
碩士學位論文

警察의 搜查權獨立에 관한 研究



濟州大學校 行政大學院
行政學科 司法行政專攻

崔 斗 璜

碩士學位論文

警察의 搜查權獨立에 관한 研究

指導教授 金 秀 吉



濟州大學校 行政大學院
行政學科 司法行政專攻

崔 斗 璜

1996年 7月 日

警察의 搜查權獨立에 관한 研究

指導教授 金 秀 吉

이 論文을 行政學 碩士學位論文으로 提出함

1996年 5月 3日

濟州大學校 行政大學院

行政學科 司法行政專攻



崔斗璜의 行政學 碩士學位 論文을 認准함

1996年 7月 日

審査委員長

委 員

委 員

尹 良 洙
權 榮 豪
金 秀 吉

目 次

| | |
|--------------------------------|----|
| I 序 論 | 1 |
| 1. 研究의 目的..... | 1 |
| 2. 研究의 方法과 範圍..... | 3 |
| II 警察의 搜查權과 搜查에 관한 一般的 考察..... | 4 |
| 1. 警察의 概念과 機能 | 4 |
| (1) 우리나라 警察의 沿革 | 4 |
| (2) 警察의 概念 | 5 |
| (3) 警察의 機能 | 7 |
| 2. 搜查 機關 | 8 |
| (1) 檢 事 | 8 |
| (2) 一般司法 警察官吏 | 9 |
| 3. 搜查의 意義와 性格 | 10 |
| 4. 搜查의 指導原理와 基本原則 | 13 |
| (1) 搜查의 指導原理 | 13 |
| (2) 搜查의 基本原則 | 15 |
| III 各國의 搜查制度..... | 19 |

| | |
|-------------------------|--------|
| 1. 概 說 | 19 |
| 2. 英美法系 國家..... | 20 |
| (1) 英 國 | 20 |
| (2) 美 國 | 21 |
| 3. 大陸法系 國家..... | 24 |
| (1) 獨 逸 | 24 |
| (2) 프랑스 | 29 |
| 4. 混合型 國家..... | 31 |
| (1) 警察의 權限 | 32 |
| (2) 檢察의 權限 | 33 |
| (3) 兩者의 關係 | 33 |
| IV 우리나라의 搜查體制 | 37 |
| 1. 犯罪趨勢와 展望 | 37 |
| (1) 犯罪現況 | 37 |
| (2) 犯罪特徵 | 39 |
| 2. 警察과 檢察의 制度 및 組織..... | 42 |
| (1) 警 察 | 42 |
| (2) 檢 察 | 47 |
| 3. 現行 搜查權 制度 | 50 |
| (1) 警察의 權限 | 50 |
| (2) 檢察의 權限 | 51 |
| (3) 兩者의 關係 | 52 |

| | |
|---|----|
| V 現行 搜查權制度의 問題點과 警察搜查權 獨立을 위한 改善方案 | 56 |
| 1. 現行 搜查權制度의 問題點 | 56 |
| (1) 序說 | 56 |
| (2) 問題點 | 57 |
| 2. 警察 搜查權 獨立에 대한 贊·反論 | 61 |
| (1) 序說 | 61 |
| (2) 警察搜查權獨立의 贊成論 | 62 |
| (3) 警察搜查權獨立의 反對論 | 66 |
| (4) 警察搜查權獨立의 反對論에 대한 批判 | 69 |
| 3. 警察搜查權 獨立을 위한 改善方案 | 72 |
| (1) 序說 | 72 |
| (2) 搜查權獨立을 위한 改善 | 73 |
| (3) 수사권독립을 위한 推進 및 法改正方向 | 78 |
| VI 結 論 | 84 |
| 參 考 文 獻 | 87 |
| SUMMARY | 91 |

表 目 次

| | |
|--------------------------------------|----|
| 〈表 1〉 總 犯罪 發生 및 檢舉件數와 檢舉人員 | 38 |
| 〈表 2〉 強力犯罪 發生 및 檢舉現況 | 39 |
| 〈表 3〉 年度別 警察 公務員 定員 | 46 |
| 〈表 4〉 年度別 戰·義警 定員 | 46 |
| 〈表 5〉 檢察 公務員 定員 | 49 |
| 〈表 6〉 檢事 職級別 定員 | 49 |
| 〈表 7〉 檢事外의 檢察廳 公務員 職級別 定員 및 現員 | 49 |

그림 目次

| | |
|---------------------------|----|
| 〈그림 1〉 警察廳 機構 | 43 |
| 〈그림 2〉 海洋警察廳 機構 | 44 |
| 〈그림 3〉 서울 地方警察廳 機構 | 44 |
| 〈그림 4〉 市·道 地方警察廳 機構 | 45 |
| 〈그림 5〉 濟州道 地方警察廳 機構 | 45 |
| 〈그림 6〉 檢察廳 機構 | 48 |

I. 序 論

1. 研究의 目的

大韓民國 憲法은 第1條 1項에서 「大韓民國은 民主共和國이다」라고 규정하여 우리나라의 國體와 政體를 나타내고 있다. 民主共和國을 표방하고 있는 大韓民國은 헌법 제2장에서 國民의 自由와 權利를 보장하고 국가의 公共福利 증진의무를 규정하고 있다.

우리나라의 警察은 8.15光復 以後 격변하던 國內外 情勢下에서 「奉仕와 秩序」라는 旗幟아래 國立警察로 창설된 이래 50여년간 고난과 역경속에서 建國警察, 救國警察, 護國警察의 과정을 거치면서 國民의 生命, 身體, 財產의 보호와 社會公共의 安寧秩序維持 등 警察 본연의 직무를 성실히 수행해 왔다.

警察은 民主主義의 기본요소인 法治主義를 유지하는 기본적인 國家制度로서 警察의 機能正常化와 민주화는 곧 國民의 실질적인 基本權의 신장을 의미한다. 한 나라에 있어서의 警察의 位相은 곧 그 나라의 基本權 보장의 수준을 나타내는 바로 미터(Barometer)라고도 할 수 있는 것이다.

警察이 「權力の 侍女」로 전락하고 他機關의 指示, 調整 등에 놓여있는 국가에서는 결코 法治主義가 꽃피워 질 수 없다.¹⁾ 따라서 우리 사회가 先進 民主主義國家로 발돋움하기 위하여는 지금부터라도 警察의 位相을 바로 세워야 할 것이다. 그러한 의미에서 警察搜查權의 獨自性 확보는 우리 사회의 民主化에 필수적 과제라 볼 수 있다. 이는 단지 警察의 組織과 機能의 문제에 그치는 것이 아니고 民主主義의 統治構造論的 차원의 문제라고도 할 수 있는 것이다.

더구나 1980年代부터 시작한 高度의 經濟成長은 國民所得水準의 향상으로 高學歷化, 都市化, 國際化를 가속시켜 市民意識과 期待欲求의 상승을 가져왔고 이에 상응하여 犯罪 역시 凶惡化, 知能化, 機動化, 廣域化하는 경향이 두드러지게 나타나고

1) 李寬熙, “警察 搜查權 獨自性 確立 方案”, 「搜查研究」, 1992, 12, P. 13.

있다. 여기서 우리 警察의 治安力의 先進化를 이룩해야 할 중대한 과제를 찾아 볼 수 있다.

그러나 우리 警察은 防犯, 搜查, 警備, 情報, 保安 등 警察 본연의 업무를 수행함에 있어 각 기능면에서 다른 國家機關으로부터 指揮, 調整 혹은 統制를 받는 경우가 허다하여 자율적이고 능률적이며 즉시 적용할 업무수행이 곤란한 경우가 많다. 또한 책임과 권한의 均衡原理에 의거하여 기능수행에 따른 적정한 권한의 보장과 그 결과에 대한 책임이 명확해야 함에도 불구하고 업무수행에 따른 잘못된 책임소재와 국민으로부터의 실망에 대한 言論機關의 지탄은 組織構成員의 사기를 저하시키고 업무수행상 비능률을 초래하여 警察發展을 저해하는 중요한 요인이 되고 있다. 특히 국민의 生命, 身體 및 財産의 保護와 犯罪의 豫防, 鎮壓 및 搜查, 기타 公共의 安寧과 秩序維持라는 警察 본연의 임무²⁾를 수행함에 있어 그 中核이 되는 搜查의 경우 訴訟構造는 英美法系의 當事者主義의 장점을 많이 導入·採擇하고 있으나, 搜查權 체제만은 檢事主宰 搜查權體制를 고수하고 있어 法務部 산하 公務員인 檢事의 指揮·統制를 받아 행해지고 있는 실정이다.

그리하여 警察權의 효율적인 발전을 위한 제도의 改善問題는 그 동안 수차례에 걸쳐 警察搜查權 獨立이란 차원에서 많이 거론되었으나 그 때마다 當爲性과 必要性은 인정하면서도 搜查, 訴追 不可分의 原理와 警察의 資質 및 人權侵害의 우려라는 명분으로 檢事主宰 搜查權 체제를 계속 고집하고 있다. 그러나 搜查權은 반드시 訴訟機能의 효율성이란 측면에서 다를 일도 아니고 警察搜查의 미비를 전제로 하는 만큼 公訴維持에 충분하다면 分權의 原理에 입각하여 搜查權의 독립은 바람직한 일이 될 것이며, 현실적으로 犯罪搜查의 대부분을 담당하고 있는 搜查警察에 搜查權을 전환함으로써 權力集中에 대한 규제와 권한과 책임의 均衡維持, 警察機能의 효율화, 公訴業務의 순수성 유지 등을 기할 수 있다.

따라서 本論文은 警察全體에 관련되는 主要課題의 하나인 犯罪搜查權의 主體問題에 대해서 外國의 立法例와 韓國의 搜查權體制의 현황을 비교·검토한 후 警察搜查權 獨立의 當爲性과 改善方向을 제시하는데 그 목적을 두었다.

2) 警察官職務執行法 第2條.

2. 研究의 方法과 範圍

本 論文에서는 搜查權體制 문제와 관련하여 지금까지 논의되어 온 사례들을 外國의 立法例와 現行 法秩序를 비교·검토하여 檢事主體 搜查權體制的 불합리성을 考察한 후 독자적인 警察搜查權 體制的 當爲性을 적시하고 그 改善 및 推進方案을 제시하였다. 그리고 搜查機關의 종류로는 檢事와 司法警察官吏가 있고 司法警察官吏는 다시 一般司法警察官吏와 軍 등 特別司法警察官吏가 있으나 여기서는 搜查의 주된 機關이라고 할 수 있는 一般司法警察인 警察만을 연구 대상으로 하였다.

이를 위해 各種 單行本 및 研究論文, 關係法規, 定期刊行物, 新聞 등에서 제시한 의견들을 蒐集하여 검토하는 文獻考察의 方法에 의존하였다. 이와 함께 警察廳을 비롯한 警察大學附設 搜查幹部研究所 등 關聯部處의 統計資料도 활용하였다.

이 論文은 이를 기초로 I에서는 연구의 목적, 방법, 범위에 대하여 II에서는 搜查의 意義와 性格 및 搜查權 등에 대하여 考察하고, III에서는 犯罪搜查權의 主體問題에 대하여 各國의 立法例와 世界의 趨勢를 살핀 후, IV에서는 우리나라의 搜查體制에 따른 檢察과 警察의 現況을 비교·검토한 다음 兩機關의 權限를 考察하였다. 또한 V에서는 現行 搜查權制度의 문제점과 警察搜查權의 獨立을 위한 方案의 必要性을 역설한 후, VI에서는 앞에서 다룬 論題들을 요약하고 종합적으로 考察하여 이에 대한 結論을 제시하였다.

Ⅱ. 警察의 搜查權과 搜查에 관한 一般的 考察

1. 警察의 概念과 機能

(1) 우리나라 警察의 沿革

警察이라는 용어가 우리 法制上 맨 처음 사용된 것은 高宗 31년(갑오년, 1894년) 議政府官制에 의하여 포도청이 폐지되고 그 익년 內務官制(勅令 53號)에 의거 內務衙門 소속하에 경무청이 신설되었다.

당시 경무청의 직무는 사법경찰·소방·감옥사무로서(을미년, 1895년 勅令 第85號, 警察廳官制 第2條), 그 밑에 한성 5부에 각각 警務署를 두었고 警察官은 군부에서 문관으로 대치되었다.

을미년에는 내부에 전국의 警察을 관할하는 지방국이 설치되고 漢城觀察府를 제외한 22개 觀察府에 警務官·警務官補·摠巡·巡檢이 배치되었다.³⁾ 이러한 일본식 警察制度나마, 융희 3년(1910년)에는 완전히 폐지되고 식민탄압의 침병구실을 다 한 일본경찰로 대치되었으나 1948년 정부수립후, 警察制度에 관한 기본법이 제정되기 전까지의 警察組織은 과거와 같이 독·불식의 獨任制 國家警察制度를 유지하고 自治制 警察은 인정하지 않으며, 지방경찰은 국가의 기관위임 사무로 되어 있었다.⁴⁾

현행법상 경찰조직은 종래의 國家警察制度를 유지하고 있으나, 한편 경찰사무의 지역적 분담도 피하고 있다.⁵⁾ 그러나 지방경찰청장은 市·道知事の 지휘·감독을 받지 않고 직접 경찰청장의 지휘·감독을 받는 점에서 지방경찰사무는 市·道知事 소속하에 대한 기관위임사무로 볼 수 없다. 지방경찰청을 市·道知事 소속하에 둔 것은 경찰사무를 市·道知事の 통할하에 다른 지방행정과 연계시켜 수행하도록 하

3) 朴鈺旿, 「行政法 講義(下)」, 국민서관, 1995, P. 290.

4) 金道昶, 「行政法論(下)」, 靑雲社, 1992, P. 285.

5) 上揭書, P. 285.

고 또한 장래 地方警察을 自治警察로 전환하는 경우에 대비하기 위한 것이라 하겠다.⁶⁾

(2) 警察의 概念

국가 내적으로나 국가 외적으로 국민의 안전을 보호하는 것이 국가의 임무임에는 논란이 있을 수 없고 이러한 임무를 위한 행정이 경찰이다.

따라서 위험의 발생을 예방하거나 이미 발생한 교란의 제거를 통해 公的 安全과 秩序를 보호하려는 국가작용을 바로 경찰이라 부른다. 경찰은 어떠한 국가에서도 필수적이고 기본적인 國家機能의 하나를 구성한다. 왜냐하면 개인과 공동체를 위험으로부터 보호하는 것이 秩序와 平和의 團體로서 국가의 본질적인 내용의 하나를 이루는 것이기 때문이다.⁷⁾ 그런데 오늘날에 있어서 경찰이라는 개념은 여러가지 의미, 즉 실질적 의미, 제도적 의미, 형식적 의미로 사용하고 있다.

1) 實質的 意味의 警察

실질적 의미의 경찰은 국가활동의 내용상의 성질을 기준으로 한 것이다. 독일이나 우리나라의 경우에 오늘날의 지배적인 견해에 따르면, 경찰이란 “공적 안전과 질서를 위협하는 위험으로부터 개인이나 공중을 보호하거나, 공적안전이나 질서에 대한 교란의 제거를 목적으로 일반 통치권에 의거하여 국민에게 명령·강제하여 그 자연적 자유를 제한하는 모든 국가적 활동”으로 이해한다.

이와 관련하여 경찰은 ① 消極的 作用, ② 社會目的的인 作用, ③ 權力的인 作用으로 이해되고 있다. 이러한 작용이 국민의 권리를 침해하는 경우에는 법적 근거를 요한다. 법적 근거는 여러 법률에 산재해 있다. 실질적 의미의 警察은 제도적 의미의 警察에 의해서만 수행되는 것이 아니고 그 밖의 다른 행정기관에 의해서도 수행된다. 실질적 의미의 경찰 개념, 즉 모든 위험방지 작용을 경찰이라고 하게 되면, 위험방지가 요구되는 개별적인 행정영역의 다양성과 함께 경찰이란 접미어의 활용으로써 많은 종류의 하위 경찰개념을 구성할 수 있게 된다.⁸⁾ 실질적 경찰개념은 ① 공적 안

6) 朴統旿, 前掲書, P. 290.

7) 洪井善, 「行政法 原論(下)」, 博英社, 1995, P. 200.

8) 예컨대 건축경찰, 소방경찰, 영업경찰, 청소년경찰, 어업경찰, 보건경찰, 시장경찰, 도량형

전 ② 질서 유지 ③ 위협 ④ 교란 ⑤ 가치의 감소를 개념요소로 갖는다고 말할 수 있다. 우리 경찰법은 공공의 안녕과 질서유지를 기본개념으로 하고 있다(警察法 第3條 警察官職務執行法 第 24條 5號).

2) 制度的 意味의 警察

제도적 의미(또는 조직적 의미)의 경찰개념은 행정관청(경찰청)의 조직과 관련된 다. 말하자면 警察이라 불리는 일련의 경찰기관이 제도적 의미의 경찰이다. 政府組織法 第31條 3項은 치안 및 해양경찰에 관한 사무를 관장하게 하기 위해 내무부 장관 소속하에 경찰청을 둔다고 하였는바, 경찰청이 바로 제도적 의미의 경찰에 해당한다.

우리나라의 제도적 경찰의 사명은 英國式으로 保安警察, 즉 일반공공의 안녕과 질서의 유지와 司法警察로 제한되어 있고, 복지 행정상의 질서유지를 위한 권력작용은 당해 主務行政廳에 맡겨져 있다(예컨데 위생경찰은 보건복지부 장관 산하에 있다.).⁹⁾ 이를 「警察의 分散化」라 한다.

3) 形式的 意味의 警察

형식적 의미의 경찰개념은 실질적 성질 여하를 불문하고 제도적(또는 조직적) 의미의 警察이 수행하는 모든 사무를 의미한다. 형식적 의미의 경찰개념이 필요한 것은 제도적 의미의 경찰이 위험방지 임무외에 범규상 부여 된 그 밖의 다른 행정활동(예: 미성년자보호 등 복지활동, 범죄수사)도 수행하고 있기 때문이다. 따라서 형식적 의미의 경찰개념은 실정법에 의한 경찰권의 확대를 뜻한다고 볼 수 있다.¹⁰⁾

우리나라는 警察法에서 경찰의 임무를 “국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타공공의 안녕과 질서유지”로 규정하고 있고(警察法 第3條), 警察官職務執行法은 경찰관의 직무로 “범죄의 예방·진압 및 수사, 경비·요인경호 및 대간첩 작전수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타의 공공의 안녕과 질서유지”를 규정하고

경찰, 식품위생경찰, 집회경찰, 결사경찰 등

9) 朴統炳, 前掲書, P. 291.

10) 洪井善, 前掲書, P. 210.

있다(警察官職務執行法 第2條).

(3) 警察의 機能

警察의 機能은 그 직접적인 목적에 따라 行政警察과 司法警察로 나눌 수 있다. 行政警察은 사회공공의 안녕과 질서를 유지하는 권력작용인 실질적 의미의 경찰을 말하고, 사법경찰은 범죄를 수사하고 범인을 체포하는 권력작용을 말한다.

경찰을 行政警察과 司法警察로 구분하는 것은 프랑스에서 비롯되어 대륙법계 여러나라에서 일반화 된 것이나 영·미에서는 양자의 구별을 인정치 않고 司法警察事務는 一般警察機關의 고유사무요 주사무로 이해되고 있다. 우리나라도 조직상으로 行政警察과 司法警察를 구분하지 않고 일반경찰기관이 양자를 아울러 관장하고 있으나(刑事訴訟法 第196條, 警察官職務執行法 第2條, 內務部 職制 第11條), 이론상으로는 양자의 구별을 인정하고 있다. 行政警察은 경찰작용이기 때문에 행정법규의 적용을 받으나 司法警察은 형벌권의 작용이기 때문에 형사소송법의 적용을 받고, 檢事의 지휘를 받아 수행한다는 점에서 구별의 실익이 있다 하겠다.¹¹⁾

司法警察의 형사작용은 이미 실행된 과거의 범죄에 대하여 제재로서의 형벌을 과함을 목적으로 하는 형벌목적적 작용인데 대하여 行政警察의 경찰행정은 장래에 향하여 공공질서를 유지함을 직접적인 목적으로 한다. 형벌도 간접적으로는 공공질서를 유지하는 결과를 가져오지만, 그 직접적 목적은 과거의 행위를 처벌함에 있는 데 대하여, 질서행정은 과거의 의무위반에 대한 제재를 가하는 경우에도 이는 의무이행을 확보하기 위한 보조적인 수단에 불과하고 그 주안은 장래에 향하여 질서를 유지함에 있다.

경찰행정과 형사작용은 직접적 목적에 있어서 이와 같이 구별되지만 다른 한편 양자는 관련성을 가지고 있다. ① 경찰의무의 위반에 대하여는 법규는 벌칙으로써 형벌을 과하는 것이 보통인데, 이 경우에는 형사작용이 경찰의 의무이행을 담보하기 위한 하나의 보조적인 수단이 되고 있으며 ② 司法警察은 광의의 사법작용으로서 관념상 행정작용인 행정경찰과 구별하는 것이 보통이기는 하나 우리나라에서는 司法警察事務를 언제나 사회감시의 임무에 당하는 경찰기관이 겸하고 있는 점에서 양자

11) 朴鈺炘, 前掲書, PP. 302 -303.

는 관련성을 가진다 (警察官職務執行法 第2條, 警察公務員法 第2條).¹²⁾ 그러므로 一般警察 機關은 司法警察官의 任務인 犯罪의 搜查와 범인의 체포, 참고인 조사·감정·번역의 위촉, 공무소동에 대한 조회, 압수·수색·검증, 구속영장의 집행, 변사자의 처리, 기소증지자의 검거 등 다양한 사법경찰 업무를 수행하고 있다.

따라서 우리나라의 警察機能(制度的 意味의 警察)은 行政警察機能과 司法警察機能의 양자를 고유사무와 주사무로 보아야 한다.

2. 搜 查 機 關

搜查機關이란 法律上 犯罪搜查의 權限이 인정되어 있는 국가기관을 의미한다.¹³⁾ 그러나 그 搜查權限을 어떠한 국가기관이 어떤 범위로 가지고 있는지는 각국의 傳統·制度·慣習 등에 따라 다양하다. 搜查機關은 그 성격과 권한에 있어서 裁判機關과 현저한 차이가 있다. 이는 搜查節次의 구조와 公判節次의 구조의 차이에서 기인한다. 犯罪搜查에 있어서는 기동성과 신속성이 특히 요청되므로 이에 대처하기 위해서는 전국적인 搜查網을 갖는 搜查組織이 필요하다. 과거 糾問節次 制度下에서는 裁判機關이 직접 직권에 의해서 犯罪事件에 대한 조사를 하였으므로 搜查機關과 裁判機關은 분리되지 아니하였으나 訴追機關의 訴追에 의해서 비로서 審理를 개시하는 彈劾主義의 刑事訴訟制度가 확립됨에 따라 裁判機關과 搜查機關이 분리되었다.

現行法上 搜查機關에는 檢事와 司法警察官吏가 있으며, 司法警察官吏에는 一般司法警察官吏와 特別司法警察官吏가 있으나 여기서는 搜查機關인 一般司法警察官吏에 관해서만 살펴보기로 한다.

(1) 檢 事

檢事は 검찰사무의 처리를 그 직무로 하는 國家機關이다. 검찰사무의 처리는 검사의 권한인 동시에 직무이다. 검찰권의 행사는 檢事の 권한이므로 檢事は 검찰권을

12) 金道昶, 前掲書, PP. 292 - 293.

13) 李在祥, 「刑事訴訟法」, 博英社, 1990, P. 178.

행사할 권한을 갖는 國家機關이라고 정의할 수 있다. 官署가 아니라 官廳으로서의 國家機關이기 때문에 檢察權의 행사에는 단독제가 채택되고 있고 합의제는 존재하지 않는다. 檢事의 의의를 명확히하기 위해서는 ① 관청(기관)으로서의 檢事 ② 관서로서의 檢察廳 ③ 기관구성체로서의 檢事 (공무원으로서의 檢事)의 세 개념을 구별할 필요가 있다. 檢事は 검찰권의 행사를 그 직무로 한다는 점에서 사법권의 행사를 그 직무로 하는 法官과 그 성격·지위를 달리하고 있다. 檢事의 성격은 ① 단독제 관청이며 ② 準司法官으로 ③ 訴訟의 當事者이고 ④ 공익적 지위자로서 ⑤ 上命下服關係에 있다. 行政法上 檢事は 訴追機關인 동시에 搜查機關이다. 訴追機關으로서의 檢事와 搜查機關으로서의 檢事は 그 法律上 地位가 다르다. 現行法上 檢事は 搜查에 있어 主導的 地位를 갖은 명실상부한 搜查의 主體, 즉 搜查의 主宰者이다.¹⁴⁾ 또한 訴訟當事者로서 被告人에 대하여 공격적·대립적 지위에 있으나 다른 한편으로는 피고인·피의자의 정당한 이익을 보호하여야 할 公益의 대표자이다 (檢事의 客觀義務).

(2) 一般司法 警察官吏

이는 司法警察官과 司法警察吏로 구분된다. 搜查官, 警務官, 總警, 警正, 警監, 警衛는 司法警察官에 속하며, 警査, 警長, 巡警은 司法警察吏에 속한다(刑事訴訟法 第196條). 司法警察은 檢事의 지휘를 받아 搜查를 할 수 있으므로(同法 第196條 1項 司規 第2條 2項) 搜查權이 있으나 警察搜查權의 독자성이 전혀 없다. 任意搜查, 즉 피의자 심문(刑事訴訟法 第200條 1項), 참고인 조사(同法 第221條), 감정·통역·번역의 위촉(同法 221條), 공무소 등에 대한 조회(同法 第199條 2項)를 할 수 있을 뿐아니라 強制搜查 즉 피의자 구속(同法 第201條 1項, 第206條), 현행범인 체포(同法 第212條), 압수·수색·검증(同法 第215條~第218條)을 할 수 있다. 一般司法警察官吏는 담당하는 犯罪搜查의 대상이 제한이 없고 搜查에 있어서 檢事의 지휘를 받지만 조직상으로는 내무부 소속 독립외청인 警察廳에 소속되어 있다.

따라서 司法警察官은 현행법상 수사의 보조기관이 아니라 수사의 주체이다. 다만 司法警察官의 搜查權에 대해서는 檢事의 지휘, 감독권에 의한 제약이 가해지고 있

14) 吳官錫, 「刑事訴訟法」, 考試界, 1993, PP. 102 - 103.

다. 司法警察官은 영장청구권, 判事에 대한 강제처분청구권, 수사종결권이 없다. 그리고 變死體 檢視의 권한을 檢事에게만 인정하고 司法警察官에게는 代理檢視의 권한만을 인정하고 있다(刑事訴訟法 第222條).

司法警察吏는 檢事 또는 司法警察官의 지휘를 받아 搜查의 보조를 할 수 있음에 불과하다(同法 第196條 2項, 司規 第2條 3項). 다만 司法警察吏라 할지라도 上司로부터 구체적 사건에 관하여 특정한 搜查命令을 받으면 司法警察官의 실무를 취급할 권한이 인정된다. 이를 실무상 司法警察官事務取扱이라고 한다. 判例는 司法警察官吏에게도 피의자 심문조서의 작성권한을 인정하는 실무를 승인해 주고 있다. 15)

3. 搜查의 意義와 性格

搜查라 함은 刑事事件에 관하여 公訴를 제기하고 이를 유지·수행하기 위한 준비로서 犯人을 발견·확보하고 證據를 발견·수집·보존하는 搜查機關의 활동을 말한다.¹⁶⁾ 이러한 搜查活動은 技術的, 法律的, 節次的, 政策的인 성격을 지닌다고 할 수 있다.

(1) 技術的 性格

搜查란 진실된 實體形成을 위한 技術的인 성격을 가지고 있음을 부인할 수 없다. 즉 搜查는 犯人은 물론 犯罪事實, 證據 등이 미확정된 상태에서 그 실체를 규명하기 위하여 자료를 수집하고 犯人을 검거함으로써 진실을 밝혀 나가는 기술이라고 할 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 기술로서의 犯罪搜查가 진실발견과 이를 위한 資料蒐集을 목표로 한다는 것은 그것이 다른 목표를 가져서는 안 된다는 것을 의미할 뿐이고, 진실발견을 위해서는 수단, 방법을 가리지 않아도 좋다는 것을 뜻하는 것은 아니다. 그러므로 搜查活動이 다음에 기술하는 法律的인 면과 節次的인 면에서 규제를 받는 것은 당연하겠다.¹⁸⁾

15) 上揭書, P. 321.

16) 李在祥, 前揭書, P. 177.

17) 搜查幹部研究所, 「搜查權 獨立의 必要性和 先決課題」, 1988, P. 22.

18) 李三載, 「科學搜查入門」, 政雲出版社, 1983, P. 42.

(2) 法律的 性格

犯罪搜查는 法律的인 性格을 가진다. 우선 搜查의 主體가 法律에 의해서 정해지고 있다는 점, 나아가서 搜查의 방법이 法律에 정해져 있는 경우에만 허용된다는 점에 있어서 法律的이라 하겠다. 그 중에서도 搜查機關이 행한 犯罪搜查는 法律에 정하여진 適正節次(Due Process of Law)에 따라서 행하여지지 않으면 안 된다. 適正節次遵守의 요청은 犯罪搜查의 수단·방법을 제약하는 방향으로 움직인다.

