



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)



碩士學位論文

# 합리적인 수사권 조정에 관한 연구

제주대학교 행정대학원

법학과 법학전공

양 상 욱

2011年 12月

## 합리적인 수사권 조정에 관한 연구




지도교수 고 봉 진

양 상 욱

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함

2011년 12월

양상욱의 법학 석사학위 논문을 인준함

심사위원장 김 광 순   
위 원 윤 동 호   
위 원 고 봉 진 

제주대학교 행정대학원

2011년 12월

## 목차

제1장 서론	1
I. 연구 목적	1
II. 연구 범위와 방법	7
제2장 수사권 조정을 위한 전단계 논의	8
I. 수사의 일반이론	8
1. 수사, 수사권, 수사지휘권의 개념	8
2. 수사의 목적	9
1) 기소전 수사의목적	9
2) 기소 후 수사의 목적	9
3. 수사의 지도원리	10
1) 실체적 진실주의	10
2) 무죄추정의 원리	11
3) 필요최소한도의 법리	11
4) 적정절차의 법리	12
II. 수사기관의 종류 및 관계	12
1. 검사	12
2. 사법경찰관리	13
1) 일반사법경찰관리	13
2) 특별사법경찰관리	13
3. 현행법상 검사와 사법경찰관리의 관계	14
1) 상명하복관계	14
(1) 경찰의 보고의무	14
(2) 검찰에의 사건송치의무	15
(3) 검사의 독점적 영장청구권	15
(4) 검사의 수사중지명령과 체임요구권	16
(5) 검사의 체포·구속장소 감찰권	16
(6) 검사의 변사체 검시에 대한 지휘권	16
(7) 경찰의 타 관할 조사시 보고의무	16

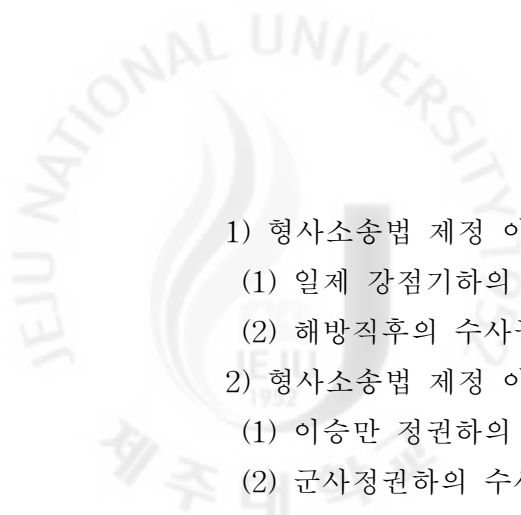
(8) 검사의 사법경찰관리에 대한 행정적 체임요구권 .....	17
2) 수사구조상의 관계 .....	17
(1) 수사개시 전 단계 .....	17
(2) 수사개시 단계 .....	18
(3) 수사활동 단계 .....	18
(4) 수사종결 단계 .....	19
3) 소결론 .....	19
III. 형사소송에서의 수사절차의 위상.....	20
1. 수사절차의 탄생 .....	20
2. 수사절차의 위상에 대한 재 평가 .....	21
3. 공판절차의 기능약화와 현 수사절차의 한계 .....	25
IV. 경찰수사권의 법치국가적 문제점.....	26
1. 문제점.....	15
2. 현 법규상 수사에 대한 경찰수사권 주체성의 인정 여부 .....	26
3. 외국 형사소송법상의 경찰수사권에 관한 규정 검토 .....	28
4. 소결론 .....	30

**제3장 각국의 수사구조의 비교법적 고찰 ..... 32**

I. 검찰 주도형 국가 .....	32
1. 독일 .....	32
2. 프랑스 .....	33
II. 경찰 주도형 국가 .....	33
1. 영국 .....	34
2. 미국 .....	35
III. 혼합형 국가(일본) .....	36
IV. 소결론 .....	37

**제4장 우리나라 수사구조의 현황 및 문제점 ..... 39**

I. 현행 수사의 구조 .....	39
1. 우리나라 수사구조의 연혁 .....	39

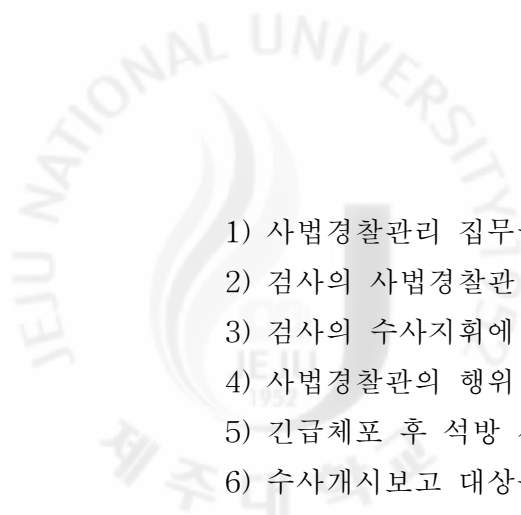


1) 형사소송법 제정 이전 .....	39
(1) 일제 강점기하의 수사구조 .....	39
(2) 해방직후의 수사구조 .....	40
2) 형사소송법 제정 이후 .....	41
(1) 이승만 정권하의 수사구조 .....	41
(2) 군사정권하의 수사구조 .....	43
(3) 문민정부 이후의 수사구조 .....	44
II. 우리나라 수사구조의 문제점 .....	45
1. 검사의 사법경찰 수사에의 관여실태 .....	45
2. 주도적인 검사의 수사 .....	46
3. 수사·기소의 검찰 주도에 따른 피해 .....	47
4. 공소기관으로서 요구되는 객관성·중립성 저해 .....	48
5. 현실과 범규범의 괴리 .....	49
6. 국민편익과 인권보장의 미흡 .....	50
7. 책임과 권한의 불일치, 경찰의 무소신 무책임 .....	50
8. 검찰과 경찰의 부정부패 .....	51
<b>제5장 수사권 조정의 논쟁 .....</b>	<b>52</b>
I. 수사권 조정의 찬성론 .....	52
1. 이론적 근거 .....	52
1) 범죄 일체성 .....	52
2) 권력분립의 원칙 .....	52
3) 공판 전담론 .....	52
4) 수사 책임의 명확성 .....	53
5) 행정조직 원리에 위배 .....	53
2. 현실적 필요성에 따른 근거 .....	54
1) 청소년 및 가정폭력범죄에 대한 검찰수사의 한계 .....	54
2) 형식적 수사지휘와 사건 처리의 지연 .....	54
II. 수사권 조정의 반대론 .....	55
1. 이론적 근거 .....	56
1) 대륙법계의 직권주의적 형사사법 체계 .....	56
2) 행정작용으로서의 경찰작용 .....	56

3) 수사와 공소의 일체지향성 .....	57
4) 적정절차의 보장과 인권침해의 우려 .....	58
5) 현제도 경찰은 수사주체이다 .....	58
2. 현실적 필요성에 따른 논거 .....	58
1) 경찰 파쇼화 우려 .....	58
2) 경찰의 자질과 정치권력 지향성 .....	59
3) 시대적 추세에 역행 .....	59
III 수사권 조정의 찬·반 논쟁에 대한 검토 .....	59
1. 직권주의 구조상 검사지휘의 필요성 .....	59
2. 인권침해의 우려 .....	60
3. 경찰권의 비대화 .....	61
4. 경찰의 자질문제와 법률전문가에 의한 지휘 .....	62
5. 검사의 수사주재권은 국민의 헌법적 결단 .....	62
6. 검·경간 수사권 충돌로 수사체계의 혼동우려등 .....	63

## 제6장 수사권 조정 방안 ..... 64

I. 개정 형사소송법상 수사체제 논쟁 .....	64
1. 경찰은 '독자적 수사주체성을 가진 수사권자' 라는 입장 .....	64
1) 경찰의 수사주체성 명문화 .....	65
2) 검사의 수사지휘권 명시 .....	66
3) 검사의 수사지휘권과 내사와의 관계 .....	67
4) 검찰청법 제53조의 폐지와 수사지휘와의 관계 .....	67
5) 검사 수사지휘권의 한계 .....	68
2. 경찰은 '파생적·제한적 수사권자'라는 입장 .....	70
1) 수사권의 일원체제 .....	70
2) 수사재자로서의 검사와 지체적 수사기관 .....	71
3) 본원적 수사권자인 검사와 파생적·제한적 수사권자인 사법 촉관 .....	71
4) 검사의 수사지휘권과 사법경찰관의 자율적 수사 개시·진행권 .....	72
5) 상명하복관계 .....	73
6) 포괄적 지휘권 .....	73
7) 수사지휘의 범위 .....	75
3. 개정형사소송법관련 대통령령 제정 .....	76



- 1) 사법경찰관리 직무규칙을 대통령령에 규정 ..... 76
- 2) 검사의 사법경찰관 존중 및 서면지휘 원칙 ..... 77
- 3) 검사의 수사지휘에 대한 재지휘건의 및 의견제시 규정 명문화 ..... 77
- 4) 사법경찰관의 행위 수준에 따라 사건관리방안을 규정함 ..... 77
- 5) 긴급체포 후 석방 시 검사 사전승인제도 폐지 ..... 78
- 6) 수사개시보고 대상을 대폭 축소 ..... 78
- 7) 수사단계별 수사지휘 규정 신설 및 검사 접수사건 지휘 가능 명문화 ..... 78
- 8) 인치지휘 개선방안 마련 및 수사협의회 설치 ..... 78
- II. 바람직한 수사권 조정의 방향과 모델 ..... 79
  - 1. 경찰은 1차적 수사기관, 검찰은 2차적 수사기관 ..... 79
  - 2. 상호 협력 관계 ..... 79
  - 3. 송치적 관여 배제, 경찰의 영장청구권 부여 ..... 79
  - 4. 경찰작성 피의자신문조서의 증거능력 ..... 81
  - 5. 경찰의 수사종결권 일부 인정 및 검사의 보완수사 요구권 인정 ..... 83
  - 6. 검사의 수사지휘에 관한 이의신청권 인정 ..... 83
  - 7. 관련자의 이의제도 및 합동수사체제 구축 ..... 84
- III. 경찰의 개혁과제 ..... 84
  - 1. 수사경찰의 인권의식 확립 ..... 85
  - 2. 수사경찰의 독립성 확보 ..... 85
    - 1) 수사경찰의 신분보장 ..... 86
    - 2) 수사절차의 투명화 및 수사지휘권 제한 ..... 87
  - 3. 수사경찰의 공정성 확보 ..... 88
    - 1) 사법경찰에 대한 제척·기피·회피의 제도 ..... 88
    - 2) 수사이의제도의 활성화 ..... 89
  
- 제8장 결론 ..... 90
  
- 참고문헌 ..... 93
  
- ABSTRACT ..... 98





## 제1장 서론

### I. 연구 목적

대한민국에서 검찰은 많은 권한을 독점하고 있다. 경찰의 고유영역이라고 할 수 있는 범죄예방에서부터 정보수집, 수사, 공소제기, 공판 절차에의 참여, 형 집행, 범죄인의 사후 관리 및 감시 등 형사사법의 전 분야에 걸쳐 검찰이 관여하고 있다. 특히 수사방향, 대상, 범위 등을 결정할 수 있는 수사지휘권, 구속영장 등 각종 영장에 대한 영장청구권, 피의자를 재판에 회부할 것인지 말 것인지를 결정하는 기소권, 어떤 피의자를 기소하거나 기소하지 않을 수 있는 기소재량권을 가지고 있고, 이미 진행 중인 형사재판까지도 중단시킬 수 있는 공소취소권도 가지고 있다. 게다가 경찰의 수사가 주로 민생침해 사범에 국한되어 있는 반면에, 검찰 수사는 주로 정치인, 주요 공직자 관련 비리사건, 대형 경제사건, 부정선거사건, 공안사건(선거, 노동 등), 마약사건, 조직폭력배사건 등 정치권 및 사회의 흐름에 심대한 영향을 미칠 수 있는 사건에 대한 수사를 다루기 때문에 검찰 자체가 하나의 거대한 권력집단으로 자리잡고 있는 것이 현실이다. 가히 세계 다른 나라에서 유사한 예를 찾아볼 수 없을 정도로 우리나라 검찰의 권한은 막강하다. ‘하지 못하는 일이 없다’를 뜻하는 ‘무소불위(無所不爲)’란 말이 딱 들어맞는 조직이 바로 검찰이다.<sup>1)</sup> 이러한 무소불위의 권력을 가지고 있는 검찰을 견제하기 위해서는 권력의 분산을 통한 “견제와 균형(Checks and Balances)”의 체제를 갖추어야 한다. 수사권 조정 문제의 해법은 권력의 속성에 대한 이해에서 출발해야 한다. 한 손에 집중된 권력 그리고 어떤

1) 김희수·서보학·오창익·하태훈, 『검찰공화국 대한민국』, 삼인, 2011, 142쪽.

권력이든 견제받지 않는 권력은 반드시 남용되고 부패하기 마련이라는 것이 역사가 우리에게 가르쳐 주는 교훈이다.

지난 참여정부는 형사사법 체계를 공판중심주의 실현에 부합하는 구조로 탈바꿈시키기 위한 사법개혁 작업을 진행하였다. 사법개혁추진위원회가 주축이 된 개혁 작업은 국민의 형사재판 참여제도 도입, 국선변호제도 개선, 인신구속제도 개선, 재정신청의 전면 확대, 공판중심주의 확립, 경죄사건 신속처리절차의 도입, 양형제도의 개선 등 다양한 개혁 방안을 제시하였다. 실무가와 학계 간의 수많은 격론 끝에 이끌어 낸 타협적인 형사사법개혁안은 2007년 4월 30일 통과되어 2008년 1월 1일부터 본격적으로 시행되고 있다. 이처럼 사법개혁추진위원회가 공판절차상 정의의 실현을 위하여 국가적인 노력을 기울였다는 점은 높이 평가받을 만하다. 그러나 형사사법의 개혁이 정치적 타협을 통해 점차적으로 공판중심주의에 이르게 될 것이라는 기대는 잘못된 것이다. 현 형사실무를 유지하려는 측과 개혁하려는 측의 절충적인 타협안은 겉보기에는 양자가 조화를 이룰 수 있는 것처럼 보일지 모르나 그 이면에는 많은 문제점을 가지고 있다. 더구나 당시 사법개혁추진위원회는 개정 법안의 입법취지로 공판중심주의적 형사절차의 구현을 내세우면서도 정작 수사권 조정에 대해서는 검찰과 경찰의 자체 협의사항이라는 입장을 내세우며 처음부터 논의 대상에서 제외하였다. 이러한 현상은 아직도 수사가 공판절차의 보조적인 지위에 불과할 뿐만 아니라 수사권 조정을 양 기관의 이해관계로만 국한하려는 인식이 법조계 내에 팽배해 있음을 잘 보여주고 있다.<sup>2)</sup>

사실 경찰과 검찰의 수사권 문제가 논의되기 시작한 것은 해방 당시로 거슬러 올라간다. 1945년 해방 이후 한국은 태평양미국육군총사령부에 의한 군정을 받게 된다. 당시 미군은 비민주적이고 권력 집중화<sup>3)</sup>된 식민지 형사법령 및 법체계<sup>4)</sup>를 폐지하고, 수사와 소추기관을 분리하는 영미식의 분권화된 형사법체계를 우리나라에 도

2) 박노섭, 「한국의 수사구조의 문제점과 개선 방향」, 김희철 의원 주최 바람직한 수사구조개편을 위한 토론회 자료, 2010. 4. 15, 1쪽.

3) 당시 조선형사령에 의하면 소위 '조선의 특수한 사정'의 미명하에 식민지 지배의 효율성을 도모하기 위하여 식민지 검사 및 사법경찰관에게 예심판사와 같은 처분을 할 수 있는 권한을 부여하였고, 수사기관이 자신의 고유한 권한으로 강제처분을 할 수 있도록 허용하였다. (경찰청, 『수사구조개혁백서』, 2010, 4쪽.)

4) 일제 강점기 검사는 조선총독이 임명하게 하고 조선총독을 정점으로 하는 검사 동일체 원칙에 의해 식민 조선의 지배권력을 공고히 하였다. 당시 조선의 검사는 60명 내지 120명에 불과하여 대부분의 수사가 경찰에 의해 수행되었음에도 경찰은 범죄수사와 관련하여 검사의 보조기관으로 파악되었는데, 검찰과 경찰을 상명하복관계로 결합하여 식민 통치 권력의 극대화를 꾀하였던 것이다. (경찰청, 『수사구조개혁백서』, 2010, 4쪽.)

입하려고 하였다. 먼저 1945년 11월 13일 발령된 ‘법무국훈령 제1호 제2조’는 “조선 내에서 체포와 구류하는 것은 정당히 권한이 부여된 군대, 경찰, 경무국관리 및 경무국에서 대리로 지정된 자의 임무이다.”라고 규정하여 체포, 구류권한을 가진 자에서 검사가 배제되었는데, 검사를 체포권한이 있는 기관으로 거론하지 않은 것은 검사를 미국식 소추기관으로 파악하였기 때문이다. 또한 1945년 12월 18일 발령된 ‘경무국장 통첩 제1호’와 1945년 12월 29일 발령된 ‘검사에 대한 법무국 훈령 제3호’에는 경찰에게 전면적인 독자적 수사권을 부여하고,<sup>5)</sup> 검찰과 경찰의 관계를 지휘감독 관계나 명령복종관계가 아니라 긴밀한 협력관계로 설정하고자 하는 미국식 시각이 반영되어 있다.<sup>6)</sup> 그러나 당시 미군정은 국가권력 구조의 민주적 개편 차원에서 접근했다기보다는 식민지를 벗어난 독립국가로서 효율적인 형사소추기능의 신속한 회복이라는 관점에서 출발하였고, 식민지 경찰의 악폐를 고스란히 물려받은 당시 한국 경찰에 인적 청산이나 근본적 개혁이 가해지지 않았던 상황 등으로 인하여 미군정의 의도는 완성되지 못하고 실패하고 말았다.<sup>7)</sup>

1954년 형사소송법 제정 시 분권형(수사와 기소의 분리) 구조의 타당성에는 공감되었으나, 경찰 자질, 검찰 반발 등 현실 여건이 고려되어 일제시대 일본의 형사소송법 구조인 검사 독점적 수사구조로 잠정 회귀하였다.<sup>8)</sup> 이로 인한 논쟁은 오늘날에 이르기까지 시대와 사회 상황에 따라 정도의 차이는 있었으나 끊임없이 제기되고 있다.

수사권 조정에 반대하는 입장에서는 수사권 조정이라는 외적 제도의 혁신은 경찰의 자질 향상이라는 내적 혁신이 반드시 전제되어야만 가능하다고 주장하는 반면에, 수사권 조정을 찬성하는 입장에서는 수사권 조정이라는 외적 제도의 혁신이 지렛대로 작용하여 경찰의 자질을 더 높은 수준으로 끌어 올릴 수 있을 것이라고 주장한다. 경찰의 수사 자질이 부족한 현실은 구성원 개인보다는 그 개개인의 자질을 제한하는 ‘제도’에 기인하고 있다는 점 역시 부인할 수 없다. 사실 사회의 변화와 발전을 위해서 제도가 먼저인지 의식이 먼저인지에 대한 고민은 플라톤과 아리스토텔레스

5) 신동윤, 「수사지휘권의 귀속에 관한 연역적 고찰(I)」, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 2001, 209쪽.

6) 문준영, 「한국 검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2004, 186쪽.

7) 문준영, 위의 논문, 187쪽.

8) 이웅혁, 「진국이후 이루어진 경찰과 검찰의 수사권 논쟁에 대한 총체적 내용 분석」, 한국경찰학회보 제9호, 2005, 166쪽.

텔레스의 철학에서 기원하는 중세의 보편논쟁<sup>9)</sup>을 비롯하여 인류사회가 문제에 봉착했을 때마다 어김없이 등장하는 속제로 이어지고 있다. 제도란 한 사회에서 일반적으로 통용되는 규칙이자 해당 제도에 따르기를 바라는 사회구성원의 기대치의 총합이다. 사회는 이런 제도들의 매트릭스이므로 사회적 존재인 인간은 일정한 제도를 받아들이고 수용함으로써 자신의 존재가 결정된다. 이 점을 지적하면서 뒤르켐(E. Durkheim)<sup>10)</sup>은 “하나의 사회적 사실을 결정해 주는 원인은 그것에 선행하는 다른 사회적 사실들 가운데서 찾아야 하며, 개인의 의식상태와 같은 곳에서 찾아서는 안된다.”고 주장하기도 했다. 니버(R. Niebuhr)<sup>11)</sup> 역시 선량한 개인이 모인 집단이 드러내는 탐욕과 이기심을 지적하면서, 문제해결은 개인의 도덕성에 의지하기보다는 사회구조개혁을 통해서 가능하다고 주장하였다. 특히 개인의 윤리적 역량만을 강조하는 태도는 오히려 사회적 부정을 방관하는 결과를 초래한다고 비판하였다. 게다가 현대사회의 발전과 함께 인간은 본인의 의지와는 관계없이 복잡다단해지는 사회구조 속에 얽매이는 존재가 되었다.<sup>12)</sup> 근대 계몽주의는 ‘인간으로서 개인의 역량’을 강조하면서 태동했지만 결국 사회제도의 변혁으로 나아갔다. 이를 보면, 사회구조가 심화·발전하고 있는 현대사회에서 ‘개인의 자유의지’에 의존하기에는 ‘제도’의 역할이 너무나 심대하기 때문에 더더욱 제도개혁으로 나아가야 한다.<sup>13)</sup>

수사권·기소권을 독점하고 있는 검찰이 수사 전반을 철저히 장악하고 있는 현실 상황에서 대전 범조비리 사건(1999년), 안기부 삼성 X파일 사건(2005년), 윤상림 게이트(2005년), 김홍수 게이트(2006년), 천정관 검찰총장 후보자의 스폰서 의혹(2009년), 김준규 검찰총장의 범조 기자 금품제공 이벤트 사건(2009년), 스폰서 검사 사건(2010년) 등<sup>14)</sup>에서 볼 수 있듯이 국민은 법앞에 평등해야 함에도 불구하고 검찰권

9) 보편이 실제로 존재하는가와 보편과 개별에 대한 우위여부를 두고 벌어진 철학적 논쟁으로, 중세 초기 스콜라 철학이 주도했으며, 이후 사회 발전에 있어 사회실체론과 사회명목론의 논쟁의 주요 철학적 근거를 제시했다.

10) 프랑스의 사회학자로 사회학과 인류학이 형성되는 데 큰 기여를 했다. 뒤르켐은 사회는 각 부분의 합 이상의 존재로, 사회적 사실은 각 사회 구성원의 행동을 초월하는 더 크고 객관적인 실체라고 주장한다. 이러한 뒤르켐의 주장은 사회 변화에 있어 제도와 구조의 힘을 강조하는 제도주의와 구조주의의 토대가 된다.

11) 미국 신학자로 『도덕적 개인과 비도덕적 사회』에서 아무리 도덕적인 개인이라도 그들이 모여 집단을 이루면 집단으로서의 이익을 추구하는 새로운 논리와 생리를 가지게 된다고 지적했다.

12) 후기 구조주의자로 분류되는 부르디외(Bourdieu)는 행위자들은 인간의 자유의지를 긍정하면서도, 사회적 권력 구조 내에서 자유의지와 관계없이 위치지어지는 (positioning)한계를 지적했다.

13) 민갑룡, 「제도와 의식의 이분법을 넘어」, 김희철 의원 주최 바람직한 수사구조 개편을 위한 토론회 자료집, 2010. 4. 15, 3쪽.

14) 참여연대 사법감시센터, 「범조비리 때마다 어김없던 대한민국 검찰의 거짓말」, 참여연대 이슈리포트, 2010. 6. 3-4쪽.

을 남용한 검사들, 브로커로부터 떡값을 받은 검사들은 사실상 수사나 처벌이 허용되지 않는 성역에 존재하고 있다. 그리고 지난 2002년 피의자 고문치사 사건으로 당시 이명재 검찰총장이 옷을 벗고 담당 검사는 구속된바 있고, 2011년 4월 인사비리 연루혐의로 대구지검 특수부의 수사를 받는 과정에서 가혹행위를 당했다며 자살한 경북 경산시청 5급 공무원 김모씨의 주장이 일부 사실로 들어난 것과 같이 검사가 직접 수사를 담당하고, 사법경찰의 수사를 구체적으로 지휘하는 현행 수사구조 하에서는 검찰이 '경찰화'되고, 유죄 입증을 위해 수사과정에서 자백을 포함한 증거의 수집에 몰두하게 될 수밖에 없기 때문에 검찰수사 단계에서도 검사의 묵인 내지 방조 하에 폭행과 가혹행위가 자행되는 등 더 이상 검찰도 인권침해 시비로부터 결코 자유롭지 못하고, 검찰이 사법경찰의 수사를 감시하는 공정하고 객관적인 통제자의 역할을 기대하기 어렵다 할 것이다.

검사는 공익의 대표자로서 기소여부를 판단하고 법령의 정당한 적용을 감시하는 현행법 상의 책무를 부담하고 있다. 공소를 전담하고 있고 광범위한 기소재량권을 행사하고 있는 한국의 상황을 감안하면 검찰의 객관성 및 중립성은 더욱 중요하다. 그러나 공소기관인 검찰이 수사권에 대하여서도 전권을 행사하는 현행 구조 하에서는 객관성과 중립성을 유지하기 어려우므로 견제와 균형을 바탕으로 한 분권과 자율성의 신장이 필요하다.

사실 검사는 공익의 대변자이기 때문에 객관적이고 중립적인 입장에서 수사할 것이고, 때로는 피의자·피고인의 이익을 위해서도 수사 및 입증 활동을 할 것이라는 생각은 수사 현실에 맞지 않는 주장이다. 오히려 검사는 피의자·피고인의 범죄혐의를 추궁하는 대립 당사자의 입장에서 있다고 보는 것이 현실성있는 시각이다.<sup>15)</sup> 검사작성 피의자신문조서의 위헌성 여부에 대한 헌재결정(1995. 6. 29. 선고 93헌바 45)에서 소수의견이 지적한 바와 같이, 검사가 공익의 대표자라고 하는 것은 국가와 개인의 긴장관계에서 국가를 대표하여 제3의 중립적 기관인 법관에게 심판을 요구하는 지위에 있다는 것에 지나지 않는다고 보는 것이 옳다. 나아가 인권보장기관으로서의 검찰의 지위도 신뢰하기 어렵다. 그동안의 사례에서 보듯이 검찰 자신도 결코 인권 침해의 시비로부터 자유롭지 못하기 때문이다.

우리나라에서 검찰과 경찰 모두가 국민의 신뢰를 받고 진정한 인권의 수호자로서

15) 손동권, 「수사독립권, 경찰에게 보장하여야 한다」, 시민과 변호사 통권 제10호, 1994, 209쪽.



임무를 다하기 위해서는 검찰과 경찰간의 합리적인 조정을 통한 수사권의 법적·제도적 개선이 이루어져야 할 것이다.

권력 분립이라는 것은 국가기관 간의 “견제와 균형”을 통해 국가 권력의 남용을 막아 ‘국민의 자유와 권리(기본권)를 보장’하기 위한 것이다. 그러나 우리나라에서는 수사권의 주체여부에 따라 그 권한 행사에 있어서 엄격한 차이가 존재하며 일방적으로 지휘·조정하는 상명하복식의 관계가 강제되어 있을 뿐만 아니라 현실적으로도 상호 협력·견제의 관계보다는 일방적 지휘·복종의 관계가 정립되어 있다. 따라서 현재 검찰과 경찰 간의 관계를 수평적·협조적 그리고 상호 견제가 가능한 관계가 되도록 재정립할 필요성이 제기된다. 이를 위해 권력기관 상호간의 균형적 권한배분과 견제, 수사의 효율성, 실제적 진실발견 및 사법정의의 실현, 피의자의 인권보호 등의 관점을 주안점 두어 기준마련을 해야 할 것이다.

수많은 논란에도 불구하고 국회는 지난 2011년 6월 30일 오후 본회의를 열어 검·경 수사권 조정과 관련한 형사소송법 개정안을 통과시켰다. 검찰이 집단 반발하고 있는 형소법 개정안은 이날 여야 의원들의 찬반토론 끝에 표결에 부쳐져 재석의원 200명 중 찬성 175명, 반대 10명, 기권 15명으로 가결됐다. 형사소송법 개정안은 수사 현실을 반영해 경찰의 수사개시·진행권을 명문화 했다. 또한 제196조를 고쳐 경찰관에 대한 검사 수사지휘의 구체사항은 법무부령이 아닌 국무회의 심의가 필요한 대통령령으로 정하도록 했다. 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘 범위는 ‘모든 수사’로 정했다.<sup>16)</sup> 검찰청법 제53조의 복종 의무도 삭제하기로 했다. 검찰과 경찰의 수사권 조정이 국회 차원에서 일단 마무리된 것이다. 일부에서는 수사 현실을 명문화·법제화한 것에 불과하다고 하지만 경찰에도 수사개시·진행권을 부여하고 그에 따라 경찰도 수사의 주체가 되었으며, 검찰과 경찰은 단순한 상명하복의 관계가 아니라 동등한 수사자의 지위로 변모하고 있다고 받아들일 수 있다.

- 
- 16) 형사소송법 제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.  
② 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.  
③ 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.  
④ 사법경찰관은 범죄를 수사할 때에는 관계 서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다.  
⑤ 경사, 경장, 순경은 사법경찰관으로서 수사의 보조를 하여야 한다.  
⑥ 제1항 또는 제5항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.

이 연구는 이러한 수사권체제 변화의 시점에서 우리나라 수사구조에 대한 체계적이고 종합적인 분석을 통하여 검사와 경찰의 수사상 지위와 권한 등의 문제점을 파악하고 검찰과 경찰의 역할과 상호관계에 관한 현행법규에 대하여 분석 검토한 후 합리적인 수사권 조정의 방향과 모델을 제시하고자 한다.

## II. 연구 범위와 방법

본 연구는 실질적으로 범죄수사를 담당하고 있는 경찰에게 독자적 수사권이 부여되지 않고 소추기관인 검찰이 수사권을 독점하고 있는 현 수사체제의 문제점을 검토하여 형사사법체계의 선진화를 위한 검찰과 경찰의 수사구조의 법적 해결방법을 찾고자 한다. 따라서 수사구조에 대한 체계적이고 종합적인 분석을 통하여 수사권을 어떻게 조정하는 것이 '권력분립의 원리'에 타당하고 '국민'을 위한 것인지 검사와 경찰의 수사상 지위와 권한 등의 문제점을 파악하고, 해결하기 위해 다음과 같이 본론을 구성하였다.

제2장에서는 수사권 조정을 위한 전 단계 논의를 다룰 것이다. 여기서는 수사의 일반이론, 특히 검사와 사법경찰관리의 관계, 형사소송에서의 수사절차의 위상, 경찰수사권의 법적근거에 대하여 살펴볼 것이다. 제3장에서는 외국의 수사 구조 형태를 국가별로 검찰 주도형, 경찰 주도형, 혼합형으로 분류하여 검토하였고, 제4장에서는 수사권 조정 논쟁과 관련하여 우리나라 수사구조의 연혁과 현 수사구조의 문제점을, 제5장에서는 수사권 조정에 대한 찬·반론을 검토하여 재정리하였으며, 제6장에서는 지난 2011년 6월 30일 국회를 통과한 개정 형사소송법상의 수사체제에 대한 논쟁, 바람직한 수사권 조정의 방향과 모델, 경찰의 개혁과제를 제시하였다.

본 논문은 문헌 분석적 연구 방법을 통하여 수사권 조정과 관련된 법규와 제규정 및 국내외 연구 논문과 단행본, 각종 학회지와 보고서, 정부 자료 그리고 국내외의 관련법규와 다양한 인터넷 자료들을 분석하고 연구하였다. 이러한 연구를 통해 우리나라 현행 수사구조의 문제점을 파악한 후 그에 따른 합리적인 수사권 조정의 방향을 제시하였다.

