

발간등록번호

11-1320082-000013-09

2011.12 제25권 제2호

ISSN 1738-2963

치안정책연구

치안정책연구소

POLICE SCIENCE INSTITUTE

발간등록번호

11-1320082-000013-09

2011.12 제25권 제2호

ISSN 1738-2963

치안정책연구

치안정책연구소

POLICE SCIENCE INSTITUTE

2011 치안정책연구

연 락 처 : TEL : 031) 620-2976 (편집실)

FAX : 031) 620-2989

홈페이지 : <http://www.psi.go.kr>

※ 이 학술지에 수록된 연구내용은 치안정책연구소의
공식견해가 아니며, 집필자의 개인의견임을 밝혀둡니다.

Contents

● 사법경찰관의 수사주체성에 관한 연구 / 유주성	1
● 한국경찰의 G20정상회의 집회시위관리 정책에 대한 사례연구 / Vitale, A. S. · 김학경 · 최낙범	27
● 협력치안의 제도화와 민경 협력의 과제 / 정웅	55
● 불법다단계판매의 피해에 관한 연구 : 미시적 피해요인분석을 중심으로 / 양승돈 · 임유석	87
● 새로운 유형의 풍속영업 등장, 경찰의 고민, 그리고 몇 가지 대안 / 이용혁 · 심명섭	113
● 범죄경력자의 관리실태와 효율적 개선방안 / 김학신	147
● 조직정치각이 경찰공무원의 직무 소진에 미치는 영향 / 임운식 · 김무형	181
● 모바일 SNS 확산에 대한 경찰의 대응 방안 / 김태진	211
● 공개 무선랜 무단이용의 가벌성에 관한 독일 판례연구 / 박희영	239
● 민간조사의 수요증가와 퇴직경찰관 활용방안 / 이주락 · 조성구	267
● 민간조사제도 도입 시 주요 쟁점 연구 / 문경환	289
◆ 부 록 : 관련규정	309

사법경찰관의 수사주체성에 관한 연구

Etude sur l'attribution du pouvoir d'enquete a l'officier de police judiciaire

유 주 성*

차 례

- | | |
|---|---|
| I. 서론
II. 개정 전 형사소송법 상 사법경찰관의 수사주체성에 관한 논란 | III. 형사소송법 등 개정 이후 사법경찰관의 수사주체성 인정 범위
IV. 결론: 대통령령 제정을 위한 제언 |
|---|---|

[국 문 요 약]

1954년 형사소송법 제정 이후, 검사는 범죄수사의 주재자로서 수사권에 관한 독점적 권한을 가지고 있었던 반면 사법경찰관은 독자적인 수사권을 가지지 못한 검사의 수사상 보조자에 불과하다는 것이 판례와 학설의 지배적인 입장이었다. 검사는 지휘(목적 지휘 포함)를 통해 사법경찰관에게 자신의 권리를 위임하고, 사법경찰관은 검사의 포괄적 지휘권 내에서만 범죄수사를 개시·진행할 수 있었던 것이다. 현행 형사소송법 제195조에서 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 수사를 하도록 하고 제196조에서 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다고 규정하여 모든 수사를 함에 있어 검사의 지휘를 받아 하도록 하고 있었다.

반면 최근 개정을 통하여, 형사소송법 제196조 2항은 '사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야한다'고 규정하여 검사의 지휘가 없더라도 사법경찰관이 수사를 주체적으로 개시·진행할 수 있는 근거조항을 마련하였다. 이와 동시에

제196조 1항에서 사법경찰관은 '모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다'고 규정하고 196조 3항에서 '검사의 지휘가 있을 때에는 이에 따라야 한다'고 명시하여 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘권 또한 분명하게 재확인 되었다. 더욱이 검사의 수사지휘에 관해 구체적인 사항을 경찰, 검찰 양 기관의 합의에 따라 대통령령으로 규정하기로 함으로써, 사법경찰관의 수사주체성을 공고화하는 문제와, 검사 수사지휘권의 범위와 한계를 합리적으로 조정하는 문제가 공론화될 수 있는 장이 마련되었다.

이 논문은 장차 대통령령 제정 시 관련논의를 어떻게 발전시켜나갈 것인가에 대해 큰 틀에서 근본적으로 고민해보고자, 나아가 대통령령 제정 이후 지속되어야 할 '수사권조정'의 합리적인 방향설정을 위해, 형사소송법 등 개정의미와 사법경찰관의 수사주체성에 관하여 법리적, 실무적 해석론을 중심으로 살펴보았다.

* 경찰청 수사국 수사연구관, 프랑스 파리10대학 법학박사과정수료

I. 서론

‘경·검 수사권조정’은 한국사회의 가장 오래된 논제 중 하나이다. 경찰의 수사주체성 인정과 수사 활동에 관한 경찰과 검찰 양 기관의 관계를 새롭게 설정하는 이 문제는 1954년 형사소송법 제정 시에 이미 국회차원에서 심도 깊게 논의된 바 있다.¹⁾ 4.19 직후인 1960년 6월 허정을 수반으로 하는 과도정부에서 경찰과 검찰의 정치편향성과 종속성을 혁파하기 위해 일본식 수사제도, 즉 경찰을 1차적 수사기관으로 하는 것에 대해 논의된 바 있으나 쿠데타(Coup d’Etat)에 이은 군부 집권과 함께 논의가 잠정적으로 중단된다. 군부가 끝나고 한국사회가 민주화의 급물살을 타면서 국가권력 재분배 차원에서 경찰의 ‘수사권독립’이 대선후보자, 정당 등에 의해 정책공약화 되기 시작하였고 이에 따라 관련 논의가 사회적 담론으로 다시 떠오르게 된다. 특히, 「국민의 정부」와 이를 계승한 「참여정부」는 비대해진 검찰권력을 민주적으로 견제하고 ‘검찰개혁’을 담보할 수 있는 법적·제도적 시스템을 구축할 목적으로 경·검 수사권조정을 추진하였다. 많은 노력에도 불구하고, 수사권 조정이 결과적으로 ‘실패’하긴 하였지만, 검찰개혁 및 검찰독점적 수사구조의 문제가 사회의 주요 담론으로 부상하는 계기를 마련해 주었다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.²⁾

「이명박 정부」 취임 후 경찰과 검찰의 수사권 조정문제는 현 정부의 주요 국정과제에 포함되지 않았고 따라서 관련 논의는 공론화되기 쉽지 않은 상황으로 전개된다. 하지만 검찰의 수사를 받아오던 노무현 전 대통령이 2009년 5월 23일 서거하는 사건을 계기로 각계·각층에서 검찰수사에 대한 문제를 제기하고 검찰개혁이 필요하다는 주장이 다시 한 번 급물살을 타게 된다. 이 후 PD수첩 사건, 강기갑 의원 사건 등에 대한 법원의 무죄판결로 법원·검찰 간의 갈등이 심화되고 사법제도에 대한 국민의 신뢰저하 문제가 발생하자, 2010년 2월 18일 국회에서는 법원·검찰·변호사 등 사법제도 전반에 대한 개선을 위해 사법제도개혁특별위원회(이하 사개특위) 구성을 의결하게 된다. 사개특위는

1) 형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990, 108-113면.

2) 경찰청, “형사사법 선진화를 위한 정책방향”, 수사구조개혁백서, 2010, 30면.

법원·검찰·변호사 관계법 심사소위 등 3개의 소위를 두었으며, 검찰관계심사소위(이하 검찰소위)에서 '수사권 조정'과 관련된 의제들을 검토·심사 하였고 결국 2011년 3월 10일 검찰소위는 검찰개혁의 일환으로 '경찰수사(개시)권 명문화', '사법경찰관의 검사에 관한 명령·복종 규정삭제'를 발표한다. 검찰개혁의 일환으로 국회차원에서 논의되던 '수사현실명문화' 문제는 검찰출신 사개특위 의원들의 반대 등으로 무산될 위기에 놓인 가운데, 총리실로 조정권한이 이양되었고, 6월 20일 청와대에서 대통령실장, 청와대 정책실장, 정무수석, 민정수석, 법무부장관, 경찰청장 등이 참석한 가운데 막판 조정 협정을 벌여 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 보장하되 사법경찰관도 자율적인 수사(개시)권을 갖는 내용의 경·검 수사권 합의안을 도출하였다.³⁾ 합의안을 조금 더 구체적으로 살펴보면 '모든 수사'에 대한 검사의 지휘권을 인정하되 사법경찰관은 범죄 혐의가 있다고 인식할 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관해 수사를 개시·진행하도록 하였고, 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있을 때에는 이에 따르도록 하되, 검사의 지휘에 관한 구체적인 사항은 경찰과 검찰의 협의를 바탕으로 '법무부령'으로 정하도록 하였다. 이러한 정부합의안은 다시 국회 법사위로 넘겨졌고 '모든 수사'와 '법무부령' 문구에 대해 다시 한 번 격론이 있던 뒤 결국 '법무부령'령이 아닌 '대통령령'으로 수사지휘권의 구체적인 사항을 정하기로 일부 변경하여 형사소송법 개정안을 본회의에 상정하였다. 결국 이 개정안은 찬성 175, 반대 10, 기권 15이라는 압도적인 차이로 국회에서 통과되었고 이와 함께 검사와 사법경찰관리의 명령복종관계를 규정한 검찰청법 제53조도 삭제되었다.⁴⁾

금번 형소법개정이 사법경찰관이 검사의 지휘가 없이도 자율적으로 수사를 개시·진행하고 있는 현실을 법제화하기 위한 것이라면, 검사와 사법경찰관리 간 전근대적인 명

3) 형사소송법 제196조(법률 제10864호 일부개정 2011. 07. 18) ①수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다. ②사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야한다. ③사법경찰관리는 검사의 지휘가 있을 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 법무부령으로 정한다. ④사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다. ⑤경사, 경장, 순경은 사법경찰리로서 수사의 보조를 하여야 한다. ⑥제1항 또는 제5항에 규정한 자 이외에 법률로서 사법경찰관리를 정할 수 있다.

