

[논 문]

형사소송법 등 개정에 따른 검사와 사법경찰관리의 지휘관계 변화에 관한 연구

김택수*

《차 례》

- | | |
|---------------------------|-------------------------------|
| I. 서론 | III. 법 개정 후 검사와 사법경찰관리의 관계 변화 |
| II. 법 개정 전 검사와 사법경찰관리의 관계 | 1. 지휘관계 성립유무의 불명확성 |
| 1. 수사지휘권의 작동원리 | 2. 지휘범위의 불명확성 |
| 2. 법 개정 과정에서 나타난 지휘관계의 인식 | IV. 결론 |

I. 서론

2011년 검사와 사법경찰관리의 관계에 관한 형사소송법 제196조의 개정과 검찰청법 제53조의 삭제는 형사소송법 제정 이래 경찰이 줄곧 주장하였던 수사권독립요구에 대한 첫 결과물로서 기존의 수사체계에 변화를 주지 않는다는 원칙에도 불구하고 사법경찰관에게 수사개시 및 진행권을 부여하였으며, 검사의 지휘에 대한 명령복종의무가 지휘에 대한 준수의무로 재정립됨으로서

* 계명대학교 경찰법학과 부교수(법학박사)

나름대로의 변화를 가져왔다.¹⁾ 그러나 수사권을 둘러싼 검찰과 경찰의 갈등 문제로 시작된 형사소송법 등의 개정은 큰 틀에서는 검사제도에 대응하는 사법경찰관제도의 변화라는 관점에서 바라볼 필요가 있다.

사법경찰관제도는 검사제도의 보편성과 달리 프랑스와 일본 등 일부 국가에서 찾아 볼 수 있는 제도로서 사법경찰관리라는 조직법상 실체가 없는 가상의 집단을 매개로 형사소송법상의 수사권한과 실질적으로 이를 실행하는 법집행자를 연결시킴으로서 법조문을 간결하게 하여 법률의 경제성을 높이고, 수사권한의 행사자를 사법경찰관과 사법경찰리로 단순화하여 수범자의 법이해력을 높이는데 기여하는 장점을 가지고 있다. 그런데 우리 사법경찰관제도는 장소적 또는 사항적 제한유무를 기준으로 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리로 구분하면서, 일반사법경찰관리는 다시 형사소송법 제196조가 직접 지정한 경찰공무원인 사법경찰관리와 검찰청법 제47조에 의한 사법경찰관리로 구분하는 독특한 구조를 취하고 있다. 따라서 수사지휘권과 관련한 형사소송법 등의 개정은 단순히 검찰과 경찰의 관계에 국한되는 것이 아니라 필연적으로 나머지 종류의 사법경찰관리의 관계에도 걸쳐 있는 문제이다. 그러나 법 개정과정에서는 사법경찰관제도라는 큰 틀에서 접근되지 못하고 검찰은 수사지휘권을 확보하는 것에, 그리고 경찰은 독자적인 수사개시 및 진행권의 명문화에 매달리는 모습을 보여줬으며, 입법자들이나 학계에서도 이에 대해 별다른 문제제기를 하지 않았다.

따라서 본 연구에서는 법 개정 이전의 상황에서 여러 종류의 사법경찰관리에 대한 검사의 수사지휘권이 어떤 법적 근거를 토대로 인정될 수 있었는지와 검찰과 경찰의 관계만을 염두하고 개정된 형사소송법과 검찰청법이 지휘관계에 어떠한 변화를 가져왔는지에 대해 고찰함으로써 그에 대한 평가와 함

1) 경찰수사권에 관한 논의경과와 개정입법안의 성립경위에 대하여는 이동희, “개정형사소송법 제196조에 대한 해석과 과제”, 경찰법연구, 제9권 제2호, 2011. 2-10면 및 김태희, “검·경 수사구조 논의의 연혁과 사법제도개혁특별위원회안의 전망”, 이슈와 논점, 제258호, 2011.6, 국회입법조사처 참조.

계 입법상의 문제점들을 도출하고자 한다.

II. 법 개정 전 검사와 사법경찰관리의 관계

1. 수사지휘권의 작동원리

가. 사법경찰관리구성의 삼원체계

(1) 경찰공무원인 일반사법경찰관리

사법경찰관리는 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리로 구분이 되며, 일반사법경찰관리²⁾는 다시 경찰공무원인 사법경찰관리와 검찰청 소속의 사법경찰관리로 구분된다. 따라서 사법경찰관리의 구성은 삼원체제로 이뤄져 있다고 할 수 있다. 경찰공무원인 일반사법경찰관리에 대하여는 개정 전 형사소송법 제196조 제1항과 제2항(현행 제196조 제1항과 제5항)이 정하고 있었다. 이에 따르면 사법경찰관은 경무관³⁾, 총경, 경정, 경감, 경위에 해당하고, 사법경찰리는 경사, 경장, 순경에 해당된다. 따라서 치안감 이상의 계급은 사법경찰관에서 제외되며, 결과적으로 사법경찰관에게 부여되어 있는 수사권한을 행사할 수 없으며, 다만 행정상의 감독자로서의 책임과 권한을 가질 뿐이다. 그런데 사법경찰관간에 있어서는 계급체계에 따라 상명하복의 관계가 성립될 수 있지만 수사절차상의 권한행사에 있어서는 동등한 지위에 놓이게 된다. 따라서 상급 사법경찰관의 명령에 따르지 않더라도 행정상의 책임을 지지만 소송법상의 효력에는 영향을 주지 않는다. 반면에 사법경찰리는 개정 전 형사소송법 제196조 제2항(현행 제196조 제5항)에 따라 검사 또는 사법경찰관의 지

2) 일반사법경찰관리의 사물관할에는 제한이 없는 것이 원칙이나, 근로기준법위반 또는 선박법위반 범죄에 대한 수사는 근로감독관 또는 선원근로감독관의 직무에 관한 범죄의 수사를 제외하고는 검사 및 근로감독관 또는 선원감독관이 행한다(근로기준법 제106조, 선원법 제117조). 차용석·최용성, 『형사소송법, 21세기사』, 2008, 154면.

3) 단, 경찰청 및 해양경찰청에 근무하는 경무관은 검사의 수사지휘권의 적용을 받지 아니한다(경찰공무원법 1982.12.31. 부칙6).

휘를 받아 수사를 보조하게 된다.

이때 ‘수사의 보조’라 함은 검사나 사법경찰관으로부터 특정 사건에 관한 구체적 명령을 받고 그 지휘 하에서 수사의 보조를 행하는 것을 말한다.⁴⁾ 형사소송법상 사법경찰리의 권한이 현행범인의 체포 및 인수, 영장의 집행, 피의자신문의 참여 등 매우 제한적이며 대부분의 수사권한은 사법경찰관에게 집중되어 있지만, 사법경찰리는 ‘사법경찰관 사무취급’이라는 형태로 사실상 사법경찰관의 권한을 행사하고 있다.⁵⁾ 이것은 대부분의 수사가 사법경찰리에 의해서 이뤄지고 있다는 현실을 반영하는 것이지만 법적 정당성은 약하다고 하겠다.

그런데 경찰공무원은 경찰청과 해양경찰청으로 그 소속을 달리하므로, 엄밀히 말하자면 경찰청 소속의 사법경찰관리와 해양경찰청 소속의 일반사법경찰관리로 다시 세분될 수 있다. 따라서 원칙적으로는 해양경찰청 소속의 사법경찰관리도 범죄의 종류 및 발생장소를 불문하고 범죄수사의 권한을 가진다고 보아야 하지만 정부조직법에 의하여 해양경찰청은 해양에서의 경찰사무를 관장하므로⁶⁾ 해양과의 관련성을 인정할 수 있는 범위 내에서만 수사의 권한을 갖는다고 할 것이며⁷⁾, 따라서 일반사법경찰관리이던 특별사법경찰관리의 성격을 가지고 있는 특수성이 있다.⁸⁾

4) 헌법재판소 2001.10.25.선고, 2001헌바9 결정.

5) 대법원은 사법경찰관사무취급이 작성한 피의자신문조서, 참고인 진술조서, 압수조서에 대하여 권한없는 자가 작성한 조서라고 할 수 없다는 입장이다(대법원 1981.6.9.선고, 81도1357 판결).

6) 정부조직법 제37조(국토해양부) 제3항 해양에서의 경찰 및 오염방지에 관한 사무를 관장하기 위하여 국토해양부장관소속으로 해양경찰청을 둔다.

7) 육상경찰(육경)과 해양경찰(해경)의 관할문제에 대한 기사로는 <http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20090218025009> 참조.

8) 해양에서 발생한 사건뿐만 아니라 육상에서 발생한 범죄도 해양과의 관련성을 인정할 수 있는 한 수사의 권한을 갖는다고 할 것이며, 더욱이 해양경찰청과 그 소속기관 직제 시행규칙(해양경찰청령) 별표1은 전 국토를 해양경찰청(지방해양경찰청, 해양경찰서)의 관할로 정하고 있다. 따라서 육상경찰과 해양경찰의 관계는 동일한 사법경찰관리이면서 내부적으로는 다시 일반과 특별한 관계에 있다고 할 것이다.

(2) 검찰청 소속의 일반사법경찰관리

우리나라 사법경찰관제도의 큰 특징 중 하나는 형사소송법이 직접 국가경찰공무원을 일반사법경찰관리로 지정하면서 동시에 다른 법률에 의하여 일반사법경찰관리를 지정할 수 있도록 하였다는 것이다. 즉, 개정 전 형사소송법 제196조 제3항⁹⁾(현행 제196조 제6항)에 근거하여 검찰청법 제47조 제1항은 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장의 지명을 받아 검찰주사, 마약수사주사, 검찰주사보 및 마약수사주사보는 사법경찰관으로서, 검찰서기, 마약수사서기, 검찰서기보 및 마약수사서기보는 사법경찰리로서 형사소송법 제196조 제1항 및 제2항¹⁰⁾에 따른 직무를 수행할 수 있음을 명시하고 있다. 또한 검찰청법 제47조 제2항은 별정직공무원의 경우에도 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장의 지명을 받아 직급에 따라 사법경찰관과 사법경찰리의 직무수행을 하도록 하고 있다. 따라서 경찰공무원인 사법경찰관리와 달리 계급(직급)요건 이외에 지명절차를 필요로 한다는 차이점이 있다.

