

2017 한국형사정책연구원 / 한국형사소송법학회 공동학술세미나 일정

시 간	내 용
13:30~14:00	등 록
사 회 : 김 희 균 교수 (서울시립대학교 법학전문대학원)	
14:00~14:20	<ul style="list-style-type: none"> ○ 개 회 사 김 진 환 한국형사정책연구원장 한 명 관 한국형사소송법학회장 ○ 축 사 권 성 동 국회법제사법위원장 금 태 섭 국회의원 강 동 범 이화여자대학교 법학전문대학원장
좌 장 : 오 영 근 교수 (한양대학교 법학전문대학원)	
14:20~16:00	<p><제1주제> 검찰개혁의 바람직한 방향</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ 발 표 정 응 석 교수 (서경대학교 공공인적자원학부) ○ 토 론 임 지 봉 교수 (서강대학교 법학전문대학원 / 참여연대 사법정책위원장) 강 수 진 교수 (고려대학교 법학전문대학원) 오 경 식 교수 (국립강릉원주대학교 / 한국피해자학회장) 김 영 기 검사 (남원지청장) 박 미 숙 선임연구위원 (한국형사정책연구원)
16:00~16:20	휴 식
16:20~18:00	<p><제2주제> 독립적 특별수사기구 도입 논의</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ 발 표 장 영 수 교수 (고려대학교 법학전문대학원) ○ 토 론 한 상 훈 교수 (연세대학교 법학전문대학원) 이 순 옥 교수 (중앙대학교 법학전문대학원) 김 선 화 입법조사연구관 (국회입법조사처) 김 태 우 검사 (영월지청장) 강 석 구 선임연구위원 (한국형사정책연구원)
18:00~18:30	종 합 토 론

개 회 사

입춘이 지나 만물이 소생을 준비하고 있는 이 때, 한국형사정책연구원과 한국형사소송법학회가 형사사법개혁연구의 일환으로 ‘검찰개혁’을 주제로 공동학술세미나를 개최하게 되어 기쁘게 생각합니다.

먼저, 오늘 이 학술세미나의 공동개최를 위해 애써 주신 한국형사소송법학회 한명관 회장님, 훌륭한 논의의 장을 마련해 주신 이화여자대학교 법학전문대학원 강동범 원장님, 바쁘신 와중에도 귀한 시간을 내셔서 축사를 해 주실 국회 법제사법위원회 권성동 위원장님과 금태섭 의원님께 깊은 감사를 드립니다.

현재 우리 사회는 여러모로 전환기적 도전에 직면하고 있습니다. 대통령 탄핵정국에 따른 국내의 정치적 불안과 함께 외교안보 환경마저 불확실성이 커지고 있습니다. 이러한 상황을 우리가 어떻게 슬기롭게 극복하고 국가경쟁력을 더욱 높여 나가야 할지 많은 걱정이 앞섭니다.

사실 국가경쟁력은 단순히 경제적 측면의 지표만으로 설명되지 않습니다. 新제도주의 경제이론이 잘 설파하고 있듯이 법의 지배(Rule of Law)를 통해 사회에 전반적으로 제도적 안정이 자리를 잡아야 국가경쟁력이 담보될 수 있습니다. 1993년 노벨경제학상 수상자인 더글라스 노스(Douglas North)는 ‘경제 성장은 단기적으로, 독재 정권 하에서 일어날 수 있으나, 장기적으로는 법의 지배와 필요불가결한 관계에 놓여 있다’라고 말한 바 있습니다. 법질서, 신뢰관계가 만들어 내는 사회적 자본(Social Capital)이 국가경쟁력의 핵심이 되는 시대가 도래 하였습니다. 이와 같이 경제 성장에 있어서 법의 지배, 즉 법치주의가 차지하는 중요성을 고려할 때 사법적 안정성 혹은 사법개혁은 지금 이 시점에 있어 매우 중요한 화두가 될 것입니다.

오늘 이 자리는 많은 사법개혁 논의 중에서도 검찰개혁에 대해 얘기하는 자리입니다. 사실 사법개혁과 검찰개혁에 대한 논의는 정권이 바뀔 때마다 사법개혁위원회, 사법제도개혁추진위원회 등의 이름으로 반복적으로 진행되었습니다. 그 결과 2003년 검찰총장 인사청문회제도 도입, 2004년 검사적격심사위원회 신설 및 검사동일체원칙의 완화(검찰청법 개정), 2007년 모든 대상사건으로의 재정신청대상 확대, 2010년 검찰시민위원회 제도 도입, 2013년 대검 중수부 폐지 및 특별감찰관제 도입 등의 가시적 성과도 있었습니다.

그럼에도 불구하고 최근 헌법 개정 논의와 함께 검사의 영장청구권 재편 논의, 수사권과 공소권의 분리문제, 고위공직자비리수사처(공수처)의 신설 등이 정치권을 중심으로 이슈화되고 있습니다. 심지어는 검사장 직선제를 주장하는 의견도 있습니다. 이러한 다양한 검찰개혁 방안에 대한 주장 중에서 오늘은 저희 한국형사정책연구원과 한국형사소송법학회가 공동으로 검찰개혁에 대한 거시적 시각을 조망해 본 후, 특별히 공수처 문제에 대해 심도 있는 의견을 교환하기 위한 자리를 마련해 보았습니다.

오늘 발표를 맡으신 정웅석 교수님과 장영수 교수님 그리고 토론을 맡아주신 여러 고명하신 선생님들께 깊은 감사를 드립니다. 마지막으로 플로어를 채워주신 내외빈 여러분과 행사준비를 위해 애써주신 관계자분들께도 심심한 감사의 마음을 전합니다.

아무쪼록 오늘 이 자리가 사법에 대한 국민신뢰를 회복하고, 이를 통해 우리나라가 높은 경쟁력을 갖춘 신뢰사회로 나아갈 수 있도록, 참석해 주신 전문가와 사법관계자들께서 검찰개혁에 대한 바람직한 개선방향을 허심탄회하게 논의해 주시기 바랍니다. 감사합니다.

2017년 2월 13일

한국형사정책연구원장 **김진환**

개 회 사

안녕하십니까. 한국형사소송법학회 회장 한명관입니다.

한국형사정책연구원과 한국형사소송법학회가 공동으로 “한국의 사법개혁: 검찰개혁”을 주제로 공동학술대회를 개최하게 되었습니다. 바쁘신 와중에도 이번 공동학술대회를 축하하기 위해 내왕해 주신 권성동 국회법제사법위원장님, 금태섭 더불어민주당 의원님, 그리고 따뜻하게 저희를 환대해 주신 강동범 이화여자대학교 법학전문대학원장님께도 학회를 대신하여 심심한 감사의 말씀을 드립니다.

최근 들어 검찰개혁에 대한 국민들의 요구가 어느 때보다도 높아졌습니다. 그동안 우리 검찰은 범죄척결과 정의로운 사회 구현에 앞장서서 최선의 노력을 기울여 왔습니다. 하지만 국민들의 눈으로 보기에는 미흡한 점이 적지 않았고, 또 일부 검사들의 정치편향으로 인하여 국민들의 눈살을 찌푸리게 한 일도 있습니다. 이 모든 지적들을 겸허하게 받아들이고 앞으로는 준사법기관으로서의 자부심과 책임감을 가지고 잘못된 관행과 제도를 앞장서서 고쳐 나가는 데 진력해야 할 것입니다.

사실 검찰개혁이 토론 주제로 오른 것은 어제오늘의 일이 아닙니다. 새로 취임하는 검찰총장들마다 검찰개혁이라는 기치를 내걸고 많은 개선 방안을 내놓은 바 있습니다. 하지만 최근의 국정농단 사태를 보면, 우리 검찰이 국민들이 바라는 것만큼 올곧고 신속하고 치밀하고 공정했는지에 대해서 근본적인 회의를 느끼게 됩니다. 이제라도 근본으로 돌아가서 믿을 수 있는 검찰, 국민의 편에서는 검찰로 다시 태어날 수 있도록 철저한 개혁방안이 마련되어야 할 것으로 보입니다.

오늘 공동학술대회에서는 그런 의미에서 검찰개혁의 바람직한 방향이 무엇인지, 또, 검사의 정치적 독립성 또는 중립성 확보 방안은 무엇인지, 아니면 검찰 이외의 특별수사기구의 도입이 필요한지 등에 대해서 여러 전문가들의 의견을 듣고, 공론의 장에서 다양한 목소리를 취합하고자 합니다. 혹시 그동안 검찰개혁이라는 이름으로 듣고 싶은 얘기만 듣고, 말하고 싶은 것만 말한 것은 아닌지 깊이 반성하면서, 여러 가지 시각에서 검찰의 공과에 대해 생각해 보는 기회가 되기를 바랍니다.

이런 귀중한 자리를 위해서 물심양면으로 지원을 아끼지 않으신 한국형사정책연구원 김진환 원장님께 다시 한 번 감사의 말씀을 전합니다. 그리고 금년에 새로 취임하셔서 그야말로 눈코뜰


새 없이 바쁘실 텐데도 흔쾌히 토론의 장을 열어주신 이화여자대학교 강동범 원장님과 발표를 맡아 주신 정웅석 서경대학교 교수님, 장영수 고려대학교 법학전문대학원 교수님께도 감사를 드립니다. 토론을 맡아 주신 교수님과 실무가 여러분께도 건강과 행운이 가득하기를 빕니다. 특히 좌장을 맡아 주신 오영근 한양대학교 법학전문대학원 교수님께는 검찰개혁을 향한 지혜를 나눠 주실 것을 간곡히 부탁드립니다.

늘 다시 시작하는 새해지만, 금년은 저나 여러분들 모두에게 의미가 전과 같지 않을 거라고 생각합니다. 위기의 해가 될 수도 있고, 기회의 해가 될 수도 있습니다. 그것은 우리가 서로의 흠을 보고 배척하느냐, 아니면 서로의 부족함을 감싸 안으면서 함께 전진하느냐에 달려 있다고 봅니다. 춥고 어려운 길일수록 머리를 맞대고 격려하면서 국가와 국민을 위한 검찰로 다시 태어나는 길로 매진하게 되기를 바랍니다.

먼 길도 마다하지 않으시고 이 자리에 참석해 주신 모든 분들에게 기적 같은 한 해가 펼쳐지기를 기원합니다.

감사합니다.

2017년 2월 13일

한국형사소송법학회장 

차 례

〈제1주제〉 검찰개혁의 바람직한 방향

▣ 발표

정웅석 교수 (서경대학교 공공인적자원학부) 1

▣ 토론

임지봉 교수 (서강대학교 법학전문대학원 / 참여연대 사법정책위원장) 45

강수진 교수 (고려대학교 법학전문대학원) 51

오경식 교수 (국립강릉원주대학교 / 한국피해자학회) 55

김영기 검사 (남원지청장) 61

박미숙 선임연구위원 (한국형사정책연구원) 89

〈제2주제〉 독립적 특별수사기구 도입 논의

▣ 발표

장영수 교수 (고려대학교 법학전문대학원) 93

▣ 토론

한상훈 교수 (연세대학교 법학전문대학원) 119

이순욱 교수 (중앙대학교 법학전문대학원) 127

김선화 입법조사연구관 (국회입법조사처) 131

김태우 검사 (영월지청장) 137

강석구 선임연구위원 (한국형사정책연구원) 147

제1주제

검찰개혁의 바람직한 방향

- 정 응 석 교수 (서경대학교 공공인적자원학부)

검찰개혁의 바람직한 방향

정웅석 교수 (서경대학교 / 한국형사소송법학회 부회장)

I 서 설

1. 의 의

우리에게 검찰은 어떤 존재일까? TV 드라마나 영화에선 진실과 비리를 파헤치는 정의의 사도로 그려지기도 하지만, 현실에서는 정치권과 시민사회로부터 그 공정성을 의심받는 ‘정치집단’, ‘권력의 하수인’이라는 비난이 끊이지 않고 있다. 이는 수사와 기소권에 내재하는 적극적 권력, 즉 법원의 재판권처럼 검사의 기소가 있어야 재판권을 행사할 수 있고 그 권한도 주로 판단권에 중심이 있는 것이 아니라 스스로 범죄를 찾아 절차를 개시할 수 있고, 나아가 수사에 의해 증거를 수집하여 사건을 형성하여 나가는 권력이라는 성격에 기인한다고 본다.

이에 따라 기존의 학연·지연·혈연을 넘어 이념적·세대적 갈등으로까지 정치적 이해관계가 확대된 우리나라의 특수한 상황에서 권력을 가진 사람은 수사와 기소를 담당하는 검찰권을 장악하여 자기에게 유리한 환경을 만들고 싶은 욕망을 추구하는 반면, 권력을 잃고 그 권력을 다시 찾으려는 사람들에게는 반대의 입장에서 검찰권을 자신의 편으로 만들고 싶거나 적어도 중립성을 요구하기 위하여 끊임없이 검찰을 비난할 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 사회·정치적으로 큰 영향력을 가지고 있는 적극적 권력인 검찰권이 정의의 이념에 따라 공정하게 행사되지 않고 스스로 사회·정치적 영향력을 강화한다든지 어느 한편을 들어 편파적으로 행사되면 반대편의 입장에서는 재기 불능의 상태에 빠질 수밖에 없기 때문이다.

그간 검찰개혁과 관련된 논의의 대부분도 정치적 의혹사건의 부실처리,¹⁾ 각종 검찰관련 게이트 사건,²⁾ 법조비리 사건³⁾ 등에서 촉발되었는데, 이를 내용에서 본다면 많은 부분이 ‘**검찰의 정치적 중립성 및 수사의 공정성 확보**’에 집중되었다고 볼 수 있다.

1) 무리한 법 적용의 결과 무죄판결을 초래한 ‘MBC PD 수첩사건’, ‘KBS 정연주 전 사장사건’, ‘YTN 노조사건’, ‘미네르바 사건’, ‘시국선언 전교조 교사사건’, 부실수사로 인하여 특검으로 이어진 ‘MB 내곡동 사저매입 사건’, ‘BBK 사건’, 박근혜 대통령 탄핵의 단초를 제공한 ‘정윤희 문건’에 대한 무혐의 처리 등을 들 수 있다.

2) 진경준 검사장의 주식대박 사건이나 벤츠 여검사 사건 등을 들 수 있다.

3) 홍만표 변호사의 수습 역대 수임사건 등을 들 수 있다.

이는 국민이 바라는 검찰개혁의 방향에 대한 YTN 국민신문고 “바로 서는 대한민국, 2017인에게 묻다” 여론조사 결과, 수사의 공정성 확보(34.5%), 검찰권한 축소(27.0%), 비리 전담기구 설치(19.3%), 인사권 독립(15.4%)의 순위로 응답이 이루어진 것은 물론, 과거 민주당 법제사법위원회 소속 의원들이 대한변호사협회 소속 변호사 323명을 대상으로 공동 설문조사를 벌인 결과, 응답자의 78.8%가 검찰이 ‘중립적이지 못하다’고 답했으며, 검찰의 수사관행에 대해서도 응답자의 76.1%가 ‘부적절하다’고 답한 통계⁴⁾도 별반 다르지 않다.

문제는 검찰 스스로 정치적으로 행동하는 것도 있지만, 정치권이 스스로 합의로 토론에 의해 해결책을 모색하는 것이 아니라 극단적으로 대립하다가, 모든 중요한 사안을 고소·고발에 의해 해결하고자 하기 때문에⁵⁾ 정치적으로 검찰의 영향력이 커질 수밖에 없는 구조일 뿐만 아니라 어떤 결론을 내리더라도 반대편으로부터 비난을 받는 양면성을 무시할 수는 없다⁶⁾고 할 것이다. 왜냐하면 ‘정치적인 것’의 특성은 ‘네편이나, 내편이나’라는 동지와 적의 관계를 속성으로 하므로, ‘결정의 합리성과 논리적 설득력’을 그 내용으로 하는 사법의 속성인 ‘정치적 중립성’과는 처음부터 양립될 수 없기 때문이다. 따라서 검찰의 사회적 역할을 통해서 검찰의 바람직한 방향을 정립하는 것은 새로운 논의가 아니라 검찰본연의 모습을 찾는 데서 출발해야 한다. 즉 검찰 본연의 모습을 찾는 것이야 말로 검찰이 나아가야 할 미래인 것이다.

2. 우리나라 검찰의 존재이유

우리나라 모든 교과서는 검찰제도의 일차적 탄생배경으로, “검사에게 ‘법률의 감시자’로서 경찰에 대한 법적 통제에 의하여 피의자의 소송법적 권리를 보호하는 보호기능을 수행하도록 한 것”이라고 설명하고 있다. 이에 덧붙여, 필자는 우리나라의 특이한 현상으로 1970년 유신정권하의 개발독재시대 때 형성된 “경제력이 집중된 기업(소위 ‘재벌’ 등 거대집단)의 부도적한 행위(거약)에 대한 척결”도 주된 임무라고 생각한다. 따라서 국민들이 분노하는 이유는 일부 몰지각한 검사가 거약척결을 하라고 준 권한을 ‘재벌’ 등 거대집단과 결탁하여 개인적 이익을 챙겼다는 점에 있다고 본다.

그렇다면 검찰에 대한 개혁은 이 두 가지 기능을 잘 할 수 있도록 제도를 개선하는 것이 개혁이지, 이러한 분노를 표출하는 방식이 오히려 개혁으로 가는 것은 문제가 있다고 본다. 따라서 검찰

4) 한겨레 2009. 10. 11.자 신문.

5) 박근혜 대통령 탄핵과 관련하여, 보수진영과 진보진영 사이에 무수한 고소·고발사건이 검찰에 계류되어 있을 뿐만 아니라 ‘최순실 태블릿PC의 확보’와 관련해서도 JTBC 손석희 사장이 변희재를 명예훼손죄로 고소하자 변희재도 JTBC 손석희 사장을 모해증거위조죄로 고발하여, 현재 검찰에 계류 중이다.

6) 최근 민주사회를 위한 변호사모임이나 참여연대는 물론 더불어민주당도 개혁작업의 최일선으로 검찰개혁을 들고 있으며, 박근혜 대통령도 “탄핵 기각시 국민 힘으로 언론 및 검찰을 정리하겠다”고 하여 진보는 물론 보수 양 진영에서 검찰을 비난하고 있다.

에 대한 개혁도 경찰에 대한 법치국가적 통제와 거약척결을 더 잘할 수 있는 방향으로 방향을 잡는 것이 타당하다고 본다.

따라서 이하에서는 검찰개혁의 필요성을 검토한 후, 검찰개혁의 방향에 대한 합리적 대안을 검토해 보고자 한다.

II 검찰개혁의 필요성

1. 검찰에 대한 국민적 불신

(1) 검찰이 정치권력의 도구로 쓰인다는 데 대한 불신

검찰은 그동안 국민전체에 대한 봉사자가 아니라 특정집단(정치·경제)을 위한 봉사자로 의심받아왔으며, 민주화가 이루어진 지금까지도 국민들은 검찰에 대하여 의심의 눈초리를 보내고 있다. 2011년 현직 여검사가 사표를 제출하면서 올린 “..... 역사적 연원 등 여러 가지 이유가 있겠지만, 현재 검찰이 국민들로부터 신뢰를 얻지 못하고 비판의 대상이 되는 가장 큰 원인은 국민적 관심사가 집중되는 큰 사건, 정치적 중립성과 독립성이 고도로 요구되는 사건들의 처리에 있어 저희 검찰이 엄정하게 정치적 중립성과 독립성을 지키며 제대로 된 사건처리를 하지 못하고 있는 것에 기인한다고 생각합니다. 아무리 형사부에서 수만 건의 고소사건을 공정하게 처리해도 국민들의 이목이 집중되는 단 하나의 사건을 공정하게 제대로 처리를 하지 못하면 검찰이 쌓아올린 신뢰는 바로 무너져 버리는 것이 현실입니다 어찌하다 저희 검찰이 여당 국회의원에게조차 ‘정치를 모르는 정치검찰’이라는 말을 듣게 되었는지 모르겠습니다.”라는 검사 사직의 변이 검찰의 현 주소를 웅변적으로 표현하고 있다고 본다.

(2) 검찰권 행사가 편파적이고 불공정하다는 의심

검찰수사가 표적사정이라거나 기획사정이 아닌가 라는 문제가 계속 제기되는데, 이는 특정한 정치목적 달성을 하거나 정치보복을 하고자 할 때 가장 손쉬운 수단인 검찰을 통해 그 비리를 추적하는 관행이 내려왔기 때문이다.⁷⁾ 특히 권력형 부정부패사건이 발생할 때마다 ‘살아있는 권력’인 집권층의 비리의혹에 대해서는 검찰이 의혹해소 차원에서 애초에 소극적으로 수사에 임하거나 ‘봐주기수사’로 관대하게 처리하는 반면, 집권층의 반대세력에 대해서는 검찰수사가 처음부터 정적 제거의 정치적 수단으로 악용된다는 의혹 속에서 ‘표적수사’라는 비판이 자주 제기된

7) 한인섭, 「한국 검찰의 정치적 중립성 - 풀리지 않는 숙제? -, 서울대 법학 제40권 제3호(1999), 서울대학교 법학연구소, 192면.

다. 즉, 국민적 관심이 집중된 사건에서 검찰은 줄곧 ‘법과 원칙’을 강조했다지만, 외관상 국민들 눈높이에 한참 부족한 사건처리가 반복되어 국민불신이 고조된 상황이다. 이에 따라 현 집권층에 대한 반대세력은 검찰의 정당한 수사활동마저 정치사정이라고 강변하여 자신의 잘못을 중화하려고 함으로써 검찰의 신뢰도는 논란의 소용돌이 속에 계속 함몰되어 있을 수밖에 없었던 것이 지난 날의 검찰모습이다.⁸⁾

(3) 검찰권 행사에 성역이 존재한다는 의심

국민이 가장 원하는 것은 현재의 권력형 범죄를 엄정하게 처단하는 검찰의 역할이다. 즉 권력과 돈이 집중되어 있는 정치집단이나 재벌그룹들의 범죄행위에 대한 단호한 법집행을 원하는 것이다. 그러나 그동안 검찰은 권력핵심의 비리에 대하여는 제대로 접근조차 못하거나 접근하더라도 여론의 공세에 못 이겨 마지못해 접근하였으며,⁹⁾ 발표한 수사결과도 축소수사라는 비난을 받아왔다. 이처럼 지나치게 권력에 굴종하는 행태를 보여 줌으로써 국민들은 검찰이 ‘권력의 시녀’로 전락했다고 생각하는 것이다.

2. 검찰에 대한 국민적 요구

(1) 거약척결의 요구

위에서 언급한 것처럼, 국민들은 검찰에 대한 불신을 가지고 있으면서도 한편으로는 검찰에 대하여 적극적인 요구를 하고 있다. 즉, 권력자의 편에 서지 않고 서민편에 서서, 거약척결에 앞장서서 달라는 것이다.

(2) 국민의 인권보장

국민들은 검찰이 엄정한 법집행을 통해 범죄를 처벌하는 사회적 정의의 수호자로서, 또한 범죄에 취약한 일반 서민을 안전하게 보호하는 법적 울타리로서, “범죄에 대한 국가적 대응”이라는 본연의 임무를 충실히 수행할 것을 요구하고 있다. 이는 고소·고발사건을 경찰이 아닌 검찰에 접수하기를 더 원하는 것만 보아도 알 수 있다. 특히, 과학기술의 급속한 발전으로 인하여 각종 첨단·신종 범죄(해킹, 바이러스 유포, 사이버폭력, 보이스 피싱 등)들이 발생하는 상황에서, 검찰이 사건의 실체를 규명하고 국가형벌권을 행사하여 국민의 재산과 안전을 지켜주기를 바라는 것이다. 즉, ‘행복의 최대화’를 요구하는 것이 아니라 ‘불행의 최소화’에 중점을 두고, 그 역할의 중심에 검찰이 있기를 바라는 것이다.

8) 선거가 끝난 후, 공직선거법 위반자의 사법처리 과정에 대하여 여당과 야당의 반응은 극명하게 드러난다.

9) 최순실 사건에 대한 초기의 미숙한 대응 등이 여기에 해당한다.

3. 소 결

위에서 언급한 것처럼, 검찰을 바라보는 국민의 시각은 복합적인 것으로 보인다. 검찰에 대한 개혁을 요구하면서도, 다른 한편으로 ‘검찰권에 대한 과도한 제약이나 통제’로 인하여 힘 있는 자에 대한 검찰권의 또 다른 형태인 ‘권력의 시녀화’도 원하지 않는 것이다. 즉, 국민은 무소불위의 권력을 휘두르는 검찰을 원하지도 않지만, 우리나라처럼 학연·혈연·지연 및 이념적 갈등이 첨예하게 대립된 나라에서 갈등조정의 능력을 상실한 검찰은 더욱 원하지 않는 것이다.

Ⅲ 수사구조의 개편방향(수사/기소의 분리방안)

1. 문제의 제기

검찰에 대한 개혁의 단골메뉴로 민주국가의 주된 가치인 권력의 참여적 배분과 맞물려, 검찰과 경찰이 상호 견제하여 힘의 균형을 이루도록 하자는 소위 ‘수사권 분점론’이 끊임없이 제기되고 있다. 즉, 수사·소추·재판 절차를 입법·행정·사법과 같이 서로 분리시키고 견제와 균형의 원리를 도입하여 수사는 경찰, 소추는 검찰, 재판은 법원이 담당토록 권한을 분산하여 검찰권의 남용을 방지해야 한다고 주장하면서, 검사는 공소관으로서의 직무에 전념하여 기소·불기소 결정권과 공소활동의 권한만을 갖고 예단을 방지하기 위하여 수사활동에는 관여하지 않아야 한다는 것이다.¹⁰⁾ 왜냐하면 검찰권의 부패사건에서 보듯이, 기소권과 수사권을 독점한 절대권력으로서의 검찰이 존재하는 한 수사과정에서의 가혹행위 시비는 그치지 않을 것이며, 경찰수사과정에서의 가혹행위 역시 그 감독자요 통제권자인 검찰 스스로가 가혹행위를 하는 마당에 근절되기를 기대하는 것은 어불성설이기 때문이라는 것이다. 이런 맥락에서 정치권은 표를 의식하여 대선때마다 공약의 단골메뉴로 올려놓는데 주저하지 않으며, 수사권독립을 외치는 경찰의 목소리 역시 정치권력의 변화물결을 타는 것 같다. 그리고 일부 시민단체도 문제를 꼼꼼히 분석하거나 비판적으로 성찰하는 이성을 잃어버리고, 지금 현 상태는 무언가 잘못되었기 때문에 약자인 경찰을 위하여 언젠가는 쟁취해야 할 필연적인 가치로 오해하는 것 같다.

그러나 검찰이 행사하는 검찰권, 즉 수사와 기소에 관한 권리는 형사처벌을 위해 형사절차를 개시하고 재판을 받게 하는 적극적 권한이다. 왜냐하면 대부분 범죄의 경우 한쪽에 범죄자가 있고,

10) 서보하, “수사권의 독점 또는 배분? - 경찰의 수사권 독립 요구에 대한 검토”, 형사법연구 제12권, 한국형사법학회, 1999, 407면; 서보하, “글로벌 스탠더드에 부합하는 수사·기소 분리”, 「견제와 균형을 위한 검찰 개혁 어떻게 할 것인가?」, 국회의원 민병두/소병훈/금태섭/민주사회를 위한 변호사모임 주최 자료집(2017. 1. 24.), 58면 이하 참조.

다른 한쪽에는 법익을 침해당한 주체가 있으므로 양자 간에 범죄의 존부, 즉 유·무죄와 처벌의 양, 즉 형량에 대하여 첨예한 이해관계가 대립되는데, 재판 결과의 대부분은 수사단계에서 수집되는 증거들에 의하여 결정되기 때문이다. 따라서 재판뿐만 아니라 수사나 기소의 전 영역에 불편부당의 공정성과 진실발견으로 정의를 세우고자 하는 ‘사법적 이념’이 필요한 것이다. 그래서 후술하는 것처럼, 대륙법계에서는 재판뿐만 아니라 수사과 기소도 광의의 의미에서 사법(Justiz)에 포함시켜 제도를 만들어 온 것이다. 즉, 규문시대에 판사가 모두 관장하던 재판과 수사 및 기소에 대하여 프랑스 혁명 후에 검찰제도가 도입되면서 판사와 마찬가지로의 사법관인 검사를 도입하여 수사와 기소를 맡게 한 것이다.

그런데 법원이 기관적으로 검찰과 함께 법무부에 속하여 판사와 검사의 사법관적 성격을 제도적으로 유지하고 있는 프랑스¹¹⁾나 독일¹²⁾과 달리, 우리나라나 일본은 제2차 대전 후에 법원을 행정부로부터 분리하여 법원을 ‘사법부’라고 부르게 되면서, 사법권하면 법원의 재판권을 의미하는 것으로 되어 수사나 기소의 사법적 성격에 대한 이해가 점점 희박해지는 경향이 있다. 위에서 언급한 ‘수사는 경찰이, 기소는 검찰이 전담’하도록 하는 주장도 이러한 연유에서 나오고 있는 것 같다. 그러나 범죄가 발생하면 국가형벌권이 부과되어야 하는 것이 국가적 요청이며, 이러한 국가형벌권의 행사절차는 수사개시와 수사종결에 이어 소추절차로 연속적으로 이어지게 되고, 재판절차가 완결되면 비로소 형벌이 과하여지게 되는데, 그 일관된 과정을 三分하여야 한다는 이론은 입법·행정·사법의 정립된 삼권을 나누는 삼권분립의 원리와는 전혀 무관한 주장이다. 결국 우리나라 검찰의 행태에 대한 비판은 별론으로 하고, 수사나 기소와 같은 분쟁해결적 성격이나 정의의 이념에 따른 공정 및 객관성 유지의 필요성 등을 감안하면 그 성격에 대한 특별한 이해가 필요한 것이며, 어쨌든 이러한 이유로 대륙법계 국가에서는 검사를 ‘(준)사법기관’으로 부르고 있는 것이다.

이와 관련하여, 외국의 입법례 소개는 학자마다 유리한 부분만을 발췌하거나 그 나라의 실무를 모르는 관계로 너무나 차이가 있으므로 여기서는 이념적인 면에서만 외국의 입법례¹³⁾를 살펴보고자 한다.

11) 프랑스의 경우 우리나라의 대법원에 해당하는 파기원(Cour de cassation)을 비롯한 각급 법원은 모두 법무부 소속이며, 프랑스의 각급 검찰청도 지방법원 이상의 각급 법원과 대치(對置)되어 있는 것이 아니라 파기법원, 고등법원, 지방법원에만 부치(附置)되어 있다(Code de Procédure Pénale, 이하 CPP라고 함 제32조 제1항). 즉 파기법원·고등법원·지방법원으로 구성되는 법원조직에 맞춰 우리의 대검찰청에 해당하는 파기원 부치 검찰청(parquet près de la cour de cassation), 고등검찰청에 해당하는 고등법원 부치 검찰청(parquet près de la cour d'appel), 지방검찰청에 해당하는 지방법원 부치 검찰청(parquet du tribunal de grande instance)이 각 법원 내에 설치되어 있는 것이다(정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011, 49면).

12) 독일의 경우 우리나라 검찰청법과 같은 별도의 규정없이 법원조직법(GVG)에 법원과 함께 검찰청의 조직에 관한 규정을 두고 있는데, 이에 따르면 검찰청은 각급 법원에 대치하여 설치되며(GVG 제141조), 그 관할구역은 법원의 경우와 동일하다는 규정(GVG 제143조) 등 검찰에 관한 규정은 불과 13개 조문(법원조직법 제141조 - 제152조)에 불과하다(정웅석, 앞의 책, 89면).

13) 각국 검찰제도의 소개에 대해서는 “검찰제도의 비교법적 검토를 통해서 본 한국검찰의 나아갈 방향”, 한국형사소송법학회/한국형사정책연구원 2016년도 동계 공동학술대회 자료집(2016. 12. 16.) 참조. 이에 반대되는 견해로는 서보하, 「글로벌 스탠더드에 부합하는 수사·기소 분리」, 견제와 균형을 위한 검찰 개혁 어떻게 할 것인가?, 29면 이하 참조.

2. 외국의 입법례

(1) 대륙법계

검사제도가 시작된 프랑스와 이를 계승한 독일, 이태리, 스코틀랜드 등 대륙법계 국가에서는 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘권이 확립되어 있다. 왜냐하면 수사는 범죄 발생 이후에 사법적으로 국가 형벌권의 존부를 규명·확정하는 절차인 『검찰권(Justiz)』에 속하는 권능으로, 치안유지 내지 위험방지 등을 목적으로 하는 『경찰권(Polizei)』 작용과는 근본적으로 다른 것임이 확고히 인식되어 있기 때문이다. 즉, 권력분립상 수사는 본질적으로 행정작용이 아니라 사법작용이므로 수사권은 사법관(수사판사, 치안판사 등)이나 준사법관인 검사에게 귀속되는 것으로 본다.

【대륙법계 국가에서의 행정경찰과 사법경찰의 차이점】

범죄발생 및 수사권발동 이전	범죄발생 및 수사권발동 이후
행정권	사법권
(경찰)행정작용(Polizei)	(형사)사법작용(Justiz)
치안 유지·위험 방지를 위한 질서확립·범죄예방·진압 활동	형벌권의 존부 확인을 위한 수사·기소·재판 활동
행정경찰(Schutzpolizei)이 담당	검사 및 그 지휘를 받는 사법경찰(Kriminalpolizei)이 담당

이에 따라 대륙법계 국가에서는 규문주의 형사사법의 폐해를 해결하기 위하여 소추시점을 전후로 前단계 사실규명(수사)의 책임은 검사에게, 그 후 단계 사실확정의 책임은 판사에게 맡겨 검사와 법원이 서로 견제토록 하는 사법권력의 분할에서 그 방안을 찾았던 것이다. 다만, 소수인 검사가 모든 수사활동을 직접 담당할 수 없으므로 수사를 보조할 인력이 필요하게 되며, 이 보조인력이 바로 「사법경찰」로서 행정경찰과 엄격히 구별되는 개념인 것이다.¹⁴⁾ 그리고 이러한 사법경찰의 구성방법으로는 사법기관 내에 별도로 설치하는 방법과 행정경찰 일부를 사법경찰로 지명하는 방법이 있는바, 우리나라를 비롯한 대부분 대륙법계 국가가 후자방식을 채택하고 있다. 따라서 검사의 수사지휘가 전제되지 않는 사법경찰의 수사란 성립될 수 없는 것이며, 사법경찰이 수사권을 보유하고 수사주체로 활동하는 근거가 바로 검사의 수사지휘¹⁵⁾에 있는 것이다.

14) 최근덴마크 검찰이 정유라에 대한 경찰의 대면보고서를 보고 정유라의 구금에 대한 결정 및 법원에 연장신청을 하겠다고 보도한 뉴스를 보더라도 잘 알 수 있다.

15) 사법경찰이 검사에 대하여 상명하복관계에 있는 대륙법계 국가로는 독일(법원조직법 제152조, 형사소송법 제161조), 프랑스(형사소송법 제12조), 오스트리아(형사소송법 제24조), 스위스(형사소송법이 칸톤의 권한에 속하므로 주에 따라 다소 차이가 있으나, 아르가우주 형사소송법 제1조 제2항, 제124조), 이외에 네덜란드(형사소송법 제154조), 이탈리아(형사소송법 제219조, 제232조) 등이 있다.

그런데 대륙법계 국가 중 프랑스처럼 사법관인 수사판사(juge d'instruction)¹⁶⁾가 수사를 직접 담당하여 수사권의 귀속과 개념에 대한 인식이 정착된 나라에서는 수사권독립 논쟁의 소지가 적다. 그러나 독일이나 우리나라처럼 수사판사 제도없이 대부분의 수사를 검사의 지휘하에 경찰이 담당하는 체계에서는 경찰이 다시 수사상 큰 권력으로 등장하여 경찰이 독자적 수사권을 행사하던 과거 규문시대로 회귀하려는 시도가 지속될 가능성이 있다. 따라서 독일의 수사권독립 논쟁과정을 보더라도 학자들의 실증적 수사실무 연구를 통해 검사의 지휘가 미치지 못하는 광범위한 경찰수사 영역이 존재함을 확인, 그 폐해를 방지하기 위하여 검사의 수사주재자로서의 지위 강화가 오히려 논의되고 있는 실정이다.

즉, 독일 형사소송법(StPO) 제163조 제1항은 「경찰임무를 담당하는 관청 및 공무원(Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes)은 범죄행위를 수사하고 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 지체할 수 없는 모든 조치를 수행하여야 한다」라고 하여 소위 검사의 지휘를 받는 사법경찰뿐만 아니라 행정경찰을 포함한 경찰임무를 담당하는 모든 관청과 공무원의 초동수사권을 규정하고 있다. 따라서 모든 경찰공무원은 검찰의 보조관¹⁷⁾의 자격여부에 상관없이 초동수사를 할 수 있으며, 최근에는 이 초동수사권으로 할 수 있는 수사활동에 관한 범위를 명확히 하기 위하여 2000년도 형사소송법 개정시 종래 학계에서 해석론으로 인정되던 임의수사활동, 즉 모든 관청에의 사실조회회권(긴급한 경우는 요청권)과 다른 법률에 그 권한을 달리 정함이 없는 한 모든 종류의 수사활동을 할 수 있다는 문장이 부가되었다.¹⁸⁾ 이처럼 독일 형사소송법이 2000년도에 개정되어 제2문이 추가된 것은 사실이지만,¹⁹⁾ 그것은 종래의 초동수사권 규정이 초동수사를 할 의무만 규정하

16) 종래에는 예심판사로 번역하는 것이 일반적인 관행이었으나, 프랑스 형사절차상의 예심제도는 미국과 달리 실질적으로 수사기능과 다른 점이 없다는 점에서 근래에는 수사판사라는 용어를 많이 사용하고 있으며(한명관, 「프랑스 형사소송절차 개관」, 법조 제46권 제5호, 235면), 판사라는 명칭에도 불구하고 우리나라의 검사와 유사하게 수색·압수·통신감청, 사법경찰에 대한 수사지휘(공조촉탁의 방식)를 통한 수사, 피의자 및 증인신문 등을 한다.

17) 독일의 경우 형사소송법상 사법경찰이란 용어는 나타나지 않고, 검찰의 수사요원(Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft)이라는 용어가 사용된다. 즉 이들이 하는 수사가 검사의 수사를 도와주는 것이라는 독일법상의 관념이 이 용어에 배어 있다. 이 용어는 종래의 보조공무원(Hilfsbeamte)라는 용어를 2000년도 개정시에 바꾼 것인데, 이는 보조공무원이라는 용어가 주는 명예감에 있어서의 불만감 때문에 변경되었다고 한다. 이 검찰의 수사요원은 경찰의 일부 중에서 수사업무를 담당하는 경찰관들(우리나라 형사소송법상 사법경찰의 개념에 해당한다)과 일반 행정관청에서 수사업무를 담당하는 사람들(우리나라 형사소송법상 특별사법경찰의 개념에 해당한다)이 모두 포함되는 개념이다. 이에 따라 초동수사권의 권한을 가진 자도 경찰에 한정하지 않고 「경찰임무를 담당하는 관청 및 공무원」(Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes)으로 쓰고 있으며, 이에는 경찰 및 경찰공무원뿐 아니라 일반행정관청 및 특별사법경찰의 업무를 담당하는 공무원이 모두 포함되는 것이다.

18) 이 개정으로 일부에서는 지금까지 그 독자적 수사가 법적으로는 초동수사에만 한정되어 있던 범위에서 벗어나 모든 영역에 걸쳐 수사권의 행사가 가능하게 되었다(경찰의 수사주체성 및 검·경 상호협력관계 정립방향, - 「수사권 조정토론회」 참고자료(2005. 2. 24) -, 경찰청, 30면)고 소개하고 있는데, 이 개정의 취지나 실질적 내용을 오해한 것으로 보인다.

19) 독일 형사소송법 제163조(경찰의 임무) ① 경찰관청과 경찰공무원은 범죄행위를 조사하여야 하며, 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 지체해서는 안 될 모든 조치를 하여야 한다. 이 목적을 위해 경찰관청 및 경찰공무원은 다른 법률에 그 권한을 달리 규정하고 있는 않는 한 모든 관청에 사실관계를 조회할 수 있으며, 급박한 경우는 조회결과를 요구할 수 있고 모든 종류의 수사행위를 할 수 있다(alle Behörden um Auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzug auch, die Auskunft zu verlangen, sowie Ermittlungen jeder Art vorzunehmen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre

고 있을 뿐 초동수사로서 어떠한 행위를 할 수 있는지에 대한 권한규정이 없어서 해석상 논란이 있었으므로 종래 해석상 인정되어 오던 것을 입법적으로 규정한 것에 불과할 뿐이다.

그런데 원래 초동수사권은 범죄예방적 업무라는 경찰업무와 발생한 범죄의 수사라는 사법적 업무의 한계에 대하여 범죄대처에 있어서의 효율성을 기하기 위하여 예방적 업무를 수행하는 경찰적 기관에 초동적 조치를 할 권한을 부여한 것이므로 초동적 조치를 한 후에는 그 수사가 검사의 지휘권 안으로 들어와 검사의 지시대상이 됨은 물론이다. 즉, 경찰의 위협예방활동과 범죄행위에 대한 조치가 '현장'에서 같이 이루어져야 하는 경우가 많기 때문에 초동수사는 경찰이 할 수 있게 하되, 초동수사 이후는 수사의 본래 담당자인 '사법'(Justiz)기관이 해야 한다는 원리에 입각하고 있는 것이다. 따라서 초동수사권에 의한 수사라고 하여 검사의 통제를 전혀 받지 않는 경찰의 독자적 수사영역이라고 주장하는 것은 잘못된 것으로, 검사의 수사주재자로서의 지위를 규정한 제160조, 검사의 수사를 규정한 제161조와 경찰의 초동수사를 규정한 제163조의 관계에 관한 독일 문언의 원문을 번역하면 다음과 같다.

「먼저 수사의 개시여부에 대하여는 원칙적으로 검사가 결정을 하여야 한다. 다만 제163조에 의하여 경찰적 관청이 초동수사를 개시할 수 있는데, 이에 근거하여 (검사의 승인없이) 일정한 사람에 대하여 피의자로서 소송법적인 외적 조치를 행하였다면(피의자신문, 참고인신문, 압수수색, 체포 등) 검사는 수사절차의 단일성과 불가분성으로 인하여 관련자의 이익을 고려하여 경찰에 의해 개시된 수사절차를 스스로 개시한 수사절차와 마찬가지로 취급하여야 한다(따라서 **경찰적 수사절차는 존재하지 않는다!**). 검사는 수사절차에 대하여 책임을 지며 따라서 경찰수사를 지도하고 감독할 권한을 가질 뿐만 아니라 의무를 진다.²⁰⁾ (사법)경찰은 제163조의 영역에 있어서도 검사의 수사기관이며 그 활동도 검사의 직접수사활동과 마찬가지로 검사에게 부과되어 있는 공소제기여부 결정을 위한 준비로서의 검사의 수사활동을 위한 것이다. 따라서 검사는 경찰이 제163조에 의하여 스스로 활동을 한 경우에도 경찰수사에 대한 사법형성적 사건지휘를 할 권한을 가지며 의무를 진다. 따라서 경찰수사에 대하여 항상 살피고, 때로는 적절한 지시를 하여 수사가 법적으로 문제없고 사안에 적절하게 행해지도록 보장하여야 한다.²¹⁾ **이러한 통제와 지휘권한에 의하여 검사는 언제든지 제163조 제1항에 의한 경찰의 초동수사 활동에 대하여도 개별적 지시를 하여 개입할 수도 있고 그 사건을 검사에게 보내게 하여 직접 수사할 수도 있다.**」²²⁾

Befugnisse anders regeln).

② 경찰관청과 경찰공무원은 모든 수사결과물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다. 판사의 신속한 조사행위가 필요하다고 인정하는 때에는 모든 수사자료를 직접 구법원에 이송할 수 있다.

20) Wache, StPO-Karlsruher Kommentar, C. H. Beck, 2003, § 163 Rn.2(Über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens entscheidet grundsätzlich die StA. Hat die Polizei indessen (ohne Abstimmung mit der StA) nach §163 bereits strafprozessuale Massnahme mit aussenwirkung gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten getroffen (Beschuldigte- oder Zeugenvernehmung, Durchsuchung, vorl. Festnahme ua.), so hat auch die StA wegen der Einheit und nteilbarkeit des ermittelungsverfahrens(**es gibt kein polizeiliches Vorverfahren!**) und mit Rücksicht auf die Interessen des Betroffenen das von der Polizei eingeleitete ermittelungsverfahren als solches zu behandeln).

21) Wache, a.a.O., § 163 Rn.2(Die (Kriminal) Polizei ist auch im Rahmen des §163 Ermittlungsorgan der StA; ihre Tätigkeit dient ebenso wie die eigene Ermittlungstätigkeit der StA der Vorberitung der der StA obliegenden Entscheidung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben oder das Verfahren einzustellen ist).

22) Wache, a.a.O., § 163 Rn.3(**In Ausübung ihrer Kontrollund Leitungsbefugnis kann die StA sich jederzeit in die Tätigkeit der Polizei nach §163 Abs.1. durch einzelne Anordnungen einschalten oder das Ermittlungsverfahren an sich ziehen**).

결국 위에서 언급한 것처럼 형사소송법(StPO) 제163조 제1항이 경찰의 초동수사권(Recht und Pflicht des ersten Zugriff der Polizei)을 규정하고 있으므로, 모든 경찰공무원은 검찰의 보조공무원의 자격여부에 상관없이 초동수사를 할 수 있지만, 그 수사활동의 범위는 초동수사에 그치며, 그 수사활동도 또한 개시되면 검사의 통제와 지휘의 범위 안에 들어오는 것이다. 따라서 초동수사 후 경찰은 지체없이 검사에게 수사결과를 송부해야 하며, 검사는 이러한 초동수사 이후의 수사를 직접 할 수도 있고 검찰의 보조공무원인 경찰로 하여금 하게 할 수도 있는 것이다.

문제는 우리나라에서 경찰수사권독립을 주장하는 사람들 중 일부가 이러한 독일의 초동수사권 규정을 마치 경찰이 독자적인 수사개시·진행권의 근거조항인 동시에 검사의 지휘가 배제되는 영역이라고 주장하면서 경찰의 독자적 수사의 한 입법례로 소개하고 수사권독립의 근거로 내세우고 있다는 점이다.²³⁾ 왜냐하면 경찰이 초동수사를 하는 경우, 특히 행정경찰과 사법경찰의 구분이 명확하지 않는 우리나라에서 검사의 지휘를 받지 않는 초동수사와 그 이후의 수사를 동일한 사법경찰이 계속하는 경우에 그 한계가 불명확해질 수밖에 없는데,²⁴⁾ 바로 이 점 때문에 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘가 논란이 될 수 있기 때문이다. 즉 우리나라에서는 초동수사권이 검사의 지휘를 받지 않고 수사를 개시할 수 있는 개념이라는 점을 이용하여 사법경찰 자신이 사건을 수사하여 송치할 때까지 모든 수사를 스스로 하면서(강제처분 등 특별히 검사의 지휘를 받아야 할 필요가 없다면 이런 경우가 대부분일 것이다) 송치할 때까지의 그 수사는 초동수사라고 주장하고 따라서 송치이전에는 검사가 지휘를 할 수 없다고 주장할 소지가 있는 것이다. 따라서 이 초동수사권이 본래의 의미 내지 취지와 달리 ‘송치전 수사 = 초동수사’라는 식으로 묶어지고, ‘송치전 수사 = 지휘받지 않는 독자수사’라는 식으로 이상하게 변형된 주장의 수단으로 오용될 가능성이 농후한데,²⁵⁾ 이 점에 대하여 독일에서는 이 경우도 경찰이 개시한 수사는 검사의 지휘영역 안으로 들어온다고 하여 이를 해결하고 있는 것은 앞에서 소개한 바와 같다.

한편 독일 형사소송법(StPO) 제161조 제1항은 「수사를 위하여 검사는 모든 공공기관에 대하여 정보를 요구할 수 있으며, 모든 종류의 수사를 스스로 행하거나 경찰임무를 담당하는 관청 및 공무원으로 하여금 이를 행하게 할 수 있다. 경찰임무를 담당하는 관청 및 공무원은 검사의 이러한 요청 및 지시에 응할 의무가 있다」라고 규정하고 있는데, 이는 검사가 자신의 수사를 행함에 있어 경찰을 통해 행하려고 할 때 적용된다.²⁶⁾ 여기서 ‘요청’(Ersuchen, 촉탁)은 검사의 보조공무원이 아닌 일반 경찰관서(die allgemeinen Polizeibehörden)에 해당되며, ‘위임’(Auftrag)은 검사의 보조공무원(die Hilfsbeamten der StA)에 대한 것으로서 모두 검사의 지시권(Weisungsrecht)의 범주에 속

23) 서보학, 「글로벌 스탠더드에 부합하는 수사·기소 분리, 견제와 균형을 위한 검찰 개혁 어떻게 할 것인가?, 48면.

24) 과거 개정 형사소송법 제196조 제3항의 대통령령에 대한 ‘총리실 조정안’에 불만을 품은 사법경찰들이 최근에 ‘수사 경과제’를 반납하고 행정경찰(교통, 경비 등)로 돌아가겠다는 하는 것을 보더라도 우리나라에서 행정경찰과 사법경찰의 구분이 얼마나 모호하며, 부실한 것인지를 알 수 있다. 왜냐하면 수사경과제는 수사경찰을 일반경찰(행정경찰)과 분리하여 수사부서 평생 근무를 통해 수사분야의 전문성 제고와 역량 강화를 위하여 만들어진 제도이기 때문이다.

25) 경찰의 수사주체성 및 검·경 상호협력관계 정립방향, - 「수사권 조정 토론회」 참고자료(2005. 2. 24) -, 경찰청, 31면.

26) Wache, a.a.O., § 161 Rn.29.

하기 때문에 구속력이 인정된다.²⁷⁾ 이 경우 검사는 특정한 보조공무원이 구체적 사안을 담당하고 있지 않는 한, 기본적으로 경찰서에 요청해야 하지만(직접강제에 관한 일반처분에 상응), 담당자가 정해지면 그 담당자에게 직접 지시권을 행사할 수도 있다.

결국 검사는 수사의 주재자이며, 사법경찰관리는 검사의 보조기관이다. 따라서 검사는 사법경찰관리에 대하여 수사지휘권(Leitungsbefugnis)을 가지며, 사법경찰관리는 검사의 명령에 복종하여야 한다. 범죄수사에 있어서 검찰의 기능을 사법경찰의 그것과 비교하면 검사는 ‘손이 없는 머리’(Kopf ohne Hände) 내지 ‘몸체 없는 머리’(Kopf ohne Körper)이며, 사법경찰관리는 소위 ‘검사의 연장된 팔’(verlängerter Arm der Staatsanwaltschaft)이라고 할 수 있는데, 이러한 연장된 팔로서의 관계는 제163조에 의한 경찰의 초동수사에도 미친다. 왜냐하면 검사의 수사지휘의 실효성을 위하여 법원조직법 제152조 제1항은 검사와 사법경찰인 검사의 보조공무원간의 개별적 관계에 대하여 「검찰의 보조공무원은 그 자격하에서 관할지역 검찰 및 상급 공무원의 지시를 따라야 한다」라고 규정하여 지시복종관계를 명시하고 있기 때문이다.

이에 대하여 수사권의 주체가 검찰이고 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권이 인정되고 있음에도 불구하고 양기관간의 관계는 수평적이고 대등한 관계로 보는 견해도 있다.²⁸⁾ 그 이유로 독일의 검찰이 자체 수사인력을 확보하고 있지 않고 언제나 경찰의 도움을 받아서만 수사를 할 수 있으며, 따라서 독일의 검찰을 “손·발 없는 머리”(Kopf ohne Hände)라고 하는데, 이는 우리나라 검찰이 자체 수사인력을 확보한 상태에서 경찰을 완전히 배제하고 독자적으로 수사를 할 수 있는 것과는 전혀 다른 상황이라는 것이다. 즉 수사를 지휘할 수는 있지만 반드시 손과 발이라고 할 수 있는 경찰의 도움을 받아서만 수사를 할 수 있다면 양자의 관계는 협조적·수평적이 되지 않을 수 없는 것이며, 이런 점에서 독일의 검·경 관계는 오히려 미국이나 일본식의 관계에 가깝다고 평가할 수 있다는 것이다.

그러나 앞에서 살펴본 것처럼, 대륙법계 형사사법체계의 수사절차는 공판에 회부할 사건을 선택하기 위하여 공판전 수사절차를 만들고 또 그 수사절차에서 공판정에서의 조사절차를 준비하게 되며, 그 수사를 할 자로 사실심 법원과 분리된 판사 내지 판사에 준하는 사법적 성격을 가진 광의의 사법기관인 검사를 만든 것이다. 그러므로 예심판사제도를 두지 않는 한, 수사는 오히려 검사가 하는 것이 원칙적인 모습인 것이다. 다만 모든 사건을 검사가 직접 하고 모든 수사활동을 검사가 다 할 수는 없으므로 이를 보조할 인력으로 사법경찰을 두어 일반적인 수사활동을 맡기고 중요한 경우는 지휘하는 방식으로 수사권을 행사하는 것이며, 필요한 경우에만 직접 수사활동을 하는 방식으로 제도화된 것이므로 본질적으로 독일의 검·경 관계에서는 협조적·수평적이라는 개념이 성립될 수 없는 것이다.

27) Roxin, Strafverfahrensrecht, 24.Auf., S.53.

28) 서보학, 「글로벌 스탠더드에 부합하는 수사·기소 분리」, 견제와 균형을 위한 검찰 개혁 어떻게 할 것인가?, 49면; 서보학, 「검찰·경찰간의 합리적 수사권 조정방안」, 검·경 수사권조정 관련 공청회 자료집(2005. 4. 11), 수사권조정자문위원회, 200면.

더욱이 독일에서의 수사권논쟁은 사실상 대부분의 사건을 경찰이 처리하는 현실인식에 기초하면서도 수사절차에 있어서의 검사의 주재성은 결코 훼손할 수 없는 원칙임을 전제로 하여 그 안에서 현실적인 문제로서 사법경찰관의 자율성을 얼마만큼 인정하여 줄 것인가에 관한 찬반 논의인 것으로, 우리나라에서 주장하는 것처럼 검사의 수사지휘를 배제하는 논의는 결코 아니다. 즉 수사의 개시와 진행에 있어서도 강제처분 등 기본권침해의 위험이 있는 부분이나 사건이 복잡한 경우, 중요한 경우 등 일정한 경우는 사건의 송치 이전에 검찰이 개입할 수 있고 검찰의 지휘를 받아야 하는 경우를 인정하는 점에는 전혀 이견(異見)이 없으며, 다만 이를 어떤 식으로 범위를 정하여 나머지 영역에서의 수사의 개시와 진행에 있어서의 경찰의 자율성을 부여할 것인가의 논쟁일 뿐이다.

결국 우리 검찰제도의 모체가 된 독일의 검찰제도는 그 탄생시부터 경찰기능에 대한 법치국가적 통제를 위하여 창설되었으며, 검사의 지휘에 대한 경찰의 복종의무를 규정한 것 역시 바로 이 법치국가적 이념을 형사절차의 전 과정을 통하여 관철하려는 목적에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

(2) 영미법계

영미법계 형사사법은 국가라는 형벌권의 주체를 상정하지 않으므로, 형사재판도 민사소송처럼 사인간(an individual against an individual) 분쟁과정으로 파악하는 이념과 철학을 바탕으로 하고 있다. 따라서 영미법계에서는 시민들(대배심)이 직접 “사실을 확인”하며, 사법관은 사인간의 공방 절차만을 주재 내지 관여할 뿐 “스스로 조사활동”을 할 수 없는 형사사법 체계가 형성·정착되어 있다. 왜냐하면 본래 사인소추제도, 당사자주의 및 공판중심주의하에서는 형사절차가 민사절차와 다를 바 없으므로 일방 당사자의 상대방 당사자에 대한 범죄혐의 유무의 규명을 위한 수사는 인정되지 아니하고 일방의 당사자로서 공판정에 제출할 증거의 수집만이 허용되기 때문이다. 그리고 이처럼 국가의 배타적인 형벌권이 인정되지 아니하므로 변호사나 개인의 의뢰에 따라 범죄의 단서를 발견하고 법정에서 제출할 증거를 수집하는 사설탐정이 필요하게 되며,²⁹⁾ 변호사의 독자적인 조사능력이 소송의 승패에 큰 영향을 끼치게 된다. 따라서 영미법계에서는 법원·검찰·경찰 등 어떤 기관도 혐의자를 직권적으로 신문하는 사실규명 활동을 할 수 없으며, 영미법계 검사도 소추대리인 자격으로 출발한 일방 당사자의 지위에 불과하므로 법적으로 검사가 경찰의 수사행위를 지휘·통제한다는 것은 애초부터 상정하기 어렵고, 또 그렇게 할 이유도 없다. 예컨대 영국의 경우, 우리나라처럼 검찰이 치안판사법원에 피고인을 기소하여 재판에 회부되는 것이 아니라, 사인이나

29) 사인소추제도하의 영국에서는 누구든지 탐정 간판만 걸면 탐정업을 할 수 있으며, 미국 대부분의 주도 이를 허용하고 있다. 그러나 한국에서는 신용정보업을 하려는 자는 신용조회업(신용조회업무 및 그에 딸린 업무), 신용조사업(신용조사업무 및 그에 딸린 업무), 채권추심업(채권추심업무 및 그에 딸린 업무), 신용평가업(신용평가업무 및 그에 딸린 업무)에 따른 업무의 종류별로 금융위원회의 허가를 받아야 하며, 허가와 관련된 허가신청서의 작성 방법 등 허가신청에 관한 사항, 허가심사의 절차 및 기준에 관한 사항, 그 밖에 필요한 사항은 총리령으로 정하도록 규정하여 엄격한 제한을 가하고 있다(신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제4조).

경찰에 의해서 법원에 형사고발장(information)이 제출되면 치안판사의 독자적인 판단에 따라 범죄혐의가 있으면 범인으로 지목된 특정인(고소 또는 고발된 자, the accused)에 대하여 소환장(a summons) 내지 체포영장(Warrant for arrest)을 발부하거나, 영장없이 경찰이 범죄자를 체포하여 법원에 인치함으로써 재판절차가 시작되는 것이고,³⁰⁾ 범죄혐의가 인정되지 아니하면 소환장을 발부하지 아니하고 면소결정(discharge)을 하는 것이다.

형의 집행도 검찰주의를 취하고 있는 한국 등 대륙법계 국가는 검사가 형을 집행하지만, 영미에서는 기본적으로 법원의 명령에 따라 교도관 등 형벌집행기관이 담당하는 법원주의의 형식을 취한다. 당사자주의하에서 한쪽의 당사자가 상대방 당사자의 형을 집행한다는 것은 이론적으로 곤란하므로 재판의 집행도 검찰의 업무가 아니라 법원의 업무로 되어 있으며, 보호관찰관 등도 모두 법원에 소속되어 있는 것이다. 따라서 검사의 집행지휘는 있을 수 없고, 판결의 내용에 따라 바로 형벌집행기관이 그 집행책임은 지게 된다.

그런데 수사권 독립론을 주장하는 학자는 이러한 영미법계의 제도를 빗대어 “수사는 경찰, 소추는 검찰”이라는 논리를 전개하고 있으나, 이는 대륙법계의 직권적 수사권(예컨대, 수사기관 구속권, 신문권 등)이 영미법계에서는 일체 인정되지 않으며, 소추 역시 검사의 관여가 인정되는 것일 뿐 피해자의 의사·치안판사의 예심 그리고 대배심 등에 의해 최종적으로 결정되는 사법체계의 기본 틀을 이해하지 못한데서 비롯된 것이다. 영국의 경우 검사제도 자체가 없었던 1985년 이전에도 그 나름의 절차에 따라 형사소추 및 재판을 진행하였다는 점이 이를 뒷받침한다. 따라서 영미법계 경찰에게는 구속권 등 직권적·사법적 수사권한이 전혀 없으며, 영미법계의 ‘검사’도, 대륙법계의 검사와는 달리, 사실조사를 하는 수사절차의 주재자가 아니라 피해자 내지 경찰을 대리한 소송의 일방 당사자의 지위에 불과하다. 결국 검사가 수사상 경찰을 지휘할 필요도 적은 것이며, 그러한 연유로 영미법계에서는 본래의 행정경찰과 구별되는 사법경찰이라는 개념 자체가 존재하지 않는다.

