

한국형사정책연구원  
서울대학교 법학연구소  
한국공법학회 공동학술세미나

# 한국의 형사사법개혁II: 강제처분의 현대적 의미와 인권보호

일시\_2017년 3월 24일(금요일) 오후 2시  
장소\_서울대학교 근대법학백주년 기념관(84동) 주산홀

**KIC** 한국형사정책연구원 KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY 서울대학교 법학연구소 한국공법학회

한국의 형사사법개혁II : 강제처분의 현대적 의미와 인권보호

한국형사정책연구원 · 서울대학교 법학연구소 · 한국공법학회

한국의 형사사법개혁II:  
강제처분의 현대적 의미와 인권보호



한국형사정책연구원  
서울대학교 법학연구소  
한국공법학회 공동학술세미나

# 한국의 형사사법개혁Ⅱ: 강제처분의 현대적 의미와 인권보호

일시\_ 2017년 3월 24일(금요일) 오후 2시

장소\_ 서울대학교 근대법학백주년 기념관(84동) 주산홀

한국형사정책연구원 / 서울대학교 법학연구소 / 한국공법학회  
공동학술세미나 일정

시 간	내 용
13:30~14:00	참가자 등록 및 접수  사회 : 안성훈 연구위원 (한국형사정책연구원)
14:00~14:20	<b>개 회 사</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 김진환 원장 (한국형사정책연구원)</li> <li>• 김도균 소장 (서울대학교 법학연구소)</li> <li>• 이현환 회장 (한국공법학회)</li> </ul>
	<b>축 사</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 김일수 회장 (한국안보형사법학회, 고려대학교 명예교수)</li> <li>• 권성동 국회의원</li> <li>• 이상돈 국회의원</li> <li>• 이채익 국회의원</li> </ul>
	좌장 : 장영수 교수 (고려대학교 법학전문대학원)
14:20~16:00	<b>제1주제 발표 : 헌법상 인신구속 관련 규정 및 제도의 인권보호 관점에서의 비교법적 고찰</b>
	<b>발 표</b> 이우영 교수 (서울대학교 법학전문대학원) <b>토 론</b> 강승식 교수 (원광대학교 법학전문대학원) 박기석 교수 (대구대학교 경찰행정학과) 이완규 지청장 (인천지검 부천지청) 이승현 연구위원 (한국형사정책연구원)
16:00~16:20	휴 식
16:20~18:00	<b>제2주제 발표 : 헌법상 검사 영장청구권의 현대적 의미</b>
	<b>발 표</b> 김성룡 교수 (경북대학교 법학전문대학원) <b>토 론</b> 손인혁 교수 (연세대학교 법학전문대학원) 차동언 변호사 (법무법인 화우) 윤수정 검사 (서울중앙지검) 박학모 부연구위원 (한국형사정책연구원)
18:00~18:30	종 합 토 론



# 개 회 사

여러분, 반갑습니다.

한국형사정책연구원장 김진환입니다.

며칠 전 춘분이 지나 봄빛이 완연합니다.

그러나 나라 안팎의 여건은 녹록치 않아 춘래불사춘(春來不似春)이라는 말이 떠오릅니다.

최근 우리나라 헌정 사상 처음으로 대통령에 대한 탄핵이 인용되는 결정이 있었습니다. 헌법재판소의 이러한 결정은 곧 헌법적 가치의 수호라는 과제로 귀결되었습니다. 이와 같은 헌법적 가치의 수호 선언은 헌법적 가치의 실현과 실정법 체계의 조화라는 매우 어려운 문제를 우리에게 안겨 주고 있습니다.

우리 헌법은 자의적인 권력과 폭력으로부터 국민의 「신체의 자유」가 침해되지 않도록 절차적 보장 규정을 두고 있습니다.

그러나 국법 질서 확립을 위한 형벌권 실현 과정에서 실제적 진실 규명의 실효성 확보를 위해 인신구속과 같은 강제처분이 불가피한 경우가 있습니다. 바로 이 지점에서 헌법적 가치와 형사사법 사이의 긴장이 드러나게 됩니다.

「신체의 자유」는 인간의 존엄과 민주주의의 존립을 위하여 가장 근간이 되는 기본권인 만큼 신체의 구속 등 강제처분은 최후의 수단이 되어야 하며, 보다 신중한 적법절차에 따라 이루어져야 한다는 것이 현행 헌법의 결단이었다고 믿습니다.

시대의 흐름과 변화에 따라 우리의 영장제도가 어떤 기능을 수행하였는지, 국민의 안전보장, 성숙된 민주주의, 진정한 법치주의의 실현을 위하여, 어떤 절차가 가장 바람직한지 그 현대적 의미를 되짚어 볼 필요가 있을 것입니다.

이에 한국형사정책연구원이 권위 있는 연구로 명성이 높은 서울대학교 법학연구소·한국공법학회와 함께 「강제처분의 현대적 의미와 인권보호」라는 주제로 공동학술세미나를 개최하게 되어 기쁘게 생각합니다.

이번 공동학술세미나는 지난 2월 13일 한국형사정책연구원과 한국형사소송법학회가 공동으로 개최하였던 한국의 형사사법개혁 세미나에 이은 두 번째 학술행사입니다. 오늘 공동학술세미나에서는 저명한 법학자들과 실무가들의 발표와 토론을 통해 헌법적 측면에서의 인신구속제도의 의미와 검사의 영장청구권의 현대적 의미를 살펴보면서 강제처분제도에 대한 개선방안을 모색할 수 있는 기회가 될 수 있을 것으로 기대됩니다.

오늘 이 자리가 현재 직면하고 있는 실천적 형사사법개혁에 대한 과제들을 심도 있게 논의하여 바람직한 방향을 제시하는 좋은 토론의 장이 되었으면 합니다.

바쁘신 중에도 귀중한 시간을 할애하여 주신 사회자·발표자 및 토론자 분들과 내·외빈 여러분께 감사의 인사를 드립니다. 특별히 오늘 공동학술세미나에 관심을 갖고 축사를 해주시는 김일수 회장님, 권성동 위원장님, 이상돈 의원님, 이채익 의원님께 깊은 감사와 경의를 표합니다.

감사합니다.

2017년 3월 24일

한국형사정책연구원장 **김진환**

# 개 회 사

개원 이후 지금까지 형사법 분야의 이론과 실무에 크게 기여해온 한국형사정책연구원과 서울대학교 법학연구소, 그리고 한국공법학회가 공동으로 『강제처분의 현대적 의미와 인권 보호』라는 주제로 학술세미나를 개최합니다. 이 공동학술세미나는 커다란 의미를 갖습니다. 공법학자, 형사법학자, 각 분야의 법실무가가 다양한 관점에서 인신구속제도의 현황을 입체적으로 고찰하고 바람직한 개혁 방향에 대해 숙의하는 자리이어서, 이론과 실무의 종합이라는 원래의 의미에 걸맞는 학술세미나이기 때문입니다. 종전의 논의에서 축적되었던 성과물을 계승하면서 이번 공동 학술세미나에서 해법의 단초가 제시될 수 있기를 바라마지 않습니다.

바쁘신 데도 오늘의 학술세미나에 참석해주신 귀빈, 발표자 및 토론자, 사회자 분들에게 심심한 감사의 말씀을 드립니다.

2017년 3월 24일

서울대학교 법학연구소장 김도균



## 개 회 사

봄이 점점 더 짙어가는 이 때에 한국형사정책연구원과 서울대학교 법학연구소 그리고 한국공법학회가 공동으로 개최하는 학술대회에 참석해 주신 내빈 여러분께 깊은 감사의 말씀을 올립니다.

1948년 정부수립 이후 처음으로 대통령이 탄핵된 지도 벌써 보름이 지나고 있습니다. 이번 탄핵사태는 이를 받아들이는 사람에 따라 다양한 해석과 의미를 부여할 수도 있겠습니다만, 저는 특히 두 가지 점에서 그 의미를 지적하고 싶습니다. 그 하나는, 우리나라 역사에서 오랜 시간 동안 지속되었던 하향적·수직적 질서체계가 비로소 극복되기 시작했다는 것이며, 그 둘은, 촛불민주주의 (candle democracy)라고 불러도 좋을 만큼, 일찍이 전 인류사에서 볼 수 없었던 새로운 실천적 민주주의를 우리 국민들이 보여주었다는 것입니다.

민주주의의 핵심원리는 국민주권에 의하여 창설된 국가권력이 하향적·수직적 권력이 아니라 수평적·보조적 권력이 되어야 한다는 것입니다. 이번 탄핵결정은 우리나라에서 지난 시절에 우월적 지위에서 명령하고 강제하며 주도했던 권력이, 보조적 지위에서 의견을 수렴하고 지원하며 조성하는 권력으로 바뀔 것을 요구하는 것이라고 할 수 있을 것입니다.

주지하다시피, 형사법집행권 내지 국가형벌권은 국가권력의 핵심적 요소입니다. 이 형사법집행권이 어떻게 행사되는가는 한 나라의 민주주의 및 법치주의의 성숙도를 가늠하는 중요한 잣대라 할 것입니다.

그런 점에서 오늘 학술대회의 주제인 강제처분의 현대적 의미와 인권보호, 그리고 세부주제로서 각국헌법상 인신구속제도와 검사영장청구권에 관한 논의는 우리나라의 민주주의 및 법치주의를 더욱 성숙시키는 계기로 될 수 있을 것입니다. 특히 검사의 영장청구권의 문제는 일제강점기의 검경제도에 의해 적지 않은 고통을 겪은 우리나라의 역사적 경험과 결코 무관하지 않습니다. 검찰이나 경찰의 조직이기주의적 관점이 아니라 오랫동안 국가권력으로 인해 힘들어했던 국민의 입장과 관점에서 해결책이 제시되기를 기대해 봅니다. 오늘의 논의가 우리나라의 형사법집행권의 발전에 크게 보탬이 될 것으로 믿어 의심치 않습니다.

오늘 이 자리를 마련해주신 한국형사정책연구원의 김진환 원장님, 서울대학교 법학연구소의 김도균 소장님, 그리고 축사를 해주실 한국안보형사법학회 김일수 회장님, 권성동 국회의원님,

이상돈 국회의원님, 이채익 국회의원님께 깊이 감사드리고, 아울러 오늘의 발표를 맡으신 이우영, 김성룡 두 분 교수님과 토론자 여러분들께도 다시 한 번 감사의 말씀을 전합니다.

감사합니다.

2017년 3월 24일

한국공법학회 회장 이 현 환

## 축 사

봄기운이 돋아나는 이 좋은 계절에 한국형사정책연구원, 서울대법학연구소, 한국공법학회가 공동으로 뜻깊은 학술대회를 개최하게 된 것을 진심으로 축하합니다.

최근 우리나라의 정치적 상황과 맞물려 통치기구의 재구성을 위한 헌법 개정과 조기대선 등을 앞두고 각계각층의 이해관계가 활발하게 표출되고 있습니다. 권력의 집중과 비대화가 부패와 일탈 그리고 무능의 산실이란 인식이 확산되면서 권력기구와 권한 재편을 둘러싼 개헌논의도 뜨거운 관심의 대상으로 부상하고 있습니다.

이런 정치적 현실을 감안할 때 오늘 여기에서 다루어질 “한국의 형사사법개혁 II: 강제처분의 현대적 의미와 인권보호” 라는 주제는 매우 시의 적절해 보입니다. 두 말할 것 없이 이해관계가 첨예하게 대립하는 주제일수록 입법자들과 이론가들과 실무자들의 상호교류와 토론의 장은 필수불가결한 일이며, 또한 거듭할수록 유익한 일이라 하겠습니다.

현재의 어떤 인권관련 법제도가 갖고 있는 문제점들을 개선하려고 하면 먼저 권한의 남용가능성과 그로 인한 국민 개개인의 자유와 인권이익에 대한 위험수위를 실증적으로 분석하는 연구 자료를 기초로 삼고 거기에서 출발하는 것이 상책일 것입니다. 또한 개선의 적절한 방향과 현실적합성을 지닌 개선이 되기 위해서는 ‘추상적인 유토피아’보다 가치 합리적이고 목적합리적인 사고를 통해 ‘구체적인 유토피아’의 경지(E.Bloch)에 맞는 적절한 보폭을 모색해야 시행착오를 줄일 수 있을 것입니다.

더 나아가 비교법적 연구결과는 보다 좋은 법제도로 향한 개선에 필수적인 조력자가 될 것입니다. 비교법의 결론들은 ‘세계화에로의 징검다리요, 최선의 가장 인도주의적인 법을 쟁취하기 위한 민족 간의 평화로운 전투장이며 위대한 전통을 주고받는 교환 장소’(H.H.Jescheck)로서의 의미를 담지하고 있기 때문입니다. 물론 정의, 인권, 형사 정책적 합목적성, 실용성, 전통과 국민의 법 신뢰도 등속의 가치개념은 복합적인 것이어서 순수한 법 비교의 결과만 가지고서 ‘보다 나은 법’에 자동적으로 도달할 수 있는 것은 아닐 것입니다.

따라서 여기에서는 이해관계인들의 관점을 뛰어넘어 객관적이고도 전문적인 식견을 지닌 각 연구 분야 전문가들이 융합의 지평에 이르기 위해 통섭의 노력을 한데 모으는 지혜가 필요하리 할 것입니다. 이러한 사고의 관점들은 법 일반뿐 아니라 특히 오늘 주제와 같은 형사법 분야의

특수논점에서 더욱 그러해야 한다는데 대해 아마 이의를 제기할 분은 별로 많지 않으리라 생각합니다.

이런 관점에서 오늘 이 학술행사는 매우 신중하고 합리적으로 기획되고 준비된 것이라는 인상을 갖게 해 줍니다. 그러므로 뒤에서 기획과 준비에 참여해 묵묵히 일한 여러 분들의 수고를 또한 치하하는 바입니다. 오늘 좌장과 발표자들과 토론자들 모두 이 주제에 일가견을 지닌 각 분야의 정평 있는 전문가들이라는 점에 비추어 볼 때, 이 학술세미나에서 도출될 결과에 거는 기대가 큼니다. 아무쪼록 이 학술행사가 유의미한 행사로 매듭지어져서, 이 의미심장한 주제에 대해 계속 이어질 다른 학술모임에도 중요한 디딤돌이 될 수 있기를 바라면서 이만 축사에 갈음할까 합니다. 감사합니다.

2017년 3월 24일

한국안보형사법학회장 김 일 수

## 축 사

여러분, 반갑습니다. 국회 법제사법위원장 바른정당 국회의원 권성동입니다.

우선 「한국의 형사사법개혁2 : 강제처분의 현대적 의미와 인권보호」 학술대회 개최를 진심으로 축하드립니다.

명실 공히 국내 최대의 형사정책연구 전문기관인 한국형사정책연구원과 공법분야 최고의 학회인 한국공법학회, 최고의 대학 연구소인 서울대 법학연구소가 공동주관하는 만큼 이번 공동학술대회가 성공적으로 개최되어 상당한 성과를 거둘 수 있을 것으로 기대합니다.

아울러 이런 뜻 깊은 자리를 마련해주신 한국형사정책연구원 김진환 원장님과 한국공법학회 이현환 회장님, 서울대학교 법학연구소 김도균 소장님, 많은 관심을 가지고 오늘 이 자리에 참석해주신 내외빈 여러분께도 감사의 말씀을 드립니다.

민주주의의 근본이념은 인권옹호에서 출발하는 것이며, 인권옹호의 궁극목표는 인신자유를 보장함에 있습니다.

그런 의미에서 국가기관의 강제처분에 대한 현대적인 의미를 밝히고 인권을 강조한 이번 학술대회는 매우 의미있는 자리라고 생각합니다.

검찰개혁과 관련하여서는, 여러 목소리들이 있습니다. 그러나 검찰개혁의 방향이 특정기관의 권한확대나 이기주의로 흘러가는 것은 경계할 필요가 있습니다.

무엇보다도 개혁의 중심에 국민의 인권과 이익이 있는지를 잘 감시하여야 합니다.

검사에 의한 영장청구절차의 문제는 국민의 인권과 관련된 사법통제의 본질적 요소입니다. 체포, 압수수색, 구속 등 여러 강제수사에 대한 검사의 1차적 영장심사는 지난 반세기 이상 판사의 2차적 영장심사와 더불어 국민의 인권을 보호하는 이중 장치로서 안착된 측면이 있습니다.

이를 변경하고자 할 때에는 그만큼 국민의 인권과 이익을 보호할 수 있는 제도적 장치가 충분히 마련되어있는지를 살펴봐야할 것입니다.

부디 이번 공동학술대회를 통해서 국민의 인권과 직결된 강제처분의 의미와 방향 등이 심도있게 논의되길 기대합니다.

학계와 실무, 연구원의 전문가가 모두 모인만큼 풍성한 논의의 장이 될 것으로 믿습니다.

끝으로 학술대회의 좌장을 맡아주신 고려대 장영수 교수님을 비롯하여 발제와 토론에 참여해 주시는 여러 전문가께도 감사의 말씀을 드리며, 이 자리를 함께 하고 계시는 여러분들의 건강과 행복을 기원합니다.

감사합니다.

2017년 3월 24일

국회의원 권성동

## 축 사

안녕하십니까. 자유한국당 의원 이채익입니다.

우선 「강제처분의 현대적 의미와 인권보호」라는 뜻 깊은 주제로 학술세미나를 마련해 주신 한국형사정책연구원, 한국공법학회, 서울대학교 법학연구소 관계자 여러분께 감사의 말씀을 드립니다.

한국의 형사사법개혁을 논의함에 있어서 무엇보다 국민의 기본권 보호와 밀접한 관련이 있는 강제처분을 주제로 선택한 것은 현대 민주주의의 중요성이 강조되고 있는 현 시점에서 시의적절하다고 생각합니다.

특히, 최근 헌법상 인신구속제도에 대한 개정 논의과정에서 가장 중요하게 고려해야 할 부분은 국민들의 자유와 권리를 보장하고 인권을 더욱 강화하는 것이라는 점에 비추어 볼 때 본 주제의 중요성은 실로 크다고 할 것입니다.

우리 헌법상 보장된 검사 영장청구절차 규정의 과거 태생부터 현대적 의미를 되짚어 보고, 나아가 다른 해외 주요국의 헌법상 인신구속제도의 의미를 고찰해 보는 것은 국민의 기본권 보장을 위한 개헌 논의에 있어서도 그 본질을 다시금 생각해 볼 수 있는 소중한 자리가 될 것으로 기대합니다.

한편, 최근 검찰개혁 방안도 논의되고 있는데, 논의과정에서 단순히 특정 국가기관의 권한을 강화하거나 권한을 배분하는 문제로 귀결되어서는 안 될 것입니다. 국가권력의 강화로 인해 국민의 기본권이 침해되지 않도록 제도를 보완하고 통제하는 방안을 더욱 모색해야 할 것입니다.

덧붙여 검찰의 개혁을 위해서는 본질적으로 검찰이 정치적으로 중립될 수 있도록 하는 것이 무엇보다도 중요하다고 생각합니다. 검찰권이 남용되지 않고 법원칙에 따라 공정하게 행사될 수 있도록 하는 것이야말로 국민들이 바라는 검찰개혁의 핵심일 것입니다.

끝으로 바쁘신 와중에도 기꺼이 발제를 맡아 자리를 빛내 주신 이우영 교수님, 김성룡 교수님과 토론에 참여해주신 전문가 여러분께 다시 한번 감사드리며, 참석하신 모든 분의 건승을 기원합니다.

2017년 3월 24일

자유한국당 정책위원회 부의장  
국회의원 이 채 익



## 차 례

### 〈제1주제 발표〉 헌법상 인신구속 관련 규정 및 제도의 인권보호 관점에서의 비교법적 고찰

- 발 표 이우영 교수 (서울대학교 법학전문대학원) ..... 1
- 토 론 강승식 교수 (원광대학교 법학전문대학원) ..... 57
- 박기석 교수 (대구대학교 경찰행정학과) ..... 59
- 이완규 지청장 (인천지검 부천지청) ..... 61
- 이승현 연구위원 (한국형사정책연구원) ..... 67

### 〈제2주제 발표〉 헌법상 검사 영장청구권의 현대적 의미

- 발 표 김성룡 교수 (경북대학교 법학전문대학원) ..... 85
- 토 론 손인혁 교수 (연세대학교 법학전문대학원) ..... 139
- 차동언 변호사 (법무법인 화우) ..... 143
- 윤수정 검사 (서울중앙지검) ..... 149
- 박학모 부연구위원 (한국형사정책연구원) ..... 157



제1주제

한국의 형사사법개혁II:  
강제처분의 현대적 의미와 인권보호

# 헌법상 인신구속 관련 규정 및 제도의 인권보호 관점에서의 비교법적 고찰



- **이우영** 교수 (서울대학교 법과대학/법학전문대학원)



# 헌법상 인신구속 관련 규정 및 제도의 인권보호 관점에서의 비교법적 고찰\*

이우영 교수 (서울대학교 법과대학/법학전문대학원)

## I 서(序)

헌법의 궁극적 목적은 기본권의 최대한 보장이다. 한편 신체의 자유는 개인의 생존과 기본권 향유의 전제조건이자 출발점이다. 부당하고 불법적인 인신의 구속으로부터 자유로울 수 있는 권리는 인간이 인간으로서 존재하고 권리를 향유할 수 있는 가장 기본적인 전제가 된다. 신체의 자유에 관해 헌법재판소는 헌법 제12조 제1항 제1문에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다”고 규정하여 신체의 자유를 보장하는 것은 신체의 안정성이 외부로부터의 힘이나 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 의미한다고 판시한 바 있다.<sup>1)</sup> 우리 현행헌법은 제12조 제1항에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고 있으며, 제12조 제6항에서는 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 즉, 헌법 제12조는 제1항 등에서 헌법적 차원에서 신체의 자유라는 자유권적 기본권을 규정하고 있으면서, 이를 보장하기 위해 특히 제6항에서 ‘체포·구속적부심사 청구권’이라는 절차적 기본권을 규정하고 있다.<sup>2)</sup>

\* 학술회의에서의 발표를 위해 준비된 미완성의 연구논문으로서, 전제나 인용을 금합니다.

1) 헌법재판소 1992.12.24. 선고, 92헌바8, 헌재판례집 제4권 853면 이하 (874면).

2) 헌법 제12조 제6항이 취하는 규정의 형식상 그 적용영역에 있어 입법권의 행사는 직접적으로 헌법적 제약을 받으므로, 입법자가 법률로써 권리행사주체를 임의로 제한할 수는 없다. 동시에 헌법 제12조 제6항이 보장하는 ‘체포·구속적부심사 청구권’이라는 권리는 원칙적으로 절차적 기본권으로서 국가기관 등에 대해 특정한 행위를 요구하거나 국가의 보호를 요구하는 국가내적 권리이다. 즉, 헌법 제12조 제6항은 “체포·구속을 당한 때”에 “적부의 심사를 법원에 청구할 권리”라는 절차적 권리를 보장하고 있어서 구체적인 영역에 한정적으로 적용되는 것이기는 하지만, 입법자의 형성적 법률이 존재하지 않으면 법원에서 당사자의 체포·구속적부심사청구권에 대하여 심리할 수 없으므로, 입법자가 법률로써 구체적인 내용을 형성해야만 권리주체가 이를 행사할 수 있는 경우에 해당되어, 헌법의 개별규정에 의한 헌법위임이 존재한다고 할 수 있다. 헌법규정상의 체포·구속적부심사청구권의 이와 같은 지위에 의해, 입법자는 상대적으로 광범위한 입법형성권을 가지게 되어 법률의 입법체계와 방식 및 구체적 내용에 있어 다양한 선택을 할 수 있다고 하겠으나, 전반적인 법체계를 통해 관련자에게 구체적인 절차적 권리를 행사할 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공하여야 할 의무가 있다고 보아야 한다. 헌법규정의 구체성의 정도에 따라서 위헌성심사방법 및 판단결과가 달라지므로, 이에 관련된 법률의 위헌여부를 판단하기 위해서는 먼저 해당 헌법규정의 구체적인 적용영역과 그 본질적인 내용을 특정하여야

각국의 헌법은 인권보장을 위한 기제와 장치로서 특히 형사절차상의 기본권을 규정하고 있으며, 특히 인신구속 관련 인권보장을 위한 원칙과 제도 및 절차를 규정하고 있는 경우가 많다. 우리 헌법도 그러하다. 인권보장을 위한 인신구속 관련 헌법상의 규정과 제도로써 대표적인 것이 영장주의이다. 우리 헌법은 제12조 제3항과 제16조 제2문에서 영장제도를 명시적으로 규정하고 있다. 영장주의는 강제처분의 절차적 통제에 대한 원칙이고 그러한 영장주의 정신을 실정법적 제도로 구현한 것이 영장제도이며, 영장제도를 설계하고 운영하는 기준이 영장주의이다. 각국의 영장제도는 고유한 역사적 경험과 실정에 따라 각기 다르게 존재하여, 미국과 같은 국가는 헌법에서 영장제도를 규정하고 있고, 독일이나 프랑스 같은 국가는 헌법상 영장제도를 명문으로 규정하고 있지는 않다. 우리나라 헌법은 제12조와 제16조에서 영장 신청권자를 검사로 한정하고 있는 한편, 헌법상 인권보장의 기제로써 영장주의를 규정한 국가 중에서도 영장 신청권자에 대해 규정을 두고 있지 않은 예도 있다. 이와 같이 우리나라를 비롯한 세계 각국은 각각의 헌정사적 역사적 경험을 바탕으로 헌법상 영장주의 등 고유한 인권보호 취지의 규정을 두고 있으며 이에 근거한 법제를 운영하고 있다.

우리 헌법상 요구되는 영장주의 등 인권보장을 위한 원칙들이 어떠한 법제적 형태를 취하고 어떠한 절차를 통해 보장되고 구현되는지를 분석하고 이해하는 것은 법률을 포함한 우리나라의 법체계 전반에 걸쳐 이를 체계적이고 일관성 있게 구현함으로써 제도의 취지에 따라 인권을 보장하기 위해 반드시 필요하다. 이를 통해 인권보장의 헌법적 취지를 인신구속 관련 법제뿐 아니라 관련 법제 전반을 통해 충실히 보장할 수 있으며, 인권의 보장을 위한 향후의 관련 입법 그리고 앞으로의 관련 개헌 논의에 있어서도 방향의 설정과 구체적 개정안의 마련과 실행에 생산적 기여를 할 수 있다. 이러한 과정에서 미국 연방헌법상의 영장주의, 독일 연방헌법(기본법)상의 경찰 체포기간 제한 등 각각 고유한 헌정사적 경험을 통해 인신구속 관련 인권보장 취지에서의 고유의 규정을 두고 있는 다른 국가들의 예를 비교법적 관점에서 분석하는 것은 우리의 규정과 제도를 보다 면밀히 분석하고 개선의 지향점과 방법론을 모색함에 시사점을 줄 것이다. 이에 이하에서는 독일, 프랑스, 영국, 미국의 헌법상의 고유의 인신구속 관련 인권보장 취지에서의 규정 및 관련 제도들을 특히 각국이 고유의 인권보호 규정 및 제도에 헌법적 가치를 부여하게 된 헌정사적

---

한다. 즉, 헌법 제12조 제6항은 “체포·구속을 당한 때”에 “적부의 심사를 법원에 청구할 권리”라는 절차적 권리를 보장하고 있어서 구체적인 영역에 한정적으로 적용되는 것이기는 하지만, 입법자의 형성적 법률이 존재하지 않으면 법원에서 당사자의 체포·구속적부심사청구권에 대하여 심리할 수 없으므로, 입법자가 법률로써 구체적인 내용을 형성해야만 권리주체가 이를 행사할 수 있는 경우에 해당되어, 헌법의 개별규정에 의한 헌법위임이 존재한다고 할 수 있다. 헌법규정상의 체포·구속적부심사청구권의 이와 같은 지위에 의해, 입법자는 상대적으로 광범위한 입법형성권을 가지게 되어 법률의 입법체계와 방식 및 구체적 내용에 있어 다양한 선택을 할 수 있다고 하겠으나, 전반적인 법체계를 통해 관련자에게 구체적인 절차적 권리를 행사할 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공하여야 할 의무가 있다고 보아야 한다. 이 분석은 김시철 판사가 작성한 2002헌바104(형사소송법 제214조의2 제1항 위헌소원) 사안에서의 연구보고서 각주20번에 수반하는 본문의 논지를 기초로 한 것이다. 위 연구보고서는 헌법재판소결정해설집(2004년), 헌법재판소판, 117면 이하에도 게재되어 있다. 이 각주에서 소개한 논지는 헌법재판소결정해설집상으로는 125면 참조.

배경에서 출발하여 비교법적 시각에서 분석해 본 후, 우리나라의 헌법상 인권보장 제도로서의 영장주의를 분석함에 있어 영장신청권 규정의 도입 배경 및 헌법적 의미를 살펴보아 관련 논의의 출발점으로 삼고자 한다.

우리 헌법은 영장주의의 구현에서 원칙적으로 사전영장을 요구하고 있다. 일반적인 압수·수색과 체포의 경우에 있어서, 그 처분이 ① 압수·수색에 해당하고, ② 사전영장이 제시(이 영장이 유효하기 위해서는 현행 헌법상 ②-1. 적법한 절차에 따른 것이어야 하고, ②-2. 검사의 신청으로, ②-3. 법관이 발부하여야 한다)된 경우에, 우리 헌법 제12조 제3항의 보호범위인 신체의 안전과 자유가 보장되는 기본권 제한 범위 안에 속하는 것이 된다. 다시 말해, 헌법 제12조 제3항이 정하는 압수·수색과 체포의 경우만 원칙적으로 허용이 되고 나머지는 헌법적 차원에서는 허용되지 않는다. 또 헌법 제12조 제3항은 단서를 두어 헌법상 허용되는 사후영장의 경우를 규정하고 있는데 이는 본문의 사전원칙에 대한 예외에 대한 규정으로 해석되고, 하위법률에서 사전영장의 예외는 형사소송법 제216조 내지 동법 제218조, 그리고 통신비밀보호법 상 긴급압수·수색 등에 규정되어 있다. 구체적인 사안에 적용을 하게 될 때에는 헌법과 형사소송법 등 법률의 규정에서 허용되는 사후영장인지의 여부를 따져보고 판단하게 된다. 예를 들어, 형사소송법 제216조 제1항과 제2항에서 허용되는 영장 없는 압수·수색 범위에 대하여 부수처분설과 긴급행위설이 대립하고 있고, 어떤 견해의 입장을 지지하는 지에 따라 구체적인 사안에 대한 판단 결과가 달라질 수 있다.<sup>3)</sup>

이하에서는 이와 같은 기본적인 이해를 바탕으로 하여 우리 헌법상 영장주의와 영장제도가 의미하는 바가 무엇인지를 헌정사에 비추어 연구함으로써 법률을 포함한 우리 법제 전반에서 그 취지인 인권보장을 구체적이고 충실하게 구현할 수 있도록 하며, 관련 법령과 판례 및 학술적 연구를 분석하고, 향후의 관련 입법의 개정 내지 헌법의 관련 규정의 개정논의 등에서의 시사점을 찾도록 한다.<sup>4)</sup> 이 과정에서 우리의 제도를 보다 명확히 이해하고 발전적 적용과 개선을 위한 시사점을 찾기 위한 비교법적 관점에서 독일, 프랑스, 영국, 미국 등 비교대상 국가의 영장제도를 포함한 헌법상의 인권보장 규정과 제도를 간략히 살펴본다. 우리나라처럼 헌법에 영장제도를 두고 있는 나라로 미국과 일본이 있는데, 우리 헌법의 영장제도 도입에 미국법과 일본법이 참조되었다는 역사적 사실에 비추어<sup>5)</sup> 관련 논의의 출발점으로서 고려할 가치가 있다.

3) 또한 우리 헌법은 제16조 제2문에서 “주거에 대한 압수나 수색”에서도 사전 영장의 제시를 원칙상 요구하여, 주거의 평온과 불가침에 대하여 헌법상 조문을 두어 보호하고 있다. 주거의 자유 역시 사전 영장 제시의 근거가 되는 헌법상 개인의 권리로 보장, 보호되고 있다.

4) 헌법상의 인권보장 기제로서의 영장주의와 영장제도를 헌정사적 경험에 비추어 심층적이고 체계적으로 이해하게 되면, 근래 쟁점이자 논의 대상이 되는 디지털 정보 관련 사안에서도 이에 비추어 체계적이고 일관성 있는 판단을 할 수 있게 되며 디지털 증거의 특성 때문에 압수수색의 집행과정이 오래 걸리고 복잡하다는 등의 사유를 들어서 영장주의의 요청을 저버리지 않는 설득력 있고 인권보장에 충실한 법리를 정립할 수 있게 된다.

5) 일본헌법은 제33조와 제35조에 영장주의를 규정하고 있는데 우리나라와 유사한 시기에 미군정 경험을 갖고 있는 일본

현재 우리나라의 헌법 조문에 근거한 우리나라의 영장제도를 인권보장의 관점에서 살펴보고, 과거 제헌 헌법과 현재 논의되는 헌법개정안을 분석하여 우리 헌법상 영장주의를 우리 헌법상의 인권보장을 위한 제도로서 보다 심층적으로 분석하며, 이 과정에서 독일, 프랑스, 영국, 미국 등 외국의 관련 법제를 비교법적으로 연구하는 과정에서 헌법상의 인권보장을 위한 장치이자 제도로서의 우리나라의 영장주의와 영장제도의 헌법적 의미와 가치를 재확인할 수 있을 것으로 기대하며, 향후의 관련 헌법개정 및 관련입법의 개정 논의 역시 염두에 두고 분석하여야 할 것이다. 우리 현행 헌법 규정과 제헌헌법 제정의 과정, 제헌헌법과 현행 헌법의 비교, 관련 헌법 개정 논의를 분석하면 우리 헌법상 인권보장의 장치이자 제도로서 영장주의가 요구됨을 알 수 있다. 우리 헌법제정자들의 의도는 영장주의 채택을 통해 자유권을 강하게 보장하는 것이었으므로 원칙적으로 사전영장을 요구하는 것으로 이해해야 하며, 사전영장은 적법한 절차에 따라 법관이 발부하는 것이라야 한다. 나아가 이와 같이 적법절차원칙, 사전영장원칙, 일반영장금지를 지키면서 각 사안의 개별적이고 구체적인 상황들을 살펴가며 판단할 수 있는 법리의 정립은 관련 사안 및 새로운 상황에서 대법원을 포함한 우리 법원과 헌법재판소에 심리와 판단의 기준을 제시할 수 있다.<sup>6)</sup> 이에 헌법상의 인권보장을 위한 기제로서의 우리나라의 영장주의와 영장제도 등의 헌법적 의미와 가치를 재확인하고, 인권보장의 지향점이자 기준이 되며, 향후 관련 헌법개정 논의와 관련 입법의 개정 논의에 기여할 수 있다.

## II 인권보호 관점에서의 헌법상의 인권보호체계와 인신구속제도의 비교법적 분석

### 1. 독일

#### (1) 독일 헌정사와 독일 기본법상의 인권보장 규정 및 체계

독일연방공화국(Bundesrepublik Deutschland, 이하 ‘독일’로 지칭)에서의 인권보장은 독일 연방헌법(기본법; Grundgesetz)상의 의무일 뿐 아니라 국제조약과 유럽조약상의 의무이다.<sup>7)</sup> 제2차

이 미국의 연방헌법 수정 제4조를 계수한 것이고, 우리나라는 일제강점기 일본의 법제와 미군정 시기 미국법의 영향을 받았다고 볼 수 있다.

6) 이와 같은 원론적이고 통시적인 연구와 병행하여 비교법적 연구를 더함으로써, 아직 판단이 내려지지 못한 대상, 예를 들어 ‘패킷감청’ 등의 경우나, 또는 판단은 있었지만 의견의 일치가 이루어지지 않은 통신자료의 경우 등에서, 우리나라 헌법 및 법체계와 맞지 않는 외국 법리를 적용하는 것이 아니라 우리나라 헌법상 영장주의와 적법절차를 기준으로 인권보장의 헌법 취지에 충실한 판단의 근거와 기준을 제시하는 역할을 할 수 있다.

7) 기본법 제정 이전의 독일의 헌정사를 보면, 독일에서 헌법은 중세와 근세 초까지 수많은 개별국가들 사이의 협약으로 이루어져 있었고, 프랑스 혁명 이후 100여 년간은 헌법이 입헌군주정의 토대가 되었으며, 제1차 세계대전 이후에는 헌법이 국민주권에 기반한 헌법국가의 토대가 되었다. 독일은 입헌군주정 하에서 입헌주의를 통한 개별국가의 주권국가로서의 독립 선언과 독일민족 전체의 통일 문제가 충돌하는 고유의 헌정사적 경험을 하였고, 이 문제를 연방제를 통해

세계대전 특히 나치의 경험을 통해 독일에서는 이후의 기본법 제정과 서독정부의 수립에서 헌법상의 인권보장에 특별한 의미와 가치를 부여하였다. 기본법 이전의 헌정사상 입헌군주정하에서 의회도 강력하게 성장하지 못한 역사를 가진 독일은 국가주권을 통해 군주와 국민을 매개하면서 이를 통합하고자 했고, 국가주권에 기반을 둔 독일의 입헌군주정은 1919년 국민주권을 선포한 바이마르헌법에 의해 의회민주정으로 전환되었다. 바이마르 헌법은 전문에서 헌법국가의 토대로서의 헌법의 면모를 기술하였고, 광범위한 기본권 목록을 두고 있었다. 독일 국민의 기본권과 기본의무가 약 60개 조에 걸쳐 규정되어 있었고, 이러한 바이마르공화국 헌법의 기본권보장은 기본법상의 기본권에 대한 전범이 되었다.<sup>8)</sup> 헌법국가로서 바이마르 공화국이 당면한 최종적 주권자의 문제는 1949년 5월 제정된 독일연방공화국 기본법(Grundgesetz)에서 보완된다.

또한 독일은 인권보장기관으로서 2001년 창설된 독립적인 국가적 기구인 독일인권연구소를 두고 있다.<sup>9)</sup> 이는 파리원칙에 따라 이른바 ‘연구소 유형’을 채택하여 설립한 독일의 국가적 인권보장기구이다. 개별 진정사건이 접수·처리되지 않는 등 광범위한 정보수집 내지 조사의 권한은 갖고 있지 않으나, 독일과 국제사회에서 발생하는 각종 인권 현안에 대해 입장을 표명하고 연구보고서를 발간하며 적극적으로 활동하여 왔다. 비정부기구로서 독립성이 확보되며, 독일 내 여러 인권기구들과 유기적 협력을 통해 인권문제에 대해 적극적 입장 표명을 하여 왔으며, 독일의 연방의회와 연방정부 등 독일의 국가기관들은 인권연구소의 입장을 적극 수용하여 왔다.

독일 기본법상의 인권보장 규정을 특히 인신구속과 보다 직접적으로 관련성을 갖는 규정들을 중심으로 보면, 우선 독일 기본법은 인권보장에 대한 반성과 의지를 반영하여 제1조에서 인간 존엄성의 불가침성을 확인하고 있으며 제79조 제3항에서 위 조항의 개정을 금지하는 명문 규정을 두고 있다. 이외에도 독일 기본법상 특히 인신구속 관련 인권보장을 위한 기제로서의 기본권 규정과 제도 등을 보면, 기본법 제2조는 일반적 인격권(기본법 제2조 제1항), 생명권과 신체의 불가침권(기본법 제2조 제2항 제1문), 신체의 자유(기본법 제2조 제2항 제2문)를 규정하고 있다. 일반적 인격권은 주로 판례에 의해 구체적 내용이 정립되어 왔는데, 이는 변화하는 환경과 가치 및 기술적 발전 등의 여건에서도 인간의 인격성과 인권의 보장에 대한 위협과 침해를 방지하는

해결하는 가운데 의회주의와 민주주의가 상호 제한하게 되었다. 입헌군주정을 통해 독일은 혁명을 거치지 않고 절대군주정을 극복하면서 통일을 달성하지만 군주제의 원칙에 의해 운영되던 입헌군주정이 민주적 요구를 수용하기에는 부족한 ‘의회주의 없는 민주주의’로 평가되기도 한다. 독일에서는 제국과 개별국가가 서로 주권을 분할한 상태의 국가연합을 이루고 있었으므로 독일민족 전체의 입헌주의는 프랑스 혁명의 영향을 받아 19세기 중반 이후 본격적으로 논의되었다. 남성의 보통선거권의 실시로 부분적 민주주의가 실현되었지만, 제국의회는 의회주의의 고유 권한이라고 할 연방정부의 구성에 참여하지 못했다. 입헌주의는 1848년 이후 독일의 민족국가 건설에서 개별국가의 독립과 민족통일을 매개하는 중요한 수단이었다. 오향미, “헌정주의의 조건으로서의 주권과 헌법제정권력” (한국정치학회보 41(4), 2007) 301면-305면과 307면 등 참조.

8) Gerrit Manssen저/독일헌법연구회 역, 『독일기본권론』(헌법재판소) 4면-5면.

9) 독일의 인권보장기관으로서의 독일인권연구소의 설립의 배경과 지위 및 조직, 권한과 활동에 대한 상세한 분석은 이종수, “독일의 인권보장기관과 과제” (유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 등 참조.

기제가 된다. 기본권 제2조 제2항은 본래적인 자유권을 규정한 것으로, 기본법 제2조 제2항 제3문은 제한에 대한 법률유보를 규정하고 있다. 자유형, 미결구금, 정신질환자의 치료시설수용 등이 신체의 자유의 제한 관련 인권보장의 관점에서 주요하게 논의되어 왔다.

또한 기본법 제13조는 주거의 불가침을 규정하여 보호하고 있다. 공간적으로 분리됨으로써 일반인의 접근이 차단되어 있고 사적 생활과 활동이 이루어지는 장소로 이용되는 공간으로서의 주거에는 협의의 주거를 포함하여 마당, 창고, 호텔방 등도 포함되며, 다수설에 따라 근로와 사무 및 영업을 위한 공간도 특히 기본권 제13조의 성립사에 비추어 기본법 제13조상의 주거로 분류된다(BVerfGE 32, 54/68 ff.). 헌법상 정당화되는 제한으로 기본법 제13조 제2항에 의한 수색, 제13조 제3항 내지 제6항상의 감청 등 기술적 감시조치 등이 규정되어 있다. 기본법 제19조 제4항 제1문은 사법적 권리보장청구권을 두어, 공권력에 의해 권리가 침해당한 사람은 법원에 권리의 구제를 청구할 수 있다. 기본법이 규정한 일정한 청구요건이 존재하면 급부권이, 이 급부권으로부터 일정한 청구권 내용이 도출된다. 모든 자연인과 모든 내국법인 및 보호되는 외국인과 외국법인이 기본권 주체로서, 집행기관의 공권력 행위가 존재할 것, 권리침해의 존재 혹은 침해가능성이 청구요건이다. 청구요건 중 공권력 행위의 존재여부와 관련하여, 이는 집행기관의 행위인 것이 일반적이고 입법권과 사법권은 포함되지 않지만, 포함되지 않는 사법활동은 분쟁해결적 활동이고 사법권이 집행조치의 실행에 관련된 경우에는 이에 대하여 권리보호가 보장된다. 예를 들어, 각종의 형사소송법상의 조치들, 즉 통신에 대한 감청이나 기록(형사소송법 제100b조) 또는 압수(형사소송법 제98조, 제100조)와 같은 조치들은 법원의 명령에 의해서만 허용되는데, 그러한 경우에 법관은 일정한 범위에서 집행권을 통제하지만 분쟁해결적 활동을 하는 것은 아니고 이와 같은 법관의 명령에 대하여는 기본법 제19조 제4항에 따른 권리구제절차가 열려 있다. 독일 기본법은 인신구속의 결정권한이 법관에게 있음을 명시하고 있으나, 영장청구의 절차 내지 영장청구권자에 대하여는 특별히 규정하고 있지 않다.

## (2) 독일의 검찰제도 및 검·경 관계<sup>10)</sup>와 기본법상의 인권보호 제도

독일 기본법상의 인권보호 제도의 맥락에서 독일의 검찰제도와 검·경관계를 보면, 독일은 대륙법계 검사제도하에서 수사와 기소 등 형사절차 전반에서 검사의 주도적 지위를 인정하고 있다. 검사는 수사권과 수사지휘권 및 수사종결권을 가지고 범죄를 수사하는 수사의 주재자이다. 검사는 중요한 사건이나 법률적으로 복잡한 사건에 관하여 직접 수사하고 피의자나 참고인을 신문할 수

10) 독일의 검찰제도 및 검·경 관계 해당 부분은 최기식 검사의 2011년 10월 법무부 국외연수 검사 보고서 『검사의 수사 지휘에 관한 독일 실무례』에 기초하여 작성하였다. 이 보고서의 핵심적 내용은 2016년 12월 16일 서울대학교 법학연구소와 한국형사정책연구원, 한국형사소송법학회가 공동주최한 학술대회 “검찰제도의 비교법적 검토를 통해서 본 한국 검찰의 나아갈 방향”에서 최기식 검사의 발표 “독일연방공화국(Bundesrepublik Deutschland) 검사의 지위와 기능”에서 소개된 바 있다.

있으며, 기타 일반사건의 경우 사법경찰관리로 하여금 필요한 수사를 하게 하여(수사위임) 이를 활용할 수도 있으나(독일 형사소송법 제160조), 이러한 수사위임의 경우에도 검사가 수사지휘권을 행사하므로 수사의 방향과 범위를 지정하거나 사건수사에 필요한 구체적·개별적 지시를 할 수 있다.

독일의 대륙법계 검사제도와 탄핵주의 형사절차 원리를 헌법적 인권보장의 관점에서 보면, 범인 발견과 증거수집을 위한 수사활동을 단순한 치안질서 유지의 국가작용이 아닌 형사사법작용으로서 사법관에 의한 사법적 통제 하에 두어야 할 것으로 보는 점과, 그 주관자를 판사와 동격의 사법관인 검사로 한다는 점의 특징이 있다. 광범위한 경찰작용 중 범죄수사와 소추에 관한 영역은 사법작용으로서 법치주의에 기한 사법적 통제를 받게 되고, 이에 대한 감시·통제 임무는 국가를 대표하는 사법관인 검사가 담당하며, 이는 프랑스를 시발로 하는 검사제도에 의한 형사사법 구조의 기본원리이기도 하다.

#### 가. 연방과 주 체계와 법무부 산하의 법원·검찰조직

독일은 프로이센이 독일을 통일하여 독일제국이 성립되며 연방국가를 이루었고, 이에 검찰체 제도 연방과 주로 분리되었다. 나치시대에는 중앙집권화 되어 단일한 국가검찰체제가 도입되었으나, 이후 제2차 세계대전 종결 후에 서독에서는 바이마르 체제를 바탕으로 연방체제로 복귀하였고 동독지역에서는 중앙집권체제로 운영되다가 독일 통일 후 다시 독일 전역에 연방체제가 구축되었다. 이에 검찰조직도 연방검찰과 주검찰로 이원화되어 오늘에 이르고 있다. 연방검찰청은 법원조직법 등에 규정된 특정한 사항, 예컨대 국가보안 관련사건, 연방법원에 계류 중인 상고사건, 주검찰청 간의 관할쟁의가 있는 경우 관할검찰청의 결정 등의 업무만 처리하며, 주검찰청의 상급기관이 아니다. 일반 형사사건에 대하여는 주검찰청이 관할권을 가지므로 주검찰청이 독일 검찰조직의 근간을 이루고 있다.<sup>11)</sup> 독일연방과 각 주의 법무부와 검찰 조직은 서로 독립적이므로 연방법무부장관이나 연방검찰총장은 주법무부나 주검사들에게 지휘·감독권이 없다.

독일은 법원과 검찰이 모두 법무부(Justizministerium) 산하에 있다.<sup>12)</sup> 검찰제도가 도입되기 이전에는 사법(Justiz)을 관장하는 법무부 산하에 법원을 두고 있었고, 그 법원에서 수사와 재판을 모두 담당하였다. 이후 19세기에 검찰제도를 도입하는 과정에서 법원의 판사가 행하던 업무의

11) 전국 16개 주에 116개의 지방검찰청이 설치되어 있다. 주최고검찰청의 검사장은 우리나라의 검찰총장에 해당된다.

독일 각 주(Land)에는 관할구역이 다른 1개 내지 3개의 주상급법원이 있으며 이에 주최고검찰청도 각 주에 1개 내지 3개가 설치되어 있다. 주최고검찰청 산하에 여러 개의 지방검찰청이 있는데 우리나라의 지방검찰청과 거의 동일하다.

12) 법원이 법무부 산하에 있으나 법무부장관은 재판에 관여하지 못하고 법관이 독립적으로 재판권을 행사하며 법무부는 법원의 인사, 예산 등 행정에만 관여한다. 즉 법원 행정은 행정부인 법무부에서 관장하고 재판권의 독립은 재판에 관여하지 않음으로써 보장한다.

일부인 수사와 소추, 형집행지휘를 사법관의 자격을 가진 법무부 소속 검사가 맡도록 한 것에 연원이 있다. 독일의 법원 조직을 규율하는 법률은 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz, 약칭 GVG)인데, 법원조직법에서 검찰 조직 규정도 두고 있다.<sup>13)</sup> 법원조직법 제141조는 “각 법원에 대응하여 하나의 검찰을 두어야 한다”고 규정하고 있다.<sup>14)</sup> 검찰 조직의 가장 기본적인 근거법규는 ‘검찰청의 조직 및 운영에 관한 규정(Anordnung über Organisation und Dienstbetrieb der Staatsanwaltschaft, 약칭 OrgStA)’이다. 각 주에서는 이를 기초로 독자적인 규정을 주법률로 제정하여 시행하고 있다.

독일은 기소법정주의를 원칙으로 한다(형사소송법 제152조 제2항, 제170조 제1항). 다만, 형사소송법 제152조 제2항에 “법률에 다른 규정이 없는 때에는”이라는 예외를 열어놓고, 이에 따라 합리적인 사정이 있는 때에는 기소하지 않을 수 있는 기소합리주의(혹은 기소편의주의)의 규정들이 개별조항의 차원에서 많이 도입되어 있다. 그에 따라 기소법정주의의 예외로서 기소유예 처분을 하고 있고, 그 비율이 점차 증가하는 추세에 있다. 독일의 일반적인 사건처리 절차를 보면, 경찰에서 사건이 송치되거나 고소 또는 고발사건이 접수되면 각 전담 부서별로 사건이 분배되고, 분배된 사건은 각 부의 부장이 검사들에게 배당을 한다. 배당이 이루어지면 검사들은 경찰에 수사지휘를 하거나 직접 사건을 수사하는데, 대부분의 사건은 경찰에 대한 수사지휘를 통해 수사가 진행되지만 성폭행사건이나 경제사건과 같이 경찰에 수사지휘를 하는 것이 적절치 않은 사건의 경우는 직접 조사를 한다. 수사가 마무리되면 대부분의 경우 상급자(부장검사)의 결재 없이 검사가 단독으로 기소 또는 불기소처분(사건처리)을 함으로써 사건을 종결한다. 다만, 상관에게 보고한 사건이나 상관이 보고를 요구한 사건 등 일부 중요사건이나 법리적 또는 증거법적으로 문제가 있는 사건에 대하여는 부장 및 검사장의 통제를 받지만, 보고의무가 있는 중요사건을 제외하고는 보고나 결재는 검사의 자율적 결정에 의존한다. 공판의 경우도 수사한 검사가 그 사건의 공판까지 담당하는 것이 일반적이고, 검사는 자율적으로 항소 여부를 결정하며, 특별히 불합리한 형량이 선고되지 않는 한 즉석에서 항소포기를 하기도 한다. 구속영장은 검사의 청구에 의해 법원 판사가 발부하는데, 영장 담당 검사는 통상 일주일 단위로 교체되며, 뮌헨의 경우 주경찰청에 영장전담

13) 독일제국 성립시 입법된 독일제국법원조직법에서 이러한 규정체제를 취한 이래 현재까지 유지되고 있으며, 독일연방 법원조직법에서 검찰에 관한 규정은 제10장 ‘검찰(Staatsanwaltschaft)’이라는 제목 아래 13개 조문(제141조부터 제152조)으로 검찰의 조직과 업무에 대한 일반적 규정을 두고 있다.

14) 위 법원조직법 제141조의 규정에 따라 주상급법원(Oberlandesgericht)에 대응하여 주최고검찰청(Generalstaatsanwaltschaft 혹은 Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht)을, 지방법원(Landgericht)에 대응하여 지방검찰청(Staatsanwaltschaft bei dem Landesgericht)을 두고 있다. 한편 사물관할이 적고 작은 지역을 관할하는 구법원(區法院, Amtsgericht)에 대응하는 검찰의 경우는 법원조직법 제142조 제1항 제3호에서 구법원에 대응하는 검찰의 직무는 1인 또는 다수의 검사(Staatsanwalt) 또는 부검사(副檢事, Amtsanwalt)가 수행하도록 하고 있어 지방검찰청에서 함께 수행하는 것이 대부분이고, 베를린(Berlin)과 프랑크푸르트(Frankfurt am Mein)에서만 독자적인 구검찰청(區檢察廳, Amtsanwaltschaft bei dem Amtsgericht)을 설치하고 있다. 2014년 12월 현재 독일에는 93명의 연방검사와 5,185명의 주검사, 900여명의 구검사가 있다.

판사실이 있어 판사가 경찰서에 상주하면서 영장을 검토하는 독특한 구조를 가지고 있기도 하다. 영장의 경우에도 검사가 단독으로 청구 여부를 결정하며, 중요한 사건에 대하여 보고의무가 있다.

#### 나. 인권보호 관점에서 본 독일 검사의 지위와 기능에 관한 일반론

인권보장의 관점에서 독일의 검찰과 경찰의 관계 규정과 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘 사항을 규정을 보면, 다음과 같다. 감경간의 관계 기본원칙에 관해서는 독일형사소송법(Strafprozessordnung-StPO) 제160조 제1항, 제161조 제1항, 제163조 및 법원조직법 제152조이 원칙적 사항을 규정하고 있다. 검사는 수사의 개시 여부, 종결 및 기소 여부를 결정하는 수사의 주재자이고, 사법경찰관은 검사의 위임을 받아 수사를 하고 검사의 명령에 복종할 의무가 존재한다. 먼저 독일 형사소송법 제160조 제1항[검사의 임무]은 “고발이나 그 밖의 수단에 의해 어떤 범죄행위의 혐의를 알게 되는 즉시 검사는 공소제기 여부를 결정하기 위하여 사실관계를 조사하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그리고 독일형사소송법 제161조 제1항[검사의 권한]은 “전조에서 기술한 목적으로 검사는 모든 공공기관에 대하여 정보를 요구할 수 있고, 모든 종류의 수사를 스스로 수행하거나 경찰직 공무원과 그 기관이 이를 수행하도록 할 수 있다. 경찰직 공무원과 기관은 검사의 의뢰나 지시를 이행할 의무를 진다.”고 규정하고 있다.

한편 독일 형사소송법 제163조[경찰의 임무]는 “(1) 경찰의 기관과 그 공무원은 범죄행위를 조사하여야 하며, 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 지체해서는 안 될 모든 명령을 수행하여야 한다. (2) 경찰의 기관과 그 공무원은 그들의 모든 수사자료를 지체없이 검사에게 이송하여야 한다. 판사의 신속한 조사행위가 필요하다고 인정하는 때에는 모든 수사자료를 직접 지방법원에 이송할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그리고 법원조직법 제152조59)는 “(1) 검사의 수사요원은 관할지역 검사 및 그 상급자의 명령에 복종할 의무가 있다. (2) 주 정부는 법규명령에 의해 이러한 규정이 적용될 수 있는 공무원을 임명할 권한이 있다. 수사요원은 21세 이상의 공무원이어야 하며 2년 이상 공무에 종사한 자이어야 한다. 주 정부는 법규명령을 통하여 이 권한을 주 법무행정당국에 위임할 수 있다.”고 규정하고 있다.

다음, 독일에서의 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘를 보면, 이에 대하여는 ‘형사 및 과료소송절차에 관한 지침’(Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren-RiStBV)에서 규정하고 있다. 검사는 사법경찰관에 대한 수사지휘시 수행 형식과 방법(Art und Weise der Durchführung)을 구체적(konkret)으로 지시하여야 한다. 즉 위 지침(RiStBV) 제3조에서는 “(1) 검사는 중요하거나 법적으로 또는 실제로 중대 사건에 대하여 최초의 개입에 의해 사실관계를 독자적으로 밝혀야 하고, 이가 의미하는 것은 특히 범행현장을 직접 검증하고, 피의자들과 중요

증인들을 심문해야 한다는 것이다. 검사는 직접 피해자를 증인으로 심문할 것인지 여부를 결정하는 경우 범행결과 또한 중요할 수 있다. (2) 검사가 사실관계를 단독으로 규명하지 않고, 수사요원(법원조직법 제152조 1항), 경찰공무원과 그 기관(형사소송법 제161조) 또는 다른 관서에 위임하는 때에도 역시, 검사는 수사를 지휘해야 하며 최소한의 수사방향과 수사범위를 확정해 주어야 한다. 검사는 동시에 또한 개별적 수사처리의 수행방식과 방법에 대한 구체적인 개별명령을 수여할 수 있다. (3) 고소인, 피의자 또는 다른 관련자들과 형식을 갖추지 않은 구두 구명의 경우 형사소송법 제52조 3항 1문, 제55조 2항, 제163조의a 3항 2문이 준수되어야만 한다. 구명의 결과에 관해서는 기재되어야 한다.”고 규정하고 있다. 독일에서 경찰관의 직접강제력 행사에 대한 검사의 지휘 관련 규정과 실재를 보면, 위 RiStBV-부칙 A ‘검사의 지휘에 따라 경찰관이 직접강제력을 행사하는 경우에 관한 연방 및 각 주 법무부장관 및 내무부장관의 공통준칙’에서 이를 규정하고 있다. 경찰의 직접 강제권 사용시 검사의 수사지휘권을 법무부와 내무부의 공동지침으로 구체화한 것으로, ① 검사의 수사지휘권 행사의 대상 ② 지휘권의 범위 ③ 사법경찰관의 의무 ④ 지휘권행사의 한계 등에 관하여 비교적 상세히 규정하고 있다. 특정 상황에서의 검사의 수사지휘방식에 대한 규정이지는 하나 일반 수사지휘에 있어서도 유추 적용이 가능하다.

이외 독일에서의 수사 관련 실무를 보면, 구속 관련, 독일 법원에서 영장 관련 업무는 구법원 소속 수사판사(Ermittlungsrichter)가 사실상 전속적으로 처리한다. 독일 형사소송법상 영장 관련 권한의 주체와 절차를 매우 다양하게 규정하고 있고, 경찰에게는 영장신청권이 없지만, 실무상 ① 중대 사건이나 긴급한 경우 경찰이 검사에게 전화하여 영장청구를 요청하고 기록을 검사에게 송부하면 검사가 직접 영장청구서를 작성하여 법원에 청구하거나, ② 경찰이 검사가 작성할 영장청구서를 대신 작성하여 기록과 함께 검사에게 송부하면 검사가 이를 이용하여 법원에 영장을 청구하거나, ③ 기록을 송치받은 검사가 기록을 보고 영장을 청구할 필요성이 있는 경우 직접 영장을 청구하고 있어 규정의 다양성과는 상관없이 실무운영례는 우리와 크게 다르지 않다고 한다. 실무상 구속명령은 구속사유 중 90% 이상이 도망의 위험을 이유로 부과되고, 형벌을 받을 것이 고도로 예상되면 기계적으로 도망의 위험 조건을 긍정하고 있다. 피의자를 구속하고자 하는 경우, 검사가 수사판사(토지관할이 있거나 피의자의 소재지를 관할하는 구법원의 영장전담판사)에게 (사전)구속영장을 청구하면 수사판사는 피의자에 대한 심문 없이 수사기록만을 기초로 구속영장 발부 여부를 결정하며, 구속영장이 발부되면 이를 집행하여 피의자의 신병을 확보한 후 지체없이, 늦어도 익일까지는 법원에 피의자를 인치하여야 하고, 법원 내에 마련되어 있는 구속심문실에서 수사판사가 피의자를 심문하고, 심문 후 판사가 구속취소를 하지 않는 한 그 구속영장은 그대로 효력을 유지하게 되며(형소법 제115조, 제115조a) 피의자는 행형시설에 수용된다. 구속영장에 의하여 피의자를 구속하는 경우는 대체로 경찰 단계에서 수사하는 경우가 많기 때문에, 위와 같은

방법으로 경찰단계에서 검사에게 요청하여 판사로부터 구속영장이 발부되고 구속 계속 결정이 있는 경우 경찰이 구속된 피의자를 송치 전까지 계속 수사하고, 구속 수사기간도 사실상 제한이 없다.<sup>15)</sup>

신병 호송 또는 인치 지휘 여부 및 범위를 보면, 사법경찰관이 일시 구금하여 구속심사를 받고 있는 피의자의 경우 일시적으로 경찰서 유치장에 구금되고, 판사로부터 구속영장을 발부받으면 그 영장에 기초하여 경찰관이 교도소에 신병을 호송, 인치한다. 실무상 우리나라와 같이 검사가 직접 수사하여 구속하는 경우는 거의 없으며, 따라서 검사의 사법경찰관에 대한 호송 또는 인치지휘 여부가 문제되는 경우가 없고, 다만 이 문제는 검사가 수사전반에 대해 사법경찰관을 지휘할 권한이 있으므로, 충분히 가능하다고 보인다. 법적으로 사법경찰관의 검사에 대한 보고의무를 강제하고 있지는 않으나, 강력사건, 중대사고 등 검찰과 긴밀한 협조관계가 요청되는 중요사건의 경우 사법경찰관 스스로 그들의 필요에 의해 사전보고가 이루어지고 있고, 한편 검사도 필요한 경우 사건에 대한 정보를 알려달라고 요청하고 있다. 독일은 우리나라와 같이 사법경찰관이 내사과정에서 압수수색영장을 발부받거나 참고인을 소환하여 조사하거나 또는 통신내역을 조회하는 등의 수사를 할 수 없다.

독일 검찰의 권한과 관련 현황을 헌법상의 인권보장 관점에서 보면, 연방과 주로 이원화된 검찰 시스템은 검찰조직의 안정을 가져다주고 있고, 주가 하나의 국가처럼 운용되며 지방이 균형 있게 발전하는 모습을 볼 수 있다. 검사가 직접 수사를 하는 비율이 매우 낮음에도 검사의 수사지휘권이 견고하게 확립되어 있고, 판검사들이 경찰서에서 구속영장 업무를 보며, 원칙적으로 기소법정주의를 채택하면서도 기소편의주의를 취하는 우리나라보다 기소유예율이 높다.