## 제2장 수사권 조정을 위한 전 단계 논의

### I. 수사의 일반이론

#### 1. 수사, 수사권, 수사지휘권의 개념

형사절차는 수사에 의하여 개시된다. 따라서 수사는 형사절차의 제1단계라고 할 수 있다. 수사의 개념에 대하여는 아직도 견해가 일치하지 않지만<sup>17)</sup>, 범인을 발견하고 범죄의 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동이 수사라는 견해가 비교적 타당성을 갖는다고 할 수 있다.<sup>18)</sup> 그러므로 범죄를 수사한다는 것은, 첫째 공소의 제기 및 수행을 위한 준비활동인 동시에 국가가 행하는 형벌권의 실현을 위한 형사소송 절차의 일환이고, 둘째 수사는 범죄사실의 진상을 규명하는 활동인 동시에 밝혀진 범죄사실에 적용할 형벌 법령을 명백히 하는 절차이며, 셋째 범죄수사는 범죄사실의 진상을 파악하고 범인과 증거를 수집하여 형사절차를 적용하기 위한 실체적 진실을 발견하는 과정이다. 넷째로 범죄수사는 범죄사실을 밝히고 범인을 검거함에 국한되는 것이 아니라, 범죄의 일시와 장소 및 동기, 처벌조건이나 형의 가중 감면 조건이 되는 사실의 유무 등 범죄와 관련하여 작량 경감에 해당하는 사실의 발견 등에 이르기까지 직접적인 범죄 구성요건 해당사실이 아니더라도 필요한 사실을 발견하고 필요한 사실을 수집하는 것이다.<sup>19)</sup>

수사개시 단계에서는 고소·고발의 접수, 인지 수사의 개시, 현행범인의 체포와 조사, 변사자에 대한 검시, 수사개시의 전단계로서의 내사 등 활동이 주요내용이 된다. 진행단계에서는 각종의 자료와 증거의 수집, 피의자나 참고인에 대한 조사, 이에 관련된 체포나 소환, 구속적부 심사, 증거물의 압수·수색, 감청, 현장검증, 증거물

17) 이재상, 『신형사소송법 (제2판)』, 박영사, 2009, 179쪽.

18) 강수열, 「경찰수사권체제에 관한연구」, 박사학위논문, 부산대학교 대학원, 2002, 6-7쪽.

19) 김경희, 「사법경찰의 수사권독립에 관한 연구」, 치안연구소, 1999, 4쪽.



에 대한 각종 분석과 감정, 수사요원의 잠복근무나 순찰, 추적 등이 주요 내용이, 종결단계에서는 혐의에 대한 사실적 법률적 의견의 형성과 이에 따른 불기소, 즉결 심판회부, 소년부송치, 소추 등의 처분이 주요내용이 된다. 수사활동에는 위와 같은 직접적 활동 이외에도 수사과정에서의 협력요구, 수사결과보고, 당사자 통지 및 언론공포 등도 중요하다. 수사권이란 이러한 활동을 하는데 필요한 법적 권한이고, 수사지휘권이란 이러한 활동에 관여되는 자 상호간의 지휘명령권이다.<sup>20)</sup>

## 2. 수사의 목적

### 1) 기소 전 수사의 목적

기소 전 수사의 목적은 첫째, 피의 사건에 관하여 범죄의 혐의 유무를 밝히고 정상을 명백히 하는 것이 수사의 제1차적인 목적이다.<sup>21)</sup> 범죄의 혐의 유무와 정황은 기소 또는 불기소를 결정하는 기준이 되기 때문이다. 둘째, 피의자의 발견·보전과 증거의 발견·수집·보전이다. 피의자의 발견·보전은 수사절차의 진행을 위해서도 필요할 뿐 아니라 피의자를 발견하지 못하면 기소중지를 할 수 밖에 없기 때문에 공소제기를 위해서나 공소제기 후 공판절차에서 피고인의 출석 또는 형의 집행을 확보하기 위해서도 요청된다. 증거의 발견·수집·보전은 범죄의 혐의 유무를 밝혀 기소·불기소를 결정하기 위해서 필요할 뿐 아니라 공소제기 후 공소의 유지를 위해서도 요청된다. 증거는 범죄사실에 관한 증거에 한하지 않고 정황 또는 소송조건 의 존부에 관한 증거를 포함한다. 한편 수사의 결과 불기소처분에 의해서 수사가 종결되는 경우도 있으므로 기소·불기소 결정이 수사의 목적이라고 볼 수 있다. 끝으로 수사는 본질적으로 공소의 제기, 유지를 위한 준비행위 이므로 공소제기·공소유지는 수사의 제1차적 목적이다.<sup>22)</sup>

### 2) 기소 후 수사의 목적

20) 구상진, 「수사체제조정논의 재검토」, 한국법학원, 저스티스 통권 제100호, 2007. 10, 199쪽.

21) 백형구, 『형사소송법강의』, 박영사, 2000, 326쪽.

22) 강수열, 앞의 논문(주 18), 8-9쪽.

기소 후의 수사는 공소의 유지와 수행에 있다. 따라서 공소제기 후의 수사는 공소 유지에 필요한 증거의 수집·보전이 그 중심을 이룬다. 그러나 피고인의 당사자적 지위, 즉 소송당사자로서 피고인은 반대 당사자인 검사와 법률상 당사자 평등의 원칙 또는 무기평등의 원칙에 의거 평등한 지위에 있게 된다.

피고인은 공판심리단계에서 비로소 소송당사자로서의 본격적인 소송활동이 가능하게 된다. 공판심리에 의하여 피고사건에 관한 실체형성을 하기 위해 조사·심리를 하지만 공판중심주의에 의거 공소제기 후의 압수·수색·검증과 같은 대물적 강제수사는 원칙적으로 허용되지 아니하므로, 증거의 수집·보전이라는 기능은 그리 중요하지 않다. 또한 공소제기 이후에는 수사기관에 의한 피고인 구속이 허용되지 아니하므로 피고인의 보전은 기소 후 수사의 목적이 아니다. 한편 공소제기 후의 피고인 조사·참고인 조사는 공소의 유지에 그 목적이 있다.<sup>23)</sup>

### 3. 수사의 지도원리

수사의 지도원리는 수사절차를 전반적으로 지도하고 있는 기본원리가 무엇인지에 대한 문제로서 수사기관의 방향에 따라 기본원리의 방향이 상이하다. 범인의 처벌에 중점을 두는 경우에는 실체적 진실발견주의가 강조되며, 피의자의 인권보장에 중점을 두는 경우에는 적정절차의 법리에 중점을 두게 된다. 그러나 수사의 목적달성이라는 면에서 볼 때 합리적인 조화가 요청된다. 이러한 관점에서 현행법상 수사의 지도원리는 실체적 진실주의, 무죄추정의 법리, 필요최소한도의 법리, 적정절차의 법리라고 할수 있다. 이러한 지도원리의 제도적 표현인 수사의 기본원칙은 임의수사의 원칙, 수사비례의 원칙, 수사비공개의 원칙, 영장주의의 원칙, 제출인환부의 원칙, 강제수사법정주의 등이 있다.<sup>24)</sup>

#### 1) 실체적 진실주의

23) 강수열, 앞의 논문(주 18), 8-9쪽.

24) 백형구, 앞의 책(주 21), 335쪽.

실체적 진실주의는 재판의 기초가 되는 사실을 인정함에 있어 객관적 진실을 추구하는 것을 말한다. 즉 법원이 당사자의 사실상의 주장, 사실의 인정 또는 당사자가 제출한 증거에 구속되지 아니하고 실질적으로 사건의 진상을 규명하여 객관적 사실을 발견하는 소송법상의 원리를 말한다. 이와 반대로 법원이 당사자의 사실상의 주장, 사실의 인부, 당사자가 제출한 증거에 구속되어 사실의 진부를 인정하는 주의를 형식적 진실주의라고 한다. 실체적 진실주의는 내용적인 측면에서 적극적 실체진실주의와 소극적 실체진실주의로 구별되고 있다.<sup>25)</sup> 적극적 실체진실주의란 범죄사실을 명백히 밝혀 죄 있는 자는 빠짐없이 벌하도록 하는 것이며, 소극적 실체진실주의는 죄없는 자를 유죄로 하는 일이 없도록 하려는 원리로서 ‘열 사람의 범인을 놓치는 한이 있더라도 한 사람의 죄없는 사람을 벌하여서는 안된다’ 또는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 무죄추정의 원리를 강조한다.<sup>26)</sup>

## 2) 무죄추정의 원리

무죄 추정이란 형사절차에서 피의자 또는 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 원칙을 말한다.<sup>27)</sup> 무죄추정의 원리는 인간 구속에 대한 제한 원리로 그 내용은 첫째, 인간 구속 그 자체를 제한하는 원리로 작용하고 있으며 둘째, 구속 중인 피의자는 가급적 석방되어 시민적 자유를 향유할 것을 요청하고 있고 셋째, 구속 중에도 피의자가 구속 이외의 불필요한 고통을 당하지 않도록 가급적 인간적인 대우를 할 것을 요구하고 있다. 현행법상 임의수사의 원칙인 구속적부심사제도, 접견교통권의 보장 등은 무죄추정의 원리를 이념적 기초로 하고 있다고 할 수 있다. 고문의 절대적 금지, 위압적 모독적 신문의 금지 등은 무죄추정의 원리에 의하여 요청된다.

## 3) 필요최소한도의 법리

25) 성민곤, 「경찰의 독자적 수사권 확보 전략에 관한 연구」, 석사학위논문, 한양대학교 행정대학원, 2004, 12-13쪽.

26) 이재상, 앞의 책(주 17), 34쪽.

27) 백형구, 『형사소송법강의』, 박영사, 2001, 340쪽.

수사처분에 있어서 강제수사의 경우는 물론 임의수사의 경우도 인권 제한적 처분  
이므로 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용되어야 한다. 이를 필요최소한도의  
법리라 하고 이것을 강제처분의 제한의 한 지도원리로 이해하는 견해가 있으나 임  
의수사도 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용되어야 하므로 수사의 일반적 지도  
원리라고 이해하여야 한다.<sup>28)</sup> 따라서 이 법리는 수사의 조건에 관한 이론적 근거일  
뿐 아니라 실정법상으로는 수사 비례의 원칙으로 나타난다.<sup>29)</sup>

#### 4) 적정절차의 법리

적정절차의 법리는 형사절차 전체의 지도원리 이므로 수사절차에서도 지도원리로  
작용하고 있다.<sup>30)</sup> 수사의 상당성은 적정절차의 원리를 그 이론적 기초로 하고 있으  
며, 수사의 민주화 경향에 따라 인권보장의 기본원리로서 적정절차의 원리가 더욱  
강조되고 있다. 절차 위반이나 위법한 수사방법에 의하여 수집된 증거에 대하여 그  
증거능력을 원칙적으로 부정해야 한다는 것은 적정절차의 원리를 이론적 근거로 하  
고 있는 것이다.

## II. 수사기관의 종류 및 관계

### 1. 검사

헌행법상 검사는 수사의 주체로서 범죄수사에 관하여 사법경찰관리에 대한 지휘·  
감독권이 있는 수사의 주재자이다(형사소송법 제195조, 제196조, 검찰청법 제4조 제  
2호, 제53조, 제54조)<sup>31)</sup>. 즉 검사는 경무관 이하 사법경찰관에 대한 수사지휘권(검사

28) 성민곤, 앞의 논문(주 25), 14쪽.

29) 백형구, 앞의 책(주 21), 336쪽.

30) 백형구, 앞의 책(주 21), 337쪽.

31) 김한섭, 「우리나라 수사제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 연세대학교 행정대학원, 2002, 44-45쪽.

와 사법경찰관리와 상명하복 관계(검찰청법 제4조)에 있다), 서장이 아닌 경정이하의 사법경찰관리에 대한 교체임용 요구권(검찰청법 제54조), 검사 영장신청 독점(헌법 제12조 제3항 및 형사소송법 제201조), 검사의 경찰서 유치장 감찰권(형사소송법 제198조 제2항) 등 모든 수사권을 검사가 독점하고 있다.<sup>32)</sup>

## 2. 사법경찰관리

### 1) 일반사법경찰관리

일반사법경찰관리는 경찰청 및 해양경찰청 소속의 일반사법경찰관리와 검찰청 소속 일반 사법경찰관리로 구분된다. 경찰청 및 해양경찰청 소속 일반사법경찰관리는 경무관, 총경, 경감, 경위가 사법경찰관에 해당하고 경찰청 및 해양경찰청에 근무하는 경무관은 사법경찰관에 해당하지 않는다(형사소송법 제196조 제1항, 경찰공무원법 부칙 제6조). 또한 검찰청 소속 일반사법경찰관리는 검찰수사서기, 수사사무관, 마약수사사무관, 검찰주사, 마약수사주사, 검찰주사보, 마약수사주사보로서 검찰총장 및 각급 검찰청 검사장의 지명을 받은 자는 검찰청 또는 지청에서 수리한 사건에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하고, 검찰서기, 마약수사서기, 검찰서기보, 마약수사서기보로서 위와 같은 지명을 받은 자는 사법경찰관의 직무를 행한다(검찰청법 제46조 제2항, 제47조 제1항).

### 2) 특별사법경찰관리

특별사법경찰관리는 전문분야에 대한 범죄수사에 있어서 일반사법경찰관리만으로는 전문지식의 부족과 행정기관의 소관업무에 대한 감독의 효율성 등으로 인하여 효율적이고 적정한 수사를 기대하기 어려우므로 각 전문분야의 업무에 종사하는 공무원들에게 해당 전문분야에 관한 범죄수사권을 특별히 부여하기 위한 제도이다.

특별사법경찰관리도 사법경찰관리인 점에서는 일반사법경찰관리와 다를 바 없으나 그 직무의 범위가 특수한 사안 또는 지역에 한정되어 있다는 점이 다르다. 특별사

32) 장혁준, 「수사권에 관한 형법적 고찰」, 석사학위논문, 서강대학교 대학원, 2005, 51쪽.

법경찰관리를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정하며(형사소송법 제197조), 이에 따라 ‘사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률’이 제정되어 있다. 기타 특별법에서도 특별사법경찰관리에 관한 규정을 두고 있는 경우가 있다.

### 3. 현행법상 검사와 사법경찰관리의 관계

#### 1) 상명하복관계

현행법상 검사는 수사의 주체이고 사법경찰관리는 검사의 보조기관에 불과하다. 즉 형사소송법상 검사와 사법경찰관리의 관계는 상명하복관계에 있다. 따라서 검사는 범죄수사에 관하여 사법경찰관리를 지휘·감독하고(검찰청법 제4조 2호) 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다(검찰청법 제53조). 사법경찰관리에 대한 검사의 상명하복관계를 제도적으로 보장하기 위하여 검찰청법은 지방검찰청 검사장에게 교체임용요구권과 수사중지명령권을 인정하고 있다(검찰청법 제54조).<sup>33)</sup>

#### (1) 경찰의 보고의무

사법경찰관은 중요범죄가 발생하였다고 인정될 경우에는 즉시 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고(사법경찰관리집무규칙 제11조)하여야 한다. 이로 인해 현행법상 사법경찰관의 수사개시에 있어서도 독자적 권한이 인정되고 있지 않음을 알 수 있다. 또한 사법경찰관은 소요의 발생이 사회적 불안을 조성할 우려가 있을 때와 사회단체의 활동이 사회의 질서에 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 그 사실과 경찰조치를 지체없이 관할 검사장 및 지청장에게 보고하여야 한다. 이는 경찰의 고유한 권한인 범죄예방 및 정보유치에 대하여도 검찰이 개입하려는 의도이다.<sup>34)</sup> 나아가 사법경찰관리집무규칙 제12조의 2 에서는 ‘정당, 사회단체의 동향이 사회질서에 영향을 미칠 우려가 있을 때 사법경찰관은 지체없이 검사장 또는 지청장에 보

33) 이재상, 앞의 책(주 17), 100쪽.

34) 손동권, 「수사권독립, 경찰에 보장하여야 한다」, 시민과 변호사, 1994, 207쪽.

고 하여야 한다'라고 규정하고 있는 바, 정당이나 사회단체의 동향정보는 주로 정보과 소속경찰관이 수집하는 정치정보에 가까운 것인데, 이 규정은 사법경찰관이 이러한 정보를 수집할 수 있도록 규정하고 있다. 현재는 정보경찰이 정치정보를 수집해도 문제가 되는 만큼 검찰이 정당과 사회단체의 동향에 관한 정보를 보고 받아야 한다는 것은 검찰이 스스로 주장하는 준사법기관적 성격과 동떨어진 점이 없지 않다.<sup>35)</sup>

## (2) 검찰에의 사건 송치의무

사법경찰관은 모든 사건을 수사종결 시 관할 검사장 또는 지청장에게 송치(사법경찰관리집무규칙 제54조)하여야 하며, 고소·고발사건의 경우 2개월 내 수사를 완료하여 송치하여야 하고 만약 기간 내 완료치 못한 때에는 그 연장지휘(사법경찰관리집무규칙 제59조 제1항)를 받아야 한다. 또한 사건의 송치 후에 당해 사건에 속하는 피의자의 여죄를 발견하였을 때에는 즉시 주임검사에게 보고하여 그 지휘(사법경찰관리집무규칙 제59조 제2항)를 받아야 한다.

## (3) 검사의 독점적 영장청구권

헌법 및 형사소송법에서는 각종 영장 청구를 검사만이 할 수 있도록 규정(헌법 제11조 제3항, 형사소송법 제201조, 제215조)하고 있다. 이에 따라 사법경찰관은 직접 법원에 영장을 청구할 수 없으며 검사에게 신청하면 검사가 필요성을 판단하여 판사에게 청구하도록 되어 있다. 또한 영장의 집행은 사법경찰관리가 행하나 이것 역시 검사의 지휘(형사소송법 제81조, 사법경찰관리집무규칙 제23조 제3항)에 의하도록 되어 있다. 이러한 검사의 독점적 영장청구권은 사법경찰에 대한 수사통제로서 아주 유용한 수단이 되고 있다. 법률기관이 하는 일은 해당 법률에 명시되어야 함에도 불구하고 우리나라에서는 법률기관인 검사가 하는 일이 헌법에 명시되어 있는 특이점을 보이고 있다. 이 조항이 헌법에 편입된 것은 5.16 이후 1962년 실시된 5차 개헌 때인데, 형사소송법에 규정 되면 될 영장청구가 헌법에 규정된 것은 전세계적

35) 박철우, 「수사권의 합리적 배분에 관한 연구」, 박사학위논문, 조선대학교 대학원, 2008, 23-24쪽.



으로 우리나라에서 밖에 찾아볼 수 없는 일이다.

#### (4) 검사의 수사중지명령과 체임요구권

경찰서장이 아닌 경정 이하의 사법경찰관리가 직무집행에 관하여 부당한 행위를 하는 경우 지방검찰청 검사장은 당해 사건의 수사중지를 명하고 임용권자에게 대체 임용을 요구할 수 있다. 이 요구가 있을 때 임용권자는 정당한 이유를 제시하지 아니하는 한 교체임용의 요구(검찰청법 제54조)에 응하여야 한다.

#### (5) 검사의 체포·구속장소 감찰권

검사는 매월 1회 이상 경찰의 피의자 체포·구속 장소를 감찰하여 피구속자가 불법으로 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때에는 즉시 구속 피의자를 석방한다. 감찰은 이러한 유치장 감찰권과 포괄적 수사지휘권을 통해 경찰서장 고유권한인 내사종결권, 즉결심판사건, 교통사고처리현황 등 경찰업무의 전반을 감찰하고 있으나, 미국, 영국, 독일, 프랑스, 일본 등 어느 선진국도 검사의 유치장 감찰권을 규정하고 있는 나라는 없다.

#### (6) 검사의 변사체 검시에 대한 지휘권

변사체가 발생하면 사법경찰관은 검사에게 보고하여 지휘를 받으며 그 명에 의하여 검시조서를 작성(형사소송법 제222조, 사법경찰관리집무규칙 제33조)한다. 이는 수사의 단서에 해당하는 영역까지 검사의 지휘권을 인정한 규정이라 할 수 있다.

#### (7) 경찰의 타 관할 조사시 보고의무

사법경찰관리가 관할구역 외에서 수사를 하거나 관할구역 외의 사법경찰관리의 촉탁을 받아 수사를 할 때에는 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 하며 긴급을 요할 때에는 사후에 보고할 의무(형사소송법 제210조)가 있다.



## (8) 검사의 사법경찰관리에 대한 행정적 체임요구권

관할 지방검찰청 검사장은 사법경찰관리가 폭력행위등처벌에관한법률위반의 여죄가 발생하였음에도 불구하고, 이를 보고하지 아니하거나 수사를 태만히 하거나 또는 수사능력 부족 등 기타의 이유로 사법경찰관리로서 부적당하다고 인정하는 자에 대해서는 그 임명권자에게 사법경찰관리의 징계, 해임 또는 체임을 요구할 수 있다. 제1항의 요구가 있을 경우에 임명권자는 2주일 이내에 당해 사법경찰관리에 대하여 행정처분을 한 후, 이를 관할 지방검찰청 검사장에게 통보(폭력행위등처벌에관한법률 제10조, 사법경찰관리의 행정적 책임)하여야 한다. 이는 검찰이 경찰의 행정처분까지 간섭할 수 있는 규정이다.

## 2) 수사구조상의 관계

### (1) 수사개시 전 단계

공공의 안녕과 질서를 침해하는 위험 발생을 방지하고 제거하는 활동은 원칙적으로 경찰의 고유한 권한이다. 따라서 이미 일어난 범죄사건을 규명하고 범인을 처벌하기 위한 활동이 아닌 장래에 일어날지 모르는 범죄에 대한 예방과 정보수집 활동은 수사의 영역에 속하는 것이 아니다.

그러나 현행 법규는 검찰이 인정한 경우 경찰의 활동에 관여할 수 있는 여지를 마련해 놓고 있는데, 사법경찰관리집무규칙 제11조와 제12조를 보면 경찰은 중요범죄가 발생하였다고 인정될 경우 즉시 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다고 규정하고 있다. 아직 범죄가 발생하지 않았더라도 발생의 염려가 있는 경우에는 그 동태를 보고하여야 한다고 규정하고 있으며, 소요 발생 기타의 사유로 사회적 불안을 조성할 우려가 있을 때, 정당이나 사회단체의 동향이 사회질서에 영향을 미칠 우려가 있을 때에도 그 사실과 경찰조치를 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다고 규정하고 있다.

## (2) 수사개시 단계

수사는 수사기관의 주관적 판단에 의하여 개시된다. 검사는 범죄혐의가 있다고 사료될 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사(형사소송법 제195조)하여야 한다. 경찰도 경찰법과 경찰관 직무집행법상 범죄수사를 그 임무로 하고 형사소송법상에서도 수사권한을 인정하고있는 만큼 수사단서를 발견하면 수사에 임하여야 한다. 그러나 경찰의 수사개시는 형사소송법 제196조 규정에 의거 독자적인 권한이 아니며, 검사의 지휘에 따르는 것이라 할 수 있다. 이와 관련하여 구체적으로 경찰의 수사개시에서 검찰의 지휘가 어떻게 이루어져야 하는지를 설명하는 규정은 없지만, 수사개시의 원인이 되는 수사단서의 발견과 관련하여 검찰과 경찰의 관계를 구체적으로 규정하고 있는 현행법규상에 '변사자 검시'(형사소송법 제222조 제1항, 제3항)에 관한 것이 있다.

변사자 또는 변사의 의심이 있을 때에는 그 주소지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 하며, 검사는 이를 사법경찰관에게 명할 수 있다. 사법경찰관리가 변사자 또는 변사의 의심이 있는 사체를 발견하였을 때에는 즉시 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하고 그 지휘를 받아야 한다. 이러한 규정의 취지는 변사자의 검시는 원칙적으로 검사의 책무이고 사법경찰관이 이를 행할 때에는 반드시 검사에게 보고 한 후 그의 명이 있는 경우에 한하여 검시를 행하여야 한다는 것이다.

## (3) 수사활동 단계

경찰은 원칙적으로 범죄수사를 독자적으로 할 수 없으므로 수사진행 과정 역시 검사의 지휘에 따라 행해져야 한다. 형사소송법과 사법경찰관리집무규칙은 경찰수사상 검찰의 지휘권을 확보하기 위해, 경찰의 보고의무를 규정하고 있고, 강제수사를 위한 영장청구권을 검사에게만 부여하고 있으며, 이러한 시스템을 확고히 할 수 있도록 검찰이 경찰에게 영향력을 행사할 수 있는 장치를 마련하고 있다. 이러한 규정은 경찰과 검찰이 별도의 조직에 속해 있지만 수사에 관한 하나의 수사체제 안에서 운영될 수 있도록 만든 수단으로 검찰이 경찰에 대하여 직접 행정적 책임을 요구할 수 있도록 했다.

한편, 수사체제에서 경찰과 검찰의 직접적인 관계를 규율하는 규정은 아니지만 우리 수사체제의 중요한 특징으로 볼 수 있는 것은 검사작성의 피의자신문조서와 사법경찰관리 작성의 피의자신문조서의 증거능력에 차이를 두는 것이다. 이렇게 경찰작성 조서와 검찰작성 조서의 증거능력에 대하여 차이를 두는 조항은 우리나라에만 있는 특이한 조항이다.

#### (4) 수사종결 단계

사법경찰관은 자체적으로 수사를 종결할 수 없고 수사종결 시 모든 사건을 관할 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다. 송치후 수사를 속행하는 경우에는 미리 주임검사의 지휘(사법경찰관리집무규칙 제59조 제1항)를 받아야 한다. 사건의 송치 후에 당해 사건에 속하는 피의자의 여죄를 발견하였을 때에는 즉시 주임검사에게 보고하고 그 지휘(사법경찰관리집무규칙 제59조 제2항)를 받아야 한다.

### 3) 소결론

우리나라 수사현실은 한 해 동안 발생하는 전체 형사범죄의 대부분이 경찰에 의해 처리되고 있다. 그러나 현행법상 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 검사를 보좌·보조하는 역할만이 주어지고(형사소송법 제196조, 검찰청법 제53조) 수사권의 주재자는 검사로 규정되어 있다(형소법 제195조). 물론 경찰에게도 범죄의 수사가 그 직무로 규정되어 있고(경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조 제1호, 사법경찰관리집무규칙 제2조 제2항), 실무에서도 독자적으로 범죄를 입건·수사하는 수사개시권을 행사하고 있다. 그러나 검사의 수사권은 사법경찰관의 수사권에 비하여 그 양적·질적 제한이 없는 우월한 수사권이다. 검사는 수사의 개시, 진행, 종결권을 가지며, 직접수사를 하거나 사법경찰관의 수사를 지휘하거나 또는 사법경찰관이 수사하고 있는 사건에 대하여 송치 지휘를 하는 방식으로 수사권을 행사한다. 또한 헌법과 형사소송법은 영장청구권을 검사에게 전속시키고 있다(헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제201조, 제215조).

경찰에게는 독자적으로 수사를 종결시킬 수 있는 권한이 주어지지 않기 때문에

자체 수사 완결 시 반드시 모든 사건을 관할 검찰에 송치시켜야 하며(사법경찰관리  
집무규칙 제54조)<sup>36)</sup>, 또한 강제수사를 위한 독자적 영장 청구권이 인정되지 않기 때  
문에 반드시 검찰을 통해서만 영장을 청구할 수 있다(헌법 제11조 제3항, 형사소송  
법 제201조, 제215조). 나아가 경찰에게는 검찰에 대한 수사사무보고·정보보고의무  
(사법경찰관리집무규칙 제11조, 제12조), 타관할 수사 시 보고의무(형소법 제210조)  
등이 부과되어 있다. 반면 검찰에게는 경찰의 피의자 체포·구속장소 감찰권(형사소  
송법 제198조의 2), 변사체검시에 대한 지휘권(형사소송법 제222조, 사법경찰관리집  
무규칙 제33조), 사법경찰관리에 대한 행정적 체임요구권(폭력행위등처벌에관한법률  
제10조), 경찰수사중지 명령권과 사법경찰관리의 체임요구권(검찰청법 제54조) 등이  
주어져 있어 전체적으로 수사권 행사에 있어서 검·경간의 수직적 상명하복의 관계  
가 강제되어 있다. 결국 경찰은 범죄수사의 대부분을 맡아 처리하고 있음에도 불구  
하고 그 실제적 역할에 걸맞는 법적 지위를 인정받지 못하고 있으며, 수사권의 주  
체인 검찰의 보조자로서 머물고 있는 것이 현실이다.

지난 2011년 6월 30일 국회는 본회의 에서는 검·경 수사권 조정과 관련한 형사소  
송법 개정안을 통과시켰다. 개정안은 수사현실을 반영해 경찰의 수사개시·진행권을  
명문화했고 검찰청법 제53조의 복종의무도 삭제하기로 했다. 앞으로 검찰과 경찰은  
단순한 상명하복의 관계가 아니라 동등한 수사자의 지위로 변모하고 있다고 생각된  
다.

### Ⅲ. 형사소송에서의 수사절차의 위상

#### 1. 수사절차의 탄생

대륙법계의 형사소송이 근본적인 변화를 경험하게 된 것은 프랑스 혁명을 통해서

36) 사법경찰이 범죄자를 입건하여 필요한 수사를 행한 이후에는 통고처분제도(도로교통법 제118조, 경범죄처벌법 제6조 등)에 따라 범칙금을 납부한 사건과 즉결심판사건(법원조직법 제34조)을 제외한 모든 사건을 검사에게 송치하여야 한다.

였다. 이 사건을 통해 인간은 봉건제의 전통과 인습에서 벗어나게 되었고, 인간 스스로를 권리의 주체인 인격으로 인정하여 모든 인간의 이름으로 인권을 선언하기에 이르렀다. 프랑스 혁명 직후에 이루어진 권리선언 제9조는 ‘누구든지 범죄인으로 선고되기까지는 무죄로 추정된다’고 선언하였고, 형사절차 내의 규문소송의 폐지와 고문의 폐지가 절대적 지지를 받게 되었다.

이러한 권리선언에 힘입어 대륙법계 국가에서는 중세 이후 정치적인 권력관계의 역사적인 산물이었던 규문주의 소송의 문제점을 해소시키기 위한 형사소송의 새로운 방향이 제시되었다.<sup>37)</sup> 당시 대륙법계 형사소송은 중심절차로서의 공판절차를 공개주의·구술주의·직접주의 그리고 집중주의의 원칙 하에 둠으로써 사회에 대한 국가 형벌권의 합법화를 시도하였다. 또한 규문판사에 의해 주도되어 왔던 형사절차를 기소권자와 판사가 상호 분리되는 새로운 형태의 탄핵주의 형사절차로 전환하였다. 이와 같이 형사절차에 기소권자를 개입시킨 탄핵주의 원칙은 형사절차를 양분함으로써 마침내 공판절차와 구분되는 근대적 의미의 수사절차를 탄생시키는 계기가 되었다.<sup>38)</sup>

## 2. 수사절차의 위상에 대한 재평가

근대적 의미의 수사절차는 초기에는 공판절차를 위한 준비절차에 불과하였다. 독일, 프랑스 등 당시 제국주의 형사소송법은 수사상 강제처분의 권한을 예심판사(Untersuchungsrichter)의 수중에 그대로 둠으로써<sup>39)</sup> 수사절차를 공판절차에서 완전히 분리된 독립적인 단계로서 보기 보다는 공판준비를 위한 단순한 증거자료의 수집절차 정도로 간주하였다.<sup>40)</sup> 이러한 인식은 공판절차는 형사소송절차의 핵심단계이며 다른 사전절차는 그 하위에 놓여있다는 견해를 밝히고 있는 비교적 최근의 연

37) 독일은 1532년 카롤리나 형법을 제정하면서 사실상 규문주의적 형사소송구조를 채택하게 되었다.

38) 박노섭, 앞의 논문(주 2), 2쪽.

39) Kern, Strafverfahrensrecht, 6쪽; Müller, AnwBl, 1986, 50쪽 이하; Riess, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts. FS-Schäfer, 207쪽; 이는 중한 소송절차의 진행 시 검사는 불가피하게 사법적인 증거조사를 수시로 실시하여야 하며 또한 피의자는 검사보다 판사에게 보다 큰 신뢰감을 가지고 있었기 때문이었다. 이와 더불어 검사는 수사판사의 참여에 전적으로 의존하여야 했기 때문에 검사에 의한 강제처분은 제한적으로만 허용되었다.(박노섭, 앞의 논문(주 2), 3쪽 재인용)

40) Müller, AnwBl, 1986, 50쪽 ; Riess, 앞의책, 207쪽. (박노섭, 앞의 논문(주 2), 3쪽 재인용)

방헌법재판소의 판결문에서도 여전히 나타나고 있다.<sup>41)</sup> 우리나라에서도 최근까지의 통설에 의하면 “수사란 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기과 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견, 확보하고 증거를 수집, 보전하는 활동을 말한다.”라고 정의하여 왔다.<sup>42)</sup> 이처럼 공소를 제기하거나 유지하기 위한 증인 확보 내지 증거수집활동으로 간주되는 수사의 개념은 역사적 배경과 무관하지 않음을 알 수 있다.

