

문서번호 : 11-12-사무-06  
수 신 : 언론사  
발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 (담당 : 류제성 변호사)  
제 목 : 수사지휘 규정에 대한 검토의견 제출  
전송일자 : 2011. 12. 28. (수)  
전송매수 : 5매(표지포함)

## 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」에 대한 검토의견 제출

1. 귀 언론사의 발전을 기원합니다.
2. 민변은 오늘 법무부가 입법예고하여 국무회의를 통과한 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」(이하 ‘수사지휘규정’)에 대하여 검토의견을 제출하였습니다.
3. 수사지휘규정은 신문방해, 수사기밀 누설 등의 사유가 있을 때 수사기관의 재량에 의하여 변호인의 피의자신문 참여를 제한할 수 있도록 규정하고 있습니다. 이는 헌법 제12조 제4항과 형사소송법 제243조의2가 인정한 변호인의 조력을 받을 권리와 변호인의 피의자신문참여권을 부당하게 축소·제한하는 것이고, 형사소송법상 명문의 규정이 없더라도 특별한 사정이 없는 한 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용으로서 변호인의 피의자신문참여권이 인정된다는 기존 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에도 반하는 것으로 위헌·위법합니다. 즉각적인 삭제를 요구합니다.
4. 그리고 수사지휘규정은 일정 범위의 범죄에 대하여 송치 전 지휘를 규정하고 있고, 일정한 경우에 검사가 경찰의 수사를 중단하고 직접 수사할 수 있다고 규정하고 있습니다. 수사지휘권 확보도 필요하지만, 고위공직자의 비리 수사를 전담하는 독립기구가 없는 상황에서, 동 규정은 검사·검찰수사관에 대한 경찰의 수사를 검사가 자의적으로 중단시키는데 악용될 가능성이 있습니다. 따라서 송치 전 지휘, 수사 중단 및 직접 수사의 대상에 검사·검찰수사관이 관련된 범죄를 제외할 필요가 있습니다.

5. 자세한 내용은 첨부한 의견서를 참조하여 주시기 바랍니다

6. 감사합니다.

첨부. 의견서 1부.끝.

2011년 12월 28일

민주사회를 위한 변호사 모임

회 장 김 선 수



<첨부>

## 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」에 대한 검토의견

### 1. 변호인의 피의자신문 참여 제한 규정(제21조)은 전면 재검토되어야 한다.

수사지휘규정 제21조는 현행 사법경찰관리집무규칙(이하 ‘집무규칙’이라 함) 제16조의2를 그대로 반영한 것이기는 하나, 기존 집무규칙의 내용자체가 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리를 부당하게 침해하여 위헌적이므로, 새롭게 규정을 제정하는 이상 제21조는 삭제되어야 한다.

2007. 6. 1. 신설된 형사소송법(이하 ‘형소법’이라 함) 제243조의2는 ‘정당한 사유가 없는 한’ 변호인의 피의자신문 참여를 의무화하고 있다. 동 규정이 신설되기 전 구 형소법상 변호인의 피의자신문 참여권 인정 여부에 대하여 대법원은 구금된 피의자는 피의신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고, 수사기관은 이를 거절할 수 없다고 보았다. 다만 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있다고 하였다(대법원 2001. 11. 11. 선고 2003모402 결정).

헌법재판소는 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법상 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 변호인선임권과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이고, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제요건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출되는 것이라고 하였다. 그리고 불구속 피의자나 피고인의 경우 형소법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조언과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다고 하였다(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정)

형소법 제243조의2는 위와 같은 대법원 및 헌재결정에 근거하여 제정된 것이다. 형소법 개정 당시 신문방해나 수사기밀 누설 등의 변호인참여의 제한사유를 명시해야 한다는 주장도 있었으나, 그 내용이 지나치게 광범위하여 남용의 우려가 많아 결국 ‘정당한 사유가 없는 한’ 참여하게 하여야 하는 것으로 입법된 것이다. 추상적인 형태로 규정하고 법원의 판례에 의한 해석에 맡기는 방법을 선택한 것이다. 그런데 수사지휘규정 제21조 제1항은 “정당한 사유란 변호인의 참여로 인하여 신문 방해, 수사기밀누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 때를 말한다.”고 규정하고 있다. 그리고 동 규정 제21조 제4항은 사법경찰관의 승인 없이 부당하게 신문에 개입한 경우, 형소법 제243조의2 제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우 등의 사유가 발생하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장이 초래될 때에는 신문 중이라도 참여를 제한할 수 있게 하고 있다. 동 규정 제21조 제3항은 변호인이 상당한 시간 내에 출석하지 않거나 출석할 수 없는 때에는 변호인의 참여없이 피의자신문을 할 수 있도록 규정하고 있다.

