明知法學 제19권 제2호 (2021.1.)

영장제도를 통한 경찰과 검찰의 권한분배에 관한 논의

박호현*

논문요지

검사는 형사사법체계 내에서 다양한 권한을 가진 국가기관이다. 특히, 경찰에게 영장청구권이 부여될 경우 영장의 남발로 국민 인권을 침해할 수 있다는 우려를 통해 검사에게 영장청구권이 부여되었다. 그러나 형사사건의 대부분을 경찰이 담당하고 있는 현실에서 영장청구권이 검사에게 주어진 것은 수사의 신속성과 실체진실의 발견 및 가해자와 피해자의 인권보호 측면에서 많은 어려움을 발생시킬 수 있다. 과거 경찰은 국민의 생명과 신체 및 재산을 보호하는 기관이라기보다 국가권력을 대변하는 소위 권력의 시녀로서 역할을 한 것도 사실이다. 그러나 사회적 발전과 시대적 변화는 경찰의 기능과 역할을 변화시켰고, 이러한 변화는 경찰을 국민에 봉사하는 기관, 국민의 인권을 보호하는 기관으로 변화시켰다. 이를 위해 경찰은 국민의 인식 속에 잠재되어 있던 법률지식이 부족한 기관, 국민의 인권을 탄압하는 기관 등의 꼬리표 같은 오명들을 불식시키기 위해 많은 노력들을 해왔다.

경찰의 역할과 기능 변화 및 확대, 국민 인식변화는 이제 경찰을 통한 수사절차의 진행을 요구하게 되었고, 이는 결과적으로 검사의 권한을 경찰에게 배분함으로써 이루어질 수 있다. 그러나 영장청구권은 그 주체를 헌법 및 형사소송법을 통해 명문화함으로써 헌법 개정이 이루어지지 않고서는 변화를 꽤하는 것이 어려운 상황이다. 그러므로 헌법규정을 그대로 유지하면서, 형사소송법 즉, 법률의 개정을 통한 변화를 모색하는 것이 요구된다.

한 기관에 많은 권한이 부여되면 그 기관은 권력기관으로 바뀌어 국민 인권을 침해하는 기관이 될 수 있다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 기관 간 견제와 통제를 바탕으로 상호 협력적, 대등적 관계를 형성할 수 있도록 해야 한다. 또한 경찰이 신속한 수사와 증거확보 및 보전 그리고 실체진실의 발견이라는 목표를 달성하기 위해서는 영장청구권 외에도 경찰이 직접적으로 업무를 처리하는 경우에는 그 권한을 경찰에게 부여해야한다. 이러한 노력들은 결국 경찰과 검찰 간 새로운 관계정립이라는 결과를 가져오게 될 것이다.

검색용 주제어: 경찰, 검찰, 영장청구권, 인권보호, 권력기관, 봉사기관

· 논문접수: 2020.11.30. **· 심사개시:** 2020.12.23. **· 게재확정:** 2021.01.19.

* 전남도립대학교 경찰·경호과 초빙교수

Ⅰ. 서론

검사는 형사사법절차 내에서 수사지휘권, 영장청구권 등 수사권, 공소제기 여부를 결정할 수 있는 공소권까지 부여받음으로써 검찰외의 어떠한 기관에 의해서도 견제를 받지 않는 권력기관이 되었다. 특히, 영장청구권은 형사소송법 및 헌법을 통해 영장청구권의 주체를 검사로 명시하고 있다. 따라서 영장청구권의 주체는 헌법 개정이 아니면 그 주체를 바꿀 수 없는 상황이 되었다.

그러나 하나의 기관에 권한이 집중되면 그 권한은 권력이라는 칼이 되어 국민에게 되돌아 올 수 있다. 검찰이 가지고 있는 권한은 국민에 대한 신체의 자유를 침해할 수 있는 강제력을 가지고 있기 때문에 권한을 경찰에 분배할 필요성이 있다. 이러한 검찰의 권한분배는 경찰과 검찰이 기존의 상명하복관계 내지 지시·감독에 의한 종속관계가 아닌 상호 협력적, 상호 대등적 관계로의 변화를 위한 전제조건이라고 할 수 있다. 이러한 경찰과 검찰의 새로운 관계정립은 경찰을 수사권의 주체, 검찰을 공소권의 주체로 인식해 그 권한이 나누어졌을 경우에만 가능하게 될 것이다.

그러므로 검사에게 주어졌던 권한 중 경찰이 사건현장에서 실질적으로 필요한 권한들을 분배해야 하고, 이러한 권한의 분배는 신속한 수사를 통한 증거확보 및 가해자 및 피해자에 대한 인권보장 그리고 실체진실의 발견이라는 관점에서 논의되어야 할 것이다.

Ⅱ. 영장제도의 비교법적 검토

영장제도는 신속한 수사와 증거보전이라는 관점에서 중요한 기능을 하는 제도라고 할 수 있다. 그러나 대부분의 형사사건을 경찰이 담당하고 있음에도 불구하고 영장청구권이 검사에게 독점적으로 부여된 것은 입법론적 개선이 요구되는 부분이라고 할 수 있다. 그러므로 아래에서는 우리나라 헌법제정 그리고 형사소송법 제정 당시부터 현재까지 영장제도의 발전과정과 각 국가의 영장제도에 대한 비교.분석을 통해 영장제도 및 경찰과 검찰 간 권한배분을 통한 관계개선에 대한 정책적 방향 제시의 기준으로 삼으려고 한다.

1. 우리나라의 영장제도

(1) 헌법상 영장제도의 도입과정

영장제도는 제정헌법부터 명문화되어 현재에 이르고 있다. 특히, ‘체포, 구금, 수색은 법관의 영장이 필요함을 명시하고 있고, 현행범 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 경우 수사기관은 법률규정에 따라 사후에 영장발부를 청구할 수 있도록 명시하였다(제정

헌법 제9조).' 또한 '모든 국민은 법률에 근거 없이는 거주와 이전에 대한 자유를 침해받거나 제한받지 않으며, 주거 침입 또는 수색을 받지 않는다(같은 법 제10조).'라고 규정해 영장청구의 주체를 명문화하고 있지 않았다.

제5차 개정헌법(1962년 12월 26일)은 '체포、구금、압수、수색을 이행하기 위해서는 검찰관의 신청으로 법관 발부 영장 제시를 규정하고 있다. 하지만 현행범은 장기 3년 이상 형에 해당되는 범죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 경우에는 사후 영장을 청구할 수 있도록 했다(헌법 제10조).' 제5차 개정헌법을 통해 검사 독점 영장 청구권을 헌법에 명문화하게 되었다.[1)]

제5차 개정헌법이 '검찰관 신청'이라는 내용을 명문화한 이유는 검찰에 의한 수사지휘권을 확고히 함으로써 경찰의 영장신청으로 인한 국민의 인권침해를 예방하기 위해서라고 할 수 있다. 즉, 수사절차에서 영장신청을 소위 법률전문가인 검사를 통해 한 것은 경찰을 비롯한 다른 수사기관에 의한 영장 남발을 사전에 막아 국민 인권침해 가능성을 감소시키고자 한 것에 개정의 목적이 있다.[2)]

제7차 개정헌법(1972년 12월 27일)은 '체포、구금、압수、수색을 이행하는 경우에는 검사의 요구에 의해 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다(제10조 제3항).'라고 규정하고 있었고, 주거를 대상으로 압수 및 수색을 하는 경우에는 검사의 요구에 의해 법관이 발부한 영장을 제시해야함을 명문화하고 있었다(제14조). 제7차 헌법 개정을 통해 '검사 신청'의 내용을 '검사 요구'로 바꾸어 규정하였다. 이러한 변화는 결과적으로 경찰에 대한 지휘권 강화 및 검사를 법관과 대등한 지위로 만들기 위한 시도에서 이루어

