2012년도 대검찰청 연구과제

검사의 헌법상 역할 모델 설정과 검사 영장청구권 규정의 정당성

제 출 문

본 보고서를 "**검사의 헌법상 역할 모델 설정과 검사 영장청구권 규정의 정당성**" 의 최종 연구결과 보고서로 제출합니다.

2012년 12월 20일

연 구 수 행 기 관 : 사단법인 한국공법학회

책 임 연 구 원 : 문재완(한국외대 법학전문대학원 교수)

연 구 보 조 원 : 전지수(한국외대 대학원 법학과 박사과정)

연 구 보 조 원 : 신인선(한국외대 법학전문대학원 석사과정)

< 目　次 >

제1장 서론 ····· 1
제1절 문제의 제기 ····· 1
제2절 연구의 범위와 방법 ····· 3

제2장 헌법상 검사의 지위 ····· 4
제1절 비교법적 검토 ····· 4
가. 헌법에 검찰권을 명시한 국가 ····· 4
1. 스페인 ····· 4
2. 이탈리아 ····· 5
3. 러시아 ····· 6
나. 헌법에 검찰권을 명시하지 않은 국가 ····· 6
1. 미국 ····· 6
2. 독일 ····· 7
3. 일본 ····· 8
제2절 우리 헌법상 검사의 지위 ····· 9
가. 현행법 규정 ····· 9
1. 헌법 규정의 내용 ····· 10
2. 입법 연혁 ····· 10
나. 검사의 지위에 관한 학설 ····· 15
1. 사법기관설 ····· 16
2. 준사법기관설 ····· 17
3. 행정기관설 ····· 17
4. 헌법재판소와 대법원의 태도 ····· 18
다. 영장청구규정과 검사의 지위 ····· 19
라. 검토 ····· 19

제3장 검사의 역할과 권력분립원리 ····· 24
제1절 권력분립원리와 검찰 ····· 24
가. 검사의 탄생과 사법권의 분할 ····· 24
1. 검사의 탄생 ····· 24
2. 우리나라 형사사법체계 ····· 26
나. 분점정부(divided government)와 사법권의 강화 ····· 28
다. 권력분립과 수사권 조정 ····· 31

제2절 검찰권의 통제 ····· 32

제4장 영장주의와 영장청구권 ····· 36
제1절 영장주의 ····· 36
가. 의미 ····· 36
나. 영장주의에 관한 헌법재판소 결정 내용 ····· 36
1. 영장주의 의의 ····· 36
2. 영장주의와 적법절차원칙 ····· 38
3. 영장주의 위헌성 심사방법 ····· 39
4. 공판단계에서 영장발부 ····· 39
다. 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토 ····· 41
제2절 영장청구권 ····· 43
가. 영장청구권의 의미 ····· 43
1. 입법연혁 및 입법목적 ····· 43
2. 비교법적 검토 ····· 45
나. 영장청구규정의 헌법적 가치 ····· 45
1. 영장주의와 영장청구권 ····· 45
2. 영장청구규정과 검사의 수사지휘권 ····· 47
3. 영장청구규정의 헌법적 가치 ····· 50
(1) 헌법적 가치 ····· 50
(2) 헌법적 가치에 대한 반론 및 재반론 ····· 50
다. 영장청구규정의 해석 ····· 55
1. 원칙적 검사청구설 ····· 55
2. 독점적 검사청구설 ····· 56
(1) 형식심사설 ····· 56
(2) 실질심사설 ····· 57
3. 소결 ····· 57

제5장 영장청구규정의 개정 타당성 검토 ····· 58
제1절 개정론 ····· 58
가. 개헌논의 경과 ····· 58
나. 학자들 주장 ····· 58
제2절 조항 삭제론 및 그 비판 ····· 59
가. 입법사항에 불과함 ····· 59
나. 영장주의 본질에 해당되지 아니함 ····· 61
다. 외국헌법에 입법례가 없음 ····· 62
라. 수사권조정 등 형사사법절차의 발전을 저해함 ····· 63

마. 기능적 권력분립에 반함 ····· 64
제3절 조항 유지론 ····· 66
가. 검사의 역할에 대한 국민적 결단 ····· 66
1. 입법연혁 검토 ····· 66
2. 국민적 결단으로서 유효함 ····· 68
나. 헌법 개정의 시기 ····· 69

제6장 결론 ····· 72

참고문헌 ····· 74

제1장 서론

제1절 문제의 제기

검사의 영향력은 크다. 검사는 국민의 자유와 권리에 직접 영향을 미친다. 검사의 판단력은 개인과 그의 가족의 인생을 좌우하기도 한다. 검사는 국가의 권력구조에도 직접 영향을 미친다. 정치인에 대한 수사와 기소가 정치권의 세력균형을 깨뜨리기도 한다. 최근 검사의 자의적인 권한 행사가 커다란 사회 문제가 되고 있다. 검찰이라는 조직적인 문제로 나타나기도 하고, 검사 개인의 비리로 나타나기도 한다. 검찰의 조직적 문제는 특히 정치세력과의 밀착에서 나타나고, 검사의 개인적 비리는 검사의 재량권 남용으로 나타난다.

검찰은 크게 달라져야 한다. 검찰에 대한 국민의 신뢰가 크게 떨어져 있는 것은 주지의 사실이다. 검찰이 너무 많은 권한을 가지고 있으며, 그 권한을 재량적으로 행사한다는 국민의 불만은 정당한 것이다. 검찰제도는 개혁을 요구하는 국민의 의사를 반영해서 크게 바뀌어야 한다. 검찰권의 행사를 견제할 수 있는 제도가 만들어져야 하며, 권력분립원리에 따라 검찰과 다른 국가기관은 견제와 균형을 이루어야 한다.

문제는 어떤 개혁을 하느냐는 것이다. 검찰이 밉다고 검찰을 없앨 수는 없다. 검찰이 하는 역할이 중요하기 때문이다. 그래서 검찰개혁은 방향을 설정하는 일부터 시작하여야 한다. 방향설정에 있어서 가장 중요한 것은 검사가 무엇을 하는 기관인지에 대한 검토다. 만약 현재 검찰이 보유하고 있는 권한이 검사의 역할에 적합한 것이라면, 검찰개혁은 현재 검사가 행사하는 권한을 어떻게 견제할 것인지에 초점을 맞추어야 할 것이다. 그렇지 않고 현재 검찰이 보유하는 권한이 검사의 역할보다 과도한 것이라면 검찰개혁은 권한조정을 중심으로 진행되어야 할 것이다. 검찰개혁의 핵심은 검찰의 제 자리 찾기라고 할 수 있다. 검찰이 현재 행사하는 권한을 보유하게 된 이유를 살펴보고, 그러한 권한보유의 이유가 지금 이 시점에서 타당한지 검토하여야 할 것이다.

우리 헌법은 검사가 무엇을 하는 기관인지에 대해서 상세히 규정하고 있지 않다. 현행 헌법상 검사는 영장의 청구주체로 규정되어 있을 뿐이다. '검사의 신청에 의하

여 법관이 발부한 영장'이라는 표현이 신체의 자유에 관한 조항(헌법 제12조 제3항 본문)과 주거의 자유에 관한 조항(제16조 제2문)에서 발견된다. 이 밖에 헌법 제89조에 국무회의 심의사항으로 검찰총장의 임명이 규정되어 있을 뿐이다. 검사 또는 검찰의 권한이나 검사의 자격, 임명, 신분보장, 정치적 중립성 등에 대해서 헌법은 침묵하고 있다.

우리 헌법상 검사의 지위를 놓고 학계는 견해가 갈린다. 제1설은 검사에 관한 헌법 조문이 사실상 없으므로 검사의 헌법상 지위는 없다고 한다. 제2설은 헌법과 형사소송법을 체계적으로 해석하여 검사의 헌법상 지위를 준사법기관으로 이해한다. 이러한 논의에서 핵심적인 역할을 하는 조항이 헌법 제12조 제3항 및 제16조에 규정된 영장청구규정이다. 이 조항을 적극적으로 해석할 경우 제2설이 도출되며, 이 조항의 의미를 제한적으로 해석하면 제1설이 나온다. 검사의 역할을 정립하기 위해서는 어느 설이 타당한지 검토하여야 한다. 검사가 국가공동체의 운명을 좌우할 정도로 중요한 기관이라면, 헌법에 그 권한과 다른 기관과의 관계를 적극적으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

영장청구규정은 검찰과 경찰간 수사권 갈등에 있어서도 중요한 의미를 지닌다. 영장청구규정이 존치하고 있는 한 검사는 강제수사의 지휘통제권을 갖게 되고, 경찰이 독자적인 수사를 실시하고 이를 완결하는 일은 불가능하다. 수사권 독립을 강력히 요구하는 경찰은 헌법을 개정해서 영장청구규정을 삭제하여야 한다고 주장한다. 헌법 개정이 논의될 때마다 검사를 영장청구주체로 규정한 문구를 헌법에서 삭제하고, 국회입법에 맡기자는 의견이 제시되고 있다. 개헌론의 주요 논거는 영장청구주체는 헌법사항이 아니라는 것이다. 하지만 신체의 자유를 보다 충실히 보장하려는 목적으로 도입되어 50년을 유지해온 헌법조항을 이론적으로 입법사항에 불과하므로 체계완결성을 높이기 위해서 삭제한다는 것이 개헌 논거로 충분한지 의문이다. 영장청구규정의 개헌 문제를 심층적으로 검토할 필요가 있다.

본 보고서는 검사의 역할을 헌법의 관점에서 살펴보고, 이에 기초하여 검사의 영장청구권 조항이 헌법에 그대로 존치되어야 하는 정당성을 논증하는 것을 목표로 한다. 검사의 헌법상 지위를 검토하기 위해서는 먼저 국민의 기본권을 보장하기 위해서 국가조직을 어떻게 구성할 것인지, 국가권력을 어떻게 통제할 것인지 살펴보는 것이 중요하다. 즉 권력분립원리에서 검찰권을 검토할 필요가 있다. 국가조직은 크게 입법부, 집행부, 사법부로 구성되어 있다. 검사의 경우 문제가 되는 것은 행정

기관인지, 사법기관인지, 또는 그 중간에 속하는 것인지 불분명하다는 데 있다. 형사소송법 교과서에서는 흔히 검사를 준사법기관이라고 부르는데, 이를 부인하는 견해 역시 유력하다. 이 문제를 해결하기 위해서는 사법권에 대한 이해와 사법권이 구현되는 우리나라 사법시스템, 특히 형사소송의 구조에 대한 이해가 선행되어야 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 보고서의 연구 범위는 다음과 같다.

첫째, 헌법상 검사의 지위를 검토하겠다.(제2장)

둘째, 권력분립원리에 비춰볼 때 바람직한 검사의 역할이 무엇인지 살펴본 후, 검사의 지위를 확고히 하는 방안과 검찰권 행사의 합리적 통제방안을 함께 검토하겠다.(제3장)

셋째, 현행 영장조항의 헌법적 의미를 검토하겠다.(제4장)

넷째, 영장청구규정을 개정하자는 주장의 타당성을 검토하겠다.(제5장)

이상의 연구를 수행하기 위하여 본 보고서는 문헌연구를 토대로 작성되었다. 검사의 지위와 영장제도에 관한 국내외 선행연구를 토대로 보고서를 작성하였다.

제2장 헌법상 검사의 지위

제1절 비교법적 검토

비교법적으로 보면, 검사의 헌법상 지위를 명확히 규정한 국가도 있고, 그렇지 않은 국가도 있다.

가. 헌법에 검찰권을 명시한 국가

헌법에 검찰권을 명시한 나라로는 그리스, 동티모르, 러시아, 리투아니아, 멕시코, 몽골리아, 불가리아, 브라질, 스페인, 슬로바키아, 아제르바이잔, 알바니아, 우즈베키스탄, 우크라이나, 이탈리아, 칠레, 케냐, 콜롬비아, 투르크메니스탄, 파라과이, 포르투갈, 프랑스, 헝가리 등이 있다.

검찰권을 명시한 국가라도 헌법에 규정된 검찰권의 내용과 수준에 있어서 차이는 크다. 스페인의 경우 검찰의 직무와 운영원리, 정치적 중립성 등을 비교적 자세히 규정하고 있는데 반해 이탈리아는 사법에 관한 장에서 재판관의 신분상 보장내용을 규정하면서 검사에게 적용하는 비교적 단순한 규정을 두고 있다.

프랑스 헌법은 제8장 사법권 항목에서 제64조부터 제66조까지 사법권에 관한 사항을 규정하고 있다. 검사를 포함한 사법관(magistrat)의 지위에 대해서는 제64조 제3항에서 “조직법으로 정한다”고 규정하고 있다. 프랑스에서 사법관은 판사와 검사를 총칭하는 용어이기 때문에 결국 검사는 헌법의 지위도 헌법에 근거를 두고 있다고 말할 수 있다. 그러나 동조 제4항은 사법관이 아닌 재판관의 신분보장을 규정하고 있어, 검사는 헌법상 신분보장을 받지 못하고 있다.

1. 스페인[1)]

헌법 제124조 ① 검찰은 다른 기관에 위탁되어 있는 직무를 방해하지 아니하고 적법한 시민의 권리 그리고 법률이 보호하는 공공의 이익의 옹호를 위하여 정의의

1) 유일준, 「검사의 헌법상 지위」, 『형사법과 헌법이념』 제1권, 박영사, 2006년, 7쪽.

호소, 직무상 또는 이해관계인의 청구에 의하여 제기하는 것과 그리고 재판소의 독립에 유의하는 것, 사회이익의 만족을 재판소에 대하여 요구하는 것 등을 임무로 한다.

② 검찰은 동일체 및 상명하복의 원칙에 따라 그리고 어떠한 경우에도 적법성과 정치적 중립에 따라 고유한 조직을 통하여 그 직무를 집행한다.

③ 검찰의 조직에 관한 규정은 법률로 정한다.

④ 검찰총장은 정부의 요청에 의하여 사법부총평의회의 의견을 들어 국왕이 임명한다.

제125조 사법경찰은 법률이 정하는 바에 따라 범죄수사, 범인의 발견 및 체포를 함에 있어 재판관, 재판소, 검찰에 종속한다.

제126조 ① 판사 및 검사는 현직에 있는 동안에는 다른 공직을 가질 수 없으며 정당 또는 조합에 가입할 수 없다. 법률은 판사 및 검사의 전문가단체의 제도와 방식을 정한다.

② 법률은 사법부 구성원의 겸직금지의 제도를 정하여 그 완전한 독립성을 보장하여야 한다.

2. 이탈리아[2)]

헌법 제107조 ① 재판관은 파면되지 아니한다. 재판관은 재판소조직법에 정해진 이유에 따라 본인의 변명이 보장되어 행하여진 최고사법회의의 결정이나 본인의 동의에 의하는 외에는 해직되거나 정직, 혹은 다른 지위나 업무로 전임될 수 없다.

② 검사는 재판소조직법에 규정된 보장을 향수한다.

제108조 ① 재판기구 및 각급재판직무는 법률로 정한다.

② 법률은 특별재판소의 재판관 그에 소속하는 검사 및 재판의 운영에 관여하는 제3자의 독립성을 보장한다.

---

2) 유일준, 전게서, 8쪽.

3. 러시아[3)]

헌법 제129조 ① 러시아 연방의 검찰은 통일적이며 중앙집권화된 체계를 이루며 하급검사는 러시아연방 검찰총장에게 복종한다.

② 러시아연방 검찰총장은 러시아연방대통령의 제청으로 연방의회에서 임명, 해임된다.

③ 러시아연방주체의 검사는 러시아연방 검찰총장이 그 러시아연방주체의 동의를 얻어 임명한다.

④ 기타의 검사는 러시아연방 검찰총장이 임명한다.

⑤ 러시아연방 검찰의 권한, 조직 및 활동절차는 연방법률로 정한다.

나. 헌법에 검찰권을 명시하지 않은 국가

1. 미국

미국 연방헌법에 검찰 혹은 검사에 대한 규정은 없다. 이에 반하여, 주 헌법은 대부분 법무부장관 겸 검찰총장(Attorney General), 그리고 검사에 대한 규정을 두고 있다.[4)] 미국에서 검사는 일반적으로 법을 집행하고, 법률문제에 대해서 정부를 대표하며, 입법과 형사사법개혁에 관한 문제에서 정부와 일반 국민을 대표한다.[5)] 연방법무부장관(Attorney General)은 연방법무부(Department of Justice)의 장이며, 제1의 법집행관으로서 법무부와 연방검찰청을 비롯한 산하기관 전체에 대해서 지휘 및 감독권을 행사한다.[6)] 우리나라는 법무부와 대검찰청을 구분하고 법무부는 법무부장관이, 대검찰청은 검찰총장이 수장이 되는 이원적 조직임에 반하여, 미국은 연방법무부라는 하나의 조직을 두고 그 수장에 법무부장관이 있다.[7)]

미국의 검사는 관할구역 내의 최고의 법집행관(the chief law enforcement officer)이며, 이는 검사가 형사처벌법규를 구체적 사실에 적용하고 현실화하는 법집행기능

3) 유일준, 전게서, 9쪽.

4) 대검찰청, “헌법상 검사의 지위에 관한 연구”, 2005년, 31쪽.

5) 박승진/최석윤/이경재, “각국의 검찰제도”, 「한국형사정책연구원 연구총서」, 1997년, 42쪽 인용.

6) 정봉채, “수사체계의 합리적인 조정방안에 관한 연구”, 한양대 박사학위논문, 2012년, 208쪽.

7) 서영제, 『미국특별검사제도의 과거와 미래』, 세일출판사, 2002년, 15쪽의 각주 2에서 인용.

을 담당하는 최고의 관리라는 뜻이다.[8)]

2. 독일

독일 헌법은 법원의 지위를 명문으로 규정하고 있지만, 검사(Staatsanwalt)의 지위와 역할에 대해서는 규정하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 검사는 준사법기관으로서 성격을 갖으며, 검사는 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz, GVG) 제150조에 따라 법원에 대하여 독립된 기관으로 판사와 동등한 자격과 대우를 보장받고 있다.[9)] 독일의 경우 검찰(Staatsanwaltschaft)의 조직과 임무는 법원조직법에 그 근거를 두고 있다. 검사는 비록 소속은 행정부인 법무부이지만, 그 직무가 법의 수호자로서 국가의 권력이 아닌 법적 의지를 대표한다는 점에서 이런 법체계를 가지게 된 것이다.[10)] 독일 검찰은 법원조직법(GVG) 제141조와 제150조에 따라 법원으로부터 독립되어 있다. 검찰청은 각급 법원에 대응하여 그 관할 내에 설치되어 있다. 검찰청의 검찰은 수사절차의 주재자(Herrin des Ermittlungsverfahrens)로서 수사절차를 책임지고 소추권을 행사하는 일종의 사법기관이지만 법원으로부터 독립된 기관이다.[11)]

기소권은 원칙적으로 검사에게 있지만, 형사소송법(StPO : Strafprozeßordnung) 제374조에 근거하여 일정한 범죄에 한해서 범죄피해자가 사인소추를 제기할 수 있는 권한을 예외적으로 인정하고 있다. 또 조세기본법 제399조에 따라 세무공무원(Finanzbeamter)의 경우에는 약식명령에 해당하는 사건에서 기소권을 행사할 수 있는 예외가 인정되기도 한다.[12)] 검사는 형사소송법 제153조~제153조e에 근거하여 일정한 경미한 범죄에 한해서 기소유예처분을 할 수 있지만, 동법 제170조에 따라 기소법정주의(Legalitätsgrundsatz)의 원칙이 유지되고 있다.[13)]

검찰조직에 대한 세부적인 통일규정으로 검찰청의 조직과 운영에 관한 규정(Anordnung über Organisation und Didnstbetrieb der Staatsanwaltchaft, OrgStA)이 있다. 각 주는 이를 기초로 독자적인 조직 및 운영을 주 법률로 제정한다.[14)]

---

8) 표성수, 『미국의 검찰과 한국의 검찰』, 육법사, 2000년, 82~83쪽.

9) 대검찰청, 전게서, 46쪽.

10) 대검찰청, 전게서, 47쪽의 각주93.

11) 정봉채, 전게논문, 153쪽.

12) 황운하, "영장청구권에 관한 연구", 성균관대학교 법학박사학위논문, 2012년, 53쪽 인용.

13) 황운하, 전게논문, 53쪽 인용.

독일에서 검사는 당사자 지위를 갖는 것이 아니라 세계에서 가장 객관적인 관청으로서(objektivste Behörde der Welt) 역할을 수행한다.[15] 대륙법계 국가에서 검찰제도는 다음과 같은 특징을 갖는다. 첫째 기소와 재판기능을 분리하여 과거의 규문주의의 결함을 완화하였으며, 둘째 현행 형사소송의 중심이념인 구술주의와 공개주의는 국가를 대리하는 검찰제도의 도입을 통해서 실현하고, 셋째 소송 전반에 있어 법률감시기구(Gesetzwächteramt)로서 역할을 통해 형사소송을 발전시켰다.[16]

3. 일본

일본 헌법은 검사의 지위와 역할에 관한 규정을 두고 있지 않다. 헌법이 아닌 검찰청법과 형사소송법에서 검사의 지위와 역할 등을 규정하고 있다. 다만, 일본 헌법 제77조 제2항은 "검찰관(檢察官)은 최고재판소(最高裁判所)가 정하는 규칙에 따르지 아니하면 아니 된다"고 규정하여, 최고재판소의 규칙제정권에 관한 규정에서 검찰관을 언급하고 있다. 여기서 검찰관은 독립하여 검찰권을 행사할 수 있는 권한이 주어진 독임제 관청을 의미한다. 즉 형사사건에 있어 수사와 공소를 행사하고, 공판을 유지하면서 법원에 정당한 적용을 청구하며, 상소, 재심, 비상상고, 형의 집행에 관한 권한을 행사하는 것이다.[17] 공소권은 원칙적으로 검찰관에 주어지는 권한이며, 공소의 제기에 관한 재량권을 검찰관에게 인정한다.[18]

일본의 검찰관은 형사소송법상 수사기관인 동시에 소추기관이다.[19] 우리나라와 마찬가지로 일본은 형사소송법상의 기소편의주의[20]에 따라서 불기소처분을 검찰관의 재량에 의하여 행사할 수 있다. 그럼에도 불구하고 고소한 이가 이에 불복하는 경우 검찰심사회에 불기소처분의 적법성 여부에 대한 심사를 요청할 수 있다. 이는 기소독점주의에 대한 견제의 수단으로, 국민의 뜻을 수용하는 과정으로 볼 수 있다. 미국의 대배심제도와 유사한 일본 검찰심사회는 검찰관의 불기소 처분에 대한 타당

14) 정봉채, 전게논문, 153쪽 인용.

15) Reinhold Zippelius, 김형배 역, 『법학입문』, 삼영사, 1995년, 162쪽.

16) 박노섭, "독일검찰제도의 탄생과 그 시사점", 「한림법학 FORUM」 제19권, 2008년, 129쪽 인용.

17) 대검찰청, 전게서, 68쪽.

18) 박현정, "일본의 검찰심사회제도에 관한 고찰", 「법학논총」 제16권 제2호, 2009년, 4쪽.

19) 대검찰청, 전게서, 70쪽.

20) 기소편의주의 조항에 해당하는 일본 형사소송법 제248조는 우리 형사소송법 제247조와 유사하다.

성을 심사하고, 검찰 사무의 개선에 대해 건의 및 권고를 하는 역할을 담당한다. 미국 대배심제도의 경우 기소배심은 검찰의 기소권 행사에 대한 국민의 사전적 관여인데 반하여, 일본 검찰심사회의 경우 검사의 불기소처분이라는 공소권의 소극적 행사에 대하여 사후에 그 타당성을 심사하는 사후적 관여라는 차이가 있다.[21)]

일본에서 검찰조직은 법무성 소속의 검찰청, 독임제관청인 검찰관, 검찰청과는 독립된 민간기구의 성격을 갖고 있는 검찰심사회[22)]로 구분된다. 법무성설치법 제2조에 따라 검찰청은 법무성에 속한다. 검찰관은 독임제관청으로서 독립성을 보장 받고 검찰권을 행사한다. 일본 검찰청법 제14조에 의하면 법무성장관에게는 검찰사무에 관하여 검사를 지휘할 권한이 없다. 다만 검찰총장을 지휘할 수 있을 뿐이다. 일본 검찰청법 제15조에 의하면, 검찰총장·차장검사·각 검사장은 인증관(認證官)이다. 즉 내각이 임면하고 천황이 인증하는 공무원이다. 검찰심사회의 경우 후보자는 중의원 의원선거인명부를 기초로 추첨을 통해 선정하며, 선정된 검찰심사회후보자 중 11명의 검찰심사원을 선정하여 구성된다.[23)]

일본 헌법은 재판관에 대해서 신분보장규정을 두고 있는데 반하여 검사에 대해서는 아무런 규정이 없다. 즉 일본 헌법은 제78조에서 “재판관은 재판에 의하여 심신의 고장으로 인하여 직무를 수행하는 것이 불가능하다는 결정이 있는 경우를 제외하고는 공적탄핵에 의하지 아니하고는 파면되지 않는다. 재판관의 징계처분은 행정기관이 할 수 없다”고 규정하고 있다. 검찰자격심사회는 검찰관의 신분보장에 있어서 중요한 기능을 한다. 검찰관적격심사회의 의결 결과와 법무대신의 권고를 통해 검찰관을 파면시킬 수 있는 것이 특징이다.[24)]

제2절 우리 헌법상 검사의 지위

가. 현행법 규정

---

21) 대검찰청, 전게서, 69쪽의 각주 156 재인용.

