

2013



第二十九輯

治安論叢

警察大學 治安政策研究所



第二十九輯

治安論叢

警察大學 治安定策研究所

현대사회의 불확실성 증가와 함께 범죄와 사고로부터 '안전한 사회'는 국민행복의 필수조건으로 인식되고 있습니다. 새 정부에서는 '안전'을 국정운영의 중심축으로 설정하고, 성폭력·가정폭력·학교폭력·부정불량식품 등 '4대 사회악' 척결을 천명하며 있습니다.

이에 따라 우리 경찰은 '4대 사회악'으로부터 안전한 사회를 만들기 위해 혼신의 노력을 기울이고 있으며, 경찰대학에서도 국정과제인 4대악 근절을 위해 그동안 사각지대로 연구가 미흡했던 4대악에 대한 실태를 정밀 분석하고 이론과 실무에 적합한 대책을 제시하고자 '4대 사회악 연구센터'를 새롭게 설치하여 모든 연구역량을 집중하고 있습니다.

치안정책연구소는 각종 현안 및 중·장기 치안정책 개발을 위해 경찰청 각 국·관에서 의뢰하는 지정 주제와 외부 연구진이 제시하는 자유 주제 중에서 시의성 있는 주제로 매년 17~18편을 선정하여 외부 연구 용역을 수행하고 있으며, 이 중 우수한 논문을 엄선하여 1984년부터 『치안논총』을 발간해 오고 있습니다. 이와 관련 모든 자료는 연구소 홈페이지를 통해 언제든지 활용하실 수 있습니다.

이번 『치안논총 제29집』은 '소년범 처리시 즉결심판 청구 활성화 방안', '국민이 체감할 수 있는 수사권 조정의 효과에 관한 연구', '수사상 경찰과 검찰의 협력 시스템 구축 방안' 등 총 3편의 논문을 엄선하여 발간하게 되었습니다.

아무쪼록 실무부서에서 알차게 활용되고 치안행정 및 경찰관련 연구분야에서 노력하고 있는 전문가들에게도 유용한 자료로 도움이 되었으면 합니다.

끝으로 그동안 연구에 전념하여 훌륭한 논문을 완성하여 주신 연구진과 『치안논총』 발간에 많은 관심과 도움을 주신 경찰대학장님과 관계자 여러분, 그리고 안전한 대한민국을 만들기 위해 치안현장에서 밤낮으로 헌신하고 계시는 13만 경찰관 여러분께 진심어린 감사의 말씀을 드립니다.

2013. 9.

치안정책연구소장

최경석

수사상 경찰과 검찰의 협력시스템 구축방안



《研究陣》

연구위원 : 김태명 (전북대학교 법학전문대학원 법학과 교수)

치안정책연구소

••• 목 차

| | |
|---|-----|
| I. 머 리 말 | 255 |
| 1. 연구의 목적 | 255 |
| 2. 연구의 내용과 방법 | 257 |
| II. 주요 선진국의 경찰과 검찰의 관계 및 협력시스템 | 259 |
| 1. 개 관 | 259 |
| 2. 프 랑 스 | 261 |
| 3. 독 일 | 269 |
| 4. 영 국 | 281 |
| 5. 미 국 | 290 |
| 6. 일 본 | 300 |
| 7. 수사상 경찰과 검찰의 관계에 관한 외국 입법례의 시사점 | 310 |
| III. 우리나라에서의 수사상 경찰과 검찰의 관계 | 314 |
| 1. 수사상 경찰과 검찰 관계의 변화과정 | 314 |
| 2. 형사소송법·검찰청법의 개정 취지에 비추어 본 대통령령의 문제점 | 326 |
| IV. 수사상 경찰과 검찰의 구체적 협력방안 | 339 |
| 1. 상호협력관계의 명문화 | 339 |
| 2. 경미사건에 대한 경찰 처분권한의 보장 | 343 |
| 3. 수사지휘 범위와 절차의 합리적 조정 | 352 |
| 4. 경찰과 검찰의 수사협력시스템 구축 | 354 |

| | |
|---------------|-----|
| V. 맺음 말 | 362 |
| • 참고 문헌 | 364 |
| 부록 | 368 |

I. 머리말

1. 연구의 목적

많은 논란 끝에 그간 검사의 수사보조자에 불과하였던 경찰에 대해 수사개시·진행권을 부여하고 검사의 명령에 대한 사법경찰관리의 복종의무를 폐지하는 것을 주된 내용으로 하는 개정형사소송법(법률 제10864호, 2011. 7. 18. 일부개정)과 개정검찰청법(법률 제10858호, 2011. 7. 18. 일부개정) 그리고 검사의 지휘에 관한 구체적 사항을 정한 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(대통령령 제23436호, 2011. 12. 30. 제정. 이하 대통령령이라고 한다)이 2012년 1월 1일부터 시행되었다. 이로써 해방 이후 줄 곳 논란이 되어 왔던 경찰과 검찰의 수사권의 문제가 일단락되었다.

이미 선진국은 대부분 2차 세계대전이 끝남과 동시에 상명하복의 전근대적 수사구조를 청산하고 상호협력의 근대적 수사구조로 나아간 것과 비교해 보면 21세기가 훌쩍 지난 지금에 와서야 비로소 개정이 이루어진 데에 대해서는 만시지탄(晩時之嘆)의 감을 감출 수 없으나, 그나마 약간이 진전이라도 있었다는 것은 여간 다행스러운 일이 아닐 수 없다.

그러나 형사소송법과 검찰청법의 개정과정에서 검찰이 현상태의 고수를 고집함으로써 개정의 내용은 아주 불완전한 형태에 그치고 말았다. 이 때문에 일선 경찰에서는 개정형사소송법과 대통령령이 과거의 형사소송법과 사법경찰관리직무규칙의 틀을 사실상 벗어나지 못하고 있다는 비판을 제기하고 있고, 내사를 둘러싼 대립에서 볼 수 있듯이 개정법률은 경찰과 검찰의 갈등을 해소하는데 별다른 도움이 되고 있지 못한 실정이다. 이런 상황에서 검찰은 개정형사소송법 및 대통령령 하에서도 실질적으로는 과거와 변한 것이 없고, 오히려 개정형사소송법은 검사가 본원적 수사권자이고 사법경찰관은 파행적

수사권자임을 더욱 명백히 하고 있다는 주장까지 제기하고 있다. 이렇듯 개정형사소송법과 대통령령이 시행된 지 1년이 지났음에도 불구하고 수사권을 둘러싼 경찰과 검찰의 줄다리기는 계속되고 있다.

그동안 ‘검찰공화국’이라는 말이 등장할 정도로 우리나라의 검찰은 세계적으로 유래를 찾아보기 힘든 막강한 권력(즉 수사권, 사법경찰관리에 대한 수사지휘권, 영장청구권, 공소권, 형집행지휘권 등 형사절차전반에 걸친 권력)을 독점적으로 행사해 왔다. 특히 수사와 관련해서 검찰은 경찰수사에 대한 법률적 통제자의 역할을 하기 보다는 상명하복관계에 기초한 지휘를 통해 경찰을 단순히 검사의 보조자 정도로 취급해 왔고, 일반 국민까지도 경찰을 마땅히 검찰의 명령에 복종해야하는 기관쯤으로 인식하게끔 만들었다. 이로 인해 초래된 결과는 수사의 효율성의 보장과 인권보장이 아니라 오히려 그 반대인 수사의 효율성과 공정성의 저해, 검찰권남용으로 인한 부정비리, 인권침해 등의 슬픈 부작용이었다.

이번 형사소송법과 검찰청법의 개정취지는 그간의 경찰과 검찰의 갈등과 대립을 극복하고 상호협조로 사회비리와 범죄에 효율적으로 대처하고 국민의 인권보호를 촉진할 수 있는 새로운 수사구조를 만드는 데 있다.¹⁾ 그럼에도 불구하고 검찰에서는 여전히 “개정형사소송법은 용어와 조문체계를 바꾸었을 뿐 본원적 수사권자인 검사의 수사주재자로서의 지위와 사법경찰에 대한 포괄적 수사지휘권을 유지하고, 파생적 수사권자인 사법경찰관에게 검사의 지휘 하에서 자율적으로 수사를 개시·진행할 수 있도록 한 점에서 현행법상의 수사체제와 달라진 것이 없다.”²⁾ 주장을 계속하고 있는 현실은 개탄스럽기까지 하다.

이와 같이 법률의 개정에도 불구하고 무익한 대립이 계속되고 있는 가장 큰 원인으로서는 개정법률의 불완전성을 지적하지 않을 수 없다. 즉 개정형사소송법이 위와 같은 개정취지를 제대로 반영하지 못하고 불완전한 형태로 되어 있을 뿐만 아니라, 대통령령 또한 형사소송법의 개정취지를 제대로 살리지 못하고 검찰의 입장을 일방적으로 반영하

1) 국회 사법제도개혁특별위원회, 제300회 사법제도개혁특별위원회 회의록 18호(2011.5.19.), 18면.

2) 이완규, “개정형사소송법상 수사체계”, 법조 660호(2011.9.), 5면 이하.

고 있기 때문에 수사권을 둘러싼 논쟁의 불씨가 여전히 가지지 않고 있는 것이다. 그러나 이제는 더 이상 수사권을 둘러싼 원론적인 논쟁에 매달릴 수는 없다. 외국의 사례에서 볼 수 있듯이 중요한 것은 수사절차에서 누가 주도적인 지위를 차지하느냐가 아니라 날로 지능화, 대량화되어 가는 범죄에 맞서 국민의 인권을 보장하면서도 효율적으로 범죄에 대처할 수 있는 수사구조, 즉 경찰과 검찰 두 기관의 협력시스템을 마련하는 것이다. 이것이 바로 형사소송법의 개정취지이자 앞으로 경찰과 검찰이 지향해야 할 바람직한 관계이다.

이번 형사소송법과 검찰청법의 개정이 지난 60여 년간의 변화된 수사현실과 더욱 효율적이고 공정한 수사에 대한 국민적 여망을 반영한 것인 만큼, 일선에서 범죄를 예방·진압·수사하고 사회공공의 자유와 권리를 보호하며 사회공공의 질서를 유지해야 할 책무를 진 경찰로서는 여러 가지 어려움이 있을 지라도 입법취지를 실현하기 위한 노력을 지속적으로 해 나가지 않으면 안 된다.

본 연구보고서는 그동안 수사권조정을 둘러싼 그간의 논의와 연구성과를 바탕으로 하여, 사법경찰관에 대해 독자적인 수사개시·진행권을 부여한 개정형사소송법과 검사의 명령에 대한 복종의무를 폐지하여 상명하복관계를 지양(止揚)하고 상호협력관계를 지향(指向)하도록 한 개정검찰청법의 입법취지를 구현하기 위해 어떻게 경찰과 검찰간의 수사협력시스템을 구축해 나갈 것인지 그 구체적인 방안을 모색하는데 그 목적이 있다. 이를 위해 다음과 같은 내용과 방식으로 연구를 진행하고자 한다.

2. 연구의 내용과 방법

우선 II에서 선진국에서의 경찰과 검찰의 관계 및 수사협력시스템에 대해 살펴본다.

주지하다시피 입법례는 크게 프랑스, 독일 등을 중심으로 한 대륙법계와 영국, 미국 등을 중심으로 한 대륙법계로 나누어지는데, 본 연구에서는 대표적인 대륙법계 국가로서 프랑스와 독일 그리고 대표적인 영미법계 국가로서 영국과 미국에서의 경찰과 검찰

의 관계 및 협력시스템에 대해서 살펴본 다음, 대륙법에서 출발하여 영미법적 요소를 대폭적으로 수용한 일본에서의 경찰과 검찰의 관계 및 협력시스템에 대해서 살펴본다.

이러한 비교법적 연구는 단순히 외국의 수사구조에 대한 지식을 넓히는 데 있는 것이 아니라 국가간의 비교를 통해 우리나라 수사구조의 문제점과 한계를 조망하고 보다 발전적인 방향과 방안을 모색하는데 그 목적이 있다. 특히 본 보고서는 선진국들이 구체적으로 어떠한 수사협력시스템을 갖추고 있는지에 초점을 맞추어 연구를 진행한다.

다음으로 III에서 위와 같은 비교법적 연구를 바탕으로 우리나라에서의 경찰과 검찰의 관계에 대해서 살펴본다. 개정형사소송법과 대통령령이 시행된 지 얼마 되지 않은 만큼 입법취지에 부합하는 경찰과 검찰의 관계가 정립되어 있지 않음은 물론 수사협력시스템도 제대로 갖추어져 있지 못하다. 현재 우리나라의 수사구조가 개정형사소송법의 취지에 맞추어 재편되고 있는지 그리고 개정형사소송법이 지향하는 상호협력관계를 실현해 나가고 있는지를 점검하는 것이 III의 주된 내용이다. 특히 이 점과 관련해서는 대통령령이 형사소송법 및 검찰청법의 개정취지를 잘 반영하고 있는지, 문제가 되는 조항은 무엇이고 어떻게 개정되어야 할 것인지를 함께 검토한다.

그 다음으로 IV에서는 위와 같은 비교법적 그리고 국내법적 검토를 바탕으로 우리나라의 법규범과 현실을 고려하여 현실적으로 적용가능한 수사상 경찰과 검찰의 협력방안을 제시한다. 이를 위해 먼저 수사상 경찰과 검찰 관계의 원칙(상호협력관계, 수사의 효율성과 국민의 권익보호, 수사의 자율성 보장)을 제시한 다음 구체적인 협력방안으로서 경찰·검찰 수사협의체, 경찰과 검찰의 관계에 관한 기준정립, 합동수사기구의 설치·운영에 대해 살펴본다.

끝으로 V에서는 이상의 논의 결과를 종합하고 본 연구자의 최종의견을 제시한다.

II. 주요 선진국의 경찰과 검찰의 관계 및 협력시스템

1. 개 관

형사사법시스템은 크게 직업법관에 의한 재판과 당사자주의를 특징으로 하는 대륙법계와 배심에 의한 재판과 직권주의를 특징으로 하는 영미법계로 나누어진다. 대륙법계의 대표적 국가로는 프랑스와 독일을 그리고 영미법계의 대표적인 국가로는 영국과 미국을 들 수 있는데, 같은 법계에 속한 국가라고 하더라도 실제로는 수사 및 소추시스템에 있어 상당한 차이가 있다.

우선 프랑스에서 경찰은 독자적인 수사개시·진행권을 가지고 수사를 한 다음 이를 검찰에 송치하고 검찰은 다시 예심판사에 송치한다. 예심절차가 개시되기 전까지 수사의 주재자는 검찰이지만 예심절차가 개시된 이후 수사의 주재자는 예심판사가 되고, 예심판사는 자신의 권한을 사법경찰관에 위임하여 행사하기 때문에 실제로 대부분의 수사는 사법경찰관과 예심판사에 의해 행해진다. 프랑스에서는 검찰이 우리나라와 같이 법원과는 별개의 조직으로 되어 있는 것이 아니라 각급법원에 소속되어 있고, 각급법원에 설치된 검찰청의 장이 검찰사무를 행한다. 프랑스에서 검찰은 원칙적으로 소추기관이며, 수사지휘권과 더불어 수사권을 가지고 있기는 하나 독자적인 수사인력과 조직이 없기 때문에 예심판사에게 수사를 청구하거나 사법경찰관에 대해 수사를 지휘하는 것이 일반적이다.

독일은 법원조직에 대응하여 별도의 검찰조직이 구성되어 있고, 검찰에게 수사권과 경찰에 대한 수사지휘권을 부여함으로써 검사는 모든 종류의 수사를 직접 행하거나 사법경찰관으로 하여금 수사를 하게 할 수 있다. 그러나 독일의 경찰은 단순히 검찰의 보조기관이 아니라 독립된 기관으로 독자적으로 수사를 개시·진행할 권한과 의무를 가지고

광범위한 영역에서 수사권을 행사하고 있고, 독일 검찰은 우리나라와 같이 자체적인 수사인력을 보유하고 있지 않기 때문에 실질적으로 경찰에게 수사를 촉탁 또는 위임하여 수사를 진행한다. 또한 수사현실에 있어서는 대부분의 사건에서 경찰이 자체적으로 수사를 마무리하고 그 결과를 검찰에 송치하고, 검찰은 경찰의 수사를 기초로 기소여부를 결정한다.

영국은 사인소추와 당사자주의를 이념으로 하는 커먼로의 전통에 따라 사인(私人) 또는 경찰이 소추를 담당해 오다가 1985년 범죄소추법(Prosecution of Offenses Act)에 근거하여 설치된 왕립기소청(Crown Prosecution Service)이 소추를 담당한다. 그러나 왕립기소청은 대륙법계 국가에서와 같이 소추업무를 전담하는 것이 아니라 경찰이 수사하여 소추(charge)한 경우 이를 인수하거나 국가적으로 중요한 사안이나 어려운 사안 등 그 성질에 비추어 필요하다고 인정되는 사안에 대해서만 직접 소추를 행한다. 그리고 경찰에 대한 지휘·감독권한이 부여되어 있지 않으며 소추에 관하여 필요한 경우 조언을 하며 일정한 범죄에 대하여 정보보고를 받을 뿐이다. 이처럼 영국에서는 수사는 경찰이 독립하여 행하고 경찰이 검찰의 조언을 받아 소추를 하면 검찰이 이를 인수하여 소추를 수행한다. 영국에서 경찰과 검찰은 대륙법계 국가와 같은 일반적 지휘·명령관계가 아니라 분리·독립적인 관계에 있다.

미국에서는 원칙적으로 검사가 소추기관이나 경찰도 수사기관이면서 동시에 소추자로서 적극적으로 사건을 소추하고 법정에서 소송절차에 관여한다. 다만 연방이나 각 주의 검사는 공선제로 선출된 공적 소송의 대리인(public attorney)으로서 특별 보조경찰관(검사가 특별히 채용한 수사관 또는 경찰로부터 파견된 경찰관)을 지휘하고 스스로 수사를 할 수 있다는 점에서 영국과 다소 차이가 있다.

끝으로 프랑스, 독일 등의 대륙법계를 기초로 형사사법시스템을 구축한 일본은 우리나라와 가장 유사한 수사 및 소추시스템을 갖고 있으나 2차 세계대전 이후 영미법계의 요소를 상당히 수용함으로써 과거 상명하복의 경찰·검찰관계에서 벗어나 상호협조관계로 변화하였다.

이처럼 대륙법계와 영미법계는 경찰과 검찰의 권한 내지는 관계에서 상당한 차이가

있다. 그러나 이러한 제도상의 차이에도 불구하고 실질적으로 경찰과 검찰은 수사와 소추에 있어 상호협력관계에 있다고 할 수 있다. 이하에서는 대표적인 대륙법계 국가로서 프랑스(2)와 독일(3), 영미법계 국가로서 영국(4)과 미국(5) 그리고 대륙법계에 기초하여 영미법계의 요소를 절충한 일본(5)에서의 경찰과 검찰의 관계에 대해서 살펴본다.

2. 프랑스

(1) 프랑스 형사절차의 개요

프랑스 형사사법시스템의 가장 큰 특징은 재판을 담당하는 재판법원(jurisdiction de jugement)과 수사를 담당하는 예심법원(jurisdiction de instruction)을 구분하여, 검사가 수사에 직접 나서는 대신 예심법원에 소속된 예심판사(juge de instruction)로 하여금 수사를 담당하게 함으로써 수사의 공정성과 독자성을 보장하고 있다는 점이다. 물론 프랑스에서는 실제로 대부분의 수사를 사법경찰관이 담당한다. 즉 사법경찰관은 형벌법규를 위반하는 범죄를 확인하고 증거를 수집하며, 범인을 수사할 의무를 진다(프랑스 형사소송법 제14조). 이에 따라 사법경찰관은 범죄의 단서가 될 수 있는 정보의 수집, 범죄가 발생한 경우 범죄를 특정하고 범인을 확인할 수 있는 자료를 수집하는 기초수사를 하여 그 결과를 검찰로 이송한다. 프랑스의 검찰도 수사권을 보유하고 있으나 실무상으로 직접 수사를 하는 것이 아니라 사법경찰관에 대한 수사지휘, 예심판사에 대한 수사 청구, 예심판사의 수사 중 중요한 사항에 대한 의견제시 등의 역할을 담당한다. 예심판사는 검사의 예심개시청구가 있는 경우 수사에 필요한 모든 활동, 즉 피의자신문, 증인신문, 압수·수색·검증·통신감청을 행하고(프랑스 형사소송법 제51조) 이를 위해 소환영장, 구인영장, 압수·수색영장, 체포영장 등 각종 영장을 발부할 권한을 가지고 있다(제122조). 따라서 프랑스에서 수사는 사실상 사법경찰관과 예심판사에 의해서 수행되고 있다.

다만 모든 사건의 수사에서 예심절차가 진행되는 것은 아니며 범죄의 경중이나 난이도에 따라 조금씩 차이가 있다. 이를 간단히 소개하면 다음과 같다.³⁾

우선 살인 등 강력범죄 등 법정형이 10년 이상의 징역이나 금고인 중죄는 사건발생시 주로 경찰의 인지나 신고, 고소, 고발에 의해 경찰에 접수되며 이 경우 경찰은 현행범인 경우 체포 후 통상체포로, 현행범이 아닌 경우에는 바로 통상체포로 24시간 동안 체포할 수 있다. 경찰은 이를 통해 범인의 신병을 확보한 뒤 검사의 지휘를 받아 기간연장을 받거나 즉시 송치하면 검사는 사안이 중죄에 해당하는 경우 즉시 예심판사에게 송치한다. 예심판사는 사안을 검토하여 사법경찰관에게 수사기간을 정하여 위임수사를 지휘한다. 이 때 예심판사는 피의자를 판결전에 최소 4개월에서 4년까지 구속할 수 있고 피고인을 석방하는 권한도 가지고 있다.

예심판사는 자신의 권한을 사법경찰관에게 위임하여 행사함으로써 예심판사의 임무는 대부분 경찰에 의해 수행되고 있다. 위임수사를 진행하는 사법경찰관은 구속, 피의자신문 이외에 모든 예심판사의 권한을 행사하는데, 사건조사를 마치고 증거물과 관련서류를 예심판사에게 송치하면 예심판사는 혐의유무를 판단하여 수사를 종결한다. 수사종결시 예심판사는 당사자에게 그 사실을 통보하며, 검사에게도 최종의견을 얻기 위해 통보한다. 검사는 1개월 이내에 기소여부를 결정하여야 하며, 검사의 결정이 없는 경우 예심판사는 재판법원에 송치, 혐의없음, 이송 등의 결정을 한다.

검사가 사건을 기소한 경우 직업법관 3명과 배심원 9명으로 구성된 중죄법원에서 심리하여 8명 이상의 찬성이 있는 경우 유죄판결을 한다.⁴⁾ 형이 선고되고 판결이 확정되면 그 집행은 형집행판사가 담당하며, 형집행판사는 조건부석방, 선도조건부집행유예 등 형의 개별화를 위한 교정 등의 결정을 한다.

법정형이 10년 미만의 징역이나 금고이거나 2만 프랑 초과인 벌금인 경죄의 처리절차에 의한다. 우선 경찰의 사건송치가 있으면 검사는 재판법원에 기소를 한다. 다만 경죄 중 사안이 복잡하거나 경제·사건의 경우에는 예심판사에게 수사를 의뢰하여 기소를 한다. 이 경우 예심판사는 경찰에 위임수사를 지휘하고 경찰로부터 송치를 받은 후 경죄

3) 박창호·이동희·이영돈·임준태·표창원, 비교수사제도론, 2004, 49면 이하 참조.

4) 중죄, 경죄 그리고 위경죄의 심판을 담당하는 법원을 각각 중죄법원, 경죄법원 그리고 경찰법원이라고 한다. 이들은 별개의 조직과 시설을 갖춘 법원을 말하는 것이 아니라 각각 3명의 직업법관과 9명의 배심원, 3명의 직업법관, 단독판사로 구성된 심판의 주체를 말한다.

법원으로 송치명령을 내린다.

끝으로 법정형이 2만 프랑 이하인 위경죄는 1급부터 5급까지 나뉘는데, 250프랑 이하의 1급 경범죄는 통고처분을 하며 나머지는 경찰법원에서 재판이 이루어진다. 보통 1천 프랑 이상 4천 프랑 이하의 2급부터 4급까지의 경범죄는 검사의 위임에 의해 경감·경정급 경찰관이 기소를 담당하고 5급 경범죄는 검사가 기소를 담당한다.

(2) 프랑스의 형사사법기관과 경찰의 권한

1808년의 치죄법과 1810년 법원조직법에 의해 형성된 프랑스 사법제도의 기본적인 구조는 오늘날까지도 유지되고 있다. 독일·일본·우리나라와 비교해 볼 때 가장 큰 차이점은 검사가 조직상 독립된 관청이 아니라 각 법원에 소속된 사법관(magistrat) 중의 하나라는 것이다. 따라서 프랑스에서는 검찰이 별도의 청사나 인력을 보유하고 있지 않으며 예산도 별도로 집행되지 않는다.

프랑스의 법원조직은 파기원(Cour de cassation), 항소원(Cour d'appel), 지방법원(tribunal de première instance)와 치안법원(tribunal de juge de paix)으로 구분되는데, 치안법원을 제외한 각급 법원에 검찰청(parquet)가 설치되어 있고 각 검찰청에는 해당 법원의 검찰을 대표하며 검찰사무에 관하여 직원을 행사하는 장으로서 파기원과 항소원에는 검찰청장(procureur général)이 그리고 지방법원에는 검사장(procureur de la République)이 있다.⁵⁾ 그러나 우리나라와 같이 전체 검찰조직을 대표하고 지휘하는 검찰총장은 없다. 그리고 우리나라와 달리 개별검사(avocat, substitut)는 독자적인 권한이 없고 그가 속하고 있는 검찰청의 검사장의 지휘감독 하에 그의 위임을 받아 검사장의 이름으로 검찰사무를 처리한다. 검사장이나 공화국검사는 소속 검사를 지휘감독하고 검사의 직무를 스스로 처리하거나 다른 검사로 하여금 처리하게 할 수 있는 권한을 부여

5) 일반적으로 procureur général은 검사장으로 그리고 procureur de la République은 공화국검사로 번역된다. 그러나 우리나라의 지방검찰청 검사장에 해당하는 procureur de la République을 공화국검사로 번역하는 것은 상당히 어색하고, 오히려 procureur de la République의 권한을 실감나게 표현하기 위해서는 우리에게 익숙한 '검사장'이라는 번역이 더 낫다고 본다. 이러한 이유에서 본 보고서에서는 검사장이라는 용어를 사용하기로 한다.

하고 있어 프랑스에서도 검사동일체의 원칙이 인정되고 있으나, 이것은 검찰 전체가 아니라 개별 검찰청 단위에서만 적용된다는 점에서 우리나라와는 큰 차이가 있다.

프랑스에서 검찰은 원칙적으로 소추기관이나 검사의 소추권은 사소제도에 의해 통제되고 있다. 초기에는 치죄법의 취지가 검사에게 소추의무를 부과하는 것으로 인정되었으나(기소법정주의), 1820년 법무부장관의 훈령으로 경미범죄에 대한 불기소처분이 장려되고 파기원의 판결에 의해 검사의 소추재량이 인정됨으로써 기소편의주의가 확립되었다. 그러나 피해자의 소추권이 인정되어 검사가 불기소처분을 한 경우 고소를 한 피해자가 독립적으로 예심판사에 사소원고가 되는 신청(constitution de partie civile)을 하고 예심판사가 이를 받아들여 예심절차를 개시할 수 있다. 이 때문에 프랑스에서는 사소제도가 기소편의주의를 통제하는 역할을 수행하고 있고, 실제로 공판사건의 16~17%가 사인소추에 의해 개시될 정도로 사인소추는 프랑스 형사절차에서 중요한 역할을 담당하고 있다.

프랑스 검사는 소추권 이외에도 수사권을 가진다. 그러나 프랑스의 법무부나 검찰은 산하에는 수사인력이나 조직이 없기 때문에 검찰의 역할은 사법경찰관에 대해 수사지휘를 하거나 예심판사에 대해 수사청구를 하는데 그친다. 특히 프랑스에서는 수사에 있어서 예심판사의 역할이 크다.

앞에서 설명하였다시피 프랑스의 형사법원은 수사개시청구를 받은 예심판사가 사법경찰관을 통해 압수·수색을 하거나 피의자신문 등 수사를 전개하여 증거를 수집한 후 판결법원으로 이송여부를 결정하는 예심법원(jurisdiction d'instruction)과 예심판사의 이송결정 또는 기타의 방법으로 기소된 사건을 심리하여 판결을 선고하는 재판법원(jurisdiction de jugement)로 구분되어 있고, 수사는 원칙적으로 예심법원에 소속된 예심판사가 담당하게 함으로써 수사절차의 독자성이 제도적으로 보장되어 있다. 그리고 범죄의 단서가 될 수 있는 정보의 수집이나 범죄가 발생한 경우 범죄를 특정하고 범인을 확인할 수 있는 자료를 수집하는 기초수사는 사법경찰관의 권한과 임무에 속한다. 따라서 프랑스에서는 수사과정에서 검찰이 실제로 수행하는 역할은 상당히 좁은 편이다.

검찰에 비해 프랑스의 경찰조직은 상당히 방대하다. 우선 프랑스에는 국가수사조직으

로서 내무부(Ministrere d'interieur) 소속 국립경찰청(Police nationale) 산하에 중앙사법경찰국(Direction Central de la Police Judiciare)이 있다.⁶⁾ 중앙사법경찰국은 중앙수사조직과 지방구사조직을 두고 최종별로 수사팀을 전문화시켜 운영하고 있다. 먼저 중앙수사조직은 중요범죄 및 범죄자관련정보의 중앙집중식 관리, 전국경찰의 수사활동 관련기술 및 장비를 지원하는 임무를 담당하는데, 전국적인 관할로 가장 중요한 범죄들을 직접 수사하거나 또는 지원하기 위해 조직범죄 및 금융범죄국, 대테러국, 과학수사국 및 수사행정국의 4개 국을 두고 있다. 그리고 지장수사조직으로는 광역지방사법경찰국과 지방사법경찰국 그리고 지역합동수사반으로 나누어진다.

그러나 중앙사법경찰국은 중요범죄만을 취급하기 때문에 전체 수사에서 차지하는 비율은 10%미만이고, 그 나머지는 국립경찰청 산하에 소속된 다른 수사조직에 의해 처리되는데 그 대표적인 것이 중앙치안국(Direction centrale de securite pulique)이다. 중앙치안국은 범죄예방과 치인 등 행정경찰의 임무를 지고 있는데, 각 도마다 지역치안을 책임지고 있는 도치안국을 두고 도치안국 산하에는 경찰서가 있다. 중앙치안국의 주 임무는 국민의 안전과 재산을 지키고 공공의 질서를 유지하는 것이지만, 프랑스에서 발생한 전체 중죄(Crime)와 경죄(Delite)의 2/3가량을 처리하기 때문에 실질적으로 수사에 있어서 가장 중요한 역할을 수행한다고 할 수 있다. 중앙치안국 산하 각 도치안국에는 각 지역이 여건에 따라 다양한 수사조직을 갖추고 있는데 마약반, 도시폭력반, 청소년반 등 특별범죄에 대한 전문조사조직을 두기도 한다. 그리고 하나의 도는 다시 수개의 경찰서로 나누어지며 관할구역내의 질서유지, 방범기능과 함께 민생치안사범에 대한 수사기능을 담당한다.

이외에도 프랑스에는 국가안보에 관한 직무를 수행하는 정보국(Direction centrale de renseignement interieur), 내부기강유지에 관한 임무를 구행하는 감찰국(Direction d'inspection) 등이 담당하는 임무에 관한 범죄의 수사에 필요한 조직과 인력을 갖추고 있다.

오늘날 프랑스 경찰의 권한은 1958년에 제정된 형사소송법에 의해 그 틀이 형성되었

6) 이하의 내용은 유주성, “국가수사조직 도입모델로서 프랑스 중앙사법경찰국에 관한 연구”, 경찰법연구 10권 1호(2012), 94면 이하 참조.

다고 할 수 있는데, 프랑스 형사소송법의 가장 큰 특징은 수사의 실질적 주재자를 사법경찰관으로 규정하고 있다는 점이다(제14조). 프랑스 형사소송법상 사법경찰관의 수사권 및 경찰과 검찰 및 예심판사의 관계에 관한 중요규정은 다음과 같다.

제12조 사법경찰관은 검사의 지휘 하에 본편에 정하는 사법경찰관, 공무원 및 사법경찰 리가 행사한다.

제13조 사법경찰관은 각 고등법원의 관할구역별로 고등검사장의 감독을 받고 제224조 이하에 정한 바에 따라서 고등법원 예심부의 통제를 받는다.

제14조 ① 사법경찰관은 예심수사가 개시되어 있지 않은 범죄에서 본편에 정한 바에 따라서 형법위반행위를 인지하고 그 증거를 수집하여 범인을 색출한다.

② 예심수사가 개시된 때에는 사법경찰관은 예심법원의 수사지휘 사항을 집행하고 그 요구에 따른다.

제17조 ① 사법경찰관은 제14조에 정한 권한을 행사한다. 사법경찰관은 고소 및 고발을 수리한다. 사법경찰관은 제75조 내지 제78조에 규정된 요건 하에서 예비수사를 행한다.

제19조 ① 사법경찰관이 중죄, 경죄 및 위경죄를 인지한 경우에는 지체없이 이를 검사에게 보고하여야 한다. 사법경찰관이 임무를 완료한 때에는 작성한 조서의 원본 및 그 인증등본을 직접 검사에게 제출하여야 하고, 일체의 관련서류 및 기록, 압수한 물건도 동시에 검사에게 송부하여야 한다.

제31조 검사는 공소를 수행하고 법률의 적용을 청구한다.

제32조 ② 검사는 판결법원의 심리에 참여한다. 모든 재판은 검사의 출석 하에 선고한다.

③ 검사는 판결의 집행을 담당한다.

제33조 검사는...서면으로 의견진술과 구형을 한다. 또한 사법정의를 위하여 필요하다고 판단하는 의견을 구두로 자유롭게 개진한다.

제38조 사법경찰관 및 사법경찰리는 검사장의 지시에 따른다. 검사장은 형사사법의 적정한 운용을 위하여 필요하다고 판단되는 일체의 정보수집을 지시할 수 있다.

제41조 ① 검사장은 형법범규에 반하는 범죄의 수사 및 소추를 위하여 필요한 일체의 처분을 행하거나 이를 행하게 한다.

② 전항의 목적을 위하여 검사장은 그 지방법원 관할구역 내에서 사법경찰관 및 사법경찰리의 활동을 지휘한다.

제51조 ① 예심판사는 검사가 예심수사의 개시를 청구한 때 또는 사소청구인의 고소가 있는 때에 한하여 예심수사를 할 수 있다.

제75조 ① 사법경찰관 또는 그의 감독을 받는 사법경찰리는 검사장의 지휘에 따라 또는 직권으로 예비수사를 행한다.

② 예비수사는 검사장이 감독한다.

제81조 ① 예심판사는 법률에 따라 진실발견에 필요한 모든 수사를 한다. 예심판사의 수사대상에는 피의자에게 불리한 사항과 유리한 사항이 모두 포함된다.

④ 예심판사가 스스로 모든 예심수사를 행할 수 없을 때 사법경찰관으로 하여금 필요한 예심수사를 위임할 수 있다.

이 외에도 프랑스에서는 사법경찰관에 대하여 현행범수사(제53조), 현행범 증거물 압수·수색(제54조), 범죄장소변경금지(제55조), 현행범 소지물 압수·수색 및 서류·문서 등 열람(제56조), 의사등 기술자에 대한 협력요구(제60조), 범죄장소퇴거금지(제61조), 피의자 및 참고인 조사(제62조), 피의자보호유치(제63조), 자동차검문(제72-2조), 사법경찰리 지휘(제75조), 예비수사시 참고인 조사(제78조), 불심검문(제78-1조) 등의 상당히 강력한 권한이 부여되어 있다. 법규정상으로는 보아도 우리나라와 비교하여 프랑스 사법경찰관의 권한은 상당히 폭넓고 또한 강력하다.

(3) 프랑스에서의 경찰과 검찰의 협력관계

이상의 규정들로부터 프랑스에서는 사실상 수사기능이 검사가 아닌 사법경찰관에 의해 수행되고 있으며(제12조) 검사는 사법경찰관을 지휘하는 것을 임무로 하고 있음을 알 수 있다(제38조, 제41조 제2항). 즉, 검사장의 역할은 범죄수사가 아니라 그 본질이 공소권의 행사에 있으므로 수사에 있어서는 실질적으로 사법경찰관의 수사에 대한 지휘가 그 주된 역할인 것이다. 예심절차가 개시된 경우에는 예심판사가 수사의 주재자가 되지만(제75조), 예심절차가 개시되기 전까지는 검사장이 수사의 주재자가 된다(제38조, 제41조). 한편 예심절차에서 수사지휘권은 예심판사에게 주어지고, 예심판사는 직접 또

는 사법경찰관에게 위탁하여 수사를 할 수 있다(제81조). 그러나 소속검사를 통해 수사를 하게 할 수 있는 검사장과는 달리 예심판사는 직접적으로 수사를 할 수는 인적·물적 수단이 부족하기 때문에 실질적으로는 대부분의 수사를 사법경찰관에게 위탁하여 행한다.

이러한 규정들을 종합해 보면 범죄의 적발, 증거수집, 범인의 발견이라는 수사기능을 지휘하는 자는 예심절차가 개시되기 전까지는 검사장이고 개시된 이후는 예심판사이나, 실질적인 수사는 사법경찰관이고 사법경찰관도 독자적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 권한이 부여되어 있다.

프랑스에서는 검사의 명령에 의하지 않고도 사법경찰관이 직접 수사를 개시·진행할 수 있다는 사실(제75조)에 주목할 필요가 있다. 즉, 프랑스 형사소송법은 수사의 개시와 진행권자를 검사와 사법경찰관으로 병렬적으로 규정함으로써, 주로 임의수사로 특징지을 수 있는 예비수사를 사법경찰관이 독자적으로 행할 수 있도록 하고 있는 것이다. 다만 사법경찰관은 검사장에 대하여 범죄인지보고 및 수사결과이송 의무를 진다. 이로써 검사장은 사건을 보고받고 현장에 입장하여 현장조사 및 증거인멸방지, 증거물 압수 등의 수사를 지휘함으로써 실질적인 수사지휘권을 확보할 수 있다.