---

1) 헌법규정에 '검찰관 신청'이라는 내용을 명시한 것은 개정 형사소송법(1961년 9월 1일)과 관련성을 가진다. 제정 형사소송법(1954년 9월 23일 법률 제341호)은 '피의자가 죄를 범한 것에 대해 의심할만한 상당한 이유가 있고, 제70조 제1항에 해당하는 사유가 존재할 때에는 검사 또는 사법경찰관은 법관의 영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있다(제201조 제1항).'라고 규정해 검사와 사법경찰관 모두에게 영장신청권을 부여하고 있던 것을 형사소송법 개정(1961년 9월 1일)을 통해 '피의자가 죄를 범한 것에 대해 의심할만한 상당한 이유가 있고, 제70조 제1항에 해당하는 사유가 존재하는 때에는 검사는 법관이 발부한 영장을 통해 피의자를 구속할 수 있다(제201조 제1항).'라고 개정해 영장신청권의 주체를 검사로 제한하였다. 이러한 결과는 개정된 형사소송법의 내용이 1962년 헌법 개정에 반영된 것이라고 할 수 있다(자세한 내용은 박찬걸, "검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안", 『형사법의 신동향』 통권 제62호(2019), 6-7면).

2) 제5차 개정헌법(제14조)은 '모든 국민은 주거 침입을 받지 않는다. 주거에 대한 수색 및 압수를 위해서는 법관의 영장을 제시해야 한다.'라고 명문화해 '검사 신청'의 내용은 규정하고 있지 않았다. 따라서 주거에 대한 압수 및 수색이 이루어질 경우 영장청구는 검사를 경유하지 않더라도 가능하다는 해석의 여지가 있었지만 제5차 개정헌법(제10조 제3항)의 개정목적에 비추어 주거에 대한 압수 및 수색을 하는 경우에도 검찰관 신청으로 법관이 발부한 영장을 제시해야 하는 것으로 해석하는 것이 바람직하다(문재완, "우리 헌법상 영장조항과 영장청구 주체에 관한 연구", 『세계헌법연구』 제19권 제1호(2013), 69-70면).

졌다고 할 수 있다.[3)]

제8차 개정헌법(1980년 10월 27일)은 '체포ㆍ구금ㆍ압수ㆍ수색을 위해서는 검사 신청으로 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다(제11조 제3항).'라고 규정하였다. 그리고 주거를 대상으로 압수 및 수색을 하는 경우에는 검사의 신청으로 법관이 발부한 영장을 제시해야함을 명문화하였다(제15조). 제8차 개정헌법을 통해 '검사 요구'의 내용을 다시 '검사 신청'으로 바꾸었다. 즉, 영장신청권자인 검사가 영장효력에 대한 유지여부에 대해서 법관의 판단과 결정에 앞선 결정권한을 부여받는 것은 영장제도의 취지에 반한다는 반성적 고려를 통해 이루어진 것이라 할 수 있다.[4)]

제9차 개정헌법(1987년 10월 29일)은 체포ㆍ구속ㆍ압수ㆍ수색에 대한 영장을 발부하는 경우 '적법절차에 따른 검사 신청'으로 내용을 변경하였고(제12조 제3항), 주거를 대상으로 하는 영장규정은 제8차 개정헌법과 동일하게 유지되었다(제16조).[5)]

정부 개헌안(2018년 3월 20일)에 의하면, 영장신청과 관련된 것은 헌법에 명문화할 내용이 아닌 형사소송법과 같은 법률에 명시할 것으로 인식해, 현행 헌법이 영장신청에 대해 검사에게 독점적 권한을 부여하고 있는 사항을 삭제하였다. 그러나 헌법 개정은 국회의 개정안 의결을 거쳐 국민투표를 이끌어내야 하지만, 그러한 결과를 이끌어내지 못해 실질적인 개정이 이루어지지 못했다.

(2) 형사소송법상 영장제도의 도입과정

영장제도는 미군정법령(1948년 4월 1일 시행) 제176호에 의해 형사소송법 개정으로 도입되었다. 하지만 당시 법률규정에는 영장청구절차에 대한 내용을 명문화하고 있지 않았다. 그러나 미군정법령(1948년 3월 31일 공포) 제180호가 제176호의 보충규정으로서 공포되어 사실상 영장청구제도의 변화를 가져오게 하였다. 즉, 미군정법령 제180호는 '구속영장 또는 수색영장 신청에 대해 검찰관은 그 소속 재판소에 신청하도록 규정하였고, 사법경찰관 및 기타 관헌은 소속 검찰관에게 청구하도록 명시하였다.' 결과적으로 검사는 법원에 영장을 직접 청구할 수 있는 권한이 부여되었지만 사법경찰관은 검사 경유를 통해 법원에 청구할 수 밖에 없도록 하였다(제5조). 그러나 '법원 및 검찰청이 없는 지역에서는 특별 심판원인 치안관에게 영장을 직접 신청해 발부받을 수 있도록 하였다(같은 법 제6조).' 따라서 사법경찰관은 검찰청이 있는 곳에서는 검사를 경유해 영장을 신청할 수 있었고, 검찰청이 없는 곳에서는 특별 심판원에게 영장을 신청하는 이원적 형태를 취하고 있었다.[6)]

---

3) 성문규, "헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰-영장관련 조항의 개헌 및 입법경위를 중심으로", 『저스티스』 제162호(2017), 18면.
4) 김상겸, "검사의 영장청구에 관한 헌법적 연구", 『형사법의 신동향』 제57호(2017), 10-12면.
5) 박찬걸, 앞의 글, 2019, 9면.
6) 신동운, "수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅱ)-초기 법규정의 정비를 중심으로", 『서울

미군정법령에 의한 영장제도의 시행 이후 형사소송법(1954년 9월 23일)이 제정되었다. 형사소송법은 '검사 또는 사법경찰관에 대해 관할 지방법원 판사가 발부하는 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있도록 규정하였다(제201조 제1항).' 또한 '검사 또는 사법경찰관이 범죄수사를 위해 필요한 경우 관할 지방법원 판사가 발부하는 영장에 의해 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있도록 명문화하였다(같은 법 제215조).' 이는 영장청구권의 주체를 검사와 사법경찰관 모두로 인정한 것이다.[7)]

그러나 형사소송법 개정(1961년 9월 1일)을 통해 '검사는 관할 지방법원 판사에 의해 발부된 구속영장을 받아 피의자를 구속해야 하고, 사법경찰관은 검사에 대한 청구절차를 거쳐 관할 지방법원 판사에 의해 발부된 구속영장으로 피의자를 구속할 수 있다(제201조 제1항).'라고 명시하였다. 그리고 '검사는 범죄수사에 필요한 경우 관할 지방법원 판사에 의해 발부된 영장으로 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.' 이와는 달리 '사법경찰관은 검사에 대한 청구절차를 거쳐 관할 지방법원 판사가 발부한 압수, 수색영장에 의해 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.'라고 명문화하였다(같은 법 제215조). 즉, 1961년 형사소송법 개정으로 사법경찰관은 법원에 직접 영장을 청구하는 권한을 상실하게 되었다.[8)]

이후 형사소송법 개정(1973년 1월 25일)은 '검사는 관할 지방법원 판사에게 요구해 구속영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있고, 사법경찰관은 검사 신청절차를 거쳐 검사 요구로 관할 지방법원 판사의 구속영장 발부로 피의자를 구속할 수 있다(제201조).'라고 규정하였다. 또한 '검사는 범죄수사에 필요한 경우 관할 지방법원 판사에 요구해 발부받은 영장으로 압수.수색 또는 검증을 할 수 있고, 사법경찰관은 범죄수사에 필요한 경우 검사 신청절차를 거쳐 검사 요구로 관할 지방법원 판사의 영장발부로 압수ㆍ수색 또는 검증을 할 수 있다(같은 법 제215조).'라고 명문화하였다.[9)]

대학교 법학』 제42권 제2호(2001), 239-240면.