다만 미국의 경우 영국과 같이 사인소추를 원칙으로 하였으나, 비교적 일찍부터 프랑스의 검찰제도를 계수하여 연방 및 각 주 혹은 도시에 검찰청을 두고, 공선된 검사가 소추를 하는 국가소추주의를 채택하였다. 즉 1704년 코네티컷주는 사인소추를 배제하고 모든 county법원에 검사를 임명하였고 다른 대부분의 주가 이를 따랐으며, 독립 당시에는 이미 미국의 독자적이고 고유한 제도인 지방검사제도(District Attorney)가 자리잡고 있었다. 그리고 시대의 변화와 함께 수사만을 전담하는 수사경찰이 등장하였는데, 이를 Detective 또는 Investigator라고 부르며 일반 경찰(Police)과는 완전히 별개의 조직으로 운영되고 있다. 따라서 우리나라의 검찰은 수사를 하는데 비하여 미국 검찰은 수사를 하지 않는다는 도그마가 있으나, 이는 잘못된 것으로 양국의 양태는 비슷한 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 경찰이 사건수사에 있어 엄격한 민·형사적 책임을 지는 관계로 미국의 복잡

30) Criminal Justice Act 1988, §102(11).

한 증거법 등 적법절차의 숲을 헤쳐 나가야 하는 경찰로서는 매 사건을 검찰로 가지고 가서 일일이 법률전문가인 검사의 검토·지휘를 받을 수밖에 없기 때문이다.³¹⁾ 이러한 방법으로 검사는 경찰의 수사개시에 관여함은 물론 수사절차 전체에 관하여 사실상 지휘·감독관계를 형성하고 있는 것이다. 즉, 미국의 경우 피의자의 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리 등 헌법에 근거한 기본권이 발달하여 수사단계에서 수사기관에 의한 피의자신문(피의자가 자발적으로 응하는 경우를 제외하고는)은 거의 불가능하다. 따라서 수사단계에서의 수사는 참고인 인터뷰,³²⁾ 물적 증거조사 등에 그치며 더구나 피의자가 체포된 사건의 경우 최대 48시간 이내에 피의자를 법원에 출석시켜야 하므로 경찰의 수사는 시간적 한계가 있을 수밖에 없고, 법정출석 후 기소사실인부절차(Arraignment)에서 기소사실을 부인하면 검사와 변호인의 유죄답변절차(Plea Bargain)로 가게 되는 바, 원래 사건이 수사미진인 경우 장기간에 걸쳐 협상이 진행되면서 이후의 필요한 수사는 자연스럽게 검사의 몫이 된다. 따라서 연방 및 지방검사가 진행하는 주요직무의 내용은 관할 범죄에 대한 기소·불기소 결정권 및 공소유지를 담당하면서 지정사건에 대하여 직접 수사를 하고,³³⁾ 개별사건 수사를 협의하는 과정에서 경찰의 수사방향과 증거수집 등에 대하여 실질적인 수사지휘를 하는 것이다.

그런데 우리나라의 경우 경찰이 사건을 송치한다는 것은 수사기록을 검찰에 송부하는 것이지만 미국에서는 경찰관이 범인을 체포한 후 법정출두장(Desk Appearance; DAT)을 주어 석방한 경우를 제외하고는(이는 기록만 송치됨), 경찰관이 즉시 기록을 가지고 검사를 찾아간다. 왜냐하면 불구속의 경우에는 기소사실인부절차까지 시간이 있지만, 피의자가 체포된 상태이면 체포된 피의자는 대체로 체포 뒤 24시간 내에 치안법원의 최초출정절차(First Appearance)를 거쳐야 하며, 그 시간 안에 검사의 사전검토 및 complaint³⁴⁾ 작성과 법원제출이 모두 이루어져야 하므로 기소사실인

31) Jacoby, *"The American Prosecutor: A Search for Identity"*, LexingtonBooks, 1980, p.107((Intake is the first stage of prosecution and probably the most important with respect to the prosecutor's discretionary power. It is during this stage that the prosecutor is notified of the occurrence of a crime and the arrest of a defendant. **He reviews the facts and/or the evidence available, evaluates the case, and ends the process with a charging decision.** Optimally, an efficient and effective intake process is one where all the relevant information reaches the prosecutor as quickly as possible after an arrest or criminal event so that the facts of the case can be properly reviewed and analyzed prior to a charging decision or the initiation of any court proceeding. **Of all the areas of prosecutorial activity, the screening and charging functions at the intake stage have generated the most interest.** It is here that the prosecutor's discretionary power is first utilized in the charging decision, that prosecutorial policy is first implemented, and that the character of the justice system is first set by this gatekeeper).

32) 미국의 경찰은 피의자 및 참고인을 소환하여 조사할 수 있는 권한이 없다. 따라서 소위 목격자 등 증인이나 피해자를 찾아가 인터뷰하는 방식으로 조사가 진행된다(반면 검찰은 대배심소환장(subpoena)을 이용하여 소환, 조사가 가능하다). 다만 피의자의 경우에는 영장이 없어도 범죄혐의가 있다고 의심할 만한 상당한 이유(probable cause)가 있으면 혐의자를 체포할 수 있으므로, 사법경찰은 혐의자를 체포한 다음 치안판사 앞에 데려갈 때(통상 48시간이라고 얘기를 하지만 실질적으로는 체포된 다음날)까지 해당 사법기관 내에서 조사할 수 있다.

33) 뉴욕(맨해튼)지방검찰청을 소개하는 책자를 보면 "The Office of the District Attorney of the County of New York has the responsibility and authority to investigate and prosecute crimes in the borough of Manhattan"(맨해튼 검찰은 범죄를 수사하고 공소를 제기하는 업무를 수행한다)라고 기재되어 있다(New York County District Attorney's Office, *Criminal Justice in New York County*, 2015, p.1).

34) complaint는 특정인을 소추하는 의사를 표시한 일종의 고발장이나, 우리 형사소송법상의 고발장과는 의미를 달리하며 수사기관의 범죄수사보고서의 형식에 오히려 유사하고 원래 혐의자의 체포나 체포에 이은 억류를 정당화하는 서면이다.

부절차를 담당하는 치안판사 등 하급법원 판사의 심문까지 시간이 없기 때문이다. 따라서 이때의 수사기록이란 잘 정비된 우리의 경우와는 달라서 소정의 보고용지에 피의자의 인적사항·체포경위·죄명 등을 기재하여 작성한 체포보고서(arrest report), 사건요지서(complaint report), 온라인 입건서(on line-booking sheet), 경찰수첩 사본(copies of officers memo book), 압수물보고서(property clerk's invoice) 등이며, 우리나라처럼 참고인 진술조서·피의자신문조서 등이 편철된 정리된 기록철이 아니다. 경찰은 이러한 기록을 지참하고 담당검사와 interview하면서 주로 자신이 별도로 준비한 수첩의 메모를 보고 사건을 검사에게 설명하는데, 드물기는 하지만 고소인이 직접 검사를 찾아오는 경우도 있다고 한다. 이때 검사는 체포과정과 압수물 및 범인식별(Identification)의 합법성을 주로 검토하여 증거가 부족하거나 체포할 정당한 근거가 없다고 판단되면 사건을 기각(Drop)해 버린다.

그런데 사건을 기각당한 경찰관은 사안에 따라 불법체포 등 상당한 책임을 지게 될 우려도 있으므로 자유스러운 분위기가기는 하지만 자기의 체포행위를 심판받는 위치에서 체포행위가 정당하다는 인정을 받기 위하여 검사의 이해를 구하는데 최대한의 노력을 기울이게 되므로 검사의 지시에 순응하여 즉석에서 재확인을 하거나 추가 수사사항을 이행하는데, 담당검사의 결정에 승복하지 못하면 검사의 상사에게 재심사를 요청할 수 있지만, 실제로 재심사를 요청하는 경우는 거의 없다고 한다. 이렇게 미국의 경찰관들은 제도적으로 그들의 체포행위를 즉시 검사에게 재검토(review)받아야 하므로 체포권의 남용이 제도적으로 억제될 뿐만 아니라 검사가 실질적인 수사지휘를 하게 되는 것이다.

다만 검사가 예외적으로 수사를 개시할 필요가 있는 경우에도 우리나라와 같이 스스로 수사를 개시하지는 않으며 다른 수사기관에 수사를 요청하거나 대배심 등의 수사기관을 활용하고 있을 뿐인데,³⁵⁾ 이와 같이 미국의 검사가 직접 수사에 나서지 않은 배경에는 첫째, 미국은 형사사법절차에 있어서 공판중심주의를 택하고 있어 수사관이 직접 법정에서 증언을 하게 되는 경우가 허다하며 만일 검사가 직접 수사를 하였을 경우 검사가 공소관이면서 동시에 증언을 하게 되는 모순으로 귀착되고 이것은 명백히 불합리하며,³⁶⁾ 둘째, 공판중심주의 구조상 공판은 사건의 실체를 가리는 유일한 장이므로 검사들은 공판준비에 전력을 기울이게 되는데, 미국의 증거법과 공판절차는 복잡하고 중첩적으로 구성되어 있어 공판에 임하는 검사는 어렵고 지루한 과정을 감내하여야 할 뿐만 아니라 각별한 노력을 필요로 하므로 현실적으로 검사는 1차적인 수사를 경찰 등 다른 기관

통상 경찰관이 선서진술하는 형식을 취하나, 사안이 가벼운 경우는 별도의 기소절차없이 이에 의하여 심판절차가 개시된다. 즉 미국의 형사사법절차는 사건내용이 중죄, 경죄, 기타 사소한 범죄인지에 따라 소추절차가 달라지는 것이 보통인데, 가벼운 교통범죄·매춘·폭행 등 사소한 범죄에 있어서는 이러한 complaint에 의하여 소추가 이루어지고, 이에 의하여 치안판사가 유·무죄의 답변을 들은 후 사건을 결정하는 것이 보편적이다.

35) 미국의 일부 주, 예컨대 뉴욕 퀸즈·브롱스 검찰청, LA카운티 검찰청 등에서는 직접수사를 하기도 한다. 한국에서도 검찰청에서 검사만 수사를 하는 것이 아니라 검사의 지시를 받은 검찰수사관도 수사를 하고 있는데, 이러한 검찰수사관의 수사도 한국에서는 검찰청의 수사, 검사의 직접수사로 분류하고 있다. 미국에서도 증거법 등의 제약 때문에 검사가 아닌 수사관(investigator, 우리나라의 검찰수사관)이 검사장(D.A.)의 지시를 받아 수사를 하고 있지만, 이는 미국 검찰청의 수사이고, 우리나라식 표현으로는 검사의 직접수사에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

36) 한부환 외, 미국의 검찰제도(I), 법무부, 52·54·262면 참조.

에 맡기고 공판에 노력을 집중할 수밖에 없으며,³⁷⁾ 셋째, 검사가 직접 사건수사에 관여할 경우 준수법적 업무수행에 따르는 절대적 면책이 부정되고 손해배상책임을 부담하는 경우가 생길 수 있는데,³⁸⁾ 일반적으로 검사의 업무 중 기소와 관련된 부분은 준수법적 성격이 널리 인정되므로 손해배상에 관하여 절대적 면책이 인정되나 수사에 관한 업무는 경찰의 수사행위와 마찬가지로 민사책임에 노출되어 있어서³⁹⁾ 검사들이 직접 수사를 꺼리는 것은 당연하고,⁴⁰⁾ 넷째, 형사절차상 검사에게는 판사와 같이 소환대상자에게 법적인 출두의무를 부과하는 소환방법이 부여되어 있지 아니하므로 굳이 직접수사를 원한다면 대배심의 subpoena를 활용할 수밖에 없으며,⁴¹⁾ 다섯째, 검사에게 한 진술이나 경찰관에게 한 진술이 증거법상의 취급에서 아무런 차이가 없다는 것⁴²⁾ 등 궁극적으로 혐의자·참고인들에 대한 조사를 토대로 사건의 실체적 진실을 가리는 것은 검사의 몫이라기보다는 법정에서 배심 또는 판사가 담당할 수밖에 없도록 형사사법제도와 절차가 맞추어져 있는 점에 기인한다.

실무적으로도 피의자에게는 자기부죄금지원칙과 묵비권이 인정되므로 공소관인 검사 앞에서 피의자가 스스로 불리한 진술을 하지 않기 마련이며, 변호인 또한 그러한 진술을 거부하도록 조언하므로 실제 피의자를 상대로 하는 수사가 이루어질 수 없다. 즉 미국은 철저한 공판중심주의와 당사자주의 소송구조를 가지고 있기 때문에 거의 모든 증거는 최종적으로 법정에서 직접 제출해야 하며, 공판중심주의의 특성상 현출된 피의자의 자백이나 진술조서 등 서증이 Miranda 법칙이나 Hearsay Rule 등에 의하여 거의 무용지물이 되므로 검사가 수사기관이 확보한 증거를 다시 조사하거나 조서를 작성하는 것은 거의 의미가 없게 되는 것이다.⁴³⁾ 따라서 미국의 검사들은 피의자나 참고인을 정식으로 조사하지 아니하고 증언이 예정된 참고인들을 미리 인터뷰하여 그 신빙성을 점검하는 정도에 그치는 것이 보통이다.

37) 지방검사협회(National District Attorneys Association; 이하 NDAA라고 약칭함)의 기소기준(National Prosecution Standards), P.51.

38) NDAA의 기소기준 p.41·p.111.

39) 미국 연방대법원은 Imbler v. Pachtman 사건(Imbler v. Pachtman, 424 U.S. 409, 96 S.Ct. 984, 47 L.Ed.2d 128(1976))에서 근거없는 소송으로 괴롭힘을 당하게 되면 검사의 노력이 낭비되어 그 의무를 다하기 어려워지고, 검사가 공공의 신뢰에 의해 요구되는 대로 독립적인 판단을 하기보다는 이러한 소송으로 인해서 판단에 영향을 받을 우려가 있다는 점을 근거로 검사를 상대로 민사소송이 제기된 경우에 절대적 면책이 인정된다고 판시하면서, 그 근거로 검사가 의도적으로 헌법상의 권리를 침해했을 때에는 형사기소를 당할 수도 있고, 징계에 회부될 수도 있기 때문이라는 점을 들고 있다. 다만 Imbler 사건에서 연방대법원은 면책은 검사의 행위가 “형사절차에 있어서 사법적 단계와 밀접한 관련이 있는 경우” 예컨대 “공소의 제기나 공소유지”가 이에 해당한다고 보면서, 이러한 면책이 검사가 “법률가라기보다는 행정관이나 수사관의 역할을 담당하는 경우에도 적용되는 것인지는 판단하지 않았다”고 덧붙였는데, 그 후 연방대법원은 검사가 체포에 필요한 상당한 이유가 있는지 여부에 대하여 경찰에 법률적인 조언을 할 때(Burns v. Reed, 500 U.S. 478, 111 S.Ct. 1934, 114 L.Ed.2d 547(1991)), 혐의자를 체포할지 결정하기 위해서 수사를 할 때(Buckley v. Fitzsimmons, 509 U.S. 259, 113 S.Ct. 2606, 125 L.Ed.2d 209(1993)), 영장을 발부받기 위해서 제시한 기초사실이 진실한 것이라고 선서할 때(Kalina v. Fletcher, 522 U.S. 118, 118 S.Ct. 502, 139 L.Ed.2d 471(1997))에만 면책이 인정된다고 판시하였다.

40) NDAA의 기소기준 p.111·p.114.

41) 실제 대부분의 주에서는 검사의 subpoena 발부권을 부정하지만, Florida, North Dakota주에서는 검사에게 직접 subpoena를 발부하는 권한을, Kansas주에서는 법원의 통제하에 특정한 범죄에 대하여 이를 발부하는 권한을 검사에게 부여하고 있다(NDAA의 기소기준 pp.121-122).

42) 미국의 검찰제도(III), 52면.

43) 김종구, 형사사법개혁론 - 새로운 패러다임의 비교법적 모색 -, 법문사, 2004, 398면.

(3) 일 본

종래 수사의 주재자인 검찰관의 보조자로서 독자적 수사권을 갖지 못하던 사법경찰직원은 1948년 형사소송법 개정으로 통상적인 사건의 일차적이고 독립적인 수사권을 갖게 되었는데(동법 제189조 제2항),⁴⁴⁾ 사법경찰직원이라 함은 사법경찰원(司法警察員)과 사법순사(司法巡查)를 총괄하는 호칭이다(동법 제39조 제3항). 이처럼 사법경찰직원을 사법경찰원과 사법순사로 구별하는 것은 사법경찰원에게 독립적인 수사주체로서의 임무와 권한을 부여하는 한편, 사법순사에게는 사법경찰원의 지휘하에 수사보조자로서의 기능을 수행하도록 하였기 때문이다.

한편 사법경찰직원에는 일반사법경찰직원과 특별사법경찰직원⁴⁵⁾이 있는데, 전자는 경찰법에서 규정하고 있는 경찰관⁴⁶⁾이 사법경찰직원으로 된 경우이고(형사소송법 제189조 제1항), 후자는 경찰관 이외의 자로서 특히 법률에 의하여 사법경찰직원으로서의 직무를 행하도록 정하여진 자를 의미한다. 다만 사법경찰직원에게도 구류청구권 등의 강제수사의 권한은 없다. 즉, 구류청구권은 검찰관에게만 부여되어 있어 사법경찰직원이 피의자를 체포한 경우 48시간 이내에 피의자의 신병과 기록 일부를 검찰관에게 송치하여야 한다(동법 제203조 제3항).

또한 사법경찰직원은 범죄수사를 한 때에는 검찰관이 지정한 사건을 제외하고는⁴⁷⁾ 원칙적으로 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검찰관에게 송치하여야 하고(형사소송법 제246조), 고소 또는 고발을 접수한 경우에도 신속히 이에 관한 서류 및 증거물을 검찰관에게 송부하여야 하며(동법 제242조), 검찰관의 지휘에 의하여 변사체 검시를 할 수 있을 뿐이다(동법 제229조).⁴⁸⁾ 그리고 사법경찰직원은 검찰관이 직무상 발한 지휘·지시에 복종하여야 할 의무가 있는데(동법 제193조 제4항), 검찰관의 지시 및 지휘를 실효성있게 하기 위하여 형사소송법은 이에 대한 복종의무를 규정함과 동시에 동법 제194조는 사법경찰직원에 대한 검찰관의 징계요구권을 규정하고 있다.

한편 일본의 검찰청법 제4조는 ‘검찰관의 직무’라는 제목으로 「검찰관은 형사에 관하여 공소를 행하고 재판소에 법의 정당한 적용을 청구하고 재판의 집행을 감독하고 …… 공익의 대표자로서

44) 형사소송법 제189조(司法警察職員) ① 경찰관은 각각 다른 법률 또는 國家公安委員會 혹은 都道府縣公安委員會가 정하는 바에 의하여 사법경찰직원으로서 직무를 행한다.

② **사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료되는 때에는 범인 및 증거를 수사한다.**

45) 형사소송법 제190조(特別司法警察職員) 산림·철도 기타 특별한 사항에 대하여 사법경찰직원으로서 직무를 행할 자 및 그 직무범위는 별도의 법률로 이를 정한다.

46) 경찰관에는 警視總監·警視監·警視長·警視正·警視·警部·警部補·巡查部長·巡查의 9계급이 있고(경찰법 제62조), 이 계급을 기준으로 하여 巡查部長 이상은 司法警察官, 巡查는 司法巡查라고 한다(1930년 國家公安委員會規則 제5호 제1조).

47) 일본의 경찰은 검찰관이 미리 지정한 경미한 사건에 대해서는 송치하지 않을 수 있는데(일본 형사소송법 제246조 단서), 이 경미사건에 대한 불송치처분을 미죄처분(微罪處分)이라고 한다. 검찰관이 지정한 사건은 지역에 따라서 차이가 있지만, 통상 범정(犯情), 피해금액이 특히 경미한 절도·사기·횡령사건, 도품 등에 관한 죄의 사건, 도박사건 등인데, 이러한 미죄처분한 사건에 대해서는 1개월마다 한데 모아서 경찰은 검찰관에게 보고서를 제출해야 한다. 그러나 피의자를 통상체포 또는 긴급체포한 사건, 고소·고발 또는 자수가 있는 사건은 제외된다고 한다(입문 일본형사수속법, 신동운 역, 24면).

48) 형사소송법 제229조(檢視) ① 변사자 또는 변사의 의심이 있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 또는 구검찰청의 검찰관은 검시를 하여야 한다.

② 검찰관은 검찰사무관 또는 사법경찰원에게 전항의 처분을 하도록 할 수 있다.

다른 법령에 의하여 그 권한에 속한 사무를 행한다」라고 규정하고 있으며, 동법 제6조는 ‘범죄의 수사’라는 제목으로 「검찰관은 어떠한 범죄에 대해서도 수사를 할 수 있다」라고 규정하고 있다. 따라서 검찰관의 권한은 이를 범죄수사의 권한, 공소의 권한, 재판의 집행을 지휘·감독할 권한 등을 주된 직무로 한다. 즉, 검찰관은 공소제기 여부의 결정권을 가지고 있고(형사소송법 제247조, 제248조), 범죄에 대한 수사권을 보유하고 있다(동법 제191조).⁴⁹⁾

물론 현행법상 검찰관과 사법경찰직원은 계통적으로 분리된 상호 별개의 수사기관이며, 양자의 관계는 상하관계가 아니다. 즉 일본의 경찰과 검찰간의 관계는 기본적으로 경찰은 독립된 제1차적 수사기관이고, 검찰은 제2차적 수사기관으로서 상호 협력관계에 있다. 그러나 수사의 목적에 있어서는 양자간 상위(相違)가 있는 것은 아니므로, 수사와 관련하여 양자의 관계를 어떻게 정립할 것인지 여부가 문제된다.

그런데 일본 검찰청법 제6조 제2항은 「검찰관과 다른 법령에 의하여 수사의 직권을 행사하는 자의 관계는 형사소송법이 정하는 바에 의한다」라고 규정하고 있으며, 특별사법경찰직원도 일반적으로 형사소송법의 규정에 의하여 사법경찰직원으로서의 직무를 행하는 것으로 되어 있으므로(예컨대 해상보안청법 제31조) 검찰관과의 관계도 형사소송법이 정하는 바에 따르게 된다. 이와 관련하여 형사소송법 제192조는 「검찰관과 도도부현공안위원회 및 사법경찰직원은 수사에 관하여 상호 협력하여야 한다」라고 규정하고 있는데, 이는 사법경찰직원의 경우 인적·물적 자원이 충실하여 수사설비면에서 우수하고, 전국 방방곡곡에서 국민과 직접 접촉하고 있으므로 범죄정보에도 신속한 반면, 검찰관은 일반적으로 법률적 소양의 면에서 우수하여 적법절차의 준수라는 측면에서 상대적으로 국민의 신뢰를 더 많이 받고 있고, 고도의 법률지식을 요하는 복잡한 사건의 수사를 담당하기에 적합한 지위에 있다고 볼 수 있으므로 양자의 장·단점을 조화시켜 수사에 있어 상호 협력하게 하는 것이 이상적이라는데 법의 취지가 있다고 할 것이다.

그러나 실제로 검찰관이 사법경찰직원이 체포하여 송치한 피의자에 대하여 구류를 청구하지 않거나, 일반적 지휘권에 근거하여 절차적으로 적정하지 않은 사건의 송치를 접수하지 않거나 나아가 기소하지 않음으로써 경찰의 수사권 남용을 규제하는 한편, 수사에의 적극성 독려 등으로 경찰관의 직무소홀과 태만을 방지하고 있기 때문에 수사절차의 전과정에 걸쳐 사법경찰직원은 검찰관과 긴밀한 관계를 갖고 수시로 자문 및 지시를 받으면서, 검찰관의 지시에 절대적으로 복종하고 있으므로 법률적으로나 사실적으로나 검찰관이 수사지휘권을 행사하고 있다고 할 수 있다. 따라서 이러한 점을 종합하여 보면, 실질적으로는 수사절차진행의 주도적 지위는 검찰관에게 부여되어 있다고 하지 않을 수 없을 것이다. 더구나 복잡다기화해 가는 일본의 사회구조에 대처하기 위하여 경찰의 능률화 요청은 점차 경찰의 중앙집권화 내지 국가경찰일원주의로의 환원현상을 나타

49) 형사소송법 제191조(검찰관·검찰사무관의 수사권) ① 검찰관은 필요하다고 인정하는 때에는 스스로 범죄를 수사할 수 있다.

② 검찰사무관은 검찰관의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.

내고 있어 공안위원회에 의한 경찰의 민주화 관리 내지 정치적 중립성의 확보라는 기능도 명목화·형식화해가고 있는 현실에서 검찰의 경찰에 대한 감독기능의 강화라는 측면이 강조되고 있을 뿐만 아니라,⁵⁰⁾ 일반적으로 검찰관은 법관에 상응한 법률지식을 가지고 있어 법률적으로 복잡한 사건을 수사함에 적합하고, 법적 절차의 준수라는 측면에서도 경찰보다는 상대적으로 국민의 신뢰도가 높으며, 법관에 유사한 신분보장을 받고 있어 기소·불기소의 결정과 원고인 당사자로서의 책무수행 나아가 정치적 색채가 강한 사건의 수사에 있어서 국가기관 중 가장 적격이라고 논하여지고 있다.⁵¹⁾

결국 일본의 경우 형사소송법 규정에 의하면 검사와 사법경찰관의 관계를 협력관계로 표현하고 있는 것이 사실이지만, 한편으로는 검사의 사법경찰에 대한 일반적 지시권,⁵²⁾ 일반적 지휘권,⁵³⁾ 구체적 지휘권,⁵⁴⁾ 나아가 불복종 사법경찰에 대한 징계요구권(동법 제194조)을 규정하고 있으므로 수사지휘권이 제도적으로 확립되어 있다고 볼 수 있다. 이러한 입법을 한 배경에는 일본 형사소송법이 사건 송치 이전단계에서의 사법경찰관의 수사권을 본원적 수사권으로 규정하고 검사의 수사권과 병립하는 독립된 수사주체로 인정하고 있으므로, 이에 따라 병립적인 수사주체 사이에 지휘관계를 설정하는 경우 그 지휘권의 내용과 방식을 법률로 열거할 필요가 있게 되었고 이와 관련하여 규정한 것이 위에서 언급한 일반적 지시권, 일반적 지휘권, 구체적 지휘권인 것이다.⁵⁵⁾ 더욱이 일본은 우리나라와 같이 경찰서장이 즉결심판을 청구할 수 있는 제도가 없고, 우리나라와는 달리 구속 후 10일 동안을 수사하지 못하고 단지 체포하여 48시간 내에 검찰에 송치하도록 되어 있어 우리나라 경찰의 수사권이 일본의 경찰보다 오히려 강력하다는 점도 간과할 수 없는 대목이다.

한편, 조사과정의 녹음·녹화 의무화와 유죄담변협상제도의 도입, 통심감청 범위의 확대를 주요 내용으로 하는 일본 개정 형사소송법이 2016년 5월 24일 통과되었는데, 이 중 유죄담변협상제도를 살펴보면, 협의는 검사와 피의자·피고인 간에 이루어진다. 즉, 협의는 검사와 변호인과 피의자 또는 피고인 사이에 실시하는 것이 원칙이다. 다만 피의자·피고인이 이의가 없는 경우에는 검사와 변호인이 협의를 할 수 있다(제350조의4). 다만 개정 법률에서는 검사가 취급하는 사건의 대부분이 경찰에서 송치되는 사건이라는 점을 고려하여, 사법경찰원도 검사의 개별 수권(授權)의 범위 내에서 합의내용을 제안할 수 있도록 규정하고 있다(제350조의6 제2항).

50) 井戸田侃, 「捜査における検察の役割」, 법학세미나 특집 제16권, 94면.

51) 鈴木義男외 4, 「現代日本の検察」, 법학세미나 특집 제16권, 59면 이하; 河上和雄, 「社會正義と検察」, 법학세미나 특집 제16권, 25-26면.

52) 형사소송법 제193조 제1항 「검찰관은 그 관할구역에 따라 사법경찰직원에 대하여 그 수사에 관하여 필요한 일반적 지시를 할 수 있다. 이 경우의 지시는 수사를 적절하게 하고, 기타 공소의 수행을 완전하게 하기 위하여 필요한 사항에 관한 일반적 준칙을 정하는 것에 의하여 행한다」.

53) 형사소송법 제193조 제2항 「검찰관은 그 관할구역에 따라 사법경찰직원에 대하여 수사의 협력을 요구하기 위하여 필요한 일반적 지휘를 할 수 있다」.

54) 형사소송법 제193조 제3항 「검찰관은 스스로 범죄를 수사하는 경우에 필요한 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수사의 보조를 하도록 할 수 있다」.

55) 일본 형사소송법 제193조 참조.

3. 현 상태에서 수사권과 기소권 분리시 논리적 문제점

(1) 국가수사권의 무제한적 확대 초래

검사는 직무상 행정기관에 속하지만 그 직무가 사법권과 불가분의 관계에 있기 때문에 사법권 독립의 정신은 검사에게도 요구되며 이러한 관점에서 검사는 준사법기관(準司法機關)으로 이해된다.⁵⁶⁾ 이 때문에 검사에게는 법관에 준하는 임용자격이 요구되고 신분보장도 인정되고 있다. 또 검사는 단독제의 관청으로서 한 사람 한 사람이 검찰권을 행사하며, 검찰총장이나 검사장의 보조기관으로 취급되지 아니한다. 즉 일반 행정기관에서는 1인의 장만이 권한을 가진 행정관청이고 그 산하의 국장·과장 등은 보조기관으로서 그 장의 권한을 분장하고 있는 데 불과하지만, 검찰청은 검사의 사무를 통할하는 관서에 불과할 뿐 검찰청이 직접 검찰권을 행사하는 주체로 되는 것이 아니며, 검찰청의 장도 소속 검사에 대한 지휘·감독권을 가지고 있으나 그 지휘·감독권과 검찰권은 엄연히 구별되어 검찰권의 주체는 어디까지나 개개의 검사라는 점에서 조직상 본질적인 차이가 있다.

이러한 검사의 준사법기관성과 독립성을 전제로 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘체계의 의미를 돌아볼 때, 국민주권의 실현과 권력구조 등을 선언하고, 그 구체적 발현형태를 규정하는 우리나라 헌법, 정부조직법 등 법체계의 내용은 대략 다음과 같다. 즉, 행정작용인 ‘치안’은 「국민주권→대통령→행정부장관→경찰청장→치안정감→치안감→경무관→총경→경정→경감→경위→경사→경장→순경」으로 이어지는 행정 지휘체통의 ‘명령’에 좇아 집행되도록 규정하고 있는 반면, 사법작용인 ‘수사’는 「국민주권→대통령→법무부장관→(절연장치)→검찰총장→검사→사법경찰관→사법경찰리」로 이어지는 준사법적 지휘체통에 의해 ‘실체적 사실관계’를 좇아 집행되도록 규정하고 있으며, 그 과정에서 ‘명령’이 지배하는 행정부와 준사법기관인 검찰을 단절하는 장치로서 검찰청법은 법무부장관의 개개 검사에 대한 지휘체계를 절연시키는 한편(검찰청법 제8조), 사법관으로서의 검사의 신분을 보장하고 있고, 형사소송법은 검사를 개개 결정의 주체이자 단독관청으로 규정하고 있는 것이다. 따라서 검사가 외부기관 파견 등으로 ‘사법’ 지휘 체통을 벗어나게 되면 그 즉시 형사소송법상 수사권한을 상실하는 것처럼, ‘사법’경찰관리 또한 ‘사법’ 지휘체통에 속하기 때문에 ‘사법’경찰인 것이지 이 지휘체통을 벗어나는 순간 ‘사법’ 공직을 상실하여 형사소송법상 ‘사법’ 수사권도 동시에 상실하게 되는 것이다. 다시 말하면, 사법경찰권의 ‘수사권’은 위와 같이 우리 법체계가 채택하고 있는 ‘사법’ 지휘 체통 안에서만 인정되는 것이지, 그 체통을 벗어난 채 ‘자율적’이나 ‘독자적’으로 이루어지는 수사권이라는 개념 자체가 존재할 수 없는 것이다.

56) 현재 1995.6.29, 93헌바45. 「검사는 행정기관이면서도 동시에 사법기관인 이중의 성격을 가진 기관이고, 오로지 진실과 법령에 따라 직무를 수행하여야 할 의무를 가지고 있는 준사법기관이며, 검사는 판사와 동일한 자격을 갖춘 자로서 임명되고 공익의 대표자라는 지위에서 활동하므로...」.

그런데 경찰에 독자적인 수사주체성을 부여하게 되면, 그 수사권이 귀속되는 주체는 개개 「사법경찰관」이 아니라 「경찰」 기관 전체가 될 수밖에 없는데(경찰청장을 제외하고는 단독관청이 아니므로), 이는 현재 수사권을 「검찰」이라는 기관이 아니라 단독관청인 「검사」에게 귀속시키고 그 수사의 사법적 공정성을 확보하기 위해 검사에게 고도의 직무 독립성과 신분을 보장해 주고 있는 체계에서, 수사권을 검사 외에 행정기관으로서의 「경찰」 전체에도 부여하여, 직무 독립성이나 신분 보장이 없는 경찰청 소속 정보·보안·작전 경찰 등 16만 경찰 전체가 수사권을 행사하게 되는 체계로 국가의 수사권 구조 및 그 규모가 전면적으로 변질되는 결과를 초래하게 될 것이다. 즉, 현재 법규정으로 사법경찰관리를 경무관에서 순경으로 한정할 수 있는 이유는 사법작용에 대한 개개의 위임에 따른 것으로 볼 수 있지만, 수사와 기소가 분리되는 경우에는 이러한 논리가 성립할 수 없는 것이다.

따라서 사법경찰인지 아닌지를 불문하고 경찰청 소속 경찰관이면 누구나 수사권능을 행사할 수 있다는 결론에 이르게 되고,⁵⁷⁾ 그렇다면, 사법경찰만이 수사할 수 있도록 한 형사소송법에 부합하도록, 일본처럼 우선 경찰청장을 포함한 경찰관 전원이 사법경찰관이 되어야 한다는 전제가 해결되어야 하고, 아울러, 「사법경찰관의 수사주체성 인정」이라는 경찰의 종래 요구는 수사권의 귀속 주체에 대한 표현부터가 완전히 잘못된 것이므로, 「경찰의 수사주체성 인정」 요구로 정정되어야 할 것이다.

- ※ 일본 경찰법 제62조 경찰관의 계급(장관을 제외한다)은 警視總監, 警視監, 警視長, 警視正, 警視, 警部, 警部補, 巡查部長 및 巡查로 한다.
- ※ 일본 형사소송법 제189조(司法警察職員) ① 경찰관은 각각 다른 법률 또는 國家公安委員會 혹은 都道府縣公安委員會가 정하는 바에 의하여 사법경찰직원으로서 직무를 행한다.

결국, 수사/기소 분리주장에 따르면, 국가의 수사권과 수사권능 행사의 주체들이 사실상 무제한적으로 확대되는 실로 엄청난 국가 권력구조 대변혁이 초래될 수밖에 없다. 따라서 우리나라에서 사법경찰관에게 독자적인 수사권(귀속주체성)을 인정하는 문제의 본질은 검사에게 주어진 현재의 수사권을 경찰과 배분해야 하는 것인지에 국한된 문제가 결코 아니라, 국가 수사권 자체의 규모와

57) 현재는 형사소송법 제196조 제1항이 ‘경무관, 총경, 경정, 경감, 경위’까지만 사법경찰관으로 지정하여 수사권을 위임(Auftrag)하고 있으므로(수사행위의 주체 인정) 그 위 계급인 치안감, 치안정감, 치안총감(경찰청장)은 사법경찰관이 아니다.

[제196조(사법경찰관리)]

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

범위를 현재와는 비교할 수도 없는 크기로 전격적으로 확대할 것인지의 문제라는 점을 분명히 이해해야 할 것이다. 따라서 이 문제를 마치 검사와 사법경찰관 간의 수사영역 배분문제 내지 밥그릇싸움 정도로만 접근하거나 또는 그 정도의 문제에 불과한 것처럼 축소·왜곡하는 것은 참으로 위험하고 무책임한 태도가 아닐 수 없다. 왜냐하면 국민들이 검사에게 맡긴 수사권(정확히 말하면 ‘의무’)을 일부 떼어 경찰에게 맡길 것인가의 문제만 하더라도 이는 국가수사권 구조와 형사사법의 근간을 바꾸는 문제이므로, 반드시 국민의 결단이 요구되는 사항이라 할 것인데, 하물며 대표적 국가 공권력인 수사권 자체의 거대한 확대문제를 앞에 놓고, 이를 검찰과 경찰 사이의 협의 정도로 결론 내려 한다는 것은 도저히 있을 수 없는 일이기 때문이다. 결국 사법경찰관에게 독자적인 수사권(귀속주체성)을 인정할 것인가는 반드시 국민의 헌법적·입법적 결단에 의해 결정되어야 하는 국가전체 권력구조의 문제로서, 이는 수사권의 조정문제가 아니라 수사권 전체에 대한 새로운 시각에서 논의되어야 할 사항이라고 본다.

[제14차 수사권조정자문위원회 회의록]⁵⁸⁾

○ 황덕남 위원

일단 취지만 좀 명백하게 하겠습니다. 그런데 그것이 가능한지가 지금 저로서는 다시 한번 말씀드리지만 국가의 어떤 권한 분배가 지금 사법경찰관 구조가 그렇게 되어 있느냐는 말이지요. 사법경찰관이라는 것이 어떤 독립된 국가의 한 권한, 행위 권능이 아니라 권한을 가질 수 있는 별개의 조직이냐는 말이지요. 결국 가게된다면 그것은 전체 경찰에게 가는 것 아니겠어요?(37면)

○ 황운하 전문연구원

제가 한번...(37면)

○ 황덕남 위원

맞죠? 그것이 맞죠? 그러면 결국은 앞으로 사법경찰관의 구체적인 수사행위에 대해서 경찰 전체 조직이 지휘·명령을 할 수 있게 되는 것이지요. 왜 사법경찰관과 사법경찰관이 아닌 경찰과의 지휘·명령 계통, 범죄수사에 관한 것 그 부분이 연결된다는 취지인 것이지요?(37-38면)

○ 황운하 전문연구원

전체 경찰의 수사지휘...(38면)

○ 황덕남 위원

전체 경찰이죠?(38면)

○ 황운하 전문연구원

예(38면).

○ 황덕남 위원

결국 제195조의 개정을 원하시는 취지는 국가조직 면에서 보면 검사와 사법경찰관 또는 사법경찰관이 아니라 검사와 경찰 이렇게 되는 것이지요?(38면)

○ 황운하 전문연구원

그렇습니다(38면).

58) 1. 일 시 : 2005. 4. 18. 15:00 ~ 18:00

2. 장 소 : 대검찰청 15층 소회의실

3. 참석자 (22명)

○ 자문위원

위원장 : 김일수

(2) 특별사법경찰과의 권한충돌시 혼란 발생

특별사법경찰의 직무범위와 수사관할은 사항적 혹은 지역적으로 각각 다르므로 ‘사법경찰관리’의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률⁵⁹⁾(이하 ‘특사경법’이라고 함)과 ‘특별사법경찰관리 직무규칙’(이하 ‘특사경규’라고 함) 등에 개별적으로 규정되어 있지만, 이러한 특별사법경찰의 관장사항에 대하여 일반사법경찰이 권한을 행사하지 못하는 것은 아니다. 일반사법경찰의 직무범위에는 사항적 제한이나 지역적 제한 등이 존재하지 않으므로 이들은 일반적인 모든 범죄에 대하여 수사권을 행사할 수 있기 때문이다. 따라서 이론적으로는 특별사법경찰이 수사권을 가지는 것에 대하여 일반사법경찰도 수사권을 가지고 있다고 볼 수 있으므로 이러한 직무범위상 중복관계는 관할권 충돌 내지 경합의 문제가 발생한다.⁶⁰⁾

그런데 특별사법경찰은 어느 것이나 ‘특별한 사항’에 관하여 수사활동을 행하는 것으로 되어 있으나, 그 수사활동에 대하여 사항적 제한을 받지 아니하는 일반사법경찰이 존재하므로 특별사법경찰의 수사활동의 범위는 항상 일반사법경찰의 그것과 경합되는데, 이러한 양쪽의 사법경찰의 수사활동의 범위가 경합되는 경우, 수사의 제1차적 책임을 특별사법경찰이 갖고 있다고 해석한다고 하더라도 사법경찰관에게 독자적인 수사권을 인정하여 검사의 수사지휘를 배제하게 되면, 법논리상으로 형사소송법에 규정된 특별사법경찰의 수사에 대한 검사의 지휘·통제·감독기능 역시 모두 사라지게 될 것이다. 결국 국가수사권이 수많은 행정기관에 다원적으로 분산되어 각 기관의 독자적인 정책판단에 따라 수사권이 중구난방식으로 행사되어도,⁶¹⁾ 검사를 정점으로 하여 수사권을 통일적·일원적으로 표출하는 것이 불가능해져 국가수사권의 체계가 총체적으로 붕괴될 뿐만 아니라 통일적이고 균형적인 국가형벌권의 구현도 불가능하게 될 것이다. 더욱이 논리에 일관할 경우 그 정도에 그치는 것이 아니라 현재 검사에게만 부여되어 있는 국가의 수사권이 특별사법경찰권을 가진 수많은 행정관청에도 모두 부여되고, 따라서, 검사 지휘를 받는 특별사법경찰만이 수

위 원 : 성유보, 서경석, 최영희, 김주덕, 신성호, 황덕남, 정웅석, 서보학, 조 국, 오창익, 김희재, 김학배 위원

* 김희수 위원은 불참

○ 간 사 : 최세훈 검사, 황운하 총경

○ 전문연구원 : 이 옥 검사, 이상호 검사, 차경환 검사, 김윤환 총경, 민갑룡 정경, 박노섭 경감

59) 동법 제1조(목적) 이 법은 「형사소송법」 제197조에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위를 정함을 목적으로 한다.

60) 일반사법경찰과 특별사법경찰의 관할권 경합을 해결하기 위하여 일반사법경찰관리인 경찰공무원이 범죄를 수사함에 있어서의 방법과 절차 등을 정하고 있는 범죄수사규칙(경찰청훈령) 제39조부터 제43조가 경찰공무원과 특별사법경찰관리와의 수사상 공조관계를 규정하고 있는데, 여기서 경찰공무원과 특별사법경찰관리가 모두 수사권을 가지는 사안에 대하여 4가지 경우(직접수사, 인계, 인수, 경합)로 각각 나누어 경찰공무원이 할 처리방법을 제시하고 있다.

61) 중앙부처에서 특사경을 운영하는 기관은 법무부(교도소 등), 기획재정부(국세청, 관세청), 국방부(기무사 등), 안전행정부(소방방재청 등), 문화체육관광부(저작권 보호 등), 농림수산식품부(국립농산물품질관리원, 농촌진흥청, 산림청, 수산물검역, 역학조사, 식물검역, 어업지도사무소 등), 지식경제부(광산보안 등), 보건복지부(식약청 등), 환경부(공원관리청, 환경청 등), 고용노동부(노동사무소 등), 여성가족부, 국토해양부(국토관리청, 철도공안, 해양정책 등) 등 12개 부처가 대표적이다.

행하고 있던 수사활동의 권능이 당해 행정청의 장(장관 등)을 포함한 모든 소속 공무원에게 일제히 부여될 것이다.

(3) 우리나라 법체계상 논리적 모순 발생

우리나라는 과거 독재정권의 인권탄압을 경험한 이후, 다른 나라에 없는 특이한 영장실질심사 제도를 두고 있다. 그런데 수사권과 기소권을 분리하여, 수사권을 경찰에 맡길 경우, 최근 삼성 이재용 부회장의 사례에서 보듯이, 구속영장실질심사때 경찰이 들어가 삼성측 변호사와 법리적 다툼을 해야 하는데 이것이 타당한 논리인지 의문이다. 이는 이화여대 김경숙 전 학장이 구속적부 심사를 청구했다고 하는데, 이 경우에도 동일한 문제가 발생한다.

(4) 정보권과 수사권의 결합시 거대권력기관의 탄생

우리나라의 수사권문제를 논의할 때, 간과해서는 안 될 사항은 8,000여 명에 이르는 정보경찰이 존재한다는 점이다. 지금 논의는 수사경찰에 대한 법치국가적 통제를 의미하지만, 경찰이 수사권을 독점할 때, 정보권과 수사권이 결합하는 거대한 권력조직이 탄생한다는 것이다. 이는 과거 안기부가 있던 시절에 국민들이 경험하지 않았는가?

4. 어느 입법례를 선택할 것인가?

(1) 영미법계 형사구조를 도입하기 위한 전제조건

첫째, 범죄자처벌의 국가기관 역할에 대한 인식의 전환이 필요하다. 즉, 영미법계 체계를 취하는 경우, 앞에서 언급한 것처럼 범죄를 국법질서 침해행위로 보지 않고 피해자에게 가한 일종의 불법행위로 파악하므로 수사기관이 범죄자를 수사의 객체로 삼아 혐의유무를 가리고, 법원에 공소제기를 한다는 것은 “당사자주의”에 반하여 허용될 수 없을 뿐만 아니라 피해자나 그를 대리하는 소추인의 고발에 따라 법정에서 진실을 규명하는 “공판중심주의”가 필연적으로 수반되며, 이것은 민사소송과 마찬가지로 당사자(또는 변호인)의 역량에 좌우된다는 점이다. 이는 변호사의 역할증대와 사설탐정업이 도입될 수밖에 없는 구조이다.

둘째, 수사기관의 구속기간이 폐지되어야 한다. 영미법계 국가의 경우 체포시부터 48시간 이내에 치안판사에게 인계해야 하므로, 우리나라의 경우도 30일간의 구속기간(형사소송법 제202조, 제203조, 제205조)이 삭제되어야 할 것이다.⁶²⁾ 특히 치안판사에게 인계된 후, 보석이 필요적으로 고

62) 대륙법계 국가인 독일의 경우 구속기간의 제한이 없고, 다만 재범의 위험성을 이유로 한 구속의 경우 1년을 초과할 수 없다(SIPO 제122조의a). 재범의 위험성을 이유로 구속한 경우 구속기간이 1년으로 제한되나 구속의 근거를 다른 사유로 변경하는 때는 다시 구속기간의 제한이 없으므로 계속 구금이 가능하다. 프랑스의 경우 일반 형사범죄 사건의 원칙적 구속기간은 4개월이지만(CPP 제145-1조 제1항), 혐의범죄가 10년 이상의 법정형에 해당하는 경우 또는 범죄사실이 국외에서 행해지거나 마약거래, 테러, 조직범죄, 조직매춘, 탈세 또는 범죄단체조직 등에 해당하는 때에는 2년까

지되고(무죄추정의 원칙) 일정한 보석금 내지 보석보증금을 내면 석방되는 불구속재판 구조를 감내해야 할 것이다.

셋째, 공판중심주의 원칙상 공판정에서 진술을 얻기 위한 면책조건부 증언제도(Immunity), 유죄협상제도(Plea Bargaining), 기소사실인부제도(Arraignment)는 물론 피의자를 포함하여 수사기관 등에서 거짓진술을 한 경우에 처벌하는 위증죄(Perjury and False Declaration) 및 허위진술죄(False statement) 등이 도입되어야 한다.⁶³⁾

넷째, 대폭적으로 무죄가 선고되는 상황을 감내해야 한다. 일례로 당사자주의 체계를 취하는 영국의 경우 1998년 기소된 피고인이 2,133,700명 중 22%인 47만 명에 대하여 무죄가 선고된 반면,⁶⁴⁾ 직권주의 체계를 취하는 독일은 3.08%(828,913명 중 25,556명)의 무죄선고율⁶⁵⁾을 보여주고 있어서 이는 단지 영국의 법정에서 많은 억울한 사람이 그 소원을 풀었구나 하는 측면에서 파악할 것이 아니라, 철저한 당사자주의를 시행할 경우에 엄청난 숫자의 사람들이 기소의 대상이 되어 불필요한 재판을 받는 구조를 받아들여야 하는 것이다.⁶⁶⁾ 일본에서 ‘정밀사법’과 ‘rough Justice’에 대한 치열한 논의가 있는 이유도 여기에 있다.

(2) 대륙법계 형사구조를 유지하기 위한 전제조건

첫째, 대륙법계 국가처럼 행정경찰과 수사경찰이 분리되어야 한다. 이는 형사소송법 제정당시의 역사적 배경을 검토해 보더라도 자명한 것이다.

※ 1949년 검찰청법 제정 당시 국회에서 권승렬 법무장관의 발언 : “수사는 일원화되어야 합니다. 수사의 일원화가 되면 수사의 최고장관은 누구냐 그것은 검찰총장입니다. 결코 내무부장관이 아닙니다. 치안국장도 아닙니다. 왜 그러냐하면 경찰관은 국가의 안녕질서를 유지하는 즉, 치안의 책임자일 것이고 범죄수사에 관한 책임자로 말하면 검찰총장입니다. 그런데 치안유지하는 선을 넘어서 범죄의 면에 들어갈 것 같으면 그 범죄에 대한 수사에 대하여는 내무부에서 하는 것이 아니라 검찰이 하는 것이니까 즉 말하자면 검찰총장의 계통을 따라가야지 만일 치안국장이나 내무부장관이 수사에 관해서 사법경찰을 지휘한다면 이것은 수사기관이 아원이 됩니다. 왜 그러냐하면 내무부장관은 수사의 최고장관이고 검찰총장은 수사의 최고장관이라면 만일 두사이에 문제가 일어날 것 같으면 그것은 누가 결정하느냐

지 연장할 수 있다(CPP 제145-1조 제2항). 중죄사건의 경우 피의자는 원칙적으로 1년을 초과하여 수사상 구속을 할 수 없다. 다만 석방구금판사는 예심수사를 계속하여야 할 특별한 사유가 있는 때에는 6개월을 초과하지 아니하는 범위내에서 구속기간을 연장할 수 있다. 이 연장결정은 구속결정과 마찬가지로 심문을 거쳐야 한다(CPP 제145-2조 제1항).

63) 각 제도의 자세한 내용은 정용석, “주요 선진국의 수사 초기 단계에서의 효율적 증거 취득방법 및 도입방안 연구”, 2007년 대검찰청 용역과제 참조.

64) 몇몇 일상적인 범죄(routine offences) 및 경찰이 공판회부 결정을 할 필요가 있는 사건을 제외한 중요 범죄에 대한 공판회부결정(Charge) 권한이 검찰로 이관된 이후, 영국 검찰청(CPS) 홈페이지에서 다운로드 가능한 연례보고서(annual report, 2015-2016)에 따르면, 대상기간(2015. 4.~2016. 3.)동안 전체 소추사건은 637,798건이고, 그 중 유죄선고 사건은 530,199건(유죄율: 83.1%)으로 기술하고 있으므로 무죄선고율이 16.9%가 될 것이다.

65) 한국과 일본 모두 2015년 기준으로 1% 정도의 무죄선고율을 나타내고 있다.

66) 차동인, 「한국 형사사법의 미래를 생각하며」, 형사소송법 개정안 공청회 - 국민을 위한 바람직한 형사사법절차의 모색 -, 대검찰청(2005.5), 18면.

그렇게 되고 마는 것입니다. 즉 말할 것 같으면 수사의 최고장관은 검찰총장이 될 것이고 내무장관은 5만의 경찰을 통솔하여 국내의 치안을 유지해서 국내에 무슨 일이 일어날 것 같으면 국내의 혼란을 미연에 방지하고 이것은 예방을 위한 것이고 범죄가 일어날 것 같으면 그 때에는 검찰총장의 지휘에 의해서 하는 것입니다....”

※ 1954년 형사소송법 제정 당시 엄상섭 의원 발언 : “미국에 있어서 왜 수사는 경찰관, 기소는 검사, 이렇게 노렸느냐 하면 이것은 역시 미국 사람들 생각에는 권력이 한군데에 집중되면 남용되기 쉬우므로 권력은 분산이 되어야 개인에게 이익이 된다, 이렇게 생각했든 것입니다. 그런데 우리나라 실정으로 보면 수사기관이 범죄수사의 주도체가 된다면 기소권만을 가지고도 강력한 기관이거늘 또 수사의 권한까지 푸라스하게 되니 이것은 결국 검찰 팃소를 가지고 온다는 것입니다. 그런데 지금 일본이나 미국 같은 데 있어서는 경찰기관이라는 것은 자치단체에 드려가 있어요. 혹은 영국 같은 데서도 그렇습니다. 이런 나라에서도 ‘수사는 경찰관이 해라, 기소 여부는 검찰관이 해라...’ 또 ‘증거가 모자라면 경찰에다가 의뢰해라...’ 이렇게 되어 있는데, **우리나라는 경찰이 중앙집권제로 되어 있는데, 경찰에다가 수사권을 전적으로 마끼면 경찰 팃소라는 것이 나오지 않나, 검찰 팃소보다 경찰 팃소의 경향이 더 시지 않을까?** 이런 점을 보아 가지고 소위원회나 법제사법위원회에서는 오직 우리나라에 있어서 범죄수사의 주도권은 검찰이 가지는 것이 좋다는 정도로 생각을 했던 것입니다.”

※ 1954년 형사소송법 제정 당시 국회에서의 한격만 검찰총장의 발언 : “...각국의 입법례가 경찰관과 검사와 대등한 입장으로 수사권을 가지는 그러한 예도 있고 또한 대륙법계에서는 검사의 지휘를 받아 가지고 경찰관이 수사를 하는 예도 있을 줄로 압니다. 또한 경찰에게는 수사를 맡기고 기소는 검사가 한다, 이런 데도 있을 줄로 압니다. 그러나 이제 엄 의원과 서 전문위원께서 여러 가지 설명한 바와 마찬가지로 우리나라의 실정은 해방 이후 오늘날까지 여러 가지 사정은 제가 말씀하지 않더라도 여러분이 잘 아실 줄로 압니다만, 수사의 일원화 또 검사의 지휘권을 강화해야 된다는 것은 여러분이 다 추측하실 줄로 압니다. 그래서 지금까지 시행해 온 형사소송법에는 사법경찰관은 검사의 한 보조역으로 수사를 한다고 이렇게 되어 있는데 이 문제에 대해서는 법전편찬위원회에서도 여러 가지 논의가 많이 있었습니다. 그래서 여러 가지 절충해 가지고 이 원안이 나왔는데 저는 이 원안을 찬성합니다. 지금 우리나라 있어서 이 정도로 하는 것이 대단히 타당하다고 생각합니다. 그러나 **이론적으로 말하면 아까 엄 의원이 말씀한 바와 마찬가지로 수사는 경찰에 맡기고 검사에게는 기소권만 주자는 것은 법리상으로는 타당합니다만 앞으로 백년후면 모르지만 검사에게 수사권을 주는 것이 타당하다고 생각합니다....”**

검찰청법이나 형사소송법 제정 당시의 이러한 논의를 보더라도, 당시 입법자들도 치안과 수사를 명백히 분리하고 있으며, 경찰수사로 인한 국민의 인권침해를 방지하고 수사과정에서의 법치주의를 구현하는 역할을 검사에게 기대하고 있었음을 알 수 있다.

둘째, 검찰의 직접수사가 지양되어야 한다. 왜냐하면 검찰제도의 탄생배경이 법원 및 경찰에 대한 법치국가적 통제를 위하여 만들어진 것인 만큼 검찰이 직접수사를 한다면 검찰의 존재이유가 사라지기 때문이다. 따라서 어디까지나 검찰은 수사기관에 대한 견제기관으로 남아야

한다. 그런데 그동안 검찰은 직접수사사건(이른바 직수사건)에 대한 영역을 점점 확대해 왔으며, 이것 때문에 경찰과도 자주 충돌이 일어났다고 볼 수 있다. 즉, 검찰이 직접수사를 하는 경우 불이익을 받는 정치집단에서는 “정치집단”이라는 슬로건으로, 경찰은 “검찰과 경찰이 무엇이 다른가?”라는 비난 내지 비판이 끊임없이 제기될 수밖에 없는 구조인 것이다. 따라서 일선 지점의 인지수사 기능을 없애고, 고등검찰청 단위로 통합하여 검찰의 직접 인지수사를 최소화할 필요가 있다. 이는 경제범죄(Wirtschaftskriminalität)의 수사 및 소추를 전담하게 함과 아울러 다른 지방검찰청의 관할에 속하는 경제사건까지 함께 수사할 수 있도록 하는 독일의 중점검찰청(Schwerpunktstaatsanwaltschaft)⁶⁷⁾ 또는 재정경제수사를 전담하는 프랑스의 재정경제전담 거점수사부(Pôle financier)⁶⁸⁾를 설치하는 효과를 가져 올 것이다. 대상사건도 정치인 또는 고위공직자 부패사건, 재벌·금융 등 경제관련사건, 조직범죄, 직접적인 피해자가 없거나 공공성이 강한 대규모 보건·환경범죄사건 등에 역량을 집중해야 할 것이다.

5. 소 결 - 수사/기소 분리가 아닌 법체계 선택의 문제다

대륙법계 체계와 영미법계 체계 중 어느 제도가 더 훌륭한 것인지는 각국의 역사적 배경과 경험, 문화에 기인하여 각각 형성된 것이므로 우열을 가리기 어려울 뿐만 아니라 무엇이 더 나은 제도인지를 판단하는 것도 의미가 없다. 따라서 어떤 법체계를 받아들일 것인지 여부는 국민의 몫이라고 본다. 그러나 적어도 영미법계의 입법례로 수사구조를 개편하건 대륙법계 입법례를 그대로 유지하건 삼권분립의 원리를 수사·소추·재판으로 이어지는 국가형벌권을 실현하기 위한 연속적 절차에까지 유추적용하여 경찰·검찰·법원에 분배해야 한다는 논리는 검찰개혁과 아무런 관련이 없다는 점이다. 다만, 사건으로는 어떤 수사구조를 취하더라도 범죄인에게 유죄를 받도록 하는 것이 수사기관의 역할이라면 검사가 수사내용을 모른 채 재판에 임하는 경우 어떻게 중요한 사안에서 피고인측 변호사와 법리적 다툼을 할 수 있는지 궁금하다. 즉, 단순히 수사/기소만을 분리하는 경우 피고인측 변호사 등은 수사자료를 전부 분석하고 공판에 임하는데, 검사는 경찰이 보내준 자료만을 중심으로 재판을 준비하는 경우 지금보다 유죄를 더 이끌어낼 수 있을까? 이재용 삼성 부회장 사건만을 보더라도, 수사권과 기소권이 분리되는 경우 과연 우리나라 검찰제도의 주요 기능인 거약척결에 더 효율적이라고 할 수 있을지 궁금하다.

67) 자세한 내용은 최기식, “대륙법계 국가 검사의 지위와 기능”, 「검찰제도의 비교법적 검토를 통해서 본 한국검찰의 나아갈 방향」, 한국형사소송법학회/한국형사정책연구원, 2016년도 동계 공동학술대회 자료집(2016. 12. 16.), 34면 이하 참조.

68) 자세한 내용은 김종민, 「프랑스 재정경제범죄 수사시스템에 관한 연구」, 각국의 특별수사기구 연구, 미래기획단 연구총서 III, 검찰미래기획단, 9면 이하 참조.