이에 반하여 검찰청 소속의 사법경찰관리를 정하는 법적근거를 제196조 제3항이 아닌 제2항에서 찾는 입장이 있다. 즉, ‘수사관’이라는 용어를 검찰청에 소속되어 수사업무에 종사하는 검찰수사관으로 이해하는 입장이다.¹¹⁾ 그러나 수사관이란 1954년 형사소송법이 제정될 당시 경찰관서에 배속되어 있는 사법경찰관리의 수사활동을 통일적으로 지휘·감독하기 위하여 대검찰청에 배속시키기로 예정되었던 직책으로서, 이후 검찰조직의 변화에 따라 수사관 제도는 설치되지도 않은 채 사문화되었다.¹²⁾ 따라서 법적근거는 형사소송법 제196조 제3항에 따른 검찰청법 제47조 제1항 및 제2항에서 찾는 것이 타당하다.

9) 제196조 제3항이 제197조와 함께 특별사법경찰관리에 관한 근거규정이라고 보는 견해도 있다. 백형규, 『조해 형사소송법』, 법률문화원, 2002, 367면.
10) 종전의 형사소송법 제196조 제2항은 현행 제196조 제5항에 대응되므로, 검찰청법 제47조 제1항의 조문내용도 이에 맞춰 사법경찰리의 경우 제2항이 아닌 제5항으로 변경되어야 할 것이다.
11) 박노섭, “사법경찰의 수사권에 대한 법적근거 제정이 향후 검·경 관계에 미치는 영향”, 형사소송 개혁방향과 바람직한 형사사법제도 모색 학술세미나 자료집, 한국경찰법학회, 2011, 20면.
12) 신동윤, 『신형사소송법』, 법문사, 2011, 49면.

그런데 위 검찰청법 제47조 제1항 및 제2항에 언급된 공무원들과 달리 사법경찰관의 해당여부가 불분명한 부류가 있다. 검찰청법 제46조 제2항은 “검찰수사서기관, 수사사무관 및 마약수사사무관은 검사를 보좌하며 그 지휘를 받아 범죄수사를 한다.”고 규정하고 있다. 그런데 여기에 언급된 공무원들은 임무의 성격과 직급을 볼 때 사법경찰관에 해당한다는 유추해석이 가능하지만¹³⁾ 사법경찰관 지정의 엄격성을 고려할 때 사법경찰관에 해당한다고 보기 어려운 문제점이 있다.¹⁴⁾ 이러한 입법상의 문제점은 일본 검찰청법의 검찰사무관제도¹⁵⁾를 도입하면서 형사소송법과의 관계를 고려하지 않고 검찰청법에만 규정한 원인으로 보여진다. 일본의 형사수속법은 수사의 주체로 검사와 사법경찰직원뿐만 아니라 검찰사무관도 명시하고 있어¹⁶⁾, 검찰청법이 정한 검찰사무관도 일정 범위내에서 수사의 권한을 행사할 수 있다. 반면에 우리나라는 형사소송법에 이와 유사한 규정을 두지 않은 채, 검찰청법이 검사의 지휘를 받아 수사를 할 수 있음을 명시하고 있어, 이들이 사법경찰관에 해당하는지 여부와 함께 수사권행사의 정당성 여부가 문제시된다.

(3) 특별사법경찰관리

형사소송법 제197조는 “삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무 범위는 법률로써 정한다.”고 규정하고 있다. 제196조가 표제가 ‘사법경찰관리’인 것과 달리 제197조는 ‘특별사법경찰관리’이다. 이를 토대로 제196조는 일반사법경찰관리에 관한 규정이며, 제197조는 특별사법경찰관리에 관한 규정임을 알 수 있다. 제197조의 위임규정에 따라 제정된 『사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률』(이하 ‘특사경법’)은 특별사법경찰관리의 종류와 직무범위를 규정하고 있다. 특별사법경찰관리는 직무범위가 사항적 또는 지역적으로 제한되

13) 사법경찰관으로 보는 입장으로는 이은모, 『형사소송법』, 박영사, 2011, 159면 : 이제상, 『신형사소송법』, 박영사, 2008, 181면 : 신동운, 앞의 책, 49-50면.

14) 검찰청 서기관 및 서기의 수사권한 행사에 대한 연혁에 대하여는 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II)”, 서울대학교 법학 제42권 제42호, 265면 참조.

15) 일본 검찰사무관제도에 대하여는 신동운 역, 『입문 일본형사수속법』, 법문사, 2003, 17-18면.

16) 일본 형사수속법 제191조 제2항 검찰사무관은 검찰관의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.

어 있다는 점에서 일반사법경찰관리와 구별되지만, 그 권한에 속하는 사항에 관하여는 동일한 지위를 가진다.¹⁷⁾ 특별사법경찰관리의 지정방식은 경찰청 소속의 사법경찰관리와 같이 직급요건을 충족하는 경우 당연히 사법경찰관이 되는 방식과 검찰청 소속의 사법경찰관리의 경우처럼 지명절차를 필요로 하는 방식을 혼용하면서 기관장의 보고에 의한 방식을 덧붙이고 있다. 예를 들어, 이 법률 제3조는 교도소장, 구치소장, 소년원장, 보호감호소·치료감호소장 등과 4급부터 7급까지의 출입국관리공무원을 사법경찰관으로 정하고 있으며, 제5조는 소속 관서의 장의 제청에 의하여 지방검찰청검사장이 지명한 자를 사법경찰관 또는 사법경찰리로 정하고 있다. 반면에 제4조는 산림청 또는 지방자치단체에 소속되어 산림보호를 위한 단속사무를 전담할 자에 대하여 소속 기관의 장이 지방검찰청검사장에게 보고하는 형식을 통하여 사법경찰관리의 자격을 부여하고 있다.

특별사법경찰관리와 관련하여 유의할 부분은 해양경찰청 소속의 경찰공무원은 일반사법경찰관리에 해당하는 것에 반해, 자치경찰공무원은 특별사법경찰관리에 해당한다는 것이다. 특사경법 제10조는 제주특별자치도에 소속된 자치경찰공무원을 계급에 따라 사법경찰관과 사법경찰리로 구분하면서 일부 특정범죄에 관하여 그 직무를 수행하도록 하고 있다.

나. 사법경찰관리에 대한 수사지휘권의 통일적 적용

(1) 사법경찰관리의 종류에 따른 법적근거의 차이

통상 검사와 사법경찰관리의 지휘관계에 대하여 대표적인 법적근거로 제시되는 것이 개정 전 형사소송법 제196조와 검찰청법 제53조이었다. 그러나 앞서 고찰한 바와 같이 사법경찰관리의 종류는 크게 세 가지로 구분되며 지정하는 법률도 각기 다르므로 검사와 사법경찰관리의 관계도 엄격히 말하자면 검사와 국가경찰조직 소속의 일반사법경찰관리, 검사와 검찰청 소속의 일반사법경찰관리, 검사와 특별사법경찰관리의 관계로 세분된다. 따라서 검사와

17) 이은모, 앞의 책, 159면.

사법경찰관리의 관계와 관련된 다양한 규정들이 이러한 구분을 따르고 있는지를 살펴 볼 필요가 있다.

검사와 사법경찰관리의 관계에 관한 규정들은 우선 헌법에서 발견된다. 헌법 제12조 제3항은 영장주의와 관련하여 “검사의 신청에 의하여” 법관이 발부한 영장에 의할 것을 규정하고 있는데, 이에 따라 사법경찰관은 영장을 신청하고자 하는 경우에 직접 판사에게 청구할 수 없으며, 검사에게 신청하여 검사의 영장청구를 기다려야 한다. 이러한 검사의 독점적 영장청구권을 근거로 검사의 수사주재자로서의 지위 내지 일반적·포괄적인 수사지휘권이 도출된다는 주장이 있다.¹⁸⁾ 다음으로 형사소송법 제195조는 ‘검사의 수사’라는 표제하에 검사가 수사의 주체임을 선언하고 있으며, 개정 전 제196조 제1항 및 제2항은 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사할 것과, 사법경찰관은 검사 및 사법경찰관의 지휘를 받아 수사를 보조할 것을 규정하였다. 이외에도 검사와 사법경찰관리의 관계를 간접적으로 보여주는 것으로는 체포·구속장소감찰권(제198조의2), 관할구역외의 수사에 대한 보고의무(제210조), 긴급체포에 대한 검사의 승인(제200조의3) 등이 있다. 검찰청법에서도 관련규정을 찾을 수 있는데, 우선 제4조는 ‘범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘·감독’을 검사의 직무와 권한으로써 규정하고 있으며, 제47조는 검찰주사(보) 및 검찰서기(보) 등이 검찰총장 및 각급 검찰청검사장의 지명을 받아 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 있음을 규정하고 있다. 개정 전 검찰청법 제53조는 범죄수사상 소관검사의 직무상 발한 명령에 대한 사법경찰관리의 복종의무를 규정하고 있었다. 또한 제54조는 교체임용요구권과 수사중지명령권을 규정하고 있으며, 『폭력행위등처벌에관한법률』 제10조의 체임 및 징계요구권도 이와 유사한 내용을 담고 있다.¹⁹⁾ 더욱이 검사와 사법경찰관리의 관계에 대한 문

18) 이에 대한 비판으로는 김선택, 『영장청구권 관련 헌법 규정 연구』, 경찰청 연구보고서, 2008, 42면.

19) 제10조(사법경찰관리의 행정적 책임) ①관할 지방검찰청검사장은 제2조 내지 제6조의 범죄가 발생하였음에도 불구하고 이를 그에게 보고하지 아니하거나 그 수사를 태만히 하거나 또는 수사능력부족 기타의 이유로써 사법경찰관리로서 부적당하다고 인정하는 자에 대하여는 그 임명권자에게 당해 사법경찰관리의 징계, 해임 또는 체임을 요구할 수 있다. ②제1항의 요구가 있을 경우에는 임명권자는 2주일 이내에 당해 사법경찰관리에 대하여 행정처분을 한 후 이를

제는 절차법상의 문제로 그치지 않는다. 형법상의 인권옹호직무방해죄²⁰⁾는 인권과 관련된 검사의 명령에 대하여 형사처벌의 위협을 통하여 복종을 강제하는 장치가 되고 있다.²¹⁾

위 규정들 중에서 사법경찰관리의 종류를 구분하는 입장으로는 우선 형사소송법 제196조 제1항과 제2항 및 검찰청법 제54조를 들 수 있다. 이 규정들은 직접적으로 경찰공무원의 계급을 명시하고 있어 경찰청 소속의 사법경찰관리에겐 적용되며, 형사소송법 제198조의2(체포·구속장소감찰권)는 실무상 경찰서 유치장에 대한 방문 및 수사사무에 대한 감사의 형태로 이뤄지고 있으므로 명시적이지 않지만 간접적으로 경찰청 소속의 사법경찰관리에겐 적용되는 규정이라 하겠다.