7) 국회법제사법위원회는 1956년 영장청구절차에서 영장청구권자를 검사 및 사법경찰관에서 검사만이 영장을 청구할 수 있는 주체로 인정하는 개정(안)을 마련하였다. 또한 1957년 법사위 개정(안)과 동일한 정부(안)을 제출하였지만 입법화 되지는 못하였다(정웅석, "헌법상 검사의 영장청구의 의미와 가치에 관한 연구", 『형사소송의 이론과 실무』 제9권 제2호(2017), 8면).

8) 형사소송법 개정이 이루어질 시기의 헌법은 검사와 사법경찰관 모두에게 독자적 영장청구권을 인정하고 있었다. 그러나 법률인 형사소송법 개정을 통해 영장청구권의 주체를 검사로 제한한 것은 헌법위반임을 주장하는 견해가 있다(천진호, "영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토", 『법학논고』 제26호(2007), 338면).

9) '검사 청구'의 내용을 제7차 개정헌법(1972년 12월 27일)을 반영해 '검사 요구'로 변경한 것이다. 그러나 제8차 개정헌법(1980년 10월 27)이 '검사 신청'으로 다시 변경하였다. 그리고 형사소송법 개정(1980년 12월 18일)을 통해 '검사 청구'로 변경해 지금에 이르고 있다(박찬걸, 앞의 글, 2019, 12-13면).

2. 외국의 영장제도

(1) 영국

영국은 헌법을 성문화 즉, 법전으로 명문화하고 있지 않다. 그러므로 헌법을 통해 영장청구권이라는 개념이 존재할 수 없다. 그러나 1984년 '경찰과 형사증거에 관한 법률(PACE)' 및 그 부속규정인 실무규정(Codes of Practice)에 영장청구와 관련된 절차와 권한을 명시하고 있고, 이러한 규정들을 통해 경찰에게 영장청구권이 부여되어 있다. 즉, PACE법 제24조 및 제25조에서는 '합리적 근거'를 바탕으로 경찰에 대한 체포권을 규정하고 있고, 절도에 관한 법률(Theft Act 1968) 또한 경찰이 수색영장을 치안판사에 청구하여 발부받을 수 있음을 규정하고 있다.[10)]

이와는 달리 검찰은 경찰이 수사한 사항에 대해 공소권을 가지고 이에 대한 업무만을 이행해 나갈 뿐이다. 즉, 영국은 수사권과 공소권을 엄격히 구분하여 수사업무는 경찰이 전담하도록 하고 있고, 기소업무는 검찰이 전담하도록 함으로써 한 기관이 권한을 독점하는 것을 사전에 방지하고 있다. 특히, 경찰은 수사권을 가지고 있기 때문에 강제수사 내지는 강제처분의 필요성이 인정되는 경우 영장을 청구할 수도 있다. 즉, 경찰이 수사의 필요성에 따라 법원에 영장을 직접 청구함으로써 사법심사를 통한 영장발부로 수사절차를 진행해 나간다.[11)]

따라서 검사는 경찰 수사절차 진행의 지시·감독 그리고 통제에 대한 권한을 가지고 있지 않다. 경찰의 수사절차 이행 등에 대한 지시·감독·통제는 경찰에 의해 이루어지기 때문이다. 그리고 경찰은 영장청구권과 함께 체포·구속, 압수·수색, 피의자 신문, 참고인진술 청취, 사건종결에 관한 권한들을 가지고 있다. 이러한 권한들을 가진 경찰이 사건을 검찰에 송치할 경우 사건을 판단해 증거로서 충분한지 및 국가나 사회에 이익이 되는지 등을 기준으로 기소여부를 결정하게 된다.[12)]

검사는 '기소법(Prosecution of Offences Act 1985)' 및 '검찰집무규칙(the Code for Crown Prosecutors)' 그리고 '검찰업무편람(CPS Policy Manual)'에 의해 기소와 검찰업무가 이루어져야 한다. 이에 더해 2003년 'Criminal Justice Act'가 제정되었고, 이 법은 초기 경찰수사부터 경찰과 검찰이 상호 협력적인 관계를 유지하도록 규정하였다. 따라서 검사가 경찰에 대한 보강수사를 비롯해 재수사를 요구하더라도, 검사

---

10) Paul Ozin·Heather Norton·Perry Spivey, 「*PACE : a practical guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984(3nd edition)*」, Oxford University Press, 2013, p.241.

11) Denis J. Keenan·Dennis Keenan, 「*Smith & Keenan's English Law(13th edition)*」, Longman Pub Group, 2001, pp.90-91.

12) 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 『연구보고서』 경찰청, 2009, 30면.

의 요구에 대한 이행여부 판단은 경찰에 의해 결정된다. 즉, 영국은 경찰의 독자적인 수사권을 인정하고 있기 때문에 검사에 의한 경찰 영장청구권 관여가 사실상 불가능하다. 따라서 경찰은 수사의 주체로서, 검사는 기소권의 주체로서 형사사법절차 내에서의 역할을 분명하게 구분하고 있다.[13)]

(2) 독일

독일은 국민의 신체적 구속과 자유의 박탈에 대한 허용여부 그리고 이에 대한 계속성 판단을 법관만이 할 수 있다고 명문화하고 있다(기본법 제104조 제2항). 즉, 인신구속에 대한 결정권한이 법관에게 있음을 명시한 규정이다. 이에 비해 영장청구권과 관련한 내용에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 하지만 법률을 통해 영장청구권의 주체를 검사로 명문화하고 있다. 따라서 구금을 위한 명령을 법원으로부터 받기위해 검사는 수사판사에게 일정한 청구를 할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송법 제125조 제1항). 또한 서면을 통해 소환된 피의자가 출석에 대한 불응, 긴급한 사유가 발생한 경우에는 검사의 구인영장 발부로 피의자를 인치할 수 있다(같은 법 제134조). 뿐만 아니라 구금명령장의 집행업무도 검사의 직무로 명시되어 있다(같은 법 제36조 제2항).[14)]

독일 형사소송법을 통해 검사는 수사의 주재자로서 역할과 기능을 한다. 특히, 영장청구권 및 피의자와 참고인 구인(拘引)권 등 수사절차의 진행에 대한 권한과 책임이 부여되어 있다. 이와 함께 법원조직법은 사법경찰관의 직무수행에 대해 검사의 지시와 명령을 따르도록 하고 있다(제152조). 그러므로 검사는 경찰이 진행하는 수사절차에 대해 일반적 수사지휘권을 가지고 있어 경찰수사에 개입할 수 있다.[15)]

그러나 독일은 대부분의 수사를 실질적으로 경찰이 담당하고 있기 때문에 경찰에게도 초동수사권(법원조직법 제163조 제1항), 일시체포권 및 신원확인권 등 경찰에게 독자적 강제 처분권을 부여하고 있다. 그리고 압수·수색 명령권, 혈액검사 명령권 등 검사의 위임에 따른 강제 처분권을 가지고 있기도 하다. 하지만 영장청구권은 검사에게만 부여된 독점적 권한이라고 할 수 있다. 그러나 예외적으로 긴급을 요하는 경우 경찰이 직접 법원에 영장을 청구할 수 있다.[16)]

독일은 검찰이 주도하는 수사권체계가 형성되어 있지만 검찰에 자체적 수사 인력이 없기 때문에 검사가 직접 수사절차를 진행할 수 없다. 따라서 검찰과 경찰의 실질적 관계는 상호 협력적 균형관계를 유지하고 있음을 알 수 있다. 즉, 기능적 면에서 경찰수사와 검사기소가 분리되어 있다.