22) 제2차 세계대전 후 1948년에 제정된 검찰심사회법(検察審査会法)으로 기소배심을 시행하고 있다. 검찰심사회는 지방법원과 각 지부 소재지에 설치한다. 각 소재지의 중의원 선거권자들 중 무작위로 추첨하여 선발된 11인으로 구성되며, 검찰관의 부당한 불기소처분의 남용을 방지하고, 특히 검찰관의 불기소처분의 심사 및 검찰사무의 개선을 권고 할 수 있다.

23) 박현정, 전게논문, 8쪽.

24) 대검찰청, 전게서 69쪽.

1. 헌법 규정의 내용

우리 헌법은 제12조 신체의 자유와 제16조 주거의 자유와 관련하여 영장주의를 규정하면서 검사에 관하여 언급하고 있다. 즉 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는"(제12조 제3항) 또는 "주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는"(제16조) "검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시"하도록 규정하고 있다. 또 헌법 제89조에서 국무회의 심의사항을 규정하면서 제16호에 검찰총장 임명을 포함시키고 있다.

우리 헌법은 법관과 달리 검사에 대해서는 업무수행에 있어서 독립성 및 신분 보장에 관한 규정을 두고 있지 않다. 법관의 경우 헌법 제103조에서 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다"고 규정하고 이어 제106조 제1항에서 "법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다"고 규정하고 있다. 이에 반하여 검사는 헌법이 아닌 검찰청법에서 신분보장을 규정하고 있다. 즉 "검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분이나 적격심사에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다"(제37조).

이상의 내용으로 볼 때, 우리 헌법은 검찰총장을 정점으로 하는 검사 제도를 전제하고 있지만, 검사의 헌법상 지위에 대해서는 직접 규정하고 있지 않다. 다만, 우리 헌법이 영장청구권자로 검사를 명시한 이유에서 검사의 헌법적 지위를 적극적으로 해석할 수 있는 여지는 있다.

2. 입법 연혁

우리 헌법이 영장과 관련한 조항을 두게 된 연혁을 살펴보면 다음과 같다. 1895년 대한제국의 재판소구성법이 제정되면서 우리나라에 근대적 형사사법제도가 수립되었다. 1895년 4월 15일 반포된 법무령 제2호는 범죄수사를 검사의 직무로 규정하고, 사법경찰에 대하여 영장집행을 명령할 권한을 검사에게 부여하였다. 1908년 7월 13일 법률 제13호로 제정된 '민·형사소송규칙'은 법관 외에 수사기관인 검사와 사법경찰관에게도 강제처분권을 인정하였다. 1909년 일본의 압력에 의하여 사법권이 대한

제국에서 일본으로 이양되었다. 1945년 8월 15일 일본의 패망으로 우리나라는 독립되었다. 그 후 남한에는 태평양미국육군총사령부에 의한 군정이 시작되었다. 1945년 11월 3일 '법무국훈령 제1호' 제2조는 "조선 내에서 체포와 구류하는 것은 정당히 권한이 부여된 군대, 경찰, 경무국관리 및 경무국에서 대리로 지정된 자의 임무이다"라고 규정하였다. 검사가 언급되지 않은 것은 검사를 영미식 소추기관으로 파악하였기 때문이라고 해석한다.[25]

1948년 3월 20일 공포되어 그 해 4월 1일 시행된 미군정법령 제176호로 영장제도가 우리나라에 최초로 도입되었다. 여기에서는 검찰과 사법경찰관 기타 어떠한 관헌이라도 법관이 발부한 영장에 기하지 아니하고는 인신의 자유를 구속할 수 없다고 규정하였다.[26] 즉 미군정법령 제176호는 구인, 구류에 관한 검찰 및 사법경찰관의 권한을 언급하지 아니하고, 법관에 의한 영장발부만 강조하고 있다. 영장청구권한이 누구에게 있는지에 대해서 아무런 언급이 없어 검사와 사법경찰관 모두 법관에게 직접 영장을 청구할 수 있는 권한이 있는 것으로 해석될 소지가 있었다. 검찰은 미군정법령 제176조 제8호가 사법경찰관이 구속기간의 연장결정신청을 함에 있어 검찰관을 경유하도록 규정하고 있으므로 두 규정을 체계적으로 해석하면 구속영장의 신청도 검찰관을 경유하는 것이 타당하다고 주장한 반면 경찰은 명시적인 규정이 없는 만큼 사법경찰관이 법관에게 영장을 바로 신청할 수 있다고 주장하였다. 1948년 3월 31일 발포된 미군정법령 제180조로 이 논란은 종식되었다. 여기에서는 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 발부하도록 절차를 명시하였다.[27] 이 규정으로 인하여 수사권의 핵심인 강

---

25) 김선택, "영장청구주체입법의 변천 및 평가", 「안암법학」 31권, 2010년, 6쪽.

26) 남조선과도정부 법령 제176호 1948.3.20. 형사소송법의 개정
제3조 누구든지 구속당할 자의 성명 및 피의사건을 기재한 재판소가 발한 구속영장 없이는 신체의 구속을 받지 아니한다.

27) 남조선과도정부 법령 제180호 1948.3.31. 법령 제176호의 보충규정
제5조 구속영장 또는 수색영장의 신청수속은 다음과 같다.
가. 검찰관은 그 소속재판소에 신청한다
나. 사법경찰관 및 기타관헌은 소관 검찰관에게 청구하며 그 검찰관은 이를 재판소에 신청한다.
제6조 지방심리원장은 재판소가 없는 부, 군, 또는 도의 재직특별심판원에게 심판관의 대리로서 법령 제176호에 의한 구속영장 또는 수색영장을 발부할 권한을 부여할 수 있다. 그 경우에는 당해관서에 대하여 그 특별심판원의 임지와 성명을 통지하여야 하며 사법경찰관 및 기타 관헌은 검찰관에게 청구할 필요없이 특별심판원에게 직접 각 영장의 발부를 신청할 수 있다. 그 경우에 법령 제176호에 규정한 영장을 얻어야 할 기간은 48시간이다.

제수사에 있어서 검사경유의 원칙이 수립되어 사법경찰관의 활동은 검사의 지휘통제 아래로 들어가게 되었다.[28]

1948년 7월 12일 제정된 제헌헌법은 제9조 신체의 자유 규정에서 영장제도를 채택하고, 영장발부권을 법관에게 부여하였다.[29] 그러나 영장청구주체에 대해서는 언급이 없어 이론적으로는 사법경찰관이 영장을 청구할 수 있는 가능성은 존재하였다. 1948년 7월 17일 헌법이 공포되고, 그 해 9월 14일 형사소송법 제정을 위한 법전편찬위원회가 구성되었다. 형사소송법은 우여곡절 끝에 1954년 9월 23일 공포되었다. 동법 제201조는 피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 구속사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다고 규정하고, 또 동법 제215조는 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있음을 규정하였다.[30] 1948년 제정된 헌법과 1954년 제정된 형사소송법은 영장신청에 있어서 검사경유원칙을 명시하지 않고 있다. 그러나 이는 당시 수사실무관행과 달랐다고 한다. 또 법원이 영장을 기각할 경우 영장을 신청한 검사에게 신청서를 교부한다는 동법 제201조 제3항 규정과의 체계적 해석 및 사법경찰관에 대한 검사의 지휘권을 근거로 영장신청시 검사경유원칙이 도출된다는 해석도 있었다.[31]

1960년 4.19 혁명 이후 개정된 1960년 헌법은 제75조 제2항에 경찰의 중립성 확보

---

28) 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅱ) - 초기 법규정의 정비를 중심으로 - ”, 「서울대학교 법학」 제42권 제2호, 2001년 7월, 서울대학교 법학연구소, 240쪽.

29) 1948년 제헌헌법
제9조 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 수색, 심문, 처벌과 강제노역을 받지 아니한다.
체포, 구금, 수색에는 법관의 양장이 있어야 한다. 단, 범죄의 현행·범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다.
누구든지 체포, 구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다.

30) 1954년 제정 형사소송법
제201조 (구속) ①피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받어 피의자를 구속할 수 있다. 단, 1만5천환이외의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.
제215조 (압수, 수색, 검증) 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

31) 서일교, 『신형사소송법학』, 일한도서출판사, 1954년, 200쪽(“[구속영장] 신청을 기각할 때에는 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다(동조3항). 따라서 구속영장의 신청은 검사만이 할 수 있는 것으로 사법경찰관은 검사를 경유하여야 한다. 이는 사법경찰관이 범죄의 수사에 있어서 검사의 지휘감독을 받는 현 제도하에서는 당연하다 하겠다. 검사는 사법경찰관의 영장청구에 대하여 수사지휘권에 기하여 이를 거부할 수 있다.”)

에 관한 규정을 두었다.[32] 허정 과도내각수반 겸 대통령권한대행은 1960년 6월 1일 대통령령 제1584호로 경찰행정개혁심의위원회령을 제정, 공포하여 내무부 산하에 경찰행정개혁심의회를 설치하였다. 여기서 경찰에게 1차적 수사권을 부여하자는 주장이 나왔으나 흐지부지되고, 오히려 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권이 강화되는 움직임이 나타났다. 1961년 5.16 쿠데타 후인 1961년 9월 1일 개정된 형사소송법은 영장청구주체를 검사로 한정하였다. 기존 형사소송법이 영장청구주체를 '검사 또는 사법경찰관'으로 규정하고 있었지만, 개정 형사소송법은 "검사는 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에 청구하여 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다"고 규정하였다.[33]

영장청구에 있어서 검사경유원칙을 법률에 최초로 규정한 1961년 형사소송법 개정의 배경이나 진행상황에 관하여 참고할 만한 입법자료가 발견되지 않는다는 이유로 개정의 의미에 큰 비중을 두지 않는 견해가 있다.[34] 그러나 영장청구에 있어서 검사경유원칙은 이미 1948년 미군정법령 제180조 공포로 수립되었으며, 그 후 헌법과 형사소송법에 검사경유원칙이 직접 언급되지 않았어도 실무상 또 형사소송법의 체계적 해석상 당연한 것으로 받아들여진 것을 법률로 확인한 것에 불과하기 때문에 1961년 형사소송법 개정에 큰 논란이 없었던 것으로 해석할 수 있다.

1962년 12월 26일 공포된 제5차 개정헌법은 검사의 영장신청권을 헌법에 처음으로 명시하였다. 즉 당시 헌법 제10조 제3항은 "체포·구금·수색·압수에 있어 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."고 규정하였다. 이에 대해 신동운 교수는 헌법에 영장청구권자를 명시한 것은 우리 헌법의 큰 특징이며, 이것은 사법경찰단계에서의 기본권 침해사태를 경험한 바 있는 우리 입법자가 단순히 법관이 발부한 영장이라는 방어장치에 만족하지 않고, 법관에 준하는 법률전문가이며 직무수행에 있어서 객관의무를 지니고 있는 검사로 하여금 영장청구의 주도권을 쥐게 함으로써 사법경찰단계의 수사과정에서 행해질지도 모르는 기본권 침해

---

32) 1960.6.15. 제3차 개정헌법
제75조 ①행정각부의 조직과 직무범위는 법률로써 정한다.
②전항의 법률에는 경찰의 중립을 보장하기에 필요한 기구에 관하여 규정을 두어야 한다.<신설 1960.6.15.>

33) 1961.9.1. 개정된 형사소송법
제201조 (구속) ①피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수가 있고 사법경찰관은 검사에 청구하여 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 단, 1만5천환이외의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

34) 김선택, 전게논문, 19쪽.

를 이중의 장치를 통하여 방지하려는 배려에서 행한 헌법적 결단이라고 평가한다.[35]

그러나 동 헌법조항이 신설된 이유나 진행상황을 확인할 입법자료는 보이지 않으며, 따라서 검사의 영장신청권의 특별한 의미를 도출하려는 모든 시도는 객관적 자료에 의해 검증될 수 없는 주관적 견해라고 평가하는 견해도 있다.[36]

검사의 영장청구규정은 1972년 12월 27일 공포된 유신헌법에서 '검찰관의 신청에 의하여'라는 문구가 '검사의 요구에 의하여'로 수정되었다.[37] 즉 동헌법 제10조 제3항에서 체포·구금·수색·압수시 영장규정에 '검찰관의 신청에 의하여'라고 규정하였던 것을 '검사의 요구에 의하여'로 바꾸고, 제14조 주거에 대한 수색·압수 영장 규정을 '법관의 영장'에서 '검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장'으로 수정하였다. 박정희 대통령의 사망으로 유신체계가 종료되고, 1980년 10월 27일 공포된 헌법은 '검사의 요구'를 '검사의 신청'으로 바꿔 문구만 수정한 채 영장청구규정을 남겨두었다.[38] 1987년 민주화 운동으로 권위주의 체제가 막을 내리고 국민의 의사를 민주적으로 수렴한 현행 헌법이 1987년 10월 29일 개정되었다. 현행 헌법 역시 검사의 영장청구규정을 그대로 수용하였다. 제12조 제3항에서 체포·구금·압수·수색시의 영장발부에 대하여 '검사의 신청에 의하여'라는 기존 문구에 '적법한 절차에 따라'라는 문구를 추가하고, 제16조 주거에 대한 압수·수색 관련규정은 종전대로 남겨두었다.[39]

---

35) 신동운, "운전종료후의 음주측정불응죄와 영장주의", 「저스티스」 제30권 제4호, 1997년, 156~157쪽.

36) 김선택, 전게논문, 21쪽.

37) 1972.12.27. 제7차개정헌법
제10조 ③체포·구금·압수·수색에는 검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 요구할 수 있다.
제14조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

38) 1980.10.27. 제8차개정헌법
제11조 ③체포·구금·압수·수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.
제15조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

39) 1987.10.29. 제9차개정헌법
제12조 ③체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.
제16조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

나. 검사의 지위에 관한 학설

검사는 그 조직, 구성 및 권한이 헌법에 규정되어 있지 않으므로 헌법기관이라고 할 수 없다. 다만, 우리 헌법은 영장청구주체로 검사를 규정하고 있어 검사는 헌법에 의하여 필수적으로 요구되는 국가기관이다. 또 국무회의 심의사항으로 검찰총장의 임명을 명시하고 있어 검찰총장과 검사로 구성되는 검사제도는 헌법이 예정하고 있다고 하겠다. 검사의 구체적인 권한과 의무는 입법작용을 통하여 구체화된다. 검사제도의 구체적 모습 형성에 관한 재량권이 입법자에게 광범위하게 인정된다. 다만 입법자는 국민주권원리, 민주주의원리, 권력분립원리 등 우리 헌법의 기본원리를 위반할 수 없는 한계를 갖는다. 특히 국가기관의 권한을 설정하는 데 있어서 권력분립원리가 중요한 의미를 갖는다.

검찰청법은 검사의 직무와 권한에 대해서 제4조 제1항에서 “검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다. 1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항, 2. 범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독, 3. 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구, 4. 재판 집행 지휘·감독, 5. 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독, 6. 다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항”이라고 규정하고, 이어 동조 제2항에서 “검사는 그 직무를 수행할 때 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 주어진 권한을 남용하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

검사 역시 공무원이므로 헌법 제7조의 적용을 받는 것은 당연하다. 즉 검찰청법 제4조 제2항이 규정하는 내용은 헌법 제7조 제1항의 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”는 내용과 동조 제2항의 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”는 내용의 반복에 불과하며, 검찰의 지위를 특별히 규정한 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 또 검찰청법 제4조 제1항에서 검사를 ‘공익의 대표자’로 서술한 것 역시 공무원의 일반적 성격을 확인하고 강조한 것일 뿐 검사 특유의 지위를 형성한 것이라고 보기 어렵다. 입법자가 위 법률조항을 통해 검사의 지위를 구체적으로 형성한 것은 제1호부터 제5호까지 내용이라고 하겠다. 위 법률조항에 따라 검사는 국민 전체에 대한 봉사자이자 사법에 관한 직무를 수행하는 공무원으로서 정치적 중립을 지켜야 하며, 주어진 권한을 남용하여서는 아니 된다는 의무를 진다.

검사는 또한 국가기관으로서 헌법이념과 조직원리에 따라 그 규범체계의 범위에서 자신의 권한과 의무를 그 목적에 부합하도록 수행하여야 한다. 따라서 검사는 헌법 제10조 후문, 즉 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"는 내용에 따라 직무를 수행함에 있어 국민의 기본권을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 이를 적극적으로 실현하여야 하는 의무를 부담한다.[40]

검사의 지위를 구체화한 또 다른 법률로 형사소송법이 있다. 우리 헌법과 형사소송법을 체계적으로 해석할 경우 검사의 지위가 단순한 행정기관인지, 준사법기관인지를 놓고 견해가 갈린다. 이 문제는 법원과의 관계에서 검찰권의 본질을 살펴볼 때 중요한 의미를 갖는다.

1. 사법기관설

사법기관설은 사법 개념을 법원의 재판권을 의미하는 협의의 사법(Jurisdiktion)과 수사, 소추, 재판, 형의 집행 등을 포괄하는 광의의 사법(Justiz)으로 구분한 후 검사는 광의의 사법을 실현하는 사법기관이라고 본다. 여기서는 사법의 개념을 '법적 정의와 안정성 및 인간존엄의 보장요구를 진실발견의 절차를 통해 실현하는 영역'으로 이해한다.[41] 즉 검사는 법적 정의와 진실, 기본권 보장과 사회질서의 유지라는 법이념을 법관과 공유하면서 동일한 차원의 법률가적 지위와 의무를 부담하고, 법관과 함께 재판작용에 참여하며 실체적 진실을 규명하고 인권을 보장하는 역할을 담당한다.[42] 검사가 사법기관이라는 논거를 정리하면, 첫째 수사기능이 판사의 영역에서 분화된 것이라는 점, 둘째 검사의 업무는 판사의 업무와 밀접한 관련이 있다는 점, 셋째 검사의 활동을 규율하는 원칙은 법원이 법 발견에 있어서 적용하는 원칙과 같다는 점 등이다.[43]

사법기관설 역시 검사가 행정기관이라는 점을 부인하지 않으므로 후술하는 준사법기관설도 크게 다름이 없다. 사법의 개념을 어떻게 이해하느냐에 따라 사법기관설과 준사법기관설로 구분될 뿐이다.

---

40) 이효원, "검사의 공익적 기능", 「형사법의 신동향」 통권 제35호, 2012년 6월, 95쪽.

41) 배종대/이상돈, 『형사소송법』, 홍문사, 2002년, 73쪽.

42) 이효원, 전게논문, 99쪽.

43) Eb. Schmidt, DRiZ, 1957년, 279쪽(이상문, "사법내에서의 검사의 법적 지위의 문제", 295쪽 각주76에서 재인용).

2. 준사법기관설

검사는 정부조직 편제상 행정부에 소속되어 있기는 하지만, 준사법기관의 성격을 가진다는 해석이 우리 학계의 다수를 차지하고 있다. 준사법기관설은 협의의 사법 개념, 즉 법원의 재판권을 사법으로 이해하면서도 검찰권은 사법과 밀접한 관계에 있다는 점에서 검사의 지위를 준사법기관으로 이해한다.[44] 준사법기관설 역시 검찰권은 본질적으로 행정권에 속하지만, 일반 행정권과 다른 특징이 있다는 데서 논리를 전개한다. 검찰권은 사법권과 밀접한 관련이 있을 뿐만 아니라, 검찰이라는 제도의 탄생이 역사적으로 규문주의를 폐지하고 독립된 법원이 공정한 심판자로 재판할 수 있도록 하기 위한 동시에 경찰에 대한 법치국가적 통제자로 기능하여 국가권력으로부터 국민의 자유를 보장하기 위한 데 있으므로 검사는 준사법기관으로서 성격을 갖는다고 한다.[45] 검사에게 사법권 독립의 정신이 요구되고, 법관과 같은 자격을 부여하고, 그 신분을 보장하는 이유도 여기서 찾는다.

현행 검찰청법은 검사의 임명자격을 법관과 동일하게 하고(제29조), 법관에 준하는 신분보장을 하며(제37조), 검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따라야 하지만, 구체적 사건과 관련된 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때는 이의를 제기할 수 있도록 인정하고 있으며(제7조), 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독할 수 있지만, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만 지휘·감독하도록 규정하고 있다(제8조). 이러한 조항들은 검사에게 법관에 준하는 지위를 부여하고, 직무수행에 있어서 독립성을 제고하고자 하는 입법취지가 있는 것이다.[46]

3. 행정기관설

검사는 판사와 같이 소극적, 수동적 권력을 행사하는 것이 아니라, 법에 따라 구체적으로 국가목적이나 공익의 실현을 위하여 행하는 주도적이고 능동적인 권력을

44) 이재상, 『신형사소송법』 박영사, 2011년, 91쪽.

45) 이재상, 상게서, 89~92쪽.; 신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2012년, 43~45쪽; 이효원, "미래변화와 검찰기능 강화방안 – 검사의 공익적 기능 강화를 중심으로 –", 2010년도 대검찰청 용역과제 보고서, 2쪽.

46) 신동운, 전게서, 43쪽; 이재상, 전게서, 92쪽.

행사하는 기관이므로 그 성격상 행정기관이라는 견해도 최근 유력하다.[47] 따라서 검사에게 사법기관인 법관에 준하는 지위를 인정할 수 없다고 한다. 행정기관설의 주요 논거는 검사를 준사법기관으로 보고자 한다면 헌법상 사법기관의 실질을 부여하는 규정을 두었거나 최소한 검사를 언급하고 있는 헌법조항에 규정된 검사의 권한이 실질적인 사법작용에 해당되는 것이어야 하는데, 그렇지 않다는 것이다.[48] 또 검찰업무에 관하여 법무부장관의 지휘감독권 및 검찰 내부의 지시복종관계가 존재하는 것 역시 행정기관설의 주요한 논거다. 지휘감독권과 지시복종관계는 국민주권주의에서 비롯된 민주적 정당성에 기초한 기관구성이라는 헌법적 요청에 부합하는 것으로, 행정기관인 검사에게 이를 요구하는 것은 정당하다고 해석한다.[49]

4. 헌법재판소와 대법원의 태도

헌법재판소와 대법원은 준사법기관설에 입각하고 있다. 헌법재판소는 "검사는 공익의 대표자로서 범죄수사 및 공소제기와 그 유지에 필요한 사항, 재판집행의 지휘·감독, 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독 등을 그 직무로 함과 아울러 이를 수행함에 있어 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 부여된 권한을 남용하여서는 아니 되도록 그 공익적 지위와 객관의무를 부여받고 있다. 뿐만 아니라 법관과 동일한 자격조건에 의하여 임명되고 정당한 법령의 적용청구와 피고인의 이익을 위하여도 상소할 수 있는 준사법기관적 성격을 가지고 있다."고 한다.[50]

대법원도 "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 차원에

47) 문준영, "검사의 법적 성격과 조직방식에 관한 논의의 비판적 고찰: 검사의 준사법기관성과 검사동일체원칙을 중심으로", 「민주법학」 26호, 2004년, 175쪽.

48) 김선택, "영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론", 「공법연구」 제38집 제2호, 2009년, 266쪽.

49) 문준영, 전게논문, 171-190쪽.

50) 헌재 2007.7.26. 2005헌마167.