그러나 당시 입법자들이 형사절차 단계별로 임무를 분할함으로써 형사소송의 새로운 장을 열었음은 의심의 여지가 없으나, 새롭게 탄생된 수사절차에 내재된 특성을 감안하지 못함으로써 향후 형사소송상의 역학관계 변화를 충분히 예상하지 못했다.

첫째, 수사는 어떠한 범죄 사안이라 할지라도 모든 표지에서 다른 범죄와 동일할 수는 없다. 이 점에서 수사절차는 그 형식상 자유로울 수밖에 없다. 또한 과학의 발달로 새롭게 등장한 수많은 수사방법이 산출해내는 결과물들은 그에 대한 전문적인 지식이 없이는 이해가 불가능하게 되었다. 이러한 배경을 등에 업고 수사기관은 긴급을 요하는 경우 판사의 동의없이 강제처분권을 행사하는 등 수사기관의 권한을 법 외적으로 점차 확대시켜 나갔다. 이러한 이유로 형사소송법 성립당시에는 과소 평가되었던 수사절차를 형사소송절차 중 가장 우선적으로 개혁해야 한다는 견해가 형사소송법 제정 직후부터 제기되기도 하였다. 이러한 측면에서 수사절차는 공판절차로부터 벗어날 수 있는 기본적인 잠재력을 성립 초기부터 내포하고 있었다고 볼 수 있다. 이러한 경향은 우리나라 형사소송체계에 비추어 보더라도 크게 다르지 않다. 수사절차의 형식은 대륙법계 형사소송과 동등한 정도이거나 오히려 더 자유롭다. 이러한 경향은 수사실무가의 의식 속에서도 쉽게 엿볼 수 있다. 예를 들어 사법연수원에서 발행하는 실무교재인 수사절차론은<sup>43)</sup> 형사소송법 제199조의 규정을 “수사는 수사기관이 재량을 가지고 법에 명문으로 금지되어 있지 아니한 이상 모든 방법을 이용하여 할 수 있다.”라고 해석하고 있다. 이는 실무상 수사가 얼마나 자유롭게 이루어지고 있는가를 잘 대변해 주는 표현이다.

둘째, 시대 흐름에 따른 형사소송 관련 법률개정은 점차 형사소송절차에서 수사절

41) NJW, 1976, 1063쪽, 1067쪽. (박노섭, 앞의 논문(주 2), 3쪽 재인용)

42) 이재상, 앞의 책(주 17), 179쪽.

43) 사법연수원, 『수사절차론』, 2001, 4쪽.



차가 독자적인 위치를 구축할 수 있는 기반을 마련해 주었다. 예를 들어 형사소송법 제정 당시 엄격한 기소법정주의를 채택하고 있던 독일 형사소송절차는 형사소송법 개정을 통해서 검사에 의한 자체 종결권과 약식명령제도를 발전시켜 나갔다. 1974년에는 검사가 단독으로 일정한 제재를 부가함으로써 소추를 중지할 수 있는 형사소송법 제153조 a를 도입함으로써 검사의 독자적인 종결기능은 더욱 확대일로에 놓이게 되었다.<sup>44)</sup> 더구나 같은 해 제1차 형사소송법 개정<sup>45)</sup>을 통해 법원을 통한 사전 예심제도(Voruntersuchung)가 폐지됨으로써 사안에 대한 수사, 사실의 확인 및 기소여부의 결정은 검사 단독의 권한으로 완전히 넘어가게 되어<sup>46)</sup> 수사절차는 생성 당시의 기본구조에서 완전히 벗어난 독자적인 체제를 구축하기에 이르렀다.<sup>47)</sup> 우리나라의 경우 우선 형사소송법은 “검사가 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있고(형사소송법 제247조 제1항), 제1심 판결 선고 전까지 공소를 취소할 수 있다(형사소송법 제255조).”라고 규정함으로써 기소편의주의를 채택하고 있다. 이러한 제도가 형사사법의 탄력적 운용을 통하여 구체적 정의 실현에 도움을 주는 것은 사실이나 검사의 독자적인 종결 기능을 독일 형사소송법에 비하여 크게 확대시켜 놓고 있다. 또한 지방법원의 관할사건의 경우 검사의 청구에 의하여 공판절차를 경유하지 않고, 검사가 제출하는 자료만을 조사하여 피고인에게 벌금, 과료 또는 몰수의 형을 과하는 약식절차(약식명령제도)는, 예외적으로 공판절차(형사소송법 제450조)를 통한 정식재판을 할 수 있음에도, 검사에 의한 사실상의 판결기능을 합법화 시켜주고 있는 경우이다.

셋째, 최근 급속히 퍼져가고 있는 조직범죄와 더불어 경제범죄, 환경범죄 등 수많은 새로운 범죄 카테고리의 형성과 그 양적인 면에서의 폭발적 증가는 19세기에 형성된 형사소송법의 처리 한계를 완전히 넘어서게 되었다. 그 결과 공개적 구술에 의한 직접심리를 중심으로 하는 공판정에서의 포괄적이고 집중화된 증거채택을 유일한 판결의 기초로 삼고자 하던 그 당시의 형사소송법에 녹아있던 이상(Ideal)은 현실적으로 더 이상 실현될 수 없는 지경에 이르렀다. 이러한 전통적인 공판절차의

44) Richter II, StV, 1985, 385쪽 (박노섭, 앞의 논문(주 2), 4쪽 재인용).

45) BGBL I, 1974, 3393쪽 (박노섭, 앞의 논문(주 2), 4쪽 재인용).

46) Wolfgang Frisch, Ausschluss und Ablehnung des Staatsanwalts, FS- Hans-Jürgen Bruns zum 70, 383쪽 (박노섭, 앞의 논문(주 2), 4쪽 재인용).

47) Müller, 앞의 논문, 50쪽.(박노섭, 앞의 논문(주 2), 4쪽 재인용)

한계는 필연적으로 수사절차의 기능과 의미의 확대·강화를 요구하게 되어 공판절차는 수사절차에 전적으로 의존하지 않을 수 없게 되었다.<sup>48)</sup>

심지어 최근 격렬하게 논의되어 왔던 프리바게닝(Plea bargaining, Absprachen)제도의 도입시도는 수사종결의 차원에서 더 나아가 양형을 결정하는 권한까지 수사절차에 부여하려는 의도로 볼 수 있다.<sup>49)</sup> 우리나라는 여기에 더 나아가 형사소송법 제312조가 부여하고 있는 검사의 피의자신문조서에 대한 증거능력은 전문법칙의 예외임에도 불구하고 공판에 결정적인 영향력을 행사할 수 있는 힘을 수사절차에 실어주고 있다.<sup>50)</sup> 또한 우리 형사소송법은 1961년 교호신문방식(제161조의2)을 공판절차에 도입하고, 1982년 형사소송규칙(제118조)을 통하여 공소장일본주의를 채택함으로써 당사자주의적 소송구조로 변화를 꾀하였다. 우리 형사소송법은 직권주의구조를 근간으로 하여 당사자주의를 접목함으로써 외형상으로는 진실발견과 인권보장에 적합한 구조를 형성하고 있는 것처럼 보이나, 실상은 정반대로 진행되고 있다. 다시 말해 우리 형사소송구조는 직권주의적 공판절차에 내재되어 있는 수사절차에 대한 통제수단을 배제함으로써 형사절차 전반이 검사를 중심으로 통합된 결과를 실무적으로 초래하고 있다.

이처럼 공판절차와 수사절차의 가히 혁명에 가까운 관계 변화는 수사절차를 형사절차에서 더 이상 2차적인 의미를 갖는 단순한 증거수집단계가 아니라, 형사절차의 제1의 단계로서 공판의 개시·진행·확정을 결정짓는 기능을 가지는 명실상부한 형사소송의 핵심절차로서의 지위를 부여하고 있는 것이다. 이러한 현상은 우리나라 소송구조를 살펴볼 때 더욱 심각하게 나타난다. 현재 우리 형사소송법상 핵심적인 역할을 수행하는 수사절차의 중심에는 검사가 위치하고 있다. 검사는 수사의 개시부터 형의 집행까지 형사소송의 전반에 깊숙이 관여한다. 오늘날 우리 형사소송상 수사절차가 차지하고 있는 위상을 바라보면 100여년 전 수사절차를 탄생시킨 대륙

48) 미국과 영국에서는 수사절차를 경찰이 주도하고, 독일과 우리나라에서는 검사가 힘을 가지고 있다는 것이 주지의 사실이나, 수사주체가 누구든 간에 오늘날 공판절차가 수사절차에 의존하는 현상은 공공연히 나타난다.

49) Schünemann, JZ, 1989, 984쪽 ; 이러한 공판절차의 기능 상실과 수사절차의 기능 확대는 판결에 대한 조(Urteilabsprachen) 즉, 답변거래의 실무에서 그 정점을 이루고 있다. 이 제도는 원래 유럽대륙에서는 단지 스페인에서 경미하게 사용영역이 합법화되었으나 그 후로 이탈리아에서 이 제도를 공식적으로 도입하게 되고, 유럽 내의 이러한 경향은 점차 확대되어 폴란드 형사소송법 뿐만 아니라 이후 독일에서도 사실상 대응소송구조를 고려함이 없이 더욱 실무화되어 가고 있다 (박노섭, 앞의 논문(주 2), 5쪽 재인용).

50) 공주지법 해남지원 이승형 판사는 “검사가 작성한 피의자 신문조서의 증거능력을 인정한 형사소송법 규정은 헌법에 규정된...(중략)...공정한 재판을 받을 권리 등을 침해해 위헌심판제청을 결정하였다”라고 밝혔다. 2003년 2월 19일자 조선일보.



법계 형사소송법 제정 당시의 역사적인 배경이었던 규문주의의 모습을 오히려 새롭게 수사절차에 도입하고 있는 것은 아닌지 의구심이 든다.<sup>51)</sup>

### 3. 공판절차의 기능약화와 현 수사절차의 한계

형사소송의 법률적인 개념만 고려한다면 공판절차는 사안의 재구성을 위한 본질적인 역할을 담당함으로써 형사소송법상 핵심적인 지위에 있다. 이 때문에 공판절차에서는 정의 실현을 위한 소송이념이 확연히 나타난다. 즉, 공판절차상 기본원리로 작용하는 공개주의는 판사에 의한 사안의 규명과 법적용에 대한 통제의 기회를 제공하고, 구술주의는 증거의 채택에 있어서 주장과 반증을 통한 변증법적인 원칙의 작용이 가능하게 하며, 특히 인적인 증거와 관련하여 직접주의와 함께 진실발견에 확고한 역할을 수행하고 있다. 따라서 모든 관련자가 참여하여 사안에 대한 심리가 집중적으로 진행되는 공판중심주의는 진실발견의 최고의 모델이라 할 수 있다. 그러나 이러한 전통적인 공판절차가 현대사회에서도 대범죄투쟁의 적절한 도구라고 믿기에는 형사소송절차가 완전히 변했고, 이에 대해서는 앞에서 충분히 설명하였다. 그럼에도 불구하고 이에 대응하여 공판절차를 전통적인 수사절차가 그대로 이어 받을 수 있다고 생각한다면 이것 또한 심각한 오산이다. 수사절차는 단지 가능한 신속하게 그리고 복잡하지 않는 방법으로 사안의 혐의에 대한 개연성을 확인하는 절차이다. 이것은 명확한 진실발견을 뒷받침하기 보다는 행위자의 책임을 근거지우기 위한 아주 강력한 수단을 형성하는 규문주의의 구조에서 유래하고 있고, 오늘날의 수사절차는 여전히 1800년대 후반까지 대륙법계를 지배하던 규문주의적 소송구조의 모방에 불과하다.

이런 관점에서 보면 수사구조를 포함한 수사절차의 합리적인 개혁은 공판중심주의를 지향하는 형사사법절차의 구현을 위해 피할 수 없는 작업이다. 현재에 필요한 수사절차의 개혁은 단순히 검사의 준사법적인 지위보장 등 한 기관의 위상에서 저

51) 우리나라의 형사소송 현실을 보면 이러한 상황은 더욱 심각하다. 약식명령, 간이공판절차, 기소유예 등 업무의 경감과 사건의 신속한 처리를 위해 간소화된 소송구조를 추구하고 있는 상황에서 검사의 역할은 더욱 커지게 된다. 따라서 수사절차에 대해서 판사 또는 변호인을 통한 외부적인 통제는 물론 과거 독일 형사소송법의 생성 당시 판사가 수사 및 소추의 권한을 검사에게 위임하였듯이 작금의 검사의 권한에 대한 내적인 분화가 필요하다.

절로 나오는 것이 아니다. 법원 등 외적인 감시체제가 올바르게 작동될 수 있도록 모든 수사기관에 의한 수사진행 절차가 투명화됨으로써 비로소 확립될 수 있다는 것이 정설이다. 이러한 개혁방향은 공판중심주의에 순응하는 검·경 간의 역할 재조정 등 새로운 수사패러다임을 요구하고 있다. 대륙법계 국가에서 자체적인 수사인력이 없는 검사에게 사법경찰에 대한 통제권을 부여하고 있는 것도 검·경 간의 역할 배분의 일환으로 볼 수 있다. 이상적인 검·경 관계는 상호견제를 통하여 수사권의 남용을 방지하는 한편, 상호간 협력관계를 형성하여 각 기관의 전문영역을 교류함으로써 수사활동의 실질적인 효율성을 도모하는 것에 있음을 부인할 수 없다.

#### IV. 경찰수사권의 범치국가적 문제점

##### 1. 문제점

수사권 조정의 문제와 관련하여 수사실무에서는 경찰이 한 해 동안 발생하는 전체 사건의 97~98%를 인지하고 수사하고 있음에도<sup>52)</sup>이에 대한 근거 규정이 현재 형사소송법에 없다는 점을 범치국가적 관점에서 중요한 문제로 보고 있다.

현행 법규상 경찰의 수사권의 근거가 없는 이상 경찰과 검찰간의 수사권 범위에 관하여 합리적 조정을 위한 모델을 도출한다는 것은 터무니 없는 논의이다. 규범적으로 수사권이 없는 경찰에게 수사권의 범위를 논할 수 없는 것은 당연한 것이기 때문이다. 또한 경찰의 수사권에 대한 근거 규정이 없으므로 수사의 위법이 발생했을 경우 이에 대한 책임 소재를 명확히 할 수 없어 국민의 인권과 자유가 유린되어도 책임을 물을 수 없게 되어 문제가 된다.<sup>53)</sup>

##### 2. 현 법규정상 수사에 대한 경찰수사권 주체성의 인정 여부

52) 2008년 대검찰청이 분석한 '범죄분석' 자료에 따르면 연평균 150여만 건에 이르는 범죄사건 중에서 경찰이 처리하는 것은 무려 96.7%였다. 나머지 3.3%를 검찰과 국정원 등 기타 수사기관에서 처리했다.

53) 송재현, 「경찰과 검찰간의 합리적 수사권 조정에 관한 쟁점과 논의」, 한국경찰학회보 제11권 2호, 2009, 169-176쪽.

현재 수사는 개략적으로 (1) 수사의 개시 즉 범죄의 인지부분과 이러한 범죄 인지 후 (2) 수사의 진행 그리고 (3) 수사의 종료로 나누어 볼 수 있다.

이중 먼저 수사의 개시에 있어서 그 주체성을 인정할 수 있는 법규정이 있는지 살펴보고자 한다. 현행 형사소송법은 2007년 개정되기 전과 같이 제195조에서 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다고 하여 수사의 주체를 검사로 한정하고 있다. 또한 제196조에서는 사법경찰관리를 범죄수사에 있어서 검사를 보좌하는 역할로만 규정하고 있지 수사의 주체성(수사의 개시권)을 인정하고 있지 않다. 이에 대하여 검찰 측 입장은 사법경찰관리집무규칙 제2조와 형사소송법 제238조를 사법경찰관에게 범죄인지권한을 부여한 근거규정을 보고 있다.<sup>54)</sup> 하지만 법무부 규칙은 공권력 행사에 대한 근거 규정으로 부족하고, 형사소송법 제238조의 규정은 고소·고발이 있는 경우 사법경찰관은 수사를 반드시 하여야 한다는 근거 규정으로 오히려 사법경찰관의 독자적 수사인지권을 박탈하고 있다고 보아야 한다.<sup>55)</sup> 이는 고소·고발은 범죄인지 없이 곧바로 피고소인의 신분이 피의자의 신분을 획득한다는 점에서 확인할 수 있으며, 수사실무에서도 사법경찰관이 범죄인지보고서를 작성하지 않고 있다는 점에서도 확인할 수 있다.<sup>56)</sup> 따라서 현행법 규정에서는 사법경찰관의 수사 개시에 관한 주체성을 인정하는 조항은 없다고 보아야 한다.

다음으로 수사의 진행에 대하여 그 주체성을 인정할 수 있는 법규정이 있는지 살펴보고자 한다. 현행 형사소송법 제196조에서는 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다고 규정하고 있다. 이 조문의 의미를 해석하면 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 개시 즉 범죄를 인지하여야 한다고 보아야 할 수 있는데 범죄를 인지함에 있어서 어떻게 지휘를 받아야 하는 지 이해하기 어려운 난제가 발생한다. 왜냐하면 범죄가 발생한 것인지 아닌지는 최초의 수사 단서인 객관적 사실에 바탕을 둔 주관적 혐의로 시작되는데 이 경우에 검사의 지휘를 받아서 수사를

54) 김종구, 『형사사법개혁론 -새로운 패러다임의 비교법적 모색 개정판』, 법문사, 2004, 69쪽.

55) 박노섭, 「사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제」, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2005, 232쪽.

56) 조국, 「현시기 검찰·경찰 수사권조정 원칙과 방향- 형사소송법 제195조, 제196조의 개정을 중심으로」, 서울대법학 제46권, 서울대학교 법학연구소, 2005, 228쪽.

한다는 것은 현실적으로 불가능한 것을 요구하고 있는 것이 되기 때문이다. 그러므로 위 조항은 현 사법경찰관이 검사의 수사지휘를 받아 공권력을 행사함에 있어서 많은 문제점을 포함하고 있다. 이에 대하여 검찰 측에서는 형사소송법 제196조에 있어서 검찰의 지휘는 ‘의무조항’이 아니라 ‘가능성’을 의미하므로 검사의 지휘가 있을 경우에는 이에 따라야 하는 것이나 지휘가 없는 경우에는 사법경찰관이 독자적으로 수사할 수 있다는 것을 의미하는 것이므로 사법경찰관의 수사 관행상 검사의 지휘 없이 수사를 진행하는 것에 대한 일반적 근거조항이 될 수 있다고 주장한다.<sup>57)</sup> 그러나 이러한 주장은 죄형법정주의 유추 해석의 금지원칙에 반한다. 왜냐하면 법문에 대한 해석은 그 법문이 가지고 있는 언어 의미 한계를 벗어날 수 없는 것이기 때문이다. 형사소송법 제196조가 검찰 측의 의견과 같이 해석될 수 있기 위해서는 그 문언이 “사법경찰관은 검사의 지휘를 받을 수 있다.”라고 규정하고 있는 경우에만 가능한 해석이다.<sup>58)</sup> 더욱이 검찰은 검사가 수사에 있어서 주재자라는 점은 헌법적 결단이라고 주장한다.<sup>59)</sup> 위와 같은 주장은 헌법 제12조 제3항, 제16조를 근거로 하고 있으나 의문이다. 이러한 점에 대하여 헌법재판소는 “우리 헌법에는 수사기관의 조직과 운영, 특히 수사주체 및 기타 수사에 관여하는 공무원의 권한 범위에 대하여 구체적으로 규정을 두지 아니한다. 따라서 입법자는 비교적 넓은 범위의 재량을 가지고 수사절차에 있어서 인권보장, 수사인력의 수요 및 공급에 관한 제반 여건, 수사조직의 합리적 구성과 효율적인 운영 등 여러 측면을 종합적으로 고려하여 그 구체적인 내용을 정하는 입법을 할 수 있다.” 라고 하여 입법사항임을 명확히 하였다.<sup>60)</sup> 그러나 수 회 ‘특별검사법’이 허용된 바 있는데 만일 수사권은 검사만이 할 수 있는 것이 헌법적 결단이라면 위 제도는 위헌임을 면하기 어렵고, 위 수사는 권한 없는 자의 수사이므로 적법절차에 반하여 현 형사소송법 제308조의 2에 따라 위법하게 수집된 증거로 보아 모든 모두 증거능력을 부정하여야 하는 이상한 결론에 이르게 되는데 이를 인정하는 검찰의 주장은 아직 보이지 않는다.

57) 대검찰청 수사기획단, 「바람직한 수사권조정 방안」, 2004, 7쪽.

58) 박노섭, 앞의 논문 (주 55), 234쪽.

59) 정웅석, 「수사권독립론에 관한 연구: 형사소송법 제195조와 제196조의 개정에 관한 비판적 시각에서」, 연세대학교 법학연구소, 연세법학연구 제15권 제12호 통권 제26호, 2005, 118쪽.

60) 헌법재판소 2001. 10. 25. 선고 2001헌마9 결정(형사소송법 제196조의 제2항 위헌소원 사건)

### 3. 외국 형사소송법상의 경찰수사권에 관한 규정검토

외국에서는 과연 경찰이 수사를 함에 있어서 주체성을 인정하고 있는 것일까? 먼저 우리나라가 계수하고 있는 대륙법계의 모체인 독일 입법례를 살펴보고자 한다. 2000년 11월에 개정된 독일 형사소송법 제163조 제1항에서는 일반 수사조항(Generalermittlungsklausel)을 두어 경찰의 독자적 수사기관(Verfolgungsbehörden)의 역할을 인정하고 있다.<sup>61)</sup> 즉 “경찰의 기관과 그 공무원은 범죄행위를 조사하여야 하며, 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 지체해서는 안 될 모든 조치를 취하여야 한다. 이 목적을 달성하기 위하여 경찰기관과 그 공무원은 모든 관서에 정보를 의뢰하거나 또한 지체의 위험이 있는 경우 이 정보를 요구할 수 있으며, 또한 다른 법률이 경찰의 권한을 특별히 정하지 않는 한 모든 종류의 수사를 진행할 권한을 갖는다”라고 규정하여 경찰의 범죄에 대한 수사개시권을 명문으로 보장하고 있다.

프랑스 형사소송법 제14조에서도 “사법경찰은 예심이 열리지 않는 한 범죄를 적발하고 범인의 발견 및 증거를 수집하는 임무를 맡는다.”라고 규정하여 경찰의 일반적 수사권에 대한 법적 근거를 두고 있다.<sup>62)</sup> 일본의 경우에는 이미 수사권 독립이 이루어져 있기 때문에 일본 형사소송법 제189조 2항에서 “사법경찰관은 범죄가 있다고 사료되는 때에는 범인 및 증거를 수사한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 비교법적 측면에서 고려하여 보면 현행 우리나라 형사소송법에서도 경찰 수사권의 근거를 명확히 밝혀야 한다고 생각한다.

이러한 내용을 종합하여 판단한다면 결국 경찰이 수사 개시와 진행을 함에 있어서 근거가 없다는 것은 검찰 측의 주장과 같이 단순한 문제가 아니라 법치국가적 관점 불 때 입법적 흠결이라고 보아야 한다. 즉 국가권력의 발동인 수사개시 및 진행이 경찰 측에서 거의 진행되고 있음에도 불구하고 이에 대한 근거 규정이 없거나 모호하게 규정되어 있다면 오히려 이를 명문으로 규정하여 경찰 수사권에 대한 근거와 한계를 입법화하고 이를 무시하고 진행된 수사에 대하여 책임소재를 명확히 할 수

61) 송재현, 앞의 논문(주 53), 174쪽.

62) 프랑스 형사소송법 제14조에 관한 내용과 같은 형식으로 규정된 국내 법률로는 군사법원법 제228조를 들 수 있다 : 제228조 (검찰관·군사법경찰관의 수사) ① 검찰관 및 군사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 생각되는 때에는 범인·범죄사실 및 증거를 수사하여야 한다.

있음에도 불구하고, 경찰의 수사권이 무한히 확대될 수 있는 여지를 남겨두어 국민의 기본권이 침해될 수 있는 개연성을 만들어 놓는 것이다. 그러므로 경찰의 수사권 개시 및 진행의 주체성을 명문으로 인정하는 것이 법치주의적 형사사법 정의실현을 위해서 필요하다고 생각된다. 이러한 주장에 대하여 현재의 형사소송법의 규정하에서도 경찰이 별다른 지장없이 수사를 진행하고 있으므로 개정할 필요가 없다는 견해도 있으나 국가기관의 권력행사는 적법절차에 합한 법률의 명확한 규정에 근거하여 발동되어야 한다는 법치주의 원칙상 타당하지 아니하며, 더욱이 수사는 국민의 입장에서는 피해자가 있기 때문에 수사는 단순한 권한의 행사가 아니라 오히려 의무라고 보는 것이 타당하다는 점에서 더욱이 명문으로 규정할 필요가 있다고 본다.

#### 4. 소결론

경찰의 수사권에 관한 근거의 필요성은 수사권 조정에 앞서서 반드시 필요한 전제라고 생각한다. 왜냐하면 경찰 측에 수사에 관한 입법적 근거가 없는 이상 경찰과 검찰 간의 수사권 조정 논의는 기초 없이 건물의 구획을 나누는 것과 같아 아무런 의미가 없는 논의가 되기 때문이다.

이러한 법개정에 대하여 검찰은 수사권을 검사와 사법경찰관리 모두가 가지게 되는 것이 국가기관의 운영원리와 체계에 혼동을 일으킬까봐 우려하고 있다. 즉 수사를 위해 법무부·검찰청을, 치안을 위해 행자부·경찰청을 설치한 국가행정조직 체계가 무너지고, 행정자치부 장관도 수사의 주무장관이 될수 있고, 특별사법경찰관이 배치된 수많은 행정관청과 자치단체가 모두 수사의 주무관청이 되어, 그 결과 검사를 정점으로 하여 수사권을 통일적·일원적으로 표출하는 것이 불가능해져 국가수사권 체계가 붕괴되고, 통일적이고 균형적인 국가 형벌권 구현도 불가능해 진다는 것이다.<sup>63)</sup>

그러나 경찰의 수사권을 확인하는 조문이 만들어지더라도 수사의 종결은 반드시 검사의 검토를 거쳐서만 이루어진다는 점, 그리고 수사에 대한 일반적 지침을 제정하고 이를 실행하는 권한은 여전히 법무부장관 소속하의 검찰청이 갖고 있다는 점

63) 정웅석, 앞의 논문(주 59), 112-115쪽.



을 생각할 때 사법경찰관리의 수사개시·진행권을 형사소송법에 규정하는 것이 다른 행정조직을 수사의 주무관청으로 만들어 수사권의 ‘이원화’ 또는 ‘다원화’를 초래한다고 단정하는 것은 과도한 주장이다.

물론 수사권을 양 기관이 모두 가질 경우 실무적으로 발생할 수 있는 문제를 해결하는 법규는 마련되어야 하며, 이는 법률가인 검사의 몫이 된다. 첫째, 검사의 “일반적 지휘권” 규정이 필요하다. 이를 위해서는 일본 형사소송법상의 “검찰관은 그 관할구역에 있어서 사법경찰직원에게 대하여 수사의 협력을 구하기 위해 필요한 일반적 지휘를 할 수 있다.”는 규정을 참조할 만하다. 예컨대, 국가 정책적 사안과 관련하여 검사가 주도하는 기획수사의 경우 이 조항에 의거하여 사법경찰관의 협력이 보장될 수 있을 것이다.

둘째, 개별적인 사건을 처리하는데 있어서 전국적인 형평성과 통일성을 유지하기 위해서는 검사 또는 검찰총장에게 수사에 대한 일반규칙을 제정할 수 있는 권한이 부여 되어야 한다.<sup>64)</sup>

다행히도 지난 2011년 6월 30일 국회는 검찰의 집단 반발에도 불구하고 수사 현실을 반영해 경찰의 수사개시·진행권을 명문화하는 내용의 형사소송법 개정안을 통과시켰다. 국가권력의 행사는 적법절차에 합한 법률의 명확한 규정에 근거하여 발동되어야 하고 수사는 단순한 권한의 행사가 아니라 오히려 의무라고 보는 관점에서 타당한 조치라고 생각한다.

---

64) 조국, 앞의 논문(주 56), 230쪽.

## 제3장 각국의 수사구조의 비교법적 고찰

### I. 검찰 주도형 국가

#### 1. 독일

독일에서 검사는 공소관인 동시에 수사의 주재자이다. 검사는 수사에 관하여 사법경찰을 지휘하며 사법경찰은 검사의 요구와 촉탁을 충족시킬 의무를 진다. 사법경찰에게는 수사에 관한 일반 근거조항에 의거 초동수사권 및 각종 초동조치권이 인정되어 있다. 검찰은 ‘손 없는 머리’라고 불리는 것에서 볼 수 있듯이 자체적인 수사 인력을 보유하고 있지 않기 때문에 수사는 기본적으로 경찰에 의해서 이루어질 수밖에 없는 구조를 가지고 있다. 게다가 독일의 경우는 직접주의·구술주의 원칙을 엄격히 견지하여 검사나 경찰 등 수사기관이 작성한 조서의 능력을 인정하지 않는다. 공판정에서 조서 내용 모두가 낭독되고 진술자에 의하여 그대로 진술되었음이 인정되는 경우에만 비로소 증거능력이 인정될 뿐이다. 따라서 검사가 경찰이 조사한 자에 대하여 굳이 직접 조사할 필요성이 없다는 것이다. 독일의 검사는 객관의무를 지는 준사법관으로서의 지위를 확보하여야 하기 때문에 수사를 직접 수행하기 보다는 경찰 수사의 절차적 적법성을 담보해 주고 경찰 수사과정에서의 위법에 대하여 사후적으로 통제하는 역할을 담당하고 있다.

검사의 경찰에 대한 수사지휘는 경찰이 송치한 사건에 대하여 사후적으로 이루어지는 것이 일반적이다. 따라서 독일 형사소송법 제161조에서 나타난 바와 같이 검사는 경찰에게 수사에 협력할 것을 의뢰할 수 있고 경찰은 이에 협력할 의무를 지고 있다. 또한 국가소추주의에 기초한 기소독점주의를 채택하고 있으나(형사소송법 제152조 1항) 기소법정주의를 원칙으로 유지함으로써 검사의 소추권에 일정한 제약을 가하고 있다. 즉 법률에 특별한 규정이 없는 한 검사는 범죄혐의가 인정되어 형



사소추가 가능한 경우에는 모든 범죄행위에 대하여 공소를 제기하여야 한다(형사소송법 제152조 2항). 검사에 의한 기소유예는 법정된 특정범죄에 한하여 인정될 뿐이며(형사소송법 제153 내지 153조 e), 법원의 판단에 의해 기소를 강제시킬 수 있는 견제 장치도 마련되어 있다.

## 2. 프랑스

중죄와 복잡한 경죄사건의 수사는 수사판사가 이를 주재한다. 또한 강제수사권은 원칙적으로 수사판사에게 귀속되어 있으며, 검사의 수사 권한은 현행범 수사 및 예비수사의 영역에 한정된다. 수사상 강제처분이 필요하게 되면 검사는 더 이상 수사를 진행할 수단이 없으므로 강제처분권을 가지고 있는 수사판사에게 예심을 청구하게 되며 이후의 예심절차에서는 수사판사에 의해 수사가 수행된다. 검사는 제한된 수사권 및 수사지휘권을 행사하고 있을 뿐이며 실제 수사를 담당하는 비중이 극히 적다. 검사의 촉탁에 의거하여 위임수사를 수행하는 사법경찰은 검사의 개입이 없는 상태에서 수사판사와 동일한 수사권한을 행사하게 된다. 따라서 프랑스 검찰의 수사권 및 수사지휘권은 독일에 비하여 상당히 제한되어 있다고 평가할 수 있으며, 검찰은 자체 수사 인력을 가지고 있지 않으며 형사 증거법상 검·경 간의 조서의 증거능력을 차등하여 규정하는 입법례를 취하고 있지도 않다.

또한 프랑스에서에서 검사의 수사지휘는 예비수사 및 현행범 수사의 영역에 한정되어 있으며 중죄와 복잡한 경죄사건의 수사 및 수사종결은 강제수사권을 보유한 수사판사에 의해 이루어진다. 기소권에 관하여 보면 범죄의 직접적인 피해자는 당해범죄에 대하여 사인소추를 제기할 수 있으므로 기소권이 검사에게 독점되어 있지 않다. 사인소추제도는 공소에 부가하여 범죄 피해의 회복만을 목적으로 하는 제도가 아니라 검사의 공소와 마찬가지로 유죄판결을 받아내기 위한 적극적인 기능이 인정되는 제도이다. 또한 1급 내지 4급의 위경죄에 해당하는 범죄에 관하여는 검사장의 지명을 받은 경찰관이 기소권을 행사한다(형사소송법 제445조, 제48조).

