

연구보고서 2007-03

영장청구권의 귀속에 관한 연구

《研究陣》

연구위원 : 천진호 (경북대학교 법과대학 교수)

목 차

I. 서 론	5
1. 연구의 목적	5
2. 연구의 범위	6
II. 수사권체제에 관한 법이론	8
1. 수사의 개념	8
2. 수사의 본질	10
3. 소추권의 일부로서의 수사지휘권	13
4. 수사의 목적	17
5. 수사현실과 법규범의 괴리와 수렴	18
6. 수사권체제의 유형	20
III. 현행 수사권체제의 문제점	24
1. 권한과 책임의 균형원리	24
2. 명령통일의 원리	26
3. 경찰수사의 민주성과 효율성의 원리	27
4. 조직 기능성의 원리	29
5. 국민의 편익 도모	30
IV. 영장청구권 귀속 주체와 관련한 외국의 수사권체제	32
1. 미국의 수사구조와 수사권체제	32
2. 영국의 수사구조와 수사권체제	35
3. 독일의 수사구조와 수사권체제	37
4. 프랑스의 수사구조와 수사권체제	40
5. 일본의 수사구조와 수사권체제	43

V. 수사권체제의 합리화 방안으로서 경찰수사의 독자성	45
1. 그 동안의 논의과정	45
2. 경찰수사의 독자성에 대한 찬반론의 논거와 검토	48
VI. 수사권체제의 재정립	55
1. 수사지휘의 본질	55
2. 수사지휘의 내용	59
3. 수사지휘의 한계	63
4. 수사지휘의 문제점	66
5. 검사와 사법경찰의 역학적 관계 재정립	68
VII. 영장주의와 영장청구권 귀속 주체	70
1. 영장주의의 본질	70
2. 영장주의에 관한 헌법 규정의 연혁	72
3. 합리적인 영장청구권 귀속 주체	78
VIII. 결 론	81
참고문헌	84

I. 서 론

1. 연구의 목적

일반적으로 수사란 형사사건에 관하여 공소를 제기하고 이를 유지·수행하기 위한 준비로서 범인을 발견·보전하고 증거를 발견·수집·보전하는 수사기관의 활동, 즉 공소의 제기와 그 유지를 위한 준비행위라 하며, 따라서 수사의 목적은 범인의 발견과 보전 및 증거의 발견·수집·보전에 있다고 하겠다. 이러한 수사목적은 효과적이고 효율적으로 달성하기 위한 제도적 장치로서 각국은 고유한 수사권체제를 가지고 있으며, 우리 나라도 형사소송법, 검찰청법, 경찰법, 경찰관직무집행법 등에서 검찰과 경찰의 수사권을 규정해 두고 있다.

특히 수사단계이든 공판단계이든 수사나 재판의 필요상 구속 등 강제처분을 하지 않을 수 없는 경우는 있게 마련인데, 강제처분을 받는 피의자나 피고인의 입장에서 보면 심각한 기본권의 침해가 받게 되므로 헌법 제12조 제3항과 제16조, 그리고 형사소송법 제200조의2, 제201조, 제215조는 체포·구속·압수·수색 등과 같은 강제처분의 남용으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단으로 영장주의를 천명하고 있다. 특히 강제처분 중에서도 중립적인 심판자로서의 지위를 갖는 법원에 의한 강제처분에 비하여 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 적나라하게 공권력이 행사됨으로써 국민의 기본권을 침해할 가능성이 큰 만큼 수사기관의 인권침해에 대한 법관의 사전적·사법적 억제통제를 통하여 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 인권보장을 도모한다는 면에서 영장주의의 의미가 크다고 할 것이다.

특히 수사절차에서 강제처분은 합목적성을 이유로 자의적으로 행사될 가능성이 크기 때문에, 추상적인 법률유보 만으로는 기본권 보장에 미흡한 측면이 많다. 이러한 이유에서 강제처분의 권한이 본래 헌법이 그 독립성을 보장한 법관의 권한에 속하는 것임을 명백히 하고, 수사절차에서 사법적 사전통제를 위하여 인정된 것이 영장주의라고 할 수 있다.

이와 같이 영장주의는 수사상 필요한 경우 일정한 자유를 제한할 수 있다는 권한에 대한 법치국가적 제한을 의미하는 것으로, 권한을 행사하는 수사기관의 입장에서 보면 영장 없이 강제처분을 해서는 안된다는 ‘금지’에 해당되고, 수사대상인 형사피의자의 입장에서 보면 영장에 의한 강제처분을 요구할 수 있는 권리를 규정하고 있는 것이다. 따라서 영장주의는 수사기관을 위한 것이 아니라, 시민의 기본권을 보호하기 위한 제도이다.

다만 영장주의를 규정하고 있는 우리 헌법과 형사소송법의 규정들은 영장청구권과 관련하여 사실상 수사단계에서 사건의 실체가 파악되고 증거가 확보되는 사법경찰관에게는 검사에게 영장을 신청할 수 있는 권한만을 부여하고 있을 뿐, 모든 영장청구권은 검사에게만 부여하고 있다는 점에서, 공소제기권과 마찬가지로 검사가 영장청구권을 독점하는 것으로 규정하고 있다. 즉 모든 사법적 판단은 법관에 의하여 이루어져야 함에도 현행 헌법과 형사소송법의 영장주의 규정들에 의하면 사법경찰관의 수사종결처분으로 행해지는 영장청구에 있어서는 검사의 재량판단에 좌우되는 결과가 되어 버린다.

권한과 금지를 통한 수사목적달성과 기본권보호 사이의 실제적 조화와 실현은 제3의 독립기관인 법원에 속해 있으며, 헌법이 신분을 보장하고 있는 법관의 영장발부에 의존한다. 영장주의는 수사기관의 강제수사활동에 대한 사법적 통제 또는 사전억제이며, 수사 절차에서 권력분립을 실현하는 제도라고 할 수 있다.

따라서 본 연구에서는 영장청구권의 귀속 주체와 관련하여 현재의 수사권체제가 수사의 개념에 적합하고 수사의 목적 및 기본이념을 달성하는데 효율성이 있는가 라는 관점에서 수사권체제의 문제점을 검토한 후, 검사에게 독점적으로 부여되어 있는 영장청구권이 과연 합리적인 수사권체제인지를 검토·분석함으로써 영장청구권 귀속 주체의 합리적 방안을 제시하고자 한다.

2. 연구의 범위

범죄 수사를 목적으로 하는 수사기관은 현행법상 그 조직을 이원화하고 있을 뿐만 아니라 경찰의 수사권에 대하여 검사의 지휘를 받도록 하고 있는 바, 수사권의 효율성이라는 측면에서 이러한 수사구조에 대해서 그 동안 법이론적·정책적 논의가 있어 왔다.

따라서 본 연구는 현재 수사권체제의 합리화 방안을 모색하기 위하여 먼저 수사의 개념과 본질 등에 관한 수사권체제에 관한 법이론들을 검토하면서, 현행 수사권체제의 문제점을 분석하고, 이와 관련하여 영장청구권 귀속과 관련한 외국의 수사권체제를 비교입법적 관점에서 살펴보기로 한다. 그리고 사법경찰의 영장청구권과 직접적으로 맞물려 있는 논의인 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘권의 본질과 그 한계 및 문제점들을 분석한 다음에, 이를 근거로 형사절차에서 영장주의를 채택하고 있는 입법취지와 영장주의에 관한 입법연혁적 분석으로 제헌헌법 및 제정 형사소송법 규정의 개정 연혁을 살펴봄으로써 합리적인 영장청구권의 귀속 주체를 논증해 보고자 한다.

Ⅱ. 수사권체제에 관한 법이론

1. 수사(Investigation, Ermittlung)의 개념

형사절차는 수사에 의하여 개시되는 바 수사는 형사절차의 제1단계라고 할 수 있다. 즉 수사절차는 원칙적으로 공소제기 전의 형사소송절차로, 당사자주의 소송구조를 가지는 공판절차와는 달리 그 준비적·예비적 단계에 해당한다. 그러나 수사 개념을 정의함에 있어서는 수사의 목적과 관련하여 국내 학자들의 견해가 다양하게 전개되고 있는데, 먼저 형사사건에 관하여 공소를 제기하고 이를 유지·수행하기 위한 준비로서 범인을 발견·보전하고 증거를 발견·수집·보전하는 수사기관의 활동, 즉 공소의 제기와 그 유지를 위한 준비행위를 수사로 보는 견해가 있다.¹⁾ 그러나 이 견해에 의할 경우 불기소처분에 의하여 종결되는 수사는 공소제기를 위한 준비적 절차가 아니므로 수사 개념에서 제외되어 버린다. 즉 이 견해는 수사의 제1차적 목적(본질)이 범죄혐의의 유무를 명백히 하는 것이라는 점을 도외시함으로써 범죄의 혐의가 명백히 밝혀진 후의 수사 개념에 대해서만 타당한 견해에 불과하다.

이러한 비판과 더불어 공소제기에 관하여 기소법정주의를 채택하면서 공소취소를 인정하지 않는 독일 형사소송법(제156조)과는 달리 기소편의주의와 기소변경주의를 취하고 있는 현행 형사소송법상으로는 공소를 제기한 후에 진범인이 나타나서 공소취소 여부를 결정하기 위하여 행하는 수사기관의 활동도 수사의 개념에 포함시켜야 한다는 점에서 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동 내지 이러한 활동을 법적으로 규제하는 절차로 파악하는 견해가 있다.²⁾ 그러나 이 견해에 의하면 공소제기 후의 수사를

1) 김기두, 형사소송법, 전정신판, 박영사, 1987, 193면 ; 서일교, 형사소송법, 제8개정판, 박영사, 1979, 225면 ; 차용석, 형사소송법, 세영사, 1998, 220면.

2) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 147면 ; 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002, 167면 ; 신동운, 형사소송법, 제3판, 법문사, 2005, 35면 ; 정영석/이형국, 형사소송법, 전정판, 법문사, 1996, 139면 ; 송광섭, 형사소송법, 유스티니아누스, 1997, 329면 ; 신양균, 형사소송법, 법

수사 개념에 포함할 수 있는 이론적 합리성은 있으나, 수사를 공소를 유지할 것인가의 여부를 결정하기 위한 절차로 보는 것은 공소제기 후의 수사가 공소유지 여부를 결정하기 위한 절차가 아니라 공소유지를 위한 준비행위라는 점에서 이론적 문제점이 있다.

따라서 수사개시 이전의 활동인 사법경찰관리집무규칙 제20조에 의한 범죄의 내사, 경찰관직무집행법 제3조에 의한 경찰관의 직무질문, 형사소송법 제222조 변사자의 검시는 수사의 개념에서 제외되나, 불기소처분에 의하여 종결되는 수사나 공소제기 후 공소유지를 위한 준비행위는 수사 개념에 포함된다는 점에서 수사란 수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 인정할 경우에 범죄혐의의 유무와 情狀을 명백히 하여 공소제기 여부를 결정하기 위해서 또는 공소유지를 위한 준비행위로서(기소 후에는 공소유지를 위한 목적으로서) 범인의 발견 및 보전과 증거의 발견·수집 및 보전을 위한 수사기관의 활동³⁾ 내지 이를 법적으로 규제하는 절차로 파악하여야 할 것이다.⁴⁾

다만 이러한 수사의 개념은 법률적 측면에서만 파악하는 것으로, 각급 수사기관의 실제 업무내용을 반영하고 동시에 현실적이고 실질적인 측면에서 본다면 수사책임을 맡고 있는 기관 만의 활동으로 한정하고 있을 뿐만 아니라 범죄발생이나 범죄혐의 유무를 결정하기 위한 수사기관의 내사활동이 제외된다는 점에서 실무상의 수사 개념과는 괴리를 가져오게 된다. 따라서 수사 개념을 실무적인 측면에서 파악한다면 범죄발생위험요소에 대한 범죄정보를 수집하고, 범죄혐의 유무를 결정하기 위한 내사활동을 포함하여 범죄 발생 후 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동이라고 할 수 있을 것이다.⁵⁾ 주로 경찰행정학자들은 수사기관의 활동을 사법행정의 범주에서 다시 세분화하여(하위체계화를 의미) 보면 1단계의 수사기획과 2단계의 범인 발견, 체포·검거, 증거 수집 및 보전 그리고 3단계의 공소제기로 과정화할 수 있고, 이와 같은 하위개념화를 통하여 수사의 개념 구조를 명백히 할 수 있다고 한다.⁶⁾

문사, 2000, 57면.

- 3) 소제수사, 지명수배, 수색 등은 범인의 발견을 목적으로 행하여지는 수사에 해당하며, 피의지구속은 범인의 보전을 목적으로 하는 강제수사이다. 증거의 발견·수집·보전을 목적으로 하는 수사에는 피의자신문, 참고인조사, 감정, 압수, 수색, 검증, 번역·통역의 위촉, 공무소에 대한 조회 등이 있다.
- 4) 백형구, 형사소송법강의, 신정3판, 박영사, 1997, 325면.
- 5) 종래의 법률적인 측면에서의 수사 개념에 대한 비판으로 이러한 적극적 의미의 수사 개념이 급변하는 현대사회의 범죄양상과 미래의 사회에 부응하는 새로운 수사의 개념으로 적합하다는 견해로 성광호, 범죄수사의 이론과 실제, 진리탐구, 1995, 39면 내지 42면 참조.
- 6) 이상안, 신경찰행정학, 대한문화사, 1995, 593면.

2. 수사의 본질

수사지휘는 그 기초가 되는 수사를 어떤 입법체계의 관점에서 보느냐에 따라 그 본질이 전혀 다르게 이해된다. 마녀사냥이 행했던 중세 유럽의 규문주의 형사절차에서의 수사는 형사절차의 핵심인 재판의 부수적 절차로서의 의미밖에 갖고 있지 못했다. 재판기관이 특정인을 처벌할 의도만 있다면 주관적인 혐의에 기해 수사를 거치지 않고도 일단 재판을 개시한 다음 재판절차의 일환으로 수사해나가거나 고문에 의한 재판상 자백을 기초로 유죄를 인정할 수 있었기 때문이다. 근대 프랑스 혁명 이후 수사·소추기관과 재판기관이 분리되어진 탄핵주의 형사절차에 들어와서야 수사는 재판으로부터 보다 독자적인 의의를 가지게 되었다. 그러나 수사가 재판으로부터 상대적으로 독자적 의의를 가지게 되었다고는 하지만 그 정도에 있어서는 법체계에 따라 다소 편차가 나타난다.

대륙법계체계 국가에서는 일반적으로 아직도 수사를 재판의 준비활동인 소추에 포함되는 사법활동의 연장선상에서 이해하는 전통을 고수한다. 수사는 소추와 재판의 종속적 색채가 강하게 남아 있을 뿐만 아니라 수사의 사실적 활동으로서의 성격도 뚜렷하게 부각되지 않고 있는 것이다. 대륙법계 국가에 따르면 위에서 살펴본 바와 같이 수사는 “수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 인정하는 경우 범죄의 혐의유무와 정상을 명백히 하여 공소제기 여부를 결정하기 위해서 또는 공소의 유지를 위한 준비로서 범인을 발견·확보하고 증거를 발견·수집·보전하는 수사기관의 활동”이라고 정의된다. 따라서 독일에서는 형사소송법상 수사를 공소편에서 규정하여 소추절차의 일환으로 자리매김하고 있고, 공소기관인 검사가 모든 종류의 수사를 스스로 수행하거나 위임(Auftrag) 또는 촉탁(Ersuchen)⁷⁾으로 경찰관서와 경찰공무원으로 하여금 수사를 수행하도록 하게 해왔다. 프랑스에서는 독일과 달리 공소로부터 수사를 독립시켜 형사소송법상 수사는 공소편과 분리하여 규정하고 있기는 하지만 중죄 및 복잡한 경죄에서는 법원의 수사판사가 수사권

7) 번역자의 입장에 따라 Auftrag를 지령 또는 위임으로, Ersuchen을 요청 또는 촉탁으로 번역하고 있는데 Auftrag는 수명자가 경찰공무원이고, Ersuchen은 경찰관서이다. 어떻게 번역하든 독일 법원조직법 제152조 ‘검사의 수사관(경찰의 경감이하)은 검사의 지시(Anordnungen)를 수행해야 할 의무가 있다’에서 지시(Anordnungen)는 형사소송법상 위임(Auftrag) 또는 촉탁(Ersuchen)을 의미하는데 이론이 없으므로 검사의 통제권을 의미하는 것은 차이가 없다. 다만 독일의 일반적 해석론으로 이 지시개념은 우리나라의 지휘개념과는 큰 차이가 있으며 이는 ‘무엇을’ 하도록 요구할 수 있으나, ‘어떻게’ 할 것인지 그 실행방법은 전적으로 경찰이 결정한다는 의미로 이해된다.

을 가지고 수사를 주재하도록 하고 있고 공소기관인 검사장의 사법경찰에 대한 수사지휘권과 검사의 예비수사에 대한 수사지시권을 인정하고 있다. 대륙법계 수사제도를 받아들인 전전(戰前) 일본에서도 사법경찰과 행정경찰을 구분하고 검사와 수사판사가 사법경찰을 보조자로 하여 수사를 하는 것으로 보았다.⁸⁾ 수사를 위한 수사관 있을 수 없으므로 수사는 공소와 분리해서 생각할 수 없기 때문에 수사는 공소제기·수행의 준비행위에 불과하다는 입장을 취했다. 그 결과 적정하고 능률적인 공소수행을 위해서는 공소관인 검찰관이 사법관으로서 수사까지 주재하는 것도 이론상 당연하다고 보았다.

해방 후 일본수사제도의 골격을 계수하여 발전시켜 온 우리나라에서도 이러한 전전(戰前) 일본의 수사에 대한 시각이 거의 이론 없이 지금까지 받아들여지고 있는 중이다.⁹⁾ 수사의 목적으로서 공소제기·유지 및 재판을 강조하는 수사개념은 자기목적적 수사, 즉 수사를 위한 수사는 있을 수 없다는 점과 공소·재판절차로 이어지는 수사의 절차적 성격을 부각시킬 수 있다는 점에서 장점을 가지고 있다. 그러나 수사의 목적을 공소제기·유지 및 재판에 국한시키고 공소와의 관련성하에서만 접근하여, 사실규명절차라 할 수 있는 수사에 공소활동의 가치평가·형사정책적 요소를 항상 개입시킴으로써 공소·재판절차와는 별개의 독자적 사실규명절차로서의 지위를 가진 수사의 의의를 경시하는 문제점을 내포하고 있다. 뿐만 아니라 이러한 입장을 지나치게 강조되다 보면 수사의 궁극적 목적은 공소 또는 재판일 뿐이므로 이를 담당하는 기관이 공소·재판 결과를 염두에 두고 처음부터 수사기관을 장악하여 수사의 방향과 내용까지 주재해야 하는 것이 이론상 당연하다는 규문주의적 수사관으로 퇴행할 수도 있다.¹⁰⁾

8) 일본에서는 치안을 담당하는 기구로 1871년(명치 4년) 사법성을 설치하였고 그 산하에 警保寮을 두어 치안(경찰)을 담당하게 했고, 1875년 행정경찰규칙이 제정되어 내무성 소속 경찰내에서도 기능상 행정경찰과 사법경찰이 구분되었다. 프랑스도 1880년 治罪法(형사소송법)을 정식으로 계수한 이래 검찰관에 의한 국가소추주의와 기소독점주의가 명시됐고 수사는 검찰관 직무로 되면서 종전이 될 때까지 경시총감(오늘날의 경찰청장) 및 도지사를 제외한 사법경찰의 임무는 수사의 주재자인 사법관인 검사의 지휘를 받아 사법업무인 수사를 돕는 것으로 보는 수사구조가 형성되어 종전이 될 때까지 계속되었고 이러한 수사구조는 오늘날 우리나라 수사구조에 그대로 반영, 법원조직법이 검찰청법으로 바뀌어져 유지되고 있다.

9) 서울고검, 수사지휘론, 1998, 13면 참조. 그러나 소추가 수사를 기본으로 하고 있는 것은 분명하지만 수사의 유일한 목적이 소추인 것만은 아니며, 수사가 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태 하에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없다는 입장은 대법원 1995, 2. 24 선고, 94도252 판결 참조.

이에 비해 영미법계 국가에서는 수사는 재판뿐만 아니라 소추로부터 상대적으로 독립적인 지위를 가지는 활동으로 이해되고 있다. 수사는 형사사법절차(Criminal Justice Procedure)의 일부이긴 하지만 사법의 특징인 가치평가적 판단활동보다는 행정의 사실 확정적 형성활동으로서의 성격이 더 강하고 재판활동과는 구분되는 것이다. 이에 의하면 동기·목적론적 관점을 지양하고 현상학적이고 목적중립적인 입장에서 수사의 개념을 기술할 수 있다. 영미법계처럼 수사권과 소추권이 경찰과 검찰에 각각 명백히 분점되어 있거나 대륙법계 국가이면서도 종전 후 영미식 수사체계를 절충한 일본이 이러한 입장을 취하고 있다. 이에 따르면 수사란 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 경우에 형사소송법의 규정에 따라 범인 및 증거를 발견·수집·보존하는 수사기관의 활동¹¹⁾으로 간단히 정의된다. 이 견해도 수사의 목적중의 하나가 공소제기·유지 및 재판의 준비활동이라는 점을 부인하지는 않는다. 하지만 사실적 관점에서 수사의 내용을 이해함으로써 형사사법절차에서 본래의 의미에서의 사법과 구별되어 수사가 가지는 독자적인 의미를 강조하고 있는 점에 그 특징이 있다고 할 수 있다.¹²⁾ 영·미에서는 수사를 정의함에 있어서 수사태양을 사실적으로 기술하는 방식을 취한다. 굳이 개념정의를 한다면 수사(Investigation)는 “위법행위가 있을 때 누가 누구에게 어떠한 위법행위를 하였는지 확정하는 행위”¹³⁾ 또는 “공소제기 여부를 불문하고 경찰이 범죄를 인지한 때로부터 모든 조사활동을 마칠 때까지의 경찰의 모든 활동”¹⁴⁾이라고 폭넓게 이해한다. 좀 더 구체적으로는 사건해결을 위해 사실을 수집하고 특정사건의 진상규명을 하는 것이라고 본다. 수사를 구성하는 요소로는 ① 범죄발생 확인(Determine that a crime was committed) ② 범죄현장 수색(Search the crime scene) ③ 사진촬영 및 범죄현장 약도 작성 (photograph and sketch the crime scene) ④ 물적 증거 수집 및 분석(Collect and process physical evidence) ⑤ 피해자와 목격자의 면담(Interview victims and witness) ⑥ 용의자

10) 이에는 이완규, 공판중심주의적 재판운영의 바람직한 방향, “형사재판, 어떻게 바뀌어야 하는가” (대법원/한국형사법학회, 2004. 1), 86-90면, 158-159면 참조.

11) 이무영, 수사전서, 1998, 73면.

12) 박영관, 현행 인신구속제도에 대한 비판, 45면 이하 참조. 이밖에 수사의 목적에 공소제기 외에 다른 요소들이 있다면서 열거한 예로는 표창원, 경찰수사권독립이 인권보장의 첩경, 2003년도 한국형사정책학회 춘계학술회의 발제문, 26면.

13) Michael J. Palmiotto, Criminal Investigation, Nelson-Hall Publishers, 1994, p.2.

14) John P. Kenney Harry/Harry W. More, Principles of Investigation, West Publishing, 1994, p.9.

신문(Interrogate suspect) ⑦ 각종 수사보고서 작성(Maintain field notes and preliminary, follow-up, and arrest reports) ⑧ 용의자와 피의자에 대한 감시(Maintain surveillance over suspects and known criminals) ⑨ 피해품 회수(Recover stolen property) ⑩ 피의자 체포(Arrest suspects) ⑪ 공소 준비(Prepare the case for court) ⑫ 법정증언(Testify in court)이 거론된다.¹⁵⁾

3. 소추권의 일부로서의 수사지휘권

수사지휘도 이러한 수사의 본질에 대한 접근방법에 따라 질차적 측면에서 상이하게 나뉘어 정의될 수 있다. 먼저 실체형성절차로서의 측면에 초점을 두어 수사지휘를 이해하는 입장을 취하면 수사지휘(command)는 지휘자가 주어진 여건에 맞게 수사시스템을 구축하여 수사요원 및 장비를 관리감독하고 개별적 수사를 지도함으로써 부동적이고 불확정한 사실관계로부터 실체적 진상을 규명해나가는 기술이다. 사안의 실체적 진실발견이라는 형사소송법의 이념 구현에 상대적으로 적합한 지휘로서 대상에 대해서는 개별적, 방법에 대해서는 구체적, 시기에 대해서는 사전적(ex ante)인 특징을 가진다. 수사체제의 조직성·기동성·기술성을 강조하고 수사지휘자가 가용 인적·물적 자원을 조직화하고 동원하여 수사의 적극적·소극적 목적을 달성해나간다는 점에서 수사지휘의 동적·기술적·문제해결적 측면에 역점을 둔다. 영미법계에서 찾아 볼 수 있는 수사지휘개념이다. 이에 의하면 수사관들간의 효율적인 공조 없이는 어떠한 범죄수사도 그 진상규명에 한계를 보일 수 밖에 없다는 오늘날 수사현실에 수사지휘의 필요성이 있다. 즉, 현대의 고도 산업화·정보화된 사회에서는 범죄가 대량으로 발생할 뿐만 아니라 그 양상도 기동화·조직화·흉폭화·지능화·복잡 다기화되고 있으므로 범죄수사는 뛰어난 추리력을 가진 1인의 명수사관에 의해서라기보다는 과학화·기동화된 수사장비와 수사요원간의 팀워크를 통합하여 지휘하는 효율적 지휘능력에 의해 그 성패가 좌우된다고 보는 것이다. 수사관 개개인이 자신의 판단에만 의존하여 다른 사람과의 연락도 없이 수사하거나 중요한 범죄를 보고도 그냥 지나치고 경미한 범죄에만 힘을 쏟는 폐해를 낳거나 수사관간의 응

15) Ibid, pp.10-11.

원과 협력을 구하지 않고 혼자서 범죄에 맞섬으로써 힘이 미치지 못하여 범인 및 증거를 일실하여 버릴 위험도 있다는 것이다. 이러한 점에서 실체형성절차로서의 수사지휘의 주체는 검사도 될 수 있고 경찰도 될 수 있다.

경찰이 지휘하는 경우에는 사건의 경중과 경찰의 직책구조에 따라 지휘자가 다양하게 중첩적으로 나타난다.¹⁶⁾ 경찰이 대다수의 범죄수사를 실질적으로 처리하고 있다는 실정을 감안하면 오늘날 일상 생활에서 발생하는 범죄의 대부분에 대한 수사지휘는 경찰간부가 하고 있다 해도 지나치지 않을 것이다.¹⁷⁾ 검사는 주로 검찰직수사건에 대해 검찰소속 사법경찰관리를 지휘하여 수사한다고 볼 수 있으나 사회의 이목이 집중되는 중대한 사건 등에 대해서는 경찰사건에 대해 경찰수사시스템 편성 및 수사 요원·장비의 운용에 개입함으로써 경찰소속 사법경찰관리등을 지휘하기도 한다.