### (3) 독일의 헌법적 인권보장 기제와 유럽인권협약 및 독일 연방헌법재판소

유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Convention on Human Rights 또는 ECHR)<sup>16)</sup>은 2004년에 채택되어 2010년 6월 1일자로 발효한 제14의정서<sup>17)</sup>를 거치며 보다 효율적인 체제로 거듭나고 있다. 일반국제법과 EU법 및

15) 원칙적으로 구속기간을 6개월로 하되 사건이 특별히 어렵거나 수사의 범위가 특별히 광범위한 경우 주상급법원의 구속심사를 거치면 계속적인 연장이 가능하다.

16) 유럽인권협약은 1951년 유럽경제공동체를 시작으로 유럽공동체, 유럽연합으로 발전된 유럽연합(EU)과는 별개의 체제라는 점을 주시할 필요가 있다. 제2차 세계대전 유럽에서 자행된 심각한 인권 침해에 대한 방어책으로 창설된 유럽이사회(Council of Europe)는 유럽지역의 항구적 평화 및 갈등 해소를 위한 통합체라고 할 수 있고 창설시 10개국이던 회원국은 오늘날 47개국으로 확대되었으며, 이러한 유럽이사회에 의해 채택된 것이 바로 유럽인권협약이다. 반면 현재 28개국으로 구성된 유럽연합(European Union: 이하 EU)은 유럽경제공동체를 시작으로 발전된 것으로 보다 깊은 정치, 경제적 공동체로서의 유럽의 지향을 주된 목적으로 한다.

17) 유럽심의회 47개 모든 회원국의 비준을 필요로 하는 제14의정서는 2006년 12월 20일 러시아 의회(Duma)의 비준 거부로 오랜 시간에 걸쳐 발효가 지연되고 있다가, 2010년 2월 18일 러시아가 비준함으로써 동 의정서 제19조에 따라 3개월이 지난 익월 1일에 발효하게 되었다. 러시아 두마는 동 의정서가 발효하면 유럽인권협약의 핵심적 제도인 개인청원의

WTO법과 관련하여, 이들 법의 헌법적 기능이 강조되고 ‘헌법화’ 또는 ‘헌법론’이라는 용어가 자주 사용되고 있는데, 독일 학자들을 중심으로 국제법의 헌법화에 관한 논의가 전개되고 있다. 학계에는 부정적 입장도 상당히 존재하나, 보편적 인권 개념에 비추어 유럽인권협약의 사실상 헌법적 기능에 대한 논의를 살펴볼 필요가 있다.

유럽인권협약의 구조는 일반적 헌법과는 차이가 있다. 그러나 인권보장과 민주주의 수호 및 법의 일반원칙 준수와 같은 법치주의 요소는 주요한 헌법적 틀을 형성한다고 할 수 있고, 유럽인권재판소는 유럽차원의 인권보호체제에 기여하고 유럽공공질서를 세우는데 기여하는 판결을 내려왔다. 이러한 판결에서 유럽인권재판소는 본질적으로 ‘공공정책’(public policy)과 관련한 문제를 결정하며 그 근거가 되는 인권과 기본권을 유럽인권협약에서 찾는 점에 비추어 유럽인권협약이 일응 ‘헌법적 역할’을 수행한다고 볼 수 있다.<sup>18)</sup> 유럽인권협약의 당사국인 47개 국가는 각각 고유한 형태의 헌법과 법적 전통을 유지하고 있다. 특히 보호하여야 할 권리와 자유를 정의내리고 이를 이행하는 제도를 규정하고 있는 개별 회원국들의 헌법은 서로 차이가 있다. 또한 여전히 개인의 권리와 자유를 보호할 일차적 책임은 각국의 국내재판소에 맡겨져 있다. 유럽인권협약은 보충성의 원칙에 따라 이러한 제도를 보완하고, 문제가 발생하는 경우 국제적 차원에서 구제를 제공하는 역할을 담당한다.

유럽인권협약과 독일의 관계를 보면, 독일은 1950년 11월 4일 유럽인권협약에 서명하였으며, 1952년 8월 7일 의회의 승인을 받았다. 동 협약이 1953년 9월 3일 발효한 이후, 재판소에 의해 직접적으로 적용 가능한, 즉 개인에게 실제적 권리를 부여하는 것으로 간주되는 협약의 규정들은 독일법의 일부로서, 독일재판소에서 인용될 수 있다. 재판소는 협약의 대부분의 규정들이 사실상 ‘자기집행적’이라고 결정하는데 그다지 엄격하지 않았기 때문에, 이에 관한 상당한 양의 판례법이 형성되었다. 독일법상 일반적으로 조약은 연방법과 동일한 지위에 있는데, 조약의 하나인 유럽인권협약 역시 헌법보다 하위에 있지만 독일기본법(Grundgesetz) 제20조 3항에 의하여 모든

검토에 소홀할 수 있고, 공정한 재판에 관한 권리를 훼손할 수 있다는 우려를 표명하였었다. Jooyun Lee, “Underlying Problems and Solutions relating to the Increasing Workload of the ECHR in view of Protocol No. 14” (국제법학회논총 제54권 제3호) 336면-337면; 이주윤, “유럽인권협약의 헌법적 기능” (법학연구 39, 2010) 360면-361면.

18) 제14의정서를 채택하는 과정에서 유럽인권재판소가 유럽헌법재판소로서 기능하여야 하는지에 관해 ‘헌법론자들’(constitutionalists)과 ‘청원론자들’(petitioners)간의 견해가 크게 엇갈렸는데, 먼저 헌법론자들은 유럽인권재판소의 업무는 공공정책을 기반으로 일반이익(general interest)을 추구하는 헌법적인 것으로서, 보다 원칙적이고 근본적인 사건을 다루는 개인청원을 우선으로 재판하여야 한다고 주장한다. 유럽인권재판소가 구체적인 사건에서 유럽인권협약을 적용하고 개인에 구제를 부여하는 것은 인권보호기준을 정립하고 당사국들에게 인권사법주의를 확대시키는 일차적 목적에 비하면 부수적이며 이차적인 수단이기 때문이다. 이에 반해 청원론자들은 개인청원이야말로 유럽인권보호체제의 가장 효과적인 제도인데, 유럽인권재판소는 인권법의 기준을 설립하기 위해서 개별적인 개인청원 하나하나를 중요하게 판단하여야 한다고 주장한다. 이들은 어떤 한 사건이 헌법적 문제인지 판단하는 기준은 국가마다 다르며, 이를 객관화시키기는 어렵다고 본다. 또한 재판소의 헌법적 기능과 유럽전체에 걸쳐 개인의 권리를 보호하는 수호자로서의 역할은 분리될 수 없으며, 재판소가 특정 사건만을 선별하여 판결하는 것은 합법성을 훼손할 우려가 있다고 주장한다.

행정 및 사법기관에 대하여 구속력 있는 법률로 적용된다. 독일재판소의 경우 일반적으로 국제법, 그 중에서도 특히 국제인권법을 적용하는 것을 꺼려 왔는데, 독일재판소는 독일법체제가 매우 높은 수준의 인권법을 확립하고 있으며 단지 최소한의 인권보장을 규정하고 있는 국제법이 오히려 독일의 헌법적 인권보장을 저해할 것이라는 입장을 보여 왔다. 근래에는 독일 학자들이 이러한 일반적 가정이 그릇된 것임을 유럽인권재판소의 판결이 증명해 주고 있다는 주장을 피력하기도 하고, 독일재판소 또한 유럽인권협약의 규정을 자주 언급하고 있다.

국제인권법과 독일 기본법에서 보장하는 기본권은 상당 부분 공통되는데, 기본법 제1조 내지 제19조와 제101조 내지 제103조에 규정된 개인의 권리는 세계인권선언과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에 규정된 많은 권리를 포함하고 있다. 판례법에 따르면, 연방헌법재판소에서 유럽인권협약의 위반이 문제가 된 경우, 동 재판소가 관할권을 행사하는 방법은 2가지 형태로 나타난다. 첫째, 유럽인권협약에 규정된 특정한 규칙들이 기본법 제20조에서 보장하고 있는 ‘법치주의 원칙’(Rechtsstaatsprinzip)의 일부로 간주되는 경우가 있다. 법치주의 원칙은 독일헌법 이론의 일부이며, 연방헌법재판소에서 헌법소원의 기초가 될 수 있다. 둘째, 연방헌법재판소는 공적행위(public acts)의 유럽인권협약과의 합치성을 통제할 권한을 부여받았다. 1983년 이후, 국내재판소가 협약을 고려하지 않거나 이것이 자의적 결정으로 간주되는 경우, 헌법재판소가 평등의 원칙을 이용하여 판결한 몇몇 사례가 있었다.<sup>19)</sup> 유럽인권협약과 유럽인권재판소의 판결은 규정상으로는 헌법보다 아래에 있지만, 기본법의 이해에 있어 상당한 영향력을 발휘하고 있는 점에 비추어 독일헌법의 이해에 있어 함께 고려되어야 할 것이다.

## 2. 프랑스

### (1) 프랑스 헌법과 프랑스 헌법의 주요 기본권 조항<sup>20)</sup>

인권보장의 관점에서 프랑스헌법의 특징으로는 헌법 전문으로 인간과 시민의 권리 선언을 헌법의 일부로 인정하면서 현행 제5공화국 헌법 규정상 체계적인 기본권 규정은 부재하는 점을 들 수 있다. 프랑스에서의 헌법적 인권보장 관점에서의 인신구속 관련 원칙과 제도를 이해하기 위해서는 프랑스 인권보장 체계를 전체로서 이해하여야 하며, 이 점에서 프랑스 인권보장 체계에 상당한 변화를 가져온 2008년 7월 23일 헌법률 제 2008-724를 통한 프랑스 제5공화국 헌법의 수정<sup>21)</sup>이 중요성을 갖는다. 이와 같이 개정된 헌법에서 권리방어청<sup>22)</sup>을 규정하는 제71-1조가

19) 종래 독일법에는 유럽인권재판소가 독일 국내 판결이 협약을 위반하였다고 결정하는 경우, 재심이 불가능하였으나, 1998년 7월 9일자로 개정된 형사소송법 제359조 6항에 의해 유럽인권재판소 판결을 근거로 재심이 가능하게 되었다. 그러나 여전히 민사소송에서는 재심의 가능성은 존재하지 않는다.

20) 국제적 차원과 국내적 차원에서의 프랑스 인권보장의 체계와 기관에 대한 상세한 설명과 분석은, 권세훈, “프랑스 인권보장기관의 체계” (유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 등 참조.

신설되었다. 권리방어청은 프랑스 헌법에 도입된 프랑스식 옴부즈만 제도로서, 인권보호를 위하여 두고 있던 차별철폐와 아동인권보호 등 종래 다양한 기능의 각종의 독립행정청들을 흡수하여 하나의 권리방어청을 설치하였다. 구체적인 사항은 법률로 정하고 있다. 통합적 인권보호정책 및 기관을 두는 것에 대해서는 전문성 부족과 책임 소재의 불분명 등에 기인한 비판이 있다. 프랑스 국내의 헌법상 인권보장의 임무를 부여받은 권리방어청은 프랑스식의 옴부즈만 제도를 수행함과 동시에, 다른 유럽 국가들에서와 마찬가지로 유럽 전체의 국제적 기준을 준수하여야 한다.

프랑스는 우리 헌법과 같이 체계적으로 명문의 기본권 규정을 헌법 본문에 두고 있지는 않지만 헌법위원회나 행정최고재판소(Conseil d'Etat)가 판례를 통하여 1789년 인권선언<sup>23)</sup> 내지 1946년 헌법 전문(前文)<sup>24)</sup>이 헌법적 가치를 가지는 규범임을 인정하여 이를 근거로 다양한 기본권들을 인정하고 있고 이외에도 법률에 의하여 인정된 일반원칙(Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)들을 통하여 다양한 권리들을 도출하고 인권보장의 취지를 살리고 있다. 헌법위원회는 법률에 의하여 인정되는 기본원칙들에 의하여 기본권이 인정된다고 하면서 이 원칙을 위헌심사의 근거규범으로 인용하고 있다.<sup>25)</sup> 이와 같은 관점에서 프랑스 헌법상의 인권보장의 주요 규정으로서의 전문(前文)<sup>26)</sup>을 보면, 프랑스의 헌법위원회는 헌법 전문을 통하여

21) 이와 같은 헌법 수정은 사르코지(Nicolas Sarkozy)가 2007년 프랑스 대통령 후보로서 선거공약으로 주장했던 것으로, 헌법 기구의 재균형을 위하여 헌법학자와 정치인으로 구성된 준비위원회가 설치되어 3개월간의 작업 후 2007년 10월 29일 대통령에게 제출한 수정 헌법 보고서에 기초하여 헌법률 수정안이 의회에 제출되었고, 2008년 7월 9일 의회에서 이를 승인하였다.

22) 혹은 시민권리보호관의 명칭으로 해석된 바도 있다.

23) 프랑스의 헌법으로 위치를 인정받고 있는 1789년 인권선언은 17개 조항으로 구성되어 있는데, 그 가운데 평등과 관련된 조항은 제1조와 제6조 그리고 제13조이다. 제1조는 ‘인간은 권리로써 자유롭고 평등하게 태어나며 생존한다. 사회적 차별은 공동이익에 기초한 경우에 한하여 행해질 수 있다’라고 규정하여 일반적인 평등에 대하여 규정하고 있다. 제6조는 ‘법은 일반 의지의 표현이다. 모든 시민은 직접 또는 대표자를 통하여 법의제정에 참여할 권리를 가진다. 법이 보호하는 것이든 금지하는 것이든, 모든 경우에 똑 같다. 모든 시민은 법 앞에 평등하며, 그들의 품성이나 능력을 제외하고는 아무런 차별 없이 능력에 따라 직업을 택하고, 공직을 맡고, 모든 지위를 얻을 수 있는 동등한 자격이 있다’라고 규정하여 법 앞에 평등을 규정하고 있다. 제13조는 ‘공권력의 유지와 행정상의 비용을 위해 조세는 필연적이다. 조세는 모든 시민들에게 그 능력에 따라 공평하게 부과되어야 한다’라고 하여 조세공평에 대하여 규정하고 있다.

24) 1946년 헌법 전문 역시 헌법의 지위를 인정받고 있는데, 이 1946년 헌법전문 가운데 평등과 관련된 조항들은 제1조, 제3조, 제11조, 제12조, 제13조, 제16조, 제18조가 있다. 제1조는 ‘인간을 노예로 만들고 품위를 훼손하려고 기도했던 체제에 대하여 자유 국민이 획득한 승리 직후에, 프랑스 국민은 모든 인간이 인종종교 및 신앙의 차별 없이 불가양, 신성한 권리를 보유한다고 다시 한 번 선언한다. 프랑스 국민은 1789년 인권선언에서 확인된 인간과 시민의 권리 및 자유와 공화국 법률에서 인정된 기본원칙을 엄숙하게 재확인한다’라고 규정하고 있다. 제3조는 ‘법률은 모든 분야에 있어서 여성에게 남성의 권리와 동일한 권리를 보장한다’라고 규정하고 있다.

25) 1971년 7월 16일 결사의 자유에 관한 결정이 그 효시이다.

26) 원래의 프랑스 헌법 전문(前文)은 제1조와 함께 “PRÉAMBULE et article 1er”의 모습으로 규정되어 있다. 전문의 규정은 다음과 같다. Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique (프랑스 국민은 1789년 인권선언에서 정의되고 1946년 헌법 전문에서 확인 및 보완된 인권과 국민주권의 원리, 그리고 2004년 환경헌장에 정의된 권리와 의무를 준수할 것을 엄숙히 선언한다. 프랑

인간과 시민의 권리 선언 및 1946년 헌법 전문을 헌법의 일부로 인정하는 것으로 헌법을 해석하였고<sup>27)</sup>, 이로 인하여 인정된 권리가 프랑스의 헌법상 기본권이 되는 결과로 이어진다.<sup>28)</sup> 프랑스 헌법위원회는 여러 차례에 걸쳐 헌법 전문의 헌법적 효력을 인정하면서 이러한 과정에서 기본권을 보장의 여러 원칙들을 형성하였다. 전문으로부터 인정되는 이러한 기본권에는 ① 안전, 정보, 통행, 신체, 인격에 관한 자유와 권리, ② 종교, 교육, 언론, 집회, 결사에 관한 자유와 권리, ③ 근로, 재산권, 직업에 관한 자유와 권리 등이 있다.

프랑스 헌법은 제1조에 평등권을 규정하고 있다.<sup>29)</sup> 프랑스의 평등사상은 이미 1789년 프랑스 혁명시기부터 성문의 규범으로 나타나기 시작하였을 정도로 오랜 기간 프랑스의 인권 내지 기본권의 한 축으로 있어왔다. 프랑스 헌법상 평등에 대한 규정은 현행 헌법전에서 뿐만 아니라 1789년 프랑스 인권선언, 1946년 헌법 전문에서도 찾을 수 있다. 헌법본문 제1조 첫 문단의 2문은 ‘프랑스는 출신, 인종, 종교의 구별 없이 모든 시민에 대하여 법 앞에 평등을 보장한다’고 하여 법 앞의 평등을 선언하고 있으며 차별을 하여서는 안 되는 차별금지사유로 세 가지 예, 출신(origine), 인종(race) 종교(religion)를 예시하고 있다. 이어서 3문에서 ‘프랑스는 모든 신념(croyence)을 보장한다’라고 하면서 종교 혹은 양심의 자유에 대하여 보장을 하고 있다. 헌법 제2조 제4항에서는 ‘공화국의 국시는 자유·평등·박애이다’라고 선언하며 평등의 원리를 명문화하고 있다. 제3조에서는 선거 관련 규정을 두고 있는데,<sup>30)</sup> 제1항에서는 국민주권에 대해서 선언을 하고 있으며

스 공화국은 상기의 원리들과 각 국민들의 자유로운 결정에 의거하여 공화국에 결합하려는 의사를 표명하는 해외영토들에게 자유, 평등 및 박애의 보편적 이념에 기초하여 그들의 민주적 발전을 위해 구상된 새로운 제도들을 제공한다.)

27) 프랑스에서 헌법 전문(前文)의 효력에 대하여, 과거에는 헌법 전문이 단지 선언적인 의미만을 가지며 구체적인 헌법적 효력을 가지지 않는다는 주장이 있었으나, 현재는 헌법 전문의 법적 효력을 인정하고 있는 상태이다. 그러나 현재에도 헌법 전문의 법적 효력을 인정하면서도 신중한 태도를 보이는 학자도 있다. 즉 헌법 전문의 이념이나 정신에 과도한 집착을 한다면 판사정부(gouvernement des juges)로 변질될 수 있음을 경계하며 이러한 경우에는 판사가 헌법 본문의 규정 내용보다 헌법 전문의 이념 등에 집착하여 헌법적 효력을 가지는 규범을 스스로 창출할 수도 있게 된다고 경고하고 있다. 프랑스 헌법위원회는 1970년 6월 19일 결정(CC. n°70-39 DC, 19 juin 1970, R., p. 15.)에서 처음으로 헌법 전문에 대해 언급을 하고 있다. 즉 "헌법과 특히 전문 그리고 제53조와 제54조, 제60조에 근거하여"라고 하면서 판단의 근거가 되는 규범을 설정하면서 헌법 전문을 언급을 하고 있으나, 결정문의 이유나 주문에는 이에 대한 설명이 없었다. 프랑스 헌법위원회가 실질적으로 헌법 전문에 대하여 법적 효력을 인정하기 시작한 것은 1971년 7월 16일 결정(CC. n°71-44 DC, 16 juillet 1971, R., p.29.)에서부터이다. 전학선, “프랑스의 평등원칙 실현에 관한 연구” (세계헌법연구제12권 2호, 2006) 163면 참조. 프랑스 제3공화국 당시에 에스메인(Esmein)과 까레 드 말베르그(Carre De Malberg)는 헌법에 명시되지도 않았으며 1789년 인권선언은 원칙의 선언에 불과하다고 지적하면서 그 법적 효력을 부인하였다. 이에 반하여 오리우(Hauriou)라든가 뒤기(Duguit) 등의 학자들은 1789년 인권선언이 개인의 권리들을 선언하고 있으며 이러한 규범들은 헌법적 가치를 가진다고 하였다.

28) 헌법 전문(前文)의 법적 효력을 인정한 초기에는 "헌법 전문에 의하여 인정되는... 원칙(또는 규정)에 의하여"라는 표현을 사용함으로써 헌법 전문에 의하여 인정되는 규정이나 원칙들임을 명확하게 하였으나 현재에는 이러한 표현을 사용하지 아니하고 직접 헌법적 가치가 인정되는 원칙이나 조문들을 인용하고 있다. 그러나 처음 사용되는 헌법적 가치를 가지는 원칙이나 전문의 내용에 대해서는 위와 같은 표현을 사용하기도 한다.

29) 프랑스 헌법 제1조. ① 프랑스는 불가분적, 비종교적, 민주적, 사회적 공화국이다. 프랑스는 출신, 인종 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 시민이 법 앞에서 평등함을 보장한다. 프랑스는 모든 신념을 존중한다. 프랑스는 지방분권화된 조직을 갖는다. ② 법률은 남성과 여성이 선출직 및 그 임기 그리고 직업적, 사회적 책무에 동등하게 접근하도록 하여야 한다.

30) 프랑스 헌법 제3조. ① 국가의 주권은 국민에게 있고, 국민은 그 대표자와 국민투표를 통하여 이를 행사한다. ② 국민

제3항과 제4항에서 선거권에 대해서 규정을 하고 있다. 선거권과 관련하여 1999년 7월 8일 헌법개정을 통하여 최근에 삽입된 조항으로 “법률은 선거후보와 공직에 남성과 여성의 동등한 취임을 촉진한다”라는 규정도 있는데, 프랑스 헌법상 공직에 있어서나 선거에 있어서 남성과 여성이 차별을 받지 않도록 규정을 하고 있다. 또한 프랑스에서는 각종 선거에서 정당들이 남녀를 동수로 후보자추천을 하도록 하는 법안이 통과되었다.<sup>31)</sup>

헌법 제11조는 ‘국가는 모든 사람 특히 모자 및 노령노동자에게 건강상태, 신체안전, 휴식 및 여가를 보장한다. 연령, 신체적·정신적 상태, 경제적 사정 때문에 노동이 불가능한 상태에 있는 모든 사람은 생존에 절박한 수단을 공공단체로부터 얻을 권리를 가진다’라고 규정하고 있으며, 제12조는 ‘국가는 국가적 재난으로부터 발생하는 제부담 앞에 모든 프랑스 국민의 연대책임과 평등을 선언한다’라고 규정하고 있다. 제13조는 ‘국가는 교육, 직업교육 및 문화에 있어서 어린이와 어른의 동등한 접근을 보장한다. 무상이며 무종교적인 각급 공공교육의 조직은 국가의 의무이다’라고 규정하고 있으며, 제16조는 ‘프랑스는 인종이나 종교의 차별없이 해외영토의 국민과 함께 권리와 의무의 평등에 입각한 연합을 창설한다’라고 규정하고 있고, 제18조는 ‘전통적 사명에 충실한 프랑스는 제국민들이 스스로 자치를 행하고 그 고유한 직무를 민주적으로 관리하는 자유에 대하여 책임을 지는 제국민을 지도하려 한다. 전제에 입각한 모든 식민지제도를 배척하면서 프랑스는 공직에의 평등한 접근과 앞에서 선언되었거나 확인된 권리 및 자유의 개인적, 집단적 행사를 모든 사람에게 보장한다’라고 규정하고 있다.

프랑스 헌법은 제66조에 신체의 자유를 규정하고 있다.<sup>32)</sup> 신체의 자유란 법률이나 적법절차에 의하지 아니하고는 신체의 안전성과 활동의 자율성을 제한 또는 침해당하지 아니하는 자유를 말하며, 인신의 자유라고도 한다. 헌법적 인권보장의 출발점으로서의 신체의 자유는 1215년 대헌장과 1628년 권리청원을 거쳐 1679년 인신보호법, 1689년 권리장전, 1776년 버지니아 (Virginia) 권리장전, 1789년 프랑스 인권선언 등 일련의 역사적 과정을 거쳐 정립되어 세계 각국의 헌법이 규정하고 있는 기본권이다. 헌법상 신체의 자유는 모든 사회적·경제적·정신적 자유의 근간 또는 전제가 되는 기본권이다.<sup>33)</sup> 관련하여, 보다 구체적인 헌법상의 인신구속제도 관련 규정을 보면, 프랑스 헌법은 헌법전에 따로 기본권 장을 두고 있지 않은 대신 전문(前文)의 해석에 의하여 “1789년 인간과 시민의 권리선언”을 기본권 보장의 근거로 원용하고 있다. 프랑스 헌법 1789년

의 일부나 특정 개인이 주권의 행사를 특수하게 부여받을 수 없다. ③ 선거는 헌법에서 정하는 조건에 따라 직접 또는 간접 선거로 할 수 있다. 선거는 항상 보통, 평등, 비밀 선거로 시행된다. ④ 공민권과 참정권을 향유하는 성년이 된 프랑스 남성과 여성은 법률에서 정하는 바에 따라 선거권을 가진다.

31) 이와 같은 법률안이 2000년 1월 26일 국민의회를 통과하였고, 2000년 5월 3일 상원을 통과하였다.

32) 프랑스 헌법 제66조. ① 어느 누구도 임의적으로 구금되어서는 아니 된다. ② 개인의 자유를 보장하는 사법당국은 법률이 정하는 바에 따라 이 원칙을 준수한다.

33) 신체의 자유는 천부적·초국가적 자연권으로서 상대적 자연권이며 소극적·방어적 공권이다.

인권선언 제7조와 헌법 제66조에서 자의적 인신구속이 금지됨을 규정하고 있으나, 구체적으로 영장제도에 대하여는 언급하고 있지 않다.

## (2) 헌법적 인권보장 관점에서 본 프랑스 검사의 지위 및 기능과 검찰의 독립성

프랑스 법원에는 재판 업무를 담당하는 판사와 별도로 예심절차를 주관하는 예심수사판사(juge d'instruction)가 있다. 예심수사판사는 검사가 예심수사를 청구한 사건을 맡아 수사한 후 혐의가 인정되면 재판법원으로 이송하고, 혐의가 인정되지 않으면 종결처분한다. 프랑스에서는 범죄를 법정형에 따라 중죄(crime, 법정형이 무기징역형 또는 10년 이상 30년 이하의 징역형인 범죄로, 살인, 강도, 강간 등이 이에 해당함), 경죄(délit, 법정형이 10년 이하의 징역형 또는 3,750유로 이상의 벌금형인 범죄로, 사기, 절도, 폭행 등이 이에 해당함), 위경죄(contravention, 법정형이 3,000유로 이하의 벌금형인 범죄로, 우리나라의 도로교통법 위반이나 경범죄처벌법위반에 해당하는 범죄 등이 이에 해당함)의 세 가지로 분류하여 각각의 수사절차와 재판절차를 달리 규정한다. 중죄사건의 경우 예심절차가 의무적이므로 검사는 중죄사건에 대해서는 예심수사판사에게 예심수사를 청구하여야 한다. 그리고 경죄사건이나 위경죄사건의 경우에는 검사가 필요하다고 판단하는 경우 예심수사판사에게 예심수사를 청구한다.

프랑스 법무부의 2015년 사법통계를 보면, 한 해 동안 유죄를 선고받거나 형사화해 결정을 받은 총 1,035,604명의 피고인들 중 중죄 피고인이 2,381명으로 0.23%에 해당하고, 경죄 피고인이 597,594명으로 57.7%에 해당하며, 5급 위경죄 피고인이 33,900명으로 3.27%, 1-4급 위경죄 피고인이 401,729명으로 38.79%에 해당한다. 즉, 경죄사건과 1-4급 위경죄사건이 압도적 비중을 차지하고 있다. 예심절차를 거치는 사건의 경우에는, 사법경찰의 수사 착수 및 초동수사 → 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘 → 사법경찰의 사건 송치 (검사) → 검사의 예심수사 개시 청구 → 예심수사판사의 사법경찰에 대한 수사지휘 → 사법경찰의 사건 송치 (예심수사판사) → 예심수사판사의 수사 → 예심수사판사의 처분 (재판법원 이송 또는 종결처분)의 과정을 거친다.

헌법적 인권보장의 관점에서 프랑스 검사의 지위와 권한을 우리나라의 경우와 비교하여 보면, 첫째, 프랑스의 경우 검사가 제기하는 공소(公訴, action publique)에 대비하여 일반인은 사소(私訴, action civile 즉 사인의 소추)를 제기할 수 있다. 프랑스에서는 타인의 범죄행위로 인하여 피해를 입은 사람이 수사기관에 고소를 제기하는 방법 외에 일정한 요건 하에 예심수사판사 또는 재판법원에 가해자를 상대로 직접 소추를 제기할 수 있는 사소(私訴) 제도가 존재한다(프랑스 형사소송법 제2조).<sup>34)</sup> 이는 일반적으로 범죄피해자의 형사소추권과 민사상 손해배상청구권을

34) 사소를 제기하는 방법은, 피해자가 경찰이나 검찰 같은 수사기관이 아닌 법원에 우리나라의 고소장과 같은 사소청구서를 직접 제출하고, 법원은 이를 근거로 재판을 할 수 있다.

결합한 제도라고 설명된다. 사소는 예심수사나 재판이 없는 상황에서도 청구할 수 있고, 예심수사나 재판이 이미 진행 중인 경우에 이에 참여하는 방식으로 청구할 수 있다.<sup>35)</sup> 예심수사판사가 예심수사 결과 혐의가 인정된다고 판단하여 재판법원으로 사건을 이송하는 경우 이를 이송 대신 우리나라의 기소와의 유사성에 기초하여 기소로 번역하기도 하는데, 이를 기소로 이해한다면 프랑스가 기소독점주의를 채택하지 않고 있는 논거의 하나가 될 수 있다.

둘째, 수사권의 면을 보면, 프랑스는 형사소송법에서 “검사는 형벌법규에 반하는 범죄의 수사 및 소추를 위하여 필요한 일체의 처분을 행하거나 이를 행하게 할 수 있다”고 명시하고 있다(프랑스 형사소송법 제41조 제1항). 또한 프랑스 형사소송법은 검사와 예심수사판사가 재량에 따라 사법경찰관을 행사할 기관을 특정할 수 있고(형사소송법 제12-1조), 고등검찰청 검사장은 그 직무를 행함에 있어 필요한 경찰력을 요구할 수 있으며(형사소송법 제35조 제5항), 검사가 그 직무를 행함에 있어 직접 경찰력을 청구할 권리를 갖는다(형사소송법 제42조)고 규정하여, 검사의 수사권을 규정하고 있다. 단, 프랑스의 검사는 실무상 직접수사를 거의 하지 않고, 대신 사법경찰에 대한 수사지휘가 주요한 업무의 하나이다. 즉, 직접수사 방식 대신 사법경찰에 대한 수사지휘권 행사를 통해 수사권을 행사한다. 1990년대 후반 이후에는 수사의 전문화와 집중화를 위해 ‘금융경제범죄 거점수사부’나 ‘공중보건범죄 거점수사부’ 등을 설치한 바, 검사와 예심수사판사가 함께 배치되어 양자간 상호 긴밀한 업무협조를 통해 공동으로 수사를 진행하고 있다. 검사가 일종의 내사인 예비수사 등을 통해 범죄정보를 수집하고 정식수사의 필요성을 검토한 후 필요한 경우 예심수사판사에게 예심수사 개시를 청구하고, 이후 예심수사 과정에서 예심수사판사와 수사의 진행방향에 관해 긴밀하게 협의하는 방식으로 수사를 진행한다.

셋째, 프랑스 검사는 자신이 접수한 사건에 대해 재판법원에의 기소, 예심수사판사에의 예심수사 개시 청구 또는 불기소 처분 등의 방법으로 수사를 종결한다. 넷째, 프랑스는 형사소송법에 검사의 공소취소권의 규정을 명문으로 두고 있지 않으나, 검사가 기소한 사건에 대해 공소취소를 하는 것은 불가능하다고 이해되고 있다.<sup>36)</sup> 다섯째, 긴급체포 사후 승인을 보면, 프랑스에는 긴급체포와 유사한 제도로써 보호유치(garde à vue) 제도가 있는데, 사법경찰은 피의자를 보호유치한 경우 즉시 검사에게 이를 보고하여야 하고, 24시간 이상 보호유치를 연장하고자 하는 경우에는 검사의

35) 다만, 예심수사판사에 대한 사소청구는 곧장 허용되는 것은 아니며, 피해자가 직접 사법경찰 또는 검사에게 고소장을 접수하여 검사가 이를 허용할 경우 피해자가 검사에게 고소장을 제출하여 접수증을 받거나 배달증명우편 영수증을 받은 후 3개월이 경과하였음을 증명한 경우, 사법경찰에게 고소장을 제출하고 그 사본을 검사에게 송부한 후 3개월이 경과하였음을 증명한 경우에만 피해자가 예심수사판사에게 직접 사소청구서(고소장)를 제출하여 사소청구인이 될 수 있다(프랑스 형사소송법 제85조).

36) 프랑스 형사소송법은 “형벌의 적용을 위한 공소권은 피고인의 사망, 시효의 완성, 사면, 형벌법규의 폐지 및 확정판결에 의하여 소멸한다”(형사소송법 제6조 제1항), “그 외에 법률에 명문규정이 있거나, 형사화해절차가 개시되거나, 고소가 소송조건인 범죄에서 고소의 취소가 있는 경우에도 공소권은 소멸한다”(형사소송법 제6조 제3항)라고 규정하여, 공소취소를 공소권의 소멸사유로 규정하고 있지 않다.

승인을 받아야 하며, 석방하는 경우에도 검사의 지휘를 받아야 한다. 여섯째, 체포 및 구속 피의자 석방지휘권을 보면, 프랑스 형사소송법상 관련 영장으로는, 체포유치영장, 소환영장, 구인영장, 체포영장, 구속영장 등이 있다. 앞의 4가지 영장은 예심수사판사가 발부하고, 구속영장은 원칙적으로 필요시 직권으로 발부한다. 단, 첫 번째 체포유치영장은 예심수사판사 뿐 아니라 검사도 중죄사건 현행범과 3년 이상의 징역형에 해당하는 경죄사건 현행범의 경우 발부할 수 있다. 예심수사가 진행 중인 체포·구속 피의자에 대해서는 검사가 석방 등에 관여할 여지가 없으나, 예심수사가 진행 중인 사건이 아닌 이상 사법경찰이 체포·구속한 피의자에 대해 검사는 석방을 지휘할 권한이 있다. 사법경찰의 체포·구속은 검사의 사전 지휘 또는 사후 승인에 따라 이루어지므로, 검사에게 석방을 지휘할 권한도 있다. 일곱째, 검사의 경찰 수사지휘권을 보면, 프랑스 형사소송법 명문규정으로 수사지휘권이 인정되며(프랑스 형사소송법 제12조, 제13조, 제19조 제1항, 제41조 제2항, 제54조 제1항, 제74조 제1항, 제75조, 제75-1조, 제75-2조, 제151조 제1항 등), 또한 실무상으로도 검사는 사법경찰에 대한 수사지휘권을 활발하게 행사하고 있다.

프랑스의 검사와 예심수사판사와의 관계를 보면, 프랑스에는 헌법상의 권력분립 체계상 행정부의 법무부 내에 법원이 소속되어 있고 그 법원 내에 검찰이 여러 부서 중 하나 정도의 개념으로 설치되어 있으므로, 법원과 검찰의 행정적 관리와 예산 등을 공히 법무부가 담당하고 있다. 단, 이와 같은 헌법적 권력분립상의 체계에도 불구하고, 판사와 검사의 업무에 대해서는 각각 독립성이 인정되고 있으므로, 법무부 내에 법원이 있다거나 법원 안에 검찰이 있다는 점이 법무부와 법원이 업무상 영향을 주고받거나 법원과 검찰이 업무상 영향을 주고받는다라는 의미는 아니다. 프랑스의 예심수사판사는 사실상 우리나라의 검사가 행하는 수사와 거의 동일한 방식으로 주요 사건에 대해 수사업무를 수행하고 있다. 예심절차에서는 예심수사판사가 수사의 주재자가 되어 사법경찰에 사건을 보내 기초수사를 하도록 지휘한 다음 이를 송치받아 피의자신문과 대질조사 등 핵심부분의 수사를 담당하고, 검사는 예심수사판사의 수사에 직접적으로 관여하지는 않고 예심수사판사가 피의자를 구속하려 하거나 예심수사를 종료하려고 할 때 그에 관한 의견을 개진하기만 하며 사건이 재판법원에 넘겨지면 재판에 들어가 공소유지업무를 담당한다.

일반적 수사절차에서 검사가 강제수사를 위해 법원으로부터 영장을 발부받는 과정에서 법원의 통제를 받는 것과 같은 효과가 있기는 하지만, 그 외에는 검사가 수사를 하는 과정에서는, 계좌내역 조회나 통화내역 조회 등도 일일이 법원의 영장을 받아야 하는 우리나라의 경우와 달리, 프랑스 검사는 영장 없이 자신의 재량으로 이를 할 수 있고, 일시적인 구인도 영장 없이 할 수 있어, 우리나라의 경우보다 프랑스의 검사는 법원의 통제를 덜 받는 측면이 있다. 또한 예심절차가 개시된 사건의 경우에는 예심수사판사가 피의자를 구속하려 하거나 예심수사를 종료하려고 할 때 검사의 의견을 들어야 하고 예심수사판사가 검사의 의견과 달리 사건을 처분하는 경우 검사는 이에

불복하여 고등법원 예심부에 항고를 할 수 있는 바, 이를 보면 검사의 수사가 법원의 통제를 받는다고보다 반대로 예심수사판사의 수사가 검사의 통제를 받는다고 이해하는 것이 보다 정확한 이해이다.<sup>37)</sup>

헌법적 인권보장의 관점에서, 프랑스에서는 범죄의 세계화, 유럽통합의 영향으로 인한 조직범죄와 금융경제범죄의 급증 등을 배경으로 하여 1990년대 이후 선택과 집중을 통한 형사사법의 효율화에 최우선 목표를 두고, 경미한 범죄는 간이절차와 대체적 소추절차를 통해 신속히 처리하고, 조직범죄나 테러범죄 등 중대범죄에 대한 수사역량을 강화하여 적극 대처하는 방향으로 형사정책을 추진하고 있으며, 이러한 과정에서 새로운 수사제도와 수사조직을 신설하고 수사를 주재하는 검사의 역할을 증시하여 검사의 권한을 점차 확대하는 방향으로 법 개정이 이루어지고 있다.

프랑스에서 판사와 검사는 ‘사법관(magistrat)’이라는 용어로 통칭되는 바, 사법관이 되기 위한 선발절차와 연수과정이 동일하고, 사법관으로서의 임용 후에도 동일한 지위를 갖는다. 또한 사법관의 판사 또는 검사로서의 직위는 일종의 보직 개념으로 취급되어, 고위사법관을 제외하면 양자 사이에 보직 이동이 있기도 하다. 검찰의 독립성과 객관성을 강화하기 위해 ‘형사정책과 공소권 행사에서의 법무부장관과 검사의 권한에 관한 2013년 7월 25일자 법률 제2013-669호’가 제정되었다. 이에 따라 법무부장관이 검찰에 개별 사건에 관한 지시를 하는 것이 금지되었고, 검찰이 공소권을 행사할 때 객관성 원칙을 존중하도록 하였다. 프랑스에서는 프랑스대혁명 이후 법원 위주의 규문주의가 지양되고 법원의 사법기능 일부가 검찰로 넘어오게 되었으나, 예심 제도를 통해 법원에 수사기능의 일부를 여전히 남기는 구조가 존재한다. 예심 제도의 존재는 프랑스 형사사법제도를 복잡하게 한 바 있고 이에 우리나라의 관련 제도와의 비교법적 연구 역시 상대적으로 어렵다. 프랑스에서는 근래 국제테러범죄, 대형 금융경제범죄, 다국적 조직범죄와 마약범죄 등에 직면하여, 법제의 개정을 통한 대응책을 마련하는 과정에서, 검찰의 역할이 확대되고 동시에 검찰의 정치적 중립성과 객관성 및 공정성을 강화하기 위한 노력 역시 헌법적 인권보장의 관점에서 진지하게 진행되고 있다.

37) 프랑스에서는 법원이 재판권 뿐 아니라 수사권도 아울러 갖고 있는 점에 대한 비판적 시각도 상당히 존재한다. 예심수사판사나 재판법원의 판사나 동일한 신분을 가진 판사여서 어떤 판사가 예심수사판사로서 수사를 했다가 다음 인사 때에는 재판법원 판사로 발령이 나 재판업무를 맡기도 하고, 예심수사판사로 일한 다음 날 법정에서 재판장으로 업무를 수행하기도 하는데, 이와 같은 상황에서는 수사와 재판의 공정성에 대한 우려가 제기되기도 한다. 이에 사르코지 전 대통령이 예심수사판사 제도를 없애고 수사권을 검사에게 부여하려고 시도한 적이 있다. 또한 비교법적으로 현재 예심수사판사 제도가 남아있는 주요국은 프랑스가 유일하지만, 프랑스에서 예심절차가 이루어지는 사건, 즉 수사에 검사가 관여하지 않는 사건은 전체의 1.38%에 해당함을 분명히 이해하고 이후의 이해와 우리나라에의 시사점 관점에서 논의 등을 진행하여야 한다.

### 3. 영국

#### (1) 영국의 법체계 및 영국 보통법과 기본권 보장<sup>38)</sup>

영국의 공식적인 명칭은 그레이트브리튼 및 북아일랜드 연합왕국(The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)으로서, 영국의 법체계는 잉글랜드, 웨일즈, 스코틀랜드, 북아일랜드의 법체제로 구성된다. 인권보장 관점에서의 영국의 법제 역시 이와 같은 체계를 기반으로 하며, 잉글랜드와 웨일즈를 기본으로 하고 스코틀랜드의 경우 별도의 조문이 존재하는 경우가 많다.<sup>39)</sup> 헌법적 인권보장 원칙과 기제를 볼 때 영국은 불문헌법 국가로서 단일한 성문 헌법전이 존재하지 않는다. 실질적 의미의 헌법 개념에서 영국 헌법의 내용을 이루고 있는 문서와 법 중에서 대표적인 것으로 1215년의 대헌장(Magna Carta)이 있음은 주지하는 바와 같다. 특히 제39조의 합법적 재판 혹은 국법에 의하지 아니하고는 처벌되지 않는다는 규정<sup>40)</sup>은 법의 지배 내지 적법절차 개념과 원리를 규정한 것으로서 영국 보통법과 인권보장법제와 의회주권하의 민주주의 전통의 근간이 되고 있다.<sup>41)</sup> 영국 보통법상의 인권보호 전통을 핵심적으로 상징하는 것으로서 인신보호영장(the writ of habeas corpus)이 있으며, 영국 보통법상의 불법행위(tort) 법제의 내용과 실제 역시 영국의 인권과 기본권 보장에 크게 기여하여 왔다.<sup>42)</sup>

단일한 성문헌법전이 존재하지 않는 영국에서 헌법의 본질과 범위를 정립해 온 다이시(A. V. Dicey)는 의회주권, 입법의 보편적 지배 및 최고성, 법형태의 헌법적 관행에 대한 의존성의 세 가지 원리를 중심으로 영국헌법의 의미를 파악하였다.<sup>43)</sup> 즉, 보통법상 기본권의 보호에 기여한 원칙으로서, 실정법이 금지하지 않는 한 자신이 원하는 행동을 자유롭게 할 수 있으며, 공권력 기관은 실정법상 주어진 권한만을 행사할 수 있도록 권한이 제한되고, 의회입법은 보통법상의 원칙을 통해 제정되며 해석 역시 보통법 원리에 기초한다는 원칙 등을 통해, 영국의 기본적 인권 보장의 체계와 내용이 정립되었다.<sup>44)</sup> 영국의 보통법 전통 속에서 보호되는 기본권의 내용으로서는, 핵심적인 것으로서, 인신의 자유, 재판청구권 및 공정하고 독립적인 재판을 받을 권리, 의견개진과

38) 영국의 인권보장 법제 전반과 체계에 관한 상세한 역사적 소개와 분석은 김광수, “영국의 인권법과 인권기관” (유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 등 참조.

39) 김광수, “영국의 인권법과 인권기관” (유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 36면.

40) “No free [person] shall be seized or imprisoned, or stripped of his [or her] rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his [or her] standing in any other way, nor will we proceed with force against him [or her], or send others to do so, except by the lawful judgement of his [or her] equals or by the law of the land.”

41) 마그나 카르타 제39조는 인신의 자유 보장의 기원으로서 이로부터 인신보호영장(habeas corpus), 적법절차의 원칙과 배심제라는 인권보호 개념이 비롯되었다고 평가된다.

42) 김광수, “영국의 인권법과 인권기관” (유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 37면-38면.

43) 이태숙, 『근대영국헌정』(한길사, 2013) 313면.

44) 김광수, “영국의 인권법과 인권기관” (유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 38면.

청문의 권리, 재산권 및 정당한 보상, 재산권 보장의 연장선으로서 개인의 주거에 대한 프라이버시권, 표현의 자유, 투표의 자유 등을 들 수 있다.

영국은 전통적으로 고유의 보통법 원칙과 체계가 인권 보호에 적합하고 충분하다는 인식을 갖고 있었으나, 1998년 영국 인권법(Human Rights Act of 1998; HRA)이 제정되었고,<sup>45)</sup> 2006년에는 인권의 실효적 보호를 위해 인권위원회의 설치를 요하고 인권위원회가 갖추어야 할 필수적 요소를 선언한 1991년의 파리원칙에 따라 법률 차원에서 영국 평등법(Equality Act 2006)이 제정되었으며, 2007년 10월에는 평등 및 인권위원회(Equality and Human Rights Commission: EHRC)가 설립되었다. 이와 같은 실질적 영국헌법으로 기능하는 인권보장을 위한 법률의 제정은 영국에서 인권보장과 헌법발전이 큰 전환점이 되었다<sup>46)</sup>고 평가된다. 무엇보다도 영국의 헌법적 관점에서의 인권보장 체계에서 핵심적 변화는 법률과 하위입법이 인권법에 합치되게 해석되고 집행되어야 한다(제3조)는 점과 직결된 법원의 권한 관련 사항이다. 제정법이 인권법에 합치하지 않는다는 판단을 할 권한이 법원에 주어진 바, 영국식 의회주권에 대한 중대한 변화로서, 인권법이 기본권 규정으로 기능함에 따라 국민이 인권법 위반을 이유로 법원에 제소할 수 있고 법률의 위헌성 심사의 헌법재판이 가능하게 되는 법제상의 변화가 따른다. 단 법원의 이와 같은 권한은 인권법과 합치되지 않는다는 선언적 결정을 함에 그치고 이와 같은 결정이 당해 법률의 효력에 직접적 영향을 미치지 않는다는 점에서 통상적 헌법재판과 성질이 다르다.<sup>47)</sup>

영국의 보통법 체계에는 범죄를 국가 구성원인 국민이 행한 국가에 대한 불법행위로 인식하지 않고 시민이 국왕을 포함한 다른 시민에게 행한 불법행위로 인식하여,<sup>48)</sup> 범죄를 행한 자를 국가의 입장이 아닌 피해 당사자의 입장에서 처벌하므로, 범죄의 피해자가 가해자를 상대로 형사소추하는 피해자소추 내지 사인소추가 형사소추의 원칙이 되었다. 이에 국가형벌권을 전제로 하는 대륙법계에서의 검사 제도와 같은 검사 제도가 존재하지 않았다. 피해자에 의한 사인소추 제도는 법정 변호사 선임이나 증거수집에의 비용과 복잡한 절차 이용에의 난점 등의 한계가 있어 근대적 경찰제도의 정립 이후 대체로 경찰이 정형화된 기준과 방식으로 형사사건을 처리하였다.

1985년 이후 여러 법률의 제정을 통해 대륙법계의 검사와 유사한 제도를 도입하여 운용하고 있으며 지속적으로 변화를 겪고 있다.

45) 1948년 제정된 유엔인권선언의 취지하에 유엔인권협약(the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)이 1950년 런던에서 서명되었고 1953년 9월 발표하였다. 1959년에는 유럽재판소가 설립되었다. 영국은 1951년 유럽인권협약을 비준하였으나 영국 법체계상 조약이 국내법적 효력을 가지기 위해 의회가 국내법화(incorporation)하여야 함에도 이러한 절차를 진행하지 않고 있었다. 이후 국제적 압력과 노동당의 인권백사로 상징되는 국내적 반성에 기초하여 유럽인권협약을 국내법으로 입법하도록 하는 입법수요가 생겨났으며, 1998년 인권법이 제정되었다.

46) 김광수, “영국의 인권법과 인권기관”(유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 58면.

47) 김광수, “영국의 인권법과 인권기관”(유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 43면-44면.

48) 김용진, 『영미법 해설』(박영사, 2009) 7면 이하 해당부분 참조.

사인이나 경찰이 소추하는 경우 법원에서 직접 소추와 공소유지행위를 하거나 사무변호사(solicitor)에게 소추를 의뢰하였고, 형사법원(Crown Court) 관할인 중죄에 해당하는 경우에는 사무변호사를 통해 법정변호사(barrister)에게 의뢰하여 소추행위를 하였다. 1840년 경에는 영국에 형사소추를 대리하는 500개 이상의 소추 전문 변호사 회사가 있었다.<sup>49)</sup> 산업혁명 이후 인구의 도시로의 집중과 범죄의 폭증을 겪으며 대도시의 경찰은 내부에 공소과(prosecuting solicitors department)를 두어 사무변호사를 고용하여 기소 여부 관련 조언을 구하고 법정에서 공소유지를 담당하도록 하였다. 1990년 이전까지는 법정변호사만이 법정 변론권을 갖고 있었고 법정변호사는 사무변호사와 달리 경찰에 고용되지 않고 사건별로 수임하는 형태로 업무를 수행하였다.<sup>50)</sup> 범죄 피해자 관련 직접적 피해자 이외에 국왕도 피해자로 보았고 이에 국왕의 변호인(King's Counsel)도 소추를 할 수 있었으며, 현재의 법무장관(Attorney General) 직의 유래가 되었다.

위와 같이 보통법계의 법체계와 전통에 따라 경찰이 수사와 소추를 담당해 오면서 영국에서는 소추권의 남용과 높은 무죄판결율 등의 문제점이 노정되며 제한의 필요성과 제도 변화의 수요가 등장하였다. 경찰소추제도에 대한 제한과 변화 입법으로서 1879년 범죄소추법(Prosecution of Offences Act 1879)이 제정되어, 중대하고 복잡한 범죄에 대해서는 법무장관(Attorney General)의 명령을 받아 국가를 대표하여 형사소추를 담당하는 공공소추국(Office of the Director of Public Prosecutions)이 설립되었다. 그러나 공공소추국 산하에 각 지역에서 소추를 담당할 검사를 둔 것은 아니었으며, 여전히 경찰소추제도가 유지되었다. 이후 1985년 범죄소추법(Prosecution of Offences Act 1985)이 제정되어 1986년 10월 검찰(Crown Prosecution Service)이 창설되었다.<sup>51)</sup> 창설 당시의 영국 검찰은 경찰이 기소한 모든 사건을 인수하여 기소의 적정성을 검토하고 부적절한 사건은 공소를 취소하고 이외 사건은 공소유지 업무를 담당했다. 그러나 공소취소만을 결정할 권한이 있었으며 최초 공판회부(charging) 결정 권한을 갖고 있지 않았다. 또한 기소 의견이나 충분한 증거가 갖춰지지 못한 사건에서 경찰로 하여금 보완조사를 하도록 지휘할 권한을 갖고 있지 않았고, 피의자나 참고인을 직접 조사할 권한이 주어지지 않았다. 검찰 도입 이후에도 수사상 조언을 받을지 여부는 경찰이 전적으로 결정하였다.

2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003)이 제정되어 헌법적 인신구속제도 관점에서 영국 검찰 관련 제도에 상당한 변화가 이루어졌다. 무엇보다도 일부 일상적 범죄(routine offences) 및 경찰이 공판회부 결정을 할 수 있는 일부 사건을 제외한<sup>52)</sup> 모든 중요 범죄에 대한 공판회부 결정 권한이 검찰로 이관되었다. 이전까지 공판회부 결정 권한을 행사한 유치담당 경찰관(Custody

49) 김용진, 『영미법 해설』(박영사, 2009) 37면.

50) 안경환, “영국법과 미국법의 비교연구 (III)” (서울대학교 법학 제32권 34호, 1991) 130면.

51) 2016년 3월 현재 영국의 검사는 2,131명이다.

52) 경범죄 전체는 경찰이 검찰의 공판회부 판단을 받지 않고 직접 공판에 회부할 수 있다.

Officer)은 공판에 회부함이 상당하다고 판단하더라도 검찰이 공판회부 결정 권한을 갖는 사건에서는 검찰에 통보하여 공판회부에 관한 결정을 받게끔 되었다. 검사의 공판회부 관련 결정은 서면으로 하며, 조언 이상의 최종적인 것으로서 경찰은 반드시 이에 따라야 한다. 또한 2003년 형사사법법에 따라 영국 검찰은 공판 전 증인 조사(pretrial witness interview) 권한을 갖게 되었다. 또한 중범죄에 대해서는 무죄 선고의 경우 새로운 증거가 발견되면 검사의 항소가 가능하다. 현재 검사는 소추기관으로서 스스로 또는 경찰이 공판회부한 모든 형사재판 사건에서 공소유지를 담당하고, 공소취소 조치를 할 수 있다. 사인소추에 의해 진행되는 사건에서도 검사가 소송을 인수할 수 있으며 증거가 없거나 공익적 기준에 미달하는 경우 공소취소가 가능하다.

많은 국가에서 헌법상의 인신구속제도 및 관련 제도와 절차에 대해 수사권과 기소권을 어느 한 기관이 갖고 있다면 수사의 공정성이 담보되기 어렵고 따라서 수사기관과 기소기관을 분리해야 한다는 관점에서 관련 법제를 비판하기도 하고 그 변화를 모색하기도 한다. 영국의 경험이 우리나라에 주는 시사점은, 이러한 점을 포함하여 한 국가의 인신구속제도 및 관련 특히 형사적 절차를 어떻게 입법적으로 개선하고 현실에서 운용할 것인지의 판단과 선택은 반드시 옳은 하나의 방향이 있는 것이 아니라 당해 국가의 고유의 역사적 헌정 경험과 현황에 비추어 헌법적 차원의 인권보호의 취지를 가장 잘 달성할 수 있는 방식과 제도를 선택하는 것이라는 점이다.

## (2) 영국 인권법(Human Right Act 1998: HRA)과 영국의 인권보호기관 및 인권보장 체계

영국 인권법(HRA)은 의회제정 법률(Act)의 형태를 취하고 있지만 이 법률의 제정과 시행으로 인해 개념과 원리의 차원에서 영국의 헌법 발전에 큰 전환점이 마련되었고 영국의 헌법적 기본권 내지 인권에 대한 보호의 내용과 정도가 더욱 구체화되었다. 인권법은 유럽인권협약에 규정된 주요 기본권을 국내규범화함과 동시에 모든 공권력의 행사가 인권협약상 권리에 합치될 것을 규정하였고 특히 의회가 제정한 법률이라 하더라도 인권협약과 인권법에 위배되는 경우에 상급법원이 불합치(incompatibility) 선언을 할 수 있도록 하여 영국의 의회주권원칙에 변화를 가져왔으며, 인권법이 기본권에 관한 실질적 헌법규범으로서의 역할을 하게 되어, 실질적 의미의 헌법 규정으로 자리잡게 되었다고 평가된다.<sup>53)54)</sup> 영국 인권법은 그 적용대상을 공권력으로

53) 인권법 제2조는 “법원은 인권협약상 권리에 대한 문제가 발생한 경우 유럽인권재판소의 판결, 결정, 선언 또는 권고적 의견을 고려해야 한다”, 제3조 제1항은 “법률과 하위법령은 가능한 한 인권협약상 권리에 합치되도록 해석하고 효력을 부여하여야 하며 법률이 협약상 권리에 합치되지 않는다면 하위법령 역시 강제되거나 효력을 부여해서는 안 된다”고 규정한다. 인권법 제4조는 “만일 법률이 협약상 권리와 일치하는지 여부가 법원에 문제된 경우 상급법원은 입법이 협약에 불합치 된다고 선언할 수 있다”고 함으로써 사실상의 사법심사제를 도입함과 동시에 의회주권의 커다란 전환을 보여주었다. 하지만 이와 같은 상급법원의 불합치 선언은 법률을 무효화하거나 계속적 적용에 영향을 주는 것은 아니며 소송당사자들을 구속하지도 않는다고 규정하였다. 동 인권법 규정에 따라 상급법원의 역할은 법률을 최대한 인권협약에 합치되도록 해석해야 하고 이런 해석이 불가능한 경우 불합치를 선언함으로써 의회에 경고를 주는 것으로 한정되게 된다. 이는 결국 불합치를 교정하기 위해 어떤 조치를 취해야하는가를 결정하는 권한과 역할을 의회에 부여함으로써 인권법 하에서의 의회주권을 효과적으로 유지하고 있다는 평가를 받고 있으나, 한편으로 기본권의 침해에

규정하고 있는데, 인권법 명문 규정으로 기본권의 적용대상을 ‘공권력’으로, 또 명시적으로 공권력에 ‘공적 기능을 행사하는 자’와 ‘법원’을 포함시키고 있고, 인권협약상 기본권은 보장하면서도 의회주권을 유지하는 특별한 상위법으로 체계화되었다. 야당인 노동당이 주축이 된 유럽인권협약의 국내법적 수용에 대한 지속된 노력과 함께 1996년 12월 노동당이 만일 1997년 총선에서 승리한다면 인권협약을 수용하겠다는 노동당의 계획을 담은 백서 “Rights Brought Home”을 발간하였고 이후 총선에서 노동당이 승리하자 정부는 1997년 인권법안을 제안하였고, 1998년 11월 상원의 동의를 얻음으로써 영국 인권법은 2000년 10월부터 시행되고 있다.<sup>55)</sup>

영국 인권법의 헌법상의 인권보장 기제로서의 의의는 다음과 같다. 첫째, 내각 즉 행정각부는 의회에 법률안을 제출하는 경우 그 내용이 유럽인권협약에 위반되지 않는지를 검토하여야 하며, 의회도 법령의 인권법 위반 여부를 검토하여야 한다. 둘째, 법령의 제정시점이 인권법 이전인지 이후인지를 불문하고 법원은 모든 법령에 대해 인권법 위반 여부를 심사하여야 한다. 셋째, 법령이 인권법에 합치되지 않는다고 판단하는 경우 법원은 불합치 선언을 할 수 있다. 단, 이와 같은 법원의 불합치 선언에 의해 법령이 무효가 되지는 않으며 당해 법령의 개정 내지 폐지 여부는 의회의 권한이다.<sup>56)</sup>

### (3) 영국의 인권보호기관과 영국 평등법 (Equality Act 2006) 및 파리(Paris)원칙

다이스의 평가에 따르면 영국의 보통법을 통한 헌법의 형성과 기본권 보장 실현의 체계상 인권의 보호는 보통법원을 통해 충족되며 영국의 인신보호영장 전통과 제도에서 볼 수 있듯 법원이 인권보호의 기관으로 기능해 왔다. 그러나 이외에도 의회 옴부즈만 제도가 영국의 인권보호를 위한 제도로서 기능해온 점에 주목할 만하다. 영국에서는 1961년 와이어트(Whyatt) 보고서에 의해 옴부즈만 제도의 도입 논의가 본격화되었다.<sup>57)</sup> 제2차 세계대전 이후 국민의 생활과 복리에 있어 행정권 내지 행정기능이 갖는 점점과 권한이 증대하면서 이에 대한 민원이나 분쟁 해결의 기제가 요구되기 시작했으나, 영국의 의회주권주의에 기인하여 행정재판제도가 도입되지는 않았고,<sup>58)</sup>

대해 적절한 보호막이 되기에는 역부족이라는 비판이 제기되기도 한다.

54) 이에 대한 상세한 분석으로서 R. Brazier, “How Near is a Written Constitution?”, 52 Northern Ireland Legal Quarterly 3-5 (2001); 이노홍, “영국 기본권의 수평적 효력이론에 관한 고찰” (홍익법학 제15권 제1호, 2014) 59면-82면 등 참조.

55) 영국의 1998년 인권법은 유럽인권협약상의 모든 실제적 권리와 의정서를 수용한 것은 아니고 선별적으로 국내법상 효력을 인정하였다.

56) 이 점을 영국 의회주권 원리에 비추어 분석한 것으로서, 김종철, “전환기의 영국 헌법과 민주주의” (공법연구 제28집 제3호) 특히 199면 등 참조.

57) 1962년에 옴부즈만 제도의 도입을 위한 법률안이 영국의회에 제출되었으나, 입법되지는 않았다. 이후 1964년 노동당이 총선에서 승리한 후 1965년에 정부가 인권백서를 발간하였고, 행정에 대한 감시기능을 통해 인권보장에 충실하고자 하는 취지의 옴부즈만 제도의 도입을 추진하여, 1967년 4월 영국에 옴부즈만 제도가 도입되어 실시되었다. 김광수, “영국의 인권법과 인권기관” (유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 47면-48면.

58) 김광수, “영국의 인권법과 인권기관” (유럽헌법연구 제9호, 2011.6.) 45면-46면; 김광수, “영국 행정심판제도의 운영현황” (공법연구 제38집 제4호, 2010) 167면 등 참조.

신속한 권리구제를 위한 각종 위원회와 행정심판소<sup>59)</sup> 등 제도가 운영되어 왔다. 1967년에 영국에 도입된 옴부즈만(the Parliamentary Commissioner for Administration)<sup>60)</sup> 제도는 법원에서 정상적 권리구제가 이루어짐을 전제로 법원의 권한에 속하지 않는 민원을 구제하기 위한 보충적 기능을 위한 제도로 도입되었다.

