

경찰수사제도의 개선에 관한 전략적 방안연구

《研究陣》

연구위원	: 표창원 (경찰대학교 교수)
	김택수 (")
	박노섭 (")
	이동희 (")
	이영돈 (치안정책연구소 연구관)

《 집 필 내 역 》

제1장 서 설 [이동희]

제2장 검찰제도의 탄생 · 전개 및 검 · 경관계의 연혁

제1절 대륙법계 국가 [김택수, 박노섭]

제2절 영미법계 국가 [표창원, 이영돈]

제3절 일 본 [이동희]

제4절 한국에 있어서 검 · 경관계의 형성과 전개 [이동희]

제3장 각 국의 수사구조

제1절 프랑스 [김택수]

제2절 독 일 [박노섭]

제3절 영 국 [표창원]

제4절 미 국 [이영돈]

제5절 일 본 [이동희]

제4장 비교법적 고찰 [이동희]

제5장 한국 수사구조의 현황과 문제점 [이동희]

제6장 형사절차상 바람직한 검 · 경의 역할 및 상호관계 모색 [이동희]

제7장 결 어 [이동희]

목 차

제1장 서 설	1
1. 문제의 제기	1
2. 연구방법 및 장의 구성	3
제2장 검찰제도의 탄생·전개 및 검·경관계의 연혁	6
제1절 대륙법계 국가	6
제2절 영미법계 국가	49
제3절 일 본	65
제4절 한국에 있어서 검·경관계의 형성과 전개	80
제3장 각 국의 수사구조	89
제1절 프랑스	89
제2절 독 일	152
제3절 영 국	169
제4절 미 국	192
제5절 일 본	223
제4장 비교법적 고찰	261
제1절 각 국에 있어서의 검사의 소추권한	262
제2절 각 국에 있어서의 검사의 수사관여정도	267

제5장 한국 수사구조의 현황과 문제점	275
제1절 검·경관계의 현황	275
제2절 현행 수사구조의 문제점	290
제6장 형사절차상 바람직한 검·경의 역할 및 상호관계 모색	294
제1절 수사권독립에 관한 기존논의 검토	294
제2절 검·경의 역할 및 상호관계의 발전적 모형 모색	306
제7장 결 어	328

제1장 서 설

1. 문제의 제기

2004년 9월 15일, 노무현 대통령의 대선공약사항인 경찰의 독자적 수사권 부여방안을 구체화하기 위해 이해당사자인 경찰과 검찰로 구성된 수사권조정협의체가 정식으로 발족하였다. 검찰과 경찰은 이 협의체의 활동을 위해 대검찰청과 경찰청에 각각 수사정책기획단과 수사권조정기획단이라는 임시조직을 별도로 마련하였다. 협의체의 회의를 통해 양기관의 수사권조정이 합의에 이를 경우, 검찰총장과 경찰청장이 합의사항을 동시에 발표하는 것으로 계획되어 있다. 동 협의체는 해를 넘겨 2005년 3월 현재까지 협의가 진행되어 오고 있으며, 특히 2005년 2월에는 국민적 의견을 수렴한다는 취지 하에 학계·법조계·언론계·시민단체 등의 민간전문위원을 중심으로 구성된 검·경 수사권조정자문위원회가 발족되었다.

검찰과 경찰이 한 자리에 모여 양기관의 수사권조정 문제를 진지하게 논의하는 모임을 가지는 것은 현행 형사소송법 제정 이후 처음 있는 일이다. 이 문제에 대한 정부와 국민의 관심도 어느 때보다 높은 상태라는 점에서 매우 고무적인 일이라 할 것이다.

그간 정권교체기마다 수사권의 배분방안에 대한 논의가 이어져왔으나, 매번 논의만 무성한 채 실제 관련법규의 개정에는 이르지 못했다. 경찰에 의해 지속적으로 제기되어 왔던 소위 수사권독립의 요구는 때때로 검·경간의 밥그릇싸움으로 치부되기도 하였다. 그러나 형사절차상 검찰과 경찰의 역할 및 상호관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 단순히 수사의 효율성 추구나 행정부처간의 권한을 조정하는 문제 정도로 인식되어서는 안 된다. 이는 일국의 형사사법제도의 근본적인 골격을 좌우하는 중대한 문제로서 형사사법의 정의를 실현하는 명제이며, 국민의 기본권과도 직접적으로 관련되어 있기 때문이다. 따라서 금번 검·경의 수사권조정은 이해당사자간의 의견합치만으로 결정될

성질의 것이 아니라 반드시 국민적 합의가 바탕되어야 한다는 점을 간과하지 말아야 할 것이다.

현행 형사소송법이 제정된지 이제 50년이 넘었다. 연혁적 연구를 통하여 확인되어 온 바와 같이, 우리의 입법자들은 형사소송법 제정시 당시의 시대적 상황을 고려하여 일제하의 검사주제형 수사체제를 존속시켰지만 장래적으로는 수사와 공소를 분리하여 공소는 검찰, 수사는 경찰에게 맡기는 것이 바람직하다는 견해를 가지고 있었다. 권력의 분립을 통해 견제와 균형의 원리를 구현하고 국민의 인권보장에 철저하기 위해서는 영미식의 당사자주의에 입각한 형사절차로 전환해야 한다는 방향성에 공감대가 형성되어 있었다고 볼 것이다.

어느덧 반세기가 지나 21세기를 맞이한 현재, 우리의 시대상황은 이미 현저하게 변화되었다. 수사절차에 있어서의 인권침해를 방지하기 위한 법적 제도적 장치가 우리 사회의 민주화 역정 속에서 지속적으로 마련되어 왔으며, 경찰의 인권의식 또한 과거와는 비교할 수 없을 정도로 향상되었다. 그러나 이러한 시대적 변화와는 반대로 검찰은 사법경찰에 대한 지휘권한을 그대로 유지함에 그치지 않고, 법규 제정에 있어서의 우월적 지위를 이용하여 다양한 제법규에 각종의 지휘조항을 확대시켜왔다. 뿐만 아니라 공소관으로서의 본연의 임무를 뒷전으로 한 채 수사에 몰두하는 조직운용의 행태를 보이고 있다.

수사절차와 공소절차가 검찰이라는 하나의 조직에 의해서 철저하게 장악되어 있음으로써 유발되는 폐해는 한국사회라는 시험장에서 속속 가시화되고 있다. 검찰권의 비대화와 견제세력의 부재, 검찰의 수사기관화에 따른 형사절차의 미분화 및 전근대화, 이중수사에 의한 국민불편 가중 및 비효율성, 공소관으로서 요구되는 기소의 객관성·중립성 저해 및 수사에 대한 위법감시기능 약화, 당사자인 피고인에 대한 직접 수사에 따른 방어권 침해, 검사조서의 절대적 증거능력에 따른 자백만능주의 풍조, 기소재량을 악용한 비합법적 사법거래 및 이를 통한 허위진술의 취득과 무고한 자의 처벌 등은 이러한 폐해의 실례에 해당한다.

현행 수사체제에 내재되어 있는 많은 문제점을 극복하고 선진 각국의 보편적인 기준에 걸맞은 발전적인 형사절차를 마련하기 위해서 이제 정부와 사회각계의 적극적인 관

여하에 기소권과 수사권의 정립에 대한 근본적인 재검토가 이루어져야 할 것이다.

사법정의의 실현과 국민의 인권보호 등 형사사법이 추구해야할 제이념에 부합하고, 우리 나라의 소송구조가 나아가야 할 발전적 방향에 조화되는 바람직한 개선방향에 관한 논의가 활발히 전개되어야 할 것이다.

본 연구는 이러한 시대적 요청에 대한 인식에 기초하여, 형사절차상 바람직한 경찰과 검찰의 역할 및 상호관계를 모색해보고자 하는데 그 목적이 있다. 이를 위해서는 우리나라의 현행 수사구조에 대한 체계적이고 종합적인 분석이 이루어져야 하며, 검사의 수사상 지위·권한 및 경찰과 검찰의 관계에 관한 현행법규상 산재되어 있는 제규정에 대하여도 구체적인 타당성 여부를 검증해보아야 한다. 이러한 작업에는 한국 수사구조에 관한 연혁적 연구나 현재의 법제도에 관한 실증적인 연구방법이 활용될 수 있다. 그리고 다른 나라의 제도와 비교·고찰하는 비교법적 연구 또한 의미있는 작업일 것이다. 현행 제도의 문제점에 대한 객관적인 식견을 제공할 수 있을 뿐만 아니라, 개선방향으로서의 모델을 제시하는 등에 있어 유용하기 때문이다.

2. 연구방법 및 장의 구성

본 연구는 형사절차상 바람직한 검·경관계란 어떠한 형태인가를 모색해보기 위하여 다음 네 가지의 연구방법을 취하고 있다.

첫째, 연혁적 연구이다. 연혁적 연구에서는 우선 대륙법계와 영미법계의 형사사법제도에서 검찰제도가 어떠한 역사적 배경하에서 탄생되었으며 어떠한 역할을 담당하여 왔는지, 형사절차상 경찰과는 어떠한 관계를 형성하여 왔는지 등에 대하여 살펴보고자 한다. 아울러 근대화 과정에서 대륙법계의 검찰제도를 계수하였으나 제2차 세계대전 패전이후 당사자주의 소송구조로 전환하면서 미국식 검찰제도를 절충적으로 도입한 일본의 검찰제도도 검토대상으로 삼고 있다. 그리고 우리나라에 있어서의 검·경관계의 역사적 변천과정을 살펴본다. 이러한 연혁적 연구는 검사제도의 탄생과정 및 이후의 변천

과정을 고찰해봄으로써 검사제도의 의의와 검사의 역할에 대한 역사적 의미를 정리해보는데 그 목적이 있다.

둘째, 비교법제적 연구이다. 대륙법계 국가인 프랑스와 독일, 영미법계의 영국과 미국, 그리고 계수사적으로 두 가지 법계를 혼합한 일본을 검토대상으로 삼고 있다. 비교법제적 연구의 각국에 있어서서의 에 대하여 살펴본다.

셋째, 실증적 연구이다. 수사지휘권의 행사실태를 분석해본다. 다만 본 연구에서는 공간자료의 수집·분석을 통한 실태확인에 한정되며, 실무의 구체적인 업무분석에 의한 실증적 분석은 별도의 연구를 통하여 진행하고자 한다.

넷째, 모델론적 접근방법을 시도해보고자 한다. 검·경관계의 정립에 관한 기존의 논의는 개별적인 지휘규정의 지엽적인 문제점을 부각시키는 수준에 한정되어 있었던 경향이 강했다. 예컨대 검사의 수사지휘가 수사의 효율성을 저해한다거나, 이중수사나 수사지휘에 허비되는 시간적 지연으로 인하여 국민편익이 저해되므로 경찰이 독자적인 수사권을 행사하여야 한다는 식의 주장이 그러하다. 그러나 이러한 새로운 수사구조를 취사선택해야 하는 대안을 모색하는 연구방법론으로는 적절하지 못하다. 형사절차상 경찰과 검찰의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 단순히 국가기관간의 업무배분의 문제나 행정의 효율성의 문제로 취급될 성격의 것이 아니며, 수사절차의 기본구조를 어떻게 설정할 뿐만 아니라 형사절차 전체의 기본구조를 설정하는 문제이다. 따라서 경찰과 검찰의 관계를 어떻게 설정할 것인가라는 문제를 해결하기 위해서는 우선 양자의 관계를 일정한 기준에 따라 다수의 이론적 모델로 구분한 후, 각 모델의 장단점을 비교 분석함으로써 현재의 한국 상황에 가장 적합한 개선모델이 어떠한 것인지를 모색해보는 것이 적절한 연구방법론이라고 볼 수 있다.

이상의 구상에 기초하여, 제1장 서론 이하 제2장에서는 검찰제도의 탄생과 전개과정, 경찰과 검찰의 형사절차상 관계에 대한 역사적 변천과정 등의 연혁적 연구를 시도하고 있다. 법제사적으로 볼 때 우선 대륙법계 국가의 검찰제도가 어떻게 형성되고 발전되어 왔는지를 검토하고 있으며, 이어 식민지 지배를 통해 우리나라에 검찰제도를 이식한 일본의 검찰제도의 연혁과 이를 수용한 우리 나라 검찰제도의 전개과정을 검토하고 있다. 제3장은 비교대상의 5개국에 있어서 검찰 및 경찰의 형사절차상 어떠한 역할을 담당하

고 있으며, 또한 양자의 상호관계는 어떠한지를 구체적으로 검토하고 있으며, 이러한 비교법적 고찰으로 바탕으로 제4장에서는 각국 제도를 종합적으로 비교·분석하고 있다. 제5장에서는 검찰에 의해 지배되어 있는 한국 수사구조의 현황과 검·경관계의 문제상황을 검토하고 있으며, 제6장에서는 검·경관계 정립에 관한 기존의 논의상황을 비판적으로 정리한 후 바람직한 개선방향으로서의 새로운 수사구조 모델을 제시하고 있다. 이상의 연구를 총괄적으로 논지를 요약한 결론은 제7장에 해당한다.

제2장 검찰제도의 탄생 · 전개 및 검 · 경관계의 연혁

제1절 대륙법계 국가

I. 프랑스

1. 검사에 대한 용어와 어원적 고찰¹⁾

프랑스에서 검사의 집합을 ‘parquet’라고 칭한다. 이 용어는 검사 또는 검찰이라고 해석될 수 있는데 프랑스의 법률사전에 의하면 ‘대법원, 고등법원, 지방법원에서 공소관(ministère public)의 직무를 수행하는 사법관(magistrat)의 집합’이라고 정의내리고 있다. 그러나 ‘parquet’를 검찰이라고 번역하는 것은 약간의 주의를 요한다. 우선 프랑스의 검찰은 우리나라의 경우처럼 조직상 독립된 관청이 아니라 각 법원에 부치되 있으므로 별도의 청사, 인력을 보유하고 있지 않으며 예산도 별도로 집행하고 있지 않다는 점이다. 따라서 ‘parquet’라고 칭할 때는 순수한 검사들만의 집합으로 이해해야 하며 경우에 따라서는 검사전체가 아닌 한 법원에 소속된 검사들의 집합이라는 의미로 제한되어 쓰이는 경우도 있어 통상 사용되는 검찰의 개념보다는 좁다²⁾.

검사에 대한 용어는 일반 판사들을 지칭하는 ‘magistrat assise 또는 magistrat de siège’(좌정사법관)에 대응하여 ‘magistrat de parquet’(검찰사법관) 또는 magistrat de debout(입석 또는 기립사법관)가 있다. 검사는 소속된 법원에 따라 직함이 달라지며 권한도 차이가 난다. 지방법원(Tribunal de grande d’Instance)에는 procureur de la République(지방법원 검사장)과 이들로부터 지휘 또는 위임을 받는 substitut(평검사)가 있다. 고등법원(Cour d’appel)에는 고등검사장(procureur général)이 avocats généraux

1) parquet의 어원에 대한 자세한 내용은 Jean-Maire Carbasse, Histoire du parquet, puf, 2000, p.19이하 참조

2) Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 2000

와 substituts généraux를 지휘한다. 대법원에는 고등검사장(procureur général)³⁾과 premier avocat général 및 avocats généraux가 있다⁴⁾. 이들은 전부 사회의 이익을 대변하는 공소관(ministère public)⁵⁾으로서의 임무를 수행하는데 검사를 지칭하는 각각의 단어들은 뜻하는 바가 약간씩 차이가 있어 구별이 필요하기도 하다.

검찰 또는 검사의 집합으로 불려지는 ‘parquet’라는 단어는 프랑스 검찰제도의 연혁과 무관하지 않다. 다만 정확한 어원에 대하여 의견이 일치하는 것은 아니다. 우선, 이 용어는 프랑스어로 ‘마루(parquet)’를 뜻한다. 중세시대 왕의 사법상의 이익 또는 재정상의 이익을 대변하는 ‘왕의 대관(procureur du Roi)’ 또는 ‘송무대관(avocat du Roi)’⁶⁾은 법정에서 판사들이 단상에 앉아서 공판을 진행하는 것과는 달리 단상 밑 마룻바닥(sur le parquet)에서 선채로(debout) 변론을 하였기 때문에 ‘parquet’라고 불려졌다는 주장이 있으며, 다른 한편에서는 중세시기 ‘parquet’는 작은 공원(petit parc) 또는 울타리가 있는 공간을 지칭하는 것으로 법정에서 왕의 이익을 대변하기 위해 왕의 신하가 위치하였던 이런 공간으로부터 그 어원을 찾으며⁷⁾, 16세기에 이 단어는 재판장소 즉 법원전체를 지칭하였으나 18세기에는 왕의 신하(gens du roi)를 지칭하기 위하여 사용되었다고 설명된다⁸⁾.

이에 반하여 공소관(ministère public)이라는 용어는 라틴어인 ‘ministerium’에서 비롯된 것으로 17세기에 ‘신, 공중, 특별한 사인에게 봉사하는 직업, 직무, 일’을 가리킴으로서 판사를 포함한 다른 신하들을 지칭하는 용어로 사용되었으나 18세기에 이 표현은 특별히 왕의 신하에게 사용되었다. 또한 18세기 말경에 검사를 지칭하는 용어들이 정립되었는데 왕의 신하는 공식적인 용어으로써, 검사(parquet)는 생활용어으로써, 그리고 공소

3) 대법원의 고등검사장은 대법원 소속의 최고 검사이지만 고등법원의 고등검사장에 대하여는 아무런 지휘권이 없다.

4) Alain Héraud, Aandré Maurin, Institutions judiciaires, Sirey, 2002, p.101

5) 문준영교수는 자신의 박사학위논문에서 일본에서의 호칭에 따라 ‘검찰관’으로 번역하고 있으나 공익의 수호자로서 사회를 대표하고 공소제기 및 유지를 주 임무로 한다는 점에서 공소관이 더 타당한 표현이라고 본다. 한국 검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교, 박사학위논문, 2004

6) 검사의 기원에서 등장하는 avocat(변호사)라는 용어는 대법원(파기원)과 고등법원에서 공소업무를 수행하는 검사 ‘avocat général’를 지칭하는 데 사용되고 있어 그 흔적이 남아있다.

7) Brigitte Angibaud, Le Parquet, <Que sais-je?>, PUF, 1999, p.10

8) Jean-Maire Carbasse, op. cit., p. 20

관은 이들이 수행하는 임무를 지칭하기 위한 용어로 사용되었다⁹⁾.

2. 검사제도의 출현과 발전과정

검찰제도가 과연 프랑스의 역사적 산물인가에 대하여 몇 가지 언급이 필요하다. 첫째 서양의 법제도가 그 기원을 찾아보면 로마법의 영향을 상당부분 받았다는 것을 알 수 있는데 이러한 관점에서 검찰제도는 순수하게 프랑스의 제도가 아닌 현재의 프랑스 지역을 지배하였던 로마제국에 까지 거슬러 올라가는 것이 아닌가 하는 점이며, 두 번째는 검찰제도가 중세시대의 왕의 대관에서 유래하는 것으로 알려져 있지만 프랑스 혁명을 거치면서 영국의 사법제도가 프랑스에 대폭 도입되면서 검찰제도의 역사가 단절되고 영국의 공소관이 프랑스 검찰제도의 기원이 되지 않았는가라는 점이다.

이러한 점들에 대하여 프랑스의 법사학자들은 로마시대의 형사절차는 당사자주의에서 발달하여 규문적 요소를 포함하게 되었으며 이는 중세 교회법에 어느 정도 영향을 미쳤지만 중세시대의 형사절차와는 근본적인 차이점들이 있다는 점을 지적하고 있다. 또한 후술하는 바와 같이 프랑스 대혁명은 형사사법절차에 큰 변화를 가져오면서 많은 시행착오를 겪어야 했는데 국민이 선출하던 공중소추관은 여러 가지 문제점으로 인하여 혁명이전의 왕의대관이 아닌 공화국의 대관으로 새로운 자리매김을 하게 되는데 이것을 영국제도로부터 왔다는지 구체제의 검찰과는 구별되는 완전히 새로운 제도가 탄생하였다고 보기는 어렵다.

또한 형사소송구조를 크게 직권주의와 당사자주의로 구분하는 경우에¹⁰⁾ 프랑스의 법제도사는 당사자주의나 직권주의 중 어느 하나가 지속적으로 일관되게 발전된 형태가 아니라 로마시대 이후 당사자주의와 직권주의가 교대로 순환하는 형태라는 것을 보여준

9) Ibid., p. 20

10) 형사소송구조론과 관련하여 우리나라 대부분의 학자들은 규문주의와 탄핵주의를 대치시키면서 당사자주의와 직권주의는 탄핵주의 소송구조에 속하는 것으로 소개하고 있으나 이는 소추기관인 검찰의 생성과정을 살펴보면 잘못된 것이라는 것을 알 수 있다(예, 배종대, 이상돈 공저, 23면). 소추기관의 존재 내지 분리유무로 규문주의와 탄핵주의를 구별하는 것은 소추단계를 포함한 전체 형사소송구조를 설명하는 데는 적합하지 않다. 소송구조에 대한 통일적인 이해를 위해서는 탄핵주의(또는 당사자주의)와 규문주의(또는 직권주의)로 구분하는 것이 타당하며 저자도 이러한 관점에서 서술하고자 한다.

다. 이러한 과정속에서 검찰제도는 반드시 직권주의의 산물이라든지 당사자주의의 산물이라고 단정하는 것은 잘못이라는 점을 미리 밝혀둔다¹¹⁾.

3. 프랑스 혁명이전

가. 검찰제도의 기원(로마시대 - 13세기말)

프랑스의 구사법제도의 여러 요소들과 달리 검사는 그 기원을 로마제국에 두고 있지 않다. 로마에서 통상절차(*procédure ordinaire*)는 소추가 공개적인 당사자주의의 형태였다. 따라서 중세초기의 당사자주의 형태에서처럼 범죄의 피해자와 그 가족들에게만 유보된 것이 아니라 모든 사람들에게 개방된 것이었다¹²⁾. 그러나 통상절차가 아닌 특별절차(*procédure extraordinaire*)에 의하여 제국의 공무원(판사)은 직권으로 또는 고발에 의해 범죄를 소추하게 되었다. 이와 같은 점진적인 당사자주의의 소추권의 포기는 형사소송절차의 역사상 획기적인 것이다¹³⁾. 왜냐면 소추할 수 있는 권리는 실제상 그것이 없는 어떠한 소추도 이뤄질 수 없다는 남용으로 인해 공화정말기와 로마제국의 초기에 불합리한 것으로 여겨졌기 때문이다¹⁴⁾. 따라서 현행범인과 직업적 범죄자들에 대하여는 특히 이들을 체포하여 별다른 소추의 절차없이 재판을 하게 되었는데 이는 공공의 이익과 관련된 먼 훗날의 공소관제도의 씨앗이 되는 것이다¹⁵⁾.

이러한 로마제국의 규문주의적 요소는 후에 중세시기에 교회재판의 발달에 영향을 미쳤다. 그러나 로마제국은 5세기 야만족(*Barbares*)인 게르만족의 침략을 받게 되고 현재의 프랑스 지역인 *Gaule du Bas-Empire* 지방은 직권주의적 요소는 사라지고 당사자주의적 요소가 다시 자리잡게 되었다. 이때는 국가의 개입이 극히 제한되고 분쟁이 당사자간에 해결하는 사적정의(*justice privée*)의 시기였다¹⁶⁾.

11) 이에 대하여는 후술

12) J-M Carbasse, *Histoire du parquet*, puf, 2000, p.9

13) André Laingui, Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal II La procédure pénale*, Cujas, 1979, p. 20

14) *Ibid.*, p. 20

15) *Ibid.*, p. 20

16) Pascal Lemoine, 《MINISTRE PUBLIC》, *Juris-Classeur Procédure pénale*, 2003, n8

원시적 소송절차의 규율을 받은 게르만족의 형사시스템에서 범죄에 대한 처벌의 정상적인 수단은 중대한 범죄를 제외하고 각 주민의 법률에 의해 정해진 금액을 배상하는 것이었다. 소추는 중대범죄를 제외하고 직권으로 이뤄지지 않았으며 금전적인 배상을 받기 위하여 일반적으로 피해자 또는 그의 가족이 제기하였다¹⁷⁾. 소추는 구두에 의하고 공개적이다. 형사소송은 피해당사자와 범인을 주민재판관(rachinbourg) 앞에 7일 이내로 출석토록 하여 개시되었으며 심리는 주민의 참석하에 이뤄졌다. 이러한 절차에서 가장 어려운 부분은 바로 증거법에 관한 것이다. 고소인의 고소이유를 밝히고 피고소인이 자백을 하는 경우 유죄로 인정되었으나 부인하는 경우에는 다양한 방법이 동원되었다.

이 당시 유무죄를 가리기 위한 증거는 대중(people)이 참석하에 심문과정에서 선서자에 의한 증언을 토대로 한 심판관의 확신이 아니라 피고인의 자백에 의존하였으며 부인하는 경우에 고소인이 사실을 입증해야 했으며 점차 증인(cojureurs), 선서(serment purgatoire), 신명재판(jugement de Dieu)에 따라 불의 시련, 물의 시련 등을 가하였다¹⁸⁾. 이러한 방법 이외에도 유무죄를 가리기 위하여 사법결투(duel judiciaire 또는 combat judiciaire)가 고소인과 피고소인 또는 피고소인과 증인사이에 이뤄졌는데 결투는 초기에 개인적으로 이뤄졌으나 점차 대리인을 내세우게 되었다¹⁹⁾. 만일 피고인(accusé)의 무죄가 입증되면 고소인(accusateur)은 주장된 동일한 범죄의 형벌에 처해지게 되는 동태복수법(loi du talion)을 따르게 된다²⁰⁾. 이러한 당사자주의적 소송절차하에서 재판관은 단지 사법결투의 명령을 내리고 그 절차를 확인하는 심판자에 불과하였으며 실체진실발견을 위한 독자적인 소추권한이 없었다²¹⁾. 또한 사법결투는 심판자 자신도 어떠한 면책규정에 의해 보호받지 못하고 판결에 불만이 있는 죄인에 의해 결투

17) J-M Carbasse, op. cit., p. 24

18) 좀더 자세한 내용은 최종고, 서양법제사, 박영사, 2003, p. 82이하 및 참조 ; G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 17éd., n63

19) Serge Guinchard, Jacques Buisson, Procédure pénale, Litec, 2001, n27

20) Pascal Lemoine, op. cit. n9 : 동태복수법은 무제한 적인 보복이 아니라 “눈에는 눈, 이에는 이, 죽음에는 죽음”이라는 복수에 대한 비례의 원칙이 적용되는 것을 의미한다 : <http://www.justice.gouv.fr/minister/histo2.htm>

21) Pascal Lemoine, op. cit. n8

가 요구될 수 있었다. 이러한 사법결투는 14세기가 되서야 사라졌다²²⁾.

프랑크왕국에서 봉건시대로 넘어 오면서 위와 같은 당사자주의의 형사절차는 큰 변화가 없었으나 나름대로 발전을 하면서 그 문제점을 드러내기 시작했다. 물과 불의 시련이라는 증거는 12세기 중반까지 존재하였으며 13세기에는 세속법원에서 더 이상 사용하지 않았다²³⁾. 고소인은 원칙적으로 증언에 의한 증거와 결투에 의한 증거중에 하나를 선택해야 했다²⁴⁾. 그러나 범죄의 피해자는 직접 법정에서 서서 범인의 처벌을 요구하였지만 아무런 지식이 없는 피해자가 법정에서 이러한 소송업무를 수행하는 것은 효율적이지 못했으며 돈을 받고 대리를 하거나 결투를 대신하는 집단이 형성되게 된다.

이러한 당사자주의 절차는 그 한계로 인하여 종종 범죄자들에 대하여 면죄부를 주는 결과를 초래하였다. 당사자주의 절차의 또 하나의 한계는 “소추자가 없는 경우에 누구도 처벌받지 않는다.”²⁵⁾는 원칙으로 현행범인을 제외한 모든 형사사건에 적용이 되었다. 당사자주의 절차에 따른 고중세시대의 범죄자에 대한 불가벌성의 문제는 왕권의 강화와 함께 용납될 수 없었으며 교회법원의 직권주의적 소송절차를 받아들이게 되는 계기가 된다²⁶⁾. 이와 같은 정치적 맥락에서 검찰제도가 당사자주의의 결함을 치유하고²⁷⁾ 왕권강화를 위한 좋은 해결책으로 등장하게 되었다. 그러나 검찰제도의 탄생이 교회법원의 직권주의 절차를 단순히 수용한 결과로 보는 것은 잘못이며 당사자주의의 발전과정과 직권주의의 결합이라고 보는 것이 더욱 타당하다²⁸⁾.

우선 당사자주의하에서 13세기 경부터 여러 법원주변에 많은 수의 대리인 집단이 있었는데 이들은 법원에서 당사자들을 대표하는 임무를 맡았다. 영주들도 대관(procureur)들로 하여금 자신의 세정이익을 변호하도록 했으며 왕들도 마찬가지였다.²⁹⁾ 사실상 중

22) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale,, Dalloz, 16éd., p.62

23) André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit. p.36

24) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale,, Dalloz, 16éd., p.66

25) Guillaume Leyte, in Histoire du parquet, op. cit., p. 27

26) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale,, op.cit., p.62

27) 당사자주의 모델하에서 공소관의 유용성은 사적 공소관에게 생길 수 있는 결함에서만 찾아낼 수 있다 : Ibid., p.58

28) 규장자가 왕의 대관보다 앞선 것인가에 대하여 실제로는 두 제도는 거의 같은 시기이며 왕의 대관은 교회재판의 promoteur와 거의 동시인 13세기 말경에 나타났다. J-M Carbasse, op. cit., p.10

세봉건시대에 왕은 왕실의 이익을 대변하기 위하여 대관이나 변호사를 따로 둘 필요 없이 자신의 판사들에 의해 보호를 받았으며, 13세기 말경에 이르러서야 통치자의 위임을 받은 왕의 대관의 출현이 나타나게 되었으나 이는 일반사인의 위임과 왕의 위임이 구별되는 단계는 아니었다³⁰⁾. 그런데 이 당시 형사사건과 관련하여 방어자가 아닌 청구자를 대리하는 것은 일반적으로 금지되었으며 왕과 영주는 예외적으로 대관을 통하여 청구할 수 있었다³¹⁾. 이처럼 왕과 영주가 자신들의 권리를 방어하기 위하여 대관들과 또는 변호사들을 고용하고 나중에 하나의 관직으로 탈바꿈하게 되는데 이것이 바로 공소관의 기원이다³²⁾. 이들은 그 역할에 있어 왕의대관과 송무대관으로 좀 더 세분화되는데 1302년 Philippe IV le Bel의 칙령에 처음으로 “gens du roi(왕의 신하 즉, 왕의대관과 송무대관)”에 대한 언급이 나온다³³⁾.

또 한편 이 당시에 왕실법원과 경쟁관계에 있는 교회법원이 존재하였다. 교회법원의 발전과정을 살펴보면 초기에 교회와 성직자의 권리 및 신앙의 가치를 유지하기 위하여 생성되었으나 세속권력의 약화로 점차 성장하였다. 12세기와 13세기에는 교회법원이 인적 관할면에서 성직자가 범한 모든 범죄에까지 재판권이 미쳤으며 정식 성직자가 아닌 세속의 성직까지도 포함시켰다. 또한 사물관할에 따라 신앙적 문제와 교회법에 의해 처벌되는 범죄에 대하여 독점적인 재판권을 행사하였다³⁴⁾.

그런데 교회법원에서는 종교적 문제를 다루면서 비공개주의, 비밀주의, 서면주의를 채택하는 직권주의적 소송절차를 발전시키고 결국 1198년 교황 Innocent III세는 고소 또는 고발이 없이도 직권에 의한 소추가 가능하도록 승인하였다³⁵⁾. 이처럼 교회법원의 재판관은 로마법을 공부한 전문 직업인들로서 단순한 심판자의 역할이 아닌 증인에 대한 심문을 통하여 직권으로 실체진실발견을 위한 조사를 담당하였다. 규문주의 또는 직

29) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale, op. cit., p.57

30) André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p.59

31) Ibid., p.58

32) Ibid., p.58

33) André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p.59 : 최초의 왕의 대관은 ‘Pierre de Villebresme’이었는데 1323년 3월 1일 파리고등법원에 임명됐다.

34) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale, op. cit., n60

35) André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p.49

권주의의 어원이 되는 *inquisio*는 바로 조사(*enquête*)를 뜻하는 것으로³⁶⁾ 재판관의 직권에 의한 조사를 지칭하는 용어이다.

교회법의 규문절차에는 규문판사 외에 고발자나 예비조사자의 역할을 수행하는 규탄관(*promoteur*)이라는 또 다른 관여자가 있었다. 규문절차를 개시하기 위해서는 충분한 혐의를 제시하는 규탄, 즉 피해자나 제3자의 고소, 고발이 있어야 했는데, 규탄관 역시 범죄를 고발할 권한을 가지고 있었다. 또한 규문법관이 직권으로 소추를 개시한 경우, 소추를 개시할 충분한 혐의가 있음을 증명해야 할 필요가 있었는데 이 임무를 고발관에게 위임하여 자신을 보조하게 하였다³⁷⁾. 규탄관(*promoteur*)의 존재에 대하여는 1243년 교황 Innocent III세에 의해 공식화되었다. 규탄관은 소추제기뿐만 아니라 심문절차를 감시하며 형벌을 요구하며 경우에 따라서는 판결에 대한 항소도 제기하였다. 이와 같은 규문주의의 소송절차는 빠르게 퍼져나갔으며 세속법원의 공소관을 형성하는데 강력한 도움을 줬다³⁸⁾.

나. 검찰제도의 생성과 발전(14세기- 혁명이전)

당사자주의와 직권주의의 결합에 의해 탄생한 왕의 대관은 초기에 왕의 세정이익을 담당하였으나 교회법원의 규탄관을 모방하면서 자신의 고발에 의하여 판사가 직권으로 사건을 소추하도록 하는 범죄에 대한 처벌을 감시하는 기능을 맡게 된다³⁹⁾.

이러한 고발이 고소를 대신하여 발달하게 된 것은 사법결투와 동태복수법 등의 단점으로 인하여 사인이 더 이상 소송을 자유롭게 이끌지 못함에 따라 교회의 절차를 모방한 고발에 의존하게 되었다는 사실이다⁴⁰⁾. 결국 피해자는 상대방을 소환할 권리를 잃게

36) Pascal Lemoine, op. cit., n11

37) 문준영, op. cit., p.13

38) Pascal Lemoine, op. cit., n12

39) André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p.59 : 그러나 이 경우에도 왕의 대관은 소추자로서의 역할을 수행한 것은 아니다. 왜냐하면 당시의 당사자주의의 원칙에 위반하는 것이었다.

40) Ibid., p.58 ; 고발(*dénonciation*)제도는 피해당사자가 아닌 판사에 의한 소추를 가능하게 하였다는 점에서 직권주의(규문주의)의 탄생에 중요한 역할을 한다. Edmond Villey, Précis d'un cours de Droit criminel, 6éd., 1906, p. 23

되고 판사에게 직접 고소장(고발장)을 제출하였으나⁴¹⁾ 나중에 공소판에게 고발을 하게 된다. 그러나 초기에 검사는 판사로 하여금 재판을 열도록 하거나 공소를 제기하도록 하지 못했으며 반대로 판사가 검사에게 참고인을 지명하거나, 증거를 제출하거나 피고인의 변명에 대한 반대진술을 허용하는 등 검사는 판사에게 종속되어 있었다⁴²⁾.

14세기 중반경에 이르러 왕의 대관은 모든 중죄의 고발자로서 등장하게 되었으며 모든 형사소추에 있어 주 당사자로서 아니면 부차적 당사자로서 개입하여 소추의 진행을 감시하게 되었다⁴³⁾. 이 대관에게 사적 소추자(*accusateur privée*)와는 독립하여 소추를 제기하는 임무가 부과되었는데(1355년 12월 28일의 칙령),⁴⁴⁾ 이와 같이 초기의 단순한 왕의 이익의 대변자가 아니라 피해당사자의 소추와 독립하여 소추를 제기할 수 있었다는 것은 왕의대관이 일반이익 즉, 공익을 대표하였다는 것을 보여주는 것이다.⁴⁵⁾

좀 더 부연하자면 검사의 탄생이 당사자주의의 소송체계하에서 왕의 대표자로서 비롯되었지만 교회법원에서 발달된 직권주의의 소송구조를 받아들이면서 공익의 개념과 결합되어 단순한 대리인이 아닌 공익의 대표자로서 위상을 탈바꿈한다는 사실이다. 사실 공익(*intérêt public*)이라는 개념은 이미 형사분야에서 12세기 중반이전에 등장했다. “중죄가 처벌되지 않아 방치돼서는 안 된다는 것은 공익에 해당한다.”는 사상은 13세기에 국왕의 법률가들에 의해 채택된다. 따라서 13세기말 이전에 공익을 침해하는 중대한 범죄들에 대한 공적인 처벌이 왕립법원에 의해 마련돼야 한다는 것은 당연한 것이었다. 이것은 처음에는 로마법의 규문적 절차에 따라 판사들 자신의 몫이었지만 기능의 개별화되면서 왕의 대관들에게 맡겨지게 된 것이다. 16세기부터 왕의대관은 공소의 핵심이 되나 소추를 독점한 것은 아니며 규문주의에 따라 판사는 구체제 말까지 직권으로 소추를 할 수 있었다⁴⁶⁾.

41) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.65

42) André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p.59 : 왕의 대관은 일종의 예심판사의 역할을 수행하였다. Adolphe Tardif, La procédure civile et criminelle aux XIII et XIV siècle, Alphonse Picard, 1885, p. 147

43) Ibid., p. 59 ; J-M Carbasse, op. cit., p.14

44) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.57

45) Serge Guinchard, Jaques Buisson, Procédure pénale, Litec, 2001, n. 26

46) J-M Carbasse, op. cit., p.11

공익개념의 도입을 통한 검찰제도의 발전은 왕권강화와 밀접한 관련을 갖는다. 왕의 대관은 교회법원의 직권주의의 형사절차를 모델로 하면서 급속한 발전을 하게 되며 영주법원과 교회법원의 권한을 약화시키고 왕립법원의 발전에 공헌하였으며 나중에는 모든 중요사건에 대하여 왕립법원의 개입이 가능하게 되었다⁴⁷⁾.

왕립법원의 발전과정을 살펴보면 12세기 말부터 왕의 관리하에 지방행정관인 prévôt 위에 왕을 대표하는 사법관이자 행정관인 les baillis를 북쪽(Nord) 지방에 두고 sénéchaux⁴⁸⁾는 남프랑스(Mid) 지방에 두었다. 초기에 무관이었던 baillis는 점차 전문 법률가(직업판사)로 바뀌었다. 13세기에 왕립법원의 하급법원(prévôt와 baillage)에 대한 상급법원인 최초의 고등법원(Parlement)이 파리에 설치가 되고, 15세기부터 지방(툴루즈, 그르노블, 보르도, 디종 등등)에도 형사부를 포함한 고등법원이 설치됐다⁴⁹⁾.

당사자주의에서 직권주의로 변화하는 과도기인 14세기의 소송절차를 보면 통상절차와 특별절차의 구별이 이뤄지는데⁵⁰⁾ 통상절차는 민사, 미성년자 범죄, 경미범죄에 적용되었으며 특별절차는 중대범죄에 적용되었다. 통상절차는 공개주의와 구두주의를 채택하였으나 특별절차는 비밀주의⁵¹⁾와 서면의 사용을 함축하는 것이다. 통상절차는 송무대관의 독자적인 영역이 되었고 특별절차에서는 왕의 대관의 개입이 필수적이었다.⁵²⁾

1539년 François I세의 Villers-Cotterets 칙령에 의하면 모든 소송에 있어서 왕의 대관은 장차 당사자가 된다고 규정하고 있으며 모든 중죄에 있어 고소장이 제출되지 않더라도 소추제기를 의무화했다. 범죄에 대한 수사는 두 법관의 협력 즉, 대관은 청구를 하고 판사는 심리하는 것이 필요로 한다고 명시하고 있으며, 이 칙령은 또한 예심과 판결의 두 부분을 구분하고 있다. 예심은 모든 증거에 대한 수집을 포함하는 것으로 예심판사가 담당하고 판결은 서류와 피고인에 대한 신문에 의해 이뤄진다⁵³⁾. 16세기부터 예심판

47) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale, op. cit., p.61

48) <http://www.justice.gouv.fr/minister/histo2.htm>

49) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale, op. cit., pp.60-61

50) Louis XII세는 1498년 칙령에서 통상절차와 특별절차를 구분하고 있다. Edmond Villey, Précis d'un cours de Droit criminel, 6éd., 1906, p. 21 : 두 절차에 대하여는 André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., pp. 63-65

51) 비밀주의는 15세기에야 나타났다. André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p. 64

52) J-M Carbasse, op. cit., p.16

사의 전신인 형사판사(lieutenant criminel)가 지방법원인 baillage 또는 sénéchaussée 부속되어 예심을 이끌었으며 직접 1심 재판을 맡았다.

1579년의 칙령에 의하면 고등법원의 대판과 하급법원의 각 대판들은 고발자나 사인소추가 없더라도 범죄를 발견하고 소추를 하도록 부과하고 있다. 그 후 1670년의 대칙령은 분명하게 만일 사인소추가 없는 경우에 소송은 대판들의 이름으로 제기된다고 명시하고 있다.

예심을 포함하는 구체제의 형사절차는 루이 14세의 1670년 대칙령에 의해 완성되었다. 이 칙령은 형사소송법의 역사에서 중요한 위치를 차지한다. 왜냐하면 그것은 형사소송절차를 집대성한 것으로 혁명까지 적용되었을 뿐만 아니라 과도기이후 치죄법에도 영향을 미쳤기 때문이다⁵⁴⁾.

1670년 대칙령에 의해 완성된 구체제말의 형사소송절차는 공소(action publique)와 사소(action civile)를 구별하였으며 개인적 법익에 한정된 사건들은 피해자에 의한 소추만이 가능하였다. 공소의 제기는 고발(dénonciation), 고소(plainte), 판사의 직권소추(poursuite d'office)라는 세 가지 방법에 의해서 이뤄졌다. 참고로 소추권과 관련하여 구체제말의 형사소송구조를 규문주의로 이해되고 있지만 실상 직권에 의한 소추는 공소판인 왕의대판이 소추를 하지 않은 경우에 이뤄지는 예외적인 것이었다⁵⁵⁾.

당사자주의 하에서는 요구자(고소인)에게 소송의 진행과 증거제출의 부담을 부과하였으나 규문주의(직권주의)의 절차는 모든 예심을 판사에게 집중시켰다. 체포된 때로부터 24시간내에 피고소인은 신문을 받아야 했으며(1670년 칙령), 판사의 모든 기소는 자백을 받아내기 위한 것이었다. 신문은 비밀리에 이뤄지고 변호인의 조력없이 고문⁵⁶⁾에 가해질 수 있었다. 피고소인은 진실을 말하겠다는 선서를 해야 했다⁵⁷⁾.

예심절차에서 검사의 역할은 1차 예심이 종료되어 그 결과에 대한 결정을 판사가 내

53) Ibid., p. 82

54) Ibid., p. 87

55) Edmond Villey, op. cit., p. 26

56) 고문은 직권주의가 발달하기 시작한 13세기에 등장하여 혁명이전까지 유지됐다. Edmond Villey, op. cit., p. 21

57) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.65

리기 전에 소송서류를 열람하고 예비결론문(conclusion préparatoire)에 의해 필요한 경우 증인의 대한 심문(récolement)과 대질신문(confrontation)을 청구하여 2차 예심이 개시되면 그 결과를 다시 열람하고 최종결론문(conclusion définitive)을 작성하는 것이었다⁵⁸⁾).

위에서 언급한 검찰제도의 발전과정을 통하여 살펴보면 직권주의(규문주의)와 검사와의 관계를 정립해야 할 필요성을 느낀다. 검찰제도의 출현시기가 직권주의(규문주의) 소송절차의 탄생과 맞물림에 따라 그것을 직권주의의 특징으로 볼 수 있기 때문이다⁵⁹⁾. 직권주의와 당사자주의로 소송구조를 분별하는 경우 직권주의를 결정하는 요소는 검사의 존재 내지 그 기능에 맞춰지는 것이 아니라 소송의 당사자와 법원 또는 판사의 역할과의 관계내에서 파악되는 것이다. 당사자주의에서는 범죄의 피해자와 가해자가 소송의 당사자로서 주도권을 갖게 되고 판사는 단순한 심판자에 불과하다면 직권주의에서는 소송을 이끌어 가는 것은 공소권을 포함한 당사자가 아니라 재판관의 역할이 더욱 적극적(aktif)인 것으로 재판관은 진실발견을 위한 직권을 행사하고 필요한 경우 스스로 소를 제기한다는 것이다⁶⁰⁾.

검찰제도의 탄생이 직권주의(규문주의)와 관련을 맺을 수 있는 부분은 교회법원의 규탄관의 역할을 모델로 하여 왕립법원의 대관이 위상변화를 하였고 교회법원에서 탄생한 공익의 개념이 검찰제도에 도입되었다는 것으로서 어느 정도의 상관성을 인정할 수 있게 된다.

그러나 직권주의라고 하는 경우 그것은 법원의 직권에 의한 소추와 범죄사실에 대한 심리를 의미하는 것으로 그 특징은 비밀주의, 비공개주의, 서면주의에 있다고 통상 인정되고 있다. 결국 사인소추를 기반으로 하는 당사자주의와 판사의 직권에 의한 소추라는 직권주의가 결합되면서 범죄의 피해자는 직권주의하에서도 범죄자에 대한 소추가 가능하였으며 검사는 사인소추의 문제점을 보완하는 방향에서 피해당사자를 대신하여

58) Marie-Yvonne, <Le rôle pénal du ministère public>, in Histoire du parquet op. cit., p.87

59) 단, 프랑스 혁명 이후 검찰제도가 정립되었다는 구체제와의 단절론의 입장을 취한다면 일부 학계에서의 설명대로 탄핵주의 소송구조에서 직권주의의 탄생과 검찰제도의 탄생은 시기적으로 일치한다.

60) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.63

소추를 제기하거나⁶¹⁾ 공익과 관련된 범죄에 대하여는 직접 소추를 하게 된다. 즉, 검사는 공익의 수호자로서 범죄의 피해자와 사회를 대표하는 소송에서의 당사자에 불과한 것이다.

이에 대하여 일부 학자들은 다음과 같이 설명하고 있다. “소추를 제기하고 증거를 제시해야 할 사회의 대표자인 공소관에게 고발하는 것은 당사자주의 절차와 병립될 수 있었지만 직접 사건을 제기할 수 있고 사안의 진실을 보장하기 위해 조사할 수 있는 재판관에게 고발하는 것은 그렇지 않았다. 재판관이 스스로 소를 제기할 수 있도록 허용하는 ‘모든 재판관은 검사다(Tout juge est procureur général)’라는 구체제의 규칙은 규문주의(직권주의) 소송절차의 특징이다”⁶²⁾.

결론적으로 공소관에 의한 소추제도 자체는 직권주의와 당사자주의를 구분하는 기준이 되지 못하며 직권주의와 당사자주의의 혼재된 모습으로서의 의미를 지닌다. 왜냐하면 검사는 단순히 피해자를 대신하여 소추하는 기능만을 수행하는 것이 아니라 피해자가 없는 경우에도 공익이 침해된 경우에는 소추를 할 수 있었다는 점이다.

4. 프랑스 혁명과 그 이후

가. 혁명과 검찰제도의 혼란기

1670년의 대칙령에 의해 수립된 직권주의 절차는 과도한 권한남용을 초래하여 개인의 권리는 거의 무시되었다. 또한 고문에 의해 얻어진 자백과 기소는 종종 오판을 유도하였는데 무고한 자의 유죄인정은 실제 죄 있는 자를 처벌하지 못하는 결과를 초래하기도 하였다. 직권주의 절차는 18세기에 볼테르, 몽테스키외, 베카리아와 같은 법률가들과 철학가들로부터 많은 비판을 받았으며 정치제도개혁론자들은 정치개혁에는 사법조직과 형사절차의 개혁이 동반되어야 한다고 생각하였으며, 사법조직과 형사절차의 개혁에 영국의 예를 강조하였다⁶³⁾. 루이 16세부터 일부 변화를 맞이하게 되며 당사자주의로

61) 검사의 기능은 16세기와 17세기 사이에 사적소추의 의존이 쇠퇴함과 동시에 강화된다. 검사는 범죄, 적어도 중죄에 대한 소추에 있어서는 판사의 필요한 협력자가 된다. André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p.77

62) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.65

의 회귀가 바람직한 것으로 여겨졌다⁶⁴⁾.

직권주의와 규문주의로 대표되는 프랑스 형사소송법체계는 1789년 프랑스 대혁명을 거치면서 영국식의 당사자주의의 형사절차를⁶⁵⁾ 모델로 하여 큰 변화를 맞게 되었으며 절대적 왕권사상에 대항하여 공소관의 개념과 구성에도 중요한 변화를 맞게 된다.

1790년 8월 16-24일의 법률의 모태가 된 헌법제정회의에서 Thouret는 공소관의 기능적 분리를 주장하면서 다음과 같이 정의내린다. “일반법률의 유지, 판결의 집행, 재판관의 활동에 대한 감시는 집행권력의 수장인 왕과 관련되는 것으로 당연히 왕의 위원(commissaire)에 의해 수행될 것이다. 반면에 앞의 기능과는 아주 다른 성격인 다른 기능 즉, 대중의 기능(fonction populaire)으로서 출발점이 다른 공중소추의 기능은 대중의 사람(homme du peuple)에 의해서만 수행될 수 있다.”⁶⁶⁾

1790년 8월 16-24일의 법률에 이은 1791년 9월 3일의 헌법, 1791년 9월 16-29, 1791년 9월 29일-10월 21일의 법률들은 새로운 사법부의 작용을 규정하고 혁명기의 검찰의 기반을 마련하였다⁶⁷⁾. 이러한 법률들에 의해 이뤄진 가장 획기적인 변화는 치안판사(juge de paix), 기소배심(jury d'accusation), 공판배심(jury de jugement)의 신설이다. 특히 사법부의 구성에 관한 1790년 8월 16-24일의 법률⁶⁸⁾은 종전의 공소관의 기능을 왕의 의해 임명되는 왕의위원(commissaire du roi)과 대중에 의해 선출되는 공중소추관(accusateur public)에게 배분하여 왕의위원에게는 소추기능을 폐지하고 형벌의 적용과 판결의 집행을만 청구할 수 있도록 하였다. 이러한 사실로서 소추권을 정치적 도구로 간주하면서 헌법제정자들(Constituante)은 그것을 인민에게 유보하였다는 것을 알 수 있다⁶⁹⁾.

63) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale, op. cit., p.68

64) Serge Guinchard, Jaques Buisson, op. cit., p.42

65) 영국에서 발달한 당사자주의는 그 기원에 있어 1069년 프랑스의 영국정복에 의해 도입된 것으로 평가된다.

66) Pascal Lemoine, op. cit., n22

67) Eric de Mari, <Le parquet sous la révolution, 1789-1799>, in Histoire du parquet op. cit., pp. 222-223

68) 이 법률은 공소관의 임무를 다음과 같이 규정하고 있다. “검찰관(공소관)은 사회를 대표하고 또한 사회의 이름으로 재판에서 공공질서에 관련되는 법을 선언하는지 감시하고 판결을 집행하기 위한 목적으로 법원에 배치된 특별한 사법관이다.”, “검찰관(공소관)은 법원 앞에서 집행권의 대리인이다.” 문준영, op. cit., p.18

69) Jean-Maire Carbasse, p.17

면(canton) 소재지에 위치한 치안판사는 사법경찰업무를 수행하고 경범죄에 대하여는 시법원에서 재판을 담당하였으며 중죄에 대하여는 군, 구청소재지에 위치한 법원판사가 배심원장(directeur du jury)기능을 수행하였는데 그는 치안판사로부터 송치된 사건에 대하여 예심을 담당하였다⁷⁰⁾. 당시의 중죄사건의 형사절차의 기본적 흐름을 보면⁷¹⁾,

‘시민의 고소, 고발 → 치안판사에 의한 예비수사 → 배심원장(directeur du jury)에 의한 예심 → 배심원장의 중죄기소장 작성(acte d'accusation) → 국왕위원(commissaires du roi)의 기소장 검토 → 기소배심의 평의와 공판회부결정 → 중죄재판소의 공판개시, 공중소추관(accusateur public)의 공소유지 → 공판:판결배심 → 판결’의 순서로 진행되었다.

일명 1791년의 법률들은 공소관이 아닌 시민의 고소 및 고발에 의해 소가 제기되는 공중소추주의를 도입하고 사소와 공소의 구별을 폐지함으로써 영국식의 철저한 당사자주의를 채택한 것이다. 공화력 4년 브뤼메르 3일(1795년 10월 25일)에 제정된 죄와형벌법전(Code des délits et des peines)은 1791년 법률들의 당사자주의⁷²⁾의 정신을 유지하면서 절차위반에 대한 무효절차(nullité)를 마련하였으며 일반 사인에게 소추에 권한을 부여하고 예외적으로 치안판사에 의한 직권소추를 인정하였다. 치안판사와 기소배심원장에 의한 예심의 위상은 더욱 발전하여⁷³⁾ 장차 예심판사의 도입에 대한 토대를 마련하였다.

그러나 위와 같은 일련의 개혁들에 의해 마련된 형사절차는 많은 결점을 안고 있었다. 선출된 판사들은 정치적인 영향력에 민감하고 심지어 부정을 하는 경우도 생겨났다. 또한 치안판사는 특히 경찰조직이 정비되지 않은 상황에서 업무의 과중에 시달려야 했으며 기소배심원들은 사회방어의 필요성을 제대로 인식하지 못하고 정치적인 사안들에 대한 소추에만 엄격한 모습을 보여줬다. 재판배심원들도 지역의 여론에 민감하게 반응하는 모습을 나타냈다.

결국 브뤼메르(Brumaire)부터의 전제국가의 재건은 비효율적인 공소관(ministère

70) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale, op. cit., p. 68

71) 문준영교수의 박사논문을 일부 수정 인용함, p.19

72) Serge Guinchard, Jaques Buisson, op. cit., n. 29

73) G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, Procédure pénale, op. cit., p.70

public)에 만족할 수 없었으며, 1801년 법률(loi du 7 pluviôse an IX)은 공소관(왕의위원)과 공중소추관을 공소관(ministère public)으로 단일화하여 집행부에 종속시키고, 그로 하여금 기소할 수 있도록 허용하였으며, 24시간 이내로 집행이 제한되는 영치영장(mandat de dépôt)에 의해 피의자를 구금할 수 있는 권한을 부여하였다. 이 법률은 더욱 중요한 개혁을 실현하였는데, 예심을 재조직하고 기소배심원장을 대신해 예심판사가 맡도록 한 것이다⁷⁴⁾. 이 법률이 갖는 의미는 영국을 모델로 하여 도입되어 10년간의 시행착오를 겪은 당사자주의 소송절차를 종식시켰다는 점이다⁷⁵⁾. 요컨대 1801년 법은 1808년 치죄법전에 앞서 검찰관(공소관)과 예심판사에게 범죄의 소추와 수사를 분담시키고 서로 협력하는 체제를 만들어 낸 것이다⁷⁶⁾.

소송구조의 측면에서 종전까지 당사자주의의 공개주의와 대면주의가 자리잡고 있었다면 예심판사는 당사자의 참가없이 참고인의 증언을 청취하고 기소배심은 당사자나 증인의 진술을 청취하지 않아 서류에 기초하여 판단하여야 했는데 이러한 경향은 직권주의로의 회귀로 평가될 수 있다⁷⁷⁾.

나. 치죄법의 제정과 검찰제도의 확립⁷⁸⁾

나폴레옹 황제의 등장으로 또 한번의 형사법전반에 대한 변화와 체계화가 이뤄졌는데 절차법인 치죄법(Code d'instruction criminelle)이 1808년 11월 16일 공포되고 실체법인 형법전(Code pénal)이 1810년 공포된다. 치죄법에 의해 왕의 대관(le procureur du roi)은 공화국의 대관(le procureur de la République)으로 재등장하였으며(치죄법 제47조), 소추, 수사와 재판의 기능이 각각 다른 사법관들에게 부여하는 기능분리가 이뤄졌다.

74) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.71

75) Jean-Maire Carbasse, p.18

76) 문준영, op. cit., p.22

77) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.71 : “혁명 이후 프랑스에서 검찰제도의 정립과정을 살펴보자면, 적어도 프랑스 검찰제도가 규문절차의 문제점을 해소하기 위한 제도로서 등장한 것은 아니었음을 알 수 있다”. 문준영, op. cit., p.47

78) 치죄법 제정 이후의 변화는 G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.73 이하 및 본 논문 뒷부분 참조

이에 대하여 J. Buisson 교수는 “오늘날까지 유지되고 있는 가장 중요한 개혁중의 하나이다”라고 평가하고 있다⁷⁹⁾.

치죄법에 의해 선택된 형사소송구조는 과도기의 당사자주의와 구체제의 직권주의의 절충이었다. 즉, 공판전까지의 절차는 직권주의가 적용되지만 공판단계에서는 당사자주의를 적용하는 것이다⁸⁰⁾. 기소제기에 관하여 1808년 치죄법은 원칙적으로 조직화되고 계층적인 구조를 갖고 있는 검사에게 기소권을 부여하였으나 다른 한편으로는 당사자주의에 따른 사인에게도 기소할 수 있는 권리를 같이 부여하였다⁸¹⁾.

치죄법의 기본원칙은 현재에도 프랑스 형사소송법을 지배하고 있으며 일본, 독일, 이탈리아 등 세계 각국의 형사시스템에 많은 영향을 주었는데, 우리나라의 검찰제도도 일본과 독일을 통한 치죄법의 영향으로 통상 인정되고 있다.

혁명이후부터 나폴레옹의 치죄법 제정까지 이뤄진 형사소송법의 절차는 결국 선출직인 공증소추관을 폐지하고 임명직인 공소관(검사)에게 소추권을 부여하는 것으로 일단락되었는데 이에 대하여 M.-L. Rassat 교수는 “현대의 공소관은 구체제의 공소관을 옮겨놓은 것이 아니다. (중략) 공소관은 나폴레옹의 입법가들에 의해 완전히 새롭게 창출된 것이다.”라고 평가하고 있다⁸²⁾. 그러나 치죄법에 의해 완성된 검찰제도가 과연 혁명기 이후 새롭게 만들어진 것인가 아니면 과거 구체제의 검찰제도를 계승한 것인가에 대하여는 논란의 소지가 있다. 위와 같은 구체제와의 ‘단절론’을 주장하는 일부 주장이 있으나 오늘날 대부분의 학자들은 치죄법의 검찰제도가 구체제로부터 전수된 것이라는 ‘계수론’에 더욱 무게를 두고 있다⁸³⁾.

79) Serge Guinchard, Jaques Buisson, op. cit., n50 ; G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.72

80) 이러한 관점에서 프랑스의 형사소송구조를 직권주의라고 보는 것은 잘못이다. 프랑스의 직권주의는 1670년 칙령에 의해 확립되어 구체제말까지 존속했던 직권에 의한 소추와 비밀주의로 대표되는 소송구조에 적용될 수 있을 뿐이다.

81) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p.72

82) M.-L. Rassat, Le ministère public entre son passé et son avenir, LGDJ, 1967, p. 34

83) Eric de Mari, op. cit., p. 221

II. 독 일

1. 서 언

필자는 독일 유학생할 중·독일 검찰청이나 경찰청을 방문하는 기회를 갖게 되면 면담자에게 독일 검찰과 경찰의 관계에 관해서 자주 물어보았다.⁸⁴⁾ 면담자가 검사·검찰이건 경찰이건 간에 질문에 대해 의아하게 생각하면서 ‘좋은 관계’를 유지하고 있다고 간단히 대답을 했다. 실제 독일에서도 무수한 문헌들이 검·경 관계에 관한 법적인 논란을 언급하고 있다. 그러나 실무상 상호간에 별 마찰없이 업무를 수행하고 있음을 경험하게 되었고, 또한 독일검찰청과 경찰청에서 실무실습을 하면서 수사기관인 검사와 경찰은 서로가 없어서는 안 될 수사활동의 파트너로서의 역할을 수행함을 분명히 목격할 수 있었다.⁸⁵⁾ 독일 형사소송에 관한 법률적인 규정에 의거한 양 수사기관의 권한과 위상은 분명 동등하지 않다. 그럼에도 불구하고 실무적으로 검찰이 경찰을 수사의 파트너로 인정하고 있다는 점은 우리에게 소개되었던 내용 이외에 또 다른 배경이 존재할 수 있음을 시사하고 있다. 이에 필자는 현재 독일 검찰과 경찰의 역학관계를 형성하게 된 역사적·정치적 배경을 지금까지 우리나라에 소개된 것과 다른 관점에서 분석하고 실무상 양 기관이 어떻게 활동하고 있는가를 살펴보고자 한다.

2. 독일 수사경찰의 탄생과 발전

범죄발생사가 인류역사와 동등하게 긴 역사를 가지고 있는 점에 비하면 독일 수사경찰(Kriminalpolizei)은 일천한 역사를 가진 조직이다. 중세시대에는 많은 범죄행위가 결

84) 필자는 2003년 5월 1일부터 30일까지 한 달간 뮌헨 검찰청과 경찰청에서 실습을 한바 있다. 다음 장에 기술한 실무내용은 필자가 2003년 5월 한 달 동안 뮌헨 제 1지방검찰청 (Staatsanwaltschaft Muenchen I)을 실습한 내용의 일부이다.

85) 최근 바덴비텐베르크 주에서는 법원조직법 제 152조에 규정되어 있는 검사의 보조공무원이라는 개념을 검사의 수사공무원(Ermittlungsbeamte der Staatsanwaltschaft)이라는 개념으로 대체함으로써 검찰과 경찰의 관계를 현실에 맞추고자 하고 있다(Keller, Die Polizei, 1997, 305면). 또한 2000년 Bruessel에서 개최된 독일 연방법무부와 지방법무부간의 공동회의에서도 검·경관계에 대한 개념을 현실에 맞게 고쳐 검사의 수사공무원(Ermittlungsbeamte der Staatsanwaltschaft)으로 칭할 것을 결의하였다.(www. jura.uni-sb.de /Jumiko/jumiko-nov00/TOPII3.HTM)

투(Fehde) 혹은 사적인 배상합의(Suehnevereinbarungen)를 통해 정벌되었다. 프랑크시대(Frankenzeit)에 이르러서는 지방행정관(Gaugrafen 혹은 Schultheisse)이 왕의 이름으로 범죄행위에 대한 처벌권을 행사하였다. 그 후 도시에서는 사회질서를 유지하기 위해 점차 순찰인력을 투입하기 시작했다. 성의 안팎의 순찰을 담당했던 야간순시원(Nachtwaechter)은 절도, 강도 혹은 방화 등의 범죄행위로부터 도시의 안전을 유지하는 업무를 담당하였다. 중세시대 국가의 대범죄투쟁은 1532년 카알대제가 카롤리나 형법전을 통해 규문주의 형사소송제도를 채택함으로써 그 정점에 도달하게 된다. 그러나 그 당시에는 수사와 기소 그리고 재판이 1인의 손에 의해 진행되었다. 인적증거인 증인진술, 무엇보다도 자백이 유죄증거의 핵심이었으며, 물적증거를 통한 범죄해결은 거의 알려지지 않았던 시대였다. 이러한 순수 규문주의적 형사소송구조는 19세기 중엽까지 그대로 지속되었다. 당시 규문법관은 소수의 집행인(Büttel)만 데리고 있었기 때문에 중죄의 경우에만 직접적인 수사를 담당했다. 즉, 경미한 상해죄, 모욕죄, 벌목절도 등에 대한 수사 및 소송은 형사법원이 아니라 경찰 소관사항이었다.⁸⁶⁾

1794년 프론이센 일반란트법(Preussische Allgemeine Landrecht)은 ‘공공의 안녕과 질서유지’를 경찰임무로 처음으로 법제화하였다.⁸⁷⁾ 당시에는 사법영역을 다시 경찰법원(Polizeigericht)과 형사법원(Kriminalgericht)으로 구분하였으며, 경찰법원은 시민들의 질서위반행위에 대해서 그 책임여부를 가렸던 반면 형사법원에서는 실질적인(richtige) 형사범이 재판을 받았다. 그러나 일반란트법은 경찰에게 공공의 안녕과 평온을 방해하는 모든 범죄에 대하여 ‘초동수사권(Ersten Zugriff)과 임시조사권(Vorläufigen Untersuchung)’을 부여하였기 때문에, 경찰은 초동 수사 후 형사범죄행위가 명백한 경우 형사법원에 이관하였다(일반란트법 제 12조, 13조). 경찰이 처음으로 형사법원이 직접 취급하는 형사사건과 관련된 수사업무를 개시하게 된 때는 1799년 베를린에서 1명의 경찰간부(Polizeidirektor)와 6명의 경찰관으로 구성된 수사팀이 형사법원에 파견되면서부터였다. 이들은 범죄해명을 위한 수사활동과 신문을 법원의 감독 하에 실시하였다.

86) Schuenemann, Kriminalistik 1999, 76면

87) 경찰개념(Polizeiwesen)을 사법(Justiz)에서 분리시켜 경찰의 임무를 공공의 안녕과 질서유지에 두었던 것은 그 이전인 1719년 프로이센제국 빌헬름 1세 때였다,

그 후 Koenigberg 와 Berlin에서 경찰관이 예외적인 경우에 경찰복을 입지 않고 수사업무를 수행하는 것이 허용되었다. 그것이 독일의 수사경찰의 시초였다.⁸⁸⁾ 공식적으로 수사경찰탄생을 알리는 최초의 문서는 1811년 사법부와 경찰사이의 협약인 베를린 경찰규정(Berliner Polizeireglement)이었다. 마침내 수사경찰(Kriminalpolizei)은 법원에 즉각적인 개입없이 자신의 책임 하에 형사사건을 수사할 수 있게 되었다.⁸⁹⁾ 수사와 공소의 책임자로서의 검찰제도가 탄생하지 않았던 규문주의 시대에는 수사는 실제로 경찰의 몫이었다.⁹⁰⁾ 즉, 당시 경찰은 대부분의 사건에 대해서 형사법원이 최종적인 판단을 할 수 있을 정도로 수사를 완전히 종결한 후이나 법원에 사건을 이관하였다.⁹¹⁾

3. 독일 검찰제도의 탄생

가. 독일검찰제도의 탄생배경에 대한 논란

독일 검찰제도의 탄생에 대한 지금까지의 일반적 상식은 프랑스혁명의 영향을 받아 수사절차를 사법부의 손에 두고자하는 법치국가의 원칙과 자유주의 사상에서 비롯되었

88) www.krimi-homepage.de

89) 수사경찰의 대명사인 Kriminalkommissar라는 용어는 1820년에 처음으로 사용되었다. 그 후 독일 수사경찰은 1897년 베를린에서 개최된 경찰회의(Polizeikonferenz)에서 지방(Laender)들과 자유도시(freien Staedte) 간 원활한 협조체제를 구축하기 위하여 주수사경찰(Landeskriminalpolizei)의 설치가 제안되었다. 그러나 많은 반대에 부딪혀 무산되었고, 연방수사경찰(BKA)의 창설은 언급조차 되지 않았다. 그 후 1912년 논란 끝에 드레스덴에서 최초로 주수사경찰국이 창설되었고 Wuettenberg주가 그 뒤를 따랐다. 1922년 바이마르공화국은 전국을 관할하는 제국수사경찰법(Reichskriminal-polizeigesetz)이 제안되었으나 발효되지 못하였고, 그 후에도 독일은 수사경찰에 적용되는 공통 규정을 갖추지 못하였다. 다만, 주(Land)상호간 필요에 따라 상호 협조하는 형태로 발전되어 갔다. 1939년 나찌 시대로 들어서면서 효과적인 국가업무 수행이라는 명목 하에 경찰조직(수사, 예방경찰모두)은 강력한 중앙집권체제를 일시적으로 형성하였으나, 2차대전 패전 이후 1945년 독일경찰은 다시 분권화의 길을 걸어갔다. 그러나 범죄의 광역화에 따른 효과적인 대처 필요성은 급속도로 높아졌고, 1949년 발효된 연방헌법 제 73조(주식)의 규정에 의거하여 제정된 연방수사국의 설치에 관한 법률을 통해 1951년에 마침내 독일 연방범죄수사국(BKA)이 탄생했다. 오늘날 연방범죄수사국은 각 지방간의 수사역량을 집중화시키는 데 범죄투쟁의 중심역할을 담당하고 있다.

90) 손동권, 수사절차에서의 경찰과 검찰의 관계, 경찰대학 논문집 1993, 193 면

91) Schuenemann, Kriminalistik 1999, 76면. 당시 대부분의 사건에 대한 수사를 담당했던 경찰에 대한 통제수단이 전혀 존재하지 않았다. 이 때문에 경찰은 피의자를 자의(Willkuer)에 따라 처분할 수 있었으며 심지어 형사법원에 이송하기 전에 몇 달 동안 구금(Polizeihaft)도 가능했다.

다는 것이었다.⁹²⁾ 이 견해는 검찰제도를 독일의 법역사에서 ‘법률의 감시자(Gesetzes-waechter)’로 표현한 Eberhardt Schmidt의 저술에 기초하고 있다.⁹³⁾ Schmidt는 독일 검찰제도 탄생 동기를 두 가지 관점에서 보았다. 첫째, 검찰제도의 탄생은 진실(Wahrheit)과 객관성(Objektivitaet)을 향한 강한 학문적인 열망이 형사소송체계의 문제점을 개선하고자하는 노력으로 이어진 결과였다는 것이다. 둘째, 당시 입법부는 규문판사의 무소불위의 권한을 제한하고, 법적인계기능(rechtsbegrenzende Funktion)을 충족시킬 수 있는 조직을 필요로 하던 당시의 시대적요구가 검찰제도의 창설을 가져왔다는 것이다.⁹⁴⁾ Ameluxen은 “검찰제도는 항소권(Rechtsmittelbefugnissen)과 통제권을 통하여 사법부의 권한분립을 이끌어 내었고, 그러한 한 검찰제도의 탄생은 국가를 통한 ‘정의실현의지의 징표(Symbol des Gerechtigkeitswillens)’로 볼 수 있다.”는 주장을 통하여 Schmidt의 견해를 지지하였다.⁹⁵⁾ 이러한 Schmidt의 견해에 대한 지지는 검찰청 탄생을 기념하는 독일의 수많은 기념사 혹은 이와 유사한 기념논문집에서 빈번하게 찾을 수가 있다.⁹⁶⁾ 즉, Börker는 검찰제도 탄생 100주년 기념사(1953년)에서 “검찰제도는 독일에서 경찰국가와 국가절대주의에 대항한 정치적 투쟁의 산물이다.”라고 주장하였다.⁹⁷⁾ 또한

92) 독일 검찰제도의 전형으로 일컬어지는 Fiskal은 이미 1575년도에 나타났다. 이들은 국가의 재산권 보호를 그 주임무로 하고 있었다. Fiskal은 시간이 지남에 따라 증오의 대상인 기관이 되었다. 왜냐하면 국왕의 명령을 포함한 모든 법률의 유지를 위한 감찰기구로서의 임무를 담당했기 때문이었다(Schmidt, Fiskalat, 146면 이하).

93) Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, 동 저자, MDR 1951, 1면이하, DRiZ 1957, 273면 이하, Peter Collin, Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Preussen, www.rewi.hu-berlin.de/fhi/zitat/0103collin.htm

94) Eb. Schmidt, MDR 1951, 2면. FS- Kohlrausch, 273, 282면

95) Amelunxen, DRiZ 1955, 92면

96) Müller, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft im Saarland. Von den Anfängen bis zu den Reichsjustizgesetzen 1877, Festschrift 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, 74면; Kintzi, Der eigene Weg der braunschweigischen Staatsanwaltschaft, Wassermann (Hg.), Justiz im Wandel. Festschrift des Oberlandesgerichts Braunschweig, 1989, 111면 이하; Achenbach, Vom Inquisitionsprozeß zum reformierten Strafverfahren - der strafprozessuale Epochenwechsel des 19. Jahrhunderts im Spiegel der oldenburgischen Gesetzgebung, 175 Jahre Oberlandesgericht Oldenburg, 1989, 17면 이하; Treppe, Einhundertfünfzig Jahre Staatsanwaltschaft in Berlin - Die Geschichte der ‘objektivsten Behörde im Staate’, Festgabe 150 Jahre Staatsanwaltschaft Berlin, 1996, 33면 이하.

97) Börker, Über hundert Jahre Staatsanwaltschaft im einstigen Preußen, insbesondere in Berlin, JR 1953, 237 면 이하;

Günter는 기념사에서 “검찰제도는 혁명의 아들(Kind des Revolution)이다. 따라서 검사는 시민을 보호하는 수단이지 권위주의적인 억압의 수단이 아니다.”고 강조하였다.⁹⁸⁾ 이와 관련하여 Roxin교수는 형사소송법 교과서를 통하여 ‘검찰제도는 오랜 기간에 걸친 자유주의와 입법국가를 향한 개혁노력이 1848년의 혁명에 힘입어 탄생시킨 조직’이라는 견해를 법학부 학생들에게 강의하여 왔었다.⁹⁹⁾ 특히, Rüping은 자신의 저서인 ‘Grundriß des Strafrechtsgeschichte’에서 “검찰제도는 반박의 여지없이 규문주의 소송구조(Inquisitionsverfahren)에서 구술주의적이고 공개주의 중심의 탄핵제도(Anklageverfahren)에로의 전환에 인도주의적인(humanitären) 역할을 수행하였다.”라고 기록하고 있다.¹⁰⁰⁾

Rüping이 주장하는 대로 프로이센 제국에 도입된 검찰제도가 독일형사소송역사에 획기적인 영향을 미친 것은 분명 부인할 수 없는 사실이다. 즉, 프로이센제국의 새로운 형사소송구조 하에서 판사는 소송의 진행과 판결에 집중하게 되고, 검사는 기소자의 역할에만 머무르지 않고 피고인(피의자)의 이익을 고려함과 동시에 법률의 진행을 감시하는 기능을 가지게 되었다.¹⁰¹⁾ 그러나 독일검찰제도의 탄생역사를 또 다른 각도에서 살펴볼 때, 앞에서 주장했던 ‘형사사법의 인도주의화(die Humanisierung der

98) Peter Collin, Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Preussen, 내용 재인용

99) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 10. A., 1970, 328면. Roxin은 1969년 독일검찰탄생 100년사(DRiZ 1969, 385면 이하)와 1996년 베를린 탄생 150주년 기념사에서 이러한 견해를 피력하고 있다(Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute, DRiZ 1997, 109면 이하). 록신 교수의 교과서 내용은 특별한 검증없이 많은 교과서에서 그대로 인용되고 있다(다음 문헌은 Kollin의 논문의 주석을 인용한 것임). Coing, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, 4. A., 1981, 98면 이하; Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 1984, 319면 이하; Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 3. A., 1989, 43면 이하; Mitteis-Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. A., 1992, 472면 ; Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, 2.A., 1993, 163면; Laufs, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 5. A., 1996, 260 면 이하; Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. A., 1996, 202면 이하.

100) Rüping, GA 1992, 151면 이하, Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 2, 1994, 413 면 이하. 그 후 Rüping은 프로이센의 입법역사에 대한 자신의 기록보존사적인 연구에서 프로이센제국 내에 검찰제도신설을 통해 행정부의 이익을 대변하려는 의도를 가진 행정부 내 강한 세력이 존재하였다는 점을 인정함으로써 기존의 완강한 주장은 다소 누그러뜨렸다. 그러나 검찰제도가 궁극적으로 입법국가주의적인 사상이 투영된 제도였다는 자신의 견해를 완전히 바꾸지는 않았다.

101) Schuenemann, Kriminalistik 1999, 76면

Strafrechtspflege)'와 마찰되는 이면을 발견하게 된다.

첫 번째는 검사가 법무부장관의 지휘권 밑에 있게되어, 과거 독립적인 법원의 임무가 지휘권에 구속되는 기관에 이관되었다는 점이다.¹⁰²⁾

두 번째는 독일 법률제정역사와 관련이 있다. 검찰제도에 관한 규정을 포함하고 있던 프로이센의 입법초안은 1848년에 일어난 혁명이전에 이미 완성되었다. 여기에는 당시 법무행정부장관(Justizverwaltungsminister)이었던 Mühler(1832-44), Uhden(1844-48) 그리고 입법부장관(Gesetzgebungsminister)인 Savigny가 초안작성에 결정적인 역할을 담당했는데, 이들의 정치적인 입지에서 아무런 정치적인 이유 없이 단지 자유주의사상 중심의 형사소송 개혁만을 추구했다고 보기 어렵다.

바로 이러한 이유로 독일의 법역사가들은 기존의 견해와 다른 시각에서 프로이센제국의 검찰제도탄생을 분석하기 시작했다.¹⁰³⁾ 특히 법사회학자들은 검찰제도의 탄생이 자유주의 사상가들에 의해 주도되었던 것이 아니라 정부가 주도하였다는 점에 주목하고 형사소송법을 개혁하고자했던 자유주의 사상가와와는 완전히 다른 의도가 있었다고 보고 있다.¹⁰⁴⁾ Kehr는 검찰제도탄생의 역사적 배경을 연구한 결과를 토대로 '검찰제도의 도입은 이미 시민주의적이고 자유주의적인 입법과 헌법의 국가에로의 발전과정에 들어서 있는 법관의 관료주의의 해방(Emanzipation)에 대항하는 행정관료주의의 투쟁'이라고 평가하였다.¹⁰⁵⁾ 즉, 사법부의 독립은 형사사법 분야에서 행정부의 이익을 전혀 고려하지 않을 것이라는 두려움을 낳게 했고, 이로 인해 법무부장관의 지휘를 받는 조직의 투입을 통해 사법부가 통제되어야 한다는 발상이 검찰제도의 도입의 계기였다는

102) 더구나 모든 판사는 임용 전에 검사의 직무를 이수하여야만 한다는 점은 판사에게 정치적인 관점을 보유하게 함과 동시에 복종심을 배양하고자 하는 의도를 가지고 있다고 법사회학자들은 보고 있다.(Blankenburg/Treiber, 170면)

103) Peter Collin, Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Preussen, www.rewi.hu-berlin.de/fhi/zitat/0103collin.htm

104) Henrichs, Juristische und praktisch-organisatorische Modifikationen zum Verhaeltnis der Institutionen Polizei und StA zueinander, 11면 재인용. Blankenburg/Treiber, 169면

105) Kehr, Zur Genesis der preußischen Bürokratie und des Rechtsstaats, in: ders., Der Primat der Innenpolitik. Gesammelte Aufsätze zur preußisch-deutschen Sozialgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert. Herausgegeben und eingeleitet von H.-U. Wehler, 2. A., 1970, 47 면.

것이다. 또한 Blankenburg와 Treiber는 “검찰제도의 도입은 비록 자유주의사상의 개혁 프로그램이었기는 하지만, 행정부가 당시의 개혁사상가들을 속이고자 자신의 노력을 이러한 개혁요소로 전환시켰다.”고 주장하고 있다.¹⁰⁶⁾ 이러한 주장은 프로이센국가 보존 자료를 통해 당시 입법과정, 참여자의 신원 및 입법동기를 분석해냄으로써 더욱 설득력을 얻고 있다.¹⁰⁷⁾

나. 프로이센제국의 검찰제도탄생의 사회적 배경¹⁰⁸⁾

독일에서 검찰제도가 탄생하기 이전인 1815년 프로이센 국왕은 명시적으로 법원의 독립성을 표명하였다.¹⁰⁹⁾ 이것은 법원이 사안을 결정함에 있어 행정부의 지시에 얽매이지 않음을 의미하였을 뿐만 아니라 사법부가 정치와의 원거리관계를 표명하는 국왕의 명령이었다. 이로써 프로이센 제국의 법원은 법률에만 구속되고 정치적인 영향력에서 원칙적으로 벗어나게 되었다. 물론 이러한 조치들이 사법부의 완전한 독립성을 의미하는 것은 아니었다.

첫째, 법무부장관은 법원에 대한 지시권(Weisungsrecht)을 가지고 있었다. 이 지시권은 원래 직무감독권에 불과했으나 사실상 법관의 판결에 영향력을 미칠 수 있었다. 그러나 지시권의 구속력과 허용성은 그 후 지속적으로 시비의 대상이었고 판사에 의해 거부되기도 하였다.¹¹⁰⁾

둘째, 정부는 형사사법에 관여할 수 있는 방안으로 증명권(Bestaetigungsrecht)을 가지고 있었다. 그러나 19세기 초엽 이 권한은 법원의 독립성에 맞지 않는다는 강력한 비판을 받게 되었고,¹¹¹⁾ 이로 인해 1840년대에는 국왕의 증명권(Koeniglichen Bestaeti-

106) Blankenburg/Treiber, *Leviathan* 1978, 165 면 이하.

107) Peter Collin, 앞의 논문. Die im Geheimen Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz Berlin-Dahlem zusammengeführten Archivbestände (vormals Dahlem und ZStA Merseburg)

108) 아래의 내용은 Collin이 저술한 Die Geburt der StA in Preussen의 내용을 중심으로 서술한 것임

109) Kabinettsorder vom 17. 1815, PrGS 198면

110) Volkmar, Die Selbständigkeit der unteren Instanzen gefährdet durch das Geheime Obertribunal, 1843, 12 면.

111) Regge, Kabinettsjustiz in Brandenburg-Preußen. Eine Studie zur Geschichte des landesherrlichen

gungsrecht)은 단지 사면권으로만 활용되었다. 또한 법무부의 증명권은 극히 중한 형사 사건으로 그 사용범위가 제한되었으며¹¹²⁾ 법무부조차 이러한 증명권의 유지는 더 이상 시대에 부합하지 않는 것으로 간주하였다.¹¹³⁾

셋째, 당시에는 국가경찰위원회(staatsspolizeiliche Kommission)가 형사소송상 조사(Untersuchungsfuehrung)업무를 위임받아 수행하고 있었다. 그러나 법관과 행정공무원이 동등한 수로 혹은 단지 행정공무원으로만 구성되었던 이 기관이 형사사법에 지속적으로 관여할 수 있는 수단으로 존재할 것이라고 생각하기에는 불신이 너무 컸었다.

이상과 같이 정부는 형사소추에 영향력을 행사할 수 있는 법원외적수단을 갖추고 있었으나, 그 전망이 밝지 못했다. 그럼에도 불구하고 정부는 형사사법과 관련해서 법원에 그 전권을 넘겨줄 수 없다는 생각에는 변함이 없었다. 또한 19세기 초 당시 법관들은 너무 법에 얽매어 있었고 궤변론적이고 함묵적인 고려를 하지 않는 것으로 평가받고 있었기 때문에 혼자로서는 프로이센의 형사사법에 관한 정부의 개입요구를 거부할 수 있는 힘을 가지고 있지 못했다.¹¹⁴⁾

더구나 1830년 이후 정부의 형사소송개혁요구는 시민이 참여하는 공개재판을 통해 형사재판을 통제하고자 하는 사회단체의 요구를 반영하게 되어 강도가 더욱 거세어졌다. 그러나 당시 개혁을 요구하는 많은 문헌에서 발견되는 사회단체의 논증(Topoi)은 사실은 시민계급을 대상으로 하는 정치적인 형사소송에만 연관되어 있다는 점에서 형사소송개혁에 이르기에는 여전히 한계를 가지고 있었다.¹¹⁵⁾ 그 당시 정치적인 사건이 차지하는 비중은 모든 범죄수사에서 극히 미미했고, 절도 등 가난에 기인하는 재산범죄가 범죄행위의 주종을 이루었기 때문이다. 그 후 프로이센의 급격한 인구 증가는 민생범죄를 더욱 부추겨 사법부의 부담을 가중시키게 되었다. 당시의 규문주의적인 소송구

Bestätigungsrechts in der Strafrechtspflege des 17. und 18. Jahrhunderts, 1977, 28 면.

112) §§ 508, 512 der Kriminalordnung von 1805; Nr. 3 der Kabinettsorder vom 4. Dezember 1824, PrGS S. 221.

113) Votum des Justizministers Uhden vom 30. Juni 1845, Geheimes Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz (GehStA), Rep. 84a, Nr. 4526, 542 면, 562면.

114) Collin, 앞의논문, Rn. 10

115) Küper, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, 183 면; Alber, Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren, 1974, 99 면 .

조로서는 더 이상 감당할 능력이 없었던 사법부는 형사소송의 신속성과 소송비용의 절약을 위한 형사소송의 개혁을 필요로 하였다. 이러한 형사사법의 효율성에 대한 고려는 여러 문헌을 통해 검찰제도의 신설을 요구하게 되었다. 그 모델로서 라인강 유역에서 이미 프랑스의 형사소송을 받아들여 형사소추를 담당하고 있던 공공부서(Oeffentliche Ministerium)가 채택되었다.¹¹⁶⁾

당시 형사소송의 개혁을 요구하던 문헌들이 제시한 검찰제도는 우선 공평성(Unparteilichkeit)을 반드시 유지할 필요가 없다는 점에서 판사와 구분되었다. 이 때문에 판사가 고려하지 않았던 부분인 합목적성을 추구할 수가 있었다. 즉, 검사는 소송경제적인 동기 혹은 공공의 이익을 그 이유로 하여 소송진행중지 등의 처분권을 행사하고, 그 밖에 검사의 기소에 법원이 구속되는 소추프로그램(Untersuchungsprogramm)을 통해 소송의 간소화(Vereinfachung)와 단축(Abkuerzung)을 가져올 수 있다고 보았다.

또한 검찰제도에는 독립성(Unabhängigkeitspostulat)이 적용될 필요도 없었다. 검사는 법률위반에 대해 국가의 이익을 대변하는 형사소추기관이고, 국가가 자신의 입장에서 특히 법률외적인 기준을 적용하기 위해서 검사에게 영향력을 행사하는 것은 합법적이라는 이유에서였다. 이러한 ‘당파적인 사고방식(Parteigedanke)’은 검찰제도를 정부의 하부기관으로 두는 것을 정당화시켰고 그 결과 검사를 ‘동일체의 원칙(Weisungsbindung)’하에 구속할 수 있게 되었다.¹¹⁷⁾

다. 검찰제도탄생의 정치적 배경(혁명의 아들인가 아니면 트로이의 목마인가?)

앞에서 언급한 바와 같이 검찰제도의 도입과 관련된 형사소송법개정논의는 프랑스형 사소송제도를 받아들인 라인 강 주변 지방의 제도를 중심으로 전개되었다. 그러나 이러한 논의가 처음부터 구체적인 입법제안으로 연결되었던 것은 아니었다.¹¹⁸⁾

116) *Schweichel*, Vom "ministère public" zur Staatsanwaltschaft, in: Wolfram, Klein (Hrsg.), Recht und Rechtspflege in den Rheinlanden. Festschrift zum 150 jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Köln, 1969, 265 면.

117) *Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht, 1845, 320 면.

118) Collin, 앞의 논문, Rn. 16

1828년에 이르러서야 고등지방법원의 심의관(Oberlandesgerichtsrat)이었던 Friedrich Scheller는 1805년 제정 발효된 규문주의원칙에 기초한 형사소송규정을 대체할 형사소송초안을 제정하였다. Scheller는 옛 프로이센소송모델의 부족한 부분을 보충할 의도로 작성한 형사소송초안에서 구술주의 원칙과 검찰제도의 도입에 관해 언급하였다.¹¹⁹⁾ 이 초안은 검사의 임무를 범죄(Verbrechen)에 대한 신고(Anzeige), 기소 및 상소의 제기로 규정하였다. Scheller는 선동혐의로 소추되었던 Gustav Asverus사례를 들면서 “법관의 업무에 부정적 영향력을 미치는 것은 국가의 내적인 안전 상 필수적이다.”라고 주장하였다.¹²⁰⁾ Scheller의 입법초안은 장차 법무부장관을 역임하게 되는 Kemptz가 법률심사위원회(Gesetzrevisionskommission)에서 ‘검찰제도의 도입은 경찰권과의 충돌을 가져올 수 있다’고 반대함으로써 입법화되지는 못했다.¹²¹⁾

그 후 1835년에 Duesberg에 의해 제안된 초안도 Scheller의 법률안과 유사한 제안을 하였으나 형사소송개혁에 관한 심사에서 역시 거부되었다.¹²²⁾ 그러나 프로이센의 법무관료들이 검찰제도에 대해 일관되게 부정적 견해를 가졌던 것은 아니었다.

형사소송개정에 부정적이었던 Kemptz가 물러나고 새로운 입법부장관(Gesetzgebungsminister)으로 Savigny가 임명됨과 아울러 법무행정부장관(Justizverwaltungsminister)으로 Mühler가 임명되면서 형사소송의 개정에 대한 법무관료에 의한 방해는 사라지게 되었다.

그러나 형사소송개정을 위한 유리한 여건이 성숙되었음에도 바로 대대적인 형사소송개정으로 이어지지 못하고 있었다. 오히려 형사소송의 개혁작업은 프로이센 법정의 국가보호에 대한 판결(Rechtsprechung)에 대한 ‘국왕의 불만’을 계기로 재개되었다.¹²³⁾ 당시 프로이센 국왕이었던 Wilhelm IV는 시대에 적합한 인물은 아니었다. 그는 입헌주의적인 사고(Konstitutionellen Gedanken)를 완강히 거부하였고, 근 낭만주의적인 중세시

119) Collin, 앞의 논문, Rn. 17 재인용, Schubert/Regge, Quellen zur preussen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Gesetzrevision, I. Abt., Bd. 1, S. LX 이하.

120) Collin, 앞의 논문, Rn. 17

121) Collin, 앞의 논문, Rn. 17. Sitzungsprotokoll vom 29. Mai 1828, GehStA, Rep. 84 II, 4. II., Nr. 12a, Bd. 1, Bl. 2 RS f.

122) Schubert/Regge, Gesetzrevision, a.a.O., II. Abt., Bd. 9, 1. Hbd., S. XIX.

123) Roxin, DRiZ 1997, 110면

대의 특징을 대표하는 ‘섭정정치적인 견해(Paternalistischen Politikerverständnis)’를 지닌 인물이었다.¹²⁴⁾ 그는 법치주의적이고 자유사상을 가진 개혁의 주도자로는 전혀 어울리지 않는 인물이었다. 그러나 아이러니하게도 검찰제도의 도입에 관한 입법적인 차원의 집중적인 논의를 일으킨 계기가 바로 Wilhelm 4세의 ‘사법에 대한 불만’을 통해서 나오게 된 것이다. Wilhelm 4세는 자신의 양대 장관 이었던 Savigny(입법부장관)와 Mühler(법무행정부장관)에게 검찰제도의 창설을 통해 이러한 불편한 상태를 떨쳐버릴 수 있는 제안서를 제출하도록 지시하였다.¹²⁵⁾

국왕의 명을 받은 Savigny는 1843년 7월 15일 Mühler에게 다음과 같은 편지를 보내게 된다. “이 제도(검찰제도)는 검사에게 형사사법에 대한 감독권을 부여하고 또한 동시에 판사가 내린 판결에 대해 공공의 이익을 위해 항소할 수 있는 권한을 부여한다면 이 제도는 이미 아주 큰 유용성을 내포하고 있다.” 그러나 Savigny는 국가가 법원을 규율하고 처벌에 대한 영향력을 행사할 수 있는 가능성에 큰 의미를 부여하였으나, 형사소송의 근본적인 개정을 요구한 것은 아니었다. 이 때문에 검찰제도가 오히려 부정적인 반향을 일으킬 것이라는 우려로 인해 즉각적인 도입은 주저하였다.

그 후 법무행정장관이었던 Müller가 검찰제도 도입을 계속 이어받아 추진하게 되었다. Müller는 소송의 주도자로서의 검찰제도가 가져오는 장점을 - 특히 정치적인 사건에 있어서 - 피력함으로써 정부내각을 자신의 편으로 끌어들이는데 성공했다. 이에 비해 Savigny는 ‘검사를 통한 사법통제’라는 개념 하에서 검찰제도 도입을 옹호하였다. Savigny가 주장한 사법통제에 대한 중점은 독자적인 소추기관(Verfolgungsbehörde)의 창설보다는 검사가 상급법원에 항소함으로써 하급법원의 판결에 대한 재심사할 수 있는 사법판단에 시정기관의 창설에 두고 있었다.¹²⁶⁾

Savigny의 제안에 긍정적인 반응을 보인 국가내각(Staatsministerium)과 국가심의회(Staatsrat)는 법률초안심사에서 우선 항소수단을 새로 도입하여 기존에 논란이 되었던

124) Collin, 앞의 논문, Rn. 22. Kroll, Friedrich Wilhelm IV. und das Staatsdenken der deutschen Romantik, 1990.

125) Roxin, 앞의 논문 110면

126) Collin, 앞의 논문, Rn. 23.

증명권(Bestaetigungsrecht)을 대체시킬 것을 결정했다.¹²⁷⁾ Savigny가 제안한 새로운 개념은 정부가 사법판단에 대한 이의를 제기할 수 있게 했다는 점에서 분명 오늘날의 관점에서 보면 보다 근대적이고 합리적이라 할 수 있다.

그러나 그 이면을 보면 다분히 정치적인 계산이 깔려있다는 것을 알 수 있다.¹²⁸⁾ 만약 Savigny가 당시에 검찰제도의 도입을 통해 국가의 권위에 손상을 입히는 범죄 등 정치적인 사건에 대한 정부의 관심에 전폭적으로 지지를 보냈더라면 선동적인 형사소추(Demagogenverfolgung)가 가져올 불신으로 사법에 대한 정부의 영향력행사에 대한 정당성 획득은 사실상 힘들었을 거라는 점이다.¹²⁹⁾

이로써 새로운 기구창설에 대한 임시적인 밑그림을 그려지게 되었으나 법관들은 국가에 의한 새로운 항소수단 도입을 위한 일방적인 개념 도입에 대해 강력하게 비판하였다. 이 때문에 형사소송개혁은 구술주의와 직접주의의 도입 등 근본적인 변혁 없이는 성공할 수 없는 상황이었다.¹³⁰⁾

형사소송의 입법과정에 새로운 물결은 다른 아닌 장차 제국주의 형사소송의 입법과정에 참여하고 프로이센의 법무부 장관으로 임명될 Friedberg를 통해 일어났다. Friedberg는 지금까지의 형사소송 개혁논의가 그 중점을 검찰제도의 도입보다는 새로운 항소제도의 도입에 두고 있었다는 점을 인식하였다. 당시에는 검찰제도가 단지 국가의 사법판단에 대한 수정의지를 수행하는 행정기관으로만 인식이 되었기 때문에 검찰제도의 도입을 위해서는 발상의 전환이 절실했다. 바로 이러한 필요성에서 Friedberg는 '사법의 감시자(Gesetzeswaechter)'라는 용어에 그 승부를 걸었다. Friedberg는 "사법의 감시자는 객관적인 지위를 유지하여 피의자(피고인)에게 유리한 자료도 수집해야하고, 또 한 사법감사자의 임무는 포괄적인 소추활동과 연결되어야 한다."는 논리를 내세웠

127) Collin, 앞의 논문, Rn. 23. 재인용. Protokoll der Sitzung des Staatsministeriums vom 30. Mai 1844, GehStA, Bl.32 RS 이하.

128) Collin, 앞의 논문, Zum Verhältnis Friedrich Wilhelms IV. zum Richtertum vgl. u.a. den Entwurf eines Schreibens an Justizminister Uhden vom November 1846, GehStA, Rep. 89, Nr. 16869, Bl. 1.

129) Otto, Die preußische Staatsanwaltschaft, 1899, 23면.

130) Collin, 앞의 논문 Rn. 25재인용. Übersicht des Inhalts der gutachterlichen Berichte in GehStA, Rep. 84a, Nr. 4526, 387 면 이하.

다.¹³¹⁾

당시 Friedberg에 의한 ‘검사가 피의자(피고인)의 이익을 위해 활동하여야 한다’는 요구는 당시 편집을 담당했던 법무부장관 Uhden에 의해 - 1845년 12월 2일 개최한 회의 의결서(Votum)에서 비록 삭제되지는 않았지만 - 계획의 논점에서 그리 높게 취급받지 못했다. Uhden은 이러한 사례는 실무상에서 그리 흔하게 발생하지 않는다고 보고 단지 계획안의 한 모퉁이에 기록한 정도였다.

Friedberg가 작성한 초안은 검사의 피고인을 위한 법률 감시자의 역할강조에서 한 걸음 더 나아가 ‘경찰에 대한 검사의 통제(Kontrolle)’에 관한 내용을 포함하고 있었다.¹³²⁾ Friedberg는 사법부 소속하에 법원경찰(Gerichtlichen Polizei)을 두고 있는 라인강 유역의 모델을 본떠 검사에게 경찰에 대해 실질적인 지배권(Materielle Imperium)을 부여할 것을 초안을 통해 처음 공식적으로 제안했다.¹³³⁾ 1845년 12월 17일 Savigny는 국가내각에서 “경찰기관의 작용은 법률침해의 우려가 있고 또한 경험상(당시의 경험 경찰국가라는 점을 상기) 경찰수사관이 그러한 법률의 침해행위를 범하여 왔으며 이것은 피의자(피고인)의 불이익으로 귀결될 것이다. 경찰은 검사에게 자신이 매일 인지한 사건(Vergehen)리스트를 제출해야한다. 또한 중요한 사안의 경우 검사가 직접 조치를 취할 수 있는 권한을 가져야 하고 검사의 요구에 경찰은 응해야할 의무가 부여되어야 한다.”는 점을 강조하면서 지지의사표명을 했다.¹³⁴⁾

당시 Savigny의 제안은 경찰을 사법부 소속으로 둔다는 것은 정치적인 사건에 관련된 소송에서 정부의 이익을 훼손할 우려 때문에 내각에서의 의견조율과정에서 강력한 반발에 부딪쳐 1845년 12월 23일 만장일치로 거부되었다.¹³⁵⁾ Uhden과 Savigny는 이러

131) Collin, 앞의 논문, Rn. 26. 재인용. Vorlage zum Votum des Staats- und Justizministers Uhden vom 30. Juli 1845, GehStA, Rep. 84a, Nr. 4526, 476면 이하

132) Roxin, 앞의 논문, 110면.

133) Collin, 앞의 논문, Rn. 30. 재인용. Vorlage zum Votum des Staats- und Justizministers Uhden vom 30. Juli 1845, GehStA, Rep. 84a, Nr. 4526, 492면

134) Roxin, 앞의 논문, 111면 재인용, Otto, Die preußische Staatsanwaltschaft, 1899, 36면 이하. 그러나 이러한 그의 주장은 너무 앞서 나간 것이어서 오늘날조차도 이러한 주장은 논란의 여지가 없는 것이 아니다 (Roxin, 앞의 논문, 111면).

135) Collin, 앞의 논문, Rn. 30. Zusammenfassendes Protokoll zur Sitzung des Staatsministeriums vom 23. Dezember 1845, GehStA, Rep. 84a, Nr. 4527, Bl. 11 면 이하

한 내각의 결정에 반대하여 1846년 3월 23일 답신서(Promemoria)를 작성하게 된다.¹³⁶⁾

이 작업과정에서도 Friedberg가 주도적으로 참여하였고 Savigny는 편집업무를 담당하였다. Uhden과 Savigny는 Promemoria를 통해 “만약 검찰제도가 국가의 이익을 대변해서 항소권만 가지게 된다면 검찰제도는 불리한 처지에 있는 피고인에게 또 하나의 새로운 적으로 시민들에게 비치어 검찰제도는 시민으로부터 좋지 못한 평판을 듣게 될 것”이라는 점을 강조하였다.¹³⁷⁾

검사의 사법의 감시자(Gesetzwaechter)로서 역할을 강조한 Promemoria는 그 후 “검찰제도의 탄생은 자유주의적이고 입법주의에 입각하고 있다.”는 증거로 많은 문헌을 통해 인용되고 있다. 그러나 이 답신서에 근본에 깔려있는 동기가 무엇인지를 제공할 만한 근원은 발견되지 않았다.¹³⁸⁾

그러나 프로이센의 장관이었던 Uhden 과 Savigny의 검찰제도 도입을 위한 노력은 당시 돌발적인 정치적 사건이 발생하지 않았더라면 사장되고 말았을 뻔하였다. 1846년 초 폴란드의 점령지역에서 프로이센의 신탁통치에 대한 저항이 발생하였다. 그 결과 수백 명이 베를린의 상급법원(Kammergericht)관할의 형사소송에 연루되게 되었다. 국왕과 정부는 폭동사건에 대해 신속하고 공개적인 판결이 절실했으나, 형사소송의 진행은 당시 통용되었던 규문주의적인 절차에 따라 장기화될 조짐이었다. 신속한 재판이 절실했던 정부는 효과적인 소송의 진행에 검찰제도가 유용할 것이라는 판단에 이르렀다.¹³⁹⁾ 이 때문에 당시 내무부장관이었던 Bodelschwingh는 검찰제도의 도입을 제안하게 된다.

그러나 당시 법무부장관이었던 Uhden은 이에 대해 검찰제도의 도입을 위해 필요한 법률규정은 너무 속이 내보이는 처분적인 특성(Massnahmecharakter) 때문에 분명 강한 반대에 부딪힐 것을 우려하였다. 그러나 Bodelwingh은 군주를 자신의 편으로 끌어들이는데 성공하면서 과거 검찰제도도입을 주장한 적이 있는 Friedberg에게 신속히 초안을 작성하도록 지시하였다.¹⁴⁰⁾

136) Roxin, 앞의 논문, 111면. Otto, Die preußische Staatsanwaltschaft, 1899, 40-52면.

137) Roxin, 앞의 논문, 111면. Otto, Die preußische Staatsanwaltschaft, 1899, 40-52면.

138) Peter Collin, 앞의 논문, Rn. 32 이하

139) Peter Collin, 앞의 논문 Rn 33; Roxin, 앞의 논문 111면; Schreiben des Innenministers Bodelschwingh an Uhden vom 21. März 1846, GehStA, Rep. 84a, 2.5.1., Nr. 9768, Bl. 1면 이하

이러한 우여곡절 끝에 1846년 7월 17일 검찰제도도입을 통한 탄핵주의적이고 구술주의를 기초로 하는 법안이 탄생하게 되었다. 그러나 이 법안은 단지 베를린의 Kammergericht와 Kriminalgericht에만 적용되는 것이었고, 프로이센의 전 지역과는 무관한 실험적인 시도였다.¹⁴¹⁾ 또한 자유주의 사상가들의 실질적인 요구사항이었던 공개주의 원칙(Oeffentlichkeit)은 실현되지 못했다.¹⁴²⁾ 그러나 정부가 주도했던 법률작업의 동기를 정확하게 꿰뚫어 보지 못했던 개혁문헌들은 이러한 새로운 개혁을 지지하였다. 결과론적으로 검찰제도의 창설은 동일체의 원칙 하에 있는 기관이 정부의 지휘 하에 예속되게 되었고 이로써 정부는 재판에 정치적인 영향력을 발휘할 수 있는 바탕을 마련하게 되었다.¹⁴³⁾

이 처럼 프로이센제국의 검찰제도가 탄생하게 된 역사적 배경은 검찰제도가 혁명의 아들¹⁴⁴⁾도 아니고, 자유주의적이고 법치국가적인 사상의 산물도 아닌, 단지 이러한 개혁논의¹⁴⁵⁾와 관계없이 내각관료주의(Ministerialbuerokratie)가 정부의 필요에 상응하여 검찰제도를 입안하였다는 것을 보여주고 있다. 즉, 당시 정부는 검찰제도가 정치적인 관점에서 신뢰하기 힘든 법원에 대해 그 업무를 발의하고 통제하며 필요할 경우 수정을 가할 수 있는 맞상대기관으로서의 역할을 담당함으로써 형사소송에 정치적인 목적을 투영시킬 수 있기를 기대했다.

따라서 법률의 감시자(Gesetzwaechter)는 정부의 기관(Organ der Staatsregierung)이

140) Collin, 앞의 논문, Rn. 33 재인용.

141) 따라서 법률안의 명칭이 Das Gesetz, betreffend das verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu fuehrenden Untersuchungen 이다.

142) 형사소송의 공개주의 원칙은 1847년 초에 이르러서야 도입하게 되었다. Gesetz vom 17. April 1847, PrGS, 130면

143) 이 법률을 구체적으로 살펴보면 제 3조는 “법원은 직권이 아니라 검사의 청구(Antrag)에 의해 개입하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 제 4조는 경찰은 모든 범죄를 조사할 의무를 규정하고 있다. 그러나 경찰에 의해 획득된 자료는 지속적인 조치를 위해 관련 검사에게 송치하게 되었다.

144) Günther, Staatsanwaltschaft. Kind der Revolution, 1973.

145) 당시 법무부의 검찰제도제안동기를 제시하는 문건(Denkschriften und Motiven des Justizministeriums)에 서는 동 시대의 문헌을 참고한 어떠한 흔적도 발견되지 않고 있다. 물론 이것이 공적인 논의에 관해 법무부가 무지했다고는 할 수없으나, 법무부 내부의 개정안의 합법화와 논거와 관련된 개혁운동가의 견해는 무시되었음은 명백히 보여주고 있다(Collin, 앞의 논문 104면 주석).

라는 또다른 얼굴을 가지고 있었던 것이다.¹⁴⁶⁾ 이와 관련하여 법역사가인 Rüping은 검찰발전사에서 정부가 자유주의 사상에 입각한 약속을 저버리고 사법에 자신의 영향력을 행사하기 위해 검찰제도를 어떻게 이용했는가는 냉정하게(Ermuechtert) 확인된다고 기록하면서 검찰청의 탄생의 이면에는 정치적인 이해관계가 도사리고 있었다는 것을 확인시켜주고 있다.¹⁴⁷⁾

그러나 이러한 역사적 탄생배경에서 볼 때 법무부의 개혁의지가 깊숙이 내포되어 있긴 하지만 검찰제도의 도입이 결과론적으로¹⁴⁸⁾ 현 형사소송제도에 기여한 점은 무시할 수 없다. 첫째, 기소와 재판기능을 분리함으로써 과거의 규문주의의 심각한 결함을 완화할 수 있었다. 둘째, 당시의 가장 중점개혁사항이었던 소송에 구술주의와 공개주의적 요소가 공판단계 전반에 걸쳐 고소권자를 대리하는 검찰제도의 도입을 통해 실현될 수 있었다. 셋째, 검찰제도가 소송의 전반에 걸쳐 법률감시기구(Gesetzwaechteramt)로서의 역할을¹⁴⁹⁾ 담당하게 했던 시도는 분명 진보된 개혁이라 할 수 있다.¹⁵⁰⁾

이렇게 탄생된 베를린 법률은 근본적인 변화없이 1849년 프로센법으로 전환되었고, 그 후 제국주의 형사소송법에 영향을 끼치게 되었다.

4. 독일 수사절차의 탄생과 그 의미변화

프로이센제국은 1870년 독일 전역을 통일하게 되었고 이러한 정치적인 여건의 변화는 형사소송절차의 발전방향에 큰 영향을 미치게 되었다. 독일 내의 검찰과 경찰의 관

146) Collin, 앞의논문, Rn. 37 그래서 검사는 법무부 장관의 일반적 지휘하에 놓여 있었다. Justizministerialblatt 1849, 460 면.

147) Roxin, 앞의 논문, 109, Rüping, Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland, GA 1992, 147면 이하

148) 그 후 베를린검사들은 V. Kirchmann, Keinrich v. Friedberg, Hugo Isenbiel 등을 중심으로 검찰제도의 정착을 위해 노력을 기울였다. 특히 당시 Kammergericht에 대응하는 검찰청장(Generalstaatsanwalt)이었던 Hogo Isenbiel은 사실에 기초했다기 보다는 검사가 나아가야할 하나의 절대적인 요구사항(Postulat)으로 ‘검사는 세계에서 가장 객관적인 조직’이라는 잘 알려진 명언을 남겼다.(Roxin, 앞의 논문 113면)

149) 법률의 감시자가 법률의 지휘자를 의미하는 것은 아니다.

150) Roxin, 앞의 논문 112면

계는 형사소송의 발전, 그 중에서도 수사절차가 형사소송상 차지하는 위상의 변화를 분석함으로써 보다 정확히 이해될 수 있다. 독일은 1877년 중세이후 정치적인 권력관계의 역사적인 산물이었던 규문주의 소송절차를 마감하고 독일 제국형사소송법(RStPO)을 탄생시켰다. 제국형사소송법은 그 중심절차인 공판절차를 공개주의·구술주의·직접주의 그리고 집중주의의 원칙 하에 둬으로써 사회에 대한 국가의 형벌권의 합법화를 시도하였다. 또한 판사의 역할이 신문자와 동일했던 규문주의의 형사소송절차로부터 기소권자와 판사가 상호 분리되는 개혁적인 탄핵주의로 전환하여 공판절차와 수사절차의 관계를 새롭게 양립시킴으로써 형사소송을 객관화할 수 있는 획기적인 전기를 마련하였다. 그러나 제국형사소송법은 검사에 의한 강제처분을 항상 법원의 심사 하에 두었을 뿐만 아니라 중죄의 경우(배심법원의 권한에 속하는 경우) 이미 수사단계에서 예심판사(Untersuchungs- richter)의 수중으로 넘김으로써¹⁵¹⁾ 수사절차를 공판절차에서 완전히 분리된 독립적인 단계로서 보다는 공판준비를 위한 단순한 증거자료의 수집절차로 간주하였다.¹⁵²⁾ 이러한 인식은 공판절차는 형사소송절차의 핵심단계이며 다른 사전절차는 그 하위에 놓여있다는 견해를 밝히고 있는 비교적 최근의 연방헌법재판소의 판결문에서도 여전히 나타나고 있다.¹⁵³⁾ 제국주의 형소법이 형사절차를 단계별로 임무를 분할함으로써 형사소송의 새로운 장을 열었음은 의심의 여지가 없으나 새롭게 탄생된 검찰제도를 중심으로 한 수사절차가 가져올 형사소송전체의 구조변화를 충분히 예상하지 못했다. 형사소송구조의 변화를 가져오게 한 원인과 결과를 분석해보면 다음과 같다.

첫째, 수사의 진행은 어떠한 범죄 사안이라 할지라도 다른 범죄와 완전히 동일할 수는 없다는 점에서 수사절차는 그 형식상 자유로울 수밖에 없다.¹⁵⁴⁾ 또한 과학의 발달로 새롭게 등장한 수많은 수사방법이 산출해내는 결과물들은 그에 대한 이해를 위해

151) Kern, Strafverfahrensrecht, 6면. Mueller, AnwBl 1986, 50면 이하; Riess, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts. FS- Schfer, 207면: 이는 중한 소송절차의 진행 시 검사는 불가피 하게 사법적인 증거조사(richterliche Beweiserhebung)를 수시로 실시하여야 하며 또한 피의자는 검사보다 판사에게 보다 큰 신뢰감을 가지고 있었기 때문이었다. 이와 더불어 검사는 수사판사의 참여에 전적으로 의존하여야 했기 때문에 검사에 의한 강제처분은 제한적으로만 허용되었다.

152) Mueller, AnwBl 1986, 50면; Riess, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts. FS-Saechfer, 207면

153) NJW 1976, 1063, 1067면

154) Henkel, Strafverfahrenrecht, 298 면.