搜查의 技術的 性格만을 강조하는 입장에서는 搜查의 수단·방법에 제약이 있는 것은 불편하고 비효율적이며 진실의 발견과 그를 위한 자료수집이라는 搜查의 목적 달성에 지장을 초래하는 요인이라고 생각할 것이다.¹⁹⁾ 그러나 진실의 발견이나 그를 위한 자료수집도 다른 사회적 요청, 즉 人權保障 등의 요청과 조화되어 행해져야만 한다. 이는 단순한 진실의 발견에 그치는 것이 아니라 適法한 節次에 의해 진실을 발견하여야 한다.

이러한 의미에서 法律에 반한 搜查는 본질적으로 搜查라는 이름조차 붙일 가치가 없다고 하겠다. 더구나 無罪推定の 原則이 확립되어 있고, 自白 등 傳聞證據의 證據能力制限, 違法蒐集證據의 證據能力 부정 등 증거를 合法的으로 확보해야 한다는 搜查의 法律的 性格은 날로 그 중요성이 높아지고 있다. 또한 우리 憲法에서는 모든 國民의 身體의 自由를 보장하고 있고 法律에 의하지 아니한 強制處分을 부정하고 拷問의 禁止, 默祕權, 令狀主義, 辯護權, 拘束適否審査制度 등 搜查段階에서 준수되어야 할 사항들을 규정하고 있다.

이러한 憲法的 규정은 모두 國民의 人權保障을 위한 것으로 國民의 基本權 침해의 위험이 가장 많은 搜查에 대하여 그 司法的 통제를 명시한 것이라고 할 수 있다. 따라서 搜查는 人權保護라는 憲法的 규제를 받고 있으며 이에 저촉되지 않는 범위 안에서 搜查가 행해져야 한다.

(3) 節次的 性格

犯罪搜查는 節次的 性格을 띠고 있다. 節次라 함은 일정한 목적으로 행해져 있

19) 警察廳, 「搜查事例集」, 1981, P. 197.

는 여러 가지의 행위들의 질서있는 연속을 말한다. 하나의 절차는 다음에 오는 절차를 예상하고 있으며 그것에 연결되어 행해지고 있다. 따라서 先行節次는 後行節次의 수단으로서 성격을 띠고 後行節次는 先行節次의 목적으로서의 성격을 띤다.

일련의 刑事訴訟節次 중 최초의 節次가 犯罪搜查이다. 刑事節次는 犯罪搜查에서 시작하여 公訴의 提起, 審理, 裁判으로 연결되어 진전되면서 점차로 실체가 명확해지고 구체화되어 간다. 그러므로 犯罪搜查는 그것 자체로서 완결된 것은 아니고 다음 단계인 公訴提起와 裁判으로 이어지는 절차로서의 성격을 가진다. 이러한 절차적 성격을 무시하면서 犯罪搜查를 위하여서만 搜查한다고 함은 본래적인 것이 아니다. 檢舉만을 위한 檢舉, 調査만을 위한 調査라고 하는 것은 소위 國家警察, 檢察官이라고 하는 弊風과 같은 것이고 바른 犯罪搜查라 할 수 없다.

(4) 政策的 性格

個個의 搜查가 技術的·法律的으로 잘 이루어져 搜查自體로서의 소기의 목적을 달성 했다 하더라도 그것이 國家的, 社會的 요청이나 犯罪豫防目的 또는 인간본성에 어긋난다면 國家, 社會가 추구하는 적정한 福祉具現的 國家刑罰權이 행사되었다고 볼 수 없을 것이다. 따라서 搜查는 國家, 社會의 존립과 질서유지라는 하나의 명제와 국민의 기본권 保障이라는 또 하나의 명제 아래서 양자를 잘 조화한 刑事政策的 고려하에 일관되게 이루어져야 한다. 이러한 점에서 搜查는 政策的 性格을 갖는다고 할 것이다.

이렇듯 搜查는 技術的, 法律的, 節次的, 政策的 性格을 가진 訴訟節次이다. 그러나 이러한 측면들은 각각 독립적으로 작용하는 것이 아니고 上乘作用을 통하여 제약·통합되는 立體的·動的 概念 이라고 할 수 있다. 따라서 이 중 어느 한 면만을 부각시켜 警察의 搜查權獨立을 검토할 수는 없고 위의 모든 성격을 가장 잘 조화시킬 수 있는 각도에서 警察의 搜查權 獨立을 논해야 할 것이다.²⁰⁾

20) 搜查幹部研究所, 前掲書, P. 24.

4. 搜查의 指導原理와 基本原則

搜查의 指導原理는 搜查觀에 따라 차이가 생긴다. 범인의 처벌적 측면에 중점을 두는 搜查觀에 의하면 實體的 眞實發見主義가 搜查指導原理로 강조됨에 대하여, 被疑者의 人權保障에 중점을 두는 搜查觀에 의하면 適正節次의 法理가 搜查의 指導原理로 부각된다. 그러나 搜查의 목적달성이라는 면을 고려할 때 어느 하나의 원리에만 치중할 수 없고 兩原理의 합리적인 조화가 요청된다. 이러한 관점에서 現行法上의 搜查의 指導原理는 實體的 眞實主義, 適正節次의 法理, 無罪推定の 法理, 比例性의 法理라고 이해하여야 할 것이다. 이러한 指導原理 내지 基本原理의 制度的 表現이 搜查의 基本原則이다. 現行法上 搜查의 基本原則에는 任意搜查의 原則, 搜查比例의 原則, 搜查非公開의 原則, 令狀主義의 原則, 提出人還付의 原則, 強制搜查法定主義 등이 있다.²¹⁾

(1) 搜查의 指導原理

1) 實體的 眞實主義

搜查節次는 公訴提起 내지 公判節次에 대한 준비절차로서 搜查段階에서 수집된 증거 예컨대 被疑者 自白, 參考人 陳述, 押收物·檢證調書 등은 起訴·不起訴를 결정하는 자료가 될 뿐아니라, 公判節次에서 有罪·無罪를 판단하는 證據로 사용되므로 公訴權行使의 적정과 刑事裁判의 공정을 위해서 被疑事件의 진상파악이 요청된다. 이러한 被疑事件의 진상파악이 곧 實體的 眞實을 발견한다는 의미이다.

實體的 眞實主義에는 일면으로 범죄사실을 밝혀 죄있는 자는 빠짐없이 벌하려는 적극적인 면(有罪者 必罰)이 있고, 타면으로 죄없는 자를 有罪로 하는 일이 없도록 하려는 소극적인 면(無罪者 不罰)이 있으나 오늘날에는 소극적인 면이 더욱 강조되고 있다.²²⁾ 이러한 취지에서 現행법은 被疑者에게 陳述拒否權, 辯護人選任權, 證據保全請求權, 被疑者審問調書閱覽權 등을 보장하고 있으며 任意性 없는 自白의 證據能力을 부정하고 있다.

21) 白亨球, 「刑事訴訟法 講義」, 博英社, 1996, P. 359.

22) 吳官錫, 前掲書, P. 37.

捜査에 있어서 消極的 眞實主義를 실현하기 위해서는 捜査機關 특히 檢事の 公益的 使命이 요청된다. 檢事は 公익의 대표자로서 被疑者에게 불리한 증거 뿐 아니라 유리한 증거도 수집하여 被疑事件의 진상을 규명할 公益的 責務가 있다.

2) 無罪推定の 法理

無罪의 推定(Presumption of innocence) 이라 함은 刑事節次에서 被疑者 또는 被告人은 有罪의 判決이 확정될 때 까지는 無罪로 추정된다는 원칙을 말한다. 무죄의 추정은 수사절차와 공판절차를 지배하는 指導原理이다. 이 法理는 捜査의 경우 특히 人身拘束에 대한 制限原理로 작용하고 있다. 따라서 그 내용으로는 첫째, 人身拘束 그 자체를 제한하는 원리로 작용하고 있으며 둘째, 拘束中인 被疑者는 가급적 석방되어 시민적 자유를 향유할 것을 요청하고 있고 셋째, 拘束 중에도 被疑者에게 拘束 이외의 불필요한 고통을 당하지 않게 하고 가급적 인간적인 대우를 할 것을 요구하고 있는 것이다.²³⁾ 그러므로 현행법상 任意捜査의 원칙, 구속적부심제도, 점권 교통권의 보장 등은 무죄추정의 법리를 그 이념적 기초로 하고 있다고 할 수 있다. 拷問의 절대적 금지, 위압적·모독적 심문의 금지도 무죄추정의 법리에 의하여 요청된다.

3) 必要最小限度의 法理

捜査處分은 強制捜査의 경우는 물론 任意捜査의 경우도 人權制限의 처분이므로 필요한 최소한의 범위내에서만 허용되어야 한다. 이를 必要最小限度의 法理라고 한다. 필요최소한도의 법리를 강제처분의 제한에 한한 指導原理로 이해하는 견해가 있으나, 任意捜査도 필요한 최소한의 범위내에서만 허용되어야 함으로 捜査의 일반적 지도원리라고 이해하여야 한다. 따라서 이 法理는 捜査의 조건에 관한 이론적 근거일 뿐 아니라 實定法上으로는 捜査比例의 原則으로 나타난다.²⁴⁾

4) 適正節次の 法理

適正節次の 法理는 刑事節次 전체의 指導原理이므로 捜査節次에서도 指導原理로 작용하고 있다. 捜査의 相當性은 適正節次の 法理를 그 이론적 기초로 하고 있

23) 白亨球, 前掲書, P. 360.

24) 上掲書, P. 361.

으며, 搜查의 민주화 경향에 따라 人權保障의 기초원리로서 適正節次의 法理가 더욱 강조되고 있다. 적정절차의 법리에서 요구하는 공정한 절차는 형식적인 공정한 절차가 아니라 실질적인 공정한 절차인 것이다. 따라서 節次違反이나 위법한 搜查方法에 의하여 수집된 증거에 대하여는 그 證據能力을 원칙적으로 부정해야 함은 適正節次의 법리를 이론적 근거로 하고 있다.²⁵⁾

(2) 搜查의 基本原則

1) 任意搜查의 原則

搜查의 방법은 任意搜查를 원칙으로 하며 強制搜查는 刑事訴訟法에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 허용된다(刑事訴訟法 第199條 1項). 이를 任意搜查의 원칙이라 한다. 형사소송법상 수사기관은 수사에 관하여 그 목적달성에 필요한 조사를 할 수 있으나 強制處分은 형사소송법에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다고 규정하여(同法 第199條 第1項) 임의수사의 원칙을 명시하고 있다. 한편 임의수사의 원칙은 임의수사라 할지라도 수사상 필요한 한도에서만 허용된다는 점에서 수사비례의 원칙도 그 내용으로 담고 있다. 형사피의자는 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다. 이와함께 형사소송법의 기본원칙인 適法節次의 原則에 비추어 볼 때 아무리 임의수사라 할지라도 수사기관은 최소한도의 법적 절차를 준수하지 않으면 안 된다.²⁶⁾

2) 搜查比例의 原則

搜查의 결과에 의한 이익과 搜查로 인한 法益侵害가 부당하게 균형을 잃어서는 안 된다. 이것을 搜查比例의 原則이라 한다. 搜查比例의 原則은 強制搜查뿐 아니라 任意搜查의 경우에도 요구되는 搜查의 기본원칙이다.

搜查比例의 原則은 搜查權의 행사, 특히 搜查機關이 강제처분을 위한 실력행사를 하는 경우에 강조되나 搜查權의 발동에 관해서도 적용된다. 예컨대 搜查機關이 罪質과 被害가 극히 경미한 사건을 입건하는 것은 搜查比例의 原則에 의해서 犯罪認知權의 남용이라고 해석하여야 한다.

25) 搜查幹部研究所, 前掲書, P. 25.

26) 申東雲, 「刑事訴訟法」, 法文社, 1993, PP. 76 - 77.

3) 搜查非公開의 原則

搜查開始의 실행은 이를 공개하지 아니한다. 이를 搜查非公開의 원칙 또는 搜查密行의 원칙이라한다. 公判節次에 있어서는 公開主義가 基本原則이나 搜查節次에 있어서는 非公開主義가 기본원칙으로 지배하고 있다. 搜查非公開의 原則은 犯人의 발견·검거 또는 증거의 발견·수집이라는 搜查의 목적을 달성하기 위하여 당연히 요청되며, 被疑者, 被害者, 參考人 등의 名譽·秘密 등 人權을 보호하기 위해서도 요청된다. 搜查의 내용을 사전에 공개한다면 被疑者의 檢舉 또는 증거의 압수는 불가능하게 될 것이며 被疑者審問, 參考人調查를 공개하는 경우에는 被疑者, 參考人의 명예가 훼손되는 경우가 허다할 것이기 때문이다.

4) 自己負罪強要禁止의 原則

憲法 第12條 2項은 自己負罪拒否의 특권을 自由權的 基本權으로 명시하였으며 刑事訴訟法 第200條 2項은 被疑者의 陳述拒否權을 보장하고 있으므로, 自己負罪拒否의 原則은 搜查의 기본원칙이다. 自己負罪拒否의 特權이라 함은 廣의로는 刑事責任에 관하여 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 권리로서 피고인이나 피의자 뿐만 아니라 증인이나 참고인에게도 인정되나, 형사소송법상에서는 협의로 형사책임에 관하여 피고인 또는 피의자가 공판 또는 수사절차에 있어서 판사나 검사 기타 수사기관의 심문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리를 의미한다는 것이 통설이다. 拷問의 絕對的 禁止는 이 원칙의 제도적 표현이라고 할 수 있다.²⁷⁾

5) 強制搜查法定主義

수사상 強制處分은 형사소송법에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다는 원칙을 強制搜查法定主義라고 한다.²⁸⁾ 기본적인 인권의 제약을 의미하는 강제수사는 형사소추권의 행사과정에서 불가피하게 발생하는 必要惡이므로 이를 최소한으로 제한하는 법적 규제장치가 필요하게 된다.

強制搜查法定主義는 強制處分의 종류와 요건 및 절차를 형사소송법에 의하여 규정할 것을 요구하는 원칙이다. 따라서 強制搜查는 형사소송법이 예정하고 있는 유형의

27) 白亨球, 前揭書, PP. 362 - 363.

28) 上揭書, PP. 362 - 363.

강제처분에 해당하고 형사소송법이 규정한 요건과 절차를 준수한 경우에 한하여 적법하게 된다. 이 때에는 強制搜查에 대한 법적 통제의 근거를 헌법상의 適法節次의 原則(憲法 第12條 3項)에서 직접 구하지 않으면 안 되기 때문이다.

형사 소송법에 근거를 둔 強制搜查라 할지라도 임의수사의 경우와 마찬가지로 그 구체적 실행과 기간 및 방법은 수사비례의 원칙에 따르지 않으면 안 된다. 따라서 구속은 기대되는 형벌의 범위를 넘을 수 없고 強制處分은 임의수사에 의해서는 형사절차의 목적을 달성할 수 없는 경우에 必要最小의 限度내에서만 허용되어야 할 것이다.²⁹⁾

6) 令狀主義

우리 헌법은 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때는 적법한 절차에 따라 檢事의 신청에 의하여 法官이 발부한 令狀(Warrant)을 제시하여야 한다(憲法 第12條 3項)고 규정함으로써 令狀主義를 헌법적 차원에서 인정하고 있다. 令狀主義는 헌법상 신분이 보장되고 직무활동의 독립성이 담보되는 法官이 발부한 令狀에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 強制處分을 하지 못한다는 원칙을 말한다.

원래 法官에 의한 영장제도는 수사기관의 강제수사 남용으로부터 시민의 자유와 권리를 지키기 위하여 독립된 제3의 기관인 法官으로 하여금 수사상 강제처분의 허용여부를 판단하도록 하는 제도로서 近代 형사소송법의 기본원리 가운데 하나를 이룬다. 法官에 의한 令狀은 사전영장을 원칙으로 한다. 그러나 현행범인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도주 또는 증거인멸의 염려가 있는 때에는 사후영장을 청구할 수 있다. 사후영장도 예외없이 法官의 令狀을 필요로 하는 점에서 영장주의의 정신이 관철되고 있다고 하겠다.³⁰⁾

7) 提出人還付의 原則

搜查機關이 押收物을 還付함에 있어서는 被押收者(提出人)에게 還付함을 원칙으로 한다. 이것을 提出人還付의 原則 또는 被押收者還付의 原則이라고 한다.

29) 申東雲, 前掲書, PP. 77 - 78.

30) 上掲書, P. 321.

國家刑罰權의 실현을 목적으로 하는 刑事節次에서는 私人간의 實體法上 權利에
관여하지 아니함을 원칙으로 하므로 押收物을 還付하는 경우에 被押收者에게 還付
하여야 함은 당연하다. 다만 押收物이 贓物인 경우에는 被害者를 보호하기 위해서
일정요건하에 被害者還付를 허용하고 있다.



Ⅲ. 各國의 搜查制度

1. 概 說

刑罰權 行使의 절차를 刑事節次라 하고 搜查節次는 刑事節次 중의 한 단계이지만 그 기본적인 구조는 시대 및 국가에 따라 차이가 있다. 역사적으로는 糾問主義의 구조와 彈劾主義의 구조로 대별된다. 糾問主義의 구조는 근대 초기에 요청된 國家 絕對主義에 의거 刑事訴訟節次에 있어서 확립되었다. 모든 절차는 비밀주의·서면주의였고 고문도 인정되었다. 그리고 無罪의 判決은 一事不再理의 효력을 갖지 못하고, 단순한 일시적 방면에 불과하였던 것이다.³¹⁾ 따라서 訴追에 의하지 아니하고 裁判機關이 직권으로 심리를 개시하여 犯人에게 刑罰을 과했던 것이다.

彈劾主義의 구조는 大陸法系의 職權主義의 구조와 英美法系의 當事者主義의 구조로 양분되고 이러한 刑事訴訟의 구조는 搜查體制에서도 의미있는 대조를 이룬다. 搜查體制에 있어서 현재 세계의 대다수 국가는 警察에 獨立的인 搜查權을 인정하는 경향이다. 美國과 英國에서는 오래전부터 전통적으로 警察에 獨立的인 搜查權을 인정하여 왔으며 그 系列國家도 거이 마찬가지이다. 다만 제2차 세계대전전의 獨逸·프랑스 등지에서 이를 인정치 않다가 종전후에 독특한 형태로 警察에 獨立的인 搜查權을 인정하게 되었다 (독일·프랑스 두나라에서는 警察官署中の 일부를 搜查全擔部署로 구성하고 搜查權을 인정하는 형식을 취하고 있다.)³²⁾

日本의 경우도 제2차 세계대전 종전에는 현재의 우리나라와 같이 警察에 獨立的인 搜查權을 주지 않고 檢事에게만 인정하였으나, 종전후 이를 개혁하여 警察에게도 獨立的인 搜查權을 줌으로써 결과적으로 犯罪搜查關係에 있어서 제1차적인 수사기관은 警察이 되고 檢察은 제2차적 보충·보정적 수사기관으로 불리우게 되었다.³³⁾ 그러나 警察의 獨立的인 搜查權이 인정되느냐, 않느냐 하는 것은 각국의 사회제도, 역사적, 문화적 배경에 따라서 달리고 있다.

31) 金箕斗, 「刑事訴訟法」, 博英社, 1987, P. 6.

32) 搜查幹部研究所, 「搜查權獨立의 必要性和 先決課題」, 1988, P. 33.

33) 慎鎮揆, 「犯罪學兼 刑事政策」, 法文社, 1989, P. 506.

따라서 수사기관으로서 檢事와 司法警察官吏의 관계를 대체로 세가지 유형으로 구분할 수 있는 바 첫째, 英國, 美國처럼 司法警察官을 搜查機關으로 하고 검사는 단순한 소추기관으로 공소권을 담당하는 경우가 있고 둘째, 獨逸, 프랑스처럼 檢事와 司法警察官吏를 上命下服의 관계에 두고 法制上 檢事を 搜查의 主宰者로 하여 司法警察官吏를 檢事の 보조자로 하는 경우와 셋째, 日本처럼 檢事와 司法警察을 獨自的·獨立的 搜查機關으로 하고 원칙적으로 搜查權行使에 있어서 檢事の 지휘를 받지 않고 특별한 경우에만 지휘를 받는 相互協助體制가 있다.

2. 英美法系 國家

(1) 英國

영국에서는 게르만법의 전통 그대로 當事者訴追主義가 그 근간이 되었으나 19세기 초부터 사회구조가 복잡하게 됨에 따라 범죄도 다양하게 되어 私人訴追主義만으로는 불충분하여 이것과 병행해서 職權訴追主義가 발달해 왔다. 따라서 범죄를 搜查하고 범인을 검거하는 警察이 차차 訴追를 병행하게 되었다. 이처럼 英國의 搜查構造는 철저한 當事者主義에 입각한 私人訴追를 원칙으로 하고 彈劾主義를 근간으로 하는 適正節次 搜查觀에 입각해 있다.³⁴⁾ 영국의 과거 犯罪搜查는 원칙적으로 一般警察에 맡겨져 있고 警察官만이 不審檢問權, 押收搜索權, 被疑者審問, 參考人調査 등 證據調査權을 갖고 있으며 訴追權까지 행사하고 있었다.

따라서 각 警察機構의 최고책임자인 警察長(Chief constable)은 자신의 권한과 책임하에 독자적으로 증거를 판단하고 起訴與否를 결정한다. 그러나 警察의 訴追權 남용을 막기 위해 1879년에 犯罪訴追法을 제정하고 1885년 런던에 檢察廳이 설립되어 職權訴追를 임무로 하는 檢察制度가 출현했다.

1908년부터 檢察廳 公訴局長이 警察과 함께 訴追推進이 가능하게 되었으며 檢事の 임무는(犯罪訴追法 第2條) 檢察廳長이 지휘하는 특정사건에 대하여 刑事訴訟을 제기하고 속행하며, 反逆罪, 殺人罪, 國家安全에 위반하는 犯罪 등에 대해서는 檢察總監이나 檢察長이 직접 訴追權을 행사한다. 公訴局長은 刑事訴追와 관련하여 警察

34) 崔大權, 「英美法」, 博英社, 1991, pp. 155~156.

기타 機關에 자문 및 조언을 주는 임무를 가지고 있다. 그러나 사실상 대부분의 사건은 警察訴追(Police prosecution)에 의해서 행해지고 있으며, 檢事와 司法警察官吏와의 관계는 大陸法系와 같이 命令服從 관계에 서는 것이 아니라 檢事は 訴追機關이고 警察은 搜查機關이라는 입장을 고수하여 양자는 상호협력관계에 있다. 이처럼 영국은 警察主宰 搜查體制를 갖고 있다. 다만 몇가지 경우에 있어 檢事에게 보고할 것을 규정하고 있는데 1946년의 犯罪訴追規則은 檢事の 원활한 직무수행을 위하여 다음과 같은 경우에 警察의 長은 檢事에게 보고할 것을 규정하고 있다.³⁵⁾

첫째, 警察의 長 (A Chief Constable)은 死刑에 해당하는 범죄가 발생하였을 때는 범죄사실, 구속여부와 수사상황을 즉시 檢事에게 보고하여야 한다.

둘째, 警察의 長은 다음과 같은 사건에 관하여 상세한 보고를 하여야 한다.

- ㉑ 檢事の 조언과 협조가 필요하다고 인정되는 사건
- ㉒ 정식재판에 회부하여야 할 범죄로서 소추가 취소되었거나 상당한 기간내에 소추되지 않고 있는 사건
- ㉓ 법률에 의하여 소추가 檢事에 의하여 수행된 사건 또는 檢事の 동의를 필요로 한 사건
- ㉔ 檢事が 보고할 것을 요청한 사건

셋째, 警察의 長은 다음과 같은 범죄가 관할구역에서 발생하였을 때 보고를 하여야 한다.

- ㉕ 近親相姦者處罰法, 公務機密保護法, 文書偽造法, 通貨犯罪法 위반의 범죄
- ㉖ 公共秩序 妨害罪
- ㉗ 名譽毀損罪
- ㉘ 殺人, 強姦, 落胎, 姦淫 등
- ㉙ 犯罪人引導法, 逃亡犯罪法에 관한 범죄

이상에서 본 바와 같이 檢事와 司法警察官吏와의 관계는 상호협력적인 관계를 유지하며 특별한 경우에 檢事에 보고하는 규정을 둔 정도에 그치고 있다.

(2) 美 國

35) Pendieton Howard, *criminal Justice in England*, 文仁龜 譯, 「英國檢察制度概論」 1971, pp. 103~104.

美國의 搜查體制는 중앙집권적인 단일체제가 아니라 전국적으로 흩어진 약 4만개의 분권체제를 이루고 있다.³⁶⁾ 그리고 聯邦 및 自治團體의 警察機構로 분산·운영되고 있으므로 各州마다 구체적인 조직, 역할, 임무에 있어서 실로 다양한 형태를 띠고 있다. 또한 聯邦 및 自治團體間에도 縱的 관계는 없고 橫的인 관계만 있다. 이러한 조직상의 특성이 搜查에도 반영되어 잡다하게 흩어진 개개의 警察組織이 搜查의 主導權을 가지고 있다

1) 警察의 搜查權限

英美法系の 전통이 檢事를 搜查機關으로 보기보다는 法律家, 公訴機關으로 보고 있으므로 犯罪豫防과 搜查의 主導的 權限은 警察에게 있다.

미국의 警察은 크게 聯邦警察, 州警察(The state police), 自治警察로 나누어진다. 聯邦警察은 연방직할 구역의 질서유지 등 行政機能과 관할구역의 犯罪事件搜查 등 司法機能을 동시에 수행하고 있으며, 州警察도 州內의 行政機能과 司法機能을 동시에 담당하고 있다.³⁷⁾ 그러나 警察의 주력은 自治的으로 운용되는 都市警察(Municipal police)이라 할 수 있다. 搜查에 있어 警察은 重罪의 경우에는 犯罪를 범하였고, 또 犯人이라고 믿을 만한 충분한 사유(Probable cause)가 있는 경우에는 영장없이도 被疑者를 체포할 수 있다.³⁸⁾ 被疑者를 체포할 즉각적인 이유가 없는 경우에는 警察은 法院의 영장을 받아 被疑者를 체포한다.

警察은 또 그외의 강력한 強制處分權 즉 押收搜索權, 被疑者審問權, 檢證權, 證據調查權 등을 독자적으로 행사하며 체포된 뒤에는 불필요하게 지체함이 없이 治安判事를 대동하여 체포의 정당성을 판단하고 각종의 권리를 被疑者에게 고지하게 한다. 그리고 체포에 있어서 영장에 의한 체포가 정상적인 방법임에도 불구하고 오히려 영장에 의하지 아니한 체포가 실무상 널리 이용되고 있으며, 체포의 요건에 대해서도 大陸法系처럼 특별요건이 없고 상당한 이유만으로 체포할 수 있도록 보편화되어 있다.

2) 檢事の 搜查權限

36) 鄭振煥, 「比較警察制度」, 아카데미아, 1993, PP. 105 - 106.

37) Bruce Smith, *Police Systems in the United States*, 1979, P. 325.

38) 李榮蘭, "搜查機關에 관한 研究(上)", 「警察考試」, 第208號, 1982, 2. PP. 39-40.

美國의 檢察制度는 우리나라와 같지 않아서 上院의 승인을 받아 大統領이 임명하는 聯邦檢察과 대개 郡(Country) 선거에 의하여 선출되는 地方檢察로 나누어지며 한 지역을 이중적으로 관할하고 있다. 美國의 檢事는 警察이 主體的으로 搜查를 종결하여 檢察에 넘긴 후에야 檢事가 起訴與否를 결정하고 거기에 따라서 訴訟維持도 하게 된다. 聯邦政府의 聯邦檢事는 訴追權을 행사할 뿐 아니라 聯邦檢察에 소속된 F.B.I(聯邦搜查局) 등에 소속된 司法警察에게 搜查指揮權을 행사할 수 있다. 또 제한적이거나 檢事는 州制定法上的의 犯罪 및 普通法上的의 犯罪에 대해 搜查權을 갖고 있으며 직접 경제범죄, 조직범죄 등에 대해 搜查에 착수하는 경우도 있다. 그러나 檢事는 公訴와 搜查의 불가분의 관계때문에 상당한 범위내에서 제한적으로 搜查權을 갖고 있을 뿐, 搜查가 檢事의 주된 임무라기 보다는 公訴의 준비행위라고 볼 수 있고, 檢事는 원칙적 公訴機關으로서 司法警察官으로부터 송치 받은 사건을 嫌疑與否, 證據判斷後 令狀請求 및 起訴猶豫의 결정을 내려 公訴를 수행하도록 되어 있다.

3) 兩者의 關係

美國 搜查制度의 특징은 檢事는 公訴, 司法警察은 搜查라는 역할체계상의 분권적 구조를 취하고 있으며 各州의 특수한 法制度에 따라 역할, 지위, 권한, 관계 등이 다르게 설정되어 있으나 공통적인 것은 어느 州에서나 搜查의 主宰 및 搜查開始權은 警察에 있으며 몇몇 특수한 경우를 제외하고는 檢事와 警察은 상호협력관계를 형성하고 있다. 즉 警察이 독자적으로 搜查權을 행사하지만 법률적 의견을 구하거나, 어려운 사건에서의 증거를 검토받거나, 公訴提起를 위한 경우는 檢事의 조언을 받을 수 있는 협력관계를 유지하고 있다.³⁹⁾ 특히 檢事와 司法警察과의 관계는 被疑者 신병확보 절차에서 뚜렷이 나타나는데 州마다 약간의 차이는 있으나 警察만이 犯罪搜查를 하고 檢事는 起訴·公訴維持를 하는 것이 원칙이므로 체포는 警察만이 할 수 있다.

