사건의 송치를 요구할 수 있다(동법 제197조의3 제1항 내지 제5항).

② 송치 이후에는 검사는 사법경찰관의 불송치 결정(동법 제245조의5 제2호)이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있다(동법 제245조의8 제1항). 검사의 재수사요청이 있는 때에는 사법경찰관은 사건을 재수사하여야 한다(동조 제2항).

2. 검사 직접수사의 범위와 수사권의 경합

검사와 사법경찰관의 수사권이 경합하는 경우는 검사가 검찰청법에 따라 직접수사를 할 수 있는 범위 내에서만 가능하다. 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고, 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(개정 형사소송법 제197조의4 제1항, 제2항).

검사는 검사의 직접수사의 범위 내에 속하는 않는 피의사건에 대하여는 수사권을 행사할 수 없으므로 수사권 경합의 문제는 발생하지 않으며, 따라서 개정 형사소송법 제197조의4 제1항에 따라 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 없다.

요청할 수 있다.

② 사법경찰관은 제1항의 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 한다.

41) 신양균·조기영, 앞의 책, 39-41면.

3. 사법경찰관 송치 이후의 검사의 수사 범위

검사는 사법경찰관 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요하거나, 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다(개정 형사소송법 제197조의2 제1항). 사법경찰관은 보완수사의 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다(동조 제2항).

사법경찰관이 피의사건을 송치한 후 검사가 공소제기 여부 결정을 위하여 보완수사를 요구하지 않고, 직접 보완수사를 할 수 있는지 여부가 문제된다. 이 문제는 송치사건이 검사의 직접수사의 범위에 속하는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하여 검토할 수 있다.

① 검사의 직접수사의 범위에 속하지 않는 경우에는, 검사는 수사의 권한이 없으므로 검사가 직접 보완수사를 하는 것은 허용되지 않으며, 개정 형사소송법 제197조의2 제1항에 따라 보완수사를 요구할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.

② 검사의 직접수사의 범위에 속하는 경우에는 검사의 직접수사가 허용될 수 있다고 해석될 여지가 있다. 개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목은 '사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 직접 관련성이 있는 범죄'에 대한 수사를 개시할 권한을 인정하고 있다. 따라서 송치한 사건과 직접 관련성이 있는 범죄를 수사할 수 있는데, 송치한 사건 자체를 수사할 수 없다고 하는 것은 부당하다는 주장이 제기될 수 있다. 그러나 이 경우에도 검사는 원칙적으로 직접수사를 하는 대신 보완수사를 요구할 수 있을 뿐이라고 해석하여야 한다. 검사의 직접수사가 완전 폐지된 상황이라면, 경찰의 위법·부당한 수사를 통제하기 위하여 송치한 사건에 대한 검사의 전면 재수사까지 인정하는 것이 바람직하다. 그러나 검사의 직접수사가 잔존하고 있는 현행법제 하에서는 검사의 직접수사의 범위가 우회적으로 확대되는 것을 방지할 필요가 있다. 개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목의 취지는 검사가 송치된 사건에 대한 공소제기 여부를 검토하는 단계에서 수사의 주체가 분리되는 비효율성을 피하기 위한 것이지, 검사에게 송치된 사건에 대한 보완수사를 허용하는 취지는 아니다. 그 밖에 다음과 같은 이유를 들 수 있다. 첫째, 검사가 보완수사가 필요하다고 판단하고 직접수사를

하는 것은 개정 형사소송법 제197조의2 제1항의 문언과 취지에 반한다. 둘째, 검사와 사법경찰관의 수사권이 경합하는 경우 원칙적으로 검사의 수사권을 우선시키면서도, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 사법경찰관이 계속 수사할 수 있도록 한 취지에 비추어 볼 때(개정 형사소송법 제197조의4 제2항), 이미 경찰이 수사를 종료하여 송치한 사건을 검사가 보완수사 명분으로 재수사하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 셋째, 보완수사를 이유로 검사가 피의사건을 재수사하는 것은 피의자에게 이중수사의 부담을 주어 개정 형사소송법의 취지에 반한다.

4. ‘수사준칙규정안’ 제18조의 문제점

입법예고된 ‘수사준칙규정안’ 제18조는 검사는 검찰청법 제4조 제1항 제1호 각 목에 해당되지 않는 범죄에 관한 고소·고발·진정 등이 접수된 때(제1호), 사건 수사 중 범죄 혐의가 검찰청법 제4조 제1항 제1호 각 목에 해당되지 않는다고 판단되는 때에는(제2호) 사건을 검찰청 이외의 수사기관에 이송해야 한다고 규정하고 있다. 검사의 수사개시의 범위에 해당하지 않는 사건을 검사는 수사할 수 없기 때문에 이러한 규정은 당연한 것이라고 보아야 한다. 그런데 동 조항 제2호 단서는 “다만 구속영장이나 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실에 대하여 압수·수색·검증 영장이 발부된 경우는 제외한다”고 규정하고 있다.

경찰측은 수사준칙규정안 제18조 제1항 제2호 단서에 대하여는 수사 초기에 압수 수색 영장을 받으면 이를 근거로 검사가 계속 수사할 수 있도록 하는 것은 검찰이 사실상 모든 범죄를 다 수사할 수 있도록 하는 것이며, “압수수색 영장은 수사 초기에 범죄 혐의를 확인하는 수단인데 영장을 발부받았다고 해서 법에 규정된 영역 밖 범죄까지 수사하게 허용하는 것은 법의 정신에 정면으로 반한다”고 비판한 바 있다.⁴²⁾

수사준칙규정안 제18조 제1항 제2호 단서로 인해 검사가 원하는 사건을 모두 수사할 수 있게 된다는 주장은 지나친 것이다. 그렇다면 종래 경찰은 탐색적·망라적 압수 수색을 해왔다는 말인가? 동 조항은 발부율이 높은 압수수색영장이 발부되었다는

42) 인터넷 한국일보, “김창룡 경찰청장 ‘수사권조정 입법예고안, 개혁 취지 정면으로 반해’”, 2020년 8월 10일자.

이유만으로 검사의 수사개시가 정당화되는 것은 개정 형사소송법 및 검찰청법에 의한 검사의 직접수사 제한의 취지에 반하는 것은 분명하다. 근본적으로 검사의 직접수사를 잔존시킨 현행법 하에서 검사가 대상범죄에 해당한다고 판단하였으나 그렇지 않은 것으로 판단된 경우 원칙적으로 사건을 이송하여야 하나, 이미 강제수사에 착수한 때에는 수사의 진척 정도에 비추어 볼 때 계속 검사가 수사하도록 하는 것이 적절하다는 고려에 바탕을 둔 조문으로 보인다. 검찰에 의한 동 규정의 오남용을 막기 위해서는 이러한 취지에 부합하는 경우, 즉 검사가 수사개시의 범위에 속한다고 판단할 만한 객관적이고 합리적인 근거가 있는 경우에만 동 조항의 적용을 인정하는 것이 필요하다고 판단된다.

제6절 | 결론적 고찰

이상으로 개정 형사소송법 및 검찰청법 하에서 검사와 사법경찰관의 수사 범위와 한계 문제를 주로 검사의 직접수사의 범위를 중심으로 살펴보았다. 검찰의 직접수사가 정치적 이해관계나 검찰조직의 보호 목적과 결합될 때에는 검찰권의 오·남용의 직접적 수단이 되어왔다는 국민적 자각이 확대되고 있다. 검사제도는 경찰의 수사권 행사의 적절한 감시와 법치국가적 통제를 목적으로 탄생한 제도이다. 2020년 개정 형사소송법과 검찰청법은 검사가 공소의 제기 및 유지에 집중하며 경찰의 수사를 통제하는 본래의 임무만을 수행하도록 한다는 형사사법절차의 중국적 개혁을 위한 과도기적 입법에 해당한다. 특히 이러한 과도기적 입법이라는 특성의 부수적 결과로 검찰청법 시행령 및 동법 시행규칙 제정에 있어서 검사의 직접수사의 범위를 한정하는데 적지 않은 어려움이 있다. 여기서는 검사에 의한 직접수사 한정 및 자체의 원칙을 설정하고, 이 원칙에 따라 검사의 직접수사를 제한하는 기준으로 대상범죄에 대한 시행령에 따른 한정일거 외에 검찰청법 제4조 제1항 제1호가 규정한 ‘중요범죄’의 개념이 적극적으로 활용되어야 한다.

제 3 장

검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

수사권 조정 이후 상호 협력·견제방안과 향후과제

윤 동 호

제3장

수사권 조정 이후 상호 협력·견제방안과 향후과제

제1절 | 서 설

‘2020. 2. 4. 개정된 형사소송법’(약칭하여 이 장에서 “개정 형사소송법”이라고 한다.) 검사의 ‘사법경찰관’(국가경찰에 한정, 이하 동일. 약칭하여 이 장에서 “경찰”이라고 한다.)에 대한 수사지휘권을 폐지하고 검사와 경찰을 수사와 공소제기 및 공소유지에 관한 협력관계로 규정한다. 경찰은 1차적 수사권 및 수사종결권을 행사한다. ‘2020. 2. 4. 개정된 검찰청법’(약칭하여 이 장에서 “개정 검찰청법”이라고 한다.)은 개정 형사소송법이 규정하는 특정범죄에 대해서만 직접 수사하도록 검사의 수사 개시 범위는 제한되고, 경찰 수사에 대한 보완수사요구권, 재수사요구권, 시정조치 요구권 등 경찰 수사에 대한 다양한 견제장치를 갖는다. 사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원과 ‘특별사법경찰관’(약칭하여 이 장에서 “특사경”이라고 한다.)의 수사에 대한 검사의 수사지휘권은 유지된다. 이러한 개정 형사소송법이 나오게 된 것은 2018년 6월 21일 법무부장관과 행정안전부장관이 발표한 ‘검·경 수사권 조정 합의문’(약칭하여 이 장에서 “2018년 검·경합의문”이라고 한다.)의 취지에 따라 검찰과 경찰로 하여금 국민의 안전과 인권 수호를 위하여 서로 협력하게 하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로 행사되도록 하려는 것이다.

검사는 그 소속이 행정부이고 조직의 유기적 성격 때문에 정치적 사건의 경우에는 조직 전체가 영향을 받기 쉽고, 이런 상황이 기소편의주의와 맞물려 오해를 낳을 수 있다. 이에 따라 2020. 1. 14. ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’(이하에서 “공수처법”이라고 한다.)이 제정되어 고위공직자범죄를 처벌하는 별도의 조직

인 이른바 ‘고위공직자범죄수사처’(이하에서 “공수처”라고 한다.)가 신설된다. 이로 인해 검사도 공수처의 수사를 받고 공수처의 기소가 가능한 범죄에 대해서 검사의 기소권은 제한된다. 검사의 기소독점주의에 변화가 생긴 것이다.

개정 형사소송법, 개정 검찰청법, 공수처법 등 검찰개혁법률과 전부 개정된 경찰법(그 이듬해 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률로 바뀜)이 본격적으로 시행되면⁴³⁾ 수사권이 분산되어 검찰, 경찰, 자치경찰, 공수처 네 기관이 수사를 하게 되어, 상호견제 및 협력이 중요한 의미를 가지게 된다. 이 글은 먼저 검찰개혁법률의 내용을 살펴보고, 다음은 바람직한 검·경 상호견제 및 협력방안을 수사단계별로 검토한다. 이 과정에서 2020년 10월 7일 제정되어 2021년 1월 1일 시행되는 “검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령, 약칭하여 수사준칙 규정)”과 “검사의 수사개시 범죄범위에 관한 규정(대통령령, 약칭하여 검사수사범위규정)”도 분석 및 평가한다. 끝으로 검찰개혁의 완성을 위한 향후 과제를 제시한다.

제2절 | 현황: 검경 수사권 조정과 상호협력관계로 전환

1. 검사와 경찰의 관계: 수사지휘관계에서 상호협력관계로 전환

개정 형사소송법은 아래와 같이 경찰 수사에 대한 검사의 수사지휘권을 폐지하고 검사와 경찰의 관계를 상호협력관계로 규정한다. 종래의 수사지휘권은 검사가 ‘수사 주재자’ 또는 ‘우월적 수사기관’이라는 인식을 전제로 한 것이었는데,⁴⁴⁾ 검·경 상호협력관계로 규정한 것은 이런 인식을 전환하기 위한 것이다.

43) 개정 형사소송법과 개정 검찰청법 및 전부 개정된 경찰법은 2021년 1월 1일부터 시행된다.

44) 유주성, “검·경 수사권 조정에 따른 국가수사본부 설립안 검토”, 형사정책(한국형사정책학회) 제32권 제1호, 2020. 4, 42면 이하.

개정 형사소송법 이전	개정 형사소송법
제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다. ③ 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.	제195조(검사와 사법경찰관의 관계 등) ① 검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다. ② 제1항에 따른 수사를 위하여 준수하여야 하는 일반적 수사준칙에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

그러나 아래에서 보듯이 개정 형사소송법에서도 검사는 법률전문가로서 경찰 수사에 대한 견제 내지 통제 기능을 수행하고 있다.

개정 형사소송법은 검사와 경찰이 수사에 관해 상호협력하면서 지켜야 할 수사준칙을 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 그런데 개정 형사소송법의 시행령인 수사준칙규정의 소관 부처를 공동주관이 아니라 법무부 단독 주관으로 지정한 것은 개정 형사소송법이 검·경 관계를 상호협력 관계로 규정한 취지에 부합하지 않는다. 수사준칙규정 제70조가 ‘수사준칙규정의 해석과 적용은 법무부장관이 행정안전부장관과 협의하여 결정해야 하고 이에 관한 법무부장관의 자문에 응하기 위해 법무부에 외부전문가로 구성된 자문위원회를 둔다’라고 하고 있지만, 향후 수사준칙규정을 해석하고 개정할 때 법무부의 입장이 일방적으로 반영될 여지가 높다. 공동주관으로 지정하는 것이 개정 형사소송법의 취지에 부합한다.

2. 경찰 수사의 독립성 보장과 책임성 강화

가. 1차적 수사권과 검사의 영장불청구에 대한 심의신청권

(1) 1차적 수사권

검사의 경찰에 대한 수사지휘권이 폐지됨에 따라 경찰은 검사의 지휘를 받지 않고 수사를 할 수 있다. 수사의 독립성을 보장한 것이다. 개정 검찰청법에 따라 검사의 직접 수사가 허용되는 범죄가 아닌 범죄에 대해서는 경찰이 1차적 수사권을 갖는다.

더욱이 아래에서 보듯이 2020. 2. 4. 개정 이전 형사소송법 제196조는 수사를 ‘개시·진행하여야 한다’라는 의무적 형태로 규정하여, 경찰의 수사 자율성이 배제된다고 해석할 수 있었으나 개정 형사소송법 제196조는 ‘수사한다’라는 존재적 형태로 규정

함으로써 자율성이 배제되지 않는다고 해석할 수 있는 여지가 생겼다.

또한 개정 형사소송법 이전에는 수사 중 ‘개시·진행’의무만 규정하여 수사의 종결은 할 수 없는 것으로 해석할 수 있었으나 개정 형사소송법은 ‘수사한다’라고 규정하여 이를 배제하지 않고 있고,⁴⁵⁾ 나아가서 아래에서 보듯이 경찰의 1차적 수사종결권을 명문화한다.

2020. 2. 4. 개정 이전 형사소송법	개정 형사소송법
제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다. ② 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.	제197조(사법경찰관리) ① 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다. ② 경사, 경장, 순경은 사법경찰관으로서 수사의 보조를 하여야 한다.

개정 형사소송법은 존재하지 않는 수사 직원인 수사관을 삭제한다. 수사관은 1954년에 형사소송법을 제정할 때 경찰관서에 배속된 경찰의 수사활동을 통일적으로 지휘감독하기 위해 대검찰청에 배속시키기로 예정되었던 경찰을 말한다.⁴⁶⁾

(2) 검사의 영장불청구에 대한 경찰의 심의신청권과 의견개진권

경찰이 신청한 영장을 검사가 정당한 이유 없이 판사에게 청구하지 않는 경우 경찰은 ‘고등검찰청’(약칭하여 고검)에 영장 청구 여부에 대한 심의를 신청할 수 있다. 심의는 각 고검에 설치된 영장심의위원회에서 하는데, 경찰은 영장심의위원회에 출석하여 의견을 개진할 수 있다.

영장심의위원회는 위원장 1명을 포함한 10명 이내의 외부 위원으로 구성하고, 위원은 각 고검 검사장이 위촉한다.

45) 유주성, “검·경 수사권 조정에 따른 국가수사본부 설립안 검토”, 형사정책(한국형사정책학회) 제32권 제1호, 2020. 4, 40면 이하.

46) 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II)”, 서울대학교 법학(서울대학교 법학연구소) 제42권 제2호, 2001. 7, 263면 및 266면.

개정 형사소송법 제221조의5(사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부에 대한 심의) ① 검사가 사법경찰관이 신청한 영장을 정당한 이유 없이 판사에게 청구하지 아니한 경우 사법경찰관은 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등검찰청에 영장 청구 여부에 대한 심의를 신청할 수 있다.

② 제1항에 관한 사항을 심의하기 위하여 각 고등검찰청에 영장심의위원회(이하 이 조에서 "심의위원회"라 한다)를 둔다.

③ 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 10명 이내의 외부 위원으로 구성하고, 위원은 각 고등검찰청 검사장이 위촉한다.

④ 사법경찰관은 심의위원회에 출석하여 의견을 개진할 수 있다.

⑤ 심의위원회의 구성 및 운영 등 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

나. 1차적 수사종결권 내지 불송치결정권

아래에서 보듯이 개정 형사소송법에 따르면 경찰은 수사를 종결한 후 범죄의 혐의가 없다고 판단하면 사건을 검사에게 송치하지 않을 수 있다. 경찰에게 수사종결권을 부여하여 책임성을 강화한 것이다.

개정 형사소송법 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등) 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 날부터 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다.

그런데 경찰의 수사종결권은 잠정적이다. 검사의 판단에 의해 수사가 계속될 수 있기 때문이다. 1차적 수사종결권인 것이다. 검사의 수사종결권도 확정적인 것은 아니다. 검사의 불기소처분도 고소·고발인의 재정신청에 의해 변경될 수 있기 때문이다.

경찰이 ‘1차적 수사종결권’을 갖는다는 것은 검사로의 전건송치를 전제로 수사를 일단 종결한다는 단순한 의미에 그치지 않고, 여기에는 수사를 종결한 후에도 사건을 검사에게 송치하지 않을 수 있는 권한을 경찰이 갖는다는 의미가 담겨있다. 불송치결정권이 수사종결권의 핵심인 것이다. 경찰의 1차적 수사종결권은 불송치결정권과 표리관계에 있다.

경찰의 1차적 수사종결권 내지 불송치결정권의 대상은 “범죄혐의가 있다고 인정되지 않는 사건”에 한정된다. 이런 점에서 범죄혐의가 있음에도 불구하고 기소유예할 수 있는 검사의 불기소처분권과 차이가 있다. 경찰의 불송치결정권과 검사의 불기소

처분권 책임성에 기초한 자율적 판단이라는 점에서 공통되지만 경찰의 불송치결정권은 검사의 불기소처분권에 견줘 재량 영역이 없다고 할 수 있다.

경찰의 1차적 수사종결권 내지 불송치결정권에는 고소·고발사건도 포함된다. 따라서 고소·고발을 접수한 후에 범죄혐의가 없다고 판단하면 검사에게 사건을 불송치할 수 있다.

3. 검사의 역할과 기능 변화

가. 검사의 직접 수사권 제한

아래에서 보듯이 2020. 2. 4. 개정 이전 형사소송법 제195조는 범죄 발견시 검사의 수사를 자율성이 배제되는 의무적 형태로 규정하였으나, 개정 형사소송법 제196조는 자율성이 배제되지 않는 존재적 형태로 규정하고 있다. 그런데 개정 형사소송법에 따르면 검사의 수사 대상은 제한되지 않고 모든 범죄에 대해 수사가 허용된다.

2020. 2. 4. 개정 이전 형사소송법	개정 형사소송법
제195조(검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.	제196조(검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.

그러나 개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호는 아래와 같이 검사의 직접 수사의 개시 범위를 제한하고 있다.

개정 검찰청법 제4조(검사의 직무) ① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다. 1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 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

나. 경찰의 수사에 대한 검사의 견제장치

(1) 개관

개정 형사소송법은 경찰 수사에 대한 검사의 수사지휘권은 폐지하지만, 경찰 수사의 단계에 따라 검사의 다양한 견제장치를 둔다.

첫째, 개정 형사소송법은 경찰의 수사 개시단계에서 검사의 명시적 견제장치는 두고 있지 않다. 그러나 수사 개시단계에서 수사의 경합이 문제될 수 있고, 검사와 경찰의 수사가 경합할 경우 검사의 송치요구권(제197조의4)은 경찰 수사에 대한 견제 기능을 한다고 볼 수 있다. 둘째, 경찰의 수사 진행단계에서 개정 형사소송법이 검사에게 인정한 견제장치는 경찰이 신청한 영장의 청구 여부 결정을 위해 필요한 경우 검사의 보완수사·직무배제·징계요구권(제197조의2 제1항 제2호)과 경찰의 수사가 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용에 해당하는 경우 검사의 등본송부·시정조치·송치·징계요구권(제197조의3)을 들 수 있다. 셋째, 경찰의 수사 종결단계에서 경찰이 수사를 종결한 후 송치한 사건에 대해서 공소의 제기 및 유지를 위해 필요한 경우 검사의 보완수사·직무배제·징계요구권이 인정되고(제197조의2 제1항 제1호), 경찰이 불송치결정한 사건에 대해서는 검사의 기록검토권(제245조의5 제2호)과 당부판단권(제245조의7) 및 재수사요청권(제245조의8)이 인정된다.

경찰 수사	검사의 견제장치
개시 단계	검사와 경찰의 수사가 경합할 경우 검사의 송치요구권(제197조의4)
진행 단계	경찰이 신청한 영장의 청구 여부 결정을 위해 필요한 경우 검사의 보완수사·직무배제·징계요구권(제197조의2)
	법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용 수사의 경우 검사의 등본송부·시정조치·송치·징계요구권(제197조의3)
종결 단계	송치사건: 공소의 제기 및 유지를 위해 필요한 경우 검사의 보완수사·직무배제·징계요구권(제197조의2)
	불송치사건: 검사의 기록검토권(제245조의5 제2호)과 당부판단권(제245조의7) 및 재수사요청권(제245조의8)

(2) 검사와 경찰의 수사가 경합할 경우 검사의 송치요구권

검사와 경찰의 수사가 경합할 경우 검사의 송치요구권(제197조의4)은 경찰 수사에 대한 견제기능을 한다고 볼 수 있다.

검사는 경찰과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 경찰에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고, 요구를 받은 경찰은 지체 없이 검사에게 사건을 송치해야 한다. 다만 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관해 경찰이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다.

개정 형사소송법 제197조의4(수사의 경합) ① 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있다.
 ② 제1항의 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.

(3) 경찰 수사에 대한 검사의 보완수사·직무배제·징계요구권

경찰이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관해 필요한 경우 또는 경찰이 송치한 사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관해 필요한 경우 검사는 보완수사를 요구할 수 있다. 보완수사요구를 받은 경찰은 정당한 이유가 없는 한 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보해야 하며, 검찰은 경찰이 정당한 이유 없이 요구에 따르지 않는 때에는 권한 있는 사람에게 그 경찰의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있다.

개정 형사소송법 제197조의2(보완수사요구) ① 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다.
 1. 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우
 2. 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우
 ② 사법경찰관은 제1항의 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다.
 ③ 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 제1항의 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.

(4) 경찰의 수사가 법령등을 위반한 경우 검사의 등본송부·시정조치·송치·징계요구권

검사는 경찰의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 경찰에 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있고, 요구를 받은 경찰은 지체 없이 검사에게 사건기록 등본을 송부해야 한다(제197조의3 제1항, 제2항).

- 개정 형사소송법 제197조의3(시정조치요구 등) ① 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.
- ② 제1항의 송부 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건기록 등본을 송부하여야 한다.
- ③ 제2항의 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있다.
- ④ 사법경찰관은 제3항의 시정조치 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없으면 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다.
- ⑤ 제4항의 통보를 받은 검사는 제3항에 따른 시정조치 요구가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있다.
- ⑥ 제5항의 송치 요구를 받은 사법경찰관은 검사에게 사건을 송치하여야 한다.
- ⑦ 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.
- ⑧ 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있는 경우 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 피의자에게 알려주어야 한다.

송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 경찰에게 시정조치를 요구할 수 있다. 검사의 시정조치요구를 받은 경찰은 정당한 이유가 없으면 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보해야 한다(제197조의3 제3항, 제4항).

시정조치결과의 통보를 받은 검사는 시정조치요구가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우에는 경찰에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고, 송치요구를 받은 경찰은 검사에게 사건을 송치해야 한다(제197조의3 제5항, 제6항).

검찰은 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용 수사를 한 경찰의 징계를 요구할 수 있고, 경찰은 피의자를 신문하기 전에 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있는 경우 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 피의자에게 알려주어야 한다(제197조의3 제7항, 제8항).

(5) 경찰의 불송치결정사건에 대한 검사의 기록검토권과 당부판단권 및 재수사요청권

경찰은 불송치결정을 한 경우 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부해야 하고, 검사는 송부받은 날부터 90일 이내에 경찰에 반환해야 한다(제245조의5 제2호). 백혜련 의원이 대표발의(2018. 11. 12. 의안번호: 2016499)한 형사소송법 일부개정법률안은 검사의 반환규정을 두고 있지 않고, 채이배 의원이 대표발의(2019. 4. 26. 의안번호: 2020030)한 형사소송법 일부개정법률안은 검사의 반환기간을 60일로 규정하고 있으나 개정 형사소송법은 검사에게 충분한 검토 시간을 주기 위해서 반환기간을 90일로 규정한 것이다.

경찰이 불송치결정을 한 경우 고소인등에게 불송치결정의 취지와 이유를 통지해야 하는데(제245조의6), 통지를 받은 고소인등이 이의신청을 하면 경찰은 지체 없이 검사에게 사건을 송치해야 하고, 처리결과와 그 이유를 신청인에게 통지해야 한다(제245조의7). 사건을 송치받은 검사는 경찰의 불송치결정의 당부를 판단한다.

개정 형사소송법 제245조의6(고소인 등에 대한 송부통지) 사법경찰관은 제245조의5제2호의 경우에는 그 송부한 날부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 한다.

개정 형사소송법 제245조의7(고소인 등의 이의신청) ① 제245조의6의 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다.

② 사법경찰관은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 제1항의 신청인에게 통지하여야 한다.

검사는 불송치결정한 사건의 기록을 90일 동안 검토한 후 경찰의 불송치결정이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 경찰에 재수사를 요청할 수 있고, 요청을 받은 경찰은 사건을 재수사해야 한다(제245조의8).

개정 형사소송법 제245조의8(재수사요청 등) ① 검사는 제245조의5제2호의 경우에 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있다.

② 사법경찰관은 제1항의 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 한다.

그런데 수사준칙규정안이 기록검토기한에 맞춰서 재수사요청기한을 90일로 정한 것은 정당하지만, 예외적으로 불송치결정에 영향을 줄 수 있는 명백히 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우와 증거 등에 대해 허위, 위조 또는 변조를 인정할 만한 상당한 정황이 있는 경우에는 90일 이후에도 할 수 있는 것으로 규정한 것⁴⁷⁾은 위임입법의 한계를 넘어서는 것이다. 이는 불송치결정에 영향을 미칠 사유가 불송치결정 이후 발생한 경우를 처리방식에 관한 것으로서 개정 형사소송법에 근거 규정이 있어야 한다.

다. 사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원과 특사경의 수사에 대한 검사의 지휘감독권

사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원과 특사경은 경찰과 달리 종전처럼 수사에 관해 검사의 지휘감독을 받는다. 사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다(제245조의9).

특사경은 경찰과 달리 종전처럼 수사에 관해 검사의 지휘감독을 받는다. 특사경은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 하지만, 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받고, 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 하며, 범죄를 수사한 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 송부하여야 한다(제245조의10).

개정 형사소송법 제245조의9(검찰청 직원) ① 검찰청 직원으로서 사법경찰관리의 직무를 행하는 자와 그 직무의 범위는 법률로 정한다.

② 사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다.

개정 형사소송법 제245조의10(특별사법경찰관) ① 삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관, 그 밖에 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 특별사법경찰관리와 그 직무의 범위는 법률로 정한다.

② 특별사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.

47) 수사준칙규정안 제63조(재수사요청의 절차 등) ① 검사는 법 제245조의8에 따라 사법경찰관에게 재수사요청을 하려는 경우에는 법 제245조의5제2호에 따라 관계 서류와 증거물을 송부받은 날부터 90일 이내에 해야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 기한이 지난 후에도 재수사요청을 할 수 있다.

1. 불송치 결정에 영향을 줄 수 있는 명백히 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우
2. 증거 등에 대해 허위, 위조 또는 변조를 인정할 만한 상당한 정황이 있는 경우

- ③ 특별사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 법인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.
- ④ 특별사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 법무부령으로 정한다.
- ⑤ 특별사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 송부하여야 한다.

라. 기소독점주의의 변화

공수처는 고위공직자로 재직 중에 고위공직자 본인이 범한 특정범죄(A)와 그 가족(배우자, 직계존비속. 다만, 대통령의 경우는 배우자와 4촌 이내 친족)이 고위공직자의 직무와 관련하여 범한 특정범죄(B) 및 이와 관련범죄(C)에 대해서만 수사권이 있다. 공수처법 제2조는 A와 B를 ‘고위공직자범죄’로 부르고(제3호), 여기에 C를 포함하여 ‘고위공직자범죄등’이라고 부른다(제5호). 고위공직자는 다음 중 어느 하나의 직에 재직 중인 사람 또는 그 직에서 퇴직한 사람을 말하지만, 장성급 장교는 현역을 면한 이후도 포함된다(공수처법 제2조 제1호).

△국회: 2.국회의장 및 국회의원, 9.국회사무처, 국회도서관, 국회예산정책처, 국회입법조사처의 정무직공무원
 △대통령과 행정부: 1.대통령, 5.국무총리와 국무총리비서실 소속의 정무직공무원, 7.「공공감사에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 중앙행정기관의 정무직공무원, 8.대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원 소속의 3급 이상 공무원, 11.검찰총장, 13.검사, 14.경무관 이상 경찰공무원, 15.장성급 장교, 16.금융감독원 원장·부원장·감사, 17.감사원·국세청·공정거래위원회·금융위원회 3급 이상 공무원.
 △법원과 헌법재판소: 3.대법원장 및 대법관, 4.헌법재판소장 및 헌법재판관, 10.대법원장비서실, 사법정책연구원, 법원공무원교육원, 헌법재판소 사무처의 정무직공무원, 13.판사
 △선거관리위원회: 6.중앙선거관리위원회의 정무직공무원
 △지방자치단체: 12.특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 및 교육감

특정범죄란 아래 8가지를 말한다(공수처법 제2조 제3호).

① 형법 제7장의 공무원의 직무범죄(제122조부터 제133조까지, 다른 법률에 따른 가중처벌규정 포함), ② 직무와 관련되는 형법의 공용서류등무효·공용물파괴죄(제141조), 공문서위·변조(제225조)·허위공문서작성·변개(제227조)·공전자기록위·변조(제227조의2)·동행사죄(제229조), 제40장의 횡령과 배임의 죄(제355조부터 제357조까지 및 제359조, 다른 법률에 따른 가중처벌규정 포함), ③ 특정범죄가중법의 알선수재죄

(제3조), ④ 변호사법의 알선수재죄(제111조), ⑤ 정치자금법의 정치자금부정수수죄(제45조), ⑥ 국가정보원법의 정치관여죄(제18조)와 직권남용죄(제19조), ⑦ 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률의 위증·허위감정죄(제14조 제1항), ⑧ 위 ①-⑤의 죄로 인한 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률의 범죄수익등(제2조 제4호)의 은닉·가장죄(제3조)와 수수죄(제4조).

공수처법은 고위공직자범죄와 관련된 아래 4가지를 ‘관련범죄’라고 부른다(제2항 제4호).

① 고위공직자와 형법의 공동정범·교사범·방조범(제30조부터 제32조까지)관계에 있는 자가 범한 위의 특정범죄, ② 고위공직자를 상대로 한 형법의 뇌물공여죄(제133조)와 배임증재죄(제357조 제2항), ③ 고위공직자범죄와 관련된 형법의 범인은닉·위증·증거인멸·무고의 죄(제151조 제1항, 제152조, 제154조-제156조)와 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률의 위증·허위감정죄(제14조 제1항), ④ 고위공직자범죄의 수사 과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄.