전문적인 지식을 요구하였다. 이러한 측면에서 수사절차는 공판절차로부터 벗어날 수 있게 하는 기본적인 잠재력을 성립초기부터 내포하고 있었다. 이러한 배경을 등에 업고 검사는 긴급을 요하는 경우 판사의 동의 없이 강제처분권을 행사하는 등 수사기관의 권한은 법 외적으로 점차 확대되어 갔다.¹⁵⁵⁾ 이러한 이유로 개혁형사소송법 성립당시 과소평가되었던 수사절차에 대해 형사소송절차 중 가장 우선적으로 개혁을 필요로 한다는 견해가 형사소송법 제정 직후부터 제기되기도 하였다.¹⁵⁶⁾

둘째, 독일 형사소송법은 시대의 흐름에 따라 점차 형사소송에서 수사절차가 독자적인 위치를 구축할 수 있는 기반을 마련해 주었다. 즉, 엄격한 기소법정주의를 채택하고 있던 독일형사소송절차는 시대의 흐름에 따라 점차 형사소송을 개정함으로써 형사소송법 153조 이하의 규정에 의거 검사에 의한 자체 종결권과 약식명령제도(제 407조 이하)를 발전시켜 나갔다. 1924년 Ermminger개혁에 의해 도입된 소추중지(Einstellung des Strafverfahrens)제도는 도입당시 경미한 범죄에 대해서(형소법 제153조) 혹은 비본질적인 부가형에만(형소법 제154조) 판사의 엄격한 통제 내에서 시행되었다. 그러나 1964년도 형소법 제154a조의 제정으로 검사가 단독으로 형사소추를 하지 않을 수 있는 가능성을 확보함과 더불어 1974년에는 검사가 단독으로 일정한 제제를 부가함으로써 소추중지할 수 있는 형소법 153a조를 도입함으로써 검사의 독자적인 종결기능은 더욱 확대 일로에 놓이게 되었다.¹⁵⁷⁾ 더구나 같은 해 제 1차 형사소송개정을¹⁵⁸⁾ 통해 법원을 통한 사전 예심제도(Voruntersuchung)가 폐지됨으로써 사안에 대한 수사, 사실의 확인 및 기소여부의 결정은 검사 단독의 권한으로 완전히 넘어가게 되어¹⁵⁹⁾ 수사절차는 검사를 정점으로 생성당시의 기본구조에서 완전히 벗어난 독자적인 체제를 구축하기에 이르렀다.¹⁶⁰⁾

셋째, 최근 급속히 퍼져가고 있는 조직범죄와 더불어 경제범죄, 환경범죄 등 수많은

155) Mueller, AnwBl 1986, 50면

156) Lilienthal, DJZ 1904, 1002면

157) Richter II, StV1985, 385면.

158) BGBL. I 1974, 3393.

159) Wolfgang Frisch, Ausschluss und Ablehnung des Staatsanwalts, FS- Hans-Juergen Bruns zum 70., 383면.

160) Mueller, AnwBl 1986, 50면.

새로운 범죄 카테고리가 형성되고 또 그 양적인 면에서 폭발적 증가는 19세기 형성된 형사소송법의 처리한계를 완전히 넘어서게 되었다. 그 결과 공개적이고 구술에 의한 직접심리를 중심으로 하는 공판정에서 포괄적이고 집중화된 증거채택을 유일한 판결의 기초로 삼고자 하던 그 당시의 형사소송법에 녹아있는 이상(Ideal)은 법원의 실무에서는 더 이상 실현될 수 없는 지경에 이르렀다. 이러한 전통적인 공판절차한계는 필연적으로 수사절차의 기능과 의미를 확대·강화를 요구하게 되어 공판절차는 수사절차에 전적으로 의존하지 않을 수 없게 되었다.¹⁶¹⁾

이러한 수사절차의 위상변화는 형사소송법의 역사적인 발전과정을 통하여서 뿐만 아니라 또한 경험적 연구분석을 통해서도 증명되고 있다. Peters 교수는 총 1110건의 재심 사건을 분석한 ‘형사소송에서의 오류의 원천’¹⁶²⁾ 통해 ‘수사절차가 형사소송의 진행에 결정적인 열쇠를 쥐고있다.’는 경험적 연구결과를 발표하였다. 이와 더불어 Schuenemann 교수는 판사가 수사결과물을 통해 편향된 결정으로 도달하게 되는 원인들을 Perseveranz 효과¹⁶³⁾와 Schulterschluss 효과¹⁶⁴⁾를 통해 사회심리학적으로 증명해냄으로써¹⁶⁵⁾ 수사절차에서 발생한 오류가 공판절차에서 수정되기를 기대하는 것은 거의 불가능하고 피고인의 유죄유무에 대한 주사위는 공판절차가 아니라 수사절차에서 이미 던져지고 있다는 것이 입증되었다.

이처럼 공판절차와 수사절차의 혁명에 가까운 관계변화를 통해 수사절차는 형사절차에서 있어서 더 이상 이차적인 의미를 갖는 단순한 증거수집단계가 아니라, 형사절차의

161) 미국과 영국에서처럼 수사절차를 경찰이 주도하든, 독일과 우리나라에서처럼 검사가 힘을 갖든 수사주체가 누구든 간에 오늘날 공판절차가 수사절차에 의존하는 현상은 공히 나타난다.

162) Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, 195면

163) 판사는 수사자료를 통해 사안에 대한 가설을 세우게 된다. 여기에서 판사에게 정보왜곡현상이 나타나게 된다. 즉, 인간은 자신의 인식체제를 항상 균형을 이루려고 노력하게 된다. 만약 자신의 기존인지와 상호모순되는 인지가 나타나면 이를 해결하기위해 인간은 우선적으로 기존의 인지를 그대로 유지하기 위해 모순으로 여겨지는 새로운 인지를 부정하고 이것이 불가능할 경우에 이르러서야 새로운 인지를 기존의 인지와 대치하게 된다.

164) 판사는 자유심증주의에 입각하여 증거의 채택을 결정해야 한다. 그러나 기본적으로 판사는 검사와 동일한 편에 위치하고 있고 변호인과 피고인은 그 반대편에 서 있는 구도로 인식하게 된다. 이로 인해 증거채택의 신뢰성에 대한 불안감을 제거하기 위해 같은 편인 검사의 의견에 더욱 의존하게 된다.

165) Schuenemann, GA 1978, 165 ff.; Schuenemann, ARSP 1985, 73 ff.; Schuenemann, Festschrift Pfeiffer, S. 475 ff.; Schuenemann, Kriminalistik 1999, 148ff; Schuenemann, ZStW 2002, 21ff.

제 1의 단계로서 공판의 개시·진행·확정을 결정짓는 중요한 기능을 가지는 명실상부한 형사소송의 핵심절차로서 자리를 차지하기에 이르렀다. 이처럼 독일 형사소송법상 핵심적인 역할을 수행하는 수사절차의 중심에는 검사(Staatsanwaltschaft)가 자리잡고 있다.¹⁶⁶⁾ 더구나 검사는 수사의 개시부터 형의 집행까지 형사소송의 전반에 깊숙이 관여한다. 이러한 검사의 법적지위는 오늘날 새롭게 변화된 수사절차의 위상과 결합함으로써 수사와 재판권을 동시에 행사했던 과거의 규문주의의 시대를 연상시키는 새로운 규문주의로 형사소송절차를 진행시킬 위험성을 내포하고 있다.¹⁶⁷⁾ 지금까지 살펴본바와 같이 수사절차가 형사소송상 차지하는 위상의 변화는 수사절차의 핵심기관인 검찰과 경찰의 관계에 대한 새로운 시각을 요구하고 있다.

5. 새로운 의미의 수사절차하에서의 검·경관계의 개선노력과 그 결과

독일 검사와 경찰의 상호관계에 대한 규명에 있어서 과연 독자적인 수사를 진행할 수 있는 권한을 가지고 있는가가 중요한 역할을 한다. 현 법률상 검사가 수사권을 가지고 있다는 데에는 이론의 여지가 없다. 그러나 경찰의 수사권(Ermittlungskompetenz)은 법적으로나 실무상으로 여전히 논란거리다. 경찰의 입장에서는 당연히 경찰이 독자적인 수사권행사를 할 수 있어야 한다는 요구가 주를 이루고 있고 이를 뒷받침하는 많은 논문들은 법과 현실의 불일치에서 형소법개혁의 출발점을 찾으려고 하고 있다.¹⁶⁸⁾

166) 검사는 독일 형사소송법 제 160조 제 1항에 의거하여 수사개시권을 가지고, 제 170조를 통해 수사종결권을 가지고 있다. 이 때문에 독일 검사는 “die Herrin der Ermittlungsverfahren”으로 표현된다.

167) 우리나라의 형사소송 현실을 보면 이러한 상황은 더욱 심각하다. 약식명령, 간이공판절차, 기소유예등 업무의 경감과 사건의 신속한 처리를 위해 간소화된 소송구조를 추구하고 있는 상황에서 검사의 역할은 더욱 커지게 된다. 따라서 수사절차에 대해서 판사 또는 변호인을 통한 외부적인 통제와 또한 과거 독일 형사소송법의 생성당시 판사가 수사 및 소추의 권한을 검사에게 위임하였듯이 작금의 검사의 권한에 대한 내적인 분화가 필연적이다.

168) Gemmer, KR 1976, 539면; Steinke, KR 1976, 395면 이하. 경찰의 독자적 수사권을 주장하는 견해는 형사소송상 수사에 대한 총체적인 책임을 검사가 부담하는 것은 더 이상 시대에 맞지 않다고 보고 경찰의 권한 개선의 견지에서 검·경간의 관계를 개선하고자 시도하고 있다. 특히 1984년 베를린 경찰청장은 “경찰은 경찰독립을 위한 기념식사에서노예의 굴레를 벗어버려야 하고 바로 이점에서 양자관계 해결을 위한 올바른 열쇠를 찾아야 하고 검사의 수사에 대한 지배권은 완전히 폐지되어야 한다.”는 주장을 제기하였다.(Roxin, 앞의 논문, 120면 재인용)

이 논란은 검찰과 경찰의 관계의 불명확성에서 비롯된다. 이 불명확성은 검찰제도 창설초기부터 비롯되었고, 당시의 입법자도 이러한 사실을 분명히 인식하고 있었다.¹⁶⁹⁾ 그러나 이러한 불명확성은 오늘날 과거 어느 때보다 더 뜨거운 논란을 일으키고 있다. 왜냐하면 검찰과 경찰의 관계를 규정하는 법규정은 형사소송법 제정당시와 비교하여 상황이 확연히 변했음에도 불구하고 형사소송법 탄생 이래 그 근간은 거의 변하지 않고 이어져 내려왔기 때문이다.

이와 관련하여 독일 검사와 경찰의 관계를 소개한 한국의 일부 논문은 70~80년대의 독일 수사권독립논쟁은 검찰이 경찰정보접근권을 획득하는 등 검찰의 권한강화방향으로 진행되고 있다고 소개하고 있으나¹⁷⁰⁾ 실상은 독립논쟁 이후 지금까지 수많은 관계 개선의 노력이 지속되고 있다고 봄이 타당하다. 이러한 노력은 2000년 형사소송법의 개정으로 이어지게 되었다.¹⁷¹⁾ 앞에서 언급하였듯이 검찰과 경찰의 관계변화를 위한 노력은 형사소송상 수사절차가 차지고 있는 위상변화와 밀접한 관련을 가지고 있다. 여기서는 이러한 관점에서 70년대 수사권 독립논쟁 이후의 검찰과 경찰의 관계변화를 모색하는 형사소송법 개정노력을 살펴보고자 한다.¹⁷²⁾

주지하다시피 1971년도 뮌헨에서 발생한 은행인질강도 사건은¹⁷³⁾ 형사소송 현실에서 상당한 의미를 가지고 있다. 당시에 同사건은 총기사용과 같은 작전을 통하여 직접강제력을 사용함에 있어서, 경찰에 대한 검사의 지시권한의 한계에 대해서 격렬한 논쟁을 불러일으켰다. 이 사건은 '74년 검사의 지시에 기한 경찰의 직접강제력 사용에 관한 연방과 각주의 내무부장관과 법무부장관의 공동준칙의 성립에 결정적인 영향을 미쳤다.¹⁷⁴⁾ 이 준칙은 우리나라와는 달리 예방과 진압의 경계선상에는 검사가 아니라 경찰

169) 당시의 입법자는 양기관의 불완전한 관계를 시대적인 불가피성에서 찾고 있음을 다음에서 알 수 있다. 즉, 입법자는 법원조직법 제정에서 그 불완성의 동기에 대해 “검찰과 경찰이 관계는 불완전하고 그 한계에서도 불확정적이다. 왜냐하면 양 기관의 사이에 조직적인 연결이 결여되어 있기 때문이다.”라고 설명하고 있다 (Roxin, 앞의 논문, 120면 재인용)

170) 이완규, 독일에서의 경찰독자수사권 논쟁의 결과, 형사정책연구, 2003년 1월호, 355면 이하.

171) 2000년 11월 형사소송법은 제 163조 제 1항의 내용을 개정하여 경찰수사에 대한 일반적수권조항을 추가하였다.

172) 이하 형사소송법 개정에 관한 내용은 주로 Henrichs 논문(130면 이하)을 위주로 재구성한 것임.

173) 자세한 내용은 이완규, 앞의 논문, 352면 참고할 것

이 서있다는 것을 잘 대변해주고 있다.¹⁷⁵⁾ 이로써 검사의 권한범위가 예방적인 영역으로 까지 확대되는 것은 원천적으로 금지되게 된 것이다.¹⁷⁶⁾ 더구나 뮌헨 은행인질강도 사건은 70년도 독일 전역을 뜨겁게 달구었던 경찰의 수사권독립논쟁의 폭발의 신호탄이기도 했다. 그 후 경찰과 검찰의 관계를 새롭게 정립하고자하는 수많은 논문과 개정 입법초안 쏟아져 나왔다.¹⁷⁷⁾

우선 연방과 지방내무부간의 연석회의에서는 ‘검사의 지시에 기한 경찰의 직접강제력 사용에 관한 연방과 각주의 내무부장관과 법무부장관의 공동준칙’에서 더 나아가 검찰과 경찰간 근본적인 관계에 대한 충분한 조사가 필요하다고 보고 이에 대한 연구가 선행되어야 한데 의견을 같이하였다. 그 후 1976년도 이러한 연구결과를 토대로 검찰과 경찰간의 관계에 대한 입법초안을 발표하게 된다.¹⁷⁸⁾ 이 초안은 서문에서 현시대의 흐름에 따라 경찰의 독자적 수사 분야를 인정하고 법무부와 내무부 양 기관 동수로 구성되는 위원회를 구성하여 지휘권에 대한 개정작업을 우선 착수하여 범죄의 수사에 있어 양자는 동등한 권한을 가진 파트너로서 관계를 재정립할 것을 요구하였다.¹⁷⁹⁾ 그러나 이 입법초안은 법학학자들과 검사들에 의해, 특히 검사의 권한을 무력화시킴과 동시에 경찰국가로 회귀시킬 우려가 있다는 주장에 부딪히면서 성안되지 못했다.¹⁸⁰⁾

그 후 1983년 형사소송참여자의 정보자기결정권에 대한 개입가능성 여부에 대한 결정인 연방헌법재판소의 ‘인구조사판결’¹⁸¹⁾과 관련하여 개인정보처리에 관한 입법초안(EStVÄG)이 1989년에 연방의회(Bundestag)를 통해 제출되는데 여기에 경찰과 검찰의 관계에 관한 규정이 포함되었다.¹⁸²⁾ 이 입법초안은 우선 형사소추기관(Strafverfolgungsbehoerden)을

174) Anlage A RiStBV “Geiselnahme”

175) 우리나라에서 검찰청에서 실시하고 있는 자녀안심하고 학교보내기 운동은 예방적인 영역까지 검찰이 주도하고 자 하는 의도를 잘 대변해 주고 있는 사례이다.

176) 우리나라에서는 사법경찰관 직무규칙 제 11조 와 12조를 통해 예방적인 영역에 까지 검사의 개입가능하도록 하고 있어 그 영역을 무한정 확대해 놓고 있다.

177) Ruppert, ZRP 1977, 275면 이하; Goessel, GA 1980, 348면 이하; Schaefer, FS-Hanack, 1999. 203면 이하; Kuhlmann, DRiZ 1976, 267면 이하

178) Henrichs, 앞의 논문, 130면; Ulrich, ZRP 1977, 158면 이하

179) Henrichs, 앞의 논문 130면, Strasser, ZRP 1977, 158면

180) Heinrich, 앞의 논문 131면, Ulrich, ZRP 160면 이하

181) BVerGE 65, 1 면 이하(1983. 12.15)

표현하면서 검사와 경찰을 동등하게 명명하여 정보처리의 권한을 양 기관에 부여하고자 했다. 그러나 검사와 경찰의 권한 면에 있어 동등한 지위의 부여하는 것은 검사를 통한 경찰통제가 불능으로 진행될 우려가 있다는 즉각적인 비판에 부딪히게 된다.¹⁸³⁾

또 이 초안은 형사소송법(ESTPO)초안을 통해 경찰은 검사의 요청(Ersuchen) 또는 촉탁(Auftrag)을 받은 경우 다른 기관에 대하여 정보를 요구할 수 있어야 한다는 내용으로 형사소송법 제 161조 제 1항을 개정하고 이를 위해 제 163조 제 1문에 “이러한 목적을 위해 모든 기관에 정보제공을 요청할 수 있고, 또한 긴급의 경우에 정보를 요구할 수 있으며 또한 모든 종류의 수사를 진행할 수 있는 권한을 가진다.”는 내용의 삽입을 제안했다.¹⁸⁴⁾ 그러나 이 내용은 경찰에게 독자적인 수사권을 부여할 우려가 있다고 본 판사와 검사의 반대에 부딪히게 된다.

그 다음의 입법초안(ESTVÄG)은 1994년 Bayern, Hessen Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland 그리고 Tuehringen주가 주도하여 연방심의회(Bundesrat)를 통해 제출되었다. 이 초안은 수사서류열람권과 관련된 수사규정개정이 검·경간의 관계를 언급하면서 형사소송법초안(ESTPO) 제 478조 제 1항 제 2문을 통해 검사는 형소법초안(ESTPO)제 475조의 경우 지금까지 법적으로 허용되지 않는 수사서류열람과 정보제공을 신청자에게 허가할 수 있는 권한을 경찰에게 위임할 수 있게 하고자 하였다. 그러나 이 법률안 또한 실현되지는 못했다.

그 후 독일 내 정권이 교체되면서 '94년도의 입법초안처럼 검찰과 경찰의 관계에 대한 부분적인 개정을 포함하고 있는 입법초안이¹⁸⁵⁾ 1996년 12월 20일에 제시된다. 이 초안의 핵심내용은 개인정보의 사용과 형사소송상 수사업무간의 법적인 기초를 구축하는데 있었다. 이 초안은 형사소송법초안 제 478조 제 1항 제 2문 내용을 보충함으로써 이미 종결된 수사절차와 관련하여서도 수사를 담당했던 경찰에게 정보제공권을 위임할

182) Heinrich, 앞의 논문 133면, BT-Drs. 10/1313

183) Schreit, StV 1989, 449면 이하

184) BT-Drs 620/94, 2면: Zu diesem Zweck sind sie befugt, alle Behörden um Auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzug auch, die Auskunft zu verlangen, sowie Ermittlungen jeder Art vorzunehmen.

185) BR- Drs 961/96

수 있게 하고자 했다. 그러나 이 초안도 법률에까지는 이르지 못했다.

그러나 1999년에 '96년도 제출된 입법초안과 그 맥을 같이하여 'DNA확인에 관한 법률(DNA-Feststellungsgesetz 제 2조)'과 관련된 정보제공권의 결정에 관한 내용을 중심으로 한 입법초안이 연방의회를 통해 제출된다.¹⁸⁶⁾ 이 법률안 초안에 대해 연방심의회(Bundesrat)는 수정 형사소송법초안 제 163조 제 1항(ESTPO)의 규정에서¹⁸⁷⁾ '경찰은 지체의 위험에 관계없이 모든 관공서로부터 수사에 필요한 정보를 요구할 수 있는 권한'을 부여하고자 하는 수정안을 제출하였다.¹⁸⁸⁾ 형사소송법 개정안(StVÄG)에 대한 연방심의회 의견표명에 대해 당시의 연합정부를 구성하고 있던 SPD와 Bündnis 90/Die Grünen 정당은 경찰의 권한확대에 대해 반대의사를 표명하고 '지체의 위험 시' 경찰의 지시권(Anordnungskompetenz)을 더 엄격하게 제한하고자하는 수정안을 제시하였다.¹⁸⁹⁾ 이에 대해 연방심의회는 2000년 3월 17일 조정위원회(Vermittlungsausschuss)구성을 요청하였다.¹⁹⁰⁾ 이에 따라 조정위원회의 심의를 거쳐 새로운 수정안이 2000년 1월 27일 연방의회에 제출되었다.¹⁹¹⁾ 이 수정안은 연방의회에 내의 조정위원회에서 오랜 토론 끝에¹⁹²⁾ 마침내 2000년 8월 2일 법률안으로 연방의회를 통과하였고¹⁹³⁾ 2000년 11월 1일 법안으로 발효되기에 이르렀다. 이 법률안이 통과됨으로써 경찰이 수배(Fahndung)와 관련해서 지체의 위험(Gefahr im Verzug)시 행사할 수 있는 권한범위가 이전 보다 축소되었다. 즉 공개수배의 경우 경찰이 내린 긴급결정에 대해 추후에 신속히 검사 또는 판사의 결정(Entscheidung)을 받도록 하였다. 또한 검사 또는 판사를 통한 사후 확인(Bestaetigung)을 받지 못하는 경우 경찰은 검거를 목적으로 하는 공개수배는 24시간

186) BT-Drs. 14/1484

187) 1999년도 제시된 입법초안중 형사소송법 제 161조 제 1항에는 '지체의 위험'이라는 용어가 포함되어있다. Alle Behoerden um auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzuge auch, die Auskunft zu verlangen.

188) BR-Drs. 65/99

189) Arbeitspapier der SPD-Fraktionsmitglieder im Ausschuss Inneres v. 3. 11.99, Az.: 227-52401

190) Brodersen, NJW 2000, 2536면. 여기서 연방정부는 보다 강화된 정보보호권을 강조하여 검사의 주도적인 역할을 강조한 반면 연방심의회는 보다 효율적인 형사사법의 실현을 강조하였다.

191) BT-Drs. 14/2595

192) BT-Drs. 14/2886

193) BGBl I, 2000, 1253면 이하

후에, 체제수사(Aufenthaltsermittlung) 혹은 신원확인(Identitätsfeststellung)을 목적으로 하는 수배는 일주일 후에 그 효력이 소멸하게 되었다(형소법 제131조의 c 제 2항).

이처럼 개정 법률은 경찰수사권의 일부에 대해 통제를 강화시킨 반면에 형사소송법 제163조 제1항의 내용을 보충함으로써 경찰은 지금까지 그 독자적인 수사가 법적으로는 초동수사에서만 한정되어 있던 범위에서 벗어나 모든 영역에 걸쳐 수사권행사가 가능하게 하였다.¹⁹⁴⁾ 그 결과 형사소송법 제163조 제1항 규정은 ‘검사로 하여금 수사진행을 가능하게 하는 일반수사조항(generalermittlungsklausel)’인 형소법 제 161조와 마찬가지로 경찰에게도 수사기관(Verfolgungsbehoerden)으로서의 지위를 부여하는 ‘일반수사조항’으로서의 역할을 담당하게 되었다. 또한 개정 형소법은 형소법 제 478조 제1항 제 3문을 추가함으로써 수사를 담당하거나 담당했던 경찰은 검사의 위임을 받아 형소법 제475조의 의거한 수사서류를 열람시키거나 정보를 제공할 수 있게 되었다. 이로써 1983년 연방헌법재판소 인구조사판결 이후 계속되었던 검찰 경찰의 관계개선을 위해 입법초안으로서만 계속되어왔던 논의는 처음으로 법률로 시행되게 되었다.

그 후 2001년 독일, 오스트리아, 스위스의 형법학자들은 공동연구를 통하여 수사절차에 대한 대체초안(Alternativ Entwurf zur Ermittlungsverfahren)을 발간하게 되었다. 이 대체초안은 지금까지 수사절차는 공판의 준비단계라는 인식에서 벗어나 사실상의 형사소송의 핵심이라는 점에서¹⁹⁵⁾ 수사절차에서 이미 변호인 등 소송 참여자간에 대등관계형성이 절실하다고 보고 수사절차를 적극 개방하고자 시도함과 동시에¹⁹⁶⁾ 검찰과 경찰의 관계에 있어서 검사가 수사의 중심된다는 법률적인 의미는 살리되 중요범죄를 제외하고 경찰에게 사실상의 수사권을 인정하는 방향으로 형사소송법을 개정하여 법과 현실간의 괴리를 좁히고자 하고 있다. 그 내용 중 검·경간의 관계에 관한 규정을 간략히 분석해 보면 우선 161조 제4항을 신설하여 검사는 경찰에게 독자적으로 수사할 수

194) 독일은 2000년 11월 개정으로 경찰의 초동조치권에 관한 조항인 형사소송법 제 163조 제 1항(경찰의 기관과 그 공무원은 범죄행위를 조사하여야 하며, 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 지체해서는 안될 모든 지시를 발하여야 한다.)에 다음과 같은 제 2문을 추가하게 된다: 이 목적의 달성하기 위하여 경찰기관과 그 공무원은 모든 관서에 정보를 의뢰하거나 또한 지체의 위험이 있는 경우 이 정보를 요구할 수 있으며 또한 다른 법률이 경찰의 권한을 특별히 정하지 않는 한 모든 종류의 수사를 진행할 권한을 갖는다.

195) AE-EV 서문참고

196) AE-EV 31면

있는 사안(Sachverhalte)을 정할 수 있게 함으로써 다소 비중이 낮은 범죄에 있어 수사가 종결될 때까지 경찰이 단독으로 처리할 수 있는 권한을 경찰에게 부여하고 있다.¹⁹⁷⁾

또한 제 162조의 a 제 1항은 “범죄의 혐의가 있을 시 경찰은 검사의 요청(Ersuchen)이나 촉탁(Auftrag) 없이도 수사를 진행하고 증거를 보전하며 지체를 방지할 모든 명령을 발해야할 의무가 있다.”고 규정하고 있다.¹⁹⁸⁾ 그러나 제 161조의 a 제 2항은 제 161조 제 4항이 규정하고 있는 범죄이외의 범죄에 대해서는 검사가 수사진행여부를 결정할 수 있도록 수사상황을 지체없이 통지하게끔 하고 있다. 이로써 수사절차에 대한 대체초안은 경찰에게 완전한 수사권부여와 검사에 의한 세세한 지시 사이의 절충점을 찾고자 했다.¹⁹⁹⁾

독일 내 지난 30년간의 검찰과 경찰의 관계를 중심으로 한 입법초안과 법률의 변화는 수사절차에 대한 검사의 총체적인 책임에서 벗어나 상호간 역할을 분담시키면서도 현 형사소송의 기본골격은 그대로 유지하려는 경향을 보여주고 있다. 이는 실무상 수사를 전담하는 경찰에게 법적으로도 수사전담권을 주어 검사의 감시를 완전히 벗어남으로써 우려되는 ‘경찰국가로의 회귀’를 방지함과 동시에 검사가 수사와 기소를 독점함으로써 나타날 우려가 있는 ‘새로운 규문주의로의 회귀’도 견제하고자 하는 의도로 해석할 수 있다.

197) AE-EV 161조 제 4문: Die Staatsanwaltschaft kann Sachverhalte benennen, die sie der Polizei zur selbststaendigen Ermittlung ueberlaesst.

198) 개정초안 제 162조 a 제 1항: Werden der Polizei zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür bekannt, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist, so sind die Behörden und Beamten des Polizeidienstes auch ohne Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft verpflichtet, Ermittlungen vorzunehmen, Beweise zu sichern und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen,

199) AE-EV 42면

제2절 영미법계 국가

I. 영 국

영국에서 범죄의 수사는 기본적으로 경찰의 책임과 권한 하에 행해지며 모든 시민은 경찰관이 범죄를 예방하고 범죄자를 밝혀내기 위해 행하는 수사활동에 협조할 의무를 지고 있다. 과거 영국경찰은 우리 검찰처럼 수사권은 물론 기소권까지 보유하고 있었지만 그 결과 고문 및 강압수사(Guilford Four, Birmingham Six 사건 등) 문제가 대두되고 이에 따른 왕립조사단(Royal Commission)의 조사결과 “수사를 행한 이가 기소까지 하게 됨으로 인해 기소에 있어 객관적인 시각이 결여된다”는 지적에 따라 1985년 기소법이 제정되고 경찰로부터 기소권을 넘겨받아 기소업무를 전담하는 ‘검찰’이 탄생하게 된다. 하지만 이후에도 범죄의 수사는 경찰의 고유영역으로 법원과 피의자측 변호인 이외에는 누구도 개입하거나 간섭할 수 없으며 검찰 소속 검사는 수사에 관여할 수는 없고 오직 경찰의 자문요청에 응해야할 의무를 지고 있을 뿐이다. 이는 일찍부터 ‘자치치안’ 개념이 정착되어 경찰이 주민의 대표자로서 주민의 지지와 신뢰를 받아왔다는 역사적 특성에 기인한다.

영국 형사사법제도에 있어 수사의 주체는 경찰로 광범위한 재량권(discretion)을 부여받고 있으며 명실공히 영국 형사사법체제의 대명사로 인식되어 그 위상이 매우 높다. 특히, 1985년 국가가 고용하는 변호사들이 공소유지를 전담하는 검찰이 설립되기 전까지는 기소와 공소유지까지도 경찰이 모두 담당하였다²⁰⁰⁾. 이는 경찰이 고대 앵글로-색슨 정착기부터의 전통인 “자치치안”의 대표자로 주민에 의해 그 권한을 부여받고 주민에 의해 통제를 받는다는 정통성(legitimacy)에 기인한다²⁰¹⁾. 영국 수사제도에 대해 자세히 알아보기 위해 영국에서의 기소(prosecution)에 대한 역사²⁰²⁾를 간략히 짚어보면,

200) 영국경찰의 권한과 재량권에 대한 더욱 자세한 설명을 Robert Reiner, *The Politics of The Police*, London, Harvester Wheatsheaf, 1992, Chapter 6 “Police Powers and Accountability” 참조

201) 영국경찰의 역사에 대해서는 T.A. Critchley, *A History of Police in England and Wales*, London, Constable, 1978와 R.S. Bunyard, *Police: Organisation and Command*, Plymouth, Macdonald and Evans, 1978 Chapter1; R. Reiner, *Chief Constables*, Oxford, Oxford University Press, 1991 및 R. Reiner, 1992, op. cit. Part1 참조

1879년 범죄사건의 기소에 관한 법률(the Prosecution of Offences Act) 이전에는 범죄 피해자 등 시민들이 직접 변호사를 사서 기소업무를 담당케 하였으며 1829년 경찰창설 이후에는 경찰이 기소업무를 전담하였다. 1879년 기소법 시행이후에는, 기소업무가 내무부(Home Office) 업무로 되어 1880년 내무장관(The Home Secretary)이 최초의 기소국장(the first Director of Public Prosecutions)을 임명, 극소수의 매우 중요하거나 어려운 사건의 기소를 담당케 하고 대다수의 범죄사건은 계속 경찰이 기소를 해 왔다.

그러던 중 1962년 ‘왕립 경찰문제 조사단(Royal Commission on the Police)’에서 같은 경찰관이 동일한 사건의 수사와 기소를 모두 담당하는 것은 적절치 않으므로 각 경찰청은 변호사로 구성된 별도의 기소과(prosecuting solicitor's departments)를 두도록 권고하게 되었고 이에 일부 지방경찰청은 기소과를 설치하였으나 일부는 지역 변호사에게 기소관련 조언을 구하는 것으로 대체하였다. 그러나 변호사의 조언에 법적 구속력이 없었기 때문에 기소권은 계속 경찰관이 행사하였다. 1978년에 ‘왕립 사법절차 조사단(Royal Commission on Criminal Procedure)’이 다시 사법절차의 3대 문제점을 지적했는데 이는, ①수사를 담당한 경찰관은 동일 사건의 기소여부에 대해 공정한 판단을 내린다고 신뢰할 수 없음에도 불구하고 동일경찰관이 수사와 기소업무를 병행 ②전국의 경찰청들이 사건의 기소여부에 대해 서로 다른 기준을 적용 ③경찰이 너무 많은 부적당한 사건들을(weak cases) 기소하여 판사의 기각률이 높음(high percentage of judge-directed acquittals)이었다. 1981년, 위 조사단은 위 문제점들에 대한 해결책으로 정부에 독립된 기소전담기구(a new independent prosecution authority)를 설치하는 입법을 권고하였고 1983년 내무부에서 기소업무를 담당하는 독립된 국가기구의 창설과 신속한 기소여부 결정을 위해 그 기구의 지역 사무소에서 대부분 사건의 기소업무를 처리케 함을 골자로 하는 정부 立法案을 발표하게 된다. 1985년 범죄의 기소에 관한 법률 (the Prosecution of Offences Act 1985)이 제정되어 기존의 내무부 기소국 (the Department of the Director of Public Prosecutions)과 지방경찰청 기소과 (Police Prosecuting Solicitor's Departments)를 통합, 확대한 검찰(the Crown Prosecution

202) 영국에서의 기소의 역사에 대해서는 영국 검찰(Crown Prosecution Service)의 공식 인터넷 홈페이지 http://www.cps.gov.uk/cps_a/what_is.htm 참조

Service : CPS)이 창설되었다.

검찰은, 그 역사에서 알 수 있듯이 광범위한 경찰의 업무로부터 기소기능만을 분리해 내어 전반적인 형사사법제도운영의 원활을 기하자는데 그 설립목적이 있고 “경찰에 종속되지 않고 독립(completely independent of the police)된 정부부처로 경찰이 입건한 형사사건에 대한 기소”²⁰³⁾를 행한다. 이는 영국 형사사법제도에 대한 이해가 부족한 일부에서 오해하고 있듯이 기소청이 경찰을 지휘한다든지 하는 관계가 아니고²⁰⁴⁾ 오히려 수사주체인 경찰이 기소업무까지 수행하는데 따른 폐단을 보완하기 위해 신설되어 기소를 전담함으로써 경찰을 보좌(assist)하는 역할을 수행하고 있다고 보는 것이 타당하다. 철저하게 승소율로 평가받는 영국의 검찰은 우리나라의 검찰과 같은 권력기관이 아니라 국민과 경찰, 피해자를 위해 법률서비스를 제공하는 국가소유 법률회사(law firm)의 성격이 짙고 승소의 가능성을 최우선 고려대상으로 삼아 기소여부를 결정하기 때문에 경찰과 피해자들로부터 너무 소극적이라는 비판을 자주 듣는다.

영국경찰이 수사의 주체이며 형사사법제도의 중추라는 것은 아래 그림2에서 보여주고 있듯이 범죄사건 처리절차를 통해서도 분명히 나타난다. 범죄사건이 발생하게 되면 피해자가 신고하지 않거나 경찰이 인지하지 못하는 경우 ‘암수범죄’로 남게 되며, 신고가 이루어지거나 경찰이 인지하게 되는 경우 경찰은 독자적으로 수사(investigation)를 하게 되고 이때 경찰은 정지 및 수색²⁰⁵⁾, 영장에 의한 수색, 영장 없이 행하는 수색, 압수²⁰⁶⁾ 등의 강제수사 방법과 참고인 진술청취 등 임의수사 및 감시(surveillance), 정보

203) 영국검찰을 소개하는 공식 인터넷 홈페이지 첫 페이지에서 검찰을 소개하는 표현. http://www.cps.gov.uk/cps_a/what_is.htm 1 page 참조.

204) 사법연수원에서 교재로 쓰고 있는 “검찰실무”와 서울지검에서 1998년 8월10일 펴낸 “수사지휘론 pp. 70-71에 이러한 “오해”들이 아무런 근거도 없이 기술되어 있다. 또한 이들 책에서 Crown Prosecution Service를 “왕립검찰청”으로 표현하고 있는데 이는 영국에서 “왕립”을 뜻할 때는 “Royal”이란 단어를 사용하며(Royal Air Force, Royal Ulster Constabulary 등), “Crown”은 ‘주권’에 의한 즉 “국립”이거나 “民事”에 대한 “刑事”(Crown Court, crown counsel 등)을 칭한다는 것을 이해하지 못한 소치로 보여진다. 왕립인 군 수뇌와 런던수도경찰청장은 법상 왕(여왕)이 임명권자이나(Metropolitan Police Act 1829 제1조) 검찰총장(DPP)은 법무총감(Attorney General)이 임명권자(Prosecution of Offences Act 1985 제2조)이다.

205) 자세한 내용은 영국 ‘경찰과 범죄증거에 관한 법(Police And Criminal Evidence Act 1984)’ 제1부 정지 및 수색을 할 수 있는 권한(Part I Powers To Stop And Search) 참조

206) 동법 제2부 진입, 수색 및 압수할 수 있는 권한 (Part II Powers Of Entry, Search And Seizure) 참조

원(informant), 감청(tapping), 비밀잠입수사(undercover operation)와 기타 과학수사 기법 등을 활용하여 증거(evidence)를 수집하게 되며 혐의가 있다고 판단될 때 경찰관은 기소를 제기하기 이전에 영장 없이 24시간, 경정(Superintendent)급 간부의 허가가 있을 시에는 36시간, 치안판사의 허가가 있을 때에는 96시간까지 피의자를 구금, 조사할 수 있다. 수사가 종결된 후에는 그 사안의 경중에 따라서 경찰에서 기소(prosecution), 경고처분(caution), 무혐의 처리(no further action) 또는 정액 벌금(fixed penalty)부과 결정을 하며 기소 결정이 내려진 피의자에 대해서도 경찰에서 구속(custody)할 것인지 또는 불구속(police bail)할 것인지를 결정한 후 사건일체를 검찰로 이첩한다. 즉, 수사를 종결하여 기소결정이 내려진 사건에 한해서 경찰이 검찰에 기소의뢰를 하기 전까지의 모든 절차와 결정은 경찰에서 이루어진다. 이 과정에서의 경찰 수사의 적법성과 민주성 및 피의자 인권보호 등에 대한 감시와 통제는 건전한 상식을 가진 시민의 대표인 치안판사(magistrates)와 절대적 접견권 및 참여권을 인정받는 변호인, 그리고 주민대표로 피의자의 구금상태를 감시하는 유치장 감시단(lay visiting scheme), 경찰지정 의사(police doctor) 및 경찰내의 절차적 안전장치(구금담당관, 조사과정 녹음·녹화)에 의해 이루어지고 있어 같은 국가권력으로 피의자의 반대에 서있는 소송당사자인 검찰이 그 감시와 통제를 독점하고 있는 우리의 실정과 판이하여 경찰수사를 둘러싼 인권시비는 찾아보기가 매우 어렵다. 특히나 1984년에는 이후에는 거의 무제한적이었던 경찰의 권한에 대한 법규화가 이루어지고²⁰⁷⁾ 보다 광범위한 주민참여가 제도화되어 “국민의 신뢰를 바탕으로 한 경찰(policing by consent)”을 지키려는 영국정부의 노력이 계속되고 있다.

영국에서 1986년 검찰이 창설된 배경에는 앞서 언급한 ‘수사를 행한 경찰이 기소업무까지 수행하는데서 발생하는 문제’를 해소한다는 것과 아울러, “유럽인권협약 제6조 (Article 6 of the European Convention on Human Rights)”에 따른 법적 요구사항인 “기소측과 피고측간의 무기의 대등(equality of arms between prosecution and defence)”

207) 실정법의 명문규정 없이 관례와 관행(judge's rules)으로 인정되던 검문, 압수, 수색, 체포, 구금 등 경찰관의 수사권을 명문화하고 그 구체적인 요건을 명시한 “경찰과 범죄증거법(Police And Criminal Evidence Act 1984)”이 그 대표적 예인데, 이에 대한 자세한 설명은 조국, 1998년 한국형사사법학회 추계논문발표회 제3주제 발표문, “영국 코먼 로 형사절차의 전면적 혁신과 그 함의 - 1984년 ‘경찰 및 형사증거법’과 1994년 ‘형사사법과 공공질서법’을 중심으로-”를 참조. 다만, 저자 조국이 이 논문의 8쪽 이하에서 우리나라의 “경정”계급에 해당하는 Superintendent를 “총경”으로 잘못 해석하고 있는 점은 유의를 요한다.

원칙을 준수해야 한다는 상황이 전제되어 있었다. 당시 검찰 창설에 대해 경찰은 반발하였는데, 점차 경찰관이 아닌 기소를 전담하는 변호사(prosecution lawyers)를 통해 기소를 해야 한다는 새로운 원칙에는 순응해 갔으나 독립적인 변호사가 아닌 경찰의 지시를 받는 변호사(police instruct 'their' lawyers)를 통해 기소업무를 행한다는 원칙을 고수하고 싶어했다. 반면에, 변호사들은 모든 범죄사건의 기소업무가 변호사들에 의해 이루어짐은 물론, 기소여부에 대한 결정권한 역시 변호사들에게 주어져야 한다고 강력하게 주장하였는데, 그 이유는 경찰은 사건에 지나치게 깊숙이 개입되어 있어 '객관적인 결정(objective decision)'을 하기에 부적절하기 때문이라는 것이었다.

형사절차 개혁을 위한 왕립위원회(Royal commission)는, 기소업무가 경찰이 아닌 변호사들에 의해 행해져야 한다는 데에는 동의하였으나 기소여부 결정권한은 사건을 가장 잘 아는 경찰에 그대로 남겨져 있어야 한다는 결론을 내리게 되었다. 다만, 기소담당 변호사들은 '경찰로부터 독립'되어 있어야 하며 경찰이 기소결정을 한 사건에 대해서도 불기소 결정을 내릴 권한을 부여받아야 한다는 절충안을 내어놓게 된다. 검찰조직의 성격에 있어서도, 경찰이 지방자치 조직이기 때문에 이에 상응하는 검찰 역시 지방자치 조직이어야 한다는 주장이 강하게 대두되었으나 정부의 반대로 '법무총감(Attorney General)'을 통해 정부에 책임을 지는 중앙집권적인 국립검찰조직이 최종안으로 마련되었다.

이러한 내용을 골자로 하는 “범죄의기소에관한법(the Prosecution of Offences Act 1985)”이 1985년에 제정되어 검찰이 탄생하게 되었으나 여전히 범죄의 입건(charge), 피의자 및 참고인 소환(summons), 경미범죄에 대한 경고처분(cautions) 및 사건종결권(NFA)등 수사에 관한 모든 권한은 그대로 경찰에 남겨지게 되었다(McConville & Wilson ed., pp. 156-7).

II. 미 국

미국은 연방정부와 50개 주 및 수도인 워싱턴 D.C.(District of Columbia) 정부로 구성되어 있다. 이들 연방 및 주 정부는 모두 독자적인 형사사법조직을 갖고 있어 검찰조

직 역시 연방검찰, 주검찰, 지방검찰이 존재한다. 미국은 영국의 common law를 받아들였지만, 범죄피해자가 직접 또는 변호사를 선임하여 범죄소추를 구하는 영국식 사인소추주의를 채택하지는 않았다. 미국의 검찰제도는 지방검찰, 연방검찰이 달리 발전하였고, 그 조직이나 기능 역시 상이하다. 미국의 소추제도와 검찰제도는 미국사법제도 형성에 영향을 미친 법적, 사회적, 정치적 발전의 귀결로서 미국의 독특한 제도이며 어디까지나 미국적 상황에 따른 것이라 할 수 있다. 미국 검찰은 형사사건 이외의 업무도 담당하고 있어 우리의 검찰과는 다른데 우리의 검찰과 가장 유사한 것은 county 또는 사법지구(judicial district) 단위로 설치된 지방검찰 정도이다. 따라서 지방검찰의 역사와 직무를 먼저 설명하고 주검찰, 연방검찰을 소개하고자 한다.

1. 지방검찰²⁰⁸⁾

가. 영국 소추제도의 영향과 식민지 시대의 소추제도

형사소추는 공소제기의 주체를 누구로 할 것인가에 따라 각국은 국가소추주의, 사인소추주의, 공중소추주의 등 다양한 입법형식을 보이고 있다. 영국의 식민지로 출발한 미국은 초기에 영국의 사인소추제도에 영향을 받았다. 영국의 common law에서는 민사적 불법행위와 형사적 불법행위를 엄격하게 구별하지 않는데, 범죄는 국가에 대한 행위로 보지 않고 피해자 개인에게 가해진 불법행위로 본다. 이에 따라 피해를 입은 자, 이해관계가 있는 친구 또는 친척은 개인적으로 범인을 체포하여 소추할 수 있고 법원은 계약상 분쟁 또는 불법행위 사안과 마찬가지로 재판을 한다. 예외적으로 왕의 권리에 대한 침해는 King's Attorney(왕의 법무관)가 소추를 제기하였다.

이러한 영국의 사인소추 제도(private prosecuting system)는 오늘날까지도 몇몇 주목할 만한 변화를 제외하고는 영국에서 골격을 유지하고 있다. 영국식 사인소추제도의 문제점으로 오래 전부터 지적되어 온 것은 피해자가 너무 약하거나, 가난해서 소추를 할 수 없는 경우 대부분의 범죄들을 처벌할 수 없다는 것으로, 부자나 상습범에 유리하

208) Joan E. Jacoby, the American Prosecutor-A Search for Identity ; 신배식역, 미국 검찰, 서울지방검찰청, 1995, 5면 이하 참조.

고 가난한 자와 미경험자에게 불리하다는 것이다. 일부 개혁주의자들은 사인소추제도가 “부자에 의한 부자를 위한 정부제도의 일부분”이라고 비판하였다.²⁰⁹⁾

영국식 사인소추제도는 식민지시대 초기에 미국에 영향을 미쳤으나 결국 미국의 민주적 절차개념과 부합되지 않아 미국 식민지에서 오래가지 못하였다. 미국에서는 범죄를 개인적 피해가 아닌 공적인 사건으로 보고 사회전체를 궁극적인 피해자로 인식한다.²¹⁰⁾

미국은 초기 영국식민지로서 법체계는 물론 기본적인 형태와 전통을 영국으로부터 이어받았다. 그러나 영국정부의 무관심과 영국의 직접적 통제와 간섭을 받지 않아 독립적인 형태의 지방정부의 출현이 가능하였다. 미국의 초기 법원은 식민지 총독(governor of colony)이 설치한 간이법정(simple tribunal)으로 모든 절차를 영국의 common law에서 그대로 옮겨왔다. 이러한 간이절차에 따라 법원은 정부를 대표하거나 소추를 담당하는 공무원이 필요 없었는데 법원 스스로가 정부를 대표하고 형사범죄의 소추는 피해를 입은 개인이 구제 받기 위하여 법원에 제소함으로써 이루어졌다.

이와 같이 식민지 시대 초기에는 영국의 사인소추주의가 원칙적으로 적용되었으나 차츰 사인소추방식의 변화가 시작되었다. 이러한 변화는 각 식민지의 상황에 따라 조금씩 다르게 나타났다. 먼저 코네티컷 주는 기소권자(prosecutor)로서의 county attorney를 신설한 첫 식민지가 되었다. 1621년에 Hartford 지역에 최초의 검사로서 William Pitkin이 임명되었고, 1704년에는 최초로 사인소추를 완전히 배제하고 모든 county 법원에 검사를 두도록 하였는데 주법률에 따라 검사는 여왕의 법률고문(Attorney for the Queen)으로서 소추업무를 담당하였다.²¹¹⁾

한편 네덜란드인이 정착하였던 뉴욕과 뉴저지식민지에서는 네덜란드법과 네덜란드 사법공무원인 schout의 영향으로 영국식 사인소추방식은 일찍 변경되었다. schout의 권

209) 신배식 역, 앞의 책, 27면.

210) 1789년 버몬트 주 헌법이 모든 범죄는 본질적으로 “주의 평화와 존엄”(peace and dignity of the state)을 침해하는 것으로 본다고 규정하였으며, 코네티컷 주 법원도 Mallory v. Lane 사건에서 모든 형사사건에서 주가 소추자(prosecutor)이고, 범죄는 주에 대한 것으로서 범죄의 피해자는 소추당사자가 아니며, 단지 증인에 불과하다고 함으로서 사인소추주의를 명백히 부정하였다(신배식 역, 앞의 책, 16면.).

211) 신배식 역, 앞의 책, 26면.

한과 책임은 오늘날 미국의 검사와는 다르지만 경찰관(constable)과 제한된 기소권을 갖는 법원공무원이 결합된 직책이라고 할 수 있다. schout는 법원에서 피고인의 반대 입장에서 피고인에게 기소내용을 고지하였는데 단순히 소추업무만을 담당한 것이 아니라 체포권과 증거수집권이 있었다. 이 schout의 직책도 곧 사라졌지만 경찰관 겸 검사(police-prosecutor)로서의 직무는 sheriff에게 승계되었다. 1676년 영국 총독이 sheriff에게 최고의 법집행공무원으로서 복무할 것을 지시한 조례에 관한 기록과 함께 뉴케슬 법원에서 sheriff가 소추공무원으로서 일한 기록에서 이러한 사항이 입증된다.²¹²⁾

이와 같이 미국의 각 지역에서 사인소추주의가 조금씩 변화되기 시작하여 1776년 미국 독립 무렵에는 사인소추 방식이 식민지 미국에서 거의 사라지고 형사사건의 소추를 담당하는 지방공무원(public officer)이 등장하였는데 이들의 성격은 주에 따라 차이가 있다. 일부는 법원이 임명하는 county 공무원이고, 일부는 Attorney General의 대리인으로서 법원이 임명하였으나 Attorney General의 감독을 거의 받지 않았다. 또 다른 지역에서는 Attorney General의 대리인으로서 그의 견해에 따라 일하였다. 이러한 차이점에도 불구하고 각 식민지의 검사는 영국과 유럽의 어떤 사법공무원과도 다르며 새로운 사회의 필요에 따라 나타난 것이라는 점에서 공통점이 있다.

사인소추제도가 미국 식민지에서 완전히 정착되지 못한 이유에 대해서는 단정할 수 없지만 식민지사회라는 특수한 환경에서 사인소추제도가 적합한 제도가 되지 못하고 공소제도를 도입함으로써 직업적 소추자가 필요하였다는 것을 의미한다. 식민지 주민들에게는 본국과 다른 낯선 환경의 극복이 최우선 과제라는 공통된 인식을 바탕으로 생존에 중점을 둬으로써 공적 보호(public protection)라는 개념이 나타난 것으로 보인다.

식민지시대 전체를 통해 소추제도의 변화를 요약하면 사인소추에서 공소로의 전환과 중앙권력의 지방정부로의 이동이라고 말할 수 있다. 이에 따라 미국 지방검찰제도가 형성되었는데 이는 네덜란드의 schout와 영국의 attorney general에 의해 많은 영향을 받았지만 그 당시 미국식민지의 정치적 사회적 특성이 더 큰 영향을 미쳤다고 볼 수 있다. 검사라는 직업적인 소추자를 두게 된 배경에는 법률지식이 없는 배심원과 대배심의

212) 신배식 역, 앞의 책, 24면.

개인적 복수심이나 충동적 판단에 의한 기소결정의 폐해를 예방할 수 있는 수단으로 간주되었기 때문이다.²¹³⁾

나. 지방검사 제도의 확립(1776-1860)

미국 독립시까지 네덜란드의 schout, 영국의 attorney general, 프랑스의 procureur(공소관) 등 서로 다른 전통이 지방정부의 관념과 상호 작용하여 각 식민지에서 지방검사라는 직책이 형성되었으나 그 구조는 식민지에 따라 달랐다. 1789년까지는 대부분의 주에서 지방검사는 Attorney General의 대리인으로서 소추를 담당하였는데 명목상 주 공무원이면서도 많은 주에서 지방정부의 통제를 받았다.

버지니아 주에서는 모든 county 법원이 지방검사를 선임 또는 추천하면 주 정부에서 임용하였으며, 코네티컷 주에서는 검사는 Attorney General로부터 완전히 독립되어 county 공무원으로 간주되었고, county 법관에 의하여 임명되었다. 또한 주 헌법에서도 검사를 사법부편에 규정하였기 때문에 검사는 법원을 보조하는 공무원 정도로 인식되었다.²¹⁴⁾

독립 이후 초기 30년 동안 검사의 임무와 책임은 거의 변하지 않았는데, 이는 검사가 임명직이라는 사실에서 비롯된다. 즉, 검사는 지역에 따라 주지사, Attorney General, 지방법관이나 지방법원 등에 의해 임명되었기 때문에 자신의 임기 동안 그들의 임명을 좌우하는 다른 공무원에 예속되었다. 이 당시 미국에서 주민에 의하여 선출되는 유일한 공직은 의회의원 legislator) 밖에 없었고 예외적으로 일부 주에서 보안관(sheriff)과 검시관(coroner)을 선거로 선출하기 시작하였다. 이에 따라 초기 미국 형사사법제도에서는 선거직인 county 보안관과 검시관이 검사보다 훨씬 더 존경과 독립성을 인정받았는데, 특히 보안관은 남북전쟁 직전까지 미국 형사사법 제도 하에서 가장 중요하고 막강한 지위를 누렸다.

지방검사의 지위와 권한이 획기적으로 증대된 것은 법률의 변경에 의한 것이 아니라

213) 신배식 역, 앞의 책, 31면.

214) 신배식 역, 앞의 책, 37-39면.

1820년 무렵 미국의 정치과정이 민주화되기 시작하면서부터이다. 그 결과 국가의 정치 과정에 시민들이 유권자로 선거에 참여하여 많은 공무원을 선출하였다. 선거직 공무원에게 많은 독립성과 재량권을 갖게 되면서 식민지 시대의 특징인 분권화된 정부라는 성격을 강화시켰다. 특히 1828년에 Jackson 대통령이 당선된 후에는 좀 더 많은 공직을 선거로 선출하려는 움직임이 거의 모든 주에서 일어났다.

주민에 의한 법관 선거는 선거직 검사제도의 발달에 가장 중요한 요인이 되었다. 1832년 미시시피 주에서 최초로 주 헌법에 지방검사를 주민선거에 의해 선출하도록 규정하였다. 이후 남북전쟁 무렵부터 독립적인 선거직으로 전환된 지방검사의 지위와 임무에 대한 대중의 인식이 변화하기 시작하여, 일반인은 검사라는 직책이 사실은 행정부에 속하고, 공익의 수호자로서의 검사의 임무와 권한은 법원과는 명백하게 구분이 되어야 한다는 인식을 갖게 되었다. 이에 따라 개정된 주헌법에서 지방검사를 처음으로 보안관, 검시관 등 다른 county 공무원과 같이 행정부 편에 규정하기 시작하였다.²¹⁵⁾²¹⁶⁾

특히, 검사의 권한을 늘리고 법원으로부터 독립된 공무원으로 확립시킨 것은 남부이다. 남부지역은 지방정치 조직의 모델이 된 county가 정부의 기본단위이고, 정부의 모든 권한은 지방단계에서 시작하며, 지방이 권한의 대부분을 가지고 있어야 한다는 신념을 가지고 있었다. 이는 미국의 지방정부 및 선거제도의 발전과도 관련이 있다. 모든 사람은 자기 자신에 관한 한 자신이 제일 잘 알고 있고 그 자신이 필요로 하는 것을 가장 적절하게 충족한다는 원리에 근거한다. 이에 따라 검사는 유럽과 달리 지방정부의 공무원이 되었다.

반면 북부지역의 주는 남부지역에 비해 다양하게 검사제도가 발전하였다. 예를 들면 로드아일랜드와 코네티컷 주에서는 county 단위의 정부가 거의 존재하지 않아 선거로 뽑는 전형적인 검사제도는 발전하지 않았다. 또한 동일한 지역관할 하에서 경미한 조례 위반을 소추하기 위해 설치된 town 또는 township 검사와 주법을 집행하는 district 또는 county 검사가 병존하는 2중적 구조로 발전하였다. county 정부의 형태가 가장 미약한 일부 북부 지역의 주에서는 검사의 지위가 비교적 약하였고, 메사추세츠 주는 다른

215) 신배식 역, 앞의 책, 41면.

216) 여기에는 사법권과 행정권을 엄격히 분리하는 프랑스 전통이 영향을 미친 것으로 보인다.

지역에서는 거의 없는 경찰 검 검사(police-prosecutor) 제도의 형태를 유지하고 있다.²¹⁷⁾

다. 최고법집행 공무원으로서의 재량권 확립

애리조나 주와 뉴멕시코 주가 미합중국에 가입한 1912년까지 지방검사의 권한과 재량이 강화되는 일련의 과정이 일단락되었다. 지방검사는 형사사법의 영역에 있어 공익의 최고대표자로서 현재는 대부분의 주헌법에 지위와 권한을 규정하고 있다.²¹⁸⁾

지방 검사는 기소여부 결정권, 어떤 범죄로 기소할 것인지에 대한 권한, 공소취소권 등 광범위한 재량권을 갖게 되었으며 또한 선거직 지방공무원으로서 재량권 행사에 대하여 사법적 심사를 받지 않았기 때문에 미국 형사사법제도 안에서 권력의 핵심으로 부상하였다. 검사의 재량권의 행사는 일관되게 법원의 지지를 받았다. 뉴욕, 뉴저지 등의 법원에서는 법원이 검사에게 형법을 적용할 것을 강제할 권한이 없다고 선언하고 검사의 불소추(inactivity of prosecutor)에 대한 구제수단은 행정부에 있고 최종적으로는 국민에게 있다고 보았다.²¹⁹⁾

검사의 권한강화에 대하여 일반 국민들은 처음에는 깨닫지 못하다가 검사의 권한이 정점에 도달했을때 검사의 권한이 어떤 것이라는 것을 인식하게 되었다. 1920년부터 형사재판절차상 검사의 중심적 역할에 대한 많은 연구와 보고가 이루어졌다. 1929년에 캘리포니아위원회는 통제를 받지 않는 분야인 답변협상(plea bargaining)에 대한 검사의 권한을 약화시킬 것을 제안하였다. 또한 1934년에 저명한 법학교수로 이루어진 Wickersham위원회는 검사의 권한·직무의 비대와 남용에 대한 우려를 표시하고 이에 대한 통제방안을 권고하였다. 검사의 전문성 미흡도 오랫동안 심각한 문제로 제기되었는데 19세기에는 검사의 수요는 적고 지위와 보수 등 근무여건이 열악하여 능력있는 변호사들에게는 인기가 없었다. 이에 따라 1930년대에는 검사의 전문화 필요성이 대두되었

217) 신배식 역, 앞의 책, 43-45면.

218) 미국의 검사는 권한이 미약한 하위직 공무원에서 출발하여 최고 법집행공무원으로 점진적으로 변화되었다고 할 수 있다.

219) 신배식 역, 앞의 책, 47면.

고, 1940년대에 Northwestern 법대에서는 검사를 위한 교육과정을 신설하기도 하였다.²²⁰⁾

한편, 현재는 지방검사직이 정치적 경험과 명성을 쌓는데 매우 유익하고, 특히 단독 개업 또는 기업법무를 위한 좋은 훈련장으로 인식됨에 따라 일부 젊은 변호사에게는 인기가 있으나 전직율이 높아 전문성을 저해하고 있다.

라. 지방검사의 직무

지방검사의 직무(duties)에 대해서는 주로 주정부법(state government code)에서 규정하고 있다. 주에 따라 지방검사의 직무에 대한 규정에 차이가 있으나, 주로 공소업무와 법률자문 등 법률서비스제공을 주 임무로 하는 것으로 규정하고 있다. 일례로 캘리포니아주 정부법에서는 “ ① 관할 county 또는 지역(district)에서의 주법위반범죄에 대한 기소와 형사사법행정의 개선계획참여, ② 모든 공소장의 작성, ③ 주 또는 county를 상대로 당해 관할지역에서 제기된 민사소송법의 수행, ④ county와 학교, 다른 공공단체 등에 대한 법률서비스제공 등을 규정하고 있다(캘리포니아 Government Code, 26500-26521). 한편 조지아주의 주정부법(Georgia State Official Code)에서는 ① 지방법원(superior courts)에의 출석, ② 대배심의 참석과 법률문제조언, ③ 공소장의 작성과 기소, ④ 주와 관련된 민사소송의 수행, ⑤ 증거·영장 등 형사사건의 수사 및 기소와 관련한 문제에 관한 법집행관과의 조언 등을 지방검사의 직무로 규정하고 있다(조지아주 official code 15-18-6).

이와 같이 주에 따라 검사의 직무에 대한 규정은 서로 다르지만, 공통적인 직무로서 인정되는 것은 ① 지역의 주법위반 형사사건의 기소, ② 대배심에서 주의 대표, ③ 지방법원에서 대배심에 의해 회부된 모든 형사사건에 대한 공소유지, ④ 범죄피해자에 대한 권고 및 조언, ⑤ 형사사건의 기소와 관련하여 지역·주단위 법집행기관과의 긴밀한 협조 및 조언 등을 들 수 있다.

미국의 지방 검찰조직은 영국의 사인소추제도에 대한 대안으로 공소를 수행하기 위한 제도로써 만들어졌다. 따라서 검찰의 가장 기본적인 직무는 역시 공소제기 및 공소유지기능이라고 볼 수 있다. 검찰의 직무로서 범죄수사에 대해서는 주법 등에서 명확하

220) 신배식 역, 앞의 책, 54-56면.

게 규정하지 않고 있으나, 일부 주법에서 지방검찰청에 수사관(investigator)을 둘 수 있도록 규정하고 있다. 실제로도 공소유지를 위하여 필요한 범위에서 보장수사가 인정된다.

2. 주 검찰

가. 영국 Attorney General의 영향²²¹⁾

미국의 주정부 법무부장관 겸 검찰총장이라고 할 수 있는 State Attorney General은 영국의 Attorney General(법무장관) 제도와 관련이 있다. 영국의 Attorney General의 기원은 13세기에 영국법원에서 왕의 이익을 대변하기 위해 다수의 변호사들(attorneys)과 고등변호사(sergeants)로 불리었던 법률가를 임명한데서 비롯된 것으로 본다. 이들 왕의 변호사는 1400년대까지 어떤 특정문제에 관해 모든 법원에 출석하는 것이 정당화되었다. 1461년에 왕의 변호사는 종신직으로 임명되면서 그가 부하직원들을 임명하는 것이 허용되었는데 이때 왕의 변호사 John Herbert를 “영국의 Attorney General”로 칭하였다.

영국의 Attorney General이 의회에 대해 조언자로서의 역할을 확고히 하기까지는 이후 200년이 더 소요되었다. Attorney General은 왕의 법률조언자로서 법정에 출석하여 왕의 이익을 대변하는 한편, 정부의 모든 부서에 법적인 조언을 하고 필요시 정부를 위해 법정에서 활동을 하게 된 것은 미국 독립전쟁 이전의 기간 동안이었다. 영국의 Attorney General의 직책은 영국의 식민지였던 미국의 몇몇 주에 도입되어 식민지의 Attorney General들은 영국 Attorney General의 대리인으로 종사하였다.²²²⁾

221) Bill Isaef/H. Lane Kneedler/James E. Mountain Jr./Catherine A. Rivlin, State Attorneys General: Powers and Responsibilities ; 소병철 역, 미국검찰(서울:서울지방검찰청, 남일문화인쇄사, 1995), 65면 이하 참조.

222) 소병철 역, 앞의 책, 67-69면.

나. 식민지 시대의 State Attorney General

기록상 미국 식민지 최초의 Attorney General로 1643년에 버지니아 주에서 Richard Lee가 임명되었다. 미국 식민지의 Attorney General은 영국 Attorney General과 비교하여 지위·권한·직무는 유사하였으나 보수나 근무여건이 열악하고 직무가 명확하지 않아 활동에 많은 지장을 받았다. 또한 미국 식민지의 일부 지역은 다른 유럽국가들의 Attorney General의 영향을 받는 등 Attorney General은 식민지마다 그 직위가 상이하게 발전되어 지역 간에 업무범위나 권한 등이 차이가 많이 있었다.

이 당시 구체적인 Attorney General의 직무를 보면, 메릴랜드 주의 Attorney General은 민사는 물론 형사에 관한 모든 소송을 제기하고 주의회에 새로운 법원의 설치와 county 법원을 위한 법률가의 임명, 제안과 같은 의견을 제시하였다. 반면 뉴욕주의 경우는 영국본토의 Attorney General 보다 더 광범위한 직무를 수행하여, 토지거래사건이나 특허장 작성 등 영국에서 다른 공무원이 수행하는 직무를 수행하였다. 펜실바니아 주의 Attorney General은 초기에는 총독을 위한 법률가로서 총독이 임명하는 직책으로 인식되었으나 차츰 공중의 이익과 개개 시민의 권리에 대한 법적 보호자로서의 역할도 수행하였다.²²³⁾ 따라서 이 당시 Attorney General의 직무는 일반적으로 명확하게 정의할 수 없고, 행정부에 대한 관계도 모호하다고 할 수 있다.

다. State Attorney General의 발전과 직무

미국 독립과 함께 50개 주 중 34개 주에서 주 헌법에서 Attorney General의 지위를 신설하거나 존속시켰고, 다른 8개주는 법률에 그 지위를 규정하였다. 일부 주에서는 Attorney General이 도중에 폐지되었다가 다시 설치되기도 하였는데 Massachusetts주는 경제적인 이유로 폐지되었다가 1855년 주 헌법 개정으로 헌법기관으로서 주민선거로 선출하도록 규정하였다.²²⁴⁾

현대의 Attorney General의 권한과 직무는 주에 따라 차이가 있으나 대체로 권한과

223) 소병철 역, 앞의 책, 70-73면.

224) 소병철 역, 앞의 책, 74-75면.

직무가 크게 확대되어 주 Attorney General에게 주의 법률서비스를 집중, 통합시킨 것이 전국적인 경향이었다. 주법무부장관 겸 검찰총장인 State Attorney General의 직무는 주법무부의 조직이 상이한 것과 같이 주에 따른 차이가 있다. 그러나 대체로 ① 주를 대표하여 주항소법원 및 주대법원에서 주와 관련된 형사사건의 공소유지 및 민사소송 수행, ② 주정부기관에 대한 법적 서비스제공, ③ 소비자권리보호·환경보호 등 공공의 이익을 수호하기 위한 업무집행, ④ 지방검사에 대한 법적 조언 및 원조 등을 수행한다. 형사사건의 처리를 중심으로 하는 우리 검찰의 개념과 사뭇 다르다.

3. 연방검찰

가. 연방 검찰의 연혁

미국 독립 후 건국의회는 1789년 법원조직법(the Judiciary Act of 1789)에 의해 U. S. Attorney General(연방 법무부장관 겸 검찰총장)²²⁵⁾과 U. S. District Attorney(연방 검사)를 신설하였다. 연방정부의 검찰은 엄격히 보면 미국에는 전례가 없는 제도로 채택된 소추형태는 초기 13개 주에서 발전되어온 지방검사의 형태에서 이끌어낸 것이다.²²⁶⁾

1789년 법원조직법에 U. S. Attorney General의 임무는 i) 연방대법원의 관할에 속하는 모든 사건 중 미국이 관계된 형사소추 및 소송수행, ii) 대통령 또는 각 부처 장관의 요청시 법률문제에 관한 조언과 의견 제시 등이었다.

미연방의회에 최초로 제출된 법률안에서는 대법원이 U. S. Attorney General을 임명하는 것으로 규정하였으나, 대통령이 임명하는 것으로 크게 수정되어 법률이 제정되었다. 초대 Attorney General인 Edmund Randolph는 Washington 대통령의 법률고문으로 각료회의에 참석하였으나, 참모직원이나 사무실도 없이, 공식적으로 대법원에서 미연방 정부를 대표하고 요청이 있으면 법적인 의견을 제시하는 업무에 한정되었다.

225) 연방법무부가 1870년에 만들어졌기 때문에 법무부장관의 직책을 수행하게 된 것은 1870년부터이다.

226) 신배식 역, 앞의 책, 32면.

연방검사는 1789년 법원조직법에 의하여 대통령이 임명하고 연방 Attorney General의 감독을 받지 않으면서 관할지역에서 연방범죄에 대한 소추업무를 수행하는 것으로 규정하였다.

연방 Attorney General은 1861년에 연방검사와 연방보안관에 대한 통제권을 갖게 되었으며, 1870년에는 미 연방 법무부(U. S. Department of Justice)가 창설되어 법무부장관직을 수행하게 되었다.

결국 현재의 U.S. Attorney General의 직책은 2세기 동안에 걸쳐 1명의 시간제 공무원에서 연방정부의 중요한 부처의 장관으로 발전되었다고 할 수 있다. 연방 Attorney General은 연방검사, 연방보안관, 교정국, 마약단속국, 연방수사국 등의 업무를 감독, 통할하고 법률문제에 있어서 미 연방정부를 대표하고 대통령과 장관 및 정부기관에 대해 법적 문제에 관한 조언과 의견을 공식 또는 비공식적으로 제시하며 구체적인 업무를 수행한다.

연방의 Attorney General은 주의 Attorney General과 역할면에서 매우 다른데, 연방의 Attorney General은 분명히 행정부 각료의 일원이나, 주의 Attorney General은 사법부 및 입법부와 강한 연관관계를 가질 수 있다. 또한 연방 Attorney General은 모든 연방검사들에 대한 통제권을 가지나 주의 Attorney General은 주의 지방검사에 대하여 아무런 권한도 없다.²²⁷⁾

나. 연방검찰의 직무

연방검찰의 지방조직인 연방검찰청(U.S. Attorney's Office)은 연방지방법원에 대응하여 미국의 50개 주와 워싱턴 D.C. 판 · 푸에르토리코 등 속령을 포함한 전지역에 94개가 설치되어 있다. 연방검찰청은 인구 · 면적 등을 고려하여 설치된다.

각 연방검찰청에는 1인의 연방검사(U.S. Attorney)가 있고 연방검사 밑에 연방검사보(Assistant U.S. Attorney)를 두고 있다. 연방검사보는 수십 명에서 최고 350명까지 두는 경우도 있다.

227) 소병철 역, 앞의 책, 77면.

연방검사는 ① 연방범죄의 기소, ② 연방정부가 당사자인 민사소송의 수행, ③ 벌금(fine)·몰수(forfeitures) 관련업무, ④ 연방 Attorney General이 지시한 사항에 대한 보고 등의 사무를 담당한다(28 U.S. Code Sec. 547). 연방검사는 성립시부터 연방정부의 민사사건을 담당하여 왔는데, 연방정부가 관련된 민사소송은 거의 연방검사가 담당한다. 또한 우리나라의 고등검찰청에 해당하는 조직이 없어 연방항소법원사건에 대한 처리도 연방검사가 담당한다. 연방검사는 관할지역의 연방 최고법집행관으로서 연방법위반 사건에 대해 해당 연방수사기관에 대해 수사를 요구(request)할 수 있다.

제3절 일 본

I. 검찰제도의 연혁

1. 근대 검찰제도의 도입과 전개 (1868년 명치유신 ~ 1945년)

프랑스에서 탄생한 근대적인 검찰제도는 1868년의 명치유신 이후 일본의 근대화 과정에서 받아들여졌다. 일본은 명치 초기 왕정복고라는 역사적 흐름에 어울리게 일시적으로 律令係의 법제 일부가 부활하기도 하였으나, 그 후 형사절차 면에 있어서는 특히 프랑스법의 영향을 크게 받아 근대적인 사법제도로의 전환이 이루어졌다. 프랑스법의 계수기인 1871년(명치4년) 7월 9일에 司法省이 설치되었으며, 익년 1872년 8월 3일 太政官이 司法職務定制가 발포하여 재판소에 검사국을 설치하고 현재의 검찰관에 해당하는 ‘검사’를 두었다. 검사라는 용어가 처음 등장한 것이 사법직무정제이며²²⁸⁾, 일본에 있어서의 검찰제도의 기원은 이 시기부터 비롯된다. 당시 검사의 임무는 범죄수사의 감독지령, 형사재판의 청구 및 형사재판에 입회하여 의견을 진술하는 업무에 종사하는 것이었다²²⁹⁾.

228) ‘공소(公訴)’라는 용어가 처음 등장한 것은 1877년에 제정된 ‘本省 및 檢事職制章程’이다.

229) 사법직무정제의 제7장인 ‘검사장정’은 검사의 직무를 “법헌 및 인민의 권리를 보호하고 양을 돕고 악을 제거하며 재판의 당부를 감시하는 직”이라고 규정하고 있었다.

검사는 공익의 대표자로서 소추관이기는 하였으나, 재판소가 직권으로 심리를 개시하는 것도 인정되어 있었기 때문에 ‘소추가 없으면 재판이 없다’는 소위 불고불리의 원칙이 철저히 지켜지지는 않았다²³⁰⁾. 그러나 점차 검찰제도의 기능에 대한 이해가 증진되어 그 취지가 사법직무정제의 개정에 반영됨에 따라 형사소추를 담당하는 전문기관으로서 검사의 역할이 인식되게 되었다. 또한 이 시기의 검사는 독립관청으로서의 색채는 강하지 못했고, 사법경을 정점으로 한 상달과 하명의 관계를 형성하고 있었다(사법직무정제 제23조). 검사는 중대사건 등에 관하여는 상급기관인 본성의 결정을 받아서 처분하도록 되어 있었으며(1874년(명치7년), 檢事職制章程 및 司法警察規則 제2조), 사법경의 명을 받아 각 재판에 파출하여 檢彈 및 공소의 일을 장리하였다(1890년(명치13년), 司法職制 및 事務章程).

이어 1880년에 나폴레옹에 의해 제정된 프랑스의 치죄법(1801년)을 모범으로 한 일본의 근대적 형사소송법의 시초인 치죄법(1880년7월17일 태정관포고 제37호, 1882년1월1일 시행)이 제정되었다. 재판소·항소재판소·대심원이 설치되고, 이에 대응하여 검사가 배치된 것은 이 시기의 일이다. 사법제도 전반의 근대화를 도모하였던 1880년의 치죄법은 ‘검찰관의 기소’의 절에 있어서 소추권을 국가에게 귀속시키고, 그 권한행사를 독점적으로 검사에게 부여함으로써 소위 불고불리의 원칙을 확립하였다(치죄법 제107조이하 참조).

한편 치죄법은 프랑스치죄법과 마찬가지로 예심제도를 채용하고 있었기 때문에(치죄법 제113조이하) 피의자에 대한 조사 등을 포함한 증거수집의 업무는 원칙적으로 예심판사에게 맡겨져 있었다. 현행법에 대한 예외를 제외하고는 검사에게 강제처분권이 부여되어 있지 않아 이 시기의 검사는 오히려 공소관으로서의 색채가 짙은 것으로 평가되고 있다. 이는 증거의 수집은 심리의 한 과정이며 재판의 준비절차이므로 예심에 맡겨져야 한다는 사고에 기초한 것이라 볼 수 있다. 한편 치죄법은 범죄의 수사를 검찰관의 직무로 하면서(치죄법 제34조 제1호), 검찰관은 「범죄가 있다고 사료될 때에는 그 證據 및 범인을 수사할 수 있다」고 하고(치죄법 제92조), 사법경찰관은 「검찰관의 보좌로서 그 지휘를 받아」 범죄를 수사하는 것으로 규정하여(치죄법 제60조 제2항), 검찰관

230) 三井誠, 公訴提起の原則, 法學教室 第158號, 有斐閣, 1993년 11월, 96면; 宮野彬, 日本の刑事裁判[増補版], 三嶺書房株式會社, 1994, 212~213면.

이 수사의 주재자임을 명백히 하고 있었다.

1890년(명치23년)에 독일의 법제를 모델로 한 재판소구성법²³¹⁾이 제정·공포되었으며, 1947년(소화22년) 5월 2일까지 일본국 사법제도의 기본법으로서 기능하였다. 동법은 재판소를 대심원(大審院)·공소원(控訴院)·지방재판소(地方裁判所; 이상은 합의제)·구 재판소(區裁判所; 단독제)의 4종류로 나누고, 각급 재판소에 검사국을 부치시켜 검사를 배치하였다(재판소구성법 제6조 1항, 제7조). 동법은 “형사에 관하여 공소를 제기하며, 그 취급상 필요한 절차를 행하여 법률의 정당한 적용을 청구하고 판결의 정당한 집행을 감시”하는 것을 검사의 직무권한으로 규정하고 있었다(동법 제6조 1항, 3항). 민사에 관하여는 통지를 구하여 의견을 진술하고, 또한 공익의 대표자로서 사법·행정사건에 관하여 그 직권에 속하는 감독사무를 행하도록 되어 있었다(동법 제6조 1항). 검사는 재판소로부터 독립되며, 현재와 마찬가지로 신분이 보장되고 독립제관청임을 명확히 하였으며, 독립관청제를 전제로 한 사무인수이전의 권한도 규정되어 있었다(동법 83조). 하지만 그 직무집행에 있어서는 “상관의 명령에 복종한다(동법 제82조)”고 규정되어 상명하복의 원칙이 적용되었다. 이 때 상관의 범위에 법무대신이 포함되는지 여부에 대하여는 의견의 대립이 있었다²³²⁾.

재판소구성법과 같은해 제정된 치죄법을 계승한 명치형사소송법(구구형사소송법) 및 독일법을 계수한 1922년(대정11년) 제정의 대정형사소송법(구형사소송법)은 검사의 역할에 있어서도 기본적으로 대륙법의 모델을 따르고 있었다.

한편 기소편의주의의 규정이 명문으로 처음 규정된 것은 대정형사소송법이며²³³⁾, 그 이전의 치죄법과 명치형사소송법에서는 이와 같은 규정이 없었으며 오히려 기소법정주의를 취한 것이라 이해되었다²³⁴⁾.

231) 재판소구성법은 제1편 ‘재판소 및 검사국’, 제2편 ‘재판소 및 검사국의 관리’, 제3편 ‘사법사무의 취급’, 제4편 ‘사법행정의 직무 및 감독권’의 4편으로 구성된 것이다.

232) 또한 사법대신은 사법행정에 관하여 각 재판소 및 검사국을 감독하지만, “재판상 집무하는 판사의 재판권에 영향을 미치거나 또는 이를 제한할 수 없다”고 규정하고 있었다(재판소구성법 제143조).

233) 일본의 旧형사소송법(대정형사소송법) 제279조에 「犯人の 性格, 年齢 및 事情 그리고 犯罪의 情况 및 犯罪後의 情况에 의해 소추를 필요로 하지 않을 때에는 공소를 제기하지 않을 수 있다」고 규정되어 있었다.

234) 한편 1885년(명치18년)에 山田 司法卿의 演述, 즉 國費節減을 위해 「微罪不檢舉」를 주장한 것을 계기로 기소유예처분이 서서히 실무상 운영되어 왔다. 그사이 명치30년대 후반부터 40년대에 걸쳐 형법에 있어서의

대정형사소송법까지는 예심제도가 있었기 때문에 수사에 있어서의 증거수집이나 강제처분권은 원칙적으로 예심판사에게 부여되어 있었으나, 그 예외가 많아 수사절차를 실질적으로 장악하고 있었던 것은 검찰관이었다. 그 결과 검찰관이 수사뿐만 아니라 공판과 형집행의 형사절차 전반을 지배하고 있었으며 소위 ‘규문주의적 검찰관사법’로 명명되고 있다²³⁵⁾. 이러한 검찰의 막대한 강제처분권은 특히 전시체제의 강화와 더불어 國防保安法(1941년), 治安維持法의 개정(1941년), 戰時刑事特別法(1942년) 등의 특별입법에 의해 더욱 확대·강화되었다.

2. 제2차 세계대전 패전 이후의 검찰제도의 정비 (1945년 ~)

제2차세계대전 이후 일본을 점령한 연합국군 총사령부는 검찰의 민주화라는 기치 하에 검찰제도에 대대적인 개혁조치를 단행하고자 하였다. 패전 이전의 검찰에 의한 인권유린의 문제를 시정하겠다는 것이 주된 방향이었다.

이에 따라 패전 이전에 천황이 행사하던 사법권이 신헌법하에서는 재판소에게로 이양되었으며, 이에 수반하여 재판소구성법을 대신한 현행 재판소법과 검찰청법이 새로 제정되어 1947년에 공포·시행되었다. 헌법에 있어서의 삼권분립이 확립됨에 따라 재판소는 사법대신의 사법행정상의 감독으로부터 벗어나게 되었으며, 최고재판소를 정점으로 하는 독립된 기구를 편성하게 되었다. 한편 검사국도 조직상 재판소와는 완전히 분리되어 독립된 행정기관으로 자리매김되었으며, 청사도 재판소와 분리된 별도의 건물을 사용하게 되었다.

검찰청법의 제정에 있어 입안의 방침은 실질적으로 검찰청과 재판소의 분리, 검찰관과 사법경찰관리와의 관계의 명확화, 부검사제도의 설치, 파면제도의 신설, 검찰서기관

新思潮(古典主義, 근대과의 目的刑理論 등)의 대두, 특히 1905년(明治38년)의 집행유예제도의 도입에 의해 기소유예의 의의가 명확하게 인식되게 되었다. 이상의 내용은 田宮裕, 刑事訴訟法入門[再訂版], 有信堂, 1980, 112면 참조.

235) 小田中聰樹, 刑事訴訟法の歴史的 분석, 日本評論社, 1976; 同, 刑事訴訟法の史的構造, 有斐閣, 1986, 197면 참조. 小田中 교수는 ‘규문주의적 검찰관사법’의 극복이 역사적 변혁과제였으나 일본의 현행 형사소송법은 그 극복에 철저히 하지 못했고 오히려 이를 再編·強化시켰다는 견해를 보이고 있다.

및 검찰사무관의 설치, 검찰기관의 설치 등에 있었다고 한다²³⁶⁾.

한편 1948년에 제정된 현행형사소송법은 이전의 독일식 예심제도를 폐지함에 따라 구형사소송법에 있어서 법률상 예심판사에 부여되어 있었던 강제처분권은 수사기관으로 이양되었다. 총사령부의 검찰개혁의 결실은 수사권의 귀속에 관한 측면에서 찾아 볼 수 있다. 즉 패전 이전에 수사의 주체자로서 사법경찰을 지휘하던 검찰은 제2차적인 보충적 수사기관으로 물러나고, 제1차적인 수사기관으로 사법경찰이 본래적인 수사기관으로 자리매김되었다는 사실이다(패전 이후의 검·경관계의 변화에 관하여는 본고 제6절에서 후술).

그러나 연합국군 총사령부가 현행 형사소송법의 제정과 더불어 패전국 일본에 이식하려고 하였던 미국식의 검찰제도 및 소추제도는 최초의 의도대로 완벽하게 이식되지는 못했다고 볼 수 있다. 즉 사인소추 및 검찰관의 공선제, 검찰관의 지방분권화라는 미국검찰의 특징적 요소는 일본측의 저항에 부딪혀 현실화되지 못했다²³⁷⁾. 다만 공선제와 관련하여서는 이를 대신하여 검찰관직격심사제도가 마련되어 검찰관의 면관조치가 가능하게 되었으며(검찰청법 제23조), 소추권의 행사에 대한 민의의 반영이라는 측면에서는 검찰의 불기소처분에 대한 당부를 심사하는 검찰심사회제도가 신설되었다(검찰심사회법, 1948년7월12일 법률제147호). 그러나 국가소추주의와 기소독점주의, 기소편의주의라는 전통적인 검찰권의 구도는 현행 형사소송법에도 그대로 전수되었다²³⁸⁾.

II. 검·경관계의 역사적 변천과정

1. 근대적 사법제도의 도입기

236) 三井誠, 앞의 논문, 96면. 당시 검찰청법의 제정에 있어 그 논의의 가장 큰 초점이 되었던 것은 수사절차에 있어서의 검찰과 경찰의 관계였다.

237) 日本近代法制史研究會(編), 日本近代史, 法律文化社, 1992, 280면.

238) 오히려 구형사소송법에 인정되어 있었던 부대사소(付帶私訴)제도(구형사소송법 제9편 제567조이하 : 범죄로 인하여 신체, 자유, 명예 또는 재산상의 피해를 받은 자가 공소에 부대하여 사소를 제기하는 제도)가 폐지되었다는 측면에서 보면 국가소추주의 및 기소독점주의가 더욱 강화되었다고 볼 수 있다.

일본에 근대적인 사법제도가 도입된 것은 1868년의 명치유신 이후의 일이다. 1871년(명치4년) 7월 9일에 司法省이 설치되었으며, 익년 1872년 8월 3일 太政官이 司法職務定制를 발하면서 ‘檢事’라는 명칭이 최초로 등장했다. 일본의 근대적 형사사법제도에 관한 최초의 명문법규인 사법직무정제는 이전의 司法省職制章程, 檢事職制章程, 裁判所職制章程 등을 통괄하여 규정한 것이며, 또한 검사제도를 명확히 규정한 최초의 법규이기도 하다²³⁹⁾. 사법직무정제는 제6장 檢事職制에서 검찰조직의 형태를 정하는 한편, 검사의 임무와 관련하여 제7장 檢事章程 서두에서 “검사는 法憲 및 인민의 권리를 보호하고 良(善)을 권하고 惡을 제거하며 재판의 當否를 감시하는 것을 직”으로 한다고 규정하였다. 사법직무정제에는 아직 사법경찰이라는 용어는 사용되지 않았으나(사법경찰이라는 용어가 최초로 사용된 것은 1874년에 제정된 아래 檢事職制章程司法警察規則이다), 지방의 邏卒이 ‘罪犯의 探索捕亡’을 담당하는 逮部를 이를 겸하고(제34조 및 제22조 참조), 또한 검사가 ‘罪犯의 探索捕亡을 管督指令’하도록 규정하고 있었다(제22조). 즉 범죄수사는 검찰의 사무이며 사법경찰은 경찰의 본래의 사무가 아니라는 인식에 근거하고 있었던 것이다.

사법직무정제의 범죄수사에 관한 부분은 이후 1874년(명치7년)의 檢事職制章程司法警察規則(太政官達第14號), 1875년의 司法省檢事職制章程(司法省達第10號), 1876년의 司法警察假規則(司法省達第48號), 1877년의 司法省職制章程 및 檢事職制章程(太政官達第32號)에 의해 계승되었으며, 1880년(명치13년)에 발포되고 1882년에 시행된 일본 최초의 근대적 형사소송법인 치죄법(太政官布告第37號)으로 이어졌다.

한편 1875년에 제정된 行政警察規則(太政官達第29號)은 제2차세계대전 이후 1947년 구경찰법이 제정될 때까지 일본경찰활동의 근거법규로 활용되었다. 행정경찰규칙 제1조는 경찰의 직무를 “行政警察의 趣意인 인민의 凶害를 예방하여 安寧을 보전함에 있다”라고 규정하고, 제4조에서 행정경찰과 사법경찰의 관계를 “행정경찰은 예방에 진력하며 법률에 위배하는 자가 있을 때에는 그 범인을 探索逮捕하는 것은 사법경찰의 직무로 한다. 이를 행정경찰의 官으로서 행할 때에는 檢事章程 및 司法警察規則에 따라야 한다”라고 규정하고 있었다²⁴⁰⁾. 한편 행정경찰규칙보다 1년 앞서 제정된 위 檢事職制章程

239) 이 시기의 검찰제도는 일반적으로 근대적인 프랑스의 검사제도를 채용하면서도 종래의 율령계 법제 하의 성격을 절충한 것이라고 평하여 지고 있다.

司法警察規則은 제1조에서 검사의 직무로서 ‘犯人の 探索逮捕를 管督指令’하고, 또한 ‘司法警察官吏를 總攝’하는 권한을 부여하고 있었다.

이와 같이 위 법규들은 경찰의 작용을 행정경찰과 사법경찰로 엄격히 구별하고, 경찰은 행정경찰만을 고유의 사무로 하며, 범죄수사는 사법권의 작용으로서 재판소에 설치된 검찰의 사무로 규정하였다. 그리고 사법경찰을 관리하는 것은 수사의 주재자인 검찰관의 임무로 되어 있었던 것이다.

이 시기는 소위 근대적 사법제도에 이양하는 과도기로서 경찰과 검찰의 관계를 포함한 사법제도 및 제법령이 점진적으로 정비됨과 동시에 통일적인 형사소송법전 제정이 추진되었으며, 이후 일본 최초의 근대적 형사소송법으로 평가되는 치죄법의 탄생을 맞이하게 된다.

2. 치죄법의 제정과 제2차 세계대전 패전시까지

치죄법은 프랑스치죄법(1808년)을 모델로 하여 제정된 것으로 재판·검찰의 조직 및 형사절차를 주된 내용으로 하는 것이며²⁴¹⁾, 1880년 7월 17일에 공포되어 1882년 1월 1일부터 시행되었다²⁴²⁾. 치죄법은 당시의 대륙법의 직권주의적 프랑스 형사절차를 계수한 것으로 반(半)규문적·비(非)탄핵적 절차라 평가되고 있다. 당시 프랑스의 검찰제도는 규문주의로부터 탄핵주의로 변화하는 과정에서 탄생한 것이기는 하지만, 재판소와는 완전히 분리된 형태의 당사자주의적 성격을 지닌 것이 아니라 예심제도를 전제로 하는 규문주의의 잔재가 다분한 직권주의적 성격의 제도였기 때문이다.

240) 행정경찰규칙 제4조는 1876년의 太政官達第39號(司法警察規則의 폐지)에 의해 소멸되었으며, 1880년의 치죄법에 계승되지 않았다.

241) 치죄법의 재판소 및 검찰에 관한 부분은 이후 명치형사소송법과 같은 해(1890년)에 제정된 재판소구성법(법률제6호)에 별도로 규정되었다. 재판소구성법은 제2차세계대전 이후 현행의 재판소법과 검찰청법이 시행될 때까지 약 60년간에 걸쳐 재판소와 검찰의 조직에 관한 기본법으로 활용되었다.

242) 프랑스의 법학자 보아소나드(Gustave Emile Boissonade de Fontarabie, 1825~1910)는 일본 明治政府의 법률고문으로 활동하면서 일본 최초의 근대적 법전인 刑法(旧형법)과 治罪法(두 법 모두 1880년 공포, 1882년 시행)을 기초하였다. 그는 일본에 체재하면서 많은 일본의 법학자와 사법관료를 배출하였으며, 일본정부에 고문폐지의건서 등을 자발적으로 제출하기도 하였다.

그러므로 이를 받아들인 일본의 치죄법은 강제처분권의 주체를 예심판사로 상정하면서 국가소추주의와 기소독점주의를 바탕으로 하는 검찰제도를 채용하였다. 또한 범죄의 수사를 검찰관의 직무로 하면서(치죄법 제34조 1호), 검찰관은 “범죄가 있다고 사료될 때에는 그 證憑 및 범인을 수사할 수 있다”고 하고(제92조), 사법경찰관은 ‘검찰관의 보좌로서 그 지휘를 받아’ 범죄를 수사하는 것으로 규정하여(제60조 2항), 검찰관이 수사의 주재자임을 명백히 하였다.

이러한 검찰관을 수사의 주재자로 하는 수사체계는 명치헌법의 제정 이듬해 제정된 치죄법을 계승한 1890년(명치23년)의 明治刑事訴訟法(구형사소송법)에 있어서 뿐만 아니라 독일형사소송법(1877년)의 기본적인 틀을 계승한 1922년(대정11년)의 大正刑事訴訟法(구형사소송법)에 있어서도 그대로 유지되었다²⁴³⁾. 조직면에 있어서 재판소의 한 部局 소속으로서 중앙으로부터 과전되었던 검찰관이 각 재판소에 부치되게 된 것은 1890년 11월 1일의 재판소구성법 시행에 따른 것이다. 이 재판소구성법은 제84조에 “사법경찰관은 검사의 직무상 그 검사국 관할구역내에서 발해진 명령 및 그 검사의 상관이 발한 명령에 따른다”라는 규정을 별도로 두고 있었다.

대정형사소송법까지는 실제 검찰관이 수사뿐만 아니라 공판과 형집행의 형사절차 전반을 지배하고 있었으며 소위 ‘규문주의적 검찰관사법’로 명명되고 있었다. 이러한 검찰의 막대한 강제처분권은 특히 전시체제의 강화와 더불어 國防保安法(1941년), 治安維持法の 개정(1941년), 戰時刑事特別法(1942년) 등의 특별입법에 의해 더욱 확대·강화되었다.

한편 구형사소송법(대정형사소송법)에서는 경찰에게는 강제처분권이 부여되어 있지 않았음에도 불구하고, 행정경찰활동의 근거법인 행정집행법(1900년)상의 신체구속방법인 行政檢束이나 경미한 범죄를 처벌하는 절차를 규정한 위경죄즉결례(違警罪即決例)(1885년)상의 신체구속방법이 남용되어 형의 집행과 유사한 부당히 장기에 걸친 신

243) 명치형사소송법에서는 검사는 “범죄가 있다고 사료되는 때에는 그 證憑 및 범인을 수사할 수 있다”고 하였고(제46조), 司法警察官은 “檢事の 補佐로서 그 指揮를 받아” 범죄수사를 할 수 있었다(제47조 제2항). 또한 대정형사소송법에서는 “檢察官은 범죄가 있다고 사료되는 때에는 범인 및 證據를 수사하여야 한다”고 하였고(제246조), 司法警察官吏는 “檢察官의 補佐로서 그 指揮를 받아” 범죄를 수사하여야 한다고 규정되어 있었다(제248조).

체구속이 행해지고 있었다²⁴⁴⁾.

3. 현행 형사소송법의 제정

제2차세계대전 패전 이전까지의 법제를 개관하면 일관해서 경찰의 작용을 행정경찰과 사법경찰로 구분하는 태도를 취하고 있었다. 동시에 행정경찰의 제활동은 행정권의 작용으로서 경찰기관의 사무로 보았으나, 반면 사법경찰활동 즉 범죄수사는 사법권의 작용으로서 재판소에 부치된 검찰의 사무이며, 경찰고유의 사무가 아니라고 보고 있었다²⁴⁵⁾. 그러나 이러한 법제는 패전 이후 연합국군총사령부의 주도로 다음과 같은 일대 전환을 맞이하게 된다.

패전 후 포츠담선언의 수락에 의해 연합국군총사령부가 일본을 점령하게 되자, 일본의 정치·행정은 민주화를 이루기 위해 근본적인 개혁이 요구되었다. 특히 패전 이전의 비밀적이며 규문적이던 경찰과 검찰의 조직과 절차를 포함하여 형사절차에 대하여도 전면적인 검토가 강하게 요구되었다. 새로운 일본국헌법이 1947년 2월 3일 공포되고(동년 5월 3일 시행), 이어 여러 법률과 제도의 개혁이 단행되었다.

1947년 12월 17일에 제정된 구경찰법(법률 제196호, 1948년 3월 7일 시행)은 시정촌의 자치체경찰과 국가지방경찰을 양대 축으로 하는 경찰제도를 근간으로 하여 ‘범죄의 수사, 피의자의 체포’가 경찰 고유의 책무임을 명백히 하였다(구경찰법 제1조). 이는 행정경찰과 사법경찰을 구분함과 동시에 범죄수사를 사법권에 속하는 검사의 임무로 하였던 패전 이전의 법제를 부정하는 새로운 형사경찰제도를 창설한 취지인 것으로 평가되고 있다. 한편 경찰관의 수사상의 지위나 독립한 수사주체로서의 경찰과 검찰과의 관계 등에 관하여는 경찰법에는 규정하지 않고 개정이 예정되어 있었던 형사소송법에 맡겨졌다. 당초 일본정부는 새로운 헌법의 시행에 맞추어 형사소송법을 시행하고자 하였으나, 연합국군총사령부의 형사소송법 개정안에 대한 검토가 지연되는 등의 사정이 있어 입법작업은 예정대로 진행되지 못했다.

244) 村井敏邦, 現代刑事訴訟法, 三省堂, 1990, 25~26면.

245) 野村護, 刑事警察50年のあゆみ, 警察學論集 第52卷 1號, 1999, 71面.

그래서 일본정부는 새로운 헌법과 구형사소송법(대정형사소송법)과의 조정을 위해 급거 형사절차에 있어서의 응급조치를 강구하기 하기로 하고, 1947년 3월 31일 ‘日本國憲法の施行に수반한刑事訴訟法の應急的措置에關한法律(법률제76호)’²⁴⁶⁾을 입법했다. 동법은 1947년 5월 3일 신헌법과 함께 시행된 이래 현행 일본형사소송법이 제정·시행될 때까지 효력이 유지되었다. 한편 이 응급조치법은 수사기관의 권한과 관련하여 이미 구형사소송법과 다른 태도를 취하고 있었으며, 司法警察官吏에게도 검찰관과 동일하게 재판관에게 직접 체포장을 청구할 수 있는 권한이 부여되어 있었다(동법 제8조 제1호).

당시 총사령부는 전후의 형사소송법 및 검찰청법의 전면개정에 즈음하여 ①구법의 형태는 검찰권을 강화시키는 것으로 국가권력의 중앙집권화를 초래하는 것이며, ②검찰을 수사의 중핵으로 하는 것은 세계 각국의 실정에 반한다, ③구법 하의 실정을 보면 검찰관의 지휘·명령은 철저하지 못했을 뿐만 아니라 책임의 소재를 불명확하게 했으며, 또한 ④지휘·명령을 위반했을 때의 실효성 담보를 위한 조치도 명확하지 못했다고 하여 구법 하의 제도와 운용실태를 혹독하게 비판하고, 범죄수사의 제1차적 책임을 경찰에게 부여할 것을 요구하였다. 경찰자체도 형사경찰의 쇄신강화를 도모하기 위해 수사권의 독립을 강력하게 요구했다.

사법성은 연합국군 총사령부의 비판에 직면하면서도 경찰수사의 독자성을 인정하면 범죄수사활동의 통일이 이루어지지 않으며 수사의 효율이 떨어진다고, 책임의 소재가 불명확해 진다, 여론의 대세에 반한다는 등의 이유를 내세워 강력하게 반발하였다. 일본 변호사연합회 등의 재야법조도 경찰에 의한 직권남용, 인권유린을 제거하고, 독직사건, 사회적 중대사건 등의 적정한 수사를 수행하기 위해서는 검사에 의한 경찰수사에 대한 지휘감독을 강화할 필요가 있다고 주장하였다.

그러나 연합국군총사령부는 결국 전술한 이유에 더하여, 검찰의 지휘, 명령 하에서 두는 것은 경찰의 민주화, 지방분권화의 길을 막으며, 오히려 경찰의 수사책임을 명확히 하면 책무에 상응하는 실력이 양성되어 인권유린 등을 방지할 수 있다는 등의 이유를 들어 현행형사소송법상의 검·경관계를 설정하게 되었던 것이다²⁴⁷⁾.

246) 이 응급조치법은 새로운 헌법의 시행상 최소한도로 필요한 규정을 정한 것으로 총 21개조로 구성되어 있다.

247) 三井誠, 刑事手続法(1)[新版], 有斐閣, 1997, 76~77면.

이와 같이 현행 일본형사소송법은 검사를 수사의 주재자로 하지 않고, 제1차적 본래적 수사책임을 경찰에게 부여함과 동시에 수사에 있어서 검찰과 경찰을 협력관계로 하였으나, 다만 수사의 적정화 및 효율화 그리고 적절한 공소권 행사를 기하기 위해 일정한 범위 내에서 검사에 의한 사법경찰직원에 대한 지휘 및 지시의 권한을 인정하였다²⁴⁸⁾. 그 배경에는 수사는 공소의 제기 및 수행을 위해 행하는 것이며, 공소권의 행사 여부에 관한 판단권은 검사만이 가진다, 현행법은 경찰에 의한 제1차적 수사를 종결한 후 체포된 피의자의 신병 및 사건을 검찰에 송치한다는 수사시스템을 취한다, 검사는 범죄사실의 법률적 구성 등 법률적 소양에 뛰어나다, 입법권 및 행정권으로부터의 간섭을 막기 위해서 검사에게는 강한 신분보장이 되어 있다, 오직사건·경제사범·경찰의 직무범죄 등에 대하여는 검사의 독자수사의 필요성이 있다는 등의 근거가 뒷받침되어 있었다²⁴⁹⁾.

형사소송법을 전면적으로 개정하는 법률이 1948년 7월 5일에 제2국회에서 가결되어 현행형사소송법이 제정되었으며, 1949년 1월 1일부터 시행되었다. 현행형사소송법은 헌법화—헌법의 정신 및 목적에 부응하여 그 요청을 충족시키도록 개혁되었다는 의미—, 영미법화, 당사자주의화에 더하여 사법권의 독립화를 그 특징으로 하고 있다. 특히 현행형사소송법은 당사자주의화의 도입과 관련하여 수사절차와 공판절차를 기능적으로 분리하고, 형사절차상 당사자의 주도적인 활동을 대폭 확충하였다.

경찰과 검찰의 모습도 구형사소송법과는 확연히 달리하여 경찰을 독립한 제1차적 수사기관으로 하고, 검사는 공소의 제기와 공판의 유지를 주된 임무로 하며 필요가 있을 경우에 한하여 제2차적 보충적·보정적 수사를 행하도록 되었다. 동시에 양자의 관계를 상호협력관계로 설정하였다.

국가지방경찰본부는 이러한 새로운 사태를 맞아 체제의 정비를 행하며, 패전전에 있

248) 이러한 개혁은 경찰이 지방분권화되었음에도 검찰동일체의 원칙의 지배를 받고 있는 통일적 국가기관인 검찰관이 구법하와 마찬가지로 사법경찰을 전면적으로 지휘하는 된다면 경찰민주화의 정신에 반하는 결과로 된다는 점을 고려한 것이며, 또한 구법하에 있어서도 실제 운용면에서는 검찰관의 지휘명령은 그다지 철저하지 못하여 사법경찰관리가 행하는 범죄수사의 책임소재를 불명확하게 했다는 반성에 기인하는 결과로 보고 있다. 宮下明義, 新刑事訴訟法逐條解說Ⅱ, 司法警察研究會公安發行所, 1949, 24면이하.

249) 三井誠, 앞의 책, 77~78면.

어서는 내무성 경보국 방법과에 속한 하나의 계에 불과했던 수사부분을 일거에 본부 형사부로 승격시켜, 그 밑에 수사과와 감식과 및 범죄통계과의 세 가지 수사관련과를 설치하였다²⁵⁰⁾. 아울러 감식과의 부속기관으로 과학수사연구소(현재의 과학경찰연구소의 전신)를 설치하였다. 또한 패전전의 사법성훈령의 형태로 정해져 범죄수사의 일반준칙을 규정하였던 ‘사법경찰직무규범’이 폐지되고, 국가지방경찰본부장관의 훈령으로서 ‘범죄수사규범’이 제정되어 1949년 4월 1일부터 시행되었다²⁵¹⁾. 경찰이 독립한 수사주체로 된 새로운 제도 하에서는 경찰이 행하는 수사에 대하여 직무규범에 대하여는 당연히 경찰에 의하여 제정되어야 하는 것으로 인식되었기 때문이다.

이러한 변화는 영미식, 특히 미국식의 당사자주의와 공판중심주의를 도입하고 그것을 철저히 실현하기 위해 검사의 공소관으로서의 소추활동을 무엇보다 중시하였던 귀결이며, 또한 형사절차 전반에 걸쳐 강력한 권한을 가진 검찰에 의해 지배되던 패전전의 형사절차에 대한 반성에 기인하는 것이었다.

4. 형사소송법의 일부개정과 구경찰법의 전면개정

이와 같이 전후의 형사절차에 대한 전면적인 수정에 의하여 경찰이 제1차적 수사기관으로서 수사의 주역을 담당하게 됨으로써 새로운 검·경관계가 구축되었으나, 이러한 관계가 제대로 정착되기까지는 상당한 시간이 소요되었다. 전후의 열악한 치안정세에 더하여 수사간부의 지휘능력의 결여, 수사교육의 미흡 등 경찰의 수사능력에 적지 않은 문제점이 노출되었다. 또한 재판관에게 독자적으로 체포장의 발부를 받아 피의자를 체포하는 권한을 부여받은 경찰이 체포장의 청구에 있어 이를 남용하는 사례가 빈발함으

250) 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(第2卷 刑事警察), 立花書房, 1993, 7면.

251) 1949년(昭和24年)의 ‘犯罪搜查規範’은 응급적으로 제정되어 그 내용에 있어서 불충분한 점이 있었기 때문에 곧 재검토되어 이듬해인 1950년 4월 개정된 범죄수사규범이 국가공안위원회규칙으로서 제정되어 같은 해 5월 1일부터 시행되었다. 그 후 1953년의 형사소송법 일부개정 및 1954년의 경찰법 전면개정에 따라 새롭게 정비된 현행의 ‘犯罪搜查規範(1957년 7월 11일 國家公安委員會規則 제2호)’이 제정되었다.

로써 여론의 지탄을 받기도 했다.

이러한 실태에 대하여 이전부터 새로운 형사소송법에 의한 경찰중심 수사체제에 비판적이었던 검찰이 형벌권의 적정한 운용을 확보하여야 한다는 명목하에 패전전의 검찰중심 수사제도를 부활하겠다는 주장까지는 이르지 않았지만 경찰이 가진 제1차 수사권에 가능한 한 제약을 가하려는 움직임을 보이기 시작했다.

새로운 검·경관계의 정립이후 양자의 갈등이 가장 가시화된 예로는 1952년 7월 21일 파괴활동방지법(법률제240호)의 공포·시행과 관련된 검·경대립과 후술하는 1953년의 형사소송법 개정을 둘러싼 공방을 들 수 있다. 전자는 검찰이 경찰에 대하여 동법위반사건의 수사의 단서를 지득한 경우에는 사건의 개요를 관할 檢事正에게 보고하여 그 승인을 득할 것을 내용으로 하는 검사총장이 국가공안위원장을 상대로 한 통첩(파괴활동방지법위반사건의 수사절차에 관한 준칙; 검찰이 형사소송법 제193조 제1항의 일반적 지시에 의거하여 하달한 것으로 해석)을 하달한 것을 기화로 촉발된 검찰과 경찰 사이의 대립이 표면화되었던 사건이다. 경찰은 검찰의 통첩에 대하여 형사소송법 제193조 제1항에 규정된 일반적 지시의 범위를 일탈한 것으로 경찰의 독자적 수사권을 검찰에 종속시키려는 것이라는 이유를 들어 이에 대한 거부의를 전달하였다. 당시 이 사건을 계기로 검·경간에 격렬한 대립양상이 극에 달하는 모습을 보이기도 했다²⁵²⁾.

한편 현행 형사소송법이 연합국 총사령부에 의해 성립된 것으로 자주적인 것이 아니었다는 이유를 들어 총사령부의 점령이 종결됨과 동시에 점령정책의 재검토의 일환으로서 형사소송법의 전면적 개정이 논의되었으며, 1953년 8월 7일에 형사소송법의 일부 개정(법률제172호)이 이루어졌다(동년 11월 9일 시행). 이 개정에서 있어 경찰과 검찰과의 관계에 관한 규정에 대하여도 약간의 개정이 수반되었다. 당시 동시 진행적으로 행해졌던 경찰법 개정작업이 행해지면 종래의 이원적인 제도에서 도도부현경찰로 일원화되어 경찰권이 강화되므로 검찰에 의한 체크를 강화하려는 검찰 측의 움직임이 있었다. 즉 1953년 2월 법무대신은 법제심의회에 대하여 형사소송법의 일부개정에 관하여 자문을 행함에 있어, 형사소송법 제193조의 일반적 지시를 강화함과 동시에 제199조의 사법경

252) 파괴활동방지법의 시행과 관련된 당시의 대립상황에 대한 자세한 내용은 (日本)警察廳刑事局刑事企劃課, 警察の捜査, 1986, 118~121면 참조.

찰직원에 의한 체포장의 청구시 검찰관의 동의를 요하도록 하자는 견해를 표명하였다. 법제심의회의 회신에 기초하여 형사소송법의 일부를 개정하는 법률안은 1953년 2월 제15회 국회에 제출되었으나, 중의원의 해산으로 심의되지 못했으며, 동년 7월 제16회 특별국회에 약간의 자구수정을 가한 제193조의 개정안이 다시 제출되었다²⁵³⁾. 이 정부의 개정안에 대하여는 경찰의 제1차적 수사권을 실질적으로 부정하며, 수사의 실권을 제2차 세계대전 이전과 같이 검사에게 넘기려는 것이라며 경찰 측이 강하게 반발하였으며, 이 개정안이 상정된 국회서는 입장이 양분되어 격렬한 공방이 전개되었다²⁵⁴⁾.

그러나 최종적으로 개정된 내용은 다음과 같다. 첫째, 검사의 사법경찰직원에 대한 일반적 지시(형사소송법 제193조 제1항)에 대한 일부수정, 즉 개정 전에 “일반적 지시와 공소를 실행하기 위해 필요한 범죄수사의 주요한 사항에 관하여 준칙을 함에 한한다”라고 되어 있던 부분을 “수사의 적정을 위해 그 외 공소의 수행을 위하여 일반적인 준칙을 정하는 것으로 행하는 것으로 한다”라고 개정되었다. 제193조의 개정은 1953년

253) 당시 국회에 제출되었던 제193조 및 제199조의 개정안은 다음과 같다. “제193조 제1항 후단을 다음과 같이 개정한다. 이 경우에 있어서의 지시는 수사를 적정히 하고, 기타 공소의 수행을 완전히 하기 위하여 필요한 사항에 관한 일반적 준칙을 정함으로써 행하는 것으로 한다. 제199조 제2항의 다음의 2항을 추가한다. 사법경찰원은 제1항의 체포장을 청구함에 있어서는 검찰관(검찰관의 사무를 취급하는 검찰사무관을 제외한다. 이하 본항에 있어서 같다.)의 동의를 득하여야 한다. 단 검찰관이 미리 일변적으로 동意的한 사건에 관하여는 그러하지 아니하다. 재판관은 체포장의 청구가 검찰관의 동의를 요하는 경우에 있어서 그 동의를 얻지 않았음이 명백한 때에는 체포장을 발부하지 않을 수 있다.”

254) 당시 일본정부가 형사소송법의 일부개정안을 통과시키려는 움직임에 대하여 지명한 형사법학자인 동경대의 團藤重光 교수(최고재판소판사 역임)는 이 “문제는 곧 형사소송의 근본적인 구조에 관계된다. 만약 구법과 같이 직권주의적인 절차라면 수사는 공판절차의 전(前)절차에 지나지 않는다. 이러한 절차에서는 공판절차의 주재자가 재판소인 것과 마찬가지로 전절차인 수사의 주재자는 검찰관이다. …(중략)… 새로운 형사소송법과 같은 당사자주의적인 절차구조 하에서는 완전히 그 취지를 달리한다. 검찰관의 주된 임무는 공판절차에 있어서의 原告官으로서의 임무이다. …(중략)… 이러한 절차구조 하에서는 검찰관은 더 이상 수사의 주재자일 수는 없다. 이것은 단지 이론적으로 그러하다는 정도의 것이 아니다. 실제상으로도 검찰관이 수사의 면에 주력한다면 그 만큼 공판에 있어서의 임무에 공백이 생기는 것은 당연하다. 그것은 공판절차의 당사자주의적 운용을 저해하게 되며, 나아가서는 신형사소송법, 아니 거슬러 올라가면 신헌법 그 자체의 요청인 당사자주의를 근저에서부터 흔드는 일이 될 것이다. 검찰관이 수사의 면에 있어서 사법경찰직원의 활동을 자기의 통제 하에 묶어두려고 하는 움직임은 이러한 근본적인 문제에 결부되는 것임을 충분히 인식하고 있지 않으면 안된다. …(중략)… (이러한 개정)의 방향은 현행법의 정신과 배치된다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 솔직히 말하자면 현행법 제193조조차도 신형소법 입법 당시의 과도기적인 것이며, 장래에는 이 규정이 오히려 점차 제한되거나 삭제되는 방향으로 나아가는 것이 이상적이라 생각하고 있었다.”라는 견해를 표명한 바 있다. 團藤重光, 刑事訴訟法改正案をめぐって—とくに檢察官と司法警察職員との關係—, 警察學論集第6卷第3號, 立花書房, 1953, 3~5면 및 7면.

