

일부 송치사건에 대한 검사의 수사 제한 검토 - 형사소송법 제196조 제2항을 중심으로

박민우*

국 | 문 | 요 | 약

2022. 9. 10. 시행된 개정 형사소송법과 검찰청법은 입법 과정에서 많은 논란이 있었다. 조문 하나하나에 대한 갑론을박이 치열했던 것과 달리, 수사 실무에서는 시행 법률의 해석 때문에 겪는 혼란이 제한적일 듯하다. 가장 논란이 컸던 검사의 직접수사 범위인 ‘부패범죄, 경제범죄 등’의 해석이 단적인 예이다. 당부는 차치하고 시행령인 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정」에서 비교적 상세히 규정해 실무상 혼란의 소지가 적다. 명백한 위법으로 판명되지 않는다면 수사 실무자들로서는 이를 따를 수밖에 없기 때문이다. 고발인의 이의신청권을 폐지한 것도 마찬가지다. 특별한 쟁점이나 해석이 개입할 여지가 없다.

하지만 검사가 일부 송치사건에 대해 해당 사건과 동일성이 없는 범죄를 수사할 수 없도록 규정한 형사소송법 제196조 제2항은 다르다. 우선 검사가 송치사건과 직접 관련성 있는 범죄를 인지하고 수사할 수 있도록 한 검찰청법 제4조와 충돌한다. ‘직접 관련성’은 ‘해당 사건과 동일성’보다 넓은 개념이기 때문이다. 검사가 직접 수사하지 않고 경찰에 보완수사를 요구하는 것이 허용되는지도 불분명하다. 이뿐만이 아니다. 공소사실의 동일성 논의를 해당 사건과 동일성 해석에서 활용해야 하는데, 전자는 공판 단계이고 후자는 수사 단계라는 차이가 있어 쉽지 않다. 더욱이 판례는 공소장 변경과 기판력의 범위 문제에서 공소사실의 동일성 판단을 각기 달리하는 듯한 모습을 보이기도 한다.

이와 같은 의문을 해소하기 위해 형소법 제196조 제2항이 제한하는 검사의 수사 범위는 어디까지인지, 제한 대상인 ‘해당 사건과 동일성’이 없는 범죄를 어떻게 판단해야 하는지를 검토해 보았다. 덧붙여 형사소송법에 처음 등장한 별건수사 금지 규정과의 관계도 살펴봄으로써 형소법 제196조 제2항의 성격을 보다 분명히 하고자 했다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.83>.

❖ 주제어 : 형사소송법 제196조 제2항, 검사의 수사 제한, 송치사건 수사 제한, 해당사건과 동일성, 별건수사, 수사권 조정

* 서울경찰청 경정

I. 들어가며

검사의 수사권을 둘러싸고 세간의 관심을 집중시켰던 검찰청법·형사소송법 개정안이 2022. 9. 10. 시행됐다. 개정안에 대해 권한쟁의심판이 청구되었고 결과를 예단할 수 없어 법률의 내용이 일부 수정될 가능성도 있다. 그렇다고 개정안의 유효한 효력을 전제로 하는 해석을 미뤄둘 수만은 없다. 엄연히 시행되고 있는 법률이기 때문만은 아니다. 설령 법률을 수정해야 하는 상황이 오더라도 새로운 입법을 논의하려면 기존 법률의 쟁점 연구가 선행되어야 하기 때문이다.

개정 법률의 주요 내용은 다섯 가지다. 첫째, 검찰청법 제4조 제1항은 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 기존 6대 범죄¹⁾에서 ‘부패범죄, 경제범죄 등’으로 축소했다. 둘째, 검찰청법 제4조 제2항을 신설해 수사검사와 기소검사를 분리했다. 검사가 스스로 수사를 개시한 범죄에 대해 공소를 제기하지 못하게 한 것이다.²⁾ 셋째, 형사소송법 제196조 제2항 신설로 일부 송치사건에 대한 검사의 수사 범위를 제한했다. 넷째, 형사소송법 제198조 제4항 신설로 합리적 근거 없는 별건 수사를 금지했다. 마지막으로 형사소송법 제245의7 제1항을 개정해 사법경찰관의 소속 관서장에게 이의신청을 할 수 있는 주체를 고소인으로 제한했다. 고발인의 이의신청권을 폐지한 것이다.

이 중 형사소송법(이하 ‘형소법’으로 지칭) 제196조 제2항 “해당 사건과 동일성을 해치지 아니하는 범위”는 법 문언만으로는 그 의미가 불분명해 해석이 필요하다. 검사가 일정한 유형의 사법경찰관 송치사건에 대해서는 별건수사를 할 수 없다고 선언한 조문인데, 동일성을 해치는 수사가 무엇인지 선뜻 떠오르지 않는다. 축적된 판례나 논의가 없을 뿐만 아니라 수사 단계에서는 ‘해당 사건과 동일성’이 생소한 표현인 탓에 수사 현장의 혼란도 예상된다. 또, 금지되는 검사의 수사가 정확히 무엇을 의미하는지도 논란이 있을 수 있다. 흔히들 검사의 수사는 직접수사, 보완수사로 나눠 설명하고 경찰에 대한 보완수사 요구도 보완수사의 하나로 인식되는 경우가 많은데, 조문만 보면 과연 어디까지 금지되는 것인지 명확하지 않기 때문이다.

형소법 제196조 제2항은 공소장 변경과 기판력, 즉 공소제기 이후의 형사사법절차에

1) 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등

2) 다만, 사법경찰관이 송치한 범죄는 예외로 공소를 제기할 수 있다.

서 논의되던 ‘동일성’이란 개념을 수사 단계에 처음 도입한 조문이다. 수사 단계와 공판 단계에서 사용되는 ‘동일성’ 개념이 동일해야 하는지, 차이가 있다면 어떠한 이유로 그 래야 하는지 논의가 필요하다. 공소사실의 동일성 해석이 학계는 물론 실무에서도 큰 영향을 미치는 쟁점이라는 점을 떠올리면 형소법 제196조 제2항의 해석이 가지는 무게를 짐작할 수 있다.

II. 형사소송법 제196조 제2항의 내용과 적용 범위

1. ‘일부 송치사건’에 대한 검사의 수사 제한

형소법 제196조 제2항은 모든 사법경찰관 송치사건을 대상으로 하는 조문이 아니고 3가지 유형의 송치사건에 대해서 적용된다. 첫째, 검사가 수사 과정에서의 범령위반·인권침해 또는 현저한 수사권 남용을 이유로 사법경찰관에게 시정조치를 요구한 후 정당한 이유없이 시정조치가 이행되지 않는다고 판단해 송치를 요구한 사건이다(형소법 제197조의3 제6항). 둘째, 검사가 체포·구속장소 감찰 과정에서 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 보아 사법경찰관에게 송치를 명한 사건이다(형소법 제198조의2 제2항). 셋째, 사법경찰관으로부터 사건 불송치를 통지받은 고소인·피해자 또는 그 법정대리인이 이의신청하여 송치된 사건이다(형소법 제245조의7 제2항).

주목할 것은 경찰 송치사건 대부분을 차지하는 기소의견 송치가 제외되었다는 것이다. 이 밖에도 범죄혐의 인정 유무와 관계없이 송치해야 하는 이른바 법정송치 사건에 해당하는 가정폭력범죄·아동학대범죄 수사 사건³⁾, 즉결심판청구 기각 사건⁴⁾도 제외된다. 즉, 경찰 송치사건 중 아주 일부분을 차지하는 ① 시정조치 미이행에 따른 송치, ② 체포·구속 감찰 과정에서 위법이 확인돼 이뤄진 송치, ③ 고소인·피해자 및 그 법정대리인의 이

3) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제7조, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제24조는 사법경찰관이 범죄를 신속 수사하고 전건 송치토록 하되, 가정보호사건 또는 아동보호사건으로 처리하는 것이 적절한지에 관한 의견을 제시할 수 있도록 규정했다.

4) 즉결심판법 제5조 제2항은 판사의 즉결심판 청구 기각 결정이 있으면 경찰서장이 지체없이 사건을 관할 검찰청에 송치하도록 규정했다.

의신청에 의한 송치만이 대상인 것이다.

2. 송치사건과 ‘별건범죄’에 대한 ‘검사의 직접수사·직접 보완수사’ 제한

검사의 직접수사와 직접 보완수사⁵⁾와의 관계를 살펴보자. 직접수사와 직접 보완수사를 대립하는 개념으로 이해하는 경우가 많은 듯하다. 통상 검사가 경찰을 거치지 않고 다시 말해 송치사건과 무관하게 수사를 개시·진행·종결하는 경우를 ‘검사의 직접수사’라고 지칭하기 때문이다.⁶⁾ 이를 편의상 ‘협의를 직접수사’라고 지칭하기로 한다. ‘광의의 직접수사’는 용어 그대로 검사가 직접 수사하는 행위이기 때문에 검사의 ‘직접 보완수사’까지 포함한다. 협의의 직접수사는 직접 보완수사와 구분되는 개념이지만, 광의의 직접수사는 직접 보완수사까지 포함한다. 그런데도 구분 없이 ‘직접수사’라고 용어를 사용하면 혼란이 뒤따르기 쉽다. 어떤 경우는 직접 보완수사가 포함되고 어떤 경우는 포함되지 않기 때문이다.