고위공직자범죄의 주체가 사법권력자(대법원장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원)인 경우, 그 범죄와 관련범죄는 검사가 아니라 공수처가 공소의 제기 및 유지를 한다(공수처법 제3조 제1항 제2호). 결국 공수처의 등장으로 검사의 기소독점주의에 변화가 생긴 것이다.

제3절 | 바람직한 검·경 상호견제 및 협력방안

개정 형사소송법이 검사와 경찰의 관계를 상호협력관계로 전환하고, 검사와 경찰이 수사에 관해 상호협력하면서 지켜야 할 수사준칙을 대통령령으로 정하도록 하고 있다(제195조). 이에 수사준칙규정이 제정된 것이다. 아래에서는 수사 단계별로 수사준칙 규정의 의미와 한계를 검토한다.

1. 검사의 직접 수사 개시 범위를 수사준칙으로 명확화

가. 검사의 직접 수사 범위 명확화 필요성

개정 검찰청법이 규정한 검사의 직접 수사가 가능한 범죄에 대해서는 검사와 경찰의 수사가 경합할 수 있다. 검사의 직접 수사가 가능한 범죄를 명확히 하여 수사의 경합이 발생할 수 있는 사건을 최소화하고 해석적 혼란을 줄일 필요가 있다. 다만 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 요건이 엄격하게 됨에 따라 검찰이 아니라 검사가 직접 수사할 필요성은 종전보다 훨씬 감소했다.

우선 개정 검찰청법은 대통령령으로 정하는 중요범죄를 검사의 직접 수사 개시가 허용되는 범위로 규정하고, 그 예로 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사사건을 들고 있다. 따라서 개정 검찰청법의 시행령에서 개정 검찰청법이 중요범죄를 열거하면서 예로 든 범죄의 의미도 대략적으로 규정하여 해석적 혼란을 줄일 필요가 있다. 특히 해석적 논란을 가져올 수 있는 부패범죄와 경제범죄의 개념을 2018년 검·경합의문처럼 예시범죄를 열거하여 명확히 할 필요가 있다. 해석적 논란은 실무에 혼란을 줄 수 있기 때문이다.

그런데 검사수사범위규정은 중요범죄와 관련범죄의 의미를 규정하면서 그 의미를 벗어나서 확장하고 있고, 부패·경제·선거범죄의 제한기준을 법무부장관이 단독으로 정할 수 있는 법무부령에 재위임 함으로써 위임의 한계를 넘어서고 있다.

나. 중요범죄에 관한 검사수사범위규정은 위임입법의 한계 이탈

(1) 대통령령으로 정하는 중요범죄에서 ‘등’의 의미

개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호 가목의 ‘부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요범죄’에서 ‘등’이 한정적 의미를 갖는지, 예시적 의미를 갖는지 논란이 될 수 있다.

입법과정의 논의와 검사의 직접 수사를 제한하려는 개정 검찰청법의 취지를 감안하면 한정적 의미를 갖는 것으로 봐야한다. 중요범죄는 6대 범죄에 한정되며, 그 밖의 다른 범죄가 추가될 수 없다.

(2) 마약범죄를 경제범죄로 규정한 검사수사범위규정

마약류의 수출입 관련 범죄를 경제범죄로 규정한 검사수사범위규정 제2조 제2호 나목⁴⁸⁾은 위임입법의 한계를 벗어난 것이다. 마약범죄는 경제범죄가 아니다. ‘마약류 관리에 관한 법률’은 마약범죄를 ‘국민 보건 향상’(제1조)을 목적으로 하는 보건범죄로 규정하고 있다.

보호법익과 규율 대상을 전혀 달리하는 범죄를 위임입법의 한계를 벗어나서 규정함으로써 검사의 직접수사 범위를 부당하게 확대하는 것이다. 이 규정이 개정 검찰청법의 관련범죄 개념과 결합하면 모든 마약류 범죄로 검사의 직접 수사 범위가 확대될 수 있다.

(3) 대형참사사건에서 사이버범죄는 제외한 검사수사범위규정

법무부가 본래 입법예고한 검사수사범위규정안 제2조 제6호 나목⁴⁹⁾은 정보통신기반보호법의 주요정보통신기반시설 교란·마비·파괴죄⁵⁰⁾를 대형참사사건으로 규정하였으나 의견 수렴 과정에서 결국 제외되었다.

검사수사범위규정안 제2조 제6호 나목은 위임입법의 한계를 벗어난 것이었다. 사이버범죄를 ‘많은 사람이 한꺼번에 죽거나 다치는 매우 끔찍한 사건이나 사고’를 의미하는 대형참사사건으로 볼 수는 없기 때문이다. 입법과정에서 대형참사사건이 규정된 것은 세월호 참사와 같은 국가적·사회적 다수의 인명피해 사건에 대해서는 검찰 수사가 필요하다는 주장이 반영된 것이었다. 또한 사이버범죄에 대해서 경찰은 인적·물적

48) 검사수사개시규정안 제2조(중요범죄) 「검찰청법」(이하 “법”이라 한다) 제4조 제1항 제1호 가목의 “부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요범죄”는 다음 각 호의 범죄를 말한다.

2. 경제범죄: 다음 각 목의 죄

나. 「마약류 불법거래 방지에 관한 특별법」제6조·제9조제1항·제18조에 해당하는 죄(수출입 또는 수출입 목적의 소지·소유의 경우만 해당한다)

49) 검사수사범위규정안 제2조(중요범죄) 「검찰청법」(이하 “법”이라 한다) 제4조제1항제1호가목의 “부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요범죄”는 다음 각 호의 범죄를 말한다.

6. 대형참사범죄 : 다음 각 목의 죄

나. 「정보통신기반보호법」 제28조에 해당하는 죄

50) 정보통신기반보호법 제28조(벌칙) ① 제12조의 규정을 위반하여 주요정보통신기반시설을 교란·마비 또는 파괴한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항의 미수범은 처벌한다.

자원 및 국제공조 시스템이 잘 갖춰져 있어서 그 어떤 분야보다도 검찰에 건뢰 수사역량이 우수하다고 볼 수 있기 때문이다.

다. 관련범죄의 의미: 검사수사범위규정의 동종범죄와 다름

검사의 직접 수사 범위를 규정한 개정 검찰청법 제4조와 관련하여 해석적으로 가장 논란이 되는 부분은 “가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄”라고 규정하고 있는 개정 검찰청법 ‘제4조 제1항 제1호 다목’(이하 다목)의 의미이다. ‘가목·나목의 범죄 및 경찰이 송치한 범죄’를 “본래범죄”라고 약칭하면 다목의 범죄는 ‘본래범죄와 관련하여 인지한 본래범죄와 직접 관련성이 있는 범죄’를 말한다. 이를 이하에서는 “관련범죄”라고 부른다.

(1) 관련범죄 해석의 출발점: 문언해석 - 관련범죄의 문언구조

다목의 관련범죄는 첫째, 본래범죄와 관련하여 인지한 것이어야 하고, 둘째, 본래범죄와 직접 관련성이 있어야 한다. 따라서 관련범죄의 의미는 본래범죄와의 두 가지 관련성, 곧 인지적 관련성과 직접적 관련성의 의미를 어떻게 해석하는지에 따라 달라지고, 그 의미를 두고 논란이 될 수 있다. 본래범죄와의 ‘인지적 관련성’과 ‘직접적 관련성’의 의미를 규명하는 것이 관련범죄의 의미에 관한 해석적 출발점이 된다. 문언이 해석의 출발점이기 때문이다.

(가) 본래범죄와의 인지적 관련성 - 본래범죄와 관련하여 인지한 범죄

먼저 관련범죄는 본래범죄와 관련하여 인지한 범죄를 말한다. ‘인지’는 범죄혐의를 인식하게 되는 것을 말하므로 본래범죄와 관련하여 인식하게 된 관련범죄를 말한다. 관련범죄에 관한 정의 규정을 두고 있는 공수처법은 관련범죄 중 하나를 제2조 제4호 라목에서 “고위공직자범죄 수사 과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄”로 정의하고 있다.

따라서 본래범죄와 관련하여 인식하게 된 관련범죄 중 하나는 검사가 가목의 중요범죄와 나목의 경찰공무원범죄를 직접 수사하면서 인지한 범죄이다. 다른 하나는 경

찰이 송치한 범죄의 공소제기 여부 판단 및 공소유지 과정에서 인지한 범죄이다.

결국 본래범죄와의 “인지적 관련성”은 검사가 본래범죄를 “처리하는 과정에서 인식하게 되었다”라는 의미에 불과하다. 관련범죄의 첫 번째 요건은 검사가 본래범죄를 처리하는 과정에서 인지한 범죄이어야 한다.

(나) 본래범죄와의 직접적 관련성 - 본래범죄와 직접 관련성이 있는 범죄

관련범죄의 두 번째 요건은 본래범죄와의 직접적 관련성이다. 본래범죄와 직접 관련성이 있는 범죄이어야 한다.

① 형사소송법 제11조의 관련사건 - 재판의 합리성

본래범죄와의 직접적 관련성의 의미를 형사소송법 제11조가 규정하고 있는 관련사건의 정의⁵¹⁾를 원용하여 해석할 수도 있다. 이런 해석은 본래범죄를 범한 1인이 다른 범죄를 범한 경우 그 다른 범죄도 관련범죄로 인정한다.

그러나 형사소송법 제11조의 관련사건 규정은 관할과 관련하여 다수의 사건의 주관적(인적) 관련성과 객관적(물적) 관련성을 인정한 것으로서, 1인이 수죄를 범한 경우의 관련성 인정은 중복심리를 방지하고 양형상 이익을 고려하기 위함이고, 다수가 관련된 일죄나 증거가 공통된 수죄인 경우의 관련성 인정은 판결의 모순을 방지하기 위함이며, 그 목적은 모두 결국 재판의 합리성을 추구하려는데 있다.

따라서 검사의 직접 수사 범위와 관련한 본래범죄와의 직접적 관련성의 의미를 해석할 때 형사소송법 제11조가 추구하고 있는 재판의 합리성을 추구하는 것은 적절하지 않고 그럴 필요도 없다. 재판의 합리성은 수사 이후 기소 단계에서 얼마든지 추구할 수 있고, 기소 이후에도 병합심리를 통해서도 추구할 수 있기 때문이다. 더욱이 본래범죄와의 직접적 관련성의 의미를, 해석의 지향점으로 삼아야 할 재판의 합리성으로 규명하는 것은 문언해석의 원칙에 어긋난다. 실체적 요건이 아니라 절차적 요건 일지라도 문언이 해석의 출발점이 되어야 한다.

51) 형사소송법 제11조(관련사건의 정의) 관련사건은 다음과 같다.

1. 1인이 범한 수죄
2. 수인이 공동으로 범한 죄
3. 수인이 동시에 동일장소에서 범한 죄
4. 범인은닉죄, 증거인멸죄, 위증죄, 허위감정통역죄 또는 장물에 관한 죄와 그 본범의 죄

② 본래범죄와의 직접적 관련성

본래범죄와의 직접적 관련성은 문언 그대로 단순한 관련성이 아니다. 본래범죄와 내적으로 관련된 범죄만이 직접적으로 관련된 범죄로서 관련범죄로 인정받을 수 있다. 예컨대 본래범죄 중에서 공직자범죄나 경찰공무원이 범한 죄의 경우 경찰공무원이나 공직자가 아닌 자가 이에 가담한 경우 그 비신분자의 범죄를 관련범죄로 볼 수 있다.

그 밖의 중요범죄나 경찰이 송치한 범죄의 경우에는 이른바 판례가 인정하는 포괄 일죄의 범주로 묶일 수 있는 범죄는 관련범죄로 볼 수 있다. 다시 말해 본래범죄와 관련범죄가 포괄일죄에 해당하는 경우이다. 본래범죄와 상상적 경합에 해당하는 범죄도 관련범죄에 해당한다고 본다. 본래범죄와 관련범죄가 일죄이거나 상상적 경합에 해당하면 직접적 관련성 내지 내적 관련성을 인정할 수 있다고 보기 때문이다.

(2) 관련범죄 해석의 지향점

가) 개정 형사소송법의 배경 내지 취지

개정 형사소송법은 검사의 경찰에 대한 수사지휘권을 폐지하고 검사와 경찰을 수사와 공소의 제기 및 유지에 관한 상호·협력관계로 규정하고, 경찰이 모든 범죄에 대해 1차적 수사권을 갖도록 한다. 검사의 직접 수사 개시 범위는 앞서 보았듯이 검찰청법에 규정된다. 이처럼 개정 형사소송법과 개정 검찰청법은 원칙적으로 경찰은 수사기관으로, 검찰은 소추기관으로 각각 설정하여 검사의 직접 수사권을 예외적으로 인정하고 있다.

따라서 개정 형사소송법의 배경 내지 취지를 개정 검찰청법 다목의 관련범죄의 해석의 지향점으로 삼아서 본래범죄와의 직접적 관련성을 극히 제한적으로 해석해야 한다. 그렇지 않으면 개정 형사소송법의 취지에 반할 우려가 있다.

나) 입법과정의 논의

지난 해 연말부터 올해 초 사이 공수처가 신설되고 형사소송법과 검찰청법이 개정되는 과정에서 여러 법안이 국회에 제출되었고, 국회의 심의과정에서도 법안의 수정이 있었다.

그런데 백혜련 의원이 대표발의한 검찰청법 일부개정법률안(의안번호: 2016500)은 검사가 직접 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 아래와 같이 규정하고 있다(제4조 제1항 제1호 단서).

- ① 대통령령으로 정하는 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄 등 중요범죄
- ② 경찰공무원이 직무와 관련하여 범한 범죄
- ③ 이들 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 형법의 위증·증거인멸·무고의 죄(제152조, 제154조부터 제156조까지).

또한 개정 검찰청법의 방향을 제시했던 2018년 검·경합의문은 검사의 직접 수사 대상 범죄를 아래와 같이 구체적으로 특정하여 제시하고 있다.

- ① 부패범죄: 뇌물, 알선수재, 배임수증재, 정치자금, 국고등손실, 수뢰 관련 부정처사, 직권남용, 범죄수익 은닉 등
- ② 경제범죄: 사기, 횡령, 배임, 조세 등(기업·경제비리 등)
- ③ 금융·증권범죄: 사기적 부정거래, 시세조정, 미공개정보이용 등, 인수합병비리, 파산·회생비리 등
- ④ 선거범죄: 공직선거, 공공단체등위탁선거, 각종 조합 선거 등
- ⑤ 기타범죄: 방산비리 관련, 사법방해 관련(군사기밀보호법, 위증, 증거인멸, 무고 등)

이러한 입법과정의 논의도 개정 검찰청법의 해석에 반영하면 관련범죄의 해석은 극히 제한적으로 이루어져야 한다.

(3) 관련범죄의 의미

관련범죄의 문언을 해석의 출발점으로 삼아서 개정 형사소송법의 취지 내지 배경 및 입법과정의 논의를 고려하면 아래 4가지가 관련범죄를 의미한다고 볼 수 있다. 첫째, 본래범죄 중에서 공직자범죄나 경찰공무원이 범한 죄의 경우 경찰공무원이나 공직자가 아닌 자가 이에 가담한 경우 그 비신분자의 범죄를 관련범죄로 볼 수 있다. 둘째, 본래범죄와 일죄이거나 상상적 경합에 해당하는 범죄도 관련범죄로 볼 수 있다. 셋째, 직접적 관련성 내지 내적 관련성을 조금 더 확장하면 본래범죄와 목적이나 수단의 관계에 있는 범죄를 관련범죄로 볼 수 있다. 넷째, 본래범죄와 관련된 형법의 위증·증거인멸·무고의 죄(제152조, 제154조~제156조)도 관련범죄로 볼 수 있다.

이런 점에서 검사수사범위규정이 관련범죄를 본래범죄와 합리적 관련성이 있는

범죄로서 형사소송법 제11조 각 호의 사건을 관련범죄로 규정한 것⁵²⁾은 옳지 않다. 1인이 범한 수죄를 관련사건으로 보면서도 그 수죄를 동종범죄로 한정하는 것은 형사소송법 제11조의 관련사건의 무제한성을 인정한 것이다. 동종범죄란 '본래범죄와 동일한 종류의 범죄'라는 의미인데, 이는 개정 형사소송법이 규정한 '본래범죄와 직접 관련된 범죄'라는 문언의 의미를 벗어난 것으로서 위임입법의 한계를 넘어선 것이다. 동종범죄와 관련범죄가 어떻게 동일한 개념이 될 수 있는가.

라. 개정 검찰청법이 규정한 수사 개시 범위를 확장한 수사준칙규정

검사의 수사 개시 대상 범죄가 아닐지라도 구속영장이나 압수·수색·검증영장이 발부된 때에는 이송하지 않는다는 규정을 수사준칙규정 제18조 제1항 제2호⁵³⁾에 둔 것은 개정 검찰청법이 규정한 수사 개시 범위를 확장한 것으로서 검사의 수사 개시 대상 범죄를 특정한 취지에 부합하지 않음은 물론 위임의 한계를 이탈한 것이다.

52) 검사수사범위규정안 제3조(직접 관련성이 있는 범죄) 법 제4조제1항제1호다목에 따른 "직접 관련성이 있는 범죄"란 같은 호 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄(이하 "해당 범죄"라 한다)와 합리적 관련성이 있는 범죄로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄를 말한다.

1. 「형사소송법」 제11조 각 호의 관련사건. 다만, 같은 조 제1호에 따른 1인이 범한 수죄는 다음 각 목의 죄로 한정하되, "직접 관련성이 있는 범죄" 중 "사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접관련성이 있는 범죄"에 대하여는 해당 범죄와 영장에 의해 확보한 증거물을 공통으로 하는 범죄를 포함한다.

가. 해당 범죄와 동종범죄

나. 범죄수익의 원인 또는 그 처분으로 인한 「형법」 제129조부터 제133조까지, 제355조 및 제356조의 죄

2. 「형사소송법」 제208조제2항에 따른 동일한 범죄

3. 「형법」 제19조에 따른 독립행위로서 경합하는 범죄

4. 해당 범죄에 대한 무고죄

53) 수사준칙규정안 제18조(검사의 사건 이송 등) ① 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 사건을 검찰청 이외의 수사기관에 이송해야 한다.

2. 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정」 제2조 각 호의 범죄에 해당하는 사건 수사 중 범죄 혐의가 「검찰청법」 제4조제1항제1호 각 목에 해당되지 않는다고 판단되는 때. 다만 구속영장이나 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실에 대하여 압수·수색·검증 영장이 발부된 경우는 제외한다.

2. 수사 개시 단계 상호견제 및 협력방안

가. 수사의 경합과 경찰의 수사 개시 통보의무의 수사준칙규정화 여부

(1) 수사의 경합 시 검사의 임의적 이송

검사의 직접 수사가 허용되는 위와 같은 범죄에 대해서는 검사와 경찰의 수사가 경합할 수 있다. 수사의 경합규정(제197조의4)은 이를 위한 것이고, 수사와 기소를 완전히 분리하여 검사를 공소의 제기 및 유지를 위한 2차적·보충적 수사기관으로 설정하지 않고 검사의 1차적 직접 수사 가능 대상범죄를 둘 때부터 예견된 것이었다.⁵⁴⁾ 검사와 경찰의 수사가 경합할 경우 원칙적으로 검사에게 우선권이 있고, 경찰이 영장을 신청한 경우에만 경찰이 수사를 계속할 수 있다.

그런데 이처럼 검사의 직접 수사가 허용되는 범죄일지라도 경찰이 이미 그 범죄에 관해 영장을 신청한 경우에는 계속 수사할 수 있다고 개정 형사소송법이 규정하고 있음에도 불구하고 수사준칙규정이 이런 경우 검사가 ‘이송할 수 있다’라고 임의적 이송으로 규정한 것⁵⁵⁾은 개정 형사소송법의 취지에 반한다.

(2) 수사개시 통보의무 수사준칙규정화 여부

경찰이 수사를 개시한 경우 이를 검사에게 통보하도록 의무화함으로써 수사의 경합규정이 실효성을 가질 수 있도록 할 필요가 있는 것은 아닌지 검토가 필요하다. 기존의 대통령령인 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’(대통령령 제28211호, 2017. 7. 26., 약칭하여 이 장에서 “기존수사준칙”이라고 한다.)에는 수사개시보고의무(제74조⁵⁶⁾)와 입견지휘에 따른 의무(제76조⁵⁷⁾)를

54) 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 경찰법연구(한국경찰법학회) 제16권 제2호, 2018. 12. 15면.

55) 수사준칙규정안 제18조(검사의 사건 이송 등) ② 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 사건을 검찰청 이외의 수사기관에 이송할 수 있다.

1. 법 제197조의4제2항 단서에 따라 사법경찰관이 범죄사실을 계속 수사할 수 있게 된 때
2. 그 밖에 다른 수사기관에서 수사하는 것이 적절하다고 판단되는 때

56) 기존수사준칙 제74조(수사 개시 보고) 사법경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 즉시 수사를 개시하고 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다.

1. 내란의 죄
2. 외환(外患)의 죄

규정했다. 이와 유사하게 경찰의 수사 개시 통보의무를 규정하면 수사 경합규정을 근거로 검사의 직접 수사 가능사건을 신속하게 송치받을 수 있다.

그러나 의무적 수사개시 통보규정을 두는 것은 검사와 경찰을 협력관계로 규정한 개정 형사소송법의 취지에 반하고, 기존의 수사지휘관계로 변질될 우려가 있으며, 경찰은 수사기관으로, 검찰은 기소기관으로 전념토록 하려는 개정 형사소송법의 방향에도 부합하지 않는다. ‘검사와 경찰은 수사 가능 대상이 아닌 범죄를 인지한 경우 서로 그 사실을 통보한다’는 형식의 수사준칙규정을 마련하는 것이 개정 형사소송법의 취지에 부합한다고 본다.

나. 고소·고발사건 접수 창구의 단일화

무분별한 입건 및 부당한 별건·표적 수사를 방지하기 위해서 현행 전건입건법제에서 선별입건법제로 전환하는 작업을 장기적으로 추진하면서 고소·고발 처리 절차를 개정 형사소송법의 취지에 맞게 수사준칙규정화할 필요가 있다. 검사의 직접 수사 개시 대상 범죄가 아닌 범죄에 대한 고소·고발 접수는 경찰로 단일화하고, 검찰이 이런 사건을 접수한 경우 ‘형제번호’ 부여 없이 ‘수사의뢰’로 경찰에 이첩하도록 하는 것이다. 2018년 검·경합의문도 검찰이 수사 관할이 아닌 사건을 접수하면 경찰에 이송한다는 규정을 두고 있다.⁵⁸⁾ 거꾸로 경찰에게 수사권이 없는 고소·고발범죄의

3. 국기(國旗)에 관한 죄
 4. 국교(國交)에 관한 죄
 5. 공안을 해하는 죄. 다만, 공무원자격의 사칭죄는 제외한다.
 6. 폭발물에 관한 죄
 7. 살인의 죄
 8. 13세 미만 아동 또는 장애인에 대한 성폭력범죄
 9. 「국가보안법」을 위반한 범죄
 10. 각종 선거법을 위반한 범죄
 11. 공무원에 관한 죄(국회의원 및 지방의회의원, 4급 또는 4급 상당 이상 공무원의 범죄 및 기관장인 5급 또는 5급 상당 이하 공무원의 직무와 관련된 범죄에 한한다.)
 12. 피해 규모, 광역성, 연쇄성, 수법 등에 비추어 사회의 이목을 끌만한 범죄
 13. 검찰총장 승인을 얻어 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 지정한 범죄
- 57) 기존수사준칙 제76조(중요 범죄의 입건) 사법경찰관은 대공(對共)·선거(정당 관련 범죄를 포함한다)·노동·집단행동·출입국·테러 및 이에 준하는 공안 관련 범죄에 대하여 수사를 개시한 때에는 검사에게 지휘를 건의하고 입건 여부에 대한 검사의 의견에 따라야 한다.
- 58) 2018년 검·경합의문 4. 나. ① 검사는 경찰, 공수처 검사 및 그 직원의 비리사건, 부패범죄, 경제·금융범죄, 공직자범죄, 선거범죄 등 특수사건(구체적 내용은 별지와 같다) 및 이들 사건과 관련된 인지사건(위증·무고 등)에 대하여는 경찰과 마찬가지로 직접적 수사권을 가진다. ② ①

사건 접수는 검찰로 단일화하고, 경찰이 이런 사건을 접수한 경우 검찰에 ‘수사의뢰’로 이첩하도록 하는 것이다.

수사준칙규정이 검사의 수사 개시 대상 범죄가 아닌 고소·고발·진정사건을 접수하면 이송해야 한다는 규정을 둔 것은 옳다.⁵⁹⁾

3. 수사진행 단계 상호견제 및 협력방안

가. 강제수사를 위한 영장에 관한 검·경 협력

(1) 경찰이 신청한 영장 청구 여부 결정을 위한 검사의 보완수사요구권 구체화

경찰이 신청한 영장을 판사에 청구할지 여부를 결정하기 위해서 필요한 경우 검사는 보완수사를 요구할 수 있다(제197조의2 제1항 제2호). ‘가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(약칭하여 가폭법)의 임시조치를 경찰이 검사에게 신청한 경우에도 검사가 보완수사를 요구할 수 있는지 논란이 될 수 있는데, 이는 위해방지를 위한 행정강제적 성격을 가진 것이므로 보완수사요구의 대상이 아니라고 본다.

경찰이 신청한 영장의 적법성 및 필요성과 관련하여 영장 발부의 어떤 요건과 사유가 충족되지 않는지 구체적으로 특정하여 요구할 필요가 있다. 영장의 필요성에 의문점이 있으면 그 점을 적시하여 요구할 필요가 있다. 과거 검사의 수사지휘는 송치 후 또는 영장청구과정에서 보완요청이 대부분이었다고 하는데,⁶⁰⁾ 그렇지 않으면 상호 협력이 아니라 일종의 길들이기 형식의 종전 수사지휘와 다르지 않게 되기 때문이다.⁶¹⁾ 또 그래야 경찰도 영장심의위원회에 이의신청을 할 때 영장불청구의 부당성을 구체적으로 적시할 수 있다.

이런 점에서 수사준칙규정에 경찰이 신청한 영장의 청구를 위한 보완수사의 내용과

항 기재 사건 이외의 사건에 관하여 검찰에 접수된 고소·고발·진정 사건은 사건번호를 부여하여 경찰에 이송한다.

59) 수사준칙규정안 제18조(검사의 사건 이송 등) ① 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 사건을 검찰청 이외의 수사기관에 이송해야 한다.

1. 「검찰청법」 제4조제1항제1호 각 목에 해당되지 않는 범죄에 관한 고소·고발·진정 등이 접수된 때

60) 정승환, “검·경 수사권 조정 합의안에 대한 평가”, 법조(법조협회) 2018. 10, 103면.

61) 최호진, “수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점”, 형사정책(한국형사정책학회) 제32권 제1호, 2020. 4, 74면.

범위를 구체화하여 요구하도록 규정할 필요가 있다.

(2) 영장심의위원회 의결의 효력에 관한 규정의 수사준칙화

경찰이 신청한 영장을 검사가 정당한 이유없이 판사에게 청구하지 않아서 경찰이 그 정당성 여부를 심의 신청한 사건을 처리하는 영장심의위원회의 의결의 효력을 수사준칙에 규정함으로써, 영장심의위원회가 의결기관인지, 자문기관인지⁶²⁾ 명확하게 할 필요가 있다.

나. 경찰이 긴급체포한 피의자에 대한 검사의 구속영장 청구 전 대면조사의 허용 여부

경찰 수사에 대한 검사의 수사지휘권이 인정되던 시기에 판례는 경찰이 검사에게 긴급체포한 피의자에 대한 긴급체포 승인 건의와 함께 구속영장을 신청한 경우, 검사는 긴급체포의 승인 및 구속영장의 청구가 피의자의 인권에 대한 부당한 침해를 초래하지 않도록 긴급체포의 적법성 여부를 심사하면서 수사서류 뿐만 아니라 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면조사할 수 있는 권한을 가지므로 검사가 구속영장 청구 전에 피의자를 대면조사하기 위하여 경찰에게 피의자를 검찰청으로 인치할 것을 명하는 것은 적법하고 타당한 수사지휘 활동에 해당하고, 경찰은 이를 준수할 의무를 부담하나, 다만 체포된 피의자의 구금 장소가 임의적으로 변경되는 점, 법원에 의한 영장실질심사 제도를 도입하고 있는 현행 형사소송법에서 체포된 피의자의 신속한 법관 대면권 보장이 지연될 우려가 있는 점 등을 고려하면, 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 긴급체포의 적법성을 의심할 만한 사유가 기록 기타 객관적 자료에 나타나고 피의자의 대면조사를 통해 그 여부의 판단이 가능할 것으로 보이는 예외적인 경우에 한하여 허용될 뿐, 긴급체포의 합당성이나 구속영장 청구에 필요한 사유를 보강하기 위한 목적으로 실시되어서는 안 되고, 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 강제수사가 아니므로 피의자는 검사의 출석 요구에 응할 의무가

62) 형사절차에서 시민이 참여하는 기구의 유형은 관료통제형(자문기구), 관료주도형(심의기구), 시민주도형(배심제), 시민통제형(시민에 의한 검사장 선출)으로 구별할 수 있다는 견해: 이성기, “검찰개혁에 관한 연구: 검찰지배에서 시민 통제 형사사법제도로”, 한국경찰연구(한국경찰연구학회) 제18권 제4호, 2019. 겨울, 100면.

없고, 피의자가 검사의 출석 요구에 동의한 때에 한하여 경찰은 피의자를 검찰청으로 호송해야 한다고 보았다.⁶³⁾

그러나 검사의 수사지휘권이 폐지되고 경찰과 검사의 관계가 상호협력관계로 변경되면서 경찰이 체포한 피의자에 대한 검사의 구속영장 청구 전 대면조사가 허용되는지, 허용된다면 검사가 경찰에게 인치명령을 할 수 있는지 여부가 논란이 될 수 있다. 경찰이 체포한 피의자에 대한 검사의 구속영장 청구 전 대면조사는 검사의 독점적 영장청구권의 관점에서 허용된다고 할지라도 경찰과 검사는 상호협력관계에 있으므로 인치명령을 할 수 없을 뿐만 아니라 체포된 피의자의 출석의무가 없다. 경찰의 사건송치 전 검사의 수사는 금지한다는 것이 개정 형사소송법의 취지이므로 검사가 직접 체포된 피의자가 있는 장소에 가서 긴급체포의 적법성과 구속영장의 필요성을 판단할 수 없다. 이런 경우에 개정 형사소송법 제197조의2에 근거해서 검사는 경찰에게 보완수사를 요구할 수 있다고 본다. 경찰이 신청한 영장의 청구 여부 결정을 위해 필요한 경우에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다.

다. 경찰이 체포·구속한 피의자 석방에 관한 검사의 개입 여부와 역할

경찰이 체포·구속한 피의자를 석방해야 하는 경우는 ① 체포 후 구속영장 미신청, ② 체포·구속의 취소와 집행정지, ③ 체포·구속적부심의 석방명령 3가지로 구별할 수 있는데, 체포·구속적부심의 석방명령은 법원의 통제에 따른 것이므로 여기에서 검토할 사항이 아니다. 따라서 앞의 두 가지에 관한 검사의 개입 여부와 역할에 관해 검토한다.

(1) 경찰의 피의자 체포 후 구속영장 미신청과 검사에게 서면 통지

경찰이 피의자를 영장체포한 후 구속영장 미신청시 피의자를 즉시 석방해야 한다(형사소송법 제200조의2 제5항). 그런데 체포영장을 발부받은 후 피의자를 체포하지 않거나 체포한 피의자를 석방한 때는 지체 없이 검사는 영장발부법원에 그 사유를 서면으로 통지해야 한다(형사소송법 제204조). 따라서 경찰이 피의자를 영장체포한 후 구속영장 미신청시 피의자를 즉시 석방하고 검사에게 서면 통지할 필요가 있다.

63) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도11999 판결.

경찰이 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장 미신청시 즉시 석방해야 하고(형사소송법 제200조의4 제2항), 즉시 검사에게 보고하여야 하는데(형사소송법 제200조의4 제6항), 이는 경찰과 검사를 상호협력관계로 설정한 개정 형사소송법의 취지에 반한다. 통지로 개정이 필요하다.

경찰이 현행법 체포한 피의자에 대한 구속영장 미신청시 즉시 석방해야 하는데(형사소송법 제213조의2에 따라 준용되는 제200조의2 제5항), 검사는 공소기관이고 예외적인 수사기관이므로 이 또한 검사에게 통지하도록 하는 것이 경찰과 검사를 상호협력관계로 설정한 취지에 부합한다.

