

2023년도 공수처
용역과제

공수처 발전 방향

-수사와 기소의 분리 · 통합의 관점에서-

2023. 12.

고위공직자범죄수사처

본 보고서는 2023년도 고위공직자범죄수사처 용역과
제로서 서술 내용은 고위공직자범죄수사처의 공식
견해가 아님

연 구 진

연구책임자 최 호 진 (단국대학교 법학과 교수)

공동연구자 최 준 혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

연구보조원 허 정 현 (단국대학교 대학원 박사과정 수료)

목 차

■ 제1장 서설	1
I . 논의의 배경	1
1. 공수처법의 제정	1
2. 공수처법과 공수처에 대한 평가와 법적 쟁점	2
3. 공수처의 역할 모델	4
II . 논의의 방향	7
■ 제2장 공수처 설치에 관한 연혁과 제도의 이론적 기반	11
제1절 공수처 설치에 관한 입법과 논의	11
I . 공수처법의 제정 과정	11
II . 공수처 설립에 대한 반대의견에 대한 검토	17
III . 헌법재판소의 결정과 그에 대한 평가	21
제2절 제도설계의 기반	29
I . 부패척결형과 검찰분권형	29
II . 특별검사 모형과 검찰특수부 모형	30
III . 직무와 지위의 구별: 기능분리론과 조직분리론	32
IV . 조직법상 원리	36
제3절 공수처의 성격: 전문수사기구의 측면과 검찰개혁의 측면	40
I . 들어가며	40
II . 역사적 경험	41
III . 공수처의 성격	48
IV . 소결	53

■ 제3장 특별검찰기관으로서 공수처 57

제1절 검찰로서의 공수처 57

- I. 검찰제도에 대한 검토 57
- II. 검사의 지위와 임무 62
- III. 공수처 검사의 성격 64

제2절 수사와 기소 분리의 관점 71

- I. 들어가며 71
- II. 수사 과정에서의 문제점 75
- III. 기소 과정에서의 문제점 88

제3절 개선방안 92

- I. 검사의 부패에 관한 통제 92
- II. 수사대상의 확대: 공범과 관련하여 95
- III. 수사권한의 강화 필요성 96
- IV. 구속기간에 관한 규정 정비의 필요성 97
- V. 영장집행에 관한 검찰청 검사의 집행지휘 99

■ 제4장 부패방지 전문수사기구로서 공수처 101

제1절 수사·기소 통합의 관점 101

- I. 쟁점 101
- II. 공직부패 전담 특별수사기관의 필요성 107
- III. 공직부패범죄 특별수사기구 116
- IV. 결론 127

제2절 독립적 수사기구와 수사 대상 결정 130

- I. 독립성 확보의 문제 130
- II. 수사권과 기소권의 통합 138
- III. 공수처 수사의 인적 대상 재구성 143
- IV. 공수처 수사의 물적 대상 재구성 151
- V. 결론 156

제3절 합리적 권한 통제 방안 도입 필요성 158

I. 기소법정주의 도입	158
II. 불기소 처분의 문제	162
III. 기소배심제도 도입	165

제5장 결론 167

I. 논의 배경	167
II. 특별검찰기관으로서 공수처	169
III. 부패방지 전문수사기구로서 공수처	171

표·그림 목 차

[표 1] 백혜련 의원안·권은희 의원안·윤소하 의원안의 비교	14
[표 2] 우리나라 부패인식지수(CPI) 연도별 변동 추이	49
[표 3] 검찰공무원 및 경찰공무원의 직무관련 공무원범죄 발생 및 기소인원	50
[표 4] 각국의 검찰이 수사와 기소에 대해 가지고 있는 권한	59
[표 5] 공수처 수사대상자인 고위공직자(공수처법 제2조 제1호)	77
[표 6] 공수처 설치로 인한 고위공직자 수사관할	79
[표 7] 공수처·검찰·경찰의 수사권한 및 우선권에 관한 법률조문 비교	80
[표 8] 공수처 검사 및 검찰청 검사의 범죄에 대한 공수처법 규정과 처리절차	93
[표 9] 고위공직자범죄수사처 수사대상 범죄	152
[그림 1] 공수처·검찰·경찰 수사대상 범죄 비교	78

요 약 문

1. 제 목

공수처 발전 방향 -수사와 기소의 분리·통합의 관점에서-

2. 연구의 목적 및 필요성

현행 고위공직자범죄수사처는 고위공직자범죄등에 관한 수사를 담당하는 특별 수사기관이면서 동시에 판사·검사·경찰 등 고위공직자범죄에 대하여는 제한적 기소권을 보유한 독특한 형태의 기관이다. 수사 범위와 기소 범위가 불일치하면서 수사한 사건을 검찰에 이첩하여야 하고, 동시에 검찰이 수사한 사건의 기소를 이첩받아 기소를 담당하기도 해야 한다.

하지만 수사와 기소의 불일치, 좁은 범위의 기소권, 공수처의 비대화를 막기 위해 이른바 미니 공수처로 설정하는 바람에 부패방지형 모델로 제대로 작동하기 힘들게 만들었으며, 일반고위공직자범죄에 대해서는 원칙적으로 기소권이 없기 때문에 검찰의 판단에 의존해야 한다는 점, 사건이첩과 사건이첩요청권 등에 대한 해석상 공수처의 우선적 수사권한이 불확실하다는 점 등을 본다면 검찰분권형 모델로도 제대로 작동하기 힘들게 만들었다.

현행 형사사법체계 내에서 공수처의 발전 방향을 크게 2가지로 나누어 분석할 필요가 있다. 공수처에 부여된 임무가 부패방지와 검찰개혁의 두 목표를 균등하게 고려될 수 있는지, 아니면 하나의 방향만을 설정하여 공수처의 정체성을 수립할 것인지에 대하여 연구할 필요가 있다.

따라서 ‘부패방지 전문수사기구’와 ‘검찰권을 분산하는 특별검찰기관’

두 모델의 각 유형에 따른 장단점과 필요한 보완책을 검토한 후, 한국 형사사법체계의 발전 방향에 부합하는 바람직한 공수처의 발전 모델을 제시한다.

3. 연구내용

제1장에서는 공수처의 입법 배경과 논의의 방향을 설정하였다. 공수처를 입법하는 과정에서의 주된 논의는 이를 부패방지제도의 하나로 이해하는 부패척결형 모델과 민주주의와 법치주의의 신장을 위해서 공수처의 도입이 필요하다고 보는 검찰분권화 모델의 대비이다. 공수처의 미래 모습 또는 발전 방향에 대한 2가지 정체성 유형에 따른 장단점과 필요한 보완책을 검토한 후, 한국 형사사법체계의 발전 방향과 부합하는 바람직한 공수처의 발전 모델을 제시할 필요가 있다.

제2장에서는 공수처 설치에 관한 연혁과 제도의 이론적 기반을 검토하였다. 먼저, 공수처 설립과정에서는 고위공직자에 대한 비리 수사와 기소를 담당하는 독립조사기구 설치론, 특별검사제도 도입론과 실제로 특별검사를 시행한 경험에 기초한 사안별 특검 한계론, 그리고 검찰권의 분산을 통한 견제와 균형을 강조하는 검찰개혁론이라는 주장이 함께 논의되었다. 공수처의 제도 설계방향으로 부패방지형 모델/검찰분권형 모델, 특별검사 모델/검찰특수부 모델 등이 논의되었으나 공수처법은 부패방지형 모델을 위주로 하면서 검찰분권형 모델을 가미하였고, 독립적 행정기관으로 공수처를 설계하였다. 공수처의 위상 및 법적 성격, 공수처 검사의 법적 지위에 대한 논란이 계속되던 상황에서 있었던 헌법재판소의 2020헌마264 전원재판부 결정은 공수처가 독립수사기관으로서 법적 위상을 확립하는 기초가 되었지만 공수처 검사의 본질과 임무영역이 무엇인지 의문을 남겼다.