## II. 경찰 주도형 국가

## 1. 영국

영국 검찰은 수사기관인 경찰이 기소마저 담당함으로써 초래되는 피해를 극복하기 위하여 소추를 담당하는 국가기관으로서 창설되었다. 적절한 기소권 행사와 공소유지를 위해 검찰과 수사기관인 경찰의 협력체계가 점차 중요시 되고 있지만 검찰이 수사기관이 아니라는 점은 명백하다. 검찰은 수사권을 가지고 있지 않고, 직접수사를 행하지 않으며, 자체 수사력을 가지고 있지 않을 뿐만 아니라 피의자나 참고인을 직접 조사하는 경우도 없다.

또한 영국의 경우 검찰이 기소권을 행사할 수 있는 사건은 경찰이 기소하는 것이 적절하다고 판단하여 소추한 사건에 한정된다. 검찰은 경찰이 송치한 사건을 검토하여 경찰 의견대로 기소하거나 적용 법조를 변경하여 기소할 수 있으며 소송절차를 중단 할 수 있다. 그러나 우리나라의 검찰과 같이 범죄혐의가 인정되어도 기소하지 않을 수 있는 광범위한 기소재량은 인정되어 있지 않다. 경찰이 소추한 사건에 대하여도 검찰은 공소를 중단할 수 있으나, 검찰의 소송절차 중단결정이 있더라도 피고인이 재개를 요구하는 때에는 중간 결정은 무효가 되어 소송절차가 계속 된다. 검찰의 기소 및 공소유지는 원칙적으로 경찰이 소추한 사건에 한정되고 개인 및 사적단체는 독자적으로 사인소추를 제기할 수 있으므로 기소권이 독점되어 있지 않으며, 이 경우 공소유지도 사립 검사에 의해 이루어 진다. 영국 검찰은 공소유지와 관련하여 또 다른 제약을 받고 있다. 즉 치안법원에서는 검사가 공소유지에 참여 할 수 있지만 형사법원에서는 재판에 참여 할 수 없고 법무변호사에게 공소유지를 대행하게 하여야 한다.

실무적으로 보면 내사·체포·압수·수색·신문 등 피의자를 입건하기 전에 행해지는 모든 수사행위는 경찰의 전적인 권한이지만, 일단 피의자가 특정되어 입건 혹은 소환이 이루어지게 되면 이 순간부터 피의자는 검찰의 책임하에 놓이게 되며, 기소절차를 계속할 지 여부 역시 검찰의 판단으로 이관된다. 검찰은 사건에 관한 결정을 내림에 있어 경찰과 상의해야 할 의무가 없지만, 특히 불기소 처분을 내리는 경우에 있어서는 경찰에 그 사유를 설명하고 양해하도록 되어 있다.

## 2. 미국

미국은 당사자주의 소송구조가 확립되어 있으며 검사는 소추활동에 전념하고, 범죄의 수사는 원칙적으로 경찰이 담당하고 있다. 검찰이 피의자나 참고인에 대하여 신문을 행하는 것이 불가능하지는 않지만 경찰작성 조서나 검사작성 조서와의 증명력에 차이가 없고 최종적으로 공판정에서 직접 증거가 제출되지 않으면 증거능력이 부정될 가능성이 크기 때문에 직접적으로 신문을 행하는 경우는 드물다. 또한 검사는 대배심을 통하지 않는 한 직접 소환장을 발부하여 출석의무를 부과할 수 있는 방법도 없다. 당사자주의 전통에 입각하여 공소관으로서 공판에서의 입증 활동에 주력하고 있는 미국 검찰은 수사지휘권이 없으며, 지역에 따라 다소의 자체 수사관을 보유하고 있지만 실제 수사를 직접 수행하는 경우는 상대적으로 많지 않다고 할 수 있다.

미국의 경우 수사종결권은 경찰이 가지고 있다. 수사한 결과 범죄혐의가 명백하지 않거나 증거가 불충분한 경우 사건을 검찰에 송치하지 않고 경찰단계에서 피의자를 석방하고 수사를 종결한다. 예외적으로 체포영장이 발부되었거나 중요한 사건의 경우에는 검사와 협의하여 사건을 종결하기도 한다.

기소권은 공소관인 검사에게 부여되어 있으며 기소인부제나 형사면책제도가 마련되어 있어 검사의 기소재량이 폭넓게 행사되고 있다. 하지만 연방헌법에 의해 보장되는 대배심에 의한 공중소추제도가 유지되고 있으므로 검사에 의해 독점되는 형식을 취하고 있지는 않다. 또한 지역에 따라서는 경죄와 일정한 범위의 중죄에 대하여 경찰에게 재량을 주어 검사의 승인 없이도 담당 경찰관이 판단하여 법원에 소추할 수 있도록 허용하고 있다. 대부분의 주정부조직법 등에서 검사의 직무로 법집행기관에 대한 법적 조언을 규정하고 있다. 미국 변호사협회의 기소기능에 관한 기준에서도 '검사는 형사문제에 있어 경찰의 기능과 의무에 관하여 법률적인 자문을 제공한다. 그리고 경찰이 법에 따른 직무를 수행하도록 하는 교육을 돕기 위해 검찰 직원의 서비스를 제공함에 있어서 경찰과 협력하여야 한다'라고 규정하고 있다.

검사의 법적조언 제공여부는 지역에 따라 다르다. 도시 경찰서에서는 경찰서 내에 법무담당부서 또는 법률고문을 두어 특별한 경우가 아닌한 법률문제에 대해 독자적인 판단을 한다. 경찰은 각종 법률문제에 대처하기 위하여 규모가 큰 경찰서나 경

찰국의 법무담당부서에 1~10여 명의 변호사 자격자를 고용하여 그 처리를 맡긴다. 법무담당부서의 직무는 경찰 전체의 정책에 관하여 경찰국장이나 서장을 보좌하고, 외근경찰관의 직무활동에 대하여 법률상 조언 및 개선의견을 제시한다. 나아가 경찰관에 대한 법률적 교육의 입안 내지 그 실행에 관한 계획 등을 수립한다.

### Ⅲ. 혼합형 국가(일본)

일본의 군국주의 형사소송법에서는 현행 우리나라의 형사소송법처럼 검찰에게 막강한 권한을 부여하였다. 그러나 제2차 세계대전 이후 당사자주의적 현행 형사소송법의 제정과 더불어 검찰은 2차적 수사기관으로 변화되었으며, 공소관으로서의 소추권 행사를 주된 임무로 하고있다. 일본의 경우 본래적(1차적) 수사는 경찰이 담당하며, 검찰은 경찰이 송치한 사건에 대하여 공소유지를 위해 필요한 경우 사후적으로 이를 보충하거나 보정하는 수사를 담당하는 2차적 수사기관의 지위에 있다(형사소송법 제189조 및 제191조 1항). 다만 검사는 수사와 관련하여 사법경찰에 대하여, 일반적 지휘, 구체적 지휘를 할 수 있도록 규정되어 있으나, 적어도 경찰의 구체적 인 개별 사건 수사의 진행 단계에 직접적으로 관여할 수는 없다. 경찰이 진행하고 있는 수사에 대하여 검찰에 송치된 이후에 검찰이 관여할 수 있을 뿐이다.

검찰은 검사의 지휘를 받아 수사를 보조하는 자체 수사 인력으로서 검찰수사관을 두고 있다(형사소송법 제191조 2항). 또한 검찰은 경찰에서 송치된 사건 이외에 스스로 인지한 사건에 대하여는 독자적인 수사를 수행할 수 있다. 그러나 독자수사의 영역은 증수뢰 사건이나 상범위반사건등 정치적 중립성이나 고도의 법률지식이 요구되는 사건에 한정되어 있다.

독자수사를 전담하는 부서인 특별수사부와 특별형사부는 50개 지방검찰청 및 203개 지부 가운데 일부인 13개 지방검찰청(특별수사부 3개청, 특별형사부 10개청)에만 설치되어 있고, 형사사건의 대부분은 실제 경찰에 의해서 처리되고 있다. 검사작성 피의자신문조서와 사법경찰이 작성한 피의자신문조서는 증거능력의 인정요건에 있어서 차이가 없으므로 검사가 사법경찰에서 자백한 피의자에 대하여 중복적으로 신

문하지도 않으며, 검·경의 피의자신문조서는 다같이 제한된 요건하에서만 증거능력이 인정되고 있다.

검찰은 기소독점주의 및 기소편의주의하에서 기소권과 공소유지 및 공소취소권을 행사할 수 있는 등 소추권을 가지고 있다. 그러나 수사종결권은 경찰수사에서 미죄처분(범죄사실이 극히 경미하고 또한 검찰관으로부터 송치할 필요가 없다고 미리 지정된 사건에 대한 불송치 처분)을 한 경우에는 검찰에 송치하지 않아도 되도록 규정하고 있는가 하면, 죄가 안되는 사건의 경우에는 실무적으로 검찰에 송치하지 않고 종결하는 점 등으로 보아 검찰에 전속되었다고 볼 수 없다.

#### IV. 소결론

검찰과 경찰 양기관은 수사권 조정문제와 관련하여 외국의 입법례를 각자의 구미에 맞게 재구성하여 인용하는 경향을 보이면서 상호비방과 소모적 흠집내기를 반복해 왔다.

외국의 입법례를 살펴보는 것은 우리 실정에 맞는 검·경 간의 수사구조를 찾아내는 데 참고가 되는 한에서만 의미가 있다. 각각의 역사적·법문화적 특성을 바탕으로 발전되어 온 외국의 제도가 우리 실정에 무조건 들어맞는 모델이 될 수는 없기 때문이다. 또한 외국의 제도가 실제 운용되는 실상을 들여다 보지 않고 피상적으로 판단하거나 자신의 주장에 들어맞게 건강부회식으로 해석하여 소개하는 것은 외국의 제도에 대한 올바른 판단을 왜곡시킬 수 있다. 예를 들어 검찰에게 수사(지휘)권이 주어져 있는 독일에서도 검찰이 경찰에 대해 우리나라식의 일방적 우위를 점하고 있다고 생각하면 오산이다. 수사권의 주체가 검찰이고 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권이 인정되어 있음에도 불구하고 양기관 간의 관계는 수평적이고 대등한 관계라 할 수 있기 때문이다.<sup>65)</sup> 그 이유는 독일의 검찰이 자체 수사인력을 확보하지 않고 언제나 경찰의 도움을 받아서만 수사를 할 수 있다는 데 있다. 이러한 이유로

65) 손동권, 「경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰」, 형사법과세법, 학당 명형식교수 회갑 기념논문집, 1998, 300쪽.

독일의 검찰을 “손·발 없는 머리”라고 한다. 이는 우리나라 검찰이 자체 수사인력을 확보한 상태에서 경찰을 완전히 배제하고 독자적으로 수사를 할 수 있는 것과는 전혀 다른 상황이 아닐 수 없다. 수사를 지휘할 수는 있지만 반드시 손과 발이라고 할 수 있는 경찰의 도움을 받아서만 수사를 할 수 있다면 양자의 관계는 협조적·수평적이 되지 않을 수 없는 것이다. 이런 점에서 독일의 검·경관계는 오히려 미국이나 일본식의 관계에 가깝다고도 평가할 수 있다. 미국에서는 주로 경찰이 수사하고 검사는 공소제기 및 공소유지의 임무를 맡고 있지만 실제 수사단계에서 경찰의 독자적인 수사가 이루어지기 보다는 범적용의 오류 회피, 증거능력 있는 증거의 확보, 성공적인 기소율의 제고 등을 위해 검찰과의 긴밀한 협조하에서 수사가 이루어지는 것이 보통이다.<sup>66)</sup> 일본에서는 경찰이 제1차적 수사기관, 검찰이 제2차적 수사기관으로 되어 있지만 형사소송법에 양기관의 협조의무가 명시(형사소송법 제192조)되어 있을 뿐만 아니라 검찰에게는 경찰에 대한 일반적 지시권·지휘권이 주어져 있기 때문에 실제로는 양기관이 대등한 입장에서 협조관계를 유지하고 있다.<sup>67)</sup> 이와 같이 독일, 미국, 일본에서 성공적인 범죄수사와 공소제기를 위해 양기관이 상호 대등한 입장에서 협력관계를 유지해 나가고 있는 현실을 보면, 결국 법률상 누가 수사권의 주체로 되어 있는가는 그리 중요한 문제가 아니라는 것을 알 것이다.

그러나 우리나라에서는 수사권의 주체여부에 따라 그 권한행사에 있어서 엄격한 차이가 존재하고 일방이 타방을 지휘·조정하는 상명하복식의 관계가 강제되어 있을 뿐만 아니라 현실적으로도 상호 협력·견제의 관계보다는 일방적 지휘·복종의 관계가 정립되어 있다. 때문에 현재 검·경 간의 관계를 수평적·협조적 그리고 상호 견제가 가능한 관계가 되도록 재정립할 필요성이 제기된다.

지난 2011년 6월 30일 국회 본회의를 통과한 형사소송법 개정안은 경찰의 수사개시·진행권을 인정하고 검찰청법 제53조의 복종의무를 폐지하였다. 그리고 검사 지휘에 관한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다. 앞으로 검찰과 경찰 상호간의 균형적 권한배분과 견제, 수사의 효율성, 실체적 진실발견 및 사법정의의 실현, 피의자의 인권보호 등의 관점을 기준으로 설정되어야 할 것이다.

66) 박승진·최석윤·이경재, 「각국의 검찰제도」, 형사정책연구원, 1998, 45-47쪽.

67) 박승진·최석윤·이경재, 위의 논문, 165-166쪽.



## 제4장 우리나라 수사구조의 현황 및 문제점

### I. 현행 수사의 구조

#### 1. 우리나라 수사구조의 연혁

##### 1) 형사소송법 제정 이전

###### (1) 일제강점기하의 수사구조

우리나라가 구한말 근대적 형사사법제도를 이 땅에 미처 정착시키지도 못한 채 일제의 식민지로 전락하여 일본식 형사절차를 강요받게 된 것도 운명적 선택이라고 할 수 있다. 1910년 한일합방 이후 1912년의 조선형사령에 의해 기본적으로 대륙법의 직권주의적 형사절차를 계수한 일본의 명치형사소송법 및 대정형사소송법이 적용되었기 때문이다.

일제시대에는 1912년 3월 18일 조선총독의 제령 11호로 제정된 조선형사령에 의해 조선에 있어서 특별규정을 둘 필요가 있는 것을 제외하고는 일본에서 시행되고 있던 법률, 즉 형사에 관해서는 일본형법과 일본형사소송법 등이 적용되었다(조선형사령 제1조). 그러나 조선형사령에는 식민지 지배를 용이하게 하기 위한 특별규정으로 서 수사기관인 검사와 사법경찰관의 구인, 압수, 수색, 검증 등의 강제처분권(제12조), 사법경찰에 의한 10일 간의 유치권(제13조), 검사에 의한 10일 간의 구류권(제15조) 등이 마련되어 있었다. 이 때문에 명치형사소송법과 대정형사소송법이 그대로 적용되었던 일본 본토 보다 막강한 처분권이 수사를 담당했던 검사는 물론 사법경찰에게도 부여 되어 있었다. 대륙법계의 형사절차를 계수한 대정형사소송법은 수사상 강제처분권은 예심판사의 권한에 속해 있었다. 따라서 당시 일본 본토에서는 강

제수사는 법적으로 예심판사가 시행하는 것이 원칙이었으며, 검사는 소위 요급사건에 한하여 강제수사를 행할 수 있었고, 사법경찰관은 형행범의 경우에만 극히 제한적으로 강제수사가 허용되었다. 일제는 식민지였던 조선을 효과적으로 지배하기 위해 모든 권력을 원칙적으로 조선총독부에 집중시켰으며, 조선총독은 검사에 대한 임명권을 가지고 있었을 뿐만 아니라 검사는 명령에 복종해야 하는 지위에 있었다(의용형사소송법 제246조 내지 249조, 조선형사령 제5조). 일제의 식민지 조선에 대한 형사사법제도의 구상은 총체적으로 보면 조선총독을 정점으로 한 검사조직에 권력을 집중시켜 극대화함은 물론 수사기관에 독자적인 강제수사권이라는 광범위한 수사권한을 부여함으로써 식민지의 지배를 용이하게 하자는 것이었다고 볼 수 있다.<sup>68)</sup>

## (2) 해방직후의 수사구조

해방직후 미군 군정은 우리나라에서도 일제강점기의 인권침해적 형사절차를 개혁하기 위한 방안으로 미국식 형사사법제도를 이식한 일본식의 개혁을 이 땅에 도입하여 검찰과 경찰의 형사절차상 역할 및 상호관계를 정립하고자 하였다. 그 과정에서 공포되었던 몇 가지 미군정청의 훈령을 통해, 공소는 검사, 수사는 경찰이라는 형식의 미국식의 형사사법제도가 요구되는 등 미군정 초기에는 경찰에게 독자적인 수사권한이 부여되기도 하였다. 1945년 12월 29일자로 하달된 미군정 법무국장의 검사에 대한 훈령 제3호는 ‘검사의 선결직무는 관할재판소에 사건을 공소함에 있고, 세밀한 조사는 검사의 책무가 아니다(동훈령 제2항 나호), 검사는 법적 불비를 경찰관에게 지적하고 될 수 있으면 증거의 정정을 의뢰할 것(동훈령 제2항 라호), 검사는 실제로 법적 검토를 요하는 조사에 관하여 필요하다면 관여할 것(동훈령 제2항 마호)’이라는 내용<sup>69)</sup>으로 이 훈령의 취지에 따르면 경찰은 수사를, 검찰은 공소를 책임지면서 서로 대등한 지위에서 협력한다는 미국법의 시각을 나타내고 있다.<sup>70)</sup>

그러나 결과적으로 우리나라는 일본의 패전 후의 검찰과 경찰의 변화와는 판이하

68) 신양균, 「수사구조개혁에 부합하는 경찰수사조직의 발전방안」, 치안논총 제23집, 2007, 223-224쪽.

69) 허일태, 「독일과 프랑스의 수사권 배분에 관한 비교법적 고찰」, 비교형사법연구 제6권 제1호, 2004, 145쪽.

70) 허일태, 위의 논문, 145-146쪽.

게 다른 역사의 길을 걷게 된다. 미군정 초기의 검·경 관계 재정립의 개혁시도는 이후 과도기적인 시대상황 속에서 구체적인 입법을 통하여 성문법률로서 정비되지 못했으며, 미군정 중기 이후 그 주도권은 검찰측으로 넘어갔다. 당시 경찰은 일제 식민지 경찰의 잔재를 제대로 청산하지 못한 상태였던 반면, 검찰을 비롯한 법조계에는 독립운동가 등 명망있는 인사들이 대거 포진하고 있었기 때문에 경찰과 검찰은 그 신뢰도에 있어 현격한 차이를 보이고 있었다.

이러한 시대적 여건은 형사절차상 경찰과 검찰의 역할 및 상호관계를 미국식으로 재정립하려는 시도에 큰 걸림돌일 수밖에 없었을 것이다. 총체적으로 볼 때, 미군정 중기 이후의 수사권에 관한 규정의 변화는 대륙식 법제도에 친숙한 법률가들의 주도로 1954년 현행 형사소송법이 제정되게 된다. 현행 형사소송법은 국회법제사법위원회의 노력에 힘입어 인권보장에 철저한 영미식의 당사자주의적 요소를 적극적으로 가미하였음에도 불구하고, 경찰과 검찰의 관계는 일제하의 그것과 기본적인 맥락을 같이하게 되었던 것이다. 특기할 만한 것은 형사절차법의 정비과정에서 법제정을 쥐고 있는 법률가들의 견해가 전면에 등장하고, 역으로 정작 이해 당사자라 말할 수 있는 경찰 측의 견해는 적어도 입법 자료의 차원에서는 거의 발견되고 있지 않다는 점이다.<sup>71)</sup>

## 2) 형사소송법 제정 이후

### (1) 이승만 정권하의 수사구조

현행 형사소송법 제정 당시 우리나라의 입법자들이 경찰과 검찰의 관계를 어떻게 정립할 것인가라는 문제에 대하여 특별한 관심을 가지고 있었다는 사실은 관련 입법자료 등을 통해서 확인할 수 있다. 이 문제에 대한 입법자들의 인식을 개관하자면, 인권보장에 충실하기 위해 영미법계의 당사자주의적 형사절차를 폭넓게 수용하고자 하였으며, 또한 수사와 소추를 분리하여 경찰과 검찰에게 분담시키는 미국식의 수사구조를 도입하는 것이 법이론적으로 보다 바람직하다는 점에 대하여도 공감대가 형성되어 있었다고 볼 수 있다. 하지만 경찰의 자질, 검찰 반발 등 현실 여건

71) 신양균, 앞의 논문(주 68), 224-225쪽.

이 고려되어 일제강점기 일본의 형사소송법 구조인 검사 독점적 수사구조로 잠정 회귀하였다.<sup>72)</sup>

1954년 제정된 현행 형사소송법은 검사에게 수사주재자로서 사법경찰의 수사를 지휘하는 권한을 부여하는 검사 주재형 수사구조를 확립한 입법이었다는 평가 이외에도 검사가 법률적인 후견 감시인으로서 사법경찰의 수사를 지휘하는 역할에 머물지 않고, 검사가 스스로 피의자를 신문하는 등 직접수사를 수행해야 할 필요성을 제공함으로써 검찰이 실질적인 수사기관으로 전략하는 구조를 만드는 입법이었다. 즉 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 사법경찰작성의 피의자신문조서의 증거능력에 비하여 극도로 완화시켰다. 즉 사법경찰이 작성한 피의자신문조서는 공판정에서 피의자가 그 내용의 진정을 인정하지 않는 한 증거능력을 부정하는 획기적인 조치를 단행하면서도 상대적으로 검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력은 오히려 극히 완화시킴으로써 검사가 직접 피의자를 신문하여 수사할 수 밖에 없는 이중적 수사구조를 형성시켰다.

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

이러한 역사적 상황 속에서 수사주재자로서의 지위를 이어받아 탄생한 한국 검찰은 현행 형사소송법 제정 당시의 강력한 권한을 그대로 유지함에 그치지 않았다. 그간 법규제정에 있어서의 우월적 지위를 이용하여 사법경찰에 대한 지휘권을 확보하기 위해 실로 다양한 법적·제도적 담보책을 마련해 왔던 것이다. 한편 실무운용에 있어서 법무부는 검찰청 직원을 포함한 법무부 소속 직원이 관련된 사건에 대해서는 경찰이 직접 수사하지 말고 검찰에 신속하게 사건을 송치하도록 요구하는 예규를 발하기도 하였다.

그러나 이승만 정부하에서 경찰은 최고 권력자의 지지와 신뢰를 얻기 위한 충성경쟁에서 우위에 섬으로써 제도상의 문제가 크게 드러나지 않았다. 즉 당시 경찰은 이승만 대통령의 충실한 사병역할을 수행했고, 이로 인해 이승만 대통령의 권력이 강화되었다. 광복이 되면서 움츠러들었던 식민경찰 잔당들이 날뛰고 수사권자이면

72) 문준영, 앞의 논문(주 6), 186쪽.

서 경찰수사의 법적 지휘자인 검찰이 도리어 경찰관에게 면박을 당하는 일이 자주 발생하기도 하는 등 그야말로 경찰국가였다. 건국초기 혼란을 온몸으로 막고 폭도와 공비의 공격에 목숨을 바친 경찰관들의 희생과 봉사는 선거부정에까지 개입한 정치 경찰의 만행에 가려 빛을 잃었다.<sup>73)</sup>

## (2) 군사정권하의 수사구조

4.19 혁명과 제2공화국의 민주주의 실험이 쿠데타로 중단된 후 전개된 기나긴 박정희 군사정부 시절은 검찰의 득세기였다. 자유당 시절 경찰의 횡포에 시달린 양뿔을 지우지 못한 검찰은 군사정부의 통치 구조를 설계하는 ‘국가재건 최고회의’에 법률전문가로 참여해 헌법과 법률들을 군사독재에 맞게 고치고 만드는 작업을 수행하게 된다.

이 과정에서 국가운영의 효율성 극대화와 인권의 제약, 민주주의 억제에 그들의 지식과 재능을 헌신한 대가로 검찰은 형사사법제도를 검찰중심으로 새로 짤 절호의 기호를 부여받게 되었고, 그 결과 세계 헌법에서 그 유래를 찾을 수 없는 검사의 독점적 영장청구권을 규정하였고, 구속적부심 조항과 임의성없는 자백의 증거능력 배제 조항을 삭제하는 등 경찰수사권 독립 주장의 싹을 없애는 한편, 검사 마음대로 형사사건을 주무를 수 있는 헌법적 토대를 구축한 것이다. 법무부 소속직원은 검사 이외에는 누구도 수사할 수 없도록 검찰청법에 규정한 것도 이 때이다.

교도소 등 교정업무를 관장하는 교정국장 등 검찰업무와 관련 없는 형사사법 업무도 모두 검사의 보직에 포함되었다. 2-30대 젊은 검사들이 영감님 소리를 들으며 50대 경찰서장에게 반말을 하고 책상 위에 앉아 서류가져오라고 호통을 치기도 했으며 20대 후반의 소장검사 출신이 경찰개혁의 사명을 띠고 서울경찰청장에 임명되기도 하였다. 이후 경찰은 검찰업무에 종속되어 피의자 호송, 벌금미납자 소재수사, 검찰 고소사건 수사대행, 검찰요구 정보수집 등의 역할을 떠맡게 되었다.

1980년대 들어서면서 ‘공안정국’이 조성되고 군을 투입한 광주항쟁의 유혈진압 이후 국제사회의 지탄과 압박을 받은 정권은 경찰력을 시국치안에 집중시켰고, 경찰도 권력을 유지하는 데 다시 힘을 기울여야 했다. 그 대가로 직급이나 대우 등에

73) 신양균, 앞의 논문(주 68), 225-226쪽.

있어서 각종 혜택과 은사를 누렸지만, 헌법과 형사소송법의 개정을 요하는 수사권 문제는 논의대상에서 제외 되었다. 경찰의 수사권 독립 노력은 주로 비공식적이고 사적인 경로를 통해 권력자에게 희망사항을 전달하는 형태로 이루어졌다.

노태후 정권하에서는 대통령이 검찰을 사병처럼 거느리고 검찰이 경찰을 완전히 지배하는 형태로 정권유지의 수단으로 활용되었지만, 국민의 권력에 대한 불신과 저항은 커지고, 결국 전두환 정권이 설립한 경찰대학 졸업생들과 재학생들은 경찰을 더 이상 정권의 시너로 쓰지 말라며 소위 “경찰중립화 선언”을 하고 과거와의 단절을 시도하기도 하였다.<sup>74)</sup>

### (3) 문민정부 이후의 수사구조

문민정부가 들어선 이후 권력기관의 정치적 중립이 강조되면서 수사권 문제도 수면 위로 떠오르지 못하였고 인권문제가 강조되면서 1995년 12월 29일 제8차 형사소송법 개정 시에는 기존의 경찰관서에 대한 구속장소 감찰권을 질적으로 더욱 강화시켰다. 즉 감찰대상을 경찰관서 뿐만 아니라 관하 수사관서 전반으로 확대하였고, 감찰권의 내용에 있어서도 기존의 체포, 구속된 피의자에 대한 신문권과 사건송치 명령권에 더하여 “적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속되었다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우”에는 체포, 구속된 피의자에 대한 즉시석방명령권을 추가 하였다.

국민의 정부가 들어설 당시 검찰에 집중된 권력의 분산과 경찰의 분권화가 민주주의 정착의 전제조건이라는 신념 아래 경찰 수사권 독립과 자치경찰제 도입을 공약으로 내걸었지만, 검찰과 경찰의 갈등이 야기되면서 수사권 관련 논의가 대통령의 지시에 의해 중단되고, 자치경찰제 도입 역시 중단 되었다.

그 후 참여정부가 들어서면서 같은 공약을 내세우고, 정부혁신, 지방분권, 경제개혁과 사회개혁이라는 포괄적인 로드맵에 따라 자치경찰제도가 법안상정단계까지 이르게 되었으며, 사법개혁의 일환으로 수사와 관련된 다양한 논의들이 진행되었다. 특히 수사권과 관련해서는 검찰과 경찰이 협의체를 구성하여 각자의 입장을 개진하고 양측에서 추천한 민간위원들이 자문위원회를 통해 사회 각계의 입장과 바람을

74) 신양균, 앞의 논문(주 68), 227쪽.



더하여 ‘경찰수사의 독자성을 인정하고 검찰의 부당한 지배와 개입을 방지하되 경찰수사에 대한 검찰의 준사법적 통제장치는 확고하게 마련 한다’는 전제 아래 다양한 쟁점에 대한 합의와 조정을 거친바 있다.<sup>75)</sup>

## II. 우리나라 수사구조의 문제점

### 1. 검사의 사법경찰 수사에의 관여실태

현행 우리나라 형사소송법 제195조에서 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에는 범인·범죄사실과 증거를 수사하는 독자적인 수사기관임을 규정하고 있고, 동법 제196조는 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 하며 사법경찰리는 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사를 보조하여야 하는 지위에 있음을 규정하고 있다. 이러한 현행법상의 검·경 관계에 관한 기본 규정은 검사에게 거의 무제한적인 수사지휘권을 부여한 근거규정인 것처럼 확대 해석되고 있는 실정이다. 즉, 검사는 사법경찰의 수사에 관하여 일반적이고 포괄적인 각종 지휘나 지시가 가능할 뿐만 아니라 개별사건의 수사에 대하여도 언제든지 개입하여 구체적인 지휘를 할 수 있고, 또한 언제든지 수사중지를 명하고 사건송치를 명할 수 있다는 식으로 해석되고 있는 현실이다.

특히 호송과 관련하여 문제가 되었던 장신중 경정에 관한 법원의 판결은<sup>76)</sup> “경찰의 독자적인 수사권은 더 이상 존재하지 않는다.”라는 점을 분명히 하고 있다. 판결문에 의하면 검사는 수사의 전문가이자 법률의 전문가라는 표현을 사용하고 있다. 또한 검사는 경찰에 대하여 직근상사의 지시보다 우선하는 지휘권을 행사할 수 있으며, 누구를 수사지휘할 것인가에 관한 권한인 지휘대상의 지정에 대하여 추상적인 권한 뿐만 아니라 구체적인 권한도 가지고 있음을 명확히 하고 있다. 법원의 판결은 검사의 지휘·감독이라는 개념이 검찰이 경찰의 수사권 독립주장을 무마 시키

75) 신양균, 앞의 논문(주 68), 228쪽.

76) 대전지법 2007. 9. 13. 선고 2006고합4 판결.

기 위해 그 동안 표현해 왔던 “검사에 의한 사법적 통제”라는 범위를 훨씬 벗어난 소위 “군대식 명령”이라는 점을 분명히 하고 있다.

현재 검사의 수사지휘권은 각종 법규에 산재되어 다양한 규정의 형태로 구체화 되어있다. 검찰청법 등은 사법경찰에게 검사의 명령에 복종할 의무를 부과하고 있으며(검찰청법 제53조), 검사에게 당해 사법경찰관리에 대한 교체임용이나 해임·징계의 요구권을 부여하고 있다(검찰청법 제54조, 폭력행위등처벌에관한법률 제10조). 또한 형법은 사법경찰이 인원옹호에 관한 검사의 직무집행을 방해하거나 그 명령을 준수하지 않은 경우에는 그러한 행위 자체가 형법상의 범죄를 구성하여 형사처벌의 대상이 되도록 규정하고 있다(형법 제139조). 이처럼 구체적인 개별사건의 수사를 수행함에 있어서 사법경찰은 수사개시 단계부터 종결단계에 이르기까지 수사의 전 과정에 걸쳐 검사에게 각종 사항을 보고·건의 하거나 승인 받도록 요구되고 있다.

검사의 수사지휘권은 특히 강제수사 분야에 있어서 더욱 철저한 양상을 보이고 있다. 검사는 모든 종류의 대인적·대물적 영장에 대해 판사에게 청구권을 유일하게 행사할 수 있으며, 검사 이외의 다른 수사기관은 모든 영장을 검사를 통해서만 판사에게 청구할 수 있다. 이러한 영장의 검사청구원칙은 군사정권이 들어서면서 헌법상의 명문으로 규정하여 더욱 굳건히 보장되어 왔다(헌법 제12조 제3항 및 제16조). 이 원칙으로 인하여 현재 한국 검사는 다른 수사기관이 강제수사를 실시하고자 할 때 그 당부에 관한 사법부의 판단을 받아 볼 기회마저 배제시킬 수 있고, 또한 사법경찰의 수사진행을 실질적으로 차단시킬 수 있는 권한을 행사하고 있다.