이후 실질적 인권 보장의 취지에서 영국은 2006년 평등법(Equality Act 2006)을 제정하였고, 이와 같은 2006년 평등법에 근거하여 2007년 10월 평등 및 인권위원회(Equality and Human Rights Commission: EHRC)가 설립되었다. 영국의 평등 및 인권위원회는 기존의 기회평등위원회, 인종평등위원회, 장애인권리위원회를 대체하며 설립된 위원회로서 국무장관에 의해 임명되는 10인-15인의 위원으로 구성된다. 영국 평등법의 제정과 평등 및 인권위원회의 설립은 영국 인권보장을 실질화하는 전환점이 되었다.<sup>61)</sup> 평등 및 인권위원회(EHRC)의 일반적 임무는 ① 국민의 잠재적인 능력이 편견이나 차별에 의하여 제한받지 않을 것, ② 각 개인의 인권을 존중하고 보호할 것, ③ 각 개인의 가치와 존엄성을 존중할 것, ④ 각 개인이 사회에 참여할 기회를 평등하게 보장받을 것, ⑤ 평등 및 인권에 대한 공유된 존중정신을 바탕으로 그리고 다양성에 대한 가치인정과 이해를 바탕으로 사회집단 간에 상호 존중이 인정되는 사회발전을 이룰 수 있도록 하는 것이다(평등법 제3조). 영국의 평등 및 인권위원회(EHRC)는 위원회 임무 달성을 위한 방법으로 전략적 계획을 작성해야 하며, 이 계획은 위원회의 주요 활동계획과 그 일정표 그리고 활동의 우선순위에 관한 기준을 포함하여야 하고(평등법 제4조), 전략적 계획은 인권분야에 지식과 경험이 있는 사람의 자문을 받아 적절히 수정될 수 있도록 하여야 한다. 이어서 법 제8조와 제9조에서는 구체적인 임무를 규정하고 있고, 법 제22조에서는 위반되는 행위에 대한 집행을 규정하여 두고 있다.

파리(Paris)원칙은 1991년 채택되어 1993년 유엔총회에서 승인된 것으로서, 인권의 실효적 보호를 위해 각국에 인권보호위원회를 설치할 것과 이와 같은 인권위원회가 갖추어야 할 필수적 요소를 규정하였다. 파리원칙은 국가 차원의 인권위원회의 권능과 책무, 독립성과 다원성에 의한 구성 및 이의 보장, 운영방법, 위원회의 준사법적 지위와 권능 및 부가 원칙들을 규정하고 있다. 영국의 2006년 평등법에 근거한 평등 및 인권위원회(EHRC)는 2009년 1월 국제연합의 국가인권기구

59) 이에 대해서는 김광수, “영국 행정심판제도의 운영현황” (공법연구 제38집 제4호, 2010) 등 참조.

60) 영국 의회 옴부즈만은 국왕에 의해 임명된다(법 제1조 제2항). 중앙행정기관에 대한 조사 권한을 갖는다. 영국 의회 옴부즈만은 우리나라의 제도와 비교하면 ‘고충민원’을 “행정기관 등의 위법·부당하거나 소극적인 처분(사실행위 및 부작위를 포함한다) 및 불합리한 행정제도로 인하여 국민의 권리를 침해하거나 국민에게 불편 또는 부담을 주는 사항에 관한 민원”으로 정의하고(부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 참조) 이를 해소하기 위한 국민 고충처리와 유사하다.

61) 2006년 영국 평등법으로 인해, 중전의 평등에 관한 법률, 즉, 1970년 평등급여법, 1975년 성차별금지법, 1976년 인종관계법, 1995년 장애인차별금지법, 2003년 (성적 지향 관련) 고용평등 규칙, 2003년 (종교 혹은 신념 관련) 고용평등 규칙 등의 평등입법에 대한 실질적 집행과 1998년 영국 인권법에 대한 집행이 강화되었다고 평가할 수 있다.

인증을 받았으며, 인종차별과 성차별 내지 장애차별 등의 영역에서 공공부문에 대한 감독 기능과 법원에의 제소 및 법적구조 기능 등을 수행하며 인권보장 기제이자 기관으로서의 역할을 담당하고 있다. 영국에서는 보통법원이 영국의 불문헌법 체계하에서 인권보장기관으로 기능하여 왔으며, 법원 이외에도 의회 옵부즈만과 평등 및 인권위원회 등 각종 위원회가 인권보장의 보충적 기관으로서 기능해 왔다. 1998년 인권법의 제정이 영국의 헌법개념의 발전과 헌법적 인권보장의 실질화에 크게 기여하였으며, 2006년 평등법과 이에 근거한 국제적 기준에 따른 인권기관의 설치를 통해 헌법적 인권보장의 실현에 기여하고 있다.

## 4. 미국

### (1) 미국 연방헌법과 미국의 연방제도하의 헌법상의 인권보장 제도

미국은 입헌군주정 하의 영국으로부터 독립하여 혁명적 과정을 통해 헌법국가로 전환한 역사적 경험을 통해 우선 개별 주들이 각각 주권국가이면서 동시에 횡적으로 연결되는 연합체(Confederation) 형태를 채택하였고, 주간통상(interstate commerce)과 국채(security) 상환 문제 등을 겪으며 연합체 형태와 방식의 문제점이 노정된 배경에서 세계 최초의 성문헌법전인 1787년 연방헌법의 제정을 통해 연방국가를 형성하였다. 이러한 과정에서 독립선언문(Declaration of Independence)은 인간은 누구나 평등하게 태어났으며 양도할 수 없는 권리를 부여받았고 이와 같은 기본권에는 자유와 평등 및 행복추구권이 포함됨을 선언하여 국가 권력으로부터 국민의 기본적 권리를 지키는 것이 미국 독립의 기본정신임을 강조하였다.<sup>62)</sup> 미국의 1787년 연방헌법은 본문 7개 조 중에서 제1조, 제2조, 제3조가 각각 입법부, 집행부, 사법부에 관한 규정으로서 연방정부의 구조와 권력분립 및 연방과 주간의 권한배분을 내용으로 하고, 1791년에 증보식 개정을 거쳐 국민의 기본권을 규정한 10개의

62) 역사학자 루이스 하츠(Louis Hartz)는 국가의 권력으로부터 국민의 자유를 수호하려는 자유주의가 미국 건국의 가장 중요한 이념이었다고 지적하기도 한다. 하츠는 이런 자유주의 정치 이념은 미국에서 나온 것이 아니라 존 로크(John Locke)에게서 비롯되었다고 주장한다. 자유를 미국의 건국이념으로 제시하면서 하츠가 핵심적으로 강조하였던 것은 미국이 많은 유럽 국가들에 팽배한 사회주의 노선을 선택하지 않은 역사적 이유였다. 그에 따르면 미국은 유럽 국가들과 달리 중세시대를 경험하지 않았기 때문에 유럽 국가들에서 공통적으로 나타났던 봉건제도를 겪지 않았으며, 봉건제도의 경험이 없었기 때문에 사회주의 국가가 될 수 없다. 하츠의 자유주의는 1950년대 미국 역사학계에서 미국 역사를 해석하는 가장 유력한 학설이었다. 그러나 미국 역사에 대한 자유주의 역사해석은 새로운 도전을 받게 된다. 개인의 자유보다 공익(public interest)을 우선으로 하는 공화주의(Republicanism)가 미국 건국의 핵심이념이었다는 주장이 나오기 시작한 것이다. 공화주의를 바탕으로 미국 건국을 설명하는 버나드 베일린(Bernard Bailyn)은 미국혁명의 이념적 기원(The Ideological Origins of the American Revolution)이라는 1967년 저서에서 미국의 건국이념은 자유주의가 아니라 공화주의라고 주장했다. 이와 같은 공화주의 역사해석은 미국 학계에서 그동안 간헐적으로 주장되던 공화주의 담론을 미국 역사학의 핵심 화두로 등장시켰으며, 1969년 고든 우드(Gordon S. Wood)의 공화국의 창건(The Creation of the Republic, 1776-1787) 출판을 계기로 공화주의는 미국 독립뿐 아니라 연방 헌법제정에도 결정적인 영향을 끼친 정치이념으로 확고한 자리를 잡게 되었다. 독립 직후 각 주에서 정치적 사회적 혼란이 이어지는 가운데 독립혁명의 이념이었던 공화주의가 연방을 창건하는 과정에서 미국화 되면서 민주적 공화주의로 변질되어 발전하였다는 것이 우드 교수의 해석이다. 결론적으로 우드는 미국 독립혁명과 연방헌법 제정의 이념적 배경이 자유주의가 아니라 공화주의라고 한다. 김남균, “미국 혁명의 공화주의” (미국사연구 35, 2012) 1면-4면.

수정조항(‘권리장전(the Bill of Rights)’이 추가된 이후 권력분립과 기본권 보장 관련 수정조항들이 추가되어 현재에 이르고 있다.

미국은 연방헌법에서 배심제도와 인신보호영장 및 영장주의를 규정하고 있으며, 이에 따라 고유의 헌법적 인권보장 기제로서의 배심재판제도와 인신구속제도를 갖고 있다. 미국은 연방헌법 및 전통에 근거한 배심재판제도와 함께 역사적으로 발전된 당사자주의 모델을 갖고 있으며, 미국의 인신구속제도<sup>63)</sup>에도 이와 같은 특징이 그대로 투영되어 있다. 검사와 피고인이 대립하도록 내지 대립이 극대화되도록 설계된 당사자주의적 재판절차에서 배심원들의 사실판단을 위해 피고인에게 법적 전문성과 강력한 증거수집능력을 가진 검사를 상대로 실질적 공방을 할 수 있는 대등한 기회와 수단을 제공하기 위한 기제를 운용하는 특징을 보인다. 이에 불구속 수사와 재판의 원칙과 함께 피고인이 체포·구속된 경우에도 원칙적으로 보석 등을 통해 바로 석방되어 불구속 상태에서 자유롭게 증거를 수집하여 재판에 임할 수 있도록 하며, 변호인의 조력을 받을 권리를 통해 법률전문가인 변호사를 통한 효과적 조력을 받을 수 있도록 하며, 이는 미국의 헌법상 인권보장의 관점에서의 인신구속제도가 지향하는 원칙과 이념을 명확히 보여주는 요소이기도 하다. 배심재판을 핵심적 원칙이자 요소로 하는 미국의 형사사법제도에서 발전되고 진화되어 온 인신구속제도는 그 자체로서 인권보장의 실체화와 구현 기제임과 동시에 당사자주의 및 공판주의와도 직접적으로 연관되어 궁극적 차원의 미국에서의 헌법적 인권보장 기제로 작동해 왔다.

## (2) 미국 연방헌법상의 영장청구권 등 인신구속제도 및 미국 인신구속제도의 특징

미국 연방헌법은 수정 제4조에서 영장제도에 관하여 규정하고 있다. 명확성과 구체성 등 영장의 헌법적 요건 등을 규정하고 있으나, 영장청구권자에 대하여는 규정하고 있지 않다. 즉, 미국 연방헌법은 수정 제4조에서, 신체, 주거, 서류 및 소유물에 대한 불합리한 압수·수색 및 체포로부터 안전하여야 할 인민의 권리는 침해되어서는 안 되고, 어떠한 영장도 선서 또는 확약에 의해 뒷받침된 상당한 이유에 근거하지 않거나 수색 장소 내지 체포·압수될 사람 내지 물건을 특정하여 표시하지 않고서는 발부되어서는 안 된다고 규정하고 있다. 미국 연방헌법상의 배심재판제도와 영장주의를 근간으로 한 미국 인신구속제도를 개관하면 다음과 같다. 우선, 피의자의 체포는 법원이 발부한 영장에 의한 사전영장에 의한 체포를 원칙으로 하며, 영장은 피의자가 범행을 저질렀다고 믿을 상당한 이유(reasonable cause)가 있을 때 발부한다. 통계상으로는 사전영장 없는 체포가 대부분이나<sup>64)</sup> 이와 같은 경우 법원의 사후통제가 체포 후 즉시 이루어지고, 수사기관이

63) 미국의 헌법적 인권보장 기제로서의 인신구속제도에 관해서는 오기두, “미국의 인신구속제도” (인권과 정의 Vol. 351, 2005.11.) 등 참조.

64) 약 70%의 피고인은 불구속 재판을 받으며 구속피고인은 대체로 마약범죄 내지 폭력범죄 혐의로 기소된 피고인들이 약 절반씩이다. 즉, 마약범죄나 폭력범죄로 기소된 경우가 아닌 일반 범죄로 기소된 피고인은 대부분 불구속 재판을

사인(私人)의 주거에서 피의자를 체포함에는 반드시 사전영장을 발부받아야 한다.<sup>65)</sup> 체포된 피의자는 불필요한 지체 없이(“without unnecessary delay”), 통상 48시간 이내에 부(副)판사(magistrate judge)<sup>66)</sup> 면전에 인치된다(initial appearance).<sup>67)</sup> 최초의 출석기일에 부(副)판사(magistrate judge)에 의한 인정심문, 변호인의 조력을 받을 권리 등의 고지, 구속을 위한 상당한 이유의 존부 심사, 보석허가 또는 구금계속명령 등의 절차가 진행되며, 최초의 출석기일로부터 10일 이내에 부판사가 주관하는 예비심문절차(preliminary hearing)가 진행되어 구속사유의 존부에 대하여 증인신문 등 증거조사를 통한 사법심사가 이루어진다. 피의자가 범행을 저질렀다고 여길 상당한 이유가 없다고 판단되면 부판사는 피의자의 석방을 명하게 된다. 부판사가 피의자 석방을 명하더라도 검사는 동일한 범죄사실로 피의자를 기소할 수 있다.<sup>68)</sup>

이와 같은 미국 인신구속제도의 특징<sup>69)</sup>을 보다 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다. 첫째, 불구속 재판이 원칙이다. 경죄 피의자는 영장 등에 의한 체포 방식 대신 출석통지서(citation)나 소환장(summons) 발부에 의해 공판정에 출석하도록 함으로써 불구속 재판 원칙을 구현하도록 한다. 경찰이 체포한 피의자를 일단 석방하고 부판사 면전에서 최초 출석 절차에 출석하도록 통지하고, 다만 당해 피의자가 출석통지를 받고 법정에 출석하지 않으면 체포영장이 발부된다. 경찰에 의해 석방되지 않고 체포되어 있는 피의자는 불필요한 지체 없이(“without unnecessary delay”), 통상 48시간 이내에, 부판사의 면전에 최초 출석기일(initial appearance)에 인치되어야 한다. 최초의 출석기일에 부판사에 의해 인정심문, 변호인의 조력을 받을 권리 등의 고지, 구속을 위한 상당한 이유의 존부 심사, 보석허가 내지 구금계속명령 등 절차가 진행되며, 대부분의 피의자가 최초출석절차에서 보석에 의해 석방된다. 최초출석절차에서 석방되지 않은 피의자에 대해서는 최초출석기일로부터 10일 이내에 부판사에 의해 예비심문절차(preliminary hearing)가 진행되어, 구속사유 존부를 증인신문 등 증거조사를 통해 심사한다. 피의자가 범행을 행했다고 여길 상당한 이유가 없으면 피의자의 석방을 명하며, 상당한 이유가 있는 경우에도 보석으로 피의자를 석방할 수 있다. 구금계속의 필요성은 검사가 입증할 책임을 진다. 최초출석절차와 예비심문절차는 원칙적으로 체포된 피의자를 석방하여 불구속재판의 원칙을 관철하기 위한 절차이다. 구속된 피고인도 공판준비를 위해 필수적 사정이 있음을 증명하면 일시 석방될 수 있다. 불구속 재판은

받는다.

65) 미국 연방 형사소송규칙 (Federal Rules of Criminal Procedure), Rule 4.

66) 부(副)판사(magistrate judge)는 연방의 경우 영장 담당 법관으로서, 미연방헌법 제1장 제8절 제9조에 의해 의회가 창설한 입법법원의 판사 중 하나이다. 입법법원의 판사로서 부판사와 함께 파산법원의 판사와 군사법원의 판사가 있다. 법무부, 미국의 사법제도 (2001) 31면 이하.

67) 미국 연방 형사소송규칙 (Federal Rules of Criminal Procedure), Rule 5.

68) 미국 연방 형사소송규칙 (Federal Rules of Criminal Procedure), Rule 5.1.

69) 미국 인신구속제도의 특징의 각각에 관한 상세한 설명과 분석은, 오기두, “미국의 인신구속제도” (인권과 정의 Vol. 351, 2005.11.) 특히 77면-79면 참조.

피의자로 하여금 공판절차에서 피고인으로서 충분히 방어권을 행사할 수 있도록 함으로써 공판중심주의에 기여한다. 불구속 재판 원칙은 구금시설 관련 예산을 절감하는 효과도 있다.

둘째, 미국 인신구속제도의 특징으로서, 구속기간의 제한이 없다. 즉, 미국에서는 수사기관에 의한 체포와 부판사에 의한 구금결정, 공소제기 전과 공판기간을 합하여 구속기간을 제한하는 강제적 규범이 없다. 연방의 경우 공판개시까지의 구속기간을 원칙적으로 30일로 제한하나, 이와 같은 기간이 경과하더라도 피고인을 석방해야 하는 것은 아니며 합리적 이유가 있으면 기간을 연장할 수 있다.<sup>70)</sup> 법원의 재판 진행 중 구속기간의 제한도 없다. 법원의 공판심리를 충실하게 하기 위한 것이다.

셋째, 인신구속기관으로서의 경찰, 검찰과 법원의 역할과 관계를 보면, 우선, 연방정부가 소추권을 갖는 연방범죄는 연방수사국(FBI), 국세청(IRS), 세관 등이 수사하여 연방검찰로 사건을 넘긴다. 이외 대부분의 범죄는 주 정부의 관할사건으로 주 경찰이 수사하여 주 검찰청에 송치한다. 이와 같은 사법경찰에 의한 수사사건의 경우 사법경찰이 영장을 청구한다. 미국의 검사는 범죄수사를 사법경찰에 의지하고 있으나, 검찰이 경찰과는 별개의 수사기관으로서 독자적 수사도 할 수 있다. 소추행위 등 대외적 소송행위는 원칙적으로 연방검사의 명의로 한다. 연방검찰이 직권으로 수사하는 사건에서는 연방검찰이 법원에 체포 등 영장을 청구한다. 검사는 형사사건에 관해 경찰에게 법률적 조언을 제공할 직업적 의무를 갖는다. 수사기관의 체포 의사가 확실하고 사전영장을 발부받는 이상 영장은 통상 부판사가 발부한다. 헌법의 요청에 따라 영장의 발부와 심사는 독립한 사법기관이 담당하는 것이 원칙이다. 영장의 법관발부 원칙, 즉 영장을 경찰이나 검찰로부터 중립적이고 독립적인(neutral and detached) 기관인 사법기관이 미리 요건의 준부를 심사하여 발부하게 하는 것은 일반영장 내지 일반수색을 제한하기 위해 연방 수정헌법 제4조를 도입한 이래 확립된 원칙이다.<sup>71)</sup> 이를 통해 수사 초기와 인신구속 단계에서부터 법원을 관여하게 하여 그 이후 진행되는 유무죄 인정 및 양형절차에 이르는 형사공판절차 전반이 법원을 중심으로 행해져야 함을 헌법에서 원칙으로서 확인한 것으로 이해된다.

### (3) 미국의 헌법적 인권보호 기제로서의 인신보호영장제도

#### 가. 미국 인신보호영장제도의 기원과 역사적 변천과정

구속적부심사제도의 기원은 영국의 인신보호영장제도에서 찾을 수 있다. 이 제도 도입 초기 영국에서는 법정 또는 재판관의 면전에 신병(身柄)을 제출한다는 의미만이 부여되어 있었으며,

70) 18 U.S.C. § 3161(b), (h).

71) *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1946).

국왕재판소에서의 재판의 편의를 위해 당사자 또는 배심원의 신체를 구금해 두고 출정을 확보하기 위해 발하여졌다.<sup>72)</sup> 이후 스튜어트(Stuart) 왕조에 들어와 국왕이 보통법(common law) 법원 이외의 기관인 성실재판소(星室裁判所) 등을 이용하여 반대파를 억압하려고 시도하자, 피구속자 등의 신청에 의해 보통법 법원이 구속주체에 대해 인신보호영장을 발부하여 체포·구속하고 있는 당사자(피구속자)를 법정에 출두시키도록 명령함으로써 피구속자를 해방시켰고, 이에 기원하여, 사람의 신체를 구속하고 있는 자에 대해 피구속자의 신병을 법원 또는 법관 앞에 구속이유와 더불어 제출할 것을 명하고 구속의 이유가 불충분한 경우 법원 또는 법관이 피구속자를 석방하는 영장으로서 부당한 인신구속으로부터 신속히 피구속자의 신체의 자유를 회복시키는 제도로 발전하였다.<sup>73)</sup> 이를 토대로 하여 영국에서는 1679년 인신보호법(Habeas Corpus Act)이 제정되어 반란죄 기타 중죄로 인한 구금으로서 구금의 이유가 구금장에 명시되어 있는 경우를 제외하고는 모든 형사절차에서의 인신구속에 대한 구제절차가 정비되었고, 이후 1814년의 인신보호법에서 형사절차 이외에서의 인신구속에 대해서도 인신보호영장을 통한 구속적부심사제도가 정비되었다.<sup>74)</sup>

미국에서는 연방헌법 제정기부터 줄곧 인신보호영장제도가 인권 보장을 위한 중요한 도구로 인식되었고, 미연방헌법에 이를 명시적으로 규정하는 조항이 포함되었다.<sup>75)76)</sup> 연방 차원에서는, 미연방헌법이 제1조 제9항에서 인신보호영장을 명시적으로 언급하여, “인신보호영장에 관한 특권은 반란 또는 외침의 경우 공공의 안전을 위해 요구되는 경우가 아닌 한 이를 정지할 수 없다(The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in cases

72) 이영란, 『구속적부심사제도에 관한 연구』(서울대학교 법과대학원 법학박사학위논문, 1987), 44면 이하; 최경원, “영·미법상의 인신보호영장제도(1)” (법조 제29권 제6호, 1980) 45면 이하; 최경원, “영·미법상의 인신보호영장제도 (2)” (법조 제29권 제7호, 1980) 36면 이하 참조.

73) 이영란, 『구속적부심사제도에 관한 연구』(서울대학교 법과대학원 법학박사학위논문, 1987) 44면 이하.

74) 영국 인신보호영장제도의 역사적 발전과정을 상세하게 분석한 문헌으로서는, Clarke D. Forsythe, *The Historical Origins of Broad Federal Habeas Review Reconsidered*, 70 *NOTRE DAME LAW REVIEW* 1079 (1995), 1090면-1101면 참조.

75) 미연방성립기에 당시의 영국 인신보호법상의 인신보호영장제도 및 그 근간이 되는 이념은 당연히 필요한 것으로 인식되고 받아들여졌다고 한다. Francis Paschal, *The Constitution and Habeas Corpus*, 1970 *DUKE LAW JOURNAL* 602 (1970), 608면, 622면. 또한, 미연방헌법제정관련 기록을 보아도 이 제도가 헌법에 의해 규정되어야 한다는 데에 이론이 없었고(Id. 608면-617면), 연방헌법제정안에 대한 비준을 지지하던 연방주의자들에 의해서도 전제정권의 자의적 권력행사로 부터 인신의 자유를 보장하기 위해 필요한 제도("protection against the practice of arbitrary imprisonments")로서 언급되고 지지되었다. THE FEDERALIST PAPERS No. 84(Alexander Hamilton)(Modern Library ed., 1941). 미연방초기인 1800년 시점에서 보면 당시 13개의 주(州) 중에서 7개 주(州)가 제정법률의 형식으로 인신보호영장제도를 도입하고 있었고, 나머지 주들도 common law상 이 제도를 보유하고 있었다. Milton Cantor, *The Writ of Habeas Corpus: Early American Origins and Development*, FREEDOM AND REFORM(Harold M. Hyman & Leonard W. Levy, eds., 1967)에 게재, 57면(인신보호영장을 "the great and efficacious writ in all manner of illegal confinement"이라고 묘사한 William Blackstone의 말을 인용하여 설명함).

76) 이러한 호의적인 인식은 19세기까지도 변함없이 지속되었다고 한다. Rollin C. Hurd, *A TREATISE ON THE RIGHT OF PERSONAL LIBERTY AND ON THE WRIT OF HABEAS CORPUS AND THE PRACTICE CONNECTED WITH IT*(Albany, W.C. Little & Co., 1858)(Steven Semeraro, *Two Theories of Habeas Corpus*, 71 *BROOKLYN LAW REVIEW* 1233 (2006)의 각주222번에서 재인용), 144면.

of rebellion or invasion the public safety may require it.)”고 규정하고 있으며, 1789년의 관련 연방법률의 제정 이후 연방 제정법의 제·개정을 통해 법률의 차원에서 구체적 제도를 채택하고 있다. 개별 주(州)의 차원에서는, 1860년대에 이르러 거의 모든 주(州)에서 주(州)헌법에 인신보호 영장제도를 규정하였고,<sup>77)</sup> 역시 개별 주(州)의 법률과 판례가 각 주(州)의 인신보호영장제도를 구체화하고 있다. 이렇듯 미국 인신보호영장제도는 연방의 차원에서는 연방헌법과 연방법률에, 개별 주(州)의 차원에서는 주(州)헌법과 주(州)법률에 규정되어 있으며, 각 차원에서의 제정법의 개정과 법원의 판결에 의해 관련법리가 정립되었다.

이러한 미국의 인신보호영장제도의 구체적인 모습은 이후 역사를 통해 지속적으로 변천해 왔다. 미국 연방의회가 제정한 1789년의 법원조직법(Judiciary Act)은<sup>78)</sup> 연방법원에게 “구속의 근거를 심리하기 위해” 인신보호영장을 발부할 수 있는 권한을 부여했으나(제14조), 동시에 연방법원의 관할을 피구속자가 연방기관에 의해 구속된 경우에 제한하였다.<sup>79)</sup> 1867년 미연방의회는 연방법원의 인신보호영장 발부권한과 연방 인신보호영장의 사용범위를 대폭 확대하는 취지로 법률을 개정하여, 연방헌법, 연방법률 또는 조약에 위배하는 모든 인신구속의 경우 연방법원이 인신보호영장을 발부하여 이에 의한 구제를 부여할 수 있도록 규정하였는데(“[T]he several courts of the United States shall have power to grant writs of habeas corpus in all cases where any person may be restrained of his or her liberty in violation of the constitution, or of any treaty or law of the United States.”),<sup>80)</sup> 이 문구가 오늘에까지 유지되고 있다. 이러한 1867년 개정으로 인해 연방 인신보호영장이 주(州) 공권력 및 기관에 의한 인신구속에 대한 사법적 구제를 위해서도 사용되게끔 되었다.

이후 1891년의 입법에서는 미연방대법원에게 연방과 주(州)의 절차를 불문하고 형사판결에 의한 인신구속에 대해 인신보호영장을 발부할 수 있는 절대적 권한이 부여되었다.<sup>81)</sup> 이후 미연방 대법원은 주(州)형사절차에 의한 피구속자의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된 경우에 주(州)형사절차에서 이를 교정할 절차를 제공하지 않는 경우에는 인신보호영장절차에 의한 사법적(司法的) 구제가 주어진다고 판시하였다.<sup>82)</sup> 이후 1916년의 법개정을 통해 주(州)형사판결에

77) 통계는 E. Ingersoll, THE HISTORY AND LAW OF THE WRIT OF HABEAS CORPUS(Philadelphia, T.K. & P.G. Collins, 1849)(Steven Semeraro, Two Theories of Habeas Corpus, 71 BROOKLYN LAW REVIEW 1233 (2006)의 각주223번에서 재인용) 39면-46면. New York주 헌법의 인신보호영장조항은 다음과 같다: "The privilege of a writ or order of habeas corpus shall not be suspended, unless, in case of rebellion or invasion, the public safety requires it." Constitution of the State of New York, Article I (Bill of Rights), Section 4. 또한 California주 헌법의 인신보호영장조항은 다음과 같다: "Habeas corpus may not be suspended unless required by public safety in cases of rebellion or invasion." Constitution of the State of California (1879), Article I (Declaration of Rights), Section 11.

78) Judiciary Act of 1789, 1 Stat. 73 (1789).

79) Judiciary Act of 1789, ch. 20, sec. 14, 1 Stat. 73, 81 (1789).

80) 14 Stat. 385 (1867).

81) 26 Stat. 827-282 (1891).

의한 인신구속에 대해 미연방대법원이 인신보호영장절차를 통해 사법적 구제를 부여할 수 있는 권한은 재량적 권한으로 변화했고,<sup>83)</sup> 1923년에는 주(州)형사절차가 적법절차를 전적으로 결여 하였으며 이를 교정할 절차를 주(州)절차에서 제공하지 않은 경우에 연방 인신보호영장절차에 의한 인신구속상태에 대한 구제가 주어진다고 판시되었다.<sup>84)</sup> 이어 1935년에는 주(州)절차가 공정한 재판을 제공하였는지를 판단함에 있어 법원이 적법한 관할을 가졌는지의 형식적 심사를 넘어설 수 있는 계기가 마련되었고,<sup>85)</sup> 1938년에는 미연방대법원이 연방법원은 인신보호영장절차에서 청구인(피구속자)의 연방헌법상의 권리의 위헌적 배제 여부를 판단해야 한다고 판시하기에 이르렀다.<sup>86)</sup> 그러나, 동시에, 이러한 전 기간에 걸쳐 미연방대법원은 인신보호영장제도가 항소심을 대체하거나 항소심의 기능을 하는 것이 아님을 분명히 해 왔다.<sup>87)</sup>

이후 1953년의 *Brown v. Allen* 판결에서<sup>88)</sup> 미연방대법원은, 주(州)절차에 의해 수감된 자의 인신구속이 연방헌법상의 기본권에 위배되는 것이라면, 주(州)절차상 허용되는 구제절차를 모두 시도한 경우에는 연방 인신보호영장절차에 의한 구제를 받을 수 있다고 판시하였다. 1963년의 *Fay v. Noia* 판결에서<sup>89)</sup> 미연방대법원은 *Brown v. Allen* 판결을 재확인하면서, 연방 인신보호절차에서 연방법원이 부가적 증거를 채택할 수 있다고 판시하였으며, 청구인(피구속자)이 주(州)절차상의 구제절차를 적기에 사용하지 않음으로써 주법(州法)상 그러한 구제절차의 사용을 실기(失期)한 경우에도, 그러한 실기(失期)가 의도적인 것이 아닌 이상 연방 인신보호영장절차를 사용할 수 있음을 판시하였다. 그러다가 1992년의 *Keeney v. Tamayo-Reyes* 판결을 전환점으로 하여서는<sup>90)</sup> 미연방대법원이 연방 인신보호영장절차의 대상범위를 축소시키기 시작하였으며, 이후의 연방 대법원 판례는 이러한 경향을 대체로 유지해오고 있다.

82) *Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309, 334-335 (1915).

83) 39 Stat. 726-727 (1916).

84) *Moore v. Dempsey*, 261 U.S. 86, 88-89 (1923).

85) *Mooney v. Holohan*, 294 U.S. 103, 112-113 (1935).

86) *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 465-469 (1938).

87) *Valentina v. Mercer*, 201 U.S. 131, 138 (1906).

88) 344 U.S. 443, 485-487 (1953).

89) 372 U.S. 391, 391-399, 426-427 (1963).

90) 118 L.Ed.2d 318 (1992). 이 사안에서 Cuba계 이민자인 청구인(피구속자)은 영어를 거의 이해하지 못하는 상태에서 주(州)형사절차에서 1급 고살죄(first-degree manslaughter)의 기소에 대해 nolo contendere plea를 하였는데, 이는 법원이 임명한 통역이 범죄의 주관적 요소에 대해 통역을 하지 않은 상태에서 이루어진 것이므로 무효임을 주장하였다. 미연방대법원은 청구인이 주(州)절차에서 이를 다투지 않은 것에 대해, *Fay v. Noia* 판결에서 정립된 바의 실기(失期)의 고의 성여부 기준(deliberate-bypass standard)이 아닌, "cause and prejudice" 새로운 기준을 적용해야 한다고 판시하였다. 이 기준에 의하면 청구인(피구속자)이 연방 인신보호영장절차에서 (一) 자신이 주(州)절차에서 당해 쟁점을 다투지 못한 원인을 보이고("show cause") 또한 (二) 그로 인한 실제적 불이익을 보이는("show actual prejudice resulting from that failure") 경우에만 인신보호영장절차의 실질심사단계에 나아갈 수 있게 된다. 미연방대법원은 이에 대한 예외를 인정하고는 있으나, '청구인(피구속자)이 연방 인신보호영장절차에서 실질심사를 받지 못하면 심대한 부정의가 초래됨을 보이는 경우'로 대단히 좁은 범위 내에서만 그 예외를 허용하고 있다.

미국의 연방 인신보호영장제도는 이러한 확대와 축소의 과정을 거쳐 변천해 온 바, 최근 1996년의 Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA)에 의해 그 범위가 대폭 축소되었다.<sup>91)</sup> 1996년의 AEDPA는 연방법원으로 하여금 주(州)법원의 연방법상 쟁점에 대한 심리와 판결을 존중할 것을 요구하여, 주(州)형사절차에서의 판결에 의한 구속에 대해 심리하는 연방 인신보호영장절차의 법원은, 주(州)법원의 판결이 미연방대법원의 선례에 의해 명백하게 정립된 연방법에 배치되거나 이를 비합리적으로 적용한 경우가 아닌 한, 주(州)법원의 판결을 존중하도록 요구하고 있으며,<sup>92)</sup> 또한 연방 인신보호영장제도에 절차적 제한을 도입·증대시켰다.<sup>93)</sup>

이상과 같이, 연방 인신보호영장제도는 시대에 따라 상당한 확대와 축소의 과정을 겪으며 변천하여 왔다. 앞서 본 바와 같이 미국법상 인신보호영장제도는 1950년대 이후 제정법의 개정과 미연방대법원 판례의 변화에 의해 이에 의한 구제를 위한 요건이 변천되면서 제도의 적용범위가 1960년대의 확대 과정 및 1970년대 이후의 일련의 축소 과정을 겪으며 변화되어 왔다. 미국에서의 전국적인 민권운동의 전개와 연방헌법이 보장하는 형사절차상의 기본권의 구현에 관한 주(州)법원에 대한 불신이 팽배했던 시대의 분위기와 함께한 1960년대의 확장기에 연방법상 보장되는 형사절차상의 기본권이 주(州)법원의 절차에서 확보·실현됨을 담보하기 위한 간접적 수단의 하나로서 연방법원에 의해 연방 인신보호영장제도가 사용되었던 점은 주목할 만하다. 이러한 시대적 변천에 대해서는 미국의 연방법원이 연방법을 확인하고 적용하는 권한을 주(州)법원에 대해 인식시키고 실현하는 도구이자 매개로서 연방 인신보호영장제도가 사용되어 왔다는 분석이 있다.<sup>94)</sup> 이러한 입장에서는, 연방 인신보호영장제도의 적용범위는 연방헌법상의 신체의 자유에 관한 기본권 법리를 따라가지 않고 있는 경우 확대되며, 반대로 연방헌법상의

91) 미연방대법원의 판례에 의해 인신보호영장제도의 범위가 축소되기 시작한 후에도 연방 제정법률상으로는 그러한 축소의 시도가 1996년의 AEDPA까지 상당 기간 지연되었다. 1996년의 AEDPA 이전의 10여년 동안 연방 인신보호영장제도의 범위를 축소하려는 법률개정안이 꾸준히 발의되었으나, 법률안이 의회에서 통과되지 않았다. Larry W. Yackle, *The Habeas Hagioscope*, 66 *SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW* 2331 (1993), 2344면-2373면(1940년대부터 1990년대 초까지의 연방인신보호영장제도 관련 법률개정안 설명).

92) 28 U.S.C. § 2254(d)(1)-(2) (2000).

93) 28 U.S.C. § 2244(d); James Liebman, *An "Effective Death Penalty"? AEDPA and Error Detection in Capital Cases*, 67 *BROOKLYN LAW REVIEW* 411 (2001), 415면-416면.

94) *Ableman v. Booth*, 62 U.S. 506, 525 (1858). 이 판례 이전의 시기에는 인신보호영장제도가 보통법(common law) 법원이 관할을 유지하는 수단이 됨으로써 인신보호영장제도가 연방과 주(州)간에 일정한 상호통제의 기능을 하였다는 견해도 있다. William F. Duker, *A CONSTITUTIONAL HISTORY OF HABEAS CORPUS* (1980), 8면, 33면-48면; Eric M. Freedman, *HABEAS CORPUS: RETHINKING THE GREAT WRIT OF LIBERTY* (2001), 6면("[F]ederal habeas corpus implements the theme of checks and balances that pervades [the federal] constitutional structure."); Daniel J. Meador, *HABEAS CORPUS AND MAGNA CARTA* (1966)(미국에서의 인신보호영장제도가 영국 인신보호영장제도가 복잡다기한 영국법원조직내의 경쟁관계 조정 역할을 한 것과 유사한 기능을 한다고 분석함); Larry W. Yackle, *The Habeas Hagioscope*, 66 *SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW* 2331 (1993), 2338면("[T]he writ provided the means by which the federal courts came to have ultimate authority to vindicate federal claims arising in state criminal cases"); Larry W. Yackle, *Explaining Habeas Corpus*, 60 *NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW* 991 (1985), 997면("Properly conceived, the writ is not a procedural vehicle for the protection of physical liberty but an instrument of governmental administration employed to distribute authority and responsibility between courts of concurrent jurisdiction.").

기본권 법리가 주(州)법원에서 체계적·안정적으로 구현되고 있는 경우에는 그 적용범위가 축소된다고 본다.<sup>95)</sup> 또한, 인신보호영장제도의 이념에 초점을 두어, 법체계 외부의 독립적 사회적·정치적 요소가 시대에 따라 변화해감에 따라 이러한 시대적 수요에 대한 반응으로서 인신보호영장제도의 적용범위가 변천해왔다는 분석도 가능할 것이다.

최근 미국에서는 형사절차에서의 신체구속에 대한 인신보호영장의 사용범위는 점차 축소되고 있으나, 형사절차 이외에서의 공권력에 의한 인신구속의 경우 그러한 인신구속의 합법성을 심사하는 기제로서의 인신보호영장의 의의는 지속적으로 유지되고 있다는 점은 유의할 만한 점이다. 미국에서 행정상 인신구속에 대한 사법적(司法的) 구제수단으로서의 인신보호영장은 주로 이민법상 외국인 체류자에 대한 절차의 맥락에서 논의되고 있다. 미연방대법원은 *INS v. St. Cyr* 사안에서<sup>96)</sup> 강제출국조치면제처분신청을 거부하는 결정에 대해 인신보호영장제도를 사용할 수 있다고 판시하였으며,<sup>97)</sup> *Rasul v. Bush* 사안에서는<sup>98)</sup> 군(軍) 수감시설에 수감된 비시민권자인 피구속자(청구인)가 인신보호영장절차를 통해 구속의 합법성에 대한 사법적 심사를 받을 수 있다고 판시하였다.<sup>99)</sup> 또한 *Hamidi v. Rumsfeld* 사안에서도<sup>100)</sup> 전시 이적행위에 대한 증거에 의한 수감의 경우에도 행정력에 의한 인신구속에 사법적 구제수단이 전혀 제공되지 않는다면 이는 위헌임을 다시 한 번 확인하였다.<sup>101)</sup> 다른 한 편, 주(州)형사절차의 진행 중에 미국이 가입한 국제조약상의 의무에<sup>102)</sup> 위반하는 인권침해행위가 있었음이 주장되는 경우에도 인신보호영장 제도의 사용가능성과 범위가 문제될 수 있으나, 이 점에 대해서는 현재까지 명확하게 정립된 법리는 없다.

95) 이러한 예의 하나로서, 1960년대와 1970년대에 걸쳐 미연방대법원이 연방헌법상 보장되는 일련의 형사절차상의 권리를 주(州)에 적용하면서 예상되는 주(州)의 혼란과 반발에 대한 대응책으로서 동시에 인신보호영장제도의 범위를 확장한 것을 생각할 수 있다. 미연방헌법상 보장되는 형사절차상의 권리가 주(州)형사절차에 안착하고 난 후에는 미연방대법원의 판례를 통해 그 범위가 축소되었다.

96) 533 U.S. 289 (2001).

97) *Id.*, 300면-301면. 그리고 *Clark v. Martinez*, 125 S.Ct. 716 (2005)(법정 구속기간을 초과하여 구속되어 있는 불법체류 비시민권자에 대해서도 인신보호영장절차에 의한 구제가 주어진다고 판시함)판례도 참조할 것.

98) 542 U.S. 466 (2004).

99) *Id.*, 483면-484면.

100) 542 U.S. 507 (2004).

101) *Id.*, 537면-538면.

102) 미국은 1969년 Vienna Convention on Consular Relations and Optional Protocol on Disputes(Apr. 24, 1963, 21 U.S.T. 77, 596 U.N.T.S. 261; 115 Cong. Rec. 30,997 (1969))에 가입하였다. 이 조약의 제36조 제(1)항에 의하면 체포·수감·구금·구속된 외국인에 대해 현지의 모국 대사관 또는 영사관에 그 사실을 고지하고 모국 대사관 또는 영사관과 의사소통하여 피구속자가 모국 대사관 또는 영사관으로부터 조력이 제공되는 경우에는 이를 받을 수 있음을 권리로 규정하고 있다. 미국이 이와 동시에 가입한 Optional Protocol Concerning the Compulsory Settlement of Disputes에 따르면, 위 조약의 해석과 적용에 관해 분쟁이 있을 때에는 International Court of Justice가 배타적 관할을 갖는다(이후 미국은 위 Protocol에서는 탈퇴하였다). 미연방대법원은 위 Vienna Convention은 직접적용(self-executing)되는 것으로 판시하였다(*Torres v. Mullin*, 540 U.S. 1035, 1039 (2003) 참조).

## 나. 현행 미국 인신보호영장제도의 분석

미국의 인신보호영장제도는 헌법적 공정성과 정의관념에 비추어 위법·부당한 체포·구속의 방법으로 신체의 자유가 부당하게 침해된 경우에 이에 대한 사법적(司法的) 구제를 부여하는 절차로서,<sup>103)</sup> 위법·부당한 인신구속에 대한 사법적(司法的) 심사를 헌법적 차원에서 보장하는 것을 본질로 한다. 기술한 바, 미국 연방헌법 제1조 제9항은 인신보호영장을 명시적으로 언급하여 “인신보호영장에 관한 특권은 반란 또는 외침의 경우 공공의 안전을 위해 요구되는 경우가 아닌 한 이를 정지할 수 없다”고 규정하고 있다. 이에 입법자는 인신보호영장 제도 자체를 폐지할 수는 없지만<sup>104)</sup> 공공의 안전을 위해 부분적으로 이를 정지할 수 있으며, 제정법을 통해 구체적인 절차 및 내용을 결정하고 절차적 요건을 부과함으로써 당사자의 권리행사를 일정한 범위로 한정할 수 있다.<sup>105)</sup> 이하에서는 이러한 미국 인신보호영장제도를 우리에게 주요한 시사점을 주는 특징별로 설명한다.

첫째, 미국 인신보호영장절차는 체포·구속절차 자체와는 분리된 별도의 절차로서, 헌법적 특수절차이며,<sup>106)</sup> 2단계 심사절차이다. 미국의 인신보호영장제도는 공권력행사기관 등이 체포·구속의 방법으로 신체의 자유를 부당하게 침해하는 경우에 대한 사후적 구제절차로서, 인신보호영장은 특정인의 신병(身柄)을 법관의 면전에 출두시키라는 취지로 법관이 발부하는 영장이다. 미국의 인신보호영장제도는 (ㄱ)인신보호영장의 발부 여부를 검토하는 절차인 제1단계 서면심사와 (ㄴ)위 영장이 발부된 경우에 한하여, 관할법원이 심문기일을 지정하여 당사자(피구속자와 구속주체)를 소환하고 사실조사와 변론청취를 거쳐 그 신병에 관한 결정(청구가 이유 있는 경우에는 석방 명령)을 하는 절차인 제2단계 실질심사로 구성된다. 이러한 미국의 인신보호영장제도는 당사자에 대한 체포·구속이 이루어진 절차와는 분리된 별도의 절차(collateral review)이며, 본질적으로 민사절차로서,<sup>107)</sup> 당사자의 청구가 있는 경우에 한하여 절차가 개시된다. 인신보호영장제도하에서의 법관은 심리절차에서 체포·구속이 이루어진 원인관계 등에 대한 최종적인 사법판단을 하는 것이 아니며, 헌법적 공정성과 정의관념에 비추어 체포·구속 자체의 실질적 정당성 여부를 별도로 심리·판단하는 것이다.

법원은 제1단계 서면심사에서 당해 체포·구속의 형식적인 적법성 등을 검토하여, 청구인(petitioner; 피구속자)이 제출한 청구서 및 자료에 의해 당해 체포·구속의 불법성이 부각되지 않는

103) *Scaggs v. Larsen*, 396 U.S. 1206 (1969).

104) *Grego v. Sheriff, Clark County, Nevada*, 94 Nev. 48, 574 P.2d 275 (Nev. 1978)(“Constitution prohibits abolishment of habeas corpus.”).

105) *Molo v. Johnson*, 207 F3d 773 (C.A.5, Tex., 2000).

106) 연방법 및 주법(州法)상 인신보호영장절차는 기본적으로 민사절차의 성격을 갖는다. 다만, California주를 포함한 일부 주(州)의 주법(州法)상으로는 넓은 의미의 형사적 절차의 하나로 규정되어 있기도 하다.

107) *State v. Preciose*, 129 N.J. 451, 1992 A.2d 1280 (1992).

경우 제1단계에서 청구인의 영장신청을 기각 혹은 각하한다. 제1단계 심사결과 정당성 여부에 의문이 있다고 판명된 경우에 한하여 법원이 인신보호영장을 발부하여, 구속주체와 피구속자를 소환한 다음, 사실조사와 변론청취를 통해 구체적인 적법성에 대한 제2단계 실질심사를 한다. 제1단계 서면심사절차에서 청구인이 제출한 청구서 및 관련 자료에서 체포·구속의 불법성을 보이지 못하는 경우에는 법원이 청구인의 신청을 각하 또는 기각하므로, 미국의 인신보호영장 제도가 모든 청구인에게 법관을 직접 대면할 수 있는 기회를 보장하는 것은 아니다. 또한, 미국의 인신보호영장제도를 규정하는 연방법과 개별 주법(州法)들은, 제도의 취지를 살리고 실효성을 담보하기 위한 필수적인 핵심 요소로서, 인신보호영장절차에서의 심리·판단함에 있어 법원이 ‘신속하게’ 대응할 것을 규정하고 있다.<sup>108)</sup>

청구인은 원칙적으로 자신의 청구에 관한 주장·입증책임을 부담하며, 입증의 정도는 민사절차에서의 원칙인 ‘증거의 우위에 의한 개연성’ 기준(“by preponderance of the evidence to show an unlawful detention”)에 의한다. 구속주체는 반대당사자(respondent)로서 당해 구속의 적법성에 대해 주장·입증하게 된다. 제1단계 서면심사에 따라 인신보호영장이 발부되면 최소한 당해 체포·구속의 불법성의 개연성이 인정된 것이므로, 제2단계 실질심사에서는 사실상 입증의 부담이 전환된 것과 유사한 상태가 되어, 구속주체의 입장에서 당해 체포·구속의 적법성을 적극적으로 주장·입증하게 된다. 인신보호영장제도의 제2단계 실질심사 절차에서 법원이 당해 구속의 실질적인 불법성이 구체적으로 인정된다고 판단하여 당사자에 대한 체포·구속이 부적법하다고 인정하는 경우에는 피구속자의 신체의 자유를 회복시키는 석방(discharge) 조치를 하고, 위와 같은 불법성이 인정되지 않는다고 판단하여 당해 체포·구속이 적법하다고 판단하는 경우에는 구속주체의 당사자에 대한 체포·구속 상태를 그대로 유지하도록 하는 조치를 취한다. 다만, 당해 체포·구속이 적법한 경우에도, 필요한 경우 적당한 조건을 붙여서 청구인에 대한 보석(bail)을 하여 조건부로 당사자의 신체의 자유를 회복시키는 경우도 있다.<sup>109)</sup>

둘째, 미국에서의 인신보호영장제도는 원칙적으로 관할권 없는 법원이 재판할 수 있는 경우에 대한 구제수단으로 사용되어 왔으며,<sup>110)</sup> 따라서 관할권 있는 법원의 재판에 근거하여 신체의 자유가

108) 미국의 연방법률은 "When the writ or order is returned, a day shall be set for hearing, not more than five(5) days after the return unless for good cause additional time is allowed"라고 규정하고 있다(28 U.S.C. § 2243). 뉴욕주 법률은 "The court to whom the petition is made shall issue the writ without delay on any day, or, where the petitioner does not demand production of the person detained or it is clear that there is no disputable issue of fact, order the respondent to show cause why the person detained should not be released. [이하 생략]"이라고 규정하고 있다(State of New York Civil Practice Law and Rules, Chapter Eight, Article 70(Habeas Corpus), § 7003). 캘리포니아주 법률은 "On filing, the clerk of the court must immediately deliver the petition to the presiding judge or his or her designee. The court must rule on a petition for writ of habeas corpus within 60 days after the petition is filed."라고 규정하고 있다(California Rules of Court, Title 4, Division 6 (Postconviction and Writs), Chapter 2 (Habeas Corpus), Rule 4.551(Habeas Corpus Proceedings)의 § (a)(3)(A)).

109) *In re Dugan*, 6 D.C. 139 (1865).

110) *Rose v. Mitchell*, 443 U.S. 545 (1979).

제한된 사안에서는 원칙적으로 재판의 존재로써 당해 체포·구속이 정당화되는 것으로 파악되고 있다. 그러므로, 미국에서 법원의 재판이 체포·구속의 근거인 경우, 청구인이 당해 재판에 ‘단순한 법률위반’이 존재한다고 주장·입증하였다는 사유만으로는 제1단계 서면심사를 통과할 수 없다.<sup>111)</sup> 다만, 예외적으로 제1단계 심사절차에서 재판 자체에 ‘단순위법’ 이상의 명백한 하자가 있다는 점이 인정된 경우에 한하여 비로소 인신보호영장을 발부하여 제2단계 실질심사를 실시하도록 제도가 정립되어 있다. 재판 자체에 단순위법 이상의 명백한 하자가 있는 경우란, 해당법원에 재판관할권이 존재하지 않는 경우, 또는 법원이 발부한 영장에 헌법에서 요구하는 개연성 (“probable cause”) 요건이 결여되어 있는 등, 당해 재판의 형성과정에 헌법위반이 있음이 인정되는 경우이다.

법원의 재판에 의한 신체구속 이외의 공권력에 의한 인신구속의 경우에도 헌법상의 특별한 권리로서의 인신보호영장제도에 의한 사법적(司法的) 구제가 부여되는데, 보다 구체적으로 이러한 경우에는 보건당국이 전염병에 감염된 것으로 의심되는 사람들을 격리하거나 구금한 경우,<sup>112)</sup> 또는 출입국관리법(이민법) 등에 근거하여 법무부장관이 행하는 억류결정의 경우<sup>113)</sup> 등이 포함되어, 원칙적으로 인신보호영장제도의 적용영역이 된다. 미국의 연방법 및 주법(州法)상의 인신보호영장청구의 대상자를 보다 구체적으로 적시하면, 형사절차상 체포·구속된 자, 형사절차에서 유죄판결이 확정되어 수감중인 자, 집행유예(probation)에 따른 보호관찰의 대상자, 가석방(parole)이 취소된 자, 보석(bail)중인 자, 강제출국(deportation) 대상자인 비시민권자로서 구금시설에 구금되어 있는 자, 군(軍) 구금시설에 구금되어 있는 자, 책임무능력자로서 정신병동 등의 시설에 감호되어 있는 자 등이다.

다음, 원칙적으로 인신보호영장제도에 의한 구제는 청구인이 법원에 인신보호영장을 청구하는 시점에 인신구속의 상태에 있을 것을 요건으로 한다.<sup>114)</sup> 연혁적으로는 인신보호영장에 의한 구제는 그로써 청구인을 실제의 물리적 피구속상태에서 해방시키게 되는 경우에만 부여되었다.<sup>115)</sup> 이후 시간이 흐르면서 인신보호영장에 의한 구제의 필수적 요건으로서의 엄격한 인신구속상태의 요구는 점차 완화되어, 이제는 청구인이 인신보호영장청구시점에 ‘공동체 일반이 누리는 것보다

111) 미국 연방대법원은, *Knewel v. Egan*, 268 U.S. 442 (1925) 등에서, 법원의 재판에 ‘단순위법사항’이 존재한다는 사유만으로는 Habeas Corpus 청구를 인용하지 않는다는 원칙을 확인하였다. 이러한 판례는, 법원의 경우, 일정한 요건이 구비되는 경우 미국 연방헌법 개정 제4조에 근거하여 당사자의 ‘신체의 자유’를 직접적으로 제한하는 영장(warrant)을 발부할 수 있고, 유죄판결을 하면서 징역형을 선고하는 경우에도 당사자가 수감되어 ‘신체의 자유’가 제한되는 것이 당연하기 때문에, 구체적인 재판에 근거하여 당사자의 신체의 자유가 제한되는 것은 이러한 한도에서 사법권 행사의 본질적인 내용에 해당하므로, 원칙적으로 ‘신체의 자유’를 제한하는 재판이 존재하는 자체가 헌법적 차원에서 체포·구속을 정당화할 수 있는 사유가 된다는 취지로 이해할 수 있다. 이 분석은 김시철판사가 작성한 2002헌바 104(형사소송법 제214조의2 제1항 위헌소원) 사안에서의 연구보고서 135면의 각주42번에서의 분석을 따랐다.

112) *Corpus Juris Secundum Habeas Corpus* (III. Grounds for Relief).

113) *Liang v. I.N.S.*, 206 F3d 308 (2000).

114) 28 U.S.C. §§ 2241(c), 2254(a); Federal Habeas Corpus Practice, 20 AMERICAN JURISPRUDENCE, TRIALS 1 § 17.

115) *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934)(overruled by *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968)).

더 제한적인' 피구속상태에 있기만 하면 영장청구의 요건이 충족되며,<sup>116)117)</sup> 반드시 실제의 물리적 피구속상태가 아니더라도 구속상태로 의제될 수 있는 상태에 있으면("constructive custody")<sup>118)</sup> 피구속상태의 요건이 충족되므로, 집행유예(probation)에 따른 보호관찰의 대상자와 가석방(parole)이 취소된 자 등도 인신보호영장을 청구할 수 있다.

셋째, 연방 인신보호영장제도상의 보충성 요건(exhaustion requirement; exhaustion of state remedies)에 관하여 보면, 연방 인신보호영장절차상 인신보호영장을 청구하는 청구인(피구속자)은 인신보호영장절차에서의 절차적 요건으로서 주법(州法)상 허용되는 구제절차를 모두 경유했음을 입증할 책임을 진다.<sup>119)</sup> 이러한 요건을 충족하기 위해서는 청구인은 (ㄱ)당해 인신보호영장절차에서 다투려는 연방법상의 쟁점이 주(州)사법절차에서의 최고법원에서 주장되었으며(presentation requirement),<sup>120)</sup> 또한 (ㄴ)그러한 연방법상의 쟁점의 각각이 모두 주(州)사법절차상의 최고법원에서 주장되었음을(total exhaustion requirement)<sup>121)</sup> 보여야 한다. 단, 허용되는 주법(州法)상의 구제절차가 부재함을 입증하는 경우에는, 연방법상의 쟁점이 주(州)사법절차상의 최고법원에서 주장되지 않은 경우에도 이러한 요건에 대한 예외를 인정한다(futility doctrine).<sup>122)</sup>

이러한 미국 인신보호법상의 보충성 요건은 원칙적으로 주(州)형사절차에서 유죄판결의 확정에 의해 구금된 피구속자가 연방법원에 연방절차인 인신보호영장절차를 청구하기 위해서는 주법(州法)상 허용되는 구제절차를 모두 경유할 것을 요구하는 것으로서, 미국식 주권(主權)개념과 미국식 연방제도하에서 개별 주(州)의 독립성과 그 절차를 존중하는 원리를 연방법 차원에서 법제화한 것이다. 따라서 비교법적 관점에서 미국 연방인신보호법상의 보충성 요건을 분석함에 있어서는 미국식 연방제도하의 특징적 장치라는 본질을 넘어서서 인신보호영장제도의 핵심적 요소인 신속성을 저해하는 바로 이해되어서는 안 될 것이다.

넷째, 미국 연방 인신보호영장절차에서는 연방법상의 쟁점만이 심리와 판단의 대상이 된다. 연방헌법이 보장하는 기본권에 위배하여 주(州)절차에 의한 구속이 있었음을 주장하는 경우에는 주장하는 바의 연방법상의 문제가 주(州)절차에서의 판결에 청구인(피구속자)에게 불이익한 영향을 준 경우임을 조건으로 하여(harmless error doctrine), 이를 연방 인신보호영장절차에서 다룰

116) *Carafas v. LaVallee*, 391 U.S. 234, 237-240 (1968).

117) 피구속상태에서 인신보호영장을 적법하게 청구한 후 구속상태가 해소되면, 일반적 mootness의 법리가 적용된다. Donald F. Roeschke, *Historical Aspects and Procedural Limitations of Federal Habeas Corpus*, 39 AMERICAN JURISPRUDENCE, TRIALS 157, § 13 (2007).

118) 다만, 완화된 요건하에서도, 인신보호영장 청구 시점에 청구인이 완화된 의미에서의 피구속상태에 있을 것이 요구되어, 경제적 손실(economic loss)과 같은 것은 피구속상태의 요건을 충족할 수 없다.

119) 28 U.S.C. §2254.

120) Donald F. Roeschke, *Historical Aspects and Procedural Limitations of Federal Habeas Corpus*, 39 AMERICAN JURISPRUDENCE, TRIALS 157, § 28 (2007).

121) *Id.*, § 29.

122) *Id.*, §§ 30, 31.

수 있다.<sup>123)</sup> 연방헌법상의 구체적 조항이 관련되지 않은 경우에는, 주법(州法)이 자의적으로 적용되어 청구인(피구속자)에게 공정한 재판에의 기본권이 부인되었음을 입증하여야 연방 인신보호영장절차를 통한 구제가 주어지게 된다.<sup>124)</sup>

### III 헌법적 형사절차, 법치주의와 인권보호

#### 1. 인권보호와 헌법상의 인신구속제도로서의 영장주의

##### (1) 헌법상의 인권보장 제도로서의 영장주의

우리 헌법 즉 대한민국헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고 있으며, 또한 대한민국 헌법 제16조 제2문은 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하여, 인신구속 등 수사기관에 의한 강제처분의 허용 조건으로서 법관이 발부한 영장을 제시할 것을 요구하고, 이 과정에서 동 영장은 검사의 신청에 의하여 발부되는 것으로 규정하고 있다. 이는 대한민국 헌법이 대한민국 고유의 헌정사와 제반 역사적 현실상의 필요성에 비추어 헌법상의 인권보장 제도이자 기제의 하나로서 우리나라 특유의 영장 관련 제도를 헌법의 차원에서 규정하여 보장하고자 한 결과이다.

인신구속 등 강제수사는 대상자 개인에게 있어 단순한 신체의 자유의 제약을 넘어 일상적 생활을 파괴하고, 헌법이 보장하는 무죄추정원칙과 사실상 내지 현실적으로 무관할 정도로 주위의 사람들로 하여금 유죄 추정에 이르는 예단을 갖게 하는 등 인권의 근본적이고 심대한 제약을 가져온다. 이에 법치국가에서는 수사의 직접적 당사자인 검찰 내지 경찰 등 수사기관이 아닌 제3자인 헌법상의 독립기관인 사법부의 법관의 객관적이고 공정한 판단에 의해서만 강제수사가 가능하도록 하는 원칙을 취하고 있는 경우가 많다. 즉, 신체의 자유와 영장주의의 헌법적 보장을 통해 헌법상 인권보장의 제도적 기반을 마련하고자 하고 있다. 대한민국 헌법은 영장청구권의 주체를 검사로 한정하여 명시하고 있고, 이에 대해서는 우리 고유의 역사적 현실에 비추어 헌법적 인권보장을 위한 장치로 이해하는 입장과 함께 필요성 결여와 부작용 존재를 근거로 비판하는

123) *Rose v. Clark*, 478 U.S. 570 (1986).

124) *Engle v. Isaac*, 456 U.S. 107 (1982) ("It is clear that, without a showing of the denial of the fundamental constitutional right to a fair trial, the mere allegation of state error is not ground for habeas corpus relief.").

입장이 공존하고 있다. 이는 검·경간의 수사권 조정의 차원에서 분석되고 논의될 것이 아니라 헌법적 법치국가의 인권보장의 관점에서 분석되고 논의되어야 함은 분명하다.

법치국가의 원리는 헌법 및 형식과 내용 모든 면에서 합헌적으로 성립된 법률에 의해서만 그리고 인간의 존엄과 가치, 자유, 정의, 법적 안정성의 보장의 목표 하에서만 국가권력의 행사가 허용된다는 국가구성의 기본 원리이다. 법치국가 원리의 구성요소에는 헌법의 최고규범성, 기본권 보장, 권력분립, 법률의 우위와 법률 유보를 내포하는 권력의 법기속성, 재판청구권 등 사법적 권리구제의 보장, 공법상 손해전보 제도, 비례원칙 내지 과잉금지원칙에 의한 공권력행사 제한 등이 있다. 또한 ‘헌법적 형사소송’의 개념이 그 중요한 요소이자 실현 방식이 된다. 헌법적 형사소송은 헌법의 이념에 의해 규제된 형사소송을 의미하며, 형사소송법의 입법과 해석에 있어, 헌법의 기본원리 특히 법치국가원리와 그 구성요소인 기본권 보장과 권력분립원리를 기준으로 해야 한다는 것이다. 대한민국 헌법 제10조는 “모든 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며...”라고 규정하여 인간의 존엄과 가치를 헌법을 포함한 국가법질서 전체이자 전반의 이념적 전제이자 기초로 하고 있다. 인간의 존엄과 가치는 국민 개개인이 동등한 인격 주체성을 가진다는 의미이며, 인간의 존엄과 가치는 기본저그로 자유주의적 법치국가의 이념과 상통한다. 형사소송의 관점에서 보면, 형사사법 관여자들의 실질적 대등성을 보장해야 한다는 것으로서, 각 당사자 개개인의 주체적 참여가 보장되어야 하고, 형사사법절차에 있어 인권보장을 실제적 진실 발견의 우위에 두어야 할 것이 요청된다. 수사기관의 강제처분에 관한 법정주의와 영장주의는 법치국가 원리가 형사소송법과 형사소송절차에 구체화된 가장 중요하고 대표적인 내용이다. 이에 영장주의 관련 규정의 해석과 관련 법제 논의는 헌법지향적 법률해석의 원칙에 따라 인권보장을 궁극적 목적으로 하는 헌법의 이념과 내용에 합치되도록 이루어져야 한다.