제3장에서는 특별검찰 기관으로서 공수처 모델을 분석하고 수사와 기소 과정에서 문제점을 확인하였다. 공수처 검사가 검사로서의 기능을 할 수 있지만 공수처가 작은 검찰청으로서 업무를 수행하기 위해서는 현재의 검찰청

법에 따른 검찰의 조직원리의 내용을 공수처법에도 반영할 필요가 있다. 수사과정에서는 조건부 이첩이 허용되는지, 재이첩이 허용되는지에 대한 쟁점이 있고 기소과정에서는 기소 여부에 대하여 공수처 검사와 검찰청 검사가 서로 다른 판단을 한 경우 어떻게 처리할 것인지에 대한 쟁점이 있다. 이러한 문제는 법률이 규정하는 수사 대상과 기소 대상을 일치하는 방법으로 해결할 수 있을 것으로 기대된다. 검사의 부패를 통제하기 위해서는 공수처 검사의 범죄는 검찰에서, 검찰청 검사의 범죄는 공수처에서 수사와 기소를 모두 담당하도록 하는 방법이 적절하다고 보인다. 검찰청 검사에 대한 강제수사에서의 영장청구를 공수처 검사가 담당하는 방안도 고려할 수 있다. 또한 부패범죄에 엄정한 수사와 처벌을 하기 위해서는 수사 권한을 강화할 필요가 있다.

제4장에서는 부패방지 전문수사기구로서의 공수처 모델을 분석하였다. 비대화된 검찰 권력을 견제하기 위해서는 공수처가 권력의 핵심부까지 수사를 할 수 있도록 수사권과 기소권을 모두 보유한 독립적 수사기구이어야 한다. 하지만 부패범죄의 특수성을 고려할 때 현행 공수처법이 정하고 있는 물적 관할의 범위에서 다소 문제점이 있다. 물적 관할이 불분명할 경우 중간지대가 발생하여 수사의 경합이 발생하거나 의도치 않게 방치하는 영역이 발생할 수 있기 때문에 부패범죄에 대한 전문수사기구로서 공수처의 발전방향을 설정한다면 공수처의 물적 관할 대상에 대하여 다른 법률규정에서 정하는 바를 고려하여 정합적으로 설정할 필요가 있다. 공수처를 부패범죄 특별수사기관으로 발전시킨다면 공수처의 수사대상 사건은 ‘고위공직자’의 ‘부패범죄’로 정하는 것이 타당하며 이 경우 부패범죄의 범위를 적극적으로 정하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

제5장에서는 정책적 제안을 하였다. 현행법은 지나치게 축소된 수사와 기소 권한에 비하여 다소 과하게 권한통제방안이 설정되어 있다. 수사와 기소권을 확대하여 공직부패범죄 전문수사기구의 역할모델로 설정되었다면 현재의 권한남용 통제수단은 다소 약하다. 더 강화될 필요가 있다. 하지만 검찰

개혁이나 수사권분점의 역할모델로 설정되었다면 현재의 수사와 기소의 분리 규정을 개정하는 등 수사와 기소의 권한을 내실화하고 현실화할 필요가 있다. 물론 이 경우에도 권한남용 통제수단은 필요하지만, 그 정도는 전문수사기구로서의 통제 수준에 이를 필요까지는 없다고 생각한다.

S U M M A R Y

1. Title

Direction of Advancement for the Prosecution Service - From the Perspective of Separation and Integration of Investigation and Prosecution -

2. Purpose and necessity of the study

The current High-Ranking Public Officials' Crime Investigation Agency is a unique institution that serves as a specialized investigative body for crimes involving high-ranking public officials. Simultaneously, it holds a distinctive authority with limited prosecutorial power over high-ranking public official crimes, encompassing judges, prosecutors, police officers, and others. With an incongruence between the scope of investigation and prosecution, cases investigated must be referred to the prosecution, and conversely, the prosecution may transfer cases they have investigated for prosecution.

However, the attempt to establish a so-called "Mini Public Prosecutors' Office" in order to prevent the mismatch between investigation and prosecution, the limited scope of prosecutorial power, and the unwieldiness of the Anti-Corruption Investigation Office for High-Ranking Officials (CIO), has made it difficult to function effectively as an anti-corruption model. Additionally, the absence of prosecutorial authority over general high-ranking public official crimes means reliance on the prosecution's judgment. The ambiguity in the prioritized investigatory powers of the CIO in terms of case referral and the right to request case referral, as well as the decentralized nature of the prosecution, further complicates the proper functioning of the CIO even within the prosecutorial decentralization model.

Within the current criminal justice system, it is crucial to analyze the direction of development for the Anti-Corruption Investigation Office (CIO) in two main aspects.

First, whether the missions assigned to the CIO can equally balance the goals of preventing corruption and reforming the prosecution. Second, whether the CIO should establish its identity by focusing on both objectives or choosing a single direction. Further research is needed to examine these questions within the framework of the current criminal justice system.

Therefore, it is necessary to review the strengths and weaknesses of both the 'Specialized Anti-Corruption Investigative Body' and the 'Special Prosecution Agency for the Decentralization of Prosecutorial Power' models, considering the respective characteristics of each type. After this evaluation, a recommended development model for the Anti-Corruption Investigation Office (CIO) that aligns with the direction of advancement for the South Korean criminal justice system should be proposed, along with any necessary complementary measures.

3. Content of the study

In Chapter 1, the legislative background and the direction of discussions regarding the Anti-Corruption Investigation Office (CIO) were established. The primary debate during the legislation of the CIO revolves around contrasting it as a model for anti-corruption measures against the model advocating for the introduction of the CIO for the enhancement of democracy and the rule of law through the decentralization of prosecutorial power. After reviewing the strengths and weaknesses, along with the necessary complementary measures, based on two identity types concerning the future development direction of the CIO, it is essential to propose an optimal development model for the CIO that aligns with the direction of advancement for the South Korean criminal justice system.

In Chapter 2, the historical background of the establishment of the Anti-Corruption Investigation Office (CIO) and the theoretical foundation of the institution were reviewed. Initially, discussions during the establishment of the CIO included the advocacy for the creation of an independent investigative body to handle corruption investigations and prosecutions involving high-ranking officials, the introduction of a special prosecutor system, case-specific limitations of a special prosecutor based on practical experiences, and the argument for prosecutorial reform emphasizing checks and balances through the decentralization of prosecutorial power.

Various institutional design directions for the CIO were debated, such as the anti-corruption model/prosecutorial decentralization model and the special prosecutor model/prosecution special department model. However, the CIO Act primarily focused on the anti-corruption model while incorporating elements of prosecutorial decentralization, ultimately designing the CIO as an independent administrative agency. Despite the 2020 Constitutional Court ruling (Case No. 2020HunMa264) that established the legal status of the CIO as an independent investigative agency, controversies persist regarding the nature and scope of the duties of CIO prosecutors.

In Chapter 3, the Anti-Corruption Investigation Office (CIO) model as a special prosecution institution was analyzed, and issues in the investigation and prosecution processes were identified. While CIO prosecutors can perform their functions as prosecutors, for the CIO to function effectively as a smaller prosecutor's office, the principles of the organization of the prosecution, as outlined in the current Prosecution Service Act, need to be reflected in the CIO Act.

Regarding the investigation process, there is a contentious issue regarding whether conditional referral is allowed and whether re-referral is permissible. In the prosecution process, conflicts arise when CIO prosecutors and prosecutors from the Prosecution Service make different judgments about whether to indict. These issues are expected to be resolved by aligning the legal criteria for investigation targets and indictment targets.

To control corruption within the prosecution, it appears appropriate for CIO prosecutors to handle crimes committed by prosecutors in the Prosecution Service, and vice versa, managing both investigation and prosecution. Considering the possibility of CIO prosecutors handling warrant requests for compulsory investigation against Prosecution Service prosecutors is also worth considering. Furthermore, to conduct rigorous investigations and impose severe penalties for corrupt crimes, there is a need to strengthen investigative authority.

In Chapter 4, the model of the Anti-Corruption Investigation Office (CIO) as a specialized anti-corruption investigative body was analyzed. To effectively restrain the centralized power of the prosecution, the CIO must be an independent investigative agency with the authority to investigate and prosecute at the core of power.

However, considering the specificity of corruption crimes, there are some issues with the territorial jurisdiction defined by the current CIO Act.

When the territorial jurisdiction is unclear, there may be a gray area where investigations overlap or are unintentionally neglected. Therefore, if the development direction of the CIO as a specialized anti-corruption investigative body is to be determined, it is essential to consider harmonizing the territorial jurisdiction with provisions established by other laws regarding the scope of jurisdictional subjects.