逮捕狀의 청구권에는 법률상 제한이 없고 警察官도 직접 逮捕狀의 발부를 청구할 수 있다.

逮捕에는 令狀에 의한 체포와 令狀없는 체포가 있다. 장기 1년 이상의 법정형을 가

39) 車鑄碩, "警察搜查權 獨立에 관한 見解", 「搜查研究」, 第101號, 1992, 3, P. 42.

진 犯罪는 面前 또는 蓋然性 있는 경우에 한하여 영장없는 체포를 인정하고 있고 輕罪는 警察의 面前에서 罪를 犯한 경우에 한하여 영장없는 체포를 인정하고 있으며, 拘禁場所로 인치한 후 “합당한 의심의 여지가 없는 정도”까지 혐의가 인정되면, 事件簿에 登載 즉시 檢事에게 보고하고, 그때부터 檢事が 구금의 필요성을 檢討하여 治安 判事에게 신병과 함께 逮捕令狀을 청구한다.

이러한 절차가 24-48시간내에 이루어져야 함으로 司法警察이 사건발생시부터 檢事와 긴밀한 관계를 맺지 않을 수 없게 되어 있다. 美國에서는 搜查의 효율성 보다는 被疑者나 被告人의 人權保護에 더 중요성을 두고 있고 이러한 전제에서 수사절차도 엄격한 證據法의 확립 등 適正節次의 원칙이 강조되고 있다.

3. 大陸法系 國家

(1) 獨逸

독일의 搜查體制는 전통적으로 糾問主義的 搜查觀에 입각하여 檢事에게 搜查의 主導的 권한을 인정하고 있으며, 警察은 檢事の 지휘·감독 아래서 搜查를 행하는 檢事の 보조기관이다.⁴⁰⁾ 특이한 것은 檢事소속하에 우리나라 처럼 따로 法務部 所屬職員을 별도로 두지 않고 內務部長官 소속의 警察官을 檢察機能의 일부로 흡수하여 檢事の 보조자로 함으로써 司法警察은 사실상 “檢事の 연장된 팔(Sdawaltschaft)”이라고 일컬어진다(刑事訴訟法 第152條, 第158條, 第160條, 第161條, 第163條 등). 그러나 法的으로는 司法警察도 모든 搜查活動에 관여하여 主宰할 수 있고 위임받은 절차의 세부사항을 관장하고 있다. 그리고 수사의 보조자이지만 警察이 스스로 搜查를 행할 수 있음이 법적으로 인정되어 있고(刑事訴訟法 第163條 1項), 또한 司法警察의 調書도 檢事の 調書와 동일한 證據能力을 인정하고 있다.

1) 警察의 搜查權限

獨逸 刑事訴訟法에 나타나 있는 警察의 구분은 警察官廳, 一般警察 및 法院組織法 第152條가 규정하고 있는 檢察의 補助警察의 3種이다. 獨逸에서 警察任務는 危險防止를 위한 豫防活動과 犯罪搜查이다. 이에 대하여 獨逸 刑事訴訟法 第163條 1

40) 鄭振換, 「外國警察의 活動과 搜查構造」, 警察大學高級幹部教材, 1993, P. 21.

項은 “ 警察任務를 담당하는 官廳 및 公務員은 犯罪行爲를 규명하여야 하며 사건의 證據湮滅을 방지하기 위하여 할 수 있는 모든 일을 지체없이 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 즉 警察은 搜查의 보조자로 되어 있으나 搜查할 권리와 의무가 있다. 警察에 대한 이러한 搜查 의무의 부과는 法定主義를 警察에게도 실현한 것이다. 그러나 獨逸 刑事訴訟法 第163條 2項은 “警察任務를 담당하는 官廳 및 公務員은 그들의 처리결과를 지체없이 檢事에게 송부하여야 한다”고 규정하고 있다.⁴¹⁾

第163條의 이러한 규정에 대하여 다수설은 警察에게 독자적인 初動搜查權만을 부여하는 것이고, 이 이후에 警察은 긴급한 경우에는 독자적으로 搜查할 수 있으나 대부분의 경우에는 檢察의 지시에 의하여 활동하여야 한다고 해석한다. 그 지시는 일반 警察官廳에 대해서는 촉탁(Ersuchen) 一般警察에 대해서는 위임(Auftrag)에 해당한다. 즉 “警察任務를 담당하는 官廳 및 公務員은 檢事의 이러한 촉탁 및 위임에 응할 의무가 있다”(刑事訴訟法 第161條 2項).

警察官廳이 檢察의 촉탁에 응하는 방법은 촉탁받은 搜查를 실제로 행할 개별 警察官을 선택하는 것이다. 물론 제한된 범위에서 檢察은 特定警察, 즉 檢察의 補助警察을 선택하여 명령형태의 지시를 발할 수 있다(法院組織法 第152條).

獨逸 警察이 다름없이 확정적으로 가지는 初動搜查權 이외에 獨自적으로 행할 수 있는 구체적 권리를 살펴보면 먼저 一般警察과 檢察의 補助警察이 공통으로 가지는 強制處分權으로 ① 假逮捕權 ② 鑑識處分權 ③ 身元確認權이 있다. 또한 任意搜查로서 一般警察이 할 수 있는 대표적인 것은 被疑者 또는 參考人에 대한 審問이다.⁴²⁾

41) 鄭振換, 「比較警察制度」, 아카데미아, 1993, P. 263 參照.

42) 孫棟權, “搜查節次에서의 警察의 關係”, 警大論文集, 1993, P. 13 : 이에 대한 구체적인 내용은 다음의 규정에서 밝혀진다.

첫째, 獨逸 刑訴法 第127條 [假逮捕]

③ 어떤 者가 現行犯으로 逮捕되었거나 추적을 받는 경우에 도주의 염려가 있거나 그 者의 身元이 즉시 확인될 수 없는 때에는 누구든지 그 者를 判事의 命 狀없이도 逮捕할 수 있다.

④ 긴급한 경우에는 拘束命令이나 施設收容命令의 요건이 존재하면 檢事 및 警察 公務員도 체포할 권한이 있다.

둘째, 刑訴法 第163條 [身元의 確認]

③ 어떤 者가 犯罪의 혐의가 있는 때에는 檢事 및 警察 任務를 담당하는 公務員은 그의 身元을 確認하기 위하여 必要한 조치를 할 수 있다. 혐의자의 身元이 확인될 수 없거나 현

2) 檢事의 搜查權限

獨逸은 檢察에 搜查節次의 主宰者의 지위를 부여하고 있다(刑事訴訟法 第158條, 第160條, 第161條). 檢事は 搜查活動에 있어 警察에 일반적 또는 개별적 수사절차를 지휘할 수 있으며 警察의 수사활동에 언제라도 참여할 수 있다. 수사절차의 지휘는 檢事의 임무이며 검사는 “손이 없는 머리 (Ein Kopf ohne Hände)”로서 아무런 집행기관을 가지고 있지 아니하므로 법률에 의하여 檢事의 犯罪搜查를 원조하기 위해 警察官을 그에 종속 시켜 필요한 수사를 수행하고 있다.⁴³⁾ 따라서 檢事は 警察搜查를 사법적 방향으로 이끌 필요가 있고 증거확보 등 사법절차에 대해 책임을 진다. 또 警察官廳과 警察官은 檢事의 요청 또는 지시에 복종할 의무를 규정하여 檢사의 수사지휘권을 보장하고 있다(同法 第161條 전단).

저한 어려움을 통해서만 확인될 수 있는 때에는 拘束할 수 있다. 제2단의 要件하에서는 嫌疑자의 身體와 그가 소지한 物件의 搜索 및 鑑識事務에 必要한 조치를 취할 수 있다.

㉞ 犯罪의 파악을 위하여 必要한 경우에는 범죄 혐의가 없는 者의 身元도 확인할 수 있다.

第 1條 제2단에 規定된 方式의 조치는 사건의 중요성과 관계가 없는 때에는 할 수 없다.

第 1條 제3단에 規定된 조치는 대상자의 의사에 반하여 행하여 질 수 없다.

㉟ 身元의 확인을 위한 自由 박탈은 總 12時間을 초과할 수 없다.

셋째, 刑訴法 第 81條 b [寫眞 및 指紋]

刑事訴訟節次上 또 鑑識業務遂行의 目的上 必要한 경우 被疑者의 의사에 반하여 그의 寫眞을 촬영하고 指紋을 채취·조사하거나 유사한 조치를 취할 수 있다.

넷째, 刑訴法 第 163條의 a [被疑者 審問]

㉠ 警察任務를 담당하는 公務員이 被疑者를 처음으로 審問할 때에 被疑者에게 어떤 행위의 책임이 지워졌는지를 그에게 통지하여야 한다.

㉡ 警察任務를 담당하는 公務員에 의한 證人 또는 감정인의 심문에는 ㉠이 준용 된다.

다음으로 警察官廳이 가지는 權限으로는 지명수배장(steckbrief)의 발부이다.

그 내용은 刑訴法 第131條에 규정 되어 있다.

第 131條 [지명수배장]

㉢ 被疑者가 도주중이거나 피신하고 있는 경우에 檢事 또는 判事は 拘束令狀이나 施設收用令狀에 根據하여 지명수배장을 발부할 수 있다.

㉣ 逮捕된 자가 도주하거나 그 밖의 拘禁으로부터 도주하는 경우에는 拘束令狀이나 施設收用令狀 없는 手配狀에 의한 추적이 許容된다.

이 경우에는 警察官廳도 手配狀을 발부할 수 있다.

이와 같이 獨逸警察은 단순히 法院의 強制處分을 執行하는 機關에 그치는 것이 아니라 긴급한 경우에는 대개 法院 또는 檢事와 나란히 독자적인 強制處分의 命令權을 가지고 있다.

43) Claus, Roxin, strafverfahrensrecht, 1985, (19. Auflage) P. 51.

한편 檢事에게 「客觀義務」를 부여하여 刑事訴訟法上 被告人과 대립되는 당사자(Partei)의 지위를 가지지 못한다. 오히려 독일의 檢事는 진실과 정의의 발견을 사명으로 하는 法治國家的 의미에서 법률의 감시자로 기능하며 사실조사와 법률판단에 있어서 法官과 협력관계에 있고 국가 이익뿐만 아니라 피의자 이익의 보호도 그 기본임무로 한 것이다.⁴⁴⁾ 이에 따라 檢事는 피의자에게 불리·유리한 제사정을 수집하여야 하고(同法 第160條 2項 前但) 被告人을 위하여도 上訴 및 재심청구가 가능하다(同法 第290條 2項, 第365條).

독일은 1975년 예심재판제도를 폐지하고 강제수사권을 檢事에게 이양하여 檢事는 스스로 수사를 행하거나 司法警察官을 지휘하고 수사관계자에 대한 서류열람권(同法 第110條 1項), 압수우편물의 開披權(同法 第100條 3項), 증인·감정인에 대한 강제수사권(同法 第161條 a), 피의자에 대한 구인권(同法 第163條 a 第3項) 등 수사에 관한 제 권한을 가지고 있다.⁴⁵⁾ 그러므로 檢事의 임무는 수사의 지휘, 공소의 제기와 유지 및 형집행지휘의 전 형사절차에 걸쳐 있다.

3) 檢察과 警察의 關係

檢察과 警察의 관계는 우선 독일 刑事訴訟法에 의하여 파악된다. 檢事의 一般的 搜查權을 규정한 刑事訴訟法 第160條, 檢察은 스스로 또는 警察任務을 담당하는 官廳 및 公務員으로 하여금 搜查를 행하게 할 수 있고, 檢事의 이러한 촉탁 및 위임에 대하여 警察은 응할 의무가 있다는 刑事訴訟法 第161條와 그리고 警察도 搜查의 권한과 의무가 있고 警察은 事件處理를 지체없이 檢事에게 送付하여야 한다는 刑事訴訟法 第163條 등이 양자의 관계정립에 기초가 되는 법규들이다.

형사소송법 第160條, 第161條, 第163條 등을 종합하면 독일에서 搜查의 主宰者는 檢察이고 警察은 독자적인 搜查權은 있으나 事件을 지체없이 檢察에 送致하여 지시를 받도록 되어 있다. 檢察이 警察을 법적으로 통제하고 搜查 및 公訴에 대한 모든 책임도 檢察이 진다. 그러므로 檢察은 警察에 의한 搜查후에 언제든지 직접 搜查를 진행시킬 수 있다. 이를 위해 檢察은 警察에 대한 一般的 指示權을 갖는 반면 警察은 檢察에 사건을 지체없이 통보 한 후에는 檢事의 지시에 의하여 搜查하는 것이 원칙이고 단지 刑事訴訟法에 의해 특별히 허용된 긴급강제처분권만을 독자적으

44) 獨逸 刑事訴訟法 第150條 參照.

45) 孫棟權, 前揭論文, P. 11.

로 행사할 수 있다.

刑事訴訟과 罰金訴訟에 대한 指針 第5號의 규정도 이러한 檢察과 警察의 관계를 나타내주고 있다. 이에 의하면 檢事는 중요한 사건 또는 법률상·사실상 어려운 사건은 직접 檢證을 실시하거나 被疑者의 중요한 證人을 審問함으로써 직접 搜查하여야 한다. 經濟犯罪과 重要犯罪는 檢事가 처음부터 수사를 지휘해야 하며 그 사건은 종결시까지 같은 檢事に 의하여 처리된다. 檢事가 직접 수사를 하지 아니하고 警察 기타의 補助機關에 搜查를 맡긴 경우에도 搜查를 지휘해야 하며 최소한 그 방향과 범위를 정해 주어야 한다고 규정하고 있다(同條 2項).⁴⁶⁾

搜查의 개시가 주로 警察에서 이루어지고 있는데 그 이유는 告訴·告發이 주로 국민에 가까이 위치한 警察에 접수되고 警察은 犯罪豫防의 임무를 담당하고 있으므로 쉽게 범죄혐의도 認知할 수 있기 때문이다. 또한 犯罪搜查에 있어서 檢察에 비해 警察은 人的·物的 裝備도 充分하고 搜查의 기술정책 및 조직 등의 면에서 우월한 것도 그 이유가 된다. 따라서 獨逸檢察은 「팔없는 머리(kopf ohne hände)」로 특징지워진다. 더 나아가 輕犯罪 또는 重犯罪에 있어서는 警察이 搜查의 진행을 거의 독자적으로 행하고 심지어 警察 자체적으로 搜查를 거의 종결된 상태에서 檢察에 處理結果를 송치하기도 한다.

이러한 실체에 대해 實定法的인 정당성을 제공해 주는 학자도 있다. 즉 警察의 搜查權에 관한 刑事訴訟法 第163條 1項은 “警察官廳과 警察公務員은 犯罪를 搜查하여야 하고 그리고 증거인멸을 방지하기 위한 모든 긴급한 조치를 하여야 한다”고만 규정하여 警察의 犯罪搜查權과 緊急搜查를 병렬적으로 보장하고 있다.⁴⁷⁾ 따라서 搜查開始와 搜查進行에 대한 일반적 권리를 警察에게 보장하고 있다는 것이다.

또한 刑事訴訟法 第163條 2項은 “警察官廳과 警察公務員은 事件處理를 지체없이 檢事에게 송치하여야 한다”고만 規定하였고, 언제(wann) 그것을 送致해야 되는지에 관하여는 規定이 없다. 이는 警察의 입장에서 搜查를 자체적으로 종결한 후 지체없이 處理結果를 檢事に 송치하여도 무방하다는 해석이 가능하다는 것이다.

警察에서 송치한 사건에 관하여도 檢事は 다시 被疑者나 參考人을 審問하는 것은 극히 드문 일이며, 여기서 檢事の 搜查活動은 전문가의 鑑定을 구하거나 기타 필요한 증거의 수집에 집중된다. 이러한 일련의 상태에 대하여 독일의 Wohler 같은 학자

46) 鄭振煥, 前掲書, 1993, PP. 262 - 263.

47) 上掲書, P. 264.

는 “警察은 搜查하고 檢察은 起訴 또는 不起訴 處分을 한다”는 표현을 하였다. 그러나 檢察과 司法警察이 組織的으로 분리되어 있는 現行法體制를 유지하면서 양자가 서로 협력하고 통제할 수 있는 모델을 발견하고자 1975年 「聯邦 및 各州의 內務部長官 및 法務部長官 合同連席會議」에서 檢察·警察의 관계 再定立을 위한 15個 項目의 새로운 지침이 채택되어 양자의 관계가 보다 협조적인 차원에서 연대가 강화되어야 한다는 점을 상호 재확인함으로써 독일의 檢察과 警察의 협조체제는 또 하나의 특색으로 부각되고 있다.⁴⁸⁾

(2) 프랑스

1) 檢事와 司法警察官吏의 一般的 關係와 背景 檢事와 司法警察官吏의 관계는 일반적으로 上命下服의 관계라 할 수 있으며 檢事は 범죄수사·소추를 위한 司法警察官吏의 활동을 지휘하며(刑事訴訟法 第38條, 第41條), 檢事 자신의 직무를 위하여 司法警察官吏에게 부여된 권한과 특권을 직접 행사하거나 警察力을 동원할 수 있다(刑事訴訟法 第42條, 第74條). 이러한 관계는 프랑스 혁명 이전부터 이미 형성되었던 것으로 혁명후 1808年 제정된 프랑스 治罪法⁴⁹⁾에 의해 명문화, 구체화되었던 것이다.

이와같은 관계가 형성되게 된 역사적 배경에는 계몽주의 철학자들의 人本主義(Humanism)的 철학의 뒷받침과 혁명후 사회의 혼란을 효과적으로 수습하고자 하는 현실주의적 요청이 개입하고 있다. 이러한 사상적 배경과 현실주의적 필요성이 刑事訴訟節次를 규정한 프랑스 治罪法에 반영되어 수사에 있어 檢事の 주도적 지위가 제도화 되기에 이르렀던 것이다.

1959年 사법제도 개혁시 治罪法 대신에 새로이 刑事訴訟法을 제정하였으나 검사와 사법경찰관리의 관계에 대해서는 별다른 개혁이 없다.

2) 具體的 運營實態

① 報告義務

48) 上揭書, P. 265.

49) 治罪法은 1808년 11월 27일 공포되어 1959년 형사소송법이 생기기 전까지 계속된 것으로 이 법의 특징은 재판과 소추를 분리함으로써 재판의 專橫을 방지하였다는 점과 기소준비 또는 공판전 절차에 있어서, 즉 강제 수사를 구분하였다는 점이다.

司法警察官吏는 자신이 重罪, 輕罪 및 違警罪와 같은 범죄를 인지하거나 알게 되면 신속히 檢事에게 보고하고 또 사건처리를 종결한 때에는 작성한 서류와 압수한 물건을 검사에게 제출하여야 한다(刑事訴訟法 第19條). 또한 사법경찰관리는 高等 檢察廳 檢事長의 사법행정상 유익하다고 판단되는 일체의 정보를 수집·보고하여야 하고(同法 第38條), 모든 공무원은 직무수행상 인지한 범죄를 즉시 檢事에게 통고하고 조서를 송부하여야 한다.⁵⁰⁾

② 身柄指揮

피의자, 참고인에 대한 인적, 물적 강제수사시에 司法警察官吏가 檢事에게 보고하면 檢事が 공권력을 행사한다(同法 第62條).

司法警察官吏는 직접 사람을 구속할 수 없고, 영장을 집행하는 경우에는 집행하는 즉시 체포 또는 구속된 자를 檢事앞으로 연행해야 한다. 다만 司法警察官吏는 24시간 동안 피의자, 참고인에 대한 보호유치권만 보유하고 있으며, 그 후 즉시 검사에게 인도하여야 하고 유치기간 연장은 24시간 내에 한하여 檢事 또는 判事에 의한 서면 허가를 요한다(同法 第63條). 현행법의 경우 檢事は 범행에 가담한 혐의가 있는 모든 사람에 대한 체포영장 발부가 가능하다.

③ 檢事の 直接搜查 程度

檢察의 警察搜查에 대한 적극개입은 다만 명백하고 중대하며 대규모적인 범죄행위에 불과하다 할 수 있다. 최근에 그 처리 절차의 신속을 위한 중죄전담 검찰제도가 檢察廳에 제안되어 중죄 발생시는 최초부터 적극적으로 수사에 개입하려고 하고 있다.

④ 事件送致後 補强搜查 程度

檢察에서는 送致後 補强搜查를 대부분 하고 있지 않다.

⑤ 年中 犯罪團束 計劃實施 與否

檢察에서는 년중 범죄단속 계획을 특별히 작성하거나 사법경찰관리에게 지시하지 않는다.

⑥ 變死體 檢屍

변사체 발견시 사법경찰관리는 즉시 檢事에게 보고하고 지체없이 현장에 출동하여 최초의 검시를 행하며, 檢事は 필요하다고 인정되면 현장출동하여 전문가를 참여

50) 法務部, 「法務資料 - 外國刑事訴訟法 1 독일, 프랑스편」 제46편 1982, PP. 135 - 138 參照.

시킨다. 그러나 어느 경우에도 사법경찰관에게 직무를 위임할 수 있으며(同法 第74條), 실제로 우리나라와 같이 대부분 사법경찰관리에 위임하고 있다.⁵¹⁾

⑦ 司法警察官吏 教養實施

수시로 사법경찰관리를 檢察廳에 소집하거나 檢事가 경찰서에 가서 교양을 실시한다.

⑧ 司法警察官吏 懲戒權과 人事權

고등검찰청 검사장은 사법경찰관리에 대하여 일반적 감독을 하며(同法 第38條), 구체적 직무에 관하여는 檢事가 지휘·감독한다. 사법경찰관리가 감독에 불복종하는 경우 또는 직무태만의 경우에는 징계사유가 되며, 그 절차는 檢事長의 요구에 의하여 公訴院 重罪公訴部가 결정하고(同法 第226條), 검사장의 진술, 당해 사법경찰관리의 진술 및 고등 검찰청에 비치된 당해 사법경찰관리의 신분기록을 참조한다(同法 第226條).

3) 兩者의 關係

이상에서 개관한 것처럼 檢事와 司法警察의 관계는 上命下服의 관계로 규정하고 司法警察에 대하여 搜查指揮權 및 監督權을 갖고 있으나, 실제로는 警察搜查의 일부인 중대한 犯罪만 개입함으로써 실질상의 搜查主導權은 警察에게 있는 것처럼 운영되고 있으며, 指揮權의 행사도 직접 명령하지 않고 助言, 指示, 指針 등을 통하여 지휘함이 통례이고 公訴維持에 필요한 사항만을 檢事가 지휘하도록 하고 있다.

4. 混合型 國家

混合型 國家로는 日本이 대표적이라 할 수 있다. 일본에서는 第2次大戰 終了前 大陸法系の 영향을 받아 우리나라와 같은 형태인 檢事主宰 搜查權 體制를 유지하고 있었으나 終戰後 英美法體制의 강력한 영향을 받아 새로운 民主憲法을 제정하고 刑事訴訟法을 대폭 개정하였으며, 警察의 정치적 중립성을 보장하는 조치로 公安委員會制度를 설치하면서 警察主宰 搜查權體制로 전환하였다.⁵²⁾

51) 上揭書, P. 145.

52) 前宮裕, 「現代의 警察」, 評論社, 1980, P. 65.

日本檢察廳法 第4條와 第6條에 의하면 檢察官은 犯罪을 調査하여 公訴를 제기하며 刑의 執行을 指揮·監督하도록 규정하고 있으나 실제로는 犯罪搜查의 대부분을 警察이 하고 있으며, 檢事는 公訴權의 행사 그리고 刑의 執行은 주로 行刑官이 행하고 있다.⁵³⁾ 따라서 犯罪搜查의 第1次的 機關은 警察이며 檢察官은 第2次的인 補充的 機關에 지나지 않는다. 다만 고도의 법률지식을 요하는 사건과 정치성을 갖는 사건은 檢察官 스스로가 第1次 搜查를 행하게 된다.

警察은 방대한 人的 陣容과 物的 施設을 가지고 檢察官이 처리하는 全刑事事件의 90% 이상을 송치하고 있기 때문에 檢察官은 일체 犯罪搜查를 警察에 위임하고 公訴官으로서의 임무에만 충실히 하고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 체제혁의 결과 檢察과 警察은 上命下服 또는 支配服從의 관계가 아니라 相互協力の 관계에 있다.⁵⁵⁾

(1) 警察의 權限

日本警察의 責務는 ① 個人的 生命, 身體 및 財産의 保護에 任하고 ② 犯罪의 豫防 鎮壓 ③ 犯罪搜查 및 被疑者 逮捕 ④ 交通의 團束, 기타 공공의 안전과 질서의 유지로 되어 있다(警察法 第2條 1項). 이 중 犯罪搜查 및 被疑者의 逮捕機能을 갖는 警察을 司法警察이라 하고 나머지 기능을 수행하는 警察을 行政警察이라고 하는 바, 日本警察法上의 警察官 및 警察官吏은 모두 司法警察로서의 직무를 행할 수 있도록 되어 있다(刑事訴訟法 第189條 1項).⁵⁶⁾

종래 檢事의 보조자로서 독자적 搜查權을 갖지 못했던 日本 警察은 刑事訴訟法의 改正과 함께 일약 一次的 搜查機關으로 등장하였으며(刑事訴訟法 第189條), 각종의 搜查上의 처분에 法的 根據가 부여되었다. 이처럼 일본의 搜查體系에 변혁이 생긴 것은 이론적으로 檢事が 公訴遂行에 전념하여야 한다는 公訴專從論과 현실적으로 敗戰後 일본에 도입된 權力分散主義에 근거한 것이다. 반면 舊法時代의 搜查體系에 대한 관념으로 警察은 檢事로부터 일정범위의 지시 및 지휘를 받도록 하고 또 이에 복종할 의무가 부과되었다(同法 第193條).⁵⁷⁾

53) 李璜雨, “警察의 搜查權獨立”, 「警察考試」, 第183號 1980, 1, PP. 19 - 20 參照.

54) 上揭論文, P. 20.

55) 日本 刑事訴訟法 第192條에는 “ 檢察官과 都道府 縣 公安委員會 및 司法警察職員과는 搜查에 관하여 상호협력 하여야 한다”고 규정하고 있다.

56) 鄭振煥, 前掲書, PP. 228 - 229.

57) 高田卓彌, 「註解 刑事訴訟法(中)」, 青林書院新社, 1974, P. 8.

(2) 檢察의 權限

檢事의 직무는 통상 檢察事務와 檢察行政事務로 분리하는데 前者만을 檢事의 고유직무로 보고 있다. 일본 檢察廳法은 檢事의 직무로서 ① 刑事에 관하여 公訴를 行하고 ② 刑事에 관하여 裁判官에게 法의 正當한 적용을 청구하며 ③ 刑事에 관하여 裁判의 執行을 監督하고 ④ 犯罪의 搜查를 하고, 其他法令에 定한 事務를 하도록 하고 있는바(同法 第4條~第6條), 이들 중 가장 논란이 대상이 되는 것은 ④ 項의 搜查權이다.

종래 프랑스의 治罪法과 獨逸式 法院組織法의 영향을 받아 1922年 제정된 日本의 舊 刑事訴訟法에서는 犯罪搜查는 公訴의 준비과정에 불과하고 法律的 素養이 높은 檢事が 犯罪事實의 법률적 구성에 관하여 지도적 위치에 있어야 한다는 논리에서 檢事を 搜查의 중심기관으로 놓고 警察 등 他搜查機關은 이의 보조자로 규정하였으나, 敗戰後 日本에 밀어닥친 美國式 制度의 도입풍조와 權力分散理論이 영향을 받아 1947年の 新刑事訴訟法은 英美式과 大陸式의 混合型의 모습을 갖게 되었다. 즉 한편으로는 英美式 搜查體系를 채택하여 司法警察官에게 일차적·독립적 搜查權限을 주고 檢事は 公訴를 그 主任務로 하되 필요하다고 인정할 때에는 스스로 犯罪를 搜查할 수 있다는 이차적 보정적인 搜查權을 갖게 하였으며(刑事訴訟法 第189條, 第191條),⁵⁵⁾ 또 檢事が 搜查에 관하여 司法警察官에 엄격하고도 강도높은 指揮權을 갖게 하고(同法 第193條) 이에 불복하는 경우에는 司法警察官을 懲戒訴追할 수 있게 하였다(同法 第193條 第4項, 第194條). 따라서 檢事は 司法警察官의 搜查가 불충분하거나 司法警察官이 搜查하는 것이 불가능 또는 부적당한 경우에는 현재 司法警察官이 搜查에 착수했느냐의 여부를 불문하고 搜查를 개시할 수 있으며 이 필요성 유무의 결정권은 검사에게 있다.⁵⁸⁾

(3) 兩者의 關係

1) 具體的 關係

① 報告 및 送致義務

58) 李璜雨, 前揭論文, P. 21.