## (2) 헌법상의 영장주의의 본질과 관련 헌법 규정

법치국가의 국민 개개인은 자신이 당사자로 참여하는 형사사법절차에서 유죄가 확정되지 않는 한 그리고 유죄가 확정될 때까지는 무죄로 추정되며 따라서 당연히 시민으로서의 공적·사적 생활에 정상적으로 참여하여 생활을 영위할 수 있어야 한다. 이에 일정한 범죄사실에 대하여 혐의를 받고 있더라도 수사의 단계에서는 원칙적으로 인신을 구속당하지 않아야 한다. 이는 혐의 사실에 대한 방어준비의 측면에서 뿐 아니라 아직 입증되지 않은 혐의로 인해 자신의 삶의 연속성을 파괴당하거나 사후 회복이 불가능한 피해를 입지 않기 위해 헌법상 인권 보장의 차원에서 요청된다. 반면, 피의자를 신문하여 자백을 받거나 범죄 혐의를 증명할 증거를 획득하여야 할 수사기관으로서의 임의로 출석하거나 소환에 응하지 아니하는 피의자의 신병을 확보하기 위해 체포·구속을 행사고 피의자의 주거나 소지물품에 대해 압수·수색 등 강제처분을 하는 것이 대단히

필요하고 효율적일 수 있다. 이에, 시민의 인신 자유의 최대한의 보장과 실제적 진실발견을 위한 강제수사의 필요성 양자를 어떻게 어떠한 지점에서 어떠한 방식으로 조화시킬 것인가가 헌법적 법치국가에서 헌법적 인권보장의 요청상 핵심적 법제상의 문제가 된다. 헌법적 법치국가의 원리상 개인의 자유를 최대한으로 보장하고 개인의 자유를 제약하는 국가권력은 공적 목적 달성에 불가피한 최소한으로 되어야 하며 의심스러운 경우에는 개인의 자유에 유리하게 판단하여야 함이 헌법적 인권보장의 목적과 관점에서 형사사법절차의 관련 법제의 입법과 적용에서의 대원칙임은 물론이며 이에 임의수사가 원칙이나, 현실에서 관련 법제의 입법과 그 해석 및 적용을 논의함에 있어서는 제도와 현실의 모든 면에서 대단히 복잡한 쟁점과 문제들이 존재한다.

### (3) 대한민국헌법상 영장청구권 관련 헌법규정의 헌정사

최초의 근대적 형사사법제도가 1895년 대한제국의 재판소구성법 제정을 통해 수립된 후 1895년 4월 15일 법무령 제2호로 반포된 검사직제는 범죄수사를 검사의 직무로 규정하고 사법경찰에 대하여 영장집행을 명령할 권한을 인정하였다. 실무상 검사는 피고인을 체포해야 할 경우 경무청에 영장을 발송하여 경무청의 순경이 영장을 가지고 피고인을 잡아오는 방식이었다. 재판소구성법과 검찰직제에서 규정한 영장제도는 영장을 신분이 독립한 법관이 발부하도록 한 것이 아니라 검사가 발부하도록 하였고, 검사의 독자적 강제처분권을 인정하였다. 이후 1905년 4월 29일 법률 제2호로 제정된 형법대전은 강제수사에 대하여 개괄적으로 규정하고 있었지만 영장제도는 인정하지 않았으며, 1908년 7월 13일 법률 제13호로 제정된 민·형사소송규칙에서는 영장제도를 규정하되 법관 외에 수사기관인 검사와 사법경찰관에게 강제처분권을 인정하였다.

1909년 7월 12일 사법권이 일제로 강제이양되었고, 1910년 8월 29일 대한제국은 일본과 합병되었다. 일제에 의해 1909년 통감부재판소령, 1910년 조선총독부재판소령에 이어 1912년 조선형사령이 공포되어, 조선의 형사사법체제는 일본의 형사법률을 의용하는 식민사법의 형태를 갖게 되었다. 당시 일제가 형사사법의 틀로 구축한 세 가지 제령은 조선형사령, 조선태형령, 범죄즉결례였다. 범죄즉결례는 경미범죄의 처리를 식민지 사법경찰의 즉결심판에 맡기도록 하였고, 조선태형령은 조선인에게 종래의 태형을 계속 과할 수 있도록 하는 근거조항이었으며, 조선형사령은 일본에서 시행하던 일본 형법과 형사소송법을 조선에 의용하기 위한 근거를 제공하였다.

일제는 자국의 형사소송법에 포함되어 있었던 근대적 서구식 형사절차의 인권보장 장치를 각종 특례조항을 통해 배제하고 식민지배에 효율적인 방식으로 변형하여 형사법제를 운용하였다. 조선의 특수한 사정의 미명 하에 식민지 지배의 효율성을 도모하기 위해 조선형사령 제11조

이하에서는 일본 본토에서 시행 중이던 영장제도를 배제하였다. 또한 동 조항은 식민지 검사 및 사법경찰관에게 예심판사와 같은 처분을 할 수 있는 권한을 부여하였고, 수사기관이 자신의 고유한 권한으로 강제처분을 할 수 있도록 허용하였다. 일제는 인신구속이 식민통치를 위해 강력하고도 효율적인 도구임을 인식하고 활용하고자, 식민조선의 지배권력을 조선총독에게 집중시켜 검사를 조선총독이 임명하게 하고 조선총독을 정점으로 하는 검사동일체원칙에 의해 조선을 식민지배 하였다. 조선의 일제 당시 검사는 60명-120명 내외였으며, 이 중 조선인은 10명 이내에 불과하여, 대부분의 수사는 경찰에 의해 수행되었음에도 불구하고, 경찰은 범죄수사와 관련하여 검사의 보조기관으로 파악되었는데, 검찰과 경찰을 상하관계 즉 상명하복관계로 결합하여 식민통치 권력의 극대화를 모색하였다.

1945년 8월 15일 일본의 패망과 함께 조선이 일본의 식민지배로부터 독립하면서 동시에 남한에서는 태평양미국육군총사령부에 의한 군정이 개시되었다. 미군은 식민지 형사법체계가 인권보장 절차를 갖추지 못하였고 비민주적임을 중대한 인권 문제로 인식하여, 식민지 법령을 폐지하고 검찰과 사법경찰의 권한과 임무를 재조정하는 등, 인권보장에 긴요한 영미법계 제도들을 도입하고자 하였다. 1945년 11월 3일자 법무국훈령 제1호 제2조는 “조선 내에서 체포와 구류하는 것은 정당히 권한이 부여된 군대, 경찰, 경무국관리 및 경무국에서 대리로 지정된 자의 임무이다” 라고 규정하여, 체포와 구류 권한을 가진 자에서 검사가 배제되었는데, 검사를 체포 권한이 있는 기관으로 거론하지 않은 것은 검사를 영미식 소추 기관으로 파악하였기 때문이었다. 이어 미군은 1945년 12월 29일 “검사에 대한 법무국훈령 제3호”를 통해 검사의 선결직무는 관할재판소에 사건을 공소함에 있으며 세밀한 조사를 검사의 직무가 아닌 사법경찰관의 직무라고 명시함으로써, 수사를 사법경찰관이 담당하고 검사는 예외적으로 법리적 분석을 요하는 부분에 대해 제한적으로 수사권을 보유하여 공소업무를 전담하는 직무구조를 도입하기로 하였다. 그러나 미군정의 이러한 입장은 미군정후반기에 미군정 내부에서의 반대와 한국검찰 내부의 반대에 부딪혔다.

1948년 3월 20일의 미군정법령 제176호에 의한 영장주의가 최초도입되었다. 미군정 초기 군정당국은 조선형사령의 효력을 당분간 유지하는 가운데 인신보호에 관한 사항을 추가시킨 형태로 형사사법절차를 운영하였다. 1947년 일본에서 신형사소송법이 제정·공포되었으나, 조선형사령이 의용한 일본의 대정형사소송법과 조선형사령 제12조 등을 당분간 그대로 적용 하였다. 그러나 미군정은 주둔시부터 식민지 형사사법의 잔재를 청산하고 영미식 형사사법제도의 도입을 추진하고자 하였고, 무엇보다도 1948년 5월 10일로 예정된 제헌국회의원선거의 자유로운 분위기를 보장하기 위한 목적으로 남조선과도정부의 형사소송법 개정을 단행하였다. 이것이 미군정법령 제176호로서, 1948년 3월 20일 공포되어 4월 1일부터 시행되었다. 미군정법령 제176호가 개정 대상으로 한 것은 수사기관의 강제수사절차, 특히 인신구속절차였다. 이에 의해

조선형사령 제12조가 폐지되고 우리나라 형사소송제도사상 처음으로 법관에 의한 영장주의가 도입되었다. 법관의 영장 없이 인신을 구속할 수 있고 부당하게 구속된 자를 구제하는 절차가 없는 조선형사령제도를 미군정 당국자는 처음부터 인권에 반하는 것으로 인식하였고, 미군정이 도입한 영장제도는 미연방헌법 수정 제4조에 규정된 것으로 영국 식민지 시절의 경험이 반영된 조항으로 이해할 수 있는 바, 일본의 식민지배를 벗어난 직후의 조선의 새로운 형사법 규정에 영장제도를 도입한 것은 부당한 공권력의 인신구속으로부터 시민의 인권과 자유를 보장하고자 한 시도로서 헌법적 인권보장 제도로서 우리 헌정상 대단히 중요한 의미를 가진다. 미군정법령 제176조는 검찰과 사법경찰관 기타 어떠한 관헌이든 법관이 발부한 영장에 기하지 아니하고는 인신의 자유를 구속할 수 없다고 규정하여, 수사상 강제처분을 법원의 권한으로 하였고, 비법률가인 특별심판원에게는 영장의 발부권한을 부정하였다(제2조).

1948년 3월 31일 미군정법령 제180호에 의해 검사경유원칙이 도입되었다. 미군정법령 제176호가 영장청구권의 청구주체에 관해 명시적 규정을 두지 않아 해석에 있어 의견이 대립한 가운데, 검찰은 미군정법령 제176호 제8조에서 사법경찰관이 구속기간의 연장결정신청을 함에 있어 검찰관을 경유하도록 규정한 취지로 보아 구속영장 신청 역시 검찰관을 경유함이 상당하다고 주장하였다. 반면, 경찰은 별도의 규정이 없는 한 사법경찰관이 검찰관을 경유하지 아니하고 구속영장을 재판소에 바로 신청할 수 있는 것으로 해석할 수 있다고 주장하였다. 1948년 3월 31일 미군정법령 제176호의 보충규정 형태로 미군정법령 제180호가 반포되어 이 논란이 불식된 바, 동법령은 제5조에서 영장발부절차 검사경유원칙을 규정하였다. 이 규정을 통해 법원이 소재하는 곳에서는 검사가 직접 신청하는 경우 외에도 사법경찰관이 검사에게 청구하고 이에 기하여 검사가 신청하면 법관이 영장을 발부하고, 법원이 소재하지 않는 곳에서는 사법경찰관이 특별심판원에게 직접 청구하여 특별심판원이 영장을 발부하는 절차가 마련되었다.

미군정당국이 미군정법령 제180호를 통해 영장발부절차에 있어 심사경유원칙을 도입한 계기는 명확히 밝혀져 있지 않으나, 당시 미군정법령 제176호를 시행함에 따라 대검찰청이 1948년 3월 26일자로 각급 검찰청에 하달한 “형사소송법개정에 의한 수사방침”에는 다음과 같은 내용이 포함되어 있었다. “14. 사법경찰관이 재판소의 구속영장 또는 수색영장을 받고자 할 때에는 소관 검찰관에게 청구하여야 하고 직접 재판소에 신청할 수 없음으로 재판소에 대한 구속영장 또는 수색영장의 신청자는 항상 검찰관이 그 주체가 되고 사법경찰관은 검찰관에게 재판소에 대한 검찰관의 영장신청행위의 발동을 청구함에 불과한 것이다 그러하므로 검찰관은 사법경찰관이 개정법에 의한 긴급구속처분을 하고 아니한 때를 불문하고 사법경찰관의 청구하는 구속영장 또는 수색영장이 형사소송법이 허용하는 것인지 또는 인민의 자유권을 침해치 않는 것인지를 신중검토하여 사법경찰관이 영장을 청구하는 것이 상당하다고 인정할 때에 한하여 그 신청수속을

재판소에 제출할 것이고 사법경찰관의 청구가 있을 때에는 검찰관이 반드시 그 청구에 응하여 영장신청수속을 제출하는 것은 아니다...” 검찰측 입장은 당초 미군정법령 제176호의 성안과정에서 영장발부권한을 검찰이 확보하지 못한 바에는 단독으로 법관에 직접 영장을 신청할 권한 즉 경찰을 배제하고 경찰은 검사를 경유하여서만 가능하게 하는 것이라도 확보하려는 입장을 확인하고 강조하고 있는 것으로 이해된다.

위 과정을 보다 구체적으로 보면, 1947년 3월 대법원에서 형사소송법 응급조치에 관한 요강을 마련하였는데, 검찰관 또는 사법경찰관의 체포 또는 구류장 발부 금지(제5항), 체포장과 구류장의 발부절차(제6항), 압수·수색·검증의 사전영장원칙과 예외(제7항), 피의자가 구속되어 있는 경우 검찰의 공소제기기간 도과 및 경찰의 송치기간 도과에도 불구하고 석방되지 않은 경우 피의자에 대한 석방명령 등 8개항에 걸친 요강이었다. 이후 1947년 5월 하순 경성 법조회가 경찰의 불법구금이나 고문으로 인한 인권침해상황을 해결함을 목표로 인권옹호대책안을 발표하였는데, 그 중 제7호는 구인, 구류, 압수, 수색, 검증, 사체해부 등에 영장주의를 도입할 것을, 제8호는 사법경찰관이 검찰관을 통하여 심판관으로부터 영장을 얻어 검찰관의 지휘하에 범죄수사를 할 것을, 제9호는 현행법 체포시 24시간 이내에 심판관에게 영장을 청구할 것을, 제10호는 구인, 구류장을 받지 못할 때에는 체포한 자를 즉시 석방할 것을 규정하였다.

1947년 6월 미국사법제도시찰단이 미국으로 가서 미국의 제도를 시찰한 후 1947년 9월 1일 귀국하였는데, 시찰단의 보고서에서는 검찰제도와 경찰제도의 민주화와 인권보호라는 항목에서 사법경찰관은 48시간, 검찰관은 10일간 이상 피의자를 구속하지 못하게 할 것, 검찰관이 10일을 초과하여 피의자를 구속할 필요가 있을 경우 재판관에게 구류장 발부를 요청하게 할 것을 제안하였다. 이후 1948년 초 사법부의 안으로서 형사소송에 관한 임시조치령안이 작성되었는데, 그 중 영장주의와 관련하여 종래에 인정되던 검찰관과 사법경찰관의 구인장, 구류장 발부권한 및 압수·수색 권한을 모두 없애고 모두 재판소의 영장을 받도록 하였고, 사법경찰관이 체포영장 또는 수색영장의 발부를 청구하는 때에는 검찰관을 경유할 것을 요하도록 하였다(제12조). 이러한 사법부안에 대해 다시 검찰에서는 사법부안에 대한 수정이유라는 제목으로 수정안을 제시하였는데, 사법부안에 대비하면 사법경찰관이 유치갱신을 하는 경우 검사의 허가를 받도록 한 점과 법원의 재판상 구속기간 갱신을 제한하는 조문을 둔 특징이 있다. 이러한 과정을 거쳐 1948년 3월 20일 미군정법령 제176호 그리고 1948년 3월 31일 미군정법령 제180호로 영장주의를 도입하는 형사소송법 개정안이 행해졌다. 이로 인해 당시까지 적용되던 조선형사령에 규정된 검사와 사법경찰관의 독자적 강제처분권이 폐지되고 우리나라의 형사소송절차에 영장주의가 도입되었다. 영장청구 절차에서 사법경찰관 및 기타 관헌은 소관 검찰관에 청구하며 그 검찰관은 이를 재판소에 신청하도록 하였고, 검사의 유치장 감찰을 명문화하였다.

대한민국 헌법 하의 영장청구 관련 헌법 및 법률 규정 변천사를 보면, 제헌헌법은 제9조 신체의 자유에 대한 규정에서 사전영장을 원칙으로 하고 예외적으로 사후영장발부를 인정하는 영장제도를 채택하고, 영장발부권한이 법관에게 전속함을 확인하였다. 1954년 9월 23일 공포된 형사소송법은 제201조에서 피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 구속사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있음을 규정하고, 제215조에서 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있음을 규정하였다. 이에 제정형사소송법은 영장청구의 절차에서 검사경유원칙을 명시하거나 사법경찰관을 영장청구의 주체에서 배제하는 문구를 채택하고 있지 않아 헌법 및 법률의 해석만으로는 검사와 사법경찰관 모두에게 영장청구권이 있는 것으로 해석할 수 있다.

1960년의 제3차 개헌을 통한 제2공화국 헌법은 제75조 제2항에서 경찰의 중립성 확보에 대한 규정을 신설하였다. 1961년의 5·16 군사쿠데타 후의 1961년 9월 1일 형사소송법 개정에서는 영장 관련 규정인 형사소송법 제201조가 개정된 바, 구속영장 및 압수·수색영장 규정에서 “사법경찰관은 검사에 청구하여”라고 규정하여 영장청구시 검사를 경유하도록 하였다. 1962년 국가재건최고회의 의결을 거친 제5차 개헌을 통한 제3공화국 헌법은 제10조 제3항에서 “체포·구금·압수·수색에 있어 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정함으로써 1961년 형사소송법 개정을 통해 법률 차원에서 우선 도입된 검사의 영장신청권을 헌법 차원에서 규정하였다. 또한 동 개정을 통해 제14조 주거의 자유 관련 규정에 주거에 대한 수색이나 압수에 있어서도 법관의 영장을 제시하여야 한다고 최초로 규정하였다. 단, 제14조에서는 “검찰관의 신청에 의하여”라는 문구가 삽입되지 않았다. 또한 제5차 개헌에서 제3차 개헌에서 신설한 경찰의 정치적 중립성 규정을 삭제하였다.

1972년의 유신헌법에서는 기본권 제한 사유에 국가안전보장이 추가되었고, 기본권의 본질적 내용 침해 금지 조항이 삭제되었으며, 개별 기본권 조항에 대한 제한이 부가되었다. 영장관련 조항으로서는 유신헌법 제10조 제3항에서 체포·구금·수색·압수시 영장규정에 “검찰관의 신청에 의하여”라고 규정하였던 것을 “검사의 요구에 의하여”로 개정하고, 제14조 주거에 대한 수색·압수 영장규정에 “법관의 영장”이라고 규정하였던 것을 “검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장”으로 개정하였다. 이와 같이 신청을 요구로 바꾸고 주거의 수색·압수에 있어서도 “검사의 요구에 의하여”라는 문구를 추가한 것은 검사의 영장신청권한을 강화하는 한편 상대적으로 법관의 영장발부에 대한 재량을 축소시키고자 한 의도로 이해된다.

1980년 제5공화국 헌법은 1962년 헌법의 문안을 거의 그대로 따르되 기본권 규정을 대폭 보강하였다. 제11조 제3항 체포·구금·압수·수색과 제15조 주거의 압수·수색시 영장청구에

있어서는 기존에 “검사의 요구에 의하여”라고 규정하였던 것을 “검사의 신청에 의하여”로 개정하였다. 1987년 헌법 즉 현행 헌법은 제12조 제3항에서 체포·구속·압수·수색시의 영장발부에 대하여 기존의 문구인 “검사의 신청에 의하여” 앞에 적법절차를 추가하여 “적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여”로 개정하였고, 제16조 주거에 대한 압수·수색 관련 규정은 이와 같은 문구를 삽입하지 않고 종전대로 유지하였다.

## 2. 헌법상의 인신구속제도의 인권보장 관점에서의 이해

공동체 구성원 개개인이 자유롭게 살아가며 인간으로서의 존엄과 가치를 추구하고 실현할 수 있기 위한 최우선적 전제조건은 국가 등 공권력에 의해 인신의 자유를 억압받지 않는 것이다. 신체의 자유는 개인의 기본권 향유의 전제조건이자 출발점으로서, 우리 헌법 제12조는 신체의 자유를 보장하기 위해 적법절차의 원칙과 영장주의 등을 규정하여 인신의 구속을 엄격한 법적 절차에 의하도록 하고 있으며, 또한 변호인의 조력을 받을 권리와 국선변호인 제도의 근거를 규정하고 있다. 영장주의 관련하여 우리 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 헌법 제16조는 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 우리 헌법이 영장의 청구권자를 검사로 한정된 것은 영장청구가 남용되어 인권보장이라는 헌법의 궁극적 취지에 반하는 과도한 구속이 발생하기도 하였던 과거의 경험에 비추어 국가에 의한 인신구속의 남용을 제한하기 위한 취지에서 헌법 차원에서 둔 제한으로서, 1963년 헌법 이래 우리 헌법의 신체의 자유 보장 규정에 지속적으로 나타난 특징적 요소이기도 하다.

최근의 헌법 개정 논의 과정에서 제시된 의견과 주장 중에 헌법 제12조와 제16조에 규정된 검사의 영장청구권을 삭제하자는 주장이 있다. 검사의 영장청구권을 헌법에서 규정한 외국의 예가 없고, 영장청구의 주체는 국민의 기본권 보장과 근본적 관련이 없는 사항이며, 필요하다면 형사소송법에 규정할 수 있다는 것을 근거로 삭제를 주장하기도 한다.<sup>125)</sup> 그러나 헌법의 궁극적 목표가 인권보장이며 영장주의는 인권보장을 위한 헌법적 기제이고, 영장주의를 통해 광범위한

125) 관련하여, 헌법상의 인권보장의 관점에서 우리나라 검사의 지위를 보면, 검사는 사법 영역의 정부 대표로서의 지위, 준사법기관으로서의 지위, 객관적 관청이자 법의 수호자이며 공익의 대표자로서의 지위를 갖고, 단독제 관청으로서의 지위를 갖는다. 검찰청법은 검사의 직무와 권한으로서 (㉠) 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항, (㉡) 범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독, (㉢) 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구, (㉣) 재판 집행 지휘·감독, (㉤) 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독, (㉥) 다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항을 수행함을 규정하고 있다(검찰청법 제4조 제1항). 이와 같은 검사의 직무와 권한은 구체적으로 헌법, 형사소송법, 검찰청법, 민법 등의 법률과 대통령령, 그리고 법무부령 등에 의해 구체화된다. 인권보호 관으로서의 검찰상과 사법경찰과의 관계는 우리나라 고유의 관련 상황과 실제 사안에 대한 이해와 분석을 바탕으로 논의되어야 하며, 영장주의 내지 영장제도 등 헌법상의 인권보장 제도들 역시 위에 대한 이해를 바탕으로 구체적 법제와 적용의 나아갈 방향이 논의되어야 한다.

인신구속을 원칙적으로 지양함에 있어 이러한 취지의 제한 규정 중 헌법적 제한과 법률적 제한은 상징적, 현실적으로 차이가 있다는 점에 비추어, 위와 같은 삭제 주장에 대한 논의의 과정에서 다음과 같은 점들이 신중히 검토되어야 한다.

첫째, 미국은 영국에서 유래된 바 인신보호제도(Habeas Corpus)의 보장을 연방헌법에서 규정하고 있고 많은 주(州)에서도 각각 관련 헌법적 차원의 보장을 하고 있다. 독일은 고유의 역사적 경험에 비추어 경찰이 피의자를 2일 이상 체포해 둘 수 없도록 헌법이 규정하고 있다. 이탈리아는 영장 없이 인신의 자유에 잠정조치를 취할 경우 48시간 이내에 사법기관에 통지하여 승인을 받도록 헌법이 규정하고 있다. 영국은 영국식 보통법 체계와 불문 헌법 전통하에서 사인소추와 경찰소추의 제도를 상당 기간 유지하여 왔고 근래 검찰 제도의 도입과 함께 많은 변화를 겪고 있으면서도 경찰의 관련 권한을 필요한 부분에서는 여전히 유지하고 있으며 이상의 경험과 변화를 헌법적 인권보호의 취지와 기준에 비추어 이루어가고 있다. 이와 같이 각국은 각각의 고유한 역사적 경험과 현실에 따라 신체의 자유의 보장을 위해 헌법이 형사사법 제도와 절차에 헌법의 차원에서 규정 내지 제한하는 요소가 다르기 때문에, 헌법의 명문 규정상의 영장청구권자 조문의 유무를 비교하여 우리나라의 헌법이 외국의 예에 없는 규정을 두고 있으며 이에 개정을 요한다고 판단할 수는 없다. 이 점에 대해서는 우리 헌법과 관련 법률 및 관련 법제의 역사와 현황을 보다 면밀히 검토해야 한다.

둘째, 영장청구의 주체는 관련 법제 전반의 규정과 그 운용 현황에 따라서는 국민의 기본권 보장과 직결될 수 있는 사항이자 요소이다. 대단히 단순하고 지엽적인 측면이나 효과의 단면을 체감하기 위해 영장청구 가능성의 양적 비교에서 출발한다면, 약 2천 명의 검사의 영장 청구에 비해 이에 더하여 약 15만 명의 경찰의 영장 청구는 영장청구 주체를 75배 증가시킨다. 우리나라는 과다한 구속을 포함한 일제에 의한 인권침해의 경험에 비추어 이를 극복하고 개개인의 기본권을 확고하게 보장하기 위한 방향으로 헌법을 개정하여 왔다. 헌법과 법률의 규정 뿐 아니라 실제 제도의 운영에 있어서도 인권보장과 법치에 대한 인식의 성숙과 요구의 증대에 맞추어 부단한 노력을 통해 점차적 개선이 이루어진 결과, 인신구속의 측면을 보면 국가기관에 의한 구속은 특히 비교법적으로 볼 때 상당히 제한적으로 이루어지고 있다. 비교적 최근에는 2007년 제정되어 2008년부터 시행된 인신보호법을 통해 ‘행정상의 인신구속’이나 ‘사인(私人)에 의한 인신구속’에 대해서도 사법적(司法的) 구제절차가 마련되기도 하였다.

우리나라가 헌법상의 영장주의를 법제와 현실에서의 인권보장의 첫 단추로 삼아 기본권 보장의 확대와 실질화를 향해 지속적으로 나아가고 있으며 1963년 이후 우리 헌법이 영장청구권자 제한 규정을 두어 온 현실에서, 제한 규정 삭제의 개헌 주장은 관련 법제 전반과 관련 현황에 대한

통시적이고 입체적인 면밀한 분석을 근거로 하여야 한다.<sup>126)</sup> 과거 영장청구 주체가 현재보다 광범위했던 시기의 과다한 구속의 경험이 헌법과 법률 하에서 극복되고 개선되어 왔다면, 이는 물론 1963년 이후 헌법이 영장청구 주체를 한정하고 있기 때문만이 아니라 모든 관련 법제와 그 운용 및 우리 사회 전반의 인권의식 함양을 포함한 문화의 성숙 등 다양하고 다면적인 요소들의 복합적 작용에 기인한 것이나, 헌법상의 공권력 제한 규정을 삭제해 통해 개정하기 위해서는 우리의 역사적 경험과 현실에 비추어 기본권 보장과 영장청구 주체 간의 상관성을 포함한 제반 요소에 대한 심층적이고 신중한 분석이 전제되어야 한다.

현재 진행 중인 개헌 논의는 개정 후 올해로 30년을 맞이하는 현행 헌법의 정부형태 및 권력분립구조 등이 문제점을 노정하여 왔거나 특히 미래지향적 관점에서 개정을 요하는 점이 있다는 경험적 인식과 문제의식에서 시작되었다. 그 궁극적 목표는 기본권의 실질적 보장과 이를 기반으로 한 개인 및 공동체 차원에서의 인간 존엄과 가치의 실현이다. 우리 헌법이 헌법의 차원에서 인신구속에 신중하고 인신구속을 제한함을 통해 형사절차에서의 신체의 자유를 포함한 기본권 보장을 확대하고 실질화 해 온 역사적 경험에 비추어, 헌법상의 영장청구권자 제한 규정 삭제를 포함하여 헌법 개정의 목표인 기본권 보장을 위한 핵심적 기제이자 보호장치인 영장주의 관련 규정을 변경하고자 하는 주장은 제반 관련 요소에 대한 특별히 신중한 검토와 분석을 바탕으로 하여야 한다. 개헌 논의의 궁극적 목표와 판단 기준은 각국의 고유한 헌정사적 경험을 바탕으로 한 인권의 보장이어야 할 것이다.

126) 우리 헌정사에 비추어 헌법상의 인권보장 제도와 기제로서의 영장제도의 도입과 검사의 영장청구권을 보면 다음과 같은 점을 알 수 있다. 1947년 3월 대법원에서 형사소송법 응급조치에 관한 요강을 마련하였는데, 검찰관 또는 사법경찰관의 체포 또는 구류장 발부 금지(제5항), 체포장과 구류장의 발부절차(제6항), 압수·수색·검증의 사전영장원칙과 예외(제7항), 피의자가 구속되어 있는 경우 검찰의 공소제기기간 도과 및 경찰의 송치기간 도과에도 불구하고 석방되지 않은 경우 피의자에 대한 석방명령 등 8개항에 걸친 요강이었다. 이후 1947년 5월 하순 경성 법조회가 경찰의 불법구금이나 고문으로 인한 인권침해상황을 해결함을 목표로 인권옹호대책안을 발표하였는데, 그 중 제7호는 구인, 구류, 압수, 수색, 검증, 사체해부 등에 영장주의를 도입할 것을, 제8호는 사법경찰관이 검찰관을 통하여 심판관으로부터 영장을 얻어 검찰관의 지휘하에 범죄수사를 할 것을, 제9호는 현행법 체포시 24시간 이내에 심판관에게 영장을 청구할 것을, 제10호는 구인, 구류장을 받지 못할 때에는 체포한 자를 즉시 석방할 것을 규정하였다.

1947년 6월 미국사법제도시찰단이 미국으로 가서 미국의 제도를 시찰한 후 1947년 9월 1일 귀국하였는데, 시찰단의 보고서에서는 검찰제도와 경찰제도의 민주화와 인권보호라는 항목에서 사법경찰관은 48시간, 검찰관은 10일간 이상 피의자를 구속하지 못하게 할 것, 검찰관이 10일을 초과하여 피의자를 구속할 필요가 있을 경우 재판관에게 구류장 발부를 요청하게 할 것을 제안하였다. 이후 1948년 초 사법부의 안으로서 형사소송에 관한 임시조치령안이 작성되었는데, 그 중 영장주의와 관련하여 종래에 인정되던 검찰관과 사법경찰관의 구인장, 구류장 발부권한 및 압수·수색 권한을 모두 없애고 모두 재판소의 영장을 받도록 하였고, 사법경찰관이 체포영장 또는 수색영장의 발부를 청구하는 때에는 검찰관을 경유할 것을 요하도록 하였다(제12조). 이러한 사법부안에 대해 다시 검찰에서는 사법부안에 대한 수정이유라는 제목으로 수정안을 제시하였는데, 사법부안에 대비하면 사법경찰관이 유치갱신을 하는 경우 검사의 허가를 받도록 한 점과 법원의 재판상 구속기간 갱신을 제한하는 조문을 둔 특징이 있다. 이러한 과정을 거쳐 1948년 3월 20일 미군정법령 제176호 그리고 1948년 3월 31일 미군정법령 제180호로 영장주의를 도입하는 형사소송법 개정안이 행해졌다. 이로 인해 당시까지 적용되던 조선형사령에 규정된 검사와 사법경찰관의 독자적 강제처분권이 폐지되고 우리나라의 형사소송절차에 영장주의가 도입되었다. 영장청구 절차에서 사법경찰관 및 기타 관헌은 소관 검찰관에 청구하며 그 검찰관은 이를 재판소에 신청하도록 하였고, 검사의 유치장 감찰을 명문화하였다.

헌법적 인권보장의 관점에서 관련 법제와 검찰의 지위 및 역할을 보면, 검찰이 지향할 방향에 대해 다양한 의견이 존재하며 제도적 개선 방안도 다양하게 존재하고 주장되고 있다. 첫째, 무엇보다도 헌법적 인권보장의 관점에서 영장주의 내지 영장제도 등 관련 제도를 운영하고 관련 법제의 개선을 논의함에 있어 검찰의 인권수호자로서의 직무가 강조되어야 하고 검찰은 인권수호자로서의 직무에 충실해야 한다. 일제 식민지배로부터의 해방 후 헌정 혼란의 상황에서 우리의 법제가 검찰에 신뢰를 부여하였던 것은 특히 검찰이 인권의 수호자로서의 역할을 할 것을 요구하고 기대하였기 때문이다. 이와 같은 요구와 기대 및 신뢰에서 1962년 헌법개정시에는 헌법제정권력으로서의 국민이 영장 관련 헌법 조문에 검사의 영장청구권을 규정하여 인권의 수호자로서의 책무를 헌법에서 규정하였다고 이해할 수 있다. 이에 검사는 헌법의 이념에 투철하고 인권과 관련하여 엄중한 책임감을 가져야 한다.

둘째, 헌법적 인권보장 기제의 취지에 따른 운용을 위해 검찰의 정치적 중립성과 객관성의 유지가 법제 및 운용실제의 개선 논의에서 강조되어야 하며 검찰은 정치적 중립성과 객관성 유지에 노력하여야 한다. 특히 정치적 사건에 있어 검찰의 중립성과 객관성 유지는 헌법상의 인권보장 제도의 실현과 운용에 있어 핵심적으로 중요하고, 이를 위해서는 헌법상 검찰의 정치적 중립성과 객관성을 유지할 수 있도록 의무화하는 규정을 신설할 필요도 있다. 셋째, 헌법적 인권보장을 위해서는 검찰의 일관성이 중요하다. 검찰의 사건처리는 동일한 유형에 대해 일관성을 가져야 한다. 이에 검찰권 행사에 있어 선례를 축적하고 선례를 존중하여야 한다. 시대적 상황이 변화하거나 법률적용의 기준을 변경할 사항이 생기면 충분하고 설득력 있는 논거에 따라 판단과 결정의 근거를 밝혀야 한다. 넷째, 헌법적 인권보장을 위해서는 검찰의 진실과 법률 수호의 의지와 실체가 중요하다. 영장제도를 포함한 헌법상의 인권보장 기제의 운용에서는 무엇보다도 법치주의가 기준이 되어야 한다.

## IV 결(結)

법치국가의 원리는 헌법 및 형식과 내용 모든 면에서 합헌적으로 성립된 법률에 의해서만 그리고 인간의 존엄과 가치, 자유, 정의, 법적 안정성의 보장의 목표 하에서만 국가권력의 행사가 허용된다는 국가구성의 기본 원리이다. 법치국가 원리의 구성요소에는 헌법의 최고규범성, 기본권 보장, 권력분립, 법률의 우위와 법률 유보를 내포하는 권력의 법기속성, 재판청구권 등 사법적 권리구제의 보장, 공법상 손해전보 제도, 비례원칙 내지 과잉금지원칙에 의한 공권력행사 제한 등이 있다. 또한 ‘헌법적 형사소송’의 개념이 그 중요한 요소이자 실현 방식이 된다. 헌법적 형사소송은 헌법의 이념에 의해 규제된 형사소송을 의미하며, 형사소송법의 입법과 해석에 있어,

헌법의 기본원리 특히 법치국가원리와 그 구성요소인 기본권 보장과 권력분립원리를 기준으로 해야 한다는 것이다.

대한민국 헌법 제10조는 “모든 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며...”라고 규정하여 인간의 존엄과 가치를 헌법을 포함한 국가법질서 전체이자 전반의 이념적 전제이자 기초로 하고 있다. 인간의 존엄과 가치는 국민 개개인이 동등한 인격 주체성을 가진다는 의미이며, 인간의 존엄과 가치는 기본저그로 자유주의적 법치국가의 이념과 상통한다. 형사소송의 관점에서 보면, 형사사법 관여자들의 실질적 대등성을 보장해야 한다는 것으로서, 각 당사자 개개인의 주체적 참여가 보장되어야 하고, 형사사법절차에 있어 인권보장을 실체적 진실 발견의 우위에 두어야 할 것이 요청된다. 수사기관의 강제처분에 관한 법정주의와 영장주의는 법치국가 원리가 형사소송법과 형사소송절차에 구체화된 가장 중요하고 대표적인 내용이다. 이에 영장주의 관련 규정의 해석과 관련 법제 논의는 헌법지향적 법률해석의 원칙에 따라 인권보장을 궁극적 목적으로 하는 헌법의 이념과 내용에 합치되도록 이루어져야 한다.

법치국가의 국민 개개인은 자신이 당사자로 참여하는 형사사법절차에서 유죄가 확정되지 않는 한 그리고 유죄가 확정될 때까지는 무죄로 추정되며 따라서 당연히 시민으로서의 공적·사적 생활에 정상적으로 참여하여 생활을 영위할 수 있어야 한다. 이에 일정한 범죄사실에 대하여 혐의를 받고 있더라도 수사의 단계에서는 원칙적으로 인신을 구속당하지 않아야 한다. 이는 혐의 사실에 대한 방어준비의 측면에서 뿐 아니라 아직 입증되지 않은 혐의로 인해 자신의 삶의 연속성을 파괴당하거나 사후 회복이 불가능한 피해를 입지 않기 위해 헌법상 인권 보장의 차원에서 요청된다. 반면, 피의자를 신문하여 자백을 받거나 범죄 혐의를 증명할 증거를 획득하여야 할 수사기관으로서의 임의로 출석하거나 소환에 응하지 아니하는 피의자의 신병을 확보하기 위해 체포·구속을 행사고 피의자의 주거나 소지물품에 대해 압수·수색 등 강제처분을 하는 것이 대단히 필요하고 효율적일 수 있다.

이에, 시민의 인신 자유의 최대한의 보장과 실체적 진실발견을 위한 강제수사의 필요성 양자를 어떻게 어떠한 지점에서 어떠한 방식으로 조화시킬 것인가가 헌법적 법치국가에서 헌법적 인권보장의 요청상 핵심적 법제상의 문제가 된다. 헌법적 법치국가의 원리상 개인의 자유를 최대한으로 보장하고 개인의 자유를 제약하는 국가권력은 공적 목적 달성에 불가피한 최소한으로 되어야 하며 의심스러운 경우에는 개인의 자유에 유리하게 판단하여야 함이 헌법적 인권보장의 목적과 관점에서 형사사법절차의 관련 법제의 입법과 적용에서의 대원칙임은 물론이며 이에 임의수사가 원칙이나, 현실에서 관련 법제의 입법과 그 해석 및 적용을 논의함에 있어서는 제도와 현실의 모든 면에서 대단히 복잡한 쟁점과 문제들이 존재한다.

각국의 헌법은 인권의 보장을 위한 기제와 장치로서 특히 형사절차상의 기본권을 규정하고 있다. 우리 헌법도 그러하다. 우리 헌법상의 예로서 대표적인 것이 영장주의이다. 우리 헌법은 제12조 제3항과 제16조 제2문에서 영장제도를 명시적으로 규정하고 있다. 영장주의는 강제처분의 절차적 통제에 대한 원칙이고 그러한 영장주의 정신을 실정법적 제도로 구현한 것이 영장제도이며, 영장제도를 설계하고 운영하는 기준이 영장주의이다. 각국의 영장제도는 고유한 역사적 경험과 실정에 따라 각기 다르게 존재한다. 우리나라를 비롯한 세계 각국은 각국의 역사적 경험을 바탕으로 영장주의 등 고유한 인권보호제도를 운영하고 있다. 우리 헌법상의 영장주의 등 인권 보장을 위한 헌법적 제도들이 구체적으로 어떠한 형태를 취하고 어떠한 절차상 실현되고 보장받는지 그리고 어느 범위까지 작동하는 것이 조화로운 모습인지 연구하고 이해하는 것은 법률을 포함한 우리나라의 법체계 전반에 걸쳐 이를 체계적이고 일관성 있게 구현함으로써 제도의 취지에 따라 인권을 보장하기 위해 반드시 필요하다. 또한 이와 같은 연구는 헌법적 취지에 따른 인권의 보장을 위한 향후의 관련 입법 그리고 앞으로의 개헌 논의에 있어서도 그 방향의 설정과 구체적 개정안의 마련과 실행을 위해 반드시 필요하다.

헌법상 인신구속제도가 인권보장의 관점에서 의미하는 바가 무엇인지를 헌정사와 현황에 비추어 연구함으로써 법률을 포함한 법제 전반에서 그 취지인 인권보장을 구체적이고 충실하게 구현할 수 있도록 하며, 관련 법령과 판례 및 학술적 연구를 분석하고, 향후의 관련 입법의 개정 내지 헌법의 관련 규정의 개정논의 등에서의 시사점을 찾아보는 과정은 헌법의 궁극적 가치이자 목적인 인권보장을 위해 필수적 노력의 일환이다. 헌법상의 인권보장을 위한 장치이자 제도로서의 영장주의와 영장제도의 비교법적 이해를 통해 제도의 헌법적 의미와 가치를 재확인할 수 있으며, 이와 같은 연구와 논의는 향후의 관련 헌법개정 및 관련입법의 개정 논의에 활용되고 기여할 수 있을 것이다.

한국의 형사사법개혁II:  
강제처분의 현대적 의미와 인권보호

## 제1주제 토론



- **강승식** 교수 (원광대학교 법학전문대학원)
- **박기석** 교수 (대구대학교 경찰행정학과)
- **이완규** 지청장 (인천지검 부천지청)
- **이승현** 연구위원 (한국형사정책연구원)



## 【토론】

## “헌법상 인신구속 관련 규정 및 제도의 인권보호 관점에서의 비교법적 고찰”에 관한 토론문

강승식 부교수 (원광대학교 법학전문대학원)

- 발제문은 주요 선진 입헌주의국가의 인신구속제도를 소개하고, 이를 바탕으로 현행 헌법상 인신구속제도를 분석하고 있다. 이를 통해 현재 제기되고 있는 검사의 영장청구권 독점을 둘러싼 개헌 논의에 중요한 학술적 의미를 부여하고 있다.
- 현행 헌법과 형사소송법은 영장청구주체를 검사로 한정하고 있다. 이 같은 해석은 이들 규정의 역사적인 채택 경위를 보면 분명해진다. 미군정시대에 미군정은 1948년 미군정법령 제176호로 법관에 의한 영장발부를 내용으로 하는 영장주의를 도입하는데, 영장의 청구주체에 관해서는 명시적인 규정을 두지 않아 여러 가지 논란을 낳았다. 그러자 미군정은 1948년 미군정법령 제176조의 보충규범의 형태로 미군정법령 제180조를 공포시켜 검사경유원칙을 채택한다. 1948년 제헌헌법은 영장주의를 채택하지만 검사경유원칙은 채택하지 않는다. 1954년 형사소송법도 영장청구주체를 “검사 또는 사법경찰관”이라고 규정하여 경찰을 독립한 영장청구주체로 인정한다. 그러나 1961년 개정 형사소송법에는 검사경유원칙이 채택되었고, 1962년 제5차 개정헌법은 이를 그대로 반영하였다.
- 현행 헌법과 형사소송법이 영장청구주체를 검사로 한정하고 있는 데에는 다음과 같은 나름대로의 합리적 근거가 있는 것으로 보인다. 발제문에도 언급되고 있는 것처럼 영장청구권 문제는 기관 간의 권한 분배 차원이 아닌 인권의 철저한 보장이라는 차원에서 접근해야 한다. 영장청구권자를 확대할 경우 자칫 영장청구 남발로 방어권 등 기본권을 침해할 우려가 있는 것이 사실이다. 이는 현재 일반적 경향으로 자리 잡고 있는 “불구속 수사재판 원칙”에 부정적 영향을 줄 수 있다.
- 또한 연혁적으로도 현행 검사의 영장청구권 독점제도는 일제 강점기와 건국 초기 경찰이 인신구속과 체포를 남발해 헌법적 차원에서 통제를 강화하기 위한 의도에서 비롯되었다. 즉 검사의 영장청구권 독점은 수사전문가보다는 법률가를 통해 인신을 구속해야 한다는 점을 헌법과 법률에서 확인한 것으로 보아야 한다. 이는 1962년 정부가 제5차 헌법개정안 국민투표를

앞두고 발간한 「헌법개정과 국민투표」에서도 뒷받침된다. 여기에서는 체포, 구금, 수색, 압수에는 검찰관의 신청에 의하여 법관의 영장을 발부하도록 하여 법관에 대한 영장의 신청은 반드시 검찰관이 행하게 함으로써 사법경찰관에 의한 인권침해를 막으려고 하는 당시 형사소송법 규정을 헌법에 규정하여 그 효력을 높였다는 점을 강조하고 있다. 헌법재판소 역시 현행 헌법 제12조 제3항이 영장의 발부에 관하여 “검사의 신청”에 의할 것을 규정한 취지는 수사단계에서 영장 신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 하는데 있다고 보고 있다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등).

- 결국 아무리 우리나라가 1987년 이후 민주화시대에 접어들었다 하더라도 수사기관에 의한 인권침해가 완전히 사라지지 않은 현실에서 이러한 헌법의 취지는 여전히 유효하다고 생각한다.
- 다만 검사의 영장청구 독점제도는 존치하되, 다음과 같은 측면은 고려되어야 할 필요가 있다. 첫째, 불구속재판과 공판중심주의가 강조됨에 따라 진술보다 물증을 중요하게 다루면서 수색 및 압수영장 청구건수는 상승하고 있으나 체포영장과 구속영장의 청구건수가 지속적으로 감소한 반면 인용율은 상승했다. 이런 흐름은 법관의 수사기관에 대한 법적 통제가 실효적으로 작용하고 있다는 것을 의미한다. 둘째, 수사환경이라는 측면에서 민주화사회가 정착단계로 접어들면서 경찰의 수사방식이 과거와 많이 달라졌고, 수사과정에서 피의자가 변호인의 도움을 받을 수 있는 기회도 확대되었다. 이런 상황에서는 검사가 경찰의 영장신청을 통제할 필요성이 과거에 비해서는 한 층 낮아졌다는 것을 의미한다. 셋째, 검사가 직접 수사를 하지 않은 90%의 이상의 사건에 대해서는 경찰의 수사판단이 존중될 필요도 있다. 넷째, 검찰이 경찰이 신청한 영장을 청구하지 않은 사건에서 검찰이 제시한 불청구사유에도 불구하고 여기에는 검사나 전직검사 또는 법조인, 검찰조직의 이해관계가 걸려 있다는 의혹이 끊임없이 제기되고 있다.
- 그렇다면 결론은 검사의 영장청구권 독점은 유지하되, 예외적으로 경찰이 이를 견제할 수 있는 장치를 마련하는 것이라고 본다. 이런 관점에서 학계의 일각에서는 예컨대 형사소송법 개정을 전제로 경찰의 이의제기권을 주장하거나, 영장의 유형별로 영장청구절차를 달리 해야 한다는 의견이 제시되고 있다. 이 점에 대한 발제자의 의견을 구하고자 한다.

【토론】

## “헌법상 인신구속 관련 규정 및 제도의 인권보호 관점에서의 비교법적 고찰” 토론 요약문

박기석 교수 (대구대 경찰행정학과)

### 1. 비교법적 연구의 허와 실

한 국가의 제도를 정확하게 파악하는 것은 쉽지 않은 일이다. 제도의 내용과 운용실태를 파악해야 함은 물론 사회적 배경이나 제기되는 문제점 등을 입체적이고 종합적으로 파악해야만 정확한 내용과 시사점을 얻을 수 있기 때문이다.

이러한 점에서 볼 때 하나의 발표 논문에 각국의 수사제도 전체를 다루려 하다 보니 핵심 쟁점이 흐려지고 내용 비교가 어려워지는 느낌을 받는다. 인신구속 제도이면 그 하나만 명확하고 입체적으로 다루었으면 더 낫지 않았을까 한다.

### 2. 검찰권의 적정한 행사

논문의 내용에서 검사의 인권수호 역할, 검찰의 정치적 중립성과 객관성 유지, 검찰권의 일관성 유지 등을 강조하고 있다. 이러한 검찰권 행사의 원칙은 당연한 것이고 교과서적인 설명이다. 중요한 것은 이러한 원칙을 지키기 위해 어떠한 조건과 제도가 마련되어야 하는 설명이 필요할 것 같다. 단순히 검찰의 의지 부족이 문제만은 아닐 것이다.

현재 비판받고 있는 검찰권 행사를 개선하기 위한 실질적인 검찰개혁의 주요 사항은 무엇이라고 생각하는가?

### 3. 견제와 균형의 원리

국가 권력은 견제와 균형의 원리에 따라 감시받을 때 적절한 권력발동을 기대할 수 있다.

우리나라의 검찰권력은 이러한 원리에서 벗어나 있다. 수사권, 수사지휘권, 공소제기권, 공소유지권, 형집행권을 보유하고 있어 재판권 외에는 형사사법 전반을 지배하고 있다고 해도 과언이 아니다.

검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘권 규정을 삭제하고 사법경찰관리가 자신의 책임 있는 판단으로 수사하도록 하자는 것은 결코 경찰에게 권력을 하나 던져주는 차원이 아니다. 양대 수사기관이 수사지휘권이라는 고리로 상명하복 관계를 유지하고 있는 것은 수사기관의 범죄와 비리를 덮어두자는 것밖에 되지 않는다.

경찰도 책임수사원리에 따라 자신의 수사에 대해 형사상 범죄 성립, 직무상 징계 책임을 걸고 소신과 책임 있는 수사를 하라는 것이고, 검사는 이를 사후 감시하고 검사의 범죄와 비리에 대해서도 다른 수사기관이 사법경찰관의 수사대상이 될 수 있음을 명확히 하라는 것이다. 이 견제와 균형이 이루어지지 않는 한 검사의 방대한 권력은 견제되지 않을 것이고 경찰의 무소신 무책임 수사는 계속될 것이다. 수사기관의 이와 같은 무풍지대 권력이 계속되는 한 대한민국의 부정부패는 쉬이 가시지 않을 것이고 건강하고 힘 있는 국가 건설은 요원할 것이다.

【토론】

## 인신구속제도의 나아갈 방향

이승현 연구위원 (한국형사정책연구원)

### I. 들어가며

부당한 인신구속으로부터 자유로울 수 있는 권리가 헌법 제12조 제1항 이하에서 기본권으로 인정되고 있다. 형사절차에서도 1954년 형사소송법 제정 이래 수차례의 개정과정을 거치면서 인권보장을 위한 노력을 해왔다. 그러나 형사소송법에는 인권보장에 대한 규정뿐만 아니라 개인의 신체의 자유를 구속하는 인신구속제도 관련 규정도 함께 마련되어 있다.

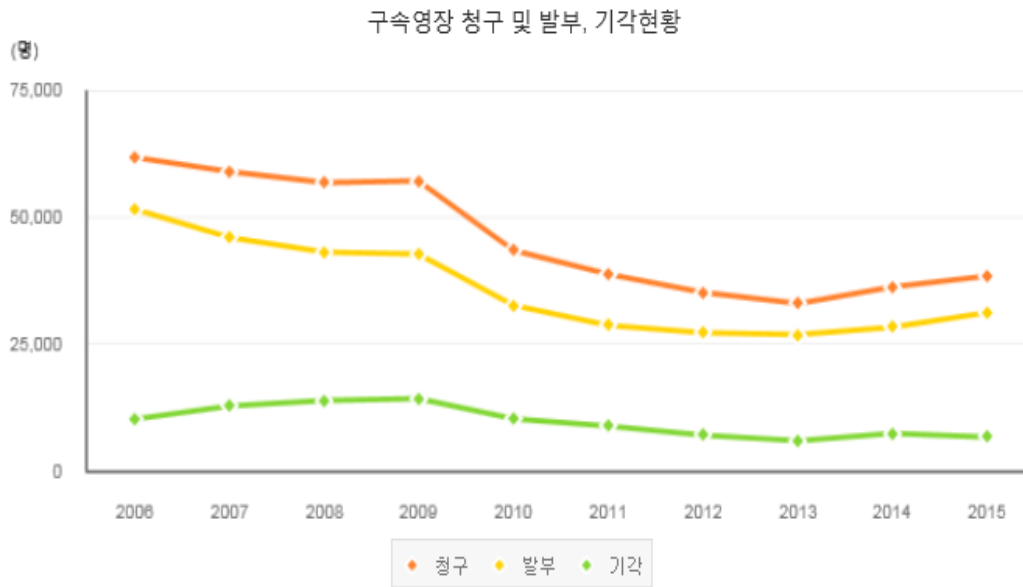
형사사법기관이 국가형벌권 실현을 위해 하는 개인에 대한 인신구속은 그 개인의 신체적 자유뿐만 아니라 사회적·경제적 활동에도 미치는 영향이 크고, 인신구속된 자의 불안한 심리상태는 자백을 강요하게 되어 위법수사를 할 가능성을 내포하기 때문에, 인신구속에 있어서 신중을 기할 필요가 있다. 이에 인신구속은 형사소송법 제199조 제1항에서와 같이 불구속 수사를 원칙으로 하고, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 필요최소한도 범위 내에서만 하도록 하고 있는 것이다.

1995년 구속전 피의자심문제도(영장실질심사제도)의 도입 이후 법원의 구속영장 기각율이 높아짐에 따라 검찰의 구속영장 청구건수가 감소하고, 이는 구속자 수는 감소로 이어졌다. 영장실질심사의 정착으로 인해 검찰이 자체적으로 불필요한 영장청구를 자제하였다는 것은 반가운 일이나, 이것이 실제로 형사절차에서 불구속 수사와 불구속 재판 원칙이 철저히 지켜지고 있다고 볼 수 있는지, 헌법상 영장주의 등 인권보장이 잘 지켜지고 있다고 할 수 있는지에 대하여는 객관적으로 평가할 필요가 있다.

발표자께서는 헌법적 관점에서 인신구속 관련하여 독일, 미국, 영국의 영장주의 관련 내용을 소개해 주셨는데, 이는 헌법적 관점에서 각국의 역사적 흐름과 검찰구조에 의거하여 인신구속제도를 다시 한번 살펴보게 되는 좋은 계기가 되었다. 저는 형사소송법적 관점에서 실무상 논란이 되고 있는 인신구속의 여러 형태에 대한 문제점 지적과 함께 제도의 개선에 대한 개인의견을 제시하는 것으로 토론을 대신하고자 한다.

## II. 인신구속제도의 운영실태

1997년 구속전 피의자심문제도 도입에 따라 판사의 구속영장 기각율이 높아지고, 이에 검찰의 구속영장 청구건수가 감소하면서 실제로 구속자 수가 감소하였다. 그러나 2013년부터 전체사건 수가 줄어들었음에도 불구하고 영장청구율은 전년도 대비 증가하는 추세에 있고, 구속점유율도 2013년 1.1%에서 2014년 1.3%, 2015년 1.3%로 증가하고 있다.



구속영장이 어떠한 방식으로 발부되었는가에 대하여도 주목할 필요가 있다. 2015년 범죄자 구속현황을 보면 전체 입건자 1,080,488명 중 26,217명이 구속되었고, 구속사유별로 보면 현행범 체포가 6,774명, 긴급체포가 6,256명으로, 사전영장에 의해 구속된 4,364명과 사전체포영장에 의해 체포된 8,823명을 합친 인원과 비슷한 수준이다.<sup>1)</sup> 현행범체포와 긴급체포 비율이 여전히 높은 것은 영장 없이 수사 필요상 보다 쉬운 방법으로 신병을 확보할 수 있다는 점에서 실무상 많이 활용되고 있기 때문인 것으로 풀이된다.

이처럼 인신구속제도의 운영현황을 보면, 2007년 인신구속제도 관련 형사소송법 개정노력에도 불구하고, 형사소송절차에서 불구속 수사와 영장주의 원칙이 철저히 지켜지지 않고 있다고 볼 수 있다.

1) 검찰청, 범죄통계분석자료, 2016.

([http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=135&tblId=DT\\_13501N\\_A082&vw\\_cd=MT\\_OTITLE&list\\_id=135\\_13501\\_2&scrId=&seqNo=&lang\\_mode=ko&obj\\_var\\_id=&itm\\_id=&conn\\_path=E1](http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=135&tblId=DT_13501N_A082&vw_cd=MT_OTITLE&list_id=135_13501_2&scrId=&seqNo=&lang_mode=ko&obj_var_id=&itm_id=&conn_path=E1))

### Ⅲ. 인신구속제도의 문제점과 개선방향

#### 1. 구속이 처벌이라는 인식

구속은 형사절차나 형집행의 확보 수단이 되어야 함에도 불구하고, 수사 실무에서는 구속이 바로 처벌이라는 인식이 여전히 강하고, 구속이 기소로 이어져 유죄로 인정될 가능성을 높이고 있다. 이는 피의자나 피고인의 무죄추정의 원칙을 배제하고 구속을 통해 형벌권을 실현하는 것이라고 해석될 여지가 있다. 실무에서 구속사유가 인정되지 않거나 경미한 사안에 대하여 재판에서 집행유예 등의 선고가 예상되는 사안에서도 구속기준에서 범죄의 중대성 판단에 따라 구속영장을 청구하는 사례를 종종 발견하게 된다.

#### 2. 긴급체포의 사후통제장치와 영장청구시간

긴급체포한 피의자를 구속할 때에는 검사는 지체 없이 구속영장을 청구하되 영장청구시간은 48시간을 초과할 수 없도록 하였다. 영장 없이 48시간 인신구속을 인정하는 긴급체포는 불구속 수사의 원칙에 배치되는 것이고, 긴급체포의 위법성을 통제할 장치가 없다.

긴급체포 후에 구속영장을 청구하지 않은 경우에 검사가 법원에 긴급체포와 관련한 일정한 사유를 법원에 통지하는 규정이 있지만, 이는 사후영장이 아니기 때문에 실질적인 사후통제라고 말할 수 없다. 따라서, 긴급체포제도가 남용되는 것을 막기 위해서는 사후통제제도에서 한걸음 더 나아가 별도의 사후통제장치 마련이 필요하다.

긴급체포의 영장청구 48시간도 문제이다. 영장에 의해 적법하게 체포할 수 있는 시간이 48시간인데, 영장 없이 이루어지는 긴급체포의 경우에도 동일하게 48시간으로 한다는 것은 타당하지 않다. 그러므로 긴급체포의 영장청구 시간은 보다 단축될 필요가 있다.

#### 3. 구속영장 심사기준의 불명확

일반적으로 구속은 도주우려나 증거인멸의 우려가 있는 경우에 이루어진다. 그러나 수사 실무상 피의자나 피고인의 자백을 얻기 위해 또는 수사편의를 위해 구속을 하는 경우도 있다. ‘도주의 우려나 증거인멸의 우려’라는 개념이 추상적이고 판단자의 주관에 맡겨져 있기 때문에 구속사유에 대한 객관적 평가가 어렵다. 일반적으로 ‘도주의 우려’를 ‘사안의 중대성’과 동일시하여 평가하는 측면도 있다.

구속영장 심사기준이 객관화되어 있지 않아 어떤 판사가 판단하느냐, 어떤 사건이냐에 따라 그 기준이 달라지게 되어 심사결과에 대한 예측이 어렵다는 점도 문제점으로 지적되고 있다.

따라서 구속영장의 심사기준은 보다 객관화할 수 있는 형태로 지표화하고, 범죄의 중대성과 재범의 위험성 요소는 구속여부의 결정요소가 아니라 구속연장 등의 단계에서 고려요소로서 활용되는 것이 바람직하다.

#### 4. 구속전 피의자 심문제도 운영상 문제

1995년 형사소송법 개정에 따라 구속전 피의자심문제도 즉, 영장실질심사제도가 도입되었으나, 이는 임의적 형태의 제도이었다. 그런데 구속전 피의자심문제도는 “범죄혐의로 체포되거나 구금된 자는 법관이나 법률에 의해 사법권을 행사할 권한을 받은 기관에게 신속하게 인치되어야 한다.”는 국제규약에 부합하지 않는 등을 이유로 체포된 피의자에 대해 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하도록 하는 필요적 영장실질심사제도로 변경되었다.

구속전 피의자심문제도는 영장주의의 실효성을 확보하기 위한 수단으로 마련된 것임에도, 구속전 피의자 심문을 위해 피의자를 구속하는 모순을 드러내고 있다. 뿐만 아니라 피의자심문 기간을 구속기간에 산입하지 않도록 하고 있다(제201조의2 제8항). 피의자심문을 위해 대체로 2일 정도의 시간이 소요되는데 이 기간동안 영장이 없는 가운데 인신구속된 상태와 같게 되므로 피의자심문기간을 구속기간에 산입을 하지 않는다는 현 규정은 삭제되는 것이 바람직하다.

### IV. 결어(질의사항)

발표자가 언급한 바와 같이 각국의 입법역사가 다른 상황에서 어느 국가의 어느 제도가 필요하다고 일률적으로 말하기 어렵고, 각 국가에서 실무상 어떻게 적용하느냐에 따라 그 해석도 달라질 수밖에 없을 것으로 보인다. 헌법상의 영장제도 등 인신구속 관련규정이 인권보장이라는 측면에서 제 역할을 하기 위해서는 그것이 실제 실현되는 형사소송법 제반규정들이 인신구속의 범위와 한계를 명확히 하고, 인권보장 취지에 부합하는 방향으로 개선되어야 할 것이다.

전체적으로 발표자의 결론에 공감하나 내용상 몇가지 사항에 대한 확인 및 의견을 듣고 싶다.

첫째, 발표자께서는 독일의 검사의 지위와 기능에 대해 소개하면서 검사가 직접 수사하는 비율이 낮지만, 기소법정주의를 채택하면서도 기소편의주의를 채택하는 우리나라보다 기소유예율이 높다고 기술하고 있는데, 그 이유가 무엇인지 궁금하다.

둘째, 발표자가 헌법상 영장청구자 제한규정 삭제를 포함하여 영장주의 관련 규정의 개정에 대하여는 각국의 고유한 역사적 경험을 바탕으로 신중한 검토와 분석이 필요하다고 하였는데, 과거 우리 역사에서 정치적으로 인신구속제도가 남발되었던 사례에 비추어본다면, 우리의 현실이야말로 영장주의에 대한 사후적 통제장치를 보다 강화하는 방향으로 나아가야 하는 것이 아닌가라고 생각한다.