검찰청 소속의 사법경찰관리에 국한되어 적용되는 규정은 검찰청법 제47조이다. 이 조항은 개정 전 형사소송법 제196조 제3항을 근거로 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 있는 자를 정하고 있다. 이와 마찬가지로 법규성에 대한 논란이 있지만 폐지된 사법경찰관리집무규칙은 경찰청 및 검찰청 소속의 사법경찰관리에겐 적용이 되었으며, 특별사법경찰관리집무규칙은 특별사법경찰관리에겐만 적용된다.

관할 지방검찰청검사장에게 통보하여야 한다.

- 20) 대전지검은 긴급체포된 피의자에 대한 인치명령을 거부한 사법경찰관에 대하여 인권옹호직무방해죄 및 직무유기죄를 적용하여 공소제기하였으며, 해당 사법경찰관은 인권옹호직무방해죄에 대하여 위헌심판을 제청하여 그 신청이 기각되자 다시 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였고, 이에 대해 헌법재판소는 합헌결정을 하였다. 헌법재판소는 “검사는 사법경찰관리에 대하여 수사에 관한 일반적 지휘권과 구체적 지휘권을 가지며 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관검사의 직무상 발한 명령에 복종하여야 하는데, 이 사건 법률조항에 해당하는 행위는 이러한 의무를 위반한 것으로 검사의 인권옹호에 관한 직무집행에 장애를 초래하여 국가기능의 정상적이고 원활한 작동에 장애를 일으킬 위험이 있다”고 판시하였다(헌법재판소 2007.03.29 선고, 2006헌바69 전원재판부). 아울러 형사본안사건에 대하여는 대법원이 위 두 개의 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 자격정지 6월의 선고유예 판결한 원심을 확정하였다(대법원 2010.10.28. 선고, 2008도11999 판결).
- 21) 인권옹호직무방해죄에 대한 연구로는 이주원, “인권옹호직무방해죄(형법 제139조)의 해석”, 고려법학, 제58호, 2010.9, 325-354면 및 박노섭, “검사의 피의자 강제인치명령 거부와 인권옹호직무방해죄의 적용한계”, 경찰법연구, 제9권 제1호, 2011, 31-53면 참조.

이상과 같이 언급된 몇 가지 규정들을 제외하고 사법경찰관리의 종류를 구분하는 규정들은 존재하지 않는다. 즉, 헌법 제12조 제3항, 검찰청법 제4조 및 개정 전 제53조, 「폭력행위등처벌에관한법률」 제10조, 인권옹호직무방해죄는 모든 종류의 사법경찰관리에 공통적으로 적용될 수 있는 규정들이다. 이처럼 검사와 사법경찰관리의 관계에 대한 규정들은 다양한 범형식으로 존재할 뿐만 아니라 그 적용이 공통적이지 않아, 지휘관계에 대한 통일적이며 체계적인 이해를 곤란하게 만들고 있다.

(2) 명령복종관계의 우월성

일반적으로 검사와 사법경찰관리의 관계를 명령복종의 지휘관계로 설명되고 있지만 법 개정 이전의 상황에서 볼 때, 경찰청 소속 사법경찰관리를 제외하고 다른 종류의 사법경찰관리와 검사와의 지휘관계는 법적근거가 취약함을 알 수 있다. 우선 검찰청법 제47조는 검찰청 소속의 사법경찰관리를 지정하고 있을 뿐 검사와의 관계에 대하여는 아무런 명시적 규정을 두고 있지 않아 경찰청 소속의 사법경찰관리에 관한 제196조 제1항 및 제2항의 지휘관계가 동일하게 적용될 수 있는지가 명확하지 않다. 다만, 이 조항은 제196조 제1항 및 제2항에 따른 사법경찰관리의 “직무를 수행한다”고 언급하고 있어, 그 의미가 형사소송법상의 권한을 행사한다는 의미뿐만 아니라 경찰청 소속의 사법경찰관리와 동일한 방식으로 직무를 수행한다는 의미로 해석되는 경우 지휘관계의 간접적인 근거로 볼 여지가 있다.

이러한 문제점은 검사와 특별사법경찰관리의 관계에서도 동일하게 나타난다. 형사소송법 제197조는 다른 법률에 의하여 특별사법경찰관리를 지정할 수 있는 근거를 마련하고 있을 뿐 지휘관계에 대한 명시적 또는 묵시적 근거를 제공하고 있지 않아 제196조 제1항 및 제2항의 지휘관계가 그대로 적용되는 것인지가 불분명하다. 다만, 형사소송법 제197조 “법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다”는 의미를 조문체계상 제196조에서 명시하고 있는 지휘관계의 적용을 전제한다는 것으로 해석될 여지가 있다. 반면에 법무부령인 특별사법경찰관리집무규칙 제2조 제3항이 특별사법경찰관리가 범죄를 수사하거나

그 수사를 보조하는 때에는 검사의 지휘를 받을 것을 명시하고 있으나, 이는 제196조의 적용여부에 대한 불명확성을 해소하고 지휘관계를 명확히 하려는 의도가 담겨 있는 것으로 보인다.

그런데 제196조 제1항 및 제2항이 검찰청 소속 사법경찰관리 및 다른 조직의 특별사법경찰관리에게 적용될 수 있는가에 대한 불분명성에도 불구하고, 지휘관계를 도출할 수 있는 근거는 모든 사법경찰관리에게 적용되는 검찰청법 제53조 명령복종의무의 규정을 통해서이다.²²⁾ 이 규정은 다양한 형식으로 존재하는 수사지휘권의 근거들을 통합하고 지휘관계의 불분명성을 해소시키는 강력한 도구가 되고 있기 때문이다. 구체적으로 제53조의 기능을 살펴보면, 우선 경찰청 소속의 사법경찰관리에 대하여는 개정 전 제196조 제1항 및 제2항에 의한 지휘관계를 국가공무원법상의 상사의 명령에 대한 복종의무와 동일한 수준의 절대적 구속력을 부여하고 있다. 다음으로 지휘관계가 불분명한 검찰청 소속의 일반사법경찰관리와 다른 기관에 소속된 특별사법경찰관리에 대해서는 명령복종의무를 통하여 “대는 소를 포함한다”는 원칙에 입각하여 제196조의 지휘관계가 자연스럽게 도출된다. 이처럼 제196조와 제53조는 한편으로는 수사지휘권을 강화하고, 다른 한편으로는 수사지휘권을 도출할 수 있는 보완적 관계에 있으며, 결국 제196조의 지휘관계는 직접적이든 제53조를 매개로 간접적이든 모든 사법경찰관리에게 공통적으로 적용될 수가 있었던 것이다.

22) 검찰도 형사소송법 개정 전 형사소송법 제196조와 검찰청법 제53조가 수사지휘를 설정하는 중요한 조문으로 인식하고 있다. “특히 수사지휘의 근거조문인 제196조 제1항과 효력조문인 검찰청법 제53조가 검사와 사법경찰관리의 수사지휘관계를 설정하는 두 개의 기둥이다. 검찰청법 제53조는 서로 다른 기관에 속해있는 검사와 사법경찰관리 사이의 지휘가 단순히 기관간의 협조요청이나 임의적 협력을 구하는 것이 아니라 법률적으로 복종의무가 있는 것이라는 효력을 부여한 중요한 조항이다.” 이완규, “개정 형사소송법상 수사체제”, 법조, 제660호, 2011.9. 11면 및 17면.

2. 법 개정 과정에서 나타난 지휘관계의 인식

가. 검찰과 경찰관계의 문제로 한정

2010년 2월 국회 사법제도개혁특별위원회의 출범이후부터 2011년 6월 30일 형사소송법 개정안의 국회통과와 2011년 12월 30일 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」(이하 ‘대통령령’)의 제정까지 일련의 논의과정에서 사법경찰관에 대한 수사주체성의 인정과 명령복종의 문제를 검찰과 경찰의 문제로 다뤄진 것은 사법경찰관제도에 대한 이해의 부족을 보여준다.

이러한 문제점은 법 개정과 관련된 많은 논의과정에서 검찰²³⁾과 경찰²⁴⁾, 입법자, 학계²⁵⁾를 통틀어 일관되게 나타났다. 예를 들어, 2011년 3월 11일자 국회사법제도개혁특별위원회 제11차 회의에서 “경찰이 검사도 수사할 수 있고 국회의원은 수사할 수 있습니다. 수사할 수 있는 수사개시권이 있음에도 불구하고 형사소송법에는 마치 없는 것처럼 되어 있기 때문에 이걸 명문화해 주는 것입니다. 두 번째 검찰청법에 규정되어 있는 경찰의 복종의무를 삭제하는 것은 (후략)”²⁶⁾라는 언급이 있다. 즉, 형사소송법 제196조 제1항의 사법경찰관이 경찰로 대체되고, 검찰청법 제53조의 사법경찰관리가 경찰로 대체되는 것을 볼 수 있다.

물론 사법경찰관리의 대다수를 차지하는 것이 경찰청 소속의 경찰공무원이지만 그 외에도 검찰청 소속의 사법경찰관리와 법률에 의하여 지정된 특별 사법경찰관리가 존재한다는 사실을 간과한 것이다. 논의의 발단은 검찰과 경찰의 관계문제이지만 형사소송법상 검사와 전체 사법경찰관리의 문제로 다뤄

23) 이완규, 앞의 논문, 5-56면.

24) 송원영, “내사 관련 개정 형사소송법 대통령령 법무부 초안에 대한 비판적 고찰”, 경찰학연구, 제11권 제4호, 2011.12, 33-55면.