7월 3일 제16회 국회에 제출되었던 법제심의회의 답신에 기초하였던 개정에 관한 정부안대로 성립한 것이지만, 중의원 법무위원회는 “검찰관이 정한 一般的 指示를 행하는 경우에는 검찰과 경찰이 미리 긴밀하게 연락하여 상호 협력하는 것을 정부는 바란다. 상기 일반적 지시에 의해 개개의 사건의 수사를 직접 지휘하는 일이 없도록 유의하기 바란다”는 부대결의를 덧붙임으로써 개정내용의 의미를 명확히 하였다²⁵⁵⁾. 둘째, 경찰의 체포장의 남용방지에 관한 조치로서 개정전의 사법경찰원에게 부여되었던 체포장 청구권을 경부 이상의 사법경찰원으로 한정하였다. 이와 관련하여 경찰의 체포장 청구의 남용을 방지하기 위해 사법경찰원은 체포장을 청구할 때 미리 검사의 승인을 받도록 요구하고 있었던 당초의 정부안은 통과되지 못했다. 국회가 법관에 의한 체크가 있으면 청구의 남발은 방지될 수 있다는 점을 이유로 들어 당초의 정부안을 수정하여 위와 같이 가결한 것이다²⁵⁶⁾.

한편 경찰의 조직 면에 있어서도 1954년(昭和29年)에 구경찰법에 대한 전면적인 개정이 이루어져 지역에 따라 성격을 달리하는 경찰이 경찰사무를 분담한다는 이원화된 제도가 폐지되고, 경찰의 기본적인 단위를 도도부현으로 일원화함과 동시에 일정한 범위 내에서 국가경찰이 도도부현경찰의 사무에 관여할 수 있도록 한 현행경찰법이 성립되었다. 이 전면 개정은 구경찰법의 경찰민주화와 지방자치의 정신을 살리면서 능률성과 치안책임의 명확화의 요청을 배려한 것이라고 평가되고 있다²⁵⁷⁾.

5. 1960년대의 ‘검찰관 공판전종론’

1960년대초에 이르러 여러 방면으로부터 “검찰관은 본래의 공소관으로서의 역할에 전념하며 수사활동으로부터 완전히 손을 떼고 공판활동에 중점을 두어야 한다”는 주장

255) 당시 일본국회에서의 논의는 일단락되었으나, 이 논의의 근거에는 경찰과 검찰의 관계는 어디까지나 協力關係가 원칙이며, 제193조는 例外規定이라고 하는 경찰 측과 제193조를 넓게 해석하여 경찰수사에 대한 검찰의 관여 여지를 확대하려는 검찰 측의 수사구조에 관한 기본인식의 차이가 깔려 있었으며, 이러한 차이는 오늘날에 있어서도 완벽하게 없어지지 않는다고 평가되고 있다.

256) 横井大三, 改正刑事訴訟法の經過, 改正刑事訴訟法(刑法雑誌別冊), 有斐閣, 1953, 110~111면.

257) 末井誠史・島根悟, 旧警察法下の警察, 講座日本の警察(第1巻 警察總論), 立花書房, 1993, 54면.

이 전개되었다. 수사의 주재자성을 회복하려고 하였던 1950년대의 검찰의 움직임에 대응하여, 검찰의 수사기능을 감축, 즉 구형사소송법적인 수사의 주재자로서의 검찰(검찰관수사주의)을 배척하려고 한 움직임이다. 이것을 ‘검찰관 공판전종론’이라고 한다.

새로운 형사소송법의 시행과 더불어 사법경찰직원이 본래적 수사기관으로서 제1차적 책임을 지고 수사를 행하게 되었으며, 다른 한편으로는 당사자주의화 한 공판단계에 있어서 검찰활동이 한층 확대·중요시되게 된 것과 맥락을 같이 한다고 볼 수 있다. 집중심리방식을 철저화하려고 하였던 재판관들 사이에서도 ‘검찰관이여! 법정으로 돌아오라’는 목소리가 드높아졌으며²⁵⁸⁾, 검찰 내부에서조차도 이러한 요청에 동조하는 움직임이 나타나기도 했다²⁵⁹⁾. 이 이론은 검찰관지망자의 감소라는 사태 등을 배경으로 하면서 현행 일본형사소송법의 공판중심주의를 논거로 제기된 것이며, 검찰의 수사기능 축소라는 접근방향에서는 학계의 유력한 지지를 얻었던 것을 평가되고 있다²⁶⁰⁾.

그러나 이러한 주장은 구체적으로 현실화되지는 않았다. 검찰을 중심으로 하는 반론으로서 ①공소권을 적정하게 행사하기 위해서는 검찰관에 의한 보충적·보정적인 형태의 수사활동은 불가결하다²⁶¹⁾, ②경찰수사의 지나친 독주를 시정하기 위한 수사개입은 적정절차의 관점에서 바람직하다, ③정치적 중립의 보장이나 고도의 법률적·전문적 소양을 필요로 하는 일정한 사건(汚職사건, 경제사범 등)에 있어서의 검찰관의 독자수사는 사회적으로 요청되고 있다는 등의 주장이 그 근거를 이루고 있었다²⁶²⁾.

제4절 한국에 있어서 검·경관계의 형성과 전개

258) 佐々木史朗, 刑事裁判の當面する課題, 判例タイムズ 第105號, 1961, 175면 이하 참조.

259) 1959년 당시 나고야(名古屋)고등검찰청검사가었던 市島成一씨가 ‘검찰의 재건에 관하여’라는 의견서에서, 또한 1963년 安部治夫검사가 자신의 논문 ‘新檢察官論’(中央公論 1963年 5月號 162면 이하)에서 공판전종론을 주장했다.

260) 川崎英明, 田宮裕(編), ホーンブック刑事訴訟法, 北樹出版, 1981, 46면.

261) 이는 구형사소송법에 있었던 예심제도의 폐지되어 사건의 증거를 수집하고 공판에 부하기 위해 혐의의 유무를 심사하는 예심판사의 역할이 없어졌다는 사실과 관련된다.

262) 이러한 주장을 소위 搜查護持論이라고 명명하기도 한다.

이상에서 자세히 살펴본 바와 같이 일본은 명치유신(1868년) 이후 서양문물의 적극적인 수용을 통해 근대적인 사법제도를 기틀을 마련하였다. 특히 형사절차에 관하여는 프랑스치죄법(1808년 제정)을 모태로 하여 1880년에 치죄법을 제정·시행하였으며, 이를 이어 받아 제정된 명치형사소송법(1890년, 구구형사소송법)과 독일법을 계수한 대정형사소송법(1922년, 구형사소송법)이 패전전 일본의 형사절차에 관한 기본법으로 운영되었다.

이 법들은 대륙법의 직권주의적 형사소송법을 계수한 것으로서 수사절차를 단순히 공판절차의 전치적(前置的) 절차에 지나지 않는 것으로 인식하였기 때문에 수사절차의 주체는 재판소에 부치된 검찰국의 검사에게 맡겨져 있었다. 이 시대의 형사사법제도는 검찰이 사법경찰을 지휘하여 수사절차를 주재하고 있었을 뿐만 아니라 공소의 제기 및 유지, 형집행에 이르기까지 형사절차 전반을 장악하여 소위 ‘규문주의적 검찰관²⁶³⁾사법’ 내지 ‘검찰 파쇼’라고 강하게 비판받는 성격의 것이었다.

우리나라가 구한말 근대적 형사사법제도를 이 땅에 미처 정착시키기도 못한 채 일제의 식민지로 전락하여 이러한 일본식 형사절차를 강요받게 된 것도 이 시기의 일이다. 1910년 한일합방 이후 1912년의 조선형사령에 의해 기본적으로 대륙법의 직권주의적 형사절차를 계수한 일본의 明治형사소송법 및 大政형사소송법이 적용되었기 때문이다.

한편 일제시대에는 1912년 3월 18일 조선총독의 제령(制令)11호로 제정된 조선형사령²⁶⁴⁾에 의해 조선에 있어서 특별규정을 둘 필요가 있는 것을 제외하고는 일본에서 시행되고 있던 법률, 즉 형사에 관해서는 일본형법과 일본형사소송법 등이 적용되었다(조선형사령 제1조).²⁶⁵⁾ 그러나 조선형사령에는 식민지 지배를 용이하기 위한 특별규정으로

263) 현재 일본에서 사용하고 있는 ‘검찰관(檢察官)’이란 법률용어는 우리나라의 ‘검사’에 대응하는 개념이다. 본고에서는 우리나라와 한자표현이 다른 일본의 주요법률용어를 가능하면 원어표기를 그대로 사용하기로 하며, 그 주요한 사용례는 다음과 같다. 재판소(裁判所)=법원, 재판관(裁判官)=법관, 사법경찰직원(司法警察職員)=사법경찰관, 사법경찰원(司法警察員)=사법경찰관, 사법순사(司法巡査)=사법경찰관, 구류(勾留)=구속, 통신방수(通信傍受)=감청.

264) 조선형사령은 제정된 이후 우리 나라가 광복될 때까지 12회 개정되었다.

265) 조선형사령은 일본형사소송법을 조선에 의용하는 법적 근거이자 의용형사소송법에 대한 특칙이라는 법적 성격을 가지고 있다.

서 수사기관인 검사와 사법경찰관의 구인, 압수, 수색, 검증 등의 강제처분권(제12조), 사법경찰에 의한 10일간의 유치권(제13조), 검사에 의한 10일간의 구류권(제15조) 등이 마련되어 있었다. 이 때문에 명치형사소송법과 대정형사소송법이 그대로 적용되었던 일본 본토보다 막강한 처분권이 수사를 담당했던 검사는 물론 사법경찰에게도 부여되어 있었다. 대륙법계의 형사절차를 계수한 대정형사소송법은 수사상 강제처분권은 예심판사의 권한에 속해 있었다. 따라서 당시 일본 본토에서는 강제수사는 법적으로 예심판사가 시행하는 것이 원칙이었으며, 검사는 소위 요급사건(要急事件)에 한하여 강제수사를 행할 수 있었고, 사법경찰관은 현행범의 경우에만 극히 제한적으로 강제수사가 허용되었다.

일제는 식민지였던 조선을 효과적으로 지배하기 위해 모든 권력을 원칙적으로 조선총독부에 집중시켰으며, 조선총독은 검사에 대한 임명권을 가지고 있었을 뿐만 아니라 검사동일체의 원칙이 적용되는 정점에 있었다. 한편 사법경찰은 검사의 보조기관으로서 검사의 명령에 복종해야 하는 지위에 있었다(의용형사소송법 제246조 내지 제249조, 조선형사령 제5조). 일제의 식민지 조선에 대한 형사사법제도의 구상은 총체적으로 보면 조선총독을 정점으로 한 검사조직에 권력을 집중시켜 극대화함은 물론 수사기관에 독자적인 강제수사권이라는 광범위한 수사권한을 부여함으로써 식민지의 지배를 용이하게 하자는 것이었다고 볼 수 있다.

제2차세계대전 종전 후 일본을 점령한 연합국군총사령부(GHQ)는 이전의 일본의 수사절차상 인권침해실태에 대하여 비판적 시각을 강하게 가지고 있었으며, 검찰과 경찰의 개혁을 전후 일본사회의 민주화를 위한 최우선 과제의 하나로 인식하였다. 그 개혁의 방향은 수사는 경찰에게 전담시키고 검찰은 공판중심주의에 입각하여 공판정에서의 사실입증에 주력하는 미국식의 인권보장적 형사절차를 일본에 이식하는데 있었다. 이러한 개혁의 결과, 경찰과 검찰의 모습은 이전의 구형사소송법과는 확연히 달리하여 경찰이 독립한 제1차적 수사기관의 역할을 담당하고, 검사는 공소의 제기와 공판의 유지를 주된 임무로 하며 필요가 있을 경우에 한하여 제2차적 보충적·보정적 수사를 담당하도록 자리매김 되었다. 또한 양자의 관계를 상호협력관계로 설정하였다.

광복 직후 미군정청은 우리나라에서도 일제 강점기의 인권침해적 형사절차를 개혁하기 위한 방안으로 미국식 형사사법제도를 이식한 일본식의 개혁을 이 땅에 도입하여

검찰과 경찰의 형사절차상 역할 및 상호관계를 정립하고자 하였다²⁶⁶⁾. 그 과정에서 공포되었던 몇 가지 미군정청의 훈령을 통해, 공소는 검사, 수사는 경찰이라는 형식의 미국식의 형사사법제도가 요구되는 등 미군정 초기에는 경찰에게 독자적인 수사권한이 부여되기도 하였다. 1945년 12월 29일자로 발포된 미군정청의 “법무국 검사에 대한 훈령 제3호”는 기본적으로 수사권은 경찰에게 부여하는 반면 검사에게는 기소와 공소유지의 책무를 부과하고 있었다. 이 훈령은 일제시대 이래 검사에게 부여되어 왔던 사법경찰에 대한 수사지휘권을 배제한 법령이라는 의의를 가지는 것이다.

그러나 결과적으로 우리나라는 일본의 패전후의 검찰과 경찰의 변화와는 판이하게 다른 역사의 길을 걷게 된다. 미군정 초기의 검·경관계 재정립의 개혁시도는 이후 과도기적인 시대상황 속에서 구체적인 입법을 통하여 성문법률로서 정비되지 못했으며, 미군정 중기 이후 그 주도권은 검찰측으로 넘어갔다. 당시 경찰은 일제 식민지경찰의 잔재를 제대로 청산하지 못한 상태였던 반면 검찰을 비롯한 법조계에는 독립운동가 등의 명망있는 인사들이 대거 포진하고 있었기 때문에 경찰과 검찰은 그 신뢰도에 있어 현격한 차이를 보이고 있었다. 이러한 시대적 여건은 형사절차상 경찰과 검찰의 역할 및 상호관계를 미국식으로 재정립하려는 시도에 큰 걸림돌일 수밖에 없었을 것이다. 총체적으로 볼 때, 미군정 중기 이후의 수사권에 관한 규정에 관한 변화는 대륙식 법제도 친숙한 법률가들이 대륙법적인 시각에서 수사권을 검찰에게 집중시켜 가는 과정이었다고 평가할 수 있다.²⁶⁷⁾

미군정시대 이후 대한민국 정부수립과 더불어 법률의 정비가 진행되는 과정에서 종래의 법률가들의 주도로 1954년 현행 형사소송법이 제정되게 된다. 현행 형사소송법은 국회법제사법위원회의 노력에 힘입어 인권보장에 철저한 영미식의 당사자주의적 요소를 적극적으로 가미한 것이었음에도 불구하고, 경찰과 검찰의 관계는 일제하의 그것과 기본적인 맥락을 같이하게 되었던 것이다. 특기할 만한 것은 형사절차법의 정비과정에서 법제정의 주도권을 쥐고 있는 법률가들의 견해가 전면에 등장하고, 역으로 정작 이

266) 광복이후 현행 형사소송법 제정까지의 검·경관계의 변천과정에 관한 자세한 내용은 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅰ)(Ⅱ), 서울대학교법학 제42권 1호·2호, 2001 참조.

267) 같은 취지는 신동운, 앞의 논문(Ⅱ), 278면.

해당사자라고 할 수 있는 경찰측의 견해는 적어도 입법자료의 차원에서는 거의 발견되고 있지 않다는 점이다.

한편 현행형사소송법 제정 당시 우리의 입법자들은 경찰과 검찰의 관계를 어떻게 정립할 것인가라는 문제에 대하여 특별한 관심을 가지고 있었다는 사실은 관련입법자료 등을 통해서 확인할 수 있다. 이 문제에 대한 입법자들의 인식을 개관하자면, 인권보장에 충실하기 위해 영미법계의 당사자주의적 형사절차를 폭넓게 수용하고자 하였으며, 또한 수사과 소추를 분리하여 경찰과 검찰에게 분담시키는 미국식의 수사구조를 도입하는 것이 법이론적으로 보다 바람직하다는 점에 대하여도 공감대가 형성되어 있었다고 볼 수 있다. 이러한 점은 당시 입법과정에 참여했던 검찰출신의 법조이자 형사법학자로서 법제사법위원회를 주도했던 엄상섭 의원의 견해나 검찰총장이었던 한격만의 발언 등을 통해서 간접적으로 엿볼 수 있다.²⁶⁸⁾²⁶⁹⁾

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

268) 형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990, 109면 이하 참조. 당시 형사소송법 초안에 대한 공청회에서 법제사법위원회의 엄상섭 의원은 권력집중에 따른 남용을 방지하기 위하여 장래적으로는 영미식의 수사절차, 즉 수사권과 기소권을 분리하여 수사는 경찰이 전담하고 검찰은 공소유지에 전념하는 형태로 전환되는 것이 바람직하다는 견해를 피력하였으며, 한격만 검찰총장은 이러한 엄상섭 의원의 견해가 법리상으로 타당하다는 점을 인정하고 있었다.

269) 엄상섭 의원의 새로운 검찰제도에 대한 견해에 대하여는 엄상섭, 검찰제도에 대한 신구상(1), 법정, 제2권 제8호, 1947년 8월, 14면 이하; 엄상섭, 검찰제도에 대한 신구상(2완), 법정, 제2권 제11호, 1947년 11월, 28면 이하 참조.

가능력은 오히려 극히 완화시킴으로써 검사가 직접 피의자를 신문하여 수사할 수밖에 없는 이중적 수사구조를 형성시켰던 것이다.

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

이러한 역사적 상황 속에서 수사주재자로서의 지위를 그대로 이어받아 탄생한 한국 검찰은 현행 형사소송법 제정 당시의 강력한 권한을 그대로 유지함에 그치지 않았다. 그간 법규제정에 있어서의 우월적 지위를 이용하여 사법경찰에 대한 지휘권을 확보하기 위한 실로 다양한 법적·제도적 담보책을 마련해 왔던 것이다. 한편 실무운동에 있어서는 법무부는 검찰청직원을 포함한 법무부 소속직원이 관련된 사건에 대하여는 경찰이 직접 수사하지 말고 검찰에 신속하게 사건을 송치하도록 요구하는 예규를 발하기도 하였다.²⁷⁰⁾

5·16 군사쿠데타로 집권한 군사정권은 정권유지의 위해 검찰권을 적극 활용하였고, 집권시기 전반에 걸쳐 검찰의 경찰에 대한 지휘권은 더욱 강화되어 갔다. 검사의 사법경찰에 대한 행정적 책임요구권이 폭력행위등처벌에관한법률[1961년 6월 20일 법률 제 625호]에 규정되었으며(동법 제10조), 검사의 관하 경찰관서의 피의자구속장소에 대한 감찰권이 1961년 9월 1일 제1차 형사소송법 개정시에 신설되었다(형사소송법 제198조의2).

또한 1962년의 헌법 개정을 통해서도 검사의 독점적인 영장청구권이 헌법에 직접 규정됨으로써 형사소송법의 개정을 통한 사법경찰의 법관에 대한 직접적인 영장청구권 허용 여지를 원천적으로 차단하기에 이른다. 1962년 12월 26일 제정된 소위 제3공화국 헌법[대한민국헌법 제6호]은 제10조 제3항에 “逮捕·拘束·押收·搜索에는 檢察官의 申請에 의하여 法官이 發付한 令狀을 提示하여야 한다. 다만, 現行犯人인 경우와 長期 3年以上의 刑에 해당하는 罪를 犯하고 逃避 또는 證據湮滅의 虞가 있을 때에는 事後에 令狀을 請求할 수 있다.”라고 규정하여 법관에 대한 영장청구의 주체를 검사만으로

270) 1958년 4월 23일 제정되었던 동 법무부예규는 1995년 3월에 이르러서야 폐지되었다.

한정시켰던 것이다.²⁷¹⁾

검사의 독점적 영장청구권이 헌법적 조항으로 규정된 배경에는 잘 알려져 있는 바와 같이 박정희 정권이 군사정권 유지의 수단으로서 검찰조직을 적극적으로 활용하였던 역사적 사실과 관계가 깊다. 박정희 정권은 5·16 직후 쿠데타에 관여한 군부출신을 중심으로 구성된 국가재건최고회의를 통하여 입법·사법·행정의 3권을 통합하여 행사하였으며, 특히 혁명재판부와 혁명검찰부²⁷²⁾라는 특별 조직을 설치하여 반국가적·반혁명적 행위자를 처단하는 등의 혁명과업을 수행하기 위한 첩병으로서 활용하기도 하였다.

국가최고재건회의의 주도로 마련된 개정헌법안이 1962년 12월 17일 실시된 국민투표를 의해 확정됨으로써 영장청구의 주체가 최초로 헌법에 의해 검사만으로 한정되게 되었다.²⁷³⁾ 검사의 독점적 영장청구권을 규정한 헌법조항이 정식적인 국회에 의한 입법절차가 아닌 군부쿠데타 직후의 ‘국가재건최고회의’의 활동과정에서 신설되었다는 점은 주목된다. 이는 입법의 절차적 정당성에 흠결이 있었다는 사실은 물론, 조항 신설과 관

271) 한편 동조항은 이후의 대한민국헌법 개정과 더불어 다음과 같은 자구수정 등의 개정이 가해지게 된다. 1972년 12월 27일 제정된 소위 유신헌법[대한민국헌법 제8호]은 제10조 제3항에서 “逮捕·拘束·押收·搜索에는 檢事의 要求에 의하여 法官이 發付한 令狀을 提示하여야 한다. 다만, 現行犯人인 경우와 罪를 犯하고 逃避 또는 證據湮滅의 염려가 있을 때에는 事後에 令狀을 請求할 수 있다.”라고 자구수정이 가해졌으며, 또한 동시에 주거에 대한 압수와 수색에 관한 영장주의를 규정하고 있던 기존의 헌법조항인 제14조에 “檢事의 要求에 의하여”라는 표현이 새롭게 추가되었다. 신군부 집권 이후 1980년 10월 27일에 제정된 헌법[대한민국헌법 제9호]에서는 “검사의 요구에 의하여”라는 표현 대신에 제11조 제3항 및 제15조의 규정이 “검사의 신청에 의하여”로 표현으로 변화되었다. (대한민국헌법[제9호] 제11조 제3항 “逮捕·拘束·押收·搜索에는 檢事의 申請에 의하여 法官이 發付한 令狀을 提示하여야 한다. 다만, 現行犯人인 경우와 長期 3年以上의 刑에 해당하는 罪를 犯하고 逃避 또는 證據湮滅의 염려가 있을 때에는 事後에 令狀을 請求할 수 있다.”) 이후 1987년 10월 29일에 제정된 현행 헌법에서는 위 조항들을 이어받아 규정된 제12조 제3항 및 제16조에서 “검사의 신청에 의하여”라는 표현을 그대로 유지하고 있다.

272) 혁명검찰부는 국가재건비상조치법[1961년 6월 6일 제정, 법률 제42호]에 근거하여 국가재건최고회의가 설치한 조직으로 혁명재판소및혁명검찰부조직법[1961년 6월 21일 제정, 법률 제630호]에 의거하여 반국가적·반혁명적 행위를 한 자를 수사심판하는 임무를 맡았다. 혁명검찰부는 1962년 12월 17일 국민투표를 확정된 개정헌법에 따라 1963년 12월 17일 국가재건최고회의가 폐지되고 제3공화국이 출범될 때까지 국가재건최고회의와 함께 존속하였다.

273) 영장청구의 주체를 검사로 한정시키는 헌법규정이 구체적으로 어떠한 논의과정을 거쳐 입법화된 것인지는 보다 명확한 역사적 규명작업이 필요하다고 본다. 5·16 군사쿠데타 직후 구성되어 제3공화국 출범때까지 존속하였던 국가재건최고회의의 경우, 그 회의과정을 기록한 속기록 등의 관련입법자료는 국회에 보관되어 있지 않으며, 현재 국가정보원에 보관되어 있는 것으로 파악하고 있다.

련하여 공개적인 논의나 충분한 검토가 전제되지 못하였다는 사실을 나타내는 것이기 때문이다.²⁷⁴⁾

한편 군사정권의 검찰권 강화는 비단 사법경찰에 대한 지휘권 강화에만 머물지 않았으며, 소위 유신헌법[1972년 12월 27일 제7차 헌법개정, 대한민국헌법 제8호]이 성립된 이후 1973년 1월 25일의 제3차 형사소송법 개정을 통하여 검찰권이 현저하게 강화됨으로써 검찰의 법원에 대한 상대적 지위도 더 한층 강화되었다. 제3차 형사소송법 개정의 주된 내용은 재정신청 대상범죄의 축소, 구속적부심사제도의 폐지, 판사의 보석·구속 취소·구속집행정지결정에 대한 검사의 즉시항고제도의 신설, 재구속규정의 완화 등이다. 당시 검사의 불기소처분에 대한 재정신청제도를 완전히 폐지하지 않고 수사공무원의 직권남용행위에 한정하여 이를 허용하였으나, 이것도 검찰의 경찰에 대한 통제권을 확보하기 위한 장치였던 것으로 평가되고 있다.²⁷⁵⁾

1995년 12월 29일 제8차 형사소송법 개정시에는 기존의 경찰관서에 대한 구속장소감찰권을 질적으로 더욱 강화시켰다. 즉 그 감찰대상을 경찰관서뿐만 아니라 관하 수사관서 전반으로 확대하였고, 감찰권의 내용에 있어서도 기존의 체포·구속된 피의자에 대한 신문권과 사건송치명령권에 더하여 “적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속되었다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우”에는 체포·구속된 피의자에 대한 즉시석방명령권을 추가하였다.

이상에서 살펴본 바와 같이 검찰이 사법경찰에 대한 수사지휘권을 지속적으로 강화해온 결과, 수사지휘권에 관한 근거규정은 헌법과 형사소송법은 물론, 각종의 특별법과

274) 영장을 발부하는 주체가 법관이여야 한다는 점은 “사법부에 의한 수사기관의 강제수사 통제”라는 영장주의의 근본이념에서 직접적으로 도출되는 개념이다. 따라서 영장주의를 헌법적 차원에서 천명하고자 할 경우, 법관에 의한 영장발부의 원칙은 헌법에 직접 명문으로 표현함으로써 그 취지를 명시할 필요와 실익이 있다. 그러나 영장청구의 주체를 누구로 할 것인지는 각국의 형사정책적 측면 등의 제반사정을 고려하여 결정할 수 있는 사항이지 반드시 헌법에 명시해야 할 사항은 아니다. 그럼에도 불구하고 검사 이외의 다른 주체에 의한 영장청구를 원천적으로 차단하겠다는 취지를 헌법에 직접 규정하는 입법태도는 사정변경에 따른 법개정의 탄력성을 없애는 것으로 과잉입법에 예에 해당한다고 보아야 할 것이다. 한편 검사의 독점적 영장청구권을 규정하고 있는 현행 헌법조항은 문언해석의 한계상 형사소송법에 규정되어 있는 검사의 영장청구를 필요하지 않는 법관의 직권에 의한 영장발부나 법관에 의한 무영장 강제처분 등이 헌법에 위배될 수 있다는 또 다른 문제점을 내포하고 있기도 하다.

275) 신동운, 한국검찰제도의 현황과 개선책, 서울대법학 제29권 제2호, 1998, 44면.

규칙 등에 무수히 산재되어 있다.²⁷⁶⁾ 한국검찰의 수사지휘권은 이제 비교법적으로 유사한 예를 찾아보기 힘들 정도로 과도한 수준에 이르고 있다. 또한 그 지휘는 현재 수사 절차에 한정되어 있지 않으며, 형집행 분야나 범죄의 예방 및 범죄정보수집 등의 행정 경찰 분야에도 확대되어 있는 실정이다.

276) 검사의 수사지휘권 및 검·경관계를 규정하고 있는 현행법상의 제법규는 본고 제5장 제1절 참조.

제3장 각 국의 수사구조

제1절 프랑스

I. 검찰제도

1. 검사의 역할

가. 국내법상의 역할

1790년 8월 16-24일 법률 제1조는 검사의 지위와 관련하여 “공소관은 법원에 있는 행정부의 관리이다”²⁷⁷⁾고 규정하고 있다. 이로부터 검사의 이중적 신분과 역할을 짐작할 수 있다. 검사는 판사와 동일한 선발절차에 따라 사법연수원에서 동일한 교육을 밟으며 상호간에 인사교류가 가능하다는 점에서 신분상 판사와 유사한 지위를 누리고 있으나 교체되거나 해임되지 않는 판사의 신분상 특권은 누리지 못한다.

즉, 검사는 형사법원에서 행정부를 대표하여 공소를 제기하고 유지하며 예심판사를 포함한 법원이 법률을 정확히 적용하고 있는지를 감시하는 역할을 수행한다는 것은 검사의 본질적 임무에 속하는 사항이다.

이러한 특징들로부터 검사는 판사와 유사한 신분상의 지위를 향유하는 준사법기관임과 동시에 법무부장관을 정점으로 하는 행정부의 지휘계통을 따르는 공무원으로서의 이중적 지위를 누리고 있음을 알 수 있다.

프랑스의 형사법 학자들은 검사의 중요기능을 법률의 적용에 대한 감시자²⁷⁸⁾로서의

277) “Les officiers du ministère public sont les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux”(art. 1 titre D-L 16-24 août 1790)

278) 형사소송법 제31조는 “공소관은 공소를 수행하며 법률의 적용을 요구한다.”라고 규정하고 있다. 또한 제35조에서는 “고등검사장은 고등법원의 모든 관할내에서 형사법률의 적용을 감시하는 직무를 맡는다.(중략)”라고

역할뿐만 아니라 형사정책의 수행이라는 점을 또한 강조한다. 이는 날로 증가되는 범죄에 효율적으로 대처하고 국가전반에 걸친 통일적인 형사정책이 적용되어 저야 한다는 원칙에서부터 기소편의주의가 기소법정주의보다 우수한 제도이며 이를 통하여 지역적 또는 시대에 적합한 국가형사정책의 실현이 가능하다고 보는 점이다. 이러한 기소편의주의와 형사정책의 연결은 형사정책의 수립과 실행은 사법부의 업무가 아니라 행정부의 업무라는 헌법적 요구로부터 그 근거를 찾고 있다.

즉, 현행 헌법 제20조 “정부는 국가정책을 이끈다(Le gouvernement conduit la politique de la Nation)”라는 규정으로부터 형사정책(politique criminelle)은 국가정책의 한 요소로서 정부의 업무에 속하는 것이며 이러한 형사정책을 실현하는 자가 바로 법원에 소속된 정부의 대표자인 검사인 것이다. 그런데 형사정책의 구체적 실현은 형사소송법이 검사에게 부여한 기소편의주의²⁷⁹⁾로부터 가능하게 되며 기소법정주의에 의한 획일적인 기소가 아닌 정책적 고려에 의하여 중요범죄에 대하여 우선적으로 공소제기를 하며 중요하지 않은 사안에 대하여는 소추를 대체하는 수단을 행사한다든지 불기소처분을 내리게 된다.

형사정책이란 결국 공소와 관련하여 우선순위를 정하고 형벌의 청구와 관련하여 통일적인 기준을 제시하는 것이다. 가량 마약범죄의 경우 비범죄화 정책을 펼 것인가 아니면 범죄를 적결하기 위하여 기소를 원칙으로 중한 형벌을 요구할 것인가가 형사정책과 관련된 것이며 이는 정부의 국가정책의 수립과 관련하여 법무부장관이 각 고등법원의 고등검사장에게 고등검사장은 고등법원산하의 지방법원의 검사에게 업무지침(circulaire)의 형태로 전달되며 각 검사들은 일반적 지시에 대한 복종의 의무를 지게 된다. 물론 형사정책은 지역적 단위에서도 이뤄질 수 있다. 3-5개의 도를 관할하는 고등법원의 고등검사장은 그 지역의 범죄상황에 맞게 독특한 형사정책을 펼 수 있는데 고등검사장은 지방법원의 지검장에게 사건처리에 대한 일반적 기준을 제시하게 된다.

결국 법률의 적용에 대한 감시자로서의 검사는 공소권한을 이용하여 전 국토에 대하여 또는 한 지역에 대하여 통일적인 형사정책을 적용할 수 있게 되는 것이다. 따라서 효과적인 형사정책의 적용은 적절한 공소권의 행사에 그 본질이 있으며 검사의 역할을

부연하고 있다.

279) 기소편의주의의 원칙은 형사소송법 제40조에 규정되어 있다.

구성하는 중요한 요소가 되는 것이다²⁸⁰). 프랑스 이러한 검사의 형사정책상의 기능이 중시되고 있는 것과는 대조적으로 프랑스와 비슷한 기소편의주의를 채택하고 있는 우리나라에서는 이에 대한 논의가 없는 실정이다.

공소업무는 과거 중세시대 왕의 이익을 대변하던 왕의 대관에서 치죄법 이후 공화국의 이익을 대변하는 공화국의 대관으로 그 위상이 바뀔으로써 검사는 왕 또는 정부를 대표하는 것이 아니라 사회의 대표자로서 일반이익(intérêt général)을 위하여 공소를 제기한다. 이러한 관념에 따라서 프랑스에서는 기소편의주의를 채택하고 있지만 검사에 의해 일단 공소가 제기된 경우에 공소의 철회를 부정하고 있다. 공소제기 후의 모든 공소유지 업무는 검사에게 속하는 것이 아니라 검사가 사회의 이름으로 수행하는 것이다. 따라서 여하한 이유가 있다하더라도 일단 공소가 제기된 후에는 검사는 공소를 포기할 수 없다²⁸¹). 이는 사인소추와 관련해서도 동일하게 적용된다. 검사는 이미 불기소결정을 한 경우에도 사인소추가 이뤄진 경우 공소를 유지해야할 의무를 지게 된다.

나. 유럽의회의 권고문상의 공소관의 역할규정

검사의 역할에 대하여 프랑스의 경우뿐 아니라 국제법의 영역에서 고찰되고 있는지를 살펴보는 것도 유용할 것으로 보인다.

유럽의회(CONSEIL DE L'EUROPE)의 형사재판 체계에서의 공소관의 역할로 명명된 권고안(2000년) 19호는 다음과 같이 공소관의 역할을 정립하고 있다.

공소관의 역할

1. 공소관은 개인의 권리와 형사사법체계의 필요한 효율성을 고려하여 형사상 처벌되는 경우에 사회의 이름으로 일반적 이익을 위하여 법률의 적용을 감시하는 자를

280) 대법원장인 Truche가 이끈 형사사법개혁위원회는 형사정책에 대한 개념을 형사소송법에 삽입하려고 하였다. 이 개혁안에 의하면 “형사정책은 여러 상황들을 고려하고 시민의 평등성을 보장하면서 법률의 적용이 여러 기관들에 의해서 조화되는 방식으로 적용되어야 하는 조건들을 찾고 결정하는 것이다.”(제33-2조)

281) J. Buisson et Serge Guinchard, op. cit., p. 384

지칭한다.

2. 모든 형사사법체계에서 공소관은

- 소추를 제기하고 유지할 것인가를 결정한다.
- 법원에서 공소를 유지한다.
- 법원의 모든 또는 일정한 결정에 대하여 항소를 제기할 수 있다.

3. 일부 형사사법체계에서 공소관은

- 경우에 따라서 지역 또는 지방의 실정에 맞춰 국가의 형사정책을 수행한다.
- 수사를 이끌고 지휘하며 감독한다.
- 피해자가 효과적인 도움과 지원을 받는지 감사한다.
- 소추를 대체하는 수단을 결정한다.
- 사법부의 결정에 대한 집행을 감독한다.

위와 같은 국제사회의 공소관 즉 검사의 역할에 대한 권고안을 토대로 분석하면 모든 형사사법체계에서 공통적인 역할은 공소의 제기 및 유지와 법률의 적용에 대한 감시 기능에 있으며 대륙법계의 사법체계 또는 영미법계 사법체계에 따라 일정 부분 역할이 달라질 수 있으며 기소편의주의를 채택하는 프랑스의 경우처럼 형사정책의 수행 또한 중요한 역할로 꼽을 수 있다는 것을 알 수 있다.

수사와 관련하여 위의 권고안에서 주목할 것은 수사를 이끌고, 지휘하며 감독한다는 검찰의 역할로부터 과연 수사의 직접 수행이 검사의 본질적 역할에 해당되는가에 대하여 위 권고안은 검사의 기능을 수사에 대한 지휘 및 감독에 한정하고 있으며 직접수행에 대하여는 언급하고 있지 않다는 점이다.

더욱이 위 권고안은 공소관과 경찰의 관계에 대하여 다음과 같이 정하고 있다. “21. 일반적으로 공소관은 공소를 제기하거나 유지하기로 결정한 경우에 적어도 경찰수사의 적법성을 확인해야 한다. 이러한 점에서 공소관은 경찰이 인권을 보장하고 있는 방식을 통제해야 한다.”

결국 이 권고안을 종합적으로 분석하면 검사는 수사의 집행자인 경찰의 인권침해 사례를 방지하기 위하여 수사의 적법성을 점검하고 공소의 제기와 유지를 위하여 수사를

지휘, 감독하는 역할에 그쳐야 한다는 사실이다. 인권침해의 우려가 있는 수사의 집행자가 동시에 인권침해를 감시하는 역할을 맡을 수는 없는 것이다²⁸²⁾.

2. 검사의 공소권 남용에 대한 견제

가. 기소편의주의의 실제

앞에서 언급하였듯이 기소편의주의는 공소권의 적정한 행사를 통하여 시대상 또는 사회상의 변화에 따라 법률을 획일적으로 적용하는 것이 아니라 유연하게 적용토록 가능하게 하여 형사정책의 추진을 가능하게 한다. 광의의 불기소처분은 공소권이 없거나 죄가 성립되지 않거나 죄를 구성하지만 여러 가지 정황에 의하여 기소유예 처분을 하는 경우를 포함한다. 따라서 엄격한 의미의 불기소처분은 범죄사실이 있음에도 불구하고 형사정책적 고려에 의하여 기소유예의 결정을 하는 것을 뜻한다 할 것이다. 프랑스 이러한 기소유예의 사유는 다양하게 나타난다. 예를 들어 피해가 없거나, 피해가 보상되거나, 범죄가 중하지 않거나, 소추가 새롭게 공공질서를 혼란케 할 우려가 있는 경우, 범죄의 동기에 대한 고려, 범인의 성격에 대한 고려 등이 그것이다²⁸³⁾.

그러나 이러한 이유들이 기소유예처분의 명분으로 작용하지만 때에 따라서는 과도한 양의 사건을 검사와 법원이 처리할 수 없다는 현실적 한계로부터 기인하기도 한다. 사건량의 과다로 인한 기소유예의 활용은 평등의 원칙에 반하는 문제점을 안고 있지만 사건의 유입량을 조절하여 형사법원의 병목현상을 해소할 수 있다는 장점을 포함하고 있다.

이처럼 기소유예에 의존하는 것은 준행정적 성격의 관리방식으로서 사건처리를 위하여 유용하다. 그러나 경미한 범죄들에 대하여만 적용된다는 것이 분명하지만 사회여론에서는 사법부를 불신케하는 요인이 되고 있다²⁸⁴⁾.

282) 검사의 법률의 감시자로서의 기능은 예심판사의 수사가 위법한 경우 수사행위의 무효를 얻어내기 위하여 고등법원의 수사부에 무효청구(nullité)를 할 수 있다는 데서 직접 나타난다.

283) Jean-Luc Poisot, <Action publique et action civile - Action publique>, Juris-Classeur, Procédure pénale, 1998, n75

284) Ibid., n76

위와 같은 맥락에서 결국 공소권의 적정한 행사는 기소편의주의 하에서 범죄의 비중과 우선순위에 대한 형사정책적 고려와 함께 기소법정주의로부터 올 수 있는 법원의 업무의 과중현상을 억제할 수 있는 균형이 필요한 것이다. 이에 따라 형사소송법 제40조는 1998년 6월 17일의 법률에 의하여 기소유예 처분을 하는 경우 피해자가 미성년자로서 형법 제222-23에서 제222-32조까지 및 제227-22에서 제227-27조에 해당하는 범죄의 경우에는 기소유예의 사유를 서면으로 명시하여 통지하도록 개정되었다.

나. 사인소추제도

사인소추제도의 기원은 오래된 프랑스 형사법의 역사속에 존재한다. 직권주의 시대 이전에 당사자주의를 채택하였던 프랑스는 검찰제도가 출현함에도 불구하고 여전히 피해자 당사자의 권리를 그대로 인정하였다. 즉, 피해자는 형사소송절차에서 금전상의 배상을 요구할 수 있었는데 피해자가 소추를 한 경우에 공소관은 소추가 피해자에 의해 진행되도록 개입을 하지 않았으며 단지 구형을 하거나 피해자의 소송행위를 통제하기 위해서 부차적인 당사자로서의 역할만을 수행했다²⁸⁵⁾. 이러한 사인소추제도는 실상 우리나라에 소개가 거의 안 된 상태이나 프랑스 형사소송구조에서 차지하는 비중과 그 의의는 실로 크다 하겠다.

직권주의로 대표되는 프랑스 형사법체계가 과거의 당사주의적 요소가 강한 사인소추제도를 그대로 유지하고 있다는 것은 아이러니컬한 부분도 있지만 검사제도의 등장과 함께 그리고 치죄법이후에 검사의 기소독점에 대한 견제로써 독일이 기소법정주의를 택하는 것과 견주어볼 때 그 중요성을 알 수 있으며 20세기에 들어서 형사소송법의 개정과 판례의 경향을 보더라도 사인소추제도는 약화되고 있는 제도가 아니라 오히려 그 기능이 강화되고 있는 추세라는 것을 알 수 있다²⁸⁶⁾.

사인소추제도는 검사가 기소를 하지 않은 경우뿐만 아니라 수사가 개시되지 않은 상태에서 독일과 달리 경미범죄에 한정되지 않고 모든 범죄의 직접피해자가 예심판사에

285) André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p.59

286) 전체 공판사건의 16-17%가 사인소추에 의해 제기된다.

게 직접 소추를 구하는 행위이며 예심판사는 공소권이 없거나 죄가 성립되지 않는 등의 특수한 경우를 제외하고 검사를 통하여 기소를 강제토록 하며 검사에 의해 이미 공소가 제기된 경우에도 피해자는 형벌권의 발동을 더욱 공고히 하기 위하여 소송절차에 직접 개입하여 검사와 거의 대등한 각종의 소송행위에 대한 청구권을 행사하게 되며 형사소송상의 당사자의 지위를 부여받게 된다²⁸⁷⁾.

다. 검찰항고 절차의 신설

프랑스의 형사소송법은 이러한 검찰의 기소편의주의에 대한 강력한 견제장치를 사인소추제도를 통하여 피해자에게 마련하고 있으면서도 2004년 3월 9일의 법률은 우리의 검찰항고와 유사한 절차를 신설하였다. 즉, 형사소송법 제40-3조는 지검장에게 범죄를 고발한 모든 사람은 지검장의 불기소결정이 내려진 이후에 고등검사장에게 이의를 제기할 수 있다고 규정하고 있으며 이 경우 고등검사장은 제36조의 조건하에서 소추를 제기하도록 지검장에게 명할 수 있으며 이의신청이 타당성이 없는 경우 그 사실은 관련자에게 통보하도록 하고 있다. 여기서 사인소추제도와 이러한 검찰항고 절차와의 관계를 본다면 사인소추를 할 수 있는 경우는 범죄의 직접적이며 개인적인 피해자가 사당사자를 구성하는 내용의 고소장을 제출한 경우에만 가능하다는 측면에서 사인소추를 할 수 있는 자격을 갖추진 못한 경우와 사당사자를 구성하는 내용이 아닌 일반 고소장을 제출하는 경우에도 폭넓게 고발의 개념으로 파악해야 할 것으로 검사의 기소편의주의에 대한 강력한 견제장치로서의 사인소추제도는 검찰항고 절차의 신설로 더욱 공고해 졌다고 평가할 수 있다²⁸⁸⁾.

287) 좀더 자세한 사인소추제도에 대하여는 참고 '프랑스의 사인소추제도', 경찰법연구 제2호, 2004, 168면 이하참조

288) 2000년 검사에 의한 기소유예율은 32.1%에 이른다. 자료출처: <http://www.justice.gouv.fr/>(법무부)

II. 사법경찰관제도

1. 사법경찰관제도의 기원

가. 사법경찰관 제도의 의의

사법경찰 또는 사법경찰관제도를 어떻게 정의할 것인가에 대하여는 여러 가지 방법이 있을 수 있다. 경찰이란 개념이 기능 또는 작용면과 구별하여 조직 또는 제도적인 측면에서 파악될 수 있는 개념이므로 전자의 기준에서 보게 된다면 사법경찰이란 형사 절차를 마련하고 있는 모든 국가에서 찾아볼 수 있는 보편적인 개념이겠지만 제도적 측면 또는 사법경찰의 기능을 수행하는 조직이라는 기준에서 본다면 범죄의 발견과 증거의 수집 범인의 발견을 주 임무로 하는 형사소송법이 정하고 있는 일정한 부류의 공무원만을 의미하게 된다.

이러한 기준에 의하여 살펴보면 현행 프랑스 형사소송법의 규정은 기능상의 사법경찰(police judiciaire)과 조직상의 사법경찰(le service de police judiciaire)을 별도로 규정하고 있다. 우선 형사소송법 제14조의 전단에 의하여 예심이 열리지 않은 경우에 범죄를 적발하고, 그에 대한 증거를 수집하고 범인을 발견하는 일체의 작용이 기능상의 사법경찰을 의미하며 두번째로 사법경찰은 제14조에 규정된 행위들의 수행을 맡고 있는 제12조에 규정된 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리를 지칭한다²⁸⁹⁾.

사법경찰의 특징을 보면 우선 기능면에서 공공질서의 유지(maintien de l'ordre)라는 행정경찰(police administrative)과 구별될 뿐만 아니라 조직면에서 범죄예방을 주로 담당하는 행정경찰부서 어느 정도 구별된다. 둘째로 일반경찰과 특별경찰이라는 기준에서 볼 때 사법경찰은 형사소송법이 규정하는 권한을 특수한 범죄와 일정 장소내로 제한되어 행사하는 것이 아니라 일반적으로 행사할 수 있다는 점에서 일반사법경찰관과 특별사법경찰관의 구별을 통상 두고 있다. 세째로 사법경찰의 구성원을 보더라도 단일화된 체제가 아니라 형사소송법이 규정하는 권한의 범위면에서 통상 2개 이상의 그룹으로

289) J. Pradel, op. cit., n158

분류될 수 있다. 우리의 사법경찰관과 사법경찰리가 그러한 모습이며 프랑스의 경우 세 가지 그룹으로 분류하고 있다.

이상과 같은 기준을 적용한다면 형사사법시스템이 존재하는 모든 나라에서는 사법경찰작용이 존재한다고 할 수 있으나 엄격한 의미에서 사법경찰제도는 형사소송법전에 근거하여 법관을 제외한 특수한 부류의 사법경찰관리가 범죄에 대한 수사를 맡고 있는 체제라고 정의내릴 수 있다. 따라서 사법경찰제도를 채택하고 있는 나라는 프랑스, 일본, 우리나라²⁹⁰⁾ 등이 대표적일 수 있는 반면에 독일²⁹¹⁾이나 영미법계에서는 사법경찰제도를 두지 않고 있다.

엄격한 의미의 사법경찰관제도로 받아들이다면 사법경찰의 임무와 이를 수행하는 공무원을 명문화한 프랑스의 치죄법으로부터 우리는 사법경찰관제도의 기원을 찾을 수 있으나 오늘날과 같은 확립된 모습이 아니라 초기의 불완전한 모습을 보인다.

나. 죄와형벌법전상의 경찰개념과 사법경찰과 행정경찰의 구분

1670년 대칙령이 현행범죄를 제외하고 법관들이 직접 서류를 작성하도록 명하고 있으나 이러한 규칙은 종종 무시되었고 조사위원(commisaires-enquêteurs)과 같은 사법부의 보조자들이 사법경찰의 중요한 권한들을 행사하고 지방의 법관들인 les baillis 와 sénéchaux에게 지시사항을 보고하고 이들에게 수사서류들을 송부하는 역할을 담당하였다²⁹²⁾.

프랑스 대혁명이 발발하기 전까지 프랑스의 형사법체계는 사법기능과 경찰의 기능이 명확한 구별이 없이 혼용되었다. 그의 대표적인 예가 형사판사(lieutenants généraux

290) 우리나라는 사법경찰관제도를 두고 있지만 약간은 왜곡된 형태를 보인다. 즉 형사소송법에 경찰관의 계급을 기준으로 일반사법경찰관과 사법경찰리를 구분하고 있으면서 별도의 법률(검찰청법)에 의하여 일반사법경찰관리를 다시 지정할 수 있도록 함으로써 특별한 입법형식을 취하고 있다.

291) 독일은 사법경찰관리라는 용어를 사용하지 않고, 경찰관 또는 경찰기관, 검사의 수사관이라는 용어를 사용하고 있어 이들을 통합하여 사법경찰관 또는 사법경찰리로 분류 하고 있지 않아 사법경찰관제도를 채택하고 있다고 보기 어렵다.

292) Pascal Lemoine, op. cit., n22 ; A. Decocq, J. Montreuil, J. Buisson, Le droit de la police, Litec, 1998, p. 19

de police)였는데 재판업무와 함께 경찰업무도 동시에 수행하였다. 이들은 경찰위원(commissaires de police)에 대하여 지휘를 할 수 있었으며 이 경찰위원들은 형사판사(lieutenants généraux de police)의 권한 중에 일부를 행사하였다²⁹³⁾.

프랑스 혁명을 거치면서 사법과 경찰의 구조와 함께 적용되는 법률적 체계가 변화하게 된다. 첫 번째 특징은公安력 즉, 경찰조직을 피동적 존재로 규정하였다는 사실이며 두 번째 특징은 사법경찰과 행정경찰의 기능상 분리이다. 첫 번째 특징으로부터 우리는 1958년의 형사소송법의 개정전까지 프랑스의 실정법 체계가 현실을 무시하고 경찰의 역할을 독자적 권한이 결핍된 극히 제한된 권한만을 행사하도록 한 이유를 짐작할 수 있다. 즉, 프랑스 인권선언에서는 “公安력(force publique)²⁹⁴⁾은 헌법이 그 기능을 부여한 법원과 행정관의 청구에 의하여 법률의 집행과 내무질서의 유지를 보장하기 위하여 창설된다”라고 규정하여公安력이 본질적으로 복종적임을 나타내고 있다²⁹⁵⁾.

프랑스 최초 헌법의 모태인 1790년 8월 16-24일의 법률은 삼권분립의 정신에 따라 처음으로 행정권과 사법권의 분리를 선언함으로써 경찰분야에서도 사법경찰과 행정경찰의 분리를 간접적으로 시사하였다. 이 법률은 다음과 같이 규정하고 있었다. “사법기능은 행정기능과는 구별되며 항상 분리되어야 한다. 그리고 재판관은 여하한 방식으로든 행정기관의 작용을 방해해서는 안 되며 직무와 관련하여 자신들의 앞에 행정관들을 소환해서도 안 된다.”

이러한 삼권분립의 사상에 기초하여 1795년 죄와형벌법전(Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV)에서 처음으로 사법경찰과 행정경찰을 구별하였으며 아울러 경찰의 개념도 정의내리고 있다.

이 법전 제15조는 “범죄에 대한 처벌은 구별되며 병립할 수 없는 두 기관 즉, 경찰과 사법부의 행위를 요구한다. 경찰행위는 본질적으로 사법부의 행위에 선행한다.”고 선언하면서 제16조에서 “경찰은 공공질서를 유지하고 개인의 자유와 재산 및 안전을 유지

293) Jean Montreuil, <Police judiciaire-disposition générale>, Juris-Classeur Procédure pénale, 1999, n22

294) 혁명 당시에는 오늘날의 내무부 소속의 국립경찰조직이 생성되지 않았으며 여기서의公安력(force publique)은 국방부 소속의 군경찰(Gendarmerie)을 기본적으로 지칭하는 것이다.

295) A. Decocq, J. Montreuil, J. Buisson, op. cit., n141

하기 위하여 설치된다.”라고 명시하고 있다.

그리고 제19조에서는 행정경찰의 개념을 행정경찰은 공공질서를 유지함을 목적으로 한다고 하면서 그것은 주로 범죄를 예방하는데 있다고 선언하였다. 제20조에서는 사법경찰은 행정경찰이 제지하지 못한 범죄를 찾아내고 그 증거를 수집하여 범죄자의 처벌을 맡은 재판소에 이들을 인계한다고 선언하고 있다.

이 법전이 시사하는 중요한 의미는 다음과 같이 평가될 수 있다. 우선, 범죄에 대한 처벌기능 즉, 사법기능이 사법기관의 전속적 권한이며 행정관청인 경찰의 본래적 기능에서 배제되는 것인가에 대하여 사법경찰과 행정경찰이 기능상 구별된다고 하여 사법경찰의 기능이 사법부의 업무를 수행하고 있다고 보는 것은 잘못된 평가이며 범죄를 처벌하는데 있어서 경찰은 사법부에 선행하며 이는 제16조가 말하고 있는 경찰의 본래적 기능인 “공공질서의 유지와 개인의 자유와 재산 및 안전유지”의 개념에 경찰이 수행하는 범죄의 처벌기능이 포함된다는 것을 뜻한다는 것이다²⁹⁶⁾.

이와 같이 법연혁적 측면에서 J. Buisson 교수는 경찰행위의 궁극적인 목적은 사법경찰과 행정경찰의 구별을 불문하고 공통적으로 공공질서의 유지에 있으며 사법경찰이 참여하는 형사절차에서의 실체진실발견은 목전의 목적에 해당한다고 주장하고 있다. 프랑스 혁명당시에 삼권분립 사상에 기초하여 경찰의 기능을 사법경찰과 행정경찰로 구분한 이유는 구체제 하에서 고등법원의 권한남용을 경험하였기 때문에 사법경찰을 지휘하는 사법당국이 공공질서와 관련된 행정영역에 침범하는 것을 우려하였기 때문이다²⁹⁷⁾. 이에 따라 재판관할에 있어서도 행정법원과 사법법원이 엄격히 구별되게 된다.

다. 치죄법상의 사법경찰관제도의 문제점

치죄법은 수사와 관련하여 세 가지의 큰 문제점을 안고 있었다. 첫째는 사법경찰행위와 소추행위, 예심행위가 명확히 구별되지 못하고 혼동되고 있다는 것이다. 둘째는 사

296) 이와 같은 관점에서 우리나라 경찰행정법 분야에서 통상적으로 사법경찰은 본래적 의미의 경찰개념에 들어가지 않는다는 견해는 비판받을 수 있다.

297) Jean Montreuil, op. cit., n23

법경찰관의 권한에 대하여 비현실적인 허구의 규정들이다. 세째는 법률의 공백으로 특징지어 진다.

(1) 사법경찰관의 구성과 관련한 혼동

죄와형벌법전에서 이뤄진 사법경찰과 행정경찰의 구별은 뒤에 이어지는 1808년의 치죄법(Code d'instruction criminelle de 1808)에 계승되지 못했다. 치죄법은 사법경찰의 기능만을 좀더 상술하는데 그치고 행정경찰에 대한 언급을 삭제하였다. 반면에 치죄법은 사법경찰의 기능을 좀 더 구체화했을 뿐만 아니라 사법경찰의 기능을 수행할 사법경찰관의 부류를 처음으로 지정함으로써 사법경찰관제도의 효시가 된다는 점에서 그 중요성을 찾을 수 있다. 즉, 치죄법은 현행 형사소송법(제14조)과 유사하게 “사법경찰은 중죄, 경죄, 위경죄를 발견하고 그에 대한 증거와 범인을 처벌을 맡고 있는 법원에 인계한다”(제8조)²⁹⁸⁾라고 규정하면서 제9조에서 사법경찰관의 부류를 세단계로 구분하고 있다. 첫째는 검사와 예심판사를 포함하는 고등관(officiers supérieurs), 치안판사(juge de paix), 경정(les commissaires généraux de police), 군경찰장교(officiers de gendarmerie), 부시장을 포함하는 검사보조관(officiers auxiliaires du procureur), 전원감시관과 산림감시관을 포함한 하등관(officiers inférieurs)으로 구성하고 있다²⁹⁹⁾.

이처럼 사법경찰관을 지정한 초기단계에서는 검사와 예심판사를 사법경찰관에 포함시켜 예심기능, 소추기능 및 사법경찰기능의 완전한 분리가 이뤄지지 못했다는 것을 알 수 있다. 사실 치죄법을 제정할 당시 검사에게 사법경찰관에게 부여된 권한을 행사하도록 할 것인가에 대하여 논란이 있었다. 일부의 의견은 검사는 소송의 당사자이므로 수사행위를 하도록 놔두는 것은 정의에 반할 수 있다는 것이었다³⁰⁰⁾. 이러한 의견은 현행 범 수사의 경우를 제외하고 예심판사에게 수사를 맡기도록 하였으나 결국 사법경찰관의 명단에는 검사를 포함시키게 된다.

298) Article 8

La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir.

299) A. Decocq, J. Montreuil, J. Buisson, op. cit., p.41

300) Jean Montreuil, op. cit., n32

여하튼 검사와 예심판사의 사법경찰관으로의 편성은 몇 가지 문제점을 낳게 되었다. 왜냐하면 치죄법 제279조에 따라 사법경찰관은 고등검사장의 감독을 받아야 했으므로 예심판사는 결과적으로 고등검사장의 통제를 받게 되며 이는 법관의 독립성이라는 측면에서 심각한 문제가 아닐 수 없었다. 반대로 제280조에 따라 검사는 사법경찰관으로서 예심법원인 형사소추부의 통제(contrôle)를 받게 되는 불합리를 낳게 되었다. 결국 이러한 사법경찰관의 범주를 결정하면서 생긴 혼란은 1958년 형사소송법의 제정으로 해소되게 된다.

(2) 수사주체에 대한 허구(fiction)

수사주체자로서의 인정은 법률의 직접적 규정에 의하여 수사할 수 있는 권한을 부여 받은 경우를 말하므로 검사의 지휘를 받아 수사하는 수사지휘권에 근거한 수사와는 구별된다. 현행 프랑스의 형사소송법은 사법경찰관리를 수사의 주체자로 규정하고 있다. 그러나 수사의 주재자는 예심이 개시되지 않은 경우에는 검사에게 예심이 개시된 경우에는 예심판사가 된다³⁰¹⁾. 이와는 달리 치죄법 하에서는 사법경찰관에 대한 수사의 주체성이 거의 인정되지 않았다.

치안판사, 군경찰장교, 경찰위원(commissaire de police), 시장 및 부시장을 포함하는 검사보조관에게 부여된 사법경찰관으로서의 권한은 극히 제한적인 것으로 현실을 반영하지 못한 허구로 평가될 수 있다. 수사지휘권과 구별되는 수사권의 귀속의 문제는 치죄법상의 검사 및 경찰의 권한과 오늘날의 권한을 비교하면 확연히 알 수 있다.

치죄법 제22에서 제47조까지로 구성된 chapitre IV는 “검사와 그의 대리인(substituts)”라는 제하에 두개의 section을 포함하고 있는데 제22조에서 28조까지의 ‘검사의 사법경찰에 관한 권한’과 제29조부터 제47조까지의 “직무수행상 검사의 작용방식”에 대하여 규정하고 있다. 반면에 치죄법 제48조에서 제54조까지로 구성된 chapitre V는 “검사의 보조경찰

301) 현행법 수사외에 예심이 개시된 경우에는 예심판사가 독자적인 수사권한을 행사하게 된다. 결국 현행법 수사에서는 검사가 수사의 주재자가 되며 예심단계에서는 예심판사가 수사의 주재자가 되어 두 종류의 법관이 공히 강제수사권을 보유하게 된다. Jean Montreuil, op. cit., n34

관(Officiers de police auxiliaires du procureur impérial)”이라는 제목을 달고 있다. 여기서 경찰관(officiers de police)은 경찰위원(commissaires de police), 군경찰장교(officiers de gendarmerie), 치안판사(juge de paix)를 지칭하는 것으로 조문의 수나 권한의 내용면에서도 검사와 일반 사법경찰관은 많은 차이를 보인다.

〈표 1〉 치죄법상 사법경찰관과 검사의 수사권한 비교

사 법 경 찰 관	검 사
위경죄에 대한 고소, 고발접수 및 인지권, 공소권(제11조)	경죄 또는 중죄에 대한 인지 및 소추권(제22조)
경찰력 응원요구권(제25조)	경찰력 응원요구권(제25조)
중죄, 경죄에 대한 고발장 접수권(제48조, 제50조)	고검장에 대한 범죄발생 보고의무 및 사법경찰권 행사명령에 대한 복종의무(제27조)
현행범수사에서 고발장 접수, 조서작성권, 참고인 조사권과 검사가 보유한 가택방문 및 기타권한 행사권(제49조, 제50조)	현행범죄 현장에 대한 입장 및 초동수사권(제32조)
발생 중죄 및 경죄에 대한 보고의무(제29조)	현행범죄에 대한 참고인 조사권(제33조)
고발장, 조서 등 송치의무(제53조, 제54조)	현행범죄 현장에서 퇴거금지명령권(제34조)
현행범 체포권(제106조)	무기 및 범죄 공여물에 대한 압수권한(제35조)
	가택에 대한 압수, 수색권(제36조, 제37조)
	현행범 수사에서의 구금명령권 또는 구인영장 발부 및 실질심사권(제40조)
	조서작성권(제42조)
	전문가에 대한 협력요구권(제43조)
	변사자 검시권(제44조)
	예심판사에 대한 조서, 수사서류, 증거물 등의 송치의무(제45조)
	현행경죄 수사시 사법경찰관의 수사중지 또는 계속수사 승인권(제51조)
	현행범 수사시 사법경찰관에 대한 수사위임권(제52조)

사법경찰관의 권한은 범죄의 인지, 고소·고발장의 접수 등 피동적이며 제한적이었던 것을 알 수 있다. 게다가 수사권의 핵심은 강제수사권의 유무에 있으나 위의 표를 보면 사법경찰관은 독자적인 강제수사권을 행사할 수 없음을 알 수 있다.

당시에는 오늘날과 같은 현행범수사시 경찰의 초동수사권이나 압수수색권한을 마련하고 있지 못하는 등 수사권의 주체로서 배제되고 있다. 예를 들어 변사자의 검시를 보면 치죄법 제44조는 “범죄로 인한 것이거나 사인이 확인되지 않거나 의심스러운 경우에 검사는 한명 또는 두명의 공중의를 참석케하여 사망의 원인과 시체의 상태에 대하여 보고토록 한다.(중략)”로 규정하고 있으나 현행 형사소송법 제74조가 검사가 직접 검시를 하거나 사법경찰관에게 위임할 수 있도록 하고 있는 등 오늘날의 법제와는 많은 차이를 보인다.

사법경찰관은 법문의 해석상 현행 또는 준현행범죄에 대하여 단지 검사의 위임이나 도지사의 청구의 형태로 수사를 할 수 있었으며 변사자발생과 관련한 초기수사도 검사의 위임에 의한 방식이었다³⁰²⁾. 현행범수사와 관련하여 법률상의 위임근거가 있었으나 실무상으로도 현행범수사는 검사가 직접 수사할 수 없는 어려움과 수사의 즉시성의 이유로 인해 사법경찰관이 맡게 된다³⁰³⁾. 치죄법의 수사주체에 대한 허구는 이처럼 사법경찰관은 법관의 위임에 의해서만 행동한다는 원칙인 것이다. 이러한 허구는 또 하나의 허구를 낳았는데 치죄법은 사법경찰관의 존재를 부정하고 이들에게 어떠한 권한도 부여되지 않았으며 사법경찰관이 통상적으로 이들에게 위임하였다는 것이었다. 이는 결국 불법일뿐만 아니라 공중의 기본권에 대하여도 위협한 것이었다³⁰⁴⁾.

결국 치죄법제정당시에 수사의 실질적인 권한을 검사와 예심판사에게 주고 이들이 갖고 있는 권한을 위임의 형식으로 사법경찰관에게 주어 수사를 하였으나 1958년의 형사소송법은 이러한 허구를 없애고 수사실무를 그대로 반영하여 검사와 예심판사에게는 사법경찰관의 자격을 박탈하여 군경찰과 국립경찰관으로 구성된 사법경찰관에게 부여하고 그 대신 사법경찰관이 보유하고 있는 수사권한을 종전과 같이 행사할 수 있도록 허용하였다. 결국 1958년의 형사소송법에 의하여 수사의 직접 실행권은 법률에 의하여 원칙적으로 사법경찰관이 가지며 검사는 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 행사하여 예

302) 제52조는 검사에게 보조사법경찰관에게 현행범의 경우 자신의 권한의 일부를 맡길 수 있다고 규정하고 있다.

303) 국사원의 위원들은 보고서에서 다음과 같이 언급하고 있다. “사법경찰이 즉각 나타나야 하고 나타날 수 있어야 한다. 지체할 시각이 없다. 최소한의 지체는 범죄자와 범죄의 흔적을 없앨 것이다.” : Jean Montreuil, op. cit., op. cit., n34

304) A. Decocq, J. Montreuil, J. Buisson, op. cit., p.22, note 18

외적으로 직접수사를 담당하며 예심판사는 예심판사의 본래적 수사권한에 속하는 사항을 촉탁수사의 형식으로 사법경찰관에게 위임하는 체제가 정착하게 된 것이다³⁰⁵⁾.

(3) 법률상의 공백(lacune)

치죄법은 사법경찰관에게 실질적인 수사권한을 부여하지 않은 허구성의 문제와 같은 맥락에서 수사의 실무를 반영하지 못하고 범죄수사에 필요한 기본적인 권한들을 명문화하지 못한 법률상 공백의 문제를 안고 있다³⁰⁶⁾. 다양한 수사권한 중에서도 네 가지의 법률상 공백을 우선적으로 꼽을 수 있다.

첫째는 예비수사에 대한 규정의 미비이다. 현행 형사소송법은 제75조에서 제78조까지의 규정을 예비수사(l'enquête préliminaire)에 할애하고 있으나 치죄법은 예비수사에 대한 규정을 마련하지 않았다. 예비수사는 그 특징이 임의수사에 있으므로 법률상의 수권조항이 필요한가에 대하여 반론이 있을 수 있으나 예외적으로 강제수사를 포함하고 있는 예비수사는 고소 또는 고발장의 접수, 참고인에 대한 심문 등 정형적 절차들을 포함하고 있으며 검사로 하여금 기소유무를 결정할 수 있는 사전정보를 제공하는 역할³⁰⁷⁾을 한다는 데서 수사의 한 카테고리로 설정하는 것이 타당하다고 볼 수 있다. 예비수사는 법률의 규정없이 사실상 비공식수사(enquête officieuse)라는 형태로 자리 잡게 되다가 형사소송법에 의해 명문화된다.

두 번째는 경찰수사단계에서의 강제구금(garde à vue)권이다. 현행범인 또는 기타범죄의 피의자를 체포한 경우와 피의자가 출석한 경우에 신문 또는 증거수집 등을 위하여 피의자에 대한 일정기간의 구금이 필요하였으나 치죄법은 경찰의 강제구금권을 예정하지 못하였다.

세 번째는 법률상 사법경찰관은 현행범수사의 경우 검사의 권한위임을 통하여만 수

305) “치죄법에 의하여 사법경찰의 임무는 검사와 예심판사에게 부여됐으나 새로운 법전은 이러한 허구를 없애고 사법경찰의 임무를 사법경찰관에게 부여하였다.” : Jean Montreuil, op. cit., n53

306) “입법가들이 (사법경찰의) 목적과 경찰로 하여금 이 목적을 합법적으로 달성하기 위해 부여해야할 권한을 혼동한 것으로 보인다.” : Ibid., n45

307) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., p. 73

사가 가능하였으며, 예심판사의 예심단계에서 사법경찰관에 대한 위임규정은 마련하지 않았다. 이는 적은 수의 예심판사가 직접 예심을 하는 것이 현실적으로 불가능한 문제로 봉착하고 사법경찰관에게 위임하는 것이 관행적으로 이뤄지게 되었으며 결국 1933년 2월 7일과 1935년 3월 25일의 법률에 의하여 위임수사(commission rogatoire)가 명문화됐다³⁰⁸⁾.

네 번째는 치죄법은 사법경찰관의 구성에 대하여만 언급함으로써 사법경찰리의 존재와 권한을 설정하지 않았다. 결국 1958년 형사소송법의 개정으로 사법경찰관이라는 단일체제가 비로서 사법경찰관과 사법경찰리의 구별이 이뤄졌다. 또한 1960년 6월 4일의 정부명령(ordonnance)에 의해 사법경찰리는 다시 제20조에서 해당하는 사법경찰리와 제21조에 해당하는 사법경찰보조리로 세분화되었다.

이상과 같이 치죄법의 문제점인 사법경찰관의 개념 혼동, 허구, 법률의 공백의 문제는 우리의 형사소송법을 이해하는데 많은 시사점을 준다. 결론적으로 우리의 형사소송법은 아래와 같이 프랑스의 형사소송법 개정이전의 치죄법과 상당히 유사한 측면들이 있다.

첫째, 사법경찰관의 권한과 관련하여 치죄법과 우리 형사소송법이 사법경찰관의 구성원에 대하여 언급하고 있으나 사실상 이들에게 수사를 집행할 실질적인 권한을 부여하고 있지 않다는 점이다. 왜냐하면 제195조와 제196조의 해석을 통하여 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 경우에 수사를 담당할 자는 검사이며 사법경찰관은 검사의 지휘에 의하여만 수사를 할 수 있게 되는 치죄법상에서의 피동적 존재인 사법경찰관과 흡사하다.

둘째, 검사의 지휘 내지 위임에 의하여만 수사할 수 있는 현행의 사법경찰관의 권한은 치죄법의 문제점으로 꼽는 현실을 무시한 허구를 드러내는 것이다. 즉, 대부분의 사건수사를 경찰이 맡고 있으나 우리의 형사소송법은 그 주체를 검사로 한정하고 있는 것이다.

셋째, 이러한 혼동과 허구의 문제는 법률의 흠결이라는 문제로 직결되는 것이다. 법

308) Frédéric STASIAK, Maître de Conférences à Nancy 2, http://juripole.u-nancy.fr/Colloques/justice-police/aspects_theoriques.html

죄수사를 담당하도록 사법경찰관제도를 두고 있으면서도 경찰의 수사권을 검사의 수사권으로부터 파생되는 것으로 보는 태도는 프랑스의 치죄법에서 볼 수 있었던 법률의 미비를 드러내는 것이다.

라. 치죄법 이후의 사법경찰관의 권한 강화

치죄법이후 형사소송법이 제정되기까지 위에서 언급한 치죄법의 문제점들은 법률의 개정과 판례의 형성으로 치유가 이뤄지는데 그 특징은 바로 사법경찰관의 권한 강화에 있다.

(1) 사법경찰관 수의 증가

수차례에 걸친 법개정으로 사법경찰관의 수가 증가한다. 경정(경찰위원)뿐만 아니라 국립경찰의 전신인 보안국의 수사관들과 군경찰의 하사관과 일반 사병들도 일정한 조건을 갖춘 경우 사법경찰관이 될 수 있도록 하였다.

(2) 비공식수사의 관행

치죄법에 의하면 사법경찰관은 중죄의 현행범과 가택의 장의 요청의 경우를 제외하고, 위경죄를 적발하거나 고발과 고소장을 접수하여 이를 기록하고 검사에게 송부하는 역할에 그쳤다. 검사는 경찰에게 법률의 근거없이 수사정보서류를 작성하도록 명령하였다. 이에 대해 판례가 비공식수사(enquête officieuse)로 명명하면서 몇 가지 원칙만을 제시하게 된다. 즉, 이 수사의 행위들은 사법외적(extrajudiciaires)인 것이며 가택수색은 가택의 장이 명시적 동의에 의해서만 가능하며 강제력의 행사는 용의자의 체포의 경우에 특히 금지된다³⁰⁹⁾.

(3) 초법률적인 위임수사의 등장

법률의 불비속에서 실무상 예심판사는 참고인에 대한 심문이나 압수수색의 임무를

309) Jean Montreuil, op. cit., n45

사법경찰관에게 위임하였었다. 그러나 두개의 일련의 법률에 의하여 위임수사가 합법화 된다. 1933년 2월 7일의 법률은 촉탁(commission rogatoire)에 의하여 예심판사가 다른 법관(재판판사, 치안판사, 예심판사)에게 예심행위를 수행하기 위한 수사의 위임을 허용 하였으며 사법경찰관은 압수명령만을 예심판사로부터 받을 수 있었다. 뒤이어 1935년 5월 25일의 법률은 사법경찰관에 대한 수사의 위임을 확장하게 된다. 이 법률은 “예심판사는 촉탁에 의하여 자기가 속한 법원의 판사, 모든 치안판사와 모든 예심판사로 하여금 모든 예심행위를 수행하도록 요구할 수 있다”고 하면서 사법경찰관에 대하여는 피고인에 대한 신문(interrogatoire)을 제외하고 동일한 조건하에서 요구할 수 있도록 하였다.

(4) 경찰수사단계에서 초법률적인 체포와 구금의 권한

중죄의 현행범 또는 가택의 장의 청구와 체포장, 구인영장 또는 판결문의 집행을 제외하고 치죄법은 경찰에 대하여 아무런 체포권한을 인정하지 않았다. 1863년 5월 20일의 법률은 비로소 단순한 경죄의 현행범에 대하여도 체포를 허용하였다. 그러나 이 법률은 합법화 이전에 있었던 사법당국의 암묵적 동의에 의한 관행을 명문화한 것이며 체포권만을 부여하고 구금권을 인정한 것은 아니었다³¹⁰⁾.

(5) 불심검문의 근거법령 마련

1943년 11월 27일의 법률 제8조에 의하여 사법경찰관에게 사법조사의 과정에서 그것이 필요한 경우 신원을 밝히거나 확인하기 위하여 요구되는 검문에 응하도록 강제할 수 있는 권한을 부여했다. 1983년 새로운 불심검문에 대한 규정의 마련으로 폐지된 이 법률은 연행(interpellation)이 가능하도록 한 것이었다.

(6) 피의자에 대한 구금의 관행

치죄법은 사법경찰관으로 하여금 체포할 수 있는 권한을 부여하였지만 조사를 위한 구금에 대하여는 규정을 마련하지 못했었다. 따라서 구금에 대한 초법적인 실무의 관행

310) Ibid., n40

이 존재하였으며 형사소송법의 제정으로 강제유치권(*garde à vue*)이 경찰에게 보장되게 된다³¹¹⁾.

(7) 사법경찰리에 대한 초법률적인 권한 위임

사법경찰관이 보유하고 있는 권한에 대하여 어떠한 것도 그의 협력자(사법경찰리)에게 허용하지 않았었다. 실상 사법경찰관의 숫자는 2차 세계대전까지 많지 않았기 때문에 사법경찰리들이 자신들의 상사인 사법경찰관의 위임을 받아 수사를 하는 것은 예견할 수 있었다. 불법적이었던 사법경찰관의 고유한 권한에 대한 위임은 형사소송법이 제정되어 위임에 대한 금지, 사법경찰관 수의 증가 및 일정 권한의 인정에도 불구하고 상당기간 존속하였다.

이상과 같이 수차례의 법률개정을 통하여 사법경찰관에게 다양한 권한을 부여하였지만 여전히 남아있는 탈법적인 수사관행과 이에 대한 사법당국의 묵인은 많은 비판³¹²⁾을 받게 되고 결국 이러한 관행들에 대하여 형사소송법의 제정을 계기로 명문화하게 된다.

마. 형사소송법 제정이후의 변화

형사소송법의 제정(1958년)으로 사법경찰관제도는 현재와 같은 체계적인 형태를 갖추게 되었으며 사법경찰관의 권한은 더욱 확장된다.

형사소송법의 제정은 치죄법이 안고 있는 허구와 법률의 공백문제를 해결하고 범죄에 효과적으로 대처하기 위한 절차적 수단의 마련이라는 차원에서 사법경찰관제도에도 많은 변화를 가져왔다. 프랑스 대혁명이후 현재까지의 일련의 법률제정 개정방향을 살펴보면 약간의 예외를 제외하고 사법경찰관의 권한강화라는 일관된 방향성을 확인할

311) Ibid., n49

312) “경찰관들에게 목적달성에 필요한 합법적인 권한을 부여하지 않고 추구하도록 명령하는 것은 입법가들의 입장에서 보면 심각한 무질서이다.” Ibid., n51 : 고등검사장 Besson은 다음과 같이 비판하고 있다. “법률을 준수하도록 해야 할 사법당국이 스스로 법을 자의적으로 운용하는 것은 심각한 무질서의 표시이다.”: Dalloz, 1958, chron. XXI, p.129

수 있다. 반대로 사법경찰관의 권한강화는 남용문제를 방지하기 위한 사법당국의 통제 강화로 이어지기도 한다. 즉, 정당하면서도 적절한 권한의 부여와 그에 비례한 통제가 오늘날의 형사소송법이 규정한 사법경찰관제도의 기본틀이라고 할 수 있다.

아래에서 형사소송법이 가져온 사법경찰관제도의 대표적인 변화만을 몇 가지 열거해 보겠다³¹³⁾.

첫째, 사법경찰관의 명단에서 예심판사와 검사를 제외함으로써 예심이 개시되지 않은 경우 즉, 현행범수사와 예비수사의 경우에 있어서는 수사의 실질적 주체자를 사법경찰관으로 규정한다. 이는 범죄의 발견, 증거수집, 범인의 체포라는 사법경찰의 임무를 법관이 아닌 사법경찰관에게 부여함으로써 명칭에 상응하는 권한을 부여하였다는 의의를 갖는 것이다. 치죄법에 의하면 사법경찰관은 검사의 위임의 형태로만 수사가 가능하였으나 형사소송법은 위임의 형태가 아닌 법률상의 독자적 권한으로 인정하면서 검사는 반대로 사법경찰관의 권한을 원용하는 형태³¹⁴⁾로 전환시켜 직접수사를 예외적으로 허용하였다³¹⁵⁾.

둘째, 형사소송법 제14조는 예심이 개시되지 않은 경우와 개시된 경우를 구별하면서 후자에 있어 예심판사에 의한 위임수사를 명문화 한다. 즉, 제14조 하단은 “예심이 열린 경우, 사법경찰은 예심법원의 위임사항을 집행하고 청구에 대하여 복종한다.”라고 규정하고 있다. 이에 덧붙여 형사소송법 제151조는 예심판사의 사법경찰관에 대한 수사 촉탁을 규정하고 있으며, 제152조는 사법경찰관이 수사에 대한 촉탁을 받은 경우 위임의 범위내에서 예심판사의 모든 권한을 행사한다고 하여, 사법경찰관이 위임수사를 하는 경우 단순한 지휘에 대한 복종차원이 아닌 예심판사의 자격으로 집행한다는 것을

313) 상세한 권한에 대하여는 후술하는 표를 참조하기 바람.

314) 형사소송법 제41조는 “(...) 지검장은 특별법과 형사소송법 제1장 제1절 제2편에 규정된 사법경찰관의 자격에 부착된 모든 권한과 특권을 갖는다.(...)”라고 명시하고 있다. 이는 우리 형사소송법의 해석에 의해 검사의 권한으로부터 사법경찰관의 수사권한이 나오는 것과는 정반대의 입장이다.

315) “이러한 결합은 남용을 초래하지는 않았지만 정상적인 권력분립과 기능분립 원칙에 위배되는 것으로 여겨져, 1958년 형소법은 사법경찰관 명단에서 검사와 수사판사를 삭제함으로써 이러한 문제를 해결하였다. 그러나 동형소법은 법개정시 과거에 사법관들이 사용하던 권한을 삭제하려고 하지 않아, 동법은 1808년의 범죄수사법 제10조가 도지사(préfét)에게 인정했던 특별한 경우를 거론하면서 지검장과 수사판사에게 사법경찰관 권한을 부여하였다. 그 결과 현재의 검사장과 수사판사의 권한행사는 별다른 변화를 겪지 않게 되었다”: G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, op. cit., p.347, 박창호 공저, 비교수사제도론, 박영사, 2004, p.108 재인용

밝히고 있다³¹⁶⁾.

셋째, 예비수사에 대한 법적 근거를 마련하였다. 임의수사의 형태로 관례상 인정되던 비공식수사가 예비수사라는 명칭을 부여받게 된 것이다. 이에 따라 예비수사 단계에서의 피의자에 대한 구금과 피의자 및 참고인조사 등이 가능해지고 동의에 의한 가택수색 등도 위임수사와 현행범수사와는 구별되는 새로운 수사의 카테고리를 형성하게 된다.

넷째, 군경찰에 대하여는 1903년 군경찰에관한법률이 제165조에서 이미 사법경찰활동 뿐만 아니라 행정경찰활동과 관련한 불심검문의 근거규정을 마련하고 있었으나 경찰에 대하여는 1981년 새로운 불심검문에 대한 규정이 마련되기까지 이러한 규정을 두고 있지 않았다. 1981년 2월 2일의 안전과자유에관한법률(la loi Sécurité et liberté)은 공공질서에 대한 침해를 방지하기 위한 불심검문의 근거규정을 마련하였으나 좌파의 반대로 폐지되었다가 다시 1983년 6월 10일의 법률에 의하여 그 요건을 강화한 형사소송법 제78-2조를 신설토록 하였다.

다섯째, 불심검문의 연장선상에서 자주 다뤄지는 자동차검문과 관련하여 2001년 11월 15일의 법률과 뒤이은 2003년 3월 18일의 국내치안에관한법률은 형사소송법 제78-2-2조를 신설하여 지검장의 청구(réquisition)에 의하여 24시간의 범위내에서 사법경찰관으로 하여금 사법경찰리 또는 사법경찰리의 보조를 받아 지검장의 지정한 장소와 시간동안 주정차된 차량뿐만 아니라 운행중인 차량에 대하여도 불심검문뿐만 아니라 자동차검문도 할 수 있도록 허용하고 있다. 자동차검문의 대상범죄는 테러범죄, 마약범죄, 불법무기관련범죄, 절도 또는 장물과 관련된 범죄에 한정된다. 2003년 3월 18일의 법률은 특히 형사소송법 제78-2-3조를 신설하여 사법경찰관으로 하여금 독자적으로 운전자 또는 탑승자가 미수를 포함한 현행의 중죄 또는 경죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우 공공장소에서의 자동차검문을 허용하고 있다. 행정경찰상의 자동차검문에 대하여는 제78-2-4조를 신설하여 사람 또는 재산의 안전에 대한 중대한 침해를 방지하기 위하여 운전자의 동의 또는 지검장의 지시에 의하여 자동차검문을 할 수 있도록 하고 있다.

316) 이런 측면에서 예심판사의 위임(délégation)과 검사의 지휘(direction)는 다른 법적 성격을 지니는 것이다.

<표 2> 형사소송법상 검사와 사법경찰관의 수사권한 비교

	사법경찰관	검사
수사권에 대한 일반조항	수사의 주체(12조) 사법경찰의 임무(14조) 사법경찰관의 수사권(17조)	16조에서 19-1조에 규정된 사법경찰관 권한 행사권(41조) 현행범 수사상 사법경찰관 권한 행사권(68조)
수사 개시권	예비수사의 독자적 개시권(75조) 현행범 수사개시권(54조)	고소·고발 접수권(41조) 예비수사 개시권(75조)
독자적 수사 진행권	경찰력 응원 요구권(17조) 자동차검문권(72-2-2,3,4조) 8일간의 현행범 수사권(53조) 현장변경 금지명령권(55조) 현행범수사상 압수·수색권(56조) 의사 등 기술자 협력요구권(60, 77-1조) 현장퇴거 금지권(61조) 현행범 피의자 및 참고인 조사권(62조) 피의자 강제유치권(63, 77, 154조) 체내신체검사권한(의사가 실시)(63-5조) 예비수사 참고인 조사권(78조) 사법경찰리 지휘권(75조) 불심검문시 강제구금권(78-3조) 위임수사 집행권(81조, 152조) 조서 작성권(D.10조)	현행범수사상 체포영장 발부권(70조) 구속(예심외의 경우) 청구권(82조) 기술자의 협력요구권(77-1조) 현행범수사시 수사중지권(68조) 압수물 영치권(56조) 경찰력 응원 요구권(42조)

형사소송법이 제정되면서 그리고 그 이후의 새로운 제도들이 마련되는 모습을 보면, 무엇보다도 사법경찰관의 독자성과 자율성이 보장되고 있다는 것이다. 단지 사법부의 역할을 보조하는 자가 아니라 다양한 범죄에 대처하고 국민의 생명과 신체를 보호해야 할 치안의 중추적 역할을 맡고 있기 때문이다. 사법경찰의 임무의 기술적 측면을 J. Montreuil교수는 다음과 같이 강조하고 있다³¹⁷⁾.

“경찰은 이제 사법당국이나 다른 관청의 청구에 그때그때 복종하는 과거의 공안관리의 작품이 아니다. 새로운 범죄의 출현, 범죄자들의 기동성과 범죄기술에 맞서 강력한 수단(국립과학연구소, 감식부서, 현대기술을 이용한 범죄정보의 수집부서, 전송과 배포

317) Jean Montreuil, op. cit., n89

부서)을 부여받은 부서전체의 행동으로 반드시 대응해야 하는 것이다. 그런데 이 부서들 안에서 상사의 지휘권은 법률에 의한 제약외에는 어떠한 제약을 받음이 없이 행사되어야 한다. 오늘날 경찰력은 체계가 잘 갖춰진 여러 부서에 소속되어 전부가 사법경찰관이나 사법경찰리의 자격을 부여받은 국립경찰의 공무원과 군경찰의 군인으로 구성되어 있다. 경찰력은 피동적이며 복종적인 1789년(인권선언)의 경찰력(공안력)과는 거리가 멀다. 몇몇 사람들이 사법당국이나 행정당국의 청구에 시체처럼(perinde ac cadaver) 복종하는 구식의 경찰이미지를 지속시키려고 애쓰는 것을 통탄해야 한다.”

2. 사법경찰관리의 범주와 자격부여

가. 사법경찰관리의 범주

사법경찰관제도는 기본적으로 수사업무를 담당할 자를 특별히 지정하여 이들로 하여금 형사소송법이 규정한 강제처분 및 임의수사 등을 할 수 있도록 하기 위한 제도이다. 따라서 사법경찰관리의 범위를 정하는 것은 단순히 법원이나 검사 등 사법부의 지휘·통제를 가능하게 하기 위한 취지가 아니라 본질적으로 수사에 대한 권한을 행사하도록 하기 위한 목적을 띠고 있다. 만일 이러한 기본적 취지를 이해하지 못하는 경우 우리 형사소송법에서 규정하는 것처럼 사법경찰관을 경무관 이하로 할 것인가 아니면 치안감 이하로 할 것인가에 대하여 검사의 지휘를 받아야 할 대상의 범위를 정하는 문제로 왜곡될 소지가 있다.

형사소송법 제15조는 사법경찰의 구성을 사법경찰관(officier de police judiciaire), 사법경찰리(agent de police judiciaire), 사법경찰보조리(adjoint de police judiciaire)의 세 가지 범주로 구분하고 있다.

(1) 사법경찰관

형사소송법 제16조는 사법경찰관이 될 수 있는 자격을 다음과 같이 나열하고 있다.

1. 시장과 부시장

2. 군경찰 중 장교와 하사관 그리고 3년 이상 군경찰에 종사한 자 중 위원회의 동의를 받아 법무부장관과 국방부장관의 공동부령(arrete)에 의해 지명된 자
3. 치안감, 각 부국장, 경무관, 총경, 경정(commisnaire de police) ; 국립경찰의 지휘자급과 지휘자급의 수습자 중 위원회의 동의를 받아 법무부 장관과 내무부장관의 공동부령에 의해 지명된 자
4. 비간부급 중 최소 3년 이상의 근무경력이 있는 국립경찰의 공무원으로 3항의 위원회의 동의를 받아 법무부장관과 내무부장관의 공동부령에 의해 지명된 자³¹⁸⁾

2항에서 4항까지 언급된 위원회의 구성은 법무부장관과 관련 장관의 보고서를 통하여 국사원령에 의해 결정된다. 내무부 또는 국방부 산하 수사국의 국장이나 부국장의 직무를 수행하는 자는 당연히 사법경찰관의 자격을 갖는다.

사법경찰관의 권한에 대하여 제17조에 다음과 같은 총괄적 규정을 두고 있다. “사법경찰관은 제14조에서 정한 권한들을 행사한다. 사법경찰관은 고소장과 고발장을 접수한다. 사법경찰관은 제75조에서 제78조까지에서 정한 조건하에서 예비수사를 한다. 현행의 중죄와 경죄의 경우에 사법경찰관은 제53조에서 제67까지에 의해 부여된 권한을 행사한다. 사법경찰관은 자신의 임무를 수행하기 위하여 경찰력(force publique)을 직접 요청할 수 있는 권한을 갖는다.”

(2) 사법경찰리

사법경찰리가 될 수 있는 자에 대하여는 제20조가 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 사법경찰관의 자격을 갖지 못한 군인경찰
2. 국립경찰의 지휘자급의 공무원들 중에 사법경찰관의 자격을 갖지 못한 자와 이 지휘자급의 수습자(stagiaire) 및 경위교육생(élève)
3. 비간부급의 경찰공무원³¹⁹⁾

318) 1998년 11월 18일의 법률에 의해 추가됨

319) 2001년 11월 15일의 법률은 근무연한 2년의 조건을 삭제하여 군경찰관과의 차별을 없앴다.

이와 함께 2003년 3월 18일의 법률은 치안인력 확보차원에서 퇴직한 군경찰과 국립경찰 공무원에 대하여 사법경찰리의 자격을 부여하는 규정을 제20-1조에 신설하였다.

본 조항은 다음과 같이 규정하고 있다. “임기 중 사법경찰관 또는 사법경찰리의 자격을 갖췄던 퇴직 국립경찰의 공무원과 군인경찰의 군인은 각각 민방위 또는 예비군의 자격으로 동원된 경우 사법경찰리의 자격을 갖는다. 국사원령은 본 조항의 적용을 위한 요건을 정한다. 이 영은 또한 본 조에 의하여 사법경찰리의 자격을 받는데 필요한 경력과 자격에 대한 요건을 정한다.”

사법경찰리의 임무에 대하여는 제20조 하단에서 규정하고 있는데 이를 살펴보면 직무를 수행하는 과정에서 사법경찰관을 보조하고, 중죄, 경죄, 위경죄를 확인(인지)하여 그에 대한 조서를 작성하며, 이러한 범죄의 범인 및 공범에 대하여 징표, 증거, 정보를 제공해 줄 수 있는 모든 사람들에 의해 진술된 내용을 조서로 받는다. 그러나 사법경찰리는 강제유치(*garde à vue*)처분을 결정할 권한을 갖지 않는다.

제20조에 규정된 임무를 수행하는 사법경찰리는 제75조에 의하여 사법경찰관의 통제하에 예비수사를 할 수 있다. 그러나 검사의 경우에도 수사지휘권에 기하거나 사법경찰관의 권한을 행사할 수 있으므로 사법경찰관을 배제하여 직접 사법경찰리를 지휘할 수 있다는 논리가 가능하나 형사소송법 시행령 D. 2조는 사법경찰리를 지휘할 경우 반드시 지휘계통 즉 상관을 통하여 지휘하도록 하여 상관인 사법경찰관(사법경찰관이 아닌 경우 포함)의 지휘권을 보장하고 있다³²⁰⁾.

(3) 사법경찰보조리

형사소송법 제21조는 사법경찰보조리를 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 제20조의 요건을 충족하지 못하는 국립경찰의 공무원
- 1-2. 군인경찰에 종사하는 자원병
- 1-3. 1995년 1월 21일의 법률 제36조에 규정된 공익요원(*les adjoints de sécurité*)

320) F. Froument, Procédure pénale, CPU, 2002, p.66 ; Crim. 24 mars 1999, Bull. n54

1-4. 파리지 안전요원(les agents de surveillance de Paris)

2. 자치제경찰관(les agent de police municipale)

사법경찰보조리의 임무에 대하여 동조는 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 직무수행과 관련하여 사법경찰관을 보조한다.
2. 자신이 인지한 모든 중죄, 경죄, 위경죄를 상사에게 보고한다.
3. 자신들을 규율하는 조직법과 특별법에 규정된 범주와 형식내에서 소속장의 지시에 따라 범죄를 인지하고 그 범인을 발견하기 위한 모든 정보를 수집한다.
4. 국사원령이 정하는 항목의 도로법 규정을 위반한 행위를 조서를 통하여 인지한다.
5. 조서에 의하여 범죄를 인지하는 경우 사법경찰보조리는 경우에 따라 범칙자에 대한 의견(observation)을 수집할 수 있다.

나. 고등검사장에 의한 사법경찰관 자격부여

사법경찰관을 지정하는 절차는 우리 형사소송법이 계급에 의해 획일적으로 지정하는 것과 달리 기술시험의 통과, 위원회의 동의, 수사부서 배치의 과정을 거쳐 최종적으로 고등검사장의 자격부여(habilitation)의 절차를 통과해야 한다. 즉 사법경찰관으로서의 자격을 갖췄다 하더라도 사법경찰관으로서의 형사소송법에 규정된 각종의 권한을 실질적으로 행사하기 위해서는 고등검사장의 자격부여를 받아야 한다.

1966년 7월 9일 법률은 고등검사장에게 한편으로는 사법경찰관에 대한 자격부여권을 신설하고 다른 한편으로는 이 자격을 박탈하거나 정지시킬 수 있는 권한을 줌으로써 고등검사장의 감독권한을 상당히 강화시켰다.

형사소송법 제16조에 의하면 동조 제3항에서 4항까지 언급된 경찰관이 사법경찰관으로서의 자격을 갖추고 사법경찰의 직무를 포함하는 부서에 배치되고 고등법원에 속한 고등검사장³²¹⁾의 개인적으로 자격을 부여하는 결정에 의해서만 사법경찰관의 자격에 부착된 권능을 실제로 행사할 수 있으며 사법경찰관임을 주장할 수 있다고 규정하

고 있다³²²⁾. 고등검사장에 의하여 사법경찰관의 자격부여, 박탈 또는 일정기간 동안 정지시킬 수 있는 조건들은 법무부장관과 관계 장관들의 보고서에 의한 국사원령에 의해 정해진다.

사법경찰활동이 필요한 부서에 배치된 각 공무원들에 대하여 자격부여의 요구가 해당 공무원의 소속된 부서의 장에 의해 관련 사법경찰관의 직무 소재지를 관할하는 고등법원의 고등검사장에게 통보된다. 이 요구서는 당 사법경찰관에게 주어진 직무의 본질과 통상적으로 수행될 임무가 이루어질 토지관할의 한계를 명시해야한다.

사법경찰관이 통상적으로 직무를 수행할 토지관할권의 한계가 그러한 직무의 소재지를 관할하는 고등법원의 토지관할권을 초과하는 경우 요구를 통보 받은 고등검사장은 사법경찰관이 통상적인 직무를 수행할 장소의 각 고등법원 고등검사장의 의견을 들은 후 그 요구에 대해 결정을 한다³²³⁾.

프랑스 공화국 전 영토에 대해 사법경찰관이 직무를 수행해야 하는 경우, 자격부여에 대한 요구는 파리 고등법원의 고등검사장에게 통보되며 이 고등검사장은 앞에서 언급된 의견청취의 절차를 생략하여 결정을 하게 된다.

고등검사장은 자격부여의 영에 의하여(par arrêt) 사법경찰관의 자격에 부착된 권능을 실질적으로 행사하는 것을 동의하거나 거부할 수 있으며, 동의하는 경우 자격부여의 영은 자격부여를 하게 된 직무를 표기하고 자격부여가 그러한 직무를 수행할 일정한 기간에 대해 효력이 있다는 사실을 명시한다.

자격부여의 거부를 고려하는 경우, 고등검사장은 당사자에게 15일 이내에 본인에 관한 서류의 열람과 경우에 따라 본인이 선택한 변호인의 조력하에 출석할 수 있음을 내용으로 하는 거부 의견을 통지한다³²⁴⁾.

321) 만약, 공무원이 소속된 부서의 관할범위가 고등법원의 토지관할을 초과하는 경우에는 부서 소재지가 위치한 고등법원의 고등검사장이 자격부여를 하게 된다.

322) 이러한 사법경찰관으로서의 권한행사는 사법경찰과 행정경찰의 기능분리라는 원칙에 따라 다중진압부대의 일원으로 참가하는 동안은 일시적으로 정지된다.

323) Article R.15-4

324) Article R15-5 : 본 조항은 1975년 12월 31일의 국사원령에 의해 추가됐다.

3. 사법경찰관의 주요 권한

수사를 포함한 형사소송절차에 있어서 사법경찰의 역할은 예심판사의 위임수사부분을 제외하면 우리와 기본적 골격이 크게 다르지 않으나 세부적으로 들어가면 프랑스의 사법경찰관은 다양한 재량권과 폭넓은 수사권한을 행사하고 있음을 알 수 있다.

사법경찰의 권한들 중에 가장 대표적인 것들을 보면 불심검문과 강제유치권, 현행범 수사에서의 강제처분권을 들 수 있다.

가. 불심검문(contrôle d'identité et vérification d'identité)

프랑스의 불심검문은 제78-1조 이하 제78-5조까지 규정되어 있는데 제78-1조는 신원통제에 대한 시민의 복종 의무를 규정하고 있으며 제78-2조 이하에서는 신원통제와 신원확인³²⁵⁾을 할 수 있는 다양한 상황들이 설정되어 있다. 형사소송법은 불심자가 신원을 밝히지 못하거나 밝히기를 거부하는 경우에 사법경찰관은 현장 또는 경찰관서에서 4시간 동안 강제유치할 수 있으며, 만일 이 시간동안 계속하여 불응하거나 신원을 밝히지 못한 경우에 지검장 또는 예심판사의 허가를 받아 지문채취 또는 사진촬영을 할 수 있으며 대상자가 이를 거부한 경우 3개월의 금고 또는 3,750유로의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다. 신원확인을 위해 인치된 시간은 강제유치(garde à vue)라는 후속조치가 뒤따르는 경우 이 기간에 산입된다.

우리의 불심검문에 비견할 수 있는 신원통제가 가능한 상황은 우선 사법경찰상 즉, 수사상과 범죄예방을 위한 행정경찰상으로 크게 구별되며 사법경찰상의 신원통제는 다시 사법경찰이 직권으로 실시할 수 있는 경우³²⁶⁾와 검사가 마약사범, 매춘사범 등의 특정범죄를 발견하기 위하여 사법경찰관에게 시간과 장소를 지정하여 불특정인을 상대로

325) 우리는 불심검문이라는 단일한 용어를 사용하나 프랑스는 이를 검문의 과정인 신원통제(contrôle d'identité)와 강제유치결정에 의하여 신원입증의 요구와 사진촬영 또는 지문채취를 할 수 있는 신원확인(vérification d'identité)의 과정을 구분하고 있다.

326) 모든 범죄의 기수·미수범, 중죄·경죄의 예비범, 중죄·경죄의 수사와 관련하여 정보를 지득하고 있는 자. 수배자가 이 범주에 해당된다.

신원을 확인하도록 하는 경우로 나뉜다. 행정경찰상의 신원통제는 불법집회의 개최에 대한 예방적 차원 또는 범죄다발지역을 대상으로 일제단속 차원에서 이뤄지는데 이 경우에도 사법경찰관이 그 결정을 하게 된다.

신원통제와 확인의 과정에서 어느 정도 사법당국의 통제가 이뤄지고 있으나 범죄수사와 관련해서는 대상범위가 넓고 강제유치 등의 강제처분에 대한 결정은 사법경찰관의 전속적 권한이라는 점에서 프랑스 경찰에서 불심검문의 차지하는 위치는 중요하다고 평가할 수 있으며³²⁷⁾ 우리와 달리 강제력을 행사하여 연행(interpellation) 등이 가능하다는 것도 큰 특징이라 할 수 있다.

나. 강제유치(garde à vue)권

강제유치의 의의는 예비수사, 현행범수사, 위임수사를 막론하고 범죄를 저질렀다고 추정케 하는 중요하거나 일치되는 징표가 존재하는 용의자에 대하여 수사상 사법경찰관이 독자적³²⁸⁾으로 24시간동안의 구금을 결정할 수 있는 것을 말한다. 경찰의 강제유치와 관련하여 검사나 예심판사가 개입할 수 있는 영역은 유치결정에 대한 사실을 통보받고 피의자 또는 피고인에 대하여 구금을 계속 유지할 것인가와 24시간의 구금시간이 종료되는 경우에 연장을 허용할 것인가에 대한 사항이다.

물론 지검장과 대리자인 평검사의 일반적 권한에 비취 이들은 예비수사와 현행범수사에 있어서 강제구금권을 행사할 수 있다. 또한 지검장과 평검사는 사법경찰관에게 구금지시를 통하여 지휘권을 행사할 수도 있다. 이러한 지휘를 받은 사법경찰관은 조서에 검사의 지시에 의한 것임을 표기하게 된다³²⁹⁾. 그러나 사법경찰관은 검사 또는 예심판사에게 강제유치사실에 대한 통지³³⁰⁾가 사후승인의 절차를 뜻하는 것은 아니며 불법적 강제유치를 방지하고 사법당국의 통제를 가능토록 하는 구금사실의 통지로서의 의미를

327) 좀 더 자세한 내용은 '프랑스경찰의 불심검문', 박창호, 경찰학연구, 경찰대학, 2003, 제4호, pp. 293-301

328) J. Buisson et Serge Guinchard, op. cit., n555

329) Ibid., n563

330) 통지는 대부분 서면이 아닌 전화로 이루어 진다. : Guide juridique 20 mai 2003, p.14

지니는 것이다. 따라서 검사의 석방지시는 예외적인 사항이 된다.

이러한 강제유치권은 간혹 우리의 체포제도와 혼동될 소지가 있는데 그 이유는 우리의 체포제도는 체포하는 물리적 행위와 그 후속조치로서 인치 및 48시간의 강제구금이 포함된 개념인 반면 엄격한 의미의 체포는 피체포자의 의사에 불구하고 물리적으로 신체의 자유를 제압하고 지속적으로 신병을 확보할 필요가 있는지를 결정할 권한 있는 자에게 인계하는 행위만을 의미하게 된다. 이러한 협의의 개념이 바로 프랑스 형사소송법이 채택하고 있는 체포의 개념이다³³¹⁾.

따라서 프랑스 사법경찰관이 갖고 있는 강제유치권은 협의의 체포행위를 포함하지 않는 것으로 강제유치권에 기하여 피의자를 추적하여 체포하는 행위는 불법한 행위이며 강제유치권은 피의자 또는 피고인의 신병이 이미 수사당국에 의해 사실상 확보된 경우 예를 들어 출석요구서에 의해 자진출석한 자, 신원통제에 의해 강제유치된 자 등은 체포절차 없이 바로 강제구금을 할 수 있는 경우이다³³²⁾. 사법경찰관의 강제유치권은 프랑스가 영장주의를 채택하고 있지 않는 것과 밀접한 관련이 있다. 즉, 현행법 체포를 제외한 수사기관에 의한 인신구속은 법관이 발부한 사전영장에 의하며 부득이 한 경우 사후영장을 발부받아야 한다는 것이 영장주의의 골격이나 프랑스는 범죄의 혐의가 있는 자에 대하여 법관의 영장없이 인신구속의 결정을 독자적으로 할 수 있다는 점에서 프랑스 경찰이 보유하고 있는 강력한 권한을 입증하는 것이다.

강제유치는 경찰 또는 군경찰 등 수사기관이 피의자 또는 참고인의 신병을 확보하여 피의자신문 또는 참고인에 대한 조사가 가능하도록 한다는 점에서 수사과정에서 중요한 위치를 차지한다. 특히 이러한 강제유치권의 존재는 피의자와 참고인을 심리적으로 압박하여 자백을 얻어낼 수 있는 법적장치를 제공하기도 한다.

331) 예를 들어 현행법체포의 경우 사인 또는 사법경찰리는 현행범인을 즉각 사법경찰관에게 인계하고(형사소송법 제73조) 사법경찰관은 강제구금의 여부를 결정하는 체포와 구금의 이원적 구조를 채택하고 있다. 반면에 예심판사가 발부하는 체포장(mandat d'arrêt)은 체포와 함께 24시간의 구금을 포함하고 있다.

332) 강제유치의 결정은 사법경찰관의 고유한 권한에 속하며 사법경찰관은 권한행사의 시점을 결정할 수 있다. 예를 들어 피의자나 참고인에 대한 심문 후를 강제유치의 시점으로 정할 수 도 있는데 이 경우는 강제력을 행사하지 않고 자발적으로 출석하였으며 방어권을 침해하지 않았다는 조건이 충족돼야 한다. J. Buisson, Serge Guinchard, op. cit., p.352

이러한 사법경찰관의 강제유치권은 치죄법 이후 많은 변화를 겪었다. 1958년의 형소법 제정이전에는 강제유치권이 예비수사단계에서는 명문상 인정되지 않고 관례적으로 허용되었으며, 형소법의 제정 이후에도 그 대상과 조건 등이 인권보장의 강화라는 방향에서 수차례의 개정이 있었다. 우선 강제구금의 대상을 보면 2000년 6월 15일의 무죄추정에 관한 법률에 의한 형소법개정이전에는 피의자 또는 피고인뿐만 아니라 참고인에 대하여도 수사상 필요한 경우 강제구금을 폭넓게 허용하였다. 그러나 현행법령은 참고인에 대하여는 강제구금을 허용하지 않으며 단, 수사에 엄격히 필요한 시간에 한하여만 신병을 확보할 수 있도록 허용하고 있다. 실상 참고인에 대한 강제유치권의 폐지는 불필요하게 24시간동안 구금을 하는 인권침해문제에 기인한 것으로 현재는 구금은 허용하되 조사가 끝난 경우 즉각 귀가조치 하도록 하여 통상적인 강제유치에 비해 시간이 단축되는 효력이 생긴다³³³⁾.

강제구금의 대상이 되는 피의자 또는 피고인의 요건에 관하여도 입법형식이 변화하였다. 최초의 형태는 구금을 정당화할 수 있는 성격의 중대하고 일치하는 징표가 존재하는 경우 (S'il existe contre une personne des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation)에서 범죄를 저지르거나 저지르려고 했다고 추정케 하는 징표가 존재하는 경우(il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction), 그리고 최종적으로 범죄를 저지르거나 저지르려고 했다고 의심케 하는 하나 또는 수개의 상당한 이유가 존재하는 경우(il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction)로 바뀌었다. 그러나 무엇보다도 달라진 것은 과거 사법경찰관의 전속적 권한이었던 강제유치권이 각종 인권침해의 온상이 된다는 지적에 따라 피의자의 인권보장을 강화시키는 방향으로 변화하고 있다는 사실이다.

우선적으로 피의자는 형사소송법 제63-1조가 규정하는 강제구금에 따른 각종의 권리 고지를 받게 된다. 고지의 대상이 되는 권리는 가족 등에 대한 통지요구, 진료를 받을 권리와 변호사와의 접견권 등의 권리와 혐의받고 있는 죄명과 강제구금의 기간에 관한

333) 2004년도에 국립경찰과 국립군경찰에 의해 강제유치된 피의자의 수는 472,064명에 이른다.
<http://www.interieur.gouv.fr/>(내무부)

규정의 고지이다. 경찰수사단계에서의 신체구속은 통상 피의자에 대한 신문을 전제로 한다는 점에서 영미법계에서 발달된 묵비권의 고지가 프랑스에서 인정되는가는 살펴봐야 한다. 무죄추정의 강화에 관한 2000년 6월 15일의 법률은 수사관들에 의해 질문을 받게 된 사항에 대해 진술을 거부할 권리가 있음을 형사소송법 제63-1조에 포함시켰으나 경찰수사의 효율성이 떨어질 것이라는 비판에 따라 “강제구금된 자는 진술을 하거나 질문에 답변을 또는 침묵하는 것을 선택할 수 있는 권리가 있음을 즉시 고지 받는다”라고 개정을 하였으나 최종적으로 2003년 3월 18일의 국내치안에관한법률(*la loi sur la sécurité intérieure*)은 제63-1조의 진술거부권과 관련된 규정을 완전히 삭제케 하였다. 이러한 법개정의 변화는 인권보장적 측면을 강화하면서도 경찰수사의 효율성을 떨어뜨릴 수 없다는 현실적 인식을 잘 보여주는 것이다.

사법경찰관에 의한 강제구금은 원칙적으로 24시간을 초과할 수 없으나 형사소송법은 24시간의 연장을 허용하고 있으며 마약범죄 및 테러범죄와 관련해서는 최장 4일간의 구금이 가능하다. 24시간을 초과하여 연장을 하는 경우 예비수사와 현행범수사는 검사가 위임수사의 경우에는 예심판사가 승인권자가 된다.

연장의 승인방식도 검사와 예심판사에 따라 약간의 차이가 있다. 사법경찰관이 강제유치를 연장하고자 하는 경우 검사는 서면에 의하여 승인하게 되는데 승인에 앞서 유치된 자를 출석시킬 수 있다. 따라서 연장에 필요한 실질심사는 필요하지 않으며 유치기한이 종료된 경우에 검사의 지시에 의하여 석방되거나 검사에게 인계된다.

위임수사의 경우에는 형사소송법 제154조에 따라 사법경찰관은 피고인을 예심판사에게 출석시키고 예심판사는 연장의 사유를 기재한 서면에 의하여 승인을 하게 된다. 그러나 반드시 사전출석이 필요한 것은 아니고 예외적으로 출석없이 연장승인을 할 수 있다.

다. 현행범수사와 관련한 사법경찰관의 특권

프랑스의 사법경찰제도는 기본적으로 지검장 또는 예심판사의 수사지휘 또는 위임에 의하여 수사가 이뤄지는 구조를 채택하고 있으나 경찰의 독자적인 수사영역이 상당부분이 존재한다. 예비수사가 임의수사를 원칙으로 한다면 불심검문, 참고인에 대한 강제

구인, 피의자에 대한 강제구금권을 제외하고 경찰이 강제수사권을 행사할 수 있는 여지가 없으나 현행범수사에 있어서는 현행성에 대한 확장적 인정과 광범위한 현행범수사의 가능성으로 경찰에 의한 현행범수사의 비중은 다른 예비수사나 위임수사에 비해 실로 크다 하겠다.

기본적으로 현행범수사는 범죄의 명백성을 근거로 법원의 영장없이도 수사기관의 폭넓은 강제수사를 가능하게 하는 것으로, 현행범수사를 할 수 있는가라는 기준의 설정은 현행성(flagrance)을 어떻게 인정할 것인가와 깊은 상관관계를 가지고 있다. 이와 관련하여 형사소송법 제53조는 “현재 진행중이거나 막 저질러진 중죄 또는 경죄는 현행의 중죄 또는 경죄로 분류된다”라고 현행범에 대하여 규정하면서 뒤이어 “범행과 근접한 시간내에서 범인으로 의심받는 사람이 공중의 외침에 의해 쫓기고 있거나 중죄 또는 경죄의 범행에 참여했다고 생각해 하는 물건을 소지하거나 흔적 및 징표를 나타내는 경우에도 현행의 중죄 또는 경죄가 있다”라고 하여 준현행범에 대하여 열거하고 있다.

이러한 현행범에 대한 개념규정은 우리의 현행범인에 대한 규정한 상당부분 유사한 측면이 있으나 실제 해석과 적용면에서 큰 차이점을 보인다. 그 이유를 살펴보면 우리의 경우 범죄의 명백성을 전제로 시간적, 장소적 접착성을 중요한 기준을 삼고 있으나 프랑스의 경우에는 시간적 접착성을 유연하게 해석하고 있을 뿐만 아니라 현행의 범죄가 발생하였다는 기준을 범죄의 외관(apparence)에서 찾고 있다는 점이다.

우선 현재 진행중인 범죄를 제외하고 이미 범죄가 완료된 경우에 있어 완료시점과 수사기관의 인지시점간의 시간차이를 어느 정도까지 인정할 것인가가 중요한 관건이 되는데 판례는 ‘막 저질러진 중죄 또는 경죄’의 범위를 1시간 이내 정도의 짧은 시간이 아닌, 예를 들어 강도피해자가 뒷날 경찰서에 고소장을 작성하여 신고한 경우에게도 넓게 해석함으로써 상당수의 범죄가 현행범죄로 간주되어 사법경찰이 검사 또는 예심판사의 통제없이 강제수사를 할 수 있는 여지를 남겨두고 있다는 점이다. 또한 범죄가 발생하였다고 일반적으로 인정할 수 있는 외관이 생긴 경우에는 나중에 그러한 판단이 잘못된 경우라 하더라도 현행성을 인정할 수 있다는 판례의 입장에 따라 범죄의 명백성이라는 개념은 상대적으로 유연하다.

