

수사규범과 현실

〈법학박사, 한국형사정책연구원 선임연구원〉 박 미 숙

I. 들어가는 말

현행 형사소송법은 특히 수사에 있어서 검사의 임무를 규정하고(제195조) 있고, 사법경찰관에 대하여는 검사의 지휘를 받아 수사를 한다고 규정(제196조)하고 있을 뿐이다. 이러한 현행법의 입장을 엄격하게 해석하면 수사업무에 있어서 검사가 수사의 주체임과 동시에 경찰의 수사보조자로서의 지위를 명확히 한 것으로 보인다. 한편으로는 검찰조직과 업무에 관한 검찰청법상으로 검찰의 사법경찰관에 대한 명령권과 이에 대한 수사경찰의 복종의무, 검찰의 경찰에 대한 수사중지권 및 교체명요구권과 같은 규정을 두고 있다. 따라서 검찰과 경찰은 수사업무 이외에 조직상으로도 상명하복의 관계가 되어 형사소송법과

검찰청법상 검찰과 경찰의 관계에 대한 논의가 일찍부터 제기되어 왔다.

1995년의 형사소송법 개정에서도 검찰과 경찰의 관계에 대하여는 아무런 조치를 취하지 않았다. 최근 경찰청은 자치경찰제 도입논의와 함께 경찰의 수사권독립을 그 어느 때보다 강하게 요구하고 있다. 경찰의 수사권 독립론은 경찰의 수사권을 검찰의 수사지휘권으로부터 독립시켜야 한다는 주장이다.¹⁾

이러한 논의과정을 지켜보는 일반 국민의 시각에서는 절차의 주체로서, 그리고 손 없는 머리로서 검사는 그의 고유한 권한을 위한 투쟁자의 역할로 그려지고 있고, 한편 기술 및 장비에서 앞선 경찰은 기소 이전의 절차단계에서 그의 권한확대를 위해 투쟁하는 것처럼 비치고 있는 것도 사실이다.

그러나 경찰의 수사권독립에 대한 논의는

1) 경찰의 수사권독립론의 당부에 관하여는 백형구, 경찰중립화론과 경찰수사권독립론, 사법행정 1989/7, 17면 참조 ; 이관희, 경찰의 정치적 중립과 수사권독립문제, 사법행정, 1989/7, 23면 이하.

새삼스러운 것이 아니라, 이전부터 제기되어 왔던 문제이다. 경찰의 수사권독립이란 현행 법상의 수사절차 내에서 갖는 검찰의 책임을 경찰에게도 동일하게 부여하자는 것이다. 이는 사실상 현재의 실무관행에 부합함으로써 수사권을 현실화하고, 종국적으로는 검찰과 경찰의 형사소추기관으로서의 협력의 가능성을 증대시키자는 목적에서 출발한 것으로 이해된다.

이 글에서는 먼저 검찰과 경찰의 관계에 관하여 비교법 검토를 행하고, 그 다음으로 현재 검찰과 경찰의 관계정립에 대한 비교법적 근거로 제시되고 있는 독일 형사소송법²⁾상의 검찰과 경찰의 관계에 관한 논의에 있어서 형사소송법 규정과 그 해석에 관한 학설 입장을 정리·검토하고, 실무에서의 활동내용도 함께 살펴보고자 한다.

II. 현행 형사소송법 해석과 학계의 논의현황

현행 형사소송법에 의하면 검사의 수사를 원칙으로 하고 있고(형사소송법 제195조), 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 수사를 하

여야 한다(동법 제196조)고 명확하게 규정하고 있기 때문에 사실상 수사권에 관한 한 현행 법규정의 해석을 둘러싸고 문제가 제기될 여지는 없다. 즉 수사는 처음부터 검사가 주도권을 갖고 행하며, 다만 사법경찰관리에게 개별적으로 구체적인 수사활동을 지시할 수 있다. 그리고 사법경찰은 검사가 수사활동을 지체하고 있는 동안에만 잠정적인 수사조치를 신속히 취한 후 검찰에 수사기록을 송부하여야 한다(동법 제238조). 결국 현행 형사소송법에 의하면 경찰의 수사기능을 검찰에 완전히 종속되어 있다고 할 수 있다.³⁾

그럼에도 불구하고 종종 이 문제가 실무계를 중심으로 부각되어 뜨거운 감자로 다루어지고 있는 이유는 이처럼 명확한 법규정과 실무 관행 사이에 현저한 차이가 있다는데서 그 이유를 찾을 수 있다.

현재 경찰조직은 검찰조직과는 별개로 구성되어 있고, 경찰의 주된 직무는 범죄예방과 진압이다(경찰관직무집행법 제2조). 현재 수사단계에서 경찰의 즉결심판절차법에 의해 처리되는 사건 수는 전체 형사사건의 약 40%에 달하고 있다. 경미사건의 증가로 인해 경찰단계에서 처리되는 사건 수가 증가추세에 있는 것은 각 국가의 비교법 검토를 통해서도 공통

2) 특히 현행 형사소송법제가 취하고 있는 형사소송구조 특히 수사절차의 구조와 관련하여 보면 수사절차는 공판구조와 달리 대륙법계의 구조를 취하고 있고, 이런 점에서 대륙법계의 기본토양에서 논의·전개되고 있는 상황을 한번 재음미해볼 기회를 갖는 것은 매우 의미있는 작업이라고 생각된다.