덧붙이자면 협의의 직접수사인지 직접 보완수사인지 명확하지 않은 경우도 있다. 예컨대 검사가 송치사건을 통해 확인한 별건 범죄사실을 인지하고, 직접 수사했다고 가정해보도록 하자. 송치사건에서 파생했다는 점에 주목하면 직접 보완수사라고 볼 수 있다. 보완수사는 송치사건과 관련 있는 별건 범죄에도 가능하기 때문이다. 반면, 검찰청법 제4조에 따른 수사 개시권(송치한 범죄와 관련하여 인지한 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄) 발동이라고 본다면, 협의의 직접수사로 볼 여지도 생긴다.⁷⁾

5) 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령)」 제59조(보완수사요구의 대상과 범위) ① 검사는 법 제245조의5제1호에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필요하다고 인정하는 경우에는 특별히 직접 보완수사를 할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 사법경찰관에게 보완수사를 요구하는 것을 원칙으로 한다.

6) 형사소송법 개정(2022. 5. 9. 시행)의 단초가 된 여야 합의문(2022. 4. 22.) 4개 항목 중 첫째가 “1. 검찰의 직접수사권과 기소권은 분리하는 방향으로 한다. 검찰 직접 수사권은 한시적이며 직접수사의 경우에도 수사와 기소 검사는 분리한다.”였다. 당시 야당 원내대표는 합의문에 대한 당내 부정적 여론이 커지자 “검찰의 보완수사권 폐지를 막아낸 데 의미가 있다. 보완수사권은 경찰의 잘못된 수사, 미진한 수사에 대해 검찰이 ‘보완 요구’뿐 아니라 ‘직접수사’를 할 수 있는 권한”이라고 설명했다.; 국회나 법조계도 검사가 직접 하는 수사는 보완수사라는 형식으로 이루어질 수 있음을 알지만, 대중의 직관적인 이해를 돕기 위해 검사의 수사권을 직접수사권과 보완수사권으로 나눠 설명하는 듯하다.

7) 다만, 어떤 결론이든 검사가 광의의 직접수사를 할 수 있다는 점에서는 변함이 없어 이 같은 문제는

이상에서 살펴본 것처럼 만약 형소법 제196조 제2항을 검사의 직접수사 제한 규정이라고만 설명⁸⁾하면 여기서 직접수사가 광의의 직접수사인지 협의의 직접수사인지 선뜻 이해하기 어렵다. 반대로 ‘일부 송치사건의 보완수사 범위 제한’이라고 설명⁹⁾하면 검찰청법 제4조상 수사 개시권을 근거로 하는 협의의 직접수사는 가능한지, 보완수사 요구는 가능하다는 것인지 의문이 생긴다.

따라서, 통상 검사의 직접수사라는 용어가 ‘협의의 직접수사’를 의미하고 있음을 감안하여 형소법 제196조 제2항은 ‘검사의 직접수사와 직접 보완수사’를 제한한다고 설명해야 불필요한 의문과 논란을 줄일 수 있다.

3. 보완수사 요구의 제한 검토

형소법 제196조 제2항이 제한하는 검사의 수사에 보완수사 요구도 포함되는지 확인해야 한다. 물론 보완수사 요구라고 해서 제한없이 이뤄질 수 있는 것은 아니다. 형소법에서는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우라고 추상적으로 규정했지만¹⁰⁾, 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령)」(이하 ‘수사준칙’으로 지칭)에서는 송치사건과 그 관련사건에 대해서만 보완수사 요구를 할 수 있다고 그 대상과 한계를 명확히 했다.¹¹⁾ 보완수사 대상인 ‘관련사건’은 형소법 제196조 제2항의 ‘해당 사건과 동일성’보다 넓은 개념이다. 관련사건에는 1인이 범한 수죄 등 전형적인 별건 범죄사실까지 포함¹²⁾되는데, 동일성처럼 엄격한 관

실무나 학계의 관심을 받지 못하는 듯하다.

8) “형소법·검찰청법 일부 개정안 설명자료”(경찰청, 2022. 5. 3.)

9) 법무법인 세종, “형사소송법·검찰청법 개정안 주요 내용”(2022. 5. 4.); <https://www.shinkim.com/kor/media/newsletter/1801>

10) 형소법은 제197조의2 제1항 제2호에서 송치사건 이외에도 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우 보완수사 요구를 할 수 있도록 했다.

11) 보완수사의 범위를 송치사건은 물론 송치사건과 관련 사건에까지 적용하는 것에 대해 학계나 실무에서 크게 문제삼지 않고 있다. 송치된 범죄사실에만 한정해 보완수사 요구를 허용하면 실제적 진실을 밝히는데 어려움이 크다는 우려가 작용한 것으로 보인다. 경찰이 송치한 범죄사실이 발생한 사건의 전모를 완전히 담지 못할 수 있고, 실제로 사건의 일부분만 담긴 경우도 있기 때문이다. 덧붙여 검사의 수사 지휘권 폐지 이후 보완수사 요구가 일종의 경찰수사 통제 방안으로 인식된 탓에, 보완수사 요구 범위가 넓어지는 것에 대한 문제 제기가 적었던 것으로 보인다.

12) 형소법 제11조는 관련사건을 ① 1인이 범한 수죄, ② 수인이 공동으로 범한 죄, ③ 수인이 동시에

계일 필요가 없기 때문이다.

그렇다면 형소법 제196조 제2항에 규정된 3가지 유형의 송치사건과 ‘관련사건이지만 (보완수사 대상), 동일성은 없는 사건(검사의 직접수사·직접 보완수사 금지 대상)’이 존재하게 된다. 다음과 같은 가상의 사건을 생각해보자.

사법경찰관은 피의자 甲을 폭행 범죄사실로 수사했으나 증거부족으로 불송치 처분을 했는데, 피해자가 이의를 제기해 형소법 제245조의7 제2항에 따라 검찰에 송치했다. 검사는 수사기록에서 “甲은 평소 지하철에서 여성 신체 부위를 촬영하는 버릇이 있어, 이를 나무라다 다툼이 생겼다.”는 피해자 진술을 확인했다.

여기서 등장한 성폭력처벌법 제14조(카메라 등을 이용한 촬영) 위반 범죄 혐의를 A사건이라고 해보자. A사건은 수사기록에 명백히 현출된 관련사건으로 보완수사 대상이다. 반면, 피의자만 같을 뿐 죄질, 피해자, 일시·장소가 모두 달라 송치사건(해당사건)과 동일성이 없다. 형소법 제196조 제2항이 보완수사 요구를 제한하지 않는다면, 검사는 경찰에 A사건에 대한 보완수사 요구를 할 수 있다. 반대의 경우 검사는 A사건에 대해 보완수사 요구를 할 수 없다.

검사의 수사에는 보완수사 요구도 포함된다고 보고 형소법 제196조 제2항이 보완수사 요구까지 제한한다고 해석할 여지가 있다. 형소법 개정 당시 법제사법소위 논의를 살펴볼 필요가 있다. 당시 법원행정처차장은 형소법 제196조 제2항 입법에 대해 2개 항을 추가하는 보충의견을 제시했다. 제3항에는 ‘검사가 수사 중인 당해 사건과 관련하여 범죄사실의 동일성이 없는 다른 사건을 인지하게 된 때에는 그 사건에 대하여 사법경찰관에게 수사를 요구할 수 있다.’고 규정하고, 제4항에서는 ‘사법경찰관은 제3항의 요구가 있는 때에는 그 사건에 대하여 지체없이 수사를 개시하여야 한다.’고 규정하자는 것이었다.¹³⁾ 제안의 근거에는 형소법 제196조 제2항에 따라 제약되는 검사의 수사에 ‘보완수사 요구’가 포함될 소지가 있다는 생각이 자리 잡았다고 보는 것이 합리적이다. 그런데 논의 과정에서 제시됐던 검사의 ‘보완수사 요구’ 보장이 실제 입법에 반영되지 않았기에,

동일장소에서 범한 죄, ④ 범인은닉죄, 증거인멸죄, 위증죄, 허위감정통역죄 또는 장물에 관한 죄와 그 본범의 죄로 정의한다.; 다만, 수사준칙 제59조 제2항은 형소법 제11조상 ‘1인이 범한 수죄’는 송치된 수사기록에 명백히 현출되어 있는 사건으로 한정하여 무분별한 별건수사 가능성을 제한하고 있다.

13) 제395회 국회 법안심사제1소위원회 회의록, 36면.