수사준칙규정은 경찰이 현행법 체포 후 계속 구금할 필요가 없다고 인정하여 현행법을 석방하거나⁶⁴⁾ 체포한 피의자에 대해 구속영장을 신청하지 않아서 석방하는 경우 검사에게 석방사실을 통보해야 한다고 규정하면서도 긴급체포한 피의자에 대해 구속영장을 신청하지 않아서 석방하는 경우에는 보고해야 한다고 규정하고 있다.⁶⁵⁾ 이에 따라 경찰이 체포·구속한 피의자를 석방하려면 피의자 석방 건의서를 작성·제출하여 미리 검사의 지휘를 받아야 한다는 기존 수사준칙 제36조는 폐지되었다.

64) 수사준칙규정안 제28조(현행범인 조사 및 석방) ① 검사 또는 사법경찰관은 법 제212조 또는 제213조에 따라 현행범인을 체포하거나 체포된 현행범인을 인수했을 때에는 조사가 현저히 곤란하다고 인정되는 경우가 아니면 지체 없이 조사해야하고, 조사 결과 계속 구금할 필요가 없다고 인정할 때에는 즉시 석방해야 한다. ② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따라 현행범인을 석방하였을 때에는 석방 일시와 사유 등을 기재한 피의자 석방서를 작성해 사건기록에 편철해야 한다. 이 경우 사법경찰관은 석방 후 지체 없이 검사에게 석방 사실을 통보해야 한다.

65) 수사준칙규정안 제36조(피의자의 석방) ① 검사 또는 사법경찰관은 법 제200조의2제5항 또는 제200조의4제2항에 따라 구속영장을 청구하거나 신청하지 않고 체포 또는 긴급체포한 피의자를 석방하려는 때에는 다음 각 호의 구분에 따른 사항을 기재한 피의자 석방서를 작성해야 한다.

1. 체포한 피의자: 체포 일시·장소, 체포사유, 석방 일시·장소, 석방사유 등
2. 긴급체포한 피의자: 법 제200조의4제4항 각 호의 사항

② 제1항의 경우 사법경찰관은 피의자를 석방한 후 다음 각 호의 구분에 따라 처리한다.

1. 체포한 피의자: 지체 없이 검사에게 석방사실을 통보하고, 그 통보서 사본을 사건기록에 편철한다.
2. 긴급체포한 피의자: 법 제200조의4제6항에 따라 즉시 검사에게 석방사실을 보고하고, 그 보고서 사본을 사건기록에 편철한다.

(2) 경찰의 피의자 체포·구속의 취소 및 집행정지와 검사의 개입 불요

(가) 피의자 체포·구속의 취소

피고인 구속의 취소에 관한 제93조⁶⁶⁾는 피의자의 체포·구속에 대해 준용되고 있다(형사소송법 제209조에 따라 준용되는 제200조의6). 이에 따라 피의자 체포·구속의 사유가 없거나 소멸된 때에 지방법원 판사 외에 검사나 경찰도 직권으로 할 수 있는지, 지방법원 판사가 취소할 경우에도 청구권자에 검사 외에 경찰도 포함될 수 있는지 논란이 될 수 있다.

피의자 체포·구속의 취소는 신체의 자유의 회복이고 검사의 수사지휘권이 폐지되었으므로 신속한 회복을 위해서는 경찰도 직권으로 할 수 있고, 신청권자에 경찰도 포함시키는 것이 옳다고 본다. 이를 명확하게 하기 위해서는 제93조를 준용할 것이 아니라 별도의 규정을 두거나 수사준칙규정에 명문화할 필요가 있다.

(나) 피의자 체포·구속의 집행정지

피고인 구속의 집행정지에 관한 제101조 제1항과 제2항⁶⁷⁾을 피의자에 대해 준용하고 있다(제209조). 이 경우에도 피의자 구속의 집행정지를 지방법원판사 외에 검사나 경찰도 직권으로 할 수 있는지, 지방법원 판사가 구속된 피의자의 집행을 정지할 경우에도 청구권자에 검사 외에 경찰도 포함될 수 있는지 논란이 될 수 있다. 그런데 위와 같은 맥락에서 경찰도 직권으로 할 수 있고, 경찰도 청구권자에 포함시키는 것이 옳고, 이를 명확하게 하기 위해서는 이에 관한 별도의 규정을 두거나 수사준칙규정에 명문화할 필요가 있다.

피의자 영장체포의 경우에는 제101조 제1항을 준용한다는 명시적인 규정이 없다. 영장체포의 가능시간이 짧기 때문에 볼 수도 있다. 그런데 체포영장이 발부된 피의자가 국회의원인 경우 석방요구가 있으면 체포영장의 집행이 정지된다(제200조의6,

66) 형사소송법 제93조(구속의 취소) 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 법원은 직권 또는 검사, 피고인, 변호인과 제30조제2항에 규정한 자의 청구에 의하여 결정으로 구속을 취소하여야 한다.

67) 형사소송법 제101조(구속의 집행정지) ① 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 구속된 피고인을 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 피고인의 주거를 제한하여 구속의 집행을 정지할 수 있다. ② 전항의 결정을 함에는 검사의 의견을 물어야 한다. 단, 급속을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제101조 제4항). 제101조 제4항이 피의자 체포의 경우에 준용되기 때문이다. 그런데 제101조 제4항을 피의자 구속영장의 경우에 준용하는 규정은 없다. 피고인 구속영장의 집행정지규정(제101조)의 취지를 피의자 체포영장의 집행정지의 경우에도 살리자면, 피의자의 체포영장의 경우에도 집행정지가 허용되고, 피의자 구속영장의 경우에도 그 피의자가 국회의원인 경우 석방요구가 있으면 구속영장의 집행이 정지된다고 본다.

라. 경찰의 수사가 법령등을 위반한 경우 검사의 등본송부·시정조치·송치·징계요구권

경찰의 수사가 법령위반, 인권침해, 현저한 수사권 남용에 해당한다는 지적은 사건 관계인의 신고로 이루어지게 될 가능성이 높다. 경찰의 강압수사나 인권침해적 수사로 인해 불합리한 고통을 받는 피의자가 신고할 것이다. 압수·수색영장 신청을 지연하거나 피의자의 특징을 게을리 하는 등 경찰의 수사가 소극적인 경우는 피해자가 신고할 것이다.

그런데 이와 같은 수사로 인해 불만을 갖는 피의자나 피해자가 수사에 관해 이의를 제기하는 경우 현재 경찰청 내부에서 외부위원도 참여하는 수사이의심의위원회를 통해서 민원을 접수 받아 매월 약 50여건을 처리하고 있다. 따라서 앞으로 경찰의 수사가 법령등을 위반한 경우 사건관계인은 검찰과 경찰에 중복해서 수사에 관해 이의를 제기할 수 있으므로 검찰은 견제장치를 소극적으로 운용할 필요가 있다.

공소권 남용과 유사하다고 볼 수 있는 수사권 남용의 전형적인 사례는 검찰이 과거 해왔던 표적수사, 편파수사, 봐주기 수사라고 할 수 있는데,⁶⁸⁾ 내사라는 이름의 자의적인 선별수사가 경찰이 할 수 있는 수사권 남용의 대표적인 예가 아닐까 생각한다. 입건 이후 수사 진행 과정에서는 경찰에게 재량권이 없기 때문이다. 현저한 수사권 남용은 형법의 직권남용강요·권리행사방해죄(제123조)에 해당할 수 있다. 수사의 과실이나 오류를 넘어서서 수사권 남용의 경우에도 검사가 사건기록의 등본송부 및 시정조치를 요구하거나 사건을 송치받고, 해당 경찰에 대한 징계까지 요구할 수 있다

68) 박기석, 앞의 논문, 82면 이하.

록 한 것은 종전의 수사지휘관계로 회귀하는 장치가 될 수 있다. 검사는 수사권 남용의 ‘현저성’을 엄격하게 해석하여 판단할 필요가 있다.

4. 수사종결 단계 상호견제 및 협력방안

가. 불송치사건: 수사준칙규정화가 필요한 사항

(1) 불송치결정의 대상

개정 형사소송법 이전에 경찰이 사건을 송치하면서 제시하는 불기소의견의 유형은 기소유예, 기소중지, 혐의없음, 죄가안됨, 공소권 없음 5가지였다. 그런데 개정 형사소송법은 범죄혐의가 없는 사건만 불송치결정의 대상으로 하고 있으므로 개정 형사소송법이 적용되면 종전에 기소유예, 기소중지, 공소권없음의 불기소의견을 부쳤던 사건들은 모두 송치해야 한다고 본다. 이 점을 수사준칙규정에 명확히 하여 논란의 여지를 줄일 필요가 있다.

그런데 수사준칙규정은 수사중지(피의자중지, 참고인중지)는 법원송치, 검찰송치, 불송치 등과 구별되는 별도의 결정 형태로 규정하고, 불송치결정의 대상을 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음, 각하 4가지로 규정하고 있다.⁶⁹⁾

69) 수사준칙규정안 제51조(사법경찰관의 결정) ① 사법경찰관은 사건을 수사하게 된 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 결정을 해야 한다.

1. 법원송치
2. 검찰송치
3. 불송치
 - 가. 혐의없음
 - 1) 범죄인정안됨
 - 2) 증거불충분
 - 나. 죄가안됨
 - 다. 공소권없음
 - 라. 각하
4. 수사중지
 - 가. 피의자중지
 - 나. 참고인중지
5. 이송

(2) 검사의 재수사요청불이행시 송치요구권과 재수사 기간

경찰이 불송치결정한 사건의 기록을 검사가 90일 동안 검토하였는데, 경찰의 불송치결정이 위법 또는 부당하다고 판단하면 불송치사건에 대해서 검사가 재수사를 요청할 수 있고, 요청을 받은 경찰은 재수사를 해야 한다. 그런데 이런 요청에도 불구하고 경찰이 이에 따르지 않을 경우 검사가 사건의 송치를 요구할 수 있도록 할 필요가 있다.⁷⁰⁾ 경찰의 불송치결정의 통지를 받은 고소인 등 이해관계인이 이의신청을 하면 경찰은 지체 없이 사건을 검사에게 송치해야하는 것에 견줘보면 불합리하기 때문이다. 이때 재수사의 기간을, 예컨대 “30일로 하되 협의하여 정한다”라는 방식으로 수사준칙에 정할 필요가 있다.⁷¹⁾

그런데 경찰이 재수사결과를 통보한 사건에 대해 검사가 재수사요청을 하거나 송치요구를 할 수 없다고 수사준칙규정에 규정한 것은 옳으나 개정 형사소송법에 없는 송치요구권을 규정한 것⁷²⁾은 개정 형사소송법의 체계에 부합하지 않는다. 개정 형사소송법은 보완수사요구권, 재수사요구권, 송치요구권을 구별하고 있으므로 재수사불이행시 또는 재수사불충실시 송치요구권은 수사준칙규정이 아니라 개정 형사소송법에 규정되어야 한다.

(3) 이해관계인의 이의신청기간 규정 필요

경찰의 불송치결정의 통지를 받은 고소인 등 이해관계인은 이의신청을 할 수 있는데, 그 이의신청 기간을 수사준칙에 규정할 필요가 있다. 불송치결정한 사건을 경찰의 수사단계에서 장기간 불확정 상태로 두는 것은 옳지 않기 때문이다.

이런 점에서 수사준칙규정이 재수사요청 사실을 고소인등에게 통지해야 한다는 규정을 두면서도 이의신청기간을 두지 않은 것은 피의자를 법적 불안정성을 방치하는

70) 박준영, ‘검·경 수사권 조정의 의미와 향후 과제’, 국민을 위한 수사개혁방향 심포지엄 자료집, 2020. 7. 17, 103면.

71) 같은 생각: 김태명, “수사준칙의 제정 방안에 관한 연구”, 경찰법연구(한국경찰법학회) 제17권 제1호, 2019. 2, 29면.

72) 수사준칙규정안 제64조(재수사 결과의 처리) ② 검사는 사법경찰관이 제1항제2호에 따라 재수사결과를 통보한 사건에 대하여 다시 재수사요청을 하거나 송치요구를 할 수 없다. 다만, 사법경찰관의 재수사에도 불구하고 위법 또는 부당이 시정되지 않은 경우로서 관련 법리에 반하거나 명백히 채증법칙에 위반되는 경우 또는 공소시효나 소추요건 판단에 오류가 있는 경우에는 재수사결과를 통보받은 날로부터 30일 이내에 법 제197조의3에 따라 사건송치를 요구할 수 있다.

것이자 불송치결정의 의미를 상실시키는 것이다.

나. 수사중지·참고인중지·기소중지·기소유예에 대한 견제장치 필요

수사준칙규정은 ‘수사중지(피의자중지, 참고인중지)’를 경찰이 수사에 관해 내리는 결정의 한 형태로 보고, 경찰이 수사중지 결정을 한 경우 7일 이내에 사건기록을 검사에게 송부해야 한다고 규정하고 있다.⁷³⁾ 경찰이 수사가 복잡하거나 결정이 어려운 경제사건의 경우 피의자, 피해자, 참고인 등의 소재가 불분명하다는 이유로 부당하게 ‘수사중지’ 결정을 내릴 수 있으므로 이에 대한 견제장치를 마련한 것이다.

그런데 검사도 부당하게 ‘참고인중지’ 처분으로⁷⁴⁾ 수사를 중단하고 공소시효를 넘겨서 부당하게 사건을 종결하거나 ‘기소중지’나 ‘기소유예’를 남용할 수 있다. 이런 점에서 검사의 참고인중지나 기소중지 또는 기소유예에 대한 경찰이나 공수처 또는 법원의 견제장치가 필요하다.

73) 수사준칙규정안 제51조(사법경찰관의 결정) ④ 사법경찰관은 제1항제4호에 따라 수사중지 결정을 하는 경우 7일 이내에 사건기록을 검사에게 송부하여야 한다. 검사는 사건기록을 송부받은 날부터 30일 이내에 반환하여야 하며, 그 기간 내에 법 제197조의3에 따라 시정조치 요구를 할 수 있다.

74) 수사준칙규정안 제52조(검사의 결정) ① 검사는 사법경찰관으로부터 사건을 송치받거나 직접 수사하게 된 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 결정을 해야 한다.

1. 공소제기
2. 불기소
 - 가. 기소유예
 - 나. 혐의없음
 - 1) 범죄인정안됨
 - 2) 증거불충분
 - 다. 죄가안됨
 - 라. 공소권없음
 - 마. 각하
3. 기소중지
4. 참고인중지
5. 보완수사요구
6. 공소보류
7. 이송
8. 소년보호사건 송치
9. 가정보호사건 송치
10. 성매매보호사건 송치
11. 아동보호사건 송치

다. 수사유예의 신설 및 활성화

경찰 수사의 책임성을 강화하겠다는 것이 개정 형사소송법의 취지이므로 경찰이 사건을 송치할 때 부치는 기소의견 중 기소유예 의견을 활성화할 필요가 있다. 현재 경찰은 기소유예의견으로 사건을 송치하는 경우는 거의 없고, 이렇게 송치하면 검사가 송치를 받지 않는 경우도 있다고 한다. 그래서인지 수사준칙규정은 경찰이 수사에 관해 내리는 결정의 형태로 ‘수사유예’를 규정하고 있지 않다.

그러나 경찰의 책임수사를 강화하기 위해서는 ‘수사유예’ 결정을 수사준칙규정에 신설하고 수사중지처럼 이에 대한 견제장치를 마련할 필요가 있다.

라. 송치사건의 공소 제기 및 유지를 위해 필요한 경우 검사의 보완수사요구권

(1) ‘보완수사요구’를 검사의 종결처분으로 규정한 것은 옳지 않음

수사준칙규정은 ‘보완수사 요구’를 검사가 내리는 종결처분의 한 형태로 규정한 것은 옳지 않다. ‘보완수사’라는 말은 수사가 종결된 것이 아니라 계속 진행 중인 것을 의미하므로 이는 수사종결 후 검사가 내리는 처분이 될 수는 없기 때문이다.

형사소송법의 체계에도 부합하지 않는다. 형사소송법 제258조는 고소인 등에 대한 고지 대상이 되는 처분으로 공소제기, 불기소처분, 타관송치만을 규정하고 있다. 기소중지나 참고인중지도 넓게 보면 불기소처분이다.

(2) 보완수사요구의 대상: 경찰의 법정송치사건도 포함하는지

보완수사요구의 대상이 되는 송치사건은 경찰이 수사를 종료한 후 검찰송치결정에 따라 송치한 사건(이하 재량송치사건)만을 의미하는지 아니면 형사소송법의 규정에 따라 경찰로부터 송치된 사건(이하 법정송치사건)도 포함하는지 논란이 될 수 있다. 법정송치사건의 예로 ① 고소인 등이 경찰의 불송치결정에 납득할 수 없어 이의제기하여 검찰로 송치된 사건, ② 경찰의 시정조치요구불이행에 대해 검사가 정당한 이유가 없다고 요구하여 송치된 사건, ③ 경찰의 불법 체포·구속이 의심되어 검사가 요구하여 송치된 사건, ④ 경·검 수사경합으로 검사가 모두 수사하겠다고 요구하여 송치된 사건을 들 수 있다.

수사준칙규정은 보완수사의 대상으로 재량송치사건⁷⁵⁾과 법정송치사건⁷⁶⁾ 모두를 규정하고 있으나, 법정송치사건은 경찰이 판단하여 수사가 종결된 것이 아니라 경찰의 수사에 문제가 있어서 법률에 따라 수사가 중단된 것이므로 보완수사의 대상으로 삼는 것은 적절하지 않다고 본다. 개정 형사소송법이 경찰이 송치한 사건에 대한 검사의 보충적·2차적 수사를 허용하고 있는지 논란이 될 수 있으나 수사준칙규정은 제59조 제1항에서 “보완수사가 필요하다고 인정하는 경우에는 특별히 직접 보완수사를 할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 사법경찰관에게 보완수사를 요구하는 것을 원칙으로 한다.”라고 하여 검사의 보충적·2차적 수사를 인정하고 있다. 법정 송치사건은 검사가 직접 보완수사를 하는 것이 옳다고 본다.

(3) 보완사항의 특성과 검사의 구속영장연장신청 자제

검사는 송치사건에 대해 보완수사를 요구할 때 공소의 제기 및 유지와 관련하여 사실관계 확정 문제인지, 입증의 문제인지, 법령적용의 문제인지를 구별하여 보완이 필요한 사항을 특정하여 요구하는 것이 상호협력관계로 규정한 개정 형사소송법의 취지에 부합한다. 2017년에 경찰이 검찰에 송치한 사건(1,913,086) 중 보완수사지휘를 요청한 사건(156,773)은 약 8%이다.⁷⁷⁾

경찰이 구속수사하여 송치한 사건에 대해서는 검사는 구속영장의 연장신청을 자제하는 것이 검찰로 하여금 소추기관의 역할을 충실히 수행하도록 하려는 개정 형사소송법의 취지에 부합한다고 본다.

75) 수사준칙규정안 제59조(보완수사요구의 대상과 범위) ① 검사는 법 제245조의5제1호에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필요하다고 인정하는 경우에는 특별히 직접 보완수사를 할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 사법경찰관에게 보완수사를 요구하는 것을 원칙으로 한다.

76) 수사준칙규정안 제59조(보완수사요구의 대상과 범위) ② 검사는 법 제197조의2제1항제1호에 따라 사법경찰관에게 송치사건 및 관련사건(법 제11조에 따른 관련사건 및 제208조제2항에 따라 간주되는 동일한 범죄사실에 관한 사건을 말한다. 다만, 법 제11조제1호의 경우는 수사기록에 명백히 현출(現出)되어 있는 사건에 한정한다)에 대해 다음 각 호의 사항에 관한 보완수사를 요구할 수 있다.

1. 범인에 관한 사항
2. 증거 또는 범죄사실 소명에 관한 사항
3. 소송조건 또는 처벌조건에 관한 사항
4. 양형 자료에 관한 사항
5. 죄명 및 범죄사실의 구성에 관한 사항
6. 그 밖에 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 사항

77) 이경렬, “수사종결 권한의 경찰 부여와 경찰 권력에 대한 통제-검경 수사권 조정안들을 중심으로-”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제3호, 2018. 12, 85면.

제4절 | 향후 과제

1. 경찰 수사의 재량권 명문화로 책임성 강화와 전문성 향상

경찰 수사의 재량권 명문화로 경찰의 책임성을 강화할 필요가 있다. 경찰의 1차적 수사종결권 내지 불송치결정권의 대상은 “범죄혐의가 있다고 인정되지 않는 사건”에 한정된다. 범죄혐의가 있음에도 불구하고 기소유예할 수 있는 검사의 불기소처분권과 차이가 있다. 경찰의 불송치결정권과 검사의 불기소처분권 모두 책임성에 기초한 자율적 판단이라는 점에서 공통되지만 경찰의 불송치결정권은 검사의 불기소처분권에 견줘 재량 영역이 없다. 검사의 기소유예처분과 유사하게 범죄혐의가 인정되지만 처벌 내지 기소의 필요성이 극히 낮다고 판단하는 경우 불송치할 수 있도록 규정할 필요가 있다. 이 경우 피고소인 등 피의자의 불복절차 마련이 필요하다.⁷⁸⁾ 기소유예 형태의 불송치결정은 범죄혐의의 존재를 전제로 내리는 결정이므로 범죄혐의에서 벗어날 수 있는 기회를 주는 것이 옳기 때문이다. 헌법재판소도 검사의 기소유예처분을 받은 피의자의 헌법소원을 인정하고 있다.⁷⁹⁾ 그 피의자의 평등권과 행복추구권이 침해되었다는 것이다.

개정 검찰청법에 경찰의 직접 수사 개시 허용 범위가 매우 넓게 포괄적으로 설정된 숨겨진 이유는 이들 범죄에 대해서는 경찰 수사의 전문성이 취약하다는 것이다. 따라서 검사의 직접 수사 대상범죄에 대한 경찰수사의 전문성을 향상하여 검사의 직접 수사 대상범죄를 축소 내지 폐지의 토대를 마련할 필요가 있다. 이것이 개정 형사소송법의 취지에 부합한다. 경찰은 수사전문가이지만 검사나 판사에 버금가는 법률소양도 겸비해야 한다. 경찰에게도 신뢰를 주고 판사나 검사 수준의 공정성과 객관성을 기대하는 법체계로 변모해야 한다.

그런데 개정 검찰청법이 규정한 검사의 직접 수사 개시범위는 형사소송법에 옮겨서 규정할 필요가 있다. 누구에게서 어떠한 절차를 거쳐서 수사를 받는지는 수사를 하는

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

79) 헌법재판소 2010. 10. 28. 2008헌마629 결정.

사람이 아니라 수사를 받는 사람이 알아야 하고, 이를 규정한 기본법은 바로 형사소송법이기에 때문이다. 검사의 직접 수사 개시범위는 형사소송법에 규정하는 것이 옳다.

2. 분산된 수사권의 효율적 행사를 위한 협력기구 마련⁸⁰⁾

경찰, 검찰, 자치경찰, 공수처 등 수사조직의 신설과 재편 이후 여러 수사조직에 분산된 수사권이 경합되는 일들이 많아질 것으로 본다. 관련 법률이나 수사준칙규정으로 경합되는 수사권의 관계를 명확히 해야 하지만, 이는 한 번에 해결할 수는 없고, 실무를 해가면서 면밀하게 만들어가야 한다. 사실은 과잉범죄화 시대여서 어떤 행위에 대해 무슨 죄가 성립하는지 판단하는 것은 생각보다 쉽지 않고, 1인에 대해 다수의 범죄가 문제될 수 있으며, 또 하나의 범죄에 대해 다수인이 문제될 수 있기 때문이다.

오히려 여러 수사조직의 수사 범위를 명확히 설정하려는 노력보다는 수사조직 간 원활한 협조체계를 구축하려는 노력이 더욱 절실하고 중요할 것이다. 이런 점에서 수사권의 효율적 행사를 위해서 협력기구의 마련이 필요하다고 본다. 수사권의 효율적 행사는 이후에 이루어지는 공소의 제기와 유지 및 재판의 효율성을 위해서도 필요하고, 결국 형사처벌의 효율성을 좌우하기 때문이다.

3. 공수처에 완전한 기소권 부여

공수처법의 신설과 형사소송법과 검찰청법의 개정으로 검찰개혁이 완성된 것이 아니다. 검찰개혁이라고 평가하기 어렵다는 주장⁸¹⁾도 있다. 개정 검찰청법이 허용하는 검사의 직접 수사 개시 범위가 지나치게 넓어서 종전과 크게 달라진 것이 없다. 경찰은 검찰의 다양한 견제를 받으면서도 검찰을 견제할 수 있는 장치는 없다. 공수처의 조직과 인원 및 기능이 매우 취약하여 검찰을 견제하는 역할을 수행하는데 한계가 있다.

공수처의 등장으로 검사의 기속독점주의에 변화가 생겼다. 고위공직자범죄의 주체

80) 윤동호, “검찰개혁 이후 수사권 분산의 체계와 과제-특사경과 자치경찰을 중심으로-”, 형사정책(한국형사정책학회) 제31권 제3호, 2019. 10, 117면 이하 참조.

81) 양홍석, ‘검·경 수사권 조정의 의미와 향후 과제’, 국민을 위한 수사개혁방향 심포지엄 자료집, 2020. 7. 17, 71면.

가 사법권력자인 경우에는 공수처가 수사를 하고 공소의 제기 및 유지도 하기 때문이다. 그러나 그 밖의 고위공직자범죄에 대해서는 공수처는 수사권만 있는 경찰과 다르지 않다. 조직과 인원이 매우 소규모인 공수처는 고위공직자범죄 처벌의 효율성 면에서 매우 취약하다. 이런 점에서 공수처에 수사권이 있는 모든 범죄에 대해 공수처에 기소권을 부여할 필요가 있다.⁸²⁾

82) 윤동호, “공수처의 기능 강화와 검찰권 견제”, 비교형사법연구(한국비교형사법학회) 제22권 제3호, 2020. 10, 15면.

제 4 장

검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

대통령령으로 제정되는 일반적 수사준칙이 갖추어야 할 내용

김 태 명

제4장

대통령령으로 제정되는 일반적 수사준칙이 갖추어야 할 내용

제1절 | 서론

1. 형사소송법의 개정취지

지난 1. 13. 검찰과 경찰의 관계를 상호 협력·보완관계로 규정하고 수사절차에서의 경찰과 검찰의 대립을 조정하는 것을 주된 내용으로 형사소송법 개정안이 국회 본회의를 통과하고 2. 4. 공포되었다. 개정 형사소송법은 그와 같은 날 통과·공포되고 검찰의 직접수사의 범위를 제한하는 것을 주된 내용으로 하고 있는 검찰청법 개정안⁸³⁾ 그리고 올해 1. 14. 공포된 공수처법과 더불어 우리나라 형사사법절차에 커다란 변화를 가져올 것으로 예상된다.

개정 전 형사소송법에서 수사절차에 관한 부분(형사소송법 제2편 제1항을 말한다)의 첫머리를 장식하고 있었고 우리나라 수사구조를 단적으로 보여주고 있었던 현행 제195조는 검사와 사법경찰관의 관계 및 수사준칙에 관한 규정으로 개정되었다.⁸⁴⁾ 개정 전 형사소송법이 검사를 수사의 주재자로 규정하고(제195조) 사법경찰관은 검사

83) 개정 검찰청법은 검찰의 직접수사의 범위를 제한하는 것을 주된 내용으로 하고 있고, 구체적인 내용은 '검사의 수사개시 범죄범위에 관한 규정' 제정안에 규정되어 있다. 검찰의 직접수사의 제한에 관해서는 원혜옥, "개정 형사소송법상 '검찰의 직접수사권'에 대한 고찰", 인권과 정의(대한변호사협회) 제491호, 2020. 8. 8면 이하 및 황희석, '이른바 조국사태 이후 검찰개혁의 방향과 과제-직접수사의 제한을 중심으로-', 황운하 의원 주관 세미나 '검찰직접수사의 폐해와 개선방안' 자료집, 2020. 8. 12, 3면 이하 참조.

84) 개정 전 형사소송법 제195조는 "검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다"고 규정하고 있다. 개정 형사소송법제195조는 "① 검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다. ② 제1항에 따른 수사를 위하여 준수하여야 하는 일반적 수사준칙에 관한 사항은 대통령령으로 정한다."고 규정하고 있다.

의 지휘를 받아 수사를 개시한다고 규정하고 있는 반면(제196조), 개정 형사소송법은 검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다고 규정하고 있다(개정 형사소송법 제195조 제1항). 그리고 ‘개정 전 형사소송법’은 검찰과 경찰을 지휘복종관계로 규정하고 있는 반면, 개정 형사소송법은 그동안 경찰, 학계 그리고 사회단체 등에서 줄곧 주장해 왔던 이른바 상호 협력·보완관계로 규정한 것이다. 그리고 그동안 형사소송법은 수사와 재판 전반에 걸친 ‘형사절차’에 관한 법률이라기보다는 주로 ‘형사소송’에 관한 법률로서, 수사절차에 관해서는 그 내용이 현저하게 부족하다는 비판을 받아 왔는데,⁸⁵⁾ 개정 형사소송법은 수사를 위하여 준수하여야 하는 일반적 수사준칙에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있다(개정 형사소송법 제195조 제2항).

이외에도 개정 형사소송법은 검사의 사법경찰관에 대한 보완수사요구(제197조의2), 사법경찰관에 대한 시정조치요구(제197조의2), 수사 경합시 사법경찰관에 대한 사건송치 요구(제197조의3), 사법경찰관 영장신청 기각시 영장심의위원회에 대한 심의신청(제221조의5), 사법경찰관의 사건송치(제245조의5), 고소인 등에 대한 송부통지(제245조의6), 고소인 등의 이의신청(제245조의7), 재수사요청(제245조의8), 검찰청직원(제245조의9), 특별사법경찰관리(제245조의10) 그리고 검사작성 피의자신문조서 증거능력 제한(제312조 제1항 개정 및 제2항 삭제)과 같은 중요한 내용을 담고 있다.⁸⁶⁾

정부는 이번 개정 형사소송법의 개정이유를 “2018년 6월 2일 법무부장관과 행정안전부장관이 발표한 ‘검·경 수사권조정 합의문’의 취지에 따라 검찰과 경찰로 하여금 국민의 안전과 인권수호를 위하여 서로 협력하게 하고 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로 행사되도록 하려는 것”이라고 밝히고 있듯이, 이번 개정 형사소송법의 가장 중요한 사항은 검찰과 경찰의 관계를 상호 협력·보완관계로 규정한 것이라고 말할 수 있다.⁸⁷⁾

85) 이에 관한 자세한 내용은 김태명, “수사준칙의 제정 방안에 관한 연구”, 경찰법연구(한국경찰법학회) 제17권 제1호, 2019. 2, 3면 이하 참조.

86) 형사소송법의 개정과정과 내용에 대해서는 이창현, “검·경 수사권조정 관련 법률안에 대한 검토와 대안”, 형사소송 이론과 실무(한국형사소송법학회) 제11권 제2호, 2019. 12, 1면 이하 및 박찬걸, 앞의 논문, 29면 이하 참조.

87) 황문규, “검·경 수사권 조정에 관한 법안의 비교·검토”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제

그러나 개정 형사소송법은 검찰과 경찰의 관계를 상호 협력보완 관계로 규정하는 원칙조항만을 두고 있을 뿐 구체적으로 어떻게 협력하고 보완해야 하는지 그 방법에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 게다가 상호협력보완의 원칙과는 어울리지 않게 수사과정에서 경찰과 검찰이 대립하는 경우 그것을 조정하는 것과 관련된 규정이 대부분이다. 수사 경합 시 사법경찰관에 대한 사건송치 요구(제197조의3), 사법경찰관 영장신청 기각 시 영장심의위원회에 대한 심의신청(제221조의5), 사법경찰관의 사건송치(제245조의5), 재수사요청(제245조의8) 등 그동안 경찰과 검찰이 대립각을 세웠던 사항에 대해서는 장문의 규정을 두고 있는 반면, 특히 인권침해의 소지가 큰 수사절차에 있어서 피의자 등의 인권보호를 위한 규정을 보완하거나 신설하는 사례는 찾아보기 힘들다.

수사절차는 그 자체가 인권침해의 소지가 크므로 마땅히 법률인 형사소송법에 피의자, 변호인, 피해자 등 수사절차와 관련된 사람들의 인권을 보장하기 위한 구체적인 규정이 포함되어야 한다. 그러나 그간 우리나라의 형사소송법의 개정은 주로 검찰과 경찰의 이해관계 조정에 주안점을 두고 진행되었고, 수사절차에서의 피의자, 피해자, 참고인 기타 이해관계인의 권리를 명확히 하고 수사기관의 권한남용을 방지하기 위한 조치의 마련에는 비교적 소홀하였다.