그 밖에도 검사는 관하 수사관서의 체포·구속 장소를 감찰하고, 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명할 수도 있다.(형사소송법 제198조의 2).

총체적으로 볼 때 한국의 검·경 관계는 검찰이 필요시 사법경찰의 수사에 개입하여 지휘하거나 그 수사를 중단시키고 자신이 직접 수사를 수행할 수 있으며, 사법경찰의 수사는 상대적으로 주체성이 매우 제한되어 있다는 특징을 가지고 있다.

## 2. 주도적인 검사의 수사

우리나라 수사구조가 가지고 있는 또 하나의 특징으로는 검찰이 직접적으로 수사를 수행하며, 그 정도 또한 과도한 수준에 이르고 있다는 점이다. 우리나라 검찰은 수사를 보조하는 자체 수사인력을 보유함으로써 직접 수사를 수행할 수 있는 토대를 가지고 있다. 또한 검사작성 조서의 증거능력 인정요건이 사법경찰 작성 조서에 비하여 극히 완화되어 있고 공판정에서 절대적인 통용력을 발휘하고 있다는 사실은 검사가 피의자를 직접적으로 수사해야 할 필요성과 실익을 제공하고 있다. 이러한 제반여건을 바탕으로 검찰은 공소관 본연의 공판업무보다 수사활동에 주력하는 본격적인 수사기관의 역할을 담당하고 있는 것이다. 이러한 점은 영미법계 국가는 물론 대륙법계 국가의 검사 역할과도 확연히 차이 나는 부분이다. 대륙법계 국가의 검사는 비록 수사의 주재자이지만 수사에서의 주된 역할은 사법경찰의 수사에 대한 사후통제와 감독에 있다고 볼 수 있다. 바로 이러한 점에서 검찰이 수사의 지휘 감독자이며 동시에 수사를 수행하는 주체이기도 한 한국의 수사구조와 분명한 차이가 있다.

### 3. 수사·기소의 검찰 주도에 따른 폐해

우리나라 검찰은 국가소추주의하의 유일한 공소기관으로서 공소유지 및 공소취소권 등 강력한 소추권을 행사하고 있다. 더구나 기소독점주의하에서 배타적·독점적 기소권과 혐의가 인정되어도 기소하지 않을 수 있는 재량을 함께 행사하고 있다. 결국 우리나라 수사절차와 기소절차는 검찰에 의해 장악되어 있으며, 양 절차가 기능적인 분리가 되지 못한 형태를 취하고 있는 것이다. 이처럼 수사와 기소가 실질적으로 일체화된 현행의 구조가 한국 형사사법제도를 특징지우고 있는 것이다.

그러나 문제는 이러한 검찰권의 비대화에도 불구하고 이에 대한 견제장치가 마련되어 있지 않다는 것이다. 예를 들면 사법경찰이 검찰의 불법을 수사한다고 하더라도 일단 범죄 발생단계에서 검찰에 보고되거나 영장신청절차를 포함하여 각종 수사 처분과 관련한 경찰의 사전 내지 사후의 승인·보고·건의를 받는 과정에서 검찰의 구체적·포괄적 수사지휘권에 의해 자의적으로 제어될 수 있다. 이처럼 견제장치 없이는 자기 통제가 심히 어려운 일임은 이미 반세기가 넘는 역사적 경험을 통해 충분히 증명되었으며, 전근대적 도덕률에 의존하여 일국의 형사사법 정의를 세우려

는 것은 다원화된 시대의 요구에 더 이상 부합되지 않는다.

검사 중심의 수사가 가져오는 또 다른 문제점은 수사절차의 규문화에 있다. 검사가 직접 수사를 담당하거나 사법경찰의 수사를 구체적으로 지휘하는 현행 수사구조 하에서는 검사는 유죄입증을 위해 수사과정에서 자백을 포함한 증거의 수집에 매달릴 수밖에 없다. 잘 알려진 바와 같이 담당사건의 유죄 판결율이 검찰 인사의 중요한 기준으로 평가되고 있다는 사실과 전문증거인 검사작성의 피의자신문조서가 공판정에서 실효성 있는 제한 없이 통용되고 있는 현실은 검사에게 자백획득에 대한 유혹을 더욱 부채질하고 있다. 결국 검찰의 피의자신문과정에는 자백을 강요하기 위해 고문·폭행·협박 등의 수단이 수반될 위험성이 상존하고 있음을 간과할 수 없다.

또 다른 문제점은 검사가 기소재량을 이용한 비합법적 사법거래 및 허위진술 취득의 유혹에 빠져들기 쉽다는 것이다. 예를 들어 기소편의와 기소독점이라는 강력한 권한을 가지고 있는 검사가 불기소나 기소유예처분을 약속하거나, 또는 경미한 죄로 소추하거나 경하게 처벌하겠다는 약속을 하고 자백을 유도하는 경우를 예상할 수 있다. 이와 관련된 실례는 판례를 통해서도 찾아 볼 수 있다. 예를 들면 검사가 수뢰금액을 낮추어 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물수수)을 적용하지 않고 단순수뢰죄의 가벼운 형으로 처벌받게 해주겠다는 약속을 하고 자백을 유도한 사례(대법원 1984. 5. 9. 선고 83도 2782 판결)가 있으며, 다른 범죄사실은 불문에 불이고 소매치기하였다는 피의사실 부분은 가볍게 처리할 것이며 피고인에 대하여 보호감호를 청구하지 않겠다는 각서를 작성하여 주면서 자백을 유도한 사례(대법원 1985. 12. 10. 선고 85도 2182 판결), 별건의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기) 및 사문서위조 등의 혐의로 수배 중인 자에게 사기의 점에 대하여는 무혐의 처분하고 사안이 가벼운 사문서위조만을 기소하기로 약속하고, 본건에 있어 뇌물을 교부하였다는 자백을 유도한 사례(대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도 5701 판결) 등이 판례에서 발견되고 있다.

#### 4. 공소기관으로서 요구되는 객관성·중립성 저해

검사는 공익의 대표자로서 기소여부를 판단하고 법령의 정당한 적용을 감시하는

현행법상의 책무를 부담하고 있다. 더구나 공소를 전담하고 있고 광범위한 기소재량을 행사하고 있는 한국적 상황을 감안하면 검찰의 객관성 및 중립성의 요청은 더욱 중요하다고 할 수 있다. 그러나 공소기관인 검찰이 수사를 직접 담당하는 구조하에서는 이러한 객관성과 중립성을 유지하기 어렵다는 것은 부인할 수 없는 현실이다. 검찰이 수사를 직접 담당하는 한 수사기관으로서 가지기 쉬운 유죄의 예단으로부터 자유로울 수 없으며, 스스로 적극적으로 수사를 행한 자가 공소기관으로서의 객관적이고 중립적인 공소업무를 수행한다는 것은 양립될 수 없는 난제이다.

또한 검사가 향후 당사자인 피고인 될 자를 수사단계에서 객체로 삼아 직접적으로 신문하여 조사하는 것은 이론적으로 당사자인 검사의 지위에 부합되지 않으며, 피고인의 방어권을 실질적으로 제약하는 측면이 있다. 공판중심주의가 확립된 법정절차에서는 수사과정을 체험한 수사관의 법정증언이 활성화되어야 할 것이나, 당사자인 검사에게 공판정에서 증인의 역할을 기대하는 것은 적절하지 못하다.<sup>77)</sup>

## 5. 현실과 범규범의 괴리

우리나라 수사현실은 한 해 동안 발생하는 형사범죄의 대부분(약97%)이 경찰에 의해 처리되고 있다. 그러나 형사소송법은 사법경찰관리가 수사를 개시·진행할 수 있는 “일반적”법적 근거를 제공하지 않고 있다. 현재 사법경찰관리는 대부분의 사건에 대하여 검사에 대한 보고나 검사로부터의 지시 없이 사건을 인지하고, 고소·고발을 접수하여 수사하고 있으며, 이러한 현실은 검·경 모두 인정하고 있다. 그러나 형사소송법 제196조 제1항을 문언 그대로 해석하면 검사의 지휘 없이는 경찰은 수사를 개시할 수도 없다는 결론이 도출된다. 실제 동조는 검사의 수사지휘를 사법경찰관리의 수사개시·진행을 위한 선차적·필수적 전제조건으로 규정하고 있다. 현재의 형사소송법 아래에서도 경찰이 실제 수사를 하고 있으니 굳이 법개정이 필요하느냐라는 반론도 있으나, 국가기관의 권한은 법적으로 명확히 규정해야 한다는 법치국가의 이념에 비추어 볼 때 법개정을 통하여 경찰의 수사주체성을 승인하는 것은 반드시 필요하다. 그리고 범죄 수사는 ‘권한’으로 이해되는 측면도 있지만, 본질적으로 ‘의무’로 이해되어야 하기에 이러한 법개정이 필요한 측면도 있다.

77) 박노섭, 앞의 논문(주 2), 9-13쪽.

경찰이 수사를 전담하는 영미법계나 일본의 경우는 차치하고, 경찰에 대한 감사의 우위를 인정하는 대륙법계 국가인 독일과 프랑스의 경우에도 사법경찰관리의 수사개시·진행권에 대한 일반조항을 두고 있다. 예컨대, 독일 형사소송법 제163조는 “경찰의 기관과 그 공무원은 범죄행위를 조사하여야 하며, 사건의 증거 인멸을 방지하기 위하여 지체해서는 안될 모든 조치를 취하여야 한다. 이 목적을 달성하기 위하여 경찰기관과 그 공무원은 모든 관서에 정보를 의뢰하거나 또한 지체의 위험이 있는 경우 이 정보를 요구할 수 있으며, 또한 다른 법률이 경찰의 권한을 특별히 정하지 않는 한 모든 종류의 수사를 진행할 권한을 갖는다”고 규정하여 경찰의 범죄혐의에 대한 적극적인 인지권, 즉 수사개시권을 명문으로 보장하고 있고, 프랑스 형사소송법 제14조는 ‘사법경찰은 의심이 열리지 않는 한 범죄를 적발하고 범인의 발견 및 증거를 수집하는 임무를 맡는다.’라고 규정하여 경찰의 수사에 대한 일반적 법적 근거를 설정하고 있다.<sup>78)</sup>

## 6. 국민편익과 인권보장의 미흡

현행 수사권제도는 검사에게 권한이 집중되어 있고 번잡한 수사절차로 국민이 체감하는 불편과 비효율은 한두 가지가 아니다. 예를 들면, 경찰수사가 끝난 뒤 다시 동일한 정도의 검찰수사가 이뤄짐으로써 이중의 인력과 예산이 낭비되고, 피의자 등은 사법경찰관과 검찰의 각각의 피의자신문조서를 작성하므로 이중 작성으로 인한 불편을 감수해야 한다.

사소한 경우까지 검찰에게 보고를 해야 하거나 감사의 지휘를 기다려야 하는 불편함 등도 감수해야 한다. 또한 변사체 검시는 발생단계에서부터 종결단계에까지 감사의 지휘를 받아야 하므로 혐의 없는 경우 변사체 처리의 지연은 국민의 편익을 저해한다. 또한 그로 인한 인권침해 문제는 끊이지 않고 있다.

## 7. 책임과 권한의 불일치, 경찰의 무소신 무책임

경찰 수사관은 감사와 상급경찰의 이중의 지휘를 받게 되어 수사행정의 효율화를

78) 조국, 앞의 논문(주 56), 229쪽.



저해 하며 이는 행정조직의 원리인 명령통일원칙을 위배하는 것이다. 범인검거 증거수집에 대한 임무와 책임을 경찰이 부담하고 경찰 간부가 대부분의 수사를 지휘하면서도 법적으로는 검사가 수사주체자로서 권한을 가져 책임과 권한이 불일치되고 있다.

수사지휘권이라는 규정에 의해 검찰에 예속된 경찰은 스스로 권력과 청렴을 통해 이 예속을 탈피하여 책임수사체계를 갖추기보다는 현실적인 이익에 안주하여 검찰이 정한 보호막 속에서 눈앞의 이익을 챙기고 유치한 권력행사를 일삼는 폐단을 낳게 되었다.

## 8. 검찰과 경찰의 부정부패

수사지휘권이라는 규정을 매개로 검찰과 경찰이 유착되어 상호견제가 이루어지지 않음에 따라 양 기관의 부정부패가 만연해 있는 상황이다. 검찰은 경찰을 예속시키고, 정치권력의 부정과 비리를 눈감아 주는 대가로 무소불위의 권력을 행사하는 가운데 스스로 부정부패에 빠졌고, 경찰은 검찰에 특별히 항거하지 않는다면 사소한 부정부패는 허용되는 상황이 지속되어 왔던 것이다.<sup>79)</sup>

경찰의 부정부패는 어제 오늘의 일이 아니지만, 검찰도 부정부패에서 자유롭지 못하다.<sup>80)</sup>

절대 권력은 절대 부패한다는 격언이 거짓이 아니라면 권력의 집중 정도에 따라 그 부정부패의 정도도 심할 수 있다. 수사에 있어서 왜곡수사, 축소수사, 은폐수사, 표적수사에 더하여 고문치사까지 행한 기관이 금전적인 부정부패에는 깨끗하다고 보기는 어려울 것이다.<sup>81)</sup>

79) 박기석, 「현행 검경관계의 문제점과 책임수사의 원리」, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003, 271쪽.

80) 오창익, 「수사지휘권과 인권보장 토론문」, 형사정책, 제15권 제1호, 2003, 81-83쪽.

81) 김성연, 「법조비리에 관한연구, 한국형사정책연구원 보고서」, 1999, 129쪽.

## 제5장 수사권 조정의 논쟁

### I. 수사권 조정의 찬성론

#### 1. 이론적 근거

##### 1) 범죄 일체성

경찰의 주임무는 범죄의 예방과 진압이고 이 두 가지 임무는 동전의 양면과 같이 한계를 그을 수 없는 밀접한 관계에 있다. 그럼에도 범죄는 경찰의 임무로, 범죄의 진압(수사)은 검찰의 임무로 돌리는 것은 사변적 논리일 뿐만 아니라, 능률적인 범죄예방 및 진압업무의 수행을 위해서도 불합리다.<sup>82)</sup>

##### 2) 권력분립의 원칙

권력의 분립과 분쟁을 통한 권력기관 상호간의 견제와 균형은 현대 법치국가에서의 최소한의 요청이며 민주주의의 기본원리이다. 입법, 사법, 행정을 분리함과 마찬가지로 수사, 소추, 재판 등 3가지의 형사사법기능을 각각 경찰, 검찰, 법원이 나누어 담당하는 것이 민주주의 원리에 맞고 국민의 인권보호에도 유리할 것이다.<sup>83)</sup> 수사의 주재자인 검사가 기소독점주의, 기소편의주의, 검사동일체의 원칙 등과 맞물리게 되면 검찰 파쇼화를 피할 수 없을 것이다.<sup>84)</sup>

##### 3) 공판 전담론

82) 박효석, 「경찰의 독자적 수사권 확보 및 통제방안」, 석사학위논문, 경북대학교 행정대학원, 2006, 52-55쪽.

83) 최환성, 「경찰의 독자적 수사권 확보방안에 대한 연구」, 석사학위논문, 한양대학교 행정대학원, 2001, 51쪽.

84) 표창원, 「한국경찰의 수사권독립방안에 관한 연구」, 춘계학술 세미나 자료집, 한국형사정책학회, 2003, 43쪽.

검사는 공소관으로서의 직무에 전념하여 기소, 불기소 결정권과 공판 활동권한만 가지며 수사 활동에는 관여하지 않는 것이 바람직하다. 그 이유는 첫째, 최근 공판 절차는 점차 당사자주의, 공판중심주의, 직접심리주의로 이행되고 있는 추세에 비추어 검사는 공소관으로서의 직무에 전념해야 하고, 둘째, 검사 자신은 수사에 관여하지 않음으로써 예단을 배제하고 중립적 시각에서 사건을 객관적으로 검토할 수 있으며, 셋째, 이중수사를 피함으로써 수사체계를 일원화하여 수사의 능률을 향상시킬 수 있고 공소권의 순수성을 보장할 수 있어 형사소송의 이념에 더욱 충실할 수 있다.<sup>85)</sup>

#### 4) 수사 책임의 명확성

행정원리상 모든 행정기관에는 책임에 일치 내지 상응하는 권한이 부여되어야 할 것이다. 실제 수사 현실에서 범죄 발생의 경우 사건해결에 대한 임무와 책임을 경찰이 모두 부담하고 있으며, 실체적 진실발견을 위한 증거수집과 범인검거와 관련한 수사기법 내지 기술의 지도와 충고, 수사방향의 판단과 제시 등은 대부분 경찰간부가 지휘를 하면서도 현행법상으로는 검사가 수사의 주재자로서의 권한을 가지고 있어 책임과 권한이 전혀 일치하지 않고 있다. 수사권을 보유하고 지휘하는 검사보다는 단순히 검사의 보조자에 지나지 않는 경찰이 전 수사과정과 그 결과에 대하여 내부적으로는 물론 대외적인 언론, 여론에 대해 책임을 지고 있는 실정이다. 수사의 미진이나 의률의 착오와 오판, 재판에서의 무죄판결 등이 있을 때, 사건관련자들은 그것이 누구의 책임인지 판단이 극히 난감할 것이다. 이처럼 책임이 있는 곳에 권한은 없고, 권한이 있는 곳에 책임이 따르지 않는 모순을 해결하고 수사기관의 책임소재를 분명히 하기 위해서는 경찰에게 수사권을 부여하여야 하고 그 연후에야 상응하는 책임을 물을 수 있을 것이다.

#### 5) 행정조직 원리에 위배

관료제를 집대성한 막스 베버(Marx Weber)는 전통적 조직이론에서 특히 관료(행

85) 이경훈, 「한국경찰의 수사권 독립방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 한남대학교 행정대학원, 2003, 10쪽.

정)조직의 기본요건의 하나로써 명령지휘계통의 일원화를 들고 있다. 이것은 조직 구성원들이 각자 한 사람의 상관으로부터만 명령을 받아야 한다는 원리이다. 만약 어떤 조직구성원이 복수의 상사로부터 명령을 받게 되면 혼란에 빠지고 비능률적이며 무책임하게 된다. 명령의 통일성을 유지함으로써 기관 내의 권한과 통제를 강화시켜주며, 행동에 대한 책임을 판단하는데 도움을 줄 뿐 아니라 의사전달을 촉진시키고 모순된 명령을 제거함으로써 기관 내의 갈등을 감소시키고 조직원에 대한 효과적인 감독을 강화시켜준다. 동일 조직 내에서 복수의 상사로부터 지휘, 명령을 받아도 문제가 되는데, 조직 외부 기관인 검사의 지휘, 통제까지도 받는 모순으로 인하여 명령계통이 이원화되어 경찰의 강력한 명령계통이 확립되지 못하며, 책임행정의 원리에 위배된다고 하겠다.

## 2. 현실적 필요성에 따른 근거

### 1) 청소년 및 가정폭력범죄에 대한 검찰수사의 한계

범행청소년들은 성인과 달리 재사회화의 가능성이 크고 낙인효과 배제 등의 관점에서 무차별적인 형사처벌보다는 선도를 통한 비범죄화 방안이 절실히 요구된다. 이런 관점에서 경찰에게 마땅히 명문화된 법적 훈방권이 부여되어야 한나 수사에 관한 모든 권한이 검찰에 집중되어 있어 불필요한 청소년 전과자가 양산되고 있다. 그리고 아동학대나 가정폭력현장에 출동한 경찰관은 대다수의 경우에 가해자를 현장에서 격리, 유치, 전문치료기관 위임 등의 임시조치를 취해야 하지만 반드시 검사를 경유하여 판사에게 조치를 청구해야 하므로 신속한 조치가 불가능하고, 또 현장에서 범죄 상황을 보지 못한 검사에게 적절한 판단을 기대한다는 것도 모순이라 할 것이다. 현장 접근성이 가장 뛰어나고 피해자 보호 및 지원이 용이한 경찰이 주체성을 가지고 중심역할을 할 수 있도록 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

### 2) 형식적 수사지휘와 사건 처리의 지연

소수의 검사가 폭주하는 사건을 실질적으로 지휘한다는 것은 물리적으로도 불가능

하다. 당연히 대부분 사건에서 검사의 수사지휘는 형식적 서면검토로 끝나게 된다. 형사소송법 제222조 제1항과 동조 제3항, 사법경찰관리집무규칙 제33조 제1항과 동조 제2항에 의하면 사법경찰관이 변사체를 발견하면 반드시 검사에게 보고하고 그 지휘를 받아 처리하도록 되어 있는데 그 지휘 내용은 거의 대부분이 사체 검시하여 사인을 규명하고 범죄혐의 없으면 유족에게 인계하거나 유족이 없으면 가매장할 것이라는 내용이다. 즉 변사의 신고를 받은 경찰관이 검시 전 먼저 검사에게 보고하여 지휘를 받는 것이 아니라, 의사를 대동하여 사체를 검안하고 관계인 진술을 받는 등 검시를 완료하고 보고하여 검사의 형식적 지휘를 사후에 받아 처리하는 것이다. 이렇게 처리하는 기간이 1일 내지 3일 정도 소요된다. 그러므로 교통사고 사망자, 연탄가스 중독 사망자, 익사사고 사망자, 최근 급증하는 자살자 등 연간 24,740건<sup>86)</sup>에 달하는 변사사건에서 유족들은 불의의 사고로 인한 경망 중에도 적시에 장례를 치르지 못하고 타살혐의가 없음이 명백한데도 검사의 형식적인 지휘절차 때문에 많은 시간을 기다려야 한다.

다음으로는 각종 수배자·피체포자 신병처리에도 불합리한 문제가 있다. 기소중지자 등을 검거하면 신병처리에 대하여 검사의 지휘를 받아 구속 혹은 불구속 처리를 해야 하기 때문에 사건의 경중이나 합의 유무, 피해자의 처벌의사를 막론하고 검사의 지휘가 있을때까지 경찰관서 유치장에 수감되어야 함으로 인해서 수배자 자신의 인권침해는 물론 가족들의 불안을 초래하고 있다. 압수물의 환부에 있어서도 매 건마다 검사지휘를 받아 피해자에게 환부하게 되므로 당장 사용해야 하거나 변질 우려가 높은 물건의 경우에 겪게 되는 관계인의 불편과 손실도 적지 아니하다. 위와 같은 이유 등으로 경찰 수사실무에서 사건처리 절차를 잘 모르는 주민들로부터 항의를 받는 사례가 다수 있고, 이들 유족에게 법절차를 이해시키고 설득시키는데는 큰 어려움이 따르고 있으며, 이로 인한 경찰의 사기저하와 위신실추는 물론이고 검사지휘를 병자하여 사건을 무성의하게 처리할 우려도 있는 것이다.<sup>87)</sup>

## II. 수사권 조정의 반대론

86) 경찰청, 『범죄통계 2006 통권 제29호』, 경찰청 수사국, 2007, 1138-1139쪽.

87) 박철우, 앞의 논문(주 35), 125쪽.

## 1. 이론적 근거

### 1) 대륙법계의 직권주의적 형사사법 체계

대륙법계에서는 수사, 공소, 재판과 형집행까지 형사절차는 형사적 분쟁절차로서의 광의의 사법영역이었다. 이러한 형사사법과 위험진압, 치안유지 등을 목적으로 하는 경찰과는 엄격히 분리되는 것이다. 19세기 중엽까지 계몽시대 이전에는 규문판사에 의해 수사와 공소, 재판의 3과정이 독점되었으나, 규문주의 폐단을 시정하고자 수사와 공소, 재판을 분리하여 재판을 담당하는 판사로 하여금 수사와 공소과정에 관여하지 못하게 함으로써 재판과정을 순수화하고, 수사와 소추는 새로 만들어진 기관인 검찰에게 맡겨졌다. 다시 말하면 대륙법계에서는 수사는 광의의 사법이며 광의의 사법기관인 검찰의 업무라는 것이다. 이렇게 규문판사가 아닌 검사가 소추를 담당하는 탄핵주의의 등장이다 우리나라의 직권주의 구조상 재판과정에서 일방 당사자인 검사에게 수사의 주도적 권한을 부여함이 타당하다. 즉 장래에 있어서 피의자, 검사, 법관의 삼면관계로 발전되는 과정에서 검사가 그 역할을 원활히 수행할 수 있도록 수사단계에서부터 검사에게 주도적 권한을 부여하는 것이 실체적 진실발견과 인권보장에 유익하다는 것이다.<sup>88)</sup>

### 2) 행정작용으로서의 경찰작용

본래적 의미의 경찰작용은 위험진압과 질서유지 작용으로서, 이것은 행정작용이라는 것이다. 범죄수사는 형사사법작용인데도 경찰이 고유업무가 아닌 수사를 담당하는 것은 소수인 검사가 모든 수사활동을 할 수 없기 때문에 이를 도와줄 보조 인력이 필요한데 그 보조자가 사법경찰이다. 그런데 사법경찰을 구성하는 방법은 사법내의 고유의 사법경찰을 구성하는 방법과 행정경찰의 일부를 사법경찰로 임명하여 검사의 지휘를 받도록 하는 방법이 있는 바 우리나라는 후자를 취한 것이다. 즉 필요에 의해 형사소송법이나 경찰관직무집행법으로 경찰의 직무에 범죄수사를 포함시킨 결과로 일종의 권한의 위임이라는 것이다.<sup>89)</sup>

88) 이완규, 『검찰제도와 검사의 지위』, 도서출판 성민기업, 2005, 358-359쪽.



### 3) 수사와 공소의 일체지향성

검사의 사건 종결권과 수사지휘권은 소추 집행상 당연히 수반되는 권한이라는 것이다. 즉 경찰이 독자적으로 범죄의 혐의 유무를 판단하여 무혐의로 판정한 사건은 검찰에 송치하여 검사의 판단을 받지 아니하고 경찰에서 종결하고(사건종결권), 경찰이 혐의가 있다고 판정한 사건만 검찰에 송치하여 재판에 회부하도록 하자는 주장은 사실상 소추, 즉 재판회부 여부를 경찰이 결정하는 결과를 초래하여 검사의 소송 제기권을 빈껍데기로 만드는 것으로 경찰의 사건 종결권 주장은 국가소추권자로서의 검사제도 자체를 부정하는 것이다.

또한 수사는 소추, 즉 범죄자의 처벌을 위하여 소송제기(재판회부)를 목적으로 진상규명과 증거수집이 어려워지므로 소추권자인 검사가 소추권 행사를 제대로 하기 위하여는 범죄 발생 즉시 개시되는 경찰수사에 대해 진상확인과 재판에 필요한 증거수집 등에 관한 수사지휘가 필요불가결하다는 것이다. 따라서 소추권자인 검사가 범죄의 혐의 유무를 정확히 판정하기 위하여 필요한 증거수집지휘 등을 할 수 없도록 검사의 수사지휘권을 지배하는 것은 검사에게 소송유지의 책임만 부과하고 이에 필요한 권한은 주지 않겠다는 것이며, 이는 대부분의 범죄가 범죄현장에서의 증거채취 여부가 혐의 유무를 좌우하고 초동수사 단계(경찰수사 단계)에서 증거수집에 실패하면 이를 회복할 수 없는데 검사에게 초동수사 단계에서 증거수집 지휘를 못하게 하고는 재판에서 유죄입증을 못하는데 대한 책임을 묻는 것은 부당하다는 것이다. 즉 그렇게 되면 검찰은 공익의 대표자인 검찰제도 자체를 붕괴시키고 결국 경찰이 형사사법 전체를 좌지우지하게 되는 결과를 초래하게 된다는 것이다. 이런 이유로 역사적으로 경찰에게 수사권이 보장되어 있는 영미법계 국가에서도 경찰은 검사의 사실상의 수사지휘를 받는다고 주장한다.<sup>90)</sup>

### 4) 적정절차의 보장과 인권침해우려

수사의 이념은 실체적 진실발견과 적정절차를 통한 인권보장이다. 수사과정은 자

89) 이완규, 앞의 책(주 88), 359-360쪽.

90) 천진호, 「합리적인 수사권 조정원리에 관한 연구」, 경찰학 연구 제9호, 경찰대학, 2005, 23-24쪽.

연인의 신체에 물리력을 가하는 등 인권침해의 가능성이 상존하므로 국민의 인권보장을 위해서는 수사절차에 법적으로 엄격한 규제가 따른다. 따라서 수사에 임하기 위해선 수사관의 해박한 법률적 지식과 높은 인권의식이 요구되지만 경찰은 법지식과 인권의식이 희박하여 피의자의 인권을 침해할 가능성이 높으므로 법률지식이 풍부한 검사가 수사를 지휘해야 한다는 것이다. 검사의 사건종결처분, 즉 불기소에 대하여는 항고제도, 법원에의 재정신청제도, 헌법재판소에의 헌법소원제도 등 각종 제도장치가 있는데 경찰수사에 대해서는 검사의 수사지휘권이 유일한 견제장치인데 이를 배제하면 경찰의 불법수사는 아무런 제동장치도 없는 결과가 된다는 것이다.

## 5) 현재도 경찰은 수사주체이다.

형사소송법 제196조는 해석상으로도 사법경찰관은 수사의 주체로 볼 수 있고 형사소송법에서 개별적인 수사권한을 명시하고 있는 만큼, 사법경찰관에게는 수사개시 및 수사진행권이 있다. 그리고 경찰법, 경찰관직무집행법에 경찰수사에 관한 근거조항이 있고 현실적으로도 경찰이 검사지휘 없이 수사를 개시, 진행하기 때문에 형사소송법 개정이 불필요하다고 한다.

## 2. 현실적 필요성에 따른 논거

### 1) 경찰 파쇼화 우려

경찰은 치안행정기관으로 방대한 조직과 인력 장비, 정보수집권, 무장경력 등을 갖춘 조직으로서 생활안전, 경비, 교통, 정보, 보안, 외사 등 다양한 기능을 수행하고 있으며 더구나 강력한 중앙집권적 조직형태를 취하고 있는 바 여기에 수사권에 대한 유일한 견제 장치인 검사수사지휘권을 배제시키고 수사의 주도적 권한까지 보유하게 된다면 경찰국가화의 길로 치달을 위험이 있다.

검사로부터 지휘 받지 않는 수사권이 경찰의 그물망 같은 정보기능과 결합하게 되면 경찰을 더 이상 통제할 방법이 없고 견제와 균형의 원리에 위배된다는 것이다.

### 2) 경찰의 자질과 정치권력 지향성

경찰은 전문지식이 부족하므로 경제사범, 조세범 수사나 국가적 이익에 관한죄를 위반한 범죄인을 처리하기 부적합하고, 권력과의 타협성 때문에 권력형범죄를 다룰 수 없다는 것이다.

### 3) 시대적 추세에 역행

선진국일수록 국민들의 높은 인권의식에 따라 경찰수사에 대한 감시, 통제는 강화되고 있으며, 법률가에 의한 수사가 일반화되는 추세이다. 국민의 인권보장을 위해, 검찰, 국가정보원을 비롯한 공권력 행사기관에 대한 견제, 감시가 오히려 강화되고 있는 시대적 추세 속에서 오직 한국 경찰만이 인권보장과 적법수사를 위한 견제장치인 검찰의 수사지휘권을 배제한다는 것은 시대적 추세에 맞지 않는다는 것이다.

## III. 수사권 조정의 찬·반 논쟁에 대한 검토

### 1. 직권주의 구조상 검사지휘의 필요성

형사소송구조에서 직권주의는 법원의 주도적 지위를 인정하여 사건의 심리에 법원이 적극적으로 관여하는 소송구조이며, 당사자주의는 당사자의 주도적 지위를 인정하여 양 당사자의 주장과 입증에 의하여 소송절차가 진행되고, 법원은 다만 당사자의 변론을 들어 공평한 제3자적 입장에서 판단을 하는 주의를 말한다. 이렇게 볼 때 직권주의 소송구조를 취하고 있다고 하여 반드시 경찰에 대한 검사의 수사지휘가 필요하다는 것은 논리적 타당성이 희박하고 더구나 우리의 형사사법체계는 대륙법계와 영미법계의 이념과 제도가 절충되어 있으며 점차 영미법계의 당사자주의 방향으로 나아가고 있다는 것이 학계와 판례의 확고한 입장이며, 공판정에서 직접심리가 실제적 진실발견과 인권보장에 유리하여 공판중심주의로 이행되고 있는 것이 오늘날 세계적인 추세이다.

