creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000236131

*2008*年　*2*月

博士學位論文

搜査權의 合理的 配分에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法　學　科

朴　哲　佑

搜査權의 合理的 配分에 관한 硏究

A Study on the Rationalization of the Structure of Investigation

*2008*年 *2*月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 哲 佑

搜査權의 合理的 配分에 관한 硏究

指 導 敎 授　　文　正　珉

이 論文을 法學博士學位 申請論文으로 提出함.

*2007*年　*10*月　　日

朝 鮮 大 學 校　大 學 院

法　學　科

朴　　哲　　佑

朴哲佑의 博士學位論文을 認准함

委員長 全南大學校 敎授 안동준 印

委 員 光州女子大學校 敎授 조도현 印

委 員 草堂大學校 兼任敎授 김운곤 印

委 員 朝鮮大學校 敎授 류전철 印

委 員 朝鮮大學校 敎授 문정민 印

*2007*年 *12*月 日

朝鮮大學校 大學院

目　　次

ABSTRACT

第*1*章 序 論 ····· 1

第*1*節 硏究의 目的 ····· 1

第*2*節 硏究의 範圍 및 方法 ····· 4

第*2*章 搜査의 一般理論 ····· 5

第*1*節 搜査의 槪念과 目的 ····· 5

Ⅰ. 搜査의 槪念 ····· 5

Ⅱ. 搜査의 目的 ····· 6

1. 起訴 前 搜査의 目的 ····· 6

2. 起訴 後 搜査의 目的 ····· 7

Ⅲ. 搜査의 指導原理 ····· 8

1. 實體的 眞實主義 ····· 8

2. 無罪推定의 原理 ····· 9

3. 必要最小限度의 原理 ····· 9

4. 適正節次의 原理 ····· 9

第*2*節 搜査機關의 種類 ····· 10

Ⅰ. 檢 事 ····· 10

Ⅱ. 司法警察官吏 ····· 10

1. 一般 司法警察官吏 ····· 10
2. 特別 司法警察官吏 ····· 11
Ⅲ. 檢事와 司法警察官吏의 關係 ····· 11
1. 檢 事 ····· 12
2. 警 察 ····· 17
3. 現行法上 檢察과 警察의 關係 ····· 23

第3章 外國의 搜査權 配分의 形態 ····· 30
第1節 大陸法係 國家 ····· 30
Ⅰ. 獨 逸 ····· 30
1. 檢察의 搜査權限 ····· 30
2. 警察의 搜査權限 ····· 40
3. 檢察과 警察과의 關係 ····· 49
Ⅱ. 프랑스 ····· 56
1. 檢察의 搜査權限 ····· 56
2. 警察의 搜査權限 ····· 59
3. 搜査判事의 搜査權限 ····· 65
4. 檢察과 警察 및 搜査判事 相互間의 關係 ····· 68
Ⅲ. 日 本 ····· 71
1. 檢察의 搜査權限 ····· 71
2. 警察의 搜査權限 ····· 73
3. 檢察과 警察과의 關係 ····· 78

第2節 英美法係 國家 ····· 80

Ⅰ. 英　國 ····· 80
1. 檢察의 搜査權限 ····· 80
2. 警察의 搜査權限 ····· 83
3. 檢察과 警察과의 關係 ····· 90
Ⅱ. 美　國 ····· 91
1. 檢察의 搜査權限 ····· 91
2. 警察의 搜査權限 ····· 96
3. 檢察과 警察과의 關係 ····· 101

第3節 各國의 搜査權 配分 形態의 分析 ····· 108
Ⅰ. 檢察 主導形 國家 ····· 108
1. 獨　逸 ····· 108
2. 프랑스 ····· 109
Ⅱ. 警察 主導形 國家 ····· 110
1. 英　國 ····· 110
2. 美　國 ····· 111
Ⅱ. 混合形 國家(日本) ····· 112

第4章 우리나라 搜査權의 現況 ····· 114
第1節 現行 搜査의 構造 ····· 114
Ⅰ. 우리나라 搜査權 構造의 沿革 ····· 114
1. 刑事訴訟法 制定 以前 ····· 114
2. 刑事訴訟法 制定 以後 ····· 116
Ⅱ. 現行 搜査權의 問題點 ····· 120

第2節 搜査權 配分의 論爭 ····· 123
Ⅰ. 贊成論 ····· 123
1. 理論的 根據 ····· 123
2. 現實的 必要性에 따른 根據 ····· 126
Ⅱ. 反對論 ····· 127
1. 理論的 根據 ····· 127
2. 現實的 必要性에 따른 論據 ····· 130
Ⅲ. 贊・反 論爭에 대한 檢討 ····· 131
1. 職權主義 構造上 檢事指揮의 必要性 ····· 131
2. 人權侵害 憂慮 ····· 132
3. 警察의 搜査 主體性 與否 ····· 132
4. 警察權의 肥大化 ····· 133
5. 警察의 資質問題와 法律 專門家에 의한 指揮 ····· 134
6. 檢事의 搜査主宰性은 國民의 憲法的 決斷 ····· 135
7. 其他 反對論據 ····· 135

第5章 搜査權의 合理的 配分 方案 ····· 138
第1節 搜査權의 合理的 配分을 위한 前提 條件 ····· 138
Ⅰ. 警察搜査의 獨立性 確保 ····· 138
1. 搜査警察의 身分保障 ····· 138
2. 自體 指揮權의 限界 設定 ····· 141
Ⅱ. 警察搜査의 公正性 確保 ····· 143
1. 司法警察에 대한 除斥・忌避・回避制度 ····· 143
2. 搜査 統制裝置 强化 ····· 144

3. 搜査異意制度의 活性化 ····· 145
4. 內査事件 管理·監督 體系 構築 ····· 147
5. 責任搜査構造 導入 ····· 147
6. 其 他 ····· 148
Ⅲ. 自治警察制度의 導入 ····· 149
1. 自治警察制의 理念 ····· 149
2. 期待와 問題點 ····· 150
3. 導入 形態 ····· 151
Ⅳ. 警察搜査의 科學化 및 現代化 ····· 152
1. 指紋自動檢索시스템 活用 ····· 153
2. 거짓말探知機 活用 ····· 154
3. CCTV 判讀시스템 活用 ····· 155
4. 足·輪跡 檢索시스템 活用 ····· 155
5. 犯罪情報管理시스템(CIMS) 活用 ····· 156
6. 國立科學搜査硏究所 分所 擴大 設置 ····· 157
7. 陳述錄畵室 活用 ····· 158
8. 디지털 證據能力 活用 ····· 158
9. 遺傳子情報銀行의 管轄 調整 ····· 160
10. 其 他 ····· 160

第2節 搜査權의 具體的 配分 方案 ····· 161
Ⅰ. 搜査權 配分의 範圍 ····· 161
1. 人的 搜査權 配分의 範圍 ····· 161
2. 物的 搜査權 配分의 範圍 ····· 162

Ⅱ. 關聯法規의 改正 ····· 163
1. 憲 法 ····· 163
2. 刑事訴訟法 ····· 164
3. 檢察廳法 ····· 166
4. 暴力行爲등處罰에관한法律 ····· 166
5. 司法警察官吏 執務規則 ····· 167
6. 其他 法令 ····· 167
Ⅲ. 警察의 搜査 主體性 認定 ····· 168
Ⅳ. 不起訴事件에 대한 搜査 終結權 附與 ····· 168
Ⅴ. 搜査書類의 證據能力認定 ····· 170
Ⅵ. 令狀請求權 附與 ····· 172
Ⅶ. 被疑者 釋放權 附與 ····· 174
Ⅷ. 司法警察의 變死者 檢屍權 附與 ····· 175
1. 檢屍制度의 現況 ····· 175
2. 檢屍制度의 問題點 ····· 176
3. 檢屍制度의 改善方案 ····· 177

第3節 警察 搜査權 統制 方案 ····· 178
Ⅰ. 內部的 統制 ····· 178
1. 搜査 異意制度 活性化를 통한 統制 ····· 178
2. 機關間 統制 ····· 179
3. 陳述錄畵制度를 통한 統制 ····· 180
Ⅱ. 外部的 統制方案 ····· 181
1. 檢察의 統制 ····· 181

2. 法院의 統制 ····· 181
3. 令狀請求權에 대한 統制 ····· 183
4. 國家人權委員會의 統制 ····· 183
5. 警察委員會의 統制 ····· 184
6. 市民 參與에 의한 統制 ····· 185
7. 辯護人 助力權 强化를 통한 統制 ····· 187

第6章 結 論 ····· 189

참 고 문 헌 ····· 193

表 目 次

〈표4-1〉 2005년 경찰 수사권 관련 여론 조사 결과 ····· 137

〈표5-1〉 지문감식에 의한 신원확인 실적 ····· 153

〈표5-2〉 거짓말 탐지기 검사 실적 ····· 154

〈표5-3〉 CCTV 판독기 활용 실적 ····· 155

〈표5-4〉 족·윤적 검색 시스템 활용 실적 ····· 156

〈표5-5〉 국과수 감정 처리 현황 ····· 158

〈표5-6〉 총 범죄처리 결과표 ····· 170

ABSTRACT

A Study on the Rationalization of the Structure of Investigation

Park, Cheol-Uh
Advisor : Prof. Moon, Jeong-Min. Ph.D
Department of Law
Graduate School of Chosun University

The concept and role of police flow and time with in social demand to follow they are changing and the life and a property of the citizen and the role which maintains today they protect prevention of crime and the suppression and investigation other general public law and order they keep. Our country police liberation after U. S. army affection carried out the crisis of prosecution and the investigation from human rights guarantee dimension of the Korean citizen and police the investigation, prosecution appeal it bore responsibility and the letter of instruction of gist from equal footing with each other it cooperates it announced. In police investigation volume, it apportions appeal volume each in the prosecuting attorney and the investigation authority against the administration of justice police officer of the prosecuting attorney it excludes, it maintains the prosecuting attorney investigation residence setup which is a criminal procedure law system of Japan by repelling of the prosecution but and the law circle back like that and the reasoning to become the argument which is caused by reaches to a today until in time social situation to follow and the difference of degree is

cut it is proposed without.

The prosecution which monopolizes legal action volume even investigation process the actuality situation which it is seizing thoroughly it comes true my idea which the protection of human rights entity truth discovery back criminal case administration of justice of the blood chair pursues, will not can be suitable and. Recently it follows in change of the social environment which is sudden and the crime increases rapidly at number and fault width it comes to do quality and wide area reconciliation is going, our country investigation structure liberation after with the system which originates from the time situation inside which is tense well does not dispose the fact that is fact in like this security circumstance. The investigation structure of our country police must dispose efficiently in the security situation following in change and demand of time is to police service accomplishment and command and regulation of the prosecution which a so far worry of human rights infringement is different national institution with reason until of course control the case which it receives almost at most about reasoning lower does not accomplish an autonomous and efficiency business accomplishment to timely the case was many. When seeing the crime tendency of today, the immediate follow-on action which the prosecuting attorney follows with the initial motion investigation hereupon by manpower of decimal and the continuous tracking investigation are impossible and the criminal investigation of most is almost taking charge of from police and primary investigation volume the dual command channel which is given will not be the possibility the rationality doing actuality in the prosecuting attorney. It will be coming to be under until rain rational Royal favor investigation station service evasion actual conditions of like this investigation structure state, about reasoning lower the investigation station

of police will be recognized at the evasion station and the manpower which is excellent and secure, cultivate, reach and to lead it is appropriate in security actuality of the today when it changes suddenly with the back which disposes effectively it is same investigation specialty police and, the large country it is the actual condition where becomes the stumbling block in the investigation service improvement plan which pushes.

This time research leads and the problem point position and the authority back the system and overview analysis against our country investigation structure at investigating the prosecuting attorney and the police it points out and the spring a desirable apportionment plan and to sleep research verifies the rational characteristic yes or no against the current law regarding the role and a correlation of course prosecution and police our country investigation volume rational and it presents it does. This time research observed our country investigation volume setup and the investigation volume structure of the foreign nation and with spring it researched the improvement program against the problem point of our investigation volume setup. It relates with this problem and the corresponding agency kicks even from of course academic world back and. anti- two opposite opinions to be sharp it is being opposed. First the opposite opinion sleeping field is arranged police indigenous the case which will have an investigation authority the nuclear attention investigation structure which burns and, the violation problem of the criminal action structure which it follows in the discordant back of worry, the investigation and appeal of inefficiency and violation of human rights of national punishment volume event is asserting that even problem of course police state anger back there is a possibility which it will cause. Rational apportionment of supporting argument volition case investigation volume the

discordant problem of objection and actuality and discordant problem, authority and responsibility of the investigation is solved and the efficient investigation accomplishes and the quality thing and, like this efficient investigation setup minimizes the damage of the citizen and the possibility of promising a human rights extension it is asserts the back. Monopoly setup of investigation volume the idea of restraint and balance is disregarded the misappropriation and authoritarianism and egoism back evil of authority are natural and serious following and, interests of the elite one citizen they are there is a possibility of injuring, authority the absence responsibility is again joined together in absence and the investigation of police is had a negative and self-protection investigation act and attitude and if and it is hindered and the process result efficient characteristic of the investigation and finally all big inconvenience will decrease in the blood chair and the victim back citizen. With plan of like this problem solving what it means it will be desirable relationship with the prosecuting attorney and the judicial police civil official with the trade name cooperative system indigenous to give 1st car enemy investigation volume in the police whom it sees and to develop. It will reach and to respect first the current criminal procedure law Article 195 mourning contents which is a general provision which is an important issue of investigation volume regulation of prosecution and police and, ① The prosecuting attorney and the judicial police civil official that there is suspicion of crime, when feed doing to, must investigate the criminal, a constituting an offense and an evidence. ② The national police government employee does the duty as the judicial police civil official. The scope of the judicial police civil official decides in the police law. ③ As the Supreme Public Prosecutors Office staff by a law it will accomplish the duty of the judicial police civil official to receive the command of the prosecuting attorney who sleeps, must investigate. with the

to open a court it stipulates expressly in the text the investigation independence of police, Also the criminal procedure law which provides police with the auxiliary machinery of the prosecuting attorney Article 196 it follows in principle of the power separation which dozes, ① The prosecuting attorney and the judicial police civil official must cooperate regarding the investigation with each other. ② The prosecutor general regarding the fact which is necessary to an appeal maintenance is a possibility of deciding the general standard against the investigation. ③ The judicial police civil official when investigating a crime to, quickly with the document and the evidence event does to be governed by Song together in the prosecuting attorney. Only, against the part event which President decides it is not. ④ The case prosecuting attorney of preceding clause it will be able to demand the complement investigation which is necessary to an appeal maintenance to the administration of justice police officer. This case judicial police civil official does to respond the grudge which is not the reason which is legitimate hereupon. With it opens a court, the gist of origin compared to in order it does authority security means of prosecution to the sacred place claim where the control measures which is powerful is becoming lapse characteristic of police investigation volume mortgage constitution Article 11, clause 2 protest by the requisition of the prosecuting attorney eliminates the and the compulsion investigation to recognize a sacred place claim opens a court with the law officer must present the hair and flesh one sacred place and the prosecuting attorney and the administration of justice police officer all it does but the crime regarding national law, At government employee crime back elder brother law itemized discussion against the other crime other than economic teacher back special law violating where the specific crime and the social ear and ripple effect are big in order it will be able to requisition the sacred place the

administration of justice police officer to the direct law officer, it does, the administration of justice police officer is not, or arrest, the back prosecution which gives release volume and relationship of police with a trade name cooperation relationship from relationship of the upper life summer-wear investigation result appeal volume against the person who is bound in the nonrestraint investigation object compared to in the case which above arrest - arrest does not have a necessity in the administration of justice police officer it develops, It agrees a responsibility and an authority to police and it gives and must guarantee a complement of the prosecution the investigation of police against and supervision function thoroughly. Rational apportionment of investigation volume it leads and if prosecution and police during that time discord and antagonism composition it is bold and it throws away and the trade name from the restraint which is appropriate and balance inside the prosecution is complete in task of the origination which is a lawful result protection of human rights of the investigation, the police with oneself authority and sense of responsibility concentrates in the investigation and in the citizens the quality which it sees it is appropriate to investigation service timely it is high and it provides, trust of the citizen being recovered and it means administration of justice just realization becomes the big crux. But the judgement of all discussions the above is decided and by the logic of assertion or profit or force of which chill tube it knows assuredly and to become only from position of the citizen first priority to consider a citizen convenience, feed with the fact that must be decided it becomes.

第1章 序 論

第1節 硏究의 目的

경찰의 개념과 역할은 시대의 흐름과 사회적 요구에 따라 변화하고 있으며 오늘날은 국민의 생명과 재산을 보호하고 범죄의 예방과 진압 및 수사 기타 공공의 안녕과 질서를 유지하는 역할을 맡고 있다. 우리나라의 경찰은 해방 이후 미군정이 한국국민의 인권보장 차원에서 "기소와 수사의 분리"를 단행하면서 경찰은 수사를, 검찰은 공소를 책임지고 서로 대등한 지위에서 협력한다는 취지의 훈령을 발표하였다. 경찰에게는 수사권을, 검사에게는 공소권을 각각 배분하여 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 배제하려 하였으나[1] 검찰과 법조계 등의 반발로 일본의 형사소송법 체계인 검사 수사 주재 체제를 그대로 유지하게 되었고[2] 이로 인한 논쟁은 오늘날에 이르기까지 시대와 사회 상황에 따라 정도의 차이는 있었으나 끊임없이 제기되고 있다.

우리사회는 국민이 참여하고 견제와 균형을 바탕으로 한 분권과 자율성의 신장을 통하여 성숙한 선진 민주시민사회를 지향하고 있으나, 우리나라의 수사구조는 이러한 변화와 발전에서 철저히 소외되고 있다고 할 수 있다.

소추권을 독점하고 있는 검찰이 수사전반을 철저히 장악하고 있는 현실상황은 피의자의 인권보호나 실체적 진실발견 등 형사사법이 추구하는 제이념을 실현하기에 적합하다 할 수 없을 것이다. 수사절차를 장악하고 있을 뿐만 아니라 배타적, 독점적 소추권한을 보유하고 있음에도 불구하고 이에 대한 실효성 있는 통제장치는 물론이거니와 권력의 분립ㆍ다원화에 따른 견제장치 또한 미흡하고, 검사가 직접 수사를 담당하고, 사법경찰의 수사를 구체적으로 지휘하는 현행 수사구조 하에서는 검사는 유죄입증을 위해 수사과정에서 자백을 포함한 증거의 수집에 몰두하게 될 수밖에 없다. 이처럼 검찰이 직접 수사를 주도하는

1) 표창원, "경찰수사권독립이 인권보장의 첩경".「형사정책」제15권 제1호, 2003, p. 40.
2) 이웅혁, "건국이후 이루어진 경찰과 검찰의 수사권 논쟁에 대한 총체적 내용 분석", 「한국경찰학회보」, 제9호, 2005, p. 166.

구조 하에서는 검찰이 사법경찰의 수사를 감시하는 공정하고 객관적인 통제자의 역할을 기대하기 어렵다할 것이다.

기소편의와 기소독점이라는 강력한 권한을 갖고 있는 검찰은 유죄입증에 필요한 진술을 얻기 위해 피의자신문과정에서 기소재량을 악용한 비합법적 사법거래를 동원하여 피의자로부터 자백을 받아낼 위험성이 있으며, 그러한 자백에는 허위가 개입될 여지 또한 크다. 이는 공소기관에 요구되는 객관성과 중립성을 저해하고 있다 할 수 있다. 검사는 공익의 대표자로서 기소여부를 판단하고 법령의 정당한 적용을 감시하는 현행법상의 책무를 부담하고 있으나 공소를 전담하고 있고 광범위한 기소재량권을 행사하고 있는 한국적 상황을 감안하면 검찰의 객관성 및 중립성의 요청은 더욱 중요시된다. 그러나 공소기관인 검찰이 수사를 직접 담당하는 구조 하에서는 이러한 객관성과 중립성을 유지하기 어려우며 또 검사가 수사를 직접 담당하는 한 수사기관으로서 갖기 쉬운 유죄의 예단으로부터 자유로울 수는 없을 것이다. 스스로 적극적으로 수사를 행한 자가 공소기관으로서의 객관적이고 중립적인 공소업무를 수행한다는 것은 양립될 수 없을 것이며, 검사가 향후 당사자인 피고인이 될 자를 수사단계에서 객체로 삼아 직접 신문하여 조사하는 것은 이론적으로 당사자인 검사의 지위에 부합되지 않으며, 피고인의 방어권을 실질적으로 제약하는 측면이 있다. 또한 공판중심주의가 확립된 법정절차에서는 수사과정을 체험한 수사관의 법정증언이 활성화되어야 할 것이나, 당사자인 검사에게 공판정에서의 증인의 역할을 기대하는 것은 적절하지 못하다는 점도 고려되어야 할 것이다.

최근 급격한 사회 환경의 변화에 따라 범죄는 수적으로 급증하고 질적으로는 흉폭해지고 광역화해가고 있으나, 우리나라의 수사구조는 해방이후 긴박한 시대 상황 속에서 생겨난 제도로써 이러한 치안 여건에 제대로 대처하지 못하고 있는 것이 사실이다.

시대의 변화와 요구에 따르는 치안 상황에 효율적으로 대처해야 할 우리나라 경찰의 수사구조는 경찰 업무 수행에 있어서 아직까지도 인권침해의 우려를 이유로 다른 국가기관인 검찰의 지휘와 조정은 물론 통제까지 받는 경우가 거의 대부분으로 이로 인하여 자율적이고 능률적인 업무수행을 적시에 수행하지 못

하는 경우가 많았다.

오늘날의 범죄 추세를 볼 때 검사가 소수의 인력으로 초동 수사와 이에 따른 즉각적 후속 조치는 물론 지속적인 추적 수사가 불가능하여 거의 대부분의 범죄수사는 경찰에서 담당하고 있으면서도 일차적 수사권이 검사에게 부여되어 있는 이원적 명령계통은 현실적으로 합리적이라 할 수 없을 것이다. 이러한 수사구조상의 비합리성은 수사부서 근무 기피 현상으로까지 이어지고 있고, 이로 인해 경찰의 수사부서는 기피 부서로 인식되어 우수한 인력을 확보하여 수사전문경찰을 양성하고 이를 통하여 급변하는 오늘날의 치안 현실에 적절하고 효과적으로 대처하는 등과 같은, 양질의 대국민 수사 서비스 향상 계획에 걸림돌이 되고 있는 실정이다.

최근까지 경찰은 물론 검찰까지도 국민적 불신의 대상이 되고 있으며 개혁대상으로 인식되고 있는 현실에서 경찰과 검찰 모두가 국민의 신뢰를 받고 진정한 인권의 수호자로서 임무를 다하기 위해서는 우리나라의 수사권은 경찰과 검찰간의 합리적인 배분을 통한 법적·제도적인 개선이 이루어져야 할 것이다.

이를 위하여 범죄수사에 있어서 수사와 공소를 분리하여 검찰의 지나친 권력독점을 검찰과 경찰간의 상호 대등한 협력 관계로 개선되어야 할 것이고, 이들 논의와 판단은 국민의 입장에서 국민편익을 최우선적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다.

이 연구는 우리나라 수사구조에 대한 체계적이고 종합적인 분석을 통하여 검사와 경찰의 수사상 지위와 권한 등의 문제점을 파악하고 검찰과 경찰의 역할과 상호관계에 관한 현행법규에 대하여 분석 검토한 후 우리나라 수사권의 합리적이고 바람직한 배분 방안을 제시하고자 한다.

第2節 硏究의 範圍 및 方法

본 연구의 범위는 우리나라 수사구조에 대한 체계적이고 종합적인 분석을 통하여 검사와 경찰의 수사상 지위와 권한 등의 문제점을 파악하고 검찰과 경찰의 역할과 상호관계에 관한 현행법규에 대하여 분석 검토한 문제점들에 대한 해결하기 위한 연구 목적을 달성하기 위하여 다음과 같이 논문을 구성하였다.

먼저 제1장 서론에서는 본 연구의 목적과 범위 및 방법을 제시하고, 제2장에서는 수사의 일반이론으로 수사의 개념과 목적, 수사기관의 종류 및 현행법상 검찰과 경찰의 관계에 관하여 알아보고, 제3장에서는 외국의 수사권 배분의 형태를, 대륙법계와 영미법계 국가로 나누어 각국의 검찰과 경찰의 수사권한과 양자의 관계에 관하여 연구한 다음, 이를 다시 수사권의 주도 형태에 따라 검찰 주도형과 경찰 주도형 그리고 혼합형 국가로 다시 분류하여 이들 국가에 있어서 검찰의 경찰에 대한 수사 관여 정도와 검사의 소추권한에 관하여 분석 요약한 다음, 제4장에서는 우리나라 수사권 배분 논쟁과 관련하여, 우리나라 수사권 구조의 연혁과 현 수사권의 문제점 및 검찰과 경찰의 수사권 배분에 관하여 현재까지 계속 논쟁이 되고 있는 쟁점을 찬성론과 반대론으로 구분하여 각 논점을 이론적 근거와 현실적 필요성에 따른 근거로 구분하여 알아보고 찬·반 논쟁을 검토 재정리하였으며, 제5장에서는 우리나라 수사권의 합리적 배분을 위한 전제조건을 검토해보고, 보다 구체적이고 합리적인 수사권의 배분 방안을 제시함과 함께 수사권 배분 이후 경찰 수사의 합리적인 통제 방안에 관하여 내부적 통제 방안과 외부적 통제 방안으로 각각 나누어 제시하였고, 제6장에서의 결론은 제1장에서부터 제5장까지의 내용을 요약하고 정리하였다.

본 논문의 연구 방법으로는 수사권과 관련된 관련법규와 재규정 및 국내외 연구논문과 단행본, 각종 학회지와 보고서, 각종 정부 자료 그리고 국내외의 관련법규와 다양한 인터넷 사이트 등을 참고한 문헌 분석적 연구를 통하여 우리나라 현행 수사구조의 문제점 등을 파악한 후 그에 따른 합리적이고 바람직한 대책을 제시하였다.

第2章 搜査의 一般理論

第1節 搜査의 槪念과 目的

Ⅰ. 搜査의 槪念

형사절차는 수사에 의하여 개시된다. 따라서 수사는 형사절차의 제1단계라고 할 수 있다.[3] 그러나 수사의 개념에 대하여는 아직도 견해가 일치하지 않는다. 즉 수사의 개념에 대하여 제1설은 수사라 함은 형사사건에 관하여 공소를 제기하고 이를 유지·수행하기 위한 준비로서 범인을 발견 보전하고, 증거를 발견하고 수집, 보전하는 수사기관의 활동을 의미한다는 견해로서 우리나라와 일본에서 지지를 받는 학설이다.[4] 그러나 이설은 불기소처분으로 종결되는 수사가 수사의 개념에서 제외되는 부당한 결론에 이르게 된다는 문제점이 있다.

제2설은 기소·불기소의 결정을 목적으로 범죄의 혐의를 명백히 하기 위하여 행해지는 일련의 절차가 수사를 의미한다는 견해이다.[5] 이설 또한 공소제기후의 수사를 수사의 개념에서 제외하고 있다는 문제점이 있다.

제3설은 수사라 함은 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소를 제기하고 유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견, 확보 및 증거를 수집하고 보전하는 절차를 의미한다는 견해이다.[6] 이 설은 수사를 공소 유지 여부를 결정하기 위한 절차라고 정의한다는 점에서 이론적인 취약점이 있다.

제4설은 수사라 함은 범죄의 혐의가 있는 경우에 수사기관이 공소의 제기와 수행을 위하여 범인을 보전하고 증거를 수집, 보전하는 행위를 의미한다는 견해이나[7] 이설은 범죄 혐의의 존재를 수사의 개념요소로 하고 있다는 점에서 문제점이 있다.

---

3) Peters, *Strafprozeß, 3. Aufl.*, 1981, S. 203.
4) 백형구, 「형사소송법 강의」, 박영사, 2001, p. 328.
5) 井戸田侃, 刑事訴訟法要設, 有斐閣, 1964, 64頁.
6) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2007, p. 175.
7) 平野龍一・松尾浩也, 「刑事訴訟法 續」, 靑林書院, 1980, 82頁.

제5설은 수사라 함은 수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 인정하는 경우에 범죄의 혐의 유무와 정황을 명백히 하여 공소의 제기여부를 결정하기 위해서 또는 공소유지를 위한 준비로서 범인을 발견하고 증거를 발견·수집·보전하는 수사기관의 활동을 의미한다는 견해이다. 이설은 형사사법이 바로 검찰동일시가 될 수도 있다는 위험성이 있다.

이상과 같이 수사의 정의에 대해서는 각 학설마다 장·단점이 있지만, 수사정의의 충분성이라는 관점에서 본다면, 제5설인 범인을 발견하고 범죄의 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동이 수사라고 하는 견해가 비교적 타당성을 갖는다고 할 수 있다.[8] 그러므로 범죄를 수사한다는 것은, 첫째 공소의 제기 및 수행을 위한 준비활동인 동시에 국가가 행하는 형벌권의 실현을 위한 형사소송절차의 일환이고, 둘째 범죄수사는 범죄사실의 진상을 규명하는 활동인 동시에 밝혀진 범죄사실에 적용할 형벌 법령을 명백히 하는 절차이며, 셋째 범죄수사는 범죄사실의 진상을 파악하고 범인과 증거를 수집하여 형사절차를 적용하기 위한 실체적 진실을 발견하는 과정이다. 넷째로 범죄수사는 범죄사실을 밝히고 범인을 검거함에 국한되는 것이 아니라, 범죄의 일시장소 및 동기, 처벌조건이나 형의 가중 감면조건이 되는 사실의 유무 등 범죄와 관련하여 작량경감에 해당하는 사실의 발견 등에 이르기까지 직접적인 범죄 구성요건 해당사실이 아니더라도 필요한 사실을 발견하고 필요한 사실을 수집하는 것이다.[9]

Ⅱ. 搜査의 目的

1. 起訴 前 搜査의 目的

기소전 수사의 목적은 첫째, 피의 사건에 관하여 범죄의 혐의 유무를 밝히고 정황을 명백히 하는 것이다.[10] 범죄의 혐의 유무와 정황은 기소 또는 불기소를 결정하는 기준이 되기 때문이다. 둘째, 피의자의 발견·보전과 증거의 발견·수

8) 강수열, "경찰수사권체제에 관한 연구", (박사학위 논문, 부산대학교 대학원, 2002), pp. 6-7.
9) 김경희, "사법경찰의 수사권독립에 관한 연구", 치안연구소, 1999, p. 4.
10) 백형구, 전게서, p. 330.

집·보전이다. 피의자의 발견·보전은 수사절차의 진행을 위해서도 필요할 뿐만 아니라 피의자를 발견하지 못하면 기소중지를 할 수 밖에 없기 때문에 공소제기를 위해서 또는 공소제기 후 공판절차에서 피고인의 출석 또는 형의 집행을 확보하기 위해서 요청된다. 증거의 발견·수집·보전은 범죄의 혐의 유무를 밝혀 기소·불기소를 결정하기 위해서 필요할 뿐만 아니라 공소제기 후 공소의 유지를 위해서도 요청된다. 증거는 범죄사실에 관한 증거에 한하지 않고 정황 또는 소송조건의 존부에 관한 증거를 포함한다. 한편 수사의 결과 불기소처분에 의해서 수사가 종결되는 경우도 있으므로 기소·불기소결정이 수사의 목적이라고 볼 수 있다. 끝으로 수사는 본질적으로 공소의 제기, 유지를 위한 준비행위이므로 공소제기·공소유지는 수사의 제1차적 목적이다.[11]

2. 起訴 後 搜査의 目的

기소 후의 수사는 공소의 유지와 수행에 있다. 따라서 공소제기 후의 수사는 공소유지에 필요한 증거의 수집·보전이 그 중심을 이룬다. 그러나 피고인의 당사자적 지위, 즉 소송당사자로서 피고인은 반대당사자인 검사와 법률상 당사자평등의 원칙 또는 무기평등의 원칙에 의거 평등한 지위에 있게 되는 것이다.

피고인은 공판심리단계에서 비로소 소송당사자로서의 본격적인 소송활동이 가능하게 됨으로 공판심리에 의하여 피고사건에 관한 실체형성을 하기 위하여 피고사건에 대한 조사·심리를 공판기일의 심리절차에 집중시키는 공판중심주의 요청에 의해 공소제기 후의 압수·수색·검증과 같은 대물적 강제수사는 원칙적으로 허용되지 아니하므로, 증거의 수집·보전이라는 기능은 그리 중요한 것이 아니다. 또한 공소제기 이후에는 수사기관에 의한 피고인 구속은 허용되지 아니하므로 피고인의 보전은 기소 후 수사의 목적이 아니다. 한편 공소제기 후의 피고인 조사·참고인 조사는 공소의 유지에 그 목적이 있다.[12]

---

11) 강수열, 전게논문, pp. 8-9.
12) 상게논문, p. 9.

Ⅲ. 搜査의 指導原理

수사의 지도원리는 수사절차를 전반적으로 지도하고 있는 기본원리가 무엇이냐의 문제로서 수사기관의 방향에 따라 기본원리의 방향이 상이하게 된다. 범인의 처벌에 중점을 두는 경우 실체적 진실발견주의가 강조됨에 대하여 피의자의 인권보장에 중점을 두는 경우 적정절차의 법리가 수사의 지도원리에 중점을 두게 된다. 그러나 수사의 목적 달성이라는 면에서 볼 때 그 어느 것 하나 소홀히 할 수 없는 합리적인 조화가 요청되어진다고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 현행법상 수사의 지도원리는 실체적 진실주의 적정절차의 법리 등이 있고, 이러한 지도원리의 제도적 표현인 수사의 기본원칙은 임의수사의 원칙, 수사비례의 원칙, 수사 비공개의 원칙, 영장주의의 원칙, 제출인 환부의 원칙, 강제수사 법정주의 등이 있다.[13]

1. 實體的 眞實主義

실체적 진실주의는 재판의 기초가 되는 사실을 인정함에 있어 객관적 진실을 추구하는 주의를 말한다. 즉 법원이 당사자의 사실상의 주장, 사실의 인정 또는 당사자가 제출한 증거에 구속되지 아니하고 실질적으로 사건의 진상을 규명하여 객관적 사실을 발견하는 소송법상의 원리를 말한다. 이에 대하여 법원이 당사자의 사실상의 주장, 사실의 인부, 당사자가 제출한 증거에 구속되어 이를 기초로 하여 사실의 진부를 인정하는 주의를 형식적 진실주의라고 한다. 실체적 진실주의를 내용 면에서 보면 적극적인 면과 소극적인 면으로 나누어 적극적 실체진실주의와 소극적 실체진실주의로 구별하고 있다.[14] 적극적 실체진실주의란 범죄사실을 명백히 밝혀 죄 있는 자는 빠짐없이 벌하도록 하는 것이며, 소극적 실체진실주의는 죄없는 자를 유죄로 하는 일이 없도록 하려는 원리로서 “열 사람의 범인을 놓치는 한이 있더라도 한 사람의 죄 없는 사람을 벌하여서는 안된다” 또는 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로” 라는 무죄추정의 원리

13) 백형구, 전게서, p. 339.
14) 성민곤, ″경찰의 독자적 수사권 확보 전략에 관한 연구″, (석사학위 논문, 한양대학교 행정대학원, 2004), pp. 12-13.

를 강조한다.[15]

2. 無罪推定의 原理

무죄의 추정이란 형사절차에서 피의자 또는 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 원칙을 말한다.[16] 무죄추정의 원리는 인간구속에 대한 제한원리로 그 내용으로는 첫째, 인간구속 그 자체를 제한하는 원리로 작용하고 있으며 둘째, 구속 중인 피의자는 가급적 석방되어 시민적 자유를 향유할 것을 요청하고 있고 셋째, 구속 중에도 피의자에게 구속 이외의 불필요한 고통을 당하지 않게 하고 가급적 인간적인 대우를 할 것을 요구하고 있는 것이다. 현행법상 임의수사의 원칙인 구속적부심사제도, 접견교통권의 보장 등은 무죄추정의 원리를 그 이념적 기초로 하고 있다고 할 수 있다. 고문의 절대적 금지, 위압적 모독적 신문의 금지 등은 무죄추정의 원리에 의하여 요청된다.

3. 必要最小限度의 原理

수사처분에 있어서 강제수사의 경우는 물론 임의수사의 경우도 인권 제한적 처분이므로 필요한 최소한도의 범위 내에서만 허용되어야 한다. 이를 필요최소한도의 법리라 하고 이것을 강제처분의 제한의 한 지도원리로 이해하는 견해가 있으나 임의수사도 필요한 최소한도의 범위 내에서만 허용되어야 하므로 수사의 일반적 지도원리라고 이해하여야 한다.[17] 예컨대 수사기관에 출석한 피의자 또는 참고인을 신문함이 없이 장시간 대기시킨다는 것은 적정절차의 원리에도 위배된다고 할 수 있다.

4. 適正節次의 原理

적정절차의 원리는 형사절차 전체의 지도원리 이므로 수사절차에서도 지도원리로 작용하고 있다.[18] 수사의 상당성은 적정절차의 원리를 그 이론적 기초로

15) 이재상, 전게서, p.23.
16) 백형구, 전게서, p. 340.
17) 성민곤, 전게논문, p. 14.

하고 있으며, 수사의 민주화 경향에 따라 인권보장의 기본원리로서 적정절차의 원리가 더욱 강조되고 있다. 절차 위반이나 위법한 수사방법에 의하여 수집된 증거에 대하여 그 증거능력을 원칙적으로 부정해야 한다는 것은 적정절차의 원리를 이론적 근거로 하고 있다.

第2節 搜査機關의 種類

Ⅰ. 檢 事

현행법상 검사는 수사의 주체로서 범죄수사에 관하여 사법경찰관리에 대한 지휘·감독권이 있는 수사의 주재자이다(형사소송법 제195조, 제196조, 검찰청법 제4조 제2호, 제53조, 제54조).[19] 즉 검사는 경무관 이하 사법경찰관에 대한 수사지휘권, 검사와 사법경찰관리와 상명하복관계(검찰청법 제4조)에 있고, 서장이 아닌 경정이하의 사법경찰관리에 대한 교체임용요구권(검찰청법 제54조), 헌법 제12조 제3항 및 형사소송법 제201조의 검사 영장신청 독점, 검사의 경찰서 유치장 감찰권(형사소송법 제198조 제2항) 등 모든 수사권은 검사가 독점하고 있다.[20]

Ⅱ. 司法警察官吏

1. 一般 司法警察官吏

일반 사법경찰관리는 경찰청 및 해양경찰청 소속의 일반 사법경찰관리와 검찰청 소속 일반 사법경찰관리로 구분된다. 경찰청 및 해양경찰청 소속 일반 사법경찰관리는 경무관·총경·경감·경위가 사법경찰관에 해당하고 경찰청 및 해양경찰청에 근무하는 경무관은 사법경찰관에 해당하지 않는다(형사소송법 제196조, 제1항, 경찰공무원법 부칙 제6조)[21]. 또한 검찰청 소속 일반 사법경찰관

---

18) 백형구, 전게서, p. 341.
19) 김한섭, "우리나라 수사제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구", (석사학위 논문, 연세대학교, 행정대학원, 2002), pp. 44-45.
20) 장혁준, "수사권에 관한 형법적 고찰", (석사학위 논문, 서강대학교 대학원, 2005), p. 51.

리는 검사수사서기·수사사무관·마약수사사무관[22]과 검찰주사·마약수사주사·검찰주사보·마약수사주사보로서 검찰총장 및 각급 검찰청 검사장의 지명을 받는 자는 소속 검찰청 또는 지청에서 수리한 사건에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하고, 검찰서기·마약수사서기·검찰서기보·마약수사서기보로서 위와 같은 지명을 받은 자는 사법경찰리의 직무를 행한다(검찰청법 제46조 제2항 제47조 제1항).

2. 特別 司法警察官吏

특별 사법경찰관리는 전문분야에 대한 범죄수사에 있어서 일반 사법경찰관리만으로는 전문지식의 부족과 행정기관의 소관업무에 대한 감독의 효율성 등으로 인하여 효율적이고 적정한 수사를 기대하기 어려우므로 각 전문분야의 업무에 종사하는 공무원들에게 각 전문분야에 관한 범죄수사권을 특별히 부여하기 위한 제도라 할 수 있다.

특별 사법경찰관리도 사법경찰관리인 점에서는 일반 사법경찰관리와 다를 바가 없으나 그 직무의 범위가 특수한 사안 또는 지역에 한정되어 있는 차이점이 있을 뿐이다. 특별 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정하며(형사소송법 제197조), 이에 따라 "사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률"이 제정되어 있으며 기타의 특별법에도 특별 사법경찰관리에 관한 규정을 두고 있는 경우가 있다.

Ⅲ. 檢事와 司法警察官吏의 關係

현행법상 수사의 주재자는 검사이다. 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사에 관하여 사법경찰관리를 지휘·감독할 직무와 권한을 갖고 있으며(검찰청법 제4조 제1항 2호), 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다(형사소송법 제196조 제1항, 제2항). 다시 말해 검사는 수사의 주재자이고 사법경찰관리는 그 보조자이며 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관검사가 발한 명령

21) 경찰공무원법 부칙 6조에 의거 경정도 사법경찰관에 포함된다.
22) 형사소송법 제196조 제1항에서는 이를 수사관이라 호칭.

에 복종하여야 한다(검찰청법 제53조). 따라서 사법경찰관리는 검사의 지휘·감독을 받으며 상명하복 관계에서 수사 활동을 하여야 한다.[23]

1. 檢 事

가. 意 義

검사란 검찰권을 행사하는 국가기관을 말한다. 검사는 범죄수사로부터 재판의 집행에 이르기까지 형사절차의 모든 단계에 관여하여 형사사법의 정의를 실현하는데 기여하는 능동적이고 적극적인 국가기관이라고 할 수 있다.[24]

즉 검사는 수사절차에서는 수사의 주재자로서 사법경찰관리를 지휘·감독하며 수사의 최종결론인 공소제기여부를 독점적으로 결정하고, 공판절차에서는 피고인에 대립되는 당사자로서 법원에 대하여 법령의 정당한 적용을 청구하고 소송절차에의 다양한 참여권이 보장되어 있으며, 재판이 확정된 때에는 형의 집행을 지휘·감독하는 광범위한 권한을 가진 국가기관이다. 또한 국가형벌제도에서 검사가 누리는 각종 권리는 원칙적으로 의무의 성격을 동시에 가지고 있다.[25] 즉 검사는 수사의무, 공소제기의무, 형 집행의 의무가 있다. 그러나 이러한 의무 이외에도 검사는 객관의무, 인권옹호의무 및 법정질서에 대한 복종의무 등이 있다. 이러한 의무부담은 검사의 소극적 소송주체로서의 지위로 파악되기도 한다.

나. 檢事의 地位 및 權限

1) 準司法機關으로서의 地位

검사는 법무부소속의 행정공무원이지만 그가 담당하는 업무는 사법권과 상당히 밀접한 관련이 있다. 연혁적으로 보더라도 검사제도는 규문주의의 병폐로부터 생겨났다고 할 수 있다. 즉 재판을 담당하는 판사가 수사 및 소추권까지 가지는 구조 하에서는 공정한 심판을 수행하기가 어렵고 판사의 이러한 무소불위

---

23) 차용석, 「형사소송법」, 세영사, 1998, p. 230.
24) 이재상, 전게서, p. 87.
25) 배종대 · 이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2006, p. 75.

의 권한은 자연히 부작용을 낳았다. 이에 대한 대안으로 수사와 판결을 분리시켜 검사에게는 수사 및 소추권, 법관에게는 재판권만을 행사하게 한 근대 탄핵주의 소송구조가 등장했던 것이다. 즉 현재의 법원과 검찰조직은 한 뿌리에서 나온 것이다. 이렇듯 법관 임무의 부분적 분담과 상호작용에 의한 국가형벌권의 실현이라는 검사제도의 탄생배경을 보더라도 검사는 사법권과 밀접하게 연관되어 있음을 알 수 있다.

실제 검사에게 기소유예권을 인정하고 있는 우리의 경우 형사사건의 대부분이 검사의 불기소처분에 의해서 종결되고 있음을 보더라도 검사의 권한 행사는 상당부분 법관의 임무를 대신하고 있음을 알 수 있다. 분명 검사는 행정기관[26]이고 사법기관은 아니지만 검사의 존재의의는 합목적성이 지배하는 행정기관에 있는 것이 아니라 독립적 판단을 우위에 두는 사법기관적 성격에 있다. 그런 의미에서 검사를 준사법기관[27]이라고 부른다. 이와 같이 사법기관은 아니지만 사법권과 밀접한 관련을 가지고 법원과 함께 형사사법에 공동으로 기여해야 하는 검사의 특수한 성격 때문에 검사에게는 법관과 같은 자격을 요구하고 그 신분을 보장하면서 검사를 단독제 관청으로 구성하고 있는 것이다.[28] 이와 같이 행정과 사법의 중간에 위치해 있는 특수성으로 인해 검찰은 이율배반적인 요소를 지닌다. 즉 행정기관으로서 성질을 가지면서도 독립성이 요구되고, 독립성이

---

26) 독일 연방헌법재판소(BVerfGE 32, 199, 15. 11. 1971)는 독일 헤센 주 검사의 급여문제로 촉발된 검사 지위와 관련하여 '검사는 공무원에 속하고 결코 법관이 아니다' 라고 판시 하고 있다.(Wagner, DRiZ 1972년 166면); 또한 검사의 긴급수색 행위는 반드시 법원의 심사를 받을 것을 결정(2001년 연방헌법재판소 판결)하였으며, 그 근거로 검찰의 행위는 결코 사법행위가 될 수가 없다는 점을 분명히 하면서 검찰은 행정기관에 속한다고 명시하였다(20. February 2001 - 2 BvR 1444/00); 이와 더불어 검사의 불기소처분은 법원의 판결과는 달리 법적귀속력을 전혀 가지지 못하는 처분행위로서 헌법소원의 대상이 된다는 연방헌법재판소의 판결(BVerfG, 2 BvR 1551/01 vom 5. 11. 2001)에서도 검찰은 행정기관임을 밝히고 있다(Hans-Heiner Kùhne, Strafprozesslehre, 4. Aufl., 1993, p.33; Klaus Zapka, Systematische Analyse zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft, Recht und Politik 1991, p. 118.)

27) 신동운, 「형사소송법 제3판」, 법문사, 2005 p. 40 ; 이와 반대로 사법기관이라고 보는 견해는 김일수, "검사의 소송법상 지위", 「고시연구」, 1985. 2, p. 110.

28) 검찰청법 제29조 등에서는 검사의 자격을 법관에 준하는 것으로 요구하고 그 신분보장도 법관에 준하는 신분보장을 하여(검찰청법 제37조) 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 않고, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직이나 감봉 기타 불리한 처분을 받지 않도록 하고 있다.

보장되면서도 자의와 독선이 허용되어서는 안 된다.

2) 單獨制 官廳으로서의 檢事의 地位

개개 검사는 검찰총장이나 검사장의 보조기관이 아니고 각자가 검찰권을 행사하는 1인제 관청이다. 소속 검찰청에 수인의 검사가 있는 경우에도 합의체를 구성하는 것이 아니라 각자가 별개의 관청으로서 업무를 수행한다.[29] 따라서 검찰권의 행사에서 합의제는 존재하지 않는다. 그리고 검사는 단독제 관청이기 때문에 상사의 지휘·감독은 내부적인 관계에 그치며 검사가 이미 외부에 대하여 시행한 처분은 단독제 관청의 처분으로서 그 효력에 영향이 없다. 즉 이미 행하여진 기소·불기소처분 자체에 대해서는 효력을 상실시키지 못한다. 따라서 상사의 명에 반하여 공소가 제기된 후 1심 판결이 선고되면, 그 공소는 취하할 수 없게 되고, 공소제기는 계속해서 그 효력을 유지하게 된다.

다. 刑事訴訟法上의 地位와 權限

1) 搜査의 主宰者로서 搜査指揮權 및 搜査終結權

검사는 구체적 범죄혐의를 인지하면 범인·범죄사실과 증거에 대한 수사를 개시하여야 한다(형사소송법 제195조). 수사개시는 권리이자 의무이다. 따라서 검사는 피의자신문, 참고인조사 등의 임의수사는 물론이고 체포·구속, 압수·수색·검증 등의 강제수사를 할 수 있다. 특히 영장청구권(형사소송법 제221조의2)은 검사에게만 인정되고 있다. 수사권은 비록 검사에게 있으나 검사가 모든 사건에 대해 수행하는 것은 아니며, 또한 수행할 수도 없다. 실무에서 검사의 직접수사는 원칙적으로 중요사건에만 제한되고, 사실상 대부분의 수사는 사법경찰관리에 의해서 이루어진다. 그러나 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아야 한다(형사소송법 제196조). 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다(검찰청법 제53조). 또한 사법경찰관리가 부당한 직무집행을 하는 경우, 지방검찰청 검사장은 당해 사건의 수사중지를 명하고 임용권자에게

29) 차병직, “검찰청법 개정에 대한 의견”, 검경중립화를 위한 법제도 개선 공청회자료집, p. 47.

그 교체임용을 요구할 수 있고, 정당한 이유가 제시되지 않는 한 임용권자는 이에 응하여야 한다(검찰청법 제54조). 공소제기 여부를 결정하는 수사종결권은 검사만이 가진다(형사소송법 제246조, 제247조). 따라서 사법경찰관은 조사한 사건의 관련서류와 증거물을 신속히 검사에게 송부하여야 한다(형사소송법 제238조). 이로써 사법경찰관이 수사한 사건에 대해서도 검사는 수사주체의 지위를 유지할 수가 있게 된다. 이와 같이 수사는 검사에게 집중되어 검사에 의하여 수행된다고 할 수 있다.

2) 公訴權의 主體로서 가지는 權限

현행 형사소송법은 공소제기권한을 검사에게 독점시키고 있다(기소독점주의). 현행법은 더 나아가 공소제기에 관해 검사의 재량을 인정하는 기소편의주의와 검사가 제1심 판결선고 전까지 공소를 취소할 수 있는 기소변경주의를 채택하고 있다. 즉 검사는 수사의 결과 기소를 함에 충분한 기초를 확보한 경우에도 피의자 연령·성행·지능과 환경, 피해자와의 관계, 범행의 동기나 수단과 결과, 범행 후의 정황 등을 참작하여 공소를 제기하지 않고 수사를 종결할 수 있는 재량권인 기소유예권을 가지는데 이를 인정하는 것이 기소편의주의인 것이다. 그리고 검사는 공판단계에서 공익의 대표자로서 공소사실을 입증하고 공소를 유지하는 공소 수행의 담당자가 된다. 이와 같이 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있는 우리나라에서의 검사는 실로 막강한 권한을 가진 주체이다.

3) 裁判의 執行機關으로서 갖는 權限

현행 형사소송법은 재판의 성질상 법원이 직접 지휘하지 않으면 안 될 경우를 제외하고는 재판의 집행에 관한 권한을 검사에게 맡기고 있다(형사소송법 제460조). 이와 같이 재판의 집행에 관하여 법원이 집행지휘를 하는(법정주의) 영미법과는 달리 우리 형사소송법은 형집행의 신속성과 기동성을 확보하기 위하여 검사주의를 취하고 있다. 따라서 검사는 사형 또는 자유형의 집행을 위하여 형집행장을 발부하여 구인할 수 있으며 이때 검사가 발부한 형집행장은 구속영장과 같은 효력이 있다. 다만 구속영장의 집행이나 압수·수색영장의 집행

은 예외적으로 재판장·수명법관·수탁판사가 재판집행을 지휘할 수도 있다(형사소송법 제81조, 제115조).

라. 檢事의 義務

1) 客觀義務

검사는 공익의 대표자로서 진실과 정의의 원칙에 따라 검찰권을 행사하여야 한다. 이를 검사의 객관의무라 부른다. 이 점이 자신의 정당한 이익의 보호라는 주관적 목적만을 추구하는 피고인과는 근본적으로 다르다. 당사자주의가 많이 강화된 우리 형사소송법하에서도 공익의 대표자로서 준사법적 직무를 수행하는 검사가 단순히 피고인의 반대 당사자로서의 지위에 머무르는 것이 아니라 법의 공정한 적용이라는 객관적인 이익추구의무를 담당하는 것은 여전히 그 의의가 크며, 더 나아가 검사의 객관의무가 당사자로서 직무보다 위에 있다 할 것이다.[30]

따라서 검사는 피고인·피의자에게 불리한 사실뿐만 아니라 유리한 사실도 주장하고 그것을 뒷받침할 증거도 수집해야 한다. 또한 검사는 피고인의 이익을 위하여 상소할 수 있고 재심도 청구할 수 있다(형사소송법 제424조).[31] 특히 검사의 객관적 기능이 가장 뚜렷하게 나타나는 것은 비상상고의 경우이며, 이는 재판에 있어서 법령의 위반을 정정하는 데에만 목적이 있고, 피고인에게는 영향이 없는 것을 원칙으로 한다.

2) 人權擁護義務

검사는 사법기관으로서 인권옹호에 관한 의무를 당연히 가진다. 형사소송법은 검사에게 인권침해의 방지를 위하여 구속장소감찰의 의무를 부과하고 있다.

따라서 지방검찰청검사장 또는 지청장은 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회 이상 관할 수사관서의 피의자 체포·구속장소

30) 신현주, 「형사소송법」, 박영사, 2002, p.100.

31) 피고인의 상소와 재심청구는 피고인의 정당한 이익침해의 구제가 직접적인 목적이지만 검사의 상소와 재심청구는 그것이 피고인의 불이익을 위하여서 뿐만 아니라 그의 이익을 위하여도 인정된다는 점에서 피고의 상소·재심청구와는 그 성격을 달리한다.

를 감찰하도록 하고 있다. 감찰하는 검사는 체포나 구속된 자를 심문하고 관련 서류를 조사하여야 한다. 이러한 심문도중 적법절차에 의하지 아니하고 체포나 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 검사는 즉시 체포·구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다(형사소송법 제198조의 2).

2. 警 察

가. 警察의 槪念

1) 實質的 意味의 警察

실질적 의미의 경찰은 국가 활동 내용상의 성질을 기준으로 한 것이다. 독일이나 우리나라의 경우에 오늘날의 지배적인 견해에 따르면, 경찰이란 "공적 안전이나 질서에 대한 위험으로부터 개인이나 공중을 보호하거나, 공적 안전이나 질서에 대한 교란 제거를 목적으로 일반 통치권에 의거하여 국민에게 명령·강제하여 그 자연적 자유를 제한하는 모든 국가적 활동"으로 이해한다. 이와 관련하여 경찰은 ① 소극적인 작용 ② 사회목적적인 작용 ③ 권력적인 작용으로 이해되고 있다. 이러한 작용이 국민의 권리를 침해하는 경우에는 법적 근거를 요한다. 이에 대한 법적 근거는 여러 법률에 산재해 있다. 실질적 의미의 경찰은 제도적 의미의 경찰에 의해서만 수행되는 것이 아니고, 그 밖의 다른 행정기관에 의해서도 수행된다. 실질적 의미의 경찰개념, 즉 모든 위험방지 작용을 경찰이라고 하게 되면, 위험방지가 요구되는 개별적인 행정영역의 다양성과 함께 경찰이란 접미어를 붙임으로써 많은 종류의 하위 경찰개념을 구성할 수 있게 된다. 실질적 경찰개념은 ① 공적 안전 ② 질서 유지 ③ 위험 ④ 교란 ⑤ 가치의 감소를 개념요소로 갖는다고 말할 수 있다. 우리 경찰법은 공공의 안녕과 질서유지를 기본 개념(경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조 5호)으로 하고 있다.[32]

32) 홍정선, 「행정법 원론(하)」, 박영사, 2007, pp. 339-340.

2) 形式的 意味의 警察

형식적 의미의 경찰개념은 실질적 성질 여하를 불문하고 제도적 의미의 경찰이 수행하는 모든 사무를 의미한다. 형식적 의미의 경찰개념이 필요한 것은 제도적 의미의 경찰이 위험방지 임무 외에 법규상 부여된 그 밖의 다른 행정활동(예: 미성년자보호, 복지활동, 범죄수사 등)도 수행하고 있기 때문이다. 따라서 형식적 의미의 경찰개념은 실정법에 의한 경찰권의 확대를 뜻한다고 볼 수 있다.[33]

나. 警察의 組織

1) 警察廳

경찰청은 1991년 경찰법이 법률 제4369호로 공포되어 행정자치부의 보조기관에서 외청으로 독립하여 경찰행정의 책임성과 독자성을 행사할 수 있는 체제를 갖추게 되었으며[34] 이때부터 합의제 행정기관인 경찰위원회가 경찰의 주요정책 및 경찰업무 발전에 관한 주요사항을 심의하고 의결하기 위하여 구성되어 경찰중립화를 이루어 나가게 되었다. 경찰조직은 그동안 정부수립 이후 행정자치부장관과 시・도지사의 보조기관으로서 법적인 행정관청의 지위를 갖지 못하고 시・도지사의 지휘・감독을 받게 되었는데, 이로 인해 경찰행정 조직상의 지휘체계가 이원화되어 조직 운용상 비효율성에 대한 비판이 제기 되어 왔다. 이러한 조직상 개선되어야 할 문제는 경찰청 발족에 따라 해결되었는데, 경찰청은 중앙경찰행정기관으로서 행정자치부장관 소속하에 독립된 행정관청으로 그리고 경찰서의 사무를 지역적으로 분담・수행할 수 있는 지방경찰조직으로서 시・도지사의 소속하에 지방경찰청을 두었으며, 일선 경찰서는 지방경찰청의 소속으로 하여, 경찰조직내부의 지휘체계를 경찰청장 - 시・도지방경찰청장 - 일선경찰서장으로 일원화되었다.[35]

---

33) 상게서, p. 338.
34) 손봉선 · 송재복,「경찰조직관리론」, 대왕사, 2002, p. 35.
35) 지영환, 「국가 수사권 입법론」, 진리탐구, 2005, p. 215.

2) 警察委員會

경찰위원회는 경찰의 인사·예산·장비·통신 등에 관한 주요정책 및 경찰업무 발전에 관한 사항, 인권보호와 관련된 경찰의 운영·개선에 관한 사항, 기타 행정자치부장관 및 경찰청장이 중요하다고 인정하여 위원회에 부의한 사항 등을 심의·의결하며 조직법상 의미에서 행정관청이 아니라 의결기관에 해당된다(경찰법 제9조, 경찰위원규정). 경찰위원회를 통해 경찰행정의 합리성과 공정성을 확보하고 경찰행정의 대국민 신뢰를 강화시키고자 하는 것이 설치 목적이라 할 수 있다.[36]

다. 警察의 機能

경찰의 기능은 그 직접적인 목적에 따라 행정경찰과 사법경찰로 나눌 수 있다. 행정경찰은 사회공공의 안녕과 질서를 유지하는 권력작용인 실질적 의미의 경찰을 말하고, 사법경찰은 범죄를 수사하고 범인을 체포하는 권력작용을 말한다. 경찰을 행정경찰과 사법경찰로 구분하는 것은 프랑스에서 비롯되어 대륙법계 여러 나라에서 일반화된 것이나, 영미에서는 양자의 구별을 인정치 않고 사법경찰사무는 일반경찰기관의 고유사무요, 주사무로 이해되고 있다. 우리나라도 조직상으로 행정경찰과 사법경찰을 구분하지 않고 일반경찰기관이 양자를 아울러 관장(형사소송법 제196조, 경찰관직무집행법 제2조, 내무부직제 제11조)하고 있으나, 이론상으로는 양자의 구별을 인정하고 있다. 즉 행정경찰은 경찰작용이기 때문에 행정법규의 적용을 받으나 사법경찰은 형벌권의 작용이기 때문에 형사소송법의 적용을 받고, 검사의 지휘를 받아 수행한다는 점에서 구별의 실익이 있다고 하겠다.[37]

사법경찰의 형사작용은 이미 실행된 과거의 범죄에 대한 제재로서 형벌을 과할 목적으로 하는 형벌목적적 작용인데 비하여, 행정경찰의 경찰행정은 장래에 향하여 공공질서를 유지함을 직접적인 목적으로 한다. 형벌도 간접적으로는 공

---

36) 상게서, p.215.

37) 박윤흔, 「행정법강의(하)」, 박영사, 1996, p. 292 ; 이상규, 「신행정법론(하)」, 법문사, 1995, p. 287.

공질서를 유지하는 결과를 가져오지만 그 직접적 목적은 과거의 행위를 처벌함에 대하여 질서행정은 과거의 의무위반에 대한 제재를 가하는 경우에도 이는 의무이행을 확보하기 위한 보조적인 수단에 불과하고 그 주안점은 장래에 향하여 질서를 유지함에 있다.

