

개정 형사소송법상 경찰의 불송치결정의 법적 성격, 통제방법 및 통제방법의 문제점과 개선방안에 대한 고찰

김 현 철*

〈국문초록〉

그동안 논의되던 수사권 조정과 검찰개혁의 법제화와 관련하여 2020. 2. 4. 형소법과 검찰청법이 개정되었는데, 그 주요 내용은 수사에 있어서 검사의 사법경찰관에 대한 지휘권 폐지 및 검사와 사법경찰관의 협력관계 규정, 경찰의 불송치결정권 인정, 검찰의 직접 수사개시 권한 축소, 검사와 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건의 동일화 등이다. 그 중에서도 사법경찰관이 수사를 완료한 후 관계서류와 증거물을 토대로 피의자의 혐의 유무에 대한 판단을 하여 불기소함이 적절하다고 판단되는 경우 검찰에 송치하지 않는 결정을 하는 권한인 경찰의 불송치결정권의 신설은 수사종결체계와 관련하여 중요한 변화인데, 불송치결정의 법적성격, 통제방법의 실효성 등과 관련하여 여러 논란이 있을 수 있는바, 본 논문에서는 이에 대하여 살펴보았다.

구체적으로 수사종결의 의의, 불송치결정의 의의 및 법적 성격, 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법인 검사의 기록검토권 및 재수사요청권, 고소인 등의 이의신청과 사건송치, 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법의 문제점과 개선방안에 대하여 살펴보았다.

특히 불송치결정의 법적 성격에 대하여 기존의 일반적 견해는 종국적 처분이 아니라 1차적, 잠정적 처분이라고 하고 있는데, 필자는 개정 형소법과 검찰청법상 수사종결권의 주체 및 수사주체 사이의 관계와 법 개정내용, 불송치결정 자체와 통제방법을 혼동한 기존 견해의 문제점, 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정의 내용, 내·외부적 불복절차, 수사종결처분의 준사법적 처분성 등의 관점에서 기존의 일반적 견해와는 달리 불송치결정이 종국적 처분이라는 사건을 제시하였다.

그리고 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법의 문제점과 개선방안과 관련하여 ① 재수사요청권 부분에서, 사법경찰관이 재수사 요청에 응하지 않는 경우 직무배제 또는 징계요구 규정의 신설 필요성, 사법경찰관이 기존의 불송치결정을 유지하여 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 검사가 사법경찰관과 의견이 달라 송치를 요구하는 경우 사법경찰관의 이의신청제도의 신설 필요성과 이의신청을 담당하는 기관의 구성방식, ② 고소인 등의 이의신청 부분에서, 이의신청의 남용을 방지하기 위하여 이의신청서에 ‘이의신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거

* 변호사, 전 부산고등법원 판사

등 이의신청을 이유 있게 하는 사유'를 기재하도록 하는 방안, 고소인 등의 이의 신청이 있는 경우 경찰내부에서 불송치결정의 적법·타당성에 대하여 판단을 할 수 있는 절차의 필요성과 이를 담당할 기관의 구성 및 운영 방법과 권한 등에 대하여 개인적 견해를 제시하였다.

주제어 : 불송치결정, 수사종결, 수사권조정, 불기소결정, 개정 형사소송법

• 투고일 : 2021.3.31. / 심사일 : 2021.4.15. / 게재확정일 : 2021.4.22.

I. 본 논문의 연구범위

그동안 논의되던 수사권 조정과 검찰개혁의 법제화와 관련하여 2020. 2. 4. 형사소송법(이하 '형소법'이라 한다)과 검찰청법이 개정되었는데¹⁾, 그 주요 내용은 수사에 있어서 검사의 사법경찰관에 대한 지휘권 폐지 및 검사와 사법경찰관의 협력관계 규정, 경찰의 불송치결정권 인정, 검찰의 직접 수사개시 권한 축소, 검사와 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건의 동일화 등이다. 그 중에서도 사법경찰관이 수사를 완료한 후 관계서류와 증거물을 토대로 피의자의 혐의 유무에 대한 판단을 하여 불기소함이 적절하다고 판단 되는 경우 검찰에 송치하지 않는 결정을 하는 권한인 경찰의 불송치결정권의 신설은 수사종결체제와 관련하여 중요한 변화인데 그 법적성격, 통제방법의 실효성 등과 관련하여 여러 논란이 있을 수 있는바, 아래에서는 이에 대하여 살펴보고자 한다.

특히 불송치결정의 법적 성격에 대하여 기존의 일반적 견해는 중국적 처분이 아니라 1차적, 잠정적 처분이라고 하고 있는데, 개정 형소법과 검찰청법상 수사종결권의 주체 및 수사주체 사이의 관계와 법 개정내용, 불송치결정 자체와 통제방법을 혼동한 기존 견해의 문제점, 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정의 내용, 내·외부적 불복절차, 수사종결처분의 준사법적 처분성 등의 관점에서 기존의 일반적 견해가 옳은지를 검토해 보고자 한다.

1) 2020. 2. 4. 개정된 형소법과 검찰청법은 2021. 1. 1. 시행되었다. 다만 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력에 관한 형소법 제312조 제1항은 실무상 공판과정에서 법원에 엄청난 증거조사 부담이 있을 수 있어 논란이 야기될 수 있어 준비기간을 두기 위해 부칙에서 공포 후 4년 내에 시행하되 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행하기로 되어 있는데, 시행시기를 정한 대통령령에 의해 2022. 1. 1. 시행된다.

그리고 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법의 문제점과 개선방안과 관련하여 ① 재수사요청권 부분에서, 사법경찰관이 재수사 요청에 응하지 않는 경우 직무배제 또는 징계요구 규정의 신설 필요성, 사법경찰관이 기존의 불송치결정을 유지하여 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 검사가 사법경찰관과 의견이 달라 송치를 요구하는 경우 사법경찰관의 이의신청제도의 신설 필요성과 이의신청을 담당하는 기관의 구성방식, ② 고소인 등의 이의신청 부분에서, 이의신청의 남용을 방지하기 위하여 이의신청서에 ‘이의신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 이의신청을 이유 있게 하는 사유’를 기재하도록 하는 방안, 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 경찰내부에서 불송치결정의 적법·타당성에 대하여 판단을 할 수 있는 절차의 필요성과 이를 담당할 기관의 구성 및 운영 방법과 권한 등에 대한 견해를 제시해 보고자 한다.

이하에서는 수사종결의 의의, 불송치결정의 의의 및 법적 성격, 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법인 검사의 기록검토권 및 재수사요청권, 고소인 등의 이의신청과 사건송치, 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법의 문제점과 개선방안 순으로 살펴본다.

II. 수사종결의 의의 및 불송치결정의 법적 성격

1. 수사종결의 의의

형사소송에서 절차의 종결이란 ‘내사-수사-공소제기-공판-형집행으로 이어지는 각 단계에서 이후의 단계로 나아가거나 나아가지 않음에 대한 결정’을 의미한다. 그러므로 절차가 종결되기 위해서는 다음 단계로의 진행에 대한 판단과 결정이 전제되어야 한다. 이와 같은 관점에서 수사의 종결이란 수사기관이 수사를 개시하여 공소를 제기할 것인가를 결정할 수 있을 정도로 피의사건이 해명되었을 때 수사절차를 마치는 수사기관의 공식적이고 외부적인 결정이라고 정의할 수 있다.

형소법은 수사의 종결에 관한 일반 원칙이나 조건, 수사종결의 주체에 관한 일반적 규정을 두고 있지 않고²⁾, 다만 형소법, 검찰청법, 검찰사건사무규칙 등

2) 독일 형소법 제170조 제1항은 “수사결과 공소제기를 위한 충분한 근거가 밝혀진 경우 검사는 관할법원에 공소장을 제출함으로써 공소를 제기한다.”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “그렇지 않은 경우 검사는 절차를 중단한다. 피의자에 대한 신문이 있었거나 피의자에게

에 수사종결의 구체적인 방식에 따른 개별적인 규정만을 두고 있다.³⁾ 특히 공소제기 형태로의 수사종결에 관하여는 형소법에 규정이 있지만⁴⁾, 기소유예처분⁵⁾을 제외한 전형적인 불기소처분에 관하여는 형소법에는 규정이 없고, 대통령령인 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령 제31091호, 이하 ‘수사준칙규정’이라 한다), 법무부령인 검찰사건사무규칙에 규정이 있을 뿐이다⁶⁾7).