프랑스에서 검사장에게는 직접 수사를 할 수 있는 권한이 부여되어 있다(제41조 제1항). 그러나 실제로는 검사장이 개별검사를 통해 직접 수사를 하기 보다는 사법경찰관을 통해 하는 것이 일반적이다. 가장 큰 이유는 우리나라 검찰과는 달리 프랑스 검찰은 독립적인 청사를 두거나 독립적인 인력·예산이 확보되어 있지 않다는데 있다.

이 뿐만 아니라 검사가 직접 수사를 할 필요성도 적다. 즉, 사법경찰관에게 독자적인 수사·개시권뿐만 아니라 수사상 폭넓고 강력한 권한이 보장되어 있으므로 검사는 사법경찰관에게 필요한 수사를 서면으로 기재하여 지휘하는 것만으로서 기소에 필요한 실체진실의 발견이 가능하다. 굳이 검사가 직접 수사를 하는 경우는 사법경찰관에게 공정한 수사를 기대하기 어려운 사정이 있는 때에 제한된다.

그리고 검사의 직접 수사는 예심판사와의 관계에서도 제한적일 수밖에 없다. 즉, 검사가 예심을 청구한 경우 수사의 주재권은 검사에게서 예심판사로 넘어가게 되고, 예심판

사가 사법경찰관을 지휘하여 수사를 하게 된다. 검사가 직접 수사를 할 수 있는 경우는 위경죄, 경죄 및 예심을 청구하기 전까지의 중죄사건인데, 앞에서 설명한 바와 같이 위경죄나 경죄는 대부분 사법경찰관이 직접 그리고 중죄의 경우에도 사법경찰관이 자신에게 부여된 권한을 활용하여 직접 수사를 하게 됨으로써 법규정에도 불구하고 현실적으로 검사가 직접 수사를 하는 경우는 드물다. 끝으로 프랑스에서는 경찰과 검찰이 상호 신뢰관계가 형성되어 있다는 점을 검사가 직접 수사를 하는 경우가 드문 중요한 이유로 들 수 있다. 다른 국가에서도 마찬가지로 검사가 직접 수사를 하는 경우는 경찰과 검찰의 대립으로 비춰질 수 있을 뿐만 아니라, 검찰이 경찰수사의 전문성이나 공정성에 대해 기본적으로 신뢰하고 있기 때문에 굳이 검찰이 직접 수사를 할 필요성이 없는 것이다.

이상과 같이 프랑스의 형사사법시스템은 소추, 예심수사 및 판결의 3단계로 구분되어 있고, 수사는 사법경찰관과 예심판사가 그리고 소추는 검사가 담당하고 있다. 그리고 예심판사와 검찰에게는 경찰에 대한 수사지휘권이 부여되어 있으나, 실질적으로 수사는 경찰에 의해 개시·진행되고 있고 예심판사·검찰과 경찰의 관계는 상명하복이 아니라 상호 협력관계에 있다고 정리할 수 있다.

3. 독일

(1) 독일 형사절차의 개요

우리나라와 마찬가지로 독일에서는 검사가 모든 종류의 수사를 직접 행하거나 경찰관청 및 경찰공무원으로 하여금 수행하게 할 수 있다(독일형사소송법 제161조 제1문). 그러나 실제로는 중범죄, 경제범죄 등을 제외하고 대부분의 범죄에 대한 수사는 경찰에 의해 이루어진다.⁷⁾ 독일형사소송법 제163조 제1항에 의하여 독일의 경찰관서와 경찰관

7) 김환수·문성도·박노섭 역/Klaus Volk, 독일형사소송법, 2009, 37면 이하 참조.

은 범죄의 혐의가 존재하는 경우 스스로 수사에 착수하여야 한다[이것을 수사법정주의(Legalitätsprinzip)라고 한다]. 또한 경찰은 수사의 결과를 검사에게 보고할 의무가 있다. 이처럼 독일에서는 경찰이 초동수사의 단계에서(zum ersten Zugriff) 신속하게 조치를 취한 다음 그 결과를 검사에게 송치한다.⁸⁾

조직상 경찰은 검찰과 구분되어 있지만 형사소추에 관한 한 독일의 경찰은 독일형사소송법 제161조 제2문에 의하여 검사의 지시(Weisung)에 따라 활동할 의무를 진다. 이때 검사는 두 가지 방법 중 하나를 선택할 수 있다. 우선 검사는 촉탁(Ersuchen)을 통하여 경찰관서에 수사를 의뢰할 수 있다. 이 경우 경찰관서의 장은 어떤 경찰관이 사건 수사를 담당하게 될지를 결정한다. 그리고 경찰관은 검사의 수사관(Ermittlungsperson)으로서 검사는 위임(Auftrag)을 통해 경찰관에게 직접 사건을 의뢰할 수 있다. 그러나 실제 독일에서는 경찰이 검사의 지휘를 받아서 수사를 하는 것이 아니라 경찰이 자체적으로 필요한 수사를 하고 수사를 마무리한 다음 그 결과를 검사에게 송치하고, 검사는 경찰의 수사를 기초로 기소를 할 것인지 또는 절차를 중단할 것인지를 결정한다.⁹⁾

독일형사소송법상 경찰에게는 수사종결권이 없다. 수사절차의 종결은 검사에 의해 이루어지는데, 엄밀히 말하자면 독일은 기소법정주의(Legalitätsprinzip)를 취하고 있기 때문에 우리나라와 같이 검사가 합목적적인 재량으로 수사를 종결할 수 있는 권한을 가지고 있다고 말하기 힘들다. 즉 검사는 수사 결과 공소를 제기할 정도로 충분한 혐의가 인정되지 않으면 범죄혐의 불충분으로 수사절차를 중지해야 하고(제170조 제2항), 충분한 범죄혐의가 인정되면 관할권 있는 법원에 공소를 제기한다(제170조 제1항).

독일형사소송법은 이와 같은 기소법정주의에 대한 예외로서 책임이 너무 경미하여 형벌을 부과할 필요성이 인정되지 않거나(제153조), 형법상의 최저형량이 너무 높게 규정되어 있거나(제153조a), 몇 개의 범죄에 집중하는 것만으로 정당한 처벌이 기대되어 굳이 처벌가능한 모든 행위를 소추하는 것이 불필요하거나(제154조, 제154조a), 형사소추

8) 유럽각국 경찰의 검사에 대한 사건송치의무에 대해서는 유럽각국의 검사와 경찰관계-2005 유럽 검찰총장회의-, 대검찰청, 2005 참조.

9) Frister, Polizeihandeln im Strafverfahren, Lisken/Denniger, Handbuch des Polizeirechts 4. Aufl., 2007, 735면.

를 하는 것이 이익이 되기보다는 해로운 경우(제154조c, 제154조d) 등에는 검사에게 절차를 중지할 수 있는 권한을 부여하고 있다.¹⁰⁾ 그러나 검사는 절차중지권을 단독으로 행사할 수 없고 원칙적으로 법원의 동의를 받아야 하고 공소제기 이후에는 법원이 절차를 중지할 수 있다는 점에서 엄밀한 의미에서는 절차중지의 경우에도 기소법정주의가 여전히 유지되고 있다고 볼 수 있다.

검찰의 수사종결처분은 공소제기(Anklage), 약식명령청구(Antrag auf Erlass eines Strafbefehls), 부담부 기소유예(Einstellung mit Auflage), 무부담 기소유예(Einstellung ohne Auflage), 책임무능력을 이유로 한 불기소처분, 무혐의 불기소처분, 보안처분·보호처분 등이 청구 기타의 종결처분(행정관청 이송 등)으로 구분된다.

독일의 수사구조의 기본적 내용은 형사소송법 제160조 및 제163조 그리고 법원조직법 제152조에 규정되어 있다.

이러한 규정에 따르면 검사는 범죄의 혐의가 있는 경우 사안을 조사하여야 하고, 그 범위 내에서 예컨대 증인을 신문한다든지 하는 독자적인 수사권한을 보유하고 있다. 그러나 증인을 신문하기 위하여 강제연행을 할 수 있는 것은 아니다. 관청으로서의 검찰에는 집행공무원이 없었고 비교적 적은 수의 검찰공무원만이 있어 이른바 '손발없는 머리'에 불과하였기 때문에 수사절차를 사실상 장악하고 있는 경찰없이 처리가 불가능한 문제가 발생한다. 이 때문에 입법자는 국가조직적 관점에서 볼 때 상당히 독특한 구조를 채택하였다.

즉, 여전히 내무장관의 관할에 속하는 경찰은 형사소추의 임무에 관하여 기능적으로 사법장관의 관할 하에 놓인 검찰에 종속하는 것으로 하였다. 여기서 '기능적 종속'이라는 것은 경찰이 형사소추활동을 함에 있어서 경찰을 위하여 또는 그의 지시에 따라서 활동하여야 한다는 것을 의미한다. 독일은 이와 관련하여 서로 다른 두 가지의 규정을 마련하였다.

그 첫째는 형사소송법 제163조이다. 이 조항은 경찰에 대해서 초동수사(ersten Zugriff)의 의무를 부과하고 그러한 범위 내에서 경찰에게 자율적 수사권을 부여하였다. 초동수

10) 김환수·문성도·박노섭 역/Klaus Volk, 앞의 책, 156면 참조.

사에 있어서는 최초의 혐의(Anfangsverdacht), 즉 가장 낮은 단계의 혐의를 말하는데 고소, 고발, 직무상 범죄인지 등 범죄의 단서가 있는 경우 최초의 혐의가 인정되고 수사가 개시된다. 독일형사소송법상 초동수사권은 경찰에게 직접적으로 부여되어 있고, 이는 검사의 수사권에서 파생된 권한이 아니다. 한편 범죄의 성립여부가 불분명한 경우 경찰은 수사의 개시여부를 결정하기 위하여 사전적인 조사, 즉 내사를 하게 되는데 내사는 경찰의 초동수사권에서 비롯되는 것으로 검사의 지시권의 대상이 되지 않는다. 그러나 독일은 이처럼 경찰에 대해 초동수사권을 부여하면서, 다른 한편으로 경찰수사에 대한 검찰의 통제를 가능하게 하기 위해 모든 경찰관은 경찰기관에 대한 검사의 요청에 응하고(형사소송법 제161조 제2문), 그 사건을 지체없이 검사에 송부해야 하도록 하고 있다(형사소송법 제163조 제1항).

둘째는 법원조직법 제152조이다. 이 조항은 경찰관을 검사의 수사관(Ermittlungspersonnen)로 규정하였다. 2005년 형사소송법이 개정되기 전까지는 수사관이 아니라 보조공무원(Hilfebeamten)으로 규정하고 있었는데, 경찰은 단순한 검사의 보조공무원이 아니라 독자적 수사기관으로 검사의 지시(Anordnung)을 받는다는 점을 명확히 하기 위하여 수사관으로 변경하였다. 이 규정에 따라 경찰관은 각 주(州)가 정하는 바에 따라 관할구역의 검사의 개별적 지시에 따라야 한다.

이와 같은 수사시스템은 19세기 중반에 형성되었는데 지금까지도 그 기본적인 틀을 유지하고 있다. 그러나 독일의 형사절차의 현실은 상당히 많이 변했고 엄밀하게 말하면 19세기 전반과 비슷한 상황에 이르렀다고 평가되기도 한다.¹¹⁾ 사회가 점차 복잡해짐에 따라서 경찰작용의 범위는 계속해서 늘어나고 그에 따라 권한도 강화되었고, 보조공무원에 대한 검찰의 징계권도 폐지되었다. 그리고 개개의 보조공무원에 대한 지시권은 통상 사건에 대해서는 관계경찰기관에 대한 요청으로 대체되었고, 경미범죄와 중급정도의 범죄 영역에서는 경찰이 자체적으로 사안전체를 조사하여, 즉 사안전체에 대한 수사를 완료하고 검찰에 최종보고서면을 보내는 것이 관행으로 되었다. 또한 오늘날 수사형태는 특히 조직범죄에 대하여 과거의 범죄에 대한 형사소송상의 해명을 이른바 부산물로

11) Bernd Schünemann/山名京子, “現代の刑事節次におけるの警察地位”, 立命館法學 254号(1997.4), 855면

서 제공하는 것과 같은 예방경찰활동의 우위성으로 특징지을 수 있다.

(2) 독일의 형사사법기관과 경찰의 권한

독일의 검찰조직은 우리나라와 같은 별도의 검찰청법이 아니라 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz: GVG)에 규정되어 있다. 이에 따르면 검찰조직은 각급 법원의 관할 내에 설치된다. 따라서 법원조직에 맞추어 검찰조직은 연방검찰청, 주고등검찰청, 지방검찰청, 구검찰청 등으로 구성되어 있다. 독일의 검찰은 법원조직법에 의해 조직되지만 형사절차에서 소추권을 담당하는 일종의 사법기관으로서 그 사무는 법원으로부터 독립되어 처리된다.

독일 검찰에 대해서는 세 가지 중요임무, 즉 수사절차에서 수사의 주재자로서의 임무, 공판절차에서 공소관으로서의 임무 그리고 형집행절차에서 감독관청으로서의 임무가 부여되어 있다. 우선 독일의 검사는 수사절차의 주재자로서 사법경찰관을 지휘감독할 뿐만 아니라 피의자구인, 긴급체포, 압수·수색, 통신감청, 참고인조사 등의 수권과 수사종결권을 행사한다. 다음으로 독일의 검사는 공소권을 독점하면서 공판절차에서 공소유지를 수행한다. 다만 우리나라와는 달리 독일에서는 기소법정주의를 채택하여 예외적인 경우를 제외하고 원칙적으로 기소에 관해서는 재량권이 인정되지 않는다. 끝으로 독일의 검사는 형벌과 보안처분을 포함한 형집행을 지휘하고, 각 주에 따라 조금씩 차이가 있지만 사면권을 행사하기도 한다.

검찰조직과는 달리 경찰의 조직은 주(州)의 관할에 속한다. 연방차원에서도 경찰의 임무를 가진 경찰기관이 존재하는데, 이 기관의 관할은 연방과 관련된 영역으로 제한되어 있다. 연방수사국(Budeskriminalamt), 연방국경수비대(Budesgrenzschutz), 연방경찰국(Abteilung Polizeiangelegenheit), 연방헌법보호청(Budesamt für Verfassungsschutz), 연방철도경찰(Bahnpolizei des Bundes) 등이 여기에 해당한다. 특히 연방수사국은 모든 국제적 조직범죄, 다수의 정치적 범죄, 예외적으로 그 밖의 중대범죄에 대한 형사소추의 영역에서 경찰의 직무를 수행하고 있다.

이러한 연방경찰조직이 관할하는 영역을 제외하면 경찰업무는 각 주의 관할업무이다.

다만 제규정은 대개 전 주에 대하여 함께 공포된다. 이러한 규정에 의하면 집행경찰(Vollzugspolizei)은 원칙적으로 다음과 같은 세 가지의 다른 관청, 즉 보안경찰(Scutzpolizei), 긴급경찰(Bereitsschfstpolizei) 그리고 수사경찰(Kriminalpolizei)로 구분된다. 우선 보안경찰은 예방경찰적 직무영역 전체를 담당한다. 그리고 긴급경찰은 공격력이 있는 개입 부대로서 국내의 소란에 대한 진압을 담당한다. 끝으로 수사경찰은 형사소추를 임무로 하고 있다. 완전히 같지는 않지만 경찰기관의 일부영역으로서 독일의 수사경찰은 과거 프랑스의 사법경찰을 모델로 한 것이다.

범죄수사는 원칙적으로 수사경찰이 담당하지만 형사소송법 제163조에 의해 보안경찰에게도 최초의 개입권이 부여되었다. 이는 보안경찰이 항상 투입될 수 있는 상태에 있고 가장 먼저 범죄발생사실을 알 수 있는 집행력을 갖추고 있기 때문이다. 독일에서는 경장(Polizeiobermeister) 이상의 보안경찰도 검사의 보조공무원으로 임명될 수 있기 때문에, 대도시에서 야간에 순찰차를 타고 있는 보안경찰인 경장에서부터 모든 란트에 설치되어 있는 란트수사국에 이르기까지 수사를 담당하는 경찰관이 상당히 폭넓게 존재한다.

독일에서 경찰관과 경찰기관은 내무장관의 감독 하에 있고, 내무장관만이 그들에 대해 징계권을 가지고 있다.

현재 독일경찰의 권한 및 검찰과의 관계에 관한 법규정은 아래와 같다.

[형사소송법] 제160조 ① 검사는 고발이나 그 밖의 수단에 의하여 특정한 범죄행위의 혐의에 대하여 알게 되는 즉시 공소제기의 여부를 결정하기 위하여 사실관계를 조사하여야 한다.

② 검사는 책임을 가중시키는 것 뿐 아니라 감경시키거나 면제하는 사정에 대하여도 수사하여야 하며 멸실의 우려가 있는 증거의 조사를 위한 조치를 마련하여야 한다.

③ 검사는 행위의 법적 효과를 확정하는 데 중요한 의미가 있는 사정에 대해서도 수사하여야 한다. 이를 위하여 검사는 사법보조원(Gerichtshilfe)을 활용할 수 있다.

제161조 ① 제160조 제1항 내지 제3항에 명시된 목적에 따라 검사는 모든 공공기관에

대하여 정보를 요구할 수 있고, 그 권한에 대한 다른 특별한 규정이 없는 한 모든 종류의 수사를 스스로 수행하거나 경찰기관과 경찰공무원으로 하여금 수행하도록 할 수 있다. 경찰기관과 경찰공무원은 검사의 요청(Ersuchen)이나 촉탁(Auftrag)을 이행할 의무가 있으며, 이 경우 다른 모든 기관에게 정보를 요구할 권한을 갖는다.

제163조 ① 경찰기관과 경찰공무원은 범죄행위를 조사하여야 하고, 사건이 불명확해지는 것은 방지하기 위해 지체해서는 안 될 모든 조치를 취해야 한다. 이러한 목적에서 경찰기관과 경찰공무원은 다른 기관에 대해 정보제공을 의뢰할 수 있고 긴급을 요하는 경우에는 정보를 요구할 수 있으며 다른 법률에 권한과 관련하여 별도로 규정하고 있지 않는 한, 모든 종류의 수사를 행할 권한이 있다.

② 경찰기관과 경찰공무원은 모든 수사내용을 지체 없이 검사에게 이송하여야 한다. 판사의 신속한 조사행위가 필요하다고 인정하는 때에는 모든 수사자료를 직접 지방법원에 이송할 수 있다.

[법원조직법] 제152조 ① 검사의 수사관(Ermittlungspersonen)은 그의 관할구역 내의 검사 또는 그 상관의 지시(Anordnung)에 따라야 한다.

이러한 독일형사소송법의 규정들을 두고 우리나라에서는 “[검사는 제161조가 규정한] 위임관계에 따라 경찰에서 계속 수사하게 하면서 개별적으로 지휘할 수도 있고, 필요한 경우 사건 자체를 송치하게 하여 직접 수사할 수도 있다. 또한 검사는 일정한 범죄에 대하여 경찰에 지체없이 승인을 받고 지속적으로 보고하도록 일반적 지시도 할 수 있으며 개별사건에서 언제든지 경찰에 그때까지 행해진 수사행위와 관련 조치들을 모두 보고하도록 요구할 수 있다. 그러한 관점에서 검사의 지휘로부터 자유로운 경찰이 수사영역은 없다. …… 경찰은 제163조 규정에 따라 초동조치를 위한 수사를 할 수 있으나, 이 경우 경찰은 검사의 수사관(Ermittlungsorgan der StA)으로 파악되며 따라서 경찰의 수사도 법률적으로 검사의 수사로 개념지워지는 것이다.”고 설명하기도 한다.¹²⁾

12) 이완규, 앞의 논문, 27면.

이것은 아주 전형적인 아전인수(我田引水)격의 해석이다. 이것은 우리나라의 법조문을 놓고 외국법의 해석론을 그대로 인용하는 것처럼 다른 나라의 조문을 놓고 우리나라법의 해석론을 그대로 대입한 것이나 다름없다. 독일학자들이 설명하는 독일형사소송법의 해석은 다음과 같다.¹³⁾

독일경찰의 수사는 검사의 지시에 의하여 수사를 행하는 경우(형사소송법 제161조, 법원조직법 제152조)와 독자적으로 수사를 행하는 경우(형사소송법 제163조)로 나누어진 다. 물론 독일에서는 원칙적으로 범죄의 수사에 있어서 경찰은 검사의 지시를 받도록 되어 있다. 그러나 그 지시는 형사소추를 위한 수사활동에 한정되며 경찰법의 적용영역인 위협예방에는 적용되지 않는다. 그리고 검사의 지시(Anordnung)는 과거 우리나라와 같이 명령과 복종의 형태가 아니라 요청(Ersuchen)이나 촉탁(Auftrag)의 형태로 되어 있다. 따라서 우리나라와 같이 구체적인 수사방법까지 모두 검사의 지시에 의해 결정되는 것과는 달리 독일에서는 검사는 수사를 요청 또는 촉탁할 수 있을 뿐이고 구체적인 방법은 경찰에게 맡겨져 있다.

그리고 독일의 경찰은 초기단계에서의 수사, 즉 초동수사단계에서 독자적인 권한을 가지고 있다. 경찰은 범죄행위를 조사하고 사건이 불명확해지는 것은 방지하기 위해 지체 없이 모든 조치를 취해야 하는데(형사소송법 제163조 제1항), 이는 경찰에게 초동수사의 의무를 부과한 것이다. 또한 경찰이 초동수사를 행한 경우 그 결과를 지체없이 검사에게 이송하여야 한다(제163조 제2항). 수사결과를 송부받은 검사는 초동수사 이후의 수사를 직접 할 수도 있고 보조공무원인 경찰관로 하여금 하게 할 수도 있다.

초동수사단계에서 경찰은 법률에 달리 규정하고 있지 않은 한 모든 유형의 수사를 할 수 있기 때문에, 실제로 경찰이 독자적으로 할 수 있는 수사의 범위가 상당히 넓다.

우선 강제수사가 아닌 범위 내에서 경찰은 범죄의 사실관계와 증거에 대해서 뿐만 아니라 피의자나 참고인에 대해 신문 또는 조사를 할 수 있다. 경찰은 직접 방문하여 조사하거나 소환하여 조사할 수 있다. 다만 당사자가 소환에 불응하면 강제로 구인할 수는 없다는 점에서 검사의 피의자소환과는 차이가 있다.

13) 김환수·문성도·박노섭 역/Klaus Volk, 앞의 책, 37면 이하 참조.

또한 독일형사소송법은 모든 경찰공무원에 대해서 일시체포(제127조 제2항), 방해자구금(제164조), 감식조치(제81b조), 신원확인(제163b조 제1항)을 부여하고, 검사의 보조공무원인 경찰관에게는 신체수색(제81a조 제2항), 혈액채취(제81c조 제5항), 압수(제98조 제1항, 제111e조 제1항), 수색(제105조 제1항), 감청(제100c조 제1항), 검문(제111조 제2항), 범죄정보저장(제163d조 제2항) 등의 권한을 부여하고 있다. 나아가 법원의 허가나 검사의 명령으로 컴퓨터자료 비교조사(제98a조 제98b조), 경찰감시기록(제163e조), 잠입수사관투입(제110a조 내지 제110e조)도 할 수 있다.

위에서 살펴 본 바와 같이 독일에서는 수사에 있어서 검사에게 경찰에 대한 지시권을 부여하고, 초동수사에 있어서 경찰에 대해 자율적 수사권을 부여하면서도 다른 한편으로 수사결과의 이송의무를 부과하고 있다. 이는 수사의 주재자로서의 검사의 지위를 명확하게 하기 위한 것이다. 그러나 현실에 있어서는 경미범죄는 물론이고 중범죄의 대부분을 경찰이 독자적으로 수사하고 있다.¹⁴⁾

우선 경미범죄나 중급 정도의 범죄에서 경찰은 최초의 혐의에 관한 정보를 얻은 경우 경찰은 어쨌든 피의자의 구속이나 수색의 실시와 같은 강제처분이 필요하다고 판단될 때까지 그 사건을 단독으로 취급하는 것이 보통이다. 중대한 범죄가 문제되는 사건, 특히 사건이 고발에 의해 직접적으로 검찰에 계속된 사건에 대해서는 검사에 의한 지시가 실제로 이루어지고 있다. 이러한 사건들의 수사에서 검사는 경찰과 긴밀하게 공동작업을 수행하고 그 과정에서 경찰에 대하여 개별적 지시를 행한다. 그러나 독일에서는 검찰이 독자적인 수사인력을 갖추고 있지 못하고 있는 반면 경찰은 지속적으로 수사기법을 향상시켜 왔기 때문에, 그동안 복잡하고 중대한 사건에 대한 수사를 검사가 직접 수행하는 대신 경찰에게 위임하여 수행하게 하는 경향이 커지고 있는 실정이다.

한편 경찰에 대해 초동수사결과의 이송의무를 규정한 취지는 행정경찰작용인 위협에 방화동과 범죄의 소추가 현장에서 같이 이루어져야 하는 경우가 많이 때문에 경찰로 하여금 초기에 수사를 할 수 있도록 하면서 그 결과를 지체없이 검사에게 송부하여 지시

14) Hans Lilie, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft in Ermittlungsverfahren, ZStW 106(1994), 625면 이하 참조.

권자인 검사로 하여금 지시를 받을 수 있도록 하기 위해서인데, 수사의 현실에서 이 규정은 거의 지켜지지 않고 경찰이 독자적으로 수사하여 공소를 제기할 수 있을 정도로 충분하기 수사가 이루어지고 난 다음에 그 결과를 검사에게 송부하는 것이 보통이다.

이처럼 형사소송법과 법원조직법상의 규범내용과는 달리 사실상 수사절차에 있어서 지배권이 경찰로 넘어가게 되자, 독일연방 법무부는 1978년에 ‘검사와 경찰의 관계에 관한 법률초안(Vorentwurf eines Gesetzes zum Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei)’을 마련하였으나 학계와 경찰의 반발에 부딪쳐 결국 성사되지 못하였다. 그 내용을 보면 다음과 같다.

[형사소송법] 제161조 ① 검사는 사실관계의 조사를 위하여 모든 공공기관에 사실조회를 할 수 있으며 모든 종류의 수사를 스스로 하거나 경찰관으로 하여금 하게 할 수 있다. 검사는 경찰관에 의한 수사시 수사의 종류와 범위 및 개개 수사활동의 종류와 방식을 결정할 수 있다.

② 검사는 관할 경찰청에 대해 협조의뢰(Ersuchen)을 한다. 지체의 위험이 있는 경우에는 그 관청의 개별 경찰관에 대하여 직접 지시를 할 수 있다. 일정한 경찰관이 사건을 담당하고 있는 경우에도 직접 지시를 할 수 있다. 경찰관은 검사의 지시를 이행할 의무를 진다.

제163조 경찰은 범죄혐의를 알게 인지하게 된 때에는 즉시 스스로 사실을 조사하여야 한다. 검찰이 지시하지 않는 한 경찰이 수사의 종류와 범위 및 수사행위의 종류와 방법을 결정한다. 이 경우 제160조 제2항 및 제3항의 1문을 준용한다. 특히 중요한 사건은 지체없이 검사에게 보고하여야 한다.

제163a조 ① 경찰은 수사를 종료한 때 즉시 수사결과를 검찰에 송치하여야 한다. 다음 경우에는 수사종료전이라도 송치하여야 한다.

- a. 검사가 송치를 요구한 때
- b. 수사가 특별히 광범위하고 법률적 또는 사실적으로 어려운 때
- c. 경찰이 사건을 인지한 후 검찰에 수사결과를 제시하지 않고 10주를 경과한 때

② 판사의 관할영역 또는 검사의 관할영역의 수사활동을 필요로 하는 경우에도 경찰은 검사에게 수사결과를 송치하여야 한다.

[법원조직법] 제152조 주정부는 일정한 범위의 경찰관을 형사소송법상 일정한 권한을 행사할 자로 정할 수 있다.

제152a조 ① 검사는 그 임무의 수행을 위하여 형사소추의 영역에 있어 다른 공무원 및 공공기관의 소속원들의 보조를 받을 수 있다(검사의 보조공무원). 보조공무원은 관할 검사 및 상급공무원의 지시를 이행하여야 한다. 보조공무원은 다른 규정이 없는 한 제152조에 의한 경찰공무원군에 속한 권한을 갖는다.

(3) 독일에서의 경찰과 검찰의 협력관계

검사를 수사의 주재자로 규정한 법규정과는 달리 실질적으로 경찰의 수사지배력이 강화되고 있는 현실에서도 독일에서는 검사는 수사를 스스로 진행하거나 경찰로 하여금 수사를 하게 할 수도 있고 이에 상응하여 경찰에 대한 지시권을 행사할 수 있기 때문에 수사의 주재자의 지위에 있다고 하는 것이 일반적이다. 그럼에도 불구하고 독일에서는 독일의 경찰과 검찰은 일방이 타방을 지휘·감독하는 관계가 아니라 상호협력하는 관계로 인식하고 있고, 실무적으로도 비교적 협조가 잘 이루어지고 있다고 말할 수 있다.¹⁵⁾

독일에서도 우리나라와 유사하게 검찰을 법무부에서 분리하고 경찰에 편입하여 내무부소속으로 하자는 주장에서부터 수사경찰을 내무부에서 분리하여 검찰 산하에 두자는 주장 등 다양한 주장이 제기되고 있으나, 이러한 급격한 변화보다는 경찰과 검찰의 상호협력관계를 강화함으로써 검사의 지위와 수사절차의 사법적합성(Justizmäßigkeit)을 높여야 한다는 주장이 일반적이다.¹⁶⁾ 독일에서는 1970년대 초에 경찰에 대해 독자적 수사권을 부여해야 한다는 주장이 제기됨에 따라 검찰과 경찰의 관계정립을 위한 공동위원회(Gemeinsamen Kommission für die Regelung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei)가 구성되었다. 이 위원회에서 법무부와 내부부가 여러 가지 이해관계가 걸린 점들에 대해 타협을 이루어내고 「검찰과 경찰의 새로운 관계정립을 위한 원칙」을 제정하

15) Knemeyer / Deubert, Kritische Überlegungen zum Verhältnis Staatsanwaltschaft - Polizei / Polizei-Staatsanwaltschaft, NJW 1992, 3131면.

16) 자세한 내용은 Heinlich Rüpling, Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei zum Problem der Strafverfolgung, ZStW 95(1983), 895면 이하 참조.

였는데(원문은 [첨부 1] 참조), 그 내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

우선 검찰과 경찰은 각 조직상 독립된 기관으로서 범죄 소추에 있어 효율적인 범죄투쟁을 위하여 밀접하게 신뢰를 가지고 공동으로 업무를 수행하며, 법무부와 경찰은 정보 및 의사전달체계에 참여함으로써 상호간의 정보를 공유한다(제1조). 경찰은 자신의 책임으로 범죄행위를 수사할 권한이 있으며, 권한과 의무는 지체할 수 없는 조치에 제한되지 않는다(제3조). 또한 검찰이 달리 지휘하지 않는 한 경찰은 스스로 수사실행의 종류와 범위를 결정한다. 그리고 검찰은 경찰이 독자적으로 행할 수 있는 영역에서 경찰이 지는 책임과 상관없이 수사절차 전체에 대한 책임을 진다(제2조).

경찰은 법률적 또는 사실적으로 어렵거나 중요한 사안과 검찰이 개별 사안에 대하여 특정한 사건 또는 일정한 범위의 사건에 대하여 통지를 요구한 경우에 대해서는 인지한 범죄행위와 행한 조치를 검찰에 통지하여야 한다(제4조). 검찰이 수사를 개시하는 경우에는 그 수사개시여부에 대해 경찰이 그 수사에 참여하지 아니하여 알지 못하는 사건의 수사개시여부를 경찰에 통지하여야 한다(제5조).

경찰은 수사를 종료하거나 법률적 또는 사실적인 이유로 더 이상 수사를 계속할 수 없는 때에는 즉시 검찰에 수사결과를 송치하여야 한다(제6조). 그리고 검찰이 송치를 요구한 경우, 판사의 관할영역 또는 검사의 관할영역에 속하는 수사활동을 할 필요가 있는 경우 또는 경찰이 고소 또는 신고를 받거나 범죄행위에 대하여 수사개시를 위한 혐의를 알게 된 후 검찰에 수사결과를 보고하지 아니하고 10주가 경과한 경우에는 수사종료 전이라도 검찰에 사건을 이송하여야 한다. 다만 검찰이 개별사안에서 송치하지 않도록 지시한 경우는 그러하지 아니하다(제7조).

검찰은 언제든지 수사의 전체 또는 일부를 직접 수행할 수 있으며 일반적 지시 또는 개별사건에 대한 구체적 지시를 통하여 경찰수사의 종류와 범위를 결정할 수 있으며, 이 경우 검찰은 개별수사행위 실행에 대해서도 구체적 개별지시를 할 수 있다. 검찰의 지시가 있는 경우 경찰은 이를 이행하여야 한다(제8조).

검찰은 수사결과에 열람에 대해서 결정한다. 경찰이 검찰에 사건을 송치하기 전에는 경찰이 범죄사실을 손해배상청구권자, 보험회사 및 기타 피의자 및 변호인은 제외한 관

련자들에게 알려줄 수 있으나 그 외의 경우는 검찰이 결정한다(제9조).

검찰은 협조의뢰(형사소송법 제161조 제2문)의 형식으로 원칙적으로 경찰관청에 대해서 지시를 하며, 일정한 경찰관에 대한 직접 지시는 가능한 한 특별한 이해관계에 의한 필요가 있는 경우에 한하여 예외적으로 한다. 경찰관청에서 일정한 개별사건의 담당자를 정한 경우에는 그 담당자에 대하여 검찰이 직접 지시를 할 수 있으며, 지체의 위험이 있는 경우에는 사물관할권 및 토지관할권이 있는 관청에 속한 개별 경찰관에 대해 직접 지시의 형식으로 할 수 있다(제10조).

경찰관에 대한 이의에 대해서는 원칙적으로 경찰이 결정하고 시정한다. 다만 이의의 내용에 형사소송법상의 조치, 거부 또는 부작위에 의해 피해를 입었다는 주장이 있는 경우나 이의가 검사의 지시에 의하여 한 조치에 대한 것인 경우에는 검찰이 결정한다(제13조).

독일에서 검사는 법률상 경찰에 대한 수사지휘권을 가지고 있으므로 영미법계에서 볼 수 있는 고유한 의미의 합동수사단과 같은 협력기구 존재하지 않는다. 그러나 2006년 독일연방정부가 제정한 「조직범죄의 소추에 있어서의 검찰과 경찰의 협력지침(Richtlinie über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität)」이나, 2010년 쉬레스비히-홀스타인주정부가 제정한 「검찰과 경찰의 협력지침(Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei)」에서 볼 수 있듯이 살인범죄나 조직범죄와 같은 중요범죄의 수사에 있어서 독일 경찰과 검찰은 긴밀한 협조관계를 유지하기 위해 노력하고 있다.

4. 영국

(1) 영국 형사절차의 개요

주지하다시피 영국은 전통적으로 사인소추주의를 채택하여 왔다. 즉 커먼로(common law)에서는 민사상의 불법행위와 형사상의 범죄행위를 구분하지 않고 피해자가 직접 법

원에 가해자를 소추하여 분쟁을 해결하고 구제를 받는 방식을 취해 왔던 것이다. 그러나 산업혁명이 일어나고 인구가 도시에 집중되면서 범죄가 격증하고 각종 법규가 다양해지자 사인소추제도는 한계를 드러내게 되었다. 피해자가 자력이 없거나 법에 무지한 경우 소추행위를 제대로 할 수 없었을 뿐만 아니라 부와 권력을 가진 자들이 돈을 받아내기 위한 수단으로 소추를 남용한 것이다. 이러한 사정 때문에 경찰이 점차 소추행위를 대신하게 되었고, 국민들로서도 경찰에서 비교적 정형화된 기준으로 형사사건을 처리하는 편이 효과적이라고 생각하게 되었다. 그리고 소추행위의 남용을 견제하기 위하여 일정한 범죄는 법무장관(Attorney General)의 동의를 받아야만 소추를 할 수 있도록 하였고, 그 결과 사인소추는 사실상 그 모습을 감추고 경찰이 피해자를 대신하여 소추행위를 담당하게 되었다.

그러나 수사권을 보유한 영국경찰이 실질적인 소추권까지 행사하게 됨으로써 과다한 기소와 지역 간의 불균형, 무죄판결의 증가, 형사사법절차의 비효율 등 권한의 독점으로 많은 문제점이 발생하게 되었다. 이에 1984년 영국은 수사권과 소추권을 분리하는 것을 주된 내용으로 하는 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act)을 제정하고 이를 바탕으로 1985년에 왕립기소청(Crown Prosecution Service)을 설치하여 검찰에 소추권을 부여하였다. 그러나 이런 조치 이후에도 경찰은 여전히 소추의 사실상의 시작 단계라고 할 수 있는 소추(charge)할 수 있는 권한을 갖고 있었고, 수사단계에서 경찰과 검찰의 충분한 협력과 의사소통이 이루어지지 못하는 등 검찰이 실질적인 소추기관으로서 역할을 제대로 하지 못하는 문제가 발생하였다.¹⁷⁾ 이에 영국은 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act)을 제정하여 기존의 경찰 및 형사증거법을 개정함으로써 소추 권한을 검찰에게도 부여하고 경찰과 검찰의 협력 하에 효율적인 소추기능을 수행하도록

17) 2003년 소추절차의 개혁이 있기 전까지 검찰은 경찰에서 소추(Charge)한 사건에 대해서만 경찰을 통제할 수 있었을 뿐 경찰이 주의처분 등으로 종결하거나 기소하지 않기로 결정한 사건은 다룰 수가 없었다. 또한 경찰에서 인계된 사건을 더 조사하도록 요구하지도 못하고 인계된 사건기록에만 의존하여 기소여부를 결정하였다. 게다가 사건기록은 경찰이 기소하여 처벌해야 한다고 판단하여 송치한 이상 그 내용은 피고인에게 우리의 내용은 사건과 관련이 없다는 식으로 더 이상 수사를 하지 아니한 채 넘겨지기 십상이었다. 법원행정처, 영국의 형사사건 기소절차, 외국사법제도연구(3), 2009, 241면 참조.