공판중심주의가 확고하게 실현되면 조서의 영향력은 약화되고, 현장에 출동하거나 범죄인을 직접 수사한 경찰관이 법정에서 증언하는 사례가 일상화된다. 경찰관의 증언이 피고인의 유·무죄판단에 결정적인 증거로 작용할 것인데, 현행과 같이 경

찰이 검사의 지휘 아래에서 보조자적 위치에 머문다면 배심원 입장에서 경찰증언에 신뢰를 가질 수 없다. 국민형사재판참여법은 검사와 피고인 간 무기평등원칙을 요체로 하는 당사자주의 실현을 전제로 하는데, 검사와 상명하복관계에 있는 경찰의 법정증언은 검사 편향적으로 치부될 수 있고, 이는 무기평등원칙에 반할 뿐 아니라 증인 적격성에도 문제가 있다. 동법의 입법취지를 살리고 경찰관 법정증언의 신빙성을 높이기 위해서는 검찰과 경찰의 조직과 직무가 떨어져서 상호 독립성을 확보해야 이치에 맞다 할 것이다. 따라서 당사자주의, 공판중심주의, 시민참여재판제도는 증인인 경찰관이 기소권자인 검사의 보조자에서 벗어남과 논리의 흐름을 같이하는 것이다.<sup>91)</sup>

## 2. 인권침해의 우려

경찰수사의 독립에 따른 가장 큰 우려는 역시 인권침해에 대한 부분이다. 검찰도 ‘수사과정에서의 인권침해 방지’를 가장 큰 반대 이유로 내세우고 있다.

일반적으로 검사는 판사에 준하는 준사법기관으로서 공익의 대변자이자 인권보장 기관이라는 믿음이 존재한다. 제정형사소송법의 입법자가 검찰작성 및 경찰작성 피의자신문조서의 증거능력요건에 차이를 둔 것도 일제시대부터 고문수사의 의혹을 강하게 받고 있는 경찰보다는 법률전문가이자 인적 구성이 우월한 검찰이 인권존중적 수사를 할 것이라는 평가와 기대에서 비롯된 것이라고 한다.<sup>92)</sup>

그러나 이러한 믿음이 과연 수사현실에 부합하는가? 검사는 공익의 대변자이기 때문에 객관적이고 중립적인 입장에서 수사할 것이고 때로는 피의자·피고인의 이익을 위해서도 수사 및 입증활동을 할 것이라는 것은 수사현실에 맞지 않는 주장이다. 오히려 검사는 피의자·피고인의 범죄혐의를 추궁하는 대립당사자의 입장에서 있다고 보는 것이 현실성 있는 시각이다.<sup>93)</sup> 검사작성 피의자신문조서의 위헌성 여부에 대한 헌재결정(1995.6.29. 선고 93헌바45)에서 소수의견이 지적한 바와 같이, 검

91) 박효석, 앞의 논문(주 82), 58-64쪽.

92) 신동운, 「사법개혁추진과 형사증거법의 개정」, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 2005. 12, 13-16쪽.

93) 우리나라 검사에게 피의자·피고인의 이익을 위하여 수사하여야 할 객관의무는 명목으로 호르고 있고 그의 공격당사자의 지위에 비추어 볼 때 피의자·피고인의 인권옹호기관이라는 자격을 붙이는 것은 어색한 장식에 불과하다는 지적도 있다. ; 손동권, 「수사권 독립, 경찰에게 보장하여야 한다」, 시민과 변호사 통권 제10호, 1994, 209쪽.

사가 공익의 대표자라고 하는 것은 국가와 개인의 긴장관계에서 국가를 대표하여 제3의 중립적 기관인 법관에게 심판을 요구하는 지위에 있다는 것에 지나지 않는다고 보는 것이 옳다. 나아가 인권보장기관으로서의 검찰의 지위도 신뢰하기 어렵다. 그동안의 사례에서 보듯이 검찰자신도 결코 인권침해의 시비로부터 자유롭지 못하기 때문이다.<sup>94)</sup> 현실을 직시해 보면, 검찰이 인권보장기관이고 인권침해의 위험성도 덜하다는 주장은 수사기관의 속성 및 수사현실을 경시한 주장에 불과한 것이다. 대립적이고 공격적 위치에 서는 수사기관이 결코 피의자의 보호자가 될 수는 없는 법이다. 오히려 현재의 수사구조하에서는 검찰에서의 가혹행위는 사실상 밝혀지기가 불가능하고 혹 검찰수사관·경찰관에 의한 가혹행위가 있더라도 수사지휘자인 검사가 묵인하면 아무 문제가 되지 않기 때문에 인권침해의 위험성은 더 크다고 할 수 있다. 그 보다는 경찰의 수사권을 독립시켜 경찰의 책임하에 수사가 진행·완결되도록 하고 만약 경찰수사과정 중 가혹행위가 있었다는 의혹이 불거져 나온 경우에는 이 부분을 검찰이 철저하게 수사하여 엄중한 책임을 묻는 체제가 정착된다면 경찰도 함부로 피의자의 인권을 유린하는 행위를 하지 않을 것이다.<sup>95)</sup> 즉 수사상 인권침해의 예방을 위해서는 검사의 일방적 수사지휘 보다는 검·경이 상호 대등한 입장에서 서로의 불법행위를 감시·견제토록 하는 것이 효과적일 것이다.

### 3. 경찰권의 비대화

검찰의 주장대로 수사권이 경찰에 주어지면 비대해진 경찰에 대한 통제가 불가능해 진다는 주장이다.

권력남용과 비대화 문제는 권한의 독점이나 과도함과 직결되는 것이며 범죄의 예방과 진압(수사)은 경찰의 본질적 사명에 해당하는 것으로 본질적 업무의 독립성은

94) 2003년 검찰에서 발생한 피의자 고문치사 사건이나 최근 수년간 검찰 조사를 받고 나온 유력인사들의 자살사건 그리고 2007년 수사검사가 피의자에게 거짓진술을 강요하여 문제가 되었던 JU수사사건 등은 검찰 스스로도 인권침해 시비로부터 결코 자유롭지 못함을 말해준다.

95) “검찰은 오히려 검찰제도가 경찰의 고문이나 가혹행위를 감시하고 통제하는 안전판 역할을 한다고 강변하지만 그 스스로가 수사라는 진흙탕에 발을 담그고 있는 한 결코 객관적인 입장에서 경찰수사를 감시하고 통제할 수 없다는 것은 어린아이라도 쉽게 짐작할 수 있다.”; 표창원, 「경찰수사권 독립이 인권보장의 첩경」, 형사정책 제15권 제1호, 2003, 46쪽.

“우리나라 검사가 객관의무를 제대로 수행하기 위해서는 경찰수사에 대한 지휘·감독에 만족해야 하고 범죄혐의사실에 대해 직접 수사하는 것을 그만두어야 한다.”; 허일태, 「독일과 프랑스의 수사권배분에 관한 비교법적 고찰」, 비교형사법연구 제6권 제1호, 2004, 178-179쪽.

기관이 존립문제에 해당하는 것이지 비대화 문제와는 별개이다. 많은 예산이 소요되는 국가조직이 그 본질적 사명에 부합하는 권한이 없다면 봉사기능이 제대로 작동치 않아 존재의의가 없어진다.

경찰이 독자적인 수사의 주체로 명문화되어도 경찰이 검사와 동등한 권한을 갖는 대등한 수사주체가 되는 것은 결코 아니다. 경찰에 대한 통제는 검사의 기소 및 공소유지권, 보완수사요구권, 일반적 기준제정권 등을 통해서 가능하고 무엇보다도 우리나라 검찰은 경찰 수사인력의 3분의 1에 달하는 자체 수사인력을 가지고 직접 수사권을 행사하는 바 이를 통해서 경찰통제·감독권은 충분히 보장될 수 있다.

#### 4. 경찰의 자질문제와 법률전문가에 의한 지휘

수사는 심오한 학문이나 철학이라기 보다는 진범의 얼굴표정에서도 무엇인가를 감지하는 현장감과 기술이라는 점이다. 즉 오랜 경험을 통해서 습득하는 감각과 기법인 것이다. 그런데 검사는 법률전문가일 뿐이지 수사의 기술적인 전문가는 아니다. 실체규명을 위한 수사는 이를 전문으로 하는 경찰이 책임지고, 법률전문가인 검사는 객관적 입장에서 사후 심사를 하는 것이 합리적이고 효율적일 것이다.

#### 5. 검사의 수사주재권은 국민의 헌법적 결단

검찰은 헌법 제12조 제3항 및 제16조에서 검사가 수사주재자라는 사실을 천명하고 있다고 주장하고 있으나 이 헌법조항은 국민의 신체 또는 주거의 자유를 제한하는 강제처분은 공정하고 독립적인 지위가 보장된 법관의 판단에 의한다는 강제처분영장주의원칙을 선언하고 있는 규정이다. 헌법제판소도 “영장주의란 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장된 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다.”<sup>96)</sup> 즉 영장주의는 법관에 의한 영장발부에 핵심이 있는 것이지 검사에 의한 청구에 중점이 있는 것이 아니다. 따라서 동 규정들에서 이른바 검사가 수사절차를 주도해야 한다는 것이 국민의 헌법적 결단이라고 해석하는 것은 지나친 논리적 비약으로서 우리 헌법학계·형

96) 헌재 1997. 3. 27. 선고, 96헌바 28, 31, 32.



사법체계에서도 주장된 적이 없는 독단적 견해에 불과하다.

#### 6. 검·경 간 수사권 충돌로 수사체계의 혼란 우려 등

현행법에도 범죄수사는 양 기관의 임무로 규정되어 있고, 실제로도 경찰과 검찰이 이원적으로 수사를 하고 있으며 외국에서도 수사는 다원화되는 추세에 있다. 경찰에게 수사권을 부여한다 해도 새롭게 수사권 충돌문제가 발생하는 것은 아니며 검사에게만 수사주체성을 인정한다고 해도 수사권 충돌이 없어지는 것도 아니다. 다만, 인적, 물적 자원이 갖춰진 경찰이 수사를, 검사는 객관적 사후 통제기능과 소추 업무를 효율적으로 분담하자는 것이다.

## 제6장 수사권 조정 방안

수사권 조정은 우리나라 형사사법체계의 선진화를 위해서도 매우 중요한 의미를 갖는다. 그렇다면 그 바람직한 방안은 무엇인가? 지난 2011년 6월 30일 국회는 사법경찰관의 수사개시·진행권을 부여하고, 검사의 수사지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정하도록 하는 내용의 형사소송법개정안을 통과 시켰다. 그러나 사법경찰관은 “모든 수사”에 관하여 검사의 지휘를 받는다고 하여 경찰에게 수사의 주체성만을 인정하면서 여전히 검사의 수사지휘를 받게 하였는데 이는 수사권 조정의 의미를 퇴색시키는 것이다. 따라서 이번 장에서는 개정 형사소송법상 수사체제를 검토해보고 바람직한 수사권 조정의 방안과 그 전제조건으로 경찰의 개혁과제를 제시하고자 한다.

### I. 개정 형사소송법상 수사체제 논쟁

지난 2011년 6월 30일 국회를 통과한 개정 형사소송법의 개정이유를 보면 “수사기관의 책임감을 높이고, 피의자·피고인의 인권침해를 최소화 하며, 수사현실과 법률규정이 부합하도록 현행법령을 정비한다”는 취지로 되어 있다. 형사소송법 제196조를 개정하여 경찰에게 범죄혐의 유무에 관하여 독자적으로 판단하여 수사를 개시·진행할 수 있는 수사주체로서의 지위를 부여하였다. 이는 경찰의 수사도 검사의 지휘유무와 관계없이 그 적법성·정당성을 인정받게 된 것이다. 그러나 사법경찰관은 ‘모든 수사’에 관하여 검사의 지휘를 받는다고 하면서도 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 ‘대통령령’으로 정한다고 함으로써 논란의 불씨를 남기고 말았다.

#### 1. 경찰은 ‘독자적 수사주체성을 가진 수사권자’라는 입장

## 1) 경찰의 수사주체성 명문화

개정 형사소송법은 경찰에게 범죄혐의 유무에 관하여 독자적으로 판단하여 수사를 개시·진행할 수 있는 수사주체로서의 지위를 부여하였으며, 경찰의 수사도 검사의 지휘 유무와 관계없이 그 적법성·정당성을 인정받게 되었다. 경찰은 이제 범죄혐의를 인식하였다면 독자적으로 수사를 개시하여야 하며, 검사의 지휘가 수사개시의 전제가 되는 것이 아님은 물론이다. 이는 경찰이 검찰과 달리 범죄수사 이외에 범죄예방의 임무도 수행하고 있다는 점에서, 그리고 이 두 가지 임무는 종종 동시에 수행되어야 할 상황이 발생한다는 점에서 특히 의미가 있다. 예를 들어 1995년 ‘삼풍백화점 붕괴사고’, 2003년 ‘대구 지하철 참사’ 등이 발생하였을 경우, 경찰은 이에 대해 혼잡상황 정리 등 위험방지 조치 및 사고이후 추가로 발생할 수 있는 범죄예방의 조치를 우선적으로 취해야 하는데, 이러한 상황에서 수사가 필요한지, 필요하다면 언제, 어떻게 시작할 것인지는 검찰보다 경찰의 자체적인 판단에 따르는 것이 상황을 신속하고 효율적으로 처리할 수 있기 때문이다.

범죄의 혐의가 있다고 인식하는 『때』 즉, 수사의 개시시점에 대한 판단은 경찰에게 주어져 있는 것으로 해석함이 타당하다. 수사착수에 필요한 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의로서 수사절차를 개시하기에 앞서 범죄혐의가 충분한지 여부는 수사기관의 자체적인 판단이 필요하기 때문이다.

대법원도 “수사를 개시할 것인가 또는 조사활동을 종결할 것인가의 판단은 수사기관이 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 권한을 적절하게 행사할 수 있도록 합리적인 재량에 위임되어 있는 행위”라고 판시 하였다.<sup>97)</sup>

개정 형사소송법 제196조 제2항은 경찰에게 수사의 개시부터 종결 전 단계(실무상 주로 송치단계)까지 자율적으로 수사권을 행사할 수 있다는 점을 확인한 것이다. 개정 형사소송법은 경찰의 자율적 수사진행권을 특정범죄에 제한하거나 특정 수사단계에 한정하지 않고 있다.

경찰에게 독자적으로 개시한 수사의 완수를 위해 법적으로 허용된 모든 필요한 조치를 취할 수 있는 권한(수사진행권)을 부여한 것이다. 현실적으로 모든 경찰수사에 대한 검사의 개입은 실현 불가능하고, 그러한 시도는 오히려 검찰의 업무부담을 가

97) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다 14932 판결.

중시키는 결과를 초래할 것이라는 사실을 외면하기도 어렵다.

개정 형사소송법 제196조 제4항에서는 경찰이 수사한 서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하도록 규정함으로써 전건송치주의 원칙을 채택하였다. 이는 수사관련 기록이 전부 검찰에 송치된다는 점을 명시하여 경찰에게 수사권을 신중하게 행사할 것을 요구함과 동시에 경찰의 수사력을 신장하여 책임감을 높이라는 의미이다.<sup>98)</sup>

## 2) 검사의 수사지휘권 명시

개정 형사소송법 제196조는 여전히 검사의 수사지휘권을 명시하고 있다. 개정 전 형사소송법상 검사의 지휘는 ‘검사가 수사를 행하는 하나의 방식’으로 해석<sup>99)</sup>되어 되어 수사지휘를 매개로 검찰에서 직접 인지하거나 수리한 사건도 경찰로 하여금 처리하게 할 수 있었으나, 개정 형사소송법 제196조 제2항은 경찰에게 독자적인 수사개시·진행권을 부여하고 있어 이러한 법적권한을 뛰어 넘는 의무, 예를 들어 수사개시권을 제한하는 “입건여부지휘”, 수사진행권을 침해하는 합리적 이유없는 “수사중지 후 송치명령”과 같은 지휘는 허용되지 않는다 할 것이다. 또한 지금까지 지휘를 명목으로 경찰로 하여금 이른바 ‘검사 직수사건’을 처리케 하는 것도 지휘권의 범위를 벗어난 것이다. 이 점에서 제196조 제1항에서 말하는 검사의 지휘를 받는 “모든 수사”의 범위에는 “경찰이 직접 개시·진행한 사건”만 해당된다 할 것이다.

독일 형소법 제161조 제1항은 검사 자신이 직접 수사하거나 또는 경찰로 하여금 수사하게 할 수 있도록 규정하여 검사가 수사를 행하는 두 가지 방식을 명시하고 있음에 반해, 우리 형소법은 이를 구체적으로 명시하지 않고, 검사의 수사는 제195조에서, 경찰의 수사는 제196조에서 규정하고 있어<sup>100)</sup> 검사가 직접 행하는 수사는 “모든 수사”의 범위에 포함되지 않는다.

개정 형사소송법 제196조 제2항에서의 경찰수사의 개시는 경찰이 독자적으로 범죄 혐의를 인식하는 때로 한정하고 있으므로 수사지휘 형태로 경찰에 보내진 검찰의

98) 경찰청, 「법무부안 및 의견에 대한 경찰의견」, 2011. 10. 3-5쪽.

99) 신양균, 「검사의 수사지휘권에 대한 검토」, 경찰학연구 제7권 제1호, 2007, 152쪽.

100) 2011. 6. 28. 제6차 법사위(회의록 29쪽)에서 이귀남 법무부장관도 “195조가 검사의 수사를 규정하고 있고 196조가 사법경찰관리의 수사를 규정하고” 있음을 확인하였다 (경찰청, 위의 자료 (주 98), 6쪽 재인용).

사건은 경찰이 수사에 착수하기 위한 단서에 불과함으로 경찰에 이첩한 검찰의 사건은 경찰이 새로 범죄를 인지하여 수사를 개시, 진행하는 ‘경찰의 사건’으로 취급되어야 할 것이고, 수사는 범죄혐의규명을 목적으로 하는 절차여서 범죄혐의를 입증할 수 있는 증거를 수집하는 절차 또는 경우에 따라 공소제기여부를 결정하기 위한 준비절차에 그치기 때문에 공소를 제기한 후의 수사는 “모든 수사”의 범위에 해당하지 않는다.<sup>101)</sup> 따라서 형의 집행단계에서 이루어지는 벌금 징수 등을 위한 형집행장은 수사가 아니며 수사지휘의 대상은 더더욱 아니다.<sup>102)</sup>

### 3) 검사의 수사지휘권과 내사와의 관계

내사와 수사의 구별에 대해 형식설과 실질설의 대립이 있지만, 형사소송법 개정안의결 과정에서 “검사의 지휘는 내사에 미치지 않는다”는 검찰과 경찰 양 기관의 합의내용이 법사위(2011년 6월 28일) 속기록<sup>103)</sup>에 남겨서, 그간의 논란을 불식시키고 한계를 명확히 한 바 있다.

내사문제의 본질은 경찰의 내사든 검찰의 내사든 법의 통제를 덜 받으려 하기 때문에 그만큼 인권침해의 위험성이 높아진다는 데 있는데 경찰과 검찰에 동일하게 적용될 수 있도록 내사와 수사를 구분하는 기준<sup>104)</sup>을 형사소송법 등 법률에 규정하고 그 법률을 통해 내사활동을 통제해 나가야 할 것이다.<sup>105)</sup>

### 4) 검찰청법 제53조의 폐지와 수사지휘와의 관계

지금까지 형사소송법상 수사지휘의 전제로서 검찰과 경찰과의 관계를 상명하복으

101) 하태훈, 「형사소송법 개정안에 대한 논평-수사일반과 강제처분 부분-」, 한국형사법학회 형사법연구 제23권 제1호, 2011, 6쪽.

102) 경찰청, 앞의 자료(주 98), 5-6쪽.

103) 2011. 6. 28. 법사위 제6차 회의에서 신지호 의원은 “그래서 오늘 이 자리에서 또 합의가 안되고 이게 연장이 된다거나 하면 이것은 검찰, 경찰을 떠나서 우리 국회도 다 모두가 실패하는, 모두가 패자가 되고 국민들 모두로부터 다 지탄을 받을 수 밖에 없는 그런 상황이다 이렇게 생각을 합니다. ‘모든 수사’에 ‘내사’가 포함되지 않는다는 게 여러 차례의 질의·응답을 통해서 분명해졌습니다.” (경찰청, 앞의 자료(주 98), 6쪽 재인용)

104) 이동희 교수는 2011. 10. 14. 한국비교형사법학회와 경찰청 선진 수사제도 연구회가 공동으로 주최한 “인권 보호를 위한 수사 선진화방안 학술 세미나에서 내사사건에서 대물적 강제수사가 행해지는 경우가 있음을 언급하면서 “이러한 경우에는 경찰과 검찰은 공히 동일한 기준을 설정하여 정식 수사사건으로 처리하는 방식을 재정립할 필요가 있음”을 지적한 바 있다. (경찰청, 앞의 자료(주 98), 6쪽 재인용)

105) 경찰청, 앞의 자료(주 98), 6-7쪽.

로 이해하게 된 주된 근거였던 검찰청법 제53조가 삭제되었다. 동 조항의 삭제는 그간 지나치게 자의적으로 행사되어 왔던 검사의 ‘전근대적 지휘관행’을 근절하고, 경찰과 검찰의 관계를 새롭게 정립하여야 한다고 선언한 것이다.<sup>106)</sup> 법개정의 취지는 “명령, 복종”이라는 전근대적 검·경 관계로는 1954년 형소법 제정 이후 60여 년간 꾸준히 발전해 온 경찰의 수준은 물론, 그간 민주화된 사회변화를 충분히 반영하지 못하여 수사실무 발전에도 도움이 되지 않는다는 반성적 고려에서 비롯되었다.

동 조항이 삭제됨으로서 앞으로의 지휘는 수사 이외의 분야에까지 무제한으로 확장되는 것이 아니라 직접 “수사에 관한 지휘”만으로 제한될 뿐만 아니라, 형사소송법상 경찰의 수사주체성 인정 조항과 유기적 관계에서 수사지휘는 “경찰의 수사주체성을 훼손하지 않는 범위내”에서 행사되어야 한다는 한계가 도출된다.<sup>107)</sup>

## 5) 검사 수사지휘권의 한계

개정 형사소송법에서 검사의 지휘권과 함께 경찰에게 검사의 지휘를 따라야 할 의무를 규정하고 있다. 하지만 검사의 지휘에 관한 구체적 내용을 검·경 협의를 통해 대통령령에 정하도록 규정하고, 또 종래 검사의 지휘에 대한 경찰의 복종의무를 규정하였던 검찰청법 제53조를 삭제하였는데 이는 법개정 전의 무정형적·무제한적·비합리적인 수사지휘의 문제점을 개선하라는 의미로 파악된다.

검찰과 경찰이 독립기관인 이상, 검사의 지휘권도 권력분립의 원칙상 요구되는 한계, 즉 ‘견제와 균형의 원리’가 작동되는 한도 내에서 행사되어야 한다. 이러한 검사지휘를 위해서는 그 전제로서 무엇보다도 수사에 있어 경찰의 독자적 권한과 영역에 대한 존중이 필요하다.

검사의 수사지휘는 경찰 고유의 집행영역인 수사의 기술적·전술적 사항에까지 개입하여서는 안된다는 한계를 가진다.<sup>108)</sup>

106) 이러한 추세는 우리 형소법이 준거로 삼았던 독일 등 대륙법계에서 두드러진다. 지난 2011. 1. 1.부터 시행되고 있는 스위스 형소법(제307조)은 ‘검찰과 경찰간 상호협력’이라는 제하에서 경찰수사에 대한 검사의 지휘권을 다루고 있고, 독일 형소법은 비록 검·경 협력을 명문으로 규정하고 있지는 않으나 실무적으로 검·관계의 중심에 “상호협력”이 자리하고 있다. (경찰청, 앞의 자료(주 98), 8쪽 재인용)

107) 경찰청, 앞의 자료(주 98), 9쪽.

108) 조국, 「검사의 수사지휘권 행사의 범위와 한계」, 2009, 67쪽 (경찰청, 앞의 자료(주 98), 10쪽 재인용)



수사활동 자체가 가지는 탄력성, 기동성, 광역성 및 수사방법의 비정형성 등을 감안할 때, 구체적인 수사기법과 방식에 대한 검사지휘는 현실적으로도 불가능하다.<sup>109)</sup>

이번 법개정으로 수사지휘는 대등한 수사주체 간의 지휘로 변경되었고 명령·복종 관계 규정도 삭제된 만큼, 경찰의 수사주체성을 훼손해서는 안된다는 수사지휘의 내재적 한계가 도출되었다. 적법성이나 정당성이 의심되는 검사의 지휘에 대해서는 이를 거부하거나 이의신청할 수 있는 근거가 마련될 필요가 있다. 현재 검찰청법 제7조 제2항 및 경찰법 제24조 제2항은 각각 소속 상사의 지시에 대해 ‘적법성·정당성에 이견이 있을 때’ 이의제기할 수 있음을 규정하고 있다.

검사의 수사지휘의 주요 목적은 무엇보다도 경찰수사에서 발생가능한 인권침해, 적법절차 위반 등을 통제하기 위한 것이다. 검사가 수사지휘를 명목으로 경찰수사에 깊숙이 발을 들여놓게 되면 ‘경찰-검사 밀착’으로 인해 검사가 객관적 통제자로서의 역할을 하기 힘들게 되어 인권보호에 역행할 가능성이 농후하다. 이는 합목적성과 밀행성을 추구하는 수사의 특성상 ‘직접 수사를 담당하는 경찰이 인권침해 기관이라면 직접 수사를 담당하는 검찰도 역시 인권침해 기관’이 될 수밖에 없다는 점을 외면하기 어렵기 때문이다.<sup>110)</sup> 따라서 검사의 수사지휘는 법률적 통제에 제한되어야지, 이를 넘어 경찰수사를 지나치게 제한하는 형태로 이루어져서는 곤란하다.

검사의 지휘는 경찰기관 수사부서 책임자를 상대로 이루어지는 것을 원칙으로 해야 한다. 수사지휘의 상대방을 검사가 결정할 문제로 해석한다면, 경찰 수사간부의 책임있는 지휘를 어렵게 하고 경찰 내부의 지휘체계를 형해화 하는 결과를 초래한다.<sup>111)</sup> 아울러 수사지휘의 투명성과 적정성을 담보하고 검찰과 경찰 간 갈등을 방지하기 위해 서면지휘를 원칙으로 함이 타당하다.<sup>112)</sup>

109) 신양균, 「검사의 수사지휘권에 대한 검토」, 경찰학연구 제7권 제1호(2007), 164쪽 (경찰청, 앞의 자료(주 98), 6쪽 재인용)

110) 서보환, 「검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권」, 심포지엄, 서울지방변호사회, 2011, 78쪽 (경찰청, 앞의 자료(주 98), 11쪽 재인용)

111) 김득환, 「검·경 수사권조정 과정에서 본 국민의 인권」, 심포지엄, 서울지방변호사회, 2011, 48쪽 (경찰청, 앞의 자료(주 98), 11쪽 재인용)

112) 경찰청, 앞의 자료(주 98), 9-11쪽.

## 2. 경찰은 '파생적·제한적 수사권자' 라는 입장

### 1) 수사권의 일원체제

개정 형사소송법하에서도 수사에 관하여 궁극적인 권한자로서 필요한 상황에서 최종적인 결정을 할 수 있는 자라는 의미에서 수사권자 또는 수사주체는 검사 뿐이다. 제196조 제2항의 사법경찰관의 수사개시·진행권은 제195조의 검사의 수사권으로부터 위임된 파생적 수사개시·진행권이며 독자적인 원천에서 오는 본원적 수사권이 아니다.

현행법에서 사법경찰관의 수사권한이 검사의 수사권으로부터 위임된 파생적 권한이라는 관계는 제196조 제1항의 “검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다.”는 문구로 표현되어 있었다. 여기서 “검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다.”는 구체적으로 지휘권이 발동되는 경우 그 지휘를 받는다는 의미도 있지만 그 의미보다는 수사권이 위임관계라는 의미가 중요하다. 위임관계이지만 필요한 때에는 지휘를 수시로 할 수 있는 지휘계통을 말하는 것이다.

이와 같이 수사권이 일원체제로 구성되고 위임자, 수임자 관계로 설정되어야 사법경찰의 수사에 관한 지휘관계가 포괄적인 지휘관계로 자연스럽게 설정될 수 있고 경찰 수사영역 중 검사의 지휘권이 미치지 않는 자유로운 영역을 인정하지 않는 관계가 논리적으로 쉽게 도출될 수 있다.

수사권이 검사의 수사권과 경찰의 수사권으로 각각 독립적으로 병립되게 되면 지휘관계를 설정하는 경우 어느 범위까지 지휘관계를 인정할 것인지에 대해 복잡한 문제가 발생하고 필요에 따라서는 일일이 구체적인 명문규정을 둘 필요가 있다. 그리고 이와 같은 병립체제는 검사의 수사지휘권을 벗어나 경찰수사의 독립적 영역을 인정하고자 하는 경우에 채택하는 입법방식이다. 예컨대 일본 형사소송법상 사법경찰관은 검사의 수사권과 별개로 본원적 수사권자로 병립되어 있는데 이는 일본법에서는 경찰이 사건송치단계까지 독립적인 수사권을 보유하고 있기 때문이다.

범안 논의과정에서 법무부와 검찰은 경찰 수사영역 중에서 검사의 수사지휘권으로부터 자유로운 영역을 인정할 수 없다는 점에서 수사권 일원체제를 절대로 양보할

수 없다는 입장이었다. 그래서 현행법 제196조 제1항의 유지를 주장하였고, 최종적으로 이를 변경하는 조문에 있어서도 현행법 제196조 제1항의 문구를 나누는 방식을 취하여 위임자와 수임자의 관계를 의미하는 “지휘를 받는다”는 문구를 제1항에 두는 것으로 하였다. 나아가 수사지휘권으로부터 자유로운 영역은 없다는 점, 현행법상의 포괄적 지휘권이 그대로 유지된다는 점을 다시 한번 명확히 하기 위해 “모든 수사”에 대해 지휘를 받는 것으로 규정하였다. 따라서 제196조 제2항의 사법경찰관의 수사개시·진행권은 검사의 수사권으로부터 파생된 권한이고 독립적 원천의 수사권이 아니다.<sup>113)</sup>

## 2) 수사주재자로서의 검사와 지체적 수사기관

현행법과 마찬가지로 개정 형사소송법에 있어서도 검사는 수사절차의 주재자로서 스스로 수사하기도 하고 사법경찰관을 지휘하여 수사를 하기도 한다. 사법경찰관을 지휘하여 수사하는 경우 사법경찰관은 검사의 팔로서 검사와 동일체가 되는 것이다. 즉 사법경찰관은 검사의 지체와 같은 수사기관이다. 이러한 관계는 검사가 자신이 개시한 사건을 지휘하여 사법경찰관으로 하여금 수사 하도록 한 경우 뿐만 아니라 사법경찰관이 스스로 개시한 사건에 대해서도 성립한다. 사법경찰관의 수사는 검사의 수사권이 위임된 파생적 수사권에 의한 것이기 때문이다.

현행법 제196조 제1항도 이러한 위임관계를 의미하는 현실적으로 구체적인 지휘가 발동되지 않는 한 사법경찰관이 자율적으로 수사를 개시할 수 있는 권한이 포괄적으로 위임되어 있는 것이었다. 그런데 경찰 측에서 그 문구로는 해석상 위임관계가 명확하지 않고 그래서 경찰이 적법하게 수사를 스스로 개시할 수 없다고 주장하여 법문상 명확히 경찰이 자율적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 것으로 명확히 해석될 수 있도록 표현을 변경하였다.<sup>114)</sup>

## 3) 본원적 수사권자인 검사와 파생적·제한적 수사권자인 사법경찰관

113) 이완규, 「개정 형사소송법상 수사체제」, 법조, 2011. 9, 23-25쪽.

114) 이완규, 앞의 논문(주 113), 32쪽.

현행법상 궁극적인 권한자로서 필요한 상황에서 최종적인 결정을 할 수 있는 자라는 의미의 수사권자, 즉 본원적 수사권자는 검사이고 이는 개정법상으로도 마찬가지이다. 따라서 그러한 의미의 수사권자 또는 수사주체는 개정법상으로도 검사 뿐이다.