3) 우리 형사소송법 제195조, 제196조, 검찰청법 제4조, 제53조, 제54조 참조.

적인 현상이라고 하겠다.⁴⁾ 대량 발생하는 경미한 사건과 이를 신속히 처리한다는 형사절차의 이념 등에 비추어서도 신속한 사건종결은 현대 형사절차가 안고 있는 지상과제에 해당한다. 이러한 형사절차의 현대적 과제에 비추어도 수사절차에 있어서 경찰과 검찰의 관계정립은 매우 복잡한 양상을 띠 수밖에 없다.

우리 나라 학계에서도 경찰수사권 독립문제에 관한 논의에 대하여 찬반양론으로 나누어지고 있다. 범죄수사가 복잡·곤란한 사무임에도 불구하고 소수에 불과한 검사에게 수사지휘권을 인정하는 것은 검사에게 과중한 책임을 부담시킨 것이라 할 것이므로, 범죄수사는 사법경찰관에게 일임하고 공소제기만을 검사의 직무로 하는 것이 이상적이라고 하는 견해,⁵⁾ 검사의 수사지휘권 부정은 검사제도 자체를 무의미하게 하므로 수사권 독립을 부정해야 한다고 보는 견해⁶⁾가 대립한다.

경찰의 수사권독립을 찬성하는 견해든 반대하는 견해든 모두 현실적으로 수사의 대부분을 경찰이 수행하고 있다는 점, 검사가 수

사에 대하여도 주도적인 역할을 담당함으로써 검사가 과중한 업무부담에 시달리고 있다는 점등에 대하여는 기본적으로 견해를 같이하고 있는 것으로 생각된다. 다만 경찰의 수사권독립에 적극적으로 찬성하는 입장에서는 법현실과 법규정을 일치시키는 법개정을 통해 이러한 간격을 줄여보고자 할 뿐이다.

그리고 경찰수사권독립에 찬성하는 견해도 지금의 수사현실에서 바로 수사권독립을 인정해야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 일정범죄에 한하여 부분적으로 수사권독립을 인정하거나, 또는 현재 실무의 수사관행이 개선되는 등 필요한 전제조건이 실현될 것을 요구하고 있다.⁷⁾

Ⅲ. 각국에서의 검찰과 경찰의 관계

미국, 프랑스, 독일, 네덜란드, 오스트리아 등의 국가에서는 경찰의 수사는 검사의 지휘에 의한다.⁸⁾ 즉 수사는 경찰 스스로의 힘으로 수행한다. 경찰에 의한 수사종결 이후에야 비

4) 박미숙, 형사사건의 신속처리방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999 참조.

5) 김기두, 56면. 한편 차용석, 232면도 기본적으로 이러한 입장에서 있다. 다만 현재의 경찰위상이나, 제도적 여건 아래에서는 완전한 독립수사권을 경찰에게 부여할 수 없으므로 일정범죄에 대하여 독립수사권을 부여해가는 방향으로 나가야 한다고 한다.

6) 이재상, 105면. 배종대/이상돈, 형사소송법, 1999, 168-169면은 경찰의 수사권독립은 아직 시기상조라고 보고 있는데, 기본적으로 경찰의 수사권독립을 부정하고 있는 입장에서 있는 것으로 이해된다.

7) 이러한 현실인식 위에서 적극 찬성이나 적극 반대를 개진하지는 않았으나, 경찰수사권독립논의에 관하여 조심스러운 입장을 전개하고 있는 견해로는 신동운, 형사소송법, 1996, 59-60면 참조.

8) 이하 Polizei und Justiz, Kriminalistik, 1976, 544면 참조.

로소 검찰은 수사기록을 송부받으며, 이를 토대로 하여 기소여부를 결정한다.

그러나 이들 어느 나라에서도 법규정과 법 현실 사이의 불일치 문제가 제기되고 있으며, 이 문제를 해결하기 위해 여러 가지 방안이 논의되고 있는 것은 공통된 현상이다.

오스트리아에서는 이들의 기능분리를 현실 상황에 맞게 法定하자는 제안이 있는 반면, 프랑스에서는 수사경찰이 법무부에 배속되어야 하며, 이로써 진정한 경찰로 거듭날 수 있다고 한다. 미국에서는 실무에서 폭력범죄에 대한 수사절차에서 검찰과 경찰의 강화된 협력을 위한 시도가 있다고 한다. 덴마크와 노르웨이에서는 범죄경중에 따라 경찰과 검찰 사이에 업무를 분담하고 있다. 즉 이들 입법례에서는 경미한 범죄에 대하여 법률적 전문 교육을 받은 지도력 또는 독자적인 경찰권을 갖추고 광범한 수사권과 결정권을 갖고 있는 반면, 검찰은 몇몇 중범죄에 집중적으로 투입되고 있다.

벨기에는 사법경찰(Gerichtspolizei)제도를 현실화하고 있는데, 이는 사법관할 내에 있으며, 검사와 같은 건물에서 함께 거주한다는 의미에서 진정한 사법경찰이라고 하겠다. 스위스의 바젤시에서는 수사형사가 검사에게 배속되어 있다.