서 인권보호의 기능을 수행하게 하고 있다."고 설명한다.[51]

다. 영장청구규정과 검사의 지위

검사의 헌법상 지위를 검토할 때 영장청구규정을 논거로 사용할 수 있을지를 놓고 견해가 갈린다. 우리 헌법상 검사의 영장청구권은 다른 나라에서 입법례를 찾아볼 수 없는 것으로, 이에 기초한 논의 역시 다른 나라에서 찾아볼 수 없는 특수성을 갖는다. 현행 헌법 제12조 제3항 본문 및 제16조 제2문에 규정된 검사의 영장청구규정에서 검사의 지위도 법관에 준하는 사법기관으로서 인정된다는 견해가 있는 반면 이에 반대하는 견해도 있다. 제1설은 이 조항은 검사에게 영장신청권을 헌법사항으로 보호함으로서 검찰로 하여금 경찰의 수사를 통제함과 동시에 법관의 전횡을 감시하는 권한을 행사하여 궁극적으로 국민의 인권을 보장해달라는 국민들의 의지가 표출된 것으로 검사는 준사법기관이자 공익의 대표자로서 객관의무를 부담하는 헌법상 지위를 갖게 되었다고 본다.[52]

제2설은 현행 헌법 제12조 제3항 및 제16조의 '검사의 신청에 의하여'라는 문구는 수사주재자로서의 지위이든 준사법기관으로서의 지위이든 검사의 헌법상 지위를 규정한 것이 아니라, 강제수사에 필요한 영장을 청구할 권한을 검사에게 인정한 규정으로서 경찰의 영장신청에 대하여 (또는 본인이 직접 영장을 청구함에 있어서) 법률전문가로서 적법성을 검토할 권한을 부여한 규정으로 보아야 한다고 주장한다.[53]

라. 검토

검사의 헌법상 지위를 논하기 위해서는 영장청구규정의 의미를 먼저 살펴야 한다. 검사라는 기관이 헌법에 언급된 유일한 조항이므로 검사의 지위를 논할 때 이에 근거하여 검토하지 않을 수 없다. 영장청구규정이 검사의 헌법상 지위를 설정하기 위하여 마련된 조항이 아닌 것은 분명하다. 편제상 국민의 권리와 의무를 규정한 헌법 제2장 중 기본권을 보장하기 위한 내용 및 절차를 규정하는 과정에서 검사의 역

51) 대법원 2010.10.28. 선고 2008도11999 판결.

52) 안미영, "우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의", 「형사법의 신동향」 통권 제24조, 2010년 2월, 41쪽.

53) 김선택, 전게논문, 266쪽.

할이 간접적으로 규정된 것이다. 더구나 검사의 역할은 영장청구주체, 더 나아가 강제수사의 지휘감독권기관에 그치는 것이 아니기 때문에 이 조항을 검사의 헌법상 지위를 설정하는 근거조항으로 이해하는 것은 적절하지 않다. 검사의 헌법상 지위를 확고히 하기 위해서는 이를 분명하게 규정하는 헌법적 근거가 필요하다.

그럼에도 불구하고 영장청구규정은 검사의 지위를 규정하는 주요한 논거가 될 수 있다고 생각한다. 검사는 영장청구를 통하여 사법경찰관과 법관의 중간자로서 준사법기관의 지위를 갖는다. 즉 사법경찰관의 범죄수사를 지휘·감독하고, 법관과 기능적으로 연계하여 사법작용을 담당한다. 검사와 판사는 서로 독립적이지만, 기능면에서 때로는 서로 의존하고, 때로는 서로 견제한다. 검사와 판사는 같은 원칙, 즉 객관성, 불편부당성, 정의의 원칙에 근거하여 같은 목적, 즉 진실을 발견하고 정의를 실현한다는 목적을 추구한다.[54] 그렇다고 보면 검사는 조직체계상 행정부에 속하는 행정기관이지만, 직무의 속성상 광의의 사법권을 보유하는 준사법기관이라고 하겠다. 검찰청법이 검사의 직무를 규정하면서 법원과의 관계에서 '공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항'뿐 아니라 '법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구'를 명시하고 있는 것도, 검사를 준사법기관으로 이해하는 데 기초한다.

우리나라 다수 학설은 검사의 객관의무를 인정하는데, 검사의 객관의무는 검사가 준사법기관이라는 전제를 인정할 때 수용하기 쉬워진다. 검사가 법의 수호자로서 객관의무를 진다는 것은 대륙법계 직권주의 형사사법체계에서 도출된 것이다. 객관의무, 즉 검사는 공익의 대표자로서 진실과 정의의 원칙에 따라 실체적 진실을 추구하고, 법령의 정당한 적용을 청구하는 객관적 직무를 수행하므로 피의자, 피고인의 정당한 이익도 보호하여야 할 의무가 있다는 것은 영미법계 당사자주의 형사사법체계에서 설명하기 어렵다.

대법원 판례에 기초하여 이 문제를 살펴보자. 대법원은 검사의 객관의무를 인정한다. 대법원은 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘와 관련하여, "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 사법

54) 이완규, "검사의 지위에 관한 연구 -형사사법체계와의 관련성을 중심으로-", 서울대학교 법학박사논문, 2005년, 269쪽.

경찰관리에 대한 수사지휘(형사소송법 제196조), 체포·구속 장소 감찰(형사소송법 제198조의2) 등의 권한을 부여하여 절차법적 차원에서 인권보호의 기능을 수행하게 하고 있다.”고 설명 한 후 “사법경찰관이 검사에게 긴급체포된 피의자에 대한 긴급체포 승인 건의와 함께 구속영장을 신청한 경우, 검사는 긴급체포의 승인 및 구속영장의 청구가 피의자의 인권에 대한 부당한 침해를 초래하지 않도록 긴급체포의 적법성 여부를 심사하면서 수사서류 뿐만 아니라 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면조사할 수 있는 권한을 가진다고 보아야 한다.”고 판시하였다.[55]

또 검사가 피고인에게 유리한 증거를 법원에 제출하지 않은 것이 위법한지 여부가 문제된 사안에서 대법원은 “검찰청법 제4조 제1항은 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사·공소제기와 그 유지에 관한 사항 및 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구 등의 직무와 권한을 가진다고 규정하고, 같은 조 제2항은 검사는 그 직무를 수행함에 있어 그 부여된 권한을 남용하여서는 아니된다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 형사소송법 제424조는 검사는 피고인을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 검사는 피고인의 이익을 위하여 항소할 수 있다고 해석되므로 검사는 공익의 대표자로서 실체적 진실에 입각한 국가 형벌권의 실현을 위하여 공소제기와 유지를 할 의무뿐만 아니라 그 과정에서 피고인의 정당한 이익을 옹호하여야 할 의무를 진다고 할 것이고, 따라서 검사가 수사 및 공판과정에서 피고인에게 유리한 증거를 발견하게 되었다면 피고인의 이익을 위하여 이를 법원에 제출하여야 한다.”고 판시한 바 있다.[56]

그러나 당사자주의 사법체계에서 일방 당사자는 상대방 당사자에게 유리한 증거를 제출할 의무가 없다. 대법원은 “당사자주의 소송구조하에서는 자기에게 유리한 주장이나 증거는 각자가 자신의 책임하에 변론에 현출하여야 하는 것이고, 비록 자기가 상대방에게 유리한 증거를 가지고 있다거나 상대방에게 유리한 사실을 알고 있다고 하더라도 상대방을 위하여 이를 현출하여야 할 의무가 있다고 보기는 어려울 것이므로 상대방에게 유리한 증거를 제출하지 않거나 상대방에게 유리한 사실을 진술하지 않는 행위만으로는 소송사기에 있어 기망이 된다고 할 수 없다”고 판시한 바 있다.[57]

---

55) 대법원 2010.10.28. 선고 2008도11999 판결(밑줄은 필자가 추가).

56) 대법원 2002.2.22. 선고 2001다23447 판결(밑줄은 필자가 추가).

57) 대법원 2002.6.28. 선고 2001도1610 판결(밑줄은 필자가 추가).

위 판례에서 보듯이, 대법원은 우리 소송구조가 당사자주의를 원칙으로 한다고 하면서 검사를 소송의 일방 당사자로 인식하지 않고, 단순한 당사자 입장을 초월하여 실체적 진실을 추구하고 법령의 정당한 적용을 청구하도록 하는 의무를 검사에게 부여하고 있는 것이다. 학설 역시 대법원 판례와 마찬가지로 우리 형사소송구조를 당사자주의를 원칙으로 한다고 하면서 검사에게 객관의무가 있다고 보는 견해가 다수설을 차지한다.

그런데 당사자주의와 객관의무는 서로 양립하기 어려운 내용이어서 두 입장을 동시에 취하기 쉽지 않다. 이에 관한 학설을 살펴보면, 우리 형사소송구조가 실체적 진실을 이념으로 하는 직권주의에서 법의 적정절차를 이념으로 하는 당사자주의로 전환된 이상 검사의 객관의무는 부정되어야 한다는 견해,[58] 우리 형사소송구조를 당사자주의와 직권주의 절충으로 이해하고 공판절차에서 검사는 법치국가원리 실현을 위해 객관성을 유지하지 않으면 안 된다는 점에서 검사의 객관의무가 인정되어야 한다는 견해,[59] 형사소송구조를 당사자주의와 직권주의 절충으로 보면서도 검사는 당사자가 아니라는 입장에서 객관의무를 인정하는 견해,[60] 형사절차의 구조가 수사단계는 직권주의지만 공판단계는 당사자주의라는 분류 아래 검사에게 당사자지위를 인정하면서 객관의무를 인정하는 견해,[61] 형사소송구조를 당사자주의를 기초로 한다고 하면서도 검사에게 준사법관적 성격이 있다는 이유로 객관의무를 인정하는 견해[62] 등이 있다.

우리 형사소송구조를 당사자주의로 이해하면서 검사에게 실체적 진실을 위하여 상대방 당사자에게 유리한 행위를 하여야 할 객관의무가 있다고 설명하는 것은 논리 일관적이라고 할 수 없다.[63] 우리나라 형사소송구조는 순수한 당사자주의가 아니라 직권주의와의 절충형이며, 검사는 준사법기관의 지위를 갖는다고 설명할 때 조화로운 해석이 가능해진다. 검사는 광의의 사법권을 행사하는 기관이기 때문에 법의 수호자로서 법과 정의에 기속되며 국가의 권력의지가 아니라 법에 의거해서

58) 차용석, 『형사소송법』, 세영사, 1998년, 150-155쪽.

59) 이재상, 전게서, 103쪽.

60) 배종대/이상돈, 전게서, 86쪽;신동운, 전게서, 729쪽.

61) 신현주, 『형사소송법』, 박영사, 2002년, 100쪽.

62) 강구진, 『형사소송법원론』, 학연사, 1982년, 105-106쪽.

63) 이상문, “사법(Justiz)내에서의 검사의 법적 지위의 문제, 「형사법의 신동향」 통권 제31호, 2011년 6월, 304쪽.

판단하여야 하는 것이다.

한편 검사의 지위와 관련하여, 검사를 공익의 대표자라고 설명하기도 한다.[64] 즉 검사는 공익의 대표자로서 개인과 대립되는 국가나 정부의 이익을 대변하는 것이 아니라 국가와 정부는 물론 개인을 포함한 사회 전체의 이익을 대표한다는 것이다. 하지만 공익의 대표자는 검사의 전유물이 아니다. 모든 공무원은 헌법 제7조에 따라 국민전체의 봉사자로서 공익을 대변하여야 한다. 검사 특유의 지위는 사법경찰관과 법관의 중간에 위치한 준사법기관에서 찾아야 할 것이다. 우리 헌법상 영장청구규정은 이러한 검사의 지위를 간접적으로 설명하고 있다.

64) 이효원, 전게논문, 100쪽.

제3장 검사의 역할과 권력분립원리

제1절 권력분립원리와 검찰

가. 검사의 탄생과 사법권의 분할

1. 검사의 탄생

검사의 역할은 형사사법체계에 따라 다르다. 세계 각국의 형사사법체계는 크게 영미법계 당사자주의(adversary system)와 대륙법계 직권주의(inquisitorial system)로 나눌 수 있다. 당사자주의와 직권주의의 구별 기준으로 사실발견을 위한 조사를 누가 하는지, 소송에 대한 당사자의 처분권이 인정되는지, 형사절차를 시작할 수 있는 권한이 누구에게 있는지 등 여러 가지가 제시되고 있다.[65] 일반적으로 소송에서 주도적 지위를 가지는 자가 법원인지 아니면 소추, 피소추 당사자인지 여부에 따라 직권주의와 당사자주의를 구분한다고 설명한다.[66] 하지만 구분의 가장 중요한 기준은 사실판단자인 법원의 직권조사 여부라고 하겠다.[67]

우리나라 검찰제도는 대륙법계 직권주의의 영향을 받아 발전하였다.[68] 그러나 최근 우리나라 형사소송제도에 당사자주의적 내용이 도입되면서 우리나라 형사사법체계의 성격을 당사자주의로 규정하는 견해가 다수설을 차지하게 되었다. 그 결과 검사의 역할에 대한 이해에서 큰 혼란이 발생하고 있다. 검사의 역할에 대한 바른 모델의 설정은 검사의 탄생, 즉 근대 형사사법체계에서 검사를 필요로 했던 이유를 살펴보고, 그러한 이유가 오늘날 변화된 환경 속에서 여전히 유효한 것인지 검토하는 일부터 시작되어야 한다.[69] 특히 우리나라 형사사법제도의 형성과 발전에 큰 영

65) 이완규, 전게논문, 17-29쪽.

66) 한상훈, "형사소송의 구조와 검사, 피고인의 지위", 「형사법연구」 제21권 제4호 통권 제41호, 2009년, 400쪽 각주 10의 문헌 참고

67) 이완규, 전게논문, 24쪽.

68) 근대 검찰의 탄생은 1789년 프랑스 혁명과 그 여파로 제정된 1808년 프랑스 형사소송법에 기원한다. 1808년 프랑스 형사소송법은 영국을 제외한 대부분의 유럽국가에 직접적인 영향을 미쳤으며, 우리도 검찰제도와 사법경찰제도 등 형사소송법의 근간을 이루는 많은 제도들이 프랑스에 그 근간을 두고 있다. 김종구 등, 『검찰제도론』, 법문사, 2011년, 8쪽; 백원기, "검찰제도에 관한 가치론적 고찰 - 사법개혁론과 검찰개혁방안을 중심으로-," 「형사법의 신동향」 통권 제31호, 2011년 6월, 224쪽 참고.

향을 주었다고 평가되는 독일의 검찰제도에 대한 검토가 이루어져야 현재 우리나라 검찰의 정체성을 제대로 파악할 수 있다.[70]

직권주의 형사사법체계에서 검찰은 법원이 담당하는 사법권력의 일부를 담당하면서 탄생하였다. 직권주의에서 사법은 법원의 재판권을 의미하는 협의의 사법과 수사, 소추, 재판, 형의 집행을 모두 포괄하는 광의의 사법이 있다. 법원은 당초 광의의 사법을 담당하였다. 직권주의에서 재판의 목적은 실체적 진실의 발견에 있다. 진실발견은 재판을 주도하는 법관의 임무다. 즉 직권주의의 특징은 법관의 피고인(피의자) 조사가 직권에 의해 이루어진다. 이러한 이념은 형사사법체계 전체를 관통하여 해당하는 것이다.[71] 진실발견을 위해 법원은 모든 사실을 공판정에서 직접 조사할 수 없으므로, 공판전 조사절차를 둔다. 공판전 조사절차의 조사권한 범위는 공판정에서 사실심법원의 조사권한 범위와 유사하다. 검찰은 법원이 담당하던 기능 중 수사, 소추 및 형의 집행 부분을 담당하면서 태어난 기관이다. 따라서 검사는 법원에 대한 견제기관으로 기능한다. 검사가 법원에 대해 하는 각종 신청권, 이의권, 상소권 등은 객관적 관청으로서 법의 적정한 적용을 감시한다는 차원에서 행사하는 것이다.

또한 검사제도는 전근대적 규문적 형사사법제도로 인한 인권침해를 경험한 시민사회의 반성으로부터 태어난 제도로서 원래 사법작용으로 사법의 영역에서 행해져야 하는 수사가 인적 물적 자원의 제약이라는 현실상의 이유로 인해 경찰에게 상당부분이 위임되어 수행되어 오던 상황에서, 경찰의 수사 활동을 법적으로 통제하고 수사를 사법적 절차로 형성하여 국민들의 인권을 보장함과 동시에 법치주의의 구현을 목적으로 한 제도이다.[72] 따라서 검사의 탄생은 검사와 법관의 역할분담과 상호견제를 통한 진실발견, 수사절차에서 법률의 감시자로서 수사의 적법절차적 정당성의 확보 및 경찰수사에 대한 법치국가적 감시와 통제에서 그 근대적 의미를 찾을 수 있다.[73]

이에 반하여 당사자주의 형사사법체계에서 검사는 피고인에 대립하는 당사자일 뿐이다. 당사자주의는 실체적 진실의 발견을 소송목적으로 하지 않는다. 형사소송은

---

69) 이완규, 전게논문, 408쪽.

70) 이상문, 전게논문, 277쪽.

71) 이완규, 전게논문, 198~199쪽, 262~264쪽.

72) 안미영, 전게논문, 24쪽.

73) 김일수, “독일·오스트리아·스위스의 형사법 개정추이 연구”, 법무부, 2005년 69~70쪽.

이해관계자인 당사자들이 분쟁을 해결하는 장이다. 따라서 당사자의 공방에 의해서 공판절차가 진행된다. 법원의 직권조사라는 개념은 없다. 검찰은 단순한 공적 소추기관으로 도입되었다. 검사가 사법관 또는 준사법관으로 증거를 수집하기 위해 상대 당사자를 조사하는 등 수사를 한다는 것은 생각할 수 없었다. 또 검사가 경찰수사에 대한 지휘권을 갖는다고 인식되지 않았다. 검사는 법원의 절차에 당사자로서 관여하므로 법원과 검찰이 상호통제한다는 기능적 연관성은 없다. 즉 검사는 법원에 대한 견제기관으로 탄생한 것이 아니다.[74]

2. 우리나라 형사사법체계

우리나라 형사사법체계의 성격이 당사자주의인지, 직권주의인지 검토하는 것은 검찰의 역할 설정과 관련하여 중요한 의미가 있다. 일반적으로 직권주의는 국가처벌주의, 직권탐지주의, 직접주의, 탄핵주의, 공개주의, 구술주의 등을 개념적 특징으로 하고, 당사자주의는 소송물처분주의, 직접주의, 변론주의, 공개주의, 구술주의를 개념적 특징으로 한다.[75] 직권주의가 대륙법계 국가에서 오랫동안 발전되어온 형사사법체계이고, 당사자주의가 영미법계 국가에서 발전되어온 형사사법체계인 만큼 양쪽의 영향을 모두 받은 우리나라가 어디에 속하는지 객관적으로 평가하는 일은 쉽지 않다. 직권주의와 당사자주의를 어떻게 구분할지도 문제다. 헌법재판소는 소송진행의 주도권을 기준으로 구분한다. 즉 당사자주의는 당사자, 즉 검사와 피고인에게 소송의 주도적 지위를 인정하여 당사자 사이의 공격과 방어에 의하여 심리가 진행되고 법원은 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 입증을 판단하는 소송구조를 말하고, 직권주의적 구조란 소송에서의 주도적 지위를 법원에게 인정하는 소송구조를 말한다고 한다.[76]

소송 진행의 주도권을 기준으로 당사자주의와 직권주의를 구분할 경우 우리나라 형사소송체계를 당사자주의로 파악하고, 당사자주의에서 요구되는 피고인의 소송주체성 및 방어권이 신장되고, 더 나아가 피의자의 인권보장으로 이어지는 결과를 맺을 수 있는 장점이 있다. 하지만 소송 진행의 주도성 기준은 공판절차를 중심으로

74) 이완규, 전게논문, 144~146쪽.

75) 이상문, 전게논문, 287쪽.

76) 헌재 1995.11.30. 92헌마44.

한 것이어서 형사사법체계를 전체적으로 파악하지 못하는 단점이 있다.[77] 즉 수사, 소추, 공판이라는 형사사법권력의 배분과 경찰, 검찰, 법원이라는 형사사법권력을 행사하는 기관들의 견제와 균형이라는 권력분립원리를 고려하지 않고 당사자주의와 직권주의를 공판정에서의 소송진행 기술상의 문제로 격하시키게 된다는 것이다.

형사사법권력을 구조적으로 파악하는 관점에서, 직권주의와 당사자주의는 진실발견의 책무를 기준으로 구분하는 견해[78]가 타당하다고 본다. 즉 직권주의의 경우 형사절차가 지향하는 객관적 진실발견의 최종 담보자는 법원이며 이 책무의 수행을 위하여 법관에게 진실발견을 위한 주도적 권한을 인정하고 있는 데 반하여, 당사자주의는 실체적 진실발견의 원동력을 갈등·투쟁하는 대립당사자의 소송활동에서 구한다는 것을 전제로 검사와 피고인을 소송당사자로 파악하고 있다는 것이다.[79] 이렇게 구분할 경우 당사자주의와 직권주의 형사사법체계는 사실 확인과 판결을 하기 위한 일련의 체계로서 동등한 가치를 갖게 된다고 한다.[80] 당사자주의의 경우 각 당사자가 증거를 수집하고 제출한 후 그 증거로써 사실을 확정한다. 이에 반하여 직권주의에서는 법원이 직접 수집하거나 그 법원을 위하여 판사 또는 판사에 유사한 기관이나 그 외 공무원들이 직권으로 증거를 수집하여 법원에 넘겨 이러한 증거를 기초로 사실을 확정하는 것이다. 하지만 직권주의에서도 인권보장 및 방어권 보장 장치를 둘 수 있다. 따라서 인권보장 및 방어권 보장 장치가 있다는 데 근거하여 우리나라 형사사법체계를 당사자주의라고 평가하는 것은 잘못이라는 결론에 이른다.

헌법재판소와 대법원은 우리나라 형사사법체계가 당사자주의를 원칙으로 한다고 한다는 데 일치한다. 학자들은 순수한 당사자주의라는 견해[81]부터 직권주의를 기본으로 한다는 견해까지 다양한 의견을 제시하고 있지만, 당사자주의를 원칙으로 한다는 견해[82]가 다수를 차지하고 있다. 이러한 논란이 발생하는 근본 원인은 우리나라 형사사법체계가 직권주의를 바탕으로 시작되었지만 시간이 흐르면서 당사자주의 요소를 점차 확충해왔기 때문이다. 그 결과 현재 우리나라 형사사법체계는 직권주

77) 이완규, 전게논문, 36쪽.

78) 이완규, 전게논문, 30쪽.

79) 신동운, 전게서, 738쪽.

80) 이완규, 전게논문, 51쪽.

81) 차용석, 전게서, 99~100쪽.

82) 신동운, 전게서, 14쪽.

의 요소와 당사자주의 요소가 혼합된 모습을 띠고 있다.[83]

특히 수사절차는 직권주의 구조로 되어 있다. 우리나라 형사소송법은 법률명에 '소송'이라는 용어를 사용해서 공판절차를 규정하는 것 같지만, 그 안에 수사절차와 공판절차를 모두 규정하고 있다. 이는 수사절차가 공판절차와 연계하여 이해하는 직권주의 형사사법체계의 구성이라고 하겠다. 형사소송법 체계 역시 마찬가지다. 제2편에서 '제1심'이라는 제목 하에 수사절차(제1장) 외에도 공소절차(제2장) 및 공판절차(제3장)도 함께 규율하고 있다. 이러한 태도는 독일의 형사절차법과 유사하다. 독일의 경우에도 제1편 총칙에서 수사절차와 공판절차의 공통된 사항을 규정하고, 제2편 제1심에서 제2장 '공소의 준비'라는 제목 아래 수사절차에 대해서 규정하고 있다.

결론적으로 우리나라 형사사법체계는 어떠한 분류기준에 따르던, 또 그 기준에 따라 성격을 무엇이라 규명하던 상관없이 직권주의 요소가 있음을 부인할 수는 없다. 이는 검사가 준사법기관으로서 법관과의 기능적 역할분담을 통하여 수사절차에 있어서 진실발견과 인권보장의 직무를 수행하며, 공판절차에 있어서 법관을 견제하는 역할을 수행하도록 예정하고 있음을 의미한다.