일단 현행성이 인정되는 경우에 발생할 수 있는 문제점은 과연 언제까지 현행범 수

사를 지속할 수 있겠는가라는 것이다. 우리의 경우 현행성이 인정되면 범인을 시야에서 놓치지 않고 계속하여 추적하는 경우에만 인정될 수 있으나, 프랑스에서는 판례에 의하여 일단 현행성이 인정되면 수사의 지속성이라는 조건하에서 10여일 넘게까지도 인정하였으며 1999년 6월 23일의 법률은 지나친 현행범수사의 확장을 억제하기 위하여 8일을 초과하여 현행범수사를 지속할 수 없다고 못을 박게 되었다³³⁴⁾. 이처럼 8일간의 현행범수사의 가능성은 우리와 비교할 때 엄청난 권한의 차이를 낳는 주요한 요인이 된다는 것을 알 수 있다.

그럼 구체적으로 현행범수사에서의 사법경찰관의 특권은 범죄의 인지에서부터 범인을 검거하고 증거를 수집하는 단계에까지 나타난다. 형사소송법 제54조에 의해 범죄발생에 대한 보고를 받은 사법경찰관은 지검장에게 그 사실을 즉시 보고하고³³⁵⁾ 현장에 입장하여 현장조사 및 증거의 인멸을 방지한다. 또한 범죄에 사용된 무기나 도구 및 증거물 등을 압수한다. 동법 제60조에 의하여 사법경찰관은 범죄현장에 입장하여 감식 및 현장확인을 하며 필요한 경우 기술자의 조력을 요청할 수 있다. 현장에서의 증거수집 및 참고인 확보를 위하여 사법경찰관은 제61조에 의하여 수사가 종료될 때까지 누구든지 범행장소로부터 퇴거하는 것을 금지할 수 있다. 이러한 퇴거금지명령을 위반한 경우에 불심검문과 함께 참고인에 대한 조사차원에서 강제유치가 이뤄질 수 있다.

현행범죄에 대한 인지는 불심검문을 통해서도 가능하다. 불심검문에 관한 형사소송법 제78-2조에 의하여 위경죄를 포함한 범죄를 범하였거나 범죄에 착수하였다고 추정할 수 있는 징표가 존재하는 경우 및 경죄 또는 중죄를 범하려고 예비하였다고 추정할 수 있는 징표가 존재하는 자에 대하여 신원확인을 할 수 있으며 이때 사법경찰관은 필요한 경우 4시간의 강제유치를 결정할 수 있다. 이를 통하여 범죄의 현행성이 인정되는 경우 불심검문은 24시간의 강제구금으로 연결될 수 있다.

334) 형사소송법 제53조 제2단락

335) 제54조의 법문을 엄격히 해석하면 현장에 입장하기 전에 사법경찰관이 즉시 지검장에게 보고해야 하나 학자들은 사전보고의무가 중죄의 경우와 중요한 경죄범죄에 적용되는 것으로 대부분의 경우 사법경찰관은 현장에 먼저 입장하여 범죄에 대한 정보를 수집한 후에 지검장에게 보고한다고 기술하고 있다. 보고를 받은 지검장은 사안이 중대한 경우 현장에 입장하여 사법경찰관의 수사를 중지시키거나 계속하도록 지시할 수 있다 : A. Decocq, J. Montreuil, J. Buisson, op. cit., p.366

현행범인의 체포와 관련해서는 위에서 언급하였듯이 8일간의 영장없는 체포가 가능하다. 피해자 및 참고인에 대한 심문과 피의자신문이 가능하며 대질신문도 사법경찰관과 그의 통제하에 사법경찰리에 의해서도 가능하다. 현행범죄의 피의자에 대하여는 현행범인에 대한 체포가 허용되나 참고인에 대하여는 강제구인이 가능하다. 강제구인은 형사소송법 제70조에 의하여 중죄의 경우에 범죄에 참여했다고 의심되는 자에 대하여 검사가 구인영장을 발부하며 경죄의 경우에는 제62조에 의거하여 발생범죄나 압수된 물건 또는 문서에 대한 정보를 알고 있는 자에 대하여 사법경찰관이 출석요구를 하고 이에 응하지 않는 경우에 검사에게 보고하여 검사가 경찰로 하여금 출석을 강제케 할 수 있게 된다. 체포되거나 구인된 범죄의 피의자에 대하여는 24시간의 강제유치가 사법경찰관에 의해 결정될 수 있다.

영장없는 압수수색과 관련해서는 형사소송법 제56조는 사법경찰관은 범죄에 참여했거나 범죄에 관련된 서류나 물건을 소지한 것으로 보이는 자에 대하여 그의 주거지에서 수색 및 압수할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 치죄법이 피의자의 주거지에 대하여만 허용하던 것을 그 범위를 확대한 것이다. 그러나 압수수색은 사생활의 보호라는 차원에서 원칙적으로 21시 이후에서 익일 오전 6시까지의 당사자의 동의에도 불구하고 불가능하며 다만 형사소송법은 수사의 필요성이라는 측면에서 일부 특정범죄에 대하여는 시간적 제한을 적용하지 않고 있다.

우선 공공장소로 간주할 수 있는 불특정 다수인이 자유롭게 출입하는 카페, 카바레, 오락장 등의 시설에 대하여는 1791년 7월 19일의 령을 적용하여 야간에도 압수·수색이 가능하다³³⁶⁾. 또한 테러범죄(제706-24조)의 경우 검사의 청구와 석방구금판사의 승인에 의해, 마약범죄(제706-28조)의 경우 주거용도의 장소에 대하여는 예심판사의 직접 승인 또는 검사의 청구에 의한 석방구금판사의 승인과 주거용도외의 장소에 대하여는 사법경찰관의 독자적 결정에 의해, 포주업(제706-35조)의 경우 매춘행위가 이뤄지는 장소에 대하여 사법경찰관의 독자적 결정에 의해 가능하다³³⁷⁾. 만일 이러한 시간적 조건을 위반하여 증거물을 압수한 경우에는 형사소송법 제59조에 의하여 절차의 무효를 근

336) F. Fourment, op. cit., p.72

337) 이와 같은 범죄유형에 대하여는 예비수사단계에서도 야간 압수수색의 규정은 동일하게 적용된다.

거로 증거에서 배제된다.

현행범수사에 있어서의 사법경찰관의 또 다른 특권은 관할외 수사에 관한 것이다. 형사소송법 제18조에 의해 중죄 또는 경죄의 현행범죄의 경우 사법경찰관은 수사의 계속과 참고인 조사 및 압수수색 등을 위하여 인접 지방법원의 관할내에 이동할 수 있다. 더 나아가 지검장 또는 예심판사의 수사위임 사항 또는 수사지휘의 집행을 위하여 전국토에 대한 수사관할권을 갖는다. 이 경우 해당 지검장은 위임 또는 지휘를 한 법관으로부터 그 사실을 통보받게 된다.

이상과 같이 치죄법하에서 현행범 수사의 권한은 검사에게 귀속되고 검사의 위임을 통하여 사법경찰관이 수사를 할 수 있었으나 현행 형사소송법은 사법경찰관에게 독자적인 다양한 수사권한을 부여하였다. 이는 곧 수사권의 주체를 검사에게서 사법경찰관으로 전환시킨 것을 의미하는 것이다³³⁸⁾.

4. 사법경찰에 대한 통제³³⁹⁾

가. 고등검사장에 의한 통제

(1) 고등검사장의 자격박탈과 정지권한

고등검사장에 의한 사법경찰관에 대한 통제는 형사소송법 제정 이전에 이미 법제화되어 있었다. 치죄법 제279조는 “모든 사법경찰관은 고등검사장의 감시(surveillance)를 받아야 하며, 이러한 감시는 제9조에 언급된 사람(사법경찰관)이 행정적 이유로 법률에 의하여 일정한 사법경찰행위를 하도록 요청된 경우에, 이 관계하에서만 똑같은 감시를 받는다”라고 규정하고 있다. 또한 동법 제280조 이하에서는 사법경찰관의 직무상 태만한 경우에 경고를 하고 상습적인 경우에 법원에 고발할 수 있도록 규정하고 있다.

고등검사장에 의한 자격박탈 및 정지권한은 1966년 형사소송법 개정에 의해 사법부

338) Jean Montreuil, op. cit., n59

339) 1991년 델마마르티(Delmas-Marty)교수의 보고서에 의하면 사법당국의 경찰에 대한 통제는 그 효율성이 상대적으로 낮으며 원칙에 있어 현실적이라고 보기 보다는 이론적이라고 평가하였다.

의 통제원칙을 재확인하고 제224조 이하에 따른 형사소추부의 통제절차보다 좀 더 쉽게 준징계권을 행사할 수 있도록 고등검사장에게 그 권한을 부여한 것이다. 그러나 이 제도는 검사의 지휘권의 성질과 관련한 격렬한 논쟁을 일으켰으며 결국 1982년 12월 16일의 국사원령은 지금의 D. 2조를 개정하여 사법경찰관의 수사서류가 검사를 포함한 사법기관에 넘겨질 때는 경찰내의 지휘계통체계를 따르도록 규정하게 된다³⁴⁰⁾.

사실상 고등검사장이 비위사실이 있는 사법경찰관에 대하여 그 자격을 박탈하거나 정지할 수 있는 권한은 형사소송법 제13조가 규정한 고등검사장의 감시(surveillance)권한과 제16조의 자격부여의 권한으로부터 파생되는 것으로 이해되고 있다. 자격박탈과 정지에 관한 절차를 보면,

고등검사장은 직권에 의해서 또는 부서장의 제안에 의해서 사법경찰관의 자격에 부착된 권능을 행사하도록 하는 자격부여를 박탈 또는 2년을 넘지 않는 범위 내에서 정지할 수 있다. 고등검사장은 우선적으로 사법경찰관에게 문제가 된 사안과 관련된 서류를 열람토록 하고 해당 사법경찰관이 선택한 사람의 조력을 받아 진술하게 한다³⁴¹⁾.

자격부여가 정지된 사법경찰관은 정지기간이 종료되면 당연히 자격에 부착된 권능의 행사를 다시 하게 되며 고등검사장은 언제든지 정지기간을 단축할 수 있다. 자격박탈을 한 후, 자격의 재부여는 최초의 자격부여의 절차를 밟은 후에만 가능하다.

이러한 자격박탈, 정지 결정에 대한 구체절차는 자격박탈 및 정지권한을 신설하던 시기에 마련되지 못했으나 경찰의 요구에 부딪혀 1975년 8월 6일의 개정에서 이를 반영하게 되었다. 구체절차에 대하여는 형사소송법 제16-1조 이하에 규정되어 있다³⁴²⁾. 그 내용을 살펴보면,

첫째, 자격의 박탈 또는 정지결정을 통보한 때로부터 일개월내에 사법경찰관은 고등검사장에게 이 결정철회를 요구할 수 있다. 고등검사장은 일개월내에 결정을 해야 하며 그렇지 않은 경우 침묵은 결정철회에 대한 요구를 거부한 것으로 간주된다.

340) Jean Montreuil, op. cit., n83

341) art. R. 15-2

342) 1966년 고등검사장의 자격부여와 자격박탈 및 정지를 규정한 형사소송법의 개정은 당시에 이에 대한 구체절차를 마련하지 못하였으나 경찰의 요구에 부딪혀 1975년 8월 6일의 개정에서 이를 반영하게 되었다.

둘째, 전항에 규정된 요구를 명시적이거나 묵시적으로 거부한 때로부터 일개월내에 사법경찰관은 대법원의 대법관 또는 부장판사급에 해당하는 세 명의 판사로 구성된 위원회에 이의신청을 할 수 있다. 이 판사들은 대법원의 실(bureau)에 의해 자신들의 대체자를 포함하여 年별로 지명된다. 이 위원회에서 공소관의 역할은 대법원의 고등검사장에 의해 수행된다.

셋째, 위원회는 이유를 적시한 결정에 의해 선고한다. 변론은 구두로 행해지며 청구자는 자신의 요구에 의해 개인적으로 출석할 수 있으며 변호인을 대신 출석시킬 수 있다. 또한 변호인의 조력을 받을 수 있다. 위원회에서의 절차는 국사원령에 의해 정해진다.

(2) 고등검사장에 의한 근무평가(notation)

1993년 1월 4일 법률의 입안자들은 사법당국(autorité judiciaire)의 사법경찰에 대한 실질적인 지휘, 감독, 통제의 권한을 보장하기 위하여 형사소송법에 “고등검사장의 사법경찰관에 대한 성적평가는 모든 승진결정에 고려된다”는 제19-1조를 신설하였다.

이 조항에 따라 1998년 12월 28일 국사원령에 의해 형사소송법 D. 44조부터 D. 47의 조문들이 신설됐다. 이 영은 검사장이 아닌 고등검사장에 의한 성적평가에 대한 세부 시행사항을 담고 있다.

근무평가의 절차를 살펴보면, 사법경찰관이 소속된 부서의 토지관할 범위가 지방법원의 관할을 벗어나지 않는 경우와 벗어나는 경우를 구별하고 있다.

첫째, 지방법원의 관할을 벗어나지 않는 경우, 관할상 권한 있는 검사장의 제안을 받아 고등검사장이 성적평가를 하도록 하고 있다. 이때 검사장은 예심판사와 경우에 따라서는 소년판사와 형적용판사의 의견을 수집한 후 성적평가안을 작성하여 고등법원의 고등검사장에게 제출한다. 성적평가는 경우에 따라 수사부와 관할 중죄법원장의 자문을 득한 후 고등검사장에 의해 이뤄진다.

둘째, 지방법원의 관할을 벗어나는 경우, 해당 부서 소재지를 관할하는 지방법원 검사장의 제안을 받아 고등검사장이 성적평가를 한다. 성적평가의 방식은 위의 경우와 유사하며 부서의 관할 범위가 고등법원의 관할구역을 벗어나는 경우 고등검사장은 초과

된 관할의 고등검사장의 의견을 들어 성적평가를 한다.

만일 사법경찰관이 속한 부서의 관할 범위가 전 국토에 미치는 경우 사법경찰관에 대한 성적평가는 형사소송법 제 R. 15조와 R. 15-4조의 규정의 맥락에서 파리고등법원의 고등검사장에 의해 이루어진다.

성적평가에 들어가는 평가의 항목은 소송서류와 보고서 또는 조서작성의 질, 검사에게 제공된 정보의 가치, 직업적 능력, 신뢰도, 일반적인 평가로 구성된다.

마지막으로 근무평가결과의 통보절차를 보면, 성적평가에 대하여 해당자가 행정법원에 권한남용의 소(un recours pour excès de pouvoir)를 제기할 수 있다는 점에서³⁴³⁾ 형사소송법 제D.47조는 개별적 통보를 규정하고 있다. 이는 고등검사장의 주도하에 사법경찰관의 자격부여를 요청한 부서의 장을 통하여 해당자에게 봉인된 형태로 전달된다. 수령증에 서명을 한 때로부터 15일내에 사법경찰관은 자신의 의견을 고등검사장에게 서면으로 알릴 수 있다. 이 기간이 경과되면 성적평가는 확정되며 행정청에 통보된다. 만약 이 기간동안 해당 사법경찰관의 의견(observation)에 의해 성적평가가 수정되거나 보충된 경우에 그에 대한 새로운 통보가 이뤄지지만 다시 의견을 받기 위한 15일간의 기간은 없다.

확정된 성적평가의 통보절차는 경정급 이상의 사법경찰관에 대하여는 늦어도 9월 30일까지 사법경찰관의 자격부여를 요청한 부서의 장에게 통보되며 다른 공무원에 대하여는 11월 30일까지 통보된다.

나. 수사부(chambre de l'instruction)에 의한 준징계 절차

형사소송법 제13조와 제224조에 의하여 수사부는 사법경찰관리의 직무활동에 대한 통제를 수행한다. 이를 위하여 수사부는 고등검사장이나 수사부의 장에 의하여 사건을 제기 받으며 자신이 처리하는 소송서류를 심사하는 과정에서 직권으로 사건을 맡을 수 있다.

일단 사건이 제기되면 수사부는 조사를 하게하며 고등검사장과 비위 사법경찰관리를

343) CE, 18 mars 1997

출석시킨다. 이 사법경찰관리는 고등법원의 검찰이 보유하고 있는 자신의 사법경찰서류를 사전에 열람할 수 있어야 하며 변호사의 조력을 받을 수 있다.

이러한 수사부에 의한 준징계절차는 다른 지휘계통에 의한 내부징계의 유무에 상관 없이 독립적으로 이뤄질 수 있는 것으로 단순히 주의(observation)를 주거나 당해 고등법원의 관할 또는 전 국토에서 사법경찰관리의 직무수행을 일정기한 또는 영구히 할 수 없다는 결정을 하게 된다. 이 결정은 즉각 효력을 발생한다.

형사소송법 제228조에 의하면, 만일 수사부가 사법경찰관리가 형법에 저촉되는 범죄를 범하였다고 판단하는 경우에 고등검사장에게 관련 서류를 송부하도록 하고 있다. 이 경우 고등검사장은 지검장을 통하여 국립경찰의 감찰국(Inspection générale de la police nationale) 소속의 사법경찰관에게 해당사건의 수사를 지시하게 할 수 있다³⁴⁴⁾. 그 이외에 사법경찰관리에 대하여 수사부가 내린 결정들은 고등검사장의 주도아래 그들이 속한 해당 행정청에 통지된다.

수사부의 결정에 대한 구제절차에 대하여 형사소송법은 별도의 규정을 두고 있지 않지만 학설에 의하면 대법원에 상고할 수 있는 것으로 보고 있다³⁴⁵⁾.

2000년 6월 15일의 무죄추정에관한법률은 이와는 별도로 형사소송법 제15-2조를 신설하여 사법경찰관리가 직무상 저지른 범죄에 대한 행정조사(enquêtes administratives)는 사법감찰총국(Inspection générale des services judiciaires)³⁴⁶⁾과 권한있는 부서, 즉 감찰국(Inspection générale de la police nationale)과 연결시킨다고 명시하고 있다. 또한 만일 이와 같은 행정조사가 법무부장관에 의해 지시된 경우에는 법관에 의해 지휘되도록 하고 있다. 사실상 이러한 조치들은 사법기관의 사법경찰관에 대한 통제를 강화하려는 것이다³⁴⁷⁾.

344) 이 경우 징계절차와는 구별되는 것으로 형사소송법상의 수사지휘권에 근거한 수사절차에 해당한다. J. Pradel, op. cit., p. 157

345) H. MATSOPOULOU, "Les enquêtes de police", LGDJ, p. 855, n 1073.

346) 이 기구는 법무부산하에 있다.

347) J. Pradel, op. cit., p. 157

Ⅲ. 검사와 사법경찰관의 수사권

수사권은 법률에 의해 직접 인정되는 일반적 수사를 할 수 있는 권한이며 그 내용은 수사의 개시권과 진행권이다. 이러한 수사권을 부여받은 주체가 바로 수사의 주체자인 것이며 실질적인 수사의 집행자가 된다. 따라서 수사의 주체자로부터 원래 그의 권한에 속하는 사항을 위임을 받아 하는 경우에는 수임자에 대하여 수사권이 있다고 할 수 없다. 이 경우가 바로 프랑스에서 예심판사의 위임을 받아 사법경찰관이 수사를 하는 형태이며 또한 우리나라에서 형사소송법 제195조에 따라 본래 검사의 사무인 수사가 제196조의 지휘라는 형식으로 위임을 받아 수사하는 형태이다. 그러나 수사의 주체자는 단지 형사소송법이 수사의 주체자라고 규정하는 것으로는 부족하며³⁴⁸⁾ 구체적으로 수사권을 이루고 있는 개시와 진행에 대한 권한을 설정해 주어야 비로소 완전한 수사의 주체라고 할 수 있게 된다.

우리나라의 경우 경찰의 수사권 보유유무와 관련하여 검사의 수사지휘권으로부터 경찰의 수사권이 도출된다는 수사지휘권과 수사권의 단일론의 입장에서 이해되고 있다면 프랑스의 예를 보면 사법경찰관의 수사권은 검사의 수사지휘권으로부터 도출되는 것이 아니라 법률로부터 직접 인정되며, 검사의 수사권은 법률상, 현실상 많은 제약을 받고 있어 실질적인 수사의 주체자는 사법경찰관이라는 사실을 알 수 있다.

1. 수사권의 귀속문제

우선 프랑스의 형사소송법이 수사의 주체를 어떻게 규정하고 있는지에 대하여 살펴볼 필요가 있는데 이는 형사소송법 제12조, 제14조 및 제41조의 해석과 관련된 문제이다. 제12조에 의하면 사법경찰기능은 지검장의 지휘하에 제11조이하 52조에서 지정하는 공무원을 포함한 사법경찰관에 의해 수행된다. 본조의 해석에 의하면 사법경찰기능은 결국 검사가 아닌 특별사법경찰관리와 일반사법경찰관리에 의해 수행되며 검사는 수사의 주체자로서 사법경찰관리의 수사를 지휘하는 것을 임무로 하고 있음을 알 수 있다.

348) 예를 들어 “사법경찰관은 수사의 주체자다”

즉, 지검장의 역할은 범죄수사가 아니라 그 본질이 공소권의 적정행사를 위한 사법경찰의 수사에 대한 지휘인 것이다.

그러나 여기서 주의할 점은 형소법 제14조가 “사법경찰은 예심이 개시되기 전에는 범죄를 적발하고 범인의 발견 및 증거를 수집하는 임무를 맡는다”라고 규정하면서 후단에서는 “예심이 개시된 경우에는 사법경찰은 예심법원의 위임을 집행하고 그의 청구에 응해야 한다”라고 규정함으로써 예심의 열린 경우와 예심이 열리지 않은 경우를 구별하고 있다. 이에 따라 예심이 열린 경우는 예심판사가 수사의 주재자가 되며 예심이 열리지 않은 경우에는 지검장이 수사의 주재자가 되는 것이다. 따라서 제12조에서 사법경찰은 검사의 지휘를 받아 수사를 하도록 하는 일반적인 규정을 두고 있으나 이는 예심이 열리지 않은 경우에만 적용되는 것으로 예심이 열린 경우에만 수사에 대한 지휘권이 검사에게 귀속되는 것은 아니다.

제12조와 제14조의 규정을 종합하면 범죄의 적발, 증거수집, 범인의 발견이라는 수사기능을 지휘하는 자는 예심이 열리지 않은 경우에 지검장에게 있으며 수사의 직접실행자는 사법경찰관리가 되는 것이다. 이는 우리의 경우에서와 같이 검사의 위임 또는 지휘로부터 수사권한이 발생하는 것이 아니라 법률에 의하여 직접적으로 부여된다는 점에서 그 차이점이 있다. 사실상 이상에서 도출된 결론에 대하여 사법경찰관의 권한을 명시한 제17조는 재확인하고 있다. 즉 제17조는 다음과 같이 규정하고 있다. “사법경찰관은 제14조에서 정한 권한들을 행사한다. 사법경찰관은 고소장과 고발장을 접수한다. 사법경찰관은 제75조에서 제78조까지에서 정한 조건하에서 예비수사를 한다. 현행의 중죄와 경죄의 경우에 사법경찰관은 제53조에서 제67까지에 의해 부여된 권한을 행사한다. 사법경찰관은 자신의 임무를 수행하기 위하여 경찰병력(force publique)의 지원을 직접 요청할 수 있는 권한을 갖는다.”

그러나 이상과 같이 형사소송법의 명시적 규정에 의하여 사법경찰관이 독자적인 수사를 할 수 있다고 하여 그것이 지검장의 통제 또는 지휘를 배제하거나 지검장의 직접 수사권을 부정하는 것은 아니다. 형사소송법 제41조는 첫째단락에서 “지검장은 범죄의 발견과 소추에 필요한 모든 행위들을 직접 하거나 하게할 수 있다”고 하면서 뒤이어 “이러한 목적을 위해 자신이 속한 법원의 관할내에 있는 사법경찰관리의 활동을 지휘

한다”라고 하고 있으며 넷째 단락에서는 “제1장 제1챕터, 제2섹션과 특별법에 규정된 사법경찰관의 권한과 특권을 갖는다”라고 규정하고 있다.

제41조의 의미는 결국 범죄의 발견과 소추를 위하여 지검장은 지휘를 통하여 관할내의 사법경찰관으로 하여금 수사를 개시 및 진행케 할 수 있으며, 형사소송법과 특별법에 규정된 사법경찰관의 권한과 특권을 행사하여 직접 수사할 수 있다는 것이다. 따라서 지검장은 공소관으로서의 공소제기 및 공소유지의 기능을 수행할 뿐만 아니라 때로는 사법경찰관의 권한과 특권을 행사하여 직접수사도 할 수 있다. 그러나 이러한 규정의 갖는 의미는 형사소송법 및 특별법에 규정된 본래 검사가 아닌 사법경찰관에게 부여된 권한과 특권을 지검장이 행사할 수 있다는 것으로 검사의 위임 또는 지휘로부터 사법경찰관의 수사권한이 도출되는 우리 형사소송법의 형식과는 근본적인 차이점이 있다. 즉, 지검장은 사법경찰관에게 귀속되는 수사상의 권한과 특권을 원용하여 행사할 수 있는 것이다³⁴⁹⁾.

2. 구체적인 개시 및 진행권 존부문제

수사권의 내용을 좀 더 구체적으로 수사의 개시권과 진행권이라는 측면에서 파악하는 경우 사법경찰관은 제41조에 의한 검사의 개시명령에 의하지 않고 직접 개시할 수 있는지에 대하여 고찰하는 것이 실질적으로 사법경찰관에게 수사권이 부여되어 있는지 파악하는 핵심이 될 것이다. 프랑스에서 수사의 종류를 예비수사, 현행범수사, 위임수사로 분류하고 있으므로 각각의 경우에 사법경찰의 독자적 수사개시 및 진행권이 있는지를 개별적으로 파악해야 할 것이다.

우선 예비수사와 관련하여 형사소송법 제75조는 “사법경찰관과 그의 통제하에서 제20조에서 지명하는 사법경찰리는 지검장의 지시에 의해서 또는 직권으로 예비수사를 할 수 있다.”고 규정하여 수사의 개시와 진행권자를 검사와 사법경찰관으로 병렬적으로

349) 이러한 원칙의 예외는 법률이 직접 검사의 권한으로 명시한 경우로써 현행범 수사에서의 현장수사중지 또는 계속지시권(제68조), 고소, 고발장의 접수권(제40조), 경찰력 응원청구권(제42조), 예비수사에서의 기술자(전문가)의 협력요구권(제77-1조)이 있다.

명시하고 있다. 즉, 임의수사로 특징지어지는 예비수사는 검사의 지시에 의하거나 사법경찰관이 독자적으로 수사를 개시, 진행할 수 있다.

현행범수사에서는 형사소송법 제54조에 의해 범죄발생에 대한 보고를 받은 사법경찰관은 지검장에게 그 사실을 즉시 보고하고 현장에 입장하여 현장조사 및 증거의 인멸을 방지하며 범죄에 사용된 무기나 도구 및 증거물 등을 압수하는 등의 강제수사를 포함한 초동수사를 한다. 이 조항은 예비수사의 개시, 진행에 대한 제75조와 마찬가지로 직접 사법경찰관에게 위와 같은 초동수사권을 부여하고 있는 반면에 지검장에 대하여는 인지 및 초동수사에 대한 규정을 마련하고 있지 않다. 다만 지검장은 현장에 입장하는 경우 사법경찰관의 수사를 중지할 수 있는 권한이 있으며 현행범 수사에서 사법경찰관이 행사할 수 있는 모든 수사행위(actes de police judiciaire)를 수행할 수 있다. 즉, 사법경찰관이 본래적으로 갖고 있는 권한을 원용하는 형태로써 가능한 것이다.

위임수사의 경우 사건의 인지가 사법경찰관 또는 지검장에 의해 이뤄져서 지검장이 예심의 요구 즉 공소제기를 한 상태이므로 위임수사에 있어 사법경찰관이 독자적으로 수사를 개시할 여지는 없다. 일단 예심이 개시가 되면 지검장의 수사지휘권은 완전히 박탈되며, 지검장은 단지 예심이 법률이 정한 절차에 따라 이뤄지고 있는지에 대한 감시자로서의 역할만을 수행하게 된다.

예심이 개시가 된 경우 수사의 권한은 전적으로 예심판사에게 있으나 예심판사는 인적, 물적수단의 부족으로 대부분 경찰 또는 군경찰에게 수사를 위임하는 형태로 나아가며³⁵⁰⁾ 사법경찰관은 자신의 이름이 아닌 예심판사의 이름으로 수사를 하게 된다. 이에 대하여 형사소송법 제81조 셋째단락은 다음과 같이 규정하고 있다. “예심판사는 스스로 모든 예심행위(tous les actes d’instruction)를 할 수 없는 경우에 자신의 동료 또는 사법경찰관에게 제151조 및 152조 규정의 유보하에 필요한 모든 수사행위를 집행하도록 하기위하여 촉탁장(commission rogatoire)을 발부할 수 있다.” 이때 제151조와 제152조³⁵¹⁾의 규정에 의하여 예심판사의 재판적 기능(fonction juridictionnelle)에 속하는 영

350) J. Pradel, op. cit., n640

351) 제152조 제1단락은 다음과 같이 규정하고 있다. “집행을 위한 촉탁을 받은 법관 또는 사법경찰관은 위임의 범위내에서 예심판사가 보유한 모든 권한을 행사한다.”

장의 발부와 같은 처분은 사법경찰관에게 위임할 수 없으며 피고인에 대한 신문 및 대질신문을 할 수 없으며 사인소추를 제기한 사당사자에 대하여는 본인의 동의가 있는 경우에만 위임에 의한 심문이 가능하다.

위임의 형식은 일반적인 위임(일반위임)과 구체적인 위임(특별위임)의 형태로 구분된다³⁵²⁾. 구체적인 위임의 형태는 사법경찰관이 수행해야할 구체적인 수사행위를 서면으로 기재하여 지휘를 하는 것으로 사법경찰관은 구체적 위임에 대한 단순한 집행자로서의 역할만을 수행한다. 반면에 일반적 위임은 특정한 수사행위를 요구하는 형태가 아니라 특정범죄에 관하여 예심판사가 보유하고 있는 수사권한 일체를 사법경찰관에게 위임하여 사법경찰관은 독자적으로 필요한 강제처분 또는 임의수사를 결정하고 집행하는 것이다³⁵³⁾. 따라서 후자의 경우 사법경찰관은 사실상 수사의 주재자로서의 권한을 행사하게 된다.

이러한 입법형식은 우리의 형사소송법 제195조가 검사만이 범죄혐의가 있다고 사료하는 때에는 범죄사실, 범인, 증거에 대하여 수사할 수 있다는 규정을 두고 있으며 “사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사한다”는 제196조의 입법형식과는 대조적인 면을 보인다. 수사의 개시 및 진행에 대한 일반적 권한을 규정하고 있는 제195조와 수사지휘에 대한 제196조의 조문만을 놓고 봤을 때 수사의 권한이 1차적으로 검사에게 귀속되며 경찰의 수사는 검사의 지휘에 의해 2차적으로 생긴다는 논리가 도출된다.

프랑스와 한국의 입법례는 결론적으로 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사한다는 점에서 유사하다고 평가할 수 있으나 프랑스의 경우 검사의 지휘권으로부터 수사권한이 발생하는 것이 아니라 형사소송법이 공소제기 이전의 범죄수사를 사법경찰의 기능으로 선언하면서 사법경찰관이 독자적으로 수사개시 및 진행을 하되 검사가 지휘할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 우리의 경우와는 상당한 차이를 보인다. 우리의 형사소송법의 해석상 사법경찰관의 모든 개별적 수사는 법률의 명시적 근거가 없는 경우 검

352) 두 가지 형태의 위임에 대하여는 A. Decocq, J. Montreuil, J. Buisson, op. cit., p.435

353) 예를 들어 프랑스 대법원은 범죄단체구성죄, 절도죄에 대한 수사에 있어 촉탁장이 사법경찰관에게 사건관련자들이 저질렀을 다른 범죄들을 찾고 장물소지자가 있는지에 대하여 수사하도록 한 것에 대하여 이러한 수사행위들은 범죄단체구성죄에 접착되는 행위이므로 적법하다고 판시하고 있다. Crim., 11 juin 1970, D., 1971. p.321, note J. M.R.

사의 사전 지휘없이 불가능하며 더 나아가 독자적으로 수사개시조차 할 수 없는 구조이다.

3. 검사의 실질적 수사권행사 유무문제

마지막으로 지검장이 사법경찰관과 동일한 수사권한을 갖고 있지만 실제로 검사가 수사를 직접 하는가라는 문제는 법률상의 문제가 아닌 사실상의 문제로 고찰돼야 한다. 예심판사의 경우에도 본래의 예심판사의 권한에 속하는 사항들이 촉탁장(commission rogatoire)을 통하여 실제로는 사법경찰관이 수사를 하는 경우가 많다는 점에서 검사의 경우에도 직접수사의 기능은 약할 것이라고 예상할 수 있다.

이에 대하여는 몇가지 논거를 제시할 수 있다. 첫째, 수사에 필요한 인력 및 장비의 부재이다. 프랑스의 검찰은 우리의 검찰청과는 달리 별도의 청사를 두거나 예산이나 보조 인력을 별도로 편성하지 못하고 있다. 프랑스의 검찰은 법무부장관을 정점으로 한 지휘체계를 따르지만 법원에 소속되어 인사 및 예산집행 등은 일반법관과 동일하게 법원별로 이뤄진다.

자체 수사인력과 관련하여 우리의 형사소송법은 제196조 제3항에 의거하여 타 법률로써 사법경찰관리를 지정하도록 하고 검찰청법은 이 규정에 따라 제47조에서 일반 사법경찰관리를 지정하고 있다. 이는 특별사법경찰관리의 지정과 권한에 대하여 형사소송법이 타 법률이 정할 수 있도록 한 것과 달리 일반사법경찰관리의 지정에 대하여도 형사소송법이 아닌 특별법인 검찰청법에 지정하도록 하는 이원적인 구조의 변형된 사법경찰관제도를 채택하고 있는 것이다³⁵⁴⁾. 여하튼 프랑스의 경우 일반사법경찰관리는 기본적으로 국립경찰과 군경찰소속의 경찰관과 군인으로 구성되며 법원 또는 법무부에 소속된 공무원을 사법경찰관리로 지정하고 있지 않다. 결국 경찰 또는 군경찰 소속의 사법경찰관을 지휘하지 않고 검사가 수사를 하는 경우에는 자체수사인력의 부재로 인하여 검사 스스로 직접 수사를 해야 하는 문제에 봉착하게 되며 이는 곧 검사의 직접

354) 일본의 경우에는 검찰청 소속의 수사관은 일반사법경찰관으로서 형사소송법의 적용을 받는 것이 아니라 특별법의 적용을 받도록 규정하고 있다.

수사는 예외적일 수밖에 없다는 것을 보여준다.

둘째, 인력과 장비의 문제 외에도 사실상 검사가 직접 수사를 할 필요성이 약하다. 예비수사와 현행범수사에 있어서 검사는 직접 수사를 하지 않더라도 사법경찰관을 지휘함으로써 소추에 필요한 실체진실발견이 가능하다. 굳이 검사의 직접 수사기능이 필요하다고 볼 수 있는 경우는 수사의 대상이 수사기관의 구성원으로서 공정한 수사를 기대할 수 없는 경우처럼 예외적으로 직접 피의자 또는 참고인을 조사하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 예외적인 상황을 제외한다면 검사의 직접 수사의 필요성은 사라진다.

셋째, 프랑스에서 사법경찰관과 검사와의 관계는 형사소송법이 각종의 통제장치를 마련하여 외면상 검찰과 경찰이 갈등 또는 대립상황으로 비쳐질 수 있으나 실제로는 강한 신뢰관계가 설정되어 있다는 사실이다³⁵⁵⁾. 이러한 신뢰관계를 형성하는 바탕은 경찰이 보유하고 있는 수사인력 및 전문성으로 인하여 검찰은 경찰수사에 의존하게 된다는 것이다.

넷째, 검사의 직접 수사의 문제는 사법경찰관과의 관계에서뿐만 아니라 예심판사와의 관계에서도 도출될 수 있다. 검사는 예비수사와 현행범수사의 경우에만 수사권을 행사할 수 있으며 예심이 개시된 경우에 수사권은 예심판사가 갖게 된다는 점으로부터 수사의 주재자로서의 검사의 역할은 제한적이라는 사실을 알 수 있다. 즉, 모든 중죄의 경우와 사안이 복잡한 경죄의 경우에 예심판사의 수사가 필요하며 나머지의 영역인 위 경죄와 단순한 경죄사건의 경우에만 검사가 직접 수사하거나 지휘를 통하여 사법경찰관이 수사를 하게 된다. 이처럼 예심판사의 개입이 불필요하거나 예심개시 이전의 단계에서 검사는 예비수사와 현행범 수사를 통하여 직접 수사를 하게 되는데 예비수사는 그 성격상 강제수사가 극히 제한되고 경죄의 현행범 수사의 경우에만 강제수사를 할 수 있으므로 검사의 직접 수사권한은 바로 이 영역에서만 의미를 지닌다고 할 수 있다.

355) Christian Mouhanna, Polices Judiciaires et Magistrats, Mission De Recherche "Droit et Justice" 2001. 1

IV. 수사권독립의 원리

1. 기능분립의 원칙

가. 기능분립의 개념

프랑스의 대부분의 형사소송법 교과서들은 형사소송절차에서 수사(instruction)와 소추(poursuite) 및 재판(jugement)의 세 가지 기능이 서로 다른 기관에 의해 수행되어야 한다는 원칙을 프랑스 소송절차의 중요한 특징으로 소개하고 있다. 과거 전제군주시대 판사 스스로 수사를 하고 소추 및 재판을 담당함으로써 시민의 인권을 짓밟았던 쓰라린 경험을 하였던 프랑스는 혁명을 거치면서 기능분립을 원칙을 받아들인 것이다.

이러한 세 가지 기능이 분립되어야 한다는 사상의 바탕에는 전문성의 신장이라는 측면도 있지만 무엇보다도 기능을 분리함으로써 개인의 기본권을 더욱 보호할 수 있다는 정책적 측면이 존재한다. 즉, 한쪽의 남용은 다른 한쪽의 신중함으로 인해 보상 받기 때문에 서로 다른 사법관들이 상호간에 통제가 가능하게 된다³⁵⁶⁾. 이러한 정책적 시각에서 몽테스키외가 주창한 공법상에서의 삼권분립은 형사소송법에서는 사법상 기능의 분리(la séparation des fonctions judiciaires)가 된다. 즉, 개인의 자유를 보호하기 위하여 고심했던 혁명기의 입법가들은 이와 같은 기능의 분립에 적극적이었던 것을 알 수 있다.

물론 여기에서 세 가지 기능이 각기 결합된 형태를 전부 소개하는 것은 많은 지면의 할애가 필요할 것으로 수사권을 둘러싼 사법경찰관과 검사의 관계라는 측면에서 한정하여 소추와 수사의 기능분립에 대하여만 논하겠다.

소추와 수사의 기능분리는 공소의 수행은 지검장에게 맡기고 예심 즉 수사는 예심판사가 수행한다는 것을 의미한다. 검사와 예심판사는 동시에 법관을 구성하지만 신분에 있어 차이가 있다. 법관은 magistrat du siège(좌정법관)와 magistrat de debout(입석법관)의 두 종류로 구분되는데 첫 번째 부류의 법관은 임명절차, 신분보장면에서 검사와 구

356) J. Pradel, op. cit., no 7

별되며 정치적으로 독립성이 보장된다. 반면에 검사는 고등검사장을 통하여 법무부장관의 지휘를 받게 되며 임명절차와 파면(révocable) 또는 교체(amovible)될 수 있는, 판사보다는 신분상의 열등한 지위를 누린다. 예심판사는 좌석법관으로서의 독립성과 신분보장을 받는다는 점에서 검사와 구별된다. 그러나 국내에서 일부 이와 같은 신분상의 근본적 차이를 간과하고 예심판사의 역할이 우리나라의 검사의 역할과 유사하다는 점을 들어 동일시하는 것은 큰 잘못이다.

소추와 수사의 분리에 대하여 구체적으로 말하자면 첫째, 판사는 소추의 권한이 없으며 직권에 의해 소를 제기하지 않는다. 즉, (예심)판사는 공소가 제기되기 이전에는 수사를 할 수 없으며 예심이 개시되기 위해서는 지검장의 기소도입장 또는 사당사자 구성(사인소추)에 의하여 소의 제기를 기다려야 한다.

반면에 공소관은 단지 소추의 권한만을 갖고서 원칙상 예심행위를 수행할 권한이 없다. 그러나 엄격히 말해 이 규칙은 약간의 예외를 포함하고 있다. 예심판사에게 소를 제기하면 지검장은 예심행위를 수행할 가능성이 전혀 없으나 예심이 열리지 않은 경우에는 독자적으로 예심행위와 유사한 사법경찰행위(actes de police judiciaire)를 하거나 또는 사법경찰관에게 하게 할 수 있는 권한을 갖는다³⁵⁷⁾. 후자의 경우에 앞에서 상술하였듯이 검사의 수사권한은 강제수사가 제한된 예비수사와 사안이 명백한 현행범수사에 한정된다는 점에서 예심판사와의 권한과는 상당한 차이가 있다.

현행 형사소송법은 제31조 이하에서 그리고 제49조 이하에서 소추와 수사의 분리원칙을 규정하고 있다. 이러한 규정들 외에도 기능의 분리원칙을 제시하고 있는 규범은 유럽인권협약의 제6조의 1이다. 이 조항은 민사 또는 형사사안과 관련하여 공정한 재판을 받을 권리를 규정하고 있는데 공정한 재판은 법관이 중복된 기능수행으로 예단을 형성한 경우에는 공정한 재판을 받을 권리가 침해됐다고 보고 있다.

357) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, op. cit., n52

나. 검사와 예심판사³⁵⁸⁾의 기능분립의 과정³⁵⁹⁾

(1) 치죄법의 최초 시스템

1808년의 치죄법의 입안을 준비하는 과정에서 두 편이 반대 입장에 있었다. Merlin과 Treilhard는 검사가 스스로 수사를 이끌 수 있기를 바라면서 소추와 수사의 혼합을 주장하였다. 그러나 반대편은 1670년의 대칙령의 전통을 들면서 이들보다 우세하였다. Cambaceres에 의하면, “공소관 제도에 의하면 공소관은 당사자이다. 이러한 자격으로 소추의 권한은 그에 속하지만 이 때문에 수사행위를 하도록 놔두는 것은 정의에 반하는 것이다. ...제국의 검사(procureur impérial)는 도시를 뒤흔들 작은 폭군(tyran)이 될 것이다. 시민들이 한 사람에게서 자신들을 소추할 수 있는 권한과 소추를 정당화하는 것들을 수집하는 권한을 보게 된다면 모두 떨게 될 것이다.”³⁶⁰⁾

그러나 당시에는 예심판사가 검사보다는 한 계급 아래이며 사법경찰관으로서 고등검사장의 평가와 감시를 받았으며(치죄법 제57조와 279조) 수명의 예심판사가 있는 법원에서는 검사가 자신이 제일 적합하다고 판단되는 검사에게 사건을 배당하였으며 취급 중인 사건을 다른 예심판사에게 재배당할 수 있었다는 점에서 기능의 분리는 제한을 받았다는 것을 알 수 있다. 다른 한편에서는 치죄법의 입안자들은 기능의 분립 다시 말하자면 수사(예심)의 독립을 ‘예심의 분할’을 통하여 강화하려고 했다. 즉, 수사와 증거수집의 기능은 예심판사에게 부여하고 재판기능(구속과 서류처리)은 공소관에 대해 비교적 자유로울 것으로 여겨지는 법원위원회부(chambre du conseil du tribunal)³⁶¹⁾에 의해 수행되도록 했다.

358) 1810년 4월 20일의 법률에 의해 창설된 예심판사는 프랑스의 직권주의 소송구조의 산물이다. 현재까지 프랑스와 스페인 네덜란드, 벨기에 오스트리아 등의 나라들이 예심판사를 두고 있음에 반해 독일은 1974년에, 이탈리아는 1989년에 예심판사를 없앴다.

359) 이 내용은 J. Pradel 교수의 형사소송법 교과서 내용을 정리한 것임. Manuel de procédure pénale, Cujas, 2002

360) A. ESMEIN, Histoire de la procédure criminelle en France, 1882, not. n410 et s ; J. Pradel, op. cit., p. 28

361) 예심판사가 포함된 세 명의 법관으로 구성됨

(2) 1856년 7월 17일의 법률

곧 이러한 예심을 두 기관에 분할하는 것은 문제가 있는 것으로 드러났다. 우선, 위원회부의 개입이라는 조건으로 인해 소송이 느려졌다. 다음으로 이 위원회는 별다른 역할을 수행하지 못했으며 기대했던 검사에 대한 견제역할도 수행하지 못했다. 이는 위원회부를 구성하는 다른 법관들이 사건을 제대로 파악하지 못해 예심판사가 실질적인 주도권을 행사한다는 비판이 나왔으며 여기에 참여했던 법관들로 하여금 본안심사에 참여하도록 하는 것은 위험하다고 평가받게 된다.

1856년 7월 17일의 법률은 결국 재판기능을 위원회부로부터 박탈하였으며 이를 예심판사에게 부여하였다. 그러나 예심판사의 예심권한과 관련하여 일부는 검사에 대한 독립성의 보장이 미흡하다고 생각하였으며 이로 인해 1949년의 치죄법의 개혁안이 등장한다.

(3) 1949년 치죄법의 개혁안과 이후

예심판사는 검사에 대하여 자유롭지 않으며(예심판사는 수사관이면서 동시에 판사라는 점에서 더욱더), 검사는 경찰의 수사를 폭넓게 이용하는 대신에 예심판사는 그 결과를 기록하는 정도에 불과하다는 사실이 확인되면서 1949년 치죄법의 개혁안은 주창자들의 표현을 빌리자면 “법과 현실을 일치시키는” 획기적인 개혁안을 제시하였다. 이 개혁은 새로운 방식으로 예심의 기능들을 분할하는데 있었다. 즉, 증거의 수집은 사법경찰의 도움을 받는 지검장에게 부여하고 재판적 임무는 검사와 동등한 계급의 예심판사에게 부여하는 것이다. 그것은 1808년의 입법자들의 작품인 소추와 예심(수사)의 분리라는 신조를 포기하는 것이었다. 이 안은 법원과 학계의 전면적인 반대에 부딪혔다. 이 안은 예심판사가 검사에게 연결된 것 이상으로 훨씬 더 정치권력과 밀착된 공소판에게 증거의 수집 권한을 부여함으로써 예심의 독립성을 극도로 제한하는 단점을 나타냈던 것이다. 왜냐면 “고등검사장이 정부의 눈인 것처럼 지검장은 고등검사장의 눈이기 때문이었다”(Treilhard). 더욱이 재판활동과 조사관의 활동을 구별하는 것은 쉽지 않았다. 우리는 Donnedieu de Vares 교수의 이 개혁안이 폐기된 것과 교수 자신이 결국 포기하였다는 것을 쉽게 이해할 수 있다. 1969년 재차 이러한 안을 원했다고 한다면 이는 단지 형사공판을 가속하려는 목적이었다.

현재에도 논란이 제기되며 일부의 생각은 예심판사를 없애는 것에 우호적이다. 수사는 사법경찰의 도움을 받아 검사에 의해 진행되고 재판상의 문제 예를 들어 구속과 같은 것은 판사에게 부여하는 것이다. 이 제도는 외국에서 발달하고 있다. 예심판사는 1975년 독일에서 없어졌으며 이탈리아에서는 1989년에 없어졌다. 사실 이 문제는 아주 민감하다. 예심판사를 없애자는 쪽은 형사소송법 제68조가 보여주듯이 현행범수사에 있어서 수사를 이끄는 검사의 완벽한 자질을 근거로 내세운다. 폐지론에 대하여 검사는 철저하게 독립된 것은 아니며 예심판사는 소송서류를 잘 알고 있으므로 구속 등에 대하여 제대로 판단할 더 나은 위치에 있는 기관이라는 점을 부각시킨다³⁶²⁾.

(4) 현상황

1959년의 형사소송법에서는 소추에 대한 예심의 독립원칙은 단호하게 유지되고 오히려 여러 측면에서 강화되었다. 한편으로 예심의 진행과정에서 예심판사는 자유롭다. 형사소송법 제81조 1단락은 “예심판사는 자신이 진실발견에 유용하다고 판단되는 모든 행위들을 할 수 있다”고 규정하고 있다. 예심판사는 아주 드문 경우에만 지검장의 의견을 묻게 되며(예를 들어 제131에 의한 체포영장의 발부) 지검장의 각종 청구에 따라야 할 의무가 없다. 이러한 예심판사의 자유는 전에도 계속 인정되었으나 치죄법에서는 명확하게 명문화가 안돼 있었다.

다른 한편으로는 예심판사의 독립성은 두 가지 점에서 강화됐다. 우선 이 법관은 더 이상 사법경찰관이 아니며 이는 고등검사장의 통제를 벗어나는 효과를 가져왔다. 반면에 예심판사는 수사부의 통제와 수사부장의 감시(제220조 이하)하에 놓이게 된다. 다음으로 예심판사를 지명(제83조)하고 교체(제84조)하는 권한은 더 이상 지검장에게 있지 않으며 지방법원(TGI)장에게 있다.

반면에 좀더 정확히 말하자면, 소추와 수사의 분리는 완벽하지 않다는 것을 인정해야 한다. 우선 검사는 예심이 개시되기 전에 예비수사 또는 현행범수사를 통하여 수사를 진행하게 할 수 있다. 사실 실무상 중요성이 매우 큰 이러한 수사행위들은 예심행위와

362) J. Pradel 교수도 사실상 예심판사의 폐지안을 지지한다. 이에 대하여는 D., 1989, chron., p.1

는 성격과 유사하다할 지라도 엄격한 의미로는 예심행위들이 아니다(제68조 2단락을 통해 현행범수사에서 사법경찰의 행위들을 볼 수 있다). 다음으로 검사는 서류에 대한 열람(제82조 제2단락) 또는 피고인신문과 대질신문 및 사당사자의 심문에 참여하고, 마지막으로 판사의 모든 명령(ordonnance)에 대한 항고를 제기함으로써 지속적으로 예심 절차에 관여한다(제185조).

사법검토위원회(Truche 1997 위원회)의 제안을 받아들여 법무부장관은 1998년 예심 판사에게서 구속과 관련된 결정(석방에 대한 것 제외)을 박탈하고 별도의 구금판사에게 이 권한을 부여하는 형사소송법 개정안을 제출했다. 그 바탕에는 예심판사는 동시에 수사관과 판사가 될 수 없다는 논리가 깔려있다. 그러나 구금판사가 예심판사에 의해 제기되므로 절차가 무거워지고 무죄추정의 원칙이 약화되며(두 단계를 거치기 때문에) 구속자 수가 별로 감소하지 않을 것이라는 것을 알 수 있다. 반면에 2000년 6월 15일 법률은 석방구금판사를 신설하면서 이러한 생각들을 반영하였다(제137-1조 이하).

다. 우리에게 시사하는 바는 무엇인가?

프랑스에서 확립된 기능분립의 원칙은 그것이 과거 구체제하에서 전제군주의 횡포와 법원의 횡포로 인하여 시민의 기본권이 철저히 무시되는 상황하에서 계몽주의 영향으로 프랑스의 대혁명을 이룩하였고 국가권력으로부터 개인의 인권을 보장하기 위한 장치로서의 의미를 지니는 역사적 산물이라는 점을 알 수 있다. 물론 프랑스가 취하고 있는 기능분립의 원칙을 우리나라에 그대로 적용하는 것은 예심판사나 예심제도를 두고 있지 않은 우리 형사사법시스템에서 적합하지 않은 일일 것이다. 그러나 우리가 프랑스의 역사와 제도로부터 배울 수 있는 것은 예심판사나 예심제도의 도입이 아닌 그러한 기능분립을 가능하게 하였던 형사구조에 대한 기본이념이다.

직권주의의 영향으로 법원은 실체진실을 밝힐 책임을 지며 이를 위하여 규문재판관이 검사의 기소행위가 없는 경우에도 스스로 사건을 제기하여 수사를 하였으나 예심판사의 탄생으로 검사의 공소와 예심판사의 수사, 법원의 재판이라는 기능분리가 가능하게 된 것이다. 우리나라와 같이 검사로 하여금 수사를 하도록 하는 체제를 택하지 않은 이유는 직권주의를 골격으로 하는 프랑스의 형사절차에서는 실체진실의 발견의 목적인

수사도 법원의 기능에 속하는 것이며 검사는 소추를 담당하는 당사자에 불과하다는 것이다. 따라서 죄의 유무와 형량을 결정하는 재판기능과는 달리 범죄의 수사를 담당할 예심판사가 필요했던 것이다.

그러나 프랑스에서도 국민의 인권보장을 위한 기능의 분리원칙이 치죄법이후 확립되었지만 최근까지 그 목적이 완벽하게 달성되지 못하는 문제점이 있었다. 즉, 2000년의 형사소송법 개정 이전까지 예심판사의 권한은 기능분리의 원칙에도 불구하고 막강한 것이었다. 그 이유는 중요사건 수사를 예심판사가 주도하면서 수사관(enquêteur)으로서의 역할뿐만 아니라 수사에 필요한 체포 및 구속 등의 강제처분에 대한 권한까지도 법원의 통제없이 행사할 수 있었기 때문이었다. 이런 막강한 권한때문에 예심판사는 국민들의 인식속에 ‘프랑스에서 가장 강한 사람(l’homme le plus puissant de France)’으로 자리잡게 되었다. 이는 검사동일체의 원칙과 상명하복의 지휘계통을 따르는 불완전한 검사와는 달리 정치권력으로부터 독립되고 판사로서의 신분이 보장되는 예심판사라고 할 지라도 수사와 인신구속 등에 대한 권한을 동시에 보유함으로써 권한남용의 문제를 낳았다는 것이다.

이러한 문제점은 결국 체포장 및 구인장의 경우에는 예심판사가 그대로 영장발부의 권한을 행사하지만 구속과 같이 권한남용이 심히 우려되는 인신구속에 있어서는 예심판사의 청구에 의하여 석방구금판사로 하여금 영장을 발부하도록 하는 제도를 신설하여 예심의 기능을 분할하게 된 것이다.

우리나라에 프랑스의 제도로부터 배울 수 있는 것은 바로 권한의 집중은 결국 권한의 남용을 낳는다는 사실과 이러한 권한의 남용으로 인한 국민의 인권침해를 방지하기 위해서는 기능의 분리의 원칙이 지켜져야 한다는 이념이다.

이와 같은 프랑스의 제도를 토대로 우리의 제도를 비춰보면 검사에게서 수사의 주재자로서의 권한과 기소편의주의로 특징되는 공소권을 보유한 막강한 권한의 집중을 볼 수가 있다. 더욱이 수사의 주재자로서의 의미는 직접 또는 타 기관에 소속된 사법경찰관으로 하여금 수사토록 할 수 있다는 의미가 아닌 자체 수사인력을 통한 수사기관을 보유하고 있다는 의미에서 민주적 정신을 기초로 한 프랑스의 삼권분립 내지 기능분립의 정신과는 상통하지 않는 부분이 있다는 것을 누구나 인식할 수 있을 것이다. 즉, 우리나라의

검사는 프랑스의 검사와 예심판사가 보유한 권한을 한꺼번에 행사하고 있으며 더 나아가 자체인력을 두고 있는 수사기관으로서의 역할도 동시에 수행하고 있다는 점이다.

이러한 권한집중에 대한 해결책은 기능분립을 위하여 프랑스의 제도를 그대로 도입하자는 것이 아니라 우리의 형사시스템의 체계안에서 그 원리를 어떻게 실현할 것인가라는 점에 있다. 두 가지 대안이 제시될 수 있을 것이다. 첫째 프랑스와 예심제도를 두고 있는 나라를 제외한 대륙법계의 형사시스템에서도 검사는 수사기관의 권한남용을 통제하고 기소유무를 결정하기 위하여 사법경찰관에 대한 수사지휘가 필요하다는 것은 어느 정도 인정되지만 검사는 객관의무를 지며 법률의 적용을 감시하는 공소관으로서의 역할에 충실해야 한다는 것이 검찰제도의 핵심인 점에 비취 검찰의 직접 수사기능은 폐지 내지 대폭 축소하는 것이 가장 바람직하다.

두 번째 대안으로서 집중된 검찰의 권한 중 공소권과 수사권을 분할하는 것이 불가능한 경우 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 폐지 내지 축소시켜 수사기관으로서의 검찰과 경찰이 대등한 입장에서 경쟁관계로 변화하는 것이 고려될 수 있다³⁶³). 경쟁관계는 시장원리에 의해 국민에게 좀 더 나은 수사서비스를 제공하고자 양 기관이 더욱 노력할 것이며 상대방의 권한남용에 대한 견제장치로서의 구실도 하게 될 것이다. 물론 현행 헌법체계내에서 경찰수사에 대한 검사의 개입내지 지휘가 완전히 배제될 수는 없을 것이나 영장청구 등 강제수사에 있어서 검사가 아닌 법원의 통제를 받는 형태로 변화한다면 불가능한 일도 아닐 것이다. 이와 같은 방식은 프랑스의 기능분리의 원칙을 우리의 토양에 적용시킨 형태로서의 의미를 가질 것이다.

2. 사법경찰관의 수사주체성 확보

가. 수사권과 수사지휘권의 분리론

수사는 범죄가 발생한 경우 범인을 발견하고 증거를 수집하며 범죄사실을 규명하는

363) 손동권 교수도 유사한 입장이다. “검찰의 독점적 수사권과 공소권은 앞으로 외부적 통제의 대상으로 들어와야 한다. 그 방법으로 경찰에게 독자적 수사권을 부여하여 검찰과 경찰이 서로 수사에 있어 협력하고 동시에 서로 견제케 하고(후략)” : 경대논문집, 1993, p.220

수사기관의 활동으로 통상 정의되고 있다. 국가형벌권의 발동이라는 사법작용의 측면에서 수사는 형사소송을 포함한 일련의 형사절차에서 공소제기 및 공판단계에 선행하여 공소제기 및 유지에 대한 검사의 판단에 대한 자료를 제공하고 공판단계에서 유죄의 근거로 사용되는 증거를 수집하는 기능을 수행한다. 이와 같이 수사를 포함한 국가의 사법작용은 소송절차를 규율하는 형사소송법을 통하여 적법한 절차에 따라 한편으로는 실체진실의 발견을 가능하게 하고 다른 한편으로는 국민의 인권을 보장토록 한다. 결국 형사소송법은 수사에 대한 권한을 창설하고 그 대상(조건)과 한계를 설정한다.

수사의 기능은 위와 같은 관점³⁶⁴⁾에 의하면 공소의 전단계로서 공소제기 여부를 결정하고 공소유지를 위한 활동으로, 그 목적상 검사의 기소권(공소권)과 떼어놓을 수 없는 밀접한 관계에 놓이게 된다. 이와 같은 논리에 의하면 수사는 기소권과 분리될 수 없는 성질로서 수사의 효율성과 목적달성을 위해서는 단일한 기관에 의해 수행돼야 하며 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권은 반드시 필요하게 된다는 결론에 도달하게 된다. 공소권을 보유한 기관이 수사권도 갖으면서 사법경찰관을 지휘하여 수사를 하는 구조이다. 검사는 결국 공소권 및 수사권 및 수사지휘권을 독점하고 경찰이 보유한 수사권이라는 것은 검찰의 수사지휘권으로부터 파생되는 이차적 권한에 불과한 것이다. 이것이 우리 형사소송법이 취하고 있는 수사권과 관련된 태도라고 분석된다. 즉, 형사소송법 제195조는 검사에게 수사권을 부여하고 제196조에 의하여 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 할 수 있도록 규정하고 있다.

그러나 이러한 수사와 공소권과의 불가분성이라는 논리가 검사의 수사지휘권을 정당화하는 논거가 될 수 있을지언정 수사가 반드시 검사에 의해 수행돼야 하며³⁶⁵⁾ 사법경찰관의 독자적인 수사활동을 부정하는 근거가 되는 가는 면밀한 검토가 필요하다. 따라서 과연 수사권의 개념과 수사지휘권의 개념이 동전의 양면처럼 불가분의 관계에 있는

364) 국가형벌권 발동이라는 전제하의 수사의 목적이 있다면 다른 사법상의 작용 및 행정작용상의 수사의 목적도 간과할 수 없다. 즉, 수사활동을 통한 범죄의 예방기능, 공공질서의 유지, 피해자에 대한 권리회복, 사인간의 분쟁해결 기능이 그러한 예이다.

365) 프랑스의 경우에 현행 범죄 및 사안이 단순한 경죄를 제외하고 중죄와 구속 등의 강제수사는 예심판사가 담당하고 있다는 점에서 우리와 같이 검사의 기소권의주의를 채택하고 있는 나라에서 수사가 반드시 공소기관에 의해 수행되는 것이 아니라는 알 수 있다. 이러한 점도 수사권이 공소권과 반드시 결합되는 것은 아니라는 것을 입증해 준다.

지를 밝히고 양 개념간의 관계를 새롭게 정립하는 것이 수사권독립론을 이해하는데 도움이 될 것이라고 본다.

대부분의 학자들이 수사권과 수사지휘권을 구별하지 않고 혼용하여 사용하고 있음에 반하여 일부는 두 개념을 구별하고 있다³⁶⁶⁾. 이진국 박사 및 정완 박사는 수사권을 법률적으로 수사를 행할 수 있는 권한이라고 정의를 내리면서 현행법상 이러한 수사권을 행사하는 기관으로서는 검사와 사법경찰관리가 있다고 한다. 또한 수사권의 개별적인 내용에는 수사개시권, 수사실행권, 수사종결권이 있다고 본다³⁶⁷⁾.

이에 반해 수사지휘권의 명확한 개념에 대하여는 두 저자가 설명하고 있지 않으나 종합하여 보면 다음과 같이 도출될 수 있다. 즉 수사지휘권이란 적법절차의 보장과 인권보장을 위하여 집행을 명령, 지휘, 통제할 수 있는 권한이다. 결국 수사권이라는 것은 독자적인 의사결정을 통하여 법률상 수사를 행할 수 있는 권한이지만 진정한 의미에서의 수사권은 명령, 지휘, 통제를 받지 않는 권리를 뜻한다는 것이다. 이러한 맥락에서 적극적 의미의 수사권은 수사지휘권이 배제된 검사의 지휘, 통제로부터의 독립을 의미하게 된다.

이와 유사한 입장으로 송해은 검사는 “현행법상 검사의 수사지휘권은 사법경찰관의 독자적인 의사결정에 의한 자율적인 수사권행사를 인정하면서, 일반적 지침과 일반적·구체적 지시 등으로 조정·통제하고 수사에 관해 검사와 사법경찰관의 의견 불일치가 생긴 경우에 법률전문가인 검사의 의사가 우월하다는 의미이다”³⁶⁸⁾라고 수사지휘권의 개념을 내리고 있다. 이러한 입장에 의하면 사법경찰관은 자율적 내지 독자적인 수사권을 행사하나 검사의 지시 및 통제에 반할 수 없게 된다.

위의 저자들의 주장에서 공통된 점은 사법경찰관이 이미 법률상 수사를 할 수 있는

366) 손동권교수는 독일의 경찰과 검찰의 관계를 설명하면서 수사권과 수사지휘권의 개념을 간접적으로 구별하여 사용하고 있다. “독일에서 수사의 주재자는 검찰이고 경찰은 독자적인 수사권은 있으나 사건을 지체없이 없이 검찰에 송치하여 지시를 받도록 되어 있다. 검찰이 경찰을 법적으로 통제하고, 수사 및 공소에 대한 모든 책임도 검찰이 진다.”, “사법경찰관에게 수사권을 부여한 경우에도 수사지휘권은 검사에게 있다.”, 손동권, 수사절차에서의 경찰과 검찰의 관계, 경대논문집, 제13호 1993, p.205

367) 이진국, 정완, 수사권독립 논의에 관한 검토, 형사정책연구 제14권 2호(2003), 한국형사정책연구원, pp.159-160

368) 송해은, 검사의 수사지휘권에 관한 연구, 한양대학교, 2000, 석사학위논문, p.5

권한을 부여받았으므로 수사권독립론은 결국 검사의 수사지휘권을 배제하자는 것에 불과하다는 것이다. 수사권과 수사지휘권을 구별하는 입장에 의해서도 결국 수사권과 수사지휘권은 동일시되고 있는 것을 알 수 있다. 물론 적극적 의미에서의 수사권독립론은 수사지휘권을 배제하자는 주장과 상통하는 측면이 있는 것은 사실이나 수사권독립론의 요체가 반드시 검사의 수사지휘권을 배제하자는 것과 결부되는 것은 아니며 이와 같은 수사권과 수사지휘권의 단일론의 주장은 사실상 우리 형사소송법의 해석의 틀 안에서 가능한 주장일 뿐이다³⁶⁹⁾.

그러나 수사권과 수사지휘권은 동일 사물의 두 측면이 아니라 엄연히 구별되는 개념이다. 수사권은 법률에 의해 직접 부여받은 권한으로서 개별 수사행위를 포함한 일반적으로 수사를 진행, 개시할 수 있는 권한을 말한다. 우리 형사소송법은 제195조에서 검사의 일반적 수사권규정을 두고 있는 것을 보면 알 수 있다. 반면에 수사지휘권은 수사를 직접 실행하는 주체에 대하여 수사상 지휘 및 통제할 수 있는 권한을 의미한다. 이처럼 검사는 현행법상 수사지휘권만 아니라 수사권도 보유하고 있어 직접 수사를 할 수는 권한이 있다. 그러나 검사가 행사하는 수사권은 사법경찰관이 행사하는 사실상의 수사권과는 다른 측면이 있다. 원래 검사의 수사권은 수사지휘권을 보장하고 보충하기 위한 장치로서의 의미를 갖는 것이며, 반대로 검사의 수사권을 보장하기 위하여 수사지휘권을 마련하고 있는 것은 아니다³⁷⁰⁾. 또한 수사지휘권은 검사의 공소권의 적정한 행사를 위해 검사가 수사를 주재해야 한다는 의미이며 수사가 반드시 검사에게 독점돼야 한다는 의미는 결코 아니다. 만일 이와 같은 주장을 한다면 모든 수사행위를 검사가 하

369) 이와 같은 수사권과 수사지휘권의 단일론의 입장은 형사소송법제정 당시에 입법가들이 수사권과 기소권을 분리시켜 검찰의 수사지휘권이 배제된 독자적인 수사권을 경찰에게 줄 것인가 아니며 검사가 수사를 주도할 것인가에 대한 논쟁에서도 그대로 나타난다. 즉, 영미식 또는 일본식의 경찰주도형 수사구조는 경찰의 파숫화를 초래할 것이라고 우려하여 검찰주도형의 모델을 결국 채택하였으나 이들은 수사권과 수사지휘권을 분리하여 형사소송법에 사법경찰관에게 수사의 주체로서의 인정과 검사의 수사지휘권을 보장하는 중도적 모델을 고려하지 못했다. 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II), 서울대학교 법학, 제42권 제2호, p.268

370) 반면에 이재상 교수는 “검사는 수사권, 수사지휘권 및 수사종결권을 가지고 범죄를 수사하는 수사의 주체자이다. 검사의 활동의 중점은 바로 수사에 있다고 할 수 있다.”, “대부분의 수사는 사실상 사법경찰관에 의하여 실행된다. 그러나 이 경우에도 사법경찰관은 독립된 수사기관이 아니라 검사의 지휘를 받아 수사를 행하는 검사의 보조기관에 지나지 않는다.”라는 입장을 취하고 있다. 형사소송법, 박영사, 1997, p.94

게 되어 형사소송법이 예정하고 있는 사법경찰관제도는 무의미한 것이 될 것이다.

수사권과 수사지휘권은 기능면에서 구별되는 개념이면서 동시에 민주국가의 원리상 분리돼야 할 개념이기도 하다. 앞에서 언급하였듯이 검사는 공소의 제기 및 유지를 담당하는 공소기관이자 형사소송절차의 적법한 절차의 적용을 청구 또는 감시하는 법률의 감시자로서의 역할을 수행한다. 그런데 수사활동은 형사소송법의 절차규정에도 불구하고 그 성격상 인권침해적 요소를 배제할 수 없는 성격을 갖게 된다. 따라서 공소관인 검사가 수사기관의 자격으로 직접 수사를 행하고 스스로의 행위에 대하여 통제를 하는 것은 기대할 수 없으며 바람직하지도 않다. 민주국가의 원리인 견제와 균형이 실현될 수 없기 때문이다. 즉 공소기관과 수사기관은 병립될 수 없는 성질의 것이며 각 기관은 분리돼야만 한다. 그러나 수사기관의 활동에 대하여 연결고리를 완전히 차단하는 것은 공소관으로서의 역할수행에 장애를 초래할 수 있으므로 수사지휘권은 이 범위안에서 인정되는 것이 바람직하나 이는 상하복종관계에 의해서만 실현될 수 있는 것은 아니며 기관간의 협력관계에 의해서도 실현될 수 있는 성질의 것이다.

나. 사법경찰관의 일반적 수사권의 명문화

법률상 인정된 수사개시 및 진행에 대한 일반적인 권한인 수사권은 수사지휘권과는 구별되는 개념이므로 수사를 맡고 있는 수사기관에게 수사의 주체로 인정하는 것은 당연한 것일 것이다. 따라서 현행법상 사법경찰관이 수사권을 실제 보유하고 있지 않다면 입법론적으로 수사의 주체성을 인정하는 것이 타당하다.

현행법상 사법경찰관이 수사권을 보유하고 있다고 주장하는 입장에서는 두 가지의 논거가 가능하다. 첫째 본래 수사권은 검사에게 전속되는 권한이나 사법경찰관은 형사소송법 제196조에 의해 검사의 지휘를 받아 수사할 수 있는 권한을 갖게 되는 것으로 검사의 수사권과는 동일선상의 것이 아니라는 것이다. 두 번째 경찰법 및 경찰관직무집행법에서 범죄의 수사를 경찰의 직무로서 규정하고 있으며 형사소송법의 출석요구, 피의자신문, 긴급체포 등의 수사권한이 명시되었으므로 당연히 사법경찰관은 수사권을 보유하고 있다는 것이다³⁷¹⁾.

수사권을 법률상 인정된 수사개시 및 진행에 대한 일반적인 권한이라고 본다면 위의 두 논거는 비판받을 수 있다. 형사소송법 제195조가 범인, 범죄사실, 증거에 대한 수사의 주체를 검사로 한정하면서 제196조는 ‘수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다’고 규정하고 있으므로 제195조와 제196조를 종합하여 해석하면 사법경찰관은 검사의 지휘없이 아무런 수사도 할 수 없게 된다. 이 두 조문에 의하면 검사는 직접 수사를 하는 과정에서 필요한 경우 사법경찰관에게 구체적인 수사내용을 지정하여 수사하도록 지휘할 수 있다는 의미인 것이다. 사법경찰관의 수사권은 결국 검사의 수사권과 수사지휘권에서 파생되는 권리에 불과하며 사법경찰관은 철저히 피동적인 존재인 것이다³⁷²⁾.

이러한 해석과 달리 사법경찰관은 자율적으로 수사를 개시·진행할 수 있으나 검사는 언제든지 개입하여 통제할 수 있다고 본다면 이는 개별사건이 발생한 경우 임의수사든 강제수사든지 여하한 수사로 나아가려면 매번 검사의 개별적 지휘를 받는 것이 아니라 독자적으로 수사를 개시 또는 진행할 수 있도록 검사의 수사권한을 포괄적으로 위임하였다고 보는 경우에만 가능하다³⁷³⁾. 이러한 입장의 문제점은 검사의 지휘형태로의 수사위임은 법률이 직접 사법경찰관에게 수사할 수 있는 권한을 부여한 것이 아니라 검사의 의지에 의해 결정되는 불확실한 권한에 불과하며 만일 포괄적 위임에 의하여 경찰이 스스로 수사를 하도록 놔둔 것이라면 이는 법률이 이와 같은 포괄적 위임에 대한 권한을 검사에게 부여하지 않았음에도 검사의 고유한 사무를 권한없이 타 기관에게 위임한 불법이 있다고 밖에 볼 수 없다. 결국 위임이라는 형태는 그 방식이 어떠하든 위임자의 권한으로부터 파생되는 것으로 법률로부터 직접 인정되는 권한이 아니기 때문에 진정한 의미의 권한내지 고유한 권한이라고 할 수 없다.

사법경찰관이 수사권을 보유하고 있다는 또 다른 논거에 대하여 우선 경찰의 임무

371) “사법경찰관은 검사의 구체적·개별적·사전적 지휘가 없더라도 독자적으로 수사권을 발동하여 수사할 수 있고, 실제로도 그렇게 하고 있다는 사실을 먼저 분명히 밝혀두고자 한다”. 김윤상, 수사지휘권과 인권보장, 한국형사정책학회 2003 춘계학술대회 자료

372) “형사소송법의 규정만을 엄격히 해석하면 사법경찰관은 독자적으로 수사를 착수할 권리까지도 없다는 것이다.” 손동권, 221면

373) “사법경찰관은 검사의 구체적, 개별적, 사전적 지휘가 없더라도 수사권을 행사할 수 있으며, 다만 그러한 수사권 행사는 검사의 수사지휘를 전제로 하여 이루어지고 있는 것일 뿐이다.” 송해규, 6면

중 하나인 ‘범죄의 수사’를 들어 법률이 수사할 수 있는 권한을 부여한 규정이라고 볼 수 있는가와 관련하여 이미 대부분의 행정법 학자들은 이 조문의 성격을 수권규정이 아니라 경찰의 담당할 직무의 범위를 정한 것에 불과하다는 입장을 취하고 있으며 이러한 규정자체가 수사절차를 규율하는 일반법인 형사소송법이 아니라 경찰관계법에 규정된 것은 문제가 있다고 아니할 수 없다.

다음으로 형사소송법이 몇 개의 조문에서 사법경찰관의 구체적인 수사행위를 규정하고 있으나 이를 토대로 사법경찰관이 일반적으로 수사할 수 있는 권한이 있다고 보는 것은 무리이다. 왜냐면 형사소송법 제195조는 검사에 대하여 범죄에 대한 수사를 할 수 있음을 선언한 일반적 근거조항으로서의 의미를 가지는 것이며 결국 제199조에 규정된 임의수사와 강제수사는 그 주체가 본문에 명시되어 있지 않지만 당연히 사법경찰관이 아닌 검사가 되는 것이다. 출석요구, 피의자신문, 긴급체포 등의 개별조항에서 사법경찰관을 주체로 인정하였다고 하여 이를 임의수사뿐만 아니라 강제수사를 할 수 있는 일반적 권한을 부여한 것이라고 확대하는 것 또한 잘못이다. 수사권의 인정이란 결국 법률에 의하여 범인, 증거, 범죄사실을 수사를 할 수 있는 ‘일반적 권한’을 직접 부여하는 것이다³⁷⁴⁾.

우리는 이미 치죄법에서의 수사권의 주체에 관한 규정이 검사로부터 형사소송법 제정을 통하여 사법경찰관에게로 전환되는 과정을 살펴보았다. 이는 단지 수사를 실제 사법경찰관이 하고 있다는 측면에서 허구(fiction)를 바로 잡은 것이지만 다른 한편에서는 법률의 근거없이 사법경찰관이 수사를 하는 법률의 흠결(lacune)을 바로 잡은 의미를 갖고 있다. 이러한 프랑스 법제의 변화는 우리에게 많은 시사점을 안겨주며 동시에 우리의 입법이 어떠한 방향으로 변화해야 할 것인가라는 방향을 제시하기도 한다.

참고로 프랑스의 형사소송법에서 사법경찰관에 대한 수사권을 인정하는 입법형식은 4단계를 취하고 있다. 우선 제14조에서 사법경찰의 기능을 범죄의 인지, 범인의 발견, 증거의 수집으로 명시하여 사법경찰활동의 대상을 설정하고 있다. 다음으로 제12조는

374) 이진국 박사 및 정완박사는 사법경찰관은 규범적으로 뿐만 아니라 현실적으로도 수사권을 가지고 있어 수사주체에 의문이 없으나, 다만 수사주체의 근거규범의 불분명하다는 점은 인정되어야 한다고 설명하면서 이 한도에서 형소법 제195조는 개정되어야 할 필요성이 있다고 피력하였다. 이진국, p.190

사법경찰의 기능이 검사의 지휘하에 일반사법경찰관리와 특별공무원에 의해 수행된다고 하여 사법경찰관에게 수사의 주체자로서의 지위를 부여하고 있다³⁷⁵⁾. 제16조는 사법경찰관에 해당하는 공무원의 리스트를 정하고 있다. 이러한 기본적인 골격하에서 제17조는 구체적으로 사법경찰관이 어떠한 권한을 행사할 수 있는지를 총괄적으로 명시하고 있다.

독일의 경우에도 경찰을 수사의 주체자로서 규정하고 있음을 알 수 있다. 일단 독일 형사소송법 제161조는 검사의 수사권 및 수사지휘권³⁷⁶⁾을 규정하고 제163조는 제1항³⁷⁷⁾ 제1단락에서 경찰의 초동수사권을 규정하면서 2000년 형사소송법의 개정을 통하여 제2단락을 추가함으로써 일반적 수사권을 완성시켰다.

프랑스와 독일의 입법례는 우리 형사소송법의 틀속에 그대로 이식될 수 있는 성질의 것은 아니다. 그러나 검사의 경찰에 대한 수사지휘권을 배제하지 않으면서도 사법경찰관 또는 경찰공무원에게 수사권을 인정하는 입법형식은 수사권과 수사지휘권의 분리가 가능하며 사법경찰관에게 실질적으로 수사할 수 있는 권한을 부여해야 한다는 당위성을 제공한다.

이를 위해서는 우선 수사의 주체에 대한 규정인 제195조를 개정하여 사법경찰관을 수사의 주체로 명시해야 한다. 즉, 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 증거, 범죄사실을 수사하여야 한다는 조항을 제195조에 또는 제195조의2을 신설하여 삽입할 필요가 있다. 그러나 사법경찰관에 대한 수사의 주체성 인정은 제196조의 해석과 관련하여 약간의 문제점을 발생시킨다. 즉, 이 조항에 의하면 사법경찰관은

375) “La police judiciaire est exercé, sous la direction du procureur de la République par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre” : par는 수동태의 문장에서 주어를 지칭한다.

376) 독일의 수사지휘권은 상명하복관계에 기한 것이 아니라 촉탁(Ersuchen)과 위임(Auftrag)에 대한 경찰의 충족의무로 나타난다.

377) 제163조(경찰의 임무)

경찰의 기관과 그 공무원은 범죄행위를 조사하여야 하며, 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 지체해서는 안될 모든 조치를 취하여야 한다.

이 목적을 달성하기 위하여 경찰기관과 그 공무원은 모든 관서에 정보를 의뢰하거나 또한 지체의 위험이 있는 경우 이 정보를 요구할 수 있으며 또한 다른 법률이 경찰의 권한을 특별히 정하지 않는 한 모든 종류의 수사를 진행할 권한을 갖는다.

검사의 지휘를 받아 수사를 하는 피동적 존재이므로 수사의 주체성을 인정하는 상황에서는 검사의 수사지휘권에 기한 수사권 행사가 아닌 검사의 개입 또는 통제가 가능한 새로운 수사지휘권의 규정이 필요하다. 즉 ‘검사는 수사상 필요한 경우 사법경찰관을 지휘할 수 있다’라는 형태의 조문이 가능하겠다.

물론 이러한 입법례는 경찰의 수사권독립 또는 조정의 주장과 관계없이 사법경찰관에게 현실에 부합되게 수사의 주체성을 인정하는 전제로 선결돼야할 기본적인 과제이며, 그 후에 검찰과 사법경찰관과의 합리적 관계설정이라는 측면에서 검사의 수사지휘권을 어느 정도 또는 어떻게 인정할 것인가에 관한 문제에 대하여 기능분립의 원칙에 의하여 자체 수사인력을 보유한 검사의 수사권을 폐지하여 수사지휘권만을 인정할 것인가 아니면 검사의 수사권을 인정하는 경우 수사지휘권을 제한하여 수사기관으로서의 양 기관이 협력관계 및 경쟁관계로 가는 것이 타당할 것인가를 범국민적 논의와 합의를 통하여 선택돼야 한다고 본다.

제2절 독 일

I. 법률상의 경찰·검찰 관계

1. 법률상의 상호관계

독일에서 형사절차상 경찰과 검찰의 관계를 규정하는 법규는 형소법 152조 제 2항, 제 160조 제 1항, 161조, 163조 및 법원조직법 제 152조가 그 주축을 이루고 있다.

첫째, 형사소송법 제 152조 제 2항을 통해 검사에게 적용되는 기소법정주의는 검사의 수사권을 법률적으로 보장하고 있으며, 이는 또한 실체법인 형법 제 258조의 a의 규정을 통해 뒷받침 받고 있다.

둘째, 형사소송법 제 160조의 규정은 - 형소법 152조제 2항과 연결되어 - 수사권행

사에 관한 추상적인 권한을 검사에게 부여하고 있고, 형소법 제 161조제 1항 은 검사가 직접수사를 하거나 경찰로 하여금 수사를 하게끔 할 수 있는 구체적인 수사권한을 검사에게 부여하고 있다. 또한 형사소송법 제 161조 제 2항은 검사의 수사권을 보장하기 위해 경찰에게 검사의 수사주도권(Sachleitung)을 충족시킬 의무를 규정하고 있다. 이러한 경찰의 의무는 개념적으로 일반적인 요구(Ersuchen)와 특정경찰관에게 발하는 구체적인 사안에 관한 촉탁(Auftrag)으로 구분된다.

셋째, 진압(Repressiv)업무에서 검사의 권한은 다시 형사소송법 제 163조에 의거한 ‘수사서류를 지체없이(Ohne Verzug) 송치해야할’ 경찰의 의무를 통해 보충된다. 형소법 제 163조 제 1항 제 1문은 검사가 관련내용을 알지 못하는 상태에서 경찰이 직접 수사할 경우 가능한 한 빨리 사안에 대해 통지해야할(informiert) 의무를 경찰에게 부여하고 있다.

넷째, 검사의 수사주도권은 검사의 협력공무원(Hilfesbeamten)의 협조의무(Kooperation)를 통해 뚜렷이 나타난다. 즉 법원 조직법 제 152조 제 1항은 검사의 협력공무원에게 관할 구역내의 검사의 지시(Anordnungen)를 수행해야할 의무를 부여하고 있다.³⁷⁸⁾ 협력공무원

378) 독일형사절차상 검사가 법률상 경찰에 대한 권한은 형사소송법 제 161조 2문 과 법원조직법 152조에서 명시적으로 나타난다. 법원조직법 152조에 의하면 “경찰은 검사 또는 상사의 Anordnungen을 수행해야할 의무가 있다.” 라고 규정되어 있다. 여기서 Anordnungen (우리나라 말로 통상 지시(명령)이라는 단어로 해석된다.)은 형사소송법 제 162조 제 2문의 Ersuchen 과 Auftrag을 말한다(Knemeyer, NJW 1992, 3131면). 독일 형소법 제 161조 제 2문은 Die Behörden des Polizeidienstes sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der StA zu geneugen. 으로 규정되어 있다. 이를 정확히 해석하면 “경찰업무에 종사하는 기관과 공무원은 검사의 Ersuchen과 Auftrag을 충족시킬 의무를 가진다.”라고 해석될 수 밖에 없다. 이러한 법률규정과 관련하여 분명히 짚고 넘어가야할 점은

첫째로 ‘Auftrag’ 용어해석상의 문제이다. 1998년 법무부에서 번역·발간한 독일형사소송법제 161조의 번역에 의하면 “경찰직 공무원과 기관은 검사의 의뢰나 지시를 이행할 의무를 진다.”(번역서 112면) 그러나 이러한 Ersuchen, Auftrag 이라는 용어는 법원이 타 법원의 업무협조 시에도 사용되는 개념이다. 이러한 용어를 번역서는 제 161조와는 다르게 해석하고 있다. 즉, 독일형소법 제 66조b 제 2항 Die Verteidigung muss, soweit sie zulaessig ist, erfolgen, wenn es in dem Auftrag oder in dem Ersuchen des Gerichts verlangt wird. 이 내용을 법무부가 발행번역서에 의하면 “선서가 허용되는 한, 법원이 위임이나 촉탁에 있어 이를 요구하는 경우 선서하여야 한다.”고 번역하고 있다(번역서 24면). 여기서 Ersuchen의 개념에 대해서는 별다른 이견이 없으나 형소법 제 161조 제 2문의 Auftrag의 개념을 ‘지시’로 번역하여 수사절차상 독일검사의 경찰에 대한 수사지휘권을 강조하고자 하는 의도가 보인다.

두 번째로 수사지휘의 의미에 관해서다. 우리 형사소송법 제 196조에 ‘검사의 지휘’라는 용어를 사용하나 독일 수사구조상 검사와 경찰의 관계를 설명하는 형사소송법상 용어는 ‘Auftrag 과 Ersuchen을 충족시킬 의무’이다. 이 개념을 우리나라 형소법의 ‘수사지휘개념’과 동일하게 보는 것은 우리 형사소송구조와 독일 형사소송구조와 동일하게 보려는 편견이 이미 깔려 있다. 독일에서도 형사소송법상 Auftrag 과 Eusuchen

의 범위는 지방법률규정에 의해 정해진다. 이에 의하면 경찰은 우리나라 경감급에 해당되는 Erster Hauptkommissar까지 협력공무원으로 규정되어 있다.³⁷⁹⁾

마지막으로, 경찰이 검사에게 사건을 송치하면 수사절차는 검사의 수사종결권(Abschlussverfügung)으로 끝난다(§170 StPO). 그러나 세금과 관련된 형사사건의 경우(Steuerstrafsache)에는 검사가 아닌 세무직 공무원(Finanzbeamter)이 독자적인 수사권(Abgabenordnung 제 386 조) 과 약식명령(Strafbefehl)에 해당되는 사건의 경우 기소권을 행사할 수 있다(Abgabenordnung 제 399 조).

이상과 같이 독일에서는 검사가 법률상 주도적인 수사권을 행사할 수 있음은 분명하다. 그러나 여기서 주의해야 할 것은 이러한 법률이 경찰의 수사권을 배제하거나 양자간의 서열관계를 규정하는 것은 아니라는 것이다.³⁸⁰⁾ 즉, 형소법 제 163조는 경찰수사에 대한 법정주의적 원칙(Legalitätsprinzip), 수사의 권한 및 송치의무에 관하여 규정하고 있다. 이를 좀더 세분화해서 보면 우선 경찰수사에 대한 법률의무(Legalitätspflicht)는 검사의 의무와는 달리³⁸¹⁾ 예외를 가지고 있지 않고 있으며 특히, 형법 제 258조a를 통해 실질적으로 강제되고 있다. 또한 경찰의 초동수사권은 검찰제도가 탄생하기 이전

의 개념을 통틀어서 Weisung이란 용어를 사용한다. 그러나 형사소송법 제 161조 제 2문은 이 Weisung의 개념과 관련하여 ‘수사의 주도’라는 의미외에 그 주도권의 내용과 범위를 구체적으로 정하고 있지 않다. 즉, 입법자는 형사소송제정 시 Weisungen의 범위와 방법에 대한 구체적인 규정을 하지 않았다. Weisung의 규정에 따르면 Auftrag 혹은 Ersuchen을 받은 기관(Behörde)은 자신의 직무와 권한범위 내에서 업무를 수행하여야 한다. 따라서 Weisung은 경찰이 직무범위 내에서 상응하는 처분수단을 가지고 있고 경찰집행이 개입가능하는 경우에 한하여 하달될 수 있다(Knemeyer, NJW 199, 3131면 이하). 이것은 Weisung을 통해 검사는 경찰에게 ‘무엇을 할 것인지’를 결정할 수 있으나 ‘어떻게 할 것인가’에 대한 요구는 할 수가 없음을 말한다. 왜냐하면 ‘어떻게’의 영역은 경찰의 고유영역인 집행의 영역이기 때문이다. 실제로 독일에서 검·경 합동수사본부를 설치할 경우 검사는 사건에 대한 법률적인 분석과 검토를 담당하고 경찰수사지휘부는 실질적인 수사를 담당하게 된다. 수사방법은 전적으로 경찰의 소관이지 검사가 수사방법에 대해서는 관여하지 않는다.

379) 예를 들어 바덴-비텐베르크 주의 검찰협력공무원에 관한 주정부의 법규명령(Verordnung der Landesregierung ueber die Hilfsbeamten der StA vom 23. Sep. 1985)은 경찰의 경우 Polizeihauptwachmeister부터 Erster Polizeihauptkommissar까지 협력경찰관으로 규정하고 있다. 독일에서는 사법고시를 합격 후 경찰이 되고자 할 경우 우리나라 경정급에 해당되는 Polizeirat의 계급으로 임용되므로 이보다 하위 계급인 Polizeihauptkommissar를 경감급으로 평가하는 것이 타당하다.

380) Knemeyer, NJW 1992, 3131.

381) 검사에게는 다르게 규정되어 있다. 즉, 형소법 제 152조 제 2항은 “법률이 달리 규정하지 않는 한”이라는 법문을 포함하고 있다.

인 1794년 일반란트법에 규정되어 있었다. 더구나 형소법 제 163조는 1999년 개정(StVÄG 1999)³⁸²⁾을 통해 그동안 논란이 되었던 수사에 관한 일반권한을 경찰에게 부여함으로써 경찰은 지금까지 법적으로는 초동수사에서만 한정되어 있던 범위에서 벗어나 모든 영역에 걸쳐 수사권행사가 가능하게 되었다.³⁸³⁾ 따라서 독일 형사소송에 관한 법률만으로 경찰과 검찰간의 명확한 관계를 규명하기 어렵다.³⁸⁴⁾

2. 독일경찰법(Polizeirecht)과 검·경관계

독일 경찰은 형사소송에 관한 법률규정뿐만 아니라 지방법인 경찰법의 영향아래 있다. 따라서 경찰법은 형사소송법과는 근본적으로 다른 내용의 법률임에도 불구하고 검찰과 경찰의 관계에 지대한 영향을 미치고 있다.³⁸⁵⁾ 형사소송에 관한 업무는 연방법에 규정되어 있고 검사는 이와 관련하여 경찰에 대해 지시권(Weisungsbefugnis)을 행사할 수 있는 반면 경찰법의 적용영역인 위험예방업무와 관련해서는 전혀 영향력을 가지지 못한다.³⁸⁶⁾ 여기서 검찰의 지시권한이 형사소송법에 규정되지 않는 경찰의 범죄수사조치에 관련되는 경우, 예를 들어 범인체포에 있어 총기사용이 문제되는 경우에는 검사의 지시권한은 제한된다. 이 경우에는 형사소송법 제 161조상의 경찰의 수사활동이 문제되는 것이 아니라 집행행위가 문제되는 것이다. 따라서 검찰은 경찰의 집행원조에 관한 원칙에 따라 직접강제를 행해 줄 것을 경찰에게 단지 요구할 수 있을 뿐이다. 그러나 이 경우 “어떻게” 직접강제를 행할 것인가에 대한 결정권은 경찰에게 맡겨져 있다.³⁸⁷⁾

382) 앞의 주석(106번) 참고

383) BT-Drs 14/1484, 24면

384) Knemeyer는 형소법 제 160조와 163조는 서열관계를 규정하는 것이 아니라 검사와 경찰에게 각기 범죄인 지권을 부여하는 규정이며 법원조직법 제 152조도 경찰의 수사활동에 대한 지휘권을 의미하는 것이 아니라 고 한다. 왜냐하면 이규정은 검사가 자신의 권한(형소법 제 160조)범위 내에서 경찰의 개입을 요구할 경우 ‘무엇을 할 것인가’에 대해 규정하고 있는 것이라고 설명하고 있다(Knemeyer, NJW 1992, 3131).

385) 독일의 경우 연방법이 지방법보다 상위에 있는 법률로 이해해서는 안 된다. 헌법 제 70조는 “지방은 기본법이 연방에 입법권한을 부여하지 않는 경우에는 입법권을 갖는다.”고 규정하고 있다.

386) Henrichs, 앞의 논문, 87면, 예방과 진압의 충돌영역에서의 권한문제는 연방과 각주의 내무부장관과 법무부장관의 공동준칙(RiStBV, Anlage A, B III) 참고할 것.

387) Schenke/Wolf-Ruediger, Polizei- und Ordnungsrecht(서정법 역), 198면

이 때문에 Schenke 교수는 “형소소송법이 범죄수사에 있어서 경찰의 권한에 관한 중국적 규율을 내용으로 한다는 것과 지방법의 입법자가 경찰의 범죄수사조치의 시행을 위한 직접강제에 관한 규정을 제정할 권한을 갖는 것은 모순되지 않는다.”고 설명하고 있다.³⁸⁸⁾

3. 검찰과 경찰간의 수사권에 대한 법률해석상의 논쟁

독일에서 검사와 경찰은 각자 자기의 영역에서 효과적으로 업무를 수행하고 있다. 그러나 이것이 경찰과 검찰의 관계에 대한 명확한 결론이 내려졌음을 의미하지 않는다. 검사가 수사에 있어서 우위를 유지해야 한다는 다수설은 그 논거로서 “검사는 수사를 언제든 스스로 진행하거나 경찰로 하여금 수사를 하게 할 수 있고 이에 상응하여 경찰에 대한 지휘권을 행사할 수 있기 때문에 수사절차의 주재자의 지위에 있다.”는 것이다.³⁸⁹⁾ Goergen은 1976년 자신의 논문에서 “경찰의 모든 권한은 검사의 고유한 권한에서 나오는 것이어서 경찰의 검사에 대한 종속성은 필연적이고 또한 경찰은 검사의 연장된 팔에 불과하기 때문에 경찰의 수사는 임시활동적인 성격을 띠고 있어 수사에 관한 경찰의 독자적인 영역은 존재하지 않는다.”고 주장하고 있다.³⁹⁰⁾ 1975년에 내려졌던 당시의 판례 또한 “경찰은 검사의 연장된 팔이고 검사는 손없는 머리에 해당한다.”는 논거를 통해 경찰에 대한 검사의 우월적인 지위를 인정하였다.³⁹¹⁾

그러나 수사절차상 실질적인 역할이 경찰중심으로 이동하면서 나타나는 실무상의 관계변화는 시대에 상응하는 수사기관간의 역할분담을 요구하고 있고, 이러한 요구는 법리상 경찰의 독자적인 수사권한을 지지하는 법학자들의 의견을 강하게 뒷받침하게 되었다.³⁹²⁾ 그 주된 내용은 경찰은 형소법 제 163조 제 1항에 의한 긴급한 경우 인정되는 수사권영역을 넘어서 검사의 권한으로부터 나오는 것이 아닌 경찰 자신의 고유한 수사

388) Schenke/Wolf-Ruediger, 앞의 논문, 200 면

389) Heinrich 88면

390) Goergen, ZRP 1976, 59면

391) BVerwGE, 47, 255, 263면

392) Meyer-Teschendorf, Jus 1981, 189면, Rueping, ZStW 1981, 894면, Knemeyer in FS- Krause, 471면

(Strafverfolgung)영역을 가지고 있다는 것이다.

독일경찰의 독자적인 수사권에 대한 논거는 크게 3가지로 구분하여 볼 수 있다.³⁹³⁾

첫째, 형사소송법 제 163조의 규정은 긴급의 경우 경찰의 독자적인 조치권을 언급하고 있다는 점에서 경찰의 수사권은 독자적인 권한에서 도출되는 것을 말하는 것이지 검사의 권한에서 모든 경찰권이 나온다는 것은 지나치다는 것이다.³⁹⁴⁾ 또한 형소법 제 161조의 문언도 검사가 자신의 위임권을 행사할 경우 경찰의 수사활동을 단지 조정하거나 제한 또는 촉진시킬 수 있다는 점을 강조하고 있다.³⁹⁵⁾ 더구나 수사활동의 이송의무(Uebersendungspflicht der Verhandlungen)를 규정하고 있는 형사소송법 제 163조 제 2항 제 1문은 ‘이미 무엇인가가 처리되어 있어야 함’을 의미하고, 그러한 한에 있어서 수사는 이미 이루어져 있어야 한다는 것을 내포하고 있다. 이 견해는 이미 1883년 제국형사법원판결에 의해 지지를 받았다.³⁹⁶⁾ 더구나 오늘날의 형사소송법의 모태가 된 1846년의 개혁 형사소송법도 검사는 수사에 있어서 경찰력을 활용할 수 있는 규정을 두고 있었다. 그러나 당시의 경찰은 형사사건의 해명을 위한 권리와 의무를 보유하고 있었다.³⁹⁷⁾ 그 후 1877년에 탄생된 형사소송법은 이에 대해 언급하지 않고 있을 뿐이고 형소법은 오늘날까지 거의 변하지 않고 지속되고 있다는 것이다.³⁹⁸⁾ Knemeyer는 이러한 점에서 “형사소송의 문언에는 수사에 관한 경찰권이 존재하지 않는다고 인정할 만한 어떠한 출발점(Anhaltspunkt)도 나타나지 않는다.”고 보았다.³⁹⁹⁾

둘째, 경찰과 검찰에게 권한을 부여하고 있는 형사소송규정이 검사와 경찰을 나란히 위치시키고 있다는 점에서 찾을 수 있다. 예를 들어 형소법 제 105조 제 1항은 긴급 시 수색(Durchsuchung)에 대한 권한을 검찰과 경찰에게 동등하게 부여하고 있다. 이러한

393) 아래의 논거는 Henrichs는 앞의 논문내용을 재구성한 것임

394) Schmidt-Jortzig, NWW 1989, 129면 이하

395) Knemeyer, FS-Krause, 475면 이하, Doebling, 183면

396) RG in Preuss. Verw-Blatt 4. Jahrgang, 116면

397) PrGS 1846, 제 4조 1항

398) Henrichs, 앞의 논문, 92 면.

399) Knemeyer, FS - Krause, 471면 이하, Wolf, KR 1975, 389면 이하. Wolf는 자신의 논문에서 “우리는 결코 경찰국가가 아니며 되지 않으려고 하듯이 사법국가에 대해서도 마찬가지다.”라고 언급하고 있다.

점은 수사와 관련된 경찰의 권한은 검사로부터 이관된 것이 아니라 검사와 상호 동등한 권한을 부여받은 것이라는 점을 표현하고 있다는 것이다. 더구나 검사의 전속권한에 속하여 지시(Weisung)를 통해 경찰에게 이관할 수 없는 검사의 권한(예를 들어 기소권)은 오히려 양 기관이 법적으로 상호 분리된 권한을 보유하고 있다는 점을 명백히 하고 있다는 것이다.⁴⁰⁰⁾ 이러한 점은 수사권과 관련하여 검사와 경찰은 상호 대등관계에 놓여있음을 보여주고 있다. 따라서 경찰은 결코 ‘검사의 연장된 팔’일 수가 없고 형사소송에 자신의 고유한 영역을 가지고 있다는 것이다.⁴⁰¹⁾

셋째, 대량범죄(Massenkriminalitaet)를 대상으로 하는 수사활동의 단순성은 실무적인 관점에서 검사의 수사주도권과 거리가 멀다는 점이다. 대량범죄에 있어서 검사에게 즉각적인 보고를 하지 않고 경찰이 독자적으로 수사를 진행할 수 있는 권한은 형사소송법 제 163조에서 나온다.⁴⁰²⁾ 왜냐하면 합리적인 법률의 해석은 ‘손없는 머리’로서의 검사가 일상적인 대량범죄의 처리함에 있어 수사의 한계를 벗어난다는 점을 고려하지 않을 수 없기 때문이다. 형소법 163조 제 2항의 관습상의 수정은 이러한 점에 근거를 두고 있는 것이다.

종합하면 다수설은 검사의 수사주도권을 주로 법률에서 이끌어 내고 있는 반면, 소수설은 실무적인 견지에서 이러한 법률을 다른 관점에서 해석을 함으로써 경찰의 수사권을 인정하자는 견해를 피력하고 있다.

II. 실무상 검찰과 경찰의 관계

독일의 검찰과 경찰의 관계도 범규범과 실무상 큰 차이가 있다는 것은 이미 우리에게도 잘 알려져 있다. 그러나 이러한 차이점은 검찰과 경찰의 관계를 ‘상호 협력관계’로 쌍방이 인식함으로써 원만하게 극복하고 있다. 따라서 실무적으로 보면 경찰과 검찰의

400) Knemeyer는 검사는 자신의 업무영역내에서 경찰의 업무영역범위내로 그 지시권을 행사할 수 있는 것이지 기소권을 행사하기 위한 업무의 위임은 금지된다고 보고 이러한 제한된 거사의 주도권은 단지 형소법 제 160조의 범위내에서만 가능하다고 보았다(Knemeyer, NJW 1992, 3132).

401) Knemeyer/Deubert, NJW 1992, 3131면 이하

402) Henrichs, 94면

상호 협조는 문제없이 원만히 잘 수행되고 있다.⁴⁰³⁾

1. 실무상 경찰과 검찰의 수사활동 영역

실무상 수사활동의 대부분은 경찰이 담당하고 있다. 검사가 수사절차상 사안의 규명을 해야함은 법적으로 규정되어 있지만, 실제 범죄수사에 있어서는 그 중심에 서있지 않다.⁴⁰⁴⁾ 특히 경미범죄와 더 나아가 中犯罪의 대부분을 경찰이 독자적으로 수사하고 있음은 주지의 사실이다.⁴⁰⁵⁾ 이처럼 경찰은 대부분의 사건에 있어 검사에게 구애받지 않고 독자적으로 수사할 수 있는 이유는 무엇일까?

첫째, 경찰 수사능력의 우위에서 찾을 수 있다. 즉, 국민과 가까이 있는 경찰이 고소, 고발사건을 접수하고, 예방활동을 병행하는 경찰이 범죄를 직접 인지할 수 있다. 또한 범죄수사의 진행에 있어서 경찰은 검찰에 비해 수사의 기술, 정책 및 조직 등의 면에서 우월한 위치에 있다는 것이다.⁴⁰⁶⁾

수사절차상 경찰의 수사활동의 우위는 법적으로 보면 형소법 제 163조 제 1항에 의거한 긴급 시 경찰에게 부여된 수사권이 확장됨으로써 형성되었다. 그러나 실상은 제국 형사소송법의 탄생 이래 꾸준히 발전한 수사경찰의 범죄학적인 해결능력의 결과라 볼 수 있다. 즉, 경찰은 수사관련 전문교육과 기동성 그리고 긴급대응수단을 보유하고 있고,⁴⁰⁷⁾ 또한 DNA분석 기법, 감시기법(Ueberwachungstechnik), 사이버 범죄에 관련된 최신 수사기법 등 최신 수사기법의 활용을 범죄해결에 활용하고 있다. 그리고 실질적으로 형사소송상의 강제처분의 실행이 경찰의 주도하에 놓여 있다는 점이다. 수사상 강제수단의 투입, 예를 들어 감청(형소법 제 100조 의 c 제 1항)과 관련하여 경찰은 독점적으로 감청도구 또는 경험의 풍부한 인원을 활용할 수가 있다.⁴⁰⁸⁾ 이러한 기술적인 자원

403) Kenemeyer NJW 1992, 3131면

404) Beulke, Strafprozessrecht, Rn 106

405) KK- Pfeiffer, Einleitung 161조 Rn 61

406) 손동권, 앞의 논문, 206면; Kleinknecht/Meyer-Gossner, 161조 Rn 11

407) Braeutigam, DRiZ 1992, 214면

408) 또한 조직범죄와 관련해서 형소법 제 110조 의 a에 의거 비밀요원이 투입결정에 경찰이 주도권을 가지고

은 경찰관서에만 직속되어 있기 때문에 검사는 수사절차에 필요한 자원의 활용에 대한 결정권에서 이미 한계를 가지게 된다.⁴⁰⁹⁾ 또한 경찰의 INPOL 시스템을 통한 정보우위권은 수사영역에서 검사의 개입가능성을 실질적으로 배제하는 결과를 가져왔다.⁴¹⁰⁾

둘째, 검사의 수사활동 참여의 소극성에서 찾을 수 있다. 형사소송규정은 검사에게 직접적인 수사권과 수사위임권을 부여하고 있다.⁴¹¹⁾ 또한 형사소송에 관한 지침(RiStBV)은 '검사는 중요하거나 복잡한 사건인 경우 처음부터(Vom ersten Zugriff an) 사안을 직접 규명해야 하며(Ziff. 3 Abs.1 RiStBV), 그렇지 못한 경우에 검사는 적어도 수사의 방향과 범위를 결정하는 등 수사를 지휘해야한다(Ziff. 3 Abs.2 RiStBV)'고 규정하고 있다. 이에 비해 검사의 실질적인 수사력을 담보하는 법원조직법 152조(제정 당시 123조)는 위의 규정과는 다른 전제하에서 탄생했다. 즉, 극히 드문 경우에만 검사가 직접 개입하게 된다는 것이다. 검사는 자신들의 임무를 충족시켜줄 다른 조직을 필요로 했고 그 조직은 당연히 경찰이었다.⁴¹²⁾ 이와 관련된 규정은 제국형사소송법 이전에 1849년의 형사소송규정에서 찾아 볼 수 있다. 즉, "수사활동(Voruntersuchungsverhandlung), 체포(Verhaftung), 압수(Beschlagnahme)활동은 검사가 지체의 위험이 없는 경우에는 직접 실시하지 않고 상황 여하에 따라서 경찰에게 혹은 법원에 신청하여야 한다고 규정하고 있다.⁴¹³⁾ 이에 따라 검사가 협력공무원과 공동으로 사안의 규명을 위하여 현장에 자주 임장해야하는 필요성은 드물게 되었다.⁴¹⁴⁾ 따라서 검사의 수사활동에 대한 소극성(Zurueckhaltung)을 수사활동에서 물리남으로 해석하기 보다 검찰제도 탄생 시점의 제 기능을 되찾고 있다고 봄이 더 타당하다. 즉, 검사가 수사에 직접적으로 개입하는 사례는 극히 이례적이었던 것이다.⁴¹⁵⁾ 그 이유는 검사가 수사로부터 일정한 거리를 유지

있고, 다만 검사는 거부권을 행사할 수 있을 뿐이다.(형소법 제 110조 b)

409) Heinrich, 126면

410) Lilie, ZStW 1994, 624, 633면

411) 이러한 규정은 '검사의 직접적인 신문'을 요구하는 등 이미 제국형사소송법 초기에도 여러 주석서에서 언급되었다(Eb. Schmidt, FS-Kohlrausch, 304면).

412) Hahn, 153면

413) Henrichs, 앞의 논문 116면 재인용; Haeberlin, 194면 이하. Verordnung v. 3.1. 1849 ueber die Einfuehrung des muendlichen und offentlichen Verfahren,

414) Henrichs, 앞의 논문 116면

415) Hahn, 153면

함으로써 공평하고 선입견없는 업무처리가 가능하기 때문이다.⁴¹⁶⁾

세 번째, 검사는 검찰청 산하에 범죄학, 범죄수사기법 등에 관한 지식이 풍부한 인적 자원을 가지고 있지 않다. 그래서 경찰의 전문화된 수사활동이 법률과 실무상의 괴리를 메우고 있는 것이다. 오늘날의 수사활동의 영역은 법률적인 지식뿐만 아니라 수사의 전문적인 지식도 요구한다. 이는 법률의 전문가인 검사와 전문수사지식을 갖춘 경찰의 ‘상호협력’이 복잡·광역화되어 가는 범죄에 능동적으로 대처할 수 있는 원동력이 됨을 시사하는 것이다.⁴¹⁷⁾ 그리고 이러한 역할분담이 검사의 수사에 대한 주도권에 손상을 입히는 것이 아니라고 본다. 이는 수사의 주재자는 수사의 결과에 대한 최종적인 결정권을 가지고 있는 자의 것이지 대부분의 수사활동을 담당하는 자의 것이 아니기 때문이다.⁴¹⁸⁾ 따라서 오늘날의 실무현실은 검사의 법률적인 통제장치로서의 역할을 부인하는 것이 아니다. 더구나 1974년 판사에 의한 예심제도가 폐지됨으로써 획득한 수사절차의 주재자로서의 지위는 검사에게 수사활동의 감시자로서의 역할을 더욱 강조하고 있다. 이와 더불어 검사는 이전부터 점차 확대되어 온 기소유예권과 약식명령(Strafbefehl)을 통해 판사로부터 재판자로서의 역할을 위임받아 수행하고 있다. 이러한 실무현실은 검사가 수사절차의 감시자로서의 역할에 충실하게 하고, 기소이후의 역할을 강화로 나아가게 한다.

2. 실무상 양자관계

앞에서 설명하였듯이 경찰은 경미범죄와 中犯罪에 대한 수사를 주도하고 있다. 검찰이 직접수사하거나 주도하는 것은 경제범죄(Wirtschaftsdelikt), 살인사건 및 대형사고와 같은 강력범죄(Kapitaldelikt), 공안범죄(Staatsschutzdelikt) 및 나찌범죄 등의 수사이다. 본고에서는 이 중에서 검사가 직접적이고 주도적인 수사를 담당하는 경제사건과 경찰이 주도하는 일반범죄사건에 대해 언급하고자 한다.

416) Henrichs, 앞의 논문 117면 재인용. Dehler, 19, 26면

417) 같은 뜻. Braun, KR 1990, 518면

418) Henrichs, 앞의 논문 117면 재인용. Hund, KrimZ 1999, BD. 28, 243, 246/7 면

가. 경제사건과 관련 경찰과 검사의 관계⁴¹⁹⁾

(1) 내 사(Vorermittlung)

경찰은 사건과 관련하여 자체 내사를 벌여 혐의가 없는 경우 자체 종결을 한다. 내사결과에 대해 검사에게 보고할 의무가 존재하지 않으며 검사는 사후에 심사할 권한을 가지고 있지 않다. 경찰은 내사종결 된 사건에 대해서는 관련내용을 컴퓨터에 입력(Polizei Aufgabe Gesetz 제 30조 이하)하여 수사자료로 활용하며 내사기록은 경중에 따라 연수를 달리하여 별도로 경찰관서에 보관하다가 폐기하게 된다.

(2) 사건의 접수

경찰관서 내지 검찰청에 사건 신고가 접수되거나 자체 인지한 경우에는 통상적으로 담당검사 1명과 해당 경찰관 1명이 선정된다. 이중에서 사건이 검찰청에 직접 접수된 경우에는 검찰청에서 해당 경찰관서 장에게 사건접수내용을 알리고 담당 경찰관 선정을 요청한다. 이때 누구를 사건 담당자로 선정할 것인가는 해당 경찰관서 장이 결정한다고 한다. 검찰청으로 사건이 접수된 경우 검사는 통상적으로 공문의 형식으로⁴²⁰⁾ 사건수사를 경찰관에 요청한다.⁴²¹⁾ 경찰서에서 사건 접수를 한 경우에는 신고사건의 경중에 따라 중죄일 경우에만 검찰청에 보고하고, 해당검사가 지정되어 사건에 대한 수사를 개시하게 된다.