IV 고위공직자비리수사처의 설치문제

1. 의 의

현재 야당 및 시민단체를 중심으로 독립된 수사기관인 고위공직자비리수사처(이하 ‘공수처’라고 약칭함)의 신설을 주장하고 있다. 생각건대 사회의 모든 분야가 급격히 국민을 위한 시스템으로 변모해 가는 과정에서 건전한 사회형성과 튼튼한 국가경제발전의 기반이 되는 부패방지를 위해서 상시적인 부패감시 시스템을 가동하자는 데에 어느 누구도 반대하는 사람은 없을 것이다. 문제는 전문적인 수사기관인 검찰이 있는데도 공수처를 따로 설치하여 고위공직자의 부정과 비리를 수사하도록 하겠다는 것이 타당한가 여부인데, 이는 공수처 특별검사와 특별수사관이 현재보다 더 공직자비리를 척결할 수 있는가에 달려있다고 본다. 이것이 가능하다면, 공수처를 설치하는 것에 반대하는 사람은 별로 없을 것이기 때문이다. 문제는 공수처를 설치하는 경우, 기존의 경찰 및 검찰의 영역다툼과 동일한 문제가 발생한다는 점이다.

2. 이원화된 수사권으로 인하여 수사권의 충돌문제가 발생

(1) 문 제 점

국가형벌권을 위한 형사재판 및 소추는 모두 사법작용에 속하는 것으로서, 재판의 절차와 내용이 이원화될 수 없듯이 수사의 절차와 내용도 이원화되어서는 안 된다. 그런데 공수처에 독자적인 수사권을 인정하여 검사(내지 경찰)의 수사권과 공수처의 수사권을 병렬적으로 규정할 경우, 동일한 범죄에 대한 양 기관의 수사권이 동시에 발동될 수 있어 양 기관의 수사권이 충돌하게 되는데, 이는 국가 수사권 체계의 난립상을 초래할 뿐만 아니라 국민의 자유와 권리를 심각하게 침해할 가능성이 농후하다. 왜냐하면 시장에서의 기업간 경쟁은 소비자의 기호를 충족시키기 위한 목적을 가지고 또 소비자의 최종 선택에 맡겨진 문제인 반면, 수사에 있어서의 실적 경쟁은 시민의 처벌을 목적으로 하는 것이고 시민에게는 그 수사를 당하고 안당하고의 선택권이 전혀 없는 것이므로, 국가 권력기관 간의 수사 실적 경쟁과 수사권의 충돌은 곧 국민의 자유와 권리의 위축으로 직결되는 것이기 때문이다.

시장 경쟁	경쟁적 수사
소비자의 기호 충족 목적	시민의 처벌 목적
시민의 상품 선택권 있음	시민의 수사여부 선택권 없음
소비자의 자유와 권리 신장	국민의 자유와 권리 위축

이에 대하여 독자적인 수사주체간의 수사권 경합문제는 일본·미국 등에서도 마찬가지로 존재하며, 이들 나라에서도 합동수사나 상호 긴밀한 협의를 통해 이 문제를 해결하고 있는 점을 볼 때, 양 기관이 모두 수사주체가 되더라도, 양 기관간의 수사권 행사 협의·조정 시스템을 마련하여 민주적 방식으로 원만히 해결이 가능하다는 반론이 제기될 수 있다. 공수처 법안도 “제16조(다른 기관과의 관계) ① 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 기관의 범죄수사는 수사처로 이첩하여야 한다. 다만, 처장은 다른 기관이 수사·공소제기 및 유지하는 것이 적절하다고 판단될 때에는 그 다른 기관에 사건을 이첩할 수 있다. ② 수사처의 직원의 비리 등에 대해서는 검찰이 수사하여야 한다.”고 규정하여 어느 정도 수사권의 이원화를 방지하고 있다.

그러나 공직자에 대한 수사를 뒤집어보면, 상대방은 대부분 기업 등 거대 사기업일 경우가 많은데, 이 경우 공직자에 대한 뇌물사건과 횡령·배임사건이 여러 건 있을 경우, 공직자와 연결된 범죄는 공수처가, 공직자와 연결되지 않은 사건은 경찰 내지 검찰이 한다는 것인지 또 이를 어느 시점에서 판단을 할 것인지, 만약 경찰 내지 검찰이 공수처의 범죄수사와 중복되지 않는다고 판단하여 이첩하지 않으면 어떻게 할 것인지 의문이다.

따라서 이하에서는 수사권의 이원화를 방지하기 위한 외국의 입법례를 살펴보고자 한다.

(2) 대륙법계 국가

독일, 프랑스 등 대륙법계는 진실 규명을 위한 형사소송 절차를 소추 전에는 검사라는 사법관이, 소추 후에는 판사라는 사법관이 책임지도록 하는 체계로서(즉, 사법관료가 사실을 확정함), 대륙법계 수사구조는 검사의 수사주체를 근간으로 하여 사법경찰을 검사의 보조자로 규정하고 있으므로, 대륙법계에서는 검사의 수사권과 사법경찰의 수사권이 충돌하는 경우란 원천적으로 있을 수 없다.

(3) 영미법계 국가

영미법계 국가에서는 진실규명을 위한 형사소송의 모든 절차를 시민들이 직접 책임지고 사실관계도 시민들이 확정하는 당사자주의구조로 되어 있으며, 따라서 자치경찰의 수사내용도 위협예방 및 치안유지라는 일반 경찰권과 직결되어 수행되는 증거수집과 범인확보 활동이 그 주요 내용이므로 대륙법계와 달리 수사기관에게는 사법적·직권적 수사권 자체가 부여되어 있지 않다. 검사도 경찰관의 수사에 대해 법률적 관점에서 조언 또는 지도를 하는 역할을 수행하고 형사재판에 있어서 피해자를 대변하는 당사자의 지위를 가지고 있을 뿐이며, 다만 연방범죄, 공직자범죄 등에 있어 검사가 직접 특별수사팀을 구성하여 수사하는 경우에는 그 수사의 관할을 검사에게 귀속시키고 있을 뿐이다. 더욱이 다양한 경찰조직을 가지고 있는 미국의 경우 관할권조정을 통해 수사권의 이원화를 근본적으로 방지하고 있다. 예컨대 미국의 FBI의 경우, 미법무부 산하의 수사기구로서,

형사범죄 수사부에 “조직범죄(마약사범 포함)”, “공갈범”, “자금세탁”, “폭력범죄(수배자 검거, 교도소 탈주범, 기소를 회피하기 위한 불법도피, 폭력조직, 연쇄살인, 유괴, 은행강도 등 포함)”, “여러 주에 걸친 폭력 및 재산범죄”, “인디언 보호구역에서의 범죄”, “해외거주 미국인에 대한 범죄”, “국유재산의 절도”, “화이트칼러 범죄”, “정부를 상대로 하는 사기”, “공무원의 부정부패 범죄”, “건강보험 사기”, “선거법 위반사범”, “공민권 침해범죄” 등과 같은 범죄의 수사를 조정하는 임무를 담당하고 있다.⁶⁹⁾

(4) 일 본

일본은 대륙법계 사법적 수사구조에 영미법계 당사자주의를 타협적·정치적으로 결합시킴으로써 검사의 수사권과 사법경찰의 수사권이 충돌할 소지가 상존한다. 그러나 일본 역시 수사권 이원화에 따른 수사권 충돌을 방지하기 위하여, 형사소송상 경찰에게는 「수사상 의무」를 부과하는 반면, 검사에게는 「수사할 수 있는 재량」을 부여하고 있다. 즉, 일본은 혼합형 수사구조를 채택한 결과 동일 범죄에 대해 검사의 수사권과 사법경찰의 수사권이 충돌할 가능성을 방지하고 있으나, 검사의 수사는 권리형태로, 사법경찰의 수사는 의무형태로 달리 규정함으로써⁷⁰⁾ 수사권 이원화 문제에 대한 최소한의 고민 흔적을 보이고 있다.⁷¹⁾ 하지만 수사실무상 검사와 경찰간, 일반 사법경찰과 특별 사법경찰간의 수사권 충돌이라는 문제가 발생하고 있어 양 기관이 수사권 행사범위에 대한 협정까지 맺는 사례가 있는데,⁷²⁾ 이는 1차적인 수사권 행사에 있어 검사의 수사지휘가 배제되어 교통정리(조정)가 되지 않는데서 기인한다고 한다.⁷³⁾

3. 공직자비리 척결의 문제

정경유착 관행의 잔존 및 대규모 국책사업·개발사업 등 대형 권력형 비리가능성이 상존하는 현 상황에서, 퇴직 후 1년이 지난 특별검사가 수사를 전문으로 하는 검사보다 더 우수하다고 볼 수 있는지, 그리고 언론에 거론되는 공수처 인원과 조직⁷⁴⁾을 볼 때, 60년 이상의 역사를 가진 검찰보

69) 김후곤, 「FBI 연구」, 각국의 특별수사기구 연구, 검찰미래기획단, 135면.

70) 일본 형사소송법 제189조 제2항과 제191조의 문언의 차이는 현행 형사소송법에서 당사주의가 강화된 결과 검찰관의 직무 중 공소관으로서의 그것이 접하는 비중이 구법시대에 비하여 대단히 중하게 된 것이라고 생각되는 점 및 범죄수사를 포함한 경찰활동의 지방분권화, 경찰의 민주화가 전후 일본의 중요과제가 된 점 등으로부터 오로지 수사의 제1차적 책임을 분권화된 경찰에 분재하여야 한다는 데에 그 이유가 있다(宮下, 新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ, 司法警察研究會公安發行所, 24면)고 한다.

71) 일본 구형사소송법에서는 검사에게 수사상 ‘의무’를 부담시키고 사법경찰은 검사의 지휘를 받아 수사하도록 규정하여 수사권이 일원화되어 있었다.

72) 실제로 형사소송법 개정 후 반세기가 지난 1998년, 오사카 소재 三田工業의 회계분식 사건이라는 대형 사건에 있어서도 검찰과 경찰이 모두 자신들이 먼저 수사하겠다고 주장, 결국 검찰이 2명, 경찰이 4명을 체포하여 수사하는 것으로 타협을 봐야 했던 문제점이 드러나기도 했다.

73) 자세한 내용은 藤永幸治外 2人, 大コンメンタル刑事訴訟法, 第三卷, 青林書院, 47면 이하 참조.

74) 노회찬 의원안(2016. 7. 21. 발의)은 차장 1명(특정직), 특별검사 10명 이내, 특별수사관 45인 이내이며, 박범계 의원안(2016. 8. 8. 발의)은 차장검사 1인(3년 단임, 특정직), 특별검사 20인 이내(특정직)이고, 양승조 의원안(2016. 12. 14.

다 더 부패행위를 근절할 제반여건이 갖추어질 수 있다고 보는지 의문이다. 왜냐하면 현재의 상황은 별로르고 하고, 다수당의 힘의 논리에 따라 정치적 소용돌이에 빠져들 수 있는 공수처 법안을 볼 때, 공수처가 고위공직자 부패사건을 처리하는 데에 있어서 검찰보다 더 중립성이 보장될 수 있을 것인지 의문이 들기 때문이다.⁷⁵⁾

즉, 지금도 기존의 학연·지연·혈연을 넘어 이념적·세대적 갈등으로까지 정치적 이해관계가 확대된 우리나라의 특수한 상황에서 권력을 가진 사람은 수사와 기소를 담당하는 검찰권을 장악하여 자기에게 유리한 환경을 만들고 싶은 욕망을 추구하는 반면, 권력을 잃고 그 권력을 다시 찾으려는 사람들에게는 반대의 입장에서 검찰권을 자신의 편으로 만들고 싶거나 적어도 중립성을 요구하기 위하여 끊임없이 검찰을 비난하는 상황에서, 전선이 국회로까지 확대되는 것인데, 과연 공정성시비에서 자유로울 수 있을 것인지 의문이다. 왜냐하면 사회·정치적으로 큰 영향력을 가지고 있는 적극적 권력인 공수처의 수사 및 기소권이 정의의 이념에 따라 공정하게 행사되지 않고 스스로 사회·정치적 영향력을 강화한다든지 어느 한편을 들어 편파적으로 행사되면 반대편의 입장에서는 재기불능의 상태에 빠질 수밖에 없기 때문에 지금보다 더 필사적으로 저항할 수밖에 없는 구조이기 때문이다.

결국 고위공직자의 부패행위를 근절하고 공직사회의 투명성을 높이려는 목적추구성에 대해서는 높이 평가하지만, 사정기구를 새로 하나 만든다고 해서 부정부패가 씻은 듯이 없어지는 것은 아니다. 더욱이 한국사회의 부패문제는 어떤 제도의 미비에 있는 것이 아니라 한국적인 혈연·지연·학연의 연고주의와 선물·접대문화,⁷⁶⁾ 과정과 절차를 무시한 집단이기주의, 관료적 무사안일주의 등 만성화된 사회구조적 측면에 기인하는 경우가 상당히 많다. 따라서 이의 극복을 위해서는 투명한 사회·경제시스템, 공정한 인사제도 및 능력에 합당한 처우 그리고 무엇보다도 국민의식의 대전환을 위한 교육 등 종합적이고 체계적인 대책만이 그 해결책이 될 것이다.

4. 정치적 중립성의 문제

(1) 국회요청에 의한 수사권 발동

박범계 의원안에 따르면 “국회요청에 의한 수사권 발동은 국회 재적의원 10분의 1이상의 연서”로 하도록 되어 있다. 그러나 수사대상 사건에 국회의뢰사건을 포함할 경우 수사권 발동여부를 국회가 결정한다는 점에서 삼권분립의 원칙에 위배되는 것은 아닌지, 또 대의민주주의의 기본은

발의)은 차장 1명(5년 단임, 정무직), 특수검사 3명 이내(고검장급 대우), 수사관 30명 이내로 구성되어 있다.

75) 위의 세 의원안 모두 국회 추천 내지 동의(인사청문회)를 거쳐, 대통령이 임명하도록 되어 있다.

76) 2016. 9. 28.자로 소위 ‘김영란법’이라고 알려진 「부정청탁및금품등수수금지법」이 시행되고 있으므로, 상당한 변화가 있을 것으로 보인다. 이번 기회에 프랑스에서 입법화한 범죄수익의 추정규정을 도입하는 방안도 검토되어야 할 것이다(자세한 내용은 정웅석, 「한국의 범죄수익 환수(몰수) 관련 입법 현황 및 문제점」, 2016 5개국 국제학술대회 “범죄수익의 동결과 박탈” 자료집, 한국형사정책연구원/한국형사소송법학회, 39면 이하 참조).

모든 권력기관이 궁극적으로 대의기관인 국회를 통해 국민에게 책임을 지는 것인데, 검찰권의 행사에 따른 검찰총장에 대한 탄핵소추나 검찰의 지휘감독권자인 법무부 장관에 대한 해임건의제도와 달리 공수처장에 대해서는 탄핵소추 이외에는 아무런 견제수단이 없어 공수처의 막강한 권력에 대해서 어떤 책임추궁의 방법이 있는지 의문이 든다. 더욱이 처장의 국회출석·보고의무, 처장의 국무회의 출석·발언권한, 대통령에 대한 의안 제출 건의 권한까지 부여하고 있다는 점에서 신중한 검토를 요한다.

(2) 공수처 처장의 임명

박범계 의원안에 따르면 “공수처 처장은 법조경력 또는 법학교수 15년 이상의 경력을 자격 요건으로 하고 임기 3년에 단임으로, 처장 추천위원회는 7명(법무부장관, 법원행정처장, 대한변협 회장, 국회 추천 4명)으로” 구성되어 있다. 이에 따르면 국회에서 추천하는 인원이 과반수가 넘는 데, 과연 이것이 대통령이 법무부장관과 검찰총장을 임명하는 것과 무엇이 다른지 의문이다. 그리고 이러한 상황은 다수당의 의도대로 공수처의 장이 임명될 것이므로 이에 따른 정치적 중립성 내지 편파성은 끊임없이 제기될 가능성이 있다.

5. 대안 제시 - 검찰을 공수처로 전환

검찰과 별도로 공수처를 설치할 경우 검찰권 행사의 통일성을 저해하고 검찰기관의 이원화를 초래할 뿐더러, 더욱이 이를 국회에 설치할 경우에는 정치적 논란의 중심에 공수처가 있게 되므로, 검찰의 직접 수사기능을 축소하는 대신 고위공직자 및 정치인의 부정부패 수사나 정치적 중립이 요구되는 사건에 대하여는 검찰청을 독립된 외청으로 만들어 수사를 맡기거나 대검 산하의 중앙 수사부를 부활시켜 사건을 담당시키는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 국회에서 논의되는 안에 따르면 “형법상 공무원의 직무에 관한 죄와 횡령·배임죄, 특경법(특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률)과 특가법(특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률)상의 수재 및 알선수재 등의 죄를 비롯하여 정치자금법, 변호사법, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 위반을 범죄행위로 규정”하고 있으며, 이에 따르면 사실상 모든 주요공직자 범죄가 포함되므로, 공수처와 동일하게 검찰에 대한 독립성을 보장한다는 전제하에 기존의 검찰조직을 이렇게 전환시키는 것이 더 타당할 것으로 보인다.

V 검찰의 바람직한 개혁방안⁷⁷⁾

1. 정치권과 검찰상층부의 유착관계 차단

그동안 ‘권력의 시녀’라는 국민적 비판에 직면하여 검찰의 정치적 중립성을 확보하기 위한 방안으로 검찰총장임기제의 도입(1988), 검찰총장 인사청문회제도의 도입(2003), 검찰인사위원회의 심의기구화 및 검사적격심사위원회의 도입(2004), 검사동일체원칙의 완화(2004), 검찰총장후보추천위원회의 신설 및 검찰인사위원회의 개선(2011) 등이 이루어졌으며, 사회 전반의 민주화 및 인권 의식의 성장 등으로 어느 정도 검찰이 정치권력의 외압에서 벗어날 수 있는 제도적 장치는 마련되어 있다고 볼 수 있다.

그러나 검찰의 정치적 중립성을 확보하기 위해서는 정치검찰의 존재여부를 떠나서 정치권과 검찰상층부의 유착관계를 차단하는 작업이 이루어져야 한다. 이를 위해서는 검찰총장 임기제(2년)와 같은 정치적 중립장치가 철저히 지켜질 수 있도록 해야 하며, 검찰총장도 퇴직후 ‘더 높은 자리’로 가기 위한 발판으로 삼아서는 안 될 것이다. 왜냐하면 국민 입장으로 볼 때, 검찰고위직 인사가 퇴임 후 집권당의 정무직 혹은 정치권으로 진출한다는 것은 그의 재직 중 활동의 정치적 중립성을 의심케 하기에 족하기 때문이다. 무엇보다도 정치권력으로부터 인사권의 독립이야말로 정치적 중립성을 지키기 위한 시대적 사명이라고 본다.

2. 인사의 객관성 및 공정성 확보

(1) 객관적이고 공정한 인사제도의 확립

종래 검찰인사를 보면, 서열(연수원 기수)은 물론 학연·지연 등이 중요한 기준이 되어 인사가 행해진 바 있으며, 상층부의 인사일수록 정치권의 입김이 작용했던 것이 사실이다. 특히 정권이 바뀔 때마다 마치 썰물이 빠져나가고 밀물이 밀려오듯이 특정지역 출신이 중용되고 나머지 지역 출신은 소외되는 등 업무능력 전문성에 따른 인사배치보다는 학연·지연 등의 인맥에 따라 인사가 이루어진 것이 지금까지의 현실이다.

그러나 서열 위주의 인사관행을 탈피하여 능력과 도덕성에 기초한 인사가 정착되도록 해야 하며, 이를 위해서는 객관적이고 공정한 근무평가제도가 마련되어야 할 것이다. 더욱이 부부장검사급이 되면 검사 스스로 자신의 승진여부에 대하여 잘 알기 때문에 더 이상 승진이 어렵다고 생각하면 개업을 준비하기 시작하면서, 검찰업무에 전념하는 것이 아니라 개업준비를 위한 여러 가지

77) 자세한 내용은 정웅석, “검찰의 정치적 중립성 확보방안”, 형사법의 신동향 통권 제37호(2012. 12.), 대검찰청 미래기획단, 66-110면 참조.

사전정지작업을 하는 경우도 많이 있다. 따라서 이러한 폐단을 방지하기 위하여 검사의 직급을 단순화하고, 78) 순환보직제를 도입함과 동시에 전문성을 살려 평생 검찰에 봉직할 수 있는 평생검사제도가 정착될 수 있도록 해야 할 것이다.

(2) 검찰총장후보추천위원회의 검찰총장 추천제

검찰청법 제34조의2는 법무부장관이 제청할 검찰총장 후보자의 추천을 위하여 법무부에 검찰총장후보추천위원회를 두도록 하고 있는데, 위원 9명 중 법무부장관이 임명할 수 있는 4인(동조 제1항 제1호 및 제7호)과 동조 제1항 제2호(법무부 검찰국장)를 합하면 과반수가 넘기 때문에 사실상 법무부장관의 의도대로 임명될 가능성을 부인할 수 없다. 79) 즉 법무부장관이 검찰총장후보추천위원회의 인사권을 장악함으로써 동위원회가 형식적인 기구로 전락하게 되는 문제가 있는 것이다. 물론 검찰총장후보추천위원회를 통하여 2번 검찰총장이 뽑힌 상황에서 80) 이 제도에 대한 평가는 이르지만, 현재처럼 대통령 민정수석이 법무부장관이 되는 상황이라면, 과연 일반 국민이나 시민단체에서 공정한 평가를 내릴 수 있을지 의문이다. 따라서 법무부장관이 임명하는 검찰총장후보추천위원은 과반수를 넘길 수 없도록 한 다음(동조 제4항 제2호 삭제), 가칭 ‘평검사협의회’ 81)를 법정기구로 신설하여 이 기구의 추인을 거쳐 대통령이 임명하는 절차로 제도가 개선되어야 할 것이다.

78) 검찰은 1993. 3. ‘고등검찰관’의 직급을, 2004. 1. ‘고등검사장’ 및 ‘검사장’의 직급을 각각 폐지하였다.

79) 제34조의2(검찰총장후보추천위원회)

- ① 법무부장관이 제청할 검찰총장 후보자의 추천을 위하여 법무부에 검찰총장후보추천위원회(이하 "추천위원회"라 한다)를 둔다.
- ② 추천위원회는 법무부장관이 검찰총장 후보자를 제청할 때마다 위원장 1명을 포함한 9명의 위원으로 구성한다.
- ③ 위원장은 제4항에 따른 위원 중에서 법무부장관이 임명하거나 위촉한다.
- ④ 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 법무부장관이 임명하거나 위촉한다.

1. 제28조에 따른 대검찰청 검사급 이상 검사로 재직하였던 사람으로서 사회적 신망이 높은 사람

2. 법무부 검찰국장

3. 법원행정처 차장

4. 대한변호사협회장

5. 사단법인 한국법학교수회 회장

6. 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장

7. 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사 자격을 가지지 아니한 사람 3명.
이 경우 1명 이상은 여성이어야 한다.

- ⑤ 추천위원회는 법무부장관의 요청 또는 위원 3분의 1 이상의 요청이 있거나 위원장이 필요하다고 인정할 때 위원장이 소집하고, 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ⑥ 추천위원회는 검찰총장 후보자로 3명 이상을 추천하여야 한다.
- ⑦ 법무부장관은 검찰총장 후보자를 제청하는 경우에는 추천위원회의 추천 내용을 존중한다.
- ⑧ 추천위원회가 제6항에 따라 검찰총장 후보자를 추천하면 해당 위원회는 해산된 것으로 본다.
- ⑨ 그 밖에 추천위원회의 구성과 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

80) 김진태 총장과 김수남 총장 2분이 총장후보추천위원회를 거쳤다.

81) 가칭 ‘평검사협의회’는 고 노무현정부때 대통령이 검사와의 대화에서 약속한 사안인데, 현재까지 상설화되고 있지 않다. 그러나 어떤 조직이건 그 내부구성원이 정확하게 조직의 인물 및 상황 등을 알고 있으므로 모든 구성원의 추인 정도는 거치도록 하는 것이 제도적 정당성은 물론 조직의 청렴도 내지 엄결성 차원에서 가장 바람직한 제도라고 본다.

(3) 검사장의 직선제 내지 주민선거제 방안

지방검사장 직선제야말로 선출 주민 및 병렬적인 다른 검찰청과 잠재적 검사장 경쟁자에 의한 감시에 노출되어 스스로 부패의 진원지로 되고 있는 현재의 검찰의 모습에 일대 혁신을 기대할 수 있다는 견해⁸²⁾도 있다.

그러나 18개 지방검찰청장을 직선제로 선출한다고 가정할 경우, 그 소속 검사는 어떻게 임명할 것인지, 광역수사의 경우⁸³⁾ 어떻게 할 것인지, 예산 및 직원은 어떻게 할 것인지 등 많은 문제점을 안고 있다. 더욱이 직선제로 선출할 경우, 지금보다 더 큰 문제가 발생할 가능성도 있다. 예컨대 지방자치단체장 선거와 동일하게 치를 경우, 다수파가 지방행정권력 및 입법권력은 물론 사법권력까지 장악하게 되므로 오히려 지금보다 더 정치적 소용돌이에 함몰될 가능성도 배제할 수 없기 때문이다.

통상 선출직의 대표적인 나라로 미국을 들고 있으나, 미국형사절차의 두드러진 특색은 연방과 주의 이원적 법체계를 중심으로 하고 있다는 점을 고려해야만 한다. 즉 미국의 모든 제도가 연방, 주 및 지방별로 다양하고 복잡하여 이해하기가 매우 어렵듯이 검찰제도도 예외는 아니어서 연방과 주 및 지방별로 설치배경과 근거, 선임방법과 기능 등에 있어 다양하기 때문에 한마디로 특징을 지을 수는 없고, 다만 구태여 표현한다면 U.S. Attorney General은 연방정부의, State Attorney General은 주정부의, 그리고 County나 City등 지방정부수준에서는 그 칭호대로 District Attorney 혹은 District Prosecutor 또는 City Attorney 등이 각 형사절차에 있어서 소속 정부를 대표하는 최고법집행기관이다. 그런데 주 검찰총장이나 지방검사의 경우 대륙법계 제도하의 검사와 달리 지방정부의 공무원으로서 정부의 다른 단계로부터의 감독을 받지 않으며, 관할내 최고의 법집행공무원으로서 거의 심사받지 않는 재량을 행사하는 대신, 대륙의 경우와 달리 임명직이 아니고 선거직인 것이 특징이다. 왜냐하면 미국은 주(州) 및 county별로 독립된 예산과 치안 등 주민자치가 활성화되어 있기 때문이다. 그러나 주(州)간을 뛰어넘는 연방사건을 다루는 연방검사의 경우 대통령이 임명하되 상원의 동의를 얻어야 되며(28 U.S.C. § 541), 그 밑에 수 명 내지 수십 명의 연방검사보(Asisant U.S. Attorney)들이 있다. 연방검사보들은 민사·형사·항소·특별 등 여러 부서(Division)로 나누어져 있고, 각 부서는 또 몇 개의 작은 단위부서(Unit)로 나누어지며, 각 부서에는 우리나라의 차장검사·부장검사에 해당하는 중간책임자들이 있는데, 연방검사의 추천으로 법무부장관⁸⁴⁾이 임명하고(28 U.S.C. § 542) 연방검사의 지휘·감독을 받아 직무를 처리한다.⁸⁵⁾ 즉 주정부 내지 county권력과 연방정부의 이원적 권력 가능성이 상존할 뿐만 아니라 의회도 상·하원(연방

82) 김진욱 변호사, 검찰은 왜 권력에 약하고 국민에겐 군림하는가? [기고] 검사동일체 논리의 허구와 세계 검찰 비교, PRESSian(2012-03-04), 정치칼럼.

83) 광역수사의 문제점에 관해서는 정웅석, 「사법경찰의 광역수사에 대한 통제방안」, 법조 통권 650호(2010. 11), 법조협회, 128-172면 참조.

84) 법무부 장관(The U.S. Attorney General)이 연방 법무부를 총괄하며 연방 검찰총장을 겸임한다. 미 연방 법무부의 상세한 직제에 관하여는 미 연방 법무부 홈페이지를 참조하기 바란다(<<http://www.justice.gov/agencies/index-list.html>>).

85) 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011, 159면.

및 각 주)으로 구성되어 있고, 통일된 조직으로서의 국립경찰은 없으며, 다만 연방(Federal), 주(State), 카운티(County), 시(City)별로 다양한 경찰조직을 갖고 있을 뿐이다. 즉 전국적으로 40,000여개의 각자 독립된 법집행기관인 경찰기구에 50여만 명의 경찰관이 재직하고 있으며, 이 중 39,700여개는 시나 카운티 등 지방정부를 위한 지치경찰이며, 200여개는 주정부의 경찰이고, 중앙에 본부를 둔 연방수사기관만도 50여개가 된다.⁸⁶⁾ 따라서 검찰의 정치적 중립성을 위하여 지방검찰청 검사장에 대한 직선제 방안은 깊은 연구를 한 후, 신중하게 고려해야만 할 것이다. 오히려 굳이 선거를 한다면 검찰총장의 직선제가 더 바람직한 방향이라고 본다.

(4) 법무부장관의 독점적 검찰인사권 개선

검사와 법관은 전국을 단위로 순환보직을 하고 있는데, 서울선호도가 특히 높은 한국사회의 분위기 속에서 검사와 판사는 서울에서 먼 지방에서 근무하게 될 때 가족을 서울에 두고 혼자 떠나는 경우가 적지 않다. 따라서 주중에는 혼자 지방에서 근무하고 주말에는 가족이 있는 서울로 복귀하는 불편한 일상생활에서 인사제도야말로 검찰에게 영향을 끼치는 가장 중요한 변수가 될 수밖에 없다. 이러한 현실은 ‘인사 앞에 장사 없다’는 말로 통칭된다.

그런데 검찰의 경우 이 인사권이 법무부장관에게 귀속되며, 결국은 법무부장관을 임명한 대통령에게 귀속된다. 현행 검찰청법 제34조에 ‘검사의 임명 및 보직은 법무부장관의 제청으로 대통령이 행한다’고 하여 대통령을 최종적인 인사권자로 규정하고 있기 때문이다. 이처럼 모든 검사들의 공통 관심사인 검사인사권이 검찰 내부에 존재하지 않고, 장관 및 대통령에게 일임된 상황 속에서 보직과 승진을 위해 정치권의 눈치보기나 줄서기, 그리고 연줄망 형성에 신경을 쓰지 않을 수 없게 될 것이다.

따라서 법무부장관의 독점적 인사권을 개선하여 검찰총장 직속의 독립된 인사위원회(검찰인사위원회)에 검찰인사에 대한 1차적 권한(심사권, 추천권 등)을 부여하는 것이 타당하며,⁸⁷⁾ 부차적인 문제이지만 검사의 청와대,⁸⁸⁾ 국정원 등 민정·사정관련 타기관의 파견근무도 실질적으로 금지해야 할 것이다. 예컨대 대통령 비서실이나 국정원에서 근무한 자는 3년 이내에 검사로 근무할 수 없도록 제도화하는 것이다. 아울러 대검찰청의 주요 보직에 대하여는 일정한 가이드라인(예컨대 그 분야의 전문성 등)을 제시한 후, 공모제를 통해 선발하는 것이 타당할 것이다.

이와 관련하여 현재 검찰청법 제35조(검찰인사위원회)는 위원장 1인을 포함한 11명의 위원으로 구성하도록 하였으며, 법무부장관이 임명할 수 있는 최대 인원을 5명으로 제한하여 과반수가 넘지 않도록 규정하고 있으나,⁸⁹⁾ 법원행정처장이 추천하는 판사 2명은 검사의 신규 임명에 관한 심의

86) 윤종남, 「미국의 사법경찰제도」, 법무자료 제98집, 각국의 사법경찰제도, 401-402면.

87) 검찰청법 제35조(검찰인사위원회) 제1항은 법무부에 검찰인사위원회를 두도록 규정되어 있다.

88) 1997. 1. 검찰청법상 검사의 청와대 파견금지 규정이 신설된 바 있다.

89) 제35조(검찰인사위원회)

① 검사의 임용, 전보, 그 밖의 인사에 관한 중요 사항을 심의하기 위하여 법무부에 검찰인사위원회(이하 "인사위원회"라 한다)를 둔다. <개정 2011.7.18>

에만 참여하도록 함으로써 사실상 중요한 자리의 임명에는 법무부장관의 형식적 거수기 역할을 할 가능성도 상존하고 있다. 즉 동조 제2호를 제외하면, 9명 중 5인을 법무부장관이 임명하고, 위원장도 법무부장관이 임명하거나 위촉하는 구조이므로 위의 검찰총장후보추천위원회에서 언급한 것처럼 과연 공정한 인사가 이루어질 것인지는 의문이다.

(5) ‘법무부 - 대검’ 관계의 재정립 및 기능 조정

현재 검찰사무의 기획업무가 법무부 검찰국과 대검찰청 기획조정부로 이원화되어 있을 뿐더러, 평가기능도 대검 기획조정부와 감찰부, 법무부 검찰국으로 분산되어 있다. 더욱이 검찰인사에 관한 실무업무를 정치적 임명직인 법무부장관이 직접 관할하는 법무부 검찰국에서 담당함으로써 검찰권의 독립성마저 저해할 소지가 있다.

그러나 법무부는 권력기관으로서의 성격을 탈피하여 대국민 서비스 제공기관으로서의 성격을 확립해야 하며, 종래 검찰 위주의 조직과 운영에서 탈피하여 민간부문과의 협력체계를 강화해야 할 것이다. 따라서 법무부 검찰국의 인사기능을 폐지 내지 정비하고,⁹⁰⁾ 검찰국 업무의 대부분을 검찰로 이관시키는 한편, 감찰권은 오히려 법무부로 통합하여 검찰의 인사권은 검찰에, 감찰권은 법무부로 분리하는 방안이 타당하다고 본다. 아울러 법무부와 검찰간 인사교류를 최소화하고 법무부에 개방형 임용제를 도입하여 전문성을 제고하는 방법도 고려해 보아야 할 것이다.⁹¹⁾ 이를 위해서는 우선적으로 법무부 검찰국의 기획 및 검사인사권을 대검찰청의 ‘기획조정부’로 이관시키는 작업부터 이루어져야 할 것이다.

② 인사위원회는 위원장 1명을 포함한 11명의 위원으로 구성하고, 위원장은 제3항에 따른 위원 중에서 법무부장관이 임명하거나 위촉한다. <개정 2011.7.18>

③ 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 법무부장관이 임명하거나 위촉하되 임기는 1년으로 한다. <신설 2011.7.18>

1. 검사 3명. 다만, 제28조 및 제30조에 해당하는 자격을 가진 검사를 제외한 검사가 1명 이상이어야 한다.

2. 법원행정처장이 추천하는 판사 2명. 다만, 제4항제2호의 검사의 신규 임명에 관한 심의에만 참여한다.

3. 대한변호사협회장이 추천하는 변호사 2명

4. 사단법인 한국법학교수회 회장과 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장이 각각 1명씩 추천하는 법학교수 2명

5. 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사 자격을 가지지 아니한 사람 2명

④ 인사위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다. <신설 2011.7.18>

1. 검찰인사행정에 관한 기본계획의 수립 및 검찰인사 관계 법령의 개정·폐지에 관한 사항

2. 검사의 임용·전보의 원칙과 기준에 관한 사항

3. 검사의 사건 평가와 관련하여 무죄사건이나 사회적 이목을 끈 사건으로 위원 3분의 1 이상이 심의를 요청한 사항

4. 그 밖에 법무부장관이 심의를 요청하는 인사에 관한 사항

⑤ 인사위원회는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다. <신설 2011.7.18>

⑥ 그 밖에 인사위원회의 구성과 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <신설 2011.7.18>

90) ‘법무부와그소속기관직제’에 의하면 법무부의 행정제도 개선업무를 총괄하고, 정책 및 기획을 조정·심사평가하며, 인사·예산·행정관리 및 시설관리에 관한 사무를 관장하기 위하여 기획조정실을 두고, 운영지원과, 법무실, 검찰국(2006.2.20. 검찰국 산하의 각 과 명칭을 변경하고 ‘형사법제과’를 신설함), 범죄예방정책국(2008.3. 보호국이 범죄예방정책국으로 개편되어 검사장이 국장을 맡고 있음), 인권국(2006.5. 인권국이 신설됨), 교정본부(2007.11. 교정국이 교정본부로 확대 개편됨) 및 출입국·외국인정책본부(2007.5. 출입국관리국이 출입국·외국인정책본부로 승격됨)를 두고 있으며, 장관 밑에 감찰관 1인 및 장관정책보좌관 2인을 두고 있다.

91) 2008년 말에는 ‘법무부와 그 소속기관 직제시행규칙’이 개정되어 출입국·외국인정책본부장과 인권국장을 개방직에서 자율직으로 바꿔 검사장급을 배치할 수 있도록 하였다.

3. 검찰의 준수법적 성격 회복

(1) 직접수사사건의 축소 및 경찰에 대한 실질적 수사지휘 확립

일선 지검의 직접수사(인지수사) 기능을 없애고, 고검 단위로 통합하며, 일선 지검은 철저히 사법경찰관에 대한 수사지휘 및 공판 등 본연의 업무에 집중해야 한다. 즉, 민생범죄 등 형사사건에 대해서는 경찰이 일차적인 수사를 하고 검찰은 수사지휘권을 통해서 부패통제 및 적법절차 등을 감독하는 것이 검·경간의 올바른 갈등해소책이라고 본다.⁹²⁾ 이를 위해서는 일본처럼 10년 이상의 경력검사를 형사부에 집중 배치하여 실질적인 수사지휘가 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.

(2) 법무부 장관의 구체적 사건에 대한 지휘권 폐지

검찰청은 행정조직상으로 법무부에 소속되어 있으므로 검찰권의 행사에 관하여 궁극적으로는 행정부가 책임을 져야 한다. 여기서 검찰사무에 관한 최고감독권을 어떠한 행태로든 법무부장관에게 인정할 필요가 있다. 그러나 검찰사무는 형사사법의 운용에 중대한 영향을 갖고 있으므로 검찰권의 행사는 항상 공익의 대표자로서 공정하게 행하여져야 하며, 행정부의 정치적 세력, 여당의 정략, 특정인의 이해 등에 의하여 좌우되는 것을 방지하여야 한다(검찰청법 제4조 제2항). 이러한 견지에서 법률은 검사에 대한 법무부장관의 지휘·감독권에 제한을 두고 있다. 즉 법무부장관은 검찰사무의 최고감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독할 수 있으나, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제8조). 이는 임기제에 의하여 신분이 보장된 검찰총장을 완충대로 하여 행정부 또는 법무부장관으로부터의 부당한 간섭을 저지하여 검찰권의 독립을 보장하자는 데 그 취지가 있다.

결국 검사의 독립성은 오로지 검찰총장의 인격과 소신에 의하여 좌우되는 결과가 되므로, 입법론적으로는 법무부장관에게 검사에 대한 일반적인 지휘·감독권만을 주고 구체적 사건에 대하여는 지휘할 수 없도록 하는 것이 바람직하다⁹³⁾고 생각된다.

(3) 공판부 및 공판검사의 강화

종래 검사의 역할은 수사에 치중되었으며, 공판검사는 한직처럼 취급되어졌으나, 공판중심주의 및 국민참여재판이 강화되는 시점에서 공판부 및 공판검사에 대한 대폭적인 인원 확충과 조직개편이 이루어져야 할 것이다.

92) 자세한 내용은 정웅석, 「2011년 개정 형사소송법 제196조에 대한 평가와 과제」, 형사법의 신통향 통권 제33호(2011.12), 1-90면 참조.

93) 천정배 전 법무부장관의 경우처럼, 국회의원으로서 시민단체인 참여연대의 입법청원을 받아들여, 구체적 사건에 있어서는 법무부장관의 검찰총장에 대한 수사지휘·감독권을 폐지해야 한다고 주장하였으나, 막상 본인이 장관이 된 후에는 2005년 강정구 교수의 구속수사와 관련하여, 최초의 수사지휘권을 발동함으로써 검찰수사팀과의 갈등 및 검찰총장의 퇴임을 불러왔는데, 검찰수사에 대한 정치권의 직접 개입이라는 좋지 못한 선례를 남기게 되었다.

(4) 검사의 기소재량을 통제하기 위한 국민참여제도 도입문제

한국의 경우 그동안 기소독점주의, 기소편의주의에 더하여 검사동일체의 원칙까지 인정되어 검찰의 기소재량권에 대한 효과적인 통제수단이 존재하지 않았다. 이에 대하여 권력형 범죄나 독직 및 직권남용 등의 범죄·법조비리·선거관련 사건 등에 대하여 제한적으로 기소법정주의를 채택하는 주장도 있으나, 정치인 또는 고위공직자 부패사건, 재벌·금융 등 경제관련사건 등 국민들의 이목을 집중시키는 사건에 대하여 일본식의 검찰심사회제도나 소추심사위원회 같은 시민적 통제 방안 내지 미국식의 대배심제도⁹⁴⁾를 도입하는 것이 검찰의 기소재량권의 남용을 통제하는 동시에 검찰의 정치적 중립성에도 도움이 될 것이다. 왜냐하면 사법기관에 대한 국민참여는 이제 거스를 수 없는 시대적 대세이며, 검찰업무에 대한 투명성과 객관성을 높여주는 지름길이기 때문이다.

(5) 기 타

국민참여재판의 강화 및 변호인의 피의자신문 참여권 강화⁹⁵⁾ 등이 좀 더 부각되었으면 한다. 다만, 일부에서 주장하는 재정신청의 확대문제⁹⁶⁾는 좀 더 신중한 접근이 필요하다. 즉, 모든 고발 사건에 대해서 재정신청을 허용한다면, 민사사건의 형사화 심화, 사법자원의 낭비, 수사기관의 정치적 중립성 침해 등의 문제가 있으므로 오히려 징벌적 손해배상의 도입 등 민사문제로 접근을 하는 것이 더 타당하지 않을까 생각한다.

VI 결 론

그동안 한국 사회는 지역·계층·세대간에 치열한 내부적 대립과 갈등 속에서 성장해 왔다. 그러한 우리의 현대사는 한민족을 강인하게 만들었지만 한편으로는 많은 국민들을 지나치게 격렬하고 편향적으로 만들었다는 지적이 있는 것도 사실이다. 식자들조차 사회적인 주요 쟁점에 대하여 자신이 뿌리내리고 있는 토양에 충실한 결론부터 먼저 내린 후, 그 결론을 사수하기 위한 논리를 개발하는 모습을 보이는 경향도 없지 않다.

94) 대배심제도에 대한 자세한 내용은 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011, 173-180면 참조.

95) 대한변호사협회(협회장 하창우 변호사)는 한국형사소송법학회(회장 한명관 변호사)와 「피의자신문시 변호인 참여권 개선을 위한 토론회」를 개최(2015. 9. 23.)한 바 있으며, 금태섭 의원과 대한변호사협회가 「피의자신문시 변호인 참여권 개선을 위한 공청회」를 개최(2016. 6. 29.)하였는데, 토론자인 본인도 현재 대한변호사협회 ‘피의자신문시 변호인참여권의 개선방안’ TF 위원으로 활동한 바 있다.

96) 김지미, 「기소독점주의의 폐해와 개혁방안」, 견제와 균형을 위한 검찰 개혁 어떻게 할 것인가?, 국회의원 민병두/소병훈/금태섭/민주사회를 위한 변호사모임 주최 자료집(2017. 1. 24.), 10면 이하.

무엇보다도 검찰 통제를 위하여 수사권은 경찰에 부여하고 검찰은 기소권만 갖도록 해야 한다고 주장하면서도 수사권과 기소권을 전속적으로 갖는 무소불위의 공수처를 탄생시키는 근거는 무엇이며, 공직비리는 상당부분 민간부문의 부패와 연계되는데, 이를 무 자르듯 잘라 공수처와 검찰이 나눠 수사를 하게 되면 수사권의 이원화가 초래될 뿐만 아니라 수사의 역동성을 훼손시켜 부패 범죄인들이 빠져 나갈 기회만 주게 될 우려도 있으며, 새로 설립된 기구가 그렇듯 공수처가 자신의 존재가치를 수사성과로 입증해야 하는 부담 때문에 적법절차를 무시하는 인권유린행위를 하거나 집권세력의 친위대로 변신해 수사대상자에 대한 상시적인 미행, 감시 및 사찰활동을 일삼는 법치주의에 대한 도전행위를 자행할 위험성도 크다고 할 것이다. 이는 선거를 통하여 다수당이 청와대를 포함한 행정기능⁹⁷⁾은 물론 입법기능과 사법기능까지 독식할 경우에 그 위험성은 더 크다고 할 것이다.

더욱이 검찰의 본질적 문제는 권력형 부패사건이나 정치적 사건에 대해서 정치권력의 눈치를 살피면서 수사를 주저하는 검찰의 행태가 문제되는 것이므로, 검찰에 대한 개혁은 정치권력으로부터 중립성을 어떻게 보장할 것인가에 초점이 맞추어져야 하며, 이와 본질적 상관관계가 없는 공수처의 설치나 수사권의 분점 등을 거론하는 것은 논리적 비약으로 보인다.

결국 검찰의 개혁은 정치적 중립성을 어떻게 확보할 것인가에 있으며, 이는 정치권력으로부터의 인사권의 자유에 있다고 보아도 과언이 아닐 것이다. 즉 청와대 등 권력집권층과 검찰 상층부의 연결고리를 끊는 것만이 검찰의 정치적 중립성을 확보하는 방안일 것이다. 그리고 이러한 정치적 중립성 및 공정성을 확보한 검찰이 해야 할 본래적 기능은 권력층이나 대기업·언론 등 소위 ‘힘 세’ 자의 부정부패의 척결과 경찰에 대한 법치국가적 통제를 통하여 국민의 자유와 인권을 보장하는 것이라는 점을 강조하고 싶다. 따라서 공수처를 설치하기 전에 ‘검찰인사에 대한 청와대 등 권력집권층의 간섭배제를 어떻게 입법화할 것인가’를 먼저 고민하는 것이 순서라고 본다.

97) 이명박 정권하에서 민간인 불법사찰로 물의를 일으킨 전 국무총리실 공직윤리지원관실의 사례를 보더라도 행정부(대통령) 직속의 비리조사처를 만드는 것이 얼마나 위험천만한 발상인지 잘 알 수 있다.

제1주제 토론

- 임 지 봉 교수 (서강대학교 법학전문대학원 / 참여연대 사법정책위원장)
- 강 수 진 교수 (고려대학교 법학전문대학원)
- 오 경 식 교수 (국립강릉원주대학교 / 한국피해자학회장)
- 김 영 기 검사 (남원지청장)
- 박 미 숙 선임연구위원 (한국형사정책연구원)

【토론】

정웅석 교수님의 “검찰개혁의 바람직한 방향” 토론문

임지봉 교수 (서강대학교 법학전문대학원 / 참여연대 사법정책위원장)

I. 서론

정웅석 교수님의 “검찰개혁의 바람직한 방향”에 관한 발제문은 검찰개혁의 방안으로 제시되고 있는 검찰과 경찰의 수사권 조정 방안, 고위공직자 비리수사처 설치 방안, 지방검사장 직선제 방안 등에 대해 검토하고 있다. 다음에서는 이 가운데 참여연대 등 시민사회단체들이 제안하고 있는 지방검사장 직선제 방안에 대해 몇 가지 추가적인 고려사항들을 덧붙임으로서 토론에 대신하고자 한다.

II. 발제문에서 제기된 문제점들에 대한 해결

1. ‘소속 검사는 어떻게 임명할 것인지’의 문제의 해결

지방검찰청은 수사와 기소가 이루어지는 일선이고 거의 모든 검찰업무가 진행되는 단위이고 지방법원의 관할구역에 연동된 관할구역 역시 대체로 생활감각과도 일치하므로 전국 18개 지방검찰청(서울 중앙/동부/남부/북부/서부, 의정부, 인천, 수원, 춘천, 대전, 청주, 대구, 부산, 울산, 창원, 광주, 전주, 제주)에서 18명의 지방검찰청장을 주민들의 선거로 선출한다. 박주민 의원이 대표발의한 소위 검사장직선제 법안(검찰청법 일부개정 법률안, 이하에서는 ‘법안’) 제26조의2(지방검찰청 검사장의 선거) 제2항은 이러한 검사장의 임기와 관련해 “지방검찰청 검사장의 임기는 4년으로 하며, 지방검찰청 검사장의 계속 재임은 3기에 한정한다.”고 규정하고 있다.

이 18개 지방검찰청 소속 검사들은 어떻게 임명할 것인가를 이 법안에서 상세히 규정하고 있다. 원래의 검찰청법 제34조 제1항은 “검사의 임명과 보직은 법무부장관의 제청으로 대통령이 한다. 이 경우 법무부장관은 검찰총장의 의견을 들어 검사의 보직을 제청한다.”고 규정하고 있었는데 이것을 검사의 임명과 보직은 법무부장관의 제청으로 대통령이 한다. 이 경우 법무부장관은 해당 지방검찰청 검사장의 의견을 들어 제23조제1항에 따른 차장검사의 임명을 제청한다.”로 바꾸고 제2항을 신설하여 “법무부장관이 제1항에 따라 검사의 보직을 제청하는 경우에는 검찰총장의 의견(지방검찰청 소속 검사의 보직을 제청하는 경우에는 해당 지방검찰청 검사장의 의견을 포함한

다)을 들어야 한다.”고 규정하고 있다. 즉, 소속 검사에 대한 임명권이나 보직권 행사에 선출된 지방검사가 제청권을 통해 개입할 수 있게 한 것이다.

또한 법안에 따르면 지방검사는 지검과 지청 등에 부의 설치와 분장사무에 관한 사항에 대한 결정권도 가진다. 법안 제24조는 지검과 지청 등에 “부의 설치와 분장사무에 관한 사항은 정원의 범위에서 지방검찰청 검사장이 정한다.”는 부분을 신설하고 법안 제26조에서는 “과의 설치와 분장사무에 관한 사항은 정원의 범위에서 지방검찰청 검사장이 정한다.”라고 개정하고 있기 때문이다. 즉 보직과 관련하여 지방검사가 스스로의 공약 이행을 위해 내부 조직변경이 필요할 수 있기 때문에 부나 과의 설치 또는 폐지, 배치되는 검사 수의 변경 등은 검사장의 소관으로 하고 있다. 물론 특정 검사가 어느 지방검찰청에 근무할지는 실질적으로 중앙의 법무부장관이 결정하지만, 중앙에서 결정된 근무지 내의 보직에 관해서는 지방검사의 권한으로 하는 것이다. 또한 법안은 위에서 보았듯이 지방검사장 유고시 1순위 권한대행자가 되는 지방검찰청 차장검사의 제청에 대해서는 지방검사장과 법무부장관이 협의하도록 하고 있다.

2. ‘광역수사의 경우 어떻게 할 것인지’의 문제의 해결

광역수사 등 관할권 마찰이 생길 때에는 지방검찰청 검사장들로 구성된 회의체를 두어 조종하면 된다. 검사장 직선제가 실시되면 지방검찰청 상하 간의 관할조정 문제나 중앙과 지방 간의 관할조정 문제가 생길 수 있다. 수사와 기소 및 공소 유지 등 모든 검찰사무는 원칙적으로 지방검찰청의 업무로 하되, 어느 지역관할인지 불명확한 경우에는 선출된 지방검찰청 검사장들로 구성된 회의체나 선출된 검사장과 법무부장관 간의 협의기구를 통해 이를 관할조정을 하도록 한다. 참고로 선출되는 교육감의 경우에도 시도교육감협의회가 존재한다.

또한 지방검사장들의 회의체는 상설화하여 일상적인 수사권 및 기소권 행사에 대한 통일적 지침을 마련하거나 특정 사건에 대해 합동수사 본부를 꾸릴 수 있게 하고, 대검찰청 본연의 기능을 살려 전국의 지방검찰청에 대한 통일적 수사지침을 마련하게 해야 할 것이다.

3. ‘예산 및 직원은 어떻게 할 것인지’의 문제의 해결

검찰청의 예산편성권은 법무부가 가지고 있으므로, 각 지방검찰청의 예산을 편성하는 과정에서 선출된 지방검사장의 의견이 반영될 수 있는 통로를 마련해야 하며, 이 의견 반영의 통로는 위에서 본 지방검사장들의 회의체가 되어야 할 것이다.

Ⅲ. 검찰개혁을 위해 ‘검사장 직선제’가 꼭 도입되어야 하는 이유들

1. 검사장직선제는 권력으로부터 검찰의 독립성과 자율성을 확보하는데 효과적이다.

발제문은 검찰이 “그동안 ‘권력의 시녀’라는 국민적 비판에 직면하여 검찰의 정치적 독립성을 확보”하는 것이 중요함을 강조하고 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 검찰청법 제34조는 대통령의 검사 임명권, 법무부장관의 제청권, 검찰총장의 보직의견제시권 등을 규정하면서, 검사의 인사권 행사과정에 국민이 참여할 수 있는 제도적 장치로는 법무부장관이 위원을 임명 또는 위촉해서 구성하는 검찰총장후보추천위원회(검찰청법 제34조의2)와 검찰인사위원회(검찰청법 제35조) 제도를 두고 있을 뿐이다. 국민은 대통령을 직접 선출하는 것 말고는 오직 국회를 통한 간접적인 관여와 비판만을 할 수 있을 뿐인 것이다.

검찰이 권력에 취약한 이유는 권력이 인사권을 통해 검찰에 대한 직접적인 통제가 가능하기 때문이다. 검찰에 대한 인사권을 가진 대통령의 검찰에 대한 통제는 공공의 이익과 국민의 이익에 부합하여야 하지만, 실상은 인사권자인 대통령이 수사나 기소 등 검찰권 행사에 있어 검찰의 정치적 독립성을 위협하는 일이 발생할 수 있다.

전국의 2,400여명의 검사들은 보통 2년에 한번 인사이동을 하게 되고, 검사들에 대한 임명, 보직 변경, 승진 등 인사가 너무 잦은 까닭에 인사의 영향력 앞에 노출된 정도가 심하다. 따라서 승진이 나 좋은 보직으로 영전하는데 경쟁이 심해져서 인사권을 매개로 한 대통령 등 정치권력과 검찰의 유착관계가 깊어질 수 있는 위험성이 상존한다.

검사장직선제를 도입하면 지역주민이 직접 선출한 선출직 지방검사장은 대통령의 인사 대상에서 제외되어 대통령의 영향력을 받지 않게 됨으로써 정치적 독립성을 높일 수 있고, 지방검찰청의 검찰권 행사에 자율성도 제고할 수 있다.

또한 발제문은 18개 지방검찰청장을 직선제로 선출하면서 “지방자치단체장 선거와 동일하게 치를 경우, 다수파가 지방행정권력 및 입법권력은 물론 사법권력까지 장악하게 되므로 오히려 지금보다 더 정치적 소용돌이에 함몰될 가능성도 배제할 수 없”다고 우려하고 있으나, 법안에 따르면 지방검사장 출마는 정당 공천 없이 이루어질 뿐만 아니라 심지어 법안 제26조의3에서 후보가 되려는 사람은 과거 1년 이내에 정당원이 아니었어야 할 것을 요구함으로써 이런 문제를 미리 차단하고 있다.

또한 발제문은 “검찰의 정치적 독립성을 위하여 지방검찰청 검사장에 대한 직선제 방안은 깊은 연구를 한 후, 신중하게 고려해야만 할 것이다. 오히려 굳이 선거를 한다면 검찰총장의 직선제가 더 바람직한 방향이라고 본다.”고 하고 있다. 그러나 검찰총장 임명은 헌법 제89조 제16호의 규정에 따라 국무회의의 사전 심의사항이어서 검찰총장 직선제는 법률로서 정할 수 없는 개헌사항이다.

2. 검사장직선제가 도입되면 검찰권 행사의 민주성이 강화된다.

형사소송법 등이 규정한 재정신청제도의 예외를 제외하고는 오랫동안 사실상 검찰권 행사가 검사의 전권이었으며 국민의 민주적 참여는 봉쇄되어 왔다. 이와 같은 검찰조직의 민주적 구성이나 검찰권의 민주적 행사가 봉쇄되어 온 이유는 무엇인가? 여러 이유 중 하나가 수사나 기소 등 검찰권 행사에 대한 국민의 바람과 요구가 검찰의 구성에 반영될 길이 없었기 때문이라고 본다.

지방검사를 선거로 뽑을 경우 검사장은 그 지역의 유권자를 의식할 수밖에 없다. 이에 대해 검찰의 정치적 수사가 가중될 것이라는 비판이 있다. 검사장이 연임을 위해 유권자가 선호하는 수사를 할 것이고 그것이 검찰권 행사의 공정성과 형평성을 해칠 것이라는 점을 근거로 든다. 그러나 이것은 현실과 괴리된 우려이다. 과거 검찰이 ‘정치검찰’이라는 비판을 받을 때는 검찰이 인사권자인 대통령의 의중을 생각하고 그에 따라 수사하기 때문이었다. 그것을 주권자인 국민의 눈치를 보게 만든다는 것이 더 나쁘다고 주장하는 것은 민주주의원리에 맞지 않는다. 특히 박주민 의원 등의 법안은 제26조의5(지방검찰청 검사장의 소환) 제1항에서 “주민은 지방검찰청 검사장을 소환할 권리를 가진다.”고 규정하여 검사장에 대한 민주적 통제를 더 강화하고 있다.

3. 검사장직선제가 도입되면 검찰 내부에서 권력분립원리의 이상인 ‘견제와 균형’을 이룰 수 있다.

미국의 검찰은 연방검찰, 주검찰, 지방검찰로 나뉜다. 발제문도 미국의 경우 “U.S. Attorney General은 연방정부의, State Attorney General은 주정부의, 그리고 County 나 City등 지방정부수준에서는 그 칭호대로 District Attorney 혹은 District Prosecutor 또는 City Attorney 등이 각 형사절차에 있어서 소속 정부를 대표하는 최고법집행기관”이라고 적고 있다.

미국에서 연방정부의 법무부장관이 연방검찰의 검찰총장으로서 연방사건에 대한 검찰권 행사를 관장한다. 주(州) 법무장관 또는 검찰총장을 선거를 통해 구성하는 경우도 많지만, 대체로 일선에서 수사를 담당하는 주 아래의 자치단위인 카운티(County)의 검찰청 검사장(District Attorney)을 대부분 주민이 직접 선출한다. 검사장을 직선하는 미국은 이러한 연방검찰, 주 검찰, 지방검찰의 상호 견제를 통해 검찰권 행사에 권력분립원리의 이상인 ‘견제와 균형’의 이상을 잘 실현하고 있다. 주와 카운티 검사들의 부패는 연방검사들이 감시하고 연방검사들에 대한 감시는 법무부에 있는 감찰조직에서 이루어진다.

우리나라에서도 검사장직선제가 도입되면 중앙검찰과 지방검찰간, 지방검찰 상호간, 검찰 내부에서 권력분립원리의 이상인 ‘견제와 균형’을 이룰 수 있을 것이다.

4. 검사장직선제가 도입되면 검찰권의 지방분권화가 이룩될 수 있다.

지금의 우리 검찰조직은 중앙집권화가 너무 강하다. 중앙에서 파견된 검찰사무담당자는 아무래도 지역민감성을 가지기 힘들다. 잦은 인사이동의 영향으로 지역현황을 파악할 기회도 없고, 중앙의 좋은 보직자리로의 이동에만 관심을 가지기 쉽다. 지역의 고위 검찰사무담당자는 생활기반이 지역에 있는 것이 아니라 서울에 있는 것이 보통이므로 주말이면 상경해 버리기 일쑤다.

지방검사장 직선제를 도입하여 지역의 검사장을 지역주민이 직접 선출하게 되면 이런 점에서 큰 변화가 일어날 것이다. 지역 검찰사무의 이슈가 지역의 공론장에 등장할 것이고 지역에 뿌리를 둔 지역의 법률가, 지역의 로스쿨이 지역의 사법을 책임지는 공적 기능의 담당자로 부상하면서 검찰권의 지방분권화가 이룩될 수 있을 것이다. 이를 위해서는 지역 변호사단체의 관심이 중요하고 각 지방에 설치되어 있는 지역로스쿨들의 많은 역할이 필요하다. 지역에 필요한 법률사무를 지역의 로스쿨에서 그 담당자를 키워내는 것이다.