이와 같은 상황에서 종래 “사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.”는 형소법 제196조 제1항, “사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.”는 형소법 제196조 제4항(위 형소법 제196조 제1항, 제4항은 개정 형소법에서 삭제되었다), “공소는 검사가 제기하여 수행한다.”는 형소법 제246조 등을 근거로 수사의 종결권은 검사에게만 있다고 설명되어 왔다.⁸⁾ 그리고 경찰의 불송치결정권이 도입된 개정 형소법 하에서도 일반적으로 불송치결정권을 1차적 수사종결권이라고 하여

구속영장이 발부된 경우에는 검사는 절차중단을 피의자에게 알려야 하고, 피의자가 결정통지를 요청하였거나 고지에 따른 특별한 이익이 존재하는 경우에는 검사는 피의자에게 절차중단 사실을 통지하여야 한다.”고 규정하여 기소와 불기소처분 모두에 대하여 수사종결에 대한 규정을 두고 있다[김정한, “불기소처분의 주문유형에 대한 실무적 고찰”, 『인권과 정의』(Vol. 437), 2013. 11., 47쪽].

- 3) 이와 같은 입법방식은 일본 형소법과 유사하다. 일본 형소법은 검사의 기소원칙과 기소판의주의 규정만 두고 불기소처분에 대하여는 규정하고 있지 않다[표성수, “검사의 불기소결정의 법적 정비를 위한 제언”, 『고시계』, 2019. 1., 54쪽]
- 4) 공소제기와 관련하여 형소법에 “공소는 검사가 제기하여 수행한다.”고 규정하고 있다(형소법 제246조).
- 5) 형소법 제247조에 “검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.”고 규정하여 기소유예처분에 대하여 규정하고 있는데, 기소유예는 범죄혐의가 인정되지만 형법 제51조의 양형의 조건을 참작하여 기소를 하지 않는 것으로, 전형적인 불기소처분인 ‘공소권 없음, 죄가 안됨, 혐의 없음’처분과는 다르다.
- 6) 검찰사건사무규칙 제115조에서 검사의 불기소처분의 구체적인 형식과 내용을, 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제52조에서 검사의 불기소처분의 구체적인 내용을, 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제51조에서 경찰의 불송치결정의 구체적인 내용을 규정하고 있다.
- 7) 불기소결정도 공소제기와 마찬가지로 피의자와 고소인의 법익에 중대한 영향을 미치는 것이므로 이를 대통령령이나 부령에 규정하는 것은 부적절하므로 형소법에 규정할 필요가 있다고 생각된다.
- 8) 이재상·조균석, 『형사소송법(제10판)』, 박영사, 2015, 347쪽; 정승환, 『형사소송법』, 박영사, 2018, 208쪽; 이은모·김정한, 『형사소송법(제7판)』, 박영사, 2019, 353쪽; 이주원, 『형사소송법(제2판)』, 박영사, 2020, 198쪽; 이승호·이인영·심희기·김정환, 『형사소송법강의(제2판)』, 박영사, 2020, 233쪽; 강수진, “수사종결의 법적 성격에 대한 고찰”, 『인권과 정의』, 2020. 8., 191쪽; 김슬기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체제 검토”, 『형사정책』 제32권 제3호, 2020. 10., 10쪽

검사의 최종 수사종결권을 전제로 하고 있다.⁹⁾

2. 불송치결정의 의의

불송치결정이란 사법경찰관이 수사를 완료한 후 관계서류와 증거물을 토대로 피의자의 혐의 유무에 대한 판단을 하여 불기소함이 적절하다고 판단되는 경우 검찰에 송치하지 않는 결정을 말한다. 개정 형소법 제245조의5 제2호는 “사법경찰관이 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에 범죄의 혐의가 있다고 인정되어 검사에게 사건을 송치하는 경우¹⁰⁾ 외에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.”고 규정하고 있다. 위 조항은 사법경찰관이 수사를 완료한 후 관계서류와 증거물을 토대로 피의자의 혐의 유무에 대한 판단을 하여 불기소함이 적절하다고 판단되는 경우 불송치결정을 할 수 있음을 규정하는 조항으로 개정 형소법에서 신설한 경찰의 불송치결정권의 근거 조항이다.¹¹⁾¹²⁾

불송치결정의 도입취지로는 ① 신속한 수사종결로 인한 인권보장 및 이중조사로 인한 폐해 경감, ② 경찰수사의 책임성 부여를 통한 수사역량 강화를 들 수 있다.¹³⁾¹⁴⁾

경찰의 불송치결정은 사건을 검찰에 송치하지 않는 결정으로 사건을 법원에 기소하지 않는 검사의 불기소결정과는 그 의미가 다르다. 그리고 불송치결정은 경찰이 수사를 완료한 후 그 권한으로 불송치라는 결정을 내리는 것으로 기존의 기소 또는 불기소 의견을 달아 검찰에 송치하는 것과는 구별된다. 이러한

9) 이재상·조균석·이창온, 「형사소송법(제13판)」, 박영사, 2021, 377쪽; 신동운, 「간추린 신 형사소송법(제12판)」, 법문사, 2020, 223, 225쪽; 이주원, 앞의 책, 221쪽
10) 범죄의 혐의가 있다고 인정하여 검사에게 사건을 송치하는 경우는 종래 “기소의견”으로 검찰에 송치하는 것과 큰 차이가 없다.
11) 개정 형소법에서 도입된 경찰의 불송치결정권에 대하여 검사의 불기소결정권을 침해하고 법치국가적 형사절차의 근본을 침해하는 것이라는 주장이 있다(정승환, “검·경 수사권조정 합의안에 대한 평가”, 형사법관련 6개학회 대토론회:수사권 조정 정부 합의안에 대한 형사법적 고찰, 2018. 7., 40쪽 이하)
12) 한편 불송치결정권에서 나아가 범죄의 혐의가 인정되는 경우에도 검사의 기소유예 권한과 같이 송치를 유예할 수 있는 제도의 도입을 주장하는 견해도 있다(윤동호, “사법경찰관의 1차적 수사종결권의 법제화 방안”, 「형사정책」 제30권 제2호, 2018, 125쪽).
13) 경찰청, “수사권 조정에 대한 의견서”, 2018. 5. 31., 16-17쪽
14) 이동희·최성락, 「수사구조개혁이 국민편익에 미칠 영향에 대한 법경제학적 연구」, 경찰청, 2016, 86쪽; 윤동호, 앞의 논문, 118쪽

경찰의 불송치결정이 ① 수사종결 체계상 수사종결에 해당하는지, ② 수사기관의 사건 처리에 있어서 중국적인 결정에 해당하는지 아니면 검사에 의하여 별도의 처리절차를 거쳐야 하는 잠정적 결정에 해당하는지 등과 관련하여 불송치결정의 법적 성격이 문제된다. 불송치결정의 법적 성격에 따라 수사종결체계가 달라질 수 있고, 통제장치의 필요성이나 범위가 달라질 수 있다고 생각된다.

3. 불송치결정의 법적 성격에 대한 일반적 견해 및 이에 대한 비판

1) 불송치결정의 법적 성격에 대한 일반적 견해

개정 형소법에 의하여 경찰의 불송치결정이 도입된 지 얼마 되지 않아 불송치결정과 관련된 논의가 아직 많이 이루어지지 않은 상황이지만 지금까지의 논문 등에서 불송치결정의 법적 성격에 관한 설명은 대체로 불송치결정은 1차적, 잠정적 처분이고, 중국적 수사종결처분이 아니라는 것이다. 이를 구체적으로 보면 다음과 같다.