누가 어떠한 형태로 수사지휘를 하던 간에 오늘날 범죄수사에 있어서는 수사지휘자 및 피지휘자의 개별적 능력 수준보다는 어떻게 하면 수사에 동원할 수 있는 인적 자원과 물적 수사장비를 최대한 효율적으로 조직화하여 배분하며 개개 수사관이 수집한 모든 자료를 분석·종합하여 추론해나갈 수 있느냐가 수사지휘의 성패를 좌우한다고 보므로 결국 훌륭한 수사지휘자란 수사지휘자 자신의 법률적 소양이나 구체적 사건에 대한 일시적인 지휘능력이 뛰어나다고 되는 것이 아니라 평소 업무분석을 통하여 범죄에 효율적으로 대응할 수 있는 수사시스템을 구성, 유지관리하며, 지식·경험·기능이 각기 다른 수사관 개개인에 대한 신상관리와 장단점분석을 통해 각자의 특성과 장점을 최대한 살려 민주적으로 통솔해나가는 상시적인 관리능력까지 겸비해야 한다. 수사는 행정(법집행)작용의 일환¹⁸⁾이고 그 본질은 사실성·조직성·기술성·합목적성에 있다는 입장에서는 실체형

16) 경찰의 경우 직책상 지방경찰청 형사·수사과장은 일선경찰서 수사간부 및 수사요원을, 경찰서 형사·수사과장은 형사과 형사·조사계장·형사반장·조사간부를, 형사반장은 담당반 형사들을 각각 지휘한다. 검사가 직접 지휘하는 경우에는 이와 별도로 검찰소속 사법경찰과 경찰소속 사법경찰에 대하여 이러한 지휘를 하는 경우가 있다. 또한 경미한 사건의 경우에는 통상 형사계·반장과 형사의 관계에서 지휘가 이루어지나 살인 등 중한 사건의 경우에는 수사본부장이 별도로 지정되어 지휘를 하게 된다.

17) 우리나라만 해도 경찰이 전체범죄의 96.7%(‘97)를 처리하고 있고 그중 대부분을 경찰수사간부가 실질적으로 지휘하고 있으며 독일에서도 전체범죄의 96%를 사법경찰이 나머지 4%를 검사가 직접 수사하고 있고 송치 후 보강 수사하는 경우는 2%정도이다.

18) 미국의 경우 검사는 법집행기관이 아니고 공소기관이므로 수사권과 수사지휘권이 없다. 연방검사는 법집행기관이 아니므로 수사를 할 수 없고 연방수사관에 대해서도 수사지휘를 할 수 없다. 다

성절차로서의 지휘개념에 맞게 법규정이 구비되어야 수사지휘권의 주체, 대상 및 범위, 방법, 시기 제 측면에서 수사지휘의 실체가 보다 명확히 드러나고¹⁹⁾ 사법적 통제가 가능해 진다고 본다.

수사지휘의 공소준비절차로서 측면에 초점을 두고 수사지휘를 접근하면 수사지휘(guide, direction)는 검사가 공소유지를 위하여 형사소송법상의 수사지휘권에 기하여 사법경찰관리의 수사를 지휘(direction)·감독(surveillance)하거나 자신이 수행하는 수사에 사법경찰관리를 보조토록 하는 권한이다.²⁰⁾ 검사가 인권옹호자로서 이른바 객관 의무를 준수한다는 전제하에서 인권보장이나 적법절차준수라는 형사소송법의 이념 구현에 상대적으로 친한 지휘로서 대상에 대해서는 일반적, 방법에 대해서는 추상적, 시기에 대해서는 사후적(ex post)인 특징을 가진다. 검사가 경찰 수사의 합법성·정당성 여부를 심사하여 통제함으로써 공소수행의 효율성과 위법수사 억제에 도모할 수 있다는 정적·법률적·심사적 측면에 역점을 둔다. 대륙법계 검사지휘제도가 정착된 국가와 우리나라에서 통용되는 수사지휘이다. 이에 의하면 공소준비절차로서의 수사지휘에서는 수사지휘가 공소권의 적정행사 및 수사상 적법절차 준수와 인권보장을 하는데 수사지휘의 필요성이 있다고 본다. 수사의 인적·물적 수사 시스템의 관리능력이나 수사 지도능력 등은 수사 지휘의 요소로 중시하고 있지 않다는 점에서 실제형성절차로서의 수사지휘와 구별된다. 또한 실제형성절차로서의 수사지휘가 상대적으로 지휘자와의 피지휘자간 관계의 실질적 정당성에 중점을 두는 데 비해 공소준비절차로서의 수사지휘는 검사의 사법경찰간 관계의 실정법적 적법성에 초점을 둔다.

이는 연혁적으로 검사제도가 탄생한 19세기초의 프랑스나 이를 받아들인 19세기 중반의 독일, 19세기 후반의 일본의 시대적 수사현실이 반영된 지휘개념이다. 당시 이들 국

만 법률적 사안에 대해 서로 의견을 교환하고 자문을 해 줄 수 있을 뿐이라 하며, 이에는 법무부, 미국의 검찰제도 III, 1996, 49면, 52면 참조.

19) 수사는 신속성·기동성·조직성·과학성·현장성을 가진 사실관계 확정의 영역으로서 실제 대부분 사건의 수사지휘에 있어서는 고도의 법률지식에 기한 법률적용 보다는 수사인력과 비용을 효율적으로 배분하여 범인을 검거하고 증거를 확보하는 기법이 무엇보다도 중요하므로 법률전문가인 검사의 관여가 필수적이라고 보기는 어렵다는 취지는 차용석, 인권보장과 수사의 합리화 방안, 치안정책학술세미나, 1994, 37면 참조.

20) 사법연수원, 검찰실무 교재, 1998 참조. 공소준비의 한계가 명확하지 않기 때문에 이러한 개념정의를 따르다 보면 실정법상 검사가 사법경찰에 대하여 가지는 권한은 모두 수사지휘권에 포함되어 버리는 문제점이 있다.

가에서 수사는 그 성질상 넓게 보았을 때 과거의 법률위반에 대하여 형벌을 선언하는 재판의 준비단계인 공소의 전제가 되는 작용으로서 사법업무에 속하므로 법률전문가인 사법관에게만 맡겨야 잘 운영된다고 보았다. 당시만 해도 경찰의 주 임무는 사회공공의 안녕과 질서를 유지하고 그에 대한 위해를 예방하고 제거하는 데 있었고, 범인의 체포와 수사는 경찰의 고유한 업무가 아니었던 것이다. 그 당시 경찰은 예방활동이 미흡하여 범죄가 발생할 때 부차적으로 사법경찰로서 검사나 수사판사의 지휘를 받아 사법관의 임무를 대행하여 자기명의를 아니고 그 보조자로서 수사할 수 있을 뿐이었다. 사회적으로 그 당시에는 범죄발생이 비교적 적고 그 양상도 고전적이었기 때문에 이러한 구상에 따라 검사와 수사판사 같은 소수정예의 사법관에 수사를 맡겨도 현실적으로 아무 문제가 없었다²¹⁾고 할 수 있다. 따라서 공소권을 적절하게 행사하기 위해서는 공소권자가 공소와 관련된 쟁점을 사전에 정리하는 등 수사초기부터 일원적으로 지휘할 필요성이 있었고, 적법절차 및 인권보장을 위해서는 법관에 준하는 독립성을 인정받는 이른바 사법관이 수사지휘를 하는 것이 당연하다고 보았다.²²⁾ 결국 각자가 법관에 준하는 독립성을 가진 준사법관의 지위²³⁾, 고도의 법률적 지식을 갖춘 법률전문가로서의 우수한 자질을 가진 공소권이 수사주재자로서 지휘자도 되어야 하며 이 점에서 비법률가이고 준사법관적 지위를 갖지 못하며 비수사분야로의 보직이동이 잦은 경찰수사간부는 수사지휘 적격성이 없다고 보았다.²⁴⁾ 즉, 수사는 사법작용에 속하고 그 본질은 법률평가성·통일성·공정성·적법성에 있다는 입장에서는 공소준비절차로서의 수사지휘개념에 맞게 검찰과 사법경찰

21) 이 당시에는 실질적인 수사지휘의 개념과 법상의 수사지휘개념이 대체로 일치하고 있다고 보아도 무방할 것이다. 당시 3국은 공통적으로 검사와 수사판사를 최고의 사법경찰관으로 보아 법원조직법, 재판소구성법 등 조직법에서 신분상으로도 행정경찰과 별도로 사법경찰을 검사와 수사판사의 하부기관으로 설정하고 있었다.

22) 검찰에서는 나아가 검찰이 인권옹호기관이라고 하면서 수사시 지휘권 행사를 통해 경찰의 수사상 인권침해를 방지해야 한다고 한다. 이에 대해서는 “형사소송에 있어서 준사법기관적 지위를 가지는 독일의 검사와는 달리, 우리나라의 검사는 피고인을 공격하는 당사자(Partei)의 지위를 가지고 있고 피고인의 이익까지 보호해야 할 검사의 객관의무도 규정되어 있지 않으므로, 피의자·피고인의 인권옹호기관이라는 자격을 붙이는 것은 그의 공격당사자적 지위에 비추어 보아 어색한 장식에 불과하다”고 하며, 이에 손동권, “수사권 독립, 경찰에게 보장하여야 한다”, 시민과 변호사, 1994년 11월호(통권 제10호), 209면 참조.

23) 심재우/김일수, “검찰제도의 개선방향”, 대한변호사협회지, 1982년 6월호, 39면 참조.

24) 검사가 법률전문가이니 수사를 주재해야 한다고 주장하면서도 실무관행상 대부분의 사건을 검찰입회서기가 신문하고 검사의 피의자신문으로 기재되는 실정이라는 입장은 김성남, “검찰제도의 개선방향”, 법조춘추 136호, 1988, 47면 참조.

의 지휘감독관계가 유지되어야 공소의 적정성과 인권보장을 위한 수사의 사법적 통제가 가능해 진다고 본다. 이러한 이론적 논거는 전전 일본 제국주의 형사법체제하에서 통용되는 이론이었고 이러한 사고는 우리나라 현행 수사제도를 탄생시킨 1945년 해방이후부터 1954년 형사소송법 제정까지의 시기에 입법을 주도하던 우리나라 법률가들의 지배적인 견해였고 이는 일부 공식적으로 입법과정에서도 표출되고 있다.²⁵⁾

그러나 수사가 공소준비절차의 일환이고 현행 제도가 그러한 입장을 반영하였다 하여 항상 수사지휘권의 귀속과 범위가 선형적이고 논리 필연적으로 공소권에 의해 좌우되어야 하는 것은 아니다. 범규범이란 고정불변한 것이 아니라 시대정신과 역사의 산물이기 때문이다. 재판권으로부터 소추권을 분리한 대륙법계 형사사법제도가 근대 프랑스 혁명 이후 등장한 계몽주의와 권력분립사상의 산물이듯이 수사권자에게 공소권까지 부여하여 수백년간 운영해 온 영국의 형사사법제도나 수사권과 공소권을 분산하여 수사권자와 공소권자간의 견제와 균형을 묘를 이루어 온 미국의 형사사법제도도 각국의 시대적, 사회문화적 배경의 산물이기 때문이다. 이러한 점을 감안할 때 형사사법의 환경변화가 법체계를 막론하고 각국의 수사권체제에서 두 가지 수사지휘 개념을 수렴시키는 動因이 되었고 이는 보편적인 추세로 나타나게 됐음을 주목할 필요가 있다.

4. 수사의 목적

수사의 목적에 대해서는 공소의 제기 및 그 수행으로 보는 견해와 기소·불기소의 결정으로 보는 견해가 있으나, 구체적으로는 기소 전의 수사단계와 기소 후의 수사단계에 따라 그 목적을 다르게 파악해야 한다.

기소 전의 수사의 목적과 관련해서는 기소·불기소를 결정하는 기준이 되는 범죄혐의의 유무와 정상을 명백히 함으로써 피의사건의 진상을 파악하는 것이 수사의 제1차적 목적이다. 나아가 수사절차의 진행이나 공소제기 또는 공판절차에서의 피고인의 출석이나 형집행을 확보하기 위한 범인의 발견·보전과, 범죄혐의 유무를 밝힘으로써 기소·불기소를 결정하고 공소제기 후 공소유지를 위한 증거의 발견·수집·보전도 수사의 목적이

25) 이와 관련하여 자세하게는 대검찰청, 검찰제요, 부록 72면, 211면.

다. 불기소처분은 수사의 목적이 아니라 귀결에 불과하다고 보는 견해도 있으나, 수사의 결과 불기소처분에 의하여 수사가 종결되는 경우도 있으므로 기소·불기소의 결정도 수사의 목적으로 볼 수 있다. 수사절차도 ‘형사절차의 전과정의 일부’로서, 특히 공소제기 전의 수사는 공소제기와 그 유지를 전제로 하는 절차라는 점에서 수사의 궁극적 목적은 공소의 제기와 그 수행에 있다. 따라서 수사 그 자체의 독자적 목적성은 인정될 수 없으며 수사를 위한 수사도 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

공소제기 후의 수사는 그 공소의 유지와 수행을 위한 것으로 공소유지에 필요한 각종 증거수집과 보전이 수사 내용을 이룬다. 다만 공소제기 후의 수사가 허용되느냐와 관련하여 비록 예외적으로 제한적 범위 내에서 증거수집 및 그 보전을 위한 수사가 인정되더라도 당사자대등주의와 공판중심주의 원칙상 공소제기 후 대물적 강제수사는 허용되어서는 안되며, 특히 공소제기 후 수사기관에 의한 피고인구속은 인정되지 아니하므로 범인의 보전도 수사의 목적이 될 수 없다.

5. 수사현실과 범규범의 괴리와 수렴

현대의 범죄의 양적 팽창과 질적 변화는 각국의 검찰과 경찰의 임무와 권한구조나 형사사법시스템에 커다란 영향을 미치게 되었다. 대륙법계 국가에서는 사법관 주재 수사권 체계가 터 잡던 19세기 초와는 달리 현대에 이르러서는 범죄가 급증하고 복잡해져서 수사 및 수사지휘의 수요는 엄청나게 늘어난 데 비해 대륙법계 사법관은 여러 가지 이유로 미처 이를 감당하지 못하게 됨에 따라 실체규명을 위한 사법관의 수사지휘임무는 경찰로 자연스럽게 이전되어 사법관의 보조기관에 불과하던 사법경찰간부의 수사지휘의 비중이 법상 수사관청이던 사법관을 오히려 압도하게 되었고 그 결과 범규범(검사의 수사지휘권)과 수사현실(사법경찰간부의 수사지휘)의 괴리에서 오는 범규범의 실효성 약화 현상이 점점 형사사법체계 수정의 압력으로 작용하게 되었다.²⁶⁾ 이는 직업법률가로서의 일정

26) 프랑스에서 치죄법(治罪法 1808년)시대에는 사법경찰은 일반조항으로 수사권이 인정되지 않고 고소·고발의 접수수사(제17조)와 현행범수사(제54조)에 대해서만 검사에게 보고하고 수사를 할 수 있도록 규정되어 있었으나 실무적으로 대부분의 수사가 검사보고 없이 이루어지는 등 범규범과 현실의 괴리현상이 발생하자 1958년 형사소송법제정을 계기로 경찰에게 형사소송법상 수사개시권을

한 자격이 요구되는 사법관은 쉽게 양성할 수 없었던 데 비해 행정관료인 경찰수사간부의 인력확충은 급부국가화, 행정국가화의 경향과 범죄의 급증추세에 맞추어 쉽게 이루어질 수 있었던 데 기인한 것이다.

다음으로 직무성격상 사무실에서 근무해야 하는 사법관은 경찰이 독자적으로 수사하여 송부한 관련 수사서류를 받아본 뒤에야 당해 사건을 처음 파악하게 되는 반면 범죄예방 기관이기도 한 경찰은 늘 범죄현장과 가까이 있어 사건발생직후 신속히 개입할 수 밖에 없어 자연히 증거인멸과 피해확산이 광범위한 현대형 범죄의 수사는 경찰의 몫이 되어버렸다.²⁷⁾

뿐만 아니라 각국이 사회방위능력 제고라는 형사정책적 목표를 달성하기 위하여 범죄진압 및 수사역량 향상을 위한 국가적 지원을 퍼자 경찰은 이에 힘입어 지속적인 물적설비의 개선과 보수교육 강화, 범죄정보시스템의 구축, 반복적인 업무처리를 통한 효율적 수사기법의 축적에 의해 전문수사기관으로 발전해나갔다. 그 결과 경찰은 기소관청인 사법관의 손발에 불과한 집행기관이나 범죄예방기관의 지위에서 벗어나 독자적인 전문수사기관으로 변신할 수 있었다. 특히 사법경찰은 현대 산업사회의 분야별로 특별사법경찰이 분화되어 가고 같은 기관 내에서도 분과별로 수사 분야가 특화됨에 따라 자기 분야에 관한 법률판단은 더 이상 큰 문제로 작용하지 않게 되었다.

마지막으로 검사가 사법관의 수사지휘를 고집한다 한들 수사절차만 지연될 뿐 특별한 소득이 없으므로 상대적으로 기소에 전념하는 것이 나으리라는 판단도 사법관의 지휘권 포기를 조장하는 요인이 됐다.²⁸⁾ 결국 오늘날 대륙법계인 독일과 프랑스에서조차도 경찰

일반조항(제14조)으로 인정하고 예비수사권(제75조)도 정식으로 인정하여 사법경찰이 수사의 전면에 나서게 된 것이나, 독일에서 그간 수사제도의 운용과정에서 형사소송법상 수사경찰의 초동수사의무(제163조 제1항 1문)를 해석상 초동수사권(Recht des ersten Zugriffes)이라 광범위하게 해석하여 경찰의 독자적 수사영역을 인정하던 중 2001년 11월 형사소송법 개정으로 명문(제161조 제1항 2문)으로 모든 영역의 경찰의 독자적 수사권을 인정함으로써 수사현실과 검사지휘제도의 간극을 해소해나가고 있는 사례는 이러한 추세를 잘 말해주고 있다.

27) 예컨대 독일에서는 초동수사 후 지체없이 수사결과를 검찰에 송부해야 한다는 독일형사소송법 제163조 제2항과는 정반대로 수사현실에서는 경찰이 독자적으로 수사하여 공소를 제기할 수 있도록 충분히 수사가 완료된 상태에서 수사결과를 검찰에 송부하는 사례가 매우 많고 나아가 많은 사건에서 검사는 수사주제자로서 자신의 임무를 완수하기 위하여 경찰을 지휘하지도 않고 사례와 관련된 정보를 사용하지도 않는다고 한다.

28) 프랑스와 독일은 우리나라와 달리 검찰 자체의 수사권이 없으며, 독일검찰은 수사에 직접적인 개입을 자제하고 있으며 법무부 산하에 자체 수사관을 보유하는 것도 반대하는 입장이며, 이에는

의 수사권은 확대되고 이른바 사법관의 공소준비절차로서의 의미를 갖는 수사권 및 수사지휘권 행사는 19세기보다 크게 축소되어 이제 대형 경제·권력형 부정부패사건, 공안사건, 사회 이목이 집중되는 중대사건 등 공소유지가 핵심관건인 수사영역에서만 그 원형을 찾아볼 수 있게 되었다.

6. 수사권체제의 유형

수사권한을 어떠한 국가기관이 어떠한 범위로 가지고 있는지는 각국의 문화적 전통과 제도·관습·법제 등에 따라서 다양한 형태를 띠고 있으나, 일반적으로 수사권한을 가진 기관은 경찰과 검찰이라 할 수 있다. 수사기관으로서의 검사와 사법경찰관리의 관계는 국가에 따라 다르나 대체로 사법경찰관리를 제1차적 수사기관으로 하고 검사와의 관계를 상호협력관계로 하는 미국이나 일본과 같은 경찰독립수사권체제와, 검사를 수사의 주체자로 하여 사법경찰관리에 대한 지휘·감독권을 인정함으로써 양자의 관계를 상하복종관계로 하고 있는 프랑스나 독일과 같은 검사주재수사권체제로 나누어 볼 수 있다.

1) 검사주재수사권체제

검사주재수사권체제는 검사가 수사의 주재자로서의 지위를 가지며 경찰은 검사의 지휘·감독하에서 수사를 행하는 수사보조자로서의 지위에 불과한 제도로, 주로 대륙법계에 속하는 국가들이 취하여 왔던 제도이다. 즉 권위주의·절대주의사상을 역사적 배경으로 하고 있는 대륙법계의 국가에서는 강력한 검찰권을 행사하여 범죄를 억압하면서 동시에 이념적 대립상태에 있는 상대방에 대하여 정치적으로 탄압할 목적으로 상명하복 구조의 검찰조직과 더불어 그 아래에 사법경찰을 두어 검사의 손발로서 검사의 명령을 받들

Weidmann, Kriminalistik 2001, S.385. 우리나라에서도 공판중심주의 추세에 대응하여 수사 검사와 공판검사를 업무 분장상 분리하여 운영하고 있는 바, 이런 점에서 대부분의 사건공판은 수사지휘한 검사 아닌 공판부 검사가 소추를 담당하므로 수사(지휘)한 자가 소추도 해야 한다는 주장은 검찰운영 현실과도 맞지 않는다.

어 수사에 종사케 하였다고 할 수 있다.²⁹⁾

이러한 검사주재수사권체제의 장점으로서는 첫째 범죄수사는 범인을 포함한 일반인의 인권보장과 밀접한 관련을 갖는 것이기 때문에 전문적 지식을 요하는 엄격한 자격시험을 거쳐 임명된 검사에게 수사권을 부여하고, 사법경찰관에게는 이러한 법적 지식을 가진 검사의 지휘·감독하에서만 수사를 행하게 하면 수사과정에서의 인권침해를 막을 수 있다는 것이다. 둘째 범죄수사는 범인의 검거에만 그치는 것이 아니라 형사재판의 전단계로서 수사의 궁극적 목적인 공소유지 및 범죄사실의 입증과 관련하여 증거의 수집·보전 및 그 적정절차가 중요한데, 이러한 수사과정을 처음부터 소추권자인 검사의 지휘·감독하에서 추진하게 되면 형사소송의 경제, 즉 수사의 이중화를 방지할 수 있다. 또한 경찰은 인력과 조직면에서 하나의 큰 권력집단을 형성하고 있는데 만일 사법경찰이 독자적인 수사권을 행사할 경우에 그 권력의 비대화가 우려될 뿐 아니라 정치적 중립성이 보장되어 있지 않다면 경찰과소의 우려가 있다는 점에서 검찰의 수사지휘가 필요하다고 한다.

그러나 검사주재수사권체제는 범인의 검거와 증거수집 등과 같은 일선의 수사업무는 사법경찰이 전담하고 있는데 이러한 사법경찰에게는 수사권을 주지 않고 검사의 지휘·감독하에 둔다면 사기의 저하로 업무의 능력성이 저하되고 우수한 수사인력을 확보할 수 없다는 문제점을 가지고 있다. 또한 사법경찰이 수사업무를 독자적인 권한하에서 행사하지 못하고 검사의 지휘·감독을 받아야 하는 경우 변사체의 처리나 기소중지자 검거처리와 같은 기동성이 요구되는 경찰수사업무에 지장을 초래할 뿐만 아니라 조직의 독립성을 침해하게 된다. 그리고 사법경찰의 수사단계에서 조사된 사건을 다시 검찰에서 조사함으로써 조사에 임하는 관계인에게 불편을 주며, 이중수사를 통하여 인적·물적 자원의 낭비가 초래될 수 있다. 또한 검찰의 소수 인력으로 사법경찰을 실질적으로 지휘하여 격증하는 범죄에 대처하기에는 검찰인력과 조직상의 한계가 있기 때문에 다양화·신속화·광역화·지능화되어 가는 범죄에 대한 초등수사 및 긴급배치수사 등 신속한 수사착수를 어렵게 함으로써 현실적으로 수사가 형식화되고 비능률성을 가질 수 밖에 없다.³⁰⁾

29) 차용석, “경찰수사권독립에 관한 견해”, 수사연구(1992. 3), 41면.

30) 남궁 석, “주요국의 수사권체제”, 입법조사월보(1992. 4), 84면.

2) 경찰독립수사권체제

경찰독립수사권체제는 경찰이 독자적인 수사권을 행사하고 검사는 제한된 범위 내에서만 예외적으로 수사권을 행사하며 원칙적으로 공소제기와 그 유지만을 담당하고 경찰에 대한 법률자문가로서의 역할을 하면서 양자가 상호협력관계를 유지하고 있는 제도로, 주로 영미법계에 속하는 나라들이 취하고 있는 제도이다. 이 체제를 취하고 있는 국가들은 근대 이후 자유민주주의를 발전시켜 온 나라들로서, 권력분립과 지방분권의 원리가 이 제도의 바탕을 이루고 있다. 즉 전통적으로 지방자치제가 발달하여 시민의 선거에 의하여 선출되는 자치단체의 장의 지휘·감독하에 경찰을 둬으로써 경찰의 정치적 중립성을 보장하고 있다. 또한 검사주재수사권체제보다는 임의수사원칙을 법적으로 규정하여 이를 시행하여 왔으며, 엄격한 사법적 규제가 행해지는 영장의 발부를 전제로 강제수사가 행하여져 왔다. 그리고 영국과 같이 사인소추주의의 영향도 있었으나 형사소송에서 당사자주의를 소송의 기본구조로 함으로써 변호인제도가 발달하였고, 이에 따라 경찰에 독자적인 수사권이 부여된다 하더라도 수사단계에서부터 변호인이 참여함으로써 인권침해의 소지를 배제해 왔다.

이러한 경찰독립수사권체제의 장점으로는 먼저 범인의 검거는 수사업무 중 가장 핵심을 이루는 것이며 이는 경찰의 고유업무로 이에 관한 권한과 책임을 동시에 부여받은 업무의 성격과 부합되어 업무능률의 향상에 기여한다는 것이다. 이 고유업무부분을 타기관의 지휘·감독하에 수행하게 하는 것은 행정조직원칙에 어긋나고 사법경찰관의 사기저하를 초래하기 쉽다. 둘째로, 오늘날처럼 수사의 기동성과 기민성, 신속성 그리고 광역성이 요구되는 사회에서는 수사업무의 거의 전부를 담당하는 경찰에 독립적인 수사권을 주어 그 기동성을 살리고 사기를 진작시키는 것이 필요하다는 것이다. 셋째로 사법경찰에 독립적인 수사권을 주어 사기를 진작시키게 되면 우수한 인적 자원을 확보하게 됨으로써 그 능률과 질의 향상을 가져올 수 있다. 넷째, 사법경찰에 독립적인 수사권을 부여하는 것은 기관 상호간에 권력분립의 원칙에 충실하여 비대해질 수 있는 검찰권에 대한 견제장치로서의 역할을 할 수 있으며, 오늘날의 형사절차의 이념인 법의 적정절차의 보장에 보다 충실할 수 있다는 것이다.