25) 이동희, 앞의 논문, 1-22면 ; 정용석, “2011년 개정 형사소송법 제196조에 대한 평가와 과제”, 형사법의 신동향, 통권 제33호, 2011.12, 1-90면.

26) 제298회 국회(임시회) 사법제도개혁특별위원회회의록, 제11호, (2011. 3.11), 3면.

저야 하는 것이다. 그러나 검찰과 경찰의 문제로 한정됨으로서 제196조의 개정과정에 오로지 검찰과 경찰의 책임자 또는 실무자만이 등장하였을 뿐 제196조의 지휘관계가 간접적으로 적용되는 검찰청 소속의 사법경찰관리의 대표 또는 특별사법경찰관리의 대표가 이에 대한 의견표명의 기회를 갖지 못하였으며, 결과적으로 이들의 입장이 무엇인지 알 수가 없었다. 이처럼 검찰과 경찰의 관계변화를 위한 제196조의 개정은 다른 종류의 사법경찰관리에게 미칠 파장을 고려하지 못한 중대한 입법상의 오류에 해당한다.

나. 검찰청법 제53조의 삭제에 대한 과소평가

사법경찰관리의 종류가 다양함에도 불구하고 경찰에 대한 수사주체성의 부여를 형사소송법 제196조의 개정문제로 직결시킨 것은 사법경찰관제도를 둘러싼 법체계를 정확하게 이해하지 못한 결과라고 할 수 있다. 특히 더욱 중대한 입법기술의 문제점은 검찰청법 제53조를 삭제한 것에서 드러난다. 입법자들의 취지는 형사소송법 제196조와 검찰청법 제4조에 수사지휘 규정이 명시되어 있기 때문에 제53조의 규정과 중복되며 그 표현이 구태의연하므로 이를 삭제하는 것이었다.²⁷⁾ 그러나 제53조의 규정을 지휘관계에 관한 중복규정으로 본 것은 그 기능을 잘못 이해한 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 검찰청법 제53조는 제196조와 상호보완적으로 작용하여 사법경찰관리의 종류를 불문하고 한편으로는 지휘관계를 강화시키고, 다른 한편으로는 지휘관계를 도출시키는 핵심적인 지휘관계의 근거조항이다. 입법자들의 제53조 삭제구상에 대하여 검찰은 이것이 지휘규정과 중복된 규정이 아니며, 이 규정을 삭제하는 것은 지휘권을 형해화할 우려가 있다는 문제제기를 하였다.²⁸⁾ 결국 사개특위 검찰소위의 조문 논의과정에서 검찰청법에서 삭제하되 대체조문을 형

27) 2011. 3. 11. 국회 사법제도개혁특별위원회 제11차 회의에서 주성영 위원의 6인 소위 합의사항 중 수사권조정에 대한 설명은 다음과 같다. “(전략) 검찰청법에 규정되어 있는 경찰의 복종의무를 삭제하는 것은 형사소송법에도 검사의 수사지휘 권한이 명시되어 있고, 검찰청법 제4조에도 수사지휘 규정이 명시되어 있습니다. 또 중복해서 검찰청법 제53조에 똑같은 규정이 들어있기 때문에 이 규정을 삭제하는 것입니다.” 제298회 국회(임시회) 사법제도개혁특별위원회 회의록, 제11호, (2011. 3. 11), 3면.

28) 이완규, 앞의 논문, 18면.

사소송법으로 이전하여 규정한다는데 합의하게 되었고²⁹⁾, 형사소송법 제196조 제3항에 “사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다.”는 내용을 삽입하게 된 것이다.

비록 검찰과 경찰의 관계개선을 위하여 구시대적인 제53조의 규정³⁰⁾을 삭제하고, 형사소송법 제196조 제3항에 지휘에 대한 준수 의무를 규정하게 된 것이지만, 형사소송법상 검사와 사법경찰관리의 관계에 대한 문제를 검찰과 경찰이라는 두 조직의 문제로 접근한 잘못이 있다. 검찰청법 제53조가 경찰청 소속의 사법경찰관리뿐만 아니라 검찰청 소속 및 다른 조직의 사법경찰관리와도 직접적으로 연관되어 있다는 점을 간과한 것이다. 결과적으로 모든 사법경찰관리에게 공통적으로 적용되는 명령복종의무를 검찰청법에서 삭제함으로써 경찰공무원이 아닌 다른 사법경찰관리와 검사와의 지휘관계의 근거를 모호하게 만들었다.

Ⅲ. 법 개정 후 검사와 사법경찰관리의 관계 변화

1. 지휘관계 성립유무의 불명확성

가. 검사와 검찰청 소속의 일반사법경찰관리의 관계

개정된 제196조는 사법경찰관리의 지정에 있어서 표면상 종전의 체계를 그대로 유지하고 있다. 제1항에서 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위를 사법경찰관으로 정하면서 제5항에서는 경사, 경장, 순경을 사법경찰리로 정하고 있다. 또한 제196조 제6항은 개정 전 제3항과 마찬가지로 다른 법률에 의하여

29) 2011. 4. 12. 제299회 국회 사법제도개혁특별위원회 회의록을 보면, 검찰소위의 합의내용이 검찰청법 제53조를 단순히 삭제하는 것이 아니라, 이를 삭제하고 대신 형사소송법에 같은 내용의 수사지휘권에 관한 조항을 분명히 한다는 내용이 들어 있다. 제299회 국회 사법제도개혁특별위원회 회의록, 제13호, (2011. 4. 12). 18면.

30) 검찰청법 제53조의 연혁에 대하여는 이완규, 앞의 논문, 19-21면 참조.

일반사법경찰관리를 지정할 수 있는 근거를 두고 있다. 그런데 형사소송법의 개정문제가 검찰과 경찰의 문제로 접근되면서 제196조에 규정된 사법경찰관의 권한과 의무 및 검사와의 관계가 오로지 경찰공무원인 사법경찰관리에만 적용되는 것인지 아니면 경찰공무원 이외의 다른 사법경찰관리에 동일하게 적용될 수 있는 것인지에 대한 의문이 제기된다. 이것은 특히 형사소송법 제196조의 적용을 가능하게 하였던 검찰청법 제53조가 삭제되었다는 문제인식에서 비롯된다.

우선 형사소송법의 개정취지는 수사현실을 명문화하는 것에 불과하므로 제196조는 종전처럼 모든 종류의 사법경찰관리에 그대로 적용되며, 따라서 제196조 제2항에 명시된 수사개시 및 진행권은 경찰공무원 이외의 다른 사법경찰관에게 인정된다는 해석이 가능하다. 이와는 반대로 제196조 제6항은 다른 법률에 의하여 사법경찰관리를 지정할 수 있음을 규정할 뿐이며, 제1항부터 제5항까지의 규정들은 경찰공무원 이외의 사법경찰관리에 적용되지 않는다는 해석이 가능하다. 제197조에 의하여 지정되는 특별사법경찰관리에 대하여는 후술하기로 하고, 여기서는 검찰청 소속의 사법경찰관리에 한정하여 논하겠다.

만일 검찰청 소속의 사법경찰관리에 대하여 제196조의 규정이 적용될 수 없다는 해석에 따르면 검찰청 소속의 사법경찰관리에 대한 검사의 수사지휘권의 법적근거를 검찰청법에서 찾아 봐야 한다. 그런데 검찰청법은 이에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 않으며, 단지 검찰청법 제4조는 ‘검사의 직무’라는 표제하에 제1항 제2호에서 ‘범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독’을 검사의 직무와 권한으로 명시하고 있다. 그러나 이 규정은 ‘권한’이라는 표현에도 불구하고 경찰관직무집행법 제2조와 경찰법 제3조의 경우처럼 수권규정이 아닌 직무규정으로 봐야하며, 지휘권에 대한 직접적인 근거로 보기는 미흡하다.³¹⁾ 다만 검찰청법 제46조 제2항이 “검찰수사서기관, 수사사무관 및 마약

31) 이 조문은 검사의 수사지휘권을 창설하는 것이 아니라 형사절차법에 명시된 구체적인 검사의 권한을 근거로 이를 추상적으로 확인하는 규정이라고 봐야 할 것이다. 예를 들어 제1호에 포함

수사사무관은 검사를 보좌하며 그 지휘를 받아 범죄수사를 한다.”고 규정하고 있어, 일부 검찰청 직원들에 대한 검사의 수사지휘권이 명시되어 있지만, 이들은 엄밀히 말하자면 사법경찰관에 해당하지 않으므로 이 규정을 들어 검찰청 소속의 전체 사법경찰관리에 대한 수사지휘권이 근거로 삼는 것은 순환논리에 빠지는 문제점이 있다. 더욱이 형사소송법 제196조 제3항에 따른 대통령령의 제정으로 일반사법경찰관리에게 적용되던 사법경찰관리집무규칙이 폐지됨으로서 검사의 검찰청 소속 사법경찰관리에 대한 지휘근거는 더욱 약해졌다고 할 수 있다. 굳이 수사지휘권의 근거를 찾는다면 국가공무원법에서 그 근거를 찾을 수 있다. 즉, 국가공무원법 제57조에 따른 상관의 명령에 복종하여야 할 의무³²⁾를 검사와 그 하급자인 검찰청 소속의 사법경찰관리의 관계에 적용시켜 이를 수사지휘권의 근거로 보게 된다. 그러나 일반 행정업무와 달리 국민의 자유를 제한하고 인권침해의 소지를 안고 있는 수사작용에 대하여 무제한적인 상명하복의 원칙을 적용하는 것은 오히려 검찰권의 자의적 행사를 낳을 수 있는 문제점이 있다. 검찰청 직원의 직무수행은 형사절차에 관한 것이라는 점에서 수사지휘권의 근거를 법률에 명시할 필요가 있다.

그렇다면, 형사소송법 제196조의 규정이 검찰청 소속의 사법경찰관리에게 준용된다는 해석방법이 고려될 수 있다. 대통령령 제109조가 특별사법경찰관리에 대하여 적용을 배제한다고 규정한 것에 대한 반대해석도 이를 뒷받침하고 있다. 그러나 경찰청 소속의 사법경찰관리와의 관계를 엄두하고 개정된 규정이 검찰청 소속의 사법경찰관리와 검사에게 그대로 적용하는 것이 가능하고 타당한가라는 의문이 생긴다.³³⁾ 제196조를 그대로 준용하는 입장에서 보면 제2항의 독자적인 수사개시 및 진행권이 인정되며, 사법경찰관리집무규칙이 폐지³⁴⁾된 상황에서 이를 대체한 대통령령도 그대로 적용될 수 있기 때문

된 '범죄수사'를 형사소송법과 별개로 검사에게 일체의 수사의 권한을 부여한 것이라고 보기 어렵다.