일본은 대륙법의 영향을 받아 구 형사소송법⁹⁾에서 검찰과 경찰을 상명하복관계로 규정하여 현행 우리 나라와 같은 형태인 검사주도의 수사체제를 유지하였으나, 새로운 민주헌법 하에서 영미법제도를 대폭 반영한 형사소송법 개정으로 경찰의 정치적 중립성을 보장하는 공안위원회제도를 설치하면서 경찰주도의 수사체제로 전환하였다. 이제 수사는 경찰의 고유권한이 되었다. 그 결과 검찰은 제2차적인 수사기관으로서 경찰의 수사를 보정·보충하는 기능을 담당함으로써 검찰과 경찰의 상호협력관계가 확립되어 있다(일본 형사소송법 제192조).

Ⅳ. 독일 형사소송법상 검찰 및 경찰의 업무영역에 관한 논의

독일 형사소송법 체계는 엄격한 직권주의 소송구조를 갖추고 있어 우리 나라처럼 조서 재판이 통용되는 체계와는 달리 법정에서의 피고인신문이 원칙으로 되어 있다. 뿐만 아니라, 수사절차에서 작성된 조서만으로 피고인신문을 대체할 수 없도록 규정되어 있어 법원의 증거조사의무가 강화되어 있다(독일 형사소송법 제250조).

9) 일본형사소송법 제189조에 의하면 '경찰관은 각각 다른 법률 또는 국가공안위원회 또는 도도부현 공안위원회의 정하는 바에 의하여 사법경찰직원으로서 직무를 행하고 사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료될 때에는 범인 및 증거를 수사하는 것으로 한다'고 규정하였다.

독일의 직권적 소송구조하에서 검사는 수사의 주체이다. 이러한 수사절차의 기본구조는 기본적으로 우리 나라의 그것과 동일하다. 즉 검사는 범죄에 대한 혐의를 조사하고, 범죄에 대한 충분한 사실관계가 존재하는 한, 기소법정주의에 따라 기소할 의무가 있다(독일 형사소송법 제152조; 제153조 이하 참조). 이러한 목적을 위해 검찰은 피의자, 증인, 그리고 감정인을 신문하고, 압수·수색을 명하고, 그밖에 범죄규명을 위해 필요한 조치를 취한다.

그러나 독일 현행 형사소송법도 약 100년 이상 동안 검찰과 경찰의 관계에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않다. 즉 독일 형사소송법에서도 검찰과 경찰의 업무 및 권한에 대하여 명확한 규정을 두고 있지 않아, 불확정한 상태가 계속되어 왔고, 이로 인해 양자 사이에 조직이나, 기능적 측면에서 끊임없이 갈등이 제기되어 왔다.¹⁰⁾ 양 기관은 나름대로의 독자적인 직업개념을 새로이 정립하기 위해 노력해왔는데, 경찰은 더 이상 검찰의 지휘에 종

속되지 않는 독자적인 수사권을, 검찰은 보다 수사참여를 강화함으로써 수사업무를 확대하고, 다른 한편으로는 준사법기관으로서의 지위를 획득하려는 노력을 계속해왔다.

검찰의 독립성 강화는 특히 준사법기관으로서의 지위를 강화하려는 입장에서 추진되어 왔다.¹¹⁾ 독일에서의 경험적 연구결과에 의하면 검찰은 실제로 제재기관으로서의 성격을 강화한 반면, 수사에 대한 영향은 더욱 줄어들고 있는 것으로 나타났다.¹²⁾ 이제 범죄사건규명은 일차적으로 경찰의 일상업무가 되었고, 이에 따라서 나름대로 형사소추에 관하여 독자적 지위확보를 위한 전제요건을 갖추고 있는 반면 검찰은 절차의 주체라는 법적 지위를 보유하고 있다.¹³⁾ 즉 '원칙적으로 경찰이 독자적으로 수사를 하고, 수사종결 후에야 비로소 검찰에 사건기록을 송부하고, 검찰은 이를 토대로 하여 기소유예 및 공소제기 여부를 결정한다.' 이런 점에서 오히려 검사는 제재기관으로서 그 중요성을 더하고 있음을 알 수 있다.¹⁴⁾

10) K.Sessar, Zu einem neuen Verhältnis zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft, Krim, 1976, 534면.

11) 앞의 글, 534-535면.

12) 앞의 글, 534면.

13) M.Brütigam, Probleme der Sachleitungsbefugnis des Staatsanwaltes, DRiZ, 1992, 214면.

14) 더욱이 1975년 1월 1일의 형사소송법 개정예 의해, 재산범죄에 있어서 경미범죄에 있어서 경미성을 이유로 한 기소유예(독일 형사소송법 제153조 제1항)에 있어서 검사는 더 이상 법관의 동의를 요하지 않는다. 단지 일반 범죄가 아닌 경우에는 법원의 동의로써 사회봉사명령을 내릴 수 있다(독일 형사소송법 제153조 제1항, 1문, 제153조의 a). 독일에서 전체 형사사건의 약 3/2 이상이 이처럼 검사에 의해 처리되고 있다. 그 이유는 법원이 그의 업무부담을 경감시키기 위한 것이다. K.Sessar, 537면 참조.