(1) 경찰의 불송치결정은 중국적 처분이 아니라 1차적¹⁵⁾, 잠정적 처분이다.¹⁶⁾

만약 경찰의 불송치결정이 중국적 처분이라면 이에 대한 불복절차는 현행법상 검찰항고와 같은 내부적 절차에 의한 불복절차 뿐만 아니라 재정신청과 같은 외부적 불복절차가 마련되어야 할 것이다. 개정 형소법은 불송치결정에 대하여 검찰항고, 재정신청과 같은 불복절차를 두고 있지 않으며, 검사의 불기소처분에 대한 불복절차를 그대로 유지하고 있는 것을 보면 경찰의 불송치결정은 중국처분이라고 볼 수 없다. 따라서 사법경찰관이 사건을 불송치하는 경우 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여 하는 검사의 기록검토는 중국처분을 하기 위한 권한으로 검사의 기록검토가 있어야만 수사가 최종적·확정적으로 종결된다고 보아야 한다. 경찰의 불송치결정에 대하여 고소인 등이 이의를 제기한 경우 사건을 검사에게 지체 없

15) 경찰의 불송치결정권을 흔히 경찰의 1차 수사종결권이라고 표현하고 있는데, 이는 법문상의 표현은 아니다. 2018. 6. 21. ‘검·경 수사권 조정 합의문’을 포함하여 일반적으로 이를 ‘1차’라고 표현하는 것은 불송치결정을 하였다라도 검사에의 관련서류와 증거물 송부 후 검사의 재수사요청이 있으면 사건을 재수사하여야 하고(형소법 제245조의8), 고소인 등의 이익신청이 있으면 지체 없이 사건을 검사에게 송치하여야 하는(형소법 제245조의7) 불송치결정에 대한 통제방법을 염두에 둔 개념으로 보인다.

16) 최호진, “수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점”, 『형사정책』, 제32권 제1호, 2020. 4., 78쪽

이 송치하도록 한 것을 고려하여도 경찰의 불송치결정은 잠정적 처분이라는 동일한 결론에 이른다.

(2) 경찰의 불송치결정권 관련 규정의 실질은 사법경찰관에게 검찰에 대한 송치의무를 면제해 주고 불송치결정을 할 수 있는 권한을 창설해 준 것일 뿐 불기소할 사건에 있어서 수사종결에 관한 명확한 권한, 특히 종국결정을 할 권한을 준 것으로 볼 수 없다.¹⁷⁾

(3) 종국적 수사종결은 준사법적 처분이고 준사법적 처분은 판단기관의 독립성·공정성·객관성과 함께 이에 불복하는 당사자의 권리를 보장하는 최소한의 장치를 요구하는데 경찰의 불송치결정은 이와 같은 조건이 구비되지 않아 준사법적 처분이라고 할 수 없어 종국적 수사종결처분이라고 할 수 없다.¹⁸⁾

2) 일반적 견해에 대한 비판 및 불송치결정의 법적 성격에 대한 사건

(1) 불송치결정의 법적 성격을 규명하기 위해서는 우선 수사종결권의 주체 및 수사주체 사이의 관계에 대한 검토부터 이루어져야 할 것으로 보인다.

위에서 본 바와 같이 종래 “사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.”는 형소법 제196조 제1항, “사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.”는 형소법 제196조 제4항(위 형소법 제196조 제1항, 제4항은 개정 형소법에서 삭제되었다), “공소는 검사가 제기하여 수행한다.”는 형소법 제246조 등을 근거로 수사의 종결권은 검사에게만 있다고 설명되었다. 그러나 개정 형소법과 검찰청법 하에서도 이와 같은 설명이 타당한지에 대하여 살펴본다.

개정전 형소법 제196조 제1항은 “사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.”, 같은 조 제3항은 “사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다.”고 규정하여 검사와 사법경찰관의 관계에 관하여 지휘·감독관계로 규정하고 검사를 수사의 주체자로 규정하였다. 그러나 개정 형소법은 위 각 조항을 삭제하고, 제195조 제1항에서 “검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다.”고 규정하여 검사와 사법

17) 강수진, 앞의 논문, 45쪽

18) 최호진, 앞의 논문, 78쪽; 김슬기, 앞의 논문, 11쪽

경찰관의 관계에 관하여 대등·협력관계로 개정하였다. 그리고 형소법 제196조에서는 “검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.”, 형소법 제197조 제1항에서는 “사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.”고 규정하면서¹⁹⁾, 나아가 수사권 조정과 검찰개혁의 법제화를 위하여 형소법과 같은 날 개정된 검찰청법 제4조 제1항 제1호에서 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 ‘① 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄, ② 경찰공무원이 범한 범죄, ③ 위 ①·②의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄’로 한정하였다.²⁰⁾ 위 각 개정된 규정들을 종합해 보면 개정 형소법과 검찰청법은 검사와 사법경찰관을 대등한 수사주체로 인정하면서도 사법경찰관에게 일반적 수사권을, 검사에게 한정된 범죄에 대한 수사권을 부여하고 있다고 할 수 있다. 그리고 형소법은 수사의 종결에 관한 일반 원칙이나 조건, 수사종결의 주체에 관한 규정을 두고 있지 않으며, 특히 전형적인 불기소처분인 ‘공소권 없음, 죄가 안됨, 혐의 없음’에 관한 규정을 두고 있지 않다. 위와 같은 형소법과 검찰청법의 규정들 및 규정형식을 종합하면 우리법은 수사종결 주체를 검사로 한정하고 있다고 할 수 없다고 생각되고, 개정 형소법의 불송치결정은 전형적인 불기소처분과 관련하여 수사주체 중 사법경찰관에게 수사종결권을 준 것으로 해석함이 타당하다고 생각된다(위 수사종결권이 잠정적인 것인지 종국적인 것인지에 대해서는 아래에서 구체적으로 서술한다.). 그리고 공소제기 형식으로서의 수사종결권과 불기소 형식으로서의 수사종결권이 반드시 같은 수사주체에게 귀속되어야 한다는 논리적 귀결이 있는 것도 아니므로 공소제기 형식으로서의 수사종결권과 불기소 형식으로서의 수사종결권이 다른 수사주체에게 분배되는 것 또한 가능하다는 점에 비추어 보면 더더욱 그러하다. 나아가 헌법에 수사주체나 수사종결에 관한 규정이 없고 헌법 제12조의 형사절차나 적법절차에 관한 규정에서 수사주체나 수사종결에 관한 원칙이 도출되지도 않으므로 수사종결권을 검사에게만 주느냐 사법경찰관에게도 주느냐의 문제는 헌법적 문제가 아니어서 입법에 의해 얼마든지 변경이 가능한 문제인데, 이번 형소법과 검찰청법의 개정으로 사법경찰관에게 불송치결정권이라는

19) 위 규정들은 일부 자구 수정을 한 것 외에는 개정 전 규정과 동일하다.

20) 구체적인 검사의 수사개시 범죄 범위는 2020. 10. 7. 제정된(2021. 1. 1. 시행) 대통령령인 ‘검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정’ 제2조, 제3조에 규정되어 있다.

일부 수사종결권을 부여한 것으로 볼 수 있다. 물론 검찰에 송치된 사건에 대하여 검사가 불기소처분을 하는 경우는 검사가 불기소의 수사종결권을 가지므로 불기소처분에 대한 수사종결권은 경찰과 검찰에 분산되어 있다.

(2) 경찰의 불송치결정은 중국적 처분이라고 봄이 타당하다고 생각된다. 경찰의 불송치결정이 1차적, 잠정적 처분이라는 위 일반적 견해는 경찰의 불송치결정 자체와 통제방법을 혼동한 것에서 비롯된다. 경찰이 수사를 마쳐 관계서류와 증거물에 대한 종합적 검토를 거친 후 피의자의 혐의 유무에 대한 판단을 하여 불기소함이 적절하다고 판단하여 불송치결정을 하는 것은 수사종결처분으로 중국적 처분에 해당한다. 그리고 불송치결정 후 이루어지는 검사의 기록검토권 및 재수사요청권, 고소인 등에 대한 불송치 취지 및 이유 통지, 고소인 등의 이의신청과 사건송치는 경찰의 중국적 처분인 불송치결정 후의 불송치결정에 대한 통제방법에 지나지 않으므로 불송치결정의 중국성에 영향을 미치지 않는다고 봄이 타당하다. 검사의 기록검토 후 재수사요청이 있거나 고소인 등의 이의신청으로 검찰로 사건이 송치되어 검찰에서 기소 또는 불기소의 결정이 이루어질 수 있는 것은 중국적 처분인 불송치결정에 대한 통제방법에 의한 절차에 의한 것이지 이와 같은 통제방법으로 인하여 이미 내려진 처분인 불송치결정의 성격이 바뀌는 것은 아니라고 생각된다. 이는 지방검찰청이나 지청 검사가 불기소처분을 한 때에 고소권자가 불복방법으로 항고를 하여 고등검찰청에서 재기수사 명령을 내리거나 직접 경정결정을 내릴 수 있는 경우나 고소권자가 항고 기각 결정 후 불복방법으로 재정신청을 하여 고등법원에서 공소제기 결정을 할 수 있는 경우 지방검찰청이나 지청 검사가 한 불기소처분을 잠정적 처분이라고 하지 않는 것에 비추어 보면 더더욱 그러하다. 또한 검사의 기록검토 후 불송치결정이 타당하다고 인정되면 재수사요청 없이 불송치결정이 그대로 유지되는데 이 경우 불송치결정의 유지를 불송치결정에 대한 검사의 승인절차라고 할 수 없으므로 경찰의 불송치결정 자체가 잠정적이라고 볼 수 없다. 그리고 검사는 불송치결정 후 송부받은 기록을 검찰청에 가지고 있을 수 없고 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 하며, 기록검토 후 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에만 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있고, 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에도 직접 결정을 경정할 수 없다는 점에 비추어 보아도 경찰의 불송치결정이 잠정적 처분이라고 할 수 없다.