이번 형사소송법의 개정도 크게 다르지 않다. 앞에서 지적하였듯이 개정 형사소송법상 수사절차에 관한 개정규정은 대부분 검찰과 경찰의 권한 및 갈등 조정에 할애되어 있다. 게다가 검찰과 경찰의 관계를 상호 협력·보완관계로 선언하기만 하고 있을 뿐 이를 실현하기 위한 구체적인 방안에 대해서는 함구하고 있다. 개정 형사소송법도 이 점을 의식하였는지 개정 형사소송법은 검찰과 경찰의 상호협력 및 수사상 준수해야 할 준칙에 관해서는 하위법령으로서 대통령령에 위임하고 있다(개정 형사소송법 제195조 제2항). 개정 형사소송법의 내용의 당부(當否)나 완결성은 차치하고서 수사법의 하위법령으로 대통령령이 중요해질 수밖에 없는 이유가 바로 여기에 있다.

3호, 2018. 12. 52면; 서보학, '검·경 수사권 조정에 관한 심포지엄_주제발표1_바람직한 수사구조개혁 추진 방안', 인권과 정의(대한변호사협회) 484호, 2019. 9. 94면.은 '내용적으로도 그 범위가 지나치게 포괄적이고 사기·횡령·배임 등 그 범위가 광범위한 경제범죄를 포함하고 있어 검사의 직접수사 범위를 제한하는 효과가 미미하다.'고 비판하고 있다.

2. 수사준칙규정안의 입법취지

정부는 지난 8월 7일 수사준칙규정안을 입법예고하면서, 그 제안이유를 “검사의 수사지휘를 폐지하고, 검사와 사법경찰관이 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하도록 하는 내용으로 형사소송법이 개정(법률 제16924호, 2020.2.4. 공포)됨에 따라 대통령 직속 ‘국민을 위한 수사권개혁 후속추진단’ 논의를 통해 결정된 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 구체적 사항을 규정함으로써, 수사과정에서 국민의 인권을 두텁게 보호하고, 수사절차의 투명성과 수사의 효율성을 높이려는 것”이라고 밝혔다.

수사준칙규정안은 검·경 간 상호협력을 위한 협의 절차 규정 신설, 수사과정에서의 인권보호 규정 신설, 검사와 사법경찰관의 수사 개시에 관한 절차규정 신설, 전자정보의 압수·수색·검증 절차에 관한 규정 신설, 사법경찰관의 위법·부당한 수사에 대한 검사의 시정조치요구 절차 규정 신설, 검사와 사법경찰관의 수사 경합 시 처리 절차규정 신설, 검사의 보완수사요구 절차규정 신설, 검사의 재수사요청 절차규정 신설 등을 주요내용으로 하고 있는데, 그 내용을 꼼꼼히 살펴보면 상당수가 형사소송법의 규정을 다시 쓰는 수준에 그치고 있고, 개정 형사소송법과 마찬가지로 검찰과 경찰이 대립하는 경우 이를 조정하는 것과 관련된 것이 대부분이다. 정작 수사절차상 국민의 인권과 관련된 것으로 형사소송법의 규정을 구체화하거나 보완하는 규정은 수사과정에서의 예단·선입견 금지, 별건 증거를 이용한 자백·진술 강요 금지 등을 규정(제3조)과 심야조사나 장시간 조사를 제한하고, 장시간 조사 시 조사받는 사람에게 충분한 휴식 기회를 보장하는 규정(제21조, 제22조, 제23조) 정도이다.

이러한 상황에서 정부가 발표한 수사준칙규정안이 과연 형사소송법의 개정취지에 부합하고 그리고 형사소송법상 수사법과 더불어 수사절차에 관한 기본법으로서 마땅히 갖추어야 할 내용을 구비하고 있는지를 점검하지 않으면 안 된다고 본다.

이하에서는 우선 현재 우리나라는 수사절차에 관하여 어떠한 체계와 내용의 법령을 갖추고 있는지를 살펴보고, 그 다음으로 해외 선진국의 입법례를 검토한 다음, 수사준칙규정의 내용과 문제점을 짚어보고 보완되어야 할 사항을 지적하고자 한다.

제2절 | 현행 수사관련 법령의 내용과 문제점

1. 현행 수사관련 법령의 체계와 내용

가. 헌법과 법률

헌법에는 형사절차 법정주의 내지 적법절차의 원칙(제12조 제1항), 고문금지와 불이익진술거부권(제12조 제2항), 영장주의(제12조 제3항, 제16조), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항), 체포·구속적부심사청구권(제12조 제6항), 자백배제법칙과 자백의 보강법칙(제12조 제7항), 일사부재리의 원칙(제13조 제1항), 신속한 공개재판을 받을 권리(제27조 제3항), 무죄추정(제27조 제4항), 형사보상청구권(제28조), 공개재판의 원칙(제109조), 군사법원(제110조)과 같이 형사절차에 관한 다수의 규정이 있으며, 이 규정들은 그 자체가 형사소송법의 법원이 된다.

헌법에 규정된 형사절차에 관한 규정은 대부분 기본권으로서의 위상을 가지고 있는 것들이며, 수사절차에 관한 포괄적·세부적 사항은 형사절차에 관한 기본법률이라고 할 수 있는 형사소송법에 규정되어 있다. 다만 앞에서 서술한 바와 같이 형사소송법은 그 대부분이 소송절차에 관한 것이고 수사절차에 관한 것은 일부에 불과하다.⁸⁸⁾

이외에도 법률의 형식으로 된 형사소송법의 법원으로는 법원조직법, ‘각급법원의 설치와 관할구역에 관한 법률’, 검찰청법, 변호사법, ‘사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률’(이하에서 “사법경찰직무법”이라고 한다.), 경찰관직무집행법, ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’, 소년법, ‘즉결심판에 관한 절차법’, 군사법원법, 조세범처벌절차법, 군사법원법, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 등이 있다. 경찰관직무집행법을 제외하면 대부분이 형사사법기관에 관한 법률이거나 특별절차에 관한 법률이다. 경찰관직무집행법조차도 경찰수사에 관한 규정이 아니라 범죄의 예방과 진압(제3조부터 제10조의4까지), 기록보관(제11조), 손실보상(제11조의2, 제11조의3)에 관한 규정이다.

88) 김태명, 앞의 논문, 6면.

나. 대통령령과 법무부령

(1) 수사지휘규정

지난 2011년 7월 우리나라는 형사소송법과 검찰청법을 개정하여 그간 수사의 보조자에 불과하던 경찰에 수사개시·진행권을 부여함으로써 검찰과 경찰의 관계의 재정립을 시도하였다. 검사의 수사지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정하도록 규정한 개정 형사소송법 제196조 제4항에 따라 경찰과 검찰은 수사지휘에 관한 하위법령의 제정에 착수하였고, 많은 논란 끝에 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’(이 장에서 “수사지휘규정”이라고 한다.)이 제정·시행되었다. 이에 대해서는 경찰에 수사개시권이 보장되었다는 점에서는 긍정적인 평가도 있었으나, 실제로는 검사의 수사지휘 관행을 법제화 하는데 그쳤다는 비판을 받고 있다.⁸⁹⁾

수사지휘규정이 수사의 준칙으로 기능하기에는 뚜렷한 한계가 있었다. 우선 수사지휘규정은 법령의 명칭대로 검찰의 경찰에 대한 수사지휘에 관한 내용이 주를 이루고 있고, 수사의 준칙에 관한 내용은 일부(제11조부터 제73조)에 불과하다.⁹⁰⁾ 수사지휘규정을 자세히 들여다보면 형사소송법의 내용을 그대로 반영하거나, 수사지휘에 필요한 내용이고 그나마 수사절차상 준수해야 할 내용을 규정한 조항은 모두 준수 의무의⁹¹⁾ 주체를 사법경찰관으로 정하고 있다. 보다 근본적으로 수사지휘규정은 경찰과 검찰이 지휘감독관계에 있음을 전제로 한 것으로 경찰과 검찰의 상호대응·협력관계를 전제로 한 합의문 또는 개정안에는 맞지 않다.⁹²⁾

(2) 검찰사건사무규칙과 인권보호수사규칙

이처럼 정작 기본법인 형사소송법에 규정된 수사절차에 규정이 빈약한 상황에서 실질적으로 수사절차에 관한 시행령의 역할을 한 것은 바로 법무부령이다. 현행 형사소송법에 따르면 수사의 주재자는 검사이고(형사소송법 제195조), 사법경찰관은 검사

89) 대표적인 글로는 황문규, “검·경 수사권 관련 대통령령에 대한 비판적 고찰” 형사정책연구 제23권 제1호, 2012. 3, 118면 이하 참조.

90) 김태명, 앞의 논문, 7면.

91) 김태명, 앞의 논문, 7면.

92) 김태명, 앞의 논문, 7면.

의 지휘를 받아 수사를 한다(형사소송법 제196조). 검찰의 조직과 권한에 관한 기본법이 바로 검찰청법인데, 검찰청법은 수사의 주재자인 검사가 검찰청의 직무에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 하고 있다.⁹³⁾ 이에 따라 법무부령으로 제정된 검찰사건사무규칙(법무부령 제937호)이 사실상 수사준칙의 역할을 하고 있다. 검찰사건사무규칙은 각급 검찰청의 사건의 수리·수사·처리 및 공판수행 등에 관한 사항을 정하고 있는데, 특히 수사절차에 관한 제2조부터 제56조의2는 검사에 대하여 적용되는 수사준칙이라고 말할 수 있다. 제2조부터 제56조까지의 조항을 열거하면 다음과 같다.

제2조(수리사유)
제3조(수리절차)
제3조2(전자적 처리사건 수리절차)
제3조3(수리전 점검)
제4조(사건수리의 전산입력 등)
제5조(사건기록의 처리)
제6조(피의자색인부)
제7조(수사기밀의 유지 등)
제8조(담당사건의 파악 등)
제9조(대표변호인의 지정 등)
제9조의2(변호인의 피의자신문 참여)
제9조의3(수사지휘 등)
제9조의4(사건 목록과 요지의 접수 및 처리)
제9조의5(관계서류와 증거물의 제출)
제10조(고소, 고발, 자수)
제11조(검시)
제12조(피의자 등의 출석요구)
제12조의2(피의자와 신뢰관계에 있는 자의 동석)
제12조의3(피해자와 신뢰관계에 있는 자의 동석)
제13조(조서와 진술서)
제13조의2(전자적 처리사건의 조서 등)
제13조의3(전자화대상문서의 보관·폐기 등)
제13조의4(전자적 처리사건으로 처리하지 않게 된 사건)
제13조의5(조사 전 의견청취)
제13조의6(진술거부권 등의 고지 확인)
제13조의7(수사과정의 기록)
제13조의8(영상녹화)
제13조의9(영상녹화물의 제작 등)
제13조의10(피의자 및 신문참여 변호인의 기록)
제14조(감정의 위촉)
제15조(수사관계사항의 조회)

93) 김태명, 앞의 논문, 7면.

제16조(임의제출 등)
 제17조(실황조사)
 제18조(수사의 촉탁)
 제19조(증거보전의 청구)
 제20조(체포와 범죄자실 등의 고지)
 제21조(체포영장의 청구)
 제22조(체포영장의 재청구)
 제23조(체포영장의 집행지휘)
 제24조(체포영장의 집행촉탁)
 제25조(체포영장의 반환)
 제26조(체포의 통지)
 제26조의2(체포·구속 적부심사의 통지)
 제27조(피의자접견등 금지의 결정)
 제28조(체포의 취소)
 제28조의2(피의자 석방건의에 대한 지휘)
 제29조(피의자의 석방통지)
 제30조(긴급체포)
 제31조(긴급체포의 유의사항)
 제31조의2(긴급체포 후 석방의 통지)
 제32조(현행범인체포)
 제33조(준용규정)
 제34조(체포·구속장소감찰)
 제35조(체포·구속영장등본의 교부)
 제36조(체포·구속의 적부심사)
 제37조(적부심 보증금의 몰수)
 제38조(적부심 보증금의 환부)
 제39조(영장전담검사의 지정 등)
 제40조(구속영장의 청구)
 제41조(긴급체포, 현행범인체포 후 구속영장의 청구)
 제42조(구속영장의 재청구)
 제43조(구속영장청구과 피의자신문)
 제44조(구속기간의 연장)
 제45조(접견금지 결정 등의 청구)
 제46조(감정유치장청구 등)
 제47조(검증현장 등으로의 호송)
 제48조(구속의 집행정비)
 제49조(피의자의 석방)
 제50조(준용규정)
 제51조(압수·수색 등 영장의 청구)
 제52조(압수조서의 작성)
 제53조(압수·수색증명서의 교부)
 제54조(검증조서의 작성)
 제55조(감정처분의 허가청구)
 제56조(증인신문의 청구)
 제56조의2(임시조치의 청구)

위에서 열거한 조문의 명칭에서 볼 수 있듯이 검찰사건사무규칙의 조항의 대부분은 형사소송법에 규정된 사항을 처리하는 절차나 관련 문서의 작성 등을 규정하고 있을 뿐 실질적으로 피의자, 변호인 기타 관계인의 권리·의무와 관련된 내용은 거의 없다. 이에 법무부는 2002.12.17. 수사과정에서 모든 사건관계인의 인권을 보호하고 적법절차를 확립하기 위하여 검사를 비롯한 수사업무 종사자가 지켜야 할 기본 준칙으로 ‘인권보호수사준칙’(법무부훈령 제474호)을 제정·시행하였다. 그리고 법무부는 2019.10.31. 법무부훈령인 인권보호수사준칙을 폐지하고 법무부령인 ‘인권보호수사규칙’(제961호)을 제정하여 시행하고 있다.

수사를 받은 피의자 또는 참고인의 입장에서 보면 검찰사건사무규칙보다 인권보호수사준칙이 더 큰 의미를 갖는다. 예를 들어 피의자신문과 관련하여 출석까지의 여유 기간 보장, 피의자면담을 이유로 한 변호인 참석 불허, 심야조사, 휴식, 메모, 수사준칙의 사전고지, 과도한 심리적 압박이나 인권·명예훼손 등은 피의자나 참고인에게 아주 중요한 사안이 되는데, 이러한 내용들이 인권보호수사규칙에 담겨있었다.

제1장 총칙
제1조(목적)
제2조(인권보호의 책무)
제3조(가혹행위 등의 금지)
제4조(차별의 금지)
제5조(공정한 수사)
제6조(수사의 비례성)
제7조(명예·사생활의 보호)
제8조(임의수사의 원칙)
제9조(수사지휘를 통한 인권보호)
제10조(수사업무 종사자의 의무)
제11조(인권교육의 실시)
제12조(적용범위)
제2장 수사절차에서의 인권보호
제1절 수사의 착수
제13조(내사·수사의 착수)
제14조(내사·수사의 종결)
제15조(부당한 수사방식 제한)
제16조(중요수사관련 보고)
제17조(출국금지 등의 억제)
제2절 체포·구속
제18조(체포·구속의 최소화)

제19조(체포의 남용금지)
제20조(불구속수사의 원칙)
제21조(구속영장의 재청구)
제22조(구속영장청구시 피의자 면담)
제23조(체포·구속시의 준수사항)
제24조(체포 등의 신속한 통지)
제25조(지명수배의 신속한 해제)
제26조(구속의 취소)
제27조(구속사건의 신속한 처리)
제28조(구치시설 확인)

제3절 압수·수색·검증 등
제29조(압수·수색영장 청구시의 유의사항)
제30조(압수·수색시의 준수사항)
제31조(정보저장매체 등의 압수·수색)
제32조(신체의 수색·검증)
제33조(변사체검시·부검)
제34조(금융계좌 추적)
제35조(통신제한조치 등의 최소화)
제36조(압수한 물건의 부당한 사용금지)

제4절 피의자신문
제37조(출석요구)
제38조(진술거부권 고지)
제39조(변호인 접견·교통보장)
제40조(피의자신문시 변호인의 참여)
제41조(가족 등의 참관)
제42조(피의자의 조사)
제43조(구속피의자 등의 조사)
제44조(장기간 조사 제한)
제45조(심야 조사 제한)
제46조(소년 조사에 대한 특칙)
제47조(휴식시간 부여 등)
제49조(자백의 증명력 판단시 유의사항)

제5절 범죄피해자 및 참고인 조사
제49조(범죄피해자의 진술권 보장)
제50조(피해자에 대한 정보제공)
제51조(2차피해 방지)
제52조(가족 등 신뢰관계에 있는 자의 동석)
제53조(전용조사실 이용 등)
제54조(피해자 등의 신변호보)
제55조(피해자의 권리고지와 유익한 정보제공)
제56조(성폭력 등 피해자의 보호)
제57조(피해자·참고인의 조사)

제6절 소년·장애인·외국인
제58조(소년)

제59조(구속의 억제)
제60조(장애인)
제61조(외국인에 대한 통역)
제62조(외국 영사관원과의 접견·통신)

제7절 사건의 처분 및 공판
제63조(사건의 결정)
제64조(고소·고발사건의 불기소처분)
제65조(고소·고발사건의 각하)
제66조(사건의 종국적·근원적 해결)
제67조(공판)
제68조(형사보상제도의 안내)

제4장 인권보호를 위한 제도
제69조(인권보호관의 지정·운영)
제70조(인권보호관의 직무)
제71조(인권보호담당관의 직무)
제72조(인권침해신고의 처리절차)
제73조(불이익금지)
제74조(인권보호제도의 안내)
제75조(인권에 관한 의견청취)

제5장 보칙
제76조(위반행위에 대한 보고)
제77조(교육)
제78조(시행세칙)

법무부훈령⁹⁴⁾에 불과하였던 인권보호수사준칙이 법무부령인 인권보호수사규칙으로 격상된 것은 그나마 다행이 아닐 수 없다. 그리고 내용면에서도 다소 진전이 있었다. 지난 2017.12.07. 법무·검찰개혁위원회가 인권보호수사준칙과 관련하여 법무부에 다음과 같은 사항을 권고하였는데,⁹⁵⁾ 검찰개혁위원회가 권고한 사항의 상당 부분이 반영되었기 때문이다.

94) 법무부훈령은 검찰청 내부의 사무처리지침에 불과하고 법규적 효력을 가지지 않는다. 헌법재판소는 검찰사건사무규칙의 규정은 검찰청 내부의 사무처리지침에 불과한 것일 뿐 법규적 효력을 가진 것이 아니라고 판시한 바 있다(헌법재판소 1991.7.8. 91헌마42 결정 참조).

95) 법무검찰개혁위원회 제5차 권고안, 2017.12.07. 참조.

1. 피의자에게 출석을 요구할 때, 준비시간을 가질 수 있도록 시간적 여유를 부여함을 원칙으로 한다.
 - 수사기관은 피의자에게 출석을 요구할 때 피의자의 일상생활상의 혼란을 줄이고 최소한의 방어권 행사를 위하여 시간적 여유를 부여함이 상당하다.
 - 원칙적으로 출석 예정일시까지 만 3일 이상의 여유기간을 부여함이 타당하며, 다만 긴급한 필요가 인정되는 경우에 한하여 예외를 둘 수 있는 것으로 한다.
 - 피의자가 변경하기 곤란한 다른 일정이 있거나 변호인과 상담하기 위하여 출석 일시의 변경을 요청할 경우 가급적 이를 존중해야 한다.
 - 피의자에게 출석을 요구할 때, 피의자에게 죄명 및 피의사실의 요지를 알려 주어 피의자의 불필요한 불안감을 줄이고 방어권을 보장할 수 있도록 해야 한다.
 - 피의자 등 사건관계인에 대한 불필요한 반복 출석을 억제하도록 하며, 단시일 내에 5회 이상 연속하여 출석을 요구한다면 반드시 인권보호관의 사전 허가를 받도록 한다.
4. 피의자 등 사건관계인을 조사함에 있어 원칙적으로 심야조사를 금지한다.
 - 심야조사는 피의자의 수면권과 휴식권을 침해하고, 방어권을 무력화 한다는 비판을 받아왔다.
 - 앞으로 원칙적으로 심야조사를 금지한다. 늦어도 당일 20시까지 조사를 마치도록 한다.
 - 예외적으로 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 조사시간을 연장할 수 있으나, 그 경우에도 당일 23시를 넘을 수 없다.
5. 피의자의 휴식권을 실질적으로 보장한다.
 - 피의자가 조사를 받음에 있어 휴식의 기회를 가지는 것은 수사기관의 배려가 아니라 피의자의 권리에 속하는 것이다.
 - 수사기관은 피의자를 조사함에 있어 적어도 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 보장하여야 한다.
6. 피의자의 메모를 권리로 보장한다.
 - 피의자 신문에서 피의자의 자기메모(노트)가 최소한의 방어권 행사를 위해 필요함에도, 현실에서는 이를 불허하고 있는 실정이다.
 - 변호인이 없는 장애인, 미성년자, 외국인 등 방어권이 취약한 관련자의 경우에는 자기메모가 더욱 필요할 수 있다.
 - 따라서 피의자가 자기를 방어하기 위하여 메모할 권리를 보장하여야 한다.
7. 피의자 등에게 인권보호수사준칙의 주요 내용을 사전에 고지하도록 한다.
 - 수사기관에 출석하여 조사에 임하는 피의자 등 사건관계인을 상대로, 조사를 시작하기 전에 휴식시간, 심야조사 금지, 메모 허용 등 인권보호수사준칙의 주요 내용을 고지하여야 한다.

출처: 법무부 보도자료, “법무·검찰개혁위원회 제5차 및 제6차 권고안 발표”, 2017년 12월 7일, 법무부 홈페이지(www.moj.go.kr)

법무부는 인권보호수사규칙을 제정하는 과정에서 법무·검찰개혁위원회의 권고를 수용하여 피의자신문과 관련된 규정(제37조부터 제48조까지)을 대폭적으로 손질하였는데, 그 중에서도 출석요구 시 유의사항(제37조), 피의자의 조사 시 준수사항(제42조), 구속피의자등의 조사사시 준수사항(제43조), 장시간 조사 제한(제44조), 심야조사 제한(제45조), 소년에 대한 특칙(제46조), 휴식시간 부여 등(제47조) 등의 내용은 주목할만하다.

그러나 이들 조항을 제외하고는 인권보호수사규칙의 조항의 상당수는 형사소송법에 있는 규정을 다시 반복하고 있고, 세부사항을 정하기 보다는 원칙을 선언하는 수준에 그치고 있다.

제23조(체포·구속 시의 준수사항) 피의자를 체포·구속하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

1. 체포·구속되는 피의자의 인적사항을 확인해야 한다.
2. 피의자에게 체포·구속하는 공무원의 소속과 성명, 피의사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 알려주고 변명할 기회를 주어야 한다.
3. 체포·구속되는 피의자가 자해하거나 다른 사람의 신체를 해칠 수 있는 흉기 등 위험한 물건을 가지고 있는지 확인해야 한다.
4. 체포·구속하는 과정에서 피의자 및 현장에 있는 가족 등 지인들의 인격과 명예를 침해하지 않도록 유의한다.

제29조(압수·수색영장 청구 시의 유의사항) ① 압수·수색·검증은 수사상 필요한 경우에 최소한의 범위에서 실시해야 한다.

- ② 검사는 압수·수색영장을 청구할 때에 압수·수색할 물건이나 장소를 구체적으로 특정해야 하고, 압수·수색의 필요성 및 해당 사건과의 관련성을 인정할 수 있는 자료를 기록에 첨부해야 한다.
- ③ 피의자가 아닌 자의 신체·물건·주거, 그 밖의 장소를 수색하기 위한 영장을 청구할 때에는 제2항의 자료 외에 압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 자료를 함께 기록에 첨부해야 한다.

입법기술상 하위법은 상위법에 규정된 내용을 다시 반복할 필요가 없거니와 하위법이 상위법의 내용을 다시 반복할 경우 뜻하지 아니한 충돌이 발생할 소지가 있다. 그리고 이른바 ‘원칙’은 상위법인 형사소송법에 규정되어야 할 사항이며, 하위법이 다시 원칙을 선언하는 것은 부적절하다. 그리고 상위법에 규정되어 있지 않는 사항을 하위법에서 규정함에 있어서는 우선 위임규정을 둔 다음 하위법에 이를 구체화하는 규정을 두는 것이 헌법에 부합하는 입법방식이다(헌법 제75조 및 제95조 참조).

제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

제95조 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.

제108조 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

헌법 제108조에 의해 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차 등을 제정할 수 있으며 이것이 바로 형사소송규칙이다. 아래에서 볼 수 있듯이 형사소송법은 증거서류에 대한 조사방식(제292조)과 증거물에 대한 조사방식(제292조의2)을 규정하고 전자정보에 대한 증거조사방식은 형사소송규칙에 정하도록 하고 있다.

형사소송법	제292조의3 (그 밖의 증거에 대한 조사방식) 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.
형사소송규칙	제134조의4(영상녹화물의 조사) 제134조의5(기억환기를 위한 영상녹화물의 조사) 제134조의7(컴퓨터용디스크 등에 기억된 문자정보 등에 대한 증거조사) 제134조의8(음성·영상자료 등에 대한 증거조사)

법무부령인 인권보호수사규칙은 그 내용은 차치하고서라도 상위법인 형사소송법이나 대통령령에 의해 구체적으로 범위를 정하여 위임받지 아니한 사항에 대하여 규정하는 것은 법령의 체계상 적절하지 않다고 본다.

(3) 범죄수사규칙

경찰도 범죄수사에 관한 준칙을 제정·시행하고 있는데, 그것이 바로 ‘범죄수사규칙’(경찰청훈령 제881호)이다. 범죄수사규칙은 1991년 경찰청 개정을 계기로 경찰청훈령으로 제정되어 2008년 대폭개정을 거쳤다.⁹⁶⁾ 일선 경찰관들은 범죄수사규칙에 의거하여 수사를 하고 있다고 해도 과언이 아니며 범죄수사규칙을 읽어보면 경찰의 전반적인 수사활동을 파악할 수 있다.⁹⁷⁾

경찰청의 범죄수사규칙은 검찰청의 검찰사건사무규칙이나 인권보호수사규칙과는 달리 수사의 기본원칙(제1조부터 제12조까지), 수사의 조직(제13조부터 제16조의2)까지, 특별사법경찰관리와의 관계(제17조부터 제21조까지), 수사서류(제22조부터 제27조까지), 내사(제28조), 피해신고(제29조, 제30조), 변사자의 검시(제31조부터 제38조까지), 범죄인지(제39조부터 제41조까지), 고소·고발·자수(제42조부터 제53조까지), 출석요구와 임의동행(제54조, 제54조의2), 피의자신문과 참고인조사(제56조부터 제72조까지), 영상녹화(제73조부터 제79조까지), 체포와 구속(제80조부터 제107조까지), 압수와 수색(제108조부터 제134조까지), 검증(제135조부터 제141조까지), 통신수

96) 경찰청의 범죄수사규칙의 내용과 한계에 관해서는 황문규·김형섭·이성기, 경찰 독자적 수사준칙에 관한 행정안전부령 제정방안에 대한 연구, 경찰청, 2012. 참조.

97) 이연수·신현덕, 범죄수사규칙, 범죄정보센터, 2005, 3면은 수사·형사업무를 담당하는 사법경찰관리인 경찰관에게 범죄수사업무를 수행함에 있어서 지켜야 할 수사경찰의 기본적 필요사항을 규정함으로써 구체적 업무처리에 있어서의 기준과 통일을 기하여 수사의 방법과 절차와 서식에 있어서 능률을 극대화하기 위해 제정된 규칙이라고 설명하고 있다.

사(제142조부터 제153조까지), 증거보전(제154조부터 제168조까지), 수배와 공조(제170조부터 제188조까지), 송치와 이송(제189조부터 제199조까지), 범죄피해자 보호(제200조부터 제206조의2까지), 소년사건에 관한 특칙(제207조부터 제216조까지), 성폭력사건에 관한 특칙(제128조부터 제223조까지), 가정폭력사건에 관한 특칙(제224조부터 제230조까지), 외국인범죄에 관한 특칙(제231조부터 제245조까지), 다중범죄에 관한 특칙(제246조부터 제252조까지), 아동보호사건에 관한 특칙(제253조부터 제261조까지), 마약류범죄 관련 보전절차(제262조, 제263조의2), 보석자 등의 관찰(제264조부터 제266조까지), 장부와 비치서류(제267조부터 제278조까지), 약식절차에서의 전자문서의 이용(제279조부터 제282조까지) 등 경찰수사의 거의 모든 분야에 걸치고 있고, 그 내용 또한 비교적 상세하다.

범죄수사규칙에는 제척·기피·회피(제8조부터 제8조의5), 언론발표시 주의사항(제12조), 수사지휘와 이의제기(제14조부터 제15조의6) 등 형사소송법이나 수사지휘규정에는 없는 내용이 다수 규정되어 있다. 그리고 인권보호수사규칙과 비교해 볼 때 그 내용도 비교적 자세하다.⁹⁸⁾

제56조의2(심야조사 금지) ① 경찰관은 원칙적으로 심야조사를 하여서는 아니 된다. 이 경우 심야라 함은 자정부터 오전 6시까지를 말한다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예외적으로 심야조사를 할 수 있다. 이 경우 심야조사의 사유를 조서에 명확히 기재하여야 한다.

1. 심야에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우
2. 사건의 성질상 심야조사를 하지 않으면 공범자의 검거 및 증거수집에 어려움이 있거나 타인의 신체, 재산에 급박한 위해가 발생할 우려가 있는 경우
3. 피의자를 체포한 후 48시간 이내에 구속영장을 신청하기 위해 불가피한 경우
4. 공소시효가 임박한 경우
5. 기타 사유로 피의자·피해자 등 조사 대상자 또는 그 변호인의 요청이 있는 경우

③ 전항 제5호의 경우에는 요청사유와 그 취지를 조서에 명확히 기재하여야 한다.

제56조의3(휴식시간 부여 등) ① 경찰관은 조사에 장시간이 소요되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 조사 도중에 최소한 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 주어 피의자가 피로를 회복할 수 있도록 노력하여야 한다.

② 피의자가 조사 도중에 휴식시간을 요청하는 때에는 조사에 소요된 시간, 피의자의 건강상태 등을 고려하여 적정하다고 판단될 경우 휴식시간을 부여하여야 한다.

③ 경찰관은 조사 중인 피의자의 건강상태에 이상 징후가 발견되면 의사의 진료를 받게 하거나 휴식을

98) 이처럼 범죄수사규칙이 상당히 인권친화적인 내용을 담게 된 것은 지난 2017.6.16.에 출범한 경찰개혁위원회의 권고안을 경찰이 수용한 데서 비롯된 것이다. 경찰개혁위원회의 권고와 그에 따른 법령의 개정과정에 대해서는 유주성, “경찰수사개혁의 성과와 과제”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제2호, 2018. 8, 87면 이하 참조.

취하게 하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다.

- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정은 피내사자, 피해자, 참고인 등 다른 사건관계인을 조사하는 경우에 준용한다.

그럼에도 불구하고 범죄수사규칙은 적지 않은 문제점을 내포하고 있다. 우선 검찰 청훈령인 인권보호수사준칙과 마찬가지로 범죄수사규칙은 경찰청 내부의 사무처리지침에 불과할 뿐 법규명령으로서의 효력을 갖고 있지 않다. 그리고 상위법인 형사소송법과 부합하지 않은 규정도 발견된다. 예를 들어 형사소송법은 수사의 권한을 가진 경찰공무원, 즉 사법경찰관을 ‘경무관, 총경, 경정, 경감, 경위’로 한정하고 있는데도 범죄수사규칙은 경찰청장과 지방경찰청장에게 수사지휘권을 부여하고 있다. 형사소송법상 치안총감, 치안정감 및 치안감은 사법경찰관이 아니므로 수사를 할 수 없음에도 불구하고 경찰청장과 지방경찰청장에게 수사지휘권을 부여하는 것은 상위법인 형사소송법에 반한다고 볼 수 있다.⁹⁹⁾ 또한 합의문은 “사법경찰직무에 종사하지 아니하는 경찰이 사법경찰직무에 개입·관여하지 못하도록 절차와 인사제도 등을 마련”하도록 하고 있는데, ‘사법경찰직무에 종사하지 아니하는 경찰’이란 결국 형사절차의 기본법인 형사소송법상 사법경찰관으로 분류된 경찰공무원만을 의미한다고 보아야 할 것이다.

2. 현행 수사 관련 법령의 문제점

이상에서 살펴 본 바와 같이 우리나라에서 수사절차를 포함한 형사절차의 기본법이라고 할 수 있는 형사소송법과 형사소송규칙은 대부분 소송절차에 관한 것으로 수사절차에 관한 실질적인 법원(法源)으로 기능하기에는 한계가 있다. 그리고 수사절차에 관한 하위법이라고 할 수 있는 수사지휘규정은 주로 수사지휘에 관한 것이거나 사법경찰관에게 적용되는 소수의 수사준칙만을 규정하고 있다. 이러한 상황에서 법무부와 경찰청에서 제정·시행하고 있는 인권보호수사규칙과 범죄수사규칙이 그나마 실질적으로 수사준칙의 기능을 수행하고 있다. 그러나 이러한 법령은 부령이나 훈령의 지위 밖에 갖고 있지 못할 뿐만 아니라 이들 법령들은 경찰과 검찰의 관계를 지휘복종관계로 전제하고 제정된 것으로 상호대등·협력관계를 전제로 한 개정 형사소송법의 입법

99) 이 점을 지적한 글로는 김성룡, 앞의 논문, 16-17면 참조.