1. 문제의식과 논의현황

독일에서 검찰과 경찰의 관계에 관한 논문은 1974년 이전까지만 하여도 100여편 이상이 발표되었다. 이들 논문은 법이론적인 논의라기 보다는 각 기관의 입장 내지 이익을 대변함으로써 극단적인 입장 차이를 보였다. 무엇보다 이에 관한 논의들이 검찰과 경찰의 관계정립 및 업무의 한계에 대하여 명확한 법적 근거를 제시하지 못했다. 이런 이유로 범죄학에서는 검찰과 경찰 내지 경찰과 검찰, 그 상호관계 자체는 관심의 대상이 되지 않았다. 그 이유는 근본적으로 독일 형사소송법상 검찰과 경찰의 수사에 관한 규정인 제160, 161조와 제163조 사이에 현실적인 구분이 결여되어 있기 때문에 검찰과 경찰의 업무영역 사이의 현실적 구분이 불가능하다는 데서 비롯되었다. 뿐만 아니라 실제로 검찰과 경찰사이의 상호협력관계가 무리 없이 이루어지고 있는 상황에서 양자 사이의 업무분담을 명확히 하기 위한 학문적인 논의는 큰 의미를 갖지 못했다.¹⁵⁾

그 이후 점차 독일에서 검찰과 경찰의 관계가 문제되기 시작하였는데, 법규정과 법현

실 사이의 간격, 말하자면 형사소송법 및 법원조직법과 실질적인 경찰활동 사이에 현저한 차이를 무시할 수 없다는 문제의식이 생겨났다.¹⁶⁾ 이미 연방행정법원은 '실무상 수사절차는 경찰의 손으로 넘어갔으며, 경찰은 종종 수사를 독자적으로 수행하며, 수사종결후에야 절차를 정지할 것인가 기소할 것인가를 결정하는 수사서류를 비로소 검사에게 송부한다'는 그의 입장을 밝힌 바 있다.¹⁷⁾ 나아가 연방행정법원은 '수사수행에서 경찰의 우월적 지위'와 '수사절차상 경찰에게로의 실질적 권한이동'이 있음을 지적하였다.

이러한 연방행정법원의 입장은 학계에도 영향을 미쳐 '수사절차에서의 경찰의 활동은 실질적으로나 통계적으로나 검사의 활동에 비하여 훨씬 우월적이고 검사는 종종 경찰의 법률고문'의 역할로 대체되었다고 주장하는 견해까지 등장하였다.¹⁸⁾ 이제 수사주체로서 검사의 지위는 오래 전부터 문서로서만 존재할 뿐이고 경찰이 실질적인 수사주체일 뿐이라고 하였다.¹⁹⁾ 이런 맥락에서 경찰은 지금까지 단순한 검사의 보조자로서의 지위를 벗어나 독자적 수사권을 획득해야 하고, 현실적으로 수사업무에 있어서 경찰의 활동에 초점을 맞추

15) Franz-Ludwig Knemeyer, Staatsanwaltschaft und Polizei, Einige kritische Anmerkungen zur herrschenden Meinung, in : F.S.-Wassermann, 1985, 471면 이하 참조.

16) H.H. Ing, Zukünftige rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei - aus der Sicht der Polizei, Kriminalistik, 1979, 269면.

17) BVerw.G.Urteil v.3.12.1974, NJW 1975, 49면 이하.

18) U.Klug, Das Verhältnis von Justiz und Polizei, in: Polizei Technik Verkehr, 1975, 209면 이하.

어 형사소송법도 개정해야 한다고 주장하기에 이르렀다.

또 독일에서는 연방과 모든 주에 '수사절차에서 검·경협력활동의 심사를 위한 공동위원회'가 설치되어 있는데,¹⁹⁾ 이 공동위원회에서는 검찰과 경찰의 수사활동에 관하여 객관적인 심사를 하고 필요한 경우에는 적절한 조치를 취할 수 있다. 공동위원회는 기본적으로 지금까지의 검찰과 경찰의 업무분담체계에 어떠한 변화가 오는 것은 반대한다. 기본적으로 경찰과 경찰의 관계에 관하여 다음과 같은 기본 입장을 고수하고 있다.²⁰⁾ 즉 지난 수 십년에 걸쳐서 확고화된 실무, 즉 경찰의 범죄투쟁과 검찰과의 신뢰관계가 법적으로 확고히 정착되고 동반자적 관계로 발전할 가능성이 있다는 것이다. 이러한 동반자적 협력관계의 강화는 공동위원회의 기본안건이기도 했다. 공동위원회는 기본적으로 현행법의 원칙은 효과적이고 법치국가적인 필요성에 상응하는 범죄투쟁을 보장할 수 있도록 되어 있으며, 검찰과 경찰은 법률에 따라서 원칙적으로 목적에 합당하

게 업무분담이 되어 있고, 그리고 형사절차의 기본구조, 특히 통일적인 수사절차가 유지되어야 한다고 본다. 물론 공동위원회 회의에서도 간과할 수 없는 입장차이가 크다. 즉 경찰을 독자적인 조직권력과 인력을 갖는 독자적인 기관으로서 인정할 것인가, 제1차 개입을 넘어서 경찰수사권을 확대할 것인가, 경찰을 더 이상 검찰의 보조기구로 보지 않을 것인가 하는 세 가지 논거들은 서로 평행선을 달리고 있어 이를 극복하는 것이 쉽지 않음을 보여주고 있다.