여기에 대하여 경찰의 방대한 인력, 장비, 조직 등으로 비추어 볼 때 경찰의 정치적

중립성이 확보되지 않은 상태에서 경찰에 독립적인 수사권을 부여할 경우에는 경찰권력의 비대화로 인한 남용가능성과 정치적으로 악용될 가능성이 많을 뿐만 아니라, 범죄수사는 형사소송의 전단계로서 그 적정 여부가 피의자의 인권보장에 대단히 중요하다는 점에서 법률적 지식과 자격을 갖춘 수사관의 확보가 무엇보다도 필요하나 일반적으로 경찰의 인적 구성이 저수준에 있다고 할 때 인권침해의 우려가 크다는 비판이 있다.

3) 현대적 경향

오늘날 세계 각국에서 운용되고 있는 수사권체제는 위에서 언급한 두 가지 수사권체제보다 훨씬 더 다양한 형태로 운용되고 있다. 위의 두 가지 수사권체제는 그 나름대로 장점과 단점을 가지고는 있으나, 대체로 세계 각국의 일반적인 경향은 사법경찰에 독자적인 수사권을 부여하는 방향으로 나아가고 있다. 역사적으로는 영미법계는 전통적으로 당사자주의를 소송의 기본구조로 채택하면서 사법경찰에 독자적인 수사권을 부여해 왔음에 반하여, 대륙법계는 절대주의사상하에서 직권주의를 소송구조로 채택함으로써 사법경찰을 수사의 보조자로 자리매김하여 왔다.

사회 모든 영역에서 규제와 통제, 감시와 감독보다는 권한과 책임, 자치와 균형의 논리가 중시되면서 수사권체제에 있어서도 사법경찰에게 독자적인 수사권을 부여하고, 검찰은 사법경찰이 행한 수사를 기초로 공소제기 여부를 결정하고 공소를 유지하는 임무만을 담당함으로써 업무의 효율성도 높일 수 있다는 것이다.

Ⅲ. 현행 수사권체제의 문제점

어떤 조직이나 기관이던 그 기능이 효율적으로 운용되기 위해서는 지휘체통의 일원화로 기능발휘의 구심력이 확립되어 있어야 할 뿐만 아니라, 책임과 권한의 균형원리에 의하여 업무수행에 따른 적정한 권한의 분배와 이에 수반하는 책임이 명확해야 하고 조직 외부의 간섭으로부터 조직활동의 자율성과 독자성이 보장되도록 하여야 한다. 만일 이와 같은 요건들이 충족되지 않을 경우에는 조직이 가지는 기능 자체의 저하는 물론이거니와 조직 구성원들의 사기저하를 초래하여 그 기능의 정상적인 운용을 기대할 수 없을 것인 바, 이러한 관점에서 볼 때 검사가 수사권과 공소권을 독점하고 모든 범죄수사에 있어 사법경찰이 검사의 지휘·감독을 받아야 하는 현행 수사권체제에는 많은 문제점을 가지고 있다.³¹⁾

아래에서는 합리적인 영장청구권 귀속 주체에 대한 방안을 모색하기 위한 접근으로 현행 수사권체제의 불합리성에서 야기되는 문제점들을 이론적·실무적 측면에서 살펴보기로 한다.

1. 권한과 책임의 균형원리 : 검찰수사권의 비대화

그 사회의 통합관리라는 관점에서 볼 때 정부의 조직형태는 하나의 통일적인 기구를 가져야만 한다. 만일 국가행정이 통일성 없이 그 방향이 여러 갈래로 나누어진다면 결국 정책의 통일성은 상실될 수 밖에 없으며 국가질서는 유지될 수 없을 것이다. 다른 한편 정부조직의 극단적인 일원화는 전제적 또는 독재적으로 되어 그 자체가 민주주의 원리에 위배될 것이다. 권력분립의 원칙은 절대적 권력에 대한 불신 또는 권력을 행사하는 인간에 대한 불신으로부터 출발하여 권력의 합리적 분배와 기관 상호간의 견제라는 단순한

31) 경찰이 스스로 현행 수사권체제의 문제점을 분석한 자료로는 경찰청, 합리적인 수사권 조정방향, 검·경 수사권조정에 관한 공청회자료(수사권조정자문위원회, 2005. 4), 14면-19면 참조.

기술적 장치라는 차원을 넘어 개인의 자유와 권리를 확보하기 위한 자유주의적 조직원리 이면서 민주주의의 실천원리를 의미한다.

형사사법시스템에 있어서 권력집중현상은 현행 검찰제도에서 극단적으로 나타난다. 즉 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에 범인과 범죄사실을 수사할 수 있는 권한을 가지며, 범죄수사에 있어서 사법경찰관리를 지휘·감독할 권한을 갖고 있을 뿐만 아니라 공소제기와 그 유지를 권한으로 하고 있다. 특히 현행 형사소송법은 공소제기의 권한을 검사의 전속적 권한으로 하면서, 나아가 기소와 불기소를 결정함에 있어 공소를 제기할 충분한 혐의가 있고 소송조건이 구비되어 있다 하더라도 검사재량으로 불기소처분을 할 수 있는 기소독점주의와 기소편의주의를 아울러 채택하고 있다. 기소독점주의는 국가적 형벌권의 청구를 일률적으로 국가적 판단에 일임하여 공소권행사의 공정을 기하고자 하는 것이며, 기소편의주의는 형사정책상의 고려와 소송경제적 측면을 고려한 제도라고 할 수 있으나, 한편으로는 관료주의와 결합하여 관료독선의 비민주적 사법으로 전락할 위험성이 있을 뿐만 아니라 검사동일체의 원칙과 맞물릴 경우에는 이른바 검찰파쇼의 폐해를 야기할 우려가 대단히 크다 할 것이다.

이와 같이 검사동일체의 원칙과 기소독점주의 및 기소편의주의의 결합만으로도 검찰파쇼를 야기할 위험성이 있음에도 불구하고 수사권을 검사에게만 부여하고 수사의 주재자로서 사법경찰관리에 대한 수사지휘·감독권까지 인정하는 것은 권력집중에서 오는 폐단과 위헌성을 더욱 가중시킬 수 있다. 따라서 검사는 공소제기와 그 유지의 직무에만 전념하고 사법경찰관리에 대한 수사지휘권을 배제하는 한편 사법경찰에 독자적 수사권을 부여하여 양자를 상호 협력관계로 설정하는 것이 오늘날 행정조직의 구성원리인 권력분립의 원칙에 충실할 뿐만 아니라 권력의 상호 견제작용이라는 민주적 이상에도 부합한다고 할 것이다.

수사와 공소제기라는 양자의 관계를 볼 때 수사의 개념 및 목적을 어떻게 설정하느냐에 따라 수사와 공소가 무관한 것은 아니지만 공소의 제기와 그 유지는 당해 사건의 수사를 담당했던 자와 다른 기관의 사람이 담당하여 수사의 결과만을 가지고 판단하고 처리하는 것이 사건에 대한 예단을 벗어나 객관성과 공정성을 기할 수 있다. 따라서 대륙법계에서 일부 주장되는 수사와 공소가 상호불가분의 관계에 있으며 형벌청구권의 적정한 행사라는 단일한 목적을 위하여 검사가 수사의 주재자이어야 한다는 논거는 일면적

타당성 밖에 없다고 하겠다.

2. 명령통일의 원리 : 명령계통의 이원화

어느 조직이건 간에 조직기능이 효율적으로 운영되기 위해서는 무엇보다도 명령계통의 일원화가 이루어져야 하는 바, 이와 같은 명령의 통일성을 유지함으로써 기관내의 권한과 통제를 강화시켜 주며, 행동에 대한 책임을 판단하는데 도움을 줄 뿐 아니라 의사전달을 촉진시키고 모순된 명령을 제거함으로써 기관내의 갈등을 감소시키고 조직원에 대한 효과적인 감독을 강화시켜 준다.

그럼에도 불구하고 현행 형사소송법상 검사와 사법경찰관리와의 관계에서 명령체계의 이원화 문제가 심각하게 대두되고 있다. 즉 범죄수사에 있어 형사소송법상 사법경찰은 법무부 소속의 검사의 지휘·감독을 받게 되어 있으나 한편으로 조직내부적으로는 소속 상관의 지휘를 받아야 하므로 동일한 사안에 대하여 검사와 소속 상관의 지휘 내용이 다를 경우에 어느 명령에 따라야 할 것인가가 문제된다. 특히 검사는 수사경찰관의 범죄수사활동에 대한 막료로서 작용을 하는 것이 아니라 조직의 외부에서 직접적으로 명령을 내리는 위치에 있기 때문에 대단히 불합리한 경찰조직 지휘체계의 운영을 가져온다는 점에서 가장 기본적인 조직원리에 위배된다 하겠다.

범죄수사에 있어서 검사와 사법경찰의 관계가 다른 일반 행정원리를 초월하는 특별법적 관계로 볼 여지도 있으나, 검사의 수사경찰에 대한 이와 같은 관계는 경찰조직 자체의 갈등을 조성할 뿐만 아니라 이질적이고 이원적인 조직생리를 야기시킴으로써 국민의 기본적인 편익도모 및 인권보장을 일차적으로 맡고 있는 경찰조직의 발전을 정체시키는 요인이 되고 있는 실정이다. 나아가 신속하고 강력한 조직력으로 범죄에 대응해야 할 경찰의 역량이 완전한 기능을 발휘하지 못하게 될 우려 또한 크다 할 것이다. 따라서 이러한 모순을 시정하고 명령계통을 일원화시켜 효율적인 경찰수사기능을 발휘할 수 있도록 하기 위해서는 검사지휘권을 배제하거나 배제하기 위한 현실적 여건을 마련할 때까지라도 검사지휘권을 제한 내지 수정해야 한다.

명령체계의 이원화는 범죄수사의 효율성을 저해할 뿐 아니라 경찰조직의 책임과 권한

의 불일치의 문제도 초래하는 바, 즉 범죄수사에 있어서 검사가 사법경찰관리를 지휘·감독하게끔 규정하고 있는 것은 검사에게 범죄수사의 책임이 부여되어 있음을 의미한다. 따라서 범죄수사로 인한 책임은 검사에게 일차적으로 부여되고, 사법경찰에게 이차적으로 그 책임을 지워야 한다. 그러나 검사의 범죄수사에 대한 지휘·감독은 수사착수의 지휘, 합리적 수사진행의 지휘·감독, 범인검거의 지휘와 그 조사의 지휘 및 감독 등 범죄수사 전반에 걸쳐서 이루어지고 있음에도 불구하고 검사의 지휘·감독을 받아 수사를 하거나 그 보조자의 역할을 하는 사법경찰이 수사 미진에 대한 전적인 책임을 지고 범률상의 모든 권한은 검사가 독점한다는 것은 모순이 아닐 수 없다.

권한 행사에 있어서는 그에 따르는 상당한 책임이 수반되어야 한다는 점에서 권한이 있는 곳에 책임이 있어야 한다는 것은 마땅하다. 책임이 수반되지 않는 권한이 존재한다면 권한행사에 대한 통제가 불가능하기 때문에 권한이 남용될 수 밖에 없으며, 책임을 지는 자에게 그에 상응하는 권한이 주어지지 않는다면 올바른 업무수행을 기대하기는 어려울 것이다. 국가형사사법체계에 있어서 권한과 책임의 일치 및 균형이 유지되어야 한다는 점에서 범죄에 대한 예방과 진압 및 수사에 대하여 전적으로 책임을 지고 있는 사법경찰에 독자적이면서 제1차적인 수사권이 부여되어야 한다.

3. 경찰수사의 민주성과 효율성의 원리 : 경찰수사기능의 저하

검찰에 대한 사법경찰의 보조자적 지위는 범죄수사의 효율성 및 사법경찰관의 사기저하를 초래할 뿐만 아니라 사법경찰에 대한 사회적 평가를 저하시키는 원인이 되고 있다. 즉 현행의 제도하에서 사법경찰은 자율적으로 수사활동을 할 수 없고 타율적이고 수동적인 위치에서 수행하기 때문에 창의적이고 능동적인 동기부여가 이루어지지 못하고 있는 실정이며, 이와 같은 현상은 사법경찰의 자질저하와 더불어 인재의 확보를 더욱 어렵게 만드는 요인이 될 수 밖에 없다.

초동수사에 있어서 가장 중요한 것은 수사의 신속성과 능률성이지만 모든 수사에 있어서 검사의 지휘·감독하에 수행하도록 되어 있는 현행의 검찰주체적 수사체제로는 기동화·조직화·지능화·광역화되어 가는 범죄추세에 효율적으로 대처하기가 어렵다 할 것

이다. 나아가 검찰이 광범위한 수사지휘권을 행사하여 수사지휘라는 이름하에 경찰에 대하여 감정유치 피의자 등의 감호, 수형자의 호송, 대용감방 운용, 벌과금 징수 등 제조사업무, 수사경찰 검찰파견근무 등까지도 지시하여 사법경찰의 업무를 가중시키고 있는 현실에서 사법경찰에게 수사의 신속성과 능률성을 기대하기란 어렵다.

또한 현행의 수사구조아래에서는 수사를 담당하는 사법경찰의 사기 저하를 초래할 수밖에 없다. 조직의 구성원이 그 조직의 공동 목표를 달성하고자 하는 자발적인 근무의욕 내지 그러한 태도를 사기라 할 수 있는데, 조직 구성원의 사기가 높을수록 자신의 직무와 자신이 몸담고 있는 조직에 헌신적인 봉사를 하고 싶은 지속적인 심리적 의욕이 생기며 조직의 공동 목표를 달성하기 위하여 자발적으로 협력하는 마음도 생길 수 있다. 범 죄수사에 있어 수사 업무의 대부분을 사법경찰관리가 직접 처리하고 있음에도 불구하고 (이부분은 통계로 제시할 것임) 모든 수사에 대하여 검사의 지휘·감독을 받아 수사하게끔 함으로써 수사활동에 있어 주체성을 상실하고 있을 뿐 아니라 검사가 경정 이하 사법경찰관에 대한 교체임용 및 검찰의 사법경찰관리에 대한 행정책임 요구권까지 인정되고 있어 사법경찰의 사기를 저하시키고 있는 실정이다. 이러한 문제점은 1991년 한국형사정책연구원이 수행한 “수사경찰의 의식에 관한 연구”라는 연구보고서에서도 잘 나타나 있는데, 이러한 연구조사 결과에 따르면 수사경찰의 사기저하는 종국적으로 현행과 같은 수사권체제의 불합리성에서 비롯된다고 할 수 있다.

나아가 현행 수사권체제의 개선은 경찰조직에 우수인력을 유치하기 위하여 필수불가결한 전제이다. 어느 조직이건 그 조직의 능력은 조직의 양적 규모와 질적 수준에 의하여 평가되는데, 조직 구성원의 질적 향상을 도모하고 조직의 활성화를 기하기 위해서는 우수한 인적 자원의 확보가 중요한 요소가 된다. 수사기관의 능력을 좌우하는 요소로서 수사기관의 인적 구성과 사기, 국민의 정보협조의 태도 및 수사경찰의 전문화된 수사기술과 장비의 개발상태를 들 수 있다. 따라서 국가의 치안유지와 국민의 기본권보장, 경찰조직의 발전을 위해서는 유능한 수사경찰이 수사에 대한 권한과 책임을 지게끔 조직이 주체적 기능을 발휘할 수 있는 여건이 갖추어져야 한다.

사법경찰관리들에 대하여 직무에 대한 만족감과 사기를 제고해 주며 인적 유인을 제공하기 위해서는 제도적으로 사법경찰의 수사기능을 능동적으로 발휘할 수 있도록 하는 것이 중요하며 이러한 점에서도 사법경찰에 독자적인 수사권이 주어지는 수사권체제의 변

화가 절실히 요구된다.

4. 조직 기능성의 원리 : 경찰수사기능의 저하

검사는 검찰권을 행사하는 독립제 행정관청으로 형사사건에 있어 범죄의 수사, 공소의 제기, 소송당사자인 원고로서 정당한 법령 적용의 청구, 재판의 집행 및 인권옹호기관으로서의 역할 등 실로 방대한 업무와 엄청난 권한을 가지고 있을 뿐만 아니라 국가배상사건에 있어서도 공익대표자로서의 직무를 수행하는 바 그 지위의 특수성에 비추어 다른 행정부서 소속의 직원들과는 달리 신분보장이 법관에 준하도록 하고 있으나 그 수적으로는 매우 제한적이다. 더구나 이 중 범무부나 타 기관에 파견되어 범죄수사를 맡지 않는 검사를 제외하면 실제 범죄수사를 담당하는 검사는 검사 정원에 비하여 훨씬 제한된 인원임에도 불구하고 공소 업무 등 방대한 직무를 수행하는 한편 범죄수사의 주재자로서 직접 사건을 수사할 뿐만 아니라 사법경찰이 처리하는 연간 130만건 이상의 사건을 실질적이고 능률적으로 신속하게 처리한다는 것은 불가능하다고 본다. 전국 검찰청과 검사의 수, 전국 경찰청과 경찰의 수, 1990년 이후 연도별 범죄발생 검거현황, 검사 1인당 범죄수사에 대한 지휘·감독 건수 등을 볼 때 검찰의 조직과 소수의 인원으로 방대한 경찰수사를 실질적으로 지휘한다는 것은 현실적으로도 불가능하다는 한계성을 나타내고 있으며, 결국 서면적·형식적 지휘가 될 수 밖에 없을 것이다.

특히 범죄현장에 입장을 요하는 사건의 경우에 즉시 입장지휘를 한다는 것은 불가능한 바, 신속한 입장수사와 초동수사를 요하는 살인이나 강도 등 강력사건이나 도범사건의 수사에 있어 초동수사의 지휘나 현장에 입장하여 처음부터 검사가 수사착수 지휘를 한다는 것은 도저히 불가능한 것이다. 예를 들어 살인, 강도, 폭력, 절도 등과 같은 전형적인 범죄유형들에 대해서 본다면 그 신고가 거의 예외없이 경찰에 신고되고 사법경찰은 검사의 사전 지휘를 기다릴 필요도 없이 즉시 범행현장에 출동하여 수사에 착수해야 하며, 중요 사안일 경우에 검사에게 사후 보고하는 것이 사건의 신속하고 능률적인 처리로 볼 때 합리적일 뿐만 아니라 관례로 되어 있다. 또한 보고를 받은 검사도 입장하는 경우가 극히 드물고 간혹 입장한다 하더라도 사건이 발생한 후 수 시간이 경과되어 실효성있는

지휘가 어려운 경우가 대부분이고 단순 폭력이나 절도사건의 경우에는 검사의 지휘나 감독을 받지 않고 사법경찰의 독자적 판단에 의하여 처리하고 있는 것이 현실이다.

따라서 모든 범죄수사에 대하여 검사가 지휘·감독하게 함으로써 수사기능의 저하를 초래하기 보다는 사법경찰에 1차적 수사권을 부여하고 이를 위하여 수사의 전문화와 효율성을 기할 수 있는 인적 자원과 물적 시설의 확충을 기해야 할 것이며, 검사는 오직 사법경찰이 독자적인 권한하에서 전담한 사건처리의 경과와 결과에 대하여 법적으로 판단한 후 재수사를 지휘하거나 공소업무만을 전담케 하는 시스템으로 수사권체제를 구성하는 것이 업무의 효율성과 신속하고 능률적인 범죄수사를 위해서도 필요하다.

5. 국민의 편익 도모 : 이중적 수사고통의 경감

경찰 업무의 민주성과 능률성은 국민의 편익도모와 가장 밀접한 관련성을 가진다는 점에서 경찰행정의 기본이념인 합법성이나 중립성 및 사회적 형평성 이상으로 강조되어 왔다. 특히 범죄수사는 실체적 진실의 발견이라는 국가적 목적 이외에 국민의 편익을 최대한 보장해 주어야 한다는 측면도 있는 바, 수사에 있어 사법경찰에 독자적 수사권이 부여되어 있지 않음으로 해서 국민에게 수사와 관련된 불편을 끼치는 경우가 발생한다.

예를 들어 경찰수사단계에서 피해자 또는 피의자나 참고인을 출석시키거나 체포·구속한 후 각종 조서를 작성하여 검찰에 사건을 송치하더라도 현행 형사소송법상 조서의 증거능력 때문에 검찰은 다시 피해자나 피의자, 참고인 등에 대하여 다시 출석을 요구하여 경찰에서의 조사내용과 동일한 내용을 다시 조사하는 것이 대부분으로 사실상 검찰에서 재조사하여 증거를 보완함이 없이 기소하는 것이 통상이다. 즉 연간 160만명 이상에 달하는 사건관계자들이 사법경찰에 독자적인 수사권이 없고 조서의 증거능력 때문에 경찰과 검찰에서의 동일한 조사는 이중수사로 인한 고통을 부담하고 있는 것이다.

또한 사법경찰에 대한 독자적인 수사권이 없기 때문에 고소·고발 사건이나 변사체의 검시 사건에 있어 검사에게 보고하고 지휘·감독을 받아야 하기 때문에 사건처리가 지연되어 고소인이나 고발인의 입장에서 사건처리결과에 대한 신속한 통지를 받지 못할 뿐 아니라 변사체의 경우 그 유족에게도 사체를 처리하는데 어려움을 초래할 수 있다.

따라서 수사의 신속성과 국민으로 하여금 이중수사의 고통을 경감하기 위해서는 사법경찰에 독자적 수사권을 부여하되 예를 들어 수사단계에서 반드시 변호인이 입회함으로써 사법경찰관 작성의 조서의 증거능력과 더불어 경찰수사에서 문제되는 인권침해를 막을 수 있는 제도적 장치 및 신속한 수사종결을 위한 입법적 대안들을 개발하는 것이 필요하다.

IV. 영장청구권 귀속 주체와 관련한 외국의 수사권체제

수사나 영장청구권을 어떠한 국가기관이 어떠한 범위로 가지고 있는지는 각국의 문화적 전통과 제도·관습·법제 등에 따라서 다양한 형태를 띠고 있으나, 일반적으로 수사 및 영장청구권을 가진 기관은 경찰과 검찰이라 할 수 있다. 수사기관으로서의 검사와 사법경찰관리의 관계는 국가에 따라 다르나 대체로 사법경찰관리를 제1차적 수사기관으로 하고 검사와의 관계를 상호협력관계로 하는 미국이나 일본과 같은 경찰독립수사권체제와, 검사를 수사의 주체자로 하여 사법경찰관리에 대한 지휘·감독권을 인정함으로써 양자의 관계를 상하복종관계로 하고 있는 프랑스나 독일과 같은 검사주재수사권체제로 나누어 볼 수 있다.³²⁾

1. 미국의 수사구조와 수사권체제

1) 경찰조직과 임무³³⁾

미국의 경찰조직은 행정단위의 구성형태에 따라 연방경찰, 주경찰, 지방경찰로 이루어져 있으며, 지방경찰은 다시 자치체인 시 및 군경찰로 나눌 수 있다. 이 외에도 지역적

32) 각국의 수사구조 및 수사권체제에 대한 자세한 설명은 박창호/이동희/이영돈/임준태/표창원, 비교 수사제도론, 박영사, 2004, 참조. 유럽 국가의 검사와 경찰 관계에 대한 자료로는 대검찰청, 유럽 국가의 검사와 경찰 관계 - 2005 유럽 검찰총장 회의, 2005, 참조. 각국 경찰의 수사권한과 검사권한을 비교한 자료로, 경찰청, 합리적인 수사권 조정방향, 검·경 수사권조정에 관한 공청회자료(수사권조정자문위원회, 2005. 4), 12면-13면. 스위스의 수사구조에 대해서는 서정범, 스위스의 경찰제도와 수사구조에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서 2000-07, 2000, 참조.

33) 미국의 경찰제도와 수사구조에 대한 참고문헌으로 이상원, “미국의 경찰제도와 수사구조에 관한 연구”, 자치경찰제도 공청회자료(경찰개혁위원회 외, 1998. 12), 588면 이하 ; 윤종남, “미국의 사법경찰제도”, 각국의 사법경찰제도-법무자료 제98집(법무부, 1988), 395면 이하.

법집행기관으로서 치안관, 교통, 주택단지, 공원, 대학경찰이나 공안경찰과 같은 특별지구경찰이 있다.

연방경찰은 연방법만을 집행하며 주법이나 지방자치법을 집행하지 못하는데, 연방 법무부의 연방수사국(FBI)을 비롯한 연방 경찰조직이 설치되어 있으나 우리 나라의 경찰청과 같이 전 미국의 모든 연방법률을 집행하는 단일조직은 존재하지 않으며 각 법집행기관(law enforcement agency)의 근거법규에 의하여 50개 이상의 기관에 연방 경찰권이 분배되어 있다.³⁴⁾

이에 반하여 지방경찰이란 지방행정조직체계 중 자치체인 군, 시경찰을 제외한 준지방자치단체인 County, Town, Township 및 특별구 경찰을 말하는데, County의 경찰기관으로는 보안관(County Sheriff)과 검시관제도가 있으며 Town 또는 Township의 경찰조직으로는 전통적인 경찰관직인 치안관(Constable)으로 치안유지와 법정업무를 담당한다.

연방정부는 헌법상 명문으로 경찰권을 가지고 있지는 않으나 헌법이 부여한 과세권, 주간의 통상규제권, 대외통상권 등의 행사로 사실상 경찰권을 행사하며, 최근 그 기능이 강화 내지 확대되어 가는 경향이다. 연방헌법 수정 제10조는 경찰권을 각 주에 위임하고 있기 때문에 주정부는 고유한 권한으로 경찰권을 가지고 있다. 즉 미국경찰의 중심은 주정부에 속하고 있으며, 주정부는 경찰권을 직접 행사하거나 지방자치단체인 시, 군, 읍 등에 위임하여 행사하고 있다. 따라서 각 지방자치단체의 지방경찰이 사실상 광범위한 경찰권을 행사하고 있다.³⁵⁾

미국의 일부 경찰은 해당 법무담당부서에 1명에서 10여명의 고용된 고문변호사로 구

34) 사법연수원, 미국형사법, 1999, 22면. 연방 법무부 소속기관으로 연방수사국(Federal Bureau of Investigation, FBI), 마약청(Drug Enforcement Administration, DEA), 연방보안관실(United States Marshals Service), 이민귀화국(Immigration and Naturalization Service, INS)·국경순찰대(Border Patrol)이 있고, 재무부 소속기관으로 비밀근무실(Secret Service), 연방관세청(United States Customs Service), 국세청(Internal Revenue Service, IRS), 알콜·담배·총기국(Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms, ATF)가 있다. 또 국방부 소속기관으로 공군특수정보부대와 해군정보대, 육군범죄수사대 등이 있고, 기타 소속기관으로 우정부 소속으로 郵政檢査室(Postal Inspection Service)와 운수부 소속으로 연방 해안경비대가 있다.