형소법 제196조 제2항은 ‘보완수사 요구’도 제한한다는 주장이 일견 가능해 보인다. 하지만 다음과 같은 이유로 형소법 제196조 제2항은 보완수사 요구를 제한하지 않는다고 보아야 한다.

첫째, 보완수사 요구가 수사, 다시 말해 보완수사에 해당한다고 보는 것은 문언의 한계를 벗어난 해석이다. 요구의 사전적 의미는 ‘어떤 행위를 할 것을 청함’이다. 보완수사 할 것을 청하는 행위가 보완수사라는 설명은 모순이다.

둘째, 수사지휘권이 수사권과 별개의 독립된 개념이듯 보완수사 요구도 보완수사의 일부분이 아닌 독립된 개념으로 보아야 한다. 보완수사 요구는 종래 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권 폐지(2021. 1. 1. 시행 형사소송법)를 대체하며 등장한 개념이다. 송치 전 사건이라도 영장청구와 결부된 경우 보완수사 요구가 가능하다는 점에서 보완수사 요구와 수사지휘는 실질적으로 같은 내용¹⁴⁾이거나 적어도 비슷한 성격이다. 따라서 보완수사 요구권과 수사권의 관계는 수사지휘권과 수사권의 관계와 같거나 유사해야 한다. 과거 검사의 수사지휘권과 수사권의 관계는 어떠했는지 살펴보도록 하자. 검사의 수사지휘권은 1954년 제정 형사소송법에서부터 존재해 왔지만 헌법과 개별법에서 명시적으로 개념 정의를 하지 않았다. 학계에서 다양한 방식으로 설명하기는 했지만 통용되는 정의는 없었다.¹⁵⁾ 그렇다면 수사권과 수사지휘권은 분리 가능한 독립 개념으로 보는 것이 타당하다. 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권이 폐지되었음에도 검사의 수사권 규정인 형소법 제196조 제1항의 변화는 없었다는 점, 검찰청법 제8조는 수사권이 없는 법무부장관에게 ‘구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다’고 수사지휘권을 부여하고 있다는 점이 그 이유다.

셋째, 형소법 제196조 제2항을 신설한 형사소송법 개정안(2022. 5. 9.)의 입법 취지와 방향은 검사의 직접수사를 제한하는 것이었지¹⁶⁾ 경찰에 대한 보완수사 요구를 제한하려는 것은 아니었다.¹⁷⁾

14) 정승환, “검·경 수사권조정 합의안에 대한 평가”, 법조 통권 731호(2018. 10.), 법조협회, 103면.

15) 이정원, “수사지휘 당사자에 관한 헌법적 해석론 - 법제분석을 통한 주체와 객체를 중심으로 -”, 고려법학 제103호(2021. 12.), 고려대학교 법학연구원, 59-61면.

16) 같은 취지에서 수사와 기소 분리 원칙 구현을 위한 전단계로 수사검사와 기소검사를 분리한 검찰청법 제4조 제2항은 경찰 송치사건에 대해서는 적용되지 않는다.

17) 입법 과정에서 송치사건과 범죄의 단일성·동일성을 벗어나는 검사의 수사를 금지하는 조문이 논의되었는데, 수사 공백이 생긴다는 지적에 대해 당시 박주민 법제사법소위원회장은 “인지는 하되 직접

이상과 같이 형소법 제196조 제2항의 문언과 입법 취지에 충실하게 해석하고 수사지휘와 보완수사 요구와의 관계를 고려할 때, 경찰 입장에서는 일종의 수사 단서라고도 할 수 있는 검사의 보완수사 요구까지 형소법 제196조 제2항이 제한한다고 볼 수는 없다.

Ⅲ. 다른 법률과의 관계

1. 별건수사 금지 조문과의 관계

가. 형소법 제198조 제4항의 의의

개정 형소법 제198조 제4항은 “수사기관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하여서는 아니 되고, 다른 사건의 수사를 통해 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요하여서도 아니 된다.”고 규정했다.

이에 대해선 판례상 인정되어왔던 별건수사 금지와 사실상 동일한 내용이기 때문에 수사실무의 변화는 없을 것이라는 견해도 있다. 이미 시행 중이던 수사준칙 제3조 제4항 및 제16조 제2항의 내용을 조합해 법률로 격상했다는 점에 주목하여, ‘지금까지 인정되던 내용이 조문화되었을 뿐’이라고 평가한 것으로 짐작해볼 수 있다.

형소법 제198조 제4항	수사준칙 제3조 및 제16조 ¹⁸⁾
제198조(준수사항) ④ 수사기관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하여서는 아니 되고, 다른 사건의 수사를 통하여 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요하여서도 아니 된다.	제3조(수사의 기본원칙) ④ 검사와 사법경찰관은 다른 사건의 수사를 통해 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련이 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요해서는 안 된다. 제16조(수사의 개시) ② 검사 또는 사법경찰관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 관련 없는 사건의 수사를 개시하거나 수사기간을 부당하게 연장해서는 안 된다.

수사는 하지 말라는 뜻으로, 경찰에 사건을 내려보내면 된다”고 설명했다(제395회 국회 법안심사 제1소위원회 회의록, 31면).; 경찰에 사건을 내려보낸다는 것은 보완수사 요구를 의미한다고 보아야 한다.

하지만 우리 형사사법체계에서 별건수사 그 자체가 금지되어 왔는지 의문이다. 본래 별건수사는 언론이나 사건 당사자들이 수사 과정에서의 인권 침해를 호소하며 종종 사용해왔고 대중에게도 낯익은 용어였지만, 학계나 실무에서 그 개념을 정치하게 정의하지 않았다. 원칙적으로 별건수사가 금지되지 않았기에 개념을 정의할 실익이 적었던 탓이라고 생각한다.¹⁹⁾ 수사기관은 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인과 범죄사실을 수사해야 하는데, 범죄혐의를 인지하는 단서에는 제한이 없었기 때문에 원칙적으로 별건수사는 허용되어왔다고 보아야 한다.

물론 수사기관이 본래 의도하고 있는 사건을 수사하려고 다른 사건을 이유로 피의자를 구속하는 이른바 ‘별건구속’에서는 본건수사와 별건수사를 구별하고 별건구속을 금지해 왔다. 그렇지만 이는 영장주의를 잠탈하고 구속기간 제한과 재구속 금지를 형해화하는 구속수사를 제한하기 위한 것이지 별건수사 자체를 제한하는 것은 아니었다. 구속하지 않았다면 별건수사를 위법으로 볼 근거가 없다. 이 밖에 별건수사가 문제되는 경우는 압수수색이었는데, 획득한 증거물을 영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄 혐의에도 활용할 수 있느냐는 문제였다. 요컨대 별건수사라는 개념이 언급되고 적법성이 논란이 되었던 수사는 구속이나 압수수색처럼 대물적 강제처분이 결부된 경우였던 것이다. 따라서 우리 형사사법체계에서 금지해온 것은 본건수사 목적에 기인한 ‘별건수사 명목의 강제처분’이었지 별건수사 그 자체는 아니었다고 보는 것이 합리적이다.

그런데 형소법 제198조 제4항은 대물적 강제처분 여부를 조건으로 하지 않고, ‘본건수사를 목적’으로 하는²⁰⁾ ‘합리적인 근거 없는’ 별건수사 자체를 금지하고 있다.²¹⁾ 따라서 형소법 제198조 제4항은 종래 ‘별건수사 명목의 강제처분’만을 제한했던 판례의 입

18) 시행령 개정이 있을 수 있으므로, 2021. 1. 1. 시행되고 2022.9. 30. 현재 시행 중인 수사준칙 조문임을 밝힌다.

19) 수사준칙(2021. 1. 1. 시행) 제3조, 제16조에서 조문으로 신설되긴 했지만, 선언적 성격이 강했고 실제 이로 인한 수사 실무상의 변화나 논란은 거의 없었다.

20) 형소법 제198조 제4항에서는 ‘수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적’이라고 표현하였는데, 이는 별건구속 등에서 언급되던 통상의 ‘본건수사’와 같은 개념으로 보아야 한다.

21) 형소법 제198조 제4항 후단 “다른 사건의 수사를 통하여 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요하여서도 아니 된다.”는 이전에도 임의성 없는 자백이나 진술로 평가받고 증거능력이 제한되었던 사안이다. 조문의 핵심은 전단인 “수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하여서는 아니 되고”라고 생각한다.

장에서 한발 더 나아가, 강제수사·임의수사를 불문하고 합리적 근거 없는 별건수사를 금지하는 새로운 내용의 조문으로 보아야 한다.