4) 개정입법의 입법과정 및 입법취지에 관해 자세한 내용은 이동희, "경찰수사권 개정입법에 대한 평가와 향후과제", 수사연구, 2011.8, 13-18면 참조.

령복종 관계 폐지하면서 경찰과 검찰의 관계를 재정립하고 검사 수사지휘권의 범위와 한계를 경찰과 검찰이 합의하여 설정하라고 입법자들은 요구하고 있다. 따라서, 이 논문의 목적은 이번 형사소송법 및 검찰청법 개정입법이 법리적, 실무적으로 어떠한 의미를 가지는지 사법경찰관의 '수사주체성' 문제를 중심으로 다시 한 번 살펴보는 데 있다. 나아가, 개정 형사소송법 제196조 제3항에 의거 '검사의 지휘에 관한 구체적 사항 대통령'으로 정함에 있어, '위임입법의 범위 및 한계'를 명확히 규정하는데 있다.

II. 형사소송법 등 개정 전 사법경찰관의 수사주체성에 관한 논란

사법경찰관의 수사주체성에 대해 알아보기 전에 수사주체성이 무엇인가에 대해 우선 정의를 내릴 필요가 있다. 일반적으로 수사란 범죄가 발생한 경우 범인을 발견하고 증거를 수집하며 범죄사실을 규명하는 수사기관의 활동으로 통상 정의 된다. 주체성이란 사전적 의미로 '어떤 일을 실천할 때 나타나는 자주적인 성질'로 정의되므로 수사주체성이란, '범인을 발견하고, 증거를 수집하며 범죄사실을 규명하는 일련의 수사를 자주적으로 실행해나갈 수 있는 상태' 정도로 해석하면 맞을 것 같다. 과연 사법경찰관이 수사주체성을 가지고 있는가 하는 문제는 법리적인 부분과 현실적인 부분을 함께 살펴보아야 한다. 2011년 6월 개정 전 형사소송법체제에서도 실무상 경찰소속 사법경찰관은 대부분의 수사를 검사의 지휘를 받지 않고서도 주체적으로 개시·진행하였음에도 불구하고 법리상으로는 검사의 지휘가 없으면 경찰관은 자율적으로 수사를 개시하거나 진행 할 수 없다고 하여 사법경찰관의 수사주체성에 관한 법률과 실무의 괴리가 논란의 대상이 되었기 때문이다. 개정 전 형사소송법 195조가 검사의 수사주체성을 적시한 조항임에 틀림없다면, 제196조 제1항이 과연 사법경찰관의 수사주체성을 인정한 조문인가에 대해선 수사주체성 인정론과 수사주체성 부정론으로 나뉘었다.⁵⁾

5) 형사소송법 제195조(검사의 수사): 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는, 범인, 범죄사실과

1. 수사주체성 인정론

개정 전 형사소송법 제196조 제1항은 경찰법 및 경찰관직무집행법에 따라 경찰의 임무 및 경찰관의 직무범위에 속하는 범죄수사에 대해 형사소송법상의 근거를 규정한 것으로, 사법경찰관은 제200조 이하의 수사실행권한들을 행사하는 수사기관이라는 점을 규정하고 있음은 물론, 구체적인 특정사건에 대한 범죄혐의를 가진 사법경찰관의 수사개시·진행의무를 규정한 것임은 문리해석상 명백하다.⁶⁾ 단 여기서 문제가 되는 부분은 사법경찰관은 ‘검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다’라는 의무를 규정하고 있다는 점이고 과연 사법경찰관이 수사의 주체로서 검사의 지휘 없이 수사를 할 수 있는가라는 문제이다. 법무연수원에서 발간한 수사지휘론 및 일부 학계에서는 ‘사법경찰관의 독자적인 의사결정에 의한 자율적인 수사권 행사를 인정하되, 법률전문가인 검사가 일반적인 지침, 일반적 또는 구체적 지시를 통해 사법경찰관의 수사 활동을 법적으로 조정 통제하고, 둘 사이의 의견 불일치가 생긴 경우 검사의 지휘의 우월성을 인정한다는 의미’⁷⁾라고 제 196조 1항을 해석하기도 한다. 이러한 법해석에 의하면 사법경찰관은 검사의 구체적·개별적·사전적 지휘가 없더라도 독자적으로 수사권을 발동하여 수사할 수 있어 사법경찰관은 수사주체로서 인정된다. 기존 판례의 입장도 이와 유사하다.

“검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘권과 관련된 형사소송법(제195조, 제196조) 및 검찰청법(제4조 1항 제2호, 제53조) 규정을 종합하면, 우리 법체계는 사법경찰관도 수사의 주체로서

증거를 수사하여야 한다. : 제196조(사법경찰관리): ①수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다.

- 6) 오상지, “사법경찰관에 대한 수사지휘검사의 범위에 대한 연구”, 경찰학연구 제11권 제2호(통권 제26호), 2011, 37면.
- 7) 정웅석, 검사의 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2007, 8면; 정병대, “수사구조에 관한 연구-수사절차에 있어서의 검찰·경찰제도의 비교법적 고찰”, 법무연수원 연구위원 논문(법무연수원), 2007, 401면; 법무연수원, 수사지휘론, 2003, 11면; 사법연수원, 수사절차론, 2005, 187면; 김운상, “수사지휘와 인권보장”, 형사정책 제15권 제1호, 한국형사정책학회, 2003, 16면; 송관호, “검사의 사법경찰관리에 대한 구체적 지휘 방법”, 사법연수원 논문집 제2집, 2005, 311면; 대검찰청, 수사권조정에 대한 검찰의 입장, 2005, 47-48면; 송해은, 검사의 수사지휘권에 관한 연구, 한양대학교, 2000, 석사학위논문, 5면.

제한된 범위 내에서 수사권을 행사하되, 수사와 법률 전문가인 검사가 일반적 지침 또는 구체적 지시와 지휘를 통해 사법경찰관의 수사 활동을 법적으로 조정·통제하고, 검사와 사법경찰관의 의견이 일치하지 아니할 경우에는 검사의 법률적 판단에 따라 수사를 진행하고 사건을 처리하는 제도를 입법적으로 채택하였음을 알 수 있다.”⁸⁾

위 판례는 개정 전 형사소송법 제195조 및 제196조 및 검찰청법 규정을 유기적으로 해석하여 사법경찰관의 수사주체성을 어느 정도 인정하고 있으나 구체적으로 어느 규정에 근거하여 이를 인정한 것인지는 명확하게 밝히고 있지는 않다. 다만 판례가 형사소송법상 사법경찰관의 주체적 수사권이 제한적으로나마 이미 인정되고 있다고 실시한 것은 검찰의 논리를 수용한 결과인 것으로 추정된다. 이는 2004년 이후 검·경 수사권 조정협의체 및 수사권 조정자문위원회를 거치면서 검찰이 시종일관 유지한 입장과도 일치되기 때문이다. 그 당시 검찰의 주요 논점을 살펴보면, 크게 세 가지로 꼽을 수 있다.⁹⁾ 첫째, 형사소송법 제195조는 검찰이 수사의 주체자이자 주재자임을 명시하는 조항이므로 절대 개정이 불가하다는 것, 둘째, 사법경찰관의 수사주체성은 형사소송법 제196조에 이미 규정되어 있으므로 굳이 법률을 개정할 필요가 없다는 것, 셋째, 형사소송법에 경찰의 수사주체성을 인정하는 규정을 신설할 경우에는 수사권의 이원화를 초래하여 수사의 효율성이 저해된다는 것이다. 하지만 이러한 검찰의 논리는 그 자체에서 이미 모순성을 내포한다. 검찰의 주장대로 개정 전 형사소송법 제196조 제1항이 사법경찰관의 수사주체성을 나타내는 조항이라고 하면 수사권이 검사의 수사권과 사법경찰관의 수사권으로 이미 이원화 된 것일 텐데, 검찰은 사법경찰의 수사주체성에 관한 규정을 신설할 경우에는 수사권의 이원화를 초래한다고 하여 논리적으로 서로 모순된 주장을 하고 있기 때문이다.