---

13) 황운하, “영장청구권에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위 논문(2012), 73-74면.
14) 자세한 내용은 법무부 형사법제과, 독일형사소송법(한글번역본), 2012 참조.
15) 황운하, 앞의 글, 2012, 77면.
16) 김택수·박노섭·이동희·최대현, 주요국 경찰의 수사실무상 강제처분 유형별 권한, 요건 및 절차에 관한 연구, 『정책연구보고서』(2018), 107-128면.

(3) 프랑스

프랑스는 국민의 기본권에 관한 규정을 헌법에 명문화하고 있지 않다. 그러나 전문 해석을 통해 '인간과 시민의 권리선언(1789년)'을 기본권 보장의 중요한 근거로 활용하고 있다. 또한 헌법은 어떠한 경우라도 자의적 방법으로 국민을 구금할 수 없음을 천명하고 있고, 사법기관은 법률이 명시하고 있는 범위 내에서 절차가 이루어져야함을 규정하고 있다(헌법 제66조). 즉, 프랑스 헌법은 국민의 신체에 대한 자유권 보장만을 명시하고 있고, 영장제도에 대한 규정을 명문화하고 있지 않다.[17]

형사소송법은 영장에 대해 수색영장, 출두영장, 구인영장, 체포영장, 구금영장을 규정하고 있다. 특히, 구금영장은 석방 및 구금에 관여하는 법관이 영장을 발부한다. 그리고 소환영장, 구인영장, 체포영장, 수색영장은 예심판사에 의해 발부되어 예심판사는 대물적, 대인적 강제처분을 모두 할 수 있다. 따라서 프랑스는 검사를 영장청구권의 주체로 인정하고 있지 않다.[18]

프랑스는 형사사법절차 내에서 각 절차들에 대한 권한들을 분배하여 업무를 수행하도록 하고 있다. 따라서 소추, 예심수사, 판결 등에 대한 권한을 분배하여 소추는 검찰, 예심수사는 수사법원, 판결은 판결을 담당하는 법원에 의해 진행하게 함으로써 한 기관에 권한이 집중되는 경우를 사전에 예방하고 있다. 검찰은 독립적인 청사나 인력을 가지고 있지 않고 예산에 있어서도 검찰 별도의 예산집행이 이루어지지 않는다. 결과적으로 검사는 사법경찰관에게 권한위임을 통해 많은 자율성을 부여했다고 할 수 있다.[19]

또한 증거법 규정은 검사와 사법경찰관 작성 조서에 대한 증거능력을 구분해서 적용하고 있지 않고, 사법경찰관은 검찰에 사건을 송치하기 전까지 독자적 수사가 가능하다. 또한 형사소송법은 중죄에 대해 예심절차를 반드시 진행하도록 규정하고 있다. 즉, 예심판사에게 검사가 예심을 청구하면 예심판사가 수사의 주재자로서 역할을 하게 된다. 이는 예심판사를 강제수사권의 주체로, 검사를 임의수사권 및 기소권의 주체로 인정하고 있는 것이다. 그러므로 수사에 있어 예심판사의 역할과 기능이 중요하게 인식되는 부분이라고 할 수 있다.[20]

하지만 예심판사 또한 인적, 물적 자원을 독자적으로 보유하고 있지 못하기 때문에 사법경찰관에 대한 위임을 통해 수사절차가 이루어진다. 이러한 위임은 사법경찰관이 예심판사의 수사지휘를 받지만 예심판사가 행하는 대부분의 수사권한을 사법경찰관이 가지고 수사절차를 진행하기 때문에 실질적 수사절차의 진행은 사법경찰관에 의해 이루어진다고 볼 수 있다. 이에 따라 경찰은 수사절차 진행의 실질적 주체로, 검사를 예

17) 하태훈, 영장제도의 현황 및 개선방안 연구, 『인권상황 실태조사 연구용역 보고서』(2013), 45면.
18) 유주성, "수사와 기소 분리를 위한 쟁점과 과제", 『입법과 정책』 제10권 제2호(2018), 149-150면.
19) 유주성, "사법경찰의 역사적 형성에 관한 연구-개념적 형성과정을 중심으로", 『경찰법연구』 제12권 제2호(2014), 192-204면.
20) 황운하, 앞의 글, 2012, 81면.

심청구권 및 경찰수사 지휘의 주체로, 예심판사를 중범죄 수사 및 강제수사권의 주체로 인정하고 있다. 결국 형사사법절차내의 주체들에게 일정한 역할과 기능을 분리해 그 권한에 있어서도 한 기관에 집중되는 일이 없도록 하였으며, 이는 기관 간 상호 협력적 관계를 통해 서로 견제와 균형이 이루어질 수 있도록 하는데 중점을 두고 있음을 알 수 있다.

(4) 일본

일본은 헌법을 통해 형사절차에 관한 사항을 자세히 규정하고 있다. 즉, 형사법정주의 보장(제31조), 영장주의 보장(제33조 및 제35조) 등을 명문화하고 있다. 특히, 헌법 제33조는 대인적 강제처분을, 제35조는 대물적 강제처분을 규정하고 있다. 그러나 영장청구권의 주체에 대한 사항은 명문화하고 있지 않다. 이에 반해 형사소송법은 영장청구권의 주체에 대한 규정을 두고 있다. 체포장 청구권에 대해서는 검찰관 또는 사법경찰원을 그 주체로 하고 있다(형사소송법 제199조 제2항). 또한 압류, 수색, 검증, 신체검사 등에 대한 영장은 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰원에게 영장청구권을 부여하고 있다(같은 법 제218조 제4항).[21]

일본은 경찰에게 1차적 수사권을 부여하고 있고, 검찰에게 2차적 수사권을 부여하고 있다.[22]

실무적 관점에서도 검찰은 기소를 고유의 업무로 인식하고 있고, 직접적인 수사는 정치적 사건 등 제한적 사건만을 담당하고 있을 뿐이다. 그러나 구류장에 있어서는 검찰관만을 청구권자로 명시하고 있다(형사소송법 제204조 제1항, 제205조 제1항). 하지만 일본 형사소송법은 체포와 구속에 대해 필요적 체포전치주의를 인정하고 있기 때문에 경찰에 의한 체포, 검찰에 의한 구류라는 형사소송법 규정에 의해 각 권한을 나눈 것에 불과하다고 볼 수 있다. 결과적으로 경찰과 검찰은 기관 간 상호 대등한 관계를 기본으로 견제와 협력을 통해 수사권한이 배분되어 있다고 할 수 있다.[23]

---

21) 자세한 내용은 일본 헌법 세계법제정보센터(www.world.moleg.go.kr 접속일자: 2020년 8월 20일);법무부 형사법제과, 일본형사소송법(한글번역본), 2009 참조.