마지막으로 발표자께서 국내외 헌법상 인신구속 관련규정을 비교법적으로 검토한 바에 따르자면 향후 헌법상 개정이 필요한 사항은 어떠한 것이라고 판단하고 계신지 의견을 듣고 싶다.



## 【토론】

## 각국 헌법상 인신구속제도의 의미와 고찰 토론문

이완규 지청장 (인천지방검찰청 부천지청)

### I. 각국 헌법규정의 일반성과 특수성

#### 1. 헌법규정의 일반성과 특수성

헌법은 국가의 기본구조를 정하는 기본법으로서 대체로 국체를 비롯한 정치적 기본질서, 국가와 국민의 관계에 있어서 국민의 기본권, 3권분립 등 국가권력의 배분을 위한 권력구조 등으로 구성된다.

각국 헌법규정을 비교법적으로 보면 이러한 기본적인 요소들을 규정함에 있어서 현대적으로는 민주주의, 3권분립, 국민의 기본권 보장 등의 공통요소들이 있고 그러한 공통부분을 세부적으로 어떻게 구성하는가는 각국의 역사, 사회, 정치적 상황에 따른 특수성들이 있다.

기본권 규정을 보더라도 기본권의 목록에 있어서도 공통요소와 특수영역이 있는데 행정권력 특히 수사기관에 의한 기본권침해를 통제하기 위한 제도들을 두는 것은 일반성이 있다고 할 것인데 세부적으로 어떠한 규정을 두는가는 또한 각국의 사정에 따라 특수성이 있다.

#### 2. 특수성에 대한 유의

이와 같이 각국의 헌법은 각국의 역사, 사회, 정치적 상황에 따른 국민들의 경험에 따라 헌법제정권력의 결단으로 각국에 특수한 규정들을 두고 있는데 단순한 비교의 관점에서 일반성만 강조하다 보면 다른 나라 헌법에는 두지 않고 있으므로 그러한 특수한 규정을 헌법에 규정하고 있는 것이 적절하지 않다는 식의 성급한 평가를 하기 쉽다.

예컨대 독일 기본법은 법관의 영장없이 행해진 자유박탈처분이 있는 경우는 지체없이 법관의 결정을 받아야 함을 규정하고 경찰은 그 고유권한으로서는 누구도 체포한 다음날을 넘어 경찰의 구금하에 둘 수 없다고 하며(기본법 제104조 제2항), 범죄혐의로 인하여 임시 체포된 사람은 누구나 체포된 다음 날이 지나기 전에 법관에게 인치되어야 한다고 규정하여(기본법 제104조 제3항) 영장없이 행해진 신체구금에 대해 단기간의 법관심사를 헌법으로 정하고 있다. 이는 나치시대를

겪은 독일 국민들의 역사적 경험에 따른 헌법적 결단으로서 다른 나라에 이러한 규정이 없다고 하여 헌법규정으로서 이상하거나 부적절하다고 평가하지 않으며 오히려 신체의 자유에 관한 국민의 기본권을 철저히 보장하고 있는 독일 기본법 특유의 가치있는 조항이라 할 것이다.

한편, 이태리, 오스트리아, 스페인 등의 헌법은 검사의 직무와 독립성 등에 관한 조문을 두고 있는데 헌법에 검사의 직무 등에 관한 규정을 두는 것이 일반적이지 않다고 하여 이들 국가 헌법의 검사와 관련된 규정들을 이상하고 부적절하다고 할 수는 없는 것이다.

### 3. 우리 헌법상 검사의 영장청구절차 규정의 특수성

우리 헌법은 수사절차에 있어 체포, 구속, 압수, 수색 등의 강제처분과 관련하여 법관의 영장을 받도록 하는 영장주의를 규정하면서도 법관의 영장을 받는 절차에 있어 검사를 청구권자로 하는 규정을 두고 있다. 법률적 수준에서 강제처분에 있어 검사를 영장청구권자로 하는 입법례가 많이 있으나 헌법적 수준에서 검사의 영장청구권을 규정하고 있는 것은 서구 선진국가들에서는 보이지 않아 이는 우리 헌법상의 특수한 규정이라 하겠다.

이 규정이 비교법적으로 일반적인 규정이 아니라고 하여 이상하다거나 헌법에 규정하기에는 부적절한 규정이라고 평가하는 견해도 있으나 앞에서 본 바와 같이 각국 헌법을 평면적으로 비교하여 일반적 공통요소들을 도출해내고 그 일반적 공통성에 들지 않는 특수성이 있는 조항들은 헌법규정으로서 부적절한 것으로 평가하는 것은 매우 평면적이고 깊이 없는 이해라고 할 것이다. 이 규정의 특수성을 올바르게 이해하기 위해서는 역사적, 사회적 배경을 살펴볼 필요가 있다.

## II. 해방 후 1962년까지의 역사적 상황

### 1. 일제 강점기의 경찰의 강제처분권한과 인권침해

일제 강점기에 일본은 식민지 조선을 경찰력을 이용하여 통치하고 억압하였으며 이에 따라 경찰에게 강력한 권한을 부여하였다. 경찰은 범죄즉결례에 따라 재판절차를 거치지 않고 경찰서장이 3개월 이하의 징역 또는 구류, 100원 이하의 벌금이나 과료형을 즉결로 언도할 수 있었고, 경찰범처벌 규칙은 매우 다양하고 광범위한 사항들을 구류와 과료로 처할 수 있는 범죄로 규정하여 경찰의 즉결권한을 강화시켰다. 또한, 조선태형령(1920. 3. 폐지)은 3개월 이하의 징역, 구류, 100원 이하의 벌금이나 과료에 처할 자들에 대해 그 처벌 대신에 태형을 가할 수 있도록 하여 일제 강점기 초기에는 경찰은 조선인들에게 합법적으로 매질을 할 수 있었다.

이러한 강력한 경찰의 사법권 행사에 더하여 조선형사령에 따라 경찰은 독자적인 권한으로 압수,

수색, 검증 등 강제처분을 할 수 있었고 피의자를 영장없이 10일간(1912년부터 1922년까지는 14일) 유치할 수 있었고 이러한 구금기간 동안 고문이 행해졌으며 그러한 고문의 결과로 작성된 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 증거능력이 인정되어 인권침해의 폐해가 극심하였다.

## 2. 해방후 영장제도 관련 법상황

### 가. 조선형사령 체제의 유지

해방 후 미군정 하에서 범죄즉결례와 같이 경찰이 사법권을 직접 행사하는 제도는 폐지되었으나 대한민국 정부에 의한 대한민국 법제의 제정시까지 혼란기의 질서유지를 위하여 일제 강점기의 법령을 유지하는 것으로 함에 따라 일본 구형사소송법의 의용체제와 조선형사령체제는 그대로 유지되게 되었다. 이에 따라 경찰은 구인과 10일간의 구금권한, 압수수색, 검증 등 강제처분을 스스로의 권한으로 할 수 있었다.

### 나. 영장제도의 도입

일제 강점기의 경찰의 불법구금과 고문의 폐해가 해방후 경찰에서도 계속되자 그 폐해의 방지를 위해 영장제도를 도입하여야 한다는 논의가 높아졌다.

먼저 1947. 3.경 대법원에서 형사소송법 응급조치에 관한 요강을 마련하여 영장제도 도입의 필요성을 언급하였고,<sup>1)</sup> 1947. 5. 하순경에 경성 법조회에서는 경찰의 불법구금이나 고문으로 인한 인권침해상황을 해결하기위한 인권옹호대책안을 발표하였는데, 그 중 7호로 구인, 구류, 압수, 수색, 검증, 사체해부 등에 영장주의를 도입할 것, 8호 사법경찰관은 검찰관을 통하여 심판관으로부터 영장을 얻어 검찰관의 지휘하에 범죄수사를 할 것, 9호 현행범 체포시 24시간 이내에 심판관에게 영장을 청구할 것, 10호 구인, 구류장을 받지 못할 때에는 체포한 자를 즉시 석방할 것 등이 있었다.<sup>2)</sup> 사법경찰관은 검사를 통하여 영장을 청구하도록 절차 규정도 언급하고 있다.

1947. 6. 미국사법제도시찰단이 미국으로 가서 미국의 제도를 시찰한 후 1947. 9. 1. 귀국하였는데<sup>3)</sup> 그 시찰단의 보고서에도 검찰제도와 경찰제도의 민주화와 인권보호라는 항목에서 사법경찰관은 48시간, 검찰관은 10일간 이상 피의자를 구속하지 못하게 할 것, 검찰관이 10일을 초과하여 피의자를 구속할 필요가 있을 경우 재판관에게 구류장 발부를 요청하게 할 것을 제안하였다.<sup>4)</sup>

1) 문성도, 『영장주의의 도입과 형성에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2000, 110면.

2) 동아일보 1947. 5. 27.자.

3) 이상기 대법관, 이호 고등검찰청장, 강병순 법원국장, 전규홍 입법의회 사무총장, 장경근 서울지방법심리원장 등이 구성원이었다. 동아일보 1947. 9. 3.자.

4) 문준영, 『법원과 검찰의 탄색』, 역사비평사, 2010, 684면.

이후 1948년 초경에 사법부의 안으로서 형사소송에 관한 임시조치령안이 작성되었는데 검사와 사법경찰관이 스스로 구인장, 구류장을 발부하지 못하며 체포, 압수수색, 검증에 법관의 사전 영장주의를 도입하고, 사법경찰관이 체포영장 또는 수색영장의 발부를 청구하는 때에는 검찰관을 경유함을 요하도록 하였다.<sup>5)</sup>

이러한 논의와 1948. 5. 10.로 예정된 총선거의 자유분위기 조성을 위해 1948. 3. 30. 법령 제176호, 3. 31. 법령 제180호에 의해 영장주의를 도입하는 형사소송법 개정이 행해졌다. 영장의 발부절차에 관하여 검사는 그 소속 법원에 신청하고, 사법경찰관 및 기타 관헌은 소관 검사에게 청구하며 그 검사가 이를 법원에 신청하도록 하여 검사를 경유하도록 하였다. 다만 법원, 검찰청이 설치되어 있지 않은 지역에서는 사법경찰관 및 기타 관헌이 검사에게 청구할 필요없이 해당 지역에서 영장발부권한을 부여받은 특별심판원(치안관)에게 직접 각 영장의 발부를 신청할 수 있도록 하였다.

이에 따라 사법경찰관은 검찰청이 설치된 지역에서는 검사를 통하여 영장을 신청하고, 검찰청이 설치되지 않은 것에서는 직접 영장을 청구하여 2개의 절차가 병행되게 되었다. 검찰청이 설치되지 않은 지역에서 사법경찰관 및 기타 관헌이 검사를 경유하지 않고 직접 특별심판원에게 영장발부를 신청할 수 있도록 한 것은 경무청의 요청으로 추가된 것이었다.<sup>6)</sup>

## 다. 제정 형사소송법상의 영장청구절차

### 1) 제정 형사소송법상 영장청구절차 논의과정과 국회 통과

형사소송법은 법전편찬위원회에서 형사소송법 초안을 마련하여 정부안으로 제출되고 법사위에서 논의되었는데 1954. 1. 9. 공청회, 1954. 2. 15.의 국회 본회의의 제1독회, 1954. 2. 19. 국회 본회의 제2독회 후 의결, 정부에서 재의를 요구와 1954. 3. 19. 국회의 재의결의 과정을 거쳤다.

법전편찬위원회 초안에서는 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 각호에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 3만원이하의 벌금, 구류, 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다. 법원판사는 검사의 신청에 의하여 정당하다고 인정한 때에는 구속영장을 발부한다(초안 제195조)’고 하여 영장의 신청권자를 검사로 한정하였다.<sup>7)</sup>

법전편찬위원회 초안에 대하여 법사위에서는 제7항으로 ‘구속영장의 신청에는 구속의 필요를

5) 문성도, 앞의 논문, 116-118.

6) 문준영, 앞의 책, 703면.

7) 대검찰청, 『형사소송법 제정·개정자료집』, 1997, 288-289면.

인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다.’는 조문과 제8항으로 ‘제1항의 신청을 받은 판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 신청서에 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다.’는 조문을 추가하였다.<sup>8)</sup> 즉 법원의 심사를 위해 필요한 자료를 제출하여야함을 명문화하고, 법원이 기각할 수 있음과 기각할 때의 절차를 규정하였다.

이후 1954. 2. 19. 본회의에서 법안이 통과되는데 당시 법사위원장은 다음과 같이 원문을 읽었다. ‘원문을 한번 읽겠습니다. 「제195조 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 각 호에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.」 2항에 「만오천환 이하의 벌금, 구류, 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.」 그 다음에 3항으로 「법원판사는 검사의 신청에 의하여 정당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다.」 그다음에 제4항으로 「전 3항의 규정에 의하여 구속을 받는 자나 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계존속, 직계비속 또는 가족은 관할 법원에 구속의 적부여부의 심사를 청구할 수 있다.」 「제5항 전항의 청구를 받은 법원은 지체없이 구속한 자와 구속을 받은 자를 신문하여 그 청구가 이유없다고 인정할 때에는 결정으로 이를 기각하고 이유가 있다고 인정할 때에는 결정으로 구속받은 자의 석방을 명하여야 한다.」 「제6항 전항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.」 여기에 대해서 4항으로 배우자에다가 형제자매를 삽입합니다. 그 다음에 6항에 「전항의 청구를 기각하는 결정에 한하여 항고할 수 있다.」 이것을 삽입합니다. 그 다음에 제7항으로 「구속영장의 신청에는 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다.」 이것은 이전에 수정한 제한설명에도 말씀드리고 대법원장의 설명에도 말씀드렸던 것입니다. 「제8항 제1항의 신청을 받은 판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 신청서에서 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다.」

## 2) 공포 법률에서의 검사 신청조항 누락과 해석문제

영장 발부절차에 있어서 정부안 국회 본회의 통과시 낭독한 안에도 제3항으로 「법원판사는 검사의 신청에 의하여 정당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다.」는 문구가 낭독되었음에도 그 후 공포된 법률에는 이 문구가 빠져 있었다. 즉 공포된 법률은

‘제201조 (구속) ① 피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 단, 1만5천환 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

8) 대검찰청, 『형사소송법 제정·개정자료집』, 1997, 365면.

- ② 구속영장의 신청에는 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다.
- ③ 제1항의 신청을 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 신청서에 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다.
- ④ 전3항의 규정에 의하여 구속을 받은 자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주나 가족은 관할법원에 구속의 적법여부의 심사를 청구할 수 있다.
- ⑤ 전항의 청구를 받은 법원은 지체없이 구속한 자와 구속받은 자를 심문하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 구속받은 자의 석방을 명하여야 한다.
- ⑥ 전항의 청구를 기각하는 결정에 한하여 항고를 할 수 있다.'으로 되었다.

이에 대해 문성도 교수는 본회의 통과 후 법사위에서의 자구정리 과정에서 검사가 영장을 신청하도록 한 규정이 누락된 것으로 보인다는 견해를 제시한다.<sup>9)</sup> 어떤 경위로 그 조항이 빠지게 되었는지 명확하지 않으나 공포된 법률의 해석에 있어서는 제3항에서 신청을 기각할 때에는 그 취지를 기재하여 검사에게 교부한다는 조문과 입법경위상으로 보아 사법경찰관은 영장청구시 검사를 경유하여야 한다고 해석되었다.<sup>10)</sup>

### 3) 제정 형사소송법 시행 후의 병행체제의 유지

한편 1948. 4. 1.자 개정법에 의하면 법원이 없는 지역에서 사법경찰관은 검사를 거치지 않고 치안관에게 직접 영장의 발부를 신청할 수 있도록 하였는데 1949. 8. 15. 제정 법원조직법에서는 지방법원판사를 일정한 지역에 주재하게 하는 주재판사제도가 시행되고 치안관은 폐지하였다. 그럼에도 불구하고 경과규정으로 “본법 시행당시 재직하고 있는 치안관은 그 관할지역내에 주재판사가 임명될 때까지 본법에 의한 주재판사의 직무를 행한다.”(제76조)는 규정을 두어 치안관의 근무가 실무에서 유지되었다.

1954년 형사소송법 제정 후에도 검찰청이 설치되지 않은 격지지역에서 종래와 같이 사법경찰관이 주재판사에게 영장을 직접 청구하는 실무가 행해졌고 원격지 지역의 현실상 그대로 인정되었다. 1957. 1. 1.자 법원조직법 개정으로 주재판사제도가 폐지되고 즉결심판 등을 위해 지방법원 판사를 일정한 지역에 순회하게 하는 순회판사제도가 도입되어 일부 유지되던 치안관제도가 실무상 완전히 폐지되게 되었다. 그럼에도 불구하고 원격지 지역에서 종전과 같이 사법경찰관이 순회판사에게 직접 영장을 신청하는 실무가 행해져서 이를 계속 인정할 것인지에

9) 문성도, 앞의 논문, 248면.

10) 권오병, 『형사소송법요론』, 미국의 소리사, 1959, 222면; 김기두, 『형사소송법』, 법문사, 1959, 223면; 서일교, 『신형사소송법학』, 일한도서출판사, 1954, 200면; 서일교, 『형사소송법강의』, 제일문화사, 1955, 216면; 최대교, 『신 형사소송법강의』, 대한행정신문사인쇄국, 1955, 143면.

대한 논란이 있었다.<sup>11)</sup> 검찰에서는 조직 정비에 따라 영장에 대한 지휘를 정비하여갔으나 검찰청이 설치되지 않은 지역에서의 종전 실무는 일부 유지되었다.

## 라. 형사소송법 개정 논의와 1961년의 개정

제정 형사소송법은 정부의 거부권행사와 국회의 재의결을 거쳐 1954. 9. 23. 시행되었다. 앞에서 본 바와 같이 구속영장의 신청권자를 검사로 규정하였던 조항이 국회에서 정부로 법안이 오는 과정에서 누락되었기 때문에 1954. 9. 23.자로 정부제출법안으로 형사소송법 개정안이 제출되었는데 제201조 제1항을 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할 지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고, 사법경찰관은 검사에 청구하여 관할 지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다’로 하고, 제205조에 ‘① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압수수색영장에 의하여 압수수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 청구하여 지방법원판사가 발부한 압수수색영장에 의하여 압수수색 또는 검증을 할 수 있다’로 하여 영장청구절차를 명확히 하고자 하였다.

이 법안이 국회 법사위에서 논의되어 1956. 12. 12. 영장청구절차에 관한 안은 그대로 유지되고, 유치장감찰 관련 조항을 추가하는 것으로 법사위수정안이 가결되었는데 1957. 5. 4. 회기불계속으로 폐기되었다. 그 후 1957. 6. 17. 다시 정부안으로 종전 제출안과 같이 제201조 제1항과 제205조 제1항, 제2항에 영장청구절차를 명확히 법률안이 다시 국회에 제출되었으나 1958. 4. 6. 회기불계속으로 폐기되었다. 그 후 1961. 9.에 형사소송법이 대대적으로 개정되면서 종전에 논의되었던 대로 영장청구절차에 관한 조문이 추가되어 개정되었다.

## 3. 해방후 경찰의 불법구금과 고문 등 불법수사 상황

앞에서 본 바와 같이 영장제도의 도입과 1961년 형사소송법 개정시까지의 법안논의에서 사법경찰관이 검사의 청구에 의해 영장을 받도록 하는 절차가 일관되게 주장되고 받아들여졌는데 그러한 법률 논의상황은 당시의 경찰 수사의 인권침해 상황의 영향이 컸다. 언론 등에 나타난 사건만을 일별하여도 그 상황을 알 수 있다.

### 가. 해방후 정부수립기까지의 상황

#### 1) 경기도 경찰부 형사과장 사건

법무국장 훈령 제3호가 시달되기 전인 1945. 11.말경 경기도 경찰부 형사과장이 검사의 지휘를

11) 법률신문 1957. 3. 4.자.

받아 피의자를 검거하고 구속하였는데 경기도 경찰부장이 그 구속을 취소하고 오히려 그 형사과장을 군정재판에 회부하는 사건이 발생하였다. 당시에는 법무국장 훈령 제3호가 시달되기 전이었음에도 불구하고 당시 상황은 아직 검찰기구 자체도 아직 제대로 재건되지 않은 상황이었고 경찰은 조선형사령 체제에서 스스로 구속 등 강제처분을 할 수 있어 강력한 권한을 가지고 있었으므로 이미 검사의 지시를 무시하는 상황이었음을 보여준다. 이 사건에 대해 1945. 12. 13. 경성변호사회는 이 사건을 프랑스혁명 이후 처음 일어난 인권유린이라고 비난하면서 군정청에 검찰기관과 그 명령계통을 통일한 것을 건의하였다.<sup>12)</sup>

## 2) 1946~1947년간의 경찰 불법구금과 고문 사건 빈발

일제 강점기에 조선형사령에 따라 조선의 일제 경찰이 가지고 있던 영장없는 10일간의 구금 권한과 이를 이용한 고문의 악습이 해방 후의 경찰에서 쉽게 근절되지 않았다. 그리하여 경찰의 불법 구금과 고문 사례가 지속적으로 문제되고 경찰 수사과정의 인권보장 문제가 중요한 문제였다.

1946. 8. 초경 경찰관이 범인에게 물을 먹여 고문한 사건이 있었는데 당시 조병옥 경무부장은 국립경찰이 아니고 특별경찰기관인 철도경찰 경찰관이라고 해명을 하였다.<sup>13)</sup> 1946. 9. 9.에는 본정서 형사부장이 모 처에서 검거해온 조선공산당원이 현관입구에서 도망하자 권총으로 발사하여 등을 관통시켜 즉사하게 한 사건이 있었는데 당시 장택상 경기도 경찰부장은 ‘정지를 명하였을 때 불복종하고 도망을 할 때에는 발포한다. 발포를 하더라도 생명에는 관계 없도록 발사하는 것이 잘못하여 명중하는 수도 있다. 이번 본정서 사건은 경찰에 책임이 없다.’고 언급하였다.<sup>14)</sup>

1946. 10.의 대구사건, 철도파업 등의 혼란을 겪으면서는 인권 문제가 크게 이슈화되지 못하였으나 질서가 안정되면서 다시 언론에 보도되는데 1947. 2. 3. 뼈라를 붙였다는 혐의로 포천경찰서에 검거된 19명에 대해 4명의 경찰관이 고문을 한 결과 1명이 사망하고 나머지 피의자들도 전부 상해를 입은 사건이 있었다.<sup>15)</sup>

1947. 2. 초경 영남에서 있었던 소요사건 당시에 대구지방심리원 성주출장소 등기소장을 폭동선동자로 고문하였다는 혐의로 수도경찰청 특경대의 김○○ 경위가 서울지방심리원에서 재판권을 받고 징역 8월, 집행유예 3년을 선고받았는데 이에 대해 수도경찰청 부청장과 서울 시내 각 경찰서장이 1947. 2. 11. 김용무 대법원장을 방문하여 김 경위에 대한 1심 판결이 가혹하다고 항의를 한 일이 있었다.<sup>16)</sup> 이 일에 대해 경찰은 판결에 대한 항의가 아니고 김 대법원장이 재판에

12) 문준영, 앞의 책, 666면. 동아일보 1945. 12. 15.자.

13) 동아일보 1946. 8. 4.자.

14) 동아일보 1946. 9. 12.자.

15) 동아일보 1947. 2. 9.자.

16) 동아일보 1947. 2. 9.자, 1947. 2. 13.자; 서울신문 1947. 2. 13.자.

간섭하였다는 것이 이유인데 세간에는 경찰이 마치 판결 자체에 항의한 것처럼 유포되고 있다고 설명하였다.<sup>17)</sup>

이에 대해 재판을 한 심동구 판사가 대법원장이 간섭하였다는 것은 오해라고 하고, 이상기 대법관이 법원측으로서는 경찰의 항의를 어린애 칼장난으로밖에 보지 않으므로 별도의 설명할 필요를 느끼지 않는다고 기자단에 말을 하였다. 그러자 장택상 수도경찰청장이 성명서를 발표하여 ‘이 대법관의 경찰에 대한 모욕적 언사는 대법관의 언사로 볼 수 없고 짓내나는 언사로밖에 볼 수 없다. 미군정이 설립하여 조선 독립 전초전으로 건투하는 국립경찰을 어린아이 장난이라고 한 것은 몰상식한 언동’이라고 하였다.<sup>18)</sup>

1947. 5. 7. 서울 여자경찰서장이 여성 피의자의 옷을 벗기고 고문을 하였다는 이유로 인권모욕독직 등으로 파면을 당한 일이 있었고<sup>19)</sup>, 1947. 5. 6. 부산발 열차에서 철도경찰이 부녀자를 심문한 후 식당차 주방으로 강제인치한 후에 총, 칼로 위협하고 능욕을 행한 사건이 있었다.<sup>20)</sup>

1947. 6. 초에는 온양경찰서장이 사건 은폐 관련 보도를 한 동방신문 온양지국장을 10일간 불법구금한 사건이 있었는데 그 보도 내용은 청년단원들이 경찰서 직원들과의 사이에 충돌한 사건으로 관계자들을 구금하고 무수히 난타하여 고문하였다는 것이었다.<sup>21)</sup>

이와 같은 불법구금과 고문 관련 사건들이 빈발하자 1947. 6. 조병옥 경무부장이 각 관구 경찰청 부청장 회의에서 피의자를 상사의 명령도 없이 무단 구속 또는 고문을 하며 불친절한 언사행동이 경찰관 중에 적지 않으므로 금후에는 절대 인권을 존중하라는 지시를 하였다.<sup>22)</sup>

### 3) 검사의 유치장 검증 거부사건

1946. 9. 검찰의 차석·상석 검사회동에서 경찰의 불법구금을 감시하기 위해 검사가 수시로 유치장을 감찰할 것을 장려하는 방침을 결정한 바 있었는데<sup>23)</sup> 1948. 3.경 검사의 유치장 감찰을 경찰이 거부하는 사건이 발생하였다.

1948. 3. 17. 사법부의 미국인 고문관실 전속 자동차 운전기사가 절도 혐의로 서대문경찰서에 구금되어 있는데 고문을 당하여 빈사상태에 있다는 제보가 있어 서울지방검찰청 검사가 경찰서 유치장에 가서 진상을 조사하려 하였으나 경찰에서 이를 거부한 것이다. 이에 대해 서울지방검찰청 검사 일동이 1948. 3. 18. 오제도 검사 등 5명을 대표로 하여 군정장관, 사법부장, 검찰총장에게

17) 동아일보 1947. 2. 18.자.

18) 동아일보 1947. 2. 23.자; 경향신문 1947. 2. 23.자.

19) 동아일보 1947. 5. 9.자.

20) 동아일보 1947. 5. 10.자.

21) 동아일보 1947. 6. 8.자.

22) 동아일보 1947. 6. 14.자.

23) 문준영, 앞의 책, 805면.

진정서를 제출하였고<sup>24)</sup> 경무부장 조병옥을 면담하여 경찰이 검사의 유치장 검증을 거부하는 것과 검사가 수사사무상 필요하여 경찰관을 호출함에 대해 청장의 승낙이 있어야 출두한다는 식은 위법한 행동이 아닌지를 질문하였는데 이에 대해 조병옥 경무부장은 경찰이 유치장 검증을 거절한 것은 잘못된 것이며 검사가 직무행사 수사사무상 경찰관을 호출하는 때에는 언제든지 즉시 호출에 응하여야 한다는 지령을 전국 경찰에 내릴 것이라고 답변하였다.<sup>25)</sup>

그런데 수도권경찰청장 장택상이 1948. 3. 19. 반박성명을 발표하고, 1948. 3. 20. 서울지방 검찰청 차석검사 엄상섭이 다시 반박 발표를 하는 등으로 혼란이 있었고 서울변호사회 회원 130명이 변호사회에서 유치장 검증 거부에 대한 대책을 논의하기도 하였다.<sup>26)</sup> 이후 조병옥 경무부장은 1948. 3. 22. 담화문을 발표하여 경찰이 검사의 유치장 검증을 받도록 하여 유치장 검증문제는 일단락되었다.<sup>27)</sup>

## 나. 정부수립 전후 상황

### 1) 계속되는 불법구금과 고문

1948. 6. 수도권경찰청 사찰과장 최운하와 동대문경찰서장이 업자와 결탁하고 상대방 2명을 30일간 종로서에 유치한 사건,<sup>28)</sup> 1948. 1. 28.경 수도권경찰청 사찰과장 노덕술, 전 사찰과장 최운하, 수사과 김재곤, 박사일 등이 장택상 수도권경찰청장 저격범 피의자로 검속된 사람을 중부경찰서에서 문초하면서 물을 먹이는 고문을 하여 사망하게 한 후 사체를 한강 인도교와 철교의 중간부분에 버린 사건으로 1948. 7. 경 경무부 수사국에서 수사를 하게 된 사건,<sup>29)</sup> 1948. 7. 18.경 개성경찰서 임한 지서의 순경 2명이 동 지서 주임의 자택을 습격한 혐의로 조사하던 피의자를 구타하여 즉사하게 한 사건,<sup>30)</sup> 1948. 7. 20.경 완도경찰서 형사가 목포경찰서에 구금되어 있는 피의자 2명을 밤새도록 고문하여 1명이 사망하고, 1명이 정신이상인 사건<sup>31)</sup>등이 이어졌다.

### 2) 박찬길 검사 즉결처형 사건

1948. 10. 19. 발생한 여수, 순천 사건에서 반군이 점령하고 있던 순천이 진압된 다음 1948. 10. 24.경 진압 경찰이 순천지청 차석검사이던 박찬길 검사(당시 38세)를 즉결처분으로 총살한 사건이

24) 동아일보, 1945. 3. 19.자; 경향신문 1945. 3. 19.자.

25) 동아일보, 1948. 3. 20.자

26) 동아일보, 1948. 3. 21.자.

27) 동아일보, 1948. 3. 23.자; 경향신문, 1948. 3. 23.자.

28) 동아일보 1948.6. 24.자.

29) 동아일보 1948. 7. 27., 7. 28., 7. 29.자; 경향신문 1948. 7. 27.자.

30) 동아일보 1948. 7. 30.자.

31) 동아일보 1948. 8. 18.자.

발생하였다. 당시 21명을 처형하였는데 그 가운데 박찬길 검사가 있었다. 반군이 순천을 점령하였을 때 인민재판의 재판장을 하였다는 죄목이었다.<sup>32)</sup> 박찬길 검사의 처형을 주도한 사람은 당시 제8관구경찰청(현 전남경찰청) 부청장 최천이었다.

1948. 10. 27. 제89차 국회 임시회의에서 당시 내무부장관 윤치영은, “반도는 승천의 여세로 순천 우익요원, 경찰관 가족을 살해하고 순천시, 군청, 읍사무소, 전기회사, 은행 등을 완전히 접수한 후 인민공화국 국기 급(及) 간판 등을 게양하고 자칭 계엄령을 발포하여 당지 재판소를 인민 재판소로 개칭하여 순천 검사국 국장 박창길<sup>33)</sup> 검사를 재판관으로 하여 학살, 약탈 등을 감행하였다”고 국회에 보고하였다.

유족들이 억울함을 호소하며 책임자를 처벌해달라고 진정을 하고, 대검찰청 차원에서도 조사를 진행해오던 중 박찬길 검사가 좌익이 아니었다는 어느 정도의 조사결과가 나오자 정부에서는 1949. 6. 15. 군·검·경 합동수사본부를 설치하고 대검찰청 정창운 검사, 법무부 검찰과장 선우종원, 국방부 정훈감 김종문 중령, 내무부 치안국 수사지도과 김남영 총경 등이 현지에 가서 진상조사에 나섰다.<sup>34)</sup>

군·검·경 합동수사본부와는 별도로 광주지방검찰청에서도 조사를 하였는데 광주지방검찰청 기세훈 차장검사는 조사결과 10. 24. 11:00경 순천 북초등학교 교정에서 인민재판장을 하였다는 이유로 박찬길 검사를 총살하는 동시에 광주지방법원 순천지원 방기환 서기도 총살하였으며, 총살집행에 대해 계엄사령관에게는 하등의 연락이 없었고, 당시 제5여단장인 김백일 대령이 만류하였음에도 불구하고 집행하였는데 총살을 주도한 사람은 제8관구경찰청 부청장 최천이라고 하였다.

진상조사가 진행되면서 사찰과장 등 4명이 구금되자 전남경찰은 총기와 각종 장비를 경찰청 마당에 버려놓고 일체의 훈련과 직무를 중지하겠다고 시위하였다. 검경의 대립이 심각해지자 이범석 국무총리와 각부 장관이 중재에 나서 4명의 경찰관은 하루만에 석방되었다.

1949. 9. 20. 김익진 검찰총장은 기자들과의 문답에서 박찬길 검사 사건의 총책임인 최천에 대해 구속을 보류하고 있는 이유를 묻자 여러 가지 이유가 있는데 도피할 우려가 없고, 경북경찰청장이 신분을 보장하기 때문에 불구속으로 문초하고 있다고 답변하였다.<sup>35)</sup>

1949. 10. 5. 국회 질의답변에서 권승렬 법무장관은 경찰의 즉결처분과 관련된 조영규 의원의

32) 동아일보 1948. 10. 30.자에는 ‘포연속에 복구되는 순천 일대’라는 제목하에 기사가 있는데 순천읍장의 목격담에 의하면이라고 하면서 당시 인민재판소 검사는 순천검찰청 검사였던 박찬길로 그는 원래 우익탄압에 맹활동을 하여 순천에 적색분자를 침투시킨 장본인이었다, 수백명의 학생들이 포착하여 오는 양민들에게 일일이 사형을 선고하여 생사여탈을 마음대로 하다가 23일 국군에 포박되어 총살을 당하고 말았다고 기사가 났다.

33) 후에 이름이 박찬길로 확인되었다.

34) 경향신문, 1949. 6. 17.자.

35) 경향신문 1949. 9. 21.자.

질문에 대해 ‘즉결처분이라는 것은 잘못된 것이므로 방금 조사중에 있다. 박찬길 검사는 조사 결과에 의하면 조만식 선생의 제자로써 기독교 신자이며 좌익혐의를 받을 근거는 없으며 인민재판장을 한 일도 없다. 다만 경찰관이 무도한 양민을 총살한 것을 살인범으로 취급하였다고 해서 그 때부터 적구검사(赤狗檢事)라는 칭호를 받아왔다고 한다.’<sup>36)</sup>, ‘조만식 선생의 제자라 하여 해방 전에는 경관들에게 박해를 받아왔었고 해방 후에 이르러서는 좌익분자들을 불기소 등으로 석방하여 왔다는 경찰측과의 알력이 있었다. 한가지 예로서 경관이 폭도를 추격할 때 부근에 있던 부락민이 공포로 말미암아 폭도와 같이 도망가던 것을 경관이 발포하여 쓰러졌는데 경관이 달려드러 신문 조사없이 또 한번 발사하여 즉사케 하였다. 이 사실을 박검사는 가해 경관에게 살인죄로 몰아 징역 10년의 구형 논고까지 한 일이 있었다 한다. 이러한 것으로서 박검사는 좌익검사라고까지 주목을 받게 되었던 것이다. 그리고 그 후 조사한 결과 당시 배석판사 운운하는 것은 전혀 사실 무근이라는 것이 판명되었다.’<sup>37)</sup>하고, ‘좌우간 박찬길 검사 이하 수십명이 재판을 받지 않고 총살집행을 받았다는 것은 법의 위신상 큰 문제이다.’라고<sup>38)</sup> 답변하였다.

## 다. 1950년대와 4. 19. 이후까지의 상황

### 1) 1950년대와 60년대 초

1952. 10.경 부산 관내 경찰서에서 절도 혐의로 연행된 여성 피의자 4명을 고문한 경관 4명이 적발되었고<sup>39)</sup>, 1953. 6.경 여자 아편 관련 혐의로 연행된 피의자를 고무호스로 구타하여 고문한 서울 중부 경찰서 소속 형사 2명이 구속되었으며,<sup>40)</sup> 1953. 12.경에 구레경찰서에서 사건 취재와 관련하여 벽보를 붙이던 기자를 연행하여 구타한 후 무단벽보침부 혐의로 즉심회부하여 5일의 구류를 받게 한 사건,<sup>41)</sup> 1954. 8. 경 목포 관내에서 경찰이 여자 피의자에게 혹독한 고문을 가하여 낳지도 않은 아이를 낳아 주었다고 허위자백을 받아 영아살해혐의로 송치한 사건에 대해 목포지청 검사가 고문사실을 확인하고 담당경찰관을 구속기소한 사건<sup>42)</sup> 등이 계속 발생하였다.

경찰의 고문폐해의 근절에 대해 당시의 여론에서 중요하게 지적되었고 내무부 장관도 이를 강조하였음에도 불구하고 경찰의 고문 폐해는 형사소송법 제정 이후에도 계속되었다. 1955. 4.경 서울 서대문경찰서 수색지서에서 경찰관이 수첩과 돈을 분실하였는데 지서의 사동으로 있던 소년(17세)만이 당시 지서에 있었다는 이유로 곤봉으로 구타하면서 자백을 강요하여 고문한 사실로 구속된 사건<sup>43)</sup>, 1956. 4.경 인천 관내 경찰서에서 절도 혐의로 연행된 18세 소년 피의자에

36) 동아일보 1949. 10. 6.자.

37) 경향신문 1949. 10. 8.자.

38) 동아일보 1949. 10. 6.자.

39) 동아일보 1952. 10. 19. 자

40) 경향신문 1953. 6. 16.자.

41) 동아일보 1953. 12. 31. 자.

42) 경향신문 1954. 8. 16.자.

대해 45시간 불법구금하면서 전화줄로 손목을 묶고 전기고문을 한 사실로 경찰관 2명이 구속되었고,<sup>44)</sup> 1956. 4.경 포항 관내 경찰관 2명이 아무런 범죄혐의 없는 사람을 경찰 지서에 데려가 옷을 벗기고 포승으로 손목을 묶은 후 몽둥이를 다리 사이에 끼우고 매단 후 물수건으로 입을 막고 주전자로 고춧가루물을 부어 고문한 사건<sup>45)</sup>, 1956. 9.경 부산 동래 경찰서 사찰계 형사가 동래온천장 미곡상 여인 강도살인사건 피의자를 연행 한 후 24시간 온천 지서에 감금하고 구타하면서 자백을 강요하고 전치 3주 이상의 상해를 가한 사건으로 부산지방검찰청 검사가 담당 형사를 구속하였는데 그 후 살인사건의 진범이 나타난 사건<sup>46)</sup> 등이 있다.

1957. 9.경 경남 경찰국에서 탈영병을 검거한 후 군인신분을 밝혔음에도 불구하고 고문을 하여 간첩이라고 허위자백을 받은 후 군 수사기관에 이첩하여 군 특무대에서 경찰의 고문과 허위자백에 대해 문제를 제기한 사건이 있었고,<sup>47)</sup> 1958. 2.경 윤형남 국회의원 등 10명의 국회의원이 수원 관내에서 경찰이 피의자를 구타하여 사망하게 한 사건 등 경찰의 불법부당 행위 방지에 관한 4건의 결의안을 제출한 사건이 있었는데 그 안에는 1958. 2. 4. 부산 관내 경찰서 형사가 소년 피의자 2명을 연행하여 수신회 구타한 후에 즉심에 넘겨 3일간의 구류처분을 받게 한 사건, 1958. 1. 17.경 경찰이 23세의 청년 피의자를 지서로 연행하여 불법적으로 감금한 후 손발을 묶고 쇠몽치로 2일간 구타하여 사망하게 한 사건, 예산 관내 경찰이 청년 2명을 연행하여 4시간 동안 무수히 구타한 사건 등이 들어 있었다.<sup>48)</sup>

1958. 6.경 대구 관내에서 19세의 고교생을 절도 혐의로 연행한 후 소년의 손가락 사이에 펜대를 끼우고 비트는 고문을 한 후 파출소 뒤뜰로 끌고가 뼈죽뼈죽한 장작개비를 양 다리 사이에 끼우고 발로 장작을 비트는 식으로 고문을 하고 시말서를 강요한 후 즉심으로 5일간의 구류처분을 받게 한 사건,<sup>49)</sup> 1958. 7. 경 금산 관내에서 집에서 취침 중인 사람을 절도 피의자로 지서로 연행하고 의복을 벗긴 후 팬티만 입힌 채 포승으로 손발을 뒤로 묶어서 의자에 눕히고 책보같은 것을 얼굴에 씌우고 주전자로 물을 부어 실신하게 하는 등 고문을 하여 허위자백을 받은 사건,<sup>50)</sup> 1958. 11.경 가평경찰서 관내에서 구두를 절도한 혐의로 2명의 형제(26세, 16세)를 연행하여 고문하여 사망하게 한 사건으로 경찰관 2명이 구속되었고<sup>51)</sup>, 1958. 12.경 광주 경찰서 관내에서 경찰관이 강도 피의자를 장작으로 무수히 구타하고 포승으로 묶고 입을 막은 채 물을 붓는 등 고문을 하였으나

43) 동아일보 1955. 4. 30.자.

44) 경향신문 1956. 4. 13.자.

45) 동아일보 1956. 4. 21.자.

46) 경향신문 1956. 9. 2.자.

47) 경향신문 1957. 9. 13. 자

48) 경향신문 1958. 2. 14.자.

49) 경향신문 1958. 6. 26.자.

50) 경향신문 1958. 7. 30. 자.

51) 경향신문 1958. 11. 1.자

혐의가 드러나지 않자 일정한 주저없이 배회하는 자라는 이유로 경범죄를 적용하여 즉심으로 10일의 구류처분을 받게 한 사건<sup>52)</sup> 등이 이어졌다.

1959. 3.경 경찰의 고문과 자백강요로 구속되어 강도의 누명을 쓰고 재판을 받던 나주 강도사건의 피고인이 진범이 자수하여 누명을 벗게된 사건,<sup>53)</sup> 1960. 2.경 인천 관내에서 형사 2명이 양담배 절도 혐의로 피의자를 연행 한 후 초소에서 구타하고 본서로 연행하여 안면부를 주먹과 발로 구타하여 실신하게 하여 혼수상태에 빠지게 하였는데 피의자는 무고하게 연행된 것이었고 미군에서 진범이 체포되었다고 연락을 받은 사건,<sup>54)</sup> 1960. 4.경 인천에서 경찰관이 절도 용의자를 연행하여 고문하여 전치 1개월 이상의 상해를 가한 사건,<sup>55)</sup> 1960. 8.경 광주에서 경찰관이 무고한 소년(19세)을 시계를 훔쳤다는 혐의로 연행하고 양 다리에 통나무를 넣고 꿰어 앉게 한 후 구타하여 걷기도 어렵게 하였는데 진범이 훔친 시계를 팔려다가 검거되어 누명을 벗게 된 사건,<sup>56)</sup> 1960. 11.경 상호 폭행 피의자를 연행하여 밤새도록 고랑쇠를 채운 손을 책상 다리에 묶은 후 몽둥이로 구타한 사건,<sup>57)</sup> 1961. 3. 경 라디오 절도 용의자로 16세의 여성을 연행하여 구두발로 차고 구타하여 허위자백을 받은 사건,<sup>58)</sup> 1961. 3.경 여수 관내에서 도망병인 군인(23세)가 헌병대에 자수를 한 후 신병치료차 집에서 요양을 하고 있었는데 경찰관이 집에서 자고 있는 군인을 권총강도 혐의로 수갑을 채우고 연행하여 얼굴, 머리, 다리를 주먹과 발로 난타한 후 속옷을 벗기고 철봉에 손과 발을 묶어 양쪽 책상에 매달고 구타한 후 입과 코에 물주전자로 물을 붙는 등 고문을 하여 반병신을 만든 후 군에 이첩하여 군당국에서 확인하게 된 사건,<sup>59)</sup> 등이 경찰의 고문과 인권침해 사례가 이어졌다.

## 2) 4. 19.혁명 전후

특히 1960. 4. 19. 혁명 전후에 경찰이 데모에 참가한 사람들을 연행하여 구타와 고문을 행한 사례들이 다수 보도되면서 경찰 고문 방지대책에 대한 국민적 문제의식이 더욱 높아졌다. 1960. 4. 12. 공명선거추진 전국위원회는 제1차 마산사건에서 경찰이 자행한 고문을 식민지경찰 이상의 비인도적 고문이라고 규탄하면서 3. 15. 부정선거의 무효와 고문 경찰관의 엄단을 요구하였다.<sup>60)</sup> 그무렵의 경찰 고문사례와 고문경찰관의 구속사례 등에 대한 보도가 이어졌고,<sup>61)</sup> 법무부 차관이 고문방지를 위해 각서에 검사를 배치하겠다고 언급할 정도였다.<sup>62)</sup>

52) 경향신문 1958. 12. 16.자

53) 동아일보 1959. 3. 29.자

54) 동아일보 1960. 3. 1. 자.

55) 동아일보 1960. 4. 15.자.

56) 동아일보 1960. 8. 16.자.

57) 경향신문 1960. 11. 30.자.

58) 동아일보 1961. 3. 23.자.

59) 동아일보 1961. 3. 18.자.

60) 동아일보 1960. 4. 13. 자.

61) 동아일보 1960. 3. 28.자, 1960. 4. 21.자, 1960. 4. 22.자 1960. 4. 24.자, 1960. 4. 25.자 등 참조.

62) 동아일보 1960. 4. 21. 자.

#### 4. 영장제도 도입 후의 인신구속의 남용 상황

##### 가. 영장제도 도입 후의 인신구속 남용 상황

1948년에 영장제도가 도입되었으나 실무상으로는 영장에 대한 심사가 형식적으로 행해지고 일부 원격지에서 사법경찰관이 직접 영장을 청구하는 실무도 행해지다 보니 일단 구속해놓고 수사를 행하는 식의 실무가 영장제도 도입 후에서 계속되었고 부적절한 구속사례가 매우 많이 발생하였다. 1954. 1월부터 11월까지 서울지방법원에서 구속영장이 발부되고 구속된 사람이 10,940명인데 그 중 검사가 기소한 사람이 1,621명으로 결과적으로 구속자의 85%가 불기소되었다.<sup>63)</sup>

이러한 상황에 대하여 이미 1954. 9. 25. 개최된 전국 검사장회의에서 법무부차관 지시사항으로 1954. 1월부터 7월까지의 사법경찰관 구속영장청구상황을 보면 전체 22,745건 중 긴급구속 후 신청한 사례가 9,650건(42%)에 달하므로 만부득이한 경우 이외에는 긴급구속을 피하도록 하고, 사법경찰관으로부터 영장발부신청이 있을 때에는 형식적 심사에 흐르지 말고 엄격히 심사후 영장신청절차를 받도록 하며, 매일 최소한 1회 이상 유치장을 감찰하여 비합법적 처사를 방지 하라고 지시하였다.<sup>64)</sup>

나아가 1955. 10. 29. 민복기 검찰총장도 인신구속에 신중을 기할 것을 지시하면서 검사는 경찰의 영장신청에만 의존하지 말고 철저히 그 내용을 검토한 후 검사의 책임 하에 영장을 법원에 신청하도록 하겠다고 하였다.<sup>65)</sup>

그럼에도 불구하고 1955. 10월부터 1956. 9월까지 전국 법원에서 구속영장신청 35,985건에 기각 31건으로 35,644건이 발부되었는데 그 중 기소된 것은 12,724건뿐이어서 구속자 중 3분의 2가 불기소되는 상황이었고 형사사법권에 의한 인권침해로까지 지적되었다.<sup>66)</sup>

검찰에서는 지속적으로 심사강화 노력을 하였으며 1959. 3. 24.자 동아일보 쑥덕공론란에 서울지검의 차장검사가 구속영장에 신중을 기하여 경찰의 영장신청을 이따끔씩 기각하자 경찰이 그 차장검사가 영장결재를 하지 않는 공유일에 신청하는 수가 증가하였다는 기사가 나기도 하였다.<sup>67)</sup>

63) 법정신문 1954. 12. 1.자.

64) 대검찰청, 『훈시집』, 1977, 68면.

65) 경향신문 1955. 10. 30.자; 동아일보 1955. 11. 4.자.

66) 동아일보 1956. 12. 14.자; 법률신문 1957. 2. 8.자.

67) 동아일보 1959. 3. 24.자.

## 나. 유치장 감찰의 강화

### 1) 검찰의 유치장 감찰 강화 노력

경찰의 불법구금 폐해로 인하여 검찰은 지속적으로 유치장 감찰을 강화하였다. 1957. 10. 16. 정순석 검찰총장이 유치장 감찰 강화를 지시하였고<sup>68)</sup> 1959. 2. 법무부장관도 유치장 감찰을 지시하는<sup>69)</sup> 인권보호를 위한 역할에 적극적으로 나섰다.

1960. 4. 19. 혁명 직후 검찰에서 유치장 감찰을 시행하였는데 서울지방검찰청 검사가 동대문 경찰서 사찰계 순경이 대학생을 연행한 후 곤봉으로 머리를 구타하여 전치 10일의 상해를 가한 행위를 적발하여 구속하는 등 여러 건의 경찰의 불법행위 사항이 언론에 보도되었다.<sup>70)</sup>

### 2) 유치장 감찰 조문의 재도입

1948. 2.경 검사의 수사지휘권으로 유치장 감찰이 가능한가와 관련하여 검·경 대립이 있었으나 경무부장의 지시로 유치장 감찰을 받도록 경찰에 지시하여 정리되었다. 영장제도를 도입한 1948. 4. 1.자 형사소송법 개정에서 유치장 감찰이 명문화되었었는데 1954년의 제정형사소송법에서는 유치장 감찰조문이 명문화되지 않았는데 이는 수사지휘권으로 가능한 것으로 정리되었기 때문으로 보인다.

그런데 1961년의 법개정에서 다시 유치장감찰 조문이 명문화되었는데 그 이유는 앞에서 본 바와 같이 영장제도 도입 후에도 인신불법구금 사례가 빈발하였고 이를 엄단하여야 한다는 국민여론이 비등하였기 때문이다. 1956. 10.경 국회에서 정부에서 제출한 형사소송법 개정안을 상정하여 논의를 하게 되었는데 당시에 국회 법사위 차원에서 인신불법구금의 엄단을 위해 형사소송법 제198조의2로 유치장 감찰 조문을 추가하는 수정안을 의결하였다. 당시의 수정안은 회기불계속을 폐기되었으나 이후에도 꾸준히 주장되어 결국 1961년 형사소송법 개정시에 다시 명문화 되었다.

## Ⅲ. 우리 헌법상 검사의 영장청구권 조항의 역사적 의의

해방 후의 경찰의 인권침해 상황과 그간의 영장제도에 관한 조문과 관련된 논의 상황을 고려하면 법원으로부터 영장을 발부받는 절차에 있어서 검사를 영장청구권자로 하고 사법경찰관은 검사의 청구로 영장을 받도록 하는 것은 국민적 여론이었고 이에 대해 이견이 없었다고 할 수 있다.

68) 경향신문 1957. 10. 16,자

69) 경향신문 1959. 2. 21. 자

70) 동아일보 1960. 4. 24. 자.

그러한 상황에서 1961년의 형사소송법 개정에서 이어 1962년 헌법개정에서 검사의 영장청구권이 헌법에 규정되게 되었는데 이는 일제강점기에 이어 해방후 그 무렵까지 계속되어 온 경찰의 불법구금과 고문관행의 폐해에 대한 국민들의 역사적 경험에 따라 이를 근절하고자 하는 국민적 여망이 담긴 것으로 볼 것이다. 특히 강제처분에 있어서 경찰의 권한남용을 방지하기 위해서는 단순히 법관의 영장을 받는 제도만으로 하여 법관의 심사만으로는 부족하고 검사가 영장청구 전에 한번 더 심사하여 2중의 심사장치를 만들으로써 더욱 강력한 통제장치를 만들고자 한 것으로 보인다.

헌법개정 이유에 관하여 당시 공보부에서 발간한 설명자료에도 사법경찰관의 영장신청에 의한 인권침해를 막으려 하는 현행 형사소송법의 규정을 헌법에 규정하여 그 효력을 높였다고 개정이유를 설명하고 있다.<sup>71)</sup>

#### IV. 경찰 비대화 문제

헌법 개정 후 55년이 지났고 경찰도 인적, 물적 자원들을 많이 개선하였다. 그런데 우리나라의 상황에서는 중앙집권적으로 편성된 경찰의 비대화 문제가 남아 있다.

경찰이 담당하는 치안업무는 시민생활과 밀접하여 자치경찰로 분권화하는 것이 일반적이다. 일제 강점기에 조차도 경찰은 도지사의 권한으로 하여 각 보에 경찰부로 편성되어 있었다.

해방 후 미군정 하에서 국가의 건설과 정부조직의 구성, 그리고 효율적인 질서의 확립 등의 필요에 따라 중앙집권적 국가경찰체제가 수립되었고 경무국 또는 경무부 체제가 되었다. 그러나 1948년의 정부수립 당시에는 향후 지방자치의 실시에 따른 자치경찰체제를 염두에 두고 경찰조직을 인사와 감독을 담당하는 내무부 치안국을 두고 집행경찰을 도지사 예하로 두어 도경찰국으로 하며 도경찰국 산하에 경찰서를 두는 체제로 재편하였다.

그런데 경찰 조직의 확대와 권한강화에 따라 점차로 중앙집권화하여 치안국이 치안본부로 확대개편되었다가 1991. 5. 경찰청으로 외청으로 분리되면서 경찰청장 산하에 지방경찰청, 경찰서의 구조로 개편되고 지방의 경찰조직이 지방자치단체에서 분리되었다. 이에 따라 우리나라의 경찰 조직은 미군정 하에서의 중앙집권적 국가경찰체제로 회귀하였고 외국에 사례를 찾아보기 어려운 정도로 거대한 권력조직이 되었다.

김대중 정부 시절에 자치경찰제 추진논의가 강력하게 전개되었으나 실현에 실패하였고 그 후로 자치경찰제 논의가 간간이 있으나 현실화되기 어려운 실정이다. 현재에도 경찰의 분권화와 경찰에 대한 통제장치의 강화가 필요한 상황이라 하겠다.

71) 공보부, 『헌법 개정과 국민투표』, 1962, 29면.

## V. 질의

1. 토론자의 견해로는 우리 헌법에 규정된 검사의 영장청구권 조항은 일제 강점기와 해방후 1960년대 초까지의 역사적 공간에서 경찰의 불법구금이나 고문 그리고 강제처분권의 남용 등의 폐해를 절실히 경험한 국민들이 헌법제정권력의 수준에서 경찰의 강제처분권 남용을 강력히 통제하기 위해 법관의 심사에 더하여 검사의 심사를 더한 2중의 심사장치를 도입 하고자 한 것으로 역사적 가치가 있고, 현실적으로도 이러한 2중의 심사장치가 영장주의가 도입된 지 70여년 만에 우리나라에서 영장주의를 정착시키는데 큰 역할을 했다고 생각이 됩니다.

이런 관점에서 보면 이 조항은 다른 나라의 입법례와 비교하면 우리나라에 특수성이 있는 조문이기도 하나 그 특수성은 인권보호를 강조하는 국민들의 여망이 담긴 가치있는 조문이지 문제를 일으켜 폐지해야할 조문은 아니라고 생각하는데 발표자의 견해는 어떠신지요.

2. 경찰의 통제와 관련하여 경찰이 중앙집권적 국가경찰제로 편성되어 거대 권력기구화된 것은 시정될 필요가 있고 이를 위해서는 자치경찰제 도입이 필요하다고 보입니다. 그런데 자치경찰제 논의가 번번히 좌절되고 있어 차제에 헌법을 개정한다면 헌법 제117조의 지방자치 조문의 지방자치 사무에 주민의 복리와 치안에 관한 사무라고 명문화는 안을 제시하고 싶습니다. 물론 현재에도 주민의 복리에 치안이 포함되므로 현 조문하에서도 자치경찰제가 가능하다고 해석할 수는 있겠습니다만 치안을 명문화하면 자치경찰제가 헌법적 수준의 요구도 명문화되므로 실현될 수밖에 없지 않을까 합니다. 발표자의 견해는 어떠신지요.

한국의 형사사법개혁II:  
강제처분의 현대적 의미와 인권보호

# 헌법상 검사 영장청구권의 현대적 의미



- **김성룡** 교수 (경북대학교 법학전문대학원)



## 헌법상 검사 영장청구권의 현대적 의미

김성룡 교수 (경북대학교 법학전문대학원, 법학박사)

### I 글머리

지금으로부터 약 50년 전, 독일에 검찰제도가 도입된 지 약 120년이 지난 1968년, *Deutsche Richterzeitung*에는 독일법관연합(*Deutsches Richterbund*)의 소관위원회의 의견으로 ‘제3의 권력 (사법부)에서의 검사’(*Der Staats- anwalt in der Dritten Gewalt*)라는 제목의 글이 실렸다. 글의 초입부의 몇 단락만을 정리해 본다.<sup>1)</sup>

독일 검찰은 3월 혁명에 이르기까지의 개혁과 1848년 3월 혁명에서 표현된 민주주의와 자유주의의 사상이 낳은 자식이다. 검찰의 탄생은 규문주의절차의 종말을 의미하며, 법관이 수사와 심판을 모두 하던 낡고 흠결 가득한 절차를 마감하는 것이었다. 형사 절차는 비밀리에 이루어지고 참심(Laienrichter)이 전혀 개입할 수 없었기에 그 해악은 더욱 커졌고, 독일 국민들은 항소심을 순전히 참심만으로 이루어진 절차로 도입하자는 극단적인 주장을 하기에 이르렀다. 양면을 가진 법관의 이원주의가 검찰의 창설로 인해 제거되고 사건을 밝히는 수사활동은 배타적으로 검찰이라는 사법·법무기관(Justizbehörde)에게 옮겨간 것이다. 독일 검찰의 모범은 프랑스 검사제도였고, 프랑스의 사법체계 내에서 검찰의 역할은 그 예를 찾기 어려울 정도로 강력한 지위로 표현된다. 나폴레옹 지배기를 거치면서 독일 라인 왼편의 프로이센, 바이에른, 헤센에서부터 도입되기 시작한 검찰제도는 독일 전역으로 확대되게 된다.

독일 검찰이 사전절차(Vorverfahren; 기소전 수사절차)에서 법관의 역할을 하게 되었다는 것으로 지금까지 법관의 과제가 행정의 과제로 변경되지는 않았다. 만약 그런 의미였다면 수사활동은 검사가 아니라 경찰에게 넘겨졌을 것이다. 만약 그렇게 되었다면 사법의 영역에 경찰국가적 요소들을 도입하는 것이 되었을 것이고, 그것은 가장 강력한 반발에 부딪혔을 것이다. 경찰국가에서 탈피하여 법치국가로 가자는 것이 해결책이었고, 이러한 관점에서 모든 오해를 피하기 위해 검찰은 내무부도 경찰부도 아닌 사법(법무)부장관(Justizministerium) 하에 설치되었던 것이다. 전체적인

1) Von der Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, *Der Staatsanwalt in der Dritten Gewalt*, *Deutsche Richterzeitung*, 1968, S. 357.

형사영역(Kriminalbereich)에서 경찰국가적인 사고를 법치국가적인 방법들로 극복하는데 기여하는 법적 해결책이 바로 검찰제도의 도입이었던 것이다.

검사는 행정의 일부가 아니라 사법기구로 구성되었고, 분할되지 않은 사법의 새로운 일원이 되었고, 그 사법에 통합된 것이다. 1959년 3월 19일 독일연방헌법재판소는 '검사는 사법의 일부이며, 법원과 검찰이 함께 사법을 지키는 과제를 충족하는 것이 바로 법치국가의 가장 본질적인 요소의 하나'임을 확인했다.

공판을 개시·진행하기 위해서는 검사의 공소제기가 있어야 하고, 절차의 진행을 위해서는 공판정에 검사가 참여해야 한다는 것은 검사가 사법기관임을 다시 확인해 주는 것이고, 검사에게 피고인에게 유리한 증거를 수집하고, 피고인에게 유리한 상소를 제기할 수 있도록 하는 등 객관의무와 권한을 부여한 것도 사법기구로서의 검사의 위상을 확인해 주는 것이다.

필자가 이해하는 검찰제도, 검찰·검사의 위상과 과제, 검사의 의무와 책임은 이와 별반 다를 것이 없다. 바로 이 점에서 필자는, 검찰의 문제점을 찾아내 직시하고, 잘못된 점은 고쳐 개선하고, 제 식구 감싸기에 공권력을 이용한다는 비난과 정권의 하수인이라는 오명을 쓰게 한 이유가 있다면 이를 확실하게 제거하고 검찰 본연의 위상과 과제를 실천하는 검찰이 되도록 개혁해 나가자는 방향으로 진행되어야 할 논의가 어떤 이유로 갑자기 (사법)경찰에게 수사권, 긴급처분·영장청구권을 나누어 주자는 행정부 내의 기관간의 권한의 배분 문제로 변질되어버리는 것인지, 수사와 공판은 엄연히 형사사법의 일로 보아야 할 것인데, 치안과 위협예방을 담당하는 행정부의 한 조직이자 형사사법의 한 축인 검찰의 수사 활동을 도와주는 조력자가 그를 지휘하는 검찰에게 견제와 균형이라는 논리를 내세워 권한 분배를 얘기할 수 있는지 이해하기 어렵다.<sup>2)</sup> 그러한 목소리들이 결국 검찰·검사 제도를 없애고, 법치국가를 포기하고 경찰국가로 돌아가자는 것은 아닐 것인데 말이다.

탄핵과 개헌·대선이 모든 화두를 집어 삼키던 지난 3월 3일 '국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제'라는 주제의 정책토론회에서는 검사의 영장신청(청구)권을 헌법에서 삭제할 것인지 여부를 정치권 개헌 논의의 한 꼭지로 집어넣으려는 주장의 다양한 근거들이 제시되었고<sup>3)</sup> 그에

2) 물론 이러한 현상이 국내의 특이한 일인 것은 아니다. 어느 나라에서건 그 정도의 차이는 있지만 특히 9.11. 테러 이후로 위협예방의 경찰활동이 부쩍 증대하면서 확대된 경찰활동을 근거로 독자적인 수사개시·진행, 특정 범죄의 수사종결권 등을 주장하는 경우들이 있다. 하지만 그러한 움직임에 대한 그들의 정치권이나 법조계의 반응은 우리와는 사뭇 다르다. 검사는 경찰에 대해 인권을 수호하는 감시자라는 본질을 의심하거나 폐기하려 하지는 않는다. 보다 검찰권을 강화하여 법치국가성을 고양해야한다는 것이다.