하였다.¹⁸⁾

과거에는 경찰이 수사를 하여 그 결과를 바탕으로 소추(Charge)를 하면 검찰은 소추자의 지위를 승계하여 기소(Prosecution)를 하거나 소추를 취소하는 권한만 가지고 스스로 기소할지 결정할 권한이 없었다. 그러나 2003년 이후에는 경찰뿐만 아니라 검찰도 소추여부를 결정할 수 있게 되었고 경찰은 검찰이 소추여부를 결정할 수 있도록 협조할 의무를 지도록 한 것이다.

영국에서는 모든 형사사건이 일단 치안법원에 기소된다. 경찰이 형사사건을 소추하는 방식은 경찰이 피의자의 신병을 확보하였는지 여부에 따라 두 가지로 나누어진다. 하나는 피의자를 체포하지 않은 채 단순히 범죄사실을 기재한 고발장을 법원에 제출하는 방식이고(laying an information), 다른 하나는 피의자를 체포한 상태에서 피의자를 소추(charge)하고 피의자의 신병을 법원에 송치하는 방식이다. 보통 경죄는 체포를 수반하지 않으므로 단순히 고발장만을 제출하는 방식으로 기소한다.

경찰이 피의자를 체포한 경우에는 법률이 정한 구속기간 내에 기소하여야 하고 만일이 기간 내에 기소결정을 하지 아니한 경우에는 피의자를 석방하여야 한다. 수사경찰관은 충분한 증거가 수집되었다고 판단되면 피의자를 유치감독관(custody officer)에게 인도하고, 구속감독관은 피의자를 기소할 것인지 판단한다. 피의자를 기소한 경우에는 피의자에게 기소된 범죄사실과 담당경찰관의 신원 및 묵비권이 기재된 서면을 교부하고 묵비권을 고지한다.

경찰이 체포한 피의자를 소추하기로 결정한 경우에는 그 피고인을 구속한 상태 그대로 피고인을 법원에 인도하거나, 일단 보석을 허가하여 그 피고인을 석방한 후 피고인을 법원에 인도할 수 있다. 구금한 상태로 인도할 경우에는 즉시 피고인의 신병을 치안판사에게 인도하여야 하는데(경찰 및 형사증거법 제46조), 보통 인도시키는 기소를 결정한 날로부터 최초로 도래하는 법원의 개정일(보통 기소 당일 또는 그 다음날)이다.

앞에서 본 바와 같이 검찰에게 소추결정권을 부여한 2003년 형사사법법에 의해 개정

18) 자세한 내용에 대해서는 이기수, 영국 국립기소청 설립이후 경찰과 검찰관계의 변화에 대한 연구, 치안정책연구 24권 1호(2010), 19면 이하 참조.

된 경찰 및 형사증거법에 의하면 체포하여 구속된 상태에 있는 피의자는 i) 검찰이 기소를 결정할 수 있도록 경찰은 소추하지 아니하고 경찰보석으로 석방하거나, ii) 검찰로 하여금 소추를 결정하게 할 목적이 없더라도 소추를 하지 아니하고 경찰보석으로 석방하거나, iii) 소추하지 아니하고 경찰보석이라는 조건도 부가하지 아니한 채 석방하거나 또는 iv) 경찰이 직접 소추결정을 하는 것 중의 한 가지 방식으로 처리하게 된다. 검찰총장은 경찰 및 형사증거법에 근거하여 경찰이 위 4가지 방식 중 어느 방식을 택할 것인지에 관한 소추기준(Statutory Charging Scheme)을 마련하여 시행하고 있다.

이에 따라 경찰은 피의자를 체포하여 조사한 후 검찰총장이 정한 지침이 정하는 사건은 검찰에 송치하여야 한다. 그리고 검찰이 사건을 검토한 후 기소할 것인지, 기소를 유예할 것인지 또는 아무런 처분을 하지 않을 것인지를 결정하여 그 결과를 경찰에 통보하면 경찰은 검찰의 의견대로 사건을 처리하여야 한다. 따라서 경찰은 소추를 결정할 권한의 상당부분이 검찰로 넘어가게 되었다.

(2) 영국의 형사사법기관과 경찰의 권한

영국의 상원의장인 Lord Chancellor는 대법원장인 동시에 행정부이 최고위직장관으로서 법관인사 등 사법행정의 상당부분을 관할하고 형사정책적 관점에서 다른 기능에 대한 관여와 협조를 요청할 수 있는 상당한 권한을 가지고 있다. 내무장관(Home Secretary)은 경찰과 범죄관련 국가정책결정 및 과학수사연구소, 국립범죄정보국 등 각종 기구를 운영하는 등 치안업무를 총괄하고 교도소 등 교정행정과 출입국업무 등 일부 법무행정도 담당한다. 그리고 법무장관(Attorney General)은 정부의 모든 업무와 관련된 법률문제에 대한 자문과 범죄사건의 기소 및 공소유지를 담당하는 검찰업무 그리고 금융 및 재정범죄에 대한 수사과 소추를 담당하는 경제범죄수사국(Serious Fraud Office)의 업무를 관할한다. 경제범죄수사국은 1988년 복잡한 경제사건을 수사·소추하기 위하여 특별수사기구로 특정 경제범죄에 대하여 수사권뿐만 아니라 소추권까지 함께 가지고 있다.

영국에서 소추는 왕립기소청(Crown Prosecution Service)의 권한으로, 왕립기소청의 최고책임자는 의회에 대해 책임을 지고 있는 법무장관(Attorney General)에 의해 임명

되고 그의 지휘를 받는 검찰총장(Director of Public Prosecution)이다. 영국의 검찰은 검찰총장을 정점으로 하여 42개의 지방검찰청과 100여개의 지청으로 조직되어 있고, 각각 지방검찰청장(Chief Crown Prosecutor)과 지청장(Branch Crown Prosecutor)이 그 책임자이다. 실제 소추는 대부분 지청에 소속된 검사에 의해 이루어진다. 개별 검사는 검찰총장의 지시에 따라 소추와 관련하여 검찰총장이 갖고 있는 모든 권한을 행사할 수 있으며 검사가 행한 소추는 검찰총장이 행한 것으로 간주된다. 검찰총장은 이를 위해 검사의 기소의 기준과 절차에 관한 검찰직무규칙(Code for Crown Prosecutor)을 제정·운영하고 있다.

전술한 바와 같이 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act)과 소추기준(Statutory Charging Scheme)을 제정하여 이전까지 경찰이 소추여부를 결정하여 검찰에 사건을 이송하고 검찰이 공소유지를 하는 시스템을 개선하여 경미사건을 제외한 모든 범죄에 대하여 왕립기소청의 검사가 직접 기소여부를 결정하도록 하였다. 이에 따라 영국검찰은 경찰에 대한 법률적 조언과 소추심사·결정 및 공소유지를 주된 임무로 하고 있다. 그런데 영국에서는 과연 검찰이 어느 시점에서 경찰수사에 개입할 수 있는가가 여전히 문제가 되고 있다.

소추기준에 따르면 범죄사건과 관련하여 경찰이 요구에 따라 조언을 해 주는 것이 검찰총장의 의무이지만, 실무상 경찰은 검찰에 조언하기를 꺼린다. 1993년 왕립위원회의 조사에 따르면 경찰은 전제사건의 약 4%에 대해서만 기소전에 검찰에 대해서만 기소전에 검찰에 조언을 요청했다. 여러 가지 이유가 있겠지만 최근 검찰조직의 재편으로 각 지방경찰청단위마다 검찰사무소가 개설되어, 수사현장에서 실무적으로 경찰과 검찰이 협조할 수 있는 여건이 조성되어 있다는 것도 큰 이유 중의 하나다. 일부학자는 검찰과 경찰의 협의체인 형사사법실(Criminal Justice Unit)을 설치하여 입건단계부터 검찰이 관여할 수 있도록 하자는 주장도 제기되고 있다.¹⁹⁾

영국의 경찰조직은 국가수사기구로서 마약, 조직범죄 등 중요범죄의 정보수집과 처리를 담당하는 국가범죄정보국(National Criminal intelligence Agency; NCIs)와 중요범죄

19) Glidewell, The Review of Crown Prosecutor Service, 1998.

와 국제범죄의 수사를 담당하는 광역수사대(Regional Crimes Squads) 그리고 런던수도경찰(Metropolitan Police Force)과 각 지역의 지방경찰로 나뉜다. 런던수도경찰과 지방경찰은 내무장관(Home Secretary) 그리고 각 지역에 설치된 경찰위원회(police authority)의 통제를 받으면서 지방경찰청장(Chief Constable)에 의해 각 지역별로 운용되고 있다.²⁰⁾

영국경찰의 직무는 주로 경찰 및 형사증거법(The Police and Criminal Evidence Act)과 경찰직무규칙(Code of Practice)에 의해 이루어지고 있다. 경찰관직무규칙은 내무부장관이 영국 양원의 승인을 받아 제정한 것으로 모두 5부분으로 구성되어 있다. Code A는 정지와 수색(stop and search), B는 수색과 압수(search and seizure), C는 체포·구금 및 신문(detention, treatment and questioning), D는 신원확인(identification) 그리고 E는 경찰서에서 피의자를 신문하는 경우 그 내용의 녹음·녹화(tape recording)에 대해 규정하고 있다.

2003년 형사사법법의 제정에 따른 소추절차의 변화에도 불구하고 영국에서 수사의 주체는 엄연히 경찰이다 경찰은 영장 없이 피의자를 체포·수색할 수 있는 권한, 체포한 피의자의 변호인과의 접견을 제한할 수 있는 권한, 보석권한, DNA데이터베이스 구축목적의 생체표본 채취권한 그리고 여전히 경미범죄에 대한 소추권한과 사회내 처우를 포함한 광범위한 권한을 보유하고 있다. 이 외에도 주의처분, 경고처분, 범칙금통고처분 및 불처분과 같은 수사종결권을 가지고 있다.²¹⁾

2004년에 제정된 소추기준에 따라 구금된 피의자가 기소될만한 충분한 증거가 있는지를 판단하여 소추여부를 결정하는 권한은 경찰로부터 검찰로 이전되었다. 그러나 검찰이 모든 사건에 대해 소추권을 행사하는 것은 아니며, 사건 수에 있어서 대부분을 차지하는 도로교통법 등 경미한 사건에 대해서는 경찰이 소추권을 행사한다. 특히 범인이 범죄를 시인하고 치안판사법원에서 형의 선고가 가능한 범죄나 약식재판 대상범죄(Summary Offences)에 대해서는 경찰이 자체적으로 소추하고 있다.²²⁾

20) 자세한 내용은 박창호 외, 앞의 책, 399면 이하 참조.

21) 이하의 내용은 법원행정처, 영국의 형사사건 기소절차 외국사법제도연구(3), 2009, 233면 이하 참조.

22) 이기수, 앞의 논문, 52면.

그리고 영국은 경미한 사건들은 재판절차를 거치지 않고 종결하는 특별한 절차로서 경찰훈방(caution), 주의(repremand), 경고(warning) 그리고 통고처분(fixed penalty notice) 제도를 가지고 있다.

경찰훈방은 1994년 내무부훈령(Home Office Circular 18/1994)에 의해 경미범죄자에 대한 소추의 대안으로 도입된 것으로 주의를 주고 소추를 하지 않는 것을 말한다. 훈방은 경찰서 내에서 행해지며 경감(inspector) 이상의 직위에 있는 경찰관이 한다. 훈방기록은 5년간 보존하며 다른 범죄로 유죄판결을 받는 경우에 양형자료로 제공된다.

그리고 과거에는 성인범과 소년범을 구분하지 않고 훈방조치를 하였으나, 1998년 범죄 및 질서위반법(Crime and Disorder Act)에 따라서 소년에 대해서는 주의와 경고처분을 행한다. 이 법률에 따라 소년이 초범인 경우에는 주의를, 재범인 경우에는 경고를 그리고 3범 이상인 경우에는 소추를 한다. 주의 또는 경고처분을 받기 위해서는 소년이 범죄를 범하였음을 인정하고, 소년이 이전에 유죄판결을 받은 전과가 없어야 하며, 소년을 소추하는 것이 공익에 부합하지 않는 등의 요건을 갖추어야 한다. 따라서 이전에 주의나 경고처분을 받은 전적이 있는 소년에 대해서는 다시 주의처분을 내릴 수 없다. 그리고 이전에 유죄판결을 받은 전과가 있는 경우에는 새로 범한 범죄가 아무리 사소하다고 하더라도 주의나 경고처분을 할 수 없다.²³⁾

끝으로 경찰은 과속 등 교통법규위반을 포함한 특정 경미범죄에 대해서는 정복경찰관이 위반행위에 해당하는 정액벌금(범칙금)을 치안판사법원에 납부하도록 고지서를 발부하고, 기한내에 벌금을 납부함으로써 사건이 종결된다. 위반행위가 면허행정상 벌점을 수반하는 경우에는 벌점이 병과된다.

(3) 영국에서의 경찰과 검찰의 협력관계

영국에서 경찰과 검찰의 관계는 지휘복종관계가 아니라 상호협력관계이다. 검찰이 공

23) 영국에서도 범죄가 증가함에 따라 경찰훈방이 비율이 조금씩 줄어들고 있기는 하지만 2002년이 경우 전체 소추가능범죄에서 30%를 차지할 정도로 큰 비중을 차지하고 있다. Home Office, Criminal Statistics England and Wales 2002 (Cm 6054) 참조.

소권을 독점하면서 경찰에 대해 수사를 지휘하는 것이 아니라 검찰과 경찰이 상호 견제와 균형의 원리에 기초하여 상호협력관계를 유지·발전시켜야 한다는 것이 검찰제도를 탄생시킨 왕립형사절차위원회의 기본구상이었으며,²⁴⁾ 이러한 기본구상은 지금까지도 영국 경찰과 검찰제도의 바탕이 되고 있다.

그 이후 진행된 형사절차의 개혁과정에서도 영국에서는 경찰은 범죄혐의를 입증하기 위한 사실의 발견에 초점을 맞추어야 하고 검찰은 경찰에 의해 소추가 이루어져 재판의 대상이 되는 사건을 재평가하는데 무게를 두어야 한다거나, 검사의 역할은 공판정에서 수사결과를 재평가하는 것인데 만약 검사가 직접적으로 수사지휘를 하게 되면 검사의 역할은 오히려 방해가 된다거나, 검사가 수사를 직접 지휘하게 되면 경찰은 책임감을 가지고 수사를 하지 못한다는 등의 주장이 제기되었고, 이에 검사는 재판진행을 위한 증거수집에 관하여 경찰에 대해 조언을 하며 경찰이 증거를 수집하는 과정을 직접 지휘하지는 않는 시스템이 정립되었다.²⁵⁾

한편 2003년 이후 영국경찰은 더 이상 소추권을 행사할 수 없게 되었으나 여전히 소추절차에서 실질적인 역할을 담당하고 있다. 구속된 피의자의 혐의를 인정할만한 충분한 증거가 있는지는 일차적으로 유치감독관(custody officer)이 결정한다. 즉 유치관리관은 일부 중대한 사건을 제외하고는 수사결과 충분한 증거가 없다고 판단할 경우 독자적인 결정에 따라 피의자를 보석하거나 조건없이 석방할 수 있다. 이것은 경찰의 자체적인 권한으로서 경찰이 범죄혐의가 인정되지 않는다고 판단하는 사안에 대해서 보석 또는 조건없는 석방결정을 내림에 있어서는 검사의 조언을 요하지 않는다.

그리고 유치감독관이 소추가 필요하다고 판단되는 경우 검사에게 송부하고, 검사는 ① 소추를 하거나 ② 소추여부의 결정에 시간이 경우 피의자를 보석하거나 또는 구속상태를 유지하면서 기소여부를 결정하거나, ③ 혐의가 인정되나 특별한 사정에 의해 기소가 부적당하다고 판단되는 경우 기소유예(Caution), 주의(Reprimand) 또는 경고(Warning) 처분을 하고 피의자를 석방할 수 있다. 물론 검사의 이와 같은 결정은 검찰총장이 제정

24) S.C. Phillips, The Royal Commission on Criminal Procedure: Report' HMSO, Cmnd. 8092.

25) 이에 대해서는 박노섭, 수사기소분리와 경검상호관계에 관한 비교법적 연구, 2010, 73면 이하 참조.

한 소추기준(Statutory Charging Scheme)에 의해야 한다.

영국은 경찰과 검찰의 긴밀한 협조체제를 구축·유지하기 위하여 검사는 경찰서에 상주하면서 경찰에 의한 수사와 검사에 의한 소추의 절차를 하나로 통합하였다. 즉 형사사법법이 제정·시행된 이후 영국에서는 검사들이 경찰행정지원실(Administrative Support Unit)의 일원으로 경찰서에 상주한다. 검사의 상주제도에 의해 경찰과 검찰은 긴밀한 협조체제를 구축하고 있으며 기존의 경찰에 의한 사건준비와 소추개시 및 검사의 사건검토와 공소유지를 하나의 절차로 통합함으로써 사건처리에 소모되는 시간이 획기적으로 감소하였다.

또한 검사는 경찰서에서 경찰과 같이 근무하면서 증거의 적절성 여부를 검토하고 나아가 기소를 정당화할 수 사유가 없는 사건에 대해서는 독립적으로 기소절차를 중단한다. 이처럼 검사가 경찰서에 상주하면서 즉각적으로 기소여부를 결정하는 시스템은 영국 형사절차의 특징 중의 하나인데, 이로써 검사는 신속하게 기소여부를 결정하고 수사관들과도 긴밀한 관계를 유지하면서 수사진행상황을 협의해 나간다.

이상에서 살펴본 바와 같이 영국의 형사사법시스템은 사인소추의 전통에서 출발하여 경찰에 의한 공적 소추시스템을 거쳐 검찰에 의한 소추시스템으로 발전하였다. 그리고 우리나라와 같이 처음부터 검찰이 검사의 수사를 지휘감독하는 것이 아니라 경찰이 가진 소추권을 분리하여 검찰로 이관하고 검찰이 경찰과 협력하여 경찰의 수사를 지원·보조하는 상호협력시스템을 구축하고 있는 것이 영국형사사법시스템의 특징이다.

한편 소추권한은 경찰에서 검찰에게 이양되었으나 경찰의 자율성은 최대한 보장되어 있다. 검사가 경찰관의 수사를 직접 지휘·감독하지 않는 것은 물론 경찰이 수사결과 혐의가 인정되지 않거나 혐의가 인정되는 경우에도 독자적으로 훈방, 견책, 경고 등의 처분을 할 수 있도록 함으로써 소추가 필요하지 않는 사건은 경찰단계에서 조기에 종결할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 경찰단계에서의 필터링 권한은 경미한 사건을 조기에 형사절차로부터 걸러냄으로써 형사사법의 효율성을 향상시키는 물론 형사절차로 인한 낙인효과를 방지하는데 큰 기여를 하고 있다.

5. 미 국

(1) 미국 형사절차 개요

주지하다시피 미국은 주정부와 50개 주정부 및 수도인 워싱턴 D.C.정부로 구성되어 있고 연방 및 주정부 모두 독립된 관할권을 행사하면서 독자적인 사법시스템을 가지고 있기 때문에 일률적으로 설명하기 힘들다. 미국의 일반적인 수사 및 소추절차를 설명하면 다음과 같다.

미국에서는 범죄를 크게 중죄(felony)와 경죄(misdemeanor)로 구분하고 있으며, 경죄 중에서 특히 경미한 경우를 경미범죄(petty crime)라고 한다. 주에 따라서 조금씩의 차이는 있지만 연방 형사소송법상 중죄는 법정최고형이 1년을 초과하는 자유형에 해당하는 범죄를 그리고 경죄는 법정최고형이 1년 이하 6일 이상의 자유형 또는 벌금에 해당하는 범죄를 말한다. 한편 미연방법 제18집 제3559조(a)에 따르면 경죄는 1년 이하 6개월 초과, 자유형을 부과하는 A급 경죄, 6개월 이하 30일 초과, 자유형을 부과하는 B급 경죄 그리고 30일 이하 5일 초과, 구금형을 부과하는 C급 경죄로 구분되고 5일 이하의 구금형에 처하거나 구금형이 부과되지 않는 범죄를 범칙행위(infraction)이라고 하는데, 경미범죄(petty offence)란 이 중에서 B급, C급 경죄와 범칙행위를 말한다. 경죄의 관할은 municipal court, city court, justice court 등의 간이법원에 속하고, 치안판사법원에서 배심원 없이 간이절차에 의해 처리된다.²⁶⁾

미연방은 1980년 「치안판사면전에서 경죄의 재판절차에 관한 연방규칙(Federal Rules of Procedure for the Trial of Minor Offences Before United States Magistrates)」에서 경죄의 기소절차에 관한 규정을 별도로 두었으나, 1990년에는 이 규칙을 폐지하고 그 내용의 대부분을 연방 형사소송규칙 제58조로 편입하였다. 연방형사소송규칙의 내용을 중심으로 미국의 형사절차를 간단히 살펴보면 다음과 같다.

미국에서 피의자의 체포는 영장에 의한 체포와 영장에 의하지 않는 체포로 구분되는

26) 자세한 내용은 오기두, “미국의 경죄처리절차 및 운영실태에 관한 연구”, 사법개혁과 세계의 사법제도, 2004, 165면 이하 참조.

데, 대부분의 체포는 영장 없이 이루어진다. 경찰관이 피의자를 영장 없이 체포하기 위해서는 상당한 이유(probable cause)가 있다고 확신하고 있어야 하는데, 이러한 확신이 있었는가의 여부는 이후의 선서에 의한 소추(complaint)나 증언에 의해 입증된다. 한편 많은 주에서는 경죄에 대해서는 체포보다는 소환(citation)이나 출석명령(summon)이 이용되고 있다. 출석명령은 법원이나 수사기관이 당사자에게 특정 일시에 법원에 출석하여 심문에 응하도록 명령하는 것이고, 소환이란 보안관 또는 권한있는 공무원에게 당사자가 지정된 날짜에 법정에 출석하여 당해 고발내용에 답변하도록 고지하도록 하는 명령이다. 어느 경우나 당사자가 법정에 출석하지 않거나 출석을 거부하면 체포장이 발부될 수 있다.²⁷⁾

경찰관이 피의자를 체포한 경우에는 입건(booking) 절차를 밟게 된다. 입건은 체포된 피의자의 성명, 체포경찰관의 성명, 도착시간, 혐의범죄 등을 경찰기록부(police blotter)나 체포서(arrest book)에 기재한 것으로, 그 이후 경찰은 이를 토대로 사건을 검토한 후 범죄혐의의 인정 및 소추(charge) 여부를 결정한다. 그리고 경찰이 피의자를 체포한 후에는 불필요한 지체 없이 판사(judge), 치안판사(magistrate) 또는 심판관(commissioner) 앞으로 출석시켜야 한다.²⁸⁾ 출석(presentment) 또는 영장에 대한 인부(arraignment on the warrant)로 알려진 이 절차에서는 체포에 상당한 이유가 있는가를 심사하지만, 경죄의 경우 피의자에게 혐의사실을 인정하는지에 대한 질문을 받고 피의자가 혐의사실을 인정하는 경우에는 이 단계에서 치안판사의 처분으로 절차가 종결된다.

경찰이 범죄혐의를 인정하고 소추의 필요성이 있다고 인정하면 치안법원(magistrate court)에 소추장(complaint)을 제출한다.²⁹⁾ 이 소추장은 경죄에 관한 한 그 이후의 절차

27) Ponaldo V. Dell Carmen, Criminal Procedure : Law and Practice 7.ed., 2007, 38면.

28) '불필요한 지체없이(without unnecessary delay)'라는 말이 의미하는 바는 주마다 다르다. 연방 및 대부분이 주에서는 용의자를 치안판사 앞에 출석하게 하는데 6시간 이상이 지연된 사실은 피의자가 유죄를 인정하는 진술의 임의성을 판단하는 자료가 된다. 그리고 구체적인 시간을 명시하지 않고 주변상황을 참고하여 구체적인 사건에 따라 지연이 불필요하였는가를 판단하는 주도 있다. Ponaldo V. Dell Carmen, 앞의 책, 39면.

29) 소추장(complaint)은 특정 범죄사실을 주장하여 심판을 구하는 서면으로 치안판사의 면전에서 선서 후 작성·제출되는 것으로 정식기소(indictment), 약식기소(information)와 더불어 정식의 소추

에서 공소장과 같은 역할을 한다. 연방형사소송규칙에 따르면 소추장은 소추된 범죄(offences charged)를 구성하는 필수적인 사실에 대한 서면진술로서 치안판사 앞에서 선서에 의해 작성되어야 하고, 범죄피해자 또는 수사경찰관의 서명이 있어야 한다.

그리고 연방과 대부분의 주에서는 중죄의 피고인에 대해 예비심문을 받을 권리를 인정하고 있어 체포된 피의자는 1~2주 이내에 예비심문(preliminary hearing)절차를 거치게 된다. 예비심문은 기소를 뒷받침할 만한 상당한 이유의 존부를 판단하는 것을 목적으로 하는데, 이 절차는 불필요한 기소와 이에 따른 피의자의 고통을 방지하는 기능을 수행한다. 그러나 피고인이 예비심문절차를 거칠 권리를 포기하였거나 경미범죄 이외의 경죄로 기소되었고 치안판사에 의한 공판절차의 진행에 동의한 경우에는 예비심문절차를 거치지 않을 수 있다. 예비심문절차에서 치안판사가 상당한 이유가 있는 것으로 인정하면 대배심 또는 관할권을 가진 법원에 사건을 이송하고, 상당한 이유가 인정되지 않는 경우에는 사건을 기각(dismissal)하고 피고인을 석방하게 된다.

미국에서 공식적인 형사소추는 당해 범죄에 대해 관할권을 가진 법원에 공소장(accusatory pleading)을 제출함으로써 개시되는데, 형사소추의 절차는 중죄와 경죄에 따라 다소 차이가 있다.

우선 중죄의 경우에는 피고인에 대한 예비심문을 거친 후 대배심의 정식기소(indictment)에 의해 정식재판절차로 이행된다. 연방의 경우 사형이 법정형으로 규정된 범죄에 대해서는 반드시 대배심의 정식기소절차를 거쳐야 하나, 1년 이상의 자유형이 부과되는 범죄에 대해서는 대배심에 의한 정식기소뿐만 아니라 피의자가 대배심절차를 포기하는 경우 검사에 의한 약식기소(information)에 의해서도 기소될 수 있다. 이에 대하여 경죄에 대한 공판절차는 정식기소장, 약식기소장 이외에 소추장에 의해서도 진행될 수 있으며, 경미범죄에 대한 공판절차는 소환장 또는 출석명령서에 의해서도 진행될 수 있다.

(formal charge)중의 하나이다. 일반적으로 고발장이라고 번역되고 있으나 이로써 피의자(accused)는 피고인(defendant)로 전환된다는 점에서 우리나라의 고발장과는 다르고, 굳이 비교하자면 경미범죄에 대한 경찰서장의 즉결심판청구와 유사하다. 잘 알려진 바와 같이 영미형사절차에서는 사인소추의 전통이 확립되어 있고 미국이나 영국 경찰의 complaint도 그러한 것 중의 하나이다. 이 점을 감안하여 본 연구보고서에서는 소추장으로 번역한다.

기소 후 공판정에 출석한 피고인에게 기소장을 낭독해 주거나 기소된 범죄사실을 고지해 주고 기소장 부분을 피고인에게 제공한 후 기소된 혐의사실을 피고인이 인정하는지 여부를 묻는 기소인부절차(arraignement)가 진행된다. 이 절차에서는 유죄(guilty), 무죄(not guilty) 그리고 범죄사실시인(nolo contendere) 등의 답변을 하게 되는데, 이 절차부터 원칙적으로 지방법원 판사가 관여하게 된다. 이 절차에서 피고인이 유죄나 시인의 답변을 하고 법원이 이를 인정하면 양형절차가 진행되고, 무죄답변을 하면 본격적으로 공판절차에 들어가게 된다.

한편 연방의 경우 공판절차는 12명 이상의 배심원으로 구성된 배심재판(jury trial)에 의해 진행되는 것이 원칙이다. 경미범죄 이외의 경죄사건, 즉 6개월 초과 1년 이하의 자유형이 부과되는 경죄에 대해서도 피고인에게 배심재판을 받을 권리가 보장된다. 다만 피고인이 서면에 의해 배심재판을 포기하고 법원이 이를 승인하고 검사가 이에 동의하면 판사에 의한 재판(bench trial)을 할 수 있다.

(2) 미국의 형사사법기관과 경찰의 권한

앞에서 지적한 바와 같이 미국은 주정부와 50개 주정부 및 수도인 워싱턴 D.C.정부로 구성되어 있고 연방 및 주정부 모두 독립된 관할권을 행사하고 독자적인 경찰 및 검찰 시스템을 가지고 있기 때문에 일률적으로 설명하기 곤란하나, 이를 간단히 설명하는 다음과 같다.

우선 연방차원에는 연방검찰청(U.S. Attorney's office)이 설치되어 있는데, 법무장관(Attorney General)이 그 수장이며 연방검사(U.S. Attorney)가 소속되어 있다.³⁰⁾ 연방검찰청은 50개주, 워싱턴 D.C. 판, 푸에르토리코, 북마리아나 군도 등 3개 속령을 포함하여 미국전역을 94개 권역으로 나누어 보통 1개 주에 1개의 검찰청을 두고 있다(캘리포니아나 텍사스와 같은 큰 주에는 4개의 검찰청이 있다). 각 연방검찰청에 대개 1명의

30) 미국의 법무장관(검찰총장)은 상원의 동의를 얻어 대통령이 임명하는데, 연방 법무부(Department of Justice)의 수장으로서 법무부의 직원은 물론 연방검찰청을 비롯하여 연방수사국, 마약청, 이민국 등 산하기관에 대하여 지휘·감독권을 행사한다.

연방검사가 소속되어 있는데 연방검사는 상원의 동의를 받아 대통령이 임명하며, 임기는 4년이고 그 밑에 수명 또는 수십명의 검사보(Assistant U.S. Attorney)가 있다. 연방검찰청은 연방법위반 등 소관형사사건의 소추와 연방항소법원의 공판참여, 연방정부의 이익을 대표하는 소송수행, 벌금징수 등의 업무를 담당한다. 실제 취급하는 사건의 대부분은 마약 및 조직범죄, 은행사기, 증권사기, 신용카드이용사기, 파산사기, 조세포탈 등의 지능범죄나 환경범죄이며, 이들 사건은 대부분 FBI, DEA, IRS, INS 등 특별수사기구로부터 송치받은 사건들이다.

다음으로 미국에는 주 또는 지방검찰조직으로 주검찰청(State Attorney's office)과 카운티 단위로 설치된 지방검찰청(District Attorney's office)이 있다. 주검찰청은 대부분 선거에 의하여 선출되나 일부는 주지사나 주대법원에 의해 임명되는 주법무장관(State Attorney General)이 수장이며, 주와 관련된 업무를 담당한다. 그리고 지방검찰청에는 지방검사(District Attorney)가 소속되어 있는데, 이들 지방검사는 대부분은 주민들의 선거에 의해 선출되며 관할구역 내에서 연방검찰의 관할이 아닌 일체의 형사사건과 카운티 관련 민사사건을 처리한다.

영국과는 달리 미국의 검사는 자체적으로 수사인력을 보유하고 있으며 따라서 직접 수사권을 행사하고 있다. 다만 미국에서는 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리 등 헌법에 근거한 기본권이 발달하여 수사단계에서 수사기관에 의한 피의자신문은 거의 불가능하다. 따라서 수사단계에서의 수사는 참고인조사, 물증의 수집에 그치며 특히 구속 사건의 경우 48시간 이내에 피의자를 법원에 출석시켜야 하기 때문에 검찰의 수사에는 시간적 한계가 있고, 법정출석 후에는 기소인부절차(Arrestment)에서 기소사실을 부인하면 검사는 변호인과 협상(plea bargaining)에 들어가게 되는데 이 과정에서 수사를 하는 경우가 있으나, 그것은 협상을 위해 필요한 범위 내에서 보강수사로 제한된다. 또한 검사가 직접 수사를 할 경우 당사자주의가 지배되는 공판정에서 소추기관인 검사가 증인으로서 수사의 정당성을 증언해야 할 위치에 서게 된다. 이러한 사정들로 인해 미국에서 검사에게는 수사권이 인정되지만 사실상 수사는 경찰에 의해 이루어지고 검사가 수사를 하더라도 그것은 사후적·보충적 수준에서만 이루어진다.

미국에서는 검사가 직접 수사에 나서지 않는 배경을 좀 더 자세히 설명하면 다음과 같다.

첫째, 미국은 형사사법절차에서 공판중심주의를 채택하고 있기 때문에 수사관이 직접 법정에서 증언을 하는 경우가 많고, 만일 검사가 직접 수사를 하는 경우 검사가 공소유지자이며 동시에 법정에서 증언을 하게 되는 모순이 발생한다. 둘째, 공판중심주의 구조상 공판의 사건의 실체를 밝히는 유일한 장소이므로 검사들은 공판준비에 전력을 기울여야 하기 때문에 현실적으로 검사는 1차적인 수사활동은 경찰 등 다른 기관에 맡기고 공판에 집중할 수밖에 없다. 셋째, 일반적으로 검사의 업무 중 기소와 관련된 부분은 준사법적 성격이 인정되어 손해배상에 대하여 면책이 인정되나 검사가 직접 사건수사에 관여할 경우 준사법적 업무수행에 따르는 면책이 부정되고 손해배상책임을 부담하는 경우가 발생할 수 있어 검사는 직접 수사하기를 꺼리는 경향이 있다. 넷째, 형사절차상 검사에게는 판사처럼 소환대상자에게 출석의무를 부과할 수 없기 때문에 굳이 직접수사하기를 원한다면 대배심의 소환명령(subpoena)을 활용할 수밖에 없다. 다섯째, 검사에게 한 진술이나 경찰관에게 한 진술은 증거법상 아무런 차이가 없으며 궁극적으로는 피의자, 참고인에 대한 조사를 토대로 사건의 실제적 진실을 가리는 것은 검사의 몫이라기 보다는 법정에서 배심 또는 판사가 담당할 수밖에 없다.³¹⁾

특히 실무적으로 피의자에게는 자기부죄금지 및 묵비권이 인정되므로 검사 앞에서 피의자는 스스로 불리한 진술을 하지 않게 마련이고, 변호사도 피의자에게 진술을 거부하도록 조언하므로 검사가 피의자를 상대로 수사를 하는 것은 상당히 어렵다. 미국에서는 공판중심주의와 당사자주의 소송구조를 가지고 있어 거의 모든 증거는 최종적으로 법정에서 직접 제출해야 하고, 공판중심주의의 특성상 피의자의 자백이나 진술조서 등의 서증은 미란다(Miranda) 법칙이나 전문법칙(Hearsay Rule)에 의해 거의 무용지물이 되기 때문에 검사는 수사기관이 확보한 증거를 다시 조사하거나 다시 조서를 작성하는 일은 거의 없으며, 증언이 예정된 참고인을 미리 만나서 인터뷰를 하는 정도에 그치고 있다.

미국의 경찰조직을 보면 우선 연방차원의 수사기관으로는 연방수사국(Federal Bureau

31) 정용석, 수사지휘에 관한 연구, 2010, 165면.

of Investigation: FBI), 이민귀화국(Immigration and Naturalization Service: INS), 마약청(Drug Enforcement Administration: DEA), 국경순찰대(Border Patrol), 국세청((Internal Revenue Service: IRS), 경호실(Secret Service), 주류·담배·총기국(Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms: BATE) 등 50여개의 연방경찰조직이 있다. 이들 기관은 각각 제한된 범위 내에서만 수사권한을 가지며, 가장 광범위한 관할권을 가진 FBI도 200여종의 연방범죄에 대해서만 관할권을 행사한다.

연방경찰과는 달리 주 단위의 경찰은 주경찰(State Police), 고속도로순찰대(Highway Patrol) 등 그 명칭은 물론 직무범위도 다양하기 때문에 일률적으로 설명하기는 어려우나, 일반적으로 주경찰은 체포권을 갖고 순찰, 범죄수사 또는 교통통제와 같은 직접적인 경찰업무를 수행하고 있다. police officer라고 불리는 좁은 의미의 도시경찰 이외에 제복을 입고 경찰의 기능 중 가장 중요한 기능이라고 할 수 있는 범죄수사와 범죄예방을 위한 순찰업무를 수행하는 sheriff(보안관)과 constable(치안관)도 주경찰에 포함된다.

끝으로 미국에는 지방경찰로 자치단체경찰(municipal police) 또는 시경찰(city police)와 카운티 보안관(county sheriff)가 있다. 자치단체경찰이 미국 전체 경찰조직의 2/3가량을 차지하고 있고, 일반적으로 경찰의 업무는 이들에 의해 수행된다. 이외에도 미국에는 대학경찰(campus police), 검시관(coroner) 등 특수지역이나 분야에서 업무를 담당하는 경찰이 있다.

영국과는 달리 미국의 검찰은 원칙적으로 수사를 권한을 가지고 있다. 그러나 검사는 통상적으로 범법행위에 대한 수사에 관하여 경찰이나 다른 수사기관에 의존하고, 다른 기관이 적절하게 취급하지 못하는 것으로 의심되는 범죄(조직범죄, 환경범죄, 경제범죄 등)에 대해 수사를 한다.³²⁾ 이에 반해 미국의 경찰은 범죄의 예방과 진압에서 뿐만 아니라 수사절차에 있어서도 광범위한 재량권(discretion)을 가지고 있고, 이 때문에 과도한 재량권에 대한 통제가 논란이 되고 있는 실정이다.³³⁾

32) 미국변호사협회(American Bar Association)의 형사사법기준(Standard for Criminal Justice) 중 기소편(The Prosecution Function) 참조.