32) 제57조(복종의 의무) 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다.

33) 예를 들어 검사의 지휘는 서면 또는 형사정보시스템에 의하여야 하며(제5조), 위법·부당한 지휘의 경우 검사에게 재지휘건의를 할 수 있고(제8조), 내사에 대하여 사후통제만이 가능(제18조)하다는 규정 등은 동일 조직내의 검사와 사법경찰관리에게 적용하기가 어렵다고 하겠다.

34) 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」(대통령령)

이다. 또 다른 절충적 해석방법으로 제196조 제1항부터 제5항 중에서 검찰청 소속의 사법경찰관에게 적용될 수 있는 규정들을 선별하는 것이다. 사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받으며, 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다는 제1항 및 제3항의 일부내용은 그대로 적용하고, 독자적인 수사개시 및 진행권은 검찰청 소속 사법경찰관에게 적용하지 않는 것이다. 그러나 제196조의 규정들을 선별하여 차등 적용할 법적 근거가 없다는 문제점이 있다. 결국 제196조를 준용하지 않는 입장에서는 조직법의 원리에 기하여 지휘관계를 설정시켜야 하는 문제가 있으며, 준용하는 입장에서는 독자적인 수사개시 및 진행권을 인정함으로써 동일조직내의 상사인 검사의 지휘권행사가 제한되는 모순이 생긴다.

나. 검사와 특별사법경찰관리의 관계

과거 검사와 특별사법경찰관리의 관계가 검찰청법 제53조를 매개로 제196조가 준용되는 구조를 취하였다면, 검찰청법 제53조가 삭제됨에 따라 종전과 마찬가지로 제196조의 지휘관계가 그대로 인정될 수 있는지에 대해서는 논란의 소지가 있다. 입법자들의 의도가 애초부터 특별사법경찰관리를 염두한 것은 아니며, 검찰의 입장에서도 독자적인 수사개시 및 진행권을 특별사법경찰관에게까지 확대하는 것은 부담스러운 부분이다. 이러한 입법상의 오류와 검찰의 의도는 뒤늦게 제196조 제3항의 위임에 따른 대통령령에 반영된다. 즉, 대통령령 제109조³⁵⁾는 명시적으로 제197조에 의한 특별사법경찰관에게 적용되지 않는다는 것을 밝히고 있다. 그런데 입법자들이 경찰청 소속의 사법경찰관리를 염두하여 제196조를 개정한 것은 사실이지만 그렇다고 하더라도 입법자들이 제196조의 적용대상에서 특별사법경찰관리를 배제하였다고 볼 명확한 근거를 찾기도 어렵다. 따라서 제196조의 규정을 모든 사법경찰관에게 적용되는 일반원칙이라고 보는 경우 대통령령이 상위규범인 형사소송법을 위

의 제정에 따라 위 대통령령과 내용이 중복되는 이 규칙을 폐지하려는 것임.

<http://community.klaw.go.kr/bill/2000000012503?asndOrgCd=&schLawFdCd=&schText=&schType=schLsNm&schYear=>

35) 제109조(특별사법경찰관리에 대한 적용 제외) 법 제197조 및 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에 따른 사법경찰관리에 대해서는 이 영을 적용하지 아니한다.

반하여 자의적으로 특별사법경찰관리를 배제한 것이 아닌가라는 비판이 가능하다.

여하튼 검찰청법 제53조의 규정이 일반사법경찰관리에 관한 형사소송법 제196조 제3항에 흡수되고, 대통령령이 적용대상에서 특별사법경찰관리를 배제함에 따라 제196조를 근거로 검사와 특별사법경찰관리의 관계를 설명하는 것이 곤란해졌다.³⁶⁾ 따라서 다른 법률에서 그 근거를 찾아야 하는데, 우선 검찰청법 제4조를 상정할 수 있으나, 이는 앞서 살펴본 바와 같이 검사의 직무의 범위에 대한 것으로 특별사법경찰관리에 대한 수사지휘권의 근거가 되지 못하며, 또한 특수경범은 지방검찰청 검사장에 의한 사법경찰관리의 지명에 대한 규정은 있으나 검사와 특별사법경찰관리 사이의 관계를 언급하는 규정을 두고 있지 않다.

이에 대하여 2004년 4월 26일 법무부령으로 제정된 특별사법경찰관리집무규칙을 지휘관계에 대한 근거로 파악하는 시도가 가능하다. 그런데 이 규칙 제2조 제3항은 특별사법경찰관리가 범죄를 수사하거나 그 수사를 보조하는 때에는 검사의 지휘를 받을 것을 규정하고 있다. 이 규칙은 또한 특별사법경찰관에게 정보보고의무, 단속계획 및 실적보고 의무 등을 부과하고 있다. 이 규칙 제2조 제3항이 수사지휘권에 대한 근거가 될 수 있는가는 이 규칙의 법적성격에 따라 달라진다. 일단 검찰청법 제11조가 검찰청 사무에 관한 법무부장관의 명령제정권을 규정한 것이라면 법규명령으로서 대외적인 구속력을 갖는다고 할 것이다. 그러나 검찰청법 제53조의 폐지로 인해 지휘관계에 관한 뚜렷한 근거가 없는 상태에서³⁷⁾ 법무부령이 지휘관계를 설정하는 것은 명령

36) 국회 사법제도개혁특별위원회 제18차 회의록에 의하면 이귀남 법무부장관은 “지금까지 있었던 사법경찰관리에 대한 집무규칙은 그러면 어디서 나온 것이냐? 검찰청법에 과거에 복종의무를 규정한 조항이 있었습니다. 그 조항에 근거해서 법무부령으로 사법경찰관리의 집무규칙을 정해 왔던 것”이라는 언급은 특별사법경찰관리집무규칙의 근거에 대하여도 동일하게 적용된다. 제301회 사법제도개혁특별위원회회의록, 제18호, (2011. 6. 20), 3면.

37) 이완규 검사는 폐지되기 전 사법경찰관리집무규칙에 대하여 검찰청법 제11조의 위임규정과 구체적 조문으로서 검찰청법 제4조, 제53조, 제54조에 근거한 것이라고 설명하고 있다. 이것은 검찰청법 제53조의 폐지로 인해 검찰청법 제11조에 의한 특별사법경찰관리집무규칙의 제정이

제정권의 한계를 벗어난 것으로 봐야 한다. 반대로 검찰청법 제11조가 행정청의 내부 사무처리지침에 대한 규칙제정권을 확인한 규정에 불과하다면 검찰청 이외의 기관에 소속된 특별사법경찰관리에 대하여는 법적 구속력이 없다고 보는 것이 타당하다.³⁸⁾ 또한 특별사법경찰관리집무규칙 제2조 제3항을 지휘관계의 근거로 보는 경우 일반사법경찰관리에 대하여는 형사소송법이 규율하고, 특별사법경찰관리에 대하여는 법무부령이 규율하는 불균형이 생기며, 수사절차의 중요한 내용이라 할 수 있는 수사지휘권의 근거는 마땅히 법률에 규정하는 것이 타당하다.

2. 지휘범위의 불명확성

가. 수사주체의 단일성 논란

앞서 살펴 본 바와 같이 형사소송법 및 검찰청법 개정 후의 상황에서 경찰공무원인 사법경찰관리를 제외하고 다른 종류의 사법경찰관리와 검사와의 지휘관계에 대한 법적근거가 취약하다는 것이 드러났다. 그러나 지휘관계가 명시적으로 인정되는 검사와 경찰공무원인 사법경찰관리 사이에도 기존체계에 대한 변화가 불가피하게 발생하고 있다. 즉, 과거 검찰은 수사의 주체는 오로지 검사만이 해당되고 포괄적 지휘권³⁹⁾에 근거하여 구체적 사건과 관련하여 특별한 지휘가 없더라도 사법경찰관은 수사를 개시할 수 있으며, 다만 검사는 필요한 경우 언제든지 개입하여 수사지휘를 할 수 있다는 입장이었다. 그런데 제196조 제2항을 신설하여 사법경찰관의 수사개시 및 진행권을 명문화함으로써 이 규정이 사법경찰관에 대하여 수사의 주체성을 인정한 것인지 그리고 검사의 지휘범위가 무제한적인 것인가에 대한 논란이 일고 있다.

검찰이 주장하는 소위 ‘수사주체 일원론(단일론)’의 요지는 개정법 하에서

근거가 미약하다는 것을 반증하고 있다. 이완규, 앞의 논문, 41면.

38) 참고로 헌법재판소는 검찰사건사무규칙의 규정에 대하여 검찰청 내부 사무처리지침에 불과한 것일 뿐, 법규적 효력을 가진 것이 아니라고 보고 있다(헌재 1991. 7. 8, 91헌마42결정).

39) 이에 대하여는 『수사지휘론』, 법무연수원, 2003, 11-12면.