If the CIO is to evolve into a special investigative agency for corruption crimes, the focus of CIO investigations should be validly defined as corruption crimes committed by high-ranking officials. In this case, actively defining the scope of corruption crimes could be one method to consider.

In Chapter 5, policy proposals were made. The current law has somewhat excessive control measures compared to the overly restricted investigative and prosecutorial powers. If the roles of the specialized anti-corruption investigative body were set as a model with expanded investigative and prosecutorial powers, the current measures for controlling power abuse might be somewhat weak and need further enhancement.

However, if the model is set more in line with prosecutorial reform or a role model for the division of investigative powers, there is a need to amend the current regulations separating investigation and prosecution, internalize and actualize the powers of investigation and prosecution. While control measures against abuse of power are still necessary in this case, it might not be essential to the extent required for a specialized investigative body.

제1장 서설

I. 논의의 배경

1. 공수처법의 제정

2020. 1. 14. 제20대 국회에서 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 ‘공수처법’)이 법률 제16863호로 제정되었고, 2021. 1. 21. 고위공직자범죄수사처(이하 ‘공수처’)가 출범하였다. 1996년 참여연대의 입법청원에서 시작된 고위공직자비리에 대한 수사기구 설립이 2020년에서야 실현된 것이다. 기존의 특별검사제도¹⁾나 공직자 감찰제도가 가지는 한계에 따라²⁾ 권력층에 대한 부정부패 수사와 처벌이 어려웠던 현실을 극복하고 상시적으로 수사를 할 수 있는 독립된 수사기구가 설치된 것은 비록 제한적이기는 하지만 상당한 의미가 있다. 또한 공수처의 시작은 검찰개혁론의 출발이었다. 고위공직자 부패 수사는 검찰의 대표적인 직접 수사 영역으로 검찰의 재량과 권한이 집중되는 영역이었지만, 이에 대한 미진한 수사 결과는 국민들로부터 많은 의혹을 받았다. 국민들은 검사의 권한에 대한 과도한 집중과 검찰의 권력화에 대한 문제의식을 가지게 되었고, 이에 대한 개선 요구가 공수처를 출범시킨 원동력이 되었다. 검사 권한 집중과 기소 독점의 폐해는 특히 검찰 내부의 비리 사건에서 심각하게 드러났다. 경찰이 수사하려는 검사 관련 사건의 경우 수사지휘권과 영장청구권을 가진 검찰의 송치지휘나 영장 재지휘 과정을 통해 영장불청구, 불기소로 이어지는 과정은 매우 심각한 국민적 비판을 받을 수밖에 없는 상황을 초래하였다.³⁾⁴⁾

1) 특별검사제도가 가지는 문제점과 그 한계에 대한 분석으로는 황은영, “고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구-공수처 수사절차를 중심으로-”, 인하대학교 박사학위논문, 2022, 64면 이하 참조.

2) 고위공직자의 비위에 대한 감찰은 제대로 작동하기 어렵고 징계 절차의 진행과 결과가 불투명한 것이 특징이다. 고위공직자의 대부분이 정무직이기에 법적 책임에서 벗어나는 것이 그간의 현실이었다.

3) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로- 56면.

공수처는 참여정부 당시부터 ‘반부패 투쟁기구’로 출발하였다. 1990년 후반부터 상설특검제 도입론은 권력형 범죄의 척결, 검찰의 중립성 확보, 특수수사 분야에서의 경쟁체계 도입으로 구상되었다. 이 과정에서 특히 검찰개혁에 대한 시민사회의 대규모 인식 전환을 거치면서 강력한 검찰권력에 대한 통제와 독점적인 검찰 권한을 분산하기 위해서는 공수처가 그 독자적 의미를 가진 것으로 구상되었다. 즉 공수처의 출발은 공직자부패 범죄 척결의 관점이었지만 검찰개혁의 관점이 추가되었다.

2. 공수처법과 공수처에 대한 평가와 법적 쟁점

공수처법은 위헌이며, 정치적 편향성과 옥상옥 또는 무소불위의 제도가 될 것이라고 혹평하는 견해도 있지만,⁵⁾ 많은 학자들은 공수처법의 제정에 대하여 긍정적인 평가를 하고 있다. 검찰청 검사 이외에 공수처 검사에게 기소권을 부여하여 ‘기소독점주의에서 기소다원주의로의 패러다임 전환’이라는 평가,⁶⁾ 공정성과 절차적 정의를 통한 사회정의 실현을 위한 제도라는 평가⁷⁾, 본래 공수처는 공직부

4) 한국일보, “7년간 징계 받은 검사 82명… ‘제 식구 봐주기’ 여전”, 2020.12.17. (<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2020121716060000534?did=NA>), 최종방문: 2023.11.7. / 노컷뉴스, “7년간 징계 검사 82명, 중징계는 25명 뿐”, 2020.12.17. (<https://www.nocutnews.co.kr/news/5467095>), 최종방문: 2023.11.7.

5) 공수처가 위헌이라는 주장으로는, 조선일보, “헌법에 없는 공수처의 검찰 지휘는 위헌… 정치편향 괴물 될 것”, 2019.12.28.

(http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2019/12/27/2019122700323.html), 최종방문: 2023.11.7., 또한 공수처법은 현재 헌법소원이 계속 중이다. 일부 변호사들 낸 헌법소원은 자기관련성이 없다고 각하하였으나(법률신문, “현재, 변호사들이 낸 ‘공수처법 위헌’ 헌법소원은 각하”, 2020.3.1.,

(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=1598820>), 최종방문: 2023.11.7., 미래통합당이 3. 10. 낸 헌법소원(2020마264)에 대해서는 전원재판부에 회부하였다(법률신문, “현재, ‘공수처법 위헌 여부’ 전원재판부 회부해 심리 착수”, 2020.4.14. (<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=160891>), 최종방문: 2023.11.7.

6) 한상훈, “공수처 내부의 견제와 균형-견제와 균형을 통한 절제된 수사구조 확립을 위하여-”, 『선진수사기구로 출범하기 위한 공수처 설립 방향』 자료집(고위공직자범죄수사처 설립준비단, 2020. 6. 25), 28면.

7) 정한중, “적법절차 확립과 인권친화적 수사체계 구축”, 『선진수사기구로 출범하기 위한 공

패수사처라고 하면서, 현재 우리나라에서 부패 관련 범죄를 수사하고 기소할 특별한 기구는 ‘공수처’라는 평가,⁸⁾ 공수처는 검찰의 기소권 독점을 분산하고, 기소 독점권을 견제하기 위한 기구이며 출발점이 부패에 대한 대응보다는 검찰 통제를 강화하는 역할을 부여했다는 견해도 있다.⁹⁾

공수처의 탄생 기원은 ‘공직 부패에 대한 수사기관’과 ‘검찰개혁에 대한 대안’이다. 이러한 입장에서 현행 공수처법은 양자의 목표와 정체성을 모두 가지고 있다고 평가하는 견해도 있다.¹⁰⁾ 공수처가 검찰개혁과 부정부패의 척결이라는 두 가지의 목적을 가지고 설치되었다고 보았다. 따라서 공수처의 본래 목적에 따라 고위공직자의 부패를 척결함으로써 국민의 권익을 보장한다는 출발점으로 돌아갈 필요가 있다고 보았다. 또한 공수처의 기능적 독립성 보장으로 위의 두 가지 목적을 실현할 수 있다고 판단하였다. 공수처의 조직상 독립성은 외부권력으로부터 독립하여 부정부패사건의 수사과 기소를 위한 기능수행을 강화해 준다는 것이다. 한편으로는 공수처가 검찰에게 부담될 수 있는 사건에 대해 검찰의 부담을 덜어주는 역할을 수행할 수 있고, 검찰에게 집중된 권력을 수평적으로 분산하는 것을 가능하게 해준다고 분석하고 있다. 공수처의 주된 목표를 부정부패 추방과 권한 남용이라는 동전의 양면과 같은 범죄를 수사하고, 후자는 특히 검찰 등 권력기관의 권한 남용에 대한 수사과 기소라는 내용을 담고 있으므로 검찰의 권한 남용을 상시 견제, 감시하는 기구로서 기능해야 한다는 견해가 있다. 이 입장에서는 공수처가 현재 검찰이 가지고 있는 권한의 일부를 행사하게 되므로 수사 권한이 일부 분리되어 검찰 권한이 분산되는 효과를 가지고 있다고 보는 견해이다.¹¹⁾ 헌법과 형사소송법적 관점에서 보면 공수처는 여러 법률적 쟁점을 가지고 있다. 공수처가 정부 조직 어디에도 소속되지 않은 형태로 설립되는 것이 가능한지, 대륙법

수처 설립 방향』자료집(고위공직자범죄수사처 설립준비단, 2020. 6. 25) 36-44면.