따라서 경찰의 불송치결정은 불송치결정을 함으로써 불송치의 중국적·확정

적 의사가 표시되어 중국적 처분이 되는 것이고 그 이후의 이의신청 등 통제방법은 중국적·확정적 처분이 잘못된 경우를 시정하기 위한 후속 절차에 불과하다고 할 것이다. 이와 같은 불송치결정은 경찰 수사 후 피의자의 혐의 유무에 대한 판단을 하여 불기소함이 적절하다고 판단되는 경우 조기에 수사종결을 하도록 하는 제도로 검찰로 송치된 경우의 검찰의 불기소 처분과 더불어 넓은 의미의 불기소처분에 해당하는 수사종결처분으로 봄이 타당하다고 생각된다.

한편 사법경찰관이 불송치결정을 한 경우 사건 관계서류와 증거물을 검사에게 송부한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 등에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 하는데(형소법 제245조의6), 위 불송치 취지 및 이유 통지가 불송치결정의 외부적 의사표시에 해당할 것이다.

(3) 수사준칙규정 제51조 제1항은 사법경찰관은 사건을 수사한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 결정해야 한다고 규정하고 있다.

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

위 규정에 의하면 불송치의 구체적 내용은 검사가 하는 불기소처분의 내용과 동일한바, 위 규정에 의하더라도 경찰에게 실질적, 중국적 수사종결권으로서의 불송치결정권을 인정한 것으로 봄이 타당하다.

(4) 경찰의 불송치결정의 법적 성격에 관한 일반적 견해는 만약 불송치결정이 중국적 처분이라면 이에 대한 불복절차는 현행법상 검찰항고와 같은 내부적 절차에 의한 불복절차 뿐만 아니라 재정신청과 같은 외부적 불복절차가 마련되어야 하는데 이와 같은 불복절차가 없으므로 경찰의 불송치결정이 잠정적 처분에 불과하다고 한다.

그러나 처분의 중국성을 판단하는데 내·외부적 불복절차가 반드시 있어야

한다는 논리적 근거는 없고, 불복절차는 국민의 기본권과 적법절차, 사건처리의 지연방지 등 여러 요소들을 고려하여 입법적으로 해결할 문제이다. 그리고 처분의 통제방법으로는 내부적 불복절차 보다는 외부적 불복절차가 더 중요할 것인데, 경찰의 불송치결정의 경우 고소인 등의 이의신청시 사건을 경찰 외부기관인 검찰로 송치하여 검찰에서 경찰의 수사결과에 대하여 판단하도록 하는 외부적 불복절차가 마련되어 있다고 할 수 있다. 따라서 경찰의 불송치결정에 대한 외부적 불복절차가 마련되어있지 않다는 위 일반적 견해는 사실을 오인한 주장이라고 할 수 있다.

(5) 불송치결정의 법적 성격에 관한 일반적 견해는 중국적 수사종결은 준사법적 처분이고 준사법적 처분은 판단기관의 독립성·공정성·객관성과 함께 이에 불복하는 당사자의 권리를 보장하는 최소한의 장치를 요구하는데 경찰의 불송치결정은 이와 같은 조건이 구비되지 않아 준사법적 처분이라고 할 수 없어 중국적 수사종결처분이라고 할 수 없다고 한다.

검찰청법 제4조 제1항은 검사를 공익의 대표자로 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 “검사는 그 직무를 수행할 때 국민 전체에 대한 봉사자로서 헌법과 법률에 따라 국민의 인권을 보호하고 적법절차를 준수하며, 정치적 중립을 지켜야 하고 주어진 권한을 남용하여서는 아니 된다.”고 규정하며, 제7조 제1항은 “검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따른다.”고 규정하면서도 제2항에서 “검사는 구체적 사건과 관련된 제1항의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다.”고 규정하고, 제8조는 “법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다.”고 규정하여 검사의 독립성·공정성·객관성을 규정하고 있다. 그리고 검사의 불기소처분에 대하여는 불복방법으로 검찰청법 제10조에 항고 및 재항고를, 형소법 제260조에 재정신청을 규정하고 있고, 기소유예처분에 대하여는 헌법소원²¹⁾이

21) 헌법소원은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없고(헌법재판소법 제68조 제1항 단서), 법원의 재판에 대하여는 헌법소원이 허용되지 않는다(헌법재판소법 제68조 제1항 본문). 고소인은 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청을 할 수 있고 이를 기각한 법원의 결정에 대하여는 헌법소원이 허용되지 않으므로 결국 고소사건은 헌법소원의 대상이 될 수 없다. 그리고 고발인은 헌법소원 청구요건으로서의 자기관련성이 인정되지 않으므로 헌법소원을 청구할 수 없다는 것이 헌법재판소의 입장이다(헌재 1989. 12. 22. 89헌마145). 따라서 불기소처분에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있는 청구권자는 고소하지 않은 피해자(헌재 2010. 6. 24. 2008헌마716)와 기소유예를 받은 피의자(헌재 2017. 5. 25. 2017헌마1)뿐이다.

인정되고 있다.

그러나 경찰에 대하여도 아래와 같은 독립성·공정성·객관성을 담보하는 규정이 있고, 불송치결정에 대하여 불복하는 당사자의 권리를 보장하는 최소한의 장치가 마련되어 있으므로 불송치결정의 법적 성격에 관한 일반적 견해가 주장하는 위와 같은 주장은 타당하다고 할 수 없다.

국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률(구 경찰법)²²⁾²³⁾ 제4조 제1호는 경찰의 첫째 임무로 “국민의 생명·신체 및 재산의 보호”를 규정하여 경찰의 공익성을 규정하고 있고, 제5조는 “경찰은 그 직무를 수행할 때 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리 및 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고, 국민 전체에 대한 봉사자로서 공정·중립을 지켜야 하며, 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다.”고 규정하며, 제6조 제1항은 “경찰공무원은 상관의 지휘·감독을 받아 직무를 수행하고, 그 직무수행에 관하여 서로 협력하여야 한다.”고 규정하면서도 제2항에서 “경찰공무원은 구체적 사건수사와 관련된 제1항의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다.”고 규정하여 경찰의 독립성·공정성·객관성을 규정하고 있다. 그리고 형소법 제245조의7 제1항에서 사법경찰관으로부터 불송치결정 통지를 받은 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있도록 하고, 같은 조 제2항에서 사법경찰관은 이의신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 이의신청인에게 통지하도록 하여 경찰의 불송치결정에 불복하는 당사자의 권리를 보장하는 최소한의 장치를 마련하고 있다.

나아가 행정처분에도 불복하는 당사자의 권리를 보장하는 장치가 필요할 수 있는바, 불복하는 당사자의 권리 보장 여부가 준사법적 처분의 요건이라고 할 수도 없다.

22) 수사권조정으로 인한 경찰권력의 비대화를 막기 위해 자치경찰제의 도입이 추진되었고 이에 따라 수사권조정 관련 법률의 개정과 더불어 경찰조직을 개편하는 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률이 구 경찰법을 대체하여 제정되었다.

23) 위 법률에서는 경찰사무를 국가경찰사무와 생활안전, 교통, 경미사건 수사 등 자치경찰사무로 나누고, 경찰 사무를 지역적으로 분담하여 수행하기 위하여 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도에 시·도 경찰청을 두고 시·도 경찰청 소속으로 경찰서를 두고 있다(국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률 제4조, 제13조).