경찰행정과 형사작용은 직접적 목적에 있어서 이와 같이 구별되지만 다른 한편으로 양자의 관련성을 가지고 있다. ① 경찰의무의 위반에 대하여는 법규는 벌칙으로써 형벌을 과하는 것이 보통인데, 이 경우에는 형사작용이 경찰의 의무이행을 담보하기 위한 하나의 보조적인 수단이 되고 있으며, ② 사법경찰은 광의의 사법작용으로서 관념상 행정작용인 행정경찰과 구별하는 것이 보통이기는 하나, 우리나라에서는 사법경찰사무를 언제나 사회감시의 임무를 행하는 경찰기관이 겸하고 있는 점에서 양자는 관련성(경찰관직무집행법 제3조, 경찰공무원법 제2조)을 가진다. 그러므로 일반경찰기관은 사법경찰관의 임무인 범죄수사와 범인체포, 참고인조사・감정・번역의 위촉, 공무소 등에 대한 조회・압수・수색・검증, 구속영장의 집행, 변사자의 처리, 기소중지자의 검거 등 다양한 사법경찰 업무를 수행하고 있다.[38] 따라서 우리나라의 경찰기능(제도적 의미의 경찰)은 사법경찰기능의 양자를 고유사무와 주사무로 보아야 한다.[39]

라. 警察의 範圍

경찰에는 앞에서도 보았듯이 수사를 담당하는 사법경찰과 수사를 담당하는 이외의 부서에서 근무하는 행정경찰로 나누어 볼 수 있다. 경찰의 수사권 독립 논의와 관련된 경찰은 행정경찰을 제외한 사법경찰만 이에 해당된다. 사법경찰은 경찰청과 해양경찰청, 검찰청 소속의 일반사법경찰과 특별사법경찰로 구분된다.

1) 警察廳과 海洋警察廳 所屬의 司法警察官吏

경찰청과 해양경찰청 소속의 사법경찰관리는 "・・・경무관, 총경, 경감, 경

38) 김도창, 「행정법론(하)」, 청운사, 1992, p. 285.
39) 박동순, "경찰수사권 독립에 관한 연구", (석사학위논문, 고려대학교 특수법무대학원 2000), p. 17.

위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다."는 형사소송법 제196조 제1항의 규정과 "경사, 순경은 사법경찰관리로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다."는 동법 제196조 제2항의 규정 및 "경정은 형사소송법 제196조의 규정에 의한 사법경찰관으로 경장은 동법 동조의 규정에 의한 사법경찰리로 보며 경찰청 및 해양경찰청에 근무하는 경무관은 동법 동조의 적용을 받지 아니한다."는 경찰공무원법 부칙 제6조의 규정에 의하여 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로 경사, 경장, 순경은 사법경찰리로 보고 있다.

2) 檢察廳 所屬의 司法警察官吏

검찰청 소속의 사법경찰관리는 "수사・・・은 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다."는 형사소송법 제196조 제1항의 규정과 "검찰수사서기관・수사사무관 및 마약수사관은 검사를 보좌하며 그 지휘를 받아 범죄수사를 행한다."는 검찰청법 제46조 제2항의 규정, "전 2항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다"는 형사소송법 제196조 제3항의 규정, "검찰주사・마약수사주사・검찰주사보・마약수주사보・검찰서기・마약수사서기・검찰서기보・마약수사서기보로서 검찰총장 및 각급 검찰청 검사장의 지명을 받은 자는 소속 검찰청 또는 지청에서 수리한 사건에 관하여 검찰주사・마약수사주사・마약수사주사보는 형사소송법 제196조 1항의 규정에 의한 사법경찰관의 직무를, 검찰서기・마약수사서기・검찰서기보・마약수사서기보는 동법 제196조 제2항의 규정에 의한 사법경찰리의 직무를 행한다."고 검찰청법 제47조 제1항에 규정되어 있다.

3) 特別 司法警察官吏

특별 사법경찰관리는 "산림, 해상, 전매, 세무, 군수사기관, 기타 특별한 사항에 대하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정한다."라고 형사소송법 제197조에 규정되어 있다. 법률이 직접 사법경찰권을 부여한 특별사법경찰관리는 교도소・소년교도소・구치소・소년원・소년분류심사

원·보호감호소·치료감호소의 장, 출입국관리직 공무원, 지방산림청 등에서 산림보호 단속 전담자로 검사장에게 보고한 임업주사·주사보 및 서기 근로기준법에 의한 근로감독관, 20톤 이상 선박의 선장·항공기의 기장·선원 근로감독관, 국가정보원의 지명을 받은 직원 등이다. 그리고 검사장의 지명에 의한 특별사법경찰관리는 교도소, 구치소, 소년원, 보호소, 치료감호소, 산림보호, 식품·의약품, 등대, 철도공안, 소방, 문화재보호, 공원관리, 관세, 어업감독, 광산보안, 국가보훈, 공중위생, 환경, 전기통신, 차량운행, 관광지도 하천감시, 청소년보호, 원산지표시, 대통령경호 등이다. 위와 같이 특별 사법경찰권을 부여한 이유는 교도소, 구치소 등과 같이 수용시설, 운송수단 등 격리된 장소에서 발생하는 범죄단속을 위해 필요한 경우, 산림보호 등과 같이 행정업무 수행과정에서 위반사범의 일차적 적발이 용이하고, 현장단속이 특히 필요한 경우, 출입국관리 등과 같이 현장단속의 필요성과 함께 업무상 전문성이 요구되어 일반 사법경찰관리의 효율적 수사가 어려운 경우, 국가정보원 직원 등과 같이 국가보안 특정한 국가정책의 수행이나 특수 분야의 수사업무 수행을 위한 경우 등으로 나누어 볼 수 있다. 특별 사법경찰관리의 종류와 직무범위 및 수사관할은 사법경찰관리의 직무를 행할자와 그직무 범위에 관한 법률에서 규정하고 있다. 특별 사법경찰관리가 그 직무의 범위 내에서 행사하는 형사소송법상의 권한은 일반 사법경찰관리와 원칙적으로 차이가 없다. 즉 특별 사법경찰관은 소속관서의 관할구역 및 법상의 직무범위 안에서 범인의 검거 및 조사, 증거수집 등을 직무로 하고 특별사법경찰관리는 특별사법경찰관의 수사를 보조함을 그 직무로 한다. 경찰의 수사권 독립 또는 재조정 논의의 대상이 되는 경찰은 결국 검찰청 소속의 일반 사법경찰관리 및 특별 사법경찰관리를 제외한 경찰청 및 해양경찰청 소속의 일반 사법경찰관리에 한정된다. 사법경찰관은 수사목적 달성을 위한 조사권, 피의자, 참고인 출석 요구권, 피의자 신문권, 피의자와 참고인과의 대질조사권, 10일간의 구속 수사권, 사후 검사승인조건부 긴급체포권, 제한된 범위의 영장에 의하지 아니한 강제처분권, 고소·고발·자수의 접수·조사·송치권한 등과 같은 폭넓은 수사권한을 갖고 있다. 그러나 사법경찰관의 수사권은 검사의 수사지휘·감독권에 의해 제약이 가해질 뿐만 아니라, 검사와 달리 영장청구권, 판

사에 대한 강제처분청구권, 수사종결처분권이 없다.[40]

3. 現行法上 檢察과 警察의 關係

가. 上命下服 關係

우리나라의 수사기관에는 검사와 사법경찰관리가 있으나, 검사는 수사의 주체이고 사법경찰관리는 검사의 보조기관에 불과하다. 즉 형사소송법상 검사와 사법경찰관리의 관계는 상호협력관계가 아니라 상명하복의 관계에 있다. 따라서 검사는 범죄수사에 관하여 사법경찰관리를 지휘·감독(검찰청법 제4조 제1항 제2호)하며, 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사의 직무상 발한 명령에 복종(검찰청법 제53조)하여야 한다. 사법경찰관리에 대한 검사의 상명하복 관계를 제도적으로 보장하기 위하여 검찰청법은 지방검찰청 검사장에게 체임요구권과 수사중지명령권을 인정(검찰청법 제54조)하고 있다.

1) 警察의 報告義務

사법경찰관은 중요범죄가 발생하였다고 인정할 경우에는 즉시 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 보고(사법경찰관리집무규칙 제11조)하여야 한다. 이로 인해 현행법상 사법경찰관의 수사개시에 있어서도 독자적 권한이 인정되고 있지 않음을 알 수 있다. 또한 사법경찰관은 소요의 발생이 사회적 불안을 조성할 우려가 있을 때와 사회단체의 활동이 사회의 질서에 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 그 사실과 경찰조치를 지체 없이 관할 검사장 및 지청장에게 보고하여야 한다. 이는 경찰에 고유한 범죄예방 및 정보유치에 대하여도 검찰이 개입하려는 의도이다.[41] 나아가 사법경찰리 사무규칙 제12조의 2는 “정당, 사회단체의 동향이 사회질서에 영향을 미칠 우려가 있을 때 사법경찰관은 지체 없이 검사장 또는 지청장에 보고 한다”라고 규정하고 있는 바, 정당이나 사회단체의 동향정보는 주로 정보과 소속경찰관이 수집하는 정치정보에 가까운 것인데, 이 규정은 사법경찰관이 이러한 정보를 수집할 수 있도록 규정하고 있다. 현재는

---

40) 김광중, “경찰의 수사권 독립에 관한 연구”, (석사학위논문, 전남대학교 행정대학원, 2004), p. 177.

41) 손동권, ″수사권독립, 경찰에 보장하여야 한다″, 「시민과 변호사」, 1994, p. 207.

정보경찰이 정치정보를 수집해도 문제가 되는 세상인 만큼 준사법기관이라고 자처하는 검찰이 정당과 사회단체의 동향에 관한 정보를 보고 받아야 한다는 것은 스스로 주장하는 준사법기관적 성격과 동떨어진 점이 없지 않다. 결국 위 규정은 수사권 조정과 함께 삭제되어야 할 규정이라 생각된다.

2) 檢察에의 事件送致義務

사법경찰관은 모든 사건을 수사종결 시 관할 검사장 또는 지청장에게 송치(사법경찰관리집무규칙 제54조)하여야 하며, 고소·고발사건의 경우 2개월 내 수사를 완료하여 송치하여야 하고 만약 기간 내 완료치 못한 때에는 그 연장지시(사법경찰관리집무규칙 제59조 제1항)를 받아야 한다. 사건의 송치 후에 당해 사건에 속하는 피의자의 여죄를 발견 시 즉시 주임검사에게 보고하여 그 지휘(사법경찰관리집무규칙 제59조 제2항)를 받아야 한다. 이 법규들로부터 사법경찰관은 불기소사건에 대해 자체 사건종결권을 가지고 있지 않음을 알 수 있다.

3) 檢事의 獨占的 令狀請求權

헌법 및 형사소송법은 각종 영장의 청구는 검사만이 할 수 있도록 규정(헌법 제11조 제3항, 형사소송법 제201조, 제215조)하고 있으며, 사법경찰관은 직접 법원에 영장을 청구할 수 없고 검사에게 신청하면 검사가 그 필요성을 판단하여 판사에게 청구하도록 되어 있다. 또한 영장의 집행은 사법경찰관리가 행하나 이것 역시 검사의 지휘(형사소송법 제81조, 사법경찰관리집무규칙 제23조 제3항)에 의하도록 되어 있으며, 이러한 검사의 독점적 영장청구권은 사법경찰에 대한 수사통제로서 아주 유용한 수단이 되며, 법률기관이 하는 일은 해당 법률에 명시되어야 함에도 불구하고 우리나라는 세계에서 유일하게 법률기관인 검사가 하는 일이 헌법에 명시되어 있는 특이점을 보이고 있다.[42]

42) 이 조항이 헌법에 편입된 것은 5·16 이후 1962년 실시된 5차 개헌 때인데. 형사소송법에 규정되면 될 영장청구가 헌법에 규정된 것은 우리나라 밖에 없다.

4) 檢事의 搜査中止命令과 替任要求權

경찰서장이 아닌 경정 이하의 사법경찰관리가 직무집행에 관하여 부당한 행위를 하는 경우 지방검찰청 검사장은 당해 사건의 수사중지를 명하고 임용권자에게 대체임용을 요구할 수 있다. 이 요구가 있을 때 임용권자는 정당한 이유를 제시하지 아니하는 한 교체임용의 요구(검찰청법 제54조)에 응하여야 한다.

5) 檢事의 逮捕・拘束場所 監察權

검사는 매월 1회 이상 경찰이 피의자 체포구속장소를 감찰하여 피구속자가 불법으로 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때에는 즉시 구속피의자를 석방한다. 검찰은 이러한 유치장 감찰권과 포괄적 조사지휘권을 통해 경찰서장 고유권한인 내사종결권, 즉결심판사건, 교통사고처리현황 등 경찰업무 전반까지 감찰하고 있으나, 이러한 유치장 감찰권은 제3장에서 본 것처럼 미국, 영국, 독일, 프랑스, 일본 등 어느 선진국도 검사의 유치장 감찰권을 규정하고 있지 않다.

6) 檢事의 變死體 檢屍에 대한 指揮權

변사체가 발생하면 사법경찰관은 검사에게 보고하여 지휘를 받으며 그 명에 의하여 검시조서를 작성(형사소송법 제222조, 사법경찰관리집무규칙 제33조)한다. 이는 조서의 단서에 해당하는 영역까지 검사의 지휘권을 인정한 규정이라 할 수 있다.

7) 警察의 他 管轄 調査時 報告義務

사법경찰관리가 관할구역 외에서 수사를 하거나 관할 구역 외의 사법경찰관리의 촉탁을 받아 수사를 할 때에는 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 하며 긴급을 요할 때에는 사후에 보고할 의무(형사소송법 제210조)가 있다.

8) 檢事의 司法警察官吏에 대한 行政的 替任要求權

관할 검찰청검사장은 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반의 범죄가 발생하였음에도 불구하고, 이를 그에게 보고하지 아니하거나 그 수사를 태만히 하거나 또는 수사능력 부족 기타의 이유로 사법경찰관리로서 부적당하다고 인정하는 자에 대해서는 그 임명권자에게 사법경찰관리의 징계, 해임 또는 체임을 요구할 수 있다. 제1항의 요구가 있을 경우에는 임명권자는 2주일 이내에 당해 사법경찰관리에 대하여 행정처분을 한 후 이를 관할 검찰청 검사장에게 통보(폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제10조, 사법경찰관리의 행정적 책임)하여야 한다. 이는 검찰이 경찰의 행정처분까지 간섭할 수 있는 규정이다.

나. 搜査構造上의 關係

1) 搜査開始 前 段階

공공의 안녕·질서를 침해하는 위험의 발생을 방지하고 제거하는 활동은 원칙적으로 경찰의 고유한 권한이다. 따라서 이미 일어난 범죄사건을 규명하고 범인을 처벌하기 위한 활동이 아닌 장래에 일어날지 모르는 범죄에 대한 예방과 그를 위한 정보활동은 수사의 영역에 속하는 것이 아니다.

그러나 우리의 현행법규는 검찰이 인정한 경우 경찰의 이러한 조치에 관여할 수 있는 여지를 마련해 놓고 있는데, 사법경찰관리집무규칙 제11조와 제12조를 보면 경찰은 중요범죄[43]가 발생하였다고 인정할 경우 즉시 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다고 규정할 뿐 아니라 아직 범죄가 발생하지 아니하였다 하더라도 또는 이에 준하는 사태하에서는 그 발생의 염려가 있는 경우에는 그 동태를 보고하여야 한다고 규정하고 있으며, 소요 발생 기타의 사유로 사회적 불안을 조성할 우려가 있을 때, 정당이나 사회단체의 동향이

43) 1. 내란죄 2. 외환 죄 3. 국기에 관한 죄 4. 국교에 관한 죄 5. 공안을 해하는 죄 다만, 공무원자격의 사칭 죄는 제외한다. 6. 폭발물에 관한 죄 7. 방화, 중실화 및 업무상 실화 죄 8. 교통방해 죄 9. 통화에 관한 죄 10. 살인죄 11.상해치사, 폭행치사죄 12. 강도죄 13. 국가보안법 및 반공법 위반범죄 14. 각종 선거법 위반범죄 15. 관세법 위반범죄 16. 중요한 조세범처벌법 위반범죄 17. 공무원에 관한 죄 18. 군사에 관한 죄 19. 변호사 및 언론인에 관한 죄 20. 외국인에 관한 죄 21. 사회 이목을 끌만하거나 정부시책에 중요한 영향을 미치는 범죄 22. 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 지시한 사항.

사회질서에 영향을 미칠 우려가 있을 때에도 그 사실과 경찰조치를 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다고 규정하고 있다.

2) 搜査開始 段階

수사는 수사기관의 주관적 판단에 의하여 개시된다. 검사는 범죄 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사(형사소송법 제195조)하여야 한다. 경찰도 경찰법과 경찰관직무집행법상 범죄수사를 그 임무로 하고 형사소송법상에서도 수사권한을 인정하고 있는 만큼 수사단서를 발견하면 수사에 임하여야 한다. 그러나 경찰의 수사개시는 형사소송법 제196조(수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다)의 규정에 의거해 독자적인 것은 아니며 검사의 지휘에 따르는 것이라 할 수 있다. 이와 관련하여 구체적으로 경찰의 수사개시에서 검찰의 지휘가 어떻게 이루어져야 하는지를 설명하는 규정은 없는데, 수사의 개시의 원인이 되는 수사단서의 발견과 관련하여 검찰과 경찰의 관계를 구체적으로 규정하고 있는 현행법규의 규정으로는 「변사자 검시」에 관한 것이 있다.

변사자 또는 변사의 의심이 있는 때에는 그 주소지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 하며, 검사는 이를 사법경찰관에게 명할 수 있다. 사법경찰관리가 변사자 또는 변사의 의심이 있는 시체를 발견할 때에는 즉시 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하고 그 지휘(형사소송법 제222조, 사법경찰관집무규칙 제33조)를 받아야 한다. 이러한 규정의 취지는 변사자의 검시는 원칙적으로 검사의 책무이고 사법경찰관이 이를 행할 때에는 반드시 검사에게 보고 한 후 그의 명이 있을 경우에 한하여 지휘에 따라 행하여야 한다는 것이다.

3) 搜査活動 段階

경찰의 범죄수사는 원칙적으로 독자적인 것이 아닌 것인 만큼 수사진행 과정 역시 검사의 지휘에 따라 행해져야 하는 것은 물론이다. 형사소송법과 사법경찰관리집무규칙은 경찰수사상 검찰의 지휘권을 확보하기 위해, 이미 본 것과 같이 경찰의 보고의무를 규정하고 있고, 강제수사를 위한 영장의 청구권을 검

사에게만 부여하고 있으며, 이러한 시스템을 확고히 할 수 있도록 검찰이 경찰에게 영향력을 행사할 수 있는 장치를 마련하고 있다. 이러한 규정은 경찰과 검찰이 별도의 조직에 속해 있지만 수사에 관한 한 하나의 시스템 속에서 작동하도록 되어 있는 수사체제의 운영을 유지하기 위한 수단으로써 검찰이 경찰에 대하여 직접 행정적 책임을 요구할 수 있도록 했다.

한편, 수사체제에서 경찰과 검찰의 직접적인 관계를 규율하는 규정은 아니지만 우리 수사체제의 주요한 특징으로 볼 수 있는 것으로는 검사작성의 피의자신문조서와 경찰작성의 피의자신문조서의 증거능력은 차이가 있다. 검사작성의 피의자신문조서는 원진술자가 법정에서 성립의 진정을 인정하면 증거능력이 있으나 경찰작성의 피의자신문조서는 원진술자가 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거능력이 부여되도록 되어 있어 검찰작성의 피의자신문조서와 경찰작성의 조서에는 증거능력의 차이(형사소송법 제312조 제1항, 제2항)가 있다.

이렇게 경찰작성의 조서와 검찰작성의 조서 증거능력의 차이를 두는 조항은 우리나라에만 있는 특이한 조항으로 이로 인해 검사는 재판을 위해 반드시 피의자 또는 참고인을 불러서 재조사를 하게 되어 있으며, 그러한 과정을 통해서 경찰의 수사에 대한 통제가 이루어진다.[44]

4) 搜査終結 段階

사법경찰관은 자체적으로 수사를 종결할 수 없고 수사종결 시 모든 사건을 관할 검사장 또는 지청장에게 송치(사법경찰관집무규칙 제54조)하여야 하며, 고소・고발사건의 경우 2개월 내 수사를 완료하여 송치하여야 하고, 만약 기간내에 완료하지 못한 때에는 그 연장 품신(형사소송법 제238조, 사법경찰관집무규칙 제59조)[45]을 받아야 한다. 송치 후 수사를 속행하는 경우에는 미리 주임검사의 지휘(사규 제59조 1항)를 받아야한다. 사건의 송치 후에 당해 사건에 속

44) 지영환, 전게서, pp. 248-249.

45) 즉, 사법경찰관은 수사종결이 없다. 따라서 사법경찰관이 수사를 완료하였을 때에는 검사에게 송치하여야 한다. 사법경찰관이 수사한 결과 범죄혐의가 없음이 명백하거나 피의사건에 관하여 공소권이 없음이 명백한 경우(예컨대 공소시효완성, 피의자사망)에도 사건을 검찰에 송치하여야 한다.

하는 피의자의 여죄를 발견하였을 때에는 즉시 주임검사에게 보고하고 그 지휘(사규 제59조 2항)를 받아야 한다. 공소의 제기여부를 결정하는 수사종결권은 검사의 고유 권한으로 이에 의하여 사법경찰관이 수사한 사건에 대하여 검사는 수사의 주체로서 지위를 유지하게 된다.

第3章 外國의 搜査權 配分의 形態

第1節 大陸法系 國家

Ⅰ. 獨 逸

1. 檢察의 搜査權限

가. 檢察의 組織[46)]

독일검찰에 있어서 특징적인 것 중의 하나는 한국처럼 별도의 "검찰청법"이 있는 것이 아니라, 상술한 법원조직법(GVG) 제141조에서 제152조에 이르는 규정을 통하여 검찰의 조직과 임무 등에 관하여 규정하고 있다. 검찰청은 각급 법원관할 내에 설치토록 규정하고 있다.

검찰청은 계층조직으로 구성되어 있다. 각급 검찰청의 장(연방검찰총장·주고등검찰청장, 그리고 지방검찰청장)은 관할 구역 내에 있는 검사들에게 지시·명령하고, 그들이 맡고 있는 직무를 대신 수행할 수 있으며(직무 승계권), 자신이 맡고 있던 직무를 다른 검사들에게 위임할 수 있는 권한(직무 이전권)이 있다. 이 지시·명령권으로 주정부 관할 내에 있는 모든 검사들에 대하여 주(州) 사법 행정사무에 관하여 근무 감독권을 행사할 수 있다. 이 지시·명령권으로 주정부 관할 내에 있는 모든 검사들에 대하여 주사법 행정사무에 관하여 근무 감독권을 행사할 수 있다. 독일의 검찰은 형사절차에서 소추권을 행사하는 일종의 사법기관에 해당하지만, 법원으로부터 독립된 기관이다.

검찰조직은 법원조직법(GVG)에 의해 정해지는 데 검찰청은 각 법원에 설치되어야 하며, 연방대법원에서는 연방검찰총장이, 고등법원에서는 주(州)검찰총장이, 그리고 지방법원에서는 검사장인 고등검사가 검찰권을 행사한다. 독일에서 검찰의 토지관할·사물관할 및 기능관할은 원칙적으로 법원의 관할에 따라

---

46) 박창호·이동희·이명돈·임준태·표창원 공저. 「비교수사제도론」, 박영사, 2004. pp. 216-218.

정해지지만, 검찰의 관할은 절차의 요건이 아니기 때문에 관할권이 없는 검찰도 유효하게 공소를 제기할 수 있다.

관할은 대체로 법원관할권에 따른 토지관할을 행사하지만, 법원조직법 제143조 제4항에 따라서 중점검찰청을 설치·운용하고 있다. 이 검찰청은 주로 특별한 경제범죄 및 부패범죄(뇌물)를 수사하고 있다.[47] 즉 토지관할에 대한 예외를 인정한 제도이다. 부패범죄대책을 위하여 주 전체에 걸쳐 관할권을 행사할 수 있는 중점검찰청[48]을 설치하고 있는 곳은 16개 주중에서 4곳인바, Branenburg, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Thuringen주이다. 보통의 경우는 주고등법원 관할별로 1개소씩 설치하고 있다. 부정·부패사범수사를 위하여 중앙수사부서 혹은 중점검찰청 형태의 조직이 운영되고 있다. 중점검찰청 설치방식은 특정 지역만 관할권을 행사할 수 있는 경우와 주고등법원(OLG) 관할지역 혹은 해당 연방주 전체에 걸친 관할권을 행사 할 수 있는 경우로 나누어진다. 그 외 도시주인 Berlin(특별부), Bremen(한 부서에 관련사건전담), Hamburg(한 부서에 관련사건 전담), 그리고 Saarland(특별부) 등에서는 다른 주들과는 달리 중점검찰청을 설치하지 않고 있지만, 이들 주에서도 검찰이 비슷한 기능을 수행하고 있다. 그 밖의 주검찰에서는 관련사건 발생이 비교적 빈발하지 않기 때문에 중점검찰청 혹은 특별부를 설치하지 않고 일반검찰이 부정·부패사범에 대한 수사를 하고 있다. 그밖에 Hessen주나 Bayern주의 경우, 중점검찰청 설치를 반대하고 있는 입장이다.

독일검찰은 부패사범을 수사·소추하는 데 있어서 직무부담이 과중하다. 늘 새로운 형태의 사건들이 적발되고 있어서 언론에 보도되는 사건에만 더 이상 매달릴 수 없는 상황이다. 종종 부패사건들은 연속적으로 발생하고 있는 바, 한 사건이 다른 사건으로 이어지기도 한다. 예를 들면 한 회사의 관련범죄를 추적하다 보면, 그 회사의 다른 지점에 이와 같은 사건들이 연결되어 있다. 검사들은 한 사건을 완전히 해결하기 위해 1년씩 매달리는 경우도 있다. 부패사범수

47) Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl., 1998, S. 51. 이 중점검찰청에는 검사의 수사전문성을 돕기 위하여 경영학·경제학전문가·회계사 등 전문가들이 배치되어 있다.
48) 우리나라에서의 대검찰청 중앙수사부와 같은 업무를 담당하고 하고 있다.

사를 위해서는 특별한 전문지식이 필요하다. 그런데 모든 검사들이 그러한 전문지식을 갖기란 어렵기 때문에 분야별로 다양한 전문가들, 예를 들면 증여관계, 세무 및 회계검사 전문가들을 필요로 한다. 특별히 Schleswig-Holstein주에서 설치한 중점검찰청은 독일에서 상당히 모범적인 사례로 평가받고 있는 바, 검찰·경찰, 그리고 각급 전문가들이 한 곳의 청사에 모여서 직무를 수행하고 있다. 즉 검찰과 경찰, 그리고 각계의 전문가들이 함께 부정·부패수사팀 내에서 활동을 하고 있다. Schleswig-Holstein 주검찰총장 산하에 부정·부패중앙수사부가 설치되어 있는 바, 독자적으로 수사를 하기 보다는 오히려 관련된 수사절차로부터 정보나 지식을 취합하며, 소위 Think Tank의 역할을 하는 것으로 이해되고 있다. 이와 비슷한 사례로 Niedersachsen주를 들 수 있는 바, 조직범죄 및 부정·부패사범 수사를 위하여 주최고검찰청에 중앙수사부를 설치하고 있다. 동 부서의 임무는 조정·서비스제공·조언 및 교육 등이며, 주범죄수사국에 설치된 부정·부패사범 중앙수사부와 함께 임무를 수행하고 있다. 연방검찰총장은 각 주검찰청간의 권한충돌사안에 대하여 결정 할 수 있다. 주고등법원 1심 관할사건에 대한 기소권을 행사할 수 있다. 연방검찰총장과 연방검사들은 연방법무부의 추천을 받아 연방상원의 동의를 얻어 연방대통령이 임명한다(연방조직법 제149조). 연방검찰총장은 연방법무부장관의 감독과 지시를 받는다.[49] 물론 소속연방검사들에 대한 지휘권을 행사한다.

나. 檢察의 地位 및 機能

검찰청이 각급 법원에 설치되어 있지만, 검찰은 사법기관으로서 법원에 대해서는 독립적 기관이다(법원조직법 제150조). 검찰의 중요한 직무는 형사소송절차에 있다. 검찰은 심지어 민사소송상(동법 제632조 제1항 1문·제634조) 혼인무효절차에도 관여하고 있다.[50] 근대 예심절차에서 검찰은 기소를 할 것인가 말 것인가를 결정할 때, 준사법적 기능을 수행한다.[51] 비록 검찰이 법원보다는

49) Roxin, a.a.O., S. 50.
50) Rüping. Hinrich, *Das Strafverfahren.* 3.Aufl., 1997, S. 21.
51) Huber Barbara, *"Criminal procedure in Germany,"* in : Comparative criminal procedure, ed. by Hatchard, John u.a., 1996, S. 138.

하위에 놓여 있더라도 이것은 사법적 판단과 선고기능을 공판 전 절차로 이전한 것을 반영하고 있다. 검찰은 모든 범죄관련 사건을 수사할 수 있는 권한을 갖고 있다(형사소송법 제160조). 형사소송법은 제1차 형사소송절차 개정법을 통하여 법원에 의한 예심절차가 폐지되면서, 개별 수사조치들[52]에 있어서 지체의 위험이 있는 경우에는 경찰에게 있어서 와는 달리 피의자·참고인(증인)과 전문감정인으로 하여금 검찰에 출두하여 진술할 의무를 지웠다.[53]

수사절차의 사법적 형태를 보장하기 위하여 검찰을 수사절차의 주재자로 만들었다.[54] 형사소송법적 개념에 따르면, 검사는 수사절차의 주재자이다.[55] 검사의 중요성은 수사절차에 있으며, 수사절차를 이끌어나갈 의무가 있다. 수사절차의 종결에 따라 공소제기 여부에 대한 결정은 검사에게 있다. 검찰은 절차의 당사자가 아니라, 형사소송법 제160조 제2항의 규정(검사는 책임을 가중시키는 것뿐만 아니라 감경 시키거나 면제하는 사정에 대하여도 수사하여야 하며, 멸실의 우려가 있는 증거를 조사하여야 한다)에 따라 양쪽의 증거를 수집하는 객관적인 참여자이다.[56]

검사는 중요 사건이나 법적·사실적으로 복잡한 사건에 있어서는 초동수사단계에서 직접 수사한다. 다시 말하면 현장에 직접 임장하고, 피의자와 중요한 참고인을 직접 신문해야 한다. 검사가 사건을 직접 수사하지 않고 경찰관청·경찰관 또는 다른 기관에 위임(지령)하였을 때, 수사절차를 이끌어야 하며, 그때 검사는 적어도 수사의 방향과 범위를 정해 주어야 한다. 따라서 검찰은 수사절차에 있어서 자신이 직접 수사할 수도 있고, 경우에 따라서 경찰관청이나 경찰관에게 요청 또는 위임(개별경찰관에게 직접 특정한 수사행위에 착수할 의무가 부가된 지시를 할 수 있다)[57]을 통하여 수사를 하게 할 수 있다.[58]

---

52) 형사소송법 제81a조 제2항·제98조 제1항 1문·제105조 제1항 등.
53) 형사소송법 제163a조 제3항 1문·제161a조 제1항 1문 등.
54) Rüping, a.a.O., S. 21.
55) Kühne, *Strafprozesslehre,* 4. Aufl., 1993. S. 32 ; Otfried Ranft, *Strafprozeßrecht,* 2.Aufl., 1995. S. 46 ; Werner Beulke, *Strafverfahrensrecht*, 1998, S. 32.
56) Huber Barbara, a.a.O., S. 138.
57) Kramer Bernhard, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts,* 3. Aufl., 1997, S. 84.
58) Weiland Bernd, *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, 2. Aufl., 1996, S. 14.

수사종결 후에 검찰은 절차를 정지시키든가, 아니면 공소를 제기한다(형사소송법 제170조). 검찰은 자신이 제기한 공판절차에 중단 없이 출석할 수 있다. 그리고 법원의 판결에 대하여 자신의 객관적 위상에 맞게 피고인을 위해서도 상소를 제기할 수 있다.[59] 검찰은 법원의 명령(선고, 판결), 예를 들면 체포명령과 더불어 법원에 의하여 명령된 제재를 집행한다. 자유형과 보안처분의 집행은 교도소에 속한다. 법률의 감시자로서 검찰의 기능은 또한 정부의 이익을 위하여 명령에 구속되면서 법원의 통제를 받는 사법기관으로서의 역할을 한다.[60]

다. 搜査節次의 법적인 主宰者로서의 檢察

1) 搜査의 開始 및 終結

검사가 고소 혹은 다른 방법을 통하여 범죄혐의에 관한 어떤 사실을 알았을 때, 그리고 그러한 사실관계를 조사함으로써 수사가 시작된다. 검사의 입장에서는 이러한 사실들을 입수하기 전에 형사소송법 제163조 제1항에 의거한 경찰 혹은 조세부과절차에 의거한 세법위반을 조사하는 세무관서를 통하여 범죄행위를 조사함으로써 곧바로 수사가 시작된다. 이렇게 함으로써 수사절차는 이미 개시된다.[61] 수사절차는 검사의 수사종결권으로 끝나며 충분한 범죄혐의가 인정되면, 검사는 관할권 있는 법원에 고소장을 제출함으로써 공소를 제기한다. 이러한 수사절차의 종결과 개시에는 법정주의원칙과 편의주의원칙이 있다.[62]

2) 搜査의 實行

형사소송법 제160조 제1항・제2항・제3항에 따라서 검사는 스스로 증거를 조사할 수 있다. 심지어 실제 검증을 함으로써 서류열람을 통하여(예를 들면 협박편지 등) 전문가의 감정서를 승인하거나, 전문가의 의견을 청취함으로써(§161 a StPO) 목격자 혹은 참고인을 신문함으로써(Vernehmung, §163 a StPO), 피의자를 신문함으로써(Beschuldigten, §163 a StPO) 수사를 개시할 수 있다.

---

59) Rüping, a.a.O., S. 21.
60) Rüping, a.a.O., S. 21.
61) Krey, Volker, *Strafverfafrensrecht,* Band 1, 1998 S. 157.
62) Krey,. a.a.O., S. 160.

물론 그 외에도 형사소송법 제161조에 따라 모든 공공관청에 필요한 정보를 청구할 수 있다. 특별한 법률적인 규정이 그에 대하여 반대하는 경우(관련규정에 따른 개인정보보호, 소위 우편과 통신의 비밀보호, 그리고 납세자의 비밀보호, 사회적 비밀보호 등)의 정보를 제외하고는 문제가 되는 관청은 이러한 정보를 제공할 의무가 지워진다.

특히 "형사소송절차와 벌과금 부과 절차에 관한 준칙" Nr. 3 I 에 따르면, 검사는 특별한(중요한) 사건 혹은 법률적으로나 사실적으로 어려운 사건에 있어서 스스로 초동수사권(조치)에 의하여 사실관계를 규명해야 한다. 즉 범죄현장을 스스로 검사하고, 피의자를 직접 신문하고, 중요한 참고인을 직접 신문해야 한다.[63] 검사는 더 나아가서 형사소송법 제160조 제1항·제3항에 따른 사실관계(범죄의 진상파악)조사를 목적으로 모든 종류의 수사를 경찰직무를 수행하는 관청과 공무원에게 실행하게 할 수 있다.[64] 또한 검사는 형사소송법 제160조 제3항 2호 규정의 조치에 따라 사법보조를 받을 수 있다. 검사는 형사소송법 제162조에 의거하여 수사판사를 통한 도움을 청구할 수 있다. 수사절차의 주재자로서의 검사의 지위는 법원과의 관계에서 잘 나타난다. 특히 형사소송법 제156조에서 명시적으로 밝히고 있는 바, 공판절차가 개시된 이후에는 공소를 취하할 수 없다고 한다. 즉 법원이 공판개시결정을 아직 하지 않았을 때와 같은 경우에 공소가 취하될 수 있다. 더 나아가 검사는 편의주의원칙이 유효한 범위 내에서 기본적으로 공소제기에 관한 법원의 동의 없이도 중지할 수 있다.

라. 搜査節次上 檢察의 權限

1) 檢察의 權限

독일검찰이 수사절차에 있어서 가지는 권한의 구체적 내용을 보면 다음과 같다. 먼저 독일 형사소송법은 "검사는 고발 또는 기타의 방법으로 어떤 범죄행위의 혐의를 인지하는 즉시 공소를 제기하여야 할 것인지의 여부를 결정하기 위하여 사건의 조사를 하여야 한다"고 규정하여 검찰의 수사권을 명시하고 있

63) Krey, a.a.O., S. 159.
64) Krey, a.a.O., S. 159.

다(형사소송법 제160조 제1항).[65] 이를 위하여 검사는 다른 기관에 자료의 제출을 요구할 수 있고, 모든 종류의 수사를 스스로 행하거나 경찰로 하여금 이를 행하게 할 수 있다(동법 제161조)[66]. 검사는 또한 판사에 의한 조사가 필요하다고 인정되는 경우에는 법원에 대하여 증거보전을 청구할 수 있다(동법 제162조).

증인 및 감정인은 소환에 응하여 검사 앞에 출두하고, 그 사건에 관하여 진술하거나 감정할 의무가 있다(동법 제161a조 제1항). 검사는 증인 또는 감정인이 정당한 이유 없이 출석하지 않거나 출석을 거부한 때에는 그에게 불출석으로 인하여 발생한 비용배상이나 벌금의 질서벌을 가할 수 있다. 이 경우 금액을 징수할 수 없는 때에는 구류에 의한 질서벌을 판사에게 청구할 수 있다(동조 제2항). 또한 피의자도 소환에 의하여 검사 앞에 출석할 의무를 지며, 이 경우에 불응할 때에 구속영장을 발부할 사유가 존재하면 피의자의 즉시구인을 명할 수 있다.

검사의 대물적 강제처분도 통상의 경우에는 법원의 영장에 의하여야 한다. 즉 대물적 강제처분의 원칙적 권한자는 법원이다. 검사는 긴급한 경우에만 독자적인 권한이 있을 뿐이다. 이에 해당하는 것으로는 긴급한 경우의 신체검사와 혈액채취, 압수, 우편물의 압수, 평화교란죄나 내란죄 등에 있어서 전신·전화의 검열, 수색 및 검문소의 설치 등이 있다. 이 중에서 긴급한 경우, 검사에게만 인정한 것으로서 우편물의 압수, 전신·전화의 검열이다. 기타 압수·수색·검문소의 설치·신체검사 및 혈액채취에 대한 검사의 대물적 긴급권한은 검찰의 협력(보조) 공무원에게도 동일하게 부여되어 있다.[67] 수사절차 중에 강제적 조치를 명령할 수 있는 검사의 권한들은 경찰의 권한들보다 광범위하다.[68]

---

65) 손동권, "수사절차에서의 경찰과 검찰의 관계", (경대논문집 제13집, 경찰대학교, 1993). p. 199.

66) 법무부에서 발행한 「독일형사소송법」, p. 24에서는 독일형사소송법 제66조b 제2항 Die Vereidigung muss, sie zulaessig ist, erfolgen, wenn es in dem Auftrag oder in dem Ersuchen des Gerichts verlangt wird.를 선서가 허용되는 한, 법원이 위임이나 촉탁에 있어 이를 요구하는 경우 선서를 하여야 한다. 라고 번역하면서도, p. 112에 있는 독일형사소송법 제161조 2문에서는 Die Behoerden und Beamten des Polizeidienstes sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftag der Staatsanwaltschaft zu genuegen. 경찰직 공무원과 기관은 검사의 의뢰나 지시를 이행할 의무를 진다. 라고 번역하고 있다.

67) 손동권, 전게논문, p. 201.

경찰과 같이 검사는 긴급한 경우에만 이러한 권한들을 행사할 수 있다. 왜냐하면 사생활권(privat)에 대한 어떠한 침해도 법관에 유보되어 있기 때문이다. 그래서 검사도 자신을 도와주는 경찰처럼 신체검사, 혈액채취, 도로상의 검문소설치, 안전을 이유로 한 예비적 압수, 체포, 그리고 전산망수배를 지시할 수 있다.[69] 서신과 전보의 압수, 대화의 도청 등은 검사에게 유보되어 있다.

2) 被疑者拘束 節次 및 期間

구인된 피의자는 즉시 판사에게 인치되고, 다만 구인된 날의 익일(24시간 이내)을 초과하여 구류될 수 없다(동법 제163a조 제3항). 다음으로 피의자의 구속에 있어서 검사는 법원에 구속영장을 청구할 수 있다. 독일 형사소송법 제112조・제112a조, 그리고 제113조에서 구속의 실질적 요건을 규정하고 있다.
구속요건으로는 범죄의 현저한 혐의 이외에 도망과 도망의 위험, 증거인멸의 위험 또는 재범의 위험성을 그 요건으로 하고 있다. 그러나 독일에서는 주거부정의 요건은 없으나, 위와 같은 요건 외에 특히 사건의 중대성 및 예상되는 형법이나 개선 및 보안처분과 관련성이 있어야 한다고 규정하고 있다. 이른바 비례성의 원칙을 정하고 있는 것이 특색이다. 또한 위 구속이유가 없더라도 구속을 명할 수 있는 예외의 경우로서 모살 등 목적의 테러단체형성(형법 제129s조), 모살(형법 제211조), 고살(형법 제212조). 민족모살(형법 제220a조), 또한 행위로 인하여 타인의 신체와 생명을 위태롭게하는 경우 및 상습범의 경우를 구별하여 규정하고 있다.

피의자가 구속영장에 의하여 구금된 때에도 지체 없이 관할법관에게 인치하여야 하며, 법관은 지체 없이 늦어도 그 다음 날까지 범죄사실을 신문하여야 한다(제115조 제1항・제2항). 독일 형사소송법에 수사기관이 피의자를 구속할 수 있는 기간을 제한하는 규정은 없다. 다만, 판결 선고시까지 구속기간은 원칙적으로 6개월을 초과해서는 안 된다고 규정하고 있다(형사소송법 제121조 제1항). 또한 재범의 위험을 이유로 한 구속기간은 1년까지 가능한 것으로 되어

68) Huber, a.a.O. S. 139.
69) Huber, a.a.O., S. 139.

있다(동법 제122조). 구속 중인 피의자는 항상 법원에 구속심사를 신청할 수 있다.[70] 이러한 구속심사신청이나 구속에 대한 이의 없이 구속이 3개월간 계속된 경우에는 법원이 직권으로 구속심사를 할 수 있다(동법 제117조 제5항).

긴급한 경우에는 검사도 긴급체포를 명하거나 스스로 체포할 수 있다(동법 제127조 제2항). 긴급체포된 자는 지체 없이 늦어도 다음 날(24시간 이내)까지 체포장소를 관할하고 있는 구법원의 판사에게 인치되어야 한다(동법 제128조 제1항). 공소가 제기된 때에는 체포된 즉시 또는 인치 받은 법관의 결정에 의하여 관할법원에 인치된다. 법원은 인치된 자를 신문한 후에 늦어도 체포 다음 날까지 그의 석방·구금 또는 임시 감호 여부에 대하여 결정하여야 한다(동법 제129조). 체포된 자에 대하여 구속영장을 발부받기 위해서는 검사의 청구가 있어야 한다. 다만, 검사가 청구할 수 없는 때에는 법관이 직권으로 구속영장을 발부할 수 있다(동법 제128조 제2항). 또한 피의자가 도주중이거나 은신하고 있는 경우에 검사나 판사는 구속영장 또는 시설수용영장을 근거로 지명수배장을 발부할 수 있다(동법 제131조 제1항).

마. 警察에 대한 檢事의 搜査指揮權

검사와 경찰관의 관계에서 검사의 법률상의 권한은 형사소송법 제163조 제2항 1문에서 동법 제161조 2문, 법원조직법 제152조 제1항에 따른 의뢰권한에서 명시적으로 나타난다.[71] 검찰은 다양한 방법으로 경찰에 대해서 의뢰권한이 있는 형사소추기관이다(법원조직법 제152조 제1항·형사소송법 제161a조). 모든 공공관청은 형사소송법 제160조(수사절차)·제161조(정보 및 수사)의 영역 안에서 협력관청으로서 의무가 지워진다.[72]

검사는 수사를 지휘하고, 가이드라인을 제시하고, 조사절차에 관하여 통지 받고, 그리고 기본권에 관한 침해와 관련된 행위들을 허가할 수 있는 권한을 포함하여 경찰을 통제한다. 이러한 지시권한은 경찰의 입장에서는 여러 모로 분

---

70) 손동권, 전게논문, p. 200.
71) Krey, a.a.O., S. 160.
72) Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozeßlehre*, 4. Aufl., 1993, S. 33.

격한 일로서 적대적으로 되어 있다고 한다.[73] 그와 반대로 그러한 법률적인 규정이 사실 강제적으로 보이긴 하지만, 모든 점에서 적절하다고 권고되고 있는 바이다. 수사절차에 대하여 경찰이 아닌 검사의 수사주재상의 지위는 검사의 자격 검증을 받은 완전한 법률가로서의 지위를 가졌기 때문이다(독일법관법 제122조, 판사직에 대한 자격). 그리고 법조기관으로서 검사의 기능과 검사의 소속관할권(법무부 등) 때문에 명백하다는 것이다.[74]

수사절차에 대한 이러한 정당한 법상의 주재자라는 승인으로부터 검사의 강제적인 지시권한이 어느 정도까지는 인정되고 있는 바, 이와 관련하여 연방행정법원이 다음과 같이 아주 명백하게 주장하고 있다. "경찰직무를 수행하는 관청과 공무원, 그리고 특별히 검찰의 협력공무원들은 '팔 없는 머리'로서 적절하게 특징 지워진 검찰쪽으로, 연장된 팔로서 형사소추를 지원하는 쪽으로 지시권한이 맡겨졌다.[75]

검찰은 그들의 지시를 발함에 있어서 기본적으로 다음과 같이 제한을 받는 바, 형사소송법 제161조 2호과 같이 관할권이 있는 경찰관청에는 '요청'해야 한다. 그와 달리 법원조직법 제152조상의 검찰의 협력공무원(형사소송법 제161조 2호)에게는 경찰상급자를 통하지 않고 직접 '위임'의 형식으로 지시를 할 수 있다.[76] 검사는 특정된 몇몇 협력공무원들에게 직접 지시할 수 있다. 이러한 규정의 본문 취지와 의미는 검찰의 협력공무원에 대한 검사의 지시권한(법원조직법 제152조)에 관해서 나타난다고 한다.[77]

그와는 달리 검사의 협력공무원이 아닌 일반경찰공무원에 대해서는 직접적인 지시권한이 있지 않다. 더군다나 검사는 그러한 한도 내에서 경찰관청에 대해 그들에게 요청하는 것으로 제한한다. 검사의 협력공무원으로 지정된 경찰관들에게는 특별히 사실적인 상하관계가 근거 지워진다. 그것에 의하여 검사는 각각의 경찰관청에 관해서 뿐만 아니라, 개별경찰관들에 관하여 지시를 통한 이

---

73) Huber, a.a.O., S. 139.
74) Krey, a.a.O., S. 199.
75) Krey, a.a.O., S. 200.
76) Rüping, a.a.O., S. 28.
77) Krey, a.a.O., S. 200.

행을 요청할 수 있다. 또한 다음과 같이 그러한 것은 상대적으로 구별되어야 한다. 즉 지체의 위험이 있을 때, 검사의 협력공무원 자격이 아닌 그러한 경찰 집행공무원들에 대한 직접적인 지시권은 검사에게 속하지 않는다. 뿐만 아니라 권한은 경찰관청에 연계된 요청쪽으로 이루어져야 한다. 다른 한편으로는 검사는 합당한 검사의 협력공무원이 소속된 그러한 경찰관청의 권한 범위내에 있는 사항을 고려할 의무를 가진다. 기본적으로 검사의 협력공무원에게 직접적으로 지시하는 것이 아니라 그러한 관청에 요청한다.

모든 지시들은 반드시 형사소송법 제152조 제2항에 의거한 법정주의원칙 범위 내에서 이루어진다. 검찰의 지시권한은 검찰청 내부적으로 검찰청의 장이 소속검사들에게 발하는 명령들이 있다. 또한 사법행정의 외부적 명령이 있다.

이는 연방법무부장관이 연방검찰총장에게, 또는 주법무부장관이 주검찰총장을 통하여 주검사들에게 발하는 지시들을 들 수 있다. 물론 이러한 것들은 '검사의 독립'이라고 하는 논의를 불러일으키고 있다. 지시들은 특별히 중요한 사건에 대한 검찰의 보고의무를 통하여 가능하다. 실무적으로는 그러한 지시들이 별로 발해지지는 않는다고 한다.[78]

2. 警察의 搜査權限

가. 警察의 機能

1) 危險防止 任務[79]

경찰은 1931년 프로이센경찰행정법 제14조-공공의 안녕과 질서를 위협하는 일반적 혹은 개별적인 위험을 방지-를 공식화함으로써[80] 질서관청처럼 예방적 역할을 한다. 그리고 더 나아가서 의무합치적 재량에 따라 일반적인 위험방지를 위하여 개입할 수 있다. 즉 재량주의 원칙이 적용된다. 경찰과 질서행정관청

78) Rüping, a.a.O., S. 25.
79) 박창호 외, 전게서, pp. 292-293.
80) "경찰관청은 유효한 법의 영역 안에서 의무합치적 재량에 따라서 일반적 또는 개별적 위험한 요소들에 의하여 공적 안전과 질서가 위협받는 경우에 이를 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 권한을 갖는다,"(Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei - und Ordnungsrecht, 11. Aulf., 1995. S.19f.)

은 위험방지의 임무를 진다.[81] 이들 관청은 공공의 안녕과 질서를 위협하는 일반적 또는 개별적인 위험을 방지해야 한다. 이러한 기능에 관할 할당(지정)은 주로 각 주의 경찰법에서 전형적인 방식으로 규정하고 있다.

이러한 임무할당은 개입적 권한이 아니라 의무 부과적 행정행위를 포함하고 있는 것이다. 그리고 이것은 또한 권한규범도 아니다. 이러한 경찰의 임무는 그 때마다 적합한 개입권한을 부여함으로써 소위 경찰의 일반조항을 통하여 보충된다. 그것은 통상적으로 "경찰은 개별사례에 있어서 공공의 안녕 혹은 질서를 위하여 존재하는 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다."[82] 고 규정되고 있다.[83] 경찰은 언급된 경찰상 일반조항의 구성요건적 전제가 현존하는 데서 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취해야 한다는 의무가 지워진 것은 아니다. "할 수 있다"는 공식을 통하여 경찰에게 재량여지를 인정하였다. 따라서 예방경찰적 행위영역에서는 경찰상 일반조항에 따라서 재량주의가 적용되며, 법정주의는 적용되지 않는다. 예방경찰적 위험방지 영역에서는 형사소송법 제161조 2문, 법원조직법 제152조 제1항으로부터 나온 검사의 지시권한이 적용되지 않는다.[84]

2) 鎭壓的 任務[85]

각 주의 경찰은 형사범과 질서위반사범 소추에 대해서는 진압적인 역할을 한다. 법원조직법 제152조 제2항의 검찰처럼 형사소송법 제163조에 의거하여 형사처벌 될 만한 행위들을 조사할 의무를 진다.[86] 지배적인 견해에 의하면 형사소송법 제163조는 형사소송절차상 경찰의 강제처분권을 위한 침해적 수권을 포함하지 않고 있다. 동 규정은 경찰에게 형사범 추적임무를 지정하고 있다는 뜻이다. 게다가 경찰에게는 형사범 추적임무 영역에서 기본권 침해를 할 수 있기

81) Götz, a.a.O., S. 39.
82) Krey, a.a.O., S. 183.
83) Krey, a.a.O., S. 182.
84) Krey, a.a.O., S. 183.
85) 박창호 외 전게서, pp. 293-296.
86) Rüping, a.a.O., S. 27.

위해서는 특별한 형사소송절차상의 기본적인 수권을 필요로 한다.[87] 그러한 권한규범을 위한 사례로서 다음과 같은 것들이 언급된다.

① 형사소송법 제127조 제1항・제2항의 가체포, ② 동법 제163b조 신원의 확인. 단지 지체의 위험이 있는 경우에 한하여 검찰의 협력공무원으로서 수많은 절차상의 침해수권이 경찰관들에게 유효하다. 제81a조 신체검사・혈액표본, 제81조 제3자에 대한 검사, 제94조 압수의 대상, 제98 I조 압수명령, 제102조 용의자에 대한 수색, 제103조 기타의 자에 대한 수색, 제105 I조 명령 및 이행, 제111조 도로통제(검문소)

형사소송법 제163조는 경찰에게 형사범 추적기관으로서 법정주의를, 다시 말하면 법률상의 소추의무를 정하고 있다. 형사소송상 수사절차에 있어서 경찰의 사실상의 의미(중요성)에도 불구하고 경찰은 형사소송법의 법률상 개념에 따라서, 단지 독립성이 없는 (형사)사법기관이다. 형사범 추적 영역에 있어서 경찰은 독자적인, 그리고 근본적인 권한을 가지고 직무를 수행한다기 보다는 법률상 검사의 수임자로서, 말하자면 경찰은 검사를 위하여 법률상 위탁에 의한 권한으로 근무한다. 즉 검사의 수임자와 경찰은 형사소송법에 따라 수사절차의 주재자가 아니라는 해명이 나타난다.[88] 오늘날 독일경찰은 소극적 의미의 사전예방적 경찰활동 뿐만 아니라 사후 진압적 경찰활동[89], 형사범의 추적[90], 예방적 범죄투쟁과 범죄예방을 위한 경찰 역할이 강조되고 있다. 또한 관련내용이 "연방과 각주 경찰법통일모범 초안"에서 규정하고 있다. 특히 내적 안전이 '삶의 질'의 일부로 간주되면서, 내적 안전은 개인의 자유를 보장하기 위한 기본권 혹은 헌법국가적 보호의무로까지 인정되고 있다.[91]

3) 경미한 法規違反 事犯에 대한 訴追節次

질서위반행위는 법위반행위이며 비난받을 만한 행위로서 법질서에 대하여 보

87) Krey, a.a.O., S. 185.
88) Krey, a.a.O., S. 186.
89) Knemeyer, Franz-Ludwig, *Polizei - und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 1995. S. 189ff.
90) Götz,, a.a.O., S.199ff.
91) Kaiser Günther, Kriminologie. *Ein Lehrbuch,* 3.Aufl., 1996, S. 1094f.

다 덜 심각한 위반행위이며, 비범죄적 부당한 행위이다. 질서위반행위는 형벌로서 경고하기보다는 범칙금을 통하여 경고한다. 그래서 질서위반행위는 검찰에 의하여 소추되는 것이 아니라, 원칙적으로 행정관청에 의하여 소추된다. 질서위반행위는 오늘날 대부분의 도로교통위반행위 등 도로교통 관련 영역에서 일어난다. 그래서 교통위반사범에 대한 범칙금부과행위와 맞물려 질서위반사범 처리는 경찰의 중요한 임무 중의 하나가 되었다. 이러한 위반행위에 대하여 가능한 한 동일한 정도의 불이익처리를 하기 위하여 연방교통부장관은 법규명령을 통하여 하나의 범칙금 카탈로그를 작성하였고, 동 법령은 1990년 1월 1일부터 발효되었으며, 질서위반에 대한 법은 질서위반자에 대한 법률로서 규정한 것이다. 동법은 형법과 유사한 수많은 내용을 제시하고 있다. 즉 "법률 없으면 경고 없다," 또는 "의심스러울 때에는 피고인의 이익으로" 성년자에 합당한 형사책임의 한계, 저질러진 질서위반범의 고의와 과실의 구별, 법적 효과, 미수에 대한 경고 등. 그렇지만 형법과는 달리 정범과 공범 간에 구별하지 않는 등 특색이 있다.[92]

4) 危險防止 任務와 관련된 問題

위험방지를 위한 경찰의 임무와 형사소추를 위한 경찰의 임무는 구별되어져야 하지만 아주 예외적인 의미에서 순수한 구별이 가능해진다. 특히 경찰 첫째, 입법권이 연방에 있느냐 혹은 주에 있는가? 둘째, 경찰의 개입 권한인가? 셋째, 경찰권개입에 관한 의무인가 혹은 의무합치적 재량에 따른 행위인가? 넷째, 검사의 지시권한인가? 다섯째, 경찰의 기본권침해행위에 대한 법적 보호에 대한 소송절차가 어떻게 진행되는가? 와 같은 문제범주에서 본질적인 차이점들을 가진다. 경찰법에 대한 입법권은 기본법 제30조와 제70조 규정에 따라 각 주에 부여되어 있다.[93] 이와는 달리 형사소송절차를 위해서는 독일기본법 제74조 Nr.1에 따라서 경찰을 통한 형사소추의 임무영역을 포함하여 병렬적으로 연방이 입법 관할권을 갖고 있다.[94] 위험방지영역과는 달리 경찰의 형사소추임무영

92) 박창호외 전게서, p. 296.
93) Krey, a.a.O., S. 184.

역에서는 법정주의원칙이 적용된다.[95] 행정소송절차법 제40조에 따라 시민의 권리에 대하여 경찰상의 위험방지영역에서 초래된 모든 경찰상의 침해(개입)는 일반적인 행정소송절차를 통한 법적 절차가 마련되어 있다. 그런데 경찰에 의하여 형사소추임무영역에서 야기된 침해는 이와는 다르다.[96]

경찰이 예방적 또는 진압적 행위를 하였는가를 확정하는 것은 어떤 법률들을 적용할 것인가에 대한 문제에 있어서 중요한 의미를 지닌다.[97] 왜냐하면 위험방지임무와 관련된 사항은 형사소송법상의 근거를 가지고 있다. 이미 저질러진 구체적인 행위에 대한 진압·수사를 위한 경찰의 행위는 형사소송법에 근거를 가지며, 사전 예방적 조치를 취하는 경우는 전적으로 경찰법적 근거가 적용된다.[98] 그러나 범죄예방 또는 위험방지를 위한 조치와 형사소추(범인체포)를 위한 조치의 근거들이 상호 중복 또는 충돌하는 경우가 있을 수 있다. 경찰법은 예방적 행위에 우선적으로 적용되며, 진압적 경찰작용에 있어서는 경찰법의 적용이 후퇴한다. 형사소송법적 경찰임무와 경찰법적 경찰임무의 구분은 다양한 측면을 가진 복잡한 문제이다. 독일에 있어서 형사소송법에 의한 경찰 작용은 유연함(repressiv)이며, 경찰법에 따른 경찰작용은 예방조치(präventiv)이다.[99] 범죄 진압과 형사소추를 위한 권한에 있어서는 검찰이 우선적으로 관할권을 갖지만, 범죄예방을 포함한 위험방지영역에는 검찰의 지시권이 배제되며,[100] 이는 전적으로 경찰의 임무이다.[101] 통상적인 경우 검사는 단지 형사소추를 위해 경찰에게 요청과 지시를 할 수 있다.[102]

예방적 임무수행과 형사소추를 위한 범죄인체포나 진압작용이 중첩되어 이

---

94) Krey, a.a.O., S. 184.
95) Krey, a.a.O., S. 183.
96) Krey, a.a.O., S. 184. 민·형사사건을 관할하는 일반법원에 그 관할권이 있다는 뜻이다.
97) Knemeyer, Franz-Ludwig, *Polizei - und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 1997. S.66.
98) Götz, Volkmar, a.a.O., S. 40f.
99) Gusy Christoph, *Polizeirecht*, 3. Aufl., 1996, S. 11.
100) Alfer Wolfgang reuber, *"Die Polizei im Strafprozeß und Bußgeldverfahren,"* in : *Die Polizei,* 1987, S. 225.
101) Krey, *"Der Münchener Schießbefehl-Grenzen des staatanwaltlichen Weisungsrechts gegenüber der Polizei,"* in : ZRP, 1971, S. 183.
102) Knemeyer, a.a.O., S. 202.

두 가지 작용의 구분이 어려울 때, 경찰의 예방적 임무수행이 우선 시 된다.[103] 이 두 가지 적용 법률의 근거를 찾는 몇 가지 기준은 다음과 같다.

첫째, 이미 행하여진 범죄행위에 대한 해결과 소추를 대상으로 한다. 경찰의 작용은 형사소송법에 근거를 두어야 할 것이며, 특별한 범죄에 관한 예방적 조치들에 대해서는 형사소송법적 대상이 될 수 없다. 둘째, 범죄해결이나 소추에 있어서 조치의 목적이 과거에 행하여진 범죄행위를 지향하는 경우에는 형사소송법이 우선 적용되며, 미래에 저질러질 범죄행위에 대해, 다시 말하면 형법적으로 가치중립적인 행위에 대한 경찰작용은 경찰법에 근거해서 수행되어야 한다.[104] 독일에 있어서 이러한 문제해결 방식은 우리나라와는 달리 위험방지를 위한 임무수행에 있어서 경찰법에 근거한 다양한 조치들이 - 불심검문과 신문・소환・구인・신원확인조치・감식처분・수색・압수・유치・몰수・보호조치 등 - 형사소송법상의 조치들과 유사한 형태를 띠고 있기 때문에 경찰작용의 근거법령을 판단하는 데 있어서 중요하다. 이는 구제절차와도 관련이 있다. 위험방지를 위한(예방적) 경찰작용의 조치에는 선택 및 결정재량이 인정된다. 그에 반하여 형사소송법 제163조에 의한 경찰의 임무수행(범죄수사)에 있어서는 법률의 규정에 따른 절차를 진행해야 하는 바, 법정주의원리가 적용된다.[105] 따라서 경찰작용이 어떤 법률적 근거에 의하여 이루어졌는지 구별하는 것은 경찰작용의 재량범위-선택재량・결정재량- 판단과 사후구제절차에 있어서도 차이가 있기 때문에 구별의 실익이 있다. 즉 경찰의 위험방지작용(조치)에 대한 법적 구제는 행정법원의 관할에 속하며, 형사소송법에 근거한 수사행위에 대해서는 일반법원(민・형사사건)의 관할에 속하기 때문이다.[106]

나. 警察의 權限

1) 獨自的 搜査範圍

독일 형사소송법 제163조 제1항은 “경찰임무를 담당하는 관청 및 공무원은

103) Gusy, Christoph, *Polizeirecht*, 3. Aufl., 1996, S. 12.
104) Gusy, a.a.O., S. 12.
105) Gusy, a.a.O., S. 194 ; Knemeyer, a.a.O., S. 71.
106) 박창호외, 전게서, p. 299.