이러한 검사장 직선제를 통한 검찰권의 지방분권화는 전국의 단일조직인 검찰을 각 지방검사장의 선거구를 기반으로 하는 작은 검찰청들로 쪼개어 병렬시킴으로써 권한 분산의 효과도 기대할 수 있게 될 것이다.

IV. 결론

검찰개혁의 한 방안으로 시민사회에서 많이 제안되고 있는 검사장 직선제에 대해 보충적 토론을 벌여 보았다. 전국 18개 지방검찰청의 검사장들을 지방선거 시에 주민투표로 선출하여 검사장들이 막강한 검찰권을 행사함에 있어 청와대가 아니라 국민을 바라보며 민주적으로 검찰권을 행사하게 함으로써, 검찰권의 민주화와 지방분권화를 이룩하고, 검찰 내부에서도 대통령에 의해 임명된 중앙의 검찰총장과 주민투표로 선출된 지방의 검사장 사이에 견제와 균형의 원리가 작동하게 하는 검사장 직선제야말로 ‘국민을 위한 국민에 의한 국민의 검찰개혁’이라 할 것이다.

물론 검사장 직선제가 만능은 아니다. 그러나 어디선가 검찰개혁의 계기를 만들어야 하고 그 검찰개혁은 법률전문가나 기존의 법조인이 아니라 검사장 직선제처럼 국민에 의해 행해지는 검찰개혁이면 가장 바람직하다. 즉, 검찰개혁은 국민이 해야 한다. 국민이 선택할 수 있으면 국민이 바꿀 수도 있는 것이다.

【토론】

검찰개혁의 바람직한 방향

강수진 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

1. 들어가며

2016. 8. 31. 검찰총장은 검찰개혁안으로 “법조비리 근절 및 내부청렴 강화방안”을 발표하였다. 일련의 법조비리, 특히 현직 검사장이 구속되는 사상 초유의 사건 이후 발표된 검찰개혁안에 대한 기대가 컸던 탓일까. 변호사나 법조브로커 단속, 암행감찰반의 활용, 변호사 출입 및 변론에 대한 엄격한 통제, 특별감찰단에 의한 검찰간부 비위 단속 등의 평범한 개혁안 내용에 대한 실망이 앞섰다.

검찰개혁의 최종 목표는 국민의 신뢰를 받는 검찰을 만드는 것이다. 국민의 신뢰를 회복하지 않으면 어떠한 방향의 개혁도 성공한 개혁이라고 할 수 없을 것이다. 현 시점에서 분명한 것은 내부로부터의 개혁에 대한 기대치가 점점 낮아지고 있다는 점이다. 원인이 무엇이든 법조비리는 점점 더 검찰 수뇌부를 향해가고 있고, 정치적 논의의 소용돌이 안에는 언제나 검찰, 검찰권력과 관련성이 존재하고 있다. 개혁의 성공을 위해서는 검찰 스스로가 개혁의 절박성과 시급성을 인지하여야 할 때이다.

발제자는 법치국가적 통제와 거약척결이라는 검찰의 본래적 기능의 강화를 개혁의 큰 방향으로 삼고 다양한 개혁방안을 제시하였다. 아래에서는 이와 관련하여 보다 분명하고 효율적인 개혁을 실행하기 위한 보충적인 제안을 함으로써 토론을 갈음하고자 한다.

2. 검찰권한의 행사방법을 개혁하여야 한다.

일반형사사건과 대형사건에서 검찰권을 행사하는 방법을 분리하여야 한다. 일반형사사건은 수사지휘와 공소제기여부의 결정, 그리고 공소유지를 중심으로 검찰권을 행사하고, 대형사건은¹⁾ 직접 수사와 수사의 투명성 확보를 위한 국민의 수사참여제도의 확보를 중심으로 검찰권이 행사되어야 한다. 그리고 이와 같은 검찰권 행사방법의 이원화는 외부적으로 명확히 표출되어야 한다.

1) 여기에서 대형사건이라 함은 전통적인 범죄가 아니라 현대사회에서 등장한 또는 미래사회에서 새롭게 등장할 각종 범죄에 관한 사건을 말한다. 예를 들어 재벌과 관련된 경제범죄, 정치인의 부정부패범죄, 컴퓨터 범죄, 국제적·조직적 범죄, 테러 등을 들 수 있겠다.

검사를 준사법기관이라고 하는 이유는 검사가 행정부 소속의 공무원이지만 법관과 동일한 자격을 가진 법조인으로 임명되며, 수사의 주재자로서 형사소송제도 등 사법제도에 당사자로서 참여하면서 그 과정에서 국가권력을 행사하는 위치에 있지만 한편으로는 국가권력으로부터 시민을 보호하는 기능(적법절차원칙에 의한 시민의 권리 보장, 경찰에 대한 법치국가적 통제)을 하기 때문이다. 그런데 수사의 주재자로서 피고인과 대립당사자의 지위에서 법원의 통제를 받을 수밖에 없는 검사가 동시에 사법기관에 준하여 법치국가적 통제를 하고, 공익의 대표자로서 객관의무를 가지고 피고인의 이익을 위하는 이중적 역할 제대로 할 수 있을지에 대하여 의문이 제기될 수 있다. 일부는 검사의 준사법적 기능을 통하여 오히려 검찰권한의 확대를 정당화할 수 있다는 비판적 시각을 가지고 있기도 하다. 현실을 살펴보면 지나치게 많은 형사사건의 부담으로 인하여 수사권한의 행사에 그 힘이 집중된 나머지 공익의 대표자로서의 나머지 기능은 소홀히 할 수밖에 없었으며,²⁾ 경찰에 대한 법적 감시기능을 제대로 수행하고 있다고 하더라도, 스스로가 행한 수사에 대한 적법절차 관점에서의 통제로부터 완전히 자유로울 수는 없었다.³⁾

이와 같이 권한의 범위면에서 방대할 뿐만 아니라, 권한의 내용면에서도 이중적이라고 볼 수 있는 검찰권을 제대로 행사하지 못하면 결국 ‘무소불위의 권력’, ‘검찰권의 남용’, ‘정치권력에 의한 이용’이라는 비난 내지 오해를 받을 수밖에 없는 것이다. 결국 이와 같이 혼재된 권한을 구체적으로 어떻게 효율적이고 확실하게 행사할 수 있는지에 대한 새로운 시각을 통하여 개혁을 이끌어 내야 한다.

이러한 이유에서 발제자가 제시한 방향, 즉 검찰의 본래적 기능을 명확히 하는 것에서 더 나아가 그 기능을 어떻게 행사할 것인지에 대한 구체적 개혁방안이 필요하다. 검사는 실체적 진실발견을 통한 법익의 보호를 달성하여야 하고, 동시에 법의 지배, 적법절차 원칙의 준수를 통해 인권을 옹호하는 기능을 하여야 한다는 점을 부정할 사람은 누구도 없을 것이다. 수사의 주재자로서의 기능과 준사법기관으로서의 기능은 검사의 본질적 기능이라고 할 수 있는데, 신뢰받는 검찰을 위해서는 이를 어떻게 행사할지가 더욱 중요해졌다는 것이다. 법률에서 정한 정당한 권한을 제대로 행사하여야 한다는 레토릭만 반복하여서는 개혁은 이루어질 수 없다.

이러한 의미에서 권한의 행사방법을 이원화하는 방안을 생각해보았다.

우선 전통적인 범죄와 관련된 일반형사사건의 처리에 대하여는 발제자의 주장과 같이 검사의 직접수사체제를 과감히 탈피할 필요가 있다. 수사단계에서는 직접수사 보다 사법경찰관에 대한

2) 검찰청법 제4조에 의하면, 검사는 공익의 대표자로서 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 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독, 다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항의 직무와 권한이 있다. 현재 우리나라의 검사는 이중 형사적 측면에서의 공익의 대표자 역할에만 그 역량이 집중되어 있는 실정이다.

3) 검사가 공소제기를 독점하고 공소유지를 담당하고 있기는 하지만, 한편으로는 사법부에 의한 검사의 위법수사에 대한 증거법적 통제나 공소권 남용에 대한 판단으로부터 자유로울 수 없다.

수사지휘, 내실있는 법률적 통제, 인권 보호기능의 강화 등을 중심으로 권한을 행사하는 한편, 수사가 종료되는 단계에서 공소제기 여부를 결정하고, 기소된 이후 공소를 유지하는 기능에 기존의 검찰권을 더 많이 분배하여야 한다. 수사단계에 권한 행사의 대부분을 집중할 것이 아니라 개개 형사사건의 처음부터 끝까지 수사의 주재자이면서 준사법기관으로서의 기능을 다 할 수 있어야 실체적 진실발견을 통한 형사사법권의 적정한 행사라는 목적을 달성할 수 있다. 그리고 국민은 검찰권의 적정한 행사를 피부로 느낄 수 있다. 일반형사사건에서 이와 같은 권한의 재분배를 통하여 검찰의 법치국가적 통제기능, 준사법기관으로서의 기능, 위법수사의 억지 및 국민의 인권옹호 기능을 보다 내실화하고, 수사기관이면서 동시에 준사법기관이라는 이중적 지위에서 오는 혼선을 피하면서 국민으로부터 신뢰받는 검찰권을 확립할 수 있을 것이다.

다음으로 새롭게 등장하는 거대범죄, 국가적 존립을 위협하는 테러나 신종 국제범죄 등 대형사건에 대하여는 직접 수사체제를 강화하고 국민의 안전을 책임지는 기능을 담당하여야 한다. 대형사건에 대한 검찰의 직접 수사는 수사의 주재자이면서 사법부에 준하는 자격과 조직을 가진 검찰만이 담당할 수 있고, 검찰의 존재이유이며, 국민의 요구사항이기도 할 것이다. 다만, 대형사건의 처리에서 국민의 신뢰를 확립하기 위해서는 공정하고 투명한 사건의 처리에 대한 담보장치가 필요하다. 현 상황에서는 그 담보장치로서 국민의 참여를 확보하는 제도의 마련이 불가피하다고 본다. 발제자가 소개하고 있는 미국의 기소대배심이나 일본의 검찰심사회 제도를 우리 형사제도의 형편에 맞게 개편하여 대형사건 수사에 도입함으로써 국민의 참여제도를 확립하고, 이를 통하여 공정하고 투명한 검찰권 행사를 도모할 수 있을 것이다. 물론, 국민의 재판 참여에 이어 국민의 수사 참여가 어떠한 방식으로 가능할지, 그 효율성을 달성할 수 있을지 등이 제도의 설계과정에서 검토되어야 할 것은 분명하다.

이와 같은 역할 분담은 제도화되고 공식화되어 외부적으로 표출되어야 한다. 그럼으로써 향후에는 방대하고 정리되지 아니한 검찰권한을 정치권력이 이용하지 않게 될 것이다. 즉, 검찰권의 행사방법을 명확히하는 것은 바로 검찰권의 독립을 현실화할 수 있는 방법이기도 하다.

검찰권한의 행사방법이 이원화되어 대형사건에 대하여 검찰의 직접수사체제가 확립되고 여기에 국민이 참여할 수 있는 제도가 마련되면 현재 논의되고 있는 고위공직자비리수사처와 같은 독립한 수사기관을 설치할 필요성도 없어진다. 검찰이 아닌 제3의 독립한 수사기관을 새롭게 만드는 것은 바람직하지 않다. 기존의 검찰의 문제점을 그대로 재현하면서 오히려 국민에 대한 인권침해를 초래하고 이에 대하여 그 누구의 통제도 받지 않는 또 다른 권력기관이 출현하거나, 그렇지 않으면 아무런 실효성이 없는 또다른 특별검사제도에 불과한 기관으로 전락할 위험이 매우 크기 때문이다.

3. 검찰인사제도를 개혁하여야 한다.

우선 검찰총장후보추천위원회에서 법무부장관이 임명하는 추천위원의 수를 줄이고 평검사협의회의 추인을 거쳐 검찰총장을 임명하여야 한다는 발제자의 의견에 동의한다. 아울러, 검찰총장의 임기를 현행 2년에서 3년 또는 4년으로 하고 임기제를 확실히 보장할 필요가 있을 것이다.

일선 검찰청의 검사에 대한 인사권을 법무부장관이 가지고 있는 것도 재고하여야 한다. 법무부 소속 검사, 일선 검찰청 소속 검사, 검찰청법에서 정한 나머지 권한(정당한 법령적용의 청구나 국가소송, 행정소송의 수행, 감독 등)을 행사하는 검사에 대한 인사를 분리하고, 이에 대한 인사권을 법무부장관이 독점하지 않고 법무부장관, 검찰총장 등으로 분리할 필요가 있다. 이를 통하여 각각의 권한을 행사함에 있어서 어떠한 정치권력으로부터도 독립하여 소신있게 일할 수 있게 하고, 또한 각자의 분야에 대한 전문성을 충분히 발휘할 수 있는 환경을 만들어줄 수 있을 것이다.

검사의 인력풀을 다양화하려는 노력도 필요하다. 현재 다른 직업에 종사하다가 검사로 임용되는 경력검사 임용제도가 있기는 하지만 그 비율은 매우 적고, 아직까지는 검사의 주요보직에 연수원 기수를 중심으로 한 폐쇄적인 엘리트 집단이 임용되고 있는 것이 현실이다. 로스쿨제도의 정착과 더불어 법원이 경력법관 위주의 임용제도를 확대도입한 것과 같이 검찰 역시 임용제도를 개선하여 보다 더 많은 경력법조인을 임용하는 열린 모습을 보여줄 필요가 있다.

4. 나오며

수십년 간 반복되어 온 검찰개혁 방안에도 불구하고 왜 개혁에 대한 요구는 더욱 강해지고 있고, 더 큰 정치스캔들과 검찰이 매년 함께 도마에 오르는지, 검찰 스스로 생각할 때이다.

내부적인 개혁을 통한 정의로운 검찰권의 확립이 가장 바람직하다. 외부에 의한 개혁은 검찰의 본질을 훼손하고 또 다른 종속성을 초래하여 결국에는 국민에게 피해가 갈 가능성이 크기 때문이다. 그렇지만 이것이 내부자끼리만의 개혁논의, 내부자만 만족시키는 개혁논의를 의미하는 것은 아니다. 내부로부터의 개혁이되 국민에게 공감을 주는, 외부적으로 확실히 표출되고 명백한 개혁만이 국민의 신뢰를 얻을 수 있을 것이다. 그리고 그것은 빠른 시일 내에 이루어져야 한다.

【토론】

검찰개혁의 바람직한 방향에 대한 토론문

오경식 교수 (국립강릉원주대학교 / 한국피해자학회)

▲ 검찰은 동네북인가?

검찰개혁과 관련하여 논의되는 대부분의 사건이 정치적 의혹사건과 검찰관련 게이트사건, 법조 비리사건 등이다. 이 경우 무죄 판결이 나오면 검찰의 부실수사가, 무혐의 결정을 하면 편파적 여부, 유죄 판결이 나오면 검찰의 부패와 정치적 중립성 여부 및 편파 수사 또는 공정성 문제가 제기된다.

검찰이 동네북인가?

▲ 검찰이 권력의 시녀인가?

대통령-법무부장관-검찰총장으로 이어지는 인사 고리가 변치 않는 한, 정권이 바뀔 때마다 새롭게 권력의 시녀라는 논란은 지속될 것으로 본다. 어떤 정권이 힘 있는 권력기관을 그대로 두겠는가? 해답은 인사와 예산의 독립이다.

현 제도하에서 자체적으로 권력으로부터 독립적 검찰의 모습은 기대하기 힘들다. 따라서 권력으로부터 자유스럽게 제도를 바꾸어야 한다.

과거 대법원장에게 판사의 임명권한을 넘겼듯이 검찰총장에게 검사의 임명권한을 넘겨 권력과 무관하도록 제도적 개편이 필요하다. 이와 함께 검찰총장을 선거에 의해 뽑도록 하면 권력의 시녀 논란에서 자유로울 수 있을 것이다.

▲ 검사장 직선제 논의-사법민주화와 민주주의 실현의 차원

2016년 8월 변협에서 검찰개혁안을 발표하였다. 핵심 내용은 일정 경력 이상의 지방·고등검찰청 검사장을 임용직이 아닌 직접선거로 뽑는 선출직으로 전환하자는 내용이다. 검사장 직선제는 권

력의 하명수사는 불가능하고, 검사장은 임기동안 권력 눈치를 볼 필요 없이 권력자의 부패도 공정하게 수사할 수 있다. 검사장 직선제가 실현될 경우 공수처 설치, 검경수사권 조정 등 기존의 소극적 검찰개혁 방안과는 전혀 다른 파격적 개혁방안이 될 것이다. 면밀한 검토를 전제로 도입 가능성을 점검할 수 있다.

▲ 검찰에 대한 국민적 불신은 계속될 것인가?

검찰에 대한 국민의 불신은 어디서부터 왔는가? 많은 검사들이 밤낮없이 고생하고 있지만 몇몇 정치적 사건이나 비리 검사 사건과 검사 고백사건 등으로 문제가 많은 것으로 되어 있다. 특히 내부에서 검사가 사표제출하면서 사직의 변이 국민들의 감정에 호소하여 마치 검찰 내부에 문제가 많아 개혁이 필요하고 나는 이런 조직에서 근무할 수 없다고 하면서 언론에 대서 특필을 하게 된다. 어떤 여검사는 사직의 변을 제출하면서 검찰을 떠났고 곧 바로 여론의 힘에 의해 정치인이 되어 국회의원이 된다. 이런 일들이 계속 반복되는 한 국민적 불신은 사라지지 않고 계속될 것이다. 그때 한 사직의 변이 현재도 유효한 셈이다.

▲ 검찰권 행사의 우선 순위는 과연 있는가?

검찰권 행사에서 국민들은 서민편에 서서 거약척결을 요구하고 있다. 그렇지만 검찰은 누구의 편에 있어서도 안된다. 정부, 기업, 권력자, 서민 어느 편에서 업무를 처리해서는 안된다. 공정하게 법과 원칙에 따라 주어진 국가공권력을 집행해야 한다. 이 모든 것을 다 고려하고 나서도 판단이 되지 않을 때에는 당연히 서민 즉 국민들 편에 서야 한다.

▲ 검찰의 수사와 경찰의 수사는 무엇이 다른가?

국민들은 검찰의 수사와 경찰의 수사를 구분하지 않는다. 경찰에서 수사받으면 검찰에서 한번 더 받고, 만약 검찰에서 수사 받으면 한번만 받는다고 간단하게 알고 있다.

어디에서 수사받는 것이 국민들 입장에는 인권이 보장될 것인가? 수사는 결국 처벌을 전제로 하니 한번만 받으면 좋다는 사람도 있고, 경찰 수사에 혹시 잘못이 있을지 모르니 검찰에서 한번 더 받으면 억울한 부분이 해소될 가능성이 있으니 두 번 받는 것이 더 인권보장이라고 생각할 수 있다.

문제는 왜 우리나라는 이렇게 번거롭게 경찰, 검찰수사를 구분하고 있는 것인가? 역사적으로

살펴보자. 우리나라에 근대적 사법제도가 도입된 것은 1894년 갑오개혁 이후부터이다. 1895년 3월부터 그해 5월 사이에 사법 및 검찰제도의 효시가 되는 재판소구성법이 제정되고 재판소 처무 규정 통칙 등 사법제도와 관련된 일련의 법령이 제정되었는데, 이것이 우리나라의 근대적 사법 및 검찰제도의 효시이다.

일제 통감부시대의 사법권의 침탈과 일제치하의 민족항일기를 지나 광복 이후 1948년 5월 4일 군정법령으로 「법원조직법」이 제정, 공포되어 법원행정은 대법원으로 이관되어 삼권분립의 원칙에 의한 사법권의 독립을 보게 되었다. 1948년 8월 2일에는 군정법령으로 「검찰청법」이 제정, 공포되어 검찰청이 법원으로부터 분리, 독립된 독자적인 검찰제도를 구축하는 계기가 되었으며, 아울러 1949년 12월 20일 검찰청법(법률 제81호)이 공포·시행되어 현재의 검찰제도의 토대를 형성하게 되었다. 당시 누가 수사의 최고 책임자인가에 대하여 내무부장관이 아니라 검찰총장이며, 만일 치안국장이나 내무부장관이 수사에 관하여 사법경찰을 지휘한다면 이것은 수사기관의 이원화가 되어 혼란을 초래한다는 당시 법무장관의 발언과 1954년 엄상섭의원 또한 비슷한 취지의 발언이 있었다.

역사적으로 치안과 수사를 명백히 분리하고, 수사의 책임은 검찰에게 기대하고 있다. 문제는 그 때 제정된 법률과 입법취지가 현재 바뀌었는가이다. 물론 많은 것들이 변경되고 바뀌었다. 그러나 경찰의 전문성과 수사의 엄격성 등을 바탕으로 했을 때 인권보호와 재판에서의 법리적용 등 수사에 관해서는 최종 결정을 검찰에 맡기는 것은 인권보호 차원과 사법작용에서는 아직 바뀌었다고 볼 수는 없다. 적어도 검찰의 직접 수사는 줄이더라도 수사에 대한 지휘는 계속되어야 한다.

지휘가 무엇인가? 지휘는 상하관계가 아니다. 수사과정에서 발생할 수 있는 인권침해적 요소의 제거와 향후 재판에서 적용될 법리적용 부분에 대한 국가형벌권 작용에의 보충적 및 보정적 요소이므로 지휘라는 국어사전적 용어가 국가기관에서 사용하기 적절하지 않다면 이 용어를 취지에 맞도록 다른 용어로 변경하는 것은 방안이라 할 수 있다.

▲ 정권교체기의 단골 메뉴로서 사법 개혁, 검찰 개혁 그 실현가능성은?

정권교체기에는 항상 사법 개혁 논의가 많이 제기되고 있었다. 법관 인사 문제가 제기되면 법원 행정처가 몰매를 맞고, 야당에 대한 표적수사가 문제가 되면 대검이 도마에 오르는 식으로 이슈 중심의 개혁 논의가 있었으나, 최근에는 헌법 개정 논의와 함께 더 넓은 범위의 논의가 진행되고 있어 그 실현가능성은 더 없어진다는 느낌이다.

개혁이란 한 주제에 초점을 맞추어 관련 내용에 대한 중점 토론과 그 내용에 대한 국민들의 동의를 얻어서 가능하다고 할 수 있다. 그런데 현 시점은 대통령탄핵재판, 대선정국과 각종 시회, 특검수사와 헌법 개정 등이 함께 혼재되어 있어 이 시점에 물타듯이 검찰 및 사법 개혁에 순가락을 놓는 것은 그 실현가능성이 많지 않을 뿐만 아니라 적절한 시점이라 할 수도 없다는 느낌이다.

▲ 사법 개혁은 사법제도의 정상화에 초점이 되어야 한다.

사법 개혁은 사법제도의 정상화에 초점을 맞추어야 한다. 법원이 제 기능을 하고, 검찰이 원래 기획한 대로 운영되도록 구체적인 방안을 제시하는 게 먼저다. 그러지 않으면 사법 개혁 논의를 진행하면 할수록 사법제도가 뒤틀리는 현상이 나타나게 되고 부작용이 속출하게 된다. 한국에서 사법 개혁 시도가 이루어진 지 50년도 넘었지만 이제껏 별로 달라진 것이 없는 이유가 바로 거기에 있다는 문제의식에서 출발해야 한다.

▲ 사법개혁은 의식 개혁이자 법 개혁이 되어야 한다.

▲ 사법개혁 특히 검찰 개혁은 범죄피해자의 회복을 최우선으로 행사되어야 한다.

▲ 검찰 개혁은 결론적으로 어떻게 하면 좋을지 몇가지 제언?

1. 행정부의 간섭을 배제하는 것이 최대과제이다. 대통령과의 거리를 떨어뜨려야 한다. 결국 인사권을 검찰총장에게 주고, 검찰총장의 임명을 국민에게 맡기면 된다. 검찰총장후보를 정당에서 추천하면 안된다. 후보단계에서 엄격한 검증제도를 마련하고 무소속으로 되어야 한다.
2. 검찰 민주화가 필요하다. 검찰시민위원회를 법률로 제도화하고, 국민의 검찰 통제 방안을 구체화하자. 대배심(기소배심)을 도입하자. 시민들의 의견이 실질적으로 존중되도록 하는 것이다.
3. 검찰 중립화가 필요하다. 정치로부터 독립해야 한다. 검찰총장의 국회 출석이나 검찰과 정치를 철저히 분리시키고 중립화시켜야 한다. 현재 검찰에 대한 불신은 정치적 중립성 부족이 원인이다. 정치적 중립성 시비에서 벗어나 국민과 국가만을 생각하고 일할 수 있는 제도와 여건을 만들어야 한다.
4. 검찰의 직접 수사를 줄이되, 검사는 지휘라는 기능을 철저히 해야 한다. 지휘라는 용어가 마음에 들지 않다면 다른 적절한 용어로 바꾸면 된다. 수사는 그 자체, 목적이 아니다. 범죄사실

을 밝히고 법률을 적용하는 형사사법 절차의 시작이다. 누군가를 불러서 물어보고 압수, 수색하고 구속까지 하는 수사 과정은 절차에 따라 적법하게 이루어지는지, 인권침해가 없는지 등 검찰의 사법기능을 철저히 해야 한다.

5. 형사기소된 사건에서 1심에서 무죄가 선고된 경우 검사의 항소를 제한하도록 하는 방안은 어떠한지. 1심이 아니면 사실심인 2심까지 무죄가 선고된 경우 대법원에 상고를 제한하도록 하는 방안을 도입해야 한다. 미국의 경우 1심에서 무죄가 선고된 경우 검사는 항소하지 못한다.
6. 국가형벌권의 행사를 담당하는 사법기관 특히 검찰은 범죄피해자의 회복을 최우선 업무로 하고 검찰 고유의 업무를 해야 한다. 국가가 범죄예방과 치안확보의무에 실패하여 범죄피해를 입은 선량한 피해자를 위하여 국가기관이 회복을 위해서 최선의 노력과 지원을 해야 하는 정책을 펼쳐야 한다. 이러한 노력은 경찰도 예외가 아니다.

【토론】

검찰개혁의 바람직한 방향 - 검찰의 경찰 수사지휘를 중심으로 -

김영기* 검사 (남원지청장)

I. 서론

III. 우리 검찰 개혁의 세가지 지향점

II. 대륙법계 검찰과 경찰의 관계

IV. 마무리하며

프랑스 사상가 파스칼(1623~1662)

“힘이 없는 정의는 무력하고 정의가 없는 힘은 압제다. 그러므로 정의와 힘은 함께 결합되어야 하며 이를 위해 정의로운 것은 힘이 있도록, 힘이 있는 것은 정의롭도록 하여야 한다”

(La justice sans la force est impuissante, la force sans la justice est tyrannique. Il faut donc mettre ensemble justice et force. Et pour cela faire que ce qui est juste soit fort et que ce qui est fort soit juste)

I. 서론

발표자께서는 ‘수사구조개편, 공수처설치 등’ 검찰개혁 관련 주장들의 문제점을 지적하고 검찰 개혁방안을 제시하셨습니다. 아시는 대로 우리 사회에서 ‘수사권조정, 공수처설치 등’의 논의가 시작된 지는 상당히 오래되었습니다. 모두 검찰권 견제를 위해 주장된 것들입니다. 지금 이 순간도 일선에서는 낮과 밤, 휴일없이 대부분의 검사, 수사관들이 적법절차에 따라 실체진실을 찾기 위해 기록과 씨름하고 있습니다. 하지만 국민들의 기대수준에 미치지 못하였고 아직 부족한 점이 많아 오늘 이와 같은 토론자리가 마련된 것이라고 생각하니 대한민국 검찰구성원의 한 사람으로서 죄송한 마음과 반성이 앞섭니다.

어느 조직이건 지속가능한 발전을 이루기 위해서는 개혁이 필요합니다. 현실에 안주하는 순간부터 그 조직은 도태되기 쉽습니다. 검찰도 마찬가지입니다. 헌법가치인 ‘자유민주적 기본질서’를 더 잘 수호하고, 국민의 인권·기본권을 보호하며, 범죄로부터 국가와 사회를 더 잘 지켜내기 위해서는 검찰도 끊임없이 노력하여야 합니다. 동시에 법률개정 등 제도개선도 뒤따라야 합니다.

그런데 검찰의 사회적 역할과 검찰이 본래 가지고 있어야 할 임무, 형사사법체계 등에 대한 정

* 남원지청장, 프랑스 국립사법관학교(E.N.M.) 및 파리지방검찰청·파리지방법원 연수.

확한 바탕없이 ‘검찰권 견제’라는 이름으로 검찰개혁방안들이 제시되고 있고 급기야 최근에는 검찰의 기능이 사실상 ‘형해화’될 수 있는 법률개정안들까지 발의되었습니다.

개혁의 성공을 위해서는 진단과 처방이 중요합니다. 또한 발표자께서도 지적한 것처럼 개혁은 살리기 위한 것이어야지 죽이기 위한 것이어서는 안됩니다. 국민들은 ‘일부 검찰구성원들의 부패’에 실망하면서 ‘검찰이 정치적으로 중립적이지 못하다’며 검찰을 나무라는데 이와는 관련이 없을 뿐만 아니라 오히려 국가와 사회, 국민들에게 해가 될 것으로 예측되는 ‘수사권조정, 공수처설치’ 법안들이 정치적 이해관계에 따라 ‘검찰개혁’으로 포장되어 제안되고 있으니 참으로 우려스러운 상황이라고 하지 않을 수 없습니다.

발표자께서는 ‘수사구조개편, 공수처, 기타 검찰 인사시스템 등’ 검찰의 개혁방안들을 두루 망라하여 발표하였습니다. 저는 그 중 ‘수사권조정’에 중심을 맞추고 발표자의 발표내용을 보완하며 검찰 개혁이 추구하여야 하는 나름의 방향을 제시해보고자 합니다. ‘검찰제도가 탄생한 배경은 무엇인지, 검찰의 본래 기능은 무엇인지’부터 살펴보고 그에 맞춰 검찰의 정체성을 회복하기 위한 개혁방안을 말씀드리는 방식으로 토론하겠습니다. 참고로, 오늘 토론 내용은 사건일 뿐 법무·검찰의 공식입장이 아님을 양해하여주시기 바랍니다.

II. 대륙법계 검찰과 경찰의 관계

1. 검찰제도의 기원 : 탄핵주의적 국가소추 및 인권보호를 위한 수사지휘 정립¹⁾

가. 중세시대 ‘왕의 대관’(procureur du Roi)

검찰제도는 프랑스에서 태생되었습니다. 13세기 당시 왕은 ‘procureur du Roi’(이하, ‘왕의 대관’으로 부름)를 임명하여 왕과 왕족의 재산보호, 왕실의 주된 수입원이 되었던 벌금징수 등 업무를 담당하게 하였습니다.

유럽의 중세시대는 왕과 봉건 영주의 세력 다툼 시기라고 할 수 있는데 이후 봉건 영주의 권한을 누르고 국왕의 권위가 점차 강해지면서 왕의 대관은 종전의 재정적 권한 외에 공공의 이익 침해 범죄진압을 감독하는 권한까지 행사하게 되었습니다.²⁾

14세기 중엽 왕의 대관은 모든 범죄의 고발자(dénonciateur)로서 형사소송에 주된 당사자로 관여하게 되었습니다.

1) Serge Guinchard 외 1, Procédure pénale, LexisNexis(2015), 41쪽 이하 ‘1808년 형사소송법 입법자들의 선택’(LE CHOIX DU LÉGISLATEUR DANS LE CODE D’INSTRUCTION CRIMINELLE DE 1808) ; 김종민 외 7명, 검찰제도론, 법문사(2011), 1~26쪽 참고.

2) 그 무렵 봉건 영주들은 각 영지에 사병(군인)들을 고용하여 세금을 징수하고, 범죄를 진압하며, 치안을 유지하였음.

16~7세기에 접어들어 국가체제가 정비되고 왕권이 더욱 강화함에 따라 그 무렵 당사자주의적 소송절차는 직권주의적 소송절차로 바뀌어갔고 이후 국가형벌권, 국가소추체계의 틀도 갖춰졌습니다.

나. 프랑스 혁명과 근대 형사소송법

근대 형사소송법과 근대 검찰제도 탄생의 직접적 계기는 프랑스 혁명이었습니다. 프랑스 혁명은 구체제의 폐정을 무너뜨리고 왕정의 폭압으로부터 시민의 기본권과 재산을 지켜내기 위한 열망이 혁명으로 분출된 사건이었습니다.

1789. 8. 26. ‘프랑스 인권선언’은 ‘모든 인간은 평등하고, 모든 주권의 원리는 국민에게 있음’을 천명하였습니다. ‘법률에 근거가 있고 법률이 정한 절차를 따르지 않으면 누구든지 기소되거나 체포, 구속되지 않음’을 명시(제7조)하였고, ‘공권력은 모든 사람의 이익을 위해서만 존재한다’(제12조)고 선포하였습니다.

1789년 프랑스 혁명을 계기로 프랑스 사법은 왕의 권력(pouvoir)에서 국가기능(fonction)으로 변하였습니다. 혁명입법자들은 ‘왕의 대관’을 왕의 위원(commissaire du Roi)으로 발전시켜 종전 국왕의 권력기관으로서 역할과 권한 대신 소송절차를 관장하고 경찰(당시 헌병경찰³⁾)을 감독하게 하였습니다.

1801년 왕의 위원은 다시 정부위원(commissaire du Gouvernement)으로 변모하여 각 관할지역의 고소·고발접수를 감독하고, 모든 범죄를 소추하며, 사법경찰을 지휘·감독하게 되었습니다.

근대적 의미의 검찰은 나폴레옹이 제정하여 1808. 12. 16. 공포된 프랑스 최초의 형사소송법(Code d'instruction criminelle, ‘치죄법’으로도 부름)에 의해 탄생하는데 위 법률에 의해 검찰은 제도적 형사소송의 중심(centre de gravité)으로서 사법경찰지휘는 물론 형집행에 이르기까지 모든 단계에 관여할 권한을 갖게 되었습니다.⁴⁾(검사를 ‘사회를 대표하고 사회의 이름으로 법원이 공공질서에 관련되는 법을 선언하는지 감시하며 판결을 집행하기 위한 목적으로 법원에 소속된 특별사법관’으로 정의하였음)

그 뒤 인구증가, 도시화 등 사회적 현상이 달라지면서 범죄가 증가하자 경찰과 헌병경찰의 역할이 늘어났고 이에 비례해 검찰의 역할도 커졌습니다.⁵⁾ 제2차 세계대전 당시 Vichy 정부 아래에서

3) 프랑스에서 사법경찰은 직무(service)개념으로 통상적 의미의 내무부 소속 경찰과 함께 국방부 소속의 군인으로 구성된 헌병(La Gendarmerie)도 사법경찰업무를 담당함. 내무부 소속의 경찰조직이 1789년 뒤늦게 창설된 것(경찰조직의 법적 근거는 1907년 마련되었음)에 비해 헌병경찰은 1337년 영주들이 군인들에게 공공질서유지임무를 부여한 것이 계기가 되어 탄생되었고 1720년 공식적인 국가조직의 일부로 법제화되었음. 프랑스에서는 그간 두 조직(경찰과 헌병)의 통합을 위한 노력이 끊임없이 이루어져왔으나 결국 실패하였고, 다원화된 경찰조직간 효율적 기능을 도모하기 위해 형사소송규칙(décret) D.1조, D.2-1조 제1항, D.3조 등에 양자의 협력, 공조, 검사의 수사지휘와 통제 등에 관한 내용이 규정되었음. 경찰보다 헌병대가 규모에 있어 전국적이며 법원, 검찰청, 의회, 엘리제궁과 같은 주요 국가시설의 경비 및 고속도로 순찰도 헌병대가 맡고 있음. 김영기, ‘프랑스 형사절차의 현재와 개혁동향’, 한국형사소송법학회, 형사소송의 이론과 실무 창간호(2009), 8쪽 주 21.

4) 프랑스 검찰조직의 법적근거는 1810. 4. 20. 법률로 마련되었음.

5) 예를 들어, 프랑스도 초기에는 기소법정주의를 채택하였으나 사건의 폭주로 말미암아 1817년 법률을 개정해 기소적정

자행되었던 나치경찰의 가혹행위에 충격받아 1957년 사법경찰에 대한 검찰의 사법통제를 강화하는 내용으로 형사소송법이 개정되었고, 1965년 발생한 벤 바르카(Ben Barka)사건⁶⁾을 계기로 검찰의 사법경찰에 대한 지휘 및 통제는 더욱 엄격해졌습니다.

1808년 프랑스 형사소송법상 검찰제도는 영국을 제외한 대부분의 유럽국가에 직접적인 영향을 미쳤습니다. 독일, 벨기에, 네덜란드 등 국가의 형사소송법 제정시 모델이 되었고 일본에도 전수되었습니다.

우리나라는 1895. 3. 25. ‘재판소구성법’을 제정하면서 ‘법원과 검찰의 분리, 검사의 사법경찰지휘’ 등을 규정하였는데 이는 프랑스 형사사법에서 연유된 것입니다.

다. 검찰제도 탄생이 의미하는 것 : 소추와 재판의 분리 및 기본적 인권보호 체제의 확립

1808년 프랑스 형사소송법의 제정과 검찰제도의 탄생은 ‘혁명 전 규문주의적 소송절차의 폐지와 탄핵주의적 국가소추체제의 확립’, ‘경찰국가의 폐해 극복 및 국민의 기본적 인권보호를 위해 사법경찰에 대한 검찰 통제의 제도적 보장’이란 의미를 갖습니다.

대륙법계 국가에서는 탄핵주의적 국가소추제도에 따라 소추와 재판이 분리되고 검찰이 증거관계를 종합해 최종 범죄사실(공소사실)을 특정하여 기소하며, 판결법원은 기소된 범죄사실을 심리하여 유무죄 판단을 합니다. 이는 ‘기소 전 단계에서는 검사가, 기소 후 단계에서는 판사가 사실확정’을 한다는 것을 뜻합니다. 다시 말해, 사실확정의 권한이 모두 법률전문가인 사법관(magistrat)에게 맡겨있다는 뜻입니다.

참고로, 프랑스에서는 검사와 판사를 통칭해 사법관으로 통칭합니다. 판사와 검사는 보직개념으로 우리에게 비해 직역이동이 활발합니다. 기능적으로는 ‘입법, 사법, 행정’으로 나누어있지만 사법이 행정으로부터 독립되어 있지 못하며(따라서 헌법조직상으로 입법 및 행정의 2권 분립임) 판사도 법무부 소속입니다. 사법관이 되기 위한 조건은 우리처럼 검사나 판사나 보직에 구별없이 동일합니다.⁷⁾

‘사실확정’을 위해서는 수사를 통해 증거를 확보하여야 합니다. ‘범죄사실’은 수사를 종합한 결과입니다. 기소 전 단계에서 범죄사실을 검사가 확정한다는 것은 자연스럽게 검사가 수사를 관리 감독하여야 한다는 당위의 근거가 됩니다. 그러므로 ‘탄핵주의적 국가소추체제의 확립과 사법경찰에 대한 검찰 지휘’는 서로 유기적 관계에 있는 이념입니다. 그리고 그 결과, 구체제 아래에서

주의(opportunité des poursuites)를 채택함으로써 검사에게 불기소재량이 주어진 점, 현행법에 대해서는 검사도 구금영장(mandat de dépôt, 우리의 구속영장에 해당함)을 발부해 초기 범죄진압에 탄력적으로 대응할 수 있게 한 점 등이 그것임.
6) 벤 바르카는 모로코 왕정에 반대하는 반체제 지도자였는데 1965. 10. 29. 프랑스 파리 시내 중심가에서 괴한에게 납치되는 사건이 발생한 것임. 수사결과, 납치범은 프랑스 경찰의 마약수사팀장과 팀원이었으며 프랑스 정보경찰과 모로코 정보당국까지 조직적으로 관여한 정황이 드러났음.

7) 국립사법관학교(E.N.M.) 입학시험에 합격하여야 하고, 입학 이후에는 37개월간 강의와 실무수습으로 구성된 연수를 받아야 하며, 성적결정시험과 희망을 토대로 최고사법평의회(Conseil Supérieur de la Magistrature. 줄여서 C.S.M.으로 부름)의 심의를 거쳐 최초 보직을 부여받음.

시민의 기본권을 유린하던 경찰을 법률에 근거하여 적절히 통제할 수 있는 근대적 인권보호시스템도 마련될 수 있었던 것입니다.

프랑스 검찰제도의 탄생이 우리에게 알려주는 것은 ‘기소는 수사의 결과물로 수사와 기소는 불가분이라는 점, 법률전문가인 검사에게 기소 전 범죄사실을 확정하도록 권한을 부여하였고 사실관계 확정애 필요한 증거수집활동(수사)을 적법한 절차에 따르도록 하기 위해 사법경찰을 지휘하고 통제하도록 하였다’는 점입니다. 수사와 기소, 재판은 그 전체가 하나가 되어 대륙법체계를 구성하며(수사와 기소, 재판이 각 대륙법체계의 본질적 구성요소) 그 중 어느 하나를 변경하려면 법체계 전부를 바꿔야 하는 것입니다.

2. 프랑스 검찰의 경찰 지휘

가. 검찰 본래 기능에 충실한 제도와 현실

왕정의 혹독함, 잔인함을 경험한 혁명가들은 프랑스 인권선언을 통해 시민의 ‘신체와 자유, 재산보호’를 선언하고 검사를 법제화하고 검사로 하여금 사법의 영역인 사법경찰활동을 통제하게 하였습니다. 그리고 검찰이 실질적으로 사법경찰을 관리·감독할 수 있는 다수의 장치들을 고안하였습니다.

현재 프랑스 형사소송법상 검사는 ① 수사나 수사지휘(제41조 제1항), ② 예심수사개시청구⁸⁾를 포함한 공소제기, ③ 공소유지(제313조, 제393조, 제410-1조 등), ④ 형사화해(composition pénale) 등 대체소추(제41-2조 등),⁹⁾ ⑤ 예심수사판사나 석방구급판사(JLD, 우리의 영장전담판사에 해당)의 결정에 대한 항고(제185조), ⑥ 항소나 상고(제380-2조, 제497조 등) 등의 권한을 보유하고 있습니다. 사법경찰을 지휘하고, 공소제기여부를 결정하며, 공판관여를 하는 등 기본적인 검찰업무에서 우리와 동일한 업무를 수행합니다.

프랑스는 1808년 형사소송법에서 폭압의 상징이던 경찰력을 ‘사법경찰(police judiciaire)과 행정경찰(police administrative)’을 분리하는 구조를 취하였습니다. 이는 기능적 분리를 말합니다. 그리

8) 프랑스 혁명입법가들은 특이하게도 검찰과 판결법원의 중간단계로 예심수사판사(juge d'instruction)에 의한 예심수사(프랑스 형사소송법 제79조 이하)를 고안하였음. 예심수사판사는 검사의 예심수사개시청구에 의해서만 수사를 하는데 중죄의 경우는 필요적으로 검사가 예심수사판사에게 예심수사개시를 청구하여야 함. [프랑스는 법정형에 따라 ‘중죄, 경죄, 위경죄’의 ‘범죄 3분’ 구조를 취하고 있으며 각 죄에 따라 재판법원, 관할, 구속여부와 구속기간, 사법통제(contrôle judiciaire)여부와 사법통제기간 등이 달라짐. 상세한 것은, 拙稿, 앞의 논문, 4쪽 이하 참고] 검사의 예심수사개시청구는 법률적으로 공소제기에 해당함. 따라서 예심수사개시청구로 공소시효정지 등의 효과가 발생함. 예심수사판사는 검사의 예심수사개시청구결정문 등에 기초해 수사를 하는데 피의자는 직접 조사하는 경우가 많지만 참고인조사, 계좌추적, 압수수색은 사법경찰을 지휘(commission rogatoire)함. 예심수사의 성격을 한마디로 정의하기가 어려운데 예심수사에 관한 프랑스 형사소송법 규정과 필자가 프랑스 파리지방법원 반테리예심수사부에서 연수한 바를 종합하면, 형식은 재판(판결법원의 본격적인 재판진행에 앞선 준비재판)이면서 그 실질은 우리의 검찰수사라는 것임.

9) 피해변제 등 일정한 부담이행을 조건으로 검사가 피의자를 불기소처분하는(소추를 대체하는) 제도를 말함. 프랑스 형사소송법은 ‘형사적 대응의 다양화’(diversification de la réponse pénale), 맞춤형 ‘처분의 개별화’(individualisation)를 지향하며 대체소추의 종류도 다양한 바, 우리도 참고할 필요가 있음.

면서 형사소송법에 사법경찰활동에 대한 근거를 마련하고 검사와 예심수사판사에 ‘최고의 사법경찰관(officier supérieur de la police judiciaire)’ 역할을 부여하였습니다. 사법경찰활동을 사법의 영역으로 보고 사법관인 검사와 판사로 하여금 이를 통제하도록 한 것입니다.

사법경찰은 범죄의 존재를 안 즉시, 이를 검사에게 보고하여야 합니다(동법 제19조). 검사는 범죄의 수사 및 소추를 위하여 필요한 일체의 조치를 하거나 이를 행하게 하며(제41조 제1항) 소속 지방법원 관할구역 내 사법경찰관과 사법경찰리의 활동을 지휘합니다.

프랑스에서 수사는 예심수사(instruction),¹⁰⁾ 현행범수사(enquête de flagrante) 및 예비수사(enquête préliminaire)로 나뉩니다.¹¹⁾ 현행범수사와 예비수사는 ‘범죄의 현행성’을 기준으로 구별하는데 현행범수사의 현행범은 우리 형사소송법상 ‘현행범인’과 개념적으로 다소 차이가 있습니다.

현행범수사에서 검사가 현장에 도착하면 사법경찰의 수사권이 정지되고 검사는 사법경찰로 하여금 필요한 수사를 계속하도록 지휘할 수 있습니다(제68조). 사법경찰이 소환한 참고인이 소환에 불응하면 사법경찰은 검사에게 이를 보고하고 검사는 참고인을 강제출석시킬 수도 있습니다(제62조 제2항, 제78조 등).

예비수사는 우리의 ‘인지수사나 내사’를 말하는데 사법경찰이 예비수사를 할 때에도 검사의 지휘를 받아야 합니다(제75조). 특히 사법경찰이 예비수사에 착수한 지 6개월이 지나면 반드시 검사에게 보고하고 검사의 지휘를 받아야 합니다(제75-1조).

사법경찰이 피의자나 준피의자(témoin assisté)를 보호유치(garde à vue)한 경우, 바로 검사에게 보고하여야 하고 검사의 서면허가를 받아야 1차 24시간에 한해 보호유치를 연장할 수 있습니다(제63조).

보호유치는 가능하지만 사법경찰이 자체적으로 피의자를 구속할 수는 없습니다. 사법경찰의 구속권한은 인정되지 않으며, 구속을 위해서는 검사가 예심수사판사에게 예심수사개시청구를 하여야 합니다(사법관의 개입 이후에만 피의자 구속을 인정하는 것임).

변사사건에서도 검사에게 보고하고 지휘를 받아야 함은 물론(제74조), 검사의 정기적인 유치장 감찰도 받아야 합니다(제41조 제3항). 감찰에 접수된 고소·고발은 사경에 수사하도록 지휘할 수 있고(제40조), 사건송치 후 기록을 검토한 결과 수사보완의 필요가 있다고 판단하면 기록을 첨부하여 사법경찰에게 보완수사를 하도록 지휘할 수 있습니다(제41조 제1항).

한편 고등검사장(엄밀히, 프랑스 검찰은 법원에 부치되어 있으므로 고등법원 부치 검찰청의 장)은 관할 내 사법경찰에 대한 감독권을 행사합니다. 고등검사장은 사법의 적정한 운용을 위하여 필요하다고 판단되는 모든 정보를 수집해 보고하도록 사법경찰에 지시할 수 있습니다(제38조).

사법경찰은 그 권한을 행사할 수 있는 직에 보직된 후 고등검사장으로부터 수사권한을 부여받아야 수사를 할 수 있습니다. 고등검사장은 관내 사법경찰에 대한 수사권한부여를 심사하며 이를

10) 주8) 참고.

11) 프랑스 전체 형사사건(기소사건) 중 예심수사판사에 의한 예심수사비율은 대략 5% 내외임.

승인하거나 거부할 수 있습니다(제16조).

고등검사장은 자격이 부여된 사법경찰에 대해 근무평정을 하는데 고등검사장의 근무평정은 사법경찰의 승진심사시 필수적 고려사항입니다(제19-1조).

관내 사법경찰의 직무상 과오가 발견된 경우 고등검사장은 직원 또는 소속 상관의 요구에 따라 제재를 가할 수 있으며 그 정도가 경한 때에는 경고, 비위통고를 하거나 중하면 수사권을 일시정지 또는 박탈할 수도 있습니다(제16조 제6항 등).

사법경찰에 대한 통제는 사법기관인 검사지휘, 고등검사장의 감독(surveillance), 고등법원 예심수사부(chambre d'instruction)¹²⁾의 통제 등 3중 장치로 이루어져있습니다. 그러기에 프랑스에서는 제도적으로 검찰은 ‘머리’, 경찰은 ‘손과 발’로 결합되어 수사하며 검사가 경찰의 직속상관처럼 (comme de ses chefs administratifs) 경찰을 지휘합니다.¹³⁾

나. 프랑스 검찰의 경찰 지휘가 시사하는 점

프랑스 검찰은 관련 법률규정을 일일이 열거하기 힘들 정도로 수사의 착수에서부터 종결에 이르기까지 세심히 사법경찰을 지휘합니다. 수사권은 검사에게 있고 사법경찰에는 수사권한이 인정되지 않습니다(동법 제41조 제1항). 법률상 검사가 직접 수사를 할 수도 있고 사법경찰을 지휘하여 수사를 할 수도 있습니다(동법 제41조 제2항). 수사의 종결여부도 검사가 결정합니다. 프랑스 사법경찰은 ‘검찰 통제를 받는 사법의 실질적 보조자’(véritable auxilliaire du pouvoir judiciaire placé sous le contrôle du ministère public)인 것입니다.

프랑스 형사소송법 제41조 제1항

Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuites des infractions à la loi pénale.

그런데 검사에게 수사권이 있지만 정작 검찰에 수사인력은 없습니다. 그러기에 기본적인 수사(현행범인수사, 예비수사)는 필연적으로 경찰을 지휘하여 할 수밖에 없습니다. 프랑스 혁명입법가들은 ‘탄핵주의적 국가소추의 주체 및 사법경찰에 대한 통제자’로 검사와 예심수사판사 등 법률전문가인 사법관을 설정하면서 구체적 수사행위는 사법경찰을 통하도록 설계하였습니다.

논자에 따라서는 ‘프랑스에서 검사에게는 수사권이 없다, 사법경찰이 독자적으로 수사를 한다’고 주장하는데 이는 프랑스 제도를 완전히 잘못 이해한 것입니다. 검찰이 사법경찰을 지휘해 수사

12) 항소법원 예심수사부는 예심수사과정 중 예심수사판사의 결정이나 석방구금판사의 결정 등에 대한 불복심사 등을 담당함.

13) 파리지방검찰청에서 사법경찰지휘를 담당하는 부서는 P12임. 프랑스 검찰은 24시간 수사지휘체제를 갖추고 있는데 주로 유선을 이용한 구두지휘를 하고, 통화내용은 모두 녹음이 됨.

를 하는 것을 두고 프랑스 내에서 ‘수사의 주체는 경찰’이라고 보는 학자는 단 한 명도 없습니다. 프랑스에서 사법경찰의 수사는 검사나 예심수사판사의 지휘를 받아야 하며 그 독자적 수사가 인정되는 영역은 없습니다. 그럼에도 프랑스에서는 당연히 이를 검찰수사라 말하지 경찰수사로 보지 않습니다.¹⁴⁾

이와 같은 수준의 프랑스 검찰의 경찰지휘 기준에 비춰 우리의 경찰지휘를 비교해보면 우리의 경우, 경찰에 대한 검찰의 지휘는 매우 빈약하기 짝이 없습니다. 검찰에서 경찰로 지휘된 사건이 아닌 이상 예컨대 경찰이 누구를 현행범인으로 체포하였는지, 어떤 수사를 하고 있는지, 그 수사가 적법절차에 따라 이루어지고 있는지 검찰로서는 제대로 알기가 어렵습니다. 우리 경찰은 이미 사실상 폭 넓은 수사재량을 인정받고 있고 프랑스 사법경찰과 달리 ‘피의자 구속, 압수수색 등’ 광범위한 자체 수사권한도 법률제도적으로 보장받고 있습니다. 후술하는 것처럼, 오히려 경찰에 대한 검찰의 지휘가 강화되어야 하는 상황입니다.

사법경찰에 대한 검찰의 통제와 지휘는 검사의 ‘사법관’으로서 지위에서 나옵니다. ‘사법관으로서 검찰의 정체성에 부합한 실질적 지휘시스템의 구축’, 저는 이것이 프랑스 검찰의 경찰지휘가 우리에게 시사하는 바라고 생각합니다.

다. 검사 중심의 더 강력한 수사시스템 구축 움직임 : 검사의 직접수사 인정

프랑스 검찰의 권한은 우리 검찰의 권한에 비해 더 크고 다양합니다. 다양한 종류의 대체소추절차가 인정되고 있고 검사 주도의 ‘프랑스식 플리바기능’ 권한도 인정(C.R.P.C.)되고 있습니다.¹⁵⁾ 우리 검찰과 가장 큰 차이점은 프랑스의 경우 우리와 달리 검찰이 수사권의 주체임에도 아직까지 직접 수사는 하지 않고 있다는 점입니다. 후술하는 것처럼, 검찰의 직접수사는 검찰의 사법관으로서 지위에서 본질적으로 파생되는 문제는 아닙니다. 검찰의 직접수사 여부는 각국의 역사, 사회문화적 배경 등에 기초해 각 나라 국민들이 선택할 사항입니다.

그런데 프랑스에서도 우리의 검찰수사와 실질적으로 유사한 예심수사판사의 예심수사를 폐지하고 검찰이 직접수사를 할 수 있도록 하려는 움직임이 있었습니다. 사법경찰을 지휘해서 하는 수사뿐만 아니라 예심수사판사가 하던 수사를 검사가 넘겨받아 직접 수사를 담당하게 하려는 것이었습니다.

19세기 프랑스의 대문호 오노레 드 발자크(Honoré de Balzac)가 ‘프랑스 사회에서 가장 영향력 있는 집단’으로 예심수사판사를 지목할 정도로 한 때 예심수사판사는 자신이 수사하는 피의자를 자신이 구속하는 등 프랑스 사회에서 막강한 영향력을 행사하였습니다.¹⁶⁾

14) 최근 프랑스 공화당 대선후보 프랑수와 피용의 공금횡령 등에 대한 프랑스 언론보도 참고.

15) 대체소추제도와 C.R.P.C.에 대해 상세한 것은 拙稿, 앞의 논문, 42-49쪽 참고.

16) 2000. 6. 15. 형사소송법의 개정으로 석방구금판사제도가 도입되고 나서 현재는 석방구금판사가 검사의 구속의견, 예심수사판사의 구속청구를 받아 피의자의 구속여부를 결정함.

그러나 예심수사판사로 갓 임명되는 사법관들의 자질에 대한 프랑스 국민들의 걱정, 결정적으로 우트로 사건(l'affaire d'Outreau)¹⁷⁾을 계기로 예심수사판사의 수사역량, 예심수사의 비효율성 등에 대한 비판이 비등해졌습니다. ‘예심수사판사는 판사도 아니고 수사관도 아니다, 검찰의 보조자일 뿐이다’(il n'est pas totalement juge, et pas totalement enquêteur. ce juge n'était statutairement qu'un auxiliaire du parquet)라는 말은 예심수사제도에 대한 프랑스인들의 회의를 단적으로 표현해 줍니다.

프랑스 법무부는 2008. 10. 14. 법무부 산하에 ‘형소법·형법 개혁위원회’를 구성하고 수 개월의 회의 끝에 2009. 3. 6. 위원장인 필립 레제르(Philippe LEGER)의 이름을 딴 ‘레제르 보고서’를 발표하였는데 주목할 것은 예심수사판사제도를 폐지하고 검사 중심의 수사시스템을 구축하기로 하였다는 점입니다.¹⁸⁾

보고서는 ‘검사가 사법경찰에 대한 유일한 수사지휘자이고 기소권자임’을 확인하면서(9~10쪽), 점점 복잡하고 다양해지는 범죄수사에 가장 효율적으로 대처할 수 있는 국가기관은 바로 검찰이라는 판단 아래 검사의 직접수사를 인정하였습니다(8쪽). 아울러 검사는 독립성이 보장되어 있고, 검찰은 진실을 규명하는데 가장 효율적임을 강조하고 있습니다(8쪽).

위 보고서의 내용이 실현된다면 프랑스 검사는 사법경찰을 지휘하여 수사를 하거나 검사 자신이 직접 수사를 할 수도 있어서 ‘수사지휘뿐만 아니라 직접수사를 하고 있는 우리 검찰’과 프랑스 검찰이 수사실무적으로도 상당히 유사해 질 수 있는 상황이었습니다(사실 프랑스의 영향을 받아 수사판사제도를 유지하는 나라는 벨기에, 스페인, 오스트리아 등 소수에 불과함. 이들 나라에서는 프랑스처럼 수사판사제도의 폐지 논의가 계속 있어 왔음. 그 중 오스트리아는 2008년 수사판사제도를 없애고 검사의 수사권을 새로 도입하며 검사의 수사지휘를 강화하는 내용의 사법개혁을 단행하였음).

비록 프랑스의 정치적인 역학관계, 예심수사판사노조와 변호사단체의 반대 등을 이유로 레제르 보고서가 현실화되지는 못하였지만 ‘① 범죄의 발전에 가장 효과적으로 대응할 수 있는 기관은 검찰임을 천명하였다는 점, ② 사법경찰의 수사를 지휘하는 것이 사법관으로서 검사의 정체성에

17) ‘우트로 사건’이란 프랑스 북서쪽 ‘우트로’ 마을에서 발생한 아동 상대 성범죄사건을 말함. 2000. 12.경 ‘부모로부터 성적학대를 당했다’는 당시 10세 여아의 부모에 대한 고백이 단서가 되어 예심수사가 개시되었는데 ‘자신들뿐만 아니라 마을의 다수인이 아이를 성적학대하였다’는 소녀 부모의 자백을 토대로, 소녀의 부모를 포함해 총 18명이 예심수사를 받았음. 그 중 17명이 구속되었고 1명은 사법통제결정(프랑스의 구속제도는 사법통제와 본래 의미의 구속으로 구성되어 있음)을 받았으며 구속된 1명은 억울함을 호소하다 수감 중 자살하였음. 예심수사판사는 소녀 및 소녀 부모의 진술, ‘이들의 진술이 정상적인 심리상태에서 이루어졌다’는 감정인의 감정결과 등을 토대로 17명에 대해 가중간죄 등 혐의를 적용, 중죄법원에 사건을 이송하였으나 2004. 7. 2. 제1심인 빠-드-칼레(pas-de-calais) 중죄법원은 10명에 대해 유죄를 선고하고 나머지 7명에 대해서는 무죄를 선고하였음. 혐의를 인정한 4명을 제외하고 6명은 파리중죄법원에 항소하였고 항소심 재판진행 중 소녀 부모가 ‘사실 그들은 아무런 관계가 없다’며 종전 예심수사단계에서의 진술을 번복한 결과 2005. 12. 1. 파리중죄법원은 6명 전원에 대해서도 무죄를 선고하였음. ‘우트로 사건’ 이후 예심수사판사제도의 폐지, 사법관의 직무상 책임 강화, 예심수사부 관할의 광역화, 예심수사의 합의제 등이 논의되기 시작한 것임.

18) 레제르 보고서의 내용에 대해 상세한 것은, 拙稿, 앞의 논문, 54쪽 이하 참고.

부합한 고유업무이지만 현실적인 필요에 의해 검사가 직접수사를 하여도 그것이 사법관으로서 검사의 본질에 반하는 것이 아니며 검사의 직접수사여부는 국민이 결정할 사항임을 암시하였다’는 점에서 상당한 의미가 있습니다.