刑事訴訟法 第242條 및 第246條에 의하면 司法警察官은 모든 搜查事件의 기록 및 證據物을 檢事에게 送致하여야 하고 특히 告訴·告發事件은 搜查 종결을 가리지 말고 兇容 調査가 끝나면 신속히 檢事에게 送致하도록 하고 있다.⁵⁹⁾

② 身柄指揮

日本 역시 任意搜查를 원칙으로 하고 있으며 司法警察官에게 強制搜查權은 없다. 現行法の 경우 司法警察官이 일단 범인을 체포하면 被疑者가 拘束된 때로부터 48 時間內에 犯人의 身柄과 사건을 함께 檢事에게 送致하여야 하며(同法 第203條 第1項), 檢事는 拘束의 적법성과 필요성을 검토한 후 判事에게 拘束令狀請求를 한다(同法 第205條). 拘束搜查는 檢事만이 할 수 있으므로 이에 司法警察官에 대한 구체적 指揮權을 발동하게 된다.

③ 一般的 指示權

檢事는 그 管轄區域에 있어 司法警察職員에 대하여 그 搜查에 관한 필요한 일반적 지시를 할 수 있다(同法 第193條 1項). 이 경우에 있어서 지시는 搜查를 적정히 하거나 기타 公訴遂行을 완전히 하기 위하여 필요한 사항에 관한 일반적 준칙을 정함을 말한다. 일반적 준칙이란 어떤 구체적 사건에 대한 것이 아닌 사전에 내린 기준이나 절차 등을 말한다.

④ 一般的 指揮權

檢事는 그 管轄區域 내에서 司法警察職員에 대하여 搜查의 협력을 구하기 위한 필요한 일반적 지휘를 할 수 있는바, 이것이 일반적 지휘권이다(同法 第193條 第2項). 여기서 搜查의 협력이라 함은 檢事가 行하는 搜查에 대한 司法警察官의 협력을 말하므로 司法警察官이 현재 搜查하고 있는 사건에 관하여 檢事가 일반적 지휘를 할 수 있는 것은 아니다. 다만 그 협력관계에 장애가 되는 司法警察官의 搜查가 있을 때 이를 중지 또는 변경시킬 수 있다고 본다. 一般的 指揮라고 하였으므로 개개사건에 관한 司法警察 일반을 지휘할 뿐이지 개개 司法警察官을 지휘하는 것은 아니다.

⑤ 具體的 指揮權

檢事는 스스로 犯罪를 搜查하는 경우 필요시에는 司法警察官을 지휘하고 搜查의 보조를 시킬 수 있다(同法 第193條 第3項). 이를 구체적 指揮權이라 하는데 檢事가

59) 睦榮俊, “搜查權을 中心으로 본 檢察, 警察制度”, 碩士學位論文, 서울大學校 大學院, 1989, PP. 43-44.

스스로 犯罪을 인지한 때, 檢事에게 대한 告訴, 告發, 自首가 직접된 경우 및 司法警察官으로부터 사건을 송치받아 보장하여 스스로 搜查하는 경우를 모두 포함한다.⁶⁰⁾

⑥ 直接搜查

任意搜查의 경우 檢事が 直接搜查에 착수하는 예는 거의 없고 強制搜查의 경우 檢事が 認知나 告發接受에 의한 直接搜查를 하고, 이때 위에서 언급한 具體的 指揮權을 발하게 된다.

⑦ 補强搜查

強制搜查의 경우 司法警察官은 48時間內에 拘束할 권한만이 있으므로 公訴의 준비로 부족하게 된다. 따라서 送致후 檢事は 拘束搜查의 필요가 있다고 판단되면, 24時間內에 判事에게 拘束令狀請求를 하고 계속하여 補强搜查를 하게 되며 이때 역시 司法警察官에 대한 구체적 지휘권을 발하는 수가 많다

⑧ 變死體 檢視

變死者 또는 變死의 의심있는 死體가 있을 때 그 소재지를 관할하는 地方檢察廳 또는 區檢察廳檢事は 檢視를 하여야 하며 檢事は 檢察事務官이나 司法警察官에게 위 처분을 하게 할 수 있다(同法 第229條).

⑨ 人事權 및 懲戒權

司法警察官은 檢事の 正當한 지시 또는 지휘에 복종하여야 하는 바, 위 관계를 확보하기 위하여 徵刑訴追權을 檢事에게 주었다. 즉 檢事總長, 檢事長, 檢事正은 司法警察官의 불복종시 公安委員會에 징계나 파면을 訴追할 수 있고, 公安委員會는 법률이 정하는바에 따라 被訴追者를 징계 또는 파면하여야 한다(同法 第194條). 普通罷免은 懲戒中 第一에 들어가나 파면없는 징계도 있으므로 별도로 규정하였으며, 懲戒權者가 訴追權者가 정한 징계의 종류에 구속될 필요가 없다고 보는 것이 통설이다.⁶¹⁾

2) 一般的 關係

日本刑事訴訟法 第192條에는 “檢事·司法警察職員 및 都道府縣 公安委員會는 搜查에 관하여 상호협력하여야 한다”고 규정하여 檢察과 警察의 일반적 관계는 上

60) 上揭論文, PP. 44 - 45.

61) 上揭論文, P. 46

命下服 또는 支配服從關係가 아닌 상호협력관계에 선다. 그래서 檢事는 司法警察職員에 대해서 搜查에 관하여 일반적인 지시를 할 수 있으나, 구체적인 사건에 대해서 개별적 지휘는 스스로 搜查하는 경우에 한정된다. 이처럼 독자적인 犯罪搜查權이 부여된 日本警察은 소신껏 犯罪搜查와 그 밖의 警察行政을 추진할 수 있어 사기가 크게 향상되어 警察의 수준을 향상시키고 있다.⁶²⁾

위에서 論述함과 같이 현재 세계의 대다수 국가는 警察에 독립적인 搜查權을 인정하고 있으나 우리 刑事訴訟法은 大陸法系統인 第2次大戰 終戰前의 日本法을 답습하여 현재에 이름은 세계추세의 외면과 法의 후진성을 면치 못한 것이다.⁶³⁾



62) 團藤重光, 「新刑事訴訟法綱要」, 創文社, 1976, PP. 187~193.
63) 鄭振煥, 前掲書, PP. 187-193 參照.

IV. 우리나라의 搜查體制

犯罪은 社會의 필연적 現象으로써 疾病, 貧困 등과 더불어 인간의 행복과 社會의 안정, 발전을 阻害하는 요인으로 우리의 生命과 財產에 직접적인 위협을 주고 있다. 여기서는 우리나라 犯罪趨勢와 전망을 살펴보고, 한편 國民의 生命, 身體 및 財產의 保護와 犯罪의 豫防과 鎮壓 및 搜查 기타 公共의 安寧秩序維持를 그 직무로 하고 있는 警察과 犯罪搜查의 主宰者인 檢察의 制度, 組織 등을 비교하고 現行 搜查權 制度를 考察해 보고자 한다.

1. 犯罪趨勢와 展望

(1) 犯罪現況

1) 總犯罪

〈表-1〉에서 보는 바와 같이 總 犯罪發生은 1994年度에 1,309,326件으로 지난 5年間 年平均 1.8%의 증가율을 보이고 있으며 前年度(1,304,349件) 對比 0.38%의 증가현상을 보이고 있다. 이 중 刑事犯은 467,901件, 特別法犯은 841,425件이다. 刑事犯은 前年度(683,071件) 對比 31.5%의 감소율을 보이고 있으나 特別法犯은 前年度(621,278件) 對比 26.2% 증가현상을 나타내고 있다. 이에 대해 1994年 警察에서 檢舉한 件數는 1,184,208件이고 檢舉人員은 1,463,186名이며 檢舉率은 90.4%이다. 이 중 1,334,228名(刑事犯 526,865名 特別法犯 807,363名)의 被疑者를 不拘束하고 126,958名(刑事犯 90,474名, 特別法犯 36,484名)을 拘束하여 檢察에 送致했다.⁶⁴⁾

64) 警察廳, 「警察統計年報」, 1994, PP. 120 - 130 參照.

<표 1>

總 犯罪發生 및 檢舉件數와 檢舉人員

(單位 : 件, %, 名)

| 區分 年度別 | 刑法犯罪 | | | | 特別法犯罪 | | | |
|-----------|---------|---------|------|---------|---------|---------|------|---------|
| | 發生件數 | 檢舉件數 | 檢舉率 | 檢舉人員 | 發生件數 | 檢舉件數 | 檢舉率 | 檢舉人員 |
| 1980 | 410,461 | 351,576 | 85.7 | 456,365 | 210,249 | 186,738 | 88.8 | 193,557 |
| 1985 | 539,166 | 469,937 | 87.2 | 601,693 | 255,611 | 209,767 | 82.1 | 220,805 |
| 1989 | 166,694 | 522,407 | 85.4 | 684,933 | 432,207 | 395,563 | 91.5 | 396,089 |
| 1990 | 628,837 | 563,386 | 89.6 | 673,302 | 518,915 | 485,619 | 93.6 | 473,443 |
| 1991 | 623,439 | 555,719 | 89.1 | 730,370 | 562,209 | 534,694 | 95.1 | 573,437 |
| 1992 | 643,084 | 593,970 | 90.8 | 744,856 | 567,702 | 523,848 | 92.3 | 557,375 |
| 1993 | 683,071 | 658,504 | 96.4 | 871,755 | 621,278 | 589,506 | 94.9 | 628,952 |
| 1994 | 467,901 | 406,635 | 86.9 | 617,339 | 841,425 | 777,576 | 92.4 | 845,847 |

資料 : 警察廳, 「警察統計年報」, 1994.

2) 主要犯罪

強力犯 發生은 1994년에는 12,114件이 발생하여 前年度(10,763件) 對比 11.2%가 증가하였다. <表2>에서 보는 바와 같이 1991年 ~ 1992년까지는 감소현상을 보이는 듯하다가 1993년부터 다시 증가추세를 나타내고 있다.

罪種別로 보면 殺人은 1990年度까지 계속 감소현상을 보이다가 1993년에는 23.3%의 急增 現象을 나타내다가, 1994年度에는 둔화추세를 보이고 있고, 强盜는 1992年後 계속 증가되어 오다가 1994년에와서는 18.6%의 急增現象을 나타내고 있고, 强姦 역시 1992년후 계속 증가하여 1994년에는 14.2%의 급증현상을 보이고 있으며, 放火는 1992年 이후 계속 감소현상을 보이고 있다.

強力犯의 檢舉率은 5年間 年平均 99%로 비교적 높은 檢舉率을 보이다가 1994年度에는 100.8%로 前年度(109.8)보다 9%의 감소현상을 나타내고 있다.⁶⁵⁾

65) 警察廳, 「警察統計年報」, 1994, PP. 126 - 127參照.

<丑 2>

強力犯發生 및 檢舉 現況

(單位：件數)

| 年度 | 計 | | 殺 人 | | 強 盜 | | 強 姦 | | 放 火 | |
|------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|
| | 發生 件數 | 檢舉 件數 | 發生 件數 | 檢舉 件數 | 發生 件數 | 檢舉 件數 | 發生 件數 | 檢舉 件數 | 發生 件數 | 檢舉 件數 |
| 1980 | 6,565 | 6,146 | 527 | 504 | 2,684 | 2,430 | 3,003 | 2,882 | 351 | 330 |
| 1985 | 8,480 | 8,186 | 541 | 516 | 3,288 | 3,210 | 4,188 | 4,053 | 463 | 404 |
| 1989 | 9,296 | 8,161 | 540 | 520 | 4,403 | 3,536 | 3,726 | 3,582 | 627 | 523 |
| 1990 | 10,681 | 10,025 | 633 | 606 | 4,760 | 4,308 | 4,247 | 4,367 | 1,041 | 744 |
| 1991 | 8,610 | 8,074 | 595 | 577 | 3,289 | 3,192 | 3,669 | 3,605 | 1,057 | 700 |
| 1992 | 8,736 | 8,792 | 620 | 642 | 3,112 | 3,432 | 3,919 | 3,897 | 1,085 | 821 |
| 1993 | 10,763 | 11,821 | 808 | 849 | 3,730 | 4,254 | 5,298 | 5,984 | 927 | 734 |
| 1994 | 12,114 | 12,213 | 653 | 650 | 4,580 | 4,631 | 6,173 | 6,261 | 708 | 671 |

資料：警察廳, 「警察統計年報」, 1994.

(2) 犯罪特徵

犯罪推移는 여러가지 요인에 의해 좌우되지만 특히 사회환경이 미치는 영향은 참으로 크다고 하겠다. 일반적으로 경제의 성장과 문화의 발전에 따른 사회환경의 복잡화는 범죄의 발생을 억제시켜나가는 방향보다 촉진·증가시켜 나가는 방향으로 작용한다.

우리나라에 있어서도 눈부신 경제성장과 기술혁신에 의하여 사회환경의 많은 변화를 가져왔음에도 불구하고 범죄의 발생은 높아지는 경향을 보이고 있다. 특히 1960年代 부터 시작된 산업의 발달과 고도의 경제성장은 국민생활과 정신면에 많은 영향을 미쳐 價値觀의 변동을 가져왔고 사회의 복잡화와 함께 병행하는 社會的 連帶意識의 약화 등 犯罪 多發化의 요인은 더욱 증대해 나갈 것이다. 또한 凶器를 사용한 犯罪의 증가 등 諸外國의 犯罪영향은 점차 우리나라에도 미치고 있어 도시화의 진전 및 國民意識의 변화가 한층 진보되어 犯罪現象에 있어서도 앞으로 歐美와 같은 경향을 보일 것이다.⁶⁶⁾

66) 白亨祚, 「韓國警察의 未來課題」, 「警察考試」, 通卷 200號, 1981, 6, P. 14.

1) 都市化에 따른 犯罪의 增加

都市化 現象은 세계적인 추세인데 우리나라에서도 1960년대 이후 高度成長에 따라 급진적인 도시화가 이루어지고 있다. 따라서 人口의 過密住居와 地域住民間의 거래관계가 복잡화되고, 物質主義·形式主義의 발전과 이에 의한 沒人格化와 特殊非行地域의 형성 등 도시화에서 야기되는 諸犯罪要因에 의해 都市犯罪은 더욱 증대될 것으로 예상된다.

2) 犯罪의 廣域化·機動化

高度經濟成長에 따른 企業과 사람의 활발한 활동은 점점 다량의 交通수요를 가져온다. 自動車는 물자와 사람의 수송에 편리하며 높은 機動性을 가지고 있어 날로 증가일로에 있으며 전국은 1일생활권역으로 형성하게 되었다. 이러한 交通기관의 발달과 도로망의 정비확장은 국민의 生活圈地의 확대와 더불어 犯罪을 비롯한 각종 警察事象에도 중대한 영향을 미치게 되었다.

3) 靑少年犯罪 增加

오늘날 우리나라는 經濟的으로는 산업화, 社會的으로는 도시화를 文化的으로는 대중화의 현상이 강하게 나타나고 있는바, 이러한 諸現象들은 家族制度나 그 機能에도 많은 變化를 招來하게 하였다. 즉 核家族化, 小家族化에로의 移行은 家庭의 弱體化나 無力化의 傾向을 가져왔으며 그 속에서 成長하는 靑少年들에게도 여러가지 어려운 問題들을 안겨주게 되었다. 이러한 현상은 앞으로 社會가 現代化할수록 가중하여 問題靑少年의 數와 靑少年犯罪을 증가하게 할 것이다.⁶⁷⁾ 더욱이 社會風土나 價値觀의 혼란으로 靑少年들은 그들이 서야 할 위치나 나아가야 할 방향을 찾는 데 어려움을 겪게 된다. 여기서 靑少年問題가 제기되는 것이다.

4) 知能事犯(White Color Crime)의 增加

국민의 學歷水準이 높아지고 각종 분야에서 전문화가 이루어지고 社會구조가 복잡 다원화됨에 따라 知能事犯은 계속 증가할 것으로 예상된다.

67) 文化體育部, 「靑少年 白書」, 1995, PP. 406 - 418 參照.

知能事犯은 여러가지 종류가 있고 그 각각은 서로 조금씩 다른 원인 관계속에서 발생하게 되는 것이지만 일반적 원인관계는 다음과 같이 세가지로 나누어 생각할 수 있을 것이고 그 複合作用에 의하여 그 각각이 발생하는 것이라 말할 수 있다. 첫째 이들은 일반적으로 과도한 欲求水準의 충족에 급급하고 있다는 것이다. 둘째, 이들은 자기들이 범하는 新種의 法律에 대해 명확한 타당성을 인식하지 못하여 그것을 위반하는 행위에 대한 죄책감을 강하게 느끼지 못하는 경우가 태반이라는 것이다.⁶⁸⁾

셋째, 이들의 행위에 대한 사회적·법적 단속력이 약한 점이다. 우선 이들 犯罪들은 그 피해효과의 확산때문에 뚜렷한 個人的 被害가 별로없으므로 인하여 個人的·社會的으로 가하는 制御力이 약하다. 이러한 犯罪의 知能化는 警察官의 搜查技術과 각종 警察裝備의 확충을 요구하게 된다.

5) 前科者에 의한 再犯의 增加

前科者의 再犯率은 強力犯에서 많이 나타나고 있다.⁶⁹⁾ 그 원인은 矯導 行政面, 量刑面, 出所者對策 등에 대한 불합리한 시책에 있으며, 최근 교통·통신의 발달과 도시화로 접촉의 기회가 증가됨으로써 범죄자 상호간의 組織化가 용이하고 그 活動 領域이 확대되기 쉬어 전국적 규모의 組織犯罪의 다발이 예상되고 있다.⁷⁰⁾ 특히 前科者들에 의한 共犯組織形成은 죄질을 악화시키는 경향이 있어 犯罪者處遇制度 등 개선이 요구된다.



6) 國際化犯罪의 增加

國際性犯罪의 증가는 무역의 증대, 각종 회의의 빈번한 개최, 移民, 각종 國際競技, 觀光, 해외교포 母國訪問 등으로 인한 국제간의 교류가 심화되는데 원인이 있다고 하겠다. 특히 ASEM(아시아·유럽 정상회의) 등 국제적 행사를 앞두고 북한의 방해책동과 더불어 국제성 범죄의 증가가 예상된다. 예컨대 국외범의 국내잡입, 국내범의 외국도 피, 관세범의 증가, 항공기의 납치 등 국제성 범죄가 증가될 것이며 이에 따른 범인인도, 피해보상, 범인재판권 등 국제간의 협력문제도 증가될 것이다.

68) 慎鎮揆, “화이트 칼라 犯罪의 原因과 對策”, 「警察考試」, 通卷166號, 1974. 6, PP. 20 - 25.

69) 前科者의 再犯罪率 現況은 警察廳 「警察統計年報」, 1994, PP. 134 - 147 參照.

70) 鄭其燮, “重要 強力犯罪搜查의 問題點과 그 對策”, 碩士學位論文, 東國大學校 行政大學院, 1984, P.14.

2. 警察과 檢察의 制度 및 組織

(1) 警察

우리 警察은 祖國光復과 더불어 1945年 10月 21日 美軍政廳에 警務局을 창설하여 출발하였다. 현재 警察組織은 政府組織法 第31條 3項 및 警察廳法 第2條 1項에 의거 “治安 및 海洋警察에 관한 事務를 관장하게 하기 위하여 內務部長官 소속하에 警察廳을 둔다”고 규정하여 內務部長官을 정점으로 하여 警察廳과 國立科學搜查研究所, 警察大學, 警察綜合學校, 警察病院, 海洋警察廳 등 6個機關이 中央組織을 이루고 있다. 그러나 1991年 5月 警察法이 國會를 통과하여 同年 8月 1日자로 警察廳이 발족되어 內務部外廳으로 됨으로서 內務部長官은 정치적 책임에 상응하는 指揮權만 행사하고 警察廳長에게 一線署長의 轉補權, 警監以下의 任用權 등의 人事權 行使, 治安施策의 立案, 施行, 人力·豫算·裝備 등의 警察力運用과 관련하여 독자적인 업무수행이 가능하도록 되어 있다.⁷¹⁾ 또 警察廳의 事務를 지역적으로 분담수행하기 위하여 서울 特別市長, 直轄市長 및 道知事 소속하에 地方警察廳을 두고, 地方警察廳長 소속하에 警察署를 두고 있다(警察廳法 第2條 2項).

우리나라 警察組織은 國立警察이라는 명칭과 같이 명실공히 일관된 國家警察이라기 보다는 國家警察制度에다 自治制 警察의 要素를 가미한 혼합체를 이루고 있다. 國立警察의 組織을 地方自治團體와 연결시킨 것은 國立警察制度에 수반되는 여러 단점을 보완함과 아울러 地方自治의 실효를 보장하고자 한 것이다. 그러나 組織運營의 실제에 있어서는 人事와 豫算 등의 중요한 사항이 中央의 警察廳에 의해서 집중적으로 관리되고, 準軍隊式 階級意識과 命令服從關係의 전통이 警察內部組織을 지배하고 있기 때문에 분명히 自治制警察은 아니라고 할 수 있다. 그리고 警察廳을 구성하는 警察官은 警察廳長인 治安總監을 비롯하여 治安正監, 治安監, 警務官, 總警, 警正, 警監, 警衛, 警査, 警長, 巡警의 순으로 되어 있고⁷²⁾ 보통 警衛以上을 幹部라 하고 警査以下를 非幹部라고 부른다.

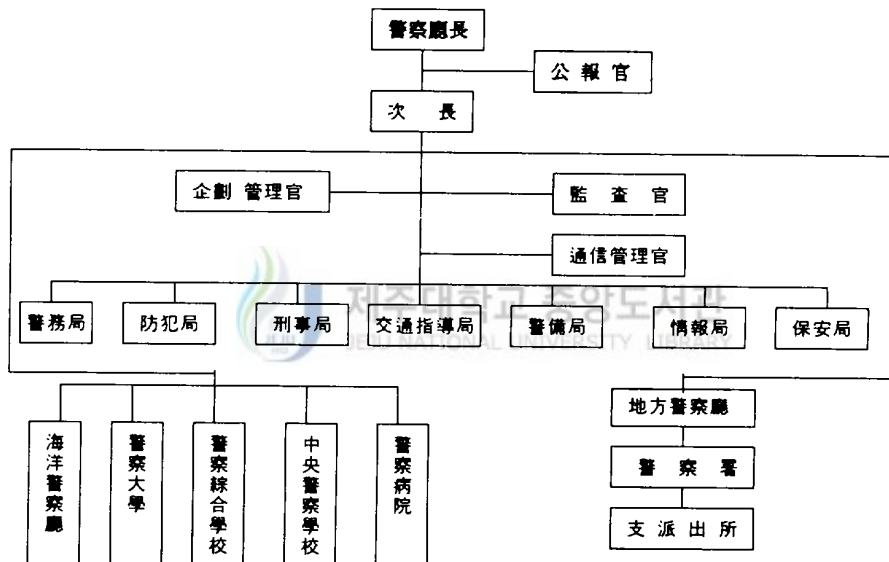
71) 警察廳, 「警察 50年史」, 1995, P. 468.

72) 警察法 第23條 1項, 警察公務員法 第2條 參照.

警正以上에 대하여는 內務部長官의 提請으로 國務總理를 경유하여 大統領이 임명하고, 警監以下는 警察廳長이 임명하되 권한을 所屬機關의 長에게 위임할 수 있도록 하고 있다(警察公務員法 第6條). 한편 警察官의 人事에 관한 重要사항에 관하여 警察廳長의 諮問에 응하기 위하여 警察廳에 警察公務員人事委員會를 두고(同法 第4條), 警察官의 職務遂行에 영향을 排除하기 위하여 政治責任을 지는 治安總監과 治安正監을 제외하고는 刑의 宣告, 懲戒處分 또는 警察公務員法上 규정된 사유에 의하지 아니하고는 休職 또는 免職 당하지 않도록 하는 規定을 두고 있다.⁷³⁾

警察廳, 海洋警察廳, 서울地方警察廳, 市·道 地方警察廳 및 濟州道 地方警察廳 機構表는 <그림 1>, <그림 2>, <그림 3>, <그림 4>, <그림 5>와 같다.

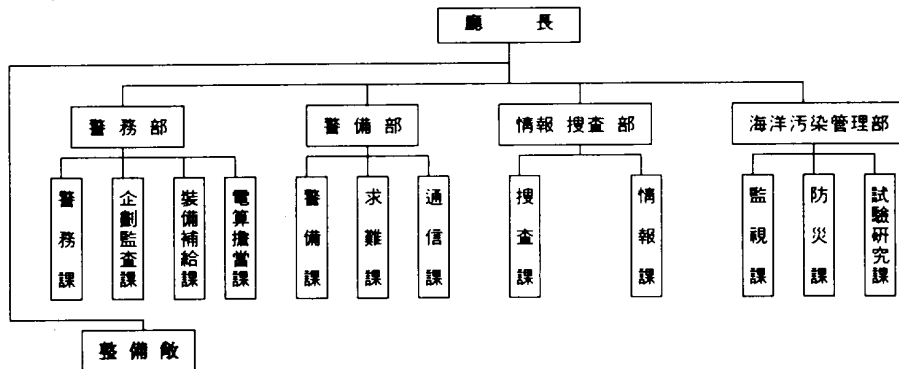
<그림1> 警察廳機構



資料 : 警察廳, 「警察 50年史」, 1995.

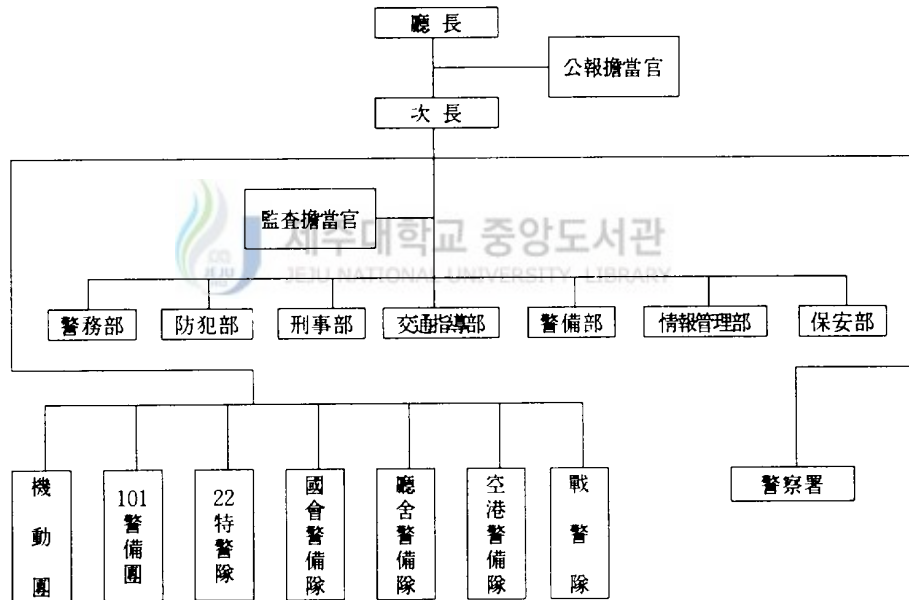
73) 李舜九, “80年代의 警察”, 「警察考試」, 通卷169號, 1981, 2. P. 15.

〈그림2〉 海洋警察廳機構 74)



資料： 警察廳, 「警察 50年史」, 1995.

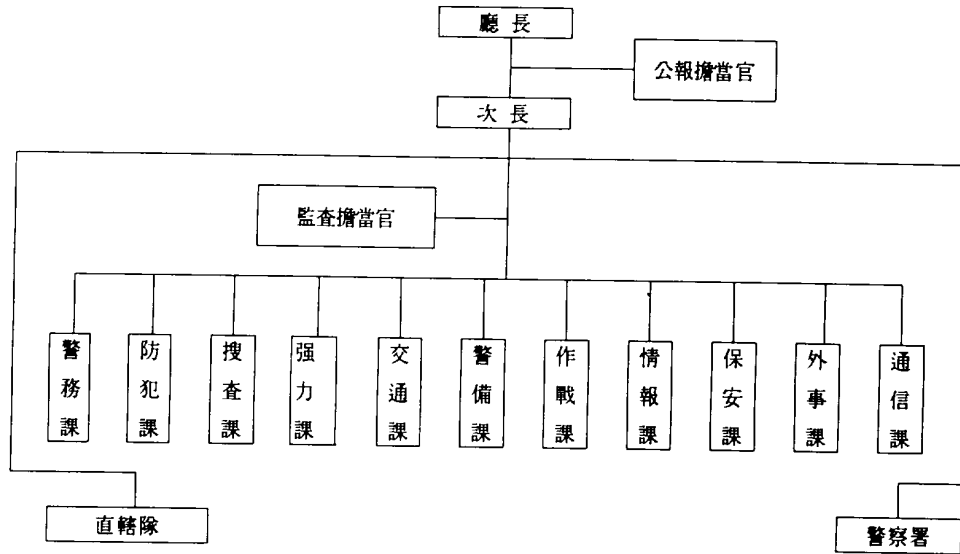
〈그림 3〉 서울 地方警察廳機構



資料： 警察廳, 「警察 50年史」, 1995.