이외에도 수사개시 및 진행에 관한 법적근거이자 수사임무를 규정한 조문을 형사소송법 제199조 이하 형사소송법 제245조 사이에 규정되어 있는 각종 수사관련 개별적 권

8) 춘천지방법원 강릉지원 2007. 4. 30. 선고 2007고합6 판결; 서울고등법원 2007. 10. 19. 선고 2007노1093판결; 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007도9481 판결.

9) 수사권조정자문위원회, “검·경 수사권조정에 관한 공청회”, 2005. 4. 11. 25-42면; “경찰청, 합리적인 수사권 조정방향”, 2005.7. 117-145면; 박노섭, “사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2005, 228면 각주 3 참조.

한들에서 찾는 경우도 있었다. 이와 관련하여 김종구 전 법무부장관은 형사소송법 제 238조의 고소고발사건 처리규정이 사법경찰관에게 범죄 인지에 관한 권한을 부여하는 것이라고 주장하기도 하였다.¹⁰⁾ 그러나, 고소·고발사건에 관련된 형사소송법 238조의 경우 “사법경찰관은 고소·고발사건을 접수받은 때에는 신속히 조사하여...”라고 있어 수사에 대한 구체적 단서와 주관적 인식을 요건으로 하는 수사인지에 대한 사법경찰의 권한과 의무를 명시하고 있지 못해 사법경찰관의 주체적 수사권에 관한 법적 근거로 제시되기에는 충분하지 못하였다.

‘사법경찰관의 수사주체성 인정론’은 사법경찰관이 검찰의 지휘없이도 독자적으로 수사를 개시·진행하고 있던 실무현실을 정확히 반영하고 있는 점에서 일응 타당해 보이긴 하지만, 개정 전 형사소송법이 사법경찰관이 검사의 수사지휘 여부와는 상관없이 자율적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 권한에 대해 명시적으로 규정하지는 않아, 적어도 법해석상으로는 사법경찰관의 수사주체성이 인정되지는 않았다는 주장 또한 설득력 있게 제기되었다.

2. 수사주체성 부정론

국가 형벌권의 발동이라는 사법작용의 측면에서 수사는 형사소송을 포함한 일련의 형사절차에서 공소제기 및 공판단계에 선행하여 공소제기 및 유지에 대한 검사의 판단에 대한 자료를 제공하고 공판단계에서 유죄의 근거로 사용되는 증거를 수집하는 기능을 수행하는 것으로 여긴다면 수사는 기소제기 및 유지를 위한 목적적 행위라는 관점에서, 수사행위는 검사의 기소행위와 떼어 놓을 수 없는 밀접한 관계에 놓이게 된다. 이와 같은 논리를 유추, 확장시키면, 수사권은 기소권과 분리될 수 없는 성질의 것으로서 수사의 효율성과 목적달성을 위해서는 단일한 기관에 의해 즉 기소를 책임진 검사에 의해서만 수행돼야 한다는 결론이 나오게 된다.¹¹⁾ 사법경찰관의 수사주체성 부정론은 무엇보다 바로 이러한 수사의 목적적 정의, 다시 말해, ‘수사권 및 기소권 일체론’에 근거를 두

10) 김종구, 형사사법개혁론, 법문사, 2004, 69면; 이하 박노섭, 앞의 글, 232면 재인용.

11) 치안정책연구소, “경찰수사제도의 개선에 관한 연구”, 연구보고서 2005-13, 2005, 144-145면.

는 것이다. 이에 따르면, 개정 전 형사소송법은 제195조에서 검사에게만 독자적으로 수사를 실행할 수 있는 권한을 부여하였고, 사법경찰관은 수사의 주체로서 수사를 개시·진행할 권한을 전혀 부여받질 못하였다. 다만, 수사의 유일한 주체인 검사는 인력의 제한 등으로 인해 모든 수사를 다 직접 처리할 수 없으므로, 검사의 수사상 ‘손과 발’로서 사법경찰관이 ‘검사의 지휘를 받아’ 수사를 할 수 있도록만 규정한 것이다. 사법경찰관은 검사의 수사상 ‘보조기관’으로서 검사의 지휘가 없으면 자율적으로 수사를 개시·진행하지 못하고, 이에 따라 사법경찰관의 주체주체성은 인정되지 않는다는 것이 수사주체성 부정론의 핵심이다. 더욱이 개정 전 검찰청법 제53조는 검사에게 수사지휘권을 넘어 수사상 필요한 어떠한 명령도 할 수 있는 권한을 부여하였고, 사법경찰관은 이에 복종해야 하는 마치 단일조직 내 상하관계처럼 검사와 사법경찰관을 ‘상명하복관계’로 설정해 놓아, 단독관청으로서 ‘수사주재성’을 가진 검사의 수사를 보조하는 것만이 법률로부터 부여받은 사법경찰관의 유일한 역할이라는 것이다. 다만, 개정 전 형사소송법 및 검찰청법이 검사만을 유일한 수사권자 및 수사주재자로서 지위를 규정하고 있음에도 불구하고, 실무상 검사의 지휘가 없더라도 사법경찰관이 자율적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 것은 사법경찰관이 검사의 수사권을 포괄적으로 위임 받음으로써 가능한 것이라고 한다.¹²⁾ 다시 말해, 사법경찰관이 수사를 개시·진행할 수 있는 것은 주체적인 권한이 있어서가 아니라, 검찰의 수사권과 수사지휘권으로부터 파생되는 이차적 권한에 불과하다는 것이다. 여기서 한번 되짚어보아야 할 문제는 앞에서 개정 전 형사소송법 및 검찰청법이 전면적 혹은 부분적으로 사법경찰관의 수사주체성을 인정한다고 주장하였던 학설 중 대부분이 ‘검사는 수사의 주재자로 사법경찰관리는 검사의 보조자(기관)이고, 검사는 범죄수사에 관하여 사법경찰관리를 지휘·감독하고 사법경찰관리는 범죄수사에 관하여 검사의 직무상 명령에 복종할 의무가 있다.’는 식의 사법경찰관의 주체적 수사권을 부정하는 견해를 동시에 피력하고 있다는 것이다.¹³⁾ 이는 사법경찰관의 수사주체성이란 같은

12) 보조기관은 행정에 관한 국가 등의 의사를 결정·표시할 권한이 없고, 다만 그 결정에 있어서의 보조적 기능만을 수행하는 것이다 ...중략... 그러나 보조기관도 행정관청으로부터 위임된 권한을 행사하는 경우에는 그 한도에서 행정관청의 지위를 가진다(김동희, 행정법(II), 2004년, 박영사, 10-11면; 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 성민기업, 2005, 300면).

13) 김윤상, “수사지휘권과 인권보장”, 형사정책 제15권 제1호, 2003, 17면; 정웅석, 검사의 수사지휘

주체에 대해 스스로 명백히 모순된 두 가지 견해를 동시에 취하고 있어 관련 법리에 대한 오해가 있었다고 밖에 설명이 되질 않는다.

반면, 조국 교수는 개정 전 형사소송법 제196조에 근거하여 사법경찰관의 일반적 수사권한을 인정하는 것으로 해석하는 것은 무리라는 견해를 피력하였다. 동조는 “사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.”라고 규정하고 있는바, 이를 ‘범죄의 혐의를 인지한때는 수사를 하여야 한다’라는 식의 수사 임무 부여조항이라고 해석하기 보다는, 문자 그대로 ‘검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다’라는 식의 수사지휘 기속조항이라고 해석하는 것이 보다 자연스럽다는 것이다. 물론 사법경찰관이 수사 임무를 수행하기 위한 개별적 수사권한에 대해서는 검사보다 미약한 수준에서나마 형사소송법 제2편 제1장에서 다수의 규정을 두고 있으면, 아울러 형사특별법상으로도 약간의 개별적 수사권한이 인정되고 있으나 개정 전 형사소송법을 엄격히 해석할 경우 제196조를 사법경찰관의 수사권에 관한 일반적 근거조항으로 볼수는 없다는 것이다.¹⁴⁾ ‘사법경찰관의 수사주체성 부정론’은 경찰수사에 관한 일반근거조항을 마련해줄 것을 요구하며 주장한 경찰청의 일관된 입장이기도 하다.¹⁵⁾ ‘검사가 수사의 전 과정을 주재하고 사법경찰은 수사의 보조자에 불과하여 법리상 검사의 권한에 의하지 않고는 수사의 개시조차 곤란한 실정이며, 형소법 상 개별적인 수사절차에 있어 사법경찰관의 권한을 규정하고 있으나 이는 개별적인 수사권한 규정에 불과할 뿐, 경찰 수사의 일반적 근거규정이 될 수 없다’¹⁶⁾는 것이 바로 그 주장의 요체였다.