3. 소위 ‘수사권조정’ 주장에 대한 검토

가. 주장의 본질 : 경찰의 제한없는 수사독점

오래 전부터 경찰을 중심으로 일각에서는 ‘수사는 경찰, 기소는 검찰’이라는 단순명제로 ‘수사권조정’을 주장해오고 있습니다. 그런데 여기서 말하는 ‘수사권조정’이란 ‘검찰의 지휘없이 경찰이 독자적으로 수사에 착수하고, 수사를 진행한 후 제한없이 수사를 종결할 수 있도록 하겠다’는 취지여서 ‘수사지휘배제 및 경찰수사지휘독점’으로 명칭함이 본질에 더 적합합니다. 한마디로 경찰이 수사를 독점하고 사법관인 검사의 통제를 받지 않겠다는 것입니다.

특히 최근 발의된 형사소송법과 검찰청법 개정안을 보면 ‘경찰에 대한 검찰의 수사지휘배제/ 경찰의 수사권한 인정(검찰은 송치사건에 대한 2차적 보강수사권한만 인정)/ 검찰의 인지수사권한 폐지(기소와 공소유지, 형집행권한만 인정)/ 경찰 신청 영장에 대한 검찰의 의무적 청구(기각시 사유 소명)/ 체임요구권 등 검찰의 견제장치 폐지’ 등의 내용까지 담고 있습니다. 이대로라면 우리의 검찰제도는 껍데기만 남는다고 해도 과언이 아닐 것입니다. 말 그대로 경찰이 특정기업을 찍어 수 개월 간 청탁수사(압수수색, 반복소환 등)를 진행할 수 있고, 청탁수사에도 불구하고 혐의점을 찾지 못한 채 아무런 제한없이 별거 아닌 듯 그대로 종결할 수도 있습니다. 압수수색시 영장기재 범죄사실과 관련없는 별건 증거를 확보해 불법수사를 하더라도 견제받지 않을 수 있습니다.

이하에서는 ‘검찰의 경찰에 대한 수사지휘배제’가 얼마나 잘못되었고 얼마나 위험한지 검토해보겠습니다.

나. 수사는 본질적으로 ‘사법’이다. 따라서 체포와 구속, 압수수색 등 강제수사 심사권한은 사법관에게 있다.

수사는 행정이 아니라 ‘사법’입니다. 1808년 형사소송법을 제정한 프랑스 혁명입법가들도 경찰의 직무개념을 ‘행정경찰과 사법경찰’로 나누고 사법경찰은 최고 사법경찰관인 사법관의 지휘를 받도록 법제화하였으며 사법경찰 수사의 법적 근거를 빠짐없이 형사소송법에 규정하였습니다. 우리 경찰관직무집행법 제2조는 경찰의 직무범위 중 하나로 ‘2. 범죄의 예방·진압 및 수사’를 예정하고 있는데 그 중 경찰의 ‘수사’와 관련된 사항은 형사소송법에 규정되어 있습니다.

사법경찰의 수사활동이 사법의 영역에 해당하므로 사법경찰의 수사활동은 모두 사법관인 검사

와 판사의 통제 아래에서 이루어져야 합니다. 그것이 프랑스 혁명입법가들이 검찰제도를 만든 이유입니다. 그러므로 사법경찰의 수사활동 중 가장 인권침해우려가 큰 ‘체포, 구속, 압수수색’ 등 강제수사 또한 사법관인 검사와 판사가 심사를 하는 것이 당연합니다. 프랑스의 경우, 사법경찰의 독자적 강제수사란 인정되지 않습니다. 검사의 지휘를 받아 수사를 하다가 검사가 구속이 필요하다고 판단되면 예심수사판사에게 예심수사개시를 청구하고, 예심수사판사가 석방구금판사에게 구속을 청구하여 구속합니다. 즉, 구속이 필요한 단계 이후부터는 검사의 판단에 따라 법률전문가로서 사법관인 검사와 판사가 이를 알아서 결정하도록 하고 있습니다. 여기에 ‘사법경찰이 검사에게 구속을 신청한다’든지 하는 방법으로 개입할 수단은 없습니다. 사법경찰의 수사는 사법관인 검사와 예심수사판사의 보조자로 하는 것이기 때문입니다.¹⁹⁾

마찬가지로, 우리 헌법 제12조 제3항, 제16조 제2문이 ‘체포·구속·압수수색’과 같은 강제수사시 검사의 신청에 의해 법관이 발부한 영장을 제시하도록 한 것도 ‘체포, 구속, 압수수색 등’ 수사는 기본적으로 사법의 영역이어서 사법관인 검사, 판사의 심사에 의해 이루어지도록 제한을 가한 것으로 봄이 타당합니다.

헌법재판소도 ‘절차법적인 차원에서 인권보호의 기능을 하게 하는 것이 현행 검사제도’라고 실시하였고(2006 헌바69), 헌법상 검사의 영장신청권에 대해서는 ‘검찰의 다른 수사기관에 대한 수사 지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권 유린의 폐해를 방지하기 위한 목적’이라고 결정한 바 있습니다(96 헌바28).

법률개정안은 심지어, 사경이 신청한 영장 관련 검사의 의무적 청구까지 제안하였는데 임의수사와 달리 강제수사는 국민의 신체와 자유침해에 직접 영향을 주므로 특히 ‘인권보호’를 위해 사법관인 검사의 지휘와 심사가 더 요구됩니다.

헌법재판소가 ‘국가공권력이 직접 작용하는 수사는 그 성격상 인권침해의 소지가 가장 많은 분야이고 이에 대하여는 영장주의, 위법수집증거의 배제, 불법행위에 대한 손해배상 등을 통해 어느 정도 통제가 되고 있으나 이는 소극적·간접적인 통제에 그친다. 이에 추가하여 우리 헌법은 준사법기관의 지위를 지니고 신분이 보장된 검사로 하여금 사법경찰관리의 수사에 대한 지휘와 감독을 맡게 함으로써 경찰 수사과정의 인권침해에 능동적으로 대처하도록 하였다’(2006 헌바69)고 명시한 취지를 살펴보아야 합니다.

수사실무상으로도 2014년 기준, 사경이 구속영장을 신청한 인원 33,390명 중 검사기각이 5,239명(15.58%)이었는데 검사기각 인원(5,239명) 중 ‘구약식, 기소유예, 각하, 무혐의, 죄가안됨, 공소권없음’ 등으로 불기소처분된 인원이 1,081명(20.4%)에 이르고 있어 검사의 영장심사가 수사대상자의 인권보호에 크게 기여하고 있음이 확인됩니다.

19) 프랑스 구속제도에 대해 상세한 것은 김영기, 프랑스 구속제도와 그 시사점, 대검찰청, 형사법의 신동향 제19호(2009. 4.), 62쪽 이하 참고.

수사는 수사대상자인 개인이나 법인의 재산, 신체 등에 미치는 영향이 지대합니다. 엄격한 증거 법칙을 통과하여야만 형사재판에서 증거사용이 가능하고 합리적 의심의 여지가 없어야 범죄사실이 증명되었다고 봅니다. 기소와 재판을 위한 기초활동이 바로 수사입니다. 수사는 사법의 영역이고 따라서 법률전문가인 사법관들의 관리 아래에 있어야 하는 것입니다.

헌법개정을 통해 검사의 영장청구권한을 폐지하고 경찰에 영장청구권한을 분점시키려는 생각은 우리가 검찰제도를 도입한 이유에 비춰보거나 법이론적으로 보거나 어떤 경우이든 받아들일 수 없습니다. 인신구속을 포함하여 강제수사요건의 충족 여부는 결국 법률심사의 대상이므로 법률전문가에게 맡겨야 하는 것이지 비법률전문가인 경찰이 이를 심사할 수는 없는 것입니다(경찰에 독립적인 영장청구권한을 인정하였을 경우 ‘구속 전 피의자심문’절차에서 법률전문가인 판사, 변호사와 비법률전문가인 경찰이 구속의 당부를 논하게 되는 이해하지 못할 상황이 발생할 것이란 발표자의 지적은 경청할만함). 법률전문가이자 사법관인 검사의 영장청구권한을 폐지하는 순간부터 국민들의 인권은 크게 침해받을 것입니다.

다. 수사와 기소는 하나다 : 수사와 기소는 분리가능하지 않다

‘수사는 경찰, 기소는 검찰’ 주장은 수사와 기소가 분리가능하고 분리하더라도 아무런 문제가 발생하지 않아야 성립가능합니다. 그런데 기소여부의 결정은 전적으로 수사결과에 달려 있습니다. 기소는 곧 수사결과를 말합니다. 적법절차에 따라 제대로 된 증거가 확보되어 있어야 올바른 기소 결정을 할 수가 있습니다. 머리(기소)와 몸(수사)이 분리되면 둘 다 기능을 못합니다. 수사와 기소가 유기적으로 결합되어야만 정확한 실체발견과 죄에 상응하게 적법·적정한 형벌권 행사가 보장됩니다. 몸이 아파 병원에 가면 먼저 의사가 환자를 문진합니다. 문진결과를 토대로 CT나 MRI 등 검사가 필요한 부분과 검사할 사항을 정해 검사를 실시하면 그 검사결과를 토대로 의사는 환자의 질병상태와 치료방법을 결정하게 됩니다. 치료부위의 검사는 ‘사법경찰의 기초수사’에, 검사결과를 기초로 한 진단과 치료방법의 결정은 ‘검사의 기소판단’에 비유할 수 있습니다. 검사가 정확하여야 진단이 정확해지는 것처럼 수사 역시 적법절차에 따라 정확하게 이루어져야 기소의 오류도 배제할 수 있는 것입니다. 그런 점에서 수사와 기소는 분리가능한 것이 아닙니다. 수사과정을 제대로 알지 못하면 기소여부결정은 물론 공소유지도 제대로 할 수가 없습니다.

프랑스나 우리나라처럼 대륙법체계 국가에서는 수사의 결과인 범죄사실을 사법관인 검사가 확정해 기소여부를 결정합니다. 탄핵주의적 국가소추체계가 확립된 이상 수사는 기소여부판단을 위해 존재하는 것이지 기소여부판단과 무관한 수사라는 것은 아예 존재할 수 없거나 무의미한 것입니다. 따라서 대륙법계 국가의 형사사법 아래에서는 기소판단을 하는 검사에게 수사권을 인정하는 것이 논리적으로 당연합니다.

다만 인적·물적 여건이 제한되어 있어 검사가 모든 사건을 수사할 수 없으니 사법경찰을 지휘하여 사법경찰로 하여금 수사를 하게 하는 것이어서 현실적으로도 검사에게 수사권을 인정할 필

요가 있습니다. 일본처럼 검찰과 경찰의 협조관계를 법률에 규정하는 것은 설사 정책적으로는 몰라도(그것도 선언적 의미만 있을 뿐임) 검찰제도의 본질과 수사·기소의 불가분적 관계를 감안하면 수사와 기소는 한 몸이어서 여전히 수사주체는 검사이고, 검사가 사법경찰의 수사를 지휘하여야 하는 것입니다. 대륙법체계를 유지하는 한 ‘수사와 기소’가 불가분일 수밖에 없다는 사실을 잊어서는 안됩니다.

라. 대부분 수사를 경찰이 담당하고 있으니 더 엄격한 수사지휘가 필요하다

기소는 곧 수사의 종결을 말합니다. 수사지휘를 주장하는 분들 중에서도 형사사법의 목적이 ‘적법절차에 따라 인권을 보호하고, 실체진실을 밝혀 죄 있는 자를 죄에 상응하게 처벌하는데 있다는 사실’을 부인하는 사람은 없을 것입니다.²⁰⁾

형사사법의 중국적 목적이 위와 같다면 경찰에 의한 수사가 적법절차에 따라 진실규명에 필요한 방향으로 이루어지고 있는지 여부는, 수사결과를 토대로 기소여부를 결정하는 사법관이 살펴보고 통제하는 것이 마땅합니다.

어떤 이들은 ‘대부분의 수사를 경찰이 하고 있으므로 경찰을 수사주체로 인정하여야 한다’고 합니다. 하지만 역설적으로 대부분의 일상생활적 수사를 경찰이 하고 있다는 현실은 검찰에 대한 경찰 수사지휘가 더 엄격하고 절실하여야 함을 말해줍니다.

‘검찰의 경찰 수사지휘배제 여부’는 조정의 대상도 아닙니다. 기관간 협의를 통해 결정할 성질의 것도 아닙니다. 수사는 사법이고 기소의 전제이므로 검사에게 수사권한을 인정함이 당연해 처음부터 ‘조정할 수 있는 수사권’이란 없는 것과 마찬가지로입니다.

마. 통제받지 않는 거대경찰권력(Leviathan)의 탄생 : 수사지휘는 검찰과 경찰 견제균형을 위한 중요수단이다

현재 대한민국 검찰 인력은 검사, 수사관 등 모두 합쳐 1만명 정도입니다. 반면 경찰은 중앙집권화된 14만명의 인력으로 연간 예산 9조 8천억원(2016년 기준)을 사용하며 치안·정보·경비·교통 등 광범위한 분야에서 공권력을 행사하고 있습니다. 아마 우리나라 최대의 권력기관일 것입니다.

게다가 이번 정부에서 대통령 공약사항인 ‘경찰인력 2만명 증원’이 단계적으로 추진 중에 있습니다. 2016. 3.에는 경기북부지방경찰청(청장 치안감)이 개청한데 이어 2016. 12. 20 대통령 경호업무를 담당하는 대통령 경호실을 폐지하는 대신 경찰청에 ‘대통령 경호국’을 설치하여 대통령 경호업무를 맡기는 법안까지 국회에 제출되어 있는 상황입니다.

프랑스는 경찰조직이 내무부 소속의 경찰과 국방부 소속의 헌병경찰로 이원화되어 있고 경찰업무도 사법경찰과 행정경찰로 나뉘어 사법경찰업무에 대해서는 사법관인 검사와 예심수사관사로 하

20) 정용석·백승민, 형사소송법, 대명출판사(2010), 29쪽 이하 참고.

여금 철저히 통제하도록 하고 있는데 우리는 ‘경찰권의 통제 및 분산’이라는 세계적 추세에 역행하여 계속 경찰의 조직과 인력이 확장되고 있는 것입니다.

아직까지 ‘사법경찰과 행정경찰의 분리, 자치경찰제, 즉결심판의 폐지’ 등이 시행되지 않고 있는 상태에서 사법경찰이 검찰의 지휘조차 받지 않는다면 경찰의 정보기능이 수사권한과 결합하여 통제할 수 없는 기형적 거대권력으로 등장할 것입니다. 이는 21세기에 우리나라가 다시 프랑스 혁명 이전의 경찰국가로 회귀하는 것을 뜻하는 것이기도 합니다.

검사의 수사지휘가 배제되면 인사권을 가진 행정경찰이 소수의 사법경찰을 장악하여 경찰수사가 명령과 외압에 의해 영향을 받을 위험도 발생합니다.²¹⁾ 이러한 경찰 내부 상관의 지시들은 수사기록상 포함되지도 않아 사후에 그 지시사실의 존재여부, 적정여부에 대한 검증도 불가능합니다(반면 검사의 수사지휘는 ‘서면지휘’가 원칙이어서 모든 지휘가 수사기록에 편철되고 있음. 검사가 소속기관이 아닌 경찰에 부당한 지휘를 할 가능성은 매우 적음).

정치적으로 취약한 경찰이 검찰의 수사지휘없이 제한없는 수사권한까지 행사한다면 성경 읍기에 나오는 거대권력(리바이어던)이 되어 도리어 국민들의 자유, 신체와 재산을 침해할 수도 있습니다.

검찰의 경찰 수사지휘는 바로 검찰과 경찰간 비대칭적 힘을 적정하게 균형잡아주는 중요한 수단인 것입니다.

바. 현재의 수사실무와 수사지휘가 배제되었을 경우의 우려스러운 상황

일선에서 검찰이 수사지휘를 통해 경찰 수사의 잘못을 바로 잡아 암장될 사건을 밝혀내거나 피해자의 억울함을 풀고 수사당사자를 보호한 사례는 많습니다. 아직 우리 기억에 생생한 ‘박종철군 고문치사 사건, 지준과사건’은 단순사고로 묻히려다 검사의 수사지휘로 억울한 죽음을 규명한 대표적 사안입니다.

2016. 4.경 창원 무학산 살인사건에서 경찰은 등산객 진술 등을 근거로 유○○을 범인으로 특정해 유○○에 대한 주거지 압수수색, 수회 소환조사, 체포까지 하였으나 검사의 수사지휘로 실시한 대검의 DNA감정에서 그 무렵 대구구치소에 수형 중이던 정○○가 진범임을 규명하기도 하였습니다.²²⁾

2015. 11.경에는, 사경이 2013. 7. 학습지 원어민 강사 323명을 미신고 과외교습 혐의로 무더기 입건 후 ‘본사에서 직접 관리, 지도를 하므로 신고대상인 개인과외교습에 해당하지 않음’이 드러나자 2년간 사건을 방치하였다가 2015. 7. ~ 11. 사이 모두 무혐의의견으로 송치하여 서울중앙지

21) 2016. 10. 15.자 JTBC - “지상옥 캠프 수사 바뀌기?” ... 담당 경찰 외압 증언 : 서울남대문경찰처 차○○경위는 국회 안행위 국정감사에서 ‘상부의 부당한 지시로 선거사건 수사가 방해당했다’고 발언 ... ; 2016. 12. 12.자 경향신문 - “서울용산경찰서장, 욕설·보복성 인사로 중징계” ... 서울용산경찰서장 김○○총경은 재개발사건수사를 담당하는 경사에 게 ‘기소의견’으로 송치할 것을 지시하며 욕설을 하고, 위 경사가 지시를 따르지 않자 파출소로 전보시켰다 ... 등 언론 기사 참고.

22) 2016. 5. 3.자 중앙일보 ‘무학산 살인사건 이들 검사가 없었다면 미궁에 빠졌다’ 보도 참고.

검에서 전원 혐의없음처분하는 사건도 있었습니다.²³⁾

2014년 기준으로 사경이 기소의견송치한 인원 중 검찰에서 각하·무혐의·죄가안됨처분을 받은 피의자는 30,836명이나 됩니다. 반대로 사경이 각하·무혐의·죄가안됨·공소권없음 의견으로 송치하였으나 검찰이 기소처분한 인원도 4,339명에 이릅니다.

저희 남원지청과 같은 소규모 청에서도 ‘영장기재 범죄사실과 관련없는 물건까지 압수대상에 포함시켜 이를 기각하거나 범죄혐의가 명확치 않음에도 구속영장까지 신청하였으나 검사가 이를 기각하고 송치받아 무혐의처분한 사례’ 등이 발생하고 있습니다. 초동 증거확보가 충분히 가능하였음에도 사경이 수사초기 이를 인지하지 못하여 범죄혐의가 제대로 규명되지 못한 사건들도 있습니다.

반대로 검사의 수사지휘를 받지 아니한 채 송치하였다가 검찰에서 실제 업주를 밝혀내 진범을 처벌하거나 실제 운전자를 규명해 범인도피를 실행한 자와 범인도피를 교사한 자를 처벌한 사례도 꾸준히 나타나고 있습니다.

사실 검찰 전체적으로 적정한 수사지휘를 통해 실체진실규명에 성공하고 관련자들의 인권을 보호한 사건들은 적지 않습니다.

이와 같은 현실에서 검찰의 경찰 수사지휘가 배제된다면 예를 들어, 교통사고의 가해자와 피해자가 뒤바뀌거나 민사적으로 해결되어야 함이 명확한 금전 차용인이 사기피의자로 수난을 당한다거나 특히 지역유착적인 경찰이 청탁을 받아 무리한 수사를 하더라도 아무런 통제를 할 수 없는 상황 등이 일어날 수 있습니다.

논자에 따라서는 ‘검찰의 경찰 수사지휘를 배제하되, 검찰의 보강수사나 보충적 수사지휘와 공소유지를 위해 필요한 범위 내에서의 수사지휘를 인정하면 된다’고 주장하는데 수사란 증거확보 절차이고 초기에 증거확보가 적절히 되지 못한 사건에서 나중에 진실을 찾아낸다는 것은 여간 어려운 일이 아닙니다. 시간이 흘러감에 따라 증거도 소실되기 때문입니다. 그 뿐만 아니라 뒤늦게 검찰이 진실을 규명한다고 하더라도 그 사이 사건관계자들이 입은 신체적, 정신적, 경제적 피해까지 보상되는 것은 아닙니다.

경찰의 수사초기부터 법률전문가인 검찰이 경찰수사를 적법하고 적절하게 통제를 하면 관련자들의 인권을 보호하고 제대로 진실을 찾아 나갈 수 있는데 굳이 그렇게 하지 않고 경찰의 잘못된 수사로 당사자들이 피해를 입도록 방지하여야 하는 당위를 찾을 수도 없습니다. 최근 형사소송법 등 개정안에 의하면, 경찰이 독자적으로 무혐의라고 판단하면 자체 종결하는 것도 허용하고 있습니다. 수사결과를 토대로 한 기소여부의 판단은 법률적 결정으로서 법률전문가인 검사가 하는 것이 마땅한데 非법률가인 경찰이 법률판단을 하도록 하는 것을 어떻게 이해하여야 할지 모르겠습니다.

23) 2016. 2. 18.자 연합뉴스 ‘경찰, 320명 입건 후 전원 무혐의 ... 무리한 수사 논란’ 보도 참고.

요컨대, 검찰의 경찰 수사지휘가 없어질 경우 ‘죄 있는 사람이 처벌을 모면하고 죄 없는 사람이 피해를 입는 상황’, ‘불법수사로 인권을 침해당하는 사례’가 발생할 가능성이 높아질 것입니다.

사. ‘이중수사로 인한 부담’은 수사권 논의와 무관하다

어떤 이는 ‘경찰에서 다 조사한 것을 검찰에서 또 불러 조사하는 이유를 찾기 어렵다’며 이를 근거로 ‘경찰의 수사주체성을 인정하여야 한다’고도 말합니다. 그런데 이와 같은 주장은 검찰의 경찰 수사지휘와 아무런 관련이 없는 주장입니다.

실무상 검찰이 사경으로부터 송치받은 사건을 보강조사하는 이유는 크게 두가지입니다.

하나는 경찰의 수사가 미진하여 사건의 실체가 불명확할 때입니다. 이럴 경우 검사는 수사할 사항과 수사기한을 정하고 사건을 다시 경찰에 돌려보내 보강수사를 지휘합니다. 그런데 경찰의 보강수사가 부실한 경우가 빈번합니다. 어떤 경우는 보강수사지휘의 취지를 제대로 이해하지 못한 채 불필요한 사항을 수사하기도 합니다. 사건당사자들은 애가 타는데 수사기한을 지키지 않는 경우도 많습니다. 그러면 검찰에서는 차라리 검찰이 직접 보강수사를 하는 것이 더 낫겠다는 생각에 보강조사에 나서게 됩니다. 그러다보니 경찰에서 한번 조사받은 참고인을 검찰청으로 다시 소환해 조사하거나 소환조사가 어렵다면 부득이 유선으로라도 조사를 하게 됩니다. 검찰이 시간이 남아 그러는 것이 아닙니다.

다른 하나는 피의자의 자백을 증거로 사용할 필요가 있을 때입니다. 최근에는 과학수사기법이 급속도로 발전하여 수사에 큰 도움을 받고 있습니다. 그러나 과학수사를 통해 아무리 값진 증거가 확보되었다고 하더라도 대부분 간접증거에 불과합니다. 증거를 꿰고 맞추어 명확한 진실을 완성하기 위해서는 결국 피의자의 솔직한 고백이 필요합니다(교통사고 가해차량의 블랙박스에 피의자의 운전과실이 그대로 담겨있는 경우처럼 피의자의 자백이 없더라도 피의자를 처벌하는데 아무런 문제가 없다면 굳이 피의자를 소환조사할 필요도 없을 것이나 현실적으로 그런 사건은 많지 않음).

그런데 우리 형사소송법은 경찰 피의자신문조서의 증거능력 요건으로 성립의 진정은 물론 내용의 인정까지 요구합니다(제312조 제3항). 반면 검사작성 피의자신문조서는 성립의 진정만으로 증거능력이 부여됩니다(제312조 제1항). 피의자의 자백이 없더라도 공소유지가 가능할만큼(다시 말해 합리적 의심없이 유죄의 심증형성이 가능할만큼) 증거가 충분히 확보되었거나 증거를 충분히 확보할 수 있는 사건이 많지 않으므로 대개 경찰조사에서 행한 피의자의 자백이 검찰을 거쳐 법정에서 이르기까지 유지될 필요가 있고 같은 이유로 검사는 꼭 필요하다고 판단되는 경우 경찰에서 자백한 피의자를 다시 불러 조사하는 것입니다. 물론 재판과정에서 피의자의 자백이 없더라도 공소를 유지하는데 문제가 없으면 검찰의 피의자 추가조사는 불필요합니다.

이처럼 사법경찰작성 피의자신문조서의 증거능력 부여요건을 검사작성 피의자신문조서의 그것과 달리 규정한 이유는 과거 ‘고문’ 등 역사적 반성에 기인한 바가 큼니다. 하지만 영상녹화시설의

보편화, 변호인의 입회 등으로 경찰조사과정까지 투명하게 담보할 수 있는 여건이 마련되었으니 이제는 사경작성 피의자신문조서의 증거능력도 검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 준해 개정할 필요가 있어 보입니다.

경찰조사에 응한 참고인을 검찰이 다시 불러 조사하거나 경찰에서 자백한 피의자를 검찰이 다시 불러 조사하는 것은 미진한 경찰수사를 보강하거나 우리 형사소송법의 증거법제로 인해 불가피한 이유로 일어나는 현상입니다. 이는 경찰의 수사능력 향상과 증거법제의 개정으로 해결하여야 할 문제일 뿐 검찰의 경찰 수사지휘와 전혀 관련이 없다는 사실을 알아야 할 것입니다.

아. 수사지휘배제는 누구를 위한 것인가?

형사사법 서비스의 수요자는 ‘국민’입니다. 법률소비자인 국민들은 법률전문가인 검사가 경찰 수사를 꼼꼼히 지휘하고 살펴보기 원할 것이라고 생각합니다. 검찰에 접수되는 고소·고발사건 중에는 ‘경찰수사를 믿지 못하겠으니 경찰에 지휘하지 말고 검찰이 직접 조사해 달라’며 검찰의 직접수사를 요구하는 경우도 있습니다. 아직까지 ‘검찰이 경찰 수사를 지휘하여 오히려 국민들에게 피해를 준다, 국민들의 인권이 침해된다’거나 ‘검찰이 경찰을 수사지휘하는 것이 적법절차에 따른 실제진실발견에 지장을 준다’는 원성을 들어본 적도 없는 것 같습니다.

수사일선에서 실제 수사를 하고 있는 경찰관들이 ‘수사지휘배제’를 바라는 것도 아닌 것 같습니다. 전·현직 경찰관의 온라인 커뮤니티인 ‘경찰인권센터’가 2016년 하반기에 실시한 ‘차기 경찰청장에게 바라는 것’이라는 제목의 설문조사에 의하면 대다수 경찰관들은 직장협회의 설립(1위, 39%), 직급구조 개선 및 수당 현실화(2위, 21%) 등을 요구하고 있고 ‘수사권조정’(검찰수사지휘배제)을 원하는 비율은 최하위(7위, 4%)였다고 합니다. 실제로 실무에서는 ‘검사의 수사지휘가 경찰 중간간부들의 수사지휘보다 구체적이며 도움된다’거나 ‘검사의 수사지휘가 경찰 내부의 수사압력을 거절하는 명분이 되어 좋다’는 일선 경찰관들의 의견도 들려옵니다.

‘검찰의 경찰 수사지휘배제’가 국민이나 수사 일선에서 수고하는 경찰관들이 아니라 행여 경찰 고위직들만 원하는 것이 아닌지 묻고 싶습니다.

자. 경찰은 수사결과에 책임지지 않는 조직이다

실무상 경찰은 자신들이 행한 수사결과에 책임을 지지 않으려 하는 속성이 있습니다. 수사가 부실하여 더 조사할 것이 있음에도 만연히 검찰송치를 함으로써 사건을 털어버리는 것으로 생각하는 경향도 있는 듯합니다. 어차피 검찰에서 기록을 검토하고 미진한 사항을 보강조사하여 결정할 것이므로 검찰에 경찰의 수사책임을 떠넘기는 것이 아닌가 싶습니다. 그럼에도 우리는 프랑스와 달리 경찰에 부실수사의 책임을 추궁할 아무런 견제장치가 마련되어 있지 않습니다.

반면 검사는 사법관으로서 수사를 종결하고 최종적으로 범죄사실을 확정해 기소여부를 결정하여야 하므로 마음이 급합니다. 올바른 결정을 하기 위해 고심하고 기소한 사건에 대해서는 재판에

들어가 열심히 공소유지를 합니다. 행여 검사의 판단과 달리 법원에서 무죄라도 선고되면 항소를 하여 이전 재판결과를 바로 잡고자 더 열심히 노력합니다.

수사결과에 책임을 지는 검사와 달리 사법경찰은 자신이 한 수사에 대해서도 책임추궁을 당하지 않는 것이 현실인데 검사의 수사지휘까지 배제된다면 결국 경찰의 무책임한 수사만 늘어날 우려가 큽니다.

차. 사법경찰과 특별사법경찰의 난립이 가져올 폐해 : 국민의 기본권 침해

우리나라에는 2015. 12. 기준으로 중앙 및 지방 43개 기관에 총 17,117명의 특별사법경찰관들이 지명되어 ‘산림, 노동이나 산재, 소방’ 등 고유영역에서 발생하는 행정법규위반사건들을 수사하고 있습니다.

프랑스도 형사소송법, 기타 개별 법률에 근거를 두고 우리와 같은 특별사법경찰제도를 운영 중인데 특별사법경찰도 검찰의 수사지휘 및 통제를 받는다는 점 등에서 사법경찰과 차이가 없습니다. 사법경찰이나 특별사법경찰 모두 사법관인 검사의 통제 아래 두고 검사로 하여금 ‘컨트롤 타워’로서 사법의 기초단계인 수사를 총괄하도록 규정하고 있습니다. 이는 우리도 마찬가지입니다.

그런데 검사의 경찰에 대한 수사지휘가 배제된다면 검사의 특별사법경찰에 대한 수사지휘도 명분을 잃게 됩니다. 특별사법경찰만 문제가 되는 것이 아니라 국정원에 대한 검찰 지휘도 근거를 상실하게 됩니다. 이로써 각 행정기관, 지자체가 전부 수사의 주무관청이 되어 우리나라는 수사기관이 난립하는 상황에 직면하게 될 것입니다. 게다가 사법경찰의 독자적 영장청구권한까지 인정된다면 특별사법경찰관들에게도 독자적 영장청구권한을 주어야 할 것입니다. 법률전문가인 검사의 일관된 지휘와 관리·통제없이 경찰을 포함하여 수 십 개의 수사기관이 경쟁함으로써(영장청구를 남발함으로써) 국민의 기본권이 과도하게 침해될 것입니다.

4. 소 결 : ‘국민의 인권을 보호하고, 형사사법의 목적을 달성하는데 무엇이 더 효과적인가?’

형사사법의 목적은 ‘적법절차에 따른 실체진실의 규명’입니다. 그래야 죄 있는 자를 적정하게 처벌하고 범죄로부터 국가와 사회, 국민을 보호할 수 있기 때문입니다. 대륙법계 검찰제도의 모태인 프랑스가 수사권을 사법관인 검사에게 부여하고, 법률전문가인 검사로 하여금 국가를 대표하여 기소의 전 단계 사법영역인 수사를 통일적으로 총괄하게 한 것도 그것이 형사사법의 목적달성에 이익이 된다고 보았기 때문입니다.

이는 우리도 마찬가지라고 생각합니다. 검찰에 수사권을 주고, 검사로 하여금 사법경찰을 지휘하도록 한 것은 검찰의 인적구성이 사법경찰보다 더 뛰어나거나 사법경찰의 자질이 부족하거나 사법경찰의 수사능력이 부족하기 때문이 아닙니다. 검찰이 경찰이 될 수 없고 경찰이 검찰이 될

수 없다는 현실을 인정하고 ‘검찰은 머리, 경찰은 손과 발’의 유기적 결합체로 견제와 균형을 이루어 수사하는 것이 행여 수사로 인해 과도하게 침해될 수 있는 국민의 인권을 보호하고 형사사법의 목적달성에 더 효과적이기 때문입니다.

대륙법계 검찰제도를 계수한 우리 법제도 아래에서 ‘검찰의 경찰 수사지휘’는 검찰제도의 핵심이자 전부이고 양보할 수 없는 가치인 것입니다.

Ⅲ. 우리 검찰개혁의 세가지 지향점

1. 검찰의 ‘사법기관(준사법기관)’으로서 정체성 회복 :

‘직접수사 + 사법경찰에 대한 수사지휘 + 공익적 기능 강화’의 조화

가. 잘못된 현실 인식 : 검찰은 수사기관인가?

흔히들 검찰을 ‘수사기관’으로 생각합니다. 일부 검찰 내부구성원들조차 ‘검찰은 수사기관’이라고 말하곤 합니다. 검찰이 수사(수사지휘를 포함)를 하는 것은 맞지만 수사는 검찰이 담당하는 여러 권능 중 하나일 뿐 전부가 아니므로 검찰을 ‘수사기관’으로 부르는 것은 타당하지 않습니다. 프랑스 혁명입법가들도 ‘형사사법의 중심으로서 수사에서부터 형집행에 이르는 전체 단계를 관장하는 국가기관’으로 검사를 법제화하였음은 앞서 살펴본 바와 같습니다.

프랑스어로 검찰을 ‘ministère public’이라고 하는데 직역하면 ‘공익 부(部)’입니다. 프랑스 검찰은 형사사법 외에도 민사, 소송외적 분야에서 실로 많은 역할과 기능을 하고 있고 검찰의 다양한 권한과 역할을 가리켜 ‘1,000개의 색깔을 가진 한 개의 팔레트’(une palette aux mille couleurs)라고 표현하기도 합니다.

특히 행정권의 대표자로서 프랑스 검찰에는 법령의 정당한 적용 여부에 대한 감시·감독 권한이 주어져 있습니다. 국가나 지방자치단체, 공법인과 관련된 소송에서 이들을 대표하는 당사자로 참여하고, 결혼에 대한 무효나 이의, 친권박탈 등 민사소송에도 당사자로 참여할 수 있습니다(주로 공공질서와 공익 관련 사건들로 성년후견절차의 개시와 변경, 친자관계확인, 미성년자 후견절차 등).²⁴⁾ 공증인과 집행관 후보자의 자격심사, 법률구조업무, 사면과 복권도 검찰이 담당하며, 다수

24) 예를 들어, 2008. 6. 2. 릴(Lille) 지방법원 가사재판부는 이슬람 교도인 남편이 ‘아내의 처녀성(virginité)을 문제삼아 역시 이슬람 교도인 부인을 상대로 제기한 혼인무효소송에서 ‘당사자들이 모두 무슬림인 점을 고려할 때 아내의 처녀성은 이들의 주요한 결혼 동기이고 따라서 아내가 남편에게 처녀성을 숨긴 것은 혼인무효사유에 해당한다’며 원고승소판결을 한 바 있음. 이에 대해 당시 프랑스 여성 법무부장관인 라시다 다티는 ‘위 판결은 프랑스 국민 전체 특히 여성의 인권과 관계된 잘못된 판결’이라며 관할 고등검찰청에 항소를 지시하였음(프랑스에서는 각 고등검찰청에 법무부장관의 지시를 받아 특정사건에 대한 항소, 상고제기를 담당하는 민사부가 설치되어 있음). 이에 해당 고등검찰청은 소송의 당사자인 여성이 항소를 원치 않음에도 직권으로 상급 법원에 항소하였고 2008. 11. 17. 두에(Doué) 항소법원은 ‘순결을 숨긴 것은 혼인무효사유에 해당하지 않는다’며 1심 판결을 파기하였음. 그 무렵 파리고등검찰청에서 연수 중이던 필자가 지도검사인 보바이용(Mme. VAUBAILLON)에게 ‘검찰이 이혼사건에도 관여하는 이유’를 문자 보

이해관계자가 관련되는 기업회생이나 파산 절차에도 검사는 ‘공익의 대표자’로서 광범위하게 관여합니다.

검찰 개혁은 ‘공익의 대표자’로서 검찰의 본질과 역할에 부합하여야 하며, 검찰 조직과 권한, 운영, 형사정책 전반에 대한 종합적 고려가 수반되어야 합니다. 우리의 검찰 개혁 논의도 ‘행정부 소속 사법기관으로서의 검찰 정체성 회복’에 그 초점이 맞춰져야 한다고 생각합니다.

검찰의 정체성은 ‘국민의 인권을 보호하는 사법기관’(autorité judiciaire. 다만 검찰이 행정부 소속이어서 ‘준사법기관’이라 하나 기능에 주목하면 ‘사법기관’임. 이하 같은 의미에서 검찰을 사법기관으로 표현함)이라는 것입니다.

검찰의 정체성에 충실한 검찰개혁이란 기본적으로 ① 사법경찰의 수사지휘에 더 엄정하고 더 충실한 검찰, ② 형사사법은 물론 형사사법 외 분야에 이르기까지 ‘공익의 대표자’ 역할을 충분히 감당하는 검찰을 만들어내는 것이라고 생각합니다.

나. 검찰의 직접 수사는 각국 선택 사항 : ‘인지수사의 절제화·광역화’

본래 검사는 사법관이고 검찰은 사법기관입니다. 그런데도 검찰을 ‘수사기관’으로만 여기는 이들이 많은 것은 우리나라 검찰이 직접수사를 많이 해 왔다는 것을 의미하기도 합니다.

검찰제도의 탄생 배경에 비춰 검사의 ‘직접 수사’는 사법관으로서 검찰의 본질과 직접 연관되어 있는 기능은 아닙니다. 검찰의 직접 수사 여부는 각 나라의 문화, 법률시스템, 역사적 배경 등을 토대로 각국이 선택할 사항입니다.

일본의 경우 동경·오사카·나고야 지검에 특별수사부가 설치되어 중요사건을 직접 수사하고, 미국도 뉴욕 검찰청·LA카운티 검찰청 등에서 자체수사인력을 보유하여 부패범죄, 중요경제범죄 등을 수사하며, 영국도 1987년 법무부장관 산하에 SFO를 만들어 중요경제범죄사건에 대한 수사와 소추를 하고 있음

그런데 우리 검찰은 건국 이래 수 십 년간 직접 수사를 담당하면서 중대 범죄로부터 국가와 사회, 국민을 보호해 왔습니다. ‘장영자 어음사기사건 수사’처럼 경제적 피해가 컸던 사건은 물론 외국 어느 검찰도 제대로 해 보지 못한 ‘대선자금수사’처럼 정치적으로 민감한 사건들도 수 없이 수사하였습니다. ‘기업의 비자금’ 수사를 통해 ‘기업이 대주주의 이익만을 위해 존재하여서는 안 된다’는 교훈을 주어왔고, ‘보조금 비리’ 수사를 통해 ‘국민의 혈세’가 낭비되지 않도록 애써 왔습

바이용 검사는 ‘법률의 의미를 확인하고 잘못된 법률적용을 바로 잡는 것(vérifier la loi et corriger)은 검찰의 중요한 임무’라며 형사사건 이외 민사나 가사사건 등 모든 사건에 검찰이 관여하는 것이 당연한 것으로 답변하였음. 프랑스 검찰은 이처럼 명실상부 공익의 대표자로서 기능을 수행함. 르몽드(Le Monde), 2008. 6. 10.자 10면 ‘L’affaire du mariage annulé met Rachida Dati en difficulté’ 참고.

니다. ‘법조브로커’ 수사로 무고한 법조피해자가 발생하지 않도록 노력하였고, 최근에는 ‘자본시장을 교란하는 불공정행위 수사’에도 치중하여 자본시장 투자자 보호에 만전을 기하고 있습니다. 얼마 전에는 ‘가습기 살균제 피해사건 수사’가 많은 국민들로부터 지지를 받기도 하였습니다. 남북이 대치되어 있는 상황에서 자유민주적 기본질서를 침해하는 사범들을 수사하여 헌법가치를 보호하는 데에도 앞장 서 왔습니다. 그 외 ‘먹거리 침해사범 수사’ 등 검찰이 직접 수사를 통해 국가와 사회, 국민을 보호해 온 역사는 나열하기 힘들 정도입니다.

수 십 년간의 직접 수사로 우리 검찰은 다양한 분야의 수사 노하우와 수사 기법을 축적하였습니다. 거기에 직접 수사를 지원하는 과학수사시스템과 직접 수사를 담당하는 검사, 수사관들의 열정까지 겹쳐 외국의 그 어떤 검찰도 따라오기 어려운 수준의 수사능력을 갖추었다고 생각합니다.

검찰의 직접 수사 여부는 검찰 제도의 본질에서 필연적으로 파생하는 것이 아니라 선택 사항이지만 우리의 경우에는 ‘검찰이 바로 서야 나라가 바로 선다’고 평가받을 정도로 검찰의 직접 수사는 이미 우리 검찰에서 떼어내기 어려운 수준에 이를 정도로 검찰의 본연의 임무가 되었다고 여겨 집니다. ‘검사의 직접 수사와 사법경찰에 대한 수사지휘’가 모두 검찰 본연의 업무로 자리 잡았는데 이는 외국 검찰에서는 찾아보기 어려운 것으로 우리나라 검찰만의 고유한 특징이 되어 버렸습니다(‘한국적 검찰제도의 정립’). 일부 정치적 사건 수사가 논란이 되고 검찰이 논란의 중심에서 비판받지만 그것이 아니라 다수 국민들에게 이익이 돌아가는 일반적인 직접 수사와 관련해 국민이 검찰의 직접 수사 자체를 나무라는 것을 들어본 적은 없는 것 같습니다.

하지만 검찰이 직접 수사에 너무 치중하다보니 ‘공익의 대표자, 사법기관’으로서 검찰이 본래 지녀야 할 정체성을 잃어버리는 문제가 발생합니다. 검찰을 경찰에 준하는 수사기관으로만 인식한 나머지 헌법상 ‘영장청구권을 검사에게 인정한 배경’을 도외시한 채 ‘사법경찰에도 독자적 영장청구권을 인정하는 것이 타당하다’는 주장도 그러한 안이한 인식에 기인한 바가 큼니다.

이제 와서 우리 검찰이 직접 수사를 포기하는 것은 상상하기 어렵습니다. 국가적으로도 큰 손실이고 검찰이 직접 수사를 포기하는 순간부터 국가, 사회를 위협하는 더 큰 대형 비리들이 자라날 것입니다. 그렇다고 지금까지 해 온 것처럼 마냥 직접 수사에 치중할 수만도 없습니다.

정답은 ‘검찰의 직접 인지 수사’를 ‘절제화·최소화’하고 ‘경찰 수사지휘’라는 본연의 검찰 기능에 더 많은 노력을 기울이는 것입니다. 검찰의 직접 수사 기준을 만들어 정말 검찰이 나서야 할 사건만 직접 수사를 하고 그렇지 않은 사건들은 과감히 경찰 지휘를 통해 수사할 필요가 있습니다. 이를 위해서는 근거 법률의 마련, 경찰의 수사능력 향상, 경찰이 제대로 수사를 할 수 있도록 감시하고 통제할 수 있는 장치의 보완 등이 선행되어야 하며 관련 법률 개정도 뒤따라야 할 것입니다.

검찰의 직접 수사 최소화·절제화는 ‘관할의 광역화’가 이루어질 때 더 빛이 납니다. 프랑스의 재정경제범죄 거점수사부(pôle financier)는 전국 단위의 중요경제범죄사건을 수사합니다. 이를 위해 프랑스는 광역관할법원(JIRS)도 신설하였습니다. 그런 점에서 ‘고검 단위의 검찰 인지수사 개

편'(광역관할의 신설)은 충분히 검토할 가치가 있습니다.

결론하여, 우리 검찰의 사법기관으로서 정체성 회복을 위해서는 '검찰의 직접 수사와 실질적 경찰 수사지휘의 조화, 검찰의 공익적 기능 강화'에 초점이 맞춰져야 하는 것입니다. 저는 이것이 검찰개혁의 요체가 되어야 한다고 생각합니다.

다. 한가지 : 검찰과 경찰의 올바른 관계정립 및 실질적 수사지휘를 위한 제언

검찰이 사법기관으로 탄생하게 된 배경은 '경찰에 대한 관리감독'이었습니다. 그런데 검찰이 경찰을 제대로 지휘하고 통제하기 위해서는 프랑스의 사례에서 보는 것처럼 그에 효과적인 수단이 요구됩니다. 하지만 우리의 경우 검찰이 경찰 수사를 제대로 통제하기 위해 필요한 장치들이 마련되어 있지 않습니다. 경찰이 검찰 지휘를 지키지 않아도 사실상 이를 강제할 방법이 없습니다.

검찰이 직접 수사를 최소화·절제화하고 종전 검찰이 해 오던 직접 수사를 경찰에 지휘해 수사를 하며, 기타 일반 사건에서도 검찰이 경찰을 제대로 지휘하기 위해서는 우선적으로 경찰이 검찰 지휘를 성실히 이행하지 않을 경우 이를 강제할 수 있는 법률 방안들이 갖춰져야 합니다.

프랑스와 같이 우리도 사법경찰과 행정경찰을 기능적으로 분리하고 검찰이 사법경찰에 수사권을 부여하거나 사법경찰의 인사에 관여하는 등의 방법으로 사법경찰을 지휘할 수 있다면 지금보다 훨씬 검찰은 실질적으로 경찰을 수사지휘할 수 있게 될 것입니다.

그와 같은 방안들이 마련되고 경찰 수사지휘에 대한 믿음이 축적된다면 언젠가 검찰의 직접 수사기능 전체가 경찰에 이관되고 검찰은 사법경찰을 지휘하는 방식으로만 수사를 할 날도 올 수 있을 것입니다. 그에 비례해 검찰은 형사사법이 아닌 더 많은 분야에서 '공익의 대표자'로서 역할을 할 수 있을 것입니다.

검찰의 사법기관으로서 정체성 회복 그리고 올바른 검찰과 경찰의 관계 재정립을 위해서는 반드시 검찰이 사법경찰을 실질적으로 지휘할 수 있는 법률장치들부터 선행되어야 하는 것입니다 (그럼에도 현실은 '최근에 종전 경찰이 해 오던 검찰사건 피의자 호송업무를 더 이상 하지 않게 되어 검찰에 호송인력을 추가로 설치하는 등' 검찰과 경찰의 관계가 계속 멀어져 가는 것 같아 안타까움).

2. 검찰의 정치적 중립성 확보

가. 검찰 독립이 중요한 이유

국민들이 '검찰개혁이 필요하다'고 판단하는 배경 중 하나는 '검찰이 정치권력에 예속되어 특히 정치적으로 민감한 사건 수사에서 공정하지 못하다'는 것일 겁니다. 수사의 결론은 증거관계와 법리를 종합해 결정되므로 '그와 같은 수사결론이 타당한지'는 주임검사가 가장 잘 알 수밖에 없습

니다. 증거를 보지 못한 검사가 주임검사의 수사결과를 함부로 판단하기 어려운 이유도 이와 같습니다. 따라서 ‘정치적으로 민감한 사건 수사에서 검찰이 공정하지 못하다’는 평가는 맞을 수도 있고 틀릴 수도 있습니다.

전 프랑스 검찰총장 장 루이 나달은 ‘검찰의 독립이 없으면 불평부당함이란 것도 없고, 불평부당함이 없으면 정의도 없다’고 말하였습니다. 1990년 대 초 이탈리아의 유명한 반부패수사 ‘마니 폴리테(*mani pulite*, 깨끗한 손)’가 성공할 수 있었던 것은 밀라노 검찰청 검사들의 용기와 열정 덕분이었지만 인사상 전보조치나 불이익이 없이 수사할 수 있도록 검사들의 독립성이 보장되었기 때문이라고 평가하는 의견이 많습니다. 최순실 국정농단 사건 특별검사팀의 거칠 것 없는 수사행보에 대해서도 같은 해석이 가능할 것입니다.

검찰 독립의 문제는 기본적으로 검찰과 정치권력의 관계에서 비롯되는 것인데 이는 대륙법계 검찰제도가 존재하는 국가들의 공통된 문제라고 해도 과언이 아닙니다. ‘정치적으로 민감한 사건 수사에서 검찰이 공정하지 못하다’는 비판이 사실일 수도 아닐 수도 있지만 그와 상관없이 제도를 바꿔 위와 같은 비판 자체가 발생하지 않을 수 있다면 적극적으로 제도개선을 검토함이 타당할 것입니다.

나. 정치적 중립성 확보의 요체 : 인사제도 개선과 프랑스의 C.S.M.

많은 분들이 검찰의 정치적 중립성 확보 방안으로 ‘인사제도의 개선’을 주장합니다. ‘집권자들이 인사권 행사를 통해 검찰에 부당한 영향력을 행사할 수 없도록 이를 차단하여야 한다’는 취지로서 타당한 지적입니다.

구체적 방법으로 ‘검사장의 주민투표제’가 거론되는데 ‘사법영역인 검찰수사가 도리어 정치에 종속될 우려가 크다’는 점에서 ‘선거를 통한 검사장 선출’은 바람직하지 않습니다. ‘내 편 네 편 가르기’에 익숙한 우리 선거문화를 감안하면 ‘검사장 선거’는 긍정적 효과보다 부정적 피해가 더 클 것으로 예상됩니다.

프랑스에서는 1883년 제3공화국 때부터 사법권 독립을 위한 헌법기관으로 최고사법평의회(Conseil Supérieur de la Magistrature, C.S.M.)를 두어 고위직 등의 사법관 인사를 하고 있습니다. 1993년 헌법 개정으로 법원 분과와 검찰 분과가 신설되었고 처음에는 대통령이 위원장이었으나 2008년 헌법개정으로 대통령의 위원장직이 폐지되었습니다.

최고사법평의회는 기본적 법률근거는 1994. 2. 5. 제정된 조직법입니다. 현재 법원분과의 위원장은 대법원장(정확히 ‘파기법원장’)이고, 검찰 분과의 위원장은 검찰총장(정확히 ‘최고법원인 파기법원에 부치되어 있는 검찰청의 장’)입니다. 최고사법평의회는 위원 수는 15명(사법관 7명 + 외부위원 8명)으로 외부위원이 더 많습니다. 외부위원은 국참사원(Conseil d'Etat)위원, 변호사 및 대통령, 상원의장, 하원의장이 각 2인씩 지명하는 위원들로 구성됩니다. 내부위원인 사법관들은 각 직급별(프랑스 검사는 우리의 검사장에 해당하는 고위직, 차장검사와 부장검사에 해당하는 1급 검

사, 평검사에 해당하는 2급 검사로 구성됨)로 지명된 선거인단(법원 분과의 경우 160명, 검찰 분과의 경우 80명)이 선거를 통해 선출합니다(위원장인 검찰총장 제외).

법무부의 검사 인사계획안이 사전에 후보자의 명단과 함께 최고사법평의회에 제출되고 보고자로 지정된 위원은 후보 사법관에 관한 모든 서류를 검토할 수 있으며 법무부에 후보 사법관의 근무평정결과제공도 요청할 수 있습니다.

최고사법평의회는 사법관인사에 관한 심의결과는 매년 연례보고서로 작성되어 일반에 공개됩니다. 다만 법원 분과와 달리 검찰 분과의 경우 최고사법평의회는 검토결과(제안)는 권고적 효력 (simple avis)만 있고 후보 사법관별 ‘적합, 부적합’ 의견으로 제시됩니다.

2008년 헌법 개정에 따라 검찰총장과 고등검사장은 최고사법평의회 의견에 반드시 참고하여야 하고, 내각회의(우리의 국무회의) 의결을 거쳐 대통령이 임명하며, 그 외 검사인사는 최고사법평의회 의견을 받아 법무부가 행합니다.

한편 프랑스는 1958년부터 법무부에서 독립된 기관으로 승진심사위원회를 설치하였습니다. 승진심사위원회는 최고사법평의회와 달리 20명의 내부 사법관들로만 구성되는데 비공개로 심사위원회를 개최한 뒤 심사결과를 토대로 승진대상자별(승진대상자 확정)은 최고사법평의회 승인을 받아야 함) 서열을 매겨 법무부에 송부하고 법무부는 이를 바탕으로 승진인사를 합니다. 승진심사 대상자는 내부적으로 공개됩니다.

① 검찰(정확히 사법관 전체)의 고위직 인사를 심의하는 기관이 헌법기관으로 설치되어 독립성이 보장되어 있다는 점, ② 선거를 통해 선출된 직급별 내부 대표가 고위직 인사에 참여하여 내부 구성원들의 의사가 고위직 인사에 반영된다는 점, ③ 내부 인사보다 많은 외부위원들이 고위직 인사에 관여해 인사평가를 한다는 점, ④ 대통령은 최고사법평의회 심의결과에 기초하여 고위직 인사를 한다’는 점은 검찰의 정치적 중립성 확보를 위한 인사개편 방안으로 참고할만합니다.

3. 검찰 통제의 강화

가. 국민의 검찰권 행사 참여 확대 : 검찰권 행사 통제의 주체는 ‘국민’

검찰의 정치적 중립성과 독립 확보가 매우 중요하지만 그에 못지않게 검찰권에 대한 통제도 필요합니다. 기본적으로 행정부 소속인 검찰이 정부와 계속 갈등을 빚거나 과도하게 권한행사를 하는 현상 역시 바람직하지 않기 때문입니다.

다만 검찰권에 대한 통제 주체는 ‘국민’이어야 한다고 생각합니다. 현재 각 검찰청에 설치되어 있는 ‘검찰시민위원회’를 확대개편하여 검찰의 직접 수사 관련하여서는 ‘과연 검찰이 직접 수사할 가치있는 사건인지’ 의견을 구하도록 하거나(수사심의회 기능의 추가) 미국의 기소배심제를 참고하여 일정 기준을 정해 필요적으로 국민의 기소 의견을 듣도록 하거나 일본의 검찰심사회를 참조

하여 일정 기준 해당사건을 불기소하는 경우에는 필요적으로 국민의 의견을 듣는 식의 방안도 검토해 볼 필요가 있습니다. 물론 법률적 근거가 마련되어야 합니다.

모든 권력은 주권자인 국민으로부터 나오고 국민의 의사에 부합하여야 합니다(대한민국 헌법 제1조 참고). 검찰개혁의 요체는 검찰권 행사가 법과 원칙은 물론 국민들의 뜻에 부합되도록 하는 것이어야 하고 이에 국민들에게 검찰권 행사의 일정 부분을 되돌려 줄 필요가 있습니다.

현재 검찰이 기소한 사건에 대해서는 법원이 유무죄 평가를 하고, 검찰이 불기소한 사건에 대해서는 항고와 재정신청, 헌법소원을 통해 불기소처분의 당부를 심사받습니다. 일선에서는 기소나 불기소 등 사건처분을 하면서 검찰의 결정이 사후적으로 ‘어떤 평가를 받을지’까지 깊게 고민하며 신중한 처리를 위해 노력하고 있습니다. 국민의 형사절차 참여는 세계적 추세입니다. 지금의 제도만으로 부족하면 보다 많은 국민들이 검찰결정에 더 깊이 관여할 수 있는 장치를 만들어 국민의 통제를 받는 것이 합당할 것입니다.

나. 검찰 내부 구성원 비리에 대한 엄정 대응 : 공수처는 ‘無用’하다

일부이기는 하지만 검찰 구성원들의 상상하기 힘든 부정부패로 국민들이 검찰에 크게 실망하였고, 그것이 검찰개혁요구의 계기 중 하나가 되었음을 검찰 구성원들도 잘 알고 있습니다.

이에 공수처설치 법안들이 국회에 제출되어 있는데, 법률안에 따라 조금씩 차이는 있으나 ‘공직자 부패범죄를 대상으로 한다는 점/ 국회가 주도한다는 점/ 기소법정주의의 채택/ 검찰과 공수처의 수사경합시, 공수처로 이관하여야 한다는 점/ 공수처장의 국회출석 보고의무를 규정하고 있다는 점’ 등이 눈여겨 볼 부분이 아닌가 싶습니다.

그런데 ‘검찰 구성원의 부패’에 대한 대안으로 공수처를 설치하는 것이라면 굳이 검찰과 공수처의 수사경합시, 공수처로 사건을 이관하여야 하고 검찰의 부패수사기능까지 배제할 필요가 있는 것인지 의문입니다. 그간 검찰이 담당해 온 공직자 비리 등 부패수사는 나열하기 어려울 정도로 많습니다. 그만큼 검찰에는 부패수사의 경험과 노하우가 축적되어 있는 상황입니다. ‘검찰이 부패범죄수사에서 손을 놓는 것’이 과연 국민의 뜻인지도 의문입니다. 검찰 구성원들의 부패를 견제하기 위한 목적을 벗어나 검찰의 중요수사기능까지 무력화하고 있어 현재의 공수처설치 법안들은 ‘목적과 수단’이 불일치합니다.

또한 우리 형사소송법은 검찰에 의한 기소단일과 기소재량을 인정하고 있습니다. 기소재량은 사법기관으로서 검찰의 정체성을 보장하고(프랑스도 혁명 직후 기소법정주의를 채택하였으나 넘쳐나는 공판사건의 문제점과 검사의 사법관으로서 역할이 정착되면서 기소재량을 인정하였고 오늘에 이르러서는 형사정책적 기능까지 추가되어 그 재량의 폭이 더 넓어졌음) 사건의 실체에 가장 부합한 처분을 가능하게 하는 장치입니다. 공수처설치 법안들은 유독 공직자들에 대해서만 기소법정주의를 채택하고 있는데 특정범죄가중처벌등에관한법률이나 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 등 무거운 범죄를 제쳐두고 사건의 경중을 따지지 아니한 채 공직자의 부패범죄에 대해서만

기소법정주의를 채택한 합리적 이유를 찾기 어렵고(목적의 정당성 결여. 법률안이 그대로 실현된다면 예를 들어, 5만원짜리 직무관련성있는 식사대접을 받은 공무원의 청탁금지법위반사건도 공수처가 수사하고 반드시 기소하여야 하는 것임) 수 많은 공직자 중 기소법정주의의 대상인 공직자와 아닌 공직자의 구별기준도 입법자에 따라 달라질 수 있으며(수단의 부적절성, 합리적 이유없는 차별금지위반), 단순히 ‘공직자’라는 이유만으로 사건의 경중에 관계없이 모두 재판을 받아야 한다(앞서 언급한 공무원의 청탁금지법위반 사건 등 참고. 과잉금지원칙 위배)는 점에서 헌법상 평등의 원칙 등에 반해 위헌소지를 배제하기 어렵다고 봅니다.

아울러 공수처설치 법안은 공수처의 설립과 운영 등에 국회의 폭 넓은 관여를 인정하고 있고, 검찰총장과 달리 공수처장이 국회에 출석하여 보고하도록 하고 있습니다. 이는 국회가 사법영역인 수사를 주도하는 것이어서 헌법상 권력분립에 반합니다. 그리고 객관적 증거와 법원칙에 충실하여야 할 사법이 정치논쟁에 휘말려 정치적 힘에 의해 처벌받는 피해자가 발생할 가능성도 배제하기 어렵습니다(국회 임명 공수처장의 정치적 성향에 따른 사건 왜곡 가능성).

정치지형(예컨대 여소야대, 여대야소 등)은 선거에 따라 변하기 마련인데 정치상황과 맞물려 한쪽이 다른 한쪽을 타격하기 위한 수단으로 악용될 소지도 크다고 생각합니다(공수처의 사찰기구화).

공수처에는 여러 기관(검찰, 경찰, 국세청 등)에서 파견된 인력들이 함께 근무를 하게 될 것인데 수사대상이 어느 기관 소속인지에 따라 내부 불협화음, 수사기밀누설 등의 부작용도 발생할 수 있습니다.

강제수사를 위해서는 어쩔 수 없이 공수처에 검사가 나가야 하므로 공수처는 태생적으로 제2의 검찰과 다를 바가 없다고도 할 것입니다(‘屋上屋’의 기관).

