

한국형사소송법학회, 고위공직자범죄수사처,  
한국형사·법무정책연구원 공동학술대회

# 2기 공수처 출범에 따른 운영·발전 방향

| 일시 | 2024. 12. 27.(금) 13:30~ 18:00

| 장소 | 호텔페이토 강남(2층 페이토홀)



한국형사소송법학회  
The Korea Criminal Procedure Law



고위공직자범죄수사처  
Corruption Investigation Office For High-ranking Officials



한국형사·법무정책연구원  
Korean Institute of Criminology and Justice



한국형사소송법학회, 고위공직자범죄수사처, 한국형사·법무정책연구원

공동학술대회

“2기 공수처 출범에 따른 운영, 발전방향”

○ 일시 및 장소

- 일시: 2024년 12월 27일(금) 13:30 ~ 18:00
- 장소: 호텔 페이토 강남(2층 페이토홀)

○ 프로그램

등록	
13:30 - 13:55	등록
식전행사: 개회사 및 기조강연	
14:00 - 14:20	사회: 이현주 공수처 수사관  ■ <b>개회사</b> 김성룡 한국형사소송법학회장 오동운 고위공직자범죄수사처장
14:20 - 14:50	■ <b>기조강연</b> “고위공직자범죄수사처의 기능적 문제점 및 발전방안” 정웅석 한국형사·법무정책연구원장
제1세션: “공수처의 의의 및 기능”	
15:00 - 15:50	사회 : 한명관 변호사 (법무법인 바른)

	<p>발표 : 이근우 교수 (가천대)      토론 : 권도형 변호사 (법무법인 LKB, 전 공수처 검사)      토론: 최익구 변호사 (서울동부지법 국선전담 변호사)</p>
휴식(10분)	
<b>제2세션: “조직 및 구성 관점에서 공수처의 발전방향”</b>	
16:00 - 16:50	<p>사회 : 박학모 박사 (한국형사·법무정책연구원 공로연구위원)      발표 : 도규엽 교수 (상지대)      토론 : 김성진 변호사 (법무법인 세종, 전 공수처 검사)      토론 : 김희균 교수 (서울시립대)</p>
휴식(10분)	
<b>제3세션: “수사권 및 기소권 불일치 관점에서 발전방향”</b>	
17:00 - 17:50	<p>사회 : 강동범 명예교수 (이화여대)      발표 : 김영중 박사 (한국형사·법무정책연구원)      토론 : 이창온 교수 (이화여대)      토론 : 김웅재 교수 (서울대)</p>
17:50 – 18:00	<p><b>폐회사</b>      김성룡 한국형사소송법학회장</p>

## 개 회 사

안녕하십니까?

한국형사소송법학회장 김성룡 교수입니다.

오늘, 2024년이 얼마 남지 않은 공사다망하실 시간에 고위공직자범죄수사처 오동운 촀장님과 관계자 분들, 한국형사법무정책연구원 정웅석 원장님과 소속 연구위원님들, 그리고 한국형사소송법학회의 회원 여러분들과 공동세미나 자리를 가지게 된 것을 매우 뜻깊게 생각합니다.

공수처가 출범한 지 4년이나 지난 오늘, 비로소 이렇게 공수처와 제도의 본질과 운영에 대한 의견을 처음으로 나눌 수 있게 된 것은 비록 다소 늦은 감은 없지 않으나, 향후 국가제도의 설치와 운영에 있어서 ‘실질적 의미의 민주주의’가 그 기초가 될 수 있도록 ‘국가와 국민을 위한 전문가의 의무’가 무엇인지를 돌아보는 귀한 시간이 되었으면 합니다.



오늘 공동세미나의 주제는 무엇보다 공수처의 존재정당성에 관한 끊임없는 의문들에 대한 전문가분들의 입장을 교환하고, 제2기 공수처 출범 전후로 국회에 제출된 개정법률안 등 공수처의 조직, 운영 등의 관점에서 개선 필요성이 주장되는 쟁점들에 대한 다양한 관점의 고견을 청취할 수 있도록 구성되었습니다.

오늘 세미나를 채워 주시고 준비해 주신 감사한 분들을 간략히 소개드리겠습니다.

고위공직자범죄수사처에 대한 연구자로서 특별한 소개가 필요치 않을 정웅석 원장님의 기조강연 감사드립니다.

총 3개의 주제의 좌장으로 한명관 고문님, 강동범 명예교수님, 그리고 박학모 공로연구위원님을 모셨습니다. 사회자님들의 경륜과 식견도 들어볼 수 있는 기회를 주신 세 분 사회자분들께 감사드립니다.

우여곡절 끝에 발표문의 준비기간을 충분히 드리지 못했음에도 불구하고 일정을 맞추어 주신 이근우 교수님, 도규엽 교수님, 그리고 김영종 박사님에게도 감사의 뜻을 전합니다.

각 주제의 토론자분들도 형사소송 이론과 실무분야의 전문적 경륜을 가지신 분들로 모셨습니다. 권도형 전 공수처검사님, 김성진 전 공수처검사님 감사드립니다. 학회 수석부회장이신 김희균 서울시립대 교수님, 이창온 이화여대 교수님, 최익구 변호사님, 김웅재 서울대 교수님 귀한 토론 감사합니다.

한해를 며칠 남겨두지 않은 시간에 오늘의 세미나가 내용과 형식에서 충실히 자리가 될 수 있도록 기꺼이 도와 주신 점, 잊지 않도록 하겠습니다. 고위공직자범죄수사처의 차정현 부장검사님, 이현주 수사관님과 학회 도규엽 총무이사님, 박경규, 정다원 집행이사님의 치밀하고 깔끔한 실무가 없었다면 오늘의 세미나가 제대로 개최되지 못했을 것입니다. 감사드립니다.

지난 5-6년의 시간을 돌아보면 과연 애당초 소리 높여 주장했던 ‘국민을 위한 검찰개혁’이 진정한 의도였는지를 의심하지 않을 수 없게 합니다. 국가강제력의 결정체라고 할 수 있는 수사기관의 난립이 어떤 모습으로 국민의 일상에 다가오는지를 목하 우리나라 국민들은 그 적나라한 모습을 잘 보고 계실 것입니다.

피의자, 참고인의 수사기관쇼핑인지, 피의자, 참고인에 대한 4-5개의 수사기관의 4-5차에 걸친 기본권에 대한 위협이자 침해인지는 제가 언급하지 않겠습니다. ‘여러 수사기관이 경쟁적으로 수사하면 수사 절차가 신속하게 진행되고, 서로 실적을 올리려는 노력을 통해 진실이 보다 빨리, 정확하게 밝혀진다’는 말을 국민의 인권을 부르짖고, 민주주의를 외치는 사람들의 입을 통해 듣는다는 것, 형사법의 전문가라는 분들의 입을 통해 듣는다는 것은 저에게는 참으로 슬픈 일입니다.

가능하다면 단 한번의 수사로 모든 혐의를 수사하도록 하고 이중기소를 금지하며, 무죄추정과 불구속 수사와 재판의 원칙을 따르며, 실제적 진실보다 적정절차를 존중하여, 불이익재심도 거부하는 대한민국 형사사법의 근본을 제대로 유지하고자 했다면, 새로운 법제도를 도입할 때 또는 기존의 정착된 제도를 뒤집거나 변경할 때, 신중의 신중을 거듭하고, 단어의 의미에 부합하도록 나와 다른 생각의 사람들, 소수의 사람들의 생각을 열린 마음으로 청취해야 한다는 것은 지극히 당연할 일처리의 순서일 것입니다. 소수의 주장에서 수용할 수 없는 것이 있다면 그 이유를 들어 설명하는 번거로운 일을 하도록 한 것이 바로 민주주의이자 법치주의라는 것을 망각하거나 애써 외면해서는 안될 것입니다. 그 성찰이 생략된다면 어느 순간 다른 다수에 의해 기존의 모든 생각은 잘못된 것으로 하루아침에 폐기될 수 있다는 것은 어린 아이의 주먹구구로도 예측할 수 있는 일이기 때문입니다.

고위공직자범죄수사처는 물론, 검찰, 경찰, 군검경 등 모든 수사기관에 종사하는 사람들의 직무상 범죄에 대해 형사공소시효와 민사소멸시효를 배제하는 법안도 법사위소위를 통과했다고 합니다. 지난 6-7년의 시간 동안 중요 법안에 대한 학회의 의견청취는 생략되고 있습니다.

정당성은 번거롭더라도 정해진 절차, 요구되는 과정을 충실히 거치는 것에서부터 생겨나는 것입니다. 조속히 비정상이 정상으로 돌아오기를 바랍니다.

제가 배운 바로는 법원의 확정판결이 나오기까지 학자들이 법원의 사실인정이나 법률해석에 대해 논평하는 것은 금기였습니다. 그것이야 말로 피의사실공표에는 비교할 수 없는 형사사법에 대한 영향력 행사이고, 공정하고 중립적인 법원의 판단에 어떤 의미로건 영향을 미치게 되는 일이기 때문으로 알고 있습니다. 학자들의 직업적 윤리라고 해도 될 것입니다. 이러한 윤리도 사라져 버린 듯한 일들이 일어나고 있습니다.

과연 우리가 지금 무엇을 지키고 있으며, 무엇을 지켜야 하는지에 대한 깊이 있는 진단과 성찰적 토의가 시급해 보입니다.

오늘의 이 세미나도 비정상을 정상으로 만들어가는 어렵지만 중요한 걸음이 되기를 기대하면서 참석한 모든 분들과 우리 사회가 서로를 믿을 수 있는 ‘신뢰사회’로 거듭날 수 있도록 각자의 자리에서 최선을 다하자는 말씀을 드리면서 개회사에 갈음하고자 합니다.

며칠 남지 않은 2024년, 후회가 적은 해가 되도록 잘 마무리 하시고  
다가올 2025년 을사년 새해에는 건강과 행복이 늘 함께 하시기를 기원합니다.

감사합니다.

2024.12.27.  
한국형사소송법학회장  
김 성 룡 교수



## 개 회 사

안녕하십니까.

고위공직자범죄수사처장입니다.

존경하는 한국형사소송법학회 김성룡 회장님, 한국형사·법무정책연구원 정웅석 원장님을 비롯하여 바쁘신 일정에도 귀한 시간을 내셔서 고위공직자범죄수사처의 운영·발전 방향을 주제로 하는 학술대회에 참석해 주신 모든 분들께 진심으로 감사의 말씀을 올립니다. 아울러, 오늘 학술대회의 각 세션에서 발표 또는 토론하여 주실 전문가님들께도 다시 한번 감사의 말씀을 드립니다.



고위공직자범죄수사처(이하 ‘공수처’)는 2024년 2기라 할 수 있는 지휘부가 부임한 후 국민의 신뢰를 받는 수사기관으로 나아가기 위한 여러 조치들을 시행하였습니다. 이러한 조치의 결과로 조직이 안정화되었고, 현재는 국가적 중요 사건 수사에 매진하고 있습니다.

앞으로 공수처가 더욱 발전해 나가기 위해서는 존경하는 한국형사소송법학회 회원님들을 비롯한 학계의 의견을 경청하고, 학계의 의견을 반영한 입법론들에 관하여 활발한 토론을 진행함으로써 종국적으로는 법률이 개정되는 과정이 반드시 필요합니다. 오늘 진행될 학술대회가 이러한 입법적 개선을 위한 활발한 토론의 장이 되길 진심으로 기원합니다.

공수처가 출범한 지도 4년째가 되어가는 지금에도 여러 어려움들이 남아있는 것이 현실입니다. 만성적 인력 부족 등 입법적 해결이 필요한 부분들이 여전히 남아있습니다. 오늘 학술대회의 1세션에서는 ‘공수처의 의의 및 기능’이라는 주제로 학계 전문가님들의 고견을 경청하게 되고, 2세션에서는 ‘조직 및 구성 관점’, 3세션에서는 ‘수사권 및 기소권 불일치 관점’이라는 주제에 관하여 전문가님들의 발제와 토론이 예정되어 있습니다.

저희 공수처 전 구성원들은 낮은 자세로 학계 전문가님들의 의견을 경청하고자 합니다. 한 번의 학술대회로 모든 문제에 대한 정답이 도출될 수는 없겠지만, 진지하고 활발한 토론과 서로에 대한 공감대를 형성함으로써 향후의 논의와 개선 방향 모색을 위한 중요한 토대가 될 것으로 기대합니다.

다시 한번, 바쁘신 와중에서도 학술대회에 참석하여 주신 형사소송법학회장님, 형사법무정책연구원장님 및 참석자분들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 2024년 한해 잘 마무리하시길 바라며, 밝아오는 2025년 새해에 큰 복 받으시길 기원합니다.

고위공직자범죄수사처장

오동운



한국형사소송법학회, 고위공직자범죄수사처,  
한국형사·법무정책연구원 공동학술대회

## 2기 공수처 출범에 따른 운영·발전 방향

[ 기조강연 ]

### 고위공직자범죄수사처의 기능상 문제점 및 발전방안

정웅석 원장 (한국형사법무정책연구원)



# 고위공직자범죄수사처의 기능상 문제점 및 발전방안

정웅석 원장(한국형사법무정책연구원)

## I. 서 설(특별검사의 유형)

검찰개혁의 일환으로 논의되는 특별검사 제도는 개별특검, 제도특검, 기구특검으로 구분할 수 있다. ① ‘개별특검’은 특별검사를 임명할 때마다 특별법을 제정하여 특별검사의 임명절차와 구체적인 직무범위 등을 별도로 정하는 것을 말한다. ② ‘제도특검’은 특별검사를 임명하기 위한 요건과 절차 등을 법률로 정해놓고, 특별검사의 임명은 구체적인 특정사건에 대해 법률에 정해진 절차에 따르도록 하는 것을 말한다. 통상 ‘상설특검’과 동일한 의미로 사용되고 있다. ③ ‘기구특검’은 상시적 기구로 존재하면서 그 소속 특별검사가 정해진 기간동안 직무를 수행하도록 하는 것을 말한다.

### 1. 개별특검

특별검사라는 명칭이 처음으로 국회에 도입된 것은 1988년이다. 당시 조승형 의원 등 5인 외 67인은 1988년 12월 3일 ‘정치적 사건’을 담당할 특별검사의 임명을 위한 「특별검사의 임명과 직무 등에 관한 법률안」<sup>1)</sup>을 국회에 제출하였으나, 동 법률안이 소위원회 심사과정에서 철회된 것이 그 시초이다.

그 후 개별특검 법안으로는 최초로 제14대 국회에 1995년 12월 1일 「5·18사건 및 92년 대선자금 수사를 위한 특별검사의 임명에 관한 법률」안(유수호 의원 등 2인 외 23인)이 제출되었는데, 동 법안 역시 임기만료로 폐기되고 말았다. 제15대 국회에서 1999년 9월 30일 「한국조폐공사 노동조합 파업 유도 및 전 검찰총장 부인에 대한 옷로비 의혹 사건 진상규명을 위한 특별검사 임명 등에 관한 법률」의 제정 및 시행으로 우리나라에서 처음으로 개별특검이 임명되어 활동했다. 1999년부터 2018년까지 개별 사안에 대한 특별검사법은 총 13번 국회 본회의의 문턱을 통과하였으며, 각 법률에 따라 임명된 특별검사는 <표 1-1>와 같다.

【표 1-1】 개별특검 법안 내역

1) 동 법률(의안번호: 제130296호)은 특별검사에게 정치적 사건 중 국회가 특별검사의 처리를 명시한 사건 등에 대한 조사, 수사, 기소권한을 부여하였다.

순번	의안번호	의안명	의결일	특별검사
1	152090	한국조폐공사노동조합 파업유도 및 전 검찰총장부인에 대한 옷 로비 의혹 사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(박상천 의원 등 6인 외 286인)	1999-09-20	강원일 최병모
2	161182	주식회사 지안지 대표이사 이용호의 주 가조작 횡령사건 및 이와 관련된 정관 계로비의혹사건 등의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(이재오 의원 등 7인 외 261인)	2001-11-22	차정일
3	162083	남북정상회담 관련 대북뒷거래의혹 사건 등의 진상규명을 위한 특별검사 임명 등에 관한 법률안(이규택 의원 외 150인)	2003-02-26	송두환
4	162407	남북정상회담 관련 대북비밀송금 의혹 사건 및 관련 비자금 비리의혹사건 등의 진상규명을 위한 특별검사 임명 등에 관한 법률안(이규택 의원 외 152인)	2003-07-31	대통령 거부권행사로 재의결 추진후 부결
5	162850	노무현 대통령의 측근 최도술 이광재 양길승 관련 권력형 비리사건 등의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(김용균 의원 외 147인)	2003-11-10	김진홍
6	171636	한국철도공사 등의 사활린 유전개발사업 참여 관련 권력형 외압과 불법뒷거래 등의 의혹사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(강재섭 의원 등 4인 외 138인)	2005-06-30	정대훈
7	177943	삼성 비자금 의혹 관련 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(대안)	2007-11-23	조준용
8	177991	한나리당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(윤호중 의원 등 54인 외 87인)	2007-12-17	정호영
9	1808261	검찰고위간부 박기준 한승철 등의 불법 자금 및 향응수수사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(이강래 의원 등 5인 외 92인)	2010-06-29	민경식

순번	의안번호	의안명	의결일	특별검사
10	1814645	2011. 10. 26. 재보궐선거일 중앙선거 관리위원회와 박원순 서울시장 후보 홈페이지에 대한 사이버테러 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(대안)	2012-02-09	박태석
11	1901425	이명박 정부의 내곡동 사저부지 매입의혹사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(박범계 의원 등 11인)	2012-09-03	이공범
12	2003604	박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹사건 규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(우상호 의원 등 209인)	2016-11-17	박영수
13	2013660	드루킹의 인터넷상 불법 댓글 조작사건과 관련된 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(법제사법위원장)	2018-05-21	허익범

개별특검에 대한 찬성론(합헌론) 및 반대론(위헌론)과 관련하여, 과거 2007. 12. 28. 법률 제8824호로 제정된 「한나라당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률」에 대해 특별검사 수사대상 사건의 참고인 또는 피고발인들이 헌법재판소에 위헌확인 헌법소원을 제기한 바 있는데, 이에 대하여 헌법재판소는 참고인에 대한 동행명령조항에 대해서만 위헌 결정을 하고, 나머지 조항들에 대해서는 합헌 결정을 했다.<sup>2)</sup>

위 결정은 우리나라에 미국식 특별검사제도<sup>3)</sup>를 도입하는 것이 타당한지에 관한 찬반론을 다음과 같이 정리했다. “이를 찬성하는 논거는, ① 현행 우리 검찰의 기소 독점주의 및 기소편의주의에 대한 제도적 견제장치로서 검찰의 미흡한 수사 및 불기소처분 등을 보정하기 위하여 필요하고, ② 권력형 부정사건 및 정치적 성격이 강한 사건에서 대통령이나 정치권력으로부터 독립된 특별검사에 의하여 수사 및 공소유지

2) 헌법재판소 2008. 1. 10. 선고 2007헌마1468 결정.

3) 미국의 특별검사제는 초기에는 특별한 법률 규정 없이 법무부 외의 인사를 특별검사로 임명하여 수사하여 오다가, 1972년 ‘Watergate’ 사건에서 특별검사로 임명된 콕스(Cox)에 대한 부당 해임 논란 이후, 제도적인 특별검사에 관한 도입이 논의되어 1978년 연방법률(5년 한시법)로 상설특별검사제가 도입되었다. 그 후, 20년 동안 고위공무원 사건에 대하여 카터 대통령이 2번, 부시 대통령이 4번, 클린턴 대통령이 각 7번의 특검을 발동한 바 있으나, 정치적으로 악용될 수 있고, 비경제적인 제도라는 이유 등으로 민주/공화 양당 합의 하에 특검법이 폐지되었다. 현재는 법무부장관이 임명하는 특임 검사제를 도입하여 시행 중에 있다.

가 되게 함으로써 법의 공정성 및 사법적 정의를 확보할 수 있으며, ③ 국민의 기본권 보장 및 권력남용 방지라는 차원에서 볼 때 권리분립원칙을 실질적으로 확보하는 것이라고 한다. 이에 대하여 반대하는 논거는, ① 특별검사제도는 검사의 신분과 정치적 중립성이 헌법과 법률에 의하여 보장되는 우리나라에 적합하지 않고, ② 정략적 차원에서 특별검사제를 실시하여 정치적 여론재판이 지속될 경우 정치적 혼란이 가중되고 국정수행에 방해가 될 우려가 있으며, ③ 권리분립원칙이 훼손되고 특별검사의 무리한 수사로 국가기밀누설 및 인권침해의 우려가 있다는 것이다.”

나아가 위 결정은 “특별검사제도의 장단점 및 우리나라 특별검사제도의 연혁에 비추어 볼 때, 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 예외로서 특별검사제도 를 인정할지 여부는 물론, 특정 사건에 대하여 특별검사에 의한 수사를 실시할 것인 지 여부, 특별검사에 의한 수사대상을 어느 범위로 할 것인지는, 국민을 대표하는 국 회가 검찰 기소독점주의의 적절성, 검찰권 행사의 통제 필요성, 특별검사제도의 장단 점, 당해 사건에 대한 국민적 관심과 요구 등 제반 사정을 고려하여 결정할 문제로서, 그 판단에는 본질적으로 국회의 폭넓은 재량이 인정된다고 보아야 할 것이다. 따라서 특별검사제도에 관한 국회의 결정이 명백히 자의적이거나 현저히 부당한 것으로 인정 되지 않는 한 존중되어야 할 것” 이라며 합헌 판단을 했다.

그런데 이러한 개별특검의 활동에 대해, 성공사례로 평가받은 경우도 있었지만,<sup>4)</sup> 제도상의 한계와 정치권에 의해 정략적 목적 달성을 위한 수단으로 남용 내지는 악용되는 경우가 빈번하여 국민적 의혹을 해소하고 권력형 비리에 대한 반부패기구로서 성공하지 못했다<sup>5)</sup>는 평가가 더 많았다.

4) 그 실례로 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 사건(2016)<sup>6)</sup>에서 특별검사팀이 검찰이 발견한 박근혜 전 대통령의 8개 혐의에 뇌물수수, 직권남용(3건), 의료법 위반 등 5개 혐의를 추가로 적용한 사례, ‘어버이연합 불법 자금 지원 의혹 사건(2016)<sup>7)</sup>’에서 특별검사팀이 관제시위 사실과 자금지원 규모가 검찰이 밝힌 것보다 많은 70억여 원임을 밝힌 사례, ‘삼성물산-제일모직 합병 관련 국민연금 공단 배임혐의 사건(2015)<sup>8)</sup>’에서 검찰의 수사는 진전되지 않았으나 특별검사팀이 K스포츠재단 설립을 위해 삼성의 기금 출연과 정유라의 승마훈련 자금을 지원하는 대가로 합병에 찬성할 것을 박근혜 전 대통령이 지시한 것을 밝힌 사례, ‘이명박 대통령 내곡동 사저부지 매입 사건(2013)<sup>9)</sup>’에서 특별검사팀이 검찰 수사 당시 이시형씨가 제출한 서면 진술서가 허위였다는 점을 확인한 사례, ‘웃 로비 사건(1999)<sup>10)</sup>’에서 법원이 ‘구속된 남편을 구하기 위해 이 씨가 벌인 자작극’이라는 검찰의 결론을 부인하고 특별검사의 수사결과를 수용한 사례 등.

5) 그 실례로 ‘삼성 비자금 사건(2008)<sup>11)</sup>’에서 특별검사팀은 삼성 전·현직 임직원 등의 명의인 3,800 여개의 계좌 중에서 1,199개의 계좌를 차명계좌로 확정했으나 이는 삼성이 스스로 제출한 차명계좌 목록(827개)과 차이가 없고 비자금의 조성 경위에 대해서는 밝혀내지 못한 사례, ‘이용호 게이트(2005)<sup>12)</sup>’ 사건에서 특별검사팀이 김봉호 전 민주당 의원의 5천만 원 수수사실만을 밝혀낸 사례, ‘BBK 주가 조작 사건(2007)<sup>13)</sup>’에서 당시 검찰과 특검 모두 이명박 당시 대선 후보에게 협의가 없다고 결론 내린 사례, ‘서울시장선거 투표방해 선관위 홈페이지 디도스 공격 사건(2011)<sup>14)</sup>’에서 특별검사팀도

이에 참여정부의 「공직부패수사처의 설치에 관한 법률」안은 그 제출배경으로 ‘개별특검제는 그동안 정치권에 의해 정략적 목적을 달성하는 수단으로 남용 내지는 악용됨으로써 국민적 의혹 해소에 기여하기는 커녕 막대한 국가예산을 들여 오히려 사회적 혼란만 가중시키는 제도로 전락했다’고 설명한 바 있다. 개별특검의 한계로는 다음과 같은 점들이 지적된다.<sup>6)</sup>

첫째, 발동의 제한으로 인한 한계다. 개별사건마다 국회의 입법을 거쳐야 하므로 그 발동이 어렵고, 정치적 논란에서 자유로울 수 없으며, 사건이 극소수로 제한될 수 밖에 없다. 사건의 중대성이나 사회에 미치는 영향이 고려되지 못하고 정쟁의 대상이 됨으로써 특별검사 제도에 대한 피로와 불신의 원인이 되기도 한다.

둘째, 수동성의 한계다. 법률에 의하여 수사 대상이 특정되어 수동적으로 주어진 사건만 수사를 할 수 있을 뿐이기 때문에 수많은 권력형 비리사건 중 극히 일부만이 국회의 논의 대상이 되고 그중에서도 일부만이 특별검사에 의하여 수사가 가능하다. 이러한 구조로는 부정부패에 대해 제대로 대응할 수 없다.

셋째, 짧은 구성 기간으로 인한 한계다. 특별검사의 임명이나 수사조직의 구성 등이 짧은 기간 내에 진행되기 때문에 독립성, 능력 등에 대하여 충분한 검증을 하기가 어렵다. 매번 급조하다보니 특별검사와 팀원들 간의 협업능력이 준비되지 않은 상태에서 출발하여 수사 중 팀원 간 불화가 발생하기도 했다.

넷째, 비상설로 인한 한계다. 짧은 수사기간, 주요 수사 인력의 검찰로부터의 파견, 일상적인 비리 제보 및 정보수집 기능의 부재 등의 문제로 인해 그 효율성에 의문이 제기되었다. 검찰의 이전 수사 결과를 의식하게 되어 과잉 수사로 흐를 가능성도 있다. 특별검사팀의 출범에 최소 30일 정도의 시간이 걸려 그 사이에 증거인멸과 범죄은폐를 위한 시간을 합법적으로 보장해주기도 했다.

## 2. 제도특검

우리나라에서 검찰청으로부터 독립하여 수사권 및 공소권을 행사할 수 있는 제도를 도입하고자 하는 입법적 노력은 제도특검(통상 ‘상설특검’이라고 하면 제도특검을 의미함) 도입을 위한 법안 제출로부터 시작되었다. 최초로 국회에 제출된 법안은 제13대 국회(여소야대)에서 1988년 12월 3일 조승형 의원이 대표발의한 「특별검사의 임

---

검찰과 마찬가지로 국회의원과 국회의장의 비서들에게 사건을 지시한 인물을 밝히지 못한 사례 등  
6) 김인희, “견제와 분산을 위한 검찰개혁과제 재검토”, 민주법학 제43호(2010), 민주주의법학○녀구회, 344-345면.

명과 직무 등에 관한 법률」안(의안번호 130296)이다. 제13대 국회는 「5·18 광주민주화 운동 진상조사 특별위원회」와 「5공화국에 있어서의 정치권력형 비리 조사 특별위원회」를 구성하여 5공 청산 작업을 수행했는데, 정부와 검찰이 소극적인 입장을 견지 하여 5공 비리와 같은 「정치적 사건(국회가 고발 또는 조사 요청을 한 사건)」을 수사 및 기소할 독립기구로서 특별검사를 임명하는 법안을 발의하는 데 그쳤으며, 특별검사는 국회의 추천으로 대통령이 임명하도록 했다.

그 이후 제13대 국회에서 1989년 2월 16일 박상천 의원 대표발의로 「특별검사의 임명과 직무 등에 관한 법률」안(의안번호 130427)<sup>7)</sup>이 제출되었고, 제14대 국회 및 제15대 국회에서도 제도특검 도입을 위한 「특별검사의 임명과 직무 등에 관한 법률」안<sup>8)</sup>이 제출되었다. 그러나 모두 입법에는 실패하고 임기만료로 폐기되었다.

그 후, 제18대 대통령선거 과정에서 박근혜 후보는 상설특검과 특별감찰관 제도 도입을 공약으로 내걸었고, 제19대 국회에서 2014년 2월 28일 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」(약칭 「특검법」)과 「특별감찰관법」이 국회를 통과하고 같은 해 3월 18일 공포되어 6월 18일부터 시행되고 있다.

#### 【표 1-2】 특검법 주요 내용

- 
- 7) 3년 한시의 제도특검 도입을 내용으로 한다. 특검이 처리할 사건은 「정치적 중립성이 특별히 요청되는 사건」으로서 국회 본회의 또는 국정조사 상임위원회와 특별위원회가 인정한 사건을 말한다. 특검의 임명절차는 「국회가 대통령에게 특검 임명 요청 → 대통령은 법무부장관에게 대한변협에 특검 후보 추천 의뢰하도록 지시 → 대한변협은 2배수 특검 후보를 순위를 정하여 법무부장관에게 추천 → 법무부장관 제청으로 대통령이 특검 임명」이다.
- 8) 이원형 의원 대표발의(1993. 11. 25. 의안번호 140539), 조홍규 의원 대표발의(1995. 09. 22. 의안번호 141161), 박상천 의원 대표발의(1996. 11. 5. 의안번호 150235), 이국현 의원 대표발의, 1998. 8. 31. 의안번호 151160) 등.

---

## 1. 수사대상

특별검사는 국회가 정치적 중립성과 공정성 등을 이유로 특별검사의 수사가 필요하다고 본회의에서 의결한 사건 법무부장관이 이해충돌이나 공정성 등을 이유로 특별검사의 수사가 필요하다고 판단한 사건을 수사의 대상으로 함(제2조 제1항).

## 2. 특별검사의 임명

특별검사의 수사가 결정된 경우 대통령은 특별검사후보추천위원회에 지체 없이 2명의 특별검사 후보자 추천을 의뢰하고 추천을 받은 날부터 3일 내에 추천된 후보자 중에서 1명을 특별검사로 임명함(제3조 제1항, 제3항).

## 3. 특별검사의 임무

특별검사는 60일 이내에 담당사건에 대한 수사를 완료하고 공소제기 여부를 결정하여야 하고 기간 내에 수사를 완료하지 못하거나 공소제기 여부를 결정하기 어려운 경우에는 대통령에게 그 사유를 보고하고 대통령의 승인을 받아 수사기간을 한 차례만 30일까지 연장할 수 있으며, 수사를 완료하지 못하거나 공소제기 여부를 결정하지 못한 경우 수사기간 만료일부터 3일 이내에 사건을 관할 지방검찰청 검사에게 인계하여야 함(제10조 제2항, 제3항, 제5항).

## 4. 특별검사후보추천위원회

- 특별검사후보추천위원회는 국회에 두고, 위원은 국회의장이 임명하거나 위촉하는 법무부 차관, 법원행정처 차장, 대한변호사협회장, 기타 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 국회에서 추천한 4명으로 구성되며(7명), 위원장은 위원 중에서 호선함(제4조).
- 특별검사추천위원회는 대통령의 의뢰를 받은 날로부터 5일 내에 15년 이상 「법원조직법」 제42조 제1항 제1호의 직에 있던 변호사 중에서 재직위원 과반수의 찬성으로 2명의 후보자를 서면으로 대통령에게 추천하여야 함(제3조 제2항).

## 5. 특별검사의 해임

대통령은 결격사유가 발견된 경우, 직무수행이 현저히 곤란한 신체적 정신적 질환이 있다고 인정되는 경우 등의 사유가 있을 경우 외에는 특별검사나 특별검사보를 해임할 수 없음(제15조).

---

상설특검은 기구특검 형태로 도입되어야 한다는 견해도 있었으나, 제도특검 형태로 도입되었다. 국회는 2014년 4월 29일 「특별검사후보추천위원회 구성 및 운영 등에 관한 규칙」을 제정했다. 이와 관련하여, 상설특검의 경우 종래 한 차례도 임명되지 않고 있었는데, 그 이유로 임명요건이 복잡하고 대통령의 관여가 지나치다는 지적이 있었다. 현재 윤석열 대통령의 계엄선포를 계기로, 국회가 2024. 12. 10. 본회의에서 윤석열 대통령 등의 내란 혐의를 규명할 ‘상설특검 수사요구안’을 통과시켰는데, 투표 결과 재석 287인 중 찬성 209, 반대 64, 기권 14였다.<sup>9)</sup>

문제는 국회가 특검법에 따른 상설특검 수사요구안을 통과시킨 경우, 대통령의 법률안거부권 대상이 되지는 않는다고 하더라도, 대통령(또는 권한대행)이 특별검사후보추천위원회에 ‘지체 없이’ 2명의 특별검사 후보자 추천을 의뢰하지 않거나 추천을

---

9) 조선일보 2024. 12. 10.자, 「내란 상설특검법 국회 통과…여당서도 22명 찬성」.

받은 날부터 ‘3일 내’에 추천된 후보자 중에서 1명을 특별검사로 임명하지 않는다면 강제할 방법이 없다는 점이다. 왜냐하면 대통령이 탄핵된 마당에 자신을 수사할 특별검사의 임명에 우호적이지 않을 것은 당연하며(자기부죄금지의 원칙), 이 경우 대통령권한대행에게 그러한 권한이 인정될 수 있는 것인지 역시 논란이 있기 때문이다.

### 3. 기구특검

제15대 국회에서 수사처 신설 취지의 부패방지법안<sup>10)</sup>이 최초로 발의되었으나 철회되었으며, 제16대 국회에서는 공수처법안이 발의된 후 임기만료로 폐기된 대신, 부패방지법안(대안)이 통과되어 부패방지위원회가 신설되었다.

그 후 제17대 국회에서 다시 공직부패수사처를 국가청렴위원회 소속으로 설치하는 내용의 공직부패수사처 설치에 관한 법률안(정부안)이 제출되었으나 임기만료로 폐기되었다. 제18대 국회에서는 공수처법안 3건이 발의되어 사법개혁특위에 회부되었으나 각각 임기만료로 폐기되었고, 제19대 국회에서도 공수처법안 4건이 발의되었으나 각각 임기만료로 폐기되고, 그 대안으로 제도특검을 법제화하고 특별감찰관 제도가 도입되었다.<sup>11)</sup>

제20대 국회에서도 수사처 법안이 4건<sup>12)</sup>이 발의되었고, 2017. 9. 18. 법무부 법무·검찰개혁위원회(위원장: 한인섭 교수)에서 ‘고위공직자범죄수사처 설치와 운영에 관한 법률(안)’(이하 ‘위원회 권고안’이라고 함)을 발표하였으며, 2017. 10. 15. 법무부에서 수사처 설치에 대한 자체 방안(이하 ‘법무부 방안’이라고 약칭함)에 관한 보도자료를 배포하였다.<sup>13)</sup>

### 4. 특별감찰관 제도

2013년 4월 25일 박범계 의원은 「특별감찰관 임명 등에 관한 법률안」(의안번호 제

10) 1996년 참여연대의 ‘부패방지법’ 입법청원에 포함되어 있던 ‘고위공직자비리조사처’ 신설안이 국회의의 부패방지법(안)의 내용으로 국회에 상정된 것이다.

11) 자세한 내용은 김선수, 「독립적 고위공직자비리 수사·공소기구(약칭 ‘수사처’)법안 검토」, 고위공직자 비리수사처 입법토론회(2016. 8. 30.), 민변/박범계·이용주·노회찬의원 공동주최, 4-18면 참조; 김선희, 「검찰개혁과 독립수사기관 설치에 관한 검토」의 토론문, 한국의 형사사법개혁1: 검찰개혁, 2017년 한국형사정책연구원/한국형사소송법학회 공동학술세미나 자료집(2017. 2. 13.), 132-134면.

12) 2016. 7. 21. 정의당 뇌회찬 의원 외 10인이 발의한 「고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안」, 2016. 8. 8. 더민주당 박범계 의원 및 국민의당 이용주 의원이 더민주당/국민의당 합의안으로 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」, 2016. 12. 14. 더민주당 양승조 의원 외 9인이 발의한 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」, 2017. 10. 31. 바른정당 오신환 의원 외 9명이 발의한 「고위공직자부패방지처법안」 등이 여기에 해당한다.

13) 자세한 내용은 정웅석, 고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해 – 각국의 검찰제도와 비교법적 관점에서 -, 박영사, 2021, 35면 이하 참조.

1904663호)을 대표 발의하였는데, 동 법률안의 제안자인 민주당의 박범계·전해철 의원 등은 대통령 측근 등의 권력형 비리근절을 위해 독립성이 보장되는 특별감찰관이 필요함을 제안이유로 들었다. 다만, 제322회 국회(임시회) 제3차 법안심사 제1소위원회는 박범계, 김도읍 의원의 안을 각각 본회의에 부의하지 않고 법안심사소위원회에서 마련한 대안을 위원회 안으로 제안하였다(2014. 2. 28. 「특별감찰관법안」). 이후, 특별감찰관법은 2014년 6월 18일부터 시행되었으나, 특별감찰관의 임명은 2015년 3월 27일에야 이루어져 이석수 특별감찰관이 활동한 바 있다.

#### 【표 1-3】특별감찰관법 주요 내용

##### 1. 감찰대상

특별감찰관은 감찰대상에 해당하는 자가 계약을 가명으로 하는 행위, 공기업이나 공직 유관 단체와 수의계약하는 행위, 인사 관련 등 부정한 청탁을 하는 행위, 부당하게 금품 을 주고받는 행위, 공금을 횡령하거나 유용하는 행위 등을 하는지 여부를 감찰 대상으로 함(제2조).

감찰대상자는 대통령의 배우자 및 대통령의 4촌 이내의 친족, 대통령 비서실의 수석비서관 이상의 공무원으로 함(제5조).

##### 2. 특별감찰관의 권한

특별감찰관의 소속은 대통령 직속기관으로 하되, 직무에 관하여는 독립의 지위를 가지도록 함(제3조).

특별감찰관은 감찰대상자의 비위행위 여부를 확인하기 위해 필요한 경우 관계기관의 장에게 협조와 지원을 요청할 수 있고, 필요한 자료 등의 제출이나 사실조회를 요구할 수 있음(제16조).

특별감찰관은 감찰대상자에게 출석·답변 요구 및 자료제출을 요구할 수 있으며(제17조), 필요한 경우 감찰대상자 이외의 자에게 출석·답변 요구 및 자료제출을 요구할 수 있음(제18조).

특별감찰관이 고발한 사건 중 차분이 이루어지지 아니하고 90일이 경과하거나 불기소 차분이 이루어진 경우 검찰청법 제10조에 따라 항고를 제기할 수 있음(제20조).

##### 3. 특별감찰관의 임명

국회는 3명의 특별감찰관 후보를 추천하고 대통령은 그중 1명을 인사청문회를 거쳐 특별감찰관으로 임명함(제7조).

특별감찰관의 임기는 3년으로 함(제8조).

특별감찰관은 그 직무를 수행함에 있어서 필요한 경우에는 1명의 특별감찰관보와 10명 이내의 감찰담당관을 임명할 수 있음(제9조).

##### 4. 특별감찰관의 의무

특별감찰관은 감찰대상의 행위가 범죄혐의가 명백하여 형사처벌이 필요하다고 인정한 때에는 검찰총장에게 고발하고, 범죄행위에 해당한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 도주 또는 증거인멸 등을 방지하거나 증거확보를 위하여 필요하다고 인정한 때에는 검찰총장에게 수사의뢰를 하여야 함(제19조).

특별감찰관은 1년 이상 아무런 감찰 실적도 내지 못하다가 최근에 우병우 청와대 민정수석에 대해 감찰을 실시하여 검찰총장에게 수사를 의뢰한 바 있다. 특별감찰관

은 상시기구이기는 하지만 수사권과 기소권이 인정되지 않는다는 점에서, 권력형 비리에 대한 강도 높은 감찰을 진행하는 것이 원천적으로 불가능한 구조이다.<sup>14)</sup>

결국 검찰에 수사를 의뢰하는 감사원 감사, 선거관리위원회 조사, 민정수석실이나 국무총리실의 특별점검이나 직무감찰에 준하는 정도의 의미를 지닐 뿐이지만, 이 조차도 문재인정권이 들어선 후 현재까지 특별감찰관이 임명되지 않고 있다.

## II. 수사처의 신설과정 및 각국의 특별수사기구와 비교

### 1. 수사처의 신설과정

박근혜 대통령 탄핵을 거치면서, 촛불집회를 계기로 집권한 문재인 정부는 수사구조의 개편(수사권/기소권 분리) 및 고위공직자범죄수사처의 설치 등 고강도의 검찰개혁을 추진하고자 초대 민정수석에 조국 서울대학교 법학전문대학원 교수 및 초대 법무부장관에 박상기 연세대학교 법학전문대학원 교수를 임명하였다.

물론 김대중/노무현 전(前)대통령때부터 검찰개혁의 문제는 사법개혁의 일환으로 또는 검경 수사권조정 문제와 맞물려서 일부 교수 및 시민단체<sup>15)</sup>를 중심으로 끊임없이 제기되었으며, 과거 최순실 사태와 관련한 특검수사가 검찰수사의 성과와 비교되면서 검찰개혁과 관련된 특단의 조치가 필요하다는 공감대가 형성되었고, 문재인 정부가 들어선 후 수사처 신설 법안이 개혁의 상징물처럼 치부되었다. 즉, 과거 수사처 설치에 대한 반대 논거들이 타당하지 않다는 것이 아니라, 오히려 이제는 개혁 없는 검찰을 최악의 상태로 느끼면서 상당한 대가를 치르더라도 검찰개혁을 해야만 한다는 요청이 분출한 것이다.<sup>16)</sup>

이에 2018년 1월 14일 박종철 열사 서거 30주년을 맞이하여 조국 청와대 민정수석이 현 정부의 ‘권력기관 개편방안’을 발표하면서 검찰은 특수사건(경제, 금융 등)을 제외하고는 2차적·보충적 수사만을 하도록 검찰개혁을 발표한 바 있으며, 2018년 6월 21일 이낙연 국무총리, 박상기 법무부 장관, 김부겸 행정안전부 장관이 모여서 ‘검경 수사권조정 합의문’(이하 ‘정부합의문’이라고 약칭함)을 발표한 것이다.

그 핵심은 첫째, 사법경찰관은 모든 사건에 대하여 ‘1차적 수사권’을 가지고,

14) 성중탁, “특별검사의 임명 등에 관한 법률, 특별감찰관법에 대한 입법평가”, 입법학연구 제14집 제1호(2017), 한국입법학회, 112면.

15) 참여연대의 입법제안의 경위에 관한 상세한 설명은 윤태범, “권력형 부패에 대한 효과적 대응을 위한 제도적 개선방안: 고위공직자비리조사처 설치를 중심으로”, 여의도연구소 주최 토론회 자료집(2010), 여의도연구소, 22-27면 참조.

16) 장영수, 「독립적 특별수사기구 도입 논의」, 한국의 형사사법개혁1: 검찰개혁, 2017년 한국형사정책연구원/한국형사소송법학회 공동학술세미나 자료집(2017. 2. 13.), 102면.

둘째, 사법경찰관이 수사하는 사건에 관하여 검사의 송치 전 수사지휘는 폐지하며, 셋째, 검사는 송치 후 공소제기 여부 결정과 공소유지 또는 경찰이 신청한 영장의 청구에 필요한 경우 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있고, 사법경찰관은 정당한 이유가 없는 한 검사의 보완수사요구에 따라야 한다는 것으로, 일반수사는 경찰, 일반수사에 대한 기소 및 공소유지는 검찰, 특수수사 및 권력형 비리는 특별기구(고위공직자범죄수사처)에 맡기는 ‘수사 3륜’ 체계를 갖춰, 수사기관 간 견제와 균형을 확보하고자 한 것이다.

이러한 일련의 과정에서 2019. 12. 24. 형사소송법 일부개정법률안에 대한 수정안(박주민의원 대표발의)이 통과된 후, 2019년 12월 30일 검찰개혁의 일환으로 독립된 수사기관인 고위공직자범죄공수처법 역시 통과되었다. 그런데 수사처장 후보자를 추천하기 위한 수사처장후보추천위원회의 의결정족수와 관련하여, 그동안 여당과 야당이 계속 대치하다가 2020. 12. 10. 기존의 위원 6인 이상의 찬성 규정(공수처법 제6조 제5항)을 제7항으로 옮기면서 “위원 6인 이상의”를 “재적위원 3분의 2 이상의”로 하는 내용 등 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 일부개정법률안(대안)이 통과되었는데, 이에 따르면, 위원 7인 중 5인 이상이면, 수사처장 추천이 가능하므로 야당의 비토권은 사실상 무의미하게 되었다고 볼 수 있다.

## 2. 아시아 각국의 특별수사기구 비교

【표 1-4】 아시아 국가 특별수사기구의 비교

	한국 수사처	인도네시아 부패근절위원회	홍콩 염정공서	대만 염정서	싱가포르 탐오조사국
소속	독립기구	대통령 직속	행정장관 직속	법무부 소속	총리 직속
설립	2020년	2003년	1974년	2011년	1952년
수장	• 국회 추천위 2명 추천 → 대통령 1명 지명 → 국회 인사청문회 후 임명	• 위원장(국회동의 → 대통령 임명) • 위원 5인 (대통령 10명 추천 → 국회 의결 선출)	• 행정장관 추천 → 중화인민공화국 의회 임명	• 13~14 직급 공무원 중 임명	• 총리 지명 → 대통령 임명
규모	• 특별검사 25인 이내 • 수사처수사관 40명 이내 • 20명 이내 행정 인력 ※ 인구 5,130만	• 약 1,100명 근무 (수사관 91명, 검·경파견 인력이 80%) ※ 인구 2억 6천만	• 약 1,200명 ※ 인구 723만	• 약 212명 ※ 인구 2,346만	• 약 82명(?) 근무 ※ 인구 550만
수사 대상	고위공직자, 가족	공무원(군인 포함)	제한없음 (민간포함)	공무원	제한 없음 (민간포함)
대상 범죄	공무원의 직무에 관한 죄(수뢰, 직권남용)	부패사건	• 부패 관련 범죄, 공직남용행위	뇌물범죄, 횡령권한 남용 등	수뢰, 배임수재 등 부패범죄(수사과정에서 발견된

	용 등), 공문서에 관한 죄(위조, 변조 등), 횡령·배임 등, 관련범죄		• 공공기관 및 민간부분 뇌물 범죄	부폐범죄	다른 범죄도 수사)
	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ○ (제한적)	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ×	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ×	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ×	▶ 수사권 ○ ▶ 기소권 ×
권한	- 대상범죄에 대한 전속수사권 - 他기관 중복 수사시 수사처로 이첩	- 他기관 중복수사 가능(먼저 수사 개시 한 기관 우선) - 파견검사가 기소	- 부폐수사는 염정공서 전담(부폐범죄 빨건지 이첩) - 윤정사(법무부) 검사가 기소	- 駐署검찰관(파견검사)이 수사지휘 - 他기관 중복수사 가능(駐署검찰관 조정) - 駐署검찰관이 소속 검찰청 결재받아 기소	- 他기관 중복수사 가능 - 사건을 검찰총장에게 송부(검사기소 승인)
비고	2021년 수사처 신설 이후 직접 기소 5건 <sup>17)</sup>	年 50~60건 기소	• 최근 5년 1,184명 기소, 그중 공무원 140명 (11.8%) • 뇌물 기소 공무원 연 평균 3.4건	2015년 1,205건 접수, 59건 기소	2015년 132건 입건, 120명 기소(공무원은 10%)

위에서 살펴본 것처럼, 아시아지역 반부패 특별수사기구는 대부분 경찰의 권한이 강하고 검찰은 기소업무수행에 한정된 상황에서(주로 영미법계 국가), 수사권만 보유하면서 검사를 파견받거나 검사와 협력하는 시스템을 구축하고 있으며, 법무부 등의 산하기관으로서 행정권의 지휘·감독이 가능한 체계를 구축하고 있다는 점에서, 우리나라의 수사처와는 다른 형태이다.

반면에 미국·영국·독일·프랑스·일본 등 우리가 비교법적으로 주요 국가로 참고하는 국가의 경우 수사처와 같이 특정 공직신분자만을 대상으로 하는 독립된 부폐범죄 특별수사기구를 두는 경우는 찾아보기 어렵다. 특히 거의 모든 국가가 헌법상 평등원칙과 형사사법의 통일적 적용을 이유로 기소기관을 검찰로 일원화하고 있으며, 기소권을 2개 이상의 기관에 분리한 사례는 1985년 검찰제도를 도입한 영국<sup>18)</sup>을 제외

17) 세계일보 2024. 11. 6.자, 수사처, 「‘수사기록 유출’ 前검사 기소… 다섯 번째 직접 기소」(...수사처가 사건을 수사해 직접 기소한 건 2021년 1월 출범 이후 이번이 다섯 번째다. 앞서 김형준 전부장검사 ‘스폰서 검사’ 사건, 손준성 검사장 ‘고발 사주’ 사건, 윤모 전 검사 고소장 위조 사건, 김모 경무관 뇌물 수수 사건을 기소했다. 한편 박 변호사는 대검찰청 중간간부로 일하다 지난 6월 일선 지검으로 전보됐고, 이후 검찰을 떠나 중소 법무법인 대표변호사로 활동 중이다.).

18) 영국의 경우 사소제도가 그대로 유지되고 있고, 공적 소추기관도 ① 경찰 및 경찰에 의해 소추를 개시할 수 있는 권한이 부여된 자, ② 중대부정수사처 수사국장 및 해당국에서 소추개시권한이 부여된 자, ③ 법무총감(Attorney General) 및 그에 의해 소추개시권한이 부여된 자, ④ 국무장관(Secretary of State) 및 그에 의해 소추개시권한이 부여된 자, ⑤ 내부재정위원회 위원

하고는 거의 찾아보기 어렵다.

그런데 홍콩, 싱가포르 등 일부 국가의 반부패 특별수사기구가 반부패 성과를 달성했다는 모범사례들의 실상을 살펴보면, 검사가 수사의 주체인 우리나라의 형사사법 체계와는 달리 경찰이 수사를 담당하는 영미법계 국가로서 유죄협상제도(Plea Bargaining)와 수사과정에서의 허위진술죄(False statement) 처벌, 영장 없는 감청(예컨대 싱가포르 탐오조사국의 무영장 체포권, 무영장 압수·수색권과 계좌추적권 등) 등의 특별한 권한이 부여되어 있었기 때문이라고 볼 수 있다. 더욱이 민간영역의 부패도 수사대상으로 하는 기구들로서 공무원 부패범죄보다는 일반 국민에 대한 수사와 기소가 더 큰 비율을 차지하고 있다<sup>19)</sup>는 점도 고려해야 한다.

또한 수사처 상당부분을 모델로 삼은 영국 중대부정수사처(SFO)<sup>20)</sup>의 경우 영미법계 국가인 영국의 제도적·정책적 배경을 염두에 두고 비교해 보아야 한다.

【표 1-5】 영국의 수사시스템(특별수사기구 포함)

사건유형	수사기관	기소·공소유지기관
일반사건	경찰청(Police)	국가기소청 내지 공소청(CPS)
강력사건	국가범죄수사청(NCA)	국가기소청 내지 공소청(CPS)
특수사건	중대부정수사처 또는 특별수사청(SFO)	

### III. 공수처법 해석상 문제점

#### 1. 수사처 설치·운영과 관련된 헌법적 규정의 부재

현행 헌법은 대통령, 총리, 국무위원, 행정 각부, 감사원, 법원, 헌법재판소, 선거관리위원회, 지방자치단체 및 의회는 물론 검찰청, 검찰총장, 검사 등<sup>21)</sup>에 대하여 헌법상 설치 근거를 명확히 하고 있는 반면, 수사처<sup>22)</sup>에 대해서는 헌법상 설치 근거가

(Commissioners of Inland Revenue) 및 그들에 의해 소추개시권한이 부여된 자, ⑥ 관세, 국세위원회 위원(Commissioners of Customs and Excise) 및 그들에 의해 소추개시권한이 부여된 자, ⑦ 국무장관의 명에 의한 자 및 명령을 받은 자로부터 소추개시권한이 부여된 자 등이 있는바 수사와 소추권한이 매우 분산되어 있는 것이 특징이다(Criminal Justice Act 2003, 제29조 제5항 참조).

19) 염정공서(2011~2015년 5년간 평균)의 경우 연 236명 기소 중 공무원 28명, 일반국민 208명이고 (88.2%), 탐오조사국(3년간 평균)은 연 155명 기소 중 공무원 15명, 일반국민 140명(89.9%)이라고 한다.

20) 자세한 내용은 이정수, 「영국 특별수사청(SFO) 개관」, 형사법의 신동향 제6호(2007. 2.), 대검찰청 미래기획단, 28면 이하 참조.

21) 검사는 헌법 제12조(신체의 자유), 제16조(주거의 자유), 검찰총장은 제89조(국무회의 심의 사항)에 명확한 설치근거가 존재한다.

22) 명칭과 관련하여, ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’에서는 약칭으로 ‘공수처법’이라고 하면서도, 기구는 ‘수사처’로 명칭하고 있는 반면, 하위규범인 고위공직자범죄수사처

전무(全無)한 것이 사실이다. 따라서 기능적 권력분립론 입장에서 볼 때, 실질적인 권력분립 원칙의 확보를 위한 견제장치로서 상설적인 독립된 강제기구를 설치하는 것이 헌법적 가치에 부합하는가에 달려있다고 할 것이다.

이에 대해, 헌법재판소는 2021년 1월 28일 재판관 5(합헌): 3(위헌): 1(각하)의 의견으로, 구 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 제2조, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 제3조, 제8조 제4항이 청구인들의 기본권을 침해하지 않고, 나머지 심판청구는 부적법하다는 결정을 선고하였다[기각, 각하].<sup>23)</sup> 즉, 헌법재판소 다수의견은 「헌법 제66조 제4항은 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.”고 규정하고 있다. 여기에서의 ‘정부’의 의의에 대하여 헌법이 명시적으로 밝히고 있지는 않으나, 헌법은 제4장에서 ‘정부’라는 표제 하에 대통령(제1절)과 행정부(제2절)를 통합하여 규정하고 있고, 헌법 제66조 제4항이 헌법 제40조(입법권) 및 제101조 제1항(사법권)과 함께 헌법상의 권력분립원칙의 직접적인 표현인 점을 고려할 때, 헌법 제66조 제4항에서의 ‘정부’란 입법부와 사법부에 대응하는, 넓은 개념으로서의 집행부를 일컫는다 할 것이다. 나아가 헌법은 대통령의 명을 받은 국무총리가 행정각부를 통할하도록 규정하고 있으나(제86조 제2항), 대통령과 행정부, 국무총리에 관한 헌법 규정의 해석상 국무총리는 행정에 관하여 독자적인 권한을 가지지 못하고 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하는 기관으로서의 지위만을 가지며 행정권 행사에 대한 최후의 결정권자는 대통령으로 보아야 할 것이므로, 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’에 모든 행정기관이 포함된다고 볼 수 없다(헌법재판소 1994. 4. 28. 89헌마221 참조). 다시 말해 정부의 구성단위로서 그 권한에 속하는 사항을 집행하는 중앙행정기관을 반드시 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’의 형태로 설치하거나 ‘행정각부’에 속하는 기관으로 두어야 하는 것이 헌법상 강제되는 것은 아니라 할 것이므로, 법률로써 ‘행정각부’에 속하지 않는 독립된 형태의 행정기관을 설치하는 것이 헌법상 금지된다고 할 수 없다」고 하면서, 「공수처법은 수사처의 직무수행상의 독립을 명시하면서(제3조 제2항), 대통령 및 대통령비서실의 공무원은 수사처의 사무에 관하여 업무보고나 자료제출 요구, 지시, 의견제시, 협의, 그 밖에 직무수행에 관여하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제3조 제3항). 그러나 공수처법에 의하면, 수사처장은 추천위원회에서 추천한 2명 중 1명을 대통령이 지명한 후 인

---

사건사무규칙에서는 ‘공수처’로 명칭하는 등 용어상 ‘수사처’와 ‘공수처’가 혼용되어 사용되고 있다.

23) 헌법재판소결 2021.1.28, 2020헌바264, 681(병합)(고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인).

사청문회를 거쳐 임명하고, 차장은 수사처장의 제청으로 대통령이 임명하며, 수사처검사는 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명한다(제5조 제1항, 제7조 제1항, 제8조 제1항). 또한 수사처검사 뿐만 아니라 수사처장과 차장도 징계처분의 대상이 되고(제14조), 징계처분 중 견책은 수사처장이 하지만 해임·면직·정직·감봉은 수사처장의 제청으로 대통령이 한다(제42조 제1항). 이처럼 대통령은 수사처장과 차장, 수사처검사의 임명권과 해임권 모두를 보유하고 있는데, 이들을 임명할 때 추천위원회나 인사위원회의 추천, 수사처장의 제청 등을 거쳐야 한다는 이유만으로 대통령이 형식적인 범위에서의 인사권만 가지고 있다고 볼 수는 없고(헌법재판소 2019. 2. 28. 2017헌바196 참조), 수사처 구성에 있어 대통령의 실질적인 인사권이 인정된다고 할 것이다. 또한 공수처법 제17조 제3항에 의하면 수사처장은 소관 사무와 관련된 안건이 상정될 경우 국무회의에 출석하여 발언할 수 있는 한편, 그 소관 사무에 관하여 독자적으로 의안을 제출할 권리가 있는 것이 아니라 법무부장관에게 의안의 제출을 건의할 수 있다. 이상의 점들에 비추어 보면, 수사처가 직제상 대통령 또는 국무총리 직속기관 내지 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않는다고 하더라도 대통령을 수반으로 하는 행정부에 소속된 행정기관으로 보는 것이 타당하다. 공수처법이 대통령과 대통령비서실의 공무원에 대하여 수사처의 직무수행에 관여하는 일체의 행위를 수사처 직무의 독립성과 정치적 중립성을 보장하기 위한 것으로, 위 규정을 들어 수사처가 행정부 소속이 아니라고 볼 수 없다』는 입장이다.

결국 수사처의 소속에 대하여 정부조직법에는 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 다른 법령<sup>24)</sup>에서 수사처를 ‘행정기관’으로 규정하고 있으므로 행정업무를 수행하면서도 입법부·행정부·사법부 어디에도 속하지 않는 기관이 아니라, 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 행정부 소속의 중앙행정기관으로 보아야 한다는 것이다.

## 2. 대상범죄

### (1) 법 규정

24) 예컨대 ‘공공감사에 관한 법률’ 제2조 제2호에서는 중앙행정기관을 ‘정부조직법 제2조에 따른 부·처·청과 감사원, 국가인권위원회, 국민권익위원회, 공정거래위원회, 금융위원회, 방송통신위원회 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관’으로 정의하면서, 동법 시행령 제2조에서 수사처를 그중 하나로 규정하고 있다. 공직자윤리법 제5조 제1항에서도 공직자가 재산을 등록하여야 하는 등록기관을 구분하면서 제5호에서 ‘정부의 부·처·청(대통령령으로 정하는 위원회 등의 행정기관을 포함한다) 소속 공무원은 그 부·처·청’에 등록하는 것으로 규정하였는데, 동법 시행령 제4조의3 제1항 제6호의2에서 수사처도 위에서 말하는 ‘대통령령으로 정하는 위원회 등의 행정기관’에 포함되는 것으로 규정하고 있다.