이에 대해 사법경찰관은 검사의 본원적 수사권으로부터 위임받아 그 지휘권 하에서 자율적으로 개별적인 수사활동을 할 수 있는 권한자로서 파생적·제한적 수사권자이다. 앞에서 본 바와 같이 수사주체라는 표현을 사용한다면 제한적 수사주체라고 할 수 있겠으나 주체라는 용어 자체가 종국적 결정권자라는 의미가 있으므로 사법경찰관에게 수사주체라는 용어를 사용하는 것 자체로 불필요한 혼란을 유발할 우려가 있다.<sup>115)</sup>

#### 4) 검사의 수사지휘권과 사법경찰관의 자율적 수사 개시·진행권

검사는 사법경찰관에 대해 수사에 관하여 포괄적인 수사지휘권을 가지며 사법경찰관은 검사의 포괄적 수사지휘권이라는 우산 아래에서 구체적인 지휘가 발동되지 않는 한은 스스로의 판단 하에 수사를 개시·진행할 수 있다. 즉 사법경찰관은 자율적인 수사 개시·진행권을 가진다. 수사종결권은 본원적 수사권자인 검사에게만 있다.

이와 같이 검사의 구체적 지휘가 발동되지 않는 한 사법경찰관이 스스로의 판단하에 수사를 개시·진행할 수 있다는 점은 현행법의 “검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다.”는 문구에도 포함되어 있는 의미였다. 그러므로 개정법 제196조 제2항에 규정된 사법경찰관의 수사개시 진행 문구는 현행법 제196조 제1항의 “검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다”는 문구의 의미를 조금 더 명확히 한 것일 뿐 그 자체로 다른 새로운 의미를 가지는 것이 아니다.

이와 같은 사법경찰관의 수사권에 대해 독자적 수사권이라는 표현도 사용하나 자율적 수사권이라는 용어가 적절하다고 본다. 우리말에서 독자적이라는 용어는 자율적이라는 의미와 함께 독립적이라는 내포의 의미도 가지고 있다. 따라서 독자적이라는 용어를 사용하면서 독립적이라는 이라는 의미로 사용하게 되면 이는 개정법상 사법경찰관의 수사권을 설명하는데 부적절하다. 독립적이라고 하려면 지휘권에서

115) 이완규, 앞의 논문(주 113), 33쪽.

벗어나 경찰의 자유로운 수사영역이 있어야 하기 때문이다. 그러나 개정법상으로도 사법경찰관의 수사는 어떤 영역이든 검사의 지휘권으로부터 자유로운 영역은 없다. 따라서 자율적이라는 용어로 표현하는 것이 정확하다.<sup>116)</sup>

## 5) 상명하복관계

현행법상 검사와 사법경찰관리의 관계는 상명하복관계라고 말해진다. 그 근거는 검사가 수사에 관하여 사법경찰관리를 지휘하는 관계, 사법경찰관리가 범죄수사에 관하여 소관검사의 직무상 명령에 복종하여야 하는 규정, 이러한 상명하복관계를 제도적으로 보장하기 위한 제도로써 지방검찰청 검사장의 교체임용권과 수사중지명령권을 든다.

개정법상으로도 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘관계는 변함이 없으며, 검찰청법 제53조의 명령 복종의무가 그 용어만 순화하여 형사소송법 제196조 제3항으로 이전되었고, 교체임용요구권과 수사중지명령권은 현행법을 유지하고 있다. “복종하여야 한다”는 한자 용어를 “따라야 한다”라는 우리말로 바꾸었을 뿐 그 의미가 따라야 할 법적인 의무를 부과하는 점에 있어서는 다를 것이 없으므로 상명하복관계도 차이가 없다.<sup>117)</sup>

## 6) 포괄적 지휘권

현행법 제196조 제1항이 수사주체자로서 검사의 포괄적 지휘권의 근거규정이라는 점은 판례에서도 확인되고 있는 바 검사는 일반적 지침 또는 일반적·구체적 지시와 지휘를 통해 사법경찰관의 수사 활동을 법적으로 조정·통제하고, 검사와 사법경찰관의 의견이 일치하지 아니할 경우에는 검사의 법률적 판단에 따라 수사를 진행하고 사건을 처리하는 것이다.<sup>118)</sup>

이러한 포괄적 지휘권은 검사와 사법경찰관과의 관계를 본원적 수사권자인 검사와

116) 이완규, 앞의 논문(주 113), 34쪽.

117) 이완규, 앞의 논문(주 113), 34-35쪽.

118) 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도117 판결 ; 춘천지방법원 강릉지원 2007. 4. 30. 선고 2007고합6 판결.

그 수사권을 위임받아 행사하는 파생적 수사권자로서 사법경찰관리로 설정한 데 따라서 법리적으로 당연히 도출된다. 나아가 서로 다른 기관에 소속되어 있는 관계로 “지휘에 따라야 한다”고 하여 지휘의 효력이 따라야 할 법적 의무를 부과하는 것으로 명확히 규정하고 있어 포괄적 지휘권 체제를 확실히 하였다.

특히, 개정법 논의과정에서 법무부와 검찰은 법문상 사법경찰관이 파생적 수사권자가 아닌 본원적 수사권자로 해석될 수 있는 가능성이 생기지 않도록 하는 데 중점을 두었다. 사법경찰관이 본원적 수사권자로 등장하게 되면 지휘권과 본원적 수사권 사이에 충돌이 생길 수 있고 이에 따라 지휘의 범위와 내용이 무엇인지에 대해 다툼의 소지가 발생할 수 있기 때문이다.

예컨대 일본 형사소송법은 사건 송치 이전 단계에서의 사법경찰관의 자체수사에는 검사의 지휘권을 배제하는 것으로 하였기 때문에 사법경찰관의 수사권을 본원적 수사권으로 규정하고 독립된 수사주체로서 검사의 수사권과 병립하는 체제로 하고 있다. 이에 따라 병립적인 수사주체 사이에 지휘관계를 설정하는 경우에 그 지휘권의 내용과 방식을 법률로 열거할 필요가 있게 되었고 이와 관련하여 규정한 것이 일반적 지시권, 일반적 지휘권, 구체적 지휘권이다.

일본 형사소송법 제193조의 일반적 수사권은 수사를 적정하게 하고 공소수행을 위해 필요한 사항을 일반적인 준칙의 형식으로 지시하는 권한으로 서류의 작성, 사건의 송치, 증거의 수집 등에 관하여 행해진다. 일반적 지휘권은 검사가 스스로 수사를 함에 있어, 예를 들면 수 개의 경찰에 걸치는 사건과 같은 경우에 수사방침이 경찰마다 다르게 되면 곤란한 경우에 수사의 계획과 방침에 대해 미리 사법경찰관리 일반에 지휘하는 경우이다. 구체적 지휘권은 검사가 수사하는 때에 개개의 사법경찰관리에게 명하여 보조를 하게 할 수 있는 권한이다.

그러나 우리나라에서는 현행법이든 개정법이든 일본법과 달리 사법경찰관은 독립된 수사주체가 아니며 수사의 모든 영역에서 검사의 지휘를 받는 파생적 수사권자이다. 따라서 검사의 수사지휘권의 내용과 발동형식을 일본법과 같이 구체적으로 종류별로 규정할 필요가 없다. 제196조 제1항의 규정만으로도 포괄적 수사권을 규정하고 있기 때문이다. 또한 경찰 스스로 행하는 수사에 관하여는 검사의 지휘권이 배제되어 있는 일본법과 달리 현행법 및 개정법은 동일하게 이 부분에 대해서도 검사의 지휘권이 확립되어 있다.



따라서 개정법에서도 검사의 지휘권의 발동 형식은 수사에 관한 일반적 지침이나 여러 경찰관서에 일반적으로 해당되는 수사방침이나 계획 등에 대한 지시를 포함하는 일반적 지휘와 개별 사건에 대해 구체적 지시를 하는 개별적 지휘로 분류하면 될 것이다.<sup>119)</sup>

## 7) 수사지휘의 범위

포괄적 수사지휘권과 수사지휘 범위도 현행법과 개정법은 동일하다. “모든”이 수사 앞에 부가됨으로서 수사지휘를 받아야 하는 수사의 범위로서 다음과 같은 의미를 명확히 하고 있다.

첫째로, 수사개시 자체도 모든 수사에 포함된다. 따라서 현재 행해지고 있는 바와 같이 중요사건에 대한 입건단계 지휘가 가능하다.

둘째, 검사가 스스로 행하는 수사도 이를 사법경찰관에게 지휘할 수 있는 대상이 되고, 사법경찰이 시작한 수사도 지휘의 대상이 된다. 예컨대, 현재 검찰에 접수된 고소사건의 상당부분을 사법경찰에 지휘하여 수사하도록 하는 바 이러한 실무도 그대로 반영될 수 있다.

셋째, 시간적으로 공소제기 전의 수사와 공소제기 후 수사가 포함되므로 형사절차 전 과정에서 행해지는 각종의 수사에 대한 지휘가 가능하다.

넷째, 명칭을 불문하고 실질적인 수사행위는 모두 포함된다는 의미이므로 실질적으로 수사행위를 한다면 명칭을 내사, 진정 등으로 편법을 사용하여도 “모두 수사”에 포뮬되어 지휘의 대상이 된다. 즉 순수한 내사영역은 지휘대상에서 제외되나 수사영역으로 들어오는 한은 외양을 내사로 말한다고 하여도 그것은 지휘대상인 수사이다.

다섯째, 특히 수사의 영역적인 관점에서 경찰 수사영역의 모든 영역에 대해 수사지휘권이 미친다는 것을 말하므로 검사의 수사지휘권이 미치지 않는 경찰의 수사영역은 없다는 취지가 명확해진다. 따라서 검사의 지휘권과 경찰 수사권의 관계에서 지휘권이 미치지 않는 사법경찰 수사권의 고유영역은 없게 되고 지휘권과 수사권의 충돌문제도 발생하지 않는다. 이는 특히 제196조 제1항이 의미하는 수사권의

119) 이완규, 앞의 논문(주 113), 36-38쪽.

위임관계를 더욱 명확히 한 것으로 이에 따라 제196조 제2항이 규정하는 사법경찰관의 수사개시·진행권은 검사의 수사권으로부터 위임받은 파생적 수사권임을 명확히 하고 있다. 그러므로 검사는 사법경찰관의 수사개시와 진행에 관하여 필요한 때에는 언제든지 그 수사자체를 중단시킬 수 있고 사건을 직접 인수하여 처리할 수 있다.<sup>120)</sup>

### 3. 개정 형사소송법관련 대통령령의 제정

-검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정-

개정 형사소송법은 사법경찰관은 ‘모든 수사’에 관하여 검사의 지휘를 받는다고 하면서도 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 ‘대통령령’으로 정한다고 함으로써 대통령령을 어떻게 정하느냐와 관련하여 논란이 있었다.

국무총리실은 개정 형사소송법상의 검사지휘에 관한 구체적 사항을 정하도록 한 대통령령에 현행 형사소송법에 바탕을 둔 ‘사법경찰관리집무규칙’을 그대로 대부분 수용한 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’을 제정하였고 많은 논란이 있었지만 2011년 12월 27일 국무회의를 통과하였다.

그렇지만 경찰의 내사를 검찰의 사후 통제를 받도록 해 수사가 아닌 내사기록도 검찰에 송부하도록 하는 것은 기존의 검찰의 수사권한을 오히려 강화하는 것이고, 대공·선거범죄 등 중요범죄의 경우 수사개시부터 검사의 지휘를 받도록 한 것, 경찰수사에 대한 검사의 수사중단·송치명령은 형사소송법상 경찰의 수사개시권을 침해하는 것이라는 주장도 있었다.

이하에서는 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’을 소개하고자 한다.

#### 1) 사법경찰관리 집무규칙을 대통령령에 규정

120) 이완규, 앞의 논문(주 113), 36-39쪽.

현재 사법경찰관리의 수사절차와 준칙을 규정하는 사법경찰관리집무규칙(78개 조문)의 내용을 대부분 대통령령에 그대로 수용하였다. 다만 논의 과정에서 10개 조문을 삭제하고, 10개 조문을 수정하였다.

## 2) 검사의 사법경찰관 존중 및 서면지휘 원칙

검사는 사법경찰관을 존중하고 법률에 따라 사법경찰관리의 모든 수사를 적정하게 지휘 하도록 원칙 규정을 신설하고 수사지휘는 서면지휘를 원칙으로 하되, 긴급을 요하는 상황 등의 사유로 검사가 구두 또는 전화 등 간이한 방식으로 지휘한 때에는 사법경찰관이 검사에게 서면지휘를 요청할 수 있도록 하였다.

## 3) 검사의 수사지휘에 대한 재지휘건의 및 의견제시 규정 명문화

사법경찰관은 구체적 사건에 대한 검사의 지휘내용에 대하여 검사에게 의견을 밝히고 재지휘를 건의할 수 있고, 이 경우 검사는 재지휘 여부를 결정하고 필요한 조치를 취하도록 하였고, 사법경찰관 소속 관서의 장은 검사의 위 조치에 대하여 의견이 있는 때에는 해당 검사가 소속된 관서의 장에게 의견 제시가 가능하도록 하였다.

## 4) 사법경찰관의 행위의 수준에 따라 사건관리방안을 규정함

사법경찰관리가 피의자신문조서를 작성한 때, 긴급체포를 한 때, 검사에게 체포, 구속영장을 신청한 때, 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 대하여 압수·수색·검증 영장을 신청한 때에는 범죄인지서 작성 여부와 관계 없이 검사에게 관계서류와 증거물을 제출토록 하고, 그외 압수·수색·검증 영장 신청이나, 피혐의자를 출석시켜 조사한 때, 현행범인을 체포, 인수하고 범죄인지서를 작성하지 아니한 사건에 대하여는 분기별 사건목록과 요지를 검사에게 제출하도록 하였다(사건관계인이 이의를 제기하거나 검찰이 인권보호를 위해 필

요하다고 인정시 서면으로 관계서류 제출 요구할수 있다).

#### 5) 긴급체포 후 석방 시 검사 사전승인제도 폐지

긴급체포된 사람을 석방할 때 검사의 사전승인을 받도록 하는 규정을 삭제하여, 신속히 석방이 이루어지도록 하였다. 다만 긴급체포 후 검사에게 승인을 받도록 하는 규정은 존치하였다.

#### 6) 수사개시보고 대상을 대폭 축소

종래 사법경찰관이 검찰에 수사개시를 보고하여야 하는 중요범죄의 범위를 22개에서 13개로 대폭 축소하였으나, 13세 미만 아동 또는 장애인에 대한 성폭력범죄는 새로이 보고대상으로 추가하였다.

#### 7) 수사단계별 수사지휘 규정 신설 및 검사 접수사건 지휘 가능 명문화

종래 수사현실에서 인정되던 단계별 수사지휘 내용을 입건시 지휘, 송치전 지휘, 송치지휘, 송치후 지휘 등으로 구체화 하였고, 사법경찰관리가 검사로부터 검사가 접수한 사건에 대하여 수사할 것을 지휘받은 때에는 사건 송치전에 구체적 지휘를 받도록 하였다.

#### 8) 인치지휘 개선방안 마련 및 수사협의회 설치

인치지휘에 대하여는 별도 명문규정은 두지 않고 현행대로 유지하되, 2012년 6월 말까지 MOU를 체결하여 업무프로세스 개선방안을 논의하기로 하였고, 검찰청과 경찰청간에 수사에 관한 제조개선 방안을 논의하고, 상호의견을 교환하기 위하여 수사협의회를 두는 규정을 신설하기로 하였다.

## II. 바람직한 수사권 조정의 방향과 모델

### 1. 경찰은 제1차적 수사기관, 검찰은 제2차적 수사기관

경찰이 1차적 수사권을 행사하되 검찰의 판단이 필요한 경우(예컨대 공소제기여부를 판단하기 위해 혐의사실의 확인이 더 필요하거나 증거의 수집이 더 필요하다고 판단되는 경우, 경찰의 수사결과가 논리적이지 못한 경우 등), 또는 경찰의 수사결과에 대하여 불복하는자가 검찰항고를 제기한 경우, 경찰관에 의한 피의자 인권침해 시비가 있는 경우 등에만 검찰이 제2차적 보충적 수사권을 행사하도록 해야한다.<sup>121)</sup>

### 2. 상호 협력 관계

현재 검찰의 수사지휘권과 검경 상명하복관계 설정으로 경찰이 검찰에 예속되어 있다. 명령복종의무, 징계·해임·체임요구권(검찰청법 제53조 제54조)으로 경찰은 업무상 독립기관으로서의 지위가 상실되어 있다. 수사와 관련되지 않은 경찰업무가 거의 없고, 경무관 이하가 검사지휘를 받고 있어 경찰조직 거의 대부분이 지휘하에 있는 상태이다. 이러한 불합리점을 해결하기 위해서 형사소송법에 수사의 주체인 양 기관간의 협력의무를 명시하여 상호간의 관계를 상호 협력 관계로 규정한다. 이로써 현재의 상명하복식의 지배·종속관계를 청산한다.

### 3. 송치전 관여 배제, 경찰의 영장청구권 부여

경찰이 사건수사에 있어서 송치전에는 독자적인 수사권을 행사하도록 하고 검찰의 관여를 배제함으로써 부당한 수사간섭의 시비를 없애고 경찰의 책임수사체제를 확립한다.

영장청구단계에서의 관여도 배제하는 것이 바람직하나 영장청구권자를 검사로 규정하는 있는 현행 헌법 제12조 제3항 때문에 헌법의 동조항이 개정되기 전까지는

121) 박정섭, 「경찰수사의 선진화를 위한 수사권 독립에 관한 연구」, 수사연구, 1992. 2, 28-29쪽.

합법적인 것으로 볼 수밖에 없다.

영장주의는 강제처분에 있어서 인권보장을 도모하는 것을 목적으로 한다. 수사기관에 의한 강제처분의 경우 영장주의의 취지는 집행절차를 적정하게 하고 수사기관의 강제처분 발동에 대한 사법적 억제를 통하여 수사기관에 의한 강제처분권의 남용을 방지하고 인권보장을 도모하자는 것이다.

사법경찰관에게 법원에 대한 영장청구권을 보장하기 위해서는 먼저 헌법 제12조 제3항에서 “검사의 신청에 의하여”라는 문구를 삭제하여 경찰이 직접 영장을 청구할 수 있는 길을 열어 놓아야 한다. 그리고 구속·체포·압수·수색·검증 등 강제처분을 위한 영장의 신청·청구절차를 규정한 형사소송법 제200조의2, 제200조의4, 제201조, 제215조, 통신비밀보호법 제6조 등의 내용 중 사법경찰관의 영장청구에 검사를 경유하도록 한 규정을 삭제하고, 영장청구권자로서 “검사와 사법경찰관”을 병렬시켜 규정하여야 한다. 또한 예시한 법 규정의 경우 각개 조문의 제1항 중 “검사는”을 “검사와 사법경찰관은”으로 개정한다.

보다 근본적인 해결 방안으로는 헌법 제11조 제3항의 “검사의 청구에 의하여”를 삭제하고 “강제수사는 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”로 개정하여 영장청구권을 검사와 사법경찰관 모두에게 인정해야 한다. 즉 국가적 법익에 관한죄, 공무원 범죄 등 형법각론상의 특정의 범죄와 사회적 파급효과가 큰 경제사범 등 특별한 위반 이외의 기타 범죄에 대하여는 사법경찰관이 직접 법원에 영장을 청구할 수 있도록 하여 영장청구권을 적정하게 배분시켜야 한다. 이와 같은 강제처분에 대한 사법적 억제를 통해 인권을 보장하고자 하는 제도인 영장제도가 검찰과 경찰사이에서는 본래의 취지보다는 지휘권 확보수단내지 유력한 통제수단이 되고 있다. 따라서 경찰수사권의 실효성을 담보하기 위하여는 경찰에게 법원에 대한 직접적인 영장청구권이 보장되어야 한다.<sup>122)</sup>

경찰에서 독자적 수사권을 부여하면서 강제수사를 위한 법관의 영장을 발부받기 위해서 현재와 같이 검사에 대한 영장신청절차를 경유해야 한다면 실질적인 독자수사가 이루어질 수 없기 때문이다.

법원에 대한 검사의 영장청구권이 헌법에 규정되어 있기 때문에 당연한 것으로 받아들여지면서 변경이 불가능하다는 주장은 타당하지 않다. 검사의 독점적 영장청구권

122) 대검찰청, 「유럽국가의 검사와 경찰관계」, 2005 유럽 검찰총장회의, 2005, 274쪽.



은 헌법사항이라고 볼수도 없고,<sup>123)</sup> 우리나라의 경우 권력자의 편의에 의해서 제3공화국 헌법에 처음으로 등장한 것으로서 향후 헌법이 개정될 경우 얼마든지 개정을 검토할 수 있다고 생각된다. 다만 경찰의 독자적 수사권 요구의 궁극적으로 영장청구권 확보에 있는 것으로 이해할 만큼 반발이 크다는 점 및 사법경찰의 구속기간이 10일로서 비교적 장기인 점을 고려할 때, 구속영장과 체포영장을 분리하여 구속영장은 현재와 같이 사법경찰의 신청, 검사의 법관예의 청구절차를 유지하되 체포영장은 직접 사법경찰이 법관에게 청구할 수 있도록 하자는 견해<sup>124)</sup>는 상당한 설득력이 있다고 보여진다. 체포영장제도는 주로 초동 수사단계에서 피의자의 신변을 확보함으로써 수사절차의 원활한 진행을 담보하는데 의미가 있으므로 굳이 중간에 검사가 개입할 필요가 없기 때문이다. 향후 법개정시 절충안으로서 검토할만 하다고 생각된다. 이 경우 구속영장을 제외한 압수·수색·검증영장 등 강제수사를 위한 여타의 영장이 체포영장과 함께 사법경찰의 직접 청구대상이 되어야 함은 물론이다.<sup>125)</sup>

#### 4. 경찰작성 피의자신문조서의 증거능력

공판절차에서 가장 중요한 의미를 가지는 것은 검찰의 각종 조서이다. 특히 피고인의 자백이 검찰조서에 기재되어 있는 경우에는 그 피의자신문조서는 거의 절대적인 증거능력을 인정받아 공판절차에서 무죄를 기대하기란 사실상 불가능하다고 할 수 있다. 현행 형사소송법은 “검사 이외에 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다”고 규정(형사소송법 제312조 제2항)함으로써 경찰의 피의자신문조서는 공판정에서 그 내용이 부인되는 경우에는 증거로서의 별 의미가 없는 것으로 취급하고, 검사의 구속영장청구의 자료나 수사자료로 취급함으로써 경찰작성조서는 원칙적으로 공판정에서 배제하려는 태도를 보이고 있다. 즉 피고인의 공판정에서의 경찰작성 피의자신문조서의 부정은 한낱 휴지조각과 다름없다는 점이다. 이는 외국의 경우에 비하여 현저한 차이를 보이고 있다.<sup>126)</sup> 현행 수사절차가 경

123) 이관희, 「경찰의 정치적 중립과 수사권 독자성 확보방안」, 수사연구, 1994. 32쪽.

124) 손동권, 앞의 논문(주 65), 317쪽.

125) 천진호, 「영장청구권의 귀속에 관한 연구」, 치안정책연구소, 연구보고서, 2007. 3, 80쪽.

126) 신동운, 「한국 검찰제도의 현황과 개선책」, 법학, 서울대학교법학연구소, 1998, 55쪽 : 독일의 경우 검찰조

찰단계에서의 피의자 수사가 이루어진 후에 다시 동일한 내용의 신문이 검찰단계에서 행하여지기 때문에 국민으로서는 피의자의 지위 또는 참고인의 지위에서 이중의 신문객체로 전락하게 되고, 이로 인한 무용한 시간과 노력의 낭비를 부담하게 된다. 이같은 이중신문의 관행은 검찰조서가 가지는 거의 절대적인 증거능력에 기인한 것이다. 이것은 경찰의 독자적 수사관이 인정되어 있지 않고 검사의 지휘감독 아래서 수사활동이 행해지는 데서 유래된 탓이라 할 수 있다. 이론적으로 수사구조면에서 피의자의 법의 적정절차를 보장받을 권리를 강화하려는 소위 탄핵주의적 수사관이 가세하여 경찰작성조서의 증거능력을 격하시킨 것이다. 현실적으로 검찰에서의 피의자신문조서 작성이 검사의 보조자인 검찰서기가 주로 담당하고 그 명의를 검사가 하고 있는 수사관행과 인신구속의 영장발부심사가 사법경찰관 작성조서만으로 이루어지는 수사현실을 감안할 때, 범죄시간대에 가장 근접한 사법경찰관리 작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정해야 한다<sup>127)</sup>

반면에, 전문법칙에 대한 예외를 확대하는 쪽이 아니라 오히려 피고인의 이익을 위해 경찰작성의 피의자신문조서이든 검사작성의 피의자신문조서이든 공판정에서 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하는 경우에만 증거능력이 인정되는 쪽으로 개정되어야 한다는 주장도 있다.<sup>128)</sup> 현재 우리나라 수사기관의 피의자신문 상황을 직시할 때 수소법원이 직접 청취하지 않은 진술에 대해 피고인이 공소사실을 부인함에도 불구하고 그 증거능력을 인정할 수 있을 만큼 “신용성”(그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진것)의 정황적 보장이 있다고 보기 어렵기 때문이다. 피고인의 범행부인에도 불구하고 검찰작성의 피의자신문조서에 증거능력을 인정할 수 있도록 한 형사소송법 제312조 제1항 단서는 검찰에서 자백위주의 수사관행을 부추기는 한 주요한 원인이 되고 있는 것으로 지목되고 있다.

증거능력을 인정을 확대하는 방향이든 제한하는 쪽이든지 앞으로 수사권조정을 통

---

서에 증거능력을 인정하지 않고 있을 뿐 아니라 실무에서도 작성되지 않고 있다. 다만 사법경찰관이 피의자를 신문하는데 그때 당해 경찰관은 공판절차에서 증인으로 진술하게 되고, 이때에도 예외적으로 전문법칙이 적용되지 않아 그 진술을 증거로 채택할 수 있도록 하고 있다. 미국의 경우에는 예비심문제도가 있어 검사에 의한 피의자신문은 행해지지 않고, 검찰조서의 문제는 발생하지 않는다. 그러나 일본의 경우는 검찰 작성조서가 작성되며, 사법경찰의 조서는 예외적으로 증거능력을 인정받고 있다. 각종 조서의 증거능력을 엄격하게 제한하고 있기 때문에 우리나라와 같이 증거수집의 결정적 단계로서 기능을 하지 않고 검사의 피의자신문은 간략하게 행해지고 있다. 미국, 독일, 일본 모두 사법경찰단계의 피의자 신문이 수사절차의 중심이 되고, 검찰단계에서의 피의자신문은 원칙적으로 생략되거나 부수적인 의미를 가지고 있음에 불과하다.

127) 장혁준, 「수사권에 관한 형법적 고찰」, 석사학위논문, 서강대학교 대학원, 2004, 78-79쪽.

128) 서보학, 「수사권의 중립을 위한 수사권의 합리적 배분」, 한국헌법학회 제24회 학술대회, 2002. 12. 4, 28쪽.

하여 검사에 비하여 경찰이 작성한 수사서류에 대하여 증거능력을 차별하고 이로 인하여 이중 신문으로 인한 시간과 노력의 낭비를 부담하지 않도록 해야 한다.

## 5. 경찰의 수사종결권 일부 인정 및 검사의 보완수사 요구권 인정

공소를 제기 할수 없음이 명백한 사건에 대하여는 시간적, 인적, 물적 자원의 낭비를 없애기 위하여 사법경찰관에게 일부 수사종결권을 인정할 필요가 있다. 그 밖의 사건에 대하여는 전건송치주의를 원칙으로 하여 반드시 검찰에 의한 사후통제를 받도록 규정하여 경찰에 의한 자의적인 사건 종결을 예방한다.

경찰이 수사결과를 검찰에 송치한 후 원칙적으로 검찰은 공소제기 여부의 판단이나 증거수집을 위해 보완수사가 필요하다고 판단하는 경우에는 자체적으로 보완수사를 하는 것이 원칙이나 경찰에의 보완수사를 요구할 수 있는 규정을 둘 수도 있을 것이다. 이런 경우 책임 소재를 분명히 하고 지휘관계의 투명성을 확보하기 위해서 검사의 보완수사요구는 반드시 서면으로 사법경찰장부에게 행사되어야 할 것이다. 이때 검사의 수사지휘의 대상이 되는 경찰장부의 범위는 수사실무 책임자급인 경정급(일선경찰서 수사과장급)으로 제한 하는 것이 옳다고 본다.

경찰 수사결과 송치후 보완 수사요구의 실효성을 담보하기 위해 검사에 의한 체임·징계 요구권을 인정 할 수 있을 것으로 본다.<sup>129)</sup>

## 6. 검사의 수사지휘에 관한 이의신청권 인정

지난 2004년 검찰은 검찰청법을 개정하면서 이른바 ‘검사동일체의 원칙(명령·복종 관계)’을 폐지하면서, ‘상급자의 지휘·감독에 대한 이의 제기권’을 신설하고(검찰청법 제7조)그 개정이유에는 ‘검사의 직무상 독립성과 중립성 보장을 위해’라고 명시하였다. 그리고 2006년 경찰도 경찰법을 개정하여 ‘사건수사와 관련하여 상관의 지휘·감독에 대한 이의제기권’을 신설하고, 그 개정이유를 ‘경찰공무원의 직무상 독립성과 공정성 제고’라고 명기하였다.

이처럼 사법경찰관의 수사직무상 독립성과 중립성을 위해 ‘검사의 수사지휘권에

<sup>129)</sup> 서보학 앞의 논문(주 128), 85-86쪽.

대한 이의제기'는 어찌면 당연히 수반되는 결과일 수밖에 없다.

검찰과 경찰이 내부 상하관계에서 부하직원의 '이의제기권'을 모두 인정하면서, 소속 기관도 다른 검찰과 경찰사이에 이의제기를 부정한다는 것은 견제와 균형을 지향하는 민주사회의 취지에도 결코 부합하지 않으며, 이러한 피해는 결국 국민에게 돌아갈 수밖에 없다. '경찰의 이의제기가 존재하였다'는 사실만으로도, 재판 단계에서 은폐될 수 있는 사실들이 드러날 수 있을 것이다. 이는 '수사기관에 의해 은폐될 수 있는 진실을 수사기관 스스로 드러낼 수 있는 제도적 보호장치'이다. 마치 검사가 사법경찰에 의해 은폐·매장될 수 있는 진실을 '수사지휘'라는 제도로 통제하듯, 사법경찰도 검사의 수사지휘에 의해 은폐·암장될 수 있는 진실을 '이의제기'라는 제도로 통제해야 상호균형을 이룰 것이며, 이것이 곧 국민의 인권보호와 직결되는 것이다.

## 7. 관련자의 이의제도 및 합동수사체제 구축

검찰은 이의 제기 시 2차 수사를 통해 경찰수사 결과의 공정성을 가릴 수 있고, 인권침해 여부를 조사하여 불법행위 적발 시 엄정한 사법책임을 묻도록 한다. 경찰에게는 간섭 없는 권한행사를 보장하되 수사결과나 인권침해에 대해 철저한 책임을 지도록 한다.

수사실무에서 검사 지휘외에도 기관 대 기관의 협의를 요하는 경우가 많기 때문에 검찰과 경찰 상호간의 원활한 수사업무 협조 및 바랍직한 협력관계 형성을 위해서 필요한 소통채널로서 소위 '검·경 수사협력 위원회(상설 협의체)'를 설치할 필요가 있다

## Ⅲ. 경찰의 개혁과제

경찰의 독자적 수사권 확보로 인한 경찰권력의 비대화 및 권한남용의 가능성에 대한 우려도 존재하는 것이 사실이다. 따라서 경찰수사의 자율성 확보가 수사권력의

민주화, 사법정의의 실현 및 인권보장에 기여하는 바람직한 결과를 가져오기 위해서는 경찰수사권의 외부적 독립성뿐 아니라 내부적 독립성을 확보할 수 있는 방안의 마련, 경찰수사에 대한 외부의 감시 및 감찰 가능성의 강화 방안 마련, 경찰간부 주도에 의한 책임수사체계의 확립, 인권존중주의 수사관행 정착과 과학수사역량의 강화, 중앙경찰권의 분산화를 위한 조직 개편 등의 경찰개혁 작업이 지속적으로 진행되어야 할 것이다.