33) 미국경찰의 재량권에 대해서는 Samuel Walker, Charles M. Katz, Th Police in America 6. ed., 2006, 358면 이하 및 John S. Dampsey, Linda S. Forst, An Introduction to Policing 5.ed., 2008,

그리고 일단 경찰이 피의자를 체포 또는 수사를 개시한 사건이라고 하더라도 이를 모두 검찰에 송치하여야 하는 것도 아니다. 경찰은 기소할 가치가 있다고 판단되는 사건에 한하여 검찰에 송치하고 기소가 불가능하거나 그럴 가치가 없다고 판단한 사건은 경찰이 독자적으로 사건을 종결할 수 있다.

또한 미국에서도 공소권은 원칙적으로 검사의 고유한 권한이나 경찰이 일정부분 검찰의 소추과정에 관여를 한다. 즉, 형사절차에서 범죄에 대한 소추의 결정단계는 경찰이 체포, 정식기소전 경찰과 검찰의 심사(screening), 정식기소 후 검찰의 심사로 이루어지는데, 경찰이 범인을 체포·수사한 후 소추여부를 심사·결정하여 소추할 가치가 있는 것으로 결론을 내릴 경우 소추장(complaint)을 작성하여 치안법원에 접수하면서 사건을 검찰로 송치한다. 일부 경죄의 경우에는 소추장이 사건종결시까지 공소장의 기능을 하므로 경찰이 소추여부 판단이 상당히 중요하다.

중죄의 경우에는 사법경찰관이 독자적으로 소추장을 작성하기도 하지만 검사나 검사보가 작성하기도 한다. 앞에서 설명한 바와 같이 도시지역의 대부분 검찰청에서는 사건의 접수(intake)과정에서 검토(screening)를 하는데, 이 경우에도 검사나 검사보가 소추여부를 결정함에 있어서 대부분 사법경찰관의 판단에 따른다.

(3) 미국에서의 경찰과 검찰의 관계

미국에서 경찰은 검사의 보조기관이 아니라 엄연히 독자적인 수사권을 가진 기관이다. 이는 연방이든 주나 지방이든 모두 마찬가지이다. 미국의 검찰은 경찰에 대한 수사지휘권을 법률상 확보하고 있지 못하므로 개개사건에 대하여 지휘권을 행사할 수 없다. 따라서 검사는 경찰의 수사방향, 증거수집, 법률적용 등에 관하여 의견을 제시하고 경찰이 법원에 체포영장, 압수·수색영장을 청구하기 전에 이를 검토함으로써 수사의 적법성을 확보하는데 함께 협력하고 있다. 따라서 미국의 경찰과 검사의 관계는 상호협력관계로서 수사와 소추가 양자의 긴밀한 협력에 의해 이루어지고 있다고 평가할 수 있다.³⁴⁾

147면 이하 참조.

34) 박창호 외, 앞의 책, 579면 이하 참조.

미국변호사협회(ABA)는 1993년에 기소 및 변호에 관한 기준(Standards for Criminal Justice : Prosecution Function and Defense Function)을 공표하였는데, 이에 따르면 “검사는 형사문제에 있어 경찰의 기능과 의무에 관하여 법률적인 자문을 제공한다. 그리고 경찰이 법에 따라 직무를 수행하도록 하는 교육을 돕기 위해 검찰직원의 서비스를 제공함에 있어서 경찰과 협력하여야 한다.”고 규정하고 있는데(3-27),³⁵⁾ 미국의 경찰과 검찰의 협력사례에 대해 좀 더 살펴보면 다음과 같다.

우선 규모가 큰 지방검찰청에는 경찰에서 수사하여 제출한 사건을 검토하는 부서로서 사건접수실(intake unit) 또는 사건검토실(screening unit)을 운영하기도 한다. 이 부서에서는 검사보들이 기소하기에 충분한 증거가 있는지, 기소할만한 가치가 있는지에 초점을 맞추어 경찰이 송치한 사건을 검토한다. 증거가 불충분한 경우 수사기관에 증거의 보완을 요구하고 기소할 가치가 없다고 판단되는 경우에는 불기소 처분한다. 검찰이 보강수사가 필요하다고 판단하여 경찰에 수사를 의뢰하면 대부분의 경우 경찰이 이에 따른다.

그리고 미국에서는 우리나라와 같이 영장청구에 있어서 반드시 검사를 거치도록 하고 있지는 않으나, 지역에 따라서는 검사의 승인을 받도록 하는 경우가 있다. 이와 같은 경우 경찰이 체포영장을 신청함에 있어서 검사가 관여하도록 함으로써 공소의 책임을 지고 있는 검사로 하여금 사건의 적정성과 법률적합성을 사전에 검토하게 한다. 검사의 영장승인을 요구하는 지역에서는 대개 검사 또는 검사보가 직접 소추장(complaint)이나 선서서(affidavit)를 보고 수사관과 면담한 후 영장청구여부를 결정한다. 이처럼 영장청구에 대한 승인을 통해 검사는 경찰이 수사를 개시하여 검찰에 송치하기까지의 수사과정에 대해 검사가 관여할 수 있게 되는데, 대부분의 체포는 영장없이 이루어지고 사전 영장에 의한 체포는 5%정도에 지나지 않기 때문에 영장승인을 통한 경찰수사에 대한 관여는 비교적 약하다고 할 수 있다.³⁶⁾

그리고 영국과 마찬가지로 미국에서도 검사(보)가 경찰서에 상주하면서 수사에 관한 조언과 지도를 하며 인권침해여부를 감시하기도 한다. 예를 들어 워싱턴 주의 King

35) ABA, Standards for Criminal Justice: Prosecution Function and Defense Function, 1993 참조.

36) 박창호 외, 앞의 책, 582면.

County에서는 검사보가 지원실(develop unit)에 상주하면서 경찰의 수사를 지원하고 인권침해여부를 감시하는 기능을 수행하고 있다. 그리고 뉴욕, 시카고 등의 대도시에서는 검찰청에 중요범죄심사실(Felony Review Unit)을 설치하여 경찰수사를 지원한다. 이처럼 경찰수사에 있어서 검사의 지원이 요구되는 이유는 수사과정에서 경찰이 잘못을 범하는 경우 민형사상의 책임을 질 수 있으며 미국에서는 증거법이 복잡하게 형성되어 있기 때문에 수사실무자인 경찰로서는 이를 잘 알기 힘들고 따라서 법률전문가인 검사의 도움을 받을 필요가 있기 때문이다.

이처럼 미국에서는 경찰과 검찰이 상호협력이 강조되고 있는데 지난 미연방 법무부는 지난 1982년에 「경찰과 검찰의 관계(Police-Prosecutor Relation in the United States)」를 제정하였고,³⁷⁾ 1999년에는 제퍼슨사범연구소(Jefferson Institute for Justice Studies)에서 「경찰과 검찰이 관계에 관한 지침(Prosecutor' guide to Police-Prosecutor Relations)」을 제정하였다. 특히 후자는 검사·경찰서장간 범죄통제와 주민보호에 대한 상호협력에 대한 동의, 상호협력방안, 경찰보고서작성의 개선에 대한 협력, 사건송치시 경찰과 검사의 대면 용이화, 경찰의 재판절차 참여, 소추의 성공을 위한 경찰과 정보공유, 경찰·검찰 협력(joint operation) 프로그램의 활성화, 지역사회와의 연계 등 포괄적인 내용을 담고 있다.³⁸⁾

이외에도 미국에서는 주별로 상호협력체제를 갖추고 있는 경우가 있다. 예컨대 메인(Main)주에서는 마약사범단속업무의 효율성을 제고하기 위해 통합마약국을 설치하여 경찰수사관과 검사·검사보가 수사 초기단계부터 유죄판결에 이르기까지 긴밀하게 협력하고 있으며, 뉴욕(New York)주에서는 중죄사건에서 무죄 또는 불기소처분으로 종결되는 비율을 낮추기 위해 경찰·검찰(Police-Prosecutor Program) 프로그램을 마련하고 카운티 검사와 주경찰들이 협력한 결과 중죄사건의 무죄판결비율이 낮아지고 경찰과 검찰간의 의사소통이 개선되는 효과가 나타나기도 하였다.

37) 번역문은 허일태, 독일·프랑스의 수사구조를 통해서 본 경찰수사권의 합리적 배분과 수사권내용, 치안정책연구소, 2004, 60면 이하 참조.

38) 박창호 외, 앞의 책, 584면 이하 참조.

6. 일 본

(1) 일본 형사절차의 개요

주지하다시피 일본의 형사절차는 우리나라와 상당히 유사하다. 이 중 수사절차를 간단히 설명하면 다음과 같다.³⁹⁾

일본에서 수사는 경찰 또는 검찰이 담당하는데, 수사는 수사의 단서, 즉 피해자의 신고나 수사기관의 독자적인 활동 등을 통하여 사건이 발생하였다는 사실을 지득하면서 개시된다. 수사의 단서로는 경찰관직무집행법상 직무질문, 형사소송법상 현행범체포, 변사체검시, 고소 및 고발, 청구, 자수 등이 있는데, 청구(외국국기·국장손괴죄에서의 외국정부의 청구, 노동관계조정법에서의 노동위원회의 청구)를 제외하면 우리나라와 유사하다.

수사의 진행과정에서 수사기관에 의한 증거수집이나 피의자의 신병확보가 이루어진다. 증거수집을 위한 압수·수색·검증·통신방수(감청)·검증 및 실황조사가 활용되며, 특히 진술증거를 수집하기 위한 수사방법으로서 피의자 및 참고인에 대한 조사가 실무상 적극적으로 활용된다.

형사사건의 대부분의 사법경찰원에 의해 개시·진행되는데, 수사진행단계에서 사법경찰원은 체포장을 비롯하여 압수·수색·검증·감청을 위한 영장 및 감정처분허가장·감정유치장을 직접 재판소에 청구할 수 있다. 즉 사법경찰원의 수사상 대인적 강제처분과 대물적 강제처분은 검찰을 경유하거나 그 통제를 받지 아니하며, 사법부의 영장심사를 통해 직접적으로 통제되고 있다.

피의자의 신병을 확보하는 수단으로는 체포 및 구속(일본에서는 勾留라고 한다)이 있는데, 체포전치주의가 적용되며 사법경찰원(司法警察員)에 대해서는 구속권이 인정되지 않는다. 따라서 수사기관은 체포절차를 거치지 않고 피의자를 구속할 수 없으며, 사법경찰원이 피의자를 체포한 후 계속하여 유치할 필요가 있다고 인정할 때에는 검찰관에게 사건기록과 함께 피의자의 신병을 인도하여야 한다.⁴⁰⁾

39) 이하의 내용은 최원석·이동희 편, 비교경찰론, 2006, 529면 이하 참조.

40) 일본 형사소송법에 의하면 사법경찰원이 피의자를 체포하거나 사법순사(司法巡査)에 의하여 체포

사법경찰원이 수사를 일단락한 때에는 검찰관(檢察官)에게 사건을 송치하여야 한다. 다만 일본에서는 검찰관이 미리 지정한 사건에 대해서는 불송치처분인 미죄처분을 할 수 있고, 소년사건에 대해서는 가정재판소에 송치하지 않을 수 있는 특례가 인정되고 있다. 사법경찰원으로부터 사건을 송치받은 검찰관은 필요가 있다고 인정하는 때에는 보충적·보정적 수사를 행한다. 검찰관은 사법경찰원으로부터 송치받은 사건 외에도 필요한 때에는 모든 사건을 독자적으로 수사할 수 있는 권한이 있고, 구속영장청구와 증인심문청구는 검찰관만이 할 수 있다.

이와 같이 피의사건에 대한 수사의 진행결과를 바탕으로 검찰관은 당해 사건의 기소 여부를 판단하는데, 우리나라와 마찬가지로 검찰관은 기소에 있어서 재량권을 가지고 있다.

먼저 검찰관은 범죄의 혐의가 인정되고 소추조건까지 갖추어졌음에도 불구하고 기소를 하지 않을 수 있는데, 이를 기소유예라고 한다. 기소유예는 공소제기가 불필요하다고 인정되는 범죄에 대해 재판 전 단계에서 이를 여과하는 기능을 수행하고 피의자로 하여금 형사절차로부터 벗어나게 하는 일종의 다이버전(diversion)으로서도 형사사법의 효율적 운용을 도모하는 기능을 수행한다. 매년 일본검찰청 종국처리인원의 약 40%가 기소유예로 처리된다. 이외에도 일본의 검찰관은 기소를 함에 있어서 약식명령을 청구할 수 있는데, 검찰관이 약식명령을 청구하면 재판소는 서면심리만으로 피고인에게 50만엔 이하의 벌금 또는 과료를 과한다. 약식명령은 간이재판소의 전속관할에 속한다(일본형사소송법 제461조).

일본은 검사의 기소재량에 대한 통제장치로서 부심판청구와 검찰심사회제도가 있다. 부심판청구는 공무원의 직권남용죄(형법상 직권남용, 폭행·가혹행위, 불법체포감금 및

된 피의자를 수취한 경우 유치할 필요가 없다고 사료하는 때에는 즉시 석방하고, 유치할 필요가 있다고 사료하는 때에는 피의자가 신체를 구속당한 때로부터 48시간 이내에 서류 및 증거물과 함께 검찰관에게 송치하여야 한다(제203조 제1항). 또한 사법경찰원으로부터 피의자를 수취한 검찰관은 피의자를 유치할 필요가 없다고 사료될 때에는 즉시 석방하고, 유치할 필요가 있다고 사료되는 때에는 피의자를 인수한 때로부터 24시간 이내에 재판관에게 구속을 청구하여야 한다(제204조 제1항). 그리고 검찰관은 구류청구일로부터 10일 이내에 공소를 제기하지 아니한 때에는 즉시 피의자를 석방하여야 하고, 다만 부득이한 사유가 있다고 인정하는 때에는 재판관에게 청구하여 10일 이내의 기간 동안 구속을 연장할 수 있다(제208조 제1항, 제2항).

파괴활동방지법상 직권남용)에 대해 검찰관이 불기소처분을 할 경우 고소·고발인이 관할지방법원에 그 사건을 재판소의 심판에 부할 것을 청구하는 제도이다. 우리나라의 기소강제절차와 유사하나, 재판소의 부심판결정이 있으면 공소제기가 의제되며 당해사건의 공소유지는 재판소가 지정한 변호사에 의해 수행된다는 점이 다르다. 그리고 일본에는 검찰관의 불기소처분의 당부에 대한 심사와 검찰사무의 개선에 대한 건의·권고기능을 수행하기 위해 검찰심사회가 설치되어 있다. 전후(戰後) 연합군총사령부가 대배심제도의 채택을 요구하자 이를 변형하여 설치한 기구로서 검찰관의 불기소처분에 대해 고소인·고발인 등의 신청이 있을 때 그에 대한 당부를 심사하여 기소를 권고한다.

(2) 일본의 형사사법기관과 경찰의 권한

가. 일본의 검찰 및 경찰조직

일본검찰청은 행정조직상 법무성 산하에 특별기관으로 설치되어 있으며 검찰관이 행하는 사무를 통괄하는 관서이다(검찰청법 제1조 제1항). 검찰조직은 각급재판소에 대응하여 최고검찰청, 고등검찰청, 지방검찰청, 구검찰청으로 구성되며 최고검찰청의 장을 검사총장이라고 한다. 그리고 일본에는 법무행정을 담당하는 부서로 법무성(法務省)이 있으며, 법무성의 수장인 법무대신은 검찰사무에 관하여 일반적으로 검찰관을 지휘·감독할 수 있는 권한을 가진다. 그러나 구체적 사건에 대한 조사와 처분에 관해서는 검사총장만을 지휘할 수 있다.

각 검찰청에는 검찰관 이외에 검찰사무관, 검찰기관 등의 직원이 있다. 일본의 검찰관은 우리나라와 마찬가지로 수사에서 재판의 집행에 이르기까지 형사절차의 전단계에 관여하고 있으며, 독립제 관청으로서 검찰관동일체의 원칙에 의해 활동한다.

일본의 검찰조직은 우리나라와 거의 같은데 반해 일본의 경찰조직은 다소 차이가 있다. 우선 일본의 경찰조직은 기본적으로 국가경찰조직과 자치경찰조직으로 나뉘는데, 국가경찰조직으로는 국가공안위원회와 경찰청이 있고 지방경찰조직으로는 도도부현(都道府縣) 공안위원회와 경시청(동경도) 및 도부현(道府縣) 경찰본부가 있다. 국가경찰은

도도부현경찰의 지휘·감독 등 국가경찰사무를 담당하고 경찰의 기본적인 책무, 즉 개인의 생명·신체 및 재산의 보호, 범죄의 예방·진압, 수사, 범인의 체포, 교통단속 기타 공공의 안전과 질서유지는 도도부현경찰이 담당한다.

나. 일본 형사소송법상 경찰과 검찰의 관계

과거 일본의 경찰과 검찰의 관계는 우리나라와 유사하였으나 2차 세계대전 종료 이후(이하에서는 간단히 '전후'라고 한다) 상당한 변화를 겪었다. 현재 일본 형사소송법상 경찰과 검찰의 관계를 이해하기 위해서는 잠깐 그 이전의 상황을 점검할 필요가 있다.

일본의 구형사소송법(大正 형사소송법)은 아래와 같이 수사권한을 직접적으로 검사에게 부여하고 수사의 주재자를 검사로 규정하였다. 따라서 사법경찰관리는 독립적인 수사의 권한을 보유하지 못했고 어디까지나 검사의 지휘를 받아 보조공무원으로서 수사를 담당하는 입장에 있었다(구 형사소송법 제246조 내지 제249조).

구형사소송법 제246조 검사는 범죄가 있다고 사료하는 때에는 범인 및 증거를 조사하여야 한다.

제247조 경시총감, 지방장관 및 헌병사령관은 각각 그 관할구역 내에서 사법경찰관으로서 범인을 수사함에 관하여 지방재판소 검사와 동일한 권한을 갖는다. 단 동경부지사는 그러하지 아니하다.

제248조 좌(左)에 기재한 자는 검사의 보좌로서 그 지휘를 받아 사법경찰관으로서 범죄를 수사하여야 한다.

1. 청부현(廳府縣)의 경찰관
2. 헌병의 장교, 준사관 및 하사

제249조 좌(左)에 기재한 자는 검사 또는 사법경찰관의 명령을 받아 사법경찰리로서 범죄를 수사하여야 한다.

1. 순사
2. 헌병졸

프랑스 형사소송법의 영향을 강하게 받은 일본의 구형사소송법상 강제처분은 현행법을 제외하고는 예심판사의 권한이었고, 피의자 등의 신문도 검사가 아닌 예심판사의 권한으로 되어 있는 등 예심판사에 수사권한이 집약되어 있었기 때문에 수사의 주재자를 예심판사라고 볼 여지도 있다. 다만 요급사건에 관하여 검사와 검찰에게 강제처분의 권한이 위임되어 있었고 검사가 사법경찰관리를 직접 지휘하여 보조하도록 하면서 수사를 하였고, 검사가 공소권을 독점함과 동시에 기소재량권을 가지고 있었기 때문에(구 형사소송법 제278조, 제279조), 실질적으로는 검사가 수사의 주재자였다.

그러나 2차 세계대전 패전 직후인 1947년 연합군최고사령부(GHQ)의 영향 하에 제정된 신형사소송법은 사법경찰직원을 수사의 1차적 책임을 지는 수사기관으로 규정하고(제189조 제1항) 검찰관은 2차적·보충적 책임을 지는 수사기관으로 규정하였다(제191조 제1항). 또한 양자의 관계를 상호협력관계로 규정하면서(제192조) 검찰관에 대해서는 경찰에 대한 지시·지휘권을 부여하였다(제193조).

제189조(일반사법경찰직원과 수사) ① 경찰관은 다른 법률 또는 국가공안위원회나 도도부현 공안위원회가 정하는 바에 따라 사법경찰직원으로서 직무를 행한다.

② 사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료되는 때에는 범인과 증거를 수사하여야 한다.

제191조(검찰관·검찰사무관과 수사) ① 검찰관은 필요하다고 인정하는 때에는 스스로 범죄를 수사할 수 있다.

② 검찰사무관은 검찰관의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.

제192조(수사에 관한 협력) 검찰관과 도도부현 공안위원회 및 사법경찰직원은 수사에 관하여 상호 협력하여야 한다.

제193조(검찰관의 사법경찰직원에 대한 지시·지휘) ① 검찰관은 그 관할구역에 따라 사법경찰직원에 대하여 수사에 관하여 필요한 일반적 지시를 할 수 있다. 이 경우 지시는 수사를 적절하게 하고 기타 공소를 수행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 일반적 준칙을 정함으로써 행한다.

② 검찰관은 그 관할구역에서 사법경찰직원에 대하여 수사의 협력을 요구하기 위하여 필요한 일반적 지시를 할 수 있다.

③ 검찰관은 스스로 범죄를 수사하는 경우에 필요한 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수

사를 보조하게 할 수 있다.

④ 전3항의 경우에 사법경찰직원은 검찰관의 지시 또는 지휘에 따라야 한다.

제194조(사법경찰직원에 대한 징계·파면의 소추) ① 검사총장, 검사장 또는 검사정은 사법경찰직원이 정당한 이유없이 검찰관의 지시 또는 지휘에 따르지 아니하는 경우에 필요하다고 인정되는 때에는 경찰관인 사법경찰직원에 대하여 국가공안위원회 또는 도도부현 공안위원회에 그리고 경찰관인 자 이외의 사법경찰관은 그 자를 징계 또는 파면할 수 있는 권한을 가진 자에 대하여 그의 징계나 파면을 소추할 수 있다.

② 국가공안위원회, 도도부현 공안위원회 또는 경찰관인 자 이외의 사법경찰직원을 징계 또는 파면할 수 있는 권한을 가진 자는 전항의 소추가 이유있다고 인정되는 때에는 별도의 법률이 정하는 바에 따라서 소추를 받은 자를 징계 또는 파면하여야 한다.

이처럼 신형사소송법에서 경찰과 검찰의 관계에 변화를 준 이유는 형벌권의 행사는 형사절차를 적정하게 밟아서 행해져야 하는데 이를 위해서는 그 절차의 첫 단계에 있는 범죄수사가 진상해명을 위해 적정하고도 충분하게 행해져야 하고, 초기단계에서 수사를 수행하는 경찰을 인권의식을 가진 전문가집단으로서 그 수사능력을 향상시키기 위해서는 종래 형사소송법에서와 같이 경찰에 대해 검찰관의 보조기관으로서의 자율적 지위를 부여하는 것만으로는 효과적이지 못하다고 판단하였기 때문이다. 즉, 법조인(法曹人)으로서의 자격과 고도의 법률지식을 가지며 신분이 보장된 검찰관을 명실상부하게 수사의 주재자로서 하고 종래와 같이 사법경찰관리를 검찰관의 보조기관으로 자리매김하는 것은 일면적으로는 효과적일지 모르나, 그와 같은 권력의 집중보다는 역할분담, 즉 검찰관은 공소관으로서 이른바 경찰수사의 후견적·보충적 역할을 하도록 하고 경찰을 독립적인 수사기관으로서 1차적 수사책임을 지게 하여 자율적 지위를 보장하는 것이 경찰의 자율적인 수사능력 향상과 형벌권의 적정한 실현에 보다 적합하다고 판단하고 경찰과 검찰은 각각 독립적인 수사주체로서 양자는 원칙적으로 협력관계에 있도록 한 것이다.⁴¹⁾

물론 전후(戰後) 일본에서는 입법적으로 검찰관을 오로지 공소권만을 부여하고 수사권한은 오직 사법경찰직원에게만 부여하는 방안이 검토되기는 하였다. 그렇지만 일본은

41) 加藤康榮, “檢察と警察の關係について”, 日本法學 705권 4호(2010.3.), 50면.

이와 같은 방식을 채택하지 않고, “검찰관은 필요한 때에는 스스로 범죄를 수사할 수 있다.”고만 규정하였다(제191조 제1항). 이로써 공소유지의 책임을 진 검찰관으로 하여금 사법경찰직원의 수사가 불충분하거나 결함이 있는 경우 그것을 보충하거나 보정할 필요가 있고 사건을 사실상·법률상으로서 파악하고 구성하는 것과 관련된 수사방침의 잘못을 시정할 필요가 있으며, 정치적 고려 등에 의해 수사착수 자체를 주저하는 등 다른 사건과의 형평을 고려하여 적절한 관점에서 수사를 수행하게 할 필요성이 있는 경우에 검찰관에게 2차적·보충적 수사책임을 부과하고 있다.

한편 일본형사소송법은 검찰관이 스스로 수사를 하는 경우 필요한 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수사를 보조하게 할 수 있게 하고(제193조 제3항), 나아가서 이를 관철시키기 위해 사법경찰직원에게 복종의무를 부과하고(제193조 제4항) 검찰관의 지휘 등에 따르지 아니하는 사법경찰직원에게 검찰관이 징계·파면 소추를 할 수 있도록 하였다(제194조). 이것은 증거법이 강화된 신형사소송법에서는 특히 수사가 충분히 이루어지지 않으면 공소유지가 곤란하게 되어 수사방법에 대한 지시가 필요하게 되었으며 또한 당시 국가지방경찰과 자치단체경찰이 구분되어 있어 불성실하거나 과도한 수사에 대해 정비할 필요성이 있었기 때문이다.⁴²⁾

그러나 이 규정을 두고 일본에서 사법경찰직원은 단순히 검찰수사의 보조자에 불과하다고 해석하는 안 된다. 만약 이렇게 해석한다면 검찰관이 범죄의 수사에서 주재자가 되고 경찰은 검찰관의 지휘감독을 받는 복종관계에 놓이고 수사에 있어서 보조자에 지나지 않게 되는데, 이는 형사소송법의 입법취지에 전혀 부합하지 않는다. 이 규정은 공익의 대표자라는 검찰관의 직책의 관점에서 설명이 가능하다. 즉 수사를 전체로서 내용적으로나 절차적으로 적정하게 유지해야 하는 공익상의 요청을 가장 효과적으로 충족해야 하기 때문에 검찰관에게 사법경찰직원에게 대한 지시·지휘권뿐만 아니라 자체적인 수사권을 인정한 것이다.

그렇다고 하여 검찰관이 사법경찰직원의 수사에 대한 보충적·2차적 수사기관에 지나지 않는다고 하는 것도 잘못된 해석이다. 일본형사소송법상 검찰관은 사법경찰직원에게

42) 平野龍一, “捜査”, 日本刑法學會 編, 改正刑事訴訟法 解説と批判(刑法雜誌別冊), 1953, 27면.

대한 일반적 지시·지휘권(제193조 제1항, 제2항)과 독자적 수사권 그리고 사법경찰직원에 대한 구체적 지휘권(제193조 제3항)을 가지고 있는 독립적인 수사기관이다. 한편 일본에서는 사법경찰직원에게는 체포권만을 부여하고(제199조) 구속은 체포된 피의자를 검찰관에게 송치하여 검찰관으로 하여금 하도록 규정하고 있는데(제204조), 이는 구속 단계에서 수사의 주재자는 사건을 정리하는 총책임자로서 검찰관이라는 것을 의미한다. 즉 공소관인 검찰관에게는 공소유지의 관점에서 수사의 통일과 충실 및 수사의 적정성에 관하여 만전을 기해야 할 책임이 지워져 있고, 검찰관에게는 이러한 책임을 수행하기 위하여 사법경찰관리에 대한 일반적 지시·지휘권, 독자적 수사권 및 구체적 지휘권이 부여되어 있는 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 일본에서 경찰과 검찰은 명실상부하게 상호대등한 협조관계에 있다.

(3) 일본에서의 경찰과 검찰의 협력관계

전후(戰後) 일본에서 경찰과 검찰의 관계는 상명하복관계에서 협력관계로 현저하게 변화되었을 뿐만 아니라 양자의 관계가 더욱 긴밀화·실질화되었다.

전전(戰前)의 구형사소송법 하에서 검사는 사법경찰관리에 대하여 직무상 지휘명령권을 가짐으로서 직무상 상관으로서 자리매김되어 있었으나 신분상 감독권이 부여되어 있지 않았기 때문에 사법경찰관리가 검사의 지휘에 따르지 않는 사례가 많았다. 그러나 현행 형사소송법에서는 사법경찰직원에게 검찰관의 지시·지휘에 대한 복종의무를 부과하고 검찰관에 대해 징계·파면 소추권을 부여함으로써 범형식에 있어서 오히려 현행 형사소송법이야말로 지금까지 형해화된 경찰과 검찰의 관계를 실효성있게 만들고, 과도한 긴장관계를 지양하고 권력기관 상호간에 견제와 균형을 이룰 수 있도록 하였다. 또한 검찰관의 지시·지휘에 따르지 아니하는 사법경찰직원에 대한 징계·파면 소추에 관해서 별도의 법률로 정하도록 하고(제194조),昭和 29년(1954년)에 ‘형사소송법 제194조에 의한 징계처분에 관한 법률’을 제정하여 그 실효성을 담보하도록 하였다.⁴³⁾

제193조 제1항에 따라 일반적 지시권이 발동된 사례를 보면 ① 소화 25(1950년)년의

미죄사건 송치특례에 관한 각 지검검사정의 일반적 지시, ② 소화 26(1951년)년의 미검 거중요사건의 검거전송치에 관한 각 지검검사정의 일반적 지시, ③ 소화 27년(1952년)의 파괴활동방지법위반사건의 수사절차의 특례에 관한 각 지검검사정의 일반적 지시, ④ 소화 36(1961년)년의 사법경찰직원수사서류기본서식례에 관한 각 검사총장의 일반적 지시, ⑤ 소화 38(1963년)년의 사법경찰직원수사시설간이서식례에 관한 검사총장의 일반적 지시, ⑥ 도로교통법위반사건신속처리를 위한 공용서식(이른바 교통스티커)의 사용에 관한 각 지검검사정의 일반적 지시가 있고, 그 이후에도 사건처리에 관한 각 지검검사정이 내린 형법등 법개정에 수반된 사건송치기준의 일부개정 및 교통위반 서류양식 등에 관한 일반적 지시도 상당수 있다.

이에 대해서는 불충분한 수사에 대하여 지시가 내려져야 하는 것이 당연함에도 불구하고, 형사소송법 개정 전부터 다툼없이 인정되어 온 단순한 양식정도의 지시만이 내려지고 있는 것은 검찰관의 태만이라고 하지 않을 수 없다는 비판이 제기되기도 한다.⁴⁴⁾ 그러나 일반적 지시가 이처럼 주로 양식 등에 그치고 있지만 이것은 경찰이 독립적 수사기관으로서 자리매김하고 나아가서 경찰과 검찰의 관계가 바람직한 방향으로 자리잡아가고 있기 때문이라고 일반적으로 평가되고 있다. 또한 재판원제도와 피해자참가제도가 도입되고 수사의 가시화와 같은 새로운 수사·공판환경이 조성됨에 따라 징계소추권과 마찬가지로 새로운 검찰관의 역할구축에 수반하여 검찰관의 일반적 지시권이 경찰과 검찰의 사전협의라는 형식으로 나타나고 있다.⁴⁵⁾ 이하에서는 일본에서의 경찰과 검찰의 사전협의를 대해 살펴본다.

일본형사소송법상 수사착수와 사전협의를 제도로서 인정되고 있는 것은 아니지만 제 192조 내지 제194조의 규정이 양자의 일반적 협력관계와 구체적 지시·지휘 또는 보조

43) 이 법률은 단 2개 조문에 불과하다. 원래는 전문 28조에 이르는 요강이 만들어지고 이를 기초로 사법경찰직원등적격심사회법안이 국회에 제출되었으나 중의원이 해산됨으로써 폐기되었다가, 당시 법무성과 국가경찰본부 사이에 그 적용에 신중하도록 서로 노력한다는 합의에 도달하여 위와 같은 내용의 법률이 탄생하였다. 그런데 지금까지 그 적용례는 단 한건도 없다. 伊藤榮樹 外 編, 注釋刑事訴訟法(新版) 3권, 1998, 30면.

44) 平野龍一, 앞의 논문, 26면.

45) 加藤康榮, 앞의 논문, 56면.

관계 등을 정하고 있기 때문에 이로부터 경찰과 검찰의 사전협의의가 촉진되었다. 犯罪搜查規範[昭和 42년(1967년) 국가공안위원회 규칙 2호] 제5조가 경찰에 대하여 수사에 관하여 검찰관과 협력할 것을 규정한 것도 사전협의를 촉진하는데 기여하였다(특히 같은 조 제2항은 검찰관에 대하여 사건의 사전연락의무를 규정하고 있다).

공소관으로서의 검찰관은 적정하게 공소수행을 할 의무를 지는데, 특히 중대사건에 있어서는 경찰이 갑자기 사건을 입건하고 피의자를 체포·송치하는 경우 검찰로서는 제한된 구속기간 내에 충분히 수사를 하여 오류없이 기소 또는 불기소의 결정을 하는 것이 곤란한 경우가 많았다. 그리고 경찰로서는 선거법위반사건, 뇌물사건, 경제범죄 등 복잡한 지능범사건, 살인 등 중죄사건, 대규모사건, 사회적 이목을 끄는 사건 등 검찰과 사전협의나 실제로 필요한 사건에 관해서는 사전에 협의하거나 상담을 하는 것이 효과적이었기 때문에 담당 검찰관에 대하여 사전협의나 상담을 관례적으로 해 왔다. 또한 검찰관으로서도 공소유지상 경찰로부터 수사착수시점부터 또는 송치전에 사건의 증거관계에 관한 설명을 듣고 사건의 쟁점이나 사실상 또는 법률상 문제점 등을 검토할 수 있는 기회가 필요하였다. 이 때문에 직접적으로 명문의 규정이 없었음에도 불구하고 사전협의, 영장청구사건등의 등 경찰과 검찰간의 사전협의가 자연스럽게 정착되었다.

현재 일본 경찰과 검찰의 관계는 '지휘권으로 뒷받침된 상호협력의 미묘한 관계'로 평가되고 있는데, 검찰관에 대하여 일반적 지시권, 일반적 지휘권, 사법경찰직원의 복종의무 및 파면·징계소추권을 규정한 취지는 검찰관에게 적극적 지휘권행사에 의한 준수법관적 역할을 기대한 것이라고 할 수 있다. 실제로 검찰관의 구체적 지휘권을 근거로 판례는 경찰이 행하는 별건체포·구류사건에 있어서 검찰관이 경찰관에 대해 본건조사 중지지시를 할 의무가 있다고 판시하기도 하였다.⁴⁶⁾

그러나 일본에서의 경찰과 검찰의 관계는 어느 한 기관이 우월적 지위에서 다른 기관을 지휘감독하는 관계가 아니라 상호 대등한 지위에서 협력하는 관계로 인식되는 것이

46) 이 사건에서 재판소는 피고인이 별건으로 기소된 후 경찰관이 구속상태를 이용하여 살인사건을 조사한 것은 위법하다고 하고, 검찰관이 그 경찰관의 여죄수사중지를 지시하지 않고 구속의 취소를 청구하지 않은 것은 위법하다고 판시하였다. 福岡高等裁判所宮崎支院 平成 9・3・21 判例時報 1610호 45면.

일반적이다. 전 경찰청장이었던 구니마쓰 다카지(國松孝次)는 경찰과 검찰의 바람직한 관계를 昭和 28년(1953년) 형사소송법 개정구조에서만 발견하려는 것은 바람직하지 않고 그와 같은 시대는 이미 지났다고 지적하고 계속해서 수사가 어려워지는 시대에서 진정으로 바람직한 경찰과 검찰의 관계를 재확인해야 한다고 하면서, 무엇보다도 중요한 것은 경찰과 검찰이 공통의 장(場)에서 사건의 진상을 증거에 의해 밝혀내야 하는 것이고 범죄를 저지른 자는 반드시 법의 심판을 받게 해야 한다는 공통의 인식을 가지고 폭넓고도 솔직한 자세로 협력해 나가지 않으면 안 된다고 강조한 바 있다.⁴⁷⁾

7. 수사상 경찰과 검찰의 관계에 관한 외국 입법례의 시사점

이상에서 수사 및 소추절차를 중심으로 프랑스, 독일, 영국, 미국 그리고 일본에서의 경찰과 검찰의 권한과 상호관계에 대해 살펴보았다. 경찰과 검찰의 권한과 상호관계는 국가마다 다양하나 다음과 같은 공통점이 발견할 수 있다.

(1) 원칙적으로 경찰은 수사를 그리고 검찰은 소추를 주된 임무로 하고 있다.

선진국에서 원칙적으로 경찰은 수사를 그리고 검찰은 소추를 주된 임무로 하고 있고, 검찰이 스스로 수사기관임을 자처하고 주도적으로 수사를 하거나 경찰의 수사를 지휘하지 않는다. 스스로 본원적 수사기관임을 자처하면서 직접 수사를 하고 경찰에 대해 지휘권을 행사하는 우리나라 검찰은 외국의 시각에서 보면 의아할 정도이다. 물론 선진국에서도 검찰은 수사권과 수사지휘권을 가지고 있으나 직접 수사권을 행사하는 것은 조직범죄, 마약범죄 등과 같은 특정한 영역에 한하고, 경찰에 대한 수사지휘권은 자신의 본연의 임무인 소추를 적절하게 하기 위한 한도 내에서 행사한다. 결국 경찰과 검찰은

47) 國松孝次, “刑事警察の歴史と今後のあり方”, 講座日本の警察 2卷(刑事警察), 1993, 21면.

적정한 수사와 소추를 통해 형사사법의 정의를 실현하기 위하여 상호 협력하는 관계에 있다.

(2) 법규정과는 상관없이 상명하복관계가 아니라 상호협력관계를 지향하고 또한 실무상으로도 그와 같은 방식으로 운영된다.

대체적으로 보면 대륙법계국가(프랑스, 독일)에서는 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘권을 명시하고 있지만 실제 운영은 일방적 지휘·감독이 아니라 상호 대등한 관계에서 수사와 소추과정에서 협력을 하고 있으며, 영미법계국가(영국, 미국)는 처음부터 양기관이 상호협력관계로 설정되어 있었고 실제로도 그와 같이 운영되고 있다. 일본의 경우에는 전전(戰前)에는 우리나라와 같이 법률상 상명하복관계로 규정되어 있다가 전후(戰後)에는 법률상으로는 물론 실질적으로 상호협력관계로 변화하였다.

(3) 경찰은 독자적인 수사권, 즉 독자적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 권한을 보유하고 있으며, 실제로 초동수사단계에서부터 수사종결까지 경찰이 주도적으로 수사를 한다.