8) 이윤제, “국민의 공수처 VS 검찰의 수사처”, 형사법연구 제29권 제4호(2017), 185-186면.

9) 하태훈·윤동호·정유나, 수사권·기소권 분리와 독립수사기구 설치 방안, 국회입법조사처 정책연구용역보고서, 2020, 42면; 오병두, “문재인 정부 검찰개혁에 대한 평가,” 민주법학 제76호(2021.7), 86면

10) 조재현, “고위공직자범죄수사처 일명, 공수처법의 위헌 여부에 관한 검토,” 한국부패학회보 제25권 제2호(2020), 92면.

11) 문재인, 김인회 지음, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다, 오월의 봄, 2017, 300-301면

계의 검사제도가 우리 형사소송법에서 확고히 자리 잡고 있는데, 중복적 검사제도를 도입하는 것은 검사제도를 훼손한 것은 아닌지에 대한 것이 주된 논쟁이다.

3. 공수처의 역할 모델

하지만 현행 고위공직자범죄수사처는 고위공직자범죄등에 관한 수사를 담당하는 특별 수사기관이면서 동시에 판사·검사·경찰 등 고위공직자범죄에 대하여는 제한적 기소권을 보유한 독특한 형태의 기관이다. 수사 범위와 기소 범위가 불일치하면서 수사한 사건을 검찰에 이첩하여야 하고, 동시에 검찰이 수사한 사건의 기소를 이첩받아 기소를 담당하기도 해야 한다.

공수처의 역할 또는 입법모델에 관해서 부패척결형 모델과 검찰분권형 모델로 구분하여 논의를 하였다. 검찰개혁이 오랜 화두가 되어 온 한국의 상황에서는 검찰분권형 모델이 강조되었다.¹²⁾ ‘검찰분권형 모델’로 공수처를 구성하여, “검찰권이 적절하게 행사될 수 있는 형사사법의 구조가 확립되면 공직자의 비리척결이라는 형사정책적 목표도 자연스럽게 달성될” 것으로 보았기 때문이다.¹³⁾

부패방지기구로서 공수처 모델이 있다. 고위공직자에 대한 범죄를 조사하는 독립기관을 설치해야 한다는 주장은 부패범죄에 대한 방지에서 출발하였다.¹⁴⁾ 반부패 특별기구를 설립하여 일반 반부패 정책 외에 부패범죄를 수사할 수 있는 권한

12) 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구: ‘고위공직자비리수사처’법안들을 중심으로”, 형사정책 제24권 제2호(2012.8.), 36면.

13) 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구: ‘고위공직자비리수사처’법안들을 중심으로”, 40면.

14) 정웅석, 고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해-각국의 검찰제도와 비교법적 관점에서, 박영사(2021); 문준영, “검찰개혁론의 귀결이자 미래로서의 공수처: 한국적 맥락과 비교법적 의미”, 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 한국형사정책연구원(2019. 12.); 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구”, 형사정책(제24권 제2호), 한국형사정책학회(2012.8.); 김인회, “상설 특별검사제 도입 법률안 시론”, 법학연구 (제16권 제2호), 인하대학교 법학연구소(2013.7.); 조재현, “우리나라와 개별 국가의 부패방지조직 및 기구에 관한 비교분석”, 한국부패학회보(제21권 3호), 한국부패학회(2016.9.); 김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토-현재 발의된 관련 법안의 합헌성을 중심으로-”, 형사법의 신동향(제54호), 대검찰청(2017.3.); 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 성균관법학(제30권 1호), 성균관대학교 법학연구원(2018.3.)

을 부여할 것인지에 초점을 맞추고 있다. 특별수사기구론은 번번이 위헌론과 검찰의 반대로 입법화에 실패했으며, 일시적으로 특정사안에 대한 특별검사의 도입으로 고위층 공직자들의 비리에 대한 수사를 하는 것에 그쳤다.

검찰분권형으로서 공수처 모델이 있다. 일반 검찰과 분리되어 고위공직자 비리 수사를 담당하는 독립적 수사기구를 설치하자는 논의는 검찰개혁과 연계되어 주장되었다.¹⁵⁾ 형사사법 영역에서 검찰로 권력이 과도하게 집중하는 것에 대한 문제 인식과 검찰조직 내부의 위계화와 관료화가 정치검찰과 부패한 검찰을 초래한다는 인식으로 검찰개혁의 방향은 ‘단일의 독점된 검찰권력을 분산시키는 것’이었다. 공수처의 출범과정에 주된 근거로 설정된 설정 방향 중 하나다.

검찰분권형의 필요성에 대한 대표적 설명으로 문준영 교수의 글이 있다. 문준영 교수는 “일반검찰과 공수처의 병존은 부패방지과 척결에 긍정적 효과를 발휘할 것이라는 기대는 합리적이다. 하나의 채널보다 두 개의 채널이 존재하는 것이 부패범죄가 암장되지 않고 엄정하게 수사될 가능성 및 결과적으로 기소될 가능성을 높일 것이고, 적절한 관할 분배와 경쟁, 견제 시스템에 의해 사건처리의 효율성과 공정성을 높일 수 있기 때문이다. 공수처와 검찰이 경쟁적 수사를 유발할 수 있다는 걱정이 있으나, 법원의 판결로 수사결과를 평가받게 되므로 자신의 권위와 신뢰 하락을 감수하고 경쟁에 몰두하여 무리한 기소를 할 것이라고 보기는 어렵다. 경쟁체계는 두 기관의 정치적 중립성과 책임성을 유지하는 데도 기여할 것이다. 서로 다른 판단을 내릴 수 있는 두 기관이 존재하므로 독점적 기관이 있을 때보다 부패사건과 이해관계가 있는 자 또는 그와 연결된 내부자가 부당한 간섭이나 로비를 시도할 가능성 및 유인이 크게 줄어든다. 자신이 불기소한 사건을 다른 기관이 재평가할 수 있으므로 자신의 판단을 정당화할 근거를 충실히 마련해 놓을 필요가 있다.”¹⁶⁾고 하였다.

15) 문준영, 법원과 검찰의 탄생-사법의 역사로 읽는 대한민국, 역사비평사(2010); 문준영, “검사의 법적 성격과 조직방식에 관한 논의의 비판적 고찰 -검사의 준사법기관성과 검사 동일체원칙을 중심으로-”, 민주법학 제26호(2004. 8.); 조재현, “검찰의 개혁, 특임검사제의 도입과 검찰권 행사에 대한 민주적 통제방안”, 한국부패학회보 제16권 4호(2011. 12.); 오병두, “문재인 정부 검찰개혁에 대한 평가”, 민주법학 제76호 (2021. 7.); 조기영, “한국적 수사구조론의 새로운 모색”, 형사정책 제31권 제1호(2019. 4.); 원혜옥, “개정 형사소송법상 ‘검찰의 직접수사권’에 대한 고찰”, 인권과 정의 통권 491호 (2020. 8.) 등.

16) 문준영, “검찰개혁론의 귀결이자 미래로서의 공수처: 한국적 맥락과 비교법적 의미”, 박

공수처법은 ‘부패척결형 모델’을 기본으로 하면서, 부가적으로 ‘검찰분권형 모델’을 가미하였다. 공수처법은 공수처를 부패방지를 위한 특별한 수사기구로 보면서, 예외적으로 검찰의 기소가 부적절·부적당하다고 본 ‘판사, 검사, 경무관급 이상 경찰’에 대해서는 기소권을 부여한 입법이다. 좁은 범위의 기소권은 많은 논쟁을 야기한다.¹⁷⁾ “검찰청 검사의 기소독점주의의 폐해가 심각하기 때문에, 기소다원주의를 지향하는 검찰개혁의 일환으로 공수처에 기소권을 부여하는 것은 필수적이다. 공수처에 기소권을 부여하지 않으면 그것은 공수처가 아니고 특별경찰에 다름 아니고 검찰개혁에 전혀 기여하지 못할 것이다. 오히려 검찰권의 분산이 아니라 검찰권을 강화와 독점이 강화되어 검찰개혁에 역행하는 결과가 될 뿐이다”는 우려도 있다.¹⁸⁾ 공수처에게 확대된 기소권을 인정해야 될 이유 중 하나이다.