범죄행위를 규명하여야 하며, 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 할 수 있는 모든 조치를 지체 없이 취해야 한다"고 규정하고 있다.[107] 동 조항은 소위 초동수사를 가능하게 한다. 그러한 권한을 부여하고 있으며, 또한 동법 제163조 제2항에서는 지체 없이 관련(수사)서류를 검찰에 송부할 의무도 부과하고 있다.

경찰은 초동수사를 실행할 권한과 의무가 있다.[108] 즉 경찰은 수사할 권리가 있을 뿐만 아니라 수사할 의무도 있는 것이다. 경찰에 대한 이러한 수사의무부과는 법정주의원칙을 경찰에게도 실현한 것이다. 제163조의 이러한 규정에 대하여 다수설은 경찰에게 초동수사권을 부여한 것이고, 이 이후에 경찰은 긴급한 경우에는 독자적으로 수사할 수 있으나 대부분의 경우에는 검찰의 지시에 의하여 활동하여야 한다고 해석한다.[109] 왜냐하면 형사소송법 제163조 제2항은 "경찰임무를 담당하는 관청 및 공무원은 그들의 처리결과를 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다"고 규정하고 있기 때문이다. 이러한 초동수사권한은 경찰이 통상적으로 사무직 공무원인 검찰보다는 범죄현장에 보다 더 직접 직면할 수 있다는 이유로 설명되어질 수 있다.[110] 종종 불명확한 성질을 띠고 있는 이 초동수사에 대해서 경찰은 자신의 주도하에 제한적인 활동영역이 인정된다.

다시 말하면 범죄혐의가 충분한 용의자에 대한 수사절차에 관한 독자적인 실행을 할 수 있다.[111] 이러한 초동수사상황에서는 검사의 지시가 필요하지 않으며, 검사의 지시를 기다릴 필요가 없다. 경찰의 현장 임장성이 강하게 요구되는 상황에서는 대부분의 수사절차가 경찰에 의해 처리된다.[112]

제163조에 의거한 초동수사는 모든 경찰관의 임무이자 권한이다. 검찰협력공무원으로 지정된 일정직급의 경찰관 뿐만 아니라 고급직 경찰관들의 임무이기도 하다. 또한 2년이 채 안 된 교육중인 순경후보생도 해당된다. 초동수사의 상

---

107) 손동권, 전게논문, p. 201.

108) Achenbach Hans(Hrsg.), *Kommentar zur Straprozeßordnung, Bd.2* Teilband 1, 1992, S. 810 ; Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24. Aufl., 1995, S. 54.

109) 손동권, 전게논문, p. 202.

110) Weiland, Bernd, *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, 2.Aufl., 1996, S. 14.

111) Gössel Karl Heinz, *"Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschft im rechtstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei,"* GA, 1980, S. 348.

112) Kramer, a.a.O., S. 82f.

황, 즉 긴급한 경우 경찰은 가체포(제127조), 신체검사, 혈액검사(제81조의 a), 수색의 집행(제105조 제1항), 검문소의 설치(제111조), 압수 또는 압류(제111조의 e) 등의 조치 뿐만 아니라, 할 수 있는 모든 조치를 지체 없이 취해야 한다.

특히 기본법(GG) 제87조 제1항 2호에 따라 혹은 연방내무부장관과 연방검찰총장의 지시에 근거하여 연방수사국(BKA)은 소위 국제조직범죄와 헌법기관의 구성원들의 신체와 생명에 대한 침해를 수사할 권한이 있다.[113] 그 외에 또 초동수사를 위한 경찰관청의 권한은 검찰권에 근거하지 않는다. 그렇기 때문에 과거의 법률과는 달리 강제처분은 제163조 제1항에 근거하지 않고 (경찰법상의)일반조항으로 지원을 받을 수 있다고 한다.[114] 경찰은 신원확인용 감식처분을 위한 형사소송법 제81b조상의 피의자 사진촬영 및 지문채취, 제127조 제2항의 가체포 혹은 1992년 "조직범죄 대책법" 제정이래 전산망수배를 위한 형사소송법 제98a조상의 기계적 대조 및 인적 사항 송부, 그리고 감시를 위한 동법 제100c조 제1항 Nr. 1상의 사진 및 영상기록의 제작'등 특별한 수사권이 허용되고 있다.[115]

형사소송법 제161조 2호과 제163조 제2항 1호에 따라서 그러한 규정들은 말그대로 법률상의 위임관계를 위하여 경찰의 의무사항인 서류송치와 검찰의 위임사항을 이행하도록 하고 수사결과를 검찰에게 제출하도록 한 것은 정당하게 보인다. 이러한 범위 내에서 경찰은 검찰의 수임자로서의 권한을 행사한다. 그리고 검찰의 직무감독하에 놓인다.[116]

2) 搜査業務와 관련된 警察의 具體的 權限

경찰의 수사상 권한은 허용된 모든 증거의 조사를 포괄하지만, 몇몇 개별영역에서 경찰의 권한은 한계가 있다.[117] 일반적으로 독일경찰이 다툼 없이 확정적으로 가지는 초동수사권 이외에 독자적으로 행할 수 있는 구체적 권리를 살

113) 연방수사국법(BKA-Gesetz) 제5조제2항의 내용.
114) Rüping, a.a.O., S. 27.
115) Rüping, a.a.O., S. 27.
116) Rüping, a.a.O., S. 27.
117) Kleinknecht · Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 43. Aufl., 1997, S. 608.

펴보면 다음과 같다.

가) 强制處分權

일반예방경찰과 검찰협력경찰이 공통적으로 가지는 강제처분권에는, ① 피의자 및 증인에 대한 신문권, ② 피의자의 체포권, ③ 피의자의 사진촬영 및 지문채취권, ④ 신원확인권, ⑤ 감식처분권, ⑥ 과학적 수사장비 투입권, ⑦ 그밖에 지체의 위험이 있는 경우, 비밀수사관 투입에 대한 독자적인 권한, ⑧ 전산망 수배권 등이 있으며, 임의수사로서 경찰이 공통적으로 할 수 있는 대표적인 것은 피의자 또는 참고인에 대한 신문이다. 경찰관청이 가지는 권한으로는 지명수배장의 발부이다. 한편 독일 형사소송법상 피의자는 검찰의 소환에 대하여 출석의무가 있고, 또한 검사는 피의자를 구인할 수 있으나 경찰에게는 이러한 권한이 없다.

나) 특별한 强制處分權

검찰협력공무원인 경찰만이 가지는 특별한 강제처분권에는, ① 특별한 경우에 압수명령권, ② 수색명령권, ③ 피의자에 대한 신체검사 및 혈액검사, ④ 참고인에 대한 신체검사명령, ⑤ 검문소설치권이 있고, 이와 같이 독일경찰은 단순히 법원의 강제처분을 집행하는 기관에 그치는 것이 아니라, 긴급한 경우에는 대개 법원 또는 검사와 함께 독자적인 강제처분의 명령권을 가지고 있다.[118)]

3) 拘束된 被疑者 身柄 處理 관련 節次

피의자구속요건과 기간 등에 관한 내용은 전술한 바 있다. 경찰단계에서 피의자를 구속할 경우, 24시간(법률사항) 이내에 관할구 법원의 실질심사를 거쳐서 영장이 발부되면, 피의자의 신병은 경찰서 유치장에 구금하는 것이 아니라 법무부소속의 구금시설로서 구치소에 구금된다. 한국과는 달리 경찰이 피의자를 구속했을 때나, 검사가 구속했을 때나 똑같이 피의자의 신병은 구치소에서 관리한다.

경찰단계에서 피의자를 유치장에서 구금할 수 있는 최대 기간은 영장 발부시

118) 손동권, 전게논문, p. 204.

까지 24시간 이내이다. 따라서 검찰의 유치장 감찰제도가 존재할 필요가 없다.

독일실무에서 송치라는 의미는 피의자신병을 검찰에 이송하는 것이라기보다는 경찰단계에 수사를 종료한 후 지체 없이 관련서류를 검찰에 보내는 것을 송치라고 한다. 송치 받은 사건에 대하여 검사는 최종 기소여부를 결정한다. 경찰단계에서 진행되고 있는 수사에 대한 종결여부를 검찰이 결정하지는 않는다. 물론 검사가 사건을 개별 경찰관에게 위탁한 경우에는 구체적인 방향과 지침을 내리고, 그 여부를 수시로 확인할 수 있다.

피의자가 법무부소속 구금시설에 구금되었더라도 경찰은 수사상 필요에 따라 수개월간 수사할 수 있다. 물론 이 때 수사는 담당수사경찰이 구금시설에 진출하여 피의자를 신문하는 등 추가조사를 실시하는 바, 경찰서로 피의자를 이송하여 조사하지는 않는다. 대체로 지방법원관할 내에 교정시설이 설치되어 있기 때문에 담당경찰관이 피의자 신병이 구금되어 있는 곳까지 출장수사를 하더라도 실무상 어려운 점은 별로 없다고 한다.

그리고 한국처럼 경찰단계의 구속수사 기간이 10일 이내로 제한되어 있지 않아 수사를 촉박하게 서두를 필요도 없다고 한다. 예를 들면 살인사건 피의자가 구속되면, 피의자의 유죄입증이 가능하도록 충분한 수사 활동을 전개한다. 뿐만 아니라 경찰수사 활동과는 별도로 교정시설에 소속된 정신과의사 등으로 하여금 구속된 피의자를 수개월 동안 구금시설에서 관찰·진찰·상담하면서 감정소견을 작성케 한다. 물론 이 감정서는 수사서류에 첨부되며, 후일 검사는 동 사건을 기소할 시에 이러한 내용을 객관적으로 참작하여 피의자에게 유·불리한 상황으로 적용하며, 법관은 양형 사유에 참작한다고 한다.

3. 檢察과 警察과의 關係

가. 法規上의 關係

형사소송법의 여러 명시적인 규정들(§156·§207·§162·§167·§170StPO)에 따르면, 수사절차의 법률상 주재자는 검사라고 한다.[119] 형사소송법에 따르면

119) Krey, a.a.O., S. 197.

경찰은 단지 비독립적인 형사사법기관으로서, 즉 검사의 법률상 수탁자로서 직무를 행한다.[120] 경찰에 대한 이러한 검사의 우월적인 지위는 특별히 형사소송법 제163조・제161조 2호, 법원조직법 제152조에서 찾아볼 수 있다. 형사소송법에서 검찰과 경찰과의 관계가 직면하는 문제는 검찰은 수사를 이끌어 나가고 경찰은 그를 지원하는 데 있다는 점이다. 법원조직법 제152조와 형사소송법 제161조의 범위에서 경찰에 대한 지시권(명령권)이 검찰에게 주어져 있다. 따라서 경찰은 검찰의 지시(Anordnung), 요청(Ersuchen), 의뢰(Auftrag)에 대해서 총족 시킬 의무를 진다.

이러한 법규를 종합해 보면 독일에서 수사의 주재자는 검찰이고, 경찰은 독자적인 수사권은 있으나 사건을 지체 없이 검찰에 송치하여 지시를 받도록 되어 있다. 따라서 검찰이 경찰을 법적으로 통제하고, 수사 및 공소에 대한 모든 책임도 검찰이 진다. 그리고 검찰은 경찰에 의한 수사 후에 언제든지 수사를 자기에게 가져올 수 있다. 이를 위해 검찰은 경찰에 대한 일반적인 지시권을 가진다.[121] 이에 반해 경찰은 검찰에게 사건을 지체 없이 통보한 후에는 검사의 지시에 의하여 수사하는 것이 원칙이고, 단지 형사소송법에 의해 특별히 허용된 긴급 강제처분권만을 독자적으로 행사할 수 있을 뿐이다. 이는 경찰은 검찰의 확장된 팔에 불과하다는 것이다.[122]

검사는 중요한 사건 또는 법률상・사실상 어려운 사건은 직접 검증을 실시하거나 피의자와 중요한 증인을 신문함으로써 직접 수사하여야 한다. 경제범죄와 중요 범죄는 검사가 처음부터 수사를 지휘해야 하며, 그 사건은 종결 시까지 같은 검사에 의하여 처리된다. 검사가 직접 수사를 하지 아니하고 경찰 또는 기타의 협력기관에 수사를 맡긴 경우에도 수사를 지휘해야 하며, 최소한 그 방향과 범위를 정해주어야 한다.[123]

독일의 검찰은 피의자・피고인에 대하여 유죄입증 뿐만 아니라, 무죄가 될 수 있는 상황까지 조사해야 한다(형사소송법 제160조 제2항). 독일 형사소송절

120) Krey, a.a.O., S. 197.
121) 손동권, 전게논문, p. 205.
122) 상게논문, p. 205.
123) 상게논문, p. 205.

차상 검사는 당사자가 아니라, 오히려 엄격한 객관성을 유지하여야 할 의무가 있다.[124] 당연히 여러 가지 사건에서 어려운 수사업무가 한 명의 검사에 의해서 충족되어야 하는 것은 아니다. 왜냐하면 검찰은 대체로 여러 공무원들과 함께 채워져 있는 관청인 바, 내부적으로 개별 검사들은 -법관들이 완전히 독립되어 있는 것과는 달리 - 그들은 상급자들의 지시에 구속되어 있다(법원조직법 제146조). 그럼에도 불구하고 검찰은 범죄사건해결에 있어서는 다른 국가의 조직들에 의한 도움에 대하여 자유로울 수 없다. 이러한 것은 경찰에 우선적으로 해당되는 바, 경찰의 광범위한 인적 상황, 경찰의 기술적인 장비, 그리고 범죄수사에 관한 전문성 때문에 이러한 현상은 불가피하다. 그렇기 때문에 입법자는 경찰에 두 가지 기능을 부여하고 있다. 검찰에 의하여 경찰에게 요청되어진 수사를 위하여(형사소송법 제161조) 검찰이 경찰에 요청한 모든 수사를 실시하도록 하고 있다.

경찰은 또한 초동조치의무를 가지고 있다. 다시 말하면 경찰은 자신에 의하여, 그리고 검찰의 주도권 없이 범죄에 대해 수사해야 한다. 그리고 지체해서는 안 될 허용된 모든 조치를 취해야 한다(형사소송법 제163조).

경찰의 조사결과는 사실 수사서류를 의미하는 바, 검찰에게 지체 없이 송부한다는 규정과 관련하여 여기서 지체 없이란 곧 즉시·즉각(sofort)이 아니라 책임질 정도의 지체함이 없이(ohne schuldhaftes Zögern)를 의미한다. 이 규정은 시점에 관한 실질적·내용적인 규정이 아니라 검찰이 우월적인 입장에서 수사를 이끌어 나갈 경우에 상황에 따라 가능하면 가급적 일찍이 사건의 정황을 파악할 수 있도록 하자는 취지의 단지 선언적 의미라고 한다.[125] 또한 언제 그것을 송부해야 되는지에 관한 규정도 없다. 따라서 경찰입장에서는 수사를 자체적으로 종결한 후에 지체 없이 처리결과를 검찰에 송치하여도 무방하다는 해석이 가능하다.

경찰은 수사를 완료했을 때, 관련수사서류들을 검사에게 송부해야 한다. 따라서 모든 수사행위에 대한 법적인 책임은 여전히 검찰에게 남아 있다.[126] 경찰은

---

124) Roxin Claus, *"Einführung, in die Strafprozeßordnung,* 29. Auf., 1998, S.Xf.
125) Kramer, a.a.O., S. 83.

검찰을 대신하여 행동한다. 그리고 종종 검찰의 확장된 팔이라고 일컬어진다.

이러한 상황에도 불구하고 검찰이 누리고 있는 모든 강제권한을 경찰이 갖고 있지는 않다. 일반적으로 경찰은 용의자를 체포하고, 사진을 촬영하고, 지문을 채취하고, 그리고 신원을 확인할 수 있는 권한이 부여되어 있다. 그러나 검찰청의 협력공무원으로 되어 있는 그러한 경찰관들은 긴급한 경우에 5가지 이상의 강제조치권한들을 행사할 수 있다.[127] 한편 수사절차가 조직상으로 완전히 독립적인 경찰에 의해 검찰로부터 포기되지 않도록 하기 위하여 형사소송법 제163조 제2항은 경찰관청과 경찰공무원은 사건서류를 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다고 규정하였다. 경찰 곁에는 소위 수사판사(혹은 예심판사)의 역할이 수사절차에서 검사에게 부여되고 있다(형사소송법 제162조).[128]

나. 搜査實務上의 狀況

검찰과 경찰의 관계에 대한 위와 같은 법규범에도 불구하고, 수사현실은 이와는 커다란 차이가 있다. 오히려 현실은 오랫동안 수사의 개시와 실행이 경찰의 손에서 거의 이루어지고 있다. 이와 같이 수사의 개시가 주로 경찰단계에서 이루어지는 이유는 고소·고발이 주로 시민들과 가까이 위치한 경찰에 접수되고, 경찰은 범죄예방의 임무를 담당하고 있으므로 쉽게 범죄혐의를 인지할 수 있기 때문이다. 그래서 경찰은 범죄수사절차에 있어서 중요한 역할을 하게된다.

주검찰은 수사업무를 수행할 자신의 인력 등을 갖고 있지 않기 때문에 그들은 실질적인 도움을 얻기 위하여 경찰에게 요청한다.

검찰이 예심절차를 수행하는 자이고, 경찰에 지시한다는 원칙이 법원조직법 제152조에 간직되어 있더라도 실질적으로 경찰이 자신의 주도권(독자적)으로 범죄수사를 실행하고 있다.[129] 즉 모든 경찰에게는 어떤 범죄가 저질러졌다는 의심이 있을 때에는 언제나 수사를 개시해야 할 의무가 있다(형사소송법 제163조 제1항). 그래서 경찰은 초동조치를 할 권한과 의무를 갖고 있다.[130] 즉 경찰

126) Huber, a.a.O., S. 137.
127) Huber, a.a.O., S. 137.
128) Roxin, a.a.O., S. XI.
129) Huber, a.a.O., S. 137.

의 수사권에 관한 형사소송법 제163조 제1항은 “경찰관청과 경찰공무원은 범죄를 수사하여야 하고, 그리고 증거인멸을 방지하기 위한 모든 긴급한 조치를 하여야 한다”고 규정하고 있는 바, 경찰의 범죄(초동)수사권과 긴급수사권을 병렬적으로 보장하고 있다.[131] 따라서 수사개시와 수사진행에 대한 일반적인 권리를 경찰에게 보장하고 있다.

독일경찰의 수사실무에서는 검사의 요청・지령・지시 등에 의하여 수사가 실행되는 것이 아니라 통상 경찰이 독자적으로 수사한 후 그 다음에 경찰의 수사가 종결된 뒤에 관련 수사서류를 처음 검찰청에 송부한다.[132] 이처럼 수사결과는 사실관계가 완전히 규명된 후에 처음 검사 앞에 제출되면서 경찰단계에서의 수사업무는 대체로 종결된다. 검사는 수사서류를 받아봄으로써 당해 사건을 처음 파악하게 되며, 사건의 진상이 충분히 규명되지 않았으면 추가적인 수사(보완수사)를 지시하거나 충분히 규명되었으면 공소제기 여부를 결정한다.[133] 살인사건의 피의자를 수사단계에서 한 번도 신문하지 않고 공판단계에서 처음 대면한다는 것은 넌센스로 여겨지며, 경찰주도하에 조치가 취해질 수 없는 상황에 대해서는-구속영장의 청구나 수색명령의 청구 등-신속한 지시를 하기도 한다.[134]

수사실무에서 검찰수사지휘의 현실도 검사와 경찰과의 관계에 대한 법적인 판단과 관계없이 수사과정에서의 경찰의 현실적인 지배가 존재한다는 주장이 독일에서도 끊임없이 제기되고 있다. 그리고 1976년 및 1978년경 이와 관련된 실증적인 조사까지 이루어진 바 있다. 실증조사결과 경찰은 통상 자발적으로 독립하여 수사를 행하고 있었다.

검사는 매우 드물게 직접 수사를 하였고, 제한된 범위에서만 경찰에 직접적인 지시를 하고 있었다. 그리고 사소한 사건 혹은 중급정도의 사건에 있어서 검찰은 경찰이 수사를 완료한 후에야 비로소 그 절차의 존재에 대하여 보고를

---

130) Huber, a.a.O., S. 137. : Thus they have both the right and the duty of "the first move(erster Zugriff)."
131) Kramer, a.a.O., S. 83.
132) Reuber, a.a.O., S. 224 ; Krey, a.a.O., S. 198.
133) Weiland, Bernd, *Ein führung in die Praxis de Strafverfahrens*, 2. Aufl., 1996. S. 14.
134) Weiland, a.a.O., S. 15.

받고 있었다. 검사는 당시까지 진행된 수사결과를 검토하고 필요한 경우 추가 수사를 직접 행하거나 경찰로 하여금 행하게 함으로써 수사지휘를 하였으며, 그 외의 경우에는 대부분 수사결과를 그대로 수용하였다. 검사가 경찰에 재수사 지시를 하는 경우는 극히 적었으며, 설사 그러한 부분이 있었다 하더라도 이는 수사결과를 변경하기 위해서라기보다는 검사의 공소제기결정을 보다 확실히 뒷받침하기 위한 경우가 대부분이었다고 한다.

경찰이 사실상 수사절차의 주재자라고 할 만큼 대부분의 수사가 경찰관청에 의해 압도적으로 행사되고 있다.[135] 검찰의 사후 보강수사를 통해 경찰수사결과가 변경되는 예는 드물다.[136] 대체로 경찰은 검찰보다 먼저 사건의 진상에 대해서 파악하고 있으며, 경찰은 일상적으로 빈번하게 발생하고 있는 모든 범죄(절도 등) 까지 - 경찰도 검사만큼 잘 알고 해결할 수 있는 사건들에 대하여 - 일일이 검찰의 지시를 기다릴 필요는 없다. 검사의 지시권 또는 지휘권이 행사되는 경우는 중요범죄(살인・강도)나 사건(대형사고로 인한 사상자 발생)등의 발생시이며, 검사는 현장에 직접 임장하면서 수사절차의 중요한 부분을 직접 수행하기도 한다. 이처럼 검사의 지시하에 경찰이 수사를 하는 경우는 심각하거나 복잡한 사건인 경우뿐이다.[137]

검찰에 직접 제출된 고소장의 경우에도 특별한 지시사항 없이 경찰에 수사・지휘되는 경우가 흔히 있다. 경찰수사의 이러한 사실상의 독립은 경찰의 수사결과와 실수 및 태만이 형사소추의 결과에 광범위하게 영향을 미치는 결과를 초래하게 되었다. 당초 법이 예상하였던 검사의 모습은 대량으로 발생하는 범죄현실에 직면하여 상당 부분 변화되어 버린 것이다. 사소한 사건이나 중급정도의 사건의 경우, 경찰은 사실상 수사의 주재자였다. 물론 중범죄, 경제범죄 및 연방검찰청에 의한 테러사건수사의 경우는 이와 다르다.

위 중범죄에는 특히 살인죄, 인명이 희생된 특별히 중한 강도 및 사건이 포함되어 있으며, 범죄로 인하여 발생하는 파장 때문에 특별한 관심이 요구되는

135) Gössel, a.a.O., S. 334.
136) Gössel, a.a.O., S. 347.
137) Huber, a.a.O., S. 137.

범죄도 중범죄에 포함된다. 또한 범죄수사에 있어서 경찰은 인적·물적 장비도 충분하고 수사의 기술·정책 및 조직 등의 면에서 우월한 것도 그 이유가 된다. 더 나아가 경범죄 또는 중급범죄에 있어서는 경찰이 수사의 진행을 거의 독자적으로 행하고, 심지어 경찰 자체적으로 수사를 거의 종결한 상태에서 검찰에 처리결과를 송치하기도 한다. 검사들에게 수사기법(과학수사방법론) 등에 관한 교육이 충분하지 못하다는 것은 명백하며, 심지어 검사는 수사업무와 관련된 직업상의 경험을 개별 수사경찰관들과의 지속적인 접촉과 교류를 통해서 얻기도 한다고 한다. 특별히 정치적 의미가 강하여 세간의 관심을 집중시키는 사건을 제외하고는 사건현장에 임장하는 경우가 별로 없으며, 경찰의 보고를 통해서만 알게 된다. 다시 말하면 검사는 경찰이 그에게 경험하도록 한 것만을 단지 경험할 수 있으며,[138] 검찰은 단지 소추관청으로서의 역할로 후퇴하게 되었다. 검찰은 보통 광범위한 수사기법상의 재량을 경찰에게 위임하고 있으며, 수사기법상의 경험과 기술적인 방법을 경찰에서 사용할 수 있도록 하고 있을 뿐만 아니라[139] 최근에는 수사실행상의 책임이 검찰로부터 경찰로 이동되었으며, 경찰은 그 자신의 주도하에 수사를 실행할 수 있게 되었다.

경찰은 경미한 범죄수사를 종결하는 것을 결정하기조차 한다. 예를 들면 경찰의 전신망과 같은 현대의 전산정보기술과 다른 데이터 수집시스템들은 경찰의 권한을 훨씬 더 강화시켰다. 이것은 경찰과 검찰간의 긴장을 야기시켰다. 왜냐하면 검찰은 이러한 시스템에 접근할 기회가 없기 때문에 컴퓨터의 지원을 받아 수사를 실행하는 경찰이 저장하고 있는 정보가 나중에 삭제되는지 확인할 수 없다.[140] 그래서 형사소송법 제163조에서는 수사목적을 위하여 더 이상 사용되지 않는 자료의 파기에 관하여 검찰에 반드시 통지되어야 한다는 내용을 규정하기도 하였다. 다른 절차에서 자세한 정보를 필요로 하는 때에 검사는 필요한 지시를 할 수 있어야 하며, 경우에 따라서 야간에도 필요한 지시를 할 수 있도록 하고 있다. 그러한 경우 검사들은 검찰청에 대기근무로 지정된다. 대기

138) Kühne, a.a.O., S. 35.
139) Kramer, a.a.O. S. 84.
140) Huber, a.a.O.,, S. 139.

근무지정을 받은 검사는 (보통 주단위로 교대) 대체로 24시간 전화통화가 가능하도록 해야 한다.[141]

이와 같이 검찰의 실제적인 직무가 법률적으로 규정된 사항에 부합하는 경우는 매우 드물다. 실무적인 수사업무는 결국 경찰 독자적으로 광범위하게 처리되고 있는 바, 검사의 직무는 대체로 수사에 대한 법률적인 감시자로 제한된다.[142] 경찰은 대부분의 수사절차에 있어서 형사소송법 제163조 규정에 따라 우선적으로 검찰의 개입 없이 담당전문경찰관에 의해 사안이 종결될 때까지 수사를 한다. 물론 이에 대해서는 긍정과 부정하는 견해가 나뉘어지고 있다. 결국 몇몇 영역을 제외하고는 독일의 수사현실에 있어 경찰이 수사를 지배하고 있는 것이다. 이러한 실상이 오늘날 다음과 같은 유력한 명제로 나타난다 : "수사절차에 있어서 사실상의 주재자는 경찰이다."[143] 수사절차에 대한 사실상의 주도권은 경찰이 갖고 있으며,[144] 검사는 수사절차상 머슴(경찰)의 그림자 밑에 있는 주인으로 평가되고 있다.

Ⅱ. 프랑스

1. 檢察의 搜査權限

가. 檢察 組織

검찰청은 법원에 설치되어 있는 계급적 조직체로 볼 수 있다. 모든 법원에 검찰청이 설치되어 있는 것은 아니고 대법원・고등법원・지방법원에 한하여 검찰청이 설치되어 있으며, 중죄법원과 경찰법원에 대한 검찰권 행사는 위와 같이 설치된 검찰청 검사와 검사 지명에 의한 경정이나 경감급의 경찰관에 의해서 행사된다.[145] 또한 프랑스 법원은 법무부장관의 행정적인 조직하에 있긴 하지만 판사는 법무부장관의 직접적인 관여를 받지 않고, 검사는 법무부장관 지시를 받는다.

---

141) Weiland, a.a.O., S. 14f.
142) Kühne, a.a.O., S. 34.
143) Krey, a.a.O., S. 198.
144) Kühne, a.a.O., S. 34.
145) 김종구, 「형사사법개혁론, - 새로운 패러다임의 비교법적 모색-」, 법문사, 2002, p. 259.

나. 檢事의 地位와 權限

1) 프랑스 檢事의 地位와 役割[146]

프랑스 검사는 흔히 '서 있는 사법관'이라 불리고 있다. 즉 앉아서 결정하는 판사와는 달리 법정에서 서서 구형 등을 요구하는 업무를 하기 때문에 이러한 명칭으로 불린다. 프랑스 검사는 심급에 따라 검사 역할에 차이가 나는데, 대법원, 2심법원, 1심법원(경죄법원)에서 역할은 우리나라와 거의 동일하고, 경찰법원(경범죄)에서는 5급 경범죄는 검사가 기소를 담당하며, 나머지 1급에서 4급까지 경범죄는 고검장 지명에 의해 경위·경감·경정급이 기소를 담당한다.

프랑스 검사조직 특징을 요약하자면, 위계질서상 상명하복관계, 동일체성이 인정되고, 재판법원이나 수사법원으로부터 독립적이고, 기소행위에 대하여 책임을 지지 않는 점으로 볼 수 있겠다. 프랑스에서도 우리나라와 같이 정치권력의 검사에 미치는 영향력이 문제시되어 왔는데, 정치권 압력을 제거하기 위해 1993년 8월 24일 법에 의해 계통적인 개입을 차단시키기 위해 계통적인 지시를 서류에 편철하도록 의무화하고 있다.

2) 檢事의 起訴權[147]

기소는 공소와 사소로 구분되는데, 공소는 공공질서 보호와 범인처벌에 목적이 있고, 사소는 범죄피해자의 피해보상에 그 목적이 있다. 공소는 검사에 의해 제기되며, 사소는 피해자에 의해 제기된다.[148]

프랑스에서 전통적으로 공소권의 주체는 검사이며, 검사는 행정부의 공직자로서 법원 내에서 공소권을 집행할 뿐만 아니라 법원 밖에서도 법질서의 준수를 감시하는 일반적인 임무를 부여받고 있다. 검사는 공소제기를 결정하여 범죄인을 기소할 수 있으며, 불기소처분·직접소환·수사행위 요구를 결정할 수 있는 기소집행권을 가진다. 직접소환의 경우 형사합의·약식절차·조서에 의한

146) 지영환, 전게서, pp. 89-90.
147) 상게서, pp. 90-91.
148) 우리나라의 경우 범죄피해자구조 주체가 검사로 되어 있는데, 이는 범죄인 기소를 담당하고 범죄인과 동등한 당사자적 지위에 있는 검사가 피해자의 위치에 있게 된다는 점에서 불합리하다는 비판이 제기된다.

즉시 소환절차를 결정할 수 있다. 검사는 기소 주재자로 모든 범죄에 관한 정보는 지검장(검사)에게 취합되어야 하며, 검사가 기소나 불기소 결정을 하기 위한 정보가 불충분하다고 판단하면 경찰에 추가적인 정보를 요구할 수 있다.

검사는 적법성(합법성과 수리가능성)과 적정성 기준에 의해 기소여부를 결정할 수 있는데, 기소가 적정하지 않으면 불기소처분(기소편의주의)을 할 수 있다. 이 때 기소 적정성에 대한 판단의 독자적 권한이 지검장(검사)에게 있는데, 지검장에게 부여된 기소편의주의의 권한은 모든 나라에 존재하는 것은 아니다. 이러한 검사 기소편의주의에 대한 효율적인 통제를 위해 위계질서에 의한 통제와 사소당사자의 공소제기 등 2가지 견제장치를 두고 있는데, 전자는 고검장·법무부장관이 특히 피해자 통지를 받은 후에 개입할 수 있고, 사소당사자는 부당한 불기소처분이 있는 경우 독립하여 사소를 제기할 수 있다.

다. 搜査判事에 대한 牽制權[149]

수사실행 단계에서 실행권한을 가진 수사판사와 비교하여 볼 때, 검사는 뒤로 물러나 있는 존재이다. 수사실행 결정권은 수사판사에게 있으며 검사는 이에 대해 통제권을 갖게 된다. 검사는 수사판사의 수사행위에 대한 적법성 통제로서 무효청구를 할 수 있고, 수사진행 방식이나 수사행위에 대해 적정하지 않다고 판단될 경우 이의제기를 통해 불복할 수 있는 견제장치가 마련되어 있다.

1) 無效請求

범죄수사법은 수사판사의 수사행위에 대한 어떠한 재제도 규정하고 있지 않다. 그러나 판례가 실체무효 이론구성을 통해 수사판사의 수사행위에 대한 제재를 인정하고 있다. 실체무효 사유는 수사대상자인 피의자의 방어권을 침해하는 등 실체적인 절차를 위반하는 경우를 의미하는데, 2000년 6월 15일 개정을 통해 무효청구시기를 합리화하여, 사소당사자에게 수사대상자의 최초 피의자심문, 사소당사자의 최초 진술 이전행위에 대하여는 이로부터 6개월 이내에 무효청구를 제기할 수 있도록 개정하였다. 따라서 이 기간이 경과하면 무효사유는

149) 지영환, 전게서, pp. 91-92.

치유되어 사당사자는 더 이상 무효청구를 제기할 수 없게 되며 최초 피의자신문과 진술 이후 행위에 대하여는 수사종료시까지 무효청구를 제기할 수 있다.

한편 검사는 사당사자와는 달리 수사부에 어떠한 제한도 없이 무효청구를 제기할 수 있는데, 무효청구서가 서기에게 접수되면 수사판사는 원본을 수사부에 송부하여야 한다. 수사부는 원본을 검토한 후에 유효한 결정을 할 수 있는데, 검사는 이의제기가 가능하도록 되어 있는 행위에 대하여는 무효청구(무효청구의 보충성)를 할 수 없다. 무효청구에 의해 수사부는 무효 범위를 결정할 수 있으며, 그 행위가 무효로 결정되면, 행위 제거와 절차 치유라는 효과를 가져온다.

형사소송법 제174조는 무효인 행위나 서류는 일건 서류에서 분리되어 2심법원 서기에게 보내어진다고 규정하여 무효인 행위나 서류에 기초한 어떠한 결론도 도출될 수 없고, 서기는 법원에서 결정한 서류를 폐기하도록 되어 있다. 또한 무효청구에 대한 결정의 당사자가 그 사유를 아는 한 절차상 모든 하자를 치유하게 되는데, 통상 당사자에 대한 수사종료 통지 이후 20일 이내에 무효청구서를 제출하지 않으면 당사자는 무효청구권을 상실하게 된다.

2) 異議提起를 통한 不服

수사판사는 수사법원 소속이므로 일반적으로 법원 결정에 대한 불복수단이 동일하게 인정된다. 검사는 모든 수사결정에 대한 이의제기권을 갖고 있는데, 수사판사 결정에 대해 지검장(검사)의 의견과 합치되는 경우는 결정시로부터, 불합치되는 경우는 통지시로부터 5일 내에 제기하여야 하며, 고검장도 당사자에게 자기의 이의제기 사실을 통지하면서 10일 내에 이의제기를 할 수 있다. 검사는 법률에 규정되어 있지 않은 경우에도 이의제기를 할 수 있다.

2. 警察의 搜査權限*150)*

가. 警察組織

프랑스에 현대 경찰제도가 확립된 시기는 비시정권151)이 개혁된 이후이다.

150) 상게서, pp. 93-94.
151) 제2차세계대전때 세워졌던 친독괴뢰정부.

프랑스 경찰기관은 크게 도시지역의 국가경찰, 그 외 지역에 대하여는 군인경찰[152]이 담당하며, 지방자치단체인 도시나 읍에서는 시장 자치권의 범위 내에서 자치경찰을 창설할 수 있으나, 자치경찰이 있는 나라처럼 규모가 있는 것이 아니고 교통이나 자체건물의 경비 등 제한된 범위에서 운영되어 자치경찰이라 이름 붙이기가 어려울 정도라 하겠다. 국가경찰조직은 내무부장관 직속으로 경찰청장, 청장휘하에 총무국・교육국・정보국・방범국・형사국・보안국・국경경찰국 등과 감찰단・기동단・국제협력단・경호실 등이 있으며, 수도치안의 경우는 파리경찰청[153]이 담당한다. 청장직속으로 마약과・대테러협력과・대마피아협력과・내무부장관안전과・특수부대를 두고 있다.

나. 司法警察의 地位와 權限

검사는 기소권자, 수사판사는 수사권자이며, 다만 검사는 기소행위에 필요한 행위를 할 수 있으며, 이 범위에서 사법경찰을 지휘한다. 또한 사법경찰관은 검사나 수사판사의 지휘를 받으며, 수사판사 지휘시 원칙적으로 검사는 배제된다.

1) 獨自 搜査開始權

사법경찰관이나 사법경찰리는 직권이나 검사 지휘에 의거하여 예비조사를 행할 수 있으며, 불심검문・현행범조사 등의 권한행사가 가능하며 사법경찰관에 한하여 수사판사의 수사위임행위에 의한 수사행위를 할 수 있다. 따라서 사법경찰관은 독자적 또는 위임수사가 동시에 가능하다.[154]

2) 不審檢問과 身元確認權

가) 不審檢問

검문검색은 공공의 장소나 공공도로현장에서 신원의 증명을 요구당하는 사람에 대하여 행하여지는 활동을 말하며, 강제성이 없는 경우는 검문검색에만 해

152) 군인경찰은 시골지역에 대한 경찰권을 행사하고 있는데, 이들 인원은 10만명 정도이다.
153) 프랑스 모든 경찰조직은 국가경찰의 연장된 팔에 지나지 않으며, 우리와 같은 지방경찰청은 원칙적으로 존재하지 않는다. 다만 예외적으로 파리의 경우에만 우리와 유사한 지방경찰청이 존재한다.
154) 지영환, 전게서, pp. 98-102.

당하는 것으로 신원확인의 경우에는 강제력이 수반된다. 다시 말해 자기 신원을 증명하지 못하는 자에 대하여는 경찰관서에 강제로 유치된다(형사소송법 제78조의 1조, 2조). 이러한 불심검문 권한자는 사법경찰관과 사법경찰리가 할 수 있으며, 불심검문 사유로는 ① 하나 또는 다수의 의심사유가 존재하는 경우, ② 지검장의 요구서[155]가 있는 경우, ③ 폭발징후, 중요한 체육·음악행사 등의 특정상황이 존재하는 경우, ④ 예방적 검문검색사유로 규정되어 있다.

나) 身元確認

신원확인은 신원 밝히기를 거부하거나 신원을 증명하지 못하는 피검문자의 신원을 강제적으로 확인하는 활동을 말하며, 주로 경찰서에서 전화나 전산·수배자료 등으로 확인하게 된다. 신원확인사유로는 ① 피검문자가 신원증명을 거부하는 경우 ② 피검문자가 신원증명을 하기가 불가능한 경우 ③ 피검문자가 제시한 자료의 진실성이 의심되는 경우를 들 수 있다. 한편 신원을 밝히기를 거부하거나 증명하지 못하는 피검문자의 신원을 강제적으로 유치할 수 있는데, 이러한 강제유치권한은 사법경찰관에게만 인정되며, 신원확인에 필요한 시간은 최대 4시간 이내로 4시간이 경과하면 신원확인이 안된 경우라도 석방해야 한다.

다) 身元確認調書의 處理

신원확인결과 범죄혐의점이 없는 경우, 그 취지를 기재한 조서를 작성하여 원본은 검사에게, 사본은 피검문자에게 교부한다. 그러나 범죄혐의점이 있거나 특정사건과 관련된 경우에는 피검문자에게 사본을 교부하지 않으며, 특이한 것으로 신원확인 등을 위한 조서를 작성한 경우, 검사의 통제 하에 6개월 내에 위 조서를 파기하여야 한다.

다. 豫備調査權

형사소송법 제75조는 사법경찰관과 사법경찰리[156]는 직권이나 검사 지휘에

155) 검사 요구서는 검문검색의 시간적·공간적 조건을 명시하고, 추적 대상범죄를 특정하여, 서면으로 하여야 한다.

의거하여 예비조사를 행할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 연혁적으로 볼 때 원칙적으로 공식적인 수사권은 수사판사에 있었고, 이 때 검사는 수사판사에 대한 수사의뢰나 재판법원에 대한 기소행위 전에 기소행위의 필요성을 판단하기 위한 여러 정보가 필요하게 되었는데, 실무상 이러한 관행인 비공식적인 조사는 예비조사라는 형식으로 1960년에 와서야 법제화되었다.

1) 內 容

사법경찰관은 고소인·참고인·피의자 등 모든 자의 진술을 청취(신문권)할 수 있다. 이 때 참고인이나 피의자는 선서를 하지 않으며, 불출석시 사법경찰관은 검사에게 보고하고, 검사 명령에 의거하여 강제력을 사용하여 이들을 강제출석하게 할 수 있다. 사법경찰관은 또 범죄현장이나 각종 장비를 이용해 범죄사실을 확인할 권한(사실 확인권)을 가지며, 예비조사에서는 임의적인 방법, 현행범조사에서는 강제적인 방법을 이용하여 사실 확인을 할 수 있다. 나아가 당사자의 명시적인 자필동의를 전제로, 수색·압수(수색·압수권)를 할 수 있으며, 다만 주거방문·수색은 오전 6시 이전이나 21시 이후에는 불가능하다.

체포권은 사법경찰관에게만 부여하고 있다. 조사의 필요성이 있는 경우에 범죄를 행하였거나, 행하려고 하였다고 의심할만한 사유가 있는 모든 자를 체포할 수 있다(형사소송법 제63조). 한편 경찰체포권은 피의자의 인권에 중요한 침해가 될 수 있으므로 이에 대하여는 검사통제권을 인정하고 있다. 즉 체포 즉시 검사에 대한 보고를 하여야 하며, 검사 유치장 방문권을 신설하여 검사는 필요하다고 판단하면 언제나 그리고 적어도 1년에 1회는 방문하도록 의무화하였다. 또한 체포 도중 발생한 사고 중 어느 정도 중요한 것은 즉시 검사에게 보고하여야 하며, 검사는 직권으로 의사를 지명하여 신체검사를 행하도록 할 수 있고, 피체포자를 검사면전에 인치할 것을 요구할 수 있으며, 체포의 종료를 명할 수 있다(형사소송법 제41조). 체포기간은 기본적으로 24시간이며,[157] 1차로 24시간 연장 가능하고, 범죄에 따라 기간이 상이하며, 체포기간 기산점은 검

156) 사법경찰리는 사법경찰관의 통제 하에 있는 사법경찰리를 말한다.

157) 우리나라의 경우 긴급 체포시 체포기간이 48시간이고, 범죄에 따라 유형화되어 있지 않고 일률적이며, 연장할 수 없는 것과 구별된다.

문검색에 의한 강제유치 기간은 이에 산입되고, 현행범을 체포한후 사법경찰관 면전에서 인치하기까지의 기간은 산입되지 아니한다.

2) 性格과 期間

예비조사는 일반적으로 임의수사(비강제성) 성격을 띄고 있으며, 예비조사 착수여부에 대하여 사법경찰관리는 폭넓은 재량권을 가지고 있으며, 다만 수사판사의 수사개시가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 이때에는 피의자신문권 등은 사법경찰관이 할 수 없다. 사법경찰관이 예비조사를 직권으로 개시한 경우는 개시 후 6개월이 되면 검사에게 보고할 의무가 있고, 검사가 지시한 경우에는 조사기간을 정하여야 하며, 그 기간은 연장할 수 있으며 체포후 6개월이 지나도 기소가 되지 않는 경우 피의자는 검사에게 사건 종결여부를 질의할 수 있으며, 검사는 다음 달까지 기소하거나 불기소를 통보한다. 이때 계속적인 조사가 필요하면 검사는 지속 여부를 석방구금판사에게 결정토록 청구하여야 한다.

3) 司法當局에 의한 統制

예비조사 도중에 사법경찰관은 중죄나 경죄를 범하였다고 인정할 만한 증거가 존재하는 경우에는 검사에게 보고하여야 하며, 검사는 예비조사기간 중에 언론에 대하여 브리핑을 할 수 있다.

라. 現行犯 調査權

현행범죄에 대한 사법경찰 직권개입은 긴급성과 외형성에 의해 정당화되며, 이는 법률에 의한 명령으로 수용되어, 그에 대한 조사권이 인정되고 있다.

현행범의 유형은, 범죄 실행중이거나 실행직후인 자, 범인으로 호칭되어 추적되는 자, 범행을 추정케 하는 물건이나 증적이 있는 자(형사소송법 제53조)로 되어 있다. 현행범조사는 형사소송법에 의해 인정된 사법경찰관의 고유권한으로 검사 통제를 받으며,[158] 사법경찰리는 조서작성 등 특정행위만 가능하고 수

158) 형사소송법 제68조에서 "검사의 현장 도착은 사법경찰관 권한을 해제시키며, 이 때 검사는 사법경찰관의 모든 행위를 할 수 있다"고 규정하고, 동법 제72조는 "수사판사 현장

색·압수, 체포행위를 결정할 수 없다. 현행범조사는 독특한 법적 범주로서, 다른 조사영역인 예비수사나 수사판사의 수사위임에 관한 규정은 여기에 적용되지 않는다. 이러한 현행범조사는 모든 중죄, 구금형에 해당하는 모든 경죄에 적용되어지며, 경범죄에 대하여는 적용되지 않고, 다만 체포의 대상은 된다.[159]

마. 搜査委任에 의한 調査權

1) 一般的 槪觀[160]

수사판사의 수사가 개시된 경우에는 사법경찰관은 수사법원의 위임을 집행하며, 그 요구에 따라야 한다(형사소송법 제14조). 수사위임은 수사판사가 다른 사법관이나 사법경찰관에게 행하는 것으로 첫째, 위임받은 조사관은 사법관이거나 또는 고검장으로부터 적법하게 자격부여를 받은 사법경찰관이어야 하며, 둘째, 인지권을 제한 받는 수사판사의 위임사항을 집행하고, 셋째, 수사판사 단계에서 인정되는 사항인 피의자신문 제한 및 참고인 선서 등 규정을 준수하여야 한다. 수사위임은 보통 사법경찰관 예비조사가 선행되며, 이를 기초로 검사는 수사판사에게 수사개시요구를 하게 되는 것이다.

2) 對象範圍

모든 범죄는 수사판사의 수사대상이 되므로, 중죄[161]·경죄[162]·위경죄 모두 포함되며, 검사에 의해 수사개시가 요구되었을 때 범죄 구별이 곤란한 경우가 있으며, 또한 1958년 이후 위경죄 범위가 넓어진 것도 하나의 이유가 되었다.

도착은 검사와 사법경찰관 권한을 해제시키며, 스스로 현행범조사행위를 할 수 있다"고 규정, 현행범 조사권자는 원칙적으로 사법경찰관과 검사, 수사판사 권한임을 알 수 있다.

159) 형사소송법 제77조(예비조사), 제63조(현행범조사)를 규정하고 있는데, 위경죄는 현행범죄에 해당하지 않기 때문에 예비조사를 거쳐 체포 필요성이 있으면, 제77조의 적용에 의해 체포절차를 밟으면 된다.

160) 지영환, 전게서, pp. 102-103.

161) 10년미만 징역, 금고, 2만 프랑을 초과하는 형에 해당하는 죄

162) 2만 프랑 이하 벌금의 형에 해당하는 범죄를 말한다. 단 1만 프랑 이하 벌금형에 해당하는 범죄를 5급 위경죄라 한다.

3) 調 査

수사위임을 할 수 있는 사법관은 수사판사가 스스로 모든 수사행위를 할 수 없는 경우에 사법경찰관에게 일정한 조건하에 필요한 모든 수사행위를 할 수 있도록 수사위임을 할 수 있으며, 수사부에 의해 수사판사의 수사가 미진해 보충적인 수사가 필요한 경우, 수사부 판사 또는 수사부의 위임을 받은 수사판사는 권한 있는 사법경찰관에게 수사위임을 할 수 있다. 또 중죄법원의 법원장은 수사가 불충분하거나 사건종결 후 새로운 사실이 밝혀진 경우, 법원장이나 배석판사 중 1인 또는 수사판사에 의하여 수사위임이 이루어질 수 있다 수사판사는 위임수사기일을 정할 수 있으며, 정하지 않는 경우에는 조사종료 후 8일 이내에 수사판사에게 모든 서류가 송치되어야 한다(형사소송법 제152조).

3. 搜査判事의 搜査權限

프랑스 수사의 주재는 수사판사에 의해 이루어지므로 수사판사의 지위와 권한을 살펴보지 않을 수 없다. 검사에 의해 일단 기소가 행해지면 그때부터는 검사 역할이 상대적으로 감소되며, 모든 수사행위는 검사에게 통지되지 않고,[163] 수사결과 또한 통지되지 않게 된다. 수사판사는 수사행위를 주도하고, 검사는 이에 대한 견제권만을 가지며, 이들의 역할은 수사행위 개시시와 비교하면 정반대가 된다고 할 수 있다.[164]

가. 搜査主導權

수사판사는 수사부의 통제하에 수사행위와 수사종결권의 주도권을 보유하며, 10년 이상 징역형이나, 중죄와 관련된 범죄에 대한 수사권을 가지고 있으며, 관련자 처리와 증거수집에 있어 전적인 주도권을 갖는다.

수사판사는 수사 관련자[165]가 출석하지 않는 경우 우선 그를 찾아야 하는데, 추적을 위한 영장을 발부한다. 영장에는 출두영장, 체포영장, 구속영장이 있는데, 이중 후자 둘은 강제적인 성격을 갖는다.

---

163) 예외적으로 구속영장과 압수물건의 환부, 현장출동은 통지된다.

164) 지영환, 전게서, p. 105.

165) 수사대상자, 보조참고인을 포함하는 개념이며, 수사를 위한 동행, 체포영장에 의해 관련자 추적이 필요할 수 있게 된다.

2000년 6월 15일 형사소송법 개정 이전까지 수사판사에게 가구속[166] 권한이 인정되었으나, 가구속 결정권, 기간연장, 석방요구에 의한 석방결정권 등은 수사로부터 분리되어 석방구금판사의 전담으로 이전하게 되었다.[167]

나. 證據蒐集權

수사판사는 매우 강력한 권한을 보유하면서 진실발견에 필요한 모든 행위를 할 수 있으나 물적 수단이 없는 권한을 보유하고 있으며 사법경찰만이 그러한 물적 수단인 기동력을 보유하고 있다. 수사판사는 결국 수사위임을 통해서 자기의 권한을 사법경찰관에게 위임할 수밖에 없으며, 더욱이 많은 사건으로 인해 모든 수사를 스스로 행할 수 없게 되어 수사행위에 대한 당사자의 요구권을 대폭 확대하여, 검사에게 모든 수사행위에 대하여 집행을 요구할 권리가 인정되었으며, 사당사자를 공당사자인 검사와 동등한 지위로 인정하였다.[168]

1) 搜査行爲의 直接執行

수사판사는 스스로 수사행위를 집행한다. 이것은 법률에서 정한 법정원칙이며 위임수사는 어디까지나 예외적인 것이다. 그러나 현실은 정반대인데 위임에 의한 수사가 대부분을 차지하고 있다. 이는 수사판사 스스로 수사행위를 할 수 단을 갖고 있지 못하는데 그 원인이 있다. 모든 수사판사의 조서나 결정은 위조되었음이 확정되기 전까지 증명력을 가지며, 수사판사는 자유로이 수사행위를 수행할 수 있으며, 수사부는 수사판사에게 명령을 내릴 수 없고 이러한 경우 무효사유가 된다. 사법경찰행위와 수사판사의 수사행위는 증거를 수집하는 행위로서 성질이 동일하며, 다만 조직적인 관점에서 수사행위는 독립적인 수사판사에 의해 이루어지고 경찰단계보다 더 잘 정비되어 있다.

수사판사는 최초 소환신문 후에 이루어지는 수사대상자에 대한 피의자신문,

---

166) 가구속이란 법정형이 중죄이거나 3년 이상 경죄의 경우, 또는 1년 초과 실형의 전과가 없는 자로 재산범죄에 대한 경죄의 법정형이 5년 이상인 범죄로서 증인이나 피해자에 대한 압력행사, 공범자간의 진술공모, 수사대상자 보호, 재범 방지, 공공질서의 현저한 침해우려가 있는 경우에 행해진다.

167) 지영환, 전게서, pp. 105-106.

168) 사인도 모든 수사행위를 요구할 권리(사소권)가 인정되었다.

참고인 진술청취, 대질신문, 현장출동, 수색을 실시할 권한을 가지며, 진실규명에 필요한 물건을 발견하기 위한 경우와 진실규명에 필요한 물건이 발견된 범죄현장에서 행해진 수색의 당연한 결과물을 압수할 권한이 있다. 또 감정인 단일성의 원칙하에, 감정인은 2심 법원이나 대법원에 의해 전국적으로 선발된 명부 중에서 선택되어져야만 한다. 통신 감청이 적용되는 중죄와 2년 초과되는 경죄의 경우 수사판사는 수사 위임서에 통신개입결정을 통해 녹취된 진술을 조서에 옮겨 적어 집행을 하며, 녹음테이프는 봉인상태로 보존되어야 한다.[169] 이는 후에 당사자간에 분쟁을 해결하기 위함이다.

2) 搜査行爲의 委任執行

법률에 규정된 수사행위 중 수사판사가 직접 행하는 것은 사실상 예외적으로 수사판사는 위임할 수 없는 행위만을 행할 수밖에 없다. 수사위임은 다른 수사판사나 사법경찰관에게 수사판사 권한을 위임하는 것으로 사법경찰관은 수사판사의 지휘 아래 수사판사 권한을 행사하며, 사법경찰관이 위임수사를 종료한 경우에 그 결과를 수사판사에게 보고하여야 한다. 결국 사실상 수사행위를 하는 것은 사법경찰관인 것이다(형사소송법 제706의 32조). 수사판사는 사법경찰관에게 강제권한을 부여하고, 수사의 적법성 확보에 힘을 기울이게 되는데, 수사위임은 수사위임서(수사지휘)에 기소범죄사실의 적시와 수사판사가 위임하고자 하는 행위의 기재를 통해서 이루어진다. 날짜・서명이 반드시 있어야 하며, 서명이 없는 경우는 무효사유가 된다. 수사위임은 기소범죄 사실 한도 내에서만 가능하며, 수사판사가 사법경찰관에게 수사위임을 발한 경우에 수사판사는 직접 위임된 수사행위(위임의 배타성)[170]를 행할 수 없다. 또한 수사판사는 수사대상자 신문(피신), 영장의 발부, 사당사자의 진술청취는 어떠한 경우에도 사법경찰관에게 위임할 수 없으며, 다만 수사당사자 진술청취는 수사당사자가 명시적으로 원하는 경우에만 사법경찰관에 의한 진술청취가 가능하다.

한편 수사판사는 검사와 달리 통상 체포할 권한이 없는데, 이러한 이유로 수사

169) 지영환, 전게서, pp. 106-107.
170) 프랑스 대법원 1990년 5월 28일, 형사부 판례.

판사의 수색시 체포를 위해 종종 사법경찰관의 협조가 요구된다.[171]

3) 當事者 請求에 의한 執行

공·사당사자 중 1인에 의해 청구된 수사행위의 집행을 말하는데, 수사판사는 당사자의 이러한 수사행위 요구에 대하여 항상 결정을 해야 한다. 만약 수사판사가 요구에 대하여 거부를 하는 경우 당사자는 항상 이의제기를 할 수 있다[172].

다. 搜査行爲 終結主導權

수사판사는 수사행위종결의 절대적인 종결권자이며, 당사자나 수사부의 통제없이 수사종결시점을 결정한다. 종결시점은 수사판사가 수사행위가 완성되었다고 여길 때와 일치한다. 종결 전 수사판사는 당사자에게 종결의견을 통지하면서 20일 내에 당사자가 다른 수사행위를 요구할 수 있으며, 무효청구서를 제출할 수 있음을 알려 주어야 한다(형사소송법 제175조). 20일이 경과하면 수사판사는 검사의 최종의견을 얻기 위해 송치의 형식으로 서류를 검사에게 송부하고, 검사는 당사자가 구속상태에 있는 경우에는 그때부터 1개월, 그 이외의 경우 3개월 이내에 최종의견을 결정·송부한다. 수사판사는 검사의 최종의견 접수 후 또는 위 기간 경과 후에 수사판사는 독립적으로 사건에 대해 결정을 하게 되는 바, 수사판사는 사건 내용에 대해 혐의없음 결정을 하거나 중죄인 경우 중죄법원으로 기소결정을 하는 이송(송치)결정을 하게 된다.[173]

4. 檢察과 警察 및 搜査判事 相互間의 關係

가. 檢事와 搜査判事

1) 搜査開始段階에서 地檢長(檢事)의 裁量權[174]

수사개시 여부라 할 수 있는 기소와 불기소에 대해 아무도 지검장에게 강요하

171) 지영환, 전게서, pp. 107-108.
172) 상게서, p. 108.
173) 상게서, p. 108.
174) 상게서, pp. 109-112.

지 못한다. 그러나 피해자는 사당사자 구성을 통해 기소를 제기할 수 있게 된다. 기소의 경우 검사는 재량권을 가지며, 불기소의 경우에는 제한된 권한을 갖게 된다. 기소를 통해 검사는 수사법원과 재판법원에 사건을 제기하는데, 구체적으로는 수사법원에 기소장을 통해 수사개시를 요구하며, 재판법원에 피의자를 소환함으로써 기소를 제기하는 방법을 취한다.

가) 搜査開始

기소는 수사법원에 대한 제기로서 이루어지는데, 검사는 법률관계(중죄)의 경우에는 기소를 해야만 하나, 그 외의 사실관계에 대하여는 필요하다고 판단되는 경우에만 기소할 수 있다. 검사가 사건이 아직 재판할 정도가 되지 않은 상태에서 재판법원에 기소하는 경우, 재판법원은 보충수사를 명하거나 증거불충분으로 무죄로 석방할 수 있다. 수집된 증거가 불충분하다고 판단한 검사는 수사판사의 수사를 피하기 위해 사법경찰관에게 보충조사를 지휘할 수 있다. 그러나 이러한 보충조사는 강제적인 조사행위가 필요하지 않은 경우에만 이용가치가 있으며, 만약 검사가 강제적인 조치가 필요하다고 판단되면, 반드시 수사판사의 수사개시를 요구하여야만 한다.

나) 搜査判事의 搜査開始義務 및 搜査開始 段階에서 搜査判事의 權限

수사행위 개시단계에서 수사판사의 권한은 '제한적인 검사에 대한 제한권'을 가지고 있을 뿐이다. 수사판사가 기소장에 의해 제기 받고 법원장으로부터 지명을 받은 경우, 그는 원칙적으로 수사행위를 개시할 수밖에 없다. 법원장의 수사판사지명은 이의대상이 될 수 없기 때문이다. 원칙적으로 이 단계에서 수사판사는 제한적인 권한을 가지며, 죄명에 대한 재결정권한이 있을 뿐이다. 기소와 관련하여 수사판사는 수사개시의 법적 의무 때문에 수사를 할 수밖에 없다. 수사개시를 거부할 수 있는 것은 아주 예외적인 경우에만 인정된다.

수사판사는 그의 권한에 속하는 사항에 대하여 즉각적인 수사개시거부 사유가 존재하지 않는 한 수사를 개시하여야 하는 수사개시 의무가 있으며,(형사소송법 제86조) 수사판사는 수사개시를 위하여 특별한 명령을 발할 필요는 없다. 수사판사는 검사장의 수사개시요구에 대해 예외적으로 거부할 수 있는 권한이

있는 바 수사판사는 이 거부권행사에 의해 검사장에 대한 기소권을 견제할 수 있다. 즉 관할권이 없는 경우, 범죄의 구성요건을 결하는 경우, 수리불가사유로 인해 공소가 불가능한 경우[175]에는 수사판사가 수사거부를 할 수 있다.

수사판사는 또한 검사가 그에게 제기한 사실에 대한 법적 판단의 자유를 가지고 있다. 일반적으로 법적 판단은 범죄대상사실을 법조문에 관련지음으로써 범죄를 결정하는 것으로 개념 지을 수 있는데, 반사회적인 행위에 적용 가능한 형법조문을 결정하는 지적 작용이라 할 수 있으며, 법적 판단은 사실에 법의 옷을 입히는 작용이라 할 수 있는 바, 수사판사는 검사나 사인의 법적 판단을 수용할 수도 있다.

나. 司法警察과 司法官의 關係

프랑스에서 법원과 경찰은 형식상 수사판사의 수사지휘권 행사에 의해 경찰이 사법당국에 종속되어 있다고 생각될 수 있다. 그러나 프랑스에서 아무도 그러한 관계를 인정하는 학자는 존재하고 있지 않다.