나. 분점정부(divided government)와 사법권의 강화

83) 우리 형사소송법상 당사자주의적 요소로는, 첫째 공소제기단계에서 공소장일본주의(형사소송규칙 제118조 제2항)를 채택하고 있으며, 검사에게 기소 의무를 부과하지 않고 기소를 하지 않을 수 있게 한 점(제247조), 둘째 공판준비절차에 있어서 법원이 공소의 제기가 있는 경우 지체 없이 공소장 부본을 피고인 또는 변호인에게 송달하도록 한 점(제266조), 제1회 공판기일에 소환장의 송달 후 5일이상의 유예기간을 둔 점(제269조), 피고인에게 공판기일 변경신청권을 부여한 점(제270조), 셋째 공판절차에 있어서, 당사자의 출석 특히 피고인의 공판정 출석을 공판정 개정의 요건으로 하고 있는 점(제275조, 제276조), 증거조사는 원칙적으로 당사자의 신청에 의하여 행하여지는 점(제294조), 검사와 피고인에게 증거보전청구권을 인정하면서(제184조) 증거조사에 대한 참여권 또한 보장하는 점(제45조, 제163조), 증인신문에 있어서 교호신문제도를 규정하고 있는 점(제161조의2), 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이라도 공소장변경에 의해서만 법원의 현실적 심판의 대상이 되게 하는 공소장변경제도를 채택하고 있는 점(제298조), 당사자의 반대신문권 보장을 위한 제도로서 전문법칙을 규정하고 있는 점(제310조의2), 증거에 대한 당사자의 일종의 처분권을 인정하는 증거동의제도를 채택하고 있는 점(제318조) 등을 들 수 있다. 이에 반하여 직권주의적 성격을 띠고 있다고 평가할 수 있는 내용으로는, 첫째 피고인신문에 있어서 재판장은 피고인의 모두진술이 끝난 다음에 피고인 또는 변호인에게 쟁점의 정리를 위하여 필요한 질문을 할 수 있으며(제287조 제1항), 증거조사를 하기에 앞서 검사 및 변호인으로 하여금 공소사실 등의 증명과 관련된 주장 및 입증계획 등을 진술하게 할 수 있고(제287조 제2항), 둘째 법원은 당사자의 증거신청 및 피해자 등의 진술권을 보장하여야 하며, 또한 직권으로 증거조사를 할 수 있고(제295조), 셋째 재판장은 증인이 신청한 검사, 변호인 또는 피고인 등의 신문이 끝난 후에 증인에 대해 신문할 수 있고(제161조의2 제2항), 재판장은 필요하다고 인정하면 검사, 변호인 또는 피고인 등의 신문이 끝나지 않은 경우에도 어느 때나 신문할 수 있으며, 증인신문 순서를 변경할 수 있고(동조 제3항), 합의부원의 경우에는 재판장에게 고하여 신문할 수 있고(제5항), 넷째 법원은 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경을 검사에게 요구하여야 한다(제298조 제2항). 이상의 내용은 이효원, 『미래변화와 검찰기능 강화방안 - 검사의 공익적 기능 강화를 중심으로 -』, 2010년도 대검찰청 용역과제 보고서, 14~15쪽에서 인용함.

우리나라 형사사법체계를 순수한 당사자주의라고 평가하더라도 법관에 대한 견제기관으로 검사의 역할이 사라지는 것은 아니다. 당사자주의 사법체계를 채택하고 있는 미국에서 최근 크게 우려하는 현상이 법원 권한의 과도한 확대, 더 나아가 사법통치 내지 사법국가 현상이기 때문이다. 권력분립원리에 따라 법원의 과도한 재판권 행사를 견제할 필요성이 제기되고 있다. 특히 20세기 말부터 여소야대의 분점정부(divided government)가 빈번하게 발생하면서 입법부와 집행부가 충돌하는 일이 잦아지면서 중요한 정치적 사안이 사법부의 결정에 맡겨지게 되고, 그 결과 사법부의 권한이 과도하게 확대되는 현상에 대한 우려가 새로운 헌법 문제로 떠오른 것이다.[84]

이를 좀 더 설명하면, 민주주의가 발전하면서 과거처럼 왕이나 대통령 등 집행권을 행사하는 기관이 절대적 권력을 행사하는 일은 줄어들고, 집행부 수반이 입법부의 다수당과 대립하는 현상이 자주 발생하고 있다. 대통령제 국가에서 소위 여소야대, 즉 집행부를 차지한 집권당이 입법부의 과반수 의석을 차지하지 못하는 현상은 흔히 볼 수 있는 일이다. 미국의 경우 1980년 이후 대통령 소속 정당이 의회의 과반수를 차지하지 못하는 현상이 자주 발생하였다. 2012년 대선에서도 민주당 대통령 후보 오바마가 승리하였지만 동시에 치러진 총선에서는 공화당이 승리하였다. 우리나라에서도 여소야대 현상은 자주 발생하여 총선이 끝나고 나면 대통령이 안정적 국정운영을 위하여 의원 빼오기, 인위적 합당 등 정계개편을 실시하기도 한다.

여소야대는 견제와 균형의 관점에서 보면 이상적인 모습이지만, 여야가 대립할 경우 국가의사를 확정하기 어려운 문제가 발생한다. 대통령이 추진하고자 하는 정책을 야당이 반대할 경우 법률적 근거가 없어 실행할 수 없으며, 야당 주도로 국회를 통과한 법률은 정부여당이 반대하면 추진력을 잃게 된다. 더 주목할 점은 민주주의 발전으로 여야의 대립은 물리적 대립이 아니라, 법적 대립으로 나타난다는 것이다. 반대 의사가 사법제도를 통하여 표출되면서 국가적으로 중요한 사안이 법원에 맡겨지는 일이 잦아지고 있다. 국가의 주요 사안이 국민으로부터 직접 수권한 대통령과 의회에 의하여 해결되지 못하고, 사법부 결정에 의존하는 일이 자주 발생할수록 사법부의 권한은 사실상 비대해진다. 법원이 법과 정치의 중간 영역에 있는

84) 이에 관한 대표적인 저서로는, Mark Tushnet, THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER, Princeton University Press, 2003.

사건들에 대한 판단을 자주하면서 법원은 법의 해석기관이 아니라 법의 창조기관으로 성격이 바뀐다. 법을 통한 사회개혁을 주장하는 사회 분위기가 고조될수록 사법부가 행하는 법창조 작업을 사법적극주의라는 미명 아래 찬양한다. 물론 이와 같은 현상은 정치적 사안을 담은 법적 분쟁에서 발생하는 일이지만, 법원의 성격 변화는 일반 민·형사사건에까지 영향을 미칠 수 있다.

사법부가 항상 정의로운 결정을 내리는 것이 아니기 때문에 사법부의 재판권 행사를 적절히 견제하는 것이 국민의 기본권을 더 충실히 보장하는 길이다. 사법부에 대한 견제는 심급제와 같은 제도를 통하여 사법부 안에서 구현되는 것 못지않게 사법부 밖에서 이루어지도록 제도화하는 것이 중요하다. 그렇지만 사법부에 대한 견제는 다른 국가기관에 대한 것과 구분된다. 그 이유는 법관은 직무 수행에 있어서 독립성이 인정되기 때문이다. 사법권의 독립은 사법권을 담당하는 법원의 조직상 독립과 구체적 재판을 담당하는 법관의 재판상 독립을 의미한다. 우리 헌법은 제103조에서 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정하여 법관의 직무상 독립성을 보장하고 있다. 또 제106조 제1항에서 “법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.”고 하여 법관의 신분보장을 비롯하여 법관의 임기제 및 정년제(제105조)를 명시적으로 규정하고 있다.

하지만 사법권의 독립은 재판을 담당하는 법관이 마음대로 할 수 있다는 의미가 아니다. 사법권의 독립은 그 자체가 목적일 수 없고, 공정한 재판을 보장하기 위한 수단적 성격을 갖는다. 헌법 제103조도 ‘헌법과 법률에 의하여’라고 하여 법관이 법의 구속을 받는다는 것을 명확하게 표현하고 있다. 따라서 법관은 사법기능을 수행하면서 다른 국가기관, 사회세력, 소송당사자 및 법원 내부로부터 간섭을 받아서는 안 되지만, 동시에 법의 구속에서 벗어날 수도 없다. 법관이 법의 구속에서 벗어나 자유롭게 법을 창조하는 것은 사법권의 내재적 한계를 벗어난 것으로 허용될 수 없는 것은 당연하다. 그렇기 때문에 사법권의 독립을 보장하면서도 사법권의 남용을 보장할 수 있는 방안을 마련하는 것이 중요한 과제로 떠오른다. 사법부는 그 특성상 법에 대한 전문성을 바탕으로 구성되기 때문에 견제 기관 역시 전문성에 기초하여 견제기능을 수행하여야 한다. 헌법이 제101조 제3항에서 법관의 자격을 법률로 정하도록 규정하고 있는 이유는 법관이라는 직무를 수행할 수 있는 전문성을 자격

요건으로 하라는 의미를 담고 있다. 결국 법관의 사법권 남용에 대한 견제에서 중요한 역할을 하는 기관은 법관과 동일한 자격요건을 갖춘 기관이다. 검찰과 변호사단체가 여기에 해당한다. 하지만 변호사단체는 국가기관이 아니며, 변호사는 의뢰인의 이익을 위해 사법절차에 참여하는 성격이 강하다는 점을 고려하면, 법률전문가로서 법원의 사법권 행사를 통제하기에 가장 적합한 기관은 검찰이라고 하겠다. 법관과 검찰의 자격요건이 동일한 것은 법관에 대한 견제와 관련하여 중요한 의미를 갖는다.

다. 권력분립과 수사권 조정

최근 검찰과 경찰 사이의 수사권조정 문제가 자주 언론에 등장한다. 대통령선거 때면 더욱 자주 등장한다. 1997년 제15대 대통령선거 당시 김대중 후보가, 2002년 제16대 대통령선거 당시 노무현 후보가 경찰수사권 독립을 공약으로 내걸었지만, 집권 후 실현하지 못했다. 2012년 제18대 대통령선거를 앞두고 박근혜 새누리당 후보는 “수사와 기소의 분리를 목표로, 우선은 경찰 수사의 독립성을 인정하는 방식으로 수사권 분점의 배분을 추진해나가겠다”고 약속했으며, 문재인 민주통합당 후보는 “경찰이 수사를, 검찰이 기소를 담당하는 원칙을 확립해 검찰은 기소나 공소유지에 필요한 수사권, 일부 특수범죄 수사권만 제한적으로 갖게 하겠다”고 발표하였다. 제18대 대통령은 집권 초기 검찰개혁을 추진할 것이 분명하며, 이 경우 검경 수사권 조정 내지 경찰의 수사권 독립은 그 일환으로 강도 높게 논의될 것이다.

수사권 조정 내지 독립에서 핵심이 되는 법률조항은 형사소송법 제195조와 제196조다. 제195조는 “검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.”는 내용이고, 제196조는 “사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다”(제1항), “사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다”(제3항), “사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다”(제4항) 등을 그 내용으로 하고 있다.

수사권 조정 문제는 헌법상 영장청구규정을 중심으로 하는 검사의 역할과 그 헌법적 의의를 살펴보는 본 연구의 범위 밖에 있다. 헌법상 영장청구규정은 검찰이 직접 수사할 수 있는 권한을 부여하는 것은 아니다. 강제수사에 있어서 검찰의 통

제권을 의미할 뿐이다. 본 보고서에서는 영장주의와 관련되는 범위에서 수사권 조정을 검토한다. 영장주의가 형사사법체계에 있어서 권력분립원리가 반영된 것이라고 보면, 지금처럼 검사가 직접 수사권을 행사하면서 사법경찰의 수사를 지휘할 수 있는 권한을 보유하는 것은 권력분립원리상 과도한 측면이 있다. 검찰이 수사권을 구분하여 직접 수사는 자제하고, 영장청구권과 기소권에 근거하여 수사를 지휘하는 것이 타당하다. 다만 한 나라의 제도는 역사의 산물이고, 그 제도의 적용을 받는 사람들이 오랜 시간 형성해온 관행의 소산이므로 점진적인 조정이 필요하다고 본다.[85]

제2절 검찰권의 통제

앞에서 검토한 바와 같이 검사는 준사법기관으로서 사법경찰관과 법원 사이에 존재하면서 사법경찰관의 인권침해를 방지하고 법원의 사법권 남용을 견제하는 역할을 한다. 이러한 검사의 역할은 헌법에 바탕으로 두고 형사소송법 등을 통하여 구체화되고 있다. 이를 구체적으로 설명하면, 첫째 검사는 법원에 대한 기능적 견제기관으로 탄생하였고, 지금도 이 역할을 담당하는 데 존재의의가 있다. 우리 헌법상 영장청구규정은 이러한 해석의 논거가 된다.

둘째 검사는 기본권보장기관으로 역할을 한다. 영장청구규정은 사법경찰관이 인권침해적 강제수사를 실시할 때 이를 법치국가적으로 통제하는 역할을 검사에게 부여하였다. 또한 검찰청법 제4조는 검사를 공익의 대변자로 성격을 규정한다. 이 규정은 검사 역시 공무원이므로 국민전체의 봉사자로 사익이 아닌 공익을 추구하여야 한다는 당위적인 요청을 확인하면서 동시에 검사의 특수성, 즉 형사소송체계에서 피의자 내지 피고인과 대립되는 위치에서 직무를 수행하는 성격을 고려하여 당사자가 아닌 공익의 대변자로서 직무를 수행하라는 객관의무를 규정한 것이다. 우리나라의 형사사법체계 역시 순수한 당사자주의로 이해할 수 없으며 직권주의와 당사자주의의 절충형이라고 평가할 수밖에 없는 이유도 여기에 있다.

셋째, 검사는 헌법수호기관이다. 검사 역시 법관과 마찬가지로 헌법과 법률에 따

85) 조국, “검사의 수사지휘권 행사에 관한 연구”, 경찰청, 2010년, 75~76쪽.

라 직무를 수행한다. 물론 검사에게는 법관과 동일한 정도의 직무 독립성이 인정되지 않는다. 검찰청법 제7조 제1항은 “검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘 감독에 따른다”고 규정하면서도 동조 제2항에서 “검사는 구체적 사건과 관련한 제1항의 지휘 감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다.

또한 검사가 행하는 검찰권은 입헌주의에 바탕을 두어야 하기 때문에 국민의 기본권을 보장하기 위하여 행사되어야 한다. 우리 헌법은 제10조 제2문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 국가기관으로 검사가 검찰권을 행사할 때 역시 이를 준수하여야 한다. 즉 검사는 헌법을 수호하고, 국민의 자유와 권리를 보장하는 국가기관이다.

그러나 검사의 헌법상 지위를 확립하는 문제는 검찰권에 대한 통제방안과 함께 검토되어야 한다. 권력분립원리가 검찰제도에도 적용되어야 하기 때문이다. 앞에서 설명한 검사의 헌법상 지위는 주로 다른 기관에 대한 견제 내지 통제 기능에 초점이 맞추어졌지만, 이는 검사와 검찰의 제 자리 찾기의 필요조건일 뿐 충분조건이 될 수는 없다. 충분조건은 검찰권 역시 견제와 균형의 원리에 따라 때로는 다른 국가기관과 공유와 협조하면서 행사되어야 하며, 또 때로는 다른 국가기관에 의하여 견제 내지 통제될 필요가 있다. 이러한 견제기능이 확보될 때 비로소 검찰은 법원에 대한 기능적 견제기관이자, 국민의 기본권보장기관이자, 헌법수호기관으로 역할을 제대로 수행할 수 있는 것이다.

검찰이 본연의 업무에 소홀한 점이 있었다고 하더라도 검찰제도의 본질과 존재의의를 외면할 수는 없다는 주장은[86] 타당하다. 그렇다고 현실적으로 통제되지 않는 검찰권의 행사로 인하여 국민으로부터 지탄을 받고 큰 폭의 개혁이 요구되는 시점에 본래의 모습만 주장할 수는 없다. 검찰권이 갖는 막대한 권한에 비해 사실상 실질적 권력통제도 받지 않고 행사되기 때문에 검찰권은 그 자체로서 강력하고 위험한 권력이 된다는 주장이[87] 점차 설득력을 얻고 있는 시점이다.

검사의 검찰권 행사에 대한 합리적 통제의 방안으로 가장 유력하게 제시되는 것이 검찰권을 헌법에 규정하는 방안이다. 검찰에 대한 국민 불만은 첫째 정치세력과의 유착이며, 둘째 영장청구권 및 기소권을 자의적으로 행사한다는 데 있다. 그 결

86) 안미영, 전게논문, 42쪽.

87) 명재진, “헌법문제로서의 검찰개혁”, 「헌법학연구」 제17권 제4호, 2011년 12월, 57쪽.

과 검찰은 힘 있는 권력에 머리 숙이면서 힘없는 일반 국민에게 큰 소리 친다는 비판을 받고 있다.

첫 번째 문제, 즉 정치와 검찰의 유착은 대통령을 정점으로 하여 법무부장관, 검찰총장, 고등검찰청, 지방검찰청, 경찰 등으로 이어지는 수직적 권력구조에 큰 원인이 있다.[88] 수직적 권력구조는 집권자의 의도에 따라 검찰권이 자의적으로 행사될 가능성을 높인다. 아무리 대통령이 국민직선에 의하여 선출되어 민주적 정당성을 부여받았다고 하더라도 대통령이 검찰권을 정략적 내지 자의적으로 이용할 가능성은 상존한다. 수직적인 검찰권 구조는 권한을 수평적으로 분산함으로써 견제와 균형을 이룰 수 있다. 이를 위해서는 검사의 직무상 독립성 및 신분을 헌법에서 보장하는 한편 검찰총장 임명 및 검사 인사를 민주적으로 이행하도록 그 절차를 헌법 내지 법률에 규정할 필요가 있다.

두 번째 문제에 대해서는 그동안 여러 차례 검찰개혁을 통하여 검찰권의 자의적 집행을 방지하는 방안이 마련되어 대처해왔다. 검사의 기소독점권에 대한 견제수단으로 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인 또는 고발인은 상급 검찰청 검사장에게 항고 또는 재항고할 수 있으며,(검찰청법 제10조) 관할 고등법원에 재정신청을 하면 고등법원은 신청이 이유 있는 때 공소제기를 결정하여 검사의 공소제기를 강제한다(형사소송법 제260조). 최근 검찰개혁의 방안으로 기소재량에 대한 통제방안으로 검찰권행사에 대한 시민적 참여방안도 유력하게 검토되고 있다.

비교법적으로 우리나라 검찰만큼 권력을 많이 보유하고 있는 사례를 찾기 어렵다는 이유로 검찰이 보유한 권력의 일부를 분할하여 다른 기관에 이양하는 것이 권력분립원리에 부합한다는 견해도 있다. 권력분립원리는 법치국가원리의 가장 핵심적인 구성요소로서, 권한을 기관별로 또한 기관 내에서 분산하여 배분함으로써 서로 견제와 균형을 이루도록 한다는 것이다.

가장 논란이 되는 것은 수사권이다. 수사는 강제성과 밀행성이라는 속성으로 인하여 공권력이 남용되고 인권을 침해할 소지가 크므로 수사담당자와 기소자를 분리하는 것이 권력분립원리에 부합한다는 견해가 유력하다.[89] 그러나 검찰의 존립이유가 헌법상 영장청구규정에서 나타나듯 법률전문가로서 경찰에 의한 인권침해를 막고 법원을 견제하는 데 있으므로 수사권 전부를 분리하여 수사경찰에게 넘기는 방안은

88) 이헌환, “검찰개혁 – 원인과 처방”, 「헌법학연구」 제16권 제1호, 2010년 3월, 93쪽.

89) 명재진, 전게논문, 79쪽.

문제가 있다. 검찰은 직접 수사를 최대한으로 축소하고 영장청구권과 기소권을 통하여 수사에 대한 지휘 감독권을 행사하는 것이 올바른 방향이라고 생각한다.

제4장 영장주의와 영장청구권

제1절 영장주의

가. 의미

영장주의란 일반적으로 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙을 말한다. 우리 헌법은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때"(제12조 제3항 본문) 또 "주거에 대한 압수나 검색을 할 때"(제16조 제2문) "검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."고 규정하고 있다. 이처럼 헌법에 영장조항을 둔 이유는, 신체의 자유나 주거의 자유와 같은 기본권에 대한 중대한 제한을 수반하는 강제처분을 하기 위해서는 그 전에 중립적이고 독립적인 법관의 허가를 받도록 함으로써 국민의 기본권을 충실하게 보호하고자 하는 데 있다.

영장주의의 본질이 무엇인지에 대해서 다수 견해는 '법관이 발부한 영장'에서 찾는다. 외국의 입법례를 살펴보더라도 영장발부절차에서 공통적으로 발견되는 것이 '법관에 의한 발부'다. 문제는 우리나라 헌법상 영장조항은 다른 나라 헌법에서 유사한 사례를 찾을 수 없는 독특한 내용을 담고 있다는 데 있다. 즉 우리나라 헌법은 '법관이 발부한 영장'이라는 요건 외에 '검사의 신청에 의하여'라는 요건이 추가되어있는 것이다. 여기서 '검사의 신청'의 헌법상 의미가 무엇인지를 놓고 의견이 갈린다. 헌법재판소와 상당수 학자들은 영장주의의 핵심이 법관에 의한 독립적인 판단에 있으므로 검사의 신청과 같은 나머지 절차는 부수적인 것에 불과하다고 본다. 하지만 이에 대해서는 좀 더 심도 깊은 검토가 필요하다.

나. 영장주의에 관한 헌법재판소 결정 내용

1. 영장주의 의의

헌법재판소가 이해하는 영장주의는 이렇다. 즉 “영장주의는 인신의 자유를 제한하는 강제수사의 경우 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관의 사전적·사법적 억제를 통해 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하는 것을 그 본질로 한다. 즉 영장주의의 본질은 강제수사의 요부 판단권한을 수사의 당사자가 아닌 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관에게 유보하는 것으로서, 법치국가의 사법질서 확립을 위해서는 수사절차에서의 사법통제가 반드시 필요한 것임을 선언한 것이다.”[90]

위 결정에서 확인할 수 있듯이, 헌법재판소는 법관에 의한 판단을 영장주의의 본질이라고 파악한다. 따라서 법관보다 검사 또는 다른 국가기관의 의사를 우선하는 것은 영장주의에 반한다고 보고 있다. 그 예로, 헌법재판소는 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 한 구 형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 것) 제331조 단서 규정이 영장주의 및 적법절차 원칙에 위배되어 위헌이라고 결정하면서 “영장주의는……구속개시 시점에 있어서 신체의 자유에 대한 박탈의 허용만이 아니라 그 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 정지 또는 실효시킬 것인지 여부의 결정도 오직 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 한다는 것을 의미한다.”고 판시하였다.[91]

헌법재판소는 또 법원의 보석허가결정에 대하여 검사가 즉시항고 할 수 있도록 한 같은 법 제97조 제3항 규정이 헌법상 영장주의원칙에 위배되어 위헌이라고 결정하면서 다음과 같이 판시하였다. 즉 “구속여부에 관한 전권을 갖는 법관 또는 법관으로 구성된 법원이 피의자나 피고인의 구속 또는 그 유지 여부의 필요성이 있는 유무에 관하여 한 재판의 효력이 검사나 그 밖의 어느 다른 기관의 이견이나 불복이 있다 하여 좌우된다거나 제한받는다면 이는 위 영장주의에 반하고 따라서 적법절차의 원칙에도 위배된다. ……이 사건 규정은 법원이 이러한 영장주의의 구현으로 결정한 보석허가결정의 집행이 즉시항고의 제기기간인 3일 동안 그리고 검사의 즉시항고가 제기된 경우는 그 즉시항고에 대한 재판이 확정될 때까지 무조건 정지되어 피고인은 석방되지 못하고 신체의 자유를 계속 박탈당한 채 구속되어 있어야 하도록 규정하고 있다. 결과적으로 이 사건 규정은 당해 피고인에 대한 보석허가결정이 부당하다는 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 계속 할 필요가 없다

90) 헌재 2012.06.27, 2011헌가36.

91) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8.

는 법원의 판단보다 우선시킨 것이며, 행복추구의 근간이 되는 국민의 신체의 자유를 최대한 보장하려는 헌법정신에 기하여 구속의 여부와 구속을 계속시키는 여부에 대한 판단은 헌법 제103조에 의하여 독립이 보장된 법관의 결정에만 맡기려는 위에서 본 영장주의에 위반된다."[92]

또 법원이 내린 구속집행정지결정에 대하여 검사가 즉시항고를 제기하는 경우 구속집행정지결정의 효력이 즉시항고 재판이 확정될 때까지 정지되는 내용을 담고 있는 형사소송법 제101조 제3항에 대한 위헌법률심판제청 사건에서 헌법재판소는 "구속집행정지는 법원이 직권으로 결정하는 것으로서, 구속집행정지 사유들은 한시적인 경우가 많아 그 시기를 놓치게 되면 피고인에게 집행정지의 의미가 없어지게 된다는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항은 검사의 즉시항고에 의한 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 정지할 필요가 있다는 법원의 판단보다 우선시킬 뿐만 아니라, 사실상 법원의 구속집행정지결정을 무의미하게 할 수 있는 권한을 검사에게 부여한 것이라는 점에서 영장주의의 본질에 반하여 헌법 제12조 제3항의 영장주의원칙에 위배된다."고 판시하였다.[93]

2. 영장주의와 적법절차원칙

헌법재판소는 영장주의를 적법절차원칙의 특별한 적용사례라고 이해한다. 즉 "헌법상 적법절차의 원칙은 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용되는 것으로서, 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있으며, 형사소송절차와 관련하여서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해된다. 따라서 헌법 제12조 제1항은 적법절차원칙의 일반조항이고, 제12조 제3항의 적법절차원칙은 기본권 제한 정도가 가장 심한 형사상 강제처분의 영역에서 기본권을 더욱 강하게 보장하려는 의지를 담아 중복 규정된 것이라고 해석함이 상당하다"는 것이다.[94]

---

92) 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2.