(3) 수사의 개시

419) 실무와 관련된 내용은 필자가 직접 실습한 뮌헨 검찰청과 경찰청을 중심으로 구성하고자 한다. 일반 사건과 달리 주요 경제사건은 경찰과 검사간에 상당히 밀접하게 협조가 이루어 지고 있는 분야이다. 필자가 방문한 뮌헨 검찰청 경제부(Muechen Staatsanwaltschaft I, Abteilung XI Wirtschaft)는 국가 전복에 관련 죄, 대형 경제적인 사건, 컴퓨터 관련범죄 등을 그 주된 업무로 하고 있다(Geschaeftsordnung der StA Muechen I vom 01. Jan. 2003. 제 4조). 경제부에는 현재 10명의 검사가 각자의 개인 사무실에서 일하고 있으며 우리나라와는 달리 검찰청 소속 수사관이 없는 검사실은 그 크기가 2평 남짓하다. 또한 검사 개인 소속 사무원은 별도로 없고 서류처리를 담당하는 사무직 공무원이 한 사무실에 합동으로 근무하고 있다.

420) 이때 접수된 관련서류를 함께 경찰관서로 보내게 된다.

421) 검찰은 보통 경제범죄수사를 지방범죄수사국(LKA) 또는 Polizeiinspektion과 합동으로 한다. 뮌헨 경찰청은 경찰서와 별도로 뮌헨 전역에서 수사를 전담하는 수사경찰서(Ermittlungsdirektion)를 가지고 있으며, 이 수사경찰서는 다시 수사전담 광역파출소격인 Polizeiinspektion을 하부기관으로 가지고 있다.

a) 압수 수색

경제사건에 대한 수사는 수사개시 시점부터 담당경찰과 검사의 구체적으로 협의아래 시작된다. 기업과 관련된 사건은 수사개시 후 회사 사무실에 대한 압수·수색을 실시하여 관련된 서류를 압수하게 된다. 형소법 (제 98조 이하)규정에 의해 실시되는 압수·수색은 사안의 경중에 따라 검사가 직접 참여 하여 실시하거나 경찰관이 판사가 발부한 영장을 가지고 검사의 참여 없이 실시할 수 있다. 즉, 검사의 압수수색에 대한 참여가 의무적인 것은 아니다. 그리고 형소법 110조 1항에 의하면 압수된 장부에 대한 검열은 검사만 가능하고, 검사를 제외한 수사관은 다만 110조 2항에 의해 소유자(Inhaber)의 동의 하에서만 가능하다. 소유자의 동의가 없는 경우에 수사관은 봉인하여 검사에게 인도하게끔 되어있다. 이러한 압수·수색의 집행으로 수집된 수사자료는 다소 차이가 있기는 하나 그 양이 방대하여 1-2평 남짓한 검사실에 보관하는 것이 불가능하다. 그래서 통상적으로 경찰관서에 보관하게 되고 실무상으로는 검사의 참여없이도 경찰관이 장부를 일일이 확인하여 수사상 필요한 증거를 수집하게 된다.⁴²²⁾

b) 피의자 신문

독일 형소법에 의하면 경찰이 작성한 신문조서와 마찬가지로 검사가 작성한 신문조서도 증거능력이 없다(형사소송법 제 250조 이하). 이것은 검사가 피의자신문을 직접 행할 수 있으나 대부분의 사건은 경찰에게 위탁을 하게 되는 이유 중의 하나로 작용하고 있다. 다만 경제범죄 등 복잡하거나 중죄에 해당되는 범죄에 대해서만 단독 또는 경찰과 합동으로 신문을 한다. 공동으로 신문을 할 경우 수집된 수사서류가 대부분 경찰서에 보관되어 있기 때문에 검사는 중요 피의자 신문 시 경찰서를 직접 방문하는 경우가 많다. 독일검사는 피의자 또는 참고인을 강제로 소환할 수 있는 권한을 (독일형소법 제 133조, 134조 및 제 161조a 참조) 가지고 있다. 효과적인 피의자 신문을 위해서 검사는 피의자 내지 참고인을 경찰서로 직접 소환하고 자신도 경찰과 합동으로 신문에 참여하는 방식을 흔히 사용하고 있다. 경찰관이 독자적으로 피의자 신문할 경우 우리나라와는 달

422) 필자가 직접 참관한 사건에 대한 장부는 500여개 정도의 파일로 전담경찰관 방을 가득 메우고 있었으며 장소 부족으로 인해 경찰서 창고에 나머지는 별도로 보관하고 있었다.

리 통상적으로 경찰관 1인이 담당한다. 신문조서 작성권자가 반드시 경찰간부일 필요가 없다. 긴급한 경우 검찰청에서 행하여지는 신문은 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 검사가 직접 행하는 신문은 검사 1인이 행할 수 있으며 이러한 경우 자신이 직접 신문조서를 작성하거나 혹은 신문내용을 녹음기로 녹음하기도 한다. 신문내용을 녹음하는 경우에는 신문내용이 녹음된다는 내용의 서류를 먼저 작성하여 피의자의 확인 후에 실시하게 된다. 녹음된 기록은 나중에 검찰청 소속 직원으로 하여금 신문조서의 형식으로 다시 기록하게 되며 기록내용의 정확성은 다시 한번 신문 검사에 의해 확인(날인) 받은 후에 피신문자에게 송부되게 된다.⁴²³⁾

둘째, 긴급체포 등으로 체포된 피의자를 곧바로 검찰청으로 호송한 경우이다. 이러한 경우에는 체포한 경찰관이 검사의 입회하에 검찰청사에서도 피의자를 조사하거나 검사가 직접 행할 수 있다. 검사는 계속 수사가 필요한 경우 신문조서를 경찰서로 송부한다.

c) 경찰의 피의자 신문과 변호인 참여

독일 형사소송법에 의하면 검사가 직접 행하는 피의자 신문의 경우에는 변호인은 출석할 권리를 갖는 반면 수사경찰이 행하는 신문의 경우 변호인은 참석할 권한을 가지고 있지 않다.⁴²⁴⁾ 그러나 실무상으로는 경찰의 경우도 피의자 신문 시 변호인의 참석을 허용하고 있다.⁴²⁵⁾ 이는 신문 전에 필히 고지하게 되어 있는 변호인의 조력을 받을 권리를 보다 실질적으로 보장하고⁴²⁶⁾ 또한 변호인이 불참할 경우 발생할 수 있는 피의자의 묵비권행사로 인한 신문지연을 막고자함에 그 이유가 있다.⁴²⁷⁾

독일 내에서도 검찰에 의한 피의자신문 시 변호인 참여가 법적으로 보장되어 있고 사실상 경찰에 의해서도 변호인 참여가 이루어지는 현실에 비추어 볼 때 경찰에 의한

423) 형소법 제 147조 제 3항에 의하면 피의자신문조서에 대한 변호인 열람은 무조건적으로 인정되고 있다.

424) 형소법 제 163조 a 제 3항

425) Achenbach, Alternativ Kommentar, 제 163조 a, 제 2권 838면

426) 독일에서도 피의자 신문시 163조와 136조 a에 따른 반드시 미란다 원칙을 피의자에게 고지하고 신문조서에 기록한다.

427) 필자가 실습 시 해당 피의자가 변호인과 함께 신문에 참여하고 있었으며 변호사가 진술내용을 상세하게 교정하면서 조언하고 있었으며, 불필요하거나 불리한 진술은 하지 못하도록 바로 개입하는 것을 목격하였다.

피의자 신문 시 변호인 참여를 의무화해야 한다는 것이 다수의 의견이다.⁴²⁸⁾

(4) 수사의 종결

수사의 종결 시 관련된 서류(증거물 제외)는 복사되어 원본은 검찰청으로 송부되고 사본은 경찰서에서 보관하게 된다. 이는 수사의 종결권이 검사에게 있다는 것을 의미한다.⁴²⁹⁾

나. 일반사건 관련 경찰과 검찰의 관계

뮌헨검찰청의 일반사건담당부서(Muechen Staatsanwaltschaft I, Abteilung IV)는 일반사건(경미범죄 및 中犯罪)을 담당하고 있다. 여기서 취급하는 사건들은 경찰이 독자적으로 수사를 담당한다. 수사가 종료되면 경찰은 수사종결보고와 함께 일체의 서류를 검찰로 송치하게 된다. 여기서 형사소송법 제 163조 제 2항에 의거하여 ‘지체없이 수사서류(Verhandlungen)를 송치해야할 의무’는 실무상 단지 예외적으로만 지켜지고 있다. 즉, 重犯罪의 경우에는 경찰이 지체없이 검사에게 통보하는 반면, 경미한 범죄부터 中犯罪(Mittleren Kriminalitaet)까지는 검사가 사안에 관한 서류가 송치받은 이후에나 수사결과를 알 수 있다. 이러한 소송실무는 합목적적인 관점에서 그 타당성을 찾고 있을 수 있다. 대부분의 사건의 경우 서류가 송치된 이후에는 새로운 보충자료를 획득하는 경우가 드물기 때문이다.⁴³⁰⁾ 이러한 소송현실로 인해 법원에 충실한 송치의무(Vorlagepflicht)가 경찰의 입장뿐만 아니라 검사의 입장에서조차 비현실적으로 인식된다.⁴³¹⁾ 검사는 경찰이 수사한 결과를 토대로 기소, 불기소를 결정하게 된다. 수사가 종료된 이후에 그 결과를 관련당사자에게 통보할 권한은 원칙적으로 검사의 권한이다. 그러나 2000년 11월 개정형사소송법이 발효됨으로써 경찰은 검사의 위임을 받아 수사결과를 통보할 수 있게 되었다.⁴³²⁾

428) Achenbach, Alternativ Kommentar, 제 163조 a, 제 2권 838면

429) 형소법 제 170조

430) 그러나 검사가 증거가 불충분하다고 판단하게 되면 그에 대한 내용을 기록하여 다시 경찰에게 돌려보낼 수 있는 것은 당연하다. 이는 전적으로 검사의 재량행위이기 때문이다. 또한 검사가 필요한 부분에 대한 직접적인 조사도 법적으로는 가능하다.

431) Roemer, KR 1979, Rn. 140면 이하

다. 실무상 검사의 수사지휘(Weisung)방법

검사가 경찰에게 사건과 관련하여 행사하는 수사지휘(Weisung)방법에 대한 형식은 존재하지 않는다. 앞서서도 언급했듯이 검사가 경찰서를 직접 방문하기도 하고 전화, 팩스 등을 통해서 연락하기도 한다.

필자는 독일에서 최근에 발생한 영화 배급(Kinowelt)과 관련된 대형 사기사건의 담당검사 Kamann씨와 함께 뮌헨 경찰청 산하에 있는 Polizeiinspektion (Neuperlach에 소재)을 방문하여 담당 경찰관 Mohr 씨가 진행하는 피의자 신문과정을 견학하였다. 당일 경찰서에서 실시한 피의자 신문은 전담 경찰관이 주관하여 실시하고 검사가 참여하는 형식으로 진행되었다. 중간 중간에 필요한 질문을 검사가 하면 그에 대한 내용을 경찰관이 기록하는 형식을 취하고 있었다. 우리나라에서 수사상 구체적인 협의를 할 경우 사건에 대한 서면 지시내지는 담당경찰관을 소환하여 지시하는 방식과는 달리 독일에서는 검사가 직접 해당 경찰관을 방문하여 필요한 사안에 대해 구체적으로 머리를 맞대고 협의하고 있었다. 검사가 전담경찰관을 직접 방문하여 협의하는 방식은 경제사건에 대해서는 통상적인 방법이라고 한다. 실습 시 함께 갔던 검사의 부연설명에 의하면 사건관련 서류 일체가 경찰관서에 보관되어 있기 때문에 담당경찰관을 호출, 전화 또는 팩스를 통한 접촉으로는 업무의 진행에 효율성을 기대할 수 없어 검사가 직접 경찰관서를 방문하여 사건 진행에 대한 구체적인 협의를 하고 있다고 한다. 우리나라와 달리 검사직속의 수사관이 없다는 점은 검사로 하여금 경찰의 고유의 업무를 존중할 수밖에 없는 여건을 형성하고 있음을 알 수 있었다.

라. 검·경 합동수사팀의 구성

독일의 수사기관은 사회적 이목을 집중시키는 주요사건이 발생한 경우 검찰청이나 경찰관서가 아닌 제 3의 장소를 임대하여 전담검사(통상적으로 2명이상)와 필요한 수의 경찰관으로 전담팀을 구성하여 합동 수사본부를 설치함으로써 수사의 효율을 높이고 있다. 주요사건발생으로 합동수사팀설치가 필요할 경우 검찰청의 해당부서의 장과

432) 형소법 제 478조 제 1항 제 3문

사건발생 경찰관서의 장은 상호 협의를 거친 후 별도의 사무실을 임대하여 검사, 경찰, 기타 공무원이 합동으로 근무하는 수사팀을 구성하게 된다. 팀구성시 흔히 경찰관의 수사팀장으로 누가 참여하느냐에 따라 검사와 갈등이 예견된다.⁴³³⁾ 그러나 사실상 갈등이 발생하지 않는다. 검사의 역할은 수사의 진행사항과악과 그에 따른 법률적인 검토가 주목적이고 검사가 개별적으로 경찰관 개인에게 지시하는 경우는 없다. 사건의 진상을 파악하기 위해 필요한 증거의 수집은 경찰팀장과 협의하게 되며 그 수사방법에 대한 결정(집행권)은⁴³⁴⁾ 경찰관의 몫이기 때문이다. 이와 같이 합동수사팀의 구성은 구조상 상하관계로 이해하기보다 기능상 협력관계로서 보는 것이 옳다는 것이 실습에 도움을 주었던 뮌헨 검찰청 부장검사(Oberstaatsanwalt) Eckert씨의 설명이다.

마. 영장실질심사와 검사의 경찰청방문

독일형사소송법에 의하면(형소법 제 128조제 1항) 판사는 모든 검거피의자에 대해 구속영장실질심사를 행한다. 경찰은 영장없이 체포된 혐의자는 익일까지 신문하여⁴³⁵⁾ 그 혐의유무를 조사할 수 있으며⁴³⁶⁾ 검사는 조사내용을 검토한 후 실질심사신청여부에 대해 결정한다.⁴³⁷⁾

뮌헨 지방검찰청(Staatsanwaltschaft Muen- chen I) 소속 검사는 직접 경찰청으로 매일 순번제로 출근하여 피의자의 구속여부에 대한 실질심사 신청여부를 결정하게 된다.⁴³⁸⁾ 당일 영장실질심사 대상자를 수사하는 담당경찰관은 검사가 대기하고 있는 방으로 와서 피의사실에 대해 설명하고 실질영장심사신청에 대한 자신의 의견을 제시한다. 이처럼 뮌헨시의 법원과 검찰 그리고 경찰은 체포된 피의자의 인권보호를 위해 상호협

433) 왜냐하면 경찰관으로서 Polizeirat에 해당하는 계급부터는 검사의 협력경찰관이 아니기 때문이다.

434) 앞의 내용(독일 경찰법과 검찰·경찰의 관계) 참조

435) 이론상 48시간까지 가능하나 통상 영장실질심사가 체포다음날 오전에 실시된다.

436) 사실상 혐의가 없는 경우에는 경찰은 단독으로 혐의자를 석방할 수 있으나 이러한 경우는 실무상으로는 거의 발생하지 않는다고 한다

437) 실질심사와 관련하여 검사는 경찰관의 의견을 청취한후 피의자에 대해 실질심사를 신청하거나 혹은 보증금을 조건으로 하여 석방할 수있다.

438) 뮌헨 시에는 뮌헨 지방경찰청 내에 지방법원지원(Amtgericht) 소속 영장전담판사(Ermittlungs- richter)가 상주하고 있고 또한 바로 맞은편에 검사가 근무하는 사무실이 있고 그 옆에 유치장이 위치해 있다.

조체제를 구축함으로써 인신구속결정에 대해 신속한 처리가 가능하다. 또한 검사가 유치장이 있는 경찰청으로 직접 방문하여 일을 처리함으로써 범죄혐의자 호송 시 나타날 수 있는 제반적인 문제를 사전에 차단할 수 있는 구조를 가지고 있다. 또한 검사가 담당경찰관의 의견을 직접 들을 수 있어, 실질심사의 신청에 신중을 기하고, 경찰과 검찰은 상호 신뢰감을 유지하고 있다.

III. 결 어

독일검찰은 자체 수사관을 가지고 있지 않음으로 해서 ‘팔없는 머리’로 불린다는 것은 우리나라에서 수사권독립과 관련하여 단골메뉴로 언급되고 있다. 그러나 자체수사관을 가지고 있지 않는 독일검찰구조가 실무상 수사절차에서 경찰을 검사의 수사파트너로서의 지위를⁴³⁹⁾ 더욱 견고하게 하고 있다는 것을 고려한다면 우리는 그 의미를 너무나 작게 해석하고 있다. 즉, 기능이 엄격히 분리된 검찰과 경찰조직을 가지는 독일형사소송체계를 실무적인 관점에서 평가한다면 독일검사는 형사소송법상 수사의 주재자의 지위를 유지하나 소위 수사지휘자로서의 형태가 아니라 수사에 대한 법률적인 통제자로서의 역할을 수행하고 있는 반면 경찰은 사실상 본질적인 수사활동을 수행하는 구조를 형성하고 있다. 이러한 점은 우리나라에 많은 시사점을 안겨준다. 앞에서 언급하였듯이 수사절차는 더 이상의 공판의 준비단계로서만 머무르지 않고 형사소송절차상 사실상의 핵심적인 역할을 수행하고 있다. 이러한 현실은 수사절차에 형사소송법상 독자적인 지위를 부여함과 동시에 수사절차에 대한 외부적인 통제강화와 내적인 권한 분립을 통한 수사절차의 객관화를 요구하고 있다. 이를 통해서 공판절차상의 판사가 단순히 수사결과에 대한 확인 도장만 찍는 위치로 전락하는 것을 막고 형사소송법상 공정한 제3자로서의 역할을 회복할 수 있을 것이다.

439) Artkaemper, Kriminalistik, 2002, 146면 Weidmann, Kriminalistik, 2001, 378면: 두 저자는 검찰과 경찰의 협조관계를 통한 대범죄투쟁을 강조하고 있다.

제3절 영국

I. 검찰제도

1. 조직 개관

영국 검찰은 오직 “범죄사건의 기소(prosecution of criminal offences)”에 대해서만 책임을 진다. 검찰의 수장인 검찰총장(Director of Public Prosecutions)은 국가법무총감(Attorney General)⁴⁴⁰⁾을 통해 의회에 대해 책임을 진다. 앞서서도 언급했듯이 검찰은 ‘경찰로부터 독립(independent of the police)’하여 범죄사건의 기소여부를 판단하고 필요할 경우 공소유지를 위한 필요한 기능을 수행한다. 검찰조직은 전국에 13개의 지청을 두고 각 지청장(Chief Crown Prosecutor)이 지휘를 하는데, 지청마다 지역사무소들을 두고 지역사무소에는 검사(Crown Prosecutor)들이 근무하고 있다. 최근에는 경찰과 다른 관할구역을 가지고 있기 때문에 효율적이지 못하다는 지적(Glidewell, 1998)이 제기되어 관할구역을 조정하는 개혁을 단행, 1999년 11월부터는 지방경찰청 마다 1개씩의 지방검찰청을 두어 전국(England & Wales)에 42개의 지청이 개설되었다. 영국의 검사 수는 2천명 내외이며 행정요원은 4천 여 명이다. 영국 검찰은 1년에 평균 1백8십만 건을 기소하며 1년 예산은 3억 파운드(약 6천억 원)이다. 영국에서는 검사가 치안법원에 서는 법정에 출두하여 공소유지를 할 수 있지만 형사법원(Crown Court)에서는 법정출두를 할 수 없고 법무변호사(barrister)에게 공소유지를 대행하게 하여야 한다. 이들 법무변호사들은 검찰(CPS)에 소속되지 않은, 독립된 변호사들이다. 검찰총장(DPP)은 오직 가장 어렵고 민감한 사건에만 직접 관여할 수 있고 사건에 대해 법무총감(Attorney General)과 상의를 할 수는 있지만 최종 결정은 스스로 내려야 한다⁴⁴¹⁾ (Hatchard, Huber & Volger, p.206).

440) 영국 법무총감(Attorney General)은 정부의 최고 법률자문관이며 국가소추권을 대표한다. 법무총감은 반드시 경륜있는 법무변호사(senior barrister)이면서 선출직 국회의원(elected member of Parliament)이어야 한다. Hatchard, Huber & Volger, p. 206. 각주 129 참조.

441) 영국 기소법 제 3조 2항 (s.3(2) Prosecution of Offences Act 1985).

2. 검찰(CPS)의 법적 지위(Legal Status)-‘법원의 사법적 통제 대상’

검찰의 기소여부 결정의 적절성은 법원의 ‘사법적 판단(judicial review)’ 대상이다. 이를 분명히 한 첫 판례가 『R v Chief constable of Kent, ex p L; R v DPP, ex p B (1993) 1 All ER 756』이었는데, 동 사건에서 지방법원(Divisional Court)은 청소년 비행에 대한 경찰의 재량적 처분은 사법판단의 대상이 아니지만, 검찰의 기소여부 결정은 사법판단의 대상임을 분명히 했다(Padfield, pp.166). 특히, 기소결정의 적절성 여부에 대한 사법적 판단은 매우 어렵지만 불기소 결정에 대한 사법적 판단은 상대적으로 용이하기 때문에 판례는 주로 검찰의 불기소 결정에 대한 재고를 명령하는 결정들을 내리고 있다. 그 한 예가 [R v DPP, ex p C (1995) 1 Cr App Rep 136]사건이라고 할 수 있는데, 동 사건에서 지방법원은 성범죄처벌법 제12조에 규정된 남색(buggery)죄를 저지른 남편을 불기소 처분한 검찰에 항의하여 그 부인이 제기한 신청을 받아들여 해당 검사가 검사집무규칙(the Code for Crown Prosecutors)을 위반하였다며 검찰총장(DPP)에게 사건을 재검토하라고 명령하였다. [R v Croydon Justices, ex p Dean] 판결이나 [R v Townsend, Dearsley and Bretscher (1998) Crim LR 126] 판결 등에서도 검찰의 결정은 ‘판사의 통제(a trial judge’s control)’하에 있음을 분명히 하고 있다(Padfield, p.167). 공무원 범죄 등 극히 제한된 대상에 한해 재정신청이 허용되어 검찰에게 ‘통제 받지 않는 완전한 재량권’이 주어지는 우리와는 너무도 다른 실정임을 알 수 있다.

3. 검찰의 업무기준과 의무

가. 검찰업무의 기본 절차

검찰이 경찰로부터 사건서류 일체를 넘겨받게 되면, 주임검사(Principal Crown Prosecutor)가 소속 검사에게 사건을 배당하게 된다. 사건 배당을 받은 검사는 먼저 증거들을 검토하고, 피의자가 구속상태일 경우 입건 다음날 치안법원에 출두하여 ‘보석 심사(the bail hearing)’⁴⁴²⁾에 참여한다. 경찰의 기소의견 송치가 이루어진 후에는 검찰

442) 우리나라의 구속적부심에 해당.

에서 기소를 중지하거나 불기소 처분을 내릴 권한은 사건 담당 평검사에게는 없고 오직 주임검사에게만 있다. 검사의 결정은 오직 정해진 법과 규칙에 따라 행해져야 하는데 가장 기본적인 규범이 기소법 (Prosecution of Offences Act 1985)과 검사집무규칙 (the Code for Crown Prosecutors)이며 이를 더 상세히 규정한 것이 검찰업무편람(CPS Policy Manual)이다. 기소법 제10조에 의해 검찰총장(DPP)은 검사집무규칙을 제정하고 실행하여야 한다(McConville & Wilson ed., pp. 9-10).

나. 기소 여부 결정의 2가지 기준

검찰실무에서 검사들이 기소여부를 결정하는 2가지 기준은 “증거의 충분성(sufficiency of evidence)” 및 “공공의 이익(public interest)”이다. 먼저, ‘증거의 충분성’은 “현실적으로 유죄를 이끌어 낼 가능성(realistic prospect of prosecution)”이 있는지 여부를 ‘객관적으로 검증(objective test)’함을 뜻한다. 즉, 검사집무규칙(Code)에는 ‘피고가 유죄판결을 받을 가능성이 무죄판결을 받을 가능성 보다 높은가?’ 및 ‘제시된 증거들이 법정에서 받아들여질 수 있고(admissible), 신뢰할 수 있는 지(reliable)’에 대해 객관적이고 합리적으로 검증하여 기소여부를 결정해야 한다는 것을 명시하고 있다. 물론, 증거능력의 인정은 전적으로 판사의 재량에 달려 있기 때문에 사전에 이를 가늠한다는 것이 결코 용이하지는 않으나 검찰은 해당사건 담당 판사나 치안판사의 과거 결정들을 참고하여 여러 차례 이러한 ‘객관적 검증’작업을 실시하고 있다.

두 번째 기준인 ‘공공의 이익’에 대해서는 검찰집무규칙에 매우 구체적으로 ‘기소 결정 사유’와 ‘불기소 결정 사유’들을 명시하고 있으며⁴⁴³⁾, 규칙 6조2항(para6.2)에서 “모든 중한 범죄사건에 있어 불기소 결정사유들이 기소결정 사유들에 비해 압도적으로 우세한 경우를 제외하고는 항상 기소가 이루어져야 한다”라고 분명히 규정되어 있어 기소 여부 결정에 있어 검사의 재량권이란 거의 없다고 볼 수 있다

443) 대표적인 ‘기소결정사유’들에는 “형량이 무거운 범죄”, “계획된 범죄”, “다수에 의해 행해진 범죄” 등이 있으며, 대표적인 ‘불기소결정사유’들에는 “기소가 오히려 피해자의 정신건강 등에 악영향을 미칠 경우” 및 “피의자가 이미 충분한 배상을 한 경우” 등이 있다. R.C. White, [the English Legal System in Action, the administration of justice 3rd Edition] Oxford: Oxford University Press; 1999, p. 127.

(Padfield, p. 168). 앞서서도 언급했지만, 불필요한 기소 방지를 위한 경찰경고(Police Caution)제도의 시행과 검찰 불기소 결정권의 축소라는 다소 상반되는 영국 형사절차의 목적들은 “경찰에게 기소여부 결정권을 줌”으로써 조정되고 조율되고 있는데, 영국 정부의 요청으로 영국 형사사법제도에 대한 전반적인 점검을 실시한 Narey는 그 보고서에서 “어떠한 범죄행위가 기소의 대상인 지를 결정할 권한은 경찰에 있다”라고 결론지었다(Narey 1997, p. 14).

다. 피고측에 대한 자료제출 의무

영국에서 검찰은 공소내용에 포함되지 않은 자료에 대해서도 피고측에 제출할 의무를 진다. [R v Davis, Johnson and Rowe (1993) 1 WLR 613] 판례 및 [R v Keane (1994) 1 WLR 746] 판례에서 항소법원은 검찰이 비밀유지를 위해 공개하지 않아야 할 것과 공개해야 할 것은 법원에 제출하여 판사의 판단에 따라야한다는 형사절차를 확립하였다. 1996년에 제정된 “형사절차및수사에관한법(Criminal Procedure and Investigations Act 1996)”은 검찰이 먼저 공소유지를 어렵게 할 수 있다고 (검찰이) 판단하는 증거들을 모두 공개한 후(primary disclosure), 피고측이 검찰과 법원에 피고측의 변호논리와 공소내용 중 문제로 삼을 부분에 대한 일반적인 내용을 제출하고, 그 다음에 검찰이 피고측의 논리와 전략에 필요한 모든 비공개 증거들을 제출(secondary disclosure)하도록 규정하고 있다. 이는, 사건과 관련된 여하한 증거라도 숨겨져 공개되지 않는다면 ‘공정한 재판을 받을 권리(the right to a fair trial)’를 심각하게 침해하기 때문이다. 아울러, 만약 ‘공공의 이익(public interest)’을 이유로 일부 증거가 공개되지 않는다면 공소 자체를 유지해서는 안 된다는 논리에 기인한다(Padfield, pp.168-9). 이로 인해 영국에서는 경찰수사 단계에서 수집된 모든 증거와 자료들이 검찰에게는 물론 피고측에게도 공개되고 제출되어 양자간 ‘무기 대등’ 상태가 보장된다.

라. 검사의 형사법정 출두 금지(당사자 적격 배제)

검사(Crown Prosecutor)는 치안법정에 출두하여 공소를 유지할 수 있지만, 형사법정에는 출두하지 못한다⁴⁴⁾. 그렇기 때문에 형사법정에서는 검찰로부터 사건설명을 듣고

자료를 제출 받은 독립된 ‘법정 변호사(counsel, barrister)’가 기소측을 대리하여 출두, 공소를 유지한다. 이는 영국 검찰의 숙원으로, 검찰에서는 형사법정 출두가 허용되어 자기 사건에 대해 법정에서 공소를 유지할 수 있게 된다면 검사들의 수준과 능력이 지금보다 크게 향상될 것이라고 주장하고 있다. 검사로 하여금 형사법정에 출두하지 못하게 하는 이유는, “재판의 독립성(the Independent Bar)”이다. 기본적으로 재판(the Bar)은 대등한 기소측(the prosecution)과 피고측(the defence)의 대결로 구성되는데 방대한 조직을 갖춘 행정조직인 검찰에 공소유지권을 허용하게 되면 “재판의 독립성”이 근본적으로 훼손되기 때문이다. 다만, 그동안 재판직전에 검찰로부터 사건 설명을 듣는 기소측 변호사들의 승소율이 낮은 데 대한 비판이 제기되어 일부 경험 많은 고위직 검사에 한해 법원의 지정을 받아 법정에 출두하여 기소측을 대리할 수 있도록 하자는 방향으로 법조계의 여론이 형성되고 있으며, 1999년에 제정된 형사절차접근법(the Access to justice Act 1999)은 고용된 변호사(검사 포함)에게 법정출두를 금지하지 못하도록 규정하고 있어 검사들의 법정출두가 단계적으로 허용될 것으로 보인다(Padfield, pp.169-70).

마. 사인 소추(Private Prosecutions)

영국에서는 전통적으로 개인이 범죄혐의에 대해 스스로 소를 제기할 권리인 ‘사인소추’가 헌법적 권리로 존중되어 왔다. 하지만 현재는 실질적으로 이러한 사인소추권이 크게 위축되어 있는데, 먼저 ‘사립 검사(private prosecutor)’에게는 국가의 법률비용지원(Legal Aid)이 제공되지 않으며, 언제든 사인소추권은 법무총감(Attorney General)에 의해 제한되고 통제될 수 있는데, 법무총감은 언제든 사인소추를 중지시키고 공소제기를 할 수 있으며, 불기소처분을 내릴 수도 있다. 때때로, 법무총감은 “사인소추가 제기된다면 이를 중지시킬 것”이라고 공언하고 있는데, 그 대표적인 사례가 대법원의 승인을 얻어 영구 식물인간사태에 있던 환자를 안락사 시킨 의사를 상대로 사인소추를 제기하겠다는 신부(priest)에 대해 법무총감이 사인소추가 이루어지면 즉시 이를 중지시킬 것이라고 공표한 사건(1993년)이었다(Padfield, pp.208-9).

444) 예외적으로 ‘보석(bail)’심사 및 기타 배심원 없이 진행되는 단순절차에는 출두하여 업무를 처리할 수 있다.

II. 수사절차상 수사기관의 지위와 권한

1. 경찰의 수사

영국에서 범죄의 수사는 기본적으로 경찰의 책임과 권한 하에 행해지며 모든 시민은 경찰관이 범죄를 예방하고 범죄자를 밝혀내기 위해 행하는 수사활동에 협조할 의무를 지고 있다. 이러한 수사과정은 ‘법적인 임무(legal duty)’가 아닌 ‘시민적 임무(civic duty)’로 간주되기 때문에 경찰관이 ‘누구에 의해’, ‘어떻게’ 범죄행위가 저질러졌는지를 밝혀내려 할 때에는 어떤 법적 통제 없이 유용한 정보를 입수할 수 있을 것으로 기대되는 누구에게든지 질문할 권리를 부여받는다⁴⁴⁵⁾. 과거 영국경찰은 우리 검찰처럼 수사권에다가 기소권까지 보유하고 있었지만 그 결과 고문 및 강압수사(Guilford Four, Birmingham Six 사건 등) 문제가 대두되고 ‘수사를 행한 이가 기소까지 하게 됨으로 인해 기소에 있어 객관적인 시각이 결여된다’는 지적에 따라 1985년 기소법이 제정되고 경찰로부터 기소권을 넘겨받아 기소업무를 전담하는 “국립기소청”이 탄생하게 된다. 이러한 영국경찰의 수사제도를 특히 ‘체포’와 ‘구금’ 및 ‘신문’과정을 중심으로 살펴보고자 한다.

가. 수사관련 법규

“경찰과형사증거에관한법(The Police And Criminal Evidence Act 1984, 약칭 PACE)” 및 PACE에 의해 제정된 “경찰관집무규칙(Code of Practice)”이 경찰수사의 세부적인 절차 및 권한을 규정하고 있다. 경찰관집무규칙은 내무부장관의 승인을 얻어야 그 효력을 발하며 항상 모든 경찰관과 피조사자 및 일반인들이 볼 수 있는 장소에 게시되어야 하는데, 환경 및 여건 변화에 따라 수시로 개정된다. 경찰관집무규칙은 모두 5 부분으로 구성되어 있는데, Code A는 경찰관의 검문검색권(stop and search): Code B는 경찰의 장소 수색 및 사람이나 장소에서 발견된 물품의 압수권한: Code C는 경찰관의 체포, 구금 및 신문 권한: Code D는 경찰관에 의한 신원확인: Code E는 경찰관이

445) Code C Notes for Guidance C:1B.

경찰관서에서 피의자를 신문할 시 그 내용을 녹음·녹화하는 절차와 과정 등을 규정하고 있다.

나. 체 포(Arrest)

경찰관에게는, ‘체포대상 범죄(arrestable offence)’⁴⁴⁶⁾를 저지르려고 하거나 저지르고 있거나, 이미 저질렀다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 사람은 누구든지 영장 없이 체포할 권한이 있다(s.24. PACE). 아울러, 여타의 경우에도 다음에 열거하는 ‘일반적인 체포조건(general arrest conditions)’중 하나라도 충족되어 ‘소환장(summons)’을 발부하는 것이 부적절하거나 비현실적이라고 판단될 경우에는 대상자를 영장 없이 체포할 수 있다(s.25 PACE):

- ① 경찰관이 대상자의 이름을 알지 못하거나 확인할 수 없는 경우
- ② 대상자가 밝힌 이름이 자신의 이름이 아니라고 경찰관이 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우
- ③ 누구든지, 자신의 눈앞에서 ‘평온이 깨지는 상황(breach of the peace)’을 목격한 경우에는 그 대상자를 체포할 권한을 가진다.

경찰관이 체포할 때에는 반드시 대상자에게 ‘체포당한다는 사실과 그 사유’를 알려주어야 하며, “당신은 묵비권을 행사할 수 있으며, 발설하는 어떤 내용도 증거로 사용될 수 있다. 그러나 만약에 나중에 재판과정에서 당신이 필요로 할 수 있는 질문에 대해 대답하지 않을 경우 당신에게 불리하게 작용할 수 있다⁴⁴⁷⁾”라는 경고문을 들려주어야 한다. 체포가 이루어진 직후 경찰관은 피의자를 경찰서로 데려와야 하며, 특별한 경우를 제외하고는 피의자에 대한 신문은 반드시 경찰관서 내에서 이루어져야 한다⁴⁴⁸⁾.

경찰 수사에 협조하기 위해 자발적으로 경찰서에 출두한 사람은, 언제든지 자유의사에

446) 법정 최고형량이 징역 5년 이상인 모든 범죄와 기타 법에 의해 정해진 범죄. s. 24 PACE.

447) 영국판 미란다 원칙이라고 할 수 있는 이 경고문의 뒷 부분은 1994년 시행된 “형사사법과 공공질서에관한법(Criminal Justice And Public Order Act 1994)”에 의해 추가되었다.

448) 예외상황은 Code C: 11.1에 구체적으로 기술되어 있다.

따라 경찰서를 떠날 수 있으며 변호인의 조력을 받거나 경찰서 밖에 있는 사람과 연락할 수 있는 ‘절대적 권리(absolute right)’를 부여받는다.

모든 경찰관서에는 피의자가 PACE 및 Code of Practice에 따라 적절한 처우를 받고 있는 지를 확인할 책임을 지는 ‘구금담당관(custody officer, 주로 정복 경사)’을 두어야 한다. 체포된 피의자가 경찰관서로 연행되거나 경찰관서 내에서 체포가 이루어지게 되면, 구금담당관은 반드시 체포된 피의자에게 ‘미란다 경고장’이 적힌 문서를 발급하는 동시에 구두 및 문서로 피의자에게 ‘체포사실을 친지에게 알릴 권리’와 ‘변호인과 단 둘이 대화를 나눌 권리’가 있음을 고지하여야 하며, 원할 경우 무료로 국선변호인의 조력을 받을 수 있음을 알려주어야 한다⁴⁴⁹⁾. 아주 제한된 경우에 한해 피의자의 변호인 참여권이 체포 직후 36시간까지 제한될 수 있는데, 그 사유는 “피의자가 중한 체포대상범죄”를 저질렀으며 “최소한 경정 이상의 경찰간부가 승인”한 경우인데, 이 경우에도 그 경정이상 간부는 체포 직후의 변호인과의 접견이 아래의 결과 중 하나를 야기할 우려가 있다고 믿을만한 합리적인 사유가 있어야 한다(Sprack, p.34):

- ① 중한 체포대상 범죄와 관련된 증거의 훼손이나 인멸, 또는 다른 사람에 대한 방해 내지 부상의 야기
- ② 중한 체포대상 범죄를 저지른 혐의가 있는 다른 자에게 경고하는 연락
- ③ 중한 체포대상 범죄행위의 범행경위를 재구성함에 있어 지장 초래

[Samuel (1988) 1 WLR 920] 판례에서도 확인되었듯이, 결코 경찰은 “변호인의 피의자에게 묵비권을 행사하라고 조언할 우려가 있다”는 사유로는 변호인 참여권을 제한할 수 없다.

또한, 체포 구금된 기간 중 발생한 모든 사항을 기록하도록 되어 있는 ‘구금기록(custody record)’는 언제든 피구금자 혹은 그 변호인이 열람할 수 있도록 하여야 한다. 피의자가 17세 이하이거나, 정신장애나 질환이 있는 경우에는 구금담당관은 반드시 피의자가 신뢰할 수 있는 적절한 성인을 경찰관서로 오게 하여 피의자가 자신의 권리를

449) 영국에는 전국에서 24시간 연락이 가능한 ‘당직 변호사(duty solicitor)’제도가 운영되고 있어 이들이 구금피의자가 원할 경우 무료로 조력을 제공한다.

이해할 수 있도록 조력을 구하고 경찰관이 공정하게 대하고 있다는 것과 피의자가 필요한 연락을 취할 수 있음을 확인해야 한다(Code C:1.7).

구금담당관이 피의자의 구금을 승인한 때에는 반드시, 최초 구금 후 최소한 6시간, 15시간 및 24시간이 경과할 때마다 구금담당관이 아닌 경찰간부인 ‘감독관(review officer)’에 의한 점검이 이루어져야 한다.

피의자가 ‘중한 체포대상 범죄’로 체포되었고 변호인 등의 접견이 이루어진 이후 경정이상 간부의 승인 있는 경우를 제외하고는⁴⁵⁰⁾, 모든 피의자에 대해 구금된 지 24시간 이내에 ‘입건(charge)’이 이루어져야 한다. 36시간을 초과하는 구금에 대해서는 반드시 경찰이 치안판사의 승인을 득해야 하며 이 때 그 구금시간은 최장 96시간까지 연장될 수 있다(Hatchard, Huber & Volger, pp.192-4).

다. 신문(Questioning)과 입건(Charging)

(1) 신 문

피의자에 대한 신문은 주로 체포를 행한 경찰관이 행한다. 일반적으로 경찰관은 오직 경찰관서 내에서만 피의자를 신문할 수 있는데, 이는 ‘피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있도록’하고 ‘신문과정이 녹음·녹화될 수 있도록’하기 위해서이다. 물론, 피의자가 임의로 진술을 할 수 있고 이는 ‘신문’에 해당하지 않는데, 이 경우 경찰관은 그 진술 내용을 기록하여야 하며, 피의자는 그 기록내용이 정확한 지를 확인한 후 서명을 한다.

영국 경찰집무규칙 C(Code C)는 신문(interview)을 “범죄혐의가 있는 자에 대하여 범죄행위 혹은 범죄행위로 의심되는 내용과 관련된 질문(questioning)을, 주의를 기울여, 행하는 것”이라고 규정하고 있는데, Code C는 신문과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다:

- 신문이 이루어짐과 동시에 모든 신문내용에 대한 정확한 기록이 작성되어야 한다.

이는 경찰관서 내에서 행해질 때는 물론, 다른 장소에서 신문이 행해질 때에도 적

450) 이 경우에는 36시간까지 ‘입건’없이 구금할 수 있다.

용된다.

- 경찰관서에 연행된 피의자에게는 그의 권리 등이 포함된 경고(caution)가 행해져야 한다. 신문을 담당하는 경찰관은, 피의자에게 경고를 해 준 후 경찰서로 행해지기 전에 피의자가 했던 중요한 말이나 묵비권 행사의 내용을 알려준 후 이에 대해 덧붙일 내용이 없는 지를 확인하여야 한다.
- 변호인의 조력을 받고자 하는 피의자는 변호인을 면담하기 전까지는 신문을 받아서는 안 된다. 원하는 경우에는 24시간 운용되는 당직 변호사가 무료법률지원을 해 준다. 신문을 개시하거나 재개하기 직전에, 신문을 담당하는 경찰관은 피의자에게 무료 법률지원을 받을 권리가 있음을 고지해 주어야 하며, 이러한 고지 내용이 반드시 신문내용의 기록 안에 포함되도록 하여야 한다. 다만, 아주 예외적인 경우(Code C, Annex B 및 Code C:6.6)에 한해 법률지원을 신청한 피의자에 대하여 변호사 접견없이 신문을 행할 수 있다.
- 신문담당 경찰관이 기소하기에 충분한 증거가 확보되었다고 판단하는 즉시 신문이 종료되어야 한다.

Code C는 아울러 구금의 상태와 경찰의(police doctor)등에 의한 의료서비스 제공 등에 대하여 규정하고 있다. Code E는 ‘기소대상 범죄(indictable offence)’ 혐의를 받고 있는 피의자에 대해 경찰관서에서 신문이 이루어질 경우 그 전 과정을 녹음·녹화해야 한다는 것을 규정하고 있다. 경찰경고 대상범죄(cautionable offence)의 경우에는 경찰 신문과정을 녹음·녹화가 의무화되어 있지는 않지만 가급적 권장되고 있다. 다만, ‘테러 예방법(Prevention of Terrorism Act 1989)’ 및 ‘공공비밀법(Official Secrets Act 1911)’의 일부조항에 규정된 범죄혐의와 관련해서는 그 신문과정의 녹음·녹화의무가 배제된다. 녹음·녹화가 이루어진 테러의 보안과 관련해서는 매우 엄격한 절차가 규정, 적용되고 있다.

(2) 입 건

신문 담당 경찰관이 기소하기에 충분한 증거가 확보되었다고 판단하고, 피의자가 하

고 싶은 이야기를 다 했다면, 담당 경찰관은 지체 없이 피의자를 구금담당관(custody officer)에게 데려와야 하며, 구금담당관이 피의자의 입건 여부 판단에 대한 책임을 진다. 입건된 피의자에게는 필요한 주의사항이 전달되어야 하는데, 청소년과 정신지체·장애자에게는 특별한 요건이 정해져 있다.

일반적으로, 피의자가 입건된 이후나, 기소될 것이라는 사실을 통보 받은 이후에는 동일 사안에 대한 신문이 행해져서는 안 된다⁴⁵¹⁾.

라. 수색과 압수

(1) 경찰의 검문검색권(Powers to stop and search)

경찰관은 도난품이나 금지된 물품을 찾기 위해 사람이나 차량을 수색할 수 있으며 이러한 수색을 위하여 사람이나 차량을 멈추고 정지시킬 권한이 있다(Ss.1-3 PACE). 이러한 권한 행사를 위한 가장 기본적인 요건은 해당 경찰관이 ‘도난품이나 금지된 물품을 찾을 수 있을 것이라고 의심할 만한 합리적인 근거’를 가지고 있어야 한다는 것이다. 합리적인 근거가 있느냐의 여부는 각각의 상황에 따라 다르지만, 어느 정도의 객관성 있는 근거가 있어야 하며 경찰집무규칙은 이를 구체적으로 예시해주고 있다⁴⁵²⁾. 또한, 심각한 폭력적 상황이 발생할 우려가 있으며 이를 예방하기 위해 신속한 조치가 필요하다고 고위경찰간부(주로 경정 이상)가 판단하는 경우 일정한 지역적 범위 이내에서 일정한 시간(24시간 이내) 동안에 한해 사람이나 차량을 대상으로 무기 발견을 위한 정지 및 검문 검색을 실시할 수 있다(S.60 CJPOA 1994).

경찰은, 테러와 관련하여 추가적인 검문검색권한을 부여받고 있는데, 고위경찰간부(경정 이상)의 승인이 있으면 정북경찰관은 최장 28일까지의 정해진 기간 동안 행인 및 차량을 정지시켜 테러와 관련된 물품이 있는 지를 검색할 권한을 부여받는다⁴⁵³⁾.

451) 입건이나 기소 통보 이후 신문이 가능한 예외적인 경우에는, 다른 사람의 신체나 재산상 피해를 막거나 줄이기 위해 필요한 경우와 피의자가 신문 시 행한 진술이나 답변의 모호성을 해소하기 위한 경우 등이 있다. Code C:16.5.

452) Code A: Code of Practice for the Exercise by Police officers of Statutory Powers of Stop and Search: A:1.6.

(2) 경찰의 장소 수색권(Powers to search premises)

경찰의 장소 수색에는 영장에 의한 수색과 영장에 의하지 않은 수색(체포에 수반되는 수색)이 있다. PACE 제8조에 의하면, 경찰관이 치안판사로부터 수색영장을 발부받기 위해서는 다음의 세 가지 사항에 모두 해당한다고 믿을만한 합리적인 근거가 있어야 한다:

- ① 중한 체포대상 범죄가 행해졌다.
- ② 수색을 통해 찾게 될 물품이 수사에 있어 상당한 가치가 있으며 기소가 이루어질 경우 증거능력을 인정받을 것이다.
- ③ 해당 장소에 영장 없이 진입하는 것이 용이하지 않다(not practicable).

그 외에도 여러 법규에서 경찰관이 치안판사로부터 수색영장을 발부 받을 수 있다고 규정하고 있는데, 그 대표적 예가 절도법(Theft Act 1968)이다⁴⁵⁴⁾. 아울러, 경찰관은 체포대상 범죄 혐의자를 체포하였을 경우 해당 범죄행위 혹은 다른 범죄행위와 관련된 증거가 있을 것이라고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 경우에는, 해당 용의자의 소지품이나 거처 혹은 용의자가 통제하는 어떠한 장소에도 진입하여 수색할 권한이 있다.

마. 지문 등 신체적 증거

용의자가 입건되면, 경찰관은 그로부터 신체 샘플(body samples)을 채취할 수 있으며, PACE 63조의 요건이 충족되면 피의자의 동의 없이도 채취할 수 있다. 아울러, 경찰관은 누구로부터든 동의를 구하고 지문을 채취할 수 있으며, 기록대상범죄(recordable offence)혐의⁴⁵⁵⁾로 입건된 피의자의 지문은 본인의 동의 없이 채취할 수 있다. 기록대상범죄 혐의로 체포된 피의자로부터 채취된 지문이나 신체 샘플은 기존의 범

453) S.13A-S.13B Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989.

454) 그 외 수색영장 발부를 규정한 중요한 법규들로는 "Misuse of Drugs Act 1971", "Firearms Act 1968", "Offensive Weapons Act 1996" 등이 있다.

455) 기록대상 범죄란 "국립경찰기록규정(National Police Records Regulations 1985)"에 열거된 범죄들로 주로 구금형을 받게되는 범죄들을 일컫는다.

죄자료와 대조할 수 있다(S63.A PACE). 수사 목적 상 채취한 지문이나 신체 샘플 중에서 결과적으로 유죄판결을 받은 피의자의 것들은 경찰이 보관할 수 있지만, 그 이외의 지문이나 신체 샘플은 폐기하여야 한다(S64. PACE). 하지만, 경찰관에게 피의자의 사진을 강제로 촬영할 권한은 없으며 결코 사진촬영을 위해 물리력이 사용되어서도 안 된다.

바. 통신제한조치 (감청 등)

일반주택에서 전화를 이용해 행해지는 통화내용을 녹음하는 행위에 대해서는 “통신 제한조치법(The Interception of Communications Act 1985)”의 발효로 매우 엄격하게 규정되기 시작하였는데, 동법은 1984년 유럽인권재판소(European Court of Human Rights) [Malone v United Kingdom] 판결의 영향으로 제정되었다. ‘비밀도청장치(covert electronic listening devices)’의 사용에 대해서는 “국가안전국법(Security Service Act 1989)”에서 국가안전국 요원들의 사용에 대해 규정하고 있지만, 경찰의 사용에 대해서는 규정한 법률이 없어 “내무부지침(Home Office Guidelines)”⁴⁵⁶⁾에 따라 경찰실무에서 사용되고 있다.

2. 기 소

가. 기소여부의 결정

앞서 살펴본 것처럼 영국에서 수사와 기소는 엄격히 분리되어 있으며, 수사가 경찰의 기능이라면 기소는 검찰(CPS)의 기능이다. 경찰이 기소하기로 결정한 순간부터 사건은 검찰소관으로 이첩되며 기소와 관련하여 검찰이 “공정하고 일관성있는 결정”을 내릴 수 있도록 “검찰집무규칙(Code for Crown Prosecutors, CCP)”이 제정되어 시행되고 있는데, 동 규칙에 따르면 검찰은 오직 “증거의 충분성”(CCP para. 5.1) 및 “공공의 이익”(CCP para. 6.3)의 두 가지 요건을 충족한 경우에만 기소를 제기하거나 유지할 수

456) Guidelines on the Use of Equipment in Police Surveillance Operations (1984)

있다. CCP가 규정하고 있는 ‘증거의 충분성’이란 “유죄판결을 이끌어낼 수 있는 현실적 가능성(realistic prospect of conviction)을 확보하기에 충분한 정도”를 의미하며, ‘공공의 이익’이란 “혐의의 심각성(seriousness)이나 피의자의 상태”를 그 판단 기준으로 한다. 특히, 영국 검찰이 기소여부 판단에 적용하는 이러한 요건과 기준들은 “누구든지 알 수 있도록 알기 쉽게 작성하여 공개”하고 있다. 그렇기 때문에 경찰집무규칙(the Code)에서도 경찰관이 범죄혐의를 입건함에 있어 검찰의 기소기준을 감안하여야 한다고 규정하면서 그 이유를 “형사사법제도 내에 있는 모든 종사자가 동일한 기준과 원칙을 적용함으로써 피해자에게 공정한 처우를 하고 피의자를 공정하면서도 효과적으로 기소하도록”하기 위함이라고 밝히고 있다(the Code para 11.2.).

실무적으로는, 검찰이 위의 두 가지 요건을 지나치게 방어적으로 해석하여 기소에 있어 소극적이라는 비판이 제기되어 왔으며 급기야 1995년에는 ‘증거 불충분’을 이유로 검찰이 불기소 결정을 내린 강간 혐의사건에서 피해자측에 의한 ‘사인 소추(private prosecution)’⁴⁵⁷⁾가 성공적으로 행해지게 되어 점차 사인소추가 증가할 것이라는 전망을 낳고 있기도 하다 (Hatchard, Huber & Volger, p.198).

기소하기에 부적절한 사건이 기소된 경우에 법원의 판결에 의해 사법적 판단이 내려지는 것과 마찬가지로, 검찰의 불기소 처분에 대한 적정성 문제도 법원이 그 판단을 내리게 되며 이러한 검찰결정에 대한 ‘사법적 판단(judicial review)’은 [R. v director of Public Prosecutions, ex.p. C(1995) 1 Cr App R 136] 등 여러 판례를 통해 확인되어오고 있다. 다만, 부정부패, 비밀보호법 위반 등 일부 공무원 범죄에 대해서는 법무총감(Attorney-General)의 동의를 구해야 기소를 할 수 있도록 되어 있다 (Hatchard, Huber & Volger, pp.198-9). 이는 검찰의 불기소 처분에 대한 재정신청 대상사건을 직권남용 등 일부 공무원범죄에 한정하고 있는 우리의 경우와 정반대의 상황으로 대조를 보이고 있다.

영국의 검찰과 경찰은 상호 협의 하에 다양한 형태의 범죄행위에 대한 형사입건 기준(Charging Standards)을 공동으로 마련, 시행하고 있는데 이는 피의자들에게 공정성을 보장하고 형사절차 과정에서 적용법규나 기소 내용이 변경됨으로 인해 발생할 수

457) 영국 일간지 The Times, 1995년 9월 20일 자 참고.

있는 경찰, 검찰, 변호인 및 법원의 행정 부담을 덜기 위함이다(Hatchard, Huber & Volger, p.199).

나. 보석 및 공판 전의 구금

입건된 피의자에게 재판기간 동안 보석을 허용할지 여부의 결정권한은 1차 적으로 경찰 구금담당관(custody officer)에게 있다. 다만, 피의자가 중한 범죄혐의로 입건되었을 경우 검찰이 요청하면 치안법원에서 경찰의 보석결정에 대해 재심의할 수 있다(S.5 Bail Act 1976). 입건된 후 경찰의 보석허가를 받지 못한 피의자는 누구든지 해당 경찰서를 관할하는 치안법원에 출두하여 보석 신청(bail application)을 하여야 하며 치안법원에서의 보석심사 시에는 검찰(또는 검찰을 대리하는 자)과 변호인 측 모두 의견을 제시할 수 있으며, 피의자는 체포된 후 치안법원에의 최초 출두(first appearance) 이후 판결을 받을 때까지 언제든지 보석을 신청할 권리를 부여받는다(S.4 Bail Act 1976). 만약 이러한 권리가 거부당하거나, 도저히 받아들일 수 없는 조건 하에 보석이 이루어지면, 피의자는 고등법원이나 형사법원에 항고할 수 있다.

공판 전 구금 기간에 대해서는 내무장관이 그 기한을 설정할 수 있는데, 일반적으로 기소대상 범죄 혹은 ‘양자택일 범죄(either way offences)’ 혐의로 구속된 피의자는 치안법원 최초 출두일로부터 법원에서의 ‘기소 적부심사(committal for trial)’시까지 70일 이상 구금될 수 없으며, 입건 적부심사로부터 재판개시까지는 112일 이상 구금되어선 안 된다⁴⁵⁸⁾.

다. 기소적부심사(committal for trial)

치안법원에서 기소의 적부를 심사하는 절차를 거치는 목적은 형사법원에서의 정식 재판에 회부하기에 앞서 기소하기에 충분하고 적절한 사건인 지 여부를 확인함으로써 탄압적 혹은 근거 없는 기소로부터 피의자를 보호하기 위함이다. 이러한 기소적부심사

458) Prosecution of Offences (Custody Time Limits) regulations, SI 1987 No.299.

에서 법원이 증거가 부족하다고 판단하면 피의자는 즉시 석방되어야 한다. 원칙적으로는, 적부심사과정 역시 재판과 마찬가지로 엄격한 구두공판주의가 적용되어 검찰은 검찰 측 증인들을 법정에서 불러 증언하게 하거나 피의자 측의 동의를 얻어 증인 진술서를 법정에서 낭독하여 기소하기에 충분한 사건임을 입증하고, 피의자 측은 증거나 증인을 제시함으로써 기소가 적절하지 않음을 주장할 기회를 보장받는다⁴⁵⁹⁾. 하지만, 피의자를 위한 적절한 법률대리가 이루어졌음이 확인되고, 검찰에서 피의자 측 변호인에게 기소결정에 이르게 된 증거와 증언내용들의 사본을 통보해주어 피의자 측에서 이에 만족할 경우에는, 법정에 관련서류만 제출하여 심사 받는 “서류 기소적부심사(paper committal)”⁴⁶⁰⁾가 가능하다. 이 경우에는 법원에서 검찰 측과 피의자 측 간 ‘증거의 우열(weight of the evidence)’을 따질 필요가 없다.

3. 특별한 형사절차

영국 형사절차에서도 경미한 사건들을 재판 없이 종결하는 특별한 절차를 두고 있는데, 경찰경고(police caution)와 정액벌금 통고조치(fixed penalty notices)가 그것이다.

가. 경찰경고 제도

경찰경고 제도는 경미범죄자에 대한 기소의 대안으로 도입되어 주로 청소년 범죄자들을 대상으로 그 적용이 확대되어 왔다. 그 절차를 살펴보면, 청소년 범죄자의 경우 부모와 함께 경찰서에 출두하여 자신의 범죄혐의를 인정하는 지를 묻는 질문에 시인하게 되면 경찰간부에 의해 경고(caution)조치를 받게 되는데, 그 경고의 내용은 “이번 사건으로는 기소되지 않을 것이지만 만약, 이와 유사한 사건을 또 저지르면 그 때는 기소될 것”이라는 것이다. 이러한 경고는 ‘전과(conviction)’로 기록되지는 않지만, 만약 이후에 범죄혐의로 기소될 경우 피고인의 성정을 드러내는 증거로 사용될 수 있다. 이러한

459) S.6(1) Magistrates' Court Act 1980

460) S.6(2) Magistrates' Court Act 1980

경찰경고 절차는 성인 범죄자에게도 적용되는데, 청소년에 범죄자에 비해서는 훨씬 더 경미한 범죄에 한정되어 적용된다. 특히, 노인 범죄자나 정신질환 혹은 신체 장애 등의 문제를 안고 있는 범죄자에게는 가급적 기소보다는 경찰경고 조치가 이루어지는 것이 타당하다는 것이 영국 사법절차 전반의 일반적인 분위기이다(presumption in favour of cautioning). 경찰경고 조치를 취하기 위한 주요 조건은 다음과 같다:

- ① 기소하기에 충분한 증거가 확보되었다
- ② 피의자가 범죄사실을 시인한다
- ③ 청소년의 경우에는, 부모가 반드시 동의해야 한다

경찰경고 대상 및 절차는 ‘내무부 훈령(Home Office circular 18/1994)’으로 규정하고 있는데, 경찰의 경고조치에 대해 불응하는 피의자 역시 법원에 이의를 제기할 수 있다는 것이 1995년 [R v Commissioner of Police for the Metropolis ex.p. P] 판례로 확정되었다.

나. 정액벌금 통고조치

과속 등 교통법규 위반을 포함한 특정한 경미 범죄의 경우에는 정복 경찰관이 ‘위반 행위에 해당하는 정액 벌금을 치안법원에 납부하도록’요구하는 고지서(notice)를 발부하게 된다. 기한 내에 벌금을 납부하게 되면 사안은 종결된다. 다만, 위반행위가 면허행정상의 벌점을 수반하게 되는 경우에는 벌점이 병과 된다. 통고처분을 당한 운전자는 이의를 제기할 수 있다.

4. 피의자(피고인)로부터 증거

가. 자 백(confessions)

경찰과형사증거에관한법(PACE) 제82조(1)에서는 자백을 “권한 있는 상태에서 행해졌든, 그렇지 않든, 언어로 행해졌든 다른 수단으로 행해졌든, 그 전부 혹은 일부가 자신에게 불리하게 작용할 수 있는 진술”이라고 규정하고 있다. 자백은 사건과 관련이 있고,

유죄 여부가 오직 자백에만 근거할 경우에 한해서, 피고인의 이익에 반하여 법정 증거로 제출될 수 있다. 하지만, PACE 76조(2)는 강압적으로 이루어졌을 가능성이 있거나 신빙성이 떨어지는 자백은 (그 내용의 진실여부와 상관없이) 법정에서 ‘무조건 배척하도록(mandatory exclusion)’ 규정하고 있는데, 다만 검찰이 “자백이 강압적으로 이루어지지 않았고 신빙성이 있다는 것을 ‘합리적인 의심의 여지를 넘어(beyond reasonable doubt)’ 법정에서 입증”하는 경우에는 자백을 증거로 채택할 수 있다. PACE 제76조 (8)은 ‘강압’이 고문, 비인간적이거나 모욕적인 처우, 폭력의 사용 및 그 위협을 포함한다고 규정하고 있다. 영국에서도 과거 자백의 증거능력을 둘러싼 논란이 자주 발생하였는데, 경찰에서 행해지는 모든 기소대상 범죄 혐의 조사과정의 녹음·녹화가 그 해결책으로 제시되어 Code C의 개정 및 전면적 시행이 이루어지고 있다.

나. 불법적, 혹은 불공정하게 획득한 증거의 배제

PACE 제78조는 법원이 “증거가 획득된 상황을 포함하여 모든 정황을 고려할 때, 그 증거의 채택이 공정한 재판을 저해할 우려가 있다고 판단되는 경우에는” 검찰이 제출한 증거를 배척할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 법원이 증거의 채택과정에서 여하한 불법적, 불공정 혹은 부적절성이 개입하였는지를 판단하여야 함을 의미하는 데 PACE 혹은 경찰집무규칙(Code)의 위반이 있을 경우에는 그 증거를 배제하여야 할 “중대하고 심각한(significant and substantial)” 상황이 초래된 것으로 간주된다. 유럽인권협약(ECHR) 규정들의 준수 여부 역시 증거의 채택 혹은 배척을 결정하는 근거가 된다. 예를 들어, 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 부적절하게 제한한 경우에는 자동적으로 그 자백의 증거능력이 배척된다⁴⁶¹⁾. 하지만, PACE 제76조(4)는 비록 자백의 증거능력이 배척된다 하더라도, 그 자백의 결과 발견된 사실들의 증거제출 여부에는 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다.

461) [Samuel (1982) 2 All ER 135; Parris (1988) 89 Cr App R 68] 판례 및 [Walsh (1990) 89 Cr App R 161] 판례 참조.

Ⅲ. 검·경관계

1. 경찰 수사, 검찰 기소

검찰은 경찰이 기소의견으로 송치한 사건서류들을 검토하여 ‘법규적용이 올바로 되었는가’를 검토해야 한다. 만약, 경찰의 법규 적용에 문제가 있다면 검찰은 기소를 행하지 않고 경찰에 사건을 돌려보낼 수도 있고, 다른 더 적당한 법규를 적용하여 기소절차를 계속 수행 할 수도 있다. 다만, 검찰집무규칙(Code)은 단순히 피의자로부터 용이하게 “유죄인정(plead guilty)”을 얻어낼 목적으로 형량이 더 무거운 법조항을 적용하지 못하도록 명시하고 있다. 실무에서는, 경찰이 “입건기준(Charging Standards)”의 원칙들을 준수하는 한 경찰과 검찰의 견해가 엇갈릴 사유는 거의 발생하지 않는다(Padfield, p.169).

2. 검찰의 사건 개입 시기

영국에서도 경찰과 검찰의 관계는 논란의 대상이 되어왔다. ‘과연 어느 시점에서 검찰이 경찰수사에 개입할 수 있느냐?’의 문제가 그 중심 쟁점이다. “범죄의기소에관한법 제3조 2항의 e(section 3(2)(e) of Prosecution of Offences Act 1985)”에 따르면, 범죄사건과 관련하여 경찰의 요구에 따라 조언을 해 주는 것이 검찰총장(DPP)의 의무이다. 하지만, 실무상 경찰은 검찰에 조언 구하기를 꺼려하는데, 1993년에 실시된 영국 왕립위원회(Royal Commission)의 조사에 따르면 경찰은 전체 범죄사건의 단 4%에 대해서만 기소 전에 검찰에 조언을 요청했다. 최근 검찰조직의 재편으로 각 지방경찰청 단위마다 거의 하나씩의 검찰사무소가 개설되어 있기 때문에 실무적으로 경찰과 검찰이 협조할 수 있는 여건은 조성되어 있기 때문에 일부 학자들은 기소 전 수사단계에서 경찰과 검찰의 협의과정을 의무화하고 제도화해야 한다고 주장하고 있는데, Glidewell(1998) 같은 이는 검찰과 경찰의 협의체인 “형사사법단(Criminal justice Unit)”을 창설하여 검찰이 경찰입건 단계에서부터 기소에 관한 책임을 지도록 하자고 주장하고 있다.

실무적으로 보면, 내사, 체포, 압수, 수색, 신문 등 피의자를 입건하기 전에 행해지는

모든 수사행위는 경찰의 전적인 권한이지만, 일단 피의자가 특정되어 입건(charge) 혹은 소환(summons)이 이루어지게 되면 이 순간부터 피의자는 “검찰의 책임(the responsibility of the CPS)”하에 놓이게 되며, 기소절차를 계속할지 여부 역시 검찰의 판단으로 이관된다. 검찰은 사건에 관한 결정을 내림에 있어 경찰과 상의해야할 의무가 없지만, 특히 불기소 처분을 내리는 경우에 있어서는 경찰에 그 사유를 설명하고 양해를 구하는 것이 ‘바람직한 방안(good practice)’으로 권고되고 있다(McConville & Wilson ed., p. 157).

3. 경찰의 검찰지배 상황

당초 검찰이 1986년에 창설된 것이 경찰로서는 스스로의 권한을 빼앗긴 형국이고, 경찰과 검찰의 업무가 일부 중복되는 부분도 있기 때문에 경찰과 검찰간의 관계는 그리 좋지 못한 상황이며 현재로서는 결국 검찰에 최종적으로 도달하는 사건자료와 정보들이 전적으로 경찰의 통제(control)하에 있다(Padfield, p.172). 아울러, 청소년 문제 등 다양한 지역사회 협의체에 있어 경찰이 모든 주도권을 쥐고 있어 검찰은 형사정책적 측면에서 거의 아무런 역할을 하지 못하고 있는 등 사실상 “검찰이 경찰에 종속된 조직(police-dependent body)”이기 때문에 검찰의 실질적 역량이 강화되지 않는 한 ‘경찰의 통제(police control)’에서 벗어나지 못할 것이라는 전망이 지배적이다(McConville et al, p.124)

McConville 등의 연구결과에 따르면, 검찰은 경찰이 기소를 제기한 ‘증거가 빈약한 사건(evidentially weak cases)’들에 대해 거의 불기소 결정을 내리지 않고 있으며, 만약에 불기소 결정을 내린다면 이는 경찰의 주도 하에 그러한 결정이 내려지는 것(on the initiative of the police)으로 드러났다. 이러한 현상이 나타나는 데는 3가지 기본적인 원인이 있는데, 그 첫 번째는 경찰과 검찰이 공유하고 있는 “검찰은 경찰수사를 이어받아 이를 지속하는 것이 원칙(the furtherance of police working rules)”이라는 정책(policy)이며, 두 번째는 “판결의 변덕스러움(the chance of a freak conviction)”으로 인해 부족한 증거로도 유죄판결을 이끌어 낼 수 있지 않겠느냐는 기대 때문이며, 세 번째는 “피

의자의 유죄 인정(guilty pleas)”으로 증거가 불충분함에도 불구하고 피의자가 죄를 인정하고 자백을 하는 경우이다. 특히, “경찰경고처분 해당성(cautionability)”이 충분한 사건의 경우에도 일단 경찰이 기소결정을 내려 검찰에 송치하게 되면, 유사한 다른 사건들에 대해서는 기소가 아닌 경찰경고(caution)처분이 내려졌다 하더라도, 검찰이 기소절차를 밟는다는 것이 밝혀졌는데 역시 “경찰 수사 지속성 원칙(police working rules)”이 적용되고 있기 때문으로 보여진다(McConville et al, 1991).

4. 소 결

위에서 살펴본 대로 검찰은 창설과 함께 ‘경찰로부터의 독립’이 선언되었지만 실제로는 ‘경찰에 대한 종속’ 상황이 초래되었다. 특히, 검찰은 기소여부의 결정 및 공소유지에 있어 오직 경찰이 작성한 ‘사건 개요서(summary)’에만 의존해왔기 때문에 기소를 전제로 모든 정황을 기소할 필요가 있다는 시각으로 작성된 서류들을 근거로 내려진 결론은 경찰의 견해와 다를 수가 없었다. 이러한 문제를 시정하게 위해 검찰은 창설 10년이 지난 이후부터는 경찰이 작성한 ‘사건 개요서(summary)’를 참고하지 않기로 하였다. 하지만, 이러한 개혁조치가 단행되자마자 치안법원에서 비교적 단순하고 경미한 사건에 대해 경찰이 사건개요를 설명하는 최초 심사(first hearing)단계에서 처분방향을 결정하기로 새로운 방침을 정함에 따라 범죄사건의 대부분을 차지하는 경미사건의 처리방향이 경찰의 ‘사건 개요서’만으로 결정되게 되었다(Sanders and Young, pp. 539-60).

더욱이, 경찰경고 처분에 해당하는 사건(cautionable case)에 대해 경찰이 기소를 제기하는 경우에는 이론적으로나마 검찰의 검토가 가능하지만, 기소 대상 사건(prosecutable case)에 대해 경찰이 경고처분으로 종결짓는 경우에 대해서는 검찰이 전혀 개입할 수 없다는 문제가 상존하고 있다. 이러한 정황 하에서 영국의 검찰이 “경찰의 기소기관(police prosecution agency)”으로 간주되는 것은 전혀 놀랄 일이 아니다. 검사가 범죄사건에 있어 ‘증거의 충분성’에 있어서나 ‘공공의 이익’ 측면에 있어서나 적절한 평가자(adequate reviewer)가 되기 위해서는 반드시 경찰과 전혀 다른 구조적 관

계에 있어야 하는데, 영국의 검찰은 그렇지 못한 상황이다(McConville & Wilson ed., p. 158). 이러한 상황은 검찰이 경찰을 지배하는 우리의 경우와는 정반대의 문제를 내포하고 있다는 것을 나타낸다.

IV. 결 론

위에서 간략하게나마 영국의 형사사법제도와 수사 현실을 살펴보았다. 물론, 영국의 사례가 무조건 우리보다 낫다는 무비판적 수용은 경계해야 할 것이다. 그러나, 우리 형사절차가 그 동안 지나치게 인권을 침해하고 능멸해왔다는 지적과 비판, 특히 그 피해 당사자로부터는 절규를, 들어 왔기에 그 동안 인권보호를 위한 형사제도 개혁에 앞서 왔던 영국의 상황을 대비하여 우리의 문제를 짚어보고 앞으로 나아갈 방향을 모색해 볼 필요는 충분히 있다. 특히, 영국의 경우에서 알 수 있듯이 거의 모든 수사상 업무를 수행하며 책임을 지고 있는 경찰에 그에 상응하는 권한을 주고 사법부의 직접적 통제와 피의자의 변호인에게 부여된 거의 제한 없는 참여권, 구금전담관 및 조사과정 녹화 등 엄격한 자체 규율을 제도화할 때 비로소 실효성 있는 인권보호가 가능하게 된다는 것은 자명하다. 영국의 경우와 달리 피의자의 상대방 당사자인 검찰이 ‘인권 옹호관’으로서의 절대적 지위를 인정받고 있는 우리나라에서는 이러한 ‘인권옹호관에 의한 피의자 구타사망(서울지검 사례)’이라는 웃지못할 아니러니가 발생하고 있음을 상기할 필요가 있다. 특히, 현재처럼 검찰이 경찰에 대해 “과보호하는 아버지” 역할을 계속한다면 경찰 수사과정에 대한 국가와 사법부, 시민단체, 학계 등에서의 다각적인 참여와 개선 노력이 가해지기 어려워 경찰단계에서의 인권침해 문제 역시 개선되기 어렵다.

우리나라의 범죄수사 제도에 있어 인권보호와 직결되는 또 하나의 문제를 거론하자면 경찰에 수사종결권이 없음으로 인해 발생하는 국민의 불편과 불필요한 전과자의 양산이다. 영국에서는 수사권자인 경찰이 판단하여 기소할 실익이 없는 경미범죄나 초범, 청소년 범죄 등에 대해서는 엄한 경고조치 후 훈방하는 “경찰경고(police caution)” 제도를 매우 폭넓게 활용하고 있다. 특히, 청소년과 노인 범죄자나 정신질환 혹은 신체

장애 등의 문제를 안고 있는 범죄자에게는 가급적 기소보다는 경찰경고 조치가 이루어지는 것이 타당하다는 것이 영국 사법절차 전반의 일반적인 분위기이다(presumption in favour of cautioning). 이러한 경찰경고제도는 우리나라의 경범죄처벌법위반자에 대한 즉결심판청구권과는 다르다. 형사사범을 그 대상으로 하며 사법절차에 들어가지 않고 경찰행정절차에서 종결한다는 점에서 우리사회가 안고 있는 형사사건의 과다와 전과자 양산 문제를 해결할 수 있는 좋은 대안이라 여겨지며 이를 도입하기 위한 전제가 경찰의 수사권 독립임은 자명하다.

우리나라의 일부 법조인이나 형사법학자가 ‘수사는 기소의 전단계’라고 주장하는 것과는 달리, 영국에서의 수사의 목적에는 공소제기 이외에도 많은 것들이 있음을 알 수 있었다. 우선, 범인을 잡아 공소를 제기하지 못하는 한이 있더라도 억울한 의심이나 의혹을 받는 사람이 없도록 용의선상에서 제외(elimination)시켜 일상생활의 평온을 속히 회복할 수 있도록 해 주어야 한다. 둘째, 변사, 분실 등 범죄인지 아니면 단순사고인지 모르는 사안에 대해서도 성실한 수사를 통해 진상을 규명하여 해당 사건을 둘러싼 주변에 평화를 가져다 주어야 한다. 셋째로, 수사과정에서 범죄사건의 수법과 형태 등을 파악하여 또 다른 피해자가 발생하지 않도록 신속히 방법기능에 전파하여 범죄를 예방해야 한다. 넷째, 정확하며 정중한 수사활동 및 이에 수반되는 경찰의 보호와 지원활동을 통해 피해자에게 안전감과 사회에 대한 신뢰를 심어주고 범죄피해로부터 속히 회복하여 정상적인 생활로 복귀하도록 도와주어야 한다. 다섯째, 사건 발생의 원인 규명과 수사진전 사항의 고지 및 의혹해소 노력 등을 통해 궁극적으로 범죄사건으로 그 일상적인 평화가 깨어진 지역사회의 평화 복원을 위해 그 역할을 다해야 한다. 실제 현장에서 범인이 잡히기 어려워 공소제기 가능성이 희박한 단순 절도사건이나 장기 미야사건, 그 외형적 피해가 미약하여 공소제기가 어려운 소액 절도나 스토킹 사건 등에 있어서도 수사활동을 해야만 하는 것이 수사가 단순한 ‘공소제기의 전 단계’가 아니기 때문이다. 영국에서 수사를 경찰의 책임 하에 두는 이유가 경찰이 기소기관이 아닌 지역사회의 평화와 안전(치안)유지 활동을 수행하는 기관이기 때문이다. 이러한 현실적 인식은 우리나라라고 해서 크게 다르지 않다.

아울러, 앞서 언급하였듯이, 공소가 이루어지는 사안에 있어서도 편견과 선입견에 치

우치지 않고 사실관계를 명확하게 규명하기 위해서도 수사와 기소는 분리되어야 함을 영국의 사례에서 알 수 있다. 기소권자가 수사단계에서부터 지나친 권한을 가지고 우월적 지위에서 간여하게 되면 상대적으로 피의자의 방어권이 심대하게 제약을 받을 여지가 있으며 수사과정의 특성에 따라 형성된 수사관으로서의 피의자에 대한 의심을 기소관이 공유하게 된다면 기소의 타당성 여부 및 증거의 적합성 여부 등에 대한 판단에 있어 객관성을 상실하게 되기 쉽다는 것이다. 이는 영국에서 1985년 국립기소청을 신설하여 종래 수사권과 기소권을 모두 보유·행사하고 있던 경찰로부터 기소권을 분리하면서 내세운 이유이기도 하며, 경찰이 검찰의 강력한 지휘와 통제 하에 있는 우리나라에서 그동안 술한 인권침해와 편파수사, 비리가 행해진 주된 이유 중 하나이기도 하다.

부디 인권선진국이며 세계에서 가장 모범적인 형사사법제도를 운영하는 나라 중 하나로 꼽히는 영국의 사례가 우리 수사제도의 개선에 실효성 있는 참고가 되기를 기원한다.

제4절 미 국

1. 수사의 주체

미국은 수사의 주체 및 수사권한에 대하여 우리 형사소송법 제195조와 제196조와 같은 법령의 규정이 없다. 대부분의 주 형사소송법에서 경찰, county 보안관, 검찰청 수사관, 기타 법집행관 등을 치안관(peace officer)으로 규정하고, 이들의 권한과 직무를 규정하고 있다. 예를 들면, 텍사스 주는 치안관의 직무로 [i) 영장 없이 범죄를 예방 또는 진압하기 위하여 간섭할 수 있다, ii) 영장 없이 범인을 체포할 수 있다, iii) 관할 지역에서 발생한 모든 범죄에 대하여 치안관사에게 통지하여야 한다.] 등을 규정하고 있다(Texas 형사소송법 Art. 2.13). 뉴욕주는 치안관(peace officer)의 권한(power)으로 [i) 영장없는 체포권, ii) 헌법적으로 허용되는 범위의 영장없는 수색을 할 수 있는 권한, iii) 출석요구서(appearance ticket)를 발부할 권한, vi) 소환장(summons)의 발부와 소추청구장(complaints)을 제출할 수 있는 권한, v) 범인의 체포 또는 도주를 방지하기 위해

신체적 유형력(physical force)을 사용할 수 있는 권한]등을 규정하고 있다(뉴욕주 형사소송법 section 2. 20.).

이와 같이 수사의 주체에 대하여 명시적인 규정은 없다. 하지만 경찰은 치안관으로서 법집행을 위한 범인의 발견·체포·증거수집 등의 수사권은 경찰의 권한으로서 당연히 인정된다. 범인체포와 영장집행 이외에도 주 형사소송법과 경찰서 매뉴얼 등에서 지문 채취, 사진촬영권 등을 규정하고 있다.

검사는 검찰제도에서 살펴본 것과 같이 공소업무 수행을 위해서 출발하였기 때문에 주법 등에서 검사의 직무로 공소제기 및 유지 이외에 수사권에 대해서는 직접적 규정을 두지 않고 있다. 다만, 범죄수사의 최종적인 목적이 범죄자에 대한 기소를 통하여 유죄판결을 받는 것이므로 검사는 공소유지를 위한 범위 내에서 경찰 수사를 검토하고 보완수사를 요구할 수 있으며, 공무원범죄 등 일정범죄에 대해서는 직접 수사를 개시하기도 한다.

2. 경찰의 수사

가. 수사부서 연혁

미국의 범죄수사는 사회적, 경제적, 법적 필요와 영국의 상당한 영향을 받으면서 발전하였다.⁴⁶²⁾ 미국에서 최초로 범죄수사를 위한 수사관을 임명한 것은 정확하지 않으나, 1789년에 연방 Revenue Cutter Service(관세청)에서 밀수를 예방하기 위해 수사관을 임명하였고 1829년에는 연방 Postal Service(체신청)에서 우편사기를 수사하기 위해 수사관을 임명하였다.

지방도시에서는 1846년에 Boston 경찰국에서 3명의 형사를 임명하였다. 이들이 1850년에 16,000달러 상당의 도난물품을 회수하면서 이들의 업무도 경찰국의 필수적인 업무가 되었다. 1857년에 뉴욕시경은 20명의 형사를 임명하였다. 이들은 세부적인 범죄별

462) 영국에서는 1750년 경에 런던 치안판사(Magistrate)인 Henry Fielding이 수사조직인 Bow Street Runners 또는 Thief Takers라고 불리는 조직을 만들었다.

수사부서에 배치되었으며, 각각의 수사부서는 체포와 소추청구장(complaint)에 대한 기록을 보관하였다. 모든 형사들은 담당사건에 대해 수사진행상황과 처리결과를 매일 보고서로 제출하였다. 뉴욕시경은 1882년에 입법에 의해 형사국(detective bureau)을 설치하였고, 필라델피아(1859)와 시카고(1860) 등 다른 도시 경찰국에서도 수사 전담부서를 신설하였다.⁴⁶³⁾

나. 경찰의 수사 조직

경찰의 수사조직은 경찰서 규모와 지역에 따라 다양하다. 규모가 가장 크고 우리나라의 서울지방경찰청과 비슷한 뉴욕시경(NYPD)은 수사조직(detective bureau)으로 4개의 지구대(Brooklyn, Bronx, Manhattan, Queens)와 산하에 73개 지역수사대가 있어 순찰부서와 긴밀한 협조관계를 유지하면서 지역에서 발생하는 범죄에 대처하고 있다.

뉴욕시경 본부에는 지역수사대의 수사지원 및 지도를 담당하는 형사국(detective bureau)에 중앙수사정보부(central investigation and resource division), 법과학실(forensic investigation division), 범인추적실(fugitive enforcement division), 특별수사부(special investigation division) 등의 조직이 있다. 중앙수사정보부에는 살인범죄 분석실, 인질협상팀, 범인사진자료관리팀, 범죄피해자 보호팀 등이 있다. 범죄피해자 보호팀에는 숙련된 여자형사를 배치하여 24시간 성범죄신고에 대한 상담을 하고 성폭력예방교육 등을 실시한다. 특수수사부에는 중대범죄수사팀(major case squad), 특수사기수사팀(special fraud squad), 실종자수사팀, 폭발물수사팀, 방화수사팀, 컴퓨터범죄수사팀, 마약수사팀, 증오범죄대책실, 자동차범죄실 등 범죄별로 수사조직을 두고 있다.⁴⁶⁴⁾ 뉴욕시경 본부에는 형사국 이외에 조직범죄에 대한 수사를 담당하는 조직범죄수사부(organized crime investigation division)를 두고 있다.

경찰관이 약 3000여 명으로 우리의 인천지방경찰청과 규모가 비슷한 텍사스 주 Dallas 시 경찰국의 수사조직으로는 먼저 6개 순찰지구대(operation division) 내에 수사과

463) Michael J. Palmiotto, Criminal Investigation(Chicago: Nelson-Hall Publishers, 1994), pp.5-6.

464) www.nyc.gov/html/ypd/html/db/organ.html.

(investigative unit)가 있다. 여기에서는 관할 순찰지구대에서 발생하는 절도 등 재산범죄에 대한 수사를 담당한다. 경찰국 본부의 수사조직으로는 수사국(investigative bureau) 산하에 범죄정보과(criminal intelligence unit), 시민청렴과(public integrity unit), 대인범죄과(crime against persons division), 살인과, 강도과, 폭력과, 성범죄과, 금융범죄팀(financial crime squad), 아동학대팀(child abuse squad), 가족폭력과, 실종대책과, 자동차도난과, 문서위조대책팀(forgery unit), 사기범죄팀(swindle unit), 범죄피해자대책팀(crime victim's compensation) 등이 있다. 범죄정보의 수집·평가·전달 등의 기능을 수행하는 범죄정보분석실에는 대테러팀, 절도범죄수사팀, 중대범죄팀, crime stopper팀 등이 있다. 그밖에도 마약범죄수사팀이 별도로 있다.

범죄피해자 보호를 위해서는 텍사스 주 법무부에서 주관하는 범죄피해자보상 프로그램에 의해 법규위반자들로부터 받은 범칙금을 기금으로 하여 살인, 강도, 유괴, 폭력, 성범죄 등 특정 범죄의 직접 피해자 및 가족과 범죄피해 구조자 등에 대하여 육체적, 정신적 손해에 대하여 보상금을 지급하는데 경찰국에서는 이 업무를 담당하는 별도의 직원을 두고 있다.

다. 수사의 개시와 종결

미국의 형사소송법은 형사소송법과 달리 수사기관의 수사개시에 대해서 특별히 규정하지 않고 있다. 경찰의 직무권한으로서 법집행을 위한 범죄수사권이 인정되기 때문에 경찰의 수사개시권 역시 당연히 인정된다. 일반적으로 미국경찰은 ① 범죄피해자나 목격자에 의한 범죄신고, ② 순찰경찰에 의한 범죄인지, ③ 정보원의 정보제공 또는 경험을 통한 형사의 범죄인지 등에 의하여 수사를 개시한다. 미국경찰은 수사개시에 있어서 검사의 지휘를 받거나 보고를 해야할 의무가 없다.

경찰의 수사종결은 수사결과 범인을 검거 또는 사건을 해결한 경우에 기소를 위한 준비단계로서 수사를 종결하거나, 범인의 발견 또는 체포에 실패하여 수사를 중단하는 것으로 나눌 수 있다.

먼저 초동수사와 계속수사 단계에서 범인의 발견이나 체포에 실패한 경우, 수사진행

의 계속 또는 중단여부를 결정해야만 한다. 이론적으로는 범인을 체포할 때까지 수사를 계속 진행하는 것이 이상적이지만 현실적으로는 가능하지 않다. 범죄의 양, 수사인력의 한계, 증거의 부족 등에 의한 수사의 중단이 불가피하다. 따라서 모든 부분에 대한 사건수사가 철저히 행하여졌으나, 범인검거 등 사건을 해결하지 못한 경우 새로운 증거를 발견할 때까지 범죄수사를 중단한다.

반면 초동수사와 계속수사가 성공적으로 이루어져 범인을 검거하거나 사건이 해결된 경우 종결수사는 유죄판결의 가능성을 높이는데 초점을 맞추게 된다. 수사 종결시에 형사는 검사와 긴밀하게 협조하는데, 이론적으로는 형사사건에 대한 공판준비는 검사의 독자적인 업무이지만 대부분의 관할에서 검사에게 할당된 과도한 사건과 시간적 한계로 담당형사는 검사에게 협조를 한다. 형사사건에 대한 공판준비는 다음과 같은 사항을 검토함으로써 준비한다.⁴⁶⁵⁾

- i) 피의자 체포의 적법성에 대한 검토
- ii) 피의자의 진술과 시인에 대한 적법성 검토
- iii) 관련증거 수집방법에 대한 검토
- iv) 피해자·증인의 진술과 피의자의 동일성에 대한 법적 요건 검토
- v) 공판단계에서 사용될 서류와 보고서 등 검토
- vi) 정보원에 의해 제공된 모든 정보에 대한 검토와 법정에서 사용여부의 결정
- vii) 공판단계에서 사용될 검사의 전략과 형사 진술의 검토
- viii) 전문가 증언의 검토

경찰의 수사종결권과 관련해서도 주의 형사소송법 등에서는 세부적인 규정을 두지 않고 있다. 실무적으로는 수사종결시 담당 경찰관의 판단에 따라 상당한 이유가 없거나 증거 미비로 혐의사실이 명백하지 않아 기소가 어려울 것으로 판단되는 경우는 경찰은

465) James N. Gilbert, criminal investigation, Mcmilan Publishing Co., 1993. p.165.

사건을 검찰에 송치하지 않고 경찰단계에서 피의자를 석방하고 수사를 종결한다. 즉, 경찰관이 증거불충분 등의 사유로 소추가 어려울 것으로 판단하는 사건의 수사종결에 대해서 원칙적으로 검사의 지휘나 감독을 받지 않는다. 다만 예외적으로 수사 단계에서 체포영장이 발부되었거나, 중요한 사건의 경우에는 검사와 협의를 하여 사건을 종결한다. 결국 미국 경찰에서는 불기소사건에 해당되는 사건에 대해서는 경찰이 독자적으로 수사의 종결권을 갖는다고 볼 수 있다.⁴⁶⁶⁾

또한 우리와 달리 미국경찰은 검사의 수사지휘에 반드시 따라야 할 의무가 없고 검사가 할 수 있는 것은 송치사건의 기소를 거부하거나 보완수사를 요구하는 것뿐이다. 실무적으로는 검찰이 기소를 거부하는 경우, 경찰 수사가 무효가 되므로 기소를 위한 보완수사 요구를 사실상 협력한다고 할 수 있다.⁴⁶⁷⁾

3. 검찰의 수사

가. 검찰 수사 개관

지방검사의 수사권한에 대해서도 대부분의 주법에서는 명시적으로 규정하지 않고 있다. 지방검사의 직무에 대해서는 주법에서 주로 공소제기 및 유지와 경찰 등 법집행기관에 대한 법적 조언을 규정하고 있다. 예외적으로 인디애나(Indiana) 주법에서 [검사는 county 위원회(council)의 승인에 의하여 수사관(investigator)을 임명할 수 있으며, 이 수사관의 임무는 성공적인 기소를 위해서 필요한 수사와 증거의 수집을 돕는 것이다.]라고 규정하여(Indiana State Code 33-14-6-1) 공소유지를 위한 수사를 인정하고 있다.

경찰수사는 검찰의 기소를 통해 법원의 유죄판결을 받는 것이 최종적인 목적이라고 할 수 있는데 검찰은 공소유지를 위해 보완수사를 하거나 경찰에 보완수사를 요구한다. 한편 연방검찰은 화이트칼라 범죄나 조직범죄 등 연방범죄에 대하여 연방수사기관에 수사를 요구할 수 있다.

미국변호사협회(ABA)의 기소기능에 관한 기준에서는 검사의 수사기능과 관련하여

466) 표성수, 미국의 검찰과 한국의 검찰, 육법사, 2000. 110면.

467) 표성수, 앞의 책, 110면.

[검사는 일반적으로 경찰 및 다른 수사기관의 범죄수사에 의존한다. 다만 예외적으로 이들 기관에 의해 적절한 수사가 행하여지지 않을 때에 범죄수사에 대한 적극적인 책임(affirmative responsibility)이 있다.]고 규정하고 있다(Prosecution Function Standard 3-3.1). 검사의 수사에 대한 적극적 책임과 관련해서 동 규정의 평석(commentary)에서는 「 i) 시민이 무지(ignorance), 공포, 무력감(inertia), 기타 다른 동기에 의해 기소(prosecute)를 꺼려하거나, ii) 상업사기(commercial fraud)와 같이 법집행기관의 관심을 끌지 못하거나, 법집행관이 관련되어 경찰 등 수사기관이 수사를 개시하지 않는 경우에 시민의 소추청구(complaint)나 경찰의 수사와 독립해서 검사가 자발적으로 수사를 개시하는 것은 검사의 권리이자 의무로서 중요하다.」고 보고 있다⁴⁶⁸⁾. 대부분의 검사들도 수사를 할 수 있는 충분한 수사인력 등이 있다면 기꺼이 이러한 직무를 받아들이는 것으로 설명하고 있다. 이와 관련하여 ABA 기소기능 Standard 3-2.4(b)에서 검사의 직접적인 통제하의 정규 전문 수사인력과 보조인력 등의 채용을 위하여 기금이 마련되어야 한다고 주장하고 있다.⁴⁶⁹⁾

대부분의 county 검찰청에는 수사부서를 두고 있는데 직접적으로 수사를 하기보다는 경찰에서 송치된 사건에 대한 공소유지를 위하여 보완수사를 주로 하고 경찰에서 수사하기 곤란한 공무원범죄, 화이트칼라범죄 등은 직접수사한다.

나. 지방검찰의 수사조직

미국의 지방검찰청 중에서 규모가 가장 큰 LA county 검찰청의 경우에는 수사국(bureau of investigation) 산하에 치안관의 지위를 갖는 260여명의 검찰수사관이 있다. 이들은 법집행기관의 수사관 또는 치안관(peace officer)으로서의 2년 근무경력을 요건으로 채용된다. 이들은 각 지청의 조직범죄, 마약, 공무원범죄, 이민사기, 첨단기술범죄 등 특수범죄 수사부서에 배치되어 있다. 검찰수사관의 1차적인 직무는 검사의 공소유지

468) ABA, Standards for Criminal Justice Prosecution Function and Defense Function (3rd Edition), 1993, p. 48

469) NDAA도 기소기준에서 경찰이 수사하기 어려운 복잡한 사건, 즉 경제·환경·사회복지사기범죄 등에 있어서 검사에게 수사개시의 재량과 책임을 부여하는 것이 중요하다고 강조하고 있다(표성수, 앞의 책, 94면).

업무를 보조하는 것으로, 증인의 확인·확보 및 공판 전 보강수사를 통해 승소가능성을 높인다. 또한 이들은 조직범죄, 마약 등 특수 범죄에 있어서 연방수사기관이나 주, 지방 경찰 등 법집행기관과 상호 협조하여 수사를 진행하기도 하고, 이들 기관들에서 요청이 있으면 문서감정, 전자감시(electronic surveillance) 등의 업무를 지원하기도 한다.⁴⁷⁰⁾

Texas 주의 Harris county 검찰청은 미국에서 3번째 규모의 county 검찰청으로 300만을 관할한다. 여기에는 텍사스 주 형사소송법에 의해서 치안관으로 인정되는 검찰수사관⁴⁷¹⁾이 일반 수사부서 및 특수범죄부에서 근무하고 있다. 특수범죄부에는 검사보와 검찰수사관이 함께 근무하면서 기소결정 이전 단계에서 연방, 주, 지방 경찰 등 법집행 기관과 긴밀하게 협조관계를 유지하면서 증거와 범죄정보를 수집하고, 필요시 수사기관에 법적 조언을 한다. 특수범죄부에는 갱/마약팀, 중요사기범죄팀(major fraud), 소비자사기범죄팀(consumer fraud division) 등이 있다. 이밖에도 경찰관의 총기사용에 대한 수사를 담당하는 경찰청렴부서(police integrity division)와 공공기금에서 월급을 받는 임명직 또는 선거직책에 있는 자의 범죄와 텍사스 주 선거법위반 사건을 처리하는 시민청렴부서(public integrity division)를 두고 있다.⁴⁷²⁾

뉴저지주의 Monmouth county 검찰청의 경우에는 수사부서로서 중요범죄부(major crimes unit), 경제범죄부(economic crimes unit), 컴퓨터범죄부(computer crimes unit)가 있다. 중요범죄부에서는 검사보와 8명의 검찰수사관(여기의 검찰수사관들은 sergeant, lieutenant, captain과 같은 직급을 갖고 있으며, 대개의 경우 경찰에서 형사를 오랫동안 한 경력자들이 채용됨)들이 근무를 하며 이들은 증인 발견, 신문(interviewing), 선서진술서 작성, 피의자식별(lineup) 등 공소제기를 위한 준비를 한다. 경제범죄부에서는 주로 사기, 횡령사건의 수사 및 기소를 담당한다. 경제범죄수사는 주로 범죄피해자의 신고에 의해 행해진다.

반면 대부분의 소규모 지방검찰청에는 1명의 검사와 수명의 검사보, 1-2명의 수사관

470) <http://da.co.la.ca.us/bofi.htm>

471) 검찰수사관은 peace officer로서 무기를 휴대할 수 있고 체포의 권한도 있는데 전직 경찰관으로서의 경력을 가진 사람이 고용되는 일이 많다. 이들은 경죄에 대해서는 증인확보와 증거물 운반 등 소송을 위한 일반적인 준비를 하고 중죄에 대해서는 개개 사건마다 증인과 면담을 하고 증인을 확보하는 등 검사보에 필요한 도움을 제공한다(정완 역, 앞의 책, 44면).

472) <http://dao-web.dao.hctx.net/ie/Organization.cfm?choice>

만이 있어 경찰수사에 의존해서 공소유지 기능만을 수행한다.

다. 지방검찰의 수사

(1) 직접수사의 제약 요인⁴⁷³⁾

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

검찰의 직접수사를 제약하는 또 하나의 요인은 형사절차상 검사에게는 판사와 같이 피의자에 대해 소환장(subpoena)을 발부하여 출석의무를 부과하는 방법이 없다. 검사가 직접조사를 원한다면 대배심의 소환권을 활용할 수밖에 없다. 이는 수정헌법 제5조가 피의자에게 자기부죄금지권과 묵비권을 보장하는 것과도 관련이 있다. 피의자는 묵비권을 행사할 수 있고, 변호인 또한 그러한 진술을 거부하도록 조언하므로 검사가 실제 피의자를 상대로 하는 수사는 이루어질 수가 없다. 따라서 지방검사들은 피의자나 참고인을 정식으로 조사하지 아니하고, 증언이 예정된 참고인들을 미리 인터뷰하여 그 신빙성을 점검하는 정도에 그친다.

또한 미국에서는 우리와 달리 검사 작성 피의자진술조서와 경찰 작성 피의자진술조서의 증거능력 등 증거법상의 효력에서 아무런 차이가 없어, 검사가 반드시 피의자를 신문할 필요를 느끼지 못한다. 이는 피의자, 참고인들에 대한 조사를 기초로 사건의 실

473) 표성수, 앞의 책, 95-99참조.

체적 진실을 판단하는 것은 검사가 아닌 배심 또는 판사가 결정하도록 미국형사사법체도가 이루어졌기 때문이다.

(2) 검찰 수사의 구체적 유형

검찰이 수사업무를 수행하는 유형은 기본적으로 경찰수사에 의존하기 때문에 경찰이 송치한 사건에 대해 보강수사를 경찰에 요청하거나 검찰수사관에게 지시하는 것이 일반적 형태이다. 다만 미국의 주 형사소송법 등 법률에 검찰의 경찰 수사업무에 관한 지휘나 감독에 관한 규정들이 없어 개별 사건에 대하여 원칙적으로 수사지휘권을 행사할 수 없다. 중요사건의 경우 경찰의 수사방향, 증거수집, 법률적용 등에 있어서 의견을 제시하고, 경찰이 체포·압수·수색영장 청구시 검사가 사전에 검토한 후, 법원에 청구하는 등의 형식으로 경찰의 수사에 간접적으로 관여한다.⁴⁷⁴⁾

예외적으로 검찰이 직접수사를 개시하는 경우는 대배심 또는 검찰내부의 수사인력을 통하여 수사를 개시하며, 경찰 등 수사기관과 합동수사체제를 구축하여 수사를 개시하는 형태로 나타날 수 있다.

(가) 검찰이 피해자의 신고 등 수사단서의 직접 처리 여부

범죄피해자 또는 시민의 범죄신고, complaint 접수와 같은 대부분의 수사단서는 경찰 등 수사기관에 직접 접수되고 검찰에 접수되는 경우는 거의 없는데, 검찰의 수사 인력이 많지 않기 때문에 경찰에 이송하는 것이 일반적이라고 할 수 있다.⁴⁷⁵⁾

이와 관련하여 Jefferson 사법연구소(Jefferson Institute for Justice Studies)⁴⁷⁶⁾는 “사건접수 및 심사에 관한 검사의 기준”(prosecutor’s guide to intake and screening)⁴⁷⁷⁾에서

474) 표성수, 앞의 책, 100면.

475) 표성수, 앞의 책, 100면.

476) Jefferson 연구소는 연방법무부의 “National Institute of Justice”와 법무지원국(Bureau of Justice Assistance)의 기금에 의해 운영되는 비영리 연구기관으로 형사사법정책에 관한 연구를 주로 수행하며 연구위원은 주로 검사들이다.

477) 이는 연방법무부, 사법프로그램사무소(Office of Justice Program), 법무지원국(Bureau of Justice

『시민이 직접 지방검찰청에 complaint를 제출하는 것은 자제되어야 한다(discouraged).』고 규정하고 있다. 이는 사건심사를 담당하는 검사·검사보가 고발인(complaint) 일방의 편향적이거나 감정적인 주장을 근거로 잘못된 결정을 할 가능성이 높기 때문에 검사와 고발인(complainant)을 보호하기 위해서는 검사가 직접 처리하는 것이 바람직하지 않다고 보는 것이다. 이 경우 가능한 조치는 시민을 면담하고 정당한 이유가 있으면 경찰에 수사의뢰를 하는 것이다. 그러나 보다 바람직한 것은 『경찰 등 법집행기관의 의뢰가 없는 한 시민의 complaint를 심사하지 않는 것이다.』라고 동 보고서는 소개하고 있다.⁴⁷⁸⁾

지역에 따라서는 예외적으로 지방검사·검사보들이 complaint를 접수하거나 검토하여 주는 경우가 있는데 이는 주로 소비자사기, 수표부도 등의 사건이 해당된다. 수표부도의 경우, 검사는 당사자를 불러 합의하게 하거나 조정관에게 사건을 보내 합의를 중재하게 하여 정식으로 사건을 기소하기보다는 양 당사자를 위한 실질적인 해결을 도모하기도 한다.⁴⁷⁹⁾

(나) 대배심의 수사절차를 이용하는 경우

대배심제도를 유지하고 있는 연방과 다수의 주에서는 대배심의 수사권한을 활용하는 경우가 있다. 연방형사소송규칙은 물론 주 형사소송법에서 대배심이 증인을 강제로 소환하거나 증거물의 제출을 강제할 수 있는 권한을 규정하고 있다. 대배심은 독립적인 기구이므로 대배심을 통한 수사가 직접적으로 검사의 수사라고 할 수 없으나 실질적으로 대배심의 수사와 기소의 과정은 검사가 상당한 영향력을 미치고 있어 검사의 수사를 위한 수단이라고 볼 수 있다. 즉 대배심 절차를 진행하면서 검사는 수사대상과 subpoena 발부여부를 결정하고 증인이 증언하기 이전에 미리 증인과 인터뷰를 하는 등

Assistance)에 의한 기금지원에 의해서 전국적인 “공소활동의 개선(Promoting Innovation in Prosecution)”의 일환으로 Jefferson 사법연구소에서 연구 진행되었다. 공소활동 개선은 특히 중소규모 지방검찰청에서의 공소업무 수준의 향상을 목적으로 한 것으로 i) 사건접수 및 심사, ii) 사건처리(case management), iii) 정보관리(management information), iv) 경찰과 검찰의 관계 등의 문제에 초점을 맞추었다.

478) Jefferson Institute for Justice Studies, Prosecutor’s Guide to Intake and Screening, p.24.(www.jiis.org/common/publication.htm)

479) 표성수, 앞의 책, 101면.

으로 사실상 대배심의 수사를 주도한다.⁴⁸⁰⁾

대배심의 수사는 주로 i) 증인이 경찰에 협조를 하지 않는 경우 소환장을 발부하여 대배심출석을 강제하거나, ii) 범죄의 중요한 증거가 사업장부 더미의 서류로서 경찰이 수색영장을 얻기가 어려운 경우 이 서류를 확보하기 위한 목적으로, iii) 수사 대상이 민감하거나 대중의 관심으로부터 차단된 상태에서 진행될 필요가 있어 대배심의 비밀심을 이용하기 위한 경우에 주로 이용된다. 특히 수사활동의 공정성(integrity)을 대중으로부터 확보하는 것이 중요한 사건 수사, 즉 뇌물죄와 같은 부패범죄, 조직범죄, 경제적 권한의 남용과 관련된 범죄(예; 가격조정(price fixing)) 등도 대배심 수사의 대상이 된다.⁴⁸¹⁾

한편 미국변호사협회(ABA)는 검사가 유죄판결을 받을 목적으로 대배심을 이용하여 유죄를 입증하는 증거수집에 집중하는 것에 대해, 검사의 직무는 정의의 실현에 있지 유죄판결을 받는 것이 아니므로 피고인의 유죄를 부정하거나 혐의범죄를 감경할 수 있는 증거를 대배심에 제시하여야 한다고 강조하고 있다.⁴⁸²⁾

(다) 송치된 사건의 보완수사

경찰이 사건을 검찰에 송치하면 먼저 검찰의 intake unit(사건접수부) 또는 screening unit(사건심사부)에서 접수를 한다. 여기에는 대개 검사보와 일반직원들이 근무하는데 이들은 먼저 사건이 대배심에 상정하는 것이 적합한지를 검토한다. 경찰보고서나 피의자의 전력, 증거물 기타 정보 등을 검토하여 기소적격을 판단한다.

검사·검사보가 경찰의 송치사건을 심사 검토하여 공소유지를 위하여 좀 더 수사가 필요하다고 판단하면 경찰에 보완수사를 요구하거나 검찰수사관에게 보완수사를 지시하여 기소를 할 수 있다. 즉 초기수사와 체포, complaint의 작성·제출, 치안판사와의 최초출석 등에 48시간이라는 시간적 제약으로 경찰의 수사가 완전하지 못한 경우에는 보완수사가 필요하다. 다만 보완수사는 검찰에서 직접하는 경우 검찰수사관에게 증거물

480) 표성수, 앞의 책, 102면.

481) Wayne R. LaFave & Jerold H. Israel & Nancy J. King, op.cit., p.11-12.

482) ABA 기소기능3-3.6(b).

을 수집 또는 증인 인적관계 조사를 지시한다. 검사가 직접 증인을 조사하면 후일 법정에서 검사가 증언을 하여야 할 경우 등 문제의 소지가 있으므로 직접조사하지 않는 것이 관행이며, 검사는 증언이 예정된 사람을 인터뷰하여 진술의 진위를 확인하고 그 신빙성을 사전에 파악하는 데 그친다.⁴⁸³⁾

4. 경찰과 검찰의 관계

가. 경찰과 검찰의 기본적 관계

미국은 검사와 경찰의 관계에 대해서도 우리의 형사소송법 제196조와 같은 규정은 없다. 다만 주 정부법 등에서 검사의 직무로서 경찰을 포함한 모든 법집행기관에 대하여 법적 자문이나 법률서비스를 제공하도록 규정하고 있을 뿐이다. 경찰은 범죄수사를, 검찰은 공소업무를 담당하는 법집행기관으로서 양자는 서로의 직무를 존중한다. 범죄수사에 있어서 경찰이 1차적인 모든 범죄수사권을 갖고 있고, 검사는 공소권과 공소유지를 담당하면서 보완수사를 할 수 있다. 우리와 같이 검찰이 경찰에 대한 일반적인 수사지휘권이 없으며 개별 사건에 대해서도 경찰이 송치한 사건에 대한 보완수사를 요구할 수 있을 뿐이다. 따라서 경찰과 검찰의 기본적인 관계는 상호 협력관계라고 할 수 있다.

양자의 관계는 기관의 소속과도 관련이 있는데 지방검찰은 county에 속해 있으면서 주와 county에서 주로 예산을 지원 받는다. 반면 지방경찰의 주류인 도시경찰은 시에 소속되어 있으면서 시로부터 예산을 받는다. 이와 같은 양자의 소속 및 예산지원 등의 차이는 상호협력을 원칙으로 하는 양자의 관계에도 영향을 미친다. 경찰과 검찰은 상호 협력관계를 유지하면서 상대조직의 직무와 활동을 존중한다. 그러나 한편으로 개개 검사·검사보와 경찰간에는 직무의 차이와 상대방 직무에 대한 시각의 차이 등으로 불신과 함께 긴장·갈등이 존재하기도 한다.

483) 표성수, 앞의 책, 105면.

결론적으로 경찰과 검찰의 기본적인 관계는 형사사법절차에 있어서 경찰은 범죄수사를 담당하고, 검찰은 공소업무를 전담하는 독자적인 기능을 갖는 기관으로서 상호협조 관계를 원칙으로 한다. 검사는 법률전문가로서 경찰에 법적 자문이나 서비스를 제공하고 공소유지를 위해서 경찰의 수사에 대하여 일정부분 관여를 한다고 할 수 있다. 반면 경찰은 독자적인 수사권을 갖고 있으면서 경미범죄 등에 소추권을 행사함으로써 검사의 소추권에 일정 부분 관여를 한다.

나. 경찰에 대한 법적 조언자로서의 검찰

대부분의 주 정부조직법 등에서 검사의 직무로 법집행기관에 대한 법적 조언을 규정하고 있다. 미국변호사협회(ABA)의 기소기능에 관한 기준에서도 [검사는 형사문제에 있어 경찰의 기능과 의무에 관하여 법률적인 자문을 제공한다. 그리고 경찰이 법에 따른 직무를 수행하도록 하는 교육을 돕기 위해 검찰직원의 서비스를 제공함에 있어서 경찰과 협력하여야 한다.]라고 규정하고 있다(기소기능 3-2.7.).

검사가 경찰에 법적 조언의 제공 여부는 지역에 따라 다르다. 도시경찰서에서는 경찰서내에 법무담당부서(legal unit) 또는 법률고문(legal advisor)를 두어 특별한 경우가 아닌 한 법률문제에 대해 독자적인 판단을 한다. 경찰 법률고문제도의 유래는 1907년 뉴욕시 경찰국 내에 “법무도서실”(Law Library)이라고 불리는 부서가 설치된 것이 효시인데, 특히 1960년대 연방대법원에서 경찰관련 판례가 나오면서, 이 제도의 필요성이 강력히 제기되어 많은 경찰서에서 법률부서를 두게 되었다.

경찰은 각종 법률문제에 대처하기 위하여 규모가 큰 경찰서나 경찰국은 법무담당 부서에 1-10여명의 변호사 자격자를 고용하여 그 처리를 맡긴다. 법무담당부서의 직무는 경찰 전체의 정책에 관하여 경찰국장이나 서장을 보좌하고, 외근 경찰관의 직무활동에 대하여 법률상 조언 및 개선의견을 제시한다. 나아가 경찰관에 대한 법률적 교육의 입안 내지 그 실시에 관한 계획 등을 수립한다.

뉴욕시경(NYPD)의 경우는 법무국(legal bureau)을 두고 있다. 법무국의 직무는 i) 경찰관들의 연방·주·지방 법령의 해석·집행의 지원, ii) 경찰의 정책과 집행에 있어서

적법성 및 공정성 검토, iii) 시민의 안전과 관련된 경찰 법령 검토, iv) 민사강제집행수단(civil enforcement remedies)을 활용하여 시민의 삶의 질 개선 등이다.⁴⁸⁴⁾ 법무국의 조직으로는 민사집행과(civil enforcement unit), 형사과(criminal section), 민사과(civil section), 법무과(legislative affairs unit)가 있다.

형사과는 상당한 이유의 입증 기준에 관한 법적 견해, 헌법·법률의 해석, 범죄자의 체포 및 기소와 관련된 문제 등에 대한 법적 조언을 한다. 여기에 소속된 변호사들은 지방검찰청과 함께 체포피의자에 대한 소추를 준비하고, 연방·주검사 및 다른 법집행기관과의 상호관심사에 대한 연락관 역할을 한다. 또한 경찰국의 질서유지 및 순찰에 관한 지침을 개정하기 전에 검토하고 행정목적의 소환장(administrative subpoena) 발부 요구에 대한 검토 및 진행을 담당한다. 그밖에도 경찰국 다른 부서를 대상으로 형법을 교육한다.⁴⁸⁵⁾

경찰의 법률부서로 특이한 것은 메사츄세츠 주에 있는 경찰검사(police prosecutor) 제도이다. 이는 경찰서 내에 경찰관 겸 검사 직책을 두어 형사소추와 관련한 법적 문제를 처리한다.

한편 일부경찰서에서는 시 검사보(assistant city attorney)가 파견되는 경우도 있는데 이들은 경찰수사에 대한 직접적인 자문보다는 경찰활동 전체에 대한 법적 자문을 한다. 시 검사보는 선거직 지방검사인 District Attorney나 County Attorney와는 달리 시에서 고용한 변호사로서 시 예산에 의해 운영되는 시 경찰에 대한 법적 조언을 한다. 예외적으로 개별적인 인간관계를 기초로 경찰관이 검찰관에게 조언을 구하는 예도 있지만 일반적인 현상은 아니다.⁴⁸⁶⁾

484) <http://www.nyc.gov/html/nypd/html/dclm/ibinfo.html>

485) <http://www.nyc.gov/html/nypd/html/dclm/crimsec.html>

486) 정완 역, 미국의 형사절차, 형사정책 연구원, 1999. 51-52면

다. 수사절차에 있어서 관계

1) 일반적 관계

경찰은 연방범죄를 제외한 모든 범죄에 대한 수사를 담당하는 것이 원칙이다. 검찰은 공소제기와 유지 업무를 담당하면서 공소유지에 필요한 범위 내에서의 보강수사와 공무원 범죄 등 특수한 분야의 범죄수사를 담당한다. 수사절차에서 경찰과 검찰의 관계는 원칙적으로 상호협력관계를 유지하는데 수사와 관련해서 검찰이 견제할 수 있는 수단은 보완수사를 요구하거나, 사건에 대한 기소 거부, 체포에 대한 승인을 거부하는 것뿐이다.⁴⁸⁷⁾

다만 검경의 구체적인 관계는 지역, 시기에 따라 차이가 있어 검경의 관계에 대한 전체를 일반적으로 설명하는 것에는 한계가 있다. 검사, 경찰 개개인의 직무에 대한 개념, 특정 형사사법체계의 관행 등이 검경관계의 다양성의 원인이 된다. 따라서 검경관계에 대한 설명도 특정 지역의 특정시기의 모습을 설명하는 것으로 이해되어야 한다.