사법경찰은 불심검문, 예비조사, 현행범조사, 수사위임에 의한 조사권 등 실질적인 수사권한을 가지며, 불심검문의 경우 강제력까지 사용할 수 있고, 예비조사에서도 체포와 같은 강제력을 사용할 수 있으며, 최근 마약범죄 등에 대한 것은 검사를 통해 우리나라와 유사한 영장발부형식이 도입되어 있다.

현행범조사시에는 수사판사의 수사권한이 영장발부 외에는 전면으로 적용되고 있으며, 수사판사의 위임수사 시에도 수사판사의 권한 중에 피의자신문이나 영장 외의 모든 권한을 행사할 수 있어 실질적인 수사 주체로 되어 있다. 한편 사법경찰의 강력한 수사권한에 대응하여, 그 통제방법으로 고검장(검사)에 의한 통제를 받게 함으로써, 권력통제의 실효성을 기하고 있다. 즉 사법경찰관은 모든 범죄를 인지한 경우에는 지체 없이 검사에게 보고하여야 하며, 조사가 종결되면 즉시 압수물과 조서원본과 사본을 송치하여야 한다. 검사도 범죄조사에

175) 공소소멸시효 완성 등 객관적인 요소로 인해 공소가 영향을 받는 경우로 종종 이러한 기간 계산에 관하여 오류가 발생하기도 한다. 수사판사가 공소시효 기산점을 잘못 계산한 경우에는 기소부가 이를 시정한다.

필요한 모든 행위를 스스로 하거나, 사법경찰관에게 행하게 할 수 있으며, 이를 위하여 사법경찰관・리의 활동을 지휘한다(형사소송법 제19조). 또한 사법경찰관은 관련된 검사나 수사판사에게서만 지시나 명령을 받거나 요구할 수 있으며, 조사업무의 종료 전에 검사나 수사판사에게 활동을 보고하여야 한다. 사법경찰에 대한 고검장의 후견적 임무는 더욱 강화되어 가고 있는데, 고검장은 사법경찰관 자격부여와 취소・정지권을 보유하고 있으며, 이러한 권한은 재량적인 성격을 갖는다. 또한 기존에 사법경찰관에 대하여만 일시적・영구적 사법경찰권한 행사 제한권을 가지고 있던 기소부의 통제범위를 사법경찰리와 사법경찰보조, 특별사법경찰관・리까지 확대하였다(형사소송법제230조).

Ⅲ. 日 本

1. 檢察의 搜査權限

가. 檢察의 組織

일본 검찰청은 행정조직상 법무성 산하의 특별기관으로 설치되어 있는데, 이는 검찰관이 행하는 사무를 통괄하는 관서이다(검찰청법 제1조 제1항). 검찰청은 최고검찰청・고등검찰청・지방검찰청・구검찰청 등의 4종류가 있으며, 각급 재판소에 대응하여 설치되어 있다. 최고검찰청은 동경에 소재하며, 형사상고사건을 취급하는 것이 주된 임무다. 최고검찰청에서는 1국 4부(사무국 및 총무부・형사부・공안부・공판부)를 두고 있으며, 각 국과 부는 총 7과 2실로 구성되어 있다.[176] 일본 검찰관의 업무수행과 관련하여 특이한 점은 검찰관의 적격여부를 심사하는 검찰관적격심사회제도가 운영되고 있다는 점이다. 재판관・변호사・일본학사원 회원 및 학식의 경험자 중에서 선임되므로, 검찰인사를 배제한 중립적인 기구로 볼 수 있다.

나. 檢察의 職務와 權限

검찰은 범죄수사에서 재판집행에 이르기까지 바꾸어 말하면 형사절차의 모든

176) 일본의 경우 우리나라의 대검찰청 중앙수사부와 같이 구체적인 사건에 대하여 직접 수사를 담당하는 부서는 존재하지 않는다.

단계에 관여하고 있다. 검찰관은 형사사건에 관하여 공소를 행하고 재판소에 법의 정당한 적용을 청구하며, 또한 재판 집행을 감독한다. 그리고 어떠한 범죄에 관하여도 수사할 수 있는 권한이 부여되어 있다(검찰청법 제4조, 제6조). 먼저 검찰은 제1차적 수사기관인 사법경찰직원 다음으로 제2차적 수사기관으로서 사법경찰로부터 송치 받은 사건에 대해 보충적으로 수사를 할 수 있다. 수사와 관련하여 사법경찰직원에게 인정되지 않는 구류청구권(형사소송법 제204조, 제205조)과 수사수단으로서의 증인신문청구권을 가지고 있다. 또한 검찰관은 국가소추기관으로서 공소제기 여부를 결정하는 권한을 독점하고 있으며, 공소제기 후 증거를 제출하고, 사실과 법률을 적용하는 등 소추활동을 전담한다.

다. 檢察의 搜査

1) 搜査의 主體

검찰수사 주체는 검찰관과 검찰사무관이다. 검찰관은 제2차적 수사기관이긴 하지만 법률상 모든 범죄에 대하여 제한 없이 수사할 수 있는 권한이 있으며, 구류청구권・변사체 검시권・증인심문청구권 등 사법경찰에게 인정되지 않는 권한이 있다.[177] 검찰의 또 다른 수사주체인 검찰사무관은 검찰관의 지휘를 받아야만 수사할 수 있는 수사 보조자이다.

즉 검찰사무관이 스스로 수사 활동을 하는 경우에는 모두 검찰관의 지휘를 받아서 행해야 하며, 또한 검찰관이 지휘가 있을 때에는 수사하여야 한다. 형사소송법상 검찰사무관에게 인정되는 수사권한은 피의자조사, 체포장에 의한 체포, 긴급체포, 압수・수색・검증 또는 신체검사영장청구권, 참고인조사 및 감정촉탁 등의 권한이 검찰관에게 인정된다. 그러나 통상 체포장의 청구, 통신감청영장 청구, 고소・고발의 수리 등 사법 경찰원에게 부여되어 있는 권한이 없다.[178]

---

177) 우리나라의 경우 검사 이외에도 검찰청소속 직원 중 범죄수사를 행하는 사람이 있는데, 형사소송법 제196조 제1항 규정상의 '수사관'이라는 직제가 이에 해당된다. 수사관에 해당하는 검찰수사서기관・수사사무관 및 마약수사사무관은 검사를 보좌하여 그 지휘를 받아 범죄수사를 행한다.(검찰청법 제46조)

178) 검찰사무관의 구체적인 수사권한은 사법경찰원 보다는 약하고, 사법순사 보다는 강하

2) 檢察의 搜査權限

가) 補充的 搜査機關

형사소송법 제191조 제1항은 “검찰은 필요하다고 인정되는 때는 스스로 범죄를 수사할 수 있다”고 규정하고 있으며, 사법경찰직원의 제1차적 수사책임에 대한 보충적 수사책임을 가지고 있다. 한편 사법경찰관에게는 인정되지 않는 구류청구권 등이 인정되고 있는데, 피의자 이외 자의 진술조서에 대하여도 사법경찰직원이 작성한 조서보다 높은 증거능력이 인정된다.

나) 搜査權限의 內容

검찰은 법률상 모든 범죄에 대하여 수사할 수 있는 권한이 부여되어 있다. 수사와 관련하여 검찰은 사법경찰에게는 인정되지 않는 구류청구권과 증인신문청구권을 갖는다(형사소송법 제204조, 제205조). 나아가 증거법상 검찰이 작성한 피의자 이외 자에 대한 조서의 증거능력 인정요건이 사법경찰직원이 작성한 조서에 비해 완화되어 있다. 피고인이 된 자의 피의자신문조서에 해당하는 조서는 작성주체가 검찰관이든 사법경찰직원이든 그 증거능력 인정요건에 차이가 없는 데에 반해, 피고인 이외 자(예 : 참고인)의 진술을 녹취한 서면은 작성주체에 따른 증거능력 인정요건에 차이를 두어 실무상 검찰·경찰에 의한 중복적인 조서작성 관행이 이루어지고 있으며, 특히 검찰관면전조서의 증거능력 완화로 형사공판을 조서 재판화 하는 요인이 된다는 비판이 있다. 피의자신문조서에 관하여 검사와 사법경찰관의 증거능력 인정요건에 차등을 두고 있는 우리나라와는 상반된 형태임을 알 수 있다.[179]

2. 警察의 搜査權限

가. 警察의 組織

일본의 경찰조직은 기본적으로 국가경찰과 자치경찰로 나누어진다. 국가경찰조직으로는 국가공안위원회와 경찰청이 있고, 자치경찰조직으로는 도도부현 공

다는 특징을 보이고 있다.

179) 지영환, 전게서, p. 146.

안위원회와 경시청(동경도) 및 도부현 경찰본부가 있다.[180] 개인의 생명·신체 및 재산 보호, 범죄예방·진압 및 수사, 범인 체포, 교통 단속, 기타 공공의 안전과 질서 유지라는 경찰의 기본적인 책무는 원칙적으로 도도부현 경찰이 담당하고 있다.(경찰법 제2조, 제36조 2항) 국가경찰은 경찰법 제5조에 규정되어 있는 국가경찰사무를 담당하며, 특히 경찰청장관은 경찰법 제5조 제2항에 규정된 국가경찰의 소관 사무에 관하여 도도부현 경찰을 지휘·감독하는 권한을 가지고 있다(경찰법 제16조 2항).[181]

1) 國家 警察組織[182]

가) 國家公安委員會

국가경찰조직인 국가공안위원회는 내각총리대신의 관할하에 있으며, 경찰청은 국가공안위원회의 관리를 받고 있다(경찰법 제4조, 제15조, 제17조). 공안위원회제도는 패전 이후 연합국군총사령부의 권고에 기초하여 구 경찰법제정과 더불어 도입된 제도인데, 경찰행정의 정치적 중립성을 확보하고, 경찰을 민주적으로 관리하는데 그 목적이 있다.[183] 국가공안위원회는 국가경찰사무에 관해 경찰청을 관리하는 합의제 행정관청으로 분류되며, 국가행정 조직법상 행정위원회의 일종에 해당한다. 국가공안에 관계되는 경찰운영에 관한 사항을 담당하고, 경찰교양·경찰통신·범죄감식·범죄통계 및 경찰장비에 관한 사항을 통괄하며, 또한 경찰행정에 관한 조정을 행함으로써 개인의 권리와 자유를 보호하며, 공공의 안전과 질서를 유지하는 것을 임무로 한다(경찰법 제5조). 또한 이러한 임무를 달성하기 위해 국가경찰사무로 분류되어 있는 사항에 관하여 그

---

180) 일본 행정구역은 1도(都), 1도(道), 2부, 43개 현으로 나누어져 있다. 도(都)와 부는 큰 도시와 큰 도시를 둘러싼 위성도시를 말하며, 도쿄도, 오사카부, 교토부가 있다. 도(都)는 우리나라 식으로 표현하자면 수도권을 말하며, 도쿄시와 그 주변 도시까지를 포함한다. 부는 우리식으로는 광역시이다. 도(道)는 특별한 지방이다. 일본 제일 북쪽에 있는 큰 섬 홋카이도는 특별히 현으로 나누지 않고 도(道)로 분리해 한 섬이 한 행정구역으로 나뉘어 진다. 현은 우리식으로 말하면 도이고, 도(道) 밑에는 우리의 시에 해당하는 시가 있으며 구에 해당하는 구, 번지에 해당되는 정 순으로 행정구역을 편제하고 있다.

181) 지영환, 전게서, pp. 146-147.

182) 상게서, pp. 147-148.

183) 공안위원회제도의 존재의의는 경찰 능률증진이라는 적극적인 측면에 있지 않고 경찰의 독선방지와 정치적 중립성을 확보하기 위한 소극적 측면에 있다고 한다(박창호 외, 전게서, p. 646.).

사무를 담당하고 있는 경찰청을 관리한다. 이외에도 경찰법에 규정되어 있는 국가공안위원회의 주요한 권한으로는 경찰청 수장인 경찰청장관 등 경찰 주요 고위간부의 임면권이 있으며, 특별법에 의해 사법경찰직원에 대한 징계나 파면시킬 권한도 가지고 있다.[184] 하지만 독자적인 사무국이 국가공안위원회에 별도로 마련되어 있지는 않으며, 당시 서무는 경찰청에서 처리하고 있다. 이와 같이 국가공안위원회는 사무집행 부서를 보유하지 않고, 또한 실질적인 심사권한을 행사하지 못하고 있으며, 이러한 사정은 지방경찰을 관할하고 있는 도도부현 공안위원회도 마찬가지라고 평가하고 있다.[185]

나) 警察廳

경찰청은 국가공안위원회의 관리하에서 경찰법 제5조 제2항에 규정된 국가경찰 사무를 담당하고 있다(경찰법 제17조). 국가공안위원회는 대략의 방침을 정해 그 방침에 따라 경찰 사무를 운영시키기 위해 경찰청을 감독할 뿐이며, 경찰청에 대해 사무집행 세부사항에 대하여 개개의 지휘·감독을 행사할 수는 없으며, 경찰청에 대한 관리 및 도도부현 경찰에 대한 지휘·감독은 모두 경찰청장관을 통해서만 가능하도록 실무가 이루어지고 있다. 결국 경찰청이 운영기관으로서 독자적 집행권을 가지고 있으며, 도도부현 경찰을 지휘·감독하는 것도 경찰청장관의 권한으로 되어 있다. 경찰청에는 경찰대학교, 과학경찰연구소, 황국경찰본부 등 3개 부속기관이 설치되어 있으며, 지방기관으로서 전국에 7개 관구경찰국과 2개 경찰통신부를 두고 있다(경찰법 제30조, 제33조).

2) 自治警察組織

자치경찰조직으로는 전국 47개 도도부현 공안위원회가 있고, 동 위원회의 관리 하에 경시청 1개와 도부현 경찰본부 46개가 있다(경찰법 제4조, 제15조, 제17조). 도도부현 지사의 관할하에 도도부현 공안위원회가 있으므로 도도부현

184) 형사소송법 제194조에 의거하여 징계처분에 관한 법률 제1조, 제2조가 이를 규정하고 있다.

185) 日本辯護士聯合會 編, “檢證”, 「日本の警察」, 日本評論社. 1995. 241頁.

지사는 경찰운영에 관하여 도도부현 공안위원회를 직접 지휘·감독할 권한은 없고, 다만 도도부현 공안위원의 임면권이 있다. 도도부현 공안위원회는 경찰운영에 관해 도도부현 경찰을 관리하며, 경찰법에 의해 경시총감, 경찰본부장, 경시정 이상의 계급에 있는 경찰관 임면에 관한 동의권 등 지방경찰의 주요 간부 인사권에 관한 권한을 가지고 있다(경찰법 제49조, 제50조). 도(都) 경찰본부로 경시청이 있고, 도부현에는 도부현 경찰본부를 두고 있다. 동경도 경찰본부의 경우 수도경찰의 전통을 존중하여 '경찰본부' 대신에 '경시청'이라는 명칭을 사용하고 있다. 경시청은 자치경찰인 도도부현 경찰의 하나로 분류되어 동경도 구역을 관할한다는 면에서는 다른 도부현 경찰과 같으나 수도치안을 담당한다는 중요성에 있어 경시청장인 경시총감은 경찰청장관을 제외한 경찰관 가운데 가장 높은 계급에 해당하며, 경시총감의 임면에 있어서는 국가공안위원회가 도공안위원회의 동의를 얻어 내각총리대신의 승인절차를 거쳐 임면하고 있다.

경시청 및 도부현 경찰본부는 도도부현 공안위원회의 관리하에서 도경찰 및 도부현 경찰의 사무를 담당하며, 그 외의 법률에 기초하여 국가공안위원회의 권한으로 규정된 사무에 관하여 국가공안위원회를 보좌하는 역할을 담당하고 있다(경찰법 제47조). 말하자면, 도도부현 공안위원회가 도부현 경찰의 관리기관인데 비하여, 경시청 및 도부현 경찰본부는 운영기관에 해당한다. 이밖에 경찰법은 도도부현 경찰 상호간의 관계에 대하여 협력의무, 원조 요구, 관할구역의 경계주변 사안에 관한 권한 규정 등 비교적 상세한 규정을 두고 있는데, 이러한 규정에 의해 광역범죄에 효과적으로 대응할 수 있도록 하고 있다(경찰법 제59조 내지 제61조 3의 규정).[186]

나. 警察의 搜査權限

1) 1차적 수사기관

경찰법 제2조는 경찰의 책무로서 "범죄의 예방·진압 및 수사, 피의자의 체포"를 규정하고 있다. 경찰법에 범죄수사를 경찰의 책무로 규정한 것은 패전 이후 새로운 검찰·경찰 관계가 정립됨에 따라 '공공의 안전과 질서 유지'를 완

186) 지영환, 전게서, pp. 148-149.

수하기 위하여 수사를 경찰의 고유 직무로 보았기 때문이다. 경찰법은 수사를 경찰조직의 책무로 규정하고 있으나, 이러한 수사에 관한 권한행사에 관하여는 형사소송법이 규정하고 있다. 형사소송법 제189조는 제1항에서 경찰관이 사법경찰직원으로서 직무를 행하는 것을 규정함과 동시에 제2항에서 "사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료되는 때에는 범인 및 증거를 수사하는 것으로 한다." 라고 규정하고 있다. 이에 비하여 검찰관의 수사에 관하여는 제191조 제1항에서 "검찰관은 필요하다고 인정되는 때에는 스스로 범죄를 수사할 수 있다"라고 규정하고 있다. 즉 경찰관에 대하여는 모든 범죄에 관하여 그것을 인지한 경우 수사하도록 하고 있으며, 검찰관에 대하여는 필요한 경우에 수사권을 발동할 수 있도록 하고 있다. 이러한 의미에서 현행 일본의 수사체계는 경찰관이 제1차적 내지 본래적 수사를 담당하고, 검찰관은 경찰이 송치한 이후에 당해 사건에 대한 제2차적 내지 보충적 수사를 담당하는 기본적 구조를 취하고 있다.[187]

2) 對人的 强制搜査權限

일본 형사소송법상 체포에는 체포장에 의한 통상체포・현행범체포・긴급체포의 3가지 유형이 있으며, 사법순사를 포함한 사법경찰직원 모두에게 위 3가지 권한을 인정하고 있다. 또한 사법경찰원은 통상체포에 있어서 재판관에게 직접 체포장을 청구할 수 있으며,[188] 긴급체포 후의 사후적인 체포청구권은 직제에 차등이 없이 사법순사도 청구할 수 있다(형사소송법 제210조 1항). 사법경찰원은 체포장에 의해 피의자를 체포한 후 유치할 필요가 없다고 판단되는 때에는 즉시 석방하여야 한다(형사소송법 제203조).

사법경찰원은 피의자의 정신 또는 신체에 관한 감정유치를 강제할 수 있어 감정유치장을 재판관에게 직접 청구하고 있다. 감정유치장은 검찰관・검찰사무

187) 박창호 외, 전게서, p.709. ; 松尾浩也, 「刑事訴訟法(上)(新版)」, 弘文當, 1999, 23頁 ; 田口守一, 「刑事訴訟法」, 弘文堂, 1996, 43頁 ; 平良木登規男, 「搜査法(第二版)」, 成文堂, 2000, 19頁. ; 伊藤榮樹外 5人, 「註釋刑事訴訟法(新版)」, 第3卷, 立花書房, 1996, 20頁. ; 寺崎嘉博・洲見光男, 「刑事訴訟法講義」, 八千代出版, 2007, 232頁 ; 田宮裕, 「刑事訴訟法(新版)」, 有斐閣, 1996, 19頁 ; 加藤克佳.・川崎英明・後藤昭・白取祐司・高田昭正・村井敏邦,「刑事訴訟法(第 2 版), 日本評論社, 2007, 120頁.

188) 형사소송법 제210조 통상 체포장 청구권은 경부 이상 경찰관인 사법경찰관에게 있다.

관・사법경찰원에게 인정된다.[189]

3) 對物的 强制搜査權限

사법경찰직원은 수사상 필요하다고 인정될 경우 압수・수색・검증・감청 및 감정에 필요한 처분을 행할 수 있으며, 검찰관의 지휘를 요하지 않고 독자적으로 수사할 수 있는 권한이 주어져 있다. 이러한 대물적 강제처분에 필요한 현행법상의 모든 영장을 직접 재판관에게 청구하고, 다만 영장청구에 있어 직위에 따른 차등을 두고 있는 바, 압수・수색・검증영장 및 감정처분허가장에 대한 청구권은 사법경찰원, 즉 순사부장(경사) 이상의 권한으로 되어 있으며, 통신감청 영장청구권은 국가공안위원회 또는 도도현공안위원회가 지정한 경시(경정)이상의 사법경찰원 권한이다. 그밖에 사법경찰 직원은 임의 제출물에 대한 영치와 압수물의 보관 및 폐기를 할 수 있고, 사법경찰원은 검찰관의 지휘 없이 독자적으로 압수물에 대한 환부 등의 처분을 할 수 있다. 경찰이 수사진행 중인 개별사건에 대한 검찰관 개입을 방지하고 독자적인 수사권을 담보하기 위한 전제조건의 하나이다.

3. 檢察과 警察과의 關係

가. 相互協力關係

검찰관과 사법경찰직원은 계통적으로 분리된 상호 별개의 수사기관이며, 양자의 관계는 상하관계가 아니다. 형사소송법 제192조는 검찰관과 사법경찰직원은 수사에 관하여 상호 협력하지 않으면 안 된다고 규정하고 있다. 사법경찰직원은 인적・물적 자원이 충실하여 수사설비면에서 우수하고, 반면 검찰관은 법률적 소양면에서 우수하여 적법절차의 준수라는 측면에서 국민의 신뢰를 더 많이 받고, 고도의 법률적 지식을 요하는 복잡한 사건을 담당하여 수사하기에 적합하다. 따라서 양자의 장・단점을 조화시켜 수사에 있어 상호 협력하는 것이 이상적이라는데 법의 취지가 있는 것이다.[190]

---

189) 우리나라는 판사에 대한 감정유치처분 청구권을 검사에게만 인정하고 있다.
190) 지영환, 전게서, p. 154.

나. 檢察官의 指示와 指揮權

검찰관은 관할구역에 따라 사법경찰직원에 대하여 수사에 관한 일반적 지시(일반적 지시권)를 할 수 있다. 일반적 지시는 수사를 적정하게 하고, 기타 공소 수행을 완전하게 하기 위해 필요한 사항에 관한 일반적 준칙을 정하는 것에 의하여 행한다. 또한 검찰관은 관할구역에 따라 사법경찰직원에 대하여 수사의 협력을 요구하기 위하여 필요한 일반적 지휘(일반적 지휘권)를 할 수 있다. 이때의 지휘는 사법경찰직원의 수사 그 자체를 의미하는 것이 아니며, 검찰관의 수사가 행하여지는 것을 전제로 하고 그 수사방침에 따라 검찰관측의 수사에 협력하도록 한다는 취지이다.[191] 검찰관측의 수사와의 관계에서 행사되는 권한이라는 점에서 일반적 지시와는 다르다. 검찰관은 직접 범죄를 수사하는 경우에 있어서 필요한 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수사 보조를 하게 할 수 있다. 구체적 지휘권을 행사한 경우 사법경찰직원은 검찰관의 수사를 보조하게 되어 검찰관의 지휘하에 들어가므로 사법경찰직원의 독자적 수사권이 상실된다고 할 것이다.[192]

다. 司法警察職員의 服從義務와 懲戒 및 罷免 訴追權限

사법경찰직원은 검찰관의 위와 같은 지시·지휘에 복종하여야 한다. 검찰관의 위 권한을 실효성 있게 하기 위하여 일본 형사소송법은 복종의무를 규정함과 동시에 사법경찰직원에 대한 검찰관의 징계요구권을 규정하고 있다. 사법경찰직원이 정당한 이유 없이 검찰관의 지휘·지시에 따르지 않는 경우 검사총장 등은 징계 또는 파면의 소추를 할 수 있다.

라. 變死體檢屍 및 代行 檢屍 權限

변사자 또는 변사 의심이 있는 사체가 있을 때, 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 또는 구검찰청검사는 검시를 하여야 하며, 검사는 검찰사무관이나 사법경찰관에게 위 처분(형사소송법 제229조)을 하게 할 수 있다.

---

191) 高田卓彌, 「刑事訴訟法 I」, 靑林書院, 1984, 579頁.
192) 지영환 , 전게서, p. 154.

마. 警察의 事件 送致 義務

형사소송법 제242조 및 제246조에 의하면 사법경찰관은 모든 수사사건의 기록 및 증거물을 검사에게 송치하여야 하고, 특히 고소·고발사건은 수사종결을 가리지 않고 일응 조사가 끝나면 검사에게 송치하도록 하고 있다.[193]

第2節 英美法系 國家

Ⅰ. 英 國

1. 檢察의 搜査權限

가. 檢察의 法的 地位[194]

검찰의 기소여부 결정의 적절성은 법원의 사법적 판단 대상이다. 특히 기소결정의 적절성 여부에 대한 사법적 판단은 매우 어렵지만, 불기소결정에 대한 사법적 판단은 상대적으로 용이하기 때문에 판례는 주로 검찰의 불기소 결정에 대한 재고를 명령하는 결정들을 내리고 있다. 검찰의 결정은 판사의 통제하에 있음을 분명히 하고 있다. 공무원범죄 등 극히 제한된 대상에 한해 재정신청이 허용되어 검찰에게 "통제받지 않는 완전한 재량권"이 주어지는 우리와는 많은 차이가 있다.

나. 檢察 業務의 基本 節次

검찰이 경찰로부터 사건서류 일체를 넘겨받게 되면, 주임검사가 소속검사에게 사건을 배당하게 된다. 사건배당을 받은 검사는 먼저 증거들을 검토하고, 피의자가 구속 상태일 경우 입건 다음 날 치안법원에 출두하여 보석심사에 참여한다. 경찰의 기소의견 송치가 이루어진 후에는 검찰에서 기소를 중지하거나 불기소처분을 내릴 권한은 사건 담당 평검사에게는 없고 오직 주임검사에게만 있다. 검사의 결정은 오직 정해진 법과 규칙에 따라 행해져야 하는데, 가장 기

193) 강수열, 전게논문, p. 79.
194) 박창호 외, 전게서, pp. 414-417.

본적인 규범이 “기소법”과 “검사집무규칙”이며, 이를 더 상세히 규정한 것이 “검찰업무편람”이다. 기소법 제10조에 의해 검찰총장은 검사집무규칙을 제정하고 실행하여야 한다.[195]

다. 起訴與否 決定의 2가지 基準

검찰실무에서 검사들이 기소 여부를 결정하는 2가지 기준은 첫째로 “증거의 충분성” 둘째로, “공공의 이익”이다. 먼저 증거의 충분성은 현실적으로 유죄를 이끌어 낼 가능성이 있는지 여부를 객관적으로 검증함을 뜻한다. 즉 검사집무규칙에는 ‘피고가 유죄판결을 받을 가능성이 무죄판결을 받을 가능성보다 높은가? 및 제시된 증거들이 법정에서 받아들여질 수 있고, 신뢰할 수 있는지에 대해 객관적이고 합리적으로 검증하여 기소여부를 결정해야 한다는 것을 명시하고 있다. 물론 증거능력의 인정은 전적으로 판사의 재량에 달려 있기 때문에 사전에 이를 가늠한다는 것이 결코 용이하지는 않으나, 검찰은 해당 사건 담당 판사나 치안판사의 과거 결정들을 참고하여 여러 차례 이러한 객관적 검증 작업을 실시하고 있다. 두 번째 기준인 “공공의 이익”에 대해서는 검찰집무규칙에 매우 구체적으로 “기소결정사유”와 “불기소결정사유”들을 명시하고 있으며, 규칙 제6조 제2항에서 “모든 중한 범죄사건에 있어 불기소결정사유들이 기소결정사유들에 비해 압도적으로 우세한 경우를 제외하고는 항상 기소가 이루어져야 한다”라고 분명히 규정되어 있어 기소여부결정에 있어 검사의 재량권이란 거의 없다고 볼 수 있다. 불필요한 기소방지를 위한 경찰 경고제도의 시행과 검찰불기소결정권의 축소라는 다소 상반되는 영국형사절차의 목적들은 경찰에게 기소여부결정권을 줌으로써 조정되고 조율되고 있는데, 영국정부의 요청으로 형사사법제도에 대한 전반작인 점검을 실시한 Narey는 그 보고서에서 “어떠한 범죄행위가 기소의 대상인지를 결정할 권한은 경찰에 있다”라고 결론지었다.[196]

---

195) McConville, M., & Wilson, G., *The Handbook of the Criminal Justice Process*(Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 9-10.

196) Narey, M., *REVIEW OF DELAY IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM* : A Report(London : Home Office, 1997), p. 14.

라. 被告側에 대한 資料提出義務

영국에서 검찰은 공소내용에 포함되지 않은 자료에 대해서도 피고측에 제출할 의무를 진다. 항소법원은 검찰이 비밀유지를 위해 공개하지 않아야 할 것과 공개해야 할 것은 법원에 제출하여 판사의 판단에 따라야 한다는 형사절차를 확립하였다. 1996년에 제정된 "형사절차 및 수사에 관한 법"은 검찰이 먼저 공소유지를 어렵게 할 수 있다고 (검찰이) 판단하는 증거들을 모두 공개한 후 피고측이 검찰과 법원에 피고측의 변소논리와 공소내용 중 문제로 삼을 부분에 대한 일반적인 내용을 제출하고, 그 다음에 검찰이 피고측의 논리와 전략에 필요한 모든 비공개 증거들을 제출하도록 규정하고 있다. 이는 사건과 관련된 여하한 증거라도 숨겨져 공개되지 않는다면 공정한 재판을 받을 권리를 심각하게 침해하기 때문이다. 아울러 만약 "공공의 이익"을 이유로 일부 증거가 공개되지 않는다면 공소 자체를 유지해서는 안 된다는 논리에 기인한다. 이로 인해 영국에서는 경찰수사단계에서 수집된 모든 증거와 자료들이 검찰에게는 물론 피고측에게도 공개되고 제출되어 양자간 무기대등 상태가 보장된다.

마. 檢事의 刑事 法廷 參與 禁止

검사는 치안법정에 참여하여 공소를 유지할 수 있지만, 형사법정에는 참여하지 못한다. 그렇기 때문에 형사법정에서는 검찰로부터 사건 설명을 듣고 자료를 제출받은 독립된 "법정변호사"가 기소측을 대리하여 공소를 유지한다. 이에 따라 검찰이 맡은 사건을 직접 법정에 출석하여 공소 유지를 하게 된다면, 검사들의 수준과 능력이 지금보다 크게 향상될 것이라고 주장하고 있다.

그러나 영국 형사법정에 검사를 출석하지 못하게 하는 이유는 재판의 독립성이다. 기본적으로 재판은 대등한 기소측과 피고측의 대결로 구성되는데, 방대한 조직을 갖춘 행정조직인 검찰에 공소유지권을 허용하게 되면 재판의 독립성이 근본적으로 훼손되기 때문이다. 다만, 그 동안 재판 직전에 검찰로부터 사건 설명을 듣는 검사에 한해 법원의 지정을 받아 법정에 출석하여 기소측을 대리할 수 있도록 하자는 방향으로 법조계의 여론이 형성되고 있으며, 1999년에 제정된 "형사절차 접근법"은 고용된 변호사(검사 포함)에게 법정출석을 금하지 못

하도록 규정하고 있어 검사들의 법정출석이 단계적으로 허용되어 현재는 검찰 내에 공판심사제를 두어 공판을 진행하도록 하는 사례가 늘고 있다.

바. 私人訴追

영국에서는 전통적으로 개인이 범죄혐의에 대해 스스로 소를 제기할 권리인 사인소추가 헌법적 권리로 존중되어 왔다. 하지만 현재는 실질적으로 이러한 사인소추권이 크게 위축되어 있는데, 먼저 '사립검사'에게는 국가의 법률비용지원이 제공되지 않으며, 언제든 사인소추권은 법무총재에 의해 제한되고 통제될 수 있다.

2. 警察의 搜査權限

가. 搜査關聯 法規*197)*

"경찰과 형사증거에 관한 법"(약칭 PACE)과 이 PACE의 위임에 따라 제정된 "경찰관집무규칙"에서는 경찰에게 수사권한을 부여하고 그 수사에 대한 세부적인 절차를 규정하고 있다. 경찰관집무규칙은 내무부장관의 승인을 얻어야 그 효력을 발하며 항상 모든 경찰관과 피조사자 및 일반인들이 볼 수 있는 장소에 게시되어야 하는데, 환경 및 여건 변화에 따라 수시로 개정된다.[198]

나. 逮 捕

경찰관에게는 체포대상범죄를 저지르려고 하거나, 저지르고 있거나, 이미 저질렀다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 사람은 누구든지 영장 없이 체포할 권한이 있다(PACE 제24조). 아울러 여타의 경우에도 다음에 열거하는 일반적인 체포조건 중 하나라도 충족되어 소환장을 발부하는 것이 부적절하거나 비현

---

197) 박창호 외, 전게서. p. 418.

198) 경찰관 집무규칙은 모두 5부분으로 구성되어 있는데, Code A는 경찰관의 검문검색권, Code B는 경찰의 장소수색 및 사람이나 장소에서 발견된 물품의 압수권한, Code C는 경찰관의 체포·구금 및 신문권한, Code D는 경찰관에 의한 신원확인, Code E는 경찰관이 경찰관서에서 피의자를 신문할 시 그 내용을 녹음·녹화하는 절차와 과정 등을 규정하고 있다.

실적이라고 판단될 경우에는 대상자를 영장 없이 체포할 수 있다(PACE 제25조), 즉 ① 경찰관이 대상자의 이름을 알지 못하거나 확인할 수 없는 경우, ② 대상자가 밝힌 이름이 자신의 이름이 아니라고 경찰관이 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우, ③ 누구든지 자신의 눈앞에서 평온이 깨지는 상황을 목격한 경우에는 그 대상자를 체포할 권한을 가진다.

경찰관이 체포할 때에는 반드시 대상자에게 체포당한다는 사실과 그 사유를 알려 주어야 하며, "당신은 묵비권을 행사할 수 있으며, 발설하는 어떤 내용도 증거로 사용될 수 있다. 그러나 만약에 나중에 재판과정에서 당신이 필요로 할 수 있는 질문에 대해 대답하지 않을 경우 당신에게 불리하게 작용할 수 있다"라는 경고문을 들려주어야 한다. 체포가 이루어진 직후 경찰관은 피의자를 경찰서로 데려와야 하며, 특별한 경우를 제외하고는 피의자에 대한 신문은 반드시 경찰관서 내에서 이루어져야 한다. 경찰수사에 협조하기 위해 자발적으로 경찰서에 출두한 사람은 언제든 자유의사에 따라 경찰서를 떠날 수 있으며, 변호인의 조력을 받거나 경찰서 밖에 있는 사람과 연락할 수 있는 절대적 권리를 부여받는다.

모든 경찰관서에는 피의자가 PACE 및 Code of Practice에 따라 적절한 처우를 받고 있는지를 확인할 책임을 지는 구금담당관[199](Custody officer)을 두어야 하는데, 구금담당관은 수사를 전담하는 형사과가 아닌 정복부서 소속이다. 체포된 피의자가 경찰관서로 연행되거나 경찰관서 내에서 체포가 이루어지게 되면 구금담당관은 반드시 체포된 피의자에게 미란다경고장이 적힌 문서를 발급하는 동시에 구두 및 문서로 피의자에게 체포사실을 친지에게 알릴 권리와 변호인단과 단 둘이 대화를 나눌 권리가 있음을 고지하여야 하며, 원할 경우 무료로 국선변호인의 조력을 받을 수 있음을 알려 주어야 한다. 아주 제한된 경우에 한해 피의자의 변호인 참여권이 체포 직후 36시간까지 제한될 수 있는데, 그 사유는 피의자가 중한 체포대상범죄를 저질렀으며 최소한 경정 이상의

199) 주로 정복을 입은 sergent(우리나라의 경사급)에게 임무를 부여하고 있다. 이러한 영국 경찰제도를 받아들여 우리나라의 경찰서 유치장을 수사과에서 경무과 소속으로 변경하여 시행한 적이 있다.

경찰간부가 승인한 경우인데, 이 경우에도 그 경정 이상 간부는 체포직후의 변호인과의 접견이 아래의 결과중 하나를 야기할 우려가 있다고 믿을 만한 합리적인 사유가 있어야 한다. ① 중한 체포대상범죄와 관련된 증거의 훼손이나 인멸, 또는 다른 사람에 대한 방해 내지 부상의 야기, ② 중한 체포대상범죄를 저지른 혐의가 있는 다른 자에게 경고하는 연락, ③ 중한 체포대상범죄 행위의 범행경위를 재구성함에 있어 지장 초래. 경찰은 "변호인이 피의자에게 묵비권을 행사하라고 조언할 우려가 있다"는 사유로 변호인 참여권을 제한할 수 없으며 체포·구금된 기간중 발생된 모든 사항을 기록하도록 되어있는 '구금기록'은 언제든 피구금자 혹은 그 변호인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.

피의자가 17세 이하이거나 정신장애나 질환이 있는 경우에는 구금담당관은 반드시 피의자가 신뢰할 수 있는 적절한 성인을 경찰관서로 오게 하여 피의자가 자신의 권리를 이해할 수 있도록 조력을 구하고, 경찰관이 공정하게 대하고 있다는 것과 피의자가 필요한 연락을 취할 수 있음을 확인해야 한다(Code C : 1.7). 구금담당관이 피의자의 구금을 승인한 때에는 반드시 최초 구금 후 최소한 6시간, 15시간 및 24시간이 경과할 때마다 구금담당관이 아닌 경찰간부인 감독관에 의한 점검이 이루어져야 한다.[200] 피의자가 중한 체포대상범죄로 체포되었고 변호인 등의 접견이 이루어진 이후 경정 이상 간부의 승인 있는 경우를 제외하고는 모든 피의자에 대해 구금된 지 24시간 이내에 입건이 이루어져야 한다. 36시간을 초과하는 구금에 대해서는 반드시 경찰이 치안판사의 승인을 득해야 하며, 이 때 그 구금시간은 최장 96시간까지 연장될 수 있다.[201]

다. 訊問과 立件

1) 訊 問

피의자에 대한 신문은 주로 체포를 행한 경찰관이 행한다. 일반적으로 경찰관은 오직 경찰관서 내에서만 피의자를 신문할 수 있는데, 이는 피의자가 변호

200) 박창호외, 전게서, pp. 419-421.

201) Hatchard, Huber & Vogler, *Comparative Criminal Procedure,* London : The British Institute of International and Comparative Law. pp. 192-194.

인의 조력을 받을 수 있도록 하고 신문과정이 녹음·녹화될 수 있도록 하기 위해서이다. 물론 피의자가 임의로 진술을 할 수 있고 이는 신문에 해당하지 않는데, 이 경우 경찰관은 그 진술내용을 기록하여야 하며, 피의자는 그 기록내용이 정확한지를 확인한 후 서명을 한다. 영국 경찰집무규칙 Code C는 신문에 대하여 "범죄혐의가 있는 자에 대하여 범죄행위 혹은 범죄행위로 의심되는 내용과 관련된 질문을 주의를 기울여 행하는 것"이라면서 다음과 같이 규정하고 있다. ① 신문이 이루어짐과 동시에 모든 신문내용에 대한 정확한 기록이 작성되어야 한다. 이는 경찰관서 내에서 행해질 때는 물론 다른 장소에서 신문이 행해질 때에도 적용된다. ② 경찰관서에 연행된 피의자에게는 그의 권리 등이 포함된 경고가 행해져야 한다. 신문을 담당하는 경찰관은 피의자에게 경고를 해 준 후 경찰서로 행해지기 전에 피의자가 했던 중요한 말이나 묵비권 행사의 내용을 알려 준 후 이에 대해 덧붙일 내용이 없는지를 확인하여야 한다. ③ 변호인의 조력을 받고자 하는 피의자는 변호인을 면담하기 전까지는 신문을 받아서는 안된다. 원하는 경우에는 24시간 운용되는 당직변호사가 무료법률 지원을 해 준다. 신문을 개시하거나 재개하기 직전에 신문을 담당하는 경찰관은 피의자에게 무료법률지원을 받을 권리가 있음을 고지해 주어야 하며, 이러한 고지 내용이 반드시 신문내용의 기록 안에 포함되도록 하여야 한다. 다만, 아주 예외적인 경우(Code C, Annex B 및 Code C : 6.6)에 한해 법률지원을 신청한 피의자에 대하여 변호사 접견 없이 신문을 행할 수 있다. ④ 신문담당경찰관이 기소하기에 충분한 증거가 확보되었다고 판단하는 즉시 신문이 종료되어야 한다.

Code C에서는 위와 같은 내용과 더불어 구금의 상태와 의료서비스 제공 등에 대하여 규정하고 있다. Code E는 기소대상범죄 혐의를 받고 있는 피의자에 대해 신문을 할 경우에 신문하는 전과정을 녹음·녹화해야 한다는 것을 규정하고 있다. 경찰경고대상범죄의 경우에는 경찰신문과정의 녹음·녹화가 의무화되어 있지는 않지만 가급적 권장하고 있다. 다만, "테러예방법" 및 "공공비밀법"의 일부 조항에 규정된 범죄혐의와 관련해서는 그 신문과정의 녹음·녹화의무가 배제된다. 녹음·녹화가 이루어진 테이프의 보안과 관련해서는 매우 엄격한 절차가 규정·적용되고 있다.[202)]

2) 立 件

신문담당경찰관은 기소하는데 충분한 증거가 확보되었다고 판단되고 피의자에게 변명할 기회가 다 주어졌다면 지체 없이 피의자를 구금담당관에게 데려와야 하며, 구금담당관이 피의자의 입건여부 판단에 대한 책임을 지며, 청소년과 정신지체·장애자에게는 특별한 요건이 정해져 있다. 일반적으로 피의자가 입건된 이후나 기소될 것이라는 사실을 통보 받은 이후에는 동일사안에 대한 신문을 할 수 없다.[203]

라. 搜索과 押收[204]

1) 檢問檢索權

경찰관은 도난품이나 금지된 물품을 찾기 위해 사람이나 차량을 수색할 수 있고, 이러한 수색을 위하여 사람이나 차량을 멈추고 정지시킬 권한이 있다. 이러한 권한행사를 위한 가장 기본적인 요건은 해당 경찰관이 도난품이나 금지된 물품을 찾을 수 있을 것이라고 의심할 만한 합리적인 근거를 가지고 있어야 한다.

합리적인 근거가 있느냐의 여부는 각각의 상황에 따라 다르지만, 어느 정도의 객관성 있는 근거가 있어야 하며 경찰집무규칙은 이를 구체적으로 예시해 주고 있다. 또한 심각한 폭력적 상황이 발생할 우려가 있고, 이를 예방하기 위해 신속한 조치가 필요하다고 고위경찰간부(주로 경정 이상)가 판단하는 경우 일정한 지역적 범위 이내에서 일정한 시간(24시간 이내)에 한해 사람이나 차량을 대상으로 무기발견을 위한 정지 및 검문·검색을 실시할 수 있다.

경찰은 테러와 관련하여 추가적인 검문·검색 권한을 부여받고 있는데, 고위경찰간부(경정이상)의 승인이 있으면 정복경찰관은 최장 28일까지의 정해진 기간 동안 행인 및 차량을 정지시켜 테러와 관련된 물품이 있는지를 검색할 권한을 부여받는다.

---

202) 박창호외, 전게서, pp. 421-422.
203) 상게서, p. 422.
204) 상게서, pp. 422-423.

2) 場所 搜索權

경찰의 장소 수색에는 영장에 의한 수색과 영장에 의하지 않은 수색(체포에 수반되는 수색)이 있다. PACE 제8조에 의하면, 경찰관이 치안판사로부터 수색영장을 발부 받기 위해서는 다음의 세 가지 사항에 모두 해당한다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있어야 한다. ① 중한 체포대상범죄가 행해졌다. ② 수색을 통해 찾게 될 물품이 수사에 있어 상당한 가치가 있으며, 기소가 이루어질 경우 증거능력을 인정받을 것이다. ③ 해당 장소에 영장 없이 진입하는 것이 용이하지 않다. 그 이외에도 여러 법규에서 경찰관이 치안판사로부터 수색영장을 발부 받을 수 있다고 규정하고 있는데, 그 대표적 예가 "절도법"(Theft Act)이다.

아울러 경찰관은 체포대상범죄 혐의자를 체포하였을 경우, 해당 범죄행위 혹은 다른 범죄행위와 관련된 증거가 있을 것이라고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 경우에는 해당 용의자의 소지품이나 거처 혹은 용의자가 통제하는 어떠한 장소에도 진입하여 수색할 권한이 있다.

마. 身體的 證據 確保

용의자가 입건되면 경찰관은 그로부터 DNA 지문감정을 위한 자료를 채취할 수 있으며, PACE 제63조의 요건이 충족되면 피의자의 동의 없이도 채취할 수 있다. 아울러 경찰관은 누구로부터든 동의를 구하고 지문을 채취할 수 있으며, 기록대상 범죄혐의로 입건된 피의자로부터 채취된 지문이나 DNA 지문감정을 위한 자료는 기존의 범죄자료와 대조할 수 있다. 수사 목적상 채취한 지문이나 DNA 지문 자료 중에서 결과적으로 유죄판결을 받은 피의자의 것들은 경찰이 보관할 수 있지만, 그 이외의 지문이나 DNA 지문 자료는 폐기하여야 한다. 경찰이 피의자의 사진을 촬영할 때에도 가급적 피의자의 승인을 받는 등 규정과 절차를 준수하여야 하며, 결코 사진촬영을 위해 물리력이 사용되어서는 안 된다.[205]

205) 상게서, p. 424.

바. 通信制限 措置[206]

일반주택에서 전화를 이용해 행해지는 통화내용을 녹음하는 행위에 대해서는 통신제한 조치법(The Interception of Communications Act)의 발효로 매우 엄격하게 규정되기 시작하였다. 비밀도청장치의 사용에 대해서는 국가안전국법에서 국가안전국요원들의 사용에 대해 규정하고 있지만, 경찰의 사용에 대해서는 규정한 법률이 없어 내무부지침에 따라 경찰실무에서 사용되고 있다.[207]

사. 警察警告와 定額罰金通告措置

1) 警察警告制度

경찰경고제도는 경미범죄자에 대한 기소의 대안으로 도입되어 주로 청소년범죄자들을 대상으로 그 적용이 확대되어 왔다. 청소년범죄자의 경우 부모와 함께 경찰서에 출두하여 자신의 범죄혐의를 인정하는지를 묻는 질문에 시인하게 되면 경찰간부에 의해 경고 조치를 받게 되는데, 그 경고의 내용은 “이번 사건으로는 기소되지 않을 것이지만, 만약 이와 유사한 사건을 또 저지르면 그 때는 기소될 것”이라는 것이다. 이러한 경고는 ‘전과’로 기록되지는 않지만, 만약 이후에 범죄혐의로 기소될 경우 피고인의 성정을 드러내는 증거로 사용될 수 있다. 이러한 경찰경고절차는 성인범죄자에게도 적용된다. 특히 노인범죄자나 정신질환 혹은 신체장애 등의 문제를 안고 있는 범죄자에게는 가급적 기소보다는 경찰경고조치가 이루어지는 것이 타당하다는 것이 영국사법절차 전반의 일반적인 분위기이다. 경찰경고조치를 취하기 위한 주요 조건은 첫째, 기소하기에 충분한 증거가 확보되었다, 둘째, 피의자가 범죄사실을 시인한다, 셋째, 청소년의 경우에는 부모가 반드시 동의해야 한다.

2) 定額罰金通告措置

과속 등 교통법규위반을 포함한 특정한 경미범죄의 경우에는 정복경찰관이 위반행위에 해당하는 정액벌금을 치안법원에 납부하도록 요구하는 고지서를 발

206) 상게서, p. 424.
207) Hatchard, Huber & Vogler, op.cit., pp. 197-198.

부하게 된다. 기한 내에 벌금을 납부하게 되면 사안은 종결된다. 다만, 위반행위가 면허행정상의 벌점을 수반하게 되는 경우에는 벌점이 병과 된다. 통고처분을 당한 운전자는 이의를 제기할 수 있다.

3. 檢察과 警察과의 關係

영국에서도 경찰과 검찰의 관계는 논란의 대상이 되어왔다. 과연 어느 시점에서 검찰이 경찰수사에 개입할 수 있느냐의 문제가 그 중심쟁점이다. "범죄의 기소에 관한 법" 제3조 제2항의 e에 따르면, 범죄사건과 관련하여 경찰의 요구에 따라 조언 구하기를 꺼려하는데, 1993년에 실시된 영국왕립위원회의 조사에 따르면 경찰은 전체 범죄사건의 단 4%에 대해서만 기소 전에 검찰에 조언을 요청했다.[208] 최근 검찰조직의 재편으로 각 지방경찰청 단위마다 거의 하나씩의 검찰사무소가 개설되어 있기 때문에 실무적으로 경찰과 검찰이 협조할 수 있는 여건은 조성되어 있기 때문에 일부 학자들은 기소 전 수사단계에서 경찰과 검찰의 협의 과정을 의무화하고 제도화해야 한다고 주장하고 있는데, 실무적으로 보면 내사・체포・압수・수색・신문 등 피의자를 입건하기 전에 행해지는 모든 수사행위는 경찰의 전적인 권한이지만, 일단 피의자가 특정되어 입건 혹은 소환이 이루어지게 되면 이 순간부터 피의자는 검찰의 책임하에 놓이게 되며, 기소절차를 계속할지 여부 역시 검찰의 판단으로 이관된다. 검찰은 사건에 관한 결정을 내림에 있어 경찰과 상의해야 할 의무가 없지만, 특히 불기소처분을 내리는 경우에 있어서는 경찰에 그 사유를 설명하고 양해를 구하는 것이 바람직한 방안으로 권고되고 있다.[209]

당초 검찰이 1986년에 창설된 것이 경찰로서는 스스로의 권한을 빼앗긴 경찰과 검찰간의 관계는 그리 좋지 못한 상황이며, 현재로서는 결국 검찰에 최종적으로 도달하는 사건자료와 정보들이 전적으로 경찰의 통제하에 있다. 아울러 청소년문제 등 다양한 지역사회협의체에 있어 경찰이 모든 주도권을 쥐고 있어 검찰은 형사정책적 측면에서 거의 아무런 역할을 하지 못하고 있는 등 사실상

---

208) 박창호 외. 전게서, pp. 430-432.
209) McConville, M & Wilson, G., op. cit., p. 157

검찰이 경찰에 종속된 조직이기 때문에 검찰의 실질적 역량이 강화되지 않는 한 '경찰의 통제'에서 벗어나지 못 할 것이라는 전망이 지배적이다.

McConville 등의 연구결과에 따르면 검찰은 경찰이 기소를 제기한 증거가 빈약한 사건들에 대해 거의 불기소결정을 내리지 않고 있으며, 만약에 불기소결정을 내린다면 이는 경찰의 주도 하에 그러한 결정이 내려지는 것으로 드러났다. 이러한 현상이 나타나는 데는 3가지 기본적인 원인이 있는데, 그 첫번째는 경찰과 검찰이 공유하고 있는 검찰은 경찰수사를 이어받아 이를 지속하는 것이 원칙이라는 정책이며, 두번째는 판결의 변덕스러움으로 인해 부족한 증거로도 유죄판결을 이끌어 낼 수 있지 않겠느냐는 기대 때문이며, 세번째는 피의자의 유죄인정으로 증거가 불충분함에도 불구하고 피의자가 죄를 인정하고 자백을 하는 경우이다. 특히 경찰경고처분 해당성이 충분한 사건의 경우에도 일단 경찰이 기소결정을 내려 검찰에 송치하게 되면, 유사한 다른 사건들에 대해서는 기소가 아닌 경찰경고처분이 내려졌다 하더라도 검찰이 기소절차를 밟는다는 것이 밝혀졌는데, 역시 경찰 수사지속성 원칙이 적용되고 있기 때문으로 보여진다.

Ⅱ. 美 國

1. 檢察의 搜査權限

가. 地方檢察의 搜査組織

미국의 지방검찰 중에서 규모가 가장 큰 LA 지방검찰청의 경우에는 수사국 산하에 치안관의 지위를 갖는 260여 명의 검찰수사관이 있다. 이들은 법집행기관의 수사관 또는 치안관으로서의 2년 이상의 근무경력이 있어야 채용된다. 이들은 각 지청의 조직범죄·마약·공무원범죄·이민사기·첨단기술범죄 등 특수범죄수사부서에 배치되어 있다. 검찰수사관[210]의 1차적인 직무는 검사의 공소유지업무를 보조하는 것으로 증인의 확인·확보 및 공판 전 보강수사를 통해 승소가능성을 높이는 것이다. 또한 이들은 조직범죄·마약 등 특수범죄에 있어

210) 박창호 외, 전게서, pp. 535-536.

서 연방수사기관이나 주·지방경찰 등 법집행기관과 상호 협조하여 수사를 진행하기도 하고, 이들 기관들에서 요청이 있으면 문서감정·전자감시 등의 업무를 지원하기도 한다. 이 밖에도 경찰관의 총기사용에 대한 수사를 담당하는 경찰청렴부서와 공공기금에서 월급을 받는 임명직 또는 선거직책에 있는 자의 범죄와 선거법위반사건을 처리하는 시민청렴부서를 두고 있다.[211] 반면 대부분의 중소규모 지방검찰청에는 1명의 검사와 수명의 검사보, 1-2명의 수사관만이 있어 경찰수사에 의존해서 공소유지기능만을 수행한다.

나. 地方檢察의 搜査現況

1) 直接搜査의 制約 要因

미국의 검사는 수사를 개시할 필요가 있는 경우에도 스스로 수사를 전개하지는 않으며, 다른 수사기관에 수사를 요청하거나 대배심 등을 활용한다. 이와 같이 미국의 검사가 직접수사에 나서지 않는 데는 형사사법구조에서 비롯된 현실적인 문제점에 배경이 있다. 즉 미국은 형사사법절차에서 공판중심주의를 택하고 있어 수사관이 법정에서 증언을 하게 되는 경우가 많아 만일 검사가 직접수사를 하였을 경우, 검사가 공소관이면서 동시에 증언을 하게 되는 모순이 발생할 수 있기 때문이다. 또한 이와 같은 공판중심주의 구조상 공판은 사건의 실체를 가리는 유일한 장으로서 검사는 공판의 준비에 전력을 기울여야 하므로, 현실적으로 검사는 수사에 대해서는 경찰 등 다른 기관에 맡기고 공판에 노력을 집중할 수밖에 없다.

검찰의 직접수사를 제약하는 또 하나의 요인은 형사절차상 검사에게는 판사와 같이 피의자에 대해 소환장을 발부하여 출석의무를 부과하는 방법이 없다. 이는 수정헌법 제5조에서 피의자에게 자기부죄금지권과 묵비권을 보장하는 것과도 관련이 있다. 피의자는 묵비권을 행사할 수 있고, 변호인 또한 진술을 거부하도록 조언하므로 검사가 실제 피의자를 상대로 하는 수사는 이루어질 수가 없다. 따라서 지방검사들은 피의자나 참고인을 정식으로 조사하지 아니하고, 증언이 예정된 참고인들을 미리 인터뷰하여 그 신빙성을 점검하는 정도에 그친

211) 상게서, p.536.

다. 또한 미국에서는 우리와 달리 검사작성피의자진술조서와 경찰작성피의자진술조서의 증거능력 등 증거법상의 효력에서 아무런 차이가 없어 검사가 반드시 피의자를 신문할 필요를 느끼지 못한다. 이는 피의자·참고인들에 대한 조사를 기초로 사건의 실체적 진실을 판단하는 것은 검사가 아닌 배심 또는 판사가 결정하도록 미국형사사법제도가 이루어졌기 때문이다.[212]

2) 檢察搜査의 具體的 類型

검찰이 수사업무를 수행하는 유형은 기본적으로 경찰수사에 의존하기 때문에 경찰이 송치한 사건에 대해 보강수사를 경찰에 요청하거나 검찰수사관에게 지시하는 것이 일반적인 형태이다. 다만, 미국의 주형사소송법 등 법률에 검찰의 경찰수사업무에 관한 지휘나 감독에 관한 규정들이 없어 개별 사건에 대하여 원칙적으로 수사지휘권을 행사할 수 없다. 중요 사건의 경우 경찰의 수사방향, 증거수집·법률적용 등에 있어서 의견을 제시하고, 경찰이 체포·압수·수색영장 청구시 검사가 사전에 검토한 후 법원에 청구하는 등의 형식으로 경찰의 수사에 간접적으로 관여한다.[213] 예외적으로 검찰이 직접수사를 개시하는 경우는 대배심 또는 검찰내부의 수사인력을 통하여 수사를 개시하거나, 경찰 등 수사기관에 수사를 요청하거나, 또는 이들 기관과 합동수사체제를 구축하여 수사를 개시하는 형태로 나타날 수 있다.

가) 檢察이 被害者의 申告 등 搜査端緖의 直接處理 與否

범죄피해자 또는 시민의 범죄신고, 소추청구장(complaint)접수와 같은 대부분의 수사단서는 경찰 등 수사기관에 직접 접수되고 검찰에 접수되는 경우는 거의 없다. 검찰의 수사 인력이 많지 않기 때문에 접수된 경우에도 경찰에 이송하는 것이 일반적이라고 할 수 있다.[214]

이와 관련하여 Jefferson사법연구소[215]는 “사건접수 및 심사에 관한 검사의

212) 표성수, 「미국의 검찰과 한국의 검찰」, 육법사, 2000, pp. 95-99.
213) 상게서, p. 100.
214) 상게서, p. 100.
215) Jefferson연구소는 연방법무부의 “National Institute of Justic”와 법무지원국(Bureau of Justice Assistance)의 기금에 이해 운영되는 비영리연구기관으로 형사사법정책에 관한

기준"[216]에서 "시민이 직접 지방검찰청에 소추청구장을 제출하는 것은 자제되어야 한다" 고 규정하고 있다. 이는 사건 심사를 담당하는 검사·검사보가 소추청구인 일방의 편향적이거나 감정적인 주장을 근거로 잘못된 결정을 할 가능성이 높기 때문에 검사와 소추청구인(complainant)를 보호하기 위해서는 검사가 직접 처리하는 것이 바람직하지 않다고 보기 때문이다. 이 경우 가능한 조치는 시민을 면담하고 정당한 이유가 있으면 경찰에 수사의뢰를 하는 것이다. 그러나 보다 바람직한 것은 "경찰 등 법집행기관의 의뢰가 없는 한 시민의 소추청구장을 심사하지 않는 것이다"라고 동 보고서는 소개하고 있다.[217]

지역에 따라서는 예외적으로 지방검사·검사보들이 소추청구장을 접수하거나 검토하여 주는 경우가 있다. 이는 주로 소비자사기·수표부도 등의 사건에 해당된다. 수표부도의 경우, 검사는 당사자를 불러 합의하게 하거나 조정관에게 사건을 보내 합의를 중재하여 정식으로 사건을 기소하기 보다는 양 당사자를 위한 실질적인 해결을 도모하기도 한다.[218]

나) 大陪審의 搜査節次를 이용하는 境遇

대배심제도를 유지하고 있는 연방과 다수의 주에서는 대배심의 수사권한을 활용하는 경우가 있다. 연방형사소송규칙은 물론 주형사소송법에서 대배심이 증인을 강제로 소환하거나 증거물의 제출을 강제할 수 있는 권한을 규정하고 있다. 대배심은 독립적인 기구이므로 대배심을 통한 수사가 직접적으로 검사의 수사라고 할 수 없으나, 실질적으로 대배심의 수사와 기소의 과정은 검사가 상당한 영향력을 미치고 있어 검사의 수사를 위한 수단이라고 볼 수 있다. 즉 대배심 절차를 진행하면서 검사는 수사대상과 소환장(subpoena)발부 여부를 결정

연구를 주로 수행하며, 연구위원은 주로 검사들이다.

216) 이는 연방법무부, 사법프로그램사무소, 법무지원국에 의한 기금지원에 의해서 전국적인 '공소활동의 개선'의 일환으로 Jefferson사법연구소에서 연구·진행되었다. 공소활동개선은 특히 중소규모 지방검찰청에서의 공소업무수준의 향상을 목적으로 한 것으로 ① 사건접수 및 심사, ② 사건처리, ③ 정보관리, ④ 경찰과 검찰의 관계 등의 문제에 초점을 맞추었다.

217) Jefferson Institute for Justice Studies, Prosecutor's Guide to Intake and Screening, p. 24.

218) 표성수, 전게서, p. 101.