35) 이상원, “미국의 경찰제도와 수사구조에 관한 연구”, 자치경찰제도 공청회자료(경찰개혁위원회·한국경찰학회·치안연구소, 1998. 12), 588면 내지 589면.

성된 법률고문제도를 두고 있는데, 그 주된 임무는 기관장을 보좌하여 경찰 전체의 방침을 정하고, 경찰관의 직무활동에 대하여 법률적 조언이나 개선책을 제시하며, 경찰관에 대한 법률교육계획을 세우고 실시하는 것 등이다. 이 제도는 1907년 뉴욕시 경찰본부의 법무도서관(Law Library)에서 비롯되었다고 하는데, 경찰활동을 둘러싼 법률문제에 대한 일련의 연방대법원판례가 많이 나온 1960년대 이후에는 이러한 제도가 더욱 필요하게 되어 6개의 연방법집행기관을 포함하여 다수의 법집행기관에서 이 제도를 운영하고 있다.³⁶⁾

2) 수사권체제로서 사법경찰과 검찰의 관계

미국의 경찰과 검찰의 관계는 50개 주 가운데 뉴욕주와 캘리포니아주에서만 부분적으로 검찰이 경찰의 범죄수사를 지휘할 뿐 나머지 주에서는 상호 독립적인 기관으로서 양자는 뚜렷한 역할구분이 되어 있다. 이들의 관계는 우리와 같이 상명하복관계가 아닌 상호대등 내지 협조관계로 이루어져 있는데, 업무부담의 원칙 하에 경찰은 범죄수사 및 종결권을, 검찰은 대배심의 기소(indictment)대상이 아닌 제한된 범위내에서의 기소(information) 및 공소유지권을 가지고 있기 때문에 검사는 공소제기 및 재판관여 업무를 수행하고 경찰은 범죄수사의 주도권을 가지고 범죄수사를 독립적으로 수행하고 있다. 즉 범죄가 발생하면 중요사건이나 복잡한 사건의 경우에는 검사의 자문에 따라 수사가 개시되나 원칙적으로 지방경찰의 책임하에 수사가 개시되고, 수사진행과정에서 수시로 검사의 자문을 받아 수사가 종결되면 무혐의결정 이외의 범인과 수사자료를 검찰에 송치한다.³⁷⁾ 단 관세사범, 출입국관리사범, 국가안전에 관한 범죄, 조직범죄, 2개 이상의 주에 걸치거나 주간의 통신 및 운송수단을 이용한 범죄나 우편을 이용한 사기죄 등과 같은 연방범죄는 연방수사국(FBI), 마약단속국(DEA), 관세청 등의 연방법집행기관의 수사관이 수사하여 연방검찰로 사건을 송치한다. 또한 경찰도 체포(구속) 등 영장청구권이 있으나 통상 검사의 검토를 거치며 검사의 의견에 반하여 청구하는 사례가 없을 뿐만 아니

36) 최병문, 미국형사사법제도 연구, 박사학위논문, 1990, 23면.

37) 법무부, 각국의 법무행정, 1994, 191면 이하.

라 대부분의 주에서는 법원이 검사의 서명을 요구하고 있다.³⁸⁾

이와 같이 미국은 경찰의 수사과정에서 검찰의 관여가 일체 이루어지지 않고 경찰의 수사권이 독립적으로 행사되고 있으나 경찰의 수사개시부터 경찰과 검찰은 기소를 위하여 긴밀한 협의와 연락을 유지한다.

2. 영국의 수사구조와 수사권체제

1) 경찰조직과 임무³⁹⁾

영국의 형사사법제도는 대륙법계 형사사법제도와 그 기본이념을 달리하고 있는데, 제도상의 많은 차이점은 이러한 기본이념의 차이로부터 나온다고 볼 수 있다. 영국에서는 German법의 전통 그대로 당사자소추주의가 그 근본이 되었으나 19세기 초부터 사회구조가 복잡하게 됨에 따라 사인소추주의(private prosecution)만으로는 불충분하여 이것과 병행하여 직권소추주의가 발달해 왔는데, 범죄를 수사하고 범인을 검거하는 경찰이 그 소추를 행하게 되었다. 즉 형사재판을 죄를 범한 범인을 처벌하는 국가형벌권의 행사과정으로 보는 것이 아니라 기본적으로는 민사소송에 있어서와 마찬가지로 당사자 사이의 분쟁을 해결하는 과정으로 파악하여 왔다. 따라서 국가형벌권이라는 개념은 인정되지 않았으며 대륙법계에서 전통적으로 인정되어 온 국가소추주의, 기소독점주의, 기소편의주의라는 것은 받아들여질 여지가 없었으며 검찰이라는 국가기관도 불필요하였던 것이다.

형사재판이 당사자 사이의 분쟁해결 수단이라면 민사소송에 있어서와 마찬가지로 사인소추는 그 논리적 결과에 불과하며 사인소추를 기본으로 한 당사자주의, 특히 당사자 대등의 원칙은 필수적인 것으로 보아야 할 것이고, 이러한 구조하에서 일방이 상대방을 수사하고 기소한다는 것은 허용될 수 없는 것이므로 당연히 공판중심주의가 불가피하였던 것이다. 이와 같이 영국 형사사법에 있어서의 기본원칙은 사인소추주의, 당사자주의, 공판중심주의로, 영국에서는 경찰이 수사와 공소제기 나아가 공소유지를 독점하고 있었다.

38) 이상원, 앞의 논문, 636면.

39) 영국의 사법경찰제도의 개관에 대해서는 박주선, “영국의 사법경찰제도”, 각국의 사법경찰제도-법무자료 제98집(법무부,1988), 543면 이하.

사인소추주의하에서는 소추를 하려는 자가 직접 또는 변호사를 선임하여 소추행위를 수행하는 것이 원칙이다. 그러나 19세기에 이르러 과학문명이 발달하고 인구의 도시집중 현상이 일어나면서 범죄가 폭증하게 되자 사인소추주의는 그 한계를 맞이하게 되었고, 사인을 대신하여 경찰이 소추행위를 맡아하게 되었던 것이다.

이러한 역사적 과정을 겪으면서 1929년 경찰청법의 제정으로 경찰제도가 정비되었고, 현재는 국가경찰과 자치체경찰이 병립하고 있으며 범죄의 대부분은 경찰소추로 이루어지고 있다. 범죄의 예방과 진압을 임무로 하는 경찰은 범죄가 발생한 경우 범죄사실을 규명하여 그 혐의가 있다고 인정되면 그러한 정보를 법원에 제출하는 방법으로 혐의자를 고발하고 이를 근거로 형사재판이 개시되면 변호사를 선임하여 소추행위를 맡아하게 하는 것이 원칙이다. 즉 경미한 범죄에 관해서는 경찰관이 직접 법정활동까지 할 수 있기는 하나 사건이 폭증하고 법정활동이 고도의 전문지식을 요구하므로 경찰관이 이를 맡아 하는 것이 어렵게 되자 각 경찰서별로 변호사들을 임용하여 그들로 구성되는 변호사부(Solicitor's Department)를 설치하고 경찰이 고발한 형사사건의 소추절차를 맡아하게 하였던 것이다. 이와 같이 사인소추가 경찰소추로 대체되고 경찰의 소추행위가 고소·고발행위에 불과하다고는 하지만 사실상 그것이 기소행위로서의 성격을 가지게 되었다.

그리고 1985년에 이르러 범죄소추법(the Prosecution of Offences Act)이 제정되면서 영국에도 검찰제도-왕립검찰(the Crown Prosecution Service)가 도입되고 검사(Crown Prosecutor)가 탄생하게 되었다.

2) 수사권체제로서 사법경찰과 검찰의 관계

영국에 있어서 사법경찰관리와 검사의 관계는 대륙법계와 같이 명령복종관계에 있는 것이 아니라 검사는 소추기관이고 사법경찰관리는 수사기관이라는 입장에서 양자는 상호 협력관계에 있다. 다만 1978년 범죄소추규칙은 검사의 원활한 직무수행을 위하여 경찰의 장은 사형에 해당하는 범죄가 발생한 경우에 범죄사실 및 구속여부와 수사상황, 검사의 조언과 원조가 필요하다고 판단되는 사건, 정식재판에 회부하여야 할 범죄로서 소추가 취하되었거나 상당한 기간내에 소추되지 않고 있는 사건, 검사가 보고할 것을 요청한

사건, 관할구역내에서 근친상간자처벌법·공무비밀보호법·문서위조법·통화위조법위반의 범죄·공공질서방해죄·살인·강간·낙태·명예훼손죄 및 범죄인인도법에 관한 범죄가 발생했을 때에는 검사에게 보고할 것을 규정하고 있다.

이와 같이 사법경찰관리와 검사는 상호 협력적인 관계를 유지하며 특별한 경우에 검사에게 보고하는 규정을 둔 정도에 그치고 있으며, 전통적으로 영국 경찰은 범죄에 대한 독자적 수사권과 소추권을 가지는 것을 그 특색으로 하고 있다.

3. 독일의 수사구조와 수사권체제

1) 경찰조직과 임무⁴⁰⁾

독일의 경찰조직은 검찰조직과 마찬가지로 연방경찰기관과 각주의 경찰기관으로 이원화되어 있는데, 연방경찰기관으로는 연방범죄수사국(Bundeskriminalamt), 연방국경수비대(Bundesgrenzschutz), 연방헌법보호청(Das Bundesamt für Verfassungsschutz) 등은 연방내무부에 소속되어 있다. 이외에도 연방정보국과 군정보기관 등도 직접강제수단과 집행경찰공무원은 없지만 연방경찰기관이다.⁴¹⁾

각주의 최상급 경찰관청은 주내무부장관이다. 주 내무부에는 경찰담당국이 있으며, 도 단위(Regierungsbezirk)에도 경찰담당부서가 설치되어 있는데 이 담당부서의 장이 지방경찰청장이다. 각 주의 경찰은 통상 일반집행경찰, 수사경찰(Kriminalpolizei), 기동경찰, 수상경찰로 나누어 진다.⁴²⁾

수사절차에 있어서 모든 사법경찰이 가지는 공통적인 권한으로는 체포권(형사소송법 제127조 제1항 제1호, 제127조 제2항, 제163조의b 제1항 제2호), 감식조치의 실시권

40) 독일의 사법경찰제도 개관에 대해서는 김인호, “독일의 사법경찰제도”, 각국의 사법경찰제도-법무자료 제98집(법무부,1988), 47면 이하.

41) 임준태, “독일경찰제도와 수사구조에 관한 연구”, 자치경찰제도 공청회자료(경찰개혁위원회·한국경찰학회·치안연구소,1998), 652면.

42) 독일 각 주의 경찰조직에 대해서는 신동운, “독일의 수사구조와 사법경찰제도”, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도(치안연구소 연구보고서96-11, 1996.), 65면 이하 ; 임준태, 앞의 연구보고서, 654면 이하 참조.

(같은 법 제181조의b, 제163조의b 제1항 제3호), 일반적인 수사장비투입권(같은 법 제100조의c 제1항 제1호a 및 b), 신원확인권(같은 법 제163조의b)과 그밖에 소위 지체의 위험이 있는 경우에는 비밀수사관의 투입에 관한 독자적인 결정권이 있다. 그러나 이 경우에는 지체 없이 검사의 처분을 구하여야 하며 3일 이내에 법관의 결정을 받아야만 한다(같은 법 제110조의b 제1항 제2호, 제2항 제3호).

검찰보조공무원으로 지정된 경찰관은 형사소추의 임무를 수행함에 있어서 압수명령권·수색명령권·피의자에 대한 혈액검사 및 신체검사명령권·참고인에 대한 신체검사명령권·검문소설치권·전산망수배권 등의 강제처분권을 추가로 보유하며, 이 권한은 지체의 위험(Gefahr im Verzug)이 있는 긴급한 경우에 행사할 수 있다. 여기서의 지체의 위험이란 법관의 사전 판단을 구하여 지체하게 될 경우에 수사의 목적달성에 위험이 초래되는 상황을 말한다.⁴³⁾

2) 수사권체제로서 사법경찰과 검찰의 관계

독일에 있어서 사법경찰과 검사의 관계는 법규정상으로는 검사가 수사주재자이며 사법경찰은 수사보조자(Hilfsbeamte)로서 상명하복관계로 되어 있다. 독일 형사소송법 제163조 제1항에 의하여 경찰도 독자적으로 수사에 착수할 권한과 의무를 가지지만 제163조 제2항 전단은 “경찰의 기관과 그 공무원은 그들의 모든 수사자료를 지체 없이(ohne Verzug) 검사에게 이송하여야 한다”라고 규정하고 있고, 제161조는 “제160조에서 기술한 목적으로 검사는 모든 공공기관에 대하여 정보를 요구할 수 있고, 모든 종류의 수사를 스스로 수행하거나 경찰직 공무원과 그 기관이 이를 수행하도록 할 수 있다. 경찰직 공무원과 그 기관은 검사의 의뢰(Ersuchen)나 지시(Auftrag)를 이행할 의무를 진다”라고 규정하고 있다. 즉 사법경찰은 범죄의 발생과 증거수집에 관하여 전부 검사에게 이를 보고할 의무가 있으며, 수사가 종결되면 지체없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다.

그러나 수사절차에 대한 사실상의 주도권은 경찰이 가지고 있으며,⁴⁴⁾ 검사는 팔없는

43) Kleinknecht/Meyer-Großner, Strafprozeßordnung(StPO), 42.Aufl., München:C.H.Beck, 1995, S.98.

44) Hans Lilie, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren,

머리(Kopf ohne Hände)로 비유되고 있다.⁴⁵⁾ 따라서 실제로 경제사범·테러범·정치범·강력범 등의 4종류의 범죄발생만을 보고할 뿐 기타의 사건에 관한 수사활동은 대부분 검찰의 관여 없이 경찰에 의하여 이루어지고 형사소송법 제163조 제2항의 “지체 없이”라는 개념이 넓게 해석되기 때문에 수사종결의 단계에 이르러 비로소 사건이 송치됨으로써 검사가 인식하게 된다. 예를 들어 사법경찰이 현행범을 체포한 경우 의견서를 작성하여 검사에게 보내면 검사는 구속의 타당성 여부를 검토하여 구속할 필요가 있다고 판단되면 구속영장을 작성하여 청구하고 법관이 기록과 함께 피의자를 심문한 후 영장을 발부하게 된다. 또한 구속기간에 대한 제한은 없으며, 다만 6개월을 초과할 때는 고등법원의 허가를 요하도록 하고 있을 뿐이다. 이와 같이 독일에서는 구속 여부의 판단에 있어서는 피의자에 대한 직접 심문을 거친 후에 신중하게 결정하는 반면에 일단 구속영장이 발부된 후에는 충분한 기간을 두고 증거수집 등 공판준비에 만전을 기하도록 하고 있는 것이 특색이다. 다만 피의자는 구속사유가 소멸하였음을 이유로 구속영장을 발부한 판사에게 그 취지를 청구하는 구속심사제도(Haftprüfung)가 있다.

검사는 중요하고 법률적으로 또는 실제적으로 곤란한 사건을 직접 수사하도록 되어 있으나 실제상 전체 사건의 약 4%만을 직접 수사하고 대부분의 범죄는 사법경찰이 직접 수사하는 것으로 보고되고 있다. 특히 사법경찰의 수사력 증강으로 인하여 검사에게 사건을 송치한 후의 보강수사는 약 2% 미만에 불과하며 검찰의 보강수사는 입증 곤란한 사건보다는 경찰의 견해에 의하여 명백히 규명된 사건의 경우에 행하여지고 있다는 점에서 사실규명 보다는 수사절차의 종결이라는 정책적인 면이 강조되고 있다고 볼 수 있다. 또한 실무상으로도 독일의 각 주의 지방검찰청과 지청은 1년에 2회 정도 검사와 경찰간부를 소집하여 사건처리에 있어 발생된 문제점들을 검토하고 필요한 교양을 실시하고 있다.

이와 같이 독일은 법상으로는 사법경찰과 검사가 상명하복관계로 되어 있으나 수사주재자로서의 검사가 우리 나라와는 달리 검사동일체의 원칙에 따른 상명하복관계에 놓여 있지 않으며, 참여서기나 검찰수사관과 같은 검찰 자체의 집행기관이나 감정기관을 가지고 있지 않을 뿐만 아니라, 실무적으로도 인적·물적 구조상 거의 대부분의 수사를 경찰이 담당하고 있다. 또한 독일 형사소송법 제250조는 직접심리주의를 강조함으로써 법관

ZStW 106(1994), S.625ff.

45) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 24.Aufl., München:C.H.Beck, 1995, S.51.

이외의 기관이 작성한 조서에 증거능력을 부여하지 않는다. 이러한 독일 형사소송법의 특징 때문에 대부분의 사건에서 독일의 검사는 신문조서를 받기 위한 피의자신문을 행하지 않는다. 결국 대부분의 수사절차에 있어서 독일의 검사는 단지 그 사건을 불기소처리할 것인가 또는 공소를 제기할 것인가라는 결정만을 내리게 된다. 이와 같이 독일의 경우 사법경찰과 검사는 규정상으로는 상명하복의 관계로 되어 있으나 실질적으로는 경찰수사에 의존 내지 상호 협력관계를 유지하고 있다.

또한 독일은 형사소송법 제152조 제2항에서 “범률에 다르게 규정되어 있지 않은 한, 검사는 사실적 근거가 존재하는 모든 형사소추 가능한 범죄행위에 대하여 공소를 제기하여야 한다”라고 하여 기소법정주의를 채택하고 있을 뿐만 아니라, 제374조에 규정된 범죄에 대해서는 피해자가 검사에 대한 고소를 필요로 하지 않고 소추할 수 있고, 또 피해자가 사소를 제기한 경우에 피의자도 피해자로부터 입은 자신의 피해에 대하여 소추한 피해자를 소추할 수 있는 사인소추(Privatklage)와 제388조 반소(Widerklage) 및 제395조에 규정된 자가 이미 제기된 공소에 공동원고로서 참가할 수 있는 공소참가(Nebenklage)제도를 채택하고 있다. 그리고 제165조에 의하여 검사가 필요한 조사를 신청할 수 없는 때에도 긴급을 요하는 경우에는 판사가 신청없이 조사할 수 있다거나 제203조 공판절차의 개시결정을 법원이 함으로써 직권주의가 공판의 기본구조로 되어 있다. 따라서 소송구조를 달리하는 법제의 단순 비교는 의미가 없다 할 것이며, 수사와 공판의 효율성을 높이기 위하여 어떠한 제도를 우리의 수사체제와 공판절차에 맞게 도입하느냐가 검토되어야 할 것이다.

4. 프랑스의 수사구조와 수사권체제

1) 프랑스의 경찰제도⁴⁶⁾

프랑스는 원칙적으로 경찰은 순수한 지방사무로 여겼기 때문에 오랫동안 경찰력은 지

46) 프랑스의 사법경찰제도에 대해서는 안영훈, 프랑스의 형사사법구조에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서 2000-06, 2000 ; 신태영, “프랑스의 사법경찰제도”, 각국의 사법경찰제도-법무자료 제98집(법무부,1988), 141면 이하 참조.

방중심으로 이루어졌으며, 1934년에야 비로소 국가경찰이 조직되었다. 그 후 1966년 수도경찰인 파리경찰도청의 특수성을 고려하면서 자치경찰과 국가경찰을 통합하여 전국적으로 단일국가경찰화를 추진, 완결하였고 1982년 지방자치의 실시를 거쳐 1995년 새로운 국가경찰의 개혁정책 기초를 마련하였다. 또한 자치제도가 완전히 정착되면서 자치단체를 중심으로 하는 행정경찰 중심의 자치경찰제 확립을 위하여 자치경찰법안을 제정하였다.

프랑스의 경찰조직은 내무부 소속의 국가경찰총국을 주축으로 한 국가경찰조직과 자치단체장의 관할하에 조직된 자치경찰제로 이분되어 있지만 행정경찰이라는 개념하에서 상호 보완관계를 유지하고 국가경찰제가 주축이 되고 있다. 즉 내국의 안전과 질서유지 등을 위하여 국가경찰제가 중심이 된 프랑스의 경찰조직은 일반적으로 국가경찰조직은 내무부장관하에 조직되어 있고, 군경찰은 국방부장관의 지휘하에 두고 있다. 국가경찰총국의 주임무는 범죄의 예방과 근절에 있고 국제적으로는 각국의 경찰과 연계된 인터폴과의 연계를 갖고 있다.

사법경찰관리는 형사소송법이 정하는 바에 따라 형사법규에 위반한 범죄의 증거를 수집하여 범인을 수사함을 직무로 하며, 다만 검사의 지휘를 받도록 하고 있다. 프랑스도 임의수사가 원칙이므로 사법경찰관리가 임의처분만을 할 수 있게 되어 있으나 현행법의 경우에는 형사소송법 제54조 이하에 사법경찰에 대하여도 제한적인 강제처분을 허용하고 있으며, 가유치제도에 의하여 사법경찰관리에 의한 강제처분이 일시적이거나 행하여지고 있는 것이 그 특징이다.

2) 수사권체제로서 사법경찰과 검찰의 관계

검사는 범죄수사와 소추를 위한 사법경찰관리의 활동을 지휘하며(형사소송법 제38조, 41조), 검사 자신의 직무를 위하여 사법경찰관리에게 부여된 권한과 특권을 직접 행사하거나 경찰력을 동원할 수 있다. 프랑스에 있어서 사법경찰관리와 검사는 엄격한 상명하복관계로 되어 있는데, 이러한 관계는 프랑스혁명 이후부터 이미 형성되었으며 1808년에 제정된 프랑스 治罪法에 의하여 명문화되었다. 이와 같이 프랑스는 검사가 수사주체

자료, 경찰은 수사보조자의 지휘를 가지며 다만 중죄사건이나 미성년자사건과 경미사건 중 복잡한 사건의 수사는 예심판사가 수사를 주재하는 체제를 가지고 있다. 즉 프랑스는 다른 나라와 달리 예심이라는 독특한 절차를 통하여 예심판사가 직접 수사를 주재할 수 있으며, 예심판사의 수사착수시에는 검사가 수사에 관여하지 못하며 석방구금판사가 직접 출두영장·동행영장·구금영장 등을 발부하는 등 사법부 우위의 수사구조를 취하고 있다.⁴⁷⁾ 따라서 사법경찰은 범죄수사에 있어 기초조사권, 즉 예비수사권만을 가지며 독일과 마찬가지로 경찰의 독자적인 영장청구권은 인정되지 않는다.

사법경찰관리는 중죄, 경죄 등 모든 범죄를 인지한 경우 지체없이 검사에게 보고하고 또 사건처리를 종결한 때에는 작성한 조서와 압수한 물건을 검사에게 제출하여야 한다. 그리고 사법경찰관리는 고등검찰청 검사장의 사법행정상 유익하다고 판단되는 일체의 정보를 수집·보고하여야 하고, 모든 사법경찰관리는 직무수행상 인지한 범죄를 즉시 검사에게 통보하고 조서를 송부하여야 한다. 이와 같이 사법경찰은 독자적인 수사종결권은 없으며, 모든 사건은 검찰에 송치하여야 한다.

그러나 실제로 사법경찰은 검찰에 대한 보고의무를 거의 이행하지 않으며 중대하고 명백한 대규모 사건 또는 미묘한 사건의 경우에만 이행하고 있는 것이 관행이고, 특히 즉각적인 보고의무는 대부분의 사건에 있어서 소홀히 되고 있고 검찰의 경찰수사활동에 대한 전반적이고 효과적인 수사지휘는 거의 보잘 것이 없는 바, 이는 사법경찰관리가 범죄행위를 확인한 후 검사의 지시에 의하여 또는 직권으로 경찰예비조사를 할 수 있는 형사소송법 제75조의 규정에 기인한다. 그리고 검찰과 법원에서 관대한 처분이나 포기가 예상되는 경미한 범죄에 대하여는 사법경찰관리가 사실상 검찰의 기소편의주의를 선취하고 있다고 할 수 있다.

또한 검사는 수시로 사법경찰에 대한 교양을 수시로 실시하고 사법경찰에 대한 평가서류들을 가지고 이를 경찰인사에 반영하며 사법경찰의 법률적 자문에 응하나 현실적으로 강제수사를 제외하고는 사건발생초기부터 검사가 개입한다는 것은 인력적인 면에서 어려운 실정이다. 따라서 검사는 사법경찰에게 직접 명령을 하기 보다는 조언, 지시, 지침 등을 내리며 이들을 준수하지 않으면 징계조치를 취하고, 일반적인 경찰의 업무를 감독하고 있다.

47) 2000. 6. 15. 법률 제2000-516호로 개정된 형사소송법 제145조.

5. 일본의 수사구조와 수사권체제

1) 일본의 경찰제도

일본 경찰의 임무에 대하여 경찰법 제2조 제1항은 개인의 생명, 신체 및 재산의 보호에 임하고, 범죄의 예방 및 진압, 범죄수사 및 피의자의 체포, 교통의 단속 기타 공공의 안전과 질서유지로 규정하고 있다. 종래 검사의 보조자로서 독자적 수사권을 가지지 못했던 일본 경찰은 1947년 형사소송법의 개정으로 일차적 수사기관으로서 각종의 수사상의 처분에 있어 그 법적 근거가 부여되었다(형사소송법 제189조). 즉 일본의 사법경찰은 독자적인 수사개시권과 무혐의나 경미사건과 같은 일정한 범위의 사건에 있어 독자적인 수사종결권을 가지고 있다. 이처럼 패전 후 종래 검사의 수사보조자에 불과했던 사법경찰이 독자적인 수사권을 갖게 된 것은 검사가 공소유지에 전념하여야 한다는 공판전담론과, 현실적으로는 패전후 일본에 도입된 권한분산주의에 근거한 것이다. 다만 사법경찰은 검사로부터 일정 범위의 지시 및 지휘를 받도록 하고 이에 복종할 의무가 부여되어 있을 뿐이다.

또 사법경찰은 체포·압수·수색·검증영장청구에 있어 독자적인 권한을 가지고 있으며, 다만 구류영장청구권만 검사가 가지고 있다. 이와 같이 경찰은 법률 및 국가공안위원회 또는 도부현공안위원회가 정하는 바에 따라 사법경찰로서의 직무를 행하나 구류청구권이 없기 때문에 피의자를 체포한 후 48시간 이내에 사건을 검사에게 송치하도록 규정하고 있다.