고위공직자범죄란 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 범죄로서 각각 형법, 특정범죄가중처벌법, 변호사법, 정치자금법, 국가정보원법, 국회증언·감정법, 범죄수익은닉처벌법 규정에 해당하는 범죄를 뜻한다.

직무범죄와 관련하여, 형법상 직무유기(제122조), 직권남용(제123조), 불법체포·불법감금(제124조), 폭행·가혹행위(제125조), 피의사실공표(제126조), 공무상 비밀의 누설(제127조), 선거방해(제128조), 공용서류 등의 무효·공용물의 파괴(제141조), 공문서등의 위조·변조(제225조), 허위공문서작성등(제227조), 공전자기록위작·변작(제227조의 2), 위조등 공문서의 행사(제229조), 국가정보원법상 정치관여죄(제18조) 및 직권남용죄(제19조), 국회 증언·감정법상 위증 등의 죄(제14조 제1항) 등이 여기에 해당된다.

부패범죄와 관련하여, 형법상 수뢰·사전수뢰(제129조), 제3자뇌물 제공(제130조), 수뢰후부정처사·사후수뢰(제131조), 알선수뢰(제132조), 뇌물공여 등(제133조), 횡령·배임(제355조), 업무상의 횡령과 배임(제356조), 배임수증재(제357조), 특정범죄가중처벌법상 알선수재(제3조), 변호사법상 청탁 또는 알선(제111조), 정치자금법상 정치자금부정수수죄(제45조), 범죄수익은닉처벌법상 범죄수익등의 은닉 및 가장(제2조, 제3조) 및 범죄수익등의 수수(제4조) 등이 여기에 해당된다.

‘관련범죄’로 첫째, 고위공직자와 공동정범(형법 제30조)·교사범(제31조)·종범(제32조)의 관계에 있는 자가 범한 고위공직자범죄, 둘째, 고위공직자를 상대로 한 자의 뇌물공여등(형법 제133조) 및 배임증재(제357조 제2항), 셋째, 고위공직자범죄와 관련된 범인은닉·도피(형법 제151조 제1항), 위증 및 모해위증(제152조), 허위의 감정·통역·번역(제154조), 증거인멸 등과 친족간의 특례(제155조), 무고(제156조) 및 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」상 위증 등의 죄(제14조 제1항), 넷째, 고위공직자범죄 수사과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 ‘직접 관련성’이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄를 말한다. 공수처법은 고위공직자범죄 + 관련범죄를 ‘고위공직자범죄 등’이라고 규정하고 있다(공수처법 제2조 제5호).

## (2) 문제점

공수처법 제2조 제3호에 따르면, 적용대상 범죄가 너무 광범위할 뿐만 아니라, 동조 제4호 라목의 경우 ‘고위공직자범죄 수사과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄’도 적용대상이므로, 고위공직자범죄와 직접 관련성을 요건으로 하더라도 수사과정에서 인지한 본인의 사소한 범죄까지 포함하고 있다는 점에서 과도한 제한으로 보인다. 반면에 고위공직자가 권력을 이용하여 성추행 또는 성매매 범죄를 저지르거나 지탄받을 범죄를 범하더라도 위

의 고위공직자범죄와 직접 관련성이 없다면, 동법의 수사대상이 아니므로 해당 범죄에 대하여 수사할 수도 없고, 처벌대상으로 할 수도 없다.

결국 ‘직접 관련성’의 개념을 어떻게 정의할 것인지 문제되는데, 판례는 「형사소송법 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 정하고 있다. 따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다. 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계 있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다. 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 객관적 관련성이 있다고 할 것은 아니다」<sup>25)</sup>라고 판시한 바 있다.

### (3) 고위공직자(적용대상)로서 대통령

공수처법 제2조 제1호 가목에 따르면 ‘대통령’이 적용대상에 포함되어 있다. 반면, 헌법 제84조는 “대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 따라서 고위공직자인 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범하지 않는 한 재직 중에는 소추대상이 될 수 없으며, 이는 검찰이나 수사처나 다를 바가 없다. 그런데 직권남용죄는 별론, 내란 또는 외환의 죄는 수사처의 수사대상인 고위공직자범죄가 아니라는 점에서, 수사처가 수사권을 행사할 수는 없다고 본다.

## 3. 수사와 기소대상자의 분리

---

25) 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341, 2019전도130 판결

## (1) 법 규정

공수처법에 따르면 수사처는 ① 고위공직자범죄등에 관한 수사와 ② 그 수사대상자를 정한 공수처법 제2조 제1호 다목(대법원장 및 대법관), 카목(검찰총장), 파목(판사 및 검사), 하목(경무관 이상 경찰공무원)에 해당하는 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 고위공직자범죄 및 관련범죄의 공소제기와 그 유지를 그 임무로 한다. 이처럼 수사처검사는 공수처법 제2조에 규정된 고위공직자가 범한 일정한 범죄군에 대해 수사권을 행사할 수 있는 반면, 대법관(대법원장 포함) 및 법관·검찰총장 및 검사·경무관 이상 경찰공무원과 그 가족이 범한 범죄에 대해서는 공소권을 행사할 수 있는 권한을 가지고 있다.

이 규정은 종래 검찰개혁을 위한 방안으로 수사와 기소의 분리를 주장하는 어떤 견해도 상설특검이든 수사처든 검찰 외 독립된 특별기구의 신설과 관련해서는 특별기구가 수사권과 기소권 모두를 가져야 한다는 입장<sup>26)</sup>을 일부 수정하여, 판/검사 및 고위 경찰공무원에 한정하여 기소권을 부여한 것이다. 권력형비리사건의 경우 기소권을 기준의 검찰이 가지는 한, 정치종속적인 검찰이 기소유예나 불기소결정을 내릴 권한을 가지고 있을 뿐만 아니라, 기소하더라도 소극적인 자세로 공소유지에 임할 수 있다는 점을 우려한 것으로 보인다.

문제는 검찰에 대한 통제 내지 견제를 위하여 그렇게 수사/기소 분리를 주장하면서,<sup>27)</sup> 수사처에 한하여 (제한된 범위이지만) 수사권 및 기소권을 주는 정당성은 어디에 있는지 의문이다. 그동안 수사/기소 분리론자들이 수사·소추·재판절차를 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 한다<sup>28)</sup>고 일관

26) 김지미, 「기소독점주의의 폐해와 개혁방안」, 견제와 균형을 위한 검찰 개혁 어떻게 할 것인가?, 국회의원 민병두/소병훈/김태섭/민주사회를 위한 변호사모임 주최 자료집(2017. 1. 24.), 10면.; 김인희, 「견제와 분산을 위한 검찰개혁과제의 재검토」, 민주법학, 제43호, 2010, 404-405면; 김인희, 「상설 특별검사제 도입 법률안 시론」, 법학연구, 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013, 349면; 이호중, 「검찰개혁의 방향, 과제, 전망」, 법과사회 제44호, 2013, 53면.

27) 김인희, 「견제와 분산을 위한 검찰개혁과제의 재검토」, 민주법학, 제43호, 2010, 404-405면; 김인희, 「상설 특별검사제 도입 법률안 시론」, 법학연구, 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013, 349면 이하 참조; 김희수, 「검찰 개혁 방안」, 검찰개혁과 수사권 조정, 수사처 설치 방안 토론회(더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF), 2016. 8. 10., 17-30면 참조.

28) 김인희, 「검찰개혁과정에서 발생하는 몇 가지 의문, 불안에 대하여」, 법조언론인클럽 10주년 기념 세미나(2017. 7. 12.) “국민을 위한 법조개혁, 어떻게 할 것인가?”, (사)법조언론인클럽 자료집,

되게 주장하였기 때문이다.<sup>29)</sup>

## (2) 수사처의 수사권과 공소권의 불일치에 따른 영장청구권 등 문제

수사처검사와 수사처수사관을 구분하여 공수처법을 제정하면서 기소가능범죄(판사, 검사, 경무관 이상 고위직 경찰)와 수사만 가능한 범죄로 이분된 입법이 되었지만, 전자를 수사한 수사처검사가 헌법상의 영장신청(형사소송법상으로는 청구) “검사” (조직법상의 검사)인지는 논란이 있어도 통상 기능적으로 말하는 ‘검사’ 인 점은 분명하다. 따라서 영장을 청구할 수 있는 주체는 헌법상 검사로 제한돼 있고 그 검사가 검찰청법상 검사로 제한되지 않는다 하더라도 적어도 ‘검사’라는 신분은 필요하다고 보아야 하며, 즉 검사와 검사가 아닌 수사기관을 구분하는 핵심은 ‘기소권’의 보유 여부라고 할 것이다. 결국 수사처 검사는 판사검사경무관 이상 경찰공무원에 대해서만 기소권을 가지므로 그 한도에서만 검사이고, 그 외 수사범위에서는 검사가 아닌 사법경찰관에 불과하므로 압수수색 등 영장을 청구할 수 없다고 보아야 한다.

그런데 수사처검사가 수사만 가능한 범죄를 처리한 경우, 헌법상 영장(압수/수색영장 및 체포/구속영장)청구를 할 수 있는지, 구속기간은 어떻게 되는지(사법경찰의 10일, 검사의 10+10일 중 어느 규정의 적용), 구속영장실질심사시 검사의 지위를 갖는 것인지 등 많은 논란이 예상된다.

【표 1-6】 영장청구에 관한 수사처와 검찰의 시각 차이<sup>30)</sup>

52-54면 참조; 서보학, “수사권의 독점 또는 배분? - 경찰의 수사권 독립 요구에 대한 검토”, 형사법연구 제12권, 한국형사법학회, 1999, 407면; 서보학, “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.

29) 2020. 10. 20. 국민의힘 유상범 의원은 보도자료를 통해 “독소조항을 삭제한 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(공수처법) 개정안을 대표 발의했다”고 밝혔는데, 주요 내용으로 판사·검사와 달리 헌법적 근거가 없는 수사처 검사에게 기소권을 부여하는 것은 헌법 원리에 반할 뿐 아니라 수사와 기소 분리라는 검찰개혁 방향에도 모순된다는 점을 근거로 수사처 검사의 기소권을 삭제하였다.

30) 동아일보, 2021. 8. 4.자, 「수사처-檢, ‘조희연 사건’ 놓고 권한 갈등… “엉성한 법 때문”」.

공수처의 ‘기소권 없는 사건’ 수사를 둘러싼 입장 차		
공수처	쟁점	검찰
“검사, 헌법재판소도 공수처 검사를 검사로 인정”	공수처 검사의 자격	“기소권 있는 사건에서 검사 역할이지만 기소권 없는 사건에선 사법경찰관”
“수사권을 갖는 공수처 검사는 수사 도종 영장 청구 가능”	영장 청구	“수사권만 있는 사건을 수사할 때는 영장을 검찰에 신청해야”
“수사한 모든 범죄 사건에 대해서 불기소 결정권 가져”	불기소 처분	“기소권 있는 사건에 대해서만 불기소 처분 가능”
공수처는 판사와 검사, 경무관 이상 경찰관을 제외한 다른 고위공직자에 대해서는 수사만 할 수 있고, 검찰에 기소를 요구해야 함.		

【표 1-6】에서 보는 것처럼, ‘조희연 교육감 사건’ 역시 수사처의 공식 ‘1호 사건’ 이지만, 교육감사건이어서 수사만 할 수 있을 뿐이고,<sup>31)</sup> 기소(영장 청구 포함)와 공소유지는 기소권을 가진 검찰이 하는 것이 타당하다고 본다. 만약 수사처의 영장청구가 허용된다면, 국정원 등 특사법경찰이나 일반사법경찰이 변호사직원을 “검사”라고 지칭하면서 영장청구 등 검사의 역할을 하도록 한 경우 어떤 근거로 부정할 수 있을 것인지 의문이다.

이에 대하여 각 특별검사설치법에 따라 임명되었던 특별검사들은 검찰청에 소속되어 검찰청법의 적용을 받는 검사가 아님에도 불구하고 형사소송절차에서 검사가 행하는 강제처분 권한을 법률로 부여받아 행사하는 것으로 영장청구권을 행사할 수 있는 ‘검사’는 반드시 검찰청에 소속되어 검찰청법의 적용을 받는 검사로 한정할 필요가 없다는 견해가 있다.<sup>32)</sup> 헌법이 군검찰관의 영장청구권에 대해 언급하지 않고 있더라도 군형사절차에서 군검찰관이 영장청구권을 행사하고 있는 것(군사법원법 제232조의2, 제238조)도 동일한 맥락으로, 만약 검찰이 헌법상의 규정을 근거로 영장청구권이 여전히 ‘검찰청 소속의 검사’들만의 전속권한이라고 주장한다면, 그동안 현재의 특별검사와 군검찰관제도는 모두 위헌이라는 판단을 내릴 수밖에 없다는 것이다.<sup>33)</sup>

31) 헤럴드경제 2021. 5. 21.자, 「수사처, 서울시교육청 압수수색 논란… “기소권 없어 영장 불가”」.

32) 서보학, “각국 영장제도 비교분석에 따른 시사점 및 입법론적 대안”, 「국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제」 토론회 - 영장청구권을 중심으로 -, 강창일 의원/헌법이론실무학회/비교형사법학회 공동정책토론회(2017. 3. 3.), 29면.

33) 이에 대한 상세한 비판적 견해는 이경렬, 「강제처분에 대한 검사의 영장청구권 규정의 합의」, 형

헌법재판소 역시 특별검사 제도를 대법원장이 임명하도록 한 것이 권력분립원칙에 반한다는 헌법소원 사건에서, “특별검사제도는 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 제도적 견제장치로서 권력형 부정사건 및 정치적 성격이 강한 사건에서 대통령이나 정치권력으로부터 독립된 특별검사에 의하여 수사 및 공소제기·공소유지가 되게 함으로써 법의 공정성 및 사법적 정의를 확보하기 위한 것이다. 이처럼 본질적으로 권력통제의 기능을 가진 특별검사제도의 취지와 기능에 비추어 볼 때, 특별검사 제도의 도입 여부를 입법부가 독자적으로 결정하고, 특별검사 임명에 관한 권한을 헌법기관 간에 분산시키는 것이 권력분립의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.”<sup>34)</sup>라고 결정한 바 있다.

또한 공수처법 제8조 제4항의 위헌여부과 관련하여, 헌법재판소 다수의견도 「우리 헌법이 영장주의를 실현하는 과정에서 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한 것은 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고, 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장신청을 막아 기본권침해 가능성을 줄이는 데에 그 목적이 있다(헌법재판소 1997. 3. 27. 96헌바28등 참조). 이처럼 영장신청권자를 검사로 한정한 취지를 고려할 때, 영장신청권자로서의 ‘검사’는 ‘검찰권을 행사하는 국가기관’인 검사로서 공익의 대표자이자 인권옹호기관으로서의 지위에서 그에 부합하는 직무를 수행하는 자를 의미하는 것이지, 검찰청법상 검사만을 지칭하는 것으로 보기 어렵다. 실제로 군사법원법 및 ‘특별검사의 임명 등에 관한 법률’ 등에 의하여 검찰청법상 검사 외에 군검사와 특별검사도 영장신청권을 행사한다. 군검사와 특별검사는 검찰청법상 검사에 해당하지는 않으나 검찰권을 행사하는 국가기관으로서 수사단계에서 다른 ‘수사기관을 지휘·감독’ 하여 수사대상자의 인권을 보호하는 역할을 하고 법률전문가로서의 자격 또한 갖추고 있으므로, 검찰청법상 검사와 마찬가지로 수사단계에서 영장을 신청할 수 있도록 규정되어 있다 할 것이다. 따라서 헌법에 규정된 영장신청권자로서의 ‘검사’가 ‘검찰청법상 검사’에 한정된다고 할 수 없다고 보면서, 「수사처검사는 직무를 수행함에 있어 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무 및 군사법원법 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행할 수 있는데(공수처법 제8조 제4항), 검찰청법 제4조 제1항은 검사가 ‘공익의 대표자’로서 직무를 수행한다는 점을 명시하고 있다. 검찰청법 제4조 제1항에

---

사법의 신동향 통권 제56호(2017. 9.), 대검찰청 미래기획단, 5면 이하 참조.

34) 헌법재판소 2008. 1. 10. 선고 2007헌마1468 결정.

규정된 직무를 수행하는 수사처검사 또한 공익의 대표자로서, 다른 수사기관인 수사처수사관을 지휘·감독하고, 단지 소추권자로서 처벌을 구하는 데에 그치는 것이 아니라 피고인의 이익도 함께 고려하여 공정한 재판을 구하는 등 수사대상자의 기본권을 보호하는 인권옹호기관으로서의 역할을 한다고 할 것이다. 또한 수사처검사는 변호사자격을 일정 기간 보유한 사람 중에서 임명하도록 되어 있으므로(공수처법 제8조 제1항), 법률전문가로서의 자격도 충분히 갖추었다. 이처럼 수사처검사의 지위와 직무 및 자격의 측면에서 볼 때, 수사처검사는 고위공직자범죄등 수사를 위하여 영장신청권자로서의 검사의 지위와 권한에 따라 직무를 수행한다고 볼 수 있으므로, 수사처검사의 영장신청권 행사가 영장주의원칙에 위반된다고 할 수 없다<sup>35)</sup>는 입장이다.

생각건대 ‘검사’의 의미를 형식적 명칭으로 ‘검사’라고 부른다고 하여 검사일 수는 없고, 그 실질에 있어 공소권을 행사하는 기관이어야 검사라고 할 수 있으므로 공소권을 행사하는 한도에서는 검사라고 할 수 있으나, 공소권이 없는 나머지 대상자의 범죄에 대해서는 검사라고 할 수 없고, 단순한 수사기관의 하나일 뿐이다.<sup>36)</sup> 물론 전술한 것처럼, 검사를 정부조직 내에 여러 기관에 두고 운영할 수 있다고 해석하는 견해도 있는데, 이렇게 해석하면 경찰 소속으로 검사를 두고 경찰 소속 검사가 영장청구권을 행사하도록 할 수 있을 것인데, 이는 ‘검사’라는 기관의 본질에 반하여 헌법에서 공소권을 행사하는 검사와 다른 수사기관을 구분하여 공소권을 행사하는 검사로 하여금 영장청구 여부를 심사하도록 한 헌법의 입법취지에 반한다. 따라서 검찰청법상 검사 이외의 검사에게도 영장청구를 인정할 수 있다는 견해에 따르더라도 수사처검사는 ‘기소권을 행사할 수 있는 사건’에 대해서는 영장청구권을 행사할 수 있으나, ‘기소권을 행사할 수 없는 사건’에 대해서는 영장청구를 할 수 없으며 (조직법상)검사에 신청하여 검사의 청구로 영장을 발부받아야 할 것이다. 왜냐하면 수사처에 독자적인 영장청구권을 부여할 경우, 영장청구권자를 검사로 한정한 헌법 제12조 및 제16조 위반의 소지가 있기 때문이다. 즉, 헌법상 ‘검사의 신청’의 의미가 검찰

35) 헌법재판소결 2021.1.28, 2020헌바264, 681(병합)(고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인).

36) 중앙선데이 2017. 9. 24.자 동인 이완규 변호사 인터뷰 참조(헌법이 검사에게 영장청구권을 일원화한 것은 국민 인권보호 차원에서다. 강제처분은 적어도 법률전문가에게 맡기자는 취지다. 여기서 말하는 검사는 검찰청법이 규정한 검찰청의 검사다. 그런데 이번 법률안을 보면 수사처는 수사권과 기소권을 다 갖고 있으며 영장도 청구할 수 있다. 수사처에 수사처 검사를 둔다고 규정했기 때문이다. 이건 헌법을 아전인수 격으로 해석한 것이다. 이 권고안처럼 한다면 경찰과 검찰의 수사권 조정도 필요 없다. 그냥 경찰청 소속 검사를 두면 된다. 그렇게 되면 경찰이 영장도 청구하고 기소도 가능해진다. 그런데 아무도 그렇게 하지 않는다. 헌법에서 말하는 검사의 영장청구권은 검찰청 소속 검사에게 있기 때문이다).

청법상(조직법상)의 검사<sup>37)</sup>가 아니라 검사라는 명칭을 가진 모든 사람으로 해석한다면, 사실상 검찰·경찰 간의 수사권조정<sup>38)</sup>은 물론 특별사법경찰관리도 검사라는 직책을 법률규정으로 만들기만 하면(심지어 비법조인을 임명하더라도 무관), 수사 및 기소권을 행사할 수 있다는 문제가 생긴다.<sup>39)</sup> 더욱이 ‘검사법경찰유의 원칙’은 경찰에 대한 법치국가적 통제에 기반한 검찰제도의 본질적인 사항으로, 절차법적 측면에서 인권보호의 기능을 하게 하는 규정이다. 그래서 이를 입헌자가 헌법적 사항으로 격상시켜 규정한 것이다.<sup>40)</sup>

“헌법 제12조 제3항은 “…… 구속 …… 을 할 때에는 …… 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장 ……” 이라고 규정함으로써 마치 모든 구속영장의 발부에는 검사의 신청이 필요한 것처럼 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 제헌헌법에는 구속영장의 발부에 관하여 “체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다” (제9조) 라고만 되어 있던 것이 1962. 12. 26. 제5차 개정헌법에서 처음으로 “…… 구금 …… 에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.” (제10조 제3항 본문)라는 규정에 의하여 처음 도입된 이래 현행 헌법에 이르기까지 표현에 있어 약간의 차이는 있지만 같은 내용으로 존속되어 온 것이다.

위와 같이 제5차 개정헌법이 구속영장의 발부에 관하여 “검찰관의 신청”이라는 요건을 추가한 이유는 1961. 9. 1. 형사소송법의 개정과 관련하여 이해할 수 있다. 즉, 형사소송법이 처음 제정 (1954. 9. 23. 법률 제341호) 될 당시에는 수사기관의 영장신청에 관하여 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다” (제201조 제1항 본문)라고 규정함으로써 검사뿐만 아니라 사법경찰관에게도 영장신청권을 주고 있던 것이 1961.

---

37) 검찰청법 제29조 검사의 임명자격

검사는 다음 각 호의 사람 중에서 임명한다.

1. 사법시험에 합격하여 사법연수원 과정을 마친 사람  
2. 변호사 자격이 있는 사람

38) 경찰관직무집행법에 검찰청법 제29조와 같은 임명자격을 두면 굳이 헌법상 “검사의 청구”라는 문구 삭제에 그토록 집착할 필요가 없을 것이다.

39) “사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제8조(국가정보원 직원) 국가정보원 직원으로서 국가정보원장이 지명하는 자는 「국가정보원법」 제3조제1항제3호 및 제4호에 규정된 범죄에 관하여 사법경찰관리의 직무를 수행한다” 와 “국가정보원법 제16조(사법경찰권) 국정원 직원으로서 원장이 지명하는 사람은 제3조제1항제3호 및 제4호에 규정된 죄에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」 및 「군사법원법」의 규정에 따라 사법경찰관리와 군사법경찰관리의 직무를 수행한다” 라고 규정하고 있는데, 이 문구에 “사법경찰관리의 직무 및 검사(변호사 자격이 있는 자 중에서 임명함)의 직무를 수행한다”로 변경한다고 하여, 과연 이 문구만으로 국정원 직원이 영장청구까지 할 수 있다고 해석할 수 있을지 의문이다.

40) 대한민국 국회, 헌법개정심의록(2007) 제1편, 제358면(전문위원 이경호) “그래서 저도 법조계의 의견을 들어 봤는데, 특히 신체의 자유에 관해서 형사소송에 채택되고 지금 시행되고 있는 원칙 중에서 중요한 것이 외국헌법상에도 규정되어 있는데, 역시 우리나라 헌법상에도 규정하는 것이 좋겠다는 얘기입니다. 지금 현재는 헌법에 없더라도 법률에 있으니까 그것이 보장되는데, 어떻게 사태가 나중에 변해가지고 법률이 개정되고 헌법에 없을 적에는 어떻게 하느냐? 그래서 그러는 것이 좋고, 따라서 신체의 자유 같은 데에 상세히 규정하는 것이 좋다는 그런 의견입니다.”).

9. 1. 형사소송법 개정 (법률 제705호) 으로 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다” (제201조 제1항 본문)로 개정되어 영장신청권자를 검사로 한정하였는데, 위와 같은 형사소송법의 개정내용이 1962년의 헌법 개정에 반영된 것이다.

그렇다면 제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 “검찰관의 신청”이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고, 따라서 현행 헌법 제12조 제3항 중 “검사의 신청”이라는 부분의 취지도 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정한 것으로 해석함이 타당하다. 즉, 수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것이다.”<sup>41)</sup>

이하에서는 실무 해석상 문제점을 중심으로 검토하기로 한다.

### (3) 국수본이 수사처에 압수·수색영장 내지 체포·구속영장을 신청하고, 수사처가 법원에 영장을 청구하는 경우

언론을 보면, 현재 수사처에서는 공수처법 제8조 제4항, 제47조, 수사처 사건사무 규칙 제25조 제3항 및 수사처검사의 영장청구권을 인정한 헌법재판소 결정<sup>42)</sup>을 근거로 사법경찰관의 신청영장에 대한 영장심사권이 있다고 주장하는 것으로 보인다.<sup>43)</sup>

그러나 공수처법 제47조는 ‘이 법의 규정에 반하지 아니하는’ 범위에서 검찰청법과 형사소송법을 준용하도록 규정하고 있으며, 수사처는 고위공직자 등의 범죄를 독립된 위치에서 수사하기 위하여 설치된 수사기관에 해당하므로, 수사처는 제한된 범위에서 직접 수사에 필요한 범위의 수사권, 기소권 및 직접 영장청구권이 부여되었을 뿐으로 보아야 한다. 또한 공수처법 제20조 제1항<sup>44)</sup>에 의하면, 수사처검사의 직무는 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 행위에 한정되고, 헌법재판소도 ‘수사처검사의 직무는 수사와 공소제기 및 유지와 관련된 부분으로 한정되어 있어 검사와 동일하다고 볼 수 없는 측면이 있다’<sup>45)</sup>고 판시한 바 있다. 반면 검사는 검찰청법 제4조

41) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28 결정(형사소송법 제70조 제1항 위헌소원 등).

42) 헌법재판소 2021. 1. 28.자 2020헌마264, 681(병합).

43) 파이낸셜 뉴스 2024. 12. 17.자, 「경찰, 수사처에 ’여인형 비화폰’ 압수수색 영장 신청」.

44) 공수처법 제20조(수사처검사의 직무와 권한) ① 수사처검사는 제3조 제1항 각 호에 따른 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 행위를 한다.

45) 헌법재판소 2021. 1. 28.자 2020헌마264, 681(병합) 「검찰청법 제4조 제1항에 따르면 검사는 범죄 수사와 공소제기 및 그 유지에 필요한 사항 등과 관련된 직무 외에 재판집행을 지휘·감독하고, 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송을 수행하거나 그 수행에 관하여 지휘·감독하는 직무도 수행하도록 되어 있다. 그런데 수사처검사의 직무는 검찰청법상 검사와 달리 범죄수사와 공소제기 및 유지행위와 관련된 부분으로 한정되어 있고(공수처법 제20조, 제47조), 수사대상이 되는 고위

제1항 제6호<sup>46)</sup>에 따라 형사소송법 조항(사법경찰 신청 영장의 청구 및 사법통제 등)이 직접 적용된다는 근본적인 차이가 존재한다.

더욱이 수사처 사건사무규칙 제25조<sup>47)</sup>의 사법경찰신청 영장청구권 규정은, 다른 국가기관인 경찰의 직무에 영향을 미치는 내용일 뿐만 아니라, 수사처의 권한 및 새로운 형사절차를 창설하는 것으로 적법절차 원칙에 위배될 우려가 있으며, 동 규칙은 공수처법 제45조<sup>48)</sup>에 따른 수사처의 조직 및 운영에 관한 기관 내부규칙으로 대외적인 구속력이 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 상위법의 위임 없이 내부규칙으로 국민의 권리의무 또는 다른 국가기관의 직무에 영향을 미치는 내용을 규정한 것은 우리 헌법과 법령체계에 부합하지 아니하고, 실무상 불필요한 혼선을 초래하기 때문이다. 또한 공수처법상 경찰 등 다른 수사기관과의 관계는 제17조 제4항,<sup>49)</sup> 제24조 제1항<sup>50)</sup>에 따른 수사협조요청 및 이첩요청 규정만 있을 뿐 사법경찰에 대한 사법통제 관련 규정이 없고, 사법경찰의 신청영장을 심사할 수 있다는 규정도 전혀 없다. 무엇보다도 백번 양보해서, 수사처 주장처럼 수사처 사건사무규칙으로 사법경찰의 압수·수색영장 신청이 가능하다고 하더라도 법적 근거가 없는 인신과 관련된 체포·구속영장은 신청 자체가 불가하다고 보아야 할 것이다.

---

공직자 중 대법원장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원의 고위공직자범죄 및 관련범죄에 대해서만 공소권이 있으므로(공수처법 제3조 제1항 제2호), 수사처검사를 검찰청법상 검사와 동일하다고 볼 수 없는 측면은 있다.»

- 46) 검찰청법 제4조(검사의 직무) ① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다.
6. 다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항
- 47) 수사처 사건사무규칙 제25조(다른 수사기관에의 이첩 등) ③ 사법경찰관이 법 제3조 제1항에 따라 공수처가 수사권 및 공소제기와 그 유지권을 갖는 사건을 수사하면서 공수처에 다음 각 호의 영장 등의 청구를 신청하면 사건사무담당직원은 그 신청서별로 구분하여 영장 등의 신청서와 관련 기록을 함께 접수한다.
1. 압수·수색·검증영장
2. 「통신비밀보호법」 제6조 및 제8조에 따른 통신제한조치허가서 및 같은 법 제13조에 따른 통신사실 확인자료제공요청 허가서
3. 그 밖에 다른 법률에 따라 사법경찰관의 신청에 의하여 검사가 법원에 청구하는 강제처분에 대한 허가서
- 48) 공수처법 제45조(조직 및 운영) 이 법에 규정된 사항 외에 수사처의 조직 및 운영에 필요한 사항은 수사처규칙으로 정한다.
- 49) 공수처법 제17조(처장의 직무와 권한) ④ 처장은 그 직무를 수행함에 있어서 필요한 경우 대검찰청, 경찰청 등 관계 기관의 장에게 고위공직자범죄등과 관련된 사건의 수사기록 및 증거 등 자료의 제출과 수사활동의 지원 등 수사협조를 요청할 수 있다.
- 50) 공수처법 제24조(다른 수사기관과의 관계) ① 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 처장이 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 수사처에서 수사하는 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 한다.

【표 1-7】 검찰청법상의 검사와 수사처검사의 비교

구 분	검사(검찰청)	수사처검사(수사처)
법률용어	검사	수사처검사(공수처법 제29조, 제30조, 제43조의 검사 의제규정은 검사와 수사처검사가 별도 의제규정이 없는 한 법률상 동일하지 않은 별개 개념임을 의미) ※ 공수처법 제2조, 제5조, 제12조, 제13조, 제16조도 검사와 수사처검사를 염격히 구분
헌법상 근거	헌법 제12조, 제16조	없음
최종 감독자 및 헌법상 근거	법무부장관(구체적 사건은 검찰총장) 헌법 제96조(법무부장관) 헌법 제89조(검찰총장)	수사처장 없음
최종 감독자에 대한 입법부의 통제	헌법 제63조(국회의 해임건의) ※ 헌법상 국회 출석 및 보고 의무 등(헌법 제62조)	없음 ※ 법률상 국회 출석 및 보고 의무 등(공수처법 제17조)
소속기관 및 법적 근거	검찰청 ※ 헌법(제96조)의 위임에 따라 정부조직법(제32조)에 근거를 마련하고, 이에 따라 검찰청법으로 설치	수사처 ※ 헌법과 정부조직법에 설치 근거나 위임 없고, 공수처법이 유일한 설치근거
권력분립원칙에 따른 소속 영역 (입법, 행정, 사법)	검찰청은 헌법과 정부조직법에 따라 행정각부(행정부)인 법무부의 외청(즉 행정부 소속)	수사처는 헌법과 정부조직법에 설치 근거가 없고, 공수처법(제3조, 제22조)에 따르면 입법, 사법, 행정 어떤 영역에도 속하지 아니한 독립조직
직무권한	① 모든 범죄수사(일부 수사개시만 한정), 공소제기 및 유지 ② 특별사법경찰지휘감독 ③ 법령의 정당한 적용 청구 ④ 재판집행 지휘·감독 ⑤ 국가의 법률대리인 ⑥ 다른 법령에 정한 권한 ※ 개정 검찰청법과 개정 형사소송법에 따르더라도 검사의 사법경찰에 대한 사법통제(보완수사요구 등) 권한은 형태를 달리하여 유	① 고위공직자범죄(등) 수사, 고위공직자범죄 중 법원, 검찰, 경찰 범죄 공소제기 및 유지 ② 법령의 정당한 적용 청구 ③ 다른 법령에 정한 권한 ※ ②③은 ①수행을 위해 필요한 범위로 한정(공수처법 제8조, 제20조) ※ 수사처검사는 재판집행 지휘·감독 권한이 없는 바, 재판은 판결, 결정, 명령을 포함하는 개념

	지	으로 영장 청구에 대한 판사의 결정도 재판에 해당하므로(2006 모646), 형집행은 물론 영장집행도 재판집행에 포함
직무권한의 주체	검사	수사처(공수처법 제3조)
직무권한의 본질	직무(의무)이자 권한 ※ 검찰청법 제4조 제1항 ‘직무와 권한이 있다’고 규정하여 직무(의무)이자 권한임을 명시	권한 ※ 공수처법 제8조 제4항 ‘직무를 수행할 수 있다’고 명시되어 있어 의무 부과 없이 권한만 부여
국민 전체에 대한 봉사자 규정	헌법 제7조 검찰청법 제4조 제2항	공수처법 제22조 (정치적 중립만 규정) ※ 공수처법 제22조에 국민전체에 대한 봉사자 지위를 미부여(헌법 제7조에 따라 공무원으로서 지위 부여) ※ 공수처법 제8조 제4항은 ‘검사의 직무(검사의 직무는 검찰청법 제4조 제1항에 규정)를 수행할 수 있다’고 명시하여 검찰청법 제4조 제2항을 준용하지 않음이 명백
직업공무원제도와 신분보장	임용 후 정년보장 별도 임기 제한 없음 특정직 공무원	임용 후 정년보장 없음 임용 후 임기 3년, 3회 연임 한도 특정직 공무원
인권옹호 직무	정부조직법 제32조(법무부 분장사무에 인권옹호 명시) 형법 제139조(검사의 인권옹호직무) 검찰청사무기구에관한규정 제9조의3(인권부 분장사무)	관련 근거 전무하여 직무 부여 인정 곤란
불기소결정에 대한 국민의 불복수단	항고(검찰청법), 재정신청(형소법)	재정신청(공수처법)

결국 헌법재판소의 다수의견처럼, “수사처검사가 공의의 대표자로서 수사대상자의 기본권을 보호하는 역할을 하는 한 수사처검사가 영장신청권을 행사한다고 하여 이를 영장주의원칙에 위반된다고 할 수 없고, 공소권의 존부와 영장신청권의 행사 가능성을 결부시켜야 한다는 주장은 직무와 지위의 문제를 동일하게 본 것으로 받아들이기 어렵다”고 하더라도(그 검사가 검찰청법상 검사로 제한되지 않는다 하더라도), 적

어도 ‘검사’라는 신분은 필요하다고 보아야 하며, 검사와 검사가 아닌 수사기관을 구분하는 핵심은 ‘기소권의 보유 여부’로 보아야 할 것이다.

#### (4) 국수본의 신청 없이 수사처가 직접 압수·수색영장 내지 체포·구속 영장을 청구하는 경우

언론기사를 보면, 국가수사본부(이하 ‘국수본’으로 약칭함)가 단독으로 수사하여 기록을 조제하거나 국수본과 수사처가 같이 수사하여 기록을 함께 조제하는 경우 모두, 수사처가 검찰청법 제4조 등을 준용하는 공수처법 제8조 제4항,<sup>51)</sup> 제47조<sup>52)</sup>를 근거로 직접 영장청구가 가능하며, 기록 인계 방법에 관해서도 공수처법 제17조 제4항<sup>53)</sup>에 따라 수사협조의 방식으로 수사기록을 제출받아 청구가 가능하다는 주장이 있는 것으로 보인다.

그러나 ① 현행 형사소송법상 검사가 사법경찰 수사기록을 인계받는 경우는 검사가 사건을 송치(불송치·수사중지 기록 송부 포함)받거나 영장 신청시 사법경찰 기록을 접수받는 경우 외에는 없고, 검사가 직접 영장을 청구하기 위해 사법경찰 수사기록 전체를 인계받는 경우는 없다. 즉, 사법경찰 수사기록을 가지고(사법경찰 기록만 또는 수사처 기록에 사법경찰 기록을 첨부하는 방식 모두) 수사처가 직접 영장을 청구할 근거가 없는 것이다. 또한 공조수사본부(이하 ‘공조본’이라고 약칭함)는 각 수사기관이 별도로 수사를 진행하되 연락관을 두고 소통하는 것에 불과하므로, 국수본이나 공조본이 수사한 기록을 첨부하여 수사처가 수사주체인 것처럼 직접 영장청구하는 것은 아무런 법적 근거가 없을 뿐더러 영장이 발부된 이후의 수사주체가 수사처인지, 사법경찰관인지에 관한 문제가 발생할 것이다. 설령 수사처가 직접 압수·수색영장을 청구하더라도 실제 영장 집행은 국수본 등이 할 것으로 예상되는데, 공수처법 제20조 제1항<sup>54)</sup>에 따라 수사처검사의 직무는 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 행위에 한정되므로, 수사처가 ‘다른 수사기관에 대하여’ 영장의 집행을 지휘할 수 있는지 여부도 불분명하다.

51) 공수처법 제8조(수사처검사) ④ 수사처검사는 직무를 수행함에 있어서 「검찰청법」 제4조에 따른 검사의 직무 및 「군사법원법」 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행할 수 있다.

52) 공수처법 제47조(다른 법률의 준용) 그 밖에 수사처검사 및 수사처수사관의 이 법에 따른 직무와 권한 등에 관하여는 이 법의 규정에 반하지 아니하는 한 「검찰청법」(다만, 제4조제1항제2호·제4호·제5호 및 같은 조 제2항은 제외한다), 「형사소송법」을 준용한다.

53) 공수처법 제17조(처장의 직무와 권한) ④ 처장은 그 직무를 수행함에 있어서 필요한 경우 대검찰청, 경찰청 등 관계 기관의 장에게 고위공직자범죄등과 관련된 사건의 수사기록 및 증거 등 자료의 제출과 수사활동의 지원 등 수사협조를 요청할 수 있다.

54) 공수처법 제20조(수사처검사의 직무와 권한) ① 수사처검사는 제3조제1항 각 호에 따른 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 행위를 한다.

한편, 수사처가 국수본에 사건 이첩요청(공수처법 제24조 제1항)을 하고, 이에 국수본으로부터 기록을 이첩받는 경우, 이는 완전한 수사처 사건이 되기 때문에 수사처 영장 청구단계에서는 문제 삼기 어려울 것이다. 다만, 이첩 이후에는 국수본에 사건이 존재하지 않기 때문에, 이후 실제로는 수사처가 아닌 국수본이 영장집행을 하거나 수사처가 아닌 국수본이 계속 수사를 진행할 경우에는 여전히 그 법적 근거와 영장 집행 및 수사주체 문제가 발생할 가능성이 높다.

그리고 앞에서 언급한 것처럼, 설령 백번 양보해서, 수사처 주장처럼 수사처 사건 사무규칙으로 사법경찰의 압수·수색영장 신청이 가능하다고 하더라도 법적 근거가 없는 인신과 관련된 체포·구속영장은 신청 자체가 불가하다고 보아야 할 것이다.

#### (5) 국수본과 공동으로 수사한 후 수사처가 법원에 압수·수색영장 내지 체포·구속영장을 청구하는 경우

내란사건에 대해 국수본과 공동으로 수사하면서, 수사처가 법원에 압수·수색영장을 청구하는 경우도 위와 동일한 문제가 발생한다. 특히 언론을 보면, 군 장성에 대한 소환을 한 후, 체포 내지 구속영장의 청구를 고려하고 있다는 기사가 있는데, 대물적 강제처분인 압수·수색영장의 청구 여부는 물론 대인적 강제처분인 체포·구속영장의 청구가 가능한 것인지 문제된다. 왜냐하면 수사처 수사대상에 장성급 장교가 규정되어 있다고 하더라도 기소권이 없는 장성에 대하여 영장을 청구할 수 있는 권한이 있는지 동일한 문제가 발생하기 때문이다.

종래 검찰이 형법상 내란 및 직권남용 권리행사 방해 등 혐의를 받고 있는 현역 군인인 문상호 국군 정보사령관(소장)의 재판권이 군사법원에 있다며 경찰의 긴급체포를 불승인한 이유도 여기에 있다.<sup>55)</sup> 이에 경찰은 2024. 12. 17. 문상호 사령관 관련 사건을 수사처에 이첩했으며, 수사처가 체포영장을 청구하여 다시 신병을 확보한 후, 공조수사본부(경찰·수사처·국방부)가 2024. 12. 18. 문 사령관에 대해 구속영장을 청구했고, 국방부 중앙지역군사법원은 문 사령관에게 도주 및 증거인멸 우려가 있다며 구속영장을 발부했다. 따라서 현역군인에 대하여 경찰이 수사처에 체포영장을 신청하고 수사처가 대인적 강제처분인 체포영장을 법원에 청구하는 것이 가능한 것인지 또한 이후 어떤 법적 근거 없이 수사처 단독으로 구속영장을 청구했다는 점에서 향후 위헌·위법시비 논란이 일어날 것으로 보인다(후술). 이는 전술한 조희연 교육감 사건'과 달리 대물적 강제처분인 압수·수색영장의 문제가 아니라 대인적 강제처분인

55) 중앙일보 2024. 12. 16.자, 「검찰, 경찰의 문상호 정보사령관 긴급체포 불승인」.

체포 · 구속영장과 관련된 문제로서, 후술하는 구속기간 등 많은 논쟁을 발생시킬 것으로 보인다.

#### (6) 수사처가 직접 구속영장을 발부받은 경우 구속기간의 문제

수사처에 기소권이 없는 사건(경무관 이상 경찰공무원의 직권남용과 직권남용의 공범 등)에 대하여 수사처가 직접 구속영장을 청구하는 경우 구속기간의 문제가 발생한다. 현재 수사처 사건사무규칙상 사법경찰의 체포 · 구속영장을 신청받아 청구할 수 있다는 규정이 없고, 수사처는 사법경찰의 긴급체포에 대한 승인 권한도 인정되지 아니하기 때문이다. 이에 검사로서 영장을 청구하는 것이므로 형사소송법상 검사의 구속기간이 적용되어 구속기간은 총 20일이라고 주장할 수 있으나, 기소권 없는 사건의 경우, 공수처법 제26조<sup>56)</sup>에 따라 수사 후 관계서류 등을 검찰에 송부하도록 규정하고, 수사처의 구속기간, 구속기간 배분 및 구속 피의자의 신병 인치에 대한 구체적 규정은 없다. 따라서 【표 1-8】에서 보는 것처럼, 수사처의 구속기간 및 검찰과의 구속기간<sup>57)</sup> 배분에 있어 여러 해석이 가능하고, 검찰 송부 후 공소제기여부 판단을 위한 최소한의 시간 부여 등 고려하여야 할 사정도 많아 실무상 논란이 예상된다.

【표 1-8】 검찰청법상의 검사와 수사처검사의 구속기간 비교

	구속 기간 (수사처 + 검찰)	장 · 단점
1안	10日 + 10日	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶(장점) 현행 형소법상 검사의 구속기간 20일에 부합</li> <li>▶(단점) 기존 검찰에 부여된 20일이 축소되는 결과 / 검찰의 기소 여부 판단에 시간 부족</li> </ul>
2안	10日 + 20日	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶(장점) 현행 검 · 경의 구속기간 배분과 일치 / 사법경찰과 유사한 수사처 검사의 역할에 부합</li> <li>▶(단점) 현행 형소법상 검사의 최대 구속기간 20일과 불일치 / 검찰에서 직구속하는 경우(20일)와 차이로 형평성 문제 / 실제 수사처검사가 영장을 청구하여 발부된 경우 사법경찰의 지위라고 보기 어려움</li> </ul>
3안	20日 + 20日	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶(장점) 기관별 충분한 구속기간 보장</li> <li>▶(단점) 일반사건의 구속기간(30일)과 차이로 형평성 문제</li> </ul>

56) 공수처법 제26조(수사처검사의 관계 서류와 증거물 송부 등) ① 수사처검사는 제3조제1항제2호에 서 정하는 사건을 제외한 고위공직자범죄등에 관한 수사를 한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부하여야 한다.

57) 형사소송법 제203조(검사의 구속기간) 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

## (7) 문제점

첫째, 수사처는 직접수사기관이므로 사법통제 기능을 담당할 수 없다는 한계가 있다. 수사처는 제한된 범위에서 직접 수사에 필요한 범위에서 기소권 및 직접 영장청구권이 부여되었을 뿐, 사법경찰에 대한 사법통제권한은 인정되지 아니하며, 실제로 검사의 사법통제 권한(보완수사요구, 시정조치요구, 체포·구속장소 감찰 등)을 상세히 규정한 검찰청법 및 형사소송법과 달리 공수처법에는 사법통제 관련 규정이 전혀 없기 때문이다. 즉, 공수처법상 수사처검사가 수사처수사관을 지휘하는 규정이 있을 뿐이고 사법경찰을 지휘하거나 사법경찰이 신청한 영장심사를 할 수 있다는 아무런 법적 근거는 없다. 전술한 것처럼, 공수처법에 대한 헌법재판소 결정에서도 수사처검사는 수사처수사관을 지휘·감독할 뿐이고 사법경찰을 지휘하거나 사법경찰신청 영장을 심사할 수 있다는 판시는 전혀 없다.<sup>58)</sup> 왜냐하면 수사처는 고위공직자 등의 범죄를 독립된 위치에서 수사하기 위하여 설치된 것<sup>59)</sup>으로서, 본질상 수사기관에 해당하기 때문이다.

둘째, 해석상 수사처 검사의 영장청구권이 사법경찰신청 영장심사권을 포함하고 있지 않는다는 점이다. 헌법재판소가 영장청구권이 있는 검사에 수사처검사도 포함된다 는 취지로 설시한 바 있지만, 영장청구권에 사법경찰이 신청한 영장을 심사할 권리가 포함된다고 볼 수 없을 뿐더러, 수사처검사가 예외적으로 직접 영장을 청구할 수 있음은 별론, 사법경찰의 신청영장을 심사할 근거가 될 수는 없기 때문이다.<sup>60)</sup> 형사소송법 역시 검사가 직접 청구하는 영장과 사법경찰이 신청하여 검사가 청구하는 영장에 대한 절차를 구별하여 규정하고 있다.<sup>61)</sup>

58) 검찰청법 제4조 제1항에 규정된 직무를 수행하는 수사처검사 또한 공익의 대표자로서, 다른 수사 기관인 수사처수사관을 지휘·감독하고, 단지 소추권자로서 처벌을 구하는 데에 그치는 것이 아니라 피고인의 이익도 함께 고려하여 공정한 재판을 구하는 등 수사대상자의 기본권을 보호하는 인권옹호 기관으로서의 역할을 한다고 할 것이다.(헌법재판소 2021. 1. 28. 2020헌마264, 681).

59) [공수처법 제정이유 中]

고위공직자 등의 범죄는 정부에 대한 신뢰를 훼손하고, 공공부문의 투명성과 책임성을 약화시키는 중요한 원인이 되고 있는바, 고위공직자 등의 범죄를 독립된 위치에서 수사할 수 있는 고위공직자범죄수사처의 설치 근거와 그 구성 및 운영에 필요한 사항을 정함으로써 고위공직자 등의 범죄를 척결하고, 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성을 높이려는 것임.

60) 헌법재판소 2021. 1. 28. 2020헌마264, 681.

61) 형사소송법 제201조(구속) ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 다만, 다액 50만원이하의 별금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

셋째, 해석상 사법통제 관련 형사소송법 규정이 수사처에 준용될 수 없다는 점이다. 왜냐하면 공수처법 제3조<sup>62)</sup>는 수사처의 직무를 ‘고위공직자범죄등에 대한 수사와 일부 범죄의 공소제기·유지’로 명시하고 있어, 직접 수사기관인 수사처의 직무와 배치되는 사법통제 관련규정은 성질상 준용될 수 없기 때문이다. 즉, 형사소송법상 검사에게 부여되어 있는 사법경찰 영장에 대한 사법통제 권한인 보완수사요구 및 그에 따른 직무배제·징계요구 등은 준용이 불가하다.<sup>63)</sup>

## 5. 수사처 수사관의 인원, 임기문제

### (1) 인원문제

공수처법 제8조에 따르면, 기존법에 있었던 “재판, 수사 또는 수사처규칙으로 정하는 조사업무의 실무를 5년 이상 수행한 경력이 있는 사람” 규정이 삭제되었으므로 수사처검사는 변호사 자격을 7년 이상 보유한 자 중에서 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명하면 족하다. 이 경우 검사의 직에 있었던 사람은 수사처검사 정원(25명 이내)의 2분의 1(처장과 차장을 포함하여 최대 12명)을 넘을 수 없도록 규정하고 있다.<sup>64)</sup> 따라서 법상으로는 수사처 검사를 임명할 때 검찰청 검사로 근무한 사람은 정원의 1/2을 넘지 못하게 되어 있으므로 해석상 1명도 뽑지 않더라도 위법은 아니다.

이와 관련하여, 수사처의 업무 범위에 비추어 볼 때 수사처의 검사(처장 및 차장 포함 최대 25명)와 수사관(최대 40명)의 규모가 너무 적다는 견해가 있다.<sup>65)</sup> 행정인원(최대 20명)을 합쳐도 100명이 되지 않아 검찰조직에 비하여 너무 적은 규모이므로, 1기 법무부 법무·검찰개혁위원회의 수사처 설치 권고안(수사처 검사 30명 이상 50명 미만, 수사처 수사관 50명 이상 70명 이내) 수준으로 되어야 한다<sup>66)</sup>는 것이다.

---

62) 공수처법 제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄등에 관하여 다음 각 호에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처(이하 “수사처”라 한다)를 둔다.

1. 고위공직자범죄등에 관한 수사

2. 제2조제1호다목, 카목, 파목, 하목에 해당하는 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 고위공직자범죄 및 관련범죄의 공소제기와 그 유지

63) 공수처법 제47조(다른 법률의 준용) 그 밖에 수사처검사 및 수사처수사관의 이 법에 따른 직무와 권한 등에 관하여는 이 법의 규정에 반하지 아니하는 한 「검찰청법」(다만, 제4조제1항제2호 · 제4호 · 제5호 및 같은 조 제2항은 제외한다), 「형사소송법」을 준용한다.

64) 「검사정원법」은 제1조에서 검사의 정원을 정하고 있고 제2조에서 검찰청별 검사의 정원을 「검사정원법 시행령」으로 정함을 규정하고 있다. 2019년 11월 18일 기준 검사의 총원은 2,292명이다.

65) 김남근, “고위공직자범죄수사처 설치의 의미와 앞으로의 방향”, 「국민을 위한 수사개혁방향 심포지엄」, 대한변호사협회 주최 발표자료집, 14면.

66) 현재 25명인 공수처 검사 정원을 40명으로 확대하는 안을 비롯해 수사관(40→50명), 행정 직원(20→40~60명)에 대한 증원안 등이 21대 국회 임기만료로 모두 폐기되었다.

## (2) 임기문제

수사처검사의 임기를 3년으로 하고, 연임을 3회(공수처법 제8조 제3항)로 제한할 경우 일반검사와 비교하여 불리한 조건이어서 우수한 검사가 지원할 것인지 의문이라는 견해가 있다.<sup>67)</sup> 이에 수사처검사의 경우 임기를 없애고 정년을 65세까지 보장하며, 다만 5년이나 7년마다 적격심사를 도입하는 방안을 고려하자는 것이다. 다만, 이럴 경우 수사처검사나 수사관의 경우 너무 오래 근무하게 되므로 부패할 수 있거나 젊은 사람들이 진입할 수 없는 등 문제점이 있을 수 있으나, 이는 적격심사와 내부고발을 강화하고, 최초 임용시에 연령대를 고르게 분포하여 정년퇴직이 순차적으로 이루어질 수 있도록 하면 해결될 수 있다는 것이다.

그러나 이러한 주장을 살펴보면, ‘수사처의 설립이 곧 개혁의 진전’이라는 전제 아래 논의를 하고 있다. 즉, 다른 기관에 대해서는 비판적이면서, 수사처의 활동에 대해서는 지나치게 낙관적인 시각을 가지고 있다.

## 6. 공수처법 제24조 제1항(수사처장의 이첩요청)의 요건

### (1) 법 규정

공수처법 제24조 제1항은 수사처장은 수사처의 범죄수사와 중복되는 검찰 등의 범죄수사에 대하여 이첩을 요구할 수 있고, 검찰 등은 이에 응하여야 하는 의무를 부과하고 있으므로 범죄수사 중복과 관련된 법적 문제 및 이첩요청의 행사요건을 검토 할 필요가 있다.

이에 공수처법의 위임에 따라 수사처에서 제정한 수사처 사건사무규칙은 다음과 같이 법의 취지를 구체화하고 있다. 즉, 처장의 이첩 요청시 다른 수사기관의 범죄수사가 수사처의 범죄수사와 중복되는지 여부를 판단함에 있어 먼저 범죄혐의와 관련된 ‘기본적 사실관계의 동일성’을 고려하도록 하였으며, 사건에 대한 수사의 진행 정도와 수사기관, 사건의 중대성, 사건의 수사와 관련하여 공정성 논란이 있는지 여부 및 그 내용, 공수처법 제3조 제1항 제2호의 고위공직자범죄 등에 해당하는지 여부, 사건에 대한 공소시효 만료의 임박 여부를 고려하여 공수처장이 공수처에서 수사하는 것이 적절한지 여부를 판단할 수 있도록 하였다(동 규칙 제23조 제1항).

한편, 대검찰청에서 제정한 고위공직자범죄 및 조사·진정 사건 이송·이첩 등에 관한 지침(대검찰청 예규 제1188조)에서는 공수처법 제24조 제1항의 요건에 대하여

67) 한상훈, “공수처 어떻게 설치할 것인가 – 신속처리안건에 대한 건설적 비판을 중심으로 –”, 참여연대 사법감시센터 주관 발표자료집(2019. 7. 10.), 41면.

수사중복 여부, 수사진행 정도에 따라 고위공직자범죄 등 사건을 수사처로 이첩할 경우 신속한 재판을 받을 권리 또는 피의자의 방어권을 침해할 우려가 있거나 형사절차에 혼란을 야기할 우려가 있는지 여부, 고소인이나 고발인의 권리를 침해할 우려가 있는지 여부, 수사처로 고위공직자범죄 등을 이첩하는 것이 공정성 논란을 야기할 우려가 있는지 여부로 세분화 하였고, 이를 고려하여 검찰총장에게 이첩요청 사건의 수사처 이첩에 대한 승인 여부를 견의하도록 하는 규정을 두었다(동 규칙 제9조).<sup>68)</sup>

아울러 동 예규에서는 다른 수사기관에 이송 또는 이첩하여서는 안 되는 사건으로 검사가 연루된 고위공직자범죄 등에 관한 진정과 검사가 다른 수사기관에서 수사를 진행하더라도 입건이 어렵다고 자체적으로 조사, 진정 사건 등을 명시하고 있으며(제13조 제1항), 접수된 조사·진정 사건이 무혐의 처분 등 불입건되면 검찰이 내부적으로 자체 종결할 수 있도록 하고 있다(제13조 제2항).

이러한 공수처법 제24조 제1항 및 제2항에 대한 위헌심판청구에서, 헌법재판소<sup>69)</sup> 다수의견은 「공수처법 제24조 제1항, 제2항은 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 수사처장이 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 하고, 다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄 등을 인지한 경우 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야 한다고 규정하고 있는데, 위 조항들은 수사처와 검찰 등 다른 수사기관 사이의 권한 배분에 관한 사항을 규정한 것으로서 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없으므로, 기본권침해 가능성은 인정되지 않는다」고 판시한 반면, 소수의견은 「비록 수사처를 독립행정기관으로 보더라도 권력분립원칙에 따른 헌법적 기준과 한계에 비추어 보면, 수사처와 다른 수사기관 사이의 수사 관할 배분을 수사처장의 일방적 결정에 일임하는 결과를 초래하는 공수처법 제24조 제1항 또한 권력분립원칙에 위반된다」는 입장이다.

## (2) 범죄수사 중복과 관련한 법적 문제

첫째, 공수처법 제24조는 검찰 등과 수사처의 불필요한 중복수사를 방지하여 수사의 효율성을 제고함과 동시에 사건관계인의 인권을 보장하기 위한 규정이다. 따라서 검찰 등이 이미 수사를 개시하였음에도 인지 통보에 따라 수사처가 수사를 개시하여 중복상태를 창조하는 것은 검찰 등의 기능을 저해하고 사건관계인의 인권을 침해

68) 동 규정이 사실상 검찰총장에게 이첩승인권한을 부여하는 것으로, 수사처장에게 적절성 판단에 따른 이첩요청권을 부여하고 요청받은 기관은 예외 없이 이첩 요청에 응할 의무를 부담하도록 규정한 공수처법 제24조 제1항의 명문에 부합하지 않는다는 견해로는 김영중/오병두, 앞의 책, 97면.

69) 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌바264, 681(병합) 결정(고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인).

하는 것으로 권한남용에 불과하고, 당연히 중복으로 보기 곤란할 것이다. 왜냐하면 공수처법 제24조<sup>70)</sup>의 조문체계에 비추어 보면, ②③④항에는 ‘중복’이라는 단어가 없지만 ②항(인지 범죄 수사처 통보)이 ①항의 중복 여부를 판단하기 위한 규정임이 명백하기 때문이다. 만약 ②항이 범죄수사의 중복여부를 판단하기 위한 규정이 아니라면 ①항 다음에 있을 이유가 없고, 수사기밀 누설 등 문제에도 불구하고, 수사처가 검찰 등이 인지한 사건을 통보받을 이유도 없을 것이다. 따라서, ③④항 역시 ①항의 수사중복이 이미 형성된 상황을 전제로 하는 규정이라고 보는 것이 상당하다고 본다. 결국 ②④항 규정을 이용하여 ①항의 중복상황을 만드는 것은 불가능하다고 본다.

또한 수사중복 상황이 아님에도 인지통보를 받고 수사처가 수사를 개시하여 중복상황을 만든 후 이첩요청도 할 수 있게 허용하면 피의자 등 사건관계인들의 방어권 행사에도 중대한 침해가 우려된다. 즉, 수사처의 검찰 송치 대상사건의 경우(수사처로의 이첩을 강제한다면) 검찰에서 이미 수사를 개시·진행한 사건을 수사처로 이첩하고 수사처에서 수사한 후 다시 검찰에 송치하는 등 절차의 대혼란이 발생할 우려가 있는 것이다. 이 점에서 검찰이 수사하다가 수사처의 요청으로 2024. 12. 18. ‘피의자 윤석열과 이상민에 대한 사건을 고위공직자범죄수사처로 이첩’ 하기로 결정한 것<sup>71)</sup>은 타당하다고 볼 수 없다.