취지를 구현하는 데에는 한계가 있을 수 밖에 없다.

개정 형사소송법의 입법취지를 구현하고 형사소송법상 수사절차에 관한 규정과 결합하여 수사절차에 관한 법령의 기본틀을 갖추기 위해서는 그 체계와 내용에서 새로운 패러다임을 갖추지 않으면 안 된다고 본다.

제3절 | 수사준칙규정안의 문제점과 개선방안

1. 수사준칙규정안의 제정과정과 개요

가. 수사준칙규정안의 제정과정

검사의 수사지휘를 폐지하고, 검사와 사법경찰관이 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하도록 하는 내용으로 형사소송법이 개정(법률 제16924호, 2020.2.4. 공포)됨에 따라 정부는 올해 2월 민정수석을 단장으로 하고 청와대비서관 및 법무부와 행정안전부 등 관계기관이 참여하는 대통령 직속 ‘국민을 위한 수사권개혁 후속추진단’(이하에서는 “수사권개혁추진단”이라고 한다)을 구성하고, 수사권개혁 추진단의 논의를 통해 결정된 사항을 토대로 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 구체적 사항을 규정한 수사준칙규정안을 마련하고, 지난 8월 7일 입법예고를 하였다. 40일의 입법예고기간 동안 공청회개최 등을 통하여 의견을 수렴한 뒤 법제처 심사 및 차관·국무회의 상정 등을 거쳐 9월 말 또는 10월 초에 시행할 예정이다. 그리고 개정 형사소송법과 수사준칙규정의 제정·시행을 앞두고 이를 구체화하는 각 기관의 부령도 함께 제정 또는 개정될 예정이다.

완전한 수사과 기소의 분리를 주장해 온 경찰로서는 개정 형사소송법에 대해서도 불만이 적지 않았지만, 최근 정부가 발표한 수사준칙규정안에 대해서는 경·검을 상호 협력 관계로 전환하고, ‘견제와 균형’의 원리가 작동하는 민주적 수사구조를 지향하고 있는 형사소송법의 개정취지를 제대로 살리지 못하고 있다고 비판하고 있다.¹⁰⁰⁾ 그

100) 한겨레신문, “경찰 ‘검찰 직접수사 축소 취지 퇴색’ 수사권 조정안 반발”, 2020년 8월 7일자.

중에서도 ‘검찰이 압수·수색·검증 영장이 발부된 경우에는 경찰에 사건을 이송하지 않고 계속 수사할 수 있다’고 명시한 제18조 제1항과 ‘법령의 해석 및 개정은 법무부장관이 행정안전부 장관과 협의해 결정한다’고 정한 제70조에 대한 반발이 거세다. 경찰은 개정 검찰청법이 검찰의 직접수사의 범위를 6대 범죄로 제한하고 있음에도 불구하고 영장청구권이 검찰에 독점되어 있는 상황에서 검찰이 마음만 먹으면 제18조 제1항을 근거로 모든 범죄를 수사할 수 있으며, 수사준칙규정안이 경찰과 검찰의 입장이 다른 쟁점 상당수를 구체적으로 규정하지 않아 실무 적용 과정에서 이견이 생길 수밖에 없는데, 제70조를 근거로 법무부가 단독으로 주관하면 일방적인 유권해석으로 자의적으로 개정할 수 있다고 비판하고 있다.¹⁰¹⁾

나. 수사준칙규정안의 개요

정부는 수사준칙규정안의 목적이 “「형사소송법」 제195조에 따라 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 사항을 규정함으로써 수사과정에서 국민의 인권을 보호하고, 수사절차의 투명성과 수사의 효율성을 보장”하는데 있다고 밝히고 있다. 그런데 정작 그 구체적인 내용을 보면 수사의 원칙에 관한 조항(제3조~제5조), 상호협력에 관한 조항(제6조~제9조), 수사에 관한 조항(제10조~제43조), 보칙(제66조~제71조)을 제외하고는 상당수가 경찰수사에 대한 검찰의 통제에 관한 조항(제44조~제65조)이다.

제1장 총칙
제1조(목적)
제2조(적용범위)
제3조(수사의 기본원칙)
제4조(불이익금지)
제5조(형사사건의 공개금지 등)

제2장 협력
제6조(상호협력의 원칙)
제7조(중요사건의 협력절차)
제8조(검사와 사법경찰관의 협의)
제9조(수사기관협의회)

101) 한겨레신문, 앞의 기사.

제3장 수사

제1절 통칙

제10조(임의수사 우선의 원칙과 강제수사 시 유의사항)

제11조(회피)

제12조(수사 진행상황의 통지)

제13조(변호인의 피의자신문 참여·조력)

제14조(변호인의 의견진술)

제15조(피해자 보호)

제2절 수사의 개시

제16조(수사의 개시)

제17조(변사자의 검시 등)

제18조(검사의 사건 이송 등)

제3절 임의수사

제19조(출석요구)

제20조(수사상 임의동행 시 고지)

제21조(심야조사 제한)

제22조(장시간 조사 제한)

제23조(휴식시간 부여)

제24조(신뢰관계자 동석)

제25조(자료·의견의 제출기회 보장)

제26조(수사과정의 기록)

제27조(긴급체포)

제4절 강제수사

제28조(현행범인 조사 및 석방)

제29조(구속영장의 청구·신청)

제30조(구속 전 피의자 신문)

제31조(체포·구속 영장의 재청구·재신청)

제32조(체포·구속 영장의 집행 시 권리고지)

제33조(체포·구속 등의 통지)

제34조(체포·구속 영장 등본의 교부)

제35조(체포·구속 영장의 반환)

제36조(피의자의 석방)

제37조(압수·수색·검증 영장의 청구·신청)

제38조(압수·수색·검증 영장의 제시)

제39조(압수·수색·검증 영장의 재청구·재신청 등)

제40조(압수조서와 압수목록)

제41조(전자정보의 압수·수색·검증 방법)

제42조(전자정보의 압수·수색·검증 시 유의사항)

제43조(검증조서)

제44조(영장심의위원회)

제5절 시정조치요구

제45조(시정조치 요구의 방법 및 절차 등)

제46조(징계요구의 방법 등)

제47조(구제신청 고지의 확인)

제6절 수사의 경합

제48조(동일한 범죄사실 여부의 판단 등)

제49조(수사경합에 따른 사건송치)

제50조(중복수사의 방지)

제4장 사건송치와 수사종결

제1절 통칙

제51조(사법경찰관의 결정)

제52조(검사의 결정)

제53조(수사 결과의 통지)

제54조(수사중지 결정에 대한 이의제기 등)

제55조(소해수사에 관한 협력 등)

제56조(사건기록의 등본)

제57조(송치사건 관련 자료 제공)

제2절 사건송치와 보완수사요구

제58조(사법경찰관의 사건송치)

제59조(보완수사요구의 대상과 범위)

제60조(보완수사요구의 방법과 절차)

제61조(직무배제 또는 징계요구의 방법과 절차)

제3절 사건불송치와 재수사요청

제62조(사법경찰관의 사건불송치)

제63조(재수사요청의 절차 등)

제64조(재수사 결과의 처리)

제65조(재수사 중의 이의신청)

제5장 보칙

제66조(재정신청 접수에 따른 절차)

제67조(형사사법정보시스템의 이용)

제68조(사건 통지 시 주의사항 등)

제69조(수사서류 열람·복사)

제70조(영의 해석 및 개정)

제71조(민감정보 및 고유식별정보 등의 처리)

2. 수사준칙규정안의 내용과 문제점

가. 수사의 원칙

수사준칙규정안은 제3조, 제4조 및 제5조에서 각각 수사의 기본원칙, 불이익금지 그리고 형사사건의 공개금지에 관한 규정을 두고 있다. 특히 제3조는 그 내용이 아주 자세하다. 앞에서 지적하였듯이 수사의 기본원칙은 수사절차에 관한 기본법인 형사소송법에 직접 규정하는 것이 바람직하다. 그리고 ‘원칙’은 문자 그대로 원칙일 따름이므로, 이를 자세하게 규정한다고 하여 특별한 의미를 갖는다고 보기도 어렵다. 게다가 형사사건 공개금지에 관한 제5조는 그 규정의 내용이 적절하지 못하다.

수사준칙 규정안	제5조(형사사건의 공개금지 등) ① 검사와 사법경찰관은 공소제기 전의 형사사건에 관하여는 그 내용을 공개해서는 안 된다. ② 검사와 사법경찰관은 수사의 전 과정에서 피의자와 사건관계인의 사생활의 비밀을 보호하고 그들의 명예나 신용이 훼손되지 않도록 노력해야 한다. ③ 제1항에도 불구하고 법무부장관, 경찰청장 또는 해양경찰청장은 무죄추정의 원칙과 국민의 알권리 등을 종합적으로 고려하여 형사사건 공개에 관한 준칙을 정할 수 있다.
성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법	제25조(피의자의 얼굴 등 공개) ① 검사와 사법경찰관은 성폭력범죄의 피의자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 증거가 있고, 국민의 알권리 보장, 피의자의 재범 방지 및 범죄예방 등 오로지 공공의 이익을 위하여 필요할 때에는 얼굴, 성명 및 나이 등 피의자의 신상에 관한 정보를 공개할 수 있다. 다만, 피의자가 「청소년 보호법」 제2조제1호의 청소년에 해당하는 경우에는 공개하지 아니한다. ② 제1항에 따라 공개를 할 때에는 피의자의 인권을 고려하여 신중하게 결정하고 이를 남용하여서는 아니 된다.
특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법	제8조의2(피의자의 얼굴 등 공개) ① 검사와 사법경찰관은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 특정강력범죄사건의 피의자의 얼굴, 성명 및 나이 등 신상에 관한 정보를 공개할 수 있다. 1. 범행수단이 잔인하고 중대한 피해가 발생한 특정강력범죄사건일 것 2. 피의자가 그 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 증거가 있을 것 3. 국민의 알권리 보장, 피의자의 재범방지 및 범죄예방 등 오로지 공공의 이익을 위하여 필요할 것 4. 피의자가 「청소년 보호법」 제2조 제1호의 청소년에 해당하지 아니할 것 ② 제1항에 따라 공개를 할 때에는 피의자의 인권을 고려하여 신중하게 결정하고 이를 남용하여서는 아니 된다.

위에서 볼 수 있듯이 수사준칙규정안 제5조 제1항은 형사사건의 공개금지 원칙을 선언하고 있고, 제2항은 수사과정에서의 사생활의 비밀·명예·신용의 보호를 규정하고 있다. 제5조 제2항은 형사소송법 제198조 제2항과 크게 다르지 않다. 그리고 제2항은 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제25조와 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한

특례법' 제8조의2가 공개대상범죄(성폭력범죄, 특정강력범죄), 공개되는 신상정보 등을 비교적 상세하게 규정하고 있음에 반하여, 수사준칙규정안은 형사사건 공개의 대상범죄, 공개내용, 공개절차와 방법 등을 사실상 법무부장관, 경찰청장 또는 해양경찰청장에게 일임하고 있다. 이는 구체적으로 범위를 정하여 위임을 하도록 한 헌법 제75조 및 제95조에 반할 소지가 있다.

나. 검찰과 경찰의 협력

수사준칙규정안은 검찰과 경찰의 상호협력에 관하여 상호협력의 원칙(제6조), 중요 사건 협력절차(제7조), 검사와 사법경찰관의 협의(제8조) 그리고 수사기관협의회의(제9조)를 규정하고 있다. 그러나 그 내용이 추상적이고 실효성을 담보할만한 구체성이 없다. 특히 다른 선진국의 입법례에서 볼 수 있듯이 수사절차에서는 검찰과 경찰의 협력 그리고 서로 대립할 경우 그 조정을 담당하는 협의체의 구성과 활동이 중요한데, 수사준칙규정안은 “검사와 사법경찰관은…필요한 경우 상호 협의할 수 있고, 일정한 경우에는 상대방이 협의를 요청하면 그 요청에 응해야 한다.”고 규정하고 있을 뿐 구체적인 협의의 절차나 방법은 규정하고 있지 않다. 수사기관협의회도 반기마다 정기적으로 개최하는 협의체일 뿐 구체적인 사건에서 경찰과 검찰이 신속하고 효과적으로 협의할 수 있는 기구로 보기는 힘들다.

다. 수사절차에 관한 규정

한편 숫자로는 수사에 관한 조항은 부칙을 제외한 전체 71개 조항 중에서 31개 조항으로 수치로는 적지 않다. 그러나 그 내용은 대부분 형사소송법에 규정되어 있는 것이거나 형사소송법 규정을 조금 더 구체화한 것이다. 아래에서 볼 수 있듯이 제10조는 형사소송법 제198조(준수사항) 제1항과 제2항 그리고 제199조(수사와 필요한 조사) 제1항에 규정된 내용을 다시 반복하고 있다.

수사준칙 규정안	제10조(임의수사 우선의 원칙과 강제수사 시 유의사항) ① 검사와 사법경찰관은 수사를 할 때 상대방의 자유로운 의사에 따른 임의수사를 원칙으로 해야 하고, 강제수사는 법률이 정한 바에 따라 필요한 경우에만 최소한의 범위에서 하되 대상자의 권의 침해의 정도가 더 적은 절차와 방법을 선택해야 한다. ② 검사와 사법경찰관은 피의자를 체포·구속하는 과정에서 피의자 및 현장에 있는 가족 등 지인들의 인격과 명예를 침해하지 않도록 유의해야 한다. ③ 검사와 사법경찰관은 압수·수색하는 과정에서 사생활의 비밀, 주거의 평온을 최대한 보장하고, 피의자 및 현장에 있는 가족 등 지인들의 인격과 명예를 침해하지 않도록 유의해야 한다.
형사 소송법	제198조(준수사항) ① 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다. ② 검사·사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사과정에서 취득한 비밀을 엄수하며 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다. 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한의 범위 안에서만 하여야 한다.

형사소송법에서 한 걸음 더 나아간 것은 수사기관의 회피(제11조), 사건관계인에 대한 수사진행상황 통보(제12조), 피해자보호(제15조), 출석요구시 유의사항 준수(제19조), 수사상 임의동행 시 고지(제20조), 심야조사의 제한(제21조), 장기간 조사 제한(제22조), 휴식시간 부여(제23조), 자료·의견제출(제25조), 체포·구속 영장 등본의 교부(제34조), 전자정보의 압수·수색·검증의 절차(제41조, 제42조) 등에 불과하다.

그리고 개정 형사소송법은 아래와 같이 검사가 사법경찰관이 신청한 영장을 정당한 이유 없이 판사에게 청구하지 아니한 경우 사법경찰관은 고등검찰청에 영장 청구 여부에 대한 심의를 신청할 수 있는 규정(제221조의5)을 마련하였는데, 개정 형사소송법은 심의위원회의 구성 및 운영 등 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 하고 정작 시행령인 수사준칙규정안에는 특별한 내용이 없다. 사법경찰관의 영장신청에 대한 검사의 부당한 기각결정은 특히 검찰과 경찰이 대립을 거듭해 온 쟁점인데, 이러한 중요한 사항을 법무부령으로 정하는 것 자체가 상호 협력을 지향하는 개정 형사소송법의 취지에 비추어 바람직하지 않을 뿐만 아니라, 결국 대통령령인 수사준칙의 형해화로 이어지고 있다.

형사 소송법	제221조의5(사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부에 대한 심의) ① 검사가 사법경찰관이 신청한 영장을 정당한 이유 없이 판사에게 청구하지 아니한 경우 사법경찰관은 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등검찰청에 영장 청구 여부에 대한 심의를 신청할 수 있다. ② 제1항에 관한 사항을 심의하기 위하여 각 고등검찰청에 영장심의위원회(이하 이 조에서 "심의위원회"라 한다)를 둔다. ③ 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 10명 이내의 외부 위원으로 구성하고, 위원은 각 고등검찰청 검사장이 위촉한다. ④ 사법경찰관은 심의위원회에 출석하여 의견을 개진할 수 있다. ⑤ 심의위원회의 구성 및 운영 등 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.
수사준칙 규정안	제44조(영장심의위원회) 법 제221조의5에 따른 영장심의위원회의 위원은 해당 업무에 전문성을 가진 중립적 외부인사 중에서 위촉해야 하고, 위원회의 운영은 독립성·객관성·공정성이 유지되어야 한다.

수사준칙규정안이 이름과는 달리 정작 수사절차에 관한 규정이 부실한데 반하여, 경찰수사에 대한 검찰의 통제에 관한 규정은 그 수치나 내용면에서 압도적으로 많다. 이미 개정 형사소송법은 검사의 사법경찰관에 대한 보완수사요구(제197조의2), 사법경찰관에 대한 시정조치요구(제197조의2), 수사 경합시 사법경찰관에 대한 사건송치요구(제197조의3), 사법경찰관 영장신청 기각시 영장심의위원회에 대한 심의신청(제221조의5), 사법경찰관의 사건송치(제245조의5), 고소인 등에 대한 송부통지(제245조의6), 고소인 등의 이의신청(제245조의7), 재수사요청(제245조의8) 등 다수의 조항에서 경찰수사에 대한 검찰의 사후적 통제장치를 규정하고 있는데, 수사준칙규정안은 여기서 한걸음 더 나아가 개정 형사소송법의 규정을 더 구체화하고 있다.

경찰에게 독자적인 수사권을 부여할 경우 여러 가지 폐해가 우려된다는 사실은 부정하기 어렵다. 그러나 이 문제는 검찰과 경찰의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 사항을 정함으로써 해결해야지, 개정 형사소송법과 수사준칙규정안과 같이 경찰수사에 대한 검찰의 각종 사후적 통제장치를 마련함으로써 해결하려고 하는 것은 개정 형사소송법이 궁극적으로 지향해야 할 방향과는 거리가 있다고 보인다.

3. 수사준칙규정안의 개선방안

가. 검찰과 경찰의 상호협력에 관한 규정의 보완

앞에서 지적하였듯이 수사준칙규정안은 검찰과 경찰의 상호협력에 관한 몇 개의

규정을 두고 있으나 그 내용이 추상적이고 구체성이 결여되어 있다. 앞에서 서술한 바와 같이 영국은 형사절차의 지연문제를 해결하기 위하여 검사가 경찰서에 상주하면서 기소 전에 조언을 하는 기구로 경찰행정지원단(Administrative Support Units)을 두고 있고, 국가기소청 내에 검찰기능과 경찰의 행정지원기능(ASU)을 통합하여 국가기소청 내에 형사사법지원단(Criminal Justice Units)을 설치·운영하고 있다.

그리고 미국은 법무부장관 가이드라인(AGG-DOM)과 FBI국장 가이드라인(DIOG)에서 FBI와 (정보)경찰 간의 수사공조와 정보공유에 관하여 자세한 규정을 두고 있다.¹⁰²⁾ 아래는 법무부장관 가이드라인(AGG-DOM)의 목차이다.

서문
A. FBI의 책무 -연방범죄, 미국의 안전에 대한 위협, 해외정보
B. 정보기관으로서의 FBI
C. 감시
제1장 일반적 권한과 원칙
A. 적용범위
B. 일반적 권한
C. 권한과 수단의 사용
D. 가이드라인의 성격과 적용
제2장 수사와 정보수집
A. 평가
B. 조사
C. 기획수사
제3장 다른 기관에 대한 협조
A. 정보협의체
B. 연방정보기관
C. 주, 지방 및 지역정보기관
D. 해외 정보기관
E. 적용기준 및 절차
제4장 정보분석과 계획
A. 전략적 정보분석
B. 정보보고와 평가
C. 정보체계
제5장 허용되는 수단
A. 개별적 수단
B. 특별한 요건
C. 기타의 위법한 활동
제6장 정보의 보관과 공유
A. 정보의 보관

102) 이에 관해서는 윤해성, “FBI 국내 수사 및 활동 가이드(Domestic Investigations and Operations Guide) 분석을 통한 시사점 제시”, 한국테러학회보(한국테러학회) 제10권 제2호, 2017. 6, 76면 이하 참조.

B. 정보공유
 C. 형사사건과 관련된 정보
 D. 국가안보에 관한 정보 및 해외정보
 제7장 용어정의

일본의 범죄수사규범도 검찰과의 관계(제45조~제49조)와 특별사법경찰직원과의 관계(제50조~제54조)에 관하여 10여개의 조항을 두고 있다.

제45조(수사에 관한 협력) ① 경찰관은 수사에 관하여 검찰관과 상호 협력하여야 한다.
 ② 경찰본부장 또는 경찰서장은 수사하는 사건에 관하여 공소의 실행을 위해 사전에 연락해 둘 필요가 있다고 인정되는 때에는 신속하게 범죄사실의 개요 그 밖의 참고가 될 만한 사항을 검찰관에게 연락하여야 한다.

제46조(일반적 지시) 경찰관은 사법경찰직원수사서류기본서식례 그 밖에 형사소송법 제193조 제1항의 규정에 근거하여 검찰관으로부터의 일반적 지시가 있을 때에는 그 지시에 따라 수사하여야 한다.

제47조(수사조정의 신청) ① 경찰관은 다른 사법경찰직원과의 사이에 수사조정에 관하여 형사소송법 제193조 제2항의 규정에 따라 검찰관의 일반적 지휘가 필요하다고 인정될 특별한 사정이 있는 경우에는 신속하게 절차에 따라 경찰본부장에게 보고하여야 한다.
 ② 경찰본부장은 전항의 경우 필요하다고 인정될 때에는 신속히 그 취지를 검찰관에게 신청해야 한다.

제48조(일반적 지휘) 형사소송법 제193조 제2항의 규정에 근거하여 검찰관으로부터 일반적 지휘가 있을 때에는 경찰관은 그 지휘에 따라 수사를 하여야 한다.

제49조(보조를 위한 지휘) 형사소송법 제193조 제3항의 규정에 의해 검찰관이 직접 수사하는 범죄에 관하여 보조하도록 요구받았을 때에는 경찰관은 신속히 그 요구에 따라 필요한 수사를 행하고 그 결과를 보고하여야 한다.

정부의 수사준칙규정안은 ‘검찰과 경찰의 상시적·포괄적·즉시적인 협력을 통한 수사’가 아니라 ‘경찰의 수사에 대한 검찰의 통제’라는 사고에 기초해 있는 것으로 보인다. 수사절차에서의 검찰과 경찰의 상호협력과 보완이라는 개정 형사소송법의 입법취지를 충실히 구현하기 위해서는 기본적 사고의 전환이 요구된다. 검찰과 경찰이 상호협력을 원칙으로 수사를 진행하고 있는 외국의 입법례를 참고하여,¹⁰³⁾ 우리나라의 실정에 맞는 구체적인 협력방안을 마련하여야 할 것이다.

103) 특히 영국과 미국에서의 검찰과 경찰의 협력 방안 및 우리나라에 대한 시사점에 관해서는 김태명, “수사 및 소추절차에서의 경찰의 역할과 검찰과의 협력-영국과 미국의 사례를 중심으로-”, 법학연구(전북대학교 법학연구소) 제62집, 2020. 5, 219면 이하 참조.

나. 일반적 수사준칙에 관한 규정의 보완

미국, 영국, 독일, 일본 등 선진국의 입법례에서는 수사절차에 관한 법령을 읽어보면 수사가 어떻게 전개되고 수사절차와 관계된 사람이 어떤 의무와 권리가 있는지를 한눈에 알 수 있을 만큼 그 내용이 치밀하게 구성되어 있는데 반해, 우리나라의 형사소송법상 수사절차에 관한 규정은 구체성이 부족하다. 예를 들어 우리나라에서는 형사소송법이 개정될 때마다 주로 대인적 강제수사, 즉 체포와 구속에 관하여 많은 논란이 있었고 그 때문에 체포·구속과 관련해서는 여러 차례의 개정이 있으나, 대물적 강제수사, 즉 압수·수색·검증과 관련해서는 수사기관의 영장에 의한 압수·수색·검증(제215조), 전자정보에 대한 압수·수색(제106조 제3항·제4항) 등 몇 가지를 제외하고는 그다지 큰 변화가 없었다.¹⁰⁴⁾

우리나라는 형사절차에 관한 기본법인 형사소송법의 대부분의 조항은 재판절차에 관한 것으로 수사절차에 관한 규정은 빈약한 상황인데, 형사소송법의 시행령 격인 수사준칙규정안마저도 수사절차에 관한 내용이 빈약하다. 정부가 발표한 수사준칙규정안에는 수사절차에 관한 규정이 적은데다, 그 상당수의 내용이 형사소송법 규정과 큰 차이가 없다.

형사소송법	수사준칙규정안
제106조(압수) ③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터 용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다. ④ 법원은 제3항에 따라 정보를 제공받은 경우	제41조(전자정보의 압수·수색·검증 방법) ① 검사 또는 사법경찰관은 법 제219조에서 준용하는 법 제106조 제3항에 따라 정보저장매체등에 기억된 정보(이하 "전자정보"라 한다)를 압수·수색·검증하는 경우에는 해당 정보저장매체등의 소재지에서 수색·검증한 후 범죄사실과 관련된 전자정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하는 방법으로 한다. ② 제1항의 압수방법이 불가능하거나 압수 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 경우에 한하여

104) 2011.7.18. 법률 제10864호로 법원의 압수·수색의 요건에 피고사건과의 관련성이 추가되고 (제106조 제1항, 제107조, 제109조), 정보저장매체 등에 관한 압수의 범위와 방법을 명시하고 정보주체에게 해당 사실을 알리도록 하며 영장에 작성시간을 기재하도록 명시하였으며(제106조 제3항, 제4항, 제114조 제1항), 수사기관의 압수·수색·검증의 요건에 피고사건과의 관련성과 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있을 것을 추가하며(제215조), 압수물의 소유자, 소지자 등의 신청이 있을 경우 수사기관이 압수물을 환부 또는 가환부할 수 있도록 한 것(제218조의2, 제219조)가 그 대표적인 사례이다.

형사소송법	수사준칙규정안
「개인정보 보호법」 제2조 제3호에 따른 정보 주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다	압수·수색·검증 현장에서 정보저장매체등에 들어있는 전자정보 전부를 복제하여 그 복제본을 정보저장매체등의 소재지 이외의 장소로 반출할 수 있다. ③ 제2항의 압수방법이 불가능하거나 압수목적 을 달성하기에 현저히 곤란한 경우에 한하여 피압수자 또는 법 제123조에서 정한 참여인 (이하 “피압수자등”이라 한다)의 참여 하에 정보저장매체등의 원본을 봉인하여 정보저장매체등의 소재지 이외의 장소로 반출할 수 있다.

전자정보의 압수·수색과 관련해서는 특히 압수·수색의 방법과 절차가 문제됨을 부인할 수 없다. 그러나 정작 실무에서는 전자정보에 대한 압수·수색에서는 영장의 기재, 즉 압수·수색의 대상의 기재가 더 문제된다.¹⁰⁵⁾ 따라서 압수·수색의 대상에 대한 상세한 규정이 요구된다. 압수·수색에 관한 PACE 제8조(장소의 출입과 수색을 허가할 수 있는 치안판사의 권한)를 우리나라 형사소송법, 그리고 수사준칙규정안의 규정과 비교해 보면 다음과 같다.

형사소송법	수사준칙규정안	영국 PACE 제8조
제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사	제37조(압수·수색·검증 영장의 청구·신청) 검사 또는 사법경찰관은 압수·수색·검증 영장을 청구하거나 신청할 때에는 범죄 혐의의 소명을 위하여 필요한 최소한의 범위를 정하고, 수색·검증할 장소·신체·물건, 압수할 물건 등을 구체적으로 특정해야 한다.	(1) 경찰관이 작성한 청구서상에 (a) 기소가 능범죄가 발생했으며 (b) 제1A항에서 명시한 구역 내에 (그 자체나 다른 물건과 결합 여부와 관계없이) 범죄의 수사에 합리적인 가치가 있을 만한 물품이 있고, (c) 그 물품이 관련 증거일 가능성이 있으며 (d) 법적 면책품, 제외품이나 특별절차를 요하는 물품이 아니면서 (e) 제3항에 명시한 조건을 적용하였다고 치안판사가 믿을만한 합리적인 이유가 있으면, 치안판사는 청구서에 명시된 각각의 장소에 경관이 진입하여 수색할 권한을 부여하는 영장을 발부할 수 있다. (A) (1) 제1항 b에서 언급한 장소에는 (a) 영장신청서에 특정된 하나 이상의 장소(이 때 신청서는 “특정 장소 영장” 발부를 위한 것임) 또는 (b) 신청서에 사람이 점유·관리하는 장소, 특정할 수

105) 최윤정, “전자정보 압수수색에 적용되는 영장주의 원칙과 그 예외에 관한 법적 검토-휴대폰 등 모바일 기기를 중심으로-”, 저스티스(한국법학원) 제153호, 2016. 4, 110면 이하 참조.

형사소송법	수사준칙규정안	영국 PACE 제8조
건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.		있는 종류의 장소가 포함된다 (이 때 신청서는 “포괄영장”을 위한 것임). (B) 포괄영장을 위한 신청서의 경우, (a) 제1항 a서 언급한 범죄사실 때문에, 제1항 b에 언급된 물건을 발견하기 위한 신청서에 명시되어 있지 않은 용의자가 점유 또는 관리하는 장소를 수색할 필요가 있다고 믿을만한 합리적인 이유가 있으며, (b) 신청서에 용의자가 점유 또는 관리하고 수색하여야 할 필요가 있는 모든 장소를 명시하는 것이 사실상 불가능하다는 점을 치안판사가 납득하여야 한다. (C) 신청서에 따라 영장을 발부한 목적을 달성하기 위하여 다수의 출입하는 것을 승인할 필요가 있다는 점을 치안판사가 납득한 때에는, 한 건당 한 사람 이상이 그 장소에 출입하여 수색하는 것을 승인할 수 있다. (D) 다수의 출입을 승인한 때에는, 출입횟수에 제한이 없거나 최대횟수만을 제한할 수 있다. (2) 경관은 제1항에 따라 허가된 수색을 하기 위하여 물건을 압수하거나 보관할 수 있다. (3) 제1항 e에서 언급한 조건은 다음과 같다. (a) 장소출입을 허가할 권한이 있는 사람과 연락하는 것이 사실상 불가능하고, (b) 장소출입을 허가할 권한이 있는 사람과 연락하는 것은 가능하지만, 그 증거에 접근하게 할 권한이 있는 사람과의 연락이 불가능하며, (c) 영장이 없이는 장소출입이 허용되지 않으며, (d) 그 장소에 도착한 경관에 즉시 그 장소에 들어갈 수 없을 때에는 수색의 목적이 충족되지 못하거나 심각하게 훼손될 때 (4) 본법에서 “관련증거”란 범죄와 관련하여, 그 범죄의 재판에 증거로서 허용될만한 어떤 것을 의미한다. (5) 이하 생략

그리고 최근 강제채뇨나 강제혈액에 관한 대법원판례에서 볼 수 있듯이(대법원 2018.7.12. 선고 2018도6219 판결; 대법원 2013.3.14. 선고 2012도13611 판결 참조) 신체의 일부에 대한 압수·수색이 문제되고 있다. 신체의 일부에 대한 압수·수색은 그 대상이 물건이 아니라 사람의 신체라는 점, 압수·수색과정에 신체와 건강을 해칠

위험성이 크므로 수사기관이 아니라 의사 등 의료인이 의료장비와 시설이 갖추어진 곳에서 실시해야 한다는 점, 피압수·수색자의 동의가 없는 경우 일정한 장소의 인치가 요구된다는 점 등¹⁰⁶⁾ 많은 점에서 물건에 대한 압수·수색과는 차이가 있다. 이러한 점들을 고려해 볼 때 기존의 물건을 염두에 둔 단순한 형태의 압수·수색에 관한 규정으로는 오늘날의 수사현실을 규율하기 힘들다.

우리나라와는 달리 해외 선진국은 대물적 강제수사에 관해서 아주 자세하게 규정하고 있는데, 그 대표적인 사례로 영국의 PACE를 들 수 있다. PACE는 정지와 수색(제1부), 출입·수색·압수(제2부), 체포(제3부), 구금(제4부), 신문과 처우(제5부), 실무규범 일반(제6부), 수사절차에서의 서류(제7부), 증거수집·보전(제8부), 보칙(제9부), 경찰 민원과 징계(제10부), 일반규정(제11부) 그리고 잡칙과 보칙(제12부)의 순서로 배열되어 있는데, 그 체계 면에서는 물론 내용 면에서도 상세해하기가 이를 데 없다.