93) 헌재 2012.06.27, 2011헌가36.

94) 헌재 2012.06.27, 2011헌가36.

또 다른 사건에서 헌법재판소는 헌법 제12조 제1항과 같은 조 제3항의 관계를, "헌법 제12조 제1항은 '신체의 자유'에 관한 일반규정(一般規定)이고, 같은 조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차 등에 관한 특별규정(特別規定)이라고 할 수 있다."고 설명한 바 있다.

3. 영장주의 위헌성 심사방법

어떠한 법률조항의 위헌성을 검토하면서 헌법 제12조 제3항 소정의 '영장주의'에 합치되는지 여부를 검토하는 외에 다른 헌법규정 및 헌법원칙들에 위반되는지 여부를 별도로 검토하여야 하는지가 문제될 수 있다. 헌법재판소는 이에 대하여 다음과 같이 설시하였다. 즉 "수사기관의 피의자에 대한 구속제도는 당해 피의자에 대한 유죄판결이 확정되기 이전에 '신체의 자유'를 제한하는 결과를 발생시킨다는 점을 당연한 전제로 하는 것이고, 우리 헌법제정권자는 이러한 구체적인 적용영역에서 수사기관의 권한남용 등을 방지하기 위한 헌법적 특별규정으로 '영장주의'를 채택한 헌법 제12조 제3항을 규정한 것으로 봄이 상당하다. 그렇다면, 이 사건 법률조항의 위헌성을 심사함에 있어서, 유죄판결이 확정되기 전에 당해 피의자의 '신체의 자유'가 제한되는 결과가 발생한다는 측면에 대해서는 헌법 제12조 제3항에 위배되는지 여부를 판단하는 것으로 족하고, 특별한 사정이 없는 한 헌법 제12조 제1항 및 제27조 제4항의 위반 여부 등을 별도로 판단할 필요는 없다고 본다."[95]

4. 공판단계에서 영장발부

영장주의의 본질을 '법관에 의한 판단' 내지 '법관에 의한 발부'라고 본다면, 법관은 검사의 신청여부와 관계없이 언제든지 영장을 발부할 수 있는지가 문제된다. 헌법은 제12조 제3항 및 제16조 제2문에서 '검사의 신청'을 명문으로 규정하고 있다. 헌법재판소는 수사단계와 공판단계를 구분하여 영장청구규정의 의미를 설명한다. 헌법재판소는 헌법 제12조 제3항의 해석과 관련하여, "위 조항은 문면상으로는 청구인들이 주장하는 바와 같이 공판전 수사단계이든 공판단계이든 불문하고 구속영장의 발부에는 반드시 검사의 신청행위가 있어야 한다는 취지를 규정한 것으로 해

95) 헌재 2003.12.18. 2002헌마593.

석될 수도 있고, 이와는 달리 수사단계에서 피의자를 구속함에 있어서는 법관으로부터 영장을 발부받아야 하는데 이때 수사기관 중 검사만이 영장을 신청할 수 있다는 취지를 규정한 것으로 해석될 수도 있다. 위 해석들 가운데 어느 해석이 헌법의 본지에 맞는 것인지는 결국 영장주의의 본질이나 위와 같은 헌법규정을 두게 된 연혁 등에 비추어 판단할 것"이라고 전제한 후 "수사단계이든 공판단계이든 수사나 재판의 필요상 구속 등 강제처분을 하지 않을 수 없는 경우는 있게 마련이지만 강제처분을 받는 피의자나 피고인의 입장에서 보면 심각한 기본권의 침해를 받게 되므로 헌법은 강제처분의 남용으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단으로 영장주의를 천명한 것이다. 특히 강제처분 중에서도 중립적인 심판자로서의 지위를 갖는 법원에 의한 강제처분에 비하여 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 적나라하게 공권력이 행사됨으로써 국민의 기본권을 침해할 가능성이 큰 만큼 수사기관의 인권침해에 대한 법관의 사전적·사법적 억제를 통하여 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 인권보장을 도모한다는 면에서 영장주의의 의미가 크다고 할 것이다(이러한 면에서 법원이 직권으로 발부하는 영장과 수사기관의 청구에 의하여 발부하는 구속영장의 법적 성격은 갖지 않다. 즉, 전자는 명령장으로서의 성질을 갖지만 후자는 허가장으로서의 성질을 갖는 것으로 이해되고 있다)."라고 설명한다.[96]

결론적으로 헌법재판소는 헌법 제12조 제3항은 수사단계에서 영장주의를 규정한 것이며, 공판단계에서의 영장발부에는 적용이 없다고 한다. 따라서 수사단계에서와 달리 공판단계에서는 검사의 신청이 없더라도 법관이 영장을 발부할 수 있다고 본다. 이 경우 영장발부의 헌법적 근거는 제12조 제1항의 적법절차조항에서 찾는다. 즉 "영장주의의 본질과 헌법 제12조 제3항의 연혁을 종합하여 살펴보면, 영장주의는 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 규정으로부터 도출되는 것이고, 그 중 헌법 제12조 제3항이 "…… 구속 …… 을 할 때에는 …… 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장 ……"이라고 규정한 취지는 수사단계에서의 영장주의를 특히 강조함과 동시에 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한 데 있다고 해석된다(공판단계에서의 영장발부에 관한 헌법적 근거는 헌법 제12조 제1항이다). 그렇지 아니하고 헌법 제12조 제3항의 규정 취지를 공판단계에서의 영장발부에도 검사의 신청이 필요한 것으로 해석하는 것은 신체의 자유를 보장하기 위한 사법적 억제의 대상인 수

96) 헌재 1997.3.27. 96헌바28 등(밑줄은 강조를 위해 필자가 추가)

사기관이 사법적 억제의 주체인 법관을 통제하는 결과를 낳아 오히려 영장주의의 본질에 반한다고 할 것이기 때문이다.”

다. 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토

영장주의의 본질을 ‘법관에 의한 발부’에서 찾고, ‘검사의 신청’은 부수적인 내용이어서 공판단계처럼 법관이 주도하는 경우 검사의 신청이 없더라도 법관이 발부하기만 하면 영장주의를 위배한 것이 아니라고 보는 헌법재판소 결정에 대해서 다수의 학자들은 이견 없이 받아들인다.[97]

반론도 제기된다. 즉 헌법 제12조 제3항은 수사단계와 공판단계를 구별하지 않고 인신구속을 할 때에는 적법한 절차에 따라서 모든 경우에 검사의 영장신청권을 보장하고 있는데, 이는 법관에게 인신구속에 대한 절대적 권한을 부여한 것이 아니라 법원과 검찰간의 견제와 균형의 원리에 따라서 검사에게는 영장신청권을 부여하고, 그 신청에 의하여 비로소 법관이 영장을 발부하도록 그 권한을 분유하도록 규정한 것이므로 법원이 공판단계의 피고인에 대하여 검사의 영장신청이 없는 단계에서 직권으로 영장을 발부하여 구속하는 것은 헌법에 위반된다는 것이다.[98]

반론의 가장 큰 논거는 헌법 제12조 제3항의 문면이다. 헌법재판소의 결정은 ‘검사의 신청’이라는 문면을 무시한 해석이기 때문이다. 이에 대해서 헌법재판소는 헌법 제12조 제3항은 수사단계에서 영장발부의 헌법적 근거이며, 공판단계에서 법관의 피고인에 대한 구속의 헌법적 근거는 아니라고 한다. 후자는 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다고 한다. 만약 공판단계에서도 검사의 신청에 의해서만 영장이 발부되는 것으로 해석할 경우 신체의 자유를 보장하기 위한 사법적 억제의 대상인 수사기관이 사법적 억제의 주체인 법관을 통제하는 결과를 낳아 오히려 영장주의의 본질에 반한다고 설명한다. 이러한 해석에서는 형사사법절차에 따라 발부되는 구속영장의 성질이 달라진다. 즉 공판단계에서 피고인에 대한 구속영장은 명령장의 성질을 가지나, 수사단계에서 피의자에 대한 구속영장은 허가장의 성질을 가진다는 것이다. 이처럼 구속영장의 성질을 형사사법절차에 따라 구분하고, 그 헌법적 근거를 따로 찾는 접근이 타당하다는 견해도 있다.[99]

---

97) 김선택, 전게논문, 261쪽 및 280쪽.

98) 이효원, “대한민국 헌법과 검찰·검사 -인신구속제도의 헌법적 원리를 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 통권 제17호, 2008년 12월, 61쪽. 그러나 누구 견해인지 밝히지 않고 있음.

그러나 헌법재판소 결정은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다. 첫째, 영장발부는 신체의 자유를 보장하기 위한 조치가 아니라, 신체의 자유를 제한하는 조치라는 점을 간과했다. 신체의 자유를 제한하기에 앞서 검사의 신청이라는 절차를 하나 더 추가하는 것은 국민의 중대한 기본권 제한에 신중을 기하는 조치다. 국민의 기본권을 보장하는 문구를 헌법재판소 해석으로 삭제하는 것은 부당하다.

둘째, 법관이 공판단계에서 영장을 발부하는 것은 '중립적인 심판자로서의 지위'에서 활동하는 것이 아니다. 영장발부는 피고인의 신체의 자유를 제한하는 적극적 활동으로, 소극성을 본질로 하는 사법권의 본질에 반한다. 영장주의의 핵심은 신체의 자유를 제한하고자 하는 행정기관의 공권력 행사에 대하여 중립적인 권력인 사법부의 독립적인 판단을 사전에 받고자 하는 데 있는 것이다. 법원이 피고인의 신체의 자유를 직접 제한하는 구속명령을 내리는 것은 이미 '중립적인 심판자로서의 지위'를 잃은 것이다. 또 헌법재판소가 우리 형사사법체계를 원칙적으로 당사자주의라고 평가하면서, 법관이 당사자의 신청이 없는 데 당사자 중 한 사람을 구속하도록 명령을 내리는 것은 모순이다.

셋째, 영장청구주체로서 검사는 단순한 수사기관의 지위 뿐 아니고 법률전문가로서 지위를 동시에 갖는데 이를 경시하였다. 헌법재판소는 영장청구주체를 명시한 우리 헌법의 연혁을 살피면서 "수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것"이라고 판시해 법률전문가로서의 검사의 역할을 인정하고 있다. 법률전문가인 검사는 수사단계에서뿐 아니라 공판단계에서도 법률전문가로서 활동한다. 법률전문가로서 검사는 또 다른 법률전문가인 법관의 자의적인 사법권행사를 견제함으로써 국민의 기본권을 보장하는 역할을 담당한다는 데 그 존재의의가 있다. 헌법재판소 결정은 이러한 역할을 경시하고 있다.

현행 형사소송법이 법원이 피고인을 석방하는 구속적부심, 보석결정, 구속집행정지 결정에 있어서 반드시 검사의 의견을 묻도록 규정하고 있는 것은 검사의 준사법기관으로서의 지위를 반영하여 영장주의 실현에 있어 법원과 검찰의 권한행사의 균형과 통제를 위한 것으로 이해할 수 있다.[100] 헌법재판소가 공판단계에서 일방적으

99) 이효원, 상게논문, 62쪽.

100) 이효원, 상게논문, 62쪽.

로 영장을 발부하는 것은 검사의 준사법기관 성격을 무시한 것이다.

넷째, 적법절차원칙에도 위반된다. 헌법재판소는 공판단계에서 법관의 영장발부에 관한 헌법적 근거는 헌법 제12조 제3항이 아닌, 헌법 제12조 제1항이라고 한다. 즉 영장주의가 아닌 적법절차의 원칙이 적용된다는 것이다. 적법절차의 원칙이란 국민의 기본권을 제한하는 공권력의 행사는 절차적 정당성과 내용적 정당성을 모두 충족하여야 한다는 원칙이다. 그러나 공판단계에서 검사의 신청 없이 법관이 영장을 발부할 수 있다는 설명은 영장주의의 본질이라는 내용적 정당성을 충족하지만, 법관의 일방적 결정에 피고인의 신체의 자유가 제한되기 때문에 절차적 정당성은 충족한다고 보기 힘들다.

헌법재판소 판례에 의할 때, 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청은 당사자에게 적절한 고지를 행할 것과 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있다.[101] 수사단계에서 구속영장이 청구되면 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다고 규정한 형사소송법 제201조의2는 적법절차원칙을 충실히 반영한 것이다. 공판단계에서도 수사단계에서와 마찬가지로 법관은 검사의 영장신청과 피고인의 의견 및 자료 제출이라는 절차를 거친 후 영장발부를 결정하는 것이 적법절차원칙에 충실한 해석이다.

제2절 영장청구권

가. 영장청구권의 의미

1. 입법연혁 및 입법목적

우리 헌법에 영장청구주체가 처음 명시된 것은 1962년 12월 26일 공포된 제5차 개정헌법이다. 당시 헌법 제10조 제3항은 “체포·구금·수색·압수에 있어 검찰관의 신

101) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1, 11 ; 헌재 1996. 1. 15. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 16-17 ; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 634 참조. 헌법재판소는 “이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것”이라고 한다. 헌재 2003.07.24, 2001헌가25, 판례집 제15권 2집 상, 1 참조.

청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하였다. 그 후 1972년 헌법에서 ‘검찰관의 신청에 의하여’라는 문구가 ‘검사의 요구에 의하여’로, 1980년 헌법에서 ‘검사의 요구’가 ‘검사의 신청’으로 수정되었다. 현행 헌법은 검사의 영장청구규정을 그대로 수용하면서 ‘적법한 절차에 따라’라는 문구를 추가하였다.

헌법에 영장청구주체를 명시한 이유에 대해서 “영장청구권에 대한 검사의 독점적 지위를 명확히 하여 검찰의 수사지휘권을 확보하기 위한 규정인 동시에 법률전문가에 의하여 영장발부의 합법성을 높여서 궁극적으로 기본권 침해방지를 위한 이중적 장치로 규정된 것”[102] 또는 “강제수사에 있어서 불가피한 국민의 기본권의 침해를 최소화하고 적법절차를 보장하며 과거 사법경찰관의 영장청구에서 오는 구속남발 등 인권침해적 폐해를 방지하고, 사법경찰관이 강제수사를 위한 영장청구를 함에 있어서는 반드시 법률전문가이자 준사법기관인 검사를 거치도록 함으로써 무분별한 영장청구 및 구속남발을 막아 국민의 기본권을 신장하기 위한 헌법제정권자인 국민의 의지의 표명이라고 할 것”[103]이라고 평가한다.

헌법재판소 역시 동일한 입장이다. 헌법재판소는 1962. 12. 26. 제5차 개정헌법에서 구속영장의 발부에 관하여 ‘검찰관의 신청’이라는 요건을 추가한 이유를 1961. 9. 1. 형사소송법의 개정과 관련하여 이해한다.[104] 즉 형사소송법이 처음 제정(1954. 9. 23. 법률 제341호)될 당시에는 수사기관의 영장신청에 관하여 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받어 피의자를 구속할 수 있다”(제201조 제1항 본문)라고 규정함으로써 검사뿐만 아니라 사법경찰관에게도 영장신청권을 주고 있던 것이 1961. 9. 1. 형사소송법 개정(법률 제705호)으로 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다”(제201조 제1항 본문)로 개정되어 영장신청권자를 검사로 한정하였는데, 위와 같은 형사소송법의 개정내용이 1962년의 헌법개정에 반영되었다는 것이다.

헌법재판소는 1961년 형사소송법 개정이나 1962년 헌법 개정에서 영장의 발부에

---

102) 문성도, “영장주의의 도입과 형성에 관한 연구”, 서울대법학박사학위논문, 2001년, 247~248쪽.

103) 안미영, 전게논문, 15쪽.

104) 헌재 1997.03.27, 96헌바28.

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 있다"고 설명한다.[105]

2. 비교법적 검토

영장청구주체를 헌법에 명시하는 입법례는 다른 나라에서 찾아 볼 수 없다. 미국의 경우 연방수정헌법 제4조에 영장주의를 규정하고 있지만, 영장청구권자에 대해서는 언급이 없다. 일본은 헌법 제33조와 제35조에서 체포와 압수수색은 사법관헌이 발부한 영장에 의하여야 한다고 규정하고, 영장청구권자는 명시하고 있지 않다. 독일 역시 기본법 제104조 제2항에서 인신구속의 결정권한이 법관에게 있음을 명시하고 있지만, 영장청구권자에 관한 규정은 없다. 문제는 다른 나라에 입법례가 없다는 이유로 이 조항을 삭제하는 것이 타당한지에 있다. 영장청구규정의 헌법적 가치를 검토한 후 삭제 여부를 판단하는 것이 올바른 방향이라고 생각한다.

나. 영장청구규정의 헌법적 가치

1. 영장주의와 영장청구권

영장주의의 본질을 중립적이고 독립적인 법관에 의한 영장 발부에서 찾는 견해에서는 영장을 누가 신청하는지는 중요하지 않다고 주장한다. 즉 헌법에 영장청구주체를 별도로 규정하는 것은 영장주의 헌법적 보장과 필연적 관련이 없다는 것이다.[106]

하지만 우리 헌법은 영장청구주체와 영장발부주체를 분리함으로써 국민의 신체의 자유를 제한하는 강제처분인 영장의 발부에 있어서 신중을 기하고 있다고 보아야 할 것이다. 이효원 교수는 "우리 헌법상으로는 영장주의와 관련해서 검찰총장을 정점으로 하는 검사제도 자체를 부정할 수 없으며, 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 반드시 검사의 신청을 경유하도록 하여 법관이 임의대로 영장을 발부하는 것

105) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28.

106) 김선택, 전게논문, 261쪽.

을 허용하지 않는다는 것에 헌법규범적 의미가 있다"고 평가한다.[107]

권력행사에 있어서 신청자와 심사자를 구분하는 것은 권력분립원리상 다음과 같은 의미를 갖는다. 첫째, 국민의 기본권을 제한하는 공권력의 행사를 신중하게 한다. 둘째, 권력의 기능적 분리를 통해 권력기관 상호간 견제와 균형을 가능하게 한다. 셋째, 절차적 정당성을 확보할 수 있다. 즉 하나의 권력행사에 여러 기관이 관여함으로써 국민의 다양한 이익이 반영될 수 있다. 결론적으로 공권력 행사에 있어서 신청자와 심사자를 분리하는 궁극적인 목적은 국민의 기본권을 충실히 보장하고자 하는 데 있다.

국민의 기본권 보장을 위하여 공권력 행사에 절차적 정당성을 확보하도록 하는 사례는 우리 헌법에서 쉽게 찾을 수 있다. 인사권의 행사와 관련한 내용이 대표적이다. 국무위원의 임명권은 대통령의 권한(헌법 제87조 제1항)이지만 국무총리에게 제청권(동조항)과 해임건의권(동조 제3항)을 인정한다. 행정각부의 장에 대한 임명권 역시 대통령의 권한이지만, 국무총리에게 제청권을 부여하고 있다(제94조). 감사위원은 감사원장의 제청으로 대통령이 임명한다(제98조 제3항). 국무총리가 임명 제청하지 않은 채 대통령이 국무위원이나 행정각부의 장을 임명할 경우 그 효력이 어떻게 되는지에 대해서 다수설은 당연 무효가 아니라고 한다. 즉 국무총리의 헌법상 지위는 대통령의 보좌기관에 그치므로 국무총리의 제청은 기관 내 통제에 불과하고 형식적 의미밖에 가지지 못한다는 것이다. 국무위원 구성이나 행정부 조직에 있어서 본질은 대통령이 임명권을 가진다는 것이다. 그렇다고 국무총리의 제청권이 아무런 의미가 없는 것은 아니다. 국무총리 제청 없이 대통령이 단독으로 한 임명행위는 헌법위반으로 탄핵소추의 사유가 된다.

또 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고(헌법 제86조 제1항), 대법관은 권력분립원리에 따라 대법원장이 제청하고 대통령이 임명하는 형식을 취하고 있다(제104조 제2항). 법원조직법은 여기서 한 걸음 더 나아가 민주적 정당성을 확보하기 위하여 대법원장이 제청할 대법관 후보자의 추천을 위하여 대법원에 대법관후보추천위원회를 두고(제41조의2 제1항), 대법원장은 여기서 추천한 내용을 존중하도록 규정하고 있다(동제 제7항).

위 사례들은 권한의 행사에 있어서 여러 국가기관이 관여하는 것이 민주적 정당성과 절차적 정당성을 확보하는 방안임을 알려준다. 영장발부에 있어서 그 신청주

107) 이효원, 전게논문, 94쪽(밑줄은 강조를 위해 필자가 추가).

체와 결정주체를 구분한 것은 권한을 분할하여 서로 다른 국가기관에 그 권한을 배분한 것으로 상호 견제와 균형을 통하여 공권력을 효율적으로 통제하고 국민의 자유와 권리를 확실하게 보장하기 위한 방안이라고 이해할 수 있다. 즉 영장에 있어서 청구권과 발부권을 구분한 것은 권력분립원리를 실현한 것이다. 이렇게 이해하면 영장주의의 본질이 독립적이고 중립적인 지위에 있는 법관에 의한 발부라고만 볼 수 없다. 우리 헌법의 해석상 영장주의는 '검사의 신청'과 '법관의 발부'로 구성된다고 해석하는 것이 타당하다.

2. 영장청구규정과 검사의 수사지휘권

검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘권을 규정한 법률조항은 형사소송법 제195조, 제196조 및 검찰청법 제4조 제1항 제2호다. 형사소송법 제195조는 "검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.", 제196조 제1항은 "수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.", 제3항은 "사법경찰관은 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.", 제4항은 "경사, 경장, 순경은 사법경찰리로서 수사의 보조를 하여야 한다.", 제5항은 "제1항 또는 제5항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다."라고 각 규정하고 있다. 또 검찰청법 제4조 제1항은 검사의 직무를 규정하면서 제2호에서 "범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독"을 규정하고 있다. 구 검찰청법(2011.7.18. 법률 제10858호로 개정하기 전) 제53조는 "사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다."라고 규정하고 있었다.

법원은, 위 규정들을 종합하면, "우리 법체계는 사법경찰관도 수사의 주체로서 제한된 범위 내에서 수사권을 행사하되, 수사와 법률 전문가인 검사가 일반적 지침 또는 일반적·구체적 지시와 지휘를 통해 사법경찰관의 수사 활동을 법적으로 조정·통제하고, 검사와 사법경찰관의 의견이 일치하지 아니할 경우에는 검사의 법률적 판단에 따라 수사를 진행하고 사건을 처리하는 제도를 입법적으로 채택하였음을 알 수 있다. 그 결과 검사는 수사의 주재자로서, 상호협조가 아닌 상명하복의 관계에서 사법경찰관리에 대하여 수사에 관한 일반적 지휘권과 구체적 지휘권을 행사하게 된다."고 설명한다.[108] 이처럼 판례가 형사소송법 제195조 및 제196조를 유기적으로

해석하여 검사를 수사의 주재자로 설정하고 검사와 사법경찰관과의 관계를 상명하복관계로 파악하는 것이 그동안 판례 및 다수설의 태도와 같은 것이다.[109]

이에 대하여 형사소송법 제195조를 검사의 수사권한 근거규정으로, 동법 제196조 제1항을 사법경찰관의 수사권한 근거규정으로 이해하는 수사권한규정 양분론이 있다.[110] 하지만 현행법은 검사가 사법경찰관보다 우월한 지위에 입각하여 수사지휘권을 보유하며, 검사의 우월적 지위는 검사가 직접 수사하는 사건과 사법경찰관이 인지한 사건을 달리 취급하지 않으므로 수사권한규정 양분론은 타당하지 않다.[111]

검사가 수사를 지휘해야 하는 이유는 수사가 사법작용과 밀접한 관련을 맺기 때문이다. 수사를 사법작용으로 이해하는 견해도 있다. 즉 수사라는 것은 범죄가 발생한 후에 사후적으로 국가형벌권의 존부를 확인하고 확정하는 절차로서 그 본질은 사법작용이라 할 것이므로 기능적 유기관계에 있는 수사 소추 재판을 분리할 수 없다는 것이다.[112] 특히 대륙법계 직권주의 형사사법체계에서 이러한 특징은 두드러진다. 직권주의 형사법체계에서 과거 규문주의 시대 법관이 독점하던 수사 및 재판권을 소추시점을 전후로 구분하여 검사와 그 지휘를 받는 사법경찰관에게 수사권을, 법관에게 재판권을 분점시킴으로써 권력분립을 이뤘다는 것이다. 따라서 수사란 형사사건에 관하여 공소를 제기하고 이를 유지 수행하기 위한 준비로서 범인을 발견 보전하고 증거를 발견 수집 보전하는 수사기관의 활동, 즉 공소의 제기와 그 유지를 위한 준비행위를 의미한다.