더욱이 본 사건은 별론으로 하고, 검찰에서 수사개시한 사건의 경우 피의자 입장에서는 만약 구속되더라도 20일이 지나면 구속기소 또는 석방될 것이라는 예측이 가능한데, 대상사건을 수사처로 이첩해야 한다면 피의자 입장에서는 공수처장의 임의적 결정에 의해 피의자의 구속기간이 최대 30일까지 연장될 수 있는 법적 불안정성이 초래되어 피의자의 방어권과 예측가능성을 침해할 수도 있다. 즉, 극단적으로 검찰에서 수사개시하여 구속한 사건을 수사처로 이첩한다면 20일 내로 기소 또는 석방될 수 있는 피의자는 공수처장의 임의적 처분으로 인해 구속기간이 30일까지 연장되는 현실적인 인권침해가 발생하는 것이다. 나아가 제주 등 지방검찰청에서 수사하는 사건이 수

70) 공수처법 제24조(다른 수사기관과의 관계) ① 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 처장이 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 수사처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 한다.

② 다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야 한다.

③ 처장은 피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등에 비추어 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 수사하는 것이 적절하다고 판단될 때에는 해당 수사기관에 사건을 이첩할 수 있다.

④ 제2항에 따라 고위공직자범죄등 사실의 통보를 받은 처장은 통보를 한 다른 수사기관의 장에게 수사처규칙으로 정한 기간과 방법으로 수사개시 여부를 회신하여야 한다.

71) 한겨레 2024. 12. 18.자, 「검찰, ‘내란’ 윤석열 수사 수사처 이첩…중복수사 해소될 듯」.

사처로 이첩될 경우 제주 등에 거주하는 피의자 등은 원거리로 인해 심각한 방어권의 침해가 발생한다.

결국 인지 통보에 따라 수사처가 동일한 범죄를 수사개시하여 수사중복 상황을 만들고 이첩을 요구하는 것은 신뢰보호 원칙 위반 등 심각한 재량권 일탈 또는 권한 남용에 해당한다고 본다. 따라서 형사소송법 제13조(관할 경합시 먼저 공소를 받은 법원이 심판), 행정절차법 제4조(신의성실 및 신뢰보호 원칙) 등을 고려하여, 수사중복은 인지 통보 전(前)에 이미 수사처가 별도로 수사를 개시하고 있는 경우에만 성립이 가능하다고 보아야 할 것이다.

둘째, 중복되는 ‘범죄’의 개념과 관련하여, 공수처법이 형사소송법 등 다른 법령과 달리 ‘범죄사실’이라고 규정하지 아니하고 ‘범죄’ 수사라고 규정하고 있고 범죄와 범죄사실은 서로 다른 개념이므로 범죄사실 개념의 원용은 불가능하다고 본다. 다만, 수사처의 수사가능 범죄가 ‘죄명’을 기준으로 제한적으로 열거되어 있으므로 죄명의 동일성이 중복 여부의 1차적 판단기준이 되는 것은 불가피하다. 따라서 수사처와 검찰 등이 죄명과 범죄사실(일시, 장소, 대상과 구성요건)이 완전히 동일한 범죄를 대상으로 수사할 경우에만 중복이 가능하다고 본다. 이에 따르면 상상적 경합 관계라도 죄명이 일치하지 아니하면 범죄 수사의 중복은 불성립하고, 죄명이 일치하더라도 경합범 관계에 있는 경우에는 범죄수사의 중복이 불성립되는 것이다.

결국, 수사처의 직무 범위 구분은 공수처법 제3조에 따라 범죄사실이 아닌 죄명으로 특정되어 있으므로 죄명을 포함한 중복 여부 판단이 중요할 것이다. 그런데 공수처법이 ‘수사처에서 수사하는 범죄사실과 동일한 범죄사실을 검찰 등이 수사하는 경우 그 범죄사실에 대한 수사에 대하여’라고 규정하지 않고 ‘수사처의 범죄수사와 중복되는 검찰 등의 범죄수사에 대하여’라고 규정하고 있으므로 결국 죄명까지 중복되지 아니하는 이상 수사의 중복은 불가능하다고 본다.

### (3) 공수처법 제24조 제2항(통보조항)의 해석

동 조문은 더불어민주당 백혜련 의원이 대표발의한 “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안”(2019. 4. 26)에는 없던 내용인데, 정의당 윤소하 의원이 수정발의한 “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안에 대한 수정안”(2019. 12. 24.)에서 들어간 내용이다.

#### 가. 통보 요건으로서 인지의 개념

공수처법은 검찰 등이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경

우 그 사실을 수사처장에게 통보할 의무를 부과하고 있다. 따라서 검찰 등의 통보의무가 발생하는 ‘인지’의 개념, 기준, 절차 등에 대한 검토가 필요하다. 먼저 고소·고발이 제외되는 것은 법률규정의 해석상 명확하게 보인다. 왜냐하면 공수처법 제24조 제2항이 통보대상을 ‘범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우’로 특정하고 있으므로 인지한 사건이 아닌 고소·고발장 및 수사의뢰서 접수 등은 제외된다고 보는 것이 합리적이기 때문이다.<sup>72)</sup> 더욱이 검·경에 고소·고발한 사건을 수사처가 이첩받아 불기소하는 경우 고소·고발인은 재정신청만 가능하므로 검사가 불기소결정한 경우와 달리 항고권 등을 행사할 수 없는 바, 고소·고발 사건까지 통보하여 이첩할 경우에는 항고권 등의 침해가 불가피하다. 결국, 공수처법 제24조 제2항이 수사중복과 이첩요청 여부를 판단하기 위한 규정인 점을 고려할 때 고소·고발 사건은 제외된다고 보는 것이 기본권에 합치되는 해석이라고 할 것이다.

#### 나. ‘고위공직자범죄등을 인지한 경우’의 시기

인지의 기준 시점과 관련하여, 공수처법에 통보대상을 ‘범죄수사과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우’로 명백히 규정하고 있으므로 검·경 수사준칙 제16조 및 검찰사건사무규칙에 따라 인지사건을 수리한 때로 보는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 공수처법이 ‘알게 된 때’가 아니라 ‘인지한 경우’로 특정하고 있으므로 인지 전(前) 단계로 확대해석 하는 것은 곤란하기 때문이다.<sup>73)</sup> 나아가, 수사처에 대한 인지통보는 수사중복 여부를 판단하기 위한 것이므로 내사 등 수사의 전 단계에서는 수사중복이 발생할 여지가 없는 바, 수사준칙 등에 따라 최소한 인지(입전)하여 수사가 시작된 상태에서 통보하는 것이 상당하다고 본다. 더욱이 통보 및 이첩 등을 위해서는 사건번호를 부여하는 것이 불가피하므로 실무적 차원에서도 인지사건을 수리한 때로 볼 수밖에 없을 것이다.

#### 다. 즉시 통보하지 않은 경우 강제력(별칙규정의 부재) 및 다른 수사기관이 수사처에 통보한 후 수사를 계속한 경우의 효력 문제

다른 수사기관이 즉시 통보하지 않았다고 하더라도 아무런 별칙규정이 없을 뿐만 아니라 검사가 고위공직자를 수사 및 기소하였다고 하여 무효로 볼 수도 없을 것이

72) 검찰청법의 하위 법령으로서 공수처법 제정 전(前) 이미 시행 중인 검찰사건사무규칙은 인지와 고소·고발의 개념을 명확히 구분하고 있다.

73) 국가공무원법(제83조 제3항)은 공무원 수사개시 통보의 요건으로 “감사원과 검찰·경찰, 그 밖의 수사기관은 조사나 수사를 시작한 때와 이를 마친 때에는 10일 내에 소속 기관의 장에게 그 사실을 통보하여야 한다.”로 규정하고 있어 그 요건이 “인지한 경우”인 공수처법 제24조 제2항과 법문의 내용이 명백히 상이하다.

다.<sup>74)</sup> 한편, 다른 수사기관이 수사처에 통보한 후, 수사를 계속한 경우 위법하다고 볼 수는 없을 것이다. 개정 형사소송법 제196조(검사의 수사)에 규정된 “검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다”는 규정이 있기 때문이다.

그런데 만약 수사처의 수사와 다른 수사기관의 수사가 동시에 인정된다고 볼 경우, 동일한 범죄에 대한 양 기관의 수사권이 동시에 발동될 수 있어 양 기관의 수사권이 충돌하게 될 것이다(후술). 그러나 이는 국가 수사권 체계의 난립상을 초래할 뿐만 아니라 국민의 자유와 권리를 심각하게 침해할 가능성이 농후하다. 왜냐하면 고위 공직자 범죄에 대한 수사도 첫 출발점은 뇌물공여자, 사건 목격자 등 일반 국민일 수밖에 없는데, 수사처가 정치적 중립성을 잃고 다수 정당 또는 정권의 의지대로 그 권한을 행사하는 경우, 애초의 설립취지와는 달리 권한의 재분배가 아닌 보다 강력한 권력기관의 탄생으로 연결되기 쉬우며, 그 피해는 고스란히 국민에게 돌아갈 것이다.

라. 고위공직자는 수사처에서, 하위공직자 내지 민간인은 ‘검찰 등’에서 수사할 것인지

수사처 이외의 다른 수사기관이 수사를 통해 고위공직자, 하급공무원의 공동 부패 범죄를 확인한 경우, 하급공무원은 다른 수사기관이 계속 수사하고 고위공직자만 수사를 중단하고 수사처로 이첩할 경우, 고위공직자의 수사만 지연되면서 말을 맞추는 등 수사가 방해받게 되어, 결국 고위공직자의 쳐벌만 곤란해지는 문제가 발생할 우려는 없는지 문제된다. 왜냐하면 예컨대 계엄선포 사건의 경우 수사처가 윤석열 대통령과 이상민 행정안전부 장관 부분을 도맡기로 하고,<sup>75)</sup> 구속 상태인 김용현 전 국방부 장관을 비롯한 군 관계자 전반에 대해서 검찰 비상계엄 특별수사본부(본부장 박세현 고검장)가 수사를 이어나갈 방침인데,<sup>76)</sup> 이처럼 상급자의 수사와 하급자의 수사가 분리되는 경우 사건의 진상 파악은 물론 동일한 결론에 이를 것인지 의문이 들기 때문이다.

74) 범죄수사규칙 제21조는 ‘특별사법경찰관리의 직무범위에 해당하는 범죄를 수사 중인 경찰관은 해당 사건 수사시 특별사법경찰관리가 행하는 수사와 경합될 때에는 경찰관서장의 지휘를 받아 해당 특별사법경찰관리와 그 수사에 관하여 필요한 사항을 협의하여야 하며, 경찰관은 이 경우 필요하다고 인정할 때에는 관할 지방 검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하여 그 조정에 관한 지휘를 받을 수 있다’라고 규정하고 있으나, 수사처와 검찰의 관할경합이 문제되는 경우에는 두 기관의 조정을 담당할 상급관청이 존재하지 않을 뿐만 아니라 헌법재판소가 수사처에 대하여 당사자적격을 인정할 것인지도 의문이다.

75) 세계일보 2024. 12. 18.자, 「‘12·3 비상계엄’ 윤석열 대통령·이상민 전 장관, 공수처가 수사한다」.

76) 파이낸셜뉴스 2024. 12. 18.자, 「[단독]검찰, ‘비상계엄’ 김용현 접견 금지 조치...金 측 “불법적 수사”」(...김 전 장관은 지난 8일 검찰에 자진 출석해 조사를 받은 뒤 긴급체포 됐고 11일 구속됐다...).

이다.

더욱이 윤 대통령 사건이첩은 별론으로 하고, 통상적으로 공직자에 대한 수사를 뒤집어보면, 상대방은 대부분 기업 등 거대한 사기업일 경우가 많은데, 이 경우 공직자에 대한 뇌물사건과 횡령·배임사건이 여러 건 있을 경우 공직자와 연결된 범죄는 수사처가, 공직자와 연결되지 않은 사건은 경찰 내지 검찰이 한다는 것인데, 이를 어느 시점에서 판단을 할 것인지, 만약 경찰 내지 검찰이 수사처의 범죄수사와 중복되지 않는다고 판단하여 이첩하지 않으면 어떻게 할 것인지 의문이 든다.

한편, 경찰(다른 수사기관)이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄를 인지한 경우 검찰을 패싱하고, 그 사실을 즉시 수사처에만 통보하는 것인지, 또 고위공직자의 범죄가 불분명할 경우(통상 뇌물을 준 자는 자백하지만, 받은 자는 부인하는 것이 인지상정임) 과연 하위공직자에 대한 기소를 할 수 있는지, 더욱이 고위공직자 수사에 착수하는 순간 수사처에 통지해야 한다면, 과연 공직자에 대한 수사가 지금보다 잘 이루어질 수 있을지도 의문이다. 왜냐하면 일반인 수사를 하다가 고위공직자 부패가 발견되는 순간 자신의 수사기록을 수사처에 이첩해야 한다면, 적극적으로 수사할 경찰 및 검사는 없을 것이기 때문이다.

### 마. 이첩의 시기

공수처법 제24조(다른 수사기관과의 관계) 제1항은 “수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사는 처장이 수사의 진행정도 및 공정성 논란 등에 비추어 수사처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 경우 이첩의 시기 및 ‘수사처의 범죄수사와 중복’ 된다는 의미를 어떻게 해석할 것인지 논란이 있을 수 있다. 이에 대하여 김남준 법무부 법무검찰개혁위원회 위원장은 수사가 진행된 상태에서 이첩을 받는 것 보다는 최소 인지단계에서 통보를 받는 것이 효율적인 방안이라고 보고 있다.<sup>77)</sup>

### 바. 수사개시 여부 회신규정의 입법체계적 정당성

공수처법 제24조 제4항은 “동조 제2항에 따라 고위공직자범죄등 사실의 통보를 받은 처장은 통보를 한 다른 수사기관의 장에게 수사처규칙으로 정한 기간과 방법으로 수사개시 여부를 회신하여야 한다”고 규정하고 있다. 그런데 입법체계상 수사처 규칙으로 형사소송법 제196조(검사의 수사)에 규정된 “검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다”는 규정을 배제할 수 있는지 의문

77) 김남준, “고위공직자범죄수사처 설치의 의미와 앞으로의 방향”, 「국민을 위한 수사개혁방향 심포지엄」, 대한변호사협회 주최 발표자료집, 13면.

이다.

## 7. 관련인지 사건의 이첩

공수처법 제27조는 수사처장은 ‘고위공직자범죄’에 대하여 불기소 결정을 하는 때에는 해당 범죄의 수사과정에서 알게 된 관련범죄 사건을 대검찰청에 이첩하여야 한다고 규정하고 있다. 반면에 동법 제26조는 기소대상사건(제3조 제1항 제2호)을 제외한 ‘고위공직자범죄등’에 관한 수사를 한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부하도록 규정하면서, 동법 제27조에서는 불기소결정을 한 경우 대검찰청에 이첩하도록 규정하고 있다. 따라서 대검찰청 이첩의무의 발생 요건인 ‘불기소 결정을 하는 때’의 의미와 이첩 대상인 ‘관련범죄’ 사건의 의미에 대해 검토할 필요가 있다.

첫째, 공수처법은 ‘고위공직자범죄’와 ‘고위공직자범죄등’을 엄격히 구분하고 있으므로 관련범죄를 제외한 고위공직자범죄에 대한 불기소결정만이 해당한다고 보아야 한다. 왜냐하면 문언상 ‘고위공직자범죄’에 국한됨이 명백하기 때문이다. 따라서 설령 수사처가 관련범죄로 내란죄에 대해 수사를 하였다고 하더라도 관계 서류와 증거물을 지체 없이 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부해야 할 것이다.

둘째, ‘불기소결정을 하는 때’의 의미와 관련하여, 수사처검사는 기소권을 가진 범죄를 제외한 나머지 범죄는 검찰에 송치하므로, 결국 ‘불기소 결정을 하는 때’란 기소권을 가진 범죄에 대해 불기소결정을 하는 때를 의미한다고 본다.

따라서 ‘수사과정에서 알게 된’의 의미에서, ‘수사과정’이란 ‘고위공직자범죄 수사과정’임이 명백하며, ‘알게 된’의 의미는 ‘인지한 경우’, ‘발견한 경우’를 이미 다른 조문에서 별도로 사용하고 있는 점에 비추어 볼 때, 인지 또는 발견과는 별개의 개념으로 보는 것이 타당할 것이다. 결국, 형사소송법상 특별사법경찰의 수사개시 요건<sup>78)</sup>인 ‘인식하는 때’와 유사한 의미인 ‘인식하여 알게 된’으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

한편, 공수처법 제27조의 ‘관련범죄’는 제2조 제4호의 ‘관련범죄’와 용어가 정확히 일치하고, 같은 법률의 같은 용어는 동일하게 해석할 수밖에 없으므로 ‘관련범죄’는 제2조 제4호의 ‘관련범죄’로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 따라서 수사처검사가 고위공직자범죄를 불기소결정하는 경우 고위공직자범죄가 아닌 관련범죄에 대하여는 공수처법 제23조에 따라 수사처검사의 수사개시의무가 없으므로 대검찰

78) 형사소송법 제245조의10 제3항은 「특별사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다」라고 규정하고 있다.

청으로 이첩해야 할 것이다. 공수처법 제23조에 따르면 수사처검사에게 수사의무가 부과된 대상은 ‘고위공직자범죄’ 혐의이며, 관련 범죄를 포함한 ‘고위공직자범죄 등’ 혐의가 아니기 때문이다.

## 8. 수사처검사의 수사종결권

### (1) 문제점

공수처법 제26조 제1항은 수사처검사는 ‘제3조 제1항 제2호에서 정하는 사건(기소가능범죄)을 제외한 고위공직자범죄등에 관한 수사를 한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 서울중앙지검 검사에게 송부하여야 한다’고 규정하고 있다. 반면, 동법 제27조는 수사처장은 고위공직자범죄에 대하여 불기소 결정을 하는 때에는 해당 범죄의 수사과정에서 알게 된 관련범죄 사건을 대검찰청에 이첩하도록 규정하도록 규정하고 있다. 따라서 일응 충돌하는 두 가지 규정을 합리적, 체계적으로 해석하여 수사처검사가 검찰 송치없이 불기소결정할 수 있는 사건의 범위 등을 검토할 필요가 있다.

### (2) 수사처검사의 수사종결 가능 범위

#### 가. 기소권이 없는 사건을 수사한 경우

수사처검사의 지위를 특별사법경찰로 해석한다면(개정 형사소송법을 준용하지 않거나, 준용하더라도 특별사법경찰로 해석할 경우), 공수처법 제26조 제1항은 사법경찰의 모든 사건 송치의무를 규정한 (구)형소법 제196조 제4항 「사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다」는 조문 내용과 일치한다.

특히, 공수처법은 개정 형사소송법과 달리 송부(송치) 대상 사건에 대해 기소, 불기소(의견)를 구분하여 사건 송치 또는 불송치(기록 송부)한다는 취지의 규정도 없으므로 사건을 모두 검찰에 송치하여야 할 것이다. 따라서, 기소권을 가진 사건을 제외하고 나머지 사건은 기소(의견), 불기소(의견)를 불문하고 모두 검찰에 의무적으로 송치할 필요가 있다. 물론 공수처법 제47조(형소법 준용)에 따라 불기소 사건은 수사처 자체 종결이 가능하다(사법경찰과 동일한 1차 종결권을 보유한다는 이유)는 반론이 있을 수 있으나, 형사소송법 등 준용은 공수처법 규정에 반하지 아니하는 경우에만 가능하므로 사법경찰의 종결권 준용은 불가능하다고 보는 것이 상당할 것이다. 더욱이 개정 형사소송법에 따르더라도 특사법경찰에 대해서는 검사의 수사지휘를 인정하고 있다.

#### 제245조의10(특별사법경찰관리)

- ① 삼립, 해사, 전매, 세무, 군수사기관, 그 밖에 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행

할 특별사법경찰관리와 그 직무의 범위는 법률로 정한다.

- ② 특별사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.
- ③ 특별사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.
- ④ 특별사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 법무부령으로 정한다.
- ⑤ 특별사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 자체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 송부하여야 한다.
- ⑥ 특별사법경찰관리에 대하여는 제197조의2부터 제197조의4까지, 제221조의5, 제245조의5부터 제245조의8까지의 규정을 적용하지 아니한다.

반면, 공수처법 제47조에 의해 개정 형사소송법이 준용된다고 해석할 경우(개정 형사소송법을 준용하여 사법경찰로 해석할 경우), 수사처검사는 기소의견 사건은 검찰에 송치하고, 불송치(불기소의견) 사건은 기록과 증거물을 검찰에 송부할 의무(검사는 불송치 사건을 90일간 검토)가 발생한다. 이에 따라 검사는 사법경찰관과 동일한 지위를 가진 수사처검사에 대하여 보완수사요구, 시정조치요구, 재수사요청 등이 가능하다는 해석도 있을 수 있다.

#### 나. 기소권을 가진 사건을 수사한 경우

기소권을 가진 사건에 대하여는 소추권과 불기소결정권은 불가분이므로 불기소결정권을 보유한다고 보는 것이 타당할 것이다. 이에 따라 공수처법 제27조의 ‘불기소결정’은 ‘기소권을 가진 범죄에 대해 불기소결정을 하는 때’로 해석함이 상당하다고 본다.

#### (3) 수사처 송치 사건과 검사의 직접(보완) 수사권

수사처에서 검찰로 송치된 사건(이하 ‘수사처 송치 사건’)을 검사가 직접 보완수사할 수 있는지 여부에 대해 공수처법에는 아무런 명문규정이 없다. 따라서 수사처 송치 사건에 대하여는 검사의 직접 보완수사가 불가능하고, 검사는 기소·불기소 여부만 판단 가능하다는 주장이 가능성(수사·기소 분리)이 상존한다.

그러나 전술한 것처럼, 검사의 수사권은 공수처법이 부여하는 것이 아니라, 검찰청법 제4조와 형사소송법 제196조에 의해 부여되는 것이므로 수사처 송치사건에 대하여도 당연히 기소여부 결정을 위한 수사권을 보유한다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 형사소송법에도 사법경찰 송치사건에 대해 검사가 직접 수사할 수 있다는 명문규정이

없으나, 검찰청법 제4조 및 형사소송법 제196조에 근거하여 수사가 진행되고 있기 때문이다. 따라서, 공수처법 등 다른 법률에 검사의 수사권을 제한하는 규정이 없는 이상 수사처 송치사건에 대한 검사의 수사권 제한 등은 어렵다고 본다. 더욱이 공수처법 제26조 제2항과 제30조에 따르면 수사처에서 송치(송부)한 사건에 대해 검사가 불기소결정을 할 수 있음을 전제로 공소제기 여부에 대한 통보규정과 검사의 불기소처분에 대한 수사처장의 재정신청권을 인정하고 있다. 따라서, 검찰청법 및 형사소송법, 공수처법의 체계적 해석상 검사는 수사처에서 송치(송부)된 사건에 대해 불기소결정권과 보완수사권을 보유한다고 보는 것이 타당할 것이다.

이에 따르면, 현행법 해석상 검사의 보완수사권과 사법경찰에 대한 보완수사요구권은 다르다고 볼 수밖에 없다. 왜냐하면 개정 형사소송법 제245조의10 제6항이 제197조의2(보완수사요구) 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있으므로 (기소가능범죄를 제외하고는 수사처검사를 특사법경찰으로 보는 한) 검사의 수사처에 대한 ‘보완수사요구’는 어렵다고 해석되기 때문이다. 결국 개정 형사소송법에 따르면, 상호 협력관계에 있는(제195조) (일반)사법경찰에 대해서는 ‘보완수사요구’를, 검사가 모든 수사에 대해 지휘권을 가지고 있는(제245조의10 제2항) 특별사법경찰에 대해서는 ‘직접(보완)수사’를 해야 한다는 것으로 해석할 수밖에 없다. 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘를 제한하다보니, 조문체계의 정합성이 많이 떨어진다는 점을 부인할 수 없다.

결국 개정 형사소송법에 따르면, 상호 협력관계에 있는(제195조) (일반)사법경찰에 대해서는 보완수사요구를, 검사가 모든 수사에 대해 지휘권을 가지고 있는(제245조의 10 제2항) 특별사법경찰에 대해서는 직접(보완)수사를 해야 한다는 것으로 해석할 수밖에 없다.

## IV. 다른 기관과 중복수사의 문제점

### 1. 수사권의 이원화 문제

#### (1) 검사의 수사권 인정여부

형사소송법 제196조(검사의 수사)는 「검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다」고 규정하고 있는 반면, 검찰청법 제4조(검사의 직무) 제1항 제1호는 「범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄는 범위는 다음 각 목과 같다. 가. 부패범죄, 경제범죄 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄. 나.(생략) 다.(생략)」로 규정하고 있다.

그런데 수사권에는 수사개시 · 진행 · 종결권이 포함되어 있다는 점에서, ‘수사를

개시할 수 있는 범죄’의 의미와 관련하여 논란이 있다. 왜냐하면 2011년 개정 형사 소송법 제196조 제2항이 「사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다」고 규정하면서도, 동조 제3항은 「사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 이 경우 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다」라고 규정하여 사법경찰관의 수사개시·진행권을 인정했지만, 수사종결권을 포함한 수사권 모두를 인정했다고 해석하는 견해는 없었기 때문이다. 따라서 반대해석상, 검사의 수사개시권이 제한되어 있을 뿐, 일단 타 기관의 수사가 개시되면 검사도 수사할 수 있으며, 검사의 수사진행 및 종결권이 인정된다고 해석하는 것도 가능하다고 본다.

## (2) 수사권의 난립문제

형사소송법상 검사도 경찰도 모두 범죄혐의에 대한 일반적 수사권을 가진다. 다만, 검찰청법 및 검사수사개시권규정 상 내란죄에 대한 검사의 수사개시권은 없다. 그러나 이는 ‘수사개시권’이 없다는 것이지 전술한 것처럼, 형사소송법과의 체계적 정합성 상 ‘수사권’이 없다는 문제는 아니라고 해야 한다. 문제는 ‘수사개시권’이라는 개념이 무엇인지는 법에 어디에도 나와 있지 않다는 점이다.

이와 관련하여, 군경찰<sup>79)</sup>과 달리 군검찰의 수사권을 명시적으로 규정한 조문은 없지만, 군 검찰도 군형법 등의 인적 적용범위, 군법원의 재판권의 범위 내에서 군인에 대한 수사권을 가진다고 보아야 한다. 다만, 군통수권자이지만 민간인인 대통령의 범죄에 대해서는 군형법이나 군사법원의 재판권이 미치지 않으므로, 민간인이 군인의 내란죄 공범의 지위에 있는 자로 판단되는 경우에 한정하여 실질적 수사권을 인정할 수도 있겠지만 직접, 정면으로 강제수사를 할 권한은 없다고 보아야 할 것이다.

한편, 수사처의 경우 논란이 있지만, 대통령의 내란죄에 대한 수사권은 전술한 고위공직자범죄에 대한 ‘관련사건’의 의미로 인정될 수 있을 것이지만,<sup>80)</sup> “압수·수

79) 제43조(군사법경찰관) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 군사법경찰관으로서 범죄를 수사한다. <개정 2020. 2. 4., 2021. 9. 24.>

1. 「군인사법」 제5조 제2항에 따른 기본병과 중 수사 및 교정업무 등을 주로 담당하는 병과(이하 “군사법경찰찰과”라 한다)의 장교, 준사관 및 부사관과 법령에 따라 범죄수사업무를 관장하는 부대에 소속된 군무원 중 국방부장관 또는 각 군 참모총장이 군사법경찰관으로 임명하는 사람  
2. 「국군조직법」 제2조 제3항에 따라 설치된 부대 중 군사보안 업무 등을 수행하는 부대로서 국군조직 관령으로 정하는 부대(이하 “군사안보지원부대”라 한다)에 소속된 장교, 준사관 및 부사관과 군무원 중 국방부장관이 군사법경찰관으로 임명하는 사람  
3. 삭제 <2020. 12. 15.>  
4. 검찰수사관

80) 조선일보 2024. 12. 19.자, 「‘尹대통령 수사’ 수사처로 일원화」.

색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 인정되어야 하며, ‘객관적 관련성’은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 ‘기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우’에 인정된다는 점에서 앞으로 법정에서 논란이 있을 것으로 보인다.

한편 경찰이 군인에 대한 수사권을 행사할 수 있는지 문제되는데, 전술한 것처럼, 서울중앙지검은 2024. 12. 16. 경찰 특별수사단에서 긴급체포된 문상호 국군정보사령관의 긴급체포 승인건의를 불승인하면서 본건 긴급체포는 군사법원법의 재판권 규정 등에 위반된다는 입장을 취한 바 있다. 이에 경찰은 수사권과 재판권은 구분되어 있고, 경찰은 국군정보사령관에 대해 긴급성, 필요성이 있어 긴급체포한 것이라고 밝히면서 검찰의 불승인에 대해 유감을 표한 바 있다. 이에 따르면 경찰은 형사소송법에 재판권이 없는 사건을 수사하는 것에 대한 제한규정이 없으므로 재판권이 없는 범죄도 제한없이 수사할 수 있다는 입장으로 보이지만, 형사소송법 제210조는 사법경찰관리가 관할권이 없는 지역에서 수사할 때에는 관할 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다고 규정되어 있다는 점에서, (형사소송법에 직접적인 규정은 없지만) 최소한 현직 군인의 범죄에 대해 강제수사를 할 수 있는 권한은 경찰에 없다고 보아야 할 것이다.

그런데 군사법원법 제2조<sup>81)</sup>에 의하면, 현직 군인의 범죄 중 성폭력범죄 및 군인과 군무원의 사망사건을 제외한 범죄에 대한 재판권은 군사법원에 있으므로 현직 국군정보사령관의 내란죄 재판권이 군사법원에 있다는 점에 대해서는 이론(異論)의 여지가 없으므로(현직 군인의 범죄에 대한 재판권은 군사법원에 있으므로) 현직 군인에

81) 군사법원법 제2조(신분적 재판권) ① 군사법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람이 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다. <개정 2015. 2. 3.>

<생략>

② 제1항에도 불구하고 법원은 다음 각 호에 해당하는 범죄 및 그 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 재판권을 가진다. 다만, 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시에는 그러하지 아니하다. <개정 2021. 9. 24.>

1. 「군형법」 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람이 범한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조의 성폭력범죄 및 같은 법 제15조의2의 죄, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조제2호의 죄
2. 「군형법」 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람이 사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄
3. 「군형법」 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람이 그 신분취득 전에 범한 죄

대한 구속영장, 체포영장, 통신영장, 계좌영장, 압수수색영장 모두 군검사가 군사법원에 청구해야 하며, 구속적부심, (긴급)체포적부심 역시 재판권이 있는 군사법원에서 이루어져야 할 것이다.

결국 대통령의 내란죄에 대해 경찰이 수사권을 가지며, 경찰의 경우 수사개시권은 없지만 수사권이 없다고 단정할 수는 없다. 수사처의 경우는 고위공직자범죄의 ‘관련사건’으로 수사권이 인정될 수 있을 것이지만, 법정에서 논란이 제기될 수 있다. 반면에 군검찰 및 군경찰의 경우 주요임무종사자 등 군인들에 대해서는 당연히 수사권이 인정되지만, 대통령의 내란죄에 대해서는 직접, 정면으로 수사할 수사권은 없다고 보아야 한다.<sup>82)</sup>

문제는 국가형벌권을 위한 형사재판 및 소추는 모두 사법작용에 속하는 것으로서, 재판의 절차와 내용이 이원화될 수 없듯이 수사의 절차와 내용도 이원화되어서는 안 된다는 점이다. 그런데 검사 내지 경찰의 수사권과 수사처의 수사권을 병렬적으로 규정하고 있는 현행법에 따르면, 동일한 범죄에 대한 양 기관의 수사권이 동시에 발동될 수 있어 양 기관의 수사권이 충돌하게 되는데,<sup>83)</sup> 이는 국가 수사권 체계의 난립상을 초래할 뿐더러<sup>84)</sup> 국민의 자유와 권리를 심각하게 침해할 가능성이 높후하다. 왜냐하면 【표 1-9】에서 보는 것처럼, 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

82) 물론 대통령 내란죄에 대하여, 개별특검이 임명될 경우 해당 특검에게 당연히 수사권이 인정되지 만, 전술한 것처럼, 이 경우 탄핵된 대통령을 대신하여 대통령권한대행에게 법률안거부권이 인정되는 것인지, 거부한 경우 탄핵사유가 되는지, 된다면 대통령권한대행에 대한 의결정족수는 어떻게 되는지 등 헌법상 넘어야 할 산이 많다.

83) 서강대 임지봉교수는 「이제는 막강해진 경찰 권력을 외부 기관에 나누어 주는 제도적 개혁이 꼭 이루어져야 한다. 검사를 비롯한 고위공무원 비리 수사와 기소를 전담하는 고위공직자비리수사처를 설치해야 한다. 지금처럼 국민적 비리 의혹사건이 터졌을 때만 그때그때 한시적으로 특검수사를 행하는 ‘한시적 특검제’가 아니라 상시 특검제도를 유지하는 ‘상설적 특검제’ 도입을 이제는 결단해야 한다. 그래서 이들 기관 상호 간에 수사권이나 기소권 행사와 관련해 제대로 된 견제가 이루어지게 해야 한다. 그러면 누가 더 합리적으로 수사권과 기소권을 행사하느냐를 놓고 이들 기관이 자연스럽게 경쟁관계에 놓이게 될 것이고, 경쟁을 통한 수사권과 기소권 행사의 질 향상이라는 열매는 국민 차지가 될 것이다. 경찰권 분산을 통한 경찰개혁이 꼭 필요한 이유가 바로 여기에 있다」고 하여(매일경제 2010. 6. 23. [세상읽기] 경찰권을 분산해야 할 이유) 수사권의 이원화를 찬성하는 입장이다.

84) 2010. 6. 15. 18대 국회 사개특위 경찰관계법 소위 중 장윤석 의원의 “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 발언도 동일한 입장으로 보인다.

수사권의 충돌은 곧 국민의 자유와 권리의 위축으로 직결되는 것이기 때문이다.<sup>85)</sup>

【표 1-9】 시장 경쟁과 경쟁적 수사의 차이점

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 기관 간의 수사권 행사 협의·조정 시스템을 마련한다면<sup>86)</sup> 민주적 방식으로 원만히 해결이 가능하다는 반론이 제기되고 있다.

\* [한인섭 교수 페이스북 글: -수사권조정과 수사처 설립으로, 수사권이 경합하는 사건이 있게 되었습니다.]

-그건 잘못된 설계가 아닙니다. 권력자의 부패범죄 등에 대하여, 어느 한 기관에 맡길 경우 그 기관이 수사의지 없으면 그냥 넘어갑니다. 그래서 국민을 의식하면서, 서로 경합하여 수사할 수 있도록 한 것입니다. 지금 다투어 나서고 있는 것은 괜찮습니다. 속도가 붙어, 긴급체포도 하고, 압수수색도 속도감 있게 진행하고, 또 윤의 출국금지까지 질풍신속하게 하니까요.

-그런데, 각 수사기관의 직무관할이 있습니다. 내란죄 수사는 검, 수사처는 못합니다. 검, 수사처는 지금 “직권남용죄”는 수사대상이 되니, 관련사건으로 내란범죄도 수사할 수 있지 않느냐는 것인데...비약이 너무 심하지요. 내란범은 극한의 국가작용 침해범죄이고 국민 전체에 대한 범죄인데, 직권남용죄와 비교가 되겠어요? 그런 식이라면 직무관할 제한 규정이 완전히 우습게 됩니다. 현재 규정상으론, 검찰, 수사처는 내란범죄를 수사하기 곤란하다고 할수 밖에요.

-경찰은? 모든 사건을 수사할 수 있습니다. 경찰은 수사보조자가 아니라, 수사주체이고, 직무관할상의 제한이 없습니다. 따라서 경찰이 수사할 수 있도록 해줘야 합니다. 경찰은, 이제껏 정권범죄에 대해

85) 자세한 내용은 정웅석, 「검찰개혁의 바람직한 방향」, 형사법의 신동향 통권 제54호(2017. 3.), 대검찰청 미래기획단, 43면 이하 참조.

86) 한인섭 위원장 발표문, [법무·검찰개혁위원회 권고안 제2호: 고위공직자범죄수사처 설립], “수사처 대상범죄에 대해 수사처만 수사할 수 있는게 아닙니다. 수사처는 수사권 독점이나 전속적 관할이 아니라, 우선적 관할권을 갖습니다. 검·경도 고위직범죄에 대해 수사권을 행사할 수 있습니다. 수사기관끼리 적극적 ‘경쟁’을 유도하자는 게 이 법안의 특색입니다. 다만 동일한 범죄에 대해 수사처와 검찰이 동시에 수사할 때는, 수사처에 이첩해야 합니다. 또 수사처는 검찰에게 사건 이첩을 요청할 수 있고, 검찰은 그에 응해야 합니다. 그런데, 이미 검찰 수사가 한창 진행중에 있을 때나, 영장청구의 단계에 있을 때는, 수사의 맥을 끊지 않도록 검찰이 수사할 수 있습니다. 수사기관끼리 사건을 서로 서로 하겠다고 충돌할 때는 조정기구를 운영토록 했습니다.”

제대로 수사해내지 못했으니, 이번에 제 역할을 못하면, 다시 수사권 재조정의 여론이 나올지 모릅니다. 정신차려 잘 하기 바랍니다.

-그러면 검찰, 수사처는? 둘 다 영장청구권이 있습니다. 경찰은 두 기관 중 어느 쪽이든, 압색영장, 구속영장을 신청할 수 있고, 검/공은 이를 법원에 청구하여 영장을 받아내면 됩니다. 현재 검, 경이 경쟁 상태에서는, 경찰이 신청한 영장을 썩 무시하고, 검찰이 영장청구를 하여 신병을 확보하여 독점수사를 하려고 합니다. 그럴땐 경찰은 수사처에 영장신청을 하면 됩니다. 검 or 공은, 경찰이 신청할 때, 그 적법성과 발부가능성을 살펴서 영장발부가 되도록 최선을 다하면 결정적 역할을 하는 겁니다.

.....

그러나 공직자에 대한 수사를 뒤집어보면, 상대방은 대부분 기업 등 거대한 사기업일 경우가 많은데, 이 경우 공직자에 대한 뇌물사건과 횡령·배임사건이 여러 건 있을 경우 공직자와 연결된 범죄는 수사처가, 공직자와 연결되지 않은 사건은 경찰 내지 검찰이 한다는 것인데, 이를 어느 시점에서 판단을 할 것인지, 만약 경찰 내지 검찰이 수사처의 범죄수사와 중복되지 않는다고 판단하여 이첩하지 않으면 어떻게 할 것인지 의문이다. 더욱이 고위공직자 범죄에 대한 수사도 첫 출발점은 뇌물공여자, 사건 목격자 등 일반 국민일 수밖에 없는데, 수사처가 정치적 중립성을 잃고 다수 정당 또는 정권의 의지대로 그 권한을 행사하는 경우,<sup>87)</sup> 애초의 설립취지와는 달리 권한의 재분배가 아닌 보다 강력한 권력기관의 탄생으로 연결되기 쉬우며, 그 피해는 고스란히 국민에게 돌아갈 것이다.

따라서 이하에서는 수사권의 이원화를 방지하기 위한 외국의 입법례를 살펴보고자 한다.

### 가. 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 수사주재를 근간으로 하여 사법경찰을 검사의 보조자로 규정하고 있으므로, 대륙법계에서는 검사의 수사권(우리나라 형태의 수사처 기관은 없음)과 사법경찰의 수사권이 충돌하는 경우란 원천적으로 있을 수 없다.

### 나. 영미법계 국가

영미법계 국가에서는 진실규명을 위한 형사소송의 모든 절차를 시민들이 직접 책

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

임지고 사실관계도 시민들이 확정하는 당사자주의구조로 되어 있으며, 따라서 자치경찰의 수사내용도 위험예방 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, 미 법무부 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”, “화이트컬러 범죄”, “정부를 상대로 하는 사기”, “공무원의 부정부패 범죄”, “건강보험 사기”, “선거법 위반사범”, “공민권 침해범죄” 등과 같은 범죄의 수사를 조정하는 임무를 담당하고 있다.<sup>88)</sup> 영국의 경우에도 일반사건은 경찰청(Police)이, 강력사건은 조직범죄수사국(SOCA)이, 특수사건은 특별수사청(SFO)이 담당한다는 점에서 동일하다고 볼 수 있다.

#### 다. 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, 형사소송법 상 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 규정함으로써<sup>89)</sup> 수사권 이원화 문제에 대

88) 김후곤, 「FBI 연구」, 각국의 특별수사기구 연구, 검찰미래기획단, 2007, 135면.

89) 일본 형사소송법 제189조 제2항과 제191조의 문언의 차이는 현행 형사소송법에서 당사주의가 강화된 결과 검찰관의 직무 중 공소관으로서의 그것이 점하는 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說 II, 司法警察研究會公安發行所, 24면)고 한다.

한 최소한의 고민 흔적을 보이고 있다.<sup>90)</sup> 하지만 수사실무상 검사와 경찰간, 일반 사법경찰과 특별 사법경찰간의 수사권 충돌이라는 문제가 발생하고 있어 양 기관이 수사권 행사범위에 대한 협정까지 맺는 사례가 있는데,<sup>91)</sup> 이는 1차적인 수사권 행사에 있어 검사의 수사지휘가 배제되어 교통정리(조정)가 되지 않는데서 기인한다고 한다.<sup>92)</sup>

### (3) 해결 방안

경찰청 훈령인 범죄수사규칙(제1103호, 2023. 11. 1., 일부개정)은 일반사법경찰과 특별사법경찰의 관할권충돌을 해결하기 위하여 처리방법을 규정하고 있다(동 규칙 제3조부터 제6조). 이와 관련하여, 개정 범죄수사규칙 제6조(수사가 경합하는 경우)는 ‘경찰관은 특별사법경찰관리가 행하는 수사와 경합할 때에는 경찰관이 소속된 경찰관서 수사부서의 장의 지휘를 받아 해당 특별사법경찰관리와 그 수사에 관하여 필요한 사항을 협의하여야 한다’고 규정하고 있는데, 과거에는 (구)범죄수사규칙 제21조에 따라 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관의 수사가 경합하는 경우 최종적으로 경찰관은 관할 지방경찰청 또는 지청의 검사에게 보고하여 그 조정에 관한 지휘를 받아서 관할 경합의 문제를 해결할 수 있었다. 그런데 개정 형사소송법이 일반사법경찰에 대한 수사지휘를 폐지하면서 특사법경찰에 대한 수사지휘는 규정하고 있으므로 이제는 이러한 방식을 유지할 수 없게 되었다.

결국 법정특별사법경찰관리의 경우 전문적 특수성으로 인하여 법에서 당연직 사법경찰관리로 규정한 점을 고려하여, ‘특사법경찰우선의 원칙’을 명문으로 규정하는 것이 타당할 것이다.

## 2. 대상자의 수사기관 선택권의 문제

통상 뇌물사건을 수사할 때, 먼저 공여자인 민간인을 조사한 후 고위공직자 등을 소환하여 조사하게 된다.<sup>93)</sup> 그런데 검찰이 민간인에 대한 기초조사를 끝내고 고위공직자를 소환하더라도 고위공직자가 뇌물죄에 대한 우선관할이 수사처에 있다고 주장

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

91) 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.

92) 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.

93) 실제로 수원지검에서 수사한 하남시장 뇌물사건, 서울중앙지검에서 수사한 김모 판사 뇌물사건, 부산지검에서 수사한 전(前) 대통령비서실 정무수석 뇌물사건 등도 모두 브로커나 기업범죄 수사 중 수사단서를 포착한 것이다.

하면서 소환에 불응할 경우, 어떻게 조사할 수 있을지 의문이다. 반대로 수사처에서 뇌물사건을 수사할 경우, 먼저 뇌물공여자인 민간인을 조사해야 하는데, 반대로 민간인이 수사처에 우선관할권이 없다고 주장하면서 소환에 불응할 경우에도 동일한 문제가 발생한다. 따라서 수사에 대한 구체적인 시뮬레이션을 할 경우, 뇌물대상자가 수사기관의 선택권을 악용한다면 너무나 불합리한 결과가 발생한다.

이에 대해, 공수처법에서 고위공직자범죄와 관련범죄를 모두 수사할 수 있도록 하고 있고, 공범에는 필요적 공범도 포함하는 것으로 해석하는 것이 타당하므로 고위공직자의 뇌물범죄에 연관된 민간인의 경우에도 수사처가 강제수사를 할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다는 견해<sup>94)</sup>도 있으나, 수사초기 단계에서 고위공직자범죄와 관련된 범죄 여부를 아는 것이 어려울 뿐만 아니라 이것을 쉽게 허용하면 사실상 모든 민간인에 대한 강제수사가 가능하다는 논리도 성립할 것이다.

### 3. 심급제도와 부조화문제

공수처법 제31조에 따르면, 원칙적으로 수사처검사가 공소를 제기하는 고위공직자 범죄등 사건의 제1심 재판은 서울중앙지방법원의 관할이다. 이에 따르면, 수사처 검사가 제1심·제2심·제3심의 기소 및 공소유지를 모두 책임지는 형태이다. 그렇다면 제1심 기소 및 공소유지를 담당했던 검사가 제2심 및 제3심도 모두 담당한다는 것인지 아니면 새로운 수사처 검사가 담당하는 것인지, 그렇다면 기존의 검찰과 동일하게 수사처도 심급제도에 맞춰서 재구성해야 하는 것은 아닌지 등 실무상 난제가 있다. 단심이 원칙인 영미법계 일부 도시국가에서만 특별부패기구가 존재하는 것도 이러한 연유에서 기인한 것으로 수사처는 3심제인 한국의 사법시스템과 맞지 않는 제도이다.

또한 위 조항 본문에 의하여 수사처검사가 공소를 제기하면 판사 및 검사 등의 고위공직자범죄등에 대하여는 범죄자 또는 피고인이 된 고위공직자의 주소, 거소 또는 현재지(형사소송법 제4조에 의한 토지관할)가 아닌 경우에도 서울중앙지방법원에서 재판을 받아야 한다. 물론 공수처법 제31조 단서에 의하여 형사소송법이 정한 토지관할이 있는 법원에서 재판을 받을 가능성이 있을 수도 있으나, 위 단서의 문언상 수사처검사에게 재량을 인정하는 것으로 볼 수밖에 없고, 피고인이 된 고위공직자가 공수처법 제31조가 규정한 토지관할에 관하여 이의신청권을 가진다고 볼 수도 없으며, 수사처검사가 위 단서 조항에 따라 범죄자, 증거소재지, 피고인의 특별한 사정 등을 고려하지 않고, 위 조항 본문에 따라 서울중앙지방법원에 공소를 제기하더라도 그 효력에 흡결이 있다고 할 수는 없다.

---

94) 김영중/오병두, 앞의 책, 59면.

한편 형사소송법 제8조는 ‘법원은 피고인이 관할구역 내에 현재하지 아니하는 경우에 특별한 사정이 있으면, 결정으로 피고인의 현재지 관할법원으로 이송할 수 있다’고 규정하고 있으나, 위 조항은 법원이 직권 결정으로 이송할 수 있음을 규정한 것으로 피고인이나 검사에게는 이송신청권이 없고, 이송신청이 있더라도 직권발동을 촉구하는 의미에 불과하다고 해석되므로, 수사처검사가 서울중앙지방법원에 일단 공소를 제기한 이상, 특단의 사정이 없는 한 피고인은 서울중앙지방법원에서 재판을 받을 수밖에 없을 것이다.

결국 수사처가 공소를 제기하는 경우 형사사법절차에 관한 일반법인 형사소송법이 규정한 토지관할 규정을 배제하고 원칙적으로 서울중앙지방법원을 재판관할로 정한 것은 공수처법 제3조 제1항 제2호 등이 수사처에 판사 및 검사 등의 고위공직자범죄등에 대한 공소권을 부여한 효과에 따른 것이라 할 것이고, 그와 같은 특별한 토지관할 규정으로 인하여 공수처법에 의한 판사 및 검사 등에 대한 차별취급은 토지관할에 관하여 형사소송법이 적용되는 경우보다 한층 심화될 것이다.<sup>95)</sup>

물론 특별검사법 제18조도 특별검사의 담당사건에 관한 제1심 재판의 관할을 서울중앙지방법원 합의부 전속관할로 규정하고 있다. 그러나 특별검사제도는 특정된 수사대상을 제한된 시간 내에 수사하고 공소제기하기 위하여 통상의 검찰기능을 그대로 두되 예외적이고 한정된 사안에 대하여만 수사권과 공소권을 행사하는 예외적·보충적 제도이고, 특별검사법이 직접 담당사건을 특정의 단일사건으로 분명하게 확정하고 있으며(제2조 제1항), 재판도 다른 재판에 우선하여 신속하게 진행하도록 규정하고 있는 것(제11조 제1항)과 아울러 예외적으로 위와 같은 재판관할에 관한 특별규정을 두고 있는 것이다. 반면에, 수사처는 상시적으로 설치·운영되며 상당한 범위의 고위공직자와 그 가족의 고위공직자범죄등에 대한 수사권과 판사 및 검사 등에 대한 공소권을 가지는 등 일정한 범위의 수사권과 공소권을 검찰로부터 사실상 분리·이관시키는 제도이므로 특별검사의 공소제기에 관한 토지관할과 수사처검사의 공소제기에 관한 토지관할을 동일하게 볼 수는 없다고 본다.

#### 4. (준)사법기관성의 형해화

현재 “수사처 수사관은 고위공직자범죄 등에 대한 수사 및 공소에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행한다”(공수처법 제17조 제2항)고 규정하고 있다. 문제는 수사처 내에 독자적인 수사 인력을 두고, (일반)사법경찰에 대한 보완수사 등 감독권이 없다

---

95) 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌바264, 681(병합) 결정 소수의견(고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인).

면 과연 수사처가 (준)사법기관인지 의문이 든다. 검찰의 경우도 자체 검찰수사관이 있지만, 종래 사법경찰에 대한 수사지휘(현재는 보완수사 등 감독권)가 인정되었기 때문에 (준)사법기관으로 보는 것이 다수설이었다. 아래에서 헌법재판소 및 대법원의 입장을 살펴보면, 이는 명확해진다. 헌법재판소 및 대법원이 검사가 준사법기관이라는 의미를 다음과 같이 이야기하고 있기 때문이다.

「범죄의 수사는 검사, 사법경찰관리 및 특별사법경찰관리가 담당한다(형사소송법 제195조 내지 제197조). 그런데 검사는 사법경찰관리 및 특별사법경찰관리를 지휘·감독하며, 수사의 결과 공소제기 여부를 독점적으로 결정하고, 공판절차에서는 피고인에 대립되는 당사자로서 법원에 대하여 법령의 정당한 적용을 청구하고, 재판이 확정된 때에는 형의 집행을 지휘·감독하는 광범위한 권한을 가진 국가기관이다. 검사가 행사하는 검찰권이 원칙적으로 행정권에 속하는 것은 사실이지만 범죄의 수사, 공소의 제기 및 유지, 재판의 집행을 내용으로 하는 검찰관은 그 내용에 있어서 사법권과 밀접한 관계를 맺고 있고, 특히 형사사건의 대부분이 검사의 불기소처분에 의하여 종결된다는 점에 비추어 볼 때 검찰권의 행사는 형사사법의 운용에 중대한 영향을 미치게 됨을 부인할 수 없다. 이와 같이 검사가 행사하는 검찰권이 사법권과 밀접한 관계에 있기 때문에 검찰권에 대한 영향은 직접 사법권에 미치게 되며, 사법권독립의 정신은 검사에 대하여도 요구되지 않을 수 없다. 이러한 의미에서 검사는 행정기관이면서도 동시에 사법기관인 이중의 성격을 가진 기관이며, 오로지 진실과 법령에 따라 직무를 수행하여야 할 의무를 가지고 있는 준사법기관이다. 그 뿐만 아니라, 검사는 판사와 동일한 자격을 갖춘 자로서 임명되고 공익의 대표자라는 지위에서 활동하므로, 검사에 의한 피의자 신문시에는 고문 등의 부당한 인권유린행위가 개입될 가능성이 상대적으로 낮다고 할 수 있다.」<sup>96)</sup>고 보고 있으며, 대법원도 「인권침해의 소지가 가장 많은 수사 분야에서 국민의 인권과 자유를 보호하기 위하여 우리 헌법과 법률은 검사 제도를 두어 검사에게 준사법기관으로서의 지위를 부여하고 철저한 신분보장과 공익의 대변자로서 객관의무를 지워 사법경찰관리의 수사에 대한 지휘와 감독을 맡게 함과 동시에 전속적 영장청구권( 헌법 제12조 제3항), 수사주재자로서 사법경찰관리에 대한 수사지휘( 형사소송법 제196조), 체포·구속 장소 감찰( 형사소송법 제198조의2) 등의 권한을 부여하여 절차법적 차원에서 인권보호의 기능을 수행하게 하고 있다. 이러한 측면에서 검사의 수사에 관한 지휘는 수사과정에서의 인권침해를 방지하는 ‘인권옹호’를 당연히 포함한다. 따라서 형법 제139조의 입법 취지 및 보호법익, 그 적용대상의 특수성 등을 고려하면 여기서 말하는 ‘인권’은 범죄수사 과정에서 사법경찰관리에 의하여 침해되기 쉬운 인권으로서, 주로 헌법 제12조에 의한 국민의 신체의 자유 등을 그 내용으로 한다. 인권의 내용을 이렇게 볼 때 형법 제139조에 규정된 ‘인권옹호에 관한 검사의 명령’은 사법경찰관리의 직무수행에 의하여 침해될 수 있는 인신 구속 및 체포와 압수수색 등 강제수사를 둘러싼 피의자, 참고인, 기타 관계인에 대하여 헌법이 보장하는 인권 가운데 주로 그들의 신체적 인권에 대한 침해를 방지하고 이를 위해 필요하고도 밀접 불가분의 관련성 있는 검사의 명령 중 ‘그에 위반할 경우 사법경찰관리를 형사처벌까지 함으로써 준수되도록 해야 할 정도로 인권옹호를 위해 꼭 필요한 검사의 명령’으로 보아야 하고 나아가 법적 근거를 가진 적법한 명령이어야 한다(헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2006헌바69 전원재판부 결정 참조).」<sup>97)</sup>는 입장이다.

96) 헌법재판소 1995. 6. 29. 선고 93헌바45 결정(형사소송법 제312조 제1항 단서 위헌소원).

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

## V. 수사처의 발전방안

### 1. 대상범죄 및 조직과 인원의 전문화(최소화)

수사처를 설치하는 근본적 목적이 ‘검찰 구성원의 부패’에 대한 대안으로 설치한 것이라면, 검찰 구성원을 포함한 사법기관의 부패범죄 수사만을 전담하게 하는 방안이 타당하다고 본다. 그리고 이에 따라 수사처의 조직 및 인원도 조정되어야 할 것이다. 이렇게 하는 것이 검찰비리를 포함한 사법비리를 방지할 수 있는 가장 효과적인 방법으로 보인다. 즉, 일반 형사사건은 경찰이 수사를 담당하고(검사는 수사감독), 특수사건(인지사건)은 특별수사청(중대범죄수사청 등)이 담당하며(검사는 수사감독), 이러한 수사기관 등의 비리는 수사처에서 담당하도록 함으로써 상호 견제를 할 수 있을 뿐만 아니라 위헌성의 시비는 물론 수사권의 이원화도 방지할 수 있을 것이다.

반면에 개별특검을 대신하여, ‘고위공직자의 부패범죄 수사’ 등 특별수사에 대한 대안으로 설치한 것이라면 특별수사기구로서의 위상에 걸맞는 조직 및 인원 등이 조정되어야 할 것이며, 이 경우 검찰의 의한 사법적 통제를 받아야만 할 것이다.

### 2. 수사처의 정치적 중립성 및 독립성 보장

수사처의 설치목적이 검찰권의 견제 및 현재의 집권세력에 대한 부패수사에 있다면, 야당 추천 수사처장을 적극적으로 검토해 보아야 한다. 현재의 집권세력을 통제하려면 두 권력(검찰과 수사처) 기관장의 임명절차가 달라야 하기 때문이다. 즉, 검찰총장은 대통령이 임명하고, 수사처장은 야당 추천 인사로 임명하는 방식이야말로 수사처의 정치적 중립성과 독립성을 보장하는 합리적인 방안이라고 본다.

### 3. 기소배심 내지 대배심의 설치

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·선거관련 사건 등에 대하여 제한적으로 기소법정주의를 채택하자는 양당 합의안도 있으나, 현행 형사소송법 체계와 충돌하는 문제가 있다. 따라서 수사처의 기능을 ‘수사기관’에 중점을 둔다면, 수사처 검사의 기소판단시 일본식의 검찰심사회제도<sup>98)</sup>나 기소배심(대배심)<sup>99)</sup> 같은 시민위원회를

98) 일본의 검찰심사회제도는 미국의 대배심제도를 일본식으로 수정한 것으로, 공소권 행사의 적정을 도모하기 위하여 지방재판소와 지부의 소재지에 두며 임기는 6월이고, 관할 구역내 중의원 선거권자 중에서 추첨으로 선출한 11인의 검찰심사원으로 구성된다. 의결은 통상 과반수로 결정되지만, 기소상당의 의결을 하는 경우에는 11인 중 8명 이상의 찬성이 있어야 한다.

99) 대배심기소에 관한 자세한 내용은 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011, 173면 이하

의 심사를 거치는 방안을 마련하는 것도 타당하다고 본다. 왜냐하면 사법에 대한 국민참여는 이제 거스를 수 없는 시대적 대세이며, 수사업무에 대한 투명성과 객관성을 높여주는 지름길이기 때문이다.

반면에 수사처의 기능을 ‘기소기관’에 중점을 둔다면, 또 다른 기소기관인 검찰에 대한 견제기능은 별론, 기소배심을 설치한다고 하여 무슨 의미가 있을 것인지 의문이다.

## VII. 결 론

우리나라의 경우 그동안 권력형비리사건이 터질 때마다, 늘상 기존의 검찰은 제쳐놓고 특별검사를 통한 해법을 모색해왔다. 대통령과 고위 공무원에 의한 권력형비리 사건에서 대통령과 법무부의 지휘와 감독을 받지 않게 하려면, 검찰청 소속의 검사의 개입이 처음부터 배제되어야 하기 때문이다. 더욱이 검찰의 정치적 중립성은 검찰이 그 본연의 역할과 기능을 수행함에 있어 태도 내지 입장의 중립성을 의미하는 것일 뿐, 검찰이 조직체계상 독립적 지위를 획득하여야 하는 차원과는 의미차원이 다르다는 점에서, 수사권과 기소권이라는 검찰권을 중립적으로 행사할 수 있는 독립된 주체를 내세워야 하다는 발상의 전환이 필요하다는 견해<sup>100)</sup>도 있다. 사안별 특검이든 제도 특검이든 또는 상설특검이든 수사처든 그 이름이 무엇으로 불리어지든 핵심 키워드는 ‘중립성’에서 ‘독립성’으로 바뀌어야 한다는 것이다. 즉, 비대한 검찰권력의 분산이라는 차원에서 권력분할과 권력통제를 동시에 충족시키기 위해서는 수사와 기소의 분리라는 방향성, 즉 수사권 및 수사주체의 분할 내지 분점이 아니라 수사 대상사건을 분할하여 수사권과 함께 기소권까지도 검찰과 독립된 특별기구에게 분점하게 하는 방향성이 타당하다는 것이다.