대륙법계국가(프랑스, 독일)의 경우 검찰에게 경찰에 대한 수사지휘권을 부여하고 있으나 다른 한편으로 경찰에 대해서 독자적인 수사개시·진행권을 부여함으로써, 검찰이 초기단계에서부터 경찰수사를 지휘하는 것은 아니라 경찰의 수사를 보조하거나 또는 경찰이 수사를 완료하여 검찰에 송치하면 보충적으로 행하는 것이 원칙이다. 또한 경찰에 대한 수사지휘는 상명하복의 명령이 아니라 지시, 위임 또는 촉탁의 형태로 행해지며, 지휘를 하는 경우에도 원칙적으로 일반적인 기준을 통해서 하며 구체적인 방법이나 절차 등은 원칙적으로 사법경찰관의 재량에 맡긴다.

영미법계국가(영국, 미국)에서 검찰은 원칙적으로 소추기관으로서 대륙법계국가와는 달리 수사지휘권이 부여되어 않다. 따라서 수사는 원칙적으로 경찰이 담당하며 검찰은

경찰수사를 보조하거나 경찰이 수사를 완료한 후 그 결과를 검찰에 송치하면 사후적으로 보완하는 방식으로 수사를 행한다.

일본은 전전(戰前) 대륙법계국가의 영향을 받아 경찰과 검찰을 상명하복관계로 규정하였으나 전후 미국법의 영향을 받으면서 상호 협력관계로 변경하고, 경찰을 1차적 수사기관으로 그리고 검찰을 2차적 수사기관으로 설정하였다.

그리고 영미법계국가이든 대륙법계국가이든 원칙적으로 검찰의 수사관여는 원칙적으로 경찰수사가 종료된 후 사후적·보충적으로 행해지고, 종료되기 이전에 관여하는 경우에도 수사의 개시·진행 자체에 관여하지는 않는다. 즉 본격적인 수사의 개시여부를 결정하기 위한 조사(내사) 및 입건여부의 결정은 경찰이 자체적으로 행한다.

(4) 수사과정에서 발생할 수 있는 경찰과 검찰의 마찰을 해소하기 위한 시스템을 마련하고 있다.

경찰과 검찰의 관계를 상호협력관계로 설정하고 있든 또는 지휘감독관계로 설정하고 있든 경찰과 검찰 사이에는 마찰이 있기 마련인데, 선진국에서는 두 기관간의 대립과 충돌을 해소하기 위하여 협력시스템을 설치하고 있다. 독일의 「검찰과 경찰의 새로운 관계정립을 위한 원칙」, 「조직범죄의 소추에 있어서 검찰과 경찰의 협력지침」, 영국의 소추기준(Statutory Charging Scheme), 미국의 경찰과 검찰의 관계(Police-Prosecutor Relation in the United States)과 같은 상호협력을 위한 지침이 그 대표적인 예이다. 그리고 이러한 지침은 정부(법무부)가 경찰, 검찰의 입장을 충분히 반영하고 양 기관의 의견을 조율하는 과정을 거쳐 제정한다.

그리고 선진국에서는 수사실무에서 경찰과 검찰의 의견대립이 있는 경우 이를 해소하기 위한 장치로 정례적 또는 상설적 협의기구를 두거나, 경찰서 내에 검찰의 협력사무소를 설치하여 수사현장에서 검찰이 직접 경찰을 조력할 수 있도록 하고 있다. 일본의 경우에는 별도의 협력기구가 제도화된 것은 아니지만 사전협의의 관행이 정착되어 있다.

- (5) 끝으로 선진국에서는 강력범죄, 금융범죄, 마약범죄 등 사안이 복잡하고 중대사건에서 상호 긴밀한 협조를 통해 수사와 소추를 진행할 수 있도록 특별수사기구를 설치하고 있다.

점차 범죄가 조직화, 광역화되고 있고 살인, 강도, 강간, 방화 등 흉악범죄가 빈발함에 따라 선진국에서는 이들 범죄에 대한 수사과 소추를 효과적으로 진행하기 위하여 별도의 수사협력시스템을 마련하거나 특별수사기구를 설치하는 방향으로 나아가고 있다. 독일의 「조직범죄의 소추에 있어서 검찰과 경찰의 협력지침」이라든지 미국의 특별수사기구가 그 대표적인 사례이다.

Ⅲ. 우리나라에서의 수사상 경찰과 검찰의 관계

1. 수사상 경찰과 검찰 관계의 변화과정

(1) 형사소송법 제정이전까지 경찰과 검찰의 관계

우리나라 역사상 경찰과 검찰의 관계에 관한 최초의 규정은 대한제국의 민형사소송규정(1908년)에 의거하여 법부령으로 제정된 사법경찰관집무규정(1909년) 제1조이다. 이 조항은 “司法警察官은 檢事의 指揮를 承하여 犯罪를 搜查함이 可함. 단 自己로부터 犯罪가 有함을 認知하거나 又は 犯罪가 有하다고 思料한 時에는 檢事의 指揮를 不待하고 卽時 其 搜查를 行함이 可함”이라고 규정하여, 당시에는 사법경찰관으로 하여금 검사의 지휘를 받도록 하되 엄연히 수사권을 가진 수사의 주체로 인정되었다.

그러나 1910년 한일합방 이후 사법경찰관의 지위는 앞에서 서술한 당시 일본의 대정(大正)형사소송법과 아래 내용의 조선형사령(1912.3.18. 조선총독부 제령 제11호)에 의해 검사의 보조자로 강등당하고 만다.

조선형사령 제4조 조선총독부도지사는 각 그 관할지역에 있어서 사법경찰관으로 범죄를 수사함에 관하여 지방법원검사와 동일한 직권을 갖는다.

제5조 좌(左)에 기재한 관리는 검사의 보좌로서 그의 지휘를 받아 사법경찰관으로서 범죄를 수사하여야 한다.

1. 경찰부장인 조선총독부사무관
2. 조선총독부경시, 도경부, 도경부보
3. 헌병장교, 준사관, 사하

전항의 사법경찰관은 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다.

위의 조문에서 알 수 있듯이 일제강점기에서는 원칙적으로 검사가 수사의 주재자이며 사법경찰관은 단순히 수사의 보조자로 규정되어 있었다. 그러나 위와 같은 원칙조항에서 벗어나 개별조항을 검토해 보면 실제로 일제강점기에는 사법경찰관에게 상당한 권한이 부여되어 있었음을 알 수 있다.

조선형사령은 당시 일본의 대정형사소송법에는 없는 많은 특례를 규정하고 있었는데, 사법경찰관의 강제처분권과 피의자유치권이 그 대표적인 예이다.⁴⁸⁾ 대정형사소송법에 따르면 검사는 수사를 위하여 강제처분이 필요하다고 인정하는 때에는 공소제기 전이라도 압수, 수색, 검증 및 피의자의 구속, 피의자 또는 증인의 신문이나 감정의 처분을 그 소속지방법판소의 예심판사나 소속구재판소의 판사에게 청구할 수 있고, 그 청구를 받은 판사가 그 처분에 관하여 예심판사와 동일한 권한을 행사하였다(제255조). 그런데 조선형사령은 대정형사소송법이 규정하고 있는 권한 이외에 검사에게 ‘금고 이상의 형에 해당하는 급속한 처분이 필요하다고 인정되는 때에는 공소제기 전에 한하여 압수·수색·검증·피의자 구인·피의자 또는 증인의 신문·감정·통역 또는 번역 등의 처분을 할 수 있는 권한을 부여하였다(제12조 제1항).

그런데 조선형사령은 사법경찰관도 이와 같은 권한을 행사할 수 있도록 함으로써(제12조 제2항), 사법경찰관에 대해 검사와 대등한 권한을 부여하였다. 이 뿐만 아니라 사법경찰관에게 피의자를 신문한 후 피의자에게 주거부정, 증거인멸, 도망 또는 도망의 우려가 있다고 인정하는 때에는 10일을 초과하지 아니하는 기간 피의자를 유치할 수 있는 권한까지 부여하였다(제13조).⁴⁹⁾ 그리고 법원이나 예심판사는 필요하다고 인정하는 때에는 사법경찰관으로 하여금 검증을 하게 하거나 감정을 명할 수 있었다(제17조).

이 뿐만 아니라 사법경찰관은 범죄즉결례(1910.12.15. 조선총독부제령 제10호)에 의해 법원이나 검찰이 개입없이 수사의 종결과 동시에 독자적으로 형을 선고하고 집행할 수

48) 이에 관한 자세한 내용은 김병화, 한국사법사(근세편) 1979, 359면 이하 참조.

49) 당시 일본의 감옥법은 감옥의 종류를 징역감(懲役監), 금고감(禁錮監), 구류장(拘留場)과 구치감(拘置監)의 네 가지로 나누고 징역, 금고, 구류(拘留)를 선고받은 자는 각각 징역감, 금고감, 구류장에 구금하고 사형을 선고받은 자와 구속된 피의자·피고인은 구치감에 구금한다고 규정하면서(제1조 제1항 제4호), 이와 함께 “경찰관서에 부설된 유치장은 감옥(구치감)에 대용할 수 있다”는 규정을 둬으로써 경찰서 유치장을 구치감을 대신하는 이른바 ‘대용감옥’으로 사용하였다.

있는 권한까지 보유하고 있었다.⁵⁰⁾ 범죄즉결례가 적용되는 사건은 ① 구류 또는 과료의 형에 해당하는 사건, ② 3월 이하의 징역 또는 1백원 이하의 벌금이나 과료에 처할 도박죄 및 구류 또는 과료의 형에 처벌 단순폭행, ③ 3월 이하의 징역, 금고 또는 1백원 이하의 벌금이나 과료에 처할 행정법규위반 사건으로, 즉결관청인 경찰서장은 범죄즉결례가 적용되는 사건에 대해서는 정식재판을 하지 않고 피고인의 진술을 듣고 증방을 조사해 곧바로 태형, 30원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형에 처할 수 있었다. 실제 형사사건의 약 40% 정도가 즉결사건으로 처리되었고, 훈계방면되는 사건의 수까지 합치면 약 50% 정도가 경찰에 의해 처리되었다.⁵¹⁾

이처럼 일제강점기하에서 경찰과 검찰의 관계는 원칙적으로 지휘감독관계였으나, 실질적으로는 검찰에 버금가는 권한을 경찰이 행사하고 있었다. 그러다가 1945년 일제로부터 해방된 직후 형사절차의 개혁이 시대적 과제가 되었으며, 3년간 미군정의 통치를 받는 기간 동안 경찰과 검찰의 관계정립을 둘러싸고 많은 논쟁이 전개되었다.

우선 미군정은 수사권은 경찰에게 공소권은 검사에게 분배하고, 검사의 경찰에 대한 수사지휘권을 배제하기 위하여 1945년 12월 29일 미군정은 법무부 검사에 대한 훈령을 제정하여 검사의 선결직무는 관할재판소에 사건을 공소함에 있고 세밀한 조사는 검사의 책무가 아니며, 검사는 경무국이 행할 조사사항을 경무국에 의뢰하되 실제로 법적 검토를 요하는 조사에 관하여 필요하다면 관여한다고 규정하였다.⁵²⁾ 이에 검찰은 강력히 반발하였고, 경찰은 훈령상의 검사가 경무국에 수사를 '의뢰한다'는 표현에 근거하여 의뢰는 요청에 불과하므로 반드시 의뢰에 따라야 하는 것은 아니라고 하여 비협조적인 태도를 보임으로써 경찰과 검찰의 대립이 심화되었다.

1954년 형사소송법 제정과정에서는 일제로부터 해방이 되었음에도 일제치하 조선인 경찰관으로 경찰을 조직해야 했었고, 경찰은 전국을 단위로 하는 중앙집권적 조직을 갖추고 있었을 뿐만 아니라 법질서 준수와 인권에 대한 존중 의식이 충분히 몸에 익지 못

50) 자세한 내용은 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1), 서울대학교 법학 42권 1호 (2001.5.), 186면 참조.

51) 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 2010, 573면.

52) 문준영, 앞의 책, 657면.

한 상태에서 있었기 때문에 입법자들은 경찰과소에 대한 불안감을 떨쳐 버리지 못하고 있었다. 이와 같은 당시 상황 때문에 입법자들은 장기적으로는 수사권과 공소권을 각각 경찰과 검찰에 분리귀속시키는 것이 바람직하다고 판단하면서도 아래와 같이 검찰로 하여금 경찰의 수사를 지휘·감독하는 방안을 채택하였다.⁵³⁾

형사소송법[법률 제341호, 1954.9.23, 제정] **제195조**(검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

제196조 (사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.

② 경사, 순경은 사법경찰관으로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다.

③ 전2항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.

검찰청법[법률 제81호, 1949.12.20, 제정] **제35조** (사법경찰관리의 의무) 사법경찰관리는 범죄 수사에 있어 소관검사의 직무상발한 명령에 복종하여야 한다.

(2) 개정전 형사소송법상 경찰과 검찰의 관계와 그 문제점

위에서 보는 바와 같이 제정 형사소송법과 검찰청법은 검사를 수사의 주체자로 그리고 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 하는 보충적 수사권자로 규정하고 있었다. 이 규정은 앞에서 서술한 일본의 구형사소송법(대정형사소송법)의 영향을 받은 것이지만 구형사소송법상 ‘보좌하여’라는 문구가 ‘검사의 지휘를 받아’라는 문구로 교체된 것에 주목할 필요가 있다.

입법자는 제196조 제1항의 입법취지와 관련하여 ① 검사의 지휘를 받아 경찰이 수사를 하는 방식과 ② 경찰에게 수사를 맡기고 기소는 검사가 하는 방식을 절충한 것이라고 설명하고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 설명에 따르면 우리나라의 입법자는 경찰이 수사를 하되

53) 한국형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990, 119면(엄상섭 의원 발언내용) 참조.

54) 대검찰청, 형사소송법제정·개정 자료집, 1997, 331면 참조.

검사로 하여금 지휘를 받도록 하는 방식을 채택한 것이다. 즉 사법경찰관을 검사의 보조자로 규정하고 있던 구형사소송법과는 달리 일단 사법경찰관에게 수사권을 부여하되 검사에게 지휘권을 부여하여 경찰수사의 감시·감독하도록 한 것이다. 결국 제정형사소송법은 구형사소송법(대정형사소송법)의 상명하복관계를 채택한 것이 아니라 한일합방 전 사법경찰관집무규정(1909년)에 규정되었던 것과 같은 관계의 회복을 의도하였던 것이다.

그러나 검사에게 수사권을 부여하는 규정(제195조)을 먼저 두고 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 한다고 규정(제196조 제1항)하는 입법방식은 오히려 검사는 궁극적인 수사권의 원천이고 사법경찰관의 수사권은 검사의 수사권으로부터 위임된 권한이라거나, 경찰은 수사의 보조자로서 수사권의 주체인 검사의 지휘 없이는 수사의 개시조차 할 수 없다는 주장까지 제기되도록 만들었다.⁵⁵⁾ 물론 형소법 등에서 일정한 조건하에 사법경찰관에게 개별적인 수사권한을 부여하는 규정을 두고 있으나, 이것을 경찰수사권의 일반적 근거조항으로 보는 것은 무리였다.⁵⁶⁾

이것은 실무적으로 경찰이 형사사건의 대부분을 수사하고 있으며 수사착수에 대한 검사의 지휘는 이루어지지 않는 수사현실과 괴리되는 것이었다. 현실적으로 검사의 지휘를 받지 않고 이루어지는 대부분의 경찰의 수사활동은 엄밀한 의미에서 위법에 해당하는 것이 아니냐는 주장으로 이어지기도 한다. 실제로 경찰에는 수사권이 없다는 인식이 일반화되어 경찰의 수사활동에 대하여 “검사가 수사권자 아니냐! 너희들이 뭘데 사람을 함부로 잡으려 하느냐”는 등 사건관계인들의 무시와 저항의 빌미가 되기도 하였다.⁵⁷⁾

그런데 이러한 수사현실과 법규정간의 괴리는 검사의 명령에 대한 사법경찰관의 복종

55) 이완규, 앞의 논문, 15면.

56) 조국, “검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계”, 한국형사법학의 이론과 실제: 정암 정성진박사 고회기념논문집(2010), 561면; 신양균, “검사의 수사지휘권에 대한 검토”, 경찰학연구 7권1호(2007), 152면; 박노섭, “사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제”, 비교형사법연구 7권 1호(2005), 232면 이하; 정완·이진국, “수사권 독립논의에 관한 검토”, 형사정책연구 14권 2호(2003), 179면.

57) 강형래, “수사권조정 과정에서 본 국민의 인권”, 서울지방변호사회 심포지엄(검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권), 2011, 15면.

의무를 규정하고 있는 검찰청법에 의해 더욱 심화되었다. 실무적으로 사건담당 경찰관은 검사의 수사지휘에 따르기만 하면 된다는 소극적인 자세를 보이는가 하면, 경찰수사간부는 자신의 지휘가 검사의 지휘와 상충될 것을 염려해야 하고, 자신의 경험과 소신에 따른 지휘가 검사의 지휘에 의해 무력화되는 문제가 초래되기도 하였다. 특히 검사가 자신이나 조직의 이해관계에 따라 수사지휘권을 남용하는 경우에는 경찰로 하여금 “우리를 완전히 종처럼 부린다”는 자괴감을 가지게 하고 나아가 경찰과 검찰의 갈등을 야기·심화시키는 부작용을 초래해 왔다. 즉 검사가 경찰수사의 법률적 통제자로서의 역할이 아니라 지휘권을 통해 경찰을 단순히 검찰의 보조기구로 전락시키고 경찰을 검찰에 예속하게 함으로써 수사의 공정성과 효율성을 저해하여 결국 형사사법의 정의실현을 방해하는 결과를 초래하였던 것이다.⁵⁸⁾

이러한 상황은 1954년 형사소송법 제정과정에서 입법자들이 우려했던 ‘검찰파쇼’라고 정의할 수 있다. 수사기관을 대표하는 경찰과 검찰은 그 자체로 강력하고 국민의 인권에 직접적인 영향을 미치기 때문에 이를 적절하게 분산시켜야 함에도 불구하고, 검사에게 수사권 및 수사지휘권을 집중시킴으로써 경찰의 수사권남용이 아니라 검찰의 수사권과 수사지휘권의 남용을 초래하였다. 장기간에 걸친 독재정권·군사정권 하에서 한국의 검찰은 수사권, 수사지휘권, 영장청구권, 공소권, 형집행지휘권 등 지속적으로 자신의 권력을 확대·강화하고 나아가서 법무부 조직까지 장악함으로써 범죄예방, 정보수집 등 법률로 정해지지 않는 범위까지 활동영역을 넓혀감으로써 단순히 검찰권 남용의 수준을 넘어서 ‘법치주의의 위기’, ‘검찰공화국’이라는 말까지 생겨나게 되었다.⁵⁹⁾

58) 황문규, “개정형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계”, 형사정책연구 22권 3호(2011), 222면.

59) 김희수·서보학·오창익·하태훈, 검찰공화국 대한민국, 2001 및 서보학, “검찰의 현주소와 법치주의의 위기”, 법과사회 39호(2010), 83면 이하 참조.

(3) 개정형사소송법상 경찰과 검찰의 관계

가. 형사소송법의 개정과정

1987년 이후 정치적·사회적으로 민주화가 확대되고 그와 더불어 위법수사 및 수사권의 남용을 통제할 수 있는 법적 장치가 마련되어 갔는데, 이 과정에서 경찰은 수사의 효율성·공정성의 확보, 검찰권남용의 견제 등을 이유로 수사권의 조정을 요구해 왔으나⁶⁰⁾ 번번이 검찰의 묵살 내지는 방해로 실패하였다. 그러던 중에 2000년에 들어서면서 본격적으로 진행된 사법개혁의 물결 속에서 지난 2004년 9월 역사상 최초로 경찰과 검찰이 수사권조정을 위한 협의기구, 즉 '검·경 수사권조정협의체'를 만들어 수사권조정을 위한 논의를 시작하였다. 그러나 워낙 골 깊은 대립과 갈등의 여파 때문인지 쉽게 의견합치가 이루어지지 않았고, 같은 해 12월 민간위원이 함께 참여하는 '수사권조정자문위원회'를 조직하여 다음 해 5월까지 논의를 진행하였다. 이러한 노력에도 불구하고 경찰과 검찰의 입장의 대립은 첨예하게 대립된 데다가 민간위원들 사이에도 친검찰·친경찰로 견해가 나뉘어져 결국 절충점을 찾지 못한 채 활동을 마무리하였다. 그러다 지난 2010년 2월 국회에 사법제도개혁특별위원회가 구성되어 수사권조정이 논의되었고, 우여곡절 끝에 2011년 6월 경찰청장과 검찰총장이 수사권조정안에 합의하여 이를 근거로 국회에서 형사소송법개정안이 통과되었다.⁶¹⁾

그간의 갈등과 대립 끝에 수많은 논의를 거쳐 맺어만 결말치고는 형사소송법의 개정 내용은 상당히 미흡했다. 개정형사소송법은 사법경찰관의 수사개시·진행권이 명문화하고(제196조 제2항), 검사의 지휘에 관한 구체적인 사항은 과거 사법경찰관리직무집행규칙과 같은 법무부령이 아니라 대통령령으로 정하도록 하였다. 그런데 이 두 가지 점을 제외하면 사실상 개정전 형사소송법과 큰 차이가 없다. 여전히 검사의 수사권이 먼저 규정되어 있고(제195조), 사법경찰관은 모든 수사에 있어 검사의 지휘를 받도록 규정되

60) 경찰청, 수사권조정의 이해, 2005 및 합리적인 수사권조정 방향, 2005 참조.

61) 형사소송법 개정과정에 대해서는 이동희, "경찰수사권 개정입법에 대한 평가와 향후 과제", 수사연구 2011년 8월호, 13면 이하 참조.

어 있으며(제196조 제1항), 사법경찰관이 수사를 한 때에는 지체없이 그 결과를 검사에게 송부하도록 되어 있기 때문이다(같은 조 제4항). 과거와 비교하여 실질적으로 개정 형사소송법에서 달라진 것이 없다는 비판이 나오고 있는 것도 바로 이러한 이유 때문이다.

형사소송법[법률 제11002호, 2011.8.4. 개정] **제196조**(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경,

경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.

② 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.

③ 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.

⑤ 경사, 경장, 순경은 사법경찰관으로서 수사의 보조를 하여야 한다.

⑥ 제1항 또는 제5항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.

이처럼 형사소송법의 조문이 과거와 비교하여 실질적으로는 큰 변화가 없이 미미한 개정으로 그친 근본적인 이유는 형사소송법개정의 방향을 수사권조정 목적, 즉 경찰과 검찰의 갈등과 대립에서 벗어나 상호협력 하에 사회비리와 범죄에 효율적으로 대처하고 국민의 인권을 보호할 수 있는 수사구조를 만드는데 초점 맞춘 것이 아니라, 대부분의 사건에서 경찰이 독자적으로 수사를 개시·진행하고 있는 수사현실을 반영하여 이를 법제화하는데 초점을 맞추었기 때문이다.⁶²⁾ 이번 형사소송법 개정을 두고 경찰과 검찰의 관계에 있어서 실질적인 변화가 초래된 것은 아니며 기존의 수사현실을 법제화하는데 불과하다는 비판이 나오고 있는 것도 바로 이 때문이다.⁶³⁾

62) 2011. 3. 11. 국회 사법제도개혁특별위원회 제11차 회의에서 주성영의원은 6인 소위의 합의사항을 다음과 같이 설명하였다. “이 명문화하는 규정은 현재도 경찰에 수사권이 있습니다. 경찰이 검사도 수사할 수 있고 국회의원도 수사할 수 있습니다. 수사할 수 있는 싸개시권이 있음에도 불구하고 형사소송법에는 마치 없는 것처럼 되어 있기 때문에 이걸 명문화해 주는 겁니다”. 제2980회 국회 사법제도개혁특별위원회회의록 제11호(2011. 3. 11.), 3면

나. 형사소송법의 개정취지

그러나 이번 형사소송법의 개정을 단지 과거와 비하여 문구가 얼마나 변했는가를 기준으로 평가해서는 안 된다. 과거 검찰은 “사법경찰관리가 수행하는 수사권한은 궁극적으로 검사로부터 나오는 것이며, 이에 따라 사법경찰관리가 행하는 수사활동도 법률적으로는 검사의 수사로 귀속되는 관계로 설정되어 있[다]. 즉 사법경찰관리의 수사권한은 검사의 수사권으로부터 위임된 권한이다.”는 주장도 서슴지 않았다.⁶³⁾ 그러나 개정 형사소송법 제196조 제2항은 “사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.”라고 하여 사법경찰관의 수사개시·진행권을 명문화하였다. 이 규정은 “검사는 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.”고 규정하고 있는 제195조에 상응하는 것으로서, 경찰에게 독자적으로 수사를 개시, 진행할 권한과 의무를 부여하는 것이고, 이것은 곧 경찰의 검찰과 대응한 수사주체로 인정함을 의미하는 것이다.⁶⁴⁾

이로써 그동안 경찰이 검사의 지휘를 받지 않고 수사를 개시·진행해 오던 경찰수사현실이 법규범의 영역 안으로 포섭되었고 동시에 수사의 개시·진행에 있어 검찰과 더불어 경찰이 대등한 수사주체로 인정되었고 경찰은 검사의 지휘없이도 독자적인 판단에 따라 수사를 개시·진행할 수 있게 되었다. 특히 교통·정보통신기술의 획기적 발달에 힘입어 점점 기동성을 더해가는 현대범죄에 효과적으로 대처하기 위해서는 신속한 수사착수로 조기에 증거를 확보해야 하는 것이 성공적인 수사를 위한 생명인데, 수사의 개시단계에 서부터 검찰의 지휘를 받을 것을 요구하는 비현실적인 규정을 현실에 맞게 수정되었다.

다. 검찰청법의 개정(상명하복규정의 폐지) 취지

과거 경찰의 수사는 검사의 수사의 일부분에 지나지 않기 때문에 경찰이 하는 수사는

63) 황문규, 앞의 논문 222면.

64) 이완규, 앞의 논문, 15명.

65) 강석규·조상제, 내사에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011, 71면.

검사의 수사를 보조하는데 그쳤지만, 이처럼 개정형사소송법이 검사의 지휘 지휘없이도 경찰이 수사를 개시·진행할 수 있는 권한과 책임을 부여하고 있다는 것은 기존에 검찰 우위의 수직적·통제적 수사구조가 경찰과 검찰이 상호대등한 수평적·협력적 수사구조로 전환되어야 함을 의미한다. 이 점은 검찰청법상의 상명하복 규정의 폐지에서도 잘 드러난다.

개정전 형사소송법에는 사법경찰관에 대한 검사의 지휘권 조항이 있었지만, 검사의 지휘가 경찰의 수사권을 존중하는 가운데서 상호협력 관계에서 행해지지 못하였던 중요한 이유 중의 하나가 바로 검사의 명령에 대한 사법경찰관의 복종의무를 규정한 검찰청법 제53조이다. 외국의 입법례에서도 잘 드러나듯이 검사의 수사지휘는 반드시 상명하복, 명령복종의 관계가 아니라 상호협력관계, 일차적·보충적 관계 등 얼마든지 다양한 형태로 전개될 수 있었다. 그런데 유독 우리나라에서는 '수사지휘=명령복종'이라는 의미로 이해되었던 것은 바로 경찰청법 제53조에 때문이라고 할 수 있다.

검찰청법은 1954년 형사소송법이 제정되기 5년 전인 1949년에 ① 검찰을 법원과 대등한 조직으로 구성하고, ② 검사동일체의 원칙을 규정하여 검찰조직을 일원화하며, ③ 검사의 자격과 신분을 판사와 대등하게 하고, ④ 중앙수사국을 설치하는 등 검찰수사력의 강화와 검찰중심의 일원적 수사구조확립을 꿈꾸었던 검찰의 주도로 성립된 법률이다.⁶⁶⁾ 검사의 명령에 대한 사법경찰관의 복종의무(제35조), 경찰서장이 아닌 경감 이하 사법경찰관리에 대한 수사중지명령 및 임면권자에 대한 체임요구권(제36조)는 이와 같은 맥락에서 도입된 규정이다. 1949년 당시 국회는 검찰에 대해 우호적인 분위기였고 이런 상황에서 검찰청법은 무사히 국회를 통과하였다.

그러나 이후 상황은 돌변하였다. 1950년 검찰의 국정감사거부사건을 비롯해서 국회와 검찰의 관계는 급속히 냉각되었고, 이후 이승만 독재정권의 앞잡이가 된 검찰에 대해 국회는 '검찰파쇼'를 우려하는 상황이 전개되었다. 이처럼 이승만 독재정권의 앞잡이 노릇을 하는 검찰에 대한 견제를 의식하면서 제정된 형사절차의 기본법이 바로 형사소송법이다. 그렇다면 마땅히 검찰주도로 성립된 검찰청법상의 상명하복관계는 형사소송법

66) 자세한 내용은 문준영, 앞의 책, 812면 이하 참조.

의 기본정신에 따라 개정되거나 재해석되어야 함에도 불구하고, 오히려 검찰청법상의 명령복종 규정이 형사소송법상 검사의 지휘권 규정의 해석지침이 되어, 사법경찰관에 대한 검사의 지휘는 곧 사법경찰관에 대한 명령이고 사법경찰관은 마땅히 이에 복종해야 한다는 의미로 해석되게 된 것이다.⁶⁷⁾

그러나 개정형사소송법에서 사법경찰관을 검사와 대등한 수사의 주체로 인정하게 됨에 따라 이 규정은 더 이상 지속될 수 없게 되었다. 따라서 형사소송법이 개정과 함께 검찰청법 제53조는 폐지되었고, “사법경찰관리는 검사의 수사지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다.”는 의무조항(제196조 제3항)이 신설되었다. 이것은 경찰과 검찰의 관계를 과거와 같은 명령복종관계에서 벗어나 경찰이 검찰과 상호 대등한 지위에서 검찰의 수사협조요구에 협력해야 한다는 상호협력관계로 설정한 것이다. 검찰은 개정형사소송법 제193조 제3항은 검찰청법상 상명하복규정과 표현에서만 차이가 있을 뿐 실질적으로는 아무런 변화가 없다고 주장하나,⁶⁸⁾ 이것은 형사소송법과 검찰청법의 개정취지를 외면하는 독단적인 견해라고 하지 않을 수 없다.

검사에게 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 부여한 것은 수사의 효율성을 도모하고 경찰수사과정에서 발생하는 인권침해를 방지하는데 그 목적이 있지 결코 검사나 검찰조직의 우위성을 보장한 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 과거 검찰은 수사지휘의 개념을 경찰·경찰간의 상명하복 관계에 집착하여, 경찰에 대한 우월적·지배적 지위를 강조하면서 사법경찰관은 물론 경찰조직 전체를 검찰의 지휘를 받아야 할 대상으로 여기기까지 하였다. 그렇다 보니 수사의 효율성을 저해하는 지시나 명령을 남발하는 것은 물론 검사나 검찰의 개인적·정치적 이해관계에 따라 수사지휘권을 악용하는 사례도 적지 않

67) 이완규 검사는 “특히 수사지휘의 근거조문인 제196조 제1항과 효력조문인 검찰청법 제53조는 검사와 사법경찰관리의 수사지휘관계를 설정하는 두 개의 기둥이다. 검찰청법 제53조는 서로 다른 기관에 속해 있는 검사와 사법경찰관리 사이에 지휘가 단순히 기관간의 협조요청이나 임의적 협력을 구하는 것이 아니라 법률적으로 복종의무가 있는 것이라는 효력을 부여한 중요한 조항이다.”고 주장한 바 있다. 이완규, 앞의 논문 11면.

68) 이완규 검사는 “개정법상으로도 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘관계는 변함이 없으며 검찰청법 제53조이 명령복종의무가 그 용어만 순화하여 형사소송법 제196조 제3항으로 이전되었고…‘복종하여야 한다’는 한자 용어를 ‘따라야 한다’는 우리말로 바꾸었을 뿐 그 의미가 법적인 의무를 부과하고 있다는 점에서 다를 것이 없[다]”고 주장하고 있다. 이완규, 앞의 논문, 34-35면.

았다.⁶⁹⁾ 이것은 수사지휘권을 보장한 형사소송법의 기본정신에 반하는 것으로 실질적으로는 위법행위이다.

이번 형사소송법개정과 함께 검찰청법상의 명령복종 규정을 폐지한 조치는 이와 같은 수사지휘권의 남용을 막고 경찰과 검찰의 관계를 정상화시키겠다는 입법자의 의지의 표현이다.⁷⁰⁾ 개정형사소송법이 추구하는 바람직한 수사지휘는 경찰수사의 독립성·자율성을 존중하면서 수사의 효율성을 도모하고 나아가 경찰수사에서 있을 수 있는 인권침해의 소지를 줄이는 것이다. 따라서 검사는 수사경찰의 비리나 인권침해 등의 특별한 사유가 없다면 경찰수사가 개시되기 전이나 초기단계에서 개입하거나 경찰수사가 진행되는 도중에 사건을 검찰로 이송할 것을 지시하는 등의 조치를 취해서는 안 되고, 원칙적으로 경찰이 수사를 종결하여 검찰로 이송한 후에 미진한 부분에 대한 보강수사를 요구하는 방식으로 이루어져야 한다.⁷¹⁾ 그리고 검사가 수사지휘권을 행사함에 있어서는 구체적으로 ‘누구 어떻게 어떠한 내용의 수사를 해야 한다’는 식으로 경찰의 자율성을 무시하거나 제약하는 방식으로 할 것이 아니라 구체적 사건에 대한 담당 사법경찰관이 정해져 있지 않는 한 수사책임자를 상대로 수행하여야 할 수사의 핵심적 내용을 지시하는 방식으로 행해져야 한다. 이 뿐만 아니라 수사지휘의 내용이 부당한 경우에는 사법경찰관이 이를 거부하거나 수사책임자를 통해 수사지휘검사의 상관에게 이의를 제기할 수 있도록 해야 한다.

라. 형사소송법·검찰청법의 개정취지에 비추어 본 경찰과 검찰의 관계

이상 검찰청법 및 형사소송법의 개정취지에 비추어 본 경찰과 검찰의 새로운 관계정

69) 영장청구권의 악용사례에 대해서는 서보학, “검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안”, 비교형사법연구 12권 1호(2010), 277면 이하 참조.

70) 같은 취지로는 황문규, “검경수사권관련 대통령령에 대한 비판적 고찰” 형사정책연구 23권1호(2012), 124면.

71) 같은 취지의 주장으로는 조국, 앞의 논문, 565면.

립의 기본방향을 간단히 정리하면 다음과 같다.

1. 사법경찰관과 검사는 상호 대등한 지위에 수사할 권한과 의무를 진다. 검사는 사법경찰관의 자율성을 최대한 존중하여 수사지휘를 해야 하고 사법경찰관은 검사의 정당한 수사지휘에 협력하여야 한다.
2. 사법경찰관에게 독자적인 수사개시·진행권을 부여한 취지에 따라 검사의 수사지휘는 원칙적으로 경찰수사가 종료된 후에 해야 하고, 경찰수사가 개시되기 전 또는 진행도중에 개입하는 것은 불가피한 경우가 아닌 한 자제하여야 한다.
3. 사법경찰관은 검사의 수사지휘가 위법부당한 경우에는 이에 따를 의무가 없으며, 위법부당한 지시가 있는 경우 당해 검사 또는 그 상관에 대하여 이의를 제기할 수 있어야 한다.
4. 수사와 관련된 사항에 대하여 의견의 충돌이 있는 경우 상호협의하여 해결한다.

2. 형사소송법·검찰청법의 개정 취지에 비추어 본 대통령령의 문제점

개정형사소송법은 사법경찰관의 수사개시·진행권(제196조 제2항)과 수사종료시 관계 서류와 증거물의 송부(제196조 제4항)를 명문화함과 동시에 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다. 형사소송법의 개정과정에서 검찰은 수사지휘에 관한 사항을 법무부령이 아닌 대통령령으로 정하도록 하는 것 자체에 대해 “수사에 관한 검사의 업무의 일환으로서 사법경찰관리의 지휘감독에 관한 시행세칙인 사법경찰관리집무규칙을 법무부령에서 대통령령으로 변경하는 것은 이 부분에 대한 검찰이 자율성을 훼손하는 것이고, 크게는 준사법기관으로서의 자율성을 존중하는 전체 법체제의 한쪽이 무너지는 것으로서 검찰제도의 본질에 관한 훼손인 것”이라고 하면서 적극 반대의사를 표명하였다.⁷²⁾ 수사지휘에 관한 사항을 법무부령이 아닌 대통령령으로 정하는 경우에는 왜 ‘검찰의 자율성이 훼손되는지, 검찰제도의 본질에

반하는지, 법체제의 한쪽이 무너지는지'를 납득하기 힘들지만, 어쨌든 개정형사소송법은 사법경찰관의 수사개시·진행권을 명시함과 더불어 수사지휘에 관한 구체적인 사항을 정함에 있어서 경찰의 발언권을 강화시켜 준다는 취지에서 법무부령이 아닌 대통령령으로 정하도록 하였다.

그러나 대통령령의 제정과정은 순탄치 않았다. 수사지휘에 관한 사항을 대통령령으로 정하는 것 자체에 반대해 온 검찰은 협의자체를 거부해 오다 단 한차례 실무조정회의를 하였을 뿐이고, 형사소송법이 개정됐으면 새로운 틀을 가지고 수사권 조정을 논의해야 함에도 불구하고 검찰은 기존의 사법경찰관리집무규칙을 최대한 유지한다는 입장을 고수하였다. 이에 국무총리실이 나서서 강제조정안을 마련하였으나, 이는 검찰이든 경찰이든 어느 누구도 만족시키지 못하였다. 검찰의 고위 간부와 평검사 일부가 사표를 제출하는가 하면, 다수의 경찰 수사관들이 업무를 중단하고 정부의 방침을 반박하는 집단행동을 하기도 하였다.⁷²⁾

이처럼 우여곡절을 거친 끝에 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(이하 대통령령이라 한다)」이 제정되었다. 검찰측에서도 나름 불만이 있었지만, 대통령령은 기존의 사법경찰관리집무규칙의 틀을 크게 벗어나지 못하고 특히 내사지휘와 같은 민감한 문제에서는 오히려 검찰권을 강화하는 결과를 초래하여 형사소송법개정의 취지가 크게 훼손되었다.⁷⁴⁾

그리고 대통령령은 제1조에서 “검사의 수사지휘에 관한 사항과 사법경찰관리의 수사에 관한 집무상의 준칙을 규정함으로써 수사과정에서 국민의 인권을 보호하고, 수사절차의 투명성과 수사의 효율성을 보장함을 목적으로 한다.”고 규정하여, 수사지휘의 목적 내지 기본원칙으로 ‘국민의 인권보호’, ‘수사절차의 투명성’과 ‘수사의 효율성’의 보장을 선언하고 있음에도 불구하고 정작 구체적인 내용에서는 이러한 수사지휘의 목적에 부합하지 않는 규정들을 다수 두고 있다.