특히 2007년 발생한 한화그룹 김승연 회장 사건은 “경찰내부의 수사권독립 확보”, “실명제 등을 통한 독립성·공정성·개방성 확보”등이 시급하게 해결되어야 할 문제점임을 일깨워 주었다.<sup>130)</sup>

## 1. 수사경찰의 인권의식 확립

인권이란 인간이 당연히 가지는 천부적 기본인권, 즉 자유와 평등 그리고 생존의 권리를 말한다. 따라서 모든 국민은 인간다운 생활을 추구할 수 있어야 하며, 국가는 이에 필요한 기본적 자유와 권리를 보장할 의무를 진다. 그러나 과거 인권유린 사례가 종종 발생하고 국민의 경찰에 대한 불신이 제기될 때 마다 수사경찰은 많은 어려움을 겪어 왔으며, 이는 경찰조직 발전을 저해하는 가장 큰 요인으로 작용해 왔다. 또한 전통적 소송관에서는 범죄필벌이라는 합목적적 원리만을 강조한 나머지 수사밀행의 관행이 적법시 되어 왔으나 인권보장이라는 측면에서 하루속히 시정되어야 하겠다.

그 방법론으로는 다음과 같은 사항을 제시할 수 있다.<sup>131)</sup> 첫째로 수사경찰은 범죄수사를 함에 있어서 임의수사의 원칙을 철저히 준수하여야 한다. 수사에는 강제적 요소의 개입이 당연하고 원칙인 것처럼 생각하던 종래의 수사경찰의 인권관을 과감히 개선하여야 한다. 둘째로 수사경찰의 인권의식의 개선적 측면에서 인권개념을 적극적인 개념으로 파악하고, 수사에 있어 인권보장을 절대적으로 우위시하는 자세

130) 김승연 회장 사건 이후 참여연대 사법감시센터 주최로 열린 긴급토론회에서도 역시 경찰내부에서의 수사권 독립성 확보 필요성, 서면지휘 등 수사지휘의 투명성 확보 필요성, 상관의 부당한 명령에 대한 이의제기권의 보장 필요성, 경찰외부에 중립·독립된 경찰감사기관을 설치할 필요성이 지적되었다. 「김승연 회장 사건을 통해 본 경찰의 문제점과 개혁과제」 자료집(2007.6.5)중 조국 교수, 표창원 교수, 오창익 인권실천시민연대 사무국장의 토론내용.

131) 강구진, 「수사기관의 활동과 인권보장」, 경찰고시 통권 제217호, 1982. 11, 27쪽.

를 가져야 하고, 증거를 먼저 확보한 후 범인을 검거하는 수사방법으로 피의자의 구속이 수사의 개시가 아니라 수사의 종결이라는 생각으로 바뀌어야 한다. 특히 구속 후에는 신속한 재판을 받도록 처리해야 하고, 세부적인 모든 법규를 철저히 지키는 합법적·과학적 수사가 이루어져야 한다. 셋째로 부당한 인권침해의 우려가 가장 많은 곳은 인신구속이란 점을 명심하여 인신구속을 가급적 억제해야 한다. 인신구속의 필요성은 도망할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있을 때, 또한 구속은 심문을 위한 것이 아닌데도 사실상 심문을 위한 제도로 활용되고 있어 수사기관에서 30일간이나 피의자를 구속하여 놓고 수사하는 경우도 개선되어야 한다. 넷째로 수사경찰의 위법수사를 엄격하게 탄핵하여야 한다. 위법수사에 대해서는 손해배상제도, 경찰관에 대한 형사적 제재, 혐의 없는 불기소처분에 대한 손실보상제도 등이 논의의 대상이 되어야 한다. 다섯째 수사경찰에 대한 교육강화 및 전문화이다. 변호사회나 학계, 인권관계 기관의 책임자에 의한 경찰 내부에서의 전문교육이 자주 이루어져야 한다. 나아가 국민일반의 인권옹호에의 참여를 제고시켜 인권침해의 감시자가 되도록 하여야 할 것이다.<sup>132)</sup>

## 2. 수사경찰의 독립성 확보

수사경찰은 수사의 효율성을 추구하기 위한 계층제적 수사구조를 갖추고 있으나 또 다른 측면에서 공정한 수사활동을 담보하기 위한 전제로서 독립성을 확보하여야 한다. 수사경찰의 독립성을 제약하는 경찰 내부적 요인으로는 수사경찰의 신분보장과 상사의 수사지휘권 그리고 조직체계상의 문제점이라 할 수 있을 것이다. 고도의 독립성을 보장받고 있는 검사와는 달리 수사경찰의 경우 소신 있는 사법적 결정을 담보할 만한 제도적 장치가 부족한 것이 사실이다.

또한 수사지휘 계선상 혹은 다른 상사의 압력이나 청탁이 있는 경우 경미한 청탁이라 할지라도 수사에 영향력을 미칠 수 있는 만큼 수사경찰의 독립성을 보장해주는 제도적 장치가 확보 되어야 한다.

### 1) 수사경찰의 신분보장

<sup>132)</sup> 장혁준, 앞의 논문(주 127), 72쪽.



수사경찰의 독자성을 제약하는 큰 요인 중에 하나가 근무성적평정 및 인사교류 등을 통한 경찰관서장의 인사관리다. 설문결과 직원들이 상사의 외압을 거절하지 못하는 이유로 승진이나 보직 등 인사문제(15.9%) 혹은 기타 다른 문제로 인해 괴롭힘을 당할 우려(13.5%)<sup>133)</sup>를 지적하고 있다.

이러한 문제를 해결하는 방안으로서 첫째, 수사관의 선발과 교육 등에 대하여 수사경과제의 기본원칙이 적용되도록 하고 경찰관서장에 의한 자의적 인사권 행사를 억제하도록 지방경찰청 수사과(형사과) 산하에 인사관리팀을 설치하여 선발, 교육, 부서배치 및 이동 등이 체계적이고 통일적으로 이뤄지도록 하는 것이 타당하다.

둘째, 근무평가시스템의 개선을 통하여 인사권자의 주관적 평가보다는 객관적인 세부항목의 비중을 높일 필요가 있다.

셋째, 경찰관서장이 가지고 있는 수사경찰에 대한 인사권과 징계권을 분리하는 방안을 고려할 필요가 있다.

넷째, 수사경찰 간부화를 추진해야 한다. 수사경찰의 간부화는 범죄수사에 있어서 가장 신속하고 정확한 판단을 행하여야 하는 수사경찰의 주요위치는 바로 현장이라는 관점 하에서 현장 활동자를 전원 간부화하여 책임과 권한 그리고 판단능력을 향상하고자 함에 그 목적이 있다.

## 2) 수사절차의 투명화 및 수사지휘권 제한

수사지휘관의 부당한 개입 뿐만 아니라 수사관에 의한 자의적 남용을 배제하기 위해서는 모든 수사 절차의 투명성이 보장되어야 한다.

수사는 체포 및 구속 등의 강제수사를 통해 개인의 신체의 자유에 대한 중대한 침해를 수반한다. 따라서 수사에는 목적달성의 효율성이 강조되는 행정조직의 원리가 그대로 적용되는 것이 아니라 객관성을 유지할 수 있는 제도적 담보장치가 추가로 확보되어야만 한다. 외압이 실제사건 수사에 얼마나 영향을 미치는지를 알아보기 위해 외압의 정도별 영향도를 설문한 결과, 수사지휘 개선상에 있는 상사 청탁의

133) 박노섭, 「경찰수사의 독립성 확보방안」, 경찰수사의 공정성·독립성 확보방안 세미나 자료집, 경찰청, 2006. 6, 68쪽.

경우, 경미 청탁에 대해서는 응답자의 14.1%가 영향을 받는 편이라고 대답했고, 중한 청탁의 경우 15.3%가<sup>134)</sup> 영향을 받는다고 대답하였다. 이에 대하여 우선적으로 고려할 수 있는것이 수사지휘권자와 수사통제권자로 구분하고, 그 구분기준을 현장 지휘 가능성으로 하는 방안이다. 이 방안은 범죄현장에 직접 출동하여 현장에서 수사권을 지휘할 수 있는 현장 책임자(수사과장 또는 팀장)까지는 수사방향 등 구체적인 지휘가 가능한 수사지휘권을 갖도록 하고 그 위 상급자에 대해서는 수사의 통제개념하에서의 수사감독 체제로 전환시키는 방안이다. 이 방안은 직접적인 수사지휘계선을 대폭 축소함으로써 수사의 효율성과 아울러 수사의 독자성 확보에 기여할 수 있을 것으로 본다. 또한 이 방안의 효과를 높이기 위하여 지휘체계의 단일화와 연계시킬 필요가 필요하다. 이 방안은 상급자는 오직 직근 상급자인 수사관에게만 지휘권을 행사하도록 함으로써 원거리에 있는 상급자가 수사실무를 담당하는 수사관에 대한 직접적인 지휘권을 행사하는 것을 제한할 수 있는 효과를 가져올 수 있다.

둘째, 상급자의 부당한 수사지휘를 억제하기 위한 방안으로 현재 경찰청이 시행하고 있는 수사지휘 시 서면지휘 의무화를 강화하는 방안이 있다.

셋째, 상급자의 불법·부당한 지휘에 대하여 실무자인 수사관이 다른 의견을 제시할 수 있는 권한으로서 이의제기권을 부여하는 방안이 있다. 이는 2004년 검찰청법 개정으로 도입된 검사의 이의제기권(검찰청법 제7조 제2항)과 동일한 취지이다.

### 3. 수사경찰의 공정성 확보

#### 1) 사법경찰에 대한 제척·기피·회피의 제도

형사소송법은 법원의 공정한 재판을 담보하기 위해 판사 및 법원직원에 대한 제척, 기피 및 회피의 제도를 두고 있다. 그런데 수사기관의 경우는 실무규범으로서 회피 제도만을 규정하고 있다. 검사의 경우는 법무부 훈령(1998. 12. 29, 법무부훈령 제 404호, 검사윤리강령 제8조), 사법경찰관의 경우 사법경찰관리집무규칙 제9조가 이를 규정하고 있다. 즉, 사법경찰관리는 피의자, 피해자 기타 관계인과 친족 기타 특

134) 박노섭, 앞의 논문(주 133), 68쪽.

별한 관계로 인하여 수사에 공정성을 잃을 염려가 있거나 또는 의심받을 염려가 있다고 인정되는 사건에 대하여는 소속관서의 장의 허가를 받아 그 수사를 회피하여야 한다“. 그러나 검사와 사법경찰관리 등 수사기관에 대한 제척, 기피가 가능한지에 대해서는 명문규정이 없다. 다만 검사에 대한 제척, 기피가 가능한지에 대해서는 학설의 대립이 있다. 생각건대, 수사기관에 대해서도 법관규정의 제척, 기피 규정을 준용할 수 있는가에 대한 법 해석문제는 여기에서 중요하지 않다. 불공정한 수사를 할 우려가 있는 수사관을 업무집행으로부터 탈퇴시키는 제도 즉 제척 기피의 제도는 수사공정성의 확보를 위해서 당연히 요구되는 것이기 때문이다. 따라서 법 규정은 관계없이 제척 기피제도를 인정하는 실무규범을 만들어야 한다.<sup>135)</sup>

## 2) 수사이의제도의 활성화

수사실무를 담당하는 사법경찰에게는 현행법상 수사종결권이 없기 때문에 적당히 수사하여 “검찰에 송치하면 그만”이라는 의식과 관행이 잔존하고 있다.

이러한 잘못된 의식과 관행을 불식시키기 위해서는 경찰수사결과에 대해 검찰송치 전 경찰 자체의 수사결과를 통보받은 피의자(불구속 피의자의 경우)와 피해자(고소인), 참고인(고발인)이 이에 대해 바로 경찰에 이의를 제기할 수 있는 제도의 도입이 필요하다.

135) 손동권, 「경찰수사의 공정성 확보방안」, 경찰수사의 공정성·독립성 확보방안 세미나 자료집, 경찰청, 2006. 6. 25-26쪽.

## 제8장 결론

본 논문은 외국과 우리나라의 수사구조를 검찰과 경찰의 관계를 중심으로 살펴보았다. 현행 형사소송법은 영미법계의 당사자주의적 형사소송구조를 많은 부분 채택하고 있으면서도 수사체제만은 대륙법계의 영향을 받아 검사주재 수사권 체제를 고수하고 있다. 이로 인하여 사법경찰관은 법무부소속 검사의 지휘·통제를 받아 범죄 수사를 하고 있다. 이와 같이 경찰의 수사기능이 검찰에 예속됨으로써 수사경찰의 능동성 및 능률성을 저해함은 물론 경찰전체의 사기와 합리적인 경찰발전에 부정적인 영향을 미치고 있다고 볼 수 있다.

이에 대하여, 검찰은 수사방향·대상·범위 등을 결정할 수 있는 수사지휘권, 구속영장 등 각종 영장에 대한 영장청구권, 피의자를 재판에 회부할 것인지 말 것인지를 결정하는 기소권, 어떤 피의자를 기소하거나 기소하지 않을 수 있는 기소재량권, 이미 진행 중인 형사재판을 중단시킬 수 있는 공소취소권을 가지고 있는 등 세계 다른 나라에서 유사한 예를 찾아볼 수 없을 정도로 막강한 권한을 가지고 무소불위를 권한을 행사하고 있다. 최악의 경우 무소불위의 권력을 가진 검찰이 권력을 남용할 경우 피해자는 오로지 국민일 수밖에 없다.

최소한의 권력분립과 균형의 제동장치가 바로 경찰의 독립적·독자적 수사권을 인정하여 권력 상호간의 견제와 균형을 제도화하는 것이다.

오늘날의 범죄양상은 고도의 경제성장과 사회변동에 따라 날로 증가하고 질적으로 다양화되고 있고, 국민의 인권의식에 대한 기대수준이 예전보다 현저히 높아져 가고 있다. 이러한 때에 다양한 범죄양상에 대처하는 형사사법체계는 긴밀한 상호협력관계가 절실히 요구되고 있음에 대하여, 검찰로 일원화된 현행법상의 수사구조하에서 범죄와 동전의 양면과 같은 국가공권력으로부터 국민을 보호해야 하는 목적을 달성하는데 문제가 있을 수밖에 없다.

지금까지 검토한 결과 우리나라의 현행 수사구조는 일본의 구 형사소송법 체계를 그대로 모방하였으나, 우리나라 형사소송법의 모태가 된 일본도 이미 이러한 수사

구조에서 벗어나 버린 상태인데도 우리는 그것을 고집하고 있는 형태이다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 국회는 수많은 논란에도 불구하고 지난 2011년 6월 30일 수사기관의 책임감을 높이고, 피의자·피고인의 인권침해를 최소화하며, 수사현실과 법률규정이 부합하도록 현행법령을 정비한다는 취지로 검·경 수사권 조정과 관련한 형사소송법 개정안을 통과시켰다.

형사소송법 제196조를 개정하여, 경찰에게 범죄혐의 유무에 관하여 독자적으로 판단하여 수사를 개시·진행할 수 있는 수사주체로서의 지위를 부여하였다. 이는 경찰의 수사도 검사의 지휘유무와 관계없이 그 적법성·정당성을 인정받게 된 것이다. 그러나 사법경찰관은 ‘모든 수사’에 관하여 검사의 지휘를 받는다고 하여 경찰에게 수사의 주체성만을 인정하면서 여전히 검사의 수사지휘를 받게 하였는데 이는 수사권 조정의 의미를 퇴색시키는 것으로서 찬성할수 없다.

앞으로 입법과정을 통하여 권력 상호간의 견제와 균형을 통하여 국가권력으로부터 국민을 보호해야 하는 목적달성을 위해 수사권을 어떻게 조정하여야 할 것인지에 대하여 다음과 같이 제시하여 보았다.

첫째, 경찰이 1차적 수사권을 행사하되 검찰의 판단이 필요한 경우, 경찰의 수사결과에 대하여 불복하는 자가 검찰항고를 제기한 경우, 경찰관에 의한 피의자 인권침해 시비가 있는 경우 등에만 검찰이 제2차적 보충적 수사권을 행사하도록 해야 한다는 것이다.

둘째, 현행법상 수사지휘권과 검·경 상명하복관계 설정으로 경찰이 검찰에 예속되어 있는데 형사소송법에 수사의 주체인 양 기관간의 협력의무를 명시하여 상호간의 관계를 대등·협력관계로 규정한다.

셋째, 경찰이 사건수사에 있어서 송치전에는 독자적인 수사권을 행사하도록 하고 검찰의 관여를 배제함으로써 부당한 수사간섭의 시비를 없애고 경찰의 책임수사체제를 확립한다.

넷째, 우리나라 헌법 제12조 제3항과 제16조에서 규정하고 있는 검사의 영장 신청권을 삭제하고 형사소송법상 검사의 영장청구권에 사법경찰관도 병행하여 청구할 수 있는 권한을 부여하여야 한다. 동전의 양면과 같은 성격의 범죄수사에 있어서 경찰의 체포는 쉽게 할 수 있도록 하는 반면, 체포된 피의자에 대해서는 곧 바로 판사에게 인치하여 체포의 적부성을 판단받을 수 있도록 하기 위해서 경찰에게 영

장청구권을 부여해야 할 것이다.

다섯째, 피의자신문조서의 증거능력 인정을 확대하는 방향이든, 제한하는 쪽이든 검사에 비하여 경찰이 수사상 작성한 피의자신문조서에 대하여 차별하고 이로 인해 발생하는 이중 신문으로 인한 시간과 노력의 낭비를 부담하지 않도록 해야 한다.


여섯째, 사법경찰관의 수사직무상 독립성과 중립성을 위해 검사의 수사지휘에 대한 이의신청권을 인정해야 할 것이다.

일곱째, 검찰과 경찰 상호간의 원활한 수사업무 협조 및 바람직한 협력관계 형성을 위해서 필요한 소통채널로서 소위 ‘검·경 수사협력 위원회(상설 협의체)’를 설치할 필요가 있다.

여덟째, 경찰수사의 독립성과 공정성의 확보이다. 이를 위하여 사법경찰관리에 대한 제척·기피·회피 제도를 규범화하고, 감독자의 구속영장 신청 등 강제처분의 결정과 적용법률의 변경, 보강 수사지시 등에서 서면 수사지휘의 의무화 및 상급자의 불법 부당한 수사지휘에 대한 이의제기권이 보장되어야 할 것이다.

이와 같이 수사권의 합리적 조정을 통하여 검찰과 경찰이 그 동안의 갈등과 반목 구도를 과감하게 버리고 상호 적절한 견제와 균형 속에서 검찰은 수사의 적법성과 인권보호라는 본연의 임무에 충실하고, 경찰은 스스로의 권한과 책임감으로 수사에 전념하여 국민들에게 보다 질 높은 수사 서비스를 적시에 적절하게 제공한다면, 검찰과 경찰 모두 국민의 신뢰를 회복하게 될 것이고, 이는 사법정의 실현의 큰 틀이 될 것이다.





## 참고문헌

### 1. 단행본

- 경찰대학, 『경찰학연구』, 2005.
- 경찰청, 『범죄통계 2006 통권 제29호』, 경찰청 수사국, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『수사구조개혁백서』, 2010.
- 김종구, 『형사사법개혁론』 - 새로운 패러다임의 비교법적 모색(개정판), 법문사, 2004.
- 김희수·서보학·오창익·하태훈, 『검찰공화국 대한민국』, 삼인, 2011.
- 백형구, 『형사소송법강의』, 박영사, 2000.
- \_\_\_\_\_, 『형사소송법강의』, 박영사, 2001.
- 사법연수원, 『수사절차론』, 2001.
- 신동운, 『형사소송법』, 법문사, 2007.
- 이완규, 『검찰제도와 검사의 지위』, 도서출판 성민기업, 2005.
- 이재상, 『신형사소송법』, 박영사, 2009.
- 정진환, 『비교경찰제도론』, 법문사, 2001.

### 2. 연구논문

- 강구진, 「수사기관의 활동과 인권보장」, 경찰고시 통권 제217호, 1982. 11.
- 강수열, 「경찰수사권체제에 관한 연구」, 박사학위 논문, 부산대학교 대학원, 2002.
- 경찰청, 「법무부안 및 의견에 대한 경찰의견」 자료, 2011. 11.
- \_\_\_\_\_, 「경찰수사의 공정성·독립성 확보방안」, 수사구조개혁팀, 2006.
- \_\_\_\_\_, 「합리적인 수사권 조정방향」, 2005.
- 구상진, 「수사체제조정논의 재검토」, 한국법학원, 저스티스 통권 제100호, 2007.10.
- 김경희, 「사법경찰의 수사권독립에 관한 연구」, 치안연구소, 1999.

- 김성언, 「법조비리에 관한 연구」, 한국형사정책연구원 보고서, 1999.
- 김준성, 「검·경 수사권 조정에 관한 쟁점 검토」, 영남법학 제11권 제1호, 2005.6.
- 김한섭, 「우리나라 수사제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구」, 연세대학교 행정대학원 석사학위 논문, 2002.
- 대검찰청 수사기획단, 「바람직한 수사권조정 방안」, 2004.
- 대검찰청, 「수사권조정에 대한 검찰의 입장」, 2005.
- \_\_\_\_\_, 「유럽국가의 검사와 경찰관계」, 2005 유럽 검찰총장 회의, 2005.
- 문준영, 「한국 검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2004.
- 민갑용, 「제도와 의식의 이분법을 넘어」, 김희철 의원 주최 바람직한 수사구조개편을 위한 토론회 자료, 2010. 4. 15.
- 박기석, 「현행 검경관계의 문제점과 책임수사의 원리」, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003.
- 박국환, 「검찰과 경찰의 수사권조정에 관한 연구」, 석사학위논문, 원광대 행정대학원, 2006.
- 박노섭, 「한국의 수사구조의 문제점과 개선방향」, 김희철 의원 주최 바람직한 수사구조개편을 위한 토론회 자료집, 2010. 4. 15.
- \_\_\_\_\_, 「사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제」, 비교형사법 연구 제7권 제1호, 2005.
- \_\_\_\_\_, 「경찰수사의 독립성 확보방안」, 경찰수사의 공정성·독립성 확보방안 세미나 자료집, 경찰청, 2006. 6
- 박승진·최석운·이경재, 「각국의 검찰제도」, 형사정책연구원, 1998.
- 박정섭, 「경찰수사의 선진화를 위한 수사권독립에 관한연구」, 수사연구, 1992.
- 박철우, 「수사권의 합리적 배분에 관한 연구」, 박사학위논문, 조선대학교 대학원, 2008.
- 박효석, 「경찰의 독자적 수사권 확보 및 통제방안」, 석사학위논문, 경북대학교 행정대학원, 2006.
- 서보학, 「수사권중립을 위한 수사권의 합리적 배분」, 한국헌법학회 제24회 학술대회, 2002. 12.

\_\_\_\_\_, 「형사사법체계의 선진화를 위한 개혁과제 - 수사구조개혁」, 한국경찰연구, 제7권 제3호, 2008.

성민곤, 「경찰의 독자적 수사권 확보 전략에 관한 연구」, 석사학위논문, 한양대학교 행정대학원, 2004.

손동권, 「수사권독립, 경찰에게 보장하여야 한다」, 시민과 변호사 통권 제10호, 1994.

\_\_\_\_\_, 「경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰」, 형사법과세법, 학당 명형식 교수 회갑 기념 논문집, 1998.

\_\_\_\_\_, 「경찰수사의 공정성 확보방안」, 경찰수사의 공정성·독립성 확보방안 세미나 자료집, 2006.

승재현, 「경찰과 검찰간의 합리적 수사권조정에 관한 쟁점과 논의」, 한국경찰학회보 (11권 제2호), 2009.

신동운, 「한국 검찰제도의 현황과 개선책」, 법학, 서울대학교법학연구소, 1998.

\_\_\_\_\_, 「수사지휘권의 귀속에 관한 연역적 고찰(I)」, 서울대법학 제42권 제1호, 2001

\_\_\_\_\_, 「공판절차에 있어 피고인의 방어권 보장」, 서울대법학 제44권 제1호, 2003.

\_\_\_\_\_, 「사법개혁추진과 형사증거법의 개정」, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 2005. 12.

신양균, 「수사구조개혁에 부합하는 경찰수사조직의 발전방향」, 치안논총 제23집, 2007.

\_\_\_\_\_, 「경찰의 수사지휘권에 대한 검토」, 경찰학연구 제7권 제1호, 2007.

오창익, 「수사지휘권과 인권보장 토론문」, 형사정책 제15권 제1호, 2003.

유인창, 「현행 수사권체제의 개선방안에 관한 연구」, 한국법학회 법학연구 제21집, 2006.

이경훈, 「한국경찰의 수사권 독립방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 한남대학교 행정대학원, 2003.

이관희, 「경찰의 정치적 중립과 수사권 독자성 확보방안」, 수사연구, 1994.

\_\_\_\_\_, 「민주주의와 경찰수사권의 독자성 확보」, 수사연구, 1998.6.

이용혁, 「건국이후 이루어진 경찰과 검찰의 수사권 논쟁에 대한 총체적 내용분석」, 한국경찰학회보 제9호, 2005.

이완규, 「개정형사소송법 체제」, 법조, 2011. 9.

장혁준, 「수사권에 관한 형법적 고찰」, 석사학위논문, 서강대학교 대학원, 2005.

정병대, 「수사구조에 관한 연구: 수사절차에 있어서의 검찰·경찰제도의 비교법적 고찰」, 법무연수원, 2007.

정용석, 「수사권독립론에 관한연구:형사소송법 제195조와 제196조의 개정에 관한 비판적 시각에서」, 연세대학교 법학연구소, 연세법학연구 제15권 제12호 통권 제26호, 2005.

조 국, 「현 시기 검찰·경찰 수사권 조정의 원칙과 방향 - 형사소송법 제195조, 제196조의 개정을 중심으로」, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005.

참여연대 사법감시센터, 「법조비리 때마다 어김없던 대한민국 검찰의 거짓말」, 참여연대이슈리포트, 2010. 6. 10.

천진호, 「수사권체제의 합리화 방안」, 치안연구소 연구보고서, 2000.2.

\_\_\_\_\_, 「합리적인 수사권 조정원리에 관한 연구」, 경찰학 연구 제9호, 경찰대학, 2005.

\_\_\_\_\_, 「영장청구권의 귀속에 관한 연구」, 치안정책연구소, 연구보고서, 2007. 3.

최환성, 「경찰의 독자적 수사권 확보방안에 대한 연구」, 석사학위논문, 한양대학교 행정대학원, 2001.

표창원, 「경찰수사권 독립이 인권보장의 첩경」, 한국형사정책학회, 한국형사정책학회 제15권 제1호, 2003.

\_\_\_\_\_, 「한국경찰의 수사권독립방안에 관한 연구」, 춘계학술 세미나 자료집, 한국형사정책학회, 2003.

하태훈, 「형사소송법 개정안에 대한 논평-수사일반과 강제처분 부분-」, 한국형사법학회, 현사법연구 제23권 제1호, 2011.

한현화, 「수사체제 개선방안에 대한 고찰」, 석사학위논문, 전남대 행정대학원, 2005.

허남오, 「경찰수사권 독립의 공론화」, 수사연구, 1999.2.

허일태, 「제한된 범위내에서 독자적 수사권 주어야 한다」, 수사연구, 1997.7.

\_\_\_\_\_, 「독일과 프랑스의 수사권 배분에 관한 비교법적 고찰」, 비교형사법연구 제6권 제1호, 2004.

황운하, 「경찰수사권 독립의 요체는 견제와 균형」, 국회보 통권 436호, 2003.

\_\_\_\_\_, 「경찰수사권 독립이 인권보장의 첩경」, 형사정책 제15권 제1호, 2003.

### 3. 기타자료

경찰청, 수사구조개혁 사이트, [www.susa.go.kr](http://www.susa.go.kr)

대검찰청, 홈페이지 자료실, [www.spo.go.kr](http://www.spo.go.kr)



## ABSTRACT

# A Study on Reasonable Mediation to the Authority of Criminal Investigation

Yang, Sang-Wook

Advisor : Prof. Ko, Bong-jin

Graduate school of Public Administration

Jeju National University

Although the current code of legal criminal procedure has mostly adopted the Anglo-American system of criminal suit structure, the structure of criminal investigation, which is under the influence of the continental legal system, adhere to under the supervision of prosecution. Therefore the judicial police officers are controlled and directed under the prosecution of justice department for criminal investigation. Due to the subordinating function of the police investigation to the prosecution, it has had a negative impact not only on the investigator's activeness and efficiency but also on reasonable police developments and morale of the whole police.

In this behalf, the prosecutions wield absolute power that no similar cases can be found elsewhere; such as the authority of investigation that enables the decision of the direction of the investment, the target and the range, the right of claim of warrants - such as arrest warrants, rights of prosecution that decides whether to subject the suspect to the trial, the right of indictment that permits whether to prosecute or not to prosecute a suspect, and the right of rescission of indictment that enables to recess the criminal trial that is already in process.



In the worst case, if the prosecution decides to abuse the omnipotent power, the victims would only be the citizens.

Minimal separation of powers and a brake system of balances is the way to acknowledge the independent investigation authority and institutionalize the mutual checks and balancing.

Due to high economic growth and social changes, aspects of today's crime are increasing in quality and diversifying day by day. Moreover, expectations for the people's human rights awareness level have risen significantly over the past years. At such times, the criminal justice system that deals with various crimes is urgently requiring close mutual cooperation between the police and the prosecution and there ought to be a problem with the existing law of unification with the prosecution to protect people from crimes and governmental power.

Reviewing the results till today, the structure of Korean's current investigation system mimics Japan's old code of criminal procedure, but Japan, who was the mother of the system, has already changed from such an investigation system while we are still clinging to it.

To solve this problem, despite a number of congressional disputes, the national assembly passed through the criminal procedure amendment about the mediation of investigation authority between the police and the prosecution in last June 6. 2011. It has brought increasing the accountability of law enforcement agencies, minimizing the suspects' and defendants' violations of human rights and modifying the current laws in order for the reality of investigation and legal provisions coincide into effect.

By amending article 196 of the criminal procedure, the police were given their position as the principal of investigation to start and progress independently about investigating criminal charges. But since it also states that a judicial police officer is to take orders at 'all investigations' from a public prosecutor, the law itself is not agreeable. This is just recognizing the subjectivity of the

investigation but the authority of conducting an investigation still remains with the prosecutor. Therefore it has faded the meaning of the mediation of investigation authority.

In the following thesis, I proposed how to regulate the investigation authority to achieve the goal of protecting people from crimes and government power through future legislation progress and by mutual checks and balances of power. Firstly, the police shall exercise primary investigation authority. But the prosecutors should exercise the secondary and supplemental investigation authority only on the following cases, such as if the judgment of prosecutors is needed, or if the prosecutors were appealed against the results of the investigation or if there is a dispute that accuses human rights abuses by police officers.

Secondly, according to the current constitution the prosecutors have the investigation authority and the police are being subjugated to prosecutors. But this should clarify the obligations of cooperation between the two organizations and prescribe the mutual relationship as equal and collaboration.

Thirdly, by eliminating the involvement of prosecutors before forwarding the case to the prosecutor's office and permitting the police to investigate with their own authority, unreasonable investigation interferences should be removed and the police's system of responsible investigation should be established.

Fourthly, the right of prosecutors to claim warrant in the constitution of Korea, article 12 paragraphs 3 and article 16 should be eliminated. And the right of claim of warrant of polices should be added along with the prosecutor's right of claim of warrant in the law of criminal procedure. In the case of a criminal investigation where the characteristics are similar to that of two sides of the same coin, the police should be granted the right of claim of warrant. While the police arrest of the criminal is eased, the propriety of the arrest could be decided by the judge after a simultaneous arrest of the criminal.

Fifthly, whether by widening or restricting the admissibility of evidence

acknowledgement of the suspect's interrogation report, the authority of a protocol of suspect interrogatory which is written by the police should be recognized and be eliminated of discrimination compared to the prosecutor. This is to save the time and effort that could be wasted on double interrogation.

Sixthly, the police must be able to do an objection to supervision function of prosecutors for independence and neutrality of polices' work of investigation

Seventhly, an establishment of a commission for investigation collaboration, which is a permanent consultation body, is needed. This will be a communication channel between the police and the prosecutors for smooth investigation collaboration and desirable cooperative relations.

Eighthly, the independence and impartiality of the police investigation should be ensured. The police must be guaranteed of self-regulating system and independent criminal investigation.

As mentioned, this research proposes the ability that the police and the prosecutors can cooperate with each other in the work through the rational allocation of investigation authority. By removing the conflicting structure sustained so far and keeping the appropriate checking system and balances between them, the prosecutors will fulfill their duties of keeping the legality of the investigation and protecting of human rights and the police having their own authority and responsibilities will provide better quality of investigation service to the people. This will be a framework of realization of a just society and the confidence of people will be restored to both the police and the prosecutor.