그러나 새로운 특별수사기구인 수사처는 그 기능면에서나 조직구조상 검찰과 다를 바 없을 뿐만 아니라(수사처검사로 전직 검사들이 주로 임명됨) 검찰기능이 제대로 운용된다면 아무런 존재의미가 없게 될 것이다. 무엇보다도 검찰 통제를 위하여 수사권은 경찰에 부여하고 검찰은 기소권만 갖도록 해야 한다고 주장하면서도 수사권과 기소권을 전속적으로 갖는 수사처를 탄생시킨 근거는 무엇이며, 공직비리는 상당부분 민간부문의 부패와 연계되는데, 이를 무 자르듯 잘라 수사처와 검찰이 나눠 수사를

---

참조.

100) 김성돈, 「검찰외 독립된 특별기구 신설의 필요성과 구체화방안」, 제13회 월송기념 학술심포지엄, 헌법과 형사법, (재)유기천교수기념사업출판재단, 2017, 205면.

하게 되면 수사권의 이원화가 초래될 뿐만 아니라 수사의 역동성을 훼손시켜 부패 범죄인들이 빠져나갈 기회만 주게 될 우려도 있다. 또 새로 설립된 기구가 그렇듯 수사처가 자신의 존재가치를 수사성과로 입증해야 하는 부담 때문에 아시아 각국의 특별수사기구에 볼 수 있듯이,<sup>101)</sup> 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 행정기능은 물론 입법기능과 사법기능까지 독식할 경우에 그 위험성은 더 크다고 할 것이다. 왜냐하면 다수당의 힘의 논리에 따라 정치적 소용돌이에 빠져들 수 있는 현재의 상황을 볼 때, 수사처가 고위공직자 부패사건을 처리하는 데에 있어서 기존의 검찰보다 더 중립성이 보장될 수 있을 것인지 의문이 들기 때문이다.

물론 국민의 인권을 보호하고 권익을 증진하기 위하여 현재의 수사제도나 관행보다 더 훌륭한 시스템이 있다면 개선책을 마련해야 한다는 점에 대해서는 누구나 공감할 것이다. 수사처 설치문제도 부패범죄에 대한 수사를 보다 효율적으로 행사하도록 함으로써 우리나라에 만연해 있는 부패범죄를 발본색원할 수 있는 개선방안을 마련하자는 데 그 의미가 있다고 볼 수 있다.

결국 수사처의 성패는 어떻게 정치적 중립성을 지키면서 부패범죄를 전담할 수 있는 기구로 기능할 수 있는지에 달려 있는데, 이는 최종적으로 ‘정치권의 의지’에 달려 있다고 볼 수밖에 없다. 기구특권을 신설하고도 정치적인 상황이 발생할 때마다 개별특검법은 입안한다면, 수사처의 설 자리가 없기 때문이다. 물론 수사처도 기능적 문제점은 물론 실무적 무능력을 국민들 앞에 솔직히 시인하고, 앞으로 검찰권력에 대한 통제적 기능을 수행함과 동시에 특별수사기구로서의 역할을 충실히 수행하겠다는 의지를 피력해야 할 것이다.

공수처의 발전을 기원합니다.

---

101) 자세한 내용은 정웅석, 고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해 – 각국의 검찰제도와 비교법적 관점에서 -, 박영사, 2021, 722면 이하 참조.

한국형사소송법학회, 고위공직자범죄수사처,  
한국형사·법무정책연구원 공동학술대회

## 2기 공수처 출범에 따른 운영·발전 방향

### 제1세션: 공수처의 의의 및 기능

사회: 한명관 변호사 (법무법인 바른)

발표: 이근우 교수 (가천대)

토론: 권도형 변호사 (법무법인 LKB, 전 공수처 검사)

최익구 변호사 (서울동부지법 국선전담 변호사)



# 공수처의 의의와 기능

이근우(가천대학교)

## I. 들어가며

처음 당시의 공수처 법안에 대한 반대측 발표를 한 것<sup>1)</sup>이 벌써 7년이 넘었고, 그 사이에 다른 자리에서도 한 두 차례 발표한 적이 있는데, 다시 또 ‘공수처의 의의와 기능’에 대한 발제를 하게 되니 마음이 무겁다. 그동안 어떤 변화가 있고 어떤 부분이 나아졌는가를 검토하는 자리라면 마음이 편하겠지만, 많은 지적이 이어졌음에도 제정 직후에 이루어진 1차례 개정<sup>2)</sup> 외에 제대로 된 제도 개선이 없는 상태이기 때문이다.

‘공수처의 의의와 기능’을 이야기하기에 앞서 ‘공수처의 위상(은 그에 대한 인식)’을 한번 생각해 볼 필요가 있다. 공수처법 제정 무렵과 그 직후에는 공수처는 마치 국가최고권력자라고 할 수 있는 대통령까지도 마음대로 수사할 수 있는 무소불위, 최고의 수사기관처럼 여겨지기도 했고, 공수처법만 통과되면 우리나라 최고위층의 비리를 일소할 수 있는 것처럼 여겨지기도 했다. 이러한 오해는 일반 시민들의 무지에서 기인한 것일 수 있지만, 이 법을 추진한 측이 불러일으킨 오해에서 비롯된 것일 수도 있다. 지금의 시점에서 대다수의 일반 시민들도 공수처는 최고권력자까지도 마음대로 수사할 수 있는 무소불위의 기관으로 생각하지 않고, 실제로 제정된 공수처법 자체가 그러했다.

기준의 경찰, 검찰은 대통령을 수사할 수 없는 기관이었는가? 적어도 이론적으로는 대다수의 범죄를 재직 중에 기소할 수 없을 뿐, 수사까지 금지하고 있는 규정은 없다.<sup>3)</sup> 실제로도 어떤 현직

1) 이근우, “屋上屋, 펜트하우스가 될 것인가 옥탑방이 될 것인가?”, 검찰개혁방안과 고위공직자범죄수사처(가칭)의 신설여부 자료집(한국형사법학회 외 4개 학회 주최)(2017.11.10.). 이후에 일부 수정하여 같은 제목으로 형사정책 제31권 제1호(통권 제57호), 2019.4.에 발표하였다. 그 서두에서 이를 屋上屋이라고 불러야 했던 이유를 아래와 같이 말했었다. “지금 당장 보기엔 이 집이 마음에 안들고, 인테리어 정도 바꿔서는 쉽게 문제가 해결되지 않으니, 옥상에다 멋진 공간을 만들면 좋을 것처럼 보인다. 하지만 이런 증축은 유행 지나면 쉽게 철거 할 수도 없는 계획이 될지도 모른다. 이런 물리적 공간이야 안팔리거나 해도 비워두면 그만이고, 정 안되면 뜯어내고, 집주인이 손해 보면 되는 것이지만 국가기관은 그게 만만치 않다. 하는 일은 없이 조직만 남아 있는 기관이라면 세금만 축내는 정도가 아니다.”

2) 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률[시행 2020.12.15.] [법률 제17645호, 2020.12.15., 일부개정]【제정·개정이유】 고위공직자범죄수사처가 신속하게 출범할 수 있도록 고위공직자범죄수사처장 후보추천 관련 규정을 정비하고, 고위공직자범죄수사처가 수사인력을 원활하게 확보할 수 있도록 수사처검사의 임용요건을 정비하며, 현행 법제도와의 정합성 등을 고려하여 고위공직자범죄수사처장의 재정신청에 관한 특례 규정을 삭제함.

### ◇ 주요내용

- 가. 고위공직자범죄수사처장 후보추천위원회의 위원 구성 시 국회의장은 교섭단체에 10일 이내의 추천 기한을 정하여 위원의 추천을 서면으로 요청할 수 있도록 하고, 추천기한 이내에 추천이 이루어지지 않은 교섭단체가 있는 경우 국회의장은 해당 교섭단체의 추천에 갈음하여 사단법인 한국법학교수회 회장과 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장을 추천위원으로 위촉할 수 있도록 함(제6조제5항 및 제6항 신설).
  - 나. 고위공직자범죄수사처장 후보추천위원회의 의결정족수를 현행 6인 이상에서 재적위원(7인)의 3분의 2 이상으로 완화함(제6조제7항).
  - 다. 수사처검사의 변호사 자격보유 요건을 10년 이상에서 7년 이상으로 완화하고, 재판, 수사 또는 조사업무 실무 경력 요건은 삭제함(제8조제1항).
  - 라. 고위공직자범죄수사처장의 재정 신청에 관한 특례 규정을 삭제함(현행 제30조 삭제).
- 3) 물론 소위 ‘검수완박’에 의한 직접 수사(개시)권 제한은 있다.

대통령의 범죄에 대해서는 그 파면 전에 수사를 진행한 바도 있다. 당시 탄핵으로 대통령직에서 파면된 뒤에 수사가 개시된 것이 아니지 않는가? 그래서 적어도 대한민국의 법률적 현실에 대통령은 내란, 외환죄를 제외하고는 재직 중 소추되지 않을 뿐, 수사조차 받지 않는다는 규정은 없다. 수사의 동력이 되는 국민적, 정치적 열망과 그에 따르려는 수사기관의 의지가 중요한 요소일 뿐이었다.

뒤에서 다시 검토하겠지만, 물론 공수처의 시작점이 된 부패방지위원회에 대한 수사권 부여 혹은 부패방지위원회와 연계된 ‘고비처’<sup>4)</sup>를 구상하던 시기에도 꽤나 타당한 이유가 있었다. 고위공직자 등의 부패범죄는 언론보도나 관련자의 폭로 등을 통해 상당한 사실관계가 드러나는 경우 조차 제대로 수사, 기소되지 않는다는 문제의식이 있었다. 물론 부패방지위원회 역시 국가기관의 하나이지만, 행정 각부의 일부에 속하고 그 지휘, 명령을 받아야 하는 경찰, 검찰과는 다를 것이라는 기대가 있었던 것으로 보인다. 그러나 묘하게도 이를 추진하려 한 것은 시민단체나 야당 뿐만이 아니었고, 그 당시의 집권세력도 있었다.<sup>5)</sup> 그러면 지금 그 후신이라고 할 수 있는 국민권익위원회

- 4) 공수처법 제2조 1호에 “고위공직자”를 규정하면서 사. 「공공감사에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 종 앙행정기관의 정무직공무원이라고 하여 정부조직법이 아닌 공공감사법을 참조지시하는 것이나, ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’ 제59조 제6항은 ‘위원회에 신고가 접수된 당해 부패 행위의 혐의대상자가 다음 각 호에 해당하는 고위공직자로서 부패혐의의 내용이 형사처벌을 위한 수사 및 공소제기의 필요성이 있는 경우에는 위원회의 명의로 검찰, 수사처, 경찰 등 관할 수사기관에 고발을 하여야 한다.’고 규정하면서 1. 차관급 이상의 공직자, 2. 특별시장, 광역시장, 특별자치시장, 도지사 및 특별자치도지사, 3. 경무관급 이상의 경찰공무원, 4. 법관 및 검사, 5. 장성급(將星級) 장교, 6. 국회의원’을 열거하고 있다. 이 규정이 과거에 부패방지위원회에 직접 수사권한을 인정하려 했던 대상이기도 하다. 사실 공수처는 그 이전의 구상대로 ‘고비처’의 형태로 국민권익위원회와 연계하여 설치되었다면 지금보다는 ‘힘 있는’ 기관이 되었을지도 모른다.
- 5) 당시 위원장이었던 이재오 씨의 경우를 생각해보라. 그는 권력이 넘어간 뒤에도 이를 찬성했었다. 경향신문, 안홍욱 기자, 2009.10.19., 이재오 “국민권익위 청와대 직속 검토”([http://m.khan.co.kr/view.html?artid=200910191801065&code=910402&med\\_id=khan#csidx0e112d305a449779186906b6d2a3767](http://m.khan.co.kr/view.html?artid=200910191801065&code=910402&med_id=khan#csidx0e112d305a449779186906b6d2a3767)) ; 시사IN, 장일호 기자(ilhostyle@sisain.co.kr), 2009년 12월 04일 금요일 제116호, 이재오의 ‘한 방’ 정치, 이 기사에서는 “... 역시 ‘왕의 남자’는 뭐가 달라도 달랐다. 전남 담양의 한 주민은 “5년 간 민원을 제기했는데도 해결 안 되던 문제가 한 방에 해결됐다는 게 아직도 믿기지가 않는다”라고 말했다. 뉴스를 접한 누리꾼들은 “20년 전 군대에서 사단장 말 한마디에 나무 뽑아 옮기던 기억이 떠오른다”며 옛 추억에 잠기기도 했다.... ... 지난 11월25일 권익위는 ‘부패방지 및 국민권익위원회 설치와 운영에 관한 법률 개정안’을 입법예고하며 사정기관에 대한 ‘월권’ 논란을 불러왔다. 국무총리 소속인 권익위를 대통령 소속으로 바꾸고, 금융거래정보를 추적하는 계좌추적권도 도입하겠다는 것이다. 지금까지 검찰과 금융감독원만 행사했던 권한이다. 한마디로 권익위가 사정기관 수장 자격으로 지금처럼 뭐든지 ‘한 방’에 해결하겠다는 포부를 밝힌 셈이다. ... 이 위원장의 부지런한 ‘한 방 정치’에 감격한 한 누리꾼은 “권익위가 알아서 다 할 테니 검찰은 놀라가고, 국회는 문 닫아도 되겠다”라며 ‘한 방’ 날렸다. ... ”라고 쓰고 있다. (<http://www.sisain.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=5836>) 이제 와서는 좀 인용하기 민망한 블로그 글(<http://blog.daum.net/loveacrc/941>)도 남아있다. 블로그는 국민권익위원회, 국민의 권익을 보호하고 국민이 보다 더 행복한 사회가 되도록 소통하고 싶은 국민권익위원회 공식 다음 블로그입니다. 라는 설명이 붙어 있는데, 이곳의 이런저런 이야기 코너에는 “권익위 직원=어사 박문수, 이재오=마파?”라는 제목의 글이 ‘국민권익’의 이름으로 2009.10.01. 21:25 字로 올라와 있다. 내용은 어느 하나 틀린 말 없는 이재오 전 국민권익위원장의 2009. 9. 30. 취임사이다.; 세계일보, “이재오 ‘공수처 반대 한국당 속을 모르겠다...檢한테 만날 뒤통수 맞고’” 2019.03.26. 라는 기사를 보면 “공수처 수사대상은 대부분 여권...야당인사를 고위공직자로 임명하는 정부는 없어, 이재오 자유한국당 상임고문은 25일 저녁 CBS라디오 ‘시사자키 정관용입니다’에 나와 최근 정국 현안과 관련해 자신의 생각을 풀어 놓았다. 이 고문은 “(이명박) 정부에 있어 보니까 고위공직자 비리에 대해서는 현직 권력이 현직 검찰이 그걸 수사를 제대로 안 하는 경우도 있고. 수사를 덮는 경우도 있고 축소하는 경우도 있어 2010년인가, 2009년인가 국민권익위원장 할 때 공수처법을 정부 입법으로 발의하려고 준비를 했다”고 공수처법 도입 경위를 설명했다. 이어 “당시 이명박 대통령은 어느 정도 내 말에 동의를 했지만 검찰이나 여러 주변의 분위기가 국민권익위원장이 그걸 발의하면 되겠냐고 해 국회로 돌아가면 발의하겠다고 생각, 2012년 발의하게 됐다”고 했다. 공수처 수사대상에 대해 이고문은 “고위공직자라고 하는 게 다 여당, 여권이다”며 “정부가 임명하는 사람들인데 무슨 정부가 야당을 갖다가 고위공직자로 임명하나요? 안 한다”고 주로 집

회를 상정하고도 같은 논의를 전개할 수 있을까? 아마도 당시 이를 추진했던 사람들조차 여기에 대해서는 회의적일 것이다.

여러 차례 말했지만, 집권 세력이 중하위직 공직자의 비리를 ‘엄단’하는 것을 꺼리지는 않는다.<sup>6)</sup> 물론 前정권 고위층의 비리를 들추는 것에도 거리낌이 없다. 하지만 이러한 상황에서는 기존의 경찰, 검찰도 열심히 수사, 기소할 것이다. 또한 이러한 중하위직 공직자의 개인적 비리를 수사하는 기관에는 형사소송법에 규정된 외에 특별한 수사권한이 크게 필요하지는 않을 것이다. 이러한 상황이라면 특별수사기구는 경찰, 검찰, 법원 등에 대한 수사기구가 아니라면 크게 필요한 조직은 아닐 것이다. 결국 당시의 경찰, 검찰이 제대로 수사하지 않으려하는 사건을 철저히 수사하려는 조직이 아니라면, 이러한 특별수사기구는 그 존재의의를 상당 부분 상실하게 된다.

그런데 대통령을 포함한 최고위층의 ‘권력형’ 비리를 수사하는 것은 앞의 문제와 전혀 다른 문제가 된다. 이들이 적법한 권한행사를 가탁(假託)하여 행한 범죄를 밝혀내는 일은 그 하위직을 포함한 관련자와 상대방에 대한 철저한 수사 없이는 제대로 된 수사가 될 수 없고, 설사 기소가 된다고 해도 대형 로펌을 통하여 형사소송법에 규정된 모든 절차를 활용하여 철저한 방어권을 행사할 것이라는 점을 예상하기는 크게 어렵지 않다.<sup>7)</sup> 그렇다면 이러한 수사기관에는 어느 정도의 인적, 물적 규모가 요구됨은 물론, 다른 수사기관에는 없는 특별한 법률적 수사권한<sup>8)</sup>이 있어야 어느 정도 그러한 기대에 맞는 수사를 할 수 있을 것이다.

그러면 지금의 고위공직자범죄수사처 설치법은 이러한 기능을 다할 수 있도록 규정하고 있는가? 대단히 회의적이다. 최초 부방위 수사권 부여 방안 위에 그 대상자와 범위만 확장시키고 있을

---

권총임을 강조했다. 이 고문은 “제가 발의 고위공직자라고 하는 것이 대개 차관급 이상. 장관, 차관, 국회의원, 군장성, 경찰의 총경 이상, 검사장급 이상, 광역단체장, 그다음에 대통령 친인척 이런 사람들이 다”고 덧붙였다. ◆ 한국당 반대하는 속을 모르겠다...중립장치만 만들면 되는데, 이 상임고문은 공수처 설치에 자유한국당이 반대하는 것에 대해 “그 사람들 속을 모르겠다. 야당이 이걸 제안을 해야 되는데, 야당이 여당을 견제하기 위해서도 제안을 해야 되고 야당이 현재 검찰이나 경찰을 견제하기 위해서도 제안을 해야 된다”고 안타까워 했다. 그는 “왜냐하면 고위공직자라는 것이 여권 인사들로 대통령이 임명하는 사람들이다. 야당이 탄압당할 이유가 없다, 대상이 안 되는데”라며 “국회의원은 야당만 있나요, 여당 국회의원이 없나요?”라고 반문했다. 진행자가 “한국당 주장은 ‘대통령 입맛대로 공수처장 임명하고 공수처에 근무할 검사들도 딱 코드에 맞는 사람들로 밖에서 임명, 야당을 노골적으로 죽이기에 나서는 그런 무소불위의 칼을 쥐려고 하는 것이 아니냐’는 것이다”고 하자 이 고문은 “야당이 맡은 그렇게 할 수 있지만 정 의심이 간다면 공수처 책임자나 검사를 임명하는 데 제도적으로 정권 일방적으로 임명하지 못하도록 제도적으로 보완하면 된다. 공수처 대상이 주로 여권 인사들인데, 고위공직자가. 야당하고 무슨 관계 있나요? 관계 있다면 국회의원 하나인데”라고 답했다. ◆ 공수처 수사와 기소 분리 바른미래당 안...“말도 안돼, 기소할 때 빼버리면 어떻게?”이 고문은 바른미래당의 중대안(공수처를 만들되 수사권만주고 기소권은 주지 말자)에 대해선 “말도 안 되는 소리다”고 일축했다. 이 고문은 “수사하는 사람이 기소해야지 수사 따로 기소 따로? 그건 뭘 모르는 사람들이 하는 얘기다”며 “수사 따로 하고 기소 따로 하면 기소할 때 빼버리면 그건 마찬가지다”고 했다.(<http://www.segye.com/newsView/20190326502922?>)

6) 충북인뉴스, 이재표, 2007.09.19. 16:51. 총리실 산하 암행감찰반의 실체는…민정수석실, 국무조정실 주도 TF팀 구성, 고급 정보 바탕 ‘줘도 새로 모르게’ 활약 기사 참조(<http://www.cbinews.co.kr/news/articleView.html?idxno=39001>); 경향신문, 김석 기자, 2000.10.16., “사직동팀 ‘오욕의 서슬’ 28년 마감”이라는 기사를 보면, “사직동팀이 설치된 것은 1972년 6월. “미국의 연방수사국(FBI)과 같은 조직을 만들라”는 당시 김현옥 내무장관의 지시에 따라 발족한 내무부 치안국 ‘특수수사대’가 현 사직동팀의 모태”라고 한다.[http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=200010161912101&code=910100](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=200010161912101&code=910100) : 시사저널, 정희상 기자, 죽었던 사직동팀이 깨어난다고? 2003.04.03. 청와대 특별감찰반 신설 논란 … 대통령 의지가 성패의 관건(<http://www.sisapress.com/journal/article/85675>)

7) 이미 이를 전직 대법원장의 재판에서 보았다.

8) 대상자의 대다수가 공무소의 장 등이라는 점에서 형사소송법 제110조, 제111조 적용배제는 당연하고, 우리나라에서는 일종의 금기처럼 취급되지만, 참고인 구인제와 제한적 면책조건부 증언제도 같은 것도 검토하였어야 한다. 물론 공수처에만 참고인 구인과 같은 특별한 강제수사권한을 부여하더라도 우리나라의 관행으로 보아 오래지 않아 그 제도는 다른 수사기관에도 허용될 것이다.

뿐, 대한민국의 최고위 권력자들의 범죄를 수사하기에 적합한 특별한 수단은 주어지지 않았고, 그 사이 형사소송법의 적법절차 원칙은 강화되고, 법원의 증거 법칙 인정은 엄격해져 있다. 무엇으로 수사를 할 것인가? 물론 주어진 수단으로 할만큼 했는데, 단서가 없었다거나 범죄 혐의를 가지고 수사, 기소했는데 법원이 무죄를 선고했으므로 어쩔 수 없었다고 할 수도 있지만, 이렇게 되면 애써 예외적 수사기구를 창설한 의의는 상당 부분 사라지게 된다.

## II. 공수처의 의의

### 1. 공수처법의 입법 과정

앞서 간단하게 살펴본 바와 같이 멀리 거슬러 올라가면, 부패방지위원회의 수사권한 부여 법안에 서부터 비롯된 것<sup>9)</sup>이었고, 그것이 어느 정도 형태를 갖추어 지금과 유사한 공수처 법안이 나타난 것은 꽤 오래 전부터이다.<sup>10)11)</sup> 그러다가 법무·검찰 혁위원회의 공수처법의 권고안(2017.9.18.)이 발표되고, 법무부의 고위공직자범죄수사처 설치에 대한 자체 방안 제시된 후 “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안”(송기현 의원 대표발의, 2018.11.12.)이 국회에서 발의되었고, 파견공무원 규정을 둔 백혜련 의원이 대표발의한 법안(의안번호 20029, 2019.4.26. 백혜련 등 12인)이 나왔다.<sup>12)</sup> 이들 법안을 중심으로 현행 공수처법이 제정되었는데, 이를 두고 “국민의 여망 보다 공수처의 조속한 설치를 우선적 목표로 하였기에 입법안이 국회에서 가결됨으로써 결과론적으로 현행 공수처의 조직체계(모형)는 유감스럽게 초소형에 가까운 모형으로 구축되었으며, 공수처가 제 기능을 수행하기에 어려운 조직체계로 설치되어 지방검찰청 산하의 지청에도 미치지 못하는 조직체계를 갖추게 되었다.”고 평가하기도 한다.<sup>13)</sup>

지금까지도 국회에 다양한 공수처법 개정안이 제출되고 있는데, 공수처장의 의사결정권과 인사제 청권을 보장하는 법안(의안번호 9293, 2021.4.2. 전주혜 등 11인), 공수처의 업무과중을 해소하기 위하여 수사관 정원 40명에서 50명 증원, 행정직원 정원 20명에서 40명 증원, 공수처 관장의 사건에 대한 재정신청권의 이행, 공수처법 제44조의 공무원 파견범위와 근거를 확정하는 법안(의안번호 10857, 2012.6.17. 이수진 등 12인), 공수처의 폭증하는 행정업무와 민원처리, 행정심판위원회의 운영 등을 고려하여 행정직원의 정원 20명에서 60명 증원을 제안한 법안(의안번호 11515, 2021.7.14. 송기현 등 11인), 공수처법 제10조 제2항의 단서규정을 삭제하여 공수처

9) 최영승, “고위공직자범죄수사처 설치에 따른 바람직한 입법방향의 모색”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 219면, ‘II. 법안 등장의 배경 및 논의의 경과’ 부분 참조, 이 글은 초기 단계의 참여연대案이 소개되고 있다.

10) 이 시기 이후 공수처 법안에 대한 개략적 평가는 김준성, “공수처법의 문제점과 입법론적 개선방안-고위공직자범죄수사처의 조직체계 및 역량강화의 관점에서-”형사법연구 제34권 제4호(2022 겨울), 한국형사법학회, 259면 이하 ‘2. 공수처 조직체계에 관한 의안의 분석과 문제점’ 참조

11) ‘역사적 제도주의’라는 정치학적 접근법으로 각 시기별 정치상황, 당시 검찰파워엘리트의 세력 등을 서술한 흥미로운 글로는 박지숙/김근세, “고위공직자범죄수사처(高位公職者犯罪搜查處) 신설에 영향을 미친 정치제도 분석”, 의정연구 제27권 제3호(통권 64호), 한국의회발전연구회, 2021. 참조. 이를 118면에서 김대중 정부부터 법률 통과시까지의 과정을 상세하게 서술하고 있다.

12) 당시 법안들에 대한 소개와 평가는 임지봉, “고위공직자비리수사처 법안들에 대한 입법평론”, 입법학연구 제15권 제2호, 2018, 47-70면; 박용철, “‘고위공직자비리수사처 도입에 관한 법률안’ : 쟁점과 전망”, 의정연구 제25권 제3호(통권58호), 119-128면; 정웅석, “고위공직자범죄수사처법의 해석과 운영방향”, 형사소송 이론과 실무, 제12권 제1호, 한국형사소송법학회, 2020.6, 3-4면. 참조

13) 김준성, “공수처법의 문제점과 입법론적 개선방안-고위공직자범죄수사처의 조직체계 및 역량강화의 관점에서-”형사법연구 제34권 제4호(2022 겨울), 한국형사법학회, 261면

에 파견된 검찰청소속 검찰수사관의 파견인원을 수사처수사관의 정원에서 제외하는 방안을 제안한 법안(의안번호 13138, 2021.11.4. 소병철 등 10인), 공수처법 제44조 파견공무원의 구체적 범위 확정과 임기제공무원 임용권을 제안한 법안(의안번호 13280, 2021.11.12. 김영배 등 11인) 등이 있다고 한다.<sup>14)</sup>

## 2. 헌법재판소의 판단

공수처 제정 이전과 직후에는 다양한 의견을 통해 위헌론<sup>15)16)</sup>이 제기되었으나, 헌법재판소는 “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인”[2021.1.28. 2020헌마264, 681(병합)]에서 합헌론에 기반하여 청구인들의 헌법소원을 기각, 각하하였다.<sup>17)</sup> 아래에서는 이 판시사항 중 중요하다고 생각하는 부분을 발췌하여 옮긴다.

정부의 구성단위로서 그 권한에 속하는 사항을 집행하는 중앙행정기관을 반드시 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’의 형태로 설치하거나 ‘행정각부’에 속하는 기관으로 두어야 하는 것이 헌법상 강제되는 것은 아니라 할 것이므로, 법률로써 ‘행정각부’에 속하지 않는 독립된 형태의 행정기관을 설치하는 것이 헌법상 금지된다고 할 수 없다.

공수처법은 이러한 검찰권 중 일부를 수사처에 분산한 것으로, 수사처는 우리 헌법상 본질적으로 행정에 속하는 사무를 수행한다고 할 것이다.

수사처가 직제상 대통령 또는 국무총리 직속기관 내지 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않는다고 하더라도 대통령을 수반으로 하는 행정부에 소속된 행정기관으로 보는 것이 타당하다. 공수처법이 대통령과 대통령비서실의 공무원에 대하여 수사처의 직무수행에 관여하는 일체의 행위를 금지하는 취지는 대통령을 비롯하여 행정부의 고위공직자를 수사 등의 대상으로 하는 수사처 직무의 독립성과 정치적 중립성을 보장하기 위한 것으로, 위 규정을 들어 수사처가 행정부 소속이 아니라라고 볼 수 없다.

중앙행정기관이란 ‘국가의 행정사무를 담당하기 위하여 설치된 행정기관으로서 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 행정기관’을 말하는데(행정기관의 조직과 정원에 관한 통칙 제2조 제1호), 어떤 행정기관이 중앙행정기관에 해당하는지 여부는 기관 설치의 형식이 아니라 해당 기관이 실질적으로 수행하는 기능에 따라 결정되어야 한다. (중략) 비록 정부조직법에 수사처의 설치에 관한 규정이 없더라도 수사처는 국가의 행정사무 중 고위공직자범죄등에 대한 수사와 공소제기 및 그 유지에 관한 사무를 담당하고 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 중앙행정기관으로 보아야 한다.

당초 법무부 산하의 법무·검찰개혁위원회의 권고안에서는 ‘수사처의 예산회계 처리에 대하여 국회나 헌법재판소와 같은 독립기구로 규정함으로써 수사처를 직무상 독립뿐만 아니라 어디에도 소속되

14) 김준성, “공수처법의 문제점과 입법론적 개선방안-고위공직자범죄수사처의 조직체계 및 역량강화의 관점에서-”*형사법연구* 제34권 제4호(2022 겨울), 한국형사법학회, 262면

15) 정웅석, “고위공직자범죄수사처법의 해석과 운영방향”, *형사소송 이론과 실무*, 제12권 제1호, 한국형사소송법학회, 2020.6, 4면 이하 ‘II. 수사처 설치의 위헌성 여부’ 참조. 여기에서 나타난 위헌론의 주된 논거는 ①수사처의 설치, 운영과 관련한 헌법적 근거의 부재, ②헌법상 영장청구권자의 침해문제이다.

16) 위헌론은 아니지만, 장영수, “검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토”, *형사정책연구* 제28권 제1호(통권 제109호, 2017.봄), 131면에서 법률에 의한 독립기관으로서 공수처의 독립성, 정당성 문제를 지적하면서 134면 이하에서는 ‘V. 헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 의미와 구체화 방안’을 상세하게 검토하고 있다.

17) 대상 결정에 대한 상세한 분석은 오병두, “공수처법 제24조 제1항의 의미-헌법재판소 2021.1.28. 2020헌마264·2020헌마681(병합) 결정(전원재판부)-”, *경찰법연구* 제22권 제1호, 한국경찰법학회, 2024, 3면 이하 참조.

지 않는 독립된 기구로 설치할 것'을 권고하였다. 그러나 공수처법 제17조 제6항은 위 권고안과 달리 수사처를 국가재정법 제6조 제1항의 독립기관으로 규정하지 않고, 수사처장이 수사처의 예산 관련 업무를 수행하는 경우 국가재정법 제6조 제2항에 따른 중앙관서의 장으로 본다고 규정하여 수사처의 예산상 독립성을 부정하였다.

수사처장은 검찰총장과 마찬가지로 그 임명에 국회의 동의를 얻어야 하는 것은 아니지만 국회의 인사청문회를 거쳐 임명된다(공수처법 제5조 제1항). 또한 국회는 수사처장에 대하여 탄핵소추를 의결할 수 있다(헌법 제65조 제1항, 공수처법 제14조). 수사처장은 국회의 해임건의 대상이 아니나, 국회의 해임건의권은 국무총리와 국무위원에 대하여 정치적 책임을 물기 위한 것으로서, 해임건의 사유에는 법규범에 대한 위반뿐만 아니라 정치적 무능, 정책결정상의 과오, 부하직원의 과오 등 정치적 책임을 추궁할 수 있는 모든 경우가 포함된다. 따라서 수사처의 정치적 중립성 내지 직무의 독립성을 보장하는 차원에서 볼 때 검찰총장과 마찬가지로 수사처장을 해임건의 대상에서 제외하는 것이 더 바람직하다고 할 것이다.

나아가 국회는 수사처장에 대하여 국회 출석 및 답변을 요구할 수 있고, 수사처장은 수사나 재판에 영향을 미치지 않는 한 국회에 출석하여 보고하거나 답변하여야 한다(공수처법 제17조 제2항). 여기서 '수사나 재판에 영향을 미치지 않는 한'이라는 조건이 붙는 것은 국정감사나 조사가 계속 중인 재판 또는 수사 중인 사건의 소추에 관여할 목적으로 행사되어서는 아니 되는 것과 같은 이유로 (국정감사 및 조사에 관한 법률 제8조) 수사처의 정치적 중립성 내지 직무의 독립성을 보장하기 위한 당연한 제한이라 할 것이다.

또한 국회는 다른 중앙행정기관과 마찬가지로 수사처의 예산안에 대한 심의·확정권을 갖는다.

행정부의 내부적 통제의 측면에서 볼 때에도, 공수처법은 수사처장으로 하여금 소관 사무와 관련된 안건이 상정될 경우 국무회의에 출석하여 발언할 수 있도록 규정하여(제17조 제3항) 수사처 사무가 국무회의의 토론 과정을 통해 조정될 수 있는 장치를 마련해두었다. 또한 수사처는 감사원의 감찰 대상도 된다(감사원법 제24조 제1항 제1호). 수사처검사와 수사처수사관이 공수처법에 따른 직무와 권한 등을 행사할 때에도 임의로 이를 행사할 수 없고 검찰청법과 형사소송법에 따라야 한다(공수처법 제47조 참조). 수사처장이 수사처검사의 범죄 혐의를 발견한 경우에는 관련 자료와 함께 이를 대검찰청에 통보하도록 하여(공수처법 제25조 제1항) 수사처검사의 범죄에 대한 통제절차도 마련되어 있다.

수사처의 수사대상 중 상당 부분은 정무직 공무원으로, 정무직 공무원은 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의가 필요한 공무원과 고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령비서실 및 국가안보실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원을 말하는데(국가공무원법 제2조 제3항 제1호), 높은 수준의 청렴성을 필요로 한다. 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상의 경찰공무원, 대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원·감사원·국세청·공정거래위원회·금융위원회 소속의 3급 이상 공무원 등은 정무직 공무원은 아니지만, 해당 기관 업무의 특수성을 고려할 때 마찬가지로 높은 수준의 청렴성이 요구되고 독립적인 기관에서 수사 등을 수행해야 할 필요성이 크다. 뿐만 아니라 수사처에 의한 수사나 기소의 대상이 되는 범죄는 공무원의 직무와 관련되는 범죄로 한정되므로, 고위공직자와 그 가족 등을 수사처에 의한 수사 등의 대상으로 한정하였다 하더라도 이를 불합리한 차별이라고 보기 어렵다.

## 2. 긍정적 입장

공수처법 제정의 의의를 긍정적으로 평가하는 입장에 있는 글<sup>18)</sup>을 소개한다. 이 글은 함축적으로

이 법이 제정되기까지의 경과와 의의를 보여주고 있다.

공수처법의 제정 의의는 크게 세 가지로 구분하여 살펴볼 수 있다. 첫 번째는 권력층 부정부패 수사를 담당할 독립 수사기구의 출범이다. 1996년 참여연대의 입법청원에서 시작된 고위공직자비리 수사기구 설립이 2020년에서야 실현된 것이다. 기존 공직자 감찰제도나 특별검사제로는 권력층의 비리 수사와 처벌을 제대로 하기 어려웠던 상황에서, 상시적 수사를 담당할 수 있는 독립 수사 기구의 출범은 그야말로 반부패 정책의 기념비적 결실이라고 평가할 만하다. 고위공직자의 비위에 대해서는 감찰이 제대로 작동하기 어렵고 징계 절차의 진행과 결과가 불투명한 것이 고위공직자 비위의 특징이다. 더구나 대부분 정무직이라는 특성상 법적 책임에서 제외될 가능성까지 높은 것이 현실인 점도 고려할 필요가 있다. 이러한 고위공직자의 비위와 범죄형의에 대하여 신속히 수사기관이 강제적으로 접근할 수 있는 제도가 마련된 것으로, 독립 수사기구의 설립은 바로 반부패 정책의 핵심 중의 핵심이라고 평가할 수 있다.

두 번째는 공수처의 활동은 검찰개혁론의 출발점이 될 수 있다는 점이다. 국가 형벌권 집행기관 중에서 가장 중심적인 위치를 차지하는 검찰은, 수사의 시작과 종결, 재판의 시작과 진행까지 이어지는 전체 형사절차의 주요 부분을 담당한다. 검사는 수사자회권(수사통제권)·영장청구권·수사권·기소권·공소유지권·형벌집행권을 행사하게 되므로 다른 수사기관에 비하여 우월적·독점적 지위를 갖고 있다. 이러한 검사의 권한과 검찰의 권력화에 대한 문제의식과 개선 요구가 공수처를 출범시킨 동력이 된 것이다. 이제까지 공직자 부패수사는 검찰의 대표적인 직접수사 영역으로 검찰의 재량과 권한이 집중되는 분야였다. 이러한 수사영역에서 검찰은 공수처와 병렬적 위치에 서게 되었고 경제관계에 놓이게 되었다. 검찰 입장에서는 검사의 지위를 갖는 수사처검사가 수사를 하고 일부 기소를 하게 되는 검찰권 분점 상황을 마주하게 된 것일 뿐만 아니라, 수사처검사가 바로 검사의 공직자범죄를 직접 수사하여 기소하는 권한을 가지게 된 것이다. 검찰개혁론의 결실이라고 평가받는 공수처는 다시 검찰을 개혁시키는 동력이 될 것이라고 예상해본다. 검찰분권화 관점에서 설립된 공수처는 그 성공적인 운영과 수사절차를 통하여 다시 검찰중립화 관점에서 검찰개혁을 촉진할 잠재력을 가지고 있다.(문준영, “검찰개혁론의 귀결이자 미래로서의 공수처: 한국적 맥락과 비교법적 의미”, 박준휘 외, 『고위공직자범죄수사처에 관한 연구』, 한국형사정책연구원(2019.12.), 264-266면.) 공수처 초기에는 검사들의 비위와 범죄에 대한 수사가 집중될 수 밖에 없고, 공수처 설립 전에는 보기 어려웠던 검찰에 대한 사정 기능의 활성화는 당장은 형사절차의 혼란을 초래하는 현상이라고 비판받을 수는 있지만, 장기적으로는 검찰개혁을 이루는 토대가 되는 선순환 구조를 확립할 것이다.

세 번째는 공수처와 수사처검사의 존재는 기존의 검사 중심 통일적 수사절차에서 새로운 다원적 수사절차로 변화되는 계기가 될 것이라는 점이다. 이제까지 수사절차 개혁논의와 관련하여서는 대부분 검사의 지위·소속·권한 등이 주요 논점이었다. 그러나 검사의 수사주체자 지위 폐지와 수사처검사의 등장은 검찰권 분할의 직접적인 계기가 되고 있으며, 이는 향후 검찰의 직접수사권 축소 내지 폐지 여부에 따라서는 다양한 특별수사기구 소속 검사의 등장을 예고하는 부분이다. 당분간 지속적으로 수사절차에서 공수처와 검찰의 이견과 논쟁이 발생할 것이며, 그 과정에서 각 수사기관의 독자적인 수사절차 행정입법의 차원을 넘어 법률로 전체 수사절차가 규율되어야 할 필요성이 높아질 것이다. 수사절차 개혁의 핵심은 일차적으로는 검사와 수사처검사의 이원적 수사절차 확립이겠지만, 검사 중심의 수사절차가 아닌 다양한 수사주체의 권한과 행사절차를 규율하는 통일된 수사절차 입법화의 방향으로 변화할 필요가 있다. 그 목표는 수사개시와 수사종결, 기소권 행사절차에서

18) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구- 공수처 수사절차를 중심으로 -, 인하대학교 대학원, 2022.2. 34-35면

민주적 법치주의의 헌법이념을 적극적으로 실천하는 것이라고 하겠다.(35면)

공수처 설립과 관련하여 제기된 헌법상의 쟁점은 ①권력분립원칙 문제와 ②검찰권 침해문제로 나눌 수 있다. 헌법재판소는, 고위공직자 범죄척결로 공직사회에 대한 신뢰를 높이고, 검찰 독점적 권한에 대한 견제장치를 마련하기 위한 점, 고위공직자를 수사대상으로 하므로 중립성과 독립성이 중요하다는 점을 근거로 공수처의 독립행정기관성을 인정하였다. 또한 공수처에 대한 통제장치로 국회의 법률개폐권, 입법부·행정부·사법부 등 공수처 구성 관여권 등을 근거로 합헌성을 인정하였다. 이로써 특별수사기구에 대한 검사지위론과 관련된 검찰권 침해 논란도 종식할 수 있는 헌법적 근거가 마련되어 수사구조와 관련하여 입법 형성 자유가 인정됨을 명확히 하였다.

공수처는 정부 부처 어디에도 소속되지 않은 ①독립적 수사기관, ②우선적 수사기관, ③상설 특별 검사라는 통합적 사정기관으로서의 ‘독립행정기관’이다. 공수처의 수사모형으로 초기에는 부패척결형과 검찰분권형이 논의되었으나, 실제 출범한 공수처는 특별검사 모형과 검찰특수부 모형의 혼선을 보이고 있다. 중요한 점은 공수처가 검찰특수부 모형으로 조직·운영되면 검찰 직접수사의 문제점을 그대로 이어받을 수 있으므로 상설 특별검사 모형으로 공수처를 운영할 필요가 있다고 본다. 수사처검사의 자격요건을 검사에 비하여 강화하고 정년제를 인정하지 않는 등 독립성을 기하기 위한 규정 등은 공수처가 일반 검찰의 특별한 모형이 아닌 특별검사로서의 역할을 수행하도록 공수처를 설계한 것이기 때문이다. 공수처에 부여된 집중적 권한 통제를 검찰의 기소·불기소 결정권을 통해서, 즉 경찰에 대한 검사의 사법적 통제 유사의 방식으로 공수처를 통제한다는 해석은 지양할 필요가 있다. 비록 공수처의 권한 통제를 위해서 국민적 참여를 통한 민주적 통제방안을 도입하지 않은 점은 공수처법의 가장 아쉬운 부분이긴 하지만, 그렇다고 공수처의 통제를 검찰의 기소·불기소 여부에 좌우되게 하는 것은 공수처의 설립 목적에 반하므로 타당하지 않다고 생각한다. 공수처 수사절차의 구체적 문제점과 개선방안은, 검찰권독점의 폐해를 개혁하고 고위공직자의 청렴성을 확보하기 위해 도입된 공수처법의 본래 입법목적과 국민 참여의 민주적 법치주의 실현방안이라는 관점에서 검토할 필요가 있다.(120면)

여기에서 알 수 있는 것은 본래 공수처 설립 논의는 초기에 싱가포르의 탐오조사국이나 홍콩의 염정공서 등을 염두에 두고 고위직에 대한 반부패수사기구 구상으로부터 시작되어 후에 여기에 검찰개혁이라는 새로운 과제가 엮어지게 되어 검찰의 권한을 일정 부분 나누어 가지는 특별수사기구로서 전화(轉化)<sup>19)</sup>된 것이라는 점이다.<sup>20)</sup> 전자를 ‘부패척결형’이라고도 하는데, 부패범죄 수

19) 다른 견해로 정웅석, “고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해”(박영사, 2021), 62-59면에서는 신설의 배경으로 ① 검찰이 정치권력의 도구로 쓰인다는 데 대한 불신, ② 검찰권 행사가 편파적이고 불공정하다는 의심, ③ 검찰권 행사가 성역이 존재한다는 의심, ④ 한국검찰의 무소불위의 권력 견제 수단 등을 들고 있어서 그 이전 시기에 존재했던 반부패수사기구 창설론의 영향을 낮게 보고 있다. 물론 이런 입장에도 타당성을 있는데, 독립적 반부패수사기구론이 좀처럼 힘을 얻지 못하다가 검찰개혁론과 결합하면서 입법이 가속화된 측면이 보이기 때문이다.: 공수처법 제정이 힘을 얻어가던 시기의 환경을 보여주는 글로는 하태훈, “대한민국 검찰의 일그러진 자화상: 신뢰와 정의의 회복을 위하여”, 동아시아재단 정책논쟁(2016년 10월 18일), 동아시아재단이 있다. 이 글은 “현직 검사장과 현직 부장검사 뇌물수수 혐의로 구속, 충격적이지만 이것이 대한민국 검찰의 자화상이다. 소위 스폰서 검사 사건, 부정부패 사건이 끊이질 않는 이유가 무엇인가. 수사권과 기소권, 영장 청구권 등 권한을 독점한 검찰이 무소불위의 권력기관이 되어버렸기 때문이다. 그 권한으로 검찰 비리가 발생해도 축소하고 왜곡해 제 식구의 비리를 감싸주었기 때문에 검찰 비리가 잊을만하면 또 발생했던 것이다. 나락으로 추락한 검찰의 신뢰와 공정성을 회복하기 위해서는 검찰이 행사하는 막강한 권한을 나누고 통제해야 한다. 검찰조직을 변화시켜야 한다. ‘정치적으로 독립된 검찰’, ‘민주화의 가치와 인권의 가치를 존중하는 검찰’, 거악을 척결하는 공정과 청렴의 아이콘, 검찰’로 변화될 수 있도록 고강도의 검찰개혁이 이루어져야 한다.”는 표제로 시작한다.

20) 오병우, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구”, 형사정책(제24권 제2호), 한국형사정책학회(2012. 8.), 36-37면.

사 전문 조직이기는 하지만, 싱가포르의 탐오조사국이나 홍콩의 염정공서 등과 같이 도시국가적 성격을 가진 나라들의 모델을 참조한 까닭에 토지관할에 관한 고려도 생략되어 있고, 수사권만 있는 조직이고 주된 대상도 경찰을 포함한 중하위직 공무원이므로, 검찰보다는, ‘경찰’과 경쟁관계에 있는 수사조직으로 보는 편이 더 자연스럽다.

반면 ‘검찰분권형’은 수사권과 기소권한을 포함하는 검찰권을 분점하는 방식으로 구성되기 때문에 대상 범죄도 부패범죄에 한정되지 않고 직무범죄를 넓게 포함시키게 된다. 이 경우 특별검사 형태와 유사하게 되어 초기 논의에서는 검찰권의 독점을 해체하고 병존적 검찰권을 행사하는 형태에 가까워 진다, 그런데 이러한 모델은 최근 민주당 일각의 주장처럼 검사의 수사권한을 완전 배제하고, 공소청으로 전환시키자는 논의와는 충돌하는 면이 있다.<sup>21)</sup> 다시 말해서 검찰청 검사는 수사권한이 없는데, 공수처 검사는 수사권이 있는 경우가 발생하는 것이다.

과거 우리나라에서 재벌을 포함한 고위층의 수사를 주로 담당했던 대표적인 기관은 대검 중수부<sup>22)</sup>, 검찰 특수부 같은 기관이었다고 할 수 있다. 이들의 활약(?)을 익히 아는 바이지만, 대부분 초(!)고위층의 의지나 묵인 하에 수행되어 온 수사였다고 할 수 있다. 그러다가 검찰 수사의 공정성이 의심받는 경우에 미국 제도를 참고한 특별검사 제도가 도입되어 정치권의 합의를 거쳐 특별법 형태로 개별 특검법을 제정한 후 그에 따라 특별검사가 임명되어 수사하는 방식을 활용하여 왔다. 이 경우 특별검사와 특별검사보는 외부 인력이지만, 실질적으로 수사를 담당하는 인력은 검사나 수사관 모두 검찰에서 파견 받는 형식이어서 특별검사와 특별검사보의 수사 의지, 감독 기능에 수사의 성패가 좌우되었다. 특별검사는 행정부 어디에도 소속되지 않은 채 독립적으로 수사를 진행할 수 있는 권한이 넓게 인정되는 장점이 있지만, 특정 근거 법률에 따라 설치된, 대상 사건에 대한 일시적 수사기구이므로 수사 범위와 기간이 엄격히 제한되는 한계를 가지고 있다. 역대 특검 가운데 성공적이었다는 평을 듣는 특검은 거의 없고, 그나마 전직 대통령 수사, 기소에 성공했던 분은 부패 사건으로 1심에서 유죄를 선고 받고, 다른 특정경제범죄 가중처벌법 위반(수재 등) 사건으로는 징역 12년이 구형되어 2025년 2월 13일 1심 선고를 앞두고 있고, 함께 기소된 前특검보는 징역 7년과 별금 6억원 및 추징금 1억5천만원을 구형받은 상태이다. 물론 당시에 이름 높았던 역대 대검 중수부장들도 그 이름이 마지막까지 아름다웠던 경우는 드물다.

검찰청 특수부는 검찰청 소속이므로 검찰권의 특성과 검찰조직의 속성을 그대로 지니는데, 검찰 내 직접수사 영역은 전국검찰청에서 검사와 수사관을 차출하여 언제든 팀을 구성하거나 증원할

21) 물론 지금의 민주당의 방식 즉 형사소송법에서는 검사의 수사권이 인정되는 것으로 하고 검찰청법에서 그 개시권을 제한하는 방식인 경우이다. 과거 수사권조정 논의에서는 ‘수사는 경찰, 기소는 검사’라는 도식을 주장한 분도 꽤 있었는데, 그 분들이 현재의 공수처법안도 지지한 것을 보면 뜨악했던 기억이 있다. 그 논리라면 공수처검사는 검사가 아니어야 한다.

22) 김준성, “공수처법의 문제점과 입법론적 개선방안-고위공직자범죄수사처의 조직체계 및 역량강화의 관점에서-”형사법연구 제34권 제4호(2022 겨울), 한국형사법학회, 255면, 각주 13)에서는 “대검찰청 중앙수사부는 역사적으로 청와대나 검찰총장의 하명수사에 의하여 권력층 인사들을 수사하여 검찰 내의 검찰이라는 표현으로 또는 성역 없는 수사권으로 검찰권의 상징과도 같았다. 하지만 대검 중수부는 이로 인하여 표적사정기관 내지 정치검찰이라는 오명에서 자유롭지 못했다. 결국 노무현 대통령의 서거를 기점으로 하여 대검 중수부의 폐지가 본격화되었으며, 이를 박근혜 대통령이 대선공약 이행의 측면에서 제안을 하였고, 이에 채동욱 검찰총장이 이를 수용하여 대검 중수부는 폐지되었다. 물론 대검 중수부의 폐지는 계속해서 제기되고 있는 ‘공직자비리수사처’ 설치의 정치적 압박을 감쇄하기 위한 결단이었다고 할 수 있다. 대검찰청은 중수부의 폐지에 따른 후속조치로서 서울중앙지검 특수부에 조직과 기능을 강화하여 과거의 대검 중수부와 유사한 모형을 갖추게 하였다. 이러한 측면에서 볼 때 최소한 현행 공수처의 조직체계는 특검제도의 인력과 비슷한 구조로 상시 운영 되어야 하며, 적어도 규모를 떠나서 조직과 기능의 측면에서 과거의 대검 중수부의 모형과 유사한 조직체계를 고려하여 구축하는 것이 합당하다.”고 한다.

수 있고, 검찰이 수집한 각종 정보도 활용할 수 있고, 검사가 영장청구권을 직접 가지고 기소 대상, 기소 범위와 기소 여부를 결정할 수 있기 때문에 관련자 조사에도 유리해서 검찰 지휘부의 수사 의지가 있다면 수사의 효율성에서 보면 상당한 우위에 있다. 그러나 동시에 검찰 지휘부의 영향 하에 있기 때문에 정치적 색깔이 짙은 사건의 경우 그 수사의 신뢰성에 의문이 제기되었다. 이러한 배경 하에서 공수처법은 2020.1.14. 제정, 2020.7.15. 시행되었지만, 당시 야당의 반대로 공수처장 임명이 지연되었고, 2020.12.15. 임명 절차를 대폭 수정하는 내용으로 법률을 개정 하여, 2021.1.21. 공수처가 출범하여 업무를 시작하게 되었다.<sup>23)</sup><sup>24)</sup> 하지만 비교적 오랫동안 계속된 학문적·제도적 논의의 결과가 입법에 반영되지 못하고, 여당이 신속처리 법안으로 지정한 후 ‘결단적’인 차원에서 입법화됨으로써 현행 형사사법체계와 부정합을 이루는 것은 공수처가 앞으로 풀어야 할 과제라는 지적<sup>25)</sup>에 동의한다.

### 3. 현행 공수처 구성 형태의 평가

앞의 글에서는 현행 공수처 구성 형태를 다음과 같이 평가하고 있다.<sup>26)</sup>

#### 나. 현행 공수처 모형

새로이 설립되어 운영되는 공수처의 조직과 활동을 보면, 지난 입법과정에서 주로 논의되었던 반부패 특별수사기구의 비교법적 모델보다는, 검찰 내의 소규모 검찰청 내지는 ‘서울중앙지검 제3차장 산하의 특수부’ 모형에 가까운 업무수행방식을 취하고 있으며, 기존의 특별검사가 과거의 ‘대검찰청의 중수부’를 모형으로 한 것과도 거리가 있다. ‘옥상옥’이라는 비판은 이러한 검찰과의 중첩적 업무수행으로 검찰과의 차별성을 발견하기 어려운 것에 기인하는 점이 크다고 하겠다. 직접수사를 둘러싼 검찰불신에 대한 검찰개혁론과, 공직자부정부패수사를 위해 도입된 특별검사제도의 ‘일시성’이라는 한계를 개선하기 위해 상설 특별검사제도로 입법화한 것이 공수처임에도, 공수처가 상설 특별검사의 모형이 아닌 검찰특수부 모형으로 조직·운영되는 것은 검찰 직접수사의 문제점을 그대로 이어받을 수 있는 부분이다. 공수처를 독립조직으로 하고, 수사대상범죄를 한정하며, 수사의 우선권을 부여하는 반면에 수사인력을 최소화한 점은 특별검사제도의 특징이라고 할 수 있다.(92면)

한편 고소·고발사건을 취급하고, 공수처장을 정점으로 차장과 부장, 수사처검사 직제를 갖추고 수사 과를 운영하는 점 등은 검찰청 모형의 요소라고 할 수 있다. 그러면서 검찰조직과의 인적 구성 분리, 검사의 고위공직자범죄에 대한 전속적 수사관할과 기소권 부여 등은 검찰견제를 위한 개혁 요소를 반영한 부분이다. 다수 목적이 혼재된 공수처의 수사모형은 고위층 비리에 대한 집중 수사보다는 검사에 대한 수사가 주된 기능이 되게 함으로써 공수처의 위상을 단순 검찰권 견제 수사기관 정도에 머무르게 할 우려가 있는 점을 직시할 필요가 있다.

23) 공수처의 구성, 수사에 관한 주요 쟁점에 대한 압축적 소개로는 이창현, “우리나라의 최근 수사체제의 변화”, 형사소송 이론과 실무 제13권 제4호, 한국형사소송법학회, (2021.12) 84면 이하, ‘V. 고위공직자 범죄수사처’부분 참조, 다만 비교적 진조하게 제도를 소개한 것과 달리 95-98면의 결론에서는 그간 드러난 문제점을 지적하고 있다. 물론 이 글은 공수처 자체보다는 최근 전반적으로 급격하게 변화된 수사 환경을 소개하면서 ‘영미법계 형사소송에서의 기소사실인부절차(arraignment)나 유죄거래협상(plea bar gaining) 등의 제도를 수용하기 위한 적극적인 논의도 필요하다는 정도로 마무리 짓고 있다.

24) 당시 통과된 공수처법의 독립성, 중립성에 대한 우려는 박찬걸, “고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토”, 형사정책 제32권 제1호(통권 제61호), 2020.4., 131면 이하 참조

25) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구- 공수처 수사절차를 중심으로 -, 인하대학교 대학원, 2022.2., 91면

26) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구- 공수처 수사절차를 중심으로 -, 인하대학교 대학원, 2022.2., 91-92면

#### 다. 상설 특별검사제도로서의 공수처

공수처는 기본적으로 상설 특별검사제도이다.<sup>27)</sup> 이제까지는 그 역할을 실질적으로는 대검 중수부가 했었고, 대검 중수부 폐지 이후로는 서울중앙지검 특수부가 해 왔는데 그로 인한 검찰권력 강화와 검찰 정치화의 폐해를 개혁하기 위해 공수처가 설립된 것이다. 공수처는 상설 특별검사 모형으로 조직되고 운영될 필요가 있다고 본다. 독립행정기관으로서 수사의 독립성과 종립성을 보장하면서, 수사권과 일부 기소권을 인정하기 위해 ‘수사처검사’라는 검찰제도의 변형까지 가져온 것이 바로 공수처의 설립 이유이다. 고위공직자의 범죄혐의가 있다면 언제든 수사에 착수하여 헌법과 형사소송법이 요구하는 절차를 준수하여 공정하게 수사함으로써 국민적 의혹을 규명하고 그에 따른 법적 책임과 사안에 따라서는 국회를 통한 정치적 책임까지도 지도록 만든 국가기관이라고 할 수 있다.