1976년 수사절차에서의 경찰과 검찰에 대한 연구²¹⁾ 결과도 이런 공동위원회의 기본입장과 완전히 일치한다.²²⁾ 이 연구결과는 검찰과 경찰의 관계에 관하여 중립적인 학계의 의견을 반영한 것으로 검찰과 경찰의 관계에 대하여 아주 중요한 연구로 평가된다.²³⁾

이에 의하면 검찰과 경찰 사이의 갈등은 사실상 단순히 권한다툼에서 비롯되는 것이 아니라, 보다 구조적인 차이가 있다는데서 출발하고 있음을 밝히고 있다.

19) 이는 1972년 당시 노르트라인 베스트팔렌 주의 내부장관있었던 Weyer가 쓴 '검사와 경찰의 관계' 라는 표제하에 당시 독일에서의 검찰과 경찰의 관계를 둘러싼 입장을 정리한 것이다. W.Weyer, Zum Verhältnis Staatsanwaltschaft-Polizei, Die Neue Polizei, 1972, 50면. 이에 관한 상세한 내용은 Polizei und Justiz, 545-547면 참조.

20) 이에 관한 자세한 내용은 H.H.ing, 270면 이하 참조.

21) Polizei und Justiz, 545면 이하 참조.

22) 이 연구에서는 80명의 경찰관과 40명의 검사를 대상으로 인터뷰를 하였고, 총 15명의 집단토론을 통해 기록조사로부터 나오는 결과를 보충하였다.

23) W. Steffen, Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens, BKA Forschungsreihe, Bd.4, 1976.

24) H.H.ing, 272면.

이 연구결과에 의하면 대량범죄영역에서의 수사절차에 있어서 검사는 경찰의 수사종결이 후에야 절차의 존재에 관하여 알 수 있게 되며, 검사는 거의 수사를 하지 않고 있으며, 경찰수사결과에 대하여 자체적으로 수사한다고 해도 수사결과를 변경할 정도는 안 된다. 반면 이 연구에서는 검찰을 수사활동으로부터 배제함으로써 법률적으로나 조직적으로 양자 사이에 깊은 갈등을 만들 소지가 커졌다는 사실도 밝혀내었다. 왜냐하면 검사의 지휘에 의하지 않는 경찰수사는 종종 위법수사의 문제를 야기하기 때문이다. 이는 현저히 낮은 유죄율을 보면 알 수 있다고 한다. 마지막으로 이 연구는 경찰과 검찰의 관계를 동반자관계라는 토대위에서 새로이 정립할 것을 재차 촉구하였다.

이러한 법정책적인 뜨거운 논쟁은 다른 한편으로 이러한 논의의 필요성과 합목적성에 대하여 회의적인 시각을 불러일으키기도 했다.²⁵⁾ 이처럼 서로 상이한 의견들을 통합하여

1975년 「검찰-경찰관계에 대한 새로운 관계정립에 관한 원칙」으로서 타협안이 제시되었으며, 이는 1978년 법무부의 검사와 경찰의 관계에 대한 초안(Vorentwurf eines Gesetzes zum Verh ltnis von Staatsanwaltschaft und Polizei)에 반영되었다.

2. 독일 형사소송법에서의 검찰 및 경찰의 수사권

독일 형사소송법에 의하면 경찰은 검찰로부터 요청받은 모든 조사를 행한다(독일 형사소송법 제161조).²⁶⁾ 경찰은 조사결과인 서류를 ‘지체없이’ 검찰에 송부한다. 그러나 경찰은 한편으로 제1차 수사의무를 갖는다. 즉 경찰 스스로 그리고 검찰의 지휘 없이도 범죄에 대한 조사가 가능하며, 미제사건을 방지하기 위해 지체없는 명령을 내린다(독일 형사소송법 제163조²⁷⁾). 물론 이러한 제1차 수사에 대하여도 검사에 대하여와 마찬가지로 범죄행위에 대한 충분한 사실관계가 존재해야 한다.²⁸⁾ 그

25) J.R mer, Zuk nftige rechtliche Ausgestaltung des Verh ltnisses Staatsanwaltschaft - Polizei - aus der Sicht der Justiz, Kriminalistik, 1979, 275면.

26) 독일 형사소송법 제161조의 규정은 다음과 같다.

「전조에서 기술한 목적으로 검사는 모든 공공기관에 대하여 정보를 요구하거나 스스로 수행하거나 또는 경찰공무원과 그 기관이 이를 수행하도록 할 수 있다. 경찰공무원과 그 기관은 검사의 요청이나 지시를 이행할 의무를 진다.」

27) 독일 형사소송법 제163조의 규정은 다음과 같다.

1. 경찰공무원과 그 기관은 범죄행위를 조사하여야 하며, 증거인멸을 방지하기 위해 지체해서는 안될 명령을 내려야 한다.

2. 경찰공무원과 그 기관은 그들의 모든 수사자료를 지체없이 검사에게 송부한다. 법관의 신속한 조사가 필요하다고 인정될 때에는 모든 수사자료를 직접 구역법원에 송부할 수 있다.」

밖에 수사경찰은 긴급한 경우에 일반 경찰이 수행할 수 없는 몇 가지 강제처분권한을 갖고 있다(독일 형사소송법 제81조의 a 제2항, 제81조의c 제5항, 제98조 제1항, 제105조 제1항). 이처럼 경찰은 수사업무와 관련하여 검찰과 일정한 관계를 갖고 있지만, 조직적으로는 철저히 독립해 있다.²⁸⁾ 독일 법원조직법에서도 검찰과 경찰의 관계를 확정적으로 규정해두고 있지 않으며, 따라서 조직적인 관련성도 갖고 있지 않다. 이하에서는 독일 형사소송법에서 규정하고 있는 검찰과 경찰의 수사권한과 관련하여 논의되고 있는 몇 가지 중요쟁점을 검토하기로 한다.