2) 수사권체제로서 사법경찰과 검찰의 관계

형사소송법 제192조는 ‘검찰관과 都道府縣공안위원회 및 사법경찰직원은 수사에 관하여 상호 협력하여야 한다’라고 규정하여 검사와 사법경찰직원은 상명하복관계가 아닌 상호 협력관계임을 명시하고 있다. 그 구체적인 내용을 보면 검사는 관할구역의 사법경찰에 대하여 수사를 적절하게 하고 기타 공소유지에 만전을 기하기 위하여 필요한 사항에

관한 일반적 준칙을 정하여 이에 의하여 사건을 처리하도록 사법경찰을 지시할 권한이 있는데(형사소송법 제193조 제1항) 이를 일반적 지시권이라 한다. 일반적 지시권의 범위와 관련하여 다수견해는 범죄수사를 공정하게 수행하도록 하는 제 주의, 공소를 수행하기 위한 서류작성에 관한 사항, 사건 송치에 관한 사항, 공소를 수행하기 위한 증거의 수집과 보존에 관한 사항, 공소권 행사를 위하여 필요하고 중요한 사항에 관한 보고 등으로 해석하고 있다.

또한 검사는 관할구역내에서 사법경찰에 대하여 수사의 협력을 구하기 위한 필요한 일반적 지휘를 할 수 있는데(같은 법 제193조 제2항), 이러한 검사의 권한을 일반적 지휘권이라 한다. 일반적 지휘권은 검사가 주체가 되어 수사를 행하는 경우에만 행사할 수 있는 권한이기 때문에 제한적인 성격을 가지고 있다. 이러한 권한은 사법경찰로 하여금 검사의 수사활동에 협력하도록 함과 더불어 검사의 수사활동에 도움이 되도록 사법경찰 상호간에도 협력하도록 일반적 지휘를 하는 것을 포함한다.

그리고 검사가 스스로 범죄수사를 하는 경우에 필요한 때에는 사법경찰을 지휘하여 수사에 협력케 할 수 있는데(같은 법 제193조 제3항), 이러한 검사의 권한을 구체적 지휘권이라 한다. 이 권한은 검사가 특정한 사건을 수사하는 경우에 인정될 뿐이다.

이와 같이 사법경찰은 검사의 일반적 지시권, 일반적 지휘권, 구체적 지휘권에 복종해야 할 의무가 있는데(같은 법 제193조 제4항, 제194조),⁴⁸⁾ 정당한 이유없이 이러한 지시나 지휘에 불응하게 되면 검찰총장, 검사장 또는 검사정은 당해 사법경찰의 징계 또는 파면을 소속 공안위원회에 소추할 수 있도록 하고 있다.

48) 일반적 지시권, 일반적 지휘권, 구체적 지휘권, 사법경찰직원의 복종의무에 대해서는 김형만, “일본의 수사구조 및 사법경찰제도”, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도(치안연구소 연구보고서 96-11), 1966, 54면 내지 55면 참조.

V. 수사권체제의 합리화 방안으로서 경찰수사의 독자성

1. 그 동안의 논의과정

사법경찰의 수사권을 검사의 지휘·감독권으로부터 독립시켜 사법경찰의 독자적 권한과 책임하에 수사를 하게 하여야 한다는 수사권체제에 관한 논의가 경찰수사권독립론이다. 사법경찰의 수사권독립문제를 넓게 보면, 경찰 외부로부터의 독립과 내부로부터의 독립으로 나눌 수 있으며, 전자는 다시 수사권행사의 정치적 중립성의 확보와 검사의 지휘·감독으로부터의 독립으로 나누어 생각해 볼 수 있다. 일반적으로 사법경찰의 수사권독립이라고 하면 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘권을 없애고 판사에 대한 영장청구권을 사법경찰에 인정하여야 한다는 것이 그 핵심적 내용이다.⁴⁹⁾ 다만 용어상으로 볼 때 이 문제는 수사기관간, 기능간의 체제성이 요청되는 직무와 관련하여 수사기관간에 상호 협력과 전체적 조정이 이루어져야 한다는 점에서 수사권의 독립이라기 보다는 수사의 독자성이라고 표현하는 것이 타당하다.⁵⁰⁾

앞에서 살펴본 바와 같이 법률상으로는 검사가 수사의 주재자이지만, 실제로는 대부분의 수사가 사법경찰에 의하여 이루어지고 있는 실정이다. 즉 특히 중대하고 이례적인 사건이 아닌 한 사법경찰이 독자적으로 수사를 개시하여 완료하고, 그 기록을 검사에게 송부하면 검사는 그 기록을 토대로 추가수사의 여부를 결정하고 더 이상 보완 수사할 만한 사항이 없을 경우에는 기소 여부를 결정하는 것이 일반적이다. 이처럼 법률상의 규정과는 달리 사법경찰이 사실상 수사권을 행사하고 있는 이러한 법과 현실의 괴리현상을 해결하기 위하여 입법론적으로 사법경찰에게 검사의 지휘·감독으로부터 독립된 독자적인 수사권을 부여하자는 주장이 그 동안 끊임 없이 제기되어 왔으며, 이에 대한 찬반 논쟁

49) 백형구, 앞의 책, 368면.

50) 같은 취지로 이상안, 앞의 책, 595면.

이 이어져오고 있다.

검사의 수사지휘권과 경찰의 수사실무 사이에 존재하는 이와 같은 괴리를 해결하기 위하여 독일에서도 1975년 연방 및 각주의 법무부장관과 내무부장관의 연석회의에서 그 해결방안이 모색된 바 있으며, 1976년 10월 12일부터 15일까지 독일 연방범죄수사국에서 검찰과 경찰과의 관계를 주제로 학술회의⁵¹⁾가 열리기도 하였다. 경찰에게 어느 정도의 독자적 수사권을 부여할 것인가 하는 점을 놓고 2차에 걸쳐서 열린 연석회의에서 연방과 각주의 법무부장관 및 내무부장관들은 경찰과 검찰의 관계를 재정비하기 위한 지침을 마련하였는데, 검사에 의하여 단일하게 수사체계를 유지하도록 한 독일의 현행법 체계를 유지하면서 그 테두리 내에서 관련법의 세부적 규율을 보다 실무계의 발전에 부합하도록 조정할 것을 권고하는 의견을 채택하였다.⁵²⁾

당시 이 권고안에 대하여 독일 학자들의 견해도 다양하게 제시되었는데, 사법경찰을 검찰에 소속시켜 검사의 지휘하에 수사를 하도록 하자는 견해⁵³⁾, 검찰과 경찰이 상호 독립성을 유지하면서 검사가 수사절차에 대하여 전체적 책임을 지도록 해야 한다는 견해⁵⁴⁾, 현재의 수사실무를 존중하여 경찰에게 독자적 수사권을 부여하자는 견해⁵⁵⁾ 등이 제시된 바 있다.⁵⁶⁾

우리 나라 학자들도 이 문제에 대해서 다양한 견해들을 제시하고 있는데, 크게 다음의 네가지로 나누어 볼 수 있다. 먼저 범죄수사의 실제에 있어서 수사의 대부분을 경찰에 의존하고 있는 현실을 근거로 사법경찰관리를 제1차적인 수사기관으로 하고 검사와의 관계를 상호협력관계로 하는 것이 입법론으로 타당하다는 견해⁵⁷⁾이다.

다음으로 오늘날 경찰수사의 현실을 직시할 때 인권옹호라는 관점에 비추어 경찰수사

51) 이 학술회의의 내용에 대해서는 Bundeskriminalamt(Hrsg), Polizei und Justiz, Arbeitstagung des Bundeskriminalamtes Wiesbaden vom 12. bis 15. Oktober 1976., BKA-Vortragsreihe Bd.23.에 수록.

52) 신동운, “독일의 수사구조 및 사법경찰제도”, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도(치안연구소 연구보고서96-11), 1966, 148면.

53) C.Roxin, a.a.O., S.62 Rn.34.

54) H.Rüping, “Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei”, ZStW 95(1983.), S.894.

55) H.Lilie, a.a.O., S.625 ; Karl-Heinz Gössel, Strafverfahrensrecht, 1977, S.47..

56) 당시 법무부장관 및 내무부장관 연석회의의 종합보고서의 전문에 대해서는 신동운, 앞의 논문, 149면 내지 155면 참조.

57) 엽정철, 신고 형사소송법, 1980, 280면 ; 김기두, 앞의 책, 56면.

권의 독립은 시기상조라는 견해(시기상조론)⁵⁸⁾이다. 즉 이 견해는 사법경찰관리의 수사에 대한 검사의 지휘감독권은 경찰수사권의 남용을 억제하고 경찰수사단계에서의 부당한 인권침해를 방지·구제하기 위해서 요청되기 때문에 시기상조라는 것이다. 경찰수사권의 독립에 관해서는 극히 신중한 이론적 검토가 있어야 한다. 우리 나라에서의 경찰수사권을 독립시키려면 사법경찰관리의 자질향상 내지 전문화, 인권의식의 체질화, 사법경찰관리의 정치적 중립을 위한 제도적 보장 등 그 기반조성이 선행되어야 하며, 경찰수사가 대중을 이루고 있다는 수사현실을 긍정적으로 평가한다 할지라도 그러한 수사현실이 경찰수사권독립론의 근거가 될 수는 없다는 것이다.⁵⁹⁾

또 다른 견해로는 경찰은 전국적으로 방대한 조직과 인력을 가지고 시민생활과 직접 접촉하면서 수행되고 있기 때문에 대부분의 범죄사건에 대한 수사개시와 초동수사가 사법경찰관리에 의하여 거의 독자적으로 수행되고 있어 범정향을 기준으로 일정한 형벌 이하에 해당하는 범죄라든가 단순·경미한 범죄사건과 같은 범죄의 성질에 따라서 일정한 범죄에 대하여 경찰에 독자적 수사권을 부여하고 검사와 사법경찰관은 상호 협조적인 관계를 유지하도록 해야 할 것이라는 절충적 견해⁶⁰⁾다.

마지막으로 검사는 원래 수사에 있어서 인권침해의 위험을 제거하고 수사에 대한 법적 근거를 제공하기 위하여 탄생된 제도이므로 검사의 수사지휘권의 부정은 검사제도 자체를 무의미하게 한다는 점에 비추어 경찰수사의 독자성을 부정하는 견해⁶¹⁾다. 다만 부정설의 입장에서 검사의 수사지휘권을 인정하는 견해도 검사가 수사에 있어서 인권을 보장하기 위한 기관이라는 점에 그 근거가 있으며, 따라서 수사의 주체로서의 검사의 지위는 검사의 투철한 인권의식을 전제로 할 때에만 타당하다고 한다.⁶²⁾

경찰에게 독자적인 수사권을 부여하여 권한과 책임을 가지고 범죄를 예방하고 수사하여 안정된 사회를 유지할 수 있도록 하여야 한다는 주장이 그 동안 부분적으로는 설득력을 얻었으나, 정치적 격변기를 겪으면서 체득한 경찰의 정치적 중립성 보장, 수사요원의

58) 백형구, 앞의 책, 364면, 369면 ; 신현주, 앞의 책, 50면 ; 신동운, 앞의 책, 55면, 송광섭, 앞의 책, 336면 ; 배중대/이상돈, 앞의 책, 169면.

59) 백형구, 앞의 책, 369면.

60) 차용석, 앞의 책, 232면 ; 이황우, 앞의 책, 361면 ; 이상안, 앞의 책, 597면.

61) 강구진, 앞의 책, 100면 ; 이재상, 앞의 책, 95면.

62) 이재상, 위의 책, 96면.

자질향상 등의 문제점과 경찰에 대한 여론의 신뢰성 저하 및 검찰의 강력한 반대 등으로 단락적으로 논의되어 왔으며 정치권도 이 문제가 자칫 국가기관간의 권한다툼으로 비쳐질 것을 우려하여 잠재우기에 급급했던 면도 있었다. 어쨌든 그 동안의 논의는 경찰과 검찰 그리고 법률전문가들이 한자리에 모여 진지한 토론 한번 없는 상태로 합의점을 찾지 못한 채 현상유지에 머물러 있는 실정이다.

현행 형사소송법이 다른 나라의 법제도를 계수하여 검사주재수사권체제를 도입해 운영해 온 지 50여년이 되고 있다. 어떤 제도이건 그 제도 자체가 지니는 장점만을 생각하고 시행하다 보면 그 시행과정에서 생각하지 못했던 문제점들이 나타날 수 밖에 없을 것이다. 형사소송법이 검사와 사법경찰관리의 관계를 상명하복의 관계로 설정한 것은 두 가지 이유가 있는 것으로 여겨지는데, 첫째로 수사는 체포, 구속, 압수, 수색 등 강제수사의 형태로 행하여지는 경우가 많고 그 과정에서 피의자나 기타 관계인의 인권이 침해될 우려가 있다. 따라서 수사의 전과정을 전문법률가인 검사로 하여금 통할하게 하여 피의자 등의 인권을 보장할 필요가 있다는 것이다. 다음으로 범죄수사는 전국적인 수사망의 확보와 지휘체계의 수립을 통하여 효율적으로 수행될 수 있는 것이므로 검사를 정점으로 하여 여러 형태의 사법경찰관리를 기능적으로 통합함으로써 범죄수사의 효율성을 꾀할 수 있다는 것이다.⁶³⁾

그러나 과연 이러한 수사권체제를 도입할 당시와 달리 생활형태의 변화와 사회문화적·경제적·정치적 구조의 변화를 가져온 오늘날에도 우리의 현실에 적합한 합리적인 수사권체제라고 할 수 있을 것인가? 최근 대통령 공약사항인 자치경찰제의 도입과 관련하여 다시 논의되고 있는 이 문제에 대하여 그 동안 제시된 찬반논거를 살펴보기로 한다.

2. 경찰수사의 독자성에 대한 찬반론의 논거와 검토

1) 찬성논거

경찰행정의 기본이념과 관련하여 경찰수사의 독자성을 인정해야 한다는 논거로는⁶⁴⁾

63) 사법연수원, 수사절차론, 1999, 18면.

첫째, 경찰에 수사종결권이 없기 때문에 경미한 사건도 검찰이 재조사하는 불편으로 국민생활에 막대한 지장을 초래하며, 기소중지자의 검거와 처리에 많은 시간적 낭비와 피의자가 장기간 대기해야 하는 불편이 따른다는 것이다.

둘째로, 검사의 수사지휘는 신속화·광역화·지능화되어 가는 오늘날의 범죄에 대한 초동수사 및 긴급배치수사 등 신속한 수사착수 지휘는 전혀 할 수 없으며, 수사 진행과정에 있어서의 지휘 역시 사후보고에 의한 원거리 지휘이기 때문에 형식화될 수 밖에 없고 따라서 비능률적이라는 것이다.

셋째, 행정자치부의 외청인 경찰청 소속 사법경찰관이 법무부 소속의 검사 지휘를 받는 모순으로 인하여 명령계통의 이원화되어 경찰의 강력한 명령계통이 확립되지 못하며, 책임행정의 원리에 위배된다. 또한 소수의 검사 인력으로 사법경찰관을 실질적으로 지휘하여 격증하는 범죄에 대처한다는 것은 검찰인력과 조직의 한계를 벗어난 것이다.

넷째, 통계적으로 경찰의 사건분담율을 보면 경찰이 전체 사건의 98% 이상을 담당하고 있는 현실에서 수사권이 검사에게 있다는 것은 불합리하다. 따라서 범죄수사를 실질적으로 할 수 있는 방대한 인력과 물적 설비를 구비한 경찰에게 독자적인 수사권을 부여하는 것이 타당하다.

다섯째, 검사의 인력부족으로 검사 고유의 공소권을 행사하기도 과중한 상태이므로 수사권과 공소권을 분리하여 검사가 정당한 이익을 대변하는 공익의 대표자로서의 직무수행에 전념하기 위해서도 수사권을 경찰이 행사해야 한다는 것이다.

여섯째, 불합리한 형식적인 수사지휘를 지양하고 사법경찰의 지휘·감독권에서 초래되는 권한의 집중을 막기 위해서라도 경찰수사의 독자성을 인정해야 한다.

2) 반대논거

경찰수사의 독자성을 인정해서는 안되며 검사의 지휘·감독하에 경찰이 수사권을 행사해야 한다는 논거에 대해서는 학자들의 다양한 견해들이 있으나 여기서는 법무부가 1997년 5월에 제시한 그야말로 다양하고 강력한 논거⁶⁴⁾들을 살펴보기로 한다. 첫째,

64) 송광섭, 앞의 책, 335면.

검사의 사건종결권과 수사지휘권은 소추권 행사에 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 공소제기권을 빈 껍데기로 만드는 것으로 경찰의 사건종결권 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 범죄발생 즉시 개시되는 경찰수사에 대해 진상확인과 재판에 필요한 증거수집 등에 관한 수사지휘가 필요 불가결하다는 것이다.

따라서 소추권자인 검사가 범죄의 혐의 유무를 정확히 판정하기 위하여 필요한 증거수집지휘 등을 할 수 없도록 검사의 수사지휘권을 배제하는 것은 검사에게 공소유지의 책임만 부과하고 이에 필요한 권한은 주지 않겠다는 것이며, 이는 대부분의 범죄가 범죄현장에서의 증거채취 여부가 혐의 유무를 좌우하고 초동수사단계(경찰수사단계)에서 증거수집에 실패하면 이를 회복할 수 없는데 검사에게 초동수사단계에서 증거수집 지휘를 못하게 해 놓고 수사결과와 유죄판결을 받지 못한데 대한 책임을 묻는 것이 얼마나 불합리한가를 생각하면 쉽게 알 수 있다고 한다. 즉 그렇게 되면 검찰은 경찰이 만든 사건을 법원으로 옮겨 주는 지계꾼의 역할 밖에 하지 못하여(檢察谷間論) 공익의 대변자인 검찰제도 자체를 붕괴시키고 결국 경찰이 형사사법 전체를 좌지우지하게 되는 결과를 초래하게 된다는 것이다. 이러한 이유로 역사적으로 검찰 수사권독립이 되어 있는 영미법계 국가에서도 경찰은 검사의 사실상의 수사지휘를 받고 있다.

둘째, 경찰수사의 독자성을 인정하는 제도는 국민의 인권보장에 역행하는 제도 개악이다. 검사제도는 잘못된 경찰수사로부터 국민의 인권을 보장하기 위한 민주법치국가적 통제장치이다. 즉 국민의 인권보장을 위하여 국가소추권을 행사하는 기관으로서 검사제도

65) 법무부, 자치경찰제 도입과 경찰수사권독립 문제, <http://www.moj.go.kr/news/0507noteindex.html>, 1999.5.7, 3면 이하.

를 두어 경찰수사를 지휘하고 인권을 침해하는 불법수사를 방지하기 위한 제도이다.

검사의 사건종결처분, 즉 불기소결정에 대하여도 현행 법제는 항고제도, 법원에의 재정신청제도, 헌법재판소에의 헌법소원제도 등 각종 견제장치를 두고 있는데, 경찰수사에 대한 유일한 견제장치인 검사수사지휘권을 배제하자는 것은 경찰의 불법수사에 대하여는 아무도 제동을 걸 수 없게 하는 결과가 될 것이다. 따라서 경찰이 검사의 수사지휘를 배제하고 사건의 혐의 유무를 독자적으로 결정하겠다는 주장은 국민인권보장 측면에서 보아도 허용될 수 없는 주장이다. 나아가 이러한 인권보장에 역행하는 제도 개악은 인권정부를 표방한 새정부의 성격에도 배치된다.

셋째, 경찰의 사건은폐, 편파수사, 강압수사 등 솔한 부정·비리사건, 그리고 자질·법률지식 문제 등을 알고 있는 국민들도 수사권독립 문제가 제기될 때마다 압도적 다수가 이를 반대하여 무산되어 왔다.

넷째, 이러한 반대여론을 무마하기 위해 경찰은 교통사고, 폭력사건, 절도사건, 행정법규위반사건 등을 단순·경미사건으로 지칭하고 이러한 사건에 대해서만 검사수사지휘권을 배제하고 독자적 사건종결권을 갖겠다고 주장하는데 그러나 이른바 단순·경미사건은 전체 형사건의 약 70%를 차지하고 있을뿐더러 이러한 사건이 기실 국민의 일상생활에 직결되는 민생사건으로서 부정과 인권유린 소지가 크다는 것은 널리 알려진 사실이다.

다섯째, 경찰수사의 독자성을 주장하는 것은 시대적 추세에 역행하는 것이다. 선진국일수록 국민들의 인권의식이 향상됨에 따라 경찰수사에 대한 감시·통제를 오히려 강화하고 있으며, 법률가에 의한 수사가 일반화되는 추세이다. 국민의 인권보장을 위해 검찰, 국정원을 비롯한 공권력 행사기관에 대한 견제·감시가 오히려 강화되고 있는 시대적 추세 속에서 오직 경찰만이 인권보장과 적법수사를 위한 유일한 견제수단인 검찰의 수사지휘권마저 배제하겠다는 것은 인권보장의 사각지대로 남게 해달라는 시대역행적 주장에 다름 아니다.

여섯째, 경찰은 치안행정기관으로서 방대한 조직을 갖추고, 수사권 외에 제한없는 정보수집권과 무장병력을 보유하고 있는데, 수사권에 대한 유일한 견제장치인 검사수사지휘권까지 배제될 경우 경찰권 남용에 대한 견제장치가 없게 되어 심각한 부작용을 초래할 우려가 있다.

일곱째, 경찰 수사권독립은 국가소추주의 아래서 검사소추제도를 채택한 형사소송체계

의 근간을 흔드는 주장이다. 배심제도를 채택하고 있는 영미법계 형사소송구조에서의 검사의 지위와 국가소추주의를 채택하고 있는 대륙법계 형사소송구조에서의 검사의 지위는 전혀 다르다. 일본의 경우 미군정의 요구로 상당부분 영미법계 요소를 도입하였으나 대륙법계의 형사소송구조를 유지하고 검사의 수사지휘권을 명문으로 규정하였으며 경찰에 사건종결권을 부여하지 아니하였다. 경찰이 영미법계 국가들처럼 검사제도가 없거나 (1986까지의 영국) 검사제도의 형성과정과 검사의 지위·기능이 특이한 나라의 예를 들어 우리 나라처럼 대륙법계 국가로서의 전형적인 검찰제도와 형사소송절차를 가진 나라의 경우를 비교하면서 수사권 독립 주장을 하는 것은 마치 양옥집의 건축 양식을 예로 들어 한옥집의 내부구조가 문제 있다고 말하는 것과 같다.

3) 반대논거의 검토

경찰 수사권독립 주장의 부당성을 지적하는 반대논거의 첫 번째는 검사의 사건종결권과 수사지휘권은 소추권 행사에 당연히 수반되는 권한이라는 것이다. 그러나 이것을 검사가 소추권을 행사하는 데 있어 업무의 효율적 분장이라는 측면에서 본다면 검사의 소추권 행사에 기여할 수 있는 것이다. 즉 사법경찰이 수사를 독자적 권한과 책임 하에서 행하고, 검사는 오직 공소제기와 그 유지에만 전념한다면 전체로서의 수사권 행사는 훨씬 효율성을 기할 수 있다. 예를 들어 한 사람이 제품의 모든 제조공정과정을 관장하기 보다는 분업시스템을 도입하여 그 공정의 전문가들로 하여금 업무를 분담케 함으로써 공정의 효율성을 제고할 수 있는 것과 같다. 사법경찰과 검사의 관계가 서로 다른 목적을 추구한다면 몰라도 동일한 수사목적에 향하고 있기 때문에 검사가 가지고 있는 수사지휘권이 박탈되는 것이 아니라 업무를 효율적으로 분담한다고 생각해야 할 것이다.

또한 검사가 사법경찰을 지휘해야만 초동수사단계에서의 증거수집이나 진상규명이 명확하게 되어 수사의 목적을 달성할 수 있다고 하는 것은 권위주의적 사고에 기인한다고 볼 수 밖에 없다. 타율성을 전제로 하여 타인을 지휘하고 감독한다는 것은 지휘·감독받는 자를 자율성있는 독립된 인격체로 여기지 않는다는 것이다. 예컨대 아버지가 항상 자녀의 행위를 타율적으로 규제하고 지휘·감독한다면 그 자녀에게 자신의 행위에 대한 애

착과 창의성은 기대할 수 없으며, 결과적으로 능률성도 저해될 수 밖에 없다. 검사가 사법경찰을 지휘·감독하기 보다는 사법경찰의 수사에 대한 전문성을 믿고 상호 존중하고 협조한다면 더 나은 결과가 창출될 수 있으며, 검사의 공소제기와 그 유지에 있어서도 더욱 효율적일 것이다. 나아가 경찰에서의 수사절차와 사건의 실체에 대해 검사가 법관단을 함에 있어 굳이 지휘나 감독을 할 것이 아니라 협조와 조언을 통해서도 충분히 목적을 달성할 수 있다.

어떻든 전근대적 사고에 기하여 일방이 타방에 대하여 우월한 입장에서 지휘·감독하기 보다는 분업과 상호협조가 이루어 질 때 일의 능률성과 효율성이 높아질 수 있다는 점에서 소추권의 적정한 행사를 위하여 검사가 사건종결권과 수사지휘권을 가져야만 한다는 것은 지나친 권위주의적 사고로 합리성과 설득력이 없다. 다만 사법경찰이 사건을 무혐의로 종결했을 때에는 검사에게 수사자료를 송부하고 검사는 필요한 경우 보완수사를 요청할 수는 있을 것이다.

경찰 수사권독립 주장의 부당성을 지적하는 두 번째 반대논거는 국민의 인권보장에 역행하는 제도로 검사제도는 잘못된 경찰수사로부터 국민의 인권을 보장하기 위한 민주법치국가적 통제장치라는 것이다. 그러나 이는 자기 모순의 논리다. 왜냐 하면 검사에게 수사지휘권을 부여했음에도 불구하고 잘못된 경찰수사로 인하여 인권침해가 있었다면 수사지휘가 잘못되었다는 것으로 검사 스스로의 잘못을 자기가 통제한다는 논리가 되어버리기 때문이다.

또한 검사와 사법경찰이 사건의 진상규명과 공소제기 및 유지라는 같은 목적을 지향하면서 일방이 타방을 지휘·감독한다는 것은 규범논리에도 맞지 않을 뿐만 아니라 어느 나라의 법제를 보더라도 검사제도가 경찰수사결과를 전제로 소추 여부를 판단하기 위한 것이지 인권을 침해하는 불법수사를 방지하기 위한 제도라고 할 수는 없다. 특히 검사의 사건종결처분에 대해서는 검찰항고나 재정신청 및 헌법송원제도가 있는데, 만일 경찰이 독자적인 수사권을 행사한다면 경찰의 불법수사에 대해서는 아무런 제동을 걸 수 없다는 것은 지극히 단순논리에 불과하다.

법치국가원리에서 본다면 모든 국가기관의 권한행사에는 그 권한행사를 견제하고 통제하는 장치가 있어야만 한다. 따라서 경찰이 독자적인 수사권을 행사한다고 하더라도 아래에서 설명하는 바와 같이 피의자신문시 변호인참여권을 입법적으로 보장하고 피의자신

문시 신문과정과 그 내용을 녹음·녹화하거나 사법경찰의 사건종결처분의 적법성을 심사하는 외부인으로 구성되는 기구의 설치 및 헌법소원 등의 제도적 장치가 마련되어야 한다.