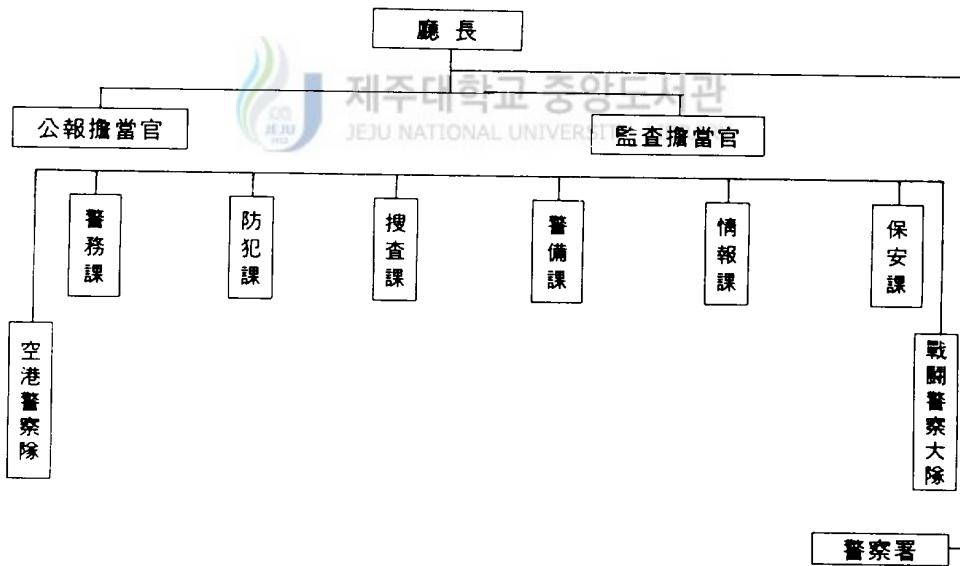
74) 現在 警察廳 傘下 海洋警察廳은 96. 8月中 新設豫定인 海洋部の 外廳으로 移管됨, 서울 신문, 96, 6, 1 : 東亞日報, 96, 6, 12 參照.

〈 그림 4 〉 市·道 地方警察廳機構表



資料：警察廳 「警察 50年事」, 1995

〈 그림 5 〉 濟州道 地方警察廳 機構表



資料：警察廳 「警察 50年事」, 1995

〈表 3〉에서 경찰인원의 현황을 보면, 警察의 定員이 治安需要에 맞추어 해마다 증가하고 있는 바, 現在 警察官 90,558名에 戰義警 56,866名을 합쳐 總員 146,721名에 이르고 있다. 또한 警察의 주요장비로는 車輛을 17,451臺 보유하고 있으며 通信裝備로서 전화기 55,122臺, 모사전송기(FAX) 5,445臺와 컴퓨터 및 단말기가 4,983개소에 설치되어 있다.⁷⁵⁾

〈表 3〉 年度別 警察 公務員 定員 (單位：名)

| 階級別 年度別 | 計 | 治安 總監 | 治安 正監 | 治安監 | 警務官 | 總警 | 警正 | 警監 | 警衛 | 警査 | 警長 | 巡警 |
|------------|--------|----------|----------|-----|-----|-----|-------|-------|-------|--------|--------|--------|
| 1988 | 66,820 | 1 | 3 | 10 | 42 | 383 | 774 | 1,758 | 5,828 | 9,287 | 20,874 | 27,860 |
| 1989 | 70,551 | 1 | 3 | 11 | 45 | 392 | 809 | 1,782 | 5,958 | 9,429 | 21,642 | 30,479 |
| 1990 | 80,026 | 1 | 3 | 11 | 46 | 408 | 906 | 1,853 | 6,781 | 10,131 | 26,927 | 32,960 |
| 1991 | 84,931 | 1 | 4 | 15 | 44 | 424 | 1,105 | 1,873 | 7,234 | 10,434 | 28,865 | 34,872 |
| 1992 | 89,092 | 1 | 4 | 15 | 44 | 427 | 1,129 | 1,901 | 7,425 | 10,575 | 30,520 | 37,051 |
| 1993 | 90,108 | 1 | 4 | 15 | 44 | 427 | 1,130 | 1,909 | 7,455 | 10,615 | 30,626 | 37,882 |
| 1994 | 90,558 | 1 | 4 | 15 | 44 | 428 | 1,144 | 1,920 | 7,518 | 10,653 | 30,778 | 38,053 |

資料：警察廳, 「警察 50年事」, 1995.

〈表 4〉 年度別 戰義警 定員

| 年度別 | 區 分 | 計 | 小計(作戰戰警) | 小計(義務警察) |
|------|-----|--------|----------|----------|
| 1985 | | 49,143 | 24,463 | 24,680 |
| 1989 | | 52,958 | 24,908 | 28,050 |
| 1990 | | 54,648 | 20,176 | 34,472 |
| 1991 | | 55,327 | 17,982 | 37,345 |
| 1992 | | 55,505 | 19,900 | 35,605 |
| 1993 | | 56,163 | 23,325 | 32,838 |
| 1994 | | 56,866 | 21,051 | 35,815 |

資料：警察廳, 「警察 50年事」, 1995.

75) 警察廳, 「警察統計年報」, 1994 參照.

(2) 檢 察

檢察制度가 우리나라에 모습을 나타낸 것은 1910年「朝鮮總督府 裁判所令」중 法院에 檢事를 둔다는 규정에서 부터이다. 그 후 해방후인 1949年에 檢察廳法이, 1954年에 刑事訴訟法이 제정됨으로써 지금의 檢察制度가 갖추어졌으며 法院에 대응하여 大檢察廳, 高等檢察廳, 地方檢察廳 및 支廳이 설치되어 있고 檢察廳의 구성은 檢事와 一般事務機構로 구별된다. 大檢察廳에 檢察總長, 大檢察廳次長檢事, 大檢察廳檢事, 檢察研究官, 部, 事務局 및 課, 祕書官, 非常計劃擔當官, 公報擔當官, 電算管理擔當官, 公安企劃 擔當官이 있다(檢察廳法 第12條 - 第16條, 第48條).⁷⁶⁾

高等檢察廳은 서울高等檢察廳을 비롯하여 大邱, 釜山, 光州, 大田高等檢察廳 등 5곳이 있으며, 地方檢察廳은 서울, 仁川, 水原, 春川, 大田, 淸州, 大邱, 釜山, 馬山, 全州, 光州, 濟州 등 12곳에 설치되어 있고, 또한 地方檢察廳支廳은 전국적으로 38個所に 설치되어 있다(檢察廳法 第2條, 第3條). 그리고 檢事의 職級은 檢察總長, 高等檢事長, 檢事長 및 檢事로 구분한다(檢察廳法 第6條).

檢事定員은 1993年 907名으로 檢事が 처리한 사건은 總 1,442,164件으로 한해동안 檢事 1人當 1,590건씩 처리한 셈이다.⁷⁷⁾

檢事は 국가의사를 결정·표시하는 권한을 가진 獨立官廳으로서 그 자격은 法官과 거의 동일하며(檢察廳法 第15條), 그 임명과 보직은 大統領이 한다(同法 第20條). 檢事は 行政官으로서 司法作用을 하는 準司法官이므로 이를 담보할 신분보장이 필요하게 되는 바, 檢察權의 공정한 행사를 담보하고 檢事의 政治的·行政的 영향으로부터 벗어나기 위하여 彈劾·禁錮以上の 刑, 徵戒處分以外的 처분에 의한 罷免, 停職, 減俸을 할 수 없게 하고(同法 第22條) 停年制를 실시하였으며(同法 第23條), 檢事を 別定職으로 하여 그 定員, 報酬, 懲戒는 法律로서만 정하도록 함으로써(同法 第27條) 行政府의 영향을 배제하였다. 한편 檢事內部에 있어서는 다른 나라와 마찬가지로 檢事同一體의 原則이 확립되어 있다.

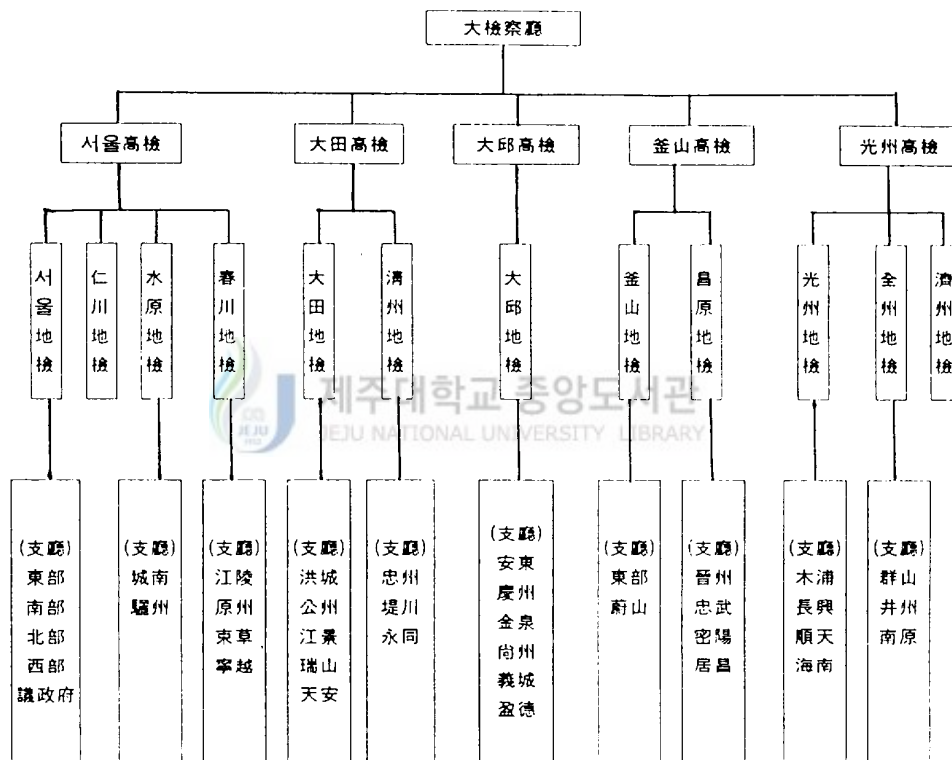
76) 大檢察廳, 「檢察年鑑」, 1992 參照

77) 上揭書, P, 185.

本來 檢事は 獨立官廳으로서 司法的 獨立이 요구되나 公訴에 있어서 전국적인 形 평이 요청되고, 搜查에 있어서도 檢察 전체적인 組織體系가 필요하므로 檢察總長을 頂點으로 한 피라미드 型的 동일체가 합리적인 구조라 할 것이며 立法上으로도 이 를 뒷바침 해 주고 있다.⁷⁸⁾ 반면 政治的 責任을 지는 法務部長官으로 부터의 政治 的 압력을 배제하기 위하여 法務部長官은 一般的인 指揮·監督은 可能하나, 구체적 인 사건에 관해서는 檢察總長만이 지휘할 수 있게 하고 있다 (同法 第14條).

檢察廳機構와 檢察公務員 現況은 <그림6>, <표 5>, <표 6>, <표 7>과 같다.

<그림 6> 檢察廳 機構



資料: 法務部, 「法務年鑑」, 1994.

78) 大檢察廳, 「檢察年鑑」, 1992, P. 186.

檢察 公務員 定員

<表 5>

(單位:名)

| 區 分 | 計 | 檢 事 | 別 定 職 | 一 般 職 | 機 能 職 |
|-----|-------|-----|-------|-------|-------|
| 人 員 | 7,002 | 907 | 16 | 4,102 | 1,977 |

資料: 法務部, 「法務年鑑」, 1994.

檢事 職級別 定員

<表 6>

(單位:名)

| 職 級 | 定 員 | 現 員 |
|-----------|-----|-----|
| 計 | 907 | 852 |
| 檢 察 總 長 | 1 | 1 |
| 高 等 檢 事 長 | 6 | 5 |
| 檢 事 長 | 24 | 24 |
| 檢 事 | 876 | 822 |

資料: 法務部, 「法務年鑑」, 1994.

檢事外的 檢察廳 公務員 職級別 定員 및 現員

<表7>

(單位:名)

| 職 級 | 정원 | 현원 |
|----------------------|-------|-------|
| 計 | 6,095 | 6,043 |
| 檢 察 管 理 官 | 1 | 1 |
| 檢 察 理 事 官 | 5 | 5 |
| 檢 察 副 理 事 官 | 12 | 12 |
| 檢 察 書 記 官, 搜 查 書 記 官 | 123 | 116 |
| 檢 察 事 務 官, 搜 查 事 務 官 | 241 | 233 |
| 檢 察 主 事 | 779 | 761 |
| 檢 察 主 事 補 | 1,005 | 1,002 |
| 檢 察 書 記 | 888 | 883 |
| 檢 察 書 記 補 | 821 | 821 |
| 技 能 職, 別 政 職 等 | 2,220 | 2,209 |

資料: 法務部, 「法務年鑑」, 1994.

3. 現行 搜查權 制度

우리나라의 刑事訴訟法은 관료적이고 權威主義的인 日本 舊植民地 시대때의 刑事訴訟法에서 탈피하여 英美法系 특히 美國 刑事訴訟法의 영향아래 인권보장을 중심으로 하는 當者主義的 訴訟構造를 도입하여 刑事司法의 민주화를 달성하려고 노력하였다.

그러나 搜查權體制만은 檢察主宰搜查體制를 존속시키고 있다. 우리나라의 현행 刑事訴訟法上 犯罪搜查의 主宰權은 法務部所屬 檢察廳 檢事에게 있으며, 犯罪搜查의 제일선을 거의 전담하다시피하는 內務部外廳인 警察廳所屬 司法警察官은 독립적인 搜查權을 갖지 못하고 檢事의 보조기관으로서 성격을 갖는다.⁷⁹⁾

刑事訴訟法 第195條를 보면 “檢事は 犯罪의 혐의가 있다고 사료되는 때에는 犯人, 犯罪事實과 證據를 搜查하여야 한다”고 규정하여 犯罪搜查의 주체가 檢事임을 명시하고 있고, 한편으로는 警察法 第3條와 警察官職務執行法 第2條에 “警察은 國民의 生命, 身體의 保護와 犯罪의 豫防, 鎮壓 및 搜查를” 규정하여 警察에도 독자적인 搜查權이 부여된 듯하나, 刑事訴訟法 第196條에 “司法警察官은 檢事의 지휘를 받아 搜查를 하여야 한다”고 규정함으로써 檢事에게 그 指揮權을 부여하고 司法警察官은 搜查의 보조적 지위에 머물도록 하였다.⁸⁰⁾

(1) 警察의 權限

警察法 第3條를 보면 “警察은 國民의 生命·身體 및 財産의 보호와 犯罪의 豫防·鎮壓 및 搜查, 治安情報의 蒐集, 交通의 단속 기타 公共의 安全과 秩序維持를 그 임무로 한다”고 규정하고 있고 또 이를 수행하기 위해 不審檢問(警察官 職務執行法 第3條), 保護措置(同法 第4條), 犯罪의 豫防과 制止(同法 第6條) 및 武器使用(同法 第11條) 등의 권한도 주어져 있다. 이 직무 중 搜查를 제외한 나머지 업무는 行政警

79) 李在詳, 前掲書, P. 180.

80) 白亨球, 前掲書, PP. 373-374.

察業務라고 할 수 있다.

司法警察은 搜查의 보조자로서 독립된 搜查權은 없으나 犯罪發生初期의 대부분의 犯罪搜查를 담당하고 있으며 檢事의 지휘를 받아 사건을 조사·처리한다. 司法警察官은 강제처분의 권한은 없으나 현행법으로 緊急拘束의 사유가 있을 때에는 被疑者를 체포한후 즉시 檢事의 승인을 받아야 하고(刑事法 第206條 2項), 一般拘束의 경우에는 檢事에게 拘束令狀을 신청하여야 한다(刑訴法 第201條).

현재 우리나라는 司法警察과 行政警察이 엄격하게 분리되어 있지 않으며 前者 중 警衛以上을 司法警察官, 警査以下를 司法警察吏라 한다. 司法警察吏는 搜查補助者로서 檢事, 司法警察官의 지시에 그 직무를 행할 수 있을 뿐이고 被疑者와 參考人에 대한 조서를 작성할 권한도 없으나, 실제에 있어서는 거의 모든 搜查業務를 司法警察吏가 담당하고 있으며 조서도 司法警察官事務取扱이란 명목으로 거의 전부를 작성하고 있는 실정이다.

(2) 檢察의 權限

檢察廳法 第4條를 보면 檢事의 職務는 ① 犯罪의 搜查, 公訴提起와 그 유지에 필요한 事項 ② 犯罪搜查에 관한 司法警察官吏의 指揮, 監督 ③ 法院에 대한 法令의 正當한 적용의 청구 등이라고 규정하고 있는데 가장 중요한 權限은 ①②라 할 수 있다. 따라서 檢事는 搜查의 主宰者이며, 필요한 경우에 拘束令狀을 청구할 권한을 갖고 들째, 公訴의 제기 및 유지를 행하며, 司法警察官에 대한 搜查指揮權이 있다.⁸¹⁾

司法警察은 搜查의 보조자로서 檢事が 직무상 발한 명령에 복종해야 하는 바(檢察廳法 第53條), 이같이 檢事의 강력한 搜查指揮權이 필요한 것은 한편으로는 公訴의 실현가능성을 위해서는 고도의 法律的 知識이 搜查단계에서 필수적이고, 또 한편으로는 犯罪搜查의 公평적정을 위해서 지휘의 독립성이 보장된 檢事의 통제가 필요하기 때문이라고 한다.⁸²⁾ 그러나 犯罪搜查에는 무엇보다도 조직적이고도 방대한 인원을 필요로 하며 또 수없이 많이 발생하는 犯罪事件에 관하여 극소수의 檢事が 일

81) 上揭書, PP. 115 - 118.

82) 鄭榮錫, 「刑事訴訟法」, 法文社, 1984, P. 232.

일이 搜查나 指揮, 監督을 하는 것은 도저히 불합리한 것이다.⁸³⁾ 게다가 檢事에게는 公訴의 提起, 維持라는 본연의 임무가 따로 있으므로 搜查權까지 독점한다는 것은 사실상 불가능하다. 그러므로 犯罪搜查는 실제에 있어서는 司法警察官吏가 전담하고 있으며, 또 이에 의존하고 있는 것이 오늘날의 실정이라 할 수 있다.

(3) 兩者의 關係

1) 報告 및 送致義務

司法警察官吏는 管轄 檢事長에게 內亂, 外患 등 주요한 犯罪가 발생하는 즉시 보고 하여야 하고 非常事態 기타 이에 준하는 사태하에서는 犯罪發生의 염려가 있을 때 라도 그 동태를 보고하여야 한다(搜查事務報告, 司警執務規則 第11條). 또 소요의 발생 기타의 사유로 사회적 불안을 조성할 우려가 있을 때나 政黨, 社會團體의 동향이 사회질서에 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 지체없이 그 사실과 警察措置를 管轄檢事長에게 보고하여야 하며(情報報告, 同規則 第12條), 사건마다 犯罪統計를 작성하여 管轄檢事長에게 제출하여야 한다.⁸⁴⁾

이처럼 司法警察官은 搜查補助者이므로 모든 사건을 檢事에게 보고하여야 하나 실제로 중요한 사건을 제외하고는 送致段階나 令狀請求時가 되어야 비로서 檢事が 인지하게 된다. 司法警察은 모든 사건을 搜查終結時 檢事長에게 송치하여야 하며(同規則 第54條), 送致後 搜查를 속행하는 경우에는 檢事長의 지휘를 받아야 한다(同規則 第59條).

2) 身病指揮

被疑者에 대한 拘束에는 事前令狀에 의한 一般拘束과 事後令狀을 받는 緊急拘束이 있다. 前者는 被疑者가 罪를 犯하였다고 의심할 상당한 이유가 있고 刑事訴訟法 第70條 第1項 各號의 사유가 있을 때에는 司法警察官이 檢事에게 拘束令狀을 신청하면 檢事는 그 필요여부를 판단한 후 判事에게 令狀請求를 하게 되며, 拘束된 후 司法警察은 10日 以內에 그 사건과 身柄을 檢事에게 引致하여야 하고 檢事는 다시

83) 張東植, “獨立部處로 獨立 필요하다” 「東亞日報」, 1980, 3. 22, P. 5 參照.

84) 犯罪統計報告, 同規則 第13條 參照.

10日 이내에 公訴를 제기하지 않으면 被疑者를 석방하여야 한다. 이 기간은 1次에 한하여 연장할 수 있다.⁸⁵⁾

이에 반하여 後者는 被疑者가 死刑, 無期 또는 長期 3年 以上の 懲役に 해당하는 犯罪를 행한 혐의를 받고 刑事訴訟法 第70條 第1項 2, 3號에 해당하고 긴급을 요하여 判事의 令狀을 받을 여유가 없을 때는 檢事나 司法警察官은 被疑者를 즉시 구속한 후 48시간 또는 72시간 이내에 事後令狀을 받도록 하고 있으며, 司法警察은 미리 檢事의 지휘를 받아야 하고 만일 시간적 여유가 없을 때에는 즉시 檢事의 사후승인을 받아야 한다. 기타의 強制處分도 이와 동일하다.⁸⁶⁾

司法警察이 犯人을 체포하였을 때는 逮捕報告書를 작성하여야 하고(司法警察官 執務規則 第31條) 檢事의 捺印 또는 執行指揮書에 의하여 司法警察은 拘束令狀을 집행하며 檢事의 釋放指揮에 의하여 被疑者를 석방한다(同規則 第26條 2項). 한편 搜查指揮權에 의거하여 司法警察은 불구속 수사시 그 拘束 · 不拘束 여부를 지휘받기 위하여 稟申의 형식으로 檢事의 지휘를 받고 있다.⁸⁷⁾

3) 直接搜查

현재 檢察이 直接認知하는 사건은 전체의 1% 미만에 불과하다. 檢事에게 犯罪搜查의 指揮權을 부여하고 있는 것은 수사의 공정과 人權擁護를 기하려는 것이라고 하나 현실적으로 98% 이상을 警察에 의존하고 있기 때문에 檢察의 搜查力量이 미비하여, 檢事의 지휘없이 犯罪搜查가 착수된다는 것은 公訴維持에 관한 檢事의 확신이 없는 사건이 발생할 가능성을 내포하게 되어 檢察은 공식적으로 警察의 무능을 비난하기도 하고, 警察은 자신을 방어할 기회가 없음을 느끼고 분격하게 되어 결국에는 갈등을 야기시키게 된다.⁸⁸⁾

4) 補强搜查

우리 刑事訴訟法은 檢察의 被疑者訊問調書와 警察 등 他搜查機關이 작성한 被疑者 訊問調書의 증거능력에 차이를 두고 있다.

85) 刑事訴訟法 第202條, 第203條, 第205條 參照.

86) 刑事訴訟法 第206條, 第207條, 第215條 以下 參照.

87) 安甲濬, “警察의 機能은 正常化 되어야 한다”, 「政經文化」, 通卷 148號, 1980, P. 333.

88) 李瓊雨, 前揭論文, P. 22.

檢事作成의 被疑者 訊問調書는 被疑者이었던 被告人이 그 성립의 진정만을 인정 하면 증거능력을 갖추는 반면, 司法警察이 작성한 被疑者訊問調書는 被告人이 그 내용까지를 인정할 때 한하여 증거능력을 인정하고 있는 바(刑訴法 第312條) 後者의 경우는 被告人이 완전히 자백한 경우와 동일하기 때문에 被告人이 犯罪事實을 부인 하는 경우에는 그 調書自體로는 公判에 있어서 아무런 가치가 없게 된다. 따라서 檢事로서는 犯罪의 혐의가 인정되는 한 起訴價値가 있는 사건은 물론이고 起訴猶豫處分할 사건까지도 모두 再調査를 하고 있으며 또 혐의가 없다고 인정되는 사건은 그 判斷資料를 만들기 위하여 보충수사를 하고 있는 실정이다.

이러한 補充搜索의 필요성은 한편으로는 公判에 회부될 사건에 대하여는 有罪判決을 받기위한 證據의 확보를 위하여, 또 한편으로는 司法警察의 편파적 搜索나 搜索 미진 등 司法警察에 대한 불신요소 때문에 강조되고 있으나 이로 인하여 被疑者나 參考人의 二重 搜索로 인한 고통과 檢察業務의 과중 등이 문제되고 있다.

5) 拘束場所 監察

地方檢察廳 檢事長 또는 支廳長은 不法拘束의 유무를 조사하기 위하여 檢事로 하여금 每月 1회 이상 被疑者의 拘束場所를 감찰하게 하여야 하고, 檢事는 被拘束者가 不法으로 拘束된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 사건을 檢察에 송치할 것을 명하여야 한다(刑訴法 第198條2項). 한편 警察이 檢事의 書類調査나 被疑者 訊問을 방해하거나 沮止한다면 人權擁護職務妨害罪로 處罰된다(刑法 第139條).

6) 搜索中止, 替任要求權

檢察廳法 第54條를 보면 檢事의 指揮, 監督權을 실질적으로 보장하기 위하여 署長 아닌 警正 以下の 司法警察官吏가 職務執行에 관하여 부당한 행위를 하는 경우에는 地方檢察廳 檢事長은 當該事件의 搜索中止를 명령하고 任用權者에게 交替任用을 요구할 수 있다고 규정하고 있다.⁸⁹⁾

위에서 본 바와 같이, 우리나라는 訴訟節次에 있어서 英美法의 장점을 많이 도입 하였음에도 불구하고 現行法은 檢事에게 搜索의 主宰者로서의 지위를 인정하고, 犯

89) 慎鎮探, 前掲論文, P, 504.

罪捜査에 있어서 司法警察官吏에 대한 指揮, 監督 및 替任要求權까지 인정하고 司法警察官吏에게 광범한 報告義務 등을 규정하고 있다. 이것은 準司法的 性格을 가지는 檢事가 직접 捜査를 指揮·監督함으로서 人權擁護를 기하려는 데 그 취지가 있다고 하겠으나 오늘날과 같이 기동성이 요구되는 捜査業務에 차질이 생길 우려가 많고, 양자간에 갈등을 야기시키게 되며, 二重捜査로 인해 被疑者 및 參考人이 고통을 받으며 檢事의 업무를 과중시키게 된다. 그러므로 방대한 人的 陣容과 物的 施設을 가지고 犯罪捜査의 第1線을 담당하는 司法警察官吏에게 一次的 捜査權을 부여하여 檢事의 公訴權과 상호조화를 이루도록 함이 타당하다 하겠다.



V. 現行 搜查權制度的 問題點과 警察搜查權 獨立을 위한 改善方案

1. 現行 搜查權 制度的 問題點

(1) 序說

본래 어떤 組織이나 機關이 갖는 기능이 효율적으로 운영되려면 첫째, 指揮系統의 一元化로 機能發揮의 구심력이 확립되어야 하고, 둘째로 책임과 권한의 均衡原理에 의해 機能遂行에 따른 적정한 권한의 보장과 그 결과에 대한 책임이 명확해야 하고, 셋째로 組織外部의 간섭으로부터 기능의 자율성과 독립성이 보장됨으로써 의욕적이고 능률적인 업무추진이 가능해야 한다.

이와 같은 요건들이 보장되지 않으면 機能自體의 停滯는 물론 組織要員의 사기저하를 초래하여 그 기능의 정상적인 운용에 많은 차질을 가져오게 한다. 그런데 우리나라의 警察의 기능에는 여러가지 저해요인이 도처에서 제동을 가하고 있어 警察力의 강화를 위해 하루 빨리 시정하지 않으면 안 될 과제들이 많이 있다.⁹⁰⁾

우리나라 刑事訴訟法은 大陸法系인 2次大戰 終戰前의 舊日本法을 답습하여 搜查權의 主體를 檢事로 하고 司法警察官吏는 檢事の 보조기관으로 檢事の 지휘를 받아 搜查에 종사하도록 규정하고 있다(刑事訴訟法 第196條). 이것은 警察搜查要員의 자질저하 및 인권침해의 우려라는 명분을 고집하여 日帝下의 제도를 계승한 후 각종 법규를 보강하여 檢察權을 더욱 강화하여 왔다. 특히 人身拘束 등 強制處分에 대해

90) 曹永昌, “韓國警察中立化와 搜查權獨立에 관한 研究”, 碩士學位論文, 漢陽大學校 行政大學院, 1989, PP. 42 - 43.

영장이 있어야 한다고 했던 것을 第4共和國 憲法에서는 「檢事の 令狀要求에 의해서만 拘束할 수 있도록 하고」, 第5共和國에서는 檢事の 令狀要求를 申請으로 수정하였고 현행법에서도 그대로 유지하고 있다(憲法 第11條 3項). 그러므로 「檢事の 申請」에 의해서만 拘束할 수 있도록 하여 令狀申請權을 완전히 독점하였다. 이로 말미암아 警察組織은 날로 증가일로에 있는 犯罪를 진압하는데 있어 업무 과다를 초래하고 있다.

(2) 問題點

1) 警察作成調書の 再調査의 不合理性

犯罪搜查는 본래 任意搜查가 원칙이고, 예외적으로 필요 불가피한 경우에 엄격한 제약 밑에서 強制搜查가 인정되고 있다. 法原理上으로 볼 때 아무리 중대한 罪를犯한 犯人이라고 하더라도 證據湮滅의 우려가 없고 도주의 염려가 없으면 不拘束搜查를 하는 것이 원칙이다.