제1부 정지 및 수색할 권한
제2부 출입, 수색, 압수의 권한
제3부 체포
제4부 유치
제5부 경찰의 신문과 처우
제6부 실무규범일반
제7부 형사절차에서의 서류증거
제8부 형사절차상 증거일반
제9부 보칙
제10부 경찰의 민원과 징계
제11부 경찰에 관한 일반규정
제12부 잡칙과 보칙
부칙

그리고 PACE PART IV는 내무성(Home Secretary)이 경찰의 권한행사를 규율하는 실무규칙을 제정할 수 있도록 규정하고 있고, 이에 근거하여 영국 내무성은 ‘경찰의 수사상 권한 행사의 세부적인 절차에 관한 Code of Practice’(이하에서 “실무규칙”이라고 한다.)를 제정·운영하고 있다. 실무규칙은 형식상 법률이 아니라 내무성장관이

106) 장응혁, “의식불명자에 대한 강제체혈의 비교법적 연구-대법원 2012.11.15. 선고2011도15258 판결과 일본의 학설·판례와의 비교를 중심으로-”, 경찰학연구(경찰대학) 제13권 제3호, 2013. 9, 3면 이하; 장응혁, “강제체뇨와 체뇨를 위한 연행-대법원 2018.7.12. 선고 2018도6219 판결을 소재로-” 형사법연구(한국형사법학회) 제31권 제3호, 2019. 9, 283면 이하 참조.

제정한 것이지만 의회의 승인을 받아 규정된 것이므로, 실질적으로는 법률의 효력을 갖는다고 말할 수 있다.

실무규칙은 그 내용이 방대하고 자세하여 조항을 읽어보면 수사절차가 어떻게 진행되고 피의자, 변호인, 참고인 등 수사절차의 이해당사자는 자신에게 어떠한 권리와 의무가 있는지를 훤히 알 수 있을 정도이다.

실무규칙은 Code A부터 H까지 8개 부분으로 구성되어 있다. Code A는 경찰의 정지와 수색(stop and search), Code B는 수색과 압수(search and seizure), Code C는 피의자의 구금·처우·신문(detention, treatment and question), Code D는 범인식별절차(identification), Code E는 피의자신문녹음(audio recording interview), Code F는 영상진술녹화(visual recording with sound of interviews), Code G는 체포(statutory power of arrest), Code H는 테러법(The Terrorism Act)에 의한 피의자의 구금·처우·신문으로 구성되어 있다.¹⁰⁷⁾ 실무규칙은 PACE와 함께 경찰관의 권한행사의 적법성을 판단하는 기준이 되는데, 경찰관이 그 권한을 행사하는 과정에서 실무규칙을 위반하면 그러한 증거는 법정에서 증거로 사용될 수 없고 해당 경찰관은 징계의 대상이 될 수도 있다.

그리고 영국의 PACE와 마찬가지로 독일 형사소송법도 수사절차에 관하여 자세한 규정을 두고 있다. 일단 우리나라 형사소송법과는 달리 독일의 형사소송법(Strafprozessordnung, StPO)은 수사에 관한 규정을 제1편 총칙편에 두고 있는데, 이 중에서 제7장부터 제11장까지 수사에 관한 규정들을 두고 있다. 그 중에서 대물적 강제수사인 압수, 수색, 감정, 검증에 관한 규정을 보면 다음과 같다.

제7장 감정과 검증

- 제72조(증인규정의 적용) ~ 제80조a(준비절차에서의 감정인의 관여) - 생략
- 제81조(관찰을 위한 감호처분)
- 제81조a(신체검사-혈액표본)
- 제81조b(사진-지문-측정)
- 제81조c(제3자에 대한 검사)
- 제81조d(신체검사)
- 제81조e(DNA분석)

107) PACE와 Code of Practice상 영국경찰의 정지·수색에 대해서는 이영돈, “영국의 경찰과 형사 증거법상(PACE)상 경찰의 정지·수색권-경찰관직무집행법상 불심검문과 비교를 중심으로-”, 경찰법연구(한국경찰법학회) 제8권 제2호, 2010. 12, 19면 이하 참조.

제81조f(명령과 이행)
 제81조g(DNA동일성 확인)
 제81조h(집단적 분자유전학적 검사)
 제82조(소송준비절차에서의 소견서) ~ 제86조(검증) - 생략
 제87조(검시-사체해부)
 제88조(사체의 확인)
 제89조(사체해부의 범위)
 제90조(유아사체)
 제91조(독살의혹)
 제92조(통화 및 유가증권의 감정)
 제93조(필체의 비교)

제8장 압수, 전신전화의 감청, 데이터조사, 기술적 수단의 활용, 비공개수사관의 투입, 수색

제94조(증거대상의 보존)
 제95조(제출 및 인도 의무)
 제96조(공문서의 예외)
 제97조(압수금지대상)
 제98조(압수명령)
 제98조a(데이터의 비교조사를 통한 수사)
 제98조b(명령과 집행)
 제98조c(데이터비교조사)
 제99조(우편물의 압수)
 제100조(관할)
 제100조a(통신감청)
 제100조b(명령 및 이행)
 제100조c(주거에 대한 감청)
 제100조d(관할)
 제100조e(보고)
 제100조f(주거 이외의 영역에서의 비공개적 진술)
 제100조g(교신데이터 조사)
 제100조h(당사자가 알지 못하는 상태에서 이루어진 처분)
 제100조i(이동통신단말기에 대한 처분)
 제101조(통지; 개인관련 데이터삭제)
 제102조(혐의자에 대한 수색)
 제103조(기타의 사람에 대한 수색)
 제104조(야간 가택수색)
 제105조(명령;이행)
 제106조(점유자의 참여)
 제107조(통지-목록)
 제108조(기타의 대상에 대한 압수)
 제109조(압수된 대상에 대한 표시)
 제110조(문서 및 전자저장매체의 검열)
 제110조a(비공개수사관)
 제110조b(검사, 법관의 동의, 신분에 대한 비밀유지)
 제110조c(주거출입)
 제111조(검문소)
 제111조a(운전면허의 일시정지)
 제111조b(목적물의 보존)

제111조c(압수물의 보존)
 제111조d(압류물의 보존)
 제111조e(압수 또는 압류명령)
 제111조f(압수 또는 압류집행의 관할)
 제111조g(압수와 관련된 피해자 청구권의 우선실행)
 제111조h(압류와 관련된 피해자 청구권의 우선실행)
 제111조i(일정기간 동안의 압수의 계속)
 제111조k(피해자에 대한 동산반환)
 제111조l(압수 또는 압류대상의 긴급매각처분)
 제111조m(인쇄물 기타 문서의 압수)
 제111조n(인쇄물 압수명령과 그 취소)

제9장 구속 및 일시체포 - 생략

제9장a 형사소추 및 형집행을 위한 처분

제131조(지명수배)
 제131조a(소재확인을 위한 지명수배)
 제131조b(사진공개)
 제131조c(추적수사의 명령과 추이)
 제132조(기타의 처분)

제9장b 일시적 직업금지

제132조a(명령-취소)

제10장 피의자신문 - 생략

제11장 변호

제137조(변호인의 선임)
 제138조(사전변호인)
 제138조a(변호인의 배제)
 제138조b(연방공화국의 안전을 위협하는 경우 변호인의 배제)
 제138조c(변호인 배제의 관할, 법원의 명령)
 제138조d(변호인 배제절차)
 제139조(시보에 대한 업무위임)
 제140조(필요적 변호)
 제141조(변호인의 임명)
 제142조(변호인의 지명)
 제143조(임명철회)
 제145조(변호인의 불출석)
 제145a(변호인에 대한 송달)
 제146조(공동변호)
 제146조a(변호인선임의 거부)
 제147조(변호인의 기록열람)
 제148조(피의자의 접견교통)
 제148조a(감시처분의 집행)
 제149조(조력의 허용)

외국의 입법례와 비교해 볼 때 수사준칙규정안은 그 내용이 아주 빈약하다. 기존의 법령과 비교해 볼 때 그나마 진전된 것은 피의자신문과 관련된 조항 정도이다. 그러나 피의자신문, 참고인조사, 변사체검사와 같은 임의수사뿐만 아니라 체포·구속 그리고 압수·수색·검증과 같은 강제수사에 관한 상세한 내용이 규정되어야 한다.

그리고 이와 같은 전통적인 수사방법 외에도 독일 형사소송법에서 볼 수 있듯이 사진촬영과 지문채취, 금융정보탐지, 함정수사, 거짓말탐지기를 이용한 조사, 수사기관에 의한 범죄현장 녹음·녹화, 공개수배, 피의사실공표 등과 같이 국민의 자유·권리와 직결되어 있으면서 최근 논란이 되고 있는 수사방법들이 많다. 상위법인 형사소송법에 배치되지 아니하는 범위에서 이러한 수사방법에 관한 규정을 수사준칙에 두어야 할 것으로 본다.

또한 일본의 범죄수사규범에서도 볼 수 있듯이 소년사건, 성폭력사건, 가정폭력사건, 외국인범죄, 단체·집단범죄, 아동보호사건 등과 같은 특별한 사건에 대한 수사의 특칙도 마련할 필요가 있다.

제11장 소년사건에 관한 특칙

- 제202조(준거규정)
- 제203조(소년사건수사의 기준) 소
- 제204조(소년의 특성고려)
- 제205조(범죄원인 등의 조사)
- 제206조(관계기관과의 연락)
- 제207조(보호자 등과의 연락)
- 제208조(신병구속 관련 주의)
- 제209조(보도상 주의)
- 제210조(소년사건 송치 및 송부처)
- 제211조(관련사건의 송치 및 송부)
- 제212조(공동증거물의 취급)
- 제213조(송치서류 및 송부서류)
- 제214조(경미사건의 처리)
- 제215조(촉법소년과 우범소년)

제12장 도로교통법위반사건에 관한 특칙

- 제218조(준거규정)
- 제219조(신병구속에 관한 주의)
- 제220조(진술조서의 기재사항)
- 제221조(소년의 교통법령위반사건의 송치)
- 제222조(교통법령위반사건부)

제13장 국제범죄에 관한 특칙

제223조(준거규정)
 제224조(국제법의 준수)
 제225조(국제범죄의 수사착수 등)
 제226조(대사 등에 관한 특칙)
 제227조(대사관 등에서의 출입)
 제228조(외국군함에서의 출입)
 제229조(외국군함의 승무원에 대한 특칙)
 제230조(영사상의 특권 등에 관한 특칙)
 제231조(외국선박내의 범죄)
 제232조(외국인이 신문 및 신병의 구속에 관한 주의)
 제233조(통역의 촉탁)
 제234조(진술조서의 기재사항)
 제235조(조서 등의 작성)
 제236조(번역문의 첨부)
 제237조(도망범죄인인도법에 근거한 처분)
 제238조(통역인의 파악 등)
 제240조(심적준비)
 제241조(군중범죄수사의 중점)
 제242조(현장에 있어서의 체포)
 제243조(감정활동의 주의)
 제244조(체포시의 주의)
 제245조(통보 등의 방지)
 제248조(피의자의 신문)

제15장 폭력단범죄에 관한 특칙
 제247조(준거규정)
 제248조(심적준비)
 제249조(폭력단범죄수사의 중점)
 제250조(자료의 수집관리)

다. 상위법에 반할 소지가 있는 규정의 보완

끝으로 상위법인 형사소송법에 반할 소지가 있는 규정에 대한 재검토가 필요하다고 본다. 개정 형사소송법은 ① 불송치결정시 모든 기록을 검찰에 송부하도록 하고(제245조의5), ② 불송치결정에 대해서 검사가 재수사요청을 할 수 있도록 하며(제245조의8), ③ 불송치결정에 대한 고소인 등의 이의신청(제245조의7)을 규정하고 있는데, 수사준칙규정안은 90일이 경과한 후에도 검사가 재수사요청을 할 수 있도록 하고(제63조), 검사의 재수사요청에 따라 경찰이 재수사한 이후 검사는 송치요구를 할 수 있도록 규정하고 있다(제64조 제2항). 그리고 형사소송법은 인권침해·법령위반·현저한 수사권 남용 신고가 있거나 이를 인식하면 검사는 시정조치요구를 할 수 있도록 규정하고 있는데(제197조의3), 수사준칙규정안은 수사중지 시 검사에게 모든 사건기록을 송부

하도록 하고(제51조 제4항), 수사중지 시 고소인 등에게 검사에게 신고할 수 있음을 고지할 의무를 규정하고 있다(제54조 제4항).

한편 개정 검찰청법은 검찰의 직접수사범위를 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사의 6대 범죄로 한정하고 있는데(제4조 제1항) 수사준칙규정안은 압수영장(신체·주거 등), 구속영장 발부시, 검사의 수사개시 범위가 아닌 사건도 계속 수사가 가능하도록 규정하고 있다(제18조 제1항).

경찰에게 1차적 수사권 및 수사종결권을 부여할 경우 경찰이 이를 남용할 소지가 있음을 부인하기는 어렵다. 특히 경찰이 수사권을 남용하여 사건을 사장(死藏)하는 것을 대비하기 위해서는 검찰에게 사후적 통제권을 부여할 필요가 있다. 그러나 수사권을 남용한 사건 사장(死藏)의 문제는 비단 경찰에서만 발생하는 것이 아니다. 주지하다시피 검찰은 그간 수사종결권 및 공소권의 독점을 악용하여 사건을 사장(死藏)한 사례가 적지 않으며 이에 대해서는 경찰은 물론 법원조차도 적절한 통제를 할 수가 없었다.¹⁰⁸⁾

정부의 수사준칙규정안은 경찰에 대해서 1차적 수사권 및 수사종결권을 부여하면서도 그 남용을 우려하여 각종 통제장치를 마련하고 있는 모양새이다. 이것은 검찰과 경찰이 서로 대등한 지위에서 협력·보완하여 수사의 책무를 수행하도록 한 개정 형사소송법의 입법취지에 부합한다고 보기 어렵다. 형사소송법에서 명시적으로 부여된 권한을 넘어서는 것으로 보이는 경찰에 대한 통제장치를 수사준칙규정안에 포함시키는 것은 법률에서 구체적으로 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 대통령령에 규정하도록 하고 있는 헌법 제75조에 반할 우려가 있을 뿐만 아니라, 경찰의 반발을 초래하여 결국은 상호 협력·보완이라는 개정 형사소송법의 입법취지를 실현하는데 방해가 될 우려가 있다.

라. 하위법령에 대한 위임규정의 신설

수사준칙은 형사소송법의 시행령으로서 형사소송법에 규정되지 못한 다양한 내용

108) 검찰이 기소재량권을 남용하여 마땅히 기소해야 할 사건에 대하여 불기소처분을 내리는 경우에 대한 통제방안에 대해서는 임수빈, 검찰권 남용에 대한 통제방안, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2017. 참조.

을 답아야 한다. 그렇다고 하여 수사절차에 관한 모든 내용을 규율할 수는 없고, 또 그렇게 하는 것이 바람직하지 않다. 특히 검찰이나 경찰이 독자적인 판단에 따라서 처리해야 할 사항은 법무부령과 행정안전부령에 위임을 하는 것이 입법기술적으로 더 타당하다.

앞에서 지적하였듯이 정부가 발표한 수사준칙규정안은 수사절차상 피의자, 변호인, 참고인 등 이해관계자의 인권에 관한 규정이 부족하다. 이대로라면 현재의 인권보호 수사규칙과 범죄수사규칙과 같이 법무부와 경찰청이 제정한 부령이나 훈령에 의해 수사절차상 인권과 밀접한 관련이 있는 사항을 그대로 규정하게 될 것으로 보인다. 그러나 이는 기본권에 관한 사항은 원칙적으로 법률로 정하도록 하고 있는 헌법상 법치국가의 원리 및 그에서 파생된 법률유보의 원칙에 반할 소지가 크다.¹⁰⁹⁾

수사절차상 기술적인 사항은 차치하고라도 인권과 밀접한 사항은 가능한 한 수사준칙에 규정하고 위임이 불가피한 사항에 대해서는 법무부령과 행정안전부령에 위임하는 규정을 두어야 할 것으로 본다.

제4절 | 결 어

이상에서 필자는 현재 우리나라는 수사절차에 관하여 어떠한 체계와 내용의 법령을 갖추고 있는지를 살펴보고, 그 다음으로 해외 선진국의 입법례를 검토한 다음, 지난 8월 7일 정부가 발표한 수사준칙규정안의 내용과 문제점을 짚어보고 보완되어야 할 사항을 지적하였다.

개정 형사소송법(법률 제16924호 2020.2.4. 공포)은 공포 후 6개월이 경과한 날로부터 1년 이내에 시행하도록 되어 있는데(부칙 제1조), 형사소송법 개정조항의 시행을 위해서는 수사준칙의 제정이 시급하였다. 그리고 개정 형사소송법이 검찰과 경찰의

109) 헌법상 법치국가 원리에서 비롯된 법률유보의 원칙은 행정이 법률에 근거하여 이루어져야 한다는 것이고, 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 규정하고 있으므로, 국민의 자유와 권리를 제한하는 행정처분은 법률에 근거하여야만 한다(대법원 2013.12.26. 선고 2011두4930 판결 참조).

상호보완·협력의 원칙을 선언하였지만, 그 실현방안에 대해서는 구체적인 규정을 두고 있지 않았고, 이번 개정 형사소송법은 검찰과 경찰의 관계 및 경찰수사에 대한 검찰의 통제에 관한 규정을 제외하고는 사실상 수사절차에 관한 구체적인 사항에 대해서는 사실상 손을 대지 않았다. 형사소송법의 개정과 더불어 수사준칙의 제정 필요성이 절실한 이유가 바로 여기에 있었다.

이러한 상황에서 정부는 우여곡절 끝에 형사소송법이 개정되어 검찰과 경찰의 관계를 상호 협력·보완관계로 전환하였고, 이에는 검찰·경찰의 구체적 협력방안과 수사절차상 국민의 인권보장에 관한 세부사항을 규정하는 수사준칙규정의 제정에 박차를 가하였다.

그러나 정부가 추진한 형사소송법 개정 및 수사준칙제정안의 내용을 검토해 보면 검찰과 경찰의 관계를 지휘·감독관계로 규정하고 수사절차에 관한 기본법이라고 할 수 있는 형사소송법은 물론, 그 하위법인 수사지휘규정조차도 경찰에 대한 검찰의 수사지휘에 초점을 맞추고 있었을 뿐 정작 국민의 인권과 직결된 수사절차상 국민의 권리와 의무에 대해서는 사실상 침묵을 하고 있었다고 해도 과언이 아니다.

수사준칙의 제정은 단순히 개정 형사소송법의 시행령 또는 수사지휘규정의 대체법령의 제정의 의미를 넘어서 실질적인 의미에서 ‘수사준칙에 기본법령의 제정’의 의미를 갖는다. 수사준칙규정의 제정은 검찰과 경찰의 관계를 상호보완·협력관계로 전환한 개정 형사소송법의 입법취지를 구현함과 동시에, 그동안 법무부와 경찰청의 훈령에 의해 규율되어 왔던 수사절차를 그 상위법인 명령(대통령령)에 규정함으로써 수사절차상 국민의 인권보호를 보다 더 강화하는 ‘수사법의 전면개정’이라고 해도 과언이 아니다. 개정 형사소송법의 시행을 앞두고 정부가 급하게 마련한 수사준칙이 과연 이러한 기대에 부응하고 있는지는 의문이 아닐 수 없다.

최근 정부가 마련한 수사준칙규정안은 개정 형사소송법의 입법취지와 수사절차에서의 법치주의의 실현이라는 이념에 비추어 볼 때 부족한 점이 적지 않다. 개정 형사소송법의 범위를 넘어서 경찰수사를 통제하고 있다는 경찰의 반발은 차치하고서도, 검찰·경찰 관계에 실질적인 변화를 도모할만한 내용을 포함하지 못하고 있고 나아가 수사절차에서의 법치주의를 실현하기 위한 조치도 부실하다는 비판에 직면하고 있다.

지휘감독에서 상호협력으로의 검찰과 경찰의 관계 전환 그리고 수사절차에서의

법적절차 원칙의 구현이라는 관점에서 볼 때, 이번 형사소송법의 개정과 수사준칙규정의 제정은 검찰과 경찰의 수사권 조정 나아가서는 수사절차에 관한 법령 개정은 종착역이 아니라 시발점으로 보고 형사소송법및 수사준칙규정의 개정을 계속해 나가야 할 것으로 본다.

제 5 장

검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

그 밖의 후속과제

강 석 구

제1절 | 후속입법에 대한 평가 및 과제

1. 대통령령 입법예고안과 제정안의 비교

2020년 2월 4일에 공포된 형사소송법과 검찰청법의 후속입법으로 8월 7일에 입법 예고되었던 대통령령인 ‘검사의 수사개시 범죄범위에 관한 규정 제정(안)’(이하에서 “검사수사범위규정”이라고 한다.), ‘검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제정(안)’(이하에서 “수사준칙규정”이라고 한다.), ‘형사소송법·검찰청법 일부개정법률의 시행일에 관한 규정 제정(안)’(이하에서 “시행일규정”이라고 한다.)이 9월 27일에 국무회의에서 확정되어 10월 7일자로 제정됨에 따라 2021년 1월 1일부터 시행될 예정이다. 또한, 법무부령인 ‘검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정 시행규칙’(이하에서 “검사수사범위규칙”이라고 한다.) 역시 10월 13일자로 제정되었다.

검사수사범위규정과 관련하여, 확정된 대통령령 등을 입법예고되었던 규정안과 비교해 보면 ㉠ 내용을 명확히 하기 위하여¹¹⁰⁾ 법문의 자구 등을 수정하거나, ㉡ 수사와 무관한 조문내용을 삭제하여¹¹¹⁾ 체계를 맞춘 부분이 적지 않지만, 큰 틀에서는 크게 달라지지 않았다. ① 검사수사범위규정(안) 제2조 제6호에서 —경찰 측의 반대가

110) 예컨대, 검사수사범위규정 제2조 제1호 가목과 관련하여 주요공직자에 의한 뇌물공여죄(형법 제133조)만 검찰의 직접 수사대상인 것으로 오인하지 않도록 “주요공직자가 아닌 사람이 범한”이란 문구를 추가한 것이 이에 해당한다.

111) 예컨대, 검사수사범위규정 제2조와 관련하여 형벌의 전제가 되는 금지의무 규정(예: 의료법 제23조의5)과 수사와 무관한 몰수·추징 규정(예: 공직선거법 제236조, 위탁선거법 제60조, 정당법 제51조, 국민투표법 제101조)을 삭제한 것이 이에 해당한다.

적지 않았던— ‘정보통신기반보호법 제28조에 해당하는 죄’를 대형참사범죄의 범주에서 배제하고,¹¹²⁾ ② 수사개시 세부기준(검사수사범위규칙 별표)을 충족해야 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 부패범죄, 경제범죄 및 선거범죄로 한정하며(검사수사범위규칙 제3조 제1항 단서),¹¹³⁾ ③ 부칙상의 일반적 적용례와 관련하여 —시행 시기에 혼선을 가져올 수 있는— “이 영 시행 전에 종전의 규정에 따라 한 행위의 효력에는 영향을 미치지 않는다.”는 내용을 삭제한 정도가 실질적인 변화라고 할 수 있다. 다만 ④ 검사수사범위규정 제1조에서 “검찰청법 제4조제1항제1호 단서”라고 규정했던 것을 “검찰청법 제4조제1항제1호 각 목 외의 부분 단서”로 수정한 부분이 주목할 만한데, 향후 ‘검찰청법 제4조 제1항 제1호 각 목’에도 검찰청법 개정을 통하여 단서가 붙을 가능성, 즉 검찰청법상의 검찰 직접수사 범위 재조정 가능성을 시사한 점 이외에 특별한 점은 없었다.

이는 수사준칙규정의 경우도 다르지 않아 내용을 명확히 하기 위하여 법문의 자구 등을 수정하거나,¹¹⁴⁾ 체계를 맞춘 부분¹¹⁵⁾이 적지 않지만, 입법예고되었던 규정안의 틀에서 크게 벗어나지 않았다. 다만 ① 수범자인 ‘검사’와 ‘사법경찰관’¹¹⁶⁾이나 준수의 무의 대상(예: 사건관계인)¹¹⁷⁾을 법문에 명확히 적시 또는 준별함으로써 책임소재를 보다 명확히 한 부분이나, 진술거부권과 같은 중요한 권리의 행사가 담보될 수 있도록 고지의무의 내용을 보다 구체화한 부분¹¹⁸⁾은 입법예고된 규정안에 비해 인권친화적 측면에서 다소나마 나아진 부분이라고 할 수 있고, ② 사법경찰관으로부터 송치받은

112) 이 글(제3장 제3절 1. 나.)에서도 대형참사사건에 사이버범죄가 포섭되는 것으로 볼 수 없다는 취지로 이 죄가 검찰 직접수사 대상범죄에 포함되는 것을 비판한 바 있다.

113) 다만 당초 검사수사범위규칙(안) 별표에서도 부패범죄, 경제범죄 및 선거범죄에 대해서만 수사개시 세부기준을 마련해두었던 만큼, 실질적인 내용이 달라진 것은 아니다.

114) 예컨대 수사준칙규정 제16조 제2항(지연 → 연장), 제21조 제2항 제4호(인권보호관 → 지정 인권보호 책임자), 제26조 제2항 제2호 마목(변호인 입회 → 변호인 참여), 제27조 제4항(통지 → 통보), 제58조 제3항(추송 → 추가 송부) 등의 규정이나 ‘SOFA 사건’을 “주한 미합중국 군대의 구성원·외국인군무원 및 그 가족이나 초청계약자의 범죄 관련 사건”(제7조)으로 구체적으로 명기한 부분 등이 이에 해당한다.

115) 예컨대, 내사서류의 열람·복사와 관련한 규정(안 제69조 제6항)을 수사개시와 관련한 제16조 제6항으로 이동한 것이나, 수사 진행상황이나 수사결과와 통지와 관련한 세칙 입법에 관한 규정(안 제68조 제2항)을 관련 조문(제12조 제53조)으로 이동한 것이 이에 해당한다.

116) 예컨대, 수사준칙규정 제14조 제1항, 제26조 제1항, 제35조 제2항 등의 규정이 이에 해당한다.

117) 예컨대 수사준칙규정 제13조 제3항, 제27조 제1항, 제36조 제1항, 제39조, 제41조, 제42조 제4항, 제45조 제4항·제7항, 제60조 제2항 등의 규정이 이에 해당한다.

118) 예컨대, 수사준칙규정 제32조 제1항·제2항, 제33조 제1항, 제54조 제4항 등의 규정이 이에 해당한다.

사건에 대한 보완수사 필요성의 판단주체를 검사로 명시한 내용(제59조 제1항)¹¹⁹⁾ 역시 책임소재를 분명히 함으로써 실무상의 혼선을 줄일 수 있는 장치라고 할 수 있으며, ③ 검찰과 경찰의 상호협력과 관련하여 ‘검사와 사법경찰관 간의 협의강제 요건’을 보다 구체적이고 명확하게 보완한 부분(제8조 제1항)¹²⁰⁾ 역시 실무상의 혼선을 줄이는데 기여할 수 있을 것으로 생각하고, ④ 수사준칙규정의 해석 및 개정에 관한 외부 자문위원회를 마련하도록 한 부분(수사준칙규정 제70조 제2항)은 법무부장관의 독단을 조금이라도 더 줄일 수 있는 장치라고 할 수 있다.

다만 수사준칙규정이 긍정적인 방향으로만 수정·보완된 것은 아니다. ⑤ 기존의 수사준칙규정을 2021년 1월 1일자로 폐지하면서(부칙 제2조)¹²¹⁾ 검사수사범위규정과 달리 “이 영 시행 전에 부칙 제2조에 따라 폐지되는 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」에 따라 한 행위의 효력에는 영향을 미치지 않는다.”(부칙 제3조 단서)는 유보 규정을 남겨둔 대목의 경우, 시행 당시 수사 중이거나 법원에 계속 중인 사건에 대해서도 적용할 필요성이 있다는 점은 공감하지만, 이 단서규정으로 인해 적지 않은 기간 동안 기존의 수사준칙규정과 새로운 수사준칙규정이 동시에 시행됨에 따른 혼선이 발생할 수 있고, 기존 수사준칙규정에

119) 수사준칙규정 제59조(보완수사요구의 대상과 범위) ① 검사는 법 제245조의5제1호에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필요하다고 인정하는 경우에는 특별히 직접 보완수사를 할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 사법경찰관에게 보완수사를 요구하는 것을 원칙으로 한다.

120) 수사준칙규정 제8조(검사와 사법경찰관의 협의) ① 검사와 사법경찰관은 수사와 사건의 송치, 송부 등에 관한 이견의 조정이나 협력 등이 필요한 경우 서로 협의를 요청할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 상대방의 협의 요청에 응해야 한다.

1. 중요사건에 관하여 상호 의견을 제시·교환하는 것에 대해 이견이 있거나, 제시·교환한 의견의 내용에 대해 이견이 있는 경우
2. 「형사소송법」(이하 “법”이라 한다) 제197조의2제2항 및 제3항에 따른 정당한 이유의 유무에 대해 이견이 있는 경우
3. 법 제197조의3제4항 및 제5항에 따른 정당한 이유의 유무에 대해 이견이 있는 경우
4. 법 제197조의4제2항 단서에 따라 사법경찰관이 계속 수사할 수 있는지 여부나 사법경찰관이 계속 수사할 수 있는 경우 수사를 계속할 주체 또는 사건의 이송 여부 등에 대해 이견이 있는 경우
5. 법 제222조에 따라 변사자 검사를 하는 경우에 수사의 착수 여부나 수사할 사항 등에 대해 이견의 조정이나 협력이 필요한 경우
6. 법 제245조의8제2항에 따른 재수사의 결과에 대해 이견이 있는 경우
7. 법 제316조제1항에 따라 사법경찰관이 조사자로서 공판준비 또는 공판기일에서 진술하게 된 경우

121) 기존의 수사준칙규정이란 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’(대통령령 제28211호)을 말한다.

는 위배되지 않지만 새로운 수사준칙규정에는 명백히 반하는 인권 침해나 절차 위반 시 책임 회피가 발생할 수 있기 때문이다. 또한, ⑥ 기존 수사준칙규정 별표에 규정된 170개의 서식 역시 기존 수사준칙규정의 폐지에 따라 함께 폐지될 수밖에 없을 뿐만 아니라 상호협력 관계로 바뀐 새로운 업무에 부합할 수 있는 서식(예: 수사보완요구서, 추가송부서 등)이 수사준칙규정에 전혀 마련되지 않음에 따라 시행일 이후의 사건처리 및 상호협력에 있어 실무상 혼선이 발생하지 않을 수 없을 것이라고 예상한다.

그런데 이상과 같이 입법예고된 규정안과 제정안을 굳이 일일이 대조하여 비교·분석할 수밖에 없었던 것은, ④ 당초 이 연구가 검사수사범위규정이나 수사준칙규정의 모법(母法)이라고 할 수 있는 개정 형사소송법·검찰청법의 후속입법을 성안하는 데 기여하기 위해 기획되고 추진되었는데, 입법예고가 연구의 마무리 단계인 8월 초에 이루어졌고, ⑤ 입법예고된 규정안의 내용까지 일부 반영하여 보고서를 출간해야 하는 시기인 10월 초에 입법예고안이 제정안으로서 확정됨에 따라 보고서에서도 후속입법 과정의 시차에 따른 차이점을 명확하게 확인하고, 수정·보완된 내용의 문제점까지 보고서의 내용에 반영할 필요가 있기 때문이다. 앞서 살펴본 바와 같이 입법예고안과 제정안 간에 특별한 차이가 없는 것이 확인된 이상, 이 글 제2장부터 제4장까지 기술한 내용을 바탕으로 다음과 같이 정부의 후속입법을 평가할 수 있을 것이다.

2. 제정 검사수사범위규정과 수사준칙규정에 대한 평가

제도 개혁 자체가 쉽지 않은데, 우리나라의 경우처럼 검사의 수사지휘권을 중심으로 세워뒀던 수사구조를, 검찰과 경찰 간의 상호협력 관계를 전제로 전면적으로 다시 세우는 방식의 대단위 개혁은 매우 어렵다. 더욱이 수사권과 기소권을 전면적으로 분리할 경우 제도 간의 경계선이 분명하지만, 검찰과 경찰에게 모두 수사권을 인정하면서 상호협력 관계를 촘촘하게 설정하는 것은 더욱 어렵다. 그런 어려운 작업을 현 정부는 법률 공포 이후 단 8개월만에 해낸 것이다.