우리의 경우 검사지휘권의 근거법률인 검찰청법이나 형사소송법의 입법연혁을 고찰하여도 검사와 사법경찰관의 관계는 상호협조관계가 아니라 상명하복관계라고 하겠다. 이러한 입법자의 의사는 법률에 남아 지금에 이르는 것이다. 그럼에도 불구하고, 검사의 수사지휘권의 행사는 권력분립원리상 한계를 갖는다. 객관의무를 가진 준사법기관의 성격을 갖는 검사가 행정기관인 사법경찰에 대해 수사지휘를 행사함에 있어서도 견제와 균형이 유지되어야 한다.[113] 검사가 수사지휘권을 행사하는 이유는 경찰 수사과정에서 발생할 수 있는 인권침해를 방지하고자 하는 데 있는 만큼

---

108) 춘천지방법원 강릉지원 2007.4.30. 선고 2007고합6 판결(밑줄은 강조를 위해 필자가 추가).

109) 조국, 전게논문, 59쪽.

110) 춘천지방법원 강릉지원 2007.4.30. 선고 2007고합6 판결에서 피고인 주장임.

111) 조국, 전게논문, 61쪽.

112) 안미영, 전게논문, 27쪽.

113) 조국, 전게논문, 68쪽.

검사의 수사지휘권 역시 그 범위에서 행사되어야 하며 경찰수사의 자율성은 존중되어야 할 것이다.[114]

한편, 검사의 수사지휘권의 헌법적 근거는 영장조항에서 찾을 수 있다. 대법원은 "사법경찰관이 검사에게 긴급체포된 피의자에 대한 긴급체포 승인 건의와 함께 구속영장을 신청한 경우, 검사는 긴급체포의 승인 및 구속영장의 청구가 피의자의 인권에 대한 부당한 침해를 초래하지 않도록 긴급체포의 적법성 여부를 심사하면서 수사서류 뿐만 아니라 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면조사할 수 있는 권한을 가진다고 보아야 한다. 따라서 이와 같은 목적과 절차의 일환으로 검사가 구속영장 청구 전에 피의자를 대면조사하기 위하여 사법경찰관리에게 피의자를 검찰청으로 인치할 것을 명하는 것은 적법하고 타당한 수사지휘 활동에 해당하고, 수사지휘를 전달받은 사법경찰관리는 이를 준수할 의무를 부담한다."고 판시한 바 있다.[115]

최근 논란이 되고 있는 검찰과 경찰간 수사권조정에 있어서도 영장청구규정이 주목 받고 있다. 일부에서는 헌법상 영장청구규정이 삭제되지 않는 한 수사단계에서의 견제와 균형을 목표로 하는 합리적인 수사구조개혁은 사실상 달성 불가능하다고 한다. 즉 "실제 수사실무에서 경찰이 독자적인 임의수사 개시권 및 진행권을 행사하고 있다할지라도, 범죄수사를 위해 필요한 체포 구속 및 압수 수색 검증 등 강제처분권을 행사하기 위해서는 반드시 검사에게 영장을 청구하도록 되어 있기 때문에, 검사는 경찰로부터 영장청구의 필요성을 소명받는 과정에서 자연스럽게 사건수사의 실체를 파악할 수 있고 또한 영장청구를 위한 보강수사지시 내지 사전신병지휘를 통해 경찰수사의 방향과 범위를 직접적으로 통제할 수 있게 된다."며 "영장청구규정이이 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘권을 확보하는 핵심적 장치"라고 평가하고 영장청구규정을 개정하여야 한다고 주장한다.[116]

생각건대 영장청구규정은 검사의 직접 수사를 전제로 하는 것이 아니다. 영장청구규정은 검사가 강제수사의 적법성을 판단함으로써 수사기관의 인권남용에 대한 통제기관으로 활동하라고 요구하고 있을 뿐이다. 이처럼 검사가 경찰수사에 대하여 수사지휘권을 행사하는 것은 권력분립원리에 반하는 것이 아니다. 하지만 검사가

114) 조국, 전게논문, 62쪽.

115) 대법원 2010.10.28. 선고 2008도11999 판결(밑줄은 강조를 위해 필자가 추가).

116) 서보학, "검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안", 「비교형사법연구」 제12권 제1호, 2010년 7월, 304쪽.

직접 수사를 하는 것은 헌법에 근거한 권한이 아니고, 경찰 수사의 자율성을 존중하고 검찰과 경찰간 수사권 행사에 있어서 권력분립원리를 존중한다는 취지에서 검사가 직접 행하는 수사의 범위는 축소하는 것이 바람직하다. 다만, 검찰이 그동안 축적한 수사 경험 및 지혜를 활용하고, 검찰이 보유한 수사인력에 대한 재배치 등을 감안하면 검사의 직접수사 축소는 점진적으로 이루어져야 할 것이다.

3. 영장청구규정의 헌법적 가치

(1) 헌법적 가치

헌법에 영장청구주체를 명시한 것은 다른 나라에서 입법례를 찾기 어렵다. 우리 헌법이 영장청구주체를 명시한 이유, 즉 영장청구규정의 헌법적 가치는 두 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 사법경찰관에 의한 신체구속의 남용을 억제하여 인권유린의 폐해를 방지하는 데 있다.[117] 첫 번째 이유는 입법연혁에서 드러난다. 둘째, 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함에 있다. 영장청구자를 법률전문가로 한정한 것은 사법경찰관과의 관계에서 보면 기본권보장기관으로서 검사에 대한 상대적 신뢰를 의미한다. 또한 법관과의 관계에서 보면 사법권행사를 적절히 견제할 수 있는 국가기관의 존립을 전제하고 있다. 즉 헌법에 영장청구주체를 명시한 것은 수사기관과의 관계에서뿐 아니라 사법부와의 관계에서 검사는 견제기관으로 기능적 권력분립을 실현한다는 의미를 갖는다.

영장청구규정의 존재 이유는 검사 및 검찰이라는 제도의 탄생 이유와도 밀접한 관련을 맺는다. 검찰은 경찰과 법원의 사이에 존재하는 법률전문가 집단으로 탄생하였다. 법률전문가로서 수사과정에서 발생할 수 있는 경찰권의 인권침해를 막고, 공판과정에서 발생할 수 있는 법원의 사법권 남용을 견제하는 기관으로 탄생한 것이다. 영장청구규정은 이러한 검사의 역할을 헌법에서 확인하고 있다는 데 큰 의미가 있다.

(2) 헌법적 가치에 대한 반론 및 재반론

117) 이재상, 전게서, 231~235쪽; 신동운, 전게서, 189쪽; 임동규, 『형사소송법』, 홍문사, 2006년, 174쪽.

이에 반하여 영장청구규정이 아무런 의미가 없다고 평가절하는 견해도 유력하다. 이러한 견해의 논거를 소개하고, 그에 대한 반론을 제기한다.

① 영장주의 본질론

영장주의의 본질은 법관에 의한 발급에 있으므로 영장을 누가 청구하느냐는 중요하지 않다는 주장이 있다. 헌법재판소가 영장주의의 본질을 "사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관의 사전적·사법적 억제를 통해 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하는 것"이라고 이해하고 영장청구주체의 헌법적 가치에 대해서 언급하지 않자, 영장청구주체는 의미가 없다는 주장까지 나오고 있다. 천진호 교수는 "수사기관 중 영장청구를 누가 하느냐의 문제가 중요한 것이 아니라, 누가 청구하더라도 오직 법관에 의한 사법판단에 의하여 영장 발부가 이루어질 때 비로소 헌법이 보장하고 있는 재판받을 권리가 실질적으로 보장되는 것"이라고 주장한다.[118] 또 "영장청구권을 경찰에게 부여하더라도 그 발부에는 법관의 통제가 있으므로 국민의 인권보장에 특별한 위험이 발생하지 않는다."는 주장도 같은 입장이다.[119]

하지만 앞에서 살펴 본 바와 같이 영장발급에 있어서 신청자와 결정자를 구분한 것은 국민의 기본권을 더욱 두텁게 보호하고 혹시 발생할 수 있는 법관의 권한 남용을 견제하는 데 기능적으로 기여한다. 그렇기 때문에 누가 영장을 청구하느냐는 중요한 문제인 것이다. 독립적이고 중립적인 지위에 있는 법관의 권한 남용을 견제하는 역할은 아무나 맡을 수 없다. 공정한 재판을 위해서 사법부의 독립이 필요하므로 이를 훼손하지 않는 범위에서 견제와 균형이 이뤄지기 때문이다. 기능적으로 볼 때, 법관에 대한 견제는 법률전문가에 의하여 이뤄져야 한다. 검사의 자격을 법관의 자격과 동일하게 하는 이유도 여기서 찾을 수 있다.

이에 대해 "검사는 강제처분의 통제자로서의 자격이 있다고 할 수 없다. 검사는 그 신분이나 업무 및 사법경찰관과의 관계에 비추어 볼 때 사법경찰관의 강제처분을 통제할 지위에 있지 않다. 강제처분에 대한 통제자가 될 수 있는 자격은 '독립적이고 중립적인 지위'에서 나오는 것이지 법률소양과는 무관하다."는 주장이 있다. 그러나 검사는 피의자 또는 피고인의 이익을 위해서도 활동하여야 할 객관의무가

118) 천진호, "영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토", 「법학논고」 제26집, 2007년 6월, 342쪽.

119) 손동권, "경찰의 수사독립권과 체포영장청구권에 대한 논의", 「경찰대학 청람논단」 제10집, 1994년, 138쪽.

있는 준사법기관이며, 이러한 지위는 사회정의 실현을 목적으로 하는 법을 다루는 전문가라는 데 기초한다. 즉 검사는 법률전문가이기 때문에 기능적으로 법관의 사법권 행사를 견제할 수 있는 지위에 있는 것이다.

일각에서는 경찰 안에도 변호사 자격을 가지고 있는 사법경찰관들이 많이 있으므로 이들을 통해서 영장을 청구하면 영장주의가 추구하는 목적을 충분히 달성할 수 있다는 견해도 있다. 그러나 검사와 사법경찰관 사이에 영장청구권 행사에 차등을 두는 이유는 직무 성격이 다르기 때문이다. 검사가 직접 수사할 경우 검사와 사법경찰관 사이에 아무런 차이가 없어 보인다. 하지만 검사가 영장을 청구하는 것은 단순히 수사기관의 지위에서 하는 것이 아니다. 경찰은 수사권을 행사하는 전형적인 행정기관인데 반하여, 검찰은 수사권을 행사하는 한 행정기관이지만 영장청구권 및 기소권을 행사하는 것은 광의의 사법권을 행사하는 것이므로 준사법기관이라고 할 수 있다.[120] 검사와 사법경찰관은 직무를 수행하는 데 있어서 차이가 있다. 사법경찰관은 공무원으로서 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 할 의무를 진다(국가공무원법 제57조). 검사 역시 공무원으로서 동일한 의무를 부담하지만 준사법기관으로서 다른 예외가 인정된다. 즉 검찰청법 제7조에 따르면, 검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘 감독에 따라야 하지만(제1항), 동시에 구체적 사건과 관련된 소속 상급자의 지휘 감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다(제2항). 사법경찰관은 변호사 자격을 가졌다고 하더라도 검사와 같은 준사법기관이 아니므로 이러한 복종의무의 예외를 인정받을 수 없다.

② 인권보장기능에 대한 회의론

검사 독점적 영장청구제도가 국민의 자유와 권리를 보장하는데 기여하지 못할 뿐 아니라 오히려 수사의 신속성을 방해하여 피의자의 인권을 침해한다는 주장이 있다.[121] 하지만 검사의 영장청구권이 인권보장을 저해한다는 주장은 이론적으로 가능하지 않다. 영장청구규정은 신체의 자유를 제한하는 강제처분을 함부로 신청하지 못하도록 절차적 통제의 의미를 가지기 때문이다. 일부에서는 검사가 부당하게 영장을 청구하지 않는 사례가 적지 않다는 이유로 영장불청구에 대한 불복방법이 필

120) 이에 대해 수사도 사법권의 실행이라고 평가하는 견해도 있다. 각주 112 참조.

121) 서보학, “수사권의 독점 또는 배분? - 경찰의 수사권독립 요구에 대한 검토”, 「형사법연구」 제12호, 1999년, 412~413쪽.

요하다고 한다.[122] 그러나 헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙에 따라 불구속수사가 원칙인데, 형사피의자가 불구속되는 일이 없도록 하기 위해서 새로운 절차를 마련하는 것이 타당한지 의문이다. 부당한 영장불청구의 문제는 해당 검사에 대하여 책임을 묻는 제도를 활용하는 방법으로 해결하는 것이 올바른 접근이라고 본다.

영장청구주체 삭제론자들은 영장청구규정이 현실에서 이론과 다르게 적용된다고 주장한다. 그 논거는 다음과 같다. 첫째, 검찰은 기소기관이자 법률적 통제기관으로서의 역할보다는 피의자를 직접 소환 조사하고 조서를 작성하고 증거를 수집하는 수사기관으로서의 역할에 주력하고 있다. 따라서 검찰이 수사단계에서 경찰의 영장을 사전통제함으로써 인권을 보장한다는 주장은 성립하지 않는다.[123] 둘째, 수사실무에서 경찰이 요청한 영장을 검사가 불청구한 사례에서 보듯이 영장청구규정은 경찰수사에 의한 실체적 진실발견을 방해하는 부작용을 낳고 있다.[124] 셋째, 신체의 자유 제약에 관한 판단 주체에 대한 오해를 초래한다. 검사가 영장청구 여부를 판단하는 과정에서 재량권을 행사하면서 신체의 자유를 제약하는 최종 판단주체로 오인될 수 있다.[125]

위 논거들을 차례로 살펴본다. 첫 번째 논거인 검사가 수사기관으로서의 역할에 주력한다는 점에 대해서 보면, 검찰의 실무관행 중 잘못된 부분이 있는 것은 사실이다. 검찰은 법률전문가 집단이기 때문에 그렇지 않은 경찰보다 인권감수성이 높아야 할 터인데, 실제로 그런지 의문을 품는 사람들도 있다. 하지만 검사가 직접 수사를 하면서 수사기관으로서의 역할에 주력하는 것은 우리 형사사법의 역사적 산물이지, 헌법상 영장청구규정과 직접 관련이 없다. 이 문제는 소위 검찰개혁 내지 검찰과 경찰간 수사권조정으로 해결할 사안이다. 즉 검사가 수사기관으로서의 지위에 주력하면서 나타나는 부작용은 수사기능의 축소로 해결되어야 하며, 영장청구주체를 변경하는 것으로 해결할 일은 아닌 것이다.

두 번째 검찰의 영장불청구로 인한 인권침해 사례와 관련하여 살펴보면, 언급된 사례들의 진실은 알 수 없다. 일부의 주장처럼 검사가 특정인을 봐주기 위해서 또는 경찰의 수사를 방해하려는 의도에서 영장을 청구하지 않은 것인지, 또는 경찰이

122) 서보학, “검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안”, 「비교형사법연구」 제12권 제1호, 2010년 7월, 299~300쪽.

123) 서보학, 상게논문, 293쪽.

124) 서보학, 상게논문, 294~295쪽.

125) 김선택, 전게논문, 277~278쪽.

무리하게 영장을 신청하여 피의자의 인권보장을 위하여 영장을 불청구한 것인지 사안마다 다를 것이다. 검사의 비리 또는 판단력 부족으로 구속되었어야 할 피의자가 불구속된 사례가 있었음에 틀림없다. 이러한 문제로 인하여 검찰에 대한 국민 신뢰가 떨어지고 있는 것이다. 그러나 그렇다고 해서 일부 검사의 비리가 검사의 영장청구권이 삭제되어야 할 논거가 되지는 못한다. 판사도 비리에 연루되거나, 정실에 의해, 또는 판단능력 부족으로 구속영장을 발부해야 할 피의자를 풀어 주기도하고, 실형을 선고해야 할 피고인을 집행유예로 풀어 주기도 한다. 그 결과 마땅히 감금상태에 있어야 할 흉악범이 버젓이 길거리를 활보하고 다니다가 또 다른 범죄를 저지르는 사례는 언론에 자주 보도된다. 이러한 사례가 있다고 법관에게 부여된 영장발부권을 삭제해야 한다거나, 재판권을 축소하자는 주장까지 이어지지는 않는다. 또 그래서도 안 된다.

검사의 영장청구권이 현실적으로 문제가 있어 헌법적 근거를 삭제해야 한다는 주장으로 이어지려면 현실적 문제에 대한 과학적 분석이 선행되어야 한다. 검사의 영장청구권 남용이 정말 문제라면, 남용이라고 평가할 수 있는 사례가 얼마나 발생하고 있는지, 그러한 남용은 증가하고 있는지, 증가하고 있다면 그 원인은 무엇인지, 우리 검찰의 영장청구권 남용은 다른 나라와 비교할 때 어느 정도 수준인지, 영장청구권 남용을 제한하는 방법은 무엇이고 그 장단점은 무엇인지, 경찰에게 영장청구권을 부여한다면 검사에게 영장청구권을 독점적으로 부여하였을 때와 비교할 때 남용이 줄어들 것인지, 만약 그렇다면 당초 검사에게 독점적으로 부여할 때 우려하였던 경찰에 의한 인권침해는 걱정하지 않아도 되는지 등 주요 쟁점이 모두 검토되어야 할 것이다. 이러한 과학적 분석 없이 사례 몇 개를 들어 남용되고 있고, 그렇기 때문에 헌법을 개정해야 한다고 주장하는 것은 지나치다.

세 번째 판단주체의 오해를 초래한다는 주장을 살펴보면, 여기에는 몇 가지 전제가 있다. 첫째, 검사는 영장발부 여부를 판단하면 안 된다는 전제이다. 하지만 검사도 영장발부 요건에 해당하는지 판단할 수 있으며, 또 그러한 판단을 하는 것이 피의자의 인권보장에 도움이 된다. 즉 영장발부 요건을 충족하지 않는 사안의 경우 검사가 영장청구를 거부하는 것은 국민의 기본권을 보장하는 결정이다. 둘째, 검사가 재량권을 남용한다는 전제이다. 검찰이 영장을 발부하여야 하는 사안에서 경찰의 신청을 무시하고 영장청구조차하지 않아 피의자가 구속되지 않았다고 가정해보자. 이러한 재량권 남용은 사법정의의 실현에서 보면 문제이다. 하지만 다른 한편으

로 생각하면, 무죄추정의 원칙을 충실히 이행한 것이다. 둘 사이의 가치가 어느 것이 큰 지 속단할 수 없다. 검찰권의 남용이 문제되는 것은 영장의 불청구에 있는 것이 아니다. 검사의 재량권 행사로 사법부의 심사를 받지 않게 되어 문제가 되는 것은 영장의 불청구가 아니라 불기소처분이다. 불기소처분은 피해자의 재판에 참가하여 진술할 수 있는 권리를 침해한다. 하지만 영장의 불청구는 관련사건의 종결처분이 아니라, 중간처분에 불과하다. 검사의 불기소처분에 대해서는 재정신청 등 불복절차가 마련되어 있다. 셋째, 법원의 영장발부는 중요하지 않다는 전제다. 검찰의 영장청구가 중요하고, 일단 영장이 청구되면 법관은 무조건 영장을 발부한다는 전제가 성립할 때 비로소 국민이 판단 주체를 혼동할 수 있다. 과거 영장 발부율이 높을 때는 이러한 전제는 타당하였다. 하지만 최근 영장 기각율이 높아지면서 법관의 심사가 점점 중요해지고 있으며, 국민이 판단 주체를 혼동할 가능성은 그리 크지 않다.

그러나 검사의 영장청구권 독점이 영장발부의 합법성을 높이고 국민의 기본권 보장을 위한 이중적 장치로서 기능한 측면보다는 사법경찰관을 지휘하기 위하여 이용된 측면이 더 강하였다는 지적[126]에 대하여, 검찰은 실무 관행을 종합적으로 검토하고 개선할 부분이 있다면 조속히 시정하여야 할 것이다.

다. 영장청구규정의 해석

우리 헌법은 '검사의 신청에 의하여'라고 규정하여 영장청구의 주체를 검사로 명확하게 규정하고 있음에도 불구하고, 영장청구규정의 해석을 놓고 여러 가지 해석이 나오는 것처럼 설명하는 경우가 있다.[127] 즉 헌법상 영장청구규정은 영장의 신청을 오로지 검사만 할 수 있다는 취지인지, 아니면 영장의 신청은 원칙적으로 검사의 권한이라는 의미인지를 놓고 해석이 갈라지며, 전자의 경우에도 검사가 독점적으로 누리는 영장신청권은 형식적인 것인지, 아니면 실질적인 것인지에 따라 다시 견해가 갈라질 수 있다는 것이다. 이에 대해서 검토한다.

1. 원칙적 검사청구설

126) 천진호, 전게논문, 341쪽; 문성도, "영장주의의 비교법적 고찰 -한국 헌법 제12조 제3항과 미연방헌법 수정 제4조의 규범적 특징을 중심으로-", 「형사법연구」 제24호, 2005년, 178~179쪽.

127) 김선택, 전게논문, 262쪽 이하.

현행 헌법 제12조 제3항 및 제16조 제2문에 영장의 발부는 '검사의 신청에 의하여' 하도록 규정되어 있지만, 그렇다고 모든 종류의 영장의 발부에 있어서 예외 없이 검사의 신청이 필요하다고 해석되는 것은 아니라는 견해다. 헌법재판소가 수사단계와 공판단계를 구분하여, 수사단계에서는 검사의 청구에 의하여 영장이 발부되어야 하지만, 공판단계에서는 검사의 청구가 없더라도 법관이 영장을 발부할 수 있다고 해석한 것도 여기에 속한다. 헌법재판소 결정은, 전술한 바와 같이, 헌법의 법문을 무시하였으며, 법관에 대한 검사의 기능적 견제를 경시하였으며, 청구와 결정을 분리함으로써 기대할 수 있는 절차적 정당성을 상실하였다는 의미에서 타당하지 않다.

일부에서는 수사단계에서 검사의 영장청구권이 독점적인 것이 아니라는 주장도 한다. 영장주의의 본질이 법관에 의한 강체저분이라는 데 착안하여 검사 이외의 수사기관도 영장신청을 가능하도록 형사소송법을 개정할 수 있다는 것이다. 서보학 교수는 우리 헌법이 영장청구권을 행사할 수 있는 검사의 신분과 자격에 대해서 아무 말을 하지 않고 있으므로, 형사소송법 등을 개정하면, 경찰도 경찰조직내부에 변호사자격을 가진 자를 통해 직접 영장청구가 가능하다고 주장한다.[128] 그러나 현행 헌법규정의 문구나 입법의 취지에 비추어 검사 이외의 수사기관에 의한 영장청구를 법률적으로 창설하는 것은 헌법에서 도출될 수 있는 특별한 정당화 근거가 제시되지 않는 한 어려울 것으로 보는 견해가[129] 타당하다.

2. 독점적 검사청구설

학계의 보편적 해석은 헌법재판소의 입장과 같다. 즉 헌법의 법문상 영장청구는 검사의 독점적 권한이지만 이는 수사단계에 해당하는 것이고, 공판단계에서는 검사의 청구 없이 법관이 단독으로 영장을 발부할 수 있다는 것이다.

(1) 형식심사설

128) 서보학, 전게논문, 300~303쪽.

129) 김선택, 전게논문, 263쪽.

헌법상 영장청구권 규정을 단순 경유 규정으로 보자는 해석이 있다. 여기에는 경찰이 영장청구를 신청하면 검사는 의무적으로 영장을 청구하도록 하는 방안을 주장하는 견해,[130] 헌법은 검사의 '청구'권한을 규정하고 있을 뿐 '실질심사'권한을 명문으로 인정하고 있지 않으므로 경찰의 영장청구에 대한 검사의 실질 심사 내지 사전통제권한을 부정하고 적법성 여부에 대한 최소한의 형식심사에 그치도록 제도가 설계되는 것이 바람직하다는 주장,[131] 검사는 원칙적으로 영장발부요청의 적법성을 주로 검토하는 것이 바람직할 것이라는 견해[132] 등 다양한 주장이 있다.