檢察에서는 不拘束事件을 送致받아 警察의 送致書類에 하자가 없고 거의 완벽할 경우에도 訴訟法上의 證據能力問題때문에 被害者 및 被疑者와 參考人 등 關係人들까지도 檢察에 다시 출두시켜 재조사한 후에야 起訴 또는 略式命命을 결정하는데 警察에서 不拘束한 경미한 사건을 拘束하는 경우는 거의 없고 대부분 略式命命이나 不拘束起訴를 하게 된다.⁹¹⁾ 그러나 檢察에서 재조사하여 증거가 보완되는 점도 있으나 별다른 보완없이 警察에서 조사된 그대로 起訴되는 것이 대부분이다. 그럼에도 불구하고 연간 80萬名에 달하는 不拘束被疑者와 100만명이 넘는 事件關係人들이 警察에 독자적 搜查權이 없어 搜查를 종결할 수 없고 司法警察官吏가 작성한 서류에 證據能力이 제한되기 때문에 檢察에서 재조사를 받아야 한다는 것은 犯人和 증거를 발견한다는 搜查의 목적을 달성하기 위해서라기 보다는 형식적인 搜查節次를 밝기 위해 국민에게 필요이상으로 경제적·정신적 부담을 주는 것이며 비록 罪를犯한 犯人이라 할지라도 용인의 범위를 넘어서는 것이라고 생각된다.⁹²⁾

91) 網川政雄, 「被疑者の 取扱技術」, 東京: 立花書房, 1982, P. 153.

92) 吳禧澤, 「搜查實務」, 法典出版社, 1987, P. 53.

하여 작성한 조서가 공판에서 證據能力을 가지는가,

넷째, 수사가 종결된 사건에 관하여 이를 검사에게 송치하느냐의 여부를 결정할 권한이 있는가 등에 의하여 독립여부를 판단할 수 있을 것이다.

搜查權 獨立에 관한 문제는 현재 檢察이 독점하고 있는 이상의 권한을 현실적으로 제1차적 수사기관인 警察에게 독자적 搜查權을 어느 범위까지 귀속시킬 것인가 즉, 警察과 檢察의 관계를 어떻게 정립할 것인가의 문제이다. 물론 搜查權 귀속척도는 기본적 인권보장과 실체적 진실발견, 수사의 능률성, 수사기관의 권한분산을 통한 견제와 균형의 원리 등을 기준으로 삼아야 한다. 그러나 현실적으로 搜查權 獨立의 문제가 논의 될 때마다 위와 같은 이론의 타당성 검토는 도외시하고 권한적 이해관계에 치우쳐 파워게임의 양상을 보이다가 종래에는 힘이 약한 警察쪽의 양보로 그 논의가 중단되어 왔으며, 그 논의 자체도 政治權力과 밀착된 힘이 강한 쪽의 압력으로 인해 금기시 되어 온 경향이 많았다. 따라서 搜查權獨立에 대한 贊·反의 이론적 논쟁을 검토해 볼 필요가 있다.

(2) 警察 搜查權 獨立의 贊成論

현실적으로 警察이 犯人檢擧 등 搜查業務를 전담하다시피 하는데도 이러한 警察에 독자적인 搜查權을 주지 않는 경우 사기의 저하에 따른 업무의 비능률화를 가져올 뿐 아니라 유능한 搜查要員의 확보를 곤란케하고, 警察搜查의 기동성에 차질이 생길 우려가 많고 獨立行政 官廳으로서 흔들리기 쉽다는 등의 불합리성을 들어 警察 獨立搜查權體制로의 전환의 타당성을 주장하고 있는 것이다.¹⁰⁰⁾ 이에 따르면 警察에 독자적인 搜查權을 부여하면 첫째, 搜查業務의 要體를 이루는 犯人檢擧의 업무는 이에 관한 책임과 권한을 부여함으로써 업무능률 향상에 이바지하고 搜查의 과학화와 人權保障에 보다 많은 관심을 가질 수 있으며 둘째, 오늘날의 搜查는 機動性, 迅速性 그리고 廣域搜查體制가 요구되는 바 警察에 독자적인 搜查權을 부여함으

100) 金箕斗, 前掲書, P. 212; 孫棟權, 前掲論文, PP. 22 - 23; 慎鎮揆, 前掲書, P. 507 -508; 申鉉柱, 前掲書, P. 148; 安甲濬, 前掲論文, P. 333; 李璜雨, 前掲論文, PP. 15 - 25; 李寬熙, “警察의 政治的 中立과 搜查權 獨立問題”, 「司法行政」, 1989, 7, PP. 23 - 26; 鄭榮錫, 「刑事訴訟法」, 法文社, 1990, P. 232; 曹永昌, 前掲論文, PP. 81 - 82; 車鏞碩, “警察 搜查權 獨立에 관한 見解”, 「搜查研究」, 第101號, 1992. 3, P. 42.

특히 變死體位置가 檢察廳으로부터 멀리 떨어진 오지나 檢事가 부재중일 경우에는 시간·경제상의 불편은 말할 수가 없다. 警察에게 搜查終結權이 있다면 檢屍完了後, 범죄혐의가 없다고 인정되면 즉시 檢屍필증을 遺族에게 교부하고 死體處理를 할 수 있도록 조치하여 불편을 해소할 수 있을 것이다.

3) 起訴中止者 檢舉處理의 不合理性

警察에서는 연간 130,000名에 달하는 起訴中止者를 檢舉拘束 혹은 不拘束 입건하여 檢察에 송치하고 있는데⁹⁴⁾ 起訴中止者를 檢舉하면 被疑者 身柄處理에 대하여 檢事의 指揮를 받아 拘束 또는 不拘束 처리해야 하기 때문에 이 경우에 있어서도 變死事件處理의 경우와 흡사한 문제점이 있다.

被疑者를 檢舉調査하여 拘束할 필요가 있다고 판단이 되는 경우에만 身柄處理에 대한 지휘를 받는 것이 아니고 拘束·不拘束 대상을 불문하고 警察의 판단에 구애됨이 없이 모든 起訴中止事件은 전부 지휘를 받아야 하기 때문에 당연히 不拘束措置될 사건도 指揮節次를 밟아야 한다. 즉 起訴中止者 檢舉報告로부터 檢事의 지휘가 나오기까지 보통 1日 내지 3日間이 소요되는 데 이 기간동안 당연히 不拘束될 被疑者까지도 被疑者 令狀待機室에서 대기해야 한다. 따라서 被疑者의 人權과 가족들의 심적 불안은 말할 것도 없고 警察에 대한 원성과 때때로 被疑者를 장기 대기시켰다고 警察를 비난하는 신문·방송 등으로 警察官의 사기저하와 위신실추는 물론이고 警察官이 적극적이고 소신있는 業務處理를 하지 못하며 檢事指揮를 받아야 하는 것을 빙자하여 무성의한 처리를 하는 소극적인 자세마저 조장될 우려가 있다.⁹⁵⁾

4) 直搜事件處理上的 不合理性

直搜事件이라 함은 檢察에서 告訴告發事件을 直接接受하여 搜查하는 사건을 가리키는 말로서 搜查機關에서 慣例적으로 사용되어 오고 있는 용어이다. 국민이 檢察에 直接訴狀 등 민원을 제출하는 이유는 警察을 불신하는 경우도 있겠으나 搜查의 主體인 檢事가 직접 담당하여 조사해 주기를 바라는 염원에서 일 것이다. 그러나 현실적으로 업무의 폭주 등으로 檢事가 모든 사건을 직접조사하지 못하고 司法警察官吏

94) 警察廳, 「警察統計年報」, 1994, P. 177.

95) 吳禧澤, 前揭書, P. 167.

에게 하명하는 경우가 많다. 이와 같이 사건이 警察에 하명되면 실질상 조사는 警察官이 하게 되는바 이는 檢事가 직접 조사해 주기 바라는 국민의 여망에 부응하지 못하는 결과가 되며 한편 국민은 警察이 조사할 것을 모르고 檢察에 告訴를 제기하기 위하여 복잡한 절차를 거치는 시간 낭비를 하게 된다.

5) 管轄區域外에서 搜查時 檢察에게 報告하여야 하는 非能率性

司法警察官吏가 管轄區域外에서 搜查를 할 때 檢事長 또는 支廳長에게 보고를 하고 搜查를 하도록 되어 있다. 그러나 犯罪의 廣域化, 스피드化 그리고 시민생활권의 전국 또는 국제적 확대에 비추어 볼 때 他管轄區域에서 搜查를 해야 하는 경우가 많아 이를 일일이 報告後 搜查 한다는 것은 搜查의 목적을 달성할 수 없는 비합리적·비능률적·형식적인 절차에 불과하다.⁹⁶⁾

6) 警察業務의 加重

罰金徵收 등은 警察所管業務가 아니고 刑을 執行하는 檢察의 所管事項임에도 罰金徵收를 위한 관계인 所在搜查 및 罰科金徵收業務를 警察에 하명하고 있어 경찰업무를 가중시키고 있는데, 이는 犯罪搜查指揮權의 한계를 넘어서는 행위로서 부당하다 하겠다. 그리고 각종 불필요한 중복된 단속지시로 인력의 낭비가 많다.

전문적 법률지식을 요하는 犯罪가 아닌 전형적인 범죄 즉 強力, 暴力, 盜犯搜查에 있어서는 실질적으로 警察이 단독으로 수사를 하고 있다. 매년 수차례씩 실시되는 계절적 폭력배 단속 및 도범 일제 단속 등은 경찰 자체적으로 하고 있음에도 불구하고 수사지휘권을 가지고 있다는 명분으로 검찰에서도 동일한 내용의 단속계획을 수립하여 警察에 지시하고 불필요한 보고를 받는 등 행정의 중복으로 시간·경제적 손실의 낭비 하고 있다.

7) 搜查指揮를 憑藉한 警察固有業務에 關與

警察署長의 卽決審判請求權은 起訴獨占主義의 유일한 예외로서 犯罪事件에 대하여 警察署長이 卽決審判을 청구할 수 있다.⁹⁷⁾ 즉결심판청구권은 司法警察官인 警察

96) 刑事訴訟法 第210條 參照.

97) 卽決審判에 관한 節次法 第2條 參照.

署長이 檢事의 지휘를 받지 않고 5萬원 이하의 罰金 또는 拘留나 科料에 처할 犯罪 事件을 조사·종결한 후 判事에게 송치하여 卽決審判을 청구할 수 있는 유일한 전속적 권한임에도 불구하고 留置場 시찰을 하는 檢事는 卽決審判請求臺帳 등을 감찰하는 경향이 있다. 이는 刑事事件으로 입건해야 할 것을 卽決에 회부시켰는지 여부를 검토하여 搜查에 적정을 기하려는데 목적이 있는 듯하다.

그러나 卽決審判에 관한 節次法 第5條에 「判事는 卽決審判을 請求한 여건이 부당하다고 인정될 때에는 管轄檢察廳에 송치할 것을 警察署長에게 명하여야 하며 送致命令이 의무화되어 있고 送致命令이 있을 때는 5日 이내에 사건을 송치하여야 한다」라고 규정되어 있다. 또한 同法 第15條에서는 卽決審判의 被告人이 宣告에 불복하여 正式裁判을 청구할 때에는 同請求書를 받은 警察署長은 지체없이 事件送致書를 첨부하여 事件記錄과 證據物을 管轄檢察廳의 檢事에게 송치하고 檢事는 7日 이내에 管轄法院에 송치하여야 한다고 규정되어 있음으로⁹⁸⁾ 檢事의 事後監察行爲는 불필요할 뿐 아니라 警察署長의 권한행사에 대한 부당한 월권행위이다.

2. 警察搜查權 獨立에 대한 贊·反論

(1) 序 說



搜查權 獨立이란 개념은 우리나라에서 현재 수사보조자로 되어있는 경찰이 독자적인 수사권한을 갖기 위하여 주장하고 있는 것으로⁹⁹⁾ 그 의의를 보면,

첫째, 외견상 犯罪行爲라 보여지는 행위가 발견되었을 때 이를 일단 犯罪行爲로 선택하여 입건여부를 결정할 권한이 있는가,

둘째, 犯罪를 범한 피의자를 수사하는데 있어서 피의자의 신병을 구속할 것인지의 여부를 판단하여 구속함이 타당하다고 판단되면 法官에게 그 구속영장을 청구할 수 있는 권한이 있는가,

셋째, 피의자가 구속 또는 불구속된 때 공이 司法警察이 피의자 또는 참고인에 대

98) 卽決審判에 관한 節次法 第15條 1, 2項, 第14條 1, 2項 參照.

99) 安甲濬, 前揭論文, P. 333.

로써 그 기동성을 살리고 사기를 진작시킬 수 있으며, 셋째, 유능한 搜查官 志望者가 다수 警察系로 유입해 옴으로써 그 능률과 질적 향상에 기여할 수 있다고 한다.

그러므로 犯罪搜查의 주도권을 미국, 영국, 일본과 같이 司法警察官吏에게 부여하는 것이 도리어 현실성에 적합하며, 搜查權을 司法警察官 중에서도 그 경험과 법률지식이 높은 總警이나 警正에 부여함으로써 수사의 공정과 인권옹호를 기할 수 있을 것이다.

이러한 의미에서 입법론적으로 그 양자를 분리하여 搜查權을 司法警察官에게 부여함으로써 公訴權행사에 상호협력관계에 있게 하는 것이 바람직하다.

1) 理論的 妥當性

① 權力集中에 대한 規制

현대 法治國家에 있어서는 가능한 한 권력을 분립시켜 균형과 억제를 法治責任 行政의 기초로 삼고 있다. 따라서 民主主義의 大原則인 권력분립을 채택하여 國家權力이 立法, 司法, 行政으로 분산된 것처럼 國家刑法權을 搜查, 訴追, 裁判의 세가지 기능으로 분리한 후 警察, 檢察, 法院에 분배함으로써 국민의 인권보장을 꾀할 수 있다.¹⁰¹⁾

檢察에만 搜查權을 주는 현행제도하에서는 起訴獨占主義, 起訴便宜主義와 더불어 지나친 權力集中현상이 나타나며 또한 起訴與否決定權과 公訴權을 가진 檢察이 방대한 조직을 가진 警察을 장악하게 된다. 따라서 檢察, 警察, 各 行政機關에 각각 독자적인 기능을 부여하는 것이 民主主義의 行政組織法上 당연하다.

② 行政組織 原理에 違背

行政組織의 基本原則은 命令指揮系統의 일원화, 즉 命令統一의 원리를 중요한 요소로 하고 있다. 그럼에도 불구하고 내무부 소속 司法警察官이 법무부 산하 檢事의 지휘를 받음으로 인하여 명령계통의 二元化로 警察의 하부 계층에서는 이중의 지휘를 받게 되어 搜查行政의 효율화를 저해할 우려가 있다.¹⁰²⁾

③ 權限과 責任의 均衡維持

行政의 指導理念上 行政機關에게는 책임에 일치 또는 비례되는 권한이 부여되어

101) 曹永昌, 前掲論文, PP. 81 - 82.

102) 慎鎮揆, 前掲書, PP. 507 - 508.

야 한다. 따라서 犯罪에 대응 治安需要全般 즉 犯罪의 鎮壓·搜查 뿐 아니라 豫防 制止 등 일체의 업무에 관하여 책임을 전부 警察이 부담하고 있는 반면, 犯罪搜查에 관한 권한을 오직 檢事에게만 부여함은 모순된 일이다.

이와같이 책임이 있는 곳엔 권한이 없고, 권한이 있는 곳엔 책임이 없는 모순된 현실에서는 근본적으로 搜查行政의 능률과 발전을 기대할 수 없음은 명백하다.¹⁰³⁾

④ 警察機能의 效率化

警察은 公共의 秩序維持 및 犯罪의 豫防을 그 고유업무로 하고 있으며 犯罪搜查는 그 接境地域에 있다. 搜查란 眞實發見을 위한 事實的, 記述的, 合目的的 행위이므로 機動性, 人的 構成, 物的 設備 등이 갖추어진 警察이 담당하여야 하며, 이러한 豫防과 鎮壓業務의 일원화로 치안확보 등 警察機能의 효율화를 기할 수 있다고 본다.¹⁰⁴⁾

⑤ 公訴業務의 純粹性 維持

檢事는 公訴官으로서의 직무에 전념하여 起訴, 不起訴決定權과 公判活動의 권한만을 갖고 搜查活動에는 관여하지 않는 것이 타당하다. 그 이유로는 첫째, 公判節次에 있어서 當事者主義가 확대되고 있는 추세에 비추어¹⁰⁵⁾ 檢事의 公訴官으로서의 직무는 증가하는 반면 그 정원을 비약적으로 증가시키는 것은 현실적으로 불가능하며 둘째, 檢事자신이 스스로 搜查에 관여하지 않는 것이 豫斷을 배제하여 裁判의 적정을 기하고 公訴維持 중 人權보장을 철저히 할 수 있기 때문이다.

警察機能이 효율적으로 운용되려면 指揮系統의 일원화로 機能發揮의 구심력이 확립되어야 한다. 그럼에도 불구하고 犯罪搜查에 있어서 刑事訴訟法上 司法警察은 法務部所屬 檢事의 指揮를 받아야 하므로 동일한 사안에 대하여 檢事와 警察上司의 지휘내용이 다른 경우에 어느 命令에 따라야 할 것인가에 대한 문제가 발생한다.

2) 現實的 妥當性

① 檢察組織의 限界性和 搜查指揮의 形式化

현재 1年 犯罪事件處理 건수가 130만건에 이르고 이 중 警察의 事件處理率이

103) 安甲濬, 前揭論文, P. 333.

104) 孫棟權, 前揭論文, PP. 23 - 26.

105) 李寬熙, 前揭論文, PP. 23 - 26.

司法警察官吏의 作成調書의 證據能力에 관하여 檢事作成의 조서와 차등을 두는 나라는 별로 찾아 볼 수 없고, 司法警察官吏의 작성 조서도 증거능력을 가지고 있으므로 司法警察官吏의 搜查미진이나 새로운 사실을 발견했을 때에 한하여 검사의 재조사를 인정함으로써 국민의 불편을 제거하여야 한다.

2) 變死者 處理의 不合理性

刑事訴訟法 第222條 第1項 에 「變死者 또는 變死의 의심이 있는 死體가 있을 때에는 그 소재지를 관할하는 地方檢察廳 檢事が 檢屍를 하여야 한다」고 명시하고, 同法 第3項에는 「檢事は 司法警察官에게 그 처분을 명할 수 있다」고 규정하고 있다. 또한 司法警察官 執務規則 第33條 1項에는 司法警察官은 變死者 또는 變死의 의심이 있는 死體가 있을 때에는 즉시 管轄 地方檢察廳 또는 支廳의 檢事에게 보고하고 그 지휘를 받아야 한다. 그리고 第2項에는 檢事の 명령을 받아 檢屍를 하였을 때에는 檢屍調書를 작성하여야 한다고 규정되어 있다.

따라서 司法警察官이 變死者를 발견하면 반드시 檢事에게 보고하고 그 지휘를 받아 처리하는데, 그 지휘내용은 대부분 死體를 檢屍하여 사인을 규명하고 犯罪 혐의가 없으면 遺族에게 인계하거나 遺族이 없으면 가매장하라는 취지이다. 다시 말하면 變死의 신고를 받은 警察官이 死體를 檢屍하지 않고 보고하는 것이 아니라 의사를 대동하여 關係人 陳述을 받는 등 檢屍를 완료하고 보고하여 檢事の 형식적 지휘를 사후에 받아 처리하게 된다. 그러므로 檢事の 指揮內容은 사전에 지휘를 받아 檢屍하는 것으로 되어 있으나 실질상으로는 반대로 檢屍를 완료한 후 사후에 지휘를 받아 屍體를 引繼 證거처리를 하는 것이 관례이므로 檢事の 지휘는 형식상 절차에 불과한데 이 지휘를 받기 위하여 보통 1日 내지 3日이 소요된다.

따라서 交通事故死亡者, 연탄가스 中毒死亡者 溺死事故 死亡者 등 연간 25,700件에 달하는 變死事件의 遺族들이 불의의 사고로 경망중에도 제때 장례를 치르지 못하고 警察의 실질적 檢屍結果 犯罪의 혐의가 없는 것으로 판단이 되었음에도 불구하고 형식적인 檢事指揮節次때문에 많은 시간을 기다려야 하는 불편을 겪고 있다.⁹³⁾

93) 警察廳, 「犯罪分析」, 1992, P. 1274.

98% 이상에 이른다(통계¹⁰⁶⁾)에서도 알 수 있는 바와 같이 날로 多樣化, 迅速化, 廣域化, 컴퓨터化되어 가는 現代犯罪에 대하여 檢察 소수의 인력과 조직을 가지고 初動搜查 및 긴급배치수사 등의 신속한 搜查의 着手指揮는 상상조차 할 수 없는 실정이며 搜查進行 과정에서의 지휘 역시 사후보고에 의한 지휘로 형식화되고 비능률을 가져올 뿐이다. 따라서 警察에 독립된 搜查權을 부여하여야 할 것이다.¹⁰⁷⁾

② 警察搜查體制的 發展沮害

급변하는 사회현실에 적응할 수 있고 특히 犯罪의 迅速化, 廣域化, 知能化, 凶惡化, 組織化의 추세에 대처하기 위해서는 첫째, 警察의 搜查組織이 各級 警察廳長을 頂點으로 일사불란하게 組織性, 機動性을 발휘되어야 하고 둘째, 전국단위와 地方市·道單位의 廣域 搜查體制를 과감하게 추진해야 할 것이며 셋째, 搜查指揮權이 作戰指揮權과 같이 機動性, 迅速性 있게 이루어 질 수 있도록 개선되어야 한다. 그러나 檢事의 搜查指揮는 사건발생 이후 事實調查의 결과에 의해 司法警察官이 작성한 書類를 검토하는데 그치고, 그것도 폭주하는 訴訟業務의 틈바구니에서 내용의 자상한 穿鑿이 불가능하고 대부분 형식적인 검토와 지휘에 흐르고 마는 것이 檢察指揮權行使의 실태이다.

지난 93年 전국 907名의 檢事가 처리한 사건은 總 1百44萬2千1百64件으로 93年 한해 동안 檢事 1人當 1,590件씩 처리한 셈이다. 특히 사건을 배당받아 直接搜查하는 一線檢事(531名)만으로 따지면 檢事 1인당 무려 2,716件씩 처리했다는 계산이 된다.¹⁰⁸⁾ 따라서 搜查指揮權을 一線 警察署의 署長이나 搜查(刑事)課長에게 부여함으로써 신속하고 상황에 적정한 효율성있는 搜查指揮가 이루어 질 수 있고, 搜查의 능률이 향상될 수 있으며, 責任搜查로 오히려 人權侵害의 搜查 실태가 개선될 수 있으리라 본다.

③ 警察의 士氣低下 및 社會的 評價低下

警察의 檢察에 대한 보조적 지위는 警察의 사기저하를 초래하고 사회적 평가를

106) 警察廳, 「警察統計年譜」, 1994, P. 122 參照.

107) 法上 指揮權이 인정된 이상 指揮權의 적정한 행사는 당연히 요구되어야 할 것이다. 예컨대 變死體의 檢視는 檢査가 직접 행함을 원칙으로 규정하고 있으나 警察의 代行 檢視에 거의 일임하고 있으며, 「犯罪嫌疑가 있으면 立件搜查하고 嫌疑가 없으면 遺家族에게 인계하라」는 식으로 막연한 지휘를 하고 후일 동사건으로 문제가 발생하면 책임은 전적으로 警察에게 묻고 있다.

108) 東亞日報, “司法制度”, 1995, 3. 1.

저하시키는 요인이 되고 있다. 즉 搜查活動을 타율적이고 피동적인 위치에서 수행하기 때문에 創意的, 積極的, 自發的인 근무의욕이 생기기 어렵게 되어 있다. 그러므로 이와같은 현상은 警察의 자질저하와 人才의 확보를 더욱 어렵게 하는 요인이 되고 있다.

④ 人權保護

현대 민주주의의 모든 행정은 국가의 공익을 추구하는 한편 국민의 편익을 위주로 이루어져야 한다. 犯罪搜查에 있어서도 진실의 발견이라는 목표를 최대한 달성하면서 관계인에게 최대한의 편의를 도모해 주는것, 즉 不便不益을 최소화시키려는 노력이 있어야 한다. 그런데 檢事의 搜查指揮를 받기 위해 警察에서 不拘束 送致되는 연간 약 120萬名の 被疑者와 약 10萬名の 起訴中止者¹⁰⁹⁾ 警察官署에서 장시간 대기하게 되어 이로 인한 人權蹂躪의 소지는 물론 국민이 겪는 불편도 매우 심각하다.

이 경우 警察에 搜查權이 있다면 檢事의 지휘를 받을 필요없이 不拘束 여부를 신속히 決定, 放免할 수 있기 때문에 인권을 보호하고 국민편의를 위해서도 警察의 搜查權行使가 필요하다. 특히 명백히 公訴權이 없는 사건 등도 警察, 檢察의 이중조서를 받아야 하는 현행제도는 檢察에 의한 搜查權獨點이 오히려 국민의 인권과 사회생활을 제한하고 있다. 따라서 현대의 刑事政策上 대부분의 선진국가가 警察에게 독자적인 犯罪搜查權을 부여하여 다양한 범죄추세에 효율적으로 대처하면서 사회안정을 기하고 있는 점을 감안해 볼 때 우리도 이의 필요성에 대해서는 이론이 있을 수 없다고 본다.

(3) 警察 搜查權 獨立의 反對論

警察搜查權 獨立의 반대론자들은 주로 司法警察官吏들의 자질문제와 인권유린 사례를 들면서 경찰관들의 인권의식 결여를 이유로, 또한 警察搜查權 獨立論은 警察의 搜查權을 檢事의 搜查指揮權으로부터 독립시켜야 한다는 주장이므로 경찰수사권의 독립이 경찰 중립화의 전제라는 주장에 대해서 그 타당성을 인정할 수 없다고 하면

109) 李靑林, “警察의 犯罪搜查權體制改善에 대한 研究”, 碩士學位論文, 漢陽大學校 行政大學院, 1992. 12, P. 61.

서 다음과 같은 반대 이유를 제시한다.¹¹⁰⁾

1) 理論的 根據

① 警察作用은 行政作用이다.

警察作用은 행정행위로서 행정경찰행위만이 실질적 경찰의 개념이고 범죄수사는 이에 포함되지 않는다. 따라서 현행 경찰공무원법상 경찰의 직무에 犯罪搜查를 포함시킨 것은 경찰에 司法調査의 권한을 위임한 때문이다. 경찰작용은 공공의 안녕과 질서유지를 위한 것으로 현상유지 또는 예방활동으로 보아야 하고 범죄수사는 헌법상 보장된 개인 기본권의 침해이므로 이를 경찰개념에 포함시킬 수 없다는 것이다.¹¹¹⁾

② 適正節次의 保障과 人權保障

수사에 있어서 적정절차의 보장과 피의자의 인권보장을 위하여는 檢事가 수사의 주재자가 되어야 한다. 警察은 법률적 지식이 없고 인권의식이 희박하므로 범죄수사를 전담하게 되면 適正節次를 도외시하게 되어 결국 형사소송 이념인 피의자의 인권을 침해하게 되므로 법률지식이 높고 인권옹호 기관인 檢事에게 수사의 주도적 권한을 부여함이 타당하다는 것이다.¹¹²⁾

③ 搜查와 訴追의 一體指向性

수사와 공소의 관계를 실제적이고 동적인 면에서 보면 수사는 국가형벌권 구현을 목적으로 하는 형사소송절차의 제1단계로서 그 결과는 공소 실행의 자료가 되기 때문에 필연적으로 司法警察官吏로부터 檢事에게 발전적인 흐름을 하게 되고 검사는 이를 취합·정리·보충하여 법률적으로 재조립한 후 공소단계에 투입하게 되므로 능률적이고 적절한 형벌권 행사를 위하여 搜查權과 公訴權을 동시에 검사가 가져야 한다.¹¹³⁾

110) 姜求真, 「刑事訴訟法 原論」, 學研社, 1992, PP. 99 -100 ; 白亨球, 前掲書, P. 389 ; 金雲宗, 「檢察과 警察의 關係」, 「司法行政」, 1989, 7, PP. 27 - 32 ; 申東雲, 前掲書, PP. 36 - 37 ; 成敏慶, 「警察搜查權 獨立의 問題點」, 東亞日報, P. 5. 1989, 12, 27 ; 李在祥, 前掲書, P. 102. 李正錫, 「警察制度의 問題點」, 「司法行政」 1989, 7, PP. 35 -37.

111) 成敏慶, 前掲論文, 1989, 12, 27.

112) 申東雲, 前掲書, PP. 36 - 37.

113) 李在祥, 前掲書, P. 102.

④ 彈劾主義 搜查構造

헌행법상 수사단계는 準當事者主義的 구조를 취하고 있고 이러한 탄핵주의 구조 하에서는 재판과정에서 일방의 當事者인 檢事에게 수사의 주도적 권한을 부여함이 타당하다. 즉 장래 재판에 있어서 피의자·검사·법관이 三面관계로 발전되는 과정에서 검사가 그 역할을 원활히 수행할 수 있도록 수사단계에서부터 檢事에게 주도적 권한을 부여하는 것이 실제적 진실발견과 인권 보장에 유익하다는 것이다.