공수처법은 공수처의 권한 비대화를 막는다는 취지에서 처장, 차장을 포함하여 검사 25명과 수사관 40명으로 이른바 미니 공수처로 설정하였다. 제한적 기소권에 운영인력마저 축소된 형태이므로 ‘부패방지형 모델’로 작동하기도 한계가 있다. 공수처법이 예정하고 있는 범죄를 공수처 자체 수사력만으로 감당할 수 있는지 의문이다. 부패방지형 모델로 제대로 작동할지 의문이다.

영장청구권이 있다는 점에서 검찰청 검사와 동일하지만, 수사가 종결된 후에는 원칙적으로 기소권이 없기 때문에 검찰의 판단에 의존해야 한다는 점에서는 현재 경찰과 동일하다. 검찰권한분점이나 분권모델로 작동하기도 한계가 있다. 수사기관으로서 공수처는 기소권이 없는 사건에서는, 기소권을 가지고 법적 쟁점을 정리해 공소를 유지해야 하는 검찰에 대하여 종속적인 지위에 놓일 위험이 있다는 지적도 있다.¹⁹⁾ 수사와 기소를 분리하는 것에 대하여 재검토가 필요한 이유다.

준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 264면.

17) 참여연대, 「고위공직자범죄(부패)수사처 설치법」에 대한 입법건의서, 2019. 11. 21, 3쪽
“기소권 없는 공수처로는 검찰의 권한분산과 영향력 축소, 수사기관 간 상호 견제를 달성할 수 없으며, 오히려 검찰의 영향력을 강화시킬 수 있음. 따라서 공수처는 수사대상 전체에 대한 온전한 기소권이 부여되어야 함.”

18) 한상훈, “공수처 내부의 견제와 균형-견제와 균형을 통한 절제된 수사구조 확립을 위하여-”, 368면.

19) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 형사정책 제32권 제2호(2020.7), 135면.

현행 공수처법은 공수처의 역할모델에 따라 그 조직과 권한을 설정하고 입법하였다고 평가하기 어렵다. 그보다 공수처의 정치적 남용 가능성이 있다는 정치적 우려에 따라 정치적 개입과 권한 남용 방지에 더 강한 중점을 둔 입법으로 평가할 여지가 있다. 대통령과 대통령 비서실 공무원의 공수처 사무에 대한 관여 금지 조항(법 제3조 제3항), 공수처장 추천위원회 위원의 구성에 대한 조항(법 제6조 제6항), 공직임용 제한(제16조), 정치적 중립 및 직무상 독립 조항이 대표적이다(제22조). 직무수행과 관련된 조항이 불완전한 점도 그 이유 중 하나이다. 제3장 직무와 권한에 대한 규정의 대부분은 공수처만의 특별성 또는 특유성에 기반하지 않은 일반적 내용을 가진 조항에 불과하며, 제4장 수사와 공소의 제기 및 유지에 대한 규정 중 제24조(다른 수사기관과의 관계), 제25조(수사처검사 및 검사 범죄에 대한 수사), 제26조(수사처 검사의 관계 서류와 증거물 송부), 제27조(관련인지 사건의 이첩), 제29조(재정신청에 대한 특례규정)이 어느 정도의 의미를 가질 뿐이다. 이러한 고육지책인 상황에서 일부 학자들은 ‘선택과 집중’에 의하여 수사력을 제고하는 방안을 제시하기도 한다.²⁰⁾ 단순비리에 가까운 사건의 경우에는 수사의 조정자로서의 역할을, 권력형 비리사건에서는 직접수사기관으로서의 역할을 강조하기도 한다.

II. 논의의 방향

공수처를 입법하는 과정에서의 첫 번째 논의는 이를 부패방지제도의 하나로 이해하는 부패척결형 모델과 민주주의와 법치주의의 신장을 위해서 공수처의 도입이 필요하다고 보이는 검찰분권화 모델의 대비이다.²¹⁾

부패척결형은 싱가포르의 탐오조사국이나 홍콩의 엄정공서 등의 외국의 반부패 기구를 염두에 두고 공수처를 구상하였다.²²⁾ 공직부패에 대한 처벌을 최우선의

20) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 135면.

21) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 129면.

22) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로

목적으로 삼기 때문에, 부패범죄를 범한 공직자의 범위에 중점을 두게 되며, 공수처의 수사범위를 ‘부패범죄’로 한정하되 부패범죄와 ‘관련’된 범죄의 수사로 영역을 좀 더 확대하여 인정한다. 특별수사기관 설립을 공직자부패 척결을 위한 특별한 정책 중의 하나로 이해하면서 어느 정도 부패척결의 성과가 달성되고 검찰의 부패수사가 제자리를 찾으면 특별수사기구의 효용이 사라질 것이라고 예상하기도 한다.

이에 대하여 검찰분권형은, 검찰개혁 방안으로 검찰의 비정상적인 형사사법 권한을 일부 분산하여 별도 수사기구로서 공수처를 만드는 것에 중점을 둔다.²³⁾ 검찰권을 분점하는 방식으로 특별수사기구를 만들어 검찰과 경쟁하는 구도를 만드는 것이며, 기존의 부패사정기관인 검찰의 부패를 처벌할 기관이 없다는 현실적인 고려도 이 모델을 제기하는 이유이다. 이 모델은 수사권뿐만 아니라 기소권까지 특별수사기구에 인정해야 한다고 보면서 인적 대상보다는 개개 범죄유형에 더 주목하면서, 부패에 한정하지 않고 국가의 공적 기능을 침해하는 직무범죄를 넓게 포함시키게 된다.

현행 형사사법체계 내에서 공수처의 발전 방향을 크게 2가지로 나누어 분석할 필요가 있다. 공수처에 부여된 임무가 부패척결과 검찰개혁의 두 목표를 균등하게 고려될 수 있는지, 아니면 하나의 방향만을 설정하여 공수처의 정체성을 수립할 것인지에 대하여 연구할 필요가 있다. 논의의 방향은 다음과 같다.

1. 수사와 기소의 분리 원칙을 유지하면서 검찰권을 분산하는 특수검찰기구로 발전
2. 특별수사기관으로서의 지위를 강조하면서도 특정 분야의 전문수사기구로 발전

공수처의 발전 방향을 검찰권을 분산하는 ‘특수검찰기구’로 설정한다면 수사과

- , 88면.

23) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 88면.

기소의 분리라는 대원칙에 대한 예외사유나 조건을 검토함이 없이 검찰과의 권한 배분의 문제에 집중하는 모델로 구성할 수 있다. 특히 순수한 기소기관으로서 현재의 검찰을 포함한 다른 수사기관의 수사 결과에 대한 기소 여부 판단과 공소유지에 집중할 수 있는 장점이 있다. 기소와 처벌이라는 공동목적을 설정하고 이에 대한 조직법적 유인을 제공하기 위한 메커니즘이 필수적으로 요구되며, 이 모델은 현재 특검법에서 요구하는 특검의 요구를 상당 부분 흡수할 수 있을 것이다.

공수처의 발전 방향을 특정 분야, 특히 반부패범죄 분야의 ‘전문수사기구’로 설정한다면 수사와 기소 분리 원칙에 대한 예외로서 수사와 기소가 일치되어야 할 필요성에 대한 입증이 요구된다. 공직자의 부패범죄에 대한 전속권 관할권 또는 우선적 관할권을 인정함과 동시에 합리적 권한 통제방안이 함께 도입을 모색할 필요가 있다. 공수처가 수사권과 기소권을 모두 행사하기 위하여 수사 대상과 권한의 재구성이 필요하다.