경찰은 원칙적으로 범죄해결율을 높여야 하는 압력을 받지 않으나⁴⁸⁸⁾ 예외적으로 사건을 해결하려는 지나친 의욕으로 유죄판결을 보장하는 실질적인 증거가 충분하지 않은 경우에도 체포를 하는 경우가 있다. 이와 같이 증거수집이나 적법절차 등에 문제가 있는 사건은 유죄판결을 받기가 어렵기 때문에 검사는 사건을 맡고 싶어하지 않는데 이때 보완수사를 요구하거나 송치사건에 대하여 사건심사를 통해 불기소한다.

송치된 사건에 대하여 검찰이 관여하는 정도는 지방검찰의 규모, 위치, 검사의 정책, 검찰과 경찰의 관계 등에 따라 차이가 있다. 이는 법률이나 규칙으로 형사사법 체계 내의 정식관계에 대해서 규정하고 있다하더라도, 실질적인 운영체계 및 관계는 항상 유동적이며 협상의 대상이 되기도 하기 때문이다. 그 결과 검사들은 일정 지역에서는 소추

487) 여기서 견제할 수 있다는 의미는 우리나라에서 검찰이 경찰을 통제·견제해야 한다는 사고에 의한 개념으로 미국의 검찰은 기본적으로 경찰을 동등한 형사사법기관으로서 협력자로 인식을 하기 때문에 견제를 해야한다고 보지 않는다.

488) 미국 경찰과의 인터뷰에 의하면 미국경찰은 인위적으로 범죄해결율을 높여야 하는 압력은 받지 않는다고 한다. 범죄가 증가하는 것은 여러 가지 사회문제, 즉 경제불황, 사회 여러 분야의 갈등(특히 인종문제) 등에 의하기 때문에 그 책임을 경찰에 묻지 못한다고 한다. 또한 경찰은 시민의 인권을 옹호하기 때문에 기본적으로 증거가 불충분한 경우에 범죄해결율을 높이기 위해 무리한 수사를 하지 않는다고 한다.

결정에 대해 주도적인 결정권을 행사하나 다른 지역에서는 경찰을 위한 고무인(rubber stamp)에 불과하기도 하다.⁴⁸⁹⁾ 일부의 검사들은 형사절차 일정을 통제할 수 있는 권한, 빈곤자에 대한 변호인 선임권, 형 선고에 있어서 결정적인 권한 등을 토대로 법정활동에 대한 강력한 영향력을 행사하는 반면 일부의 검사는 관망자로서 판사의 지시에 순종한다.

규모가 큰 지방검찰청에는 경찰에서 수사하여 제출한 사건을 검토하는 부서로서 intake unit 또는 screening unit가 있다. 이 부서에서는 검사보들이 기소하기에 충분한 증거가 있는지, 기소할 만한 가치가 있는지에 초점을 맞추어 경찰이 송치한 사건을 검토한다. 증거가 불충분한 경우, 수사기관에 증거의 보완을 요구하고 기소할 만한 가치가 없다고 판단시는 불기소한다. 검찰이 보충수사가 필요하다고 생각하면 경찰에 수사를 의뢰하면 대부분의 경우 경찰은 이 의뢰에 따른다. 다만 검사·검사보 등이 경찰관에게 직접적으로 송치사건 등에 대하여 바꾸도록 지시할 권한이 없기 때문에 경찰관의 행동이 법원에서 허용한 범위에서 이탈한 경우에는 검사·검사보가 적절히 대처할 수단이 없다. 검찰과 경찰사이의 협력은 아무런 권한에 기초한 것이 아니므로 검사·검사보 등이 경찰관의 활동을 강하게 비판하거나 하면 더 이상 협력하지 않을 우려가 있다. 따라서 검찰 입장에서는 경찰과 협력관계가 중요하므로 검사·검사보가 경찰에 대해 법을 준수하라고 강력히 요구하는 것은 사실상 매우 어렵다.⁴⁹⁰⁾

한편 검찰과 경찰 모두 최선을 다하고도 주도면밀하게 움직이는 피의자 변호인의 활약으로 상당히 많은 사건이 법원에서 무죄로 판정되거나, 불일치 배심(hung jury)으로 그들의 노력이 무효로 돌아가는 경우에 일부 검찰과 경찰은 자신들의 업무처리에 대한 불만을 법원에 돌리는 경우가 있는데, 법원 때문에 필요 이상으로 그들이 고생하고 있다고 생각한다.

2) 경찰의 영장신청에 대한 검찰의 검토

우리와 달리 미국의 헌법이나 대부분의 주 형사소송법에서는 경찰이나 검찰의 영장

489) George F. Cole, the American System of Criminal Justice(4th ed.), p.293.

490) 정완, 앞의 책, 45면.

신청 및 검찰의 관여에 대하여 규정을 하지 않고 있다. 예외적으로 미시간 주형사소송법에서는 경미한 경죄의 영장청구에 검사의 서명을 요건으로 규정하고 있다. 실무에서는 지역에 따라서 경찰이 영장 청구시 검사의 검토를 받도록하는 경우와 검사의 검토 없이 경찰이 청구할 수 있는 경우로 나누어진다.

미국변호사협회의 기소기능기준에서는 [검사의 사전승인 규정이 없는 경우에 애매하고 어려운 사건(close and difficult case)에 대해서는 동의(approval)를 얻도록 법집행관에게 알려야 한다.]고 규정하고 있다(ABA 기소기능 3-3.4). 여기서 일상적인 체포에 대해서는 검사의 승인이 반드시 필요한 것이 아님을 알 수 있다. 미국지방검사협회(NDAA)의 기소기준에는 [검사가 그의 관할에서, 가능한 한(whenever practical) 체포영장과 수색영장에 대해 검토 및 승인을 하여야 한다.]고 규정하고 있다(NDAA 기소기준 40.1, 40.2).⁴⁹¹⁾

경찰의 체포영장의 신청에 대해 일정부분 검사의 관여를 인정하는 것은 공소의 책임을 지고 있는 검사로 하여금 사건의 적정성과 법률적합성을 사전에 검토하게 함으로써 형사사법의 기능과 역할을 적정하게 유지하기 위한 것으로 보인다.⁴⁹²⁾ 다만 우리나라와 같이 검사가 수사의 지휘자로서 수사의 보조자인 경찰의 영장신청을 심사하는 것이 아니라, 검사와 경찰이 상호 대등한 지위에서 협력하고 법적 요건의 문제점을 검사가 한번 더 검토하도록 한 것이다.

검사의 영장 검토가 필요한 지역에서는 대개 검사 또는 검사보가 직접 complaint 또는 선서진술서(affidavit)를 보고 수사관을 면담한 후 영창청구 여부를 결정한다. 하지만 검사·검사보가 직접서류를 검토하는 것이 어렵거나 불가능한 경우에는 전화로 검토를 한다. 일부 지방검찰청에서는 이러한 검토를 위하여 24시간, 주7일 공백 없이 근무체제를 유지하기도 한다. 이와 같은 경찰의 체포영장 청구에 대한 검사의 승인은, 경찰이 최초 수사를 개시하여 검찰에 송치하기까지, 경찰수사에 대하여 검사가 구체적으로 관여할 수 있는 유일한 방법이라고 할 수 있다. 다만 경찰이 사전 체포영장으로 체포하는 비율은 전체 체포의 5%정도에 지나지 않고, 대부분의 체포는 영장없이 이루어지고 있

491) ABA, Standards for Criminal Justice Prosecutin Function and Defense Function(3rd Edition), p.61.

492) 표성수, 앞의 책, 112면.

어 영장승인에 의한 검사의 통제는 미약하다고 할 수 있다.

3) 수사종결과 소추결정에서 양자의 관계

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

기소권은 원칙적으로 검사의 고유한 권한이나 대배심과 경찰이 일정 부분 검찰의 소추결정에 관여를 한다. 형사사법절차에서 범죄에 대한 소추의 결정 단계는 경찰의 체포, 정식기소 전 경찰과 검찰의 심사, 정식기소 후 검찰의 심사로 이루어진다. 경찰이 범인을 체포·수사 후 소추여부를 심사, 결정하는데 소추할 가치가 있는 것으로 결론을 내릴 경우에 complaint를 작성, 치안판사법원에 접수하면서 사건을 검찰에 송치한다. 중죄의 경우에는 complaint가 사건종결시까지 공소장의 기능을 하므로 경찰의 소추여부 판단이 중요하다고 할 수 있다. 중죄의 경우에는 경찰이 독자적으로 complaint를 적성하는 경우와 검찰의 검토를 거쳐 작성하거나 검사·검사보가 작성하는 경우가 있다. 도지지역의 상당수 검찰청에서 검사들이 사건접수과정에서 intake 및 screening 기능을 사실상 포기하여 경찰이나 법원에서 소추결정을 주도적으로 한다.

검찰은 송치사건에 대해 소추여부를 재심사하는데 여러 요소들을 검토하여 정식 기소여부를 결정한다. 검찰의 불기소 사유로는 증거불충분이나 적법절차 위반이 주를 이루고 있으나 검사는 사건의 사실과 관련 없는 이유로 불기소하기도 한다. 먼저 검사는 자신의 업무량뿐만 아니라 다른 사법조직의 업무량을 조정하는 역할을 하는데 헌법과 법률상 시간 제약으로 미결 공판사건이 지나치게 적체되는 것이 허용되지 않기 때문이다. 둘째, 검사는 공개된 법정에서 자신의 입장이 곤란한 입장에 처할 수 있는 사건에 대한 경찰의 기소요구를 거부한다. 셋째 검사는 경찰 수사업무의 질을 제고하기 위해서 기소를 하지 않는 경우도 있다. 경찰 수사를 불기소를 통해 견제하지 않으면 경찰이 수사활동에 소홀해져 필요한 증거수집을 하는데 노력을 기울이기보다는 보다 경미한 범죄로

검사에게 사건을 송치함으로써 책임을 회피할 우려가 있다는 것이다.⁴⁹³⁾ 마지막으로 검사는 경찰과의 우호적인 협력관계 유지 및 경찰의 사기를 고려해서 증거가 불충분한 경우에도 기소를 한다. 경찰의 수사활동의 결과는 검사의 기소결정에 많이 의존하여 검사의 지나친 불기소는 경찰의 사기에 영향을 미치기 때문이다.

대부분의 경우에 검사보와 수사경찰관은 수사와 기소업무의 접점에서 업무영역을 공유하면서 자주 접촉한다. 이에 따라 검사보는 경찰을 잘 알게 되고 신뢰관계를 유지한다. 또한 초임 검사보의 경우에는 고참 형사들에게서 업무를 배우는 경우가 있다. 이러한 경우 검사보는 경찰의 의견을 존중하고, 검사보와 형사의 관계가 기소결정에 중요한 역할을 한다. 이러한 점 때문에 일부 경찰관은 과거 경험에 근거해서 당해 사건에 대해 견해를 같이할 것 같은 검사보가 누구인가를 골라서 사건을 송치한다. 이를 “assistant attorney shopping”이라고 한다. 이러한 문제점 때문에 일부 검찰청에서는 오로지 검사보가 아닌 검사만이 일차적인 기소여부결정을 할 수 있도록 하고 있다.⁴⁹⁴⁾

4. 검찰과 경찰의 관계 개선

가. 관계 개선의 필요성

경찰과 검찰의 기본적인 직무는 다르지만, 형사사법조직의 일원으로 범죄를 줄이고 범인을 체포·유죄판결을 받게 하는 공통된 목적을 갖고 있으며 법집행 의욕도 비슷하다고 할 수 있다. 따라서 경찰과 검찰은 상호협력관계를 기초로 한 신뢰관계구축은 전체적인 범죄수사 및 공소유지 등 형사사법활동의 효율성을 제고할 수 있다. 그러나 직무의 성격과 환경, 상대 직무를 바라보는 시각의 차이, 경쟁심 등으로 일부 검사·검사보와 경찰간에 불신과 함께 긴장·갈등이 존재하는데, 이는 경찰과 검찰의 직무수행에 바람직하지 않은 결과를 초래한다. 실제로 두 조직은 일반의 기대와는 달리 동일한 형사사법조직의 구성원이면서도 상호 의사소통체계가 확립되어 있지 않다.

493) Goerge F. Cole, The American System of Criminal Justice(4th ed.), 1986. p.293.

494) Ibid., p.229-230.

일부의 경찰은 자신들의 직무가 범죄를 수사하여 피의자를 검거하여 검찰에 송치하는 것으로 종결된다고 생각을 한다. 또한 그들이 어렵게 수사하여 피의자를 체포, 검찰에 송치하면 검사는 답변협상을 통해서 가벼운 형으로 기소하거나 증거불충분 등의 이유로 불기소하여 너무 많이 석방한다고 검찰을 비난한다. 또한 경찰은 피의자의 체포로 자신들의 직무는 끝나므로 위법증거수집 등 적법절차 위반으로 피의자가 무죄로 석방되는 것에 관심이 없는 경우도 있다. 반면, 검사·검사보는 경찰이 적법절차를 너무 쉽게 무시하고 사건수사를 대강해서 자기들에게 떠넘기고 있다고 생각을 한다.

이와 같이 조직 대 조직이 아닌 조직의 일부 구성원간에는 상호간 의사소통체계 결여 및 상대방의 직무에 대한 이해부족으로 불신과 함께 긴장관계가 존재한다. 여기에는 검사가 법대를 졸업하고 변호사시험을 합격한 법률가인 반면 경찰은 주로 고등학교를 졸업했거나 또는 형사정책 내지는 다양한 전공과 배경을 가진 비법률가라는 차이, 직업에 대한 인식에 있어 경찰, 특히 형사는 영원한 직업으로 인식되나 검사에게 있어 법집행업무는 변호사개업을 위한 임시직으로 인식되는 차이에도 원인이 있다.⁴⁹⁵⁾

범죄수사 및 공소유지의 효율성을 제고하기 위해서는 검찰과 경찰이 상호이해를 바탕으로 유기적인 협력체제의 구축이 요구된다. 그러나 현실은 그렇지 못한데, 법집행에 관한 대통령위원회(president's commission on law enforcement)는 1967년에 대부분의 경찰서에서 검찰로부터 법적 조언을 충분히 받지 못한다는 사실을 인식하였다. 기업의 경우 민간자문위원은 그의 고객과 충분히 상담을 하는 것이 매우 중요하다고 믿는데 비해 검사들은 보통 경찰들이 상담을 받아들이지 않는다고 전제하고서 업무를 진행한다고 미국법률연구소 (American Bar Foundation)의 보고서에서 지적하고 있다.⁴⁹⁶⁾

1970년대에는 적법절차와 위법수집증거배제법칙(exclusionary rule)의 엄격한 적용으로 경찰의 직무와 권한에 대한 많은 변화를 초래하였다. 형사사법의 목표와 기준에 관한 국가위원회(the National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals)는 검사의 기소와 관련하여 [검사는 경찰과 항상 상호 신뢰 및 협조체제의 구축에 노력하여야 하고, 특별히 규모가 큰 지역에서는 상호 연락관(liaison officer)을 두어

495) David W. Neubauer, *America's Courts & the Criminal Justice System*(2nd Ed.), 1983. p.119.

496) Michael J, Palmiotto, *op.cit.*, p.523.

상호간의 문제를 해결하여야 한다.]는 기준을 권고하였다. 이 기준의 의미는 검사가 경찰에게 단순히 법적 조언으로 그치는 것이 아니라, 원활한 의사소통 체계를 유지하여 검사와 경찰 모두가 상대방의 행정적인 문제점을 인식하고 이를 해결하라는 의미이다. 여기에는 불필요한 경찰의 법정 출석, 사건처리에 대한 조언, 불기소사유의 경찰 통보, 기소 준비를 위한 상호간 협조, 기소준비를 소홀히 하는 검사에 대한 처리 등의 문제가 포함된다. 이 위원회의 권고안에는 검사가 경찰서의 교육담당자를 도와 줄 것을 권고했는데, 이는 많은 경찰문제들이 영장을 집행하거나, 체포·구금 중의 조사 또는 피의자 확인을 위한 line-up 과정에서 발생되기 때문에, 이를 시정하기 위해서는 순찰경찰관들이 경찰권 행사의 한계에 대해서 심도있는 교육이 요구된다고 하였다.⁴⁹⁷⁾

그밖에도 동 위원회에서는 검사들이 경찰의 수사보고서를 평가하고 보고서 양식을 수정하는데 도움을 줄 것을 권고한바 있는데, Atlanta시의 한 경찰출신 검사는 체포보고서를 만들어서 경찰관이 피체포자에 대하여 기소를 원하는 경우 보고서의 모든 사항을 기재토록 하였다. 이렇게 완성된 체포보고서는 검사가 기소결정에 필요한 많은 정보를 알 수 있게 하여 많은 도움이 되었으며 이는 결과적으로 경찰이 형사사건에서 관련 증거나 정보를 수집하는데 큰 교육효과가 있었다.⁴⁹⁸⁾

나. 관계 개선의 방법과 노력

(1) 상호 협력·연계체계 구축

경찰과 검찰의 관계 개선을 위한 상호협력·연계체계의 구축에는 경찰과 검사 모두 상대방을 동일한 형사사법체계 내에서 필수 불가결한 요소로 인식하는 것이 요구된다. 다음으로 상호간 신뢰와 책임(commitment)이 전제되어야 하는데, 특히 경찰과 검찰 책임자의 신뢰와 책임이 필요하다. 그 다음 단계는 실무책임자(executive)간에 교섭을 통해 책임자 또는 실무책임자간 정기 월례 회의가 계획되어야 한다. 경찰과 검사의 협력·연계체계 구축은 양자의 입장이나 관심의 차이에서 나타나는 문제점을 극복할 수 있다.⁴⁹⁹⁾

497) *Ibid.*, p.524.

498) *Ibid.*, p.524.

검찰과 경찰의 책임자는 법집행의 우선순위(priorities), 즉 기소의 우선순위를 명확히 하고 이에 대해 합의를 해야 한다. 경찰과 검찰 상호간 법집행 우선순위를 인식하는 것은 수사의 수준과 효율성을 향상시킬 수 있으며 이에 대한 경찰의 이해와 동의는 범죄에 대한 검사의 효과적인 기소에 도움이 되고 검사와 경찰의 협력을 강화시킬 수 있다. 법집행 우선순위의 설정은 지역사회의 중요한 관심사항이 무엇인지를 공표하는 의미도 갖는데, 다른 범죄를 유발할 수 있는 조직적인 마약판매 등 마약범죄나 도박죄에 우선 순위가 주어질 수 있다. 마약거래, 조직폭력 등 특정한 범죄에 있어서는 검사/경찰수사관 합동팀을 구성하는 것도 검사와 경찰의 좋은 관계를 구축하는데 도움이 된다.⁵⁰⁰⁾

그밖에도 최근에는 경찰의 법률자문위원(legal advisor)이 경찰과 검사의 유대관계를 강화시키는데 기여를 하고 있다. 법률자문위원은 변호사 자격이 있는 일반시민이나, 경찰 또는 검사인 경우도 있는데 이들은 일반적으로 경찰정책이나 지역사회와의 관계, 경찰 문제에 대한 조언과 구체적인 사건에서 발생하는 법적 문제에 대하여 경찰에 조언을 한다.⁵⁰¹⁾

(2) 사건처리 분석체제의 구축

사건처리 분석체제(case disposition analysis system)는 경찰이 수사한 사건의 처리 결과를 분석하는 체제로서, 이를 통해서 경찰수사의 수준을 향상시킬 수 있다. 이를 위해서는 무엇보다도 경찰서장이나 경찰 중간감독자는 물론 담당 형사도 최소한 i) 사건의 처리결과, ii) 검사의 불기소 사유, iii) 검사가 기소한 사건의 무죄 사유 등의 사항을 숙지할 것이 요구된다. 또한 수사를 담당하는 형사는 먼저 검사가 기소하는 데 필요한 것이 무엇인가를 인식하여야 한다. 가능한 모든 증거를 수집·평가하고 필요시 영장을 발부 받아 체포하거나 소추시 증거를 제시하여야 한다.⁵⁰²⁾

검사는 경찰이 제시한 증거를 평가하고 이를 기초로 사건의 기소여부를 결정한다. 검

499) Ibid., p.528.

500) Ibid., p.529.

501) Ibid., p.528.

502) Ibid., p.527

사가 사건을 접수·기소하면 공판정에서 “합리적인 의심 없이”(beyond reasonable doubt) 범죄사실을 입증해야 하는데 검사는 법정에서의 경험을 통하여 기소사실의 입증을 위해 제시되어야 하는 범죄요소들을 가장 잘 알고 있다.

사건처리 분석체계의 확립을 위해서 경찰서 법률연계팀(legal liaison unit)의 기록 분석 및 보존 기능은 매우 중요하다. 법률연계팀은 경찰과 검찰간의 원활한 관계구축에 매우 중요한 사건처리결과서(case feedback forms)에 대한 분류 및 분석에 가장 적합한 부서이다. 이러한 자료의 분석을 통해서 경찰은 사건처리의 문제점을 인식하고 해결책을 제시할 수 있다.⁵⁰³⁾

(3) 경찰과 검찰의 관계 개선을 위한 검찰 프로그램

검찰의 공소유지업무는 상당부분 경찰의 수사 수준에 영향을 받는다. 즉 경찰의 수사보고서에 충분한 증거와 정보가 포함되어 있을 때 기소결정이 적절하게 이루어지고 사건도 만족스럽게 공판정에서 처리될 수 있다. 검사와 경찰의 관계개선은 경찰의 범죄수사와 검찰의 공소유지활동의 질을 제고할 것이라는 인식을 바탕으로 Jefferson 연구소(Jefferson Institute for Justice Studies)는 검사·검사보들이 참여하여 경찰과 검찰의 관계개선을 위한 검사지침(prosecutor's guide to police-prosecutor relations)을 마련하였다.⁵⁰⁴⁾

이 지침에서는 검사와 경찰 등 법집행기관간의 의사소통, 협력, 조정 등을 통한 관계 개선에 초점을 맞추고 있는데, 검사와 경찰 상호간 불신·불만을 해소하고 관계개선을 위한 8단계를 방안을 제시하고 있다. 여기서 제시되는 검·경간 불신이나 불만의 예시는 전국적인 일반적 현상이라기보다는 지역에 따라 흔히 나타날 수 있는 유형이라 볼 수 있다.

(가) 검사-경찰서장간 범죄통제와 주민보호에 대한 상호협력 동의

검·경의 관계개선을 위해서는 첫 단계로 상호협력에 대한 동의가 필요하다. 그러나

503) Ibid., p.528.

504) The Jefferson Institute for Justice Studies, Prosecutor's Guide to Police-Prosecutors Relations의 내용 참조.

상호협력을 위한 전제인 상호간 이해가 부족한 것이 사실이다. 경찰은 자신들의 최우선 직무는 911전화에 대응하는 것이지 법정 출정이 아니라고 생각한다. 또한 경찰은 범죄 사건을 해결하려고 노력하는 데 비해 검사는 범죄자들을 쉽게 풀어주어 사건을 그르치기 때문에 자신들과 생각이 다르다고 생각한다. 반면 검사들은 검찰에 영향을 미치는 새로운 프로그램을 그들에게 물어보지도 않고 경찰에서 독자적으로 시행하고 경찰서장을 만날 수가 없다고 불평한다. 또한 모든 범죄자들을 다 처벌하여 구치소가 범죄자들로 넘쳐나면 새로운 구치소를 만들어야한다고 항변한다. 이와 같이 검사와 경찰간에는 상대방에 대한 이해부족으로 인한 불신이 존재하고 있다.

검사-경찰서장간 범죄통제와 주민보호에 대한 상호협력 동의를 위해서는 검사와 경찰서장·보안관간에 정기적 모임을 통하여 지역사회 문제나 법집행 우선순위(priority)에 대해서 논의를 하여야 한다. 또한 체포사건에 대한 월별 처리결과 등 사건 처리 결과보고서를 경찰관서에 제공하여야 한다. 여기에는 형 선고, 기각 등이 포함되어야 한다. 다음으로 형사사법정책위원회(criminal justice policy board)를 만들어 형사사법정책의 우선순위, 즉 청소년 갱, 마약거래, 가정폭력, 음주운전 등 처벌 범죄의 우선순위를 설정하는 것이 중요하다.

(나) 상호 협력

검·경의 상호협력 문제에 대해서 경찰은 검사가 범죄현장에 나올 것을 요구해도 나타나지 않으면서 사건을 송치하면 항상 잘못만을 지적한다고 불평을 한다. 또한 검찰청에 전화를 걸 때마다 검사보가 바뀌고 수색영장에 대해서 조언을 구하면 아무것도 모르는 초임검사보가 대답을 하는 등 도움이 안 된다고 생각을 한다. 반면 검사들은 경찰이 범죄현장 보존조차도 제대로 하지 않고 있으며 수색영장요청서는 형편없어 항상 검사보가 다시 작성해야한다고 불평한다. 또한 경찰의 사건처리가 수준이하여서 직무교육을 받았는지에 대해 회의를 느낀다고 한다.

검·경의 상호협력을 위해서는 먼저 검찰의 전문화(specialization)가 요구된다. 경찰서에서는 대부분 범죄별 수사부서를 세분화하여 전문화가 이미 시행되고 있어 검찰에서도 검사보들의 전문화가 필요하다. 전문화를 통하여 특정범죄나 문제에 대한 전문가

를 확보하여 경찰에 대한 조언을 제공해줄 수 있어야 한다. 검사보가 충분한 경우 특정범죄별로 팀을 만들어 공소 준비시 경찰과 함께 일할 수 있도록 하여야 하고 전문 검사보를 폭력범죄 등의 범죄현장 입장 요청시 대응할 수 있도록 준비하여야 한다.

영장청구와 관련해서는 경찰과 협력하여 영장청구서를 재검토하고, 팩스, 이메일, 핸드폰 등을 이용하여 경찰이 긴급한 청구를 할 수 있도록 하고, 법원과의 협의하여 검사의 전화승인을 인정하여 주도록 하여야 한다.

경찰과 검찰이 전형적으로 가장 많이 처리하고 시간을 많이 소요되는 교통사범과 경죄사건은 효율적으로 처리되지 않으면 전반적인 법원절차 진행이 지체되어, 형사사법조직 전반에 대한 시민의 평가를 나쁘게 할 수 있다. 따라서 이들 범죄에 대한 효율적인 처리는 검찰, 경찰, 법원 모두에게 중요한데 이를 위해서 경죄사건 심사부서를 별도로 두고 공판일정에 대해서 이메일이나 전화를 통해 효율적으로 경찰에 통지하는 절차를 마련하는 것이 필요하다. 또한 법원의 업무량을 감경시키기 위하여 지역사회 중재기관을 활용하거나 경찰의 소비자사기(consumer fraud) 사건에 대한 업무 부담을 감경시키기 위해서 검사보가 직접 처리하는 것도 방안으로 고려될 수 있다.

(다) 경찰보고서 작성의 개선에 대한 협력

경찰의 수사보고서와 관련하여 경찰은 과학수사연구소의 감정결과가 지연되거나 데스크담당(desk sergeant)의 업무처리가 지체되어 수사보고가 늦어진다고 생각한다. 또한 영장담당 검사보가 누구냐에 따라 요구사항이 달라지고, 제출당시 갖고 있는 모든 정보를 알려주는 데도 검사·검사보는 아주 완벽하게 정리된 상태로 보고하기를 원한다고 불만을 한다. 반면 검사들은 공소유지에서 가장 취약점은 경찰의 형편없는 보고서라고 생각한다. 또한 자신들은 공소유지를 담당하기 때문에 경찰의 보고서 작성에 대한 교육을 시킬 시간이 없다고 불만을 털어놓는다.

경찰보고서의 개선을 위해서는 먼저 기소제기 전 경찰이 서면보고서를 제출하도록 하여야 한다. 또한 제출 전에 경찰단계에서 1차 감독자(sergeant)에 의한 검토를 거치도록 하여야 한다. 다음으로 경험이 많은 검사보와 형사들이 협력하여 현재의 보고서를

검토하여 경찰보고서 양식을 만들어야 한다. 가능하면 경찰의 보고서 작성에 대해서 사전 교육을 하는 것이 바람직하다.

(라) 사건송치시 경찰의 검사와의 대면을 쉽게 할 것

경찰은 사건송치시 검사보들이 너무 자주 바뀌어 누가 담당할지 알 수 없고 심지어 사정을 해야 한다고 생각한다. 또한 검사보들은 자신들보다 증인을 더 신경 쓰고 있다고 여긴다. 반면 검사들은 경찰들이 사건을 제대로 처리하지 않으면서도 모두 기소가 될 것으로 기대를 하고, 체포경찰관에게 전화를 해도 연결이 안 되거나 비번이라고 불만을 쏟아낸다.

검·경의 관계개선을 위해서는 사건송치시 경찰이 검사·검사보와의 대면을 통한 의사소통을 쉽게 할 수 있는 방안을 마련하는 것이 필요하다. 이를 위해서 검찰은 사건검토를 경험 많은 검사보에게 배당하고 이를 경찰에 통지하여야 한다. 사건심사검사가 경찰서 방문을 할지 여부 및 경찰보고서의 문제점 등에 대해서 형사당직 또는 연락관⁵⁰⁵⁾ 등을 통해 통보하는 체제를 구축하는 것도 방법일 것이다. 기소과정에서도 검·경의 의사소통체계의 개선이 필요한데, 이를 위해 검·경간 의사소통을 위한 가장 효율적인 방법이나 장애요소에 대해서 경찰과 협의하고 기소과정에서 경찰관을 부르는 방법에 대해서도 점검을 해야 한다. 사건담당 검사보가 변경시에는 경찰관에게 통지해야 하는 것은 물론이다.

(마) 경찰을 재판절차에 참여시킬 것

경찰은 사건을 검찰에 송치하면 검사들은 사건의 처리과정이나 결과에 대해서 자신들에게 아무런 이야기도 하지 않고, 오로지 보고서에 대한 불만만 이야기하고 일부 검사보는 공판을 두려워한다고 불평을 한다. 반면 검사들은 경찰이 중요한 증인에 대한 문제점은 물론 기소 제기후에 경찰이 입수한 중요 정보에 대해서도 자신들에게 이야기 해주지 않는다고 생각한다. 또한 사건에 대한 경찰의 의견이 있으면서도 공판과정에서 전혀 그들을 도와주지 않는다고 불평을 한다.

505) 경찰의 연락관으로는 경찰서의 사건접수부서(intake unit)의 담당자가 맡는 경우가 있다.

이러한 공판과정에서의 문제를 해결하기 위해서는 경찰과 검찰의 관점의 차이를 인정하고 경찰을 공판과정에 적극 참여시켜야 한다. 첫째, 무엇보다 중요한 것은 검·경의 의사소통과 협력을 통한 팀웍(teamwork)이다. 개개 경찰관의 자율성을 존중하고 다루기 어려운 피고인이나 증인의 처리 등의 문제를 경찰과 상의하고, 장기적인 검·경의 우호적 관계를 조성하여야 한다. 둘째, 경찰을 검찰 공판부의 중요한 구성원으로 대우하여야 한다. 경찰의 직무가 체포로 종결된다는 경찰 의식의 변화가 중요하므로 경찰의 협력이 성공적인 공소를 위해 얼마나 중요한 것인가를 이해시켜야 한다. 셋째, 재판 과정에 경찰을 참여시키기 위해 상습전과자에 대한 보석불허기준 등의 문제에 대해서 경찰과 협의하고 예비심문·대배심 심리 등 중요일정을 경찰에 통지하여야 한다. 또한 답변협상이 개시되면 경찰의 의견을 들어보고 진행사항 및 결과를 통지해야 한다. 기타 공판에서의 중요사항 및 증언 준비 등을 통지하여야 한다. 넷째, 경찰도 중요한 증인이므로 피해자·증인에 대한 서비스를 경찰에게도 제공해야 한다. 법정일정의 변경 등에 대해서도 조기에 경찰에 통지하여야 하고 증언 기법에 대해서 조언을 제공해야 한다. 경찰 모두가 웅변가가 아니므로 성공적인 공소유지를 위해서는 검사보가 경찰이 증인으로서 표현하는 기법을 도와주는 것이 필요하다.

(바) 성공을 경찰과 공유

경찰은 검사들이 경찰의 업무처리과정을 잘 모르면서 유죄판결을 받으면 모든 공을 자신의 것으로 하고, 실패하면 모두 경찰의 탓으로 돌린다고 불만을 한다. 검사가 하는 일은 사건실패에 대해 경찰을 비난하는 것뿐이고, 검찰청의 예산보다 더 큰 것은 오로지 검사의 자만심(ego) 뿐이라고 비난한다. 또한 검사를 범죄현장에 나오도록 하는 방법은 검사에게 news crew가 진행중이라고 말하는 것이라고 생각한다. 반면 검사들은 경찰이 숫자에만 관심이 있어 체포를 많이 하는 것이 좋은 경찰활동이라고 생각한다. 또한 형사들은 검사들이 일과시간에는 접촉을 할 수 없고, 그들의 교육훈련 부족으로 생기는 미비점을 보완하느라고 검사들이 모든 시간을 보낸다고 불평을 한다.

이러한 문제를 해소하기 위해서는 검·경이 사건을 성공적으로 종결하였을 때 서로에게 격려, 칭찬을 통해 성공을 공유해야 한다. 즉 검찰은 경찰에게 마땅한 신뢰

(credit)나 격려를 보여 주어야 한다. 격려와 신뢰는 검·경의 장기적인 관계 개선은 물론 적극적인 협력체계의 구축에 있어 매우 중요하다. 반대로 경찰의 잘못된 점은 다른 사람들이 알지 못하도록 조용히 지적하고 해결하는 게 바람직할 것이다.

다음으로 지역사회의 이목을 집중시키는 중요사건에 대해서는, 특히 기소 제기 이후에는 검·경 합동기자회견을 개최하고, 검·경 팀워크의 중요성을 공개적으로 인정하여야 한다. 한편으로 경찰이 검찰청의 직무수행이나 검찰직원에 대해서 평가를 하는 절차를 확보하고 경찰서 형사과에 제안함(suggesting box)을 설치해서 검찰에 대한 불만이나 제안을 활성화하여야 한다.

(사) 검·경 연합(joint operation) 프로그램의 활성화

검·경 연합프로그램과 관련해서 경찰은 자신들이 사건을 해결하려고 노력하는 데 비해, 검사들은 주민들의 신임을 얻으려고 언론이 관심을 갖는 사건만을 원하고 다른 사건의 처리에 대해서는 방해하고 있다고 생각한다. 일례로 상습폭행범을 체포해서 송치하면 경찰이 최초로 아는 사실은 그들이 거리를 활보하고 있다는 것이다. 검·경 연합팀이 구성되면 검사들은 모든 것을 경찰이 처리할 것으로 기대하고 있어 현재의 업무처리도 어렵기 때문에 새로운 검·경 연합팀에 참여할 여유가 없다고 경찰은 생각한다. 반면 검사들은 경찰이 하는 일을 자신들에게 알려준다면 도와줄 수 있고 사건처리를 잘할 수 있는데 알려주지 않는다고 불평한다. 검사들도 새로운 검·경 연합프로그램에 참여하고 싶지만 검사보가 부족하여 사실상 경찰이 송치한 사건에 대해서만 대응할 수밖에 없다고 이야기한다.

검·경 연합프로그램을 활성화하기 위해서는 검·경 모두가 공통된 목표를 갖는 것이 중요하다. 이를 위해서는 먼저 검·경 태스크 포스를 만들어 마약, 청소년 갯, 폭력, 강도, 음주 등 지역에서 가장 심각한 범죄에 공동 대처하는 것이 필요하다. 태스크 포스에 의해서 지역의 오래된 문제를 해결하기 위해서는 검사보의 헌신이 요구되는데 검사보는 다른 지역의 검사·검사보들이 어떻게 하는지를 관찰해서 지역사회에 맞는 프로그램을 도입하여야 한다.

한편, 프로그램의 활성화를 위해 검사장, 경찰서장, 보안관은 시나 county의 지원을

받아야 하며 그밖에도 주민의 지지를 받기 위해 언론매체를 통한 홍보활동도 필요하다.

(아) 지역사회와의 연계

지역사회활동과 관련하여 경찰은 경찰직무가 전문교육이 요구되는 전문직으로서 주민들이 경찰업무를 수행할 수 없으며, 범죄자를 체포하기 위해 경찰이 된 것이지 범죄자를 점잖게 대우하려고 경찰이 된 것은 아니며, 경찰은 사회복지사가 아니라고 이야기한다. 검사들은 유권자가 범죄자를 처벌하라고 자신을 뽑아주었기 때문에 기소를 하지 않으면 다음 선거에서 낙선할 것이라고 생각한다. 그리고 검사 본연의 업무인 공소업무로도 충분하므로 지역사회와 함께 새로운 일을 할 여유가 없다고 생각한다.

지역사회와 연계하기 위해서는 첫째, 음주소란, 주거침입, 청소년에 대한 불법판매, 벽에 낙서행위(graffiti) 등 삶의 질과 직결되는 범죄에 집중적으로 대처해야 한다. 이들 범죄는 지역사회 주민들에게 가장 잘 눈에 띄는 범죄로서 이들 범죄에 대한 강력한 대처는 삶의 질과 관련된 범죄에 대해 관용을 하지 않는다는 강력한 메시지를 보내는 것이다. 이를 통해 지역 주민들의 느끼는 치안 수준을 끌어올려 삶의 질을 개선할 수 있다. 검찰, 경찰, 시(city)와 같은 기관의 팀웍은 지역의 삶의 질을 향상시키는 강력한 수단이 된다. 둘째, 검·경이 협의하여 지역사회에서 가장 골치 아픈 범죄에 대응하기 위한 조직을 결정하여야 한다. 셋째, 지역의 조직, 공공조직, 종교단체 등을 활용하여 범죄신고를 활성화하고 법원에도 이들 범죄의 심각성과 기소의 중요성을 알려야 한다. 넷째, 지역사회와 언론에 법집행 우선순위를 공표하여야 한다. 우선순위의 결정에 있어서 시장 또는 county 위원회(council)에 의해 설치된 지역사회를 대표하는 시민위원회의 견해를 고려하여야 한다. 이를 위해서 검사와 경찰서장 등은 시민이나 지역사회 단체와 정기적으로 만나 지역의 문제와 법집행 우선순위 등에 대해서 협의를 하여야 한다. 검·경 회보(newsletter)를 만들어서 지방자치단체의 직원과 주민들이 법집행 우선순위에 대해 의견을 개진할 수 있도록 하여야 한다.

(4) 경찰·검찰의 관계개선 노력

지역별로 검찰과 경찰의 상호협력체계 구축을 통한 관계개선의 노력이 진행되었는데

주요 사례를 소개하면 다음과 같다.

먼저 Maine 주에서는 주법으로 통합마약국(Bureau of Intergovernmental Drug Enforcement)이라는 새로운 기관을 설치하였다. 이는 마약사범 단속업무의 효율성을 위해 경찰수사관과 검사·검사보가 수사의 초기단계에서부터 유죄판결시까지 긴밀하게 협력하도록 하기 위한 것이다. 이 조직을 통하여 종래 검사는 유죄판결을 위해 공판업무에만 집중하고, 경찰은 범정보다는 단순한 사실에 집중하는 등, 직무환경의 차이에서 발생하는 기본적 입장과 상대 직무에 대한 오해를 어느 정도 해소하였다. 일례로 마약사범의 수사에서 경찰은 증거를 주로 정보원의 진술에 의존해서 확보하는데 비해 검사는 정보원이 증인인 경우 배심원이 부정적으로 판단을 하기 때문에 정보원을 증인으로 소환하는 것을 기피하는 경향이 있었다. 경찰과 검사가 함께 일하면서 경찰은 이러한 점을 이해하게 되어 정보원이 진술하는 것을 뒷받침할 수 있는 증거를 가급적 확보하려고 노력하게 되었다. 검사 역시 경찰과 함께 수사에 관여하면서 사건에 대한 이해가 깊어지게 되고 이는 법정에서 공소유지수행에 많은 도움이 되었다. 마약담당 경찰과 긴밀하게 일하게 되면서 검사는 어려운 정보를 수집할 수 있을 때 현장에서 영장 없는 수색을 결정하게 되는데 이 경우 검사가 현장에서 있었기 때문에 수색 영장에 대한 “선의의 예외”(good faith exception)를 법정에서 설명하는데 효율적이었다.

다음은 New Hampshire 주의 Laconia의 사례로, Laconia에서는 경찰-검사협력프로그램이 주민들에게는 크게 부각은 안 되지만 경찰력이 많이 소요되는 삶의 질과 관계되는 범죄의 대처에 얼마나 효율적인지를 테스트하였다. Laconia의 검사는 경찰서의 사무실에서 모든 경죄체포사건에 대해 기소를 하였는데 경찰관은 기소기준, 수사 절차(practice)에 대해서 검사에게 자문을 구하였고, 검사는 법정에서의 사건 결과를 경찰에 통지하였다. 사건결과에 대한 통지는 경찰이 음주운전, 질서위반범죄, 절도, 폭력 등의 유죄율을 높이는 데 도움이 되었다. 또한 경찰과 검사간이 긴밀한 협력은 경찰의 법에 대한 지식 수준을 향상시키고, 이는 현장의 법집행에 반영되었으며 이에 따라 경찰에 대한 소송사건을 감소시키는 결과를 낳았다.

마지막으로 뉴욕주에서는 중죄사건이 무죄 또는 불기소로 처리되는 비율을 낮추려는 목적으로 경찰-검사프로그램(police-prosecutor program)을 계획하였다. county 검사들

과 뉴욕주 경찰들을 조사한 바에 의하면, 6개 조사대상기관 중 4개의 county에서 이 협력프로그램을 시행하였는데 전체적으로 사건의 유죄율에는 별 효과가 없었으나 E급 중죄 기소 사건이 A급 경죄로 유죄판결 받는 것과 같이 기소범죄 보다 낮게 유죄판결을 받는 비율은 감소된 것으로 나타났다. 또한 이 프로그램은 검사들과 체포 경찰관들의 의사소통 체계를 개선하는 효과가 있었다.

제5절 일 본

I. 수사경찰의 조직·지위·권한

1. 수사기관

일본형사소송법상 수사기관은 사법경찰직원(사법경찰원과 사법순사), 검찰관, 검찰사무관의 3종류로 대별된다.

가. 사법경찰직원

(1) 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리

일본의 경우 사법경찰의 직무를 담당하는 자를 총칭하여 사법경찰직원⁵⁰⁶⁾이라 칭하며, 수사를 담당하는 사항이 일반적인가 한정적인가에 따라 일반사법경찰직원과 특별사법경찰직원으로 구분되어 있다. 즉 일반적인 모든 범죄에 대하여 수사를 담당하는 경찰관이 일반사법경찰직원에 해당하며(제189조 1항), 경찰관 이외에 한정된 범위내에서 사법경찰의 직무를 행하도록 별도의 법률에 의해 정해져 있는 자가 특별사법경찰직원⁵⁰⁷⁾

506) 사법경찰직원이란 사법경찰원 및 사법순사의 총칭으로 관명이나 직명이 아니며, 형사소송법상의 수사권한을 행사할 수 있는 자격을 표시하는 명칭을 의미한다.

507) 특별사법경찰직원은 사법경찰직원등지정응급조치법 및 기타 법령에 의해 정해져 있다. 위 조치법에 규정된 특별사법경찰직원으로는 刑務職員・營林局(署)의 직원・皇宮호위관・선장 등이 있으며, 그 외 해상보안청법

에 해당한다(제190조). 실제 형사사건의 대다수는 인적·물적자원이 구비된 일반사법경찰인 경찰에 의해 처리되고 있는 실정이다⁵⁰⁸⁾.

(2) 사법경찰원과 사법순사

사법경찰직원에는 횡적인 관계에서는 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리로 구분되나, 종적인 관계에서는 사법경찰원과 사법순사로 구분된다(제39조 3항 참조). 사법경찰원이 책임자로서 수사를 실행지휘하는 역할을 담당하며, 사법순사는 사법경찰원을 보조하여 사실행위적 수사를 실시하는 임무를 담당하는 관계이다⁵⁰⁹⁾.

경찰관의 계급은 경찰청장관(경찰청장)을 제외하고 警視總監(치안정감)·警視監(치안감)·警視長(경무관)·警視正(총경)·警視(경정)·警部(경감)·警部補(경위)·巡查部長(경사)·巡查(경장·순경)의 9계급이 있으며, 이 가운데 순사부장 이상의 경찰관은 사법경찰원에 해당하고, 최하위 계급인 순사만이 원칙적으로 사법순사에 해당한다. 다만 예외적으로 필요성이 인정되는 경우에는 국가공안위원회 또는 도도부현공안위원회가 정하는 바에 따라 순사를 사법경찰원으로 지정할 수도 있다(형사소송법제189조제1항및제199조제2항의규정에기초한사법경찰직원등의지정에관한규칙[1954年 7月 1日 國家公安委員會規則 第5號] 제1조 등)⁵¹⁰⁾.

사법경찰직원, 즉 사법경찰원 및 사법순사는 공히 범죄가 있다고 사료하는 때에는 범

에 의한 해상보안관 및 해상보안관보, 노동기준법에 의한 노동기준감독관, 우정성설치법에 의한 우정감찰관, 마약단속법에 의한 마약단속관 및 마약단속원, 자위대법에 의한 경무관 및 경무관보 등이 있다. 과거 국유철도 내에서의 범죄를 단속하던 특별사법경찰직원인 철도공안관은 국철의 민영화조치에 따라 폐지되었으며, 현재 도도부현경찰에 설치된 철도경찰대가 이를 담당하고 있다.

508) 일본법무성 형사국의 조사에 따르면 1994년도 기준 특별사법경찰직원은 총 23,467명(사법경찰원 21,484명, 사법순사 1,983명)이며, 연간송치인원은 11,478명에 그쳤다.

509) 田宮裕, 刑事訴訟法[新版], 有斐閣, 1996, 41면. 다만 일본형사소송법 제189조 제2항(“사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료될 때에는 범인 및 증거를 수사하는 것으로 한다”)은 제1차적 수사기관으로서 그 주제를 ‘사법경찰직원’으로 규정하고 있으므로 ‘사법순사’도 현행법상 제1차적 수사기관의 지위를 가지고 있다는 점에 주의할 필요가 있다.

510) 순사를 사법경찰원으로 지정하는 것의 적법성에 관한 판례로는 最高裁判所決定, 1856年8月22日 刑集第10卷8號 1266면. 도도부현공안위원회규칙에 의해 사법경찰원으로 지정되는 순사의 예로는 순사의 계급에 있는 자로서 수사에 종사하는 것이 예정되어 있는 경우나 낙도등 경찰서와 격리되어 있는 지역의 주재소에 근무하는 경우 등이 있다(예컨대 경시청사법경찰원등의지정에관한규칙[1954년 동경도공안위원회규칙제5호]).

인 및 증거를 수사하는 제1차적 수사기관이나, 양자는 범죄수사에 있어 일정한 권한의 차이가 있다. 형사소송법상 사법경찰원에게만 인정되는 수사권한으로는 ①통상체포에 있어서의 체포장청구권(단 체포장 청구권은 경부이상에 한함)(제199조 제2항), ③통신방수(감청)영장의 청구권(범죄수사를위한통신방수에관한법률 제4조 1항), ②체포·긴급체포·현행범체포된 피의자를 석방 또는 송치하는 권한(제203조, 제211조, 제216조), ③압수·수색·검증·신체검사의 영장청구권(제218조 3항), ④감정유치 및 감정처분허가의 청구권(제224조, 제225조), ⑤검찰관의 명령에 의한 검사체검시권(제229조 2항), ⑥고소·고발·자수를 받을 권한(제241조, 제245조), ⑦압수물의 처리에 관한 일부권한(압수물의 대가보관, 압수물의 환부·가환부, 압수장물의 피해자환부처분)(제222조 1항 단서) ⑧사건을 송치·송부하는 권한(제246조, 제242조, 제244조)등이 있다.

한편 사법경찰직원 일반에게 부여되어 있는 구체적인 수사권한으로서는 ①수사에 있어서의 필요한 조사(제198조 1항), ②공무소 및 공사단체에 대한 조회(제198조 2항), ③각종영장의 집행(제199조 1항, 제218조), ④피의자·참고인에 대한 임의출석의 요구 및 그 조사(제198조, 제223조), ⑤긴급체포 및 긴급체포장 청구권(제210조), ⑥현행범체포(제213조), ⑦영장에 의하지 않는 압수·수색·검증(제220조), ⑧영치(제221조), ⑨압수물의 보관 및 폐기(제222조 1항), ⑪감정·통역·번역의 촉탁(제223조 1항) 등의 권한이 있다. 즉 이러한 다양한 수사권한은 사법경찰원뿐만 아니라 사법순사에게 명문으로 부여되어 있는 것이다.

나. 검찰관과 검찰사무관

현행법상 검찰수사의 주체로는 검찰관과 검찰사무관이 있다. 검찰관은 제2차적 수사기관이지만 법률상 모든 범죄에 대하여 수사할 수 있는 권한이 있으며, 구류청구권, 변사체검시권, 증인심문청구권 등 사법경찰에게 부여되어 있지 않은 권한을 가지고 있다. 한편 검찰관은 소속 검찰청에 대응하는 재판소의 관할구역내에서 또한 재판소의 관할에 속하는 사항에 관하여 직무를 행하도록 되어 있으나(검찰청법 제5조), 수사상의 사물관할에 있어서는 이러한 제한이 없다. 즉 소속 검찰청이 대응하는 재판소의 관할에 속하는 사항에 한정되지 않으며, 어떠한 범죄에 대하여도 수사할 수 있다는 것이다(동

법 제6조 1항 참조).

검찰의 또 다른 수사주체인 검찰사무관은 검찰관의 지휘를 받아야만 수사를 할 수 있는 수사의 보조자이다(제191조 2항). 즉 검찰사무관이 스스로 수사활동을 하는 경우에는 모두 검찰관의 지휘를 받아서 행해야 하며, 또한 검찰관의 지휘가 있을 때에는 수사하여야 한다. 패전 이후 새로운 형사절차로 이행되는 과정에서 검찰의 독자적 수사인력 확보라는 의도 하에 도입된 검찰사무관제도는 상관의 명을 받아 검찰청의 사무를 담당함과 동시에 수사상 검찰관을 보좌하는 제도이다. 검찰사무관의 구체적인 수사권한은 사법경찰원보다는 약하고 사법순사보다는 강하다는 특징을 보이고 있다.

<표 1> 수사주체별 수사권한의 비교

구 분	검찰관	사법경찰원	검찰사무관	사법순사
구류청구권	○	×	×	×
증인신문청구권	○	×	×	×
변사체검시권	○	×	×	×
통신방수(감청)영장의 청구권	○	○	×	×
통상체포장의 청구권	○	○	×	×
체포피의자에 대한 석방권	○	○	×	×
고소·고발·자수사건의 수리	○	○	×	×
압수·수색·검증영장의 청구	○	○	○	×
감정유치·감정처분허가장 청구권	○	○	○	×
압수물의 대가보관·(가)환부, 압수장물의 피해자환부	○	○	○	×
압수물의 보관·폐기	○	○	○	○
긴급체포 및 사후영장청구권	○	○	○	○
영장없는 압수·수색·검증	○	○	○	○
피의자·참고인의 조사	○	○	○	○
공무소·공사단체에의 조회	○	○	○	○

구체적으로는 형사소송법상 검찰사무관에게 인정되어 있는 수사권한으로는 피의자조사(제198조), 체포장에 의한 체포(제199조), 긴급체포(제210조), 압수·수색·검증 또는 신체검사영장의 청구(제218조), 참고인조사 및 감정 등의 촉탁(제223조), 감정유치의 청

구 및 감정처분허가의 청구(제224조, 제225조), 검찰관의 명에 의한 검시(제229조 2항) 등이 있다. 한편 체포장의 청구, 통신방수영장의 청구, 고소·고발의 수리 등의 권한은 사법경찰원과 달리 검찰사무관에게는 인정되어 있지 않다(《표1》참조).

2. 경찰의 수사조직

일본경찰은 국가경찰인 경찰청(1)과 자치경찰인 도도부현경찰(47개)로 이분화되어 있다. 경찰청은 입안, 기획, 관리 등을 담당하며, 예컨대 한국 경찰청의 특수수사대와 같이 실제 범죄를 직접 수사하는 조직은 두고 있지 않다. 일본경찰의 실제 수사는 자치경찰인 도도부현경찰이 담당하고 있는 것이다.

한편 자치경찰인 도도부현경찰의 수사조직은 한국의 지방경찰청에 해당하는 ‘경찰본부’(단, 동경도의 경우는 경시청임) 내의 수사담당부서와 산하 경찰서의 수사조직이 양대축을 이루고 있다. 이러한 일본 자치경찰의 수사조직은 경찰서 중심의 수사가 대중을 이루고 있는 한국과는 달리 경찰본부(지방경찰청)를 중심으로 수사조직이 편성되어 있다는 상대적 특성을 보이고 있다. 즉 한국은 지방경찰청 내에 실제 수사를 담당하는 부서가 제대로 마련되어 있지 않고 또한 인력규모도 매우 왜소함에 반하여, 일본은 경찰본부 내에 매우 세분화, 전문화시킨 수사부서를 설치하고 이에 막대한 수사인력을 배정하고 있는 것이다.

이러한 일본경찰의 수사조직의 부서편성 및 인력배정의 개요는 대략 아래와 같다.

가. 국가경찰(경찰청)

국가경찰인 경찰청은 범죄수사와 관련된 업무를 담당하는 부서로서 형사국을 두고 있으나, 형사국은 기획·관리 업무만을 담당하고 있으며 실제 사건을 수사하지는 않는다. 형사국은 형사기획과, 수사1과, 수사2과, 감식과의 4개과와 폭력단대책부로 구성되며, 이 가운데 수사1과는 살인·강도·폭력·절도 등의 일반범죄, 수사2과는 지능범이나 선거사범 등에 관한 사항을 담당하고 있다. 폭력단대책부는 지정폭력단에 관한 정보수집을 주된 임무로 하고 있다.

한편 과학수사에 관한 기초연구 및 실무연수를 위하여 부속기관으로 과학경찰연구소(1)가 설치되어 있으며, 동 연구소는 고도의 감식기술이 필요할 경우에는 실제 사건에 대한 직접적인 감식업무를 행하기도 한다.

나. 자치경찰

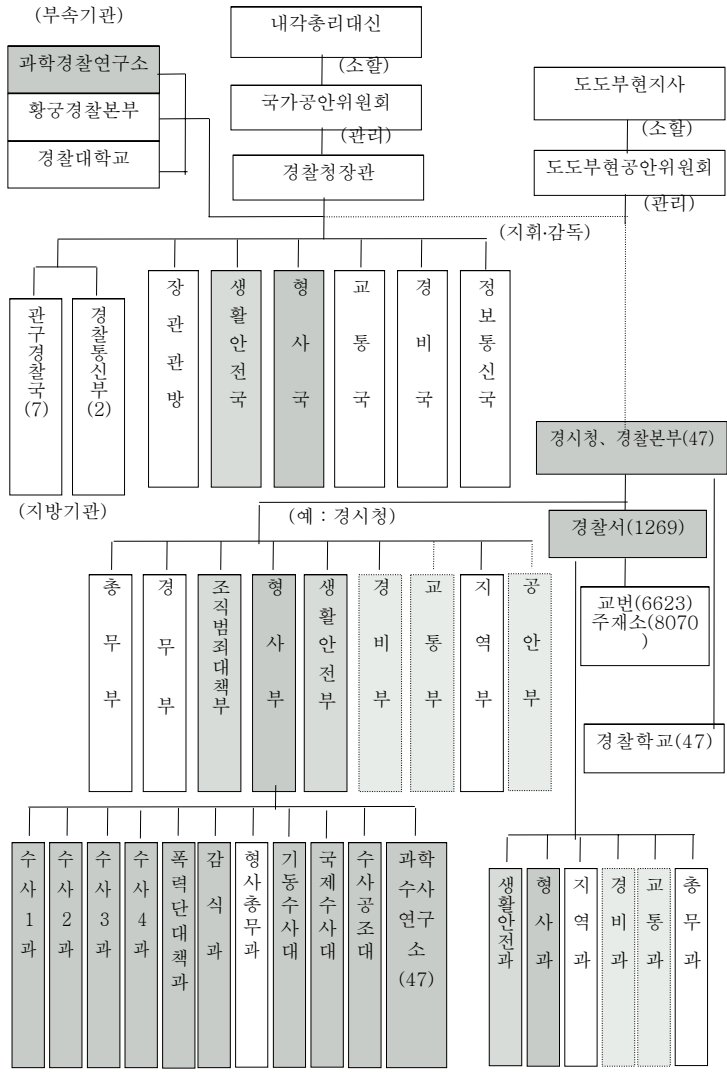
(1) 경시청 및 도부현경찰본부

한국의 지방경찰청에 해당하는 일본의 경시청 및 도부현경찰본부에는 범죄수사를 담당하는 주된 부서로서 형사부와 생활안전부의 2개 부서가 있다(다만 동경도를 관할하는 경시청은 조직범죄대책부를 별도로 두고 있다). 형사부는 일반형법위반 사건을 담당하고 있으며, 마약·총포·도검·소년·사이버범죄 등 특별법위반 사건을 담당하고 있다.

도도부현경찰의 범죄수사 주무부서인 형사부의 조직체제 및 인적규모는 도도부현경찰의 규모에 따라 차이가 있으나, 예컨대 일본의 수도인 동경의 치안을 담당하고 있는 경시청의 경우, 형사부는 수사1과(살인, 강도), 수사2과(지능범, 선거위반), 수사3과(절도범), 수사4과(폭력단범죄), 폭력단대책과, 감식과의 6개의 課와 기동수사대(흉악범죄의 초동수사), 국제수사대(외국인범죄), 수사공조대(타 경찰본부와의 수사협력업무 담당)의 3개의 隊를 두고 있다. 또한 형사부에는 과학수사연구소(전국 47개소)가 부치되어 있으며, 감식과에서 수집해온 현장증거에 대한 감식업무를 담당하고 있다.

이 가운데 경시청 수사1과의 구성을 구체적으로 보면, 과장(총경) 지휘 하에 참모장으로서 범죄현장을 지휘하는 이사관(경정)과 사건수사를 직접 지휘하는 8인의 관리관(경정)이 있다. 특수범수사1계(유괴사건이나 항공기납치사건), 특수범수사2계(기업상대 공갈사건), 強行犯수사1계(과사무를 담당)에서 10계까지(2계는 미제사건, 3계에서 10계는 살인사건 등 강력범사건을 담당), 화재범수사계, 強盜犯수사1계, 強盜犯수사2계의 도합 15개의 계가 설치되어 있다. 각 계는 계장(경감) 밑에 2명의 반장(경위)과 각 5명의 반원(경사이하) 등 통상 13명으로 편성되어 있다. 형사부 수사1과에만 150여명의 수사전담 경찰관이 배치되어 있으며, 경시청 전체적으로는 1,500명 이상의 수사경찰관이 배치되어 있는 것으로 가늠되고 있다.

《그림1》 일본경찰의 수사조직



주) 일본경찰청 홈페이지 및 警察白書 참조. ()의 수치는 기관수를 의미한다.

이와 같이 경찰본부 내에 많은 수의 수사전담 경찰관이 배치되어 있다는 점은 지방 경찰청 단위의 수사규모가 상대적으로 왜소한 우리나라와는 대비되는 부분이다. 경시청과 도부현경찰본부 중심의 수사체제를 구축하여 다수의 수사경찰관을 배치하고 있다는 사실은 지방경찰청 단위의 수사가 활성화되어 있지 못한 우리나라 경찰과는 크게 다른 점이라 볼 수 있다.

경찰본부 내에 세분화된 수사부서를 편성하여 운영함으로써 광역적인 수사를 펼치고 또한 수사경찰의 전문화를 꾀하고 있다고 볼 수 있다. 게다가 경찰본부에 근무하는 수사경찰관들은 장기간 동일부서에서 근무하게 됨으로써 소위 전문 분야별로 베테랑 경찰관들을 양성하고 있다.

조직적·광역적 범죄에 효과적으로 대응할 수 있는 경찰수사체제를 구축하고, 특수한 범죄유형에 대한 전문적인 수사인력을 양성하기 위해서는 이러한 일본의 수사조직체제에서 많은 시사점을 얻을 수 있을 것이다.

(2) 경찰서

도도부현경찰(47)에는 각 지역을 분할하여 관리하는 하부기관으로서 경찰서(1,269)가 설치되어 있다. 경찰서는 일반적으로 형사과, 생활안전과, 지역과, 경비과, 교통과 및 총무과(또는 경무과)를 두고 있다. 경찰본부 단위와 마찬가지로 경찰서의 중요한 범죄수사부서는 형사과이나 생활안전과, 교통과 등도 직접 수사를 담당하고 있다. 형사과에는 일반적으로 強行犯係, 폭력犯係, 지능犯係, 도범係, 감식係 및 범죄수사의 인계·인수를 담당하는 인계수사계와 검찰과의 창구역할을 담당하는 司法係 등으로 편성되어 있다.

이와 같이 경찰서 단위에도 주된 수사부서로서 형사과와 생활안전과를 두고 있으나, 한국경찰과 비교하면 그 인적규모가 상대적으로 적으며, 전술한 바와 같이 경찰본부(지방경찰청) 단위에 수사인력을 집중시키고 있다. 참고로 일본의 경찰서는 그 평균적인 관할구역 및 관할인구는 한국경찰서의 약 3분의 2 정도이며, 1개 경찰서 당 소속 직원 수도 이삼백여명이 대종을 이루고 있다.

일본의 경우, 경찰서는 비교적 간단하게 해결되는 형사범을 처리함에 비하여, 경찰본

부는 복잡하고 전문적인 수사력이 요구되는 사건을 처리함으로써 상호 보완적이고 유기적인 업무분담체제를 형성하고 있는 것이다.

경찰서의 하부조직으로 교번(6,623) 및 주재소(8,070)가 지역말단까지 설치되어 있으며, 범죄예방을 위한 순찰이 주된 임무이나 범죄발생시의 초동조치에 관여하고 있다.

3. 경찰의 수사상 지위 및 권한

가. 경찰의 수사상 지위

경찰법 제2조는 경찰의 책무로서 ‘범죄의 예방, 진압 및 수사, 피의자의 체포’를 규정하고 있다. 경찰법에 범죄의 수사를 경찰의 책무로 규정한 것은 패전 이후 새로운 검·경관계가 정립됨에 따라 ‘공공의 안전과 질서의 유지’를 완수하기 위하여 수사를 경찰의 고유의 직무로 보았기 때문이다.

경찰법은 수사를 경찰조직의 책무로 규정하고 있으나, 이러한 수사에 관한 권한행사에 관하여는 형사소송법이 규정하고 있다. 형사소송법 제189조는 제1항에서 경찰관이 ‘사법경찰직원’으로서 직무를 행하는 것을 규정함과 동시에 제2항에서 “사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료되는 때에는 범인 및 증거를 수사하는 것으로 한다”라고 규정하고 있다. 이에 비하여 검찰관의 수사에 관하여는 제191조 제1항에서 “검찰관은 필요하다고 인정되는 때에는 스스로 범죄를 수사할 수 있다”라고 규정하고 있다. 즉 경찰관에 대하여는 모든 범죄에 관하여 그것을 인지한 경우에 수사하도록 요구하고 있으며, 검찰관에 대하여는 필요가 인정되는 경우에 수사권을 발동할 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 의미에서 현행 일본의 수사체계는 경찰관이 제1차적 내지 본래적 수사를 담당하고, 검찰관은 경찰이 송치한 이후에 당해사건에 대한 제2차적 내지 보충적 수사를 담당하는 기본적 구조를 취하고 있다⁵¹¹⁾.

다만 공소유지의 원활을 위하여 검찰관에게 일정한 범위내의 지휘 내지 지시권을 인

511) 이에 대한 이론(異論)은 없다.

정하고 있으나(제193조), 경찰의 수사진행 중인 개별사건에 대하여 사건송치 이전에 검찰관이 직접적으로 개입하여 수사에 관한 지휘나 지시를 할 수 없다는 사실에 유의할 필요가 있다(자세한 내용은 제4절 참조). 즉 송치 이전의 개별사건에 대한 구체적인 수사지시는 불가능하므로 이러한 의미에서 일본경찰에게는 독자적인 수사권이 부여되어 있다는 것이다.

나. 경찰의 수사권한

(1) 대인적 강제처분

(가) 체포권

일본형사소송법상 체포에는 체포장에 의한 통상체포, 현행범체포, 긴급체포의 3가지 유형이 있으며, 사법순사를 포함한 사법경찰직원 모두에게 위 3가지 체포권한을 명문으로 인정하고 있다. 즉 사법경찰직원은 피의자가 죄를 범하였다고 의심하기에 족한 상당한 이유가 있는 때에는 체포장에 의하여 피의자를 체포할 수 있다(제199조 1항). 현행범은 사법경찰직원은 물론 일반인도 이를 체포할 수 있으나(제213조), 사법순사가 현행범을 체포한 경우에는 체포된 피의자를 사법경찰원에게 인치하여야 한다(제215조). 또한 사법경찰직원은 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄에 있어 긴급체포의 요건이 충족될 때에는 피의자를 긴급체포할 수 있다.

(나) 체포장청구권

경찰에 의한 통상체포에 있어 재판관에게 직접 체포장을 청구할 수 있는 권한은 경부 이상의 경찰관인 사법경찰원에게 부여되어 있다(제199조 2항). 한편 긴급체포 후의 사후적인 체포장 청구권은 이러한 계급에 따른 자격제한이 없고, 사법순사를 포함한 모든 사법경찰직원에게 부여되어 있다(제210조 1항). 다만 경찰실무적으로는 긴급체포 후의 사후적인 영장청구는 가능하면 경부 이상의 경찰관 또는 당해 체포를 행한 경찰관이 청구하도록 요구하고 있다(범죄수사규범 제120조 1항 참조).

한편 일본의 경우 경찰수사단계의 구류는 법적으로 인정되어 있지 않으며, 구류장 청

구권은 검사에게만 인정되어 있다.

(다) 체포피의자에 대한 석방권

일본형사소송법 제203조는 사법경찰원이 체포장에 의하여 피의자를 체포한 후 유치의 필요가 없다고 사료하는 때에는 즉시 석방할 것을 규정하고 있다(형사소송법 제203조). 즉 경찰이 체포한 후 더 이상 체포의 필요성이 없다고 인정될 때에는 독자적인 판단에 의해 피의자를 석방하여야 한다는 것이다. 이 규정은 긴급체포된 피의자 및 현행범체포된 피의자에 대하여도 준용되고 있다(제211조, 제216조).

이와 같이 일본의 경우는 경찰의 수사단계에서 이루어지는 인신구속은 재판소에 대한 경찰의 직접적인 영향청구에 의해 이루어지며, 또한 당해 인신구속피의자에 대한 석방여부도 경찰의 독자적인 판단에 의해 이루어지고 있다⁵¹²⁾.

(라) 감정유치

사법경찰원은 피의자의 정신 또는 신체 관한 감정을 위한 감정유치를 강제할 수 있다. 사법경찰원은 감정유치장을 재판관에게 직접 청구할 수 있다(제224조 1항).

(2) 대물적 강제처분

(가) 압수·수색·검증·감청 및 감정에 필요한 처분

사법경찰직원은 수사상 필요하다고 인정될 경우에 압수·수색·검증·통신방수(감청)의 처분을 행할 수 있으며, 신체검사영장에 의하여 검증으로서의 신체검사의 처분을 강제할 수 있다.

한편 감정처분허가장에 의하여 타인의 주거에 출입하거나 신체에 대한 검사, 사체의 해부, 물건의 파괴 등 감정에 필요한 강제처분을 행할 수 있다(제225조 1항).

512) 한국경찰의 경우는 실무상 현행범체포된 피의자를 제외한 인신구속한 피의자를 석방하기 위하여 미리 검사의 사전지휘를 받고 있으며(한국 사법경찰관리집무규칙 제26조 1항), 또한 석방한 후에도 재차 사후적으로 지체없이 그 사실을 보고하도록 요구하고 있다(동조 3항). 한편 현행범체포된 피의자에 대하여는 검사의 사전지휘 없이 석방하고 있으나, 석방 후 지체없이 그 사실을 보고할 것만을 요구하고 있다(동 규칙 제32조).

(나) 독자적인 영장청구권

사법경찰은 대물적 강제처분에 필요한 현행법상의 모든 영장을 직접 재판관에게 청구하고 있다. 다만 영장청구에 있어 계급에 따른 자격제한을 두고 있는 바, 압수·수색·검증영장 및 감정처분허가장에 대한 청구권은 사법경찰원, 즉 순사부장(경사) 이상의 권한으로 되어 있으며(제218조 1항, 제224조 1항, 제225조 2항), 통신방수(감청)영장의 청구권은 국가공안위원회 또는 도도부현공안위원회가 지정한 경시(경정) 이상의 사법경찰원의 권한으로 규정되어 있다(범죄수사를위한통신방수에관한법률 제4조 1항)⁵¹³⁾.

(다) 영장에 의하지 않은 압수, 수색, 검증

사법경찰직원은 통상체포, 현행범체포, 긴급체포시 필요가 있을 경우에 사람의 주거 또는 간수하는 저택, 건조물 또는 선박 내에 출입하여 피의자를 수색할 수 있으며, 또한 체포현장에서 영장 없이 압수·수색·검증을 행할 수 있다(제220조 1항).

(3) 압수물의 처리에 관한 권한

사법경찰직원 즉 사법경찰원 및 사법순사는 임의제출물에 대한 영치(제221조)⁵¹⁴⁾와 압수물의 보관 및 폐기를 할 수 있으며(제222조 제1항), 사법경찰원은 검찰관의 지휘 없이 독자적으로 압수물의 대가보관, 압수물의 환부 및 가환부, 압수장물의 피해자환부 처분을 행할 수 있다(동조 단서)⁵¹⁵⁾. 경찰이 수사진행중인 개별사건에 대한 검찰관의 개입을 방지하여 경찰의 독자적인 수사권한을 담보하기 위한 전제조건으로 볼 수 있다.

(4) 그 밖의 수사권한

513) 한편 통신방수(감청)영장의 청구권은 검찰관에 있어서도 일정한 제한이 가해져 있는 바, 즉 검사총장이 지정한 검사에 한하여 청구권이 인정되어 있다(범죄수사를위한통신방수에관한법률 제4조 1항).

514) 유류물 또는 임의제출물에 대한 영치는 수사기관의 취득과정이 임의적인 형식을 취하기는 하나, 일단 영치된 물건에 대하여는 그 반환을 청구할 수 없다는 점에서 강제처분적 성격을 지니고 있다.

515) 한국의 경우에는 사법경찰의 범규상 압수물의 보관 및 폐기처분은 검사의 지휘를 요하지 않으나, 일본과는 달리 그 주체를 사법경찰관으로 한정하고 있다(한국형사소송법 제218조, 제219조 및 제130조). 또한 압수물의 대가보관, 압수물의 환부 및 가환부, 압수장물의 피해자환부에 관하여는 검사의 사전지휘가 있어야만 사법경찰관이 그 처분을 행할 수 있다(동법 제219조 및 제132조 내지 제134조).

전술한 강제처분 이외에 사법경찰은 일반적인 임의수사의 권한이 인정되어 있다(제197조 1항). 피의자와 참고인에게 출석을 요구하여 조사할 수 있으며(제198조, 제223조), 실무상 출석을 요구하는 한 수단으로서 임의동행이 활용되기도 한다. 공무소 및 공사단체에 필요한 사실에 대한 조회를 요구할 수 있으며(제198조 2항), 이 때 조회를 의뢰받은 해당기관은 보고해야할 의무를 지는 것으로 해석되고 있다. 수사상 필요한 경우에 학식경험자에게 감정·통역·번역을 촉탁할 수 있다(제223조 1항). 이러한 처분권한은 사법경찰직원, 즉 사법경찰원뿐만 아니라 사법순사를 포함한 모든 경찰관에게 명문으로 부여되어 있다.

4. 검찰수사와의 비교

가. 검찰의 수사상 지위

전술한 바와 같이 형사소송법 제191조 제1항은 “검찰관은 필요하다고 인정되는 때에는 스스로 범죄를 수사할 수 있다”고 규정하고 있다. 제189조 제2항의 ‘수사하는 것으로 한다’라는 문언과 본조의 ‘수사할 수 있다’라는 문언의 대비에서 알 수 있듯이 사법경찰직원은 제1차적 수사책임을 가지고 있으며, 검찰관은 보충적 수사책임을 가지고 있다는 것이다⁵¹⁶⁾. 그러나 제2차적·보충적 수사책임이라고 하는 것은 수사권한에 있어서 제2차적 내지 보충적이라는 의미는 아니다⁵¹⁷⁾. 오히려 수사권한에 있어서 사법경찰에게는 부여되어 있지 않은 구류청구권(제204조 내지 제206조, 제211조, 제216조), 제1차 공판기일전의 증인심문청구권(제226조, 제227조), 검시권(제229조) 등이 부여되어 있으며, 피의자 이외의 자의 진술조서에 대하여도 사법경찰직원이 작성한 조서보다 높은 증거능력이 인정된다(제311조 1항 2호).

또한 ‘필요하다고 인정되는 때’와 관련하여 실제 검찰관의 수사가 이루어지는 경우는

516) 団藤重光, 條解刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1950, 349면; 松尾浩也=井上正仁(監修), 條解刑事訴訟法[増補補正第二版], 弘文堂, 1986, 296면.

517) 검찰청법 제6조 제1항은 “검찰관은 어떠한 범죄에 관하여도 수사할 수 있다”라고 규정하여 검찰관이 모든 범죄에 대한 수사권을 가지고 있음을 확인하고 있다.

크게 두 가지로 대별할 수 있다. 첫째는 사법경찰원으로부터 송치 또는 송부받은 사건에 대하여 공소제기의 요부의 관점에서 그 수사의 불비한 점 등에 관하여 보충적인 수사를 행하는 경우이다. 이것을 검찰관에 의한 보충수사라 부르고 있다. 둘째는 사법경찰로부터 송치받은 사건 이외에도 고소·고발이나 스스로 인지한 사건을 독자적으로 수사하는 소위 독자수사의 경우이다.

나. 검찰관의 구체적 수사권한

(1) 개 요

검찰관은 법률상 모든 범죄에 대하여 수사할 수 있는 권한이 부여되어 있다. 한편 수사와 관련하여 보면 검찰관은 사법경찰에게 부여되어 있는 수사권한 일체에 더하여 사법경찰에게는 부여되어 있지 않는 구류청구권(형사소송법 제204조, 제205조)과 증인신문청구권(제226조, 제227조)을 가지고 있다. 또한 증거법상 검찰관이 작성한 피의자 이외의 자에 대한 조서의 증거능력의 인정요건은 사법경찰직원이 작성한 조서에 비하여 다소 완화되어 있다. 사법경찰직원과 차이나는 검찰관의 권한부분은 다음과 같다.

(2) 구류(구속)

검찰관은 재판관으로부터 구류장을 발부 받아 피의자를 구류할 수 있으며, 수사단계에 있어서의 구류는 검찰에게만 인정되어 있다는 점은 전술한 바와 같다. 검찰의 구류기간은 10일이나, 통산하여 10일을 초과하지 않는 범위 내에서 재판관에게 연장을 청구할 수 있다(제208조). 단 내란죄·외환죄·국교에 관한 죄·소란의 죄의 사건에 관하여는 예외적으로 통산하여 5일을 초과하지 않는 범위 내에서 구류기간을 재차 연장할 수 있다(제208조의2, 1953년 본조추가). 따라서 이러한 예외적인 범죄를 제외한 일반형사사건에 있어서 검찰은 최장 20일간 피의자를 구류할 수 있다.

(3) 증인신문

검찰관은 수사상 필요한 경우에 증인신문을 청구할 수 있다. 즉 검찰관은 i)범죄의

수사에 있어 빠트릴 수 없는 지식을 가지고 있음이 명백하게 인정되는 참고인이 출석 또는 진술을 거부할 경우에는 제1회 공판기일 전에 한하여 재판관에게 증인심문을 청구할 수 있다(제226조). 또한 검찰관은 ii) 수사기관에서 임의로 진술한 자가 공판기일에 있어서는 압박을 받아 다른 진술을 할 우려가 있을 뿐만 아니라 그 진술이 범죄의 증명에 빠트릴 수 없는 것으로 인정될 때에도 증인심문을 청구할 수 있다(제227조). 수사상 증인심문에 관한 절차는 총칙상의 증인심문의 장의 규정을 준용하고 있다(제228조 1항).

(4) 검찰관작성 조서의 증거능력

수사기관, 즉 검찰관, 검찰사무관, 사법경찰직원은 피의자와 참고인의 출석을 요구하여 조사할 있으며(제198조 1항 및 제223조 1항), 이 때 피의자와 참고인의 진술을 조서에 녹취할 수 있다(제198조 3항 및 제223조 2항).

수사기관이 진술을 녹취한 조서(실무상 ‘供述調書’라는 양식을 사용하고 있다)는 ‘피고인’인지 ‘피고인 이외의 자’인지에 따라 그 증거법상 증거능력의 인정요건이 달리 규정되어 있다.

피고인의 진술을 녹취한 서면으로 서명·날인이 있는 것은 진술내용이 자백 기타 자기에게 불이익한 사실을 인정하는 것일 때 증거능력이 인정된다(제322조 1항)⁵¹⁸⁾. 즉 우리 나라의 피고인이 된 자의 피의자신문조서에 해당하는 조서는 작성주체가 검찰관이든 사법경찰직원이든 그 증거능력의 인정요건에 차이가 없다.

그러나 피고인 이외의 자의 진술을 녹취한 서면은 검찰관이 작성한 조서인지 사법경찰직원이 작성한 조서인지에 따라 그 증거능력의 인정요건이 다르다⁵¹⁹⁾. 먼저 검찰관의

518) 일본형사소송법 제322조(피고인의 공술서·공술녹취서의 증거능력) : ① 피고인이 작성한 공술서 또는 피고인의 공술을 녹취한 서면으로 피고인의 서명 혹은 날인이 있는 것은 그 공술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때 또는 특히 신용할 만한 정황 하에서 행하여진 것인 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. 단 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은 그 승인이 자백이 아닌 경우에 있어서는 제319조(자백의 증거능력·증명력)의 규정에 준하여 임의로 행하여진 것이 아니라는 의심이 있다고 인정되는 때에는 이를 증거로 할 수 없다. ② 피고인의 공판준비 또는 공판기일에 있어서의 공술을 녹취한 서면은 그 공술이 임의로 행하여진 것이라고 인정되는 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. 참고로 일본형사소송법전에는 각 조문별로 표제어가 붙어 있지 않다. 위 ()의 표제어는 강학상 편의를 위해 일본에서 일반적으로 사용하고 있는 용례에 따른 것이다.

면전에서 진술을 녹취한 서면(檢察官面前調書라 부른다)은 그 진술자가 ①사망, 정신 또는 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있어 공판준비 또는 공판기일에 있어서 진술할 수 없는 때, ②공판준비 또는 공판기일에 있어서 이전의 진술과 상반되거나 또는 실질적으로 다른 진술을 한 때에 증거능력이 인정되며, 특히 ②의 경우에는 이전의 진술을 신용해야할 특별한 정황이 존재하는 때에 한하여 인정된다(제321조 1항 2호)⁵²⁰⁾. 반면 사법경찰직원이 예컨대 참고인을 상대로 작성한 조서(약칭하여 員面調書)는 진술자가 사망, 정신 또는 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에 있어서 진술할 수 없으며, 또한 그 진술이 범죄사실의 존부의 증명에 없어서는 안되는 것인 때에 한하여 증거능력이 인정되며, 이 경우 그 진술은 특히 신용해야할 정황 하에서 행하여진 것이어야 한다(제321조 1항 3호).

다. 경찰과 검찰의 수사관할

일본 경찰의 경우, 타관할에서의 수사에 관하여는 합리적으로 필요성이 인정되는 범위내의 수사권한이 경찰법에 명문으로 규정되어 있다. 신속성과 현장대응적 활동이 요구되는 범죄수사에 있어서 타관할수사시 개별사건의 수사에 관하여 검찰의 사전지휘를 받도록 요구하는 우리 나라와는 차이나는 점이다.

(1) 검찰의 수사관할

검찰청법 제5조는 검찰관은 ‘타 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고’ 그 소

519) 형사실무상 ‘피고인 이외의 자’에는 제삼자뿐만 아니라 공범자나 공동피고인도 포함되는 것으로 해석되고 있다. 신동운(역), 三井誠・酒卷匡, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003, 261면.

520) 일본형사소송법 제321조 제1항 : 피고인 이외의 자가 작성한 공술서 또는 그 자의 공술을 녹취한 서면으로 공술자의 서명 또는 날인이 있는 것은 다음에 열거한 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. 제1호 (생략) 제2호 검찰관의 면전에 있어서의 공술을 녹취한 서면에 대하여는 그 공술자가 사망, 정신 또는 신체의 고장, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에 있어서 전(前)의 공술과 상반되거나 또는 실질적으로 다른 공술을 한 때. 제3호 전2호에 열거한 서면 이외의 서면에 대하여는 공술자가 사망, 정신 또는 신체의 고장, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에 있어서 공술을 할 수 없으며, 또한 그 공술이 범죄사실의 존부의 증명에 빠트릴 수 없는 것일 때. 단 그 공술이 특히 신용해야할 정황 하에서 행해진 것일 때에 한한다.

속 검찰청이 대응하는 재판소의 관할구역내에서 직무를 행사하는 것으로 규정하고 있으며, 이 관할구역의 제한은 해석상 검찰관이 행하는 수사에 관하여도 적용된다⁵²¹⁾. 또한 검찰청지부는 당해 검찰청의 내부에 있어서의 사무분배에 지나지 않으므로 지부에 속하는 검찰관의 관할구역은 소위 본청의 검찰관의 관할구역과 동일하다.

한편 형사소송법 제195조는 “검찰관 및 검찰사무관은 수사를 위하여 필요가 있는 때에는 관할구역 외에서 직무를 행할 수 있다”라고 규정하고 있는 바, 이 규정은 위 검찰청법 제5조의 ‘타 법령’에 의한 ‘특별한 규정’에 해당한다. 따라서 검찰관은 수사를 위하여 스스로 필요하다고 인정하는 때에는 관할구역 외에서도 직무를 행할 수 있다.

검찰사무관은 검찰청법상 검찰관을 보좌함과 동시에 그 지휘를 받아 수사를 행하는 자이므로(동법 제27조 3항) 그 직무집행의 지역적 범위는 검찰관이 행하는 수사를 보조하는 경우에는 당연히 검찰관의 관할과 일치하며, 스스로 수사를 행하는 경우에도 소속 검찰청의 검찰관의 지휘를 받아야 하므로 역시 당해검찰관의 관할구역내로 한정되나, 형사소송법 제195조에 의해 ‘필요가 있는 때’에는 관할구역외에서도 수사활동을 할 수 있는 것이다. 다만 ‘필요가 있는’지 여부를 인정하는 주체에 검찰사무관이 포함되는지, 아니면 검찰관에게만 한정되는지에 대하여는 견해가 나누어져 있다.

(2) 경찰의 수사관할

사법경찰직원인 경찰관 가운데 실제로 범죄수사활동에 종사하는 도도부현경찰의 경찰관의 직무집행의 지역적 범위는 원칙적으로 당해 도도부현경찰의 관할구역내에서 행해져야 하나(경찰법 제64조), 다음과 같이 폭넓은 예외가 인정되어 있다.

우선 현행범인의 체포에 있어서는 경찰관은 어떠한 지역에 있어서는 그 직무를 수행할 수 있으며(경찰법 제65조), 2개 이상의 도도부현경찰의 관할구역에 걸쳐 직무를 수행하는 이동(移動)경찰은 관계도도부현경찰의 협의에 의해 정하는 바에 따라 전체 관할구역에 있어서 그 직무를 수행할 수 있다(경찰법 제66조).

또한 다른 도도부현공안위원회의 원조요구에 의해 파견된 경찰관은 원조를 요구한

521) 伊藤榮樹의 5인, 新版注釋刑事訴訟法[第3卷], 立花書房, 1996, 71면.

공안위원회의 도도부현경찰의 관할구역내에서 직무를 수행할 수 있으며(경찰법 제60조), 인접한 도도부현경찰의 상호간 협의에 의해 정하는 바에 따라 인접도도부현경찰의 관할구역내에서 그 권한을 행사할 수 있다(경찰법 제60조의2). 아울러 도도부현경찰은 광역조직범죄 등을 처리하기 위해서는 필요한 한도에 있어 그 관할구역외에서도 권한을 행사할 수 있다(경찰법 제60조의3).

이러한 예외 이외에도 도도부현경찰은 범죄의 진압 및 수사, 피의자의 체포 기타 공안의 유지와 관련하여 필요한 한도에 있어 관할구역외에서도 권한을 행사할 수 있음이 넓게 인정되어 있다(경찰법 제61조)⁵²²⁾.

II. 형사절차에 있어서의 경찰과 검찰의 관계

1. 현행법상 경찰과 검찰의 관계

앞서 살펴본 바와 같이 사법경찰직원은 본래적 수사를 담당하는 제1차적 수사기관이며(제189조 2항), 검찰관은 보충적·보정적 수사를 담당하는 제2차적 수사기관이다(제191조)⁵²³⁾. 이와 같이 형사소송법 제189조 제2항(“사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료

522) 이에 관한 판례로는, 관할구역내의 밀수품으로 보이는 물품이 유입되고 있다는 수사단서에 의해 관할구역외에서 관세법위반의 행위에 관하여 피의자를 체포하고 사건을 송치한 사실을 적법한 권한행사로 본 사례(名古屋高等裁判所判決, 1961年10月30日 高民集第14卷第8號 523면), 절도본범이 관할구역내에 있는 경우에 관할구역외에서의 장물죄에 관한 수사를 적법한 권한행사로 본 사례(福岡地方裁判所決定, 1966年3月9日 刑集第8卷第3號 521면), 관할구역내의 절도범이 처분한 것으로 보이는 장물이 발견된 경우에 관할구역외에서의 절도본범에 관한 수사를 적법한 권한행사로 본 사례(神戸地方裁判所決定, 1971年2月10日 刑裁月報第3卷第2號 302면) 등이 있다.

523) 団藤重光, 앞의 논문, 6~7면은 새로운 형사소송법 하의 검찰관의 보충적·보정적 수사기능에 관하여 “본래적인 수사의 임무를 가지는 것은 사법경찰직원이며, 검찰관은 본래 공소관을 주요임무로 하기 때문에 수사에 관하여는 오히려 보충적인 임무를 가지는 것에 지나지 않는 것이 당연하다. (중략) 보충적인 수사기능은 사법경찰직원의 수사활동에 대하여 보정적 내지 규제적으로 작용한다. 그러나 여기서 보정적 내지 규제적이라고 하는 것은 사실적·내용적 면에 관한 것이 아니며, 법률적·형식적인 면에 관한 것이며, (중략) 이에 는 넘을 수 없는 한도가 있는 것이다.”라고 설명하고 있다.

할 때는 범인과 증거를 수사하는 것으로 한다”)과 제191조 제1항(“검사는 필요가 인정될 때는 스스로 범죄를 수사할 수 있다”)의 문언으로 조문이 성립하게 된 것은 현행형사소송법이 당사자주의를 강화한 결과이다. 즉 검찰관의 공소관으로서의 직무가 차지하는 비중이 구법시대에 비하여 일층 중요시되었으며, 범죄수사를 포함한 경찰활동의 지방분권화, 경찰의 민주화가 이루어진 패전 이후 일본사회에 있어서는 수사의 제1차적 책임은 분권화된 경찰에 분배하여야 한다는 귀결에 따른 것이다⁵²⁴⁾.

경찰과 검찰은 수사에 관하여 상호협력하여야 하나, 다만 일본형사소송법은 공소의 제기, 유지 등을 위해 일정한도에 있어서 검찰의 경찰에 대한 지휘권을 인정하고 있다. 일본형사소송법 제193조에 규정되어 있는 일반적 지시, 일반적 지휘 및 구체적 지휘가 그것이다. 사법경찰직원은 검찰관의 이러한 지시·지휘에 복종하여야 하며(제193조 4항), 검찰은 사법경찰이 정당한 이유 없이 검사의 지시나 지휘에 따르지 않은 경우에 있어서 필요하다고 인정될 때에는 징계·파면의 소추를 할 수 있다(제194조).

이 이외에 검찰관은 변사체검시권을 가지고 있을 뿐만 아니라 사법경찰원에게 검시를 대행시킬 수 있으며(제229조), 경찰은 수사를 종료하였을 경우에 원칙적으로 사건을 검찰에 송치하여야 한다(제246조).

이하에서는 이러한 경찰과 검찰의 관계를 표현하고 있는 제규정 및 이에 대한 해석론, 그리고 실무상의 운용상황 등에 대하여 구체적으로 살펴본다.

가. 상호협력관계

현행 형사소송법은 경찰에 제1차적 수사권을 부여하고 있으며, 또한 경찰과 검찰이 병렬적인 수사가 가능한 체제이므로 수사기관간의 수사공조 및 공소의 제기 유지의 원활한 수행을 위해 검찰과 경찰간의 수사상의 협력은 필연적인 것으로 볼 수 있다. 이러한 관점에서 일본형사소송법 제192조는 “검찰관과 도도부현공안위원회⁵²⁵⁾ 및 사법경찰

524) 団藤重光, 條解刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1950, 348면; 伊藤榮樹의 5인, 앞의 주석서, 18면 참조(참고로 동 주석서의 저자대표 6명은 검사총장 출신 1명(伊藤榮樹)을 포함하여 전현직의 검찰관 3명과 판사 3명으로 구성되어 있다.)

직원은 수사에 관하여 서로 협력하여야 한다”고 규정하고 있다⁵²⁶⁾.

‘수사에 관하여’라는 의미는 개개의 구체적인 사건의 수사에 관한 협력뿐만 아니라 일반적인 수사방침의 책정이나 범죄정세의 인식, 범죄진압의 방책 등 수사에 관련되는 사항 일반에 관하여 협력해야한다는 의미로 넓게 해석되고 있다. 일반사법경찰직원인 경찰관에 대하여는 실무상 “경찰본부장 또는 경찰서장은 수사하는 사건에 대하여 공소를 실행하기 위해 미리 연락할 필요가 있다고 인정될 때에는 신속히 범죄사실의 개요 및 기타 참고되어야 할 사항을 검찰관에게 연락”할 것을 요구하고 있다(범죄수사규범 제45조 2항)⁵²⁷⁾.

한편 현행경찰법상 국가공안위원회도 범죄의 수사 및 피의자의 체포에 관계되는 사항 등 ‘국가의 공안에 관계되는 경찰운영’에 관여하며(경찰법 제5조 1항), ‘지방의 평온을 해할 우려가 있는 소란에 관계되는 사안’으로 국가의 공안에 관계되는 경찰운영에 관한 사항에 대하여 경찰청을 관리한다(제5조 2항 4호). 따라서 이와 같은 사항에 관하여는 국가공안위원회 및 경찰청과 검찰이 상호협력관계를 유지할 필요성이 인정된다고 볼 수 있다. 그러나 국무대신이 위원장인 국가공안위원회와 개개의 검찰관과의 사이에 직접적인 협력규정을 두는 것은 적절하지 못하다는 등의 인식에 따라 현행경찰법 제76조 제2항에 “국가공안위원회 및 (경찰청)장관은 검사총장과 항상 긴밀한 연락을 유지하는 것으로 한다.”라고 규정을 두고 있다.

나. 일반적 지시, 일반적 지휘, 구체적 지휘

(1) 일반적 지시(형사소송법 제193조 제1항)⁵²⁸⁾

525) 본조가 검찰관과 도도부현공안위원회와의 상호협력을 규정하고 있는 것은 도도부현공안위원회 자체가 수사기관은 아니지만 수사권을 행사하는 도도부현경찰을 관리하고 있기 때문이다.

526) 검찰청법 제6조 제2항은 “검찰관과 다른 법령에 의해 수사의 직권을 가진 자와의 관계는 형사소송법이 정하는 바에 의한다.”라고 규정하고 있으며, 경찰법 제76조 제1항은 “도도부현공안위원회 및 경찰관과 검찰관의 관계는 형사소송법이 정하는 바에 의한다.”라고 규정하고 있는 바, 형사소송법 제192조는 이에 해당하는 조문이다.

527) 특별사법경찰직원 가운데 같은 취지의 규정으로는 海上保安廳犯罪搜查規範[1961년 海上保安廳訓令 제24호] 제23조, 麻藥·覺醒劑犯罪搜查規範[1962년 厚生省訓令 제6호] 제1장 제5절, 郵政監察官犯罪搜查規程[1965년 郵政省公達 제15호] 제20조, 自衛隊犯罪搜查服務規則[1959년 防衛廳訓令 제72호] 제1장 제7절이 있다.

검찰관은 수사를 적정하게 하고, 그 외 공소를 수행을 완수하기 위해 “관할구역에 있어서 사법경찰직원에게 대하여 그 수사에 관하여 필요한 일반적 지시를 할 수 있다”. 이 경우의 지시는 개개의 구체적 사건에 대한 개별 사법경찰직원에게 대하여 지시가 아니며 수사 일반에 대하여 사법경찰직원 일반에 대하여 ‘수사를 적정하게 하고 그 외 공소의 수행을 완수하기 위해’ 필요한 사항에 대하여 일반적 준칙을 정하는 방법으로 행해지며, 이 때문에 일반적 지시라고 부른다.

일반적 지시는 당해 검찰관이 속하는 검찰청이 대응하는 재판소의 관할구역 내에 있는 사법경찰직원에게 대하여만 행사할 수 있고, ‘그 수사에 관하여’란 사법경찰직원이 그 권한에 의거하여 행하는 수사에 관하여라는 의미이며, 일반적 지시에 따른다고 하여 검찰관이 수사를 주재하게 되는 것은 아니다⁵²⁹⁾.

한편 “수사를 적정하게 하고, 기타 공소의 수행을 완수하기 위하여”라는 문언의 해석에 있어서, 즉 공소의 수행을 완수하는 것과 직접적인 관련 없이 수사 그 자체의 적정화만을 도모하기 위해 일반적 주의사항 등을 지시할 수 있는가에 대하여 해석상 대립이 있다⁵³⁰⁾. 그러나 실무적으로는 사법경찰의 내부규율⁵³¹⁾에 맡기는 것이 상당한 사항에 대하여는 일반적 지시가 거의 행해지지 않는다고 한다⁵³²⁾.

현행법 시행이후 현재까지 이 권한에 기초하여 실제로 일반적 지시가 발해진 경우는 아래의 몇 가지 예에 그치고 있다. 구체적으로 첫째, 공소를 수행하기 위한 서류작성에 관한 것으로서 1961년 6월 1일 검사총장이 발한 ‘司法警察職員 搜查書類基本書式例’ 및 1963년 6월 1일 검사총장이 발한 ‘司法警察職員 搜查書類簡易書式例’, 법무성 형사국장

528) 일본형사소송법 제193조 제1항 : 검찰관은 그 관할구역에 있어서 사법경찰직원에게 대하여 그 수사에 관하여 필요한 일반적 지시를 할 수 있다. 이 경우에 있어서의 지시는 수사를 적정하게 하고, 기타 공소의 수행을 완수하기 위하여 필요한 사항에 관한 일반적인 준칙을 정하여 행하는 것으로 한다.

529) 伊藤榮樹 외 5인, 앞의 주석서, 57면.

530) 消極說로서는 団藤重光, 앞의 논문, 6면; 同, 條解刑事訴訟法(上卷), 弘文堂, 1950年, 353면; 土金賢三, 刑事訴訟法の一部改正, 警察研究24卷9號, 1953. 33면; 桐山隆彦, 警察官のための刑事訴訟法解説, 1965, 73~82면; 警察廳刑事局刑事企劃課, 앞의 책, 41면. 한편 積極說로서는 宮下明義, 新刑事訴訟法逐條解説II, 司法警察研究會, 1949, 36면.

531) 예컨대 국가공안위원회규칙 제2호로서의 犯罪搜查規範.

532) 神谷尙男, 団藤重光(編), 法律實務講座刑事編, 有斐閣, 1954, 457~459면; 原田明夫(집필당시 검찰관), 田宮裕(編), 刑事訴訟法 I, 有斐閣, 1975, 70면.

의 지시에 의해 각 검사정이 관하 일반사법경찰직원에 대하여 발한 ‘道路交通法違反事件 迅速處理을 위한 公用書式’의 사용에 관한 일반적 지시, 둘째, 사건송치에 관한 것으로서 검사총장의 ‘형사소송법 제246조 단서규정에 의한 송치절차의 특례에 관한 건’의 의해 각 지방검찰청 검사정(檢事正)이 발한 ‘미죄처분의 송치의 특례’에 관한 일반적 지시 등이 그 실례이다.

또한 본절 I에서 살펴본 바와 같이 1952년 파괴활동방지법의 시행과 관련하여 검사총장의 지시에 의해 각 지방검찰청의 검사정이 관하사법경찰직원에 대한 동법위반사건 수사절차의 특례도 당시 일반적 지시의 일환으로 발해졌다. 그러나 사법경찰직원이 동법위반사건의 수사의 단서를 득한 때에는 수사착수전에 검사정의 승인을 얻을 것이며, 체포·압수·수색 등의 영장을 청구할 때에는 미리 검찰관과 협의할 것 등을 내용으로 하는 위 지시는 검찰관이 사법경찰의 구체적 사건의 수사에 개입하는 것이 되므로 일반적 지시의 범위를 일탈한 것으로 보아 경찰측이 이를 거부한 실례가 있다. 예컨대 검찰관이 모든 죄종의 범죄에 대하여 위 파괴활동방지법의 시행과 유사한 일반적 지시를 발한다면, 우선 그 필요성이 인정되는 경우를 생각하기 힘들므로 부적법한 것이 될 것이나, 만약 필요성이 인정된다고 보더라도 이러한 지시는 사법경찰의 독립적인 수사기관으로서의 본질을 침해하게 된다⁵³³⁾.

(2) 일반적 지휘(형사소송법 제193조 제2항)⁵³⁴⁾

일본형사소송법 제193조 제2항은 검찰관이 “그 관할구역에 있어서 사법경찰직원에 대하여 수사의 협력을 구하기 위해 필요한 일반적 지휘를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러나 동 조문의 구체적인 해석에 있어서는 이를 되도록 넓게 해석하려는 검찰측과 좁게 해석하려는 경찰측이 다소 엇갈린 견해를 보이고 있다. 이하에서는 이해의 편의를 위해 양 견해를 구분하여 기술하도록 한다.

533) 伊藤榮樹 외 5인, 앞의 주석서, 59~60면; 警察廳刑事局刑事企劃課, 앞의 책, 41면 및 桐山隆彦, 앞의 책, 80면 참조.

534) 일본형사소송법 제193조 제2항 : 검찰관은 그 관할구역에 있어서 사법경찰직원에 대하여 수사의 협력을 구하기 위해 필요한 일반적 지휘를 할 수 있다.

참고로 일본의 일반적인 형사소송법 교과서에서는 이 점에 대하여 논란이 없는 부분을 간단히 언급하고 있을 뿐 구체적인 설명을 찾아보기 힘든 실정이며(일반적 지시, 구체적 지휘에 관하여도 같은 형편이다), 주로 검·경관계자가 기술한 실무해석집, 주석서, 논문 등에서 이러한 설명을 접할 수 있다.

(가) 넓게 해석하는 견해

- ① 이는 검찰관이 스스로 수사를 행하는 경우에 있어 필요시 사법경찰직원의 협력을 확보하기 위해 구체적 사건에 대하여 발하는 것으로 본다. 즉 이 경우 “수사의 협력을 구하기 위해”란 검찰관이 스스로 수사를 행하고 있음을 전제하고 있으며, 따라서 사법경찰직원 상호간의 협력만을 요구하는 지휘는 할 수는 없고, 다만 검찰관 자신에 대한 협력과 동시에 다른 사법경찰직원 상호의 협력을 요구하는 지휘는 가능하다는 것이다⁵³⁵).
- ② 또한 ‘지휘’인 이상 구체적 사건의 존재를 전제로 하는 것이며, 구체적 사건이 존재하지 않는 때에는 일반적 지시의 요건이 갖추어진 경우에 한하여 이에 의하여 지휘할 수 있을 뿐이라는 것이다.
- ③ 이 지휘는 예컨대 검찰관이 직접 광역에 걸친 선거위반사범을 수사하는 경우에 있어 1개 내지 복수의 사법경찰직원이 동시에 동일범죄의 수사에 착수한 때에 사법경찰직원 상호간의 수사의 조정을 위해 각지의 경찰수사의 계획이나 방침을 통일시키거나 각지의 경찰의 구체적 수사의 불균형을 조정하기 위해 행해질 수 있다. 이는 개개의 사법경찰직원에 대한 지휘가 아니고 수사의 협력을 구해야 하는 관계 사법경찰직원 일반에 대하여 행하는 것이므로 일반적 지휘라고 부른다⁵³⁶).

또한 검찰관이 아직 수사에 착수하지 않았을 경우에도 관계사법경찰직원으로부터 일반적 지휘의 요청이 있어(범죄수사규범 제47조 참조) 검찰관이 직접 수사에 착수하면 관계사법경찰직원간의 조정을 할 수 있다고 본다.

535) 伊藤榮樹 외 5인, 앞의 주석서, 61면; 小野清一郎외(編), ポケット注釋全書刑事訴訟法[改訂版], 有斐閣, 1966, 346면; 神谷尚男, 団藤重光(編), 앞의 책, 462면; 原田明夫, 田宮裕(編), 앞의 책, 71면.

536) 이 指揮의 一般性은 ‘對象(司法警察職員)의 一般性’에 있다. 小野清一郎외(編), 앞의 책, 346면 참조.

한편 넓게 해석하는 입장에서라도 실무상 일반적 지휘가 발동되는 경우는 거의 없으며, 후술하는 구체적 지휘(형사소송법 제193조 제3항) 내지는 사실상의 상호협력(제192조)을 통해 해결하는 추세임을 인정하고 있다⁵³⁷⁾.

(나) 좁게 해석하는 견해

- ① 제193조 제2항은 2개 이상의 수사기관, 즉 경찰과 특별사법경찰직원 또는 경찰과 검찰관이 어떤 1개의 사건에 관하여 같은 시기에 병렬적으로 수사하고 있는 경우에 그 사이의 조정권한을 검찰관에게 부여한 것이지, “검찰관이 행하고 있는 수사의 협력을 구하기 위해” 인정되는 것이 아니라고 본다⁵³⁸⁾. 한편 2개 이상의 도도부현경찰이 경합적으로 수사하고 있는 경우의 조정은 경찰법 제5조 제2항 제14호 및 제17호의 규정에 의거하여 당연히 경찰청이 이를 조정하여야 한다(이 점은 넓게 해석하는 견해에서도 같은 귀결).
- ② 또한 이는 포괄적인 지휘로서 개개의 구체적인 지휘가 아니므로 ‘미리’ 지휘되어야 할 필요가 있고, 따라서 이미 구체적인 수사가 개시된 이후에 지휘하는 것은 곧 개개의 사건에 대한 지휘가 되므로 일반적 지휘의 범위에 속하지 않는다고 본다. 그러므로 경찰이 특정한 사건을 수사하고 있는 도중에 검찰관도 같은 사건에 착수하여 일반적 지휘로서 경찰에게 수사중지를 명하거나 검찰관의 지휘를 받아 수사하도록 명하는 것은 불가능하다는 것이다.
- ③ 그리고 일반적 지휘는 2개 이상의 수사기관이 현실적으로 동일사건의 수사를 진행하고 있는 경우를 전제로 하고 있으므로 당연히 기히 발생한 특정사건이어야 하며, 장래에 발생할 가능성이 있는 예컨대 총선거에 있어서의 위반사건에 대하여 수사의 방침 등을 발하는 것은 있을 수 없다고 본다⁵³⁹⁾.

(3) 구체적 지휘(형사소송법 제193조 제3항)⁵⁴⁰⁾

537) 原田明夫, 田宮裕(編), 앞의 책, 71면.

538) 警察廳刑事局刑事企劃課, 앞의 책, 44면; 警察廳刑事局編, 逐條解說犯罪搜查規範, 1957, 55면; 桐山隆彦, 앞의 책, 83면 등.

539) 警察廳刑事局刑事企劃課, 앞의 책, 45면; 桐山隆彦, 앞의 책, 85면.

검찰관은 “스스로 범죄를 수사하는 경우”에 있어서 필요가 있는 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수사를 보조하게 할 수 있다.

우선 “스스로 범죄를 수사하는 경우”의 의미와 관련하여 송치사건에 대한 보충수사도 포함된다는 견해와 독자수사에 한정된다는 견해로 나누어져 있다. 전자는 검찰관이 현재 수사중인 이상 그 수사의 단서가 예컨대 검찰관에 의한 범죄의 인지, 검찰관에 대한 고소·고발·청구·자수, 사법경찰원에 의한 사건의 송치 내지 송부 등 어떠한 것인지에 불문하고 구체적 지휘를 할 수 있다는 것이다⁵⁴¹⁾. 후자는 “스스로 수사하는 경우”란 검찰관이 처음부터 직접 특정사건을 수사하고 있는 경우를 말하며, 기히 경찰에서 수사하고 있는 사건에 관하여 검찰관이 수사를 개시하는 경우는 포함되지 않고, 경찰이 송치한 사건은 구체적 지휘의 대상이 아니라고 보고 있다⁵⁴²⁾. 또한 이는 검찰관이 스스로 범죄를 수사함에 있어 인력이 부족한 경우 등에 한정되며 자기자신이 수사를 행하지 않는 사건에 대하여 경찰관에게 수사를 명하는 것은 허용되지 않는다. 그러므로 검찰관이 고소를 수리한 경우, 직접 고소사건의 수사를 하지 않고 단순히 고소장만을 경찰에 회부하여 수사하도록 하는 것은 구체적 지휘의 범위에 포함되지 않는다는 것이다.

이 구체적 지휘는 검찰관이 특정범죄를 스스로 수사할 때 개개의 사법경찰직원에게 대하여 행하여지는 것으로 일반적으로 검찰의 보조인력의 부족을 메우기 위하여 인정되는 권한으로 볼 수 있다. 그러나 예컨대 검찰관이 행하는 압수·수색·검증 등에 동행하여 보조하는 등 오로지 경찰관이 가진 수사권에 기초하여 보조할 수 있는 사항에 한정되며, 경찰관이 아니라도 검찰청 직원에 의해 수행될 수 있는 단순한 사무적인 보조는 포함되지 않는다고 제한적인 해석이 제시되어 있기도 하다⁵⁴³⁾.

전술한 예와 같이 검찰관과 사법경찰이 동일사건에 대하여 각각 독립하여 동시에 수

540) 일본형사소송법 제193조 제3항 : 검찰관은 스스로 범죄를 수사하는 경우에 있어서 필요가 있는 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수사의 보조를 하게 할 수 있다.

541) 原田明夫, 田宮裕(編), 앞의 책, 71면; 神谷尙男, 앞의 책, 463면.

542) 警察廳刑事局刑事企劃課, 앞의 책, 45면; 桐山隆彦, 앞의 책, 86면; 土金賢三, 熊谷弘(編), 逮捕・勾留・保釋の實務, 日本評論社, 1965, 101면.

543) 警察廳刑事局刑事企劃課, 앞의 책, 45면; 刑事訴訟法第193條に關する國警本部の解釋, 警察研究第20卷第9號, 1949, 59~60면.

사하고 있는 경우에 이 지휘권에 의거하여 검찰관이 사법경찰의 사건을 인계받아 수사를 속행하는 것이 가능한 것일까. 사법경찰이 제1차적 수사를 담당하고 있으며, 검·경간의 상호협력관계를 규정하고 있는 현행 형사소송법의 취지에 반하므로 불가능하다는 보는 견해⁵⁴⁴⁾와 이를 긍정하는 견해⁵⁴⁵⁾가 있다.

(4) 지휘권의 한계

이상의 세 가지 지휘권은 공소를 원활히 수행하기 위한 장치이자 범죄수사에 있어서 경찰과 검찰의 조절을 도모하기 위한 것이라 할 수 있다. 한편 이러한 예외적인 지휘·지시의 구체적인 내용과 그 범위에 대하여는 살펴본 바와 같이 검·경간에 첨예한 견해의 대립을 보이고 있다.

그러나 여기서 주목해야 할 점은 일본검찰의 지휘권에는 경찰이 수사진행중인 개별사건에 대한 구체적 수사지휘의 권한이 포함되어 있지 않다는 사실이다. 즉 경찰의 제1차적 수사를 저해할 우려가 있는 송치 이전의 개별사건에 대하여 개입하거나, 현재 경찰수사가 진행되고 있는 사건에 대하여 송치를 명령하는 등의 권한은 원칙적으로 검찰에게 부여되어 있지 않다는 것이다. 검찰은 특정한 개별사건에 대하여는 사법경찰의 제1차적 수사가 완료되어 검찰에 사건이 송치된 이후에야 비로소 사후적인 보충적·보정적 수사를 진행할 수 있을 뿐이다⁵⁴⁶⁾. 검찰이 경찰이 수사한 구체적 사건에 대하여 개입하는 것은 원칙적으로 송치 이후의 단계이며, 실제 송치 이후에 검찰의 지휘 내지 요청에 의해⁵⁴⁷⁾ 경찰이 추가적인 수사를 진행하는 경우는 빈번하다고 한다. 이러한 의미

544) 安富潔, 演習講座 捜査手続法, 立花書房, 1995, 10면.

545) 高野利雄, 捜査における検察と警察の關係, 刑事訴訟法の爭點[新版], 有斐閣, 1992, 27면. 실무상의 운용상황에 관하여는 아래 ‘검·경의 수사경합’부분 참조.

546) 이 점은 전술한 바와 같이 1953년의 형사소송법 개정시 제193조 제2항의 일반적 지시 규정에 관한 일부수정안을 통과시키는 과정에서 국회가 채택한 “검찰관이 정한 一般的 指示를 행하는 경우에는 검찰과 경찰이 미리 긴밀하게 연락하여 상호 협력하는 것을 정부는 바란다. 상기 일반적 지시에 의해 개개의 사건의 수사를 직접 지휘하는 일이 없도록 유의하기 바란다”는 부대결의에 잘 드러나 있다.

547) 전술한 바와 같이 경찰이 송치한 사건에 대하여 검찰이 보충수사를 진행함에 있어서 ‘구체적 지휘(제193조 3항)’를 발동할 수 있는지에 대하여는 견해가 대립되어 있다. 따라서 실무상 송치이후에 검찰의 요구에 의해 진행되고 있는 경찰수사는 상호협력(제192조)에 기초한 ‘요청’에 의한 것인지 ‘지휘’에 의한 것인지 해석상 다소 미묘한 상태이다.

에서 보면 일본의 수사구조는 사건송치를 기점으로 경찰과 검찰의 수사단계가 분리되어 있는 형태라 할 수 있다.

본고 제5절에서 경찰의 수사권한을 살펴본 바와 같이 일본경찰은 특정사건을 수사함에 있어 각종의 대인적·대물적 강제처분을 포함하여 수사상의 각종처분을 검찰의 개입 없이 독자적으로 행하고 있다. 반면 후술하는 바와 같이 한국경찰은 수사개시 및 진행단계 등에서 개별사건에 대한 각종 통제를 검찰로부터 받고 있다. 일본의 경우 경찰이 수사를 진행중인 개별사건에 대하여 송치 이전에 검찰이 관여하거나 이를 통제하는 경우는 현실적으로도 존재하지 않는다는 점이 우리 나라와의 크게 차이나는 점이다.