당연히 국민의 기대나 당초의 목표에 비해 미진한 부분도 적지 않았겠지만, 단기간에 이 어려운 작업의 기틀을 세운 실무진의 열의와 노고는, 형사정책가로서 인정하지 않을 수 없다. 더욱이 개정 형사소송법·검찰청법 자체가 완성된 입법의 중국적 모습이 라고 평가할 수도 없다.¹²²⁾ 뿐만 아니라 이제는 확정되어 시행을 앞둔 시기인 만큼

개정법률이나 제정안 자체에 대한 선부른 평가는 적절하지 않다고 생각하며, 실제로 시행하면서 취합될 시행착오와 미비점을 바탕으로 사후적인 운영평가나 제도개선을 하는 편이 보다 적절할 것으로 생각한다. 다만 개정법률 자체 및 입법예고된 규정안을 대상으로 이 글 제2장부터 제4장까지 기술했던 보완방안 및 후속과제들은 향후 제정안을 개선하는 데 참고가 될 수 있을 것으로 기대하며, 제정안에 이미 수렴된 제도들과 직접 관련된 사항을 중심으로 다음과 같이 요약하여 소개한다.¹²³⁾

가. 정성적 방식에 의한, 수사개시 요건 보완 필요

검사수사범위규정상 검사의 수사개시 요건으로서, 「일부 경제범죄와 선거범죄의 경우 ‘중요사건’이라는 정성적 기준을 마련하고 있지만— 일정 금액의 다과를 기준으로 높은 금액은 검사, 낮은 금액은 경찰의 수사대상인 것으로 구분하거나, 수사대상 공직자의 직급에 따라 3급 이상의 공무원은 공수처가, 4급 공무원은 검찰이, 5급 이하의 공무원은 경찰이 수사하게 하는 등, 정량적 방식만으로 수사개시 요건을 정한 부분은 ‘중요범죄’나 ‘중요 사건’ 등 정성적 방식으로 보완할 필요가 있다.¹²⁴⁾

참고로, 검사의 예외적 직접수사를 인정하는 ‘중요범죄’의 판단요소로서, ① 검사의 소송법상 권한(영장청구권과 보완수사요구권)과 관련한 중요성, ② 피의자의 이익을 보호하기 위한 범죄국가적 관점에서의 중요성, ③ 경찰의 수사를 신뢰하기 어려운 사정으로 인한 중요성을 고려할 수 있다고 한다.¹²⁵⁾

나. 수사준칙규정의 공동주관 고려 필요

수사준칙규정의 소관부처를 법무부와 행정안전부의 공동주관이 아니라 법무부 단독주관으로 지정한 것은 검찰과 경찰의 관계를 상호협력 관계로 규정한 개정 형사소송법 제195조의 취지에 반할 뿐만 아니라 향후 수사준칙규정을 해석하고 개정할 때

122) 같은 생각: 이 글, 제2장 제2절 1.

123) 다만, 요약하여 소개하는 보완방안이나 후속과제는 장별 집필자 개인의 의견이며, 연구책임자는 취지에 공감하지만 참여연구진 전원이 동의한 사안이 아님을 미리 밝혀둔다. 또한, 본문을 인용하지 않은 의견은 연구책임자 개인의 의견임도 미리 밝혀둔다.

124) 이 글, 제2장 제3절 2. 가. 참조.

125) 이 글, 제2장 제3절 2. 라. 참조.

법무부의 입장이 일방적으로 반영될 여지가 높은 만큼, 공동주관으로 지정하는 방안을 고려할 필요도 있다.¹²⁶⁾

반면, 이러한 보완방안에 대해 향후 수사준칙규정을 준수해야 할 수사기관이 검찰(법무부 소속)과 경찰·해양경찰(행정안전부 소속)만 존재하는 것이 아니고, 독립기관인 ‘공수처’, 각 중앙관청 및 지방자치단체에 속한 ‘특별사법경찰’, 나아가 아직 입법추진 단계여서 소속이 불명한 ‘자치경찰’까지 다양한 형태로 존재하게 될 것이 예상되므로 ‘수사기관 다원화에 대응한 종합적 수사감독을 위한 컨트롤타워’로서 법무부 단독 주관으로 지정하되, 수사준칙규정 개정을 위한 협의대상 기관의 범위를 공수처나 다른 수사기관의 소관부처까지 확대하는 편이 장기적인 안목에서 보다 바람직하다는 의견도 있다.

다. 형사사건 공개준칙 위임범위의 구체화 필요

성폭력처벌법 제25조와 특정강력범죄법 제8조의2가 공개대상범죄(성폭력범죄, 특정강력범죄), 공개되는 신상정보 등을 비교적 상세하게 규정하고 있는 것과는 달리, 수사준칙규정 제5조 제3항은 형사사건 공개의 대상범죄, 공개내용, 공개절차와 방법 등을 사실상 법무부장관, 경찰청장 또는 해양경찰청장에게 일임하고 있는데, 이는 구체적으로 범위를 정하여 위임을 하도록 한 헌법 제75조 및 제95조에 반할 소지가 있으므로 위임범위를 구체화하는 등 보완할 필요가 있다.¹²⁷⁾

라. 검사의 사건이송 예외사유 등 재고 필요

검사의 수사개시 대상범죄가 아니더라도 구속영장이나 압수·수색·검증영장이 발부된 때에는 이송하지 않는다는 규정을 검사수사범위규정 제18조 제1항 제2호 단서로 규정한 것은, 개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호 단서에서 정한 검사의 수사개시 대상범죄의 범위를 확장한 것으로서, 검사의 수사개시 대상범죄를 특정한 취지에 부합하지 않음은 물론, 위임의 한계를 벗어난 입법인 만큼 재고할 필요가 있다.¹²⁸⁾

126) 이 글, 제3장 제2절 1. 참조.

127) 이 글, 제4장 제3절 2. 가. 참조.

128) 이 글, 제3장 제3절 1. 라. 및 제4장 제3절 3. 다. 참조.

또한, “검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다.”는 형사소송법 제197조의4 제2항 단서의 규정에도 불구하고 검사수사범위규정 제18조 제2항 제1호에서 이를 임의적 이송사유로 규정한 것 역시 형사소송법의 개정취지에 반하므로 재고를 요한다.¹²⁹⁾

마. 재수사 요청기한 적용예외 규정의 법률적 근거 마련 필요

수사준칙규정이 기록검토 기한에 맞춰 90일로 정한 재수사 요청기한의 적용예외로서, ① 불송치 결정에 영향을 줄 수 있는 명백히 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우 및 ② 증거 등의 허위, 위조 또는 변조를 인정할 만한 상당한 정황이 있는 경우 관계 서류와 증거물을 송부받은 날부터 90일이 지난 후에도 재수사를 요청할 수 있게 한 것(수사준칙규정 제63조 제1항 단서)은 기록검토 기한을 90일로 정한 개정 형사소송법 제245조의5 제2호가 예정한 위임입법의 한계를 벗어난 것이므로 이 규정이 유효하기 위해서는 형사소송법에 근거를 마련할 필요가 있다.¹³⁰⁾

바. 수사개시 통보의무의 완화 필요

수사준칙규정 제74조와 같이 수사개시 통보의무 규정을 두는 것은 검사와 경찰을 협력관계로 규정한 형사소송법의 개정취지에 반하고, 기존의 수사지휘관계로 변질될 우려가 있으며, ‘경찰은 수사기관으로, 검찰은 기소기관’으로 전념토록 하려는 개정 형사소송법의 방향에도 부합하지 않으므로 ‘검사와 경찰은 수사 가능 대상이 아닌 범죄를 인지한 경우 서로 그 사실을 통보한다.’는 취지의 규정을 마련하여 수사개시 통보의무를 완화할 필요가 있다.¹³¹⁾

129) 이 글, 제3장 제3절 2. 가. (1) 참조.

130) 이 글, 제3장 제2절 3. 나. (5) 참조.

131) 이 글, 제3장 제3절 2. 가. (2) 참조.

사. 마약류 범죄의 수사주체 재고 필요

‘마약류 불법거래 방지에 관한 특별법’(이하에서 “마약거래방지법”이라고 한다.) 제6조·제9조제1항·제18조에 해당하는 죄(수출입 또는 수출입 목적의 소지·소유의 경우만 해당한다)를 개정 검찰청법상 중요범죄(제4조 제1항 제1호 가목)의 한 유형인 ‘경제범죄’에 포함시킨 검사수사범위규정 제2조 제2호 너목은, 경제범죄가 아닌 마약류 범죄를 문언의 해석 가능한 범위를 벗어나 경제범죄에 포함시키고 있어 위임입법의 한계를 벗어났을 뿐만 아니라 —개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목에 따라 이들 범죄와 관련범죄가 될 수 있는— 모든 마약류 범죄로 검사의 직접수사 범위가 확대될 수 있으므로 마약거래방지법상 수출입 등 범죄를 경제범죄에 포함시킨 것은 재고할 필요가 있다.¹³²⁾

이와 관련하여 만일 마약류범죄를 검사의 수사개시 범죄범위에 포함시키고자 한다면, 중요범죄의 유형에 마약류범죄를 포함시키는 방안을 고려할 필요가 있다는 의견도 있다. 참고로, 마약류범죄의 경우 부패범죄·경제범죄와 마찬가지로 범죄수의 환수(몰수·추징) 여부가 매우 중요하다.

아. 그 밖의 보완방안

이외에도 이 글 제4장에 기술한 ① 검찰과 경찰의 상호협력에 관한 규정의 보완, ② 일반적 수사준칙에 관한 규정의 보완, ③ 상위법에 반할 소지가 있는 규정의 보완, ④ 하위법령에 대한 위임규정의 신설과 관련한 내용¹³³⁾은 함부로 요약할 수 있는 내용이 아니어서 이 장에 별도로 소개하지 않았다. 또한, 제3장에서도 ㉠ 보완수사 요구 시 내용·범위의 구체화,¹³⁴⁾ ㉡ 영장심의위원회 의결효력 규정의 신설,¹³⁵⁾ ㉢ 사법경찰관의 피의자 체포·구속 취소·집행정지 관련 규정 신설,¹³⁶⁾ ㉣ 재수사 불이행·불충실 시 송치요구권의 법률화,¹³⁷⁾ ㉤ 이해관계인의 이의신청기간 마련,¹³⁸⁾ ㉥

132) 이 글, 제3장 제3절 1. 나. (2) 참조.

133) 이 글, 제4장 제3절 3. 가.부터 마.까지 참조.

134) 이 글, 제3장 제3절 3. 가. (1) 참조.

135) 이 글, 제3장 제3절 3. 가. (2) 참조.

136) 이 글, 제3장 제3절 3. 다. (2) 참조.

137) 이 글, 제3장 제3절 4. 가. (2) 참조.

수사중지·참고인중지·기소중지·기소유예에 대한 견제장치 마련,¹³⁹⁾ ㉔ 수사유예 제도의 신설¹⁴⁰⁾ 등 다양한 보완방안이 제안되었지만, 주로 제도신설 방안에 초점을 맞춘 방안인 만큼 제정안 시행을 목전에 둔 현 시점에서 서둘러 수정·보완할 사안은 아니라는 판단에서 이 장에서 별도로 소개하지는 않았다.¹⁴¹⁾

냉정히 말해, 이미 형사소송법과 검찰청법이 개정되었고, 검사수사범위규정과 수사준칙규정의 제정으로 개정법률의 시행을 위한 최소한의 준비 작업은 마쳤기 때문에 부족하거나 미진한 부분은 이들 법률의 시행 이후에 이들 규정을 실제로 운영하면서 고쳐나가고 충분할 것이라고 생각한다. 다만 다음 2가지 사항만은 시행 이전에 시급히 보완할 필요가 있다.

첫째, 사건처리와 수사사무를 위해 필요한 서식들을 최대한 빨리 완비할 필요가 있다. 기존 수사준칙규정에 의한 서식들은 검찰·경찰 간의 상호협력관계가 아니라 지휘·감독관계를 전제로 성안되었기 때문에 요소요소마다 그 흔적이 남아있을 뿐만 아니라 상호협력관계를 전제로 한 새로운 절차에 대응한 서식은 전혀 마련되어 있지 않다. 행정실무가 결국 서류를 매개로 이루어진다는 점을 고려할 때 검찰·경찰 간 공통된 행정서식의 마련은 간과해도 되는, 간단한 문제가 아니다.¹⁴²⁾

둘째, 형사소송법과 검찰청법의 개정으로 검사와 경찰(경찰·해양경찰) 소속 사법경찰관 간의 관계만 상호협력관계로 변화하였을 뿐, 구속영장의 집행지휘(형사소송법 제81조 제1항·제3항), 압수·수색영장의 집행지휘(형사소송법 제115조 제1항), 범죄수사에 관한 특별사법경찰관리 지휘·감독(형사소송법 제245조의10 제2항 및 검찰청법 제4조 제1항 제2호), 범죄수사에 관한 검찰청 직원 지휘·감독(형사소송법 제245조의9 제2항), 압수물의 환부·가환부 지휘(형사소송법 제218조의2 제4항), 압수물 등 보관·

138) 이 글, 제3장 제3절 4. 가. (3) 참조.

139) 이 글, 제3장 제3절 4. 가. 참조.

140) 이 글, 제3장 제3절 4. 다. 참조.

141) 다만, 이 장에서 별도로 소개하지 않았을 뿐, 향후의 대통령령 등 개정과정에서 필요한 참고사항이므로 필요한 경우 본문을 참조하기 바란다.

142) 참고로, 2020년 11월 17일에 수사준칙규정의 하위규범으로 '경찰수사규칙' 제정안(행정안전부령)과 '해양경찰수사규칙' 제정안(해양수산부령)이 입법예고되었고, 경찰수사규칙 제정안에는 140개의 서식이 포함되어 있다. 다만 수사준칙규정이 행위규범으로서의 성격도 가진다고 전제할 때 명시적인 위임규정 없이 하위규범에서 서식을 규정하는 입법방식의 유효성도 의문이고, 상호 협의 없이 수사기관에서 독자적인 서식 성안권을 갖는 입법방식의 적절성도 의문이라고 할 것이다.

폐기 지휘(형사소송법 제130조, 제132조 및 제219조 단서), 압수장물의 피해자환부 지휘(형사소송법 제134조 및 제219조 단서)와 같이 우리 형사사법시스템에서 검사의 사법경찰관 지휘·감독체계는 여전히 존재하다.

이 중 특별사법경찰관리에 대한 검사의 지휘·감독과 관련한 구체적 사항은 형사소송법 제245조의10 제4항의 규정에 따라 법무부령으로 다시 정하면 되겠지만, 범죄수사에 관한 검사의 지휘·감독과 관련한 구체적 사항에 대한 위임입법 규정이 형사소송법에 특별히 마련되지 않은 이상, 특별사법경찰관리 지휘·감독 이외의 사항은 —상호협력의 의미를 검사의 지휘·감독까지 포함하여 파악하는 전제에서— 일반적 수사준칙에 담지 않을 수 없다. 그런데 수사준칙규정을 제정하면서 이러한 수사 지휘·감독에 관한 사항은 전혀 담지 않았고, 그런데 입법예고된 규정안에는 없는 부칙 제2조를 추가하여 기존 수사준칙규정까지 폐지함에 따라 수사 지휘·감독을 수행할 절차규정이 제대로 마련되지 않은 결과가 되고 말았다. 더욱이 당장 2021년 1월 1일부터 시행되어야 할 사안인데도 특별사법경찰관리에 대한 검사의 지휘·감독과 관련한 구체적 사항을 규율할 법무부령은 아직 입법예고도 되지 않았고, 그간 특별사법경찰관리의 수사실무를 규율해온 법무부령인 ‘특별사법경찰관리 집무규칙’에 대한 개정작업조차도 이루어지지 않았다. 그래서 이러한 사항들에 대해서는 법무부의 신속한 후속입법이 필요하다고 할 것이다.¹⁴³⁾

제2절 | 검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

1. 검사 수사범위 입법의 방식과 주체에 대한 숙고 필요

헌법 제12조 제1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분

143) 참고로, 법무부는 이러한 내용을 포함한 ‘검찰사건사무규칙’ 전부개정령, ‘특별사법경찰관리에 대한 검사의 수사지휘 및 수사준칙에 관한 규정’ 제정안을 2020년 11월 17일에, ‘검찰압수물 사무규칙’ 전부개정령, ‘검찰보존사무규칙’ 전부개정령 등을 12월 7일에 입법예고하였다.

또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 그리고 이 조항을 근거로 하여 처벌을 위한 조항은 반드시 ‘법률’에 의하여야 하므로(형사절차법정주의) 검사의 수사개시권 행사범위를 대통령령에 위임한 개정 검찰청법 제4조 제1항 제1호 가목 단서의 규정이 검사의 수사개시권을 제한하는 효력을 갖는 규정이라고 한다면, 이는 처벌과 관련하여 중요한 대국민적 효력을 갖는 사항을 법률로 규정하지 않고 위임명령으로 규정하려는 것으로서 헌법 제12조 제1항에 의한 형사절차법정주의에 위반하는 위헌조항이 된다는 의견이 있다.¹⁴⁴⁾ 또한, 누구에게서 어떠한 절차를 거쳐서 수사를 받는 지, 수사를 하는 사람이 아니라 수사를 받는 사람이 알아야 하고, 이를 규정한 기본법이 바로 형사소송법이기 때문에 검사의 직접 수사개시 범위를 대통령령이 아니라 형사소송법에 규정해야 한다는 취지의 의견도 있다.¹⁴⁵⁾

모두 경청해야 할 일리 있는 의견이고, 형사절차법정주의를 추종해온 법학자로서 충분히 공감할 수 있는 내용이다. 또한, 종래의 수사구조 개혁 논의와 달리 현 정부의 수사권 조정 논의는 검찰권한의 비대화 문제뿐만 아니라 국가권력의 사유화로 붕괴된 국정운동을 개편하여 권력기관의 민주적 개혁을 추진하는 과정에서 비롯한 것인 만큼,¹⁴⁶⁾ 수사권 조정은 단순히 행정기관 간의 역할을 조율하는 대통령의 권한이 아니라 정부조직법 등 정부를 구성하는 ‘법률’을 입법하는 국회의 권한에 전속하는 사안이라고 볼 수도 있고, 경찰을 신뢰하지 못해 검찰에 고소·고발장을 제출한 고소·고발인이, 사건의 경찰 이송을 이유로 검찰청법 제4조 제1항 제1호 가목 단서 규정에 대한 위헌법률심판 청구나 헌법소원 제기가 속출하는 상황도 충분히 예상할 수 있다.

하지만 수사권을 조정하는 내용의 입법 역시 국회가 의결한 것이고, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 대통령에게 위임한 입법 역시 국회의 의결에 의한 것이다. 또한, 행정권이 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다는 점을 헌법이 확인하고 있지만(헌법 제66조 제4항), 헌법 어디에도 정부의 조직, 나아가 수사기관의 조직을 법률로 정할 것을 강제하는 규정을 찾을 수 없다. 단지 국군의 조직과 편성만 법률로 정해야 할 뿐이다(헌법 제74조 제2항). 헌법 제12조 제1항도 ‘법률과 적법한 절차에

144) 이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 박영사, 2000, 78-79면.

145) 이 글, 제3장 제4절 1. 참조.

146) 강석구 외, 사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구, 한국형사정책연구원, 2017. 8, 19면 참조.

의하여 (범죄자를 반드시 검사가 수사하여) 처벌하라'는 의미가 아니라 '범죄자를 처벌할 경우 (반드시) 법률과 적법한 절차에 의하여 처벌하라'는 의미일 것이므로 검사의 수사개시 범죄범위를 법률로써 대통령령에 위임했다고 해서 그것이 국민의 권익을 구체적으로 침해하지 않는 한, 반드시 헌법에 위배된 것으로 볼 수는 없다고 생각한다.

따라서 수사권과 같은 중요한 행정권력의 범위 문제를 애초에 법률로 정함으로써 이러한 논란 자체를 일으키지 않았으면 더욱 좋았겠지만, 이러한 사안을 대통령령에 위임한 자체로 위헌인 것은 아니라고 생각한다. 다만 경찰을 불신하여 검찰에 고소·고발한 경우와 같이 검찰청법 제4조 제1항 제1호 가목의 규정이 국민의 권익을 구체적으로 침해할 수 있는 경우를 미연에 방지하기 위하여 '수사준칙규정 제18조 제1항 제1호의 규정에 따른 이송결정에 대한 사건관계인의 불복 절차' 정도는 마련할 필요가 있다고 생각한다.

그런데 냉정히 말해, 검찰청법 제4조 제1호 가목의 해석에 따라서는 검사가 수사를 개시할 수 있는 '중요범죄의 범위' 자체를 대통령령으로 정할 수 있기 때문에 사실상 거의 모든 범죄를 검사의 수사개시 범죄범위로 포섭하거나, 범위에서 배제하는 것도 이론상 가능하다. 그래서 이런 상황에 대비하여 이 글에서는 ① 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등이 예시가 아니라 한정 열거된 것이라고 밝히고,¹⁴⁷⁾ ② 중요범죄의 판단기준으로 3요소를 제시하였지만,¹⁴⁸⁾ 그 근거가 된 법무부장관과 행정안전부장관의 합의문에 대해 국회가 제정한 법률에 우선하는 지위를 인정할 수 없기 때문에 —조문 해석의 한 기준이 될 수 있을지는 몰라도— 대통령의 대통령령 제정권을 기속할 근거는 될 수 없다. 실제로, 대통령령인 검사수사범위규정 제2조 제1호 가목은 '법률에서 행정규칙으로 명시적으로 위임한 바 없는' 적용대상 범위의 일부를 법무부령에 위임하고 있고, 법무부령인 검사수사범위규칙 제3조에서는 '대통령령에서 명시적으로 위임한 바 없는' 수사개시 세부기준까지 정하고 있어¹⁴⁹⁾ 현 정부에서부터 이미 입법의 경계를 모호하게 만들고 있다.¹⁵⁰⁾

147) 이 글, 제2장 제4절 1. 나. 참조.

148) 이 글, 제2장 제4절 1. 마. 참조.

149) 같은 생각 : 이 글, 제3장 제3절 1. 가. 참조.

150) 참고로, 수사준칙규정 제5조 제3항, 제12조 제2항, 제16조 제5항, 제21조 제2항, 제53조 제3항, 제54조에 따라 일부 사항에 대한 준칙 제정권 또는 절차 등 결정권을 경찰청장 또는 해양경찰청장에게 위임하고 있는데, 이를 근거로 입법예고된 '경찰수사규칙' 제정안(행정안전부령)

그래서 만일 후임 대통령이 현 정부가 추진한 검찰·경찰 간 수사권 조정 결과에 동의하지 않을 경우 대통령령 개정을 통하여 검찰과 경찰의 수사권을 —고무줄 늘리듯이— 자의적으로 조정하더라도 국무회의 의결 등 절차를 준수한 이상 위헌 또는 위법이라고 볼 수 없고, —설혹 후임 대통령이 속한 정당이 국회 과반수를 점하지 못했다고 하더라도 미래의 야당이 국회 재적의원 수의 3분의 2를 점하지 못했다면— 미래의 국회에서 후임 대통령의 자의적인 대통령령 개정을 견제하기 위하여 대통령령 위임규정을 삭제하여 검찰청법을 개정하고자 할지라도 대통령이 헌법상 재의요구권(헌법 제53조 제2항)을 적극적으로 활용하여 국회의 법률안 확정을 방해할 가능성을 우려하지 않을 수 없다.¹⁵¹⁾ 만일 미래의 야당이 대통령 견제에 실패할 경우 검찰을 적극 활용한 독재 또는 경찰을 적극 활용한 독재는 현실화될 수도 있을 것이다.

만약의 하나에 지나지 않는 가능성일 수 있지만, 이럴 가능성이 조금이라도 현재한다면 검찰청법 제4조 제1항 제1호 가목 단서의 규정이 설혹 합헌이며, 정당할지라도 이 규정을 입법한 현 정부여당에서는 검사 수사범위 입법의 방식과 주체에 대하여 숙고(熟考)할 필요가 있다고 생각한다. 법률을 개정할 역량을 갖췄으면서 우환의 소지를 굳이 남겨둘 이유는 없다.

2. 특별사법경찰 등에 대한 검사 지휘 관련 입법 필요

가. 특별사법경찰관리 지휘 관련 문제

개정 형사소송법은 제245조의10 제1항에서 “삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관, 그 밖에 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 특별사법경찰관리와 그 직무의 범위는 법률로 정한다.”고 하여 ‘특별사법경찰관리’를 법률용어로서 공식적으로 명문화하였다. 종전의 형사소송법 제197조에서 ‘특별사법경찰관리’라는 표제 아래 “삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무

과 ‘해양경찰수사규칙’ 제정안(해양수산부령)은 그 위임범위를 넘어선 사항까지 일부 포함하고 있어(예: 지명수배 관련 규정) 향후 이 중 적법성이 문제될 수 있는 사안을 철저히 걸러내 시정할 필요가 있다고 생각한다.

151) 국가가 재의에 불일 경우 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정되지만(헌법 제53조 제4항), 재적의원 3분의 2 이상을 확보하지 못한 상황에서의 법률안 확정은 결코 장담할 수 없다.

를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정한다.”고만 규정했던 경우와는 다르다. 또한, “특별사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.”(개정 형사소송법 제245조의10 제2항)고 하여 특별사법경찰관의 모든 수사에 대한 검사의 지휘를 법률로써 강제하고 있을 뿐만 아니라 검사의 지휘에 대한 특별사법경찰관리의 복종의 무까지 규정하고 있다(같은 조 제4항).¹⁵²⁾

그런 만큼, ‘특별사법경찰관리’가 아니라 종전의 형사소송법 제197조에 따라 ‘사법경찰관리의 직무를 행할 자’의 범위와 그 직무범위에 대하여 규율했던 사법경찰직무법을 폐지하는 한편, 가칭 “특별사법경찰관리와 그 직무범위에 관한 법률”을 제정해야 하고, 시행일규정 제2조에서 정한 형사소송법의 시행일인 2021년 1월 1일 이전에 개정 형사소송법 제245조의10 제4항의 규정에 따라 검사의 지휘에 관한 구체적 사항에 대응한 법무부령을 제정해야 한다. 최소한 형사소송법 제197조에 근거한 현행 사법경찰직무법 제1조라도 개정해야 한다.¹⁵³⁾ 하지만 2020년 11월 15일 현재, 국회에 계류중인 10여 건의 사법경찰직무법 일부개정법률안에서는 이러한 내용을 전혀 찾을 수 없고,¹⁵⁴⁾ 입법예고된 법무부령에서도 이러한 내용을 찾을 수 없다.¹⁵⁵⁾

특별사법경찰관리에 대한 검사 지휘 관련 입법이 중요해진 것은, 정부가 수사준칙규정을 제정하면서 입법예고안에도 없던 ‘기존 수사준칙규정 폐지’에 관한 내용을 부칙 제2조에 추가했기 때문이다.¹⁵⁶⁾ ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법

152) 개정 형사소송법 제245조의10(특별사법경찰관리) ① 삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관, 그 밖에 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 특별사법경찰관리와 그 직무의 범위는 법률로 정한다.

② 특별사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.

③ 특별사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.

④ 특별사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 법무부령으로 정한다.

⑤ 특별사법경찰관은 범죄를 수사할 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 송부하여야 한다.

⑥ 특별사법경찰관리에 대하여는 제197조의2부터 제197조의4까지, 제221조의5, 제245조의5부터 제245조의8까지의 규정을 적용하지 아니한다.

153) 사법경찰직무법 제1조(목적) 이 법은 형사소송법 제197조에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위를 정함을 목적으로 한다.

154) <https://likms.assembly.go.kr/bill> 참조.

155) <https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom> 참조.

156) 제정 수사준칙규정 제2조(다른 법령의 폐지) 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」은 폐지한다.

경찰관리의 수사준칙에 관한 규정'이란 이름의 기존 수사준칙규정은 사법경찰관에게는 '수사준칙규정'이었지만, 검사에게는 사법경찰관리에 대한 '수사지휘규정'이었는데, 이 규정이 전격적으로 폐지됨에 따라 특별사법경찰 업무에 중대한 공백이 생길 수밖에 없게 된 것이다. 더욱이 특별사법경찰업무는 '일반적인 수사'가 아니라 '특별한 수사'로 보아야 하기 때문에 "일반적인 수사의 절차와 방법에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 영이 정하는 바에 따른다."고 정한 제정 수사준칙규정 제2조 규정이 적용될 여지가 없고, 제정 수사준칙규정에는 수사지휘와 관련한 내용이 아예 없을 뿐만 아니라 특별사법경찰관리에 대한 검사의 수사지휘에 관하여는 대통령령이 아니라 법무부령으로 정해야 할 사항인 만큼 특별사법경찰의 업무 공백 및 정책 혼선은 피하기 어려울 것으로 예상된다.

다행히 사법경찰직무법의 적용을 받는 특별사법경찰관리의 경우 법무부령인 현행 '특별사법경찰관리 직무규칙'에 따라 수사 시 검사의 지휘를 받게 되며,¹⁵⁷⁾ 사건 송치 후에는 법무부령인 현행 '검찰사건사무규칙'에 따라 검사의 지휘를 받게 되어¹⁵⁸⁾ 업무 공백은 생각보다 많지 않을 것으로 예상된다. 다만 이들 규칙에는 ① 특별사법경찰관의 수사 개시·진행 권한 및 의무(개정 형사소송법 제245조의10 제3항)와 관련된 내용이 반영되어 있지 않고, ② 지체 없는 송치·증거물송부 의무를 규정한 개정 형사소송법 제245조의10 제5항의 규정과 달리 송치기한이나 증거물송부기한에 관한 규정이 마련되어 있지 않은 만큼, 보완입법이 필요한 상황이라고 할 수 있다.

그런데 검사의 지휘와 이에 대한 복종의무가 법률로써 명기되었다는 것은, 검사의 지휘 등 법률상의 절차에 따른 감시·감독을 받지 않은 특별사법경찰관리의 수사는 위법하다는 것을 의미하는 만큼, 수사의 정당성 측면에서 결코 간단한 문제가 아니다. 특히 ③ 특별사법경찰관리 직무규칙 제22조¹⁵⁹⁾는 검사의 지휘 없는 내사를 특별사법

157) 특별사법경찰관리 직무규칙 제1조(목적) 이 규칙은 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에 의하여 사법경찰관리의 직무를 행하는 자의 범죄수사에 관한 직무상의 준칙을 명시하여 수사의 효율성을 높이고 인권침해를 방지함을 목적으로 한다.

158) 검찰사건사무규칙 제2조(수리사유) 사건은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 수리한다.
3. 「형사소송법」의 규정에 의하여 사법경찰관 또는 특별사법경찰관(이하 "사법경찰관"이라 한다)으로부터 사건의 송치를 받은 경우

159) 특별사법경찰관리 직무규칙 제22조(범죄의 내사) ① 특별사법경찰관은 직무범위에 속하는 범죄에 관한 신문·방송 그 밖의 보도매체의 기사, 익명의 신고 또는 풍문이 있는 경우에는 특히 출처에 주의하여 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다.

경찰관에게 허용하고 있어 ‘모든 수사’에 있어 검사의 지휘를 받도록 한 형사소송법 제245조의10 제2항의 취지에 정면으로 반하는 만큼, 반드시 시정되어야 할 규정이라고 할 것이다. 뿐만 아니라 ④ 특별사법경찰관리의 경우 수사준칙규정의 적용에서 제외되므로 수사준칙규정상 불이익 금지규정(제4조)이나 형사사건 공개금지규정(제5조)과 같이 어렵게 도입한 인권옹호 규정들이 특별사법경찰에 의한 수사에서는 사장되는 결과로 이어질 수도 있다. 그런 만큼 검찰·경찰 간의 상호협력과 무관한 일반적 수사준칙의 내용들이 특별사법경찰의 경우에도 적용될 수 있도록 방도를 모색할 필요가 있다.¹⁶⁰⁾

나. 특별사법경찰관의 모든 수사에 관한 검사의 지휘 문제

개정 이전의 형사소송법 제197조에 따른 특별사법경찰관리의 경우 굳이 사법경찰 직무법이 아니더라도 법률로만 정하면 특별사법경찰관으로서의 직무를 수행할 수 있었고, 사법경찰직무법의 적용을 받지 않는 이상 반드시 검사의 지휘를 받아야 하는 것도 아니었다. 또한, 형사소송법이 개정되었다고 할지라도 굳이 사법경찰직무법이 아니더라도 법률로만 정하면 특별사법경찰관으로서의 직무를 수행할 수 있는 점은 개정 이전과 특별히 달라지지 않았다. 다만 검사의 지휘와 관련한 부분만은 현저히 달라졌다.

개정 형사소송법 제245조 제1항에서 사법경찰직무법과 같은 특별한 법률을 지칭함이 없이 “... 사법경찰관리의 직무를 행할 특별사법경찰관리...는 법률로 정한다.”고만 규정함에 따라 형사소송법의 적용을 받는 ‘특별사법경찰관리’의 범위에 예외를 인정하기 어렵게 되었고, 같은 조 제2항부터 제6항까지 규정한 ‘특별사법경찰관(리)’ 역시 해석상 예외를 인정하기 어렵게 되었다. 따라서 특별사법경찰관인 이상 어느 법률의

② 특별사법경찰관리는 내사 결과 범죄의 혐의가 없다고 인정되는 때에는 즉시 내사를 종결하여야 한다.