3) 김선택, "헌법상 영장청구 주체규정의 개정방향", 국회의원 강창일·헌법이론실무학회·비교형사법학회 공동정책토론회 『국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제』(2017.3.3.) 발표자료집 25쪽 이하; 서보학, "각국 영장제도 비교분석에 따른 시사점 및 입법론적 대안, 앞의 자료집 52쪽 이하. 찬반토론자의 입장에 대해서는 85쪽 이하 참조.

대한 찬반의견이 교환되었다. 그 곳에서 청자를 설득하기 위해 제시된 여러 사실·규범적 주장과 지지·반박 논거 및 자료들은, 필자의 짧은 지식으로 인해 제대로 이해하지 못한 것인지 모를 일이나, 정확하지 못한 부분들이 적지 않았다는 점에서 객관성과 진실성이 논의의 전제가 되어야 할 전문가적·학문적 논의의 모습으로는 바람직하지 못하다는 생각을 떨칠 수 없었다. 비교법적 소개나 분석의 대상과 내용에 있어서도, 이리저리 인용되다보니 의도하지 않은 왜곡이 일어난 것인지 모르겠으나, 바로 잡지 않으면 안 될 중요한 오류들이 적지 않게 필자의 눈에 띄었다.

오늘 학술세미나의 한정된 시간·제한된 지면에 관련된 모든 문제를 다룰 수 없기에 영장 청구권을 헌법에서 삭제하는 것을 개헌의 대상으로 하자는 주장의 요지를 발췌하여 정리하고, 그 주장의 정확성과 적정성을 검토해 보고(II), 우리나라의 지금까지의 법체계가 검사에게 분배하고 있는 여러 권력·권한들을 검찰 개혁이라는 이름으로 행정의 핵심권력인 경찰에게 나누어 주는 것이 이른바 검찰의 문제점을 해소하기 위한 정통적인 해결방법인지, 지금까지의 관련 논의는 어디에서부터 잘못되었으며 이를 바로잡기 위해서 우리의 관심과 논의는 어떤 방향으로 전철되어야 하는지를 논구해 보면서, 만약 검찰이 검찰의 고유하고 올바른 책무를 이행하도록 하기 위해 개헌이 불가피한 것이라고 주장한다면, 어떤 내용의 헌법 개정이 본원적이며 정공법적인 문제해결방법인지를 제시해 보는 것(III)으로 서술의 범위를 제한하기로 한다.

## II 헌법상 검사의 전속적 영장신청(청구)권 폐지 주장의 주요 내용과 평가

### 1. 개관

대한민국 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하고, 제16조에서는 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하여 강제처분에 필요한 법관의 영장을 신청(청구)할 수 있는 권한을 가진 자를 검사로<sup>4)</sup> 제한하고 있다. 이른바 헌법적 형사소송을 대표하는 이러한 제12조 제3항과 제16조의 헌법적 원칙을 삭제·폐지하자는 주장이 다시 목소리를 높이고 있다. 쉽게 바꿀 수 없는 헌법에 규정된 검찰의

4) ‘검찰’이 아닌 ‘검사’로 제한하고 있는 것도 중요한 제도적 본질이 반영되어있는 것이다. 조직으로의 검찰, 법무행정이 아니라, ‘당해 사건을 담당하는 검사’의 신청에 의한 것이다. 이러한 검사의 ‘독립성’을 고양시켜 주는 것이 검찰개혁의 핵심이 되어야 한다는 것은 검사제도의 본질에서 성찰할 때 자연스럽게 도출 되는 결론이다.

영장신청권 전속 규정을 지워버리면 경찰에게 수사권을 독립시켜주고 영장청구권을 배분하자는 주제가 보다 쉽게 논의될 수 있고, 이를 통해 검찰의 권력을 빼앗고 분산시켜서 검찰을 개혁하자는 것이다. 그러한 주장에 이른 주요한 논거가 무엇인지 간략하게 정리하고 분석해 본다.

## 2. 세계에서 그 유래를 찾아 볼 수 없는 검찰청·검사에 무관심한 헌법

### 1) 개헌 주장의 요지

위 영장청구권 관련 규정이 검사에게 특수한 지위를 부여하고 수사상의 독점적 권한을 보장하는 헌법 규범이 되어, 수사단계에서부터 분권과 협력을 통하여 수사의 효율성을 기하면서 검·경간의 상호통제로 국민의 인권보장에 기여할 수 있도록 수사구조를 개선하는데 걸림돌이 되고 있고,<sup>5)</sup> 영장청구주체를 헌법에 명시하는 입법례는 어느 선진외국 입법에도 없으며, 우리의 입법사에서도 눈에 띄는 역사적·논리적 계기를 찾을 수 없고, 이러한 헌법상 검사의 전속적인 영장청구권 규정 도입은 국가재건최고회의의 의심스런 의도가 가려진, 입법의 구체적인 이유를 알 수 없는 불법이며, 검찰의 수사지휘권 확보를 위한 의도가 만들어 낸 작품이라는 비판이 있다.<sup>6)</sup>

### 2) 검토

우선 검사의 수사권, 중립성, 신분보장, 영장청구·발부권 등을 헌법에 규정하는 것은 어느 선진입법에도 찾을 수 없는 이상한 현상인지 확인해 보기위해 간략하게 몇 가지 비교법적 사실만 언급해보기로 한다. 필자가 보기에 위 주장은 잘못된 유비추리와 흑백사고의 오류에 기대고 있음이 쉽게 지각될 수 있을 것으로 보이는데, 과연 그런 것인지 살펴보기로 한다.

여러 국가들의 형사소송법 등의 관련 규정은 논외로 하고, 우선 OECD 35개 회원국 중 접근이 가능한 국가들의 헌법만을 개관해 보더라도, 적어도 14개국 이상의 국가에서 검사의 독립성, 검사의 중립성, 검사의 사법기관성, 검사의 존재가치 등을 헌법에 규정하고 있고, 심지어 검사의 압수명령(영장발부)권까지도 헌법에 규정하고 있다. 헌법 혹은 법률에 검사의 수사권을 명문으로 규정하고 있는 나라도 27개국, 약 77%에 이르고 있다. 이렇게 보면 우리의 헌법이 이상하다는 말이 옳은 것으로 보인다. 물론 그 이상한 이유가 영장청구권이 수사의 주재자이며 법치국가의 수호자인 검사에 있다고 한 것이 아니라, 오히려 다른 나라의 헌법에서는 검사의 독립성과 사법기관성 등 국가조직과 국민의 기본권 보장의 기초가 되는 법치국가적 요소들을 헌법에 전혀 명시하고 있지 않기 때문일 것이다.

5) 김선택, 앞의 발표문, 28쪽.

6) 김선택, 앞의 발표문, 28쪽 각주 3.

여기서는 단지 간략하게 오스트리아, 이태리, 벨기에, 스페인, 포르투갈, 헝가리, 체코, 그리스, 멕시코, 칠레, 슬로바키아, 터키, 핀란드, 슬로베니아 등의 헌법에서 규정하고 있는 검찰·검사 관련 헌법 규정들만을 소개하기로 한다.<sup>7)</sup>

### (1) 이태리 헌법(Constituzione)의 검사의 독립성 보장규정

이태리 헌법 제2편 제4장은 제101조부터 제113조까지 사법부에 관한 규정{Titolo IV - La magistratura (artt. 101-113)}을 담고 있다. 검사의 독립성이 헌법적으로 보장되고 사법경찰관을 직접 이용할 수 있다는 내용도 규정되어있다.

**Art. 108.<sup>8)</sup>** Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge. La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia.

**Art. 109 Costituzione** L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria

**Art. 112.** Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.

Art. 108<sup>9)</sup> The provisions concerning the organisation of the Judiciary and the judges are laid out by law. The law ensures the independence of judges of special courts, of state prosecutors of those courts, and of other persons participating in the administration of justice.

Art. 109 The legal authorities have direct use of the judicial police.

Art. 112 The public prosecutor has the obligation to institute criminal proceedings.

제108조 법원조직과 법관은 법률로 정한다. 법률은 특별법원들의 법관, 이 법원들의 검사들 그리고 사법행정에 참여하는 그 밖의 사람들의 독립성을 보장한다.

제109조 사법관청(L'autorità giudiziaria)는 사법경찰을 직접적으로 이용할 수 있다.

제112조 검사는 형사절차를 시작할 의무가 있다.

7) 남아프리카공화국도 1996년 남아프리카공화국 헌법 제179조에서 '국가소추청'을 설치하도록 하고 특히 동조 제4항에서는 국가의 입법은 국가소추청이 두려움, 선호 혹은 편견 없이 그들의 직무를 수행할 수 있도록 보장해야 한다고 규정하고 있다(4) National legislation must ensure that the prosecuting authority exercises its functions without fear, favour or prejudice).

8) <http://www.brocardi.it/costituzione/> (2017.3.20. 최종접속)

9) [https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf) (2017.3.20. 최종검색)

법관과 검사, 그리고 사법행정에 참여하는 사람들의 독립성을 헌법적 차원에서 명시하고 있고, 법원, 검찰 등은 사법으로 분류되며, 사법경찰(polizia giudiziaria)을 직접 이용할 수 있다는 내용도 헌법에 규정하고 있다.

## (2) 스페인 헌법의 법원의 독립성을 수호하는 검찰의 의무 규정<sup>10)</sup>

스페인 헌법 제6편은 사법권(제117조~제127조)을 규정하고 있는데, 제124조에서 검찰청과 검사에 대해 규정하고 있다. 제124조 제1항에서는 검찰청은 심지어 법원의 독립성까지도 수호하는 의무를 지니며, 법의 지배, 시민의 권리, 공익실현, 정의의 작동의 촉진 등의 의무를 지는 헌법기관이자 공익기관임을 명시하고 있다.

### **Artículo 124. El Ministerio Fiscal**

1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.
2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.
3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. El Fiscal General del Estado
4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

**Artículo 126 Artículo 126. Policía judicial** La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.

### **Section 124 The Public Prosecutor's Office**

1. The Office of Public Prosecutor, without prejudice to functions entrusted to other bodies, has the task of promoting the operation of justice in the defence of the rule of law, of citizens' rights and of the public interest as safeguarded by the law, whether ex officio or at the request of interested parties, as well as that of protecting the independence of the courts and securing before them the satisfaction of social interest.

10) [http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_inglescorregido.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_inglescorregido.pdf) (2017.3.20. 최종검색)

2. The Office of Public Prosecutor shall discharge its duties through its own bodies in accordance with the principles of unity of operation and hierarchical subordination, subject in all cases to the principles of the rule of law and of impartiality.
3. The organic statute of the Office of the Public Prosecutor shall be laid down by law.
4. The State's Public Prosecutor shall be appointed by the King on the Government's proposal after consultation with the General Council of the Judicial Power

**Section 126 Judicial police** The judicial police shall report to the judges, the courts and the Public Prosecutor when discharging their duties of crime investigation and the discovery and arrest of offenders, under the terms to be laid down by the law.<sup>11)</sup>

**제124조**

1. 검찰청은 다른 기관에 맡겨진 기능을 침해하지 않으면서, 직권이든 이해관계자의 요청에 의하든 불문하고, 법의 지배, 시민의 권리, 법에 의해 보호되는 공익을 수호하는 과정에서, 정의의 작동을 촉진하고, 법원의 독립성을 지키며, 사회적 이해관계의 만족을 확보할 의무가 있다.
2. 검찰청은 모든 사건에서 법의 지배와 공정성을 따르면서, 작용의 동일성 원칙 및 위계적 종속의 원칙에 따라 검찰 그 자신의 기관을 통해 그 의무를 수행하여야 한다.
3. 검찰청 조직 규정은 법률로 정한다.
4. 국가의 검사는 사법부의 일반위원회와의 협의 후에 정부의 제안에 기초하여 왕에 의해 임명 되어야만 한다.

**제126조**

사법경찰은 범죄수사와 범인의 발견 및 체포에 관한 업무 수행에 있어 법률이 정하는 바에 따라 판사, 재판부와 검찰청에 종속한다.

검사의 임명, 검찰청법의 근거, 검사조직의 동일체원칙, 위계질서 등 우리나라에서는 검찰청법에 규정된 내용들이 대부분 헌법에 규정되어있음을 알 수 있다. 헌법적 법치국가에서 검찰조직, 검사의 권리와 의무는 일반 법률에서 규정할 내용이 아니라는 것이다. 사법경찰의 경우에도 단지(!) 범죄수사와 관련한 사법경찰로서의 업무를 수행하는 경우는 법원, 법관, 검찰청에 종속됨을 명시하고 있다.

11) 다른 자료에서는 “The judicial police depend on the Judges, the Courts and the Prosecutor's Office in their functions of investigation of the crime and discovery and assurance of the offender, in the terms established by law.”라고 번역된 조문이 공식으로 게시되어있다.

### (3) 오스트리아 연방헌법에서 명시한 검사의 사법기관성

오스트리아 연방헌법(Bundes-Verfassungsgesetz)<sup>12)</sup> 제90조의a에서는 검사가 사법부의 기관임을 명시하고 있다. 이른바 독일이나 우리나라의 헌법재판소·대법원이 준사법기관이라고 하는 해석론을 넘어 아예 사법기관임을 헌법에 명시하고 있는 것이다.

<p><b>Artikel 90a.</b> Staatsanwälte sind Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit. In Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen nehmen sie Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr. Durch Bundesgesetz werden die näheren Regelungen über ihre Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe getroffen</p>
<p><b>Article 90a.</b> Public prosecutors are functionaries of the jurisdiction. They represent the investigation and prosecution in cases for acts carrying a penalty by court. Federal law determines the detailed regulations on their being bound to instructions of their superior functionaries.</p>
<p><b>제 90조의a</b>                  검사는 사법부의 기관이다(통상적인 법원의 재판권행사의 한 기관이다). 법원의 형벌로 위하되는 행위로 인한 소송절차에서 검사들은 수사와 기소기능을 행한다. 그들의 상급기관의 지시에 대한 구속에 관한 보다 상세한 규정은 연방법을 통해 정해진다.</p>

위에서 볼 수 있듯이, 수사권과 기소권의 주체를 명시하고, 검찰조직의 상명하복 관계에 대해서도 헌법적 차원에서 명문의 근거를 마련해 놓고 있다. 범죄의 수사, 기소, 공판, 재판과 형집행의 전 과정은 사법절차의 입력부와 출력부를 구성하는 공판·재판과 일체로서의 사법인 것이지, 수사와 형 집행은 행정이라는 발상을 헌법차원에서 원천적으로 차단하고 있는 것이다.

### (4) 벨기에 헌법에서 규정한 판사와 검사의 동일한 신분보장<sup>13)</sup>

벨기에 헌법 제150조 제1항(Art. 151 § 1er)에서는 법관의 독립성과 검사의 독립성을 하나의 동일한 항에 1문과 2문으로 순서대로 나열하고 있다. 판사와 검사가 동일한 사법·법무부에 속해있는 유럽의 대부분의 국가에서 헌법의 한 조문에 판사와 검사의 독립성을 규정하고 있다는 것은 판사와 검사, 양자 모두 동일한 사법적 독립성이 부여된 국가 기관임을 분명히 하는 것이다.

12) [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV\\_1930\\_1/ERV\\_1930\\_1.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf) (2017.3.20. 최종검색)

13) [http://www.dekamer.be/kvvcr/pdf\\_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf](http://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf) (2017.3.20. 최종검색)

§ 1er. Les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles. Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite.<sup>14)</sup>

#### Article 151

§ 1. Judges are independent in the exercise of their jurisdictional competences. The public prosecutor is independent in conducting individual investigations and prosecutions, without prejudice to the right of the competent minister to order prosecutions and to prescribe binding directives on criminal policy, including policy on investigations and prosecutions. Moreover, ...

#### 제151조

§ 1. 판사는 그들의 사법적 권한을 행사함에 있어서 독립적이다. 검사는 장관의 기소를 명하는 권한과 수사 및 기소에 관한 정책을 포함하여 형사정책에 관한 구속력 있는 명령을 하는 권한을 침해하지 않는 범위에서, 개별 수사 및 기소에 있어서 독립적이다.

특히 검사의 경우 장관의 특정 명령에 기속됨과 함께 개별 수사나 기소에 있어서는 독립적임을 헌법차원에서 명시하고 있다.

#### (5) 포르투갈 헌법에 보장된 검찰총장의 임기<sup>15)</sup>

포르투갈 헌법은 제5편 법원이라는 제하에 제1장부터 제4장까지 두고 제3장에 법관의 지위와 역할, 제4장에 검찰청에 관한 장을 마련하고 있다. 검찰총장의 임기도 헌법에서 6년으로 명시되어 있다(제3항).<sup>16)</sup> 검찰에게 국가를 대표하는 지위를 헌법에서 인정하고 있다. 제219조와 제220조는 다음과 같이 규정하고 있다.

14) [http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html) (2017.3.20. 최종검색)

15) <http://www.en.parlamento.pt/Legislation/CRP/Constitution7th.pdf> (2017.3.20. 최종검색)

16) 3. O mandato do Procurador-Geral da República tem a duração de seis anos, sem prejuízo do disposto na alínea m) do artigo 133.(<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. 2017.3.20. 최종검색)

**CAPÍTULO IV Ministério Público**

**Artigo 219.º (Funções e estatuto)**

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. ...

**Article 219 (Functions and statute)**

1. The Public Prosecutors' Office has the competence to represent the state and defend the interests laid down by law, and, subject to the provisions of the following paragraph and as laid down by law, to participate in the implementation of the criminal policy defined by the entities that exercise sovereignty, exercise penal action in accordance with the principle of legality, and defend democratic legality. ...

**제 4장 검사**

**제219조 기능과 지위**

1. 검찰은 국가를 대표하고 법에 의해 규정된 이익들을 방어하며, 제2항에 따라, 그리고 법률이 정한 바에 따라 주권을 행사하는 주체에 의해 정해진 형사정책의 실행에 참여하며, 적법성의 원칙에 따라 처벌행위를 수행하고, 민주주의적 법의 지배를 수호할 책임이 있다. ...

**(6) 그리스 헌법의 검사의 압수명령권과 판사와 검사의 상호 검열규정<sup>17)</sup>**

그리스 헌법 제14조에서는 신문과 출판물 관련한 압수명령권을 검사에게 인정하고 있고, 제87조-제100조까지의 사법권 규정, 예를 들어 제87조 제3항에서는 검사를 법관의 검열기관으로 하고, 판사는 검사의 검열기관으로 인정하고 있다. 아래의 내용 외에도 예를 들면 제90조 제1항에서는 대법원(민사·형사부)의 검사는 대법원 사법위원회에 참여하는 등<sup>18)</sup> 사법의 한 축으로 인정받고 있음이 분명해 보인다.

17) <http://www.hri.org/docs/syntaxma/artcl25.html#A13> (2017.3.20. 최종검색)

18) he Prosecutor of the Supreme Civil and Criminal Court participates in the Supreme Judicial Council on civil and criminal justice, while the General Commissioner of State to the Court of Auditors shall participate in the corresponding judicial council(<http://www.hri.org/docs/syntaxma/artcl120.html#A89>; 2017.3.20. 최종검색).

Article 14

...

3. The seizure of newspapers and other publications before or after circulation is prohibited. Seizure by order of the public prosecutor shall be allowed exceptionally after circulation and in case of:

a) an offence against the Christian or any other known religion.

...

Article 87

3. Regular judges shall be inspected by judges of a superior rank, as well as by the Public Prosecutor and the Deputy Prosecutor of the Supreme Civil and Criminal Court; Public Prosecutors shall be inspected by the Supreme Civil and Criminal Court judges and Public Prosecutors of a superior rank, as specified by law.

제14조

3. 신문과 다른 출간물에 대한 출간 전후의 압수는 금지된다. 검사의 명령에 의한 압수는 예외적으로 출간 이후에, 다음과 같은 경우에 허용되어야 한다.

a) 크리스찬 혹은 어떤 다른 알려진 종교에 대한 공격

...

제87조

3. 일반 판사는 고위급의 판사에 의해서 뿐만 아니라 검사 그리고 대법원의 부검사에 의해 검사를 받아야만 한다; 검사는 대법원의 법관, 법에 의해 특정된 상위직급의 검사에 의해 검사를 받아야만 한다.

(7) 헝가리 헌법의 검찰총장 국회선출규정, 검찰총장의 검사임명권 등

2013년 개정 헝가리 헌법 제29조의 검사와 검찰청에 관한 규정에서는<sup>19)</sup> 제1항 제1문에 검찰총장과 검사의 독립성이 새롭게 규정되었다.<sup>20)</sup>

**The prosecution service Article 29**

1. The Prosecutor General and the prosecution service shall be independent, shall contribute to the administration of justice by exclusively enforcing the State's demand

19) [https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary\\_2013](https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2013) 2017. 3. 20 최종검색.

20) 개정 전 헌법은 [https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary\\_2011.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf) 2017.3.20. 최종검색.

for punishment as public accuser. The prosecution service shall prosecute criminal offences, take action against other unlawful acts or non-compliances, as well as contribute to the prevention of unlawful acts.

2. The Prosecutor General and the prosecution service:
  - a. shall exercise rights in connection with investigations, as provided for by an Act;
  - b. shall represent the prosecution in court proceedings;
  - c. shall supervise the lawfulness of penal enforcement;
  - d. shall, as a guardian of public interest, exercise further functions and powers laid down in the Fundamental Law or in an Act.
3. The organization of the prosecution service shall be led and directed by the Prosecutor General, who shall appoint prosecutors. Except for the Prosecutor General, the service relationship of prosecutors shall terminate upon their reaching the general retirement age.
4. The Prosecutor General shall be elected by the National Assembly from among the prosecutors for nine years on the proposal of the President of the Republic. The Prosecutor General shall be elected with the votes of two-thirds of the Members of the National Assembly.
5. The Prosecutor General shall annually report to the National Assembly on his or her activities.
6. Prosecutors may not be members of political parties or engage in political activities.
7. The detailed rules for the organisation and operation of the prosecution service, for the legal status of the Prosecutor General and the prosecutors, as well as their remuneration shall be laid down in a cardinal Act.

#### 제29조

1. 검찰총장 및 검찰은 독립적이어야만 하고, 공적 기소자로서 처벌에 대한 국가의 수요를 독점적으로 집행함으로써 사법의 집행에 기여하여야 한다. 검찰은 범죄를 소추하고 기타 불법적인 행위 또는 불이행에 대하여 조치를 취하며 불법행위의 방지에도 기여하여야 한다.
2. 검찰총장 및 검찰은
  - a. 법률이 정한 바에 따라 수사와 관련된 권한을 행사해야 하고,
  - b. 법정 절차에서 공소를 대표하여야 하며,
  - c. 형벌 집행의 적법성을 감독해야만 하며,
  - d. 공익의 수호자로서 헌법 또는 법률에 규정된 추가적인 기능과 권한을 행사해야만 한다.
3. 검찰의 조직은 검찰총장에 의해 지휘를 받으며, 검찰총장은 검사를 임명한다. 검찰총장을 제외하고 검사의 공직관계는 일반정년에 도달하면 소멸한다.
4. 검찰총장은 국회에서 검사들 중에서 공화국대통령의 추천을 받아 9년의 임기로 선출된다. 검찰총장은 재적 국회의원 2/3의 동의로 선출된다.

5. 검찰총장은 그 활동을 매년 국회에 보고하여야 한다.
6. 검사는 정치적 정당의 구성원이 될 수 없고 정치적 활동에 참여할 수 없다.
7. 검찰의 조직과 업무에 대한 구체적인 내용, 검찰총장과 검사의 법적 지위 및 보수에 관한 구체적인 규정은 법률에서 정한다.

검찰총장은 국회에서 재적의원 2/3의 동의로 선출하고, 수사, 공소, 형집행까지 형사절차의 모든 단계에서 관여하여 사법의 실현·사법의 행정에 기여하여야 함을 헌법적 사항으로 명시하고 있다.

### (8) 터키 헌법의 판사와 검사의 사법부 소속 명시와 정년보장 등

터키 헌법도 사법부에 관한 장(제3장)에서 판사와 검사의 신분보장, 헌법에 정해진 정년보장 등을 함께 규정하고 있다(제139조). 제140조에서는 판검사의 65세 정년보장도 명시하고 있다.

#### **B. Security of tenure of judges and public prosecutors**

##### **ARTICLE 139**

Judges and public prosecutors shall not be dismissed, or unless they request, shall not be retired before the age prescribed by the Constitution; nor shall they be deprived of their salaries, allowances or other rights relating to their status, even as a result of the abolition of a court or a post. ...

#### **C. Judges and public prosecutors**

##### **ARTICLE 140**

...

Judges and public prosecutors shall serve until they are over the age of sixty-five. The mandatory retirement age, promotion and retirement of military judges shall be prescribed by law...

Judges and public prosecutors shall be attached to the Ministry of Justice with respect to their administrative functions.<sup>21)</sup>

**제139조** 판사와 검사는 해임되지 않고, 그들이 요청하지 않는 한 헌법에 규정된 연령에 달하기 전에 퇴직되지 않는다. 또한 법원 또는 직위의 폐지에 의해서도 그들의 지위와 관련된 급여, 수당 등을 박탈당하지 않는다.

**제140조** 판사와 검사는 65세가 넘을 때까지 근무한다. 의무적인 정년, 군사법원의 판사의 보수나 정년은 법률로 규정한다... 판사와 검사는 그들의 행정적 기능과 관련해서는 법무부(Ministry of Justice)에 배속된다.

특히 헌법에서 판사와 검사의 행정적 소속을 법무부(사법부)로 통일하여 행정적인 문제와 사법권의 행사가 어떤 의미인지를 보여주고 있다. 이러한 방식은 주지하다시피 독일, 프랑스는 물론 다수의 국가들이 채택하고 있는 방식이다.

**(9) 기타 (검사의 독점적 수사권, 검사의 경찰에 대한 명령권 등)**

체코 헌법 제80조에서는 검찰청에 대한 규정을 별도로 두고 있고, 칠레 헌법에서도 검사의 독점적 수사권을 명시하고 있다. 멕시코 헌법에서는 검사의 경찰에 대한 명령권을 규정하고 있다.

<p><b>체코 헌법 제80조</b></p> <p>(1) 검찰청은 형사절차에서 공소를 제기하고 유지하여야 한다. 검찰청은 법률이 정한 바에 따라 다른 기능도 수행한다.</p> <p>(2) 검찰청의 지위와 권한은 법률로 정한다.<sup>22)</sup></p>
<p><b>칠레 헌법 제83조<sup>23)</sup></b></p> <p>독립적이고 계급적 조직인 <u>검찰</u>은 범죄를 구성하는 사실, 가별적인 참여를 결정하는 사실, 피고인의 무혐의를 입증하는 사실에 대한 <u>수사</u>를 독점적으로 지휘하고, 적절한 경우에는 법률에 정한 바에 따라 소추한다.</p>
<p><b>멕시코 헌법 제21조</b></p> <p>사법부는 범죄를 처벌할 권한을 가져야 한다. 검사는 범죄행위를 수사하고 기소하는 책임을 져야 한다. 그들의 의무를 수행함에 있어서 검사는, 범죄수사의 책임을 지고, 또한 경찰 요원에게 명령해야 한다. …(2005년 헌법).<sup>24)</sup></p>

그 외에도 슬로바키아 헌법에서도 검찰총장의 임명, 검찰청의 조직, 검사의 임명, 해임, 권한 등이 법률유보 사항임을 밝히고 있고,<sup>25)</sup> 핀란드, 슬로베니아의 헌법에서도 검사나 검찰의 조직과 권한 등에 대한 규정을 두고 법률유보의 형식으로 구체적 내용을 정하도록 하고 있다.

21) [https://www.constituteproject.org/constitution/Turkey\\_2011?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Turkey_2011?lang=en) (2017.3.20. 최종접속)

22) <http://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html>; (“Článek 80 (1) Státní zastupitelství zastupuje veřejnou žalobu v trestním řízení; vykonává i další úkoly, stanoví-li tak zákon. (2) Postavení a působnost státního zastupitelství stanoví zákon.”) (2017.3.20. 최종검색)

23) <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> (2017.3.20. 최종검색)

24) <http://historico.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/consting.pdf> (2017.3.20. 최종검색)

25) [https://www.constituteproject.org/constitution/Slovakia\\_2014?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Slovakia_2014?lang=en) (2017.3.20. 최종검색)

### 3) 소결

발표문을 작성하는데 가용했던 시간상의 문제로 모든 나라 헌법의 기본권규정에 검사의 영장청구권이 규정되어 있는지 여부는 확인하지는 못했다. 하지만 지금까지 살펴본 여러 국가들의 헌법 규정에는 검사가 신청(청구)한 영장을 법관이 발부한다는 내용은 찾아볼 수 없었다. 그렇다면 이제 검사의 영장신청권을 규정한 헌법조항을 삭제하고, 경찰은 수사권, 검사는 기소권이라는 논의로 본격적으로 나아가자는 주장이 과연 성립할 수 있는 명제인가를 생각해 봐야 할 것이고, 그에 대한 답은, 필자에게는, 자명해 보인다.

아래에서 조금 더 구체적으로 살펴보겠지만 잘못된 헌법해석으로 사법경찰관이 독자적으로 영장을 신청하게 됨으로써 생긴 남청남발(濫請濫發)의 경험에서 국민의 자유를 지키기 위해 영장청구권자가 검사만으로 제한된다는 것을 그 속에 담아야 했던 대한민국 헌법과 동일한 역사적 경험을 가진 나라가 없다는 것이 오히려 무엇을 의미하는지 세심히 살펴야 할 것이다.

비교 헌법적 고찰에서 명백하게 드러난 것은 영장청구조항이 이상한 것이 아니라, 검찰청의 조직, 검사의 신분보장, 독립성, 사법적 성격 등 어느 한 부분도 우리의 현행 헌법에서는 명시되지 않은 것이 오히려 더 이상한 것으로 보인다는 것이다. 헌법의 어디에서도 검사의 독립성, 공익성, 신분보장과 국민의 보호와 같은 내용은 찾아볼 수 없는데, 어떻게 정치에서 독립하고 권력에 굴복하지 말라고 할 수 있는지 의문이다.

끊이지 않는 검찰의 개혁과 관련된 문제의 해결은 영장청구권의 삭제가 아니라 오히려 검찰과 검사의 지위·신분·중립성·임기·총장의 선출과 검사의 임명권·법원과의 사법행정으로의 통합 등 진정한 의미의 공익의 대변자로서의 검사의 위상과 역할을 할 수 있는 헌법적 지위를 인정하는 규정을 신설하는 것에서 찾아야 한다는 것이 각국의 헌법들이 보여주는 결론이자, 이를 통해 우리가 배워야 할 교훈이 아닌가 한다.

검찰의 중립성·정치성·권력형 비리를 문제 삼기 위해서는 우리가 검찰에게 어느 정도의 독립성을 보장해 주었는지, 정치와 자본적 권력의 외풍으로부터 어느 정도 보호하고자 노력했는가를 먼저 돌아보는 것이 필요하다는 말이다.

### 3. 명백한 제정 형사소송법의 자구, 이상한 해석, 피할 수 있었던 아픈 경험 그리고 변함없는 실질적 의미의 헌법

#### 1) 의심스런 국가재건최고회의에 기대는 논거

현행 헌법 제12조 제3항과 제16조의 후문에서 규정하고 있는 검사의 전속적인 영장신청권 규정은 그 태생이 의심스러운 것으로 헌법적 정당성이 없다는 주장들이 있다.<sup>26)</sup> 그 내용을 간추려 보면, 1948년 미군정법령 제176호로 영장주의가 도입되고, 제180호로 검사의 영장청구(제5조) 원칙이 규정되었다. 1948년 제헌 헌법 제9조는 영장주체를 규정하지 않았고(“체포, 구금, 압수, 수색에는 영장이 있어야 한다”), 1954년 제정 형사소송법에서는 제201조(“①피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다”)와 제215조(검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압수·수색 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.)에서 ‘검사 또는 사법경찰관’이라는 법문이 등장하고 있고, 이것이 바로 검사와 사법경찰관 모두 영장을 신청할 수 있는 근거조항으로 이해되었다는 것이다. 실제 실무에서도 이를 근거로 사법경찰관도 영장청구권을 행사했고, 그 결과 당시 구속사건의 70% 상당이 석방 또는 불기소되었고,<sup>27)</sup> 구속사건의 기소율이 56% 정도에 그치는 이상 상황이 언론의 관심을 받게 되었다.<sup>28)</sup>

따라서 이미 1956년 국회법사위는 영장청구권자를 검사로 통일하는 개정시안을 마련했고, 1957년 법사위 개정안과 동일한 정부안이 제출되었다.<sup>29)</sup>

1961년 5월 16일 군사쿠데타가 발생한 후 국가재건최고회의가 3권을 장악하고 있던 9월 1일에 개정된 형사소송법에서 검사경유 원칙의 현행과 같은 영장신청권이 도입되었고, 1962년 5차 개헌 헌법에도 들어오게 되었다.<sup>30)</sup> 즉, “체포·구금·수색·압수에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이

26) 가장 최근 자료로는 김선택, 앞의 발표문, 28쪽, 38쪽, 41쪽 등. 이에 대한 비판으로는 이경렬, “국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제-영장청구권을 중심으로, 토론요지서”, 국회의원 강창일·헌법이론실무학회·비교형사법학회 공동정책토론회 『국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제』(2017.3.3.) 발표자료집 94쪽 이하, 특히 98쪽 이하; 정웅석, “검사의 영장청구 헌법규정 삭제의 타당성 검토”, 국회의원 강창일·헌법이론실무학회·비교형사법학회 공동정책토론회 『국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제』(2017.3.3.) 발표자료집 104쪽 이하, 특히 130쪽 이하.

27) 예를 들어 1957.3.4. 법률신문(제239호), “人權理念上 어느 便이 妥當?”

28) 예를 들어 1959.11.16. 법률신문(제368호) “拘束事件起訴率五十六%”

29) “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할 지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고, 사법경찰관은 검사에 청구하여 관할 지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”

30) 1962년 개헌 과정을 쿠데타권력의 유린으로 보는 입장에서는 아무런 이유제시 없이 졸속으로 이루어진 입법이라고 평가하지만, 당시 제5차 개헌 설명자료(1962, 정부설명자료)에 따르면 “체포, 구금, 압수, 수색에는 검찰관의 신청에 의하여 법관의 영장을 발하도록 하여 법관에 대한 영장의 신청은 반드시 검찰관이 행하게 함으로써 사법경찰관의 영장신청에 의한 인권침해를 막으려고 하는 현행 형사소송법의 규정을 헌법에 규정하여 그 효력을 높이었다(제10조)”

발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하여 처음으로 헌법에 검사의 전속적인 영장신청권이 명문화되었다. 1972년 개정된 헌법에서는 ‘검사의 요구’라고 바꾸었다가, 1980년 헌법에서는 다시 ‘검사의 신청’으로 환원하였고, 1987년 ‘적법한 절차에 따라’라는 문구가 추가된 채 그대로 유지되고 있다.<sup>31)</sup>

그런데 이러한 영장신청권을 검사에게 전속시킨 배경이 국가재건최고회의의 의심스러운 의도와 연결되어있고, 무엇보다 그 당시 사회의 경찰과는 달리 지금 경찰의 지적 수준·교육의 정도·민주화의 정도는 사뭇 달라졌으며, 검찰을 권력 분리의 관점에서 적정하게 견제해야 할 세력은 경찰뿐이므로 수사권 독립 등의 논의에 장애물이 되는 영장청구권 규정은 헌법에서 삭제하는 것이 바람직하다는<sup>32)</sup> 주장인 것이다. 필자의 얇은 지식으로도 이 주장 속에는 무지에 호소하는 오류, 정황에 호소하는 오류의 전형적인 형태가 등장하고 있음을 어렵지 않게 알 수 있다. 왜 그렇다는 것인지 보자.

## 2) 검토

이 문제와 관련하여 이미 공간된 자료 및 여러 정책토론회 등에서 진지한 논쟁이 있었던 내용들은 여기서 상론하지 않기로 한다. 단지 필자가 생각하는 가장 원론적인 해석방법론, 법 영역 중에서는 가장 엄격한 해석방법이 될 수밖에 없는 형사법학자의 시각으로, 당해 조문의 의미를 풀어본다.<sup>33)</sup>

라고 하여 사법경찰관의 인권침해를 감시하는 검찰관의 역할을 전제하고 있다.

31) 1980년과 1987년 개헌과정에서도 문제가 있었다는 지적이 있으나(예를 들어 김선택, 앞의 발표문 44쪽), 1980년 ‘각계 헌법개정시안대비표’(법제처)를 보면 민주공화당, 신민당, 대한변협, 6인연구반 등 4개의 관련 조문 개정시안에서는 대한변협(법관이 발부한)을 제외한 모든 안에서는 ‘검사의 요구’, ‘검찰관의 신청’, ‘검사의 신청’과 같은 검사의 영장 신청·청구·요구의 주체성을 받아들이고 있고, 중국에는 ‘검사의 신청’이라는 자구가 채택되었다. 국회사무처의 ‘각교섭단체헌법개정시안대비표’(민주정의당, 통일민주당, 신한민주당, 한국국민당안)에서 알 수 있는 1987년 개헌과정에서도 기존의 ‘검사의 신청’을 그대로 유지하거나 ‘검찰관의 신청’을 바꾸자는 제안이 전부였고, 결국 현행과 같이 ‘검사의 신청’으로 유지되었다.

32) 요약적으로 폐지주장의 논거를 정리하자면 아마도 김선택 교수님의 발표문의 내용을 직접 인용하는 것이 가장 적절해 보인다. 그 분의 생각은, “5·16 군사쿠데타를 전후한 국가적 혼란기에 충분한 논의를 거치지 아니한 채 - 논의 자체를 확인할 길이 없다는 점에서 아예 논의가 없었던 것이 아닌가 의심되는 상태에서 - 형사소송법개정법률(1961.9.1. 제201조, 제215조)에 그러한 내용이 우선 도입되었다. 그리고 나서 그 내용을 역시 특별한 논의없이 - 헌법개정시에도 이 문제를 둘러싸고 어떠한 논의가 있었는지 확인할 길이 없다는 점에서 역시 은밀하게 추진된 것으로 짐작되는 바 - 헌법차원으로 격상시킨 것이다(1962.12.26. 공포, 1963.12.17. 발효된 5차개헌, 제3공화국헌법 제10조 제3항). 사정이 이러한데도 헌법에 명문의 규정이 있다는 이유로 영장청구권 검사귀속규정이 국민적 결단의 소산이라고 말할 수 있겠는가. 영장청구주체의 헌법규정화에 대하여 국민들이 결단을 내릴 만큼 정보가 주어진 적이 있었는가. 진지하게 논의한 실례가 있었는가. 자유롭게 결단할 만한 상황에 있었는가. 제5차개헌이 국민투표라는 형식을 갖추었으므로 국민적 결단이 있었던 것으로 보아야 한다는 형식논리가 얼마나 설득력을 가질 수 있는 것인지 현정사를 돌아보면 쉽게 수긍하기 어려운 것이다.” …… “주지하다시피 현행 헌법은 매우 짧은 시한을 두고 이루어진 여야 8인의 의원의 정치협상의 결과로 성안된 것으로 당시 영장청구권주체에 관한 충분한 논의가 불가능한 상황이었고 실제로도 논의가 이루어진 흔적이 없다는 점에서 - 실질적으로 국민의사가 제대로 반영된 것인지에 대하여는 - 여전히 의문이 남는다.”(앞의 발표문, 28쪽, 41쪽에서 발췌)는 것이다.

33) 1954년 형소법 제정당시 검사 경유 원칙이 누락된 이유에 대하여 입법과정상의 착오로 보는 견해(문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구-1954년 형사소송법의 성립을 중심으로-서울대학교 대학원 법학박사 학위논문(2001), 294쪽);

## (1) 사법경찰관의 영장신청(청구)권 인정 근거가 된 1954년 형사소송법규정

**제201조 (구속)** ①피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 단, 1만5천환 이외의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

(중략)

③제1항의 신청을 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 신청서에 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다.

(생략)

**제204조 (영장발부와 법원에 대한 보고)** 구속영장의 발부를 받은 후 피의자를 구속하지 아니하거나 구속한 피의자를 석방한 때에는 지체없이 검사는 영장을 발부한 법원에 그 사유를 서면으로 통지하여야 한다.

**제215조 (압수, 수색, 검증)** 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원 판사가 발부한 압수·수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

제201조 제1항과 제215조에서는 ‘검사 또는 사법경찰관’이 주어로 등장하고, ‘판사의 구속영장을 받아’, 혹은 ‘판사가 발부한 압수·수색영장에 의하여’라고 함으로써 두 기관이 모두 영장을 받을 수 있는, 혹은 영장을 사용할 수 있는 것처럼 읽을 수 있다. 하지만 정확히 보면, 누구의 청구에 의해 발부되는 영장인지는 명시되어 있지 않다. 그렇다보니, 동의하기는 어렵지만, 입법과정상의 착오 혹은 누락이라는 해석도 나오는 것이다.

문리적 해석에 따를 때 결국 양자가 모두 신청권자인지, 아니면 종래의 검사경유원칙이 있었으므로 이를 굳이 표현하지 않더라도 당연히 전제되는 것이고, 단지 검사 또는 사법경찰관이라고 언급한 것은 수사절차에서 검사와 검사의 지시를 받는 사법경찰관이 모두 강제처분의 주체가 되는 것을 표현한 것일 뿐이라고 주장할 수도 있는 상태인 것이다.

그렇다면 법규범의 체계적 해석으로 넘어가는 것이 필요하다. 가장 체계적으로 밀접한 관련성을 가지고 있는 제201조 제3항을 우선 보면 구속영장 신청을 기각할 경우 그 취지를 기재하여 “신청한

---

도 있으며 무엇보다 제정 당시 이를 심의한 **서일교 전문위원**이 자신의 저서에서 ‘신청을 기각한 때에는 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다. 따라서 구속영장 신청은 검사만이 할 수 있는 것으로 사법경찰관은 검사를 경유해야 한다. 이는 사법경찰관이 범죄의 수사에 있어서 검사의 지휘감독을 받는 현 제도 하에서 당연하다’라고 언급[서일교, 신형사소송법(1954), 일한도서출판사, 200면] 하였다라는 것은 필자가 보기에 아주 정확한 이해로 보인다.

검사에게 교부한다”라고 규정하고 있다. 달리 말해 신청자는 검사라는 말이다. 사법경찰관도 영장을 신청할 수 있다는 취지였다면 “신청한 검사 또는 사법경찰관에게 교부한다”라고 하는 것이 당연지사이다.

달리 말해 제정 형사소송법에서도 영장신청(청구)은 전속적 검사의 권한이고 사법경찰관은 검사를 통해 영장을 발부받을 수 있음을 전제하고 있는 것이다. 그럼에도 제201조와 제215조에서 검사와 사법경찰관 양자에게 영장청구가 가능하도록 해석 가능한 규정을 두었다고 하는 것은<sup>34)</sup> 제201조 제1항에 국한된 문리적 해석에서 가능한 두 가지의 선택지 중에 하나만을 그 유일한 의미라고 주장하는 것으로 보인다.

나아가 제204조에서도 구속영장을 발부받고도 구속하지 않거나 석방한 때에는 지체없이 “검사는 영장을 발부한 법원에 그 사유를 서면으로 통지하여야 한다”라고 하고 있다. 사법경찰관은 피의자를 구속하지 않거나, 구속한 피의자를 석방하는 것이 절대적으로 불가능한 일이 아니거나, 사법경찰관의 손에 넘어간 영장은 검사를 통한 수밖에 없다는 등의 사정이 없는 한, 왜 검사에게만 제204조의 의무를 부과하고 있는지 설명할 수가 없는 것이다.

종합하자면, 사법경찰관에게 영장신청권이 주어진 계기가 되었던 제헌 형사소송법 제201조 제1항과 제215조에 따르면(필자의 방법론에 따르면 전혀 오해의 여지없이) 검사만이 전속적 권한을 가졌던 것이다. ‘검사와 사법경찰관’이라는 표현이 등장하니 해당 조항을 문리적으로 해석하다보면 영장신청권자는 검사뿐이라는 것인지, 사법경찰관도 포함되는지가 조금 혼란스럽고 그래서 적어도 2개의 해석이 가능하였다고 받아들인다고 하더라도 제201조 제3항, 제204조 등을 체계적으로 해석할 때 우리 입법자는 사실 해방 이후 헌법과 형사소송법 어디에도 사법경찰관을 영장신청의 주체로 인정한 적은 없었다고 보는 것이 타당한 해석이라 생각된다.

이미 1948년 3월 26일 각급 검찰청에 하달한 ‘형사소송법 개정에 의한 수사방침’에서도 명시되어 있듯이, 제헌 헌법이 제정·시행되기 전에 이미 영장청구권은 검사의 권한이고, 사법경찰관은 소관 검찰관에게 청구하면, 당해 검찰관이 재판소에 영장신청을 하도록 하는 제도가 완비되었음에도 불구하고, 1948년 7월 17일 제정·시행된 제헌 헌법은 영장의 청구권자를 따로 정하지 않았기 때문에 제헌 헌법 자체의 해석으로는 사법경찰관도 영장청구가능성을 가졌다고 해석하고, 이러한 잘못된 사실 확정을 근거로 1961년 국가재건최고회의의 헌법유린으로 검찰의 영장청구권이 헌법에 도입되었다는 결론을 끌어내는 것은 다양한 유형의 비형식적 오류를 내재하고 있음을 굳이 언급하지 않아도 될 것으로 보인다.

34) 김선택, 앞의 발표문, 28쪽 각주 3); 김선택, 영장청구주체입법의 변천 및 평가, 17쪽 및 그곳에 인용된 다수 문헌.

## (2) 1954년 제정 형사소송법에 근거한 사법경찰관 영장신청 허용의 폐해

1957년 3월 4일 자 법률신문(제239호)에 실린 기사를 보면, 당시 사법경찰관이 순회판사에게 직접 구속영장을 청구하여 영장발부 후 불기소 또는 석방된 인원이 7할이 넘는다는 문제가 지적되고 있다. 또한 인권존중과 수사효율성을 고려하여 어느 방향으로 결정할 것인지를 고민하였다고 한다. 결국 검사에게 영장청구권이 전속된 것은 인권보장의 측면이 보다 중요한 관점으로 작용했음을 반증하는 것이라고 할 수 있다.

1959년 11월 16일자 법률신문에서는 “인신구속영장남청남발경향은 여전”이라는 제하에 다음과 같은 기사가 실렸다.

“인신구속 문제, 범죄인 열 명을 노칠지언정 무고한 사람 한명을 잡어서는 않된다는 법언이 있거니와 범죄수사사무를 과학적 방향으로 발전시켜야 한다는 문제는 건국 이래 국민간의 커드란 표어 격으로 반복되고 있다. 이와 같은 문제는 인권보호정신을 고도로 발휘 실천하여야하는 민주주의 이념을 전제로 하는 것이며 또한 범증이 확연한 일반범죄사건 취급에 있어서도 피의자 또는 피고인이 도주의 염려가 없고, 증거인(명)의 염려가 없을 경우에는 불구속을 원칙으로 하여야 한다는 주장도 전기(前記) 인권정신에 입각한 것으로 알려진다. 이에 따라 인신구속과 그 해제문제를 중심으로 하는 지난 1년간(91년9월 1일부터 92년8월말까지) 법원통계는 아직도 영장청구와 그 발부에 신중을 요하여야 하는 일면을 시사하고 있다. 전국 지방법원의 영장발부와 이에 대한 검찰의 기소통계에 의하면 과거 1년간 수사기관에서 신청한 인원수는 73,631명이었고, 법원의 직권으로 영장을 발부한 인원 1,719명으로 포함한 구속영장 발부 인원은 74,837명이었으며, 각하인원은 513명에 불과하였고, 발부인원에 대한 기소인원은 환형유치를 위한 33,604명을 제외한 41,233명의 56%인 22,921명이었으며, 나머지 44%여는 기소유예 또는 불기소처분으로 된 셈으로서 이것은 사건의 경미 또는 무혐의한 자 18,312명이 구속을 당하였던 것으로 되는 만큼 수사기관에 의한 영장청구의 신중이 무엇보다 요청되는 것이며 법원의 발부사무에 대한 재검토도 요청되는 것이다.”

달리 말해, 1961년 형사소송법 개정과 1962년의 헌법 개정에서 검사의 전속적 영장청구권이 명시된 것을 쿠데타 세력의 음모라고 추측하기보다는 앞선 이러한 사회적 현실이 주요 원인이었던 것임을 인정해야 할 것이다.<sup>35)</sup> 그런 이유로 앞서 언급했듯이 이미 1956년과 1957년에 법사위의

35) 제5차 개헌 헌법개정심의록의 기록에 따르면 당시 이경호 전문위원은 “지금 현재는 헌법에 없더라도 법률(형사소송법)에 있으니 그것이 보장되는데, 어떻게 사태가 나중에 변해가지고 법률이 개정되고 헌법에 없을 적에는 어떻게 하느냐? 그래서 그러는 것이 좋고, 따라서 신체의 자유 같은 데에 상세히 규정하는 것이 좋다는 의견입니다.”(국회, 헌법개정심의록 제1집 1962, 358쪽)라고 진술하고 있다. 영장남청·남발의 사태를 겪은 경험에 비추어 영장청구권의 검사전속을 쉽게 바꾸지 못하도록 헌법에 기재하는 것이 좋다는 것이었다. 이는 표면적으로는 검사의 영장청구권 독점으로 나타나지만, 보다 본질적으로는 국민의 신체의 자유를 보호하는 중요한 방법을 규정한 것으로서의 의미를 가지는 것이다.

개정안과 정부의 개정안에서도 검사가 판사에게 영장을 받고, 사법경찰관은 검사에게 청구하는 것으로 하는 개정 법률안을 성안해둔 상태였던 것이다.

### 3) 소결

입법의 역사적 과정과 법문의 문리적·체계적 해석방법에 따를 때 1954년 이후 1961년까지 사법경찰관이 어떤 형태로건 사실 독자적으로 영장신청(청구)권을 행사했다는 것은, 헌법적 혹은 형사소송법적 근거를 가진 적법한 행위는 아니었다고 판단된다. 당시 서일교 전문위원이 타당하게 해석하고 있었듯이, 1954년 제정 형사소송법의 표현은 입법상의 오류가 아니라 그 자구 그대로 해석하더라도 검사의 전속적 영장신청권을 인정하는 것으로 보아야 했던 것이다. 그럼에도 1954년 이후 형사소송법에 검사의 전속청구권이 인정되기 전까지 약 7~8년의 시간동안에 우리 사회는 영장신청·청구기관이 병존함으로써 발생하는 남청과 남발의 폐해, 영장발부 후 석방·불기소율 7할, 기소율 56%라는 인권보호 측면에서 납득하기 어려운 현상을 만들어 냈던 것이다. 어쩌면 법에 근거도 없는 사법경찰관의 독립된 영장신청권의 행사가 만들어낸 1950년대 후반의 기억들은 영장청구권의 전속이라는 제도가 인권보호의 관점에서 어떤 역할을 할 수 있는지를 잘 보여주는 교훈이 되고 있다고 볼 수도 있을 것이다.

## 4. 검사의 영장청구권 전속이 가져온 인권보장 기능의 실증

과연 검사에게 영장청구권을 전속한 결과 국민의 기본권보호와 인권보호라는 목적이 달성되고 있는가라는 의문이 제기되기도 한다. 달리 말해 무고한 자를 구속하지 않도록 제어하고, 구속이 필요한 자를 적법절차를 통해 구속해야 하는 검사의 의무를 다하고 있는지를 보고 기능부전이 발견된다면 동 제도를 없애거나 경찰에게 나누어 주자는 것이다.

통계자료의 함정은 우리가 경계해야 할 대상의 하나이고 그 해석에는 항상 주의가 따라야 할 것이다. 수치와 계산을 근거로 제시하는 자료들은 과학이나 수학이라는 이름으로 인간의 합리적 저항을 쉽게 무너뜨리곤 하기에 나의 주장을 관철하기에는 우수한 도구일지 모르지만, 그런 의도가 아니라면 raw data를 정확하게 인식하려는 노력이 필요한 것이다.

### 1) 인권보호의 역전현상이라는 주장의 요지

검사의 영장전속권의 행사가 결국 이른바 ‘인권보호의 역전현상’을 가져왔다는 주장에 따르면, 검찰이 직접 법원에 신청한 구속영장 기각률이 경찰이 신청한 구속영장 기각률에 비해 현저히 높다는 통계자료가 있고, 이를 보면 영장청구를 남발하는 것은 경찰이 아니라 오히려 검찰이라는 것을 알 수 있다는 것이다.

구속 영장 <sup>36)</sup>	검찰이 직접 청구한 영장				경찰이 신청한 영장			
	접수 건수	발부 건수	발부율	기각률	접수 건수	발부 건수	발부율	기각률
2013년	7,339	5,407	73.7%	26.2%	25,526	21,519	84.3%	15.6%
2014년	8,109	6,078	75.0%	25.0%	27,478	22,221	80.9%	19.0%
2015년	7,272	5,567	76.6%	23.4%	30,581	25,429	83.2%	16.7%

위 통계에서 보듯이 검찰이 청구한 영장에 대한 기각률이 경찰이 신청한 영장의 기각률보다 더 높다는 사실자료가 있는데도 불구하고 검사가 경찰보다 인권보호·인권친화적인 기관이라고 감히 말할 수 있는가라고 묻는 것이다. 나아가 이러한 현상은 체포영장 및 압수수색영장이 기각률 등에서도 같은 경향으로 나타난다고 주장한다.

체포 영장 <sup>37)</sup>	검찰이 직접 청구한 영장				경찰이 신청한 영장			
	접수 건수	발부 건수	발부율	기각률	접수 건수	발부 건수	발부율	기각률
2013년	8,469	8,486	98.1%	1.9%	39,673	39,189	98.8%	1.2%
2014년	9,035	8,849	97.9%	2.1%	38,058	37,592	98.8%	1.2%
2015년	8,368	8,209	98.1%	1.9%	39,547	39,009	98.6%	1.4%

압수 영장 <sup>38)</sup>	검찰이 직접 청구한 영장				경찰이 신청한 영장			
	접수 건수	발부 건수	발부율	기각률	접수 건수	발부 건수	발부율	기각률
2013년	8,343	8,082	96.9%	3.1%	172,319	171,079	99.3%	0.7%
2014년	9,417	9,117	93.8%	3.2%	170,256	170,256	99.3%	0.7%
2015년	9,153	8,855	96.7%	3.3%	173,603	173,603	99.2%	0.8%

36) 조순열, 토론문, 국회의원 강창일·헌법이론실무학회·비교형사법학회 공동정책토론회 『국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제』(2017.3.3.) 발표자료집 146쪽 및 황운하, “헌법상 검사 독점적 영장청구권 삭제 필요성-권력남용 및 인권침해적 요소를 중심으로-”, 국회의원 강창일·헌법이론실무학회·비교형사법학회 공동정책토론회 『국가형사사법 체계 정상화를 위한 헌법적 과제』(2017.3.3.) 발표자료집 164쪽의 통계(법원행정처 자료로 인용하고 있음)를 통합한 것임.

37) 황운하, 앞의 토론문, 164쪽.

38) 황운하, 앞의 토론문, 164쪽.

압수영장과 체포영장의 경우에도 기각률은 검찰이 직접 청구한 영장이 더 높다는 것이다. 이러한 통계자료에 비추어 볼 때, 경찰력·수사권 남용으로 발생하는 인권침해를 막으려면 법률 전문가인 검사가 영장 청구를 통제해야한다는 논리는 그 대전제가 전혀 근거 없는 명제라고 말하는 것이다.

## 2) 검토

그런데 이러한 통계자료의 의미 분석에는 이중의 문제가 숨어있다는 지적이 있다.<sup>39)</sup> 우선 검찰청의 구속영장 청구 및 기각 현황에 관한 최근 5년간 통계자료를 보면 다음과 같다.

### 〈구속영장 청구 및 기각 현황〉

(단위: 명)<sup>40)</sup>

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	계
경찰 신청	37,313	34,429	31,936	33,390	37,097	174,166
검사 기각	5,580 (15%)	6,201 (18%)	5,748 (18%)	5,293 (16%)	5,694 (15.35%)	28,516 (16.37%)
검사 청구	31,733	28,228	26,188	28,078	31,359	145,561
법원 기각	7,294 (23%)	5,498 (19%)	4,206 (16%)	5,394 (19%)	5,315 (16.95%)	27,702 (19.03%)

위에서 제시된 3년간의 통계의 수치와 비교하면 전체 건수 등에서 약간의 차이가 있고 (25,526건이 26,188건으로, 27,478건이 28,078건으로, 30,581건이 31,359건으로 검찰 통계의 수가 조금 더 많음), 발부나 기각율도 2013년과 2015년의 경우 약간의 차이(2013년은 15.6%가 16%로 2015년에는 약 0.25%의 오차가 있음)가 보이지만 통계의 의미를 읽어내는 것에는 특별히 문제되지는 않아 보인다.

### (1) 검사의 영장신청기각률과 경찰의 영장신청 남발에 대한 실질적 통제장치로서의 의미

#### 가. 통계속의 압수

위의 검찰 통계자료에 따르면 2013년 경찰은 총 31,936건의 구속영장청구를 신청했고, 검사는

39) 권OO, “헌법상 영장청구절차 관련 토론문”, 국회의원 강창일·헌법이론실무학회·비교형사법학회 공동정책토론회 『국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제』(2017.3.3.) 발표자료집 별첨 복사물, 4쪽 이하.

40) 대검찰청 제공자료

그 중 18%인 5,748건을 기각하고, 경찰이 신청한 26,188건의 영장을 법원에 청구했으며, 그 중 16%가 기각된 것이다. 따라서 경찰이 신청한 총 31,936건 중 법원에 의해 영장이 발부된 수는 총 21,519건으로 약 67.3%로 기각률은 결국 32.7%가 되는 것이다. 이렇게 보면 검사가 직접 청구한 영장 총 7,339건 중 26.2%가 기각된 것과 비교하면 경찰이 청구한 영장의 기각률이 오히려 6.5% 더 낮다는 것을 알 수 있다.

#### 나. 통계에 잡히지 않은 암수

또한 위 법원행정처의 통계자료에 등장하는 경찰의 신청건수는 경찰이 신청한 영장을 정식으로 기각하지 않고 수사지휘 과정에서 반려한 건수가 누락되어 있고, 이 경우에 속하는 사안은 주로 그 자리에서 수정하여 처리할 수 있는 경우, 즉 쉽게 하자를 고치기 어려운 경우임을 말한다.<sup>41)</sup> 형식적 하자가 너무 많거나, 영장종류를 착각했거나, 엉뚱한 범죄사실을 첨부했거나, 영장 필수적 기재사항 자체를 누락하는 등 짧은 시간에 수정이 불가능하거나 정식으로 기각하여 기록에 첨부되면 수사내용 전체의 신뢰성이 의심받을 수 있기 때문에 이를 공식화할 수 없는 경우에는 경찰에 전화해서 취지를 설명한 뒤 영장을 반려하고 다시 신청하도록 하곤 한다는 것이다. 이러한 암수까지 모두 반영된다면 검찰과 경찰의 영장청구건수에 대한 기각률의 차이는 약 7%가 아니라 상당한 수준으로 벌어질 것이라는 것이다.<sup>42)</sup>

#### 다. 검사청구 영장과 경찰신청 영장 대상 범주의 질과 난이도 차이의 의미

영장 기각률이 단순히 양적 비교에 그쳐서는 안 되는 또 다른 중요한 이유로 검찰과 경찰이 현재 처리하는 대상 범주의 질적 차이와 수사 및 증거수집의 난이도 차이를 고려해야하기 때문이라는 지적도 있다.<sup>43)</sup> 일선에서 다년간 수사지휘 업무를 수행한 한 검사들의 경험에 따르면 경찰의 경우 사실 1차 수사기관으로서 민생치안사범들에 대한 초동수사업무가 다수를 차지하고 있고, 예를 들어 교통사범, 폭력, 강·절도, 성폭력 사건 등이 주를 차지하고 있고, 상대적으로 사건 자체의 복잡성이 덜하고, 혐의 유무도 명확하여 통상 경찰이 영장을 청구하면 검사나 판사가 특별히 기각하기 어려운 사건들이 많다는 것이다. 반면에 검사의 경우 수사인력의 한계는 물론 민생치안사범보다는 대규모 재산범죄, 뇌물수수, 부정부패사범, 조직폭력, 마약사범, 방위(비리)사범, 다량의 개인정보유출사범 등 상대적으로 수사하기 쉽지 않고 법리가 복잡한 사건들을 다루게 되는 경향이 있다는 것이다. 그런 사건의 특성으로 인해 영장기각률이 상대적으로 다소 높아질 수 있다는 점도 감안한다면 기각률의 양적 차이는 더 크게 벌어질 수 있다는 말이다.<sup>44)</sup> 또한

41) 권00, “헌법상 영장청구절차 관련 토론문”, 5쪽 참조.

42) 권00, 앞의 토론문, 5쪽 참조.

43) 권00, 앞의 토론문, 4쪽 참조.

44) 권00, 앞의 토론문, 5쪽 참조.

검찰이 다루는 사건의 특성상, 검찰이 청구하는 영장은 사회적 이목이 집중되거나 국제적인 관심의 대상이 되는 사건인 경우가 많기 때문에 법원에서 구속영장 발부에 특히 신중을 기하게 되는 경우도 적잖게 있다는 것도 통계의 함정이 될 수 있다고 지적된다.

#### 라. 체포, 압수·수색영장 기각률의 실질적 차이

아래의 표에서 알 수 있듯이, 체포영장의 통계와 관련해서도 2013년 사법경찰이 신청한 47,736건 중 검사가 기각한 5,380건을 차감한 42,359건(법원행정처 통계를 이용한 위의 자료에서는 39,673건 임) 중 1.18%(아래의 통계표에서는 1.2%)가 기각되었다. 검사가 직접 청구한 체포영장의 기각률, 1.9%와 비교하여 약 0.7%가 낮은 것으로 보인다. 하지만 여기서도 앞서 언급한 바와 같이 이미 검사가 1차에 걸쳐 걸러낸 기각률을 반영하면 총 12.3% (42160/47,736)의 기각률이 된다. 검찰의 체포영장 청구기각률 1.9%에 비하면 10.4%의 차이가 난다.