72) 이완규, 앞의 논문, 42면.

73) “검·경 수사권 분쟁 누구를 위한 것인가”, 법률신문 2012.1.19.자 참조.

74) “경찰이 힘겨루기에서 진 이유”, 주간경향 2011.12.13.자 참조.

형사소송법과 검찰청법의 개정취지 및 대통령령에 규정된 수사지휘의 목적에 비추어 대통령령의 개별규정들이 가지고 있는 문제점을 검토하면 다음과 같다.

(1) 경찰수사의 자율성의 훼손

경찰과 검찰의 권한다툼으로까지 묘사되어 왔던 수사권논쟁의 중심에는 그동안 검찰의 자의적인 수사지휘권의 행사로 인한 수사의 공정성과 효율성의 훼손을 막고 경찰의 자율성을 보장함으로써 공정하고 효과적인 수사를 통해 국민의 인권을 보장하고 형사사법의 정의를 실현하고자 하는 이념이 자리 잡고 있다. 공정성하고 효율성있는 수사에 의하지 아니하고는 국민의 인권보장과 형사사법의 정의실현은 실현불가능한데, 공정성과 효율성은 검사가 사법경찰관에 대하여 수사지휘권을 행사함에 있어서도 당연히 요구되는 원칙이다.

수사의 효율성과 공정성의 관점에서 경찰에 대한 검찰의 수사지휘는 불가피한 것일지도 모른다. 문제는 검찰의 수사지휘 자체에 있는 것이 아니라 그것이 수사지휘권을 보장한 원래의 목적, 즉 수사의 공정성과 효율성을 저해하는 방향으로 행사되고 있다는데 있다. 그동안 우리나라는 독재정권·군사정권을 거치는 과정에서 검찰은 공익의 대변인이 아니라 정권안보의 전위대 역할에 충실하고 자신의 기득권의 유지·확대에 골몰함으로써 국민들의 실망과 불신을 초래하였다.⁷⁵⁾ 자신들에게 부여된 사법경찰관에 대한 수사지휘권의 행사에 있어서도 예외가 아니었다. 검찰은 표면적으로 위법·부당한 수사로 인한 인권침해를 방지하고 수사의 효율성을 제고하기 위해서는 경찰에 대한 수사에 대한 지휘권의 행사가 불가피하다고 내세우고 있지만, 실은 스스로가 수사지휘권을 내세워 수사의 공정성을 침해하고 나아가서 경찰에 대한 우월감과 지배욕에 사로잡혀 수사의 효율성을 저해하는 행동을 서슴지 않았다.

이번 형사소송법개정의 기본취지는 무엇보다도 사법경찰관의 수사개시·진행권의 명문화를 통한 경찰수사의 자율성의 보장함으로써 수사지휘권의 남용을 통제하여 수사의

75) 서보학, “검찰의 현주소와 법치주의의 위기”, 법과사회 39호(2010), 84면.

공정성과 효율성을 제고하는데 있다. 그러나 수사지휘에 관한 구체적 사항을 규정하기 위한 대통령의 제정과정에서 그동안 형사법령의 제정을 주도하였던 검찰과 법무부가 압도적인 영향력을 행사하는 가운데 검찰과 법무부가 기존의 사법경찰관집무규칙을 최대한 유지한다는 입장을 견지하면서 협상이 진행되었고, 그 결과 대통령령은 실질적으로 기존의 수사관행을 법제화하는 것 이상의 의미를 갖지 못하고 있다는 평가가 나오고 있는 실정이다.⁷⁶⁾

우선 대통령령은 수사단계별로 검사의 지휘권을 구체화함으로써 경찰의 자율성을 크게 훼손하고 있다. 즉 수사개시 보고(제74조) → 입건시 지휘(제76조) → 송치전 지휘(제77조) → 송치지휘(제78조) → 송치 이후 보완지휘(제79조)와 같이 단계별 수사지휘가 이루어질 수 있도록 하였고, 검사가 직접 접수한 사건(검찰사건)에 대해서까지도 수사지휘를 받도록 하였다(제80조). 이처럼 대통령령은 수사개시 보고에서부터 송치 이후 보완지휘에 이르기까지 경찰수사의 전 과정을 일일이 구체적으로 완전히 통제하여 수사개시·진행권을 부여받은 경찰수사의 자율성을 훼손하고 있다.

경찰수사의 자율성의 훼손은 여기에 그치지 않는다. 그것은 대통령령의 제정과정에서부터 경찰과 검찰이 대립각을 세워왔던 내사(內査)에 대한 수사지휘의 문제이다. 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘권은 말 그대로 사법경찰관이 행하는 '수사'에 대한 지휘이지 '수사를 개시할 것인지 또는 말 것인지'에 대한 지휘가 아니다. 내사는 수사의 직전이고 또한 경찰의 정보력이 집중되어 있다는 점에서 경찰에서는 수사지휘의 대상이 아니라고 주장한 반면에 검찰에서는 내사도 당연히 수사지휘의 대상에 포함되어야 한다고 주장해 왔다.

이 문제를 검토하기에 앞서 우선 내사의 개념부터 정의할 필요가 있다. 내사란 인지전 수사활동으로서 범죄에 관한 신문, 기타 출판물 등의 기사나 익명의 신고 또는 풍설, 고소·고발 및 자수 이외의 수사단서가 있는 경우에 일단 그 진상을 확인하는 조사활동을 말한다.⁷⁷⁾ 이에 대해 수사는 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인

76) 황문규, 앞의 논문, 139면.

77) 형사소송법개정특별위원회, 형사소송법개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 52면.

가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동으로 정의된다. 형사사건은 ① 수사기관이 범죄혐의를 인지하며 ② 이를 바탕으로 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 등 수사를 실행하고 ③ 공소의 제기·유지 여부 등을 결정함으로써 수사를 종결하는 일련의 과정(process)을 거쳐 처리되는데, 수사는 바로 수사기관이 범죄를 인지함으로써 시작되게 된다. 일반적으로 수사기관이 범죄혐의를 인지하게 되면 입건, 즉 범죄인지서를 작성하여 수사에 착수한다. 이때문에 실무에서는 범죄인지서를 작성한 후 사건번호를 부여하는 절차인 입건을 기준으로 그 전단계를 내사, 그 이후단계를 수사로 구분해 왔다.

그런데 문제는 입건을 하지 않은 상태에서 실질적으로는 수사에 해당하는 각종 조사(내사)를 받았음에도 불구하고 피조사자는 피의자가 아니라 피내사자라는 이유로 헌법 및 형사소송법에서 보장하고 있는 각종 권리를 행사하지 못하게 되는 문제점이 발생한다.⁷⁸⁾ 게다가 수사실무상 실질적으로 수사를 다 해 놓고 검찰송치단계나 영장신청단계에서 범죄인지서를 작성하는 경우도 많은데, 이와 같이 입건 전에 이루어지는 수사에 대해서 법적 통제가 힘들어지는 문제가 발생한다. 이 때문에 대법원은 수사개시의 시점은 입건이 아니라 실질적으로 수사행위가 있었는지의 여부를 기준으로 결정하여야 한다는 입장(실질설)을 취하였고(대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결), 이 이후부터는 이른바 실질설의 입장에서 수사의 개시여부를 판단하게 되었다.

사실 입건(범죄인지서의 작성)여부는 수사기관 내부의 절차에 불과하며 수사기관이 ‘범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 활동’을 개시하게 되면 그 자체가 이미 수사라고 해야 하고, 그러한 수사기관의 활동의 객체가 되는 사람은 피의자로서 헌법과 형사소송법에 보장된 각종 권리가 부여되어야 한다. 따라서 피의자의 권리보장이라는 관점에서 보면 입건여부는 그다지 중요한 문제가 아니며, 실질적으로 수사가 개시되면

78) 다만 대법원은 “변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 되므로, 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야 하고, 임의동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우에도 이는 마찬가지이다.”고 하여 피내사자에 대해서도 변호인접견교통권을 보장한 바 있다(대법원 1996. 6. 3. 96모18 결정).

그 객체가 된 피의자에 대해서는 충분한 권리보장이 이루어져야 한다.

문제는 입건 자체에 대해서까지 검사가 지휘권을 행사하는 것이 바람직한가이다. 대통령령은 “사법경찰관이 형사소송법 제196조제2항에 따라 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 수사를 개시하고 지체 없이 범죄인지서를 작성하여 수사기록에 편철(編綴)하여야 한다.”고 하여 입건을 의무화하고, 대공(對共)·선거(정당 관련 범죄를 포함한다)·노동·집단행동·출입국·테러 및 이에 준하는 공안 관련 범죄에 대한 수사에 있어서는 검사에게 지휘를 건의하고 입건 여부에 대한 검사의 의견에 따라야 한다고 규정하여(제76조) 입건에 대한 사법경찰관의 판단재량을 사실상 부정하고 있다.

이외에도 대통령령은 사법경찰관이 입건을 하지 않고 실질적으로 수사활동을 할 것을 대비하여 피의자신문조서를 작성한 때, 긴급체포를 한 때, 검사에게 체포·구속영장을 신청한 때 그리고 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실(房室)에 대하여 압수·수색·검증영장을 신청한 때에는 범죄인지서 작성 여부와 관계없이 관계 서류와 증거물을 검사에게 제출하도록 의무화하였다(제18조 제1항). 이 뿐만 아니라 압수·수색·검증을 제외한 압수·수색·검증, 통신제한조치, 통신사실확인자료 제공 등 대물적(對物的) 강제처분을 집행한 때, 피혐의자를 출석시켜 조사한 때, 현행범인을 체포·인수한 때에는 매 분기별로 해당 사건의 목록과 요지를 검사에게 제출하도록 하고 있다(제18조 제2항).

결국 경찰이 범죄를 인지한 때에는 모두 입건을 해야 하고(공안관련범죄에 있어서는 검사의 지휘를 받아 입건해야 하며), 입건을 하지 않고 수사활동을 하게 되더라도 검찰에 송치 또는 보고를 하여야 한다는 것이 대통령령의 내용이다. 이것은 수사의 공정성과 효율성을 제고하기 위해 사법경찰관에 대하여 수사개시·진행권을 보장한 개정형사소송법의 취지에 반하는 것일 뿐만 아니라 실질적으로는 경찰수사의 자율성을 부정하는 것이나 마찬가지이다.

더 심각한 문제는 정치적으로 민감한 선거·공안사건에 대하여 검사가 입건여부까지 지휘할 수 있도록 하고 있다는 점이다. 이른바 ‘벤츠 여검사’사건에서처럼 이러한 사건들에서는 검찰이 지휘권을 악용함으로써 수사의 공정성을 저해할 우려가 크다. 이처럼

검찰은 경찰의 내사에 대한 통제와 더불어 중요범죄 입건지휘, 독점적 영장청구권 그리고 수사중단·송치명령 등을 통해 정치적으로 민감한 사건, 검찰관계자가 관련된 사건 혹은 청탁을 받은 사건 등에 대하여 얼마든지 검사의 의도에 따라 사건을 처리할 수 있게 되었다.

이에 반하여 검찰이 행사하는 내사에 대해서는 어떠한 규정도 없다.⁷⁹⁾ 검찰이 경찰내사에 대한 지휘를 고집한 이유가 부당·위법한 경찰수사의 방지함으로써 그로 인한 인권침해의 억제하는데 있었는데, 정작 자신들이 행하는 내사는 아무런 제한없이도 가능하도록 되어 있다. 이것은 검찰수사의 불공정성을 조장하는 것이며 수사의 공정성을 제고하고자 한 형사소송법의 개정취지에 정면으로 반하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

경찰수사의 자율성 훼손은 여기에 그치지 않는다. 대통령령은 입건지휘는 물론 송치전지휘, 송치지휘 및 송치후 지휘에 관한 규정(제77조 내지 제79조)을 잇따라 뚫으로써 입건단계에서 시작하여 수사단계 심지어는 검찰송치 이후단계에 이르기까지 일일이 지휘를 받도록 하고 있다.⁸⁰⁾ 물론 송치전 지휘의 대상은 입건 지휘를 받은 사건, 폭처법 위반(제4조, 제5조)위반사건, 사건관계인의 이의 제기 등의 사유로 사건관계인의 인권 보호, 수사의 투명성을 위해 사건 송치 전에 지휘가 필요하다고 인정되는 사건으로(제77조) 그리고 송치지휘는 수사절차상 이의가 제기되거나 동일한 사건이나 관련된 사건을 2개 이상의 기관에서 수사하는 경우 등 수사과정에서 사건관계인의 인권이 침해될 우려가 현저하여 검사가 직접 수사할 필요가 있다고 인정되는 경우(제78조)로 규정되어 있기는 하나, 이 규정은 지휘의 범위를 제한하기 보다는 실질적으로 검사가 필요하다고 인정된 모든 사건은 송치전지휘 또는 송치지휘를 할 수 있다고 정한 것과 다르지 않다.

79) 2011년 정부공개청구에 의해 대검찰청이 공개한 바에 따르면 2006년에는 7,082건을 접수하여 4,112건을 내사종결처리하였고, 2007년에는 7,969건을 접수하여 5,016건을 내사종결처리하였으며 2008년에는 6,966건을 접수하여 3,818건을 내사종결처리하였고, 2009년에는 8,294건을 접수하여 3,519건을 내사종결처리하였으며 2010년에는 7,165건을 접수하여 3,519건을 내사종결처리하였다. 박성철, “내사사건에 있어 검찰의 경찰에 대한 지휘가능여부”, 법학연구 36집(2012.9), 전북대학교 법학연구소, 145면에서 재인용.

80) 형사소송법 제196조와 관계에서 이 규정들의 문제점을 지적한 글로는 박노섭, “형사소송법 제196조 개정에 따른 검사수사지휘권의 범위와 한계”, 경찰법연구 10권 1호(2012), 41면 참조.

이 조항은 결국 수사지휘를 빙자하여 경찰의 수사권행사에 대한 부당한 간섭과 통제를 하여 검사지배적 수사구조를 심화시킴은 물론, 경찰수사 그 자체를 왜곡시키는 결과를 초래할 것이다. 특히 그간 검사나 검찰직원이 사건에 연루되었거나, 전관예우와 같이 전관이 개입되거나, 또는 검찰이 정치권 등으로부터 압력 내지 청탁을 받은 사건의 경우에 영장을 특별한 이유없이 기각한다거나 수사중단·송치명령을 통한 보이지 않는 ‘사건가로채기’가 드물지 않게 이루어져 온 현실에 비추어 볼 때 더욱 심각한 문제가 아닐 수 없다.⁸¹⁾

이 뿐만 아니라 대통령령은 검사가 접수한 사건에 대하여 사법경찰관에게 지휘를 할 수 있도록 규정하고 있다(제80조). 검찰은 형사소송법의 개정과정에서 사법경찰관은 ‘모든’ 사건에 대하여 검사의 지휘를 받도록 규정하기 위해 안간힘을 쓴 이유 중의 하나도 바로 검찰 직수사건을 경찰로 하여금 처리하도록 할 수 있는 근거를 마련하기 위한 것이었는데,⁸²⁾ 다른 선진국과는 달리 우리나라에서는 검찰이 자체적으로 수사권을 갖고 있고 나아가 수사인력과 조직까지 보유하고 있는 마당에 검찰이 직접 접수한 사건(직수사건)까지도 수사지휘를 이용하여 경찰에게 떠넘기는 것은 그야말로 직무유기가 아닐 수 없다. 경찰의 동등한 수사기관이 아니라 자신들의 지시를 받아 수사를 하는 하급기관 정도로 생각하고 있는 검찰의 오만한 태도를 엿볼 수 있는 대목이다.

(2) 수사절차의 투명성 보장과 국민의 인권보호의 소홀

위에서 살펴본 바와 같이 대통령령은 검사의 수사지휘권 강화를 통해 검찰수사의 편의성을 도모하는데 주력하고 있고, 정작 수사지휘의 목적으로 내세운 수사절차의 투명성 보장과 국민의 인권보호에는 상당히 소홀하다.

대통령령에서 그나마 긍정적인 것은 검사는 사법경찰관리에 대하여 수사지휘를 함에 있어서는 불가피한 경우를 제외하고는 형사사법정보시스템을 이용하도록 규정하고 있다

81) 황문규, 앞의 논문, 136면 참조.

82) 제301회 국회 사법제도개혁특별위원회회의록 제18호(2011.6.20.) 21면 참조.

는 점이다(제5조 제1항). 그러나 대통령령의 제정과정에서 경찰에서 요구하였던 수사지휘에 대한 이의신청제도는 받아들여지지 않았고,⁸³⁾ 그 대신 사법경찰관은 구체적 사건과 관련된 검사의 수사지휘의 적법성 또는 정당성에 이견이 있거나 지휘 내용이 명확하지 않아 이행하기 어려울 때에는 해당 검사에게 의견을 밝히고 재지휘를 건의할 수 있고, 검사는 재지휘 건의를 받은 때에는 재지휘 여부를 결정하고, 필요한 조치를 하여야 하며, 해당 사법경찰관이 소속된 관서의 장은 검사의 조치에 의견이 있으면 해당 검사가 소속된 관서의 장에게 그 의견을 제시할 수 있는 것으로 규정되었다(제8조). 외관상으로는 상당히 합리적인 규정으로 보이나 사실상 경찰의 이의신청에 대한 결정을 검찰에 맡긴 것이고, 검찰이 이를 수용하지 않는 한 불공정한 수사지휘를 막을 방도가 없게 되었다.

이 뿐만 아니라 대통령령은 국민의 인권보호에도 상당히 소홀하다. 경찰이 독자적인 수사권을 요구한 중요한 이유 중의 하나는 경찰과 검찰의 중복수사, 불필요한 수사지휘로 인한 수사지연의 방지하고 공정하고 신속한 수사를 통해 수사과정에서의 피의자·피고인의 인권침해를 최소화하자는 것이었다. 그런데 대통령령은 경찰의 수사개시단계에서 시작하여 진행, 종결, 송치에 이르기까지 오히려 수사지휘를 더 강화함으로써 수사의 신속성은 물론 공정성까지 훼손을 우려해야 상황이 되었다.

이와 관련하여 지적해야 할 것 중의 하나가 경찰이 자체적으로 수사를 종결할 수 있는 여지를 전혀 부여하고 있지 않다는 점이다. 사실 영국이나 미국의 경우에는 1/3에서 1/2가량이 사건이 모두 경찰단계에서 자체적으로 종결되고 있고, 이러한 수사종결권의 행사에 있어서는 검사의 지휘도 받지 않는다.

예컨대 미국경찰은 범죄의 예방과 진압에서 뿐만 아니라 수사절차에 있어서도 광범위한 재량권(discretion)을 가지고 있고, 이 때문에 과도한 재량권에 대한 통제가 논란이 되고 있는 실정이다. 그리고 영국에서는 2004년 형사사법법(Criminal Justice Act)과 소추기준(Statutory Charging Scheme)의 제정에 따라 소추권이 경찰에서 검찰로 이전되기는

83) 자세한 내용은 [부록 1] 형사소송법 제196조 제1항, 제3항의 수사지휘에 관한 시행령(안) 제14조 참조.

하였으나 범인이 범죄를 시인하고 치안법원에서 형의 선고가 가능한 범죄나 약식재판 대상범죄(summary offences)에 대해서는 경찰이 소추권을 행사하고 있으며, 경미사건에 대해서는 주의(caution), 경고(warning), 훈계(reprimand), 범칙금통보(fixed penalties notice) 등의 처분을 통해 수사를 종결할 수 있는 권한을 가지고 있다.⁸⁴⁾

개정형사소송법은 “사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다.”고 하여 이른바 전건송치주의를 채택하였다(제196조제4항). 개정전 형사소송법에는 고소·고발사건에 대한 송치의무를 규정하고 있었을 뿐(제238조), 모든 사건에 대한 송치의무가 규정되어 있지는 않았다. 그럼에도 불구하고 검사의 지휘권을 근거로 수사종결권은 검사만이 가지고 사법경찰관은 자체적으로 수사를 종결할 수 없다고 하여 이른바 전건송치주의를 당연시하고, 법무부령인 사법경찰관리집무규칙에 “사법경찰관이 수사를 종결하였을 때에는 이를 모두 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다.”는 규정을 두었다(제54조). 그런데 전건송치주의를 규정한 법무부령 제54조가 개정형사소송법 제196조 제4항으로 들어오게 되었다.

전건송치주의는 수사의 효율성을 저해하고 나아가서 피의자를 지속적으로 형사절차속으로 빠져들게 함으로써 형사절차에 의해 발생하는 낙인효과를 강화시켜 재사회화에 치명적인 문제점을 야기한다. 이 때문에 영국과 미국 등 선진국에서는 형사처벌(소추)할 필요가 없다고 인정되는 피의자를 경찰단계에서부터 배제하는 다이버전(Diversion)을 채택하고 있다. 우리나라와 같은 즉결심판제도가 없는 일본에서조차 형사소송법에 검찰관이 지정한 사건은 검찰관에게 송치하지 아니하지 않을 수 있다는 규정(제246조)을 두어 경미한 사건은 경찰이 검찰관에게 송치하지 아니하고 직접 처리할 수 있도록 하고 있다.⁸⁵⁾ 과거 법률의 위임없이 사법경찰관직무집행규칙에 전건송치주의를 규정한 것도 문제이지만, 형사소송법을 개정하면서 수사효율성의 관점에서 상당한 문제를 야기하였던 전건송치주의를 명시한 것은 더욱 문제라고 하지 않을 수 없다.

이 뿐만 아니라 대통령령에는 법률(형사소송법)의 위임도 없이 피의자·피고인의 권

84) 법원행정처, 영국의 형사사건 기소절차, 외국사법제도연구(3), 2009, 233면.

85) 이에 관해서는 김태명, “다이버전의 발상·전개와 경찰다이버전의 도입”, 경찰학연구 11권 2호(2011), 73면 이하 참조.

리를 제한하고 있는 것도 있는데, 대통령령 제21조에 규정된 변호인의 피의자신문참여권 제한이 그 대표적인 사례이다. 대통령령은 형사소송법 제243조의2에 규정된 수사기관의 피의자신문 과정에서 변호인의 참여권을 구체적으로 보장하기 위한 규정(제21조)을 두면서, 그 제한사유로서 ‘신문방해, 수사기밀누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 때’를 규정하고(같은 조 제1항), 변호인이 피의자신문에 참여하고자 할 때에는 그 전에 변호인의 선임에 관한 서류를 제출하도록 규정하고 있다(같은 조 제2항). 불가피한 경우 변호인의 피의자신문 참여권을 제한할 필요성이 있다는 점은 인정하겠으나 상위법인 형사소송법의 구체적 위임도 없이 하위법인 대통령령에 변호인의 권리를 제한하는 것은 ‘법률에서 구체적으로 위임받은 사항’만을 대통령령으로 정하도록 한 헌법 제75조에 위배되는 것이라 하지 않을 수 없다.⁸⁶⁾

(3) 경찰과 검찰의 수사협력시스템의 미비

끝으로 대통령령의 문제점으로 경찰과 검찰의 수사협력시스템의 미비를 들 수 있다. 앞에서 서술한 바와 같이 이번 형사소송법개정의 취지는 사법경찰관에 대하여 수사개시·진행권을 부여함으로써 경찰과 검찰을 대등한 수사주체로 인정하는 데 있는데, 대통령령은 그 취지를 무시하고 사실상 검사의 수사지휘지침 수준에 그치고 있다.

그 대표적인 예는 수사준칙(제3조)와 수사협의회(제107조)에 관한 규정에서 찾을 수 있다. 대통령령은 지방검찰청 검사장 또는 지청장으로 하여금 사법경찰관에게 필요한 일반적 수사준칙 또는 지침을 마련하여 시행할 수 있도록 하면서(제3조 제1항), 수사준칙 또는 지침은 검찰총장이 사법경찰관에게 이를 시달(示達)하는 방식으로 이루어지도록 하고 있다(같은 조제2항). 이것은 경찰과 검찰의 상호협력에 의한 수사를 지향하는 개정형사소송법의 취지에 반하는 것으로서, 수사준칙을 그야말로 검찰이 경찰에 대해 일방적으로 하달하는 지시 정도로 여기고 있는 것이다.

수사협의회에 관한 규정도 마찬가지이다. 대통령령은 “대검찰청, 경찰청 및 해양경찰

86) 대한변호사협회 2011. 12. 21. 성명서 “검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 대한 규정 제정령(안) 중 변호인 참여권을 무력화하는 제21조를 즉각 수정하라” 참조.

청 간에 수사에 관한 제도 개선 방안을 논의하고 서로 의견을 교환하기 위하여 협의회를 둔다.”라고만 규정하고 수사협회의 구성, 운영방식, 논의의 대상 등에 대해 구체적으로 규정하지 않고 있지 않다. 수사협회는 특히 수사지휘의 범위에 관한 해석을 두고 검찰과 경찰간 대립이 있을 경우 양 기관의 ‘협의조정 창구’가 될 것으로 보이지만, 구체적인 내용이 없어 경찰과 검찰의 수사에 관한 대립이 있을 경우 이를 조정하는 역할을 기대하기가 곤란하게 되었다.

〈검경 수사협의회 일지 및 쟁점〉

| 시 기 | 쟁 점 |
|-------------|--|
| 1차(3월 28일) | * 피의자호송인치 : 경찰-검찰수사사건은 검찰이 직접 호송하여야 함, 검찰- 인력과 예산이 부족해 현실적으로 직접 호송하기 힘들 * 경찰의 내사에 대한 검찰의 통제 : 경찰 - 내사사건의 지휘라는 형식대신 기관대 기관이첩 등을 통해 사건을 정식으로 경찰에 내보내달라. 검찰 - 지휘에 응하지 않는 것은 경찰의 직무유기임 |
| 2차(5월 23일) | ” |
| 3차(7월 14일) | ” |
| 4차(9월 10일) | ” |
| 5차(11월 15일) | * 기존 쟁점사안 및 이중수사 . 경찰이 검찰의 비리를 수사할 경우 검찰에서 특임검사를 발동해 사건 가로채기 논란을 일으킬 수 있 문제점. 경찰의 수사개시권, 검찰의 송치지휘권 등에 대한 논의 예정 |

* 출처 : 15일 검경 수사협의회... 이중수사 대립 풀릴까, 서울신문 2012.11.15.자

위에서 보는 바와 같이 경찰과 검찰은 그간 5차례의 수사협의회를 갖고 수사 관련 사안들을 조율해 왔으나 이 과정에서 서로 합의한 것은 ‘경찰의 자의적 성범죄 불구속 송치 자제’ 단 한 건뿐이다. 5차 수사협의회는 ‘희대의 사기꾼’ 조희팔 씨(55)의 측근과 유진그룹으로부터 각각 2억4000만원과 6억원을 받고 후배검사 3명과 유진그룹 내부정보로 주식에 투자하고 KT 협력업체 KTF 측으로부터 국외여행 경비를 제공받은 의혹을 받고 있는 서울고검 부장검사에 대한 수사과정에서 불거진 이중수사논란을 해결하기 위하여 국무총리까지 나서 겨우 성사되었으나, 경찰의 수사 개시·진행권 및 검찰의 송치

지휘권 발동으로 인해 촉발된 이중수사 논란을 해결하지 못하고 서로의 입장만을 확인하는데 그쳤다.⁸⁷⁾

이 같이 경찰과 검찰간의 엇박자가 계속되는 이유는 수사협의회가 별다른 구속력 없는 협의기구에 불과하기 때문이다. 협의과정에서 꼭 결론을 도출해야 한다는 규정도 없으며 협의사항을 지키지 않을 경우 어떻게 하겠다는 구속력도 없다. 이견을 좁히고 주요 의제를 조율할 수 있는 권한도 의무도 없는 셈이다.

이처럼 대통령령은 개정형사소송법의 취지를 제대로 살리지 못하면서 사실상 검찰의 수사지휘지침 정도의 의미만을 갖게 되어, 앞으로 수사에 관한 경찰과 검찰의 크고 작은 대립이 끊이질 않을 전망이다. 이하에서는 이러한 문제점을 기초로 하여 경찰과 검찰의 상호협력관계를 지향하는 개정형사소송법의 취지를 구현하기 위한 구체적인 방안을 검토해 보려고 한다.

87) “15일 검경 수사협의회… 이중수사 대립 풀릴까”, 서울신문 2012.12.16.자 참조.

IV. 수사상 경찰과 검찰의 구체적 협력방안

1. 상호협력관계의 명문화

‘협력’이라는 것은 특정한 목적을 달성하기 위하여 서로 힘을 합하여 돕는 것을 의미한다.⁸⁸⁾ 그리고 협력을 하기 위해서는 자기 스스로의 원칙에 따라 어떤 일을 하거나 자기 스스로 자신을 통제하여 절제하는 것이 필요하다. 마찬가지로 경찰과 검찰의 상호협력관계도 경찰과 검찰이 각자 스스로의 원칙을 세우고 이에 따라 자신을 통제해 가면서 공동의 목표를 향해 노력해야 한다. 여기서 공동의 목표란 결국 실제진실의 발견과 적법절차의 보장을 통한 형사사법의 정의의 실현이다.

그런데 여기서 경찰과 검찰의 본연의 임무가 과연 무엇인가가 문제된다. 이를 논하기 전에 우선 권력분립제도에 대한 검토가 필요하다.

우리나라 헌법은 견제와 균형을 통해서 권력의 남용을 막고 법치주의의 실질적 내용을 실현하기 위해서 권력분립제도를 채택하고 있다.⁸⁹⁾ 즉 국가권력을 입법권, 행정권, 사법권으로 나누고 이를 각각 국회, 행정부, 법원에 맡김으로써 서로가 권능행사에 있어서 협동적인 통제관계를 유지하도록 하면서 복주정당제도, 직업공무원제도, 지방자치제도, 헌법재판제도, 선고제도 등 새로운 기능적 권력통제의 메커니즘도 마련하고 있다. 따라서 우리나라 헌법은 고전적 권력분립뿐만 아니라 기능적 권력통제의 모델도 함께 채택하고 있다고 말할 수 있다. 또한 우리나라 헌법은 기관간의 통제 뿐만 아니라 기관내의 통제도 강구하고 있다. 행정부를 이원화시키고, 행정부 내에 그 기능의 독립성을 보장하기 위하여 감사원을 설치하며, 각종 자문회의를 두어 대통령의 자문에 응하게 하고, 법원의 조직을 심급제와 합의제로 운영하는 것 등이 그 예이다.

88) 국립국어원 국어표준대사전(<http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp>), 2012.12.16. 방문.

89) 이에 대해서는 허영, 한국헌법론(진정6판), 2010, 717면 이하 참조.

견제와 균형을 통해서 권력의 남용을 막고 법치주의의 실질적 내용을 실현하기 위한 권력분립의 원칙은 형사절차라고 하여 예외가 될 수 없다. 기본적으로 수사, 기소 그리고 재판절차로 구성되는 형사절차는 각각 경찰, 검찰 그리고 법원에 그 기능을 맡김으로써 상호 견제와 균형을 통해서 권력의 남용을 막고 법치주의의 실질적 내용(기본권보장)을 실현하는 것이 바로 권력분립을 기본원리로 하고 있는 우리나라 헌법이 추구하는 바이다.

굳이 권력분립이라는 법원칙을 들먹이지 않더라도 수사와 소추는 각각 경찰과 검찰 조직의 근본적인 존재근거가 된다. 즉 경찰은 근본적으로 수사를 위한 조직이고 수사전문가이며, 검찰은 근본적으로 소추를 위한 조직이고 법률전문가이다. 상호협력은 이처럼 경찰과 검찰이 각각 자신의 본연의 임무인 수사와 소추에 충실한 것을 바탕으로 할 때 가능하다.

그런데 우리나라의 검찰은 자신의 본연의 임무인 소추보다 수사 또는 수사지휘에 더 심혈을 기울여 왔다. 그동안 형사소송법은 검찰이 본연의 임무보다는 수사와 수사지휘에 더 몰입할 수 있는 근거가 되었고 검찰은 자신들이 장악하고 있는 법무부를 통해 각종 명령(사법경찰관직무집행법, 검찰사건사무규칙 등)을 제정하고 이를 통해 자신들의 권한을 더욱더 공고히 해 왔다. 따라서 지금까지 경찰과 검찰의 관계는 상호협력관계가 아니라 지배복종관계가 될 수밖에 없었던 것은 어쩌면 당연한 것인지도 모른다.

이번 형사소송법개정은 바로 이와 같이 견제와 균형의 원칙을 토대로 하는 권력분립의 원칙상 당연히 채택되어야 할 상호협력관계가 아니라 지배복종관계를 바탕으로 하고 있는 수사구조에 대한 개혁을 시도하였다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 그러나 안타깝게도 개정형사소송법은 개정의 취지를 제대로 법문으로 표현해 내지 못했다. 부족한 점이 한두 가지가 아니지만 그 중에서 가장 큰 문제점은 사법경찰관리의 독자적 수사개시·진행권을 전면(제195조 또는 제196조 제1항)에 내세우지 못하고 오히려 감사의 수사지휘권을 전면(제195조 또는 제196조 제1항)에 내세우고 있는 것이라고 생각된다.

검경수사권조정협의체가 구성되어 수사권조정에 관한 논의가 한창 진행 중이던 지난 2005년 열린우리당의 검경수사권조정정책기획단은 다음과 같은 조정안(이하 '열린우리

당안'이라 한다)을 제시하였는데, 이것을 개정형사소송법과 대비해 보면 무엇이 문제인가가 자연스럽게 드러난다.

제195조(검사와 사법경찰관리의 수사) ① 검사와 사법경찰관리는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

② 사법경찰관과 사법경찰리의 범위는 대통령령으로 정한다.

제196조(검사와 사법경찰관리의 관계) ① 검사와 사법경찰관리는 수사에 관하여 서로 협력하여야 한다.

② 검사는 내란 및 외환의 죄 등 대통령령에 규정된 사항에 한하여 사법경찰관리의 수사를 지휘할 수 있다.

③ 검사는 공소유지에 필요한 사항에 관하여 사법경찰관리의 수사에 대한 일반적인 기준을 정할 수 있다.

④ 사법경찰관리는 범죄를 수사한 때에는 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검사에게 송치하여야 한다. 다만 검찰총장이 지정한 사건에 대해서는 그러하지 아니한다.

⑤ 전항의 경우에 검사는 사법경찰관리에게 공소유지에 필요한 보완수사를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 정당한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

제197조(사법경찰관리에 대한 체임·징계요구권) 생략

참여정부시절에는 국가적 차원에서 추진되었던 사법개혁의 흐름에 병행하여 수사권조정인 사회적 관심사가 되어 정치권, 국회, 학계, 시민단체 등 사회각계가 참여하며 광범위한 논의가 진행되었다. 당시 집권당인 열린우리당은 경찰의 수사권독립을 대선공약으로 내세운 참여정부의 대선공약 실천차원에서 위와 같이 경찰과 검찰을 동등한 수사주체로 인정하고 양자를 상호협력관계로 설정하는 형사소송법개정안을 마련하였으나 검찰의 강력한 반발에 직면하여 더 이상 추진되지 못하였다.⁹⁰⁾

그러다가 지난 2010년 사법제도개혁특별위원회(이하 사개특위라고 한다)가 발족하여 다시 수사권조정이 논의되었는데, 사개특위에서는 다음과 같은 안(이하 '사개특위안'이

90) 이에 대해서는 이동희, "개정형사소송법 제196조에 대한 해석과 과제", 경찰법연구 9권 2호(2011), 5면 이하 참조.

라 한다)을 마련한 바 있다.

제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감 및 경위는 사법경찰관리으로서 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

② 경사, 경장, 순경은 사법경찰리로서 수사의 보조를 하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항에서 규정한 자 외에 법률로서 사법경찰관리를 정할 수 있다.

제196조의2(사법경찰관리에 대한 수사지휘) ① 사법경찰관은 수사에 대한 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다.

② 사법경찰리는 수사에 대한 검사 또는 사법경찰관의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다.

이전의 열린우리당안과 비교하여 사개특위안은 형사소송법의 기본틀을 유지하면서도 실현가능한 제안이었음에도 불구하고 다시 검찰의 강력한 반대에 부딪혔고, 결국 국회 법제사법위원회에서 조정을 거치는 가운데 현행과 같은 ‘개정(改正)’되기는 하였으나 실제로는 ‘바르게 바뀌었다’기 보다는 검찰일원적 수사구조를 변화시키지 않는 범위 내에서 경찰수사의 현실을 반영하는 정도의 수준에 그치고 말았다.

이 때문에 앞에서도 설명한 바와 같이 검찰에서는 여전히 “궁극적인 권한자로서 필요한 상황에서 최종적인 결정을 할 수 있는 자라는 의미에서 수사권자, 즉 본원적 수사권자는 검사이고 이는 개정법상으로도 마찬가지이다. 따라서 그러한 의미의 수사권자 또는 수사주체는 개정법상으로도 검사뿐이다. 이에 대해 사법경찰관은 검사의 본원적 수사권으로부터 위임받아 그 지휘권 하에서 자율적으로 개별적인 수사활동을 할 수 있는 권한자로서 파생적·제한적 수사권자이다.”는 주장을 되풀이하고 있다.⁹¹⁾

앞에서 설명한 바와 같이 견제와 균형의 원리를 바탕으로 하고 있는 권력분립의 원칙상 형사절차상 수사와 소추의 권한은 분리되어야 하며, 경찰과 검찰은 각각 수사와 소추를 본연의 임무를 하는 기관이어야 한다. 그리고 검찰에 대해서는 경찰의 수사를 지휘할 수 있는 권한이 부여되지만 이것은 국민의 기본권보장을 내용으로 하는 법치국가

91) 이완규, 앞의 논문, 33면.