하고, 증인이 증언하기 이전에 미리 증인과 인터뷰를 하는 등으로 사실상 대배심의 수사를 주도한다.[219]

대배심의 수사구조는 ① 증인이 경찰에 협조를 하지 않는 경우 소환장을 발부하여 대배심 출석을 강제하거나, ② 범죄의 중요한 증거가 사업 장부 더미의 서류로서 경찰이 수색영장을 얻기가 어려운 경우, 이 서류를 확보하기 위한 목적으로, ③ 수사대상이 민감한 사안으로 대중의 관심으로부터 차단된 상태에서 진행될 필요가 있어 대배심의 비밀심리를 이용하기 위한 경우에 주로 이용된다. 특히 수사 활동의 공정성을 대중으로부터 확보하는 것이 중요한 서간수사, 즉 뇌물죄와 같은 부패범죄, 경제적 권한의 남용과 관련된 범죄 등도 대배심 수사의 대상이 된다. 이러한 범죄에 대한 대배심의 수사는 사후적이거나 사전적일 수 있는데, 주로 경찰을 통한 구체적인 정보를 검사가 입수했을 때 개시된다.[220] 한편 미국변호사협회(ABA)는 검사가 유죄판결을 받을 목적으로 대배심을 이용하여 유죄를 입증하는 증거수집에 집중하는 것에 대해 검사의 직무는 정의의 실현에 있지 유죄판결을 받는 것이 아니므로, 피고인의 유죄를 부정하거나 혐의범죄를 감경할 수 있는 증거를 대배심에 제시하여야 한다고 강조하고 있다.[221]

다) 檢察이 主要犯罪를 直接 團束하는 境遇

검사가 직접 범죄를 수사하는 것은 아니지만 검찰과 경찰 등 수사기관이 합동으로 전담팀(task force team)을 만들어 중요 범죄를 단속하거나 검찰소속의 수사관들로 하여금 특수범죄를 수사하게 하는 경우도 없지 않다. 이러한 수사는 연방검찰과 대도시의 지방검찰에서 주로 이루어지고 있는데, 검사와 연방수사관, 경찰관 또는 검찰에 소속된 수사관들이 팀을 이루어 이러한 수사를 행하는 것이 보통이다.[222]

---

219) 상게서, p. 102.
220) Lafave, Wayne R,· Jerold H, Israel, *Criminal Procedure*, 3rd ed, St. paul, MINN, ; West Group, 2000), pp. 11-12.
221) ABA 기소기능 3-3.6(b).
222) 표성수, 전게서, p. 102.

2. 警察의 搜査權限

가. 警察의 搜査 組織

미국경찰의 수사조직은 경찰서 규모와 지역에 따라 다양하기 때문에 우리나라 경찰관과 비교하여 설명하기란 참으로 어렵다. 따라서 규모가 가장 크고 우리나라의 서울지방경찰청과 비슷한 뉴욕시경을 살펴보면 수사조직으로 지구대와 산하에 지역수사대가 있어 순찰 부서와 긴밀한 협조관계를 유지하면서 지역에서 발생하는 범죄에 대처하고 있다.

뉴욕시경 본부에는 지역수사대의 수사직원 및 지도를 담당하는 형사국에 중앙수사정보부·법과학실·범인 추적실·특수수사부 등의 조직이 있다. 중앙수사정보부에는 살인범죄 분석실·인질 협상팀·범인 사진자료 관리팀· 범죄피해자 보호팀 등이 있다. 범죄피해자 보호팀에는 숙련된 여자형사를 배치하여 24시간 성범죄 신고에 대한 상담을 하고, 성폭력예방교육 등을 실시한다. 특수수사부에는 중대범죄수사팀·특수사기수사팀·실종자수사팀·폭발물수사팀·방화수사팀·컴퓨터범죄수사팀·마약수사팀·증오범죄대책실·자동차범죄실 등 범죄별로 수사조직을 두고 있다. 뉴욕시경 본부에는 형사국 이외에 조직범죄에 대한 수사를 담당하는 조직범죄수사부를 두고 있다.

나. 警察의 搜査開始와 搜査段階

1) 搜査의 開始

미국의 법령에서는 우리 형사소송법과 같이 수사기관의 수사개시에 대해서도 특별히 규정하지 않고 있다. 경찰의 직무권한으로서 법집행을 위한 범죄수사권이 인정되기 때문에 경찰의 수사개시권 역시 당연히 인정된다. 일반적으로 미국경찰은 ① 범죄피해자나 목격자에 의한 범죄신고, ② 순찰경찰에 의한 범죄인지, ③ 정보인의 정보제공 또는 경험을 통한 형사의 범죄인지 등에 의하여 수사를 개시한다.

2) 搜査의 段階

가) 初動搜査

수사는 시간적 흐름을 기준으로 ① 초동수사, ②계속수사, ③ 종결수사로 나눌 수 있다. 경찰은 대체로 수사단계에 따라 수사보고서를 3번 작성한다.

초동수사는 범죄발생 후 경찰에 의하여 최초로 이루어지는 수사단계이다. 경찰이 어떠한 방법으로 범죄를 인지하는가와 관계없이 경찰이 범죄를 인지하게 되면 초동수사가 시작되고, 재판이 끝나는 날까지 형사절차가 진행이 된다. 초동수사의 질은 계속수사와 수사의 결과에 매우 결정적인 영향을 미친다.

많은 경찰서에서 순찰부서 경찰관이 초동수사를 담당한다. 일부 소규모 경찰서에서는 초동수사는 물론 계속수사도 순찰경찰관이 담당한다. 형사정책의 기준 및 목표에 관한 국가자문위원회는 75명 이상인 경찰서에서는 전담형사요원을 지정할 것을 권고한 바 있다.[223] 일부 대규모 경찰서에도 초동수사는 순찰경찰관에게 위임하는 경우가 있다. 이는 순찰부서는 연중 24시간 항시 운영되나 형사부서는 그렇지 않고, 경험적으로도 제일 처음 도착하는 순찰부서에 의한 초동수사가 더 효과적이라는 것이 입증되었기 때문이다. 따라서 사건이 형사가 내사하여 범죄인지한 경우가 아니면 초동수사는 일반적으로 순찰경찰관이 담당한다.

초동수사에서는 최초 범죄현장도착시간이 문제해결에 매우 중요하다. 범죄현장보존이 초동수사담당자의 첫번째 임무이다. 대부분의 경찰서에서 순찰경찰관이 범죄현장보존 장비를 이용하여 범죄현장보존 조치를 취하고, 최초 도착하는 형사에게 수사책임을 넘긴다. 초동수사의 내용으로는 ① 범인체포(가능한 경우), ② 범죄발생여부결정, ③ 범죄현장보존, ④ 피해자・증인 확보 및 진술청취 등이다. 증인・용의자 및 용의차량에 대한 정보, 도난재물목록 등 사건해결요소는 범인이 누구이고, 어디에 있을 것인가를 추정하는 단서가 되고, 사건해결에 결정적 역할을 한다. 따라서 초동수사관은 면밀하게 범죄・증거와 관련된 해결요소를 확정하고, 이를 통해 사건이 해결될 수 있는가를 결정해야 한다. 이론적

223) James N. Gilbert, *Criminal investigation*(New York : Macmillan Pbulishing Co., 1993), p. 58.

으로는 모든 형사사건이 동일한 수사적 노력이 행하여져야 하나 과중한 업무량에 비해 일선형사인력은 제한되어 있다. 이 때문에 수사의 효율성을 위하여 사건해결가능성을 수사단계의 초기에 판단하여 계속수사여부를 결정하여야 한다. 초기수사단계에서 사건해결 가능성을 고려하여 수사를 조기종결 시키는 비율은 경찰서마다 다르지만, 중죄사건의 경우에는 종결비율이 매우 낮다.

뉴욕주의 Rochester경찰서는 수사의 효율성을 위해서 사건해결요소를 활용하여 초동수사개시 사건에 대한 계속수사의 진행 여부를 결정하였다. 사건해결가능성이 낮은 사건은 조속히 종결하고, 해결가능성이 높은 사건에 수사력을 집중하여 범인검거율과 유죄율을 높이는 데 어느 정도 효과가 있는 것으로 나타났다. 로체스터경찰서가 활용한 사건해결 요소는 ① 증인존재 여부, ② 용의자의 이름・소재・확인가능성 등, ③ 용의자 차량의 확인 여부, ④ 도난물건의 추적 가능성 여부, ⑤ 중요한 물적 증거 및 보강 증거 여부, ⑥ 정상적인 수사에 의한 해결 가능성으로 보고 있다.[224]

초동수사 기간 동안에 수사담당자는 위의 사건해결요소와 관련된 정보를 수집하는 데 노력을 집중하고, 수집정보를 기초로 사건의 해결가능성을 평가하고, 수사의 계속 및 중단 여부를 결정한다.

나) 繼續搜査

초동수사가 계속수사로 언제 전환되는지는 명확하지 않다. 경찰서에 따라 초동수사의 시간적 범위를 8시간으로 제한하는 경우도 있고, 형사가 범죄현장에 도착한 이후 또는 순찰부서에서 담당한 초동수사서류가 형사과로 이송된 때 전환된 것으로 보기도 한다. 초동수사서류가 형사과로 이송된 뒤에 시작되는 것으로 보면, 계속수사는 원칙적으로 형사의 독자적인 업무라고 할 수 있다.

형사과에서 계속수사를 수행한다는 것은 사건해결요소나 증거가 충분히 존재한다는 것을 의미하기도 한다. 계속수사는 초동수사에서 확보된 사실・증거・정보 등을 재검토하는 것과 함께 시작된다.

---

224) Michael J. Palmitto, *Criminal Investigation*(Chicago: Nelson-Hall Publishers, 1994), p. 23.

형사는 ① 범죄현장의 보존상태, ② 용의자 체포의 적법성 여부, ③ 물적 증거 확보시 과학수사연구소에 의한 분석 필요 여부, ④ 피해자·증인과 관련된 자료의 정확성을 검토한다. 또한 과거 유사한 사건기록 등을 검토하여 사건의 관련성이나 사건해결의 단서를 찾을 수 있다. 일반적으로 계속수사는 초동수사에 비해 수사기간이 장기간 소요된다.

계속수사는 형사과에서 이루어지면서 순찰과와 형사과 간에 갈등이 발생하여 효율적인 범죄수사에 장애를 초래하기도 한다. 이러한 문제의 가장 큰 원인은 양 부서간 의사소통이 제대로 이루어지지 않기 때문이다. 순찰부서의 경찰관들은 그들이 초동수사를 담당한 사건에 대하여 결과 등을 통보받지 못하는 것에 대해 큰 불만을 갖는다. 그들은 범죄수사의 결과를 형사과에서 순찰과에 통지하여야 한다고 생각하고 있다. 순찰부서의 경찰관들은 자기들이 초동수사한 사건의 처리결과를 알지 못할 경우, 초동수사에 매우 소극적으로 대응하게 된다. 따라서 범죄수사의 관건이라고 할 수 있는 초동수사의 수준을 제고하고, 형사과와 순찰부서와의 협력관계를 향상시키기 위하여 일부 경찰서에서는 범죄분석 회보를 활용하기도 한다. 이 회보에는 순찰부서에서 알아야 할 사건수사진행 현황을 일·주·월 단위로 순찰과에 통지한다. 이는 순찰과와 형사과의 갈등을 해소함은 물론 경찰서 단위의 범죄예방이나 범죄수사에 효율성을 제고시키는 효과가 있는 것으로 나타났다.[225]

다) 警察의 搜査終結權

경찰수사의 마지막 단계인 종결수사는 초동수사와 계속수사의 직접적 결과이다. 경찰의 종결수사는 수사결과 범인을 검거 또는 사건을 해결한 경우에 기소를 위한 준비단계로서 수사를 종결하거나, 범인의 발견 또는 체포에 실패하여 수사를 중단하는 것으로 나눌 수 있다. 먼저 초동수사와 계속수사단계에서 범인의 발견이나 체포에 실패한 경우, 수사진행의 계속 또는 중단 여부를 결정해야만 한다. 이론적으로는 범인을 체포할 때까지 수사를 계속 진행하는 것이 이상적이지만, 현실적으로는 가능하지 않다. 범죄의 양, 수사 인력의 한계, 증거의

225) James N. Gilbert, op. cit., p. 61.

부족 등에 의한 수사의 중단이 불가피하다. 따라서 모든 부분에 대한 사건수사가 철저히 행하여졌으나 범인검거 등 사건을 해결하지 못한 경우, 새로운 증거를 발견할 때까지 범죄수사를 중단한다. 반면 초동수사의 계속수사가 성공적으로 이루어져 범인을 검거하거나 사건이 해결된 경우, 종결수사는 유죄판결의 가능성을 높이는 데 초점을 맞추게 된다. 수사 종결시에 형사는 검사와 긴밀하게 협조한다. 이론적으로는 형사사건에 대한 공판준비는 검사의 독자적인 업무이지만 대부분의 관할에서 검사에게 할당된 과다한 사건과 시간적 한계로 담당형사는 검사에게 협조를 한다. 형사사건에 대한 공판준비는 다음과 같은 사항을 검토함으로써 준비한다.[226] ① 피의자체포의 적법성에 대한 검토, ② 피의자의 진술과 시인에 대한 적법성 검토, ③ 관련증거 수집 방법에 대한 검토, ④ 피해자·증인의 진술과 피의자의 동일성에 대한 법적 요건 검토, ⑤ 공판단계에서 사용될 서류와 보고서 등 검토, ⑥ 정보원에 의해 제공된 모든 정보에 대한 검토와 법정에서 제시여부의 결정, ⑦ 공판단계에서 사용될 검사의 전략과 형사 진술의 검토, ⑧ 전문가 증언의 검토와 같은 사항을 검토해야 하는 수사관은 상당한 수준의 법적 지식이 요구된다. 적법한 체포와 수색, 압수, 합법적인 증거에 대한 전반적인 이해가 형사로서의 성공에 기본적인 요건이라고 할 수 있다.

경찰의 수사종결권과 관련해서도 주의 형사소송법령 등에 세부적인 규정을 두지 않고 있다. 실무적으로는 수사종결시 담당경찰관의 판단에 따라 상당한 이유가 없거나, 증거미비로 혐의사실이 명백하지 않아 기소가 어려울 것으로 판단되는 경우는 경찰은 사건을 검찰에 송치하지 않고 경찰단계에서 피의자를 석방하고 수사를 종결한다. 즉 경찰관이 증거불충분 등의 사유로 소추가 어려울 것으로 판단하는 사건의 수사종결에 대해서 원칙적으로 검사의 지휘나 감독을 받지 않는다. 다만, 예외적으로 수사단계에서 체포영장이 발부되었거나, 중요한 사건의 경우에는 검사와 협의를 하여 사건을 종결한다. 결국 미국경찰에서는 불기소에 해당되는 사건에 대해서는 경찰이 독자적으로 수사의 종결권을 갖는다고 볼 수 있다.[227]

---

226) Ibid. p. 165.

또한 우리와 달리 미국경찰은 검사의 수사지휘에 반드시 따라야 할 의무가 없고, 검사가 할 수 있는 것은 송치사건의 기소를 거부하거나 보완수사를 요구하는 것뿐이다. 실무적으로는 검찰이 기소를 거부하는 경우, 경찰수사가 무효가 되므로 기소를 위한 보완 수사요구를 사실상 협력한다.[228]

3. 檢察과 警察과의 關係

가. 警察과 檢察의 基本的 關係

미국의 검사와 경찰의 관계는 주정부법 등에서 검사의 직무로서 경찰을 포함한 모든 법집행 기관에 대하여 법적 자문이나 법률서비스를 제공하도록 규정하고 있을 뿐이다. 경찰은 범죄수사를, 검찰은 공소업무를 담당하는 법집행기관으로서 양자는 서로의 직무를 존중한다. 범죄수사에 있어서 경찰이 1차적인 모든 범죄수사권을 갖고 있고, 검사는 공소권과 공소유지를 담당하면서 보강수사를 할 수 있다. 우리와 같이 검찰이 경찰에 대한 일반적인 수사지휘권이 없으며, 개별 사건에 대해서도 경찰이 송치한 사건에 대한 보강수사를 요구할 수 있다.

따라서 경찰과 검찰의 기본적인 관계는 상호 협력관계라고 할 수 있다. 양자의 관계는 기관의 소속과도 관련이 있다. 지방검찰은 county에 속해 있으면서 주와 county에서 주로 예산을 지원받는다. 반면 지방경찰의 주류인 도시경찰은 시에 소속되어 있으면서 시로부터 예산을 받는다. 이와 같은 양자의 소속 및 예산지원 등의 차이는 상호 협력을 원칙으로 하는 양자의 관계에도 영향을 미친다. 경찰과 검찰은 상호협력관계를 유지하면서 상호 조직의 직무와 활동을 존중한다. 그러나 한편으로 개개 검사·검사보와 경찰간에는 직무의 차이와 상대방 직무에 대한 시각의 차이 등으로 불신과 함께 긴장·갈등이 존재하기도 한다.

결론적으로 경찰과 검찰의 기본적인 관계는 형사사법절차에 있어서 경찰은 범죄수사를 담당하고, 검찰은 공소업무를 전담하는 독자적인 기능을 갖는 기관으로서 상호 협조관계를 원칙으로 한다. 검사는 법률전문가로서 경찰에 법적

227) 표성수, 전게서, p. 110.
228) 상게서, p. 110.

자문이나 서비스를 제공하고 공소유지를 위해서 경찰의 수사에 대하여 일정부분 관여를 한다고 할 수 있다. 반면 경찰은 독자적인 수사권을 갖고 있으면서 경미범죄 등에 소추권을 행사함으로써 검사의 소추권에 일정 부분 관여를 한다.

나. 警察에 대한 法的 助言者로서의 檢察

대부분의 주정부조직법 등에서 검사의 직무로 법집행기관에 대한 법적 조언을 규정하고 있다. 미국변호사협회의 기소기능에 관한 기준에서도 "검사는 형사문제에 있어 경찰의 기능과 의무에 관하여 법률적인 자문을 제공한다. 그리고 경찰이 법에 따른 직무를 수행하도록 하는 교육을 돕기 위해 검찰 직원의 서비스를 제공함에 있어서 경찰과 협력하여야 한다"라고 규정하고 있다.

검사의 경찰에 법적 조언의 제공여부는 지역에 따라 다르다. 도시경찰서에서는 경찰서 내에 법무담당부서 또는 법률고문을 두어 특별한 경우가 아닌 한 법률문제에 대해 독자적인 판단을 한다. 경찰은 각종 법률문제에 대처하기 위하여 규모가 큰 경찰서나 경찰국은 법무담당부서에 1~10여 명의 변호사 자격자를 고용하여 그 처리를 맡긴다. 법무담당부서의 직무는 경찰 전체의 정책에 관하여 경찰국장이나 서장을 보좌하고, 외근경찰관의 직무활동에 대하여 법률상 조언 및 개선의견을 제시한다. 나아가 경찰관에 대한 법률적 교육의 입안 내지 그 실시에 관한 계획 등을 수립한다.

뉴욕시경의 경우는 법무국을 두고 있다. 법무국의 직무는 ① 경찰관들의 연방·주·지방법령의 해석·집행의 지원, ② 경찰의 정책과 집행에 있어서 적법성 및 공정성 검토, ③ 시민의 안전과 관련된 경찰법령 검토, ④ 민사강제집행수단을 활용한 시민의 삶의 질 개선 등이다. 법무국의 조직으로는 민사집행과·형사과·민사과·입법과가 있다.

형사과는 상당한 이유의 입증기준에 관한 법적 견해, 헌법·법률의 해석, 범죄자의 체포 및 기소와 관련된 문제 등에 대한 법적 조언을 한다. 여기에 소속된 변호사들은 지방검찰청과 함께 체포 피의자에 대한 소추를 준비하고, 연방·주검사 및 다른 법집행기관관의 상호 관심사에 대한 연락관 역할을 한다. 또한 경찰국의 질서유지 및 순찰에 관한 지침을 개정하기 전에 검토하고 행정

목적의 소환장 발부 요구에 대한 검토 및 진행을 담당한다. 그밖에도 경찰국의 다른 부서를 대상으로 형법을 교육한다.

경찰의 법률부서로 특이한 것은 메사츄세추주에 있는 경찰검사제도이다. 이는 경찰서 내에 경찰관 겸 검사직책을 두어 형사소추와 관련한 법적 문제를 처리한다. 한편 일부 경찰서에서는 시검사보가 파견되는 경우도 있다. 이들은 경찰수사에 대한 직접적인 자문보다는 경찰활동 전체에 대한 법적 자문을 한다.

시검사보는 선거직 지방검사인 District Attorney 나 County Attorney와는 달리 시에서 고용한 변호사로서 시예산에 의해 운영되는 시경찰에 대한 법적 조언을 한다. 예외적으로 개별적인 인간관계를 기초로 경찰관이 검찰관에게 조언을 구하는 예도 있지만, 일반적인 현상은 아니다.[229)]

다. 搜査節次에 있어서 關係

1) 一般的인 關係

경찰은 연방범죄를 제외한 모든 범죄에 대한 수사를 담당하는 것이 원칙이다. 검찰은 공소제기와 유지업무를 담당하면서 공소유지에 필요한 범위 내에서의 보강수사와 공무원범죄 등 특수한 분야의 범죄수사를 담당한다. 수사절차에서 경찰과 검찰의 관계는 원칙적으로 상호협력관계를 유지하고, 수사와 관련해서 검찰이 경찰을 견제할 수 있는 수단은 보강수사를 요구하거나 사건에 대한 기소거부, 체포에 대한 승인을 거부하는 것뿐이다. 다만, 검·경의 구체적인 관계는 지역·시기에 따라 차이가 있어 검·경의 관계에 대한 전체를 일반적으로 설명하는 것에는 한계가 있다. 검사·경찰 개개인의 직무에 대한 개념, 특정형사사법체계의 관행 등이 검·경관계의 다양성의 원인이 된다. 따라서 검·경관계에 대한 설명도 특정지역의 특정시기의 모습을 설명하는 것으로 이해되어야 한다.

경찰은 원칙적으로 범죄 해결률을 높여야 하는 압력을 받지 않으나, 예외적으로 사건을 해결하려는 지나친 의욕으로 유죄판결을 보장하는 실질적인 증거가 충분하지 않은 경우에도 체포를 하는 경우가 있다. 이와 같이 증거수집이나

229) 정완, 「미국의 형사절차」, 형사정책연구원, 2000. pp. 51-52.

적법절차 등에 문제가 있는 사건은 유죄판결을 받기가 어렵기 때문에 검사는 사건을 맡고 싶어 하지 않는다. 이 때 검사는 보강수사를 요구하거나 송치사건에 대하여 사건 심사를 통해 불기소한다.

송치된 사건에 대하여 검찰이 관여하는 정도는 지방검찰의 규모·위치, 검사의 정책, 검찰과 경찰의 관계 등에 따라 차이가 있다. 이는 법률이나 규칙으로 형사사법체계내의 정식관계에 대해서 규정하고 있다 하더라도 실질적인 운영체계 및 관계는 항상 유동적이며 협상의 대상이 되기도 하기 때문이다. 그 결과 검사들은 일정지역에서는 소추결정에 대해 주도적인 결정권을 행사하고, 다른 지역에서는 경찰을 위한 고무인에 불과하기도 하다.[230] 일부의 검사들은 형사절차일정을 통제할 수 있는 권한, 빈곤자에 대한 변호인 선임권, 형선고에 있어서 결정적인 권한 등을 토대로 공판절차에서 강력한 영향력을 행사하는 반면, 일부의 검사는 관망자로서 판사의 지시에 순종한다.

규모가 큰 지방검찰청에는 경찰에서 수사하여 제출한 사건을 검토하는 부서가 있다. 이 부서에서는 검사보들이 기소하기에 충분한 증거가 있는지, 기소할 만한 가치가 있는지에 초점을 맞추어 경찰이 송치한 사건을 검토한다. 증거가 불충분한 경우, 수사기관에 증거의 보완을 요구하고 기소할 만한 가치가 없다고 판단시는 불기소한다. 검찰이 보강수사가 필요하다고 생각하여 경찰에 수사를 의뢰하면, 대부분의 경우 경찰은 이 의뢰에 따른다. 다만, 검사·검사보 등이 경찰관에게 직접적으로 송치사건에 대하여 바꾸도록 지시할 권한이 없기 때문에 경찰관의 행동이 법원에서 허용한 범위에서 일탈한 경우는 검사·검사보가 적절히 대처할 수단이 없다. 검찰과 경찰 사이의 협력은 아무런 권한에 기초한 것이 아니므로 검사·검사보 등이 경찰관의 활동을 강하게 비판하거나 하면 더 이상 협력하지 않을 우려가 있다. 따라서 검찰입장에서는 경찰과 협력관계가 중요하므로 검사·검사보가 경찰에 대해 법을 준수하라고 강력히 요구하는 것은 사실상 매우 어렵다.[231]

한편 검찰과 경찰 모두 최선을 다하고도 주도면밀하게 움직이는 피의자의 변

---

230) Cole Geroge F. *The American system of criminal justice*, 4th ed., p. 293.
231) 정완, 전게서, p. 45.

호인의 활약으로 상당히 많은 사건이 법원에서 무죄로 판정되거나, 불일치 배심으로 그들의 노력이 무효로 돌아가는 경우에 일부 검찰과 경찰은 자신들의 업무처리에 대한 불만을 법원에 돌리는데, 법원 때문에 필요 이상으로 그들이 고생하고 있다고 생각한다.

2) 警察의 令狀申請에 대한 檢察의 檢討

우리와 달리 미국의 헌법이나 대부분의 주형사소송법에서는 경찰이나 검찰의 영장신청 및 검찰의 관여에 대하여 규정을 하지 않고 있다. 미시간주형사소송법에서는 경미한 경죄의 영장청구에 검사의 서명을 요건으로 규정하고 있다. 실무에서는 지역에 따라서 경찰의 영장청구시 검사의 검토를 받도록 하는 경우와 검사의 검토 없이 경찰이 청구할 수 있는 경우로 나누어진다.

미국지방검사협의회의 기소기준에는 "검사가 그의 관할에서 가능한 한 체포영장과 수색영장에 대해 검토 및 승인을 하여야 한다"고 규정하고 있다.[232]

경찰의 체포영장의 신청에 대해 일정부분 검사의 관여를 인정하는 것은 공소의 책임을 지고 있는 검사로 하여금 사건의 적정성과 법률 적합성을 사전에 검토하게 함으로써 형사사법의 기능과 역할을 적정하게 유지하기 위한 것으로 보인다.[233] 다만, 우리나라와 같이 검사가 수사의 지휘자로서 수사의 보조자인 경찰의 영장신청을 심사하는 것이 아니라, 검사와 경찰이 상호 대등한 지위에서 협력하고 법적 요건의 문제점을 검사가 한번 더 검토하도록 한 것이다.

검사의 영장검토가 필요한 지역에서는 대개 검사 또는 검사보가 직접 소추청구장 또는 선서 진술서를 보고 수사관을 면담한 후 영창청구 여부를 결정한다. 하지만 검사·검사보가 직접 서류를 검토하는 것이 어렵거나 불가능한 경우에는 전화로 검토를 한다. 일부 지방검찰청에서는 이러한 검토를 위하여 24시간, 주7일 공백 없이 근무체제를 유지하기도 한다.

이와 같은 경찰의 체포영장 청구에 대한 검사의 승인은 경찰이 최초 수사를

232) ABA, Standards for Criminal Justice Prosecution Function and Defense Function, 3rd ed., p. 61.
233) 표성수, 전게서, p. 112.

개시하여 검찰에 송치하기까지 경찰수사에 대하여 검사가 구체적으로 관여할 수 있는 유일한 방법이라고 할 수 있다. 다만, 경찰이 사전체포영장으로 체포하는 비율은 전체 체포의 5% 정도에 지나지 않고, 대부분의 체포는 영장 없이 이루어지고 있어 영장 승인에 의한 검사의 통제는 미약하다고 할 수 있다.

3) 搜査終結과 訴追決定에서 兩者의 關係

경찰이 피의자를 체포 또는 수사를 개시한 사건이라 하더라도 이를 모두 검찰에 송치하여야 하는 것은 아니다. 경찰은 기소할 가치가 있다고 판단되는 사건에 한하여 검찰에 송치하고, 기소가 불가능하거나 그럴만한 가치가 없다고 판단한 사건은 경찰 독자적으로 사건을 종결할 수 있다.

기소권은 원칙적으로 검사의 고유한 권한이나 대배심과 경찰이 일정 부분 검찰의 소추결정에 관여를 한다. 형사사법절차에서 범죄에 대한 소추의 결정 단계는 경찰의 체포, 정식기소 전 경찰과 검찰의 심사, 정식 기소 후 검찰의 심사로 이루어진다. 경찰이 범인을 체포·수사 후 소추 여부를 심사·결정하는데, 소추 할 가치가 있는 것으로 결론을 내릴 경우에 소추청구장을 작성하여 치안판사법원에 접수하면서 사건을 검찰에 송치한다. 일부 경죄의 경우에는 소추청구장이 사건 종결시까지 공소장의 기능을 하므로 경찰의 소추여부판단이 중요하다고 할 수 있다. 중죄의 경우에는 경찰이 독자적으로 소추청구장을 작성하는 경우와 검찰의 검토를 거쳐 작성하거나 검사·검사보가 작성하는 경우가 있다. 도시지역의 상당수 검찰청에서 검사들이 사건 접수과정에서 검토 기능을 사실상 포기하여 경찰이나 법원에서 소추결정을 주도적으로 한다.

검찰은 송치사건에 대해 소추 여부를 재심사하는데, 여러 요소들을 검토하여 정식기소 여부를 결정한다. 검찰의 불기소 사유로는 증거불충분이나 적법절차 위반이 주를 이루고 있으나 검사는 사건의 사실과 관련 없는 이유로 불기소하기도 한다. 첫째, 검사는 자신의 업무량뿐만 아니라 다른 사법조직의 업무량을 조정하는 역할을 한다. 왜냐하면 헌법과 법률상 시간제약으로 미결 공판사건이 지나치게 적체되는 것이 허용되지 않기 때문이고, 둘째, 검사는 공개된 법정에서 자신의 입장이 곤란한 입장에 처할 수 있는 사건에 대한 경찰의 기소요구를

거부하며, 셋째, 검사는 경찰수사업무의 질을 제고하기 위해서 기소를 하지 않는 경우가 있다.

이는 경찰수사를 불기소를 통해 견제하지 않으면 경찰이 수사 활동에 소홀해져 필요한 증거수집을 하는 데 노력을 기울이기보다는 보다 경미한 범죄로 검사에게 사건을 송치함으로써 책임을 회피할 우려가 있다고 생각하기 때문이고,[234] 넷째, 검사는 경찰과의 우호적인 협력관계 유지 및 경찰의 사기를 고려해서 증거가 불충분한 경우에도 기소를 한다. 경찰의 수사 활동의 결과는 검사의 기소 결정에 많이 의존하여 검사의 지나친 불기소는 경찰의 사기에 영향을 미치기 때문이다. 이와 관련하여 Neubauer는 그의 보고서에서, 경찰과 보안관의 의견에 대한 검사의 평가를 두고 의미 있는 차이를 지적하였다. 즉 검사는 경찰서 사건에 대한 평가 의견에 75%를 동의하였으나 county보안관의 체포의견에는 75% 동의하지 않았다는 것이다. 이러한 차이는 경찰서와 보안과 사무소의 업무가치에 대한 검사의 견해와 관련이 있다.[235]

대부분의 경우에 검사보와 수사경찰관은 수사와 기소업무의 접점에서 업무영역을 공유하면서 자주 접촉한다. 이에 따라 검사보는 경찰을 잘 알게 되고 신뢰관계를 유지한다. 또한 초임 검사보의 경우에는 고참 형사들에게서 업무를 배우는 경우가 있어 검사보는 경찰의 의견을 존중하고, 이러한 검사보와 형사의 관계가 기소 결정에 중요한 역할을 한다. 이러한 점 때문에 일부 경찰관은 과거 경험에 근거해서 당해 사건에 대해 견해를 같이 할 것 같은 검사보가 누구인가를 골라서 사건을 송치하는데(assistant attorney shopping), 이러한 문제점 때문에 일부 검찰청에서는 오로지 검사보가 아닌 검사만이 일차적인 기소여부 결정을 할 수 있도록 하고 있다.[236]

---

234) Cole Geroge F. op. cit., p. 293.

235) Neubauer David W. *Crimninal Justice in Middle America*(Morristown, N.J. : General Learning Press, 1974), p. 16 ; George F. Cole, Ibid., p. 293.

236) Cole Geroge F, op. cit., pp. 229-230.

第3節 各國의 搜査權 配分 形態의 分析

제1절과 제2절에서 대륙법계와 영미법계로 나누어서 그 대표적인 국가들의 수사절차에서 검찰과 경찰의 관계와 수사절차를 어떤 기관이 주도하고 있는지를 살펴보았다. 물론 검토 대상으로 살펴보았던 국가들이 지방자치경찰 등을 실시하고 있는 데다 민주주의 원칙인 철저한 권한과 책임의 분배원칙이 준수되고 있어서, 단순하게 우리나라의 수사기관과 비교하여 어느 기관이 수사권을 주도하고 있다고 평가하기는 어려웠다. 따라서 이미 알려져 있는 바대로 수사권을 검찰이 주도적으로 행사하고 있는 국가로는 독일과 프랑스, 경찰이 주도적으로 행사하고 있는 국가로는 영국과 미국, 경찰과 검찰이 상호협력적으로 수사권을 양분하여 운영하는 혼합형 국가로 일본으로 나누어 보았다. 이 절에서는 3가지 형태로 분류한 국가들의 검찰과 경찰의 관계를 중점적으로 살펴보아서 우리나라와 같은 검사지배적인 수사권을 부여하고 있는 국가가 있는지를 살펴보고자 한다.

Ⅰ. 檢察 主導形 國家[237)]

1. 獨 逸

독일에 있어서 검사는 공소관임과 동시에 수사의 주재자이다. 검사는 수사에 관하여 사법경찰을 지휘하며 사법경찰은 검사의 요구와 촉탁을 충족시킬 의무를 진다. 사법경찰에게는 수사에 관한 일반 근거조항에 의거 초동수사권 및 각종 초동조치권이 인정되어 있다. 검찰은 손 없는 머리라고 불리는 것에서 볼 수 있듯이 자체적인 수사 인력을 보유하고 있지 않기 때문에 수사는 기본적으로 경찰에 의해서 이루어질 수밖에 없는 구조를 가지고 있다. 게다가 독일의 경우는 직접주의·구술주의의 원칙을 엄격히 견지하여 검사나 경찰 등 수사기관이 작성한 조서의 능력을 인정하지 않는다. 공판정에서 조서 내용 모두가 낭독되고 진술자에 의하여 그대로 진술되었음이 인정되는 경우에만 비로소 증거

237) 표창원 ,김택수, 박노섭, 이동희, 이영동 공저, “경찰수사제도의 개선에 관한 연구” 치안정책연구소, 2005, 13, pp. 262-266.

능력이 인정될 뿐이다. 따라서 검사가 경찰이 조사한 자에 대하여 굳이 직접 조사하거나 중복적으로 조사를 받아야 할 필요성이 없다는 것이다. 독일의 검사는 객관의무를 지는 준사법관으로서 지위를 확보하여야 하기 때문에 수사를 직접 수행하기보다는 경찰 수사의 절차적 적법성을 담보해주고 경찰 수사과정에서의 위법에 대하여 사후적으로 통제하는 역할을 담당하고 있다.

검사의 경찰에 대한 수사지휘는 경찰이 송치한 사건에 대하여 사후적으로 이루어지는 것이 일반적이다. 따라서 독일형사소송법제 161조에서 나타난 바와 같이 검사는 경찰에게 수사에 협력 할 것을 의뢰할 수 있고 경찰은 이에 협력할 의무를 지고 있다. 또한 국가소추주의에 기초한 기소독점주의를 채택하고 있으나(형사소송법 제152조 1항) 대신 기소법정주의의 원칙을 유지함으로써 검사의 소추권에 일정한 제약을 가하고 있다. 즉 법률에 특별한 규정이 없는 한 검사는 범죄혐의가 인정되어 형사소추가 가능한 경우에는 모든 범죄행위에 대하여 공소를 제기하여야 한다(형사소송법 제152조 2항). 검사에 의한 기소유예는 법정된 특정범죄에 한하여 인정될 뿐이며(동법 제153-제153조e), 법원의 판단에 의해 기소를 강제시킬 수 있는 절차가 견제 장치로 마련되어 있다.

2. 프랑스

중죄와 복잡한 경죄사건의 수사는 수사판사가 이를 주재한다. 또한 강제 수사권은 원칙적으로 수사판사에게 귀속되어 있으며, 검사의 수사권한은 현행범 수사와 예비수사의 영역에 한정된다. 수사상 강제처분이 필요하게 되면 검사는 더 이상 수사를 진행할 수단이 없으므로 강제 처분권을 가지고 있는 수사판사에게 예심을 청구하게 되며 이후의 예심절차에서는 수사판사에 의해 수사가 수행된다. 검사는 제한된 수사권 및 수사지휘권을 행사하고 있을 뿐이며 실제 수사를 담당하는 비중이 극히 적을 수 있으며 이러한 촉탁에 의거하여 위임수사를 수행하는 사법경찰은 검사의 개입이 없는 상태에서 수사판사와 동일한 수사권한을 행사하게 된다. 따라서 프랑스 검찰의 수사권 및 수사지휘권은 독일에 비하여도 상당히 제한되어 있다고 평가할 수 있으며, 검찰은 자체 수사 인력을

가지고 있지 않으며 형사 증거법상 검·경간의 조서의 증거능력을 차등하여 규정하는 입법례를 취하고 있지도 않다.

또한 프랑스에 있어서 검사의 수사지휘는 예비수사 및 현행범수사의 영역에 한정되어 있으며 중죄와 복잡한 경죄사건의 수사 및 수사종결은 강제수사권을 보유한 수사판사에 의해 이루어진다. 기소권에 관하여 보면 범죄의 직접적인 피해자는 당해 범죄에 대하여 사인소추를 제기할 수 있으므로 기소권이 검사에게 독점되어 있지도 않다. 사인소추제도는 공소에 부가하여 범죄피해의 회복만을 목적으로 하는 제도가 아니라 검사의 공소와 마찬가지로 유죄판결을 받아내기 위한 적극적인 기능이 인정되는 제도이다. 또한 1급 내지 4급의 위경죄에 해당하는 범죄에 관하여는 검사장의 지명을 받은 경찰관은 기소권을 행사하고 있다(형사소송법 제445조, 제48조).

Ⅱ. 警察 主導形 國家[238)]

1. 英 國

영국 검찰은 수사기관인 경찰의 기소마저 담당함으로써 초래되는 폐해를 극복하기 위하여 소추를 담당하는 국가기관으로서 창설되었다. 적절한 기소권 행사와 공소유지를 위해 검찰과 수사기관인 경찰의 협력체제가 점차 중요시되고 있지만 검찰이 수사기관이 아니라는 점은 명백하다. 검찰은 수사권을 가지고 있지 않고, 직접수사를 행하지 않으며, 자체 수사력을 가지고 있지 않을 뿐 만 아니라 피의자나 참고인을 직접 조사하는 경우도 없다.

또한 영국의 경우 검찰이 기소권을 행사할 수 있는 사건은 경찰이 기소하는 것이 적절하다고 판단하여 소추한 사건에 한정된다. 검찰은 경찰이 송치한 사건을 검토하여 경찰 의견대로 기소하거나 적용 법조를 변경하여 기소할 수 있으며 소송절차를 중단 할 수 있다. 그러나 우리나라의 검찰과 같이 범죄혐의가 인정되어도 기소하지 않을 수 있는 광범위한 기소재량은 인정되어 있지 않다. 경찰이 소추한 사건에 대하여도 검찰은 공소를 중단할 수 있으나 검찰의 소송

238) 상게서, pp. 269-272.

절차 중단 결정이 있더라도 피고인이 재개를 요구하는 때에는 중단 결정은 무효로 되어 소송절차가 계속 된다. 검찰의 기소 및 공소유지는 원칙적으로 경찰이 소추한 사건에 한정되고 개인 및 사적단체는 독자적으로 사인소추를 제기할 수 있으므로 기소권이 독점되어 있지 않으며, 이 경우 공소유지도 사립 검사에 의해 이루어진다. 영국 검찰은 공소유지와 관련하여 또 다른 제약을 받고 있다. 즉 치안법원에서는 검사가 공소유지에 참여 할 수 있지만 형사법원에서는 재판에 참여 할 수 없고 법무변호사에게 공소유지를 대행하게 하여야 한다.

실무적으로 보면 내사·체포·압수·수색·신문 등 피의자를 입건하기 전에 행해지는 모든 수사행위는 경찰의 전적인 권한이지만, 일단 피의자가 특정되어 입건 혹은 소환이 이루어지게 되면 이 순간부터 피의자는 검찰의 책임하에 놓이게 되며, 기소절차를 계속할지 여부 역시 검찰의 판단으로 이관된다. 검찰은 사건에 관한 결정을 내림에 있어 경찰과 상이해야 할 의무가 없지만, 특히 불기소처분을 내리는 경우에 있어서는 경찰에 그 사유를 설명하고 양해하도록 되어 있다.

2. 美 國

미국은 당사자주의 소송구조가 확립되어 있으며 검사는 소추활동에 전념하고, 범죄의 수사는 원칙적으로 경찰이 담당하고 있다. 검찰이 피의자나 참고인에 대하여 신문을 행하는 것이 불가능하지는 않지만 경찰작성 조서나 검사작성 조서와의 증명력에 차이가 없고 최종적으로 공판정에서의 직접 증거가 제출되지 않으면 증거능력이 부정될 가능성이 크기 때문에 직접적으로 신문을 행하는 경우는 드물다. 또한 검사는 대배심을 통하지 않는 한 직접 소환장을 발부하여 출석의무를 부과할 수 있는 방법도 없다. 당사자주의의 전통에 입각하여 공소관으로서의 공판에서의 입증 활동에 주력하고 있는 미국검찰은 수사지휘권이 없으며, 지역에 따라 다소의 자체 수사관을 보유하고 있지만 실제 수사를 직접 수행하는 경우는 상대적으로 많지 않다 할 수 있다.

미국의 경우 수사종결권은 경찰이 가지고 있다. 수사한 결과 범죄혐의가 명백하지 않거나 증거가 불충분한 경우 사건을 검찰에 송치하지 않고 경찰단계에

서 피의자를 석방하고 수사를 종결한다. 예외적으로 체포영장이 발부되었거나 중요한 사건의 경우에는 검사와 협의하여 사건을 종결하기도 한다.

기소권은 공소관인 검사에게 부여되어 있으며 기소인부제도나 형사면책제도가 마련되어 있어 검사의 기소재량이 폭넓게 행사되고 있다. 하지만 연방헌법에 의해 보장되는 대배심에 의한 공중소추제도가 유지되고 있으므로 검사에 의해 독점되는 형식을 취하고 있지는 않다. 또한 지역에 따라서는 경죄와 일정한 범위의 중죄에 대하여는 경찰에게 재량을 주어 검사의 승인 없이도 담당 경찰관이 판단하여 법원에 소추할 수 있도록 허용하고 있다. 대부분의 주정부조직법 등에서 검사의 직무로 법집행기관에 대한 법적 조언을 규정하고 있다. 미국변호사협회의 기소기능에 관한 기준에서도 “검사는 형사문제에 있어 경찰의 기능과 의무에 관하여 법률적인 자문을 제공한다. 그리고 경찰이 법에 따른 직무를 수행하도록 하는 교육을 돕기 위해 검찰 직원의 서비스를 제공함에 있어서 경찰과 협력하여야 한다”라고 규정하고 있다.

검사의 경찰에 법적 조언의 제공여부는 지역에 따라 다르다. 도시경찰서에서는 경찰서 내에 법무담당부서 또는 법률고문을 두어 특별한 경우가 아닌 한 법률문제에 대해 독자적인 판단을 한다. 경찰은 각종 법률문제에 대처하기 위하여 규모가 큰 경찰서나 경찰국은 법무담당부서에 1~10여 명의 변호사 자격자를 고용하여 그 처리를 맡긴다. 법무담당부서의 직무는 경찰 전체의 정책에 관하여 경찰국장이나 서장을 보좌하고, 외근경찰관의 직무활동에 대하여 법률상 조언 및 개선의견을 제시한다. 나아가 경찰관에 대한 법률적 교육의 입안 내지 그 실시에 관한 계획 등을 수립한다.

Ⅲ. 混合形 國家(日本)

일본의 군국주의 형사소송법에서는 현행 우리나라의 형사소송법처럼 검찰에게 막강한 권한을 부여하였다. 그러나 제2차 세계대전 이후 당사자주의적 현행 형사소송법의 제정과 더불어 검찰은 2차적 수사기관으로 변화되었으며, 공소관으로서의 소추권 행사를 주된 임무로 하고 있다. 일본의 경우 본래적·제1차적

수사는 경찰이 담당하며, 검찰은 경찰이 송치한 사건에 대하여 공소유지를 위해 필요할 경우 사후적으로 이를 보충하거나 보정하는 수사를 담당하는 제2차적 수사기관의 지위에 있다(제189조 및 제191조 1항). 다만 검사는 수사와 관련하여 사법 경찰에 대하여, 일반적 지휘, 구체적 지휘를 할 수 있도록 규정되어 있으나, 적어도 경찰의 구체적인 개별 사건 수사의 진행 단계에 직접적으로 관여 할 수는 없다. 경찰이 진행하고 있는 수사에 대해서 검찰에 송치된 이후에 검찰이 관여할 수 있을 뿐이다.

검찰은 검사의 지휘를 받아 수사를 보조하는 자체 수사 인력으로서 검찰수사관을 두고 있다(제191조 2항). 또한 검찰은 경찰에서 송치된 사건 이외에 스스로 인지한 사건에 대하여 독자적인 수사를 수행할 수 있다. 그러나 독자수사의 영역은 증수뢰사건이나 상법위반사건 등 정치적 중립성이나 고도의 법률지식이 요구되는 사건에 한정되어 있다.

독자수사를 전담하는 부서인 특별수사부와 특별형사부는 50개 지방검찰청 및 203개 지부 가운데 일부인 13개 지방검찰청(특별수사부 3개청, 특별형사부 10개청)에만 설치되어 있고, 형사사건의 대부분은 실제 경찰에 의해서 처리되고 있다. 검사작성 피의자신문조서와 사법경찰이 작성한 피의자신문조서는 증거능력의 인정요건에 있어서 차이가 없으므로 검사가 사법경찰에서 자백한 피의자에 대하여 중복적으로 신문하지도 않으며, 검·경의 피의자 신문 조서는 다같이 제한된 요건하에서만 증거능력이 인정되고 있다.[239]

검찰은 기소독점주의 및 기소편의주의하에서 기소권과 공소유지 및 공소취소권을 행사할 수 있는 등 소추권을 가지고 있다. 그러나 수사종결권은 경찰수사에서 미죄처분을 한 경우에는 검찰에 송치하지 않아도 되도록 규정하고 있는가 하면, 죄가 안됨 사건의 경우에는 실무적으로 검찰에 송치하지 않고 종결하는 점 등으로 보아, 검찰에 전속되었다고 볼 수 없다.

---

239) 일본 형사소송법은 전문법칙(제320조 1항)을 채택하고 그 예외(제321조 내지 제328조)의 하나로서 수사기관이 작성한 피의자 신문조서(공술녹취서)의 증거능력을 엄격히 제한하고 있을 뿐, 검사와 사법경찰직원에 따라 증거능력 인정요건을 달리 규정하고 있지는 않다(제322조 1항).

第4章 우리나라 搜査權의 現況

第1節 現行 搜査의 構造

Ⅰ. 우리나라 搜査權 構造의 沿革

1. 刑事訴訟法 制定 以前

가. 日帝 强占期下의 搜査構造

우리나라가 구한말 근대적 형사사법제도를 이 땅에 미처 정착시키지도 못한 채 일제의 식민지로 전락하여 일본식 형사절차를 강요받게 된 것도 운명적 선택이라고 할 수 있다. 1910년 한일합방 이후 1912년의 조선형사령에 의해 기본적으로 대륙법의 직권주의적 형사절차를 계수한 일본의 명치형사소송법 및 대정형사소송법이 적용되었기 때문이다.

일제시대에는 1912년 3월 18일 조선총독의 제령 11호로 제정된 조선형사령에 의해 조선에 있어서 특별규정을 둘 필요가 있는 것을 제외하고는 일본에서 시행되고 있던 법률, 즉 형사에 관해서는 일본형법과 일본형사소송법 등이 적용되었다(조선형사령 제1조). 그러나 조선형사령에는 식민지 지배를 용이하기 위한 특별규정으로서 수사기관인 검사와 사법경찰관의 구인, 압수, 수색, 검증 등의 강제처분권(제12조), 사법경찰에 의한 10일간의 유치권(제13조), 검사에 의한 10일간의 구류권(제15조) 등이 마련되어 있었다. 이 때문에 명치형사소송법과 대정형사소송법이 그대로 적용되었던 일본 본토보다 막강한 처분권이 수사를 담당했던 검사는 물론 사법경찰에게도 부여되어 있었다. 대륙법계의 형사절차를 계수한 대정형사소송법은 수사상 강제처분권은 예심판사의 권한에 속해 있었다. 따라서 당시 일본 본토에서는 강제수사는 법적으로 예심판사가 시행하는 것이 원칙이었으며, 검사는 소위 요급사건에 한하여 강제수사를 행할 수 있었고, 사법경찰관은 형행범의 경우에만 극히 제한적으로 강제수사가 허용되었다. 일제는 식민지였던 조선을 효과적으로 지배하기 위해 모든 권력을 원칙적으로 조선총독부에 집중시켰으며, 조선총독은 검사에 대한 임명권을 가지고 있었을

뿐만 아니라 검사의 명령에 복종해야 하는 지위에 있었다(의용형사소송법 제246조 내지 제249조, 조선형사령 제5조). 일제의 식민지 조선에 대한 형사사법제도의 구상은 총체적으로 보면 조선총독을 정점으로 한 검사조직에 권력을 집중시켜 극대화함은 물론 수사기관에 독자적인 강제수사권이라는 광범위한 수사권한을 부여함으로써 식민지의 지배를 용이하게 하자는 것이었다고 볼 수 있다.[240]

나. 解放直後의 搜査構造

해방 직후 미군정청은 우리나라에서도 일제강점기의 인권침해적 형사절차를 개혁하기 위한 방안으로 미국식 형사사법제도를 이식한 일본식의 개혁을 이 땅에 도입하여 검찰과 경찰의 형사절차상 역할 및 상호관계를 정립하고자 하였다. 그 과정에서 공포되었던 몇 가지 미군정청의 훈령을 통해, 공소는 검사, 수사는 경찰이라는 형식의 미국식의 형사사법제도가 요구되는 등 미군정 초기에는 경찰에게 독자적인 수사권한이 부여되기도 하였다. 1945년 12월 29일자로 하달된 미군정 법무국장의 검사에 대한 훈령 제3호는 "검사의 선결직무는 관할 재판소에 사건을 공소함에 있고, 세밀한 조사는 검사의 책무가 아니다(동훈련 제1항). 검사는 경무국이 행할 조사사항을 경무국에 의뢰 할 것이며, 의뢰된 일의 처리는 경찰의 직무요 검사의 직무가 아님(동 훈령 제2항 나호), 검사는 법적 불비를 경찰관에게 지적하고 될 수 있으면 증거의 정정을 의뢰할 것(동 훈령 제2항 라호), 검사는 실제로 법적 검토를 요하는 조사에 관하여 필요하다면 관여할 것(동 훈령 제2항 마호)" 라는 내용[241]으로 이 훈령의 취지에 따르면 경찰은 수사를, 검찰은 공소를 책임지면서 서로 대등한 지위에서 협력한다는 미국법의 시각을 나타내고 있다[242].

그러나 결과적으로 우리나라는 일본의 패전 후의 검찰과 경찰의 변화와는 판이하게 다른 역사의 길을 걷게 된다. 미군정 초기의 검·경 관계 재정립의 개

240) 신양균, "수사구조개혁에 부합하는 경찰수사조직의 발전방안", 「치안논총」, 2007, 제23집, pp. 223-224.
241) 허일태, " 독일과 프랑스의 수사권 배분에 관한 비교법적 고찰" 「비교형사법연구」, 제6권 제1호, 2004, p. 145.
242) 상게논문, pp. 145-146.

혁시도는 이후 과도기적인 시대상황 속에서 구체적인 입법을 통하여 성문법률로서 정비되지는 못했으며, 미군정 중기 이후 그 주도권은 검찰측으로 넘어갔다. 당시 경찰은 일제 식민지경찰의 잔재를 제대로 청산하지 못한 상태였던 반면 검찰을 비롯한 법조계에는 독립운동가 등 명망있는 인사들이 대거 포진하고 있었기 때문에 경찰과 검찰은 그 신뢰도에 있어 현격한 차이를 보이고 있었다.

이러한 시대적 여건은 형사절차상 경찰과 검찰의 역할 및 상호관계를 미국식으로 재정립하려는 시도에 큰 걸림돌일 수밖에 없었을 것이다. 총체적으로 볼 때, 미군정 중기 이후의 수사권에 관한 규정의 변화는 대륙식 법제도에 친숙한 법률가들이 주도로 1954년 현행 형사소송법이 제정되게 된다. 현행 형사소송법은 국회법제사법위원회의 노력에 힘입어 인권보장에 철저한 영미식의 당사자주의적 요소를 적극적으로 가미한 것이었음에도 불구하고, 경찰과 검찰의 관계는 일제하의 그것과 기본적인 맥락을 같이하게 되었던 것이다. 특기할 만한 것은 형사절차법의 정비과정에서 법제정의 주도권을 쥐고 있는 법률가들의 견해가 전면에 등장하고, 역으로 정작 이해당사자라고 할 수 있는 경찰 측의 견해는 적어도 입법 자료의 차원에서는 거의 발견되고 있지 않다는 점이다.[243)]

2. 刑事訴訟法 制定 以後

가. 이승만 政權下의 搜査構造

현행 형사소송법 제정 당시 우리의 입법자들은 경찰과 검찰의 관계를 어떻게 정립할 것인가라는 문제에 대하여 특별한 관심을 가지고 있었다는 사실은 관련 입법자료 등을 통해서 확인할 수 있다. 이 문제에 대한 입법자들의 인식을 개관하자면, 인권보장에 충실하기 위해 영미법계의 당사자주의적 형사절차를 폭넓게 수용하고자 하였으며, 또한 수사와 소추를 분리하여 경찰과 검찰에게 분담시키는 미국식의 수사구조를 도입하는 것이 법이론적으로 보다 바람직하다는 점에 대하여도 공감대가 형성되어 있었다고 볼 수 있다.

이러한 점은 당시 입법과정에 참여했던 검찰출신의 법조인이자 형사법학자로

---

243) 신양균, 전게논문, pp. 224-225.

서 법제사법위원회를 주도했던 엄상섭 의원의 견해나 검찰총장이었던 한격만의 발언 등을 통해서 간접적으로 엿볼 수 있다.[244)]

1954년 제정된 현행 형사소송법은 검사에게 수사주재자로서 사법경찰의 수사를 지휘하는 권한을 부여하는 검사주재형 수사구조를 확립한 입법이었다는 평가 이외에도 검·경 관계를 설정함에 있어 간과하지 말아야 할 중요한 입법적 특색을 가지고 있다. 검사가 법률적인 후견감시인으로서 사법경찰의 수사를 지휘하는 역할에 머물지 않고, 검사가 스스로 피의자를 신문하는 등 직접수사를 수행해야 할 필요성을 제공함으로써 검찰이 실질적인 수사기관으로 전락하는 구조를 만드는 입법이었다는 점이 그것이다. 그 주된 원인은 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 사법경찰작성의 피의자신문조서의 증거능력에 비하여 극도로 완화시켰다는 점에 있다. 즉 사법경찰이 작성한 피의자신문조서는 공판정에서 피의자가 그 내용의 진정을 인정하지 않는 한 아예 증거능력을 부정하는 획기적인 조치를 단행하면서도 상대적으로 검사작성 피의자신문조서의 증거능력은 오히려 극히 완화시킴으로써 검사가 직접 피의자를 신문하여 수사할 수밖에 없는 이중적 수사구조를 형성시켰던 것이다.

당시 입법자들은 실제 대부분의 수사를 담당하던 경찰이 더 이상 고문이나 자백을 강요하는 탈법적 관행을 유지하지 못하도록 하는 특단의 입법적 조치를 취했지만, 반대로 검찰의 일차적 수사기관화나 중복적 수사체계의 형성 문제는 제대로 예상하지는 못했다고 볼 수 있다.

이러한 역사적 상황 속에서 수사주재자로서의 지위를 그대로 이어받아 탄생한 한국 검찰은 현행 형사소송법 제정 당시의 강력한 권한을 그대로 유지함에 그치지 않았다. 그간 법규제정에 있어서의 우월적 지위를 이용하여 사법경찰에 대한 지휘권을 확보하기 위한 실로 다양한 법적·제도적 담보책을 마련해 왔던 것이다. 한편 실무운용에 있어서는 법무부는 검찰청직원을 포함한 법무부 소속 직원이 관련된 사건에 대하여는 경찰이 직접수사하지 말고 검찰에 신속하게 사건을 송치하도록 요구하는 예규를 발하기도 하였다.

그러나 이승만 정부하에서 경찰은 최고 권력자의 지지와 신뢰를 얻기 위한

244) 상게논문, p. 225.

충성경쟁에서 우위에 섬으로써 제도상의 문제가 크게 드러나지 않았다. 즉 당시 경찰은 이승만 대통령의 충실한 사병역할을 수행했고, 이로인해 이승만 대통령의 권력이 강화되었다. 광복이 되면서 움츠러들었던 식민경찰 잔당들이 날뛰고 수사권자요 경찰수사의 법적 지휘자인 검찰이 되레 경찰관에게 면박을 당하는 일이 자주 발생하기도 하는 등 그야말로 경찰국가였다. 건국초기 혼란을 온몸으로 막고 폭도와 공비의 공격에 목숨을 바친 경찰관들의 희생과 봉사는 선거부정에까지 개입한 정치경찰의 만행에 가려 빛을 잃었다.[245]

나. 軍事政權下의 搜査構造

4·19 혁명과 제2공화국의 민주주의 실험이 쿠데타로 중단된 후 전개된 기나긴 박정희 군사정부 시절은 검찰의 득세기였다. 자유당 시절 경찰의 횡포에 시달린 악몽을 지우지 못한 검찰은 군사정부의 통치 구조를 설계하는 '국가재건최고회의'에 법률전문가로 참여해 헌법과 법률들을 군사독재에 맞게 고치고 만드는 작업을 수행하게 된다.

이 과정에서 국가운영의 효율성 극대화와 인권의 제약, 민주주의 억제에 그들의 지식과 재능을 헌신한 대가로 검찰은 형사사법제도를 검찰중심으로 새로 짤 절호의 기회를 부여받게 되었고. 그 결과는 헌법에 세계에서 그 유래를 찾을 수 없는 검사의 독점적 영장청구권을 규정하고, 구속적부심 조항과 임의성 없는 자백의 증거능력 배제 조항을 삭제하는 등 경찰수사권독립 주장의 싹을 없애는 한편, 검사 마음대로 형사사건을 주무를 수 있는 헌법적 토대를 구축한 것이다. 법무부 소속직원은 검사 이외에는 누구도 수사할 수 없도록 검찰청법에 규정한 것도 이 때이다.

교도소 등 교정업무를 관장하는 교정국장 등 검찰업무와 관련 없는 형사사법업무도 모두 검사의 보직에 포함되었다. 2-30대 젊은 검사들이 영감님 소리 들으며 50대 경찰서장에게 반말을 하고 그 책상 위에 앉아 서류 가져오라고 호통을 치기도 하고 20대 후반의 소장검사 출신이 경찰개혁의 사명을 띠고 서울경찰청장에 임명되기도 하였다. 이 후 경찰은 검찰업무에 종속되어 피의자 호송,

245) 상게논문, pp. 225-226.

벌금미납자 소재수사, 검찰고소사건 수사대행, 검찰요구 정보수집 등의 역할을 떠맡게 되었다.

1980년대에 들어서면서 '공안정국'이 조성되고 군을 투입한 광주항쟁의 유혈진압 이후 국제사회의 지탄과 압박을 받은 정권은 경찰력을 시국치안에 집중시켰고, 경찰도 권력을 유지하는데 다시 힘을 기울여야 했다. 그 대가로 직급이나 대우 등에 있어서 각종 혜택과 은사를 누렸지만, 헌법과 형사소송법의 개정을 요하는 수사권 문제는 논의대상에서 제외되었다. 경찰의 수사권 독립 노력은 주로 비공식적이고 사적인 경로를 통해 권력자에게 희망사항을 전달하는 형태로 이루어졌다.

노태우정권하에서는 대통령이 검찰을 사병처럼 거느리고 검찰이 경찰을 완전히 지배하는 형태로 정권유지의 수단으로 활용되었지만, 국민의 권력에 대한 불신과 저항은 커지고, 결국 전두환 정권이 설립한 경찰대학 졸업생들과 재학생들은 경찰을 더 이상 정권의 시녀로 쓰지 말라며 소위 경찰중립화 선언을 하고 과거와의 단절을 시도하기도 하였다.[246)]

다. 文民政府 以後의 搜査構造

문민정부가 들어선 이후 권력기관의 정치적 중립이 강조되면서 수사권 문제도 수면 위로 떠오르지 못하였고 인권문제가 강조되면서 1995년 12월 29일 제8차 형사소송법 개정시에는 기존의 경찰관서에 대한 구속장소 감찰권을 질적으로 더욱 강화시켰다. 즉 그 감찰대상을 경찰관서뿐만 아니라 관하 수사관서 전반으로 확대하였고, 감찰권의 내용에 있어서도 기존의 체포, 구속된 피의자에 대한 신문권과 사건송치명령권에 더하여 "적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속되었다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우"에는 체포, 구속된 피의자에 대한 즉시석방명령권을 추가하였다.