덧붙이자면 형소법 제198조 제4항 입법은 이미 수사 실무에 변화를 가져오고 있다고 생각한다. 법무부는 검찰청법 제4조 제1항 제1호에 따른 검사의 수사 개시권을 확대하는 시행령을 입법예고²²⁾하면서, 제3조에서 “직접 관련성이란 범인·범죄사실·증거 중 어느 하나 이상을 공통으로 하고, 형사소송법 제198조 제4항의 준수사항에 위배되지 않는 경우를 말한다”고 규정했다. 종전보다 수사 개시권 대상인 ‘송치한 범죄와 직접 관련성 있는 범죄’의 해석 범위를 크게 확대했는데²³⁾ 형소법 제198조 제4항을 활용하면 수사 개시권 남용을 방지할 수 있다는 설명이 주요 논리였다. 실제 국무회의(2022. 9. 7.)를 통과한 개정안에서는 입법예고된 내용조차 검사의 수사 개시권을 제한할 수 있다는 이유로 ‘직접 관련성’ 해석 조문이 통째로 삭제되었다. 이로써 더 거세질 ‘직접 관련성의 광범위한 해석’ 논란에서 아마도 ‘형소법 제198조 제4항 준수’가 ‘직접 관련성이 있다’는 주장의 주된 근거 중 하나가 될 것이다.

나. 형소법 제198조 제4항과 형소법 제196조 제2항의 관계

형소법 제196조 제2항은 범조계나 수사 실무자들 사이에서 일부 송치사건에 대한 검사의 ‘별건수사’ 제한 규정이라고 이해된다. 별건수사 제한 내지 금지라는 내용에 주목한다면 일견 형소법 제198조 제4항이 모든 수사에 적용되는 일반원칙이고, 제196조 제2항은 검사의 일부 송치사건 수사에 대해 구체화한 조문이라고 생각할 수 있다. 이에 따르면 형소법 제198조 제4항이 제시한 ‘합리적인 근거’라는 요건을 제196조 제2항에서 ‘해당 사건(송치 사건)과 동일성을 해치지 아니하는 범위’로 구체화했다는 식의 해석이 가능할 것이다. 하지만 다음과 같은 이유로 양자는 ‘일반원칙과 그 구체화 조문’의 관계가 아니라고 생각한다.

첫째, 형소법 제198조 제4항은 ‘수사 중인 사건의 범죄혐의를 밝히기 위한 목적’이라

22) 「검사의 수사개시 범칙 범위에 관한 규정(대통령령)」(2022. 8. 12.~8. 29. 입법예고)

23) 예컨대 개정 전 시행령은 1인이 범한 수죄의 경우, 사법경찰관이 송치한 사건과 직접 관련성 있는 범죄가 되려면 송치된 ‘해당 범죄와 영장에 의해 확보한 증거물을 공통으로 하는 범죄’ 등의 까다로운 요건을 두었다.

는 이른바 본건수사 목적을 전제로 하는 별건수사 금지 규정이다. 반면, 형소법 제196조 제2항은 ‘목적과 관계없이’ 검사의 별건수사를 제한한다. 전자의 판단 기준은 별건수사의 ‘목적’인 반면, 후자의 판단 기준은 본건과 별건수사의 ‘연관성’, 다시 말해 ‘해당 사건과 동일성’이다. 양자는 서로 독자적 영역을 규율하는 가운데 교집합이 있을 뿐이다.

검사가 ① 송치사건 기록을 통해 제3의 별건 범죄 혐의를 인지했고, ② 본건 수사 목적이 없이 별건 자체를 수사하려는데, ③ ‘해당 사건(송치사건)과 동일성’이 인정되지 않는 경우를 생각해보자. 편의상 B사건이라고 하겠다. B사건은 형소법 제198조 제4항(‘별건수사 금지’ 조문)에 저촉되진 않지만, 형소법 제196조 제2항(‘송치사건에 대한 검사의 직접수사·직접 보완수사 제한’ 조문)을 위반하는 사항이다. 만약 두 조문이 일반원칙과 그 구체화의 관계라면, B사건을 수사하는 행위는 일반원칙을 위반하지 않지만 일반원칙을 구체화한 조문을 위반하는 행위라는 모순이 발생한다.

둘째, 양자는 입법 취지가 다르다. 형소법 제198조 제4항은 수사기관이 본건수사에 자신 없을 때 어떻게든 피의자가 처벌받을 상황을 만들어 피의자를 압박하는 행위를 금지한다. 수사권 남용이기 때문이다. 반면, 형소법 제196조 제2항은 수사권 남용보다는 수사와 기소 분리라는 방향성에 따라, 검사의 직접수사·직접 보완수사를 제한하기 위해 입안된 조문이다.

결론적으로 양자는 모두 별건수사를 제한하는 규정이지만, 형소법 제198조 제4항은 ‘본건수사를 목적’으로 하는 경우에 적용되고, 형소법 제196조 제2항은 본건수사와 관계없이 적용되는 각각 독립적인 조문이다.

덧붙이자면 검사의 무분별한 별건수사를 제한하는 데는 형소법 제196조 제2항이 더 큰 실효성을 가질 수도 있다고 생각한다. 수사기관이 형소법 제198조 제4항을 위반했는지의 입증이 쉽지 않을 것이기 때문이다. 별건수사가 본건수사 목적이었는지는 수사기관의 내심을 판단해야 하는데, 실제적 진실주의를 지나치게 훼손하고 피해자의 회복하기 어려운 권리 침해를 가져올 수 있어 미필적 고의처럼 완화된 기준을 적용하기가 여의치 않아 발생하는 문제다.²⁴⁾ 그렇다면 ‘본건수사 목적’이나 ‘합리적인 근거’처럼 추상적인 요건보다는 비교적 명확한 ‘해당 사건과 동일성’을 요건으로 사용하는 형소법 제196조

24) 미필적 고의는 수사기관의 입증부담을 완화하는 효과로 인해 오히려 실제적 진실 발견이나 피해자 구제에 더 적합한 결과를 가져온다.

제2항이 검사의 무분별한 별건수사를 제한하는 데 더 큰 효과가 있을 수 있다.

2. 형사소송법 제196조 제2항과 검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목과의 관계

검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목(이하 ‘검찰청법 제4조’로 지칭)은 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위 중 하나로 “사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄”를 규정하고 있다. 형소법은 검사의 송치사건에 대한 별건수사 허용 범위의 기준으로 ‘동일성’을 제시한 데 반해, 검찰청법은 ‘직접 관련성’을 제시했다.

검찰청법 제4조 제1항 제1호	형소법 제196조 제2항
① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다. 1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다. 가. 부패범죄, 경제범죄 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄 나. 경찰공무원(다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 행하는 자를 포함한다) 및 고위공직자범죄수사처 소속 공무원(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 파견공무원을 포함한다)이 범한 범죄 다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄	② 검사는 제197조의3 제6항, 제198조의2 제2항 및 제245조의7 제2항에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 관하여는 해당 사건과 동일성을 해치지 아니하는 범위 내에서 수사할 수 있다.

앞서 살펴본 것처럼 형소법 제196조 제2항은 검사의 수사 개시권(협의를 직접 수사권)도 제한한다는 점에서 두 조문은 서로 충돌하는 지점이 생긴다. 물론 ‘직접 관련성’과 ‘동일성’이 같은 의미라는 반론이 가능하겠지만 무리한 해석이다.

우선 문언에 충실한 해석을 할 때 양자는 다른 의미다. 같은 의미라면 굳이 다른 표현을 써서 혼란을 줄 필요가 없다. 입법 취지를 고려해도 양자는 다른 의미다. 형소법 제

196조 제2항은 기존에 검찰청법 제4조에서 허용한 직접 수사권을 축소하려는 입법이어서 ‘동일성’이 ‘직접 관련성’보다 축소된 의미라고 파악해야 자연스럽다.

결국 ‘직접 관련성’과 ‘동일성’은 다른 개념이고 ‘동일성’이 더욱 엄격한 기준이기 때문에, 형소법 제196조 제2항은 검찰청법 제4조에 우선하고, 또 이를 제한하는 규정이다. 이 같은 성격은 형소법 제196조 제2항으로 하여금 검사의 수사 개시권이 법률의 허용 범위를 넘어 광범위하게 확대되는 것을 막을 수 있도록 한다는 데 의의가 있다. 실제 사례를 살펴보고자 하자. 앞서 살펴본 것처럼 법무부는 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정(대통령령)」 개정안 입법예고를 통해 ‘사실상’ 직접 관련성의 범위를 확대하는 해석을 내놓았다. ‘직접’ 관련성은 통상의 관련성보다 제한적으로 해석해야 하는 것이 당연한데도 입법예고된 시행령에서는 정도의 차이도 없이 ‘범인·범죄사실·증거’ 중 어느 하나만 공통되면 직접 관련성이 있다고 규정했다. 조금이라도 관련성이 있으면 직접 관련성이 있다는 모순된 해석을 했던 것이다. 여기서 더 나아가 법무부는 입법예고된 내용조차 검사의 수사를 제한할 수 있다는 의견이 있었다며 ‘직접 관련성’ 해석 조문을 통째로 삭제했고, 이렇게 수정된 시행령 개정안은 2022. 9. 7. 국무회의를 통과했다. ‘범인·범죄사실·증거’ 중 어느 하나가 공통되지 않더라도 직접 관련성이 있을 수 있다는 해석이 가능해진 셈이다. 시행령도 아닌 유권해석으로 법률의 내용을 변경한 것과 다름 없다는 비판이 나온다. 그 당부는 차치하고 유권해석이나 시행령 개정으로도 형소법 제196조 제2항의 적용을 받는 송치사건에 대해서는 검사의 수사 개시권을 확대할 수 없다는 점이 중요하다. 형소법 제196조 제2항의 의미를 가볍게 볼 수 없는 까닭이다.