(5) 검·경의 수사경합

앞에서 살펴본 바와 같이 경찰이 제1차적 수사를 담당하나, 검찰도 최종에 관계없이 모든 범죄에 대하여 독자적으로 수사할 수 있는 권한을 가지고 있다. 그렇다면 이러한 수사구조 하에서는 하나의 범죄에 대하여 양 수사기관이 동시에 수사를 진행하는 경우가 발생할 수 있음을 예상할 수 있다. 예컨대 검찰과 경찰에 동일한 수사의 단서를 포착하였을 경우, 양 수사기관이 이중적으로 수사를 진행할 가능성이 있다는 것이다. 이러한 이중적인 수사는 일방의 수사기관이 어떠한 이유로 불공정한 수사를 진행할 경우, 다른 수사기관이 이를 견제함으로써 공정한 수사를 담보하는 장점을 살릴 수 있다는 면이 있으나, 반면 소송경제의 관점이나 동일인에 대한 국가기관의 이중적 수사라는 관점에서 볼 때 문제시될 수 있을 것이다.

이러한 문제점을 해소하기 위해서는 검·경간의 상호협력이 필수적이라 할 것이다. 일본의 경우, 실무상 검찰과 경찰이 이중적으로 수사를 진행할 경우 상호간의 협력을 통해 이를 조정하거나 합동수사본부 등을 설치하여 공동으로 수사함으로써 이러한 문제를 해소하고 있다고 한다⁵⁴⁸⁾. 이러한 실무상의 검·경의 상호협력의 관행은 검찰인사

548) 필자는 2002년말 일본 大阪경찰본부 수사관계자와의 인터뷰를 통하여 1998년에 있었던 大阪府경찰본부와 大阪지방검찰청 사이의 수사공조사례를 들은 바 있다. 당시 大阪市소재 三田工業의 분쇄결산사건에 대하여 大阪경찰본부 수사2과와 大阪지방검찰청 특별수사부가 각각 수사에 착수하였다. 당시 검찰에서는 직접 수사를 담당하겠다는 의견을 보였고, 경찰에서는 이미 많은 정보를 수집한 단계이므로 경찰에서 직접 수사를 하겠다고 주장하였다. 이에 합동수사회의를 통해 공동으로 수사하기로 합의한 후, 검찰이 사장 등 피의자 2

의 공개적인 발언을 통해서도 엿볼 수 있다⁵⁴⁹⁾.

다. 복종의무(제193조 4항) 및 징계, 파면의 소추권(형사소송법 제194조)

사법경찰직원은 전술한 검찰관의 지시, 지휘에 대하여 복종해야할 의무가 있다(형사소송법 제193조 제4항). 이 복종을 확보하는 수단으로 일본형사소송법 제194조⁵⁵⁰⁾는 검

명을, 경찰이 전무 등 피의자 4명을 체포하였다고 한다. 이와 관련된 보도기사로는 朝日新聞, 2000년 2월 24일자 기사 20면 참조.

- 549) 鈴木義夫 외 4인, 座談會 現代日本の檢察—檢察權行使の實態と法理—, 現代の檢察, 法學セミナー増刊(綜合特輯 시리즈 제16권), 日本評論社, 1981, 59면을 보면, 좌담회의 사회자인 三井誠 교수가 과거 공판전종론이 전개되었다는 점을 상기시키며 검찰의 보충수사나 독자수사가 필요한 경우에 있어서의 경찰수사와의 관계가 현실적으로 어떠한지 설명해달라는 질문에 대하여, 검찰관계자로서 동 좌담회에 참석한 鈴木義夫(당시 최고 검찰청검사)씨는 “수사는 완전히 경찰에 맡기고 검사는 공소권에 철저해라, 경찰이 무능하다면 그것은 그대로 어쩔 수 없다라고 하는 의견도 있습니다만, 그렇게 해서는 국민이 기대에 부응할 수 없다는 점이 검찰관이 직접 수사에 관여하는 기초가 되어 있는 것이 아닌가 생각하고 있습니다. 현재상황을 말씀드리면 일반사건에서는 경찰이 수사하여 보낸 것을 심사하여 보충해야할 것이 있으면 스스로 또는 경찰에 지시하여 보충하게 됩니다. 한편 독자수사라고 하는 것은 경찰이 수사하기 힘든 경우 또는 경찰이 충분한 능력을 가지고 있지 못한 사건에 대하여 행해지고는 있으나, 그 수적으로는 극히 한정되어 있습니다. 현재 가장 중핵이라고 생각되는 것은 양자의 중간이라고 말해야 하는 경찰과의 협력에 의한 수사입니다. 경찰은 경찰대로 독자의 수사권을 가지고 있습니다만, 경찰에 의한 수사단계에서 검찰관이 기소할 것을 감안하며 여러 가지 시사(示唆)를 전함으로써 양자가 협력하여 충분한 수사를 하는 방법이 독직사건, 재정(財政)사건, 공안·노동사건, 중대사건 등의 경우에는 특히 필요시되고 있습니다.”라고 답변하고 있다. 즉 검찰이 보충수사를 위하여 실무상 독립된 수사기관인 경찰과 검찰이 수사를 위해 상호협력하고 있을 뿐만 아니라, 주로 검찰의 독자수사가 행해지는 죄종인 독직사건이나 재정사건 등의 수사에 있어서도 경찰과 협력하여 수사하고 있음을 인정하고 있다고 볼 수 있다.

참고로 김종구, 형사사법개혁론—새로운 패러다임의 비교법적 모색—, 법문사, 2002, 339면 및 법무연수원, 수사지휘론, 2003, 93면은 일본검찰의 경찰에 대한 수사지휘실태에 관하여 기술함에 있어 “더 나아가 사법경찰조직의 비대화 및 그에 대한 통제의 부재를 염려하여 검찰의 경찰에 대한 통제기능의 확대를 주장하는 논의도 활발하다(계속되고 있다)”라고 설명하면서 그 출처로서 위 좌담회 자료 59면을 공히 인용하고 있다. 그러나 밑줄 친 표현이나 이러한 취지로 해석할 여지가 있는 발언은 좌담회 전체 토론내용의 어디에서도 찾아 볼 수 없다(위 좌담회의 전체내용은 46~73면이며, ‘경찰수사와의 관계’에 관한 부분은 59~61면이다).

- 550) 제194조는 1948년 현행형사소송법 제정시에 마련되었던 조문이다. 그러나 제2항에서 본조를 보충하는 법률이 정해져 있음을 예정하고 있으나, 이에 해당하는 법률인 ‘형사소송법제194조에기초한징계처분에관한법률[1954년제정, 법률제64호]’의 제정이 지연되었기 때문에 1954년에 이르러서야 실효성을 가지게 되었다(한편 제194는 1954년의 경찰법의 전면개정과 더불어 경찰조직이 개편됨에 따라 같은 해 징계파면권자에 관한 내용이 일부개정되었다). 현행형사소송법 시행이후 각계의 의견을 조정한 위 ‘법률’이 제정되기까지는 몇 차례의 난항이 있었다. 1952년에는 전문28조로 이루어진 ‘사법경찰직원특별징계파면법안요강’이 입안되었으나 관철되지 못했다. 1953년에는 사법경찰직원등직적심사회를 설치하여 위법 또는 현저하게 부당한 수사를

찰에게 사법경찰직원에 대하여 징계 또는 파면을 소추를 행할 권한을 부여하고 있다. 즉 檢事總長, 檢事長, 檢事正은 사법경찰직원이 정당한 이유없이 검사의 지시나 지휘에 따르지 않은 경우에 있어서 필요하다고 인정될 때에는 국가공안위원회, 도도부현공안위원회에 징계 또는 파면의 소추를 할 수 있는 것이다(제194조 제1항). 이 청구를 받은 국가공안위원회, 도도부현공안위원회는 소추가 이유있다고 인정되는 때에는 소추를 받은 자를 징계하거나 파면하여야 한다(동조 제2항). 이 소추는 서면으로 청구하며, 처분의 종류·절차 및 효과에 대하여는 당해 직원에 대한 통상의 징계처분의 예에 의한다(형사소송법제194조에기초한懲戒處分에관한法律[1954년제정, 법률제64호] 제1조 및 제2조). 징계·파면을 청구하는 서면에는 그 성질상 당연히 처분을 필요로 하는 이유를 기재하여야 하며, 또한 징계처분의 종류나 정도에 관하여 의견을 기재할 수는 있으나 징계권자를 구속하지는 못한다.

그러나 당시 위 징계법의 제정에 대하여 경찰측으로부터 강한 우려가 표명되어, 법무성과 경찰간에 해당법률의 운용에 있어 신중을 기하고 실제 적용되는 사태가 발생하지 않도록 상호 노력해야한다는 취지의 합의가 행해졌으며, 동 법률 시행이후 현재까지 실제 징계·파면의 소추가 행해진 예는 단 한번도 없다. 검찰관의 이러한 권한이 실제로 제대로 기능하고 있는지에 대하여는 의문이라 지적되고도 있다.

라. 변사체검시 및 대행검시

형사소송법 제229조 제1항은 변사체검시를 검찰관의 권한으로 규정하고 있으며, 동조 제2항에서 사법경찰원에게 검시의 처분을 대행(소위 대행검시)시킬 수 있음을 인정하고 있다.

행한 사법경찰직원 및 검찰사무관, 그리고 검찰관의 지시·지휘에 따르지 않은 사법경찰직원을 직무집행으로부터 배제시키도록 당해 임명권자에게 권고하는 권한을 심사회에 인정하는 것을 내용으로 하는 ‘사법경찰직원등적격심사회법안’이 입안되어 각의를 거쳐 국회에 제출되었으나, 국회의 해산과 더불어 입법화되지 못했으며, 1954년에 이르러서야 현행의 징계법이 제정되었다.

참고로 朴種鹿, 일본의 사법경찰제도, 법무부 법무자료 98집, 1988, 383면(김종구, 앞의 책, 337면 및 법무연수원, 앞의 책, 88면이 인용)은 체포장의 남용 등 경찰수사에 대한 각계의 비판을 배경으로 1953년의 형사소송법 개정시 신설된 규정이라고 기술하고 있으나 이는 정확하지 못한 설명이다.

그러나 변사체검시의 대상인 ‘변사체’란 사인이 범죄에 의한 것인지 아닌지가 명백하지 않은 사체를 의미하므로 예컨대 사인이 ①범죄에 의하지 않음이 명백한 경우와 ②범죄에 의한 것이 명백한 경우⁵⁵¹⁾에는 변사체검시의 대상에서 제외된다. 즉 ①의 경우에는 사인의 확인이나 신원조회 등을 위한 경찰재량의 소위 행정검시가 행해지며, ②의 경우에는 변사체검시를 행하지 않고, 곧바로 수사에 착수하여 수사상 검증·감정 또는 실황조사를 행하게 된다.

실무상 경찰에서 취급하는 사체 중 실제 변사체검시가 이루어지는 비율은 매우 낮다. 다소 오래된 통계이기는 하나 1972년도에 경찰이 인지한⁵⁵²⁾ 약 43,000건의 사체처리상황을 보면, 이 가운데 변사체검시를 행한 비율은 5.05%(검찰관이 직접 검시한 경우가 0.05%, 대행검시가 5.0%)이며, 범죄에 의한 것이 명백하여 경찰이 곧바로 수사상 검증이나 실황조사를 행하는 경우가 8.8%, 나머지 86.1%는 행정검시로 처리되었다는 자료를 통해 이러한 실무상의 처리관행을 엿볼 수 있을 것이다.

우리 나라의 경우는 변사체검시에 관하여 일본과 실질적으로 동일한 법규정을 가지고 있음에도 불구하고, 소위 행정검시에 해당하는 사건마저도 실무상 대부분 검사의 지휘를 받고 있어 대조적인 운용형태를 보이고 있다.

한편 일본경찰은 이러한 실무적인 운용상황을 바탕으로 사인에 대한 정확한 판명을 위해 전문가를 배치·활용하는 ‘검시관(형사조사관)’제도를 운용하고 있다. 동 제도는 1959년 9월 14일자 경찰청차장통달 ‘검시관의 설치에 관하여’에 의거한 것이며, 각 도도부현경찰본부 단위에 10년 이상 수사경험을 가진 경시(경정)이상의 경찰관 가운데 원칙적으로 학교교육법에 정해진 대학의 법의학교실 또는 과학경찰연구소에서 소정의 법의

551) 범죄에 의해 사망한 것이 명백한 경우에도 변사체검시(사법검시)의 대상이 된다는 수사의 개시단계에 있어 검찰관의 통제를 확대하려는 소수의 주장도 있다. 이러한 주장은 현행법의 취지에 합치하지 않을 뿐만 아니라 대행검시가 일반화되어 있는 실정을 감안하면 이론적으로 타당하지 못하다는 비판을 받고 있다(松尾浩也, 앞의 책, 94면 참조).

552) 각종 법령상 변사체를 발견한 자에 대하여 직접 또는 간접적으로 경찰에 신고할 의무를 부과하고 있기 때문에 실무상 변사체의 인지는 거의 대부분이 경찰에 의해서 이루어지고 있다고 한다. 예컨대 신고의무를 규정한 법령으로는 의사법 제21조, 사체해부보존법 제11조, 감옥법시행규칙 제177조, 경범죄법 제1조 제18호 등이 있다.

학과정을 연수한 자를 임명하여 검시나 사법해부에 입회시키고 있다.

마. 사건송치의무

일본의 검·경관계에 관한 국내문헌은 경찰의 사건송치와 관련하여 단순히 체포후 48시간 이내에 신병과 기록 일체를 검찰관에게 송치하여야 하고(형사소송법 제203조 3항), 또한 자신이 수사한 모든 사건을 검찰에 송치하여야 한다(제246조)는 내용을 적시함에 그치는 경우가 일반적으로 보인다. 여기서는 일본경찰의 사건송치와 관련하여 법률상의 불송치특례 및 실무상의 소위 사건성 없는 사건에 대한 불송치관행 등 국내에 그다지 소개되지 않은 사실에 대하여 살펴보도록 한다.

(1) 송치의무 및 불송치특례

사법경찰원은 범죄의 수사를 행한 때에는 원칙적으로 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검찰관에게 송치할 의무가 있다(형사소송법 제246조)⁵⁵³⁾. 이와 같이 일본의 경우에도 원칙적으로 소위 전건송치주의가 확립되어 있는 것으로 해석되고 있으나, 한편 일본경찰의 검찰에 대한 전건송치주의에는 법률상 다음과 같은 예외가 인정되어 있다. 즉 일본형사소송법 제246조 단서에 규정되어 있는 고소·고발사건을 제외한 ‘검찰이 지정한 사건’에 대한 불송치 특례인 미죄처분이 있으며, 또한 소년법상의 소년범의 송치에 관한 특례가 있다⁵⁵⁴⁾.

첫째, 미죄처분이란 범죄사실이 극히 경미하고 또한 검찰관으로부터 송치의 절차를 취할 필요가 없다고 미리 지정된 사건에 대한 불송치처분을 말한다(범죄수사규범 제198조). 미죄처분의 지정은 검사총장통달이 제시한 기준에 따라 각지의 검사정이 관할구역 내의 사법경찰원에 대하여 행하고 있다. 지정사건은 지역에 따라 다소 차이가 있으나, 대략적인 범죄유형으로는 ①피해액 근소, 범정경미, 피해회복, 피해자의 유서, 우발적

553) 또한 사법경찰원은 고소·고발·자수를 접수받은 때와 그 취소가 있을 때에는 신속히 이것에 관한 서류 및 증거물을 검찰관에게 송부하여야 한다(형사소송법 제242조, 제243조, 제245조).

554) 交通反則通告制度에 의해서 반칙금(反則金)을 납부함으로써 처분이 종결되는 교통반칙사건도 검찰관에 의해 지정된 불송치처분의 특례에 해당된다.

범행, 재범의 우려가 없는 절도·횡령·사기사건 및 이에 준하는 장물사건, ②도박액이 근소하고 범정도 경미하며 재범의 우려가 없는 초범자의 도박, ③기타 검사정이 특별히 지정한 특정죄종의 사건(피해경미한 폭행 등) 등이 포함되어 있다⁵⁵⁵⁾. 미죄처분은 명치 시대초기부터 미죄불검거라는 방침에 따라 실무관행으로 행해지던 것이 제도화된 것이나⁵⁵⁶⁾, 현재는 기소유예처분과 더불어 재판절차에 앞서 사건을 형사절차로부터 배제시키는 다이버전(diversion)의 일종으로서 이해되고 있다. 또한 미죄처분을 행함에 있어서는 ①엄중히 훈계하여 장래를 바로잡도록 하고, ②친권자·고용주 등을 불러 앞으로의 감독에 필요한 주의와 함께 청원서를 받으며, ③피의자에게 피해회복, 사죄, 기타 적당한 방법을 강구하도록 타이르는 조치를 취하고 있다(범죄수사규범 제200조).

불송치사건에 관하여는 그 처리년월일, 피의자의 성명·연령·직업 및 주거, 죄명 및 범죄사실의 요지를 매월 일괄하여 미죄처분사건보고서에 의해 검찰관에게 보고하고 있다(범죄수사규범 제199조). 이러한 보고를 통하여 그 권한행사의 적법성 여부가 타 기관인 검찰에 의해 통제된다고 볼 수 있다. 일본경찰청의 내부통계자료에 의하면 1998년도에 경찰에 의해 미죄처분된 인원은 총 79,064명으로 같은 해 경찰의 일반형법범 검거 총인원(324,263명)의 24.4%에 달하고 있다⁵⁵⁷⁾. 또한 같은 자료에 의하면 미죄처분인원은 1960년대에 2만여건(일반형법범 검거총인원 대비 약 6%)에서 점차 증가하여 1980년대 중반에 10만건(약 25%)을 상회하였다가 이후 8만건 내외의 수치를 보이고 있다.

둘째, 소년법상의 일정한 소년사건에 대한 송치특례이다. 즉 사법경찰원이 수사를 수행한 결과, 그 범죄가 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄의 혐의가 있는 것으로 판단되는 때에는 검찰관이 아니라 가정재판소에 사건을 직접 송치하게 되어 있다(소년법 제41조, 범죄수사규범 제210조 제1항). 이 경우 사법경찰의 판단에 따라 검찰로 송치하는 것이 아니라 가정재판소로 직접 송치를 행하게 된다.

(2) 사건송치의 실태

555) 三井誠, 刑事手続法(1)[新版], 有斐閣, 1997, 170면.

556) 三井誠, 앞의 책, 171면.

557) 일본경찰청(형사국 형사기획과 내부문건), 犯罪統計資料(1999년분) 第348號.

일본에서도 전건송치주의와 관련하여 학설상으로는 일반적으로 당해사실이 죄가 되지 않거나 또는 해당자에게 범죄의 혐의가 없다는 것이 판명된 사안까지 송치대상에 포함된다고 해석되고 있으며, 경찰이 수사활동을 개시한 경우에는 검찰관에게 송치하여야 한다는 설명이 많다. 그러나 경찰실무는 형사소송법 제정 당초부터 일관되게 엄격한 전건송치주의를 취하지 않고 있으며, 수사를 수행하여 결과적으로 소위 사건성(事件性)이 없다고 판명된 경우, 범죄혐의가 없거나 불충분한 사안, 공소권이 없는 사안, 죄가 되지 않는 사안 등은 고소, 고발 또는 자수에 의해 인지된 사건을 제외(형사소송법 제246조 참조)하고는 원칙적으로 송치하지 않는 관행이 정착되어 있다⁵⁵⁸⁾. 한편 한국경찰은 피의자나 참고인의 소재불명인 경우에 우선 기소중지 의견으로 사건을 송치하고 있으나⁵⁵⁹⁾, 일본의 경우는 경찰이 피의자 등의 소재를 발견하여 실질적으로 수사를 종결할 때까지는 별도로 사건을 송치하지 않는다⁵⁶⁰⁾.

(3) 송치 이후의 경찰수사의 법적 성격 및 운용실태

앞에서 살펴본 바와 같이 일본은 사법경찰단계의 구류(구속)기간을 두고 있지 않으나, 체포후 송치한 피의자가 검찰의 구류기간 중에는 실제 경찰서 유치장인 대용감옥에 수감되어 있다. 그리고 실무상 이러한 구류기간중에 인신구속피의자를 상대로 한 적극적인 수사가 경찰에 의해서 행해지고 있기도 하다.

그렇다면 특히 인신구속사건의 경우 피의자를 체포하여 송치한 이후의 경찰수사는 법적으로 어떠한 성격을 가지고 있는 것이며, 또한 실무상 사건기록 등은 어떻게 관리

558) 千野啓太郎, 警察捜査と事件送致, 警察學論集 第51卷 10號, 1998, 94~95면.

559) 사법경찰이 기소중지 의견으로 송치한 사건의 피의자나 참고인의 소재를 발견하였을 때에는 즉시 검사에게 그 사실을 보고하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제60조). 실무에서는 이러한 기소중지자 소재발견보고를 통해서 검찰로부터 송치한 사건기록을 반환 받아 수사를 진행하고 있으며 이후 사건수사가 일단락되면 검찰로 재차 사건을 송치하고 있다. 결국 이 경우는 실질적으로 하나의 사건에 대하여 사건송치가 2회에 걸쳐 행해지게 되는 것이다. 2001년도의 경우 검찰에서 기소중지 및 참고인중지로 처분된 인원은 195,688명에 달하였다.

560) 일본은 이 경우에 경찰이 재판소로부터 직접 체포영장을 발부 받아 지명수배조치를 취하고 있으며, 이후 피의자의 소재를 발견하여 수사를 실질적으로 종결한 시점에 비로소 사건을 송치하고 있다. 한편 피의자의 소재가 공소시효의 완성이 임박한 시점까지 발견되지 않을 경우에는 통상 시효가 완성되기 약 1개월전에 사건을 검찰로 송치하고 있다. 이러한 실무처리절차는 고소 및 고발사건에 있어서도 동일하다.

되고 있는지에 대하여 의문이 생길 수 있을 것이다.

먼저 인신구속피의자를 송치한 이후 구류단계에서의 경찰수사의 법적 성격, 즉 이 단계의 경찰수사가 검찰의 지휘에 의한 수사인지, 경찰의 독자적 수사책임에 의한 수사인지에 대하여 해석상 견해의 대립이 있다. 이에 대한 견해의 대립은 위 검·경관계에 관한 규정에 대한 해석에서와 마찬가지로 주로 수사권한의 광협을 다투는 검찰측과 경찰측의 견해대립이기도 하다. 전자⁵⁶¹⁾는 ①구류청구 및 구류된 피의자에 대한 석방권은 검찰관에게만 부여되어 있으며, ②또한 송치이후 공소의 제기 여부를 결정하는 권한 및 이를 위한 수사의 필요성에 대한 판단은 검찰관에게 있으므로 송치 이후의 수사책임은 검찰관에게 이전된다는 점을 논거로 하고 있다. 이에 반하여 후자⁵⁶²⁾는 ①구류단계에서 보충수사를 명할 수 있다고 보는 전자의 견해는 경찰수사의 자주성을 무시하는 것으로 현행형사소송법의 취지에 모순되며, ②검찰관이 구류청구권을 독점하고 있으나 이는 사법적 억제라는 의미에 불과하며, 구류와 경찰수사와는 필연적인 관계가 없다, ③경찰법 및 지방자치법에 의해 도출되는 이념은 도도부현경찰이 수사의 개시부터 완료까지 시종 스스로의 책임에 의해 완수하도록 요구하고 있다는 점을 논거로 하여, 송치이후의 소위 보충수사도 경찰의 책임 하에 이루어지는 것이라고 보고 있다.

한편 송치 이후의 구류단계에서의 수사가 일상화되어 있는 일본경찰의 경우, 사건송치서, 기록목록 및 의견서 등의 사본만을 보관하고 있는 한국경찰과 달리 사건기록 일체를 복사하여 그 사본을 별도로 보관해두고 있다. 따라서 구류단계에서도 이러한 사본기록을 바탕으로 추가적인 수사를 진행하고 있다.

III. 요약

이상에서 경찰의 수사조직 및 수사상 지위·권한, 그리고 수사절차에 있어서의 경찰과 검찰의 관계를 중심으로 일본의 수사경찰제도를 소개하였다. 특히 우리 나라와 비교되는 제도나 현황 등에 관하여는 본문 해당내용 부분에 개별적으로 적시해두었다. 이하

561) 河上和雄, いわゆる検事勾留と司法警察職員の権限, 警察研究第41巻第10號, 1970, 6~7면.

562) 土金賢三, 熊谷弘(編), 앞의 책, 101면; 桐山隆彦, 앞의 책, 234면; 警察廳刑事局刑事企劃課, 앞의 책, 53~55면.

에서는 결론에 갈음하여 일본 수사경찰제도의 특징적인 점을 개조식으로 요약해둔다.

- (1) 일본경찰은 본래적인 수사를 담당하는 제1차적 수사기관이며, 검찰은 원칙적으로 공소유지를 위해 필요할 경우에 사후적으로 이를 보충하거나 보정하는 수사를 담당하는 제2차적 수사기관이다. 실제 형사사건의 대부분은 경찰에 의해서 처리되고 있으며(2001년도의 경우 일본검찰이 직접 인지수사한 인원은 7,691명으로 전체형사사건 처리인원의 0.4% 수준), 검찰은 경찰이 송치한 사건에 대하여 필요시 보충적인 수사를 행하고 있다. 또한 검찰의 독자수사는 증수뢰사건, 상법위반사건 등 정치적 중립성이나 고도의 법률지식이 요구되는 사건에 한정되어 행해지고 있다.
- (2) 일본경찰은 구체적인 개별사건에 있어 검찰의 개입 없이 독자적인 판단에 의하여 수사를 행하고 있으며, 임의수사는 물론 대인적·대물적 강제처분을 행함에 있어 검찰의 지휘를 받지 않는다. 일본경찰은 한국경찰과 달리 체포장을 비롯하여 압수·수색·검증·감청 등의 각종 영장을 검찰을 거치지 않고 재판소에 직접 청구하여 발부받고 있다. 또한 독자적인 판단에 의하여 피의자를 석방하고 있으며, 압수물의 처리와 관련된 처분을 행하고 있다. 경찰의 구체적 사건에 대한 수사는 송치이후의 단계에 이르러서야 검찰의 통제를 받게 된다. 검찰은 송치 이후에 경찰수사에 대하여 법률적인 측면 및 사실적인 측면에 대한 사후적인 검토를 통하여 경찰수사의 적정성을 체크하고 있으며, 또한 필요하다고 인정될 경우에 보충적·보정적 수사를 진행한다.
- (3) 당사자주의의 확립에 따라 일본검찰은 공판을 중시하는 조직운영의 특징을 보이고 있다. 패전후 현행 형사소송법의 성립은 영미법의 당사자주의를 대폭 수용한 것이었으며, 그 귀결로서 패전전의 수사에 전념하던 검찰의 과거의 모습에 대한 반성과 함께 일방당사자인 검찰의 공소관으로서의 공판활동의 중요성에 대한 인식이 일반적인 공감대를 형성하게 되었던 것이다. 1960년대에 대두된 검찰관 공판전중론은 학계를 비롯하여 사법부와 변호사계는 물론 검찰내부에서조차 이에 동조하는 움직임이 있었다는 사실은 전술한 바와 같다. 이러한 일본검찰의 특징은 현재의 한국검찰이 공판에 무관심한 반면 수사에 과도하게 집착하는 조직운영실태를 보이고 있다는 사실과 비교할 때의 상대적 특성이기도 하다.

- (4) 제1차적 수사를 담당하는 경찰의 수사조직상의 특징이다. 일본경찰의 경우, 우리나라의 지방경찰청에 상응하는 도도부현경찰본부 단위의 수사조직이 인적·물적 자원을 갖추어 체계적으로 정비되어 있으며, 경찰수사의 중심적 역할을 담당하고 있다. 각 도도부현경찰본부에는 주로 일반형범법사건을 담당하는 형사부와 특별형범법사건을 담당하는 생활안전부가 수사주무부서로서 기능을 분리하여 수사를 담당하고 있으며, 경찰청 부속기관인 과학경찰연구소(1)와는 별도로 경시청 및 도도부현경찰본부의 형사부에 과학수사연구소(47)가 각각 부치되어 있다. 또한 부 이하의 과·계의 편성을 전문화·세분화하여 지방경찰청 단위의 수사조직체제를 정립함으로써 조직적·광역적 범죄에 효과적으로 대응하고, 특수한 범죄유형에 대한 전문적인 수사능력을 겸비한 인적 자원을 장기간에 걸쳐 집중적으로 양성하는 체제를 정비하고 있다. 경찰서 단위의 수사가 대중을 이루고 있는 한국경찰과는 비교되는 부분이다.
- (5) 사범순사의 인적 구성 및 비율 그리고 법적 수사권한에 있어서의 특징이다. 사범경찰리가 전체 경찰관의 86.2%를 차지하고 있는 경사·경장·순경의 3계급이 해당되는 한국과 달리 일본의 사범순사는 최하위 계급인 순사만이 해당되며, 전체 경찰관의 30%정도에 불과하다. 한편 사범순사에게는 수사에 있어 제1차적 수사기관으로서의 지위가 부여되어 있으며(제189조 1항), 긴급체포, 영장에 의하지 않는 압수·수색·검증(제220조), 각종영장의 집행(제199조 1항, 제218조), 피의자와 참고인에 대한 조사(제198조, 제223조), 압수물에 관한 처분(제222조 1항), 공무소 등에의 조회(제198조 2항) 등 현실적인 측면에서 그 필요성이 요청되는 강제수사 및 임의수사의 권한이 명문으로 인정되어 있다. 사범경찰리의 인적 비율이 전체 경찰관의 대다수를 점하고 있음에도 불구하고 피의자신문에 있어서조차 법률상 명문규정이 없어 그 권한행사의 당부에 대하여 시비가 있는 우리 나라와는 대비되는 점이다.
- (6) 피의자의 인신구속에 관한 실무운용상의 특징이다. 국내에 알려져 있는 바와 같이 법률상 일본의 사범경찰은 독자적인 영장청구를 통해 48시간 동안 피의자를 체포할 수 있을 뿐이며, 경찰단계의 구속기간은 형사소송법상 인정되어 있지 않

다. 그러나 실제로는 경찰이 피의자를 체포하여 검찰에 사건을 송치한 이후에도 대부분의 피의자는 검찰의 구류기간 중에도 소위 대용감방인 경찰서 유치장에 그대로 구금되고 있다. 평균 10일이 넘는 이 구류기간 중에 경찰의 당해 피의자에 대한 추가적인 수사가 진행되고 있으므로 실질적으로는 우리 나라의 경찰구속기간보다 더 장기간 구금되어 조사를 받고 있다고 볼 수 있다.

- (7) 변사체처리에 관한 운용상황이다. 실무상 변사체검시는 법해석에 기초하여 사인이 범죄에 의한 것인지 아닌지가 명백하지 않은 사체에 한하여 행해지고 있다. 사인이 범죄에 의하지 않음이 명백한 경우는 행정검시로 처리되며, 범죄에 의한 것이 명백한 경우에는 경찰이 검찰의 지휘없이 곧바로 주도적으로 수사에 착수하여 수사상 검증·감정 또는 실황조사를 행하고 있다. 경찰이 처리한 사체 중 변사체검시가 행해지는 비율은 전체의 5% 정도에 그치고 있으며(그 대부분은 대행검시가 이루어지고 있다), 나머지는 행정검시로 처리되거나 수사상 검증이나 실황조사 등이 행해지고 있다. 한편 경찰은 사체에 대한 법의학적 전문가를 육성하여 수사일선에서 적극적으로 활용하고 있다.
- (8) 경찰에게 미죄처분의 권한이 인정되어 있다는 점이다. 송치의무의 예외로서 검찰관이 미리 지정한 사건에 대한 소위 미죄처분이 인정되어 있다. 미죄처분은 경미범죄에 대하여 정식의 형사절차에서 이탈시켜 낙인을 회피할 수 있게 하는 다이버전(Diversion)의 일종으로 검찰의 기소유예에 비견되고 있다. 이 제도는 경미범죄에 대하여 형사절차의 가장 초기단계에서 이를 걸러주는 거름종이 기능을 수행하여 정식절차로의 이행에 따른 부담을 경감시킬 뿐만 아니라 중요한 사건에 대하여 형사재판을 집중할 수 있는 여력을 제공한다는 이점이 있다. 통계상 미죄처분으로 종결되는 사건은 일본경찰이 처리하는 전체 형법범사건의 4분의 1에 이르고 있다.
- (9) 사건송치제도의 운영상 특징이다. 일본도 미죄처분과 소년범에 관한 송치특례를 제외하고는 한국과 마찬가지로 원칙적으로는 법률상 전건송치주의를 채택하고 있다. 그러나 실무관행상 수사를 진행하였으나 소위 사건성이 없는 사안으로 판명될 경우에는 사건을 검찰에 송치하지 않고 있으며, 피의자의 소재불명으로 수

배조치를 취하는 소위 기소중지사건의 경우도 피의자를 검거하여 수사를 종결할 때까지는 송치하지 않는다. 이러한 의미에서 일본과 우리 나라의 송치제도를 각각 상대적 전건송치주의와 절대적 전건송치주의로 명명할 수 있을 것이다.

제4장 비교법적 고찰

제3장에서 프랑스, 독일, 영국⁵⁶³⁾, 미국, 일본의 5개국의 수사제도에 관하여 살펴보았다. 각국 수사제도에 대한 검토의 초점은 형사절차상 검·경의 지위 및 상호관계에 맞추어져 있었다. 우리 나라와 대비되는 각국의 특징적인 제도는 해당되는 본문내용 서술 부분에서 비교·검토하고 있으며, 각국의 수사제도에 관한 전체적인 요약도 각 국가별 장에서 정리해 두었다.

서론의 문제제기에서 언급한 바와 같이 한국의 검찰은 수사단계에서 형집행단계에 이르기까지 형사절차 전반에 걸쳐 깊숙이 관여하고 있다. 특히 소추절차와 수사절차는 검찰에 의해 철저하게 지배되어 있다고 보았다. 기소편의주의 하에서 막강한 기소재량을 행사할 뿐만 아니라 기소권을 배타적으로 독점하고 있으며, 수사의 주재자로서 검사를 제외하고는 유일한 수사기관인 사법경찰을 지휘함에 더하여 자체수사력까지 겸비하여 직접 수사를 수행하고 있기 때문이다. 사법경찰에 대한 수사지휘권은 제법규에 산재되어 있는 다양한 규정을 통하여 수사의 개시부터 종결단계까지 철저하게 확보되어 있어 검찰의 수사절차에 대한 지배를 더욱 강화시키고 있다. 소추절차와 수사절차에 대한 검찰지배는 수사와 소추가 실질적으로 하나의 기관에 의해 수행되는 구조를 형성시키고 있고, 이러한 구조는 한국 형사사법의 제환경과 결부되어 다양한 폐해를 초래하고 있다.

본장에서는 각국 수사구조의 비교·고찰을 통해 현행 한국 수사구조가 가지고 있는 이러한 특성 및 문제점을 명확히 밝혀보고자 한다. 이하에서는 각국에 있어서의 소추권 및 검사의 수사관여정도에 대하여 비교고찰한 후, 우리 나라 수사구조의 상대적인 특성 및 문제상황에 대하여 검토하는 순서로 논의를 진행하고자 한다.

563) 영국연합왕국은 잉글랜드·웨일즈·스코틀랜드·북아일랜드로 구성되어 있으며, 각 지역별로 형사사법제도에 차이가 있다. 이하 본고에서의 ‘영국’이란 이 중 영미법계의 형사절차적 특성을 가지고 있는 잉글랜드와 웨일즈를 의미한다.

제1절 각 국에 있어서의 검사의 소추권한

각 국의 검사는 공소관으로서 기소 및 공소유지에 관여하고 있다는 점은 세계각국의 보편적인 기준으로 볼 수 있지만, 그 구체적인 권한에 있어서는 적지 않은 차이를 보이고 있다.

기소권에 관해서 보더라도, 그 권한이 검사에게만 독점되어 있는지, 아니면 분점되어 있는지에 따라서 검사의 권한은 실제 큰 차이가 있다. 예컨대 오로지 국가소추주의에 입각하여 검사만이 소추할 수 있는 국가의 검찰과, 피해자 등에 의한 사인소추나 대배심과 같은 공중소추가 인정되어 있는 국가의 검찰을 기소권 유무만으로 그 권한을 단순비교할 수는 없는 것이다.

또한 기소권은 기소의 요건이 법정되어 있어 일정한 요건을 구비하였을 경우에 기소가 강제되는지, 아니면 기소의 요건이 구비되더라도 검사가 기소를 제기하지 않을 수 있는 재량이 있는지에 따라서도 그 권한에 대소의 차이가 있다. 즉 기소법정주의 대 기소편의주의의 구별기준은 소추권한을 비교하는 표지가 된다.

한편 기소권의 실질을 비교함에 있어서는 수사종결권⁵⁶⁴⁾이 검사에게 귀속되어 있는지, 아니면 실제 수사를 담당한 경찰에게 귀속되어 있는지, 또는 경찰에게 예외적인 수사종결권을 인정하고 있는지 여부 등을 고려할 필요가 있다. 경찰이 수사한 모든 사건을 검찰에게 송치해야하는 의무가 있는 경우에는 모든 형사사건이 검사의 기소여부의 판단대상에 포섭되지만, 경찰이 수사종결권을 가지고 송치여부를 재량으로 결정하는 경우에는 검사의 기소여부 판단권이 원천적으로 배제되는 영역이 존재하기 때문이다.

영국의 경우, 수사는 경찰이 담당하며 수사종결권은 경찰에 귀속되어 있다. 경찰은 경미한 범죄에 대하여는 범죄혐의가 인정되더라도 기소하는 것보다 경고(Caution)처분하는 적절하다고 판단되는 경우에는 피의자를 훈계·방면하고 사건을 종결할 수도 있다. 따라서 검찰이 기소권을 행사할 수 있는 사건은 경찰이 기소하는 것이 적절하다고 판단

564) 수사종결권은 법률상 개념이 아니며, 다소 다의적으로 사용될 수 있다. 여기서는 경찰이 수사한 사건을 모두 송치해야할 의무가 있는 경우에 수사종결권이 검사에게 귀속되어 있는 것으로 파악하고자 한다.

하여 소추(訴追, Charge)⁵⁶⁵⁾한 사건에 한정된다.

영국검찰의 기소권은 사인소추주의와 연관시켜 이해할 필요가 있다. 영국은 전통적으로 사인소추주의가 유지되어 온 나라이다. 현재의 영국검찰청(CPS)은 1985년 범죄소추법(the Prosecution of Offences Act 1985)의 제정과 더불어 창설된 기관이며, 1986년 10월에 이르러서야 정식으로 발족되었다.⁵⁶⁶⁾ 검찰이 창설되기 이전에는 사인소추의 전통 따라 피해자에게 소추권을 인정하고 있었으나, 실제에 있어서는 대다수 사건의 기소 및 공소유지가 경찰관 자신이나 경찰이 의뢰한 변호사에 의해 수행되어 왔다. 이는 경찰관이 사인의 자격으로 행하는 것이므로 사인소추주의의 틀을 벗어나지 않는 것으로 해석되었다.⁵⁶⁷⁾ 검찰이 창설된 이후 기존에 경찰이 담당하는 기소 및 공소유지는 검찰이 담당하게 되었나, 최초의 소추행위 자체는 경찰에 의해서 이루어진다.⁵⁶⁸⁾ 검찰은 경찰이 송치한 사건을 검토하여 경찰 의견대로 기소하거나 적용법조를 변경하여 기소할 수 있으며, 소송절차를 중단할 수 있다. 그러나 한국검찰과 같이 범죄혐의가 인정되어도 기소하지 않을 수 있는 광범위한 기소재량은 인정되어 있지 않다. 경찰이 소추한 사건에 대하여도 검찰은 공소를 중단할 수 있으나, 검찰의 소송절차 중단결정이 있더라도 피고인이 재개를 요구하는 때에는 중단결정은 무효로 되어 소송절차가 계속된다. 검찰

565) 소추(訴追)의 의미는 다의적이며, 혐의의 의미로는 공소의 제기를 의미하는 기소(起訴)와 동의어로 사용되기도 하나, 기소와 구별하여 광의의 의미로 사용하는 경우에는 범죄에 관하여 재판을 청구하는 의사표시를 말한다. 영미법계 국가의 경찰이 범죄혐의가 인정되는 사건을 검찰에 송치하여 재판을 청구하는 행위인 charge는 국내문헌상 통상 고발(告發)로 번역되는 경우가 많으나, 우리 나라의 경우 고발이란 범죄피해자 이외의 제3자가 형사처벌을 구하는 의사표시라는 한정적인 의미를 가지므로 ‘소추’로 번역하는 것이 적절하다고 생각된다.

566) 영국검찰의 기원은 1879년 범죄소추법(Prosecution of Offences Act 1879)이 제정되어 임명된 기소국장(Director of public prosecutions) 및 그 스태프로 구성된 공소관제도에서 찾을 수 있으나, 이는 극소수의 중대사건이나 복잡한 사건에 한하여 공소를 담당하는 소규모의 기관이었다. 1985년 범죄소추법(Prosecution of Offences Act 1985)이 제정되면서 기존의 내무부 기소국(the Department of the Director of Public Prosecutions)과 경찰의 소추변호사부(Police Prosecuting Solicitor's Departments)를 통합·확대하여 현재의 영국검찰청(Crown Prosecution Service, CPS)이 창설되었다.

567) 영국의 사인소추주의는 개인과 사적단체뿐만 아니라 경찰이나 공적단체에 의한 소추를 포함하는 개념이다. 공적기관 및 경찰은 소추에 있어서 법적 의무를 지지 않고, 또한 소추의 개시·수행에 관하여도 특별한 법적 권한이나 면책권한을 가지고 있지 않으므로 이 점에서 일반인과 아무런 차이가 없다고 보는 것이 이론적 근거이다.

568) 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003)의 시행에 따라 복잡한 사건의 기소여부결정을 검찰청이 행하도록 하는 제도변경이 있었으나, 최초의 소추행위 자체는 여전히 경찰이 행하고 있다.

의 기소 및 공소유지는 원칙적으로 경찰이 소추한 사건에 한정되며, 개인 및 사적단체는 독자적으로 사인소추를 제기할 수 있으므로 기소권이 독점되어 있지 않다. 이 경우 공소유지도 사립검사(private prosecutor)에 의해 이루어진다.

영국검찰은 공소유지와 관련하여 또 다른 제약을 받고 있다. 즉 치안법원(Magistrate's Court)에서는 검사가 법정에 출두하여 공소유지를 할 수 있지만 형사법원(Crown Court)에서는 법정출두를 할 수 없고 법무변호사(barrister)에게 공소유지를 대행하게 하여야 하기 때문이다.⁵⁶⁹⁾

미국의 경우, 수사종결권은 경찰이 가지고 있다. 수사한 결과 범죄혐의가 명백하지 않거나 증거가 불충분한 경우 사건을 검찰에 송치하지 않고 경찰단계에서 피의자를 석바양고 수사를 종결한다. 다만 예외적으로 체포영장이 발부되었거나 중요한 사건의 경우에는 검사와 협의하여 사건을 종결하기도 한다.

기소권은 공소관인 검사에게 부여되어 있으며, 기소인부제도(Arraignment)나 형사면책제도(Immunity)가 마련되어 있어 검사의 기소재량이 폭넓게 행사되고 있다. 하지만 연방헌법에 의해 보장되는 대배심에 의한 공중소추제도가 유지되고 있으므로 검사에 의해 독점되는 형식을 취하고 있지는 않다.⁵⁷⁰⁾ 또한 지역에 따라서는 경죄와 일정한 범위의 중죄에 대하여는 경찰에게 재량을 주어 검사의 승인 없이도 담당경찰관이 판단하여 법원에 소추할 수 있도록 허용하고 있다.

대륙법계 국가의 검사는 일반적으로 수사의 주재자로서 수사종결권은 물론 강력한 소추권을 가지고 있는 것으로 알려져 왔다. 그러나 살펴본 바와 같이 프랑스의 경우, 검사의 수사지휘는 예비수사 및 현행범수사의 영역에 한정되어 있으며, 중죄와복잡한 경죄사건의 수사 및 수사종결은 강제수사권을 보유한 수사판사(juge d'instruction, 예심판사)에 의해 이루어진다. 기소권에 관하여 보면, 범죄의 직접적인 피해자는 당해 범죄

569) 이들 법무변호사들은 검찰에 소속되지 않은 독립된 변호사들이었으나, 재판 직전에 검찰로부터 사건 설명을 듣는 기소측 변호사들의 승소율이 낮은 데 대한 비판이 제기되어 검사들의 법정출두가 단계적으로 허용되어 현재는 검찰 내에 법무변호사(Barrister)를 두고 자체 법무변호사(Barrister)로 하여금 공판진행을 하도록 하는 사례가 늘고 있다.

570) 기소절차에서 중죄는 다수의 주에서 대배심의 심리를 통해 기소여부를 결정한 후 정식기소장(indictment)으로 기소하며, 경죄는 검사가 작성하는 약식기소장(information)으로 기소하고 있다.

에 대하여 사인소추를 제기할 수 있으므로⁵⁷¹⁾ 기소권이 검사에게 독점되어 있지도 않다.⁵⁷²⁾ 프랑스의 사인소추제도는 공소에 부가하여 범죄피해의 회복만을 목적으로 하는 제도가 아니라 검사의 공소와 마찬가지로 유죄판결을 받아내기 위한 적극적인 기능이 인정되는 제도이다.⁵⁷³⁾ 또한 1급 내지 4급의 위경죄(contravention, 법정형이 10,000프랑 이하의 벌금형에 해당하는 사건)에 해당하는 범죄에 관하여는 검사장의 지명을 받은 경찰관은 기소권을 행사하고 있다(프랑스형사소송법 제45조 내지 제48조).

독일의 경우, 수사종결권은 수사의 주체자인 검사에게 부여되어 있다. 사법경찰은 수사를 행한 경우 당해 수사서류를 지체 없이(Ohne Verzug) 송치해야할 의무를 진다(독일형사소송법 제163조).

국가소추주의에 기초한 기소독점주의를 채택하고 있으나(제152조 1항), 대신 기소법정주의 원칙을 유지함으로써 검사의 소추권에 일정한 제약을 가하고 있다. 즉 법률에 특별한 규정이 없는 한 검사는 범죄혐의가 인정되어 형사소추가 가능한 경우에는 모든 범죄행위에 대하여 공소를 제기하여야 한다(제152조 2항). 검사에 의한 기소유예는 법정된 특정 범죄에 한하여 인정될 뿐이며(제153조~제153조e), 법원의 판단에 의해 기소를 강제시킬 수 있는 절차(Klageerzwingungsverfahren)가 견제장치로서 마련되어 있다.

한편 검사의 기소독점에는 사인소추에 의한 예외가 있다. 주거침입죄·모욕죄·서신비밀침해죄·상해죄·협박죄·재물손괴죄 등의 일정한 범죄에 한하여는 범죄피해자에게 사인소추의 권한을 인정하고 있는 것이다(제374조).

이와 같이 소추권에 관하여만 보더라도, 영국, 미국, 프랑스, 독일에서는 법체계에 관

571) 프랑스형사소송법 제1조는 “형의 적용을 위한 공소는 법률에 의해 이를 위탁받은 사법관 또는 공무원이 제기하며, 또한 추행한다. 공소는 본법에서 정하는 요건 하에서 피해자도 이를 제기할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 동법 제2조는 “중죄, 경죄 또는 위경죄에 의해 발생한 손해의 배상을 구하는 사소권(私訴權)은 범죄에 의해 직접 발생한 손해를 일신적으로 받은 모든 자에게 속한다.”라고 규정하고 있다.

572) 사인소추를 제기하는 방식은 다음의 두 가지 유형이 있다. 첫째는 검사가 이미 공소를 제기한 사건의 소송에 개입(intervention)한다는 의사표시를 통하여 당사자(partie civile)의 자격으로 형사소추에 관여하는 방식이며, 둘째는 검사가 해당사건에 대하여 기소유예처분을 내리거나 불기소처분 내지 수사 자체를 하지 않는 경우에 독자적으로 사소(私訴)를 제기함으로써 공소제기의 효과를 발생시키는 방식(action)이다.

573) “공소를 강화하고 피고인의 유죄를 받아내기 위한 동기만으로도 당사자자를 구성할 수 있다”고 보는 것이 프랑스 판례의 태도이다(프랑스형사소송법 제1조 및 제2조, 제418조 참조). Crim. 8 juin 1971, Bull. crim. no 182.

계없이 공소관인 검사에 의한 소추권의 전횡을 막기 위하여 절대적인 소추권한을 부여하지 않고 있으며, 또한 일정한 견제책을 마련해두고 있다.

한편 일본의 검찰은 소추권에 관하여 보는 한 상대적으로 강력한 권한을 행사하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 기소독점주의 및 기소편의주의 하에서 기소권과 공소유지 및 공소취소권을 행사하고 있다는 점이 그러하다.⁵⁷⁴⁾ 그러나 수사종결권에 관하여는 실제 검찰에게 전속된 형태를 취하고 있지는 않다. 소위 미죄처분 등의 불송치 예외가 법률상 인정되어 적극적으로 활용되고 있고, 또한 사건성 없는 사건의 불송치 관행이 실무상 정착되어 있기 때문이다.⁵⁷⁵⁾

이러한 5개국 검사에 비하여 한국의 검사는 소추권한에 있어서 절대적으로 우월한 지위를 점하고 있음이 확인된다. 한국검찰은 기소권에 더하여 공소유지 및 공소취소권을 가지고 있다. 또한 기소권은 국가소추주의에 기초하여 원칙적으로 공소관인 검사에게 독점되어 있으며,⁵⁷⁶⁾ 기소편의주의에 입각한 광범위한 기소재량 또한 검사에게 인정되어 있다.⁵⁷⁷⁾ 사인소추나 공중소추를 통하여 범죄피해자나 시민의 소추에 관여할 수 있는 여지가 없을 뿐만 아니라 독일식의 기소법정주의를 채택하고 있지도 않다. 검사의 기소권이 독단적으로 행사될 경우에 대비한 이러한 견제장치가 구비되어 있지 않으며, 나아가 검사가 소추권을 남용하여 악의적·차별적 공소를 제기하거나 혹은 부당한 불

574) 이러한 일본검찰의 막강한 소추권한은 패전 이후 검찰이 수사주재자의 지위를 상실하고 제2차적 수사기관으로 후퇴하였음에도 불구하고, 여전히 구법하의 규문주의적 검찰관사법이 완전히 극복되지 못한 것으로 평가받는 이유이기도 하다.

575) 제6장 일본의 검·경관계 중 사건송치 부분 참조. 일본의 이러한 실정은 한국과의 통계적인 비교를 통해서도 확인할 수 있었다.

576) 경찰서장에 의한 즉결심판청구권은 기소독점주의의 예외이다. 경찰서장은 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처해질 사건에 대하여 법원에 즉결심판을 청구할 수 있다. 즉결심판청구는 2001년도의 경우 1,058,139명(경범 117,666명, 특별법범 924,813명, 형법범 15,660명), 2002년도의 경우 644,709명(경범 76,192명, 특별법범 558,591명, 형법범 9,926명)으로 전체형사사건(검찰의 전체형사사건 처리인원은 2001년도 2,471,568명, 2002년도 2,414,841명임)에서 차지하는 비중이 상대적으로 높았으나, 2002년도의 관련법개정으로 범칙금미납자에 대한 가산금납부제도가 도입된 이후 2003년도의 즉결심판청구인원은 46,702명(경범 18,885명, 특별법범 20,819명, 형법범 6,998명)으로 격감하였다.

577) 검사에 의해 기소유예로 처분되는 사건이 형사절차에서 상당한 비중을 차지하고 있다는 점도 우리 나라 검찰권행사의 큰 특징 중의 하나이다. 검찰의 전체형사사건의 처리통계를 보면, 기소유예의 비율(=기소유예/기소(공판청구+약식청구)+기소유예)은 연간 20% 정도에 이르고 있다. 2002년도 16.3%(기소유예 262,223, 기소 1,342,482), 2001년도 19.8%(기소유예 324,533, 기소 1,314,275).

기소 처분을 하였을 경우에 대한 사후적인 구제책 또한 제대로 구비되어 있지 않다.⁵⁷⁸⁾

게다가 한국검찰은 소위 전건송치주의 하에서 모든 사건에 대한 수사종결권을 독점하고 있어 일단 수사가 개시된 사건의 경우에는 검사의 기소여부의 판단대상에서 제외될 수 있는 여지가 엄격히 차단되어 있다.⁵⁷⁹⁾

제2절 각 국에 있어서의 검사의 수사관여정도

검찰의 수사관여정도를 비교함에는 수사권 및 수사지휘권이라는 법적 권한 이외에도, 실제 독자적으로 수사함에 있어 수족으로서 활용할 수 있는 수사권을 가진 자체수사인력이 있는지 여부가 중요한 기준이 된다. 특히 이러한 자체수사력의 유무는 검찰이 실제 수사를 담당하는 비중을 나타내는 실질적인 척도로 볼 수 있다. 또한 검사작성 조서의 증거능력도 검찰의 수사관여정도와 밀접한 관련이 있다. 예컨대 수사기관이 작성한 조서의 증거능력이 전혀 인정되지 않거나, 검사가 작성한 조서와 경찰이 작성한 조서가 증거능력에서 차이가 없는 경우에는 검사가 경찰을 제쳐두고 직접 피의자나 참고인을

578) 검사의 자의적·차별적 공소 등을 통제하기 위해 공소제기의 효력을 부인하자는 소위 공소권남용이론이 학설상 전개되어 있으나, 대법원은 극히 제한된 요건 하에서 공소권남용이 인정될 수 있다는 여지만을 언급하고 있을 뿐 실제 적용에 있어서는 소극적인 입장을 취하고 있다. 한편 검사의 불기소처분에 대한 통제장치인 현행 검찰항고·재항고, 재정신청, 헌법소원 등은 각각 동일기관의 의한 당부결정, 대상범죄의 제한성, 기소강제효과의 결여라는 한계를 가지고 있다. 검찰이 폭넓은 기소재량을 행사하고 있는 일본의 경우, 검찰항고나 부심판결치 이외에도 검사의 공소권행사의 적정성 여부에 대하여 민의(民意)를 반영하는 제도로서 검찰심사회제도가 마련되어 있으며, 최근 동 심사회의 결정에 법적구속력까지 부여하는 방안이 적극적으로 검토되고 있다.

579) 이러한 검사에 의한 수사종결권 독점의 문제는 비단 검찰권의 비대화를 초래하고 있다는 것에 국한되지 않는다. 정식절차로의 이행이 불필요한 사건을 수사단계에서 걸러내지 못함으로써(거름종이기능의 부전) 형사사범의 비용을 증대시키고 형사사법시스템의 효율성을 떨어트리고 있다는 또 다른 문제점을 가지고 있다. 즉 수사·공소·재판이라는 형사절차의 제단계에서 후속절차로의 유입량을 효과적으로 줄이지 못함으로써 형사사범의 부담을 가중시키고 형사재판을 형해화시키는 요인으로 작용하고 있다는 것이다. 적어도 기소되지 않을 것이 명확한 사건에 대한 무분별한 송치를 없애고, 또한 일본의 미죄처분제도와 같이 수사단계에서의 다이버전(Diversion)적 기능을 가진 제도를 적극적으로 도입하는 것이 선택과 집중의 묘를 살리는 길이며, 우리 나라 형사사법시스템의 건전화시키는 길일 것이다. 이에 대한 보다 자세한 내용은 이동희, 경미범죄의 효율적 처리방안, 형사정책, 한국형사정책학회, 2003, 377~382면 참조.

신문하여 조사할 필요나 실익은 그다지 없기 때문이다.

우선 한국검찰의 수사에 있어서의 법적 권한을 살펴보자. 검사는 수사의 주체자로서 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에는 범인·범죄사실과 증거를 수사하는 독자적인 수사기관이며(형사소송법 제195조), 범죄수사에 관하여 검사를 제외하고는 유일한 수사기관인 사법경찰(일반사법경찰관리 및 특별사법경찰관리)을 지휘·감독한다(제196조). 검사에게는 피의자신문·참고인조사 등의 임의수사 및 현행범상 인정되는 모든 강제처분을 수사수단으로 동원할 수 있는 수사권이 인정되어 있다. 이 이외에도 검사는 수사의 주체자로서 타 수사기관에게는 인정되지 않는 독자적인 수사권한으로서 변사체검시권, 증인신문청구권, 증거보전청구권 등을 가지고 있으며, 또한 관하 수사관서의 체포·구속장소를 감찰하는 권한도 부여되어 있다.

한편 검사작성 피의자신문조서는 증거법상 사법경찰작성의 피의자신문조서에 비하여 증거능력 인정요건이 극히 완화되어 있으며, 판례의 증거능력 인정요건에 대한 소극적인 해석태도와 맞물려 공판에서 절대적인 통용력을 발휘하고 있다.⁵⁸⁰⁾ 이러한 수사주체에 따른 증거능력 차이는 실무상 사법경찰과 검찰에 의한 중복적인 피의자신문이라는 문제점을 유발하고 있다. 즉 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 경우에 특신상태나 임의성이 인정되더라도 공판정에서 피의자가 그 내용의 진정을 부인할 경우에 증거로 사용할 수 없으므로, 경찰에서 자백조서를 작성한 경우에도 검사명의로의 피의자신문조서를 작성해둘 필요성은 여전히 존재하게 된다. 그러므로 실무상 경찰단계에서 자백조서가 작성되었다고 하더라도 검찰에서는 공판단계에서 피의자가 부인할 것을 대비하여 같은

580) 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 피의자였던 피고인 또는 변호인이 조서의 내용을 인정한 때에 한하여 증거로 할 수 있음에 반하여(제312조 2항), 검사가 작성한 피고인이 된 피의자에 대한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 피고인의 진술에 의하여 그 성립의 진정 및 특신상태가 인정되면 증거로 할 수 있도록 규정하고 있다(제312조 1항). 그러나 대법원은 검사작성 피의자신문조서에 대하여 공판정에서 성립의 진정이 인정되면 특신상태는 반증이 없는 한 추정된다는 실무편향적인 해석을 취하고 있어, 피고인에게 특신상태의 부존재에 대한 입증책임을 전가시키고 있다(대판 1986.9.9, 86도 1177). 또한 피고인이 공판준비나 공판기일에서 검사작성 피의자신문조서에 대한 성립의 진정을 인정한 이상, 피고인의 검찰에서의 진술은 특히 그 진술이 임의로 되지 아니하여서 그 내용을 신빙할 수 없는 상태 하에서 된 것이라고 의심할 만한 사유가 있는 경우가 아니면 증거로 할 수 있다는 입장을 취하고 있다(대판 1977.6.28, 74도2523). 임의성과 구분되는 특신상태라는 별도의 요건이 엄연히 존재하고 있다는 사실을 도외시키고 있는 것이다.

내용의 피의자신문조서를 중복적으로 작성하고 있는 것이다.⁵⁸¹⁾ 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하고 있는 제312조는 비교법적으로 이례적인 규정에 속하며, 또한 조서의 작성주체별에 따라 즉 검사와 검사 이외의 수사기관을 구별하여 증거능력의 인정요건을 규정하는 방식은 한국의 독특한 입법례라 할 수 있다.

이러한 폭넓은 권한을 바탕으로 한 우리 나라 검사의 수사에 대한 적극적인 관여는 일반적으로 대륙법계 국가의 검사제도를 모델로 한 것처럼 인식되었던 감이 없지 않다. 그러나 각국의 장에서 살펴본 바와 같이 대륙법계의 프랑스나 독일의 검사의 지위는 한국의 검사와는 실질적으로 많은 차이를 보이고 있다.

프랑스의 경우 중죄와 복잡한 경죄사건의 수사는 수사판사가 이를 주재한다. 또한 강제수사권은 원칙적으로 수사판사에게 귀속되어 있으며, 검사의 수사권한은 현행범수사와 예비수사의 영역에 한정된다. 수사상 강제처분이 필요하게 되면 검사는 더 이상 수사를 진행할 수단이 없으므로 강제처분권을 가지고 있는 수사판사에게 예심을 청구하게 되며 이후의 예심절차에서는 수사판사에 의해 수사가 수행된다. 검사는 제한된 수사권 및 수사지휘권을 행사하고 있을 뿐이며, 실제 수사를 담당하는 비중이 극히 적을 수밖에 없다. 한편 수사판사는 자신을 대신하여 수사해줄 것을 사법경찰에게 촉탁할 수 있으며, 이러한 촉탁에 의거하여 위임수사를 수행하는 사법경찰은 검사의 개입이 없는 상태에서 수사판사와 동일한 권한의 수사권을 행사하게 된다. 따라서 프랑스검찰의 수사권 및 수사지휘권은 독일에 비하여도 상당히 제한되어 있다고 평가할 수 있다. 또한 검찰은 자체수사인력을 가지고 있지 않으며, 형사증거법상 검·경간의 조서의 증거능력을 차등하여 규정하는 입법례를 취하고 있지도 않다.

독일의 경우, 검사는 공소관임과 동시에 수사의 주재자이다. 검사는 수사에 관하여 사법경찰을 지휘하며 사법경찰은 검사의 요구(Ersuchen)와 촉탁(Auftrag)을 충족시킬 의무를 진다(독일형사소송법 제161조). 사법경찰에게는 수사에 관한 일반근거조항에 의거 초동수사권 및 각종의 초동조치권이 인정되어 있다(독일형사소송법 제163조). 독일

581) 이러한 문제점에 대한 지적으로는 신동운, 한국검찰제도의 현황과 개선책, 서울대학교법학 제29권 제2호(통권74호), 1988, 56면 등. 또한 현실적으로 소수의 검사가 모든 피의자를 직접 신문하기는 불가능에 가까우므로 참여계장에 의해 실질적으로 작성된 조서가 검사의 명의로 둔갑하는 실무관행을 정착시키고 있다.

검찰은 ‘손 없는 머리(Kopf ohne Hände)’라고 불리는 것에서 볼 수 있듯이 자체적인 수사인력을 보유하고 있지 않지 않기 때문에 수사는 기본적으로 경찰에 의해서 이루어질 수밖에 없는 구조를 가지고 있다. 게다가 독일의 경우는 직접주의·구술주의의 원칙을 엄격히 견지하여 검사나 경찰 등 수사기관이 작성한 조서의 증거능력을 인정하지 않는다. 공판정에서 조서 내용 모두가 낭독되고 진술자에 의하여 그대로 진술되었음이 인정되는 경우에만 비로소 증거능력이 인정될 뿐이다. 따라서 검사가 경찰이 조사한 자에 대하여 굳이 직접 조사하거나 중복적으로 조서를 받아야 할 필요성이 없는 것이다. 독일의 검사는 객관의무를 지는 준사법관으로서 수사를 직접 수행하기 보다는 경찰수사의 절차적 적법성을 담보해주고 경찰수사과정에서의 위법에 대하여 사후적으로 통제하는 역할을 담당하고 있다. 검사의 경찰에 대한 수사지휘는 경찰이 송치한 사건에 대하여 사후적으로 이루어지는 것이 일반적이다.

이와 같이 수사를 주재하는 권한을 가지고 있는 대륙법계의 프랑스나 독일의 검찰은 독자적으로 수사를 수행함에 필요한 자체수사인력은 보유하고 있지 않고, 또한 검사작성 조서와 사법경찰작성의 조서는 증거능력에 차이가 없다. 따라서 실제 수사는 사법경찰에 의해서 수행될 수밖에 없으며, 검사의 수사에의 직접적인 관여는 제한된 양상을 보이고 있다.

신생조직의 영국검찰은 수사기관인 경찰의 기소마저 담당함으로써 초래되는 폐해를 극복하기 위해 소추를 담당하는 국가기관으로서 창설되었다. 적절한 기소권 행사와 공소유지를 위해 검찰과 수사기관인 경찰의 협력체제가 점차 중요시되고는 있지만 검찰이 수사기관이 아니라는 점은 명백하다. 검찰은 수사권을 가지고 있지 않으며, 직접 수사를 행하지 않는다. 자체수사력을 가지고 있지 않을 뿐만 아니라 피의자나 참고인을 직접 조사하는 경우도 없다.

당사자주의 소송구조가 확립되어 있는 미국의 경우, 검사는 소추활동에 전념하고 있으며, 범죄의 수사는 원칙적으로 경찰이 담당하고 있다. 검찰이 피의자나 참고인에 대하여 신문을 행하는 것이 불가능하지는 않지만,⁵⁸²⁾ 경찰작성 조서나 검사작성 조서와의

582) 또한 공판중심주의를 채택하고 있어 수사기관이 작성한 조서를 제출하지 않고 수사관이 법정에서 증언을 하는 것이 일반적이다. 검사가 직접 수사를 하면 검사가 공소관인 동시에 법정에서 증언을 해야 하는 모순이

증명력에 차이가 없고, 최종적으로 공판정에서의 직접증거가 제출되지 않으면 증거능력이 부정될 가능성이 크기 때문에 직접적으로 신문을 행하는 경우는 드물다.⁵⁸³⁾ 또한 검사는 대배심을 통하지 않는 한 직접 소환장(subpoena)을 발부하여 출석의무를 부과할 수 있는 방법도 없다. 당사자주의의 전통에 입각하여 공소관으로서의 공판에서의 입증 활동에 주력하고 있는 미국검찰은 수사지휘권이 없으며, 지역에 따라 다소의 자체 수사관(Investigator)을 보유하고 있지만 실제 수사를 직접 수행하는 경우는 상대적으로 적다는 점은 굳이 부언할 필요가 없을 것이다.

일본검찰은 모든 범죄에 대하여 직접 수사를 수행할 수 있는 권한이 법적으로 부여되어 있으며(일본검찰청법 제6조), 구체적인 수사권한에 있어서도 사법경찰에게는 인정되지 않는 변사체검시권(일본형사소송법 제229조), 증인신문청구권(제226조), 구류청구권(제204조, 제205조, 제211조, 제216조)의 권한이 인정되어 있다. 그러나 일본검찰은 제2차세계대전 이후 당사주의적 현행 형사소송법의 제정과 더불어 구형사소송법 시대의 수사의 주재자에서 제2차적 수사기관으로 변화되었으며, 공소관으로서의 소추권행사를 주된 임무로 하고 있다. 일본의 경우, 본래적·제1차적 수사는 경찰이 담당하며, 검찰은 경찰이 송치한 사건에 대하여 공소유지를 위해 필요할 경우에 사후적으로 이를 보충하거나 보정하는 수사를 담당하는 제2차적 수사기관의 지위에 있다(제189조 및 제191조 1항). 다만 검사는 수사와 관련하여 사법경찰에 대하여 일반적 지시, 일반적 지휘, 구체적 지시를 발할 수 있으나, 적어도 경찰의 구체적인 개별사건수사의 진행단계에 직접적으로 관여할 수 없다. 경찰의 개별사건에 대한 수사는 송치이후의 단계에 이르러서야 비로소 검찰이 관여할 수 있다.

한편 일본검찰은 검사의 지휘를 받아 수사를 보조하는 자체수사인력으로서 검찰수사관⁵⁸⁴⁾을 두고 있다(제191조 2항). 또한 검찰은 경찰에서 송치된 사건 이외에 스스로 인

생길 수 있다는 점도 검사가 수사에 직접 관여하는 것을 피하게 하는 원인이다.

583) 검사는 피의자나 참고인을 정식으로 조사하지 않고 증언이 예정된 참고인들을 미리 인터뷰하여 신빙성을 점검하는 정도에 그치고 있다.

584) 검찰수사관은 사법경찰원(한국의 사법경찰관에 해당)에 비하여 수사상 권한이 제약되어 있다. 사법경찰원에게 인정되어 있는 체포영장 및 감청영장의 청구권, 체포피의자에 대한 석방권, 고소·고발의 접수권 등은 검찰사무관에게는 인정되지 않는다.

지한 사건에 대하여 수사를 행하는 소위 독자수사를 수행하고 있다. 그러나 독자수사의 영역은 증수죄사건이나 상법위반사건 등 정치적 중립성이나 고도의 법률지식이 요구되는 사건에 한정되어 행해지고 있다. 독자수사를 전담하는 부서인 특별수사부와 특별형사부는 50개 지방검찰청 및 203개 지부 가운데 일부인 13개 지방검찰청(특별수사부 3개청, 특별형사부 10개청)에만 설치되어 있다. 형사사건의 대부분은 실제 경찰에 의해서 처리되고 있다.⁵⁸⁵⁾

검사작성 피의자신문조서와 사법경찰이 작성한 피의자신문조서는 증거능력의 인정요건에 있어서 차이가 없으므로 검사가 사법경찰에서 자백한 피의자에 대하여 중복적으로 신문하지도 않다. 검·경의 피의자신문조서는 다같이 제한된 요건 하에서만 증거능력이 인정되고 있다(제322조).⁵⁸⁶⁾

한국 검찰수사의 또 하나의 큰 특징인 자체수사력에 대하여 보자. 검찰은 자체적으로 소속 직원을 일반사법경찰관리로 지정할 수 있는 권한을 가지고 있으며(검찰청법 제47조), 이에 근거하여 검찰직원의 상당수가 검찰청 소속 일반사법경찰관리로 지정되어 검사의 지휘를 받아 수사를 수행하고 있다. 그간 꾸준한 인력충원을 통하여 이미 한국검찰 조직내에는 상당한 규모의 자체수사인력이 확보되어 있다. 1990년대 초반 3,000여명 수준이었던 일반직 검찰직원은 현재 5,000명에 이르고 있으며, 이는 경찰의 수사전담부서 근무인력(약 15,000여명)의 3분의 1에 육박하는 수준이다.

물론 검사가 수사권을 가지고 있는 국가의 경우는 검사의 인력규모도 자체수사를 할 수 있는 역량으로서 고려될 수 있을 것이다. 그러나 자체적인 수사인력이 어느 정도인지의 여부는 단순한 인적규모가 아닌 인적자원을 수사에 실제 어느 정도 활용하고 있는지가 기준이 되어야 한다. 이러한 관점에서 보자면, 한국검찰의 수사중심적 조직운용의 실태를 지적할 수 있다. 한국검찰의 수사중심적인 조직운용의 실상이 검사의 인력배치면에서 확연히 드러나고 있기 때문이다. 2004년 1월 현재 검사총원은 1,427명에 달하

585) 2001년도의 경우 일본검찰이 직접 인지수사한 인원은 7,691명으로 전체형사사건 처리인원의 0.4% 수준이다.

586) 일본 형사소송법은 전문법칙(제320조 1항)을 채택하는 한편 그 예외(제321조 내지 제328조)의 하나로서 수사기관이 작성한 소위 피의자신문조서(공술녹취서)의 증거능력을 엄격하게 제한하고 있을 뿐, 검사와 사법경찰직원에 따라 증거능력 인정요건을 달리 규정하고 있지 않다(제322조 1항).

고 있으나, 이 중 공판에 관여하는 검사는 184명으로 전체 검사의 13% 수준에 그치고 있을 뿐이다. 공판검사 1인당 월 평균 접수사건은 피고인수로 126명이고, 평균 미제건수는 435건에 이른다.⁵⁸⁷⁾

검찰조직의 부서편성형태를 보더라도 한국검찰의 수사중심적 조직운용실태를 엿볼 수 있다. 예컨대 서울중앙지방검찰청의 경우, 현재 20개의 부국 중 무려 17개의 부가 범죄수사를 주된 업무로 하고 있으며, 총무부와 사무국 외에 공판부는 단 1개 부에 머물고 있다.⁵⁸⁸⁾ 부서편성의 변천과정을 보면, 1989년 8월 26일 조사부를, 1990년 5월 7일 강력부를, 1996년 3월 11일에 외사부를, 1998년 8월 10일에 소년부를, 2000년 2월 14일 컴퓨터수사부를, 2001년 4월 23일에 마약수사부를 각각 신설했다. 최근 약 10년사이에 형사제7부를 포함하여 총 7개의 수사부서를 확장한 셈이다. 여기서 주목되는 것은 17개의 수사부서가 경찰에서 송치된 사건의 수사뿐만 아니라 스스로 인지한 사건에 대한 독자적인 수사를 병행하고 있으며, 또한 일반적으로 예방경찰활동의 일환으로 인식되는 범죄정보 및 자료의 수집도 그 업무내용으로 하고 있다는 점이다(검찰청사무기구에관한규정 제13조 참조).

또 하나 주목할만한 것은 실질적으로 전국적인 관할권을 행사하고 있는 독자수사조직인 대검찰청 중앙수사부가 설치되어 있다는 점이다. 대검찰청 중앙수사부는 제1과·제2과·제3과·컴퓨터수사과·특별수사지원과의 5개로 편성되어 있으며, 검찰총장이 명하는 범죄사건의 수사를 주로 담당하고 있다. 한편 1998년 12월에는 대검찰청 차장검사를 보좌하여 범죄정보의 수집 및 관리업무를 담당하는 범죄정보기획관제도도 신설되었다. 이는 한국검찰의 수사에의 적극적인 관여정도를 보여주는 또 하나의 큰 실례이다.

이상에서 각국 검사의 수사권한 및 수사에의 관여정도와 관련하여 수사권 및 수사지휘권, 그리고 검·경조서의 증거능력 및 자체수사력에 관하여 살펴보았다.

덧붙여 각국 검찰의 수사권한을 비교함에는 검찰이 중앙집권화된 국가검찰조직인지, 분권화된 자치검찰조직인지 여부도 고려되어야 할 요소일 것이다(《표Ⅶ-2》 참조). 영

587) 이상의 통계수치는 사법개혁위원회 제5차 회의자료(2004년 1월 5일자)에 의한다.

588) 검찰청사무기구에관한규정[일부개정 2004.3.22. 대통령령 제18328호]에 의한다.

국에서는 검찰 창설 당시 경찰이 지방자치 조직이기 때문에 이에 상응하는 검찰 역시 지방자치 조직이어야 한다는 주장이 강하게 대두되었으나 정부의 반대로 중앙집권적인 국가검찰조직이 최종안으로 마련되었다. 한편 검사의 수사권 및 수사지휘권이 상대적으로 강하게 보장되어 있는 독일의 경우, 제2차 세계대전 이후 주단위의 경찰제도를 채택하면서 검찰조직도 과거의 국가검찰체제에서 연방검찰과 주단위의 지방검찰로 분리시켰다는 점은 주목할만 하다. 중앙집권화된 국가검찰조직을 유지하면서도 검사동일체의 원칙이 적용되고 있는 우리 나라의 경우는 검찰의 수사권한이 더 한층 강화되어 있다고 평가할 수 있을 것이다.

제5장 한국 수사구조의 현황과 문제점

제1절 검·경관계의 현황

I. 검·경관계에 관한 현행법규

검찰과 경찰의 관계를 설정하고 있는 현행법상의 규정은 헌법과 형사소송법뿐만 아니라, 다양한 특별법규와 검찰의 내부적인 업무규칙 등에 산재되어 있다. 양자의 관계를 규율하는 주요한 법규의 요지를 총체적으로 정리하면 다음과 같다.

1. 기본적인 관계

가. 지휘복종관계

수사의 주재자인 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 하며(한국형사소송법 제195조), 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다(동법 제196조 제1항, 사법경찰관리집무규칙 제2조 제1항). 사법경찰관은 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사를 보조함에 그친다(동법 제196조 2항, 동규칙 제2조 3항)⁵⁸⁹⁾.

또한 조직법인 검찰청법에는 검사의 직무로서 범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘·감독의 권한(검찰청법 제4조 1항 2호)과 범죄수사에 있어서의 검사의 직무상의 명령에 대한 사법경찰관리의 복종의무가 규정되어 있다(동법 제53조)⁵⁹⁰⁾.

589) 다만 사법경찰관은 구체적 사건에 관하여 상사의 명령을 받은 경우에 ‘사법경찰관사무취급’으로서 사법경찰관의 사무를 취급할 수 있다는 점은 판례에 의해 인정되어 있다.

590) 이러한 검사의 사법경찰관리에 대한 지휘권은 수사와는 성질을 달리하는 국제형사사법공조 분야에도 확대되어 있다. 즉 검사는 사법경찰관리를 지휘하여 공조에 필요한 자료를 수집하기 위한 처분을 시킬 수 있도록

나. 교체임용요구권, 행정적 책임요구권, 인권옹호직무방해죄

검찰조직에 관한 법률인 검찰청법 제53조는 사법경찰의 검사의 수사지휘에 대한 복종의 의무를 규정하고 있으며, 이에 복종하지 않았을 때에 대한 제제수단으로서 해당 사법경찰관리에 대한 교체임용요구권을 인정하고 있다(검찰청법 제54조 1항 및 2항). 즉 경찰서장 아닌 경정 이하의 사법경찰관리가 직무집행에 관하여 부당한 행위를 하는 경우에는 지방검찰청검사장은 당해사건의 수사중지를 명하고, 임용권자에게 그 교체임용을 요구할 수 있으며, 그 요구가 있을 경우에는 임용권자는 정당한 이유를 제시하지 않는 한 교체임용에 응하여야 한다.

또한 관할 검찰청검사장은 폭력행위등처벌에관한법률에 규정되어 있는 소정의 범죄가 발생하였음에도 불구하고, 이것을 보고하지 않거나 그 수사를 태만히 하거나 또는 수사능력부족 및 그 외의 이유로 사법경찰관리로서 부적당하다고 인정되는 자에 대하여는 그 임명권자에게 사법경찰관리의 징계, 해임 또는 교체임용을 요구할 수 있으며, 그 요구가 있는 경우 임명권자는 2주 이내에 사법경찰관리에 대한 행정처분을 한 후 관할 검찰청검사장에게 보고하여야 한다(폭력행위등처벌에관한법률 제10조).

한편 “경찰의 직무를 행하는 자 또는 그것을 보조하는 자가 인권옹호에 관한 검사의 직무집행을 방해하거나 그 명령을 준수하지 않은 경우”에는 형법상 인권옹호직무방해죄를 구성하게 된다(형법 제139조). 따라서 검사는 해당범죄의 혐의가 있는 사법경찰관리를 직접 수사하여 형사소추할 수 있다.

2. 검사의 구체적 수사지휘

검찰은 사법경찰의 수사에 관하여 개별사건에 대한 구체적인 수사지휘권을 행사하고 있다. 이러한 구체적 수사지휘권은 대략 이하와 같이 수사개시단계, 수사진행단계 및 사건종치단계 등으로 구분하여 정리해볼 수 있을 것이다.

규정되어 있다(국제형사사법공조법 제17조 제4항 참조).

가. 수사개시단계

(1) 수사사무보고

사법경찰관은 사법경찰관리집무규칙 제11조 본문에 규정되어 있는 일정한 범죄가 발생하였다고 인정되는 때에는 즉시 관할지방검찰청검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다(동규칙 제11조). 단 비상사태 또는 이에 준하는 사태 하에 있어서는 아직 범죄가 발생하지 않았더라도 발생의 염려가 있는 때에는 그 동태를 보고하여야 한다(동규칙 제11조 단서).

(2) 한미행정협정사건의 발생보고

사법경찰관서가 한미행정협정사건을 인지하거나 고소·고발 등을 접수한 때에는 24시간 이내에 검찰에게 ‘한미행정협정사건 발생보고서’의 양식에 따라 발생보고를 하여야 한다(검찰보고사무규칙 제6조 1항). 또한 한미행정협정사건 중 신원불명인 피의자의 신원이 판명된 때에는 즉시 발생보고의 예에 따라 그 사실을 보고하여야 한다(동규칙 제6조 2항).

(3) 변사자검시에 관한 지휘

변사체 또는 변사의 의심이 있는 사체가 있을 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청의 검사가 검시를 하여야 한다(형사소송법 제222조 1항). 검찰은 검시로 범죄의 혐의가 인정되고 긴급을 요할 때에는 영장없이 검증할 수 있다(동조 2항). 검사는 사법경찰관에게 이러한 처분을 명할 수 있다(제222조 3항, 검찰사건사무규칙 제11조 2항). 이와 같이 한국형사소송법 제222조에는 검사의 변사자검시권(1항), 긴급시의 영장에 의하지 않는 사체의 검증(2항) 및 사법경찰관에 대한 위 두 가지 처분의 명령권(3항)이 규정되어 있다⁵⁹¹⁾.

591) 현행형사소송법 제222조는 의용형사소송법(일본 구형사소송법)에서 유래하는 조문이다. 일본의 경우는 구형사소송법에 인정되던 영장에 의하지 않는 검증은 현행 형사소송법 제정시 삭제되었다. 우리나라의 경우는 현행 형사소송법 제정시에는 본조 제1항의 검사의 검시권 및 검시명령권만이 규정되었으나, 그후 1961년 9월 1일 제1차 형사소송법 개정시 긴급시의 영장에 의하지 않는 검증과 사법경찰에 대한 동처분의 명령권이

사법경찰관은 변사자 또는 변사의 의심이 있는 사체가 있을 때, 즉시 관할지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하여야 하며(사법경찰관리집무규칙 제33조 1항), 실무상 ‘변사사건 발견보고’라는 양식에 의해 보고가 이루어지고 있다(한·일의 운영상 차이점에 대하여는 제6장 일본편의 ‘변사체검시 및 대행검시’부분 참조).

(4) 기소중지가 · 참고인중지자 발견시의 보고의무

사법경찰관은 기소중지자 · 참고인중지자를 발견한 때에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제60조). 소재불명이었던 피의자나 참고인의 소재를 발견한 경우, 경찰이 다시 수사를 재개하는 단계에서 검찰의 지휘를 받고 있다는 것을 의미한다.

경찰실무상 기소중지자 및 참고인중지자를 발견한 경우, 피의자나 참고인에 대하여 일차적인 조사를 행한 다음 검사에게 ‘기소중지자 · 참고인중지자 소재발견보고’를 행하고 있다. 해당사건에 대한 본격적인 수사는 이 보고를 통하여 기히 검찰에 송치된 수사 기록을 반환 받은 이후에 행해진다.

나. 수사진행단계

(1) 검사의 독점적 영장청구권, 사법경찰관의 영장신청에 대한 기각 및 재지휘

헌법과 형사소송법은 검사만이 체포 · 구속 · 압수 · 수색 · 검증의 영장을 청구할 수 있다고 명문으로 규정하고 있으며(헌법 제12조 3항 및 제16조, 형사소송법 제200조의2 1항, 제201조 1항, 215조), 또한 법관의 판단을 요구하는 감정유치허가장, 감정처분허가장, 통신제한조치허가장의 경우도 동일하게 적용되고 있다(형사소송법 제221조의3 1항, 제221조의4 2항, 통신비밀보호법 제6조 2항). 따라서 사법경찰관은 법관에게 직접 영장이나 허가장을 청구할 수 없으며, 검사에게 신청하여 검사의 청구로 법관으로부터 영장을 발부받고 있다⁵⁹²⁾.

추가되었다.

592) 이러한 검사의 독점적인 영장청구는 이상의 영장 · 허가장 뿐만 아니라, 범죄의 진압 및 예방에 있어서의 국제적인 협력을 증진하는 것을 목적으로 하는 국제형사사법 공조절차에도 적용되고 있다. 즉 외국에 수사에

이 경우 실무상 검사는 사법경찰관이 신청한 체포영장 및 통신제한조치허가청구서에 대하여 신청을 기각하거나 또는 수사를 보완한 후 재신청하도록 지휘하고 있으며(검찰 사건사무규칙 제21조, 제157조 3항), 사법경찰관이 신청한 구속영장에 대하여 구속의 사유를 판단하기 위해 필요하다고 인정되는 때에는 피의자를 조사할 수 있음을 검찰내부의 업무규칙에 명기하고 있다(동규칙 제39조). 이러한 검사의 영장기각권 및 재지휘권은 사법경찰이 진행중인 개별사건의 수사에 대한 유효한 통제수단으로 활용되고 있다.

(2) 영장집행에 대한 지휘

수사상의 체포, 구속, 압수, 수색, 검증영장의 집행에 관하여는 재판상의 각종 영장에 대한 집행규정이 그대로 준용되고 있다(형사소송법 제200조의5, 제209조, 제81조 1항, 제219조, 제11조 1항, 사법경찰관리집무규칙 제23조). 따라서 사법경찰이 수사진행중인 사건에 관하여 직접 신청한 각종 영장도 법률상 검사의 지휘를 받아 집행하도록 되어 있다.

(3) 신병구속피의자 석방시의 지휘

사법경찰관은 체포·긴급체포·구속한 피의자를 석방하는 경우에는 미리 검사의 지휘를 받아야 하며, 원칙적으로 서면으로 건의하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제26조 1항, 제4항). 실무상 이러한 서면지휘를 받아 피의자를 석방하는데에는 상당한 시간이 소요되고 있으며, 피의자는 인신구속의 사유가 명백히 존재하지 않는 상태에서 구금상태가 지속되고 있다.⁵⁹³⁾ 한편 사법경찰관이 이러한 검사의 지휘에 의하여 피의자를 석방한 경우에는 즉시 그 사실을 검사에게 재차 보고하여야 한다는 규정도 1996년 12월

관하여 공조를 요청한 때에는 사법경찰관은 검사에게 신청하여 법무부장관에게 공조요청서를 송부하여야 한다(국제형사공조법 제29조). 또한 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법(1997년 12월 13일 제정, 법률제 5436호)에는 가정폭력범죄가 재발할 염려가 있을 때에 인정되는 ‘임시조치’를 사법경찰관은 법관에게 직접 청구할 수 없으며, 검사에게 그 조치를 신청하도록 규정되어 있다(동법 제8조).

593) 인신구속의 사유가 소멸된 피의자가 즉시 석방되는 것은 세계 각국의 보편적인 기준이다. 사법경찰이 명백히 구금의 사유가 없는 피의자를 석방하기 위해 사전에 검사의 지휘를 요구하는 현재의 실무관행은 형사소송법상의 명문규정에 근거한 것이 아니라 검찰내부의 업무지침적 성격을 가지고 있는 사법경찰관리집무규칙에 의해 유지되고 있다.

31일 사법경찰관리집무규칙에 신설되었다(동규칙 제26조 3항).

다만 현행범체포 후의 석방에 있어서는 석방에 대한 검사의 사전지휘를 요하지 않으며 사법경찰관리가 구금의 필요가 없다고 사료되는 때에는 즉시 석방할 수 있으나, 사법경찰관은 현행범으로 체포한 피의자를 석방한 때에는 즉시 그 사실을 검사에게 사후적으로 보고할 것이 요구되고 있다(동규칙 제32조 2항).

(4) 고소·고발 사건의 처리기간 연장시의 지휘

사법경찰관은 고소·고발에 의하여 범죄를 수사하는 경우에 고소·고발을 수리한 날로부터 2개월 이내에 수사를 완료한 후 사건을 송치하여야 한다(동규칙 제39조 1항). 이 기간 내에 수사를 완료하지 않은 경우에는 검사의 지휘를 받아야 한다(동규칙 제39조 2항). 실무상 경찰은 이 2개월 이내에 수사를 종결하지 않은 때에 기간연장건의서를 작성하여 검사의 승인을 받은 후 수사를 속행하고 있다. 연장기간은 통상 1개월 정도이며, 일반적으로 1차 연장기간 내에 송치하도록 요구되고 있다.

(5) 긴급체포 및 긴급통신제한조치 후의 사후승인

사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우에는 즉시 검사의 승인을 득하여야 한다(형사소송법 제200조의3 2항). 이 때 승인건의는 12시간(다른 시도에서 긴급체포한 때에는 24시간) 이내에 원칙적으로 서면으로 행한다(사법경찰관리집무규칙 제27조 2항, 3항). 또한 사법경찰관이 통신비밀보호법상의 긴급통신제한조치를 한 경우에 사후적인 검사의 허가를 득하여야 한다(통신비밀보호법 제8조 1항, 검찰사건사무규칙 제161조)⁵⁹⁴).

(6) 타관할 수사시의 보고의무

사법경찰관리가 관할구역 외에서 수사하거나 관할구역 외의 사법경찰관리의 촉탁을 받아 수사하는 때에는 관할지방검찰청검사장 또는 지청장에게 이를 보고하여야 한다(형사소송법 제210조 본문)⁵⁹⁵. 단 현행범체포, 긴급체포, 영장에 의하지 않는 체포·압

594) 1995년 형사소송법 개정과 더불어 도입된 긴급체포제도는 개정전의 긴급구속시 요구되던 사후적인 영장청구라는 형식을 취하고 있지 않다.

수·수색·검증 등의 처분을 행하는 경우에 긴급을 요하는 때에는 그 처분을 행한 후 보고할 수 있다(동조 단서).

(7) 압수물의 처분에 대한 지휘

사법경찰관은 검사의 지휘 없이 수사상의 영치 및 압수물의 보관·폐기를 할 수 있으나(형사소송법 제218조, 제219조 본문, 제130조), 압수물의 대가보관, 압수물의 환부·가환부, 압수장물의 피해자환부의 처분을 행할 때에는 미리 검사의 지휘를 받아야 한다(제219조 단서, 제132조 내지 제134조)⁵⁹⁶⁾.

(8) 사건이송에 관한 지휘

실무상 피의자가 다른 관할구역에 거주하고 있는 경우나 다른 관할구역에 거주하고 있는 공범자 또는 참고인 등에 대한 조사 등을 의뢰하기 위해 경찰관서간의 사건이송이 빈번하게 이루어지고 있다. 이와 같이 다른 경찰관서에 사건을 이송하는 때에는 미리 검사에게 이송의 가부에 관한 지휘를 받고 있으며, 검사의 승인을 득한 후 사건을 이송하는 것이 수사관행으로 정착되어 있다.

(9) 경찰의 범죄수사를 위한 출국금지요청에 대한 검사의 개별적 지휘

중앙행정기관의 장은 소관업무와 관련하여 법무부장관에게 출국금지를 요청할 수 있다(출입국관리법시행령 제2조 제1항). 단 범죄수사를 위해 출국금지를 요청하는 경우에는 검사의 지휘서를 첨부하여야 한다(출입국관리법 제4조, 동시행령 제5조 제2항). 따라서 경찰이 수사상 행하는 출국금지요청은 검사의 개별적인 지휘 하에서 이루어지게 된다.

595) 사법경찰관리집무규칙 제6조는 사법경찰관리는 원칙적으로 소속관서의 관할구역내에서 직무를 행하도록 되어 있으나, 관할구역내의 사건과 관련성이 있는 사실을 발견하기 위해서 필요가 있는 때에는 관할구역 외에서도 그 직무를 행할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 검사는 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 소속 검찰청의 관할구역 내에서 그 직무를 행함이 원칙이나, 수사상 필요가 있는 때에는 관할구역 외에서 직무를 행할 수 있다(검찰청법 제5조).

596) 참고로 일본의 경우는 형사소송법상 수사상의 영치 및 압수물의 보관·폐기의 처분은 사법경찰직원의 재량으로(일본형사소송법 제221조 제1항, 제121조), 압수물의 대가보관, 압수물의 환부·가환부, 압수장물의 피해자환부의 처분은 사법경찰원의 재량으로서 규정되어 있다(제21조 1항, 제123조, 제124조).

(10) 마약범죄수사에 있어서의 사전신청의무

마약류 범죄의 수사와 관련해서 마약류중독자에 해당하는 자로 의심되는 외국인을 입국 또는 상륙시킬 필요가 있다는 검사의 요청이 있는 때는 출입국관리공무원은 법무부장관의 승인을 받아 출입국관리법 제11조 제1항 제1호[마약류중독자에 대한 입국금지]의 규정에도 불구하고 그 외국인의 입국 또는 상륙을 허가할 수 있다(마약류불법거래방지에관한특례법 제3조 1항, 2항)⁵⁹⁷. 또한 마약류 범죄의 수사와 관련하여 그 마약류가 외국에 반출되거나 또는 국내에 반입될 필요가 있다는 검사의 요청이 있는 때에는 세관장은 관세법 제140조의 규정에 의한 화물의 검사시 화물의 마약류가 은닉되어 있다고 판명되거나 또는 그 의심이 있는 경우에도 당해 화물에 대한 수출입 또는 반송을 허용하는 조치, 또는 그 외의 검사의 요청에 응하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다(동법 제4조 1항, 2항).

그러나 사법경찰관은 그러한 요청 또는 통보를 직접 출입국관리공무원에게 할 수 없으며, 검사에게 신청하여 검사가 그 요청 또는 통보를 하도록 되어 있다(동법 제3조 5항). 사법경찰관이 마약류불법거래방지에관한특례법 제3조 제5항 또는 제4조 제3항의 규정에 의하여 검사에게 입국·상륙절차의 특례, 체류부적당 통보, 반출·반입 특례 등을 신청하는 경우에는 입국·상륙절차특례신청서, 체류부적당통보신청서, 세관절차특례신청서 등을 제출하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제74조 1항). 이와 같이 경찰의 구체적인 마약류범죄사건에 대한 수사는 이상의 조치를 행함에 있어 검찰 지휘를 받게 되는 것이다.

다. 사건송치단계

(1) 송치의무

사건송치에 관한 직접적인 규정은 형사소송법이 아닌 사법경찰관리집무규칙에서 찾

597) 단 이 경우에는 마약류의 분산 및 그 외국인의 도주를 방지하기 위해 충분한 감시체계가 확보되어 있음이 전제이다(동법 제3조). 이 후 검사로부터 그 외국인에 대하여 체류함이 적당하다고 하는 통보를 받은 때에는 출입국관리공무원은 즉시 그 외국인의 입국 또는 상륙 당시 그 외국인이 입국금지대상인지 여부에 대하여 심사하여 이에 해당한다고 인정되는 때에는 법무부장관의 승인을 받아 그 외국인에 대한 입국허가 또는 상륙허가를 취소하여야 한다(동법 제3조 3항, 4항).

아볼 수 있다. 동규칙 제54조는 사법경찰관은 수사를 종결한 경우에 사건을 관할지방검찰청검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다고 규정하고 있다.⁵⁹⁸⁾

협의의 불기소처분이 명백한 사건, 예컨대 소송조건의 결여가 명백하여 공소권이 없는 사건, 혐의가 없음이 명백한 사건 등도 사건의 경중을 불문하고 모든 사건을 송치하고 있다. 소위 전건송치주의가 엄격하게 적용되고 있는 것이다(절대적 전건송치주의). 또한 실무에서는 경찰이 피의자 또는 참고인의 소재불명으로 수사를 진행하지 못하는 경우에도 수사가 완료되지 않았음에도 소위 기소중지의견으로 사건을 검찰에 송치하고 있다.⁵⁹⁹⁾ 한편 피의자나 참고인의 소재를 발견한 경우에는 검사에게 보고하고 기히 송치한 수사기록을 반환받게 되며, 이후 수사를 완료한 시점에 재차 사건을 송치하고 있다. 1개의 사건에 대하여 송치→기록반환→재송치라는 절차의 반복이 이루어지고 있으며, 예컨대 피의자가 다수인 사건에서 소재불명이었던 피의자가 순차적으로 발견된 경우에는 이러한 과정은 계속적으로 반복된다.

한편 사법경찰관이 고소·고발·자수를 받은 경우, 고소 또는 고발의 취소가 있는 경우에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다(형사소송법 제238조 내지 제240조). 사법경찰관이 사건을 송치한 후 수사를 속행하고자 하는 경우에는 미리 주임검사의 지휘를 받도록 요구하고 있다(사법경찰관리집무규칙 제59조 1항). 사건송치 이후에 수사가 진행된 경우, 사법경찰관은 해당 서류나 물건을 검찰에 추송하고 있다(동규칙 제58조 참조).

598) 한편 가정폭력범죄에 관하여는 특별법상 사건송치에 관한 별도의 규정이 마련되어 있기도 하다. 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제7조[사법경찰관의 사건송치] : 사법경찰관은 가정폭력범죄를 신속히 수사하여 사건을 검사에게 송치하여야 한다.

599) 일본의 경우, 형사소송법상 사법경찰의 사건송치의무가 명문으로 규정되어 있지만 수사중인 사건의 피의자가 소재불명인 경우 소위 기소중지 의견으로 검찰에 사건을 송치하지는 않는다(고소·고발사건의 경우도 동일함). 피의자의 소재불명으로 수사를 진행할 수 없는 경우에는 판사로부터 일정기간 유효한 체포장을 사전에 발부 받아 자체적으로 지명수배조치하며, 이 후 피의자의 신병을 발견하였을 때 체포장을 집행하고 수사를 재개하게 된다. 참고인의 소재가 불명인 경우에도 참고인의 소재가 발견될 때까지 경찰이 사건을 그대로 보관하고 있다. 검찰에의 사건송치는 피의자나 참고인의 소재를 발견한 후 경찰이 수사를 완전히 완료한 시점에야 비로소 이루어지고 있다. 다만 피의자나 참고인의 소재를 끝까지 발견하지 못한 사건은 공소시효의 완성이 임박한 시점(통상 공소시효만료 1개월전)에 사건을 검찰로 송치하고 있다. 이상의 실무관행은 필자가 2003년 10월 30일 日本警察廳 刑事局에서 소속 경찰관과 직접 인터뷰한 내용에 의함.

(2) 고소사건의 송치전 사전지휘

경찰이 수사하는 고소사건에 대하여는 실무상 송치전 사전지휘제도가 운용되고 있다. 즉 경찰이 고소사건의 수사를 일단락하였을 때에는 사건을 송치하여도 좋은지 그 가부를 관할지방검찰청 검사에게 묻고 있다는 것이다. 소위 고소사건전담 수사지휘제도로 불리는 제도이며, 1997년 7월부터 일부 지방검찰청에서 시범적으로 시행되기 시작한 후 현재 전국적으로 확대시행되고 있다.

라. 기타 수사지휘권의 확대

검찰의 경찰에 대한 수사지휘는 수사와는 직접적인 관련성이 없는 분야에도 확대되어 있으며, 그 내용 또한 다양한 형태를 띠고 있다. ①체포·구속장소에 대한 감찰권이 다(형사소송법 제198조의2)⁶⁰⁰⁾. 검찰은 이를 근거로 구금시설에 대한 정기적인 점검을 행하고 있으며, 적법한 절차에 의하지 않고 체포 또는 구속되었다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 즉시 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명할 수 있다(동조 제2항). 그 명령을 받은 때 사법경찰관은 즉시 피의자를 석방하고 사건을 송치하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제29조의2[1996년12월31일 신설]). ②특정강력범죄 및 성폭력범죄의 증인에 대한 신변안전조치를 관할 경찰서장에게 요청할 수 있으며, 이 경우 관할서장은 조치에 응해야 한다⁶⁰¹⁾.

검찰의 경찰업무에 대한 관여는 사법경찰활동에 한하지 않으며, 성질상 행정경찰활동

600) 검사는 매월 1회 이상 관하수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 관찰하여 체포·구속되어 있어 있는 피의자를 심문하고 관계서류를 조사하여야 한다(형사소송법 제198조의2 1항, 검찰사건사무규칙 제34조 1항). 검사의 구속장소감찰권은 1961년9월1일 제1차 형사소송법 개정시 신설된 후, 1995년 12월 29일 제8차 개정시 감찰대상을 관하 경찰관서에서 관하수사관서 전체로 확대하는 한편, 기존의 피의자에 대한 심문권, 관계서류조사권, 사건송치명령권에 더하여 즉시석방명령권이 추가되었다(제198조의2 2항 참조).

601) 검사는 특정강력범죄사건의 증인이 피고인 그 외의 자로부터 생명, 신체에 해를 받거나 또는 해를 받을 염려가 있다고 인정되는 때에는 관할 경찰서장에게 증인의 신변안전을 위해서 필요한 조치를 취할 것을 요청하여야 한다(특정강력범죄의처벌에관한특례법 제7조 1항). 이 요청을 받은 관할 경찰서장은 즉시 증인의 신변안전에 필요한 조치를 취한 후 그것을 검사에게 통보하여야 한다(동법 제7조 4항). 이러한 증인의 신변안전조치에 관한 규정은 성폭력범죄사건의 증인에 대하여도 준용되고 있다(성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제20조 1항).

이나 경찰내부의 행정적인 사무처리 등 경찰 고유의 업무에 해당하는 분야에 있어서도 경찰의 검찰에 대한 보고 등이 의무화되어 있기도 하다. 이러한 규정은 검찰청법 제11조에 기초하여 법무부령으로 제정된 검찰청의 사무에 관한 사항을 규율하고 있는 제규칙에 존재한다. 행정적인 업무와 관련하여 ③경찰관서 서류에 사전 간인을 받을 의무⁶⁰²⁾, ④범죄통계를 위한 기초자료의 매사건 송치시 송부의무⁶⁰³⁾, ⑤치안정보에 관한 보고의무 등이 요구되고 있다⁶⁰⁴⁾.

한편 ⑥형미집행자에 대한 소재수사지휘⁶⁰⁵⁾, ⑦징수금의 집행촉탁⁶⁰⁶⁾ 등에 관한 규정이 마련되어 있어, 경찰의 수사활동과는 직접 관련이 없는 검찰업무에 대하여도 지휘나 촉탁이 행해지고 있다.

3. 요약

이상에서 우리나라에 있어서의 경찰과 검찰의 관계를 규정하고 있는 현행의 제법규를 나열해 보았다. 우리나라의 경우는 다른 국가의 경찰과 검찰의 관계에서는 찾아보기 힘든 실로 무수한 규정이 제법규에 산재되어 있다. 경찰과 검찰의 관계를 표현하는 제법규는 헌법을 위시하여 형사소송법과 기타 특별법에 포함되어 있을 뿐만 아니라, 특히 검찰의 사무에 관한 사항을 규율하고 있는 다양한 규칙 등에 혼재되어 있다. 이러한 혼

602) 사법경찰사무를 처리하는 관서에서 사용하는 범죄사건부 및 체포, 구속인 명부는 미리 관할지방검찰청검사장 또는 지청장의 간인을 받아야 한다(사법경찰관리집무규칙 제61조 2항).

603) 사법경찰관은 사건 마다 범죄통계원표를 작성하여 검찰총장이나 관할지방검찰청검사장 또는 지청장에게 제출하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제13조). 실무상 수사후 각 피의자 별로 작성하여 사건송치가 첨부하여 송부하고 있다.

604) 사법경찰관은 다음의 각호(1. 소요의 발생, 또는 그 외의 사유로 사회적 불안을 조성할 염려가 있을 때, 2. 정당, 사회단체의 동향이 사회질서에 영향을 끼칠 염려가 있을 때)에 해당하는 사실이 있을 때에는 즉시 관할지방검찰청검사장 또는 지청장에게 그 사실을 보고하도록 요구되고 있다(사법경찰관리집무규칙 제12조).

605) 검사가 형미집행자에 대하여 형집행장을 발부한 때에는 검찰의 집행사무담당직원은 형집행장을 사법경찰관에게 교부하며(검찰집행사무규칙 제6조 3항), 또한 검사는 형미집행자에 관하여 2개월에 1회 이상 소재수사지휘를 하여야 한다(동조 4항).

606) 검사는 징수금(벌금, 과료, 추징, 과태료, 소송비용, 비용배상)의 집행에 있어서 사법경찰관에게 징수금의 집행을 촉탁하고 있다(검찰징수사무규칙 제43조).

재양상은 그간 검찰이 법규제정에 있어서의 우월적 지위와 수사지휘권이라는 법적 권한을 적극적으로 활용하여 경찰의 의견을 수렴하는 과정조차 거치지 않은 상태에서 무수한 제법규에 관련규정을 확산시켜온 결과이기도 하다.

한국의 검·경관계는 법원을 정점으로 한 검·경간의 계층화를 그 특징으로 하고 있다.⁶⁰⁷⁾ 사법경찰이 검사의 관여 없이 사법부에 직접적으로 수사상 처분에 대한 가부를 청구하거나 통제를 받는 형식을 취하지 않고 있다는 점에서 그러하다. 또한 현행법상 사법경찰의 수사는 검사의 지휘를 받아 행하도록 요구되고 있으며, 구체적인 수사권한에 있어서도 검사의 지휘 없이 사법경찰의 재량으로 행할 수 있는 수사영역은 극히 제한되어 있다. 사법경찰은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다고 규정한 한국형사소송법 제196조는 단순히 선언적인 의미에 그치지 않고 있으며, 다양한 제규정을 통하여 구체적으로 담보되고 있는 것이다. 한국검찰은 사법경찰의 수사에 대하여 철저한 지배체제를 구축하고 있으며, 이는 한국 수사구조가 가지고 있는 대표적인 특성의 하나이다.

이러한 한국 검·경관계의 특성은 유사한 법체계를 가지고 있는 일본의 검·경관계와 비교해봄으로써 그 상대적 특성을 명확히 확인할 수 있다. 일본경찰은 구체적인 개별사건의 수사에 있어서는 검찰의 개입 없이 독자적인 판단에 의하여 수사를 행하고 있으며, 임의수사는 물론 대인적·대물적 강제처분을 행함에 있어 검찰의 지휘를 받지 않는다. 즉 한국경찰과 달리 체포장을 비롯하여 압수·수색·검증·감청 등의 각종 영장을 검찰을 거치지 않고 재판소(법원)에 직접 청구하여 발부받고 있다. 또한 독자적인 판단에 의하여 피의자를 석방하고 있으며,

압수물의 처리와 관련된 제반의 처분을 독자적으로 행사하고 있다. 한국경찰이 개별사건의 수사진행과 관련하여 법규상 각종의 지휘나 보고 등의 명목으로 검찰의 개입이 허용되어 있는 것과 달리 일본에는 이러한 법규상 제규정이 존재하지 않으며, 경찰의 개별사건수사에 대하여 검찰이 직접적으로 관여할 수 없다. 검찰은 형사소송법 제193조에 의거하여 사법경찰에 대하여 일반적 지시, 일반적 지휘, 구체적 지휘를 할 수 있으

607) 이러한 구조는 일본이 경찰과 검찰을 각각 제1차적 수사기관과 제2차적 수사기관으로서 원칙적으로 상호 수평적인 관계를 유지시키며, 양 기관이 독자적인 수사활동을 행함에 있어 각각 사법부인 재판소의 직접적인 통제를 받는 구조를 취하고 있다는 것과는 대비되는 부분이다(《그림Ⅶ-3》 참조).

나, 경찰이 수사진행중인 구체적인 개별사건의 수사에 개입하여 지휘를 할 수 없다는 한계가 있다. 경찰의 구체적 사건에 대한 수사는 송치이후의 단계에 이르러서야 검찰의 통제를 받게 된다. 검찰은 송치 이후에 경찰수사에 대하여 법률적인 측면 및 사실적인 측면에 대한 사후적인 검토를 통하여 경찰수사의 적정성을 체크하고 있으며, 또한 필요하다고 인정될 경우에 보충적·보정적 수사를 진행하게 되는 것이다.

이러한 일본의 구조는 패전 이후 영미식의 당사자주의를 대폭 수용하여 검사의 주된 임무를 공소관으로서 소추업무로 전환시키는 과정에서 탄생한 절충적인 형태의 구조라 볼 수 있다. 즉 수사의 주된 책임과 권한은 경찰에게 부여하나, 다만 제한된 범위내에서 보충수사와 독자수사를 할 수 있는 독립된 또 하나의 수사기관으로서의 권한을 검찰에게 부여하였다. 따라서 수사상 양자의 관계를 상호협력의 관계로 설정하고 이에 대한 통제를 사법부가 담당할 필요가 있었다는 것이다.⁶⁰⁸⁾

II. 운용현황

한국형사소송법 제195조는 검사는 수사의 주체자로서 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에는 범인·범죄사실과 증거를 수사하는 독자적인 수사기관임을 규정하고 있고, 동법 제196조는 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 하며 사법경찰리는 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사를 보조하여야 하는 지위에 있음을 규정하고 있다. 이러한 현행법상의 검·경관계에 관한 기본규정은 검사에게 거의 무제한적인 수사지휘권을 부여한 근거규정인 것처럼 확대해석되고 있다. 즉 검사는 사법경찰의 수사에 관하여 일반적이고 포괄적인 각종 지휘나 지시가 가능할 뿐만 아니라 개별사건의 수사에 대하여도 언제든지 개입하여 구체적인 지휘를 할 수 있고, 또한 언제든지 수사중지를

608) 한편 이러한 일본의 수사구조는 결과적으로 검찰이 경찰수사에 직접 관여하고 있는 한국에 비하여 검찰이 상대적으로 객관적인 입장에서 경찰수사의 적법성에 대하여 사후적인 규제를 가할 수 있는 구조라 할 수 있을 것이다. 수사에 직접적으로 개입하여 지휘한 입장에서는 상대적으로 엄격한 사후적 통제를 가하기 힘들다고 보아야 하기 때문이다.

명하고 사건송치를 명할 수 있다는 식으로 해석되고 있는 현실이다.

또한 검사의 수사지휘권은 각종법규에 산재되어 있는 다양한 규정을 통하여 구체화되어 있다. 현행법은 사법경찰에게 검사의 명령에 복종할 의무를 부과하고 있으며(검찰청법 제53조), 검사에게 당해 사법경찰관리에 대한 교체임용이나 해임·징계의 요구권을 부여하고 있다(검찰청법 제54조, 폭력행위등처벌에관한법률 제10조). 사법경찰이 인권옹호에 관한 검사의 직무집행을 방해하거나 그 명령을 준수하지 않은 경우에는 그러한 행위자체가 형법상의 범죄를 구성하여 형사처벌의 대상이 된다(형법 제139조). 그리고 구체적인 개별사건의 수사를 수행함에 있어서 사법경찰은 수사개시단계부터 종결단계에 이르기까지 수사의 전과정에 걸쳐 검사에게 각종의 사항을 보고·건의하거나 승인을 받도록 요구되고 있다.

검사의 수사지휘권의 확보는 특히 강제수사 분야에 있어서 더욱 철저한 양상을 보이고 있다. 검사는 모든 종류의 대인적·대물적 영장에 대한 판사에의 청구권을 유일하게 행사할 수 있으며, 검사 이외의 다른 수사기관은 모든 영장을 검사를 통해서만 판사에게 청구할 수 있다. 이러한 영장의 검사청구원칙은 헌법상의 명문규정을 통해 굳건히 보장되어 있으며(헌법 제12조 3항 및 제16조), 이 원칙은 실무상 검사가 다른 수사기관이 신청한 모든 영장을 자신의 판단으로 기각하거나 수사보완 후 재신청하도록 지휘할 수 있는 것으로 해석·운용되고 있다. 현재 한국의 검사는 다른 수사기관이 강제수사를 실시하고자 할 때 그 당부에 관한 사법부의 판단을 받아 볼 기회마저 배제시킬 수 있고, 또한 사법경찰의 수사진행을 실질적으로 차단시킬 수 있는 권한을 가지고 있는 것이다.⁶⁰⁹⁾⁶¹⁰⁾ 나아가 사법경찰이 인신구속한 피의자를 석방하는 경우에도 검사의 사전지휘를 받고 있다. 사법경찰관이 체포·긴급체포·구속한 피의자를 석방하는 경우에는 미리 검사의 지휘를 받고 있으며(사법경찰관리집무규칙 제26조 1항, 제4항). 검사의 지휘

609) 2002년도의 경우, 사법경찰의 전체 구속영장신청인원은 122,191명이었고, 이 중 검사에 의해 영장이 기각된 인원이 18,892명, 판사에 의해 영장이 기각된 인원은 13,855명이었다. 사법경찰이 신청한 구속영장의 약 15.5%(=18,892/122,191)는 결국 사법부의 심사 없이 검사단계에서 기각되었다.

610) 현행법은 사전영장이 불요한 사법경찰의 긴급체포의 경우에도 사법부의 사후통제는 결락시키고 있지만 검사에 대한 사후승인의무는 규정하고 있다(형사소송법 제200조의3 2항).