#### 〈체포영장 청구 및 기각 현황〉

(단위: 명)

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	계
사경신청	58,031	49,094	47,736	46,298	48,394	249,553
검사기각	5,900 (10.17%)	6,146 (12.52%)	5,380 (11.27%)	5,470 (11.81%)	5,853 (12.09%)	28,749 (11.52%)
검사청구	52,136	42,952	42,359	40,780	42,458	220,685
법원기각	877 (1.68%)	514 (1.20%)	499 (1.18%)	488 (1.20%)	552 (1.30%)	2,930 (1.33%)

#### 〈압수·수색영장 청구 및 기각 현황〉

(단위: 건)<sup>45)</sup>

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	계
사경신청	109,327	126,488	189,774	188,045	190,467	804,101
검사기각	7,807 (7.14%)	12,128 (9.59%)	14,860 (7.83%)	15,310 (8.14%)	14,838 (7.79%)	64,943 (8.08%)
검사청구	101,479	114,317	174,858	172,652	175,483	738,789
법원기각	1,861 (1.83%)	1,339 (1.17%)	1,306 (0.75%)	1,337 (0.77%)	1,416 (0.81%)	7,259 (0.98%)

위의 도표와 같이 압수·수색영장기각률에 있어서도 경찰의 영장신청에 대해 검사가 기각한 2013년 7.83%, 2014년 8.14% 등을 차감한 174,858건과 172,652건에 대해 법원은 약 0.75%와 0.77%를 기각하였다. 총 신청수에 대비하면 약 8.5%(173,552/189,774건)와 약 8%(171,315/188,045건)의 기각률이 나온다. 이에 비하면 검찰의 직접 청구 건 중에서 기각률 3.1~3.2%는 약 37% 정도에 그친다는 것이다.

**마. 정식 기소율의 현저한 차이, 연평균 검사가 기각한 사경신청 영장의 대사자 수의 의미**

또한 아래의 표에서 알 수 있듯이, 2011년 1월부터 2014년 12월까지 사법경찰관이 신청한 구속영장을 검사가 기각한 사건의 연인원 총 22,822명(평균기각률 16.65%) 중에서, 정식기소에 이르지 않는 경우가 약 20.85%(4,759명)이며, 특히 ‘각하’, ‘무혐의’ 또는 ‘죄가안됨’ 처분으로 종결되는 경우가 구속영장 기각인원의 9.43%에 해당하는 2,152명에 달한다. 결국 4년간 사법경찰관이 구속영장을 신청하였으나 검사가 기각한 총 22,822명의 피의자 중에서 정식 기소에 이른 사람은 11,141명으로 약 48.8%에 불과하다.

이에 반해 검사가 직접 구속영장을 청구한 사건은 약 84.2%가 정식 기소된다는 점에서, 통계 수치로 표현한다면, 사법경찰관이 신청한 영장을 검사가 기각한 사건에 비해 약 2배의 기소율을 보이고 있다는 점에서 그 처분의 적정성을 충분히 비교해 볼 수 있을 것이다.<sup>46)</sup>

연번	처분결과	연도				합계
		2011	2012	2013	2014	
1	구약식	560	474	321	297	1,652
2	각종 기소유예	158	115	79	130	482
3	각하	0	2	1	1	4
4	무혐의	<b>520</b>	<b>535</b>	<b>503</b>	<b>584</b>	<b>2,142</b>
5	죄가안됨	1	2	1	2	6
6	공소권없음	141	165	100	67	473
<b>합계(1+2+3+4+5+6)</b>		<b>1,380</b>	<b>1,293</b>	<b>1,005</b>	<b>1,081</b>	<b>4,759</b>
7	기소중지	244	278	292	272	1,086
8	참고인중지	80	52	41	34	207
<b>합계(7+8)</b>		<b>324</b>	<b>330</b>	<b>333</b>	<b>306</b>	<b>1,293</b>
9	구공판	<b>2,499</b>	<b>3,131</b>	<b>2,814</b>	<b>2,697</b>	<b>11,141</b>
10	기타	1,377	1,447	1,596	1,209	5,629
<b>합계 (검사기각 구속영장 총인원)</b>		<b>5,580</b>	<b>6,201</b>	<b>5,748</b>	<b>5,293</b>	<b>22,822</b>

45) 아래의 자료는 대검찰청에 요청하여 수령한 것임. 이 자리를 빌려 담당자 분의 협조에 감사드린다.

46) 대검찰청 제공자료

또한 동일 기간 동안 사법경찰관이 신청한 체포영장을 검사가 기각한 사건의 피의자 총인원수는 22,895명에 달해 연평균 11.38%에 달한다.<sup>47)</sup>

구분 연도	사경으로부터 송치된 인원	사경 체포영장신청 인원 (신청률)	검사기각 인원 (검사기각률)	검사영장청구 인원	판사기각 인원 (판사기각률)
2011	1,840,755명	58,036명 (3.15%)	5,900명 (10.16%)	52,136명	877명 (1.68%)
2012	1,866,450명	49,097명 (2.63%)	6,145명 (12.51%)	42,952명	514명 (1.19%)
2013	1,857,417명	47,739명 (2.57%)	5,380명 (11.26%)	42,359명	499명 (1.17%)
2014	1,861,791명	46,298명 (2.49%)	5,470명 (11.81%)	40,780명	488명 (1.20%)
합계	7,426,413명	201,170명 (2.71%)	22,895명 (11.38%)	178,227명	2,378명 (1.33%)

검사의 인권보호자로서의 기능이 역전되었다는 것은 무엇을 두고 하는 말인지 이해하기 어려워진다.

## (2) 2012년 수사지휘 전담검사지정 운영의 효과

2011년 형사소송법 개정 이후 2012년부터 일정 경력을 가진 검사 중 능력과 인품을 갖춘 검사를 수사지휘 전담검사로 지정하여 사법경찰관의 영장에 대한 지휘를 전담하게 함으로써 검사 단계에서의 영장 심사가 강화되었고, 그 결과 경찰의 신청에서 시작한 영장이 판사에 의해 기각되는 비율이 점진적으로 감소되는 현상이 나타나고 있다고 한다.

구분	2011	2012	2013	2014	2015
구속영장 판사기각률	<b>22.99%</b>	19.46%	16.07%	19.21%	<b>16.95%</b>
압수수색영장 판사기각률	<b>1.83%</b>	1.17%	0.75%	0.77%	<b>0.81%</b>
체포영장 판사기각률	<b>1.68%</b>	1.20%	1.18%	1.20%	<b>1.30%</b>

위의 표에서<sup>48)</sup> 보듯이, 수사지휘전담검사제도의 도입이후 사법경찰관이 신청한 영장에 대한

47) 대검찰청 제공자료

48) 대검찰청 제공자료.

판사의 기각률이 2011년과 2012년 이후를 비교해 볼 때 유의미하게 변경된 것을 알 수 있다는 점에서 설득력이 있는 것으로 보인다.

### 3) 소결

결론적으로 모든 유형의 영장에서 검찰은 경찰의 신청을 1차 걸러내는 작업으로, 불필요한 구속 혹은 오류로 인한 인신구속이나 타인의 재산권과 사생활의 비밀 등의 침해를 막아내는 기능을 하고 있는 것이다. 이러한 사실을 부인할 수는 없다. 의도이건 실수이건, 검찰이 인권보호에 역기능을 한다는 주장은 잘못된 통계 해석에 근거한 것이었다. 결국 사법경찰보다 검찰의 영장청구가 더 빈번하고, 더 많이 기각되는 상태에서 검사가 사법경찰보다 인권보호에 더 관심을 기울인다는 것은 어불성설이라고 하는 주장에 대해서는 좀 더 신중한 사실 확인에 기초할 것을 주문할 수밖에 없어 보인다.

## 5. 검사의 준사법기관성 부인?, 오히려 사법기관으로 독립시켜야 할 필요성

검사와 권력분배, 견제와 균형을 논의하고, 기관 간의 권력분립이 아니라 기관 내의 권력분립이 실질적 의미의 권력분립이라고 할 수 있으므로 검찰의 통제는 경찰이, 검찰의 문제는 경찰의 투입으로 해결하자는 생각을 가진 사람들은 검사의 준사법적 성격을 부인한다. 이렇게 되면 행정부의 한 외청으로 격하된 검찰(청)이 더 이상 수사활동과 관련하여 또 다른 행정부의 한 외청인 경찰(청)에 대해 우월한 지위를 주장하지 못할 것이라는 생각이 깔려 있는 듯하다. 이렇게 만들어야 할 필요성이 어디 있는지는 누구나 알고 있을 듯하다.

이러한 국내의 현상에 반해, 앞서 살펴본 유럽 여러 국가들의 헌법에서나 아래에서 살펴볼 외국 여러 국가들의 형사실무에서의 검사의 권한 강화·독립성 강화의 움직임은 오히려 검찰을 지금보다 더 독립적으로, 더 강한 수사지휘권을 행사하도록, 더 사법권에 가깝게 이해하고 배치시키려고 하고 있는데 이런 노력은 무엇을 의미하는지 검토해볼 필요가 있다.

### 1) 검사의 준사법적 성격을 부인하는 주장의 요지

영장청구권에 관한 헌법규정으로부터 검사에게 법관에 준하는 사법기관으로서의 지위까지 도출·부여되는 것으로 보려는 시도가 있으나, 현행 헌법에 검사를 언급한 곳은 영장의 청구에 관한 헌법 제12조 제3항 및 제16조가 전부이고, 이 규정들이 검사에게 강제수사 관여 권한 이상의 어떠한 특별한 프리미엄을 인정한 것으로 보기에선 무리가 있다는 주장이 있다.<sup>49)</sup> “만약 검사를

49) 김선택, 앞의 발표문

준사법기관으로 보고자 한다면 헌법상 사법기관의 실질을 부여하는 규정을 두었거나, 최소한 검사를 언급하고 있는 헌법조항에 규정된 검사의 권한이 실질적인 사법작용에 해당되는 것이어야 할 것이다. 수사절차가 넓은 의미에서 형사사법작용에 포함될 수는 있으나 실질적 사법작용의 징표인 인적·물적으로 독립된 국가기관이 제3자적 입장에서 오로지 법률과 양심에 따라 ‘심판’작용을 한다는 기준에는 부합할 수 없<sup>50)</sup>다는 것이다. 결론적으로 우리나라 현행법들 중에는, 헌법을 비롯한 어떤 법에서도, 검사의 준사법적 성격을 인정하고 있다는 근거가 없고, 헌법 제12조 제3항과 제16조는 ‘단지’ 구속, 체포, 압수·수색 등의 강제수사절차에서 검사의 관여가 필수적이라는 의미에 불과하다는 것이다. 이렇게 되면 결국 영장청구권의 검사전속 규정을 헌법에서 삭제하는 순간 검찰과 경찰은 의미구별이 전혀 불가능한 행정부 소속의 수사기관이 된다고 보는 것이다. 필자에게는 ‘검사도 헌법에 명시해야 준사법기관’이 될 수 있다는 말로 들리며, 그 말이 오히려 생소하고 무슨 뜻인지 이해하기 어렵다. 필자가 생각하지 못하는 모종의 보다 심오한 관조가 들어있을 것이니 그 평가는 뒤로 미루고, 우선 아래에서 국내 교과서 수준의 사법기관의 의미를 정리해보고, 검찰제도 출생지의 한 곳이기도 한 독일의 생각을 간략히 보기로 한다.

## 2) 검토

### (1) 국내 형사소송법학의 교과서 수준의 이해

준사법기관이란 사법기관에 준한다는 의미이고, 검사는 사법기관으로서의 직무와 권한을 행사하지만, 조직적으로 행정부에 소속된 기관이므로 완전한 독립적 사법기관(Rechtspflege)이 아니라는 의미로 이해된다.<sup>51)</sup> 특히 검사에게서 사법기관의 성격이 도출되는 것은 수사, 공소, 형집행 등 형사사법(Strafrechtspflege)을 실현하는 직무를 수행하기 때문이고, 법원의 권한에서 분리된 수사와 공소를 담당하기 때문이라는 것이다. 검사의 자격을 법관에 준하는 것으로 하고, 검사에게 법관에 준하는 신분보장을 하고, 검찰사무를 처리하는 단독관청으로 인정하고, 검사의 수사종결처분이나 기타 결정에 대한 불복은 통상의 행정심판·소송이 아니라 검찰항고, 재정신청, 준항고의 절차에 의하도록 한 것이 사법기관으로서의 검사의 지위를 보여주는 것이라고 이해된다.<sup>52)</sup> 헌법 제12조 제3항이나 제16조의 규정이 있어서 준사법기관이고, 그 규정이 없으면 그렇지 않다는 논리는 어디에서 연유한 것인지 이해하기 어렵다.

50) 이에 동의하는 입장으로는 서보학, 앞의 발표문, 71쪽.

51) 예를 들어 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법(2015), 48쪽.

52) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 48쪽.

한편 검사의 행정기관으로서의 성격은 법관과 같은 헌법상의 신분보장이 되지 않고, 법무부장관과 검찰총장의 일반적·추상적 지휘감독을 받는 점, 상급자의 지휘·감독을 원칙적으로 따라야 한다는 것, 검사의 불기소처분에 대해서는 판결과 같은 기판력이 인정되지 않는다는 것 등에서 도출된다고 본다. 필자가 보기에 바로 여기에 독립되지 못한 (준)사법기관으로서의 한계가 드러나 있고, 여기서 검찰개혁의 실마리를 풀어내야 할 것으로 보인다.

현행 헌법과 법률 속에 우리가 만들어 놓은 검찰, 우리가 소망하는 검찰, 검찰다운 역할을 할 수 있는 조건이 갖추어진 검찰은 무엇인지에 대한 작은 성찰의 기회가 될 수 있을 것이라는 생각에서 독일의 논의를 간략히 살펴본다.

## (2) 독일 검찰의 지위와 권한 등에 관한 최근 논의의 시사

### 가. 검찰탄생의 사적 배경과 그 현대적 의미

니더작센주 재정법원의 판사 노르베르트 쉐레프(Norbert Schlepp)의 입을 빌어 프랑스와 독일 검찰탄생의 역사적 의미를 간략하게 적어 본다.

“이른바 규문주의(원칙)(Inquisitionsgrundsatz)가 형사절차를 지배하던 수 백 년의 세월 동안 법관은 스스로 수사하고, 공소를 제기하고 동시에 판결을 선고하는 전능한 역할을 해왔다. 프랑스혁명에서 처음으로, 범죄의 혐의를 받고 있는 자, 즉 피의자를 수사한 법관은 그에 의해 혐의를 받은 자가 실제 그 범죄에 책임 있는 자였는가에 대한 물음을 공평무사하게 선입견 없이 결정할 수는 없다는 생각이 관철되었다. 따라서 법원으로부터 독립된, 범죄를 수사하고 기소하는 장치가 만들어졌고, 그것이 바로 검찰의 탄생 순간이었다. 프랑스 혁명 당시 그러한 사상은 도도한 물결이 되어 독일로 범람해왔다. 1848년 민주화의 요구와 열정(Demokratisierungsbestrebungen)에 형사소송법도 그 대상에서 예외가 될 수 없었다. 형사절차의 공개요구, 참심법관의 참여요구, 그리고 검사의 참여요구는 더 이상 억압될 수 없었다. 오늘날 우리에게 아주 당연한 것으로 여겨지는 검사의 형사소송절차에서의 지위는 수많은 사람들이 보다 나은 민주주의를 위해 그들의 삶을 희생한 결과, 자유의 쟁취를 위한 전쟁에서 피비린내 나게 쟁투한 결과인 것이다.”<sup>53)</sup>

검사제도가 그 본연의 의미로 그 기능을 다하기 위해서는, 바로 그것이 자유를 위한 전쟁의 처절한 쟁투를 통해 얻어낸 민중 승리의 결과물임을 잊지 말아야 하는 것이며, 형사사법의 전권을 행사하던 법원으로부터 수사와 기소권을 검찰에게 이양한 것임을 수사과 공소는 사법작용이라는 역사적 의미를 돌아볼 필요가 있다. 협의의 사법(작용)과 광의의 사법, 형식적 의미의 형사사법

53) Norbert Schlepp, Porta Westfalica, Der weisungsgebundene Staatsanwalt, [http://www.cleantate.de/Der\\_weisungsgebundene\\_Staatsanwalt.html](http://www.cleantate.de/Der_weisungsgebundene_Staatsanwalt.html).

(작용)과 실질적 의미의 형사사법을 나누고, 전자에는 수사(搜查)가 포함되지 않는다는<sup>54)</sup> 논리는 너무나 작위적이지 않은가 하는 말이다.

#### 나. 사법작용의 처음과 끝, 검사의 사법기관성의 의미

모든 형사소송의 처음과 끝에는 검사가 있다. 검사 없는 형사절차를 생각할 수 없다. 저마다의 형사절차는 수사절차로 시작하고 그 절차에서는 검사에게 우월한 지위가 주어진다. 독일 형사소송법 제160조에 따르면 검사는 범죄가 의심되는 경우 어떻게 사실을 조사할 것인지 결정하고 기소를 할 것인지 혹은 수사를 중단할 것인지를 결정하며, 단지 검사에게만 기소독점권이 주어진다. 공판절차에서 검사는 공소를 대변(유지)하고 일련의 개별적인 조치(처분)를 통해서 법원의 소송절차 진행에 영향을 미치며, 유무죄의 증명과 양형에도 개입함으로써 판결도출에도 영향력을 행사하고, 유죄판결이 이루어진 경우에 그 형의 집행은 검사의 처분에 따르게 된다(제451조). 수사절차에서는 전체 경찰기구와 다른 모든 관청의 조력을 이용하고, 이 경우 경찰은 -저마다의 다른 관청과 같이- 직무상의 협조(Amtshilfe)를 제공해야만 할 뿐 아니라, 다수의 경찰공무원(관리)들은 검사의 보조공무원·조력자로 검사의 직접적인 지시에 복종하고, 검사의 복종에 따르는 사법(司法!) 경찰관이라는 바로 그 자격으로(in dieser Eigenschaft) 범죄를 자발적으로 수사할 수 있는 것이다(제161조, 제163조). 사법경찰관이 독자적으로 수사를 한다는 것은 검사에게서 독립된 수사권의 행사, 검사에게서 독립된 긴급처분권의 행사가 아니라 검사의 보조인, 검사를 도와 수사처분을 하는 자이기 때문에 주어지는 긴급처분권임을 정확하게 이해해야 한다. 단지 검사의 조력인, 보조인, 수사인력이므로 그로부터 나오는 긴급처분권이 경찰의 독자적·독립적 권한은 아니라는 것이다.

강제처분, 법원의 명령이나 결정을 받아야만 하는 경우(제102조, 제103조 제100조의a이하, 제112조, 제81조의a)는 항상 검사가 수사에 관여한다. 그 이유는 대부분의 기본권에 중대한 수사행위는 법관유보에 해당하고, 법원에 청구(신청, Antrag)할 권한(Befugnis)은 형사소송법에 따라 단지 검찰에게만 인정되고 있기 때문이다.<sup>55)</sup> 왜 그런 권한은 검사에게만 주어져 있는가는 검찰의 탄생에서부터 알 수 있고 검사는 조직적으로 행정부에 속해 있으나 사법작용을 하고 있기 때문임을 부정할 수 없다.

54) 김선택, 앞의 발표문, 35-36쪽 등.

55) 최근 서면문의에 답해준 괴팅엔 검찰청 차장검사 Frank-Michael Laue과 뮌헨 제1검찰청 Klaus Ledermann 부장검사에게 감사드린다.

## 다. 법원(법관)에 대한 검찰(검사)의 독립

검사(제도)를 창조해 낸 역사와 그 근거를 볼 때, 검사는 반드시 법원에 대해 독립적이어야만 한다는 결론이 된다. 만약 검사제도의 도입의 의미와 목적이 법관의 수중으로부터 수사(권)를 빼앗아, 그가 무편무당하게 판단할 수 있도록 한다는 것이라면 검사는 법원의 지시나 명령에 따를 수 없는 것이다. 만약 그렇지 않다면 법관은 다시 스스로 수사를 넘겨받는 것이고 검찰은 필요 없는 조직이 되고 말 것이며 규문주의로 회귀하는 것이기 때문이다. 이것을 원한 것이 아님이 분명하다.<sup>56)</sup> 그럼에도 독일 형사소송법에서는, 예를 들면 모든 유형의 자유박탈적인 처분, 즉 체포·구속영장 혹은 압수·수색 혹은 우편비밀의 제한과 자유로운 통신의 제한(검열, 도감청)의 경우처럼, 수사절차에서 이미 법원이 개입하고, 수사의 주체자로서의 검사의 지위와 역할을 잠정적으로 제한하는 다양한 상황이 있다. 이를 법원에 대한 검사의 독립이라는 관점에서 어떻게 설명할 것인가에 대해서는, 이 모든 (강제)처분들은 피의자·피고인의 이익을 위해서 법원을 통해 명령될 수 있는 것으로 한 것이기 때문에, 이러한 처분들도 결국 검사가 법원에 대해 독립적이라고 하는 기본적인 인식의 어떤 것도 바꾸지 않는다고 보는 것이다.

## 라. 국가(Staat)에 대한 독립

독일 법원조직법이 이러한 독립을 명확하게 규정하고 있다. 법원조직법 제141조에서 각급 법원에 대응하여 검찰청(Staatsanwaltschaft)이 설치된다. 검찰(청)은 관청이고 개별 검사는 이 기구(관청)의 구성원이다. 법원조직법은 검찰청의 공무원(Beamte der Staatsanwaltschaft)이라는 표현도 사용한다. 모두가 알다시피 공무원은 지시와 명령에 복종하는(weisungsgebunden) 사람들이다. 법원조직법 제146조는 검찰청의 공무원(검사)은 그 상관(Vorgesetzte)의 직무상의 지시(dienstliche Anweisungen)에 따라야만 한다고 규정하고 있다. 제144조에서는 더 나아가 검찰청에 여러 검사가 소속되는 경우 제1의 검사에 부속(병렬)된 공무원들은 ‘그 사람의 대리인(Vertreter)으로 행위한다’고 하여 검사 개인들이 독립적인 주체로 규정된 것은 아니라고 본다. 즉 지시권자의 대리인이고, 모든 대리인이 그렇듯이 지시에 따르게 된다는 것이다. 평검사(Staatsanwalt), 부장검사(Oberstaatsanwalt), 검사장(Leitender Oberstaatsanwalt; Behördenleiter), 검찰총장(Generalstaatsanwalt)의 순으로 지시에 따르게 되고, 정점에는 법무(·사법)부장관(Justizminister)이 있으며, 법무부장관은 검사의 업무에 개입할 수 있다. 결국 개별 검사들은 국가로부터 독립되지 못한 공무원이라고 할 수 있다.

56) 독일 법대학생들의 시험에 등장하는 흔한 문제, ‘공판정에서 변호인이 검사가 편파적이라고 주장하는 경우, 누가 이러한 편파성과 그 대책을 결정할 수 있는가?’라는 물음에 대한 답이 도출된다는 것이다. 법원은 검사에게 지시할 권한이 없는 기관으로 그에 대한 판단할 수 없다는 것이다.

## 마. 검사에게 법관과 동일한 독립성 부여

법관인 Schlepp은 지금까지 언급된 내용 중에서 특히 검사가 국가의 지시를 받는 것이 가장 중요한 문제점이라고 생각한다. 독일 기본법 제97조에서 밝히고 있듯이 법관은 독립적이고 단지 법률에만 종속되는데, 그렇다면 검사의 형사소송에서의 그 중요한 권한과 역할에 비추어 볼 때 검사도 법관과 달리 규정되어서는 안 된다는 것이다. 따라서 독일 법관·검찰연합단체들(Deutsche Richterbund, Neue Richtervereinigung)도 검사에게도 이러한 독립성을 보장할 것을 요구하고 있다. 지금까지 독일의 입법자들은 이러한 요구에 응하지 않고 있고, 그 이유를 구체적으로 밝히지 않고 있다고 비판받고 있다. 우리는 누구든지 정치적 권력자들은 그들의 권력이 약화되는 것을 두려워한다는 것을 알고 있고, 그렇기 때문에 변화를 원치 않는다는 것도 알고 있다. 우리가 검찰제도를 도입하게 했던 그 역사적 이유를 조금만 돌아본다면, 만약 국가의 검찰에 대한 영향력 행사가 계속되어 형사사법의 공정성에 지속적으로 영향을 미치게 된다면 1848년의 혁명의 결과를 다시 볼 수 있을 것이라고 Schlepp은 경고한다. “검사를 독립시켜라!”는 말이다.

### (3) 우리 헌법 재판소와 대법원의 태도

#### 가. 헌법재판소 결정에서 검사의 지위와 위상 = 준사법기관

헌법재판소는 검사가 준사법기관이라는 의미를 다음과 같이 풀고 있다.

“범죄의 수사는 검사, 사법경찰관리 및 특별사법경찰관리가 담당한다(형사소송법 제195조 내지 제197조). 그런데 검사는 사법경찰관리 및 특별사법경찰관리를 지휘·감독하며, 수사의 결과 공소제기 여부를 독립적으로 결정하고, 공판절차에서는 피고인에 대립되는 당사자로서 법원에 대하여 법령의 정당한 적용을 청구하고, 재판이 확정된 때에는 형의 집행을 지휘·감독하는 광범위한 권한을 가진 국가기관이다. 검사가 행사하는 검찰권이 원칙적으로 행정권에 속하는 것은 사실이지만 범죄의 수사, 공소의 제기 및 유지, 재판의 집행을 내용으로 하는 검찰관은 그 내용에 있어서 사법권과 밀접한 관계를 맺고 있고, 특히 형사사의 대부분이 검사의 불기소처분에 의하여 종결된다는 점에 비추어 볼 때 검찰권의 행사는 형사사법의 운용에 중대한 영향을 미치게 됨을 부인할 수 없다. 이와 같이 검사가 행사하는 검찰권이 사법권과 밀접한 관계에 있기 때문에 검찰권에 대한 영향은 직접 사법권에 미치게 되며, 사법권독립의 정신은 검사에 대하여도 요구되지 않을 수 없다. 이러한 의미에서 검사는 행정기관이면서도 동시에 사법기관인 이중의 성격을 가진 기관이며, 오로지 진실과 법령에 따라 직무를 수행하여야 할 의무를 가지고 있는 준사법기관이다. 그 뿐만 아니라, 검사는 판사와 동일한 자격을 갖춘 자로서 임명되고 공익의 대표자라는 지위에서 활동하므로, 검사에 의한 피의자 신문시에는 고문 등의 부당한 인권유린행위가 개입될 가능성이 상대적으로 낮다고 할 수 있다.”<sup>57)</sup>

57) 헌재 1995. 6. 29. 93헌바45.

## 나. 대법원 판결에서 검사의 위상 = 준사법기관

대법원도 검사의 사법기관성을 다음과 같이 인정하고 있다.

“인권침해의 소지가 가장 많은 수사 분야에서 국민의 인권과 자유를 보호하기 위하여 우리 헌법과 법률은 검사 제도를 두어 검사에게 준사법기관으로서의 지위를 부여하고 철저한 신분보장과 공익의 대변자로서 객관의무를 지워 사법경찰관리의 수사에 대한 지휘와 감독을 맡게 함과 동시에 전속적 영장청구권(헌법 제12조 제3항), 수사주재자로서 사법경찰관리에 대한 수사지휘(형사소송법 제196조), 체포·구속 장소 감찰(형사소송법 제198조의2) 등의 권한을 부여하여 절차법적 차원에서 인권보호의 기능을 수행하게 하고 있다. 이러한 측면에서 검사의 수사에 관한 지휘는 수사과정에서의 인권침해를 방지하는 ‘인권옹호’를 당연히 포함한다. 따라서 형법 제139조의 입법 취지 및 보호법익, 그 적용대상의 특수성 등을 고려하면 여기서 말하는 ‘인권’은 범죄수사 과정에서 사법경찰관리에 의하여 침해되기 쉬운 인권으로서, 주로 헌법 제12조에 의한 국민의 신체의 자유 등을 그 내용으로 한다. 인권의 내용을 이렇게 볼 때 형법 제139조에 규정된 ‘인권옹호에 관한 검사의 명령’은 사법경찰관리의 직무수행에 의하여 침해될 수 있는 인신 구속 및 체포와 압수수색 등 강제수사를 둘러싼 피의자, 참고인, 기타 관계인에 대하여 헌법이 보장하는 인권 가운데 주로 그들의 신체적 인권에 대한 침해를 방지하고 이를 위해 필요하고도 밀접 불가분의 관련성 있는 검사의 명령 중 ‘그에 위반할 경우 사법경찰관리를 형사처벌까지 함으로써 준수되도록 해야 할 정도로 인권옹호를 위해 꼭 필요한 검사의 명령’으로 보아야 하고 나아가 법적 근거를 가진 적법한 명령이어야 한다(헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2006헌바69 전원재판부 결정 참조).”<sup>58)</sup>

위 판결에서는 영장청구권의 전속이 무엇을 의미하는 것인지도 분명히 하고 있다. 국민의 신체의 자유를 보호하기 위한 규정이라는 것이다. 검사에게 영장청구권을 전속시키는 조항이 필요했던, 그런 방법으로 국민의 신체의 자유라는 기본권의 보호가 필요했던 역사를 가진 대한민국의 실질적 헌법의 가치를 가진 중요한 규정인 것이다.

### 3) 소결

안타깝게도 법치주의 형사법체계에서 검사의 지위를 행정부의 여러 부서 중의 하나일 뿐인 조직에 주어진 특수한 행정작용·활동의 하나로 보아야 한다는 주장이 헌법학자는 물론 형사법학자에게도 검찰개혁의 출발점으로 선택되고 있다.<sup>59)</sup> 검찰권의 성격은 행정권이라는 법무부장관과 헌법재판소의 결정문의 소수의견이 활용한 문구는 인용하면서, 바로 그 재판소의 재판관 전원(때로는 다수 재판관)이 검사는 준사법기관이라는 말을 했다는 것은 드러내지도 않는다.

58) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도11999 판결.

59) 정태호, “「검사의 독점적 영장청구권한」 명시한 헌법문구 삭제해야”, 86-87쪽; 김선택, 앞의 발표문 48쪽 등 여러 곳; 서보학, 앞의 발표문, 69쪽 등.

법무부 장관은 당연히 검찰을 지배하려 할 것이기에 검찰청법에서 법무부장관의 검찰총장과 검사의 지휘 내용과 범위를 제한하고 검사의 중립적이고 공정한 직무집행을 위해 완충지대를 설정했다고 가르치는 형사법 교수로서 필자의 지식으로는, 검찰을 우리 스스로 행정기관에 불과한 조직으로 만들어 버리고, 준사법기관은커녕 상명하복의 행정공무원으로 격하시켜 버린다면, 어디에서 어떻게 검사의 독립을 구할 수 있는지 의문이다. 아예 이 기회에 검사를 행정부의 관료로 만들어 버리겠다는 생각이 아니라면 좀 더 신중하게 그 본질을 보아야 한다. 준사법기관을 행정기관으로 만들어 놓고 공격하겠다고 생각했다면 전형적인 허수아비 공격이라는 비형식적 오류를 이용하는 전략으로 보일 뿐인 것이다.<sup>60)</sup>

## 6. 수사지휘권의 실효성과 수사방해 혹은 권한의 오·남용

규범의 생명은 그 규범의 침해행위가 많을수록, 많은 사람들이 명령과 요구에 위반해 줄수록 가시적으로 드러난다는 법 격언이 있다. 법 규범은 침해받을수록 효력이 강해진다고 할 수도 있겠다. 아무도 특정 법규범을 위반하지 않으면 그 규범은 사문화되었다고 하여 폐지의 수순을 밟게 된다. 검사의 전속적 영장청구권을 폐지하자는 주장의 논거 중에는 ‘대부분의 형사사건의 수사를 경찰이 담당하고 있는데, 수사의 뒷전에 있는 검사가 급박한 긴급처분권을 좌지우지 하는 것은 현실에 맞지 않다’는 내용이 있다. 때로는 수사를 방해하기도 한다는 것이다. 적정한 판단인지 보기로 한다. 필자의 단견에 따를 때, 아마도 원칙혼동의 오류를 범하고 있는 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

### 1) 수사이선의 검사가 수사를 지휘하는 것은 부당하다는 주장의 요지

검사가 영장청구를 전담하는 현행 영장제도에 비판적인 입장들이<sup>61)</sup> 주장하는 동 제도의 문제점 중에는 검사에게 수사지휘권이 부여되어 있더라도 대부분의 형사사건을 경찰이 수사하고 있는

60) “사법통제란 법관의 통제인데, 행정기관에 불과한 검사의 통제가 사법적 통제개념과 동일시 될 수 없다. 왜냐하면 원래 사법은 상관의 명령으로부터 자유로울 뿐만 아니라 재량행위여서도 안되며(?)”, “오직 헌법과 법률에만 구속됨을 본질로 하기 때문이다. 독일 연방헌법재판소가 만들어낸 준사법기관이라는 용어는 검사의 기소를 의무화하고 있는 기소법정주의에 근거를 두고 있다. 기소재량, 상명하복제도를 둔 대한민국 검찰에 대해서 한 번도 준사법기관적 지위에 대한 근거가 존재한 적이 없다. 그런 검찰이 사법경찰에 대한 통제의 필요성을 주장한다면 그 통제를 통한 수사개입가능성을 법적으로 엄격히 제한하는 방법을 모색해야한다”는 것이다. 심지어 “검사의 영장통제“는”행정기관끼리의 내부적인 행정통제에 불과한 것“이라고 해야 한다는 주장(서보학, 앞의 발표문, 69-70쪽; 박노섭, 사법경찰관의 수사에 관한 일반근거조항과 검사의 사법적 통제, 비교형사법연구 제7권 제1호(2005), 241면, 주 37))은 검사를 행정기관으로 만들어 그 중립성과 공익성을 말살하겠다는 의도가 아니라면 검찰이 어떻게 탄생했는지를 정확하게 돌아볼 필요가 있다. 독일의 입법과정이 그러했듯이, 법무부는 당연히 형사사법의 기능을 담당하는 검찰을 자신의 명령하게 두고 싶어 하기에, 헌법재판소의 법무부 의견에서 자주 등장하듯이, “검찰은 법무부 소속의 행정기관”이라고 할 것이다. 바로 그렇기 때문에 검찰을 법무부와 정권에 종속되지 않도록 하는 대책이 가장 중요한 검찰개혁의 첫걸음인 것이다.

61) 서보학, 앞의 발표문, 52쪽 이하 및 그곳에 인용된 참고 문헌을 볼 것.

현실에서 신병확보, 압수·수색 등 강제수사의 필요성에 대한 판단을 수사이선(二線?)에서 지휘하는 검사에게만 일임하는 것은 납득이 되지 않는다는 논거가 있다.<sup>62)</sup> 또한 경찰이 필요하다고 신청한 영장을 검사가 수용하지 않는 경우 수사에 상당한 제약이 따르고, 경찰의 강제수사에 대한 검사의 부당한 간섭 및 통제권 행사로 인하여 중국에는 중대 범죄를 불기소처분으로 검찰에 송치할 수밖에 없는 등, 수사를 불가능하게 한다는 것이다.<sup>63)</sup> 현실적으로 수사의 제약이 된다는 것이고, 검찰의 제 식구 감싸기, 힘 있는 변호사에 대한 배려, 피의자가 누구인가에 따라 달라지는 검사의 판단 기준 등 여러 경험적 사실이 이를 말해준다는 것이다.<sup>64)</sup>

## 2) 검토

사회규모의 확장에 비추어 미미한 검찰의 재정확충은 수사의 대부분을 사법경찰관을 활용하는 방법을 취할 수밖에 없게 한다. 어느 나라에서건 현재 경미사건이나 중간 정도의 범죄에 대해 80-90% 사법경찰관이 수사하는 것은 보편적인 현상으로 나타나고 있는 것 같다. 그렇다고 하여 이 기회에 검사의 감시감독권을 내놓으라고 하는 국가를, 필자의 노력으로는 발견할 수 없었다. 정확한 이해라고 할 수도 없지만, 경찰은 수사권, 검찰은 기소권이라는 영국과 웨일즈에서도 이미 1980년대 이후 검찰권을 확대하는 경향을 논외로 하더라도, 오히려 약화되는 검찰권과 확장하는 경찰권을 우려하며 법치국가가 아니라 경찰국가화 되어가는 현실에 제동을 걸며, 형사절차가 경찰화(Verpolizeichlichung des Strafverfahrens)<sup>65)</sup> 되어가는 것을 막아야 한다며 검찰의 독립과 수사지휘권을 보다 강화해야 한다는 목소리가 점차 강해져, 사법경찰을 행정경찰로부터 조직적으로 분리하여 검찰조직으로 편제(Justizpolizei)하고, 검찰을 법무부에서 독립하여 사법행정으로 편입하자는 주장까지 나오는 유럽 여러 국가들의 현상을 보고 있다면, 필자는 무엇을 어떻게 이해해야 할지 갈피를 잡지 못해 아연할 뿐이다.

영장신청을 기각할 수 있는 검사의 권한은 때로 경찰수사의 방해로 작용하기도 한다는 주장과 관련해서는 바로 그러한 통제와 감시·감독이 검사의 수사지휘권의 본질이고, 그것이 바로 검찰제도가 존재하는 이유인 것을 인정하는 것이 대한민국의 헌법질서·실정 법질서를 제대로

62) 서보하, 앞의 발표문, 52쪽.

63) 서보하, 앞의 발표문, 52쪽. 특히 수사권 독립이나 영장청구권의 검사독점에 대한 이의제기는 주로 전관예우나 제 식구 감싸기 등으로 표현되는 담당 검사가 특정 피의자 및 변호인에 대한 사법경찰관의 수사를 부당하게 제한하고 가로 막는 경우가 있다는 사실로 표현된다. 이 부분은 있어서 안 될 일이고 필히 개선되어야 할 것임을 거부할 사람은 아무도 없을 것이다. 그 방법이 수사지휘권, 영장청구권을 거두어 들여 해결한다고 하면 교각살우이자 소탐대실이라는 말이다.

64) 예를 들어 황운하, 앞의 토론문, 162쪽.

65) 예를 들어 Heiner Busch, Verpolizeichlichung des Strafverfahrens - Eine Gesetzgebungsbilanz, 2004; <https://www.cilip.de/2004/12/09/verpolizeichlichung-des-strafverfahrens-eine-gesetzgebungsbilanz/> 2017.3.20. 최종검색; Große Strafrechtskommission, Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?) Entwicklung, Deutscher Richterbund, 2008. 구체적인 제안은 S. 273ff.

구현하는 것이라고 답할 수 있을 것이다. 독일에서 이른바 잠재적 수사지휘라는 말로도 표현되듯이, 첫 번째는 검사의 수사지휘가 있을 것이기에 위법하거나 무리한 수사를 할 필요가 없다는 심리적 효과가 나타나고, 두 번째는 마치 신속한 재판과 적정절차의 긴장 관계처럼 수사단계에서 검사의 적정한 통제가 있어야 공판에서 모든 것을 잃어버리는 우를 미리 막을 수 있다는 것을 부인할 수는 없다.

헌법재판소는 형사절차에서 영장주의의 본질이 무엇인지를 판시한 결정문에서, “제5차 개정 헌법이 영장의 발부에 관하여 ‘검찰관의 신청’이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고, 따라서 현행 헌법 제12조 제3항 중 ‘검사의 신청’이라는 부분의 취지도 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정하는 것으로 해석함이 타당하다. 즉, 수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것이다.”라고<sup>66)</sup> 하여 인권유린의 피해를 막는 법의 수호자로서 검찰을 상정하고 있다.

불편하더라도 단계별로 민주적·법치국가적 확인절차를 거치는 것이, 때에 따라서는 수사의 실기(失機)를 초래하기도 하더라도, 그것이 바로 법치주의의 형사절차라는 생각이 든다.

## 7. 영장청구로 인해 검사에게 알려지는 사건 실체, 영장신청기각의 불복방법 부재

### 1) 사법경찰관의 수사의 자율성이 보장되지 않는다는 주장의 요지

실제 수사실무에서 많은 경우 경찰이 독자적인 임의수사 개시권 및 진행권을 행사하고 있지만, 강제수사를 위해서는 반드시 검사에게 영장청구를 신청해야 하므로 자연스럽게 사건의 실체가 검사에게 알려지고, 이로 인해 검사가 경찰의 수사방향과 범위를 직접적으로 통제할 수 있게 된다는 불만도 등장한다. 또한 현재는 검사의 영장불청구에 대한 사법경찰관의 불복(사법심사)이 허용되지 않기 때문에 결국은 경찰수사의 자율성은 공허한 것이 될 수밖에 없다는 점이 영장신청 전속을 폐지하자는 주장의 논거로 등장한다.

66) 현재 1997. 3. 27. 96헌바28 등.

## 2) 검토

요약하자면 결국 2011년 형사소송법 개정에서 수사개시와 수사진행권을 사법경찰관에게 인정하는 규정을 도입하였으나, 여전히 수사지휘를 받는 것이 경찰의 독립성에 제약이 된다는 뜻으로 이해된다. 필자가 보기에 안타까운 것은 경찰은 치안사무를 본질로 하는 조직이고, 수사과 기소, 재판과 형집행은 사법, 형사사법의 영역의 일인데, 이러한 영역에서 애당초 경찰의 독립적 권한을 언급하는 것 자체가 대한민국의 법질서에 부합하는 주장인가 하는 것이다. 사법(司法) 경찰관은 말 그대로 행정(行政)경찰이 아니고 준사법기관인 검사의 지휘를 받는 사법의 일을 돕는 공무원인 것이지 검사로부터 독립적으로 사건의 실체를 파헤치고 증거를 수집하고 영장을 청구하며, 기소를 할 권한을 주장할 수 없는 것이다. 독일의 경우 보조공무원(Hilfsbeamte)에서 수사요원(Ermittlungsperson)으로 명칭을 변경하고 검사와 연락이 닿지 않는 등의 예외적인 긴급상황에서 지체의 위험을 피하기 위해 긴급처분권을 부과하면서 이를 검사의 보조공무원이라고 하는 것보다는 검사의 수사요원이라고 하는 것이 강제처분의 예외적 권한을 인정하는데 적절하다고 본 이유를 잘 새겨야 한다. 검사의 위임을 받아 범죄수사의 영역에서 활동하는 순간만은 경찰의 지휘가 아니라 검사의 지휘를 받는 사법경찰관이기에 주어지는 권한인 것이다. 그런데도 검찰에서 독립된 수사라는 발상은 현행법과는 그 출발점을 달리 하는 것이고 현행법의 원칙들과 어울리지 않는 것이다. 은밀한 재정의의 오류라는 비형식적 오류가 등장하고 있다는 느낌을 떨치기 어렵다.

2011년 형사소송법 개정을 통해 제196조 제2항, 즉 “사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.”라는 항을 신설하여 검사의 지시나 허가 없이도 수사를 개시하고 진행하는 권한을 인정했으나, 종래와 같이 여전히 검사의 수사지휘권에 따라야 하고, 수사관계서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부해야 한다. 동조 제3항에 근거하여 마련된 『검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정』(대통령령)에서는 사법경찰관리에 대한 일반적 수사준칙 및 지침과 구체적 사건의 수사에 관해 필요한 지휘권을 분명히 하고 있고, 제17조에서 “사법경찰관은 법 제196조 제2항에 따라 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 수사를 개시하고 지체 없이 별지 제2호 서식의 범죄인지서를 작성하여 수사기록에 편철(編綴)하여야 한다.”고 하고, 제18조에서는 범죄인지서 작성 여부와 관계없이 관계서류와 증거물을 검사에게 제출하도록 하고 있다. 그 예로는 피의자신문조서의 작성도 포함하고 있다는 점에서 사실상 입건부터 검사에게 사건의 실체가 알려질 수 있도록 하고 있다. 분기별로 제출하는 사건 목록과 요지의 제출과 관련해서도 제3항의 요건에 해당하면 검사의 지시에 따라야 한다.<sup>67)</sup>

67) ① 사법경찰관리가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 때에는 범죄인지서 작성 여부와 관계없이 관계

달리 말하면, 특정 검사가 수사업무에 관해 부정한 명령이나 지휘를 한다면 당연히 이를 시정할 수 있는 제도적·사실적 방법들이 있어야 하고, 부실하다면 보다 튼실하게 마련해야 한다. 그러한 점이 문제라면 현재의 제도를 보다 완전하게 다듬어 가는 일에 우선 진력해야 한다는 것이다.

## 8. 검찰의 인권보호 기관으로서의 성격

### 1) 판사의 영장기각에 반발하는 검사가 인권의 수호자인가라는 주장의 요지

피의자의 인권보장이 오로지 검사에 의해서만 실현될 수 있다고 보는 것이 타당한 것인지, 검찰은 법원의 영장기각에 대해 강하게 반발하곤 하는데, 이것을 보고 검찰이 인신구속에 신중하고 인권보호에 노력한다고 하기는 어렵다는 것이다.<sup>68)</sup> 논점일탈은 아닌지, 우물에 독 뿌리기와 같은 오류는 아닌지 살펴볼 필요가 있어 보인다.

### 2) 검토

영장기각의 근거에 대해 아무런 자료를 제공하지 않는 것은 법원의 오랜(?) 전통이다. 어찌다 한 두 줄 혹은 예외적으로 별지에 이유를 기재하는 판사는 해당 결정에 아주 자신이 있는 판사였던 것으로 보이기도 한다. 그런데 검사가 사법경찰관의 영장을 기각하는 것은 그와는 판이하게 다른 형태로 이루어진다. “이것은 이렇게 고치시고, 이것은 이 점을 보완하셔야 하고, 이것은 이렇게 하는 것이 아니고...”. 검찰의 수사지휘와 영장기각이라는 통제방법은 법원의 일 처리와 다르다는 것을 부인할 사법경찰관은 없을 것이다.

개별 몇몇 사안을 근거로 이를 일반화하는 것은 피해야 할 오류라는 것은 누구나 알고 있다. 빈대 잡으려고 초가삼간 태우는 일은 피해야 한데, 하물며 국민의 자유와 인권, 국가의 민주화의 척도인 형사사법의 구조를 변경하는 일을, 국가의 제도를 운영하는 자들 중 소수의

서류와 증거물을 검사에게 제출하여야 한다.

1. 피의자신문조서를 작성한 때
  2. 긴급체포를 한 때
  3. 검사에게 체포·구속영장을 신청한 때
  4. 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실(房室)에 대하여 압수·수색·검증영장을 신청한 때
- ② 사법경찰관리는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하고, 범죄인지서를 작성하지 아니한 사건에 대해서는 매 분기별로 해당 사건의 목록과 요지를 검사에게 제출하여야 한다.
1. 제1항제4호의 압수·수색·검증을 제외한 압수·수색·검증, 통신제한조치, 통신사실확인자료 제공 등 법원으로부터 법 및 다른 법령에 따른 영장 또는 허가서를 발부받아 대물적(對物的) 강제처분을 집행한 때
  2. 피혐의자를 출석시켜 조사한 때
  3. 현행범인을 체포·인수한 때
- ③ 제2항의 경우 사건관계인이 검사에게 이의를 제기하거나, 검사가 사건관계인의 인권이 침해되었다고 인정할 만한 현저한 이유가 있다고 판단하여 검사가 구체적 사건을 특정하여 관계 서류와 증거물을 제출할 것을 서면으로 지시한 때에는 사법경찰관리는 그 지시에 따라야 한다.

68) 서보학, 앞의 발표문, 53쪽.

부정한 행위로 쉽게 바꾼다는 것은 경솔할 수 있다. 검사가 인권옹호기관이고, 인권옹호기관이어야 함은 앞서 소개한 최고법원들에 의해 수차 확인된 바 있다. 최근까지도 헌법재판소는 반복적으로 이를 확인하고 있다.

“인권옹호기관으로서의 검사의 지위 : 인권침해의 소지가 가장 많은 수사 분야에 있어 국민의 인권과 자유를 보호하기 위하여 우리 헌법과 법률은 검사제도를 두어 검사에게 준사법기관으로서의 지위를 부여하고 철저한 신분보장과 공익의 대변자로서 객관의무를 지워 사법경찰의 수사에 대한 지휘와 감독을 맡게 하고 있다. 나아가 전속적 영장청구권(헌법 제12조 제3항), 수사주재자로서 사법경찰 관리에 대한 수사지휘(형사소송법 제196조), 체포·구속장소 감찰(형사소송법 제198조의2) 등의 권한을 검사에게 부여하여 절차법적 측면에서 인권보호의 기능을 하게 하는 것이 현행 검사제도이며 이러한 측면에서 검사의 수사에 관한 지휘는 수사과정에서의 인권침해를 방지하는 ‘인권옹호’를 당연히 포함한다고 할 것이다.”<sup>69)</sup>

필자의 주관적인 판단이기는 하지만 검찰의 비리로 언급되는 사안들이 근절되지 않는 것은 검찰제도가 잘못된 것이 아니라 독립성이 보장된 검찰제도의 운영이 아직 우리에게 현실이 된 적이 없기 때문일 것이다. 단어의 진정한 의미로 인권옹호기관으로서의 검찰이 국민의 기본권을 지켜낼 수 있도록 정치로부터, 권력으로부터 자유롭게 하는 대책을 찾아야 하는 것이다.

또 하나 지적할 수 있는 것은 설령 일부 검사가 경찰이 보아 구속하여야 할 피의자를 구속하지 않는 것이 인권보장에 역행하는지를 논리적으로 증명할 수 있는가 하는 문제이다. 피고인의 인권보호와 국민의 기본권보호의 직접적인 관심사는 가능한 임의수사를 선택하고 강제수사를 피하는 것이다. 그런 의미에서 경찰의 영장신청을 검사가 임의로 기각한다고 해서 기본권이 침해되는 것은 아니라는 말이다. 검사의 비리로 언급되는 영장신청 기각은 인권보호의 차원과는 다른 관점에서 해결되어야 할 비리인 것이다. 대중에 호소하는 오류를 전략적으로 사용한다는 비판을 피하려고 하면 두 가지 서로 다른 문제는 서로 다른 방법으로 접근해야 하는 것이다.

## 9. 영장주의에 대한 편협한 이해

### 1) 법원의 사법심사(영장심사)를 통한 영장청구권 통제만이 영장주의라는 주장의 요지

영장발부는 결국 법원의 사법심사에 맡겨진 것이기 때문에 검사 이외의 수사기관에게 영장청구권을 준다고 해서 영장발부와 인신구속이 남발될 것이라는 주장은 전혀 근거 없다고 한다.<sup>70)</sup> 검사가 청구한 영장이나 사법경찰관이 신청한 영장이 검사를 경유해 법관에게 가는

69) 현재 2007. 3. 29. 2006헌바69.

경우나, 경찰이 바로 판사에게 영장을 신청하는 경우 모두 어차피 결국은 법관의 판단에 따라 구속여부가 결정되기 때문이라는 것이다.

## 2) 검토

주장의 정당성을 판단하기 위해서는, 과연 영장전담판사의 심사에 앞선 검사의 통제는 불필요한 중복인 것인지, 수사 단계에서의 절차의 주재자는 검사인지 아니면 법관인지, 검사와 법관의 이중적 심사구조를 마련한 입법자의 의사는 무엇인지를 살펴보아야 할 것이다.

우선 법관은 수사의 전문가가 아니고 구속영장의 발부단계에서의 수사는 향후 어떻게 진행될지 모르는 살아있는 생명체와 같이 가변적이라는 특성 등으로 검사의 사전정리 없이 법관에게 청구되는 모든 영장사안을 법관이 적정하게 판단하는 것이 가능할 것인가 하는 수사실무 검사들의 의문은 어느 정도 합리적인 이유가 있다고 생각된다.

나아가 수사단계에서의 구속에 대해 법원의 영장발부가 필요한 것은 피의자의 인권·기본권 보호를 위해 법원이 다시 그 적정성을 검토한다는 의미인 것이지 수사의 방법을 법원이 결정한다는 것이 아니다. 검사에게 영장청구권이 인정되는 것은 그것이 수사단계에서 검사에 의한 형사사법권 행사의 일환이기 때문인 것이지, 단순히 법원의 구속여부결정을 받는 도구적인 개념은 아니라는 것이다.

공판의 대상은 원칙적으로 검사에 의해 결정되고 공판여부도 검사의 입력 없이는 개시될 수 없듯이, 구속을 필요로 하는지 여부도 검사의 청구가 없다면 법원은 기소 전에는 스스로 피의자를 구속할 수 없다. 우리의 최고법원들이 형사절차에서 당사자주의개념을 강조할수록 법원의 역할에서 검사에게로 넘어가는 형사사법적 기능은 확대된다는 것에도 주의를 기울여야 한다.

이러한 사법작용의 일환으로 이루어지는 영장청구를 단지 어쨌든 영장판사가 결정하게 된다는 이유만으로 누구나 입력할 수 있다고 하는 것은 수사가 형사사법작용이라는 가장 근본적인 개념을 제대로 이해하지 못한 탓이라고 할 수밖에 없을 것이다. 국민의 기본권(신체의 자유)에 직접 향해진 형사사법 작용을 검사 혼자에게 맡겨 두기에는 혹시나 모를 위법한 침해가 걱정이 되니, 법관이 한 번 더 그 적정성을 판단하게 하여 이중적인 안정장치를 마련하자는 의미인 것이다. 소추기관과 심판기관을 분리하여 이를 행정과 사법의 분리처럼 이해하는 것은 형사사법의 고유한 의미를 제대로 이해하지 못한 때문으로 보인다.

70) 서보학, 앞의 발표문, 53쪽.

## 10. 특별검사 등에게 영장청구를 허용하는 법률의 위헌성

### 1) 일반 검사가 아니면 검사가 아니라는 주장의 요지

공직자비리수사처를 도입하더라도 독자적인 영장청구권을 허용하지 않고 반드시 검사의 청구를 거치도록 한다면 위 기구의 독립적인 부패수사는 불가능할 것이고,<sup>71)</sup> 그렇다고 해서 공직자비리 수사처에 영장청구권을 허용한다면 헌법 제12조 제3항과 제16조에 위반되는 위헌법률이 될 것이라는 주장이 있다. 그렇다면 지금까지의 다양한 특검이 영장청구권을 행사한 것도 헌법에 부합하는지 의심해 보아야 한다는 취지이다.

### 2) 검토

헌법에 검사의 영장청구권 전속규정이 있기 때문에 특검이나 공직자비리수사처의 검사가 수사나 영장청구 및 공소제기를 하도록 허용하는 것이 헌법위반이지 않는가라는 의문은 그리 설득력이 없어 보인다. 헌법 제12조 제3항과 제16조에서는 검사의 청구에 의해 법관이 영장을 발부한다는 원칙을 선언하고 있고, 『특별검사의 임명 등에 관한 법률』에서는, 마치 법원조직법이나 검찰청법에서 검사와 법관의 직을 어떻게 보할 것인지를 구체적으로 정하고 있는 것처럼, 대통령의 임명에 따른 특별한 임무를 지니는 검사를 그 직에 보하는 절차(제3조 등)와 검사의 일반권한을 준용하는 규정을 마련해 두고 있다(제7조 제7항 등). 공직수사처를 어떻게 구성하든지 간에 현재 검찰청 소속의 검사가 아니고는 영장청구권을 행사하는 것이 헌법에 위반된다는 생각은 지금까지 모든 특검의 영장청구권을 인정한 법률은 모두 위헌이고 특검의 행위는 불법한 행위였다고 말하는 것이 되는데, 이러한 주장은 입법론에 대한 일반적인 이해와는 너무나 동떨어진 것이라고 생각된다.

입법자가 검찰청 소속의 일반 검사에게만 영장청구권을 전속시킨 것이지, 특별법에서 검사의 지위를 인정하는 경우까지 확대하는 것은 원치 않았다는 식으로 입법자의 실제 의사보다 그 의도를 확대하여 원하는 결론을 도출하고자하는 의도확대의 오류를 범하고 있는 것이다.

## 11. 헌법 개정의 올바른 대상

헌법에서 검사의 전속적 영장신청권을 삭제하자는 주장이 올바른 것인지, 필자의 생각처럼 오히려 검사의 독립성과 신분보장, 사법기관으로서의 위상 제고가 바람직한 것인지에 대해 우리

71) 서보학, 앞의 발표문, 55쪽.

사회는 지금 전문가와 문외한 모두가 깊게 생각하여 과연 원칙이 무엇인지, 그것이 왜 원칙이 되었는지를 성찰해야 할 시점이다. 폐지주장의 논거를 보자.

### 1) 검사의 영장청구권 전속규정 삭제 주장의 요지

2017년 개헌의 화두로 영장청구권 검사전속규정을 삭제하자는 목소리의 지금까지의 주장을 요약하자면, 헌법에는 ‘법관이 발부한 영장’이라는 제한 헌법에서와 같은 표현만 남겨두는 것으로 족하다는 것이다. 헌법에서 검사에게 전속된 영장청구권을 삭제하고 나서는 이제 형사소송법의 모든 강제처분과 통신비밀보호법의 통신제한조치의 청구주체를 검사 또는 사법경찰관으로 하여 양자에게 적정하게 분배하는 것이 바람직하다는 것이다. 물론 헌법규정의 변경과 그에 근거한 형사소송법 등 법률의 변경에는 헌법 개정을 필요로 하는 것이므로 이와 같은 개헌작업과 병행하여, 현행법 상태 하에서도 가만히 있을 것이 아니라, 검사가 경찰의 영장신청을 실질적으로 심사하거나 통제하지 않고 법원에 이를 전달하는 역할 혹은 형식적인 적법성 검토에 그치도록 하는 방안을 차선으로 선택하자는 것이다.<sup>72)</sup>

### 2) 검토

그렇게 된다면 형사사법기관은 이제 (형사)법원과 검사 외에 사법경찰관까지 등장하는 꼴이 된다. 보다 정확하게 표현한다면 사법경찰이 아니라 경찰이 형사사법기관이 되는 것이다. 그렇다면 이제 형사재판에 입법부도 관여해야 한다는 주장이 나와도 막을 수 없는 지경이 될 것이다. 하지만 검사는 조직적으로는 행정부에 속한 법무부에 편제되어있지만, 그 본질이 행정기관이라고 할 수 없는 조직이라는 점을 망각해서는 안 된다. 이러한 원칙을 놓아 버린다면 검찰·검사제도 자체가 무의미해지는 것이고, 치안과 수사로 국민의 24시간을 통제하는 경찰과 법원만이 판치는 규문주의의 사회로 돌아가는 길만이 남는 것은 아닌지 성찰해야 한다. 양적으로 80-90%에 이르는 사건의 수사의 주재자는 경찰이 된다는 것이고, 검사는 형식적인 영장심사, 영장청구서를 접수하는 관리가 된다는 것이 아닌가?

다시 제헌헌법시절로 돌아가더라도, 1954년의 대한민국 사회로 돌아가더라도, 지적 수준과 교육수준, 인권교육과 적법절차의 교육이 충실이 이루어진 대한민국의 경찰은 1957-1959년의 법률신문을 장식한 경찰처럼 영장 남용사태를 만들지 않을 것이라는 진단에 손사래를 칠 일은 아니다. 바람직하고 좋은 방향의 발전이다. 하지만 중요한 것은 경찰이 민주화되었다고 해서, 법 지식과 인권 수준이 향상되었다고 해서 검사의 일을 할 수 있는 것이 아니라는 말이다. 그렇게 된다면 권력분립이 파괴되는 것이고, 행정이 사법을 점령하는 것이다. 법치국가성은 소멸되는 것이다.

72) 서보학, 앞의 발표문, 77쪽; 김선택, 앞의 보고서, 61-62쪽.

경찰은 치안사무를 본질로 하는 행정부의 한 기구이나, 검찰은 비록 조직적으로 행정부에 소속되어 있기는 하나, 입력부터 출력까지의 고유한 형사사법 활동을 법원과 나누어 하는 (준)사법 관청인 것이다. 경찰의 질적 수준의 향상이 수사권, 영장청구권, 기소권을 배분받는 조건이라면, 우리는 이미 그 순간 행정과 사법의 권력분립은 이미 사라져버린 사회, 경찰국가에 살고 있다는 말일 것이다. 이것이 바로, 제12조 제3항과 제16조에서 ‘검사의 신청’을 지우자는 것은 다른 아닌 소탐대실이며, 명주탄작(明珠彈雀)이 아닐 수 없다고 하는 필자의 판단 근거이다.

### III 헌법상 영장신청의 검사전속규정의 현대적 의미와 검찰개혁의 성공법

#### 1. 영장청구권 검사 전속규정의 변함없는 의미

##### 1) 검사의 수사지휘권 확보, 영장발부의 합법성 고양 및 기본권 침해방지를 위한 이중적 장치

대한민국의 입법자가 영장청구권을 검사에게 전속시킨 이유를 헌법재판소는 ‘영장청구권에 대한 검사의 독점적 지위를 명확히 하여 검찰의 수사지휘권을 확보하기 위한 규정인 동시에 법률전문가에 의하여 영장발부의 합법성을 높여서 궁극적으로 기본권 침해방지를 위한 이중적 장치로서 규정된 것’이라고 선언했다.

##### 2) 헌법에 등장하는 유일한 ‘검사’, 그것마저 퇴장하라는 위험한 사회

제89조 제16호의 국무회의 심의대상으로 ‘검찰총장’의 임명이라는 표현을 제외하고는, 대한민국 헌법에 검사, 검찰(청) 등이 등장하는 조문은 단 두 곳, 제12조 제3항과 제16조 뿐이다. 앞서 간략히 살펴본 국내의 형사소송법 교재에서 검사의 지위에 관한 서술에서도 헌법 제12조 제3항이나 제16조의 영장신청권에서 검사의 중립성과 준사법기관의 성격을 도출하는 경우를 찾기 어렵다. 이미 언급한 바와 같이 이 헌법규정들이 국민의 기본권 보호조항에 위치하고 있는 것은 검사의 지위에 관한 조항이라기보다는 국민의 신체의 자유를 보호하는 것을 핵심 목표로 도입된 것임을 방증하는 것으로 보인다. 검사제도를 가진 나라에서는 어찌면 당연한 내용이 헌법에 도입된 이유는 우리 사회가 가진 그 역사적 경험의 기억 때문인 것이다. 그런 이유로 그 조항은 무엇보다 중요한 국민의 신체적 자유를 보호하는 실질적 의미의 헌법으로 깊숙이 뿌리 내려 침전되어있는 것이다. 그럼에도 불구하고 이 조항이 수사권 조정, 영장청구권 분배, 기소권 조정 등의 법치국가적

권력분립의 원칙을 파괴하는 목적에 의해 개헌의 대상으로 까지 논급되는 것은 어쩌면 우리 사회의 경찰 권력이 이미 권력 분립의 원칙을 파괴할 수준까지 이른 것은 아닌지 의심하게 하는 것이다. 검사는 행정부의 공무원일 뿐, 사법과는 무관하고 준사법기관이라는 말로 혼돈을 일으키지 말라는 주장은 검찰제도의 태생부터 다시 생각해 보아야 한다.