공수처의 미래 모습 또는 발전방향에 대한 2가지 정체성 유형에 따른 장단점과 필요한 보완책을 검토한 후, 한국 형사사법체계의 발전 방향과 부합하는 바람직한 공수처의 발전 모델을 제시한다.

제2장 공수처 설치에 관한 연혁과 제도의 이론적 기반

제1절 공수처 설치에 관한 입법과 논의

I. 공수처법의 제정 과정

1. 공수처의 설립

공수처법은 2020년 1월 14일에 제정되었는데 참여연대가 1996년 11월 이를 처음 제안한 후 25년이 지난 시점에 이르러서야 도입된 것이다.²⁴⁾ 1996년 12월 국회에 발의된 최초의 공수처 법안에서 공수처의 명칭은 ‘고위공직자비리조사처’였으며 이후의 법안들에서 ‘공직부패수사처’, ‘고위공직자비리수사처’나 ‘고위공직자비리조사처’가 사용되었고, 언론에서는 약칭으로 ‘공직부패수사처’와 ‘고위공직자비리수사처’를 줄인 ‘공수처’와 ‘고위공직자비리조사처’를 줄인 ‘고비처’를 사용하였다.²⁵⁾

공수처 설립과정에서는 고위공직자에 대한 비리 수사와 기소를 담당하는 독립조사기구 설치론, 특별검사제도 도입론과 실제로 특별검사를 시행한 경험에 기초한 사안별 특검 한계론, 그리고 검찰권의 분산을 통한 견제와 균형을 강조하는 검찰개혁론이라는 세 가지 주장이 함께 논의되었다.²⁶⁾ 공수처에 관한 입법안은 초기에는 특검제의 아이디어를 부패 척결 영역에 적용한 형태로 등장하여 그 후 공수처와 특검제가 한동안 쌍두마차로서 권력형 범죄 척결, 검찰의 정치적 중립성 제고, 특수수사 분야에서의 경쟁체계 도입이라는 개혁 의제를 이끌었으며,²⁷⁾ 현재의 공수처법에도 이들 세 가지 주장은 각각 어느 정도씩 반영되어 있다. 그리고, 검찰의 권력 분산과 견제·균형을 위해서는 대검찰청 중앙수사부 폐지와 수

24) 오병두, “문재인 정부 검찰개혁에 대한 평가”, 민주법학 제76호(2021), 85면.

25) 이윤제, “국민의 공수처 vs 검찰의 공수처”, 형사법연구 제29권 제4호(2017), 186면.

26) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 211면.

27) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 172면; 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 231면.

사권 조정도 공수처 설치와 함께 맞물렸다.²⁸⁾

2. 입법과정에 대한 개관

1996년 참여연대는 부패방지법에 대한 입법청원을 하면서 고위공직자비리조사처 신설안을 처음 제시하였는데, 이 법안은 국회의원 과반수와 시민 23,521명의 서명을 받았고 그 이후 참여연대는 법안 통과를 위하여 지속적인 캠페인을 벌였다.²⁹⁾ 같은 해 12월 류재건 의원 등 80명이 제출한 부패방지법안도 제7장에 고위공직자비리수사처를 규정하였지만, 임기 만료로 인하여 폐기되었다.³⁰⁾ 1997년 대검찰청 중앙수사부 폐지와 공수처 신설을 공약으로 내세운 김대중 후보가 대통령에 당선되었으나 법무부와 검찰은 공수처를 설치할 경우 부정부패를 공정하게 수사할 수 없을 것이라고 반발하였다. 김대중 정부하에서 1999. 5. 7. 대통령 직속 자문기구로 사법개혁추진위원회가 출범하여 12월 말까지 사법개혁에 대한 논의를 진행하였고, 2000년 5월 사법제도 개혁방안을 6개 부문으로 나누어 정리한 최종보고서를 발간하였으나, 검찰 중립화 및 검찰권 남용방지를 위한 사법개혁 조치들은 최종시안에 포함하지 않았다.³¹⁾ 2001년 부패방지위원회 설치를 골자로 하는 부패방지법이 국회를 통과하였으나 공수처나 상설특검제도는 여기에 포함되지 못하였다. 김대중 정부 말인 2002년 10월 25일 민주당 신기남 의원 등 28명에 의해 독자적인 공수처 설치법안이 처음으로 발의되었으나 법사위에 상정되지 못하고 국회 임기 만료와 동시에 폐기되었다.³²⁾

제16대 대통령선거의 여야 후보는 공수처 설치 등을 담은 검찰개혁을 공약의 내용으로 하였고 노무현 대통령이 당선된 후 공수처 설치 공론화를 적극적으로

28) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 성균관대학교 국정전문대학원 박사학위 논문, 2023, 85면.

29) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 85면.

30) 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 - ‘고위공직자비리수사처’ 법안들을 중심으로 -”, 33면.

31) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 218면 각주 430.

32) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 114면.

시도하였다. 2004년에는 공수처 설치 법안을 정부입법으로 국회에 제출하였고, 2007년에는 국무회의를 통해 검찰 수사제도 개혁을 밝히기도 하였다. 제17대 총선 당시 여야 모두 고비처 설치를 공약하였으나 공수처법의 제정은 성공하지 못하였다.³³⁾

이명박 정부에서는 2010년 스폰서 검사 파문³⁴⁾ 등으로 검찰에 대한 비판이 거세졌고 검찰개혁에 대한 찬성여론이 높아졌다. 제18대 국회는 사법개혁특별위원회를 구성하고 공수처 설치 등을 논의하였다.³⁵⁾ 18대 국회에는 양승조 의원 대표발의 ‘고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안’, 이정희 의원 대표발의 ‘고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안’, 김동철 의원 대표발의 ‘고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안’ 등이 제출되었다. 특히 2010년 사개특위의 특별소위원회 합의안 이후 주성영 의원 대표제안 ‘특별수사청의 설치 및 운영에 관한 법률안’, 박영선 의원 대표제안 ‘특별수사청 설치 및 운영에 관한 법률안’이 제안되었으나 모두 임기만료로 폐기되었다.³⁶⁾

2012년의 제18대 대통령선거에서 박근혜 후보는 특별감찰관과 상설특검 제도의 도입을 공약하였고 문재인 후보는 공수처 설치를 공약으로 내세웠다.³⁷⁾ 제19대 국회에서는 2014. 3. 18. 특별검사의 임명 등에 관한 법률이 제정되어 이른바 제도특검이 인정되었고 특별감찰관법도 제정되었으나 김동철 의원 대표발의 ‘고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안’, 양승조 의원 대표발의 ‘고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안’, 이상규 의원 대표발의 ‘고위공직자

33) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 137면, 145면.

34) 2010년 검사 성접대 사건은 부산에서 건설업을 하는 제보자가 스스로 '57명의 전현직 검사에 지속적인 금전·향응·성상납 등의 스폰서 행위를 해왔다'고 방송사에 제보함으로 시작되었다. MBC PD수첩은 이 문서의 제보자 및 주변 인물들과의 인터뷰를 통하여 스폰서 행위의 사실관계를 확인하였으나, 이 프로그램에서 실명이 거론된 검사는 제보자의 발언에 신빙성이 없다며 스폰서 사실을 부인했다. 2010년 4월 22일 성낙인 서울대 법대 교수를 위원장으로 한 스폰서 검사 의혹 규명을 위한 진상규명위원회가 발족되었다.

35) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 186면.

36) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 71면.

37) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 244면.

비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안’은 모두 임기만료로 폐기되었다.³⁸⁾

검찰의 수사권과 기소권을 분리하며 공수처를 설치하겠다는 공약을 제시한 문재인 후보가 대통령에 당선된 후 공수처 설립에 관한 논의는 활발해졌다. 제20대 국회에는 의원입법 4개, 법무위원회 권고안, 법무부안까지 6개의 법안이 제안되었으며 2019. 4. 22. 고위공직자비리수사처 설치 법안을 다른 법률안과 함께 신속처리안건으로 지정하기로 합의하였다. 이에 따라 2019. 4. 30. 백혜련 의원 대표발의 ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안’, 권은희 의원 대표발의 ‘고위공직자부패수사처 설치 및 운영에 관한 법안’이 신속안건으로 지정되었으며 2019. 12. 24. 윤소하 의원이 수정발의한 ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안’이 백혜련 의원 대표발의안을 대체하여 2019. 12. 30. 국회 본회의를 통과하였다. 백혜련 의원안, 권은희 의원안, 윤소하 의원안의 주요 특징을 비교하면 아래와 같다.