국민의 정부가 들어설 당시 검찰에 집중된 권력의 분산과 경찰의 분권화가 민주주의 정착의 전제조건이라는 신념 아래 경찰 수사권독립과 자치경찰제 도입을 공약사항으로 내걸었지만, 검찰과 경찰의 갈등이 야기되면서 수사권 관련

246) 상게논문, p. 227.

논의가 대통령의 지시에 의해 중단되고, 자치경찰제 도입 역시 중단되었다.
그 후 참여정부가 들어서면서 같은 공약을 내세우고, 정부혁신, 지방분권, 경제개혁과 사회개혁이라는 포괄적인 로드맵에 따라 자치경찰제도 법안상정단계까지 이르게 되었으며, 사법개혁의 일환으로 수사와 관련된 다양한 논의들이 진행되었다. 특히 수사권과 관련해서는 검찰과 경찰이 협의체를 구성하여 각자의 입장을 개진하고 양측에서 추천한 민간위원들이 자문위원회를 통해 사회각계의 입장과 바램을 더하여 "경찰수사의 독자성을 인정하고 검찰의 부당한 지배와 개입을 방지하되 경찰수사에 대한 검찰의 준사법적 통제장치는 확고하게 마련 한다"는 전제 아래 다양한 쟁점에 대해 합의와 조정을 거친 바 있다.[247]

Ⅱ. 現行 搜査權의 問題點

소추권을 독점하고 있는 검찰이 수사절차마저 철저히 장악하고 있는 현실상황은 이대로 유지되는 것이 합리적이고 타당하며, 피의자의 인권보호나 실체적 진실발견 등 형사사법이 추구하는 제이념을 실현하기에 적합한 것인지 현실상황이 한국의 형사사법의 제환경 속에서 어떠한 문제점을 드러내고 있으며, 또한 어떠한 위험성을 내포하고 있는지 파악하기로 한다.

첫째, 수사의 주체성에 관한 문제를 들 수 있다. 검찰은 경찰법, 경찰관 직무집행법 및 사법경찰관리집무규칙 등의 규정을 들어 경찰도 수사권의 주체이고 수사권이 보장되어 있다고 주장하나 다수설은 현행 형사소송법 제195조 및 제196조, 검찰청법 제53조, 사법경찰관집무규칙 제2조 제1항 등을 근거로 수사권의 주체는 명백히 검사이고 사법경찰관리는 수사의 보조자로 보고 있다[248]. 따라서 모든 형사사건에 대한 수사의 주재자는 검찰이고 경찰은 그의 지휘를 받아서만 수사하도록 되어 있으나, 수사실무에서는 특히 중대하고 이례적인 범죄사건이 아닌 한 대부분 경찰이 독자적으로 수사를 개시하여 완료하고 검사는 송부된 수사 기록만을 토대로 기소여부를 결정하고 있다. 소수의 검사가 모든

247) 상게논문, p. 228.
248) 사법경찰관을 수사의 주체로, 사법경찰리는 보조자로 보는 견해도 있다(배종대・이상돈,「형사소송법」, 2001, p. 173, 백형구, 「형사소송법 강의」, 1997, p. 367. 수사주체설).

형사사건에 대해 책임 지휘한다는 것은 물리적으로 불가능하며 현실과의 괴리감[249]이 상당하다 할 것이며,

둘째, 검찰권의 비대화와 이에 대한 견제장치의 불비의 문제이다. 검찰은 일국의 수사절차를 장악하고 있음에 더하여 배타적ㆍ독점적 소추권한을 보유하고 있다. 그럼에도 불구하고 이에 대한 실효성 있는 통제장치는 물론이거니와 권력의 분립ㆍ다원화에 따른 견제장치 또한 미흡하다. 독점적인 기소권과 혐의가 있어도 기소하지 않을 권리, 이 두 가지 권리를 함께 가진 조직에 엄격한 자기통제를 기대하는 수밖에 달리 방도가 없는 것이 현실이다. 그러나 견제장치 없이는 자기 통제가 심히 어려운 일임은 이미 반세기가 넘는 역사적 경험을 통해 충분히 증명되었다. 전근대적 도덕률에 의존하여 일국의 형사사법의 정의를 세우려는 것은 다원화된 시대의 요구에 더 이상 부합되지 않는다.[250]

문제의 심각성은 우리 형사사법시스템이 수사단계에서조차 검찰에 대한 타기관의 견제를 배제하는 체제라는 점에 있다. 현재 검찰의 비위에 대하여 수사할 수 있는 기관은 검찰 자신을 제외하면 사법경찰밖에 없으나, 검찰에 대한 사법경찰의 수사는 현실적으로 불가능에 가깝기 때문이다. 예컨대 사법경찰이 분투하여 검찰의 불법을 수사한다고 하더라도 일단 범죄 발생단계에서 검찰에 보고되거나 영장신청절차를 포함하여 각종 수사처분과 관련한 경찰의 사전 내지 사후의 승인ㆍ보고ㆍ건의를 받는 과정에서 검찰의 구체적ㆍ포괄적 수사지휘권에 의해 자의적으로 제어될 수 있다.[251] 셋째, 위법적ㆍ인권침해적 피의자신문절차의 형성과 수사절차 규문화의 문제이다. 검사가 직접 수사를 담당하고 사법경찰의 수사를 구체적으로 지휘하는 현행 수사구조하에서는 검사는 유죄입증을 위해 수사과정에서 자백을 포함한 증거의 수집에 몰두하게 된다. 검찰이 직접 수사를 주도하는 구조 하에서는 검찰의 사법경찰의 수사를 감시하는 제3

---

249) 서보학, “수사권 중립을 위한 수사권의 합리적 배분”, 「헌법학 연구」, 제8권 제4호, 한국헌법학회, 2002, p. 188.

250) 표창원, 김택수, 박노섭, 이동희, 이영돈 공저, “경찰수사제도 개선에 관한 전략적 방안 연구”, 경찰대학교 연구보고서, 2005, pp. 290-293.

251) 중앙일보, 검찰 “구체적 혐의 드러나면 조사” 경찰이 사건 브로커 용의자 박모씨의 휴대전화 통화내역을 추적해 현직 검사 20여명 등 법조인 30여명의 명단을 작성한 사실이 알려지자, 검찰은 즉각 진상파악에 나섰다. 2003. 4. 24일자.

자적 통제자의 역할을 기대하기 어렵다. 검찰의 수사 중심적 조직운용의 심화 현상은 이러한 관점에서 이해될 수 있다. 또한 잘 알려져 있는 바와 같이 담당 사건의 유죄 판결율이 검찰인사의 중요한 기준으로 평가되고 있다는 사실과 전문증거인 검사작성의 피의자신문조서가 공판정에서 실효성이 있고 또한 제한없이 통용되고 있는 현실은 검사에게 자백획득에 대한 유혹을 더욱 부채질하고 있다. 검찰이 그간 외부인, 나아가서 변호인의 접촉까지 차단하고 밀실형태의 조사실에서 비가시적인 피의자신문을 행해왔다는 사실은 이러한 구조적 문제점과 무관하지 않다. 우리 검찰의 피의자신문과정에서 탈법적인 수사관행은 이미 수사 실무가들 사이에서도 여러 차례 지적된 바 있다.

넷째, 기소재량을 악용한 비합법적 사법거래 및 허위진술 취득의 위험성이다. 기소편의와 기소독점이라는 강력한 권한을 갖고 있는 검찰은 유죄입증에 필요한 진술을 얻기 위해 피의자신문과정에서 기소재량을 악용한 비합법적 사법거래를 동원하여 피의자로부터 자백을 받아낼 위험성이 있으며, 그러한 자백에는 허위가 개입될 여지 또한 크다. 예컨대 불기소나 기소유예처분을 약속하거나, 또는 경미한 죄로 소추하거나 경하게 처벌하겠다는 약속을 하고 자백을 유도하는 경우를 예상할 수 있다.[252] 더욱이 이러한 유도된 진술이 특정한 피의자의 범죄사실을 입증하기 위해 공범이나 참고인으로부터 취득되는 경우에는 진술이 아닐 가능성이 더욱 크다고 볼 수 있다. 일반적으로 수사기관은 자신의 유죄심증에 집착한 나머지 유죄입증에 유리한 진술만을 편집하여 조서를 작성한 후 법률적 논점에 대한 판단력이 일천한 피의자로부터 서명날인을 받아 낼 위험성을 가지고 있다. 또한 신문과정상의 피의자의 진술은 수사관에 의한 진술녹취과정과 문서를 통한 법관의 지득과정이라는 이중적인 전달과정 속에서 본래의 진술내용과는 이질적인 것으로 변질될 수 있다. 검사작성의 조서가 무제한적으

252) 불기소나 경한 죄의 소추를 약속하는 등 기소재량을 악용하여 자백을 유도한 사례는 판례를 통하여도 엿볼 수 있다. 수뢰금액을 낮추어 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물수수)을 적용하지 않고 단순수뢰죄의 가벼운 형으로 처벌받게 해 주겠다고 약속하고 자백을 유도한 사례(대판 1984.5.9, 83도2782), 별건의 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기) 및 사문서위조 등의 혐의로 수배중인 자에게 사기의 점에 대하여는 무혐의 처분하고 사안이 가벼운 사문서위조만을 기소하기로 약속하고, 본건에 있어 뇌물을 교부하였다는 자백을 유도한 사례(대판 2002.6.11. 2000도5701) 등.

로 통용되고 있는 실정하에서 이러한 조서를 근거로 무고한 자가 처벌되는 일이 발생하지 않을 것이라고 장담할 수 는 없을 것이다.

다섯째, 공소기관으로서 그 직분에 요구되는 객관성과 중립성을 저해하고 있다는 점이다. 검사는 공익의 대표자로서 기소여부를 판단하고 법령의 정당한 적용을 감시하는 현행법상의 책무를 부담하고 있다. 공소를 전담하고 있고 광범위한 기소재량을 행사하고 있는 한국적 상황을 감안하면 검찰의 객관성 및 중립성의 요청은 더욱 중요시된다. 그러나 공소기관인 검찰이 수사를 직접 담당하는 구조하에서는 이러한 객관성과 중립성을 유지하기 어렵다. 검찰이 수사를 직접 담당하는 한 수사기관으로서 가지기 쉬운 유죄의 예단으로부터 자유로울 수 없다. 스스로 적극적으로 수사를 행한 자가 공소기관으로서의 객관적이고 중립적인 공소업무를 수행한다는 것은 양립될 수 없는 난제인 것이다.

여섯째, 당사자인 검사의 지위와의 배치성 및 피고인의 방어권 제약의 문제이다. 검사가 향후 당사자인 피고인이 될 자를 수사단계에서 객체로 삼아 직접적으로 신문하여 조사하는 것은 이론적으로 당사자인 검사의 지위에 부합되지 않으며, 피고인의 방어권을 실질적으로 제약하는 측면이 있다. 또한 공판중심주의가 확립된 법정절차에서는 수사과정을 체험한 수사관의 법정증언이 활성화되어야 할 것이나, 당사자인 검사에게 공판정에서의 증인의 역할을 기대하는 것은 적절하지 못하다는 점도 고려되어야 할 것이다.

第2節 搜査權 配分의 論爭

Ⅰ. 贊成論

1. 理論的 根據

가. 犯罪 一體性[253]

경찰의 주임무는 범죄의 예방과 진압이고 이 두 가지 임무는 동전의 양면과 같이 한계를 그을 수 없는 밀접한 관계에 있다. 그럼에도 범죄는 경찰의 임무

253) 박효식, “경찰의 독자적 수사권 확보 및 통제 방안”, (석사학위 논문, 경북대학교 행정대학원, 2006), pp. 52-55.

로, 범죄의 진압(수사)는 검찰의 임무로 돌리는 것은 사변적 논리일 뿐만 아니라, 능률적인 범죄예방 및 진압업무의 수행을 위해서도 불합리하다.

나. 權力分立의 原則

권력의 분립과 분쟁을 통한 권력기관 상호간의 견제와 균형은 현대 법치국가에서의 최소한의 요청이며 민주주의의 기본원리다. 입법, 사법, 행정을 분리함과 마찬가지로 수사, 소추, 재판 등 3가지의 형사사법기능을 각각 경찰, 검찰, 법원이 나누어 담당하는 것이 민주주의 원리에 맞고 국민의 인권보호에도 유리할 것이다.[254] 수사의 주재자인 검사가 기소독점주의, 기소편의주의, 검사동일체의 원칙 등과 맞물리게 되면 검찰 파쇼화를 피할 수 없을 것이다.[255]

다. 公判 專擔論

검사는 공소관으로서의 직무에 전념하여 기소, 불기소 결정권과 공판 활동 권한만 가지며 수사 활동에는 관여하지 않는 것이 바람직하다. 그 이유는 첫째, 최근 공판절차는 점차 당사자주의, 공판중심주의, 직접심리주의로 이행되고 있는 추세에 비추어 검사는 공소관으로서의 직무에 전념해야 하고, 둘째, 검사 자신은 수사에 관여하지 않음으로써 예단을 배제하고 중립적 시각에서 사건을 객관적으로 검토할 수 있으며, 셋째, 이중수사를 피함으로써 수사체계를 일원화하여 수사의 능률을 향상시킬 수 있고 공소권의 순수성을 보장할 수 있어 형사소송의 이념에 더욱 충실할 수 있다.[256]

라. 搜査 責任의 明確性

행정원리상 모든 행정기관에는 책임에 일치 내지 상응하는 권한이 부여되어

---

254) 최환성, ‘경찰의 독자적 수사권 확보방안에 대한 연구“, (석사학위논문, 한양대학교 행정대학원, 2001), p. 51.

255) 표창원, “한국경찰의 수사권 독립방안에 관한 연구”, 춘계학술세미나자료집, 한국형사정책학회, 2003, p. 43.

256) 이경훈, “한국경찰의 수사권 독립방안에 관한 연구”, (석사학위논문, 한남대학교 행정대학원, 2003), p. 10.

야 할 것이다. 실제 수사 현실에서 범죄 발생의 경우 사건해결에 대한 임무와 책임을 경찰이 모두 부담하고 있으며, 실체적 진실발견을 위한 증거수집과 범인검거와 관련한 수사기법 내지 기술의 지도와 충고, 수사방향의 판단과 제시 등은 대부분 경찰간부가 지휘를 하면서도 현행법상으로는 검사가 수사의 주재자로서의 권한을 가지고 있어 책임과 권한이 전혀 일치하지 않고 있다. 수사권을 보유하고 지휘하는 검사보다는 단순히 검사의 보조자에 지나지 않는 경찰이 전 수사과정과 그 결과에 대하여 내부적으로는 물론 대외적인 언론, 여론에 대해 책임을 지고 있는 실정이다. 수사의 미진이나 의율의 착오와 오판, 재판에서의 무죄판결 등이 있을 때, 사건관련자들은 그것이 누구의 책임인지 판단이 극히 난감할 것이다. 이처럼 책임이 있는 곳에 권한은 없고, 권한이 있는 곳에 책임이 따르지 않는 모순을 해결하고 수사기관의 책임소재를 분명히 하기 위해서는 경찰에게 수사권을 부여하여야 하고 그 연후에야 상응하는 책임을 물을 수 있을 것이다.

마. 行政組織 原理에 違背

관료제를 집대성한 Marx Weber는 전통적 조직이론에서 특히 관료(행정)조직의 기본요건의 하나로써 명령지휘계통의 일원화를 들고 있다. 이것은 조직구성원들이 각자 한 사람의 상관으로부터만 명령을 받아야 한다는 원리이다. 만약 어떤 조직구성원이 복수의 상사로부터 명령을 받게 되면 혼란에 빠지고 비능률적이며 무책임하게 된다. 명령의 통일성을 유지함으로써 기관내의 권한과 통제를 강화시켜주며, 행동에 대한 책임을 판단하는데 도움을 줄 뿐 아니라 의사전달을 촉진시키고 모순된 명령을 제거함으로써 기관내의 갈등을 감소시키고 조직원에 대한 효과적인 감독을 강화시켜준다. 동일 조직내에서 복수의 상사로부터 지휘, 명령을 받아도 문제가 되는데, 조직 외부 기관인 검사의 지휘, 통제까지도 받는 모순으로 인하여 명령계통이 이원화되어 경찰의 강력한 명령계통이 확립되지 못하며, 책임행정의 원리에 위배된다고 하겠다.

2. 現實的 必要性에 따른 根據

가. 靑少年 및 家庭暴力犯罪에 대한 檢察搜査의 限界

범행청소년들은 성인과 달리 재사회화의 가능성이 크고 낙인효과 배제 등의 관점에서 무차별적인 형사처벌보다는 선도를 통한 비범죄화 방안이 절실히 요구된다. 이런 관점에서 경찰에게 마땅히 명문화된 법적 훈방권이 부여되어야 하나 수사에 관한 모든 권한이 검찰에 집중되어 있어 불필요한 청소년 전과자가 양산되고 있다. 그리고 아동학대나 가정폭력현장에 출동한 경찰관은 대다수 경우에 가해자를 현장에서 격리, 유치, 전문치료기관 위임 등의 임시조치를 취해야 하지만 반드시 검사를 경유하여 판사에게 조치를 청구해야 하므로 신속한 조치가 불가능하고, 또 현장에서 범죄 상황을 보지도 못한 검사에게 적절한 판단을 기대한다는 것도 모순이라 할 것이다. 현장 접근성이 가장 뛰어나고 피해자 보호 및 지원이 용이한 경찰이 주체성을 가지고 중심역할을 할 수 있도록 법적 근거를 마련할 필요가 있다할 것이다.

나. 形式的 調査指揮와 事件 處理의 遲延

소수의 검사가 폭주하는 사건을 실질적으로 지휘한다는 것은 물리적으로도 불가능하다. 당연히 대부분 사건에서 검사 지휘는 면피적, 형식적 서면검토로 끝나게 된다. 형사소송법 제222조 제1항과 동조 제3항, 사법경찰관직무규칙 제33조 제1항과 동조 제2항에 의하면 사법경찰관이 변사체를 발견하면 반드시 검사에게 보고하고 그 지휘를 받아 처리하도록 되어 있는데 그 지휘내용은 거의 대부분이 사체 검시하여 사인을 규명하고 범죄혐의 없으면 유족에게 인계하거나 유족이 없으면 가매장할 것이라는 내용이다. 즉 변사의 신고를 받은 경찰관이 검시 전 먼저 검사에게 보고하여 지휘를 받는 것이 아니라, 의사를 대동하여 사체를 검안하고 관계인 진술을 받는 등 검시를 완료하고 보고하여 검사의 형식적 지휘를 사후에 받아 처리하는 것이다. 이렇게 처리하는 기간이 1일 내지 3일정도 소요된다. 그러므로 교통사고 사망자, 연탄가스 중독사망자, 익사사고사망자, 최근 급증하는 자살자 등 년간 24,740건에[257] 달하는 변사사건에서

257) 범죄통계, 경찰청, 2007, pp. 1138-1139.

유가족들은 불의의 사고로 인한 경망 중에도 적시에 장례를 치르지 못하고 타살혐의가 없음이 명백한데도 검사의 형식적인 지휘절차 때문에 많은 시간을 기다려야 하는 것이다. 다음으로는 각종 수배자·피 체포자 신병처리에도 불합리한 문제가 있다. 기소중지자 등을 검거하면 신병처리에 대하여 검사의 지휘를 받아 구속 혹은 불구속 처리해야 하기 때문에 사건의 경중이나 합의 유무 피해자의 처벌의사를 막론하고 검사의 지휘가 나올 때까지 경찰관서 유치장에 수감되어야 함으로 인해서 수배자 자신의 인권침해는 물론이고 가족들의 불안을 초래하고 있다. 압수물의 환부에 있어서도 매건 마다 검사지휘를 받아 피해자에게 환부하게 되므로 당장 사용해야 하거나 변질 우려가 높은 물건의 경우에 겪게 되는 관계인의 불편과 손실도 적지 아니하다. 위와 같은 이유 등으로 경찰 수사실무에서 사건처리 절차를 잘 모르는 주민들로부터 항의를 받는 사례가 다수 있고, 이들 유족에게 법절차를 이해시키고 설득시키는 데는 큰 어려움이 따르고 있으며, 이로 인한 경찰의 사기저하와 위신실추는 물론이고 검사지휘를 빙자하여 사건을 무성의하게 처리할 우려도 있는 것이다.

Ⅱ. 反對論

1. 理論的 根據*258)*

가. 大陸法系의 職權主義的 刑事司法 體系

대륙법계에서는 수사, 공소, 재판과 형집행까지의 형사절차는 형사적 분쟁절차로써의 광의의 사법영역이었다. 이러한 형사사법과 위험진압, 치안유지 등을 목적으로 하는 경찰과는 엄격히 분리되는 것이다. 19세기 중엽까지 계몽시대 이전에는 규문판사에 의해 수사와 공소, 재판의 3과정이 독점되었으나, 규문주의 폐단을 시정하고자 수사와 공소, 재판을 분리하여 재판을 담당하는 판사로 하여금 수사와 공소과정에 관여하지 못함으로써 재판과정을 순수화하고, 수사와 소추는 새로 만들어진 기관인 검찰에 맡겨졌다. 다시 말하면 대륙법계에서는 수사는 광의의 사법이며 광의의 사법기관인 검찰의 업무라는 것이다. 이렇

258) 박효식, 전게논문, pp. 55-58.

게 규문판사가 아닌 검사가 수사와 소추를 담당하는 탄핵주의의 등장에다 우리나라의 직권주의 구조상 재판과정에서 일방 당사자인 검사에게 수사의 주도적 권한을 부여함이 타당하다. 즉 장래에 있어서 피의자, 검사, 법관의 삼면관계로 발전되는 과정에서 검사가 그 역할을 원할히 수행할 수 있도록 수사단계에서부터 검사에게 주도적 권한을 부여하는 것이 실체적 진실발견과 인권보장에 유익하다는 것이다[259].

나. 行政作用으로서의 警察作用

본래적 의미의 경찰작용은 위험진압과 질서유지 작용으로서, 이것은 행정작용이라는 것이다. 범죄수사는 형사사법작용인데도 경찰이 고유의 업무가 아닌 수사를 담당하는 것은 소수인 검사가 모든 수사 활동을 할 수 없기 때문에 이를 도와줄 보조 인력이 필요한데 그 보조자가 사법경찰이다. 그런데 사법경찰을 구성하는 방법은 사법 내에 고유의 사법경찰을 구성하는 방법과 행정경찰의 일부를 사법경찰로 임명하여 검사의 지휘를 받도록 하는 방법이 있는 바 우리나라는 후자를 취한 것이다. 즉 필요에 의해 형사소송법이나 경찰관직무집행법으로 경찰의 직무에 범죄수사를 포함시킨 결과로 일종의 권한의 위임이라는 것이다.[260]

다. 搜査와 公訴의 一切指向性

검사의 사건 종결권과 수사지휘권은 소추 집행상 당연히 수반되는 권한이라는 것이다. 즉 경찰이 독자적으로 범죄의 혐의 유무를 판단하여 무혐의로 판정한 사건은 검찰에 송치하여 검사의 판단을 받지 아니하고 경찰에서 종결하고(사건종결권), 경찰이 혐의 있다고 판정한 사건만 검찰에 송치하여 재판에 회부하도록 하자는 주장은 사실상 소추, 즉 재판회부 여부를 경찰이 결정하는 결과를 초래하여 검사의 소송 제기권을 빈껍데기로 만드는 것으로 경찰의 사건 종

259) 이완규, 「검찰제도와 검사의 지위」, 도서출판 성민기업, 2005, pp. 358-359.
260) 상게서, pp. 359-360.

결권 주장은 국가소추권자로서의 검사제도 자체를 부정하는 것이다.

또한 수사는 소추, 즉 범죄자의 처벌을 위하여 소송제기(재판회부)를 목적으로 진상규명과 증거수집을 하는 등의 준비행위이고 범죄가 발생하여 시간이 경과하면 증거수집이 어려워지므로 소추권자인 검사가 소추권 행사를 제대로 하기 위하여는 범죄 발생 즉시 개시되는 경찰수사에 대해 진상확인과 재판에 필요한 증거수집 등에 관한 수사지휘가 필요불가결하다는 것이다. 따라서 소추권자인 검사가 범죄의 혐의 유무를 정확히 판정하기 위하여 필요한 증거수집지휘 등을 할 수 없도록 검사의 수사지휘권을 지배하는 것은 검사에게 소송유지의 책임만 부과하고 이에 필요한 권한은 주지 않겠다는 것이며, 이는 대부분의 범죄가 범죄현장에서의 증거 채취 여부가 혐의 유무를 좌우하고 초동수사 단계(경찰수사 단계)에서 증거수집에 실패하면 이를 회복할 수 없는데 검사에게 초동수사 단계에서 증거수집 지휘를 못하게 하고는 재판에서 유죄입증을 못한데 대한 책임을 묻는 것은 부당하다는 것이다. 즉 그렇게 되면 검찰은 공익의 대변자인 검찰제도 자체를 붕괴시키고 결국 경찰이 형사사법 전체를 좌지우지하게 되는 결과를 초래하게 된다는 것이다. 이런 이유로 역사적으로 경찰에게 수사권이 보장되어 있는 영미법계 국가에서도 경찰은 검사의 사실상의 수사지휘를 받는다고 주장한다.[261]

라. 適正節次의 保障과 人權侵害憂慮

수사의 기본이념은 실체적 진실발견과 적정절차를 통한 인권보장이다. 수사과정은 자연인의 신체에 물리력을 가하는 등 인권침해의 가능성이 상존하므로 국민의 인권보장을 위해서는 수사절차에 법적으로 엄격한 규제가 따른다. 따라서 수사에 임하기 위해선 수사관의 해박한 법률적 지식과 높은 인권의식이 요구되지만 경찰은 법지식과 인권의식이 희박하여 피의자의 인권을 침해할 가능성이 높으므로 법률지식이 풍부한 검사가 수사를 지휘해야 한다는 것이다. 검사의 사건종결처분, 즉 불기소에 대하여는 항고제도, 법원에의 재정신청제도,

261) 천진호, “합리적인 수사권 조정원리에 관한 연구” 「경찰학 연구」, 2005, 제9호, 경찰대학, pp. 23-24.

헌법재판소에의 헌법소원제도 등 각종 제도장치가 있는데 경찰수사에 대해서는 검사의 수사지휘권이 유일한 견제장치인데 이를 배제하면 경찰의 불법수사는 아무런 제동장치도 없는 결과가 된다는 것이다.

마. 現在도 警察은 搜査主體이다.

형사소송법 제196조 해석상으로도 사법경찰관은 수사의 주체로 볼 수 있고 형사소송법에서 개별적인 수사권한을 명시하고 있는 만큼, 사법경찰관에게는 수사개시 및 수사진행권이 있다. 그리고 경찰법, 경찰관직무집행법에 경찰수사에 관한 근거조항이 있고 현실적으로도 경찰이 검사지휘 없이 수사를 개시, 진행하기 때문에 형사소송법 개정이 불필요하다고 한다.

2. 現實的 必要性에 따른 論據

가. 警察과쇼화 憂慮

경찰은 치안행정기관으로 방대한 조직과 인력 장비, 정보수집권, 무장경력 등을 갖춘 조직으로서 생활안전, 경비, 교통, 정보, 보안, 외사 등 다양한 기능을 수행하고 있으며 더구나 강력한 중앙집권적 조직형태를 취하고 있는바 여기에 수사권에 대한 유일한 견제 장치인 검사수사지휘권을 배제[262]시키고 수사의 주도적 권한까지 보유하게 된다면 경찰국가화의 길로 치달을 위험이 있다.

검사로부터 지휘 받지 않는 수사권이 경찰의 그물망 같은 정보기능과 결합하게 되면 경찰을 더 이상 통제할 방법이 없고 견제와 균형의 원리에 위배된다는 것이다.

나. 警察의 資質과 政治權力 指向性

경찰은 전문지식이 부족하므로 경제사범, 조세범 수사나 국가적 이익에 관한 죄를 위반한 범죄인을 처리하기 부적합하고, 권력과의 타협성 때문에 권력형 범죄를 다룰 수 없다는 것이다.

---

262) 서보학, 전게논문, p. 187.

다. 時代的 趨勢에 逆行

선진국일수록 국민들의 높은 인권의식에 따라 경찰수사에 대한 감시, 통제는 강화되고 있으며, 법률가에 의한 수사가 일반화되는 추세이다. 국민의 인권보장을 위해 검찰, 국가정보원을 비롯한 공권력 행사기관에 대한 견제, 감시가 오히려 강화되고 있는 시대적 추세 속에서 오직 한국 경찰만이 인권보장과 적법수사를 위한 견제장치인 검찰의 수사지휘권을 배제한다는 것은 시대적 추세에 맞지 않다는 것이다.

Ⅲ 贊·反 論爭에 대한 檢討

1. 職權主義 構造上 檢事指揮의 必要性*263)*

형사소송구조에서 직권주의는 법원의 주도적 지위를 인정하여 사건의 심리에 법원이 적극적으로 관여하는 소송구조이며, 당사자주의는 당사자에게 주도적 지위를 인정하여 양 당사자의 주장과 입증에 의하여 소송절차가 진행되고, 법원은 다만 당사자의 변론을 들어 공평한 제3자적 입장에서 판단을 하는 주의를 말한다. 이렇게 볼 때 직권주의 소송구조를 취하고 있다하여 반드시 경찰에 대한 검사의 수사지휘가 필요하다는 것은 논리적 타당성이 희박하고 더구나 우리의 형사사법체계는 대륙법계와 영미법계의 이념과 제도가 절충되어 있으며 점차 영미법계의 당사자주의 방향으로 나아가고 있다는 것이 학계[264]와 판례의 확고한 입장이며, 공판정에서 직접심리가 실체적 진실 발견과 인권보장에 유리하여 공판중심주의로 이행되고 있는 것이 오늘날 세계적인 추세이다.

공판중심주의가 확고하게 실현되면 조서의 영향력은 약화되고, 현장에 출동하거나 범죄인을 직접 수사한 경찰관이 법정에서 증언하는 사례가 일상화된다. 경찰관의 증언이 피고인의 유·무죄판단에 결정적인 증거로 작용할 것인데, 현행과 같이 경찰이 검사의 지휘아래서 보조자적 위치에 머문다면 배심원 입장에서 보면 경찰증언에 신뢰를 가질 수 없다. 국민 형사재판 참여법은 검사와 피고인간 무기평등원칙을 요체로 하는 당사자주의 실현을 전제로 하는데, 검사와

263) 박효식, 전게논문, pp. 58-64.
264) 차용석, 백형구, 강구진, 신현주 등

상명하복관계에 있는 경찰의 법정증언은 검사 편향적으로 치부될 수 있고, 이는 무기평등원칙에 반할 뿐 아니라 증인 적격성에도 문제가 있다. 동 법의 입법취지를 살리고 경찰관 법정증언의 신빙성을 높이기 위해서는 검찰과 경찰의 조직과 직무가 떨어져서 상호 독립성을 확보해야 이치에 맞다할 것이다. 따라서 당사자 주의, 공판중심주의, 시민참여재판제도는 증인인 경찰관이 기소권자인 검사의 보조자에서 벗어남과 논리의 흐름을 같이하는 것이다.

2. 人權侵害 憂慮

수사현장에서 벌어지는 경찰수사의 인권침해 가능성을 현장과 동떨어진 검사가 수사지휘권을 통해서 방지한다는 것은 허구에 불과하다. 수사상 인권보장은 검사의 수사지휘권이 존재하기 때문이 아니라 인권보장을 위한 개별적 통제장치, 즉 경찰에서 최근 도입한 조사과정에서의 변호인참여제도, 조사·진술과정 녹화제도, 시민인권보호단, 검사의 보완수사지시 등 다원화된 감시체제로 인해 유지되는 것이다. 검사지휘가 없는 영국이나 미국 등 선진 외국에서 수사상 인권보장이 더 철저히 보장되고 있다는 사실이 이를 실증적으로 입증하고 있다. 오히려 검사가 경찰수사에 대해 수사개시, 진행단계부터 수사를 주도하면 사건에 대하여 예단을 갖게 되므로 검사는 수사에서 한발 물러나 객관적이고 중립적 입장에서 기소에만 전념하는 것이 인권보호에 더욱 유익할 것이다. 경찰에게 독자적 수사권이 부여된다 하더라도 검사는 공소유지를 위한 보완수사지시권, 수사종결권 등 각종 교정적, 사후적 견제장치를 통해 경찰수사의 잘못된 점이나 인권침해 가능성에 대한 충분한 통제기능을 수행 할 수 있다.

3. 警察의 搜査 主體性 與否

한나라당 장윤석의원은 2005년도 국회 법제사법위원회 전체회의에서 법 제196조 해석상 지금도 사법경찰관은 수사주체라고 발언한 바 있고, 그 외 일부 학자도 경찰법, 경찰관직무집행법에 경찰수사에 대한 근거조항이 있다고 주장하며, 현재에도 경찰이 수사개시·진행권을 자율적으로 행사하고 있다고 한다. 경찰의 수사주체설은 소수설에 불과할 뿐 학계의 통설은 법 제195조, 제196조

의 해석상 검사만이 수사의 주체이고 경찰은 검사의 보조자로 보고 있다. 그리고 경찰이 수사개시·진행권을 자율적으로 행사하도록 규정하고 있는 법적 근거는 어디에도 없고 단지 검사가 경찰수사에 대해 일일이 지휘할 수 없어 나타나는 어쩔 수 없는 현상에 불과하다. 형소법상 일부 개별적인 수사절차에 있어 사법경찰관의 권한을 규정하고 있기는 하나 어디까지나 검사의 지휘아래 수사할 수 있을 뿐이며, 다양하고 역동적인 수사행위 전반에 대한 경찰의 일반적 수권조항은 없다. 그리고 임무규정인 경찰법, 경찰관직무집행법에 규정된 바와 같이 수사는 경찰의 임무일 뿐인 것이 명백하므로 형사절차의 기본법인 형사소송법에 이를 명확히 규정하여야 한다. 검찰을 비롯하여 일부의 주장과 같이 경찰을 수사주체로 인정한다면 형사소송법 제195조와 196조를 개정하여 더 이상의 소모적 논란이 없도록 해야 할 것이다.

4. 警察權의 肥大化

검찰의 주장대로 수사권이 경찰에 주어지면 비대해진 경찰에 대한 통제가 불가능해 진다는 주장이다.

권력남용과 비대화 문제는 권한의 독점이나 과도함과 직결되는 것이며 범죄의 예방과 진압(수사)은 경찰의 본질적 사명에 해당하는 것으로 본질적 업무의 독립성은 기관의 존립문제에 해당하는 것이지 비대화 문제와는 별개이다. 많은 예산이 소요되는 국가조직이 그 본질적 사명에 부합하는 권한이 없다면 봉사기능이 제대로 작동치 않아 존재의의가 없어진다.

경찰이 독자적인 수사의 주체로 명문화되어도 경찰이 검사와 동등한 권한을 갖는 대등한 수사주체가 되는 것은 결코 아니다. 경찰에 대한 통제는 검사의 기소 및 공소유지권, 보완수사요구권, 일반적 기준제정권 등을 통해서 가능하고 무엇보다도 우리나라 검찰은 4,576명(2005년도 기준, 경찰 수사인력의 1/3에 해당)에 달하는 자체 수사 인력을 가지고 직접수사권을 행사하는 바 이를 통해서 경찰통제·감독권은 충분히 보장될 수 있다.

자치경찰제도 도입은 대국민 서비스 분야에서 국가경찰에 대한 또 하나의 견제와 균형 및 경쟁체제가 구축될 것이고 우리나라 언론의 막강한 역할을 감안

하면 경찰 파쇼화는 불가능하며 이에 대한 우려는 한낱 기우에 불과하다할 것이며, 오히려 검찰이 수사의 주체로서 사법경찰관리의 지휘·감독권을 가지면서, 기소독점주의, 기소편의주의까지 인정되는 등으로 막강한 국가 권력을 가지고 있어 검찰 파쇼를 초래할 우려가 있다[265]. 이러한 문제에 대하여 선진국의 사례를 보면, 검사와 경찰의 관계가 상명하복이 아니고 상호협력관계에 있는 미국, 영국, 일본 등의 경우 경찰의 권한 비대화로 인한 문제는 전혀 발생치 않고 있으며 경찰수사에 대한 국민 만족도는 높게 나타나고 있다는 것은 결코 그냥 지나칠 수만은 없는 사실일 것이다.

5. 警察의 資質問題와 法律專門家에 의한 指揮

현재 경찰도 우수인력의 유치 및 자질향상과 지식정보화를 통해 필요한 법률지식은 충분히 갖추고 있다. 2004년 기준 사법시험 특별채용자 64명과, 경찰대학 출신 2,249명, 간부후보생 출신 1,389명, 법대 출신 조사전문요원 특채자 1,035명, 사이버수사 특채자 117명, 범죄분석요원특채 16명 등이 근무하고 있으며, 최근 선발되는 신임 순경의 경우, 97%가 대학 재학이상의 학력을 보유하고 있다. 또 2005년부터는 수사 경과제를 실시 수사경찰관을 전문화 시켜 교육, 인사 등에서 일반경찰과 별도 관리하고 있다. 대법원도 언론보도에 대한 공식해명을 통해서 법률전문가에 의한 지휘에서, 법률전문가라는 표현은 판사도 될 수 있고 경찰내부의 인사도 될 수 있는 것으로 비단 검사만을 의미하는 것은 아니며, 포괄적 심사를 받도록 하자는 것이지 지휘를 받도록 하자는 것은 아니다.'라고 밝힌 바 있다.[266] 유의할 것은 수사의 어려움은 법률지식의 부족보다는 범죄의 실체를 규명하는 자체에 있으며, 수사는 심오한 학문이나 철학이라기보다는 진범의 얼굴표정에서도 무엇인가를 감지하는 현장감각과 기술이라는 점이다. 즉 오랜 경험을 통해서 습득하는 감각과 기법인 것이다. 그런데 검사는 법률전문가일 뿐이지 수사의 기술적인 전문가는 아니라 할 것이다. 실체규명을

265) 신인봉, "현행법상 수사구조와 경찰의 수사권 독립", 공주영상정보대학 논문집 제Ⅶ편, 2000, p. 342.
266) 2005. 9. 30 대법원 공보담당관이 출입기자단에 배포한 자료에서 인용.

위한 수사는 이를 전문으로 하는 경찰이 책임지고, 법률전문가인 검사는 객관적 입장에서 사후 심사를 하는 것이 합리적이고 효율적일 것이다.

6. 檢事의 搜査主宰性은 國民의 憲法的 決斷

검찰은 헌법 제12조 제3항 및 제16조에서 검사가 수사주재자라는 사실을 천명하고 있다고 주장하고 있으나 이 헌법조항은 국민의 신체 또는 주거의 자유를 제한하는 강제처분은 공정하고 독립적인 지위가 보장된 법관의 판단에 의한다는 강체처분영장주의원칙을 선언하고 있는 규정이다. 헌법재판소도 "영장주의란 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장된 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다"고 판시한 바 있다.[267] 즉 영장주의는 법관에 의한 영장발부에 핵심이 있는 것이지 검사에 의한 청구에 중점이 있는 것이 아니다. 따라서 동 규정들에서 이른바 검사가 수사절차를 주도해야 한다는 것이 국민의 헌법적 결단이라고 해석하는 것은 지나친 논리의 비약으로서 우리 헌법학계·형사법학계에서도 주장된 적이 없는 독단적 견해에 불과하다.

7. 其他 反對論據

가. 檢·警間 搜査權 衝突로 搜査體系의 混亂 憂慮 등

현행법에도 범죄수사는 양 기관의 임무로 규정되어 있고, 실제로도 경찰과 검찰이 이원적으로 수사를 하고 있으며 외국에서도 수사는 다원화되는 추세에 있다. 경찰에게 수사권을 부여한다 해도 새롭게 수사권 충돌문제가 발생하는 것은 아니며 검사에게만 수사주체성을 인정한다고 해도 수사권 충돌이 없어지는 것도 아니다. 다만, 인적, 물적 자원이 갖춰진 경찰이 수사를, 검사는 객관적 사후적 통제기능과 소추업무를 효율적으로 분담하자는 것이다. 1998년 일본의 오오사카 소재 삼전공업의 분쇄결산사건에서 경찰과 검찰이 합동 수사한 사례가 있다(2000. 2. 24 아사이신문).

---

267) 헌재 1997. 3. 27. 선고, 96헌바 28, 31, 32.

미국에서도 수많은 수사기관이 존재하고 있어 실제로 F.B.I.와 다른 수사기관 사이의 수사권 충돌문제가 종종 발생하기도 하며 이와 같은 경우 실무자간 또는 상급자간 협의를 통해 해결하고 있다. 미국과 영국의 경우, 경찰이 수사를 주도하고 있고, 일본의 경우도 경찰은 1차적 수사기관, 검찰은 2차적·보완적 수사기관으로 정립되어 있으며, 독일에서는 검찰은 자체 수사 인력을 보유하지 않아 손발 없는 머리의 역할만 하고, 직접수사는 경찰이 전담하고 있는 현실이다. 그리고 수사 이외 기타업무도 부처간, 중앙·지방정부간 이원화된 사례가 있으며, 권력 작용은 분산을 통한 견제와 균형, 행정의 가외성을 위해서도 경찰의 수사주체성 인정은 필요하다.[268] 신뢰성이 특히 강조되는 환경관리 분야에서도 중앙과 지방으로 감시기관을 이원화하여 이중감시와 교체 감독케 함으로써 환경행정에 가외성을 확보하려는 정책이 추진되고 있다. 이런 원리로 양 기관간에 수사기량의 경쟁체제가 자연스럽게 도입된다면 국민에게 수사기관 선택권을 주는 것이 될 것이다.

나. 國民與論이 警察의 搜査權獨立을 反對 한다

국민 절대다수는 경찰을 불신하고 있어서 경찰의 수사권 독립을 반대하고 있다는 주장도 있다. 그러나 수사권 논쟁이 뜨겁게 달아올랐던 2005년 주요 방송사, 정당, 언론사, 인터넷상 여론조사에서는 응답자의 대다수(75%)가 경찰에게 수사권을 부여해야 한다고 답하고 있으며, 통계를 보면 다음 표와 같다.

268) 문화일보, 2004년 1월 20일자.

〈표4-1〉 경찰 수사권 관련 여론 조사

기관별	합 계	참 여 인 원			조사기간 (2005년도)
		찬성(%)	반대(%)	기타(%)	
총합계	45,031	33,920(72.3)	10,298(22.9)	813(1.8)	
SBS	2,059	1,752(85.1)	307(14.9)		4. 29 - 5. 3
DAUM	15,749	12,427(79)	3,059(19.4)	263(1.7)	4. 26 - 5. 26
NAVER	11,132	7,795(70)	2,898(26)	439(3.94)	4. 27 - 5 . 4
법률신문	12,079	8,472(70)	3,496(29)	111(1)	4. 27- 5. 4
국민일보	2,303	1,987(86.3)	316(13.7)		4. 27- 5. 1
매일경제	1,709	1,487(88)	222(12)		

그 밖에도, ① 2005. 6. 15 한나라당에서 실시한 설문조사에서 69%가 경찰의 독립적 수사권 부여를 찬성하였고, ② 경찰청·월드리서치 여론조사(2005. 8. 19) 결과 경찰수사권 독립에 응답자 79.4%가 찬성하였다. ③ DAUM에서는 2004년 12월에도 인터넷을 통해 경찰의 수사권 독립에 대한 찬반투표를 실시한 결과 참여자 4,374명 중 찬성 3,229명(73.8%), 반대 1,070(24.5%)으로 나왔으며, ④ 1999년 5월 민주시민운동연합(의장 전재혁)에서 인사이드 리서치를 통해 당시 형사사법학회 회원이었던 형법학 교수 100명을 상대로 설문 조사한 결과, 경찰의 수사권을 현실화해야 한다 는 의견이 54%로 검찰의 수사권이 강화되어야 한다 (40%)는 의견보다 우세하였으며 특히 조사대상자 68%가 검찰과 경찰간의 대등협력 관계로의 개선을 지지하였다.

第5章 搜査權의 合理的 配分 方案

第1節 搜査權의 合理的 配分을 위한 前提 條件

Ⅰ. 警察搜査의 獨立性 確保

수사경찰은 수사의 효율성을 추구하기 위한 계층제적 수사구조를 갖추고 있으나 또 다른 측면에서 공정한 수사활동을 담보하기 위한 전제로서 독립성을 확보하여야 한다. 수사경찰의 독립성을 제약하는 경찰 내부적 요인으로는 수사경찰의 신분보장과 상사의 수사지휘권 그리고 조직체계상의 문제점이라 할 수 있을 것이다. 고도의 독립성을 보장받고 있는 검사와는 달리 수사경찰의 경우 소신 있는 사법적 결정을 담보할 만한 제도적 장치가 부족한 것이 사실이다.

또한 수사지휘 계선상 혹은 다른 상사의 압력이나 청탁이 있는 경우 경미한 청탁이라 할지라도 수사에 영향력을 미칠 수 있는 만큼 수사경찰의 독립성을 보장해주는 제도적 장치가 확보되어야 한다. 이에 대한 방안을 수사경찰이 외압을 극복할 수 있는 신분보장, 외압 자체를 억제하는 수사지휘권 행사의 제한 그리고 외부로부터의 압력행사를 방지할 수 있는 조직구조개혁으로 구분하여 논의하고자 한다. 269)

1. 搜査警察의 身分保障

가. 專門性 確保

수사경찰의 전문성은 수사경찰의 독자성을 강화시키는 역할을 담당하고 있다. 현재 경찰청이 시행하고 있는 수사경과제가 추구하는 수사경찰의 전문성을 향상시키기 위하여는 폐쇄적 형태가 아닌 개방적 형태로의 전환이 필요하다.

현재 시행중인 수사경과제는 수사경력자의 유출억제를 통한 전문성의 추구라는 본 취지와 달리 유능한 수사인력의 유입을 억제하는 장애물이 되어 수사경

269) 박노섭,“ 경찰수사의 독립성 확보 방안” 「경찰수사의 공정성·독립성 확보방안, 세미나 자료집」, 경찰청, 2006. 6. pp. 62-63.

찰의 정체성을 초래할 위험성이 있다. 따라서 향후 3-5년 장기적으로 정기인사 이전에 일반 경과자들 중에서 수사부서 근무희망자에 대한 수요조사를 거치고 마찬가지로 경과자 중 전출희망자의 수를 파악하여 상호간에 순환을 원활히 하고 다만 선발과정에서 엄격한 심사와 부적격자에 대한 퇴출이 가능해야 한다. 또한 현재 실시하고 있는 전문수사관인증제를 수사관인증제로 대체하고 일정경력과 전문화교육을 이수한 경찰관에 대하여 수사경과선발심사위원회를 통하여 수사경과를 부여함과 동시에 보수 및 인사상의 혜택을 부여하는 방안을 모색할 필요가 있다. 인증을 받지 못한 수사요원들에 대하여는 자유로운 인사교류가 가능하도록 하는 방안이 고려될 수 있다.[270]

나. 人事管理시스템 構成

수사경찰의 독자성을 제약하는 큰 요인 중에 하나가 근무성적평정 및 인사교류 등을 통한 경찰관서장의 인사관리다. 설문결과 직원들이 상사의 외압을 거절하지 못하는 이유로 승진이나 보직 등 인사문제(15.9%) 혹은 기타 다른 문제로 인해 괴롭힘을 당할 우려(13.5%)[271]를 지적하고 있다는 점은 인사 및 징계 등 인사관리의 공정성 내지 객관성을 요구하고 있다. 이러한 문제를 해결하는 방안으로서 첫째, 수사관의 선발과 교육 등에 대하여 수사경과제의 기본원칙이 적용되도록 하고 경찰관서장에 의한 자의적 인사권 행사를 억제하도록 지방경찰청 수사과(형사과) 산하에 인사관리팀을 설치하여 선발, 교육, 부서배치 및 이동 등이 체계적이고 통일적으로 이뤄지도록 하는 것이 타당하다. 이 부서에서는 인사관리프로그램을 통하여 지방청 단위의 수사인력현황을 파악하고, 개인별 파일을 기록·관리하여 수사관의 수사경력 및 근무부서, 전문 수사분야, 수사교육 이수현황, 전문수사관 자격획득 여부, 수사관련 칼럼 등 기고여부, 수사관련 강의경력, 전문자격증 소지여부, 특진 등 포상 등에 관한 사항을 기록, 데이터베이스화하며 장기적으로는 종합성과평가시스템(BSC)과도 연계되도록 해야 한다.

---

270) 김택수, “수사경찰 쇄신방안”, 치안정책연구소, 2006. p. 35.
271) 박노섭, 전게논문, p. 68.

둘째, 근무평가시스템의 개선을 통하여 인사권자의 주관적 평가보다는 객관적인 세부항목의 비중을 높일 필요가 있다. 구체적으로는 종합성과평가시스템을 범죄정보관리시스템(CIMS)과 연계하여 모든 수사관의 직무성과를 자동평가할 수 있도록 해야 한다.[272] 또한 다면평가제도를 확대 실시하여 상급자에 대한 다면평가 항목에 부당한 지휘에 대한 평가를 포함시킴으로서 수사조직상 상급자와 하급자간의 상호평가 기회를 제공할 필요가 있다.

셋째, 경찰관서장이 가지고 있는 수사경찰에 대한 인사권과 징계권을 분리하는 방안을 고려할 필요가 있다. 경찰관서장이 인사권과 징계권을 동시에 행사함으로써 수사지휘권의 강화를 통한 조직의 통일성을 유지할 수 있는 장점을 가지고 있으나 수사활동의 공정정을 담보하는 독자성의 측면에서 보면 그 권한은 지나치게 집중되어 있다고 할 수 있다. 이 방안은 앞에서 제시한 지방청 산하 인력관리팀 설치와 연계하여 고려할 수 있을 것이다.

넷째, 장기적인 관점에서 보면 수사경찰의 간부화를 추진해야 한다. 수사경찰의 간부화는 범죄수사에 있어서 가장 신속하고 정확한 판단을 행하여야 하는 수사경찰의 주요위치는 바로 현장이라는 관점 하에서 현장 활동자를 전원 간부화하여 책임과 권한 그리고 판단능력을 향상하고자 함에 그 목적이 있다. 우리나라의 경우 아직도 사법경찰리인 비간부급이 수사의 중심주체가 되고 있으며 경위 이상의 사법경찰관들은 수사팀장 또는 수사(형사)과장으로서 직접 수사보다는 수사서류의 검토 및 결재, 사건지휘의 역할에 치중하고 있어 고품질의 치안서비스제공이라는 측면에서 문제점이 있다. 경위 근속승진실시와 더불어 경위 팀원이 자연적으로 증가할 것으로 예상되나 경위의 역할을 수사실무가로 재평가하고 경찰서 지능범죄수사팀과 지방청 광역수사대 등에 우선적으로 배치하는 것이 필요하며 점차적으로 강력범죄수사팀에도 늘려나가는 방안이 필요하다. 현재 독일의 경우 대부분의 주에서 수사경찰의 간부화를 이미 단행하였다.[273]

---

272) 세부 평가항목에 들어가 내용들은 수사관이 처리한 업무량(사건처리건수, 피의자신문조서 또는 참고인진술조서작성건수 등), 업무수행능력(범인검거건수, 포상유무, 사건의 난이도, 공조수사여부, 피해자구호여부, 구속영장신청건수(기각률 고려), 유죄선고율), 근무태도, 민원발생(진정, 이의제기 등) 여부 등으로 이와 같은 것들이 종합적으로 고려돼야 한다.

2. 自體 搜査權의 限界 設定

가. 搜査節次의 透明化

수사지휘관의 부당한 개입뿐만 아니라 수사관에 의한 자의적 남용을 배제하기 위해서는 모든 수사절차의 투명성이 보장되어야 한다. 현재 경찰청이 도입하여 활용하고 있는 범죄정보관리시스템은 수사절차의 투명성을 보장할 수 있는 효과적인 장치이다. 범죄정보관리시스템(CIMS)은 사건의 접수, 배당, 관련인의 조사, 강제수사의 여부, 수사관의 검토의견, 송치결과 등이 공개되어 민원인들이 사건의 진행상황을 쉽게 알 수 있도록 하고 과정상의 결과들에 이의가 있는 경우 이의신청 등을 제도적 장치를 마련하여 경찰내부적인 시정이 이뤄질 수 있는 시스템이다. 예를 들어 112 신고 등으로 현행범을 체포하거나 고소, 고발장을 접수하여 범죄사건부에 등재하여 정식 입건하는 경우에는 이 과정이 경찰서 민원실에 기록이 되고 현재 경찰이 운용하고 있는 범죄정보관리시스템(CIMS)에도 기록이 되어 팀장이 사건배당을 하도록 하고 있다. 특히, 수사개시 이전의 단계인 내사의 경우 외부의 부당한 청탁이나 상사의 부당한 지시에 의해 이뤄지는 경우에 더욱 문제시 될 수 있다.[274] 따라서 경찰이 자체적으로 첩보를 입수한 경우에도 이를 체계적으로 관리하여 내사의 개시여부와 그 근거를 명백히 하는 것이 필요하여 한화 사건이후 일부 실시하고 있으나 보다 더 명확한 한계를 설정할 필요가 있다.

나. 搜査指揮權 制限

수사는 체포 및 구속 등의 강제수사를 통해 개인의 신체의 자유에 대한 중대한 침해를 수반한다. 따라서 수사에는 목적달성의 효율성이 강조되는 행정조직의 원리가 그대로 적용되는 것이 아니라 객관성을 유지할 수 있는 제도적 담보장치가 추가로 확보되어야만 한다. 외압이 실제 사건 수사에 얼마나 영향을 미치는지를 알아보기 위해 외압의 정도별 영향도에 대해 설문한 결과, 수사지휘

---

273) 박노섭, 전게논문, pp. 64-65.

274) 상게논문, pp. 65-66. (경찰수사혁신 로드맵에 의하면 진정, 탄원사건의 경우 내사종결된 사건은 그 사유와 함께 CIMS에 입력하도록 되어 있다.)

계선상에 있는 상사 청탁의 경우, 경미 청탁에 대해서는 응답자의 14.1%가 영향을 받는 편이라고 대답했고, 중한 청탁의 경우 15.3%가[275] 영향을 받는다고 대답하였다. 이에 대하여 우선적으로 고려할 수 있는 것이 수사지휘권자와 수사통제권자로 구분하고, 그 구분기준을 현장지휘 가능성으로 하는 방안이다. 이 방안은 범죄현장에 직접 출동하여 현장에서 수사권을 지휘할 수 있는 현장책임자(수사팀장 혹은 수사과장)까지는 수사방향 등 구체적 지휘가 가능한 수사지휘권을 갖도록 하고 그 위 상급자에 대해서는 수사의 통제개념 하에서의 수사감독체제로 전환시키는 방안이다. 이 방안은 직접적인 수사지휘계선을 대폭 축소함으로써 수사의 효율성과 아울러 수사의 독자성 확보에 기여할 수 있을 것으로 본다. 또한 이 방안의 효과를 높이기 위하여 지휘체계의 단일화와 연계시킬 필요가 있다. 이 방안은 상급자는 오직 직근 하급자인 수사관에게만 지휘권을 행사하도록 함으로써 원거리에 있는 상급자가 수사실무를 담당하는 수사관에 대한 직접적인 지휘권을 행사하는 것을 제한할 수 있는 효과를 가져올 수 있다. 둘째, 상급자의 부당한 수사지휘를 억제하기 위한 방안으로 현재 경찰청이 시행하고 있는 수사지휘시 서면지휘 의무화를 강화하는 방안이 있다. 현재 경찰청은 상급자가 구속영장신청 등 강제처분 여부를 결정하거나 사건에 대해 적용할 법률을 변경하는 경우 혹은 보강수사를 지시할 경우에는 반드시 서면으로 지휘하도록 범죄수사규칙을 개정하여 명시하고, 서면지휘 여부를 수사경찰 평가시스템에 반영하는 방안을 추진 중이다. 그러나 만약 수사지휘관은 이러한 서면지휘내용을 하급자에게 작성하게 한다면 그 효과성은 극히 저조할 수도 있다. 따라서 서면지휘를 상사의 다면평가와 연계시킴으로써 수사지휘관이 행하는 부당한 지휘의 영향력을 축소시킬 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다.

셋째, 상급자의 불법·부당한 지휘에 대하여 실무자인 수사관이 다른 의견을 제시할 수 있는 권한으로서 이의제기권을 부여하는 방안이 있다. 이는 2004년 검찰청법 개정으로 도입된 검사의 이의제기권(검찰청법 제7조 제2항)과 동일한 취지이다. 앞에서 실시한 상사가 지휘를 가장한 청탁을 할 경우 어떻게 하느냐는 설문에 대해서는 합당한 이유를 들어 이의를 제기한다는 응답이 64.3%로

275) 상게논문, p. 68.

가장 많았으며, 검사 지휘 등 다른 핑계를 들어 거부한다는 의견이 31.0%였고, 상사의 지휘에 따른다는 응답은 4.8%에[276] 불과했다. 이러한 설문결과는 이의제기권의 신설시 그 활용도가 높을 것임을 보여준다. 특히, 이 제도는 부당한 청탁으로 인한 피해를 방지하기 위하여 고소인 혹은 피고소인이 제기할 수 있는 민원인이의신청제도와 연계됨으로써 독립성의 기본요건인 수사경찰관의 중립성 확보에 크게 기여할 것으로 보인다. 현재 시행중인 민원인 이의신청제도는 민원인이 수사결과에 대하여 이의를 제기하는 경우 경찰서가 아닌 지방청 단위에 이의사건조사팀을 설치하여 재수사하는 방안이다. 경찰은 수사구조개혁을 준비하고 책임수사체제를 확립한다는 측면에서 송치단계 이전에 잘못된 수사에 대한 경찰내부의 시정장치의 필요성은 더욱 중요하다.[277]

다. 搜査警察의 獨立性 統制

수사경찰의 지나친 독립성은 자의적으로 흐를 위험성이 크다. 특히, 인신구속 여부에 대한 수사관의 자의적 판단은 그 자체로 심각한 인권침해이며 경찰 수사의 공정성과 신뢰성을 떨어뜨리는 주요 원인이 될 수 있다. 더구나 경찰수사의 독립성 확보의 근본취지가 공정성을 확보함에 있다는 점에 있다는 점을 감안하면 그 독립성은 수사활동의 객관성의 범위내로 제한되어야 한다. 따라서 구속기준의 명확한 지침마련과 수사관 개인의 판단에 의한 구속영장신청이 아닌 팀장 또는 수사(형사)과장의 적극적인 개입을 강제함으로써 실질적인 내부통제가 이뤄지도록 해야 한다. 이와 아울러 시민이 참여하는 별도의 영장심사위원회 등을 구성하여 이를 심사하도록 하는 대책도 마련될 필요가 있다.[278]

Ⅱ. 警察搜査의 公正性 確保

1. 司法警察官에 대한 除斥・忌避・回避의 制度

형사소송법은 법원의 공정한 재판을 담보하기 위해 판사 및 법원직원에 대한

276) 상게논문, p. 68.
277) 상게논문, pp. 66-67.
278) 상게논문, p. 70.

제척, 기피 및 회피의 제도를 두고 있다(제17조 내지 제25조). 그런데 수사기관의 경우는 실무규범으로서 회피제도만을 규정하고 있다. 검사의 경우는 법무부훈령(1998.12.29, 법무부훈령 제404호, 검사윤리강령 제8조), 사법경찰관의 경우는 사법경찰관리집무규칙 제9조가 이를 규정하고 있다. 즉, 사법경찰관리집무규칙 제9조(수사의 회피)에 따르면, "사법경찰관리는 피의자. 피해자 기타 관계인과 친족 기타 특별한 관계로 인하여 수사에 공정성을 잃을 염려가 있거나 또는 의심받을 염려가 있다고 인정되는 사건에 대하여는 소속관서의 장의 허가를 받아 그 수사를 회피하여야 한다". 그러나 검사와 사법경찰관리 등 수사기관에 대한 제척, 기피가 가능한지에 대해서는 명문 규정이 없다. 다만 검사에 대한 제척. 기피가 가능한지에 대해서는 학설의 대립이 있다.

이에 대한 긍정설은 ① 검사는 대립당사자가 아니라 공익의 대표자로서 객관의무를 부담할 뿐만 아니라, ② (준)사법기관에 해당하며, ③ 공정하고 신뢰받는 검찰권을 확립하기 위해서는 제척, 기피제도가 검사에게도 적용될 필요성이 있다는 등의 이유를 든다. 반면에 부정설은 ① 검사는 당사자의 지위가 인정되므로 당사자를 제척. 기피할 수는 없고, ② 검사동일체의 원칙에 의하여 검사의 체임이 언제나 가능하고, 검사가 교체되어도 소송법적 효과에는 영향이 없으므로 검사에게 제척 기피제도를 적용하여 특정 검사를 직무집행에서 배제해야 할 이유가 없다는 것 등을 논거로 제시한다. 생각건대, 수사기관에 대해서도 법관 규정의 제척 기피 규정을 준용할 수 있는가에 대한 법 해석문제는 여기에서 중요하지 않다. 불공정한 수사를 할 우려가 있는 수사관을 업무집행으로부터 탈퇴시키는 제도 즉 제척 기피의 제도는 수사공정성의 확보를 위해서 당연히 요구되는 것이기 때문이다. 따라서 경찰당국은 법 규정과는 관계없이 제척 기피제도를 인정하는 실무규범을 만들어야 할 것이다.[279]

2. 搜査 統制裝置의 强火

경찰수사는 법률, 언론, 국가인권위원회 등의 인권단체 등은 물론이고 검찰지

279) 손동권, "경찰수사의 공정성 확보 방안", 「경찰수사의 공정성·독립성 확보방안 세미나 자료집」, 경찰청, 2006. 6. pp. 25-26.