공수처는 수 십 년간 다져온 검찰의 부패수사역량을 절대 따라올 수 없다고 생각합니다. 검찰이 부패수사를 제대로 못하고 공수처도 제 기능을 못한다면 부패범죄를 저지르고 있는 공직자들이 넘쳐나게 됩니다. 공직자의 부패는 결국 국가와 사회, 국민들의 부담과 피해로 귀결됩니다.

그런데 관점을 돌려 생각해보면, 굳이 공수처를 설치하지 않더라도 검찰 구성원들의 부패를 얼마든지 견제할 수 있다는 판단도 듭니다.

우선, 작년 9월부터 청탁금지법이 시행되고 있습니다. 청탁금지법의 시행으로 검찰 공무원은 물론 모든 공직자들의 대가성 없는 금품수수(수수액수가 1회 100만원 초과인 경우 등)가 처벌됩니다. 과거와 달리 거액을 수수하고서도 대가성이 없다는 이유로 처벌을 모면하는 경우는 발생할 여지가 없습니다. 사소한 식사대접도 직무관련성 여하에 따라 과태로 처분과 엄중한 내부징계를 받게 되므로 대부분의 공무원들은 지인들과의 점심약속도 꺼리는 실정입니다. 요컨대, 청탁금지법의 시행으로 검찰이 공직자 부패범죄(검찰 구성원의 부패범죄를 포함하여)에 더욱 엄정하게 대응할 수밖에 없는 여건이 만들어졌고 공무원들 스스로 자기관리에 더욱 신경써야 하는 상황이 되었으므로 여러 문제를 무릅쓰고 추가로 부패범죄수사기구를 설치하여야 할 필요성이 반감되었다고 봄이 타당합니다. 아울러 이미 시행 중인 특별검사나 특별감찰관제도를 잘 활용하면 굳이 공수처

를 새로 설치하지 않더라도 공수처를 설치한 것 이상의 효과를 거둘 수 있습니다.

제도보완이 필요하다면 ‘① 대검찰청 소속 검찰본부를 외부로 분리시켜 실질적 독립을 보장하고 검찰 구성원들의 비리수사만 전담하게 하거나, ② 검찰 구성원에 대한 검찰의 불기소처분시, 필요적으로 시민위원들의 심사를 거치게 하거나, ③ 이에 대해 특별감찰관에게 재정신청권한을 주는 방안’ 등을 추가로 검토할만합니다. 물론 이 또한 심도있는 논의를 거쳐 법률적 근거를 마련하여야 합니다.

요컨대, 공수처는 무용한 기관이 될 가능성이 매우 높습니다. 지난 20년간 공수처설치에 관한 논의가 이어져왔음에도 매번 무산된 것도 공수처의 유용성에 대한 깊은 우려가 말끔히 해소되지 못하였기 때문일 겁니다.

지금은 과거와 달리 보완적인 조치들이 이루어져있어 공수처를 설치하지 않더라도 특별검사나 특별감찰관 등 이미 가동 중인 제도를 잘 활용하거나 현재의 틀 안에서 제도를 개선하는 것만으로도 공수처를 설치한 것과 같은 효과를 낼 수 있습니다. 공수처설치에 따른 이득과 지불하여야 할 비용을 면밀히 따져보아야 합니다.

IV. 마무리하며

1. 정확한 진단 그리고 진단에 부합한 처방

검찰 개혁의 성공을 위해서는 무엇보다 정확한 진단과 진단에 부합한 처방이 중요함을 강조합니다. 검찰에 대한 국민들의 불신은 ‘검찰 내부 구성원의 부패와 검찰의 정치적 종속에 대한 우려’ 등에서 비롯된 것이라 생각합니다. 검찰의 직접 수사나 검찰의 사법경찰에 대한 지휘 자체에 문제가 있어서 그런 것이 아닙니다. 정확한 진단과 진단에 부합한 처방이 이루어져야 검찰 개혁의 당위가 확보되고 결국 개혁도 성공할 수 있을 것입니다.

2. 검찰 본연의 임무를 ‘살리기’ 위한 개혁

개혁은 ‘환부’를 도려내고 새살을 돋게 하는 외과수술식 개혁이어야 합니다. 검찰은 사법기관으로 경찰 수사를 지휘하고 감독하여야 할 책무를 부담하고 있습니다. 이는 프랑스 등 근대검찰제도를 계수한 모든 나라에 공통된 임무입니다. 더 나아가 우리의 경우 검찰은 수 십 년 간 직접 수사를 통해 범죄로부터 국가, 사회, 국민을 보호하였고 높은 수준의 수사역량과 수사시스템도 갖추고 있습니다. 검찰의 직접 수사는 이미 우리 사회를 지탱하는 큰 기둥이 되었다고 할 것입니다. 수사

지휘와 직접 수사가 우리 검찰 본연의 업무로 자리 잡은지 오래된 것입니다.

그렇다면 검찰 개혁은 검찰이 검찰 본연의 임무에 제대로 충실할 수 있도록 도움을 주는 방향으로 이루어져야 합니다. 좋은 것은 살리고 나쁜 것만 없애야 하는 것입니다. 검찰이 본래의 기능조차 다 하지 못하게 만들어버리는 것은 ‘개혁’이 아닙니다. 검찰이 정치에 휘둘리지 않고 국민 눈높이에 충실하게 본연의 업무를 다 할 수 있는 방안을 찾는 데 검찰 개혁의 중심을 두어야 할 것입니다.

3. ‘법원·경찰 및 대륙법 체계’의 큰 틀에서 종합적·점진적으로 논의할 과제

특히 대륙법계 형사사법에서 ‘수사와 기소, 재판’은 사람의 몸을 구성하는 장기들처럼 서로 유기적으로 연관되어 있습니다. 검찰의 경찰 수사지휘구조를 바꾸고 검찰의 직접 수사를 제한하는 등 검찰의 위상과 권한, 기능을 변경하는 문제는 필연적으로 경찰의 수사시스템 개편, 특히 증거법제와 재판방식의 변경을 유발합니다. 현재의 소위 ‘수사권조정’ 법률개정안을 보면 대륙법체계를 포기하고 영미법체계를 전면 도입하자는 취지가 아닌지 해석될 지경인데 과연 우리 형사소송법의 모태가 된 대륙법체계를 이제 와서 영미법 체계로 변경할 수 있는 것인지, 영미법 체계가 대륙법체계에 비해 더 우수한 것인지, 지금 상황에서 대륙법체계를 포기하고 영미법체계를 도입하여야만 되는 이유는 무엇인지 알기 어렵습니다.

검찰 개혁은 감정만 앞세워 순식간에 해결할 수 있는 문제가 아닙니다. ‘법원, 경찰’ 등 사법의 큰 틀 안에서 경찰수사 및 재판시스템의 교체까지 염두에 두고 국민적 합의를 거쳐 점진적으로 논의하여야 할 사항임을 다시 한번 강조해 말씀드리고자 합니다. 급할수록 ‘기본’으로 돌아가야 합니다.

토론을 마무리하겠습니다. 세계 최고 권위를 자랑하는 국제형사법학회(AIDP)는 1989년 비엔나 정기총회에서 ‘사법조직과 형사소송의 관계’에 관한 결의문을 채택한 바 있습니다.

**「수사기관은 소추기관, 재판기관의 지휘에 따라 수사하는 것이 필요하다.
개인의 자유에 대한 모든 침해행위는 사법기관의 통제에 따라야 한다」**

검찰의 경찰 수사지휘에 관해 납득하기 어려운 주장들이 제시되고 있는 상황에서 국제형사법학회의 위 결의는 우리에게 검찰개혁의 바람직한 방향을 알려줍니다. 합리적인 검토와 논의로 검찰 개혁이 국가, 사회, 국민 모두에게 진정 이익이 되는 방향으로 성공하기를 기대합니다. 감사합니다.

【토론】

「검찰개혁의 바람직한 방향」 발표문에 대한 토론

박미숙 선임연구위원 (한국형사정책연구원)

1. 토론을 시작하며

바쁘실터인데도 불구하고 발표문 준비를 하시느라 수고하신 한국형사소송법학회 부회장님이신 정웅석 교수님께 감사를 드립니다. 사실 이번 주제는 - 매년 새 정부가 들어설 때마다 개혁논의가 있어왔으며, - 학계에서 다루기가 쉽지 않은 주제로서, 검찰개혁에 대하여 제3자들이 외부에서 왈가왈부한다는 것은 조직생리를 모르는 것이라고 치부되거나, 잘해봐야 본전일 것이라는 게 일반적인 생각인 것 같습니다. 그럼에도 불구하고 검찰개혁이 필요하다는 인식이 널리 퍼져있고 이러한 분위기를 그냥 덮어두는 것도 문제일 거라 생각합니다. 이런 상황에서 검찰제도와 그 운영에 대한 현실적 고민과 더불어 제도적 개선방안에 대한 광범위한 논의를 정리해주신 덕분에 많은 공부가 되었습니다.

지금까지 논의되어온 검찰개혁의 방향은 크게 두 가지로 나누어지고 있습니다. 하나는 검찰의 정치적 중립성과 독립성, 그리고 다른 하나는 검찰권에 대한 바람직한 통제가 무엇인가 하는 것입니다. 사실 이 두가지 개혁의 방향은 지금까지 검찰개혁 내지 쇄신에 대한 핵심적인 사항이라고 할 수 있습니다. 이러한 요구가 줄기차게 그리고 거세게 제기되어 왔던 배경은 그만큼 국민의 검찰에 대한 전반적인 불신이 깊다는 것을 의미하는 것이기도 합니다. 검찰의 정치적 중립성 요구에 대하여는 한시적으로 특별검사제도가 운영되기도 하였습니다. 이러한 개선노력에도 불구하고 검찰이 정치적으로는 중립성을 유지하면서 권위적인 모습으로부터 벗어나 국민과 함께하는 검찰로서의 이미지를 갖추었다고 하기에는 여전히 미흡한 점이 많은 것 같습니다. 검찰 스스로는 99%의 사건처리가 공정했으니 나머지 1%의 정치검사와 정치사건이 99%의 공정성을 앗아먹는 것일 뿐이라고 하면서, 이러한 자신들의 실상을 몰라주는 국민을 원망한다면 신뢰받는 검찰로서 거듭 나기는 어려울 것입니다. 그 나머지 1%의 사건처리에 문제가 있다면 곧바로 이는 국민의 신뢰붕괴로 이어진다는 인식이 그 어느 때보다 절실합니다.

국민들은 다수 일반 서민들에 대한 사건처리도 문제삼지만, 그 보다 더욱 관심을 갖는 사건은 정치인이나 권력기관, 그리고 검찰내부와 관련된 사건들입니다. 검찰권행사의 공정성·중립성·독립성을 느끼는 정도는 바로 영향력 있는 자들에 대한 처리결과에 따라 좌우됩니다. 따라서 개혁의 기본방향설정에 따른 상호 이해당사자의 이해관계를 조정하고, 무엇보다 국민일반의 시각에서 수

공할 수 있는 그러한 구체적이고도 실질적인 방향과 실천적 목표를 제시하는 등의 노력이 필요할 것입니다. 더 이상 검찰개혁에 대한 오래되고 지속적인 논의들을 매번 새롭게 되새겨서는 안 되며, 새로운 정권마다 새로운 개혁구호를 듣게 해서는 안 될 것입니다. 국민의 관점에서 검찰기능을 재조명하고자 한다면 원론에서 시작하여 원론에 충실한 결론을 내리는 수밖에 없을 것입니다. 무엇이 원론인가 하는 문제제기와 원론에 충실한 답안이라는 결론은 결국 검찰의 본연모습에서부터 찾아야 할 것입니다.

그리고 검찰권은 형사사법 정의실현과 인권보호를 목표로 하고 있습니다. 결국 검찰 자체의 사건처리역량을 강화하여 엄정하고도 공정한 법집행을 하고, 인권보호장치를 확보·이행하는 것은 검찰기능과 역할의 본연의 모습임과 동시에 국민의 신뢰회복의 첩경이라고 할 것입니다. 조직 내부에서의 의견이나 상층부에서의 개혁안에 따른 단순한 관련조직의 개편이나 새로운 제도의 폐지 또는 신설 등을 골자로 하는 단순한 법령개정만으로는 부족하며, 검찰권을 제대로 수행하기 위한 구체적인 실행방안을 마련하는 것이 더욱 중요합니다.

이하에서는 발표자의 귀중한 의견에 대하여 몇 가지 궁금한 점을 여쭙는 길로 토론에 갈음하고자 합니다.

2. 공감과 궁금점

가. 특별수사기구 논의와 관련하여

발표문에서 논의대상으로 삼은 수사구조개편이나 고위공직자비리수사처 설치 문제 등은 결국 검사의 지위와 기능에 대한 현행법의 태도가 무엇인가에서 출발하지 않으면 안 된다는 입장에는 누구도 이견이 없을 것입니다. 수사 및 공소제기의 기본원칙에 대하여는 비교법적으로 각국의 법 문화와 역사에 따라 차이를 보이고 있지만, 사법업무의 부담이나 절차의 신속을 위해 기소재량을 인정하는 방향으로 흘러가고 있습니다. 우리나라의 경우 형사소송법 제정 당시부터 검찰권행사에 있어서 기소편의주의와 기소독점주의를 인정하면서, 다만, 검찰권 행사에 대한 법원의 개입이나 검찰 자체의 통제방안 등이 무엇인가에 논의를 집중하였으며, 이로써 검찰권행사의 공정성을 기하고자 하였습니다. 물론 당시에도 기소편의주의가 악용될 수 있지 않느냐 하는 우려도 없지는 않았지만, 크게 걱정할 것은 아니며, 또한 모든 사안을 기소하는 것도 인간사회에 맞지 않는다고 보았습니다. 결국 오늘 검찰개혁방안에 대한 논의 자리는 그동안 있어왔던 검찰권 행사에 대한 불신과 동시에 반성의 자리임을 재확인하게 됩니다.

국가형벌권 행사의 공정성문제는 다른 나라에서도 예외 없이 중요한 문제이기는 하지만 우리나라에서 이토록 검찰권 행사 문제의 공정성 시비가 끊이질 않고 있는 이유를 보면 그 운용의 묘를 살리지 못한 책임이 일차적으로 검찰에 있다고 보는 것은 어쩌면 당연하기도 합니다. 현재 수사구

조 개편이나 특별수사기구의 설치 논의는 이러한 검찰권행사의 적정성에 대한 회의에서 비롯된 것이라고 할 것입니다.

그런데 지금까지 논의되어온 특별수사기구의 형태를 보면 검찰개혁 측면에서 대부분 과도기적 제도로서 평가되곤 합니다. 검찰개혁이 자리를 잡게 되면 중국적으로 그 존재이유를 찾기 어려울 것이라는게 그 이유입니다. 이에 더하여 발표자께서는 특별수사기구의 논의를 잠재울 수 있는 획기적인 방안에 대하여 고민해보신 적이 있으시다면 말씀해주시면 감사하겠습니다.

나. 직접수사사건 축소방안과 관련하여

발표문에서 제시한 의견조사 결과와 마찬가지로 이미 2004년 한국형사정책연구원에서 조사 발표한 연구자료에 따르면 (황지태 외, “검찰권 행사와 운용실태에 대한 인식과 평가”, 2004) 전반적으로 일반국민들은 검찰에 대하여 갖는 신뢰도가 중하위에 머무는 것으로 나타났으며, 또 사법제도의 공정성에도 그 접촉 경험이 있는 경우에 좀더 부정적으로 생각하고 있는 것으로 나타나, 사법제도 개선이 필요하다는 인식을 갖고 있는 것으로 나타났습니다(약 78%). 또 검찰의 독립성에 대하여는 상당히 부정적인 입장을 취하고 있는 것으로 나타났는데, 일반 국민의 약 80%정도가 검찰이 사건처리시에 정치권으로부터 영향을 받고 있다고 봅니다.

다만 부패범죄, 금융범죄 그리고 마약 및 조직폭력 범죄등 주요범죄사건에 대하여는 검찰이 처음부터 직접 수사함이 더 신뢰를 준다는 의견이(응답자의 38.3%) 경찰이 수사하는게 더 신뢰를 준다는 의견(30.5%)에 비하여 많은 것으로 나타났습니다. 실무상으로도 이들 주요사건에 대한 수사는 검찰의 직접 수사활동의 주된 대상입니다. 사실 검찰권 행사의 역량이 주요범죄사건에 집중되어 있는데도 불구하고 불신을 받고 있는 것은 결국 운용의 묘를 살리지 못한데서 비롯되는 것은 아닌가를 의심해볼 수 있습니다. 합리적이고도 엄정한 사건처리역량을 강화하여 검찰본연의 모습을 찾는 것이 필요합니다. 검찰의 사건처리 역량강화는 검찰업무처리 전반의 질적 관리를 통해서 이루어집니다.

발표문에서는 이와 관련하여 직접수사사건을 축소하는 방안을 제시하고 계신데, 이러한 방안이 검찰의 사건처리 역량을 강화하는 방안으로서 어떻게 기능할 수 있는지 궁금합니다.

다. 기소재량 통제방안과 관련하여

발표문에 의하면 기소재량 통제를 위한 국민참여제도 도입여하 등에서 일본의 검찰심사회나 소추심사위원회, 그리고 미국식 대배심제도 도입을 고려할 수 있다고 합니다. 검찰심사회제도 및 대배심제도 등의 도입여하에 대하여는 법체계와의 부합성과 그 실효성 등을 이유로 도입하기 어려운 측면도 있습니다. 일본의 검찰심사회제도 도입과 미국의 대배심제도의 도입을 위해 법체계상으로 보완되어야 할 점이 있는지 말씀해주시기 바랍니다.

라. 거약척결(?)의 구체적 실행방안과 관련하여

마지막으로 검찰에 대한 국민의 불신과 이에 터잡은 불신해소를 위한 구체적 요구는 발표자께서 말씀하시는 거약척결요구와 인권보장에만 머무는 것인지, 검찰에 대한 불신야기 요소를 거약척결로 해소하려는 것이야말로 굉장히 추상적이고 오히려 검찰권의 공정한 행사보장의 내용을 한마디로 묶어 처리함으로써 국민적 요구를 추상화하게 되는 우려는 없는지, 위에서 말한 보다 구체적인 실행방안이 무엇인지 알고 싶습니다.

감사합니다.

제2주제

독립적 특별수사기구 도입 논의

- 장 영 수 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

독립적 특별수사기구 도입 논의

장영수 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

차례

I. 문제상황

II. 검찰개혁의 의미와 방향: 외부적 통제인가 권력의 분산인가

1. 검찰개혁의 의미와 필요성
2. 외부적 통제: 검찰권력의 올바른 행사를 위한 개혁
3. 권력의 분산: 비대한 검찰권력의 완화를 위한 개혁

III. 검찰권의 이원화: 독립수사기관 설치의 의미와 장단점

1. 검찰개혁의 논의와 독립수사기관으로서의 고위공직자비리수사처 신설 주장의 의미
2. 고위공직자비리수사처 설치에 대한 찬성 논거
3. 고위공직자비리수사처 설치에 대한 반대 논거

IV. 법률에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 가능성과 한계

1. 역대 국회의 고위공직자비리수사처 법안 발의와 그 의미
2. 법체계적 정당성의 문제
3. 제도의 실효성 문제

V. 헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 의미와 구체화 방안

1. 헌법상의 독립기관이 갖는 의미와 기능
2. 고위공직자비리수사처가 헌법상 독립기관으로 구성될 경우의 장단점
3. 헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 구체적 방안

VI. 결론

I 문제상황

최근 검찰개혁이 다시금 화두가 되고 있다. 비록 대통령에 대한 탄핵심판과 조기대선, 그리고 국회에서 30년 만에 개헌특위가 구성되어 활동을 시작함에 따라 개헌까지 국민의 관심을 모으고 있는 상황에서 잠시 검찰개혁에 대한 관심이 가려지는 측면은 있다. 하지만 검찰개혁에 대한 관심 자체가 사라진 것은 결코 아니라고 보아야 할 것이며, 조만간 검찰개혁 문제가 수면 위로 부상하게 될 것은 분명해 보인다.

검찰개혁 문제는 이미 오래 전부터 사법개혁의 일환으로서,¹⁾ 또는 검경 수사권조정 문제 등과 관련하여²⁾ 여러 차례 제기되었다. 그럼에도 불구하고 만족할 만한 성과는 없었고, 진경준 검사장이나 홍만표 변호사, 우병우 민정수석 등의 경우처럼 전현직 검찰간부의 비리 문제는 국민들에게 더 심각하게 느껴지고 있다.³⁾ 이런 상황에서 검찰개혁과 관련한 특단의 조치가 요구되고 있는 것은 결코 뜻밖의 일은 아니다.

물론 그동안 변화가 없었던 것은 아니다. 검찰개혁의 일환으로 검찰총장의 임기제를 도입한 것⁴⁾이나 검찰총장의 임명과 관련하여 국회의 인사청문회를 거치도록 한 것,⁵⁾ 특검제도의 도입⁶⁾ 등은 검찰개혁의 노력이 적지 않았음을 보여주는 것이다. 그럼에도 불구하고 국민들은 요구한다. 개혁을 위해 투입한 노력을 말하지 말고, 개혁의 결과 무엇이 달라졌는지를 보이라고.

더욱이 최순실 게이트와 관련하여 검찰의 행보는 국민의 불신과 불만을 크게 증폭시켰다. 언론에서는 검찰의 수사에 대해 ‘봐주기 수사’, ‘늦장 수사’라고 직격탄을 날렸고,⁷⁾ 최순실의 태블릿

1) 경실련·참여연대·한국공법학회·한국헌법학회 공동주최, 『국민을 위한 사법개혁 대토론회』(1999.2.23.); 사법개혁국민연대, 『참여정부의 출범과 사법개혁의 과제』, 2003; 대검찰청, 『국민을 위한 바람직한 형사사법제도의 모색 -사개추위안에 관한 검찰 의견』, 2005.5; 사법제도개혁특별위원회, 『국민을 위한 사법제도개혁 - 검찰관계법 공청회』(2010.4.13.); 사법개혁 실현을 위한 인권시민사회단체 공동대책위원회·박영선의원·김학재의원·신건의원 공동주최, 『권력형 비리본 검찰개혁의 필요성과 대안 토론회』(2011.6.9.); 민주사법연석회의·노회찬의원·이용주의원 공동주최, 『제2차 민주적 사법개혁 연속토론회: 검찰개혁 이렇게 하자』(2016.11.11.) 등 참조.

2) 수사권조정자문위원회, 『검·경 수사권조정에 관한 공청회』(2005.4.11.); 경찰청, 『합리적인 수사권 조정방향 -경찰의 수사 주체성 인정 및 검·경간 상호협력관계 설정-』, 2005; 대검찰청, 『검·경 수사권조정자문위원회 활동경과에 대한 보고 및 의견서』, 2005; 더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF, 『검경개혁과 수사권 조정, 공수처 설치 방안 토론회』(2016.8.10.) 등 참조.

3) 특히 여론조사 결과 최순실사태 이후 검찰개혁(30.3%)이 관료개혁(24.0%)이나 언론개혁(15.9%), 재벌개혁(11.7%)보다 더 시급한 것으로 꼽히고 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 이에 관하여는 한겨레신문 2017.1.2. 보도(<http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/777060.html> 최종방문 2017.1.30.) 참조.

4) 검찰총장 임기제는 1988년 검찰청법 개정을 통해 도입되었으며, 그 취지는 2년의 임기를 보장하고 중임을 금지함으로써 검찰 수사가 정치권력으로부터 독립되도록 한다는 것에 있다.

5) 2003년 국회법 개정을 통해 국회에서 국가정보원장, 경찰청장, 국세청장과 더불어 검찰총장 후보자에 대해서도 인사청문회를 통한 검증 제도를 도입하였다(국회법 제65조의2). 이후 국회법 개정에 의해 인사청문회의 대상은 더욱 확대되었다.

6) 특검제도는 개별특검과 상설특검으로 구분된다. 전자는 사건의 해결을 위해 국회에서 별도의 입법을 통해 특검을 구성하고 수사하도록 하는 것으로서 1999년 오토비사건과 조폐공사파업유도사건 특검을 시작으로 현재 진행중인 최순실 특검에 이르기까지 12차례가 있었고, 후자는 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」(2014.6.19. 제정)에 따라 특별검사를 임명하여 수사하도록 하는 것이다. 그러나 후자가 진정한 의미의 상설특검인지에 대해서는 논란이 있다.

7) <http://www.nocutnews.co.kr/news/4699812>; http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/769245.html(최종방문 2017.1.28.).

PC가 검찰이 아닌 기자에 의해 발견⁸⁾되어 국민들에게 최순실 국정농단의 일단을 전하게 되면서 검찰에 대한 불신은 극에 달했다.

이후 검찰이 수사의 속도를 올리고, 적극적 수사를 통해 안중범 전 수석의 업무일지와 정호성 전 비서관의 통화내역 등을 확보하고, 최순실의 공소장에 박근혜 대통령을 공범으로 지목하면서⁹⁾ 검찰에 대한 국민들의 극단적 거부감이 일부 완화되었지만, 국민들의 검찰 불신이 하루아침에 해소될 정도는 아니었다.

최순실 사태와 관련한 검찰수사는 특검수사의 성과¹⁰⁾와 비교되는 가운데 아직도 불신을 벗어나지 못하고 있으며, 국민의 검찰개혁 요구는 언제라도 다시 크게 타오를 수 있는 상태이다. 더욱이 국회에서는 다시금 고위공직자비리수사처(이하 ‘고비처’로 약칭) 설치 법안이 상정되어 있다.¹¹⁾ 어찌 보면 해묵은 문제의 반복이라 볼 수 있지만, 달리 생각하면 해가 묵어 더욱 심각해지고 있는 문제이기도 하다. 또한 최근의 개헌논의와 맞물려 고비처를 헌법상의 독립기관으로 설치하는 방안까지도 논의되고 있는 상황이다.¹²⁾

이 글에서는 검찰개혁과 관련한 독립수사기관(고위공직자비리수사처)설치의 문제는 법률적 차원과 헌법적 차원으로 나누어 검토하고자 한다. 이를 위한 전제는 검찰개혁의 방향에 대한 이해(Ⅱ)이며, 검찰권력에 대한 외부적 통제를 통한 개혁의 시도와 검찰권력 자체의 분리 내지 분산을 통한 개혁방안을 나누어 검토하는 가운데 검찰개혁방안의 다양성과 상호보완성에 대해 확인하고자 한다.

이러한 기초 위에서 독립수사기관의 설치를 통한 검찰권의 이원화(Ⅲ)의 의미를 살펴볼 수 있을 것이다. 지금까지 독립수사기관은 고비처의 설치를 중심으로 논의되었으므로, 고비처 설치의 의미와 찬반 논거의 검토를 통해 견해 대립을 전체적으로 조망하고자 한다. 나아가 법률에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 가능성과 한계(Ⅳ) 및 헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 의미와 구체화 방안(Ⅴ)에 대한 검토를 통하여 이러한 독립수사기관이 법률상 기관으로 설치될 경우와 헌법상 기관으로 설치될 경우를 비교하면서 각각의 가능성 및 문제점, 장단점 등을 전체적으로 정리함으로써 이 글을 마무리하고자 한다.

8) <http://news.donga.com/3/all/20161025/80989294/2>(최종방문 2017.1.28.).

9) http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201611201152001&code=9402_02(최종방문 2017.1.28.).

10) <http://www.hankookilbo.com/v/2b2f9d9a76e940f098e840c832a1b1ac>(최종방문 2017.2.5.); http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201701261909035&code=990308(최종방문 2017.2.5.) 참조.

11) 제20대 국회에서 제출된 고비처 법안은 2016년 7월 21일 노회찬 의원이 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안」과 2016년 8월 8일 박범계 의원이 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」, 그리고 2016년 12월 14일 양승조의원의 대표발의한 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」이 있다.

12) 2016년 12월 21일 ‘나라살리는 헌법개정 국민주권회의’에서 제안한 헌법개정안의 제129조~제131조 참조.

II 검찰개혁의 의미와 방향: 외부적 통제인가 권력의 분산인가

1. 검찰개혁의 의미와 필요성

민주화 이후 검찰개혁은 다양한 시각에서 여러 차례 시도되었다. 한편으로는 민주화 이전의 중앙정보부나 국가안전기획부 등에 부여되었던 비정상적인 국가권력¹³⁾이 정상화됨으로써 검찰의 권한이 강화되는 과정에서 검찰개혁이 문제되기도 했고,¹⁴⁾ 다른 한편으로는 검찰권의 오남용이 문제되는 가운데 검찰개혁이 문제된 적도 많았다.¹⁵⁾

특히 지난 20년 동안 검찰개혁은 사법개혁과 연계하여 문제된 적이 많았다. 수사와 공소를 담당하는 검찰권이 사법작용으로 직결되는 준사법적 권한으로 여겨진 탓도 있고, 그 객관성과 공정성에 대한 요청이 사법작용에 준하는 것이기 때문이기도 하였다. 이와 더불어 주목할 점은 검찰개혁을 포함한 사법개혁이 정치개혁, 교육개혁과 더불어 대한민국에서 국민들이 가장 관심을 갖는 개혁과제의 하나로 꼽히고 있다는 점이다.¹⁶⁾

이처럼 국민들이 검찰개혁에 특별한 관심을 갖는 것은 그만큼 검찰권이 국민들에게 미치는 직·간접의 실질적 영향력이 크기 때문이다. 경찰권과 더불어 검찰권은 국민들이 가장 피부로 느끼는 국가권력일 뿐만 아니라, 정치인들이나 경제인들에 대한 검찰수사를 통해 국민들은 국가권력의 객관성과 공정성을 가늠하게 되는 것이다.¹⁷⁾

모든 국가권력에 대해 민주성과 법치국가성이 요구되는 것은 헌법국가의 속성이라 할 수 있지만, 그 중에서 대표적인 권력기관의 하나인 검찰에 대해 민주성과 법치국가성이 의심될 경우에는 개혁의 요청이 끊임없이 계속될 수밖에 없다. 물론 이는 우리나라뿐만 아니라 세계 어떤 민주국가라고 해도 다르지 않을 것이다. 그러나 대한민국의 검찰이 선진외국에 비해 비교적 강력한 권한을 가지고 있다는 점, 그리고 정치적 중립성이 문제되는 경우가 많다는 점으로 인하여 이러한 검찰개혁 요청이 특별한 반향을 얻고 있는 것이다.

13) 정보기관이 권력의 중심에 서게 될 경우의 문제점에 관하여는 김영진, 국가정보기관권력의 현황과 정치적 중립화를 위한 과제, 법과사회 제44권(2013), 67-95쪽; 한성훈, 권력의 중심에 선 정보기관 -국군기무사령부와 국가정보원-, 내일을 여는 역사 제53호(2013.12), 109-127쪽 참조.

14) 임정수, 법치주의 구현을 위한 검찰의 과제, 저스티스 제26권 제1호(1993.7), 24-37쪽 참조.

15) 임종인의원실, 『(준)사법기관 개혁을 위한 연속 대토론회 - 세 번째: 검찰 권력에 대한 국민의 민주적 통제, 어떻게 할 것인가』(2007.3.22.); 자유선진당 정책위원회·이상민의원, 『바람직한 검찰개혁방안은?』(2009.6.16.); 남경필·정진석·원희룡·김성식·정태근·김용태·권택기 의원 공동주최, 『검찰개혁 어떻게 할 것인가? -상설특검제/고위공직자비리수사처 설치/검찰인사개혁』(2010.5.19.) 참조.

16) 물론 경제와 관련한 규제개혁도 많은 관심의 대상이지만, 경제 자체가 개혁의 대상이라기보다는 경제주체들의 합리적인 생산활동과 분배에 대한 다양한 논의가 복잡하게 얽혀 있고, 성장우선론과 분배우선론이 대립되고 있는 상황에서 특정 방향으로의 개혁에 대한 공감대가 형성되어 있다고 보기는 어렵다. 반면에 민의를 올바르게 수렴하는 정치개혁, 법조비리를 근절시키는 사법개혁, 교육의 실질적 기회균등과 교육을 통한 국가발전을 견인할 수 있는 교육개혁에 대한 국민의 높은 관심은 이미 수십 년 전부터 지속되고 있는 것이다.

17) 즉 '유전무죄, 무전유죄'의 바로미터가 되는 것이 바로 검찰수사의 객관성과 공정성인 것이다.

과연 대한민국 검찰의 권한이 특별히 강력한 것인지에 대해서는 논란이 있다. 영미의 검찰에 비하여 권한이 큰 것은 분명하지만,¹⁸⁾ 독일이나 프랑스에 비하여 특별히 강력한 것은 아니라는 지적도 있다.¹⁹⁾ 그러나 분명한 것은 선진외국의 경우에 비해 정치적 중립성 문제에 있어서 신뢰를 얻지 못하고 있다는 점이며,²⁰⁾ 이를 극복하지 못할 경우에는 지속적인 검찰개혁 요구를 벗어나기 어려울 수밖에 없다.

2. 외부적 통제: 검찰권력의 올바른 행사를 위한 개혁

대한민국의 검찰제도가 오늘날과 같은 형태로 구성된 것은 해방 직후 경찰에 대한 불신이 크게 작용했다는 점에 대해서는 이견을 찾아보기 어렵다. 일제 강점기 순사에 대한 부정적 인식, 제1공화국 당시 독재정권의 시녀 노릇을 했던 경찰에 대한 불신 등이 오늘날과 같이 강력한 검찰권 구성을 정당화하는 근거가 되었던 것이다.²¹⁾

그러나 강력한 권한에는 그만큼의 책임이 뒤따르며, 특히 권한행사의 객관성과 공정성에 대한 불신이 뒤따를 경우에는 이를 해소하기 위한 통제의 필요성이 인정될 수밖에 없다. 지난 20여 년 동안의 검찰개혁은 주로 이런 방향에서의 개혁에 초점을 맞췄다. 즉, 검찰의 구조 자체를 개혁하기보다는 외부적 통제를 통해 검찰권 행사의 객관성과 공정성을 확보하기 위한, 그리고 이를 통해 정치적 중립을 최대한 강화하기 위한 개혁들이 시도되었던 것이다.

그동안 이러한 개혁을 통해 이루어진 대표적 성과로는 검찰총장 임기제와 검찰총장 임명에 대한 인사청문회 제도의 도입을 들 수 있다. 그러나 지금까지 이를 통해 검찰의 정치적 중립성이 제고되었다고 평가하기는 어렵다. 검찰총장의 임기제는 제도 도입 이후 현재까지 임기를 제대로 채우지 못한 검찰총장이 적지 않으며,²²⁾ 검찰총장의 임명과 관련한 국회의 인사청문회는 대통령의 임명권을 제약하는 구속력이 없기 때문에 그 실효성이 크지 않다²³⁾는 점에서 그 제도의 실효성

18) 영미의 경우 검찰의 권한이 공소와 제한된 경우의 수사로 한정되어 있으며, 경찰이 수사의 중심적 역할을 하고 있다는 점에서 우리나라를 비롯한 대륙법 국가들과는 다르다. 영미의 검·경제도에 관하여는 박창호 외, 『비교수사제도론』, 2004, 392쪽 이하, 494쪽 이하; 신현기 외, 『비교경찰제도론』, 2012, 353쪽 이하; 표성수, 『미국의 검찰과 한국의 검찰』, 2000, 58쪽 참조.

19) 대륙법계에 속하는 독일과 프랑스의 경우에는 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권이 인정되고 있으며, 검찰의 권한이 영미에 비해 강력한 편이다. 이에 관하여는 김영기, 『프랑스 검찰의 사법경찰 통제와 그 시사점, 형사소송 이론과 실무 제3권 제2호(2011), 7-50쪽; 박노섭, 『독일검찰제도의 탄생과 그 시사점, 한림법학 FORUM 제19권(2008.12), 117-135쪽; 정병대, 『수사구조에 관한 연구』, 2007; Wolf-Rüdiger Schenke(서정범 역): 『독일경찰법론』, 1998 참조.

20) 선진외국 검찰의 정치적 중립에 관하여는 한상훈, 『외국의 검찰제도와 한국 검찰 개혁에 대한 시사점, 법과 사회 제37권(2009), 121-149쪽 참조.

21) 이에 관하여는 김용주, 『사법경찰과 검찰의 관계에 대한 역사적 고찰』, 고려대 박사학위논문, 2012, 144쪽 이하; 이상열, 『일제 식민지 시대 하에서의 한국경찰사에 관한 역사적 고찰, 한국행정사학지 제20권(2007), 77-96쪽; 김영택, 친일 세력 미 청산의 배경과 원인, 국민대 한국학논총 제31집(2009), 481-539쪽 참조.

22) 1988년 검찰총장 임기제가 도입된 이후로 임명된 -김수남 현 검찰총장 이전의- 19명의 검찰총장 중에서 2년 임기를 채운 총장은 7명에 불과할 정도이며, 김기춘(1988.12.6.~1990.12.5.), 정구영(1990.12.6.~1992.12.5.), 김도연(1993.9.16.~1995.9.15.), 박순용(1999.5.26.~2001.5.25.), 송광수(2003.4.3.~2005.4.2.), 정상명(2005.11.24.~2007.11.23.), 김진태(2013.12.2.~215.12.1.) 총장이 이에 해당된다.

이 의문시 되는 것이다.

그로 인하여 이를 보완하기 위한 다양한 대안들이 제시되고 있다. 예컨대 미국과 유사한 방식의 기소배심제도를 도입하는 방안²⁴⁾이나, 검찰총장을 비롯한 지청장, 또는 검사장까지를 국민 내지 지역주민들의 선거를 통해 선출하는 방안²⁵⁾이 제시되고 있는 것이다. 그러나 이러한 대안들에 대한 반대도 만만치 않다. 과연 비전문가로 구성되는 기소배심의 판단이 항상 정당할 것인지, 미국의 경우처럼 기소배심이 검사에 의해 주도될 경우의 문제점 및 절차의 비효율성 등에 대한 우려가 적지 않으며,²⁶⁾ 고위 검찰간부들에 대한 선거제도의 도입은 오히려 검찰의 정치화를 촉진할 것이라는 점도 문제로 지적되고 있다.²⁷⁾

3. 권력의 분산: 비대한 검찰권력의 완화를 위한 개혁

검찰의 조직과 권한을 그대로 두는 가운데 검찰권을 개혁하는 방안이 실효성을 보이지 못하는 가운데 이제는 권력의 분산을 통해 검찰권을 완화시켜야 한다는 주장이 점차 힘을 얻고 있다. 가장 대표적인 것이 검·경수사권 조정 논의와 독립수사기관의 설치 주장이라고 할 수 있다. 마치 치료를 위한 약물요법이 효과가 없으니 수술을 통해 환부를 절단해야 한다고 하는 것처럼 검찰권 일부를 떼어내자고 하는 것이다.

검·경수사권 조정은 검찰의 수사지휘권을 폐지함으로써 경찰의 수사권을 독립시키자는 것이다. 그러나 적어도 현 단계에서는 경찰이 수사를 전담하고, 검찰은 공소만을 담당하는 것으로 역할을 완전히 나누자는 주장까지는 찾기 어려우며,²⁸⁾ 일정한 영역에서 경찰의 독자적인 수사권을 인정하자는 주장²⁹⁾이 지배적이다. 장기적인 발전방향으로서 검·경수사권 조정의 필요성에 대해서는

23) 국회의 인사청문회를 통한 대통령의 인사권에 대한 통제는 -국회의 동의가 헌법상 요구되는 경우를 제외하면- 매우 제한적이다. 국회의 인사청문결과에 불구하고 대통령의 임명이 가능할 뿐만 아니라, 국회 내에서도 여당은 대통령의 인사에 대해 무조건적인 옹호를, 야당은 예의 없는 반대를 앞세우는 경향이 강하기 때문이다. 인사청문회제도의 문제점 및 개선방안에 관하여는 김용훈, 인사청문회의 헌법적 의의와 제도적 개선 쟁점, 미국헌법연구 제26권 제2호(2015.8), 1-45쪽; 임지봉, 우리나라 국회의 임명동의권과 인사검증시스템, 헌법학연구 제20권 제4호(2014), 1-26쪽 참조.

24) 김동혁, 기소배심주의에 대한 고찰, 경찰법연구 제11권 제1호(2013.6), 249-273쪽; 김재봉, 기소절차에 대한 시민참여제도로서 기소심사회 도입방안 : 일본 검찰심사회와의 비교·검토를 중심으로, 한양대 법학논총 제29집 제4호(2012.12), 149-174쪽; 김태명, 검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰 : 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여, 형사정책연구 제21권 제4호(2010.12), 149-191쪽; 오경식, 미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안, 형사법의 신동향 제28호(2010.10), 1-30쪽 참조.

25) 참여연대, 『검사장 직선제 토론회』(2012.3.8.); 참여연대·박주민의원·이용주의의원·노회찬의원 주최 『‘국민의 검찰’ 만들기 방안 토론회 - 검사장 주민직선제를 제안하며』(2016.8.17.) 참조.

26) 이에 관하여는 이성기, 검사의 부당한 공소제기를 방지하기 위한 미국 기소대배심제(Grand Jury)의 수정적 도입에 관한 연구, 강원법학 제38권(2013.2) 463-494쪽 참조.

27) <http://news.joins.com/article/21173001>(최종방문 2017.1.30.) 참조. 검찰의 정치적 중립성 확보를 위해 가장 정치성이 강한 방법인 ‘선거’를 이용한다는 것 자체가 딜레마일 수밖에 없으며, 이렇게 선출된 고위검찰간부들이 과연 정치적 영향력을 벗어날 수 있을지에 대해서는 의문이 제기될 수밖에 없다.

28) 수사와 기소의 분리를 주장하는 견해로는 탁종연, 검경수사권 조정 찬성 : 수사와 기소분리 필요하다, 국회보 통권 제554호(2013.1), 82-83쪽 참조.

29) 이에 관하여는 승재현, 경찰과 검찰의 합리적 수사권 조정에 관한 쟁점과 논의, 한국경찰학회보 제11권 제2호(2009.5),

찬성하는 견해들이 많지만, 이를 위한 전제조건들이 지금 갖춰져 있는지와 관련하여 아직은 시기 상조라는 의견도 적지 않은 것으로 보인다.³⁰⁾

독립수사기관의 설치 문제는 1996년 참여연대의 ‘부패방지법’ 입법청원에 포함되어 있던 ‘고위공직자비리조사처’의 신설안³¹⁾이 국민회의의 부패방지법(안)³²⁾의 내용으로 국회에 상정된 것에서 시작되어 20년 동안 수많은 법안들이 제출되었고, 이를 둘러싼 논란도 계속되었다. 2001년 고위공직자비리조사처를 제외한 부패방지법이 제정됨에 따라 별도의 법률로 고위공직자비리전담기구를 설치하는 방안을 모색하였으며, 명칭도 ‘고위공직자비리조사처’와 ‘고위공직자비리수사처’로 각기 달리 제안되는가 하면, 독립수사(조사)기구의 소속 및 권한, 감찰대상 등도 법안에 따라 차이가 있었고, 찬반의 논란 또한 뜨거웠다.

이 논문에서는 독립수사기관의 설치 문제에 초점을 맞추고 있다. 하지만 이 문제는 고립적으로 볼 수 있는 것이 아니라 검찰개혁의 다양한 시도들 내지 대안들과의 연계 속에서 그 의미와 기능이 검토되어야 하며, 다른 대안들이 실효성을 갖지 못하거나, 적극적으로 추진하기 어려운 경우에는 독립수사기관의 설치 요청이 더욱 탄력을 받게 된다는 점을 고려하는 가운데 이 문제를 검토하여야 할 것이다.

Ⅲ 검찰권의 이원화: 독립수사기관 설치의 의미와 장단점

1. 검찰개혁의 논의와 독립수사기관으로서의 고위공직자비리수사처 신설 주장의 의미

검찰개혁 논의는 앞서 검토한 바와 같이 검찰의 제도 운영 개선을 위한 외부적 통제와 검찰의 권한 자체를 축소하는 두 가지 방향에서 진행되었으며, 그동안의 개혁논의는 대체로 전자에 치중하는 가운데 후자의 개혁을 미루어둔 상태라고 볼 수 있다.

그러나 문제는 그동안의 검찰개혁을 통해 검찰수사 및 기소의 객관성과 공정성에 대한 국민의 신뢰가 높아진 것이 아니라 오히려 일련의 대형 비리로 인해 더 낮아지고 있다는 점에 있다. 아무리 제도가 아닌 운영의 문제가 핵심이고, 사람을 바꾸고 운영을 개선함으로써 검찰이 달라질 것이라고 주장해도, 이제도 그런 말이 더 이상 설득력을 갖기 어렵게 된 것이다.³³⁾

165-199(176이하)쪽 참조.

30) 최근 국회 내에서의 이 문제와 관련한 논란에 관하여는 <http://www.sisapress.com/journal/article/155589>(최종방문 2017.1.30.) 참조.

31) <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0004125744> (최종방문 2017.1.25.).

32) 이 법안은 1996년 12월 5일 발의되었으나 1998년 12월 19일 철회되었다.

33) 그동안 검찰개혁의 시도가 적지 않았을 뿐만 아니라, 이를 위한 법개정 및 제도의 변화 또한 적지 않았음에도 불구하고 국민이 체감하는 공정성 및 정치적 중립성의 제고는 없었다는 점에서 그러하다. 이로 인하여 “검찰 ‘셀프개혁’은

그로 인하여 더욱 강력한 대책, 획기적인 개혁방안이 요구되고 있으며, 그런 가운데 검찰로부터 조직상 독립된 별도의 수사기관으로서 고비처의 설치 주장이 과거와는 달리 국민들로부터 더 큰 호응을 얻고 있다. 과거 고비처 설치에 대한 반대 논거들이 더 이상 타당하지 않다는 것이 아니라, 그럼에도 불구하고 개혁이 필요하다는 생각이 강해지고 있는 것이다.

즉, 고비처의 설치 요구는 그동안의 검찰개혁이 실패로 끝난 것에 대한 반작용으로 더욱 강력해지고 있다. 이는 고비처의 설치가 검찰개혁을 위한 최선의 대안이기 때문은 아니다. 오히려 이제는 개혁 없는 검찰을 최악의 상태로 느끼면서 상당한 대가를 치르더라도 검찰개혁을 해야만 한다는 요청이 커지고 있음을 의미하는 것이다.³⁴⁾

그러므로 고비처 설치에 대한 찬반의 문제를 과거와 같은 방식, 같은 비중으로 평가해서는 곤란하다. 과거에는 굳이 고비처 설치의 부작용을 감수하지 않고도 검찰을 개혁하는 다른 효과적인 대안들이 존재한다고 생각했지만, 오늘날에는 다른 대안들에 대한 기대가 대부분 사라졌고,³⁵⁾ 그로 인해 일정 정도의 부작용을 감수하더라도 고비처 설치가 필요하다는 견해가 지배적인 것이다.³⁶⁾

이하의 고비처 설치에 대한 찬반 논거의 검토는 이처럼 변화된 상황을 고려하는 가운데 기존의 찬반논거를 재평가하는 것이 될 것이다.

2. 고위공직자비리수사처 설치에 대한 찬성 논거

고비처 설치 주장의 출발점은 공직비리의 객관적이고 공정한 처리를 위해서 기존 검찰조직과는 달리 독립된 비리전담기관이 필요하다는 것이었다. 이러한 주장의 논거는 크게 다음의 몇 가지로 정리될 수 있다.

첫째, 검찰 자신의 비리에 대한 수사를 비롯하여 검찰에 직접적인 영향력을 미칠 수 있는 고위 공직자에 대한 수사는 검찰 스스로 담당하는 것에 구조적인 한계가 있다는 것이다.³⁷⁾ 이른바 셀프 사정에 대한 불신이라 할 수 있으며,³⁸⁾ 수사의 객관성과 공정성을 담보할 수 있는 독립된 수사기

양치기 소년의 말”이라는 노골적인 비난(<http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2016080108382340607> 최종방문 2017.1.30.)까지 나오고 있는 상황이다.

34) 최근 검찰개혁을 포함한 국정개혁의 가장 중요한 논거로서 최순실 사태와 유사한 상황의 재발 방지를 요구하고 있으며, 최순실 사태로 인하여 국가 전체에 미친 부정적 효과를 고려할 때, 유사사태의 재발 방지를 위해 어느 정도의 대가를 치르는 것은 감수할 수 있다는 공감대가 형성되고 있는 것이다.

35) 이와 관련하여 고비처 설치의 미봉책이며, 검·경수사권 조정으로 문제를 해결할 수 있다는 주장도 제기되고 있다. 이에 관하여는 이관희, 부패방지위원회의 발전방향, 헌법학연구 제10권 제4호(2004.12), 187-224(212이하)쪽;

http://www.newsis.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX20161227_0014606390&cID=10201&pID=10200(최종방문 2017.1.30.) 참조.

36) 2016년 7월의 여론조사결과에 따르면 고비처 설치에 대해서 찬성이 69.1%, 반대가 16.4%, 그밖에 잘 모른다는 응답이 14.5%라고 한다(<http://www.nocutnews.co.kr/news/4629498> 최종방문 2017.1.28.). 그리고 2017년 1월의 검찰개혁에 대한 여론조사결과는 더욱 뚜렷하다. 필요성을 인정하는 국민이 89.8%, 필요없다는 응답이 6.4%, 잘 모른다는 답변이 3.8%인 것이다(http://www.newsis.com/view/?id=NISX20170106_0014624046&cID=10201&pID=10200 최종방문 2017.1.28.).

37) 윤영철, 검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고, 홍익법학 제13권 제1호(2012), 49-73(64)쪽 참조.

38) 검찰 자체 개혁에 대한 불신에 관하여는 김희수, 검찰 개혁 방안, 『검정개혁과 수사권조정, 공수처 설치 방안 토론회』

관이 필요하다는 것이다.³⁹⁾

둘째, 정치인이나 고위공직자 등에 대한 수사를 전담기관인 고비처가 담당하게 함으로서 검찰의 정치적 부담을 덜어줄 수 있다는 점이 강조되기도 한다.⁴⁰⁾ 마치 정치적 사건에 대한 법원의 부담을 상당 부분 헌법재판소가 맡아서 해결하듯이 고비처가 검찰의 부담을 맡아서 해결할 수 있을 것으로 기대하는 것이다.⁴¹⁾

셋째, 검찰권의 오남용, 특히 수사권의 독점과 더불어 기소독점주의, 기소편의주의를 오남용하는 사례들에 대한 불신과 불만이 커지고 있는데, 이러한 문제를 해결하는 데에도 고비처의 설치가 큰 역할을 할 수 있다는 견해들이 있다.⁴²⁾

넷째, 외국에서도 고위공직자에 대한 별도의 사정기구를 설치하여 성공적으로 운영한 사례들이 적지 않다. 예컨대 뉴질랜드의 중대비리조사청(SFO: Serious Fraud Office), 홍콩의 염정공서(廉政公署, ICAC), 대만 염정서(廉政署, AAC), 싱가포르 부패행위조사국(CPIB) 등과 유사한 기능을 하는 제도로서 고비처 설치가 필요하다는 것이다.⁴³⁾

이러한 고비처 설치에 대한 찬성 논거들에 대해서는 다양한 반대 논거들이 대립하고 있지만, 적어도 현 시점에서는 다른 방식의 검찰개혁들이 가시적 성과를 보이지 못함에 따라 그 설득력과 무게감이 더욱 커지고 있다고 평가될 수 있다.

3. 고위공직자비리수사처 설치에 대한 반대 논거

고비처 설치에 대한 반대 논거들은 주로 찬성 논거들의 문제점을 지적하거나 고비처 설치의 부작용을 강조하는 것들이다. 이러한 반대 논거들은 다음과 같이 정리될 수 있다.

(더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF), 2016.8.10, 17-30(17이하)쪽 참조.

사람은 심판자이면서 당사자로서 활동할 수는 없으므로, 사람은 자신의 사건에 대한 심판자가 되어서는 안 된다는 로마법언과 ‘이해관계의 충돌이 있는 경우에 자기 사건을 자신이 조사할 수 없다’는 common law의 원리를 주장하는 것도 같은 맥락으로 이해될 수 있다. 이에 관하여는 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3), 65-84(72이하)쪽 참조.

39) 특별검사제나 상설특검제가 국회의 의결이라는 정치 과정을 통해 고위공직자나 대통령 친인척, 재벌 등에 대한 수사가 이루어진다는 점에서 정치적 기상도에 따라 그 수사 여부 및 내용이 좌우될 수 있다는 점에서 그리 바람직한 제도는 아니며, 오히려 독자적이고 상시적인 수사능력을 갖춘 고비처가 이러한 권력감시 및 통제 기능을 수행하는 것이 타당하다는 주장도 이러한 관점을 공유하는 것으로 볼 수 있다. 이에 관하여는 한상희, 검찰개혁의 현실과 방향, 황해문화 제78호(2013.3), 299-318(311)쪽 참조.

40) 이정덕·임유석·한경희, 고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구, 한국범죄학 제6권 제2호(2012.12), 185-212(192)쪽; 전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안보고서 제98호), 2010.11.16, 4쪽.

41) 이는 권력 내지 권한의 분산이라는 측면으로도 이해될 수 있다. 이에 관하여는 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3), 65-84(71이하)쪽 참조.

42) 윤영철, 검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고, 홍익법학 제13권 제1호(2012), 49-73(64이하)쪽 참조.

43) 외국의 공직자비리조사기구에 관하여는 이정덕·임유석·한경희, 고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구, 한국범죄학 제6권 제2호(2012.12), 185-212(201이하)쪽; 전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안보고서 제98호), 2010.11.16, 8쪽 이하 참조.

첫째, 검찰수사의 객관성과 공정성 내지 정치적 중립성을 확보하기 위하여 고비처를 설치하는 것은 적절한 방안이 아니며, 오히려 검찰제도의 운영을 개선하는 방안으로 문제를 해결해야 하며,⁴⁴⁾ 검찰심사회제도 등을 도입하여 공소제기의 객관성을 담보하는 것이 더 합리적인 대안이라고 주장한다.⁴⁵⁾

이러한 주장은 일응 타당성이 있으나, 지난 20년 동안의 검찰개혁이 성과를 보이지 못하고, 검찰의 정치적 중립성 문제가 담보상태를 보임에 따라 그 설득력을 잃게 되었다. 고비처 설치 주장이 시간이 경과할수록 약화되지 않고 오히려 더욱 강력해지고 있는 이유이다.

둘째, 고비처의 소속과 관련하여 이를 독립기관으로 할 경우에는 헌법적 근거가 없으며,⁴⁶⁾ 이를 대통령 직속의 사정기관으로 할 경우에는 오히려 입법부와 사법부에 대한 통제에 더 주력하게 될 우려가 있다⁴⁷⁾는 지적이 있다.

그러나 이러한 주장은 고비처를 독립기관으로 하는 것은 국가인권위원회 등의 선례가 있을 뿐만 아니라, 대통령 직속으로 할 경우에도 적절한 통제장치를 둬으로써 해결할 수 있다는 반론이 있다.⁴⁸⁾

셋째, 검찰과 고비처의 기능이 중복되어 경쟁적인 중복수사의 우려,⁴⁹⁾ 또는 고비처의 사찰기관화에 대한 우려⁵⁰⁾가 제기된다. 이러한 우려는 고비처의 설치가 예산과 인력의 낭비가 될 것이라는 주장⁵¹⁾과도 연결된다.

그러나 이러한 우려 내지 주장에 대해서는 빈번한 개별적 특검으로 인해 “반복해서 계산된 고정 비용을 절약”할 수 있으며,⁵²⁾ 검찰에 대한 불신과 형사사법의 왜곡으로 인한 사회적 비용도 적지 않다는 점에서 적절한 비판은 아니라는 반론⁵³⁾이 있다.

넷째, 고비처가 자신의 관할범위에 대하여 “막중한 수사를 담당할 만한 전문적·체계적 수사능

44) 이처럼 기존제도를 보완하자는 입장에 관하여 정리한 것은 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3), 65-84(74이하)쪽 참조.

45) 검찰심사회제도에 관하여는 김재봉, 기소절차에 대한 시민참여제도로서 기소심사회 도입방안 -일본 검찰심사회와의 비교·검토를 중심으로-, 한양대 법학논총 제29집 제4호(2012.12), 149-174쪽; 오정용, 일본의 검찰심사회제도를 통해 본 또 하나의 시민의 사법참여, 형사법연구 제23권 제3호(2011.9), 337-368쪽 참조.

46) 노명선, “고위공직자비리조사처 설치 법안에 대한 진술요지”, 『고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안에 대한 공청회 자료집』(사법제도개혁특별위원회), 2010.6.24, 47쪽 이하. 같은 취지에서 위헌의 소지를 주장하는 견해로 김진환, 사법개혁의 방향, 저스티스 통권 제118호(2010.8), 57-88(74)쪽 참조.

47) 전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안보고서 제98호), 2010.11.16, 5쪽.

48) 광병선, 특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안, 법학연구 제48집(2012.11), 1-25(10)쪽; 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3), 65-84(76)쪽; 김선수, 독립적 고위공직자비리 수사·공소기구(약칭 ‘공수처’)법안 검토, 『고위공직자 비리수사처 입법토론회』(민변, 박법계·이용주·노회찬의원 공동주최), 2016.8.30, 4-39(22)쪽 참조.

49) 김진환, 사법개혁의 방향, 저스티스 통권 제118호(2010.8), 57-88(75)쪽.

50) 김진환, 사법개혁의 방향, 저스티스 통권 제118호(2010.8), 57-88(74)쪽; 김주덕, 고위공직자비리수사처, 필요한가(한겨레신문 2012.10.25. <http://www.hani.co.kr/arti/opinion/argument/557541.html> 최종방문 2017.2.1.).

51) 이러한 지적은 곧 고비처가 옥상옥(屋上屋)이라는 비판과 맞물려 있다. 그러나 과연 고비처가 옥상옥인지, 아니면 옥외옥(屋外屋)인지에 대해서도 논란이 계속되고 있다.

52) 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3), 65-84(76)쪽 참조.

53) 오병두, 독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 -‘고위공직자비리수사처’법안들을 중심으로-, 형사정책 제24권 제2호(2012.8), 31-56(36)쪽.

력을 구비할 수 있을지 의문”이라는 지적이 있다.⁵⁴⁾ 이는 특검의 수사역량을 염두에 둔 것으로 보이며, 검찰조직에 비해 인력과 조직이 한정되어 있는 고비처가 검찰에 비견될 수 있는 수사역량을 갖추기 힘들다는 지적으로 보인다.

이에 대해서는 이는 제도 도입 초기의 과도기적 혼선을 고비처 제도 자체의 본질적인 문제로 오인한 것이며, 시간이 경과하여 관할 범죄에 대한 수사 경험이 축적되면 일반검찰과는 다른 권력 관련 분야에서 전문성과 고유성을 획득할 수 있을 것이므로 큰 문제가 되지 않을 것이라는 반론이 있다.⁵⁵⁾

그밖에 고위공직자와 그 가족에 대한 부당한 차별로 평등원칙에 위배된다는 주장⁵⁶⁾도 있으나, 이는 고비처 수사의 객관성과 공정성이 확보된다면 특별히 문제되지 않을 것이다.⁵⁷⁾

이러한 반대논거들에서 주목할 점은 -각 논거들에 대한 반론에서 확인되듯이- 상대적인 정당성만을 가지고 있다는 점이다. 즉, 고비처의 본질적인 문제점, 고비처가 설치될 경우에는 피할 수 없는 근원적인 문제점을 지적하기보다는 고비처의 설치 및 운용에서 발생될 수도 있는 잠재적 문제점을 지적하고 있으며, 이는 오히려 설치 및 운용의 방식 여하에 따라서는 발생되지 않을 수도 있다는 반론에 직면하게 되는 것이다.