결론적으로 개정 전 형사소송법 및 검찰청법 해석상, 검사는 수사상 유일한 수사권자 및 수사주재자인 반면 사법경찰관은 검사의 지휘가 없이는 자율적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 주체적 수사권을 가지지 못했고 수사상 검사의 권한을 대리하는 ‘보조자(기관)’에 불과하다는 사법경찰관의 수사주체성 부정론이 타당다고 생각된다. 검사의 지휘가 없어도 경찰이 자율적으로 수사를 개시·진행하였던 실무와는 달리 적어도 개정전

에 관한 연구, 대명출판사, 2007, 8-9면.

14) 조국, 검사 수사지휘권 행사에 관한 연구, 경찰청연구용역보고서, 2009, 60면.

15) 경찰청, “합리적인 수사권 조정방향-경찰의 수사주체성 인정 및 검·경간 상호협력관계 설정”, 2005. 8. 109-120면.

16) 경찰청, “형사사법 선진화를 위한 정책방향”, 수사구조개혁 백서, 2010, 109-111면.

형사소송법 제196조의 법해석상으로는 '검사의 지휘'가 '사법경찰관의 수사'보다 앞서 적용되어야 할 것을 의무화 하고 있고, 이는 사법경찰관의 수사임무를 규정하기 보다는 오히려 검사의 지시사무를 수행하도록 규정하고 있다고 해석하는 것이 타당하기 때문이다.¹⁷⁾ 그리고 개정 전 검찰청법 제53조는 검사와 사법경찰관의 관계를 마치 같은 조직 내 상관과 부하의 관계처럼 '상명하복'관계로 규정하여, 수사와 관련하여 단독관청으로서 검사와 보조기관으로서 사법경찰관의 관계를 철저히 위계적으로 설정해 놓고 있었기 때문이다. 무엇보다 개정 전 형사소송법 및 검찰청법이 사법경찰관 수사주체성을 인정하지 않았다는 것을 뒷받침할 수 있는 가장 중요한 논거는 바로 '수사현실과 법률규정을 부합'시킬 목적으로 국회에서 사법경찰관의 수사(개시·진행)권을 명문화 하고 '검사와 사법경찰관의 관계 재정립'을 도모하기 위해 형사소송법 제196조를 개정하고 검찰청법 제53조를 폐지하였다는 사실이다. 구법이 사법경찰관이 검사의 지휘 없이 독자적으로 수사를 개시 진행하고 있는 수사실무를 포섭할 수 없는 문제를 내포하고 있다는 것에 대해 입법 필요성이 인정되었고, 이러한 문제의식을 바탕으로 국회에서 사법경찰관의 수사주체성 문제를 입법적으로 해결한 것이기 때문이다.

Ⅲ. 형사소송법 등 개정 이후 사법경찰관의 수사주체성 인정 범위

개정 된 형사소송법 제196조 제2항은 '사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야한다'고 규정하여 사법경찰관의 자율적인 수사의 개시·진행에 관한 근거조항을 마련하였다. 한편 이와 동시에 제196조 제1항에서 사법경찰관은 '모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다'고 규정하고 제196조 제3항에서 '검사의 지휘가 있을 때에는 이에 따라야 한다'고 명시하여 사법

17) 박노섭, "사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제", 비교형사법연구 제7권 제1호, 2005, 232면.

경찰관에 대한 검사의 수사지휘권을 분명하게 재확인 하였다. 이에 따라 검사의 수사지휘권은 그대로 효력을 유지하고 있는 상태에서 형사소송법 제196조 제2항 사법경찰관의 수사개시·진행권이 과연 어떠한 의미를 가지게 되는가에 대해 경찰, 검찰 등 각자의 입장에 따라 현실의 변화는 없고 검사의 수사지휘가 없더라도 사법경찰관이 수사개시를 할 수 있는 것을 인정하는 수준이라는 소극적 해석론과 경·검 수사권 조정까지 염두해 두고 사법경찰관의 수사주체성을 가능한 확대 해석하려는 적극적 해석론으로 양분되고 있는 모습이다.

1. 소극적 해석론

검찰청법 제4조는 범죄수사를 검사의 직무와 권한으로 규정하고, 같은 식으로 형사소송법 제195조(검사의 수사)는 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다고 명시하여 검사가 형사소송법 제200조 이하의 수사실행 권한을 행사하는 수사기관이라는 점을 확인하고 있음은 물론, 구체적인 특정사건에 대한 범죄혐의를 가진 특정 검사의 수사개시·진행의무를 규정한 것임은 문리해석상 명백하다. 이에 따라 검사는 구체적 사실에 근거하여 주관적으로 범죄의 혐의가 있다고 판단되면 반드시 수사를 개시·진행하여야 하고 수사를 진행한 결과 범죄혐의가 확인되거나 그렇지 않은 경우 기소 또는 불기소를 통해 반드시 수사를 종결해야 한다.¹⁸⁾ 한마디로 말해, 검사의 '수사주체성'은 위의 두 법률에 의해 명시적으로 규정되어 있는 것이다. 개정된 형사소송법 제 196조 제2항은 '사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다'라고 규정하여 검사의 수사를 규정한 형사소송법 제195조와 다소 다른 형태이긴 하지만 검사의 지휘와는 상관없이 사법경찰관이 자율적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 권한을 인정하였다. 다시 말해 사법경찰관에게 일정부분 수사주체성을 부여한 것으로 볼 수 있다. 사개특위 18차 회의에서 이귀남 법무부 장관은 이를 다음과 같이 확인하였다.

18) 형사소송법 제246조(국가소추주의): 공소는 검사가 제기하여 수행한다; 제247조(기소편의주의): 검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

“이번 논의를 함에 있어서는 196조 1항 때문에 경찰이 그동안 수사개시권이 없는 것 아니냐라는 것 때문에 문제가 논의가 시작이 됐는데, 그래서 검사의 지휘가 없는 경우라도 수사를 개시할 수 있겠다는 점하고, 검사의 경찰에 대한 수사지휘권을 그대로 유지하자 하는 두 가지 관점에서 논의를 진행 했고요. 그래서 196조2항을 신설해서 사법경찰관은 범죄혐의를 인식한 때에는 수사를 하도록 그렇게 규정을 해서 수사개시권을 명문화하였습니다.”¹⁹⁾

여기서 한 가지 심도 깊게 살펴보아야 하는 문제는 형사소송법 제196조 제2항의 규정이 ‘검사의 수사’와는 별도의 성격을 가진 ‘사법경찰관의 수사’를 창설한 것이냐의 문제이다. 기존의 형사소송법 해석상 검사는 ‘수사의 주재자’로서 사법경찰관을 지휘하여 수사한다고 하고, 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다고 하여, 법리상 사법경찰관의 수사는 검사가 주재하는 수사를 보조하는 것으로만 되어 있었기 때문이다. 다시 말해, 검사의 수사와는 다른 성격을 혹은 목적을 가진 ‘사법경찰관의 수사’라는 것은 존재하지는 않고 검사의 수사를 대리 행사하는 것에 불과하다는 것이다. 검사의 수사주재성과 관련하여 이완규 검사는 다음과 같이 설명하고 있다.

“대륙법계에서 수사는 공판정에서의 조사의 준비를 위한 것이며 따라서 공판정에서의 법원의 조사에 준하는 것으로 원래 광의의 사법(Justiz)의 유일한 기관인 법원의 판사에 의하여 행해졌었다. 즉 수사는 광의의 사법(Justiz)업무인 것이다. … 검사의 수사권은 광의의 사법(Justiz)에 속하는 기관으로서 검사가 또 다른 광의의 사법(Justiz)의 기관인 법원의 수사권을 분할 받은 것으로 이는 법원과 검찰을 사법적 정의를 실현하는 광의의 사법(Justiz)의 두 기관으로서 구성된 대륙법계의 근대의 개혁적 형사사법체계의 근간인 것이다. … 그런데 독일은 1974년 형사소송법을 개정하여 예심제도를 폐지하였다. 중죄사건에 있어서 원칙적 수사활동 담당자이던 예심판사제도가 없어지면 이를 대신할 사람이 필요하다는 것은 당연하다. 이에 대한 독일에서의 해결방법은 중요한 사건이나 사건이 법률적, 사실적으로 복잡하여 사법경찰이 수사활동을 수행하기 어려운 사건, 경찰에게 사건의 수사를 맡기는 것이 적절하지 않은 사건 등에서 검사가 직접수사활동을 하고 나머지는 사법경찰관에게 맡겨 사법경찰을 통하여 수사를 진행하는 것이었다.”²⁰⁾

위의 내용을 요약하자면, 수사는 경찰영역 아닌 사법기관의 독자적 영역이고 우리 헌법상 유일한 사법부인 법원은 예심판사와 같은 수사기능을 가진 조직이 없으므로 준수

19) 국회속기록, 사법제도개혁특별위원회회의록(제18차, 2011년 6월 20일), 3면.