③ 익명 또는 허무인 명의의 진정·탄원 및 투서에 대하여는 그 내용을 정확히 판단하여 수사 단서로서의 가치가 없다고 인정되는 때에는 내사하지 아니할 수 있다.

④ 실존인물의 진정·탄원 및 투서라도 그 내용이 소관 형벌법규에 저촉되지 아니함이 명백하다고 인정되는 때에는 진정인·탄원인 및 투서인에게 그 뜻을 통지하고 제3항의 규정에 준하여 처리할 수 있다.

160) 참고로, 법무부는 2020년 11월 17일에 ‘특별사법경찰관리에 대한 검사의 수사지휘 및 수사준칙에 관한 규정’ 제정안을 입법예고하여 이러한 우려가 일정 부분 해소되었다.

적용을 받는지 여부와 상관없이 같은 조 제2항에 따라 “모든 수사”에 대하여 검사의 지휘를 받아야 하고, 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 같은 조 제3항에 따라 수사를 개시·진행하여야 한다.

간단해 보이는 이 규정들이 형사소송법 개정에 따라 문제가 될 수밖에 없게 된 것은, 사법경찰직무법이 특별사법경찰관리의 모든 수사를 담아내고 있는 것이 아니기 때문이다. 예컨대, 군사법원법 제43조¹⁶¹⁾ 및 제46조¹⁶²⁾에서 규정하는 군사법경찰관(리)의 경우 사법경찰직무법 제9조에 따라 범죄수사업무에 종사하는 군무원은 ‘군용물 등 범죄에 관한 특별조치법’에 규정된 범죄의 수사에 한하여, 보안업무에 종사하는 군무원은 군사기밀보호법에 규정된 범죄의 수사에 한하여¹⁶³⁾ 검사의 지휘를 받게 되는데(특별사법경찰관리 직무규칙 제2조 제3항), 형사소송법 개정에 따라 검사의 지휘가¹⁶⁴⁾ 군사법원법 제43조 및 제46조에서 규정하는 군사법경찰관(리)이 수행하는 모든 수사업무에 미칠 수 있게 된다. 군사법원의 특수성을 인정한다고 할지라도 이 부분에 대해 시정 또는 법률 간 조정이 필요할 것이라고 생각한다.

그런데 수사의 정당성과 관련해서는 ‘사실상 특별사법경찰관으로서의 역할을 수행

161) 군사법원법 제43조(군사법경찰관) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 군사법경찰관으로서 범죄를 수사한다.

1. 군사경찰과의 장교, 준사관 및 부사관과 법령에 따라 범죄수사업무를 관장하는 부대에 소속된 군무원으로서 범죄수사업무에 종사하는 사람
2. 「국군조직법」 제2조제3항에 따라 설치된 부대 중 군사보안 업무 등을 수행하는 부대로서 국군조직 관련 법령으로 정하는 부대(이하 “군사안보지원부대”라 한다)에 소속된 장교, 준사관 및 부사관과 군무원으로서 보안업무에 종사하는 사람
3. 국가정보원 직원으로서 국가정보원장이 군사법경찰관으로 지명하는 사람
4. 검찰수사관

162) 군사법원법 제46조(군사법경찰리) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 군사법경찰리로서 군검사 또는 군사법경찰관의 명령을 받아 수사를 보조한다.

1. 군사경찰과에 속하는 군인(이하 “군사경찰”이라 한다)인 병
2. 군사안보지원부대에 소속되어 보안업무에 종사하는 병
3. 국가정보원장이 군사법경찰리로 지명하는 국가정보원 직원

163) 사법경찰직무법 제9조(군사법경찰관리) ① 「군사법원법」 제43조제1호 및 제46조제1호에 따른 군사법경찰관리로서 지방검찰청검사장의 지명을 받은 자는 「군용물 등 범죄에 관한 특별조치법」에 규정된 범죄에 관하여 사법경찰관리의 직무를 수행한다.

② 「군사법원법」 제43조제2호와 제46조제2호에 규정된 군사법경찰관리로서 지방검찰청검사장의 지명을 받은 자는 「군사기밀보호법」에 규정된 범죄에 관하여 사법경찰관리의 직무를 수행한다.

164) 군사법경찰관이 이미 사법경찰직무법에 따라 일부라도 검사의 지휘를 받아왔다면, 군사법원법 제37조에서 규정하는 ‘군검사’가 형사소송법 제245조의10에서 규정하는 ‘검사’의 역할을 수행한다고 주장하기는 쉽지 않을 것이다.

하는 직역의 공무원'이 수행하는 '수사에 준하는 사무'에 대한 감사의 지휘에 대해서도 고민이 필요할 것이다. 예컨대, '조세범 처벌절차법' 제2조 제3호에서 규정하는 '조세범칙조사'는 조세범처벌법 제3조부터 제6조까지의 죄에 해당하는 위반행위, 즉 '조세범칙행위'의 혐의가 있는 사건에 대하여 행하는 조사활동을 의미하는 만큼(조세범 처벌절차법 제2조 제1호·제2호), 형식적으로는 '세무조사'의 일환으로 실시하고 있지만(국세기본법 제81조의4 제1항 참조) 실질적으로는 '(범죄)수사'라고 보아야 할 것이고,¹⁶⁵⁾ 조세범 처벌절차법 제2조 제4호 각 목에 따라 지방검찰청의 감사장이 지명하여 조세범칙조사에 투입되는 세무공무원은 '특별사법경찰관'이라고 보아야 할 것이다. 그간 이들 세무공무원은 압수·수색영장의 신청(조세범 처벌절차법 제9조 제1항) 시에만 사실상 감사의 지휘를 받아왔지만, 그 실질이 특별사법경찰관리에 의한 수사라고 한다면 —형사소송법 개정에 따라— 모든 조세범칙조사에 대해서도 감사의 지휘가 미칠 수 있게 된다.

이처럼 수사권 조정과 직접적인 관련성이 적은 특별사법경찰에 대해서까지 관련 규정을 형사소송법에 추가하면서 종래의 법체계에서 예상하지 못했던 문제들이 발생하게 되었는데, —수사상 절차 위반은 헌법소원, 국가배상, 직권남용죄 피소 등과 직결될 수 있는 만큼— 형사소송법이 실제로 시행된 이후에는 전혀 예상하지 못한 의외의 문제들이 다양한 분야에서 속출할 수 있다. 특히, 새롭게 도입하는 공수처, 자치경찰, 국가수사본부의 경우 제·개정에 앞서 이미 입법을 마친 수사권 조정법제와의 체계적 정합성을 꼼꼼히 검토할 필요성이 매우 크다는 점을 미리 밝혀둔다.

3. 불법자산 동결 관련 권한의 조정 필요

권력기관의 민주적 개혁과 이를 위한 검찰·경찰 수사권 조정도 중요한 국정과제가기는 하지만, 현 정부의 제1번 국정과제는 '적폐의 철저하고 완전한 청산'이고, 그 핵심 실천과제 중 하나가 '검찰의 범죄수익 환수기능 강화'이다.¹⁶⁶⁾ 그런데 범죄수익 환수 제도, 즉 범죄수익등의 몰수·추징 제도가 제대로 기능하기 위해서는 '유죄의 재판이 확정될 때까지 불법자산을 동결하는', 즉 ① 초동수사 단계에서 확보한 현금·

165) 수사의 범위에 포함되는지 여부는 엄격하게 해석하지 않을 수 없다.

166) 국정기획자문위원회, 문재인정부 국정운영 5개년 계획, 2017. 7. 24면.

동산 등을 즉시 압수하고, ② 금융계좌의 경우 거래를 즉시 중지시키며, ③ 부동산, 자동차, 선박, 항공기와 같이 등기 또는 등록하여야 할 자산은 몰수·추징 보전절차를 통하여 처분을 금지하는 일이 매우 중요하다. 이를 ‘불법자산의 동결(freezing)’이라고 하는데, —매우 간단해 보이지만— 불법자산을 빼돌리려는 범죄자와의 시간 싸움이기 때문에 결코 간단하지 않다.¹⁶⁷⁾

특히 불법자산을 동결하는 이러한 일은 결국 현장에서 수사를 담당하는 자, 즉 수사기관이 직접 하게 되는데, ‘범죄에 대한 수사’와 ‘범죄수의 등 불법자산의 추적·동결’을 병행해야 하는 수사기관의 입장에서는 증거를 찾고 증인을 확보하여 유죄를 입증하기 위한 수사에 역량을 보다 집중할 수밖에 없다. 하지만 범죄의 진상과 범죄자의 죄상을 밝히는 데 집중하느라 불법자산을 동결할 수 있는 시기를 놓치게 되면, 이후에 동결 절차를 진행하고자 해도 범죄자는 이미 불법자산을 빼돌리거나 그 실마리를 은닉한 이후일 확률이 높고, 애초에 동결하지 못한 불법자산을 이후에 박탈하거나 환수하는 것은 사실상 기대하기 어렵다. 그래서 범죄와의 관련성이 있는 재산이나 자금을 수사기관이 발견한 경우 —오판(誤判)에 대한 이의·보상 제도가 마련된 전제에서— 즉시 동결할 수 있도록 그 요건을 최대한 완화시킬 필요가 있다.¹⁶⁸⁾

그런데 압수와 관련해서는 ① 압수·수색영장의 집행지휘(형사소송법 제115조 제1항), ② 압수물의 환부·가환부 지휘(형사소송법 제218조의2 제4항), ③ 압수물 등 보관·폐기 지휘(형사소송법 제130조, 제132조 및 제219조 단서), ④ 압수장물의 피해자 환부 지휘(형사소송법 제134조 및 제219조 단서)와 같이 형사소송법부터 이미 검사의 광범위한 지휘권을 규정하고 있고, 기소 전에 몰수보전명령 또는 부대보전명령이 내려진 경우 사법경찰관은 지체 없이 관계 서류를 검사에게 송부하여야 한다(마약거래방지법 제34조 제2항). 이는 ‘공무원범죄에 관한 몰수 특례법’의 기소 전 몰수보전명령 등의 경우도 마찬가지다(제24조 제2항).

더욱이 기소 전 추정보전명령의 경우 사법경찰관은 지체 없이 관계 서류를 검사에게 송부하여야 할 뿐만 아니라(마약거래방지법 제53조 제2항) 검사는 사법경찰관에게 추정보전과 관련한 신청, 보완·수정, 취소 등의 요구를 할 수 있고(같은 조 제3항),

167) 강석구, 범죄피해재산에 대한 몰수·추징 법제 연구, 법무부, 2017, 69면.

168) 강석구, 앞의 보고서, 69-70면.

이러한 요구가 있는 경우 사법경찰관은 지체 없이 검사의 요구에 따른 조치를 취하여야 한다(같은 조 제4항). 즉, 기소 전 추정보전명령의 경우 검사의 지휘권이 더욱 강화되어 있는 것이다.

이는 2020년 6월 9일의 마약거래방지법 개정과정에서 추가된 내용인데, 기소 전 추정보전명령의 경우 기소 전 몰수보전명령과는 달리 사법경찰관의 명령신청권 등이 규정되어 있지 않아 경찰수사 단계에서 불법수익 추징을 위한 효과적인 조치가 행해지기 어렵기 때문에 기소 전 추정보전명령에서도 사법경찰관의 명령신청권 등을 둬으로써 마약거래방지법을 준용하고 있는 범죄수익은닉규제법상 범죄수익등에 대해서도 사법경찰관이 기소 전 추정보전명령 신청을 할 수 있도록 하기 위한 취지라고는 하는데,¹⁶⁹⁾ —사법경찰관의 명령신청권 신설에는 동의하지만— 그렇잖아도 수사에 여념이 없는 사법경찰관의 입장에서 수사지휘를 각오하고서까지, 경찰책임이 아닌 보전명령 신청을 적시(適時)에 하게 될지는 의문이 아닐 수 없다. 냉정히 말하자면, 수사를 담당하는 수사기관의 입장에서는 범죄자의 자산 동결보다는 범죄자의 유죄를 입증할 죄상 파악이 우선일 것이다.

그런 만큼, 범죄수익 환수제도 제대로 기능하기 위해서는 불법자산 동결의 최전선이라고 할 수 있는 몰수·추징 보전명령 신청이 최대한 신속하게 행해져야 할 것이므로 “지체 없이” 행해져야 할 일은 검사에게 서류를 송부하거나, 지휘받는 일이 아니라 보전명령을 신청하는 일이라고 할 것이다. 검사의 수사개시 범죄범위에 포섭되지 않는 범죄일지라도 압수·수색영장 등이 발부된 경우는 검사가 수사를 개시할 수 있도록 규정한 수사준칙규정 제18조 제1항 제2호 단서의 예외규정처럼, 범죄수익 환수가 제대로 이뤄질 수 있기 위해서는 몰수·추징 보전과 관련한 사법경찰관의 권한과 책임에 대하여 특별한 고려가 필요하다고 생각한다. 만일 이 부분을 소홀히 할 경우 정부의 범죄수익 환수기능이 반감될 뿐만 아니라 —검찰과 경찰을 불문하고— 보전신청을 지연해준 대가로 범죄를 통한 이권과 이득을 범죄자와 나누는, 부패한 수사기관 종사자들이 속출할 것으로 예상된다.

169) 마약거래방지법(법률 제17361호, 2020. 6. 9. 개정) 개정이유 참조.

제 6 장

검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

결론

강 석 구

검찰과 경찰 간 수사권 조정을 주요 내용으로 하는 형사소송법과 검찰청법 개정법률안이 2020년 2월 4일에 공포되고, 그 후속입법인 검사수사범위규정, 수사준칙규정, 시행일규정 등이 법률 공포 후 8개월이 지난 10월 7일자로 제정되어 개정 형사소송법, 개정 검찰청법, 제정 검사수사범위규정, 제정 수사준칙규정 등이 모두 2021년 1월 1일자로 시행에 돌입한다. 개정 형사소송법과 개정 검찰청법의 부칙에 따라 2020년 8월 5일부터 1년 이내에 대통령령 등 후속입법을 완료하면 되었기에 이 일정에 맞춰 2020년 10월 31일에 출판할 것을 목표로 후속입법에 담길 사항을 강구했던 이 연구 역시 검사수사범위규정과 수사준칙규정의 조기 제정에 따라 그 후속과제까지 함께 강구하기 위해 2020년 12월 31일까지 연구기간을 연장하였다.

다만 제도 개혁 자체가 쉽지 않은데, 검사의 수사지휘권을 중심으로 세워졌던 수사구조를, 검찰과 경찰 간의 상호협력 관계를 전제로 전면적으로 다시 세우는 방식의 대단위 개혁은 매우 어렵다. 더욱이 수사권과 기소권을 전면적으로 분리할 경우 제도 간의 경계선이 분명하지만, 검찰과 경찰에게 모두 수사권을 인정하면서 상호협력 관계를 촘촘하게 설정하는 것은 더욱 어렵다. 뿐만 아니라 이러한 구조의 수사제도는 인류 역사상 어느 국가에서도 경험해본 적 없는 낯선 제도이기 때문에 참조할 만한 국내외 문헌이나 외국의 입법례가 드물다. 4명의 법률전문가가 합심해서 연구해도 쉽지 않았던 작업을, 현 정부는 법률 공포 이후 단 8개월만에 해낸 것이다. 동일한 주제의 후속과제를 고민했던 연구진의 한 사람으로서 —당연히 국민의 기대나 당초의 목표에 비해 미진한 부분도 적지 않았겠지만— 단기간에 이 어려운 작업의 기틀을 세운 실무진의 열의와 노고를 인정하지 않을 수 없다.

하지만 개혁의 대상은 검찰과 경찰 간의 수사구조만이 아니고, 이 과제가 아무리

중요하다고 할지라도 현 정부가 추진하는 개혁의 일부일 뿐이다. 수사권 조정 입법의 완수 정도에 안주하여 개혁을 중단해서는 안 될 것이며, 검찰의 정치적 중립성과 독립성 확보, 경찰의 정치적 중립성과 독립성 확보, 국가경찰위원회의 실질화 및 독립성 확보, 법원의 정치적 중립성과 독립성 확보 등 ‘탈권력적 사법개혁’, 공수처 도입으로 상징되는 ‘공직부패 수사구조의 완성’, 자치경찰제의 전면 도입으로 상징되는 ‘경찰 권력의 지방분점’, 국가수사본부의 신설로 상징되는 ‘사법경찰과 행정경찰의 분리’, 정보수사 폐지, 반인권적 수사관행 철폐 등 ‘친인권적 수사개혁’, 감사원·국세청·국가정보원의 개혁 등 현 정부여당이 국민 앞에 약속한, 굵직한 개혁과제들은 여전히 산적해있다.

더욱이 국가형사사법제도 및 사법권력기관의 개혁이라는 측면에서 바라봤을 때 검찰·경찰 간 수사권 조정 과제는 개혁의 근본(根本)이라기보다는 개혁의 말단(末端)에 가깝기 때문에 다른 개혁과제의 추진과 최대한 보조를 맞춰 완료했어야 했는데, 다른 개혁과제보다 시기적으로 현저히 앞서 완수된 측면이 없지 않다. 그래서 이미 완수된 검찰·경찰 간 수사권 조정 관련 입법을 기준으로 삼아 추후 추진될 개혁과제들의 입법방향을 확정할 가능성이 적지 않다. 하지만 이렇게 할 경우 예외로써 원칙을 정할 수 있기 때문에 개혁 자체가 실패하거나, 표류할 수 있을 뿐 아니라 형사사법제도의 근간 자체가 무너질 수 있기 때문에 개혁과제의 설계자들은 말단에 홀려 초심을 잃어서는 안 될 것이다. 특히, 히틀러의 나치스가 일당 독재를 실현시킬 수 있었던 출발점이 바로 행정부에 입법권을 위임하는 법률인 1933년 ‘수권법’(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)의 제정이었던 만큼, 경찰독재 또는 검찰독재의 단초가 될 수 있는 검찰청법 제4조 제1항 제1호 가목의 대통령령 위임 규정만은, 후속입법을 통하여 반드시 보완할 필요가 있다고 생각한다.

또한, 원칙을 단호하게 확정할 때 후속작업은 보다 수월해질 수 있다. 예컨대, 수사와 기소를 분리한다는 원칙을 단호하게 확정했다면, 이를 확정하는 과정까지는 어렵겠지만, 그 이후의 후속작업은 예외만 설정하면 되므로 상대적으로 수월할 수밖에 없다. 반면, 개정 검찰청법 제4조 제1항과 같이 검찰과 경찰의 수사역량과 실무관행에 맞춰 각각의 수사범위를 2원적으로 준별할 경우 기존의 수사현실에는 보다 충실할 수 있지만, 원칙이 불명확해져 후속작업이 간단치 않을 수밖에 없다. 특히 개정 형사소

송법 제195조 제1항이 규정하는 ‘상호 협력 관계’는, 냉정히 말해 검찰개혁 과정에서 ‘상호 견제 관계’로 나아갈 수밖에 없다. 제정 수사준칙규정에서 상호협력과 실질적으로 관계된 규정을 거의 찾을 수 없는 이유도 여기에 있다. 그런데도 검찰과 경찰의 수사범위를 2원적으로 설계해두었기 때문에 당장 이 법들이 수사실무에 적용되는 2021년 1월 1일 이후에는 수사증지·보완수사·재수사 등과 관련한 검·경 간의 업무조정 과정에서 수사·송치·기소가 지연·지체되거나, 책임소재가 명확하지 못해 불법내사나 인권억압적 상황 등이 방지되는 경우가 비밀비재할 것으로 예상된다. 물론, 경찰의 인사고과와 무관한 범죄수익 보전업무 역시 방지될 것으로 예상된다.

개혁을 완수하기 위한 시간이 촉박했고, 개혁의 참고가 될 만한 선례도 드물었던 만큼, 모든 상황을 완벽하게 통제할 수 있는 입법을 기대할 수는 없다. 또한, 개혁과제를 모두 완수하고 이들 제도가 안착하기까지 혼선과 갈등은 불가피한 측면이 있다. 인정해야 할 부분은 인정해야 한다. 하지만 이러한 상황이 장기간 지속한다면 그 피해는 고스란히 국민의 몫이 될 수밖에 없고, 국민을 고달프게 하는 개혁은 아무리 그 목적이 정당할지라도 도태되거나, 폐기될 수밖에 없을 것이다. 그런 만큼, 이제까지 해온 것보다 지금부터 해야 할 일들, 즉 제도를 안착시키기 위해 오류를 시정하는 작업들이 더 중요할 수 있다는 점을 이 제도의 설계자들은 명심해야 할 것이다. 검찰과 경찰의 수사와 직접적으로 관련된 법률만도 형사소송법과 검찰청법만 있는 것이 아니라 경찰법, 경찰공무원법, 경찰관직무집행법, 범죄수익은닉규제법, 부패재산몰수법, 마약거래방지법, 특정범죄가중법, ‘특정범죄신고자 등 보호법’ 등 이루 헤아릴 수 없을 정도로 많고, 수사기관도 검찰과 경찰만 존재하는 것이 아니다. 검찰수사 단계에서만 적용되어 온 형사조정제도나 범죄피해자보호제도 등을 경찰수사 단계부터 실시하기 위한 노력도 잊지 않아야 하고, 새로 도입된 제도들에 국민의 불복 절차나 이의신청 절차를 빠뜨린 것이 없는지도 꼼꼼히 점검해야 한다. 무엇보다도, 검사와 사법경찰관, 즉 실무자 간에 주고받을 서류·문서의 공통서식 마련도 소홀히 해서는 안 된다.

이러한 점은 이 글의 연구자에게도 해당된다. 그래서 연구를 종료할 시점에 입법에 고안의 발표와 제정안의 확정이라는 중대한 변수가 발생하였지만, 이 연구의 근본이 되는 개정 형사소송법과 개정 검찰청법을 —하위규범에 흘려— 시야에서 놓치지 않기 위해 노력하였고, 국회가 제정한 수사권 조정 법률의 내용을 하위규범에 온전히 구현

하기 위해 도출한 연구결과를 —하위규범 자체에 관한 의견과 별도로— 견지하고자 노력하였다. 또한, 이들 후속입법으로써 검찰·경찰 간 수사권 조정 과업이 마무리되었다고 평가하기 어려운 만큼, 이 글 역시 결론이 아니라 보론(補論)으로써 마감하였다. 나아가, 연구를 마무리해야 할 시기에 여러 변수들이 중첩됨에 따라 연구결과를 안정적으로 확정하지도 못했고, 촉박했던 시간만큼 입법예고안이나 제정안에 대한 충분한 검토를 하지 못했던 점도 후속연구자를 위해 분명히 밝혀둔다. 어느 것도 아직은 마무리한 것이 아니라는 점을 환기한다.

참고문헌

- 강석구, 범죄피해재산에 대한 몰수·추징 법제 연구, 법무부, 2017.
- 강석구·신의기·임석순·한민경·김정연, 사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구, 한국형사정책연구원, 2017. 8.
- 국정기획자문위원회, 문재인정부 국정운영 5개년 계획, 2017. 7.
- 금태섭, ‘고위공직자범죄수사처 설치의 의미와 앞으로의 방향’ 토론문, 국민을 위한 수사개혁방향 심포지엄(대한변호사협회 주관), 2020. 7. 17.
- 김선웅, 검경수사권 조정 이후 검찰 직접수사의 범위-부패범죄·공직자범죄·선거범죄·방위사업범죄·대형참사를 중심으로-, 국회의원 채이배 정책보고서, 2020. 4.
- 김성룡, “청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제2호, 2018. 8.
- 김태명, “수사 및 소추절차에서의 경찰의 역할과 검찰과의 협력-영국과 미국의 사례를 중심으로-”, 법학연구(전북대학교 법학연구소) 제62집, 2020. 5.
- 김태명, “수사준칙의 제정 방안에 관한 연구”, 경찰법연구(한국경찰법학회) 제17권 제1호, 2019. 2.
- 노종화, 검경수사권 조정 이후 검찰 직접수사의 범위-경제범죄를 중심으로-, 국회의원 채이배 정책보고서, 2020. 3.
- 박기석, “검찰수사의 문제점과 합리적 검경관계 - 개정 형사소송법과 제정 대통령령을 중심으로”, 한국경찰연구(한국경찰발전연구회) 제11권 제1호, 2012. 3.
- 박준영, ‘검·경 수사권 조정의 의미와 향후 과제’, 국민을 위한 수사개혁방향 심포지엄 자료집, 2020. 7. 17.
- 박찬걸, “검·경 수사권조정에 대한 비판적 분석: 2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로”, 형사정책연구(한국형사정책연구원) 제31권 제1호, 2020. 3.
- 법제처, 일본법제업무편람, 2008.
- 서보학, ‘검·경 수사권 조정에 관한 심포지엄_주제발표1_바람직한 수사구조개혁 추진 방안’, 인권과 정의(대한변호사협회) 484호, 2019. 9.

- 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II)”, 서울대학교 법학(서울대학교 법학연구소) 제42권 제2호, 2001. 7.
- 신양균·조기영, 형사소송법, 박영사, 2020.
- 양홍석, ‘검·경 수사권 조정의 의미와 향후 과제’, 국민을 위한 수사개혁방향 심포지엄 자료집, 2020. 7. 17.
- 원혜옥, “개정 형사소송법상 ‘검찰의 직접수사권’에 대한 고찰”, 인권과 정의(대한변호사협회) 제491호, 2020. 8.
- 유인창, “현행 수사권체제의 개선방안에 관한 연구”, 법학연구(한국법학회) 제21집, 2006. 2.
- 유주성, “검·경 수사권 조정에 따른 국가수사본부 설립안 검토”, 형사정책(한국형사정책학회) 제32권 제1호, 2020. 4.
- 유주성, “경찰수사개혁의 성과와 과제”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제2호, 2018. 8.
- 윤동호, “검찰개혁 이후 수사권 분산의 체계와 과제-특사경과 자치경찰을 중심으로-”, 형사정책(한국형사정책학회) 제31권 제3호, 2019. 10.
- 윤동호, “공수처의 기능 강화와 검찰권 견제”, 비교형사법연구(한국비교형사법학회) 제22권 제3호, 2020. 10.
- 윤해성, “FBI 국내 수사 및 활동 가이드(Domestic Investigations and Operations Guide) 분석을 통한 시사점 제시”, 한국테러학회보(한국테러학회) 제10권 제2호, 2017. 6.
- 이경렬, “수사종결 권한의 경찰 부여와 경찰 권력에 대한 통제 - 검경 수사권 조정안들을 중심으로”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제3호, 2018. 12.
- 이성기, “검찰개혁에 관한 연구 : 검찰지배에서 시민 통제 형사사법제도로”, 한국경찰연구(한국경찰연구학회) 제18권 제4호, 2019. 12.
- 이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 박영사, 2000.
- 이연수·신현덕, 범죄수사규칙, 범죄정보센터, 2005.
- 이영돈, “영국의 경찰과 형사증거법상(PACE)상 경찰의 정지·수색권-경찰관직무집행법상 불심검문과 비교를 중심으로-”, 경찰법연구(한국경찰법학회) 제8권 제2호, 2010. 12.

- 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치결정에 대한 통제 방법에 관한 헌법적 분석-검사의 불기소처분에 대한 통제와의 비교를 중심으로-”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제2호, 2018. 8.
- 이창현, “검·경 수사권조정 관련 법률안에 대한 검토와 대안”, 형사소송 이론과 실무(한국 형사소송법학회) 제11권 제2호, 2019. 12.
- 이형범, 한일 범죄수사규칙(법) 비교연구, 치안정책연구소 범죄수사연구실, 2009.
- 임수빈, 검찰권남용에 대한 통제방안, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2017. 2.
- 장승혁, “검찰권의 제한”, 형사법연구(한국형사법연구) 제32권 제2호, 2020. 6.
- 장응혁, “강제채뇨와 채뇨를 위한 연행-대법원 2018.7.12. 선고 2018도6219 판결을 소재로-” 형사법연구(한국형사법학회) 제31권 제3호, 2019. 9.
- 장응혁, “의식불명자에 대한 강제채혈의 비교법적 연구-대법원 2012.11.15. 선고2011도 15258 판결과 일본의 학설·판례와의 비교를 중심으로-”, 경찰학연구(경찰대학) 제13권 제3호, 2013. 9.
- 정승환, “검·경 수사권 조정 합의안에 대한 평가”, 법조(법조협회) 2018. 10.
- 정한중, ‘검찰 직접 수사의 폐해와 개선방안’, 황운하 의원 정책토론회 자료집, 2020. 8. 12.
- 조기영, ‘선진 수사기구로 출범하기 위한 공수처 설립방향’, 공수처 설립준비단 공청회 자료집, 2020. 6. 25.
- 조기영, “수사권조정과 수사절차개선”, 비교형사법연구(한국비교형사법학회) 제21권 제1호, 2019. 4.
- 최윤정, “전자정보 압수수색에 적용되는 영장주의 원칙과 그 예외에 관한 법적 검토-휴대 폰 등 모바일 기기를 중심으로-”, 저스티스(한국법학원) 제153호, 2016. 4.
- 최정학, “정부의 ‘검·경 수사권 조정 합의안’에 대한 단상”, 민주법학(민주주의법학연구회) 제68호, 2018. 11.
- 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 경찰법연구(한국경찰법학회) 제16권 제2호, 2018. 12.
- 최호진, “수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점”, 형사정책(한국형사정책학회) 제32권 제1호, 2020. 4.
- 황문규, “검·경 수사권 관련 대통령령에 대한 비판적 고찰” 형사정책연구 제23권 제1호, 2012. 3.

- 황문규, “검·경 수사권 조정에 관한 법안의 비교·검토”, 형사정책(한국형사정책학회) 제30권 제3호, 2018. 12.
- 황문규·김형섭·이성기, 경찰 독자적 수사준칙에 관한 행정안전부령 제정방안에 대한 연구, 경찰청, 2012.
- 황희석, ‘이른바 조국사태 이후 검찰개혁의 방향과 과제-직접수사의 제한을 중심으로-’, 황운하 의원 주관 세미나 ‘검찰직접수사의 폐해와 개선방안’ 자료집, 2020. 8. 12.

Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006.

Schünemann, Wohin treibt der deutsche Strafprozess?, ZStW, 2002.

Abstract



Follow-up Tasks for the Adjustment of Investigation Authority between Prosecutor and Police Officer in Korea

KANG, Seok Ku · KIM, Taemyeong · YUN, Dong Ho

CHO, Gi Yeong · CHOI, Hye Seon

1. Background and Purposes of Study

The purpose of this study is to actively support the government's preparation of follow-up measures by discovering follow-up tasks to actualize the adjustment of investigative authority between prosecutor and police officer, and preparing detailed action plans such as General Investigation Rules.

2. Main Contents

a) Scope and limitations of investigation authority of prosecutor and police officer

In adjusting investigation authority between prosecutor and police officer, the principle of 'separation between investigation and prosecution', and the principle of 'limitation and restraint of direct investigation by prosecutors' should be observed. In particular, the subjects of direct investigation authority by prosecutors prescribed in the Prosecutor's Office Act shall be understood to be limitedly listed.

b) Mutual cooperation and deterrence measures after the adjustment of investigation authority

If a prosecutor or police officer recognizes a crime that is not under investigation jurisdiction, it is necessary to establish a Mutual Notification Regulation. In addition, it is necessary to strengthen the responsibility of the police investigation and improve their expertise by stipulating discretion in relation to the police investigation.

c) Contents to be prepared in the General Investigation Rules established by Presidential Decree

Regulations on the rights and obligations of the people should be strengthened in the General Investigation Rules, and provisions on the principles of investigation should be directly stipulated in the law, not in the presidential decree.

d) Other follow-up tasks

Although subsequent legislation is incomplete compared to the original goal, it cannot be assessed that it is complete. Therefore, it is necessary to conduct a post-operational evaluation or system improvement based on trial and error that will be collected in implementing these systems.

3. Summary of Suggestions

As time was running out to complete the reform, and there were few precedents that could serve as a reference to the reform, we cannot expect legislation to completely control every situation. Furthermore, confusion and conflict are inevitable until all the reform tasks are completed and these systems are settled.

As such, policymakers should keep in mind that what they need to do now, correcting errors to settle the system, may be more important than what they have done so far.

As a follow-up to the adjustment of investigation authority, it is necessary to consider the methods and subjects of the legislation of the scope of investigation by prosecutors and supplement the legislation of special judicial police. In addition, coordination of authorities related to the freezing of illegal assets is also required.

연구총서 20-BB-01

검찰·경찰 수사권 조정의 후속과제

발 행 | 2020년 12월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 한 인 섭

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 7,000원

인 쇄 | 경성문화사 02-786-2999

I S B N | 979-11-89908-93-5 9330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.