이 글에서 특히 주목할만한 점은 대통령이 공수처에 업무보고나 자료 제출 등 직무수행에 관여하는 일체의 행위를 할 수 없도록 한 규정(제3조 제3항)과 공수처장에게 국회의 요구가 있을 때에는 수사나 재판에 영향을 미치지 않는 한 국회에 출석하여 보고하거나 답변할 의무를 부과한 규정(제7조 제2항)을 대비하면서 공수처장의 임명을 위한 공수처장후보추천위원회를 국회에 구성하고 국회는 공수처에 대한 국정감사권을 가지며, 공수처장·차장·수사처검사에 대한 탄핵소추 의결권도 가진다는 점도 공수처장이 국회에 책임을 지는 구조로 이해할 수 있다고 한다.<sup>28)</sup>

이러한 측면을 좀 더 강조한다면, 일반 검찰권이 대통령을 수반으로 하는 행정권 소속이라면, 그에 비하여 공수처는 그 구성, 활동, 감독에 있어서 국회의 영향력이 강하게 미치는 검찰권으로서 기능한다고도 할 수 있을 것이다. 물론 다소 과장된 것일 수는 있으나, 그동안 특정 사안에 대하여 무수하게 설치되었다가, 뚜렷한 결과를 남기지 못하고 사라진 개별 특검법상의 특별검사와 달리 국회의 일정한 감독 하에서 상설조직으로 운영된다는 점에서 그 의의를 인정할 수 있을 것이다. 물론 국회도 수사권, 기소권 자체에 대해서 영향력을 행사할 수는 없으며 그 당부는 결국 법원의 판결에 의할 수밖에 없다. 그런데 문제는 이러한 형태는 우리의 정치 지형의 영향을 그대로 받을 수밖에 없다는 점이다. 대통령이 소속된 여당이 다수당인 경우와 야당이 다수당, 특히 절대 다수당인 경우가 다 다를 것인데, 공수처의 구성, 운영 전반에 국회의 영향이 강하게 미치는 경우 공수처의 독립성이 심각하게 위협 받을 수 있게 되는 것이다.<sup>29)</sup>

### III. 고위공직자범죄의 우선적 수사기관성(?)

공수처의 위상 혹은 성격 규정과 관련해서 앞서 참고한 글<sup>30)</sup>에는 ‘고위공직자범죄의 우선적 수사

27) 김준성, “공수처법의 문제점과 입법론적 개선방안-고위공직자범죄수사처의 조직체계 및 역량강화의 관점에서-”*형사법연구* 제34권 제4호(2022 겨울), 한국형사법학회, 252-253면, “공수처는 제도특검이 상설화된 기구특검이며, 고위공직자범죄에 대하여 수사와 제한적 기소를 행사할 수 있어서 특별검찰청에 해당하는 성격과 권한을 가지고 있다.”는 표현도 이러한 인식을 담고 있는 것으로 보인다. 반면에 오병우 교수는 이러한 인식이 “이러한 접근은 오히려 공수처법이 비상설기구인 특검적 사고방식을 그대로 답습한 입법이어서 공수처의 정상적인 발전을 막고 있다는 사실을 가리게 만든다.”고 하여 공수처법에 대한 오해를 불러일으킬 수 있는 것으로 본다. 오병우, “*공수처법의 입법형식상 문제점과 개정방향*”, 189면

28) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구- 공수처 수사절차를 중심으로 -, 인하대학교 대학원, 2022.2., 95면

29) 이 점을 강하게 지적하고 있는 글로는 이창온, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 해석상 문제점에 대한 비판적 검토”, *법학논문집* 제44집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2020, 137-177면 참조

30) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구- 공수처 수사절차를 중심으로 -, 인하대학교 대학원, 2022.2., 102면은 ‘제2절 고위공직자범죄의 우선적 수사기관’이라는 제목 하에서 ‘1. 영장청구

기관'이라는 것이 제3장 공수처의 지위와 역할 제2절의 제목으로 나오고 있는데, 이 절 제목에는 상당한 의문이 있다. 본문 내용에 이 부분에 대한 특별한 설명이 보이지 않는데, 아마도 '이첩요구권'이 가장 큰 논거가 되는 것은 아닌가 한다. 공수처의 이첩요구권을 근거로 공수처가 '고위공직자범죄의 우선적 수사기관'이라고 보는 것에는 약간의 비약이 있는 것으로 보인다.

공수처법을 포함하여 어느 법률에도 고위공직자범죄에 대하여 공수처가 우선‘개시’권을 가진다고 규정하지는 않는다. 다시 말해서 공수처의 수사권한의 존재가 다른 수사기관의 수사개시를 방해하지는 않는다. 극단적으로 보면, 사법경찰직무법이 규정하는 특사경 중 공간적 수사권한을 갖는 특사경이 해당 공간 내의 고위공직자범죄를 수사해도 위법은 아니다. 각 수사기관은 각자의 수사권한 내에 있는 것이라면, 그 대상자가 고위공직자라고 하더라도 수사개시권한을 행사할 수 있는 것이다.

다만 공수처법에 약간 특이한 형태로 이러한 인식의 단서가 될 수 있는 규정이 있기는 하다. 즉 ‘제24조(다른 수사기관과의 관계) ② 다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄 등을 인지한 경우 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야 한다. ④ 제2항에 따라 고위공직자범죄등 사실의 통보를 받은 처장은 통보를 한 다른 수사기관의 장에게 수사처규칙으로 정한 기간과 방법으로 수사개시 여부를 회신하여야 한다.’는 규정이 그것이다. 이 규정만 보면 타 수사기관은 고위공직자범죄등을 인지하는 즉시 공수처장에게 통보하고 이러한 통보를 받은 공수처장이 다른 수사기관의 장에게 수사개시 여부를 회신하여야 한다는 취지이므로, 이 규정만 보면 타 수사기관은 인지하더라도 공수처의 회신 전에는 수사를 개시하지 못하는 것처럼 여겨질 수 있으나, 동조 제1항이 ‘수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 처장이 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 수사처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 한다.’고 규정한 것은 이미 다른 수사기관이 공수처 수사대상 범죄에 대한 수사를 개시하고 있음을 전제로 하는 것이다. 즉 제2항, 제4항 규정을 지나치게 적극적으로 해석하지 않는다면, 해당 규정은 수사기관 간에 중복수사 등을 방지하기 위한 협력규정으로도, 타 수사기관의 부실수사에 대비하는 보충적 규정으로도 해석할 수 있는 것이다.

물론 2017년 법무·검찰개혁위원회의 법률안에서는 ‘다른 수사기관이 고위공직자범죄 등의 수사에 착수한 경우에 지체없이 그 요지를 처장에게 통지하여야 하고(안 제20조 제1항), 처장은 공수처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단한 때에는 다른 수사기관에 그 사건의 이첩을 요구할 수 있는데 다른 수사기관은 강제처분을 행하거나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다(안 제20조 제2항)’고 규정하였다고 한다. 즉, 타 기관의 공수처에 대한 수사착수사실 통지조항을 제일 앞에 위치시킴으로써 타 수사기관의 수사개시 통지가 사실상 공수처의 수사의 단서가 되도록 하였음을 확인할 수 있고, 거기에 더하여 공수처 검사가 수사 중인 사건과 동일한 사건을 수사하는 기관은 그 사건을 공수처로 이첩하여야 한다(안 제20조 제3항)고 규정해 놓아 다른 수사기관의 의무이첩 조항까지 규정함으로써 공수처의 실질적인 이첩요청권을 보장토록 하였다고 한다.<sup>31)</sup>

그러나 지금의 공수처법에 규정된 이첩요청권 자체를 과도하게 해석할 필요는 없고, 결국 공수처장이 사건의 진행과 당시까지 밝혀진 상황을 고려하여 적절히 운영하는 것 정도로 해석할 수는 없을까 하는 소박한 의문이 있다. 즉 이를 ‘우선적’인 것이 아니라, ‘보충적’인 것으로 해석하는 것이다. 언론보도나, 통보 내용 등에 비추어 타 수사기관이 당시 사건의 진행 과정-사실관계가

---

권 논쟁, 2. 기소권 인정 여부 논쟁, 3. 수사의 관할’을 다루고 있다.

31) 예상균, “고위공직자범죄수사처 이첩요청권 행사 갈등 극복을 위한 수사기관 간 협력관계 설정”, 인권과정의 통권 510호, 157-158면

드러나는 과정-에 따르는 적절한 수사권한을 행사하지 않는 것으로 판단되는 경우에 공수처장이 이첩을 요청하여 공수처가 사건 수사를 담당할 수 있도록 하는 권한으로 해석하는 것이다. 물론 이러한 이첩요청권한은 타 수사기관이 강제수사에 돌입하는 등 상당한 정도로 진행되고 있다면 자제되어야 하고, 이러한 경우 이첩요청을 거부할 수 있도록 하는 규정을 둘 수도 있을 것이다.

타 수사기관 입장에서 굳이 열심히 수사해봐야 그것을 그대로 공수처가 가져가서 생색낼 뿐이라면 열심히 수사하지 않아도 된다는 생각이 들지는 않을까 하는 의문이 있다. 이러한 특별 법안을 만들어서 견제해야 할 정도의 큼직한 사건을 경찰, 경찰이 자신들이 열심히 기껏 증거 다 모아서 밥상 까지 차려서 공수처에 넘겨주기를 기대하는 것은 순진해 보인다. 그런데 반대로 생각해 보면 다른 수사기관 입장에서 공수처가 이러한 사건을 가져가 주는 것이 마냥 싫지는 않을 것이 정권 실세인 고위공직자의 부패사건은 생색내기는 좋은데 수사하기 까다롭고 때로는 불이익을 염려하기도 하는 성질의 사건이기 때문이다. 이렇게 되면 고위공직자범죄에 대하여 각 수사기관이 서로 눈치보면서 수사에 착수하지 않게 되고 결국은 떠밀리듯 공수처가 수사에 나서야만 하는 경우가 발생하게 될 뿐이다.<sup>32)</sup>

## IV. 공수처의 기능 회복

### 1. 타 기관 수사에의 참여, 협력

일각에서는 투입되는 예산에 비하여 그간의 성과가 미미하다는 이유로 공수처 폐지론도 나오고 있지만, 검찰의 특수수사 경험과 절연되어 신설된<sup>33)</sup> 특수수사기구가 정착되기에 지난 3-4년은 아직은 짧은 시간이라고 할 수 있다. 공수처의 발전방향에 대해서도 다양한 개선론<sup>34)</sup>이 나오고 있다. 원론적으로야 출범 당시의 국민적 기대에 부응하도록 인적, 물적 규모를 증가시키는 것이라고 하겠지만, 이 법안을 추동했던 민주당이 절대 다수당인 지금도 그런 움직임은 보이지 않는다. 앞서의 제 글에서도 말했던 바와 같이 권력자는 집권당인 여당에만 있는 것은 아니기 때문이다. 그래서 너무 변화의 폭이 큰 개선방안은 기대하기 어렵다는 것이 제 판단이다.

법률에 규정된 것으로만 보면 공수처는 수사권한을 부여받은 많은 기관 혹은 개인<sup>35)</sup> 중의 하나일 뿐이다. 공수처법에서도 수사권한에 대해서 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 형사소송법에 규정된 일반적 수사권한만 행사할 수 있는 기관일 뿐이고, 오히려 그 직접 수사대상을 한정적으로 열거한 공수처법 때문에 대상자, 대상사건에서 엄격한 제한을 받는 소규모의 예외적, 보충적

32) 이근우, “옥상옥, 펜트하우스가 될 것인가, 옥탑방이 될 것인가?” .형사정책.제31권 제1호, 한국형사정책학회, 2019., 63면 참조.

33) 거기에 적법절차, 인권보장과 같은 과제, 기대까지 부여되었다. 적법절차, 인권보장을 경시할 수는 없지만, 이것저것 다 잘하려다 아무 것도 못하게 된 것은 아닌까?

34) 오병두, “공수처법의 입법형식상 문제점과 개정방향”, 비교형사법연구, 제25권 제4호 (2024.1) 199면 이하. 여기에서는 “공수처의 존속 내지 권한 강화를 주장하는 입장에서는 공수처법 개정의 기본 방향에 대해 현재 어느 정도 공감대가 형성되어 있다고 할 수 있다. ① 수사권과 기소권의 일치, ② 수사·공소 관할의 조정, ③ 공수처검사와 공수처수사관의 신분보장 강화, ④ 공수처의 정상적 운영을 위한 인원(공수처검사, 공수처수사관, 행정직원)의 적정한 증원 등이 공통적으로 주장된다. 여기에 더하여 개별적으로 ⑤ 공수처장과 차장의 임기 연장, 또는 연임 제한규정의 개정,<sup>37)</sup> ⑥ 검찰-경찰-공수처 3대 수사기관 사이의 수사협의체의 구성, ⑦ 독자적인 법률안제출권과 예산편성권, ⑧ 재정신청제도의 정비 등에 대한 개정의견도 제시되고 있다. 대체로 공수처가 독립한 검찰기구로 본래 예정하는 기능을 다 하기 위한 기본적인 요소를 강조한다.”고 한다.

35) 특별사법경찰관리 제도를 지칭하는 것이다.

수사기관으로 이해될 수도 있다. 그래서 다른 수사기관이 전국적으로 몇 만명에 이르는 그 전 조직을 동원해서 뇌물죄 수사 등에서 활용하는 비공식적 수사기법을 활용할 가능성이 원천적으로 차단되어 있다. 일단 시급한 최소한의 행정인력의 지원 정도는 가능할지도 모르지만, 공수처의 미래를 응원하는 마음으로 그 인적, 물적 토대를 대폭 강화하려는 주장들은 실현되기도 어렵고, 그것은 그것대로 ‘또 하나의 검찰’ 같은 거대 독립수사기구를 창설시키는 것이 되므로 올바른 방향인지 선듯 동의하기도 어렵다.

다만 여러 번의 소위 ‘검찰개혁’을 통해 우리나라의 수사권한 특히 검찰의 수사권한은 파편화되어 있고, 여전히 수사권한이 있는지 여부가 다투어지는 경우가 있다. 공수처의 수사권한도 수사의 실효성, 효율성 측면만으로 보면 제한된 수사권한은 정범에 해당하는 고위공직사를 직접 조사하기 전에 관련자인 민간인 혹은 하위직 공무원을 직접 조사하는데 지장을 주게 되므로 특히 고위공직자범죄 처벌에 장애를 초래할 수도 있다.<sup>36)</sup> 이러한 측면에서는 공수처의 기능을 재설정하여 다른 수사기관의 고위공직자 범죄 수사에도 ‘합동수사본부’와 같은 형태로 협력 또는 참여하게 하고, 이를 통하여 수사의 진행과정을 감시(직접한 용어인지는 모르겠으나)하는 방안도 적극적으로 고려해볼 필요가 있다.<sup>37)</sup> 물론 이러한 참여과정을 통해서 공수처 구성원들도 다양한 협력과 수사기법을 확보할 계기가 될 수 있을 것이다.

## 2. 수사권한의 강화

기본적으로는 지금의 공수처법의 주요 구조는 그대로 두고 부분 수정부터 해보았으면 한다. 가장 시급한 것은 형사소송법 제110조, 제111조<sup>38)</sup>의 배제를 규정하는 것이다. 공수처법 제47조(다른 법률의 준용) 다음 조문 혹은 그 단서 규정으로 규정하여도 될 것이다. 공수처의 수사대상이 직무상 행한 범죄의 증거의 상당수가 해당자가 근무하는 장소에 있을 것인데, 이를 거절하면 설사 법관이 발부한 영장에 의한 압수, 수색도 ‘국가의 중대한 이익’이라는 사유만 대면 거부할 수 있도록 해서는 안된다. 과거에 느닷없이 쳐들어와서 박스채로 들고 나가던 압수도 아니고, 법관이 발부한 영장 범위에서 하는 압수, 수색을 일방적 의사로 거부할 수 있도록 하는 규정은 적어도

36) 예상균, “고위공직자범죄수사처 이첩요청권 행사 갈등 극복을 위한 수사기관 간 협력관계 설정”, 인권 과정의 통권 510호, 161면, “수사 효율성이라는 관점에서만 본다면 수사대상을 경찰과 검찰 및 공수처로 분산시킨 것은 너무나도 비효율적이다. 범죄를 척결하기 위한 가장 효율적인 방법은 하나의 기관이 정보수집권, 수사권, 공소제기권 등을 모두 보유하도록 권한을 집중시키는 것이다. 그러나 이러한 불편함을 감수하면서까지 검·경간의 수사권을 조정하고 공수처를 탄생시키는 등으로 권한을 분산시킨 것은 우리나라 형사 사법제도 나름의 이유가 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 제도를 시행하다 보면 수사 및 공판 상의 예상치 못한 어려운 점이 발생할 수밖에 없는데 이를 현행법상의 해석으로 국민을 위한 측면에서 개선할 수 있는 점이 있을까?라는 생각을 하게 된다.”

37) 오병우, “공수처와 다른 수사기관, 행정기관 등과의 협력체계 강화방안”, 형사법연구 제35권 제4호(통권 96호), 한국형사법학회, 2023, 388면 이하 ‘III. 공수처의 다른 기관과의 협력체계 강화방안’에서 이를 언급하면서 ‘1. 다른 행정기관의 협조의무와 협력 프로세스 구성, 2. ‘우선적 관할권’의 정비 등 다른 수사기관과의 협력체계 보완, 3. ‘선택과 집중’을 위한 수사협의체의 구성, 4. 공수처장에게 소집관으로서의 역할부여’를 서술하고 있는데, ‘4. 공수처장에게 소집관으로서의 역할부여’가 가장 관건이 될 것으로 보인다.

38) 제110조(군사상 비밀과 압수) ①군사상 비밀을 요하는 장소는 그 책임자의 승낙 없이는 압수 또는 수색할 수 없다. ②전항의 책임자는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다.

제111조(공무상 비밀과 압수) ①공무원 또는 공무원이었던 자가 소지 또는 보관하는 물건에 관하여는 본인 또는 그 당해 공무소가 직무상의 비밀에 관한 것임을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 당해 감독관공서의 승낙 없이는 압수하지 못한다. ②소속공무소 또는 당해 감독관공서는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다.

공수처의 수사에서는 배제되어야 하며, 부득이한 경우를 인정한다면 ‘국가의 중대한 이익’에 의한 거부인지의 여부를 소명하게 하고, 통비법의 경우처럼 고등법원 부장판사가 그 당부를 판단하는 규정이라도 두어야 하는 것이다. 또한 공무원인 참고인에 대해서는 그 소속관서의 장에게 공수처에 출석할 것을 명하도록 요청하는 제도도 둘 필요가 있다.<sup>39)</sup>

### 3. 대배심 유사의 조직

대배심을 흔히 ‘기소배심’이라고 부르지만 기소 혹은 수사 관련 기능만 있는 것은 아니고 다양한 많은 기능을 수행한다. 물론 이를 우리나라에 그대로 적용할 수는 없고, 공수처의 수사감독위원회 형식으로 차용해서 ‘위원회’의 이름으로 참고인 등의 소환, 진술 청취 등에 활용할 가능성을 모색해볼 필요가 있다.<sup>40)</sup>

### 4. 역발상- 공수처 수사대상의 축소

공수처가 맞이한 비판의 상당수는 공수처 법안의 형성과정에서 역량에 비해 과도한 부담을 지게 만들어진 설계상의 원천적 하자 때문이라고 할 수 있다. 그래서 향후 공수처법의 전면개정시에는 공수처의 수사, 기소 대상자 범위를 판사, 검사, 고위직 경찰, 군과 교정시설의 고위 간부 등으로 대폭 축소하는 방안도 한번 제안하고 싶다. 일반적 수사기관의 수사가 방해될 정도로 폐쇄적으로 운영되거나, 외압 행사가 우려되는 기관의 구성원인지 여부를 고려하여 대상자 범위를 합리적으로 조정하는 것이다. 이들은 우리 사회의 고질적인 사법불신의 대상이 되거나 폐쇄적 조직 구조로 인하여 자체 정화도, 외부 감시도 매우 미약하기 때문에 독립적 수사, 기소의 필요성이 매우 높기 때문이다.

반면에 이들을 제외한 고위공직자의 범죄에 대한 수사는 정치적 성격을 다분히 내포하고 있고, 이들에 대해서는 고위공직자에 대한 ‘재직 중의 공소시효의 정지’ 등과 같은 다른 법기술적 장치가 있다면, 이들이 정치적 권력을 잃은 다음에 충분히 일반 경찰, 검찰이 수사할 수 있으므로 이러한 수사를 위해 공수처의 제한된 역량을 소모시킬 필요는 없을 것으로 보인다.

### 5. 수사, 기소에 대한 통합적 평가, 감독위원회

공수처법의 개선방안이라고는 할 수 없지만, 검찰개혁이나 형사사법의 신뢰 회복과 같은 과제는 개별人に 대한 공수처의 수사, 기소를 통해서가 아니라, 정공법 대로 법원, 검찰, 경찰 등 형사사법기관에 대한 내부, 외부 통제 제도를 섬세하게 가다듬는 방안을 통해 수행될 필요가 있다. 공수처는 기본적으로 우리 사회의 고위공직자 등에 대한 수사가 제대로 이루어지지 않는다는 점에만 주목하여 수사, 기소권을 부여한 제도라고 할 수 있다. 그러나 형사사법 제도의 불신은 수사가 제대로 이루어지지 않는다는 점뿐만 아니라, 지나치게 과도한 면밀성이 수사나 청부 수사와 같은 것에서도 비롯되지만, 이러한 문제에 대한 대안으로서 공수처가 기능할 여지는 거의 없다. 물론 지금도 다양한 성격의 위원회가 다수 설치되어 있지만, ‘기관의 장이 위촉하는 학식과 덕망 있는 자’ 정도로 채워져서는 외부 감시가 제대로 이루어질 수 없다. 새로운 제도를 설계할 수도

39) 이근우, “고위공직자 범죄수사처법의 바람직한 개선 방안”, 형사소송 이론과 실무, 제15권 제4호(2023), 44-50면, 61-63면, 63-65면 참조

40) 주요한 선행연구로는 박형관, “미국 대배심 제도의 현황 및 개선 논의”, 형사소송 이론과 실무, 한국형사소송법학회 제5권 제2호(2023.6.) 참조

있지만, 각 기관 내부의 감찰 조직에 국회가 직접 지명하는 방식으로 독립된 외부자를 포함시키는 방법이라면 각종 감사, 조사 관련 법률에서 조사 대상에서 배제하고 있는 수사, 재판 관련 자료에 접근할 수 있고 문제가 있는 경우 대상자의 징계를 요구할 수 있지 않을까?

우리의 역사적 경험을 통해 수사기관이 적절한 통제 없이 그 권한을 남용할 때 어떤 참혹한 결과가 발생하는지 무수한 사례를 알고 있다. 그렇다면 이 문제는 영장 단계에서만 법원이 그 일부 여부, 범위만을 통제할 수 있는 지금의 형사소송법 체계를 벗어나서 별도의 수사절차법 제정을 통하여 허용되는 수사방법과 그 통제절차를 법률적으로 규정하고, 수사개시, 진행, 종결의 각 단계가 합리적 의사결정을 통해 이루어진 것인지, 혹시 먼지가 나올 때까지 털어대는 과도한 수사로 흐르지 않는지 통제하는 검찰, 경찰에 대한 수사감독기구를 설립할 필요성은 없는지 재검토해 보아야 할 것이다.

# “공수처의 의의 및 기능”에 대한 토론문

권도형 변호사  
(법무법인 LKB, 전 공수처 검사)

먼저 이번 토론의 기회를 마련해 주신 공수처장님과 참여해 주신 교수님, 그리고 학회 관계자 여러분께 감사드립니다. 토론자는 공수처에서 2년 6개월간 사건분석관 및 수사부 검사로 근무한 경험, 그리고 현재 변호사로서의 실무 경험을 토대로 학문적 관점이 아닌 실무자의 시각에서 토론에 임하고자 합니다.

## 1. 수사권한 강화 관련

발제자께서는 형사소송법상 적법절차 원칙의 강화와 법원의 엄격한 증거법칙 운용 추세에 비해, 공수처의 수사권한은 최고위 권력자들의 범죄수사에 부적합할 정도로 미약하다고 지적하시며, 형사소송법 제110조, 제111조의 적용배제와 공무원 참고인에 대한 출석 요청 제도 도입을 제안하셨습니다.

토론자는 실무 경험을 통해 이러한 발제자의 지적이 매우 타당하다고 판단하며 전적으로 동의합니다. 실제로 공수처 수사과정에서 권력기관들이 형사소송법 제110조 및 제111조를 근거로 압수수색을 거부하는 사례가 다수 발생했습니다. 이는 증거확보를 어렵게 만들어 실제적 진실발견을 저해하는 심각한 장애요인이 되고 있습니다. 발제자의 의견과 같이 토론자도 이러한 어려움을 해결하기 위한 방법으로는, 형사소송법 제110조 및 제111조에 따른 압수수색 수사 거부시 공수처장이 관할 고등법원 부장판사에게 그 거부 사유의 당부에 대한 심사를 청구하는 ‘거부사유 심사제도’ 등을 신설하는 것이 필요하다는 의견입니다.

또한 고위공무원의 권력형 비리 수사의 특성상, 그 수사의 단서나 대상이 되는 하급 공무원부터 중간 간부급 등으로 단계적으로 수사를 진행할 필요가 있는데, 현행법상 참고인 신분인 하급 공무원들의 불출석에 대한 강제수단이 전무하여 수사의 초기 단계부터 난관에 봉착하는 경우가 빈번합니다. 이는 권력형 비리의 전모를 밝히는데 구조적 한계로 작용하고 있습니다. 따라서 이에 대한 해결책으로 발제자의 의견과 같이 최소한 ‘공무원’인 참고인에 대하여는 사실상의 강제 출석을 보장하는 ‘공무원 참고인 출석 요구제도’ 등의 신설도 필요하다는 의견입니다.

다만, 공수처에 검찰이나 다른 수사기관은 보유하지 못하는 특별한 수사권한을 부여할 경우 그에 상응하는 통제장치 마련이 필수적이며, 그러한 통제장치가 객관적 합리적이어야지 위와 같은 특별한 수사권한에 관한 입법이 가능해질 것으로 생각됩니다.

다. 토론자는 공수처의 출범 이유와 그 존재 의의를 고려할 때 위와 같은 특별한 수사권한이 주어지는 것이 타당하다고 생각하며 다만 위와 같은 특별한 수사권한이 공수처에 주어질 때 권한 남용의 가능성이라는 일각의 우려를 불식시키기 위해 관련 통제장치에 관한 토론도 필요하다고 생각합니다. 이에 발제자님에게 아래와 같이 여쭈어 봅니다.

❶ 발제자께서는 공수처를 포함한 수사기관들에 대한 통제장치로 먼저 '기관 내부 감찰 조직에 국회 지명 외부인사 포함' 방안을 제시하셨습니다. 발제자께서는 현재 대검찰청 이하 검찰 조직을 '행정부의 검찰'로, 국회의 권한이 강하게 작용하는 공수처는 '입법부의 검찰'로 보는 시각<sup>1)</sup>도 있으신 것 같은데 현재의 경우에도 감찰 조직에 국회가 지명하는 외부인사를 포함 시키는 방안이 적절하다고 보시는지, 아니라면 공수처 감찰 조직에 포함시킬 외부인사에 대한 지명권을 누가 행사하는 것이 적절하다고 생각하시는지에 관한 의견을 부탁드립니다.

❷ 발제자께서는 공수처를 포함한 수사기관들에 대한 통제장치로 '독립적 수사감독기구 설치' 방안을 제시하셨는데, 그렇다면 이와 같은 수사감독기구의 정치적 중립성과 독립성을 어떻게 확보할 것인지에 대한 발제자님의 의견을 부탁드립니다.

## 2. 공수처 수사대상의 축소 제안 관련

발제자께서는 공수처의 수사대상을 판사, 검사, 고위직 경찰, 군과 교정시설의 고위 간부 등 폐쇄적 조직의 구성원으로 한정하자고 제안하셨습니다. 그러나 토론자는 다음과 같은 이유로 이 의견에는 반대하는 입장입니다.

고위공직자의 권력형 비리는 대개 정치인, 고위 행정공무원, 법조인 등이 유기적으로 결합하여 발생하는 특성이 있습니다. 예컨대 특정 정치인의 비리 수사 과정에서 법조계 인사의 연루가 드러나거나, 그 반대의 경우도 빈번합니다. 따라서 수사대상을 폐쇄적 조직의 구성원으로 한정할 경우, 권력형 비리의 전모를 밝히는 것이 구조적으로 불가능해질 우려가 있습니다.

발제자께서 정치인 등 공수처 수사대상에서 제외하자고 제안하는 고위공직자의 경우 '재직 중 공소시효 정지' 등의 법적 장치를 통해 권력 상실 후 일반 검찰이나 경찰 등 다른 수사기관이 수사하면 된다고 하셨으나, '시간의 경과에 따른 증거인멸 및 진실규명의 어려움', '법적책임추궁의 적시성 상실로 인한 법치주의 약화', '현직 재직

1) 『3. 현행 공수처 구성 형태의 평가 중 '공수처 일반 검찰권이 대통령을 수반으로 하는 행정권 소속이라면, 그에 비하여 공수처는 그 구성, 활동, 감독에 있어서 국회의 영향력이 강하게 미치는 검찰권으로서 기능한다고도 할 수 있을 것'』

시의 수사 및 처벌로 인한 고위공직자 범죄 예방적 효과' 등을 고려하면 이들에 대한 권력 상실 후 수사 및 기소는 부적절하다고 생각됩니다.

그리고 무엇보다 고위공직자의 권력형 비리에 대한 독립적이고 통합적인 수사를 위해 설립된 공수처의 수사대상을 위와 같은 일부 폐쇄적 조직의 구성원으로 한정하는 것은 공수처 설립 취지를 근본적으로 훼손하는 것이기에 이에 찬성하기 어려우며, 만약 위와 같이 수사대상을 축소한다면 공수처는 더 이상 '고위공직자 범죄 수사처'가 아니라 '법집행기관 범죄 수사처(법수처)'일 뿐이라는 것이 토론자의 의견입니다.

이에 발제자님에게 아래와 같이 여쭈어 봅니다.

- ❶ 공수처 수사대상에서 제외하자는 고위공직자의 범죄에 대한 수사는 '정치적 성격을 다분히 내포'하고 있기에 이들이 '정치적 권력을 잃은 후' 다른 수사기관이 수사하는 것이 적당하다는 제안을 하셨는데, 권력에 대한 감시와 통제는 실시간으로 현재진행형으로 이루어져야 민주주의 법치주의가 제대로 작동하는 것이라는 관점에서 볼 때 정치적 권력을 잃은 후 실기한 수사는 고위공직자에 대한 민주적 통제기능이 현저히 약화된 것으로 밖에 볼 수 없는데 이에 대해서는 어떻게 생각하시는지요?
- ❷ 국민들은 현재 권력을 행사하는 자들의 비리 의혹에 대해 즉각적으로 진상규명을 요구할 권리 즉 알권리가 있으며 현직자에 대한 신속한 수사는 정부와 공직사회에 대한 국민의 신뢰회복에 크게 기여할 것이 분명합니다. 그럼에도 불구하고, 이러한 장점을 포기하고 이들 현직에 대한 수사권한을 공수처에서 떼어 내어 퇴직 후 다른 수사기관에 그 권한을 넘기는 것을 고려해야 할 만큼 공수처의 역량이 현재 부족하며 앞으로도 그 역량이 개선될 가능성이 없다는 의견이신지, 아니면 현재 우리 형사사법체계 하에서 공수처는 필요하지 않으며 법수처(법집행기관 범죄 수사처)가 필요하기에 위와 같이 수사대상을 떼어 내자는 것이지 이에 대한 발제자의 의견을 여쭙고 싶습니다.

# 공수처의 의의와 기능에 대한 토론문

최익구(서울동부지방법원 국선전담변호사)

## I. 머리말

고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(이하 ‘공수처법’) 제1조는 “이 법은 고위공직자범죄수사처의 설치와 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 법률의 기본 형식이 조직법적인 성질을 나타냅니다. 학계와 실무에서 지적하고 있듯이 공수처와 다른 수사기관과의 사이에서의 권한 범위에 대하여 정교하게 설계하지 못하고 모호한 표현으로 해석과 실무에 맡기는 부분이 다수 발견됩니다. 수사기관의 권한 배분과 관련되는 법률이라 는 점에서 좀 더 명확하게 규정하여 법제적 완성도를 높여야 할 것입니다.

공수처법은 제3장 직무와 권한(제17조~제23조), 제4장 수사와 공소의 제기 및 유지(제24조~제31조) 조항만으로는 형사사법 실무에서 공백이 발생할 공산이 적지 않습니다. 이에 대비하여 제5장 징계(제32조~제43조)는 내용이 검사징계법과 대동소이하면서도 준용 규정으로 처리할 수 있음에도 장황하게 설시하여 법 자체의 형식적 적절성이나 체계적 염밀성이 다소 부족하여 보이므로 간결하게 정비할 여지가 있습니다.<sup>1)</sup>

## II. 공수처의 설립 의의

공수처법은 제1조 목적에서 기관의 의의, 즉 설립 목표나 추구하는 가치를 명시적으로 선언하고 있지 아니합니다. 공수처법이 성안될 당시의 입법 논의에서 실마리를 얻어 보자면, 제20대 국회에서 현행 공수처법의 모태가 된 백혜련의원

1) 공수처법 중 대표적인 입법의 미비 사례로는 검사가 피의자를 구속한 상태에서 사건을 이첩할 경우에 는 이첩에 따른 구속기간 산정이 모호하다는 지적이 있습니다. 형사소송법 제203조, 제205조의 해석상 검찰청법상 검사와 공수처법상 수사처검사의 구속기간을 합산하여 20일을 초과할 수 없다고 보입니다. 이 때문에 오히려 구속된 피의자의 경우 공수처가 구속기간의 제한의 압박으로 인하여 이첩 요청을 주저하게 되는 상황이 초래될 수도 있어 보입니다.

대표발의 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안(의안번호 2020029호)의 제안 이유는 “고위공직자의 직무 관련 부정부패를 엄정하게 수사하기 위한 독립된 수사기구의 신설 필요성이 제기되고 있음. (중략) 고위공직자의 직무 관련 부정부패를 독립된 위치에서 엄정수사하고 판사, 검사, 경무관급 이상 경찰에 대해서는 기소할 수 있는 기관인 고위공직자범죄수사처를 설치하여 고위공직자의 범죄 및 비리행위를 감시하고 이를 척결함으로써 국가의 투명성과 공직사회 의 신뢰성을 높이려는 것임.” 이었습니다. 위 제안 이유는 고위공직자의 부정부패 척결을 공수처의 설립 목적으로 제시하고 있다고 새겨집니다.

한편 권은희의원 대표발의 고위공직자부패수사처 설치 및 운영에 관한 법안(의안번호 2020037호)의 제안 이유는 “고위공직자와 관련된 사건에 대해 현행 검찰이나 특별검사 제도는 실체적 진실을 규명하는 데 구조적인 한계를 나타내고 있음. 이러한 문제를 해결하기 위해 지난 2014년부터 상설특검제도가 시행되고 있으나 현재의 제도는 특정한 사건이 발생한 이후 수사대상에 대한 국회의 의결과 특별검사 임명절차 등을 거치도록 되어 있어 고위공직자의 비리 행위에 대해서는 그 목적대로 작동하지 못하고 있는 것이 현실임. 이에 상시적으로 고위공직자의 직무 관련 부정부패를 예방하고 부패범죄를 근절하기 위한 독립적인 수사기관인 고위공직자부패수사처를 설치함으로써 공직사회의 부정부패를 척결하여 국가의 투명성을 강화하고 신뢰도를 제고하고자 함.” 이었습니다. 위 제안 이유에서도 기관의 명칭에도 ‘부패’를 넣어서 고위공직자의 직무 관련 부정부패를 효율적으로 수사하여야 한다는 입법 목적을 밝히고 있습니다. 이미 도입되어 있던 상설특검(이른바 제도특검)으로는 고위공직자의 부패행위를 단죄하는데 불충분하다는 문제의식을 두고 그 해법으로 상시적이고 독립적인 수사기관(이른바 기구특검)의 필요성을 주장하였습니다.

그런데 공수처의 존재 의의를 수사기관 사이의 견제와 균형에 주안점을 두는 견해가 있습니다. 발제문에서도 “검찰의 권한을 일정 부분 나누어 가지는 특별 수사기구로서 전화(轉化)된 것”이라는 표현을 쓰고 계십니다. 실제로 공수처법에는 다른 수사기관을 견제할 수 있는 장치를 마련하고 있는 것으로 보이는 조항이 있습니다. 공수처법 제25조 제2항에서 “수사처 외의 다른 수사기관이 검사의 고위공직자범죄 혐의를 발견한 경우 그 수사기관의 장은 사건을 수사처에 이첩하여야 한다.”라는 조항이 그 예시입니다.<sup>2)</sup>

검사의 고위공직자범죄 사건은 필요적으로 공수처에 이첩하도록 했는데, 공수처가 공소제기와 유지를 담당하는 고위공직자 중 유독 검사만을 한정한 것은 체계정합성 측면에서 어색한 측면이 있습니다. 차라리 공수처가 공소제기와 유지를 담당하는 고위공직자 범죄는 원칙적으로 공수처에 이첩하도록 하여 수사과정 초기에서부터 공수처의 책임 하에 두는 방향을 장기적으로 검토할 만합니다.

### III. 공수처의 기능 - 수사대상자, 대상범죄

공수처법의 수사대상자(일용 인적 범위, 대인적 관할)인 고위공직자의 범위와 관련하여 공수처의 규모를 감안하여 일정한 인적 기준을 두게 된 정치적 타협의 산물이라는 측면도 있으므로 향후에 고위공직자라고 볼 만한 사람에 대한 면밀한 검토가 필요합니다. 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제59조 제6항에서는 고위공직자를 “1. 차관급 이상의 공직자, 2. 특별시장, 광역 시장, 특별자치시장, 도지사 및 특별자치도지사, 3. 경무관급 이상의 경찰공무원, 4. 법관 및 검사, 5. 장성급(將星級) 장교, 6. 국회의원”으로 규정하고 있는데, 직관적으로 이해하기 쉽고, 국민의 건전한 상식에 비추어 고위공직자라고 볼 만한 사람으로 정하였다고 평가됩니다. 위 입법례를 따라서 수사대상자의 범위를 합리적으로 조정해볼 수 있을 것입니다. 법무부 법무·검찰개혁위는 고위공무원단(통상 2급 상당) 이상의 공무원 전원을 대상으로 삼을 것을 권고하였으나, 범위를 축소하여 정무직공무원 위주로 규율한 것은 그나마 다행입니다만, 여전히 수사대상자의 범위가 너무 넓지 않나 하는 생각입니다.

각급 법원 판사 정원법 상 판사의 정원 3,214명이고, 검사정원법 상 검사의 정원 2,292명인데 비하여 공수처법 제2조 제1호 하목에서 정한 경무관 이상 경찰공무원의 경우 경찰청 경찰통계자료 중 경찰 계급별 정원을 살펴보면 2024년 8월말 기준 경무관 이상 경찰공무원은 121명 수준이어서 검·경 수사권 조정과 관련하여 경찰의 권한이 강화되는 추세를 반영하여 고위공직자에 해당하는 사람을 총경 이상 경찰공무원으로 확대하는 방향도 고려할 수 있을 것입니다.<sup>3)</sup> 아니면 반대로

2) 한편 공수처법 제25조 제1항은 공수처장이 수사처검사의 범죄혐의를 발견한 경우 대검찰청에 통보하도록 규정하고 있으나, 공수처와 검찰 간의 견제와 균형을 위하여 공수처검사의 범죄혐의는 대검찰청에 통보하는 수준을 넘어 대검찰청에 이첩하도록 하여 용어 상의 통일을 기하고, 실질적인 수사가 진행되도록 명문화함이 적절합니다.

3) 치안총감 1명, 치안정감 7명, 치안감 30명, 경무관 83명이며, 총경은 686명입니다.

경무관 이상 경찰공무원 정도의 지위에 대응하여 공직자윤리법 제10조 제1항 제5호의 “고등법원 부장판사급 이상의 법관과 대검찰청 검사급 이상의 검사” 정도로 조정하는 방향도 고려할 만합니다. 어느 방향이든 소위 권력기관 중 수사대상을 국민이 눈높이에서 국민이 체감할 수 있도록 정함이 바람직합니다.

고위공직자가 그 직에서 퇴직하더라도 수사대상에 포함하여 고위공직자가 퇴직을 통하여 공수처의 수사를 회피하려는 시도를 저지하는 효과가 있다고 볼 여지는 있습니다. 하지만 공수처의 도입 논거 중의 대표적인 내용이 이른바 살아있는 권력에 대한 성역 없는 수사에 대한 기대였음을 감안하면 퇴직한 고위공직자, 살아있는 권리가 아니게 된 사람까지 수사대상으로 삼을 필요가 있는지는 의문입니다. 존치하더라도 퇴직 후 얼마 간의 기간 동안 수사대상이 되는 것인지를 분명히 정해져야 할 것인데 퇴직한 고위공직자는 계속 누적되어 수사대상자가 계속 증가하는 것은 적절하지 아니하므로 2-3년 정도의 기간을 상정할 수 있겠습니다. 또한 입법 취지 상 재직 중 범죄행위에 한정하여 퇴직 후에도 수사할 수 있을 것으로 사료되는데 입법의 불비이므로 해석상 혼란을 제거할 필요가 있습니다.

고위공직자의 가족과 대통령의 친족을 포함하여 고위공직자 등의 가족이나 친족을 공수처의 수사대상으로 삼아 고위공직자범죄에 가담할 유인을 축소하고 수사의 효율성을 도모할 필요성이 인정되면 국민의 눈높이에도 부합하는 입법입니다. 법무·검찰개혁위원회가 대통령을 제외한 고위공직자의 형제자매까지 수사대상자에 포함할 것을 권고한 내용과 비교하여 수사대상이 지나치게 확대되는 것을 어느 정도 방지한 측면도 있습니다.

높은 수준의 청렴성을 필요로 하는 고위공직자와 그 가족을 공수처의 수사 또는 기소의 대상으로 정한 것은 합리적인 이유가 있고 명백히 자의적이라고 볼 수는 없는 점, 공수처의 수사 방법도 형사소송절차의 틀에서 진행될 것이어서 수사의 주체가 달라지더라도 수사대상자가 차별적으로 취급된다거나 실질적으로 불이익이 발생할 것이라고 단정하기 어려운 점 등에 비추어 고위공직자 등을 불합리하게 차별하여 평등권을 침해한다고 평가되지는 아니합니다.

그런데 발제자는 공수처 수사에서 형사소송법 제110조 군사상 비밀과 압수, 제111조 공무상 비밀과 압수의 배제를 통하여 수사 권한을 강화할 필요가 있다는 취지의 견해를 제시합니다. 만약 공수처의 수사에 참고인 구인제도 등의 특별한 수단이 도입된다면 퇴직한 고위공직자나, 고위공직자의 가족을 공수처의 수사대

상으로 삼는 것을 정당화하는 것이 한결 까다로워질 것이므로 이 경우에는 퇴직 공직자나 가족은 수사대상에서 제외하는 입법적 결단이 필요할 것으로 보입니다.

공수처법의 대상범죄(일용 물적 범위, 대물적 관할)인 고위공직자범죄의 범위와 관련하여 새로이 범죄구성요건을 창설한 것은 아니므로 고위공직자범죄라고 국민이 공감할 만한 범죄를 정하는 것이 관건입니다. 발제자께서는 수사대상자의 축소에 중점을 두신 듯하지만 대상범죄도 고위공직자의 부패범죄<sup>4)</sup>에 주안점을 두고 직무범죄 중 일부는 제외하는 등으로 일정 부분 축소하여 공수처의 역량을 집중하는 방식도 숙고할 필요가 있다고 봅니다.

공수처법 제2조 제4호의 “관련범죄”와 관련하여 고위공직자와 형법총칙상의 공범관계에 있는 자가 고위공직자범죄를 범한 경우나 고위공직자범죄 관련 범인 은닉·도피죄, 위증죄, 증거인멸죄, 무고죄 등을 관련범죄로 포함하는 것도 고위공직자범죄의 사실관계를 인정하는데 필요한 측면은 있어 보입니다. 그런데 고위공직자범죄 수사 과정에서 인지한 그 고위공직자범죄에 직접 관련성이 있는 죄의 경우 ‘직접 관련성’을 갖추지 못할 경우 절차상 위법으로 인정되어 수집된 증거의 증거능력을 인정받지 못할 염려가 있습니다.<sup>5)</sup>

공수처의 수사 범위는 법정(法定)되어 있으므로 이 범위를 벗어났다고 인정될 경우에는 공소제기 자체가 위법한 것으로 판단될 위험이 있습니다. 관련성 개념은 법률가 사이에서도 많은 논쟁을 불러일으키고 있어 쉽게 판단하기 어려운 영역입니다. 가뜩이나 증거가 확보가 어려운 고위공직자범죄의 특성상 공수처가 직접 관련성을 해석하고 적용할 때는 매우 신중하게 접근해야 할 것입니다.

---

4) 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 제22조의 부정청탁 및 금품수수와 관련한 위반 행위도 부패범죄로 보아 대상범죄 추가를 검토할 수 있을 것입니다.

5) 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341, 2019전도130(병합) 판결(“형사소송법 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 정하고 있다. 따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다. 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다. 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 객관적 관련성이 있다고 할 것은 아니다.“)

#### IV. 공수처의 기능 - 이첩 관련

주지하시다시피 공수처법은 고위공직자범죄 및 관련범죄 중 특별히 독립적인 기구에 의한 공소의 제기와 공소의 유지에 필요하다고 판단되는 대법원장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원에 대한 기소권을 행사하도록 한 것이 특징입니다.<sup>6)</sup>

고위공직자 중 일부가 범한 고위공직자범죄 및 관련범죄의 경우에만 공소제기와 그 유지 권한을 부여한 부분은 많은 논쟁을 촉발한 바 있습니다. 고위공직자 범죄 전반에 대하여 공소제기와 그 유지를 할 권한을 부여하여야 한다는 주장이 있는 반면, 공수처는 수사권만 보유하고 공소권을 부여하지 말아야 한다는 견해가 대립합니다. 일부 고위공직자범죄에 제한적인 공소제기, 유지권을 부여한 입법적 결단은 존중되어야 하고, 공수처의 운영 성과를 좀 더 관찰한 후에 재검토해야 할 것으로 보입니다.

또한 발제자께서는 공수처법 제24조가 수사기관 간에 중복 수사 등을 방지하기 위한 협력 규정으로도, 타 수사기관의 부실수사에 대비하는 보충적 규정으로도 해석할 수 있다고 보셨습니다. 하지만 공수처법 제24조 제1항은 공수처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 공수처장이 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 한다고 규정하고 있습니다. 물론 공수처의 수사와 다른 수사기관의 수사가 중복된다는 요건에 더하여 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 공수처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하는 경우라는 요건을 추가로 두고 있고, 공수처 사건사무규칙에서 수사기간, 사건의 중대성을 추가한 좀 더 상세한 기준을 마련하고 있지만<sup>7)</sup>, 추상적인 기준이어서 논란이 이어질 전망입니다. 중복 수사 방지를 통한 피의자의 인권 보호나 방어권 보

6) 검사가 고위공직자를 기소하였더라도 무효로 볼 수 없다는 견해로는, 정웅석, 고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해, 박영사, 2021, 338면 참조

7) 고위공직자범죄수사처 사건사무규칙 제23조(처장의 이첩 요청 시 고려사항) ① 처장은 법 제24조제1항에 따라 이첩을 요청하는 경우 다른 수사기관의 범죄수사가 공수처의 범죄수사와 중복되는지 여부를 판단함에 있어 먼저 범죄혐의와 관련한 기본적 사실관계의 동일성을 고려하여야 하고, 다음 각 호의 사항 등을 고려하여 공수처에서 수사하는 것이 적절한지 여부를 판단한다.

1. 사건에 대한 수사의 진행 정도와 수사 기간
2. 사건의 중대성
3. 사건의 수사와 관련하여 공정성 논란이 있는지 여부 및 그 내용
4. 법 제3조제1항제2호의 고위공직자범죄등에 해당하는지 여부
5. 사건에 대한 공소시효 만료의 임박 여부

장 측면에서 하위 규범에서라도 대강 예측 가능한 기준이 마련될 필요가 있습니다.

한편 공수처로 사건이 이첩된 경우 피의자에 따라 주거지에서 원거리인 공수처에 출석해야 하는 불편함 등 피의자의 방어권 행사의 불이익이 발생할 여지가 있으므로 이에 대한 보완이 필수적입니다. 공수처법 제31조 재판관할도 수사처검사가 공소를 제기하는 고위공직자범죄등 사건의 제1심 재판은 서울중앙지방법원의 관할로 하면서도 단서조항으로 범죄지, 증거의 소재지, 피고인의 특별한 사정 등을 고려하여 수사처검사는 형사소송법에 따른 관할 법원에 공소를 제기할 수 있도록 규정한 부분도 공수처 소재지를 감안한 현실적인 조치라는 점을 이해하면서도 수사와 재판을 받는 고위공직자 입장에서는 행정편의적인 발상으로 보인다는 비판이 가능할 것입니다.

발제문은 “공수처법을 포함하여 어느 법률에도 고위공직자범죄에 대하여 공수처가 우선 ‘개시’ 권을 가진다고 규정하지는 않는다. 다시 말해서 공수처의 수사권한의 존재가 다른 수사기관의 수사개시를 방해하지는 않는다.”라고 언급합니다. 그런데 다른 수사기관 수사의 개시 수준을 넘어서 공수처의 이첩 요청을 납득할 수 없다면서 계속하여 수사할 경우에는 어떻게 처리되는 것인지 공수처법은 침묵하고 있습니다. 공수처가 이첩 요청을 하면 다른 수사기관은 수사 권한이 소멸하는 것인지 분명하지 않습니다. 공수처가 다른 수사기관의 상급기관이 아니므로 다른 수사기관이 공수처의 이첩 요청에 이의를 제기할 수 있는 방안도 고안할 수 있겠으나, 우선 공수처가 이첩을 요청할 수 있는 기간을 정하는 방향을 도입하여야 한다고 생각합니다.

형사절차의 자연은 공판과정뿐만 아니라 수사과정에서도 심각한 수준입니다. 특히 살아있는 권력에 대한 수사는 더디다는 것은 모든 수사기관을 막론하고 지적되는 듯합니다. 신속한 재판의 원칙을 확장하여 신속한 재판의 원칙은 수사절차나 집행절차 등에서도 동일하게 요구되어야 합니다.<sup>8)</sup>

현재도 형사소송법 제238조는 “사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.”라고만 규정하고 있고, 검사나 사법경찰관의 수사기간에 대해서는 대통령령인 검사와 사법경

---

8) 같은 견해로는 박용철, 신속한 재판의 원칙의 이론과 실무 - 미국법상 동 원칙과의 비교를 중심으로 -, 형사법 연구 제36권 제1호, 한국형사법학회, 2024, 219-220면

찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정<sup>9)</sup>과 행정안전부령인 경찰수사규칙<sup>10)</sup>에서 고소·고발을 수리한 날부터 3개월 이내로 규정하고 있고, 훈시규정으로 여기는 것이 문리 해석의 한계를 넘는다는 비판도 유력합니다.

제22대 국회에서의 이건태의원 대표발의 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 2201567호)은 대통령령과 부령에서의 고소·고발 뿐만 아니라 자수, 진정, 수사의뢰, 내사 등을 통해 입건한 사건까지 3개월 이내에 수사를 종료하지 못하면 수사지연 이유를 통지하고, 수사기간이 6개월을 초과하면 수사기록 목록을 제공하며, 수사기간이 8개월을 초과하면 다른 수사기관으로 이첩하여야 하고,<sup>11)</sup> 수사지연에 대한 징계를 요청하는 등 다양한 통제 장치를 신설하여 강행규정으로 전환하고자 합니다.<sup>12)</sup>

물론 수사기간에만 초점을 맞출 경우 출속, 부실 수사를 양산할 수 있고, 난도 높은 사건의 수사를 기피하게 되는 부작용이 예상됩니다. 일률적으로 수사기간을 정할 때는 난도가 높은 사건을 기준으로 실천 가능한 목표를 설정하는 것이 현실적이므로 신중하게 검토하여야 하겠지만 신속한 수사를 촉구하는 취지 자체

9) 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제16조의2(고소·고발 사건의 수리 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 고소 또는 고발을 받은 경우에는 이를 수리해야 한다.

② 검사 또는 사법경찰관은 고소 또는 고발에 따라 범죄를 수사하는 경우에는 고소 또는 고발을 수리한 날부터 3개월 이내에 수사를 마쳐야 한다.

10) 경찰수사규칙 제24조(고소·고발사건의 수사기간) ① 사법경찰관리는 고소·고발을 수리한 날부터 3개월 이내에 수사를 마쳐야 한다.

② 사법경찰관리는 제1항의 기간 내에 수사를 완료하지 못한 경우에는 그 이유를 소속수사부서장에게 보고하고 수사기간 연장을 승인받아야 한다.

11) 수사 중인 사건을 다른 수사기관이 이첩하는 것이 본래는 수사권이 존재하지 아니하는 수사기관에 수사권을 부여하는 형국이 되어 체계상 어색한 측면이 있습니다. 이첩받은 수사기관은 다시 처음부터 사건을 파악해야 하므로 과연 신속한 수사에 도움이 될지도 의문입니다. 피의자 측이 고의로 수사지연을 유도할 때를 지연 기간 산입에서 제외하는 등의 예방 조치가 전혀 마련되어 있지 않아 남용의 소지가 있습니다.

12) 개정안 제198조의3(수사기간) ① 검사, 사법경찰관은 입건, 고소장 접수, 고발장 접수일로부터 3개월 안에 수사를 종결해야 한다.

② 검사, 사법경찰관은 입건, 고소장 접수, 고발장 접수일로부터 3개월이 되는 날과 그 이후 매 1개월 마다 피의자, 고소인, 고발인, 진정인, 신고인(이하 사건 당사자라고 함)에게 사건 당사자 및 참고인 조사 여부, 조사 날짜, 수사가 지연된 구체적인 이유를 서면으로 통지해야 한다.

③ 검사, 사법경찰관은 입건, 고소장 접수, 고발장 접수일로부터 6개월이 초과한 경우 사건 당사자가 요청하면 수사기록 목록을 제공해야 한다.

④ 사건 당사자는 입건, 고소장 접수, 고발장 접수일로부터 8개월을 초과한 경우 다른 수사기관으로 이첩을 요청할 수 있다. 검사, 사법경찰관은 사건 당사자가 요청한 다른 수사기관에 사건과 수사기록, 증거자료 일체를 이첩하여야 한다.

⑤ 제4항에 따라 이첩을 받은 수사기관은 관할권을 가진다. 이 경우에도 제1항, 제2항, 제3항, 제4항을 적용한다.

⑥ 사건 당사자는 입건, 고소장 접수, 고발장 접수일로부터 8개월이 초과된 경우 당해 수사기관의 징계권자에게 수사지연에 대한 징계를 요청할 수 있다.

⑦ 제6항의 징계 요청이 접수된 날로부터 2개월 안에 징계 여부를 결정해야 하며, 결정 내용을 징계신청자에게 통지해야 한다.

는 동감이 됩니다.

공수처법 제24조 제2항이 다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우 그 사실을 ‘즉시’ 수사처에 통보하여야 한다고 규정한 것과 대응하여, 공수처 사건사무규칙 제24조 제2항<sup>13)</sup>에서 해당 수사기관에 수사 개시 여부를 60일 이내에 서면으로 회신하도록 되어 있는 것은 다소 장기간으로 사료됩니다. 공수처가 직접 수사할지 여부를 정하는 기간은 1개월 이내로 정하도록 필요한 경우 연장하도록 하는 방안을 추진해 볼 수 있겠습니다. 다른 수사기관의 수사가 본격적으로 진행되기 전에 공수처가 수사 초기부터 사건을 담당하도록 함으로 중복 수사를 방지할 수 있을 것입니다.

다른 수사기관이 ‘인지’ 한 경우가 아닌 ‘고소, 고발’ 등의 경우에는 다른 수사기관이 통보할 의무가 없는 것으로 해석되지만 공수처에도 고위공직자에 대한 고소, 고발이 접수될 수 있고, 고위공직자범죄의 특성상 언론보도 등을 통하여 공수처도 사건의 존재를 쉽게 파악할 가능성이 있으므로 공수처가 입건한 후 1개월 이내에 이첩 요청 여부를 정할 수 있을 것입니다.

공수처법 제24조 제3항에 따라 공수처가 다른 수사기관에 사건을 이첩할 수 있는 기간도 (비록 훈시규정으로 새기더라도) 검찰, 경찰의 수사기간을 고려하여 공수처가 수사를 개시한 날부터 3개월 이내 정도에서는 이첩 여부를 결정할 수 있도록 하여 이첩을 둘러싸고 공수처장의 과도한 재량에 대한 우려를 기간을 통제하는 방식으로 일정 부분 해소할 수 있겠습니다.<sup>14)</sup>

비슷한 맥락에서 공수처법 제26조 규정의 해석상 공수처가 검찰에 송치한 사건에 대하여 검사의 수사를 제한하는 규정이 별도로 존재하지 아니합니다. 공소제기 여부에 대한 판단을 위해서는 검사가 직접 수사를 하는 것이 불가피하다 하더라도 이미 공수처에서 수사를 하였음이 전제가 된 이상 필요한 범위 내(가령 추가 수사기간 제한 등)로 검사의 추가 수사를 한정할 수 있는 방법을 강구하여 중복 수사를 방지하여야 합니다.

13) 고위공직자범죄수사처 사건사무규칙 제24조(인지 통보를 받은 사건의 처리 등) ② 처장은 법 제24조 제2항에 따른 통보를 받은 날부터 60일 이내에 서면(「전자정부법」 제2조제7호의 전자문서를 포함한다)으로 해당 수사기관에 수사개시 여부를 회신하여야 한다. 다만, 수사개시 여부 결정을 위한 자료 수집 등 부득이한 사정이 있는 경우 별지 제2호의2서식의 수사개시 여부 회신기간 연장 결정서에 따라 회신기간 연장을 결정할 수 있고, 이 경우 그 사실을 별지 제2호의3서식의 수사개시 여부 회신기간 연장 통지서에 따라 해당 수사기관에 통지하여야 한다.

14) 공수처 조직의 인적, 물적 한계로 말미암아 수사에 착수할 범죄를 선별해야 할 수밖에 없으므로 그 과정에서 광범위한 재량이 발생한다는 문제를 임태한다는 지적이 있습니다.

## V. 맷음말

공수처법 제정이나 개정 과정에서 국회는 대립하였고, 적잖은 쟁점에서 타협이 이루어지지 못하고 미봉책으로 그친 부분이 적잖습니다. 그렇지만 2020. 12. 15. 구 공수처법 제30조의 공수처장의 재정신청에 대한 특례 규정 삭제<sup>15)</sup>의 경우 당시 야당의 주장이 반영되기도 하였던 경험에서 희망의 실마리도 존재합니다. 앞으로도 헌법합치적 관점에서 수사기관을 민주적으로 통제하기 위한 노력에는 정파적 이해관계의 구분이 없을 것입니다.

공판중심주의 강화 추세와 고위공직자범죄의 특성에 비추어 공소 유지에도 상당한 자원이 투입될 것으로 예상되므로 공수처 현장에서의 고충이 크시겠습니다. 공수처가 존재 의의를 살리고 기능을 온전히 하기 위해서는 국민으로부터 주어진 인적, 물적 요건을 바탕으로 실행 가능한 목표를 수립할 필요가 있어 보입니다. 이러한 맥락에서 발제자께서 역발상이라고 겸손하게 제안하신 수사대상의 축소, 여기에 더하여 대상범죄의 축소나 이첩 관련한 기간 제한 등은 공수처가 한정된 자원을 내실 있게 활용할 수 있는 방안으로 상정해 볼 수 있습니다.

보론으로 법무부·검찰청·경찰청·해양경찰청은 2024. 9. 19. ‘차세대 형사사법정보시스템(KICS)’ 개통한 것<sup>16)</sup>과 연계하여 공수처도 형사사법절차의 전자화에 적극 동참하여 주시기를 희망합니다.<sup>17)</sup> 공수처법 상 다른 수사기관의 협조, 연락은 필수적이므로 전자적 제출, 유통, 송달이 조기에 정착되어 이첩 등 사건 진행에 필수적으로 요구되는 시간 자체가 단축되기를 기대하겠습니다.