20) 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 성명기업, 2005년, 307-308면.

법기관인 검사가 수사를 대신 주재하도록 하였고, 인력상 한계가 있는 점 등을 고려 검사는 중요사건에 한해서만 직접수사를 하고 나머지는 (사법)경찰의 보조를 받아 수사활동을 하는 것이고, 따라서 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 검사의 수사를 보조 내지는 대리하여 수행하는 것에 불과하다는 것이다. 그리고 판례도 이와 유사한 입장을 취하고 있다.

“인권침해의 소지가 가장 많은 수사분야에서 국민의 인권과 자유를 보호하기 위하여 우리 헌법과 법률은 검사제도를 두어 검사에게 준사법기관으로서의 지위를 부여하고 철저한 신분보장과 공익의 대변자로서 객관의무를 지워 사법경찰관리의 수사에 대한 지휘와 감독을 맡게 함과 동시에 전속적 영장청구권(헌법 제12조 제3항), 수사주재자로서 사법경찰관리에 대한 수사지휘(형사소송법 제196조), 체포 구속 장소 감찰(형사소송법 제198조의 2)등의 권한을 부여하여 절차법적 차원에서 인권보호의 기능을 수행하게 하고 있다.”²¹⁾

같은 맥락에서 실무상 ‘경찰수사’ ‘검찰수사’로 분리되어 불리고 있기는 하였지만 양자의 구분은 사실상 경찰수사가 검찰수사에 비해 독자적인 성격이나 목적이 있어 이를 구분하였다기보다는, 궁극적으로 검사 수사권의 일부를 대리 행사하는 것에 불과하되, 검사가 경찰소속 사법경찰을 지휘하여 하는 수사를 ‘경찰수사’, 검찰소속 사법경찰관을 지휘하여 하는 수사를 ‘검찰수사’로 부른 것에 불과하다는 것이다. 그리고 이번 개정안의 취지를 ‘소극적’으로 해석할 경우, 사법경찰관이 검사의 지휘가 없이도 자율적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 권한이 일부 인정되긴 하였으나, 검사의 독점적인 수사권 및 수사주재성은 그대로 인정되고, 따라서 사법경찰관의 수사주체성은 검사의 수사주체성의 울타리 내에서만 존재하는 것으로 해석될 수밖에 없다는 것이다. 그동안 사법경찰관을 ‘수사주재자’인 검사의 ‘보조기관’으로서 규정하였던 형사소송법 제196조 제1항 및 검찰청법 제53조는 개정 내지 폐지되었으나, 개정된 형사소송법 제196조 제1항은 검사는 경찰수사, 검찰수사를 포함한 ‘모든 수사’를 지휘할 수 있다고 하고 더욱이 사법경찰관은 검사의 ‘지휘에 따라야 한다’고 하여, ‘모든수사’에 관한 검사의 수사주체성을 재확인하였다는 것이다. 사개특위회의에서 이귀남 법무부 장관은 이를 다음과 같이 확인하고 있다.

21) 2010. 10. 28. 대판 2008도 11999.

“지금까지 있었던 사법경찰관리에 대한 집무규칙은 그러면 어디서 나온 것이냐? 검찰청법에 과거에 복종의무를 규정한 조항이 있었습니다. 그 조항에 근거해서 법무부령으로 사법경찰관리의 집무규칙을 정해 왔던 것, 구체적으로 어떤 것을 보고할 것인지, 보고를 어떤 방식으로 할 것인지 그런 것들을 다 정해왔던 것인데 검찰청법, 복종의무 조항이 너무 권위적이기 때문에 폐지하자고 5인소위에서 합의를 했기 때문에 그 폐지하는 대신에 형사소송법에 검사 지휘에 관한 준수업무를 규정하고 그에 따라서 법무부령을 그쪽으로 옮긴 것에 불가하다는 말씀을 드리겠습니다.”²²⁾

다시 말하자면, 검찰청법 상 명령복종조항은 단지 단어가 전근대적이고 권위적이어서 언어순화를 위해 형사소송법 제196조 제3항에 이를 개정하여 삽입한 것이지 실무상 어떠한 변화를 가져오려는 목적이 있는 것은 아니며, 검사의 수사지휘권 또한 기존과 마찬가지로 ‘모든 수사’에서 인정되므로 검사의 독점적인 ‘수사주재성’에는 어떠한 변화도 없다는 것이다. 개정 입법의 취지는, 수사주재자로서 검사는 독점적인 수사권과 수사지휘권을 가지고 수사를 책임지되, 검사의 ‘포괄적’ 수사지휘권의 ‘우산’속에서 사법경찰관은 수사를 개시·진행할 수 있다는 주장이다. 그리고 금번 형소법 개정으로 인정된 사법경찰관의 수사주재성이라는 것이 수사주재자인 검사의 수사상 순수 ‘보조기관’으로서 수사하던 것을 단지 검사의 지휘가 없는 한 자유롭게 수사를 개시·진행하는 정도의 수준이라는 것이고 이마저도 검사의 수사지휘권의 활용에 따라 얼마든지 무력화 시켜버릴 수 있다는 의미까지 내포하는 것으로 보인다. 법무부에서 당초 검사의 수사지휘권 범위에 대해 ‘법무부령’으로 검찰의 의견에 따라 일방적으로 구체화하는 하는 법률안을 바탕으로 형사소송법 제196조를 개정하는 것에 대해 경찰과 전격적으로 합의를 하였으나, 이 조항이 국회 법사위에서 변경되자 검찰총장이 사표를 던지는 등 검찰이 조직적으로 크게 반발한 이유가 된 것으로 보인다.²³⁾

형사소송법 및 검찰청법 개정취지를 지나치게 제한하여 소극적으로 해석하려고 하는 법무부 및 검찰의 이러한 주장은 그렇게 설득력이 있어보이지 않는다. 국민의 대표기관인 국회는 검찰청법 제53조를 폐지하면서 수사상 ‘경찰 검찰 관계를 재정립’할 것을 요

22) 국회속기록, 제301회- 사법제도개혁특별제18차(2011년 6월 20일), 3면.

23) “검찰이 ‘대통령령’에 반발하는 이유는”, 연합뉴스, 2011. 6. 29: “대통령령에 집단반발... 검찰 초유의 지휘부 공백”, 중앙일보, 2011. 6. 30: “검사지휘에 관한 사항 법무부령 → 대통령령... 검찰 왜 반발하나”, 조선일보, 2011. 7. 1.

구하고 있고, 형사소송법 제196조를 개정하면서 검사에게 더 이상 무제한적인 수사지휘권을 허용하지 않기 위해, 수사지휘에 관한 구체적인 사항에 대하여 검찰이 일방적으로 정하는 것이 아니라, 경찰, 검찰 양 수사기관의 합의에 따라 ‘대통령령’으로 정할 것을 주문하고 있기 때문이다.

2. 적극적 해석론

금번 형사소송법 및 검찰청법 개정과 관련하여 위와 같이 소극적으로 해석하는 이면에는, 이를 좀 더 적극적으로 해석하여 수사상 사법경찰관의 자율적인 개시·진행권에 관한 일반적 근거를 마련하여 법과 현실의 괴리를 축소하고, 검사와 사법경찰관간 전근대적인 명령복종관계를 철폐하는 등 의미가 가지고 있을 뿐 만 아니라, 경찰입장에서는 그간 경·검 수사권조정의 핵심이었던 경찰의 수사주체성 인정 및 경찰과 검찰의 상호협력관계 설정과 관련해서 일정한 성과가 있는 것으로 해석하여야 한다는 견해도 있다.²⁴⁾ 이는 또한 이번 형사소송법 등 개정 관련 국회논의에서 보여 왔던 경찰의 공식적인 입장이기도 하다. 이를 확인하기 위해 2011년 6월 30일자 국회속기록 자료를 살펴보면 다음과 같다.

“이두아 의원: 그래서 아까 말씀하실 때도 지금 이 형사소송법 개정은 수사 현실을 그대로 반영하는 것이지, 새로운 조정을 장기적으로 어떤 TF팀을 만들든지 새로 그 부분은 논의를 시작하거나 이런 것이 필요하지 지금은 새로운 조정이 아니라 그냥 있는 수사 현실을 그대로라도 반영해 달라는 요청에 의해서 형사소송법이 개정된 것으로 이해를 하고 있다고 말씀하셨고 앞으로도 그 입장은 변하지 않으시겠지요? 그렇지요?”