휘권에 의해서도 철저히 내 외부적으로 통제되고 있다.[280] 즉 경찰수사를 내외부적으로 통제할 수 있는 장치는 현 단계에서도 충분히 마련되어 있다. 그러나 경찰당국은 이에 만족하지 않고 경찰수사의 공정성을 확보할 수 있는 자체적 통제노력을 하여야 한다. 우선 수사과정의 투명성을 강화하고 수사간부의 수사결과에 대한 책임성 객관성을 확보하기 위해서는 감독자의 구속영장신청 등 강제처분의 결정, 적용 법률의 변경, 보강수사지시 등에서 서면수사지휘를 의무화할 것이 요구된다. 특히 수사서류 결재 시 감독자의 지휘내용을 수사보고 서식에 기재할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 상급자의 불법 부당한 수사지휘에 대해서 담당 수사경찰이 이의를 제기할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 이를 위해서는 경찰법 제24조 제2항으로 "경찰공무원은 구체적인 직무수행과 관련된 상관의 지휘 감독의 적법성 또는 정당성 여부에 대하여 이견이 있는 때에는 이의를 제기할 수 있다"는 규정의 신설이 요구된다.[281]

그리고 경찰수사에 대한 사후적 감찰기능이 강화되어야 한다. 이 경우 경찰자체를 일차적 감찰기관, 감독기관인 행자부를 2차적 감찰기관으로 설정하면서 여기에 외부전문가의 참여가 가능하도록 해야 한다. 자체 감찰만으로는 대외적 신뢰성을 획득할 수 없기 때문이다. 그리고 옴브즈만 제도와 같은 시민참여를 통한 통제방안도 경찰수사의 공정성 시비를 불식시킬 수 있는 방안이 될 것이다. 그리고 현재의 인권수호위원회 및 시민인권보호단과 같은 조직은 민원인이 경찰의 사후조치에 불복하는 경우 이를 재심하는 심급제로서 운영될 것이 요구된다.[282]

3. 搜査異意制度의 活性化

수사실무를 담당하는 사법경찰에게는 현행법상 수사종결권이 없기 때문에 적당히 수사하여 "검찰에 송치하면 그만"이라는 의식과 관행이 잔존하고 있다.

---

280) 사법경찰의 수사를 통제할 수 있는 제도적 장치로서 체포기간제한(48시간 정도), 구속기간제한(체포기간을 산입한 10일), 사법경찰의 송치의무, 검사의 긴급체포승인권, 영장청구의 검사 독점, 체포 구속 장소 감찰제도, 수사종결의 검사 독점 등이 있다.

281) 검찰의 경우에는 검사에게 이의 제기권을 인정하는 검찰청법의 개정이 이미 있었음.

282) 손동권, 전게논문, pp. 26-27.

이러한 잘못된 의식과 관행을 불식시키기 위해서는 경찰수사결과에 대해 검찰 송치 전 경찰 자체의 수사결과를 통보 받은 피의자(불구속피의자의 경우)와 피해자(고소인) 내지 참고인(고발인)이 이에 대해 바로 경찰에 이의를 제기할 수 있는 제도의 도입이 필요하다.[283] 이러한 수사이의제도의 도입은 고소인 고발인의 경우에는 경찰 자체의 수사종결처분에 대해 신속히 검사에게 불복(항고)할 수 있을 것이고, 피의자는 또 다시 경찰수사단계에서 자신을 방어할 수 있는 기회를 부여받는 것은 물론이고, 검찰에 송치되어 조사받을 자신의 범죄사실을 파악하게 되어 검찰조사에서 자신을 더욱 효율적으로 방어할 수도 있기 때문이다.

수사경찰관의 공정한 수사 자세를 담보할 수 있는 이 제도의 활성화를 위해서는 현재 지방청별 수사1계 내에 있는 "이의사건조사반"을 "계"단위의 "(가칭) 이의사건조사실"로 확대 개편되어야 한다. 특히 중요 이의 사건에 대해서는 시민이 참여하는 "시민인권보호단"에서 다시 판단하게 하여야 한다. 그리고 수사상황에 대한 실시간 통지 및 열람 시스템이 구축되어야 한다. 현재 경찰청은 고소인과 고발인을 위해서는 통지 또는 열람의 제도를 실시하면서 이를 활성화시키는 대책도 강구하고 있다.[284] 그러나 이러한 제도는 피의자, 특히 불구속피의자에게도 허용되어야 한다. 더 나아가 이의제기사건에 대한 담당자 감독자의 수사과오 여부에 대한 사후감사가 이루어져야 하고, 수사오류에 대해서는 담당자와 감독자에게 인사평가 등에서 엄격한 공동책임을 물어야 한다.[285]

---

283) 최근 경찰청은 「송치전 수사이의제도」를 도입하여 경찰이 수사한 사건을 검찰로 송치하기 전에 수사결과에 대해 피의자와 피해자 등 사건당사자가 불복할 기회를 갖게 함으로써 사건수사의 공정을 기하기 위한 제도를 시범적으로 실시하고 있다. 수사이의제도의 대상은 사건접수부에 접수된 모든 불구속 사건이며, 절차는 담당 수사관이 사건 송치전 수사결과를 구두, 우편, e-메일을 이용, 사건 당사자에게 통지하고, 통지받은 사건 당사자는 3일 이내에 서면으로 해당 경찰서에 이의를 제기할 수 있도록 되어 있다.

284) 경찰청 계획에 따르면, 범죄정보관리시스템(CIMS)의 "사건진행상황"에 입력된 수사진행상황 정보를 사이버경찰청 "내사건 검색" 창에 1일 1회 업데이트시키고, 입력된 수사상황 및 수사결과는 -현행 수사 중간 및 결과 우편 통지제도를 통합하여- 피해자 핸드폰 SMS 문자메시지 및 이 메일로 즉시 자동통지 시키며(우편통지는 이것이 없는 경우에만), 피해자 및 고발인 등은 사이버경찰청에 접속하여 주민등록번호 사건번호 및 비밀번호를 입력하여 자신이 관련된 모든 수사진행상황을 열람할 수 있도록 할 예정이다

285) 손동권, 전게논문, pp. 27-28.

4. 內査事件 管理·監督 體系 構築

정식으로 입건된 경찰수사 사건은 사법경찰에게 수사종결권이 없어서 반드시 검찰에 송치되어야 할 뿐만 아니라(즉결심판사건은 예외), 법률 자체는 물론이고 검찰지휘 등에 의해 철저히 외부적으로 통제를 받는다. 그러나 내사사건에 대해서는 그러한 외부적 통제장치가 없기 때문에 내사사건은 암장될 경우 경찰수사의 공정성 투명성을 위협하고, 내사과정에서 피내사자의 인권침해를 야기할 수 있는 영역이 된다. 경찰 내사 단계에서의 공정성 투명성 확보 및 피내사자의 인권보호를 위해서는 내사단계에서도 정식입건사건에 준하는 내부적 규율이 요구된다. 특히 경찰내사처리규칙을 제정하여 경찰 내사절차의 체계적 관리가 요구된다. 내사 착수 여부 및 내사활동 시 팀장에게 사전보고토록 하여야 하고, 내사종결사건의 경우에도 개별사안을 판단하여 “형사활동평가”에 반영함으로써 내사사건의 축소 은폐를 방지하여야 한다. 그리고 내사활동에 대해서는 “범죄첩보접수 처리부”에 착수 및 종결 등의 사항을 반드시 기재하여 보관케 하여야 한다. 진정 민원 등 사건이 내사 종결된 경우에는 종국적으로 민원사건 처리등재부에 기재함과 동시에 범죄정보관리시스템(CIMS)에 입력토록 하여야 한다. 그리고 담당수사관은 피내사자 조사 시 미란다 원칙의 고지와 변호인 참여권 내지 접견교통권을 보장해 주어야 하고, 내사종결시 피내사자에게 전화 우편 이 메일 등을 이용하여 내사결과를 통지해 주어야 한다. 그리고 내사사건에 대해 정기 또는 불시 감사가 실시되어야 한다.

5. 責任搜査構造 導入

경찰수사의 공정성은 검찰과 경찰 사이에 지휘복종관계로 이루어진 우리나라 수사구조에 의해서도 영향을 받을 수 있다. 현재 경찰수사의 대부분은 실질적으로 사법경찰리가 담당하여 별다른 내부 상급자의 통제 없이 검찰에 송치한다. 반면에 경찰간부인 사법경찰관들은 검사의 지휘를 받아야 하는 경찰실무자들의 수사에 적극적으로 개입하지 않으려고 한다. 이러한 구조에서 담당 수사경찰은 적당히 수사하여 “송치하면 그만”이라는 면피수사의 의식과 관행에 빠지기 쉽고, 청탁이나 외부압력에 휘둘릴 가능성이 높다. 이러한 문제점을 해결

하기 위해서는 보다 많은 수사 간부를 양성하여 실질적으로 사법경찰관 주도의 수사가 이루어지도록 해야 한다. 이러한 관점에서 최근 경찰청이 고시출신자들을 수사간부로 특채하는 한편 일선 수사현장에서의 조사요원들의 간부화를 통해 사법경찰관의 직접수사를 강화하도록 하겠다는 혁신계획을 발표한 것은 매우 긍정적인 조치라고 평가된다.[286]

더 나아가 국민의 불신이 극에 달한 검찰수사의 공정성을 확보하기 위해 무소불위의 검찰권을 견제하는 수단으로서는 물론이고, 수사간부 주도의 경찰수사가 이루어지기 위해서도 사법경찰관에게 적어도 송치 전까지는 독립된 수사권한과 책임이 부여되는 책임수사 구조제도의 도입이 필요하다.

6. 其 他

경찰수사의 공정성 투명성을 확보하기 위해서는 상기한 내용 이외에도 많은 기타의 요구사항이 충족되어야 한다. 우선 수사성과에 대한 계량화된 평가결과를 도출할 수 있는 수사경찰 평가시스템을 확보하여야 한다. 특히 수사성과 및 공정성 여부를 측정하는 자동평가시스템이 도입되어야 할 것이다. 그리고 수사경찰의 첨렴성과 관련하여 기존의 부정적 이미지를 불식시킬 수 있는 실효성 있는 대책이 마련되어야 한다. 이를 위해서는 비리제보자 신고보상금제도의 활성화, 수사경찰에 대한 윤리교육의 강화와 경찰 부패방지 매뉴얼 제작, 민원 모니터링 확대 실시 및 사후관리의 철저화, 관서별 기능별 첨렴도 평가실시 및 측정결과의 반영, 내부공익센터의 운영 활성화 등이 요구된다. 그리고 전 경찰관서에 출석한 모든 사건 관계인을 대상으로 전화모니터링 실시, 인권침해 친절도 등을 조사 개선함으로써 경찰 수사의 질을 Up-Grade시킬 수 있는 경찰 Service-Call 센터의 설치도 요구된다. 그리고 위법행위를 하여 피의자의 인권을 침해한 수사경찰에 대해 민·형사책임을 강화하는 것도 경찰수사의 공정성 내지 인권성을 위해 요구된다. 위법수사를 한 사법경찰에게 형사책임을 묻는 제도는 형법, 형사소송법 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 등의 특별형법에

286) 상게논문, pp. 29-30.

충분히 마련되어 있다. 수사경찰의 위법행위에 대한 민사책임은 국가배상법이 규정한 국가를 상대로 한 손해배상청구소송에 의해 피해자는 어렵지 않게 손해배상을 받을 수 있다.

국가배상법에 의하면 국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다. 그리고 이 경우에 공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있을 때에는 국가가 그 공무원에게 구상할 수 있다. 그런데 종래에는 수사기관의 불법행위에 대한 민사책임은 국가배상법에 의하여 국가가 전적으로 부담하면서 수사기관의 사기를 생각하여 구상권을 행사하지 않기도 하였다. 그러나 국가가 구상권 행사를 통해 수사담당자에게 위법수사에 대한 민사책임을 반드시 물어야 경찰수사의 공정성과 인권성은 더욱 담보될 것으로 판단된다. 왜냐하면 자본주의 사회에서 형사처벌보다 더 무서운 막대한 경제적 손실을 감내하면서까지 위법수사를 감행할 수사경찰은 없을 것이기 때문이다.[287]

Ⅲ. 自治警察制의 導入[288]

1. 自治警察制의 理念

자치제경찰제란 지방분권의 정치사상에 따라 지방경찰이 지방자치단체의 권한과 책임아래 지역주민의 의사에 기하여 치안업무를 자주적으로 수행하는 제도를 말한다. 따라서 경찰의 주체가 국가가 아닌 지방자치단체가 되기 때문에 그 기능은 경찰의 기본업무를 중심으로 하는 소극적 행정의 수행을 원칙으로 하며, 국가경찰과 달리 경찰권의 행사방법은 주민의 자유와 권리를 철저히 보호하는 선에서 적법절차를 거쳐 경찰권의 남용을 방지하고 있다. 이러한 자치경찰제도를 원칙으로 하고 있는 영미법계의 경찰은 시민의 생명・재산을 보호하고 질서를 유지한다고 하는 봉사관적 성격이 매우 강하다.

자치경찰제 이념은 대체로 민주화 · 중립화 · 분권화를 들 수 있다. 먼저 민주

287) 상게논문, pp. 30-31.
288) 곽해룡, "경찰독자수사권 부여와 수사능력 향상 방안", (석사학위논문, 경북대학교 행정대학원, 2004), pp. 94-97.

화는 지역주민참여로 주민의사가 치안행정에 적극 반영되도록 함으로써 주민에 의한 경찰행정이 되도록 하는 것을 말한다. 중립화는 중앙정치권의 영향에 좌우되지 않고 오로지 지역주민의 편익을 위한 법집행과 불편부당한 치안행정을 구현하는 것을 말하며, 분권화는 중앙집권화된 경찰권을 지방으로 이양하고, 지역치안은 그 지역 경찰 스스로의 책임아래 실정에 맞게 자율적으로 수행하도록 함으로써 경찰운영체제의 효율성을 높이고 지역주민위주의 봉사행정을 도모하는 것을 말한다. 이상의 세 가지 자치경찰의 이념을 달성함으로써 실질적인 지방자치이념의 진정한 구현을 실현할 수 있을 것이다.

2. 期待와 問題點

자치경찰제를 시행하게 되면 첫째, 주민만족의 치안서비스를 제공할 수 있다는 것이다. 자치단체장이 일반행정뿐만 아니라 치안에 대하여도 선거를 통하여 심판을 받게 되므로 경찰행정에 많은 인적·물적 자원을 배분하게 된다. 그리고 지방자치단체가 자치경찰을 관리함으로써 주민의 의사와 욕구를 반영할 수 있고, 지역주민의 생명·신체 및 재산의 보호에 경찰업무의 중점이 옮겨지게 되어 지역특성에 맞는 경찰활동을 할 수 있다. 또한 경찰관도 주민편의 위주로 의식과 행태가 변화되어 주민의 민원을 적극적으로 받아들이고 이를 수용하고 개선하는 쪽으로 업무를 수행하게 될 것이다. 둘째, 주민협력의 활성화이다. 대다수 경찰관이 자치단체소속의 지방경찰관이 됨으로써 애향심을 갖게 되고, 중앙의 획일적인 지시에서 벗어나게 되어, 치안행정을 지역실정에 맞게 주민과 함께 모색하게 됨으로써 민·경 협력치안이 내실화 될 수 있다.

셋째, 깨끗하고 효율적인 경찰행정 실현에 기여할 수 있다. 경찰의 위법·부당한 처분에 대한 주민의 감시활동이 활성화될 뿐만 아니라 그 시정조치도 실효성 있게 보장될 수 있게 됨에 따라 비리와 부정을 억제할 수 있고, 지역단위 조직이기 때문에 필요한 경우 조직운영상의 개혁을 하기가 쉬워 경직되고 비능률적인 중앙집권적 관료주의의 병폐를 해소할 수 있다.

이 밖에도 경찰관이 지방자치단체의 공무원이기 때문에 치안유지에 대한 책임감이 강할 뿐만 아니라 지역주민을 대하는 태도도 친절할 수 있고, 또 경찰

간부가 지역실정에 정통하고 인사행정이 안정되어 있기 때문에 경찰관의 잦은 인사이동으로 인한 불만을 해소하고, 장기근무할 수 있으며 우수한 실적을 거둘 기회가 많아진다는 효과를 얻을 수 있을 것이다.

그러나 자치경찰제는 장점만 있는 것이 아니라 단점도 있다. 이를 보면 ① 경찰이 일반행정의 부속물인 감이 있어 대체적으로 집행력이 약하고 경찰기관의 상호응원이 어려우며 자체의 예비경찰력확보가 쉽지 않아 기동성이 적고, ② 범죄수사나 교통단속 등 전국적인 광역체제유지가 어려우며, ③ 지방자치단체의 책임자가 경질되면 경찰간부도 이동이 있게 될 가능성이 크며, 자치행정의 폐해가 심한 경우 경찰의 부패를 초래할 수 있을 것이다. ④ 인사에 지방정치인의 간섭으로 경찰간부의 통제력이 미흡하게 되면 지휘·감독과 적정한 배치가 곤란하여 근무기강이 해이해지기 쉽다. 또한 지방자치단체의 규모가 작고 인력의 규모가 적은 경우는 승진의 기회가 없어 사기가 저하되고, 유능한 형사와 같은 전문가의 확보가 어렵고, 재정규모가 열악한 경우 교육훈련이나 특수시설을 갖추기 어렵다.

3. 導入 形態

자치경찰제도를 채택하고 있는 영·미법계국가에서도 전적으로 자치경찰제도만을 운영하는 것은 아니고, 국가목적에 따라 국가경찰제도를 가미하고 있다.

이러한 유형의 경찰제도를 절충형 경찰제도라고 부른다. 절충형 경찰제도란 경찰행정의 국가적 성격과 지방적 성격에 착안하여 국가경찰제도와 자치경찰제도의 균형과 조화를 도모하려는 제도를 말한다. 첫째, 중앙집권적 경찰에 자치경찰을 가미하는 형태를 취하는 나라로는 벨기에와 스페인 등이 있고, 둘째, 자치경찰제가 주축이고 국가경찰요소가 가미된 공존의 형태를 취하고 있는 나라는 스위스 등이 있으며, 셋째, 국가경찰과 자치경찰의 이원적 존립형의 국가경찰 우선형인 독일 등이 있고, 넷째, 자치경찰 원칙하에 국가경찰과 자치경찰의 이원체제형인 일본 등이 있다. 자치단체별로 경찰기관이 상호 독립하여 중앙정부의 간섭을 일체 받지 않는 미국식 자치경찰제는 우선 지방자치정신에 가장 충실한 이상적인 모델인 것처럼 보인다. 그러나 미국은 자치단체 이외에 연방

정부의 각 부처에서 395개의 중앙경찰기관을 별도로 설치하여 국가전체의 치안을 확보하고 있다. 그리고 자치경찰제의 종주국인 영국은 중앙정부에서 자치제 경찰을 조정ㆍ통제하도록 되어 있으며, 일본에서도 지도ㆍ감독과 조정ㆍ통제는 물론 심지어 비상사태시 직접지휘권을 중앙정부의 경찰청에 부여하여 국가치안과 지역치안의 연계와 균형을 위한 장치를 강구하고 국가의 치안책임을 명확히 하고 있다.

우리나라의 경우에도 국가경찰사무와 자치경찰사무를 구분하여 국가경찰사무는 경찰청에서 직접 수행하거나 시ㆍ도의 경찰에 위임하여 수행하고, 광역단체의 자치경찰기관은 자치경찰사무에 대해서 독립하여 자기 책임 하에 자율적으로 고유의 경찰권을 행사하는 것이 바람직할 것으로 본다. 다시 말해 전국 통일을 요하는 경찰법령, 통신ㆍ통계사무 등과 국가안보와 공안에 관계되는 업무, 광역사건사고, 국제협력에 관한 업무 등의 국가경찰사무는 국가경찰기관이 수행하고, 방범ㆍ교통 일반수사 등의 자치경찰사무는 자치경찰이 수행하여야 된다고 본다. 또한 광역사건ㆍ사고와 대규모 집회시위, 대간첩작전 등 국가비상사태에 대하여는 시ㆍ도의 경찰청에 상호협력의무를 부과하고 경찰청장이 직접 지휘ㆍ감독ㆍ조정토록 하는 것이 바람직하다고 생각된다. 따라서 우리나라의 경찰제도는 절충형 경찰제도를 채택하여 국가경찰제도와 자치경찰제도의 균형과 조화를 도모하는 것이 올바르며, 이 제도가 지방자치시대의 경찰제도로서 합당할 것으로 사료된다.

Ⅳ. 警察搜査의 科學化 및 現代化

범죄는 갈수록 지능화ㆍ광역화ㆍ스피드화ㆍ무동기화 추세이고 인권수사에 대한 국민적 관심과 기대가 높아짐에 따라 수사 활동에 있어 과학수사의 역할이 그 어느 때보다 중요해지고 있다 할 것이다. 경찰은 수사구조의 배분과 관계없이 최초 신고의 접수ㆍ출동자로서 모든 사건 사고발생시 가장 먼저 도착 전체 초동수사에서부터 사건 송치까지의 임무를 담당하고 있는 실정이다. 이에 경찰은 그동안 과학수사 역량 강화를 위해 첨단 과학수사장비 도입은 물론 새로운 수사기법 개발에 최선을 다하고 있으며 첨단 과학수사 장비를 이용하여 범죄현

장에서 각종 증거자료의 수집·분석·범인의 신원확인은 물론 증거자료를 확보하여 수사에 활용하고 있으나[289] 향후 전자정보 시대에 걸 맞는 과학수사전산시스템을 구축·운영함에 따라 범죄정보의 종합적인 관리로 과학수사 업무 효율성을 제고 한편 첨단 과학수사기법을 개발하는 등 효율적인 감정을 구축해 나아가야 할 것이다. 수사권 배분의 전제조건인 경찰수사의 과학화 및 현대화를 위하여 현재 경찰의 과학수사 역량과 이에 따른 각종 범죄의 검거 실적 등을 살펴보고자 한다.

1. 指紋自動檢索시스템 活用

지문자동검색시스템[290]은 지문 자료를 데이터베이스화하여 범죄현장에서 수집된 지문을 자동검색 프로그램으로 비교하여 신속하게 용의자의 신원을 확인하는 시스템으로 신속·정확한 감정으로 범인 검거와 예방에 그 진가를 발휘하고 있으나 그 동안 경찰청에서만 가능하던 지문검색 업무를 2005년부터 전국 지방청 및 경찰서와 해양경찰청·경찰서에 지문자동검색시스템 단말기를 확대 보급하여 직접 지문검색을 실시할 수 있도록 구축하여 기존보다 더욱 신속히 용의자 신원확인이 가능하게 되었고 사건의 조기 해결은 물론 수사 인력을 보다 효율적으로 활용할 수 있게 되어 아래 표에서 보는 바와 같이 지문검색에 의한 신원확인 실적이 매년 증가되고 있음을 알 수 있다.[291]

〈표5-1〉 지문감식에 의한 신원확인 실적[292]

(단위 : 건)

구 분	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
신원확인의뢰	24,240	23,366	16,131	14,640	19,577	21,047	22,520
신 원 확 인	2,877	4,178	5,287	6,405	8,460	9,609	10,239

289) 경찰청, 「경찰백서」, 2007, p. 169.
290) AFIS : Automated Fingerprint Identification System
291) 지문자동검색시스템은 수집된 개인의 지문자료를 전산화하여 범죄현장에 유류된 지문을 1초에 1,200개 검색하고 몇 시간 후에는 동일하다고 판단되는 지문을 색출하여 범인은 검거하도록 활용하는 시스템을 말한다(강수열, 전게논문, p. 193.).
292) 경찰청, 전게자료, p. 170.

2. 거짓말探知機 活用

거짓말탐지기[293]는 거짓말을 할 때 나타나는 생리반응을 측정하여 진위를 확인하는 장비로 그 동안 경찰은 경찰청 및 각 지방경찰청에 컴퓨터 거짓말탐지기를 보급하여 형사사건은 물론 교통사고에도 활용하고 있어 과학수사에 대한 대국민 신뢰도를 향상시키고 있다. 아래 표에서 볼 수 있듯이 2005년에는 3,506명을 상대로 거짓말탐지기 검사를 실시하여 그 중 39.2%인 1,375명을 상대로 거짓반응을 확인하였으며, 의뢰사건 중 수사·형사사범이 91.3%, 교통사범이 8.7%를 차지하였다. 교통사고의 경우에는 가해자와 피해자가 서로 다툼이 많은데도 불구하고 이용률이 적은 것은 문제점이 아닐 수 없다. 보다 정확한 교통사고를 조사하기 위해서라도 거짓말탐지기를 적극 활용해야 할 것이다.

〈표5-2〉 거짓말탐지기 검사 실적('06년)[294]

(단위 : 건, 명)

구분 / 죄종	의뢰 건수	검사인원	검사결과			
			혐의반응	무혐의반응	판단불능	자백
계	2,366	3,504	1,450	1,471	489	94
살인	99	117	30	72	13	2
강도	32	32	12	12	6	2
강간	449	629	275	260	84	10
방화	72	78	26	39	11	2
절도	239	311	101	169	38	3
폭력	621	983	423	396	138	26
교특법	95	158	49	59	27	23
기타	759	1,196	534	464	172	26

293) 우리나라 대법원 판례에서는 거짓말탐지기 증거능력을 부인하고 있으나 미국, 일본 등 선진국을 비롯하여 전 세계적으로 30개국이상에서 가장 효과적이고 필수적인 과학수사 장비로 활용하고 있다.

294) 경찰청, 전게자료, p. 179.

3. CCTV 判讀시스템 活用

멀티미디어 시대의 도래에 따라 CCTV 보급 또한 일반화되어 개인용부터 공공장소 감시용에 이르기까지 광범위한 장소에 CCTV가 설치되어 있어 범죄현장이 녹화될 가능성도 높아졌다. 이런 의미에서 CCTV 정보는 수사 자료와 증거 자료로 가치가 높아 경찰은 CCTV 판독시스템을 각 지방청에 보급하고 활용 효율을 높이기 위해 범인검거 사례수집 및 교육을 실시하여 좋은 성과를 거두고 있으며 공조수사에도 적극 이용하고 있다. 또한 금융기관의 외부에도 CCTV 카메라를 설치토록 권장하여 시민안전과 범죄예방에 도움을 주고 있다. CCTV 판독기 활용실적은 아래 표에서 보는 바와 같이 디지털 CCTV가 도입되어 감소추세에 있으나 범인검거 및 증거자료에 반드시 필요하므로 CCTV관리나 보수에 적지 않은 노력이 필요하다.

〈표5-3〉 CCTV 판독기 활용 실적[295]

(단위 : 건)

구 분	계	죄 종 별						검 거 및 증거활용
		살인	강간	강도	절도	사기	기타	
2001	1,008	15	5	83	642	92	171	201
2002	832	19	6	54	544	47	162	236
2003	543	6	6	63	388	31	99	170
2004	544	8	13	50	369	18	86	191
2005	590	9	10	41	364	31	135	209
2006	602	8	18	49	376	16	135	223

4. 足輪跡 檢索시스템 活用

족·윤적 검색 시스템은 강력사건은 물론 경미한 사건에 있어서도 범죄현장에서 채취한 현장 족흔적(신발흔적), 윤흔적(타이어흔적)을 신속히 검색하여 범

295) 경찰청, 상게자료, p. 171.

인이 착용한 신발, 타이어 종류를 확인하여 수사요원에게 제공함으로써 신속한 범인검거 및 용의자 확인에 활용되고 있으며 또한 경찰종합전산망을 이용한 자료공유로 동일범 검색·여죄여부 검색에도 활용하고 있다. 아래 표에서 보는 바와 같이 2006년에는 5,332건을 검색하여 2,850건을 확인하는 등 검색대비 53.5%의 높은 발견율을 보이고 있으며 지문을 남기지 않는 범죄의 지능화에 따라 전년도 의뢰건수보다 29.9% 증가한 5,322건으로 족·윤적의 활용비중은 점차 증가하고 있는 추세라 하겠다.

〈표5-4〉 족·윤적 감정시스템 활용 실적[296]

(단위 : 건)

구 분	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
의 뢰	1,222	1,287	1,244	1,704	3,020	4,104	5,332
확 인	425	412	572	921	1,593	2,101	2,850

5. 犯罪情報管理시스템(*CIMS*) 活用

최근 신종범죄에 효율적으로 대응하고 21세기 지식정보화시대에 맞추어 수사지식자료, 범죄통계자료, 수사자료 등 각종 범죄정보가 네트워크상에서 종합적으로 데이터베이스화된 범죄정보관리시스템(CIMS)을 구축하여 운영하고 있다.

기존 수사 전산시스템은 기능별로 분리되어 사용자가 시스템을 찾아다니며 정보를 검색하는 운영체제였으나 이를 개선하여 사용자 PC에서 직접 필요한 자료에 접근하여 신속하고 정확한 정보를 손쉽게 검색할 수 있도록 사용자 중심의 운영체제를 구축하였다. 또한 종전에 종이원료로 작성하여 전산요원이 수사 자료를 입력하던 방식을 수사관이 자료를 직접 시스템에 입력하여 중간 관리자가 검토·승인하는 방식으로 개선하여 효율적으로 업무처리가 되고 있다.

그리고 용의자를 전국에 걸쳐 신속하게 수배하기 위해 온라인 스피드 수배전

296) 경찰청, 상게자료, p. 174.

단의 게시가 가능하고 특히 동일 수법사건 또는 공조범죄 발생시 관련 자료를 내부 네트워크상의 포털에 등록하여 모든 일선 수사관들이 동시에 신속한 사건 공조가 가능하도록 수사체제가 보강되었으며, 사건의 접수단계에서 각종 사건 자료를 검색하여 신속·정확한 사건처리가 가능하도록 하여 각종 통계자료 산출과 수사자료 검색은 물론 전국 공조수사나 범죄분석 자료로 활용하는 등 다양한 정보를 이용할 수 있으므로 정확한 분석에 의해 효과적인 범죄의 예방과 검거대책이 수립되어야 할 것이다.

6. 國立科學搜査硏究所 分所 擴大 設置

국립과학수사연구소는 국내 유일의 감정기관으로 범죄수사·사건 사고의 해결 및 원인규명 등에 필요한 증거물의 해석과 감정, 과학적인 범죄수사를 위한 연구와 교육훈련을 주요기능으로 하고 있으며 조직으로는 서울에 있는 본소와 4개의 지방분소(남부·서부·중부·동부)가 있다. 지방분소에서는 폭주하는 감정건수와 시간적·물리적 제약으로 인해 서울에 있는 본소만으로는 감정업무 및 감정기법 개발과 기술개발을 위한 연구 활동에 어려움이 있어 1993년 부산에 남부분소, 1997년 전남 장성에 서부분소, 2000년 대전에 중부분소를 설치하여 지역 내에서 발생하는 각종범죄의 증거물을 보다 편리하게 감정할 수 있도록 하고 있다. 2006년도 감정업무 추진실적 및 감정기법 연구개발 실적은 아래 표에서 보는 것처럼 감정실적은 총 211,934건으로 각종 사건·사고의 다양화, 대형화 등으로 매년 꾸준한 증가세를 보이고 있으나,[297] 대구·경북지방경찰청 산하 수사 경찰관들을 위하여 현재 국립과학수사연구소와의 거리가 너무 멀어 이용하기가 불편하므로 보다 편리하고 손쉽게 이용할 수 있도록 영남분소를 설치하거나 기구 확대가 필요 할 것이다.

297) 2006년 1년 동안 유전자분석 36,179건, 마약류 감정 23,528건 등 15개 분야에서 총 211,934건의 감정업무를 처리(경찰청, 2007. 3. 21. 표준전자문서시스템/ 공지사항/ 국립과학수사연구소에서 이만큼 열심히 일했습니다).

〈표5-5〉 국과수 감정처리 현황[298]

(단위 :건)

구 분	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
건 수	112,479	130,671	175,277	210,500	220,698	208,719	211,934

7. 陳述錄畵室[299] 活用

개정 형사소송법 제318조의 2 제2항은 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

사건관계인 구두진술의 문서화에 따른 신문시간의 장기화, 조사시 개인프라이버시 침해 등 신문과정 중에서 야기될 수 있는 인권침해적 요인을 미연에 방지하고 진술의 임의성, 신빙성 확보를 더욱 공고히 한다는 취지하에 서울양천경찰서를 시작으로 진술녹화실 설치를 전국적으로 확대하여 시행하고 있으며[300] 아울러 민원인들의 편의를 도모하기 위해 조사부서 환경개선 사업도 병행하여 쾌적한 환경 속에서 민원인과 수사관이 만나 이야기할 수 있는 방안을 계속 강구하여야 할 것 이다.

8. 디지털 證據 能力 活用

디지털 증거란 범죄를 증명할 수 있는 가치를 지닌 이진법 형태로 저장되거

298) 경찰청, 전게자료, p. 192.

299) 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(경찰청 훈령 제461호) 제70조에 경찰관서의 장은 피해자의 반복 출석·진술 등으로 인한 불편해소와 조사절차의 투명성 확보를 위해 경찰관서에 진술녹화실을 설치하여 운용하여야 한다고 규정하고 있다.

300) 전국 경찰관서 404개 장소에 진술녹화조사실 설치를 완료하고, 일선 경찰관서 순회교육까지 마치고 살인, 성폭력, 공적비리, 선거사범 등 피의자는 물론 피해자, 참고인 조사시에도 적극 활용하도록 내부문서를 통해 권장하고 있다.(경찰청, 2007. 3. 22. 표준전자문서시스템/공지사항/수사경찰 여러분 이제는 변해야 합니다).

나 전송될 수 있는 모든 정보를 말한다.[301] 즉 디지털 증거란 범죄와 피해자 또는 범죄와 가해자 사이의 연결고리를 제공할 수 있는 모든 디지털 데이터를 말하는 것으로 여기서 디지털 데이터란 전통적 의미의 컴퓨터상에 있는 데이터 뿐만 아니라 이진법 형태로 저장되거나 전송될 수 있는 모든 텍스트, 이미지, 오디오 및 비디오 데이터를 포함한다. 그러나 이런 디지털 증거는 이진법 형태로 되어 있는 전자기록으로 주위 환경, 외부적 용인이나 사람에 의해 쉽게 변질되거나 손상되기 쉬운 특성으로 인해 증거능력을 인정받기 위해선 수집되고 처리되는 일련의 과정이 사법처리절차나 증거법에 따라야 한다.

우리 형사소송법에 의하면 컴퓨터 관련 디지털 증거의 증거능력을 인정하기 위해서는 우선 당해 기록이 진정하게 성립되어야 하고, 전자기록의 내용과 출력된 문서의 내용이 동일해야 하며 출력된 문서의 원본성이 인정되어야 한다.

가. 眞正性

전자기록을 보관하고 있는 사람이나 전자기록의 작성경위 혹은 정황 등에 신빙성이 있다고 판단되면 전자기록의 성립진정을 인정하여 그 증거능력을 인정해야 할 것이다. 업무상의 기록이 컴퓨터에 의해 작성된 경우에도 그 기록의 진정은 기록의 신빙성, 신뢰성, 신용성에 의해 결정된다. 신빙성과 신뢰성의 입증을 위해 당사자는 컴퓨터 처리과정 또는 시스템을 설명하는 증거를 제출하여야 하며, 동시에 그것이 정확하게 그 결과를 발생시킨다는 것을 증명해야 한다. 따라서 데이터를 출력한 컴퓨터의 신뢰성을 증명하여야 하는데 그 증명을 위해서는 당해 컴퓨터가 규격에 적합하고 나아가 적절히 운용된 것임을 증명하여야 한다.

나. 同一性

전자기록을 일정한 프로그램에 따라서 출력시킨 자가 그 성립의 진정을 공판정에서 증언하면 족하다. 따라서 증인은 기록의 보관자 또는 그 외의 진정을 증명할 수 있는 자격을 갖춘 자일 필요가 있다. 이러한 증인은 전자기록이 업무의 과정에서 작성된 기록임을 알고 있어야 한다.

---

301) 국제협력기구인 The Science Working Group on Digital Evidence(SWGDE)에서 1998년에 채택한 것이다. 경찰청, 디지털 증거의 수사, 2003, p.10.

다. 原本性

전자기록 자체는 가시성과 가독성이 없기 때문에 전자기록의 내용을 증거로 사용하기 위해서는 컴퓨터에 의해 출력된 문서를 원본으로 보는 것이 타당할 것이다. 즉 전자기록은 출력된 문서와의 동일성이 인정되는 한 출력된 내용의 존재를 추인케 하는 근거자료일 뿐이고 출력된 서면을 원본이라고 하여야 한다.

전자기록의 원본성에 대해 전산망의 보급 확장과 이용촉진에 관한 법률 제17조의 2 제3항은 '법령에서 규정한 허가 등을 전자문서로 처리하는 경우 처리되는 전자문서와 문서상의 명의인을 표시한 문자와 작성자를 식별할 수 있게 하는 전자서명은 당해 법령이 정한 문서와 문서상의 서명날인으로 본다' 고 규정하여 전자문서를 원본으로 보고 있다.

그러나 이는 전산망의 개발보급과 이용 등을 촉진하기 위하여 원래는 문서나 원본이 아닌 것을 문서의 원본과 동일하게 법률상의 효력을 부여하는 규정으로, 이 규정을 근거로 형사절차에서 증거로 사용되는 전자기록에 대해 문서의 원본성을 인정한다고 보기는 어려울 것이다.

9. 遺傳子情報銀行의 管轄 調整

유전자 감식결과에 대하여는 거짓말탐지기 검사 결과와는 달리 법원이 증거능력을 인정하고 있다. 따라서 현재 설립 추진 중인 유전자정보은행의 관할은 범죄수사의 대부분을 전담하고 있는 경찰청이 관할하는 것이 바람직할 것이다.

10. 其 他

경찰의 수사활동이 과학수사가 되기 위해서는 첨단 장비에 의한 수사가 이루어져야 하지만 실제 수사업무를 수행하는 경찰관들의 수사기술이나 기법이 향상되고 업그레이드되지 않으면 그러한 첨단장비들이 무용지물이 될 수 있다. 금융·통신·공공기관 등 국가 기간전산망에 대한 사이버범죄 예방과 검거, 통화 기록분석, 디지털 증거분석, 과학수사요원들의 감식기술의 개발과 향상 노력이 경주되어야 한다. 또 위에서 언급한 유전자지문 분석 외에도 법 최면수사와 법의 곤충학 등에 대한 전문 교육과 전문가 양성이 필요할 것이다.

가. 法 催眠 搜査技法

범죄수사에 최면을 이용하는 것으로, 범죄현장에서 사건을 해결하기 위한 법과학적 단서가 남아있지 않고, 목격자나 피해자만 있을 때 그 목격자 및 피해자에게 범죄현장 상황 내지는 범죄와 관련된 사항이 잊혀 졌거나 희미해진 기억을 떠올리도록 하여 수사에 필요한 단서를 제공하거나 수사방향을 설정하는데 도움을 주기 위한 방법이다. 법정에서의 증거능력과 관련하여 최면 자체의 암시성과 유도성에 따라 최면 수사에 의해 수집된 증거의 증거능력이나 증명력이 문제될 수 있으나, 정황증거로서의 가치는 충분하다고 볼 수 있다.

나. 法의 昆蟲學 搜査技法

사람의 사후 경과 시간에 따라 사체에서 발생하는 각종 곤충들을 이용하여 조직학, 화학, 박테리아학, 동물학 등 여러 가지 법의학적 소견을 산출하여 사망시각이나 사망 장소 등에 대한 추론으로 사건해결에 기여하는 방법이며, 대구 성서 개구리 소년들의 사인 규명시에 크게 부각된 바 있다.

경찰수사의 전문성을 강화하여 해당분야의 전문가로서 육성하고, 전문지식과 첨단 과학 장비에 의한 전문가의 수사결과물에 대한 신빙성이 전술한 검안의사나 상해진단서 발부 의사의 권위에 버금간다면 다른 수사기관이나 법원의 재판과정에서도 그 증명력을 인정할 수밖에 없을 것이고, 그렇게 된다면 국민들은 경찰에게 제1차적 수사를 전담하게 하여도 수사 미진이나 인권침해의 우려를 불식할 수 있게 될 것이다.

第2節 搜査權의 具體的 配分 方案

Ⅰ. 搜査權 配分의 範圍

1. 人的 搜査權 配分의 範圍

인적수사권의 배분의 범위로는 첫째로 경찰서장에게 수사권을 부여하는 방안을 검토할 수 있다. 이는 경찰서장이 사건 현장을 직접 장악하여 수사지휘를

강화 할 수 있는 반면, 경찰서장은 수사 이외에도 다방면의 경찰업무를 관장하고 있어 수사지휘의 소홀을 초래할 수 있고 , 수사는 경찰업무 중 비교적 전문기능에 속하는, 수사부서 근무경력이 없거나 짧은 경찰서장의 경우 수사지휘에 난점이 있다. 둘째로, 경감급 이상의 수사간부 다시 말해 경찰서의 수사(형사)과장이 담당하여 추진하는 형태를 고려할 수 있고, 셋째로 경위이상의 사법경찰관에게 독자적 수사권을 부여하는 방안 등을 고려 할 수 있을 것이다.[302] 2006년 4월 7일 시행된 경찰공무원법에 따라 경위까지의 근속승진제도가 도입되어 승진시험이나 엄격한 심사를 거치지 않고 경사 배명 8년이 경과한 경찰관 대부분이 경위로 승진 임용되고 있다. 따라서 위의 세 번째 경우는 수사지휘권의 하부위임으로 수사 진행이 능률적인 반면 수사지휘권의 남용과 지휘체계의 혼란의 우려가 있다는 단점이 있을 수 있으므로 인적 수사권의 배분의 범위는 일본처럼 경감이상의 사법경찰관에게 부여함이 적정하다고 할 수 있을 것이다.

2. 物的 搜査權 配分의 範圍

물적 수사권 배분 범위의 문제로는 첫째, 국가적 법익을 침해하는 범죄 이외의 모든 범죄에 적용하는 방안과 둘째로, 개인적 법익을 침해하는 범죄에 한하여 적용하는 방안 셋째로 재산적 범죄에 한하는 방안이 있다. 형량이나 죄종에 따라 담당수사기관을 달리하는 사안적 범위는 수사진행 중 여죄 발견 등으로 형량과 죄종이 바뀌고, 수사기관간 상호 갈등의 소지가 있어 모든 사안을 경찰이 독자적으로 수사하는 것이 마땅하다고 생각한다. 다시 말해 수사권 배분 방안의 최종방향은 법관에 대한 영장청구권을 가진 경찰이 모든 사건에 대해 검사의 지휘와 감독을 받지 않고 수사를 개시하고 진행하며 완결하여 그 결과를 검찰에 송치하고, 검찰은 공소권을 담당하는 수사체제로 가야 할 것이다. 다만 절충안으로서 일본의 경우처럼 경찰을 모든 범죄에 대한 1차적 수사기관으로 하여 검사의 지휘 없이 독자적으로 수사할 수 있게 하고 검사는 공소업무를 주로 전담하면서 특별한 사건의 경우에만 수사할 수 있는 제2차적 보충 수

302) 박효식, 전게논문, p. 76.

사기관으로 하여 양자 상호협력관계로 운영하는 체제도 가능하다. 이렇게 함으로써 수사기관간 경쟁체제가 구축되어 수사역량 향상과 인권보호에 효과적이며, 역할 분담으로 효율적인 사건처리가 가능하고 수사경찰의 사기진작 등의 본질적 부수적 효과가 뒤 따를 것이다. 일본체제는 절도, 폭력, 강도, 교통사고 등 민생침해범죄와 기타 대부분의 사건에 수사는 경찰이 담당하고 정치적 사건이나 대형 경제범죄 등에 대한 수사는 검찰이 담당하고 있어 전문화와 분권화의 관점에서 바람직하다는 장점이 있다.[303] 오늘날 우리나라의 현실을 감안하여 위와 같은 수사권 배분 방안을 단계별로 실시하고 그 실시과정에서 생기는 문제점들을 보완하는 방식도 고려해 볼만하겠다.

Ⅱ. 關聯法規의 改正[304]

1. 憲法

경찰이 요구하는 대로 현행 형사소송법 제195조와 제196조를 개정하여 경찰에게 법으로 보장되는 수사권한이 주어진다 할지라도 국민의 인권을 보장하기 위한 수사권의 배분과는 거리가 멀다고 볼 수 있다. 따라서 우리나라 헌법 제12조 제3항과 제16조에서 규정하고 있는 검사의 영장에 대한 신청권을 삭제하여야 할 것이다. 그리고 형사소송법상 검사의 영장청구권에 사법경찰관도 병행하여 청구할 수 있는 권한을 부여하여야 할 것이다. 그 이유는 현행 헌법처럼 헌법에 수사기관(검사)의 영장신청권을 규정하고 있음으로 인해서 구속영장의 성격에 대한 논쟁, 즉 허가장적 성격으로 보아야 할 것인지, 명령장적 성격으로 보아야 할 것인지에 대한 논쟁도 일축시킬 수 있을 것이다. 이와 더불어 경찰이 영장을 청구할 수 있는 권한을 가질 경우, 체포된 피의자에 대한 판사면담권을 즉시 실현시킬 수 있기 때문이다.

이제까지 형사사법의 역사가 증명하여 주는 바와 같이 국민을 범죄로부터 보호하고자 하면 국민들의 인권이 무시되기 십상이었다. 이에 따라 미국 등 인권국가에서는 이 양면성을 해결하기 위하여 범죄자에 대한 경찰의 체포는 쉽게

303) 상게논문, p. 76.
304) 상게논문, pp. 80-84.

할 수 있도록 하는 반면, 체포된 피의자에 대해서는 곧 바로 판사에게 인치하여 체포의 적부성을 판단 받을 수 있도록 하고 있다. 우리나라도 이러한 제도를 도입하기 위해서는 경찰에게 영장청구권을 부여하고, 그 대신 경찰이 체포한 피의자에 대해서는 곧 바로 판사에게 인치하여 판사로부터 체포의 적부성을 판단 받을 수 있도록 하여야 할 것이다.

현행 형사소송법상 체포된 피의자를 판사에게 곧바로 인치하기 위해서는 모든 경찰서가 있는 시ㆍ군에 검사와 판사가 배치되어야 할 것이다. 그렇게 하려면 엄청난 비용을 부담하여야 하는 경제적인 문제에 봉착하게 될 것이다. 따라서 경찰에게 영장청구권을 부여하고, 시ㆍ군법원의 판사를 활용하면 더 이상의 비용 부담없이 현재의 상태로도 활용할 수 있는 제도이다. 또한 인신체포 초기단계에 법원의 통제를 받게 되기 때문에, 인신체포 후에 수사를 하고 이를 기초로 하여 법원이 심사함으로 생기는 인권침해의 문제점을 해결할 수 있는 장점이 있다.

2. 刑事訴訟法

가. 一般的 授權項目의 改正

수사기관의 다양하고 역동적인 수사행위전반에 대한 일반적 수권규정은 형사소송법 제195조이다. 현재 검사만의 수사권을 규정하고 있는 형사소송법 제195조를 개정하여 경찰의 수사 주체성을 명문화하고, 경찰을 검사의 보조기관으로 규정한 형사소송법 제196조는 검사와 경찰의 지위를 상호협력관계로 개정해야 하며 수사권 배분의 중요 쟁점인 관련 법규인 현행 “형사소송법 제195조(검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.” 라는 법규정을 “제195조(검사와 사법경찰관리 등의 수사) ① 검사와 사법경찰관리는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다. ② 국가경찰공무원은 사법경찰관리로서의 직무를 행한다. 사법경찰관리의 범위는 경찰법에 정한다. ③ 검찰청직원으로서 법률에 의해 사법경찰관리의 직무를 수행할 자는 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다”. 로 개정 하고, 현행 “형사소송법 제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무

관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다. ② 경사, 순경은 사법경찰리로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다. ③ 전 ②항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정 할 수 있다."의 법 규정은 "제196조(검사와 사법경찰관의 관계) ① 검사와 사법경찰관리는 수사에 관하여 서로 협력하여야 한다. ② 검찰총장은 공소유지에 필요한 사항에 관하여 수사에 대한 일반적인 기준을 정할 수 있다. ③ 사법경찰관리는 범죄를 수사한 때에는 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검사에게 송치하여야 한다. 다만, 대통령이 정하는 일부 사건에 대하여는 그러하지 아니한다. ④ 전항의 경우 검사는 사법경찰관에게 공소유지에 필요한 보완수사를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 정당한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다." 로 각 개정 하여야 할 것이다.

나. 其 他

형사소송법 제210조 사법경찰관리의 관할구역 외의 수사규정도 현실과는 맞지 않는 조항으로 개정이 필요하다. 검사와는 달리 경찰은 광범위한 조직과 인력 및 장비를 갖추고 광역범죄 및 기동성을 요하는 범죄를 신속하고 효율적으로 수사해야 하는 바, 이를 검사에게 일일이 보고하여야 한다는 것은 지역 간의 공조조사 및 신속하고 효율적인 초동수사와 범인검거 및 증거확보를 위해서도 장애가 될 뿐이다. 지검장 또는 지청장에게 대한 보고를 "관할 지방경찰청장 또는 경찰서장에게 통보하여야 한다"고 개정함이 마땅하며, 이렇게 함으로써 도주한 공범의 추적과 전국을 무대로 하는 기동성범죄에 대하여 비관할 지역 수사경찰과 관할지역 수사경찰 간에 효과적인 조사공조체제와 상호연락이 가능해지게 된다. 또 본래의 목적과 달리 검찰의 경찰행정에 대한 간섭기회로 사용된 제198조의 2(체포・구속 장소 검찰권), 관계인과 유족 불편을 가중시키는 제219조 단서(압수물처리시의 검사지휘), 제222조(변사자 검시), 제312조 제2항(사법경찰의 피의자 신문조서의 증거능력)도 본래 법의 취지대로 운영될 수 있도록 범위를 명확히 하거나 폐지해야 한다.

3. 檢察廳法

검찰청법 제4조 제1항에서는 검사의 직무를 나열하고 있는데 이 중 2호의 범죄수사에 대한 사법경찰관리를 지휘·감독한다는 규정은 삭제하고, 검사와 경찰의 상명하복 관계 및 명령복종을 의무화하고 있는 제53조도 개정하여 경찰과 검사의 상호협력관계로 바꾸는 것이 개정되는 형소법 취지에 부합할 것이다.

수사중지명령권과 체임 요구권을 규정한 제54조는 소속기관을 달리하는 검사가 경찰의 인사문제까지 관여하는 결과를 가져오므로 폐지해야 한다. 사법경찰이 불법이 있을 경우엔 당연히 검사가 가진 직접수사권으로 착수하면 되고, 경미한 경우 경찰기관 내부에서 징계하면 될 것이다.

4. 暴力行爲 등 處罰에 관한 法律

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제10조 제1항에서는 관할 검찰청검사장은 동법 제2조 내지 제6조의 범죄가 발생하였음에도 이를 보고하지 아니하거나 수사능력 부족 기타의 사유로서 사법경찰관리로서 부적당하다고 인정하는 자에 대하여는 그 임용권자에게 당해 사법경찰관리의 징계·해임 또는 체임을 요구할 수 있다고 규정하고 있으며, 제2항에서는 제1항의 요구가 있을 경우에는 임용권자는 2주일 이내에 당해 사법경찰관리에 대하여 행정처분을 한 후 관할 검찰청검사장에게 통보해야 한다고 규정하고 있다. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률은 형법상의 폭력관련범죄 중에서 행위의 태양이 고도의 위험성을 내포하고 있는 범죄만을 특별히 가중처벌 하고자 하는 법률로서 경찰의 인사상 조치에 관한 법률이 아님에도 불구하고, 본법 제10조에서는 검찰청법 제54조와 마찬가지로 검사의 사법경찰관리에 대한 부당한 인사개입권을 규정하고 있다.

이는 형법·성폭력 범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 기타 형사법과 비교해 볼 때, 본 법에만 특별히 경찰의 인사(징계·해임·체임)에 관한 검사의 개입권을 규정해야 할 아무런 이유가 없다는 점에서 본 조항의 부당성이 여실히 드러난다. 특히, 임용권자가 관할검찰청 검사장에게 행정처분 사항을 통보해야 한다고 규정한 것은 실질적으로 볼 때 임용권자인 경찰지휘관에 대한 검사장의 지시를 강제하는 규정과 다름없다는 점에서, 경찰의 검찰에 대한 예

속조항이라고 하지 않을 수 없으며, 경찰의 인사에 관한 사항은 행정경찰업무 영역이므로 이에 대한 검찰의 간섭은 가관간의 업무한계를 일탈한 것이므로 당연히 폐지해야 한다.

5. 司法警察官吏 執務規則

이 규칙은 법무부령이므로 형사소송법 등 상위법령의 개정이 있으면 내용상 상충하는 규정은 당연히 폐지, 개정해야 할 것이다.

사법경찰관집무규칙 제2조 제1항의 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 범죄를 수사한다는 규정 또한 검찰청법 제4조 제1항의 2호와 마찬가지로 원칙상 검사에게만 수사권 및 수사지휘권을 부여하고 경찰은 수사보조자로서의 지위만을 인정한 조항이다. 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 범죄를 수사한다는 규정은 "① 사법경찰관은 범죄혐의가 있다고 사료하는 때에는 범죄를 수사할 수 있으며, 검사와 사법경찰은 범죄수사에 있어서 상호 협조하여야 한다. ② 사법경찰리는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사해야 한다."로 개정해야 한다.

사법경찰의 독자적인 수사 개시권 마저도 부정하고 있는 제11조와 보고대상의 한계가 모호하여 공공의 안전과 질서유지 및 범죄예방이라는 경찰 본연의 임무까지도 검찰이 영향력을 확산시키도록 악용소지가 있는 제12조의 정보보고 의무도 폐지 내지 개정이 있어야 한다. 경찰이 체포 혹은 긴급체포한 자에 대하여 구속사유가 없거나, 소멸한 경우 검사의 사전지휘를 규정한 제26조를 폐지하여 경찰의 권한으로 즉시 석방하도록 하여야 한다. 단 사후 보고절차를 통한 통제는 필요할 것으로 본다.

6. 其他 法令

마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제3조 제5항, 동법 제4조 제3항(마약혐의 외국인 입국허가 요청시 마약의심 화물 세관특례조치시 검사에의 신청제도), 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률 제5조제2항(경찰청장에 대한 특정금융 거래정보 제공방법), 외국인 출국정지 업무 처리 규칙 제4조(출국금지・정치 요청시 검사지휘), 통신비밀보호법 제8조(통신제한조치 집행통지 유예

후 통지시 보고의무), 검찰사건사무규칙 제34조(검사의 종합사무감사), 대검예규 제308호(고소・고발사건 송치전 검사지휘 건의) 등도 번잡한 검사지휘의 폐지 취지에 맞도록 개정하여야 한다.

Ⅲ. 警察의 搜査 主體性 認定

검사의 수사권을 규정한 형사소송법 제195조를 개정하여 검사는 필요하다고 인정할 때에는 수사를 할 수 있는 것으로 규정하고 경찰이 검사의 수사보조기관으로 될 수밖에 없도록 규정한 동법 제196조 제1항에서 검사의 지휘를 받도록 한 구절을 사법경찰관이 주체로서 이는 각각 일본 형사소송법 제191조 제1항・제1809조 제2항의 검・경간 수사권 분배형태와 같다.

사법경찰 중 독자적수사권을 행사하는 주체는 사법경찰관으로 한정하되 형사소송법 제196조 제2항에서 검사를 사법경찰관과 기본적으로 사법경찰관에 대해서만 수사보조기관의 역할을 하도록 한다. 이와 같이 개정하면 동법 제197조에 의한 특별 사법경찰관와 검사와의 관계도 일반사법경찰관의 경우와 같게 된다. 한편, 동법 제195조를 개정-제195조 제2항 신설-하여 검찰수사 사무관 등 검찰청직원은 검사의 지휘를 받아 수사를 해야 함을 명확히 한다. 이와 아울러 사법경찰관의 수사를 적정하게 하고 공소시기 및 위해 필요한 사항에 관해서는 검찰청장 또는 지방검찰청 검사장이 일반적 준칙의 형식으로 지시를 할 수 있게 하고, 수사상 사법경찰의 협력이 불가피한 경우에는 검찰총장 또는 지방검찰청 검사장이 일반적 지휘를 할 수 있도록 형사소송법에 규정을 신설하도록 한다.[305]

Ⅳ. 不起訴事件에 대한 搜査 終結權 附與

경찰청 통계에 의하면, 경찰에서 처리한 범죄자의 22.8%가 공소를 제기할 수 없는 사건에 해당하며 그 내용은 아래 〈표5-6〉 와 같다. 그러나 경찰에 수사종결권이 없기 때문에 이러한 사건 모두를 검찰에 송치하고 있으며, 이는 엄청난

305) 성민곤, 전게논문, pp. 80-81.

인적·물적 자원의 낭비라고 할 수 있다.

따라서 공소를 제기할 수 없음이 명백한 사건에 대해서는 사법경찰관에게 수사종결권을 부여하는 것이 바람직하다고 보며, 이를 위한 관계규정의 개정 의견으로는 "형사소송법 제238조(고소, 고발과 사법경찰관의 조치) 사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다"의 내용을 "사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다, 다만, 공소를 제기할 수 없음이 명백한 경우에는 조사를 종결하고 관계서류와 증거물을 보관하여야 한다." 로 개정하고,

또 "사법경찰관집무규칙 제54조(사건송치) 사법경찰관이 수사를 종결하였을 때에는 이를 모두 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다." 의 규정을 "① 다만, 공소를 제기할 수 없음이 명백한 경우에는 수사를 종결하고 관계서류와 증거물을 보관하여야 한다로 개정하고, ②제1항의 경우 고소·고발인·피해자 또는 사건관계자는 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 이의를 신청할 수 있다. ③제2항에 의한 이의신청이 있는 경우 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장은 사건을 수사한 사법경찰관에게 관청서류와 증거물을 송치할 것을 명할 수 있다. ④전2항에 의해 송치명령이 있는 경우 사법경찰관은 즉시 당해 사건의 관계서류와 증거물 일체를 송치하여야 한다. ⑤검사는 제4항에 의해 송치된 사건에 대해 수사하여야 한다." 라고 위의 ②항에서 ⑤항의 조항을 신설한 다음, 사법경찰관이 공소제기 가능여부에 대해 의문이 있는 경우에는 수사 종결전에 검사의 법적 판단을 받게 하고, 사법경찰관이 이러한 수사 종결권을 남용하여 범죄의 혐의가 있는 경우에도 공소를 제기할 수 없는 사건으로 수사를 종결할 우려가 있는 만큼, 월별 또는 분기별로 통보의무제를 도입하는 등의 통제장치를 마련하는 것이 필요할 것이다.[306)]

306) 김한섭, 전게논문, pp. 111-112.

<표5-6> 총범죄 처리 결과표[307]

처리결과 \ 죄종별		총범죄		형법범		특별법범	
		건 수	%	건 수	%	건 수	%
총 합 계		2,028,206	100	1,028,042	100	1,000,164	100
기소의견	소 계	1,354,759	66.8	595,957	58	758,802	75.9
	구 속	46,150	2.3	32,257	3.1	13,893	1.4
	불구속	1,308,609	64.5	13,893	1.4	744,909	74.5
불기소의견	소 계	622,679	30.7	391,590	38.1	231,089	23.1
	기소유예	80	0.0	74	0.0	6	0.0
	기소중지	160,208	7.9	110,533	10.8	49,675	5.0
	혐의없음	233,147	11.5	192,091	18.7	41,056	4.1
	죄안됨	2,155	0.1	1,818	0.2	337	0.0
	공소권없음	226,579	11.2	86,652	8.4	139,927	14.0
	공소보류	510	0.0	422	0.0	88	0.0
이 송		22,661	1.1	18,574	1.8	4,087	0.4
소년부 송치		610	0.0	535	0.1	75	0.0
참고인 중지		26,538	1.3	20,467	2.0	6,071	0.6
가정보호송치		959	0.0	919	0.1	40	0.0

V. 搜査書類의 證據能力認定

형사소송법 제312조 제1항은 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동

307) 경찰청, 범죄통계, 2007. p.5.