의 원칙을 실현하기 위한 것으로 권력분립의 원칙과 법치국가의 원칙을 바탕으로 한다. 이를 구체화하면 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘는 ① 사법경찰관이 수사에 있어 그 권한을 남용한다든가 불법을 저지르는 등 문제가 발생할 때 이를 시정하기 위한 통제기능과 ② 공소제기여부의 결정권을 갖춘 검사가 공소제기여부의 결정을 위한 수사에 있어 사법경찰관이 행하는 수사의 부족한 부분을 보충하거나 부정적, 비효율적 부분이 없도록 지도하여 사법경찰관의 수사를 보완하는 기능을 수행하는 방향으로 행해져야 한다.

위에서 지적하였듯이 개정형사소송법이 개정의 취지를 제대로 반영하지 못함으로써 검찰은 수사권은 검찰에게 있으며 형사소송법의 개정 전은 물론 개정 후에도 여전히 본원적 수사권자는 검찰이며 경찰은 파생적 수사권자에 불과하다는 식의 주장을 되풀이하고 있다. 이를 근본적으로 해결하기 위해서는 경찰과 검찰을 대등한 수사주체로 규정하고 양자를 상호협력관계로 설정하는 형사소송법의 개정이 다시 한 번 더 필요하다고 본다.

2. 경미사건에 대한 경찰 처분권한의 보장

(1) 외국의 입법례

앞에서 잠깐 살펴보았다시피 외국에서는 경미사건에 대하여 경찰의 독자적인 처분권을 일반적으로 보장하고 있는데 미국, 영국, 일본의 입법례를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

- (1) 우선 미국의 경우 이른바 다이버전(Diversion)이 상당히 활성화되어 있고, 이러한 다이버전은 주로 경찰단계에서 이루어지기 때문에 경미한 사건은 대부분 경찰에 의해 처리(screening)되고 있다. 미국경찰은 범죄의 예방과 진압에서 뿐만 아니라 수사절차에 있어서도 광범위한 재량권(discretion)을 가지고 있고, 이 때문에 과도한 재량권에 대한 통제가 논란이 되고 있는 실정이다.⁹²⁾ 미국경찰이 수사절차에서 가지고 있는 재량권을 살펴보면 다음과 같다.

우선 다른 나라들과 마찬가지로 미국에서도 피해자 또는 목격자가 범죄를 신고하거나 경찰이 순찰활동 중에 또는 다른 범죄의 조사 중에 범죄를 인지함으로써 수사가 개시된다. 경찰이 범죄신고나 인지로 범죄가 발생한 것으로 판단하면 보고서(report)를 작성하게 되고 그 범죄는 보고된 범죄(reported crime)가 된다. 그러나 이것은 그 이후의 경찰 작용과 관련하여 법적인 의미를 가지는 것은 아니며 이로 인해 경찰이 수사를 계속하여야 할 의무가 발생하는 것도 아니다.⁹³⁾

그리고 미국의 경찰은 체포, 압수·수색에 있어서도 광범위한 재량권을 가지고 있으며,⁹⁴⁾ 특히 피의자를 체포한 후 치안판사법원에 소추하지 아니하고 피의자를 석방할 수도 있다. 앞에서 설명한 바와 같이 경찰이 피의자를 체포한 후 지체 없이 치안판사 앞으로 데려가고 치안판사의 판단에 의해 피의자는 구속되거나 서약을 한 후 석방되거나 또는 보석금을 내고 보석이 된다. 그런데 경죄에 대해서는 대부분의 지역에서 법원이 작성한 보석금일람표에 의해 피의자는 치안판사를 만나지 않고도 경찰에 일람표에 정해진 금액을 납부하고 석방될 수 있다. 또한 대부분의 주에서는 경찰보석(station-house bail)이라고 하여 경찰단계에서의 석방을 인정하고 있고 또한 실제로 경미범죄에 대해서는 출석서약서나 적은 금액의 보증금납입을 조건으로 경찰단계에서 대부분 석방이 이루어진다.⁹⁵⁾

한편 앞에서 설명한 바와 같이 미국에서는 경찰의 소추와 대배심의 정식기소 또는 검사의 약식기소에 의해 정식의 재판절차가 개시되는데 이 과정에서 경찰의 1차적인 스크린을 거치게 된다. 특히 미국의 경우에는 우리나라와 같이 경찰이 모든 사건을 수사하여 검찰로 이송하는 것이 아니라 경찰이 자체적인 조사를 거쳐 종결할 수도 있고 또한

92) 미국경찰의 재량권에 대해서는 Samuel Walker, Charles M. Katz, Th Police in America 6. ed., 2006, 358면 이하 및 John S. Dampsey, Linda S. Forst, An Introduction to Policing 5.ed., 2008, 147면 이하 참조.

93) LaFave & Isreal & King, Criminal Procedure 3.ed., 2000, 8면 참조.

94) 체포, 압수·수색에 있어서 미국경찰의 재량권에 대해서는 최선우, “미국 경찰재량권에 관한 연구-상당한 이유와 체포·압수·수색을 중심으로-”, 경찰학논총 4권 1호(2009), 32면 이하 참조.

95) Mark L. Miller, Ronald F. Wright, Criminal Procedures : Prosecution and Adjudication, 2005, 87면.

소추를 하더라도 자체적인 결정에 따라 하므로 예비심문절차에 가서야 비로소 검찰에서 범죄사실을 알게 되는 경우도 있다.⁹⁶⁾

그리고 미국에서 경미사건은 주로 대배심의 정식기소나 검찰의 약식기소가 아니라 경찰의 소추에 의해 치안판사법원에 의해서 처리된다. 이 점에서 미국의 경미사건처리절차는 우리나라의 즉결심판절차와 유사하다. 다만 경죄사건에 대한 공소유지는 정부 변호사(attorney for government)인 검사에 의해 이루어진다는 점에서는 차이가 있다. 즉, 사법경찰관은 피의자를 체포하여 치안판사법원에 소추장을 제출할 뿐이고 그 이후의 절차에는 관여하지 않는다.

한편 앞에서 설명한 바와 같이 미국에서는 경찰의 소추와 대배심의 정식기소 또는 검사의 약식기소에 의해 정식의 재판절차가 개시되는데 이 과정에서 경찰의 1차적인 스크린을 거치게 된다. 특히 미국의 경우에는 우리나라와 같이 경찰이 모든 사건을 수사하여 검찰로 이송하는 것이 아니라 경찰이 자체적인 조사를 거쳐 종결할 수도 있고 또한 소추를 하더라도 자체적인 결정에 따라 하므로 예비심문절차에 가서야 비로소 검찰에서 범죄사실을 알게 되는 경우도 있을 정도이다.⁹⁷⁾

(2) 영국은 2003년에 제정된 형사사법법에 의해 소추권한이 경찰에서 검찰로 넘어갔으나, 이러한 변화에도 불구하고 수사의 주체는 엄연히 경찰이고 나아가서 경미범죄에 대한 소추권한과 사회내 처우를 비롯하여 광범위한 처분권한을 행사하고 있다.

우선 경찰은 성인(18세 이상) 초범에 대하여 유죄를 인정할 증거가 있고 피의자가 범죄를 시인하고 있는 경우 훈방처분(caution)을 할 수 있다. 실정법상의 근거가 없이 검찰청 및 내무부의 지침으로 운영되는 이 제도는 범죄의 중대성, 단순주의처분이 공익에 미치는 영향을 감안하고 가능한 한 피의자의 의견을 들러 피의자가 피해자에게 반성의 태도를 보이는지 여부를 소려하여야 한다. 경찰간부협의회는 범죄의 중대성을 정도가 가벼운 것부터 1~5단계로 구분하고 1단계는 원칙적 불처분, 2단계는 단순주의처분 적

96) Mark L. Miller, Ronald F. Wright, 앞의 책, 126면.

97) Mark L. Miller, Ronald F. Wright, 앞의 책, 126면.

절, 4단계는 소추적절, 5단계는 원칙적 소추, 3단계는 여러 가지 요소를 고려하여 판단하는 것으로 정하고 있다.

전과나 전력이 있는 피의자는 원칙적으로 훈방처분을 할 수 없으나 지난 범죄로부터 오랜 기간이 경과하고 훈방처분으로 충분한 범죄억지력이 있다고 인정되는 경우에는 훈방처분을 할 수 있다. 또한 검찰은 경찰이 소추한 피의자에 대하여 단순주의처분을 하는 것이 상당하다고 판단한 때에는 경찰에 대해 훈방처분을 하도록 요구할 수 있다. 그리고 훈방처분은 기록에 남아 나중에 범인이 다른 범죄를 저질러 유죄로 인정되는 전과의 일부로 인용될 수 있다.

1983년 훈방처분을 받은 사람의 87%가 2년 안에 범죄를 저지르지 않은 것으로 나타나 훈방처분이 범죄예방에 효과적이라는 평가가 있으나, 훈방처분을 받은 사람의 80%가 전과 또는 주의처분을 받은 전력이 없는 사람이었다는 점을 감안해 볼 때 그것은 단순 주의처분의 효과라기보다는 단순 주의처분을 받은 사람이 그 범죄의 특성 탓으로 보아야 한다는 평가도 있다. 어쨌든 훈방처분은 기소를 하여 재판을 받게 하는 고비용의 대책에 대한 대안(diversion)으로서의 가치가 인정되고 있으나 왕립형사사법위원회(Royal Commission on Criminal Justice)는 훈방처분을 경범죄에 더 많이 활용할 것을 권장하면서 전국적으로 편차가 심하므로 이를 입법적으로 해결할 것을 제안하고 있다. 그리고 경찰은 피의자를 소추하기에 충분한 증거가 있고 피의자가 자백하고 있는 경우 피의자의 교정이나 피해자의 원상회복에 필요한 조건을 붙여 훈방처분을 할 수 있다. 조건부 훈방처분(conditioned caution)은 2004년 형사사법법의 제정에 의해 도입된 것으로 검사가 경찰에 요청하여 행하도록 되어 있다.

한편 경찰은 소년범(10세 이상 18세 미만)이 경미한 초범인 경우 소년에 대해 주의(reprimand) 처분을 내릴 수 있다. 주의처분을 받은 소년이 다시 경미한 범죄를 범한 경우에는 경고(warning) 처분을 내린다. 이 때에는 자동적으로 소년범죄대책팀(Youth Offending Team)에 송치되어 사회내 처우를 받는다. 경고처분을 받고 다시 범죄를 범하면 정식소추(prosecution)를 받게 된다. 한편 경미한 초범인 경우에도 범죄의 성질, 소년의 범죄성향 등을 감안하여 경고처분을 내릴 수 있다. 주의 및 경고처분은 1998년 범

죄 및 질서위반법(Crime and Disorder Act)에 의해 도입된 제도로 소년사법위원회(Youth Justice Board)가 관련지침을 공포하여 시행하고 있다.

과거 경찰은 경미한 반사회적 행동에 대한 간이신속한 제재로 범칙금통고(fixed penalties notice)처분을 내릴 수 있었는데 2001년 형사사법 및 경찰법의 개정으로 정도가 보다 무거운 무질서행위를 간이신속하게 처리할 목적으로 무질서행위에 대한 범칙금통고처분(penalty notice for disorder)을 내릴 수 있도록 하였다. 그리고 2004년 4월부터 내무부지침에 의해 대마 소지자에 대해서 정식경고처분(실정법상의 처분이 아님)을 내릴 수 있도록 하였다.

(3) 일본은 경미사건에 대한 경찰의 독자적 처분권한을 형사소송법으로 인정하고 있는데, 그것이 바로 미죄처분(微罪處分)이다. 미죄처분이란 아래와 같이 검찰관이 미리 지정한 경미한 사건에 대한 경찰의 불송치처분을 말한다.

우리나라와 같은 즉결심판제도가 없는 일본에서는, 경찰이 검거한 사건은 미죄처분이 대상이 되거나 범칙금을 납부한 도로교통법위반사건을 제외한 모든 사건을 검찰관에 송치하여야 한다. 다만 일본에서는 아래와 같이 검찰관이 지정한 사건은 검찰관에게 송치하지 아니하지 않을 수 있다고 규정하고 있는 형사소송법 제246조에 의하여 경미한 사건은 경찰이 검찰관에게 송치하지 아니하고 직접 처리할 수 있다.

일본형사소송법 제246조 사법경찰원은 범죄를 수사를 한 때에는 이 법률에 특별히 정한 경우를 제외하고는 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검찰관에게 송치하여야 한다. 단 검찰관이 지정한 사건에 대해서는 그러하지 아니하다.

미죄처분은 명치(明治) 시대 초기부터 미죄불검거라는 방침에 따라 실무관행으로 행해져 오던 것을 제도화한 것으로, 현재는 기소유예처분과 더불어 재판절차에 앞서 사건을 형사절차로부터 배제시키는 대표적인 다이버전으로 평가되고 있다.平成 20년(2008년)에 미죄처분을 받은 인원은 114,228명(일반형법범으로서 미죄처분을 받은 인원은 114,204명)으로 전체검거인원의 33.6%를 차지하고 있다.⁹⁸⁾

미죄처분의 지정은 검사총장통달이 제시한 기준에 따라 각지의 검사정이 관할구역 내에서 사법경찰원(司法警察員)에 대해서 행한다. 지정사건은 지역에 따라 다소 차이가 있으나 대체적으로 ① 피해액 근소, 범정(犯情) 경미, 피해회복, 피해자유서, 우발적 범행, 재범의 우려가 없는 절도, 횡령, 사기사건 및 이에 준하는 장물사건, ② 도박액이 근소하고 범정도 경미하며 재범의 우려가 없는 초범자의 도박, ③ 기타 검사정이 특별히 지정한 특정죄종의 사건(피해가 경미한 폭행 등)이 포함되어 있다. 또한 미죄처분을 행함에 있어서는 엄중히 훈계하여 장래를 바로잡도록 하고, 친권자·고용주 등을 불러 앞으로의 감독에 필요한 주의와 함께 청원서를 받으며, 피의자에게 피해회복·사죄 기타 적당할 방법을 강구하도록 타이르는 조치를 취할 수 있다(범죄수사규범 제200조). 한편 불송치사건에 관해서는 그 처리연월일, 피의자의 성명·연령·직업 및 주거, 죄명 및 범죄사실의 요지를 매월 일괄하여 미죄처분사건보고서에 의해 검찰관에게 보고하여야 한다(범죄수사규범 제199조). 이러한 보고를 통하여 경찰의 미죄처분권한 행사의 적법성 여부가 통제되고 있다.⁹⁹⁾

(2) 경미범죄에 대한 경찰의 처분권한 인정

오래전부터 기업경영의 핵심전략으로 '선택과 집중'의 원칙은 사회전반에 걸쳐 한정된 자원을 효율적으로 사용하기 위한 성공전략으로 받아들여지고 있는데, 형사절차도 예외가 아니다. 지난 2005년 사법제도개혁추진위원회는 경죄사건의 신속처리절차방안을 마련하였으나, 2007년 개정 형사소송법에는 결국 반영되지 못함으로써¹⁰⁰⁾ 경미사건 처리절차의 개선은 여전히 우리나라 형사절차의 숙제로 남아 있다.

신속처리절차는 한정된 사법자원을 통해 선택과 집중의 원리를 구현하여 효율적으로

98) 法務省, 犯罪白書(平成 22年版) 제2편 제1장 참조.

99) 이상의 내용은 이동희, "경미범죄의 효율적 처리방안-일본의 경미범죄 처리제도의 비교법적 시사점을 중심으로", 형사정책 15권 2호(2003), 378면 참조.

100) 자세한 내용은 한영수, "형사사법의 정비방안 : 사개추위의 경죄사건의 신속처리절차 도입방안에 대한 검토", 비교형사법연구 8권 1호(2006), 407면 이하 참조.

사건을 처리하는 것이 그 목표로서, 우선 법원의 자원을 증대한 사건에 집중하기 위해서는 그 전단계로서 수사절차에서의 선택과 집중이 전제되어야 한다. 그리고 수사절차상 선택과 집중의 문제는 1차 수사기관인 경찰의 업무에만 국한된 것이 아니라 2차 수사기관이자 공소권자인 검찰의 업무와도 직결된 문제이다. 즉 검찰에 송치하는 사건의 수를 얼마나 효율적으로 경감하느냐 또는 1차 수사기관인 경찰이 얼마나 사건을 걸러주느냐가 신속처리절차 도입의 중요한 선결과제인 것이다.¹⁰¹⁾

그동안 경찰단계에서의 필터링 기능은 바로 즉결심판청구 및 훈방조치가 담당해 왔다. 즉결심판이 경찰서장이 범증이 명백하고 경미한 범죄를 간소한 절차에 따라 신속한 처리하는 제도라고 한다면, 훈방은 범죄사실이 경미하고 개전의 정이 현저한 자를 엄중 훈계 후 방면하는 제도로서 즉결심판청구 이전단계의 다이버전이라고 할 수 있다.

우리나라의 법체계는 검사에 대해서는 범죄사실의 심판을 구할 수 있는 공소권은 물론 범죄의 혐의가 인정됨에도 불구하고 형사정책적 고려에 의하여 공소를 제기하지 아니할 수 있는 권한 등 포괄적인 처분권한을 부여하고 있음에 반하여, 경찰에 대해서는 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 사건에 대한 즉결심판청구권을 부여하고 있을 뿐, - 검사의 불기소처분에 비견될 수 있는 - 경미사건에 대해 즉결심판청구를 하지 않고 피의자를 석방할 수 있는 권한이 명시적으로 인정되고 있지 않다.

법규정의 미비에도 불문하고 경찰은 실무적으로 운용되고 있는 훈방의 자의적 해석과 적용으로 인한 부작용을 막기 위하여 내부적으로 아래와 같은 훈방의 기준을 마련하여 시행하고 있다.

〈경찰훈방기준〉

범죄사실이 경미하고 개전의 정이 현저하며 피해회복이 된 자로서

- ① 연령상 60세 이상 고령자 또는 미성년자인 초범자
- ② 신체상 정신박약, 보행불구, 질병자
- ③ 신분강 주거 및 신원이 확실하고 정상을 참작할만한 부득이한 사유가 있는 자
- ④ 죄질상 공무방해 또는 고의성이 있거나 상습범이 아닌 자
- ⑤ 기타 경찰서장이 특히 훈방할 사유가 있다고 인정되는 자

* 출처 : 경찰업무편람 3-12 즉결심판청구사무

101) 박노섭, “신속처리절차의 도입과 수사절차”, 경찰학연구 9호(2005), 82면.

그동안 경찰훈방은 경찰의 재량권 행사의 일환으로 사용되어 왔고 판례도 간접적으로나마 훈방을 인정하고 있다(대법원 1982.6.8.선고 82도117판결 참조). 그럼에도 불구하고 훈방조치의 법적 근거나 범위·한계에 대한 논란은 여전히 진행 중이고, 일각에서는 수사권 독립과 관련하여 경찰의 훈방권을 폐지해야 한다는 주장까지 제기되고 있는 실정이다.¹⁰²⁾

물론 경찰훈방권이 명문으로 인정된 것은 아니다. 그러나 과거 검찰의 선도조건부 기소유예제도가 법적 근거도 없이 실무상 운영되어 오다가 지난 2007년 소년법 개정에 의해서야 비로소 법적 근거가 마련되었다는 사실을 감안해 본다면,¹⁰³⁾ 훈방조치의 실질적 역할을 도외시한 채 법적 근거가 없음을 이유로 폐지를 주장하는 것은 불합리하다고 하지 않을 수 없다. 또한 법적 근거가 반드시 없는 것도 아니다. 즉, 즉결심판에 관한 절차법은 한편으로 경찰서장의 즉결심판청구권을 인정하고 있고(제2조) 다른 한편으로 즉결심판절차의 성질에 반하지 않는 한 형사소송법 규정을 준용하도록 되어 있으므로(제19조) 불기소처분으로서 기소유예에 관한 형사소송법 제247조를 준용하여 경찰훈방권을 인정할 여지가 충분히 있다.¹⁰⁴⁾

그동안 경찰이 훈방권의 근거로 삼아왔던 즉결심판제도에 대해, 검찰은 수사를 어떻게 종결할 것인가의 판단이야말로 전형적인 법률판단이므로 검사에 사건을 송치하지 않고 경찰이 독자적으로 사건을 종결할 수 있는 권한을 주는 것은 검사의 수사종결권에 대한 중대한 예외로서 법률지식의 부족 또는 부조리에 의한 사건은 암장(暗葬)·왜곡을 필연적으로 초래하여 형사사법의 정의실현을 저해하고, 이로 인해 국민의 인권이 침해될 우려가 있을 뿐만 아니라 범죄의 암장 및 중한 범죄의 가벼운 처벌수단 등으로 악용되어 경찰부조리 발생의 한 원인이 될 우려가 있으며 남용시 흥기와 다름없는 수사권을 아무

102) 자세한 내용은 조국, 경찰 보호조치와 훈방조치의 법적 근거 및 한계에 관한 연구, 치안연구소, 2003, 36면 이하 참조.

103) 선도조건부 기소유예제도는 1978년 광주지방검찰청에서 창안되어 1981년 소년선도보호지침(법무부훈령 제373호)에 의해 전국적으로 확대 실시되다가, 2007년 소년법 개정에 의해 법적 근거가 마련되었다(소년법 제49조의2 참조).

104) 같은 취지로는 조국, 앞의 보고서, 47면; 김형훈, “경찰훈방”, 경찰학연구 2호(2002), 184면; 문성도, “파출소장 훈방권의 법적 근거”, 경찰대논문집 15집(1995), 710면 참조.

런 감독 없이 방치하는 위험한 결과를 초래할 우려가 있다고 비판하면서, 그 폐지를 주장해 왔다.¹⁰⁵⁾

물론 경찰이 훈방조치권을 남용하여 입건·송치하여야 할 사건을 불입건처리 하거나 또는 훈방조치함이 마땅한 사건을 입건하는 경우도 없지 않을 것이다. 그러나 이것은 훈방조치권만이 가지고 있는 것이 아니라 경찰을 비롯한 모든 수사기관의 수사권, 검사의 공소권 그리고 심지어 법원의 심판권에도 공통적으로 적용되는 형사사법권 남용의 문제이다. 예컨대 검사의 부당한 불기소처분에 대해서는 검찰항고, 재정신청, 헌법소원 제도 등이 마련되어 있듯이 사법경찰관리의 부당한 불입건은 범죄피해자 등의 불복신청 제도나 입건·불입건의 기준 마련, 불입건 사건에 대한 사후보고 등의 제도를 마련하여 해결할 문제이지, 남용이 우려된다고 하여 그 자체를 부정할 것은 아니다.

그 뿐만 아니라 경미사건에 있어서 경찰의 훈방조치권을 부정하고 모든 사건을 입건하여 검찰에 송치하는 것은 경미사건의 효율적 처리에도 결코 부합하지 않는다. 경찰의 훈방권을 부정하게 되는 경우에는 검사가 경찰수사의 초기단계부터 개입하여 수사의 개시(입건) 여부를 결정하게 되는데, 이는 수사의 현실과 너무나 동떨어진 것으로 사실상 실현가능성이 거의 없다. 만약 경찰의 훈방권을 부정하고 범죄의 경중을 불문하고 모든 사건을 입건하여 검찰로 송치하거나 또는 모든 사건의 입건 여부(특히 불입건)에 관하여 검사의 지휘를 받게 한다면 결과적으로 사법경찰관리를 완전히 검찰에 예속시켜 검찰 직원화 하는 것과 같은 것이라고 하지 않을 수 없다.¹⁰⁶⁾

한편 과거 경찰의 훈방조치에 대해서는 아래와 같은 사법경찰관리집무규칙(법무부령 제710호, 2010. 7. 19. 일부개정) 제54조의 전진송치의무에 반한다는 비판이 제기되기도 하였다.¹⁰⁷⁾ 그러나 경찰의 훈방조치는 사건을 입건하여 수사한 사건을 송치하지 않는 것(불송치)이 아니라 경찰이 훈방사유로 규정된 사정을 고려하여 입건자체를 하지 않는 것이다. 형사소송법은 분명 사법경찰관이 ‘범죄를 수사한 때’에 관계서류와 증거물을 검

105) 법무부, 자치경찰제 도입과 경찰수사권 독립문제, 1999, 5-7면 참조.

106) 박노섭, 앞의 논문, 86면 참조.

107) 이진국, “소년다이버전의 법적 쟁점에 관한 소고”, 형사정책연구 17권 3호(2006), 82면.

사에게 송치하도록 규정하고 있으며(제196조 제4항), 대통령령도 사법경찰관이 '사건을 입건하여 수사를 종결하였을 때'에 이를 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하도록 규정하고 있다(제81조). 따라서 전건송치주의를 규정하고 있는 형사소송법 및 대통령령은 경찰의 훈방권을 부정하는 결정적인 근거는 되지 못한다.

더군다나 개정 형사소송법이 사법경찰관에 대해 수사개시·진행권을 부여한 만큼, 입건에 대한 재량도 부여되어 있다고 보는 것이 타당하다. 즉 개정형사소송법은 사법경찰관이 제반 상황에 대응하여 수사를 개시할 것인가 또는 조사활동을 종결할 것인가를 판단할 수 있는 권한, 즉 합리적 재량권이 부여되어 있다고 할 수 있고, 경찰훈방은 경미사건의 처리과정에 있어서 실질적이고 최종적인 책임자인 경찰서장에 인정된 처분권한인 것이다.

다만 경미사건에 대한 경찰의 처분권한으로서 이른바 훈방권에 대한 법적 근거를 마련하기 위해서는 앞으로 형사소송법 개정시에 위에서 인용한 열린우리당안 제196조 제4항(사법경찰관리는 범죄를 수사한 때에는 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검사에게 송치하여야 한다. 다만 검찰총장이 지정한 사건에 대해서는 그러하지 아니한다)과 같이, 전건송치주의에 대한 예외규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

3. 수사지휘 범위와 절차의 합리적 조정

(1) 수사지휘 범위의 제한

앞에서 설명한 바와 같이 상호협력은 상호간의 자율성을 존중하는 바탕위에서 가능하다. 그러나 현행 대통령령은 개정형사소송법상의 상호존중과 협력의 원칙에 반하는 내용을 상당히 담고 있다. 앞에서 설명한 입건지휘(제76조)와 송치전 지휘(제77조), 수사중단지휘(제78조) 그리고 검사 직수사건에 대한 수사지휘(제80조)가 그 예이다.

개정형사소송법은 사법경찰관에 대하여 독자적인 수사권으로서 수사개시·진행권을 보장하고 있으므로 검사의 수사지휘는 원칙적으로 수사가 종료된 후 보완수사지휘(제79

조)를 하는 방식으로 운용되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 대통령령에서 입건자체에 대한 지휘하거나 송치전의 지휘 그리고 경찰수사의 중단과 검찰 송치 지휘를 규정하고 있는 형사소송법의 개정취지에 반하는 것이다. 형사소송법의 개정취지에 부합하기 위해서는 경찰과 검찰은 엄연히 독립된 기관으로 검찰이 접수한 사건은 자체 수사인력으로 직접 수사하여야 하고 경찰에 위임하는 경우에도 지시가 아니라 촉탁, 위임 등의 방법으로 행해져야 한다.

이런 점에서 대통령령의 제정과정에서 경찰청이 제시한 「형사소송법 제196조 제1항, 제3항의 수사지휘에 관한 시행령안」(이하 ‘경찰청안’이라 한다)에 주목할 필요가 있다. 경찰청안은 검사의 수사지휘는 사법경찰관의 수사주체성을 존중하고 적법·정당하게 행사되어야 함을 원칙으로 하면서(제3조), 수사지휘의 범위를 검사에게 사법경찰관이 수사 중인 사건에 관한 진정서, 이의제기 등이 접수된 경우, 수사가 종결된 사건을 다시 수사하는 경우, 검사에게 체포영장, 압수·수색영장 등 형사소송법 및 다른 법령에 의한 영장 또는 허가서의 신청을 한 때 그리고 사건 송치 후 보완 수사가 필요한 경우로 제한하고(제9조 제1항), 해당 사건의 법률적용 및 증거수집과 조사사항의 법적 판단에 대하여 구체적으로 행하여야 하며, 사법경찰관의 기소·불기소 등 송치의견에 대하여는 지휘를 할 수 없도록 하고 있다(제9조 제2항). 그리고 수사지휘권의 남용우려가 있는 수사대상자가 검사이거나 검사이었던 경우나 수사대상자가 검찰청 소속 공무원이거나 검찰청 소속 공무원이었던 경우는 수사지휘의 대상에서 제외하고 있다(제10조).

또한 경찰청안은 수사지휘의 시기에 관해서도 사법경찰관이 범죄혐의를 인식하고 범 죄인지서를 작성하거나 시스템상 입건하여 수사를 개시한 이후에 수사지휘를 할 수 있도록 함으로써(제8조), 수사가 개시되기 전단계에서는 검사가 개입하지 못하도록 하고 있다.

(2) 수사지휘의 대상과 방법의 제한

대통령령은 수사지휘의 방법으로 수사지휘를 함에 있어서 서면 또는 형사사법정보시스템을 이용하도록 하고, 서면이나 형사사법정보시스템에 의한 지휘가 불가능하거나 필

요없다고 인정되는 경우에는 구두나 전화 등 간이한 방식으로 지휘할 수 있도록 규정하고 있으나(제5조 제1항), 수사지휘의 대상에 대해서는 별다른 규정이 없다. 수사지휘의 대상과 방법은 경찰수사의 자율성과 상당히 밀접한 관련성이 있는 문제인데, 대통령령은 이를 지나치게 소홀히 다루고 있다.

독일에서 검사의 지시는 구체적 사건에 대한 담당 경찰관이 지정되어 있지 아니하는 한 관할 경찰관서를 상대로 하는 것을 원칙으로 규정함으로써, 검사의 수사지휘는 해당 사건의 수사책임자를 상대로 하여 이루어진다(RiStBV Anlage A). 검사의 수사지휘권 남용을 방지하기 위한 조치인데, 검사의 수사지휘권 남용을 방지하기 위해서는 수사지휘를 서면 또는 형사사법정보시스템에 의할 것이 요구된다.

이와 관련하여 경찰청안은 우선 수사지휘의 대상을 경찰 내부 배당지침을 통해 당해 사건을 배당받은 사법경찰관리가 소속한 부서의 주무 책임자로 하고(제6조 제1항), 수사지휘의 방법도 형사사법절차 전자화촉진법에 따른 형사사법정보시스템 등을 이용하여 서면으로 하되 긴급한 사유가 있는 경우에는 전화, 팩스의 방법으로 하고 사후에 즉시 서면으로 통보하도록 하였다(제7조 제1항).

위와 같은 내용은 선진국에서 실시해 온 수사지휘의 범위, 방법, 대상과 일치하는 것으로 차후 형사소송법 개정시에 반드시 반영되어야 할 것으로 본다.

4. 경찰과 검찰의 수사협력시스템 구축

경찰과 검찰은 기본적인 직무는 다르지만 형사사법조직의 일원으로서 범죄를 수사하여 범인을 처벌함으로써 형사사법의 정의(criminal justice)를 실현하고자 하는 공통된 목표를 지향하고 있다. 그러나 경찰과 검찰 사이에는 직무의 성격과 환경, 상대방을 바라보는 시각의 차이, 경쟁심 등으로 인해 상호간의 불신과 갈등이 존재하기 마련이다. 일방이 타방에 대해 우월적 지휘를 가지고 지배하고자 하는 경우 상호간의 반복과 대립만 커질 뿐 결국 형사사법의 정의실현이라는 목표는 달성할 수 없게 되고, 그 피해는

고스란히 국민에게로 돌아간다.

특히 최근에는 피의자·피고인 인권이 강조되고 위법수집증거배제법칙 등 증거법칙과 공판중심주의가 날로 강화됨으로 인해 경찰과 검찰이 협력하여 증거수집과 입증활동에 나서지 않으면 범인을 처벌하는 것이 상당히 어렵게 되었다. 이러한 상황에서 과거와 같이 검찰이 일방적으로 경찰을 지휘하여 수사를 주도해 나간다는 생각으로는 적법절차에 따른 수사는 물론 실체진실의 발견도 어렵게 된다. 상호 의사소통하고 협력할 수 있는 시스템을 구축하여 범죄수사 및 공소의 제기와 유지 등 형사사법활동의 효율성을 제고하는 것이 무엇보다도 중요한 것이 바로 이 때문이다.

Ⅲ에서 살펴본 바와 같이 선진국들은 각종의 수사협력시스템을 마련하여 시행하고 있는데, 우리나라에서도 (1) 경찰·검찰 수사협의기구의 설립, (2) 경찰과 검찰의 관계에 관한 기준 정립 그리고 (3) 합동수사기구(경제범죄, 테러범죄, 경제범죄 등)의 설립과 같은 수사협력시스템의 구축이 요구된다.

(1) 경찰·검찰 수사협의기구의 설립

어느 나라이든지 경찰과 검찰 사이에는 불신과 긴장이 존재한다. 이와 같은 대립의 이유로는 여러 가지가 있겠지만 검사는 대부분 법학을 공부하고 변호사시험에 합격한 법률전문가인 반면 경찰은 법학 이외에 다양한 전공과 배경을 가진 수사전문가로서 수사 실무에 능하고, 검사는 자신의 직업에 대한 자부심은 대단하나 변호사개업을 위한 임시직으로 여기는 경우가 많은 반면 경찰은 자신의 직업에 대한 책임감과 사명감이 투철한 것도 큰 원인 중의 하나일 것이다.

이와 같은 여러 가지 차이점 때문에 경찰과 검찰 사이에는 상호 의사소통할 수 있는 채널이 반드시 필요하다. 특히 수사지휘를 둘러싸고 발생하는 대립은 신속하게 해결되지 않으면 상호간에 대한 불신으로 쌓이게 되고 결국 크고 작은 문제에서 갈등을 빚게 된다. 이 때문에 외국에서는 책임자 또는 실무자간에 정기적으로 회의를 열거나, 협의체를 만들어 문제가 발생할 때마다 해결해 나가는 방법을 채택하고 있다.

그런데 우리나라의 대통령령은 ‘수사에 관한 제도개선방안’을 논의하기 위한 협의기구

로 수사협의회 설립근거만 규정하고 있고(제107조), 협의회 구성, 운영방식, 협의 대상 등에 대해서는 구체적인 내용을 규정하고 있지 않다. 아무리 협의기구라고 하지만 이와 같은 내용으로는 사실상 검찰의 일방적 수사지휘와 경찰의 복종만이 통할 뿐 수사지휘와 관련한 대립이나 충돌이 있는 경우 실질적인 해결을 도모하기 힘들다.

이에 대해 경찰청안은 다음과 같이 비교적 상세하게 수사지휘에 관한 세부 사항을 협의·조정하기 위해 검·경 협의회 및 검·경 협의회 업무 효율적으로 지원하기 위하여 협의회에 수사업무 실무협의회에 관한 내용의 규정을 두고 있다.

제15조(구성) ① 검사의 수사지휘에 관한 세부 사항을 협의·조정하기 위해 검·경 협의회를 구성한다.

② 검·경 협의회는 대검찰청 차장검사, 경찰청 차장 및 변호사, 형사법 교수 등 관련 전문가 8인으로 구성한다.

③ 협의회 위원장은 위원 중에서 호선한다.

제16조(기능) 검·경 협의회는 다음 각 호의 사항에 대하여 협의·조정한다.

1. 검사와 사법경찰관간 수사지휘의 범위에 관한 해석에 관한 사항
2. 입건기준, 구속영장 신청시 기준 등 신병처리기준 설정·변경에 관한 사항
3. 공소제기·유지와 관련된 수사관계 서식 및 장부와 서류 비치에 관한 구체적 사항
4. 검·경 협의회 및 실무협의회 운영을 위한 시행세칙 마련

제17조(회의) ① 검·경 협의회에서 협의할 사항이 있으면 각 위원은 위원장에게 협의회 개최를 요구할 수 있다.

② 검·경 협의회 협의와 조정은 위원 전원의 합의에 의한다.

제18조(실무협의회) ① 검·경 협의회 업무를 효율적으로 지원하기 위하여 협의회에 수사업무 실무협의회(이하 “실무협의회”라 한다)를 둔다.

앞에서 설명한 바와 같이 대통령령의 제정과정은 검찰이 장악하고 있는 법무부가 주도를 했기 때문에, 경찰과의 협의 자체를 꺼리는 검찰로서는 협의체 구성에 소극적이었을 것이라는 점은 불을 보듯 뻔하다. 그러나 협의과정에서 의견이 절충되지 않아 합의점을 찾지 못하는 것은 별론으로 하더라도 협의체 구성 자체에 소극적인 태도를 취하는

것은 정당하지 못하다.

이 뿐만 아니라 협의는 부정기적으로 그리고 멀리 떨어져서 하기 보다는 정기적으로 그리고 가까이서 하는 것이 좋다. 영국과 미국에서 검찰이 경찰서 내에 법률지원실 (legal support unit)을 설치하고 검사(보)를 파견하여 수사의 현장에서 직접 경찰을 지원하고 있는 것이 그 대표적인 사례이다. 검찰에서는 수사상 인권침해의 방지와 수사 효율성의 증대를 이유로 수사지휘권을 고집하고 있지만, 대통령령이 규정하고 있는 수사서류의 작성과 보고, 사건송치(수사서류와 증거물 송부) 만으로는 수사지휘의 본래 목적을 달성할 수 없다. 수사목적의 달성은 검사가 별개 건물의 자신의 사무실에서 경찰관이 송치한 사건서류를 검토하거나 피의자·참고인 심지어는 수사경찰관까지 불려서 조사하는 것이 아니라 직접 경찰수사의 현장에 가서 사전에 조언하고 협조함으로써 가능해진다. 영국이나 미국에서 경찰서 내에 법률지원실을 설치하여 검사(보)가 직접 경찰수사를 지원하는 시스템이야말로 수사협력을 현실적으로 실현하는 훌륭한 본보기이다.

차후 형사소송법과 대통령령의 개정시에 이 점이 충분히 검토되어 반영되어야 할 것이다.