수사에 관하여 궁극적인 권한자로서 필요한 상황에서 최종적인 결정을 할 수 있는 자라는 의미에서의 수사권자 또는 수사주체는 검사뿐이며, 제196조 제2항의 사법경찰관의 수사개시·진행권은 독자적인 원천에서 오는 본원적 수사권은 아니라는 것이다.⁴⁰⁾ 또한 사법경찰관은 검사의 지휘권에 의해 제한되는 한도에서 개별적 수사활동 권한을 가지는 제한적 수사권자이면서 검사의 본원적 수사권으로부터 파생된 수사권이라는 점에서 파생적 수사권자라고 하는 것이 타당하다는 것이다.⁴¹⁾ 이러한 논리는 법 개정 이후에도 사법경찰관에 대한 검사의 포괄적 지휘권은 그대로 존치된다는 것을 전제로 하는 것이다. 이에 반해 경찰의 해석은 정반대이다. 비록 형사소송법의 개정이 수사현실을 반영한 것이지만 사법경찰관의 수사개시 및 진행권이 명문화된 이상 수사주체성에 대하여 입법적 확인을 받았다는 것이다.⁴²⁾ 따라서 수사주체라는 면에서는 검사와 전혀 다르지 않다는 것이다.⁴³⁾ 경찰이 수사주체임을 강조하는 배경에는 검사와 대등한 수사주체로서 향후 본격적인 수사권조정 논의를 벌일 수 있는 토대를 마련한다는 의도가 담겨있다. 이러한 검찰과 경찰의 해석이 차이를 보이는 이유는 입법자들이 수사현실을 반영하되 기존의 지휘체계에 변동을 주지 않는다는 개정방향에 따라 제1항에서는 수사지휘권의 근거를 마련하고, 동시에 제2항에서는 사법경찰관의 수사개시 및 진행권을 규정하면서, 충돌가능성이 있는 두 규정의 관계를 매끄럽게 정리하지 못한 원인에 기인한다. 즉, 제1항과 제2항의 관계가 원칙과 예외의 관계인지 아니면 예외가 없는 원칙의 관계인지 불분명하기 때문이다.⁴⁴⁾

관점의 차이를 보이는 이유는 내용상 상반될 수 있는 제1항과 제2항 중에서 어느 조항을 강조하느냐에 따라 해석이 달라지기 때문이다. 검찰은 제1항에 규정된 ‘모든 수사’에 대한 검사의 수사지휘의 권한을 토대로 수사의 개시

40) 이완규, 앞의 논문, 24면 ; 같은 취지로는 정웅석, 앞의 논문, 73면

41) 이완규, 앞의 논문, 21면.

42) 송원영, 앞의 논문, 40면.

43) 대통령령은 검사와 동일하게 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에 수사를 개시하고, ‘범죄인지 보고서’가 아닌 ‘범죄인지서’를 작성하도록 변경하였다.

44) 입법기술상 제1항과 제2항의 관계를 명확히 하기 위해 제2항에서 “전항에도 불구하고” 또는 “전항의 유보 하에”라는 등의 단서를 삽입할 필요가 있었다.

및 진행을 포함하여 지휘를 받지 않는 경찰수사의 독자적 영역은 존재할 수 없다는 것이며⁴⁵⁾, 수사의 주체는 검사로 단일화된다는 것이다. 이에 반해 경찰은 제1항보다는 제2항의 규정을 강조하는 입장이다. 즉, 법률이 명시하고 있는 사법경찰관의 수사개시 및 진행권, 특히 이 중에서도 수사개시권은 경찰의 독자적 영역으로 제1항에 의한 검사지휘의 대상에서 제외되며⁴⁶⁾, 제3항에 의한 대통령령에 의해서도 상위법에 명시된 사법경찰관의 권한을 제한할 수 없다는 것이다.

그러나 제196조의 개정이 단순히 수사현실을 명문화한 것에 불과하고 제1항과 제2항의 순서에 비춰볼 때, 경찰이 주장하는 수사주체성은 검사의 지휘를 받고 그에 따라야 할 의무의 제한을 받으므로, 사법경찰관을 검사와 대등한 주체로 보는 것은 무리이다. 이것은 단지 검사의 구체적 지휘가 없는 경우에 독자적으로 수사를 개시하고 진행할 수 있는 권한을 의미할 뿐이며, 그의 논리적 귀결로써 제196조 제4항은 송치의무를 규정하고 있다. 즉, 검사가 우월적 주체자라면, 사법경찰관은 열하적 주체자라고 할 수 있다. 반대로 검찰이 주장하는 수사주체 단일론 또는 일원론에도 문제가 있다.⁴⁷⁾ 현행법의 해석상 수사의 진행과 관련해서는 검사의 지휘를 받아야 하는 것이지만 수사의 개시와 관련해서는 해석의 여지가 있다. 즉, 검사가 지휘를 할 수 있는 영역은 ‘수사’에 한정된다. 따라서 수사 이전단계인 내사는 수사의 범위에 포함되지 않으며, 내사와 수사를 구분하는 기준인 범죄의 인지 또는 입건 여부에 대

45) “모든”이라는 문구를 부가한 것은....법문개정으로 인해 조금이라도 지휘권에 공백이 있어서는 안 된다는 우려 때문에 지휘권의 내용에 대한 다툼의 소지를 없애고 특히 제2항에 규정되는 경찰의 수사개시, 진행권이 고유권으로 주장되어 지휘권이 미치지 않는 경찰 수사의 고유영역이 있다는 식의 주장이 제기될 수 없도록 하기 위한 것이었다. 이완규, 앞의 논문, 35면.

46) 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. 유주성, “사법경찰관의 수사주체성에 관한 연구”, 치안정책연구, 제25권 제2호, 2011.12, 19면.

47) 종전의 검찰에서 주장해온 소위 수사권 일원론, 즉 개정전 형소법 제196조가 “검사의 지휘를 받아 수사”하는 사법경찰관의 수사권은 검사의 수사권에서 유래되는 종속적인 수사라는 주장은 개정법 하에서는 더 이상 설득력을 가지기 어렵다고 본다. 이동희, 앞의 논문, 11면.

한 판단은 원칙적으로 검사의 지휘에서 벗어난다고 봐야 한다.⁴⁸⁾ 이것은 사법경찰관의 수사 의무가 검사의 수사 의무와 다르지 않다는 점에 근거한다. 즉 사법경찰관이 범죄혐의를 인식한 경우 수사를 개시하는 것은 법률에 의해 직접적으로 부과되는 의무이며, 검사의 지휘 또는 하위규범인 대통령령에 명시된 지침에 의해 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.⁴⁹⁾ 따라서 수사개시의 의무에 부합되지 않는 내사중지, 불입건, 입건유예의 지휘와 사건목살 또는 수사 방해 목적의 사건송치명령 등의 지휘는 불가하다고 봐야 한다.⁵⁰⁾ 이러한 논리는 수사의 진행권과 관련해서도 동일하게 적용될 수 있으며, 진행에 대한 지휘는 합리적 이유와 함께 적법한 절차에 따라 이뤄져야 한다.⁵¹⁾ 대통령령도 제5조에서 수사지휘의 방식을 정하고 있으며, 제8조에서는 위법·부당한 지휘에 대한 재지휘건의권을 규정하고 있다. 또한 제78조에서는 수사과정에서 사건관계인의 인권이 침해될 우려가 현저하여 검사가 직접 수사할 필요가 있다고 인정되는 경우에 한하여 송치지휘가 가능하도록 하고 있다. 결국 검사가 수사에 대한 최종적인 결정권을 가지며, 검사의 의지대로 수사를 주재할 수 있다는 수사주체 단일론은 수사개시의 의무 및 정당한 수사진행에 대한 방해금지의 범위내에서 검사의 수사지휘가 허용되며, 법무부령이 아닌 대통령령에 의해서 지휘의 내용과 방식이 제한된다는 점에서 부정되어야 한다.

나. 내사에 대한 지휘가능성 논란

2012년 1월 개정 형사소송법 시행직후 검찰이 접수한 진정사건에 대하여 일선 경찰서에 내사하도록 지휘한 것과 관련하여 경찰이 이를 거부하는 사건

48) 반면에 대통령령 제76조는 대공(對共)·선거(정당 관련 범죄를 포함한다)·노동·집단행동·출입국·테러 및 이에 준하는 공안 관련 범죄에 대하여 사법경찰관이 수사를 개시한 때에는 검사에게 지휘를 건의하고 입건 여부에 대한 검사의 의견에 따를 것을 규정하고 있다.

49) 신동운 교수는 제196조 제3항이 대통령령에 의하여 지휘에 관한 구체적 사항을 정할 수 있도록 한 것은 백지위임에 해당하며, 헌법위반의 흠이 있다는 입장이다. 신동운, 『간주된 신형사소송법』, 법문사, 2012, 18면.

50) 마찬가지로 수사개시의 의무에 비취볼 때 경찰 스스로도 내사중지 또는 입건유예 등은 수사비례의 원칙에 입각하여 경미한 사안에 대하여만 허용된다고 할 것이다.

51) 반면에 이완규 검사는 포괄적 지휘권에 근거하여 사법경찰의 수사개시와 진행에 관하여 필요한 때에는 언제든지 그 수사자체를 중단시킬 수 있고 사건을 직접 인수하여 처리할 수 있다고 주장한다. 이완규, 앞의 논문, 39면.

이 발생하였다.⁵²⁾ 넓은 의미에서 내사에 대한 지휘문제는 제196조 제1항에 포함된 ‘모든 수사’의 의미가 무엇인지에 대한 불명확성에 기인하며⁵³⁾, 법 개정 및 대통령령 제정과정에서 검찰과 경찰이 큰 시각 차이를 나타냈다.

본래 형사소송법 개정 가안은 제196조 제3항에서 “사법경찰관리는 수사의 모든 단계에서 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다.”고 규정하였다.⁵⁴⁾ 그러나 ‘수사의 모든 단계’라고 하면 내사까지도 포함하는 개념으로 해석론상 오해할 소지가 있어 삭제되어야 한다고 경찰청장이 이의제기를 하였고, 법무부장관은 이에 대해 ‘수사’라는 표현만을 사용하는 경우 경찰이 개시한 수사만을 의미하여 검찰이 이첩하는 사건에 대한 지휘를 확보하기 위하여 포함시킬 것을 요구하였으며⁵⁵⁾, 결국 내사는 지휘의 범위에서 제외되는 것을 전제로 현행과 같이 제196조 제1항에 포함시키게 된 것이다. 그러나 이러한 검찰의 주장은 표면적인 이유에 불과하고 ‘모든’이라는 문구의 상징성은 매우 크다 하겠다.

‘모든 수사’라는 것은 법무부장관과 경찰청장의 언급처럼 두 가지의 의미로 해석될 수 있다. 우선 수사의 종류에는 사법경찰관이 직접 체험에 의한 인지 사건, 고소·고발·자수와 같이 타인의 체험에 의한 사건, 검찰이 인지 또는 접수하였으나 경찰에 이첩되는 사건으로 구분된다. 따라서 모든 수사는 이처럼 수사를 개시하게 된 원인을 불문한다는 의미를 내포하고 있으며, 또한 ‘모든 수사’는 수사의 개시로부터 종결까지의 과정에서 행해지는 모든 수사행위

52) “檢 내사지휘’ 거부 확산. 김-경 갈등 증폭”, 연합뉴스(2012.1.4)

53) 이인기, “모든 수사라는 표현을 사용함으로써 수사의 개념과 범위에 대한 오해로 인하여 향후 권한 다툼의 소지가 있습니다.” 제301회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록, 제6호, (2011. 6.28.), 31면.