우리 헌법의 입법자들은 정치적 무대에서는 항상 검찰의 중립성, 정치적 영향력의 배제를 말하면서도, 대한민국 헌법 어느 곳에도 검사의 중립성과 독립성을 위한 조치도 취하지 않았다. 앞서 살펴본 세계의 여러 나라들이 바로 그들의 헌법에 검사의 법관과 같은 신분보장을 명시하고, 아예 검찰을 사법부에 포함시키는 조치를 취하고 있음에도 불구하고, 지금 우리 사회는 극단적으로 역주행을 선택하려 하고 있다. 그나마 두 곳에 등장하는 국민의 기본권(신체의 자유)을 보호하는 보루로서의 검사마저도 헌법에서 퇴장하라며 대중에 호소하는 목소리에 우리는 지금 생각 없이 흔들리고 있는 것은 아닌지 돌아보아야 한다.

지금까지 우리는 세계 여러 나라에서 보편적인 것으로 보이는 노력, 즉 검사에 대해 헌법적인 중립성·공익성·사법기관성을 인정하려는 그 어떤 노력도 해보지도 않았으면서, 검사에게 그리 행동해 줄 것을 요구하고 기대한 것은 아닌지 돌아보아야 한다. 그럼에도 불구하고 그나마 제12조 제3항, 제16조의 ‘검사의 신청’이라는 자구마저도 삭제한다는 것은 국민의 신체의 자유의 보호를 위협에 내맡기는 것이고, 경찰국가화의 속도, 감시사회의 속도를 더욱 부추기는 위험한 발상이라고 하지 않을 수 없다. 검찰제도와 검사의 고유한 임무가 충실히 달성되는 사회를 위해 헌법에는 아무런 조치를 취하지 않은 입법자의 태도부터 가장 시급히 고쳐져야 할 것이다.

### 3) 불필요한 혼란의 자초

기존의 정책토론회에서도 지적되었듯이 개헌론자들의 주장에 따르면 검찰외에 약 20,400여명의 일반사법경찰, 약 17,000여명의 특별사법경찰이 모두 영장청구권을 가져야 한다는 말인지, 더 이상 영장청구권을 검사에게 전속시켜 통일된 법적용을 도모해야 할 필요성은 없다는 것인지, 중첩되는 수사와 영장의 청구로 결국은 누가 피해자가 되는 것인지, 일관성 없는 영장청구는 물론 반복·중첩되는 영장청구는 어떻게 할 것인지, 그 기관들 사이에 우선순위를 어떻게 정해 조정할 것인지, 검찰의 모든 권한과 임무는 이제 경찰과 공정하게 견제와 균형의 원리에 따라 나누어 가져야 할 행정권 내부의 문제가 되어버리는 것인지 등, 이러한 여러 문제를 선결하지 않고 무언가를 먼저 시도해보자는 것은 국가의 근본구조에 대한 자세가 아니며, 불필요한 혼란을 자초하는 무모한 도박이라고 하지 않을 수 없다.

#### 4) 누구를 위한 영장청구권인가?

국민의 기본권보호·인권보장에 기여하고자 한다면 결코 영장청구권을 분배해야 할 이유가 없어 보인다. 논리적 사고법칙의 기본적인 내용을 적용한다면 영장으로 피의자를 구속하고자 하는데 검사가 기각하는 경우, 아니면 그 반대의 경우로 경찰이 풀어주려는데 검사가 구속하는 경우, 이 둘 중 경찰이 영장청구권의 분배로 얻으려 하는 것은 무엇인가 답해야 한다. 논리적으로 따지면 결국 경찰이 원하는 대로 피의자를 구속하고자 하는 것이다. 설령 그 피의자가 검사의 비호를 받는 전관이거나 힘 있는 변호사거나, 그 변호사를 대리인으로 둔 피의자라고 하더라도 유죄확정시까지는 무죄추정을 받는 국민인 것이고, 그에 대한 영장신청을 기각하는 것을 잘못이라 폄할 수는 없는 것이다. 물론 그곳에 검사의 비리가 있고, 가진 자와 못 가진 자를 차별하는 불공정한 법집행이 있다면, 해당 검사에 대한 엄한 처벌과 징계로 처리할 일이지, 검찰·검사의 수사지휘·영장전속 그 제도를 없애자고 하는 것은 빈대 잡으려다 초가삼간 태워버리는 치기어린 행동과 다를 바 없는 것이다.

2016년 기준으로 경찰이 구속영장을 신청한 피의자 중에서 검사가 영장신청을 기각하여 구속을 면한 사람이 총 6,088명이라고 한다. 그 중 경찰에 이미 체포되어 인신이 구금된 후 석방된 사람은 3,243명에 이른다고 한다. 이런 상황에서 검사의 영장통제가 사라진다면 피해자는 누구인지 자문(自問)해 보아야 한다.

## 2. 특별검사가 필요 없는 사회를 위한 선결 조건은 검사의 독립성 보장

조대현 재판관의 생각을 인용해 본다.

“이 사건 법률에 의한 특별취급의 내용은 특정 사건의 수사주체를 특별검사로 변경하고 검찰조직의 상급자나 법무부장관의 지휘감독을 받지 않게 하여 그 독립성을 보장하는 것이다. 그러한 특별취급이 합리화되기 위해서는 일반 검찰이나 그 지휘계통에게 특정사건에 대한 수사를 맡기기 곤란한 사정이 있어야 한다. 검찰조직이나 지휘계통의 공정성을 의심할 사유가 없는 경우에는, 단순히 담당검사의 수사가 미흡하다거나 증거판단을 잘못하였다 등의 사유만 가지고는, 특정 사건의 수사를 일반 검찰로부터 떼어내어 독립된 지위를 가지는 특별검사에게 맡기는 특별 취급을 합리화하기 어렵다.”<sup>73)</sup>

여기에서 추출할 수 있는 핵심은 독립성 보장이다. 특별검사가 아니고는 독립성이 보장되지 않는 검찰을 버리고, 독립성이 보장된 검찰을 만들어 주기 위해 헌법을 개정하자는 주장이 필요한 이유인 것이다.

73) 2008. 1. 10. 2007헌마1468 전원재판부

바로 이것이 검찰과 검사에 대한 지금까지의 대부분의 비난과 개혁의 논의를 제대로 된 방향으로 끌고 가는 추동력이 되어야 하고, 그것이 바로 미래의 검찰이 그 주어진 직분에 충실한 법치주의의 수호자이자 민주적 형사사법의 보루가 되도록 하는 길인 것이다.

## IV 맺으며

지금까지 언급한 내용을 요약하기 보다는 필자의 생각과 여러 관점에서 일치하는 독일 법관·검사연합의 10인 전문위원이 2008년 『법원, 검찰, 경찰의 수사절차에서의 관계에 대한 보고서』의 결론 부분에서 제시한 의견과 2013년 브란덴부르크 제1회 검찰의 날에 발표된 『독일에서 검찰과 사법경찰의 미래』라는 주제의 책자에서 읽을 수 있는, 지금 그들의 고민이 무엇인지를 소개하면서 글을 맺기로 한다.

### I. 기본원칙

1. 위원회는 형사소송법에 고착된 수사절차에서의 경찰, 검찰, 그리고 법원의 관계에 어떠한 변화필요성도 있다고 보지 않는다. 오히려 그 반대로 동 위원회는 사실상의 수사의 중점이 경찰에게로 잘못 이전한 그 방향에 잘못이 있다고 본다. 이러한 잘못된 발전은 검찰이 수사 절차에 최대한 강력하게 참여하는 것을 통해 교정되어야만 한다.
  - 10인의 만장일치
2. 위원회는 이러한 잘못된 전개 현상의 중요한 원인은 경찰과 사법(Justiz) 사이의 자원 감축에 있다고 본다.
  - 찬성 9 : 기권 1
3. 위원회는 국가의 강제처분권의 효과적인 법관의 통제(법관유보)에서 보이는 흠결은 법원과 검찰의 부족한 자원(Ressourcen)때문이라고 본다.
  - 만장일치
4. (생략)

5. 사법의 부족한 자원이 형사범죄에 대한 법치국가의 사법적 결정들이 (법원과 검찰이 아니라) 경찰 혹은 행정관청으로 전이되는 결과가 되도록 해서는 안 된다.

- 만장일치

6. 수사절차에서 검사가 사건을 지배하기 위해서는 검사가 사법(Rechtspflege)의 기구로서 사법(Justiz)의 일부로 머물러야 하고 조직적으로도 사법과 분리되지 않는다는 것과 결합되어 있다

- 만장일치

## II. 수사절차

### 1. (생략)

### 2. 수사절차에서의 흠결

위원회의 경험에 따르면 이것은 중요한 범죄영역에서 경찰의 수사에서 형사소송법적인 오류(위법)에 이르게 한다. 이러한 오류는 법원의 절차에서 증거방법의 사용불가능성으로 인한 무죄석방에 이르는 아주 심각한 부정적 결과에 이르게 한다. 위원회는 효과적인 형사소추를 보증하기 위해서는 검사가 수사절차에 보다 강력하게 사실상 개입하는 것이 필요하다고 본다.

- 만장일치

### 3. § 81a StPO (혈액샘플압수) 관련

a. 위원회는 혈액샘플의 채취에 대한 법관유보를 폐지하는 것에 찬성한다.

b. 위원회는 1차적인 혈액채취명령권은 검사에게 있어야만 한다고 주장한다. 긴급명령권은 검사와 연락할 수 있는 가능성이 없는 경우에 경찰에게 있어야만 한다.

- 만장일치.

검찰의 재정 확충, 수사지휘권의 강화, 조직적 독립의 고양, 수사영역에서 경찰비중 증가에 대한 우려와 대책 요구, 수사상의 오류를 피하고 적정한 증거확보를 위한 수사절차의 적극적인 검사의 개입 확대가 주된 화두로 등장하고 있다.

브란덴부르크 제1회 검찰의 날에 참석한 검사와 사법경찰관들은 여러 가지 개선방안 등을 논의하였는데, 특히 “우리는 전문영역에 아주 뛰어난 교육을 받은 범죄수사경찰(사법경찰, Kripo)이 필요하다”라는 것이 핵심 결론의 하나였다. 또한 무엇보다 먼저 법원, 검찰, 경찰의 협업 아래 민주적으로 정당하고, 역량 있고, 효과적인 형사소추체계를 만드는 것이 필요하다는 주장도 눈에 띈다.<sup>74)</sup>

\* 시간과 지면 관계로 다 실지 못한 내용들은 필요하다면 토론 시간에 서로의 의견을 교환할 수 있으면 좋겠습니다.

---

74) Generalstaatsanwaltschaft des Landes Brandenburg in Brandenburg an der Havel(Hrsg.), Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland, 2013. S. 135.



한국의 형사사법개혁II:  
강제처분의 현대적 의미와 인권보호

## 제2주제 토론



- **손인혁** 교수 (연세대학교 법학전문대학원)
- **차동언** 변호사 (법무법인 화우)
- **윤수정** 검사 (서울중앙지검)
- **박학모** 부연구위원 (한국형사정책연구원)



## 【토론】

## ‘헌법상 검사 영장청구권의 현대적 의미’에 대한 토론문

손인혁 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

김성룡 교수님의 발제문은 최근 정치권의 헌법개정논의와 맞물려 개최된 공동정책토론회에서 제기된 헌법 제12조 제3항 및 제16조의 강제수사에 대한 영장신청권, 즉 영장신청의 주체를 검사로 한정된 부분을 삭제함으로써 영장신청권을 비롯한 검찰 중심의 수사구조를 기능적으로 분산하자고 하는 주장에 대한 반론으로 보입니다. 그런데 이 문제는 표면적으로 위 헌법조항에서 영장신청의 주체로서 ‘검사’를 삭제하는 정도의 의미를 가지고 있지만, 그 실질은 검사의 법적 지위와 검찰권의 본질, 형사사법의 구조와 절차, 검찰권에 대한 통제의 필요성과 방안, 경찰수사권 독립으로 대표되는 수사구조의 개선 등 김영삼정부 이래 역대 정부가 일관하여 추진해온 검찰제도 개선방안<sup>1)</sup>에 대한 근원적이고 종합적인 문제를 다루고 있습니다.

수사와 공판절차, 즉 형사절차에서 강제처분은 국민의 기본권에 지대한 영향을 미칩니다. 특히 구속은 직접적으로 대상자의 임의적인 신체활동을 제약하는 것으로 나타나지만, 실질적으로는 혼인과 가족생활, 직업의 수행 등 인간 생활의 모든 영역에 걸쳐 광범위한 영향을 미칩니다. 그래서 수사나 재판의 필요상 부득이한 경우로 구속의 사유를 제한하고 있지만, 구속이란 법적 상태의 발생으로 이미 그 대상자는 원래 예정된 정도를 훨씬 넘는 불이익을 받게 되고, 그 때문에 범죄혐의로부터의 방어라는 본질적인 법적 조력이 아니라 단지 구속이라는 사실상태에서 해제를 조건으로 변호인선임계약을 체결하는 비정상적인 상황이 계속되어왔고, 이 문제가 고질적인 전관예우 폐단의 대표적 유형임은 주지의 사실이라고 할 것입니다.

따라서 형사절차에서 국민의 기본권 보장을 위하여 강제수사에 대한 검사의 주재적(主宰的) 지위와 사법경찰관에 대한 수사 지휘·감독권을 인정해야 한다는 교수님의 주장에 충분히 공감하지만, 몇 가지 발제문에서 보이는 의문과 생각의 차이를 말씀드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

1) 자세한 것은 정태호, “민주화 이후의 ‘검찰개혁’에 대한 반추와 검찰개혁 방안에 대한 평가”, 조기숙 외 지음, 한국 민주주의 어디까지 왔나, 인간사랑(2012), 300-301면 참조.

## 1. 검사의 지위, 검찰권의 본질과 관련하여

발제문에서 검사의 전속적 영장신청권을 폐지 또는 조정하려는 주장은 검사의 지위나 검찰권의 본질을 행정기관 또는 행정작용으로 이해하거나 적어도 행정작용적 성격을 강조하려 한다고 하고, 교수님께서서는 오히려 검사의 사법기관적 성격을 분명히 할 것을 주장합니다. 그런데 검찰권의 본질에 관한 문제는 검찰의 권한과 조직, 그 작용의 특성 등을 객관적으로 살펴 그에 따른 결론을 도출해야 하는 것이지, 형사절차에서 검사의 지위와 역할 등을 고려할 때 기본권 보장과 이를 위한 독립적·중립적인 검찰작용이 필요하다고 하여 목적적·당위적인 해석을 통해 그 본질을 이해할 것은 아니라고 생각합니다. 발제문에서 언급하고 있듯이 헌법재판소와 대법원의 판례에서도 검사의 행정기관성을 분명히 하면서 형사절차에서의 특별한 지위와 기능으로 인해 ‘준(準)사법기관’으로서의 성격을 가지므로 특히 사법작용의 본질인 독립성과 중립성의 요청이 강조된다고 판시하고 있습니다. 그리고 형사소송법 교과서나 사법연수원 교재에서도 검찰권이 국가형벌권의 실현을 목적으로 하고 있으므로 본질적으로 행정권에 속한다고 하면서도 재판작용과 밀접하게 관련되어 있으므로 이를 어떻게 조화시킬 것인가가 문제된다고 보고 있습니다.

국내학계의 일반적인 견해에 따라 사법을 ‘구체적인 법적 분쟁이 발생한 경우 독립적 지위를 가진 중립적 기관이 무엇이 법인지를 인식하고 종국적으로 선언하는 기능’으로 이해할 때, 형사사법절차의 한 당사자로서 국가형벌권의 실현을 위해 범죄를 수사하고, 기소 및 공소를 유지하며, 형벌을 집행하는 검찰권의 본질을 행정작용으로 이해함이 자연스럽다고 생각하며, 준사법작용(기관)이란 사법작용은 아니지만 검찰권의 내용 중 형사절차와 관련하여 사법작용의 특성인 ‘독립성과 중립성’이 고려되어야 함을 강조한 것으로 보입니다. 이는 행정작용 중 행정심판의 재결 등 유권적 판단작용과 관련하여 특별한 효력을 부여하는 것과 같다고 생각합니다.

## 2. 검사의 영장신청권, 검사의 지위에 관한 내용이 헌법사항인지 여부와 관련하여

현행헌법은 신체의 자유와 주거의 자유를 정하면서 검사의 영장신청권을 규정하고 달리 검사의 지위나 검찰권의 본질에 관한 사항을 헌법에서 규정하고 있지 않습니다. 그러나 발제문에서는 상당수의 국가에서 검사의 지위와 직무의 특성을 헌법에서 직접 규정하고 있으므로 이를 참고하여 차제에 검사의 직무와 지위에 관한 사항을 헌법에서 직접 규정하여 검사의 사법기관성을 분명히 할 것을 주장하고 있습니다.

헌법은 국가권력의 조직과 행사, 국민의 기본권을 정한 국가의 근본규범으로, 국가의 기능을 입법, 사법, 행정으로 나누어 헌법기관을 구성하고 각 권한을 부여하며 권한행사의 절차와 방법의

대강을 정함과 아울러, 그 구체적인 내용의 형성과 실현을 민주적인 정치과정으로서 의회에 맡기고 있습니다. 이에 따라 현행헌법은 국가기능을 입법, 행정, 사법, 헌법재판, 선거관리로 나누어 헌법기관을 구성하고 그 구체적인 내용을 법률 또는 헌법기관의 규칙에 위임하고 있습니다. 따라서 헌법은 헌법에서 직접 규정할 사항으로 검사의 지위와 직무에 관한 사항을 필요적으로 요구하지 않으며, 반대로 이를 금지하지도 않습니다(검사의 영장신청권도 영장주의의 본질적인 부분이 아니므로 마찬가지라고 할 것입니다). 다만, 헌법이 정치현실과 역사성의 산물이므로 헌법의 제정 또는 개정의 동기와 관련하여 특별히 헌법에서 이를 명확히 함으로써 현상을 유지하고 정치과정에서의 불필요한 논쟁을 막을 수 있을 뿐이라고 생각합니다.

[참고로 4.19혁명 이후 개정된 1960년 헌법 제75조에서 행정각부의 조직과 직무범위를 법률로써 정하도록 위임하면서(제1항), 그 법률에서 반드시 ‘경찰의 중립성 보장’을 위한 기구를 설치하도록(제2항) 하였다고 하여, 경찰의 중립성 요청이 그리고 그에 근거하여 설치된 기구가 실질적 의미의 헌법사항이 되거나 헌법기관이 되는 것은 아니라는 것입니다.]

발제문에서 제시하신 남아프리카공화국(각주 7), 이탈리아 등 유럽국가들의 헌법에서 검사의 지위와 독립성을 명시한 것도 개별국가의 헌법체계, 고유한 정치문화, 역사적 경험을 반영한 것이 아닌가 생각되고, 영장신청의 주체를 헌법에서 삭제하는 것도 이를 민주적인 정치과정에서 결정하도록 유보하는 것일 뿐 검사의 지위와 검찰작용의 본질에 어떤 변화를 주는 것이 아니라고 생각합니다.

### 3. 사법경찰관에 대한 영장신청권 부여와 관련하여

위에서 언급한 바와 같이 수사와 공판절차에서 강제수사, 특히 구속은 신체의 자유 뿐 아니라 대상자의 모든 생활영역을 파괴하는 심각한 위협을 야기하므로 그 사유를 극도로 제한하는 등 엄격하게 운영될 필요가 있다고 생각합니다. 그러나 수사현장의 현실을 반영하여 직접 수사를 담당하고 있는 사법경찰관에게 영장신청권을 부여한다고 하여 형사절차의 경찰화가 본격화된다는 우려도 현실적인 문제는 아니라고 생각합니다. 경찰권 중 형사사법절차와 관련한 부분에서 사법경찰관에게 영장신청권을 부여하는 것일 뿐이며, 이는 일반경찰작용이 아니라 사법경찰작용으로서 형사소송법의 엄격한 통제를 받기 때문입니다.

그러나 이 문제는 국민의 기본권 보장의 관점에서 출발하고 또한 결론을 내려할 것이지, 검찰권에 대한 유효적절한 통제와 견제의 기제로서, 효율적이고 능률적인 수사를 위한 수사실무의 관점에서 접근할 것은 아니라고 생각합니다. 그 점에서 발제문의 의견에 전적으로 동의하면서 국가형벌권의 집행자로서, 수사의 주재자로서, 인권의 옹호자로서 검찰의 자기이해가 다시 한 번 정립될 시점이 아닌가 생각합니다.



## 【토론】

## 헌법상 검사 영장청구권의 현대적 의미 : 토론문

차동언 변호사 (법무법인 화우)

## 1. 서론

우리 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정되어 있습니다.

본 학술대회는 이러한 규정이 헌법에 규정될 필요가 없으므로 삭제하자는 논의에 대하여 진행되는 것으로 보입니다.

이러한 논의는 ① 외국에 영장청구 주체를 헌법에 규정한 사례가 없다. ② 위 헌법 조항은 그 태생이 의심스러운 것으로 헌법적 정당성이 없다. ③ 위 조항으로 인하여 인권보장 기능이 실종되었다. ④ 검사는 준사법기관이 아니라 행정기관이므로 같은 행정기관인 경찰과 영장청구권에 차별화를 할 근거가 없다. ⑤ 수사의 긴급성에 비추어 볼 때 검사가 관여하는 것은 수사의 효율성을 훼손하고 오히려 수사를 방해한다. ⑥ 영장청구 과정에서 검사에게 수사기밀이 누설되고, 불복 방법이 없으므로 경찰의 수사권이 침해된다. ⑦ 검찰은 인권보호 기관이 아니다. ⑧ 영장은 어차피 법원에서 통제하므로 검사가 중간에 관여할 이유가 없다. 정도의 주장에 근거한 것으로 보인다. 위 각 논거에 대하여는 발표자께서 충분히 비판을 하였으므로 간단히 토론 사항을 언급하도록 하겠습니다.

## 2. 헌법상 검사 영장청구권의 법적 성격

위에서 언급한 여러가지 논거는 기본적으로 헌법에 규정된 검사의 영장청구권은 단순히 형식적으로 절차상 규정을 정의한 것이라는 전제를 깔고 있는 것으로 보입니다. 하지만 위 규정은 단순히 검사가 영장청구를 한다는 형식적 절차적 규정이 아닙니다.

이 점에 관하여 1997. 3. 27. 선고된 96헌바28 사건에서 헌법재판소는 검사의 영장청구권에 대하여 “검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 번번히 야기되었던 **검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고** 따라서

현행 헌법 제12조 제3항 중 「검사의 신청」이라는 부분의 취지도 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 것이 아니라 수사단계에서의 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정하는 것으로 해석함이 타당하다. 즉, 수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것이다.”라고 명확히 실시하고 있습니다.

즉, 검사의 영장청구권을 헌법에 규정한 것은 단순히 절차적 규정이 아니라, 영장청구 과정에서의 수사지휘권을 통해서 강제수사 과정에서 발생할 수 있는 인권침해를 방지하라는 취지라는 것입니다. 더 나아가 헌법재판소는 검사가 아닌 다른 수사기관의 영장신청을 인권유린의 폐해를 야기하는 것이라고 규정함으로써 인권침해의 핵심기관이 검사임을 밝히고 있습니다.

따라서 본 규정에 대하여 형식적·절차적 규정이라는 논거는 위 헌법재판소 판결에 정면으로 반하는 주장으로 법적 근거가 부족하다고 보입니다.

### 3. 헌법 제12조 제3항은 수사가 사법절차라는 점을 천명한 규정

수사란 기본적으로 사법절차입니다. 수사과정에서 관련자를 소환하고, 물건을 압수하며, 피의자를 구금하는 행위는 기본적으로 인권침해 행위인 바, 헌법과 관련 법률에서 사법절차로서 합법성을 부여하였기 때문에 가능한 것입니다.

생업에 바쁜 사람을 범죄 혐의가 있다는 이유로 소환하고, 체포하고 구금하는 것은 수사기관의 권위가 아닌 법률에 의하여 허용된 행위이므로 가능한 것입니다.

이는 강제수사 뿐만 아니라 임의수사의 경우에도 적용된다고 할 것입니다.

예를 들어 주요 증거를 피의자나 참고인으로부터 임의 제출 받아 압수를 할 경우에도 형사소송법 제218조에서 규정하지 않았다면 단순히 당사자가 동의했다는 이유만으로 수사기관이 증거물을 압수할 수 없을 것입니다.

더욱이 우리나라에서는 다소 경시되고 있는 규정이지만, 해당 수사기관이 특정지역에서 수사권을 가질 수 있는 것도 형사소송법 제4조에서 16조의 2에 이르기까지 규정에 의하여 관할권을 인정받았기 때문입니다.

이와 같이 수사권이란 헌법과 형사소송법에 의하여 일일이 해당권한을 허용 받았기 때문에 가능한 것이고, 과연 해당 수사행위가 법률에 의하여 허용되었느냐의 문제가 중요한 법률해석의 문제이기 때문에 수사행위를 사법절차라 하는 것입니다.

이러한 사법절차는 국민들에게 서비스를 제공하는 행정권과는 본질적인 차이를 갖게 됩니다. 법관과 검사가 이러한 사법절차를 위하여 만들어진 것이라는 점을 아무도 부인하지 못할 것입니다. 경찰은 이러한 사법절차를 위하여 만들어진 기관이 아니라, 국가의 치안유지라는 행정목적에 위하여 만들어진 기관입니다. 다만, 치안유지를 위하여 전국적으로 조직이 배치되어 있으므로 경찰 중에 일부에 대하여 사법경찰로 지명을 하여 사법절차인 수사행위를 할 수 있도록 위임하여 준 것입니다.

이는 형사소송법에 의하여 특별사법경찰관이 임명되는 과정을 보면 명확히 알 수 있습니다.

사법경찰관이 사실상의 수사를 한다고 하더라도 이는 사법기능의 일부를 위임받아 일부 역할을 대신한 것일 뿐입니다.

수사 관련 행위가 법률에 허용된 수사이나의 여부는, 추상적인 형사소송법 규정을 현실에 적용하여 개별적 수사에 합법성을 부여하는 구체적인 행위가 존재하여야 합니다. 이는 수사과정에서 검사의 수사지휘로 나타날 수 밖에 없습니다. 즉 해당 수사가 정식으로 사법절차로서 의미를 갖게 되는 것은 검사가 수사지휘권을 행사하여 해당 수사가 형사소송법에 허용된 행위라는 확인을 하여주기 때문입니다.

하지만, 매 행위마다 검사의 수사지휘를 받기는 현실적으로 어려움이 있으므로 수사지휘권의 핵심인 영장청구권을 헌법에 규정한 것이라 보입니다. 바로 이 점을 위 헌법재판소가 실시한 것입니다.

따라서 헌법 제12조 제3항은 경찰의 수사가 합법적인 사법절차로 인정받을 수 있는 루트(route)를 규정한 조항으로 수사절차가 사법절차임을 천명하는 상징적인 조항이라고 할 것입니다.

다른 나라의 헌법과 같이 수사가 사법절차임을 아예 천명하는 방식도 있으나, 우리 헌법은 이와 달리 검사의 영장청구권을 규정하는 형태를 취한 것이라 보입니다.

#### 4. 수사의 본질: 기소를 전제로 한 증거수집 활동

그럼 수사란 도대체 무엇인가 살펴볼 필요가 있습니다.

수사가 허용된 인권침해라고 한다면, 수사권을 남용하는 것은 허용되지 않을 것입니다. 도대체 수사권이 언제 남용되는가를 살펴보기 위해서는 수사권이 본질적으로 무엇인가를 이해하여야 할 것입니다.

사실 이 부분에 대하여는 우리나라에서 깊은 논의가 아직 없었다고 보입니다. 일제 강점기부터

갑자기 도입된 근대 사법체제로 인하여 식민지 일본 경찰에 의한 무자비한 수사가 범람했던 상황에서 올바른 수사권의 발동이라는 문제가 제대로 논의된 적이 없었습니다.

**수사의 본질은 기소를 전제로 한 증거수집활동입니다.** 따라서 기소를 전제로 하지 않은 증거수집활동은 인권침해로 명백한 범죄행위입니다.

**이는 모든 수사 활동이 기소의 하위 개념으로 자리 잡아야 한다는 것입니다.** 기소와 관련 없는 증거수집행위는 허용되지 말아야 합니다. 즉, 기소권자인 검사의 허락 또는 승인 없는 수사 활동은 기본적으로 불법성을 내포할 수 있다는 것입니다.

참고로 미국 연방의 수사에 대하여 언급하고자 합니다. 미국 연방의 수사는 기본적으로 대배심(Grand Jury)에 의하여 진행이 됩니다. 압수수색은 법관이 발부한 영장에 의하기는 하지만 참고인의 진술을 듣거나(Subpoena Ad Testificandum) 관련 자료를 해당기관으로부터 제출받을 경우(Subpoena Duces Tecum<sup>1)</sup>)에는 반드시 대배심이 관여하게 됩니다. 물론 대배심에는 검사만 참여할 수 있습니다.

그 취지는 무엇일까요? 수사과정에서 증거를 취득할 때마다 검사와 대배심이라는 합법성을 부여받아야 한다는 취지입니다.

이와 같이 수사 자체가 기소를 전제로 하지 않을 경우 불법성을 내포할 수 있는데, 수사 중에 강제처분을 하기 위한 검사의 영장청구권을 인정하지 않겠다는 발상은 어느 나라에서도 수궁하기 어려운 것이라 할 것입니다.

특히, 위에서 언급된 논거 중에 수사내용이 검사에게 유출될 수 있다는 주장은 수사절차가 사법절차라는 사실 자체를 망각한 주장이라 생각됩니다.

검사의 관여 없이 물건이 압수되고 피의자가 구속되어 송치된 상황에서, 검사가 불기소 처분을 하게 되면 담당 경찰관은 해당 사법절차를 진행하였던 법적근거를 상실하게 됩니다. 즉 담당 경찰관은 수사권남용행위를 하여 불법행위를 저지르게 된 것입니다.

경찰관으로서는 기소할지 여부를 검사에게 확인하지도 않고 압수를 하거나 피의자를 구속하여 발생한 피해에 대하여 방어할 방법이 없을 것입니다. 형사소추는 물론 민사상 손해배상책임에서도 자유롭지 못할 것입니다.

아직 우리나라에서는 현실화 되어 있지는 않지만 미국에서는 매우 흔한 손해배상 사건의 유형입니다. 물론 검사의 수사지휘를 받았다 하더라도 책임이 완전히 자유롭지 않을 수 있으나

1) Wayne R. LaFave 외 2 공저, Criminal Procedure(fourth edition) 412-413, 2004, Thomson/West.

상당부분 방어가 가능하게 됩니다. 이러한 상황 때문에 미국의 주지사나 시장들은 경찰의 수사과정에서 항상 검사의 수사지휘를 받으라고 지시를 하고 있습니다.

## 5. 수사권 남용에 대한 대응책 마련

수사권 남용은 2가지로 나누어진다고 보입니다. ① 과도한 수사권 행사와 ② 필요한 수사권을 행사하지 않는 경우입니다. 전자의 경우에는 위에서 언급한 바와 같이 미국 등 선진국에서 손해배상 등이 활발하게 진행되고 있고, 해당 경찰관을 고용한 주나 시와 같은 지방자치단체는 손해배상을 통한 파산을 막기 위하여 검사의 사전 수사지휘를 필수적으로 지시하고 있습니다. 후자의 경우에는 수사권을 발동하지 않은 기관에 대하여 수사를 하지 않아서 발생한 2차 피해에 대하여 징벌적 배상을 청구하는 사례가 빈발하고 있습니다<sup>2)</sup>.

우리나라도 범죄 피해자의 신고를 받은 경찰관이 출동이 늦거나 출동을 제대로 하지 않아 범죄 피해가 발생하거나 확대 되었을 경우에 이에 대한 손해배상 문제가 충분히 현실화 될 가능성이 커지게 되었습니다.

경찰을 고용한 정부의 입장에서는 전자의 경우에는 오히려 검사의 수사지휘권을 강화하여 수사권 남용 소지를 없애야 하고, 후자의 경우에는 사법경찰을 명확히 분리하여 내부 기강을 확립하는 것이 더 바람직한 방향이라고 보입니다.

## 6. 우리나라의 특수한 상황

우리나라 경찰은 매우 특수한 위치를 점하고 있습니다. 10만이 넘는 인력에 엄청난 장비와 치안 및 정보까지 담당하는 기관 자체의 위력을 생각한다면 대응할 만한 힘을 가진 조직이 없다고 보입니다.

발표자가 글머리에 인용한 1968년 독일법관연합에서 게재한 글을 살펴보면 독일 경찰도 막강한 힘을 가진 조직이라는 생각이 듭니다. 전국적인 조직을 가진 경찰 또는 사법경찰이 막강한 힘을 가졌다는 것은 미국의 FBI나 국토안보부 수사기관인 ICE를 보아도 금방 알 수 있습니다. 우리나라 경찰은 이러한 힘에 더하여 조서를 작성할 권한도 갖고 있으며, 10일간이나 구금할 권한도 갖고 있습니다.

일제 강점기 이후 우리나라의 사법절차는 경찰의 막강한 권한을 축소하고 수사절차를 합법화 하려는데 집중하여 왔습니다. 이러한 사실은 위 헌법재판소 판결 중에 “**검찰의 다른 수사기관에**

2) 拙稿, 국민참여재판이 민주주의 발전에 미치는 영향, 제192쪽 ~ 195쪽, 법학평론 제5권 서울대학교 2015. 2.

대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 번번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고” 라는 구절에 집약적으로 표현되어 있다고 할 것입니다.

이러한 역사적 진보에 대하여 경찰의 합법적 권한을 정치력 또는 다른 권력을 동원하여 부당하게 통제하여 온 것이라는 주장은 도저히 이해하기 어렵습니다.

제 개인적인 입장으로는 이번 헌법이 개정 된다면, 헌법 제12조에 “기소를 전제로 하지 않은 수사는 허용되지 않는다”, “검사의 수사지휘권” 규정 등을 추가하여 수사절차의 사법성을 더 명확히 규정하여야 할 것으로 판단됩니다.

## 7. 결론

검사의 영장청구권을 둘러싼 논의는 시대착오적인 것으로 보입니다. 수사를 어떻게 좀 더 합법적으로 실체를 밝힐 수 있을지 합리적인 논의를 하는 것이 더 효율적으로 보입니다.

국민을 염두에 두지 않고 검사를 준사법기관이 아닌 행정기관이라고 폄하하면서 수사지휘권과 영장청구권을 부정하고, 헌법에 규정된 유일한 수사지휘권의 근거인 검사의 영장청구권을 삭제하자는 주장은 헌법수호의 의지가 없는 것이라고 생각합니다.

【토론】

## 헌법상 검사 영장청구권 관련 토론문

윤수정 검사 (서울중앙지검)

### 1. 개요

- 먼저 국가형사사법체계에 대한 고민을 함께 할 수 있는 기회를 주신 한국형사정책연구원, 한국공법학회, 서울대학교 법학연구소와 앞서 좋은 견해를 주신 발제자, 토론자께 감사드립니다
- 검사 영장청구권의 현대적 의미에 대한 이론적 부분은 손인혁 교수님, 차동언 변호사님의 토론이 있어, 어느 정도 논의된 것으로 보임
- 저는 수사지휘 업무 수행 시 경험을 바탕으로 검사 영장청구권의 의미에 대해 실무적 관점에서 몇 가지 의견을 제시하고자 함

### 2. 수사지휘 업무 수행 시 경험

- 작년 1월 서울중앙지검으로 발령을 받아 10개월 동안 수사지휘 업무를 수행하였고, 관내 11개 경찰서 중 3개 경찰서를 담당하였음
- 수사지휘 전담 검사의 핵심 업무 중 하나는 경찰이 신청하는 영장을 법원에 청구할 것인지 여부를 결정하는 것인데
  - 통상 한주에 구속영장은 2~4건, 체포영장은 5~7건, 압수 및 통신영장은 30~40건 정도였던 것으로 기억함
- 치안과 위협예방을 담당하는 경찰 업무의 특성상
  - 경찰이 영장을 신청하는 사건의 대부분은 민생치안사범, 즉 폭력, 강·절도, 공무집행방해, 성폭력 등이었고, 재산범죄로는 보이스피싱, 인터넷 물품 사기, 다단계 사기 사건 등이었음
- 이런 사건들의 기록을 보면서, 일선에서 묵묵히 일하는 경찰관들의 노고가 얼마나 큰지를 느낄 수 있었음

- 특히, 강력사건 용의자를 특정하거나 추적하기 위해 끊임없이 새로운 수사기법을 개발하는 적극적인 노력에 감탄이 절로 나온 적도 있었음
- 오늘 이 자리는 검사 영장청구권의 현대적 의미를 검토하는 자리로, 검사가 경찰 신청의 영장을 법원에 청구할 것인지를 결정함에 있어, 무엇을 검토하고, 어떤 고민을 하고 있는지 등에 대한 경험을 말씀드리면서, 영장 청구절차에 있어 검사의 역할을 구체적으로 설명하고자 함이지, 결코 경찰의 수사 업무 수행능력을 폄하하려는 것은 아님

### 3. 강제수사의 인권침해 가능성 증대

- 현행과 같은 검사의 전속적 영장신청권이 명문화된 1962년에 비해, 2017년 현재 강제수사로 인한 인권침해의 가능성은 더 커졌다고 생각됨
- 구속영장으로 인한 인권침해의 우려에 대해서는 널리 인식되어 있으나, 실무적 관점에서 보면 수사 초기 단계의 통신·압수영장, 체포영장에 의한 인권침해의 정도도 결코 가볍지 않음
- 제3자가, 여러분이 1년 동안 누구와 통화하고, 언제·어디에 있었으며, 누구와 어떤 내용으로 문자를 주고받았는지, 금융거래 내역이 어떠한지를 확인하였다고 한다면, 분명 심한 불쾌감과 함께 ‘개인의 사생활 침해 소지가 크다’라고 느낄 것임
- 그런데, 당사자뿐만 아니라 그 가족, 친·인척에 대한 통신, 금융자료까지 확인되었고, 그 명의자들에게 그러한 사실이 통지되었다고 한다면, 인권침해의 정도가 더 크게 다가올 것임
- 더 나아가, 주거지·사무실 수색, 체포는 향후 유·무죄의 결정과 상관없이, 그 집행만으로 당사자와 그 가족의 삶에 깊은 상처를 줄 수 있음
- 강제수사는 실체적 진실 발견을 위해 반드시 필요하지만, 이와 같이 인권침해의 정도가 중하기 때문에, 법에 요건과 절차를 규정해 둔 것이며, 법원과 검찰은 그 법을 적용함에 있어 과거보다 점점 더 엄격한 증거판단을 하고 있음
- 검사로서 영장 업무를 할 때마다, 점차 열악해지는 수사 환경 속에서 격무에 시달리는 일선 경찰들의 애로를 잘 알기 때문에 수사효율성을 생각해 영장을 청구하고 싶은 마음이 들기도 하지만,
- 반면, 그 강제수사로 인해 억울한 피해를 입을 수 있는 사건당사자를 떠올리면 ‘강제수사를 최소화’하기 위한 세밀한 기록 검토 및 엄격한 증거판단이 불가피

- 특히, 수사초기 증거 확보 및 혐의 인정 여부 판단이 비교적 용이하고 신청 영장도 정형화되어 있는 절·강도 등 민생침해사건보다
  - 수사초기 당사자 진술 외에 객관적 증거가 부족하여 혐의 인정 여부가 명확하지 않은 상태에서 인권침해의 정도가 중한 강제수사를 해야 하는 뇌물죄 등 인지 또는 특수사건은 더 엄격한 증거판단을 하고 있음
  - 이와 같은 엄격한 증거 판단의 경향은 검사가 청구한 영장을 검토하는 판사에게도 동일하게 나타나고 있음

#### 4. 검사의 전속적 영장청구권 폐지 주장에 대한 의견

- 검사의 전속적 영장청구권 폐지를 주장하는 입장에서는
  - ① 검사가 사경이 신청하는 영장을 대부분 청구하고 있는 민생침해사건 등은 수사 효율성의 측면에서 굳이 검사를 경유하여 청구될 필요가 없고
  - ② 뇌물 등 부정부패사건처럼 혐의 인정, 강제수사 필요성 여부의 결정이 어려운 사건은 법원의 심리를 통해 충분히 인권침해를 방지할 수 있다는 의견을 제시하고 있는 것으로 보임
- 그러나, 위와 같은 주장은 영장청구·심리절차가 ‘사법 활동(재판)’이면서도 동시에 ‘수사 활동’인 이중적 성격을 가지고 있음을 간과한 것임
  - 또한, 민생침해사건 관련해서도 실상은 범죄혐의, 강제수사에 대한 필요성 관련 소명이 부족한 경우 적극적으로 보완수사 지휘를 하고 있으며, 경찰이 신청한 영장을 기각하지 않고 반려한 것까지 포함하면 적지 않은 사건에서 검사의 점검이 상당한 의미를 가지고 있음

#### 《영장청구절차의 사법 활동으로서 기능》

- 영장청구·심리절차는 수사과정 중 사법기관인 법원이 관여한다는 특성이 있어, 판사를 상대로 ‘범죄혐의 상당성’ ‘강제수사의 필요성’을 소명해야 함
  - 재판정에서 피의자, 피해자 등이 직접 출석해서 증언하고 판사도 의문사항을 직접 신문할 수 있는 기회가 주어지는 공소제기 후 재판절차보다

- 사건 기록만으로 소명, 즉 판사를 설득해야 하는 영장심사 단계에서 검사의 역할이 더 필요하다고 판단됨
- 민생침해사건 관련 영장 업무를 수행할 때에도, 검사는 사경에게 서면이나 구두로 ‘보완수사 후 재신청 지휘’를 자주 하게 되는데
  - 범행현장에서 촬영된 CCTV속 인물과 용의자의 동일성 여부를 확인할 수 있는 자료를 보강하라거나 형식적 흠결(단순 오기, 영장 종류 착오 등)을 정정하라는 지휘 외에도
  - 영장신청서에 기재되어 있는 사실 관련 소명자료가 기록에 누락되어 있거나 신청서에 강제수사 필요사유에 대한 기재가 구체적이지 못한 경우 이를 보완하도록 지휘하고 있음
- 이런 유형의 ‘보완수사’를 하게 되는 주된 이유는 결코 경찰의 불성실성에 기인하는 것이 아니라, 경찰과 검사의 역할에 따른 관점의 차이에서 비롯된 것으로 보는 것이 상당함
  - 영장업무 수행 중, 기록상 소명자료가 부족하다거나 통상의 범위를 초과해서 영장을 신청하는 사유에 대한 기재가 부족하다고 판단되어, 경찰관에게 전화를 해보면, 바로 구두로 상세히 설명을 하는 경우가 자주 있음
  - 즉, 경찰관은 이미 알고 있는 사실이거나 영장을 신청할 충분한 이유가 있음에도, 그 소명자료를 기록에 현출하거나 신청서에 그 사유를 적시하는 방법 내지 그 필요성에 대한 인식이 부족하여, 이를 누락한 것임
  - 그런 경우, 저는 경찰관에게 ‘저는 전화해서 구두로 설명을 들을 수 있지만, 법원에서는 직접 전화해서 묻지 않고, 기록만으로 판단하니까, 이런 부분 등에 대한 보완이 필요하다’는 취지로 말하고, 자료를 추가 제출받아 영장을 청구하고 있음
- 영장업무를 수행함에 있어, 일선 경찰관과 인식의 괴리를 가장 크게 실감하는 부분은 당사자나 참고인 진술의 신빙성 확보가 가장 중요한 뇌물 등 부정부패 사건에서 ‘조서’의 신빙성 인정 여부, 즉 증거판단 관련임
  - 법원의 ‘엄격한 증거 판단 경향’에 비추어, 조서의 내용이 상당한 신빙성이 인정될 수 있도록 구체적으로 작성되어야 하고, 그 진술의 진위 여부를 판단 할 수 있는 최소한의 소명자료가 있어야 한다고 생각하는 검사의 의견과 경찰관의 의견이 배치되는 경우가 종종 있고
  - 아마도 그러한 사건에서 경찰관이 검사의 영장 기각 내지 보완 지휘에 대해 불만을 가지게 될 것이나, 오히려 이런 사건에서 수사법기관으로서의 검사의 역할이 더욱 필요하다고 할 것임

- 더욱이, 요즘 구속전 피의자신문 현장, 특히 대규모 사기, 횡령, 배임 등 재산 사건, 부정부패 사건, 선거 사건 등의 심문현장은 법리 및 증거 전쟁 현장으로서 변호인단과 치열한 공방을 하고 사실상 단심재판과 같음
- 이에 대해 법률전문가를 다수 특채하면 경찰도 영장청구권을 제대로 행사 할 수 있다는 견해도 있지만, 이와 같은 의견은 오히려 일선에서 묵묵히 수사 하는 경찰관들의 업무수행 능력을 폄하하는 의견으로 보임
- 즉, 검사나 법률전문가가 경찰관보다 우수해서 법원을 더 잘 설득할 수 있다는 것이 아니라, 직역별 업무의 특성과 실무적 경험에서 비롯된 것으로, 실전 ‘재판’ 경험이 없는 경우 한계가 있을 수 밖에 없음

#### 《영장청구절차의 수사 활동으로서 기능》

- 다음으로, 뇌물 등 부정부패사건처럼 혐의 인정, 강제수사 필요성 여부의 결정이 어려운 사건은 법원의 심리를 통해 충분히 인권침해를 방지할 수 있으니 검사의 역할은 불필요한 것이 아니냐는 견해는 영장청구절차가 ‘수사 활동’의 일환임을 간과한 것임
- 수사를 할 수 없는 법원에서는 청구된 영장에 대해 ‘발부’ ‘기각’ 결정만할 수 있음
  - 최근 법원이 압수의 범위나 방식을 제한하는 조건부 발부 내지 일부 기각도 하고 있으나, 이 또한 엄연히 청구된 범위 내 관련 조건이지, 그 사건의 수사 활동 전체에 대해서는 지휘할 수 없고, 또 개입해서도 안 됨
- 반면, 검찰에서는 사경이 신청한 영장에 대해 ‘기각’ 보다는 ‘수사지휘와 함께 재신청 지휘’를 하고 있음
  - 예를 들어, 현금을 주고받은 뇌물 사건에서 초기 ‘주거지·사무실에 대한 압수수색’을 하는 것이 수사의 효율성 측면에서 보면 가장 최선의 방법일 수 있으나, 그 인권침해 정도를 고려할 때 신중을 기해야 함
  - 따라서, 이런 사건에서 판사는 더 엄격한 소명을 요구하며 ‘기각’이라는 판단을 하지만
  - 검사는 그러한 측면을 고려해서, 경찰을 상대로 공여자가 제공하였다는 자금의 출처, 공여자나 수뇌자가 현장에 있었음을 확인할 수 있는 통신사실 확인자료 등 상대적으로 인권침해의 정도가 경미한 단계를 거쳐, 제보자 주장의 진위 여부를 확인한 다음 ‘주거지·사무실 수색’을 함이 상당하다고 구체적 수사 지휘를 하면서, 수사의 방향을 정하게 됨

- 검사와 판사가 두 번 체크하여 인권을 중첩적으로 보호하는 현재 시스템이 국민의 기본권 보장을 강화하고 있는지가 의문이라는 견해에 대해
  - 단적으로 사전구속영장의 경우, 검사가 기각하면 강제구인조차 되지 않지만, 사경이 신청한 영장이 법원에 접수되면 강제구인되어 구속전 피의자심문을 받아야 한다는 사실을 고려해야 함
  - 사전구속영장이 법원에서 기각되고, 장기간 보완수사 진행 후 다시 강제 구인되어 구속전피의자심문을 받기 보다는 검사의 1차 체크로 소명자료를 보완해 불필요한 강제구인 횟수를 줄일 수 있다면 국민의 기본권 보장이 강화된 시스템이라고 할 것임
- 발제문 내용에 의하면, 과거 사법경찰관이 영장청구권을 행사했을 당시 구속사건의 70% 상당이 석방 또는 불기소 되었고, 구속사건의 기소율도 56% 정도에 그쳤다는 것인데
  - 영장청구권을 통한 강제수사는 결국 공소제기, 공소유지, 유죄선고라는 결과에 이르지 않는 한, 결과적으로 인권침해가 될 수 밖에 없는 점을 감안하면, 기소 여부를 결정하고 공소유지 업무를 수행하는 검사가 사경 신청 영장 관련 사건에 대해 함께 고민하고, 인권 침해를 최소화 할 수 있는 수사방향을 찾아, 실체적 진실을 발견할 수 있도록 함이 상당함
- 그 외 다른 영장도 마찬가지로이지만 경찰 신청의 체포영장에 대해서도 그 체포영장 집행의 의미에 대해 신중히 검토하고 있음
  - 즉, 경찰의 체포영장 신청時 그 범죄의 중대성 등에 비추어 구속영장 신청까지 고려하고 있는 사안의 경우, 체포가 필요한 사유 외에 피의자가 진술을 거부하거나 부인할 경우 그 주장을 탄핵할 수 있는 증거를 추가 수집하도록 하는 등의 방법으로 ‘체포’라는 강제수사가 자백 강요의 수단으로 변질되지 않도록 노력하고 있음
- 이와 같은 측면에 비추어, 검사는 강제수사절차에서의 인권 존중을 위해 중요한 책무를 부담하고 있다고 생각하며, 성실히 맡은 업무를 수행하기 위해 노력하겠음

## 5. 맺음말

- 최근 검찰권의 비대화로 인한 인권침해요소가 상존하므로 검찰권 남용을 견제하고 방지하기 위해, 사법경찰관의 수사권이 독립되어야 하고, 영장청구권도 검사와 사법경찰관에게 분산되어야 한다는 견해가 대두됨
- 그런데, 검찰의 영장청구권이 통제되지 않아 남용되고 있다고 주장하면서, 경찰의 영장청구권에 대한 통제는 축소시키자는 견해는 논리상 쉽게 이해되지 않음

- 경찰 신청 영장에 대해 2중 체크 시스템으로 강제수사를 통제하고 있는 현실 제도를 경찰과 검찰 모두 법원의 통제만 받는 시스템으로 약화시키자는 의견은 ‘검·경 상호견제’를 통해 어떻게 강제수사로 인한 인권침해를 통제하고자 하는 것인지, 즉 통제하고자 하는 대상이 모호함
- 더욱이, 검사의 전속적 영장청구권 폐지를 주장하는 견해는 그와 함께 경찰의 수사권 확대도 주장하면서, 비대화 될 우려가 있는 경찰 권한에 대해서는 검찰의 영장청구권, 수사지휘권에 의한 통제를 제한하고
  - 그에 대한 민주적 통제 보완 장치로서 경찰위원회 강화, 고위직 개방 등의 제도 보완이 필요하다고 주장하는 것으로 일응 보임
- 검찰권 남용 방지를 위해 ‘검사의 전속적 영장청구권 폐지’를 주장하고 있다면, 오히려 정상적으로 운용되고 있는 인권보장 시스템을 약화시키는 방향이 아니라, 검찰의 정치적 중립성과 수사의 독립성을 강화시키고, 구속전 피의자심문제도, 국선변호인제도의 확대 등을 통해 통제 절차를 강화하는 방법으로 견제하는 방향으로 개선되어야 하는 것이 바람직하다고 사료됨
- ‘국가형사사법체계 정상화를 위한 논의’는 ‘기관간 권한 다툼’이 아니라 진정 국민들을 위한 바람직한 형사사법체계가 무엇인지에 대한 진지하고 성숙한 고민이 토대가 되어 더 발전된 개선방안이 도출되기를 희망함



【토론】

## “헌법상 검사 영장청구권의 현대적 의미”에 관한 토론

박학모 부연구위원 (한국형사정책연구원)

### 1. 들어가는 말

언론사들의 간단한 여론조사로부터 전문연구기관의 반부패 전문조사연구에 이르기까지 거의 모든 조사에서 나타나는 사법기관에 대한 국민적 불신은 바닥을 보이고 있다고 해도 과언이 아니다. 법원, 검찰, 경찰 등 국가사법작용에 관여하는 각 기관에 대한 국민적 인식 및 신뢰(불신)의 차이는 사실 ‘도토리 키재기’를 말하기가 무색할 정도로 유의미한 수준이 되지 못한다.

그럼에도 불구하고 대한민국 사법 불신의 정점에는 검찰이 자리하고 있으며, 검찰개혁이 최고의 국가개혁 현안으로 부각되어 있는 것이 현실이다. 이 상황이 대한민국 검찰에 대해 지니는 함의는 무엇인가? 적어도 이러한 현실이 검찰이 단지 상대적으로 ‘이미지메이킹’을 잘못하여 과도하게 박한 평가나 오해를 받는 다는 식의 주장은 별로 동의를 얻기 힘들 것이다. 기관과 조직으로서 검찰에 대한 개혁의 요청이 단지 정치적 변혁기를 맞아 봇물 터지듯 분출하는 것으로 치부하는 것도 단견이다. 검찰을 위해 바람직한 검찰개혁의 해법을 찾기 위해서는 냉정한 현실인식이 전제되어야 하며, 이때 검찰 스스로 ‘개혁의 대상’에 머물지 않고 ‘개혁의 주체’로서 형성적으로 검찰개혁의 그림을 함께 그려나갈 수 있을 것이다.

‘모든 약은 독이다!’는 말이 있다. 약학, 즉 과학의 의미도 담고 있지만, 무엇보다 삶의 지혜를 담고 있다. 검찰과 검찰개혁에 무엇이 약이고, 무엇이 독이며, 어디까지가 약이고 어디까지가 독인지에 대해 주체적이고도 비판적인 성찰이 필요한 시점이다.

### 2. 검사전속영장청구권과 “헌법투쟁”?

발표문에서 확인할 수 있는 바와 같이 김성룡 교수님께서, 최근 검찰개혁 논의의 연장선상에서 최근 다시 불붙은 이른바 “검찰과 경찰 간의 수사권 조정”이라는 묵은 논의와 관련하여 지난 3월3일 ‘국회정책토론회’ 기초발표문들이 제시한 논지에 대해 일관성 있게 비판하고 있다. 논의 중심에는 헌법 제12조 제3항과 제16조에 규정된 수사절차상 ‘검사의 전속적 영장청구권’이 놓여 있다. 당시 국회정책토론회 발표자들이 현행 헌법상 해당 규정의 입법 배경과 태도에 대해

비판적인 반면, 발표자께서는 주요 국가들의 검찰 관련 헌법조문들을 망라하는 수고와 우리 헌법 개정과 결부된 입법 배경을 추적하여 “이유 있는” 검사전속영장청구권의 의의를 읽어내고 있다. 1950년대 제헌 헌법과 제정 형사소송법의 규정의 해석·적용과정에서 노정되었던 법률적·실무적 문제점에 대하여 발표자께서 문리적·체계적 해석에 기초하여 비판적으로 논증한 점에 대해서는 공감하는 바이다. 또한 이러한 문제점에 대한 해법이, 비록 정치적 격변기의 개헌이기는 하였지만 1962년 헌법에 반영된 것으로 보는 점 또한 설득력이 있다고 본다.

이른바 “수사권 독립”을 지향하는 경찰의 입장에서나, 영장청구권을 “수사지휘권과 결부된 검찰의 핵심적 권한”으로 이해하는 것으로 보이는 검찰과 발표자의 입장에서는 이것이 이미 “헌법투쟁” 차원으로 비화한 것 같은 느낌이 든다. 그러나 헌법 개정이후 50년 이상 지난 현 시점에서 새로운 현대헌법을 지향하며 개헌 논의가 이루어진다면, 그 과정에서 검찰의 전속적 영장청구권 부분을 헌법에 “그대로 두느냐, 들어내느냐?”의 문제는 엄밀히 얘기하면 “검·경 대결의 헌법전선”의 문제는 아니라고 본다.

발표자께서 주요 국가들의 검찰 관련 헌법조문들을 소개하는 과정에서도 나타난 바와 같이, 무엇보다 우리나라 검찰제도의 모태처럼 여겨지는 독일의 기본법(제104조)에서도 보는 바와 같이, 헌법상 검사의 영장청구권을 규정하는 것은 필연도 대세도 아니며, 핵심은 “사법통제”, 즉 법원에 의한 영장발부이기 때문이다. 이러한 맥락에서 1962년 헌법 이래 ‘검찰관(검사: 1980년 헌법)의 신청’으로 규정되었다가, 1987년에 ‘적법한 절차에 따라’ 문구가 추가된 함의도 새길 필요가 있다. 설사 ‘검사의 신청으로’라는 문구를 헌법규정에서 삭제한다 하더라도 - 발표자께서 잘 논증한 바와 같이 - 그것이 검사의 영장청구권을 “들어낸” 것일 수는 없다. 물론 ‘검찰전속영장청구권’의 헌법적 방어벽은 제거된다는 의미가 있을 뿐이다.

만일 검찰이 전속적 영장청구권을 “권력적으로” 이해하면 할수록 이를 둘러싼 논쟁은 “헌법투쟁” 차원이 될 것이다. 표현을 단순화하여 이를 영장청구권을 둘러싼 “검·경의 헌법투쟁”이라 표현한다면, 선전포고를 한 경찰이나 방어전을 하는 검찰이나 국민의 입장에서는 권력투쟁에나 몰입하는 집단으로서 대국민적으로나 상호간의 불신의 골을 깊게 할 수 밖에 없다고 본다.

여기서 검찰의 영장청구권이 그 정도로 권력적이어야 하는가? 물을 필요가 있다. 적어도 경찰은 그것이 권력적이라는 이유로 벗어나려는 것이고, 검찰은 그 권력의 행사를 어떻게든 헌법적으로 못박아두고자 하는 것으로 추정되기 때문이다.

### 3. 영장신청과 검찰·법원의 이중심사?

강제처분으로서 체포, 구속, 압수, 수색 영장의 청구·심사·발부는 국민의 기본권, 특히 신체적 자유의 본질에 깊숙이 개입하는 처분으로서, 법률유보와 비례원칙에 따른 엄격한 심사를 전제로 하는 사법처분이어야 한다. 그런데 이러한 강제처분의 심사와 정당화에는 사실 필요적으로 수사절차상 검찰과 경찰의 수사 공조의 측면이 자리하고 있다는 점이다. 그리고 수사절차상 인신에 관한 강제처분이 수사기관의 불협화음에 의해 정당성에 흠결이 생긴다면, 그것은 법치국가적 수사기관에는 감·경할 것 없이 더없는 수치이며, 그 정도에 따라서는 범죄가 되는 엄중한 사태가 발생할 수도 있다.

이러한 맥락에서 본다면, 토론자가 보기에 경찰과 검찰의 영장신청·청구와 기각률을 둘러싼 ‘아전인수’형 논쟁은 낯뜨거운 것이 아닌가 생각된다. 좀 과장하면 부끄러운 줄도 모르는 “통계 장난”이라 할 수 있다. 이 점은 부분적으로는 발표자의 논증에서 드러나고 있다.

영장심사를 통한 사법통제의 몫은 전적으로 법원의 몫이며, 검사(검찰)에 의한 일종의 “사전심사”란 “파트너 수사기관”으로서든, “수사지휘기관”으로서든, 협의와 공조 관계 속의 필터링 차원의 문제라 할 것이다. 따라서 서로의 기각률을 비교하는데 사용될 수 있는 “신청·기각”의 문제라 할 수도 없다.

검찰이 준사법기관 또는 사법기관이라는 발표자의 논지에는 이론적으로 절대적으로 공감하는 바이다. 다만 검찰이 (준)사법기관이라는 언어적 “수사”의 강도에 비례하여 검찰이 직면해야 하는 비판과 개혁의 요구 또한 더 무겁게 다가온다는 점에서 자명하기까지 한 (준)사법기관으로서의 존재의 고백과 수사(修辭)는 양날의 칼과 같다는 점을 언급하지 않을 수 없다.

우리나라 법무부 법무행정적 검찰 이해와 사법부(대법원·헌재)의 검찰 이해가 엇갈리는 점 또한 흥미로운 모순이기도 하다. 이는 독일과의 비교에서 간과하지 않아야 하는 부분이기도 하다. 독일에서는 애당초 검찰의 탄생으로부터 검사를 법관과 함께 「법관법」에 규율하는 데에서부터 기획되어 굳이 헌법이 아니라도 법관법에 의해 검사와 검찰의 사법기관성이 담보되었기 때문이다.

### 4. 개혁의 시작과 끝으로서 “최적의 수사와 공조”

이른바 “검찰권”은 수사권, 기소권, 형사집행권을 아우르며, 따라서 검찰은 사법작용의 알파요 오메가에 해당하는 권력을 가지고 있다. 행정기관성과 사법기관성을 다 지닌 이중적 지위의 권력기관이다. 하나의 조직이 이 모든 권력을 다 행사하는 것이 사실은 대단한 일이 아닐 수 없다. 말 그대로 검찰 스스로 이 모든 권력을 독점적으로 행사하면 국가최강권력기관이 될 수밖에 없다.

발표자께서는 독일의 검찰의 위상을 매우 인상 깊게 소개하였다. 독일에서도 기소편의주의 요소의 증가로 형사절차의 무게중심이 공판절차에서 수사절차로 이동하며 검찰의 역할이 강화되고 “검찰은 - 적어도 일부 영역에서는 - ‘법관 앞의 법관’이다”라고 까지 한다. 하지만 지난 12월 한국을 방문하여 독일검찰제도를 소개한 헬무트 핀프진 헤센주(프랑크푸르트) 검찰총장은 “독자적 수사수행기관을 갖고 있지 않은 (독일)검찰은 수사절차에서는 사실상 ‘조서처리기관’이다”고 고백한 바 있다. 이러한 맥락에서 독일검찰의 경찰의존도를 주목하지 않고 독일검찰제도의 전체 그림을 얘기할 수 없을 것이다. 그리고 이러한 맥락에서 우리 검찰도 “공조적으로 경찰을 위해” 영장청구권 행사 서비스를 한다면, 영장청구권을 둘러싼 ‘헌법투쟁’조차도 실상은 그 대상이 없어지는 상황의 반전을 가져올 수 있지 않을까 생각해 본다. 검찰과 경찰이 “최적의 수사와 공조”를 위한 해법을 찾는 것이 진정한 개혁의 토대가 될 것이며, 국민적 신뢰로 나아가는 길일 것이다.