[표 1] 백혜련 의원안·권은희 의원안·윤소하 의원안의 비교³⁹⁾

구분	백혜련 의원안	권은희 의원안	윤소하 의원안
명칭	고위공직자범죄수사처	고위공직자부패수사처	백혜련 의원안과 동일
수사 대상자	# 대통령, 국회의원, 각 헌법기관의 정무직 공무원, 광역지방자치단체장, 감사원, 국정원 등 주요권력기관의 3급 이상 공무원 # 퇴직자 # 가족	백혜련 의원안과 동일 하나, 퇴직자 부분 삭제	백혜련 의원안과 동일
수사	[대상범죄] 직무유기,	[대상범죄] 뇌물죄, 부	백혜련 의원안과 동일

38) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 71면.

39) 황은영, “고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-”, 73면.

대상 범죄	직권남용, 피의사실공표, 뇌물죄, 공문서 위조 등 모든 직무범죄	정청탁 및 금품등 수수 등 부패범죄	
	[관련범죄] 수사과정에서 인지한 고위공직자범죄	[관련범죄] 고위공직자 부패범죄와 관련성이 있는 직무유기, 직권남용 등 직무범죄	
처장 임명 절차	# 추천위원회가 2명 후보자 추천, 그중 1명을 대통령이 지명한 후 인사청문회를 거쳐 임명 # 임기 3년, 중임 불가	#임명절차는 백혜련 의원안과 동일 #임기 2년, 1차 중임	백혜련 의원안의 '(7인) 재적위원 5분의4' 규정을 '6인 이상'으로 명시
수사 기관 관계	# 공수처의 수사우선권을 인정하여 이첩요청권 및 다른 수사기관의 이첩의무 인정 # 다른 수사기관으로 이첩 가능	# 공수처의 수사우선권을 인정하지 않으므로 다른 수사기관은 공수처의 이첩요청에 응할 의무 없음 # 공수처는 다른 수사기관으로 이첩할 수 없음	백혜련 의원안과 동일 # 타수사기관의 통보의무와 처장의 수사개시여부 회신의무 인정규정 추가
기소권	# 공수처: 판사, 검사, 경무관 이상 검찰 # 검찰: 그 외 수사대상자	# 검찰(기소권은 모두 검찰)	백혜련 의원안과 동일
불기소 통제	# 공수처가 불기소: 고소고발인의 재정신청 # 검찰이 불기소: 공수처장 재정신청	# 공수처장 → 기소심의위원회(15명 이상 20명 이하 국민)	백혜련 의원안과 동일
행정 입법	수사처의 조직과 운영에 관한 사항은 대통령령으로 정함	수사처규칙 제정권 부여	수사처규칙 제정권 부여

입법과정에서 나타난 공수처법의 주요 쟁점으로는 공수처의 명칭과 약칭, 공수처 검사의 지칭이 있었지만 이에 대해서는 특별한 이슈는 더 이상 전개되지 않았다. 공수처의 인적 관할인 고위공직자의 범위에 대하여 개혁위안은 고위공직자에 고위공무원단을 포함하고 있었지만, 대부분 공수처법안은 행정부의 경우 장관과 차관을 포함하는 정무직 공무원까지만 대상으로 하였다. 제정된 공수처법은 금융감독원 원장, 부원장, 부원장보, 감사를 포함시켜 개혁위안을 따르면서도 고위공무원단을 제외함으로써 실질적으로는 법무부안을 따랐다. 공수처의 물적 관할인 고위공직자범죄에 대해서도 개혁위안은 고위공직자범죄, 수사기관공직자범죄, 관련범죄로 구성된 ‘고위공직자범죄 등’으로 제한하였으며, 수사기관공직자범죄를 별도로 개념설정한 것은 개혁위안의 주요 특징이었다. 하지만 법무부안은 수사기관공직자범죄의 개념을 인정하지 않았다. 검찰청 검사와 경무관급 이상 경찰공무원도 다른 일반 고위공직자와 마찬가지로 공수처법에서 정한 일정한 범죄를 범한 경우에만 공수처의 관할 대상으로 한 것이다. 법무부는 개혁위가 제시한 공수처의 관할 대상에 대하여 수사권과 공소권을 모두 보유하도록 하여 수사권과 공소권의 범위가 일치하도록 한 규정을 변경하지 않았다.

그런데 제정된 공수처법은 수사기관공직자범죄 개념을 선택하지 않고, 대법원장, 대법관, 검찰총장, 판사, 검사, 경무관 이상 경찰공무원과 그 가족이 범한 고위공직자범죄에 대하여는 공수처가 수사권과 기소권을 모두 갖도록 하면서도 그 외의 고위공직자와 그 가족이 범한 고위공직자범죄등에 대하여는 공수처는 수사관만을 갖고 그에 대한 기소권은 검찰청 검사가 갖도록 구성하였다. 현행 공수처법과 같은 공수처의 수사권·공소권의 불일치는 백혜련의원안과 권은희의원안에서 나타났다. 제정된 공수처법은 관할범죄에 따라 수사권·공소권을 다르게 배분하였다. 공수처법이 공수처의 관할 대상 범죄의 일부에 대해서만 공소권을 갖도록 구성하여 수사권과 기소권을 불일치하게 한 것은 공수처의 권한을 제한하여 공수처 및 공수처 검사의 권한을 약화시키는 현상이 나타났다. 또한 법이론적으로도 일반고위공직자범죄에 대하여 수사권만을 가지게 됨으로써 수사결과에 대하여 검찰청 소속의 검사의 결정에 종속하게 되는 결과가 나올 수 있기 때문에 공수처 검사와 검찰청 검사의 관계에 대한 논란이 발생하게 된다.

II. 공수처 설립에 대한 반대의견에 대한 검토

공수처 설립을 반대하는 입장의 주된 논거는 ① 헌법에 근거가 없는 권력기관을 설치하는 것으로 위헌적이며, ② 수사주재와 기소권을 검사에게 부여하거나 부여하고 있었던 형사소송법 체계에 맞지 않으며, ③ 정치적 중립성과 독립성이 훼손되어 편향적 수사를 할 우려가 높다는 점 등으로 요약할 수 있다.⁴⁰⁾

검찰과 법무부는 오랫동안 공수처 설립을 반대하였는데,⁴¹⁾ 이미 1996년 11월에 법무부는 포괄적인 반대의견을 제시한 바 있다.⁴²⁾ 이때 제시된 의견들은 그 이후 지속적으로 반대논거로 활용되었기 때문에 다시 한번 살펴볼 필요가 있다.

① 사건 총량에는 변동이 없음에도 특별사정기구(특별검사, 특별감찰관)를 추가로 설치해 형사사법집행기관의 총량만 증가시키는 옥상옥 기구가 된다. 특별검사와 특별감찰관 제도를 정비해 문제점을 보완하는 것이 선행되어야 한다.

② 첨단화되는 현대범죄에 상응하는 수사인력 및 장비에 대한 중복투자 및 세금 낭비가 예상된다.

③ 기업범죄 수사권 부재로 독자적 비리 발견이 어렵다. 소규모의 공수처 조직이 복잡한 부패범죄를 제대로 다루기 힘들다.

④ 성과를 위해 특정인 대상으로 불법사찰 및 도·감청을 하여 인권침해적 상시 사찰기구가 될 수 있다. 홍콩의 염정공서 사례가 있다.

⑤ 수사 및 기소권은 행정작용이기에 현행 헌법상 행정부 소속으로 해야 하는데 공수처의 소속이 불분명해 위헌의 소지가 있다.

⑥ 홍콩은 인구가 약 730만 명이며 공수처 역할을 하는 염정공서는 1,200여 명으로 구성되어 있지만 기소 인원이 연평균 3명에 불과하다.

⑦ 소규모 조직인 공수처가 고위 공직자 비리를 수사하면서 기존의 검찰과 경찰

40) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 34면.

41) 이윤제, “국민의 공수처 vs 검찰의 공수처”, 184면.