54) 제301회 사법제도개혁특별위원회회의록, 제18호, (2011. 6. 20), 18면.

55) 이귀남 “196조는 사법경찰관리에 관한 규정입니다. 그래서 거기에서 수사라고 하면 사법경찰관리가 수사하는 것만 지휘할 수 있다라고 그렇게 오해될 수가 있기 때문에 195조에 있는 검사의 수사 사항도 할 수 있다. 지휘를 할 수 있다. 검사가 인지를 하고 있는 사건도 수사를 하도록 지휘할 수 있고 또 검찰에 고소장 접수된 것도 지휘할 수 있고 경찰에 송치돼서 검사가 갖고 있는 것도 지휘할 수 있다. 그런 취지로 ‘모든’이라는 말을 넣은 것이고....” 제301회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록, 제6호, (2011. 6.28), 28-29면.

를 의미한다. 그런데 검찰이 의도하는 것은 표면적으로는 전자를 염두한 것이지만, 실제에 있어서는 후자에 초점을 맞춰 수사지휘권의 공백을 방지하고 내사에 대한 수사지휘권을 확보하자는 것이었다. 이러한 의도는 형사소송법 개정안에 대한 검찰과 경찰의 합의문이 공개된 직후 검찰관계자가 “내사를 제외한다는 것은 합의안에 명시되지 않고 내사 또한 수사로 봐야 한다”는 언론 보도⁵⁶⁾를 통해 나타났다. 이에 따라 국회 법제사법위원회는 법무부장관과 경찰청장을 출석시켜 ‘모든 수사’의 의미를 확인하고, 여기에는 내사가 포함되지 않는다는 내용의 합의를 했음을 속기록에 남기도록 하였다.⁵⁷⁾ 그러나 내사와 수사의 관계를 명확히 하지 않음으로서 여전히 ‘모든 수사’에 내사가 포함될 수 있는 여지를 남기게 되었다. 왜냐하면, 내사에 대한 지휘가능성은 수사의 개념에 따라 달라지는 것으로 범죄인지서의 작성 또는 범죄사건부에 등재하는 입건을 기준으로 파악하지 않고, 판례와 학계의 입장처럼 이를 실질적으로 파악하여 피의자신문 또는 체포 등의 수사처분이 행해졌다면 입건 이전단계에서도 수사로 보게 되어 지휘가 가능해지기 때문이다.⁵⁸⁾ 검찰은 이처럼 ‘모든’이라는 표현을 통하여 수사의 개념을 실질적으로 파악하여 그 동안 지휘범위에서 벗어나 있던 내사에까지 수사지휘권을 확장하고자 한 것이다.⁵⁹⁾ 반면에 경찰은 ‘수사’라는 문구에 초점을 맞춰 검사의 지휘가 가능한 영역은 ‘수사’에 한정되며, 형사소송법의 개정취지가 비대해진 검찰권을 견제하려는 취지에서 비롯된 것이기 때문에 그 동안 경찰의 독자적인 영역으로 간주되던 내사에 수사개념의 확장을 통하여 개입하는 것은 부당하다는 것이다.⁶⁰⁾

56) 2011년 6월 21일자 인터넷 동아일보 기사

(출처: <http://news.donga.com/3/all/20110621/38184254/1>)

57) 김태희, “검·경 수사구조 논의의 연혁과 사법제도개혁특별위원회안의 전망”, 이슈와 논점 제 258호(2011.6.30.), 국회입법조사처, 4면.

58) 법제사법위원회에서 이귀남 법무부장관은 모든 수사에 내사가 포함되는지에 대한 질문에 대해 형식설 또는 실질설에 따라 수사와 내사가 구분된다고 발언하여 내사에 대한 지휘가능성을 내비쳤다. 제301회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록, 제6호, (2011. 6.28), 28면.

59) 이완규 검사는 모든이 수사 앞에 부기됨으로서 지휘를 받아야 하는 수사의 범위로서 “명칭을 불문하고 실질적인 수사행위는 모두 포함된다는 의미이므로 실질적으로 수사행위를 한다면 명칭을 내사, 진정 등으로 편법을 사용하더라도 “모든 수사”에 포함되어 지휘의 대상이 된다.”고 주장한다. 이완규, 앞의 논문, 38-39면.

60) 수사와 내사의 구분기준에 대한 형식설을 비판하는 견해로는 정웅석, “내사사건의 통제방안에 관한 연구”, 형사정책 제20권 제1호, 2008, 290-291면.

결국 개정 형사소송법 제196조 제1항에 ‘모든’이라는 문구를 포함시키는 것으로 일단락되었지만, 내사에 대한 지휘의 문제⁶¹⁾는 대통령령의 제정과정에서 다시 한 번 불거졌다. 법무부가 제출한 초안 제2조⁶²⁾는 실질설에 따른 수사의 개념을 채택함으로써 내사에 대한 지휘의 근거를 마련하고, 아울러 제19조에서는 구체적으로 체포영장 또는 압수·수색영장의 신청, 사건관계인을 조사한 때, 공무소 등에 조회한 때에는 수사를 개시한 것으로 본다는 규정을 둠으로서 경찰내사에 대한 적극적인 지휘의사를 내비쳤다. 그러나 국무총리실은 내사에 대한 지휘는 허용하지 않는다는 원칙을 유지하면서, 다만 내사행위의 종류에 따라 사후적인 통제를 허용하는 방식의 절충안을 마련하였다. 즉, 대통령령 제18조 제1항에서 내사종결된 사건에 대하여 피의자신문조서를 작성하거나, 긴급체포 등을 한 경우에 입건여부와 관계없이 관계서류와 증거물을 제출하도록 하였다. 또한 제2항에서는 피혐의자를 출석시켜 조사하거나 현행범인을 체포·인수한 때에는 분기별로 사건목록과 요지를 검사에게 제출하도록 하였으며, 제3항은 제2항과 관련하여 이의제기가 있거나 인권침해를 인정할 만한 현저한 이유가 있다고 판단하는 경우 검사가 관계서류와 증거물의 제출을 지시할 수 있도록 하였다. 결국 위의 규정에 의하면 내사단계에서는 직접적인 지휘가 불가능하고 다만 내사종결 이후에 사후 통제만이 허용된다. 그러나 이것은 대통령령 제17조가 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 수사를 개시하고 지체없이 범죄인지서를 작성하도록 한 것과 모순되며, 사실상 내사를 빌미로 수사를 허용하게 되는 문제점을 낳고 있다. 또한 피내사자에 대한 정보수집 질문, 공공기관 등에의 정보 조회에 국한되지 않고 실질적인 수사를 내사라는 형식을 통하여 행하면서 피의자신문은 물론 압수·수색과 같은 강제처분을 행하면서 검사의 수사지휘를 배제하려는 시도는 형사소송법의 허용한계를 벗어나는 것이라고 하겠다.⁶³⁾

61) 이에 대한 자세한 내용은 황문규, “개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계”, 형사정책연구, 제22권 제3호, 2011, 234-241면.

62) 제2조(수사) 수사란 『형사소송법』 제2편 제1장에 규정된 행위를 비롯하여 그 명칭에 관계없이 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 모든 활동을 말한다.

63) 신양균·조기영, “내사의 개념과 허용범위”, 형사법연구 제23권 제3호(2011), 198면.

이처럼 대통령령의 시행 이후에도 내사에 대한 지휘문제는 여전히 논쟁의 여지를 남기고 있다. 그러나 이것은 내사에 대한 지휘의 문제이기 이전에 앞서 내사 자체의 문제로 접근하는 것이 타당하다.⁶⁴⁾ 형사소송법상 내사의 개념이나 절차에 대한 아무런 규정이 없는 상태에서 수사기관이 편의적으로 운용하는 내사⁶⁵⁾는 ‘수사전 조사’의 형식으로 형사소송법상 그 근거를 마련하는 것⁶⁶⁾이 선결되어야 할 것이다.

IV. 결 론

수사개시권의 명문화와 검찰과 경찰의 관계 재정립을 목표로 이뤄진 형사소송법 제196조의 개정 및 검찰청법 제53조의 삭제는 실질적인 수사권조정 수준에는 이르지 못했지만 사법경찰관의 수사주체성을 인정하고 전근대적인 명령복종의 관계를 탈피했다는 나름대로의 의미를 부여할 수 있다. 반면에 검사와 사법경찰관리의 지휘관계에 대한 핵심적인 조항인 형사소송법 제196조와 검찰청 제53조를 개정하면서 단지 검찰과 경찰의 시각에서만 접근하여 법 개정이 이뤄진 것은 입법상의 오류라고 하지 않을 수 없다. 검사와 사법경찰관의 관계의 문제는 사법경찰관제도라는 법적인 관점에서 다뤄져야 하며, 사법경찰관리에는 비단 경찰공무원인 일반사법경찰관리뿐만 아니라 검찰청 소속의 일반사법경찰관리와 다른 조직에 소속된 특별사법경찰관리가 있다는 점이 고려되어야 한다. 그런데 형사소송법 제196조와 함께 지휘관계의 근거가 되었던 검찰청법 제53조를 삭제하여 그 내용을 경찰조직에 소속된 사법경찰관리에게만 적용되는 제196조 제3항에 포함시킨 것은 경찰에 대한 검사의 수사지휘권의 확보라는 취지에도 불구하고 오히려 나머지 사법경찰관리에 대해

64) 경찰과 검찰 공히 동일한 기준을 설정하여 정식수사사건으로 처리하는 방식을 재정립할 필요가 있다. 이동희, 앞의 논문, 13면.

65) 신동운, “내사종결처분의 법적 성질”, 서울대학교 법학, 제45권 제3호, 2004, 324면.

66) 내사에 대한 입법안에 대하여는 신양균·조기영, 앞의 논문, 201면 참조.

여는 지휘관계의 성립여부를 불명확하게 만드는 결과를 초래하였다.