15) 공수처법 제정 당시에는 공수처장이 검사로부터 기소하지 않는다는 통보를 받은 때에는 검사 소속 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 재정신청을 할 수 있도록 규정하였으나, 2020. 12. 15. 현행 법제도와의 정합성을 고려한다는 이유로 공수처장의 재정신청에 관한 특례 규정인 구 공수처법 제30조를 전부 삭제하였습니다. 재정신청은 고소인·고발인 등 사건관계인을 보호하기 위한 제도라고 새겨진다는 점에서 공수처장이 재정신청을 하는 것이 체계정합성 상 어색한 측면이 존재하므로 이를 바로잡은 것으로 보입니다. 기존 법체계에서 채택하지 않던 특례 규정의 경우에는 법 제정 당시에 숙고하여 신중하게 검토한 이후에 도입하는 것이 바람직하다는 교훈을 남깁니다.

16) 법무부 보도자료, “법무부·검찰청·경찰청·해양경찰청, 차세대 형사사법정보시스템(KICS) 개통”, 2024. 9. 19.에 따르면, 차세대 KICS는 수사기관이나 사건 당사자가 사건 진행 내역을 파악하는데 용이하게 개편되었고 발전된 기술이 도입되었습니다. AI 기반의 지능형 사건 처리 지원 기능도 추가하여 범죄 사실이나 핵심 키워드, 죄명 정보 등을 분석하여 유사한 사건의 조서, 판결문 정보를 제공받아 사건 처리의 신속성과 효율성을 높일 수 있도록 하였습니다. 이를 통하여 검사, 경찰, 수사관 등의 개인 역량에 의존하지 않고 당해 사건과 유사 사건과의 비교·대조를 통하여 사건의 쟁점을 좀 더 선명하게 드러내고, 정형적인 사건의 경우에는 신속한 사건 처리에 이바지할 것이 기대됩니다.

17) 이에 대응하여 피의자·피고인 또는 변호인에게도 기존보다 하급심 판결서 공개 대상을 대폭 확대하고, 임의어 검색이 가능하도록 하여 폭넓은 정보를 제공하여야만 정보 격차를 줄여서 무기 대등의 원칙에 부합할 것입니다.



한국형사소송법학회, 고위공직자범죄수사처,  
한국형사·법무정책연구원 공동학술대회

## 2기 공수처 출범에 따른 운영·발전 방향

### 제2세션: 조직 및 구성 관점에서 공수처의 발전방향

사회: 박학모 박사 (한국형사·법무정책연구원 공로연구위원)

발표: 도규엽 교수 (상지대)

토론: 김성진 변호사 (법무법인 세종, 전 공수처 검사)

김희균 교수 (서울시립대)



# 조직 및 구성 관점에서 공수처의 발전방향

도규엽  
(상지대 경찰법학과 교수)

## I. 들어가는 글

2020. 1. 14. 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 ‘공수처법’이라 한다)이 제정되어 같은 해 7. 15. 시행되었고, 그로부터 약 1년이 지난 2021. 1. 21. 고위공직자범죄수사처(이하 ‘공수처’라 한다)<sup>1)</sup>가 공식적으로 출범하였다. 공수처는 고위공직자의 권력형 비리와 반부패 범죄에 대한 엄정한 수사를 통하여 공직사회 부패 척결이라는 시대적 과업을 해결하기 위해 설립된 독립적 수사기관이라는 대의를 표방하고 있음에도 불구하고, 정치적 소용돌이 속에서 잉태하여 태어날 때부터 따가운 비판과 지나친 기대라는 양극단의 시선을 동시에 받으며 험난하게 자라고 있는 것으로 보인다. 다른 신생기관의 경우라면 아마도 보내줄 수 있을 듯한 인내와 배려의 관망은 공수처에 대하여는 기대하기 어려운 듯하다. 그동안의 공수처에 대한 세간의 평가는 그리 녹록지 않다. 이러한 상황 속에서 2024년 5월 2기 공수처가 출범하였고, 하루 빨리 1기 공수처에서 아쉬웠던 부분을 고치고 메워서 제 기능을 하는 공수처의 모습을 보여줄 필요가 있을 것이다. 이를 위해서는 여러 가지 측면에서 세심하게 문제점을 진단하고 발전방향을 모색하여 구체적인 개선책들을 마련할 필요가 있다.

이 글에서는 조직 및 구성 관점에서 향후 공수처가 나아가야 할 발전적 방향을 제시해 보려 한다. 조직 및 구성의 측면에서 크게 두 가지, 공수처의 정치적 중립성 및 독립성의 강화와 공수처의 업무 수행역량 제고를 세부목표로 설정하고자 한다. 공수처가 정치적 논란에 강하게 둘러싸여 있다는 점은 주지의 사실이다. 공수처가 정치적 대립을 배경으로 설치되었다는 점, 그리고 그 수사의 대상이 정치권력 혹은 그와 가까운 경우가 많아 공수처의 수사는 상당수의 경우 정치적 이해관계와 맞물려 있다는 점 등을 고려한다면, 공수처가 내재적으로 가장 취약한 부분이 정치적 중립성이라 할 것이고, 정치적 중립성을 강화하는 것이야말로 공수처가 최우선적으로 해결해야 할 숙제인 것이다. 한편 공수처의 정치적 중립성을 논할 때 불가분적으로 함께 거론되는 것이 바로 독립성이다. 정치적 중립성과 독립성은 마치 전체로서 하나의 개념인 것처

1) ‘고위공직자범죄수사처’의 약칭에 있어서, 법률명인 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 대한 공식적 약칭은 ‘공수처법’으로 표기하고 있는 반면, 법률의 본문상 ‘고위공직자범죄수사처’라는 명칭에 대하여는 제3조에서 “이하 “수사처”라 한다”고 하면서 ‘수사처’라는 용어로 통일하여 사용하고 있다. ‘공수처’라는 용어가 해당 기관의 고유성을 더 잘 표현하고 있다는 점에서 더 바람직하다고 보아, 이 글에서는 ‘공수처’라는 용어로 통일하여 표기하고자 한다.

럼 구분 없이 함께 언급되기도 하고, 때로는 구별되어 등장하기도 하는데, 학자에 따라 각 개념 및 그 관계를 파악하는 내용은 다소 차이가 있는 듯하다. 이 글에서는 정치적 중립성과 독립성을 구분하여 이해하고, 조직 및 구성에 있어서 공수처의 정치적 중립성 강화방안과 조직 및 구성에 있어서 공수처의 독립성 강화방안을 고민해 보기로 한다. 한편 공수처가 신생 수사기관으로서 어려움을 겪고 있는 한 장면으로 업무 수행역량, 특히 수사역량의 저조를 들 수 있을 것이다. 공수처를 구성하고 있는 인적 자원들 개개인의 역량이 부족하다는 것이 아니라, 출범한 지 얼마되지 않고 조직적 경험이 부족한 터라 노하우가 많이 쌓이지 않았고 조직의 수사 등 업무 시스템이 밀도 있게 구축되지 않았다는 것이다. 거기에 공수처의 직무 범위 및 대상범죄의 성격 등을 고려할 때 현재의 인력 규모가 부족해 보인다는 점도 지적이 된다. 이것들이 바로 조직 및 구성 관점에서 공수처의 업무 수행역량 제고방안을 모색해야 할 이유가 된다.

## II. 조직 및 구성 관점에서 공수처의 정치적 중립성 및 독립성 강화방안

### 1. 공수처의 정치적 중립성 및 독립성의 의미

정치적 중립성과 독립성의 의미 및 관계에 대하여, 학자들은 다양한 입장에서 해석하고 있다. “중립성은 검찰이 그 본연의 역할과 기능을 수행함에 있어 태도 내지 입장의 중립성을 의미하는 것일 뿐, 검찰이 조직체계상 독립적 지위를 획득하여야 한다는 차원과는 의미차원이 다르다. … 중립성을 위해서는 수사권과 기소권이라는 검찰권을 중립적으로 행사할 수 있는 독립된 주체를 내세워야 한다는 발상의 전환이 필요 한 것이다. … 핵심 키워드는 ‘중립성’에서 ‘독립성’으로 바뀌어져야 하는 것이다. 독립성이 보장되지 않으면 중립성은 공염불에 불과하기 때문이다”라는 입장,<sup>2)</sup> “정치적 중립성은 검찰이 그 본연의 역할과 기능을 수행함에 있어 지녀야 할 태도의 측면이 부각되는 반면에 독립성은 검찰이 조직체계상 외부의 간섭을 받지 않아야 할 구조의 측면이 부각된다. 이는 결국 지위가 독립적이지 않으면 정치적 중립성은 처음부터 불가능함을 의미한다”는 입장,<sup>3)</sup> “공수처의 정치적 중립성이란 공수처 검사 개개인의 성향 문제라기 보다는 위에서 본 몇 가지의 제도적 장치를 통하여 공수처를 정치적 영향에서 자유롭게 해주려는 ‘독립성’의 의미가 더 크다고 여겨진다. 달리 말해 정치적 중립성과 독립성은 약간 다른 의미로 이해할 수 있는데, 전자는 공수처 검사가 업무 수행 과정에서 자신의 정치적 가치를 반영하면 안된다는 것을 뜻하는 반면 후자는 특정 정치세력이나 권력기관이 공수처 직무에 부당하게 간섭하지 않도록 하는 것을 의

- 
- 2) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 「성균관법학」 제30권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2018. 3, 176-177면.
- 3) 박찬걸, “고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토”, 「형사정책」 제32권 제1호, 한국형사정책학회, 2020. 4, 134면.

미한다. 이런 맥락에서 정치적 독립성, 특히 권력기관으로부터의 독립성이야말로 공수처에 본질적으로 요청되는 첫 번째 필수 요건이며, 정치적 중립을 가능하게 하는 바탕이 된다”는 입장,<sup>4)</sup> “수사처의 조직상 정치적 독립을 보장한다고 하여 수사처의 공정한 권한행사와 정치적 중립성을 보장하지는 못한다. … 수사처의 정치적, 제도적 독립은 수사처의 권한 행사에 있어서 법치주의가 실현되도록 하기 위하여 인정되어야 한다. 수사처의 정치적 독립은 기관의 독립 그 자체를 목적으로 하는 것이 아니라, 수사처가 수사권과 검찰권을 행사함에 있어서 정치, 여론 및 정책 판단의 영향을 받지 않고 오로지 법에 따라 이를 행사할 수 있도록 하기 위한 전제조건에 불과하다. 중요한 것은 수사처의 정치적 독립성 보장만으로는 그 권한 행사를 적법하고 타당하게 만드는 충분조건이 될 수 없다는 것을 인식하는 것이다”라는 입장<sup>5)</sup> 등이 있다.

엄밀히 말하자면 양자는 고도의 관련성은 인정되지만 별개의 관념이다. 공수처의 정치적 중립성은 공수처가 조직 성격과 조직의 구성, 그리고 수사 등 업무 수행에 있어서 정치적으로 편향되어 있지 아니하고 중용의 자세를 취하는 것을 의미한다고 할 수 있다. 이와 달리 공수처의 독립성이라 함은 공수처가 조직을 구성 및 운영하고 직무를 수행하는 등에 있어서 정치세력 또는 국가의 타 기관으로부터의 영향력으로부터 자유로이 독립적으로 행하는 것을 뜻한다고 볼 수 있다.

정치적 중립성이 인정된다고 해서 독립성이 곧바로 인정되지 않는 것은 물론이고 독립성이 인정된다고 해서 정치적 중립성이 곧바로 인정되지도 않는다. 즉 정치적 중립성과 독립성은 양자가 서로 필요충분조건이 되는 것도, 정치적 중립성이 독립성에 대하여 필요조건이고 독립성이 정치적 중립성에 대하여 충분조건이 되는 것도, 독립성이 정치적 중립성에 대하여 필요조건이고 정치적 중립성이 독립성에 대하여 충분조건이 되는 것도 아니다. 양자는 평면적 관계에서 단순히 논할 수 있는 것이 아니라 입체적으로 얹혀 있는 관계라 할 수 있다.

공수처의 독립성이 확보된다고 해서 공수처의 정치적 중립성이 확보되는 것은 결코 아니므로 공수처의 독립성 강화와는 별개로 공수처의 정치적 중립성을 보장하는 장치를 충분히 마련해야만, 고위공직자 등의 범죄를 독립된 위치에서 수사할 수 있는 공수처를 통하여 고위공직자 등의 범죄를 척결하고 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성을 높이려고 한 공수처법 제정 취지를 진정으로 실현할 수 있을 것이다. 한편 독립성이 충분히 보장되지 않으면 결국 외부의 영향력에 취약하게 되어 정치적 중립성이 흔들릴 우려가 있다.

4) 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 인권친화적인 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전 방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 고위공직자범죄수사처/한국형사·법무정책연구원/한국형사법학회/한국형사정책학회/한국비교형사법학회, 2022. 12, 72면.

5) 이창온, “‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’의 해석상 문제점에 대한 비판적 검토”, 「법학논문집」 제44집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2020. 8, 140면, 145-146면. 이 글 140면에서는 “수사권과 공소제기 결정권은 헌법, 형법과 형사소송법에 따라 그리고 증거와 실제진실에 따라 엄정하게 행사되어야 하며, 조직상 정치적 독립은 이를 실현하기 위한 수단으로써 보장되는 것이다. 이러한 선후관계를 명확하게 하지 않는다면, 조직상의 정치적 독립성 보장은 오히려 수사처장과 수사처 검사에게 일부 정치세력과의 결탁이나 개인적인 정치적 야심을 아무런 견제장치 없이 보장해주는 장치가 될 수도 있다”는 우려를 밝히고 있다.

한편 때로는 정치적 중립성에 대한 요구와 독립성에 대한 요구가 상충하는 경우도 발생할 수 있다. 예를 들어 임명절차에 있어서 인사권의 독립을 강하게 인정하여 처장이 외부의 간섭이 최소화된 상황에서 온전히 인사권을 행사하도록 하는 방안과 임명절차에 정치적 중립을 강화하는 차원에서 외부에 의한 인사개입이 이루어질 수 있도록 하는 방안이 택일관계에 놓여져 있을 때, 전자는 독립성을, 후자는 정치적 중립성을 더 강하게 추구하는 방법으로서 이 경우 독립성과 정치적 중립성이 대립하는 구도를 띠게 된다.

## 2. 현행법상 공수처의 정치적 중립성 및 독립성 관련 규정

공수처장 및 차장과 공수처검사, 공수처수사관, 그리고 그 밖의 공수처직원에게도 공무원의 정치 운동 금지 규정인 「국가공무원법」 제65조가 적용되어, 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없고, 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 일정 행위를 하여서는 안 된다.<sup>6)</sup> 이를 위반한 경우 징계사유에 해당함은 물론(제78조 제1항 제1호), 3년 이하의 징역과 3년 이하의 자격정지의 형사처벌을 받을 수 있다(제84조 제1항).

그리고 공수처의 정치적 중립 및 직무상 독립과 관련하여, 공수처법 제22조는 “수사처 소속 공무원은 정치적 중립을 지켜야 하며, 그 직무를 수행함에 있어 외부로부터 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니한다”고 규정하고 있다.

또 공수처의 독립성과 관련하여, 공수처법은 제3조 제2항에서 “수사처는 그 권한에 속하는 직무를 독립하여 수행한다”고 정하고 있고, 동조 제3항에서 “대통령, 대통령비서실의 공무원은 수사처의 사무에 관하여 업무보고나 자료제출 요구, 지시, 의견제시, 협의, 그 밖에 직무수행에 관여하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

## 3. 조직 및 구성에 있어서 공수처의 정치적 중립성 강화방안

### 1) 임명일 기준 최근 정치활동 이력에 따른 제한

6) 「국가공무원법」 제65조(정치 운동의 금지) ① 공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

② 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권리 운동을 하는 것
2. 서명 운동을 기도(企圖)·주재(主宰)하거나 권리하는 것
3. 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나, 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권리 운동을 하는 것
- ③ 공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나, 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니 된다.
- ④ 제3항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 대통령령등으로 정한다. <개정 2015. 5. 18.>

공수처장 및 차장, 공수처검사 등도 국가공무원법에 따라 정치적 활동이 금지되지 만, 정치적 중립성 및 독립성이 특히 강조되는 공수처장 등에게는 이를 한층 더 강하게 확보하는 장치가 추가적으로 필요하다고 할 것이고, 임용일 기준 일정기간 내 가까운 과거의 일정한 정치적 활동이 있었다는 사실을 소극적 요건으로 하여 조직을 구성하는 것이 적절한 방안이 될 것이라 본다. 공수처의 수사대상이 되는 사건 중 정치적 이해관계가 대립하는 건이 상당비중을 차지할 것이라 예상되는데, 가까운 과거에 정치적 활동을 했다는 점은 현재 시점에서 정치적 편향성을 가지고 수사에 임하게 될 우려가 있다는 합리적 추론을 가능하게 한다. 공수처법이 제13조 1항 제5호를 두어 “대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 2년이 지나지 아니한 사람”은 처장, 차장, 공수처검사, 공수처수사관으로 임명될 수 없도록 한 것은<sup>7)</sup> 이러한 측면을 고려한 것이라 할 수 있다. 다만 동호의 규정만으로는 공수처의 조직 구성에 있어서 요구되는 고도의 정치적 중립성을 충족시키기는 부족하다고 할 것이기에 일정한 가까운 시기의 일정한 정치활동을 내용으로 한 결격사유를 추가할 필요가 있을 것이다.

이와 관련하여 「법원조직법」 제43조 제1항에서 정하고 있는 법관 임용 결격사유 중 “대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 3년이 지나지 아니한 사람”(동항 제4호), “「정당법」 제22조에 따른 정당의 당원 또는 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람”(동항 제5호), “「공직선거법」 제2조에 따른 선거에 후보자(예비후보자를 포함한다)로 등록한 날부터 5년이 경과되지 아니한 사람”(동항 제6호), “「공직선거법」 제2조에 따른 대통령선거에서 후보자의 당선을 위하여 자문이나 고문의 역할을 한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람”(동항 제7호) 부분을 참고할 수 있을 것이다.<sup>8)</sup>

7) 제13조(결격사유 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 처장, 차장, 수사처검사, 수사처수사관으로 임명될 수 없다.

1. 대한민국 국민이 아닌 사람
2. 「국가공무원법」 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람
3. 금고 이상의 형을 선고받은 사람
4. 탄핵결정에 의하여 파면된 후 5년이 지나지 아니한 사람
5. 대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 2년이 지나지 아니한 사람
- ② 검사의 경우 퇴직 후 3년이 지나지 아니하면 처장이 될 수 없고, 퇴직 후 1년이 지나지 아니하면 차장이 될 수 없다.
- 8) 「법원조직법」 제43조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 법관으로 임용할 수 없다. <개정 2020. 2. 4., 2020. 3. 24.>
  1. 다른 법령에 따라 공무원으로 임용하지 못하는 사람
  2. 금고 이상의 형을 선고받은 사람
  3. 탄핵으로 파면된 후 5년이 지나지 아니한 사람
  4. 대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 3년이 지나지 아니한 사람
  5. 「정당법」 제22조에 따른 정당의 당원 또는 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람
  6. 「공직선거법」 제2조에 따른 선거에 후보자(예비후보자를 포함한다)로 등록한 날부터 5년이 경과되지 아니한 사람
  7. 「공직선거법」 제2조에 따른 대통령선거에서 후보자의 당선을 위하여 자문이나 고문의 역할을 한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람
  - ② 제1항제7호에 따른 자문이나 고문의 역할을 한 사람의 구체적인 범위는 대법원규칙으로 정한다. <신설 2020. 3. 24.>

[전문개정 2014. 12. 30.]

우선 해당 사유들이 적용되어야 하는 범위와 관련하여, 타 기관보다 정치적 개입이 더욱 강하게 시도될 우려가 있는 공수처의 특수성을 고려할 때 공수처장, 공수처차장은 물론 공수처검사, 나아가 공수처수사관까지도 임용일 기준 일정기간 내 가까운 과거의 일정한 정치적 활동이 없었을 것이 요구되어야 한다고 본다. 다만 그 외의 기타 공수처직원에게까지 이러한 요건이 요구될 필요는 없고, 그들에게는 국가공무원법상 정치활동 제한 규정이 적용되면 족하다고 생각한다. 이러한 점에서 공수처법 제13조 제1항 제5호의 적용대상을 “처장, 차장, 수사처검사, 수사처수사관”으로 한정하고, 그 밖의 공수처직원은 적용대상에서 제외하고 있는 점은 적절하다.

구체적 사유들을 고찰해 볼 때, 우선 공수처장 및 차장, 공수처검사, 공수처수사관에게 법관 이상의 정치적 중립성이 요구된다고 할 수 있다는 점에서, 공수처법 제13조 1항 제5호의 “대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 2년이 지나지 아니한 사람”은 “대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 3년이 지나지 아니한 사람”으로 개정함이 타당하다고 본다.

그리고 「법원조직법」 제43조 제1항의 법관 임용 결격사유 중 “「공직선거법」 제2조에 따른 선거에 후보자(예비후보자를 포함한다)로 등록한 날부터 5년이 경과되지 아니한 사람”, “「공직선거법」 제2조에 따른 대통령선거에서 후보자의 당선을 위하여 자문이나 고문의 역할을 한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람”은 공수처장, 공수처차장, 공수처검사, 공수처수사관의 임용 결격사유로 추가함이 적절하다고 할 것이다.

이와 달리 “「정당법」 제22조에 따른 정당의 당원 또는 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람” 부분은 이를 공수처장, 공수처차장, 공수처검사, 공수처수사관의 임용 결격사유로 그대로 두기에는 적절치 않다고 본다. 최근 헌법재판소는 법원조직법 제43조 제1항 제5호 중 “당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람” 부분에 대하여 위헌 결정을 내린 바 있다.<sup>9)</sup> 유사한 관점에서 과거 3년 이내의 모든 당원 경력을 공수처검사, 공수처수사관의 임용 결격사유로 정하는 것은 입법목적 달성을 위해 합리적인 범위를 넘어 공수처의 정치적 중립성과 독립성에 긴밀한 연관성이 없는 경우까지 과도하게 공직취임의 기회를 제한하여 공무담임권을 침해하는 것으로 볼 수 있다.

---

[단순위헌, 2021헌마460, 2024.7.18. 법원조직법(2020. 3. 24. 법률 제17125호로 개정된 것) 제43조 제1항 제5호 중 ‘당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람’에 관한 부분은 헌법에 위반된다.]

9) “현행법상 공무담임권을 지나치게 제한하지 않으면서 법관(대법원장·대법관·판사)이 정치적 중립성을 준수하고 재판의 독립을 지킬 수 있도록 하는 제도적 장치는 이미 존재한다. 즉, 법관의 정당가입 및 정치운동 관여 금지, 임기 보장, 탄핵제도, 제척·기피·회피제도, 심급제 등을 통해 법관의 정치적 중립과 재판의 독립을 제도적으로 보장하고, 재판의 객관성과 공정성이 유지되도록 하고 있다. 특히 대법원장과 대법관은 국회에서 인사청문 절차를 거치므로, 판사보다 더 엄격한 수준에서 정치적 중립성에 대한 검증이 이루어지고 있다. 가사 과거에 당원 신분을 취득한 경력을 규제할 필요성이 있더라도, 적극적으로 정치적 활동을 하였던 경우에 한하여 법관 임용을 제한할 수 있고, 이에 법원조직법은 관련 규정을 별도로 두고 있다. 그럼에도 불구하고, 심판대상조항과 같이 과거 3년 이내의 모든 당원 경력을 법관 임용 결격사유로 정하는 것은, 입법목적 달성을 위해 합리적인 범위를 넘어 정치적 중립성과 재판 독립에 긴밀한 연관성이 없는 경우까지 과도하게 공직취임의 기회를 제한한다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다”(헌법재판소 2024. 7. 18. 선고 2021헌마460 결정).

다만 공수처검사와 공수처수사관에 비하여 상대적으로 정치적 중립성이 더 강하게 요구되는 공수처장 및 차장의 경우에는 “당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한”이라는 사유를 추가하여도 위헌 소지는 크지 않을 것이라는 점에서,<sup>10)</sup> 공수처장 및 차장에 대하여는 「정당법」 제22조에 따른 정당의 당원 또는 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람”을 임용 결격사유로 정하고, 반면 공수처검사 및 공수처수사관의 경우에는 “「정당법」 제22조에 따른 정당의 당원인 사람”을 임용 결격사유로 정하는 방안을 제안해 보고자 한다.

정리하자면, 과거 정치활동과 관련하여 “대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 3년이 지나지 아니한 사람”, “「정당법」 제22조에 따른 정당의 당원 또는 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람”, “「공직선거법」 제2조에 따른 선거에 후보자(예비후보자를 포함한다)로 등록한 날부터 5년이 경과되지 아니한 사람”, “「공직선거법」 제2조에 따른 대통령선거에서 후보자의 당선을 위하여 자문이나 고문의 역할을 한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람”은 공수처장 또는 차장으로 임명될 수 없도록 하고, “대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 3년이 지나지 아니한 사람”, “「정당법」 제22조에 따른 정당의 당원인 사람”, “「공직선거법」 제2조에 따른 선거에 후보자(예비후보자를 포함한다)로 등록한 날부터 5년이 경과되지 아니한 사람”, “「공직선거법」 제2조에 따른 대통령선거에서 후보자의 당선을 위하여 자문이나 고문의 역할을 한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람”은 공수처검사 또는 공수처수사관으로 임명될 수 없도록 하는 것이 적절하다고 생각한다.

## 2) 임명절차상 정치적 중립성 강화방안

### (1) 공수처장 임명절차의 문제

공수처법에 따르면, 처장은 15년 이상 판사, 검사 또는 변호사의 직에 있던 사람(제5조 제1항 제1호) 혹은 15년 이상 변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관 또는 그 밖의 법인에

10) 헌법재판소 2024. 7. 18. 선고 2021헌마460 결정에서 [재판관 이은애, 재판관 이영진의 일부위헌의견]은 “공정한 재판은 사법에 대한 국민의 신뢰에서 출발하므로, 입법자로서는 그 독립성과 중립성에 영향을 미칠 것으로 추단되는 경우에 일정 범위를 정하여 법률로 법관의 자격을 제한할 수 있다. 다만, 심판대상조항의 적용을 받는 법관에는 대법원장·대법관·판사가 모두 포함되는데, 대법원장·대법관과 달리 판사의 경우에는 그 임명 과정에 정치적 관여가 없고, 가사 판사가 과거 당원 경력으로 개별사건의 판결에 불공정한 영향을 미치더라도 이는 심급제도를 통해 상급심 재판으로 해소될 수 있다. 그러므로 사법에 대한 국민의 신뢰를 회복하기 위해 과거 당원 경력을 법관 임용 결격사유로 정할 필요성이 있더라도, 대법원장·대법관이 아닌 판사의 경우까지 그 결격사유의 적용대상에 포함시키는 것은 입법목적 달성을 위한 필요최소한의 제한이라 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항 중 ‘판사에 관한 부분’은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다”라고 밝힌 바 있다. 해당 결정에서 헌법재판소의 공식 입장은 대법원장 및 대법관에 대하여도 과거 3년 이내의 모든 당원 경력을 법관 임용 결격사유로 하는 것은 위헌이라는 것이지만, 공수처장 및 차장은 대법원장 및 대법관에 비해 정치적 중립성 요구가 더 크다고 볼 수 있으므로 헌법재판소의 입장을 존중한다 하더라도 공수처장 및 차장에 대해서는 과거 수 년 이내의 모든 당원 경력을 법관 임용 결격사유로 하는 것이 곧바로 위헌이라 할 수는 없다 하겠다.

서 법률에 관한 사무에 종사한 사람(동항 제2호) 또는 15년 이상 변호사 자격이 있는 사람으로서 대학의 법률학 조교수 이상으로 재직하였던 사람(동항 제3호) 중에서 고위공직자범죄수사처장후보추천위원회(이하 “추천위원회”라 한다)가 2명을 추천하고, 대통령이 그 중 1명을 지명한 후 인사청문회를 거쳐 임명한다(제5조 제1항). 제1항 각 호에 규정된 둘 이상의 직에 재직한 사람에 대해서는 그 연수를 합산한다(동조 제2항).

처장후보자의 추천을 위하여 국회에 추천위원회를 둔다(제6조 제1항). 추천위원회는 위원장 1명을 포함하여 7명의 위원으로 구성하고(동조 제2항), 위원장은 위원 중에서 선출한다(동조 제3항). 국회의장은 ‘1. 법무부장관(동조 제4항 제1호), 2. 법원행정처장(동항 제2호), 3. 대한변호사협회장(동항 제3호), 4. 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 추천한 2명(동항 제4호), 5. 제4호의 교섭단체 외의 교섭단체가 추천한 2명(동항 제5호)’을 위원으로 임명하거나 위촉한다(동조 제4항). 국회의장은 제4항 제4호 및 제5호에 따른 교섭단체에 10일 이내의 기한을 정하여 위원의 추천을 서면으로 요청할 수 있고, 각 교섭단체는 요청받은 기한 내에 위원을 추천하여야 한다(동조 제5항). 제5항에도 불구하고 요청받은 기한 내에 위원을 추천하지 아니한 교섭단체가 있는 경우, 국회의장은 해당 교섭단체의 추천에 갈음하여 ‘1. 사단법인 한국법학교수회 회장(동조 제6항 제1호), 2. 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장(동항 제2호)’을 위원으로 위촉한다. 추천위원회는 국회의장의 요청 또는 위원 3분의 1 이상의 요청이 있거나 위원장이 필요하다고 인정할 때 위원장이 소집하고, 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다(동조 제7항). 추천위원회 위원은 정치적으로 중립을 지키고 독립하여 그 직무를 수행한다(동조 제8항).

추천위원회의 구성과 관련하여, 총 7명의 위원 중 법무부장관을 제외한 법조계 인사는 법원행정처장과 대한변호사협회장 2명에 불과하며, 과반수가 넘는 4명의 위원이 국회 정당 교섭단체의 추천에 의해 구성되므로, 법조·법학계 내의 평판과 견해보다는 추천 당시 정치적 의사가 공수처장의 임명에 결정적인 영향을 미칠 수밖에 없는 구조라는 비판이 있다.<sup>11)</sup> 공수처장이 정치권의 이해를 대변하는 사람으로 임명이 되면, 결국 고위공직자 가운데 정치권에 강하게 연결되어 있는 사람이 수사상 혜택을 볼 수밖에 없는 구조가 될 것이라는 점에서 우려가 된다.<sup>12)</sup> 공수처의 검찰권과 수사권 행사의 준사법적 성격이 유지되어야 하고 공수처의 직무집행에 있어서 정치적 정당성보다는 사법적 공정성 판단이 우선되도록 제도가 설계되어야 하므로, 공수처장 추천위원회 관련 규정은 공수처장 후보자의 법률적 능력과 법치주의에 대한 신념을 평가할 수 있는 구성원의 비중을 더 높이거나 혹은 법조계와 정치계의 의사가 모두 반영될 수 있게 추천절차를 다중적으로 설계하여 법치주의적 관점과 정치적 관점이 모두 평

11) 김성천, “고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰”, 「중앙법학」 제21권 제4호, 중앙법학회, 2019. 12, 67면; 박진우, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 헌법적 쟁점에 관한 연구”, 「입법학연구」 제17집 제1호, 한국입법학회, 2020. 2, 327면; 이창운, 앞의 글, 150면.

12) 김성천, 앞의 글, 67면; 정웅석, 「고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해 - 각국의 검찰제도와 비교 법적 관점에서-」, 박영사, 2021, 299면.

가될 수 있도록 개정됨이 바람직하다고 본다.<sup>13)</sup>

추천위원회의 의결정족수를 제정 당시 위원 6인의 찬성으로 규정하였던 것을 재적 위원 3분의 2 이상의 찬성으로 개정한 것에 대하여는, 야당의 비토(Veto)권을 무력화 한 입법으로서 공수처장의 임명이 집권 여당에 절대적으로 유리하게 되었다는 비판이 있다.<sup>14)</sup> 법무부장관은 대통령이 임명한 대통령의 참모이고, 대법원장을 대통령이 임명한다는 점에서 법원행정처장 역시 대통령의 의중을 헤아리는 사람이며, 국회 추천 4인 중 2인은 집권 여당에서 추천하도록 규정되어 있기 때문에 7인의 위원 중 4인이 집권 여당에 친한 것이고, 대한변호사협회장이 캐스팅 보트를 가지게 될 가능성이 크다고 한다.<sup>15)</sup> 이러한 상황에서 처장 후보를 복수로 추천할 때 집권 여당을 동지로 생각하는 사람이 포함될 수밖에 없고, 대통령이 집권 여당 측에 친한 후보를 선택하지 않을 것이라고 기대할 수는 없다는 것이다.<sup>16)</sup>

추천위원회 위원 구성시 국회의장은 교섭단체에 10일 이내의 기한을 정하여 위원의 추천을 서면으로 요청할 수 있고, 각 교섭단체는 요청받은 기한 내에 위원을 추천하여야 하는데, 요청받은 기한 내에 위원을 추천하지 아니한 교섭단체가 있는 경우, 국회의장은 해당 교섭단체의 추천에 갈음하여 사단법인 한국법학교수회 회장과 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장을 위원으로 위촉하도록 규정을 두고 있는데, 이에 대하여 한국법학교수회 회장은 사실상 법학전문대학원 교수들끼리 선거로, 법학전문대학원협의회 이사장은 로스쿨 원장끼리 돌아가면서 맡게 되는 구조라는 점에서 별다른 차이 없는 두 단체의 장을 위원으로 위촉하기보다는 형사법 관련 5개 학회-한국형사법학회, 한국비교형사법학회, 한국형사정책학회, 한국형사소송법학회, 한국피해자학회-에 공동추천을 의뢰함이 적절하다는 견해가 있다.<sup>17)</sup>

한편 공수처장 임명절차에서 “민주적 정당성 제고를 위한 시민적 참여의 강화 방안 혹은 여야가 강성 지지자만을 공수처장 후보로 추천하는 것을 방지하기 위한 제도로서 배심원 선정 절차에서 활용되는 무이유부 기피 제도를 도입하는 방안”을 제안하는 견해도 있다.<sup>18)</sup>

## (2) 공수처차장 임명절차의 문제

차장은 10년 이상 판사, 검사 또는 변호사의 직에 있던 사람(제5조 제1항 제1호) 혹은 10년 이상 변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관 또는 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 사람(동항 제2호) 또는 10년 이상 변호사 자격이 있는 사람으로서 대학

13) 이창온, 앞의 글, 151-152면.

14) 정웅석, 앞의 책, 296면.

15) 정웅석, 앞의 책, 296면.

16) 정웅석, 앞의 책, 296면.

17) 정웅석, 앞의 책, 296면.

18) 이근우, “고위공직자 범죄수사처 법의 바람직한 개선 방안”, 「형사소송 이론과 실무」 제15권 제4호, 한국형사소송법학회, 2023. 12, 52면.

의 법률학 조교수 이상으로 재직하였던 사람(동항 제3호) 중에서 처장의 제청으로 대통령이 임명한다(제7조 제1항). 제1항 각 호에 규정된 둘 이상의 직에 재직한 사람에 대해서는 그 연수를 합산한다(동조 제2항 및 제5조 제2항).

처장은 처장이 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없는 때에는 그 직무를 대행 하므로 공수처검사에 대한 지휘, 감독을 담당할 수도 있으며, 그 자신이 공수처검사로서 권한을 행사할 수 있음에도(동법 제16조), 처장의 제청으로만 대통령이 임명하게 규정되어 있어 민주적 정당성이 부족하다고 할 수 있다.<sup>19)</sup>

### (3) 공수처검사 임명절차의 문제

공수처검사는 7년 이상 변호사의 자격이 있는 사람 중에서 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명한다(제8조 제1항 전단). 이 경우 검사의 직에 있었던 사람은 제2항에 따른 공수처검사 정원의 2분의 1을 넘을 수 없다(동항 후단).

처장과 차장을 제외한 공수처검사의 임용, 전보, 그 밖에 인사에 관한 중요 사항을 심의·의결하기 위하여 공수처에 인사위원회를 두는데(제9조 제1항), 인사위원회는 위원장 1명을 포함한 7명의 위원으로 구성하고, 인사위원회의 위원장은 처장이 된다(동조 제2항). 인사위원회 위원 구성은 ‘1. 처장(제3항 제1호), 2. 차장(동항 제2호), 3. 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 처장이 위촉한 사람 1명(동항 제3호), 4. 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 추천한 2명(동항 제4호), 5. 제4호의 교섭단체 외의 교섭단체가 추천한 2명(동항 제5호)’이 된다(동조 제3항). 인사위원회는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다(동조 제5항).

인사위원회는 총 7명의 위원 중 처장, 차장과 처장이 위촉한 각계 전문분야 인물 1명을 제외한 4명이 국회 정당 교섭단체의 추천에 의해 구성된다. 인사위원회의 의결 정족수는 재적위원 과반수인데(제9조 제5항), 처장, 처장이 제청하여 임명된 차장 및 처장이 위촉하는 인물 등 3명이 처장 의사의 영향력 하에 있고, 처장에게 우호적인 정당 교섭단체에 의해 추천된 인물 2명이 이에 가세하면 처장의 영향력 하에 있는 5명이 재적위원 과반수를 차지할 수 있게 된다.<sup>20)</sup> 게다가 정당 교섭단체 추천 위원의 임기는 3년으로 되어 있으므로(수사처법 제9조 제4항), 위원회의 구성 당시의 정치적인 세력 분포가 인사위원회의 의사결정을 향후 3년간 좌우할 수 있다.<sup>21)</sup> 인사위원회의 외부위원의 임기가 3년이고 인사위원회의 의결은 과반수에 의하여 이루어지므로, 그 공수처검사의 임용시 관여한 인사위원회 외부위원들이 해촉되기 전에 공수처검사의 연임에 관한 사실상의 결정권을 가지게 되어, 공수처검사의 최초 임용 당시의 다수당 교섭단체의 정치적 의사가 수사처의 구성에 관하여 6년간 미칠 수 있게 해둠으로써 민주적 정당성의 측면에서도 심각한 결함을 안고 있다.<sup>22)</sup> 따라서 인사위원회 관

19) 이창온, 앞의 글, 155면.

20) 이창온, 앞의 글, 152-153면.

21) 이창온, 앞의 글, 153면.

22) 이창온, 앞의 글, 154면.

련 규정도 공수처장 추천위원회와 마찬가지로 후보자의 법률적 능력과 법치주의에 대한 신념을 평가할 수 있는 구성원의 비중을 더 높이거나 추천절차를 다중적으로 설계하여 법치주의적 관점과 정치적 관점이 모두 평가될 수 있도록 개정할 필요가 있다.<sup>23)</sup>

#### 4. 조직 및 구성에 있어서 공수처의 독립성 강화방안

##### 1) 인사조직 구성에 있어서의 독립성 문제

공수처법은 인사조직 구성에 있어서의 독립성 보장과 관련하여, 차장의 경우 처장의 제청으로 대통령이 임명하도록 하고 있고(제7조 제1항), 공수처검사의 경우 처장이 위원장이고 차장이 위원으로 포함된 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명하도록 정하고 있다(제8조 및 제9조). 그리고 공수처수사관은 처장이 임명하는 것으로 규정한다(제10조 제1항). 차장과 공수처검사, 공수처수사관의 인사에 있어서 처장의 영향력을 강하게 정해둔 점은 인사권에 대한 독립성의 강화라고 평가할 수 있다. 다만 처장의 인사권을 더 강화하려는 시도는 정치적 영향력에 노출될 위험을 야기할 수 있다는 점에서 적절치 못하고, 오히려 앞서 살펴본 임명절차에서 법치주의적 정당성과 민주적 정당성을 강화하는 방향으로의 개선이 필요해 보인다.

##### 2) 신분의 보장 문제

공수처법에 따르면, 처장의 임기는 3년으로 하고 중임할 수 없으며, 정년은 65세로 한다(제5조 제3항). 처장이 퇴위된 때에는 제1항에 따른 절차를 거쳐 60일 이내에 후임자를 임명하여야 한다. 이 경우 새로 임명된 처장의 임기는 새로이 개시된다(동조 제4항). 공수처차장의 임기는 3년으로 하고 중임할 수 없으며, 정년은 63세로 한다(제7조 제3항). 공수처검사의 임기는 3년으로 하고, 3회에 한정하여 연임할 수 있으며, 정년은 63세로 한다(제8조 제3항). 공수처수사관의 임기는 6년으로 하고, 연임할 수 있으며, 정년은 60세로 한다(제10조 제3항). 그리고 동법 제14조는 신분보장과 관련하여, 처장, 차장, 수사처검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·경책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니하는 것으로 정하고 있다.

공수처장의 임기에 대하여, 공수처장은 검사의 직무수행과정과 검찰조직의 연속성 상에서 임명되는 검찰총장과는 달리 고위공직자의 범죄수사를 위해서 별도의 독립기관의 장으로 특별히 임명된다는 점, 공수처가 담당하게 되는 범죄의 특성을 고려하면 고위공직자의 범죄나 권력형 비리 등은 수사기간도 오래 소요될 뿐만 아니라 정치적으로 영향을 많이 받을 수 있다는 점을 고려할 때, 공수처장의 임기를 3년으로 한 것

---

23) 이창온, 앞의 글, 155면.

은 적절하지 않고, 공수처장의 임기는 적어도 국회의원이나 대통령의 임기보다 장기로 정하여, 정치세력으로부터 영향력이 미치는 것을 줄여야 한다는 견해가 있다.<sup>24)</sup> 헌법재판소 재판관이나 대법관의 임기를 6년으로 정하여 임기 차등에 의한 권력통제를 실현하는 것과 같이 공수처가 다른 권리기관의 정점에 있는 고위공직자들에 대한 통제권한을 행사하기 위해서는 대통령과 정치권력의 교체에는 영향을 받지 않도록 할 필요가 있다는 것이다.<sup>25)</sup> 생각건대 공수처장 및 차장의 임기를 3년으로 하고, 중임을 제한한 것은 정치적 영향력으로부터 자유로운 상태에서 고위공직자 등의 수사 및 기소 업무 등을 이끌어 나갈 수 있도록 마련해 둔 적절한 안전장치라고 할 수 있다. 정치적 세력으로부터의 결탁 시도에 취약할 수밖에 없는 공수처의 성격을 고려할 때 임기가 장기가 된다거나 연임 혹은 중임이 가능하게 된다면 정치적 영향력에 의해 오염될 위험이 있다고 할 것이다.

한편 공수처법상 공수처 검사의 자격 및 임기 등 신분보장에 관한 규정은 공수처 조직의 안정성을 확보하기에는 미흡하고, 또 이로 인해 우수한 법조인이나 수사인력이 공수처에 지원하기를 꺼릴 것이라는 평가가 있다.<sup>26)</sup> 이 입장에서는 공수처가 담당하는 직무의 성격을 고려하면 특별한 사정이 없는 한 연임이 제한되지 않아야 하고, 나아가 공수처 검사로서의 정년보장이 필요하다고 한다.<sup>27)</sup> 이에 반하여 공수처검사에 대한 임기제 및 신분보장은 가장 강력하게 독립성 및 정치적 중립성을 확보할 수 있는 방안이라고 하면서, 임기제는 정치적 외압으로부터의 독립을 위한 조치인 동시에 공수처검사가 가지고 있는 권력에 대한 통제작용으로서의 기능도 동시에 수행한다는 견해가 있다.<sup>28)</sup> 생각건대 공수처검사의 임기 및 연임 제한 규정은 공수처검사의 신분을 어느 정도 보장하면서도 이들을 정치적 영향력으로부터 단절시키는 안전장치의 의미를 갖는다고 볼 것이다. 다만 사건을 맡은 검사가 책임 있게 수사를 진행 및 마무리할 수 있도록 하여 수사공백기나 집중도 저하를 최소화할 필요가 있다는 점에서, 사건을 맡아 실무를 처리하는 공수처검사의 임기를 공수처장이나 차장과 동일하게 3년으로 규정할 필요는 없어 보인다. 3년이라는 주기는 지나치게 짧아 공수처검사가 불안정한 상태에서 수사에 책임을 다하기 어려운 상황을 초래할 수 있다. 따라서 공수처수사관의 임기와 같이 6년으로 하고, 1회에 한하여 연임할 수 있도록 정함이 합리적이라 생각한다.<sup>29)</sup>

24) 조재현/김형섭, 앞의 글, 176면.

25) 조재현/김형섭, 앞의 글, 176면.

26) 조재현/김형섭, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰”, 「한국부패학회보」 제28권 제1호, 한국부패학회, 2023. 3, 174-175면.

27) 조재현/김형섭, 앞의 글, 174-175면.

28) 박찬걸, 앞의 글, 142면.

29) 현행법은 3년 임기에 연임이 3회까지 가능하므로 최장 12년까지 근무가 가능한 것으로 해석되는데, 임기를 6년으로 하되 1회에 한하여 연임이 가능하도록 정하게 되면 임기가 연장되어 조직의 안정성이 강화되는 동시에 최장 근무연수는 12년으로 같아져 임기제를 통하여 해당 규정이 추구하고자 하는 바는 동일하게 달성할 수 있는 효과가 있다.

### III. 조직 및 구성 관점에서 공수처의 업무 수행역량 제고방안

#### 1) 인력의 확충

공수처법은 공수처장 및 차장을 포함하여 공수처검사를 25명 이내로 정하고 있고 (제8조 제2항), 40명 이내의 공수처수사관과(제10조 제2항) 20명 이내의 직원을 두도록 하고 있다(제11조 제2항). 공수처법은 공수처가 담당하게 될 기능보다는 공수처의 권한남용을 방지하는 데 중점을 둔 입법이었기 때문에 공수처의 권한이 비대해지는 것을 막기 위해 이른바 ‘미니 공수처’로 출범하였다고 한다.<sup>30)</sup> 공수처의 규모는 과거 대검찰청 중앙수사부 또는 서울지방검찰청 반부패수사 4부의 조직 규모와 비견될 수 있을 정도라고 하는데,<sup>31)</sup> 현재 규모의 인원으로는 공수처법에서 정하는 관할 범죄를 자체수사력만으로 모두 감당하기 어려우므로 공수처가 제대로 기능하기 위하여서는 인력의 확충이 필요하다는 의견이 적지 않다.<sup>32)</sup> 현재의 공수처의 규모로는 권력형 비리와 고위공직자의 직무범죄에 수사력을 집중하기 어려울 수 있고, 수사에 착수할 범죄를 확정하는 데에 어려움이 따를 수밖에 없으며, 고위공직자 범죄가 고도로 지능화되어 가고 있다는 점에서 더욱 그러하다는 것이다.<sup>33)</sup> 한편 공수처법이 예정한 수사대상자 및 수사대상 범죄에는 개인 비리에 속하는 뇌물죄뿐만 아니라 국가기관이 조직적으로 동원된 직권남용 및 직무유기까지 포함되어 있고, 이러한 범죄의 경우 비상한 수단이 없다면 짧은 시간 내에 한정된 수사 인력으로 이를 밝혀내는 것이 어렵다는 점도 지적되고 있다.<sup>34)</sup>

현행법상 공수처의 직무 범위 및 대상범죄의 성격 등을 고려할 때 현재의 인력 구성으로는 업무에 과부하가 걸려 원활한 수사와 기소가 어렵다고 할 수 있으므로 인력의 확충이 필요한 것으로 보인다. 공수처검사와 공수처수사관은 물론 일반직원에 대해서도 인력을 확충함으로써 수사와 기소 업무는 물론 일반행정 업무의 수행역량 향상을 기대해 볼 수 있을 것이다. 어느 정도까지 인력의 충원이 이루어져야 할 것인지에 대하여도 여러 의견이 존재한다. 최소한 지금의 2-3배는 되어야 한다는 의견,<sup>35)</sup> 처장 및 차장을 포함한 공수처검사 30명 이상 50명 이내, 공수처수사관 50명 이상 70명, 그 밖의 직원 60명으로 정하자는 의견,<sup>36)</sup> 처장 및 차장을 포함한 공수처검사

30) 오병두, “공수처 어떻게 운영되어야 하나? -공수처의 운영방향에 관한 제언-”, 「형사정책」 제32권 제2호, 한국형사정책학회, 2020. 7, 131면.

31) 정우일, “공수처의 조직 및 운영에 관한 고찰”, 「한국공안행정학회보」 제78호, 한국공안행정학회, 2020. 3, 296-297면.

32) 박수희/문준섭, “현행 공수처법에 관한 비판적 검토”, 「한국범죄정보연구」 제7권 제2호, 한국사회안전범죄정보학회, 2021. 12, 66면; 오병두, 앞의 글, 140면; 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제”, 「형사법연구」 제32권 제2호, 한국형사법학회, 2020. 6, 290-291면; 조재현/김형섭, 앞의 글, 170면; 최정학, 앞의 글, 73면.

33) 박수희/문준섭, 앞의 글, 66면; 조재현/김형섭, 앞의 글, 170-171면.

34) 이근우, 앞의 글, 40면.

35) 최정학, 앞의 글, 74면.

36) 이성윤 의원 등 16인 발의, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 1405), 2024. 7. 4.

40명, 공수처수사관 80명, 그 외의 직원 50명으로 증원하자는 의견<sup>37)</sup> 등이 있으나, 처장 및 차장을 포함한 공수처검사 40명, 공수처수사관 60명, 그 밖의 직원 40명으로 증원함이 적정하다고 본다. 다만 일각에서 주장되는 바와 같이 인적 및 물적 대상범위를 대폭 축소하는 방향으로 공수처법 개정이 이루어진다면 현재의 인적 구성으로도 충분하다고 볼 여지가 있다.

## 2) 공수처검사의 자격요건 완화의 문제

제정 공수처법에서는 공수처검사는 “변호사 자격을 10년 이상 보유한 자로서 재판, 수사 또는 수사처규칙으로 정하는 조사업무의 실무를 5년 이상 수행한 경력이 있는 사람 중에서 제9조에 따른 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명”하는 것으로 규정했었는데, 2020. 12. 15. 개정으로 “7년 이상 변호사의 자격이 있는 사람 중에서 제9조에 따른 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명”하는 것으로 공수처검사의 자격요건을 완화하였다. 그럼에도 불구하고 공수처에 우수하고 유능한 젊은 검사들의 입직을 장려하고자 하는 목적으로 공수처검사를 “5년 이상” 변호사의 자격이 있는 사람 중에서 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명하는 것으로 더 완화하자는 주장,<sup>38)</sup> 이보다 더 완화하여 “3년 이상” 변호사의 자격이 있는 사람 중에서 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명하는 것으로 개정하자는 주장,<sup>39)</sup> 아예 변호사 경력에 대한 요구 없이 변호사의 자격이 있는 것으로 정하고자 하는 입장<sup>40)</sup> 등이 있는데, 공수처검사 직무의 중요성 및 요구되는 전문성 등을 고려한다면 현행법의 ‘7년’ 요건은 적정하다고 판단된다.

한편 공수처법 제8조 제2항은 검사의 직에 있었던 사람은 공수처검사 정원의 2분의 1을 넘을 수 없다고 제한하는 규정을 두고 있는데, 이 규정은 잠재적 수사대상인 검사와의 결탁을 최소화하고 검찰개혁의 사명을 완수하고자 하는 의도로 마련된 것으로 보이는데, 이를 통한 순기능보다 수사분야의 경력직 검사의 인력확보를 매우 어렵게 하여 공수처의 수사력 향상을 제약하는 역기능이 더 크다고 평가할 수 있다는 점에서 삭제함이 바람직하다고 본다.

## 3) 임용기간 확대 및 연임 허용의 문제

37) 김준성, 앞의 글, 264면; 한국정책능력진흥원, 공수처 조직역량강화방안 최종보고서, 2022(박병식, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰” 토론문, 인권친화적인 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전 방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 고위공직자범죄수사처/한국형사·법무정책 연구원/한국형사법학회/한국형사정책학회/한국비교형사법학회, 2022. 12, 119면에서 재인용); 장경태 의원 등 22인 발의, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 876), 2024. 6. 24.

38) 김준성, 앞의 글, 268면.

39) 장경태 의원 등 10인 발의, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 3837), 2024. 9. 10.

40) 이성윤 의원 등 16인 발의, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 1405), 2024. 7. 4.

공수처검사의 경우 임기제와 연임 3회 제한은 유능한 수사인력 충원을 어렵게 하여 조직의 안정성을 저해하므로, 조직의 안정성 확보 차원에서 특별한 사정이 없는 한 연임이 제한되지 않아야 하고, 나아가 공수처검사로서의 정년보장이 필요하다는 견해가 있으나,<sup>41)</sup> 임기 및 연임 제한 규정은 정치적 영향력으로부터 자유롭게 하는 안전장치라는 점에서 필요하다고 보고, 다만 앞서 본 바와 같이, 공수처검사의 임기를 6년으로 연장하고, 1회에 한하여 연임할 수 있도록 정함이 적절할 것이다.

그리고 공수처장의 중임제한에 대하여, 대법원장에 대한 중임제한규정을 제외하면 공수처장과 같이 3년의 단기 임기를 규정하면서 중임을 제한하는 예는 없다는 점을 근거로 들어 중임이나 연임을 할 수 있도록 개정해야 한다는 의견이 있다.<sup>42)</sup> 또한 공수처장과 차장의 단임제 규정은 정치적 민감한 사안에 대하여 공수처의 업무에 대한 연속성과 책임감을 저하시킬 수 있으므로, 공수처법의 입법취지와 같이 정치적 중립성과 공수처 수사에 대한 책임성을 담보하고자 한다면 공수처장과 차장의 단임제 임기를 폐지하고, 1차에 한하여 연임하도록 규정하는 것이 타당하다는 의견이 있다.<sup>43)</sup> 어떤 면에서는 공수처장의 임기를 현행보다 더 길게 변경하는 것은 처장의 잣은 변경으로 인한 수사공백기나 집중도 저하를 최소화할 있다는 측면에서 수사역량의 제고에 있어서 의미를 지닌다고 할 수도 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 처장 및 차장의 임기를 3년으로 제한하면서 중임을 제한한 것은 정치적 중립성을 유지하기 위한 안전장치라는 점에서 현행의 임기 및 중임제한규정을 유지할 필요가 있다.

#### 4) 검찰청 및 경찰청과의 인적 협력관계 강화

공수처는 신생조직으로서, - 구성원 개인의 역량은 차치하고 - 조직의 수사역량 측면에서 오랜 기간동안 수사 혹은 기소에 있어서 조직적 노하우와 시스템을 구축해 온 검찰청이나 경찰청에 비해 업무 수행역량이 우위에 있지 못한 실정이다.<sup>44)</sup> 또한 앞서 살펴본 바와 같이 인력 규모의 측면에서도 부족한 것이 사실이다. 따라서 공수처의 수사 및 기소 업무에 대한 역량 제고 및 체계 구축이 만족스러운 수준에 이를 때까지는 검찰청 및 경찰청과의 협력과 연계가 필요하다. 특히 인적 협력관계로서 검찰청의 검사 및 검찰수사관과 경찰청의 경찰공무원 등의 파견을 적극적으로 활용하는 것은

41) 조재현/김형섭, 앞의 글, 174-175면.

42) 조재현/김형섭, 앞의 글, 176-177면.

43) 김준성, “공수처법의 문제점과 입법론적 개선방안 - 고위공직자범죄수사처의 조직체계 및 역량강화의 관점에서 -”, 「형사법연구」 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022. 12, 267-268면. 이 글에서는 ‘정치적 중립성’ 담보를 위하여 이러한 조치가 필요하다고 밝히고 있으나, 정확히 표현하자면 중립성이 아닌 독립성의 확보를 위한 조치라 할 수 있다.

44) 이와 관련하여, “신설 수사조직의 특성상 내부 교육이나 조직 안정화를 위해서는 경험 있는 검찰 구성원들을 ‘차출’할 필요가 있었을 것인데, ‘검찰개혁’이 주요한 명분이었으므로 이를 차단하여 검찰의 ‘특수수사’의 경험과 절연되게” 되었고, “결국 공수처는 높은 국민적 기대를 등에 업기는 하였지만, 수사역량을 포함하여 조직정비가 불충분한 채로 가혹한 수사상황에 내몰리게 되어 처음부터 너무 무거운 짐을 지고 출발한 것”이라고 하는 평가가 있다(이근우, 앞의 글, 55면).

수사역량의 제고에 실효적인 방법이 될 것이다.

이와 관련하여 공수처가 검찰에 대한 견제장치에 해당하므로 검사 및 검찰수사관의 파견에 있어서는 신중을 기해야 한다는 주장이 있다.<sup>45)</sup> 이는 공수처 신설의 주된 목적 및 그 기능을 검찰개혁으로 보고 공수처와 검사를 대립관계로 파악하는 관점이라 할 것인데, 검찰과 공수처는 모두 범죄 수사 및 기소를 통한 형사사법정의의 실현을 공통의 목적으로 하는 기관들로서 상호협력과 보완의 관계에 있다고 본다면, 앞의 주장은 크게 설득력이 없다고 할 것이다. 검찰을 개혁의 대상으로만 보고 관계를 단절 시켜 협력과 수사기법 등 전수를 거부하는 것은 효율적인 수사역량의 제고를 가로막는 태도일 뿐이다. 수사역량의 가시적 향상을 통하여 취할 수 있는, 고위공직자 등에 대한 제대로 된 수사를 통한 형사사법정의의 실현이라는 이익이, 불확실하고 미미한 검사의 부정과 비리에 대한 척결을 위한 관계 단절이라는 이익보다 훨씬 큰 것은 분명하다.

#### IV. 나오는 글

이상에서 공수처의 발전방향을 조직 및 구성의 관점에서 정치적 중립성 및 독립성 강화와 업무 수행역량 제고에 초점을 맞추어 살펴보았다.

우선 공수처의 중립성 및 독립성 강화방안을 정리해 본다. 공수처의 정치적 중립성 개념과 독립성 개념은 엄연히 별개이며, 정치적 중립성이 인정된다고 해서 독립성이 곧바로 인정되지 않고 독립성이 인정된다고 해서 정치적 중립성이 곧바로 인정되지 않는다. 공수처의 독립성이 확보된다고 해서 공수처의 정치적 중립성이 확보되는 것은 결코 아니므로 공수처의 독립성 강화와는 별개로 공수처의 정치적 중립성을 보장하는 장치를 충분히 마련할 필요가 있고, 독립성이 충분히 보장되지 않으면 결국 외부의 영향력에 취약하게 되어 정치적 중립성이 흔들릴 우려가 있다.

조직 및 구성에 있어서 공수처의 정치적 중립성 강화방안으로 먼저 임명일 기준 최근 정치활동 이력에 따른 제한을 제안하고자 한다. 가까운 과거에 정치적 활동을 했다는 점은 현재 시점에서 정치적 편향성을 가지고 수사에 임하게 될 우려가 있다는 사실로 자연스레 연결될 수 있다. 이와 관련하여 공수처법은 “대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 2년이 지나지 아니한 사람”은 처장, 차장, 공수처검사, 공수처 수사관으로 임명될 수 없도록 정하고 있을 뿐이기에, 「법원조직법」 제43조 제1항의 법관 임용 결격사유를 참고하여 임명일 기준 일정기간 내 가까운 과거의 일정한 정치적 활동이 있었다는 사실을 추가적인 결격사유로 정할 필요가 있다.

다음으로 제시한 공수처의 정치적 중립성 강화방안은 바로 임명절차상 문제이다. 공수처법상 공수처처장, 공수처차장, 공수처검사의 임명절차에서 정치적 영향력에 과하게 노출되어 있다거나 민주적 정당성이 부족하다는 문제점들이 드러나고 있다는 점에

---

45) 김준성, 앞의 글, 269면, 272면.

서 법치주의적 정당성과 민주적 정당성을 강화하는 방향으로의 개선이 필요하다고 본다.