Ⅲ. 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법

1. 검사의 기록검토권 및 재수사요청권

사법경찰관이 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에 범죄의 혐의가 있다고 인정되어 검사에게 사건을 송치하는 경우 외에는, 즉 사건을 불송치하는 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다(형소법 제245조의5 제2호 본문). 이 경우 검사는 송부받은 날부터 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다(형소법 제245조의5 제2호 단서). 검사는 이 경우 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있다(형소법 제245조의8 제1항). 사법경찰관은 재수사 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 한다(형소법 제245조의8 제2항).

검사가 사법경찰관에게 재수사를 요청하려는 경우 관계 서류와 증거물을 송부받은 날부터 90일 이내에 해야 하지만, ① 불송치 결정에 영향을 줄 수 있는 명백히 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우, ② 증거 등의 허위, 위조 또는 변조를 인정할 만한 상당한 정황이 있는 경우에는 관계 서류와 증거물을 송부받은 날부터 90일이 지난 후에도 재수사를 요청할 수 있다(수사준칙규정 제63조 제1항). 검사가 재수사를 요청할 때에는 그 내용과 이유를 구체적으로 적은 서면으로 해야 하고, 경찰로부터 송부받은 관계 서류와 증거물을 사법경찰관에게 반환해야 한다(수사준칙규정 제63조 제2항). 그리고 검사가 재수사를 요청한 경우 그 사실을 고소인 등에게 통지해야 한다(수사준칙규정 제63조 제3항). 사법경찰관은 재수사 중인 사건에 대해 형소법 제245조의7 제1항에 따른 고소인 등의 이의신청이 있는 경우에는 재수사를 중단해야 하며, 같은 조 제2항에 따라 해당 사건을 지체 없이 검사에게 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부해야 한다(수사준칙규정 제65조). 검사가 사법경찰관으로부터 송부받은 불송치기록을 검토하는 경우 피의자, 사건관계인 또는 그 변호인 등으로부터 사실관계 등의 확인을 위한 자료를 제출받거나 공무소 그 밖의 공사단체에 조회하는 등의 방법으로 사법경찰관이 송치하지 않은 것이 위법 또는 부당한지 여부를 판단할 수 있다(검찰사건사무규칙 제134조 제1항).

검사의 기록검토권 및 재수사요청권은 경찰에게 불송치결정권을 부여할 경우 경찰에 의하여 사건이 부당하게 은폐되거나 부실하게 수사를 하여 불송치

하는 경우를 방지하기 위한 것으로 보인다.

재수사요청은 개정 형소법 제197조의2 제1항 제1호의 보완수사와는 구별된다. 형소법 제245조의5 제1호에 의하면 사법경찰관이 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다. 사법경찰관의 송치처분은 피의자에게 범죄의 혐의가 있다고 인정되어 검사가 공소를 제기할 수 있다고 판단될 때에 하는 처분이다. 이와 같이 사건을 송치받은 검사는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다.²⁴⁾ 경찰이 범죄의 혐의가 있다고 인정하여 사건을 송치하였음에도 검사가 기록 검토 결과 피의사실이 명확하지 않아 공소 제기 여부를 결정하기 어렵거나 공소제기 후라도 공소의 유지에 필요한 경우 보완수사를 요구할 수 있는 것이다. ‘보완’이라는 개념은 사건이 종결되지 않았음을 전제로 하는바, 경찰의 송치결정의 경우 공소제기 및 공소유지를 예정하고 있어 사건이 종결되지 않았기 때문에 ‘보완’수사를 요구할 수 있는 것이다. 그러나 ‘재수사’라는 개념은 수사를 종결하였다가 다시 시작한다는 의미를 가지고 있는바, 경찰의 불송치결정으로 일단 수사종결이 된 사건을 다시 수사한다는 개념이다. 이러한 관점에서 검찰 송치의 경우 수사는 종결되었다고 보기 어렵기 때문에 검사는 사건에 대한 보완적 수사를 할 수 있지만 불송치의 경우 수사는 종결되었기 때문에 사건에 대한 보완수사는 불가능하다.²⁵⁾ 따라서 검사는 직접 수사를 진행하지 못하고 경찰에 대하여 재수사요청만 가능하다.²⁶⁾ 검찰사건사무규칙 제134조 제1항은 “검사가 사법경찰관으로부터 송부받은 불송치기록을 검토하는 경우 피의자, 사건관계인 또는 그 변호인 등으로부터 사실관계 등의 확인을 위한 자료를 제출받거나 공무소 그 밖의 공사단체에 조회하는 등의 방법으로 사법경찰관이 송치하지 않은 것이 위법 또는 부당한지 여부를 판단할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이와 같이 자료를 제출받거나 공무소 등에 조회를 하는 것은 수사에 해당할 수 있어 형소법 제245조의8 제1항, 제2항의 취지에 반할 수 있다. 특히 부령인 검찰사건사무규칙에서 위와 같은 내용을 규정한 것은 위임입법의 한계를 벗어난 것이 아

24) ‘사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우’도 검사는 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다(형소법 제197조의2 제1항 제2호)

25) 최호진, 앞의 논문, 82쪽

26) 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 『형사정책』 제30권 제2호, 2018. 8., 75쪽

닌가 하는 생각이 든다.

재수사요청에서의 ‘요청’은 보완수사요구에서의 ‘요구’보다 완화된 개념이다.

검사가 불송치결정에 대하여 위법 또는 부당을 이유로 재수사를 요청하는 경우 경찰은 재수사결과 범죄혐의가 있다고 인정되면 검사에게 사건을 송치하고 관계서류와 증거물을 송부하게 되지만 기존의 불송치결정을 유지하면 재수사결과서에 그 내용과 이유를 구체적으로 기재하여 검사에게 통보하게 된다(수사준칙규정 제64조 제1항). 검사는 사법경찰관이 기존의 불송치결정을 유지하여 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 다시 재수사를 요청 하거나 송치요구를 할 수 없다(수사준칙규정 제64조 제2항 본문)²⁷⁾. 다만, 사법경찰관의 재수사에도 불구하고 관련 법리에 위반되거나 송부받은 관계 서류 및 증거물과 재수사결과만으로도 공소제기를 할 수 있을 정도로 명백히 채증법칙에 위반되거나 공소시효 또는 형사소추의 요건을 판단하는 데 오류가 있어 사건을 송치하지 않은 위법 또는 부당이 시정되지 않은 경우에는 재수사 결과를 통보받은 날부터 30일 이내에 법 제197조의3(시정조치요구 등)에 따라 사건송치를 요구할 수 있다(수사준칙규정 제64조 제2항 단서).

2. 고소인 등에 대한 불송치 취지 및 이유 통지

사법경찰관이 불송치결정을 한 경우 사건 관계서류와 증거물을 검사에게 송부한 날로부터 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(형소법 제245조의6). 불송치의 취지 뿐만 아니라 그 이유까지 통지하도록 하고 있는데, 검사의 불기소처분의 경우 고소인, 고발인에게 그 취지만을 통지하고(형소법 제258조 제1항), 고소인, 고발인의 청구가 있는 경우에 7일 이내에 서면으로 그 이유를 설명하도록 한 것(형소법 제259조)과 차이가 있다. 그리고 고소인, 고발인 외에 피해자 또는 그 법정대리인에게도 통지하도록 한 것도 차이가 있다.

27) 형소법에는 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 다시 재수사를 요청 할 수 있는지에 대하여 규정하지 않아 재수사요청과 재수사결과 통보가 무한 반복 될 수 있다는 우려가 있었는데, 수사준칙규정에서 재수사결과를 통보한 사건에 대해서 원칙적으로 다시 재수사를 요청하거나 송치 요구를 할 수 없다고 규정하여 이 문제를 해결하였다. 그러나 형소법에 규정되지 않은 위와 같은 중요한 내용을 대통령령으로 규정하는 것이 위임입법의 한계를 벗어난 것이 아닌지 의문이 든다.

이와 같이 고소인 등에게 이유까지 통지하도록 한 것은 고소인 등이 수사결과와 당부를 검토하여 수용하거나 형소법 제245조의7 제1항에 따른 이의를 제기하는 판단을 할 수 있도록 하기 위한 것으로 보인다.

3. 고소인 등의 이의신청과 사건송치

사법경찰관으로부터 불송치결정 통지를 받은 고소인·고발인·피해자²⁸⁾ 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다(형소법 제245조의7 제1항). 사법경찰관은 이의신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 이의신청인에게 통지하여야 한다(형소법 제245조의7 제2항).