검찰청 소속의 사법경찰관리에 대하여는 현행 형사소송법 제196조가 준용된다는 해석이 가능하지만 독자적 수사개시 및 진행권을 인정하기 어려우며, 기타 검찰청법 제4조와 국가공무원법상의 상관의 명령에 대한 복종의무가 제시될 수 있으나, 수사지휘에 대한 직접적인 근거로 보기 어렵고 행정기관의 복무규정을 수사지휘의 근거규정으로 보는 것은 무리인 문제점이 있다. 특별사법경찰관리에 대한 관계에 있어서도 대통령령이 명시적으로 그 적용을 배제하는 규정을 두고 있어 제196조의 지휘관계를 인정하기 어려우며, 특별사법경찰관리집무규칙 제2조가 지휘관계에 관한 규정을 두고 있으나 뚜렷한 법적근거 없이 범무부령으로 지휘관계를 설정한 것은 명령제정권을 위반한 것으로 봐야 한다. 검사와 경찰공무원인 사법경찰관리의 지휘관계에서도 사법경찰관은 '모든 수사'에 관하여 검사의 지휘를 받아야 하지만, 지휘관계는 절대적이 아니라 상대적이며 일정한 한계가 따른다. 왜냐하면 검사는 수사에 대한 최종 결정권자로서 수사권의 유일한 귀속주체라는 이른바 '수사주체 일원론'은 사법경찰관의 수사주체성을 인정하고 수사개시 및 진행의 의무를 부과하는 형사소송법 제196조 제2항에 따라 부정될 수밖에 없으며, 검사의 지휘는 사법경찰관리의 수사개시 및 진행의 의무를 저촉하지 않는 범위내에서 인정될 수 있기 때문이다. 내사와 관련해서도 실질설에 따른 수사개념에 따르면 내사도 수사지휘의 대상에 포함될 수 있지만 대통령령은 내사를 지휘대상에서 배제하고 있으며, 다만 일정한 내사행위에 대하여 사후통제만을 허용하고 있고 있어 검사의 지휘는 제한을 받을 수밖에 없다. 이상과 같이 형사소송법 및 검찰청법의 개정은 입법자들과 검찰 및 경찰이 의도하였든, 의도하지 않았든 검사와 사법경찰관리의 지휘관계에 중대한 변화를 초래하였다.

앞에서 지적한 지휘관계의 불명확성에 대한 입법적 오류를 시정하기 위해서는 형사소송법 제196조를 개정하여 모든 사법경찰관리에게 적용될 수 있는 지휘관계의 원칙을 새롭게 마련하거나⁶⁷⁾ 또는 이를 분리하여 검사와 검찰청소속의 사법경찰관리의 지휘관계에 대하여는 검찰청법에, 검사와 특별사법경

찰관리의 지휘관계에 대하여는 특사경범에 이를 명시할 필요가 있다.⁶⁸⁾ 아울러 내사와 관련된 지휘의 문제는 형사소송법에 '수사전 조사'에 관한 규정을 신설하여 내사에 대한 법적 근거를 마련하고 수사기관의 편의보다는 국민의 인권보장이라는 차원에서 지휘의 타당성 여부를 검토해야 하겠다.

투고일 : 2012. 3. 30.	심사일 : 2012. 5. 10.	게재확정일 : 2012. 5. 15.
--------------------	--------------------	----------------------

67) 형사소송법 제196조 제1항을 “사법경찰관리는 소속과 상관없이 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.”로 변경하는 입법안이 제시될 수 있다.

68) 검찰청법 제47조 제1항 및 제2항에 “...구분에 따른 직무를 수행하며 소속 검사의 지휘를 받는다.” 및 특사경범 제2조에 “이 법령에 의하여 사법경찰관리의 직무를 수행하는 자는 검사의 지휘를 받는다.”로 개정하는 입법안이 제시될 수 있다.

참고문헌

- 김선택, 『영장청구권 관련 헌법 규정 연구』, 경찰청 연구보고서, 2008.
- 백형구, 『조해 형사소송법, 법률문화원』, 2002.
- 범무연수원 『수사지휘론』, 2003.
- 신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2011.
- 신동운 역, 『입문 일본 형사수속법』, 법문사, 2003.
- 신동운, 『간추린 신형사소송법』, 법문사, 2012.
- 이은모, 『형사소송법』, 박영사, 2011.
- 이재상, 『신형사소송법』, 박영사, 2008.
- 조 국, 『검사 수사지휘권 행사에 관한 연구』, 경찰청 연구보고서, 2009.
- 차용석·최용성, 『형사소송법』, 21세기사, 2008.
- 김태희, “검·경 수사구조 논의의 연혁과 사법제도개혁특별위원회안의 전망”, 이슈와 논점 제258호(2011.6.30.), 국회입법조사처.
- 박노섭, “검사의 피의자 강제인치명령 거부와 인권옹호직무방해죄의 적용한계”, 경찰법연구, 제9권 제1호, 2011, 31-53면.
- 박노섭, “사법경찰의 수사권에 대한 법적근거 제정이 향후 검·경 관계에 미치는 영향”, 형사소송 개혁방향과 바람직한 형사사법제도 모색 학술 세미나 자료집, 한국경찰법학회, 2011, 1-28면.
- 신동운, “내사종결처분의 법적 성질”, 서울대학교 법학, 제45권 제3호, 2004, 309-331면.
- 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II)”, 서울대학교 법학, 제42권 제2호, 2001, 238-281면.
- 송원영, “내사 관련 개정 형사소송법 대통령령 법무부 초안에 대한 비판적 고찰”, 경찰학연구, 제11권 제4호, 2011.12.
- 신양균·조기영, “내사의 개념과 허용범위”, 형사법연구 제23권 제3호, 2011, 181-205면.
- 오상지, “사법경찰관에 대한 수사지휘검사의 범위에 관한 연구, 경찰학연구”.

- 제11권 제2호, 2011.6, 29-72면.
- 유주성, “사법경찰관의 수사주체성에 관한 연구”, 치안정책연구, 제25권 제2호, 2011.12, 1-25면.
- 이동희, “개정형사소송법 제196조에 대한 해석과 과제”, 경찰법연구, 제9권 제2호, 2011, 1-22면.
- 이완규, “개정 형사소송법상 수사체제”, 법조 제660호(2011.9).
- 이주원, “인권옹호직무방해죄(형법 제139조)의 해석”, 고려법학, 제58호, 2010.9, 325-354면.
- 정웅석, “2011년 개정 형사소송법 제196조에 대한 평가와 과제”, 형사법의 신동향, 통권 제33호, 2011.12, 1-90면.
- 정웅석, “내사사건의 통제방안에 관한 연구”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2008, 279-300면.
- 황문규, “개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계”, 형사정책연구, 제22권 제3호, 2011, 217-251면.

<국문요약>

형사소송법 등 개정에 따른 검사와 사법경찰관리의 지휘관계 변화에 관한 연구

김택수

수사개시권의 명문화와 검찰과 경찰의 관계 재정립을 목표로 이뤄진 형사소송법 제196조의 개정과 검찰청법 제53조의 삭제는 사법경찰관의 수사주체성을 인정하고, 명령복종의 관계를 탈피했다는 의미를 갖는다. 그러나 검사와 사법경찰관리의 관계문제를 단순히 검찰과 경찰의 문제로 접근한 것은 여러 종류의 사법경찰관리로 구성된 사법경찰관제도에 대한 이해의 부족을 보여주는 것이다. 현행 형사소송법 제196조가 규정하고 있는 지휘관계가 경찰공무원 이외의 다른 종류의 사법경찰관리에게도 성립될 수 있는지가 불명확하다. 이는 모든 사법경찰관리에게 적용되었던 검찰청법 제53조 명령복종의 규정을 삭제하여 경찰공무원인 사법경찰관리에게만 적용되는 제196조 제3항에 삽입한 것에 기인한다. 지휘관계가 분명하게 인정되는 경찰공무원인 사법경찰관리에 대하여도 개정 형사소송법 제196조 제2항이 수사개시 및 진행권을 부여함으로써 검사의 지휘는 정당한 수사개시 및 진행을 방해해서는 안 된다는 제약을 받는다. 또한 내사는 '모든 수사'에 포함되지 않으며 대통령이 사후통제만을 허용하고 있어 실질상 수사에 해당하더라도 검사의 지휘가 허용되지 않는다. 입법론상 검사와 경찰공무원 이외의 사법경찰관리에 대한 지휘관계에 대한 근거규정을 법률에 마련하고, 내사에 대하여는 그 절차규정을 형사소송법에 신설할 필요가 있다.

주제어: 사법경찰관, 검사, 수사지휘, 내사, 수사권

<Résumés>

Le changement de relation entre le procureur et l'officier de police judiciaire à la suite de révision du Code de procédure pénale

Kim, Taek-Su

La révision de l'article 196 du Code de procédure pénale et l'abolition de l'article 53 de la loi de parquet, ayant pour but de la codification de pouvoir de commencement de l'investigation en faveur de la police et de l'aménagement de la relation entre le parquet et la police, contribue à la confirmation de l'autonomie d'enquête policière et à enlèvement du rapport autorité-obéissance. Pourtant, il s'agit d'une ignorance de l'institution de l'officier de police judiciaire de s'approcher au point de vue d'un problème sur la relation seulement entre le parquet et la police à la place d'un problème entre les procureurs et tous les officiers de police judiciaire. Il n'en résulte qu'il n'est pas sûr que la relation de direction rédigée par l'article 196 en vigueur soit applicable aux autres catégories de l'officier de police judiciaire. Cette affirmation se fonde sur l'abolition de l'article 53 qui s'appliquait à tous les catégories de l'officier de police judiciaire. Pour les officiers de police judiciaire qui relèvent de la police nationale, la direction de procureur ne se justifie que dans le cadre de non empêchement aux activités de l'investigation policière en vertu de l'article 196 alinéa 2. La direction de la procureur est impossible pour les enquêtes officieuses qui

ne sont pas considérées comme les enquêtes ordinaires. Le décret présidentiel permet seulement le contrôle postérieur aux procureurs à la fin de l'enquête officieuse qui pourrait être considéré comme les enquêtes ordinaire selon le critère concret sur la notion d'enquête. De sorte qu'il est nécessaire d'introduire le fondement légal sur la relation de direction pour les autres catégories de l'officier de police judiciaire et d'établir les dispositions concernant les enquêtes officieuses.

Mots Clés: officier de police judiciaire, procureur, direction d'enquête, enquête officieuse, pouvoir d'investigation