⑤ 逮捕와 搜查概念의 區別

警察에게 체포권을 부여한다 할지라도 그 체포는 사실적 행위로서 법률적 행위는 아니다. 현장에서 범법자를 체포하는 진압기능은 경찰이 수행하지만 범죄성립 여부를 평가하는 기능 즉 수사는 檢事만이 가져야 한다는 것이다.¹¹⁴⁾

2) 現實的 必要性

① 檢事가 범죄수사에 대하여 警察의 수사를 지휘·감독하고 있지만 이것은 형사정책적 차원이나 법률적 차원이지만 범죄수사 개시에 대한 認許可가 아니며, 따라서 수사경찰은 그 수사개시 및 진행을 그들의 고유 권한으로 행하고 있다.

② 수사경찰이 檢事의 수사지휘 및 감독에서 벗어나 수사가 독립되려면, 경찰의 조직이 행정경찰과 사법경찰로 분리되어야 한다는 점이다. 우리나라는 그 기구가 분리되지 않고, 통일화되어 있어 수사의 전문화를 기할수 없으므로, 우선 그 조직기구가 행정경찰과 사법경찰로 이원화되어야 한다는 것이다.

③ 刑事司法에 대한 국민의 신뢰를 증진하기 위하여 檢察이 지휘·감독권과 수사권을 가져야 한다. 檢事의 지휘를 받지 아니하면 불법수사, 편향수사, 사건의 암장이나 은폐를 막을 수가 없어 국민의 인권보장 및 공정한 수사를 통한 권익 보호가 위협경계에 이르고 있어 刑事司法 운영이 곤란해진다. 따라서 檢事가 지휘 감독권과 수사권을 가지고 적절한 수사를 행함으로써 사법에 대한¹¹⁵⁾ 국민의 신뢰를 증진할 수 있다는 것이다.

④ 警察은 15만에 달하는 막대한 인력과 시설을 갖춘 조직으로서 방법, 정보, 보

114) 金東煥, “檢事와 그 搜查指揮權”, 「大韓辯護士協會誌」, 1983. 3, P. 39.

115) 白亨球, 前掲書, P. 389.

안, 의사, 등 다양한 기능을 수행하고 있으며 더구나 강력한 중앙집권적 조직형태를 취하고 있어 여기에 수사의 주도적 권한까지 부여한다면 경찰국가화의 길을 걸을 위험성마저 있다는 것이다.) 116)

⑤ 警察의 수사권 독립이 이루어 지는 경우에도 검사의 수사권이 없어지는 것이 아니기에 檢事와 警察간에 수사의 충돌과 경쟁이 야기되어 인권침해 사례를 빚을 소지와 부작용이 뒤따른다.

⑥ 만일 搜查와 訴追가 분리되어 실행된다면 채증시기를 逸失하게 되고 위법하게 수집된 증거등 警察의 적정치 못한 수사관행을 방지하기 위해 수사초기부터 檢事가 적극 개입해야 한다.

⑦ 警察에 수사권을 주면 정치적 성격과 권력과의 타협성 때문에 권력형 범죄에 대하여 손을 대지 못한다. 그리고 警察은 수사에 비하여 경제·조세 등에 관한 전문적인 지식이 없으므로 경제사범 등에 대한 수사능력이 부족하다.

⑧ 警察이 檢事の 지휘를 받는다하여도 15만 경찰이 다 수사지휘를 받는 것이 아니고 일선 경찰서 수사과와 보안수사분야의 경찰 약 2만5천명만이 검사의 수사지휘를 받고 있는 것이므로 경찰의 여타 기능의 수행에는 전혀 지장을 주는 바가 없다.

(4) 警察 搜查權 獨立의 反對論에 대한 批判

警察搜查權 獨立에 대한 反對論의 理論的·現實的으로 제시하고 있는 근거중 중요한 내용에 대한 부당성을 검토해 보면 다음과 같다.

1) 警察作用은 行政作用이다에 대한 문제

경찰작용은 행정행위로서 행정경찰행위만이 실질적인 경찰의 개념이고 犯罪搜查는 이에 포함되지 않고, 경찰에 犯罪搜查를 포함시킨 것은 사법조사의 권한을 마치 檢事로부터 위임한 것처럼 이론적 근거를 제시한 것은 부당하다. 어느 기관이고 그 권한과 책무는 국가로부터 수입되며 이는 법률에 근거하는 것이다.

전술한 바와 같이 警察은 警察法 第3條에 「경찰은 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕

116) 法務部, “檢事搜查指揮權의 必要性”, 1980, P. 5.

과 질서유지를 그 임무로 한다」고 규정하고 있고, 또 警察官職務執行法 第2條는 “경찰은 국민의 생명·신체의 보호와 범죄의 예방, 진압 및 수사를” 규정하여 불심검문(同法 第3條), 보호조치(同法 第4條), 범죄의 예방과 제지(同法 第6條) 및 무기사용(同法 第11條) 등 수사권을 주고 있으며, 수사를 행하는 자를 司法警察이라고 행정행위를 행하는 자를 行政警察이라 한다.¹¹⁷⁾

범죄의 예방 진압과 수사활동은 동전의 앞뒤와 같은 밀접 불가분의 관계이며 현실적으로 犯罪搜查의 98%를 전담하고 있는 警察에 犯罪搜查를 포함하지 않고 단지 행정행위만이 경찰의 개념이란 이론은 檢察機關만이 국가로부터 수사권을 수입한 것처럼 착각하고 있는 것이다.

2) 適正節次の 保障과 人權保障의 問題

檢察側の 反對意見은 주로 警察官의 자질과 인권문제 등에 초점을 맞추는 것 같다. 搜查警察의 법률적 소양이나 현재의 인권적 현실로 보아 警察에 독자적 搜查權을 주는 것은 時機尙早라는 견해이다. 이는 警察에 獨立搜查權을 부여할 當爲性은 인정되지만, 그것을 받아들일 警察内部의 여건이 성숙될 때까지 搜查의 고삐는 계속 檢察이 쥐고 있어야 한다는 주장이다.

警察의 搜查權 독립문제가 대두될 때, 搜查上의 적정절차와 인권보장을 위한 警察의 자질문제가 장애요소로 등장하는 것은 비단 지금의 우리나라에 국한되는 일은 아니다. 50年前 日本에서 刑事訴訟法을 개정할 때도 警察官의 자질과 인권보장문제가 강력한 반대 이유로 맞섰던 적이 있다. 그러나 警察에 搜查權이 주어지자 그 결과 반대측에서 우려했던 인권문제는 檢事の 지휘를 받을 때보다 비교가 안될 만큼 훌륭하게 개선되었고, 警察官의 資質이 향상되었다.¹¹⁸⁾ 그러므로 日本의 前例를 감안할 때, 警察의 搜查權獨立과 결부되는 警察官의 자질이나 人權問題는 큰 장애 요인이 안 될 뿐더러 오히려 그 반대의 효과를 가져올 수도 있다.

3) 搜查와 訴追의 一体指向性的의 問題

搜查는 警察이 수행하고 檢事는 公소관으로서의 업무에 전념하여야 한다는 주장

117) 白亨球, 前掲書, PP. 373 - 374.

118) 朴在植, “警察 搜查權獨立 과연 時機尙早인가”, 「搜查研究」, 1992. 12, PP. 7-8.

과 搜查와 訴追의 일체지향성을 고려할 때 檢事가 搜查의 주도적 권한을 가져야 한다는 주장이 대립되고 있다. 공판정에서의 직접심리가 실제적 진실발견과 인권보장에 유익하고 탄핵주의 소송구조를 취하고 있으므로 刑事訴訟도 공판중심주의로 이행되고 있는 것이 오늘날의 세계적인 추세이다.¹¹⁹⁾ 大陸法系 국가로서 우리나라와 유사한 檢事制度를 취하고 있는 독일에서도 檢事는 이미 피의자 심문조서를 작성치 않고 있으며 檢事는 公判에 전념하고 있다.

4) 司法警察과 行政警察의 組織機構上 分離問題

司法警察이 檢事의 수사지휘 및 감독에서 벗어나 수사권이 독립되려면, 경찰의 조직이 행정경찰과 사법경찰로 조직기구가 분리되어야 한다는 점이다. 오늘날 미국의 F.B.I, 독일의 特別犯罪에 대한 수사의 경우를 제외하고는 미국이나 독일에서도 一般搜查警察은 行政警察 組織內에 속하여 그 기능을 수행하고 있다.

영국, 프랑스, 일본 등에는 司法警察과 行政警察에 대한 완전한 一元主義를 택하고 있다. 따라서 搜查權 獨立 反對論의 입장에서 주장하고 있는 위와 같은 논거는 설득력을 갖지 못한다.¹²⁰⁾

5) 警察의 政治的 中立性 保障과 權力과의 妥協性 問題

警察에 수사권을 주면 政治的 목적을 위해 수사권이 이용되기 쉽고 권력형 범죄에 대한 대처능력이 없게 된다는 것이다. 그러나 진정한 警察의 중립화는 수사권 독립을 통하여 담보될 수 있다. 또한 오늘날 檢察과소의 문제가 심각히 대두되고 있으며 政治的 中立化의 시도는 警察側에서 거론되고 있는 점과 이론적·현실적으로도 인권의 최후의 보루는 法院이라는 점을 고려할 때 警察의 政治的 中立과 수사단계에서 불 때 인권보장을 위한 法官의 적극적 개입이 제도적으로 보장함으로써 인권 침해의 위험을 배제할 수 있는 것으로 생각된다.¹²¹⁾ 또한 檢察에 수사권이 집중됨으로 해서 권력이 남용될 수도 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 예컨대 최근 동아일보 일간지에 法曹界 시리즈가 시작된 이후 본보특별 취재반에는 법원·검찰·변호사 집단 등 이른바 법조 三輪과 관련된 각종 비리제보가 있었는데 이중에서도 檢

119) 李靑林, 前揭論文, P. 67.

120) 上揭論文, P. 68.

121) 搜查幹部 研究所, 前揭書, PP. 25-29

찰은 편파수사 의혹, 인권침해 등 법집행이 공정치 못하다는 고발이 압도적으로 많았고 이들은 檢察權 행사가 피의자의 신분과 배경에 따라 달라지고 이런 경향은 지방일수록 더 심하다고 한다.¹²²⁾

6) 警察에 搜查權을 주면 警察國家化를 초래케 된다는 問題

警察은 15만의 방대한 인력과 시설을 갖춘 조직으로서 수사의 주도적 권한까지 부여한다면 警察國家化의 길을 걸을 위험성이 있다고 하나, 미국, 영국, 일본 등 외국의 예를 들어 보더라도 搜查權이 警察에 있다고하여 警察國家化된 선진국을 찾아볼 수 없다는 점에서도 권력의 비대화의 타당성은 극히 의문이라고 본다.¹²³⁾

3. 警察 搜查權 獨立을 위한 改善方案

(1) 序 說

警察의 全面的 搜查權獨立은 警察의 자발성 제고로 犯罪搜查의 능률을 향상시키고, 사기를 진작시키며, 책임감을 부여하여 자질향상의 효과를 가져온다. 그러나 搜查權 獨立의 확보는 行政組織體系와 권력의 조정, 법질서의 변화라는 전제가 있어야 함으로 현실적으로 어려운 과제라 할 수 있다. 搜查權의 獨立은 令狀請求에서부터 立件, 初動段階의 證據蒐集, 被疑者 調査, 被疑者拘束을 비롯한 각종 강제권 행사여부의 결정 등 搜查의 전과정이 警察의 독자적 권한으로 진행된다는 의미이다.¹²⁴⁾ 이에 따르면 수사권의 독립을 위해서는 憲法 및 刑事訴訟法上 關係條項을 비롯하여 檢察廳法의 개정이 이루어져야 하며, 司法警察官吏 執務規則 등 法規를 內務, 法務, 合同으로 立案·制定 施行하는 후속 조치가 수반되어야 한다.¹²⁵⁾ 그러므로 현재

122) 東亞日報, “法曹界 實相과 課題”, 1992年 10月 26日字 參照

123) 李靑林, 前揭論文, P. 66.

124) 朴榮鎬, “搜查權 獨立”, 警友新報, 1980, 1. 20, P. 3.

125) 尹長鎬, 前揭論文, P. 24.

의 여건으로 보아 실현가능성이 시기적으로 희박하다 하겠다. 全面的 獨立을 제시하기 보다는 현실적이고 실현가능성을 전제로 한 部分的 獨立을 위한 具體的 立案을 수립추진함이 필요하다. 部分的 獨立에는 獨自의 搜查權을 누구에게까지 부여할 것인가하는 人的 範圍上의 문제와 독자적 搜查權의 적용을 어떤 犯罪에까지 한정시킬 것인가하는 事案的 限界의 문제 등 두개의 측면, 즉 독립수사권 부여의 인적 범위상의 방안과 사안적 범위상의 방안을 고려하여야 한다.

人的 範圍上의 방안으로서는 첫째, 獨立搜查權을 警察署長에게 부여하는 방안을 생각해 볼 수 있으나 이는 署長의 搜查指揮를 강화할 수 있는 반면 署長의 유고시 搜查指揮의 공백을 초래한다는 단점이 있다. 둘째, 獨立搜查權을 警察署長과 搜查(刑事)課長에게만 국한시켜 부여하는 방안인데, 이는 署長의 搜查指揮強化와 동시에 실제 搜查指揮는 搜查(刑事) 課長이 담당추진할 수 있는 장점이 있다. 셋째, 獨立搜查權을 警衛 이상의 司法警察官에게 부여하는 방안인데 이 경우 搜查指揮權의 範圍 확대로 搜查推進이 능률적인 반면 搜查指揮權의 남용과 搜查指揮體系의 혼란의 우려가 있다는 단점이 있다.¹²⁶⁾

獨立搜查權 부여의 事案的 範圍上 방안으로서는 첫째, 國家의 法益을 해하는 犯罪 이외의 모든 犯罪에 적용하는 방안 둘째, 個人的 法益을 해하는 犯罪에 한하여 적용하는 방안 셋째, 財産犯罪에 한하여 적용하는 방안이 있다.

전술한 방안들을 종합적으로 分析·判斷해 볼때, 人的 範圍上 搜查權은 警察署長과 搜查(刑事)課長에게만 국한시켜 부여함이 타당하며, 警察의 獨立搜查權을 보장할 事案的 범위를 정하는데에 있어서는 事案的 範圍의 한계가 모호하여 搜查機關 相互間에 갈등의 소지가 있으므로 모든 事案을 警察 獨斷的으로 搜查할 수 있도록 하여야 한다. 물론 이 방안을 채택함에 있어서 명확히 전제될 것은 警察搜查權의 독립에 있어서 위 방안을 최종 목표로 삼지말고 全面的 獨立을 위한 中間적 目標로 삼아 시험적으로 시행후 全面的 獨立搜查權의 확보를 추진해 가야 한다는 것이다.

(2) 搜查權 獨立을 위한 改善

1) 警察

126) 慎鐵揆, 前掲書, P. 509.

① 搜查警察의 人權觀 確立

傳統的 訴訟觀에서는 犯罪必罰이라는 合目的 原理만을 강조한 나머지 搜查密行의 관행이 適法視되어 왔으나 이는 人權保障이란 측면에서 하루 속히 시정되어야 하겠다. 첫째, 搜查警察은 犯罪搜查를 함에 있어 任意搜查의 원칙을 철저히 준수하여야 한다.

搜查에는 強制的 要素의 개입이 당연하고 원칙인 것처럼 생각하던 종래의 搜查警察의 人權觀을 과감히 개선되어야 하겠다.

둘째, 搜查警察의 人權意識의 改善의 측면에서 人權概念을 적극적인 개념으로 파악하고, 搜查에 있어 人權保障을 절대적으로 우위시하는 자세를 가져야 하고, 證據를 먼저 확보한 후 犯人을 검거하는 先證後捕의 搜查方法으로 被疑者의 拘束이 搜查의 개시가 아니라 搜查의 종결이라는 생각으로 바뀌어야 한다. 특히 拘束한 후에는 신속한 裁判을 받도록 처리되어야 하고, 세부적인 諸法規를 철저히 지키는 合法的·科學的 搜查가 이루어져야 한다.¹²⁷⁾

셋째, 부당한 人權侵害의 우려가 가장 많은 곳은 人身拘束이란 점을 명심하여 人身拘束을 가급적 억제하여야 한다. 人身拘束의 필요성은 도망할 우려가 있거나 證據를 인멸할 우려성이 있을 때(憲法第11條 第32項, 刑事訴訟法 第206條), 또한 拘束은 審問을 위한 것이 아닌데도 사실상 審問을 위한 제도로 활용되고 있어 搜查機關에서 30日間이나 被疑者를 구속하여 놓고 搜查하는 경우도 개선되어야 겠다.

넷째, 搜查警察의 違法搜查를 엄격하게 彈劾하여야 한다. 違法搜查에 대해서는 損害賠償制度, 警察官에 대한 刑事的 制裁, 혐의없는 不起訴處分에 대한 損失補償制度 등이 논의의 대상이 되고 있다.

다섯째, 搜查警察에 대한 교육강화이다. 辯護士協會나 學者, 人權關係機關의 책임자에 의한 경찰내부에서의 전문교육이 자주 이루어져야 하겠다.¹²⁸⁾ 나아가 국민일반의 人權擁護에의 참가를 제고시켜 人權侵害의 감시자가 되도록 하여야 한다.

② 國民信賴回復

警察의 搜查權獨立은 국민적 신뢰의 바탕이 전제되지 않고서는 기대할 수 없다. 따라서 搜查에 있어서 불친절하고 군림하려는 자세나 暴行·暴言 등 비정상적인 수사관행을 시정하여 國民信賴를 획득하여야 한다. 그러기 위해서는 心證搜查를 지양

127) 安甲浚, 前掲論文, PP. 328 - 329.

128) 姜求真, “搜查機關의 活動과 人力保障”, 「警察考試」, 通卷 第217號, 1982. 11, P. 27.

하고 適正搜查와 科學搜查에 충실하며 증거에 의한 搜查, 즉 먼저 證據를 수집하고 뒤에 犯人을 逮捕하는 관념을 정착시켜야 한다. 그리고 외국의 경우와 같이 警察組織內에 法律部를 두거나 諮問 辯護士制度를 新設·諮問을 받아 처리하는 것이 國民 信賴回復의 좋은 첩경이 될 것이다.

③ 搜查警察의 資質向上과 專門化

搜查業務의 技術性과 専門성을 고려할 때 搜查警察의 자질향상과 専門화가 이루어져야 한다. 그 대책으로는 優秀人力의 확보와 搜查專門人力의 수급과 적정관리를 위하여 합리적인 人力計劃이 수립·실시되어야 한다.¹²⁹⁾ 그 동안 우리 國立警察은 제도의 변천을 겪어오면서 警察官이 되고자하는 사람에게는 반드시 일정한 資格要件(學歷, 身體, 年齡 등)을 요구해 왔다. 그러던 것이 1976년부터 학력조건이 정부방침에 의해 철폐되었다가 현재 일부 제한하고 있으나 학력제한철폐는 公職에의 기회균등이라는 民主主義原則을 중시했다는 장점이 있는 반면 法을 집행하고 국민을 선도하며 봉사한다는 警察官의 근무의 특성을 경시했다는 단점이 있다. 특히 搜查要員이 科學搜查를 위해서는 사회과학 및 자연과학에 대한 소양이 요구되며, 現教育科目이 일정한 수준을 갖춘 자라야 소화시킬 수 있도록 편성되어 있다는 점을 고려할 때 幹部는 大學卒業者(현재 高卒) 非幹部(警査以下)는 현행대로 高卒 以上者로 學歷을 제한시키는 것이 바람직하다.¹³⁰⁾

현재 상당수의 行政, 司法 考試出身者들과 4年制 警察大學을 졸업한 新進 엘리트 幹部들이 警察의 요직에서 일하고 있고, 末端警察官의 학력도 상대적으로 높아지고 있으나 앞으로 司法考試 합격인원을 500名에서 每年 100名씩 증원 2000년에는 1,000명으로 늘어남에 따라 警察幹部(現在 警正)로 공채하여 搜查部署에 이들을 全擔配置함으로써 현재 檢事가 담당하는 지휘업무를 대신하게 하고, 조사업무에 종사하는 刑事만이라도 전원 學士警察(警査)로 特採配置하는 방법도 모색하여야 한다. 그리고 搜查教育訓練體制의 강화을 위해 현재 교육기간이 4~24주인 것을 6個月~1年으로 연장하여 내실있는 교육을 실시하여야 하며, 幹部候補生教育內容을 機能別 실무교육을 대폭 개선하여 전문적인 교과목을 증설, 専門화된 간부를 양성하는 것이 바람직하고, 專門機關에 대한 委託教育의 광범위한 실시와 해외연수 및 유학제도의 확대가 필요하다 하겠다.

129) 車鏞碩, 前掲論文, P. 112.

130) 鄭振煥, “警察公務員의 學歷再檢討”, 「警察考試」, 通卷 209號, 1983, P. 15.

④ 搜查警察의 處遇改善

어떤 組織體이든 그 組織體의 목적달성을 위해서는 유능한 人材를 選拔採用하고 그들의 지속적인 능력개발을 통한 근무능률의 향상에 기대를 걸지 않을 수 없다. 특히 搜查組織은 1987年 「搜查要員管理 規程」(內務部 例規 第644號)을 제정하여 그 자격요건을 엄격히 강화하고 있으나 警察內部에서 幹部는 물론 非幹部 역시 모두 搜查要員을 기피하고 있어 同規程은 실효를 거두지 못하고 있다. 왜냐하면 현재 檢察 主宰 搜查權 體制에서 警察 搜查要員은 크게 매력있는 직장은 아니고, 업무의 폭주로 인한 과로 등 사회적 평가의 저하와 他部署에 비하여 진급도 늦기 때문에 優秀 人力이 搜查部署를 기피하여 警察搜查力이 갈수록 저하되고 있다.¹³¹⁾

따라서 搜查警察의 犯罪對應力을 높이기 위해서는 搜查警察의 사기를 진작시켜야 하며 제도적인 개선이 이루어져야 한다.

첫째, 유능한 사람이 搜查業務에 종사해야 하는 現 社會治安需要面에서 볼 때 搜查警察에게 승진기회를 부여하기 위하여 人事考課 成績의 비율 중 사건해결에 따른 考課點數를 보다 높여주고 定規 審査昇進時 기능별 인원내 비례하여 昇進 人員數를 많이 할당하는 것이 바람직하다.¹³²⁾

둘째, 현재의 搜查活動費를 보면 1996年 全國直轄市 이상 240,000원, 市地域 210,000원, 郡地域 190,000원을 月定하여 지급하고 있다. 그러나 大都市의 交通手段인 버스를 이용하여 犯罪의 조기해결과 犯人檢擧를 기대한다는 것은 곤란한 실정이므로 효과적인 搜查活動을 위해서는 합리적인 사용 경비기준을 기초하여 搜查活動費를 매월 지급하여야 할 것이다.

2) 檢 察

① 檢察總長 指揮의 獨立

현재 檢察廳法上 法務部長官은 구체적 사건에 관하여 檢察總長만을 지휘할 수 있다고 규정하고 있으나, 현실적으로 충실히 이행되지 않고 있다고 보는 것 같다. 檢察은 搜查權獨占, 起訴獨占, 起訴裁量의 막대한 권한을 갖고 있으므로 檢察의 總首가 政治的인 영향을 받아 搜查權 및 決定權이 부적정하게 행사된다면 國家刑罰權

131) 鄭京植, 「搜查構造論」, 法典出版社, 1986, P. 216

132) 搜查要員任用規定 內務部例規 第549號. (1982. 2. 25).

行使의 價値自體가 문제될 것임에 틀림없다.¹³³⁾

이의 방지책으로는 檢察總長의 任期制, 檢察總長職務의 複數委員會化, 檢察總長의 任命에 國회의 新임을 얻도록 하는 對民責任制, 重要檢察權行使에 檢察權 審査委員會의 통제를 받게하는 제도, 地方檢察長의 選舉制 등이 거론되고 있다. 여하튼 憲法이 檢事에게 準司法機關으로서의 지위를 부여하고 그에 따른 신분보장이 되어 있는 이상 검찰업무는 상당한 수준의 정치적 독립이 요구된다 할 것이므로 檢察總長은 法務部長官으로부터 행정적인 지휘만을 받고 구체적인 搜查에 있어서는 그로부터 독립되는 것이 바람직하며, 國會의 新임을 얻도록 함도 타당할 것이다.

② 檢事業務의 專門化와 責任制 確立

1994년 현재 852명에 불과한 檢事が 年 120萬여건의 모든 刑事事件을 처리한다는 것은 불가능하다.¹³⁴⁾ 따라서 갈수록 다양해지는 犯罪의 搜查를 위해서는 檢事의 업무가 지극히 專門化되지 않으면 안 된다.¹³⁵⁾ 즉 強力犯罪, 公安犯罪, 經濟犯罪 등 專門分野別로 部를 형성하여 형식적인 業務分離가 아닌 專門的인 지식을 축적하여 연구와 토의를 거쳐서 숙달된 업무능력을 배양하여야 할 것이므로 이에 따라 檢事역시 專門分野間의 이동은 가급적 줄여 나가야 할 것이다. 또한 중요사건 및 구속사건의 搜查時 進담하여 처리하여야 하며, 이 경우 수사미진이나 법리착오가 생겼다면 檢事 자신이 직접 搜查한 경우는 물론 司法警察官吏를 지휘하여 搜查한 경우까지도 檢事が 책임을 지게함이 타당하다.

③ 檢察姿勢의 轉換

첫째, 留置場視察을 하는 檢事は 署長 이하 全警察官이 자기 부하인 양 지시하고 高姿勢로 행동하고 있다. 이는 수사지휘권을 악용하여 警察署長의 권위를 추락시키는 행위로 行政官廳 상호간 협력체제 유지라는 측면에서 빨리 시정되어야 할 것이다.¹³⁶⁾

둘째, 檢事 아닌 檢察廳職員들은 司法警察官吏에 대하여 搜查指揮權이 없음은 물론 職務上의 上司도 아니므로 犯罪搜查의 지휘나 일체의 직무상 지시를 할 수 없음에

133) 車鏞碩, 前掲論文, P. 4.

134) 法務部, 「法務年鑑」, 1994, 警察廳, 「警察統計年譜」, 1995, P. 122 參照.

135) 陸榮堉, 前掲論文, P. 123.

136) 이러한 사실은 몇년전 京畿道 모警察署에서 檢事와 警察署長間에 갈등이 誘發되어 신문 등 言論에 크게 報道된 바가 있다.

도 불구하고 檢事를 보좌하는 立會書記나 檢察職員들이 司法警察官吏에게 대하여 부당한 지시를 하는 경우가 많다. 명령이나 지시에 대한 저항은 명령의 출처가 상대방 보다 낮은 직급에 있는 사람이거나 命令權이 없는 사람일 경우에 유발하게 되는 것이다. 그런데 犯罪搜查의 指揮權이 없는 書記 등 一般檢察廳 職員이 檢事와 가까이 있음을 기회로 월권적인 지휘를 하거나 調查警察官을 임의로 檢察廳에 불러 들이는 경우 搜查警察의 사기에 막대한 영향을 미친다.¹³⁷⁾ 送致書類 등 關係書類를 수발하는 警察官에 대한 검찰직원의 불친절과 군림하는 자세 또한 機關相互間의 갈등은 물론 사기를 저하시키는 요인이 되고 있다.

(3) 搜查權 獨立을 위한 推進 및 法改正 方向

警察搜查權 獨立을 위해서는 첫째, 憲法的 理念인 민주적 기본질서와 인간의 존엄성 國民生活 便益增進을 그 가치판단의 기준으로 삼아야 한다.

둘째, 起訴與否 決定權과 公訴權을 가진 檢事가 방대한 조직을 가진 警察를 장악하게 된다면 이에 대한 견제수단이 없게 되므로 견제와 균형의 원리인 권한배분과 職務遂行의 전문화를 피하여 권한집중으로 인한 부패를 막아야 한다.

셋째, 被疑者의 人權의 실질적 보호라는 관점에서 이루어져야 한다. 그것은 搜查權 행사가 特定機關의 독점이 아닌 分權의으로 이루어질 때 가능하다. 한 機關에서 搜查權과 公訴權을 독점하고 있는 상황에서는 搜查過程에서의 선입견과 타협 등으로 공정한 刑罰權 수행을 기대할 수가 없기 때문이다.

넷째, 搜查의 효율성 측면에서 法改正이 이루어져야 한다. 犯罪의 豫防 및 搜查는 刑罰의 크기를 重罰 지향적으로 하는 것 보다 犯罪人이 罪를 지으면 반드시 발각된다는 확률을 높이 자각 할수록 犯罪抑制律이 높다는 점은 犯罪供給 方程式에서 計量的으로 실증한 바와 같이 처벌위주의 搜查構造보다 검거위주의 수단을 갖춘 搜查機關에게 刑事政策의 중점이 주어져야 한다. 따라서 국민생활 편의증진과 피의자 인권의 실질적 보호 및 수사의 효율성을 기할 뿐 아니라 기소여부 결정권과 공소권을 가진 검사의 권한 집중방지 및 직무수행의 전문화를 위해서도 警察을 第1次的 搜查機關으로 하여 모든 犯罪에 대해 獨立的 搜查權을 부여하고 檢事는 政治權力型犯罪,

137) 金永勳, 「行政學」, 法文社, 1981, P. 497.