22) 형사소송법은 경찰관이 법률 또는 공안위원회가 정한 사항에 의해 사법경찰직원에 대한 직무수행을 명문화하고 있다(제189조 제1항). 또한 사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료되는 경우 범인 및 증거를 수사하는 것으로 한다(제189조 제2항). 이와는 달리 검찰관은 2차적 수사기관으로서의 역할과 기능을 담당하고 있다. 즉, 형사소송법은 검찰관이 그 필요성을 인정하는 경우 스스로 수사를 할 수 있다(제191조 제1항). 이러한 조문의 내용은 검찰이 경찰과 달리 수사권을 행사함에 있어 그 행사의 임의성을 인정하고 있음을 알 수 있다(이정민.황태정, 수사구조개혁 관련 일본식 형사제도 도입에 관한 연구,『정책연구보고서』(2013), 56-59면).

23) 이정민, “일본의 수사제도 운영과 그 전제”,『형사법의 신동향』제60호(2018), 191-201면.

3. 시사점

영국, 독일, 프랑스, 일본에 대한 영장주의와 영장청구권의 주체 및 경찰과 검찰의 관계에 대해 헌법 및 형사소송법 규정을 중심으로 살펴보았다. 영국은 영미법계 국가로서 영장주의에 대해 국가권력이 형사절차에 따라 이행되고, 그 절차는 국민의 신체에 대한 자유권의 침해를 사전에 예방하는 것을 중요한 목적으로 삼고 있다. 그러나 대표적 불문법 국가인 영국은 헌법이 법전으로 성문화되어 있지 않기 때문에 법관이 영장발부의 주체라는 개념은 중요하게 인식되어 왔지만 영장청구권의 주체에 대해서는 중요하게 다루어지지 않았다. 그러나 실무상 수사권을 가지고 있는 경찰이 영장청구권을 행사해왔다. 또한 영국은 경찰과 검찰의 권한을 분리해 수사는 경찰이, 기소는 검사가 하도록 함으로써 경찰과 검찰의 상호 견제와 균형을 위한 노력들을 해왔다.

독일은 나치시대 경찰과 법원이 국민에 대한 자유권 침해 즉, 신체의 자유를 구속하는 권한이 집중되어 있었다. 따라서 이에 따른 국민의 기본권 침해 문제를 해결하기 위해 경찰과 법원에 대한 감시·감독의 역할로서 검찰에게 일정한 소임이 부여되었다. 특히, 검사는 수사의 주재자로서 경찰에 대한 수사지휘권을 가지고 있다. 이에 따라 영장청구권 또한 검사에게 부여되었다. 그러나 검찰은 수사에 대한 인력이 확보되어 있지 못해 실질적인 수사는 경찰에 의해서만 가능하기 때문에 검사에게 영장청구권을 부여한 것은 경찰수사에 대한 법적 통제장치라고 볼 수 있다. 그러므로 경찰과 검사의 관계는 상명하복 내지 지배·종속 관계가 아닌 상호 대등적, 상호 협조적 관계라고 할 수 있다.

프랑스는 검사에게 임의수사권, 예심개시청구권 등의 권한을 부여하였다. 그러나 강제수사권 등 강제처분에 관한 권한을 예심판사에게 부여하고 있기 때문에 검사는 영장청구권과 같은 권한들에 대한 독점적 권한을 부여받지 못했다. 또한 검사, 경찰, 예심판사의 관계는 상호견제를 통한 권한의 균형에 초점을 맞추고 있다. 따라서 기관 간 협력적, 보완적 관계를 유지하고 있다고 할 수 있다.

일본은 헌법을 통해 영장청구권 주체를 명문화하지 않았다. 단지 법률인 형사소송법에 영장청구권 주체를 규정하였다. 특히, 체포 및 압수·수색에 대한 영장은 검사와 경찰 모두를 청구권의 주체로 인정하였다. 한 기관에 권력적 힘이 집중되는 것을 방지하기 위해 그리고 국민의 기본권이 침해되는 것을 사전에 예방하기 위해 마련된 제도이다. 구속영장에 대한 청구권을 검사가 독점하고 있긴 하지만 일본 형사사법절차가 체포전치주의를 취하고 있기 때문에 검사에게 수사지휘권을 통한 영장청구권이라는 우월적 지위의 보장이 아닌 단순히 권한을 각 기관에게 분배한 것에 불과하다. 실질적으로 일본경찰은 사건을 수사하는 과정에서 다양한 강제처분(대인적·대물적)을 검사의 관여 없이 독자적으로 이행한다.

영국, 독일, 프랑스, 일본 등의 국가에서는 경찰이 형사사법절차에서 수사의 주재자로서 지위를 가지면서 영장청구권이 대부분 부여되어 독자적인 수사기관으로서 역할과 기능을 하고 있다. 또한 영장청구권 관련 사항을 헌법에 명문화하고 있는 국가도 찾아볼 수 없었다. 각 국가들은 영장청구권 관련 규정을 법률에 명문화하여 그 주체를 규정하고 있을 뿐이다. 그리고 이러한 법률규정으로 경찰과 검찰은 수사의 주체로서, 기소의 주체로서 그 권한이 확실히 구분되어 있었다.

하지만 우리나라는 대부분의 권한이 검사에게 독점되어있고, 이에 따라 한 기관에 권력이 집중되는 문제를 야기하고 있다. 따라서 검사는 수사의 주체이자 기소권의 주체로서 경찰을 수사상 지휘하는 구조를 가지고 있다. 특히, 검사는 영장청구권을 가지고 있어 수사절차상 경찰이 영장이 필요한 경우에는 검사에게 신청하여 검사의 판단을 통해 법원에 영장을 청구하도록 하고 있다. 그러나 발생하는 다수의 범죄사건을 경찰이 수사하는 현실에서 검사에게 영장청구권을 부여하고 있는 것은 신속한 수사를 저해할 수 있고 결과적으로 수사효율화의 관점에서 문제가 될 수 있다.

이러한 문제들을 해결하기 위해서는 실제 경찰이 담당하고 있는 업무와 관련해서 검사의 권한을 경찰에게 분배할 필요성이 있다. 이를 위해 헌법에 명문화하고 있는 검사의 영장신청권 규정을 삭제해야 한다. 그러나 헌법 개정은 법률 개정에 비해 절차상 많은 어려움을 가지고 있기 때문에 영장관련 헌법규정을 그대로 두면서 형사소송법 개정을 통해 검사의 영장청구권을 법원의 영장발부를 위한 형식적 심사로 제한할 필요성이 있다.

이와 함께 경찰과 검찰의 관계를 지시·감독에 의한 종속적 관계가 아닌 상호 대등적, 상호 협력적 관계를 유지하면서 경우에 따라서는 기관 간 견제가 이루어질 수 있는 관계를 형성해 나가야한다.

특히, 경찰과 검찰의 상호 협력적, 상호 대등적 관계를 유지하기 위해서는 정부조직법상 규정된 직급까지 대등하게 맞추어야 할 것이다. 현재 검찰은 법무부의 외청으로서 검찰총장을 장관급으로 대우하고 있으며, 각 급 검사장을 차관급으로 대우하고 있다. 경찰 역시 행정안전부의 외청으로 조직법상 규정되어 있지만 경찰청장(치안총감)은 차관급으로 대우하고 있을 뿐이다. 2800여명의 검찰이 40명이 넘는 차관급 인사와 검찰총장을 장관급으로 대우하고 있음에 반해 경찰은 14만 명의 인력을 보유하고 있는 조직으로서 차관급은 유일하게 경찰청장 한 명뿐이라는 것은 조직법상 문제가 아닐 수 없다. 따라서 수사상 경찰과 검찰의 대등적 관계를 유지하기 위해서는 조직상 직급을 맞추는 일부터 시작되어야 할 것이다.