이의를 신청할 수 있는 자는 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인이므로 인지사건의 경우 이의신청 대상이 될 수 없다.

IV. 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법의 문제점과 개선방안

1. 재수사요청권의 문제점과 개선방안

사법경찰관은 재수사 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 한다(형소법 제245조의8 제2항). 그러나 사법경찰관이 재수사 요청에 응하지 않는 경우 재수사를 강제하게 하거나 검사에게 사건을 송치하게 하는 등의 강제절차는 없다.

사법경찰관이 검사에게 사건을 송치한 경우, 검사는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있는데(형소법 제197조의2 제1항), 사법경찰관은 보완수사 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 하고(형소법 제197조의2 제2항), 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 제1항의 요구에 따르지 아니하

28) 형소법 제245조의7 제1항의 ‘고소인 등’에 포함되어 있는 ‘피해자’개념의 불명확성으로 이의제기권의 보장범위가 제한될 수 있다는 견해가 있다(이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치결정에 대한 통제방법에 관한 헌법적 분석”, 『형사정책』 제30권 제2호, 2018, 180쪽

는 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있다(형소법 제197조의2 제3항).

재수사 요청의 경우 이와 같은 보완수사 요구 불응시의 직무배제 또는 징계 요구 규정이 없는바, 재수사요청의 실효성을 확보하기 위해 직무배제 또는 징계요구권을 신설할 필요가 있다고 생각된다.

수사준칙규정 제64조 제2항 본문에 의하면 불송치와 재수사 요청의 반복을 방지하기 위하여 검사는 사법경찰관이 기존의 불송치결정을 유지하여 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 원칙적으로 다시 재수사를 요청을 하거나 송치요구를 할 수 없다고 규정하면서도, 단서에서 사법경찰관의 재수사에도 불구하고 관련 법리에 위반되거나 송부받은 관계 서류 및 증거물과 재수사결과만으로도 공소제기를 할 수 있을 정도로 명백히 채증법칙에 위반되거나 공소시효 또는 형사소추의 요건을 판단하는 데 오류가 있어 사건을 송치하지 않은 위법 또는 부당이 시정되지 않은 경우에는 재수사 결과를 통보받은 날부터 30일 이내에 법 제197조의3(시정조치요구 등)에 따라 사건송치를 요구할 수 있다고 규정하고 있는바, 실무상 검사가 위 단서 규정의 ‘송부받은 관계 서류 및 증거물과 재수사결과만으로도 공소제기를 할 수 있을 정도로 명백히 채증법칙에 위반되거나’ 부분을 남용하여 송치요구를 하는 경우 경찰의 불송치결정 제도가 무용화 될 수도 있다고 생각된다. 위와 같이 사법경찰관이 기존의 불송치결정을 유지하여 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 검사가 사법경찰관과 의견이 달라 송치를 요구하는 것은 사법경찰관의 판단보다 검사의 판단의 우월을 전제하는 것인바, 위와 같은 재수사결과 통보 후의 송치요구에 대한 사법경찰관의 이의신청제도가 마련되어야 한다고 생각된다. 이의를 담당하는 기관은 사법경찰관과 검사, 외부 법률전문가로 이루어진 위원회(위원 과반수 이상이 외부전문가로 구성되는 것이 바람직하다고 생각된다)나 재정신청의 경우와 같이 법원에서 담당하는 것이 바람직해 보인다. 그리고 법원에서 담당하는 경우, 재정신청의 경우 고등검찰청에 항고를 거쳐 이루어지므로 고등법원에서 담당하지만, 사법경찰관이 기존의 불송치결정을 유지하여 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 검사가 사법경찰관과 의견이 달라 송치를 요구하는 것은 지방검찰청 단계의 문제이므로 지방법원에서 담당하는 것이 타당하다고 생각된다.

2. 고소인 등의 이의신청과 사건송치의 문제점과 개선방안

1) 고소인 등의 이의신청과 사건송치 제도에 대하여는 재판도 3심까지 받기를 원하고 검찰의 불기소처분에 대하여 항고나 재정신청을 남발하는 시민들의 성향을 고려하면 경찰의 불송치결정에 승복할 고소인 등이 얼마나 될지 의문이라는 우려가 있다.²⁹⁾ 이와 같은 우려가 현실화 된다면 경찰의 불송치결정 제도는 무력화되고 고소인 등에게는 이의신청이라는 추가적인 절차의 부담을 지우고 피의자에게는 이중수사의 부담을 지우며, 형사절차가 지연되는 문제가 발생할 수 있다. 다만 이는 제도의 문제가 아니라 운영상의 문제이므로 경찰수사의 충실화와 경찰수사에 대한 신뢰확보를 통하여 경찰의 결정에 대한 승복율을 높이는 방법으로 해결해야 할 문제이다. 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률의 제정, 시행으로 수사업무를 담당하는 경찰과 생활안전, 교통, 경미사건 수사 등 자치행정업무를 담당하는 경찰이 분리되고, 수사경찰의 전문화가 이루어지게 되었는바, 수사경찰의 법지식, 인권의식과 수사역량을 높이기 위한 방안으로 수사경찰 분야에서의 변호사 자격자들의 대폭적인 채용을 통하여 법률전문가들을 수사경찰에 전면 배치하는 획기적인 개혁이 이루어져야 할 것으로 보인다. 현재 로스쿨 출신 변호사들이 해마다 1700여명씩 대량으로 쏟아져 나오고 있는바, 수사경찰 분야에서 이들을 적극적으로 채용하여 수사경찰을 검찰과 대등한 정도의 법률전문가로 구성한다면 경찰 수사에 대한 신뢰가 높아져 불송치결정 등 경찰의 결정에 대한 승복율이 높아질 것으로 기대된다.

2) 고소인 등의 이의신청권은 경찰 내부가 아닌 다른 기관인 검찰에서 수사 결과의 당부에 대한 판단을 받기 위한 제도라는 점에서 검찰의 불기소처분에 대해 고소권자가 불복할 경우 고등법원에 재정신청을 할 수 있는 것(형소법 제260조)과 그 구조가 유사하다. 위 이의신청의 경우 조문상 재정신청의 경우와는 달리 ‘이의신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 이의신청을 이유 있게 하는 사유’를 기재하여야 한다는 문구가 없으므로 이의신청시 단순히 ‘이의한다’는 의사표시만 하면 될 것으로 보인다. 그러나 이의신청의 남용을 방지하기 위해 재정신청의 경우와 같이 ‘이의신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 이의신청을 이유 있게 하는 사유’를 기재하도록 개정을 하는

29) 이원상, 앞의 논문, 76쪽

것이 바람직해 보인다.³⁰⁾

많은 고소인 등이 경찰의 불송치결정에 대하여 이의신청을 할 것이 예상되고, 이와 같은 경우 경찰의 불송치결정 제도가 무의미한 절차가 되거나 절차치연의 폐단을 초래하는 제도가 될 수 있다는 점에 비추어 보면 더더욱 개정이 필요해 보인다.

3) 개정 형소법은 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 경찰 내부적 절차를 거치지 않고 검사에게 바로 사건을 송치하도록 하고 있는데³¹⁾, 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 경찰내부에서 불송치결정의 적법·타당성에 대하여 판단을 할 수 있는 절차가 필요하다고 생각된다. 경찰내부에서 불송치결정의 적법·타당성에 대하여 판단을 할 수 있는 절차가 생기면 절차가 하나 더 생기는 것이 되어 사건처리 절차가 더 지연될 수도 있으나, 사법경찰관의 잘못된 불송치결정을 경찰 내부에서 바로잡는 경우는 더 신속한 사건처리가 될 것이다.

경찰내부에서 불송치결정의 적법·타당성에 대하여 판단을 할 수 있는 절차와 관련하여 현재 경찰에서 시행하고 있는 수사이의제도, 수사심사관제도를 활용할 수 있는지와 2018. 6. 21. 발표된 ‘검·경 수사권 조정 정부합의문’에 있던 수사심의위원회의 설치 방안에 대하여 검토한다.