경찰청장 조현오: 예 그렇습니다. 그런데 지금 법률안이 개정되고, 발효되고 나면, 개정 법률안이 발효되고 나면 저희 경찰이 196조 2항에 의해서 수사주체성을 갖기 때문에 그 이전 단계는 어디까지나 현실의 법제화 거기에 머물지만 명문화된 독자적 수사주체성을 갖고 난 그 이후에는 지금 현재 적용되고 있는 사법경찰관리 집무규칙이라든지 이런 것은 당연히 그기에 걸맞게 바뀌어져야 된다고 봅니다. 그래서 저희 경찰 기본 입장이 수사권 현실의 법제화는 있는 그대로 받아

24) 장영수, “국민 인권보호를 위한 경찰 수사 선진화 방안”, 2011년도 치안정책 학술세미나, 치안정책연구소, 2011. 5-6면.

들이고 지금부터 본격적인 법무부령 제정이라든가 대통령령 제정이라던가 이런 식으로 가는 과정에서 본격적인 수사권 조정 단계에 들어간다. 저희들은 그렇게 보고 있습니다.”²⁵⁾

개정 전 형사소송법 제196조 제1항은 사법경찰관에 대해 검사의 지휘를 규정하고 있지만, 지휘의 내용, 방식, 절차 등 한 구체적인 사항에 대해선 아무런 언급을 하지 않았고 이는 수사의 유일한 주체자이자 주재자인 검사가 보조기관이 사법경찰관리에게 자기 자신의 수사를 수사지휘권을 통해 위임·대리행사하게 하는 것이었으므로 검사 자신이 원하는 대로 얼마든지 지휘권을 행사할 수 있도록 ‘무제한적인 자율성’을 부여한 것은 어쩌면 당연한 일이었다. 법무부에서 ‘일반적 수사지휘권’을 근거로 일방적으로 제정하여 시행하였던 사법경찰관리 직무규칙 등에서 검사의 지휘권에 따른 사법경찰관의 의무 및 수사행정일반 등에 대해 규정해 놓고 있기는 하나 여전히 방식, 절차 등에 대해서 아무런 언급이 없었고, 대부분의 형사소송법 교과서 역시 검사의 수사지휘 및 검사와 사법경찰관리의 상명하복 관계에 대해서만 기술할 뿐, 구체적인 내용에 대해서는 침묵을 지키고 있어, 검사의 수사지휘권의 범위나 한계에 대해 구체적으로 논의 된바가 없었다.²⁶⁾ 다만, 수사지휘와 관련된 일부 실무자료에서 검사 수사지휘권의 구체적인 의미에 대해 규정해 보려는 시도가 있긴 하였으나 이 또한 큰 의미를 가지고 있진 않았다.²⁷⁾ 수사지휘권의 범위와 한계 등에 대해 경찰 검찰 양 기관, 학계 및 판례가 명확한 가이드라인을 내려 주지 못하는 상태에서 일부 경찰직원이 개인적 불이익을 감소하고 기존의 검사 수사지휘의 방식에 정면으로 반대하는 초유의 사태가 벌어지기도 하였다. 세칭 ‘장신중 경정사건’ 및 ‘김영일 경정 사건’이 바로 그것이다.²⁸⁾ 이들을 통해서 확인된 검사의 수사지

25) 국회속기록, 제301회- 법제·사법 제6차(20011년 6월 28일), 38-39면.

26) 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009, 91면; 배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2005, 176-177면; 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010, 63-64면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 50-51면; 신양균, 형사소송법, 법문사, 2004, 76-77면; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2009, 181면; 차용석·최용성, 형사소송법, 21세기사, 2008, 154-155면.

27) 법무연수원, 앞의 책, 147-148면.

28) 전자는 검사가 검찰 직수사건을 통하여 긴급체포한 피의자를 경찰서 유치장으로 호송 및 구금하라는 검사의 지시를 이행하지 않은 사법경찰관을 직무유기 혐의로 기소한 사건이며, 후자는 사법경찰관이 긴급체포한 피의자의 신병을 ‘구속 청구 전 피의자 면담’을 위해 검사실로 인치하라는 검사의 지시를 이행하지 않은 사법경찰관을 인권옹호직무명령 불준수 혐의로 기소한 사건이다. 두 사건 모두 해당 경찰관에게 유지판결이 내려졌다.

휘권은 적어도 법리상 그 내용이나 방식면에서 한계를 거의 갖지 않았고, 이는 실무상 수많은 오·남용 사례를 양산하여 여러 차례에 걸쳐 경찰, 검찰 양 기관의 갈등을 증폭 시기도 하였다.²⁹⁾ 과거의 이러한 문제점 등을 감안하여 개정 형사소송법은 사법경찰관의 수사 개시·진행권을 규정하고, 이를 형해화 시키지 않기 위해 검사 지휘권의 구체적인 사항에 대해 경찰 검찰 양 기관의 ‘합의’에 의해 구체적으로 정하기로 하였다. 과거에 수사관련 모든 것들이 검찰의 일방적인 지시나 명령 등으로 이루어져 왔던 실무나 관행들을 비추어 볼 때, 검사 수사지휘권의 범위 및 한계에 대해 경찰과 검찰이 상호 평등한 입장에서 서로 협의할 수 있게 됨으로서 검사가 사법경찰관에 대해 수사상 지휘권을 가진 것과는 별도로, 적어도 검찰과 경찰, 양 수사기관 간 관계에 있어서는 상호 평등한 협력관계에 훨씬 더 가까워졌음에 이론의 여지가 없는 것으로 보인다. 더욱이 사법경찰관의 주체적인 수사개시·진행권을 존중하는 차원에서 검사 지휘권의 범위와 한계를 정하기로 함으로서, 다시 말해, 사법경찰관의 수사주체성과 검사수사지휘권의 합리적인 조화점을 찾는 작업을 통해, 검사 수사지휘권에 대한 철학적, 제도적인 전면 재검토가 이루어질 수밖에 없고, 검사 수사지휘권이 오·남용 되던 부분에 대해 전면 폐지까지 논할 수 있는 장이 마련된 것이다.

그렇다면, 여기서 한걸음 더 나가 중요한 질문을 한 가지 더 던질 수 있다. 과연, 이번 검사 수사지휘권에 관한 구체적 사항에 관한 대통령령 제정을 통해 소위 ‘수사권 독립’ ‘수사권조정’ 혹은 ‘수사구조개혁’ 까지 논의할 수 있을 것인가 하는 문제이다. 과거 ‘수사권 조정’ 논의의 핵심이 일부 범죄 혹은 전체 범죄에 대해 검사의 수사와는 구분되는 사법경찰관의 독자적인 수사권을 인정하고, 경찰이 수사를 개시·진행함에 있어 검사가 경찰수사에 직접 관여 혹은 간섭하는 목적의 수사지휘는 전면 배제하되, 경찰의 영장 신청 등 인권침해적 강제처분에 있어 검사의 준사법적 통제만을 인정하겠다는 것이었다면, 이러한 논의가 이번 대통령령 제정 시에 가능하겠느냐는 질문이다. 경찰의 바람과는 달리, 대통령령 제정이 경·검 ‘수사권조정’의 장으로 가는 것은 입법취지를 다소 넘어서는 것처럼 보인다.

29) 조국, 앞의 책, 47-50면.

“이두아 의원: 그렇지만 법무부령에서 지금 말씀하신 것처럼 6개월 정도 협의를 거쳐서 할 때 그 안에 완벽한 수사권 조정이 이루어지기는 현실적으로 좀 어려울 것 같다는 생각이 좀 듭니다. 왜냐하면 지금 청장께서도 말씀을 하셨지만 기본적으로는 수사현실을 반영하고 수사개시권을 명문화하고 법제화를 해 달라는 요청에 의해서 형사소송법 개정이 이루어진 것이기 때문에 수사현실을 반영해 달라는 것이지, 새로운 조정은 새로 TF팀을 만들든지 아니면 지금 사개특위에서도 이 부분까지는 전혀 논의가 안됐기 때문에 이런 부분은 지난 정부에서도 계속 논의를, 열다섯 차례 정도 회의를 하다가 현실적으로 안된 것을 잘 알고 계시지 않습니까? ...

경찰청장 조현오: 예, 잘 알고 있습니다. ...

법무부장관 이귀남: 위원님이 말씀하신 대로 법무부령 제정을 하면 현재 수사현실을 그대로 반영을 해서 검사가 지휘할 것은 지휘를 하고 또 안할 것은 안 하고 그런 것을 반영한다는 취지지 여기서 수사권 조정은 다시 또 별도로 논의를 해야 된다 그렇게 생각을 합니다.”³⁰⁾

IV. 결론 : 대통령령 제정을 위한 제안

개정 형사소송법 제196조에 대한 법해석론은 앞으로 학계나, 판례 등에서 지속적인 논의의 대상이 되어야 할 것으로 보인다. 이 논문은 앞으로 전개될 논의의 첫 단추를 여는데 그 의의가 있다할 것이다. 현 시점에서 개정 전 형사소송법 제196조와 비교해 개정된 형사소송법 제196조에서 검사와 사법경찰관의 수사권과 양자의 관계 등에 관해 변화된 부분은, 개정된 형사소송법 제196조 제1항에서 열거한 사법경찰관, 즉 경찰청 소속 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위에 의해 이루어지는 수사는 적어도, 검사 ‘보조기관’으로서 검사의 수사권을 단순히 위임, 대리하는 것이 아니라 형사소송법 제196조 제2항에 의거 사법경찰관이 범죄를 인식할 경우 주체적으로 수사를 개시·진행하여야 할 의무와 권한이 생겼다는 것이다. 이러한 점에서 검사의 ‘포괄적 지휘권’을 앞세워 사법경찰관의 수사주체성을 전혀 인정하지 않으려 하는 개정 형사소송법 제196조에 대한 ‘소극적 해석론’은 오류가 있다할 것이다. 과거에 수사를 오직 검사의 직무로서만 인정하여 검사에게만 전속적인 수사주체성 및 수사주재성을 인정하였던 것과는 달리, 개정 후 형사소송법에 의해서는 적어도, 검사의 지휘 혹은 위임이 없더라도 사법경찰관이 범죄를

30) 국회속기록, 제301회-법제사법 제6차(2011년 6월 28일), 39면.