IV. 해당 사건과 동일성 기준의 해석

1. 공소사실의 동일성과 비교

가. 검토 필요성

절차법인 형사소송법상 행위는 실체법인 형법의 행위와 구분된다. 후자는 “가벌성이 있는 것으로 형법전에 정해진 범죄유형에 따라 확인되는 반면에, 전자는 일정한 시공간

에서 행위자가 저지른 역사적, 사회적인 사실로서의 행위를 의미”²⁵⁾한다고 설명되기도 한다. 쉽게 말해 형법상 수죄라도 형사소송법상 1개의 사건이 될 수 있다는 의미다. 이처럼 실체법상 행위와 소송법상 사건이 상이해지는 경우를 설명해주는 개념이 공소사실의 동일성이다.²⁶⁾ 공소사실의 동일성은 주로 공소장 변경이 허용되는 범위 및 기판력이 미치는 범위 문제로 다루어져 왔다.²⁷⁾

공소사실의 동일성을 상세히 언급한 이유는 형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’은 공소사실의 동일성에 착안한 개념이기 때문이다. 형소법 개정의 단초였던 당시 여야 원내대표의 검찰개혁 합의안(2022.4.22.)은 ① 기소의견 송치사건에 대해서는 ‘범죄의 단일성과 동일성’을 벗어나는 수사를 금지했고, ② 시정조치 요구나 이의제기로 송치된 사건에 대해서는 ‘당해 사건의 단일성과 동일성’을 해치지 않는 범위에서 수사할 수 있다고 명시했다.²⁸⁾ 이후 여죄 및 진범이나 공범에 대한 수사가 위축되고 경우에 따라선 수사기관이 수사를 회피하는 수단으로 악용될 수도 있다는 각계의 우려를 반영하여 국회는 일부 송치사건의 수사만 제한하도록 조문을 수정했다. 또, ‘단일성’이 전에 없던 표현이어서 해석 논란이 있을 수 있다는 의견도 반영했다. 단일성을 삭제하고 형사소송법 제298조 제1항과 유사하게 ‘해당 사건과 동일성을 해치지 아니하는 범위’라고 조문화한 것이다.²⁹⁾

25) Volk, Grundkurs StPO, 13/1.; 홍영기, “형사소송법상 사건의 동일성 - 이론과 정책 -”, 형사법연구 제19권 제3호(2007. 1.), 한국형사법학회, 697면 재인용.

26) 형사소송은 고정되지 않고 절차 진행과 함께 발전해나가는 동적 과정이어서, 공소제기되지 않은 사실에 대해 법원의 심판 대상인지를 명확히 해야 하는 경우가 생긴다.; 이경렬, “형사소송법상 한 개 사건의 의미”, 비교형사법연구 제6권 제1호(2004. 7.), 한국비교형사법학회, 184면.

27) 형소법 제248조 제2항에서 “범죄사실의 일부에 대한 공소의 효력은 범죄사실 전부에 미친다.”고, 형소법 제298조 제1항은 “(검사의 공소장 변경 신청에 대해) 법원은 공소사실의 동일성을 해치지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다.”고 규정했다.

28) 합의문은 총 8개 항으로 구성됐는데 4번 항의 내용이다. ‘별건수사 금지’라는 부연 설명도 명시되어 있다.

29) ‘단일성’은 ‘특정 시점’을 기준으로 사건이 하나됨을 뜻하는 것이고 ‘동일성’은 시간의 흐름을 전제로 사건의 하나됨을 의미하는데, 단일성 개념은 현실적으로 형사소송법 영역에서 독자적인 의미를 갖지 않는다고 설명되기도 한다(배종대·홍영기, 「형사소송법 제2판(2020)」, 홍문사, 251-252면); 통상 공소사실의 동일성은 ‘단일성’과 협의의 ‘동일성’을 포함하는 개념이라는 다수설의 설명 역시 마찬가지로 ‘단일성’의 독자적 의미를 부여하지 않는 견해이다. 그럼에도 단일성 용어를 삭제하지는 논의가 이뤄진 것은, 단일성은 실체법상 죄수 개념에 종속된다고 보는 소수 견해가 있기 때문으로 보인다. 단일성이 조문에 명시되면 경합범 관계는 단일성을 충족하지 않는다고 해석돼 수사 대상이 축소될 수 있다는 우려가 작용한 것으로 추측해볼 수 있다.

따라서 ‘해당 사건과 동일성’을 해석하는 데 있어 기존의 공소사실의 동일성 연구가 출발선이 되어야 한다. 법원행정처차장과 법무부차관이 당시 법안심사소위에서 형소법 제298조 제1항의 축적된 논의를 활용해야 혼란이 줄어들 것이라는 취지로 발언한 점도 이를 뒷받침한다.

나. 공소사실의 동일성 인정 범위에 대한 학설과 판례

죄질동일성·구성요건공통설·소인주요부분공통설 등이 주장되기도 했지만 현재는 기본적인 사실관계 동일성이 통설인데, 판례 역시 기본적인 사실관계 동일성설을 취한다고 보는 견해가 다수다. 학계에서는 기본적인 사실관계 동일성을 “공소사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 판단할 때, 공소사실과 기초적인 사회적 사실 사이에 지엽적인 점에서는 다소의 차이가 있더라도 기본적인 점에서 공통되면 동일성을 인정하는 것”³⁰⁾으로 정의한다. 동일성을 판단할 때에는 “시간과 공간 안에서 행위자가 저지른 전법률적·사회적·역사적 사실을 대상으로 정해야 한다.”³¹⁾고도 한다. 다만, 학계에서도 구체적인 판단 기준 설정이 쉽지 않다는 공감대가 있고, 자연히 판단 기준에 대한 견해도 갈리고 있다. 하지만 법률 전문가가 아닌 사회일반인의 관점에서 기본적인 사실관계의 동일성을 판단해야 한다는 점에서는 큰 이견이 없어 보인다.

다음으로 판례의 입장을 살펴보도록 하자. 종래 판례는 ‘일방의 범죄가 성립되는 때에는 타방의 범죄의 성립은 인정할 수 없다고 볼 정도로 양자가 밀접한 관계에 있는 경우’ 기본적인 사실관계의 동일성을 인정했다.³²⁾ 비교되는 두 사실이 시간·장소적으로 ‘밀접관계’이고 ‘비양립성’, 다시 말해 서로 양립할 수 없음이 인정되면 동일성이 인정된다는 것이다.³³⁾ 판례가 밀접관계의 성립 요소로 시간적·장소적 관련성을 제시한 이유는 국가 형벌권의 행사가 피고인의 주관적 의사에 따라 좌우되지 않고, 사회일반인의 관점에서 결정될 수 있도록 객관적인 요소를 도입한 것으로 보인다.³⁴⁾

30) 정웅석·최창호·이경렬·김한균, 「신형사소송법(2021)」, 박영사, 405면; 김인회, 「형사소송법 제2판(2018)」, 피앤씨미디어, 262면

31) 배종대·홍영기, 앞의 책, 253면.

32) 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2156 판결.

33) 이주원, 「형사소송법 제4판(2022)」, 박영사, 292면.

34) 안성조, “공소사실의 동일성 판단기준과 일사부재리의 효력이 미치는 범위”, 형사법연구 제34권 제2호(2022. 3.), 한국형사법학회, 138면.