그리고 법원은 조서나 증거물의 증거능력을 부정하거나 강제처분의 무효 및 국가손해배상을 통하여 수사단계에서의 인권침해를 가장 강력하게 통제한다는 점에서 경찰단계나 검찰단계에서 인권침해가 일어났을 때 인권보장의 최후의 보루는 검찰이 아니라 법원이다.

경찰 수사권독립 주장의 부당성을 지적하는 세 번째 반대논거는 법률가에 의한 수사라는 관점인데, 이를 해결하기 위해서는 전문적인 법률지식을 가진 수사요원을 선발, 배양하고 사법경찰이 사건을 처리함에 있어 법적 자문을 하는 법률자문기구를 법률전문가로 구성하여 경찰수사단계에서 법률가에 의한 법 판단이 이루어질 수 있도록 하면 될 것이다. 검사가 반드시 사법경찰보다 더 많은 형사법적 지식과 판단을 가지고 있다고 볼 수는 없으며, 다른 제도적 장치를 보완함으로써 이 문제는 해결될 수 있을 것이다.

VI. 수사권체제의 재정립

1. 수사지휘의 본질

1) 수사지휘의 개념

일반적으로 수사지휘란 범죄수사를 적법하고 합리적으로 타당하게 수행하기 위하여 수사의 착수에서부터 종료까지 수사의 진행상황을 하나하나의 각 단계에서 수사책임자가 수사관의 보고를 받거나 또는 스스로 수사의 실행에서 체험한 사항에 관하여 필요한 주 의와 지시를 부여하여 수사를 확실하게 추진하는 것을 말한다.⁶⁶⁾ 즉 수사에 참여하는 수사관들의 조직적이고 일산분란한 활동을 유도하여 능률적이고 효과적인 결과를 얻기 위해 수사지휘가 필요하다고 할 수 있으며, 이런 의미에서 수사지휘는 통상 조직상의 상명 하복관계를 전제로 하는 것이라고 할 수 있다.

검찰청법 제4조 1항 2호는 검사의 직무에 관하여 “범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘감독”을 명시하고 있고, 형사소송법 제196조도 “수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다”고 규정함으로써 검사가 수사에 관하여 사법경찰관을 지휘한다는 점을 명확히 하고 있는데, 이러한 검사의 직무권한을 통상 검사의 수사지휘권이라고 부른다. 즉 수사지휘권이란 검사와 사법경찰관리의 상명하복관계를 전제로 한 표현이라고 할 수 있다.⁶⁷⁾ 다만 이러한 상명하복관계라는 점을 내세우지 않고 조정·통제의 측면을 강조한다면, 사법경찰관의 독자적 의사결정에 의한 자율적인 수사권 행사를 인정하되, 법률전문가인 검사가 일반적 지침, 일반적 또는 구체적 지시를 통해 사법경찰관의 수사활동을 법적으로 조정·통제하고, 둘 사이에 의견 불일치가 생긴 경우 검사의 지휘의 우월성을 인정한다는 의미라고 볼 여지도 있다.⁶⁸⁾

66) 손봉선, 범죄수사론, 2000, 27면.

67) 같은 취지에 검찰청법 제53조는 “사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다.”고 규정함으로써 이 점을 분명히 하고 있다.

68) 김윤상, “수사지휘권과 인권보장”, 형사정책 15권 1호, 2003년, 16면.

2) 논의의 연혁 및 배경

해방 이후 수사지휘와 관련하여 검사와 사법경찰관의 관계를 살펴보면, 먼저 미군정하에서 1945년 12월 29일자로 발표된 “법무국 검사에 대한 훈령 제3호”는 기본적으로 수사권은 사법경찰에게 부여하고 검사에게는 공소제기와 공소유지의 권한만을 부여하였다. 즉 이 훈령은 경찰에게 수사권을, 검사에게 공소의 제기 및 유지의 권한을 각각 분배한 것으로, 사법경찰에게 전면적인 독자적 수사권을 부여하였던 것이다.⁶⁹⁾

이후 검찰은 경찰에 대한 수사지휘권 확보를 지속적으로 요청하였으나, 미군정 당국에 의하여 인정되지 아니하였다. 그러다가 미군정 당국은 수사기관의 강제처분권에 관한 종래의 규정을 영미식으로 대폭 개정하는 조치를 단행하여 미군정법령 제176호 “형사소송법의 개정”으로 공포하였다. 1948년 3월 20일자로 민정장관과 군정장관의 공동명의로 공포된 미군정법령 제176호는 우리나라 형사소송절차에서 최초로 영장제도를 도입하였으며, 동시에 변호인의 접견교통권, 보석제도, 구속적부심제도, 구속장소 감찰제도 등을 도입하였다.⁷⁰⁾

수사지휘와 관련하여 미군정법령 제176호가 특별히 별도로 규정하지는 않았으나, 제8조 제1항 제1문은 “사법경찰관이 피의자를 구속한 경우에는 실제로 구속한 날로부터 10일 이내에 취조를 완료하여 피의자를 검찰관에게 송치하는 않는 한 석방하여야 한다”라고 규정하고 있었다. 여기에서 “사법경찰관이 피의자를 구속한 경우”라는 표현은 사법경찰관이 법원으로부터 영장을 발부받아 피의자를 구속한 경우를 전제로 한 것으로 볼 수 있다.⁷¹⁾

미군정법령 제176호는 1948년 5월 10일 총선거에 대비하여 4월 1일부터 발효하기로 되어 있었으나, 시행 하루 전날인 3월 31일 공포된 “법령 제176호의 보충규정”인 미군정법령 제180호에 의하여 배제되었고 미군정법령 제180호가 4월 1일부터 발효되었다. 미군정법령 제180호 제5조는 구속영장 또는 수색영장의 신청절차를 주 가지로 구분하여 검찰관은 그 소속 재판소에 신청하고, 사법경찰관 기타 관헌은 소속 검찰관에게 청구하

69) “법무국 검사에 대한 훈령 제3호”의 내용에 대해서는 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅰ)”, 서울대학교 법학 42권 1호, 2001.5, 203면, 209면-210면.

70) 미군정법령 제176호의 제정 경위에 대해서는 심희기, “미군정법령 제176호 형사소송법의 개정”, 법사학연구 제16호, 1995, 117면 이하 참조.

71) 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅱ)”, 서울대학교 법학 42권 1호, 2001.7, 239면.

여 그 검찰관이 이를 재판소에 신청하는 것으로 규정하였다.

위에서 서술한 미군정법령 제176호와 제180호를 종합해 보면 구속이나 압수·수색 등 수사상의 강제처분은 법관이 발부하는 영장을 요하게끔 함으로써 조선형사령 제12조가 검사 또는 사법경찰관이 스스로 강제처분을 행하도록 한 내용을 근본적으로 개정한 것이었다. 어떠한 제176호는 일반적인 수사에서는 사법경찰과 검찰 모두 수사의 주체로 인정하였으며, 이러한 내용은 미군정법령 제180호 이후에도 유지되었다. 즉 미군정법령 제176호와 제180호에 의하면 경찰은 독자적인 수사권을 가지는 것으로 해석할 수 있으며, 다만 강제수사의 경우에는 검사를 경유하여 법관에게 영장을 청구한다는 점에 제약을 가한 것으로 해석해야 한다.

그러나 1948년 8월에 제정된 검찰청법 제6조는 검사의 직무와 권한을 규정하면서 나목에서 “범죄수사에 관하여 사법경찰관을 지휘감독함”이라고 명시하였고, 부칙 제32조 가항은 1945년 12월 29일자 “법무국 검사에 대한 훈령 제3호”를 폐지한다고 규정하였다.

이와 같이 1948년에 제정된 검찰청법은 그 동안 독자적인 수사권이 인정된 사법경찰에 대하여 검사의 지휘감독을 받도록 함으로써 검사의 수사지휘권을 명시하였으며, 이 내용은 1953년 제정된 형사소송법에도 그대로 반영되었다.

형사소송법 제정 당시 국회 법사위에서 수정안을 제안한 엄상섭 의원은 검사의 수사지휘를 긍정한 이유에 대해 다음과 같이 밝히고 있다. 즉 검사와 사법경찰관리의 관계에 대한 대륙법계의 구상과 영미법계의 구상을 비교한 다음 대륙법계의 구상에 따라 검사가 수사주도체가 되어야 한다고 생각한 것은 경찰이 중앙집권제로 되어 있는 현실에서 경찰에게 독자적 수사권을 부여할 경우에 경찰팃쇼가 우려되며 이 점은 검찰팃쇼보다 더 위험하다는 점을 들고 있다.⁷²⁾

그러나 우리의 법제가 준거하고 있는 대륙법계에서 검사에게 수사에 대한 주도적 지위를 인정하게 된 것은 역사적으로 보면 검사와 경찰의 관계를 규율하기 위한 것이라기보다 수사절차에 대한 권한배분을 통해 규문법관의 광범위한 사법작용을 규제하기 위한 측면이 컸다는 사실을 고려할 필요가 있다. 즉 대륙법계에서 검사가 수사의 주재자로 확립되었던 1950년대에 대륙법계의 수사구조를 바라본 우리 입법자로서는 검사의 수사지휘가 오히려 경찰의 수사활동을 규제하기 위한 장치로 이해된 것도 충분히 이해할 수 있었

72) 한국형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990, 108면.

을 것이다.

그러나 검사에게 수사지휘를 인정한다 하더라도 이는 적정한 공소권 행사를 위해 필요한 범위 내에서 이루어져야 하는 것이지 합목적성의 관점에서 적정하게 이루어지는 사법경찰작용을 지나치게 제한하거나 조직상의 상명하복관계에서 비롯되는 당연한 권한행사로 여겨져서는 안되는 것이다.⁷³⁾

3) 현행법의 검토

형사소송법 제195조는 “범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”고 규정함으로써, 수사의 조건이 충족된 경우 검사가 수사를 개시하고 진행하도록 의무를 부과함으로써 수사법정주의를 명시하면서,⁷⁴⁾ 이러한 수사개시와 진행의 임무가 검사에게 있음을 규정하고 있다. 그리고 제196조는 “수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다”고 규정함으로써 사법경찰관은 검사의 지휘를 통해 수사를 할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 제195조와 제196조에 의하면 검사는 스스로 수사를 실행할 수도 있고 수사지휘의 형태로 수사를 할 수도 있다는 것이다.

규범적으로만 본다면 현행법상 수사지휘는 단순히 수사에 대한 법률적 통제를 의미하는 데 그치는 것이 아니라 검사가 수사를 행하는 하나의 방식이라고 할 수 있다. 따라서 사법경찰관이 수사를 하는 경우에 개별 수사방법에서 별도의 규정이 없는 한 일반조항인 형사소송법 제199조에 따라 ‘수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사’를 하는 경우에도 검사의 지휘가 없으면 행할 수 있고, 수사지휘를 통해서만 그 정당성을 부여받을 수 있게 된다.

그러나 현실적으로는 소추기관이 범죄를 해명하기 위해 취해야 할 조치들은 매우 다양하고 광범위하기 때문에 검사가 이러한 조치들에 대해 일일이 수사지휘를 하는 것은 사실상 불가능하다. 이런 점에서 규범과 현실의 불일치가 나타날 수밖에 없다. 그러나 이러

73) 신양균, “검사의 수사지휘의 현실과 한계”, 3면.

74) 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 66면.

한 불일치는 단지 수사업무에 국한되는 것이 아니라 수사 이외의 검사의 직무와 관련하여 사실상 지휘가 이루어지는 정반대의 형태로 나타나기도 한다.

2. 수사지휘의 내용

1) 수사지휘의 대상

형사소송법 제196조는 검사의 수사지휘의 대상을 ‘수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위’로 규정하고 있다. 따라서 사법경찰의 직무를 수행하는 이상 검찰청에 소속된 수사관은 물론이고 경찰청에 소속된 경무관 이하의 경찰간부도 수사지휘의 대상이 된다. 그리고 경찰청 소속의 경찰이라도 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 하고(검찰청법 제53조), 서장이 아닌 경정이하의 사법경찰관리가 직무집행에 관하여 부당한 행위를 하는 경우에는 지방검찰청검사장은 당해 사건의 수사중지를 명하고, 임용권자에게 그 교체임용을 요구할 수 있다(제54조 1항).

따라서 경찰청 소속의 경찰이라도 사법경찰의 직무를 수행하지 않는 경우에는 수사지휘의 대상이 될 수 없다. 그러나 실무에서는 검사의 형집행장 발부에 따른 집행업무와 같이 직접 수사와 관계가 없는 업무를 위해서 행정경찰이 활용되는 예가 적지 않다.

나아가 독일의 경우와 달리 자체적으로 일정한 수사인력을 확보하고 있는 우리나라의 경우 검사의 수사지휘는 조직상 상명하복관계를 가지는 자체 사법경찰과 그렇지 않은 경찰에 대해 동일하게 적용하기 어렵다는 실질적 한계를 가질 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 이를 일률적으로 (검찰청의 조직과 직무범위 등을 규율하는) 검찰청법에 규정한 것도 법률체계상 문제의 소지를 안고 있으며, 이러한 문제점은 수사지휘를 구체적으로 규율하고 있는 하위법령에서도 그대로 나타나 있다.⁷⁵⁾

75) 신양균, “검사의 수사지휘의 현실과 한계”, 5면.

2) 수사지휘의 구체적 내용

(1) 내사 단계

사법경찰관리 직무규칙 제20조 1항에 따르면, “범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다.” 즉 내사는 아직 범죄혐의가 드러나지 않아 수사가 개시된 것이 아니므로 지휘의 대상이 되지 않는다. 따라서 사법경찰관은 내사 결과 범죄의 혐의가 없다고 인정할 때에는 즉시 내사를 종결하여야 하며, 익명 또는 허무인 명의의 진정·탄원 및 투서에 대하여는 그 내용을 정확히 판단하여 수사단서로서의 가치가 없다고 인정될 때에는 내사하지 아니할 수 있다(동 규칙 제20조 2항, 3항).

그러나 동 규칙 제52조 7항에 따르면, 통신제한조치를 집행하여 내사한 사건을 종결할 경우 그 집행으로 취득한 물건 등은 보존기간이 경과한 후 검사의 지휘를 받아 즉시 폐기하여야 하도록 규정하고 있고, 동 규칙 제64조에 따라 범죄를 내사한 결과 입건의 필요가 없다고 인정되어 완결된 기록을 편철한 내사종결사건철(15년 보존)은 검사가 언제든지 열람하고 필요한 경우에 사건을 입건하도록 지시하고 있다.

(2) 수사개시단계

형사소송법에 따르면 변사체 또는 변사의 의심이 있는 사체가 있을 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청의 검사가 검시를 하여야 하며, 검시의 결과 범죄의 혐의가 인정되고 긴급을 요할 때에는 영장없이 검증을 할 수 있는데(동법 제221조 1항, 2항), 검사는 사법경찰관에게 이러한 처분을 명할 수 있도록 하고 있다(동법 제222조 3항, 검찰사건사무규칙 제11조 2항).

그리고 한미행정협정사건의 경우, 이를 인지하거나 고소·고발 등을 접수한 때에는 24시간 이내에 검찰에게 ‘한미행정협정사건 발생보고서’의 양식에 따라 발생보고를 하여야 하며(검찰보고사무규칙 제6조 1항), 또한 신원불명인 피의자의 신원이 판명된 때에는 즉시 발생보고의 예에 따라 그 사실을 보고하도록 하고 있다(동 규칙 제6조 2항).

(3) 수사단계

가) 강제수사와 관련된 수사지휘

헌법과 형사소송법은 체포·구속·압수·수색·검증 등 강제수사에 대해 원칙적으로 영장주의를 명시하고, 영장은 검사만이 법원에 청구할 수 있도록 규정하고 있다(헌법 제12조 3항 및 제16조, 형사소송법 제200조의2 제1항, 제201조 1항, 215조). 또한 판사에 의한 강제처분을 내용으로 하는 감정유치나 감정처분 그리고 통신제한조치에 대해서도 검사가 허가장을 청구하도록 규정하고 있다(형사소송법 제221조의3 제1항, 제221조의4 제2항, 통신비밀보호법 제6조 2항).

따라서 사법경찰관은 이러한 강제수사를 위해 검사에게 영장발부를 신청하는 절차를 밟아야 한다. 그리고 검찰사건사무규칙 제39조는 사법경찰관이 신청한 구속영장에 대하여 구속의 사유를 판단하기 위해 필요한 때에는 피의자를 조사할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우에는 즉시 검사의 승인을 얻어야 하며(형사소송법 제200조의3 제2항). 이 때 승인건의는 긴급체포후 12시간 내에 관할지방검찰청 또는 지청의 검사에게 하여야 하며(다른 시도에서 긴급체포한 때에는 24시간) 원칙적으로 서면으로 하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제27조 2항, 3항).

영장집행과 관련하여 체포·구속 및 압수·수색영장은 검사의 지휘로 사법경찰관리가 집행하도록 규정하고 있으며(형사소송법 제200조의5, 제209조, 제81조 1항, 제219조, 제115조 1항, 사법경찰관리집무규칙 제23조), 구금된 피의자가 체포·구속으로 인하여 현저하게 건강을 해할 염려가 있다고 인정할 때에는 그 사유를 검사에게 보고하도록 하고 있다(동 규칙 제24조).

나) 고소·고발사건의 경우

사법경찰관이 고소·고발에 의하여 범죄를 수사하는 경우에는 고소·고발을 수리한 날로부터 2개월 이내에 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다(형사소송법 제238조, 사법경찰관리집무규칙 제39조 1항). 이 기간내에 수사를 완료하지 못하였을 때에는 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사의 지휘를 받아야 하는데(동 규칙 제39조

2항), 실무상으로는 기간연장건의서를 작성하여 검사의 승인을 받은 후 수사를 속행한다. 연장기간은 통상 1개월 정도이며, 일반적으로 1차 연장기간 내에 송치하도록 요구하고 있다.

다) 기 타

사법경찰관리는 관할구역내의 사건과 관련성이 있는 사실을 발견하기 위하여 필요한 경우에는 관할구역 외에서도 그 직무를 행할 수 있지만(동 규칙 제6조), 관할구역 외에서 수사하거나 관할구역 외의 사법경찰관리의 촉탁을 받아 수사할 때에는 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다(형사소송법 제210조 본문). 다만 긴급체포, 현행범인의 체포, 경미사건의 현행범인 체포, 영장에 의하지 않는 압수·수색·검증 등의 처분을 행하는 경우에 긴급을 요하는 때에는 그 처분을 행한 후 보고할 수 있다(동조 단서).

한편 실무상으로는 피의자가 다른 관할구역에 거주하고 있는 경우나 다른 관할구역에 거주하고 있는 공범자 또는 참고인 등에 대한 조사 등을 의뢰하기 위해 경찰관서간의 사건이송이 빈번하게 이루어지고 있다. 이러한 사건 이송에 대해서도 검사에게 이송의 가부에 관한 지휘를 받아 승인을 받고 사건을 이송하는 것이 수사관행으로 정착되어 있다.⁷⁶⁾

(4) 사건송치단계

형사소송법은 고소·고발사건에 대해서만 사건의 송치의무를 규정하고 있으나, 사법경찰관리집무규칙 제54조는 「사법경찰관이 수사를 종결하였을 때에는 이를 모두 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다」고 규정함으로써 이른바 전건송치주의를 명시하고 있다.⁷⁷⁾ 따라서 혐의의 불기소처분을 할 것이 명백한 사건, 예컨대 소송조건의 결여가 명백하여 공소권이 없거나 범죄의 객관적 혐의가 없음이 명백한 사건 등도

76) 신양균, 위의 논문, 8면.

77) 한편 가정폭력범죄범죄의처벌등에관한특례법 제7조는 “사법경찰관은 가정폭력범죄를 신속히 수사하여 사건을 검사에게 송치하여야 한다”고 규정하고 있다.

사건의 경중을 불문하고 모두 검찰로 송치하여야 한다. 나아가서 피의자 또는 참고인의 소재불명으로 수사를 진행하지 못한 경우에도 본래의 취지와 달리 기소중지 또는 참고인 중지의 의견으로 사건을 검찰에 송치하고 있다. 이 경우 대상자를 발견하게 되면 즉시 수사에 착수하고 관할지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하여(기소중지자·참고인중지자 소재발견보고, 동 규칙 제60조) 수사기록을 반환받은 다음 수사를 진행, 완료하여 다시 사건을 송치하는 중복절차를 거치게 된다.

사법경찰관리가 사건을 송치한 후에 수사를 속행하려 할 때에는 미리 주임검사의 지휘를 받아야 하며, 송치 이후에 당해사건에 속하는 피의자의 여죄를 발견하였을 때에도 즉시 주임검사에게 보고하고 그 지휘를 받아야 한다(동 규칙 제59조 1항, 2항).

3. 수사지휘의 한계

수사지휘권을 구체적 사안의 수사를 지휘할 수 있는 권한으로 이해한다면 수사지휘권은 실체형성적 절차로서의 수사지휘개념에 따라 실제 수사를 담당하는 수사기관의 수사지휘자에게 실무현실에 걸맞는 법상 권한을 부여함이 수사현실과 규범을 일치시켜 범규범의 실효성을 담보할 수 있다. 즉, 오늘날 현실세계에서 발생하는 범죄의 대다수 사건 수사에서는 경찰수사간부가 일선 수사경찰을 관리하고 수사체제를 편성, 범죄예방활동과 연계하여 범죄가 발생하면 즉각 현장에서 지휘하며 수사 및 범인검거에 대한 실질적인 책임까지 부담하고 있는 것이 사실이므로 피지휘자와 소속이 같은 경찰 수사간부에게 법상 수사지휘권을 부여함이 범규범과 수사현실의 일치라는 실질적인 관점이라든가 행정조직법이론이나 책임행정원리에 비추어 합리적인 것이다.

그러나 우리 법제는 이러한 수사현실과는 반대로 법률적인 후견인역할이면 몰라도 수사지휘의 대상인 실체규명에 실질적인 도움이 될 수 있는 지휘는 현실적으로 거의 하지 못하고 있는 검사에게 공소준비절차로서의 수사지휘개념을 극단화하여 거의 전 경찰관을 대상으로 하는 무제한적인 불확정개념의 지휘권을 강화해 주는 입법적 뒷받침을 계속해옴으로서 법 규범과 수사현실의 괴리에서 오는 간극을 점점 심화시켜 왔다. 형사소송법상 수사지휘권 근거규정⁷⁸⁾은 행정조직법상 상하기관간 관계를 규율하는 ‘지휘’라는 법 개

념을 사용하면서 지휘의 인적 대상만 경무관 이하 사법경찰로 정해져 있을 뿐 시간적·사항적·수단적 지휘범위가 구체적이지 않고 포괄적으로 규정되어 있다.

검사의 지휘는 재량행위로서⁷⁹⁾ 그 구체적 내용과 법적 한계는 실무관행 및 법의 일반 이론적 해석에 맡겨져 있을 뿐 명시적인 기준이 없으면서도 지휘권 남용에 대해서는 그 어떤 제도적 통제장치도 마련하고 있지 않아⁸⁰⁾ 검사가 어떤 사건에는 거의 경유기관적(經由機關的)인 역할밖에 하지 못하고 있고 어떤 사건에는 지나치게 개입해서 과잉수사 지휘를 하고 있는 기형적인 모습을 보이고 있다⁸¹⁾. 우리나라 검사는 수사지휘권 발동의 형식과 절차를 빌리기만 하면 공소의 적정성, 인권보장과 적법절차를 보장하는 사법적 통제를 가하고자 하는 본래의 제도적 취지와 달리 그 실질적인 내용에서 자의적인 지휘권을 행사하여 경찰과 국민의 권익을 침해하는 불합리한 결과를 초래해도 아무 사법적 통제장치없이 용인되는 폐단을 낳고 있는 실정이다. 뿐만 아니라 검찰청법은 조직상 소속이 다름에도 검사와 경무관에서 순경까지 거의 전 경찰관과의 관계를 상명하복관계로 설정하고 있다. 그 결과 사건수사에 국한된 기능적 통제관계라는 본래의 수사지휘제도의 취지를 벗어나 엄연히 독립기관으로서 대등협조관계를 유지해야 할 검찰과 경찰의 관계가 조직상의 상하관계로 변질되어 가는 경향도 나타나게 되었다.

이로 인해 검찰의 합리적 근거 없는 경찰경시 풍조가 검찰소속 사법경찰에게까지 만연해 졌을 뿐만 아니라 수사경찰의 지휘명령 체계도 검사와 경찰수사간부로 이원화되어 수사를 사실상 책임지고 있는 일선 형사들이 이중의 상급기관의 지휘를 받게 되는 데서 오는 사기의 저하와 소속감의 혼란으로 인한 정체성의 위기를 겪고 있는 폐해도 나타나고 있는 점은 부인할 수 없다.⁸²⁾ 이는 우리나라 검사주재 수사제도가 본래 수사를 사법업무로 보아 사법관인 수사판사와 검사의 전권사항(專權事項)으로 보던 대륙법계의 수사제도

78) 형사소송법 제196조 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다.

79) 검찰은 그러나 재량행위를 마치 법으로부터 자유로운 영역인 것처럼 운용해 왔다는 경찰의 비판이 있다.

80) 검찰은 법적으로 수사권, 수사지휘권, 공소권, 재판참여권, 재판 집행권(교정)과 영장청구권을 독점, 국가형벌권을 사실상 좌지우지할 수 있어 아무런 법적 견제를 받지 않지 않고 검사의 기소편의주의와 결부시켜 지휘권을 행사할 수 있다는 입장은 권태동, 대한민국은 검찰공화국인가, 월간 중앙, 1999년7월호 참조.

81) 대한변호사협회, “검사와 그 수사지휘권”, 1980년 4월호, 35면 참조.

82) 서보학, 수사권의 중립을 위한 수사권의 합리적 배분, 한국헌법학회 제 24회 학술대회 발제문, 2002년 12월 4일, 23면 이하 참조.

가 그 원형인데다가 검찰관 사법으로 평가되는 식민지시대 일본 제국주의 국가체제의 검사제도를 해방 후에 적극적으로 답습하여 수사제도의 모국이라 할 수 있는 일본과는 달리 국내 시대적 상황에 편승하여 검찰 편의에 맞게 제도적으로 그 지휘권이 점점 강화시켜 온 데 기인한 것이다.