IV 법률에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 가능성과 한계

1. 역대 국회의 고위공직자비리수사처 법안 발의와 그 의미

고비처의 설치를 내용으로 하는 법률안이 처음 나온 것은 앞서 언급한 바와 같이 1996년 12월 5일 류재건 의원이 대표발의한 부패방지법(안)이었다. 당시 법안의 제7장 고위공직자비리조사처(제111조~제124조)에서 14개 조문을 두었고, 고비처의 처장과 차장 등을 대통령이 임명하되, 대법원장의 추천과 국회의 동의를 얻도록 함으로써 그 독립성을 보장하고자 하였으며,⁵⁸⁾ 고비처에 독

54) 김진환, 사법개혁의 방향, 저스티스 통권 제118호(2010.8), 57-88(74)쪽.

55) 오병두, 독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 -‘고위공직자비리수사처’법안들을 중심으로-, 형사정책 제24권 제2호(2012.8), 31-56(36)쪽.

56) 김진환, 사법개혁의 방향, 저스티스 통권 제118호(2010.8), 57-88(74)쪽.

57) 김선수, 독립적 고위공직자비리 수사·공소기구(약칭 ‘공수처’)법안 검토, 『고위공직자 비리수사처 입법토론회』(민변, 박범계·이용주·노회찬의원 공동주최), 2016.8.30., 4-39(22)쪽 참조.

58) 부패방지법(안), 제114조(處長과 次長):

- ① 處長과 次長の 任期는 각 5年으로 한다.
- ② 處長은 변호사의 자격이 있는 자로서 15年이상의 경력이 있는 者 가운데 大法院長의 推薦과 國會의 同意를 얻어 大統領이 任命한다.
- ③ 次長은 변호사의 자격이 있는 자로서 10年이상의 경력이 있는 者 가운데 大法院長의 推薦으로 大統領이 任命한다.
- ④ 處長은 高位公職者非理調査處의 업무를 統割하고, 所屬職員을 指揮·監督한다.
- ⑤ 次長은 處長의 업무를 補佐하며, 處長이 사고가 있을 때에는 그 職務를 대행한다.

립성이 보장되는 특별검사와 특별수사관을 둠으로써 업무수행의 객관성과 공정성을 담보하고자 하였다.⁵⁹⁾

그러나 이 법안은 1998년 12월 10일 류재건 의원 등에 의해 철회되었으며, 이후 2001년 제정된 부패방지법에는 고비처 설치가 빠져 있었다. 이후 2002년 10월 25일 신기남 의원이 대표발의한 고위공직자비리조사처설치법(안)이 국회에 상정되었으며, 그 내용은 1996년의 부패방지법(안)의 제7장 내용과 유사한 것이었다. 하지만 이 법안은 2004년 5월 29일 임기만료 폐기되었다. 이후 노무현 정부에서 고비처 설치를 추진하였으며,⁶⁰⁾ 2004년 11월 9일 정부 발의로 「공직부패수사처의 설치에 관한 법률안」이 국회에 상정되었으나⁶¹⁾ 이 역시 2008년 5월 29일 임기만료 폐기되었다.

이후 2010년에 양승조의원, 이정희의원, 김동철의원에 의해 각각 대표발의된 3개의 고비처 법안⁶²⁾이, 2011년에 주성영의원과 박영선의원이 각각 대표발의한 「특별수사청의 설치 및 운영에 관한 법률안」이 국회에 상정되었으나 2012년 5월 29일 모두 임기만료 폐기되었다.⁶³⁾ 그리고 2012년에 김동철의원, 양승조의원, 이상규의원, 이재오의원에 의해 각기 대표발의된 4개의 고비처 법안이 국회에 상정되었으나 2016년 5월 29일 임기만료로 모두 폐기되었다.⁶⁴⁾

그리고 제20대 국회에 들어와서는 2016년 7월 21일 노회찬 의원이 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안」과 2016년 8월 8일 박범계 의원이 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」,⁶⁵⁾ 그리고 2016년 12월 14일 양승조의원이 대표발의한 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」이 각기 국회에 상정되어 있는 상태이다.

59) 부패방지법(안), 제115조(特別檢事와 特別搜查官):

① 特別檢事は 다음 各號의 1에 해당하지 아니하는 자 중에서 5년이상 經歷의 변호사자격이 있는 자를 大韓辯護士協會의 추천에 의하여 大統領이 임명한다.

1. 國家公務員法 第2條와 地方公務員法 第2條에 규정된 公務員. 다만, 國公立大學의 敎員은 제외한다
2. 政黨의 黨籍을 가진 자
3. 國家公務員法 第33條第1項 各號의 1에 해당하는 자

② 特別檢事は 檢察로부터 독립하여 오직 處長의 지휘를 받아 업무를 수행한다.

③ 特別檢事は 그 직무수행상 필요한 경우에는 特別搜查官을 임명하여 司法警察官의 직무를 행하게 할 수 있다.

60) 이에 반대하면서 김성조의원 등 30명의 국회의원이 2004년 8월 13일 「고위공직자비리조사처 신설 추진계획 백지화 촉구 결의안」을 국회에 상정했으나, 2008년 5월 29일 임기만료 폐기되었다.

61) 이에 관하여는 오정용·송광섭, 의회에 의한 검찰견제 유형과 바람직한 검찰권 실현을 위한 통제방안, 법학연구 제52호(2013.12), 229-255(231)쪽 참조

62) 2002년의 신기남의원안과 2004년의 참여정부안, 2010년 양승조의원안 및 이정희의원안의 내용 비교에 관하여는 전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안보고서 제98호), 2010.11.16, 68쪽 이하 참조.

63) 이정희·주성영·박영선의원안의 비교에 관하여는 광병선, 특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안, 법학연구 제48집(2012.11), 1-25(8이하)쪽 참조.

64) 김동철·양승조·이상규의원안의 비교에 관하여는 김선수, 독립적 고위공직자비리 수사·공소기구(약칭 ‘공수처’)법안 검토, 『고위공직자 비리수사처 입법토론회』(민변, 박범계·이용주·노회찬의원 공동주최), 2016.8.30, 4-39(14이하)쪽 참조.

65) 박범계·노회찬의원안의 비교에 관하여는 김선수, 독립적 고위공직자비리 수사·공소기구(약칭 ‘공수처’)법안 검토, 『고위공직자 비리수사처 입법토론회』(민변, 박범계·이용주·노회찬의원 공동주최), 2016.8.30, 4-39(17이하)쪽 참조.

2. 법체계적 정당성의 문제

고비처의 설치와 관련하여 가장 핵심적인 쟁점은 과연 고비처가 법체계상 정당한 것인지 여부와 고비처를 설치함으로써 의도했던 바와 같은 효과를 낼 수 있을 것인지의 문제로 집약된다. 즉, 고비처 설치의 규범적 정당성의 문제와 현실적 실효성의 문제로 구분될 수 있는 것이다.

고비처 설치의 법체계적 정당성 문제는 단순히 고비처 설치가 헌법적 근거를 가지고 있는지의 여부에 따라 판단될 것은 아니다. 이 문제는 현행헌법상의 권력분립체계 내에서 고비처가 어떤 위치에서 어떤 기능을 할 수 있고, 해야 하는지, 그리고 그것이 법체계상의 모순을 안고 있는 것은 아닌지의 문제로 접근해야 한다.

고비처 신설 논의의 출발점이 검찰의 객관성과 공정성 내지 정치적 중립성에 대한 불신이고, 고비처를 통해 이 문제를 해결하기 위해서는 한편으로 고비처의 구성과 활동이 객관성과 공정성을 담보할 수 있어야 할 것이며, 다른 한편으로 고비처 설립을 통해 검찰의 객관성과 공정성 내지 정치적 중립성을 제고할 수 있어야 할 것이다.⁶⁶⁾

이런 조건을 충족시키기 위해서는 고비처의 조직과 활동이 정치적 중립성과 독립성을 갖춰야 한다. 일각에서 이야기되는 것처럼 대통령 직속의 조직으로 만들 경우에는 -현재 감사원의 경우 그 중립성과 독립성이 문제되어 개헌과 관련하여 감사원의 소속 변경이 심각하게 논의되고 있는 것처럼- 그 중립성과 공정성을 담보하기 어렵게 될 것이다. 그렇다고 국회 소속으로 하기도 어려우므로 결국 국가인권위원회 등과 유사한 독립기관의 형태를 갖추 수밖에 없다.

문제는 법률상의 독립기관으로 할 경우에 고비처의 독립성과 중립성이 얼마나 확실하게 보장될 수 있느냐, 그리고 고비처의 권한과 활동이 현행헌법상의 권력분립체계와 부합하느냐에 있다. 민주주의의 요청에 따라 모든 국가기관은 그 설립과 활동에 민주적 정당성을 요구하며, 이는 국민의 선거에 의해 직접 민주적 정당성을 확보하는 대통령과 국회를 제외하면, 대통령의 임명이나 국회의 임명동의 등을 통한 간접적인 정당성에 의존할 수밖에 없다.⁶⁷⁾ 그런데 고비처가 이렇게 정치기관에 의해 임명될 경우 고비처의 정치적 중립성과 독립성이 제대로 확보될 수 있을까?

기존의 고비처 법안들은 대체로 이 문제를 고비처의 처장과 차장을 대법원장의 추천과 국회의 동의를 전제로 대통령이 임명하는 방식으로 해결하고자 한다. 그런데 대법원장은 대통령이 임명하는데, 또 국회의 동의과정에서도 대통령의 영향력이 적지 않은데,⁶⁸⁾ 과연 이것만으로 대통령의 영향을 벗어난 중립적이고 독립적인 고비처의 조직과 활동이 가능할까?

검찰로부터 독립된 조직이라 하더라도, 그 조직과 활동이 대통령의 영향력을 벗어나지 못할 경우에는 고비처는 말 그대로 옥상옥이 될 수밖에 없다. 오히려 자칫하면 대통령에게 보이지 않는

66) 이러한 조건이 갖추어지지 못하는 고비처 설립은 제도 도입의 취지에 맞지 않기 때문에 그 자체로서 정당성을 주장하기 어려울 것이다.

67) 이 점에 있어서는 대법원이나 헌법재판소의 경우도 예외가 아니다.

68) 특히 국회 내에서 여대야소의 의석분포가 형성될 경우에는 더욱 그러할 것이다.

손 하나를 보태주는 것에 불과하게 될 수도 있기 때문이다. 그러므로 이 문제는 단순히 그 외형을 법률상의 독립기관으로 한다고 해서 해결될 수 있는 문제가 아닌 것이다.

더욱이 고비처의 설치가 현행헌법상의 권력분립체계 내에서 정당성을 확보하기 위해서는 고비처에 대한 다른 국가기관들에 의한 통제를 배제하고 고비처만 고위공직자들에 대한 통제기능만을 수행하는 것은 곤란하다. 하지만 고비처 자체의 활동에 대한 외부적 통제 및 이를 통한 객관성의 확보를 위한 개입을 인정할 경우에는 그것이 고비처의 독립성 및 중립성 확보와 충돌할 우려가 높다는 딜레마를 피하기 어려운 것이다.⁶⁹⁾

3. 제도의 실효성 문제

현행헌법상의 권력분립체계 내에서 고비처가 피하기 어려운 법체계적 정당성 문제와 더불어 또 하나의 중요한 문제는 제도의 실효성 확보가 쉽지 않다는 문제이다. 고비처에 대한 국민들의 기대가 크면 클수록 고비처가 이러한 기대를 제대로 충족시키는 것은 오히려 더 어려워질 수 있는 것이다.

가장 기본적인 문제는 고비처가 기존 검찰의 조직과 인력, 전문성을 뛰어넘을 수 없다는 점이다. 이는 과거 특검의 경우에도 확인되었던 것이며, 고비처의 조직과 인력을 대규모로 확장하기 이전에는 해결하기 어려운 문제이기도 하다.⁷⁰⁾ 다만, 기존 검찰수사에서 문제되었던 것은 그 수사능력 보다는 정치적 중립성 및 공정성이었다는 점에서 고비처의 수사능력 부족이 본질적인 문제는 아니라고 볼 수 있을 것이다.⁷¹⁾

두 번째 문제는 고비처의 존재 이유라고 할 수 있는 정치적 중립성의 확보가 쉽지 않을 수 있다는 점, 그리고 고비처의 수사가 정치적으로 이용될 수 있다는 점이다. 앞서 지적한 바와 같이 고비처의 구성방식이 정치적 중립성을 담보하기에 충분치 못한 점이 있으며, 더욱이 국회의 수사요청에 의해 수사를 개시하도록 명문화⁷²⁾함에 따라 자칫 고비처의 수사가 정치적으로 민감한 쟁점사항들을 -특히 중요한 선거를 앞둔 시점에서- 형사사건화 하는 것으로 이용될 것이라는 우려가 적

69) 더욱이 헌법상 기관이 아닌 법률에 의해 설치된 국가기관은 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정될 수 없다는 점(헌재 2010. 10. 28. 2009헌라6, 판례집 22-2하, 1 참조)으로 인하여 고비처의 권한이 다른 국가기관에 의해 침해될 경우에 사법적 구제가 어렵다는 점도 심각한 문제가 된다.

70) 홍콩의 영정공서의 경우 직원이 1,200명에 이르는 조직을 갖추고 있지만, 이 경우에도 검찰의 조직과 인력을 넘어설 수는 없을 뿐만 아니라, 조직의 규모가 커질수록 업무의 중첩, 예산의 부담 등이 더 심각해지는 문제도 간과할 수 없을 것이다.

71) 그런 의미에서 고비처의 규모를 키우고 활동의 양을 늘리는 것보다는 작은 규모를 유지하되, 중요 사건들에 대해서는 확실하게 통제하도록 함으로써 그 존재 자체가 고위공직자들의 비리를 억제하는 효과를 갖도록 하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다.

72) 노회찬의원안 제19조 제3호(제21조에 따라 국화감사원대검찰청 또는 국방부로부터 수사의 의뢰가 있는 때)와 제21조 제2항(국회는 수사처에서 수사하는 것이 상당하다고 인정되는 사건에 대하여는 재적위원 4분의 1 이상의 연서 또는 「국정감사 및 조사에 관한 법률」상 조사위원회의 의결로 수사처에 수사를 의뢰할 수 있다.), 박범계의원안 제18조 제3호(국회 재적의원 10분의 1이상의 연서로 수사요청이 있는 때).

지 않은 것이다.⁷³⁾

세 번째 문제는 고비처가 본래의 설립취지에 부합하는 역할을 제대로 하지 못할 우려가 적지 않다는 점이다. 이 문제는 무엇보다 고위공직자의 비리가 대체로 기업과의 관계에서 많이 발생되는데, 고비처가 기업범죄에 관한 수사권이 없다는 점으로 인하여 전면적이고 포괄적인 수사를 통해 관련 범죄를 효율적으로 인지하고 또 입증하는데 어려움을 겪을 수 있다는 점에서 비롯된다.⁷⁴⁾

그리고 네 번째 문제는 이러한 여러 가지 문제를 안고 있는 고비처를 설치할 경우 투입한 비용 대비 효용이 떨어질 우려가 높다는 점이다. 즉, 역대 특검 대부분이 그러했듯이 투입된 시간과 노력, 비용에 비해 성과는 높지 않을 가능성이 크고,⁷⁵⁾ 그로 인하여 장기적으로는 국민들에게서도 외면당할 가능성이 높다는 것이다.

그럼에도 불구하고 현재의 상황은 국민들의 고비처 설치에 대한 요구가 매우 강력하며, 국회가 이를 적극적으로 추진할 동력을 충분히 확보한 상태이다. 따라서 국회에서 고비처 법안이 탄력을 받게 될 경우에는 언제라도 국회를 통과하게 될 수 있으며, 이는 앞서 언급한 바와 같이 검찰개혁의 필요성에 대한 국민들의 폭넓은 공감대와 기존의 검찰개혁에 대한 국민들의 불신, 그리고 이제는 보다 강력한 대책이 필요하다는 국민들의 강력한 요청이 맞물린 결과이다.

V

헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 의미와 구체화 방안

1. 헌법상의 독립기관이 갖는 의미와 기능

앞서 정리된 고비처 설치의 법체계적 정당성 문제나 제도의 실효성 문제는 고비처를 법률상의 독립기관으로 구성하는 것을 전제한 것이다. 그러나 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성할 경우에는 여러 가지 변화가 있게 된다. 그것은 무엇보다 헌법상의 독립기관이 갖는 특별한 의미와 헌법상의 지위로 인한 것이다.

헌법상의 독립기관은 기본적으로 삼권을 대표하는 기관들이다. 즉, 삼권분립의 체계를 전제로 하여 입법부로서의 국회, 집행부로서의 대통령과 정부, 사법부로서의 (대)법원과 헌법재판소가 헌법상의 독립기관으로 구성되어 있는 것이다. 민주적 헌법국가에서 입법부, 집행부, 사법부가 각기 헌법상의 독립기관으로 구성되어야 한다는 것은 당연시되고 있으며, 이는 민주주의와 법치주의에

73) 2002년의 병풍사건, 2007년의 BBK사건, 2012년의 국정원댓글 사건처럼 향후 대선에서도 중요한 정치쟁점을 형사사건화 하는 정략적 수단으로 국회의 고비처에 대한 수사의뢰가 이용될 소지가 크다는 점은 부인하기 어렵다.

74) 그렇다고 고비처의 수사대상을 계속 확장하는 것에도 문제가 있기 때문에, 이러한 문제를 어떻게 해결할 것인지는 매우 중요한 문제가 될 수밖에 없다.

75) 역대 특검의 성과에 대한 부정적 인식에 관하여는 <http://www.newspim.com/news/view/20161115000163> (최종방문 2017.2.2.) 참조. 그러나 최순실특검의 성과에 따라 국민의 인식도 바뀔 가능성이 적지 않다.

기초한 권력분립(삼권분립)의 가장 기본적인 요청이기도 하다.⁷⁶⁾

그러나 헌법상의 독립기관 중에는 이처럼 삼권을 대표하지 않는 기관도 있다. 예컨대 현행헌법에서 중앙선거관리위원회를 헌법상의 독립기관으로 구성하고 있는 것이 이에 해당한다.⁷⁷⁾ 제1공화국 말기 3·15부정선거의 경험으로 인하여 그 이전에는 내무부에서 관할하던 선거관리를 제2공화국헌법에서부터 헌법상의 독립기관이 담당하도록 했고, 이후 근 60년 동안 중앙선거관리위원회가 헌법상의 독립기관으로서 기능해온 것이다.

중앙선거관리위원회가 헌법상의 독립기관으로 구성되었다는 것은 세 가지 측면에서 특별한 의미를 갖는다. 첫째, 그 헌법상의 지위가 국회와 정부, 법원 등과 대등하며, 어느 쪽에도 종속되지 않는다. 둘째, 그 독립성이 -법률상의 독립기관과 비교할 때- 더욱 확실하며, 그 권한 또한 다른 기관에 의한 침해의 위험이 적다.⁷⁸⁾ 셋째, 헌법상의 권한에 대한 침해가 있을 경우 권한쟁의심판으로 다룰 수 있다.⁷⁹⁾

만일 고비처가 헌법상의 독립기관으로 구성될 경우에는 위헌성의 소지 내지 권력분립상의 문제 등이 비교적 쉽게 해소될 수 있으며, 고비처의 독립성과 정치적 중립성의 확보 또한 -법률상의 독립기관으로 구성될 경우에 비해- 강력해질 수 있다. 그러나 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성한다고 해서 모든 문제가 해결되는 것은 아니며, 그 장단점에 대한 신중한 검토가 필요하다.

2. 고위공직자비리수사처가 헌법상 독립기관으로 구성될 경우의 장단점

고비처가 법률상의 독립기관이 아닌 헌법상의 독립기관으로 구성될 경우에는 **법체계적 정당성**과 관련하여 확실한 장점을 보인다.

법률상 독립기관으로서의 고비처가 그 취지에도 불구하고 독립성의 확보가 어려울 것이며, 대통령의 보이지 않는 손으로 변질될 경우에는 심각한 부작용이 발생할 수 있다는 우려는 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성함으로써 -완전히 제거되는 것은 아니라 하더라도- 상당부분 완화될 수 있다. 마치 대통령 소속하의 독립기관인 감사원이 직무상 독립에 관한 법률규정⁸⁰⁾에도 불구하고 대통령의 영향력을 사실상 벗어나지 못함으로 인하여 개헌을 통한 감사원의 국회 이관 내지 독립기관화가 논의되고 있는 것⁸¹⁾처럼, 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성함으로써 그 독립성

76) 권력분립의 기본구조 및 현대적 변화에 관하여는 장영수, 권력분립의 역사적 전개에 관한 연구 -현대적 권력분립의 새로운 변화 추이를 중심으로-, 고려법학 제58호(2010.09), 229-257쪽 참조.

77) 대만헌법(中華民國憲法)에서 고시원과 검찰원을 헌법상의 독립기관으로 구성하고 있는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

78) 물론 이는 정상적인 민주적 법치국가의 헌법질서가 유지되고 있음을 전제한 것이다.

79) 이 점에서 앞서 설명하였던 법률상의 독립기관인 경우와 명백한 차이를 보인다.

80) **감사원법 제2조(지위):**

① 감사원은 대통령에 소속하되, 직무에 관하여는 독립의 지위를 가진다.

② 감사원 소속 공무원의 임면(任免), 조직 및 예산의 편성에 있어서는 감사원의 독립성이 최대한 존중되어야 한다.

81) 이에 관하여는 김선화, 감사원 국회이관에 관한 쟁점과 구체적 방안, 공법연구 제37집 제4호(2009.6), 145-166쪽; 장용근, 감사원의 소속에 관한 헌법적 고찰 -감사원의 독립성 확보 방안을 중심으로-, 세계헌법연구 제12권 제1호(2006.6),

을 현저하게 강화시킬 수 있는 점은 분명한 것이다.

더욱이 헌법상의 독립기관으로 구성할 경우에는 고비처의 헌법체계상의 지위가 명확해지고, 그 위상이 강화될 뿐만 아니라, 중앙선거관리위원회의 예에 따라 다른 국가기관들과의 관계를 설정하는 것이 더욱 간명해진다. 물론 헌법규정을 어떻게 둘 것인지, 또 이에 기초한 관련 법률을 어떻게 제정할 것인지에 따라서 변화의 폭은 작지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 국회의 입법에 의해 언제든지 폐지될 수 있고,⁸²⁾ 대통령 등 힘있는 기관에 의한 권한의 침해가 문제되는 경우에도 권한쟁의심판조차 청구할 수 없는 법률상 독립기관과는 지위가 달라지는 것이다.

하지만 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성할 경우에도 **제도의 실효성** 문제는 매우 신중하게 접근해야 할 부분이다.

일단 법률상의 기관으로 구성될 경우에 비하여 헌법상의 독립기관으로 구성될 경우에 그 기관의 위상이 높아질 뿐만 아니라 소속 공직자들의 사회적 지위나 이들에 대한 국민적 관심도 함께 높아진다. 이는 고비처가 보다 유능한 인재들을 영입하기에 유리할 수 있으며, 정치적 중립성의 확보에도 유리할 것이라는 점은 분명하다.

또 다른 장점을 들자면, 고비처가 모든 검사가 아니라 검찰 수뇌부만을 수사대상으로 삼고 통제하더라도 이를 통해 검찰조직 전체의 객관성과 공정성 및 정치적 중립성을 확보할 수 있다는 점이다. 즉, 검찰 수뇌부에 대한 (독립된 헌법기관으로서의) 고비처의 통제가 오히려 검찰에 대한 정치권의 압력을 막아주는 방패막이가 될 수 있다는 점이다.⁸³⁾

그러나 이러한 장점들은 개연성을 높이는 정도이며, 구체적인 조직 구성과 활동방식을 어떻게 정하느냐에 따라서 다양한 변수들이 작용하게 될 것이며, 고비처가 옥상옥 내지 애물단지로 전락할 가능성도 배제하기 어렵다. 이럴 경우에는 오히려 헌법상의 기관이기 때문에 쉽게 폐지하지도 못한다는 점이 단점으로 부각될 수도 있다.

결국 고비처를 헌법상의 독립기관으로 설치할 경우의 실효성 문제는 제도의 본질에 속하는 문제라기보다는 제도를 운영하기에 달린 문제라고 볼 수 있다. 누가 고비처를 담당하며, 어떻게 운영하느냐에 따라서 제도 설립의 취지에 맞는 객관적이고 공정한, 정치적 중립성을 충분히 확보한 공직비리수사의 성공사례가 될 수도 있고, 그렇지 못할 수도 있는 것이다.⁸⁴⁾

245-270쪽; 차진아, 감사원의 독립기관화에 대한 헌법적 검토, 고려법학 제54호(2009.9), 87-132쪽; 한국공법학회·감사연구원, 『감사원의 독립성과 주요국의 감사제도』, 2016.12. 20.(토론회 자료집) 참조.

82) 물론 국민 여론 등으로 인하여 사실상 폐지가 불가능한 경우도 있을 것이지만, 언제라도 입법에 의해 폐지될 수 있는 것과 헌법개정을 통해서만 폐지될 수 있는 것은 매우 큰 차이로 할 수 있다.

83) 물론 법률상의 독립기관으로서 구성된 고비처도 이러한 기능을 할 가능성이 없는 것은 아니다. 그러나 고비처 자체가 정치적 중립성을 확보하기 어려운 상황에서는 검찰에 대한 정치적 외압의 방패막이가 되는 것이 아니라 오히려 외압의 통로가 될 우려가 더 클 수 있는 것이다.

84) 어떤 제도 하에서도 이러한 문제는 발생된다고 쉽게 말해서는 안 된다. 제도 여하에 따라서 운영상의 문제가 거의 발생되지 않을 수도 있고, 운영상의 문제에 대해 매우 취약한 제도도 있을 수 있다. 우리가 가장 합리적인 제도로 평가할 수 있는 것은 충분한 통제장치를 통해 운영상의 문제를 최소화시킬 수 있는 제도이지만, 이런 제도 하에서도 운영상의 문제가 전혀 발생하지 않는 것은 아니다. 다만, 그러한 문제를 조기에 발견하고, 효율적으로 통제할 수 있도록 하는 것이 더 중요한 것이다. 최근의 최순실 게이트와 관련하여 근본적인 제도 개선이 요구되고 있는 가장 큰 이유

그러므로 이러한 위험부담을 안고서라도 제도를 도입할 것인지의 최종적 판단은 주권자인 국민의 몫이다. 다만, 법률상의 독립기관으로 구성하는 것보다는 헌법상의 독립기관으로 구성하는 편이 위험부담이 현저하게 작다는 점은 분명하다.

3. 헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 구체적 방안

헌법개정에 의하여 고비처를 설치할 경우에도 구체적인 헌법규정의 내용이나 이를 전제로 법률에서 정해야 할 사항에 대한 관심은 지속되어야 한다. 헌법 및 법률의 내용에 따라 고비처의 효율성 및 성공가능성이 크게 달라질 것이기 때문이다.

이와 관련하여 최근 고비처를 헌법상 독립기관으로 제안하였던 ‘나라살리는 헌법개정 국민주권회의’ 헌법개정안의 고비처 관련 조항은 다음과 같다:

제6장 고위공직자비리수사처 (신설)

제129조 ① 고위공직자의 비리를 수사하고 기소하기 위하여 고위공직자비리수사처를 둔다.
 ② 고위공직자비리수사처는 그 직무를 독립하여 수행하며 정치적 중립성은 보장된다.

제130조 ① 고위공직자비리수사처는 처장을 포함하여 9명의 위원으로 구성한다.
 ② 고위공직자비리수사처장 및 위원은 법률이 정하는 독립적인 추천위원회의 추천을 거쳐 대통령이 상원의 동의를 받아 임명한다.
 ③ 고위공직자비리수사처장 및 위원의 임기는 6년으로 하며, 중임할 수 없다.
 ④ 고위공직자비리수사처장 및 위원은 탄핵되거나 징역 이상의 형을 선고받지 아니하고는 파면되지 아니한다.

제131조 고위공직자비리수사처의 조직·직무범위, 처장 및 위원의 자격, 그 밖에 필요한 사항은 법률로 정한다.

이 헌법개정안에서 가장 주목할 점은 고비처의 독립성과 중립성에 초점을 맞추고 있다는 점이다. 제129조 제2항에서 독립과 정치적 중립성을 선언하고 있을 뿐만 아니라, 제130조의 내용들도 이를 실질적으로 뒷받침하기 위한 내용들로 구성되어 있다. 특히 처장의 임명방식과 관련하여 -대법원장의 추천 또는 국회에 추천위원회를 두는 것으로 하였던 기존의 고비처법안들⁸⁵⁾과는 달리- 처장뿐만 아니라 위원들에 대해서까지 법률이 정하는 독립적인 추천위원회를 예정하고 있다는 점이 특징이다.

는 이러한 통제장치들이 제대로 작동하지 못했다는 점에 있는 것이다.
 85) 제20대 국회에서 발의된 3개의 고비처 법안들 중에서 노회찬의원안은 대법원장의 추천을 받은 후보자 중에서 국회의 동의를 받아 대통령이 임명하도록 하고 있으며(제5조 제1항), 박범계의원안은 고위공직자비리수사처추천위원회의 추천을 받아 국회의 인사청문을 거쳐 대통령이 임명하도록 하고 있다(제5조 제1항). 이 안에서 고위공직자비리수사처장추천위원회는 국회에 설치되며, 법무부장관, 법원행정처 처장, 대한변호사협회 회장 등으로 구성하도록 정하고 있다(제7조). 반면에 양승조의원안은 국회의 인사청문을 거쳐 대통령이 임명하도록 정하고 있다(제4조 제2항).

이는 고비처의 운영이 처장의 독선에 의해 좌우되지 않도록 위원회 방식으로 구성함으로써 내부적 견제가 가능하도록 한 것이다.⁸⁶⁾ 또한 추천방식이 독립성과 중립성의 확보를 위해 가장 중요하다 하는 점에서 다양한 논의들이 있는데,⁸⁷⁾ 이를 충분히 고려하여 법률로써 추천위원회를 구성하도록 하되, 문제가 있을 경우에는 법률의 개정으로 추천위원회 구성을 바꿀 수도 있도록 한 것이다.

이러한 헌법조항을 통해 고비처의 독립성과 정치적 중립성의 기초가 확보된 이후에 법률로써 고비처의 조직과 권한을 정하고, 이를 통해 고비처의 역할범위 내지 검찰 등 다른 국가기관들과의 관계를 조율하는 것은 보다 탄력성을 가지고 구체화될 수 있을 것이다.

VI 결론

고비처의 설치 70년 대한민국 형사사법의 역사에 큰 획을 긋는 변화가 될 것이다. 이미 20년 동안 고비처의 설치를 둘러싼 논란이 계속되었거니와, 이제는 해묵은 논의가 마무리되어야 할 시점이 되었다. 국민의 검찰개혁에 대한 요구는 더욱 강력해지고 있는데, 다른 대안이 없다면 고비처의 설치를 더 이상 미루기 어렵게 된 것이다.

그러나 고비처를 설치하더라도 법률상의 독립기관으로 설치하는 것과 헌법상의 독립기관으로 설치하는 것에는 매우 큰 차이가 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 이런 맥락에서 국회에서 고비처 법안을 서둘러 통과시키는 것보다는 현재 진행되고 있는 개헌논의의 틀 안에서 고비처 문제를 해결하는 것이 더 바람직하다는 점을 강조하고자 하는 것이 이 글의 취지라 할 수 있다.

법률에 의한 고비처 설치가 위헌이어서 불가능하다는 것은 아니다. 다만, 헌법적 틀 안에서 제대로 자리매김 되지 않은 고비처의 설치는 실패할 우려가 적지 않다는 점을 지적하는 것이며, 고비처를 설치하는 것 자체가 목적이 아니라 고비처를 통해 검찰의 독립성과 중립성을 제고하는 것에도 기여할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 점에 주목하는 것이다.

그런 의미에서 이제는 법률에 의한 고비처의 설치보다는 헌법개정을 통해 고비처를 헌법상의 독립기관으로 설치하는 것을 신중하게 고려해야 할 시점이라고 생각한다.

86) 이런 점에서 헌법재판소와 유사한 방식의 구성으로 볼 수 있을 것이다.

87) 이에 관하여는 김희수, 검찰개혁방안, 『검정개혁과 수사권 조정, 공수처 설치 방안 토론회 자료집』(더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF), 2016.8.10, 17-30(22이하)쪽 참조.

참고문헌

- 경실련·참여연대·한국공법학회·한국헌법학회 공동주최, 『국민을 위한 사법개혁 대토론회』 (1999.2.23.).
- 경찰청, 『합리적인 수사권 조정방향 -경찰의 수사 주체성 인정 및 검·경간 상호협력관계 설정-』, 2005.
- 곽병선, 특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안, 법학연구 제48집(2012.11).
- 김동혁, 기소배심주의에 대한 고찰, 경찰법연구 제11권 제1호(2013.6).
- 김선수, 독립적 고위공직자비리 수사·공소기구(약칭 ‘공수처’)법안 검토, 『고위공직자 비리수사처 입법토론회』(민변, 박범계·이용주·노회찬의원 공동주최), 2016.8.30.
- 김선화, 감사원 국회이관에 관한 쟁점과 구체적 방안, 공법연구 제37집 제4호(2009.6).
- 김영기, 프랑스 검찰의 사법경찰 통제와 그 시사점, 형사소송 이론과 실무 제3권 제2호(2011).
- 김영진, 국가정보기관권력의 현황과 정치적 중립화를 위한 과제, 법과사회 제44권(2013).
- 김영택, 친일세력 미 청산의 배경과 원인, 국민대 한국학논총 제31집(2009).
- 김용주, 『사법경찰과 검찰의 관계에 대한 역사적 고찰』, 고려대 박사학위논문, 2012.
- 김용훈, 인사청문회의 헌법적 의의와 제도적 개선 쟁점, 미국헌법연구 제26권 제2호(2015.8).
- 김재봉, 기소절차에 대한 시민참여제도로써 기소심사회 도입방안 : 일본 검찰심사회와의 비교·검토를 중심으로, 한양대 법학논총 제29집 제4호(2012.12).
- 김진환, 사법개혁의 방향, 저스티스 통권 제118호(2010.8).
- 김태명, 검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰 : 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여, 형사정책연구 제21권 제4호(2010.12).
- 김희수, 검찰 개혁 방안, 『검경개혁과 수사권조정, 공수처 설치 방안 토론회』(더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF), 2016.8.10.
- 남경필·정진석·원희룡·김성식·정태근·김용태·권택기 의원 공동주최, 『검찰개혁 어떻게 할 것인가? -상설특검제/고위공직자비리수사처 설치/검찰인사개혁-』(2010.5.19.).
- 대검찰청, 『국민을 위한 바람직한 형사사법제도의 모색 -사개추위안에 관한 검찰 의견』, 2005.5.
- 대검찰청, 『검·경 수사권조정자문위원회 활동경과에 대한 보고 및 의견서』, 2005.
- 더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF, 『검경개혁과 수사권 조정, 공수처 설치 방안 토론회』 (2016.8.10.).
- 민주사법연석회의·노회찬의원·이용주의원 공동주최, 『제2차 민주적 사법개혁 연속토론회: 검찰개혁 이렇게 하자』(2016.11.11.).
- 박노섭, 독일검찰제도의 탄생과 그 시사점, 한림법학 FORUM 제19권(2008.12).

- 박창호 외, 『비교수사제도론』, 2004.
- 사법개혁 실현을 위한 인권시민사회단체 공동대책위원회·박영선의원·김학재의원·신건의원 공동 주최, 『권력형 비리로 본 검찰개혁의 필요성과 대안 토론회』(2011.6.9).
- 사법개혁국민연대, 『참여정부의 출범과 사법개혁의 과제』, 2003.
- 사법제도개혁특별위원회, 『국민을 위한 사법제도개혁 - 검찰관계법 공청회』(2010.4.13.).
- 수사권조정자문위원회, 『검·경 수사권조정에 관한 공청회』(2005.4.11.).
- 승재현, 경찰과 검찰의 합리적 수사권 조정에 관한 쟁점과 논의, 한국경찰학회보 제11권 제2호 (2009.5).
- 신현기 외, 『비교경찰제도론』, 2012.
- 오경식, 미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안, 형사법의 신동향 제28호(2010.10).
- 오병두, 독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 -‘고위공직자비리수사처’법안들을 중심으로-, 형사정책 제24권 제2호(2012.8).
- 오정용, 일본의 검찰심사회제도를 통해 본 또 하나의 시민의 사법참여, 형사법연구 제23권 제3호 (2011.9).
- 오정용·송광섭, 의회에 의한 검찰견제 유형과 바람직한 검찰권 실현을 위한 통제방안, 법학연구 제52호(2013.12).
- 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3).
- 윤영철, 검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고, 홍익법학 제13권 제1호(2012).
- 이관희, 부패방지위원회의 발전방향, 헌법학연구 제10권 제4호(2004.12).
- 이상열, 일제 식민지 시대 하에서의 한국경찰사에 관한 역사적 고찰, 한국행정사학지 제20권 (2007).
- 이정덕·임유석·한경희, 고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구, 한국범죄학 제6권 제2호(2012.12).
- 임정수, 법치주의 구현을 위한 검찰의 과제, 저스티스 제26권 제1호(1993.7).
- 임종인의원실, 『(준)사법기관 개혁을 위한 연속 대토론회 - 세 번째: 검찰 권력에 대한 국민의 민주적 통제, 어떻게 할 것인가』(2007.3.22.).
- 임지봉, 우리나라 국회의 임명동의권과 인사검증시스템, 헌법학연구 제20권 제4호(2014).
- 자유선진당 정책위원회·이상민의원, 『바람직한 검찰개혁방안은?』(2009.6.16.).
- 장영수, 권력분립의 역사적 전개에 관한 연구 -현대적 권력분립의 새로운 변화 추이를 중심으로-, 고려법학 제58호(2010.09).
- 장용근, 감사원의 소속에 관한 헌법적 고찰 -감사원의 독립성 확보 방안을 중심으로-, 세계헌법연구 제12권 제1호(2006.6).
- 전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안보고서 제98호),

2010.11.16.

정병대, 『수사구조에 관한 연구』, 2007.

차진아, 감사원의 독립기관화에 대한 헌법적 검토, 고려법학 제54호(2009.9).

참여연대. 『검사장 직선제 토론회』(2012.3.8.).

참여연대·박주민의원·이용주의원·노회찬의원, 『‘국민의 검찰’ 만들기 방안 토론회 - 검사장 주민 직선제를 제안하며』(2016.8.17.).

탁종연, 검경수사권 조정 찬성 : 수사와 기소분리 필요하다, 국회보 통권 제554호(2013.1).

표성수, 『미국의 검찰과 한국의 검찰』, 2000.

한국공법학회·감사연구원, 『감사원의 독립성과 주요국의 감사제도』, 2016.12. 20(토론회 자료집).

한상훈, 외국의 검찰제도와 한국 검찰 개혁에 대한 시사점, 법과 사회 제37권(2009).

한성훈, 권력의 중심에 선 정보기관 -국군기무사령부와 국가정보원-, 내일을 여는 역사 제53호 (2013.12).

Wolf-Rüdiger Schenke(서정범 역): 『독일경찰법론』, 1998.

제2주제 토론

- 한 상 훈 교수 (연세대학교 법학전문대학원)
- 이 순 옥 교수 (중앙대학교 법학전문대학원)
- 김 선 화 입법조사연구관 (국회입법조사처)
- 김 태 우 검사 (영월지청장)
- 강 석 구 선임연구위원 (한국형사정책연구원)

【토론】

검찰개혁과 고위공직자비리수서처의 신설에 대한 토론문

한상훈 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

1. 들어가는 글

검찰개혁과 고위공직자비리수서처(고비처, 공수처)에 관한 장영수 교수님의 깊이 있고 통찰력 있는 발표 잘 들었습니다. 발표자의 견해는 검찰개혁이 필요하고 고비처가 가장 적절한 대안이라는 하지만, 법률개정보다는 헌법개정을 통하여 도입하는 것이 바람직하다고 요약될 수 있지 않을까 싶습니다. 발표자의 이런 의견에 대하여 99% 동의하면서 일부는 보충하고, 일부는 다른 관점에서 토론을 하고자 합니다.

2. 검찰개혁의 필요성

지난 2017년 1월 6일 여론조사기관 리얼미터가 검찰 개혁의 필요성에 대한 여론조사를 실시한 결과에 따르면 ‘필요하다’는 응답(매우 필요 76.3%·다소 필요한 편 13.5%)이 89.8%로 나타났다. ‘불필요하다’는 응답(전혀 필요하지 않음 2.7%·거의 필요하지 않은 편 3.7%)이 6.4%로 집계됐다. ‘잘 모름’은 3.8%였다.¹⁾

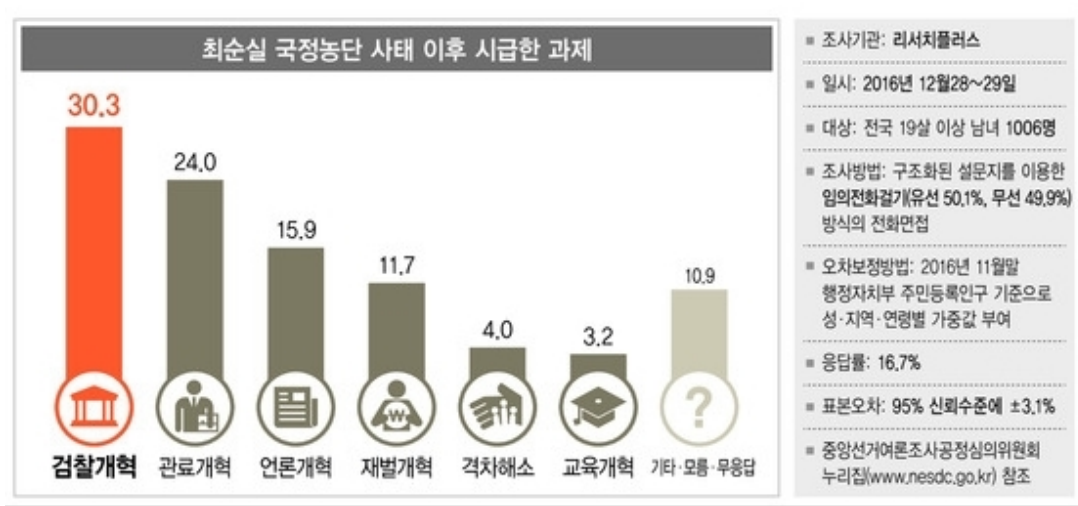
최순실 국정농단 사태 이후 국민들은 검찰개혁(30.3%)이 관료개혁(24.0%)이나 언론개혁(15.9%), 재벌개혁(11.7%)보다 더 시급한 것으로 꼽았다.²⁾

1) 뉴시스, 국민 10명중 9명 “검찰 개혁 필요”...수사 공정성 확보해야, 2017. 1. 6.

http://www.newsis.com/view/?id=NISX20170106_0014624046&cID=10201&pID=10200.

이러한 결과에 대하여 신문은 “다양한 개혁 과제 속에서 검찰 개혁이 최우선 과제로 꼽힌 데는, 그동안 검찰이 권력 눈치 보기에 급급해 사정기관의 책임을 방기하면서 초유의 헌정유린 사태가 왔다는 국민적 판단이 작용한 것으로 평가된다. 국정조사 청문회에서 김기춘 전 대통령 비서실장, 우병우 전 청와대 민정수석비서관 등 검찰 출신 인사들이 법지식을 이용해 요리조리 빠져나가는 모습을 지켜보며 느낀 반감도 더해진 것으로 보인다.”고 분석하였다.

2) 한겨레, 촛불 이후 시급한 과제 “검찰 개혁” 30.3%, 2017. 1. 2. <http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/777060.html>



현재 검찰 조직의 가장 큰 문제점으로 ‘외부 수사 개입’이라는 응답이 26.4%로 가장 높게 조사됐다. 이어 ▲전관예우(24.3%) ▲기소권 독점(20.1%) ▲불공정인사(12.1%) 순이었다. 검찰 수사에 가장 큰 영향을 주는 요인이 무엇인가라는 질문에는 ‘정권’이라는 응답이 61.1%로 가장 많았다. ‘검찰 개혁이 필요하다’고 응답한 응답자 1,810명을 대상으로 검찰 개혁의 가장 중요한 방향은 무엇이라고 생각하는지 조사한 결과 ‘수사 공정성 확보’가 34.5%로 가장 높았다. ‘검찰권한 축소-기소·수사권 분리’(27.0%), ‘비리 전담기구 설치’(19.3%), ‘인사권 독립’(15.4%) 등의 의견도 나왔다.³⁾

이러한 국민의식조사는 현실을 정확히 반영하고 있다고 생각한다. 대한민국의 검찰은 범죄에 대한 수사권, 수사지휘권, 공소제기권, 공소유지권 등을 갖고 있어서 개인에 대한 국가의 형벌권 행사에 독점적 결정권을 갖고 있다. 주요선진국에는 유례가 없을 정도의 과도한 권력을 갖고 있다고 할 수 있다. 형벌권은 국가가 국민 개개인에 부과할 수 있는 가장 강력하고 무서운 권한인데, 검사가 전권을 행사하고 있는 형국이다. 나아가 유죄가 확정되기 이전이라도 형사입건, 압수수색, 체포, 구속만으로도 엄청난 피해를 입게 되고, 공직자는 사직하거나 직에서 배제되는 결과가 되어 개인뿐 아니라 공무원조직에도 큰 영향을 주고 있다. 이러한 막강한 권력을 검찰이 사실상 독점하고 있어서 견제와 균형의 민주적 원칙이 작동하지 않고 있다. 현재의 검찰은 인사권자인 청와대, 대통령만 빼고 아무도 두려울 것이 없는 상태라는 진단들이 있다.

이번 최순실 국정농단사태도 최순실과 같은 대통령의 측근이 청와대의 권한과 민정수석실, 검찰 등을 뒤에 두고 있으니 가능한 것이었다고 볼 수 있다.

3) 뉴시스, 국민 10명중 9명 "검찰 개혁 필요"...수사 공정성 확보해야, 2017. 1. 6.
http://www.newsis.com/view/?id=NISX20170106_0014624046&cID=10201&pID=10200

새로 도입된 특별감찰관은 나름대로 감찰을 하려고 노력하였지만, 청와대의 공격과 검찰의 수사착수, 압수수색 무력하게 무너질 수밖에 없었다.

3. 국가사정기구의 개조

지난 10여년 간 국가사정기구의 불공정성과 불법성, 정치적 편향성이 많이 드러났다. 지난 2014년 4월 세월호 참사 이후 대한민국은 바뀌어야 한다는 절규와 합의가 있었지만, 이번 최순실 국정농단에서 드러나듯이, 전혀 바뀌지 않았고, 오히려 더 악화되었다. 단지 검찰의 문제가 아니라, 검찰, 경찰, 국정원을 포함하는 국가사정기구 전체의 개조가 필요하다.

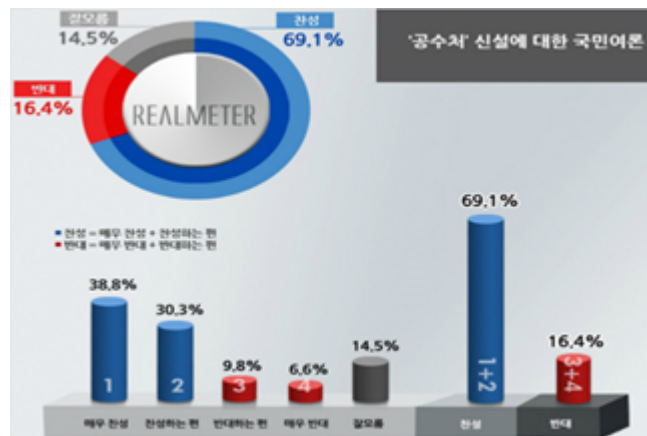
먼저, 검찰은 그 권한을 나누고, 인사권은 청와대의 정치적 편향에서 벗어나도록 노력해야 한다. 검찰총장추천위원회, 검찰인사위원회라는 조직들은 있지만, 별 실효성이 없다. 폐지할 것은 아니고, 그 기능을 더 강화하고 공정성, 중립성을 제고해야 한다.

“권력은 부패하는 경향이 있다. 절대 권력은 절대 부패한다.”(Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely) 19세기 말 영국의 정치가, 사상가인 Acton경이 한 유명한 말이다. 오늘날 한국의 검찰권력은 절대권력에 가깝다. 정치권력의 통제를 받을 뿐이고, 민정수석실을 통하여 정검유착을 가져왔다. 검사도 사람인바, 액턴 경의 진단에서 자유롭지 못하다. 현 상태의 절대권력을 가진 검찰이 부패하지 않으면 오히려 이상할 것이다. 검찰을 견제하고 감시할 수 있는 기구, 제도가 필요하다.

수사권을 경찰과 재조정하는 문제도 전향적으로 검토해야 하겠지만, 경찰이 공정하고 중립적인가 하는 문제는 여전히 해결되지 않은 의문으로 남아있다. 경찰 내부의 수사지휘가 어떻게 이루어질 것인지, 수사의 공정성과 중립성을 어떻게 확보할 것인지는 더 논의되어야 한다. 또한 검찰의 부패나 편향을 제어하기는 경찰로서는 역부족일 것이다. 미국 FBI정도의 권한을 갖지 않는 한, 현재의 검찰과 경찰의 권력관계, 법적 권한으로는 수사권 조정으로 검찰의 비리와 부패를 제어할 수는 없을 것이다.

발표자는 여러 검찰개혁의 대안 중에서 고비처(공수처)가 가장 현실적이고 실현가능한 대안으로 평가하였는바, 이에 전적으로 동의한다. 국가사정기관의 개조는 권력구조의 개혁보다 더 중요하고 시급한 과제라고 생각한다. 검찰에 대한 인사권과 지시권을 배제한다면, 그것만으로도 제왕적 대통령의 권한은 많이 약화될 것이다. 대통령의 검찰권 통제가 국회의원, 정치인, 행정부, 공무원에 대한 부당한 지시와 권한남용의 배경이 되고 있는 것이다.

2016년 7월의 CBS-리얼미터 여론조사결과에 따르면 공수처 신설에 대하여 찬성이 69.1%, 반대가 16.4%, 그밖에 잘 모른다는 응답이 14.5%라고 한다.⁴⁾ 국민의 절대적 지지를 받고 있는 현명한 판단이다. 야당도 많은 지지를 보내고 있다. 학계도 대체로 지지하는 입장이다. 5년 전만 해도 이러한 정도의 지지는 없었으나, 고비처는 사정기관 개조의 거의 유일한 대안으로 남아있다. 미국의 연방수사국(FBI)이나 영국의 중대비리수사처(SFO)에 버금가는 독립적인 사정기관이 경찰과 검찰을 견제하고 균형을 유지하면서 권력형 비리와 부패에 강력한 사정을 할 수 있을 것으로 기대한다.



4. 몇 가지 반론에 대하여

가. 비교법적 검토

공수처가 외국에 유례가 없다고 하는데, 먼저 우리나라와 같이 검찰에게 독점적 수사권, 공소권을 부여하는 나라의 유례가 없으므로, 이에 대한 해결책도 당연히 외국에는 유사한 사례가 드물다.

하지만, 영국의 중대비리수사처, 그리고 뉴질랜드의 중대비리수사처는 공수처와 비슷한 구조라고 할 것이다.

영국의 중대비리수사처(SFO)는 중대비리, 뇌물사건 등을 독자적으로 수사하고, 기소하는 검찰과 별개의 기관이다. 영국의 중대비리수사처(SFO)를 우리나라의 대검 산하 중수부 정도로 평가하는 경우도 있으나, 영국의 기소청(CPS)과는 별개의 조직이므로 오해라고 생각된다.

영국의 수사와 기소 시스템을 요약하면 다음 표와 같다.⁵⁾ 이러한 영국의 중대비리수사처(SFO)는 뉴질랜드도 도입하였고, 호주도 검토 중이라고 한다.

4) 노컷뉴스, 공수처 신설에 여론 압도적 지지, 70% 육박, 2016. 7. 28. <http://www.nocutnews.co.kr/news/4629498>

5) 이정수, 영국 특별수사처(SFO) 개관, 형사법의 신동향, 제6호, 2007.2, 28쪽 이하 참조.

[영국의 수사 시스템]

사건 유형	수사기관	기소·공소유지 기관
일반 사건	警察廳(Police)	檢察廳(CPS)
강력 사건	組織犯罪搜查局(SOCA)	檢察廳(CPS)
특수 사건	特別搜查廳(SFO)	

SFO | serious fraud office

Home | About us | News | Our cases | Publications

The SFO investigates and prosecutes serious or complex fraud, bribery and corruption.

Four found guilty in £160m financing fraud
7th Feb 2017 | News Releases

SFO wins Property Freezing Order appeal in Chad oil corruption case
23rd Jan 2017 | News Releases

Four individuals were found guilty today for conspiracy to make corrupt payments and conspiracy to commit fraud against two business lenders.

The Court of Appeal today ruled in favour of the SFO in an appeal by Iqram Mahamat Saleh against a property freezing order.

프랑스는 강제수사권을 수사판사가 갖고 있고, 검사는 그러한 권한이 없으며, 미국은 검사에게 수사권은 있으나, 사실상 경찰이나 FBI가 수사하고, 검사와 협조관계를 유지한다. 독일은 검사가 수사의 지휘권을 갖고 있어서 실제 수사하는 경우는 거의 없다고 한다. 나아가 미국, 독일은 연방제 국가이어서, 주요 검찰권은 미국(United States of America)은 50개주, 독일(Bundesrepublik Deutschland, Federal Republic of Germany)은 16개 주의 주 법무장관에게 부여되어 있다. 실제로 국가차원의 검찰권은 이원화 정도가 아니라, 다원화 되어 있어서 상호 견제와 균형의 원리가 무리 없이 작동하고 있다.

나아가 가장 중요한 것은 우리나라의 상황이다. 외국은 우리와 같은 문제를 겪고 있지 않다.

나. 개헌이 바람직하다는 입장

발표자께서는 “국회에서 고비처 법안을 서둘러 통과시키는 것보다는 현재 진행되고 있는 개헌 논의의 틀 안에서 고비처 문제를 해결하는 것이 더 바람직하다는 점을 강조하고자 하는 것이 이 글의 취지”라고 하셨다. 토론자가 발표에 1% 동의하기 어려운 점이 바로 이 부분이다.

모든 개혁(reform)이나 혁신(innovation)에는 개선비용(retooling cost)이 들어간다. 개혁의 목표가 좋더라도 개선비용이 과대하면 개혁 자체의 추진력을 얻기가 힘들어진다.⁶⁾ 개혁은 법률개정보다 더 많은 비용과 동의가 필요하다. 아직 실행해보지 않은 제도를 처음부터 헌법에 규정하기에는 더 많은 저항과 반발이 있을 것이므로, 현실적으로 실현가능성이 대단히 낮다고 판단된다. 오히려 가능한 방법은 이번 2월이나 3월에 고비처(공수처)법률을 통과시켜, 제도를 출발하고, 차후 개혁이 이루어진다면 그 성과를 봐서 헌법에 조항을 추가하는 것이라고 할 것이다. 국가사정기구 개조의 절박함은 개헌보다 더 크기 때문이다.

다. 공수처(고비처)가 옥상옥이라는 주장

공수처를 옥상옥(屋上屋)이라는 지적이 있지만, 잘못된 비유이다. 정확히 말하자면, 공수처는 검찰 위에서 검찰을 통제하려는 것이 아니다. 검찰 외부에 독립적인 공수처를 만들어서 권력형 부정부리와 뇌물사건을 중립적이고 공정하게 담당하도록 해야 한다. 공수처는 검찰 밖에서 검찰권을 분산, 상호 견제하여 공정한 사정을 담당하도록 하려는 것이므로 옥외옥(屋外屋)이다. 성공적인 공수처가 되기 위해서는 그 구성에서 정치적 중립성이 확보되어야 하고, 권한에서 경찰, 검찰과 같은 통상의 수사기관과의 관계정립이 분명해야 한다.

공수처장 추천위원회는 검찰총장 추천위원회와 달라야 한다. 보다 더 중립성과 공정성이 보장되어야 한다. 검찰총장과 별반 다르지 않는 절차와 방식으로 추천이 이루어진다면, 옥상옥이라는 비판을 반박하기 어려울 것이다. 추천위원회는 법무부장관, 법원행정처 차장, 대한변호사협회장 등이 직접 참여하는 것보다는 이들의 추천을 받은 사람으로 구성하는 것이 바람직하다고 생각하고, 한국법학교수회장, 법학전문대학원협의회 이사장, 형사법학회 등 학계의 참여가 보장되는 것이 전문가와 시민의 참여를 제고하는 것이라 본다. 그리고 추천위원회가 처장후보자를 결정하기 위한 투표를 할 때에는 비밀투표에 의하여야 한다. 그렇지 않으면 다른 권력기관 또는 국회의장이나 국회교섭단체의 입장에 좌우될 위험이 크다.

아울러 인사위원회 등도 실질적 권한을 부여하고 내실화하면 현재의 검찰인사처럼 청와대의 영향이 절대적으로 작용하는 것을 막을 수 있고, 권력형비리나 부패수사에 큰 변화가 있을 것으로 기대된다. 이를 통하여 날로 추락하고 있는 한국의 투명성지수나 정부에 대한 신뢰, 나아가 기업, 경제의 투명화와 신뢰에도 기여할 것이다.

6) 줄고, 패러다임과 법의 변화, 저스티스, 2017. 2, 260쪽 이하 참조.

5. 나가는 글

우리나라는 지금 아주 어려운 사태를 경험하고 있습니다. 최순실 국정농단사태로 불거진 대통령탄핵과 국정혼란이 더 이상 반복되어서는 안될 것입니다. 국가사정기관이 이러한 국정농단, 권력형비리를 막지 못하였을 뿐 아니라, 오히려 묵인, 조장하였다는 비판을 면하기 어렵습니다.

오늘의 역경을 전화위복의 계기로 삼아야 합니다. 국가사정기관을 혁신하여 다시는 이러한 불행한 사태가 발생하지 않도록 해야 한다고 봅니다. 그럴 경우에만 오늘의 고난은 대한민국의 도약을 위한 쓴 보약이 될 것입니다. 예로부터 ‘견물생심’이라고 하였습니다. 우리는 대부분 이익과 권력의 유혹에서 자유롭지 못합니다. 나약한 인간입니다. 판사든 검사든 경찰이든 교수든 마찬가지일 것입니다. 이를 막기 위한 제도, 견제와 균형, 권력분립의 원리를 지침으로 삼아, 과거의 전철을 되풀이 하지 말고 나라와 국민, 그리고 공공선을 생각하면서 어려운 시기를 잘 극복하면 좋겠습니다.

감사합니다.

【토론】

검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토(토론문)

이순욱 교수 (중앙대학교 법학전문대학원)

먼저 새내기 교수인 저에게 귀한 토론의 기회를 주신 한국형사정책연구원 김진환 연구원장님 이하 임원 여러분, 한국형사소송법학회 한명관 회장님 이하 임원 여러분들께 감사의 말씀을 올립니다.

장영수 교수님께서 발표하신 「검찰개혁 및 독립수사기관의 설치」에 관한 발표문은 약 11년간의 검사 생활을 마치고 교수로 부임한 저에게 검사로서 지냈던 시간들을 비판적으로 돌아보는 기회가 되기도 했고, 향후 검찰이 나아가야 할 방향, 더 나아가 검사, 판사, 변호사가 될 예비 법조인들을 어떻게 교육할 것인가에 대하여 많은 고민과 생각을 하게 해주었습니다.

검찰개혁 방안에 관한 구체적인 논의는 제1주제의 발표자이신 정웅석 교수님과 여러 토론자들께서 이미 많은 논의를 하셨으니 저는 ‘공수처’ 설치에 대한 우려점을 위주로 말씀드리고자 합니다.

현재까지 검찰에 대한 가장 큰 비판은 대통령 등 ‘살아있는 권력’의 비리에 대한 소극적 수사, 前 정권의 실세 등 ‘이미 죽은 권력’ 또는 ‘소수 야당’ 등 집권 정당의 반대편에 있는 인사에 대한 가혹한 수사, 즉 정치적 중립성 상실입니다. 이러한 검찰을 개혁하기 위한 방안으로 제시된 것 중에 하나가 헌법상 독립된 기관으로 고위공직자비리수사처(이하 ‘공수처’라고 칭함)를 설치하여 수사권 및 기소권 등을 독점하고 있는 검찰의 막대한 권한을 분산하고, 정치적 중립성을 보장하여야 한다는 것입니다.