(2) 경찰과 검찰의 관계에 관한 기준 정립

경찰과 검찰의 관계를 상호협력관계로 설정하고 있든 또는 지휘감독관계로 설정하고 있든 경찰과 검찰 사이에는 마찰이 있기 마련인데, 선진국에서는 두 기관간의 대립과 충돌을 해소하기 위하여 협력시스템을 설치하고 있다.

우리나라와 같이 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘를 규정하고 있는 독일에서는 사실상 수사를 경찰이 주도를 하게 되었고 경찰수사의 독립성을 보장해야 한다는 주장이 제기되자 독일정부는 1970년대 초반에 공동위원회를 구성하여 「검찰과 경찰의 새로운 관계정립을 위한 원칙」을 제정하였다. 형사소송법이 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘를 규정하고 있는데 반하여, 이 원칙은 사실상 “검찰과 경찰은 각 조직상 독립된 기관으로 범죄소추에 있어 효율적 범죄투쟁을 위하여 신뢰를 가지고 밀접하게 상호 협력한다.”고 하여 검찰과 경찰의 관계를 상호협력관계로 설정하고 있다(제1조). 이외에도 독일은 「조직범죄의 소추에 있어서 검찰과 경찰의 협력지침」을 마련하여 수사와 소추가

곤란한 범죄에 대한 협력을 강화하고 있다.

그리고 영국은 2003년 형사사법법을 제정함과 동시에 소추기준(Statutory Charging Scheme)을 제정하여 경찰의 수사와 검찰의 소추를 기능적으로 연계하고 있고, 미국은 1982년에 「경찰과 검찰의 관계(Police-Prosecutor Relation in the United States)」와 같은 지침을 마련하여 시행하고 있다. 이외에도 미국 전미변호사협회(ABA)의 「기소 및 변호에 관한 기준」이나 제퍼슨사법연구소의 「경찰과 검찰이 관계에 관한 지침(Prosecutor's guide to Police-Prosecutor Relations)」와 같은 지침도 법적 구속력은 없지만 실제로 상당한 영향력을 미치고 있다.

선진국의 사례에 비추어 보면 수사준칙을 검찰이 일방적으로 마련하여 경찰에게 시달하도록 규정하고 있는 우리나라의 대통령령(제3조)은 적지 않은 문제점을 야기할 것으로 보인다. 앞에서 설명한 바와 같이 수사협의기구도 부실하게 규정하고 있는 마당에 수사준칙마저 검찰이 일방적으로 제정하여 경찰에게 시달하도록 하고 있는 대통령령은 경찰과 검찰 사이의 마찰을 가중시킬 것이기 때문이다. 선진국의 사례에서 보듯이 수사 지침은 검찰이 일방적으로 정할 것이 아니라 정부(법무부)가 나서서 경찰과 검찰의 상호 의견조율을 거쳐 제정되어야 한다.

앞으로 대통령령의 개정과정에서는 이 점이 반영되어야 할 것이다.

(3) 합동수사기구(경제범죄, 테러범죄, 경제범죄 등)의 설치

선진국에서는 강력범죄, 금융범죄, 마약범죄 등 사안이 복잡하고 중대사건에서 상호 긴밀한 협조를 통해 수사와 소추를 진행할 수 있도록 특별수사기구를 설치하고 있다.

국가수사조직으로서 프랑스 전역을 관할하는 중앙사법경찰국을 설치·운영하고 있는 프랑스는 중앙사법경찰국내에 조직범죄 및 금융범죄수사국, 대테러수사국, 과학수사국, 수사행정국을 설치·운영하고 있고, 독일에서는 연방수사국(Bundeskriminalamt)이 국제범죄, 조직범죄, 마약·폭발물범죄, 화폐위조, 무기밀매, 요인암살과 같은 중대범죄에 대하여 관할권을 가지고 범죄정보수집, 분석업무 등을 행하고 있다.

영국과 미국에서는 수사와 소추기능을 통합한 특별수사기구를 설치·운영하고 있다. 미

국에서는 연방범죄, 즉 관세사범, 출입국관리사범, 국가안전에 관한 범죄 등을 수사·소추하는 기구로서 연방수사국(FBI), 이민귀화국(INS), 마약청(DEA), 국경순찰대(Border Patrol) 등을 설치·운영해 왔고, 영국도 지난 1988년에 대규모 국제거래, 금융거래, 지능적 재산범죄에 효과적으로 대처하기 위하여 경제범죄수사국(Serious Fraud Office)을 설치·운영해 왔고 2006년에는 중대조직범죄에 대처하기 위해 설립된 중대조직범죄수사국(Serious Organized Crime Agency)을 설치·운영하고 있다.

점차 범죄가 조직화, 광역화되고 있고 살인, 강도, 강간, 방화 등 흉악범죄가 빈발함에 따라 이들 범죄에 대한 수사와 기소를 효과적으로 진행하기 위하여 광역수사기구 내지는 경찰·검찰의 수사협력기구의 설치가 요구되고 있다. 그리고 현재 우리나라의 경찰과 검찰의 조직·인력 정도이면 광역수사기구 내지는 수사협력기구의 설치도 크게 어렵지 않다고 본다.

우리나라 검찰은 경찰에 대한 수사지휘에는 열을 올리면서도 - 정치적으로 자신들의 권력을 과시할 수 있는 몇몇 사건을 제외하고는 - 정작 사회적으로 문제가 되고 있는 중대범죄에 대한 수사와 기소에 있어서는 소극적이다. 과거 검찰은 경찰에 대한 수사지휘의 한 논거로 ‘거대한 경찰조직’을 운운하였으나, 정작 ‘거대한 검찰조직’에 대해서는 말을 삼가고 있다. 현재 1,800여명의 검사 중 1,300여명이 실질적으로 수사업무에 종사하고 있고 검찰수사관 등 5,000여명의 직원이 전국 검찰청에서 검사를 보조하여 검찰에 고소·고발된 사건, 검찰이 인지한 사건, 경찰이 송치한 사건을 수사하고 있다. 또한 각 지방검찰청과 지청에는 형사부 등 경찰송치 사건을 처리하는 부서뿐만 아니라 특수부 등 검찰이 직접 인지하여 수사하는 조직을 두고 있고, 특히 대검찰청에는 정재계의 주요인사와 관련된 중요범죄만을 다루는 중앙수사부가 별도로 설치·운영되고 있다.

이러한 검찰조직의 비대성과 검찰권의 남용우려 때문에 최근에는 원칙적으로 검찰업무를 소추업무로 제한하고 수사영역도 중대범죄 등 특수한 영역으로 제한해야 한다는 주장이 더욱 힘을 얻고 있다. 왼쪽의 표에서 볼 수 있듯이 제18대 대통령선거를 계기로 하여 검찰총장과 검찰고위직의 선출과정을 엄격하게 하고, 검사의 자격심사와 감찰을 강화하며, 대검찰청 중앙수사부를 폐지하고, 상설특검이나 고위공직자비리수사처와 같은

별도의 수사기구를 설치하며, 검찰의 기소재량을 제한하는 등 각종 검찰개혁방안이 줄을 이어 제시된 바 있다.

| | | 박근혜 | 문재인 | |
|-------------------|-------------------|--|--|--|
| 검찰개혁 | 검찰인사 개선 (조직쇄신) | 검찰총장 | <ul style="list-style-type: none"> 개혁내용 없음 | <ul style="list-style-type: none"> 검찰총장직 외부 개방 검찰총장후보추천위원회의 독립적 구성 |
| | | 검찰인사위원회 | <ul style="list-style-type: none"> 검찰인사위원회에 의한 검사장 승진 및 보직인사 심사 고등 및 지방검찰청 검사장의 소속검사 보직 결정 | <ul style="list-style-type: none"> 외부인사의 과반수 참여 검사장급 인사청문회 |
| | 검사장급 조정 | <ul style="list-style-type: none"> 순차적 감축 검사직급의 법률규정에 의한 재조정 | <ul style="list-style-type: none"> 차관급 54인의 절반 축소 검사장급 개방형 임용 도입 | |
| | 승진 및 임용 | <ul style="list-style-type: none"> 부장검사승진위원회 임용후보자제도 신설 | <ul style="list-style-type: none"> 평생검사제 무죄판결 인사 반영 | |
| | 법무행정 | <ul style="list-style-type: none"> 검사의 법무부 근무 제한 | <ul style="list-style-type: none"> 검찰청 예산독립 비법조인 법무부 장관 임명 법무부 주요 보직 비검사 임명 | |
| | 외부파견 | <ul style="list-style-type: none"> 외부파견 제한 | <ul style="list-style-type: none"> 국가기관 파견의 원칙적 제한 | |
| 검찰권력 통제 (권한분산) | 대검중수부 | <ul style="list-style-type: none"> 폐지 | <ul style="list-style-type: none"> 폐지 | |
| | 고위공직자 비리수사처 | <ul style="list-style-type: none"> 불필요 | <ul style="list-style-type: none"> 설치 | |
| | 상설특검 | <ul style="list-style-type: none"> 특검업무 및 검찰의 상설화를 위해 도입 주장 | <ul style="list-style-type: none"> 도입 반대 | |
| | 검경 수사권조정 | <ul style="list-style-type: none"> 검찰의 직접 수사 원칙적 배제 수사권 분점 | <ul style="list-style-type: none"> 검찰과 경찰의 역할 구분 | |
| 검찰비리 대책 (위상제고) | 기소 재량권 | <ul style="list-style-type: none"> 검찰시민위원회제 | <ul style="list-style-type: none"> 재정신청 전면도입 | |
| | 검찰비리 통제 | <ul style="list-style-type: none"> 검사직격심사제 강화 비리검사 개업금지 | <ul style="list-style-type: none"> 개업금지사유 확대 | |
| | 검찰기능 | <ul style="list-style-type: none"> 검찰 강화 | <ul style="list-style-type: none"> 법무부 내 상설검찰기구 설치 | |

이러한 검찰개혁방안이 제대로 실현될 수 있을지는 미지수이지만, 적어도 수사의 효율성과 공정성의 강화를 위해서는 선진국들의 예에서 살펴보았듯이 검찰의 수사역량을 조직범죄, 강력범죄, 경제범죄 등 특수한 영역으로 제한하지 않으면 안 된다. 특히 정치적 사건은 특검이나 고위공직자비리수사처와 같은 별도의 수사기관에게 맡김으로써 검찰의 정치적 중립성을 확보하여야 한다.

검찰조직의 개편 못지않게 경찰조직의 개편도 절실히 요구된다. 현재 수사경과로 분류된 인원은 약 2만명 정도로서 경찰청, 지방경찰청 그리고 경찰청의 수사부서에 배치되어 수사업무를 담당하고 있다. 그리고 2008년을 기준으로 수사부서에 배치된 경찰관 중 약 90%가 경찰서 단위의 수사부서에 배치되어 대부분의 사건을 처리하고 있다. 전통적인 경찰서 중심의 치안의 일환으로 수사 역시 경찰서 중심으로 운영되고 있는 것

이다.¹⁰⁸⁾

그러나 이와 같은 경찰서 중심의 수사구조로는 범죄가 점차 광역화, 전문화, 흉악화되고 있는 현재의 상황에 대처하기 어렵다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 경찰청 수사국에 전국을 관할하는 수사조직을 두고, 각 지방경찰청 수사과에는 광역수사대를 두는 방향으로 수사체제를 개편하여야 한다.¹⁰⁹⁾ 나아가 선진국의 사례를 참조하여 경찰과 검찰이 협력하여 조직범죄, 마약범죄, 경제범죄, 지능범죄 등 특수분야에서 수사와 소추기능을 함께 수행할 수 있는 합동수사기구를 설치·운영할 필요가 있다.

108) 경찰청 수사국 수사기획T/F팀, 수사경찰 조직진단 및 인력재배치(안), 2008.

109) 경찰청 수사구조개혁팀, 국민의 신뢰향상을 위한 경찰수사시스템의 개편방향(안), 2010 및 송원영, 경찰광역수사시스템 개편관련 소고, 선진수사제도 연구회 학술세미나(2011.4.6.) 참조.

V. 맺 음 말

이상에서 주요선진국(프랑스, 독일, 영국, 미국, 일본)의 경찰·검찰의 관계 및 협력시스템, 우리나라의 경찰과 검찰의 관계 그리고 수사상 경찰과 검찰의 협력방안에 대해 살펴보았다.

우리나라는 우여곡절 끝에 지난 2011년 형사소송법과 검찰청법을 개정하여 경찰과 검찰의 관계를 기존의 상명하복관계에서 상호협력관계로 재설정하려고 하였지만, 법개정 과정 중에 검찰의 고집과 부당한 영향력 행사로 말미암아 외형상으로는 사법경찰관에게 수사개시·진행권을 부여한 것 이외에는 크게 달라진 것이 없는 모양새가 되고 말았다. 이 때문에 검찰에서는 법개정에도 불구하고 여전히 자신들이 수사의 주재자이고 경찰은 파생적 수사권자에 불과하다는 주장을 계속하고 있다.

지금까지 우리나라에서는 사실상 검찰이 수사를 주도하면서 경찰수사의 공정성과 자율성을 훼손하고 나아가서 형사사법의 정의를 방해하는 행태까지도 서슴지 않았다. 이 때문에 형사사법에 대한 국민의 신뢰가 땅에 떨어졌고 법치주의가 위기에 봉착했다는 주장까지 제기되고 있는 실정이다. 최근에는 정치권까지 나서서 비대해진 검찰권력을 견제하기 위하여 대검찰청 중앙수사부를 폐지하고 고위공직자비리수사처와 같은 별도의 수사기구를 설치하는 등의 개혁방안을 쏟아내고 있다.

이에 비해 선진국에서는 이미 오래전부터 견제와 균형의 원리에 바탕을 둔 권력분립의 원칙에 기초하여 수사권은 경찰에 그리고 소추권은 검찰에 부여함으로써 상호 견제하면서도 균형을 유지하면서 형사사법의 정의(실체적 진실발견과 인권보장)를 실현해 나가고 있다. 물론 기관간의 대립과 갈등이 없었던 것은 아니나, 문제가 발생할 때마다 상호 의사소통하고 협력할 수 있는 시스템을 갖추어 나감으로써 신속하고 공정한 해결을 도모하였다. 전전(戰前)의 상명하복관계를 과감히 청산하고 상호협력관계를 규정한 전후(戰後) 일본의 사례가 그 대표적인 예이다.

개정형사소송법은 이와 같이 선진국의 사례에서 볼 수 있는 견제와 균형을 통한 상호 협력을 지향하고 있다. 그러나 일본의 신형사소송법(1947년)와 비교해 볼 때 65년 가까이 늦은 것이고, 일본의 신형사소송법과 비교해 보면 우리나라 형사소송법이 과연 상호 협력관계를 채택하였는지조차 의심스러운 정도로 미완의 개정에 그치고 말았다. 게다가 대통령령마저도 검찰 주도로 만들어짐으로써 형사소송법의 개정취지의 실현여부조차 불명확한 상황이 초래되고 말았다.

개정형사소송법과 대통령령이 지향하는 ‘수사과정에서의 인권보장과 수사절차의 투명성·효율성이 확보’를 위해서는 권력분립의 원칙에 기초한 경찰·검찰관계의 재정립이 불가피하다. 즉 상호 대등한 경쟁적 수사구조를 도입함으로써 경찰과 검찰이 상호간의 감시와 견제·균형을 통해 사건의 축소·은폐와 같은 형사사범의 왜곡을 방지하고 실제 진실의 발견에 한 발짝 더 가다갈 수 있도록 해야 한다.¹¹⁰⁾ 이를 위해서는 형사소송법 및 대통령령의 개정이 계속적으로 요구되지만, 우선 실무적으로라도 경찰과 검찰의 협력방안을 모색하는 노력이 필요하다. 가장 현실적이면서도 긴급한 사안은 경찰·검찰의 수사협력시스템의 구축이라고 본다. 선진국의 사례에서 볼 수 있듯이 상호협의를 통한 공동 수사준칙 마련, 수사현장의 협력시스템으로서 경찰서 단위의 법률지원실(legal support unit) 설치, 사전협의 관행의 정착, 수사상 의견충돌을 해소하기 위한 상설 수사 협의기구 설치·운영, 경찰·검찰 합동수사기구 설립 등 경찰과 검찰이 협력하기만 하면 당장이라도 실천할 수 있는 방안들이 적지 않다.

조만간 형사소송법과 대통령령의 개정을 통해 법령상 경찰과 검찰의 관계를 재정립하는 것이 필요하지만, 그에 앞서 경찰과 검찰은 상호 대립과 갈등을 지양하고 상호 협력할 수 있는 시스템의 구축함으로써 형사사범에 대한 국민들의 신뢰를 회복하고 나아가서 수사의 공정성과 효율성을 향상시켜 형사사범의 정의를 실현하는데 앞장서야 할 것이다.

110) 서보학, “형사사법체계의 선진화를 위한 개혁과제-수사구조개혁-”, 한국경찰연구 7권 3호(2008.9), 78면 참조.

• 참고 문헌

1. 국내문헌

- 강석구 · 조상제, 내사에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011.
- 강형래, “수사권조정 과정에서 본 국민의 인권”, 서울지방변호사회 심포지엄(검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권), 2011.
- 경찰청, 수사권조정의 이해, 2005.
- _____, 합리적인 수사권조정 방향, 2005.
- 경찰청 수사국 수사기획T/F팀, 수사경찰 조직진단 및 인력재배치(안), 2008.
- 경찰청 수사구조개혁팀, 국민의 신뢰향상을 위한 경찰수사시스템의 개편방향(안), 2010.
- 국회 사법제도개혁특별위원회, 사법제도개혁특별위원회 회의록.
- 김병화, 한국사법사(근세편), 1979.
- 김태명, “다이버전의 발상·전개와 경찰다이버전의 도입”, 경찰학연구 11권 2호(2011).
- 김형훈, “경찰훈방”, 경찰학연구 2호(2002).
- 김환수 · 문성도 · 박노섭 역/Klaus Volk, 독일형사소송법, 2009.
- 김희수 · 서보학 · 오창익 · 하태훈, 검찰공화국 대한민국, 2001 및 서보학, “검찰의 현주소와 법치주의의 위기”, 법과사회 39호(2010).
- 대검찰청, 형사소송법제정·개정 자료집, 1997.
- _____, 유럽국가의 검사와 경찰관계-2005년 유럽검찰총장회의-, 2005.
- 문성도, “과출소장 훈방권의 법적 근거”, 경찰대논문집 15집(1995).
- 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 2010.
- 박창호 · 이동희 · 이영돈 · 임준태 · 표창원, 비교수사제도론, 2004.
- 박노섭, “신속처리절차의 도입과 수사절차”, 경찰학연구 9호(2005).
- _____, 수사기소분리와 경검상호관계에 관한 비교법적 연구, 2010.
- _____, “사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제”, 비교형사법연구 7권 1호(2005).
- _____, “형사소송법 제196조 개정에 따른 검사수사지휘권의 범위와 한계”, 경찰법연구 10권 1호(2012).
- 박성철, “내사사건에 있어 검찰의 경찰에 대한 지휘가능여부”, 법학연구 36집(2012.9), 전북대

- 학교 법학연구소.
- 법원행정처, 영국의 형사사건 기소절차, 외국사법제도연구(3), 2009.
- 법무부, 자치경찰제 도입과 경찰수사권 독립문제, 1999.
- 서보학, “검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안”, 비교형사법연구 12권 1호 (2010).
- _____, “검찰의 현주소와 법치주의의 위기”, 법과사회 39호(2010).
- _____, “형사사법체계의 선진화를 위한 개혁과제-수사구조개혁-”, 한국경찰연구 7권 3호 (2008.9).
- 송원영, 경찰광역수사시스템 개편관련 소고, 선진수사제도 연구회 학술세미나(2011.4.6.).
- 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1), 서울대학교 법학 42권 1호(2001.5.).
- 신양균, “검사의 수사지휘권에 대한 검토”, 경찰학연구 7권1호(2007).
- 오기두, “미국의 경죄처리절차 및 운영실태에 관한 연구”, 사법개혁과 세계의 사법제도, 2004.
- 유주성, “국가수사조직 도입모델로서 프랑스 중앙사법경찰국에 관한 연구”, 경찰법연구 10권 1호(2012).
- 이완규, 개정형사소송법상 수사체계, 법조 660호(2011.9.).
- 이기수, “영국 국립기소청 설립이후 경찰과 검찰관계의 변화에 대한 연구”, 치안정책연구 24권 1호(2010).
- 이동희, “경미범죄의 효율적 처리방안-일본의 경미범죄 처리제도의 비교법적 시사점을 중심으로”, 형사정책 15권 2호(2003).
- _____, “경찰수사권 개정입법에 대한 평가와 향후 과제”, 수사연구 2011년 8월호.
- _____, “개정형사소송법 제196조에 대한 해석과 과제”, 경찰법연구 9권 2호(2011).
- 이진국, “소년다이버전의 법적 쟁점에 관한 소고”, 형사정책연구 17권 3호(2006).
- 조 국, 경찰 보호조치와 훈방조치의 법적 근거 및 한계에 관한 연구, 치안연구소, 2003.
- _____, “검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계”, 한국형사법학의 이론과 실제: 정암 정성진 박사 고회기념논문집(2010).
- 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 2010.
- 정 완 · 이진국, “수사권 독립논의에 관한 검토”, 형사정책연구 14권 2호(2003).
- 최선우, “미국 경찰재량권에 관한 연구-상당한 이유와 체포 · 압수 · 수색을 중심으로-, 경찰학 논총 4권 1호(2009).

- 최원석·이동희 편, 비교경찰론, 2006.
- 한국형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990.
- 한영수, “형사사법의 정비방안 : 사개추위의 경죄사건의 신속처리절차 도입방안에 대한 검토”, 비교형사법연구 8권 1호(2006).
- 형사소송법개정특별위원회, 형사소송법개정연구, 한국형사정책연구원, 2010.
- 황문규, “개정형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계”, 형사정책연구 22권 3호(2011).
- _____, “검경수사권관련 대통령령에 대한 비판적 고찰” 형사정책연구 23권1호(2012).
- _____, “수사절차상 경찰의 지휘변화에 관한 고찰”, 형사법연구 24권2호(2012).
- 허 영, 한국헌법론(전정6판), 2010.
- 허일태, 독일·프랑스의 수사구조를 통해서 본 경찰수사권의 합리적 배분과 수사권내용, 치안정책연구소, 2004.

2. 외국문헌

- ABA, Standards for Criminal Justice: Prosecution Function and Defense Function, 1993.
- Bernd Schünemann/山名京子, “現代の刑事節次におけるの警察地位”, 立命館法學 254号(1997.4).
- Frister, Polizeihandeln im Strafverfahren, Lisken/Denniger, Handbuch des Polizeirechts 4. Aufl., 2007.
- Glidewell, The Review of Crown Prosecutor Service, 1998.
- Hans Lilie, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft in Ermittlungsverfahren, ZStW 106(1994).
- Heinrich Rüpling, Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei zum Problem der Strafverfolgung, ZStW 95(1983).
- John S. Dampsey, Linda S. Forst, An Introduction to Policing 5.ed., 2008.
- Knemeyer/Deubert, Kritische Überlegungen zum Verhältnis Staatsanwaltschaft- Polizei/Polizei-Staatsanwaltschaft, NJW 1992.
- LaFave & Isreal & King, Criminal Procedure 3.ed., 2000.
- Mark L. Miller, Ronald F. Wright, Criminal Procedures : Prosecution and Adjudication, 2005.

- Ponaldo V. Dell Carmen, Criminal Procedure : Law and Practice 7.ed., 2007.
- S.C. Phillips, The Royal Commission on Criminal Procedure: Report' HMSO, Cmnd. 8092.
- Sammuel Walker, Charles M. Katz, The Police in America 6. ed., 2006.
- The Jefferson Institute for Justice Studies, Prosecutor's Guide to Police-Prosecutor Relations, 1999.
- U. K. Home Office, Criminal Statistics England and Wales 2002.
- W. F. McDonald, H.H Rossman, and J.A. Cramer, Police-Prosecutor Relations in the United States: Executive Summary, 1982, National Institute of Justice U.S. Department of Justice.
- 日本刑法學會 編, 改正刑事訴訟法 解説と批判 (刑法雑誌別冊), 1953.
- 河上和雄 外 編., 講座日本の警察 2卷(刑事警察), 1993.
- 伊藤榮樹 外 編, 注釋刑事訴訟法(新版) 3권, 1998.
- 三井誠・酒卷匡/신동운 역, 일본형사수속법, 2002.
- 法務省, 犯罪白書(平成 22年版), 2010.
- 加藤康榮, “檢察と警察の關係について”, 日本法學 705권 4호(2010.3.).

[부록 1]

경찰과 검찰의 새로운 관계정립을 위한 원칙

이 원칙은 15항으로 되어 있으며 주요내용은 다음과 같다.

1. 검찰과 경찰은 각 조직상 독립된 기관으로서 범죄 소추에 있어 효율적인 범죄투쟁을 위하여 밀접하게 신뢰를 가지고 공동으로 업무를 수행한다. 이에는 상호간의 정보제공(Unterrichtung)이 포함된다. 이는 법무부와 경찰의 정보 및 의사전달체계에 상호 참여함으로써 확보한다.
2. 검찰은 경찰이 독자적으로 행할 수 있는 영역에서 경찰이 지는 책임과 상관없이 수사절차 전체에 대한 책임을 진다.
3. 경찰은 이 원칙상의 기준에 따라 범죄행위를 수사할 권한과 의무가 있다 : 이 권한과 의무는 지체할 수 없는 조치에 제한되지 않는다. 경찰은 검찰이 달리 지휘하지 않는 한 수사실행의 종류와 범위를 결정한다.
4. 경찰은 다음과 같은 사안에 대해서는 인지한 범죄행위와 행한 조치를 검찰에 고지하여야 한다.
 - a. 법률적 또는 사실적으로 어렵거나 중요한 사안
 - b. 검찰이 개별 사안에 대하여 특정한 사건 또는 일정한 범위의 사건에 대하여 고지를 요구한 경우
5. 검찰이 수사를 개시하는 경우 그 수사개시여부에 대해 경찰이 그 수사에 참여하지 아니하여 알지 못하는 사건의 수사개시여부를 경찰에 고지하여야 한다.
6. 경찰은 수사를 종료한 때에는 즉시 검찰에 수사결과를 송치하여야 한다. 법률적 또는 사실적인 이유로 경찰이 더 이상 수사를 계속할 수 없는 때에도 같다.
7. 경찰은 다음 각 경우에는 수사종료 전이라도 검찰에 사건을 이송하여야 한다.
 - a. 검찰이 송치를 요구한 경우
 - b. 판사의 관할영역 또는 검사의 관할영역에 속하는 수사활동을 할 필요가 있는 경우.
다만 검찰이 개별사안에서 송치하지 않도록 지시한 경우는 그러하지 아니하다.

- c. 경찰이 고소 또는 신고를 받거나 범죄행위에 대하여 수사개시를 위한 혐의를 알게 된 후 검찰에 수사결과를 제시하지 아니하고 10주가 경과한 경우 : 검찰은 특정한 경우 또는 일정한 사건군에 대하여 송치기간을 더 부여할 수 있다.
8. 검찰은 언제든지 수사의 전체 또는 일부를 직접 수행할 수 있으며 일반적 지시 또는 개별사건에 대한 구체적 지시를 통하여 경찰수사의 종류와 범위를 결정할 수 있다. 이 경우 검찰은 개별수사행위 실행에 대해서도 구체적 개별지시를 할 수 있다. 검찰은 지시를 함에 있어 경찰의 수사학(搜查學)적 전문지식을 고려하여야 한다. 경찰은 검찰의 지시를 이행하여야 한다. 직접적 강제수단의 적용에 있어서는 '검찰의 지시에 의한 경찰의 직접적 강제수단 적용에 관한 연방 및 주 법무장관, 내부장관의 공동규칙'의 원칙에 따른다.
9. 수사결과에 대한 열람에 대해서는 검찰이 결정한다. 경찰이 검찰에 사건을 송치하기 전에는 경찰이 원칙적으로 사실적 성격의 내용을 범죄행위로 인한 손해배상청구권자, 보험회사 및 기타의 관련자들-피의자 및 변호인은 제외한다-에게 알려줄 수 있다. 그 외의 경우는 검찰이 결정한다. 언론기관에 대한 사건 내용의 고지 및 보고의무 등에 관한 규정은 본 규정과는 별도로 적용된다.
10. 검찰은 협조의뢰(형사소송법 제161조 제2문)의 형식으로 원칙적으로 경찰관청에 대해서 지시를 한다. 일정한 경찰관에 대한 직접 지시는 가능한 한 특별한 이해관계에 의한 필요가 있는 경우에 예외적으로 한다. 경찰관청에서 일정한 개별사건의 담당자를 정한 경우에는 그 담당자에 대하여 검찰이 직접 지시를 할 수 있다. 지체의 위험이 있는 경우 사물관할권 및 토지관할권이 있는 관청에 속한 개별 경찰관에 대해 직접 지시의 형식으로 할 수 있다.
11. 협조의뢰는 사물관할권 및 토지관할권이 있는 관청에 대해 한다.
12. 혐의의 경찰에 대해서는 검찰의 보조공무원 제도를 적용하지 아니한다. 현행법상 지체의 위험이 있는 경우 검찰의 보조공무원으로서의 경찰만이 할 수 있는 권한은 법에 따라 일정한 최소요건을 갖춘 경찰관에게 주어진다.
13. 경찰관에 대한 이의에 대해서는 원칙적으로 경찰이 결정한다. 이의의 내용에 형사

소송법상의 조치, 거부 또는 부작위에 의해 피해를 입었다는 주장이 있는 경우에는 검찰이 결정한다. 이의의 내용을 시정할 경찰의 권한은 그대로 유지된다. 이의가 검사의 지시에 의하여 한 조치에 대한 것인 경우에는 검찰이 결정한다.

14. 및 15. 생략

[부록 2]

형사소송법 제196조 제1항, 제3항의 수사지휘에 관한 시행령(안)

제1장 총 칙

- 제1조(목적)** 이 영은 형사소송법 제196조 제1항, 제3항에서 위임된 검사의 지휘에 관한 구체적인 사항을 규정함을 목적으로 한다.
- 제2조(검사와 사법경찰관의 협력의무)** 검사와 사법경찰관은 수사 및 공소제기·유지에 있어 상호 긴밀히 협력하여야 한다.
- 제3조(수사지휘의 한계)** 검사의 수사지휘는 사법경찰관의 수사주체성을 존중하고 적법, 정당하게 행사되어야 한다.
- 제4조(다른 법령과의 관계)** 검사의 수사 지휘는 이 영에 규정된 경우에 한하며, 이 영 시행 전에 다른 영에 규정된 관련 내용은 그 효력을 상실한다.

제2장 수사지휘

- 제5조(수사지휘의 주체)** 수사지휘는 관할 지방검찰청 또는 지청 소속의 검사로서 검찰내부의 업무배당지침 등을 통해 당해 사건을 지휘하도록 지정된 검사가 한다.
- 제6조(수사지휘의 대상)** ① 검사의 수사지휘는 경찰 내부 배당지침을 통해 당해사건을 배당받은 사법경찰관리가 소속한 부서의 주무 책임자 (이하 “주무 사법경찰관”이라 한다.)를 상대방으로 한다.
- ② 검사는 사법경찰관이 수사를 개시한 사건에 대해 수사지휘를 할 수 있다.
- 제7조(수사지휘 및 결과통보 형식)** ① 검사의 수사지휘는 형사사법절차 전자화촉진법에 따른 형사사법정보시스템(이하 “시스템”이라 한다) 등을 이용하여 서면으로 한다.
- ② 긴급한 사유가 있는 경우 전화, 팩스의 방법으로 수사지휘를 할 수 있으며 이 때에는 즉시 서면으로 사법경찰관에게 통보하여야 한다.
- ③ 제2항에 의한 검사의 수사지휘가 있을 경우 사법경찰관리는 그 내용을 서면으로 작성하여 수사기록에 편철하여야 한다.
- ④ 사법경찰관리는 검사의 수사지휘를 정당한 사유가 없는 한 신속히 이행하여 전화, 팩

스, 서면으로 그 결과를 통보하여야 한다.

제8조(수사지휘의 시기) 검사는 사법경찰관이 범죄혐의를 인식하고 범죄인지서를 작성하거나 시스템상 입건하여 수사를 개시한 이후에 수사지휘를 할 수 있다.

제9조(수사지휘의 범위) ① 검사는 다음과 같은 경우에 수사지휘를 할 수 있다.

1. 검사에게 사법경찰관이 수사 중인 사건에 관한 진정서, 이의제기 등이 접수된 경우
2. 수사가 종결된 사건을 다시 수사하는 경우
3. 검사에게 체포영장, 압수·수색영장 등 「형사소송법」 및 다른 법령에 의한 영장 또는 허가서의 신청을 한 때
4. 사건 송치 후 보완 수사가 필요한 경우

② 검사의 수사지휘는 해당 사건의 법률적용 및 증거수집과 조사사항의 법적 판단에 대하여 구체적으로 행하여야 하며, 사법경찰관의 기소·불기소 등 송치의견에 대하여는 지휘를 할 수 없다.

제10조(수사지휘의 예외) 제9조의 규정에도 불구하고, 다음과 같은 경우 검사는 수사지휘를 할 수 없다.

1. 수사대상자가 검사이거나 검사이었던 경우
2. 수사대상자가 검찰청 소속 공무원이거나 검찰청 소속 공무원이었던 경우

제11조(수사의 경합) 검사의 수사와 사법경찰관의 수사가 경합하여 병합 수사가 필요한 경우에는 범죄인지서를 작성한 시점 또는 시스템상 입건한 시점의 선후에 의해 수사할 기관을 결정한다. 다만, 검사와 주무 사법경찰관이 수사의 진행상황 등을 감안하여 협의를 통해 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다.

제12조(수사지휘의 요구) ① 사법경찰관은 검사에게 수사사건의 법률적용 및 증거수집과 조사사항의 법적 판단에 대해 지휘를 요구할 수 있다.

② 검사가 사법경찰관으로부터 제1항의 요구를 받은 때는 지체없이 이에 응하여야 한다.

제13조(검사에 대한 의견 제시) 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 장은 검사의 수사지휘 적정성 등에 관하여 해당 검사가 소속된 관서의 장에게 의견을 제시할 수 있다.

제3장 수사지휘에 대한 이의신청

제14조(수사지휘에 대한 이의신청) ① 주무 사법경찰관은 구체적 사건과 관련된 검사의 수사지휘의 적법성 또는 정당성에 이견이 있을 때에는 수사지휘 검사가 속한 지방검찰청 또

는 지청을 거쳐 관할 고등검찰청 검사장에게 서면으로 이의신청을 할 수 있다.

② 제1항의 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 5일 이내에 수사지휘를 변경·철회할 수 있고, 이 경우에는 고등검찰청으로 이의 신청서를 송부하지 않는다. 다만, 변경·철회를 하지 않는 경우 또는 이의신청서 접수일로부터 5일이 경과된 경우에는 고등검찰청으로 이의신청서를 송부하여야 한다.

③ 이의신청서를 접수한 고등검찰청 검사장은 5일 이내에 해당 수사지휘의 적법성·정당성 여부를 판단하고 그 결과를 통보하여야 한다. 이의신청을 인용하는 경우에는 고등검찰청 검사장은 해당 검사에게 수사지휘를 변경·철회하도록 하여야 한다.

제4장 검·경 협의회

제15조(구성) ① 검사의 수사지휘에 관한 세부 사항을 협의·조정하기 위해 검·경 협의회를 구성한다.

② 검·경 협의회는 대검찰청 차장검사, 경찰청 차장 및 변호사, 형사법 교수 등 관련 전문가 8인으로 구성한다.

③ 협의회의 위원장은 위원 중에서 호선한다.

제16조(기능) 검·경 협의회는 다음 각 호의 사항에 대하여 협의·조정한다.

1. 검사와 사법경찰관간 수사지휘의 범위에 관한 해석에 관한 사항
2. 입건기준, 구속영장 신청시 기준 등 신병처리기준 설정·변경에 관한 사항
3. 공소제기·유지와 관련된 수사관계 서식 및 장부와 서류 비치에 관한 구체적 사항
4. 검·경 협의회 및 실무협의회 운영을 위한 시행세칙 마련

제17조(회의) ① 검·경 협의회에서 협의할 사항이 있으면 각 위원은 위원장에게 협의회 개최를 요구할 수 있다.

② 검·경 협의회의 협의와 조정은 위원 전원의 합의에 의한다.

제18조(실무협의회) ① 검·경 협의회의 업무를 효율적으로 지원하기 위하여 협의회에 수사업무 실무협의회(이하 “실무협의회”라 한다)를 둔다.

② 실무협의회는 검·경 협의회로부터 위임받은 사항을 처리한다.

③ 실무협의회의 위원은 검사, 총경 이상 경찰공무원 및 변호사, 형사법 교수 중에서 검·경 협의회의 위원장이 지명하는 사람으로 구성한다.

제19조(위임규정) 제15조부터 제18조까지에서 규정한 사항 외에 검·경 협의회의 운영 등에

필요한 사항은 해당부처 공동의 영으로 정한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 영은 2012. 1. 1.부터 시행한다.

제2조(일반적 적용례) 이 영은 이 영 시행 당시 수사 중이거나 법원에 계속 중인 사건에도 적용한다. 다만, 이 영 시행 전에 종전의 규정에 따라 행해진 행위의 효력에는 영향을 미치지 아니한다.

治安論叢 (제29집)

2013년 9월 발행

2013년 9월 인쇄

발행인 : 최 경 식

발행처 : 경찰대학 치안정책연구소
경기도 용인시 기흥구 언남로 74

인쇄처 : JK Co.(제이케이컴퍼니)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인 의견이며
치안정책연구소 공식 견해와 다를 수 있습니다.

제 29집 치안논총
2013 Police Science Journal

| |
|--------|
| 발간등록번호 |
|--------|

| |
|----------------------|
| 11-1332522-000003-10 |
|----------------------|

| |
|--------|
| 第 29 輯 |
|--------|

| |
|----------------|
| ISSN 1738-2971 |
|----------------|

경찰대학 치안정책연구소

경기도 용인시 기흥구 연남로 74 T 031-285-0183 F 031-620-2989

이 책에 게재된내용은연구자 개인 의견이며 치안정책연구소 공식 견해와 다를 수 있습니다.