그런데 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결은 이른바 ‘규범적 요소’를 추가적인 판단 기준으로 제시했다. “두 죄의 기본적 사실관계가 동일한가의 여부는 그 규범적 요소를 전적으로 배제한 채 순수하게 사회적, 전법률적인 관점에서만 파악할 수는 없고, 그 자연적, 사회적 사실관계나 피고인의 행위가 동일한 것인가 외에 그 규범적 요소도 기본적 사실관계 동일성의 실질적 내용의 일부를 이루는 것이라고 보는 것이 상당하다.”고 판시한 것이다.³⁵⁾ 판결은 ‘행위의 태양이나 피해법익도 다르고 죄질에도 현저한 차이가 있어’ 동일성을 인정하지 않았다. 대법원이 규범적 요소로 ① 행위태양, ② 보호법익, ③ 죄질을 제시하고 있다는 평가다.³⁶⁾ 사회적 사실관계를 기본으로 하되, 규범적 요소도 아울러 고려하는 판례의 입장을 수정된 기본적 사실관계 동일설이라고 설명하기도 한다.³⁷⁾

규범적 요소를 도입한 판례에 비판적인 견해가 많은데 주로 다음과 같은 이유다. 기본적인 사실관계 동일설이 가지는 가치는 동일성 판단을 법 전문가가 아닌 일반인의 시각에서 이루어지도록 하는 것³⁸⁾인데, 법관의 자의적 판단이 개입할 여지가 많아 피고인으로서는 이를 예측할 수 없고 법적 안정성이 저해된다고 본다.³⁹⁾

35) 사실관계는 다음과 같다. 피고인은 A로부터 장물인 신용카드 1매를 교부받은 혐의로 장물취득죄 유죄가 확정됐다. 사실 피고인은 A 등과 함께 강도상해 범행을 하였고, 위 신용카드는 강도상해 범행으로 취득한 재물이었다. 대법원은 장물취득죄와 강도상해죄는 동일성이 인정되지 않는 별개의 범죄여서 일사부재리 효력이 미치지 않는다고 판결했다.

36) 안성조, 앞의 논문, 152면.

37) 이주원, 앞의 책, 292면.

38) 홍영기, 앞의 논문, 710면.; 다만, 홍영기 교수는 폭행, 재물, 강취 같은 법률용어의 사용부터 규범적인 요소가 개입한 것이라고 했다. 형사절차에서 규범적인 관점을 벗어난 ‘전법률적’이고 ‘순수 사회적인’ 판단은 어렵다는 인용 문헌(Neumann, ZStW 1989, 56면; Lüderssen, Erfahrung als Rechtsquelle, 1972, 84면 이하; Mastronardi, Juristisches Denken, 2003, 51면 이하)을 지지하며, ‘규범성 개입의 정도’라는 양적 판단의 문제라고 보았고, 판례가 통설인 기본적 사실관계 동일설을 포기한 것이 아니라고 했다.(홍영기, 앞의 논문, 707면.; 배종대·홍영기, 앞의 책, 255면.)

39) 공소사실 동일성의 이념적 배경인 일사부재리원칙에 위배된다는 비판도 있다. 일사부재리원칙은 “일반인 자신의 생각과 눈에 하나의 행위로 보이는 사건에 대해서 재차 다시 처벌받지 않는다는 ‘이중처벌금지원칙’을 신뢰함으로써 피고인의 법적 안정성을 꾀하는데 그 목적을 두고 있는 것”이기 때문이다.; 홍승희, “공소사실 동일성 판단에서 규범적 요소의 의미”, 형사법연구 제26권(2006. 12.), 한국형사법학회, 800면, 802면.

2. 압수수색 요건인 ‘관련성’과 비교

가. 검토 필요성

2011년 개정 형사소송법은 압수수색 요건으로 ‘관련성’을 추가했다. ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’ 압수할 수 있도록 한 것이다.⁴⁰⁾ 그간 판례로 인정되어 오던 것을 명문화했다.⁴¹⁾ 법원이 관련성 요건을 심사하고 있음에도 수사기관이 광범위한 압수수색을 벌이는 경우가 많다는 문제의식에서 출발한 입법이었다. 물론 ‘해당 사건과 관련성’과 ‘해당 사건과 동일성’은 문언상 분명 다른 개념이다. 그럼에도 관련성을 동일성 해석에 참고하려는 이유는 다음과 같다.

첫째, 형소법 제215조상 ‘해당 사건과 관련성’ 판단에서 ‘해당 사건’의 범위 설정이 차지하는 비중이 크다.⁴²⁾ 영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실에 대해 어디까지 해당 사건으로 인정할 수 있는지가 주로 문제되기 때문이다.⁴³⁾ 이는 송치기록에 기재된 범죄사실과 그렇지 않은 범죄사실과의 관계를 묻는 형소법 제196조 제2항상 ‘해당 사건과 동일성’ 문제와 유사하다.

둘째, ‘해당 사건과 동일성’ 문제는 압수수색의 관련성 논의와 비슷한 양상을 띠 가능성이 높다. 압수수색의 관련성 요건에 대한 연구는 인정 범위를 좁히려는 견해와 확대하려는 견해로 나뉘는데, 후자는 수사 실무자이거나 실무자 출신의 연구가 많은 편이고 이들은 관련성 범위를 축소하는 판례에 대해 ‘수사 현실을 고려하지 않았다’는 취지로 비판적 입장을 취한다.⁴⁴⁾ 해외 주요국에서는 우리와 같은 압수수색 사각지대가 발생하지 않는다는 점을 강조하기도 한다.⁴⁵⁾ 형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’ 인정

40) 제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

41) 법률 개정 전이었던 대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정에서도 법원은 ‘영장에 기재된 혐의사실과 관련된 부분’만 압수수색할 수 있다고 했다.; 이주원, 앞의 책, 167면.

42) 신동운, 「간추린 신형사소송법 제13판(2021. 3.)」, 법문사, 222면.

43) 통상 압수수색의 관련성이 문제되는 경우는 수사기관이 영장을 집행하면서 영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실의 증거를 획득한 경우다.

44) 이형근, “수사상 압수·수색에 있어 관련성 판단의 준거”, 형사법연구 제33권 제4호(2021. 12.), 한국형사법학회, 333면.

45) 관련성 범위 확장을 위해 영미의 ‘Plain view Doctrine’이나 독일의 ‘독립적 가압수’처럼 수사기관

범위 문제 역시 수사 현실이나 비교법적 연구와 맞물릴 개연성이 커서, 압수수색의 관련성 논의와 비슷하게 흘러가기 쉽다.⁴⁶⁾

나. 학설과 판례

학계에서는 형사소송법 제215조상 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것’, 다시 말해 관련성의 인정 범위를 확인하기 위해 두 가지 개념을 제시하는 경우가 많다. ‘해당 사건’이 무엇이고 ‘관계가 있는 것’은 무엇인지다.⁴⁷⁾ ‘해당 사건’은 사건과 사건과의 관계를 따지는 것이고, ‘관계가 있는 것’이란 사건과 물건과의 관계를 따지는 것이다.⁴⁸⁾ 후자는 증거로서의 의미라고 설명되기도 한다. 다만, 판례는 “영장에 기재한 혐의 사실과 ‘객관적 관련성’이 있고 영장 대상자와 피의자 사이에 ‘인적 관련성’이 있는 범위에 영장의 효력이 미칠 수 있다”고 판시하며, ‘객관적 관련성’과 ‘인적 관련성’이라는 하위 개념을 도입해 ‘해당 사건과 관련성’을 판단하고 있다. 여기서는 판례가 제시하는 기준과 이에 대한 평석을 중심으로 살펴보려고 한다.⁴⁹⁾

종래 판례는 혐의사실과의 ‘객관적 관련성’은 혐의사실 자체 또는 그 혐의와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론이거니와 범행의 동기와 경위, 수단과 방법, 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거 내지 정황증거로 사용될 수 있는 것이라고 설명했다. 피의자와의 ‘인적 관련성’은 압수수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범, 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서 인정된다고 했다.

하지만 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019도6775 판결은 객관적 관련성에 대해 “압수

이 합법적으로 ‘우연히 발견한 증거’를 획득할 수 있도록 하는 해외 법제를 소개하는 경우가 많다.

46) 다만, 수사기관의 입장은 같릴 수 있다. 검찰은 ‘해당 사건과 동일성’ 범위 확대를 지지하고 경찰은 축소를 지지할 가능성이 높다.

47) 김웅재, “압수·수색의 ‘관련성’ 요건에 관한 대법원 판례의 진화”, 법학평론 제12권(2022. 4.), 서울대학교, 17-18면.

48) 김웅재, 앞의 논문, 18면.

49) 해당 사건과 혐의의 관련성을 나눠 설명하는 견해는 특히 해당사건이 무엇인지 규명하는데 주력한다. 1) 형사소송법 제11조가 규정하고 있는 관련 사건을 기준으로 하는 견해, 2) 형소법 제248조 제2항이 규정하는 ‘범죄사실’을 기준으로 하는 견해, 3) 영장에 기재된 범죄사실에 한정하여 ‘압수의 원인이 된 사실’을 기준으로 하는 견해가 있다. 이 같은 논의도 결국 판례가 제시하는 객관적 관련성과 인적 관련성 문제에 포섭될 수 있으므로 간략한 소개로 갈음한다.

수색영장에 기재된 혐의 사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적, 개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다.”고 객관적 관련성 인정 범위를 축소하는 판결을 했다. 경찰이 필로폰 투약 사범을 압수수색 하여 획득한 투약의 증거가, 영장에 기재된 범죄사실 ‘이후’ 투약한 행위에 대한 것이어서 별건 압수수색이고 위법하다고 판시한 것이다.⁵⁰⁾ 이후에도 대법원은 “구체적, 개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다”는 기준을 유지하고 있다.⁵¹⁾

위 판결은 경찰이 압수수색영장을 발부받고 한 달여 뒤에 집행했다는 사실 등 통상의 압수수색과 다른 이례적인 상황들이 감안된 것 같다. “압수수색영장은 이미 발생한 범죄 사실에 대한 증거를 확보하기 위한 것으로 장래에 발생할 범죄를 미리 예측하여 압수수색영장을 발부받을 수 없어” 당연히 객관적 관련성이 인정되지 않는다⁵²⁾는 평석도 이례적 상황에 방점을 둔 것으로 추측해볼 수 있다.