전후 일본이나 검찰제도를 계수해 준 프랑스와 독일에서 검찰과 경찰이 검사지휘권의 법원리상 한계를 지키면서 검사지휘제도에 대한 보완장치를 통해 상호협력관계로 발전해 온 것과는 달리 우리나라에서는 일제시대 검사가 갖고 있던 특권적 지위의 유습(遺習)으로 검사가 지휘권의 한계를 벗어나서 지휘권 행사를 하는 사례가 훨씬 빈발했음에도 그 발전과정에서 아무 보완장치도 마련해오지 않았기 때문에 검·경 관계가 점점 더 비민주적인 상명하복관계로 고착되어 온 것이라고 할 수 있다. 그 결과 불행하게도 오늘날 검찰과 경찰의 관계는 수사권체계를 놓고 첨예한 갈등이 내연하고 있어 공소준비를 위하여 협력해야 할 공존관계라기보다는 갈등의 배척관계에 가까운 현실이 나타나고 있는 것이다. 본래 검사의 수사지휘권은 검사가 사법경찰보다 모든 면에서 우월하다고 하여 생래적(生來的)으로 부여받은 권한이 아니라 대륙법계의 고전적 시민국가시대의 시대적 배경하에서 형사사법상 국민의 인권보장을 통해 인치주의(人治主義)가 아닌 법치주의의 이념을 실현하기 위하여 고안한 여러 제도적 장치중의 하나일 뿐이다. 따라서 검사의 수사지휘권은 법치주의의 테두리 안에서 해석되지 않으면 안되며, 사법경찰이 검사의 지휘를 받는다 하여 인간으로서의 존엄성이나 행복을 추구할 헌법적 권리까지 제약당하는 일은 없어야 할 것이다.

오늘날 법치국가에서는 모든 법적 권한은 기속재량행위로서 본질적으로 일정한 내적·외적 한계를 내포하고 있다. 검사의 수사지휘감독권은 주인과 노예의 관계에서 보는 바와 같이 상대방의 인격을 부정하고 의사결정을 완전히 통제할 수 있는 권한도, 강력한 지휘명령(command)의 범위 내에서만 제한적인 의사결정권을 인정하는 군대조직내의 명령·복종관계도 아니라고 할 수 있다.

그러나 왜 그렇게 해석해야 되는 것인지, 그렇게 해석한다면 실무상 제기되는 검사지휘권 행사의 문제점은 단순히 일선 검사들의 해석상 오류에 기인하는 것인지, 아니면 근본적으로 현행 검사지휘관련 법령이 전체적으로 법치주의의 핵심인 자의성의 배제라는 기준에서 볼 때 법 문언의 명확성원칙이나 예측가능성원칙을 위배하여 만들어져 있어 원

천적인 문제점을 안고 있는 것이 아닌지 검토할 필요가 있다.

검사지휘권의 구체적인 이론적 한계가 규명되지 않고서는 검사지휘권의 구체적 내용으로서 우리나라에서 입법화된 현행 각종 법령이나 예규·지침 등의 법적 정당성(Legal Legitimacy)여부를 일정한 준거를 가지고 구체적으로 판단할 수 없으며, 대륙법계의 각국의 검사지휘제도가 실제로 그 제도적 정당성을 가지고 운용되는지도 일관성 있게 판단할 수 없기 때문이다. 또한 검사지휘제도가 그 이상에도 불구하고 우리나라에서만은 현실적으로는 그 이상과는 전혀 반대로 움직임으로써 발생하는 수사지휘권남용의 폐해가 오히려 크므로 우리나라에서는 검사지휘제도 자체를 폐기해야 한다는 주장의 당부에 대한 검토를 위해서도 그 일반적인 이론적 한계는 정밀하게 검토되지 않으면 안 된다고 할 것이다.

나아가 현행 검사수사지휘제도가 대륙법계의 각국에 공통되는 보편적인 기준에 따라 설계되어 있어 현행 제도를 존속하는 것이 정당하다는 것이 이론상 도출된다 하더라도 그 권한의 구체적 범위설정에 있어서 외적 한계를 넘어서는 지휘제도가 존재하거나 내적 한계를 일탈하는 권한남용의 지휘를 통제할 만한 어떤 제도적 장치가 있는지는 별개로 검토하기 위해서도 이는 필요하다 할 것이다. 부가적으로 본고의 주제는 아니지만 실제 검사지휘권행사가 검사지휘제도의 취지에 맞게 행사되는 지 아니면 그 한계를 벗어나 일탈하거나 남용되고 있는 지 여부에 대해서도 이를 기준으로 평가를 할 수 있다고 보여진다.

외적 한계를 넘거나 내적 한계를 일탈한 위법한 수사지휘권 관련 입법은 헌법재판소와 대법원의 위헌법령심사의 대상이 되고 그 법적 정당성을 가질 수 없으므로 입법론의 대상이 되며, 위법·부당한 지휘권 행사에 대해서는 당해 경찰관은 이에 따를 의무가 없어 징계책임이나 체임요구대상이 되지 않고 직무유기죄도 구성하지 않는다.

4. 수사지휘의 문제점

1) 기본법령의 문제점

현실적으로 우리나라에서 한해 동안 발생하는 전체 형사범죄의 대부분(약 97%)이 경

찰에 의해 처리되고 있고, 실무상으로 검사의 지휘 없이 수사가 개시되고 진행되는 경우가 대부분이라고 할 수 있다. 게다가 수사지휘가 이루어지는 경우에도 정형성 없이 형식적으로 행해지는 경우가 적지 않다고 할 수 있다. 게다가 수사활동 자체가 가지는 탄력성, 기동성, 광역성 그리고 수사방법의 비정형성 등을 고려하면 경찰의 수사활동을 빠짐 없이 검사의 지휘 하에 두는 것은 현실적으로 불가능하다.

이런 현실에도 불구하고 법률이 검사만을 수사의 주체로 명시하고 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아야만 수사를 할 수 있도록 한 것은 어떤 형태로든 수정되어야만 한다. 검사의 수사지휘 없이 사실상 이루어지는 경찰의 수사는 규범과 동떨어진 현실을 드러내고 있기 때문이다. 따라서 무엇보다 사법경찰관리가 독자적으로 수사를 개시하고 진행할 수 있는 일반적인 법적 근거가 마련되어야 하며, 검사의 수사지휘가 경찰의 독자적 수사활동에 대한 법률적 통제장치로서만 기능할 수 있도록 법률의 개정이 이루어져야 한다.⁸³⁾

2) 수사지휘의 포괄성

위에서 지적한 대로 검사는 수사절차의 전 단계에 걸쳐서 그리고 법규와 관행 등 다양한 근거를 가지고 사법경찰에 대한 포괄적인 지휘, 감독을 행하고 있다. 이러한 검사의 역할은 검사가 시민의 정치적 자유를 보호하고 법치국가원리를 실현하기 위한 법률의 감시자로서 특별한 법치국가적 기능을 가지고 있으며 경찰에 대한 법치국가적 통제기능을 가진다는 점에 이론적 근거를 두고 있다.⁸⁴⁾ 그러나 해방 이후 50년간의 수사현실은 이와 같은 수사지휘권의 이론적 타당성을 담보하는데 그렇게 성공적이지 못하였다. 그 이유의 상당 부분은 형사사법 전반에 걸친 광범위한 권한에 비하여 수사절차에서 검사의 현실적 역할이 그리 능동적이거나 적극적이지 못했음에도 불구하고 개별 사건에서 검사가 수사지휘권을 행사한 사안에서는 오히려 그것이 법령의 틀을 넘어 조직상의 상명하복으로까지 확대시킴으로써 수사에 대한 법률적 통제보다 경찰조직에 대한 사실적 통제라는 인상을 제공해왔기 때문이라고 할 수 있다.

83) 신양균, 앞의 논문, 10면.

84) 김진환, “수사지휘체계의 개선방향-검사의 수사지휘권을 중심으로-”, 고시계 1992년 10월호, 52면.

그 동안 수사권조정 문제를 다루기 위해 검찰, 경찰 그리고 민간위원으로 구성된 수사권조정 자문위원회에서도 현재 사법경찰관리가 대부분의 사건에 대하여 검사에 대한 보고나 검사로부터의 지시 없이 사건을 인지하고, 고소·고발을 접수하여 수사하고 있지만, 검사의 수사지휘는 실제 사법경찰관리의 수사 과정 전체에 미치고 있지 못하여 향후 송치전 검사의 수사지휘의 범위를 대폭 변경할 필요가 있다는 점에 대해 인식을 공유한 바 있다.⁸⁵⁾

5. 검사와 사법경찰의 역학적 관계 재정립

민주주의를 지향하는 국가들의 기본이념은 사람에 의하여 지배되는 사회가 아니라 법에 의하여 지배되는 사회를 이룩하는 것이다. 그러나 구체적인 사회현실에서 법의 지배를 실현하는 일은 결국 사람이 하는 것이기 때문에 누가 어떠한 역할을 맡을 것이며 역할 분담을 어떻게 하느냐가 대단히 중요하다. 형사사법의 적정한 운용도 누가 어떠한 역할을 맡아 형사사법제도를 운영하는 것이 그 제도의 효율성과 효과성을 극대화할 수 있느냐 라는 관점에서 접근해야 한다.

국가형사사법제도는 국가 측에서 본다면 경찰, 검찰, 법원의 3개 국가기관에 의하여 운용된다. 국가형사사법을 담당하는 각 기관간의 기능이 효율적으로 배분되어 있을 때 국가 공권력의 효율성이 총체적으로 제고되는 것이며, 이는 곧 국가권력 유지비용의 절감으로 연결된다.

어떤 조직이나 기관이든 그 기능이 효율적으로 운용되기 위해서는 지휘체통의 일원화로 기능발휘의 구심력이 확립되어 있어야 할 뿐만 아니라 책임과 권한의 균형원리에 의하여 기능수행에 따른 적정한 권한의 보장과 그 결과에 대한 책임이 명확해야 하며 나아가 조직외부의 간섭으로부터 기능의 자율성과 독립성이 보장되도록 해야 한다. 만일 이와 같은 요건들이 충족되지 않을 경우에는 조직이 가지는 기능 자체의 저하는 물론이거니와 조직구성원들의 사기저하를 초래하여 그 기능의 정상적인 운용을 기대할 수 없을 것인 바, 이러한 관점에서 볼 때 검사가 수사권과 공소권을 독점하고 모든 범죄수사에 있어 사법경찰이 검사의 지휘·감독을 받아야 하는 현행 수사권체제에는 많은 문제점을 가지고 있다.

85) 신양균, 앞의 논문, 11면.

현행 수사권체제에 어떤 문제점들이 있는가를 법이론적·실무적 차원에서 정확히 분석되어야만 이에 대한 적절한 방안들이 제시될 수 있을 것이다. 현행 수사권체제의 여러 문제점들을 시정하고 보완하기 위해서는 사법경찰에 독자적인 수사권을 부여하고 검찰은 오직 공소의 제기와 그 유지라는 본연의 직무에 충실해야 하며, 수사의 전문화와 기능성을 제고할 수 있는 인적 자원과 물적 설비를 확충하는 방안의 개발을 전제로 수사권체제를 전면적으로 재편하든지, 아니면 부분적으로나마 수사권체제의 합리화를 위한 방안들이 모색되어야 한다.

특히 오늘날과 같은 범죄가 지능화·다양화·조직화·복잡화하는 현실에서 제한된 인력과 장비를 가진 검찰이 모든 범죄에 대하여 수사권을 행사한다는 것은 불가능할 뿐만 아니라 국민들로 하여금 사법경찰과 검찰의 수사라는 이중적인 수사의 고통만 줄 뿐이다. 따라서 수사권은 원칙적으로 사법경찰에게 부여하고 다만 검사는 사법경찰의 수사에 있어 법적 조언이나 일본처럼 사건처리에 관한 일반적인 지시를 하고 중요사건에 대해서만 수사권을 가지면서 공소권만을 행사하도록 하여 경찰의 수사에 사후적인 통제를 가할 수 있게끔 하는 것이 수사의 전문성과 효율성을 높일 수 있는 방안이다.

오직 검사만이 수사의 주재자이고 경찰청 소속의 사법경찰은 법무부 소속의 검사의 지휘·감독을 받아야 하는 현재의 검사주재수사권체제와 이원화된 지휘계통으로는 수사의 효과성과 효율성을 높일 수 없다. 직무의 능률성과 효율성은 지금과 같이 상명하복관계가 아니라 동일한 목적을 지향하는 검사와 사법경찰의 상호협조와 조언에 의하여 실현될 수 있다. 따라서 형사소송법 제196조 제1항을 개정하여 검사의 사법경찰관에 대한 일반적인 수사지휘권을 폐지하고, 원칙적으로 모든 범죄에 대한 수사는 사법경찰이 행하고, 예를 들어 국가적 법익을 침해하는 범죄나 일정 액수 이상의 경제사범이나 마약사범 또는 폭발물에 의한 범죄, 통신을 이용한 범죄 등과 같이 특정 지역이나 그 거주자를 대상으로 하지 않는 특별한 사건의 경우에 한하여 검찰이 수사권과 사법경찰에 대한 수사지휘권을 행사하고 검사는 공소제기와 그 유지업무만을 전담하여야 한다.

이와 같이 사법경찰의 독자적 수사권을 인정하면서 검사와 사법경찰의 관계를 상호 대등하면서도 공통된 지향점인 수사목적의 달성하기 위한 협력하는 관계로 규정하는 것이 세계적 추세일 뿐만 아니라 이중 수사로부터 국민의 고통을 경감하고 사법경찰과 검찰의 독자적인 전문성을 기할 수 있는 최선의 방안이라고 여겨진다.

VII. 영장주의와 영장청구권 귀속 주체

1. 영장주의의 본질

영장주의는 법원 또는 법관이 발부한 적법한 영장에 의하지 아니하고는 형사절차상의 강제처분을 할 수 없다는 원칙을 말한다. 즉 영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다고 할 수 있다.

특히 수사절차에서 강제처분은 합목적성을 이유로 자의적으로 행사될 가능성이 크기 때문에, 추상적인 법률유보 만으로는 기본권 보장에 미흡한 측면이 많다. 이러한 이유에서 강제처분의 권한이 본래 헌법이 그 독립성을 보장한 법관의 권한에 속하는 것임을 명백히 하고, 수사절차에서 사법적 사전통제(richterliche Präventivkontrolle)를 위하여 인정된 것이 영장주의라고 할 수 있다.⁸⁶⁾

이에 따라 헌법 제12조 제1항도 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고 있는 바, 제1항의 전단은 신체의 자유를 선언한 것이며 후단은 신체의 자유를 침해하는 경우에는 적법절차의 원칙에 따라야 함을 내용으로 하는 부분이다. 즉 신체의 자유는 정신적 자유와 함께 모든 기본권의 기초가 되는 것임에도 불구하고, 역사적으로 국가 형벌권의 발동형식으로 침해되어 온 예가 많다는 점에서 헌법 제12조 제1항은 적법절차의 원칙을 선언한 후 같은 조 제2항 내지 제7항에서 적법절차의 원칙으로부터 도출될 수 있는 내용 가운데 특히 중요한 몇 가지 원칙을 열거하고 있는데, 헌법 제12조 제3항은 “체

86) 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 138면 ; 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002, 201면.

포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. ~”라고 규정함으로써 영장주의를 천명하고 있다.

이와 같이 영장주의는 수사상 필요한 경우 일정한 자유를 제한할 수 있다는 권한에 대한 법치국가적 제한을 의미하는 것으로, 권한을 행사하는 수사기관의 입장에서 보면 영장 없이 강제처분을 해서는 안된다는 ‘금지’에 해당되고, 수사대상인 형사피의자의 입장에서 보면 영장에 의한 강제처분을 요구할 수 있는 권리를 규정하고 있는 것이다. 따라서 영장주의는 수사기관을 위한 것이 아니라, 시민의 기본권을 보호하기 위한 제도이다.⁸⁷⁾

권한과 금지를 통한 수사목적달성과 기본권보호 사이의 실제적 조화와 실현은 제3의 독립기관인 법원에 속해 있으며, 헌법이 신분을 보장하고 있는 법관의 영장발부에 의존한다. 영장주의는 수사기관의 강제수사활동에 대한 사법적 통제 또는 사전억제이며, 수사 절차에서 권력분립을 실현하는 제도라고 할 수 있다.

수사단계이든 공판단계이든 수사나 재판의 필요상 구속 등 강제처분을 하지 않을 수 없는 경우는 있게 마련이지만 강제처분을 받는 피의자나 피고인의 입장에서 보면 심각한 기본권의 침해를 받게 되므로 헌법 제12조 제3항은 강제처분의 남용으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단으로 영장주의를 천명한 것이다. 특히 강제처분 중에서도 중립적인 심판자로서의 지위를 갖는 법원에 의한 강제처분에 비하여 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 적나라하게 공권력이 행사됨으로써 국민의 기본권을 침해할 가능성이 큰 만큼 수사기관의 인권침해에 대한 법관의 사전적·사법적 억제를 통하여 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 인권보장을 도모한다는 면에서 영장주의의 의미가 크다고 할 것이다.⁸⁸⁾

이러한 취지에서 마치 모든 구속영장의 발부에는 검사의 신청이 필요한 것처럼 규정하고 있는 헌법 제12조 제3항과 관련, 헌법재판소도 공판단계에서의 영장발부시 검사의 영장신청 필요 여부에 대하여 “영장주의의 본질과 헌법 제12조 제3항의 연혁을 종합하여 살펴보면, 영장주의는 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 규정으로부터 도출되는 것이고,

87) 배종대/이상돈, 형사소송법 제7판, 홍문사, 2006, 215면 ; 신동운, 형사소송법, 제3판, 법문사, 2005, 108면.

88) 이러한 면에서 법원이 직권으로 발부하는 영장과 수사기관의 청구에 의하여 발부하는 구속영장의 법적 성격은 갖지 않다. 즉, 전자는 명령장으로서의 성질을 갖지만 후자는 허가장으로서의 성질을 갖는 것으로 이해되고 있다.

그 중 헌법 제12조 제3항이 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정한 취지는 수사단계에서의 영장주의를 특히 강조함과 동시에 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정하는 데 있다고 해석된다(공판단계에서의 영장발부에 관한 헌법적 근거는 헌법 제12조 제1항이다). 그렇지 아니하고 헌법 제12조 제3항의 규정 취지를 공판단계에서의 영장발부에도 검사의 신청이 필요한 것으로 해석하는 것은 신체의 자유를 보장하기 위한 사법적 억제의 대상인 수사기관이 사법적 억제의 주체인 법관을 통제하는 결과를 낳아 오히려 영장주의의 본질에 반한다고 할 것이기 때문이다.”라고 판시한 바 있다.⁸⁹⁾

마찬가지로 헌법재판소가 “법원에 공소가 제기된 이후 형사소송법상 피고인의 구속에 관한 권한은 오직 법관에게 있을 뿐 검사에게는 피의자를 구속하기 위한 검사의 구속영장청구권과 유사한 권한마저 없으며 ~”라고 판시한 것도 이와 같은 취지이다.⁹⁰⁾

결국 영장주의는 헌법이나 법률이 명문으로 규정한 경우 외에도 적법절차의 원리가 충실히 실현되어야 할 영역에서는 입법원리 내지는 해석원리로도 작용하며, 헌법이 명시적으로 보장하고 있는 기본권 침해에 대해서는 마찬가지로 적용되어야 한다.⁹¹⁾

2. 영장주의에 관한 헌법 규정의 연혁

1) 현행 헌법과 형사소송법 규정

현행 헌법⁹²⁾ 제12조 제3항 전단은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하면서, 제16조 후단에서도 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있다.⁹³⁾ 이와 같이 영장주의를 규정하고

89) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28 결정.

90) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고, 96헌마256 결정.

91) 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 139면.

92) 1987. 10. 29. 전문개정 헌법 제10호.

93) 영장신청권환을 검사에게 부여하고 있는 이러한 헌법 규정과 관련하여 헌법이 검사에게 부여하고 있는 이 권한은 다른 국가기관이 행사할 수 없다는 해석이 가능하게 되며, 이 조항을 바탕으로 경

있는 제12조 제3항과 제16조는 마치 모든 영장의 발부에는 검사의 신청이 필요한 것처럼 규정하고 있다. 마찬가지로 현행 형사소송법⁹⁴⁾ 제200조의2 제1항 본문은 “~ 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부 받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다.”라고 규정하고 있으며, 수사기관에 의한 구속절차를 규정하고 있는 제201조 제1항 본문도 “~ 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 압수·수색·검증영장과 관련하여 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 하면서, 같은 조 제2항에서 “사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

이와 같이 현행 헌법과 형사소송법 규정에 의하면 수사단계에서 형사피의자를 체포·구속하거나 압수·수색·검증의 필요가 있는 경우에 사법경찰관은 독자적으로 체포·구속·압수·수색·검증영장을 법관에게 청구할 수 없고, 검사에게 영장의 발부를 신청만 할 수 있고, 사법경찰관의 영장신청에 대하여 검사가 이를 판단한 후 검사만이 법관에게 영장을 청구할 수 있도록 하고 있다.

2) 제헌헌법과 1954년 제정 형사소송법 규정

영장주의를 헌법에 처음으로 규정한 제헌헌법⁹⁵⁾ 제9조 제2문은 “체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다. 단, 범죄의 현행범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있

찰의 수사권 독립논의에 있어서 경찰의 수사권독립 주장에 대하여 헌법적 한계를 논의할 수 있다는 견해로, 황도수, “검사의 헌법상 지위” 지정토론편, 형사법과 헌법이념(박영사, 2006), 17면.

94) 2005. 3. 31. 제14차 개정, 법률 제7427호.

95) 1948. 7. 17. 제정 헌법 제1호.

다.”라고 규정하고 있었으며, 제10조에서도 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 거주와 이전의 자유를 제한받지 아니하며 주거의 침입 또는 수색을 받지 아니한다.”라고 하여 주거에 대한 수색과 압수와 관련해서는 특별히 영장주의를 규정하지 않았다. 즉 제헌헌법 당시에는 영장청구권의 주체에 대하여 별도로 제한을 두지 않았다는 것이다.

이러한 제헌헌법 제9조와 제10조의 규정에 따라 1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 형사소송법 제201조 제1항 본문도⁹⁶⁾ “피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”라고 규정하였으며,⁹⁷⁾ 제215조도 “검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 규정하였다. 즉, 1954년 형사소송법이 처음 제정될 당시에는 수사기관의 구속·압수·수색영장신청과 관련하여 검사 뿐만 아니라 사법경찰관에게도 영장신청권을 부여하고 있었다.

3) 1961년 제1차 형사소송법 개정법률과 1962년 제5차 개정헌법 규정

그러나 1961. 9. 1. 법률 제705호로 제1차 개정된 형사소송법 개정법률은 제201조 제1항 본문에서 “피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수가 있고 사법경찰관은 검사에 청구하여 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”라고 개정하였는데, 이 개정규정에 따라 사법경찰관

96) 당시 국회에 제출된 형사소송법 草案 제195조는 “피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 각호에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”로 되어 있었다(한국형사정책연구원, 형사소송법개정자료집, 1990, 37면).

97) 또한 같은 조 제6항은 현재 논란이 되고 있는 영장기각결정에 대한 불복과 관련하여 “전항의 청구를 기각하는 결정에 한하여 항고를 할 수 있다.”라고 하여 법원의 영장기각결정에 대한 불복절차로 항고를 인정하고 있었다. 이 규정은 제3차 형사소송법 개정법률(1973. 1. 25. 개정 법률 제2450호)에서 삭제되었다.

은 독자적으로 영장청구를 할 수 없고 검사에게 청구하여 법관의 영장을 발부받게끔 규정하였다. 이와 같이 형사소송법을 제정한 후 7년 뒤에 개정된 제1차 형사소송법 개정법률에서는 영장청구권자를 검사로 제한한 것이다. 마찬가지로 압수·수색·검증영장청구에 있어서도 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 개정하면서 같은 조 제2항에서 “사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 청구하여 지방법원 판사가 발부한 압수, 수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 하여 사법경찰관의 독자적인 영장청구권을 제한하였다.

그리고 위와 같이 영장청구권자를 검사로 한정된 형사소송법 개정 내용은 1962. 12. 26. 제5차 개정헌법⁹⁸⁾에 반영되었는데, 제5차 개정헌법 제10조 제3항 본문은 “체포·구금·수색·압수에는 검찰관의⁹⁹⁾ 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하였다. 그러나 제5차 개정헌법 제14조는 “모든 국민은 주거의 침입을 받지 아니한다. 주거에 대한 수색이나 압수에는 법관의 영장을 제시하여야 한다.”라고 하여 주거에 대한 압수·수색에 대해서는 제1차 개정 형사소송법과는 달리 영장청구권의 주체를 검사로 한정하지 않았다. 다만 개정된 제10조 제3항의 취지에 의해 주거에 대한 압수·수색에도 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하는 것으로 해석하였다.

이와 같이 제1차 형사소송법 개정법률과 제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 ‘검찰관의 신청’이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다는 것인데, 즉 수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것이다.¹⁰⁰⁾

그런데 여기서 문제가 되는 것은 1961년 개정된 제1차 형사소송법 개정법률이 위헌적 소지를 가지고 있다는 것인 바, 형사소송법이 개정될 당시인 1961년 헌법은 위에서 살

98) 헌법 제6호.

99) 검찰관이라는 용어가 헌법에 처음으로 사용된 것을 두고, “이는 검찰제도를 채택하고 있는 우리 법제에서 검찰관의 헌법상 근거를 처음으로 마련하였다는 데에도 그 의미가 있다”고 보는 견해로, 이금로, “헌법상의 인신구속제도에 대한 소고”, 형사법과 헌법이념(박영사, 2006), 159면.

100) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28 결정.

펴본 바와 같이 제9조 제2문 단서에서 “단, 범죄의 현행범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다.”라고 하여 명시적으로 검사 뿐만 아니라 사법경찰관에게도 독자적인 영장청구권을 인정하고 있었음에도 불구하고, 하위법인 형사소송법 개정 규정이 이를 검사만으로 제한했다는 점에서 1961년 제1차 형사소송법 개정법률은 명백하게 헌법에 위반되는 개정이었다. 즉 헌법에 위반되는 형사소송법 개정이 먼저 이루어진 다음에, 1962년 제5차 헌법 개정에서 ‘검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부하는 영장’으로 규정되었던 것이다.

그럼에도 불구하고 이 조항의 성격에 대하여 영장청구권에 대한 검사의 독점적 지위를 명확히 하여 검찰의 수사지휘권을 확보하기 위한 규정인 동시에 법률전문가에 의하여 영장발부의 합법성을 높여서 궁극적으로 기본권 침해방지를 위한 이중적 장치로 규정된 것이라고 해석하는 견해나,¹⁰¹⁾ 이러한 헌법개정으로 형사소송법의 개정을 통한 영장청구권자의 변경은 불가능한 것이 되었다는 견해¹⁰²⁾는 이 조항의 위헌적 소지를 간과한 것으로 타당한 해석이라고 보기가 어렵다.

어떠든 영장청구권에 제한을 둔 ‘검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장’이라는 규정은 1961년 제1차 형사소송법 개정법률과 1962년 개정헌법에서 처음으로 도입된 이래 현행 헌법과 형사소송법에 이르기까지 표현에 있어 약간의 차이는 있지만 같은 내용으로 존속되어 오고 있다.