조직 및 구성에 있어서 공수처의 독립성 강화방안에 있어서는 공수처장 및 차장, 공수처검사의 신분 보장을 중심으로 살펴보았다. 공수처장 및 차장의 임기를 3년으로 하고, 중임을 제한한 것은 정치적 영향력으로부터 자유로운 상태에서 고위공직자 등의 수사 및 기소 업무 등을 이끌어 나갈 수 있도록 마련해 둔 적절한 안전장치라고 할 수 있다. 그리고 공수처검사의 임기에 있어 3년이라는 주기는 지나치게 짧아 공수처검사가 불안정한 상태에서 수사에 책임을 다하기 어려운 상황을 초래할 수 있으므로 공수처수사관의 임기와 같이 6년으로 하고, 1회에 한하여 연임할 수 있도록 정함이 합리적일 것이다.

조직 및 구성 관점에서 공수처의 업무 수행역량 제고방안으로는 인력의 확충 문제, 공수처검사의 자격요건 완화의 문제, 임용기간 확대 및 연임 허용의 문제, 검찰청 및 경찰청과의 인적 협력관계 강화 문제를 고찰하였다. 인력 확충과 관련하여 현행법의 인적 및 물적 대상범위가 그대로 유지된다면, 처장 및 차장을 포함한 공수처검사 40명, 공수처수사관 60명, 그 밖의 직원 40명으로 증원함이 적정할 것이다. 공수처검사의 자격요건에 있어서는 제정법에서 ‘변호사 자격을 10년 이상 보유한 자로서 재판, 수사 또는 수사처규칙으로 정하는 조사업무의 실무를 5년 이상 수행한 경력이 있는 사람’으로 규정하고 있던 것을 2020년 ‘7년 이상 변호사의 자격이 있는 사람’으로 대폭 완화하였는데, 이를 더 완화하자는 주장이 있지만, 공수처검사 직무의 중요성 및 요구되는 전문성 등을 고려한다면 현행법의 ‘7년’ 요건은 유지할 필요가 있다고 본다. 또 임용기간 확대 및 연임 허용의 문제 관련하여 공수처장 및 차장, 공수처검사의 임기 및 연임 등에 관한 내용은 앞서 독립성 강화방안에서 살펴본 신분 보장의 내용을 그대로 적용하면 된다. 마지막으로 공수처의 수사 및 기소 업무에 대한 역량 제고 및 체계 구축이 만족스러운 수준에 이를 때까지는 검찰청 및 경찰청과의 협력과 연계가 필요하고, 특히 인적 협력관계로서 검찰청의 검사 및 검찰수사관과 경찰청의 경찰공무원 등의 파견을 적극적으로 활용하는 것은 수사역량의 제고에 실효적인 방법이 될 것이라는 점을 밝힌다.

이상의 연구결과가 2기 공수처가 궤도를 찾아 순항하는 데 있어 미약하나마 보탬이 되길 바라며 발표를 마무리한다.

## 참고문헌

- 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 「성균관법학」 제30권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2018. 3.
- 김성천, “고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰”, 「중앙법학」 제21권 제4호, 중앙법학회, 2019. 12.
- 김준성, “공수처법의 문제점과 입법론적 개선방안 - 고위공직자범죄수사처의 조직체계 및 역량강화의 관점에서 -”, 「형사법연구」 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022. 12.
- 박병식, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰” 토론문, 인권친화적인 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전 방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 고위공직자범죄수사처/한국형사·법무정책연구원/한국형사법학회/한국형사정책학회/한국비교형사법학회, 2022. 12.
- 박수희/문준섭, “현행 공수처법에 관한 비판적 검토”, 「한국범죄정보연구」 제7권 제2호, 한국사회안전범죄정보학회, 2021. 12.
- 박진우, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 헌법적 쟁점에 관한 연구», 「입법학연구」 제17집 제1호, 한국입법학회, 2020. 2.
- 박찬걸, “고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토”, 「형사정책」 제32권 제1호, 한국형사정책학회, 2020. 4.
- 오병두, “공수처 어떻게 운영되어야 하나? -공수처의 운영방향에 관한 제언-”, 「형사정책」 제32권 제2호, 한국형사정책학회, 2020. 7.
- 이근우, “고위공직자 범죄수사처 법의 바람직한 개선 방안”, 「형사소송 이론과 실무」 제15권 제4호, 한국형사소송법학회, 2023. 12.
- 이창온, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 해석상 문제점에 대한 비판적 검토”, 「법학논문집」 제44집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2020. 8.
- 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제”, 「형사법연구」 제32권 제2호, 한국형사법학회, 2020. 6.
- 정우일, “공수처의 조직 및 운영에 관한 고찰”, 「한국공안행정학회보」 제78호, 한국공안행정학회, 2020. 3.
- 정웅석, “고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해 - 각국의 검찰제도와 비교법적 관점에서-», 박영사, 2021.
- 조재현/김형섭, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰”, 「한국부패학회보」 제28권 제1호, 한국부패학회, 2023. 3.
- 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 인권친화적인 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전 방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 고위공직자범죄수사처/한국형사·법무정책연구원/한국형사법학회/한국형사정책학회/한국비교형사법학회, 2022. 12.

## 조직 및 구성 관점에서 공수처의 발전 방향

- 수사 역량 강화를 중점으로

변호사 김성진

법무법인(유) 세종(前 고위공직자범죄수사처 검사)

### I. 들어가며

고위공직자범죄수사처(이하 ‘공수처’ 라 함)는 2021. 1. 21. 공식 출범하여 현재 만 4년 가까이 운영되어 왔으며, 그 동안 행하여 온 국가적 의미를 갖는 중대 사건의 수사, 공소유지를 통하여 점차 우리 형사사법체계의 한 축으로 자리매김하고 있다는 평가가 나오고 있다<sup>1)</sup>.

다만, 공수처가 다루는 사건의 내용과 성격을 고려하더라도 무죄율과 영장 기각률은 높은 편이고<sup>2)</sup>, 이에 더해 조직 구성원의 잣은 이탈 등 만성적인 인력 문제 등을 고려하면 공수처는 앞으로도 넘어야 할 산이 너무도 많을 것으로 보인다. 특히, 이 중 조직 및 구성의 관점에서 공수처의 발전을 위하여 검토하여야 할 사항이 다수일 것으로 생각한다.

아래에서는 다소 실무적 관점이기는 하나 공수처의 ‘수사 역량 강화’를 주 목적으로 조직 및 구성의 개선 방향을 주로 검토해 보기로 한다.

### II. 수사 역량 강화를 위한 조직 및 구성 개선 방향

#### 1. 공수처의 정치적 중립성, 독립성의 강화와 공수처의 발전 방향

1) 파이낸셜 뉴스 2024. 11. 7. 「‘공수처 두 번째 성과...’고소장 분실·위조‘前 검사 2심서 무죄 뒤집혀」

2) 서울경제, 2024. 1. 14. 「공수처 압색 영장 기각률 檢의 5배...재판行은 1건꼴」

공수처가 앞으로 발전적으로 나아가기 위하여 정치적 중립성 및 독립성의 강화가 필요 불가결하다는 생각에는 의심의 여지가 없을 것이다. 특히, 공수처는 기관의 취지와 성격상 수사 대상자, 대상 범죄가 고위공직자의 직무, 부패 범죄에 집중되어 있고, 대상 사건의 경우도 정치적인 내용과 성격이 항상 포함되어 외부 영향력의 행사 시도가 빈번할 것임이 쉽게 예상되므로, 정치적 중립성, 독립성의 확보는 공수처의 발전을 위하여 무엇보다 중요한 요건이다.

특히, 발제자는 혼용하기 쉬운 개념인 정치적 중립성, 독립성의 개념과 의의를 ‘조직 운영과 업무 수행 간 정치적으로 어느 한 쪽에 치우치지 않고 법과 원칙에 따라 중도, 중庸을 유지한다는 것(정치적 중립성)’과 ‘정치 세력 뿐만 아니라 영향력을 행사할 수 있는 사회 각 계층과 기관으로부터 독립하여 자유로이 역할을 수행한다는 것(독립성)’으로 명확히 구분하고, 이에 따라 ‘임명일 기준 최근 정치활동 이력이 있는 경우 공수처 구성원으로서 임용을 제한하는 방안’ 등을 제안하였는데, 공수처의 정치적 중립성과 독립성을 강화할 수 있는 현실적 의견으로 경청하여야 한다고 본다.

## 2. 조직 및 구성 개선을 통한 수사 역량 강화 방안

### 1) 인력의 확충 등

발제자는 인력의 확충, 공수처 검사의 자격 요건 완화, 임용 기간의 확대 및 연임 허용 및 검찰·경찰과 협력관계 강화를 통한 공수처의 업무 수행 역량의 제고를 논의하였는데, 모두 의미 있는 방안이라고 생각된다.

다만, 발제자 의견 중 ‘검사의 직에 있었던 사람은 공수처 검사 정원의 2분의 1을 넘을 수 없다’는 인적 구성 제한 규정의 경우 우수 인력의 확보 측면에서 ‘삭제’ 함이 바람직하다고 하였는데, 이에 대하여는 ① 기초 독점권을 보유하여 온 검찰에 대한 견제 기관으로서의 공수처의 의의, ② 경찰, 해경, 군검찰, 군사법경찰, 국가정보원, 국군방첩사령부 등 타 수사기관 출신

자 중 우수 인력의 확보 가능성, ③ ‘2분의 1’이라는 비율이 경력직 검사 중 우수 인력의 확보를 제한할 만큼 과도한지 여부, ④ 검찰 출신 공수처 검사들의 검사 대상 사건에 대한 공정성 확보 가능성 등을 고려할 때 해당 규정은 존치가 타당하고, 필요 법조 경력의 완화 등 다른 방향에서의 역량 강화를 고려하는 것이 적절하다고 본다.

## 2) 교육 제도의 확충

공수처 검사 중 상당수가 수사 또는 조사 업무 경험이 없으며 형사재판의 경험조차도 부족한 인원이 존재함은 사실이고, 이 때문에 급박한 사건이 발생하는 경우 신속하고 밀도 있는 사건 처리가 장애를 가져오는 것도 주지의 사항이다.

이 때문에 공수처 검사 대상 임용 초기의 집중적 교육은 고난이도 수사 업무를 수행하여야 하는 공수처 검사들에 대하여 필수적인 절차라고 생각되고, 특히 위의 수사 경험이 부족한 검사들이 형사 절차와 시스템을 숙지하기 위한 차원에서도 반드시 거쳐야 한다고 본다.

이를 볼 때 현재 공수처에서 진행하고 있는 독자적인 실무 교재의 개발<sup>3)</sup>은 매우 바람직한 것으로 생각한다. 즉, 과거 공수처는 자체, 외부 위탁 교육 시 검찰(법무연수원)이 주로 발간한 실무 교재를 참고하여 왔으나, 공수처의 수사의 특수성 등을 고려할 때 검찰 발간 교재는 그 한계가 존재하였다. 현재 진행하는 공수처 독자적인 실무 교재 개발과 그 활용을 통하여 ‘좁고 깊은’ 공수처 수사의 특수성을 적의 반영할 수 있을 것이라 본다.

이에 더하여 공수처 임용 초기 검사들의 ‘실무 수습 제도(가칭)’의 운용도 검토 필요하다. 검찰의 경우 신규 임용 검사의 경우 법무연수원 교육 후에도 경력이 풍부한 우수 검사(수석 검사)와 6개월 가량 함께 근무하며 수사 노하우를 포함한 사건 처리 실무를 배우는 제도를 두고 있다. 공수처의 경우도 신임 검사에 대하여 ‘실무 수습 제도’를 운용하는 것이 필요하고, 이를

---

3) 한국일보 2024. 11. 「“수사의 위기, 교육으로 풀자”...공수처, 출범 4년 만에 ‘자체교과서’ 제작」

통하여 이들의 경험 부족이 해결되는데 도움이 될 수 있다고 본다(다만, 이는 공수처의 수사 인력 부족 문제와 밀접한 관련이 있으므로, 이의 해결과 함께 검토될 필요가 있을 것이다).

### 3) 인력 배치 등 인사 제도의 효율적 활용

현재 공수처는 반기 단위로 공식적인 인사 이동을 실시하고 있고, 관련 공수처 규칙은 ‘공수처 검사는 성별 등에 의한 차별 없이 복무평정 등 근무성적 · 업무능력 · 리더십 및 청렴성 등에 따라 공정하게 하고, 적재적소에 임용해야 한다’고 규정하고 있다(고위공직자범죄수사처 검사 인사규칙 제2조).

이를 구체화 하기 위하여 ‘인지 부서 - 형사 부서 순환 근무제도(가칭)’의 신설, 운용을 전의하고자 한다. 이 제도는 수사 경험과 역량이 아직 부족한 임용 초기의 검사의 경우 약 6개월 내지 1년간 고소, 고발 및 진정 사건을 전담 처리하는 부서(형사 부서)에서 근무한 이후, 사회적으로 미치는 영향이 크고 내용이 복잡, 다단한 사건을 다루도록(인지 부서) 하고, 일정한 기간 근무 후 다시 되돌아 오도록 순환 근무를 내용으로 하는 것이다. 즉, 인지 부서의 경우 체력적 부담도 클 것이므로, 그 근무 후 형사 부서로 다시 순환 근무하게 한다면, 개인의 장기적 근무를 위한 배려 뿐 아니라 신규 임용 검사들에게 업무 노하우와 시스템을 전수하는 도제식 교육도 자연스럽게 이루어 질 수 있다고 본다.

다시 말하여, 이러한 순환 근무제도의 운용을 통하여 ① 신규 임용 검사들에 대한 교육, ② 업무 강도의 장기적 조정, ③ 인지 부서 근무와 관련한 근무 의욕 고취 등의 효과를 기대할 수 있을 것으로 생각한다.

### 4) 군검찰 등 군 수사기관과 협력관계 강화

공수처의 경찰, 검찰과의 파견 근무 등 협력관계 구축은 바람직하고, 이를 통하여 현재 논의되고 있는 ‘기소권 없는 대상에 대한 구속기간의 배분 문제’ 등에 관한 협의가 원활하고도 심도 깊게 이루어 질 수 있다고 기대한다.

이에 더하여 경찰, 검찰 외에도 ‘군검찰 등 군 수사기관’과의 협력관계를 향후 집중적으로 구축하는 것은 공수처의 수사 역량 제고에 큰 도움이 될 것으로 본다.

즉, 군검찰은 군인, 군무원의 범죄(군인 등이 범한 성폭력 범죄 등 일부 범죄 제외, 군사법원법 제2조 제2항) 뿐 아니라 군사기밀보호법위반 사건 등 일부 범죄에 대하여는 민간인에 대하여도 수사와 기소 권한을 갖고 있는 바(군사법원법 제3조 제2항), 오랜 역사와 전통이 있는 군검찰 등 군 수사기관과 협력, 교류를 통하여 공수처의 역량 발전에 이바지 할 수 있을 것이다.

특히, 군 검찰의 경우 ① 엄격한 지휘 체계와 대형 방위사업이 존재하는 군 특성상 직무, 부패 관련 범죄가 다수 발생하여 공수처의 대상 범죄와 그 유사성이 높은 점, ② 이에 따라 직무 관련 사건과 뇌물 사건 등 사회적으로 의미 있는 사건을 수사하여 공소유지한 경험이 있는 점, ③ 군은 경찰, 검찰과 달리 공수처의 견제 기능과도 직접적인 연관이 없는 점 등을 고려할 때 공수처의 협력 관계 구축이 절실하다고 하겠다.

### III. 마치며

위와 같이 발제자의 논의는 시의적절하며 공수처의 조직 및 구성 관점에서 발전 방향에 관하여 중요한 맥락을 짚어 주고 있다고 생각한다.

이에 더하여 공수처 독자 교재 발간과 실무 수습 제도를 포함한 교육 제도의 확충, 인지 부서 - 형사 부서 순환 근무 제도의 신설, 군검찰 등 군 수사기관과 협력 관계 구축 등 공수처의 조직, 구성 측면에서 좀 더 보완이 있다면, 공수처는 수사 역량이 보다 강화되어 국민의 높은 눈높이에 부합하는 위상으로 당당히 우뚝 설 것을 믿어 의심치 않는다.

# 조직 및 구성 관점에서 공수처의 발전방향(토론문)

김희균 · 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

## 1.

먼저, 촉박한 일정 가운데도 훌륭한 원고를 작성해 주신 도규엽 교수님께 감사드립니다. 여러 가지 자료를 잘 분석하셔서 정리해 주신 것만으로도 공부에 많은 도움이 되었습니다. 오늘 우리 공수처가 안고 있는 문제들을 일목요연하게 잘 설명해 주신 것 같고, 발전방향을 모색하는 데 중요한 단서를 제공해 주신 것 같습니다. 저는 토론자로서 몇 가지 질문을 드리면서 제 의견을 피력하는 것으로 소임을 다하고자 합니다.

## 2.

교수님의 문제의식 가운데 가장 중요한 것이 공수처 구성원의 정치적 중립성과 독립성이라고, 읽었습니다. 서두에 그 확보방안에 대해서 자세히 설명해 주시기도 했고요. 하지만 죄송스럽게도, 저는 생각이 조금 다릅니다. 오늘 우리 공수처가 감당해야 할 문제 가운데 중립성과 독립성 문제가 가장 큰 거라는 생각이 들지 않습니다. 보통 사람들이 공수처 검사가 진보다, 보수다, 이렇게 생각하는 것 같지는 않습니다. 일부 독립성에 대해서 의구심을 보내는 시선이 없지는 않겠지만, 현재까지 그렇게 많은 사건을 처리했던 게 아니라서 아직은 이미지를 만들어가는 중이라고 믿습니다. 법에는 대통령도 수사할 수 있는, 이론적이고 실질적인 권한을 가지고 있는 것으로 규정되어 있기 때문에 그 역할을 앞으로 얼마나 잘할 것이냐 하는 문제만 남아 있다고 봅니다. 그에 따라서 공수처에 대한 평가가 달라지는 것이지, 공수처가 태생적으로 중립성과 독립성에 대한 숙제를 안고 태어난 것처럼 생각되지는 않는다는 것입니다.

중립성과 독립성 문제를 따지면서 교수님께서 처장과 차장, 검사들의 선임과정을 자세하게 분석해 주셨고, 그 선임과정을 바라보는 다양한 시선을 보고해 주셨습니다. 오늘 우리나라의 정치지형이 워낙 급변하는 탓에 시류에 따라 일방의 지지를 받는 공수처가 탄생할 가능성에 대해서 우려를 하시는 것 같습니다. 하지만 저는 이 문제 역시 공수처를 가장 무겁게 짓누르는 문제는 아니라고 생각합니다. 고위공

직자에 대해서 수사를 하는 것 자체가 이미 어느 정도의 비난을 감수하지 않을 수 없는 일이기 때문에 누가 선임될 때마다 정치지형을 따지는 것은 큰 의미가 없다고 봅니다. 가령, ‘처장이 누구 쪽 사람이라더라’ ‘차장은 처장이 데리고 온 사람이 라더라’ ‘검사 추천위원회의 구성이 진보 쪽이라더라’ 이런 얘기를 언론 등에서 많이 할 수 있지만 그게 본질이 아니고, 또, 거기 휘둘려서도 안 된다고 생각합니다. 고위공직자 수사도 결국은 수사이기 때문에 증거만 보고 가면 되는 것이지, 정치적 성향에 대한 고려는 있어서는 안 된다고 보는 것입니다. 따라서 교수님께서 여러 가지 정치지형에 대해서 분석해 주신 것은 제가 보기에는, 아직은 성급한 우려가 아닐까, 싶습니다. 지금 정도의 구성으로 처장이나 차장, 검사를 선임해도 되겠다는 게 솔직한 제 생각입니다. 그것 이상으로 파고 들어가면 오히려 문제만 더 커질 거라고 믿습니다.

## 2.

제가 가장 결정적으로 제가 교수님 의견에 동의하지 못하는 이유는, 공수처의 중립성과 독립성이라는 문제와 공수처의 발전 방향은 별로 상관이 없다는 점 때문입니다. 공수처가 중립성과 독립성에 대해서 지금 당장 긍정적인 판단을 받는다고 해도, 공수처가 획기적으로 발전할 거라고 생각하지 않습니다.

오늘 공수처를 옥죄고 있는 가장 큰 문제 두 가지 문제, 선택과 집중, 그리고 공수처 검사의 커리어 관리라고 생각합니다.

먼저 선택과 집중에 대해서 말씀드리겠습니다.

잘 아시다시피 공수처가 수사 또는 기소할 수 있는 사건의 스펙트럼이 아주 넓습니다. 그런데 그걸 굳이 크게 둘로 나누자면 하나는 고위공무원의 비리 사건이고, 다른 하나는 사법기관, 즉, 판사, 검사, 경찰의 비리 사건입니다. 저는 이 두 가지를 다 공수처가 맡아 달라고 하는 것은 지나친 기대이며 부담이라고 생각합니다. 지금 정도의 규모에서는 고위공무원에 전념할지, 아니면 사법기관에 전념할지를 먼저 정하는 게 맞지 않을까, 싶습니다. 또, 고위공무원에 전념하더라도 해당 범죄를 최대한 좁혀서 경찰이나 검찰과는 다른 ‘전공과목’을 만드는 게 중요하다고 생각합니다.

아니면 방향을 바꿔서, 공수처가 범죄를 다루는 사법기관의 범죄를 수사하고 기소하는 역할에 전념하는 것도 중요한 방향이라고 생각합니다. 공수처가 다루는 사건이 많다는 이유로 조직의 규모를 성급하게 넓혀가기보다는 먼저 집중적으로 해야 할 일이 무엇인지, 또, 뭘 가장 잘할 수 있는지 찾은 다음에, 거기 맞는 규모를 만들어가는 게 맞다고 믿습니다.

제 이런 의견을 교수님께서는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

다음 문제는 공수처 검사의 커리어 관리입니다.

공수처 검사 가운데는 검찰에서 오신 분도 계시고, 변호사에서 이직하신 분도 계시는 걸로 알고 있습니다. 하지만 분명한 것 하나는 공수처에서 검사님들은 검사로서의 일을 할 것이라는 점입니다. 여기서 검사로서 일을 하다가 다시 일선 로펌으로 가서 변호사 일을 하는 것이 과연 합리적일까, 라는 생각을 한 적이 있습니다. 보통 검사는 다음 커리어로 검사, 공직, 판사로 가는 거지, 변호사로 가는 것은 아니라고 믿기 때문입니다. 그런 의미에서 검찰청 검사를 하시다가 오신 분은 임기를 마치면 다시 검찰청으로 돌아갈 길이 지금보다 더 넓게 열렸으면 좋겠고, 변호사로서 공수처에 입문하신 분도 본인이 원할 경우에는 경력검사로 채용될 수 있는 길이 생기면 좋겠습니다. 결국 검찰과 공수처가 서로 영역을 정확하게 나누고, 서로가 가지게 될 경험을 공유할 수 있다면 국민들 입장에서는 가장 좋지 않을까, 생각하는 것입니다.

여기에 대해서 교수님께서는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

3.

그동안 우리 검찰은 한편으로는 권력자로부터, 다른 한편으로는 국민으로부터 많은 질책을 받아 왔습니다. 이제 공수처도 양쪽으로부터 쏟아지는 원성을 받게 될 것입니다. 그것이 범죄를 수사하고 기소하는 사람들의 운명 비슷한 거라고 생각합니다. 결국 좋은 소리를 들을 수 없는 일이 이 일이 아닌가, 싶기도 하고요.

그런 의미에서 공수처와 검찰이 전담해야 할 일이 무엇인지 빨리 정하고, 서로 간에 경험과 비전을 공유할 수 있는 날이 오면 좋겠습니다. 그게 공수처의 발전방향이라고 믿는 것입니다.

감사합니다.

한국형사소송법학회, 고위공직자범죄수사처,  
한국형사·법무정책연구원 공동학술대회

## 2기 공수처 출범에 따른 운영·발전 방향

### 제3세션: 수사권 및 기소권 불일치 관점에서 발전방향

사회 : 강동범 명예교수 (이화여대)

발표 : 김영중 박사 (한국형사·법무정책연구원)

토론 : 이창온 교수 (이화여대)

김웅재 교수 (서울대)



# 수사권 및 기소권 불일치 관점에서 공수처의 발전방향

김영중<sup>1)</sup>

## 1. 들어가며

최근 대통령의 비상계엄 선포와 관련하여 쟁점이 되는 것 중 하나는 이 사안과 관련된 사람들의 수사를 검찰, 경찰, 고위공직자범죄수사처(이하 ‘공수처’), 국방부 등 수사기관 중 누가 맡아야 하는 것이다.<sup>2)</sup> 이러한 상황은 순직해병에 대한 수사와 관련하여 이미 논란이 된 바 있다.<sup>3)</sup>

이러한 문제의 시발점은 2020년부터 최근까지 이어진 「형사소송법」 개정과 공수처 신설, 「검찰청법」 개정 등에 있다. 2020년에는 검사의 일반 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 폐지하고, 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하도록 하며[「형사소송법」(이하 ‘형소법’) 제195조], 검사에게 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우 등에 해당하면 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있도록 하였으며, 인권침해 등의 사건은 사법경찰관에게 사건기록 등본의 요구를 할 수 있고, 검사와 사법경찰관이 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있게 하면서(형소법 제197조의4), 검사의 수사개시 대상 범죄의 범위를 일정한 범죄로 한정하는 검찰청법 개정도 함께 이루어졌다. 이와 더불어 고

1) 한국형사·법무정책연구원 연구위원, 법학박사

2) SBS 뉴스 2024.12.6.자. 검찰은 박세현 서울고검장을 본부장으로 하는 특별수사본부를 꾸렸고, 현역 군인에 대한 수사권과 기소권을 가진 군 검사도 파견받기로 했습니다. 경찰은 ‘내란죄’는 경찰에게 수사권이 있다며, 송영호 국가수사본부 안보수사심의관이 총괄하는 120여 명 규모 전담수사팀을 가동했습니다. 고위공직자에 대한 수사권을 가진 공수처 역시 고발장을 접수한 후 사건을 수사 4부에 배당했습니다. 검찰과 군 검찰에 경찰, 공수처까지 수사권을 가진 4개 기관이 경쟁적으로 수사에 착수한 모양입니다. [https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news\\_id=N1007902273&pLink=COPY\\_PASTE&cooper=SBSNEWSEND](https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1007902273&pLink=COPY_PASTE&cooper=SBSNEWSEND)

이투데이 2024.12.22.자. 공수처에는 대통령 기소권이 없어 결국 사건을 다시 검찰로 넘겨야 한다는 점도 수사 장기화 용인이 될 수 있다는 우려가 나온다. <https://news.nate.com/view/20241222n08694>

아시아투데이 2024.12.18.자. “공수처로 간 ‘비상계엄’… ‘기소권 없어 檢 재이첩해야’”

고위공직자범죄수사처가 검찰로부터 비상계엄 관련 내란 및 직권남용 혐의를 받는 윤석열 대통령 사건을 이첩받은 가운데 향후 수사 결론 주체에도 관심이 쏠리고 있다. 공수처는 대통령을 직접 기소할 권한이 없어 결국 사건을 기소하기 위해서는 검찰로 다시 이첩해야 하기 때문이다.

YTN 2024.12.16.자. “검찰·공조본, 윤 대통령 선택은?...“기소권은 검찰에””

‘친정’인 검찰에서 조사를 받을 경우 공정성 논란이 불가피한데, 기소권한은 검찰에 있다는 점이 변수입니다.

3) 중앙일보 2024.9.16.자. 순직 해병의 상관이었던 이모 중령(대대장) 측이 임성근 전 해병대 1사단장의 직권남용과 업무상 과실치사 혐의를 공수처에서 ‘다시’ 수사해달라는 내용이었다. 전날 경찰 수사심의위원회(수심위)가 임 전 사단장을 검찰에 넘기지 말아야 한다는 결론을 내자 반발해 다른 수사기관을 찾은 것이다. 이를 뒤인 7월 8일 경찰이 임 전 사단장을 불송치하자 순직 해병의 유족도 반발했다. 유족들은 같은 달 23일 경북경찰청에 이의신청서를 냈고 임 전 사단장 사건은 대구지검으로 넘겨졌다. 같은 인물을 두고 같은 혐의의 한 사건을 검찰·경찰·공수처가 모두 들여다보는 초유의 ‘중복수사’ 상황이 된 것이다. <https://www.joongang.co.kr/article/25278203>

경향신문 2024.4.2.자. “‘공수처에 기소권 없는’ 채 상병 사건…공수처·검찰 충돌 재연되나?”

공수처에 기소권이 없는 사건 처리에 대한 규정은 공수처법 제26조가 전부이다. 세부 절차에 대한 규정은 따로 마련되지 않았다. 공수처와 검찰이 매번 대립하게 된 배경이다.

위공직자 등의 부패범죄에 대하여 수사 및 기소를 하는 기관으로 공수처가 설립되었다.

공수처는 설립 당시에 수사·기소는 행정작용이므로 헌법상 설치근거가 없이 입법·행정·사법 어디에도 속하지 않는 독립기구로 설치할 경우 삼권분립 원칙 위배, 공소제기 및 유지권한(이하 '기소권') 분산시 국가사법행정 혼란 초래 및 형사사법 통일성 저해, 옥상옥기구에 불과하고 제도적 견제장치가 미흡할 경우 무소불위의 권력기관으로 변질되거나 사찰기구화로 변질될 소지 등을 이유로 반대론이 제기되기도 하였다. 또한, 공수처 검사의 지위 및 권한에 대해서는 헌법재판소의 결정이 있었음에도(2021.1.28. 2020헌마264, 681 병합 결정) 아직도 논란이 있다. 논란의 이유는 여러 가지가 있지만, 주된 이유는 공수처제도가 형사소송절차의 개선과 함께 변화하여야 함에도 불구하고, 이를 따라가지 못하였고, 특히 기소권과 수사권(이하 '수사권')의 불일치가 가장 크다고 생각한다. 이하에서는 공수처의 수사권 및 기소권 형성과정과 법규정에 대한 해석, 문제점 및 개선방안을 중심으로 논의를 하고자 한다.

## 2. 공수처의 수사 및 기소범위 입법 경위

「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(시행 2022.9.10., 법률 제18861호, 2022.5.9., 타법개정; 이하 '공수처법')은 제3조에서 '고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성'이라는 표제와 함께 공수처의 설립 목적을 ① 고위공직자범죄등에 관한 수사, ② 제2조제1호다목(대법원장 및 대법관), 카목(검찰총장), 파목(판사 및 검사), 하목(경무관 이상 경찰공무원)에 해당하는 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 고위공직자범죄 및 관련범죄의 공소제기와 그 유지에 필요한 직무 수행을 위한 것임을 밝히고 있다. 또한 공수처검사는 기소권이 있는 사건을 제외한 고위공직자범죄등에 관한 수사를 한 때에는 관계 서류와 증거물을 자체 없이 서울중앙지검 소속 검사에게 송부하여야 하고, 이를 송부받아 사건을 처리하는 검사는 처장에게 해당 사건의 공소제기 여부를 신속하게 통보하여야 한다(공수처법 제26조 제1항, 제2항).

이와 같이 공수처법은 공수처검사에게 고위공직자범죄등<sup>4)</sup>에 대해서는 수사권한을 판

---

### 4) 공수처법 제2조

3. "고위공직자범죄"란 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다. 다만, 가족의 경우에는 고위공직자의 직무와 관련하여 범한 죄에 한정 한다.
  - 가. 「형법」 제122조부터 제133조까지의 죄(다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우를 포함한다)
  - 나. 직무와 관련되는 「형법」 제141조, 제225조, 제227조, 제227조의2, 제229조(제225조, 제227조 및 제227조의2의 행사죄에 한정한다), 제355조부터 제357조까지 및 제359조의 죄(다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우를 포함한다)
  - 다. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조의 죄
  - 라. 「변호사법」 제111조의 죄
  - 마. 「정치자금법」 제45조의 죄
  - 바. 「국가정보원법」 제21조 및 제22조의 죄
  - 사. 「국회에서의 중언·감정 등에 관한 법률」 제14조제1항의 죄
  - 아. 가목부터 마목까지의 죄에 해당하는 범죄행위로 인한 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조제4호의 범죄수익등과 관련된 같은 법 제3조 및 제4조의 죄
4. "관련범죄"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.
  - 가. 고위공직자와 「형법」 제30조부터 제32조까지의 관계에 있는 자가 범한 제3호 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄

사, 검사, 경무관 이상 검찰공무원 등에 대해서는 기소권한을 부여하고 있다(공수처법 제20조 제1항).

공수처는 설립시부터 기소권과 수사권을 함께 부여할지, 수사권만을 부여할지에 대해 논의가 있었다. 2020년 형사소송법은 수사와 기소의 분리를 전제로 하여 단계적으로 수사권 조정을 하였으나, 검찰청법에서도 검사의 수사개시 대상범죄를 정하고 있으며, 형사소송법상 검사가 수사를 할 수 있도록 하고 있으므로, 수사권 조정에도 불구하고 공수처도 수사권과 기소권을 함께 부여하게 되었다.

공수처에 수사권만 부여할 것인가, 기소권도 부여할 것인가에 대해서는 검찰이 기소권을 독점하고 있다는데 대한 견제의 수단으로서 기소권이 부여된 것이며, 다만, 수정안이 제출되는 과정에서 기소권을 가지는 대상자만 한정하는 것으로 결정되었다. 이러한 결과로 인하여 한 기관 내에서 수사권과 기소권이 분리된 비정형적 체계를 가지게 되었다.<sup>5)</sup> 이러한 구성은 ‘검찰분권’의 관점과 ‘전문수사기관’에 의한 ‘부패척결’의 관점이 혼동되었기 때문으로 보인다.<sup>6)</sup>

역대 공수처 관련 법률안을 기준으로 관련 규정을 살펴보면 다음 표와 같다.

<표> 수사권, 기소권 관련 공수처 관련 법률안 주요 내용

구분	발의일자	법률안	대표발의	관련 내용
1	1996.12.5.	부패방지법안	유재건	제7장 고위공직자비리조사처 제112조(직무) 고위공직자비리조사처는 다음 각호의 1에 해당하는 직무를 수행한다. 1. 다음 각목의 1에 해당하는 자가 부패행위와 관련하여 범안 범죄의 수사, 공소제기·유지와 이에 필요한 사항 (이하 생략)
2	2002.10.25.	고위공직자비리조사처설치법안	신기남	제3조(공직자조사처의 직무) 공직자조사처는 다음 각호의 직무를 수행한다. 1. 다음 각목의 1에 해당하는 공직자가 범한 범죄수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항 (이하 생략) 2. 부패방지위원회가 고발한 사건에 대한 수사와 공소제기 및 유지와 이에 필요한 사항
3	2004.11.	공직부패수사처의설치에관한법률안	정부	제3조(설치) 고위공직자 및 그 가족의 범죄행위 등에 관한 수사를 관장하기 위하여 국가청렴위원회 소속하여 공직부패수사처(이하 “수사처”)를 둔다.

- 나. 고위공직자를 상대로 한자의 「형법」 제133조, 제357조제2항의 죄
- 다. 고위공직자범죄와 관련된 「형법」 제151조제1항, 제152조, 제154조부터 제156조까지의 죄 및 「국회에서의 중언·감정 등에 관한 법률」 제14조제1항의 죄
- 라. 고위공직자범죄 수사 과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄
- 5. “고위공직자범죄등”이란 제3호와 제4호의 죄를 말한다.
- 5) 고위공직자범죄수사처, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 주석서, 2019, 30면.
- 6) 한국형사법학회, 공수처의 효율적 업무체계 구축방안 -효율적 협력관계 구축과 조직 안정화를 위한 방안을 중심으로-, 2023년도 고위공직자범죄수사처 연구용역 보고서, 87면; 이에 반하여 20대 국회 초반에 제출된 공수처 관련 법안들이 공수처에 모든 고위공직자범죄에 대한 수사권과 기소권을 모두 부여하고 있었던 것에 대한 반대진영의 맹렬한 공격을 다소 방어하기 위한 전략적 판단으로 볼 수 있다는 견해(박찬걸, “고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토,” 형사정책 제32권 제1호, 한국형사정책학회, 2020, 150면)도 있다.

4	2010.4.9.	고위공직자비 리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안	양승조	제14조(조사처의 업무) 조사처는 다음 각 호의 업무를 수행한다. 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자가 범한 범죄수사 · 공소제기와 그 유지에 필요한 사항 (이하 생략) 2. 국민권익위원회가 고발한 사건에 대한 수사 · 공소제기와 그 유지 및 이에 필요한 사항
5	2010.5.18.	고위공직자비 리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안	이정희	제11조(직무) 조사처는 다음 각 호의 직무를 수행한다. 1. 고위공직자나 그 가족의 범죄행위에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 2. 관련범죄에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 3. 제15조에 따라 국회·감사원·대검찰청 또는 국방부에서 의뢰한 사건에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위
6	2010.11.9.	고위공직자비 리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안	김동철	제14조(직무) ① 수사처는 다음 각 호의 직무를 수행한다. 다만 수사처 처장, 차장, 특별수사관 및 수사관과 그 친족의 범죄행위 및 관련범죄에 대한 다음 각 호의 직무는 제외한다. 1. 고위공직자나 그 친족의 범죄행위에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 2. 관련범죄에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 ② (생략)
7	2011.6.21.	특별수사청의 설치 및 운영에 관한 법률안	주성영	제13조(직무) ① 특별수사청은 다음 각 호의 직무를 수행한다. 1. 공직자의 범죄행위에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 2. 관련 범죄에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 3. 제16조에 따라 국회 의결로 의뢰한 사건에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 (이하 생략)
8	2011.6.22.	특별수사청 설치 및 운영에 관한 법률안	박영선	제13조(특별수사청의 설립과 독립성) ① 특별수사청은 다음 각 호의 직무를 수행한다. 1. 제2조의 범죄행위 및 관련 범죄에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 2. 제16조에 따라 국회 의결로 의뢰한 사건에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 3. 「검찰심사시민위원회법」에 따른 검찰심사시민위원회에서 재의결된 사건에 대한 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 (이하 생략)
9	2012.7.13.	고위공직자비 리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안	양승조	제14조(조사처의 업무) 조사처는 다음 각 호의 업무를 수행한다. 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람이 범한 범죄수사 · 공소제기와 그 유지에 필요한 사항 (이하 생략) 2. 국민권익위원회가 고발한 사건에 대한 수사 · 공소제기와 그 유지 및 이에 필요한 사항
10	2012.9.6.	고위공직자비 리조사처 설치 및 운영에	이상규	제11조(직무) 조사처는 다음 각 호의 직무를 수행한다. 1. 고위공직자나 그 가족의 범죄행위에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위

		관한 법률안		2. 관련 범죄에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위 3. 제15조에 따라 국회·감사원·대검찰청 또는 국방부에서 의뢰한 사건에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위
11	2012.12.3.	공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안	이재오	제13조(직무) 수사처는 다음의 직무를 수행한다. 1. 고위공직자 및 그 가족의 범죄행위에 대한 수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항 2. 제1호의 규정에 의한 범죄행위의 관련범죄에 대한 수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항 3. 제19조의 규정에 의하여 국회·감사원·대검찰청 또는 국방부에서 의뢰한 사건에 대한 수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항
12	2016.7.21.	고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안	노회찬	제12조(직무) ① 수사처는 다음 각 호에 해당하는 사건에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위를 직무로서 수행한다. 다만 수사처 처장·차장·특별검사와 특별수사관 및 그 친족의 범죄행위 및 관련범죄는 제외한다. (이하 생략)
13	2016.8.8.	고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안	박범계	제15조(직무) 수사처는 고위공직자와 그 가족의 범죄행위 또는 관련범죄 등에 대한 수사 및 공소의 제기와 그 유지에 필요한 행위를 한다.
14	2016.12.14.	고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안	양승조	제14조(조사처의 업무) 조사처는 다음 각 호의 업무를 수행한다. 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람이 범한 범죄의 수사·공소제기와 그 유지에 필요한 행위 (이하 생략) 2. 국민권익위원회가 고발한 사건에 대한 수사·공소제기와 그 유지 및 이에 필요한 사항
15	2017.9.18.	고위공직자범죄수사처 설치와 운영에 관한 법률(안)	법무·검찰개혁위원회	제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄 등에 관한 수사 및 공소를 독립하여 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처(이하 “공수처”라 한다)를 둔다. (이하 생략)
16	2017.10.15.	고위공직자범죄수사처법 제정안	법무부	제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄등에 관한 수사 및 공소제기와 그 유지에 필요한 행위를 독립하여 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처(이하 “수사처”라 한다)를 둔다. (이하 생략)
17	2017.10.31.	고위공직자부패방지처법안	오신환	제15조(직무) 부패방지처는 고위공직자와 그 가족의 부패범죄 또는 관련범죄 등에 대한 수사에 필요한 행위를 한다.
18	2018.11.13.	고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안	송기현	제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄등에 관한 수사 및 공소제기와 그 유지에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처(이하 “수사처”라 한다)를 둔다. (이하 생략)
19	2019.4.26.	고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안	백혜련	제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄등에 관하여 다음 각 호에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처(이하 “수사처”라 한다)를 둔다. 1. 고위공직자범죄등에 관한 수사 2. 제2조제1호다목, 카목, 파목, 하목에 해당하는 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 고위공직자

				범죄 및 관련범죄의 공소제기와 그 유지 (이하 생략)
20	2019.4.29.	고위공직자부 패수사처 설치 및 운영에 관한 법률안	권은희	<p>제3조(고위공직자부패수사처의 설치와 독립성) ① 이 법에서 정하는 고위공직자와 그 가족의 범죄행위 또는 관련범죄 등에 관한 수사를 관장하기 위하여 고위공직자부패수사처(이하 “부패수사처”라 한다)를 둈다. (이하 생략)</p> <p>제18조(직무) ① 부패수사처는 고위공직자와 그 가족의 부패 범죄 또는 관련범죄자 및 관련범죄 등에 대한 수사에 필요한 행위를 한다.</p> <p>② 부패수사처는 제2호제1호다목, 카목, 피목, 하목에 해당하는 고위공직자로 재직중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 부패범죄 및 관련범죄의 공소제기와 유지에 필요한 행위를 한다.</p> <p>③ 부패수사처는 전항의 공소제기를 위해 기소심의위원회에 심의·의결을 요청하여야 한다.</p>

위와 같이 공수처의 직무로 수사권과 기소권을 함께 두는 안들이 대부분이었으며, 수사권만을 부여하는 안(오신환 안, 2004년 정부안)도 있었다. 백혜련 안(2019) 및 권은희 안(2019)에서 처음으로 수사권과 기소권을 분리하는 안이 등장하였으며,<sup>7)</sup> 백혜련 안이 일부 수정을 거쳐 국회를 통과되어 현재까지 유지되고 있다.

### 3. 수사권 및 기소권에 대한 해석 및 문제점

#### 1) 공수처검사의 형사사법적 지위 및 영장청구권

공수처검사의 지위에 대해서는 기소권과 수사권을 모두 가진 경우에 검찰청법상 검사와 같은 점에 대해서는 별 다른 이의가 없어 보인다. 물론 헌법상 검사와 달리 형집행이나 국가소송을 대리하는 직무를 수행하지 않는다는 점에서 차이가 있지만, 검사의 핵심사무인 기소권한을 공유하므로 영장청구권 유무에 대해서는 논란이 제기되기 어렵다.

하지만 수사권을 갖지만 기소권을 가지지 않는 사안을 처리함에 있어서 그 지위에 대해서는 학설이 나뉘는 것으로 보인다.<sup>8)</sup> 특별사법경찰관설은 공수처 검사가 기소권을 가지고 있지만, 기소권이 없는 경우에는 공수처법 제26조 제1항에 따라 ‘관계 서류와 증거물을 자체 없이 서울중앙지검 검사에게 송부하여야’ 하므로 특사경에 불과하다는 것이다.<sup>9)</sup> 이에 비하여 검사설은 공수처검사는 기소권의 유무와 관계없이 공수처법 제8조 제4항에서 검사의 직무를 수행하도록 하고 있으므로 검사라는 것이다.<sup>10)</sup> 이중적 지위설은

7) 제안이유 및 주요 내용에는 “고위공직자의 직무 관련 부정부패를 독립된 위치에서 엄정수사하고 판사, 검사, 경무관급 이상 경찰에 대해서는 기소할 수 있는 기관”으로 공수처를 설치한다는 내용만 있을 뿐, 수사권과 기소권을 분리하여 규정한 이유를 제시하지는 않았다.

8) 공수처 검사의 소송법적 지위와 영장청구권에 관한 학설에 대해서는 오병두, “공수처검사의 소송법적 지위와 영장청구권,” 형사법연구 제36권 제1호, 2024봄, 한국형사법학회, 196-198면 참조.

9) 정웅석, 고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해, 박영사, 2021, 342면.

10) 오병두, “공수처검사의 소송법적 지위와 영장청구권,” 197면은 조희연 교육감사건의 법원의 영장 발부 사실을 들어 하급심 법원도 같은 입장을 취했다고 해석하고 있으며, 헌법재판소도 같은 의견으로 본다.

기소권이 없는 경우에는 검사, 기소권이 없는 경우에는 특별사법경찰로 보는 입장이다. 이중적 지위설은 기소권을 보유한 사건에서 검사는 검사의 지위를 갖는 것일 뿐 헌법상 검사나 형사소송법상의 검사와는 다르며, 완전한 의미의 검사는 아니라고 본다.<sup>11)</sup>

기소권이 없는 사안에 대해서 공수처검사는 검사가 아니라는 견해는 다음과 같은 오류가 있다.

첫째 공수처법이 그 직무와 권한에 대하여 검찰청법과 형사소송법을 준용한다고 하여 공수처 검사에게 검찰청법상 검사와 거의 대등한 지위를 부여하고 있다는 점이다. 이에 따라 공소권의 유무와 관계없이 검사의 지위를 가진다고 보는 것이 타당하다.<sup>12)</sup> 또한 기소권이 없는 범죄에 대해 검사가 특별사법경찰의 지위를 갖는다고 해석하는 입장이 있지만, 특별사법경찰은 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에 따라 그 지위 및 직무가 엄격하게 한정되므로, 공수처검사가 여기에 포함된다는 규정이 없다면 특별사법경찰관리로 볼 수 없다.

둘째 공수처검사는 그 지위가 검사이며, 임명에 요구되는 경력이나 임명절차도 검찰청법상 검사보다 훨씬 더 엄격하고 까다롭다. 그 절차만 해도 검찰청법상 검사보다 더 높은 수준의 직무요건을 요구하고 있다. 따라서 이러한 요건이나 절차를 통과한 사람에게 특별사법경찰관에 해당한다는 공수처법에도 없는 해석을 하는 것이 타당한지는 의문이 듦다.<sup>13)</sup>

헌법재판소도 다음과 같은 결정(헌법재판소 2021.1.28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 전 원재판부 결정)을 통하여 공수처검사도 공수처수사관을 지휘, 감독하는 지위에 있고, 인권옹호기관으로서 역할을 하고 있으며, 변호사 자격을 일정 기간 보유한 사람 중에서 임명하도록, 검찰청법상의 검사와 같은 자격과 지위를 갖추었다고 판단한 바 있다.

헌법에서 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한 것은 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 인권유린의 폐해를 방지하고, 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 기본권침해가능성을 줄이고자 한 것이다. 헌법에 규정된 영장신청권자로서의 검사는 검찰권을 행사하는 국가기관인 검사로서 공익의 대표자이자 수사단계에서의 인권옹호기관으로서의 지위에서 그에 부합하는 직무를 수행하는 자를 의미하는 것이지, 검찰청법상 검사만을 지칭하는 것으로 보기 어렵다.

검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무 및 군사법원법 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행하는 수사처검사는 공익의 대표자로서 다른 수사기관인 수사처수사관을 지휘·감독하고, 단지 소추권자로서 처벌을 구하는 데에 그치는 것이 아니라 피고인의 이익도 함께 고려하는 인권옹호기관으로서의 역할을 한다. 또한 수사처검사는 변호사 자격을 일정 기간 보유한 사람 중에서 임명하도록 되어 있으므로, 법률전문가로서의 자격도 충분히 갖추었다. 따라서 공수처법 제8조 제4항은 영장주의원칙을 위반하여 청구인들

11) 박진우, “고위공직자범죄수사처 운영과정에서 표출된 문제점 분석과 개선방안에 관한 연구,” 아주 법학 제15권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2021.8, 144-145면; 이창온, “「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 해석상 문제점에 대한 비판적 검토,” 법학논문집 제44권 제2호, 중앙 대학교 법학연구원, 2020.8, 160-162면 등.

12) 김영중 외, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I), 한국형사·법무정책연구원, 2022, 356면.

13) 김영중 외, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I), 357면.

의 신체의 자유 등을 침해하지 않는다.

아울러 검사의 영장청구권에 대해서도 다음과 같이 결정한 바 있다(헌법재판소 2023.3.23. 선고 2022헌라4 전원재판부 결정).

이 사건 법률개정행위는 검사의 수사권 및 소추권을 조정·배분하는 내용을 담고 있으므로, 해당 수사권 및 소추권이 검사의 ‘헌법상 권한’인지 아니면 ‘법률상 권한’인지 문제 된다. 수사 및 소추는 우리 헌법상 본질적으로 행정에 속하는 사무이므로, 특별한 사정이 없는 한 ‘대통령을 수반으로 하는 행정부’(헌법 제66조 제4항)에 부여된 ‘헌법상 권한’이다. 그러나 수사권 및 소추권이 행정부 중 어느 ‘특정 국가기관’에 전속적 으로 부여된 것으로 해석할 헌법상 근거는 없다. 이에 헌법재판소는, 행정부 내에서 수사권 및 소추권의 구체적인 조정·배분은 헌법사항이 아닌 ‘입법사항’이므로, 헌법이 수사권 및 소추권을 행정부 내의 특정 국가기관에 독점적·배타적으로 부여한 것이 아님을 반복적으로 확인한 바 있다(94헌바2, 2007헌마1468, 2017헌바196, 2020헌마264 등). 같은 맥락에서 입법자는 검사·수사처검사·경찰·해양경찰·군검사·군사경찰·특별검사와 같은 ‘대통령을 수반으로 하는 행정부’ 내의 국가기관들에, 수사권 및 소추권을 구체적으로 조정·배분하고 있다.

헌법 제12조 제3항, 제16조는 검사의 영장신청권을 규정한다. 이에 헌법재판소는, 헌법상 영장신청권 조항은 수사과정에서 남용될 수 있는 다른 수사기관의 강제수사를 ‘법률전문가인 검사’가 합리적으로 ‘통제’하기 위한 취지에서 도입된 것임을 확인한 바 있다(96헌바28 등). 물론 헌법은 검사의 수사권에 대해 침묵하므로, 입법자로서는 영장신청권자인 검사에게 직접 수사권을 부여하는 방향으로 입법형성을 하여 영장신청의 신속성·효율성을 증진시킬 수 있다. 그러나 형사절차가 규문주의에서 탄핵주의로 이행되어 온 과정을 고려할 때, 수사기관이 자신의 수사대상에 대한 영장신청 여부를 스스로 결정하도록 하는 것은 객관성을 담보하기 어려운 구조라는 점도 부인하기 어렵다. 이에 영장신청의 신속성·효율성 측면이 아니라, 법률전문가이자 인권옹호기관인 검사로 하여금 제3자의 입장에서 수사기관의 강제수사 남용을 통제하는 취지에서 영장신청권이 헌법에 도입된 것으로 해석되므로, 헌법상 검사의 영장신청권 조항에서 ‘헌법상 검사의 수사권’까지 도출된다고 보기 어렵다.

공수처검사의 지위 문제는 수사권만 있는 범죄의 수사에 있어서 공수처검사에게 영장청구권이 있는지와도 연결이 된다. 즉 여기에서 공수처검사의 지위가 사법경찰관리에 불과하다면 검찰청 검사에게 영장을 신청하여, 그를 통해 법원에 청구하는 절차를 거쳐야 하고, 검사의 지위를 갖는다면 직접 법원에 영장을 청구할 수 있을 것이다. 이에 대해서는 헌법에서 영장청구권을 검사에게 부여하고 있고, 여기서 검사는 검찰청법상 검사이므로 공수처법상 검사는 영장청구권을 갖지 않는다는 주장이 있다. 이는 앞의 검사의 지위가 특별사법경찰관이라는 해석과 일맥상통하는 부분이 있다. 하지만 역대 특별검사도 영장청구권이 있었고, 군사법원법상 군검사도 영장청구권이 부여된다는 점에서 공수처 검사도 법률에 의해 영장청구권이 부여된다고 하는 것이 타당할 것이다.<sup>14)</sup>

## 2) 공수처검사와 사법경찰관의 관계

고위공직자범죄에 대해 사법경찰관이 수사하고 공수처에 송치하여 기소할 수 있는지도 문제가 될 수 있다. 이 부분에 대해서는 공수처에서 초기에 유보부 이첩이라는 수단을 사용하여 검찰청과의 관계에서 논란이 된 바 있다. 하지만 검찰의 경우에는 기소권을 가지고 있으므로 스스로 공소제기를 할 수 있는 반면, 사법경찰관은 기소권이 없다는 차이가 있다. 공수처가 독립성을 다른 기관보다 강화하고, 기관 내 부패통제를 위한 강력한 수단을 두고 있다는 점을 고려하면 검찰의 수사에 대한 공정성 문제가 제기될 수 있는 사안에 대해서는 사법경찰관 수사 - 공수처 기소도 가능할 것으로 보인다. 이러한 측면에서 공수처 관할에 속하는 범죄에 대해 사법경찰관이 수사를 할 경우 영장청구는 가능하다고 생각된다.

한편, 수사권 조정을 하면서 제정된 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사 준칙에 관한 규정」(대통령령 제33808호, 2023.10.17.일부개정)은 검사와 사법경찰관의 상호협력을 구체화하는 규정으로, 공수처검사와 사법경찰관 사이에는 적용되지 않는다. 개정 형사소송법은 검사에게 기소권자 또는 영장청구권자로서 경찰 수사에 대한 견제 또는 통제기능을 부여하고 있다.<sup>14)</sup> 공수처검사도 검사의 역할을 하고, 부패범죄에 대한 견제 및 통제 필요성을 고려한다면 사법경찰관의 수사에 대한 통제기능을 공수처검사에게 부여할 수도 있을 것이다. 다만, 현재 인력과 조직구조에 비추어 보면 사실상 그러한 역할까지 수행하기에는 어려움이 있을 것으로 보인다.

## 3) 공수처검사와 검찰청검사의 관계

기소권이 없는 사안에 대하여 공수처 검사가 사건에 대한 수사결과 송치를 한 경우 형사소송법 규정에 의하여 송치받은 검사가 보완수사요구를 할 수 있는지 여부가 문제 될 수 있다. 형소법은 검사에게 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우, 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다(형소법 제197조의 2). 이러한 보완수사요구권한은 직접수사권이 제한되는 검사의 공소제기를 위한 증거확보를 위하여 부여된 것이다.

공수처검사도 기소권이 없는 범죄에 대하여 수사를 한 경우에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부할 의무가 있다(공수처법 제25조 제1항). 이를 송부받은 검사는 처장에게 신속하게 해당 사건의 공소제기 여부를 통보할

14) 김영중 외, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I), 357면.

15) 수사지휘권 폐지에 대하여 이완규, 검찰개혁법해설, 박영사, 2020, 93-94면에서는 “현법이 검사에게 영장청구권을 부여하고 있기 때문에 사법경찰관이 강제수사단계로 진행하려면 검사의 지휘를 받을 수 밖에 없으므로 포괄적 지휘관계에서 개별적 지휘관계로 변경되었”다고 보고 있고, 이윤제, “개정 경찰법의 사법경찰과 행정경찰분리,” 형사법의 신동향 통권 제72호, 대검찰청, 2021.9., 48면에서는 “검사는 수사 주체자로서의 지위와 일반적 수사지휘권을 상실하였으나, 형소법 각 규정에 근거한 개별적 명령권을 가진다”고 본다.

의무가 있다(동조 제2항).<sup>16)</sup> 공수처 사건사무규칙은 제27조에서 사건 종결시 공소제기, 공소제기요구, 불기소, 기소중지, 참고인중지, 이첩으로 구분하여 결정을 하도록 하고 있다. 즉, 공수처는 사건사무규칙에서 공소제기요구와 불기소를 분리하고, 제28조에서 공소제기 요구의 요건으로 ‘고위공직자범죄등에 대한 수사 결과 범죄혐의가 인정되고 공소를 제기함이 상당하다고 판단’한 경우를 들고 있다. 이는 ‘기소권이 없는 범죄에 대하여 수사를 한 경우’에 송부할 의무를 부과한 공수처법의 규정과 부합되지 않는 측면이 있다고 보이지만, 공소제기를 요구하기 위해서는 범죄혐의 인정 및 공소제기 요건이 충족되어야 한다는 측면을 고려하면 타당한 규정이라고 보인다. 다만, 공수처법이 아니라 규칙에서 해석상 규정을 두는 것은 바람직하지 않은 측면이 있으므로, 내용을 명확히 하는 개정이 필요하다고 보인다.

사건을 송부받은 검찰청검사가 공수처검사에게 보완수사요구를 할 수 있는지는 의문이 있다. 왜냐하면 공수처법은 공수처검사에게 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무를 수행한다고 하며(제8조 제4항), 수사처수사관에게는 형사소송법 제197조제1항에 따른 사법경찰관의 직무를 수행한다고 하고 있기 때문이다(제21조제2항). 따라서 공수처검사가 하는 직무는 검사의 직무이므로 사법경찰관에게 적용되는 보완수사요구는 적용되기 어렵다고 보인다. 공수처검사에게 송치받은 사건은 검사가 보완수사를 할 수도, 공수처검사에게 보완수사를 요구할 수도 없는 사건이 된다. 그렇게 되면 검찰청 검사가 공소를 제기하기 위해 충분한 증거가 수집되지 않았다고 판단한 경우에도 취할 수 없는 다른 수단이 없다는 흄결이 발생한다.

한편, 하나의 사안에 대하여 공수처검사와 검찰청검사의 판단이 서로 다른 경우에는 어떻게 될 것인가. 소위 고발사주 사건에 대해 공수처는 손OO검사를 기소하였고, 검찰에서는 김웅 의원에 대해 불기소 결정을 한 경우이다. 이러한 결과는 국민들이 보기에도 사법절차적으로도 바람직하지 않은 결과라는 입장,<sup>17)</sup> 서로 다른 기관의 평가가 있으므로 자신의 판단을 정당화할 근거를 충실히 마련해 놓을 것이라는 입장<sup>18)</sup>이 있을 수 있다. 그러나 공범에 대한 기소 여부가 엇갈린 이유는 공수처법이 기소대상자의 범위를 지나치게 한정한 탓이라고 볼 것이다.<sup>19)</sup>

16) 이와 관련하여 공수처는 다음과 같은 내부규정을 통해서 공소제기요구절차를 구체화하고 있다.  
고위공직자범죄수사처 사건사무규칙[시행 2024. 3. 19.] [고위공직자범죄수사처규칙 제35호, 2024. 3. 19., 일부개정]

제28조(공소제기요구) 법 제3조제1항제2호에서 정하는 사건을 제외한 고위공직자범죄등에 대한 수사 결과 범죄혐의가 인정되고 공소를 제기함이 상당하다고 판단하여 공소제기를 요구하는 경우에는 별지 제8호서식의 공소제기요구결정서에 따른다. 이 경우 별지 제9호서식의 사건송부서에 공소제기요구결정서, 관계 서류 및 증거물을 첨부하여 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부한다.<개정 2022. 3. 14., 2024. 3. 19.>

제29조(공소제기요구 시 사건송부서의 기재 내용) 검사는 사건송부서에 다음 각 호의 사항을 기재해야 한다.<개정 2022. 3. 14., 2023. 2. 14.>

1. 피의자의 구속 여부 및 구속된 경우 구속 일자 · 장소, 구속기간 연장 여부, 구속만기일
2. 통신제한조치, 출국금지 · 출국정지, 몰수보전 · 몰수부대보전 · 추징보전의 집행을 한 경우 그 사실
3. 증거물의 첨부 여부
4. 영상녹화를 실시한 경우 그 녹화물의 종류 및 개수
5. 공소시효 완성일 및 공소시효 완성이 임박한 경우 그 취지

17) 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할,” 형사정책 제34권 제4호, 한국형사정책학회, 2023, 18면.