(2) 실질심사설

실질심사설은 사법경찰관의 영장신청에 대한 검사의 권한은 신청서의 형식적 기재사항에 대한 적법성 여부의 심사권에만 그치는 것이 아니라 검사가 사법경찰관에 대하여 가지는 수사지휘권 및 구속통제권에 따라 사법경찰관의 강제수사의 적합성 등 실질적 요건에 대한 심사에까지 미친다고 한다.[133] 현행 실무상으로도 검사는 경찰의 영장신청에 대하여 적법성을 검토하는 데 그치지 아니하고, 인신구속 등 강제처분의 사실적 합리성 여부를 검토한 후 영장청구여부를 결정하고 있다.

3. 소결

형식심사설은 헌법에 영장청구권을 규정한 입법 취지에 반하며, 경찰에게 영장청구권을 부여하기 위하여 '검사의 신청'이라는 명문의 내용을 의도적으로 폄하함으로서 결과적으로 해당 문구를 삭제하는 헌법 개정의 효과와 다르지 않다는 점에서 타당하지 않다. 실질심사설이 타당하다. 만약 수사단계에서 검사가 아닌 경찰이 영장을 신청하기 위해서는 헌법을 개정하여야 한다.

---

130) 김용세, "현행 수사권체제의 문제점과 개선방안", 「대전대 사회과학논문집」 제19권 제1호, 2005년, 92쪽.

131) 서보학, 전게논문, 298쪽.

132) 김선택, 전게논문, 264쪽.

133) 안미영, 전게논문, 20쪽.

제5장 영장청구규정의 개정 타당성 검토

제1절 개정론

가. 개헌논의 경과[134]

영장청구권의 주체 문구를 삭제하자는 주장은 1980년 개헌 논의 때 처음 제기되었다. 법제처가 구성한 헌법연구반이 작성한 보고서는 단순히 '법관이 발부한 영장'으로만 규정하자든가 '정당한 이유가 명시된' 영장으로 수정하자는 견해가 나타난다.

2006년 한국헌법학회가 발간한 헌법개정연구에서는 삭제의견도 있었으나 일단 유보하기로 의견이 정리되었다. 즉 소추기관으로서 검사에 의한 영장신청의 인권 보장적 측면과 동 문구를 삭제할 경우 검찰뿐만 아니라 경찰, 국가정보원 등 수사권을 가진 다른 국가기관에 의한 영장신청을 가능하게 하여 신체의 자유의 보장적 측면이 상대적으로 약화될 우려도 있다는 점과 검찰과 경찰의 수사권조정 문제가 경찰의 영장신청과 밀접하게 관련되어 있다는 점 등에서 당해 문구의 삭제 여부는 일단 유보하기로 한다는 것이다.[135]

헌법개정 문제에 관한 국회의장자문기구로 2008년 9월 구성된 헌법연구자문위원회는 2009년 8월 제출한 활동결과보고서에서 삭제의견과 유지의견을 모두 제시하였다. 삭제의견은 영장신청권자를 누구로 할 것인지는 헌법정책적 문제라기보다 법률정책적 문제라는 이유로 삭제를 주장한 반면, 유지의견은 다른 나라의 경우 기소를 검사의 권한으로 하고 있다는 점에서 현행 규정을 유지하는 것이 필요하다는 이유로 유지를 주장하였다.

나. 학자들 주장

영장청구권에 관한 헌법학적 연구는 드물다. 노무현 정부 때부터 헌법개정 논의가

134) 개헌논의에 대해서는 김선택, 전게논문, 274~276쪽 참조.

135) 한국헌법학회, "2006 헌법개정연구위원회 최종 보고서 헌법개정연구", 2006년, 23~24쪽.

활발해지면서 검사의 영장신청 문구를 삭제하자는 주장도 나타나기 시작했다. 정태호 교수는 “기존의 법제도들이 현실변화에 맞추어 탄력적으로 변화·발전할 수 있는 여지를 확보해주기 위하여 수정되어야 할 기본권조항들이 있다”며 그 하나로 검사의 영장신청독점권 삭제를 주장하였다.[136] 이관희 교수는 개헌논의 과정에서 반드시 바로잡아야 할 조항으로 이 문구를 들고 있다.[137]

이 문제를 헌법학자의 시각에서 본격적으로 검토한 최초의 연구자는 김선택 교수다.[138] 그는 「영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론」이란 논문에서 헌법의 기본원리, 특히 법치국가원리와 그 구성요소인 기본권 보장과 권력분립원리를 기준으로 현행 영장조항을 검토하고, 개정의 필요성을 역설하였다. 본 보고서에서는 김 교수의 주장을 중심으로 영장청구조항의 삭제론을 비판적으로 검토한다.

제2절 조항 삭제론 및 그 비판

향후 헌법 개정시 ‘검사의 신청에 의하여’라는 문구를 삭제하여야 한다는 주장이 있다. 삭제론의 근거를 하나씩 검토한다.

가. 입법사항에 불과함

영장청구주체 삭제론에 따르면, 영장주의의 경우 신체의 자유라는 국민의 기본권을 보장하기 위한 규정이므로 실질적 의미의 헌법에 해당하지만, 영장청구권의 주체는 수사절차상 수사기관의 권한문제이므로 실질적 의미의 헌법사항이 아니라고 한다.[139] 따라서 영장청구권의 주체에 관한 규율은 수사권한과 절차에 관한 구체적 입법이라고 할 수 있는 형사소송법 등의 형사절차법의 영역이고, 입법자가 구체적인 국가 사정을 고려하여 입법할 사항으로 보아야 한다는 것이다.

그러나 헌법전에 실질적 헌법사항만 포함되는 것은 아니다. 해당 국가가 처한 고유한 역사와 시대정신에 따라 헌법전에 포함되는 내용은 다를 수 있는 것이다. 실

136) 정태호, “권리장전의 개정방향”, 「공법연구」 제34집 제4호 제2권, 2006년, 123쪽.

137) 이관희, 『한국민주헌법론 Ⅱ』, 박영사, 2008년, 서문 ii~iii.

138) 김선택, 전게논문, 257쪽.

139) 김선택, 전게논문, 269쪽.

질적 헌법사항이라고 함은 일반적으로 “널리 국가의 조직에 관한 사항이나 국가기관의 권한 구성에 관한 사항 혹은 개인의 국가권력에 대한 지위를 포함하여 말하는 것”으로, “국가의 정체성과 기본적 조직 구성에 관한 중요하고 기본적인 헌법사항”은 국민이 스스로 결단하여야 한다는데 그 의의가 있다.[140] 실질적 헌법사항은 헌법전이라는 형식 외에 다양한 형태로 존재할 수 있다.

일반적 기준으로 볼 때 실질적인 헌법사항이 아니더라도 해당 국가의 고유한 환경 아래서 내려진 헌법제정권자의 결단은 입법사항이 아니라 헌법사항이라고 보아야 한다.[141] 과거 스위스 헌법의 도축 조항[142]의 경우 많은 교과서들은 실질적 의미의 헌법에 해당하지 않는 대표적인 사례로 들고 있다. 하지만, 양건 교수는 “1893년에 채택된 이 조항은 당시의 반 유태인 정서를 반영한 것으로, 유태인의 종교의식을 금지하려는 취지에서 나온 것이라는 견해가 있다. 이에 따른다면 이 조항은 소수민족의 종교의 자유에 대한 특별한 제한에 해당하는 것이었던 셈이다. 이렇게 보면 이 조항은 이 헌법 당시 스위스의 입장에서 실질적 의미의 헌법에 해당한다고 말할 수 있다”고 설명한다.[143]

영장청구주체의 경우 국가의 조직에 관한 사항, 국가기관의 권한 구성에 관한 사항, 개인의 국가권력에 대한 지위에 관한 사항이 아니기 때문에 일반적인 기준으로 보면 실질적인 헌법사항이라고 보기 어려운 것은 사실이다. 하지만 경찰의 무분별한 영장청구로 인하여 국민의 신체의 자유가 침해된 역사적 경험을 가진 국가에서 영장청구권자는 개인의 국가권력에 대한 지위와 무관하다고 볼 수 없다고 본다.

이와 관련, 영장청구권자를 헌법에 명기하는 문제가 심도 있는 논의된 적이 없기 때문에 헌법사항이 아니라는 설명도 있다. 그러나 헌법재판소가 우리 헌법에 영장청구규정을 둔 취지를 적절히 지적한 바와 같이 ‘검사의 신청’이라는 영장청구 문구는 영장청구자를 제한하고자 하는 국민적 결단이 드러나는 경우에 해당하므로 헌법사항이라고 볼 수 있다. 즉 “제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 ‘검찰관의 신청’이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권

---

140) 헌재 2004.10.21. 2004헌마554.

141) 안미영, 전게논문, 33쪽.

142) 1973년 개정 이전의 스위스 연방헌법 제25조의2 “모든 종류의 가축을 도살하는 방법에 있어서 출현 전에 마비시키지 않고 살해하는 것은 예외 없이 금지한다.”

143) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2011년, 10쪽.

유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고 ... 즉, 수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것이다."[144]

나. 영장주의 본질에 해당되지 아니함

영장청구주체는 영장주의의 본질에 해당되지 않기 때문에 헌법에서 삭제하여야 한다는 주장이 있다. 김선택 교수는 "우리나라의 형사소송구조가 당사자주의를 원칙으로 하는 것으로 볼 수 있다면(헌법재판소 및 대법원의 입장), 인신구속 등 중대한 인권제약을 수반하게 되는 수사절차에 있어서는 양당사자인 수사기관과 피의자 사이의 이해대립에 대하여 제3자로서 중립적 심판자인 법원의 공정한 심사가 요구되고 이를 영장주의가 보장하는 것이다. 이렇게 보면 법관의 사법판단 영역에 속하는 영장발부절차와 수사기관의 판단영역에 속하는 영장청구절차를 분리하여 생각하여야 한다. 전자의 경우 영장주의의 본질적인 부분이라고 할 수 있지만 후자의 경우는 영장주의의 본질적 부분에는 해당되지 않는다."고 주장한다.

위 견해에 대해서는 이미 영장청구주체의 헌법적 가치에 대해서 설명하면서 비판한 바 있다. 이 밖에도 위 견해는 '법관의 사법판단 영역에 속하는 영장발부절차'와 '수사기관의 판단영역에 속하는 영장청구절차'를 분리하고 있지만, 영장발부절차가 사법판단이라면 영장청구절차는 왜 사법판단이 아닌가에 대한 설명이 충분하지 못한 문제가 있다. 국민의 신체의 자유를 최대한 보장한다는 관점에서 이 문제를 보면, 법관의 영장발부절차 이전에 검사의 영장청구절차를 거치도록 한 것으로 이해하는 것이 타당하다. 그렇다고 보면 법관이 영장을 발부할지 여부를 판단하는 것 못지않게 검사가 영장을 청구할지 여부를 판단하는 것이 중요하다. 법관의 영장발부가 사법절차라면, 검사의 영장청구 역시 사법절차라고 보는 것이 타당하다.

이러한 견해에 대하여 사법판단 여부는 판단의 내용이 아니라, 판단의 주체에 따라 달라진다는 반론이 제기될 수 있다. 즉 법관은 사법부 소속이기 때문에 법관이 하는 판단은 사법판단이지만, 검사는 행정부 소속이기 때문에 검사가 하는 판단은 모두 행정판단이라는 것이다. 이러한 주장을 뒷받침하는 논거는 법관은 신분이 보

144) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28.

장되고 직무수행에 있어서 독립성이 보장된다는 데 있다. 하지만 검사는 순수한 행정기관이 아니다. 법관과 마찬가지로 사회정의 실현을 위하여 법을 해석하고 적용하는 준사법기관이다. 또 법관은 신분이 보장되고 직무수행에 있어서 독립성이 보장되기 때문에 사법기관이고, 사법기관이 내리는 결정은 어떠한 것이라도 사법판단이 된다는 논리는 지나치게 형식적이다.

사법판단인지 여부는 사법이라는 특성, 즉 판단의 성격에서 찾아야 한다. 헌법재판소는 "사법의 본질은 법 또는 권리에 관한 다툼이 있거나 법이 침해된 경우에 독립적인 법원이 원칙적으로 직접 조사한 증거를 통한 객관적 사실인정을 바탕으로 법을 해석 적용하여 유권적 판단을 내리는 작용"이라고 설명한다.[145] 검사는 신분보장과 독립성 측면에서 법원과 다르다는 점에서 사법기관은 아니지만, 법률전문가로서 영장요건을 판단하는 점에서는 법원과 동일한 업무, 즉 사법기능을 수행하기 때문에 준사법기관이라고 평가하는 것이 타당하다. 이는 영장주의의 본질에 준하는 업무를 검사가 수행하고 있다는 것을 의미한다.

설사 영장청구주체를 영장주의의 본질에 해당하지 않는다고 이해하더라도, 이 문구는 국민의 기본권 보장에 기여하므로 구태여 삭제할 이유가 없다. 개헌을 통해 이 문구를 삭제하기 위해서는 좀 더 적극적인 이유, 즉 이 문구가 국민의 기본권 보장을 저해하거나, 합리적인 국정운영에 방해가 된다는 이유를 입증자료와 함께 제시하여야 할 것이다.

다. 외국헌법에 입법례가 없음

영장청구권의 귀속주체를 헌법전에 명시한 입법례는 다른 나라에서 찾을 수 없다. 이러한 경우 한국에 특유한 규율방식을 정당화할만한 특별한 사정이 한국에만 존재한다는 전제하에서만 정상적인 입법이라 할 수 있을 것이나, 이러한 특별한 사정이 있는가는 미심쩍다는 견해가 있다.[146]

그러나 비교법적으로 입법례가 없다는 것이 해당 헌법조항을 삭제해야 하는 결정적 논거가 될 수 없다. 나라마다 사정이 다르기 때문에 사정을 규율하는 법의 내용도 다를 수 있다. 중앙선거관리위원회는 또 다른 예다. 우리나라처럼 선거관리기관

145) 헌재 1996.1.25. 95헌가5.

146) 김선택, 전게논문, 256쪽 각주1에서의 의문제기 및 270쪽.

을 헌법에 명시하는 것은 드문 일이다. 선거관리는 일반 행정작용의 하나로 실질적 헌법사항이라고 할 수도 없다. 그럼에도 불구하고 우리나라는 1960년 제2공화국 헌법에 처음으로 선거관리기관으로 중앙선거관리위원회 설치에 관한 규정을 둔 이래 지금까지 이어져오고 있다. 1960년 3.15 부정선거로 인하여 4.19혁명이 발발하였고, 종국적으로 제2공화국이 탄생할 수 있었기 때문에 공정한 선거관리에 대한 국민적 결단이 헌법에 나타났기 때문이다.

50년 이상 시간이 흘러 지금은 과거와 같은 부정선거를 우려하지 않아도 될 만큼 선거관리는 잘 이루어지고 있다. 그렇다고 중앙선거관리위원회에 관한 헌법조항을 삭제하여야 한다는 목소리는 크지 않다. 그 이유는 어디에 있는가. 중앙선거관리위원회는 선거의 공정성이라는 공익을 실현하는 과정에서 다른 국가기관과의 알력이 현출되지 않기 때문이다. 영장청구주체 문구 역시 영장청구가 남발하였던 우리나라의 현실을 반영한 헌법조항인데, 다른 국가기관과 이견이 노출되면서 문제가 큰 것처럼 드러난 것일 뿐이다.

라. 수사권조정 등 형사사법절차의 발전을 저해함

헌법개정이 법률개정에 비하여 매우 어려운 경성헌법국가에서 수사절차에 관한 규정을 헌법에 명문화하는 것은 시의적절한 논의를 통하여 수사절차를 입법적으로 개선하는데 있어 장애가 될 수 있다는 주장이 있다.[147]

이러한 주장은 영장청구주체에 관한 헌법규정의 헌법적 가치를 경시하고 있다는 점에서 문제가 있다. 1962년 제5차개헌을 통해서 이 규정이 헌법전에 명시된 것은 인권보호를 위한 경찰 수사에 대한 지휘통제권한을 검사에게 부여한 것이다. 즉 위 조항은 검사의 헌법상 지위를 직접 규정하고 있지는 않지만, 수사권의 통제를 통하여 부당한 인권침해를 방지하기 위한 법치국가적 통제장치로서 탄생한 검사의 도입을 간접적으로 수용한 것이다.

그로부터 50년이 지난 현 시점에서 경찰이 이 규정의 삭제를 주장하는 데는 경찰조직의 확장 및 경찰구성원의 질적 향상에도 큰 이유가 있다. 특히 우수한 인재가 경찰대학을 통해 경찰에 복무하게 되고, 경찰대학 재학 중 또는 경찰 복무 중 사법시험에 합격하여 변호사 자격을 취득하는 사례가 늘어나면서 검찰과의 차별을 부정

147) 김선택, 전게논문, 270쪽.

하는 경찰이 늘어나게 되었다. 하지만 검찰과 경찰은 조직이 담당하는 기능의 차이로 구분되는 것이다. 검찰은 법률전문가 자격이 요구되는 기능을 수행하기 위하여 법률전문가로 조직을 구성하고 있지만, 경찰은 그렇지 않다.

경찰에게 수사의 자율성을 인정하고, 검찰이 지휘통제권을 행사하더라도 영장청구주체에 관한 헌법규정에 위반되는 것이 아니다. 수사권과 수사지휘권의 조정은 헌법개정 없이도 가능하다는 견해[148]는 타당하다. 검사와 경찰간 수사권 조정 내지 독립의 문제가 경찰에게 어느 정도 수사의 자율성을 인정할 것인지에 관한 문제라고 보면 개헌 여부와는 관계없이 진행될 수 있다. 그렇지 않고 우리나라 형사사법체계의 구조적 변화를 가져올 정도의 개혁이 필요하다면, 영장청구주체에 관한 헌법규정을 개헌하는 선으로 해결될 문제가 아니다. 사법기능의 종합적 재조정이 필요하므로 헌법재판소과 대법원의 관계 정립, 법원과 검찰의 관계 정립, 검찰과 경찰의 관계 정립을 한꺼번에 검토할 필요가 있다.

마. 기능적 권력분립에 반함

검사만 영장을 청구할 수 있도록 한 현행 규정이 권력분립원리에 반하고 기관간 상호 견제와 균형이 이루어지지 않는다는 주장이 있다. 김선택 교수는 "헌법이론적으로 보면 영장청구권 검사독점규정은 헌법적 형사소송의 이념에 조화되기 어려운 측면이 있다. 헌법은 국가공권력 가운데 최후수단에 해당하는 형벌권을 행하는 데 있어서 가능한 한 최대한 통제할 것을 요구하고 있다. 견제와 균형의 원리에 입각하여 보면, 형사소송절차에 있어서 '기관간 분립'으로 수사권-기소권-재판권을 경찰-검찰-법원 간에 분립시켜 상호견제케하고, '기관내 분립'으로 수사기관 내의 기능분리를 통하여 상호견제케 하는 것이 타당하다. 이러한 관점에서 보면 수사권과 기소권을 검찰에 집중시키고 모든 수사에 대한 전면적이고 포괄적인 관여권한을 검찰에 독점시키는 것은 문제가 있다."고 한다.

두 가지 측면에서 이 문제를 보자. 첫째, 위 주장은 수사권, 기소권, 재판권은 서로 다른 기능이라는 전제 아래 각각의 기능을 서로 다른 기관에 부여하는 것이 견제와 균형을 통해 국민의 기본권을 더 충실하게 보장할 수 있다는 전제에 있다. 일견 타당한 견해다. 하지만 수사권과 기소권을 공판전절차로 하나의 기능으로 보고,

148) 조국, 전게논문, 70쪽.

재판권을 공판절차로 또 다른 하나의 기능이라고 보면, 즉 전제를 변경하면 위 주장은 설득력을 잃는다.

결국 핵심은 수사권과 기소권의 관계를 어떻게 볼 것인가에 있다. 이는 영미법계와 대륙법계가 다르고, 또 동일한 법계 안에서도 나라마다 다르다. 권력분립원리에서 사법부의 독립성은 필연적으로 요청되지만, 수사권과 기소권의 분립이 반드시 필요한 것은 아니기 때문이다. 수사는 기소를 전제로 한다는 점, 과잉수사로 인한 인권침해의 소지를 사전에 방지하기 위해서 기소와 수사를 통합하여 공판 전 단계로 단위 구분하고, 그 권한을 행정기관의 속성을 가지면서 동시에 사법부를 견제할 수 있는 법률전문가 집단에게 맡기는 방안이 더 바람직할 수 있다.

그렇다고 보면, 현행 제도는 수사권 및 기소권은 검찰에게 재판권은 법원에게 배분하여, 기능이 다른 두 기관이 견제와 균형을 이루도록 하는 '기관간 권력분립'을 꾀하면서, 검찰과 경찰간 견제와 균형은 동일한 기능을 수행하는 '기관내 권력분립'으로 이해할 수 있다. 이러한 형태의 권력분립론이 기능적 권력분립론에 반한다고 평가할 수는 없다. 기능적 권력분립론은 각각의 기능을 서로 다른 기관에 부여해서 기관간 견제와 균형을 한다는 의미뿐 아니라, 한 기관에 부여된 기능도 조직내 견제와 균형을 통해서 남용되지 않도록 제도화하는 의미를 담고 있기 때문이다.

조직내 견제와 균형은 절차적 통제와 행정과정의 공개 등 여러 가지 방법을 통해서 가능하다. 어떤 기관이 보좌 또는 보조하는 역할을 담당한다고 하여 견제기능을 할 수 없다고 할 수는 없다. 예컨대 국무총리의 경우 우리 헌법상 대통령의 보좌기관에 불과하지만,[149] 국무위원 제청권 해임건의권 및 대통령의 모든 직무행위에 대한 부서에서 나타나는 바와 같이 대통령의 권한행사에 대하여 기관내부적 통제수단으로서 기능한다.[150][151] 수사권과 관련, 경찰이 영장청구를 신청하고 검찰이 그 적법여부를 판단하여 영장을 청구하는 식으로 권한을 분할하여 행사할 경우 외형상 상명하복이지만 절차의 투명성 제고로 기관내부적 통제는 가능하다. 최근 검찰과

149) 헌법 제86조 제2항 국무총리는 대통령을 보좌하며, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다.

150) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2012, 1228쪽.

151) 헌재 1994.4.28. 89헌마221("국무총리에 관한 헌법상 위의 제규정을 종합하면 국무총리의 지위가 대통령의 권한행사에 다소의 견제적 기능을 할 수 있다고 보여지는 것이 있기는 하나, ... 총체적으로 보면 내각책임제 밑에서의 행정권이 수상에게 귀속되는 것과는 달리 우리나라의 행정권은 헌법상 대통령에게 귀속되고, 국무총리를 단지 대통령의 첫째가는 보좌기관으로서 행정에 관하여 독자적인 권한을 가지지 못하고 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하는 기관으로서의 지위만을 가지며, 행정권행사에 대한 최후의 결정권자는 대통령이라고 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다.")

경찰간 대립이 언론을 통해 국민에게 알려지는 일이 자주 발생하고 있는데, 이러한 현상은 행정기관 내부의 견제와 균형이라는 통제기제가 작동하고 있음을 보여주는 증거이기도 하다.

둘째, 앞에서 언급한 바와 같이 검사의 영장청구규정이 검사가 직접 수사하는 근거는 아니다. 수사권의 분할하여 직접 수사를 담당하는 주체와 지휘감독하는 주체를 구분할 경우 권력분립원리에 반한다고 할 수 없다. 영장청구규정 그 자체가 권력분립원리에 반한다고 말할 수는 없다. 다만 권력분립원리의 정신을 충실히 이행하기 위하여 초동범죄수사를 담당하는 경찰수사의 독립성을 보장할 필요가 있다. 서보학 교수의 지적처럼 "경찰이 자율적으로 수사를 할 수 있어야 수사단계에서 검찰에 대한 최소한의 견제가 가능해지고 또한 검사의 의사에 종속되지 않는 독립적인 수사를 통해 실체적 진실발견의 가능성이 커지기 때문이다."[152]

제3절 조항 유지론

가. 검사의 역할에 대한 국민적 결단

1. 입법연혁 검토

우리 헌법이 다른 나라의 헌법과 달리 검사의 영장청구권을 명문으로 규정하고 있는 것은 역사적 산물이고, 국민적 결단의 소산이라고 보아야 할 것이다. 위 조항의 헌법적 가치는, 이미 언급한 바와 같이, 직접적으로는 국민의 기본권을 두텁게 보호하는 수단을 마련하였다는 데 있고, 간접적으로는 경찰과 법원의 견제기관으로서 준사법기관인 검사의 역할을 헌법에서 확인하였다는 데 있다. "법원에 종속되지 않는 독립적인 기관임과 동시에 법원과 함께 개인의 자유와 권리를 수호하는 기본권 보장기관으로서의 검사의 지위를 인정한 것으로 헌법제정권자인 국민의 주권적 의사가 반영된 것"[153]이라거나 "우리 헌법에서 법관에 의한 영장발부뿐만 아니라 영장신청권을 단순한 수사기관이 아닌 준사법기관이자 공익의 대표자인 검사에게

152) 서보학, 전게논문, 412쪽.