(1) 수사이의제도의 활용

수사이의제도는 경찰청 예규 제557호에 의하여 운영되는 제도이다. 사건 관계인이 제기한 수사이의에 대한 처리기준 및 수사관의 수사과오에 대한 평가, 경찰관서내 구체적 수사지휘에 대한 이의제기사건의 심의 및 의견제시 등을 규정하여 수사의 공정을 기하는 것을 목적으로 하고 있다. 수사이의에 대한 심의를 하는 수사이의심사위원회는 9명 이상 14명 이내의 외부위원과 6명의 내부위원으로 구성되는데 외부위원은 경찰청 소속 공무원이 아닌 사람으로 수사에 관한 전문적인 지식이나 경험이 있는 수사전문가나 변호사 또는 법과대학 부교수 이상의 법률전문가로 구성되고, 내부위원은 지방경찰청 수사부서의 과

30) 제정신청의 경우 ‘이의신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 이의신청을 이유 있게 하는 사유’를 구체적으로 기재하지 않은 경우 형소법 제262조 제1항 제1호의 ‘신청이 법률상 방식에 위배된 때’에 해당되어 기각된다.

31) 이의신청의 경우 내부적 통제장치 없이 바로 검찰송치로 이어지므로 불송치결정권의 도입 취지 중 하나인 경찰수사의 내부적 책임성 강화라는 목적 달성이 곤란해 질 수 있고, 경찰 수사에 대한 국민의 신뢰제고라는 측면에서 문제가 있다는 견해가 있다(최호진, 앞의 논문, 81쪽; 김슬기, 앞의 논문, 22쪽)

장이나 계장으로 구성되어 있다. 수사이의심사제도는 수사에 대한 공정성을 높이고 수사절차에서의 시민참여의 가능성을 열어주는 제도이다.

그러나 수사이의제도는 편파수사, 강압수사 등 수사과정에서의 구체적 수사태도 등에 대하여 사건관계인이 제기한 이의 등을 처리하거나 구체적 수사지휘에 대한 이의제기사건의 처리를 위한 제도로 수사종결 단계에서 불송치결정에 대한 고소인 등의 이의제기가 있는 경우 불송치결정의 위법·부당 여부를 처리하는 절차로서는 적당하다고 생각되지 않는다. 불송치결정에 대한 이의제기가 있는 경우 불송치결정의 위법·부당 여부를 판단하는 절차는 수사과정에서의 개별적이고 구체적 문제가 아닌 전체 수사결과를 바탕으로 한 결론의 타당성 심사에 중점이 있기 때문이다.

(2) 수사심사관제도의 확대, 활용

수사심사관은 경찰서장 직속 기구로 경찰서 전체의 사건의 수사과정·결과가 타당한지 심사·지도하는 역할을 담당하고, 평균 수사경력 20년의 수사전문가(수사자료 분석, 회계부정, 불법사금융 전문수사관 등)들을 선발하여 2019. 8. 부터 전국 6개 경찰서에 시범운영하고 있다.³²⁾ 수사심사관은 사건을 종결하기 전에 추가적인 수사가 필요한 부분은 없는지, 증거수집이나 분석이 적법하고 적절하게 이루어졌는지, 모든 수사가 빠짐 없이 공정하게 이루어졌는지를 심사하여 수사를 종결하는 것이 적절한 것인지에 대하여 결정하게 된다.

수사심사관제도도 수사과정에서 전문적인 수사심사관의 도움을 받아 수사역량을 제고하기 위한 것에 중점을 둔 제도로 수사종결 단계에서 불송치결정에 대한 고소인 등의 이의제기가 있는 경우 불송치결정의 위법·부당 여부를 판단하는 절차로서는 적당하다고 생각되지 않는다. 수사심사관은 평균 수사경력 20년의 수사전문가로 수사역량을 높이기 위한 제도로 경찰서별로 구성되어 있는데, 불송치결정에 대한 이의제기가 있는 경우 불송치결정의 위법·부당 여부 등을 심사하는 기관은 아래에서 보는 바와 같이 지방경찰청 단위로 설치되는 것이 바람직하고, 수사전문가 못지 않게 법률전문가의 참여가 중요하며, 외부위원의 수가 과반수 이상 되어야 바람직하다고 생각되기 때문이다.

32) 정부24, 기관소식:수사심사관으로 수사완결성·신뢰도 높인다. 경찰청브리핑자료, 2019. 11. 18.: <https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156361310> (2021. 3. 10. 최종 검색). 6개 경찰서는 서울 송파, 인천 남동, 광주 서부, 경기남부 수원서부·안성, 전남 함평이다.

(3) 수사심의위원회의 설치

개정 형소법에는 수사심의위원회에 대한 규정이 없지만, 2018. 6. 21. 발표된 ‘검·경 수사권 조정 정부합의문’³³⁾에는 수사심의위원회에 대한 내용이 있었다. 검·경 수사권 조정 정부합의문에 의하면 “경찰은 국가수사본부(가칭) 직속 수사심의위원회를 설치하여 반기별로 모든 불송치결정(검사가 재수사를 요청한 사건을 포함한다)의 적법·타당 여부를 심의하여야 한다. 심의결과 불송치 결정이 위법·부당하다고 판단한 경우 경찰은 사건을 재수사하여야 한다.”고 되어 있다.

위 합의문상 수사심의위원회에 관한 내용을 보면 수사심의위원회는 경찰이 불송치결정한 사건에 대하여 고소인 등이 이의신청한 사건을 심의하기 위한 위원회가 아니라 검사가 재수사를 요청한 사건을 포함하여 경찰이 불송치결정한 사건 전체에 대하여 6개월에 한번씩 점검하는 의미에서 불송치 결정의 적법·타당 여부를 심의하는 기관이다. 그리고 수사심의위원회의 구성·운영 등 구체적인 내용에 대하여는 언급하고 있지 않다.

생각건대, 경찰의 불송치결정에 대하여 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 불송치결정의 적법·타당 여부를 심의·의결하기 위하여 경찰 내부에 수사심의위원회를 설치하되 위 정부합의안과는 달리 다음의 내용으로 설치하는 것이 타당하다고 본다.

① 수사심의위원회는 경찰의 불송치결정에 대하여 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 검찰에 송치하기 전 단계에서 경찰 내부적으로 불송치결정의 적법·타당 여부를 심의·의결하기 위하여 설치한다.

② 경찰의 불송치결정에 대한 고소인 등의 이의신청 사건의 수가 상당수에 이를 것으로 예상되는바, 국가수사본부에 1개의 수사심의위원회만 설치하여서는 전국의 모든 이의신청 사건을 처리하는 것이 불가능해 보이므로, 각 시, 도경찰청 단위로 설치한다.

③ 수사심의위원회의 구성은 수사전문가인 경찰 내부위원과 외부위원으로 구성하되, 외부위원은 경찰청 소속 공무원이 아닌 사람으로 수사에 관한 전문적인 지식이나 경험이 있는 수사전문가나 변호사 또는 법과대학 부교수 이상의 법률전문가로 구성한다.

④ 시, 도경찰청별로 설치된 수사심의위원회는 고소인 등의 이의사건이 어

33) 2018. 6. 21. 발표된 ‘검·경 수사권 조정 정부합의문’,
<http://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=1546651602226101> (2021. 3. 10. 최종 검색)

느정도 모여서 심의가 필요한 경우 수시로 소집한다.

⑤ 수사심의위원회는 심의권한 뿐만 아니라 의결권한도 가진다.

⑥ 수사심의위원회의 심의 결과 재수가 필요한 사건은 재수사 명령을 내리고 공소제기가 가능하다고 판단되는 사건은 불송치결정을 경정하고 검찰에 공소제기를 위한 송치결정을 하도록 한다. 불송치결정 경정과 공소제기를 위한 검찰에의 송치결정은 불송치결정을 한 사법경찰관에게 명할 수도 있고 수사심의위원회에서 직접 할 수도 있다.

⑦ 수사심의위원회의 심의결과 불송치결정이 타당하다고 판단한 경우 기록을 처분 사법경찰관에게 반환하게 될 것이고, 기록을 반환받은 사법경찰관은 고소인 등이 이의신청한 사건이므로 검찰에 송치하게 될 것이다.