하지만 위 판결에 비판적인 견해가 문제 삼는 지점은 다른 데 있음을 주목해야 한다. ‘동일한 피의자의 동종 범행’에 대해 관련성을 부정했다는 점이다. 이전까지 압수수색의 관련성이 문제된 사안은 주로 다른 피의자의 동종 범행이거나, 동일한 피의자의 이종 범행이었다.⁵³⁾ 요컨대 마약사범처럼 동일인의 동종 범행이고 상습성이 있어 기본적 사실 관계의 동일성이 인정되는 사안이라도, 압수수색의 관련성을 부정⁵⁴⁾할 수 있는 기준이

50) 다만, 대법원은 이에 앞서 압수수색은 아니지만 통신제한조치에 대해 동일한 취지의 판결을 내린 바가 있었다. 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 ‘관련된 범죄’를 판단하는 기준에 대한 것이었다. 판례는 “허가서에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상 및 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있는 것은 아니다.”고 판시했다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결).

51) 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결, 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도7342 판결, 대법원 2021. 8. 26. 선고 2021도2205 판결 등.

52) 이순옥, “2021년도 형사소송법 중요 판례에 대한 검토”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호(2022. 3.), 164면.

53) 장웅혁, “압수에 있어 ‘관련성’ 판단기준의 비판적 검토”, 형사법연구 제32권 제2호(2020. 6.), 한국형사법학회, 239면.

54) 서원익, “압수수색 관련성 범위에 관한 최근 판례의 비판적 검토”, 형사정책 제32권 제3호(2020. 10.), 한국형사정책학회, 84면.

생겼다는 것이다.

3. 소결

형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’ 판단 기준은 문언의 유사성이나 입법 과정에서 논의된 참고할 때 ‘공소사실의 동일성’ 해석을 기초해야 한다. 다만, 전자는 수사 단계를 후자는 공판 단계를 다룬다는 점에서 양자를 완전히 동일하게 취급할 수는 없다. 해석의 간극을 좁히기 위해 압수수색의 관련성 요건 해석을 참고해야 한다. 형소법 제196조 제2항처럼 수사 과정상 쟁점인 데다, ‘해당 사건’이라는 동일한 용어를 사용하기 때문이다. 우선 공소사실의 동일성 해석에서 참고해야 하는 사안부터 확인해보기로 한다.

판례가 공소사실의 동일성 인정에서 규범적 요소를 도입한 이유는 동일성 범위를 축소해 기판력을 부정하지 않으면 실제적 정의에 크게 반하는 결과가 발생하기 때문이었다.⁵⁵⁾ 경미한 처벌을 받았다는 이유로 중한 범죄를 처벌하지 못하는 경우를 줄이기 위함이었다.⁵⁶⁾ 자연히 판례는 주로 기판력의 범위를 제한하는 때는 동일성을 좁게 인정하고, 공소장 변경에서는 동일성을 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.⁵⁷⁾ 동일한 사안이라도 기판력의 범위가 문제였다면 동일성이 인정되지 않고, 공소장 변경이었다면 동일성이 인정될 수 있는 경우가 예상된다⁵⁸⁾는 것이다. 그렇다면 형소법 제196조 제2항 해석에서 참고해야 하는 공소사실의 동일성 판례는 기판력이 아닌 공소장 변경을 다룬 판결이어야 한다. 형소법 제196조 제2항은 형소법 제248조 제2항(기판력 규정)이 아닌 제298조 제1항(공소장 변경 규정)과 조문이 유사한 데다, 공소장 변경처럼 검사의 직무상 행위가 어디까지 허용될 수 있는지 문제이기 때문이다. 무엇보다 법원의 규범적 요소 도입 배경인 형사정의 실현에 더 적합하려면 공소장 변경처럼 동일성을 비교적 넓게 보아야 한다.

55) 홍영기, 앞의 책, 254면.

56) 규범적 요소를 도입한 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체판결에서 피고인은 장물취득죄 유죄 판결에 항소하였는데, 강도상해죄가 드러나자 항소를 포기하고 그 판결을 확정시켰다. 기판력을 이용해 강도상해죄 처벌을 피하려는 불순한 의도가 있었던 것이다.; 홍영기, 앞의 논문, 710면.

57) 이주원, 앞의 책, 294면.

58) 홍영기, 앞의 책, 254면.

형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’ 판단에서 따라야 하는 판례를 공소장 변경을 다른 판결로 한정한다면, 기판력 문제에서 동일성을 인정하지 않은 범죄사실들 간에도 형소법 제196조 제2항상 동일성이 인정된다고 판단할 여지가 생긴다. 다만, 검사의 직접수사·직접 보완수사 범위가 광범위하게 확대하는 결과로 이어질 수 있어 일정한 제한이 필요하다.

제한을 위해 최근 압수수색의 관련성 요건에서 법원이 제시한 판단 기준을 참고하고 따를 필요가 있다. 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019도6775 판결은 관련성 판단을 영장 집행 당시의 사정을 토대로 하지 않고 ‘사후적으로 판단’했다.⁵⁹⁾ 그간 수사기관에서는 사건의 전모가 밝혀지지 않은 상황에서 수사의 단서를 찾는 압수수색의 특성을 강조하며, 영장을 집행하는 수사기관의 관점에서 관련성을 판단해야 한다고 주장했다.⁶⁰⁾ 다시 말해 사후적으로 관련성이 없다고 밝혀진 증거물이라도 영장 집행 당시 수사관이 관련성이 있다고 판단했을만한 합리적인 사정이 있었다면 관련성을 인정해야 한다는 것이다. 생각건대 압수수색의 관련성 요건을 사후적으로 판단하는 판례를 지지한다면 형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’ 인정 역시 법관의 입장에서 사후적으로 판단해야 한다는 결론에 이른다. 설령 위와 같은 판례를 지지하지 않더라도 법관이 사후적으로 ‘해당 사건과 동일성’을 판단해야 함을 부정하기 어렵다고 생각한다. 이유는 다음과 같다.

첫째, 수사기관의 입장에서 압수수색의 관련성을 판단해야 한다는 주장은 영장 집행 단계에서는 범죄사실에 대한 정보가 부족하고, 현장에서 즉각적인 판단을 내려야 한다는 한계를 비중 있게 고려하고 있다. 그렇지만 형소법 제196조 제2항에 따른 송치사건은 경찰의 1차 수사가 완료된 사건이다. 압수수색의 경우보다 범죄사실에 대한 정보 부족이 덜하다. 더욱이 사건을 송치받은 검사는 시간의 제약 없이 기록을 꼼꼼하게 확인할 수 있다. 압수수색처럼 정확한 판단을 방해하는 급박한 현장 상황이나 시간적 제약이 적은 것이다.

둘째, 검사는 법률 전문가이고 공소권자이다. 누구보다 공소장 변경, 압수수색의 법리와 판례를 잘 알고 있다. 더욱이 헌법에 규정된 영장신청권자로 수사 단계에서는 인권옹호기관으로서의 지위에 있다.⁶¹⁾ 수사 당시 검사가 처한 상황을 고려해 ‘해당 사건과 동

59) 서원익, 앞의 논문, 65면.

60) 이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사판례연구 제23권 (2015. 6.), 한국형사판례연구회, 547면, 549면.

일성'이 없는 범죄사실에 대해서도 예외적으로 동일성을 인정해준다면, 검사로 하여금 진지한 법률적 검토를 게을리하게 하거나 인권옹호기관으로서의 역할을 소홀히 하도록 할 수 있다.

셋째, 압수수색의 경우 관련성 요건을 너무 엄격하게 판단하면 실체적 진실 발견, 즉 형사정의가 후퇴할 수 있다. 반면 형소법 제196조 제2항은 해당 사건과 동일성이 인정되지 않더라도 검사가 경찰에게 별건 범죄사실에 대한 '보완수사 요구'를 할 수 있다. 압수수색의 경우에 비해 조문의 엄격한 해석으로 인한 형사정의 훼손 가능성이 현저히 낮기 때문에 예외적인 인정요건을 둘 필요성이 적어 보인다.