첫째, 독일 형사소송법 규정해석에 있어서 통설은 비록 경찰이 일차적 개입을 통해 독자적으로 수사하고, 실제 대부분의 수사가 경찰에 의해 수행되는 경우에도 경찰은 독자적인 수사권을 갖는 것은 아니라고 한다. 경찰의 독자적 수사권에 대한 통설의 입장을 구체적으로 정리하면 다음과 같다.

즉 '현행 형사소송법에 의하면 수사절차상 형사소추에 있어서 경찰과 검찰의 관계는 검찰의 광범한 지휘권한에 의해 특징지워진다. 즉 경찰은 비록 조직적인 측면에서 독자적이

긴 하지만, 경찰은 검사의 확장된 팔로서 이해된다. 검찰에게는 실체진실발견을 위한 형사소추행위와 관련하여 무제한적인 지휘권이 부여되어 있다. 이에 따라서 범죄수사의 최종 책임은 검찰에게 있으며, 나아가 수사절차가 사범형성력을 갖는지, 기소법정주의가 엄격히 보장되었는지 하는 점도 검찰의 지휘권에 따라 검찰이 책임을 진다. 이런 맥락에서 경찰의 독자적인 수사절차는 현행법에서 인정되기 어렵다³⁰⁾고 한다. 결국 독일에서 경찰의 독자적인 수사를 반대하는 입장은 기본적인 법치국가원칙과 검사의 범의 수호자로서의 지위를 근거로 한다.³¹⁾

그리고 통설은 제161조 후단 규정에 의해 수사절차가 검사의 지휘 감독에 따라 수행된다고 한다. 동조에 의하면 '검사는 수사목적을 위해 모든 공공기관에 대하여 정보를 요구하거나 스스로 수행하거나 또는 경찰공무원과 그 기관이 이를 수행하도록 할 수 있다. 경찰공무원과 그 기관은 검사의 요청이나 지시를 이행할 의무를 가진다.' 다만 이 경우에도 검사의 일반적 지휘를 의미할 뿐이고, 검사가 구체적인 개별지시를 할 경우에는 경찰의 특정한 전문지식을 고려해야 한다고 한다.³²⁾

28) Kleinknecht/Meyer-Goer, StPO, 42.Aufl.,1995, §163, Rn.9.

29) C.Roxin, StPO Einföhrung IX, 27. Aufl, 1996.

30) P.Rie, LR-StPO, §158, Rn.33.

31) U.Klug, 209면 이하; W.Wagner, Staatsanwaltschaft oder Polizei, MDR, 1973, 713면 이하.

32) Franz-Ludwig Knemeyer, 476면.

이러한 통설의 입장에 대하여 독일 형사소송법상 전체 수사절차에 대한 지휘권한 혹은 책임 그 어느 것도 - 그리고 경찰수사도 - 명백하게 규정되어 있지 않다고 비판한다. 즉 독일 형사소송법에서 검사는 고발이나 그 밖의 수단으로 범행혐의를 인지하게 된 즉시 수사에 착수하며(독일 형사소송법 제160조 제1항)³³⁾, 경찰이 범행혐의를 인지한 경우에는 경찰 또한 독자적으로 제1차 개입권한을 갖는다(독일 형사소송법 제163조 제1항). 다만 검사는 경찰이 행한 모든 수사자료를 지체없이 송부받아 공소제기 여부를 결정한다. 이처럼 독일 형사소송법 규정에서 분명한 것은 검사의 수사와 경찰의 제1차 개입으로서 수사활동이 서로 별도로 행해지며, 검사에게 송부된 경찰의 수사기록은 검찰의 독자적 수사와는 별도로 공소제기에 관한 결정을 위한 기초가 된다는 것뿐이다. 즉 수사업무는 검사 내지 경찰에게 독자적으로 부여되며, 검찰과 경찰의 수사업무 사이에 어떠한 성질의 서열관계도 인정되지 않는다고 한다.

이러한 주장의 근거는 무엇보다 독일 형사

소송법상 경찰의 수사임무가 검사의 책임하에 수행된다고 하는 규정이 없다는데서 비롯된다. 즉 독일 형사소송법 제161조에 규정된 정보요구나 수사위임지시는 종국적으로 제160조에 규정된 검찰의 업무와 관련된 것으로서 수사절차에 있어서 검찰의 권한을 규정한 것일 뿐이라고 한다. 즉 검찰은 모든 공공기관에게 정보를 요구하고 모든 종류의 수사행위를 스스로 또는 경찰관을 통해 수행하게 할 수 있고, 경찰청 또는 경찰관은 검찰의 정보요구 또는 수사지시를 만족시킬 의무가 있다. 제161조에 의해 검찰이 경찰에 대하여 정보요구나 수사위임지시를 내린다고 하여 제163조에 따른 경찰의 독자적 수사활동에 아무런 변화를 주지 않는다. 따라서 반대견해는 동조를 단지 검사에게 다른 기관의 도움을 받을 수 있고 구속력 있는 지시를 할 가능성을 인정하는 것에 불과하지 경찰의 수사에 대한 검사의 지휘권을 인정하는 것은 아니라고 한다.³⁴⁾

그리고 경찰의 독자적 수사권을 인정해야 한다는 입장에서는 독일 형사소송법 제163조에서 규정하는 바와 같이 경찰에게 그의 수

33) 독일 형사소송법 제160조의 규정은 다음과 같다.