Ⅲ. 검찰 권한분배에 따른 두 기관 관계정립의 입법론적 개선방안

검사는 수사권과 공소권을 가진 국가기관이다. 이러한 검사가 가진 권한들을 통해 사실상 경찰은 검사의 지시, 감독, 통제를 받는 기관으로 인식되어져왔다. 그러나 대부분의 사건을 경찰이 처리하고 있는 현실에서 경찰과 검찰의 관계는 상호 협조적이고 상호 대등적인 관계가 형성되어야 한다. 그러기위해서는 경찰이 담당하고 있는 직접적 업무에 대한 검사의 권한을 경찰에게 배분할 필요성이 있다. 그 대표적인 권한이 바로 영장청구권이라고 할 수 있다. 그러므로 아래에서는 헌법, 형사소송법 등 다양한 법률을 통해 영장청구권의 주체, 경찰과 검찰의 새로운 관계정립이라는 관점에서 정책적·입법적 대안을 마련해 보고자 한다.

1. 영장신청에 대한 검사의 심사를 형식적 심사로 제한

영장청구권을 검사에게 독점적으로 부여하고 있는 현행 법률(헌법, 형사소송법)의 발전과정을 통해 그리고 각 국가와의 비교법적 분석을 통해 검사에게 부여된 독점적 영장청구권에 대한 법률적 타당성 및 정당성의 관점에서 다양한 문제점들을 발견할 수 있었다. 이러한 문제들을 해결하기 위해서는 입법론적 개선이 절실히 요구된다. 이러한 관점에서 헌법을 개정한다는 것은 많은 어려움이 뒤따를 수 있다. 따라서 헌법에 명시된 규정을 따르면서 형사소송법을 개정할 수 있는 방안을 마련해야한다.[24]

형사소송법의 개정은 경찰의 영장신청에 대해 검사는 영장신청의 적법성에 대한 '형식적 심사권'만을 부여해 영장청구를 하도록 하는 개정이 이루어져야 한다. 즉, 체포영장, 구속영장, 압수·수색영장 등 영장에 관해서는 '검사는 사법경찰관에 의한 영장 신청이 내용과 절차의 적법성을 유지한 경우에는 영장청구를 하여야 한다.'라고 규정함으로써 필요적 청구를 명문화할 필요성이 있다. 이러한 형사소송법 개정은 신속한 수사절차의 이행을 가능하게 하고, 국민의 인권보장과 경찰 및 검찰 기관 간 견제와 균형이 이루어질 수 있도록 하며, 종국에는 실체진실의 발견이라는 형사소송법의 이념을 실현하게 될 것이다.[25]

경찰의 영장신청에 대해 검사에게 형식적 심사권만을 부여한다고 하더라도 법관에 의한 사법적 심사가 이루어지기 때문에 경찰에 의한 영장남발, 헌법상 규정된 국민의 기본권 침해 문제는 발생하지 않을 것이다. 또한 검찰내부의 비리사건이 발생한 경우

24) 우리 헌법은 헌법 개정절차가 법률 개정절차보다 까다로운 경성헌법이다. 그리고 2018년 5월 24일 대통령의 '개헌에 관한 (안)'이 폐기되어 현실적으로 개헌이 불가능하다고 할 수 있다(자세한 내용은 대통령의 개헌(안) 표결불성립에 대한 참여연대 입장(www.peoplepower21.org 접속일자: 2020년 10월1일) 참고.

25) 박찬걸, 앞의 글, 2019, 22-23면.

경찰이 신청한 영장에 대해 검찰이 영장신청을 기각하는 경우가 발생할 수도 있다. 이러한 검찰조직 내부의 자기식구 감싸기는 결국 경찰과 검찰의 기관 간 견제와 균형을 저해하는 결과를 가져오게 될 것이다. 따라서 경찰의 영장신청에 대한 검사의 형식적 심사권은 검찰조직 내부에서 발생하는 비위사건에 대해서도 경찰의 수사를 가능하게 해 검찰조직의 자기식구 감싸기 문제를 어느 정도 해결할 수 있을 것이다.[26]

검사는 헌법 및 형사소송법을 통해 수사권을 비롯해 공소권 등 다양한 권한들을 부여받았다. 그러나 형사사건의 대부분을 경찰이 담당하고 있는 현실에서 경찰에게 영장청구권을 부여하지 못한다면 형사소송법의 개정으로 경찰의 영장신청에 대해 검사의 형식적 심사권만을 인정해 필요적 영장청구권을 명문화해야 할 것이다.

2. 경찰의 직급상향을 통한 타 기관 간 협력관계 유지

경찰이 수사기관으로서 검찰을 비롯한 타 기관과 협력적 관계를 유지하기 위해서는 조직법상 경찰조직의 직급조정이 이루어져야한다. 경찰은 정부조직법상 행정안전부 외청(外廳)으로 치안총감인 경찰청장을 차관급으로 대우하고 있다. 그러나 법무부 외청(外廳)인 검찰은 검찰총장을 장관급으로 대우한다.[27]

그러나 14만 인력을 구성하고 있는 경찰조직이 수사의 주체로서, 국민에 대한 봉사자로서 역할과 기능을 다하기 위해서는 검찰을 비롯한 타 기관과의 협력이 중요하다고 할 수 있다. 그러므로 타 기관과의 협력을 위해서는 검찰과 대등한 직급이 부여되어야 한다. 검찰은 장관대우를 받는 검찰총장을 비롯해 40명이 넘는 인사(人事)가 차관급으로 대우받고 있다. 그러나 경찰은 오직 경찰청장만이 차관급으로 대우받고 있을 뿐이다. 그러므로 경찰청장을 차관급에서 장관급으로, 치안정감(6명)을 차관급으로 직급을 격상할 필요성이 있다.[28]

또한 경위를 7급에서 6급, 경감을 6급에서 5급, 경정을 5급에서 4급, 총경을 4급에서 3급으로 직급을 격상시켜야한다.[29] 경찰조직의 직급상향은 검찰과의 상호 협력적, 상호 대등적 관계를 형성하고 유지하며, 경우에 따라서는 상호 기관 간 견제와 균형을 이루는 필수조건이라고 할 수 있다. 결과적으로 경찰청장이 차관급에서 장관급으로 직급이 상향되면 국무회의에 참여할 수 있게 된다. 경찰청장의 국무회의 참여는 국가 중요 치안 및 정책문제를 상정할 수 있게 되어 범죄발생 및 대응, 치안문제에 대한 정책

26) 김명대.박호현, “경찰의 영장청구권 효율화 방안-형사소송법 개정법률(안)을 중심으로”, 『홍익법학』 제19권 제1호(2018), 365면.
27) 자세한 내용은 정부조직법 제32조 제2항, 제34조 제5항 참조.
28) 2020년 6월 19일 정청래의원이 대표 발의한 경찰법 개정법률(안)(의안번호:688) 참조; 경찰조직에서 치안정감 계급은 경찰청 차장, 서울지방경찰청장, 부산지방경찰청장, 인천지방경찰청장, 경기남부지방경찰청장, 경찰대학장 등 총 6명이다.
29) 박호현·김종호, “경찰의 합리적 역할방안 정립에 관한 논의”, 『법제』 통권 제684호(2019), 26면.