결국 다음과 같은 결론에 이를 수 있다. 형소법 제196조 제2항 '해당 사건과 관련성' 판단은 공소장 변경에 대한 축적된 판례를 따른다. 이로써 수사 실무상 혼란을 최소화할 수 있다. 공소장 변경 판례가 없는 사안에 대해서는 유사 판례를 참고하고 행위 태양이나 피해법익, 죄질 등의 규범적 요소를 감안하여 판단하되, 압수수색의 관련성 요건처럼 법관이 모든 기록을 참고하여 사후적인 관점에서 판단해야 한다. 다시 말해 수사기관으로서의 논란 소지가 예상되는 경우 인정 범위를 좁히는 보수적인 시각에서 판단해야 한다는 것이다.

V. 결론

형소법 제196조 제2항은 형사소송법의 양대 원칙인 실체적 진실주의와 적법절차의 원리 사이 균형점을 찾아야 하는 조문이다. 조문의 엄격한 해석은 실체적 진실발견을 어렵게 하고, 느슨한 적용은 적법절차를 훼손하게 된다. 올바른 판단을 위해서는 양자의 이익형량이 필요한데, 이는 법률 위반이 수사와 재판에 미치는 영향이 무엇인지를 확인하는 데서 시작해야 한다. 다시 말해 형소법 제196조 제2항을 위반한 수사와 기소는 어떤 평가를 받아야 하는지를 밝혀야 한다. 우선 형소법 제327조 제2호 '공소제기의 절차

61) 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 전원재판부 결정; '고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률' 위헌확인 소송에서 종래 헌법재판소 결정에서 유지되어 온 검사의 헌법적 지위에 대해 언급하였다.

가 법률의 규정을 위반하여 무효일 때'에 해당되어 공소기각 판결을 할 수 있다는 견해가 있을 수 있다. 위법수사인 범의유발형 함정수사에 대해 판례가 취하는 입장⁶²⁾이기 때문에 일견 설득력이 있어 보인다. 하지만 함정수사는 수사기관이 '만들어 낸' 범죄라는 점에서 '이미 발생했고 처벌받아야 마땅한 범죄'를 대상으로 하는 형소법 제196조 제2항과는 근본적인 차이가 있다. 덧붙여 물적 증거에 대해서도 위법수집증거배제법칙을 적용하는 형소법 제308조의2 입법 이전에 형성된 판례라는 점도 감안해야 한다. 생각건대 형소법 제196조 제2항을 위반한 수사는 증거능력의 문제로 다루어 한다. 법률을 위반한 수사는 전형적으로 적법한 절차에 따르지 아니하고 증거를 수집하는 행위이기 때문이다. 위법수집증거배제법칙 입법 취지가 실제적 진실 발견에 정도된 수사기관의 위법한 수사 동기를 억제하기 위함임을 상기하면, 형소법 제196조 제2항을 위반한 위법한 수사를 막기 위해 형소법 제308조의2가 적용되어야 함이 더욱 분명해진다.

한편, 앞서 살펴본 바와 같이 형소법 제196조 제2항은 일부 사법경찰관 송치사건에만 적용된다. 아울러 송치된 해당 사건과 동일성이 없는 별건 범죄에 대해 검사의 직접수사와 직접 보완수사를 모두 금지하고 있다. '해당 사건과 동일성' 인정 여부의 판단은 '공소사실의 동일성' 논의를 바탕으로 해야 하는데, 전자는 수사 단계이고 후자는 공소제기 이후 절차를 다룬다는 점에서 완전히 동일하게 생각할 수는 없다. 판례는 이른바 규범적 요소를 도입해 구체적 상황을 고려하여 공소사실의 동일성을 판단하고 있는데, 형사정의 실현을 위해 공소장 변경에서는 동일성을 넓게 인정하고 기판력의 범위에서는 좁게 인정하는 경향을 보인다. 형소법 제196조 제2항 '해당 사건과 관련성'은 1차적으로 공소장 변경에 관한 판례를 참고해야 한다. 공소장 변경처럼 동일성을 넓게 보아야 형소법 제196조 제2항으로 인한 형사정의 훼손이 줄어들 수 있고, 형소법 제196조 제2항은 공소장 변경과 마찬가지로 검사의 직무를 다루는 조문이기 때문이다. 선행 판례가 없는 경우 규범적 요소인 행위의 태양이나 피해법익, 죄질까지 고려해서 동일성을 판단하되, 판단 기준은 사후적인 모든 자료를 종합한 법관의 시각이어야 한다.

지금까지 살펴본 형소법 제196조 제2항은 판례나 학계에서 다루지 않았던 새로운 내

62) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결 등은 "본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다."고 판시.

용을 규정한 조문이다. 검사의 수사권을 제한하기 위해 형사정의를 훼손했다는 비판도 있지만, 경찰에 대한 보완수사 요구를 제한하지 않는다고 해석하면 형사정의를 훼손은 기우라고 생각한다. 새로운 쟁점에 대해 학계와 실무에서 다양한 논의가 이뤄지길 기대 해본다.

참고문헌

1. 단행본

- 김인희, 형사소송법(제2판), 피앤씨미디어, 2018
배종대·홍영기, 형사소송법 (제2판), 홍문사, 2020
신동운, 간추린 신형사소송법(제13판), 법문사, 2021
이주원, 형사소송법(제4판), 박영사, 2022
정웅석·최창호·이경렬·김한균, 신형사소송법, 박영사, 2021

2. 연구논문

- 김웅재, “압수·수색의 ‘관련성’ 요건에 관한 대법원 판례의 진화”, 법학평론 제12권, 서울대학교, 2022/4
서원익, “압수수색 관련성 범위에 관한 최근 판례의 비판적 검토”, 형사정책 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020/10
안성조, “공소사실의 동일성 판단기준과 일사부재리의 효력이 미치는 범위”, 형사법연구 제34권 제2호, 한국형사법학회, 2022/3
이경렬, “형사소송법상 한 개 사건의 의미”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004/7
이순옥, “2021년도 형사소송법 중요 판례에 대한 검토”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호, 2022/3
이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015/6
이정원, “수사지휘 당사자에 관한 헌법적 해석론 - 법제분석을 통한 주체와 객체를 중심으로 -”, 고려법학 제103호, 고려대학교 법학연구원, 2021/12
이형근, “수사상 압수·수색에 있어 관련성 판단의 준거”, 형사법연구 제33권 제4호, 한국형사법학회, 2021/12

장응혁, “압수에 있어 ‘관련성’ 판단기준의 비판적 검토”, 형사법연구 제32권 제2호, 한국형사법학회, 2020/6

정승환, “검·경 수사권조정 합의안에 대한 평가”, 법조 제731호, 법조협회, 2018/10

홍승희, “공소사실 동일성 판단에서 규범적 요소의 의미”, 형사법연구 제26권, 한국형사법학회, 2006/12

홍영기, “형사소송법상 사건의 동일성 - 이론과 정책 -”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007/1

A Discussion on the Limitation of the Prosecutor's Investigation in Police Investigation Cases

- Focusing on Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act -

Park, Min Woo*

Article 196 (1) of Criminal Procedure Act recognizes the prosecutor's investigative power without limitation. However, Article 4 of the Prosecutor's Office Act restricts this, and Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act limits the investigative power of the prosecutor. It is not easy to understand what the scope and limits of the prosecutor's investigative power are in the entire legal system.

Especially, Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act stipulates that a prosecutor cannot investigate a crime that is not identical to a case investigated by the police. This conflicts with Article 4 of the Prosecutor's Office Act. This is because Article 4 of the Prosecutor's Office Act allows prosecutors to investigate crimes directly related to the criminal cases investigated by the police. It is unclear whether it is possible to request that the police conduct a supplementary investigation without the prosecutor directly investigating the criminal case. Not only this. The discussion of identity with the facts stated in the indictment should be used for the discussion of identity with the case stipulated in Article 198 (2) of the Criminal Procedure Act. However, These two have different personalities. One is the trial stage and the other is the investigation stage. Moreover, The Supreme Court differs in judging identity of the cases indicted with respect to the change of the indictment and the scope of the effect of the judgment.

In order to resolve such doubts, we checked to what cases the prosecutor's investigation scope is limited by Article 196 (2) of the Criminal Act. This article

* Seoul Metropolitan Police Agency, Superintendent

dose not apply to all cases investigated by the police and sent to prosecutors, but only some cases.

We also checked how to judge a crime that does not have ‘identity with the case’. It is reasonable to apply the doctrine and leading cases that the Supreme Court uses as a standard in changing the indictment.

In addition, the relationship with Article 198 (4) of the Criminal Procedure Act, the prohibition of separate criminal investigations that first appeared in this Act, was also examined. Both Article 196 (2) and 198 (4) are regulations that restrict separate criminal investigations. However, the latter applies to cases where a separate crime is being investigated for the purpose of investigating another crime from the outset. The former applies regardless of the purpose of the investigation. Therefore, the two clauses are independent of each other.

In this way, the nature of Article 196 (2) of the Criminal Act was made clearer. It is expected that various discussions will take place in the academic community and in the field of investigation on the new issues surrounding Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act.

❖ Key words: Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act, Prosecutor’s Investigation Restrictions, Adjustment of investigative authority, Identity of the criminal case