- 「1. 고발이나 그 밖의 수단으로 범행혐의를 인지하게 된 즉시, 검사는 공소제기 여부를 결정하기 위해 사실관계를 조사하여야 한다.
2. 검사는 책임가중사유나, 감경사유 및 면제사유에 대하여도 수사하여야 하며, 멸실의 우려가 있는 증거를 조사하여야 한다.
3. 검사는 행위의 법적 효과를 결정하는데 중요한 의미를 갖는 중요한 사유에 대하여도 수사하여야 한다. 이를 위해 검사는 사법보조를 이용할 수 있다.」

34) Franz-Ludwig Knemeyer, 476면.

사결과를 검찰에게 송치할 의무를 부과한 것은 경찰 수사절차의 종결을 결정할 뿐이라고 본다.

둘째, 독일 형사소송법 제160조 제3항과 관련하여 기본적으로 경찰에게는 독자적인 수사권이 인정될 수 없다고 한다. 이에 의하면 독일에서는 사법보조(Gerichtshilfe)에 의해 경찰의 수사활동의 범위가 간접적으로 제한된다고 한다. 즉 독일 형사소송법 제160조 제3항에 의하면 검사는 행위의 법적 효과를 결정하는데 있어서 중요한 요인에 대하여 수사를 하는데, 이 경우에 사법보조를 받을 수 있다. 사법보조는 양형, 또는 형의 집행유예 내지 행형에 대한 결정을 하는데 있어서 범인의 인격을 고려한 결정을 하도록 하는 것이다. 따라서 검사는 행위의 법적 효과 예컨대 기소유에 내지 기소여부 등을 결정하는데 있어서 피의자의 성격, 성장 및 환경에 관한 정확한 정보에 근거할 수 있다는 장점을 갖는다.

그러나 경찰은 주관적인 측면이나 행위자의 인적 배경 등을 충분히 고려하지 못한 채 거의 행위자의 객관적인 측면에 집중하여 수사를 행할 수 밖에 없다는 점에서 수사활동의 범위가 제한되는 결과가 된다.

셋째, 통설은 독일 형사소송법 제163조 제1항은 수사활동에 있어서 경찰의 제1차 개입권을 규정하고 있는데, 이를 형사절차에서의

경찰의 제1차 개입에 대한 일반조항이 아니라고 한다. 그 근거는 경찰이 긴급체포(독일 형사소송법 제127조 제2항), 사진촬영 및 지문감식(동법 제81조의b)을 할 경우에는 특정된 권한위임을 필요로 한다는 점이다. 1978년의 형사소송법 개정법률도 가택수색이나, 신원확인에 대한 경찰의 개별권한을 새로이 도입하였다.

넷째, 경찰의 독자적 수사권을 주장하는 견해는 경한 범죄영역에서 기술적인 측면을 이유로 하여 경찰에게 실질적인 수사주도권을 부여함으로써 형사소추의 효율성을 증대하고자 주장한다. 실질적으로 경한 범죄영역에서 검찰이 직접 수사하고 수사책임을 진다고 하는 것은 비효율적인 것은 사실이다.³⁵⁾

이미 독일에서는 질서위반범죄에 대한 수사과 처벌은 질서위반관청에서 행하고 있다(질서위반법 제35조).

무엇보다 행정법규에 있어서 1977년의 형사소송 및 과태료 절차에 대한 기본원칙에 의하면 검사의 수사는 법적으로나 사실관계로 보아 중한 사건에서는 원칙이며, 경찰 또는 보조경찰관에 대한 위임은 예외가 된다. 즉 이들 사건의 경우에는 검사는 수사를 지휘하고, 적어도 수사방향이나, 그 범위를 결정한다. 따라서 개별적인 수사활동의 수단 및 방법에 관하여 구체적인 지시를 내릴 수 있다고

35) H.R ping, Das Verh ltnis von Staatsanwaltschaft und Polizei, ZStW 95, 1983, 912면.

한다.

다섯째, 오늘날 형사사건에서 경찰의 독자적인 수사권한은 일반적인 범죄투쟁과 관련하여 독자적인 이론체계로 발전해 왔음은 부인하기 어렵다. 1974년 독일 내무부 회의에서 범죄투쟁에 있어서 경찰의 치안임무 확대를 결의한 바 있다. 이에 따르면 치안경찰이나 수사경찰의 임무 사이에 어떠한 명확한 한계를 그을 수 없게 되었다. 즉 치안경찰은 경한 범죄영역에서 독자적으로 수사할 권한을 가지게 되었다.³⁶⁾ 이로 인하여 당연히 검사의 수사지휘는 거의 의미를 가지지 못하게 되었다. 하물며 당시 내무부 치안프로그램의 보고서에 의하면 대부분의 형사절차에 있어서 형사절차개시에 관한 주도권은 합목적성을 이유로 하여 경찰에게로 넘어갔으며, 검사는 경찰의 의견에 따른 사전수사가 완전히 종결되었을 때에야 비로소 절차에 관하여 알게 된다.