4) 제7차 개정헌법과 제3차 형사소송법 개정법률 규정

제7차 개정헌법¹⁰³⁾ 제10조 제3항 본문은 영장주의와 관련하여 “체포·구금·압수·수색에는 검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 개정하여 검찰관이라는 용어 대신에 검사라는 용어를 처음으로 사용하였으며, 제14조도 “모든 국

101) 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001, 247면-248면 ; 신동운, “인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안”, 서울대학교 법학 제39권 제1호 (서울대학교 법학연구소, 1998), 40면.

102) 신동운 “영장실질심사제도의 실시와 영장주의의 새로운 전개 - 영장제도에 대한 연혁적 고찰을 중심으로”, 새로운 인신구속제도연구(법원행정처, 1996), 40면.

103) 1972. 12. 27. 전문개정 헌법 제8호.

민은 법률에 의하지 아니하고는 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하여 헌법 규정에 처음으로 주거에 대한 압수·수색영장 발부에 ‘검사의 요구’라는 문구를 사용하였다.

그리고 제7차 개정헌법에 따라 제3차 형사소송법 개정법률¹⁰⁴⁾ 제201조 제1항도 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 요구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 요구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”라고 개정되었다. 그리고 압수, 수색, 검증과 관련하여 제215 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 요구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”, 같은 조 제2항은 “사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 요구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.”로 개정되었다.

5) 제8차 개정헌법과 제5차 형사소송법 개정법률 규정

제8차 개정헌법¹⁰⁵⁾ 제11조 제3항 본문은 “체포·구금·압수·수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”, 제15조는 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하여, 종전의 ‘검사의 요구’라는 문구를 ‘검사의 신청’으로 개정하였다.

그리고 위와 같은 제8차 개정헌법 규정에 따라 제5차 형사소송법 개정법률¹⁰⁶⁾ 제201조 제1항 본문은 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”로 개정되었으며, 제215

104) 1973. 1. 25. 일부개정 법률 제2450호.

105) 1980. 10. 27. 전문개정 헌법 제9호.

106) 1980. 12. 18. 일부개정 법률 제3282호.

조 제1항도 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”로, 같은 조 제2항은 “사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 개정되었다.

6) 제9차 개정헌법과 제8차 형사소송법 개정법률 규정

제9차 개정헌법¹⁰⁷⁾ 제12조 제3항 본문은 체포와 구속제도를 구별하여 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 개정하였으며, 제8차 형사소송법 개정법률¹⁰⁸⁾ 제200조의 2 제1항 본문은 신설된 체포제도와 관련하여 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다.”라고 규정하였다.

3. 합리적인 영장청구권 귀속 주체

수사기관에 의한 강제처분의 경우 영장주의의 취지는 위에서 살펴본 바와 같이 집행절차를 적정하게 하고 수사기관의 강제처분 발동에 대한 사법적 억제를 통하여 수사기관에 의한 강제처분권의 남용을 방지하고 인권보장을 도모하자는 것이다.

이와 같이 강제처분에 대한 사법적 억제를 통해 인권을 보장하고자 하는 제도인 영장주의가 검찰과 경찰 사이에서는 본래의 취지보다는 검사의 사법경찰관에 대한 지휘권 확보 수단 내지 유력한 통제수단이 되고 있는 것이 현실이다. 경찰수사권의 실효성을 담보

107) 1987. 10. 29. 전문개정 헌법 제10호.

108) 1995. 12. 29. 일부개정 법률 제5054호.

하기 위하여는 경찰에게 법관에 대한 직접적인 영장청구권이 보장되어야 한다. 즉 앞으로 논의에 따라서는 경찰에게 독자적 수사권을 부여하면서 강제수사를 위한 법관의 영장을 발부 받기 위해서 현재와 같이 검사를 경유하는 영장신청제도를 두게 된다면 실질적인 독자수사가 이루어질 수 없기 때문이다.

따라서 초동수사단계인 사법경찰에 의한 수사단계에서부터 법원이 적극적으로 강제처분권의 발동을 억제하고 이에 대하여 적절히 통제하기 위해서는 현재와 같이 검사가 사법경찰에 대한 수사권을 통제할 것이 아니라, 최종적인 사법적 판단권을 가지고 있는 법원에 의한 통제가 이루어지는 것이 타당하다. 특히 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 하여 법원에 의하여 법률에 의한 사법적 판단을 권리를 헌법적 기본권으로 명시하고 있다. 즉 수사기관 중 영장청구를 누가 하느냐의 문제가 중요한 것이 아니라, 누가 청구하더라도 오직 법원에 의한 사법판단에 의하여 영장 발부가 이루어질 때 비로소 헌법이 보장하고 있는 재판받을 권리가 실질적으로 보장되는 것이다.

또한 앞에서 본 바와 같이 현행 수사권 체제가 검사와 사법경찰의 관계를 상명하복의 관계로 규정하고 있는 것도 아닐 뿐만 아니라, 비록 사법경찰관이 검사의 지휘를 받는다 하더라도 제헌헌법이나 제정 형사소송법의 예를 보더라도 이유 여하를 막론하고 오직 검사에게만 영장청구권이 인정되는 수사권체제가 결코 바람직하다고 볼 수는 없다.

권한에 상응하는 책임과 함께 수사권을 행사하는 기관간에 상호 견제와 균형이라는 입장에서 보더라도 사법경찰관에게 독자적인 영장청구권을 부여하는 것이 타당하다. 특히 영장주의의 본질인 강제처분에서의 인권보장이라는 측면에서 볼 때 현재 인권보장을 위한 제도적 장치를 검찰과 경찰이 별도로 규정하고 적용하는 것이 아닐 뿐 아니라, 수사기관 전체에 공통 적용되는 제도와 장치로 작용되고 있다는 점에서 영장청구권의 행사에 차등을 두는 것은 타당하지 않다.

따라서 사법경찰관에게 법관에 대한 영장청구권을 보장하기 위해서는 먼저 제헌헌법과 마찬가지로 헌법 제12조 제3항에서 “검사의 신청에 의하여”라는 문구를 삭제하여 사법경찰관경찰이 직접 영장을 청구할 수 있는 길을 열어 놓아야 한다. 즉 헌법 제12조 제3항의 ‘검사의 신청에 의하여’를 삭제하고 ‘강제수사는 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다’로 개정하여 영장청구권을 검사와 사법경찰관 모두에게 인정해야 한다.

마찬가지로 구속·체포·압수·수색·검증 등 강제처분을 위한 영장의 신청이나 청구 절차를 규정한 형사소송법 제200조의2, 제200조의4, 제201조, 제215조 및 통신비밀보호법 제6조 등의 내용 중 사법경찰관의 영장청구에 검사를 경유하도록 한 규정을 삭제하고, 영장청구권자로서 “검사와 사법경찰관”을 병렬시켜 규정해야 할 것이다. 또한 앞에서 예시한 법규정의 경우 각개 조문의 제1항 중 ‘검사는’을 ‘검사와 사법경찰관은’으로 개정해야 한다.

법관에 대한 검사의 영장청구권이 헌법에 규정되어 있기 때문에 당연한 것으로 받아들이면서 변경이 불가능하다는 식의 주장은 타당하지 않다. 앞에서 살펴본 바와 같이 검사의 독점적 영장청구권은 개정이 불가능한 근본적인 헌법사항이라고 볼 수도 없으며,¹⁰⁹⁾ 우리나라의 경우 권력자의 편의에 의해서 제5차 개정헌법에 처음으로 등장한 것으로서 앞으로 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 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 법관에 청구할 수 있도록 하자는 견해도¹¹⁰⁾ 앞으로의 논의과정에서는 검토해볼 만한 내용으로 보여진다. 왜냐하면 체포영장제도는 주로 초동수사단계에서 피의자의 신병을 확보함으로써 수사절차의 원활한 진행을 담보하는 데 의미가 있으므로 굳이 중간에 검사가 개입할 필요가 없기 때문이다. 향후 법개정시 절충안으로서 검토할만 하다고 생각된다. 이 경우 구속영장을 제외한 압수·수색·검증영장 등 강제수사를 위한 여타의 영장이 체포영장과 함께 사법경찰의 직접 청구대상이 되어야 함은 물론이다.

109) 이관희, “경찰의 정치적 중립과 수사권 독자성 확보방안”. 수사연구(1994. 7), 32면.

110) 손동권, “경찰수사권 독립론에 대한 비판적 고찰”, 형사법과 세법(명형식 교수 회갑기념논문집, 1998), 317면.

VIII. 결 론

현대사회에서 경찰은 국민의 자유와 권리보호 및 사회안녕과 질서유지를 그 임무로 하고, 범죄의 예방과 수사를 하는 국가행정의 대표적 조직이다. 따라서 민주국가에 있어서 경찰은 그 나라 고유한 정치체제 속에서 합법적·민주적·능률적·독립적·중립적인 조직을 가져야 한다. 특히 경제의 고도성장과 사회의 변동에 따라 범죄도 날로 증가하고 질적으로 다양화되고 있으며, 또한 국민의 인권의식과 기대수준은 점차 높아지고 있어 모든 여건에 부응하면서 범죄수사를 낭비와 무리 없이 능률적으로 수행해 나가기 위해서는 범죄수사를 직접적으로 전담하는 경찰에게 독립적인 수사권을 부여하여 경찰을 본래적, 일차적 수사권의 주체로 하는 것이 법이론적으로 보더라도 타당하다.

그런데 우리나라의 현행 형사소송법은 영미법계의 당사자주의적 요소를 받아 들인 형사소송구조를 가지고 있으면서 수사권체제만은 대륙법계의 검사주재수사체제를 고수하고 있음으로 말미암아 경찰은 법무부 소속인 검사의 지휘, 통제를 받아 범죄수사를 행하고 있다. 그리하여 전체 범죄의 98% 이상을 경찰이 처리하고 있음에도 불구하고 경찰은 검사의 수사보조자로서의 지위를 벗어나지 못하고 있다. 이와 같이 경찰의 수사기능이 검찰에 예속됨으로서 경찰수사의 능동성과 능률성이 저해됨은 물론 경찰전체의 사기와 경찰발전에 부정적 영향을 미치게 하고 있다. 뿐만 아니라 대국민 법률서비스 측면에서도 이중 수사로 인한 시간 낭비, 소송비용 증가 등 큰 손실이 아닐 수 없다.

지금까지 경찰의 독자적 수사를 반대해온 자들은 아직도 경찰의 자질과 인권 침해의 우려 때문에 경찰에게 독자적 수사권을 인정하기가 곤란하다는 점을 지적하고 있지만 전통적으로 인권을 존중해온 영국이나 미국에서도 경찰의 수사권을 인정하고 있으며, 40년 전 일본에서 경찰에게 독자적 수사권을 인정할 당시 인권 침해 문제를 우려하였으나 이는 기우에 불과하였음이 입증되고 있다. 오히려 경찰에게 권한 없이 책임만이 부과되는 불균형 속에서 경찰이 자기 비하적인 인권침해현상이 생겨날 수도 있고, 검찰에 수사권이 집중됨으로 말미암아 권력이 남용될 수도 있다. 이제 우리나라도 급격히 변화하는 사

회문화의 여건과 안정된 민주사회에서의 국민수준, 범죄양상, 검찰의 권위주의 청산과 과중한 업무량, 경찰의 향상된 자질 및 급변하는 사회변동추세와 전망 등을 종합 분석할 때 조금 늦은 감이 있으나 이제라도 현행 제도의 불합리한 점을 과감히 개선한다는 차원에서 경찰수사권을 독립시켜 범죄수사에 능률을 향상시키고, 민주사회정착과 국가발전에 보다 기여할 수 있도록 해야 한다.

특히 영장주의는 수사기관의 강제수사활동에 대한 사법적 통제 또는 사전억제이며, 수사절차에서 권력분립을 실현하는 제도라고 할 수 있다. 즉 법관의 공정한 판단에 의하여 수사기관에 의한 강제처분권한의 남용을 억제하고, 시민의 자유와 재산의 보장을 실행하기 위한 원칙이라는 점에서, 권한과 금지를 통한 수사목적달성과 기본권보호 사이의 실제적 조화와 실현은 제3의 독립기관인 법원에 속해 있으며, 헌법이 신분을 보장하고 있는 법관의 영장발부에 의존한다. 영장청구권을 검사에게 국한하고 있는 것에 대하여 일반적으로 법률전문가에 의하여 합법성을 높이기 위한 것이라고 해석하고 있다. 그러나 실제로 이루어지고 있는 검찰실무를 보면 검사의 영장청구권 독점이 강제처분의 운용에 어떤 법치국가적 제한을 내포하고 있는 것으로는 보이지 않는다. 바로 이러한 현실이 사법경찰에게도 독자적인 영장청구권을 인정해야 한다는 주장의 근거가 될 수 있을 것이다.¹¹¹⁾

따라서 사법경찰관에게 법관에 대한 영장청구권을 보장하기 위해서는 먼저 제헌헌법과 마찬가지로 헌법 제12조 제3항에서 “검사의 신청에 의하여”라는 문구를 삭제하여 사법경찰관경찰이 직접 영장을 청구할 수 있는 길을 열어 놓아야 한다. 즉 헌법 제12조 제3항의 ‘검사의 청구에 의하여’를 삭제하고 ‘강제수사는 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다’로 개정하여 영장청구권을 검사와 사법경찰관 모두에게 인정해야 한다.

마찬가지로 구속·체포·압수·수색·검증 등 강제처분을 위한 영장의 신청이나 청구 절차를 규정한 형사소송법 제200조의2, 제200조의4, 제201조, 제215조 및 통신비밀보호법 제6조 등의 내용 중 사법경찰관의 영장청구에 검사를 경유하도록 한 규정을 삭제하고, 영장청구권자로서 “검사와 사법경찰관”을 병렬시켜 규정해야 할 것이다. 또한 앞에서 예시한 법규정의 경우 각개 조문의 제1항 중 ‘검사는’을 ‘검사와 사법경찰관은’으로 개정해야 한다.

111) 배종대/이상돈, 형사소송법 제7판, 홍문사, 2006, 215면.

법관에 대한 검사의 영장청구권이 헌법에 규정되어 있기 때문에 당연한 것으로 받아들 이면서 변경이 불가능하다는 식의 주장은 타당하지 않다. 앞에서 살펴본 바와 같이 검사 의 독점적 영장청구권은 개정이 불가능한 근본적인 헌법사항이라고 볼 수도 없으며, 우 리나라의 경우 권력자의 편의에 의해서 제5차 개정헌법에 처음으로 등장한 것으로서 앞 으로 헌법이 개정될 경우 얼마든지 개정을 검토할 수 있다고 생각된다.

참 고 문 헌

I. 학위논문

- 강선주, 자치경찰제 도입에 관한 연구, 경상대학교 석사학위논문, 1998.
- 강수열, 경찰수사권체제에 관한 연구, 부산대학교 박사학위논문, 2002.
- 김상수, 한국경찰의 수사권 현실화 방안에 관한 연구, 원광대학교 석사학위논문, 2003.
- 김상윤, 경찰수사권체제의 합리화에 관한 연구, 동국대학교 석사학위논문, 1986.
- 김성원, 경찰수사권 독립에 관한 연구, 조선대학교 석사학위논문, 2004.
- 김지태, 경찰의 수사권독립에 관한 연구, 부산대학교 석사학위논문, 1992.
- 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001.
- 박동순, 경찰수사권 독립에 관한 연구, 고려대학교 석사학위논문, 2000.
- 박효식, 경찰의 독자적 수사권 확보 및 통제방안, 경북대학교 석사학위논문, 2006.
- 배희선, 경찰의 독자적 수사권 확보방안에 관한 연구, 원광대학교 석사학위논문, 2002.
- 유근영, 자치경찰제 도입에 관한 연구, 중앙대학교 석사학위논문, 2005.
- 윤재욱, 자치경찰제 도입의 준거와 합리적인 도입방안, 연세대학교 석사학위논문, 2004.
- 차인호, 자치경찰제 도입에 따른 경찰수사권의 현실화방안에 관한 연구, 대전대학교 석사학위논문, 2004.
- 최병문, 미국형사사법제도 연구, 영남대학교 박사학위논문, 1991.
- 최선우, 한국 수사권체제의 실태분석과 발전방안에 관한 연구, 동국대학교 석사학위논문, 1996.
- 하태준, 경찰수사권의 독립화에 관한 연구, 한양대학교 석사학위논문, 1988.
- 홍명희, 경찰수사권의 발전방향에 관한 연구, 동국대학교 석사학위논문, , 2003.

II. 단행본

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.
- 김기두, 형사소송법, 진정신판, 박영사, 1987.

- 김성수, 비교경찰론, 경찰대학, 2003.
- 김용진, 영국의 형사재판, 청림출판, 1995.
- 김형만, “일본의 수사구조 및 사법경찰제도”, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도(치안연구소 연구보고서 96-11), 1966.
- 문인구, 영미 검찰제도 개론, 법률문화연구회, 1971.
- 박승진/최석윤/이경재, 각국의 검찰제도(연구보고서 97-04), 한국형사정책연구원, 1998.
- 박창호/이동희/이영돈/임준태/표창원, 비교수사제도론, 박영사, 2004.
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 제6판, 홍문사, 2005.
- 백형구, 형사소송법강의, 제8정판, 박영사, 2001.
- _____, 알기쉬운 형사소송법, 제3판, 박영사, 2005.
- 서일교, 형사소송법, 제8개정판, 박영사, 1979.
- 서정범, 스위스의 경찰제도와 수사구조에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서 2000-07, 2000.
- 성광호, 범죄수사의 이론과 실제, 진리탐구, 1995.
- 송광섭, 형사소송법, 유스티니아누스, 1997.
- 신동운, 형사소송법, 제3판, 법문사, 2005.
- _____, 독일의 수사구조와 사법경찰제도 - 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도(치안연구소 연구보고서 96-11, 1996.)
- 신배식/소병철, 미국검찰 - 연원과 발전, 1995.
- 신양균, 형사소송법, 개정판, 법문사, 2004.
- 신현주, 형사소송법, 신정2판, 박영사, 2002.
- 신현창 외, 각국 수사지휘권의 운영실태 및 검사보수제도 시찰보고, 법무부, 1980.
- 안영훈, 프랑스의 형사사법구조에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서 2000-06, 2000.
- 염정철, 신고 형사소송법, 1980.
- 이상안, 신경찰행정학, 대한문화사, 1995.
- 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 성민기업, 2005.
- 이윤근, 비교경찰제도론, 법문사, 2001.
- 이재상, 형사소송법, 제6중판, 박영사, 2006.

- 이황우, 경찰학개론, 법문사, 2002.
- _____, 수사요원의 전문화에 관한 연구(연구보고서 90-15), 한국형사정책연구원, 1991.
- 임동규, 형사소송법, 제3판, 법문사, 2004.
- 정영석/이형국, 형사소송법, 전정판, 법문사, 1996.
- 정진환, 비교경찰제도, 학문사, 1996.
- 차용석, 형사소송법, 세영사, 1998.

III. 일반자료

- 공법연구회 편, 형사법과 헌법이론(제1권), 박영사, 2006.
- 수사권조정자문위원회, 검·경 수사권조정에 관한 공청회 자료집, 2005.
- 경찰청, 2005 경찰백서, 2006.
- _____, 경찰청 인권보호센터 연간보고서, 창간호, 2006.
- _____, 합리적인 수사권 조정 방향, 2005.
- _____, 경찰수사 혁신 추진, 2005.
- _____, 수사권 조정의 이해, 2005.
- 치안본부 편, 외국경찰제도 연구총서, 1988.
- 경찰개혁위원회, 자치경찰제의 이해, 1999.
- 경찰대학, 경찰수사론, 1998.
- 법무부, 각국의 사법경찰제도, 법무자료 제98집, 1998.
- _____, 자치경찰제 도입과 경찰수사권독립 문제, 1999.
- _____, 각국의 법무행정, 1994.
- 대검찰청, 유럽 국가의 검사와 경찰관계, 2005.
- _____, 검·경 수사권조정자문위원회 활동경과에 대한 보고 및 의견서, 2005.
- 서울고등검찰청, 수사지휘론, 1998.
- 사법연수원, 미국형사법, 1999.
- _____, 수사절차론, 1999.
- 이인기, 검·경 수사권 조정, 이렇게 하자, 이인기의원 정책자료집, 2005.

IV. 단편논문

- 권기선, “경찰의 수사권 독립에 대하여”, 경찰행정, 1998.8.
- 김유후, “불란서의 검찰제도”, 검찰 제4호, 1971.10.
- 김윤상, “수사지휘권과 인권보장”, 형사정책 제15권 제1호(한국형사정책학회), 2003.
- 김인호, “독일의 사법경찰제도”, 각국의 사법경찰제도-법무자료 제98집, 법무부, 1998.
- 김형표, “검찰제도에 관한 입법론적 고찰”, 법무연구 제3호, 1976.
- 남궁 석, “주요국의 수사권체제”, 입법조사월보, 1992.4.
- 박기석, “현행 검·경관계의 문제점과 경찰의 책임수사 원리”, 비교형사법연구 제5권 제2호(한국비교형사법학회), 2003.
- 박노섭, “사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제”, 비교형사법연구 제7권 제1호(한국비교형사법학회), 2005.
- 박영관, “일본검찰의 수사권 운용 역사·실태 및 그 전망”, 법무자료 제124집(해외파견검사연구논문집 제7집), 1989.12.
- 박정섭, “경찰수사의 선진화를 위한 수사권독립에 관한 연구”, 수사연구, 1992.2.
- _____, “경찰수사의 선진화를 위한 수사권 독립에 관한 연구 7 ; 수사권 전환의 필요성”, 치안문제 72(1986.3), 40면-45면.
- _____, “경찰수사의 선진화를 위한 수사권 독립에 관한 연구 9-12”, 치안문제 75-78, 1986.6-10.
- 박주선, “영국의 사법경찰제도”, 각국의 사법경찰제도-법무자료 제98집, 법무부, 1998.
- 배영곤, “일반국민의 시각에서 본 경찰수사권 독립”, 수사연구, 1992.10.
- 서보학, 수사권의 중립을 위한 수사권의 합리적 배분, 헌법학연구(한국헌법학회), 2002.
- 손동권, “피의자의 신병확보에 대한 현행제도의 문제점과 개선책”, 수사연구, 1992.11.
- _____, “자치경찰제도의 시행과 경찰수사권독립의 문제” 경실련 자치경찰제 대토론회자료집, 1999.
- 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(I) - 초기 법규정의 정비를 중심으로”, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 2001.5.
- _____, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II) - 초기 법제정의 정비를 중심으로

- 로”, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001.7.
- 신태영, “프랑스의 사법경찰제도”, 각국의 사법경찰제도-법무자료 제98집, 법무부, 1998.
- 심희기, “미군정법령 제176호 형사소송법의 개정”, 법사학연구 제16호, 1995.
- 안영훈, “프랑스의 경찰조직체계와 수사구조에 관한 연구”, 자치경찰제도 공청회자료 (경찰개혁위원회·한국경찰학회·치안연구소), 1998.
- 유용봉/강인철, “수사주재권의 근거와 한계”, 비교형사법연구 제8권 제1호(한국비교형사법학회), 2006.
- 유일준, “검사의 헌법상 지위”, 형사법과 헌법이론(제1권), 공법연구회 편, 2006.
- 윤장호, “경찰독자적 수사권확보와 관련한 문제점과 전망”, 치안문제 14, 1980.7.
- 윤종남, “미국의 사법경찰제도”, 각국의 사법경찰제도-법무자료 제98집, 법무부, 1998.
- 이관희, “경찰의 정치적 중립과 수사권 독자성 확보방안”, 수사연구 129, 1994.7.
- _____, “경찰수사권의 독자성 확보방안”, 수사연구, 1992.2.
- _____, “경찰의 정치적 중립과 수사권 독립문제”, 사법행정 343호, 1989.7.
- 이금로, “헌법상의 인신구속제도에 대한 소고”, 형사법과 헌법이론(제1권), 공법연구회 편, 2006.
- 이동희, “형사사법 개혁동향과 경찰·검찰의 역할변화”, 경찰학연구 제9호(경찰대학), 2005.
- 이상원, “미국의 경찰제도와 수사구조에 관한 연구”, 자치경찰제도 공청회자료, 1998.12.
- _____, “경찰수사교육의 문제점과 쇠퇴방안Ⅱ”, 수사연구, 1993.10.
- 이재상, “독일의 검찰제도”, 검찰 제46호, 1976.
- 이재석, “수사와 인권”, 비교형사법연구 제5권 제2호(한국비교형사법학회), 2003.
- 이황우, “경찰의 수사권독립, 왜 실현되어야 하나”, 경찰고시 183, 1980.1.
- _____, “경찰수사권독립”, 경찰고시 통권 제183호, 1980.11.
- 임준태, “독일경찰제도와 수사구조에 관한 연구”, 자치경찰제도 공청회자료(경찰개혁위원회·한국경찰학회·치안연구소), 1998.
- 장석현, “경찰의 수사권독립 방안”, 한국공안행정학회 세미나자료집, 1998.
- 정진환, “영국의 경찰제도”, 치안문제 통권 제17호, 1980.
- 차용석, “경찰수사권독립에 관한 견해”, 수사연구, 1992.3.
- 채정석, “미국 연방검찰청 실무수습보고서 - 미국 연방법무부 및 검찰의 조직·임무·

- 사건처리실태”, 해외과견검사연구논문집 제9집, 법무부, 1993.
- 천진호, “합리적 수사권 조정원리에 관한 연구”, 경찰학연구 제9호(경찰대학), 2005.
- 표창원, “경찰수사권 독립이 인권보장의 첩경”, 형사정책제15권 제1호(한국형사정책학회), 2003.
- 하태훈, “범죄수사단계에서의 사법경찰과 검찰과의 관계,” 홍대논총 제30집, 1998.
- 허일태, “경찰 수사권독립에 관한 견해” 수사연구 7월호, 1997.
- 渥美東洋, “지역경찰활동(Community Policing)에 관하여”, 형사정책연구소식 통권 제25호, 1994.9/10.
- 中村 明, “일본에 있어서 검사기소재량과 그 통제”, 형사정책연구소식 통권 제9호, 1992.1/2.

V. 외국문헌

- Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel, Criminal Procedure, 3rd ed., West Pub., 2000.
- Rolando V. Del Carmen, Criminal Procedure : Law and Practice, 5th ed., Wadsworth Pub., 2001.
- George T. Felkenes, Criminal Law and Procedure : Text and Case, 2nd ed., Prentice-Hall, 1985.
- Karl-Heinz Gössel, Strafverfahrensrecht, 1977
- Kleinknecht/Meyer-Großner, Strafprozeßprdnung(StPO), 42.Aufl., München: C.H.Beck, 1995
- Hans Lilie, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, ZStW 106(1994)
- Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 24.Aufl., München:C.H.Beck, 1995
- Bundeskliminalamt(Hrsg), Polizei und Justiz, Arbeitstagung des Bundeskliminalamtes Wiesbaden vom 12. bis 15. Oktober 1976., BKA-Vortragsreihe Bd.23.
- H. Rüping, “Das Vehättnis von Staatsanwaltschaft und Polizei”, ZStW 95(1983.)