적 방안 모색을 통해 다양한 문제를 해결해 나갈 수 있게 될 것이다.[30]

3. 검사의 영장청구권에 대한 항고제도 신설

형사소송법은 검사에게 공소권을 독점적으로 부여하고 있고, 공소제기 여부에 대한 재량권까지 부여하였다. 이에 따라 검사는 다른 기관에 의한 견제 및 통제가 사실상 불가능하다고 할 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해 검사의 공소권에 대한 견제 및 통제 장치로서 검찰항고제도와 재정신청제도를 형사소송법에 명문화하고 있다. 검찰항고제도는 검사의 불기소처분에 대해 검찰 스스로 불기소의 부당한 점을 시정하는 제도임에 비해, 재정신청제도는 검사의 불기소처분에 대해 법원의 사법적 심사를 통해 불기소의 부당한 점을 시정하는 제도라고 할 수 있다.

이에 따라 영장청구권에 대해서도 검찰의 자정(自淨)적 노력을 1차적으로 요구하는 검찰항고제도가 요구된다. 검사는 수사권과 공소권을 가지고 검사동일체의 원칙을 따르는 국가기관이지만 공익의 대표자로서 적법절차에 따른 법률의 적용이 이루어질 수 있도록 하는 의무와 책임도 가지고 있기 때문이다. 따라서 경찰의 영장신청이 검사를 통해 청구로 이어지지 않을 경우 영장청구를 하지 않은 검사를 대상으로 항고 및 재항고가 이루어질 수 있도록 해야 한다.[31]

영장청구에 대한 검찰항고에도 불구하고 불기소 결정이 난 경우에는 재정신청제도와 같은 법원의 사법적 심사가 이루어질 수 있도록 해야 한다. 검찰항고제도는 검찰 스스로의 시정책이라는 점에 의미를 둘 수 있지만, 이러한 시정책이라는 것이 경찰의 입장에서는 모순된 제도로 받아들여질 수도 있기 때문이다. 즉, 자기식구 감싸기로 비춰질 수 있다는 것이다. 그러므로 법원에 의한 사법적 심사의 기회를 기간의 명시로 특정하고 경찰에 부여함으로써 경찰에 의한 신속한 수사가 이루어질 수 있도록 해야 한다.[32]

헌법과 형사소송법을 통해 검사에게 다양한 권한이 부여되었음에도 불구하고 형사사건의 대부분을 경찰이 담당해 처리하고 있다. 특히, 사건을 수사함에 있어서는 영장의 발부여부가 신속한 수사 및 이에 따른 가해자와 피해자의 인권보호와 직결되기 때문에 영장제도에 대해 특정한 기관에 독점적으로 권한을 부여하는 것은 중요한 문제가 아닐 수 없다. 그러므로 경찰에게 영장청구권이 부여되는 것이 필요하지만 현실적으로 헌법개정이 어려운 상황이기 때문에 경찰이 영장청구권을 부여받을 수 없다면 영장청구에 대한 검찰항고제도와 재정신청제도를 형사소송법 개정을 통한 법률의 명문화로 독점된

30) 자세한 내용은 2020년 7월 1일자 폴리스tv “경찰청장도 장관급으로 격상하는 경찰법 개정안 발의”(www.policetv.co.kr 접속일자: 2021년 1월 12일).
31) 김명대·박호현, 앞의 글, 2018, 374면.
32) 한영수, “재정신청제도의 문제점과 개선방안-재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로”, 『인권과 정의』 제461호(2016), 115-116면.

검사의 영장청구권에 대한 견제와 통제가 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.

4. 국민 인권보호 기관으로서 역할강화

경찰은 일제강점기 일본 식민정책을 강화하는 역할을 해왔고, 해방 후에도 국가의 정체성을 확립하지 못한 상황에서 미(美)군정기를 겪으면서 관료화되었다. 이때의 경찰은 국민에 대한 봉사기관이 아닌 국민에게 강제하고 명령하는 즉, 국민에 군림하는 권력기관이었다. 하지만 민주주의의 발전과 국민 의식이 성장하게 됨으로써 경찰의 역할도 국민에 대한 봉사기관으로, 국민의 인권보호기관으로 변화하게 되었다.[33]

그러나 검찰이 형사사법절차 내에서 다양한 권한을 가지고 있기 때문에 경찰이 국민에 대한 인권보호기관의 역할을 하는 것은 일정한 한계가 있다. 검사는 수사권과 이를 통해 기소여부를 결정하는 공소권을 가지고 있어, 사실상 수사권 및 공소권 모두를 독점하고 있다. 또한 검사는 체포·구속 감찰권을 가지고 있다.[34] 이는 형사소송법을 통해 검사가 관할 수사관서 피의자 체포·구속 장소를 감찰할 수 있는 권한을 부여받은 것이다. 경찰은 시대의 변화를 겪으면서 경찰에 제기된 문제들을 해결하기 위해 많은 노력들을 해왔다. 법률적 지식을 갖춘 전문가(변호사자격증 취득자) 경찰 채용, 경찰조직 내 우수인재 대학원 진학, 법률지식 및 인성함양을 위한 전문가 특강 등 다양한 방법으로 경찰공무원들의 역량을 강화시키기 위한 시도와 노력들이 이루어지고 있다. 이러한 경찰의 노력들을 통해 경찰이 자체적으로 체포.구속 장소를 감찰해 국민의 인권침해 여부를 판단할 수 있고, 이에 대한 충분한 조치를 할 수 있는 능력을 갖추었다고 여겨진다.

그러므로 형사소송법 개정으로 검사에게 부여된 체포.구속 장소 감찰권을 경찰에게 부여해야 한다. 1차적으로 경찰서 단위에 인권보호관제도를 두어 인권보호관이 체포·구속 장소에 대한 감찰권을 가지도록 해야 한다. 그리고 2차적으로 지방경찰청 단위의 인권보호관제도를 통해 경찰서에 대한 감찰권을 두도록 함으로써 경찰 스스로 국민의 인권보호기관으로 거듭날 수 있게 될 것이다. 이러한 경찰 자체적 인권보호는 최종적으로 경찰청 국(局)단위의 부서에 인권보호관을 두어 최종적 감찰권을 행사하도록 하고, 그 기간은 경찰서 단위는 매월 1회 이상, 지방경찰청 단위는 6개월에 2회 이상, 경찰청은 1년에 3회 이상의 감찰을 하도록 하는 방안이 법률개정을 통해 명문화되어야 할 것이다.

---

33) 박호현·김명대·김종호, “복지경찰에 관한 논의: 범죄피해자 보호를 중심으로”, 『한국민간경비학회보』 제16권 제4호(2017), 76-79면.

34) 자세한 내용은 형사소송법 제198조의2 참조.

Ⅳ. 결론

경찰과 검찰은 그동안 수사권 관련문제로 첨예한 대립을 해왔다. 그러나 사건발생의 대부분을 담당해 처리하고 있는 경찰은 수사절차의 진행에 있어 증거보전 및 신속한 수사 그리고 가해자와 피해자의 인권보호라는 관점에서 검사의 권한을 분배해야함을 강조하고 있다. 특히, 검사는 수사절차에서 영장청구권, 수사지휘권 등을 부여받았고, 공소제기를 위한 권한인 공소권을 가지고 있다. 검사에게 부여된 이러한 권한들을 통해 경찰과 검찰의 관계는 상명하복 내지 지휘.통제를 받는 종속적 관계를 사실상 유지해 오고 있다.

그러나 시대의 변화에 따라 경찰의 역할 또한 변화하면서 국민에 대해 지시하고 강제하는 권력기관이 아닌 국민에 봉사하고, 국민의 인권을 보호하는 기관으로 변화하게 되었다. 경찰의 이러한 역할과 기능을 더욱 증대시키기 위해서는 검사의 권한을 배분해 경찰의 업무와 관련성을 가지는 사항에 대해서는 경찰이 직접적인 권한을 행사할 수 있도록 해야 하고, 이러한 권한배분을 통해 경찰과 검찰의 새로운 관계정립이 이루어져야 한다.