일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 하고, 제2항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있으며, 제4항은 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 도는 공판기일에서의 진술이나 영상 녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일 에 그 기재내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 향하여졌음이 증명된 때에 한한다고 하고 있다.[308]

형사소송법 제318조 제1항은 “검사 또는 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있으며, 개정안 제312조 제2항은 ‘검사 또는 사법경찰관이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 피고인 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서는 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 변호인이 동의한 때에 한하여 증거로 할 수 있다’라고 규정하고 있다. 따라서 개정안 제312조 제1항을 철저화하기 위해서는 현행 제318조를 삭제하거나, 또 다른 방안으로는 개정안 제312조 제1항에 현행 제318조 제1항의 내용을 두고, 만일 당사자가 증거로 함에 부동의하는 경우에 개정안 제312조 제1항을 제2항으로, 제2항을 제3항으로 하는 방안이 검토될 필요가 있다.[309] 그러나 피의자신문조서의 증거능력에 대한 경찰 입장의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 검사와 사법경찰관을 불문하고 공히 피고인이 그 내용을 부인하는 경우에는 증거능력이 부정되어야 한다는 것이다. 이는

308) 이영경, “검찰과 경찰의 합리적인 수사구조 개선방안”, (석사학위 논문, 경북대학교 행정대학원), 2007, p. 57.
309) 천진호, “형사소송법 개정안”, 공청회 자료집, 2005, pp. 165-166.

구두변론주의, 직접주의, 피고인의 반대신문권 보장에 소홀하였던 소위 조서재판의 폐해를 개선하기 위해 불가피하다고 본다. 따라서 피고인이 그 진술내용을 인정할 경우에 한하여 증거능력을 인정하여야 할 것이다.

그 대신 피고인을 조사하였던 사법경찰관 등[310]의 조사과정에 관한 증언을 증거로 사용할 수 있도록 하되 피고인 측이 반대신문을 통하여 충분히 탄핵할 수 있도록 함으로써 직접심리주의와 반대신문권을 강화하는 가운데 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장을 조화하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 피의자의 최초 진술을 직접 들은 수사기관의 증언이란 점에서 수사기관의 의도대로 작성되는 신문조서보다는 훨씬 높은 신뢰성을 부여할 수 있고 피의자가 신문을 담당한 경찰관 앞에서 피의사실에 대한 자백을 한 후, 공판정에서 그 내용을 부인하는 경우 담당경찰관을 증인으로 소환하여 자백여부 및 자백내용에 대하여 검사 또는 변호인이 심문을 하게 되며 이때 특신상태가 입증된 담당경찰관의 진술에 대하여 전문진술의 예외로 증거능력이 인정되는데, 이는 담당경찰관을 증인으로 소환한 경우 피고인에게 대면에 의한 반대신문권을 보장할 수 있을 뿐만 아니라 담당 경찰관의 진술은 위증죄로 그 진실성이 담보되기 때문이다.[311]

Ⅵ. 令狀請求權 附與

영장주의란 법원 또는 수사기관이 형사절차에서 강제처분을 할 때, 법원 또는 법관이 발부한 영장에 의하여야 한다는 원칙을 말한다. 또한 영장주의는 강제처분에 있어서 인권보장을 도모하는 것을 목적으로 한다. 수사기관에 의한 강제처분의 경우 영장주의의 취지는 집행절차를 적정하게 하고 수사기관의 강제처분 발동에 대한 사법적 억제를 통하여 수사기관에 의한 강제처분권의 남용을 방지하고 인권보장을 도모하자는 것이다.

---

310) 법정증언을 할 수 있는 조사자의 범위에 대하여 개정안 제316조 제1항은 검사나 신문에 참여한 자까지 포함하고 있으나 외국의 입법례, 검사의 당사자로서의 지위에 위배가능성, 수사검사·공판검사 이분론의 타당성 여부 등 논란의 여지는 여전하다.

311) 황운하. “형사소송법 개정안” 공청회 자료집, 2005, pp. 180-181.

사법경찰관에게 법관에 대한 영장청구권을 보장하기 위해서는 먼저 헌법 제12조 제3항에서 “검사의 신청에 의하여”라는 문구를 삭제하여 경찰이 직접 영장을 청구할 수 있는 길을 열어 놓아야 한다. 그리고 구속·체포·압수·수색·검증 등 강제처분을 위한 영장의 신청·청구절차를 규정한 형사소송법 제200조의 2·제200조의 4·제201조·제215조 및 통신비밀보호법 제6조 등의 내용 중 사법경찰관의 영장청구에 검사를 경유하도록 한 규정을 삭제하고, 영장청구권자로서 “검사와 사법경찰관”을 병렬시켜 규정하여야 한다. 또한 예시한 법 규정의 경우 각개 조문의 제1항 중 “검사는”을 “검사와 사법경찰관은”으로 개정한다.

보다 근본적인 해결 방안으로는 헌법 제11조 제3항의 “검사의 청구에 의하여”를 삭제하고 “강제수사는 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”로 개정하여 영장청구권을 검사와 사법경찰관 모두에게 인정해야 한다. 즉 국가적 법익에 관한 죄, 공무원 범죄 등 형법각론상의 특정의 범죄와 사회적 파급효과가 큰 경제사범 등 특별법 위반 이외의 기타 범죄에 대하여는 사법경찰관이 직접 법관에게 영장을 청구할 수 있도록 하여 영장청구권을 적정하게 분재시켜야 한다. 이와 같은 강제처분에 대한 사법적 억제를 통해 인권을 보장하고자 하는 제도인 영장제도가 검찰과 경찰사이에서는 본래의 취지보다는 지휘권 확보수단 내지 유력한 통제수단이 되고 있다. 따라서 경찰수사권의 실효성을 담보하기 위하여는 경찰에게 법관에 대한 직접적인 영장청구권이 보장되어야 한다.[312] 경찰에서 독자적 수사권을 부여하면서 강제수사를 위한 법관의 영장을 발부받기 위해서 현재와 같이 검사에 대한 영장신청절차를 경유해야 한다면 실질적인 독자수사가 이루어질 수 없기 때문이다.

법관에 대한 검사의 영장청구권이 헌법에 규정되어 있기 때문에 당연한 것으로 받아들이면서 변경이 불가능하다는 주장은 타당하지 않다. 앞에서 살펴 본 바와 같이 검사의 독점적 영장청구권은 헌법사항이라고 볼 수도 없고,[313] 우리나라의 경우 권력자의 편의에 의해서 제3공화국 헌법에 처음으로 등장한 것으

312) 대검찰청, “유럽국가의 검사와 경찰관계”, 2005 유럽 검찰총장회의, 2005, p. 274.
313) 이관희, “경찰의 정치적 중립과 수사권 독자성 확보방안”, 「수사연구」, 1994, p. 32.

로서 향후 헌법이 개정될 경우 얼마든지 개정을 검토할 수 있다고 생각된다. 다만, 경찰의 독자적 수사권 요구의 저의가 궁극적으로 영장청구권 확보에 있는 것으로 이해할 만큼 반발이 크다는 점[314] 및 사법경찰의 구속기간이 10일로서 비교적 장기인 점을 고려할 때, 구속영장과 체포영장을 분리하여 구속영장은 현재와 같이 사법경찰의 검사에의 신청, 검사의 법관에의 청구절차를 유지하되 체포영장은 직접 사법경찰이 법관에게 청구할 수 있도록 하자는 견해[315]는 상당한 설득력이 있다고 보여 진다.[316] 체포영장제도는 주로 초동 수사단계에서 피의자의 신변을 확보함으로써 수사절차의 원활한 진행을 담보하는 데 의미가 있으므로 굳이 중간에 검사가 개입할 필요가 없기 때문이다. 향후 법 개정시 절충안으로서 검토할 만 하다고 생각된다. 이 경우 구속영장을 제외한 압수·수색·검증영장 등 강제수사를 위한 여타의 영장이 체포영장과 함께 사법경찰의 직접 청구대상이 되어야 함은 물론이다.[317]

Ⅶ. 被疑者 釋放權 附與

사법경찰관이 체포 또는 구속된 자에 대한 수사 결과 공소권이 없거나 불구속 수사대상으로 더 이상 체포·구속의 필요가 없는 경우에 사법경찰관에게 석방권을 부여하여 불필요한 체포·구속 상태가 계속되는 것을 방지하고 국민의 불편을 최소화함으로써 인권침해의 소지를 제거하기 위해서는 사법경찰관에게도 검사와 마찬가지로 체포·구속된 피의자에 대한 독자적인 석방권을 인정할 필요가 있으며, 이를 위하여 현행 형사소송법 "제93조(구속의 취소) 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 법원은 직권 또는 검사, 피고인 변호인과 제30조 제2항에 규정한 자의 청구에 의하여 결정으로 구속을 취소하여야 한다."를 "구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 법원은 직권 또는 검사, 사법경찰관, 피고인 변호인과 제30조 제2항에 규정한 자의 청구에 의하여 결정으로 구속을 취소하

314) 서울고등검찰청, 「수사지휘론」, pp. 243-244.
315) 손동권, "경찰수사권 독립론에 대한 비판적 고찰", 「형사법과 세법, 명형식 교수 회갑기념논문집」, 1998, p. 317.
316) 이영경, 전게논문, pp. 55-57.
317) 천진호, "영장청구권의 귀속에 관한 연구", 치안정책연구소, 연구보고서, 2007. 3. p. 80.

여야 한다”로 개정 하고, 또한 “사법경찰관집무규칙 제26조(피의자의 석방) ① 체포 또는 긴급 체포하거나 구속한 피의자를 석방하고자 할 때에는 미리 검사의 지휘를 받아야 한다. ②제1항의 경우에 검사의 석방지휘가 있을 때에는 즉시 석방하여야 한다.”의 규정을” “① 체포 또는 긴급 체포하거나 구속한 피의자에 대해 더 이상 체포 또는 구속의 필요가 없거나 그 사유가 소멸된 때에는 즉시 석방하여야 한다. ② 체포 또는 긴급 체포하거나 구속한 피의자에 대해 검사의 석방지휘가 있을 때에는 즉시 석방하여야 한다.”로 각 개정하여 할 것이다.[318]

Ⅷ. 司法警察의 變死者 檢屍權 附與

1. 檢屍制度의 現況[319]

가. 檢屍의 意義

형사소송법 제222조 제1항은 변사자 또는 변사의 의심 있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 한다. 동조 제2항은 영장 없는 검시를, 동조 제3항은 검사는 사법경찰관에게 검시처분을 명할 수 있다’라고 규정하고 있고, 동법 제140조에서는 검증을 함에는 신체의 검사, 사체의 해부, 분묘의 발굴 물건의 파괴 기타 필요한 처분을 할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 변사자 검시란 사람의 사망이 범죄로 인한 것인가를 판단하기 위하여 수사기관이 변사자의 상황을 조사하는 것을 말하며, 의학적 검사인 검시가 포함된다.

나. 檢屍의 對象[320]

현행법상 검시의 대상은 변사자 또는 변사의 의심이 있는 사체이다. 이러한 법규정에도 불구하고 어느 범위의 사체를 검시대상으로 보아야 할 것인지에 대

---

318) 김한섭, 전게논문, pp.111-112.
319) 박희룡, ″경찰수사권의 현실화 방안“, (석사학위 논문, 경북대학교 행정대학원, 2004), pp. 78-81.
320) 임규옥, “한국 검시 제도의 문제점과 개선방안”, (석사학위논문, 경북대학교 의학대학원, 2003), p. 6.

해서는 견해가 통일되어 있지 못하다. 대법원은 형사소송법 제222조의 변사개념과 관련하여 직접적인 언급을 한 것은 아니지만, 형법 제163조의 변사체검시방해죄와 관련하여 변사자라 함은 부자연한 사람으로서 그 사인이 분명하지 않는 자를 의미하고 사인이 명백한 경우는 변사자라 할 수 없다 라고 하였다.[321]

다. 檢屍의 主體

현행법상 검사가 검시책임자이며, 검사는 수사 전 처분으로 직접 또는 사법경찰관에게 명하여 검시를 행하며, 검시결과 범죄수사가 필요한 때에는 원칙적으로 법원의 영장을 발부 받아 검증에 필요한 사체해부를 할 수 있다.

라. 外國의 檢屍

영미법계의 국가에서는 검시관제도를 운영하며, 주로 법률가가 선정되어 폭력 등의 외인사와 사인 불상인 사망자의 죽음에 관련된 모든 주변사항을 조사하는 일을 담당하며, 범죄와 관련된 죽음이라고 판단되면 경찰에 통보하여 수사가 이루어지도록 하며, 시체의 의학적 검사인 검안과 부검업무는 전문의 자격을 가진 법의학 교수가 맡는다. 또한 미국에서는 법의관제도를 운영하고 있는 이 제도는 영국의 검시관 제도가 미국에서 변형된 것으로, 법률가인 검시관 대신에 법의 병리 전문의사인 법의관이 변사자에 대한 검안과 부검을 담당하는 제도이다. 범죄수사는 경찰이 담당하나, 경찰에서 통보된 변사사건에 대하여 현지조사와 부검 등 의학적 검사를 행한다. 대륙법계의 국가에서는 수사기관인 검찰이나 경찰이 검시업무를 담당하며, 시체의 검안과 부검, 즉 검시업무는 의과대학에 의뢰하여 행하여 재판과 수사, 정치적인 영향으로부터 독립하여 운영하고 있다.

2. 檢屍制度의 問題點

우리 검시제도의 문제점은 첫째 검시관련 법규가 미흡하고, 둘째 수사와 부

---

321) 대법원 판결 1970. 2. 24. 69도2272.

검의 공조체제가 없으며, 셋째 법의학 전문 인력을 양성할 수 없고, 넷째 사망신고 체계가 불합리하며, 다섯째 법의학 전공의사가 일할 자리가 부족을 들수 있다. 2006년 한해에 발생된 변사자는 24,740명에[322] 이르고 있으므로 변사자의 정확한 사인규명은 국가 수사기관의 책임과 의무라고 할 수 있다.

3. 檢屍制度의 改善方案

그동안 검시제도의 개선을 위하여 제시된 안들은, ① 검찰 또는 경찰 내에 법의 전문의를 두자는 견해, ② 검찰과 경찰에 법의 조사관을 두자는 견해, ③ 공중보건의를 법의 조사관으로 활용하자는 견해, ④ 국립과학수사연구소를 확대설치하자는 견해, ⑤ 경찰공의를 활성화하자는 견해 등으로 다양하다.

그러나 현재의 전문지식이 부족한 경찰관이 시체에 검시부분까지 사건현장에서 판단해야하는 열악한 현실을 개선하기 위해서는 검시 조사관의 도입이 필요하며, 검사 체계의 단일화와 검시의 전문화가 이루어져야 한다.

가. 檢屍調査官*(Investgator)*의 育成

일정한 자격요건을 갖춘 자(경찰관 등)를 선발하여 국립과학수사연구소 법의학부에서 집중적인 교육을 실시하여 검시조사관을 육성한다면, ① 현장감식 경찰관은 현장증거물을 수집과 현장분석에 전념하여 사건을 조기에 해결할 수 있는 수사자료를 제공할 수 있고, ② 다양한 사건현장 및 시체현상에 대하여 일관된 검사자료로 정확한 판단을 할 수 있으며, ③ 사건현장에 임장한 검시조사관이 파악한 자료가 부검의사의 부검을 통하여 사망시간, 사인규명을 재구성할 수 있게 되며, ④ 사건현장에서 축적된 노하우로 전체 수사경찰관에 대한 교육자료로 활용할 수 있게 된다.

나. 檢屍 專擔機關의 確保

전문성과 독립성을 갖춘 검시전담기관을 설립하여, 전문적인 자문으로 수사방향을 제시하고 재판에서 전문적인 감정과 증언을 할 수 있게 된다면 국민들

322) 경찰청, 「범죄통계」, 2007. pp. 1134-1135.

에게 정당한 법의 적용과 운영을 보장할 수 있게 될 것이다. 국립과학수사연구소의 법의학 전담부서를 분리하여 검시전담기관(가령 검시청)으로 전환하여 검시업무 뿐만 아니라 실질적인 연구와 교육 훈련기능을 마련하여야 될 것이다.

검시관제도의 도입과 검시전담기관이 마련된다면, 현재 형식적[323]인 검사의 변사지휘제도와 검사의 지휘를 받기 위해 대기해야 하는 유족이나 국민의 불편도 사라질 수 있게 될 것이다.

第3節 警察 搜査權 統制 方案

Ⅰ. 內部的 統制

1. 搜査 異議制度 活性化를 통한 統制

현행 청문감사관제도는 수사의 진행사항에 대해 궁금한 점이 있거나 불공정성에 대한 의심이 있을 때 제3자적인 객관적 입장에서 수사의 과정을 설명하고 불만이나 불편사항을 상담·해소할 창구로서, 그리고 경찰관의 부조리행위를 조기에 발견·척결함으로써 공정성을 해치는 사례의 발생을 막는 기능을 하고 있다. 그 도입취지가 훌륭함에도 불구하고 몇 가지 이유로 수사의 공정성을 기할 수 없다. 비리와 내부청탁은 은밀한 속성상 여러 가지 이해관계 속에서 비밀스럽게 이루어지고 그 내용은 극도로 통제되고 위장되는 까닭에 감찰·감사에 쉽게 적발되지 않을 뿐 아니라 조직에 대한 일치나 순응을 중요시하는 풍조하에서는 적발이 더더욱 쉽지 않다.[324] 게다가 사법경찰관 아닌 경찰간부(청문감사관)가 사법경찰관의 수사 내용을 조사하는 것은 수사경과 독립 원칙에 어긋날 뿐 아니라 같은 경찰서 소속의 동료이며 수사전문가도 아닌 청문감사관으로서는 업무 수행에 한계가 있으므로 현재와 같이 수사의 적정성, 공정성 여부

323) 검사의 변사지휘내용 중에는 '사인 규명 후 범죄 혐의 없으면 사체 가족에게 인도할 것'이라는 형식적인 지휘가 많다. 따라서 사인규명이나 범죄혐의 유무 등에 대한 판단을 사법경찰관리에게 하도록 지휘하고 있는 형식이다.

324) 황문규, "수사경찰의 공정성확보방안에 관한 연구", (석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2001), pp. 56-57.

를 수사 비전문가인 청문감사실에서 조사·판단하는 것은 적절치 않다 할 것이다. 따라서 경찰서 단위의 청문감사관은 비리조사 및 징계업무만을 담당하도록 하고, 수사의 공정성 담보는 상급관청(지방청, 경찰청)의 이의사건 직접 수사제도를 활용하여야 할 것 이다. 경찰 수사에 대한 이의가 있거나 불공정 수사로 물의가 발생되는 경우 수사 자체의 공정성 여부는 상급관청의 사법경찰관이 직접 조사하여 밝히되, 불공정한 수사로 판단될 경우 그 징계업무만을 청문감사관실에서 통보 받아 처리하도록 하여야 한다. 청문감사관제도는 수사의 공정성 제고에 부적절하기도 하거니와 수사과정의 인권옹호 기능에 대해서도 같은 이유로 회의적이다. 전술한 바와 같이 수사과정의 공정성에 대한 이의 뿐 아니라 인권침해에 대한 이의에 대해서도 상급관청의 수사이의제기 제도를 활성화 시켜 각 사안을 직접 조사한 후 그 징계업무만을 청문감사관이 처리하는 것이 합당하다 할 수 있을 것이다. 공정성을 위한 수사업무의 종적 분화가 이루어진다면 상급관청의 업무 부담이 경감되므로 충분히 하급 관청의 수사 이의 사건 및 인권침해 사건을 담당할 수 있을 것이다.[325]

2. 機關間 統制

어느 기관이나 가장 강력한 통제수단은 내부 통제가 되어야 할 것이다. 내부에서 일어나는 비위를 척결해야 하는 임무가 그 기관의 책임자에게 있고, 조직이 원활히 직무를 수행하기 위해서는 비위가 없어야 하므로 기관의 책임자는 강력한 내부 통제를 실시하기 때문이다. 수사권이 경찰에게도 부여되면서 경찰의 내부통제가 더 객관적이고 공정하게 이뤄질 수 있도록 감찰기능을 개선해야 한다.[326] 이와는 별개로 상급관청이 하급관청에서 취급하는 개별 사건수사에 대해 지휘 내지 개입하는 것을 제한할 필요가 있다. 수사업무의 전국적(혹은 지역적) 통일성과 균형성 유지를 위한 일반적인 수사지침을 하달하는 것은 적절하겠지만 구체적 개별사건에서는 수사공조를 위한 통계 및 수배·수법 정보

---

325) 이봉한, “경찰수사권독립과 통제에 관한 연구”, (석사학위 논문, 동국대학교 대학원, 2003), pp. 90-91.
326) 상게논문, pp. 91-92.

교류 차원으로 한정하여야 한다[327]. 다만 상급관청에 의한 하급관청 수사의 공정성 담보 수단으로서 개별 사건수사에 대해서도 사건 당사자의 이의제기가 있는 경우 상급관청은 하급관청의 수사중지를 명하고 직접 수사할 수 있다.

한편 사건에 대한 개입을 못하는 대신 사법경찰관에 대한 인사권을 자의적으로 행사한다면 결국 수사의 공정성을 해치게 됨은 예상 가능한 일이다. 따라서 사법경찰관의 인사(승진, 전보)기준은 철저히 검거건수, 구속건수(또는 부하의 검거건수, 구속건수) 등 수사 실적 위주로 해야 한다. 단, 점수를 의식한 무리한 실적경쟁 및 이로 인한 인권침해를 막기 위해 송치사건 추적 제도를 도입하는 것도 권장할 말하다.

지금까지 경찰 수사는 사건을 검찰로 송치한 이후의 결과에 대해서는 제대로 평가가 이루어지지 않았다. 그래서 증거가 없거나 부족하더라도 일단 많은 건수를 입건하여 송치하면 좋은 실적 평가를 받을 수 있었고 이는 경찰 수사의 발전을 가로막는 요소로 지목되고 있다.

3. 陳述錄畵制度를 통한 統制

나아가 수사과정에서 피의자의 인권을 보장하고 수사의 공정성과 투명성을 확보하기 위해서는 수사과정에 대한 촬영과 녹음이 이루어져야 한다. 수사과정에서의 녹화나 녹음의 실시는 인권침해를 막는 안전장치가 될 뿐 아니라 수사과정에서의 피의자 진술이 재판과정에서 번복되는 것을 예방하고 그러한 번복에 대하여 탄핵증거로 활용할 수 있기 때문에 수사의 효율성과 신뢰성을 제공한다는 면에서도 필요하다. 경찰에서는 전국 대부분의 수사부처(형사・조사・교통사고조사・여성청소년계)사무실에 진술녹화실을 설치, 조사장면을 녹화하여 인권침해 및 부조리 예방차원에서도 효과를 거두고 있으며 특히 청소년범죄와 성범죄의 경우는 범죄피해자로 하여금 치욕적 이중진술에서 해방되도록 하여 많은 호응을 받고 있는 실정이다.

---

327) 이는 궁극적으로 수사의 공정성을 확보하기 위한 제도가 되며 이를 수사 업무의 종적 분화라 일컬을 수 있을 것이다.

Ⅱ. 外部的 統制方案

1. 檢察의 統制

현재 경찰의 수사결과에 불만을 가진 민원인은 해당 수사관을 상대로 주로 검찰청에 진정탄원을 제기하는 방안을 취한다든가, 언론사에 제보를 한다든가 아니면 지방경찰청 감사실에 탄원서를 제출하는 등의 조치를 취하고 있다. 이들은 모두 수사경찰이 상대방과 짜고 일방적인 편파수사를 했다고 주장하는 예가 대부분이다. 경찰에게 경미사건에 관한 독자적인 제1차적 수사권을 부여하여 검사의 세세한 지휘 없이 책임수사를 진행하게 될 경우 이러한 시비가 일어날 가능성이 더 커진다고 보아야 한다. 특히 형사사건 중 무혐의·죄안됨·공소권 없음과 같이 불기소 처분할 것이 명확한 사안에 대하여 경찰에게 수사종결권을 부여하게 된다면 더욱 그러하다.[328]

이러한 문제에 대한 대책으로서 경찰의 수사처분에 대한 검찰항고제도를 명문화하는 것이 필요하다. 즉 경찰의 수사처분에 불복하는 자는 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 검찰항고를 하도록 하고, 이 경우에는 경찰이 보관하는 모든 수사서류와 증거물을 검찰에 송치케 하는 것이다. 검사가 해당 사건을 수사한 결과 공소제기사유가 명백함에도 불기소로 경찰이 수사 종결한 경우, 해당 사건이 기소되어 법원에서 유죄판결의 결과가 있게 되면, 관할 지방검찰청 검사장이 그 사건 수사담당자에 대하여 징계·체임을 요구할 수 있도록 하는 방안도 강구할 수 있다.[329] 그 외에도 검사의 수사요구권 및 경찰비위에 대한 수사를 통한 견제도 역시 필요하다는 것을 부인할 수 없다.

2. 法院의 統制

법원의 수사기관 통제는 법치주의원칙상 당연한 일이다. 또한 법원에 의한 통제는 경찰뿐만 아니라 검찰에 대한 통제이기도 하고 경찰의 수사권 배분의의의 속에는 검찰에 대한 견제 내지 검찰개혁도 맞물려 있다. 수사권이 배분되는 것은 결코 경찰수사권남용의 소지를 열어주는 것이 아니므로 법원의 위법수

328) 이봉한, 전게논문, p. 107.
329) 김한섭, 전게논문, pp. 115-116.

사 억지의 의미는 더욱 커진다.

예를 들면 외관상 검사가 작성한 것으로 되어 있는 피고인에 대한 피의자신문조서는 검찰주사가 이 사건을 담당한 검사가 입석하지 아니한 상태에서 피의자를 신문한 끝에 작성한 것으로 검사가 개괄적으로 질문한 사실이 있을 뿐, 피의 사실에 관하여 피고인을 직접·개별적으로 신문한 것이 아니므로, 위 피의자신문조서를 형사소송법 제312조 제1항 소정의 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서로 볼 수 없고, 피고인이 작성한 자술서 역시 피고인을 피의자로서 조사하는 과정에서 형사소송법 제244조에 의하여 피의자신문조서에 기재됨이 마땅한 피의자의 진술내용을 진술서의 형식으로 피의자로 하여금 작성하여 제출케 한 서류이므로 그 증거능력 유무 역시 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 마찬가지 기준에 의하여 결정되어야 할 것이어서, 결국 위 피의자신문조서 및 자술서는 피고인이 각 그 내용을 부인하는 이상 모두 유죄의 증거로 삼을 수 없다[330]는 판결이다.

또 "긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이다. 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다."[331]는 판결도 있다.

---

330) 대법원 2003. 10. 19.선고 2002도4372 판결.

331) 대법원 2002. 6. 11.선고 2000도5701판결, 위법한 긴급 체포중 작성된 피의자신문조서의 증거 능력에 관한 판결이다.

이러한 판례에서 보는 바와 같이 검찰이나 경찰 모두 사법적 통제의 대상이 되는 수사기관으로서의 성격은 공통되고, 이러한 법원의 통제는 수사기관에 대한 강력하고 유효한 수단으로서 지속되어야할 것이다.[332]

3. 令狀請求權에 대한 統制

체포·구속·압수·수색과 같은 수사기관의 강제수사는 본질적으로 인권침해적이기 때문에 엄격한 통제가 따라야 한다. 위의 내·외부적 통제와 항을 달리하여 다루는 이유도 이 때문이다. 더욱이 경찰 수사권 배분에 대한 부정적 견해의 가장 큰 이유가 인권침해 가능성에 있는 만큼 경찰조직 내외를 막론하고 영장청구에 대한 철저한 감시통제는 필수적이다.[333]

영장발부는 체포·구속적부심사를 비롯하여 법관의 최종판단에 맡겨져 있으므로 사법부의 통제가 가장 실효성 있고 최종적 방안이다. 수사기관의 강제수사 남용을 더욱 확실하게 통제하기 위해 형소법을 개정하여 현재 임의적 절차로 되어 있는 영장실질심사제를 필요적 절차로 변경해야 할 것이다.

그리고 영장청구전 여과장치도 필요하다. 경찰의 부당한 영장청구권행사에 대한 검찰항고제를 도입한다든지 각 경찰관서별로 1~2명씩 위촉되어 있는 자문변호사의 검토를 받거나 전술한 수사지휘관(수사서장)의 도입과 그의 검토·결재를 반드시 거치는 방안 등 계속적 연구가 필요한 부분이다.

4. 國家人權委員會의 統制

인권옹호를 위한 외부통제를 강화하는 것이 무엇보다 중요하다. 경찰이 인권옹호에 관한 검사의 통제에 이의를 제기하는 이유는 행정부 소속 수사기관을 같은 행정부 소속 수사기관이 전면적으로 통제한다는 것은 권력분립이라는 헌법원리에 반하며 경찰과 마찬가지로 인권옹호에 관한 한 감시를 받아야 할 검찰이 인권옹호자로 자처하는 것은 스스로 감시의 객체로서의 지위를 희석시키려는 측면이 있다고 보기 때문이다. 그렇다고 검찰에서 주장하듯 경찰이 검사

---

332) 이봉한, 전게논문, pp. 108-110.
333) 박효식, 전게논문, p. 100.

의 지휘를 벗어나면 인권침해의 염려가 있고 마치 경찰의 수사권 배분 요구가 어떠한 통제나 감시도 받지 않겠다는 것인 양 호도하는 것은 옳지 않다.

오히려 공신력을 가진 외부 기관에 의한 감시는 경찰수사에서의 인권보호를 강화시킨다든지 국민의 신뢰를 획득하기 위해서 필요 불가결한 것이고, 경찰의 입장은 외부의 통제와 감시 자체를 벗어나겠다는 주장이 아닐뿐더러 벗어나서도 안 된다.[334] 이런 차원에서 국가인권위원회에 의한 감시를 강화해야 한다.

국가인권위원회는 인권침해행위 및 평등권 침해의 차별행위에 대한 조사·구제를 비롯하여 인권의 보호와 향상 및 인권교육을 위한 업무를 수행하기 위하여 설치된 독립기관이므로 이러한 국가인권위원회로 하여금 체포·구속 장소 감찰을 정기적으로 하도록 해야 한다.[335] 이렇게 되면 검사의 체포·구속 장소 감찰권을 규정하고 있는 현행 형사소송법 제198조의 2는 폐지가 가능해진다. 뿐만 아니라 경찰 수사과정의 인권침해에 대한 다툼이나 민원이 있을 때는 경찰에서 적극적으로 국가인권위원회에 조사를 의뢰해야 한다.[336]

5. 警察委員會의 統制

일본의 경우 검찰의 기소독점에 대한 견제장치로서 공소권의 실행에 관하여 민의를 반영하고 그 적정을 기하기 위하여 검찰심사회를 설치·운용하고 있는데, 이 제도는 심사회가 검사의 불기소처분에 대한 당부를 심사하여 기소함이 상당하다고 의결한 때에는 그 의결서를 당해 검찰관을 지휘·감독하는 검사장에게 송부하고, 검사장은 그 의결을 참고하여 공소를 제기하여야 한다고 사료되는 때에는 기소의 절차를 행하는 제도이다.[337] 이러한 일본의 검찰심사회를

---

334) 국가인권위원회법(2001. 5. 24. 법률 제6481호로 공포) 제56조에 인권옹호방해죄가 신설되는 등 국가인권위원회가 독립적인 지위에서 인권옹호업무를 수행하게 된 만큼 검사를 인권옹호자로 규정한 형법 제139조(인권옹호직무방해죄)는 폐지되어야 할 것이다.

335) 국가인권위원회법 제24조에는 인권위가 구금·보호시설을 방문 조사할 수 있도록 규정되어 있으며 구금·보호시설에는 경찰서 유치장 뿐 아니라 사법경찰관리가 그 직무수행을 위하여 사람을 조사·유치 또는 수용하는 데 사용하는 시설도 포함되므로, 조사하는 시설과 유치하는 시설도 갖추고 있는 검찰청도 인권위의 방문·조사를 받을 수 있게 되었다.

336) 이봉한, 전게논문, pp. 110-111.

337) 일본 檢察審査會法

참고해 본다면 사법경찰의 사건종결권에 대하여 심사할 수 있는 기구를 설치하는 방안도 고려해 볼 만하다. 다만 현재 경찰위원회가 있기 때문에 경찰위원회의 위원을 전문적인 법률지식을 가진 자로 대폭 교체하고 경찰위원회가 이러한 기능을 담당하게 된다면 불필요한 기구설립을 피할 수 있는 점에서 좋은 방법이라 생각한다.

6. 市民參與에 의한 統制

가. 인터넷 活用

오늘날 가장 큰 문제의 하나로 여겨지는 검찰의 중립성과 공정성확보 문제의 경우, 검찰의 공정성은 수사지휘를 통하여 곧 경찰의 공정성과 직결되는 점에서 경찰수사절차의 투명성 확보와 무관하지 않다. 검사동일체의 원칙은 검찰수사의 공정성을 해치는 원흉으로 지적되어 왔고 급기야는 폐지되기에 이르렀다.[338] 수사권독립으로 검사의 개입이 사라질 경우 상사의 부당한 압력에 의해 수사의 공정성이 저해될 수 있다는 지적도 있으며 이를 방지하기 위해서도 경찰수사절차에의 시민참여는 더욱 중요한 의미를 갖는다. 군대와 더불어 가장 강력하고 일사불란한 계급구조와 명령체계를 가진 경찰조직에서 상사에 의한 부당한 압력이 행해질 때 하위직 경찰관들이 이를 쉽게 물리칠 것을 기대하기는 어려운 노릇이다. 예를 들어 조직내부로부터의 사건청탁은 상명하복식의 권

제1조(심사회의 설치) ① 공소권의 실행에 관한 민의를 반영하고 그 적정을 기하기 위하여 정령에서 정하는 지방재판소 및 지방재판소지부의 소재지에 검찰 심사회를 둔다.
제2조(소장사항) ① 검찰심사회는, 다음의 사항을 관장한다.
1. 검찰관이 공소를 제기하지 않는 처분의 당부의 심사에 관한 사항
2. 검찰사무의 개선에 관한 건의 또는 권고에 관한 사항
② 검찰심사회는, 고소 또는 고발을 한 자, 청구를 기다려 수리할 수 있는 사건에 관하여 청구를 한 자 또는 범죄에 의하여 피해를 입은 자의 신립이 있는 때에는 전항 제1호의 심사를 행해야만 한다.
③ 검찰심사회는, 그 과반수에 의한 의결이 있는 때에는, 스스로 수집한 자료에 기하여 직권으로 제1항 제1호의 심사를 행할 수 있다.

338) 2003. 8. 14. 법무부 정책위원회가 검사동일체의 원칙을 담은 검찰청법 제7조를 개정검찰청법 제7조의 제목인 '검사동일체의 원칙'을 '검찰사무에 관한 지휘·감독'으로 바뀌고 상명하복을 담은 7조 1항을 '소속 상급자의 지휘·감독에 따른다' 는 표현으로 바꾸기로 한 것과 검사가 상사의 위법·부당한 지시에 이의를 제기할 수 있는 항변권 조항을 새로이 신설한 것이나 직무·이전 승계권 등이 담긴 ②항과 ③항은 그대로 유지된다.

위적 방식에 의존한 경찰조직의 내부의사결정방식의 특성과 동료직원간의 의리상 거절하지 못하는 이유에서 나타난다.[339] 경찰수사의 공정성 담보 문제는 개인의 양심에만 맡길 사안이 아니며 반드시 시스템적인 안전장치를 구축해야만 한다. 이는 특히 지방자치경찰제도의 시행과 함께 자치단체장의 압력으로부터 공정성을 확보하는 문제와도 관련되어 있다.[340]

가장 강력한 시민통제의 하나는 인터넷이다. 경찰관의 비위가 급격히 없어진 것은 인터넷이 활성화되고 난 뒤에 시민들이 민원으로서 경찰관의 비위를 신고하면서부터였다고 해도 과언이 아니다. 시민들의 생각이 변하고 사회가 변해서 시민들은 더 이상 경찰의 비위를 용납하지 않고, 이를 신고하여 처벌하는 데 주저하지 않는다. 즉 시민의 수준은 검찰이 아니어도 스스로의 권리를 찾는데 별 어려움이 없을 정도로 성숙했고 사회가 변한 것이다.

나. 民間탐정制度 導入

사건처리의 공정성을 보장하기 위해서는 일선 수사요원의 근무조건을 개선하고 수사에 전념할 수 있는 환경을 조성하여야 하는데 이와 관련하여 특히 과중한 업무량으로 인한 근무의욕 저하가 수사의 불공정성 야기의 한 원인이 되고 있다. 이런 차원에서 탐정이 갖고 있는 능력을 활용하여 수사능력을 효율화하는 방안을 검토해야 한다.[341] 민간탐정에 대해서는 프라이버시 침해나 무자격 탐정의 난립 등의 우려로 인해 도입을 주저하는 경향이 있다. 그러나 범죄의 양적·질적 변화를 겪고 있는 현실에서 스토커[342]나 성범죄, 회사 내 절도에

339) 이러한 이유가 수사권 배분을 반대하는 논거는 될 수 없다할 것이다, 수사권의 공정한 배분으로 검찰과 경찰은 서로의 공정성에 대해 견제·감시하는 존재가 되어 수사시스템 전체의 공정성이 확보 될 수 있을 것이다(황문규, 전게논문, pp. 35-37).

340) 박효식, 전게논문, pp. 104-106.

341) 아직 우리나라에서는 민간수사관제도가 도입되어 있지 않고 오히려 신용정보이용 및 보호에 관한 법률 제32조에 의해 특정인의 소재탐지, 사생활조사, 정보원탐정 등 유사명칭 사용 등에 대한 처벌규정을 두고 있는데 이는 세계적인 흐름에도 반하고 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 보인다.

342) 스토커는 세계적으로 보아도 심각성이 증대되어 커다란 사회 문제화 되어있고 일본은 2000년 스토커 행위 처벌을 위해 특별법을 제정하여 대처해 오고 있는 것과는 달리 우리는 아직 입법이 되어 있지 않다.

이르기까지 범죄자가 접근하지 못하도록 하는 범죄예방시스템을 민간탐정제도를 통해 강구해 볼 필요가 있다.

우수한 탐정이 많이 있으면 방범활동에도 상당한 도움이 된다. 또한 범죄의 증가에 대응하기 위한 경찰관 증원은 한계가 있고 세간의 이목을 끄는 중대 강력사건의 해결에 드는 막대한 수사비용을 절감하는 효과도 있다는 점에서 유효한 범인검거 수단으로서도 탐정제도의 활용은 절실하다. 지명수배자의 경우 특히 공소시효가 임박한 미제사건 등도 탐정과 경찰이 정보를 공유하고 있으면 범인 발견이 용이하다는 점을 생각해 보아야 할 것이다.[343]

다. 民間專門家 活用

과학수사 발전을 위한 장비개발 노력을 기울이는 것과 더불어 감식·범죄현장 조사요원이 되기 위해서 일정한 법 과학 자격을 취득하거나 교육과정을 이수하는 자격요건을 설정하여야 할 것이다. 또한 법 과학 '민간전문가'를 채용하여 활용한다든지 감식요원 자격제도를 실질적으로 구체화하고 범죄현장은 감식요원이 도착하기 전까지 철저히 보호되어야 한다는 것과 감식요원이 도착한 후 증거물이 연구소로 분석을 위해 이동되기까지의 과정을 규범화해 놓은 범죄현장 보호 및 조사 프로토콜도 마련되어야 할 것이다. 그리고 경찰 유치인의 건강상태를 점검하고 성범죄 피해자를 검진하여 증거보전 및 기록을 하고 부상이나 사망이 야기된 사건 현장에서 경찰수사에 의학적 지원을 해 줄 경찰공의 제도 역시 장기적인 개혁과제로 실시할 것이 요망된다.[344]

7. 辯護人助力權 强化를 통한 統制

헌법 제12조 제4항은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가짐을 규정하고, 제5항은 체포 또는 구속시 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 사전고지 받을 권리를 규정하고 있다. 이러한 헌법적 기본권으로서의 변호인의 조력을 받을 권리는 형사소송법 제34조에 규정된 변

343) 이영경, 전게논문, p. 85.
344) 상게논문, p. 85.

호인의 구속피의자 및 피고인의 접견교통권의 보장을 통하여 실질적으로 보장된다. 우리 정부가 가입한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 역시 변호인의 조력을 받을 권리를 상세히 규정하고 있다.[345]

현재 경찰수사에서의 변호인 참여는 ① 국가보안법위반사건, ② 조직폭력, 마약, 테러사건, ③ 공범 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련사건의 수사 및 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있다고 판단되는 사건, ④ 기타 수사에 중대한 지장을 초래한다고 판단되는 사건 등의 경우에는 경찰관서의 장에 의해 제한될 수 있다.

그러나 변호인입회는 중한 범죄일수록 더욱 요구되는 것임에도 불구하고 일정한 범위의 중한 범죄에 대하여 일률적으로 변호인입회를 제한하는 것은 타당하지 않고, 중대한 영향이나 중대한 지장에 대한 판단기준도 불분명하다는 비판을 받는다. 대법원은 "구속 상태에 처한 피의자에게 변호인과의 접견교통권은 인권보장과 방어준비를 위해 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 어떤 명분으로도 제한될 수 없다"며 "현행법상 구속된 사람과 변호인 사이의 접견교통을 제한하는 규정이 마련되지 않은 만큼 이를 제한하는 것은 명백한 위법"이라고 결정을 내린 바 있다.[346]

또한 헌법재판소의 결정에 따르면 경찰이 수사중인 피의사건의 변호인에 대해 경찰서장이 고소장 및 피의자신문조서를 열람·등사하지 못하도록 한 정보비공개결정은 위헌임을 확인하였는데 이는 수사의 효율적 수행에는 지장이 있게 되었을지라도 인권옹호기관으로서의 변호인제도의 실질화에 의미가 크다고 할 수 있다.[347]

---

345) 박효식, 전게논문, p. 106.

346) 대법원은 2003. 11. 11. 재독사회학자 송두율 교수의 변호인 입회권 허용을 둘러싼 논란과 관련, 헌법상 무죄추정의 원칙과 적법절차주의에 기초해 변호인 입회권을 허용해야 한다는 결정을 내렸다. 이에 대해서는 형사소송법상의 명문규정이 없음에도 헌법을 동원하여 변호인 입회권을 인정한 법원의 준입법적 판결이라는 평가도 있다.

347) 2003. 3. 27. 재판관 6인의 찬성의견으로 변호사에 대한 피의자신문조서등 열람·등사 거부는 위헌이라고 결정하였다(2000헌마474).

第6章 結 論

본 논문에서는 외국과 우리나라의 수사구조를 검찰과 경찰의 관계를 중점으로 살펴보았다.

우리나라는 그동안 이러한 문제로 인하여 많은 학자들이 대립하고, 검찰과 경찰이라는 양 기관 간에 대립되는 양상을 보여 왔던 것도 사실이다. 이러한 문제를 검토함에 있어서 가장 우선 되어야 할 것은 어느 기관이 수사의 주도권을 갖느냐가 중요한 것이 아니라 수사권을 어떻게 배분하였을 때 국민들이 편안한 치안 상태에서 살 수 있고, 또한 국가권력으로부터 개인의 권리가 침해될 소지가 적은 것인지를 지향점으로 삼아야 할 것이다. 따라서 이러한 점에서 어떤 수사구조가 가장 바람직한 것인지를 비교법적으로 검토하기 위하여 외국의 수사구조에서 경찰의 역할과 경찰에 대한 검찰의 지휘 문제를 중점적으로 살펴보았다.

이러한 검토 결과 우리나라의 수사구조는 일본의 구 형사소송법 체계를 그대로 모방하였으나, 우리나라 형사소송법의 모태가 된 일본도 이미 이러한 수사구조에서 벗어나 버린 상태인데도 우리는 그것을 고집하고 있는 형태이다.

따라서 우리나라처럼 검찰로 일원화된 수사구조 하에서는 국민들을 범죄로부터 보호하는 목적을 달성할 수 있을지 모르지만, 동전의 양면과 같은 국가공권력으로부터 국민을 보호해야 하는 목적을 달성하는 데는 문제가 있을 수밖에 없다.

이와 같은 문제점을 해결하면서 우리나라 수사기관간의 수사구조를 어떻게 편성하여야 할 것인지를 경찰의 측면에서 다음과 같이 제시하여 보았다.

첫째, 먼저 검찰과 경찰과의 수사권 조정의 주요 쟁점인 일반적인 수권 조항인 현행 형사소송법 제195조의 내용을, “ ① 검사와 사법경찰관리는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다. ② 국가경찰공무원은 사법경찰관리로서의 직무를 행한다. 사법경찰관리의 범위는 경찰법에 정한다. ③ 검찰청직원으로서 법률에 의해 사법경찰관리의 직무를 수

행할 자는 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다.” 로 개정하여 경찰의 수사 주체성을 명문화 하고, 또한 경찰을 검사의 보조기관으로 규정한 형사소송법 제196조는 권력 분립의 원칙에 따라 “ ① 검사와 사법경찰관리는 수사에 관하여 서로 협력하여야 한다. ② 검찰총장은 공소유지에 필요한 사항에 관하여 수사에 대한 일반적인 기준을 정할 수 있다. ③ 사법경찰관리는 범죄를 수사한 때에는 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검사에게 송치하여야 한다. 다만, 대통령이 정하는 일부 사건에 대하여는 그러하지 아니한다. ④ 전항의 경우 검사는 사법경찰관에게 공소유지에 필요한 보완수사를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 정당한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.” 로 개정하여, 독일의 경우처럼 양수사기관간 견제와 균형이 이루어 질 수 있도록 하여야 한다. 즉 경찰이 수사는 독자적으로 할 수 있도록 법적으로 보장하는 대신, 송치후에 검찰의 통제를 받을 수 있도록 함으로써 경찰의 책임 있는 수사가 이루어 질 수 있도록 하여야한다.

둘째, 우리나라 헌법 제12조 제3항과 제16조에서 규정하고 있는 검사의 영장에 대한 신청권을 삭제하고 형사소송법상 검사의 영장청구권에 사법경찰관도 병행하여 청구할 수 있는 권한을 부여하여야 할 것이다. 그 이유는 현행 헌법처럼 헌법에 수사기관(검사)의 영장신청권을 규정하고 있음으로 인해서 구속영장의 성격에 대한 논쟁, 즉 허가장적 성격으로 보아야 할 것인지, 명령장적 성격으로 보아야 할 것인지에 대한 대법원과 대검찰청의 논쟁도 일축시킬 수 있을 것이다. 이와 더불어 경찰이 영장을 청구할 수 있는 권한을 가질 경우, 체포된 피의자에 대한 판사면담권을 즉시 실현시킬 수 있기 때문이다.

이제까지 형사사법의 역사가 증명하여 주는 바와 같이 국민을 범죄로부터 보호하고자 하면 국민들의 인권이 무시되기 십상이었다. 이에 따라 미국 등 인권국가에서는 이 양면성을 해결하기 위하여 범죄자에 대한 경찰의 체포는 쉽게 할 수 있도록 하는 반면, 체포된 피의자에 대해서는 곧 바로 판사에게 인치하여 체포의 적부성을 판단 받을 수 있도록 하고 있다. 우리나라도 이러한 제도를 도입하기 위해서는 경찰에게 영장청구권을 부여하고, 그 대신 경찰이 체포한 피의자에 대해서는 곧 바로 판사에게 인치하여 판사로부터 체포의 적부성을

판단 받을 수 있도록 하여야 할 것이다.
현행 형사소송법상 체포된 피의자를 판사에게 곧바로 인치하기 위해서는 모든 경찰서가 있는 시ㆍ군에 검사와 판사가 배치되어야 할 것이다. 그렇게 하려면 엄청난 비용을 부담하여야 하는 경제적인 문제에 봉착하게 될 것이다. 따라서 경찰에게 영장청구권을 부여하고, 시ㆍ군법원의 판사를 활용하면 더 이상의 비용 부담없이 현재의 상태로도 활용할 수 있는 제도이다.
또한 인신체포 초기 단계에 법원의 통제를 받게 되기 때문에, 인신체포 후에 수사를 하고 이를 기초로 하여 법원이 심사함으로 생기는 인권침해의 문제점을 해결할 수 있는 장점이 있다.
셋째, 경찰이 수사권을 가졌을 경우 일부에서 우려하는 경찰의 비대화에 대한 대책을 세워야 한다. 일부 국민들이 우려하는 것처럼 현재 경찰은 10만여명의 인력을 가지고 있는 거대 조직임에는 틀림없다. 따라서 이러한 비대조직에 수사권까지 주고, 경찰이 정치권력에 휘둘릴 경우 생길 수 있는 문제점을 고려한다면 당연히 지방자치경찰제도를 도입하여 경찰력을 분산시켜야 한다.
즉 경찰에 수사권을 부여함과 동시 또는 그 이전에 국가 경찰과 지방 경찰로 분리하여 권한의 배분이 이루어짐으로써 일부 국민들이 우려하는 점을 불식시켜야 할 것이다.
넷째, 경찰수사의 독립성과 공정성의 확보이다. 이를 위하여 사법경찰관리에 대한 제척·기피·회피 제도를 규범화 하고, 감독자의 구속영장 신청 등 강제처분의 결정과 적용 법률의 변경, 보강 수사지시 등에서 서면수사지휘의 의무화 및 상급자의 불법 부당한 수사지휘에 대한 이의 제기권이 보장 되어야 할 것이다.
또한 수사경찰관의 공정한 수사 자세를 담보할 수 있도록 자체 수사이의 제도를 활성화하며, 경찰 내사사건에서 공정성과 투명성 확보와 피내사자의 인권보호를 위해서 내사 단계에서도 정식입건 사건에 준하는 내부적 규율로 경찰내사처리 규칙을 제정하는 등의 체계적인 관리가 필요할 것이다.
이와 같이 수사권의 합리적 배분을 통하여 검찰과 경찰이 그동안의 갈등과 반목 구도를 과감하게 버리고 상호 적절한 견제와 균형 속에서 검찰은 수사의 적법성과 인권보호라는 본연의 임무에 충실하고, 경찰은 스스로의 권한과 책임감

으로 수사에 전념하여 국민들에게 보다 질 높은 수사 서비스 적시에 적절하게 제공한다면 국민의 신뢰를 회복하게 될 것이고 이는 사법정의 실현의 큰 기틀이 될 것이다.

그러나 서론에서 이미 언급하였듯이 이상의 모든 논의의 판단은 어느 한기관의 주장이나 이익 또는 힘의 논리에 의하여 결정되어서는 결코 아니 되며 오직 국민의 입장에서 국민편익을 최우선적으로 고려하여 결정되어 할 것 이다.

참 고 문 헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

김도창. 「행정법론(하)」. 청운사, 1992.

김종구. 「형사사법개혁론, 새로운 패러다임의 비교법적 모색」. 법문사, 2002.

김청수외. 「판례교재헌법(2)」. 법문사, 1992.

박윤흔. 「행정법강의(하)」. 박영사, 1996.

박창호외. 「비교수사제도론」. 박영사, 2004.

배종대외. 「형사소송법 제7판」. 홍문사, 2006.

백형구. 「형사소송법 강의」. 박영사, 2001.

신동운. 「형사소송법 제3판」. 법문사, 2005.

신현주. 「형사소송법」. 박영사, 2002.

손봉선외. 「경찰조직관리론」. 대왕사, 2002.

이상규. 「신행정법론(하)」. 법문사, 1995.

이재상. 「신형사소송법」. 박영사, 2007.

정완. 「미국의 형사정책」. 형사정책연구원, 1999.

지영환. 「국가 수사권 입법론」. 진리탐구, 2005.

차용석. 「형사소송법」. 세영사, 1998.

차용석외. 「형사소송법Ⅱ」. 한국사법행정학회, 1998.

표성수. 「미국의 검찰과 한국의 검찰」. 육법사, 2000.

홍정선. 「행정법원론(하)」. 박영사, 2007.

경찰청. 「경찰백서」, 2007.

_____ . 「범죄통계」, 2007.

2. 논 문

강수열. “경찰수사권체제에 관한 연구”. 박사학위 논문. 부산대학교 대학원, 2002.

김광중. “경찰의 수사권 독립에 관한 연구”. 석사학위 논문. 전남대학교 행정대학원, 2004.

김경희. “사법경찰의 수사권독립에 관한 연구”. 치안연구소, 1999.

김일수. “검사의 소송법상 지위”. 고시연구, 1985. 2.

김한섭. “우리나라 수사제도의 문제점과 개선 방안에 관한 연구”. 석사학위논문. 연세대학교 행정대학원, 2002.

김택수. “수사경찰 쇄신방안”. 치안정책연구소, 2006.

곽해룡. “경찰독자수사권 부여와 수사능력 향상 방안”. 석사학위논문. 경북대학교 행정대학원, 2004.

노혁우. “경찰수사권 독립에 관한 연구”. 석사학위논문 중앙대학교 대학원, 1998.

박노섭. “경찰수사의 독립성 확보 방안”. 경찰 수사의 공정성・독립성 확보 방안 세미나 자료집. 경찰청, 2006. 6.

박동순. “경찰수사권 독립에 관한 연구”. 석사학위논문. 고려대학교 특수법무대학원, 2000.

박효식. “경찰의 독자적 수사권확보 및 통제방안”. 석사학위 논문. 경북대학교 행정대학원, 2006.

서보학. “ 수사권의 중립을 위한 수사권의 합리적 배분”. 헌법학 연구 제8권 제4호, 한국헌법학회, 2002.

성민곤. “경찰의 독자적 수사권 확보전략에 관한 연구”. 석사학위 논문. 한양대학교 행정 대학원, 2004.

손동권. “수사 절차에서의 경찰과 검찰의 관계”. 논문집 제13집, 경찰대학교. 1993.

_____ . “수사권독립, 경찰에 보장하여야 한다”. 시민과 변호사, 1994.

_____ . “경찰수사권 독립론에 대한 비판적고찰”. 형사법과 세법. 명형식 교수 회갑기념논문집, 1998.

_____ . “경찰 수사의 공정성 확보 방안”. 경찰 수사의 공정성・독립성 확보방안 세미나 자료집. 경찰청, 2006.

신양균. “수사구조 개혁에 부합하는 경찰수사 조직의 발전 방안”. 치안논총 제23집, 2007.

신인봉. “현행법상 수사구조와 경찰의 수사권 독립”. 공주영상정보대학 논문집 제Ⅶ편, 2000.

이경훈. “한국경찰의 수사권 독립 방안에 관한 연구”. 석사학위 논문. 한남대학교 행정대학원, 2003.

이관희. “경찰의 정치적 중립과 수사권 독자성 확보 방안”. 수사 연구, 1994.

이동섭. “경찰수사의 전문성확보”. 석사학위논문. 충북대학교 법무대학원, 2005.

이봉한. “경찰수사권독립과 통제에 관한 연구”. 석사학위논문. 동국대학교 대학원, 2003.

이영경. “검찰과 경찰의 합리적인 수사구조 개선방안”. 석사학위 논문. 경북대학교 행정대학원, 2007.

이웅혁. “건국이후 이루어진 경찰과 검찰의 수사권 논쟁에 대한 총체적 내용 분석”. 「한국경찰학회보」. 제9호, 2005.

옥희천. “Human Rights”. 경찰청 인권보호센터, 2006.

임규옥. “한국검시제도의 문제점과 개선방안”. 석사학위논문. 경북대학교

의학대학원, 2003.

장혁준. “수사권에 관한 형법적고찰”. 석사학위 논문. 서강대학교 대학원, 2005.

천진호. “형사소송법 개정안”. 공청회 자료집, 2005.

최환성. “경찰의 독자적 수사권 확보방안에 대한 연구”. 석사학위 논문. 한양대학교 행정대학원, 2001.

표창원. “경찰수사권독립이 인권보장의 첩경”. 형사정책 제15권 제1호, 2003.

_____ . “한국경찰의 수사권 독립방안에 관한연구”. 춘계학술세미나자료집. 한국형사정책학회, 2003.

표창원외. “경찰수사제도 개선에 관한 전략적 방안연구”. 경찰대학교 연구보고서, 2005.

허일태. “독일과 프랑스의 수사권 배분에 관한 비교법적 고찰”. 비교형사법연구 제6권 제1호, 2004.

황문규. “수사경찰의 공정성확보 방안에 관한연구”. 석사학위논문. 고려대학교 대학원, 2001.

황운하. “형사소송법 개정안” 공청회 자료집, 2005.

[참고사이트]

대검찰청 홈페이지 : http:// spo.go.kr

법무부 홈페이지 : http:// www.moj.go.kr

법제처 홈페이지 : http:// www.moleg.go.kr

사이버경찰청 : http:// www.police.go.kr

한국언론재단 : http:// www.kinds.or.kr

Ⅱ. 외국 문헌 및 논문

加藤克佳外 5人. 「刑事訴訟法(第 2 版). 日本評論社. 2007.

井戸田侃, 「刑事訴訟法要設」. 有斐閣, 1964.

平野龍一・松尾浩也. 「刑事訴訟法 續」. 青林書院. 1980.

高田卓彌. 「刑事訴訟法 I 」. 青林書院, 1984.

寺崎嘉博 · 洲見光男. 「刑事訴訟法講義」. 八千代出版, 2007.

松尾浩也. 「刑事訴訟法(上)(新版)」. 弘文當, 1999.

伊藤榮樹外 5人. 「註釋刑事訴訟法(新版)」 第3卷. 立花書房, 1996.

田口守一. 「刑事訴訟法」. 弘文堂, 1996.

田宮裕. 「刑事訴訟法(新版)」. 有斐閣, 1996.

平野龍一・松尾浩也. 「刑事訴訟法 續」. 青林書院, 1980.

平良木登規男. 「捜査法(第二版)」. 成文堂, 2000.

日本辯護士聯合會 編. “檢證” 日本の警察. 日本評論社, 1995.

Alfer Wolfgang reuber. “*Die Polizei im Strafprozeß und Bußgeldverfahren.*” in : *Die Polizei.* 1987.

Barbara Huber. *"Criminal procedure in Germany."* in : Comparative criminal procedure. ed. by Hatchard. John u.a., 1996.

Bernd Weiland. *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens.* 2. Aufl., 1996.

Bernhard Kramer. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts.* 3.Aufl., 1997.

Christoph Gusy. *Polizeirecht.* 3. Aufl., 1996.

Claus Roxin. *Strafverfahrensrecht.* 24. Aufl., 1995.

_____ . *"Einführung, in die Strafprozeßordnung,* 29. Auf., 1998

David W. Neubauer. *Crimninal justice in middle America.* *M*orristown, N.J. : General Learning Press. 1974.

Geroge F. Cole. *The American system of criminal justice.* 4th ed.

Götz. Volkmar. Allgemeines Polizei - und Ordnungsrecht, 11. Aulf., 1995.

Günther Kaiser. Kriminologie. *Ein Lehrbuch.* 3.Aufl., 1996.

Gusy. Christoph. *Polizeirech*t. 3. Aufl., 1996.

Hans-Heiner Kühne. Strafprozesslehre. 4. Aufl., 1993.

Hans Achenbach(Hrsg.). *Kommentar zur Straprozeßordnung. Bd.2* Teilband 1. 1992.

Hatchard. Huber & Vogler. R. Comparative Criminal Procedure. London : The British Institute of International and Comparative Law. 1996.

James N. Gilbert. *Criminal investigation.* New York : Macmillan Pbulishing Co. 1993.

Klaus Zapka. Systematische Analyse zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft, Recht und Politik. 1991.

Krey, Volker. *Strafverfafrensrecht.* Band 1. 1998.

Kühne. Hans-Heiner. *Strafprozeßlehre.* 4. Aufl., 1993.

Knemeyer. Franz-Ludwig. *Polizei - und Ordnungsrecht.* 7. Aufl., 1995.

_____ . *Polizei - und Ordnungsrecht.* 7. Aufl., 1997.

Krey. *"Der Münchener Schießbefehl-Grenzen des staatanwaltlichen Weisungsrechts gegenüber*

der Polizei." in : ZRP. 1971.

Kühne. *Strafprozesslehre.* 4. Aufl., 1993.

Karl Heinz Gössel. *"Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschft im rechtstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei."* GA. 1980.

Kleinknecht · Meyer-Goßner. Strafprozeßordnung. 43. Aufl., 1997.

Lafave. Wayne R. · Jerold H. Israel. *Criminal Procedure.* 3rd ed. St. paul. MINN. ; West Group. 2000.

McConville, M., & Wilson, G. *The Handbook of the Criminal Justice process* Oxford:Oxford University, Press. 2002.

Michael J. Palmitto. *Criminal Investigation.* Chicago : Nelson-Hall Publishers. 1994.

Narey. M. *REVIEW OF DELAY IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM* : A Report. London : Home Office. 1997.

Otfried Ranft. *Strafprozeßrecht.* 2. Aufl., 1995.

Peters. *Strafprozeß.* 3. Aufl., 1981.

Roxin. *Strafverfahrensrecht.* 25. Aufl., 1998.

Rüping. Hinrich. *Das Strafverfahren.* 3.Aufl.,

Weiland. Bernd. *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens.* 2. Aufl., 1996.

Werner Beulke. *Strafverfahrensrecht.* 1998.

저작물 이용 허락서

학 과	법 학 과	학 번	20067256	과 정	박 사
성 명	한글 : 박철우 한문 : 朴哲佑 영문 : Park Cheol-Uh				
주 소	광주광역시 서구 상무1동 광명하이츠 105동 2005호				
연 락 처	E-MAIL : cwapark@Hanmail.net				
논문제목	한글 : 搜査權의 合理的 配分에 관한 硏究 영문 : A Study on the Rationalization of the Structure of Investigation				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용 허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

동의여부 : 동의(●)

2008 년 2 월 일

저작자 : **박 철 우** (인)

조선대학교 총장 귀하