이에 대하여 검찰은 경찰의 독자적 수사권은 경미한 범죄에 대하여만 타당할 뿐이고, 중한 범죄영역에서는 경찰수사에 대한 개입이 점차 증대하고 있음을 들어 수사업무에 있어서 검찰의 중요성을 강조하고 있다. 검찰활동의 중요업무영역인 경제범죄와 중범죄의 경우에는 검사의 개입이 크게 증가하고 있으며,

이들 영역에서는 검사가 수사절차의 주체가 된다고 한다.³⁷⁾

3. 여론 : 사법경찰의 도입

독일 형사소송법상 검사는 행위자에게 유리하거나 불리한 모든 요인을 수사하여야 한다(제160조 제2항). 여기서 검사는 법의 수호자로서 불편부당한 지위를 갖고, 검찰에 상명하복 관계에 있는 자가 검사의 안내로 시작한 것을 종결할 수 있도록 함으로써 법치국가원칙에 부합하는 체계, 다시 말하면 사법경찰제도(Gerichtspolizei ; police judiciaire)를 도입하자는 견해가 19세기 이후부터 지금까지 줄기차게 제기되고 있다.³⁸⁾

사법경찰제 도입에 대하여 경찰에서는 사법경찰의 창설은 사실상 수사경찰의 검찰로의 편입을 의미하며, 경찰의 통일성을 파괴할 수도 있고, 결국에는 경찰의 치안임무 수행은 매우 어려워질 뿐만 아니라, 불가능하게 된다고 반박한다. 그리고 사법경찰은 필연적으로 경찰법과 형사소송법에 있어서 경찰임무의 한계를 명확하게 하지 못할 우려가 있다는 것이다. 마지막으로 경찰의 수사행위도 검찰의 수사와 마찬가지로 법치국가원칙에 구속되어 법적 통제를 받는다고 한다.³⁹⁾

36) 앞의 글, 905-906면.

37) K.Sessar, 535면.

38) C.Roxin, Strafverfahrensrecht, 24.Aufl., 1995, 62면; H.R ping, 908면.

39) H.H ing, 270면.

V. 결론

오늘날 어느 누구도 경찰이 국민의 일상 삶에 있어서 평화유지와 광범한 사회통제기능을 갖고 있다고는 생각하지 않는다. 그럼에도 불구하고 수사의 실질적인 주체가 경찰로서 경찰의 수사가 형사절차의 진행 여부에 결정적이며, 검찰의 수사활동에도 큰 영향을 미치고 있음은 부인하기 어렵다. 이와 같은 현실적인 상황은 범죄수사기술의 빠른 발전에 힘입은 바 크다. 이런 상황은 종국적으로 경찰의 독자적인 수사를 인정해야 하지 않는가 하는 입법론적 요청으로까지 나아가고 있다.

검찰과 경찰 사이의 갈등은 자질이나, 법적 구속을 무시한데서 비롯되는 것이라고 생각되지 않는다. 오히려 검찰과 경찰의 업무수행에 있어서 서로 다른 구조나 추진방법 등의 차이에 대한 오해가 크지 않나 생각된다.

우리 나라 현행 형사소송법상 검찰이 수사의 주체로서 규정되어 있음은 의문의 여지가 없다. 다만 여기서 검찰과 경찰의 관계를 정립하는데 있어서 고려해야 할 것으로서, 첫째, 검찰의 수사행위는 사실상 다른 국가기관의 도움 없이는 불가능하고, 현실적으로도 다른 기관의 도움이 결정적인 경우가 많다. 특히 경찰이 갖고 있는 막대한 인적 자원과 기술장비는 범죄수사에 있어서 필요 불가결하다. 그

리하여 경찰의 범죄수사는 더욱 중요한 의미를 갖는다는 점이다. 둘째, 그렇다고 하여 수사절차를 경찰이 독자적인 수사권을 갖는 절차와 그렇지 않는 절차로 양분하는 것도 수사절차의 사법형성력 보장이라는 측면에서도 쉽게 인정되기 어려운 점이 있다. 사법형성력 등의 중요성으로 인해 법이론적으로도 문제점을 내포하고 있다는 점도 부인하기 어렵다. 물론 검사가 반드시 수사해야 할 이유가 없는 범죄영역이 존재하는 것도 사실이다.

이런 점에서 실무 및 학설에 의해 양자의 관계를 새롭게 조명하려는 노력은 오히려 형사소송체계 및 구조에 대하여 바람직한 발전 방향을 제시해 줄 수도 있다. 이런 점에서 단지 정치적 타협에 의해 나오는 어떠한 관계설정도 정당화되지 못한다. 형사사법의 효율성과 사법형성력의 보장 사이에 요청되는 모든 고려는 이익형량의 필요성에 따라야 한다.⁴⁰⁾ 검찰과 경찰은 그들의 문제점과 욕구를 다시 한번 달리 인식하고 그들의 기능과 임무를 가능한 한 형사소추의 효율성 보장이라는 의미에서 구체적으로 실현할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다.

40) HR ping, 917면.