인식한 경우 주체적으로 수사를 개시·진행할 수 있게 됨으로써 사법경찰관에게 제한적으로나마 수사주체성을 인정하였다고 보는 것이 타당한 해석이라 할 것이다. 더욱이, 이러한 사법경찰관의 주체적인 수사 개시·진행권은 장차 검사 수사지휘권의 '법률적 한계'로서 역할을 할 수 밖에 없을 것으로 보인다. 무엇보다, 사법경찰관이 직접 개시·진행 중인 범죄수사에 있어 검사가 '수사주체자'로서 '보조기관'에게 명령하는 식의 '무제한적인 지휘권'은 폐지되어야 할 것으로 보인다. '기소를 책임진 기관'으로서 검사는, 주체적 수사기관으로서 사법경찰관이 수사를 개시·진행하는 것에 대해, 효과적인 기소를 위해 필요한 부분에 한해, 수사지휘권을 '합리적'인 범위 내에서 행사하도록 하여야 할 것이다. 따라서, 사법경찰관의 주체적인 수사·개시권한/의무를 근본적으로 침해하는 검사의 수사지휘권 오남용 형태들, 예를 들어, 검사가 경찰의 수사개시여부를 결정하거나 수사진행을 중단하라고 하는 지휘나 혹은 수사 진행 중 합리적인 이유없이 사건을 검찰에 송치하라는 지휘 등, 사법경찰관의 수사개시·진행권을 근본적으로 형해화하는 불합리한 관행들은 반드시 개선되어야 할 것으로 생각된다. 이러한 관점에서, 대통령령 제정 시, 검사의 수사지휘가 불법하거나 불합리한 경우 사법경찰관이 검사의 수사지휘에 대한 이의제기를 할 수 있는 절차를 마련하는 것이 반드시 필요하다.

또 한편, 급법 형사소송법 등 개정을 통해, 사법경찰관의 주체적 수사 개시·진행권을 명문화함으로써 '검찰수사'와는 그 성격과 목적상 구별되는 '경찰수사'의 특수성이 법률로써 인정된 것으로 보인다. 독일 등 대륙법의 입법례에서 수사를 오직 사법기관(justice, Jusitiz)의 진속적 영역이라고 주장하는 일부의 주장과는 달리, 독일형사소송법 제163조 1항은 '경찰의 업무를 하는 관청들과 공무원들은 범죄행위를 수사하고 사건의 인멸을 방지하기 위하여 지체할 수 없는 모든 조치를 하여야 한다'고 규정하고 있고 제127조 제2항은 경찰의 판단하에 독자적으로 행할 수 있는 '긴급체포권' 등을 규정하고 있어 이에 따라 독일의 경찰관들은 '검사의 수사권' 혹은 '수사지휘권'과는 상관없이, 독자적 영역으로서의 '수사권'을 제한적으로나마 행사하고 있다고 보아야 한다. 이는 프랑스의 입법례에서도 마찬가지로 프랑스 형사소송법 제14조는 '사법경찰은 형법규정을 위반한 범죄를 확증하고 이에 대한 증거를 수집하며 예심이 개시되지 않는 한 범인을 색출할 임무를 수행한다'고 규정하고 경찰의 예비수사(Enquete preliminaire)단계서 압수수색

권, 체포권을 경찰의 현행범수사단계에서 압수수색권, 체포권 포함한 더욱 다양한 각종 강제처분권을 사법경찰관에게 독자적으로 부여하여 경찰에게 검사의 수사권 혹은 수사 지휘권으로부터 '파생되는 혹은 위임받는 수사권'이 아닌 '주체적인 수사권'을 부여하고 있다. 이는 범죄예방을 담당하는 행정경찰의 활동과 사법경찰의 범죄행위의 진압·수사가 따로 이루어 질수 없는 성격이고, 따라서 '현장'에서 같이 이루어져야 하기 때문에 이러한 활동을 할 수 있도록 경찰에게 수사권을 부여한 것이다. 다만, 범죄의 소추를 책임지는 기관으로서 검찰은 경찰 수사단계에서 '지휘권' 행사를 통하여 기소제기 및 유지에 필요한 수사활동을 요구할 수 있으나, 이 또한 경찰의 수사전문성 및 내부조직체계를 최대한 존중한 범위 내에서 이루어져야 하고,³¹⁾ 이를 바탕으로 경찰과 검찰 양 기관의 실질적인 상호 신뢰 및 협력관계가 이미 형성되어 있는 것이다.³²⁾ 우리나라에서도 이번 형사소송법 등 개정을 통해 범죄현장과의 밀착성, 수사진행의 신속성 등 측면에서 '검찰 수사'와는 차별화되는 성격을 가진 '경찰수사'의 독자적 성격이 인정된 것이라고 보아야 하고, 따라서 금번 대통령령 제정시, 검사는 경찰의 주체적인 수사개시·진행권, 현장판단력 및 수사전문성 등을 고려하여, 경찰조직 내부 지휘체계를 최대한 존중하는 방식으로 '수사지휘' 하도록 규정하여야 할 것이다.

반면, 금번 형사소송법 등 개정 입법취지를 지나치게 '적극적'으로 해석하여 경찰 개시·진행한 특정범죄 혹은 모든범죄의 수사에 있어 검사의 수사지휘권 전면적으로 배제하고자 하는 주장에 대해선, 개정입법취지의 한계를 일탈한 것으로 보는 것이 타당하다. 형사소송법 등 개정을 통해 검사의 수사지휘에 관해 구체적인 사항을 경찰 검찰 양 기관 합의로 대통령령에 규정하기로 한 것은, 형소법 제196조 제2항에서 부여한 사법경찰

31) 프랑스 형사소송규칙 제2조: 각 법원의 관할 내에서 지방검사장(Procurer de la Republique)과 대리인들(Substituts) 경찰조직내 상관을 통해 사법경찰관리를 지휘할 수 있는 유일한 권한자이다. 지검장은 검사의 수사상 요청에 대한 집행을 맡게 될 사법경찰기관을 자유롭게 선택할 수 있다. 각 사법경찰기관의 장은 자신의 조직에서 이루어지는 사법경찰의 임무수행을 조정하고 사건 송치를 감독한다.

32) Mouhanna Christian, Polices judiciaires et magistrats(Une affaire de confiance) Perspectives sur la justice, Mission de recherche Droit et Justice, la documentation francaise, 2001; 박창호 외, 비교수사제도론 -한국 수사구조의 개혁을 향한 기초연구-, 전영사, 2004, 172면 이하 재인용.

관의 주체적 수사 개시·진행권을 공고화하고, 제196조 제1항 및 제3항에서 규정한 검사 수사지휘권의 범위와 한계를 합리적으로 설정하는 문제를 구체적으로 규정하는 것이다. 국회가 형사소송법 제정 60년 만에 압도적인 표차이로 인정한 사법경찰관의 주체적 수사개시·진행권을 형해화 시키지 않기 위해서는 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘 및 수사개입은 반드시 그 명확한 범위와 한계를 가져야 한다는 점에 대해선 이견이 있을 수 없다. 또한, 다수의 사법경찰관리로 조직되어 전체사건의 95% 이상을 수사를 책임진 경찰과 기소와 예외적으로 중요한 사건에 대한 수사를 책임진 검찰이 어떻게 상호 협력관계를 형성시켜 나갈 수 있을 것인가 하는 문제 또한 이번 대통령령 제정 시 논의되어야 할 주요과제중 하나임에 틀림없다. 다만, 경찰소속 사법경찰관에게 완전히 독자적인 수사권을 부여하고, 경찰수사 단계에서 검사의 수사지휘권을 전면배제하는 내용의 '수사권 조정' 논의는 그 필요성이 인정되나, 경찰, 검찰 양 기관이 대통령령 제정 후에도 T/F팀 등을 조직하여 적극적으로 지속시켜 나가할 향후 논의과제로 생각된다.