153) 이효원, 전게논문, 49쪽.

독점하게 하는 것은 실질적 헌법사항인 영장주의의 관철을 위한 이중적 보호장치를 헌법규범화한 것으로 과거의 경험으로 인해 인신보호에 있어서 다른 어떤 나라보다도 강력한 의지를 가진 우리 국민의 헌법적 결단으로서 그 존재가치가 있다고 할 것"이라는 평가[154]는 타당한 해석이다.

그러나 이에 대해 강력한 반론이 있다. 김선택 교수는 영장청구주체의 헌법규정화에 대하여 국민들이 결단을 내릴 정보가 주어진 적이 없고, 진지하게 논의한 실례를 찾을 수 없으며, 자유롭게 결단할 만한 상황이 아니었다는 이유로 국민적 결단론에 대해서 의문을 품는다. 김선택 교수의 설명에 따르면, 입법사항도 헌법전에 규정될 수 있는데 대개 그 경우는 다음 두 가지 경우라고 설명한다. 첫째, 일정한 사항이 당해 국가가 처한 정치적, 경제적, 역사적, 문화적 사정이라든가 국민의 정신적, 정서적 가치관에 따라 매우 중요한 의미를 가지고 있어서 그러한 사항에 헌법적 지위를 부여하고자 할 경우 헌법전에 규정할 수 있다. 둘째, 일정한 사항에 대하여 국회 이하의 입법기관에 의한 잦은 변개가능성을 차단하고자 할 경우 헌법전에 규정할 수 있다. 그러나 영장청구규정은 위의 두 가지 사유에 해당하지 않는다는 것이 김 교수의 판단이다. 즉 영장청구주제를 검사로 한정한 규정이 헌법에 도입되게 된 계기가 1961년 5.16 군사쿠데타였고, 충분한 논의를 거치지 아니한 채 형사소송법 개정법률에 도입된 후 헌법차원으로 격상되었다는 이유로 국민의사가 제대로 반영된 것인지 의문이라고 한다.[155] 또한 김 교수는 영장청구규정이 여러 차례 헌법개정에도 불구하고 그대로 살아남았다는 이유로 도입과정의 의심에도 불구하고 국민적 결단으로서의 유효성을 사후에 획득했다고 말할 수도 없다고 주장한다.

그러나 50년 전 국민투표로 확정되어 시행된 헌법의 특정 조항을 지금 시점에서 국민적 결단이 아니었다고 주장하기 위해서는 주장하는 쪽에서 그 논거를 확실하게 제시하여야 할 것이다. 헌법에 도입된 시기가 제3공화국이고, 충분한 논의를 거치지 않았다는 이유만으로 과거 헌법의 규범력을 부정할 수는 없다. 제3공화국 헌법의 성립과정에 논란이 있지만, 원로 헌법학자 허영 교수는 제3공화국 헌법은 국민투표에서 절대다수의 지지를 받아 국민으로부터 정당성을 인정받았다고 평가한다.[156] 더구나 헌법규범의 내용이 인간의 존엄성을 부정한다거나 인권의 보편적 가치를 부인

154) 안미영, 전게논문, 34쪽.

155) 김선택, 전게논문, 272쪽.

156) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2010년, 109쪽.

한 것이라면 재고할 가치가 있다고 하겠지만, 영장청구규정은 국민의 자유와 권리를 더욱 충실히 보장하기 위해서 도입된 것이다.

2. 국민적 결단으로서 유효함

영장청구규정은 도입 기준으로 지금까지 50년 동안 여러 차례 헌법 개정에서 살아남았다. 마지막 헌법 개정 시점인 1987년을 기준으로 해도 25년 동안 존속하였다. 내용이 반민주적인 것이었다면 1987년 민주화 운동의 성과로 개정된 현행 헌법에 존치할 수 없었다. 어떠한 헌법규정이 50년 동안, 여러 차례 헌법개정에도 불구하고 존속하고 있다는 것은 국민이 이를 규범으로 수용하고 있다는 의미를 갖는다. 즉 영장청구규정에 대한 국민적 결단은 여전히 유효하다. 검사의 영장신청권을 헌법사항으로 결단한 국민의 의사가 번복되었는지에 관한 구체적이고 객관적인 증명이 있다고 볼 근거가 없다는 주장[157]은 타당하다.

그러나 이에 반대하는 견해도 있다. 개헌 때 이 조항에 대한 심층적인 논의가 없었다는 것이 그 주요 논거다. 김선택 교수는 첫째, 진지하게 논의대상이 된 적이 없어 실질적으로 보면 국민적 결단을 제대로 받아본 사항이 아니라는 점에서 처음부터 영장청구주체 규정에 대하여는 헌법개정 논의대상이 될 수 있으며, 둘째 국민적 결단이라고 하더라도 그 결단의 시초가 된 사정에 그동안 변경이 이루어졌다고 볼 수 있으면 새로이 국민의 결단을 받아보아야 한다고 주장한다.

하지만 영장청구규정이 1962년 도입된 이후 1980년과 1987년 개헌 논의 때[158] 이 조항을 삭제할지 여부를 놓고 심층적인 논의가 없었다는 것은 거꾸로 우리 국민이 이 조항을 헌법규범으로 수용하였다는 의미를 갖는다. 즉 국민은 영장청구규정이 기본권 보장에 필요하다고 인식하여 '살아 있는 헌법'으로 규범력을 인정한 것이다.[159] 현행 헌법이 1987년 개정 당시 국민투표에 참여한 바 없는 후세대 국민을 기

157) 안미영, 전게논문, 38쪽.

158) 1972년 헌법개정은 초헌법적인 국가긴급권을 발동하여 국회를 해산하고 정치활동을 금지하는 동시에 전국적인 비상계엄령을 선포한 뒤 실시되었다는 점에서 개헌논의가 전혀 이루어질 수 없었다는 점에서 논의에서 제외한다.

159) 장영수 교수는 "5.16 군사쿠데타 이후 검사의 독점적 영장청구권이 인정되었던 배경이나 군사정부 하에서 이런 제도가 계속되었던 점에 대해서는 다양한 해석이 있을 수 있다. 그러나 민주화 이후 20여년이 경과한 현재까지도 이 제도가 지속되고 있다는 점에 대해서는 나름의 정당화 사유를 신중하게 검토할 필요가 있다." 고 한다. 장영수, "검사 독점적 영장 청구권의 문제점 및 개선방향", 국민을 위한 수사권 및 영장청구권 개선방안 공동 학술세미나 발제문, 2012년 11월, 98쪽 각주 33.

속하는 이유는 후세대 국민 역시 현행 헌법을 규범으로 받아들이고 있기 때문이다. 더 이상 규범으로 받아들일 수 없을 때 국민은 헌법에 저항하며, 그 저항은 단기적으로 헌법 변천으로, 궁극적으로 헌법 개정으로 실현된다.

도입 후 50년간, 그리고 마지막 헌법 개정 후 25년간 검사의 영장청구규정에 대한 국민의 불만은 거의 표출된 바 없다. 국민은 검찰권을 남용한 사례에 접할 때마다 분노하고, 검찰권에 대한 적당한 견제가 필요하다는 인식한다. 그러나 검사에게만 영장청구권을 부여하였기 때문에 검찰권이 남용되고 있다는 지적은 일부 학자들과 이해관계에 있는 경찰로부터 제기될 뿐, 이에 대한 국민의 분노는 현출되었다고 평가할 수 없다. 검사의 영장청구규정을 삭제해야 한다고 주장하는 학자들도 스스로 인정하듯이 영장청구규정의 헌법적 의의에 대한 연구조차 충분하지 않다.[160] 그만큼 국민의 불만 혹은 저항은 표출된 바 없는 내용이다.

국민의 절대다수는 해당 헌법조항을 이의 없이 수용하고 있는데, 이 조항과 이해관계 있는 국가기관과 일부 학자들이 개헌을 주장하는 것이 현재 상황이다. 과연 지금이 헌법을 개정해야 할 시점이라고 평가할 수 있을지 의문이다. 검사의 영장청구규정을 개정하기 위해서는 위 조항의 도입 취지가 더 이상 가치가 없어 수용할 수 없거나, 도입취지를 더 잘 실현할 수 있는 대체적인 수단이 확실하게 나타내야 할 것이다. 위 규정의 도입취지는 국민의 신체의 자유를 충실히 보장하자는 데 있으므로 더 이상 수용할 가치가 없어졌다고 말할 수 없다. 문제는 대체적인 방안, 즉 경찰의 직접 영장신청이 신체의 자유를 더 충실히 보장할 수 있는지에 달려있다. 경찰의 직접 영장신청이 검찰을 통해 영장신청의 적법성을 검토하는 방안보다 국민의 기본권을 더 충실히 보장할 수 있다고 주장할 수 있어도, 이러한 주장을 객관적으로 뒷받침할만한 자료가 있는지 의문이다.

나. 헌법 개정의 시기

헌법이 규범력을 유지하기 위해서는 시대 변화를 수용하여 개정되어야 한다. 헌법은 미리 마련된 절차에 따라 개정이 확정되는 순간부터 규범력을 갖지만, 동시에 그 순간부터 변화하는 시대정신과 국민가치를 수용하여야 규범력을 유지할 수 있

160) 영장청구권에 관한 헌법학적 연구로는 김선택, 영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론; 황운하, 영장청구권에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위 논문 등 극소수의 연구물이 최근 발표되었다.

다. 과거에 만들어진 헌법은 지금 이 순간 그 헌법의 지배를 받는 국민에게 수용될 때 비로소 규범으로 작용할 수 있기 때문이다. 헌법 개정은 국민의 직접적인 요구로부터 시작되는 경우도 있고, 정치 엘리트의 주도로 시작되는 경우도 있다. 1987년 현행 헌법은 대통령 직선제를 요구하는 국민의 항쟁에서 시작되었다. 정치 엘리트가 주도하는 헌법 역시 규범력을 가지기 위해서는 국민을 설득하는 작업이 병행되어야 한다. 헌법개정은 국민의사가 직접 확인되는 국민투표로 확정되기 때문이다.

정치 엘리트가 주도하는 헌법 개정이 국민 설득에 성공하기 위해서는 토양이 마련되어 있어야 한다. 헌법개정은 소위 '헌법시기'(constitutional moments)가 도래해야 성공할 수 있다. 헌법시기란 헌법에 대한 국민적 관심이 높아지는 때를 의미한다.[161] 헌법으로 인하여 국민의 자유와 권리가 제한되는 일이 현실적인 문제로 등장할 때 비로소 국민은 헌법개정에 관심을 가지게 되며, 그 때가 헌법시기다. 헌법은 개정되고 나면 다음 헌법시기가 도래할 때까지 개정된 헌법에 근거하여 국가권력이 행사되는 '일상정치'(normal politics)가 행해지게 된다.

헌법상 영장청구규정은 과연 헌법시기에 도래하였는가. 학자 중에서는 "오랫동안 논란이 되어 온 검·경간의 합리적인 수사권 배분 내지 그 일환으로서 영장청구권한의 배분 문제를 입법 차원에서 논의하기 위해서는 헌법 제12조 제3항 및 제16조 제2문의 개정을 검토하지 않을 수 없다"고 하며 "국가의 발전과 국민 의식 수준의 향상을 고려할 때 형사사법절차, 특히 수사절차의 합리적인 개선에 헌법 조항의 문언의 명백한 의미가 장애가 된다면 동 문언을 개정하여야 할 때가 된 것으로 볼 수 있을 것"이라고 평가한다.[162]

검찰 개혁에 대한 국민적 관심사가 고조된 것은 사실이다. 검찰 개혁의 핵심은 검찰권의 적정한 행사를 위한 제도 마련에 있다. 검찰의 정치적 중립성, 적법절차에 의한 검찰권 행사 및 법관에 의한 통제를 강화하는 방향으로 제도를 마련하여 꾸준히 실천하는 것이 중요하다. 검찰이 본연의 업무인 수사지휘보다 직접수사에 치중하여 국민들로 하여금 검찰을 경찰과 경쟁하는 수사기관의 하나로 인식하게 하였고, 이러한 검찰의 수사기관화로 인하여 수사과정에서 정치적 독립이 훼손되고 국민들의 인권보장이나 기본권보호가 철저하지 못하였다는 점에 대한 반성[163]도 필요

161) Bruce Ackerman, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991

162) 김선택, 전게논문, 267~268쪽.

163) 안미영, 전게논문, 42쪽.

하다. 과도하다고 평가받는 검찰권을 일부 분산시킬 필요도 있다. 하지만 현재 논의되고 있는 검·경 수사권 갈등은 국민의 시각에서 보면 헌법을 개정해야 할 만큼 중대한 사안이 아니다. 국가권익위원회가 조사한 2012년 공공기관 청렴도 순위에서 나란히 최하위를 기록한 검찰과 경찰간 권한 다툼은 국민에게 의미 없다.[164] 만약 헌법개정이 이루어진다면 영장청구권 조항을 개정하는 수준이 아니라, 검사의 역할에 대한 국민적 합의를 바탕으로 검찰권의 성격을 규정하고 이를 담당하는 검사의 자격, 임면 등 신분에 관한 사항, 검사의 정치적 중립성 보장, 검사의 직무와 권한, 검찰권의 행사 및 그 통제방안 등을 헌법에 규정하는 내용이 검토되어야 할 것이다.

164) 검찰 개혁은 더 이상 미룰 수 없는 시대적 과제이지만, 그렇다고 경찰에 수사권을 주는 문제와는 분리해서 봐야 한다는 견해로는 강희철, "[편집국에서] 위험한 공약", 한겨레, 2012.10.25. 27면3단 (http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/557324.html에서 검색 가능)("지난해에만 각종 비리로 징계를 받은 경찰관이 물경 1200명을 넘고, 사건 축소·무마 청탁, 단속 정보·편의 제공, 음주운전 및 교통사고 축소·무마의 대가로 돈을 받았다가 면직된 경찰관이 500명에 육박한다고 국회에 보고됐다. 이런 마당에 독립적인 수사권까지 쥐어주면 대체 어떤 일들이 벌어질까.")

제6장 결론

지금까지 우리나라 헌법 및 형사사법체계에서 검사의 지위를 검토하고, 영장청구 규정의 헌법상 가치 및 개정 필요성에 대해서 검토하였다. 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

1) 검사는 법관과의 기능적 역할분담을 통하여 진실발견과 인권보호를 실현하는 준사법기관으로, 수사절차에 있어서 사법경찰관의 인권침해를 방지하고, 공판절차에 있어서 법관의 사법권 남용을 견제하는 역할을 수행한다. 헌법 제12조 제3항 및 제16조는 검사의 헌법상 지위를 직접 규정하는 것은 아니지만, 검사가 헌법상 지위를 규정하는 주요한 논거가 될 수 있다. 검사는 영장청구를 통하여 사법경찰관의 범죄수사를 지휘 감독하고, 법관과 기능적으로 연계하여 사법작용을 수행한다.

2) 검사의 헌법상 지위를 확립하는 문제는 검찰권에 대한 통제방안과 함께 검토되어야 한다. 검찰권 역시 견제와 균형의 원리에 따라 때로는 다른 국가기관과 공유와 협조하면서 행사되어야 하며, 또 때로는 다른 국가기관에 의하여 견제 내지 통제될 필요가 있다. 이러한 견제기능을 확보될 때 비로소 검찰은 법원에 대한 기능적 견제기관이자, 국민의 기본권보장기관이자, 헌법수호기관으로 역할을 제대로 수행할 수 있다.

3) 헌법재판소와 학계의 다수견해는 영장주의의 본질이 “법관에 의한 발부”에 있다고 파악한다. 그렇기 때문에 공판단계에서 검사의 신청이 없더라도 법관이 영장을 발부할 수 있다고 본다. 그러나 이러한 해석은 헌법의 문면에 반하여, 검사에게 영장청구권을 인정함으로써 기본권침해방지의 이중적 장치를 마련하고자 하는 입법취지에 반하는 것이다. 우리 헌법이 다른 나라의 헌법과 영장발부에 있어 그 신청주체와 결정주체를 구분한 것은 권한을 분할하여 서로 다른 국가기관에 그 권한을 배분함으로써 상호 견제와 균형을 통하여 공권력을 효율적으로 통제하고 국민의 자유와 권리를 확실하게 보장하고자 함에 있다. 현행 헌법상 영장주의는 ‘검사의 신청’과 ‘법관의 발부’로 구성된다고 해석하는 것이 타당하다.

4) 영장청구규정의 헌법적 가치는 두 가지 측면에서 살펴 볼 수 있다. 첫째, 사법경찰관에 의한 신체구속의 남용을 억제하여 인권유린의 폐해를 방지한다. 둘째, 영장발부에 있어서 법률전문가인 검사의 신청을 반드시 거치도록 함으로써 법관과의 기능적 권력분립을 통해 인권보장을 더욱 충실히 실현한다. 결국 영장청구규정의

헌법적 가치는 직접적으로는 국민의 기본권을 두텁게 보호하는 수단을 마련하였다는 데 있고, 간접적으로는 경찰과 법원의 견제기관으로서 준사법기관인 검사의 역할을 헌법이 확인하였다는 데 있다.

5) 영장청구규정은 50년 동안 여러 차례 헌법 개정에도 살아남았다는 것은 우리 국민이 이를 규범으로 수용하고 있다는 의미를 갖는다. 즉 영장청구규정은 국민이 기본권 보장에 필요하다고 인식하여 살아 있는 헌법으로 규범력을 갖고 있는 것이다.

6) 검사의 영장신청권 규정을 개정하기 위해서는 위 조항의 도입 취지가 가치가 없어 더 이상 수용할 수 없거나, 도입취지를 더 잘 실현할 수 있는 대체적인 수단이 확실하게 존재하여야 한다. 국민의 신체의 자유를 충실히 보장하자는 입법취지를 더 이상 가치 없다고 할 수는 없다. 문제는 대체적인 수단, 즉 일부의 주장처럼 경찰의 직접 영장신청이 신체의 자유를 더 충실히 보장할 수 있는지에 달려 있다. 그렇다는 주장은 많지만, 그러한 주장을 뒷받침할만한 자료가 있는지는 의문이다.

7) 검찰 개혁은 불가피하다. 검찰 개혁의 핵심은 검찰에 집중된 권한을 분산시키는 데 있다. 검찰이 직접 수사를 자제하고, 경찰 수사의 자율성을 존중하며 수사지휘를 철저히 하는 것이 하나의 예가 될 수 있다. 영장청구권 조항이 이러한 논의를 가로막는 것은 아니다. 만약 헌법개정이 이루어진다면 영장청구권 조항을 개정하는 수준이 아니라, 검사의 역할에 대한 국민적 합의를 바탕으로 검찰권의 성격을 규정하고 이를 담당하는 검사의 자격, 임면 등 신분에 관한 사항, 검사의 정치적 중립성 보장, 검사의 직무와 권한, 검찰권의 행사 및 그 통제방안 등을 헌법에 규정하는 내용이 검토되어야 할 것이다.

참고문헌

<국내 논문>

김선택, “영장청구주체입법의 변천 및 평가”, 「안암법학」 31권, 2010.

김선택, “영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론”, 「공법연구」 제38집 제2호, 2009.

김용세, “현행 수사권체제의 문제점과 개선방안”, 「대전대 사회과학논문집」 제19권 제1호, 2005.

김일수, “독일·오스트리아·스위스의 형사법 개정추이 연구”, 법무부, 2005.

대검찰청, “헌법상 검사의 지위에 관한 연구”, 2005.

명재진, “헌법문제로서의 검찰개혁”, 「헌법학연구」 제17권 제4호, 2011. 12.

문성도, “영장주의의 도입과 형성에 관한 연구”, 서울대법학박사학위논문, 2001.

문성도, “영장주의의 비교법적 고찰 -한국 헌법 제12조 제3항과 미연방헌법 수정 제4조의 규범적 특징을 중심으로-”, 「형사법연구」 제24호, 2005.

문준영, “검사의 법적 성격과 조직방식에 관한 논의의 비판적 고찰: 검사의 준사법기관성과 검사동일체원칙을 중심으로”, 「민주법학」 26호, 2004.

박노섭, “독일검찰제도의 탄생과 그 시사점”, 「한림법학 FORUM」 제19권, 2008.

박승진/최석윤/이경재, “각국의 검찰제도”, 「한국형사정책연구원 연구총서」, 1997.

박현정, “일본의 검찰심사회제도에 관한 고찰”, 「법학논총」 제16권 제2호, 2009.

백원기, “검찰제도에 관한 가치론적 고찰 – 사법개혁론과 검찰개혁방안을 중심으로-,” 「형사법의 신동향」 통권 제31호, 2011. 6.

서보학, “검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안”, 「비교형사법연구」 제12권 제1호, 2010. 7.

서보학, “수사권의 독점 또는 배분? - 경찰의 수사권독립 요구에 대한 검토”, 「형사법연구」 제12호, 1999.

손동권, “경찰의 수사독립권과 체포영장청구권에 대한 논의”, 「경찰대학 청람논단」 제10집, 1994.

신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅱ) - 초기 법규정의 정비를 중심으로 -”, 「서울대학교 법학」제42권 제2호, 2001. 7.

신동운, “운전종료후의 음주측정불응죄와 영장주의”, 「저스티스」 제30권 제4호, 1997.

안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의”, 「형사법의 신동향」 통권 제24조, 2010. 2.

이상문, “사법(Justiz)내에서의 검사의 법적 지위의 문제, 「형사법의 신동향」 통권 제31호, 2011. 6.

이완규, “검사의 지위에 관한 연구 -형사사법체계와의 관련성을 중심으로-”, 서울대학교 법학박사논문, 2005.
이헌환, “검찰개혁 – 원인과 처방”, 「헌법학연구」 제16권 제1호, 2010. 3.
이효원, “검사의 공익적 기능”, 「형사법의 신동향」 통권 제35호, 2012 6.
이효원, “대한민국 헌법과 검찰·검사 -인신구속제도의 헌법적 원리를 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 통권 제17호, 2008. 12.
이효원, “미래변화와 검찰기능 강화방안 – 검사의 공익적 기능 강화를 중심으로-”, 2010년도 대검찰청 용역과제 보고서.
장영수, “검사 독점적 영장 청구권의 문제점 및 개선방향”, 국민을 위한 수사권 및 영장청구권 개선방안 공동 학술세미나 발제문, 2012. 11.
정봉채, “수사체계의 합리적인 조정방안에 관한 연구”, 한양대 박사학위논문, 2012.
정태호, “권리장전의 개정방향”, 「공법연구」 제34집 제4호 제2권, 2006.
조국, “검사의 수사지휘권 행사에 관한 연구”, 경찰청, 2010.
천진호, “영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토”, 「법학논고」 제26집, 2007. 6.
한국헌법학회, “2006 헌법개정연구위원회 최종 보고서 헌법개정연구”, 2006.
한상훈, “형사소송의 구조와 검사, 피고인의 지위”, 「형사법연구」 제21권 제4호 통권 제41호, 2009.
황운하, “영장청구권에 관한 연구”, 성균관대학교 법학박사학위논문, 2012.

<국내 단행본>

강구진, 『형사소송법원론』, 학연사, 1982.
김종구 등, 『검찰제도론』, 법문사, 2011.
Reinhold Zippelius, 김형배 역, 『법학입문』, 삼영사, 1995.
배종대/이상돈, 『형사소송법』, 홍문사, 2002.
서영제, 『미국특별검사제도의 과거와 미래』, 세일출판사, 2002.
서일교, 『신형사소송법학』, 일한도서출판사, 1954.
신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2012.
신현주, 『형사소송법』, 박영사, 2002.
양건, 『헌법강의』, 법문사, 2011.
유일준, 「검사의 헌법상 지위」, 『형사법과 헌법이념』 제1권, 박영사, 2006.
이관희, 『한국민주헌법론 Ⅱ』, 박영사, 2008.
이재상, 『신형사소송법』 박영사, 2011.
임동규, 『형사소송법』, 홍문사, 2006.
차용석, 『형사소송법』, 세영사, 1998.
표성수, 『미국의 검찰과 한국의 검찰』, 육법사, 2000.

한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2012.
허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2010.

<외국 문헌>

Bruce Ackerman, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
Eb. Schmidt, DRiZ, 1957.
Mark Tushnet, THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER, Princeton University Press, 2003.