에 의하여 피의자를 석방한 경우에는 즉시 그 사실을 검사에게 재차 보고하도록 요구되고 있는 것이다(동규칙 제26조 3항, 1996년 12월 31일 신설).⁶¹¹⁾

그 밖에도 검사는 관하 수사관서의 체포·구속장소를 감찰하고, 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명할 수도 있다(형사소송법 제198조의2).

그리고 사법경찰이 입건하여 수사를 개시한 사건은 종국적으로 예외 없이 모두 검찰에 송치되어야 하므로 검찰은 사법경찰의 수사한 모든 사건에 대하여 사후적인 통제·감독이 가능하다.

총체적으로 볼 때 한국의 검·경관계는 검찰이 필요시 사법경찰의 수사에 개입하여 지휘하거나 그 수사를 중단시키고 자신이 직접 수사를 수행할 수 있으며, 사법경찰의 수사는 상대적으로 주체성이 매우 제한되어 있다는 특성을 보이고 있다.

한국 수사구조가 가지고 있는 또 하나의 큰 특성으로는 검찰이 직접적으로 수사를 수행하며, 그 정도 또한 과도한 수준에 이르고 있다는 점을 꼽을 수 있다. 검사의 수사를 보조하는 자체수사인력이 겸비되어 있음으로써 검사가 직접 수사를 수행할 수 있는 토대가 마련되어 있으며, 또한 검사조서의 증거능력이 사법경찰작성의 조서에 비하여 극히 완화된다고 공판정에서 절대적인 통용력을 발휘하고 있다는 사실은 검사가 피의자를 직접적으로 수사해야 할 필요성과 실익을 제공하고 있다. 이러한 제반여건을 바탕으로 검찰은 공소관 본연의 공판업무는 후순위로 제쳐두고 수사활동에 주력하는 본격적인 수사기관의 역할을 담당하고 있는 것이다.

이러한 점은 영미법계 국가는 물론 대륙법계 국가에서의 검사의 역할과도 확연히 차이나는 부분이다. 대륙법계 국가의 검사는 수사의 주재자이지만 자신이 수사를 직접 수행하는 본격적인 수사기관은 아니며, 수사에서의 주된 역할은 사법경찰의 수사에 대한

611) 다만 현행법체포 후의 석방에 있어서는 석방에 대한 검사의 사전지휘를 요하지 않으며 사법경찰관리가 구금의 필요가 없다고 사료되는 때에는 즉시 석방할 수 있으나, 사법경찰관은 현행법체포한 피의자를 석방한 때에는 즉시 그 사실을 검사에게 사후적으로 보고할 것이 요구되고 있다(동규칙 제32조 2항).

사후통제와 감독에 있다. 바로 이러한 점에서 검찰이 수사의 지휘 감독자이며 동시에 수사를 수행하는 주체이기도 한 한국의 수사구조와는 분명한 차이를 가진다.

나아가 한국의 검찰은 앞서 살펴본 바와 같이 세계 각국의 검찰 중에서도 가장 강력한 소추권을 행사하고 있다. 국가소추주의 하의 유일한 공소기관으로서 공소유지 및 공소취소권을 담당하고 있으며, 기소독점주의 하에서 배타적·독점적 기소권과 혐의가 인정되어도 기소하지 않을 수 있는 재량을 함께 행사하고 있다는 점에서 그러하다. 결국 한국의 수사절차와 소추절차는 검찰에 의해 장악되어 있으며, 양 절차가 기능적인 분리가 되지 못한 형태를 취하고 있다. 수사와 공소가 실질적으로 일체화된 현행의 구조는 한국 형사사법제도를 특징지우는 가장 큰 특색 중의 하나이다.

제2절 현행 수사구조의 문제점

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

첫째, 검찰권의 비대화와 이에 대한 견제장치의 불비의 문제이다. 검찰은 일국의 수사절차를 장악하고 있음에 더하여 배타적·독점적 소추권한을 보유하고 있다. 그럼에도 불구하고 이에 대한 실효성 있는 통제장치는 물론이거니와 권력의 분립·다원화에 따른 견제장치 또한 미흡하다. 독점적인 기소권과 혐의가 있어도 기소하지 않을 권리, 이 두 가지 권리를 함께 가진 조직에 엄격한 자기 통제를 기대하는 수 밖에 달리 방도가 없는 것이 현실이다. 그러나 견제장치 없는 자기 통제가 심히 어려운 일임은 이미 반세기 넘는 역사적 경험을 통해 충분히 증명되었다. 전근대적 도덕율에 의존하여 일국의 형사사법의 정의를 세우려는 것은 다원화된 시대의 요구에 더 이상 부합되지 않는다.

문제의 심각성은 우리 형사사법시스템은 수사단계에서조차 검찰에 대한 타 기관의 견제를 배제하는 체제라는 점에 있다. 현재 검찰의 비위에 대하여 수사할 수 있는 기관은 검찰 자신을 제외하면 사법경찰밖에 없으나, 검찰에 대한 사법경찰의 수사는 현실적으로 불가능에 가깝기 때문이다. 예컨대 사법경찰이 분투하여 검찰의 불법을 수사한다고 하더라도 일단 범죄 발생단계에서 검찰에 보고되거나 영장신청절차를 포함하여 각종 수사처분과 관련한 경찰의 사전 내지 사후의 승인·보고·건의를 받는 과정에서 검찰의 구체적·포괄적 수사지휘권에 의해 자의적으로 제어될 수 있다.

둘째, 위법적·인권침해적 피의자신문절차의 형성과 수사절차 규문화의 문제이다. 검사가 직접 수사를 담당하거나 사법경찰의 수사를 구체적으로 지휘하는 현행 수사구조 하에서는 검사는 유죄입증을 위해 수사과정에서 자백을 포함한 증거의 수집에 몰두하게 된다. 검찰이 직접 수사를 주도하는 구조 하에서는 검찰의 사법경찰의 수사를 감시하는 제3자적 통제자의 역할을 기대하기 어렵다. 검찰의 수사중심적 조직운용의 심화 현상은 이러한 관점에서 이해될 수 있다. 또한 잘 알려져 있는 바와 같이 담당사건의 유죄판결율이 검찰인사의 중요한 기준으로 평가되고 있다는 사실과 전문증거인 검사작성의 피의자신문조서가 공판정에서 실효성 있는 제한 없이 통용되고 있는 현실은 검사에게 자백획득에 대한 유혹을 더욱 부채질하고 있다. 결국 검찰의 피의자신문과정에는 자백을 강요하기 위해 고문·폭행·협박 등의 수단이 수반될 위험성이 상존하고 있음을 간과할 수 없다.

검찰이 그간 외부인, 나아가서 변호인의 접촉까지 차단하고 밀실형태의 조사실에서 비가시적인 피의자신문을 행해왔다는 사실은 이러한 구조적 문제점과 무관하지 않다. 우리 검찰의 피의자 신문과정에서 탈법적인 수사관행은 이미 수사실무자들 사이에서도 여러 차례 지적된 바 있으며, 이러한 관점에서 볼 때 서울지검 피의자고문치사사건 등은 우연한 사고가 아니라 구조적 문제점에서 빚어진 결과로 볼 수 있다.

셋째, 기소재량을 악용한 비합법적 사법거래 및 허위진술 취득의 위험성이다. 기소편의와 기소독점이라는 강력한 권한을 가지고 있는 검찰은 유죄입증에 필요한 진술을 얻기 위해 피의자신문과정에서 기소재량을 악용한 비합법적 사법거래를 동원하여 피의자로부터 자백을 받아낼 위험성이 있으며, 그러한 자백에는 허위가 개입될 여지 또한 크

다. 예컨대 불기소나 기소유예처분을 약속하거나, 또는 경미한 죄로 소추하거나 경하게 처벌하겠다는 약속을 하고 자백을 유도하는 경우를 예상할 수 있으며, 이러한 비합법적인 수사방법이 실제 적지 않게 동원되고 있다는 추측은 그리 비현실적인 것이 아닐 것이다⁶¹²⁾. 더욱이 이러한 유도된 진술이 특정한 피의자의 범죄사실을 입증하기 위해 공범이나 참고인으로부터 취득되는 경우에는 진술이 아닐 가능성이 더욱 크다고 볼 수 있다.

일반적으로 수사기관은 자신의 유죄심증에 집착한 나머지 유죄입증에 유리한 진술만을 편집하여 조서를 작성한 후 법률적 논점에 대한 판단력이 일천한 피의자로부터 서명날인을 받아 낼 위험성을 가지고 있다. 또한 신문과정상의 피의자의 진술은 수사관에 의한 진술녹취과정과 문서를 통한 법관의 지득과정이라는 이중적인 전달과정 속에서 본래의 진술내용과는 이질적인 것으로 변질될 수 있다. 검사작성의 조서가 무제한적으로 통용되고 있는 실정 하에서 이러한 조서를 근거로 무고한 자가 처벌되는 일이 양산될 수 있는 가능성을 간과해서는 안 될 것이다.

넷째, 공소기관으로서 그 직분에 요구되는 객관성과 중립성을 저해하고 있다는 점이다. 검사는 공익의 대표자로서 기소여부를 판단하고 법령의 정당한 적용을 감시하는 헌행법상의 책무를 부담하고 있다. 공소를 전담하고 있고 광범위한 기소재량을 행사하고 있는 한국적 상황을 감안하면 검찰의 객관성 및 중립성의 요청은 더욱 중요시된다. 그러나 공소기관인 검찰이 수사를 직접 담당하는 구조 하에서는 이러한 객관성과 중립성을 유지하기 어렵다. 검찰이 수사를 직접 담당하는 한 수사기관으로서 가지기 쉬운 유죄의 예단으로부터 자유로울 수 없다. 스스로 적극적으로 수사를 행한 자가 공소기관으로서의

612) 불기소나 경한 죄의 소추를 약속하는 등 기소재량을 악용하여 자백을 유도한 사례는 판례를 통하여도 엿볼 수 있다. 수뢰금액을 낮추어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물수수)을 적용하지 않고 단순수뢰죄의 가벼운 형으로 처벌받게 해 주겠다는 약속하고 자백을 유도한 사례(대판 1984.5.9, 83도2782), 다른 범죄사실은 불문에 붙이고 소매치기하였다는 피의사실부분은 가볍게 처리할 것이며 피고인에 대하여 보호감호를 청구하지 않겠다는 각서를 작성하여 주면서 자백을 유도한 사례(대판 1985.12.10, 85도2182), 별건인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 및 사문서위조 등의 혐의로 수배중인 자에게 사기의 점에 대하여는 무혐의 처분하고 사안이 가벼운 사문서위조만을 기소하기로 약속하고, 본건에 있어 뇌물을 교부하였다는 자백을 유도한 사례(대판 2002.6.11, 2000도5701) 등. 한편 공판기일에 공판개시 이전에 검사가 피고인을 검사실로 불러 피고인에게 최소한 피해자를 밀쳤다고만 시인하면 공소장을 변경하여 벌금형이 선고되도록 하여 주겠다고 제의하여 공판정에서 자백을 유도한 사례로는 대판 1987.4.14, 87도317 참조.

객관적이고 중립적인 공소업무를 수행한다는 것은 양립될 수 없는 난제인 것이다.

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

제6장 형사절차상 바람직한 검·경의 역할 및 상호관계 모색

제1절 수사권독립에 관한 기존논의 검토

I. 수사권독립에 관한 논쟁의 연혁⁶¹³⁾

광복 이후 경찰의 수사권독립에 관한 논쟁은 광복 직후의 미군정시대와 1954년의 현행형사소송법 제정시에 전개되었던 논쟁을 우선적으로 꼽을 수 있다. 그리고 현행 형사소송법이 제정된 이후에도 현재까지 독자적 수사권 부여방안에 관한 논쟁은 지속적으로 이어져 왔다.

이하에서는 현행형사소송법 제정시점을 기준으로 제정 이전과 제정 이후의 시기를 구분하여 수사권독립에 관한 논쟁이 어떻게 전개되어 왔는지 개괄적으로 살펴보도록 한다.

1. 현행 형사소송법 제정 이전 (광복 이후~1954년)

광복 직후 미군정청이 일본과 마찬가지로 우리나라에서도 일제 강점기의 인권침해적 형사절차를 개혁하기 위한 방안으로 미국식 형사사법제도를 이식하여 검찰과 경찰의 형사절차상 역할 및 상호관계를 재정립하고자 시도하였다. 본고 제2장 제4절에서 살펴본 바와 같이 미군정 초기에는 훈령을 통해, 공소는 검사, 수사는 경찰이 담당하는 미

613) 우리나라에 있어서의 경찰과 검찰의 역할 및 상호관계의 연혁은 본고 제2장 제4절 ‘한국에 있어서의 검·경 관계의 형성과 전개’ 부분에서 관련법제의 변천과정을 중심으로 다루고 있으며, 여기서는 수사권독립론을 둘러싼 ‘논쟁의 연혁’에 초점을 맞추어 관련내용을 정리해두었다.

국식의 형사사법제도가 시행되는 등 일시적으로 경찰에게 독자적인 수사권한이 부여되기도 하였다.⁶¹⁴⁾

미군정 초기의 검·경관계 재정립의 개혁시도는 검찰을 비롯한 법률가들의 강력한 반대에 직면하게 된다. 당시 검찰이나 법조계에는 독립운동가 등의 국민들로부터 신망을 받던 명망 있는 인사들이 대거 포진하고 있었다. 이러한 법률가들의 시각에서 볼 때 일제의 잔재를 제대로 청산하지 못하였고 인권침해적 강압수사의 소지가 다분하였던 경찰에게 독자적 수사권을 부여한다는 것은 쉽게 용인될 수 없는 것이었을 것이다. 미군정 초기에 경찰에게 부여되었던 독자적 수사권은 성문입법을 통해 명문화되기까지 이르지 못하는 못했으며, 법제도가 정비되어 가던 과도기적 상황 속에서 그 주도권은 점차 검찰인사를 중심으로 한 법률가들에게 넘어갔다.

군국주의의 유지를 위한 첨병으로 역할을 담당했던 검찰을 수사에서 한걸음 후퇴시킴으로써 검찰조직의 민주화 개혁을 단행했던 미군정의 일본식 개혁 시도는 이러한 한국의 시대적 특수성을 배경으로 제대로 실현되지 못했다. 결국 미군정청 중기 이후부터 검찰이 여전히 일제시대와 마찬가지로 수사주재자의 지위를 유지하는 쪽으로 논쟁이 일단락되었다.

이후 현행 형사소송법[1954년 9월 23일 법률 제341호] 제정에 즈음하여⁶¹⁵⁾ 경찰과 검찰에 형사절차상 어떠한 책무를 맡길 것이며, 또한 경찰과 검찰의 관계를 어떠한 형태로 설정할 것인지 등에 대하여 적지 않은 논의가 다시 전개되었다. 당시 국회법제사법위원회는 특히 이 문제에 대하여 각별한 관심을 가지고 있었다는 점은 공청회자료나 속기록 등 당시의 입법자료를 통해 확인되고 있다.

이 문제에 대한 입법자들의 인식을 개관하자면, 인권보장에 충실하기 위해 영미법의

614) 1945년 12월 29일자로 발포된 미군정청의 “법무국 검사에 대한 훈령 제3호”는 기본적으로 수사권은 경찰에게 부여하는 반면 검사에게는 기소와 공소유지의 책무를 부과하고 있었다.

615) 광복 이후 우리 나라의 법률이 정비되기 전까지는 일제 하의 법률을 대체로 의용해서 사용하는 시기이다. 형사절차를 규율하는 기본법인 형사소송법도 일제 군국주의 말기에 일본국의 형사소송법으로 사용되었던 소위 대정형사소송법(1922년에 제정된 일본의 구형사소송법)이 의용형사소송법으로서 사용되었다. 일본의 구형사소송법은 직권주의 소송구조를 취하고 있던 대륙법계의 독일 형사소송법의 영향을 강하게 받은 것이었다.

당사자주의적 형사절차를 폭넓게 수용하고자 하였으며, 수사와 소추를 분리하여 경찰과 검찰에게 분담시키는 미국식의 수사구조를 도입하는 것이 법이론적으로 보다 바람직하다는 점에 대하여도 공감대가 형성되어 있었다고 볼 수 있다. 이러한 점은 당시 입법과정에 참여했던 검찰출신의 법조이자 형사법학자로서 법제사법위원회를 주도했던 엄상섭 의원이나 검찰총장이었던 한격만의 발언 등을 통해서 간접적으로 엿볼 수 있다. 형사소송법 초안에 대한 공청회에서 법제사법위원회의 엄상섭 의원은 권력집중에 따른 남용을 방지하기 위하여 장래적으로는 영미식의 수사절차, 즉 수사권과 기소권을 분리하여 수사는 경찰이 전담하고 검찰은 공소유지에 전념하는 형태로 전환되는 것이 바람직하다는 견해를 피력하였다.⁶¹⁶⁾ 또한 당시 검찰총장이었던 한격만은 이러한 엄상섭 위원의 견해가 법리상으로 타당하다는 점을 인정하고 있었다.⁶¹⁷⁾

616) 1954년 1월 9일 엄상섭 의원은 형사소송법 초안에 대한 공청회에서 수사권 문제에 관하여 다음과 같은 발언을 하였다. “우리는 대륙법계통인 독일법계의 형사소송법을 연구했습니다. 우리의 생각은 검찰관이 수사의 주도체가 되는 것입니다. 그러나 미국식의 형소법이라는 것은 그렇게 되어 있지 않습니다. 미국의 예를 들면 미국은 수사는 경찰관, 기소는 검찰관, 재판은 법관… 이렇게 논아져 있습니다. 그리고 일본도 지금은 형소법에 이 점이 명확하게 나와 있습니다. 그러나 우리는 여러 가지 우리나라 실정에 비추어 역시 검찰관이 수사의 주도적 입장에 있어서 되겠다… 이렇게 생각해 왔습니다. 그런데 미국에 있어서 왜 수사는 경찰관, 기소는 검사, 이렇게 노렸느냐 하면 이것은 역시 미국 사람들 생각에는 권력이 한군데에 집중되면 남용되기 쉬우므로 권력은 분산이 되어야 개인에게 이익이 된다, 이렇게 생각했던 것입니다. 그런데 우리나라 실정으로 보면 검찰기관이 범죄수사의 주도체가 된다면 기소권만을 가지고도 강력한 기관이거늘 또 수사의 권한까지 「푸라스」하게 되니 이것은 결국 검찰 「팻쇼」를 가지고 온다는 것입니다. 그런데 지금 일본이나 미국같은 데 있어서는 경찰기관이라는 것은 자치단체에 드러가 있어요. 혹은 영국같은 데서도 그렇습니다. 이런 나라에서도 「수사는 경찰관이 해라, 기소여부는 검찰관이 해라…」 또 「증거가 모자라면 경찰에다가 의뢰해라…」 이렇게 되어 있는데, 우리나라는 경찰이 중앙집권제로 되어 있는데, 경찰에다가 수사권을 전적으로마끼면 경찰 「팻쇼」라는 것이 나오지 않나, 검찰 「팻쇼」보다 경찰 「팻쇼」의 경향이 더 시지 않을까? 이런 점을 보아가지고 소위원회나 법제사법위원회에서는 오직 우리나라에 있어서 범죄수사의 주도권은 검찰이 가지는 것이 좋다는 정도로 생각을 했던 것입니다. 그러나 장래에 있어서는 우리나라도 조만간 수사권하고 기소권하고는 분리시키는 이러한 방향으로 나가는 것이 좋겠다는 생각을 가지고 있습니다.” (형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990, 109면)

617) 위 공청회에서 수사권 문제에 관하여 한격만 검찰총장은 다음과 같은 발언을 하였다. “이 문제는 대단히 중요한 문제라고 생각합니다. 해방전에도 사범경찰관리가 검사의 보조로서 검사의 지휘명령을 받아 왔었는데 그때에도 인사권까지 검찰에 주도록 해야 명령이 잘 이행된다. 이 인사권을 다른 데에서 하게 되면 잘 복종하지 않으니까 인사권까지 검사에게 주어야 된다는 의론(議論)이 있었습니다. 그것은 대단히 실행되기 어려운 문제이고 이제 여러분이 말씀한 바와 마찬가지로 각국의 입법례가 경찰관과 검사와 대등한 입장으로 수사권을 가지는 그러한 예도 있고 또한 대륙법계에서는 검사의 지휘를 받아 가지고 경찰관이 수사를 하는 예도 있을 줄로 압니다. 또한 경찰에게는 수사를 맡기고 기소는 검사가 한다, 이런 데도 있을 줄로 압니다. 그러나 이제 엄(상섭) 의원과 서(일교) 전문위원께서 여러 가지 설명한 바와 마찬가지로 우리나라의 실정은

다만 특기할 만한 것은 형사절차법의 정비과정에서 법제정의 주도권을 쥐고 있던 법률가들의 견해가 전면에 등장하고 있음에 반하여, 정작 이해당사자라고 할 수 있는 경찰측의 견해는 적어도 입법자료의 차원에서는 거의 발견되고 있지 않다는 점이다.

2. 현행 형사소송법 제정 이후 (1954년~현재)

앞서 본고 제2장 제4절에서 살펴본 바와 같이 현행 형사소송법 제정 이후 최근까지의 검·경관계 변천사는 검사가 사법경찰에 대한 수사지휘권을 일방적으로 강화시켜왔던 과정이었다고 요약할 수 있다. 검찰은 그간 법규제정의 우월적 지위를 심분 활용하여 헌법을 위시하여 형사소송법이나 각종 특별법이나 규칙·예규 등에 다양한 지휘관련조항을 확장시켜 왔으며, 이러한 경향은 정권유지를 위해 검찰권이 강화되었던 역사적 시점에 더욱 두드러지게 나타난다.

그러나 한편 검사의 수사지휘권 강화라는 역사적 사실과는 별도로 형사소송법 제정 이후에도 경찰의 수사권독립 논쟁은 지속적으로 이어져 왔다. 경찰측의 직접적인 문제제기나 학계나 정부에서 입법론 내지 형사정책적 제안의 형태로 언급되어 왔으며, 그 개괄적인 주요 논쟁의 연혁은 다음과 같다.

(1) 제2공화국 과도정부기의 논쟁

4·19 민중혁명 이후 허정을 수반으로 하는 과도정부에서 경찰의 수사권독립에 관한 논의가 공식적으로 다시 재개되었다. 과도정부는 민주화된 경찰운영을 모색하기 위하여 1961년 6월 1일 경찰행정개혁심의회를 구성하여 경찰행정 개혁방안을 검토하였다. 심의

해방 이후 오늘날까지 여러 가지 사정은 제가 말씀하지 않더라도 여러분이 잘 아실 줄로 압니다만, 수사의 일원화 또 검사의 지휘권을 강화해야 된다는 것은 여러분이 다 추측하실 줄로 압니다. 그래서 지금까지 시행해 온 형사소송법에는 사법경찰관은 검사의 한 보조역으로서 수사를 한다고 이렇게 되어 있는데 이 문제에 대해서는 법전편찬위원회에서도 여러가지 논의가 많이 있었습니다. 그래서 여러가지 절충해 가지고 이 원안이 나왔는데 저는이 원안을 찬성합니다. 지금 우리나라 있어서 이 정도로 하는 것이 대단히 타당하다고 생각합니다. 그러나 이론적으로 말하면 아까 엄(상섭) 의원이 말씀한 바와 마찬가지로 수사는 경찰에 맡기고 검사에게는 기소권만 주자는 것은 법리상으로는 타당합니다만 앞으로 백년후면 모르지만 검사에게 수사권을 주는 것이 타당하다고 생각합니다.”

회는 10여차의 토의를 거쳐 바이런 앵글(Bairon Angle), 로버트 로우(Robert. C. Low) 등 미국인 전문가의 의견을 참작해 경찰중립화 방안과 경찰에게 1차적 수사권을 부여하는 수사권독립방안 등을 입안하여 내무부장관에게 건의하였다.

건의안에서는 ‘경찰의 수사주체화’ 방안으로서 사법경찰관리인 경찰관은 범죄가 있다고 사료될 때에는 범인 및 증거를 수사하는 제1차 책임을 갖는 수사기관으로 하고, 검사는 필요하다고 인정할 때에 스스로 범죄를 수사하는 제2차 책임을 가지는 수사기관으로 하자는 형사소송법 개정안을 제안하였다.⁶¹⁸⁾

618) 건의안이 형사소송법 개정안의 제안이유로서 실시한 논지는 다음과 같다. 「현행법상 범죄수사의 중심기관은 검사이며 사법경찰관리는 검사의 보조자로서 검사의 지휘권을 받아 수사를 행하도록 되어 있다. 이와 같이 검사를 범죄수사의 중심기관으로 하고 검사에게 사법경찰관리에 대한 수사상의 전면적 지휘 명령권을 부여한 것은 수사업무의 수행을 통일하고, 또한 수사업무에 관한 책임의 소재를 명확히 할 필요가 있기 때문에 각종 수사기관을 통일적으로 구성하여 그 중심이 되는 것을 정할 필요가 있다고 판단하여 검사로서 이에 충당함으로 최적으로 생각하였던 까닭이다. 왜냐하면 범죄수사는 국가형벌권의 실현을 목적으로 하는 형사절차의 제2단계로서 일체의 범죄수사는 공소의 실행을 향하여 집중되지 않으면 아니되는 것이며, 따라서 공소관인 검사를 범죄수사의 중심기관으로 정하여 다른 모든 수사기관을 검사의 보좌 또는 보조기관으로 둔다면 범죄수사가 적정하고, 또한 공소실행을 위하여 능률적으로 행하여 질 것을 기대하였던 까닭이다. 뿐만 아니라 범죄수사에 있어서는 범죄사실의 법률적 구성이 필요하기 때문에 그 임용자격에 있어 거의 재판관과 닮은 엄격한 자격을 필요로 하여 법률적 소양이 높은 검사를 범죄수사의 중심기관으로 하고, 기타 수사기관은 검사의 지휘 명령을 받아 수사를 행하도록 하는 것이 최적이라고 생각하였던 까닭이다. 그러나 이와 같은 제도나 사고는 반 세기 이전까지는 그 타당성이 인정되어 왔던 바이나, 20세기 초부터 급격히 발달된 사회문물의 혼란과 이에 따르는 범죄의 양상 및 규모 등에 대비하려면 경찰로 하여금 수사에 대한 제1차적 책임을 지우고 수사의 주체로서 그 조직과 시설을 충분히 활용케 함이 오히려 효율적이고 타당하다. 특히, 헌법상의 기본원칙인 민주주의에 있어서는 권력의 집중은 될 수 있는 한 이를 피하여야 하는 것이며, 또한 책임의 명확화라는 것이 강력히 요구되지 않으면 아니된다. 이번에 새로 제정되는 본 경찰법은 경찰의 민주화와 경찰의 정치적 중립을 제도로서 확보부동하게 확립하여 놓을 것을 기본원칙으로 하는 바이다. 종래 구 경찰이 범죄수사권이라는 뒷받침과 검찰당국의 비호 아래 각종 정치에 관여 또는 탄압할 수 있었고, 또한 그렇게 하여왔음을 부인할 수 없는 실정이었음을 감안할 때, 만일 검사동일체의 원칙의 지배를 받고 있는 통일적 국가기관인 검사가 전면적으로 경찰을 지휘명령한다는 제도를 그대로 존속시킨다면 이는 확실히 새 경찰법 제정의 정신에 위배되는 것이며, 행정기구상의 개혁만으로 경찰중립화를 도모한다는 것은 무의미하며 경찰의 중립이란 유명무실화할 것이 명약관화한 바이다.

또한 현행법에서는 전술한 바와 같이 검사를 유일한 책임 있는 범죄수사의 주체로 하고 사법경찰관리는 검사의 지휘 명령을 받아 수사에 종사케 되는 검사의 보조기관으로 정해져 있으나 실제의 운용에 있어서는 검사의 지휘 명령권은 행정관청에 있어서의 지휘 명령과 같이 법문 그대로 엄격히 그 철저를 기할 수 없으며, 따라서 사법경찰관리가 행하는 범죄수사에 대한 책임의 불명확을 초래하여 왔음은 부정할 수 없는 바이다. 이와 같이 현실과 껌이 있는 제도를 그대로 존속시키다는 것은 책임의 명확화를 강력히 요구하는 민주주의에 있어서는 도저히 허용될 수 없는 바이다. 이에 단 한가지 고려되는 점은 경찰관의 탈선적 행위에 대한 방비 문제이나 이것은 별문제가 되지 않는 바로서 즉, 임용자격의 엄격화(시험제도), 교양의 철저화(정기

이 개정안은 제2차 세계대전 이후 종래의 수사주재자의 역할을 담당하던 대륙법계 검사제도에 영미식의 공소전담형 검사제도를 대폭 가미하여 절충적인 검사제도를 탄생시킨 일본의 제도를 그 모델로 한 것이었다. 당시 경찰행정개혁심의회는 내무부를 통하여 건의안의 수용을 정부에 요구하였다.

(2) 신군부 집권기의 논쟁 재연 (1980년~1992년)

5·16 군사쿠데타 이후의 박정희 정권 집권기는 검찰권이 급격히 강화되었던 시기였다. 특히 1972년의 유신헌법 제정 이후에는 형사소송법의 대폭적인 개정이 이루어져 검찰권이 극도로 비대화되었다(제2장 제4절 참조). 이 시기에는 경찰의 수사권독립 주장이 가시적으로 드러나지 않았으며, 그 논쟁은 신군부 집권 이후 1980년대에 이르러 다시 고개를 들기 시작했다.

전두환 정권시절인 1985년 12월 20일 당시 치안본부 기획과 연구발전계에서는 ‘2천대를 향한 경찰발전방향’을 성안하여 일본식으로 경찰에 1차적 수사권과 수사주재권을 부여하여야 한다고 주장한 바 있다. 이후 1989년 3월, 전직경찰관들로 구성된 단체인 대한경우회는 경찰의 정치적 중립과 기구 독립을 위한 제도적 장치의 일환으로서 경찰수사권독립을 주장하는 성명서를 발표한 바 있다. 당시 대한경우회의 성명서는 일간지 광고면을 통해 발표하는 형식을 취하였다.

1990년대에 들어서는 당시 야당측에서 수사권독립의 문제를 들고 나오기 시작했다. 경찰의 선거개입을 막기 위하여 경찰중립화를 추진하려 했고, 그 일환으로서 자치경찰제 도입과 수사권독립 방안을 제기하였던 것이다. 또한 1992년 1월 야당인 민주당은 경찰이 1차적인 수사권을 가지는 일본식 수사권독립 방안을 제시한 바 있다.

적으로 학교에서 수강하는 의무), 새로운 책임으로 하부직원에게 대한 엄격한 감독 및 감독 강화, 검사 스스로도 수사권이 있기 때문에 현재와 다름없이 이를 감시 견제할 수 있는 것이다.

이상의 문제를 고려한 결과 신법 제정에 있어서는 검사와 사법경찰관리(신법에서는 이를 사법경찰직원이라 개칭코자 함)를 각각 독립의 수사주체로 하고, 또한 검사의 공소관으로서의 직무를 특히 중시하여 검사는 오히려 공소의 실행에 주력을 경주하도록 하고 범죄수사의 제1차적 책임을 가지는 기관을 사법경찰과 정함이 실행 제2공화국의 정치개혁 중 가장 중요한 과업의 하나이며 초미지급이라 아니할 수 없다(구미선진제국 및 일본제도 참조).」(치안국, 한국경찰사Ⅱ, 1973, 1279~1294면 참조)

이 이외에도 1991년 3월 한국생산성본부에서 ‘치안실태조사와 대책’의 일환으로 경찰 수사권의 적정화방안으로서 경찰에게 독자적 수사권을 부여한 방안을 제안하였고, 1992년 4월에는 한국개발연구원에서 ‘2천년대의 경찰행정발전방안’에서 경찰독자성 확보방안의 일환으로 경찰에게 1차 수사권을 부여할 것은 제안한 바 있다.

(3) 문민정부 이후의 논쟁 (1993년~현재)

1993년 여당이었던 민주자유당은 단순절도, 폭력, 교통사고 등의 경미범죄에 대하여 경찰에게 독자적 수사권을 부여하는 방안을 대통령에게 보고한 바 있다.

1994년 3월, 야당인 민주당의 내무위원회 소속 국회의원 보좌진 및 내무전문위원은 공동 집필한 ‘경찰행정의 주요 문제점과 개선방안’을 통해 일본식으로 경찰에게 1차적 수사권을 부여하는 방안을 제안하였다.

1994년 6월, 민주자유당 국가경쟁력강화특위 행정쇄신소위원회에서 경찰에게 독자적 수사권을 부여하는 방안을 성안하였고, 같은해 12월에는 국무총리실 산하 행정쇄신위원회에서는 경찰수사권의 현실화방안을 마련한 바 있다.

김대중 대통령 취임 이후 1998년 3월 12일, 연립여당인 국민회의와 자민련의 민생안정대책위원회는 신속하고 효과적인 수사를 위해 단순경미범죄에 한하여 경찰에게 독자적 수사권을 부여하는 법개정을 추진하겠다고 발표하였다.⁶¹⁹⁾ 독자적 수사권을 부여할 단순경미범죄로서는 당시 전체범죄의 57%를 차지하고 있는 ‘상해, 폭행, 과실치사상, 강도, 절도 등’을 포함시키고 있었다. 이러한 여권의 방침에 대하여 검찰은 “일부 한정된 범죄라고 할지라도 경찰에 독자적 수사권을 허용할 경우 여러 가지 문제가 발생할 소지가 있다.”는 이유로 반대의 입장을 표명한 바 있다.⁶²⁰⁾ 당시 경찰과 검찰이 이 문제를 둘러싸고 기관간의 심한 대립양상을 보이기 시작하였으며, 급기야 대통령이 논쟁을 자제하라는 직접적인 지시를 내림으로써 양 기관간의 논쟁은 수면 아래로 잠복하게 되었다.

619) 동아일보, 1998년 3월 14일자 3면 참조.

620) 조선일보, 1998년 3월 13일자 기사; 법률신문, 1998년 3월 19일자 1면 참조.

현 노무현 대통령은 민생침해범죄에 대하여 경찰에게 독자적 수사권을 부여하는 방안을 대선공약으로서 제시하였으며, 대통령 취임 이후에도 공약을 실천한다는 기본방침은 이미 여러 차례 확인된 바 있다. 2003년 2월 대통령정권인수위원회에서는 경찰청으로부터 수사권독립방안에 관한 보고서를 직접 제출받은 바 있으며, 노무현 대통령은 경찰청 관계자들과의 모임이나 주요 경찰행사 등에서 대통령 임기 중에 경찰에게 독자적 수사권을 부여할 것임을 확약해온 상태이다.⁶²¹⁾

II. 수사권독립론과 수사지휘론

여기서는 수사권독립 논쟁에 대한 기존의 논의상황을 간략히 정리해둔다. 이 문제에 대한 학설은 크게 세 가지의 견해로 나누어져 있다.

첫째, 수사권독립 긍정설이다.⁶²²⁾ ①현실적으로 대부분의 범죄에 대한 수사는 실제 경찰에 의해 행해지고 있으며, ②소수의 검사가 모든 범죄수사를 지휘한다는 것은 사실상 불가능하다, ③수사권독립은 현재의 책임과 권한의 불일치 문제를 해소하고, ④경찰의 책임의식과 사기를 향상시키게 된다, ⑤검사는 법률전문가이지 수사전문가가 아니다, ⑥중복수사에 의한 인권침해나 비경제성을 방지해야 한다, ⑦법무부의 외청인 검찰이 행정자치부의 외청인 경찰을 지휘하는 것은 정부조직의 원리에 반한다는 점 등이 주된 논거이다. 한편 경찰에게 일정한 형벌 이하의 범죄 등에 한하여 부분적으로 독자적인 수사권을 부여해야 한다는 견해⁶²³⁾도 긍정설의 범주에 포함된다고 볼 수 있다.

621) 노무현 대통령은 2003년 6월 16일 경찰청과 해양경찰청 소속 지휘관들을 청와대로 초청, 특강 및 오찬을 가지는 자리에서 경찰수사권독립문제와 관련하여 “이미 고약한 문제로 적절한 시기에 해나가겠다”며 임기 내에 실현할 방침임을 재차 확인한 바 있다. 또한 “(수사권독립은) 지금까지도 정당하다고 생각하는 공약”이라며 “국정을 운영하다보면 한꺼번에 여러 가지를 할 수 없으나 자연스럽게 협의해서 잘 갈 수 있다고 생각한다”고 부언하였다(경향신문, 2003년 6월 16일자 기사 참조). 한편 2004년 10월 21일 ‘경찰의 날’ 기념식장과 2005년 3월 15일 경찰대학 졸업식에서 임기중에 반드시 공약사항을 실천할 것임을 재차 확인하였다.

622) 김기두, 형사소송법, 1985, 56면; 엄정철, 형사소송법, 1980, 280면; 손동권, 기존 경찰수사권독립에 대한 검토, 경찰행정 1998년 9월 10일판, 18면 이하; 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 형사법과 세법(학당 명형식 교수 화갑기념논문집), 1998, 297면 이하; 이관희, 경찰수사권의 독자성 확보방안, 수사연구 1992년 2월호, 22면 이하 등.

둘째, 시기상조설이다.⁶²⁴⁾ 경찰수사를 독립시키 위해서는 전제조건으로서 일정한 제도상의 보장이 필요하다는 견해이다. 일정한 조건으로서는 사법경찰관리의 자질향상 및 전문화, 정치적 중립성의 보장, 인권의식의 철저화, 국민의 신뢰회복 등이 열거되고 있다. 또한 경찰의 지방분권화와 즉결심판청구권의 폐지 등을 전제로 경찰의 수사권독립 문제를 검토해야 한다는 견해⁶²⁵⁾도 시기상조설에 포함시킬 수 있다.

셋째, 수사권독립 부정설이다.⁶²⁶⁾ ①수사는 공소제기를 목적으로하는 준비행위이므로 소추행위와 분리될 수 없다, ②검찰의 통제에 의해 경찰에 의한 인권침해를 방지할 수 있다, ③경찰은 법률지식이 부족하고, ④국민의 경찰에 대한 불신이 높다, ⑤수사권독립은 경찰권의 비대화를 초래한다, ⑥경찰에 의한 영장청구권은 헌법개정을 요하는 것으로 신병구속을 신중하게 처리하고자 하는 헌법의 적법절차조항의 변질을 초래한다, ⑦경찰법 및 경찰관직무집행법에 이미 경찰의 수사권이 규정되어 있고 사실상 독자적인 수사권한을 행사하고 있다는 등을 그 논거로 하고 있다. 한편 검찰실무자들 사이에서는 검찰의 수사권한 확대는 세계적인 추세라고 단언하기도 하며, 사법경찰을 검찰에 흡수시켜야 한다는 주장마저도 제시되고 있다.⁶²⁷⁾

이해당사자인 검찰측은 이상의 세 가지 견해 중 현재 부정설의 입장을 취하고 있다. 검사의 수사지휘회는 법이론적으로 반드시 필요하다는 입장을 표명하고 있는 것이다. 그러나 법무부나 검찰청은 종래에는 줄곧 경찰의 자질부족을 주된 이유로 하는 시기상

623) 이러한 견해로서는 차용석, 형사소송법; 허일태, 제한된 범위내에서 독자적 수사권 주어야 한다, 수사연구 1992년 7월호, 24면 이하; 신현호, 경찰수사권도입의 범위, 수사연구 1992년 11월호, 8면 이하; 이태언, 검찰과 경찰의 수사권배분에 관한 연구, 고황법학 제3호, 2001년 5월, 143면 등이 있다.

624) 백형구, 형사소송법강의[제8정판], 박영사, 2001, 372~373면; 백형구, 경찰수사권독립의 구체적 방안, 수사연구 1982년 4월호, 24면 이하; 백형구, 경찰수사권독립론, 경찰행정 1998년 9월 19일판, 14면; 송광섭, 형사소송법, 유스티아누스, 1998, 331면 이하; 배종대/이상돈, 형사소송법[제4판], 홍문사, 2001, 176면

625) 신동운, 형사소송법, 법문사, 1998년, 58면 이하; 신동운, 한국검찰제도의 현황과 개선책, 서울대법학 제29권 제2호, 1988년 9월, 53면 이하

626) 이재상, 형사소송법[제5판], 박영사, 2001, 95면 이하; 하태훈, 사법경찰 수사권독립의 법이론적 문제점, 경찰행정 1998년 9월호, 1998; 하태훈, 범죄수사단계에서의 사법경찰과 검찰과의 관계, 홍대논총 제30집, 1998, 7면 이하

627) 자치경찰제도입과 경찰수사권독립문제(경찰수사권독립에 대한 법무부의 공식견해), 법무부 홈페이지(<http://www.joj.go.kr/ners/0507noteindex.html>); 서울고등검찰청, 수사지휘론, 1998, 28면.

조설의 입장을 견지해왔다는 점은 주목할 필요가 있다. 이러한 입장 전환은 경찰이 점차 인적 자원의 질적 향상을 꾀하고, 또한 수사에 있어서의 인권침해적 요소를 감소시키는 노력을 지속적으로 추진함에 따라 1990년대에 들어서는 더 이상 시기상조설을 이론적으로 유지하기 힘들다는 판단했기 때문일 것이다.

Ⅲ. 비판적 검토

수사권독립 부정설의 핵심적인 논거로서 꼽을 수 있는 것이 인권옹호자적 역할론이라고 보여진다. 그리고 그 배후에는 소위 객관의무론이나 준사법관론이 이론적 뒷받침을 하고 있다. 이하에서는 이러한 주장에 대한 타당성 여부를 검토해본다.

1. 「인권옹호자적 역할론」에 대한 검토

경찰의 위법적인 수사에 의해 인권이 침해되는 것을 방지하기 위하여 검사의 수사지휘가 반드시 필요하다고 주장은 수사권독립을 반대하는 견해의 대표적인 논거이다. 그러나 이러한 반대론의 입장은 그 주장을 면밀히 분석해보면 타당성이 없는 주장임을 확인할 수 있다.

검찰이 구체적인 수사방향을 설정하여 지시하는 것은 검찰이 직접 수사를 수행하는 것과 다를 바 없다. 검사의 수사지휘는 본질적으로 사법경찰에게 구체적인 수사행위의 실행을 지시하는 개념이며, 또한 이는 사법경찰관이 사법경찰리에게 수사를 지휘하는 것과 마찬가지로 수사기관에 의한 수사기관의 지휘에 지나지 않는다. 구체적인 수사행위의 실행을 지시하는 것은 곧 본질적으로 인권침해적 성격을 가지고 있는 수사를 조장하는 것일뿐 위법에 대한 감시기능이나 통제기능과는 차이가 있다. 수사에 대한 ‘지휘’ 개념이 수사에 대한 ‘통제’ 개념과 서로 혼동되어서는 안된다는 것이다.

검사가 사법경찰의 수사에 대한 통제기능을 수행하고자 한다면, 사법경찰에 대한 직접적인 수사의 ‘지휘’를 포기하고, 객관적인 제3자적 입장에서 경찰수사의 위법여부를 사후적인 감시하는 형태로 전환하여야 한다. 수사단계에서 피의자의 인권을 보호하는

것은 검·경간 수사권의 분산을 통해서 서로의 불법행위를 상호 감시·견제하도록 하는 것이 오히려 효과적이다.

2. 검사의 「객관의무론」 및 「준사법관론」에 대한 검토

검사는 검찰사무의 독립성을 담보하기 위해 독립관청제로 운영되고 있으나, 이에 비하여 현실적으로 검사동일체의 원칙이 우월성을 가진다는 점은 부정하기 어렵다. 검찰이 피라미드형 지휘체계를 갖춘 통일적인 조직체를 형성하고 있는 이상, 검사의 권한행사의 공정성을 어떻게 확보할 것인가라는 문제는 무엇보다 우선적인 과제일 것이다.

일본의 경우, 이 문제와 관련하여 검사의 권한행사의 공정성을 담보하기 위해 전개된 이론적 시도로서 등장한 것이 소위 객관의무론과 준사법관론이다. 전자는 검사에게는 권한을 공평·공정하게 행사해야 할 객관의무가 있다는 견해⁶²⁸⁾이며, 후자는 검사는 적정절차(Due Process)를 옹호해야 할 사법관적 성격을 가지고 있다는 견해⁶²⁹⁾이다. 두 이론은 검사에게 객관성을 지킬 의무나 사법관적 통제의 역할 의무를 부과함으로써 공정성을 담보해보려는데 그 목적이 있는 것이다. 즉 객관의무론이나 준사법관론은 검사가 그러한 의무를 지키도록 요구하는 도덕률로서의 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다.

그러나 우리나라 검찰은 객관의무론이나 준사법관론을 곡해하여, 검사가 이미 가장 객관적인 기관으로서 또는 사법관에 준하는 입장에서 피고인의 이익을 공정하게 대변해주는 것처럼 호도하고 있는 실정이다.

일본의 경우, 이러한 주장은 피고인의 실질적인 방어기능을 객관의무나 준사법관적 지위라는 개념 속에 흡수하고 있기 때문에 당사자주의를 형해화시킬 위험성이 있으며, 검사에게 준사법관으로서 재판관 대체적 성격을 인정하는 것은 공판중심주의와 모순될 수 있다는 점에서 근본적인 의문이 제기되고 있다. 따라서 이러한 방향의 주장보다는 피의자·피고인의 권리를 확립하는 것이 중요하며, 이른 바 그 반사적 효과로서 검사의 권한을 통제하여 검찰권의 적정한 운용을 확보해 나가야 한다는 비판이 가해져 있

628) 井戸田侃, 刑事訴訟法要説, 有斐閣, 1993, 57면; 石川才顯, 通説刑事訴訟法, 三省堂, 1992, 94면 등.

629) 松尾浩也, 刑事訴訟法(上)[新版], 弘文堂, 1999, 221면 참조.

다.⁶³⁰⁾

또한 검찰관적격심사회나 검찰심사회를 활성화함으로써 국민의 직접적인 통제를 강화함과 동시에 해석론상 공소권남용이론 등을 발전시켜 검찰관동일체의 원칙의 적용범위를 간접적으로 좁혀나가는 방법으로 검찰권의 행사의 적정성을 도모해야 한다는 견해가 제시되고 있다⁶³¹⁾.

생각건대 검사에게 준사법관의 지위를 인정하자는 이론적 주장인 ‘준사법관론’은 검사의 권한행사에 있어 공정성을 담보하기 위해 전개된 이론적 시도이지만, 원 취지와 달리 당사자주의나 공판중심주의에 역행하는 이론적 도구로 악용될 가능성이 크다는 비판을 피할 수 없다. 피의자·피고인의 인권보장은 피의자·피고인의 구체적 권리의 확충, 당사자주의의 철저화를 통해서 실현되어야 하며, 객관주의론이나 준사법관론과 같은 도덕율에 의존할 것이 아니라 검찰권에 대한 직접적인 통제를 통해서만 실질적으로 보장될 수 있는 것이다.

최근 일부 검찰실무가 중에는 ‘검사=준사법관’이라는 도식에 빠져 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘를 심지어 ‘사법적 통제’라고 표현하는 경우가 있으나, 이는 이론적으로 타당하지 못하다. 설사 준사법관론을 인정하는 입장을 취한다고 하더라도 이는 권한행사의 공정성을 담보하기 위해 검사 자신에게 요구하는 도덕율로서 제한적으로 이해되어야지, 수사지휘를 위한 이론적 도구로 인용할 성질의 것이 아니다.

현행의 검사의 수사지휘는 개별사건에 대하여 수사의 방향을 설정하거나 구체적인 수사방법을 지시하는 사실적 지휘 행위가 주된 내용이다. 이러한 구체적인 수사방법의 지시나 지휘는 인권침해적 요소가 내재되어 있는 수사행위 자체를 지시하는 것에 불과할 뿐이다. 이러한 점에서 보면, 검사의 수사지휘는 수사기관에 의한 개별사건에 대한 직접적인 수사지휘에 해당하므로 사법경찰리에 대한 사법경찰관의 수사지휘와 실질적으로 다를 바 없다. 그러므로 이 점에 있어서는 수사절차상의 위법여부나 적법성을 보장이라는 기능을 수행하는 사법적 통제 개념과는 본질적으로 확연히 구별된다.

630) 横山晃一朗, 憲法と刑事訴訟法の交錯, 成文堂, 1977, 47면.

631) 福井厚, 앞의 책, 33면; 小田中聰樹, 세미나ール刑事訴訟法(上), 有斐閣, 1987, 30면 참조.

제2절 검·경의 역할 및 상호관계의 발전적 모형 모색

앞에서 수사권독립에 관한 논쟁의 연혁과 이에 관한 학설을 개괄적으로 살펴보았다.

여기서는 우선 대법원 산하 사법개혁위원회에서 제시한 우리나라 형사사법제도의 개혁방안 가운데 향후 검·경의 형사절차상 역할 및 위상에 변화를 수반할 것으로 예상되는 방안들에 대하여 검토해본다. 구체적으로 보면, 배심제·참심제의 도입, 공판중심주의적 법정절차의 확립, 경미범죄 신속처리절차의 도입 방안 등이 그 검토대상이다. 각각의 개혁방향에 따라 검·경의 역할이나 업무행태가 어떻게 변화될 것인지, 또한 어떠한 점에 유의해야 할 것인지 등을 가늠해보고 있다.

그리고 끝으로 경찰과 검찰이 형사절차상 바람직한 관계 모형에 대하여 언급해 보도록 한다. 수사와 공소는 기능적·조직적인 측면에서 어떠한 관계를 형성하는 것이 바람직한 것인지, 형사절차상 공소관은 어떠한 임무를 수행하는 것이 바람직한 것인지, 그리고 수사절차의 투명성을 확보하고 객관적으로 통제하기 위하여는 어떠한 담보장치를 마련해야 하는지 등에 대하여 살펴보는 것이다.

I. 한국 형사절차의 개혁방향과 검·경의 역할변화

1. 배심제·참심제의 도입에 따른 검·경의 역할변화

2003년 10월에 발족한 대법원 산하의 사법개혁위원회는 지난 2004년 12월 말에 활동을 종료하였다. 사법개혁위원회는 최종의견으로서 국민의 사법참여라는 이념에 따라 일반시민이 형사사건의 유무죄 결정에 직접 참여하는 제도를 도입해야 한다는 방침을 제시하였다. 배심제·참심제의 도입여부는 경찰과 검찰의 역할이나 상호관계와는 직접적인 관련은 없다고 판단되기 쉽지만, 증거법체계의 변화나 검사의 당사자로서의 공판활동의 강화 등의 요청에 따라 커다란 변화를 수반하게 될 것으로 판단된다. 여기서는 배심제나 참심제가 도입된다면 우선 경찰과 검찰의 업무행태와 관련하여 어떠한 변화가 초래될 것인지 예상해본다.

첫째, 배심제·참심제의 도입은 곧 공판중심주의, 구술에 의한 직접심리주의를 당연히 전제로 하는 제도이므로 전문법칙의 예외를 폭넓게 인정하고 있는 현행 증거법에 큰 변혁을 요구하게 된다. 전문증거의 증거능력은 원칙적으로 부정하는 방향으로의 증거법의 개정이 필연적으로 예상되며, 수사기관이 작성한 조서가 법정에서 통용되는 현행의 조서재판의 관행은 적어도 배심제·참심제가 적용되는 공판에 있어서는 그 자취를 감추게 될 것이다.

따라서 기존에 경찰의 수사권독립과 관련하여 주장되어왔던 형사소송법 제312조 제2항의 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대한 증거능력 완화, 즉 검사작성 피의자신문조서와 대등한 증거능력을 부여해 달라는 요구는 더 이상 설득력을 가질 수 없다. 역으로 전문증거 일반에 대한 증거능력이 제한됨에 따라 현행 검사작성 피의자신문조서의 증거능력도 원칙적으로 증거능력이 배제되는 방향으로 증거법이 개정되는 것이 형사사법의 개혁방향에 부합하는 것이다.

둘째, 배심제·참심제 하에서는 현재와 달리 수사를 담당한 경찰관이 수사과정에서 체험, 예컨대 피의자의 자백이나 참고인의 진술을 청취한 체험, 각종 영장의 집행 등 대인적·대물적 강제수사과정상의 체험, 임의동행이나 미행·잠복 등 임의수사과정상의 체험 등을 증인의 자격으로 공판정에 직접 출석하여 진술해야 하는 업무가 대폭 증가할 것이다. 현재 대법원은 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력을 실질적으로 부정하고 있는 형사소송법 제312조 제2항의 입법취지를 살린다는 명목으로 피의자신문시 자백을 청취한 경찰관의 법정증언의 증거능력을 부정하고 있으나, 이에 대한 판례의 입장도 변화될 것으로 예상된다. 실제 배심제나 참심제를 실시하고 있는 국가에서는 경찰관의 법정증언이 일상화된 경찰업무의 하나이며, 한편 경찰에게 업무부담으로 작용함과 동시에 당해 경찰관에게는 증인선서를 수반하므로 위증죄로서 처벌될 수 있다는 위험 부담을 주고 있다.

셋째, 아래의 ‘공판중심주의적 법정절차의 확립’과 관련해서 언급하고 있는 내용인 검사의 공판정에서의 입증활동이 강화되어야 함에 따른 검사의 역할변화이다(자세한 내용은 후술).

이상의 세 가지 변화방향은 배심제·참심제의 도입될 경우에 예상되는 것들이지만,

거시적으로 보면 배심제·참심제가 도입될 경우 필연적으로 수반될 ‘공판중심주의적 심리절차의 확립’에서 비롯되는 것이라고 볼 수 있다.⁶³²⁾

이와 같이 결국 검사가 당사자로서 공판활동에 주력해야할 필요성은 더욱 부각될 수밖에 없고, 또한 기존의 조서재판 관행을 유지할 수 있었던 증거법 체계에 일대 변혁을 가져옴으로서 수사기관에 의한 피의자에 대한 직접적인 조사를 필요성이 저하되게 될 것이다. 이러한 변화는 경찰의 수사기관으로서의 역할분담과 검사의 공소관으로서의 역할강화라는 경찰과 검찰의 역할 및 상호관계의 재정립이라는 변화의 연장선상에 있다고 보여진다.

2. 공판중심주의적 법정절차의 확립과 검·경의 역할변화

공판중심주의적 법정절차의 확립은 다음과 같은 변화를 수반할 것이다. 첫째, 검사의 공판정에서의 입증활동이 강화되어야 함에 따른 검사의 역할변화이다. 둘째, 전문법칙의 예외를 폭넓게 인정하고 있는 현행 증거법에 큰 변혁이 예상된다. 즉 전문증거의 증거능력은 원칙적으로 부정하는 방향으로의 증거법이 개정될 것이며, 수사기관이 작성한 조서가 법정에서 통용되는 현행의 조서재판의 관행은 적어도 그 자취를 감추게 될 것이다. 따라서 기존에 경찰에서 주장하였던 형사소송법 제312조 제2항의 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대한 증거능력 완화방안, 즉 검사작성 피의자신문조서와 대등한 증거능력의 부여방안은 더 이상 논의의 실익을 가질 수 없게 될 것이다. 셋째, 수사를 담당한 경찰관이 수사과정에서 체험(피의자의 자백이나 참고인의 진술을 청취한 체험, 각종 영장의 집행 등 대인적·대물적 강제수사과정상의 체험, 임의동행이나 미행·잠복 등 임의수사과정상의 체험 등)한 사실을 증인의 자격으로 공판정에 직접 출석하여 진술해야 하는 업무가 대폭 증가할 것이다.

632) 이 이외에도 배심제나 참심제가 도입될 경우, 구체적인 제도운용의 형태에 따라서는 배심이나 참심으로 선정된 자에 대한 신변보호의 문제가 대두될 것이며, 이 경우 경찰이 이들에 대한 보호업무를 담당하게 될 가능성을 배제할 수 없을 것입니다. 아울러 법정증언이 의 증가에 따른 증인에 대한 신변보호업무를 증가도 예상할 수 있을 것이다.

이하에서는 이상의 세 가지 주된 변화방향에 대하여 검토해 본다.

(1) 공판중심주의의 확립에 따른 검사의 공판활동의 중요성 증대

공판중심주의적 법정절차의 확립하기 위해서는 검사의 공소유지를 위한 업무가 증대될 수밖에 없다. 검사의 공판활동의 중요성 증가는 업무량의 단순한 물적 증가 뿐만 아니라 질적 증가를 수반하는 개념이어야 한다.

검사가 수사전반을 지배하고 있는 기존의 형태가 아니라 공소유지에 필요최소한의 범위내에서 수사에 관여하는 형태로 전환되어야 한다. 검찰의 독자수사의 영역은 고도의 법률적 소양이 요구되는 분야 등에 한정되어야 하며, 사법경찰의 개별사건의 수사진행에 관한 세세한 관여에서 벗어나 사후적인 위법체크기능에 중점을 두어야 한다. 이것이 공판활동에 충실한 객관적이고 중립적인 공소관으로서의 본연의 모습을 되찾고, 아울러 사법경찰의 위법적 수사에 대한 감시자의 역할을 제대로 수행하기 위한 길이기 때문이다.

수사절차의 규문화를 방지하고 수사절차에서의 인권침해를 방지하기 위해서는 이러한 검찰 위상의 근본적인 재정립이 선행되어야 할 것이다.

(2) 공판중심주의 구현을 위한 피고인(당사자)의 방어권 보장의 필요성

공판중심주의는 전문증거의 증거능력을 엄격한 제한하여 사실을 체험한 자가 공판정에서 직접 출석하여 진술함으로써 실체적 진실을 발견해 나간다는 절차를 전제로 하고 있다. 전문법칙의 엄격한 적용을 통해 실현되는 공판중심주의는 일반적으로 당사자주의에 입각한 영미법계의 형사절차의 특징을 지칭하는 의미로 사용되고 있다. 그러나 대륙법계의 형사절차에서도 구술주의와 직접주의를 엄격히 적용함으로써 실질적인 의미에서의 공판중심주의를 구현하고 있다. 대륙법계의 구술주의와 직접주의는 곧 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하고 있다는 점에서 당사자주의의 본질적인 취지를 실현하고 있다고 볼 수 있다. 즉 공판중심주의의 목적은 당사자의 충분한 방어권 보장을 통하여 달성될 수 있다.

(3) 대등당사자로서의 검사의 지위와 역할

당사자주의에 철저한 형사절차 하에서는 검사의 지위와 역할은 수사의 주재자라는 지위와 법이론적으로 부합되지 못한다. 공판활동의 중요성 증대에 따른 검사의 공판활동으로의 역할변화가 요구된다는 현실적인 측면에서 그러하며, 또한 검사와 대등한 공격권과 방어권이 피고인측에 보장되기 위해서는 더 이상 수사의 주재자라는 지위를 인정할 수 없기 때문이다. 법정에서 대등한 당사자로서 검사와 공방을 벌여야 할 피고인에 대하여 검사가 그 이전 단계인 수사절차에서 피고인을 직접 수사한다는 것은 대등당사자의 방어권 보장이라는 당사자주의의 본질을 침해하는 것이다. 이에 관하여는 제2차 세계대전 이후 당사자주의로 전환한 일본에서의 논의상황을 검토해봄으로써 이해를 넓힐 수 있다.

일본은 제2차 세계대전 이후 1948년 현행 형사소송법의 제정과 더불어 경찰을 제1차적 수사기관으로 자리매김하고, 검사의 역할은 공소관으로서 공판활동을 본연의 임무로 하며, 다만 공소유지를 위해 필요한 범위내에서 보충적·보정적 수사를 담당하게 하는 방향으로의 개혁을 이루었다. 이렇게 검사의 역할이 변화하게 된 것은 현행형사소송법이 당사자주의를 강화한 결과, 검찰관의 공소관으로서의 직무가 차지하는 비중이 구법시대에 비하여 일층 중요시되었으며, 범죄수사를 포함한 경찰활동의 지방분권화, 경찰의 민주화가 이루어진 패전 이후 일본사회에 있어서는 수사의 제일차적 책임은 분권화된 경찰에 분배하여야 한다는 귀결에 따른 것이다.⁶³³⁾⁶³⁴⁾

633) 団藤重光, 條解刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1950, 348면; 伊藤榮樹의 5인, 注釋刑事訴訟法[新版]第3卷, 立花書房, 1996, 18면 참조(참고로 동 주석서의 저자대표 6명은 검사총장 출신 1명(伊藤榮樹)을 포함하여 전현직의 검찰관 3명과 판사 3명으로 구성되어 있다.)

634) 구형사소송법 하에서 수사의 주재자의 역할을 수행하는 일본검찰은 1948년 현행 형사소송법이 제정되면서 일본의 경우, 수사권을 1953년에 이 경찰수사에 대한 지휘권을 구법. 당시 형사소송법의 일부개정안을 통과시키려는 움직임에 대하여 저명한 형사법학자인 동경대의 団藤重光 교수(최고재판소판사 역임)는 당사자주의 하에서의 검찰의 역할에 대하여 다음과 같은 의견을 피력한 바 있다. 이 “문제는 곧 형사소송의 근본적인 구조에 관계된다. 만약 구법과 같이 직권주의적인 절차라면 수사는 공판절차의 전(前)절차에 지나지 않는다. 이러한 절차에서는 공판절차의 주재자가 재판소인 것과 마찬가지로 전절차인 수사의 주재자는 검찰관이다. (중략) 새로운 형사소송법과 같은 당사자주의적인 절차구조 하에서는 완전히 그 취지를 달리한다. 검찰관의 주된 임무는 공판절차에 있어서의 原告官으로서의 임무이다. (중략) 이러한 절차구조 하에서는 검찰관은 더 이상 수사의 주재자일 수는 없다. 이것은 단지 이론적으로 그러하다는 정도의 것이 아니다. 실제

한편 일본에서는 1960년대초에 이르러 여러 방면으로부터 “검찰관은 본래의 공소권으로서의 역할에 전념하며 수사활동으로부터 완전히 손을 떼고 공판활동에 중점을 두어야 한다”는 주장이 전개되었다. 수사의 주재자성을 회복하려고 하였던 1950년대의 검찰의 움직임에 대응하여, 검찰의 수사기능을 감축, 즉 구형사소송법적인 수사의 주재자로서의 검찰(검찰관수사주의)을 배척하려고 한 움직임이다. 이것을 ‘검찰관 공판전종론’이라고 한다.

새로운 형사소송법의 시행과 더불어 사법경찰직원이 본래적 수사기관으로서 제일차적 책임을 지고 수사를 행하게 되었으며, 다른 한편으로는 당사자주의화 한 공판단계에 있어서 검찰활동이 한층 확대·중요시되게 된 것과 맥락을 같이 한다고 볼 수 있다. 집중심리방식을 철저화하려고 하였던 재판관들 사이에서도 ‘검찰관이여! 법정으로 돌아오라’는 목소리가 드높아졌으며⁶³⁵⁾, 검찰 내부에서조차도 이러한 요청에 동조하는 움직임이 나타나기도 했다⁶³⁶⁾. 이 이론은 검찰관지망자의 감소라는 사태 등을 배경으로 하면서 현행 일본형사소송법의 공판중심주의를 논거로 제기된 것이며, 검찰의 수사기능 축소라는 접근방향에서는 학계의 유력한 지지를 얻었던 것을 평가되고 있다⁶³⁷⁾.

그러나 이러한 주장은 구체적으로 현실화되지는 않았다. 검찰을 중심으로 하는 반론으로서 ①공소권을 적정하게 행사하기 위해서는 검찰관에 의한 보충적·보정적인 형태의 수사활동은 불가결하다⁶³⁸⁾, ②경찰수사의 지나친 독주를 시정하기 위한 수사개입은

상으로도 검찰관이 수사의 면에 주력한다면 그 만큼 공판에 있어서의 임무에 공백이 생기는 것은 당연하다. 그것은 공판절차의 당사자주의적 운용을 저해하게 되며, 나아가서는 신형사소송법, 아니 거슬러 올라가면 신헌법 그 자체의 요청인 당사자주의를 근저에서부터 흔드는 일이 될 것이다. 검찰관이 수사의 면에 있어서 사법경찰직원의 활동을 자기의 통제 하에 묶어두려고 하는 움직임은 이러한 근본적인 문제에 결부되는 것임을 충분히 인식하고 있지 않으면 안된다. (중략) (이러한 개정)의 방향은 현행법의 정신과 배치된다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 솔직히 말하자면 현행법 제193조조차도 신형소법 입법 당시의 과도기적인 것이며, 장래에는 이 규정이 오히려 점차 제한되거나 삭제되는 방향으로 나아가는 것이 이상적이라 생각하고 있었다.” 団藤重光, 刑事訴訟法改正案をめぐって—とくに檢察官と司法警察職員との關係—, 警察學論集第6卷第3號, 立花書房, 1953, 3~5면 및 7면.

635) 佐々木史朗, 刑事裁判の當面する課題, 判例タイムズ第105號, 1961, 175면이하 참조.

636) 1959년 당시 나고야(名古屋)고등검찰청검사장이었던 市島成一씨가 ‘검찰의 재건에 관하여’라는 의견서에서, 또한 1963년 安部治夫검사가 자신의 논문 ‘新檢察官論’(中央公論 1963년5월호 162면이하)에서 공판전종론을 주장했다.

637) 川崎英明, 田宮裕(編), ホーンブック刑事訴訟法, 北樹出版, 1981, 46면.

적정절차의 관점에서 바람직하다, ③정치적 중립의 보장이나 고도의 법률적·전문적 소양을 필요로 하는 일정한 사건(汚職사건, 경제사범 등)에 있어서의 검찰관의 독자수사는 사회적으로 요청되고 있다는 등의 주장이 그 근거를 이루고 있었다⁶³⁹⁾.

3. 공판중심주의 확립과 피의자신문조서 증거능력의 변화

경찰의 수사권독립론을 주장하는 입장에서는 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에 비하여 현저하게 제한되어 있어 검·경간의 이중수사의 폐해를 유발하고 있다는 점을 지속적으로 지적해 왔다. 이러한 이중수사의 문제점을 해소하고 국민편익에 부응하는 수사절차를 구현하기 위해 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력을 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 마찬가지로 증거능력 인정요건을 완화하자는 입법적 대안을 제시하여 왔다.

그러나 사개위에서 추진하고 있는 공판중심주의적 법정절차의 확립을 위해서는 전문증거의 증거능력을 엄격히 제한하는 방향, 즉 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 현재보다 더욱 제한하는 방향으로 나아갈 수밖에 없다. 이러한 변화방향은 기존의 경찰청의 입법적 대안과는 배치되는 형태이지만, 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력이 엄격히 제한된 형태의 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 마찬가지로 실질적으로 동일한 요건 하에서만 인정되도록 법개정이 이루어진다면 소위 이중수사의 문제는 해소될 수 있을 것이다.

경찰이 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한하고자 하는 사개위의 추진방향에 대하여 반대할 이유는 없다고 본다. 오히려 이러한 방향의 변화는 검찰의 피의자신문을 무용한 절차로 만들게 될 것이며, 결국 검찰의 수사에 대한 관여도를 축소시키는 효과를 가져올 것이기 때문이다.

638) 이는 구형사소송법에 있었던 예심제도의 폐지되어 사건의 증거를 수집하고 공판에 부하기 위해 혐의의 유무를 심사하는 예심판사의 역할이 없어졌다는 사실과 관련된다.

639) 이러한 주장을 소위 搜查護持論이라고 명명하기도 한다.

(1) 피의자신문조서의 증거능력 인정요건(형사소송법 제312조) 및 운용상의 문제점

형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 배제한다는 취지를 표방하고 있으나, 이에 대한 예외로서⁶⁴⁰⁾ 제312조에서는 일정한 요건이 충족된 경우에 한하여 피의자신문조서의 증거능력을 인정하고 있다. 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하고 있는 제312조는 비교법적으로 이례적인 규정에 속하며⁶⁴¹⁾, 또한 조서의 작성주체별에 따라 즉 검사와 검사 이외의 수사기관을 구별하여 증거능력의 인정요건을 규정하는 독특한 입법례를 보이고 있다⁶⁴²⁾.

사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 피의자였던 피고인 또는 변호인이 조서의 내용을 인정한 때에 한하여 증거로 할 수 있음에 반하여(제312조 2항), 검사가 작성한 피고인이 된 피의자에 대한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 피고인의 진술에 의하여 그 성립의 진정 및 특신상태가 인정되면 증거로 할 수 있도록 규정하고 있다(제312조 1항). 그러나 대법원은 검사작성 피의자신문조서에 대하여 공판정에서 성립의 진정이 인정되면 특신상태는 반증이 없는 한 추정되다는 실무편향적인 해석을 취하고 있어, 피고인에게 특신상태의 부존재에 대한 입증책임을 전가시키고 있다(대판 1986.9.9, 86도1177). 또한 피고인이 공판준비나 공판기일에서 검사작성 피의자신문조서에 대한 성립의 진정을 인정한 이상 피고인의 검찰에서의 진술은 특히 그 진술이 임의로 되지 아니하여서 그 내용을 신빙할 수 없는 상태하에서 된 것이라고 의심할 만한 사유가 있는 경우가 아니면 증거로 할 수 있다는 입장을 취하고 있어⁶⁴³⁾, 임의성과 구분되는 특신상태라는 별도의 요건이 엄연히 존재하고 있다는

640) 신동운, 형사소송법, 법문사, 1993, 618면은 피의자신문조서의 경우에는 피고인의 반대신문권의 보장과는 관계가 없다는 점을 지적하고 있다. 한편 배종대·이상돈, 형사소송법, 572면은 전문법칙의 예외 혹은 직접주의의 예외라는 성격은 제312조가 가지고 있는 두가지 성격을 지적하고 있을 뿐이며, 중요한 것은 전문법칙의 예외인정이 정당성을 가질 수 있는가 하는 법정정책적 문제라고 보고 있다.

641) 형사소송법 제312조의 입법경위에 관하여는 신동운, 공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장—수사기록 열람·등사권 확보를 중심으로—, 서울대학교 법학, 제44권 제1호(통권 제126호), 2003.3, 146면 이하 참조.

642) 영미법은 물론 독일형사소송법은 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하지 않고 있다. 일본 형사소송법은 전문법칙(제320조 1항)을 채택하는 한편 그 예외(제321조 내지 제328조)의 하나로서 수사기관이 작성한 소위 피의자신문조서(공술녹취서)의 증거능력을 엄격하게 제한하고 있을 뿐, 검사와 사법경찰직원에게 따라 증거능력 인정요건을 달리 규정하고 있지 않다(제322조 1항).

643) 대판 1977.6.28, 74도2523.

사실을 도외시하고 있다. 학설상으로는 특신상태의 의미에 관하여 세 가지의 견해가 제시되어 있으나⁶⁴⁴⁾, 제312조가 예외규정인 만큼 일반적으로 피의자신문조서의 인정요건을 제한하려는 방향으로 해석을 전개하고 있다.

한편 이러한 수사주체에 따른 증거능력 차이는 실무상 ①사법경찰과 검찰에 의한 중복적인 피의자신문 및 ②검찰의 참여계장에 의한 검사명의 피의자신문조서 작성이라는 비합리적인 운용상의 문제점을 유발하고 있다. 즉 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 경우에 특신상태나 임의성이 인정되더라도 공판정에서 피의자가 그 내용의 진정을 부인할 경우에 증거로 사용할 수 없으므로, 경찰에서 자백조서를 작성한 경우에도 검사명의 피의자신문조서를 작성해둘 필요성은 여전히 존재하게 된다. 그러므로 실무상 경찰단계에서 자백조서가 작성되었다고 하더라도 검찰에서는 공판단계에서 피의자가 부인할 것을 대비하여 같은 내용의 피의자신문조서를 중복적으로 작성하고 있는 것이다⁶⁴⁵⁾. 또한 현실적으로 소수의 검사가 모든 피의자를 직접 신문하기는 불가능에 가까우므로 참여계장에 의해 실질적으로 작성된 조서가 검사의 명의로 둔갑하고 있다고 볼 수 있다.

(2) 제312조 1항의 위헌여부

제312조 1항의 위헌성에 대한 논의가 있다⁶⁴⁶⁾. 위헌을 주장하는 입장에서는 제312조 제1항은 헌법상의 법관에 의한 재판을 받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 적법절차의 원리에 위배되며, 고문의 금지 및 불이익한 진술의 거부권을 형해화할 우려가 있다

644) 첫째, 신용성의 정황적 보장으로 보는 입장이다(정영석·이형국, 형사소송법, 353면; 이재상, 형사소송법, 516~517면). 특신상태는 구체적 사안에 있어 외부적 부수사정과 진술의 내용을 고려하여 판단되어 진다. 둘째, 객관성과 적법성을 갖춘 상황으로 보는 입장이다(신동운, 형사소송법, 법문사, 1993, 622면). 이 견해에 따르면 피의자신문시의 진술거부권의 고지(형사소송법 제200조 2항), 이익사실진술기회의 부여(제242조), 조서의 열람 및 증감변경청구권의 허용(제244조 2항)과 같은 절차규정의 위반이 있으면 특신상태가 부정된다. 마지막으로 신용성의 정황적 보장이 없는 경우 또는 피의자신문에 관한 적법절차규정의 위반이 있는 경우 모두를 특신상태가 없는 것으로 보는 입장이다(배종대·이상돈, 앞의 책, 577~578면).

645) 신동운, 한국검찰제도의 현황과 개선책, 서울대학교법학 제29권 제2호(통권74호), 1988, 56면; 서보학, 앞의 논문, 27면 등.

646) 제312조 1항에 대하여는 2003년 2월 17일 광주지방법원 해남지원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하여 현재 심리중이다(2003헌가7 사건).

는 점 등을 근거로 내세우고 있다⁶⁴⁷⁾. 이 문제와 관련해서는 이미 헌법재판소 전원재판부의 결정이 있었던 바, 다수의견은 헌법소원 청구사건의 심판대상을 제312조 제1항 단서에 한정하면서 “검사 작성의 피의자신문조서와 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 증거능력인정의 요건에 차등을 두어 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력인정 요건을 완화한 것은 피의자의 인권보장과 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로서 그 합리적 이유가 인정된다”는 취지로 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다(헌재 1995.6.29, 93헌마45)⁶⁴⁸⁾. 당시 동 결정에 대한 반대의견을 나타낸 2명의 재판관은 “검사는 어디까지나 피고인을 범죄자라고 지목하여 그에 대한 처벌을 요구하는 소추기관의 지위에 있을 뿐이며 공익의 대표자로서 진실과 법령에 따라 수행할 의무가 부여되어 있는 것도 수사 및 소추기관으로서의 직무일 뿐이다”라고 하면서, 제312조 제1항은 독립된 법관에 의한 재판을 받을 권리와 공정한 재판을 받을 권리를 정면으로 침해하는 것으로 “입법재량의 한계를 넘어 법관에 의한 재판을 받을 권리와 적법절차에 관한 헌법상의 원리에 위배”된다고 위헌이라는 의견을 표명하였다.

생각건대 제312조 제1항의 규정이 헌법이 보장하고 있는 법관에 의한 재판을 받을 권리나 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하고 있다는 현실은 부정할 수는 없다고 본다. 하지만 법률조항의 위헌여부는 이를 둘러싼 운용상의 실태를 기준으로 판단할 것이 아니라⁶⁴⁹⁾ 법률조항의 본래적 의미를 기준으로 판단하여야 한다. 형사소송법은 원칙적

647) 서보학, 앞의 논문, 26~27면은 제312조 1항(단서)은 수사단계에서 피의자의 진술거부권 및 고문·가혹행위를 당하지 않을 권리가 침해당할 위험성이 매우 높고, 재판단계에서는 검사의 입증책임을 부당하게 덜어주고 열악한 위치에 처한 피고인을 차별하여 평등권을 침해하고 있으며, 또한 공판중심주의 및 구두변론주의를 침해하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 보고 있다. 위헌의 근거에 관하여는 아래 헌법소원사건(93헌바45)의 청구인의 주장 및 소수의견 참조.

648) 또한 다수의견은 우리 헌법은 전문법칙을 채택할 것을 직접적으로 요구하고 있지 않으나, 형사소송법이 헌법상의 공정한 재판의 원칙을 이어받아 이를 구현하고 있을 뿐이며, 공정한 재판을 받을 권리를 구현하기 위하여 전문법칙을 채택할 필요가 있는지 여부 및 증거의 종류에 따라 전문법칙의 내용을 달리 할 것인가 여부의 문제는 오로지 ‘입법자가 우리사회의 법현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준, 수사기관에 의한 인권침해의 실태, 우리 형사재판의 구조 등 제반사정을 종합적으로 판단하여 결정할 성질의 것이다’라고 판시하였다.

649) 앞의 헌법재판소 결정의 소수의견도 형사소송법 시행 이후 1995년까지 약 40년간 법원이 특신상태에서 이루어진 것이 아니라 하여 배제한 실례는 고작 3~4건에 불과하다는 재판의 현실을 지적하며, 따라서 제312

으로 전문법칙을 채택함과 동시에 그 예외의 하나로서 제312조 제1항에서 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한적인 요건 하에서 인정하고 있다. 또한 검사작성 피의자신문조서에 대하여 임의성을 요구하고 있으며(제309조), 판례도 진술거부권의 불고지나 접견교통권의 실질적인 침해를 통해 얻어진 자백 및 불법한 긴급체포 상태하에서 취득한 자백의 증거능력을 부인하고 있다. 비록 대법원이 특신상태의 요건에 관하여 성립의 진정이 인정되면 이를 추정한다는 입장을 취하고는 있으나, 이는 입법의 취지나 예외규정에 대한 제한적 해석의 원칙 등을 근거로 한 해석론을 통하여 시정해야 할 문제라고 보아야 한다. 이미 이러한 대법원의 왜곡된 법해석에 대하여는 많은 비판이 가해져 있으며, 특신상태의 의미에 대하여도 앞서 살펴본 바와 같이 전문예외로서의 요건을 엄격하게 제한하려는 구체적인 해석론이 전개되어 있다. 이와 같이 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에 대한 제한적인 해석을 통하여 헌법이 보장하고 있는 기본권의 침해를 막을 수 있는 한 제312조 제1항을 곧바로 위헌이라고 단정하기는 어렵다고 본다.

(3) 피의자신문조서 증거능력의 바람직한 개정방향

검사와 사법경찰관의 피의자신문조서의 증거능력의 차이와 관련하여 검사명의도용식의 조서를 작성하는 문제와 중복적인 조서작성의 문제가 야기되고 있음을 살펴보았다. 한편 검사작성 피의자신문조서에 대한 무제한적인 증거능력의 인정은 검찰수사과정에서 어떻게든 자백조서를 받아내도록 유혹하여 인권침해적 위법수사가 만연할 수 있는 환경을 조성하고 있다. 또한 이러한 검사작성 조서의 절대적인 통용력은 공판중심주의나 직접심리주의를 저해하는 근본적인 원인이 되고 있으며, 우리 형사재판의 후진성을 단적으로 드러내는 소위 조서재판이 고착할 수 있도록 그 토양을 제공하고 있다는 점에서 문제의 심각성을 더하고 있다.

이러한 많은 문제점의 해결과 관련하여 입법론적으로 제312조에 대한 몇 가지 개정방향이 제시되어 있다. ①구두변론주의·직접심리주의에 배치되고 서면심리주의의 길을 열어 놓고 있는 제312조를 폐지하자는 견해⁶⁵⁰⁾와 ②현재 검사작성의 피의자신문조서의

조 1항이 위헌의 규정임을 증명하여 주고 있다고 하였다.

증거능력을 사법경찰관작성의 그것과 마찬가지로 끌어내려 법정에서 피고인이 그 내용을 인정하는 경우에만 증거능력을 인정하자는 견해⁶⁵¹⁾가 있다. ③한편 경찰실무가를 중심으로 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 증거능력을 검사작성의 그것과 동일하게 개정하자는 주장도 제시되어 왔다.

생각건대 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 증거능력을 현재의 검사작성의 그것과 동치시키자는 제안(③)은 현재의 많은 문제상황을 고려하지 않은 문제점이 있다. 특신상태의 의미에 대한 구체적인 법규정의 결여로 그에 관한 해석이 통일되어 있지 않으며, 성립의 진정이 인정되면 특신상태를 추정한다는 현재의 판례의 입장이 유지되는 한 결코 수증하기 어려운 주장이라 할 것이다. 그리고 제312조를 폐지하자는 제안(②)이나 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 증거능력과 마찬가지로 공판정에서 그 내용을 인정하는 경우에만 증거능력을 인정하자는 제안(①)은 공판중심주의나 직접심리주의, 물증중심주의의 요청에 적극적으로 부합하고, 피의자의 인권을 보호한다는 측면에서 이상적인 제안으로 생각되나, 한편 수사나 공판의 현실적인 측면에서의 부작용이 다소 우려된다. 즉 급작스런 폐지는 무방비상태의 수사기관에 수사상 혼란을 야기하고 피의자신문제도 자체가 실질적으로 무용화시켜 실제적 진실발견에 커다란 장애가 생길 수 있을 뿐만 아니라, 유죄답변(guilty plea)을 통해 정식적인 증거조사절차(공판심리)를 생략하고 곧바로 양형절차로의 넘어가는 영미의 어레인먼트(arraignement)제도 등이 마련되어 있지 않은 상황에서 제312조의 전면적인 폐지는 재판업무의 폭주를 초래할 수 있기 때문이다⁶⁵²⁾.

그러나 현재 제312조의 해석에 있어서 판례의 전향적인 태도를 기대하기 힘들다는 측면을 감안한다면 제312조의 개정을 통하여 증거능력 인정요건을 보다 구체적으로 명시하여 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 인정되는 범위를 대폭 축소하는 방향으

650) 손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구[2], 1994, 268면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 578면.

651) 서보학, 앞의 논문, 27면. 한편 차용석, 앞의 논문, 70~71면은 바람직한 개혁방향으로서 조서재판을 지양하고 증인재판형식을 강화하여 모든 수사기관의 조서에 대하여 원칙적으로 증거능력을 배제하는 것이 옳다고 보고 있으나, 현행의 조서재판의 관행이 당분간 유지될 수 밖에 없다면 사법경찰의 조서를 일정한 조건의 성숙을 기하면서 검사작성 피의자신문조서와 같은 정도로 법적 자격을 부여하는 것이 타당하다는 견해를 보이고 있다.

652) 비슷한 취지의 지적으로는 신동운, 앞의 책, 622면.

로 개선하는 것이 바람직하다고 본다⁶⁵³). 증거능력을 인정하기 위한 구체적 요건에는 신문과정의 가시성, 신문절차의 적법성, 변호권의 실질적인 보장 등이 포함되어야 할 것이다. 아울러 중복적인 피의자신문의 문제와 참여계장에 의한 피의자신문의 문제를 해소하기 위해서는 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 증거능력을 개정된 형태의 검사작성 피의자신문조서와 동일한 요건 하에서 그 증거능력을 인정할 필요가 있다.

(4) 경찰관의 법정증언의 증거능력

현재 대법원은 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력을 실질적으로 부정하고 있는 형사소송법 제312조 제2항의 입법취지를 살린다는 명목으로 피의자신문시 자백을 청취한 경찰관의 법정증언의 증거능력을 부정하고 있으나, 이에 대한 판례의 입장도 변화될 것으로 예상된다.

공판중심주의가 확립된 국가에서는 경찰관의 법정증언이 일상화된 경찰업무의 하나이며, 한편 경찰에게 업무부담으로 작용함과 동시에 당해 경찰관에게는 증인선서를 수반하므로 위증죄로서 처벌될 수 있다는 위험부담을 주고 있기도 하다.

4. 경미범죄 신속처리절차의 도입에 따른 검·경의 업무 재정립

(1) 사법개혁위원회의 경미범죄 신속처리절차 도입방안

우리나라 법원의 제1심 형사사건 접수인원은 영장과 즉결 등을 포함할 경우 연간 250만여명에 달하고 있다. 이 중 공판청구인원이 198,506명(7.8%)에 이르고, 경미범죄로 분류할 수 있는 즉결이 41.5%, 약식이 41.0%, 그리고 영장이 7.9%를 차지하고 있다. 2001년도말 현재 판사의 정원은 1,738명(이 이외 예비판사의 정원은 270명)으로 선진외국과 비교할 때 여전히 매우 낮은 수준이다. 제1심에 있어서 법관 일인당 사건부담건수는 민형사 사건 등을 모두 합쳤을 경우 2001년도 기준으로 4,770건에 이르며⁶⁵⁴), 형사

653) 신동운, 앞의 책, 622면; 이동명, 피의자신문조서의 증거능력, 호남대학교 논문집 제21집, 2000, 337면.

654) 법원행정처, 사법연감2002, (2002). 그 중 형사에 있어서만 공판 217건, 약식명령 908건, 즉결심판 918건, 영장 172건 등을 부담하고 있다.

재판부가 한달에 심리해야 하는 사건은 평균 이삼백건에 달하는 것으로 알려져 있다. 게다가 즉결심판을 제외하고는 모든 형사사건이 지방법원 단위에서 뒤섞여 처리되고 있다는 실정을 감안하면, 엄격한 증거조사절차를 거쳐 신중하게 판단되어야 할 사건마저도 줄속으로 처리되고 있는 것이 아닌가라는 의구심이 생길 수 밖에 없다.

본인은 우리나라 형사법정의 공판심리과정이 실제 어떻게 진행되고 있으며, 당해 공판기일에 어느 정도의 사건을 처리하고 있는지 자세히 알아보기 위하여 2002년 3월 약 일주일 동안 개인적으로 국내의 모지방법원 형사법정을 방청한 사실이 있다. 당시 각 법정 앞에 게시된 공판안내문을 기초로 형사단독부 관할의 약 300건의 공판을 산술적으로 분석한 바에 의하면 선고 공판 이외의 공판(신건 및 속행)에 있어서 1회 공판에 소요되는 시간은 평균 6분 정도에 지나지 않았다⁶⁵⁵⁾. 합의부 사건의 경우에도 일부 사건을 제외하고는 사정이 크게 다르지 않았다. 마치 자동화된 공장의 컨베이어에서 재판이 줄줄이 쏟아져 나오는 느낌이었다. 과도한 업무량에 시달리는 법관에게 실체적 진실의 발견이나 피고인의 방어권 보장이라는 형사소송의 이념을 구현해주길 바라는 것은 무리한 부탁이라는 생각이 들었다. 기소의 요지 진술조차 생략하고 있는 문제는 제쳐두더라도, 피고인이 범죄사실 부인하고 있음에도 불구하고 법관에 의해 적당히 무마되는 경우가 있었으며, 증거동의 또한 피고인이 그 의미를 제대로 인식하지도 못하는 가운데 쉽게 인정되어버리는 듯한 모습도 보였다.

이와 같이 과중한 업무량에 억눌려 형해화되어가는 우리 재판의 현실을 바라보면 참으로 답답한 마음이 가지질 않는다. 물론 이러한 공판현실을 바로잡기 위하여 법관을 충분히 증원하는 것도 당연히 필요한 조치일 것이다. 하지만 무한정 법관을 늘여 필요불급한 경미한 사안에 마저 국가재정을 허비하는 것은 합리적인 방안이라 보기 어렵다. 이러한 관점에서 볼 때 「형사사건 처리절차의 다양화」를 통해 ‘선별과 집중’의 묘를 살려야 한다는 개혁방향에 대하여는 크게 공감하지 않을 수 없다. 생각건대 사회에서 발생하는 많은 범죄에 효율적으로 대처하기 위해서는 형사절차의 각 단계가 일종의 거름종이와 같은 역할을 수행해야 한다고 본다. 즉 수사·기소·공판의 제단계를 거치는

655) 이 기간 중 파악한 형사단독부의 공판건수는 총 432회였으며, 그 가운데 선고공판 136회를 제외한 공판 296회에 배정된 시간은 28시간 30분으로 그 1회당 평균 소요시간은 5분 47초이다.

동안 정식적인 공판절차에 이르지 않고서도 형사처벌의 목적을 달성할 수 있는 사안들은 효율적으로 여과되어야 한다. 이는 무수히 밀려드는 사건에 허덕이는 재판현실을 개선하고 엄격한 심리절차가 요구되는 사건에 정력을 집중할 수 있는 첩경이기 때문이다.

이하에서는 형사사건 처리에 있어서 선택과 집중을 원리를 실현하기 위한 방안으로서 경찰단계에서 인정되는 경미한 범죄에 대한 송치면제제도인 일본의 미죄처분제도를 살펴봄으로써 현실개선에 있어 비교법적 시사점을 얻어 보고자 한다. 또한 극히 경미한 범죄에 대한 신속한 처리절차인 현행의 즉결심판절차를 폐지하자는 논의가 진행되고 있는바, 이러한 논의의 타당성 및 제도폐지시 예상되는 문제점 등에 대하여 검토해 본다.

(2) 일본식 미죄처분제도의 도입검토

일본의 미죄처분이란⁶⁵⁶⁾ 검찰관이 미리 지정한 경미한 사건에 관한 경찰의 불송치처분을 말한다. 미죄처분의 지정은 검사총장통달이 제시한 기준에 따라 각지의 검사정이 관할구역내의 사법경찰원(司法警察員)⁶⁵⁷⁾에 대하여 행하고 있다. 지정사건은 지역에 따라 다소 차이가 있으나, 대략적인 범죄유형으로는 ①피해액 근소, 犯情경미, 피해회복, 피해자유서, 우발적 범행, 재범의 우려가 없는 절도·횡령·사기사건 및 이에 준하는 장물사건, ②도박액이 근소하고 범정도 경미하며 재범의 우려가 없는 초범자의 도박, ③기타 검사정이 특별히 지정한 특정죄종의 사건(피해경미한 폭행 등) 등이 포함되어 있다. 미죄처분은 명치시대초기부터 미죄불검거라는 방침에 따라 실무관행으로 행해지던 것이 제도화된 것이나, 현재는 기소유예처분과 더불어 재판절차에 앞서 사건을 형사절차로부터 배제시키는 다이버전(diversion)의 일종으로서 이해되고 있다. 또한 미죄처분에 행함에 있어서는 ①엄중히 훈계하여 장래를 바로잡도록 하고, ②친권자·고용주 등을 불러 앞으로의 감독에 필요한 주의와 함께 청원서를 받으며, ③피의자에게 피해회복, 사죄, 기타 적당한 방법을 강구하도록 타이르는 조치를 취하고 있다(동규범 제200조).

656) 형사소송법상 사법경찰은 범죄의 수사를 행한 때에는 원칙적으로 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검찰관에게 송치할 의무가 있으나, 고소·고발사건을 제외한 '검찰이 지정한 사건'에 대하여는 그 예외가 인정되어 있다(제246조). 그 대표적인 예가 미죄처분이다.

657) 일본의 현행형사소송법은 '司法警察官'과 '司法警察吏'로 구분하던 구형사소송법과 달리 '司法警察員(巡査 이외의 경찰관이 해당)'과 '司法巡査'로 구분하고 있다.

불송치사건에 관하여는 그 처리년월일, 피의자의 성명, 연령, 직업 및 주거, 죄명 및 범죄사실의 요지를 매월 일괄하여 미죄처분사건보고서에 의해 검찰관에게 보고하고 있다(범죄수사규범 제199조). 이러한 보고를 통하여 그 권한행사의 적법성 여부가 타 기관인 검찰에 의해 통제된다고 볼 수 있다. 일본경찰청의 내부통계자료에 의하면 1998년도에 경찰에 의해 미죄처분된 인원은 총 79,064명으로 같은해 경찰의 일반형법범 검거 총인원(324,263명)의 24.4%에 달하고 있다⁶⁵⁸⁾. 또한 같은 자료에 의하면 미죄처분인원은 1960년대에 2만여건(일반형법범 검거총인원 대비 약 6%)에서 점차 증가하여 1980년대 중반에 10만건(약 25%)을 상회하였다가 이후 8만건 내외의 수치를 보이고 있다.

일본의 예에 비추어 극히 경미한 범죄를 효율적으로 처리하기 위하여 수사단계에서 이러한 제도를 도입하는 방안도 적극적으로 고려해 볼 필요가 있다. 즉 경미한 범죄에 대한 소추기관이나 재판기관의 부담을 경감시켜 중대한 사건이나 부인사건 등의 처리에 정력을 집중시킬 수 있게 하고, 피의자가 범죄자라는 낙인으로부터 벗어날 수 있어 사회복귀를 용이하게 한다는 순기능을 초기의 경찰단계에서도 활용할 필요가 있다는 것이다. 현재 우리나라 경찰은 훈방이라는 형태로 매우 제한된 범위 내에서 이러한 기능을 수행하고 있다고 볼 수 있으나, 그 법적 근거가 명확하지 않아 필요한 만큼의 효과를 거두고 있지 못한 것으로 보인다⁶⁵⁹⁾. 또한 권한에 대한 법률적 근거의 불명확성은 권한행사의 당부에 대한 제도적 통제장치의 불비라는 결과를 초래하고 있다.

이러한 명문의 권한을 사법경찰에게 부여할 경우, 긍정적인 효과를 거둘 수 있다고 본다. 즉 재판절차로의 이행이 불요한 극히 경미한 범죄에 대하여 형사절차 초기단계에서 여과할 수 있을 뿐만 아니라 피의자의 사회복귀를 도울 수 있다. 또한 사법경찰의 권한행사의 범위와 권한행사에 대한 사후적인 규제장치를 구체적으로 규정함으로써 이를 제대로 통제할 수 있는 장치를 확보하는 방안이기도 하다.

(3) 극히 경미범죄에 대한 송치면제제도의 도입의 필요성

658) 일본경찰청(형사국 형사기획과 내부문건), 犯罪統計資料(1999년분) 第348號.

659) 훈방권의 법적 근거에 관한 논의로서는 문성도, 과출소장 훈방권의 법적 근거, 경대논문집(제15집), 경찰대학, 1995; 김형훈, 경찰훈방, 경찰학연구(제2호), 2002; 조국, 경찰법연구(창간호), 한국경찰법학회, 2003 참조.

현재 사법개혁의 추진방향에 따라 기존의 즉결심판절차는 조만간 폐지될 것으로 보인다. 그러나 즉결심판제도의 폐지를 논함에 있어서는 사법경찰의 업무변화에 관련하여 간과해서는 안될 사실이 있다. 즉 즉결심판제도가 폐지되어 기존의 즉결대상 사건들이 정식적인 재판절차로 흡수되어 처리될 경우, 사건송치와 관련하여 사법경찰의 업무량 폭주가 예상된다는 점이다. 왜냐하면 현재 즉결청구의 있어서는 실무상 정형화된 서식의 즉결심판사범적발보고서를 작성하는 것이 주된 서류작성업무이나, 이를 대신하여 현재의 관행대로 검찰에 정식으로 사건을 송치하게 된다면 각종의 수사서류 및 송치관련서류⁶⁶⁰⁾를 작성해야할 새로운 부담이 생기기 때문이다.

현재도 경찰은 범죄접수부에 등재되어 입건된 사건에 대하여는 범죄혐의의 유무와 관계없이 모든 사건을 반드시 검찰에 송치해야만 하므로 범죄수사에 매진해야 할 수사력이 서류작성 등에 상당부분 허비되고 있다는 문제점을 가지고 있다. 이러한 무용한 송치업무에 대한 개선요구는 경찰실무가 사이에서는 오래 전부터 지속적으로 제기되어 왔으나, 아직까지 변화의 기미는 없다. 그러므로 이에 더하여 즉결의 폐지로 인해 늘어난 송치업무마저 추가된다면 사법경찰의 수사인력 부족현상은 더욱 심화될 것이다.

한국의 현행 즉결심판제도는 사법부의 판단에 따라 최종적인 처분이 이루어지는 제도이며, 이미 불출석재판이 즉결재판의 원칙으로 자리잡아 인권침해의 소지라는 측면에서 많은 개선이 이루어졌다⁶⁶¹⁾. 경미범죄를 신속하게 처리할 수 있는 이점을 가지고 있는 즉결심판절차를 아무런 대책 없이 전면적으로 폐지하여 경찰의 업무량을 가중시키는 것은 바람직한 방향이라 보기 어렵다. 수사기관의 업무량 증가는 형사사법체계 전체적으로 볼 때 결국 경미범죄의 효율적 처리방안에도 배치된다고 보아야 할 것이다.

이와 관련해서 보자면 일본의 소위 사건성 없는 사건에 대한 실무상의 불송치관행은 우리나라와 비교되는 부분이다. 일본에서도 해석상으로는 경찰이 수사활동을

660) 경찰은 현재 약식명령으로 처리되는 사건의 경우에도(공판이 청구되는 사건과 마찬가지로) 피의자신문조서 및 참고인진술조서, 수사결과에 대한 담당경찰관의 의견서를 비롯하여 사건송치서, 기록목록, 압수목록 등을 작성하며, 아울러 피의자의 발생·검거 등에 관한 통계자료의 수집 및 처리를 위하여 각종의 원표를 작성·첨부하여야 한다. 일반적인 사건의 송치서류 1건도 통상 몇 십장의 분량에 달하고 있다.

661) 현재 즉결심판폐지를 주장하는 견해의 근거에는 ‘즉결심판=인권침해적 제도’라는 도식이 뿌리깊게 자리잡고 있다. 이러한 인식은 절차의 간이성, 신속성 등에서 막연히 기인한다고 생각되나, 즉결심판절차의 인권침해적 요소에 대한 구체적인 논증이나 실증적인 검증은 그다지 뒷받침되어 있지 않은 상황이다.

개시한 경우에는 검찰관에게 송치하여야 한다는 이른바 전건송치주의를 취하고 있다는 것이 일반적인 견해이다. 그러나 수사실무는 형사소송법 제정 이후부터 일관되게 엄격한 전건송치주의를 취하지 않고 있으며, 수사를 행한 결과 소위 事件性이 없다고 판명된 경우, 즉 범죄혐의가 없거나 불충분한 사안, 공소권이 없는 사안, 죄가 되지 않는 사안 등은 고소, 고발 또는 자수에 의해 인지된 사건을 제외하고는 송치하지 않는다는 실무상의 관행이 정착되어 있다⁶⁶²⁾. 한편 한국경찰은 피의자나 참고인의 소재불명인 경우에 우선 기소중지 의견으로 사건을 송치하고 있으나⁶⁶³⁾, 일본의 경우는 경찰이 피의자 등의 소재를 발견하여 실질적으로 수사를 종결할 때까지는 별도로 사건을 송치하지 않는다⁶⁶⁴⁾.

일본이 경찰에게 미죄처분을 인정하고 있을 뿐만 아니라 실무상 사건성 없는 사건 등을 검찰로 송치하지 않는다는 점은 경미한 범죄를 형사절차의 초기단계에서 걸러내고 또한 경찰이 통상의 사건에 수사력을 집중할 수 있는 여력을 제공하고 있다. 따라서 즉결심판제도가 존재하지 않더라도 경찰이 과중한 업무부담을 피할 수 있는 제도적 여건이 마련되어 있다고 볼 수 있다.

II. 검·경의 형사절차상 바람직한 관계 정립

662) 千野啓太郎, 警察捜査と事件送致, 警察學論集51卷10號, 1998, 94~95면.

663) 사법경찰이 기소중지 의견으로 송치한 사건의 피의자나 참고인의 소재를 발견하였을 때에는 즉시 검사에게 그 사실을 보고하여야 한다(사법경찰관리집무규칙 제60조). 실무에서는 이러한 기소중지자 소재발견보고를 통해서 검찰로부터 송치한 사건기록을 반환 받아 수사를 진행하고 있으며 이후 사건수사가 일단락되면 검찰로 재차 사건을 송치하고 있다. 결국 이 경우는 실질적으로 하나의 사건에 대하여 사건송치가 2회에 걸쳐 행해지게 되는 것이다. 2001년도의 경우 검찰에서 기소중지 및 참고인중지로 처분된 인원은 195,688명에 달하였다(《표1》 참조).

664) 일본은 이 경우에 경찰이 재판소로부터 직접 체포영장을 발부 받아 지명수배조치를 취하고 있으며, 이후 피의자의 소재를 발견하여 수사를 실질적으로 종결한 시점에 비로소 사건을 송치하고 있다. 한편 피의자의 소재가 공소시효의 완성이 임박한 시점까지 발견되지 않을 경우에는 통상 시효가 완성되기 약 1개월전에 사건을 검찰로 송치하고 있다. 이러한 실무처리절차는 고소 및 고발사건에 있어서도 동일하다.

1. 수사·공소의 기능적·조직적 분리 및 수사기관의 다원화

수사권독립을 반대하는 입장에서는 소위 수사와 공소의 불가분성을 중요한 논거요이 하나로서 내세우고 있다. 수사는 공소의 제기 여부를 판단하거나 그 유지를 목적으로 하는 준비활동이므로 공소관인 검사가 수사를 주재해야 한다는 것이다.

그러나 본고 제5장 제2절에서 자세히 살펴본 바와 같이 공소관인 검사에 의한 직접적인 수사 및 수사예의 과도한 관여는 여러 가지 폐해를 유발하고 있다. 검찰권의 비대화와 이에 대한 견제장치의 불비의 문제, 위법적·인권침해적 피의자신문절차의 형성과 수사절차 규문화의 문제, 기소재량을 악용한 비합법적 사법거래 및 허위진술 취득의 위험성의 문제, 공소기관으로서 그 직분에 요구되는 객관성과 중립성을 저해하고 있다는 문제, 당사자인 검사의 지위와의 배치성 및 피고인의 방어권을 제약하고 있다는 문제 등이 그러한 폐해의 예에 해당하였다.

이러한 문제점을 해소하기 위해서는 검찰에 의해 장악되어 있는 현재의 수사구조가 개혁되어야 한다. 그 개혁의 방향은 원론적으로 볼 때 수사와 공소를 기능적·조직적으로 분리하는 방향이 가장 이상적이라고 본다. 수사는 수사기관이 담당하고, 공소는 공소기관이 담당하게 하여 권력의 집중을 방지하는 구도이다.

이 구도에서 수사와 공소라는 양 기능은 기능적·조직적 측면에서 실질적으로 상호간에 견제와 균형을 유지하는 체제를 구축하는 것이 가능하다. 수사기관은 공소기관을 수사권한으로 견제하고, 공소기관은 수사기관을 공소권으로서 통제하는 관계를 형성시키는 것이다.

한편 상호 분리된 수사기능은 다시 일정한도내에서 다원적인 형태로 분권화되는 것이 바람직하다. 수사기관의 중복적 난립에 의해 비효율성을 야기하는 정도에 이르지 않는 수준에서 수사기관을 다원화시키는 것이 민주적 분권이념의 장점을 살릴 수 있는 것이다. 또한 수사기관 상호간에도 견제가 가능하다. 선진각국의 예를 보더라도, 국가마다 구체적인 형태는 다소 차이가 있지만, 독립된 다수의 수사기관이 존재하여 다원화된 형태를 취하고 있는 것이 오히려 일반적이다.

2. 공소관의 바람직한 수사관여정도

한국검찰은 세계에서 손꼽을 정도로 수사에 과도하게 관여하는 행태를 보이고 있다. 공소기관이 수사를 직접 담당하거나 수사에 과도하게 관여하는 것은 바람직하지 않다. 그 개선방향은 앞서 언급한 바와 같이 원론적으로 수사와 공소를 분리하는 것이 타당하다. 일차적으로 검찰의 개별사건에 대한 직접적인 수사나 수사에의 관여를 필요최소한의 범위로 한정시키는데에서 찾아야 한다. 검찰은 수사에 집착할 것이 아니라 공소관 본연의 임무인 공판활동에 비중을 두어야 한다.

그러나 현실여건을 감안하면 점진적인 개혁방안을 모색하는 것도 한 해법일 것이다. 검찰의 직접적인 수사는, 점진적 개혁론의 입장에서 수사기관의 다원화나 분야별 전문화가 이루어져 있지 않은 현재 우리 나라의 상황을 고려한다면, 이를 대체할 적절한 수사기관이 없는 분야에 한정되어야 한다. 법관에 준하는 신분보장을 받고 있고 전문적인 법률적 소양을 겸비한 입장에서 수행하기에 적절한 사건, 즉 정치적 중립이 요구되는 사건이나 고도의 법률적 지식이 요구되는 사건 등이 그 예가 될 것이다.

그리고 검찰의 경찰수사에 대한 관여는 필요최소한의 범위에 그쳐야 한다. 현재와 같이 검찰이 경찰이 수사진행 중인 개별사건에 직접 개입하여 구체적인 수사방향을 지시하는 형태가 되어서는 안된다. 검찰이 구체적인 수사방향을 설정하여 지시하는 것은 검찰이 직접 수사를 수행하는 것과 다를 바 없으며, 이 경우 앞에서 제기한 여러 문제상황을 유발하기 때문이다. 따라서 수사는 원칙적으로 경찰이 주체적으로 담당하고, 검찰은 필요최소한의 범위내에서 수사에 관여하는 형태로 변화되어야 한다.

검찰의 경찰수사에 대한 관여의 필요성은 크게 두 가지 점에서 생각해볼 수 있다. 첫째는 공소유지를 위한 증거확보를 위해서, 둘째는 경찰의 수사에 대한 위법감시 등 통제자적 역할을 수행하기 위해서 그 관여의 필요성을 제기할 수 있을 것이다.

먼저 전자의 필요성에 대하여 보자. 검찰과 경찰은 공소유지를 위해서 상호협력해야 할 필요성이 있다. 이를 위해 검찰은 공소유지를 위해 수사가 필요한 경우 경찰에 보완수사를 요구하고, 경찰은 이를 충족시켜 주는 기능적 분담이 이루어져야 한다. 검찰이 직접 보완수사를 담당하는 것은 최소한으로 하고 되도록 경찰을 통하여 충족시키는 방

향이 바람직하다.⁶⁶⁵⁾ 경찰의 보완수사 이후에도 유죄를 입증할만한 증거가 부족한 경우에는 수사기관의 입장을 대변하여 무리한 공소제기를 감행하기보다 제3자적 입장에서 공소제기 여부를 중립적으로 결정하여야 할 것이다. 이러한 변화방향은 공소관으로서 요구되는 객관성을 유지하여 무고한 자를 처벌하는 오류를 방지하고, 당사자의 방어권 보장에 충실할 수 있는 방향이다.

후자의 통제자적 역할의 필요성은 검사의 수사에의 과도한 관여를 억제해야 한다는 명제와 연관시켜 생각해보아야 한다. 검찰에게 경찰수사에 대한 통제역할을 일임한다고 하더라도, 통제역할이 구체적인 수사사항을 지휘하여 실질적으로 직접 수사를 수행하는 형태가 되어서는 안된다는 것이다.⁶⁶⁶⁾ 검사의 통제자적 역할은 경찰수사의 절차적 적법성을 보장해주거나 수사상의 위법을 사후적으로 통제·감시하는 역할일 경우에 비로소 긍정되어야 한다고 본다.⁶⁶⁷⁾

3. 수사절차의 투명성 확보 및 객관적 통제장치 마련

경찰에게 독자적 수사권이 부여되었을 경우, 수사절차에 있어서의 인권침해의 우려는 수사절차의 투명성을 확보하고 객관적 통제장치를 마련함으로써 해소될 수 있다. 수사상의 인권침해의 방지라는 이념은 적법절차의 확립과 피의자의 방어권 보장, 그리고 수사절차의 투명성을 높일 수 있는 다양한 제도를 통하여 실질적으로 확보된다는 점은 명확관화한 사실이다.

피의자신문에의 변호인참여⁶⁶⁸⁾, 조사과정의 서면기록화나 조사과정의 녹화·녹음제

665) 이러한 분담체제를 이루기 위해서는 검사작성 조서를 사법경찰작성의 조서에 비하여 그 증거능력 인정요건을 극히 완화시키고 있는 현행법의 규정은 개정되어야 한다. 그 개정은 검사작성 조서의 증거능력을 틀 엄격한 요건 하에서만 인정함과 동시에 검·경간의 조서의 증거능력 인정요건을 동일하게 규정하는 방향이어야 할 것이다.

666) 검사에게 수사주제자의 지위를 인정하는 대륙법계 국가에서의 검사의 주된 역할이 바로 이 사후적 통제자로서의 역할임을 주지한 바 있다.

667) 경찰의 수사에 대하여 수사진행의 상당부분을 직접 지휘·감독한 입장보다는 제3자적 입장을 유지할 때 통제·감시의 효과를 제고할 수 있을 것이다. 직접 지휘하여 수사를 수행한 입장에서는 같은 수사기관인 경찰에게 엄격하지 못한 잣대를 들 가능성이 있으며, 때로는 길들이기식의 선별적 적발로 그 기능이 변질될 우려도 있다.

등은 수사절차의 투명성을 제고하고, 피의자의 방어권을 실질적으로 보장해줄 수 있는 제도적 장치이다.

이러한 수사기관에 대한 통제장치는 비단 경찰에만 한정되어 요구되는 것이 아니다. 검찰이 수사를 직접 담당하는 수사기관의 역할을 수행하는 이상, 이에 대한 통제장치는 동일하게 마련되어야 한다.

또한 경찰수사에 대한 실효적인 통제는 행정부 소속의 공무원으로서 직접 수사를 실행하고 있는 검사가 수사를 지휘함으로써가 아니라 객관적인 입장에 있는 사법부의 통제를 통하여 확보될 수 있다는 점을 간과해서는 안된다.

또한 수사기관의 위법방지를 위해서는 국가인권위원회의 진정조사권이나 시민감시단이나 언론에 의한 감시기능을 확보하는 방안도 모색할 수 있을 것이다.



668) 경찰은 1999년 6월부터 자주적으로 피의자조사시 변호인참여를 허용해왔다. 제도 시행 이후 참여가 불허된 사례가 거의 없음에도 불구하고 최초의 예상과 달리 여전히 기대만큼 그 활용도가 담보상태에 머물러 있다. 그 원인은 여러 가지 측면에서 찾아볼 수 있을 것이나, 우선 그 실효성을 높이기 위해서는 운용상의 여러 문제점을 충분히 고려하여 기소전변호를 확충하고, 구체적인 제도정비를 하여야 할 것이다.

제7장 결 어

본 연구는 검사에 의해 지배되어 있는 한국 수사구조에는 어떠한 문제점이 내재되어 있으며, 그 개혁방향은 어떠해야 하는지를 살펴보는데 그 목적을 두었다.

이러한 문제제기에 기초하여, 우선 제2장에서는 검찰제도가 대륙법계의 프랑스와 독일, 영미법계의 영국과 미국에서 각각 어떻게 탄생·전개되어 왔는지, 그리고 일본에서는 양 법계가 어떻게 계수되고 변화되어 왔는지를 검토해보았다. 덧붙여 우리나라에 있어서 경찰과 검찰의 역할 및 상호관계가 어떻게 변천되었는지를 검토하였다.

제3장에서는 경찰과 검찰의 형사절차상 역할 및 상호관계를 중심으로 각국의 수사구조를 살펴보고, 제4장에서는 각국별 연구내용을 바탕으로 국가간의 비교법적 고찰을 시도하였다. 비교법적 고찰을 통해서는 한국 검찰제도의 비교법제적 위상을 파악할 수 있었다.

그리고 제5장에서는 우리나라에 있어서 경찰과 검찰의 관계를 설정하고 있는 제법규를 망라적으로 정리하고 그 운용실태로 파악한 후, 현행 수사구조에 내재되어 있는 문제상황을 지적하고 있다.

제6장에서는 형사절차상 바람직한 검·경의 역할 및 상호관계는 어떠한 모습인지, 이를 전체적으로 조망해보기 위하여 우선 경찰수사권독립에 대한 찬반론의 내용과 그 논쟁의 연혁을 검토해보았다. 그리고 끝으로 바람직한 관계설정의 형태 및 부수상황으로서 수사와 공소의 기능적·조직적 분리 및 수사기관의 다원화, 공소관의 수사관여정도, 수사절차의 투명성 확보방안 및 객관적 통제장치 마련 등이 열거되었다.

연구보고서 2005-13

경찰수사제도의 개선에 관한 연구

2005년 8월 발행

2005년 8월 인쇄

발행인 : 김 길 배

발행처 : 치안정책연구소

경기도 용인시 구성읍 연남리 88번지

인쇄처 : (주) 대한피앤디

(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식 견해가 아님을 밝혀둡니다.