V. 결론

그동안 논의되던 수사권 조정과 검찰개혁의 법제화와 관련하여 2020. 2. 4. 형소법과 검찰청법이 개정되었는데, 그 주요 내용은 수사에 있어서 검사의 사법경찰관에 대한 지휘권 폐지 및 검사와 사법경찰관의 협력관계 규정, 경찰의 불송치결정권 인정, 검찰의 직접 수사개시 권한 축소, 검사와 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건의 동일화 등이다. 그 중에서도 사법경찰관이 수사를 완료한 후 관계서류와 증거물을 토대로 피의자의 혐의 유무에 대한 판단을 하여 불기소함이 적절하다고 판단되는 경우 검찰에 송치하지 않는 결정을 하는 권한인 경찰의 불송치결정권의 신설은 수사종결체계와 관련하여 중요한 변화인데, 불송치결정의 법적성격, 통제방법의 실효성 등과 관련하여 여러 논란이 있을 수 있는바, 본 논문에서는 이에 대하여 살펴보았다.

구체적으로 수사종결의 의의, 불송치결정의 의의 및 법적 성격, 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법인 검사의 기록검토권 및 재수사요청권, 고소인 등의 이의신청과 사건송치, 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법의 문제점과 개선방안에 대하여 살펴보았다.

특히 불송치결정의 법적 성격에 대하여 기존의 일반적 견해는 중국적 처분이 아니라 1차적, 잠정적 처분이라고 하고 있는데, 필자는 개정 형소법과 검찰청법상 수사종결권의 주체 및 수사주체 사이의 관계와 법 개정내용, 불송치결정 자체와 통제방법을 혼동한 기존 견해의 문제점, 수사준칙규정의 내용, 내 ·

외부적 불복절차, 수사종결처분의 준사법적 처분성 등의 관점에서 기존의 일반적 견해와 달리 불송치결정이 종국적 처분이라는 사건을 제시하였다.

그리고 경찰의 불송치결정에 대한 통제방법의 문제점과 개선방안과 관련하여 ① 재수사요청권 부분에서, 사법경찰관이 재수사 요청에 응하지 않는 경우 직무배제 또는 징계요구 규정의 신설 필요성, 사법경찰관이 기존의 불송치결정을 유지하여 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 검사가 사법경찰관과 의견이 달라 송치를 요구하는 경우 사법경찰관의 이의신청제도의 신설 필요성과 이의신청을 담당하는 기관의 구성방식, ② 고소인 등의 이의신청 부분에서, 이의신청의 남용을 방지하기 위하여 이의신청서에 '이의신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 이의신청을 이유 있게 하는 사유'를 기재하도록 하는 방안, 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 경찰내부에서 불송치결정의 적법·타당성에 대하여 판단을 할 수 있는 절차의 필요성과 이를 담당할 기관의 구성 및 운영 방법과 권한 등에 대하여 개인적 견해를 제시하였다.

경찰의 불송치결정 제도가 도입된지 얼마 되지 않아 실무에서 구체적으로 어떻게 운영될지 알 수 없으나, 국민의 인권보호와 법치주의의 확립, 적법절차라는 헌법적 가치가 구현될 수 있도록 제도가 운영되어야 할 것이다. 그리고 본 논문에서 제시한 개인적 견해와 제안된 개선책이 조금이나마 도움이 되기를 바란다.

[참고문헌]

<단행본>

- 신동운, 「간추린 신형사소송법(제12판)」, 법문사, 2020
- 이동희/최성락, 「수사구조개혁이 국민편익에 미칠 영향에 대한 법경제학적 연구」, 경찰청, 2016
- 이승호/이인영·심희기·김정환, 「형사소송법강의(제2판)」, 박영사, 2020
- 이은모/김정환, 「형사소송법(제7판)」, 박영사, 2019
- 이재상/조균석, 「형사소송법(제10판)」, 박영사, 2015
- 이재상/조균석/이창운, 「형사소송법(제13판)」, 박영사, 2021
- 이주원, 「형사소송법(제2판)」, 박영사, 2020
- 정승환, 「형사소송법」, 박영사, 2018

<논문>

- 강수진, “수사종결의 법적 성격에 대한 고찰”, 「인권과 정의」, 2020. 8.
- 김슬기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체계 검토”, 「형사정책」, 제32권 제3호, 2020. 10.
- 김정환, “불기소처분의 주문유형에 대한 실무적 고찰”, 「인권과 정의」(Vol. 437), 2013. 11.
- 윤동호, “사법경찰관의 1차적 수사종결권의 법제화 방안”, 「형사정책」 제30권 제2호, 2018
- 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 「형사정책」 제30권 제2호, 2018. 8.
- 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치결정에 대한 통제방법에 관한 헌법적 분석”, 「형사정책」 제30권 제2호, 2018
- 정승환, “검·경 수사권조정 합의안에 대한 평가”, 형사법관련 6개학회 대토론회: 수사권 조정 정부 합의안에 대한 형사법적 고찰, 2018. 7.
- 최호진, “수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점”, 「형사정책」, 제32권 제1호, 2020. 4.
- 표성수, “검사의 불기소결정의 법적 정비를 위한 제언”, 「고시계」, 2019. 1.
- 경찰청, “수사권 조정에 대한 의견서”, 2018. 5. 31.
- 정부24, 기관소식:수사심사관으로 수사완결성·신뢰도 높인다. 경찰청브리핑자료, 2019. 11. 18.: <https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=>

156361310 (2021. 3. 10. 최종 검색).

법무부, 검·경 수사권 조정 정부합의문

<http://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=15466516022>

26101 (2021. 3. 10. 최종 검색)

[Abstract]

The Legal Nature of Police's Non Transfer Decision, Problems and Improvement Plan of The Control Methods about Police's Non Transfer Decision in The revised Criminal Procedure Law

Kim, Hyun Cheol*

The Criminal Procedure Law and the Public Prosecutors' Office Act was revised regards the legislation of the adjustment of investigative powers and the prosecutor's reform which we've been discussing on February 4, 2020, including the abolition of prosecutor's command to judicial policeman and cooperative relationship regulations between prosecutor and judicial policeman, recognition of police's non transfer decision right, reduction of the prosecution's authority to beginning a direct investigation, equalization of the requirements for the recognition of evidence capabilities of the suspect's interrogation report written by prosecutor and judicial policeman.

Among them, the establishment of police's non transfer decision right which the judicial policeman shall determine whether the suspect is suspected based on related documents and evidence after completing the investigation and decide non transfer decision to prosecutor is an important change in investigation closing system. In this paper, author studied about police's non transfer decision right which may be much controversial regarding its legal nature, effectiveness of control methods, etc..

Concretely, author studied the meaning of the right to terminate an investigation, the meaning and legal nature of non transfer decision, prosecutor's right to review the records of investigation and re-investigation request, the accuser's right of appeal and sending a case to prosecutor which is control methods about police's non transfer decision, problems and improvement plan of the control methods about police's non transfer decision.

* Lawyer, former Judge of Busan High Court

In particular, the existing general view on the legal nature of non transfer decision is not an ultimately disposition but rather a primary and a provisional disposition. But unlike the previous general view, author suggested the private opinion that the non transfer decision is ultimately disposition in terms of the subject of the right to terminate an investigation and the relationship between investigation subject under the revised Criminal Procedure Law and the Public Prosecutors' Office Act, contents of the revised Criminal Procedure Law and the Public Prosecutors' Office Act, problems of existing views which confuse the non transfer decision itself with the control method, contents of Regulations on the General Rules of Investigation and Mutual Cooperation between Prosecutor and Judicial Policeman, internal and external disobedience procedures, quasi-judicial dispositional nature of investigation termination.

And concerning the problems and improvement plan of the control methods for police's non transfer decision, author presented the following private views. ① If a judicial policeman fails to comply with a request for re-investigation, it is necessary to establish a new regulation for exclusion of duties or disciplinary action. ② If the prosecutor disagrees with the judicial policeman's opinion and asks for the transfer of the case which the judicial policeman maintained the previous non transfer decision and informed the conclusion of re-investigation, it is necessary to establish an objection system for the judicial policeman. Furthermore, author presented personal opinion on the method of the organization which is in charge of objection. ③ In order to prevent abuse of the objection by the accuser, it is necessary to impose him to write 'reason for objection, such as criminal facts and evidence of the case subject to the objection in a written objection. ④ In the case of an objection from the accuser, a procedure is required to determine the legality and validity of non transfer decision within the police. Furthermore, author presented personal opinion on the organization and operation method, authority of the agency which is in charge of this matter.

Keywords : non transfer decision, investigation closure, investigation rights adjustment, decision of non-prosecution, revised Criminal Procedure Act