새로운 관계정립은 상호 협력적, 상호 대등적 관계여야 하고, 이를 위해 경찰에게 영장청구권을 부여할 필요성이 있지만 사실상 헌법 개정이 어려운 상황이기 때문에 형사소송법 개정을 통한 입법론적 개선이 요구된다.

첫째, 영장신청에 대한 검사의 심사를 형식적 심사로 제한해야한다. 경찰이 수사절차를 진행하는 경우에 영장신청, 청구, 발부의 절차는 신속한 수사와 가해자 및 피해자 인권보호와 관련성을 가진다. 그러므로 경찰이 영장을 신청한 경우 신청을 받은 검사는 영장신청의 내용과 절차에 대한 형식적 심사만을 통해 영장을 청구하도록 하는 형사소송법의 개정이 이루어져야한다.

둘째, 경찰의 직급상향을 통한 타 기관 간 협력관계가 유지되어야 한다. 14만 인력을 구성하고 있는 경찰조직이 수사의 주체로서 검찰을 비롯한 타 기관과 협력관계를 유지하기 위해서는 검찰과 대등한 직급이 부여되어야한다. 그러므로 경찰청장을 차관급에서 장관급으로, 치안정감을 차관급으로 직급을 격상할 필요성이 있다. 이러한 경찰조직의 직급상향은 검찰과의 상호 협력적, 상호 대등적 관계를 형성하고 유지하며, 경우에 따라서는 상호 기관 간 견제와 균형을 이루게 할 것이다.

셋째, 검사의 영장청구권에 대한 항고제도를 신설해야한다. 형사소송법은 검사의 불기소에 대해 검찰항고제도와 재정신청제도를 마련하고 있다. 검찰항고제도는 검찰의 자정(自淨)적 노력을 1차적으로 인정하는 제도라고 볼 수 있고, 재정신청제도는 법원의 사법적 심사를 통해 검사의 불기소처분에 대한 부당을 가려내는 제도라고 할 수 있다. 이러한 제도들을 영장제도에 적용함으로써 경찰과 검찰 기관 간 견제와 균형을 이루어 낼 수 있을 것이다.

넷째, 국민 인권보호 기관으로서 역할을 강화해야 한다. 경찰은 과거 국민의 인권을 침해하고, 국가의 부당한 지시와 명령에 앞장서는 소위 정권의 시녀로 여겨져 왔다. 그러나 시대의 변화와 민주주의의 발전으로 경찰 또한 조직에 대한 자정능력이 생겨 스스로를 감시하고 통제할 수 있는 충분한 능력을 가지고 있다고 할 수 있다. 따라서 현재 검사에게 주어진 체포.구속 장소 감찰권을 경찰에게 부여해야한다. 이를 통해 경찰서를 1차 기관으로 인권보호관을 두고, 지방경찰청을 2차 기관으로 인권보호관을 두며, 경찰청을 최종기관으로 하여 국민들의 인권보호를 위해 의무와 책임을 다할 수 있도록 해야 한다.

[참고문헌]

김명대·박호현, “경찰의 영장청구권 효율화 방안-형사소송법 개정법률(안)을 중심으로”,『홍익법학』제19권 제1호(2018).

김상겸,“검사의 영장청구에 관한 헌법적 연구”,『형사법의 신동향』제57호(2017).

김택수·박노섭·이동희·최대현, 주요국 경찰의 수사실무상 강제처분 유형별 권한, 요건 및 절차에 관한 연구,『정책연구보고서』(2018).

문재완, “우리 헌법상 영장조항과 영장청구주체에 관한 연구”, 『세계헌법연구』 제19권 제1호(2013).

박찬걸, “검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안”,『형사법의 신동향』통권 제62호(2019).

박호현·김명대·김종호, “복지경찰에 관한 논의-범죄피해자 보호를 중심으로”, 『한국민간경비학회보』제16권 제4호(2017).

박호현·김종호, “경찰의 합리적 역할방안 정립에 관한 논의”,『법제』통권 제684호(2019).

성문규, “헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰-영장관련 조항의 개헌 및 입법경위를 중심으로”,『저스티스』제162호(2017).

서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적. 처방적 연구, 『연구보고서』(2009).

신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅱ)”, 『서울대학교 법학』 제42권 제2호(2001).

유주성, “사법경찰의 역사적 형성에 관한 연구-개념적 형성과정을 중심으로”, 『경찰법연구』제12권 제2호(2014).

유주성, “수사와 기소 분리를 위한 쟁점과 과제”, 『입법과 정책』 제10권 제2호(2018).

이정민·황태정, 수사구조개혁 관련 일본식 형사제도 도입에 관한 연구, 『정책연구보고서』(2013).

이정민,“일본의 수사제도 운영과 그 전제”,『형사법의 신동향』제60호(2018).

정웅석, “헌법상 검사의 영장청구의 의미와 가치에 관한 연구”,『형사소송의 이론과 실무』제9권 제2호(2017).

천진호,“영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토”,『법학논고』제26호(2007).

하태훈, 영장제도의 현황 및 개선방안 연구,『인권상황 실태조사 연구용역 보고서』(2013).

한영수, “재정신청제도의 문제점과 개선방안-재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로”,『인권과 정의』제461호(2016).

황운하, “영장청구권에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위 논문(2012).

Denis J. Keenan·Dennis Keenan, 「Smith & Keenan’s English Law(13th editio n)」, Longman Pub Group, 2001.
Paul Ozin·Heather Norton·Perry Spivey, 「PACE : a practical guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984(3nd edition)」, Oxford University Press, 2013.

법무부 형사법제과, 일본형사소송법(한글번역본), 2009.
법무부 형사법제과, 독일형사소송법(한글번역본), 2012.
일본 헌법 세계법제정보센터(www.world.moleg.go.kr).
경찰법 개정법률(안)(정청래의원 등 14인 발의, 의안번호: 688).
대통령의 개헌(안) 표결불성립에 대한 참여연대 입장(www.peoplepower21.org).
폴리스tv, 경찰청장도 장관급으로 격상하는 경찰법 개정안 발의(www.policetv.co.kr).

[Abstract]

A discussion on the distribution of authority between police and prosecution through the warrant system

Park, Ho-Hyun*

The prosecutor has various powers within the criminal justice system. in particular, if the police are given the right to request warrants, the overuse of warrants can violate the human rights of the people. for this reason, the right to request a warrant was given to the prosecutor. but the police are in charge of most of the criminal cases. this could create difficulties in terms of the swiftness of the investigation, the discovery of the truth and the protection of the human rights of the people. in fact, in the past, the police were agencies that helped the state power. but social development and the changing times have changed the role and function of the police. in other words, it transformed the police into a people's service agency, a people's human rights protection agency.

This calls for the distribution of authority between police and prosecutors. however, the right to request a warrant defines the subject through the Constitution and the Criminal Procedure Act. thus, changes can only be made through constitutional amendments. thus, changes must be made through the revision of the Criminal Procedure Act. if the authority is concentrated on one institution, there is a greater possibility of violating the human rights of the people. to solve these problems, interagency checks and controls must be made. it should also maintain a mutually cooperative and equal relationship. therefore, the police should be given various powers, including the right to request warrants. these efforts will eventually result in a new relationship between the police and the prosecution.

Key words: the police, the prosecution, right to request a warrant, protection of human rights, authority, service organization

* Professor, Department of Police & Security Service in Jeonnam State University, Ph.D. in Police Science.