大型經濟犯罪 國家安危에 관한 犯罪 등 重要犯罪을 주로 搜查하는 第2次的 搜查機關으로 하여야 한다. 이를 위해서는 다음과 같은 제도 및 法改正이 있어야 하겠다.¹³⁸⁾

1) 警察의 搜查開始權 附與

現行 刑事訴訟法은 司法警察官의 搜查開始權을 인정하지 않고 檢事의 지휘를 받아 搜查를 하도록 하는 強制規定(刑訴法 第196條 1項)을 두어 搜查權을 檢事에게 독점 시키고 있다. 현실적으로 司法警察主宰 搜查體制를 갖고 있는 英美法系 國家는 물론 混合型 국가인 일본과 심지어 檢事主宰搜查를 갖은 獨逸과 프랑스도 搜查開始權을 警察에 인정하고 있다(獨逸 刑訴法 第163條, 프랑스 刑訴法 第14條). 따라서 우리나라도 司法警察官의 搜查開始權에 대한 實定法的 근거를 두어야 한다. 현재 우리 軍事法院法上 檢察官과 軍司法警察이 각기 독립적 수사권을 갖고 상호협력관계를 유지하고 있으나 별 문제없이 시행되고 있다.¹³⁹⁾

그러므로 刑事訴訟法 第195條의 「檢事は 犯罪의 혐의 있다고 사료하는 때에는 犯人, 犯罪事實과 證據를 搜查하여야 한다」는 규정을 「司法警察官은 犯罪의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 犯人, 犯罪事實과 證據를 搜查하여야 한다」로 개정하여 司法警察官의 獨立的 搜查開始權을 부여하고 警察이 第1次的 搜查機關임을 명시해야

138) 姜秉彥, “搜查權의 合理的 配分에 관한 研究”, 碩士學位論文, 釜山大學校 行政大學院, 1993, PP. 45-46.

139) 우리 軍事法院法上의 檢察官과 軍司法警察과의 관계는 刑事訴訟法上 檢事와 司法警察官의 관계가 指揮服從의 관계라면 軍事法院法上의 檢察官과 軍司法警察官과의 관계는 상호협조 내지 상호독립의 관계라 할 수 있다. 즉 檢察官 및 軍司法警察官은 犯罪의 嫌疑가 있다고 사료되는 때에는 犯人, 犯罪事實과 證據를 搜查하여야 한다고 하여(軍司法院法 第227條) 檢察官과 軍司法警察官은 모두 搜查機關임을 規定하고 있다. 檢察官의 職務로 犯罪搜查 및 公訴提起와 그 유지에 필요한 行爲를 주된 것으로 하고(同法 第37條), 軍司法警察官은 犯罪를 搜查한다고 規定하고 있다(同法 第 43條). 한편 軍司法警察官의 搜查에는 한계가 있는 바 이 한계가 불명확할 때에는 檢察官의 지시에 의하여 搜查權있는 軍司法警察官이 결정될 수 있다.

被疑者를 拘束하기 위한 拘束令狀은 軍司法警察官이 檢察官에게 請求하면 管轄官이 발부한다. 檢察官과 軍司法警察과의 相互協助 내지 독립관계에 대하여 문제가 없는 바는 아니나(관계에 관한 아무런 규정이 없고, 명령에 복종하지 않을 때에 가해질 수 있는 制裁規定이 檢察官에게 없다) 여기서 논하는 이유는 搜查權을 警察에 獨立시키는데 있어서 이와 유사하다고 할 수 있는 軍司法警察에서는 이미 별문제없이 시행되고 있다는 점을 강조하기 위한 것이다.

한다. 뿐만 아니라 同法 第195條 第2項을 신설하여 「檢事は 公訴維持에 필요하다고 사료될 때에는 犯人和 犯罪事實을 搜查할 수 있다고」 규정하여 檢事를 第2次的 補充的 搜查機關으로 규정하여야 한다.¹⁴⁰⁾

2) 檢事の 搜查指揮權의 制限

刑事訴訟法 第196條 第1項은 「搜查官, 警務官, 總警, 警正, 警監, 警衛는 司法警察官으로서 檢事の 指揮를 받아 搜查를 하여야 한다고」 규정하고 있는데 이 조항을 개정하여 檢事の 司法警察官에 대한 무제한적인 搜查指揮權을 지양하고 檢事が 搜查上 필요하다고 인정하는 때에 한하여 지휘할 수 있도록 한다. 그리고 檢察廳法 第4條 2項의 司法警察官吏에 대한 指揮監督權, 同法 第53條 司法警察官吏의 의무, 同法 第54條의 交替任用要求權 등은 刑事訴訟法에 흡수·조정되어야 한다. 그리고 搜查指揮는 지휘의 적시성, 구체성, 임기응변성 등의 요소가 갖추어져야 하며, 搜查機關 相互間의 위치도 고려되어야 한다. 準司法機關이라고 하나 檢事が 總警級 이상을 지휘하는 문제는 너무 權威主義的이며 警察을 무시하는 非平等的 要素가 다분하다.¹⁴¹⁾

검사는 一線警察의 搜查責任者인 搜查 및 刑事課長 등 搜查幹部 警正級 이하 수사간부를 지휘하는 것이 役割構造上 합당하다. 한편 刑事訴訟法上 檢事の 搜查指揮權이 搜查實務上 身柄處理 指揮의 의미밖에 없는 현실에서 그 指揮權은 全面的 指揮權이므로 搜查의 모든 분야에서 지휘적 요소를 충족시킬 수 없다. 그러므로 檢事の 司法警察官吏에 대한 指揮權은 제한적 指揮權 체제로 전환되어야 한다.

3) 公訴權없는 事件에 대한 警察의 搜查終結權 부여

우리나라는 起訴獨點主義를 채택하고 있기 때문에 警察에게 독자적 搜查終結權이 없어 國民들이 가장 큰 피해를 보고 있는데 搜查權 독립의 제1단계로서 먼저 公訴權 없는 犯罪의 搜查終結權을 警察에 부여해야 한다. 送致된 사안이 公訴權없음으로 不起訴 되는 경우는 1991-1993年 기간중 全體犯罪의 약 29%를 차지하고 있다. 특히 道路交通法 및 交通事故處理 特例法 違反事犯의 약 50-60%는 “公訴權없음”에 해당

140) 姜秉彦, 前掲論文, PP. 48 - 49.

141) 司法高試出身은 警察採用時 警正階級을 주고 있음.

한다.¹⁴²⁾

搜查現實을 보면 사건이 不起訴處分될 것이 확실한데도 法規定과 檢察의 지침때문에 起訴可能性 없는 사건들이 즉, 警察에 입건된 모든 사건을 檢察에 送致하는 잘못된 관행을 당연시하고 그렇게 하도록 강화되어 왔다. 따라서 公訴權없는 사건에 대한 搜查終結權을 警察에 부여함으로써 첫째, 사법구제 필요와 불필요한 被疑者數를 감소시켜 국민들의 人權保護에 기여하며 둘째, 檢察, 警察 모두에게 公訴權없음이 분명한 사건에 대하여 불필요한 시간 및 자원 낭비를 방지할 수 있으므로 획기적인 業務輕減, 業務遂行의 효율화를 기할 수 있다.

4) 司法警察官 作成 被疑者審問調書の 證據能力 認定

현행 刑事訴訟法은 「檢事以外에 搜查機關 作成의 被疑者 審問調書는 公判準備 또는 公判期日에 그 被疑者였던 被告人이나 辯護人이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다」(刑訴法 第312條 2項)고 규정함으로써 警察의 被疑者 審問調書는 公判廷에서 그 내용이 부인되는 경우에는 證據로서의 별 의미가 없는 것으로 취급하고, 檢事の 拘束令狀請求의 資料나 搜查資料로 취급함으로써 警察作成調書는 원칙적으로 公判廷에서 배제하려는 태도를 보이고 있다.

이것은 搜查節次가 法律上 제2단계로 구성되어 우선 警察이 搜查를 행하고난 다음 事件이 檢察에 送致되어 檢事が 재차 被疑者 審問 등의 搜查를 반복하는 전통에서 기인한다. 警察의 獨自搜查權이 인정되어 있지 않고 檢事の 指揮監督아래서 搜查活動이 행해지는 데서 유래된 탓이며, 이론적으로는 搜查構造面에서 被疑者の 법의 適正節次를 보장받을 권리를 강화하려는 소위 彈劾主義的 搜查觀이 가세하여 警察作成調書の 證據能力을 격하시킨 것이다.¹⁴³⁾ 따라서 檢察에서의 被疑者審問調書作成이 檢事の 보조자인 檢察書記가 주로 담당하고 그 名義는 檢事が 하고 있는 搜查慣行과 人身拘束의 令狀發付審査가 司法警察官 作成調書만으로 이루어지는 搜查現實을 감안할 때 犯罪時間代에 가장 근접한 司法警察官吏作成 被疑者 審問調書の 證

142) 警察廳, 「警察統計年報」, 第38號, 1994 參照.

143) 車鏞碩, “司法警察官의 搜查書類證據能力”, 警察大學 8回治安政策學術 세미나 資料, 1992, 10, P. 45.

據能力을 인정해야 한다.¹⁴⁴⁾

5) 被疑者 身柄確保의 實定法的 根據附與 (逮捕狀 制度의 導入)

警察에게 被疑者에 대한 犯罪嫌疑가 초기단계라 하더라도 도주 또는 증거인멸의 우려가 있으면 강제로 그의 身柄을 확보할 수 있는 實定法的 根據를 마련해야 한다. 세계각국에서는 어떤 형식이든 警察에게 일정한 조건하에서 令狀없이 逮捕할 수 있는 권한을 부여하고 있다.¹⁴⁵⁾ 프랑스는 「搜查上 필요하면 保護留置」하고 있으며 독일은 犯罪 嫌疑자를 「假逮捕」할 수 있도록 하고 있다. 그리고 日本은 「罪를 犯 하었다고 의심하기에 足한 相當한 이유만 있으면 警察이 直接判事에게 逮捕狀을 청구할 수 있도록」하고 있다. 그러므로 우리나라에서도 警察 搜查權獨立의 第1 要件으로 搜查를 합법적으로 할 수 있는 被疑者 身柄確保 制度를 신설하여야 할 것이다.¹⁴⁶⁾ 현행 制度의 문제점을 개선하기 위해서 搜查實務上 관행화되어 있는 保護室 留置를 立法化하여 檢事나 警察幹部의 事前承認 留置期間制限 등 합리적인 규제를 하자는 견해도 있으나 현재의 日本처럼 逮捕狀制度를 도입하는 것이 좋을 것이다.

그러나 逮捕狀制度를 도입한다 하더라도 憲法 第12條 3項의 문제가 따른다. 憲法 第12條 3項 전단은 체포, 구속, 압수 수색에는 檢事의 令狀申請權을 規定하고 있다. 따라서 憲法 第12條 3項 전단에 「檢事의 申請에 의하여」부분을 「檢事 또는 司法 警察官의 申請으로」 改正하든지 아니면 아예 삭제하고 「法官이 發付한 令狀」으로 개정해야 한다.¹⁴⁷⁾

144) 국립경찰이 창설 된지 50년이 지난 지금에 와서 警察에 대한 불신과 무능력을 이유삼아 搜查權을獨占하려는 것은 權力集中을 탐하는 政治權과 一部 法律貴族들이 警察을 政治的 道具 내지 搜查方便으로 이용해온데 전적인 책임이 있다. 또한 1994年度 警察廳 統計를 보면 年間 약 90萬名의 不拘束 被疑者와 100萬名이 넘는 事件關係人들이 警察調書에 대한 證據能力 결여로 檢察에서 재조사 받아야 하는 불편을 겪고 있다.

145) 車鏞碩, 前揭論文, P. 45.

146) 白亨球, 「搜查의 理論과 實務」, 「司法行政」, 1987, P. 35.

147) 令狀에 대한 憲法上의 原則은 「法官이 發付한 令狀」으로 족한데도 굳이 「檢事의 令狀 申請」이라는 用語를 使用하는 것은 憲法的 規定 事項이 아니라고 생각한다. 이것은 朴正 熙 維新政權인 第4共和國 때 軍事獨裁政治을 國民에게 회유하려는 술책으로 憲法에서 規定 되었는데 어느 나라 憲 法條項에도 이런 規定은 찾기 힘들다. 그러므로 이 條項에 따르면 逮捕狀 請求權도 檢事가 申請하게 되어 있어 警察搜查機能 正常化에 도움이 못 된다.

6) 부수규정은 基本規定의 취지에 맞도록 改廢돼야 한다.

母法の 改廢에 따라 檢察廳法에 규정된 檢事의 司法警察官에 대한 指揮監督 규정 (檢察廳法 第35條) 및 搜查中止命令權, 替任要求權(同法 第36條) 등은 모두 폐지되어야 하며, 法務部令인 司法警察官執務規則 및 內務部令인 犯罪搜查規定은 개정된 母法の 취지에 맞도록 합리적으로 개정되어야 한다. 우리나라에는 警察基本法이 없어 組織人事機能 등 여러면에서 불편을 겪고 있는바 하루속히 組織法을 포함한 광범위한 基本法의 제정이 요청되고 있다.



VI. 結 論

本 論文에서는 搜查에 있어서 뿐만 아니라 警察組織 전체에 관련되는 주요과제의 하나인 警察搜查權의 獨立에 대하여 各國의 現行 檢察·警察制度와 搜查構造에 따른 立法例를 한국의 現況과 比較·檢討한 후 적법한 搜查權을 위한 檢察·警察制度의 합리적인 改善方案을 도출해 보고자 하였다.

앞서 보았듯이 現代社會에서 警察은 國民의 自由와 權利保護 및 社會秩序維持를 그 임무로 하고, 犯罪의 豫防과 搜查를 하는 國家行政의 대표적 조직이다. 따라서 民主國家에 있어서 警察은 그 나라의 고유한 政治體制 속에서 合法的, 民主的, 能率的, 獨立的, 中立的인 組織을 가져야 한다. 經濟의 高度成長과 社會의 변동에 따라 犯罪도 날도 증가하고 질적으로 다양화되고 있으며 또한 國民의 人權意識과 期待水準은 점차 높아지고 있어, 제여건에 부응하면서 犯罪搜查를 낭비와 무리없이 능률적으로 수행해 나가기 위해서는 犯罪搜查를 직접적으로 전담하는 警察에게 독립적인 搜查權을 부여하여 警察을 본래적·일차적 搜查權의 주체로 하는 것이 가장 이상적이다.

그런데 우리나라의 現行 刑事訴訟法은 英美法系의 當事者主義的 요소를 받아들인 刑事訴訟構造를 가지고 있으면서 搜查權體制만은 大陸法系의 檢事主宰搜查體制를 고수하고 있음으로 말미암아 警察은 法務部所屬인 檢事の 指揮, 統制를 받아 犯罪搜查를 행하고 있다. 그리하여 全体犯罪의 98% 이상을 警察이 처리하고 있음에도 불구하고 警察은 檢事の 搜查補助者로서의 지위를 벗어나지 못하고 있다. 이와같이 警察의 搜查機能이 檢察에 예속됨으로써 搜查警察의 能동성·능률성이 저해됨은 물론 警察全體의 사기와 警察發展에 부정적 영향을 미치게 하고 있다.

현재 警察의 資質과 人權侵害의 우려 때문에 警察에게 독자적 搜查權을 인정하기가 곤란하다는 점이 지적되고 있지만, 전통적으로 人權을 존중해 온 영국이나 미국에서도 警察의 搜查權을 인정해 왔다. 또한 40년전 일본에서 警察에게 독자적 搜查權을 인정할 당시 人權侵害 문제를 우려하였으나 이는 杞憂에 불과하였음이 입증되고 있다. 오히려 警察에게 권한없이 책임만이 부과되는 불균형속에서 警察이 自己卑

下的인 人權侵害現狀이 생겨날 수도 있고, 檢察에 搜查權이 집중됨으로 말미암아 권력이 남용될 수도 있다.

우리나라에서도 建國初期의 立法當時에 비해 상상을 불허하게 급격히 변화한 사회문화의 여건과 國民水準, 犯罪樣相, 檢察의 過重한 業務量, 警察의 향상된 資質 및 앞으로 이 모든 조건의 변동추세와 전망 등을 종합분석 할 때 조금 늦은 감이 있으나, 이제라도 現行制度의 불합리한 점을 개선하여 警察搜查權을 독립시켜 犯罪搜查에 능률을 향상시키고 國家發展에 보다 기여할 수 있도록 해야 한다.

警察에 獨立搜查權이 부여된다면, 첫째, 搜查의 능률을 향상시킬 수 있고 둘째, 公訴權의 純粹性을 보장할 수 있어 刑事訴訟法의 이념에 더욱 충실하게 되며 셋째, 외부의 지휘없이 독자적인 搜查를 전개함으로써 警察의 사기가 진작되고 능률적으로 업무를 수행할 수 있고 넷째, 형식적인 搜查指揮가 없어 신속한 처리로 國民의 時間的·經濟的 편의를 도모할 수 있으며 다섯째, 責任과 權限의 일치로 責任行政을 구현하여 민주주의 이념에 충실을 기할 수 있고 여섯째, 警察의 責任感이 높아지고 우수 인력의 志願으로 능력과 자질이 향상되어 人權保障에 더욱 이바지할 수 있을 것이다.

이제 刑事司法行政의 궁극적 목적이 犯人, 被害者, 國民 모두가 최대한 만족할 수 있는 균형있는 봉사의 제공이라고 생각할 때 犯罪搜查, 公訴, 裁判 등 어떤 것도 경시해서는 안 되며 이러한 기능은 유기적인 분업을 통한 순환과정으로 인식해야 한다. 더 이상 警察의 資質이 낮고 人權侵害의 우려가 있다는 구차한 이론만으로 警察의 搜查權 부여를 외면할 수 만은 없다.

警察의 搜查權獨立과 함께 이로 인한 人權侵害의 우려를 불식시키기 위해 搜查過程에 있어서 被疑者에 대한 辯護權의 절대적인 保障(國選辯護制度擴充), 被疑者質問中の 參與權保障, 警察의 違法不法搜查에 대한 철저한 억제·규제장치의 제도화, 警察로 하여금 진실로 국민의 봉사기관으로 되게 하는 자세전환, 우수한 警察人力의 확보, 현 근무자들에 대한 再教育研修 등을 강화하여 警察人力의 자질향상을 위한 여러가지 시책들을 추구해야 함은 물론이다. 搜查活動의 공공서비스 제공 및 성공적인 法執行을 위해서는 搜查現實에 맞도록 제도적 권한과 책임을 일치시키고 檢察搜查와 警察搜查 상호간의 실체를 인정하는 가운데 上命下服이 아닌 상호협력관계를 이루어 搜查技法의 발전 및 선진화를 제고할 수 있을 것이다.

끝으로 搜查權獨立이 이루어질 때까지 필요한 준비를 위하여 中·長期計劃을 수립하여 계속적으로 연구·추진할 수 있도록 警察大學에 搜查權獨立問題研究所를 설치할 것과 警察廳에 搜查權獨立推進部署를 正式機構로 설치할 것을 제안한다.

參 考 文 獻

1. 國內書籍

- 姜求真, 「刑事訴訟法原論」, 學研社, 1992.
- 警察廳, 「警察統計年譜」, 1994.
- 警察廳, 「韓國警察史」, 1995.
- 警察廳, 「犯罪分析」, 1992.
- 金道昶, 「行政法論(下)」, 青雲社, 1992.
- 金箕斗, 「新刑事訴訟法」, 博英社, 1987.
- 金永勳, 「行政學」, 法文社, 1981.
- 大檢察廳, 「檢察年鑑」, 1992.
- 文化體育部, 「青少年白書」, 1995.
- 朴鉞炳, 「行政法講義(下)」, 국민서관, 1995.
- 朴丁燮, 「被疑者調查要領」, 正文出版社, 1983.
- 法務部, 「法務年鑑」, 1994.
- 法務部, 法務資料「外國刑事訴訟法」, 1982.
- 白亨球, 「刑事訴訟法講義」, 博英社, 1996.
- 搜查幹部研究所, 「搜查權獨立의 必要性和 先決課題」, 1988
- 慎鎭揆, 「犯罪學兼 刑事政策」, 法文社, 1989.
- 申東雲, 「刑事訴訟法」, 法文社, 1996.
- 申鉉柱, 「刑事訴訟法」, 博英社, 1980.
- 廉政哲, 「新稿刑事訴訟法」, 尙志文化, 1977.
- 吳官錫, 「刑事訴訟法」, 考試界, 1993.
- 吳愷澤, 「搜查實務」, 法典出版社, 1980.
- 李在祥, 「刑事訴訟法」, 博英社, 1990.
- 鄭京植, 「搜查構造論」, 法典出版社, 1986.
- 鄭榮錫, 「刑事訴訟法」, 法文社, 1990.

- 鄭振煥，「比較警察制度」，아카데미아,1993.
- 車鏞碩，「刑事政策研究」，博英社,1982.
- 崔大權，「英美法」，博英社,1991.
- 治安本部，「西歐警察」，1989.
- 治安本部，「諸外國의 警察制度」，1984.
- 洪井善，「行政法 原論(下)」，博英社,1995.

2. 外國 書籍

- 網川政雄，「被疑者の 取扱技術」，東京：立花書房,1982.
- 高田卓彌，「註解 刑事訴訟法」，東京：青林書院新社,1974.
- 團藤重光，「新刑事訴訟法 綱要」，東京：創文社,1976.
- 文仁龜，「英美 檢察 制度 概論」 法律文化研究會,1971.
- Bruce Smith, Police Systems in the United States, 1979.
- 前宮裕，「現代の 警察」，東京：日本評論社,1980.
- 프레데, 헨리로손저, The Civil Law, 博英社,1994.
- Pendleton Howakd, Ceiminal Justice in England, 1976.

3. 論文 其他

- 姜求真，「搜查機關의 活動과 人權保障」，「警察考試」 通卷 217號, 1982.11.
- 姜秉彥，「搜查權의 合理的 配分에 관한 研究」，碩士學位論文, 釜山大學 校行政大學院, 1993.
- 金東煥，「檢事와 그搜查指揮權」，「大韓辯護士協會誌」,1983. 3.
- 警察大學，「論文集(第15編)」，1995.
- 金甫煥，「警察과 檢察의 바람직한 關係」，「搜查研究」，1990. 10.
- 金實宗，「警察과 檢察의 關係」，「司法行政」，1989, 7.
- 金政雄，「搜查警察의 先進化와 搜查警察의 資質向上」，「警察考試」,1983. 9.

- 金振煥, “搜查指揮體系的改善方向”, 「考試界」, 1992. 10.
- 東亞日報, “司法制度” 1995. 3. 1.
- 陸榮竣, “搜查權을 中心으로 본 檢察, 警察制度” 碩士學位論文, 서울大學教
行政大學院1989.
- 朴榮鎬, “搜查權 獨立”, 「警友新報」, 1980. 1. 20.
- 白亨球, “警察搜查權 獨立의 具體的 方案”, 「搜查研究」, 1992. 4.
- 白亨球, “韓國 警察의 未來 課題”, 「警察考試」, 1981.
- 法務部, “檢事 搜查指揮權의 必要性”, 1980.
- 成敏慶, “警察 搜查權 獨立의 問題點”, 「東亞日報」, 1989. 12. 27.
- 孫僊權, “搜查節次에서의 警察과 檢察의 關係”, 「論文集」,
警察大學, 1993. 12.
- 宋廣燮, “搜查體制的 問題點과 搜查權 獨立”, 「搜查研究」, 1992. 9.
- 申鉉昊, “警察 搜查權獨立의 範圍”, 「搜查研究」, 1992. 11.
- 安甲濬, “警察의 機能은 正常化되어야 한다”, 「政經文化」,
1980. 6月號.
- 尹長鎬, “警察獨自의 搜查權確保와 關聯한 問題點과 展望”, 「治安問
題」, 1980. 7. 주대학교 중앙도서관
- 李寬熙, “警察搜查權의 獨自性確立方案”, 「搜查研究」, 1992. 12.
- 李寬熙, “警察의 政治的 中立과 搜查權 獨立의 問題”, 「司法行政」,
1989, 7.
- 李榮蘭, “搜查機關에 관한 연구”, 「警察考試」, 通卷 208號, 1982. 2.
- 李正錫, “警察制度의 問題點”, 「司法行政」, 1989. 7.
- 李青林, “警察의 犯罪搜查體制 改善에 대한 研究”, 碩士學位論文, 漢陽大學校
行政大學院1992.
- 李 憲, “搜查權 獨立論義에 앞선 當面課題”, 「搜查研究」, 1992. 2.
- 李 憲, “搜查權 獨立 過程을 中心으로”, 「治安問題」, 1994. 3.
- 李璜雨, “警察의 搜查權 獨立”, 「警察考試」, 通卷 183號, 1980. 1.

- 張東植, “獨立部處로 獨立이 필요하다.”, 「東亞日報」, 1980. 3. 22.
- 鄭箕燮, “主要強力犯罪의 問題點과 그 對策”, 碩士學位論文, 東國大學校
行政大學院, 1984.
- 鄭東旭, “現行搜查節次의 迅速, 簡素化方案”, 「考試界」, 1993. 10.
- 曹永昌, “韓國警察 中立化와 搜查權獨立에 관한 研究”, 論文集,
1989.
- 車鏞碩, “司法警察官의 搜查書類의 證據 能力”, 論文集 「警察大學」,
1992. 10.
- 車鏞碩, “警察搜查權 獨立에 관한 見解”, 「搜查研究」, 第101號,
1992. 3.
- 河泰勳, “警察搜查權獨立의 法理論의 問題點”, 「搜查研究」, 1992. 8.



SUMMARY

A Study on Independency of the Police Investigation Right

CHOI, DOO-HWANG

Graduate School of Public Administration
Cheju National University,
Cheju, Korea
(Supervised by Professor Kim, Soo-gil)

The police in the modern society is the nation's representative organization of the public administration, responsible for the protection of the nation's freedom and rights, the maintenance of social order, the prevention of crime and its due investigation. Accordingly the normalization and democratization of its function means improvement of the nation's substantial basic rights. The status of the police in a country can be said to be the barometer indicating the country's level of basic right assurance. Constitutionalism can never proper in the country where the police, degraded as "the servant of the power", is under the order or control of other institution.

So the police in the democratic country should have its own legitimate, democratic, efficient, neutral, independent organization in the country's unique political system. Acquiring its Independent status on August 1, 1991 from an assistant institution of the Department of Internal Affairs to police Bureau outside of the Department, presently our nation's police is organized with 13 District police bureaus, a Marine police bureau, a Police hospital, a Police College, a Central police school, and a Comprehensive

police school. And its organization is a large one succeedingly taking care of over 98 percent of 1.2 million crimes a year with its employed personnels as many as 150 thousand including the battle and drafted policemen, and its huge equipments and facilities.

But in case of its investigation, the police still have the status of prosecutors' assistant investigators under the leadership and control of the prosecutors of the Department of Justice, for our nation's structure of investigation right sticks to the system of "investigation under the prosecutor" principle from the Continental Law System while our nation's structure of criminal lawsuits has accepted and adopted many strengths of "the parties concerned" principle from the British American Law System. Due to this current unreasonable system of investigation of the police, and accordingly the police, the core of the criminal investigation, has been demoralized and its work has not been carried out reasonably and efficiently, which in turn has caused various inconveniences for the nation.

The nation's fast economic growth beginning from the 1980's has brought out various social problems as well as material prosperity derived from social environment alterations such as improvement of the nation's income, dense population in the urban area, improvement of traffic system and telecommunication. For instance, the crime has been increasing in its quantity every year and its quality also has been diversified such as more organized, cleverer, more violent, larger scaled. To cope with these various conditions and carry out the criminal investigations efficiently and effectively, it should be ideal that the independent investigation right be given to the police immediately in charge of most of criminal investigation and that the police be the primary and essential party for the investigation right.

In this context, the situations about the primary party for the investigation right in foreign developed countries and Korea were

compared and considered, and then several problems concerning the nation's current system of "investigation under the prosecutors" were pointed out. And here are some suggestions for improving the investigation right of the police and the required preceding conditions:

1. The concrete plan should be made and pursued for partial independency as a more possible proposal in the present condition rather than for complete independency, a hardly possible one. But the plan should not be pursued as a final goal, but as a mid-course one.

2. For this goal, concerned legal amendment should be made about the law related with Prosecutor Bureau as well as Constitution, Criminal Lawsuit. And the follow-up measure should be accompanied through combined proposal, enactment, and execution of Judicial Police Officer Duty Regulation and other regulations by both the Departments of Internal Affairs and Justice.

3. To accomplish the independency of investigation right, the following should be carried out:

First, all efforts should be drawn to build up the investigating police officers' just prospect on the human right and to regain the nation's trust on the police.

Second, professional training should be strengthened for improvement of the police officers' qualification and its time should be prolonged for its efficient training.

Third, to secure the superior human power, senior investigators among the college graduates should be specially employed as senior officers and trained for one year, and by doing this gradually, the reliability of police investigation should be built up. Also those who passed the higher civil service examination should be boldly employed as high ranking staff and deployed in the investigation-specific field to act as leaders.

Fourth, by appropriately increasing the number of investigating

personnel, the power to cope with the crime should be strengthened, and fatigue due to overwork should be lessened.

Fifth, for investigating police personnel, more candidates should be allotted in proportion to each functional manpower at the time of their regular promotion, and their morale should be heightened by bestowing higher achievement points.

Sixth, current investigating expenses should be counted and paid in their due amount, based on the reasonable criteria.