주제어(Mots de clef) : 사법경찰관(officier de police judiciaire), 검사(procureur), 수사권(pouvoir d'enquete), 지휘(direction), 보조자(auxiliaire), 수사기관(organe d'enquete),

〈논문 접수 : 2011. 9. 27, 심사 개시 : 2011. 10. 19, 게재 확정 : 2011.12. 2〉

참 고 문 헌

I. 국내 문헌

1. 단행본

- 경찰청, 합리적인 수사권 조정방향, 2005. 7.
- 경찰청, 합리적인 수사권 조정방향-경찰의 수사주체성 인정 및 검·경간 상호협력관계 설정-, 2005. 8.
- 김동희, 행정법(II), 박영사, 2004.
- 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 대검찰청, 수사권조정에 대한 검찰의 입장, 2005.
- 박창호 외, 비교수사제도론- 한국수사구조의 개혁을 위한 기초연구-, 전영사, 2004.
- 배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2005.
- 법무연수원, 수사지휘론, 2003.
- 사법연수원, 수사절차론, 2005.
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 신양균, 형사소송법, 법문사, 2004.
- 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 도서출판 성민기업, 2005.
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2009.
- 정용석, 검사의 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2007.
- 조국, 검사 수사지휘권 행사에 관한 연구, 경찰청 연구보고서, 2009.
- 차용석·최용성, 형사소송법, 21세기사, 2008.
- 치안정책연구소, 경찰수사제도의 개선에 관한 연구, 연구보고서 2005-13, 2005.
- 형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990.

2. 논문

- 경찰청, “형사사법 선진화를 위한 정책방향”, 수사구조개혁백서, 2010.

- 김운상, “수사지휘와 인권보장”, 형사정책 제15권 제1호, 한국형사정책학회, 2003.
- 박노섭, “사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제”, 비교형사법 연구 제7권 제1호, 2005.
- 송관호, “검사의 사법경찰관리에 대한 구체적 지휘방법”, 사법연수원 논문집 제2집, 2005.
- 송해은, 검사의 수사지휘권에 관한 연구, 한양대학교 석사학위논문, 2000.
- 오상지, “사법경찰관에 대한 수사지휘검사의 범위에 대한 연구”, 경찰학연구 제11권 제2호, 2011.
- 이동희, “경찰수사권 개정입법에 대한 평가와 향후과제”, 수사연구, 수사연구사, 2011. 8.
- 장영수, “국민 인권보호를 위한 경찰 수사 선진화 방안”, 2011년도 치안정책 학술세미나, 치안정책연구소, 2011.
- 정병대, “수사구조에 관한 연구-수사절차에 있어서의 검찰·경찰제도의 비교법적 고찰-”, 법무연수원 연구위원 논문(법무연수원), 2007.

3. 기타

- 국회속기록, 사법제도개혁특별위원회회의록(제18차, 2011. 6. 20).
- 국회속기록, 제301회-법제사법 제6차(2011. 6. 28).
- 수사권조정자문위원회, 검·경 수사권 조정에 관한 공청회, 2005. 4. 11.
- 춘천지방법원 강릉지원 2007. 4. 30. 선고 2007고합6 판결.
- 서울고등법원 2007. 10. 19. 선고 2007노1093 판결.
- 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007도9481 판결.
- 대법원 2010. 10. 28. 선고, 2008도11999판결.
- “검찰이 대통령령에 반발하는 이유는”, 연합뉴스 2011.6.29.
- “대통령령에 집단반발…검찰 초유의 지휘부 공백”, 중앙일보, 2011.6.30.
- “검사지휘에 관한 사항 법무부령→대통령령…검찰 왜 반발하나”, 조선일보, 2011. 7. 1.

[Zusammenfassung]

L'étude sur l'attribution du pouvoir d'enquête à l'officier de police judiciaire

Yoo, Ju-sung

Depuis la mise en place du Code de la procédure pénale en 1954, le procureur est le «maitre» de l'enquête criminelle, possédant un monopole du pouvoir d'enquête. Avant les modifications du Code en juin 2011, l'officier de police judiciaire n'avait aucun pouvoir propre d'enquête, et n'était qu'un auxiliaire du procureur dans l'accomplissement de l'enquête criminelle : le procureur déléguait son pouvoir d'enquête à l'officier de police judiciaire, qui sous sa direction, menait l'enquête criminelle. Ainsi, les articles 195 et 196 du Code énonçaient comme suit.

Art.195 (Enquête du procureur) « *Dans la mesure où le procureur public apprécie le fait qu'il y ait une infraction commise, il doit mener l'enquête criminelle sur l'infraction, son auteur et les preuves de l'infraction.* » ;
Art.196 (L'officier et l'agent de police judiciaire) « *1° En tant qu'officier de police judiciaire, le contrôleur général de police, le commissaire général de police, le commissaire de police, le commandant de police ou le lieutenant de police doivent, après avoir reçu la directive du procureur, mener l'enquête criminelle ; 2° En tant qu'agent de police judiciaire, le brigadier de police et le gardien de paix doivent seconder l'enquête criminelle sous la direction de l'officier de police judiciaire ou de celle du procureur* ».

Dans le contexte de « *la réforme du parquet* », l'Assemblée nationale a accordé récemment, à la grande majorité, de renforcer le rôle de l'officier de

police judiciaire, lui donnant un propre pouvoir d'enquête jusque là exclusivement possédait par le procureur. Ainsi, désormais, l'officier de police judiciaire a la charge de déclencher et mener l'enquête criminelle de manière « autonome », sans attendre une directive du procureur. Cependant, les législateurs n'ont pas retiré le droit de direction du procureur au cours de l'enquête menée par l'officier de police judiciaire. L'article 196 du Code a été modifié comme suit.

«1° En tant qu'officier de police judiciaire, le contrôleur général de police, le commissaire général de police, le commissaire de police, le commandant de police ou le lieutenant de police reçoit la directive du procureur pour toute enquête criminelle ; 2° Dans la mesure où l'officier de police judiciaire prend la connaissance d'une infraction commise, il doit déclencher et mener l'enquête criminelle sur l'infraction, son auteur et les preuves de l'infraction ; 3° L'officier et l'agent de police judiciaire doit respecter la directive du procureur. Les dispositions relatives au droit de direction du procureur seront réglées par un décret présidentiel ; 4° En tant qu'agent de police judiciaire, le brigadier de police et le gardien de paix doivent seconder l'enquête criminelle(…) ».

Les deux organes d'enquête, le parquet et la police sont chargé de préparer le projet du décret présidentiel portant sur les dispositions relatives au droit de direction du procureur : il s'agit là d'une véritable occasion pour, enfin, équilibrer les pouvoirs de ces organes d'enquête dans la phase préparatoire de la procédure pénale.

치안정책연구 편집위원회

위원장 : 조요섭(치안정책연구소 연구부장)

위원 : 이상원(용인대학교 교수)

김원중(청주대학교 교수)

정신교(김천대학교 교수)

이호용(단국대학교 교수)

이백철(경기대학교 교수)

조현빈(순천향대학교 교수)

김정규(남부대학교 교수)

정덕영(경동대학교 교수)

박수희(관동대학교 교수)

김미호(선린대학 교수)

최경환(치안정책연구소 연구관)

김윤영(치안정책연구소 연구관)

김학신(치안정책연구소 연구관)

김남선(치안정책연구소 연구관)

치안정책연구 제25권 제2호

인쇄일 : 2011년 12월 20일

발행일 : 2011년 12월 20일

발행인 : 한광일

발행처 : 치안정책연구소

인쇄 : (주)대한피앤디

ISSN 1738-2963

The Journal of Police Policies

Volume 25 Number 2, 2011.

- The study on the allocation of criminal investigation power to the judicial police officer / Yoo, Ju-sung
- A Case Study on the Korean National Police's G20 Protest Policing / Vitale, A. S. · Kim, Hak-kyong · Choi, Nak-bum
- A Study on Institutional Task for Cooperative Policing between Private and Public Police / Chung, Woong
- The Study on the Illegal Multi-Level Marketing : Focused on the Factors of Micro-Victimization / Yang, Seong-Don · Lim, You-Seok
- What South Korean police can do in the face of emerging the new sex and adult entertainment business? / Lee, Yung-Hyeock · Shim, Myeong-Seob
- The Overview of Ex-criminal Management and Suggestions for Efficient Improvement / Kim, Hak-Shin
- The Effect of Perceptions of Organizational Politics on the Police Officers' Job Burnout / Lim, Woon-Sik · Kim, Moo-Hyoung
- The Efficient Policing with Proliferation of Mobile SNS. / Kim, Tae-Jin
- Criminalization of Unauthorized Use of an Open Private WLAN in German Case Laws / Park, Hee-Young
- The Utilization of Retired Police Officers in the Field of Private Investigation / Lee, Ju-Lak · Jo, Sung-Gu
- A study on the major issues for implementing the private investigation system in Korea / Moon, Kyeong-hwan

Police Science Institute