발표자께서 말씀하신 것처럼 “공수처를 법률상 독립기관으로 구성하면, 그 조직과 활동이 대통령의 영향력을 벗어나지 못할 경우 공수처는 옥상옥이 될 수밖에 없고 현행법상의 권력분립체계에서 정당성을 확보하기 어렵다”라는 점에 대하여는 저도 공감합니다. 다만, 헌법이 가지는 의미, 그리고 그 개정절차의 어려움 등에 비추어, 헌법상의 독립기관으로 공수처를 설치하기 위해서는 법률상 독립한 기관으로서 공수처를 신설할 때보다 공수처가 가진 수많은 내재적 한계, 남용가능성, 다른 대안의 존부 등에 대하여 더 많은 논의와 검토가 필요하다고 생각합니다. 그러한 논의의 시작으로 ‘공수처’ 설치로 인하여 우려되는 점에 대하여 몇 가지 말씀을 드리려고 합니다.

첫째, 과연 ‘국가권력에 대한 견제를 위하여 또 하나의 국가기관을 탄생시켜야 하는가’ 하는 의문이 듭니다.

우리는 역사적으로 한번 생성된 권력기관은 권한의 범위를 넓히기 위하여 끊임없이 그 인적·물적 범위를 확대하려고 하고 그 과정에서 많은 무리한 시도를 하게 되며, 결국 그 피해는 국민에게 돌아간다는 것을 이미 알고 있습니다. 그런데, 사인에 의한 침해와는 달리 국가에 의한 기본권 침해는 그 피해가 훨씬 심각함에도 은폐되기 쉽고, 사실상 회복도 어렵습니다. 따라서 막대한 권한을 가진 권력기관을 신설하기 전에 이 기관이 예전의 권력기관과는 달리 제대로 기능할 것이라는 긍정적인 면보다 위 기관이 권력을 남용하는 경우 등 **부작용을 먼저 고려할 필요**가 있다고 생각합니다.

현재 공수처에 관한 법안(박범계·이용주 의원 공동발의안 기준)을 보면, 공수처장을 국회의장이 위촉한 7인으로 구성된 추천위원회가 단수 추천한 후보자를 대통령이 임명하도록 하는 등(법안 제7조) 공수처장의 임명부터 공수처의 인사, 수사 및 기소, 국회출석까지 공수처의 모든 업무는 정치권의 영향을 받을 수밖에 없는 구조로 되어 있습니다. 정치적 문제를 대화와 타협으로 해결하지 않고 모두 형사사건으로 해결하려는 최근의 풍토에 비추어볼 때, 공수처는 정치적으로 악용될 가능성이 많고 이러한 정쟁의 한가운데에서 정치적 중립성을 지키는 것 또한 어려워 보입니다.¹⁾

고위공직자 비리에 대한 수사도 첫 출발점은 뇌물공여자, 사건 목격자 등 일반 국민일 수밖에 없습니다. 공수처가 정치적 중립성을 잃고 다수 정당 또는 정권의 의지대로 그 권한을 행사하는 경우 무소불위의 권한을 가진 국가기관이 될 수도 있다는 점, 더 나아가 공수처가 검찰 등 다른 사정기관과 경쟁적 관계가 된다면 각 기관이 권한을 남용할 가능성이 농후하고, 애초의 설립취와는 달리 권한의 재분배가 아닌 **보다 강력한 권력기관의 탄생**이 되기 쉬우며, 그 피해는 국민에게 돌아갈 것이라는 점에 대하여 충분히 고려하여야 할 것입니다. 선거관리위원회 또는 국가인권위원회와는 달리 국민의 기본권을 직접적·현실적으로 제한 또는 침해할 수 있는 수사권 및 기소권을 보유한 공수처이기에 이러한 문제점들은 단순히 운영의 문제라기보다는 본질적인 문제가 아닌가 하는 생각이 듭니다.

정치적 중립성을 상실한 채 막강한 권한을 행사한다는 비판을 받고 있는 검찰을 견제하기 위하여, 즉 국가기관의 잘못된 권한 행사를 견제하기 위하여 또 하나의 권력기관을 탄생시킬 것이 아니라, 기존의 국가기관의 권한 행사에 대하여 **“국민”에 의한 견제가 가능하도록 하는 방법, 국가 권력의 총량을 증가시키지 않는 범위 내에서 견제하는 방법**을 찾아야 하는 것이 아닌지 고민해볼 필요가 있습니다.

아울러 헌법상 독립한 기관으로서 공수처 같은 제도는 입법·행정·사법이라는 3권 분립의 형태로 국가 권력을 분배하고 있는 세계 각국에서 보기 드물다는 점, 홍콩의 염정공서, 싱가포르의 부패행위 조사국 등 별도의 부패수사기구를 가진 세계 각국에서도 실제로 공무원이 기소되는 비율이 높지 않

1) 위 법안 제18조에서 국회 재적의원 10분의 1, 즉 30명 이상의 수사요청이 있는 때는 즉시 수사에 착수하여야 한다고 규정하여, 다수 정당을 위한 공수처가 되지 않도록 견제장치가 마련된 것처럼 보이나, 사실 공수처가 수사를 개시하더라도 그 수사의 속도와 정도는 스스로 조절 가능한 것으로 위 조항에 의해 정치적 중립성이 담보된다고 보기 어렵고 오히려 정쟁에 악용될 가능성이 높습니다.

을 뿐만 아니라 그 기구에 기소권을 부여하지 않고 있다는 점 등에 비추어 보면, 공수처의 설치에 앞서 세계 각국의 실제 사례와 문제점들에 대하여 비교법적으로 충분히 연구하고 검토할 필요가 있다고 생각합니다.

둘째, **공수처의 수사능력의 문제가 과연 공수처 생성 초기의 문제에 한정되는 것인지** 고민해볼 필요가 있습니다. 공수처의 수사대상자는 그 누구보다도 범죄를 은닉하는 방법을 잘 알고 있는 사람이고, 수사 중에도 자신의 직위 등을 이용하여 증거의 인멸 또한 쉽게 할 수 있는 사람들이라는 것을 감안한다면 **공수처의 수사는 가장 고난이도의 수사능력을 필요로 하는 영역**입니다.

이러한 수사의 핵심증거는 진술이 아니라 물적 증거이기 때문에 검찰은 오래전부터 과학수사를 통한 증거 확보 및 분석을 위하여 많은 예산을 투입하고 있습니다. 현재 검찰의 과학수사 분야를 담당하는 대검찰청 산하 NDFC(National Digital Forensic Center)의 경우 2008년 신설비용이 약 142억원, 2017년 현재까지 매년 약 200억원 상당의 예산을 투입하여 시설을 운영하고 있고, 약 110명의 전문 인력을 확보하고 있으며, 전국적으로 10개의 거점청 디지털포렌식팀(58명)을 운영하고 있다고 합니다. 공수처에 과연 이 정도의 인적, 물적 시스템을 갖추 수 있는지, 또한 검찰과 중복하여 이러한 시스템을 갖추는 것이 적절한 것인지 여부를 함께 고민하여야 할 것입니다.

설사 공수처가 검찰과 동등한 과학수사시스템을 갖추었다고 해도, 공수처는 설립 초기뿐만 아니라 그 이후에도 그 특성상 검찰보다 극히 소수의 사건밖에 처리할 수 없는데, 이러한 공수처가 수많은 사건을 처리하면서 전문성을 획득한 검찰 만큼의 수사역량을 확보할 수 있는지 여부에는 의문이 있습니다. 범죄의 수법이 항상 수사기법보다 먼저 발전하고 있음에도 검찰이 이러한 범죄의 증거를 찾을 수 있었던 것은 2012년 대검찰청 NDFC가 약 73,544건을 지원한 이래 2016년 약 104,898건에 지원하는 등 끊임 없이 처리하는 수많은 사건들을 통하여 수사기법을 발전시켜 가고 있기 때문일 것입니다.

수사의 필요조건은 수사의지와 수사능력이고, 수사능력은 수사의지 못지않게 중요한 부분입니다. 공수처가 수사하여야 할 대상사건은 그 어느 영역보다 확실한 물적 증거의 확보가 중요함에도 증거 확보가 어렵고, 대상자들은 증거인멸 또는 조작에 능숙한 사람들임에도 이에 맞는 수사역량이 갖춰져 있지 않다면 사실상 **공수처 자체가 오히려 부실한 수사로 고위공직자들에게 면죄부를 주는 수단으로 전락**할 수도 있는 만큼 이 부분에 대하여는 공수처의 설치 전에 충분히 고민할 필요가 있습니다.

셋째, ‘공수처’의 수사범위에 ‘기업범죄’가 제외되어 있는 것 또한 공수처의 한계라고 볼 수 있습니다. 최근 드러나고 있는 각종 권력형 비리의 핵심은 정경유착, 즉 권력을 통한 부의 창출, 그리고 그 과정에서 걸림돌이 된 것들을 제거하기 위한 권력의 남용입니다. 그러나 이러한 권력형 비리는 사실 특정한 이권을 위하여 고위공직자에게 금품을 공여한 기업에 대한 비리를 수사하는

과정에서 드러나는 경우가 대부분인데, 수사의 시작이 되는 기업범죄에 대하여 수사하지 못하는 공수처의 수사는 ‘경제범죄에서 권력형 비리로 이어지는 핵심연결고리를 찾을 수 없고, 그 결과 작은 비리는 잡고, 큰 비리는 봐주는 결과’가 될 가능성이 농후합니다. 그렇다고 기업범죄까지 공수처의 수사범위에 넣게 되는 경우 공수처의 본래적 설립 취지를 넘어서는 결과가 되는 것으로, 이러한 문제점은 공수처의 내재적 한계라고 볼 수 있습니다. 즉, 기업범죄 수사를 할 수 없는 공수처의 설립이 단순히 공수처의 수사범위 한정 문제를 넘어서 우리 국민들이 공수처를 통하여 엄단하고자 한 정경유착에 대한 수사를 포기하게 되는 결과가 되는 것이 아닌지 다시 생각해볼 필요가 있습니다.

많은 국민들이 ‘공수처’가 생성되면, 정치적 중립성이 보장되고, 검찰의 권한이 공수처와 분배될 것이라고 믿고 있습니다. 그러나 앞서 논의한 것처럼 권력기관은 한번 생성되면 쉽게 폐지하기 어려울 뿐만 아니라, 그 권한의 범위를 팽창하고자 하는 습성이 있고, 공수처의 정치적 중립성 또한 보장되기 어려우며, 정치적 중립성이 보장되지 않는 공수처는 다른 기관과는 달리 국민의 기본권을 직접적, 현실적으로 제약할 수 있는 기관임에도 이를 견제할 수 있는 제도적 장치가 없다는 점, 현재까지 제기되는 공수처의 문제점이 단순한 운영상의 문제점을 넘어선 본질적 한계가 될 수 있다는 점에 비추어 보면, 공수처의 신설 이전에 그 부작용에 대한 충분한 검토가 선행될 필요가 있다고 생각합니다.

마지막으로, 다시 한번 검찰개혁 방안에 대하여 많은 고민과 생각을 하게 해주신 장영수 교수님께 깊은 감사의 말씀을 올리며 저의 토론을 마치고자 합니다.

【토론】

「검찰개혁과 독립수사기관 설치에 관한 검토」의 토론문

김선화 입법조사연구원 (국회입법조사처)

1. 토론에 들어가며

검찰개혁문제는 참 오랫동안 논의되어 왔는데도 여전히 큰 진척을 보고 있지 못한 분야이다. 이 사회의 공정성, 정의실현을 대변하는 기관이라 할 검찰에 대해서 이렇게 개혁을 바라는 목소리가 높은 것, 수십년간 논의되어 왔음에도 아직도 해결이 되지 않는 것이 결국 우리 사회의 비정상적인 부정의를 키우는 일이 되었다고 생각하지 않을 수가 없다.

불과 얼마전에 검사장 뇌물, 스폰서검사와 같은 검찰 자체의 부패는 물론, 최근에 비선의 광범위한 그리고 상상을 뛰어넘는 국정농단, 국민연금기 사익에 이바지하는 일 같은 사건들이 벌어지고 확대되는 데에는 국가 사정기관들, 수사기관들이 제대로 그 기능을 하지 않았다고 볼 수밖에 없고, 그래서 검찰이 정치권력의 눈치를 보는 일 없이 원래 취지대로 작용하게 할 개혁은 지금 국가개혁이나 국가개조를 바라는 국민들의 바람이라고도 해석할 수 있다.

발제자께서는 고위공직자비리수사처 설치에 대해서 다양한 입장과 논거, 그리고 여론의 추이에 대해서도 검토하고 그 설치에 대해서 긍정적인 입장이 지배적이라고 파악하고, 고비처를 설치하는 방식에 대해서 헌법개정시에 근거규정을 두도록 주장하시는 것으로 보인다.

언급된 바와 같이 여러 차례 법안들이 발의되고 논의되고 했음에도 진척이 없었기 때문에 고위공직자비리수사처를 설치하기 위하여 그리고 이 수사처 설치를 망설이게 하는 많은 우려들을 해결하기 위해서도 헌법에 근거를 마련할 필요가 있다는 말씀에 동감한다. 최근에 개헌모델로도 거론되고 있는 핀란드의 경우에도 아예 Chancellor of Justice 라는 고위공직자의 비리를 상시조사하는 기구에 대해서 헌법에 명문규정을 두고 있다.

고위공직자비리수사처의 설치에 비대한 검찰이 권력을 분산해서 검찰 개혁의 견인차가 될 수도 있다고 기대할 수 있다.

검찰의 독립성, 중립성, 공정성을 담보하는 데에 위해가 되었던 배경이 변화되지 않은 상태에서 오히려 무능한 기관을 옥상옥으로 만드는 결과가 될 수 있다는 우려도 있지만, 그동안 임명권자나 권력자들에게 관대하다 못해 비겁하다고 일반 국민들이 느끼고 있는 문화가 바뀌려면 검찰권을 분산시키는 것도 필요하다고 생각된다.

제도라는 것이 그 자체로 완벽하거나 정답인 것이 아니라, 그 사회의 문제점, 역사, 사회구조,

전통, 문화 이 모든 것에 기인하여 만들어질 수 있는 것이므로, 검찰이 독점해온 권한에 문제가 있다면 다른 제도와 권한분산 방안을 설계해보는 것은 당연히 필요한 일이라고 할 수 있다.

2. 법안발의 연혁과 현황

(1) 연혁

제15대 국회에서 고위공직자비리조사처 신설 내용을 담은 부패방지법안이 최초로 발의된 이래,¹⁾ 고위공직자비리 수사기관 설치와 관련된 법률안은 현재까지 총 13건이 발의되었다.

제15대 국회에서 고위공직자비리조사처 신설을 내용으로 한 부패방지법안이 발의되었으나 철회되었고, 제16대 국회에서는 고위공직자비리조사처설치법안이 발의되었으나 임기만료폐기되고 대신 부패방지법안(대안)이 통과되어 부패방지위원회가 신설되었다.

제17대 국회에서는 정부의 공직부패수사처 설치 논의에 반대²⁾하여 고위공직자비리조사처신설추진계획백지화촉구결의안이 제출된바 있으며, 정부가 공직부패수사처를 국가청렴위원회 소속으로 설치하는 내용의 공직부패수사처 설치에 관한 법률안을 제출하였으나 각각 임기만료로 폐기되었다.

제18대 국회에서는 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안 등 총 3건이 발의되어 사법개혁특별위원회에 회부되었으나, 각각 임기만료로 폐기되었다.

제19대 국회에서는 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 등 4건이 발의되었으나, 각각 임기만료로 폐기되었다.

흥미롭게도, 오히려 정부가 고위공직자비리조사처를 추진한 바가 있었으나, 국회가 반대한 일도 있었다.

〈고위공직자비리수사처 관련 입법 경과〉

- 1996.11 참여연대 고위공직자비리수사처 신설을 포함한 부패방지법 입법청원
- 1996.12 류재건 의원(새정치국민회의)등 71명, 고위공직자비리조사처 신설을 내용으로 하는 부패방지법안 국회 제출
- 2001.06 고위공직자비리조사처 대신 부패방지위원회를 신설하는 부패방지법 제정
- 2002.10 신기남 의원(새천년민주당)등 28명, 독자적인 수사권과 기소권을 갖는 고위공직자비리조사처를 대통령 산하에 신설하는 것을 골자로 하는 고위공직자비리조사처 설치법안 제출, 임기만료로 폐기
- 2004.08 김성조 의원(한나라당)등 30인 고위공직자비리조사처신설추진계획백지화촉구결의안 제출, 임기만료로 폐기
- 2004.11 정부 '공직부패수사처 설치에 관한 법률안' 제출, 임기만료로 폐기

1) 고위공직자비리수사처의 직무와 유사한 특별수사청을 법무부 소속으로 설치하는 내용인 특별수사청 설치 및 운영에 관한 법률안(주성영의원안, 박영선의원안 등 2건)도 발의된 바 있다.

2) 같은 시기, 고위공직자비리조사처설치에관한법률제정에 관한 청원이 이은영의원 소개로 제출되어 법제사법위원회 법안심사제1소위원회에 회부되었다.

2010.04.11	양승조 의원(민주당)등 14인, 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회 제출, 임기만료로 폐기
2010.05.18	이정희 의원(민주노동당)등 10인, 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회 제출, 임기만료로 폐기
2010.06.24	국회 사법제도개혁특별위원회, 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률 공청회 개최
2010.11.09	김동철 의원(민주당)등 10인, 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회 제출, 임기만료로 폐기
2012.07.04	김동철 의원(민주통합당)등 36인, 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회 제출, 내용은 18대와 동일
2012.07.13	양승조 의원(민주통합당)등 10인, 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회 제출, 내용은 18대와 동일
2012.09.05	민주통합당 이해찬 대표 고위공직자비리조사처 설치 필요성 언급
2012.09.06	이상규 의원(통합진보당)등 10인, 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회 제출, 내용은 18대 이정희 의원안과 동일
2012.12.03	이재오 의원(새누리당)등 13인, 공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회 제출
2016.07.21	노회찬 의원(정의당)등 11인, 고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안 국회 제출
2016.08.03	더불어민주당, 국민의 당, 정의당 등 야 3당, 고위공직자비리수사처 신설을 위한 검찰개혁특위 구성 합의
2016.08.08	박범계 의원(더불어민주당) 및 이용주 의원(국민의 당) 외 찬성자 76인, 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회 제출
2016.12.14	양승조의원 등 10인, 소위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안 국회제출

* 고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안·고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안(노회찬의원 대표발의, 제1057호)(박범계의원 대표발의, 제1461호)법제사법위원회 검토보고서, 2016. 11, p. 14의 표에 이후 사항 추가함.

(2) 제20대 국회 발의현황

의안번호	의안명	제안자구분	제안일자
2004379	고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안 (양승조의원 등 10인)	의원	2016-12-14
2001461	고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 (박범계의원 등 2인 외 69인)	의원	2016-08-08
2001057	고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안(노회찬의원 등 11인)	의원	2016-07-21

이 법안들을 보면, 고위공직자의 범위가 약간씩 다르므로 이에 대해서 조정이 필요하다고 할 수 있고, 기구의 이름에 대해서도 상시적인 감시를 위해서 수사처가 아닌 조사처라는 이름이 붙여진 것도 볼 수 있다.

고위공직자에 대한 상시감사와 수사를 하는 기관은 그 성격이 감사원의 기능과 검찰의 기능도 모두 가지는 것이 되므로, 기존의 기관과의 권한배분과 상호관계에 대한 면밀한 검토도 필요하다고 생각된다.

또한 수사처 또는 조사처의 독립성을 생각한다면 굳이 대통령이 임명하도록 할 필요가 있겠는지, 국회에서 선출하고 국회의장이 국회의 이름으로 임명하는 것이 어떤지 궁금하다. 헌법상으로 독립기관이라고 하는 기관들이 우리나라는 물론이고 외국에서도 대체로 대통령이 임명하기는 하는데, 우리나라 같이 임명권자에 대한 충성도가 높거나 대통령이 형식적 임명권에 대해서도 실질적 권한을 행사하려고 하는 경우에 그런 관행을 바꾸기 위해서는 헌법에 있는 독립기관들은 모두 국민이 직접 위임한 형식이 좋지 않을까 생각해 보는데, 발제자께서 어떻게 생각하시는지 여쭙고 싶다. 감사원 독립이 문제가 될 때도 감사원이 국회로 오고 싶지 않다고 하는 이유가 대통령 소속일 때에 가지는 업무협조의 원활함, 효율성, 추진력 등을 우려하는데, 그 때문에 지금까지 정치적 독립성이 언제나 의심받아 왔다는 점에서 이 참에 헌법상 독립기관들은 대통령소속이나 임명에 대해서 재고해 보는 것은 어떤지 말씀을 듣고 싶다.

3. 해외사례

이하와 같이 해외 사례를 보면, 고비처에 해당하는 기관들의 권한에 관하여, 기소권은 두고 있지 않아 권력이 분산되어 있는 점을 볼 수 있다.

우리의 계류 법안들은 지금의 검찰처럼 고비처가 현재의 검찰이 가진 권한을 모두 가지도록 하고 수사과 기소 대상이 다른 것으로 하고 있는데, 검찰의 수사권 또는 기소권을 분리하면서 고위공직자수사처도 이와 같은 방향으로 나가는 것이 바람직하다고 생각된다.

〈외국의 반부패기구 운영 현황〉

국가	기구	소속	수사 (조사)대상	수사권	기소권
홍콩	염정공서	홍콩 행정장관	공공부문 민간부문	○	×
싱가포르	부패행위조사국	총리	공공부문 민간부문	○	×
말레이시아	반부패위원회	총리	공공부문 민간부문	○	×
호주	반부패위원회	독립기구 (각 주별로 설치)	공무원	○	×

국가	기구	소속	수사 (조사)대상	수사권	기소권
미국	정부윤리처(OGE)	연방기관	연방공무원 등	×	×
	특별조사위원실(OSC)		연방공무원 등		
	윤리및효율에관한감사관위원회 (CIGIE)		감사관		
독일	별도 수사기구 없음	-	-	-	-
프랑스	별도 수사기구 없음	-	-	-	-

* 고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안·고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안(노회찬의원 대표발의, 제1057호)(박범계의원 대표발의, 제1461호)법제사법위원회 검토보고서, 2016. 11, p.73.

【토론】

『**검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의
설치에 관한 검토**』 토론문

김태우 검사 (영월지청장)

I. 서론

최근 국회에서 고위공직자비리수사처(이하 ‘공수처’라 한다) 법안이 발의되었다 그 주요 내용은 공수처를 ①입법부, 행정부, 사법부 그 어디에도 속하지 않고, 기관 외부로부터 지휘·감독을 받지 않는 독립기관으로 하고, ②고위공직자의 부패범죄에 대한 전속적 수사권과 기소권까지 인정하고 있는 것이다.

오늘 토론의 중심은 현재 발의된 법안의 주요 내용의 비교법적 선례로 제시된 홍콩의 염정공서 등의 예들과는 전혀 다른 내용이고, 오히려 비교법적 선례는 발의된 법안의 취지와는 반대되는 내용으로 볼 수 있는 측면까지 있는 경우라는 점을 밝히고자 한다.

국가권력이 “민주적 정당성(Demokratische Legitimation)”을 인정받아야 하는 가장 큰 이유는 국가기관의 권력행사를 권한의 형태에 따라 국민이 적절한 방식으로 통제할 수 있어야 국가기관의 권한 행사가 정당화될 수 있기 때문이다. 기본적으로 우리나라 헌법과 법률상 국가행정권의 통제 방법은 국무위원인 각 부 장관이 각 부의 권한에 대한 지휘·감독권을 행사하고, 그에 기해 국회에 대해 책임을 지며, 국회는 해임건의, 탄핵, 출석요구, 질문·답변 요구권 등의 형태로 국무위원인 각 부 장관을 통해 행정권을 통제하는 방식으로 구현되된다. 다만, 국회의 위와 같은 통제는 사후적인 방식으로 이루어질 수밖에 없기 때문에 기본권 침해나 사회적·정치적 혼란을 사전적으로 예방하는 데에는 그 한계가 있다고 생각한다.

특정 행정기관의 권한행사에 대해 어떤 방식의 통제가 가능한지 여부는 민주주의와 국민주권주의의 관점에서 그 기관의 합헌성과 관련하여 큰 의미를 가진다. 그 결과, 특정 행정기관의 권한이 권력적 성격을 가지고 있을 때에는 국민의 기본권 보장을 위해 권한의 통제 필요성이 더욱 커지고, 반면 자문기관이나 단순히 통계 관리 등을 담당하는 것과 같은 비권력적 기관은 통제 필요성이 적어진다.

먼저, 주요 토론 내용에 들어가기에 앞서 먼저 법안의 내용과 관련된 용어를 명확히 하고자 한다. 그 이유는 현재 학계에서 외국의 비교법적 선례와 관련된 오해로 인해 용어 자체가 잘못 쓰이고 있다고 생각하기 때문이다.

현재 발의된 법안중 박범계 의원안의 의안 제명은 『고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안』, 노회찬 의원안의 의안 제명은 『고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안』, 양승조 의원안의 의안 제명은 『고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안』이다. 의안 제명만 보면 마치 공수처가 수사권만 있는 것 같지만, 실제 법안의 내용은 공수처가 수사권과 기소권 모두를 행사하는 기관으로 규정되어 있다. 그렇기 때문에 현재 “고위공직자비리수사처”라는 용어는 실제보다 그 권한이 적은 것으로 보일 수 있어, “고위공직자비리수사 및 기소처”와 같이 기소권까지 가지는 권력기관이라는 의미가 들어가 있는 용어를 쓰는 것이 맞다고 생각한다.

그리고 공수처 도입 찬성론의 근거가 되는 비교법적 예시로서 홍콩의 엄정공서나 싱가포르의 탐오조사국 등이 우리나라에서 소개되고 있는데, 위 기구들의 현황을 소개하기에 앞서 먼저 분명히 해두고 싶은 것은 박범계 의원안의 제안 이유에 『독립된 수사기구의 신설 필요성에 더욱 동감하고 있음. 실제 이런 취지와 기조로 설치된 홍콩 엄정공서(廉政公署, ICAC), 싱가포르 탐오조사국(貪污調查局, CPIB)은 공직자 비위 근절과 함께 국가적 반부패 풍토 조성에 성과를 거두고 있는 것으로 나타나고 있음』 이라고 기재되어 있어 마치 위 수사기관들이 소속이 없는 독립된 수사기구인 것처럼 소개되고 있으나, 위 기구는 아래에서 보듯이 현재 발의된 법안의 내용처럼 소속이 없는 독립 수사기구가 아니라, 모두 대통령, 행정장관이나, 법무부 소속이기 때문에 “별도수사기구”라고 표현하는 것이 옳다고 생각한다.

II. 구체적 검토

1. 싱가포르의 탐오조사국

싱가포르 탐오조사국(CPIB, Corrupt Practices Investigation Bureau)은 아편강탈 관여 등 경찰부패가 만연하자 1952년 검찰총장 산하에 설치되었다가 1960년 총리 직속기구로 개편되었고, 탐오조사국장은 대통령이 임명한다. 탐오조사국은 민간과 공공부분의 부패범죄 모두 수사가 가능한데, 탐오조사국 외에 다른 수사기관도 부패범죄에 대한 수사권이 있으며, 탐오조사국이 수사한 범죄는 검사의 승인을 받아 기소한다. 그리고 형사소송법 규정에 의해 검사가 탐오조사국장 등에게 수사를 명하기까지 하는 등 검사의 지휘권이 확립되어 있다.¹⁾

그러나 싱가포르에서도 탐오조사국 부국장의 공금유용 사건과 정부를 비판한 싱가포르 국립대

1) 싱가포르 형사소송법 제18조 : “검사는 부패방지법에 따른 범죄행위가 행하여졌다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우, 명령으로 탐오조사국장 또는 특별수사관 등에 대하여 금융거래정보를 조사할 수 있는 권한을 부여할 수 있다.”

싱가포르 형사소송법 제19조 : “검사는 명령으로 탐오조사국장 또는 특별수사관으로 하여금 형사소송법에 규정된 사법경찰관의 권한의 전부 또는 일부를 수행하도록 할 수 있다.”

법대교수를 제자로부터 성상납을 받은 혐의로 수사하였으나 무죄가 선고된 사례에서 보듯이 탐오 조사국 내부비리 및 정부비판인사 탄압문제도 발생하고 있다. 아울러, 민간 대 공공분야 수사대상이 9:1 정도인 점에서 공직자부패 척결을 목적으로 하는 것인지에 대한 의문도 있는 상황이다.

2. 홍콩의 엽정공서

홍콩의 엽정공서(ICAC, Independent Commission Against Corruption)는 사회 전체에 부패가 만연한 상황을 개선하고자 1974년 행정장관 직속으로 설립되어 민간과 공공분야의 부패범죄 수사를 전담하고 있다. 엽정공서에서 수사한 사건은 울정사(법무부)로 보내져 울정사 형사검공과 소속 검사가 기소를 담당하고 있다. 엽정공서가 한때 모범적인 반부패수사기관이라는 평가를 받았던 것은 사실이다. 하지만, 그 이면에는 광범위한 감청과 불법도청, 미행과 감시, 함정수사, 위증교사 등 불법수사 문제가 있었다는 점을 주목할 필요가 있다.

엽정공서는 과거 법관의 영장 없는 감청권한을 가지고 있었고, 그 외에도 불법도청 사건까지 수차례 발생하여 2006년 관련법을 개정하여 기본적으로 감청시 법관의 영장이 필요하게 되었다. 그렇지만, 아직도 공개장소에서의 대화 등의 녹음 등에 대한 감청인 ‘Type 2’²⁾라고 불리는 범주에 속하는 감청 등은 법관의 영장 없이 행할 수 있어 여전히 사찰 등 불법수사의 위험성은 도사리고 있다. 한편 홍콩의 행정장관은 800명으로 이루어진 추천 선거인단의 간접선거를 통해 선출된 뒤, 중앙인민정부에 의해 임명되는바, 이에 따라 1997. 7. 홍콩의 반환 이후 행정장관의 임명에 본토 중국의 입김이 점차 커져가는 것이 현재 홍콩의 현실이다. 이러한 현실 아래에서 행정장관이 엽정공서 서장·부서장 및 엽정공서의 수사 과정과 결과를 감시·감독하는 활동심사위원회의 위원 임명권까지 갖고 있기 때문에 엽정공서가 본토 중국의 영향력으로부터 자유롭기 힘들 것이라는 우려가 홍콩 반환 이후부터 존재하여 왔다.³⁾

이와 관련하여 최근 들어 엽정공서의 독립성과 관련하여 가장 큰 우려를 불러일으켰던 2016. 7.에 있었던 엽정공서의 수사를 담당하는 집행처장(Head of Operation) Rebecca Li의 교체 사태를

2) 감청 및 감시 조례(Interception of Communications and Surveillance Ordinance)
Section 14(Application for executive authorization for Type 2 surveillance)

(1) An officer of a department may apply to an authorizing officer of the department for the issue of an executive authorization for any Type 2 surveillance to be carried out by or on behalf of any of the officers of the department. 위 법규에서 Type 2에 해당하는 형태에 대해서는 “The distinction between Type 1 and Type 2 covert surveillance reflects the different degrees of intrusiveness into the privacy of those who are subject to the surveillance. Type 2 surveillance covers “participant monitoring” situations where the words or activities of the target of surveillance are being listened to, monitored by or recorded by someone (using a listening device or optical surveillance device) whom the target reasonably expects to be so listening or observing. It also covers situations where the use of an optical or tracking device does not involve entry onto premises without permission or interference with the interior of conveyance or object, or electronic interference with the device, without permission. Any covert surveillance other than Type 2 surveillance is Type 1 surveillance.”라고 언급된다.

3) <http://www.bbc.com/news/world-asia-china-23223457>.

소개하고자 한다. Rebecca Li는 염정공서의 41년 역사상 첫 여성 집행처장이자 염정공서 수사관으로서 처음으로 FBI로 파견된 경력의 소유자로, 유능한 요원이라는 평을 받고 있었는데, 취임 1년 만에 전격적으로 교체되었다. 한편, Rebecca Li의 교체가 발표된 직후인 2016. 7. 12. 염정공서의 고위 수사관(Senior Investigator) Dale Ko 역시 아무런 설명 없이 사임을 하였고, Li의 후임자로 집행처장을 맡게 된 Ricky Yau 역시 2016. 7. 30. 사임을 발표했다가 3시간 후에 사임을 철회하는 등 염정공서가 인사문제로 관련하여 그 역사상 유래 없는 내용에 시달리게 되었다.

염정공서의 집행처장이 전례 없이 교체된 것과 관련하여, 염정공서의 수사관들이 Rebecca Li의 지시 하에 친중파로 분류되는 홍콩의 행정장관인 CY Leung의 비리혐의⁴⁾를 수사하고 있던 것으로 알려지면서 Rebecca Li가 CY Leung에 의해 사실상 강제로 해고된 것이라는 의혹이 제기되었다.⁵⁾ 이에 홍콩 입법회(Legislative Council, LegCo) 의장은 이러한 의혹에 대하여 2016. 10. 의회가 소집 되면 자세히 조사를 진행할 것이라고 발표하기도 하였다.⁶⁾

Rebecca Li의 교체와 관련하여, Li의 교체는 단순히 그녀의 집행처장으로서의 자질이 부족했기 때문이라고 주장하는 염정공서측 인사의 견해도 존재하나,⁷⁾ 해임통보가 한밤에 갑자기 이루어진 점, Rebecca Li 교체 이후 핵심 수사관들이 연달아 사임을 하고 염정 공서의 연례만찬회가 임원들의 불참선언으로 취소되는 등 일련의 사태가 이어지고 있는 점을 종합적으로 고려할 때, 홍콩에서도 위 사태로 염정공서가 그 신뢰성에 증대한 타격을 입게 되었다는 견해가 지배적이다.⁸⁾

따라서 중국에 우호적인 행정장관이나 관련 인사들에 대한 수사를 진행할 경우 중국이 영향력을 행사하여 행정장관이 관련 수사에 개입할 여지가 얼마든지 존재한다. 실제로 염정공서의 수사를 담당하는 Rebecca Li가 홍콩 정부에 CY Leung의 비리와 관련된 자료의 제출을 여러 차례 요청하였지만 홍콩 정부가 이를 거부하여 문제가 되기도 하였다.⁹⁾ 이처럼 1997. 7. 홍콩이 중국으로 반환된 후 행정장관들에 대한 수사가 수차례 진행되면서 중국의 입김으로부터 자유롭지 않은 홍콩 행정장관으로부터의 독립이 염정공서에게 주어진 새로운 과제이다.¹⁰⁾

한편, 최근 5년간 뇌물수수 등 전형적인 부패사건으로 기소된 공무원은 연평균 3.4명에 불과한 상황으로 막대한 예산에도 불구하고 공공분야 수사실적은 저조하고, 수사력 대부분이 공무원이 아닌 일반국민을 향하고 있다는 점도 한계로 지적되고 있다.

4) 호주 중공업회사인 UGL (United Group Limited)으로부터 HK\$50,000,000(한화로 약 50억 원 상당)을 받았다는 혐의.

5) <http://www.ejinsight.com/20160713-the-invisible-hand-behind-rebecca-li-s-mysterious-resignation/>, "The invisible hand behind Rebecca Li's mysterious resignation".

6) <http://news.rthk.hk/rthk/en/component/k2/1275934-20160730.htm>.

7) 2016. 9. 해외출장시 국제반부패 컨설턴트(전 염정공서 집행처장 겸 부서장) Tony Kwok 면담 내용.

8) 2016. 9. 해외출장시 홍콩대학교 법과대학 교수/부학장 Simon Young 면담 내용.

9) <http://www.wsj.com/articles/hong-kong-loses-a-corruption-watchdog-1468495979>.

10) 이와 관련한 질문을 받은 Tony Kwok 컨설턴트나 Simon Young 교수는 "다행히도 아직까지는 홍콩의 행정장관들은 좋은 사람들이었다고 할 수 있으나, 향후에도 홍콩에 행운이 계속될지는 장담할 수 없다"는 취지로 진술하였다.

3. 인도네시아의 KPK

인도네시아 부패근절위원회(KPK, Corruption Eradication Commission)는 31년간을 통치해 온 수 하르토 대통령 실각 이후 부패근절을 위해 2003년 대통령 직속 기관으로 5인의 위원으로 구성되어 설립되었다. KPK 외에 타 수사기관도 부패범죄의 수사가 가능하나, 상호 MOU를 통해 먼저 수사를 개시한 기관이 수사의 우선권을 갖는다. 한편, KPK는 영장없이 감청, 금융정보를 요구할 수 있는데, KPK가 수사한 사건에 대한 기소는 KPK에 파견된 검사가 전담한다. 그런데, 경찰과 KPK 간에 여러 차례 상호 공격적 수사(아른바 악어 대 도마뱀 케이스)로 부패척결과 무관한 소모적 갈등과 충돌이 있어 왔다.¹¹⁾

한편, 현재 KPK의 총 인력은 1,100여명¹²⁾ 정도인데, 그중 수사인력은 91명에 불과하고 수사인력 중 80%를 경찰이나 검찰에서 파견받고 있는 실정이다. 실제 인도네시아 경찰은 정치적인 측면에서 부패근절위원회가 가지지 못하는 자원을 많이 가지고 있고, 소속 경찰관 또한 400,000여명¹³⁾에 육박하고 있어 1,100여명으로 구성된 부패근절위원회와는 규모 면에서 비교가 되지 않는다는 평가를 받고 있다.

4. 대만의 염정서

대만의 염정서(AAC, Agency Against Corruption)는 법관이 뇌물을 받고 무죄를 선고한 사건을 계기로 2011년 출범되었다. 염정서는 설립 논의 당시 홍콩의 염정공서 등의 모델을 검토하기도 하였다. 그러나, 기존 제도와의 조화를 피하면서 기존 수사기관들의 수사인력을 유효하게 활용한다는 차원과 대륙법계 국가로서 수사권을 가진 염정서를 총통이나 행정원장 산하로 하는 경우 검찰관이 수사주체인 대만의 사법제도를 혼란시킬 수 있다는 문제점을 고려하여 법무부 산하에 설치하였다.

염정서는 파견검사인 주서(駐署)검찰관이 염정서의 수사를 지휘하고, 기소는 주서검찰관이 소속 검찰청을 통해 하게 된다. 그러나 염정서는 212명의 소규모로 운영이 되고 있어 실효성에 의문이 제기되고 있고, 실제로 많은 수사는 여전히 법무부 소속의 수사 기관인 법무부 조사국이나 검찰청에서 이루어지고 있다.

11) 1. 1차 도마뱀 대 악어 사례 : 2009년 부도 위험 은행에 대한 구제금융 지원 관련하여 KPK의 경찰국장에 대한 수사계획 발표 후, 경찰이 KPK 위원장 등을 살인교사 혐의로 체포 등 충돌
2. 2차 도마뱀 대 악어 사례 : 2012년 KPK가 교통경찰국장 뇌물수수 혐의로 수사하자, 경찰은 KPK 수사팀장 과거 사건 수사 및 KPK 파견경찰 복귀 명령 등 충돌
3. 2015년 KPK는 경찰청장 후보자를 비리 수사대상으로 지목, 이에 경찰은 KPK 부위원장 등을 수사하였고, 대통령이 KPK 위원장과 위원 수명 교체 후 경찰청장에 대한 수사 종결

12) 부패근절위원회 2015년 Annual Report.

13) <http://www.interpol.int/Member-countries/Asia-South-Pacific/Indonesia>.

위에서 살펴본 각 부패범죄수사기구의 개관과 현재 발의된 공수처 법안과의 차이를 표로 정리하면 아래와 같다.

	싱가포르 탐오조사국	홍콩 염정공서	인도네시아 부패근절위원회	대만 염정서	공수처 (더민주· 국민의당 案)
소속	총리 직속	행정장관 직속	대통령 직속	법무부 소속	독립기구
규모	• 약 200명 근무 ※ 인구 540만	• 약 1,400명 ※ 인구 723만	• 약 1,100명 근무 (수사관 91명, 검·경파견 인력이 80%) ※ 인구 2억6천만	• 약 212명 ※ 인구 2,346만	• 특별검사 20인 內 및 보조인력 ※ 인구 5,170만
수사 대상	제한 없음(민간포함)	제한 없음(민간포함)	공무원(군인 포함)	공무원	고위공직자, 가족
대상 범죄	수뢰, 배임수재 등 부패범죄	• 부패 관련 범죄, 공직남용행위 • 공공기관 및 민간부분 뇌물 범죄	부패사건	뇌물범죄, 횡령 권한남용 등 부패범죄	수뢰, 직권남용, 직무관련 횡령·배임 알선수재, 부정청탁 금지법 등 부패범죄
권한	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ×	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ×	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ×	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ×	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ○
	- 他기관 중복수사 가능 - 사건을 검찰총장 에게 송부 (검사기소 승인)	- 부패수사는 염정공서 전담(부패범죄발견 시 이첩) - 율정서(법무부) 검사가 기소	- 他기관 중복수사 가능(먼저 수사를 개시한 기관 우선) - 파견검사가 기소	- 駐署검찰관 (파견검사)이 수사지휘 및 소속 검찰청 결재받아 기소 - 他기관 중복수사 가능 (駐署검찰관 조정)	- 대상범죄에 대한 전속수사권 - 他기관 중복 수사시 공수처로 이첩

5. 소결

위에서 살펴본 바와 같이 부패범죄를 담당하는 별도수사기구는 당초 홍콩, 싱가포르 등 검찰제도가 미약한 영미법계 도시국가에서 시작되어 소수의 동남아 국가에만 존재하는 제도이다.

미국·프랑스·영국·독일·일본 등 주요선진국의 경우에도, 검찰 등 기존 수사기관 외에 부패범죄를 전담하는 수사기구를 별도로 설치한 사례는 없고, 고위공직자 등 특정신분을 가진 자만을 수사대상으로 하는 제도도 없다.

한편, 싱가포르, 홍콩, 인도네시아, 대만 등의 부패범죄를 담당하는 별도 수사기구는 소속을 정하지 않고 독립기구로 규정하고 있는 현재 발의된 공수처 법안과는 달리 대통령, 총리 또는 법무

부 등의 산하기관으로 하고 있어 현재 발의된 공수처 법안과는 전혀 내용을 달리하고 있다. 아울러 수사권 외에 기소권까지 부여하고 있는 현재 발의된 공수처 법안과 달리 위 기관들은 수사권만 보유하고 독자적인 기소권을 보유하고 있지 않고, 기소권을 검찰로 일원화하고 있다. 비교법적으로 검찰 외 기관에 기소권을 부여한 사례는 탄자니아의 예를 제외하고는 전무한 것으로 보인다. 탄자니아의 경우 일부 기소권한을 검찰 외 다른 기관에 부여하고 있으나, 이는 검찰의 인력부족으로 인해 「국가 검사자격부여법」에 의하여 한시적으로 기소권한을 위임한 것에 불과하다.

한편, 홍콩 영정공서를 제외한 나머지 국가에서는 부패범죄 수사기구에 부패범죄에 대한 독점적 수사권도 인정하지 않고 있다는 점도 현재 발의된 공수처 법안과는 다른 점이다. 그리고 홍콩, 싱가포르 등에서 부패수사에 일부 성과를 달성했다고 하는 것도 우리나라의 형사사법 체계와는 달리 플리바기닝과 수사과정에서의 허위진술죄 처벌, 영장 없는 감청 등의 특별한 권한이 부여되어 있었기 때문이라고도 볼 수 있다.

아울러, 위 각국에서도 불법사찰, 투입된 예산 대비 비효율, 이중적 수사기구간의 다툼 등으로 인한 정국혼란 등의 부작용 문제도 발생하고 있다는 점을 주목해야 한다.

위에서 살핀 비교법적 선례들은 모두 현재 발의된 공수처 법안에 규정된 내용에 비해 ①수사권만 보유하고 있고, ②대통령, 총리 또는 법무부 등의 산하기관으로 규정하여 행정권의 지휘·감독이 가능한 체재를 구축하고 있어 전혀 다른 내용이라고 볼 수 있다. 따라서, 현재 발의된 법안의 내용대로 공수처 법안이 통과된다면 아마도 탄자니아 다음으로 검찰 외 기관에 기소권까지 부여함에 그치지 않고(아울러, 앞서 보았듯이 탄자니아의 경우에도 한시적인 조치일 뿐이다), 수사권과 기소권을 행사하는 기관에 대해 그 소속을 정하지 않은 세계 최초의 예가 될 것이다.

일시적인 필요로 인해 핵심적인 행정 영역을 분점하는 독립행정기관을 만들어 대통령의 지휘·감독권에서 배제시킬 경우, 그 일시적인 필요성이 해소된 후, 새로운 정치지도자가 국가를 제대로 운영하고 싶어도 독립행정기관이 그 지휘·감독을 따르지 않을 경우 일어날 수 있는 혼란은 국가의 발전에 큰 악영향을 미칠 것은 자명하다. 위와 같은 이유로 우리나라와 형사사법 체계가 유사하고, 형사사법 선진국이라고 할 수 있는 독일, 프랑스 등 외국도 별도의 부패수사기구를 만들지 않은 것이라고 생각한다.

18대 국회 논의시, 위와 같은 측면에서 “국가기능과 관련된 조직법은 그때 그때 나타나는 현상에 대처하는 방편으로 국가기능과 조직을 분할해서는 안 된다, 세무·외무·국방·조세 등 국가기능을 수행하는 국가조직은 하나임이 당연하다, 군이 잘못한다고 제2군을 만들 수 없다, 문제가 있으면 통제장치, 보완장치를 마련해야 한다.”는 장윤석 전 의원의 발언¹⁴⁾은 위와 같은 관점에서 타당한 의견이라고 생각한다.

국가기관의 개혁을 위하여 무엇보다도 실질적으로 중요한 것은 그 기관이 제 기능을 제대로 하게 하고, 권한을 어떻게 통제할 것인지 여부라고 할 것이다.

14) 2010. 6. 15. 국회 사개특위 검찰관계법 소위중 장윤석 의원의 발언.

이미 제15대 국회부터 20여 년간 공수처의 문제점에 대한 지속적인 논의와 사회적 합의를 통해 2년여 전에 공수처 대신 특별검사 제도와 특별감찰관 제도가 신설되었다. 특별검사와 특별감찰관 제도가 아직 정착되지 않은 상황에서 또 다른 권력기관인 공수처를 도입할 경우 권력기관의 총량만 늘리는 옥상옥의 문제는 없는지, 공수처의 권력이 남용될 경우 제왕적 대통령을 가속화하거나 국회 다수당의 사찰기구가 될 위험은 없는지, 수사성과를 올리기 위해 무분별하고 불법적인 방법으로 수사를 진행할 위험은 없는지 등의 문제를 다시 한 번 되짚어 보고, 도입여부에 대하여 국민과 여러 전문가들의 의견을 충분히 듣고 심도 있는 논의를 해야 할 것이다.

Ⅲ. 질문 사항

발제자께서 발표해주신 “공수처를 법률상 기구로 설치하는 방안에는 법체계적 정당성과 제도의 실효성 결여라는 문제가 있다.”는 견해에 전적으로 동감합니다. 아울러, 공수처의 헌법기구화를 고려해볼 수 있다는 견해는 결국 공수처의 중립성 등의 문제를 해결하려면 개헌이 필요하다는 견해도 이해됩니다.

또한, 발제자께서는 공수처를 법률상의 독립기관으로 구성하는 것과 관련하여, 민주적 정당성 측면에서 대통령의 임명이나 국회의 임명동의 등을 통한 간접적인 민주적 정당성에 의존할 수밖에 없는 공수처는 정치적 중립성과 독립성이 제대로 확보되기 어렵고, 오히려 대통령에게 보이지 않는 손 하나를 보태줄 수 있다는 취지로 지적하셨습니다. 이에 공감합니다.

나아가, 법률상의 독립기관 설립 가능성과 관련하여 법률상의 독립기구인 국가인권위원회의 선례가 있다는 일각의 주장에 대해 권한쟁의조차 할 수 없어¹⁵⁾ 독립기구의 선례가 되기 어렵다는 점 등을 소개하셨습니다. 저도 위와 같은 견해에 적극적으로 동감하고 있고, 아울러 국가인권위원회는 권고적 기능만 가진 기구로서 수사기소라는 기본권 침익적 행정행위를 담당하는 공수처와는 성격이 전혀 다르다는 점도 함께 언급하고 싶습니다.

하지만, 발제자의 견해와 같이 공수처를 헌법상 기구로 설치하더라도 법체계적 정당성 문제는 다소 개선될 수 있으나, 제도의 실효성 결여 문제는 해소가 쉽지 않아 보입니다.

발제자께서도 공수처를 헌법상의 독립기관으로 설치할 경우의 실효성 문제를 제도의 본질에 속하는 문제라기보다는 제도를 누가 어떻게 운영하는가 여부에 달린 문제라고 볼 수 있다고 지적하시는 견해도 실효성 문제에 대한 고민이 깃든 견해가 아닌가 감히 생각해봅니다.

15) 2010. 10. 28. 전원재판부 2009헌라6 결정 “권한쟁의 심판의 당사자능력은 헌법에 의하여 설치된 국가기관에 한정하여 인정하는 것이 타당하므로, 법률에 의하여 설치된 청구인에게는 권한쟁의 심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다.” 참고.

1. 발제자께서는 공수처장의 독선적 운영을 방지하기 위해 위원회 형태로 공수처를 구성하는 ‘나라살리는 헌법개정 국민주권회의’의 헌법개정안을 언급하셨습니다. 하지만, 위원회 형태의 공수처 구성은 일원적으로 오히려 ①정치권의 ‘나눠먹기식’ 위원 선임과 ②각 정당이 추천한 위원이 자신을 추천한 정파의 정치적 이익을 대변함으로써 공수처의 정치적 중립성을 심각하게 침해하고, ③수사상 밀행성 측면과, 신속한 의사결정도 곤란하여 **부패 대응능력도 약화될** 우려가 있으며, 결과적으로 검찰의 정치적 중립성 제고에도 도움이 되지 않는 면이 있을 것으로 보입니다.

발제자께서는 위원회 형태의 공수처 구성이 오히려 정치적 중립성을 침해할 수 있고, 부패 대응능력도 저하될 수 있다는 점에 대해 어떠한 입장이신지 궁금합니다.

2. 그리고 제 사견으로는 기관의 독립성의 핵심은 인사권과 예산권이라고 생각합니다. 그런데 우리나라 현행법 체제상 **아무리 헌법상 기관이라도 재정통일주의로 인해 기획재정부의 세입 세출 예산외에 별도 예산 설정은 현행법상 불가능한 것으로** 알고 있고, 예산상 제약으로 인해 인사권 역시 독립성을 구현하기 어려운 것으로 알고 있습니다.¹⁶⁾ 아울러, 중앙선거 관리 위원회와 같은 헌법기관도 **독자적인 법률안 제출권이 전혀 없어** 정치권의 협조 또는 행정자치부의 협조 없이는 기관의 업무와 관련된 법률안 제출조차 불가능한 상황입니다. 따라서 설립 근거 규정이 헌법기관이라는 것만으로 인사권, 예산권, 법률안제출권 측면에서 정치권이나 대통령의 영향에서 벗어난 독립적인 기관이 되기는 여전히 힘든 면이 있다고 생각합니다. 이에 대한 견해는 어떠신지요?

3. 현재 검찰권은 그 **준사법기관성**을 보장하기 위해 법무부장관이 검찰총장을 통해 지휘·감독권을 행사하도록 규정되어 있습니다. 그러나 현재 발의된 법안의 내용대로 공수처의 소속이 정해지지 않은 경우, 국회에서 공수처장을 국무위원이 아님에도 각 부 장관에게 적용되는 국회의 통제장치를 그대로 법률에 규정하여 직접 공수처장을 국회에 출석케 하여 보고를 하게 하거나, 질문답변하게 한다면, 위와 같은 규정을 통해 지키고자 하는 준사법기관성은 의미가 없어지고 오히려 정치권으로부터의 독립성이 문제될 수 있다고 생각합니다. 그리고 **국회의 통제는 사후적 성격을 가질 수밖에 없어** 수사 또는 기소로 인한 기본권 침해가 이미 벌어지고 난 후에 개입할 수밖에 없는 성격을 가지고 있기 때문에 그 한계가 있을 수밖에 없다고 생각합니다.

16) 예산의 경우 국가재정법 제17조의 “(예산총계주의) ①한 회계연도의 모든 수입을 세입으로 하고, 모든 지출을 세출로 한다.”는 내용에 규정된 재정통일주의에 따라 별도로 독립된 기관의 예산안만을 국회에 따로 제출할 수 있는 길이 현행법상 불가능하고, 정부조직법 제9조“(예산조치와의 병행) 행정기관 또는 소속기관을 설치하거나 공무원의 정원을 증원할 때에는 반드시 예산상의 조치가 병행되어야 한다.”는 규정에 따라 인사 문제도 행정자치부와 기획재정부와의 조정이 필수적이다.

현재 발제자께서 주장하시는 공수처의 헌법기관화 주장은 아직까지는 공수처의 구성 및 권한 부여 측면에서 설명을 하고 계신 것으로 보이는데, ①공수처에서 행사하는 수사기소권의 준사법기관성은 어떻게 보장될 수 있는지, ②공수처의 권력 남용이나, 자의적 권한 행사 등과 관련한 권한 통제는 어떤 방식을 상정할 수 있는지 여부에 대한 견해도 함께 듣고 싶습니다.

【토론】

검찰개혁에 있어 고위공직자비리수사처 설치방안의 의의와 한계

강석구 선임연구위원 (한국형사정책연구원)

최근 20년간 검찰개혁이 끊임없이 논의되어 왔다. 이는 국민이 볼 때 검찰의 권한이 지나치게 강력하기 때문이라고 볼 수 있는데, 그래서인지 검찰개혁의 방안으로 ‘수사와 기소의 분리’ 또는 ‘수사와 수사지휘권의 분리’와 같이 검찰의 권한을 경찰과 기능적으로 나누는 방안이나 ‘고위공직자비리수사처’(이하에서 ‘고비처’)와 같은 독립수사기구와 대상사건에 따라 나누는 방안이 유력한 대안으로서 제기되어 왔다.

그런데 검찰권이 강화된 배경에는 일제와 제1공화국 당시의 ‘경찰’이나 유신체제하의 ‘중앙정보부’, 제5공화국 당시의 ‘안전기획부’와 같이 수사권을 정권유지의 수단으로 악용했던 역사적 경험이 자리한다. 또한, 검찰권이 강화됨에 따라 —국민이 우려했던— 경찰이나 국가정보원의 수사권 남용이 현저하게 감소한 것도 사실이며, 전체 형사사건의 98%를 경찰이 인지하여 실질적으로 수사해온 만큼 수사실무에 있어 검찰의 비중이 높은 것도 아니다. 실제로도 최근 검찰개혁이 다시 불거진 배경에는 검찰권의 남용보다는, 강력해진 권한을 가지고도 권력자를 수사기소하지 못하는 검찰의 소극적 자세에서 기인한 바가 더 크다. 그런데도 우리는 검찰권을 “나누는” 방향의 검찰개혁을 다시 고민하고 있는 것이다.

최근의 국정논단 사건 수사에 있어 검찰이 초기에 소극적인 자세를 보인 반면, 특별검사는 매우 적극적인 자세를 보이고 있고, 검찰이 하지 못한 것을 검찰에 비해 조직이나 인력이 현저히 취약한 특별검사가 해내는 상황은 고비처 설치에도 유리한 요인으로 작용한다. 하지만 고비처는 상설 조직이기 때문에 관료화될 수 있고, 모든 고위공직자를 수사할 수 있는 관료조직이 지금의 검찰과 다른 양태를 보일 것이라고는 장담할 수 없다. 조직의 규모가 검찰에 비해 상대적으로 작은 만큼 검찰보다 장악이 용이할 수 있고, 검찰이 비판받는 것과 마찬가지로 사안에 따라 선별적 수사를 함으로써 오히려 특정 정치세력이 국정을 농단할 수단으로 악용될 수도 있다. 대통령의 영향력에 벗어날 수 있게 헌법기관으로서 조직한 것이 오히려 무소불위의 옥상옥 기관이나 폐지하기도 어려운 애물단지로 전락할 수도 있다. 그래서 검찰개혁의 필요성에 공감하면서도 고비처 설치에는 신중할 수밖에 없는 것이다.

이러한 의미에서 검찰개혁의 필요성에 대해 원점에서 고민해볼 필요가 있고, 특히 국민이 검찰을 신뢰하지 않게 된 근본 원인에 대해서 고민할 필요가 있다.

“모든 국민은 법 앞에 평등하다.” 이것이 헌법과 법치주의의 기본정신이지만, ‘유전무죄 무전유

죄'라는 말과 같이 그간 법은 모든 국민에게 평등하게 적용되지 않았고, '강자에겐 약하게, 약자에겐 강하게' 적용되어 왔다고 국민들은 믿어왔다. 국민들의 눈에는 일반서민들이 주로 범하는 강력범죄에 대해서는 단호하게 엄벌에 처했지만, 고위공직자의 부패범죄나 기업의 경제범죄에 대해서는 애초에 수사를 주저하거나 집행유예나 단기의 실형과 같은 가벼운 처분만을 해왔다고 비쳐졌기 때문이다. 더욱이 처벌만능주의에 빠져 과잉형법 현상이 만연한 우리 형사법체계는 '전 국민의 범죄인화' 경향을 심화시켰고, '털어서 먼지 안 나는 사람 없다'는 말처럼 처벌로부터 자유로운 사람은 없기 때문에 누구든 수사가 두려울 수밖에 없는 것이 현실이다. 이러한 상황에 이른 것은 검찰의 탓만은 아니고 입법부, 행정부, 사법부, 법조계, 법학계 등 우리 모두가 반성해야 할 부분이라고 생각한다.

더욱이 누구든 조사하면 처벌할 수 있는 상황인 만큼 수사권과 기소권의 힘이 매우 강력한데도 정작 단죄하여야 할 거악(巨惡)에 대해서는 적극적인 수사와 기소를 주저해온 그간 검찰의 행보는 국민의 불신을 받기에 충분했다. 그리고 검찰이 권력의 눈치를 볼 수밖에 없는 원인으로는 검사동일체의 원칙, 법무부장관의 인사권 및 수사지휘권, 검사의 청와대 파견, 검사의 정년제 등이 거론되지만, 가장 근본적인 원인은 "전관예우"에 있다고 생각한다. 고위직으로 퇴직해야 부(富)가 보장되는 만큼 승진과 영전을 위해 권력의 눈치를 보지 않을 수 없고, 부(富)의 원천인 재벌과의 관계를 돈독히 하지 않을 수 없기 때문이다. 결국 이는 직업윤리의 문제로 귀결되고, 이 점에서 사법부 역시 자유롭지 않을 것이다.

그래서 단지 권한을 나누는 수준의 검찰개혁에는 선뜻 동의하기 어렵다. 고비처의 구성원 역시 법조인일 수밖에 없고, 이들 역시 전관예우로부터 자유롭지 않을 것이기 때문이다. 그래서 검찰개혁을 위해서는 전관예우, 부패범죄와 경제범죄에 대한 온정주의, 처벌만능주의 등 해묵은 법관행을 근본적으로 개선할 수 있는 방안 마련이 수반되어야 할 것이고, 국민의 눈에는 형사사법 종사자 모두가 동일체일 것이기 때문에 —개혁을 해야 한다면— 검찰뿐만 아니라 법원, 경찰 등 형사사법 전반에 대한 개혁이 동시에 진행될 필요가 있다고 생각한다. 모든 국민이 법 앞에 평등할 수 있는 제도적 환경을 조성하고 검찰 스스로 사명감을 갖고 '범죄의 수사'라는 본연의 역할에 충실할 수 있다면 검찰에 대한 국민의 신뢰 회복은 시간 문제에 지나지 않을 것이다.