18) 박준희 외, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2019, 264면.

공수처검사가 기소권을 갖는 사건은 공수처법 및 형사소송법에 따라 피의자를 최대 20일까지 구속할 수 있다(형소법 제202조, 제205조 제1항). 하지만 수사권만 갖는 경우에는 그 기간을 어떻게 보아야 할 것인지에 대해서 견해가 나뉠 수 있다. 이러한 사안에 대해 공수처검사를 사법경찰관으로 보아야 한다는 입장에 따르면 구속기간은 최대 10일이 될 것이며, 해당 사건을 송치받은 검찰청검사가 피의자를 20일 동안 구속할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>20)</sup>

공수처검사가 20일 동안 피의자를 구속하게 되면, 사건을 송치받은 검찰청 검사도 20일 동안 구속을 할 수 있으므로 최대 40일까지 구속될 수 있다는 해석은 기소권이 없는 사건에서 공수처검사는 검사가 아니라는 전제에 기반하고 있다. 이 부분에 대해서는 명확한 해석이 존재하지 않으나, 이렇게 다의적인 해석이 가능하다면 피의자의 기본권 보장이 불안정해질 수 있으므로, 이러한 사안에 있어서 공수처는 구속을 제한하거나, 구속을 하더라도 검찰청과 협의를 거치는 것이 바람직할 것이라 생각한다.<sup>21)</sup> 물론 이를 해결하기 위한 가장 좋은 방안은 사안에 수사권과 기소권의 일치이다.

#### 4. 결론 및 개선 방안

앞에서 본 바와 같이 수사권과 기소권이 분리됨으로 인하여 발생하는 여러 문제점이 있다. 우선 공수처검사는 검사인가?와 같이 근본적인 지위에 대한 의문과 그에 따라서 검사가 갖는 권한인 영장청구권은 있을까? 사법경찰관과의 관계는 어떻게 될까? 사건에 대한 통제를 공수처검사가 할 수 있을까? 구속기간에 대해서는 어떻게 보아야 할까? 검찰에 기소권이 없는 사건을 송치한 후 절차는 어떻게 진행될까? 등이다.

결국 위와 같은 문제는 수사와 기소를 분리한 현재 공수처법에서 기인하고 있다. 공수처의 설립과 관련하여 역대 제출된 법률안을 살펴보더라도 수사권만 부여하거나 수사권과 기소권을 함께 부여하는 입장이 주를 이루었다. 수사권과 기소권을 일치시킨다는 접근은 공수처를 검찰기구로 본다면 당연한 것이었다.<sup>22)</sup> 현재와 같은 입법의 근거는 일부에 대한 기소권만을 부여하여 공수처의 기소권을 제한하고, 기소권을 분점하되, 독립성이 보다 더 확보된 기관인 공수처에서 모든 고위공직자부패범죄에 대한 수사를 하자는 데에서 찾을 수 있겠지만, 결국에는 이러한 방식이 최근에 불거지고 있는 여러 혼란과 합법, 불법에 대한 논란의 지속 등을 가져오게 된 주된 요인이 되었다고 생각한다.

국회에서도 위와 같은 문제점을 해결하기 위한 방안이 제시된 바 있다. 김승원 의원

19) 고위공직자범죄수사처, 공수처 발전 방향 - 수사와 기소의 분리·통합의 관점에서 -, 2023, 91면.

20) 김기갑, 김성윤, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률의 해석상 쟁점에 관한 연구,” 문화와 융합 제43권 제1호, 한국문화융합학회, 2021, 875면.

21) 이 부분에 대해 오병우 교수는 형사소송법상 구속기간을 사법경찰관 단계와 검찰기구인 검사의 단계를 나누어 계산해야 하고, 검찰기구 단계를 검찰청검사와 공수처검사 모두를 통틀어 구속기간을 계산하는 방식으로 해결을 시도한다. 이러한 계산방식에 따르면 공수처검사가 피의자를 20일 동안 구속한 경우에는 검찰청검사단계에서는 더 이상 구속을 할 수 없게되는 문제점이 있으나, 국민의 입장에서 보면 간명할 뿐만 아니라 피의자·피고인의 법익침해를 최소화하는 방향이므로 타당한 면이 있다(오병우, “공수처검사의 소송법적 지위와 영장청구권,” 207면). 다만, 그렇다고 하더라도 이것은 해석상 타당하다는 것이고 법체계적인 측면에서는 관련 규정을 두어 이를 명확히 할 필요가 있다.

22) 한국형사법학회, 공수처의 효율적 업무체계 구축방안, 88면.

대표발의 공수처법 개정안(2024.11.22. 의안번호 제5788호)은 수사처에 기소권이 없는 사건에 대해서 서울중앙지방검찰청 소속 검사가 보완수사를 요구할 수 없는 규정의 신설을,<sup>23)</sup> 김영호 의원 대표발의 공수처법 개정안(2024.7.25. 의안번호 제2258호)은 타 기관에 사건을 이첩하는 경우에도 체포·구속·압수·수색영장 청구 및 이첩한 사건의 공소제기 및 유지권한 부여를,<sup>24)</sup> 이성윤 의원 대표발의 공수처법 개정안(2024.7.4. 제1405호)은 공수처의 수사 및 기소 대상의 일치를,<sup>25)</sup> 유상범 의원 대표발의 공수처법 개정안(2020.10.20. 제4578호) 수사처검사의 기소권을 폐지하는 내용을 담고 있다.

또한, 수사·기소분리가 모든 소추기관은 수사를 해서는 안된다는 논리로 이어지기는 어렵다. 형사사법개혁 과정에서 수사와 기소 분리 논의는 사실상 강력한 권한을 가지고 있었던 검찰권을 분산, 약화시키기 위한 것이었고, 공수처의 권한 부여는 검찰권을 대체하고 견제하는 의미도 포함되어 있었다.<sup>26)</sup> 부패범죄의 특성을 고려한 효율성 강화도 공수처의 수사와 기소를 일치시키는 근거로 작용할 수 있다. 검찰이 기존에 사회적 이목이 높은 부패범죄사건이나 경제범죄 사건과 같이 중요 사건에 대해 수사검사가 기소 과정에 적극적으로 참여한 것도 같은 이치라고 보인다. 이러한 측면에서 공수처검사의 확대를 전제로 하거나, 수사대상범죄를 축소시키거나, 수사대상자를 축소하는 등의 노력과 수사와 기소를 일치시키는 것이 바람직하다고 보인다.<sup>27)</sup>

공수처의 수사대상과 기소대상을 일치시키기 어렵다면, 영장청구권과 같은 강제수사권한에 대한 규정을 마련하는 것이라도 선행될 필요가 있다. 수사는 기소를 위한 증거 수집 절차의 성격도 가지고 있지만, 한편으로는 수사를 통하여 범죄혐의를 명확하게 하는 측면도 있다. 수사를 통한 증거수집으로 어떤 사람은 범죄혐의에서 벗어날 수도 있고, 어떤 사람에게는 범죄혐의가 있다는 점이 더 뚜렷해질 수도 있다. 따라서 범죄혐의를 밝히는 수사의 수단 중 하나이며, 기본권 침해를 수반하는 강제수사권한에 대해서는

23) 안 제26조(수사처검사의 관계 서류와 증거물 송부 등) <신설> ③ 제2항에 따라 사건을 처리하는 검사는 수사처검사에게 보완수사를 요구할 수 없다.

24) 안 제24조(다른 수사기관과의 관계) <신설> ③ 다만, 「검찰청법」 제4조 및 제5조에도 불구하고 처장은 다른 수사기관에 제3조제1항제2호에서 정하는 사건을 이첩하는 경우에도 대통령령으로 정하는 바에 따라 수사처검사로 하여금 이첩한 사건의 다음 각 호의 직무를 하도록 할 수 있다.

1. 「형사소송법」 제200조의2·제200조의3·제200조의4 또는 제201조의2에 따른 체포영장·구속영장의 청구

2. 「형사소송법」 제215조에 따른 압수영장·수색영장 또는 검증영장의 청구

3. 제20조제1항에 따른 공소의 제기 및 유지

⑤ 「검찰청법」 제4조 및 제5조에도 불구하고 처장은 제4항에 따라 다른 수사기관의 장에게 고위공직자범죄등을 수사하도록 회신하여 다른 수사기관에서 제3조제1항제2호에서 정하는 사건을 수사하는 경우에도 대통령령으로 정하는 바에 따라 수사처검사로 하여금 해당 사건의 다음 각 호의 직무를 하도록 할 수 있다.

1. 「형사소송법」 제200조의2·제200조의3·제200조의4 또는 제201조의2에 따른 체포영장·구속영장의 청구

2. 「형사소송법」 제215조에 따른 압수영장·수색영장 또는 검증영장의 청구

3. 제20조제1항에 따른 공소의 제기 및 유지

25) 안 제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄등에 관하여 수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처(이하 "공수처"라 한다)를 둔다. (이하 생략)

26) 최정학, "검찰개혁과 공수처의 역할," 17면.

27) 고위공직자범죄수사처, 견제와 균형의 원리에 따른 고위공직자범죄수사처 권한의 실질화 방안, 2023, 64면.

공수처법에서 이를 명확하게 규율할 필요가 있다.

한편 형사사법개혁의 방향을 수사권과 기소권의 완전한 분리로 설정하고 추진하는 경우에 공수처는 어떻게 유지할 수 있을까?도 하나의 쟁점이 될 수 있다. 하지만 이 논문에서는 형사사법개혁의 위 주제는 형사사법개혁의 방향의 정당성을 포함하여 새로운 논의가 전개될 수 있는 문제이므로 별도로 논의하지는 않았다.

여러 논쟁을 피하고, 공수처검사와 검찰청 검사의 관계, 사법경찰관과 공수처검사의 관계 등을 정리하기 위하여 공수처의 수사대상과 기소대상을 서로 일치하는 것이 타당하다. 그렇게 하더라도 공수처의 업무가 늘어나지는 않으며, 해석상 문제는 줄어들게 될 것이다.

## <참고문헌>

### 1. 단행본 및 논문

- 고위공직자범죄수사처, 견제와 균형의 원리에 따른 고위공직자범죄수사처 권한의 실질화 방안, 2023.
- 고위공직자범죄수사처, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 주석서, 2019.
- 고위공직자범죄수사처, 공수처 발전 방향 - 수사와 기소의 분리 · 통합의 관점에서 -, 2023.
- 김기갑, 김성윤, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률의 해석상 쟁점에 관한 연구,” 문화와 융합 제43권 제1호, 한국문화융합학회, 2021.
- 김영중 외, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I), 한국형사 · 법무정책연구원, 2022.
- 박준휘 외, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2019.
- 박진우, “고위공직자범죄수사처 운영과정에서 표출된 문제점 분석과 개선방안에 관한 연구,” 아주법학 제15권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2021.8.
- 박찬걸, “고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토,” 형사정책 제32권 제1호, 한국형사정책학회, 2020.
- 오병두, “공수처검사의 소송법적 지위와 영장청구권,” 형사법연구 제36권 제1호, 2024봄, 한국형사법학회.
- 이완규, 검찰개혁법해설, 박영사, 2020.
- 이윤제, “개정 경찰법의 사법경찰과 행정경찰분리,” 형사법의 신동향 통권 제72호, 대검찰청, 2021.9.
- 이창온, “「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 해석상 문제점에 대한 비판적 검토,” 법학논문집 제44권 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2020.8.
- 정웅석, 고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해, 박영사, 2021.
- 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할,” 형사정책 제34권 제4호, 한국형사정책학회, 2023.
- 한국형사법학회, 공수처의 효율적 업무체계 구축방안 -효율적 협력관계 구축과 조직 안정화를 위한 방안을 중심으로-, 2023년도 고위공직자범죄수사처 연구용역 보고서.

### 2. 기사

- SBS 뉴스 2024.12.6.자.
- 이투데이 2024.12.22.자.
- 아시아투데이 2024.12.18.자.
- 중앙일보 2024.9.16.자.
- 경향신문 2024.4.2.자.

# 수사권 및 기소권 불일치 관점에서 공수처의 발전방향 토론문

이화여대 법전원 교수 이창온

## 1. 헌법재판소 결정에 대한 비판

### (1) 개념적 공허함과 비일관성

헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264,681(병합) 결정의 법정의견이 검사의 직무와 직위를 구별하여야 한다고 설시한 부분은 타당하다고 생각합니다. 검사라는 직위가 곧 헌법상 검사의 직무 범위를 정하는 것은 당연히 아니며, 검찰권이라는 직무의 실질이 헌법상 검사의 지위를 결정하는 기준이 되어야 한다는 것은 맞는 지적입니다. 그러나 헌법재판소의 법정의견은 정작 검사의 직무의 실질을 정하게 될 검찰권이 무엇인지 여부에 관하여는 아무런 이론이나 논거를 제시하지 않았습니다. 법정의견은 검찰권이라는 직무의 실질을 공익의 대표자로서 수사대상자의 인권을 옹호하는 기능이라는 추상적이고 모호한 용어로 대체하고 있을 따름입니다.

그러나 이론적으로 말하자면 검사만이 공익의 대표자로서 인권 옹호기능을 전담한다고 할 수는 없고, 실질적으로 말하더라도 법에 그런 용어가 적혀 있다고 해서 직접 수사기관이 피의자의 인권 옹호기능을 담당한다고 무조건 인정해주기는 어려울 것입니다. 법정의견은 결국 검찰권에 대해서 아무런 구체적인 실질을 제시하지 않은 것이나 마찬가지입니다. 그래서 법정의견대로라면 경찰영장검사가 허용될 수밖에 없다는 환경에 가까운 주장이나 냉소적인 비판까지 나오게 되는 것입니다.

이러한 개념적 공허함은 필연적으로 내적 정합성이 결여된 모순적인 결론들에 이르게 됩니다. 발제문이 인용하고 있는 두 헌법재판소 결정의 법정의견들은 그러한 내적 모순을 잘 보여주고 있습니다.

법정의견이 인용하고 있는 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28·31·32(병합) 결정은 제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 "검찰관의 신청"이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고, 따라서 현행 헌법 제12조 제3항 중 "검사의 신청"이라는 부분의 취지도 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정한 것으로 해석함이 타당하다고 설시하였습니다. 위 결정들은 두 가지 사항을 결론의 전제로 삼고 있다고 생각됩니다. 첫째, '검찰의 다른 수사기관에 대한'이라는 표현에서 드러나듯이 검찰은 수사기관이라는 점, 둘째, 검사의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립하는 것에 영장신청권의 헌

법상 의의가 존재한다는 점입니다. 이러한 전제에 따르면 검사의 수사지휘권이나 수사권을 박탈하는 수사권조정 법률 자체가 검사의 영장신청권을 침해하는 위헌적인 법률이 된다는 것입니다.

헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2022헌라4 결정의 법정의견은 이와 유사한 취지에서 있지만, 검사의 직접 수사권을 제한하는 소위 ‘검수완박’법을 합리화하기 위해 근거를 약간 수정하고 있습니다. “헌법 제12조 제3항, 제16조는 검사의 영장신청권을 규정한다. 이에 헌법재판소는, 헌법상 영장신청권 조항은 수사과정에서 남용될 수 있는 다른 수사기관의 강제수사를 ‘법률전문가인 검사’가 합리적으로 ‘통제’하기 위한 취지에서 도입된 것임을 확인한 바 있다(96헌바28등). 물론 헌법은 검사의 수사권에 대해 침묵하므로, 입법자로서는 영장신청권자인 검사에게 직접 수사권을 부여하는 방향으로 입법형성을 하여 영장신청의 신속성·효율성을 증진시킬 수 있다. 그러나 형사절차가 규문주의에서 탄핵주의로 이행되어 온 과정을 고려할 때, 수사기관이 자신의 수사대상에 대한 영장신청 여부를 스스로 결정하도록 하는 것은 객관성을 담보하기 어려운 구조라는 점도 부인하기 어렵다. 이에 영장신청의 신속성·효율성 측면이 아니라, 법률전문가이자 인권옹호기관인 검사로 하여금 제3자의 입장에서 수사기관의 강제수사 남용을 통제하는 취지에서 영장신청권이 헌법에 도입된 것으로 해석되므로, 헌법상 검사의 영장신청권 조항에서 ‘헌법상 검사의 수사권’까지 도출된다고 보기 어렵다.” 그러나 위 결정 또한 검사의 영장신청권이 다른 수사기관의 강제수사를 합리적으로 통제하기 위한 취지에서 도입된 것이라는 점을 부정하지 않고 있습니다.

그런데 2020헌마264,681(병합) 결정의 법정의견은 96헌바28·31·32(병합) 결정을 중요한 근거로 제시하면서도 그 개념과 논리를 완전히 변형시켜 모순적인 결론에 이르고 있습니다.

“수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한 것은 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고, 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장신청을 막아 기본권침해 가능성을 줄이는 데에 그 목적이 있다(현재 1997. 3. 27. 96헌바28등 참조). 이처럼 영장신청권자를 검사로 한정한 취지를 고려할 때, 영장신청권자로서의 ‘검사’는 ‘검찰권을 행사하는 국가기관’인 검사로서 공익의 대표자이자 인권옹호기관으로서의 지위에서 그에 부합하는 직무를 수행하는 자를 의미하는 것이지, 검찰청법상 검사만을 지칭하는 것으로 보기 어렵다.

실제로 군사법원법 및 ‘특별검사의 임명 등에 관한 법률’ 등에 의하여 검찰청법상 검사 외에 군검사와 특별검사도 영장신청권을 행사한다. 군검사와 특별검사는 검찰청법상 검사에 해당하지는 않으나 검찰권을 행사하는 국가기관으로서 수사단계에서 다

른 수사기관을 지휘·감독하여 수사대상자의 인권을 보호하는 역할을 하고 법률전문가로서의 자격 또한 갖추고 있으므로, 검찰청법상 검사와 마찬가지로 수사단계에서 영장을 신청할 수 있도록 규정되어 있다 할 것이다. 따라서 헌법에 규정된 영장신청권자로서의 ‘검사’가 ‘검찰청법상 검사’에 한정된다고 할 수 없다.” 여기에서는 검사가 수사지휘권 내지 수사감독권에 근거하여 제3자의 입장에서 다른 수사기관의 강제수사 남용을 통제하는 취지에서 영장신청권이 헌법에 도입된 것이라는 점이 문단 중간에서 갑자기 배제되고, 공익의 대표자, 인권옹호기관이라는 추상적인 근거에만 의존하여 수사처검사의 영장청구권을 정당화하는 결론에 이르고 있습니다.

아래에서 보는 것처럼 검사 직무의 개념적 정의와 본질은 형사재판의 소추권 행사라는 점은 실증적, 이론적, 문언적으로 명백합니다. 앞에서 본 헌법재판소의 결정은 내적으로 정합성을 갖추지 못하고 있고, 그 모순들을 정당화할 만한 실질적인 논증을 제시하지 못하고 있습니다. 모든 국가와 이론에서 검찰권은 소추권을 전제로 하고 있습니다. 추가로 물어야 할 것은 왜 헌법이 소추권자인 검사에게 수사권과 영장신청권을 부여하고 있는가 여부일 것이며 여기에 대답하는 것이 바로 우리 헌법과 법률상 검찰권의 본질이 무엇인가를 해명하는 길이 될 것입니다. 헌법재판소 결정은 그 순서를 역전시키고 있습니다.

## (2) 일반적인 법해석 원리에 반하는 해석

### 1) 문언에 반하는 해석

위 법정의견은 ‘검사’라는 용어의 의의에 관해서 헌법의 문언에 반하는 해석을 하고 있습니다. 검사라는 용어는 1895년 재판소구성법에서 처음 등장합니다. 동법 제38조에서 검사의 직무는 범죄를 수색하고 기소하며 법률의 올바른 적용을 감시하고 형벌의 집행을 청구하며 그 집행을 임검, 감시하도록 하며 사형 판결이 확정되었을 때 그 집행을 책임지는 것으로 되어 있습니다. 뿐만 아니라 사법 경찰관에게 명하여 범죄의 수색을 보조하게 하고 영장을 집행하게 하고 피고인을 잡아두는 등 광범위한 임무를 부여받고 있었습니다. 이는 대륙법계 검사 또는 예심판사의 전형적인 직무내용입니다. 검사는 영어로 prosecutor, 독일어로 Staatsanwalt인데 양자 모두 형사재판에서 국가의 대표자로서 소추와 공소유지 업무에 관여하는 사람을 의미합니다. 대륙법계(특히 북, 중유럽) 국가의 검사는 여기에 더하여 수사권과 수사지휘권을 보유하는 것이 일반적인 모습입니다. 따라서 표준국어사전도 검사의 문언적 의미를 범죄를 수사하고 공소를 제기하며 재판을 집행하는 사람으로 정의하고 있습니다.<sup>1)</sup> 그런데 법정

1) 네이버 표준국어사전,

<https://ko.dict.naver.com/#/entry/koko/cbce3b747dcc4a528921c67e17a37da6>

의견은 여기에서도 역시 해석 논거를 전혀 밝히지 않은 채, 검사의 의미에서 소추권이나 수사권을 배제함으로써 헌법의 문언에 반하거나 적어도 이를 변형하는 해석을 하고 있습니다.

## 2) 헌법제정권자의 의사에 반하는 해석

1962년 제5차 헌법개정을 통해 영장의 검사경유원칙이 헌법 규정에 도입되었는데 헌법개정안 공식설명자료는 그 이유는 '사법경찰관의 영장신청에 의한 인권침해를 막으려고 하는 현행 형사소송법의 규정을 헌법에 규정하여 그 효력을 높이었다.'고 되어 있습니다. 1987년 제9차 헌법개정 당시 영장의 검사경유원칙이 국민투표에서 그대로 통과되어 현행 헌법에까지 유지되기에 이르렀습니다.

그렇다면 영장의 검사경유원칙을 헌법에 도입하고 유지한 헌법제정권자들은 다른 자료가 없는 이상 당연히 당시 형사소송법에 규정되어 있던 '검사', '검사의 수사권', '검사의 수사지휘권'의 개념적 의미들을 염두에 두었음이 명백할 것입니다. 이는 제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 "검찰관의 신청"이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이라고 해석한 위 96헌바28·31·32(병합) 결정에서 잘 드러나 있습니다.

그런데 법정의견은 특별한 해석적 노력이나 정당화 없이 동 조항을 도입한 헌법제정권자들의 의도를 무시하고, 이미 선취된 결론을 정당화하기 위한 새로운 해석을 제시하고 있습니다.

## 3) 목적적 해석원리에 반하는 해석: 소추권, 수사권과 영장신청권에 대한 헌법적 의의 부정

법정의견의 결론을 요약하면, 검사의 소추권과 수사권은 헌법적 의의가 전혀 없으며, 소추권과 수사권은 대통령의 헌법적 행정권한에 속하는 것이므로 행정부 내에서 배분되는 이상, 입법자에게 광범위한 재량의 여지가 허용되는 입법사항에 불과하다는 것입니다. 즉, 헌법상 영장신청권자인 검사는 법률전문가이거나 인권옹호기관으로서의 지위가 법률에 규정되어 있으면 될 만큼 헌법적 중요성이 없다는 것입니다.

그러나 우리 헌법은 국민에게 공정한 형사재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항)를 보장하며, 피해자의 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항)을 보장하고 있습니다. 형사재판은 수사절차와 소추절차를 전제로 하므로 수사절차 및 소추절차에서 적법성과 공정성이 보장되지 않는다면, 피고인의 공정한 형사재판을 받을 권리와 피해자의 재판절차진술권이 제대로 보호될 수 없는 것은 당연한 이치일 것입니다. 수사절차 및 소추

절차의 공정성은 수사 및 소추권자의 객관성, 중립성과 공정성에 의해서 달성될 수 있습니다. 최근 수십년간 수사절차가 국민들의 많은 관심을 받아왔고, 공수처의 탄생에 이르게 된 것도 이론적, 개념적 호기심 때문은 아닐 것입니다. 수사절차는 형사절차의 핵심요소 중 하나이며 국민의 기본권에 직결되는 절차이기 때문임을 모든 국민들도 공감하고 있었기 때문일 것입니다. 이러한 중요성에도 불구하고 헌법재판소가 입법재량에 맡길 문제라고 치부하는 것은 현실과도 부합하지 않습니다. 헌법상 국민의 공정한 형사재판을 받을 권리와 피해자의 재판절차진술권을 보장하기 위해서는 강제수사 및 소추 단계에서 검찰제도에 관한 헌법적 중요성이 인정되어야 합니다. 즉, 헌법은 수사의 사법적 속성 및 검사의 준사법기관성을 인정하고 있다고 보는 것이 헌법의 의의를 살리는 것입니다.

법정의견은 이러한 검사의 소추권과 수사권이 헌법상 명문으로 규정되어 있는 국민의 공정한 형사재판을 받을 권리, 피해자 재판절차진술권, 영장신청권의 보장과 관련되어 있다는 것을 뚜렷하고 있으며, 수사통제를 하는 검사의 의미 또한 법률전문가로서 공익의 대표자이자 인권옹호의 직무를 수행한다는 점이 법률에 들어가기만 하면 굳이 소추권자나 수사권자가 아니어도 된다는 식으로 설시하고 있습니다. 즉, 검사의 실질적 의미가 무엇인지에 관하여 침묵하거나, 아니면 크게 중요하지 않으니 그저 입법자가 규정하는 대로 따르면 된다는 식의 태도를 취하는 것입니다. 이것이 타당한 결론인지 여부는 차치하더라도, 과연 국민의 공정한 형사재판을 받을 권리, 피해자 재판절차진술권, 영장신청권의 헌법적 의의에 관하여 속고된 논증인지 여부에 대해서 상당한 의문이 듭니다.

발제문은 공수처 검사의 임명에 요구되는 경력이나 임명절차가 검찰청법 검사보다 더 엄격하고 까다로우며, 더 높은 수준의 직무요건을 요구하고 있다는 점에서 공수처 검사를 특별사법경찰관에 해당한다고 해석할 수 없다고 하고 있습니다. 그러나 경찰이라고 해서 검사나 판사보다 경력이나 임명절차가 덜 엄격해야 한다고 볼 아무런 이유가 없습니다. 특히 최종 의사결정을 담당하는 고위직 수사경찰관의 경우 검사보다 더 높은 수준의 경력이나 임명절차, 전문지식을 요구할 수도 있습니다. 따라서 이러한 해석이야말로 직무와 직위를 혼동하는 것이 아닌지요? 판사가 최고위직 검사의 결재를 거쳐 수사검사가 신청한 영장을 발부할 권한을 갖는 것은 판사의 경력이나 임명절차나 직무요건이 검사보다 더 높아서가 아니라 판사의 직무는 객관적, 중립적, 독립적 제3자의 입장에서 수사를 통제하는 것이기 때문일 것입니다. 그리고 판사의 결정은 재판절차를 통해서 기록되고 심급절차를 통해서 통제될 수 있기 때문일 것입니다.

### (3) 피의자나 피고인의 기본권 침해 위험성의 묵과

영장주의의 본질은 중립적이고 독립적인 제3자에 의해서 미리 특정된 사람과 장소에 대해서 발부하는 것을 그 핵심적인 요소로 하며, 영장신청권자는 그 본질적 요소에 해당하지 않는다는 일부 견해는 맞는 지적입니다. 그러나 미국에서 영장주의는 수사에만 국한된 것이 아니라 정부의 침익적 행정처분 전반에 걸쳐 적용되므로 반드시 검찰의 수사작용에만 적용되는 것은 아니며, 영장의 발부는 정식 형사재판절차가 아니므로 그 발부를 담당하는 치안판사(magistrate)는 영미법상 정식 사법관이나 심지어 전문 법률가가 아닐 수도 있고, 또한 모든 강제처분에 영장주의가 적용되는 것도 아닙니다. 주거가 아닌 장소에서의 피의자 체포는 수사를 위한 것이 아니라 원래 법원에 인치하여 형사절차를 개시하기 위한 절차로서 이루어지는 것이므로 영장이 필요하지 않고 중범의 경우 사인도 체포가 가능한 것으로 이해되고 있습니다. 영미법상 수사상 구속제도는 별도로 존재하지 않으므로 영장신청권자는 불필요합니다. 즉, 체포 이후 단기간 내에 피의자가 법원에 인치되어 재판절차로 이행되고 그때부터는 형사재판에서의 국가의 법률가인 검사가 법원의 재판절차에서 법원의 결정이나 허가를 청구하는 방식으로 증거수집, 조사가 진행됩니다. 압수수색의 경우 원칙적으로 사전 영장이 필요하나, 그 예외가 광범위하게 인정되어 사전 영장을 통한 압수수색 비율이 오히려 더 낮은 상태에 있으므로, 미국에서 강제처분 영장주의가 관철되어 있다고 말할 수는 없습니다.

그러나 직권주의 형사사법체계에서는 행정경찰의 수사권을 통제하기 위해 사법경찰과 행정경찰을 분리하고 소추권자이며 사법관 내지 준사법관인 검사로 하여금 수사절차를 지휘, 개입, 통제하게 한 것입니다. 직권주의 형사사법체계 하에서 10일간의 구속을 포함하여 소추권이 없는 경찰에게 광범위한 수사권을 허용하고 있는 국가는 드물며, 이로 인해 우리 헌법과 형사소송법에 경찰의 강제처분을 통제하기 위해서 이질적인 영장주의의 문언이 도입되었다고 보는 것이 타당할 것입니다. 즉, 형사재판에 관하여 국가의 법률가 내지 대표자로서 법원에 소추권과 신청권을 행사하는 검사가 법원의 결정에 책임을 지고 수사절차를 통제하도록 한 것입니다. 검사의 영장신청권 조항은 우리나라의 변형된 직권주의 형사사법체계 하에서도 여전히 수사의 사법적 성격을 담보하는 장치로서 소추권자가 아닌 경찰의 강제수사권을 통제할 헌법적 의의를 가진다고 봐야 할 것입니다. 이는 경찰의 수사상 강제처분을 위해서는 반드시 준사법관인 검사의 신청에 의해서 법관이 형사재판의 한 형태인 영장재판을 통해 영장을 발부하게 함으로써 구현됩니다. 이로써 경찰의 수사상 강제처분을 통한 국민의 기본권 침해 가능성을 줄일 수 있게 됩니다.

이는 비단 경찰의 강제수사권 남용을 통제하는 의미만 가진 것이 아닙니다. 이는

기소와 불기소 여부를 최종적으로 결정할 수 있는 소추권자인 검사로 하여금 강제처분 신청절차에 조기 개입하여 소추 결정에 불필요하거나 소추의 법적 방향에 부합하지 않는 수사를 통제하게 함으로써, 불필요하거나 소용 없는 구금, 압수수색 등을 통제하게 하는 의미도 가지고 있는 것입니다.

발제문은 공수처 검사가 소추권을 갖지 아니한 경우에도 구속영장을 직접 청구할 수 있음을 인정하면서도 구속기간에 관하여 다의적인 해석이 가능하다면 피의자의 기본권 보장이 불안정해질 수 있으므로 이러한 사안에 있어서 공수처는 구속을 제한하거나 구속을 하더라도 검찰청과 협의를 거치는 것이 바람직할 것이라고 하고 있습니다.

그러나 이처럼 피의자의 기본권에 직접적인 영향을 미칠 사안에 관하여 대등한 결정권을 가진 기관 사이의 협의에 맡기는 것이 합헌적이라고 볼 수 있을지요? 만약 공수처 검사가 20일간 구속한 후 검찰청 검사가 불기소결정을 할 수밖에 없다면 애초에 소추권을 가진 검사가 영장신청 단계에 개입하도록 하는 것이 피의자의 기본권 보호에 부합하는 것이 아닌지요? 또한 공수처 검사가 장기간 구속수사하는 바람에 검찰청 검사가 소추결정과 보완수사에 충분한 시간을 가질 수 없다면, 그리해서 검사가 충분한 숙고 없이 구속기소가 이루어졌다가 무죄 선고가 이루어진다면 그것은 헌법상 기본권 보호에 충실하다고 볼 수 있을지요?

이러한 문제는 장기적으로 수사권과 기소권의 일치를 통해 해소할 문제가 아니라 지금 당장의 헌법적 문제라고 행가합니다. 저는 헌법재판소가 이러한 상황을 충분히 숙고하고도 위와 같은 결정을 내렸다면 이를 정당화할 만한 다른 논증을 제시했어야 마땅하다고 생각합니다.

## 2. 공수처 검사의 영장신청권에 대한 토론자의 이해

직권주의적 형사사법체계는 수사절차에서부터 국가가 피의자에 비해 우월한 수사권 한을 가지고 객관적, 중립적 입장에서 증거를 수집한 다음, 소추 단계에서 혐의 유무에 대한 1차적 선언을 하도록 되어 있습니다. 이러한 체계에서는 수사권이 강력한 만큼 수사권을 통제하기 위한 제도적 장치가 필요하며, 직권주의적 체계를 채택한 대부분의 국가에서는 독립된 사법부가 담당하는 형사재판에서 법률에 따라 소추권, 증거신청권, 소송행위를 행사하며 그 결과에 대해 책임을 지는 사법관 내지 준사법관인 검사에게 수사권의 지휘, 개입, 통제의 임무를 부여하고 있는 것입니다. 이러한 이해는 유럽이 오랜 논의를 거쳐 직권주의 체계의 검찰제도의 본질에 대해 이르게 된 공통 견해이며, 헌법재판소 96헌바28·31·32(병합) 결정이나 헌법재판소 2022헌라4 결정의 입장(법정의견은 일부, 반대의견은 전적으로)과도 일치합니다.

이러한 이해에 서게 되면, 수사처검사가 직접 수사기관으로서 소추기능을 행사하지 않는 경우에는, 준사법관적 지위의 검사(형사재판에서 준사법관으로서 소추 여부의 결정을 해야 하며 나아가 공소유지 단계에서 사법부의 판결에 따라 그 책임을 부담해야 하는)로 볼 수 있다고 할 것입니다. 이때에는 수사처검사는 직접 수사를 담당하는 ‘다른’ 수사기관으로서, 준사법관이며 소추권자인 검사로부터 그 수사(그것이 강제처분인 경우에는 헌법에 따른 영장신청을 통해서)에 대한 통제를 받아야 한다는 결론에 당연히 이르게 됩니다. 수사처검사가 직접 수사를 담당하면서 소추결정을 하지 못하는 경우에도 검사로서 아무런 통제를 받지 않은 채 구속, 구속연장 등의 모든 강제처분권을 행사한 후 검찰청법상 검사가 소추 결정 단계에서 비로소 수사처검사와 달리 결정을 하게 한다면, 그 피의자는 소추권자의 수사 통제를 받아 일찍 석방될 수 있었거나 압수수색 등 강제처분을 면할 수 있었던 기본권적 이익을 불평등하게 침해받게 됩니다. 저로서는 그것이 헌법상 영장신청권을 검사에게 인정한 의의라고는 도저히 생각하기 어렵습니다.

### 3. 공수처법 해석상의 문제

발제문은 공수처법이 그 직무와 권한에 관하여 검찰청법과 형사소송법을 준용하여 공수처 검사에게 검찰청법 검사와 거의 대등한 지위를 부여하고 있으므로 공소권의 유무와 관계 없이 검사의 지위를 가진다고 보는 것이 타당하다고 하고 있습니다.

관련되는 공수처법의 조항은 다음과 같습니다.

제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄등에 관하여 다음 각 호에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처(이하 “수사처”라 한다)를 둔다.

1. 고위공직자범죄등에 관한 수사

2. 제2조제1호다목, 카목, 파목, 하목에 해당하는 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 고위공직자범죄 및 관련범죄의 공소제기와 그 유지

제8조(수사처검사) ④ 수사처검사는 직무를 수행함에 있어서 「검찰청법」 제4조에 따른 검사의 직무 및 「군사법원법」 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행할 수 있다.

제26조(수사처검사의 관계 서류와 증거물 송부 등) ① 수사처검사는 제3조제1항제2호에서 정하는 사건을 제외한 고위공직자범죄등에 관한 수사를 한 때에는 관계 서류와 증거물을 자체 없이 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부하여야 한다.

② 제1항에 따라 관계 서류와 증거물을 송부받아 사건을 처리하는 검사는 처장에게 해당 사건의 공소제기 여부를 신속하게 통보하여야 한다.

제47조(다른 법률의 준용) 그 밖에 수사처검사 및 수사처수사관의 이 법에 따른 직무와 권한 등에 관하여는 이 법의 규정에 반하지 아니하는 한 「검찰청법」(다만, 제4조제1항제2호·제4호·제5호 및 같은 조 제2항은 제외한다), 「형사소송법」을 준용한다.

법 조항간의 관계를 고려할 때 위 법 제8조에서 언급하고 있는 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무는 검찰청 제4조에 기재된 검사의 모든 직무가 아니라 공수처법 제3조 제1항이 규정하고 있는 공수처의 직무권한과 제47조에서 배제하고 있는 직무권한을 제외한 것만을 의미하며, 또한 공수처법 제3조가 공수처검사에게 부여하고 있는 직접 수사권과 배치되는 한 검찰청법 제4조의 검사 직접수사권 제한 조항이나 수사와 기소의 분리를 규정한 형사소송법의 적용을 받지 않는다는 것을 의미합니다. 즉 법 제8조에서 검찰청 제4조를 언급하고 있다는 것만으로 공수처 검사의 지위와 권한이 도출되는 것이 아니라 헌법, 공수처법, 형사소송법의 조항의 해석을 통해서 공수처 검사의 지위와 권한이 도출된다는 것입니다. 따라서 공수처법 제3조상 소추권이 없는 직무에 관하여 제8조의 규정만으로 공수처 검사의 소추권이나 영장신청권이 부여될 수는 없을 것입니다. 형사소송법에는 소추권 없는 검사에 관한 근거 규정이 없으며, 소추권 없는 검사의 소추권 있는 검사에 대한 구속피의자의 송부에 관한 규정도 없습니다. 만약 공수처법 제8조에서 언급하고 있는 검찰청법 제4조나 제47조에서 언급하고 있는 형사소송법의 준용 규정만으로 공수처 검사의 지위와 권한을 뒷받침할 수 있다고 본다면 거의 어떠한 해석이든 무제한적으로 도출하는 것이 가능해질 것입니다. 이러한 해석이 타당하다고 보기는 어려울 것입니다.

발제문은 공수처 검사의 소추권 없는 사건에 관한 불기소결정권도 공수처법 규정과 부합하지 않는 측면이 있기는 하지만, 타당하다고 하고 있습니다. 그러나 이는 명백히 법 제26조 제1항의 문언에 반합니다.

또한 발제문은 공수처 검사가 검찰청 검사에게 사건을 송부하면서 공소제기요구를 한 경우 공수처 검사에게 송치받은 사건은 검사가 보완수사를 할 수도, 공수처검사에게 보완수사를 요구할 수도 없는 사건이 되지만, 이는 공수처법이 기소대상자의 범위를 지나치게 한정한 탓이라고 봐야 한다고 하고 있습니다.

그러나 입법론적 방향의 타당성은 제쳐두더라도 명백히 문언에 반하거나 부당한 소추 여부 결정을 할 수밖에 없도록 법을 해석하는 것이 합리적이거나 타당한 근거가 있는지 의문입니다. 이러한 해석론의 근거는 아마도 공수처가 검찰을 견제하기 위한 동기에서 탄생하였고, 공수처의 독립성이 검찰보다 더 잘 보장되어 있기 때문에 해석상 검찰의 권한을 제약하고 공수처 검사의 권한을 강화하는 쪽으로 해석하는 것이 타당하다는 것에 있을 것입니다.

그러나 공수처가 검찰청법 검사보다 독립성이 우월하다는 것을 근거로(실제로 그렇다고 보기도 어렵지만), 검찰청법 검사로부터 수사 통제를 받는 것이 오히려 수사의

장애나 왜곡을 초래할 염려가 있다고 주장하는 것은 모순된 논리에 불과할 것입니다. 왜냐하면 설사 공수처가 독립적으로 강제처분을 실행하였다고 하더라도 검찰청법 검사는 어차피 소추결정 단계에서 공수처의 의사에 반하는 결정을 할 수 있는 여지가 그대로 남아 있기 때문입니다. 이는 검찰청법 검사에게 고위공직자범죄에 대한 소추권이 남아있는 이상 극복할 수 없는 모순입니다. 결국 검사설의 입장에서는 왜 입법자가 대부분의 고위공직자범죄에 관하여 정치권력에 예속될 위험성이 많은 검찰청법 검사의 소추권을 그대로 남겨두고 공수처에게 소추권을 주지 않았는지 질문할 수밖에 없으며, 종국에는 그러한 입법자의 결단이 오류였다는 결론을 내세울 수밖에 없게 될 것입니다. 그러나 입법의 정책적 오류를 주장하는 것만으로 현행법 해석의 체계를 변경할 수는 없을 것입니다.

#### 4. 나가며: 법과 정치의 구별

헌법재판소와 검사설은 검찰제도의 개념, 형사사법체계의 구조, 수사의 개념, 영장신청권의 헌법적 의의 등에 대해 아무런 일관된 체계나 개념, 철학을 제시하고 있지 못한 것으로 생각됩니다. 이 모든 개념들은 서로 상관이나 구조적 연관성을 가지지 못하고 입법자의 재량에 따라 내용을 형성할 수 있는 것처럼 제시되고 있습니다. 그렇기에 수사, 기소분리론을 근거로 검찰의 수사권 완전 박탈과 경찰의 완전한 수사권 독립을 긍정하는 입법자가 동시에 고위공직자에 대해 직접 수사를 하고 일부 기소를 할 수 있는 공수처법을 입법하였고, 또한 이러한 입법을 긍정하는 견해가 동시에 민주적 정당성의 명분을 내세워 검찰에 대한 법무부장관의 구체적 지시권 행사는 당연하고 적절한 것으로 주장할 수 있는 것입니다.

법은 정치를 토대로 입법되지만, 법적 개념의 정합성과 합리적 해석에 의해 일관성과 예측 가능성이 담보되어야 할 것입니다. 검찰, 검사, 수사, 수사상 강제처분인 영장, 사법경찰 등의 개념이 숙고되거나 논증되지 않은 채 일관성 없이 당대의 권력이론적 관점에서만 주장된다면, 법과 정치의 구별이 무너지게 되어 그때그때 정치적, 개인적 이해관계에 따라 사법적 결정이 이루어질 위험성을 초래하게 될 것입니다.

수사권과 기소권을 입법적으로 일치시켜야 한다는 점에 대해서는 토론자도 찬성합니다. 토론을 겸하여 그 찬성의 근거에 대해서 발제자와는 다른 각도에서 이상과 같이 논의해보았습니다. 찬성의 근거가 다르기 때문에 당연히 방향성도 다를 것임을 유추하실 수 있을 것입니다. 오늘 귀한 논의의 토대를 마련해준 공수처와 한국형사소송법학회에 감사드리고, 논의의 기초를 제공해주신 발제자의 귀한 통찰에도 깊이 감사드립니다. 오늘의 논의가 앞으로 공수처의 발전방향에 대한 건설적인 논의의 토대가 될 수 있기를 기원합니다.

## “수사권 및 기소권 불일치 관점에서 공수처의 발전방향”에 대한 토론문

김옹재

발표자님의 글을 통해 고위공직자범죄수사처(‘공수처’)의 직무권한 범위에 관한 관련 법령의 내용과 그 해석상 문제점, 현행법상 권한범위의 한계로 인해 실무상 발생할 수 있는 문제점 등에 대해 구체적으로 생각해 볼 수 있는 좋은 기회가 되었습니다. 이 자리를 빌어 감사의 말씀을 드립니다. 이하에서는 발표자님께서 다루신 몇 가지 쟁점에 대한 제 의견을 말씀드리고자 합니다.

### 1. 공수처 검사의 형사법적 지위 및 영장청구권

발표자님께서는 공수처가 기소권과 수사권을 모두 갖는 사건뿐만 아니라, 기소권 없이 수사권만 갖는 사건에 있어서도 공수처 검사의 법적 지위는 ‘검사’이고, 따라서 검사로서 영장청구권을 갖는다고 보아야 한다고 하셨습니다. 저도 이 견해에 동의하고, 현법재판소가 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264등 결정에서 같은 입장을 전제로 하고 있다는 분석에도 동의합니다. 입법자가 수사기관의 설치에 관한 법률을 만들면서 ① 그 기관의 명칭을 “검사”로 붙이고 ② 기존의 다른 법률에 의해 인정되는 ‘검사’(검찰청법상 검사, 군사법원법상 군검사)와 동일한 직무권한이 있다고 명시적으로 규정하였다면, 해당 수사기관을 헌법에서 말하는 “검사”에 해당하는 것으로 만들고자 하는 의사를 이보다 더 명명백백하게 표출할 수는 없다고 생각합니다. 그리고 이러한 입법자의 의사에, 그리고 이것이 명확히 반영돼 있는 법률의 문언에 반하는 해석을 부득이 해야 할 만한 이유를 저로서는 생각하기 어렵습니다.

### 2. 고위공직자범죄에 대하여 사법경찰관이 수사하고 공수처에 송치하여 기소하도록 할 수 있는가?

발표자님께서는 ‘검찰의 수사에 대한 공정성 문제가 제기될 수 있는 사안에 대해서는 사법경찰관 수사 – 공수처 기소도 가능할 것’이고, 공수처 관할범죄에 대해 사법경찰관이 수사를 할 경우 공수처 검사가 영장을 청구할 수도 있다고 하셨습니다. 저도 기본적으로 같은 생각입니다.

현행법상 사법경찰관은 범죄수사를 완료한 때에는 검사에게 사건을 송치·송부할 의무가 있고 (형사소송법 제245조의5), 검사에게 송치·송부하는 대신 공수처검사에게 송치·송부할 수 있다는 취지의 규정은 없습니다. 이 점을 들어서, 사법경찰관이 범죄를 수사한 뒤 검사가 아닌 공수처검사에게 송치·송부하는 것은 허용되지 않는다고 볼 여지도 있겠습니다. 공수처 사건사무규칙이나 경찰수사규칙도 사법경찰관이 수사를 완료한 뒤 공수처에 사건을 송치·송부하는 경우를 상정하지 않고 있는 것처럼 보입니다.

그렇지만 공수처는 그 관할사건에 대해 타 수사기관에게 사건이첩을 요청할 수 있고 타 수사기관은 이에 응할 의무가 있기 때문에(공수처법 제24조 제1항), 법령상 사법경찰관으로부터 사건을 송부·송치받는 절차가 마련되어 있지 않다 하더라도 사실상 이와 동일한 결과를 만들어낼 수 있습니다. 공수처 입장에서는 그 관할사건에 대해 경찰이 수사를 완료할 때까지 기다렸다가 경찰에 사건 이첩을 요청하거나, 검사에게 송치·송부가 이뤄진 직후에 해당 검사에게 사건 이첩을 요청하면 되기 때문입니다. 공수처가 이렇게 법률상 그에 부여된 우선수사권을 행사하는 것을 타 기관이 막을 수도 없고, 법률상 공수처 관할범죄에 대해 타 수사기관의 수사권을 박탈하지 않은

채 이를 경합적으로 인정하면서 동시에 공수처에게 우선권을 부여하면서도 공수처의 조직규모를 상대적으로 작게 제한한 입법취지를 고려할 때 이를 막는 것이 실질적으로 타당하지도 않습니다.

영장청구의 경우에는 현행 법령상으로도, 경찰이 스스로 수사 중인 사건에 대해 검사가 아닌 공수처검사에게 영장을 신청하여 공수처검사가 이를 청구하는 경우를 상정한 절차가 마련되어 있습니다. 공수처 사건사무규칙 제25조 제3항이 그 규정이고, 실제로 최근 경찰이 공수처에게 영장을 신청한 최초 사례가 보도되기도 하였습니다.<sup>1)</sup> 이처럼 공수처 관할범죄에 대해 (공수처가 정식으로 이를 이첩받지 않은 상태에서) 경찰이 수사를 진행하면서 공수처검사에게 영장을 신청하고 공수처검사가 영장을 청구하는 것 역시 공수처법이 상정하는 ‘수사권의 병존 및 공수처의 우선권 보장’의 취지를 고려할 때 부당하다고 볼 수 없습니다.

공수처법 제47조의 준용규정이 바로 이러한 해석을 가능하게 하는 법률상 근거가 될 수 있을 것입니다. 동 조항에 의해 사법경찰관으로부터 사건을 송부·송치받는 검사의 직무권한에 관한 형사소송법 제245조의5, 사법경찰관으로부터 영장을 신청받아 청구하는 검사의 직무권한에 관한 형사소송법의 제 규정들을 공수처검사에게 준용할 수 있습니다. 공수처 사건사무규칙과 경찰수사규칙 등 하위법령에 경찰이 수사완료 후 검사가 아닌 공수처검사에게 사건을 송치·송부할 수 있도록 하는 절차를 분명히 규정함으로써 제도를 정비할 필요가 있다고 봅니다.

이 경우 공수처검사에게 사건을 송치·송부할 것인지, 검사에게 사건을 송치·송부할 것인지를 선택할 수 있는 권한이 반사적으로 경찰에게 생기게 됩니다. 일회적으로 끝나는 사건 송치·송부와 달리 영장신청은 동일한 신청을 수회 반복할 수도 있기에, 경찰이 원하는 결과를 얻기 위해 일종의 ‘검사 쇼핑’을 할 가능성도 있습니다. 그렇지만 수사·기소권을 여러 기관에게 중복적으로 부여하여 서로를 견제하도록 하는 것이 공수처 설치의 주된 이유라면, 이런 현상은 기관 간 견제를 가능하게 하는 것으로서 그 과정에서 일부 비효율이나 부적절한 운용이 이뤄진다 하더라도 감내하여야 하는 것에 속한다고 볼 수 있을 것입니다.

### 3. 공수처검사로부터 사건을 송부받은 검사의 보완수사 및 공소제기 여부 결정

가. 발표자님께서는 ‘공수처검사로부터 사건을 송부받은 검사는 공수처검사에게 보완수사요구를 할 수 없고, 검사가 직접 보완수사를 할 수도 없다’고 하셨습니다. 그리고 그 때문에 검찰청 검사가 기소하기에 충분한 증거가 수집되지 않았다고 판단한 경우에도 취할 수 있는 수단이 없다는 흄결이 발생한다고 하셨습니다.

저는 공수처검사를 형사소송법상 사법경찰관으로 볼 수는 없기 때문에 검사가 공수처검사에게 보완수사요구를 할 수 없다는 데에는 동의하지만, 사건을 송부받은 검사가 직접 보완수사를 할 수 없다고 보는 것은 타당하지 않다고 생각합니다.

형사소송법상 “검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사” 할 일반적인 수사권한이 있습니다(제196조 제1항). 이 수사권은 “[형사소송법] 제197조의3 제6항, 제198조의2 제2항 및 제245조의7 제2항에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 관하여는 해당 사건과 동일성을 해치지 아니하는 범위 내에서”만 수사할 수 있다는 제한을 받습니다 (제196조 제2항). 그렇지만 공수처검사는 형사소송법상 ‘사법경찰관’이 아니므로, 공수처검사가 검사에게 송부한 사건에 대해서 검사의 수사권은 제196조 제2항의 제한을 받지 않는다고 보아야 합니다.

1) 박혜연, “경찰, 공수처에 여인형 비화폰 암색 영장 신청…첫 사례”, 뉴스1 2024. 12. 18.자, <https://www.news1.kr/society/incident-accident/5635967> (2024. 12. 26. 방문) 참조.

검사의 수사권은 검찰청법 제4조에 의해서도 제한되는데, 이는 “수사를 개시할 수 있는” 범위에 대한 제한입니다(같은 조 제1항 제1호 단서 참조). 그런데 공수처검사로부터 송부받은 사건은 검사가 수사를 개시하는 사건이 아님이 명백합니다. 따라서 검찰청법 제4조에 따른 제한도 적용될 여지가 없습니다.

그렇다면 검사는 공수처검사로부터 송부받은 사건에 대해 일반적 수사권한에 따라 보완수사를 직접 수행할 수 있다고 보아야 하지 않을까요? 달리 이를 제한할 법률상 근거가 없고, 검사에게 보완수사권을 부여하는 것이 공소제기 여부 결정권의 적정한 행사에 필요하기도 하므로, 이것이 타당한 결론이 아닌가 합니다. 따라서 적어도 이에 관한 한 현행법상 흠결은 존재하지 않는다고 생각합니다.

나. 또한 발표자님께서는, 공수처에 기소권이 없는 사건에 있어서, 공소제기 여부에 대한 결정이 공수처검사와 검사 사이에 갈리는 경우가 발생할 수 있음을 지적하셨습니다. 그리고 이는 ‘공수처법이 기소대상자의 범위를 지나치게 한정한 덫’이라고 하셨습니다. 공수처의 기소권 범위를 확대해야 한다는 발표자님의 논지와 연결되는 서술로 이해하였습니다.

그러나 저는, 기관 간의 상호견제를 통해 적정한 권한행사를 보장하고자 하는 제도설계에 있어서, 이처럼 서로 다른 판단·결정에 이르게 되는 현상 자체를 지나치게 큰 문제로 여길 것은 아니라고 생각합니다. 이는 그러한 제도설계에 당연히 내재한, 따라서 일정 정도 감내해야 할 부작용입니다. 같은 사건에 대해 심급간 결론이 달라지는 경우도 적지 않고, 이 역시 ‘기관 간 서로 다른 법적 판단’에 이르는 것으로서 비효율을 낳지만, 그에 따른 이득이 실보다 크다고 판단하기 때문에 우리는 그 제도설계를 유지하고 있습니다. 공수처와 검찰 사이의 상호견제가 주된 목적이었다면 이처럼 서로 같은 사건을 두고 경쟁하게 되는 현상을 백안시할 이유가 없습니다. 그리고 그 과정에서 경계선상에 놓인 어려운 사건에서 양 기관의 법률가들 사이에 판단이 달라지는 경우가 생기는 것은 필연에 가깝습니다(그리고 그런 판단 불일치 사례보다 양 기관의 판단이 일치하는 사례가 훨씬 더 많을 것이라는 점도 강조할 필요가 있습니다). 큰 틀에서 보면 이러한 충돌 내지 경쟁을 통해 전체적인 수사권·기소권 행사의 적정성은 제고될 수 있습니다. 헌법재판소와 대법원이 (특히 헌법재판소의 개원 초기에) 서로 경쟁적으로 권한을 행사하고 때로는 서로 엇갈린 판단을 내놓으면서 국민의 권리구제 총량을 결과적으로 늘린 것을 떠올릴 필요가 있다고 생각합니다.

#### 4. 구속기간 문제

공수처검사와 검사 사이의 구속기간 문제는 입법적 해결이 시급하게 필요하다고 생각합니다. 현행법상으로는 발표문 각주 21에 인용된 오병두 교수님의 견해처럼 해석할 수밖에 없지 않나 생각합니다(즉 공수처검사와 검사를 통틀어 최대 20일의 구속기간 허용). 그러나 이처럼 해석할 경우 공수처에서 구속기간 만료에 임박하여 검찰에 사건을 송부하고, 실질적으로 공소제기 여부 결정에 필요한 시간이 잔여 구속기간을 초과하게 되는 문제가 발생할 수 있습니다. 구속기간의 만료가, 공수처검사로 하여금 검사의 공소제기 여부 결정권한을 사실상 제한하는 수단으로 악용될 여지도 존재합니다. 이런 상황은 결코 바람직하다고 할 수 없습니다. 공수처에 우선수사권을 부여한 것만큼이나, 일부 사건에 대해서는 수사권만을 부여하고 그 공소제기 여부 결정권한은 검사에게 남겨 둔 것 역시 공수처법의 결단입니다. 그런 만큼 검사가 자신의 고유 권한인 공소제기 여부 결정권한을 실질적으로 적정하게 행사할 수 있어야 하고, 가급적 그에 사실상 장애가 생기

는 상황을 막는 게 바람직합니다.

그렇지만 이 문제를 해결하는 가장 좋은 방안이 (발표자님께서 말씀하신 것처럼) 수사권과 기소권의 일치인지는 잘 모르겠습니다. 현재 검사의 구속기간 20일이 수사와 및 공소제기 여부 판단에 소요되는 총 기간임을 고려해서, 20일을 적절한 범위 내에서 공수처검사와 검사 사이에 배분하거나(가령 공수처의 구속기간 최대 15일 + 송부 후 검사의 구속기간 5일), 공수처검사의 구속기간 20일에 검사의 구속기간을 추가로 부여(가령 5~7일)하는 방안이 일단 현 시점에서 가장 실현 가능성 높은 개선방안이 아닐까요?

## 5. 공수처의 기소권과 수사권 범위를 일치시켜야 하는가?

공수처의 수사권과 기소권 범위를 일치시키면 발표자님께서 말씀하신 여러 해석상 문제의 상당 부분이 해결될 수 있으리라 생각되기는 합니다. 그러나 앞에서 말씀드린 것처럼, 검사와 공수처 검사 사이의 구속기간 문제만 제외하면 나머지 문제들은 모두 현행법의 합리적 해석에 의해 해결될 수 있는 것들이라고 생각합니다.

공수처의 기소권과 수사권 범위를 일치시킬 것인지의 문제는 그 문제 자체로, 즉, 기소권과 수사권의 분리가 과연 적절한 것인지를 보다 큰 문제의 일부로 살펴보아야 한다고 봅니다. 절대 다수의 범죄들에 대해서는 기소권과 수사권의 분리가 필요하다는 전제 하에서 제도를 설계하면서 —검사는 본인이 수사를 개시한 사건에 대해서는 아예 공소제기를 할 수 없도록 되어 있습니다 (검찰청법 제4조 제2항)—공수처의 관할범죄에 대해서만은 수사권과 기소권을 한 기관이 모두 가져야 한다고 하는 것은 제게는 모순으로 느껴집니다. 이 문제에 대해서는 ① 공소제기 여부를 적정하고 효율적으로 판단하기 위해서는 직접 사실관계를 수사한 사람에게 공소제기 여부 판단을 맡겨야 한다고 판단하여 공수처의 수사권과 기소권 범위를 일치시켜야 한다고 주장하거나, ② 비록 수사권자에게 기소권을 부여하지 않는 것이 비효율적이라 하더라도 이처럼 양 권한행사를 분리함으로써 얻어지는 권한행사의 공정성 측면에서의 이익이 더 크다고 판단하여 현재의 기소권-수사권 불일치를 유지하거나 오히려 더 철저히 분리를 관철하여야 한다고 주장하는 것이 일관적인 것 아닐까요?

이상으로 두서 없이 몇 가지 생각을 말씀드렸습니다. 감사합니다.