이는 형소법 제243조의2 신설취지에 반하여 수사기관의 자의적 판단에 따라 변호인 참여 제한을 가능하게 하는 것이고, 형소법이 법원의 판례에 맡겨 놓은 해석을 대통령령에 규정하여 수사기관에게 해석권한을 준 것이어서 위헌·위법이다. 한편 수사지휘규정 제21조 제2항은, ‘변호인의 신문 참여’를 희망하는 자는 반드시 ‘변호인 참여 전에’ ‘변호인 선임 서면’을 제출하도록 요구하고 있다. 형소법상 피의자신문 참여시 변호인선임 서면을 제출하도록 강제하고 있지 않음에도 대통령령에서 이를 요구하는 것은 법적 근거 없는 변호인의 참여권에 대한 부당한 제한이다. 수사의 초기 단계라는 특성상 사전에 변호인 선임 사실을 서면으로 준비하여 제출할 수 없는 경우가 상당수 있는 현실을 고려할 때, 수사지휘규정에 따르면 피조사자들이 변호인으로부터 조력을 받을 수 있는 기회를 박탈당할 가능성이 크다.

결론적으로 수사지휘규정 제21조는 헌법과 형소법이 인정하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리를 부당하게 축소, 제한하는 것이고, 기존 대법원 판례 및 헌법재판소 결정의 취지에도 반하므로 전면적인 재검토가 필요하다.

## 2. 검사의 송치 전 지휘, 수사중지 및 송치명령 대상에서 검사 및 검찰수사관의 범 죄를 제외할 필요가 있다.

수사지휘규정 제77조는 일정 범위의 범죄에 대하여 송치 전 지휘를 규정하고 있고,

동 규정 제78조는 일정한 경우에 검사가 경찰의 수사를 중단하고 직접 수사할 수 있다고 규정하고 있다. 정확한 법률적용, 실체적 진실발견, 수사절차에서의 불법과 인권침해 방지 및 증거능력있는 증거 확보 등을 위해 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘권 확보는 반드시 필요하다. 다만 장기적으로 수사권과 기소권이 분리되는 것이 바람직하고, 검찰과 경찰이 상호 대등한 협력관계로 발전하여 견제와 감시, 균형을 이루어야 한다는 원칙하에서 수사지휘에 관한 사항을 규정할 필요가 있다. 검사가 소추기관이자 경찰수사의 감독자로서 바로 서기 위해서는 직접 수사는 가급적 지양되어야 한다. 검사의 수사지휘는 경찰의 수사결과가 공소제기여부를 판단하기에 미진하여 추가수사가 필요한 경우, 법적 하자가 있는 경우, 당사자의 이의제기나 인권침해 시비가 있는 경우 등에 한하여 2차적·보충적으로만 인정되는 것이 바람직하다. 그 경우에도 직접 수사하는 것보다는 보강수사를 요구하고, 정당한 수사지휘에 불응하거나 위법한 수사를 한 경찰이나 비리경찰에 대해서는 검사가 징계·해임·체임요구권을 적극적으로 발동하는 것이 타당하다.

그런 점에서 수사지휘규정 제77조, 제78조가 송치 전 지휘와 검사의 수사중단 및 직접 수사의 범위를 넓게 규정하고 있는 것은 문제가 있다. 특히 동 규정에 따르면 검사나 검찰수사관이 관련된 사건, 정치적으로 민감한 사건 등에 대해 검사가 수사지휘권을 빌미로 수사를 중단하는 것을 막을 수 없게 된다. 스폰서 검사, 그랜저 검사, 벤츠 검사 등 검사·검찰수사관의 비리가 계속되고 이를 적당히 은폐, 축소하려는 경향도 반복되고 있는 현실을 고려할 때, 제77조, 제78조 등에 의해 검사·검찰수사관이 관련된 비리에 대한 수사가 제약될 것이라는 우려는 타당성이 있다. 장기적으로는 검찰의 수사권과 기소권이 분리되고 검찰의 막강한 권한이 분산되어야 한다. 그리고 검사 등 고위공직자의 비리를 상시적으로 수사, 기소할 수 있는 독립적 수사기구의 신설이 필요하다. 현 단계에서는 검사·검찰수사관이 관련된 범죄를 검사의 송치 전 지휘, 수사중지 및 송치명령 대상에서 제외하여 검찰과 경찰이 상호 견제와 균형을 이룰 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 끝.