42) 박규환, “고위공직자범죄수사처(공수처)의 독립성과 정치적 중립성 제고 방안에 대한 연구”, 한국부패학회보 제23권 제3호(2018), 77면.

이 수사를 할 수 없게 되면 국가적 차원에서 구조적 부패사건에 대한 대응능력이 현저히 떨어진다.

⑧ 해외 주요 선진국 사례와 비교해 보면 부패범죄를 전담하는 특별수사기구가 없다. 홍콩, 싱가포르 등 소수의 영미법계 국가만 기소권 없는 부패범죄 전담 특별수사기구를 운영하고 있다.

⑨ 지난 20여 년 동안 12개의 관련 법안이 1996년 부패방지법 발의 이후 논의되었지만 다양한 (헌법적, 실효적) 문제점이 확인되어 폐기되었다.

⑩ 각 부처(기획재정부, 행정자치부, 인사혁신처, 국방부, 국정원 등)가 문제점을 인식해 반대하고 있다.

⑪ 검찰과 경찰 등의 정치적 중립성과 공정성에 대한 제고를 위해 발의된 의안이지만 공수처가 조직의 생리상 확대를 해나갈 수밖에 없고 이러한 경우에는 역설적으로 검찰의 공정성과 정치적 중립성이 더 침해되게 된다.

이러한 논거가 과연 설득력이 있는지 살펴본 결과는 아래와 같다.

① 논거에 대한 판단: ‘옥상옥’이라는 비판은 공수처가 검찰과의 중첩적 업무수행으로 차별성을 발견하기 어려울 수 있다는 점에 기인한다고 보이며, 옥상옥 주장은 그 이후에도 자주 등장하였음은 분명하다.⁴³⁾ 즉, ‘옥상옥’ 주장은 공수처가 기존의 검찰과 다르지 않다는 전제에서 출발한다. 하지만, 대상사건에 기소법정주의를 도입하는 등의 방식으로 공수처의 직무수행방식이나 독립성을 검찰과 다르게 설정할 수 있다면 이 주장은 근거가 없다.⁴⁴⁾ 그리고 소위 ‘총량 증가’가 필요하다는 점에 대한 논거가 설득력 있게 제시될 수 있다면 총량 증가는 문제가 되지 않으며, 공수처 설립 당시에 설정한 목표가 충분한 논거가 될 수 있다. 공수처 설립 당시 설정한 목표가 현재 충실히 달성되고 있는가 라는 질문은 그 자체로 의미가 있으나 이 쟁점과는 큰 관련성이 없다. 그리고 특별검사 및 특별감찰관 제도가 적절한 문제해결 방법이 아니었음은 이미 역사적으로 확인되었음은 아

43) 예를 들어 이근우, “屋上屋, 펜트하우스가 될 것인가 옥탑방이 될 것인가?”, 형사정책 제31권 제1호(2019), 43-69면.

44) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위험성 극복 방안”, 197면.

래에서 다시 논의한다. 간략하게 먼저 밝히면, 특별검사의 임명 등에 관한 법률이 시행되었으나 이 법률은 특별검사 임명을 위한 절차를 쉽게 하였을 뿐 상설특검제는 시행되지 않고 있으며, 특별감찰관법이 만들어졌으나 제도설계의 한계가 존재할 뿐만 아니라 실제로 특별감찰관 제도는 운영되지 않는다.

② 논거에 대한 판단: 수사권을 가진 기관이 수사를 위한 노력을 하는 것을 세금낭비라고 볼 수 있는지는 의문이다. 가령 검찰과 경찰은 모두 포렌식 시설과 장비를 운영하고 있으며 증거능력이 인정되는지와 무관하게 거짓말탐지기도 운영하고 있는데, 검찰과 경찰이 각각 인력과 장비를 운영하는 이러한 상황이 세금낭비에 해당한다고 비판하는 지적은 찾기 어렵다.

③ 논거에 대한 판단: 현재 상황에서 기업범죄는 공수처법 적용대상이 아님은 분명하다. 공수처의 인원과 조직이 소규모이기 때문에 이러한 범죄에 대해 수사할 수 없다는 문제점을 지적하고 있다고 내용을 선포하면 이 주장은 동시에 공수처의 조직을 확대하자는 내용이라고 이해할 수 있겠으나, 이를 바라는 다른 국가기관이 과연 존재하는지 의문이다.

④ 논거에 대한 판단: 수사기관의 불법수사는 방지하면 된다. 수사권을 가지고 있는 기관은 어디든 항상 불법수사의 유혹에 빠질 수 있기 때문에 어떤 기관이 수사에 사용한 방식이 범죄에 해당할 경우 다른 기관이 수사하고 기소하면 충분하고, 사실 수사기관의 이러한 전횡을 막기 위해서 수사권과 기소권을 분리하고 서로 다른 수사기관 구성원의 범죄를 수사할 수 있도록 법률을 만든 것이다. 오히려 기소독점주의와 결합한 검사 중심의 수사일원화 체제에서는 검찰 내부의 부정부패 문제에 대한 공정성 시비가 항상 발생했으며 검찰의 수사와 처분에 비판이 집중되었다는 지적⁴⁵⁾에서 볼 수 있듯이, 불법수사를 조직 내부에서 애매하게

45) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 22면. 검찰은 수사권·기소권을 독점하여 막강한 권한을 쥐고 있지만 고위공직자나 검찰 출신을 상대로 수사를 할 때면 봐주기 논란을 일으키기 일쑤였다. 국정농단이라는 엄청난 사안을 눈앞에 두고도 미온적인 태도로 수사에 임하여 국민들의 분노를 증폭시켰다. 공수처설치촉구공동행동(경제정의실천시민연합, 민주사회를위한변호사모임, 참여연대, 한국투명성기구, 한국YMCA전국연맹, 흥사단투명사회운동본부), “[공수처설치 촉구 공동행동 연대성명] 국회는 공수처 설치를 위한 입법논의에 즉각 나서라!”, 2017년 11월 3일 성명(이윤제, “국민의 공수처 vs 검찰의 공수처”, 189면에서 재인용).

덜거나 대충 처리한 것이 (공수처 이전의) 역사적 경험이라고 보인다.

⑤ 논거에 대한 판단: 독립행정기관에 대한 쟁점은 헌법재판소가 논의한 내용으로 충분하다고 보이며, 헌법재판소의 결정 내용에 대해서는 아래에서 다시 언급한다.

⑥ 논거에 대한 판단: 홍콩의 염정공서는 공무원 등 특정직역의 부정부패사건에 대한 사법경찰관의 역할을 하는 일종의 특수한 수사조직이므로 공수처와 직접 비교할 대상이라고 보기 어렵다.⁴⁶⁾ 다음으로, 이 주장은 적절한 반대논거인지 의문인데, 공수처 조직과 인원을 확충해 줄 의사와 의욕이 있는지는 별론으로 하고 확충했을 경우에도 성과가 없을 것이라고 미리 예상할 필요는 없다.

⑦ 논거에 대한 판단: ‘수사를 할 수 없게 되면’이라는 전제 자체가 현행 공수처법을 볼 때 잘못되었다고 보인다. 공수처법은 제24조(다른 수사기관과의 관계), 제25조(수사처검사 및 검사 범죄에 대한 수사), 제26조(수사처검사의 관계 서류와 증거물 송부 등), 제27조(관련인지 사건의 이첩) 등의 규정을 두고 있기 때문에 구조적 부패에 대하여 검찰과 경찰이 수사를 할 수 없다는 주장은 적절하지 않다.

⑧ 논거에 대한 판단: 이 주장이 정확히는 특별수사기구를 반대하는 주장인지 기소권 없는 특별수사기구를 반대하는 주장인지 불분명하다. 나아가, 이 주장을 공수처에게 ‘기소권도 주자’라는 뜻으로 이해해도 좋은가? 이렇게 이해하지 못할 이유는 없다고 보이며 법률에 의하면 실제로 공수처 검사가 기소권을 가지고 있는 범죄도 있으나, 법무부가 이러한 출발점에서 이 주장을 제기했을 가능성은 적다고 보인다. 무엇보다도, 법률이 제정되었으니 이러한 주장은 설득력이 없다.

⑨ 논거에 대한 판단: 이 주장에 대한 반박논거는 위 ⑧과 같다.

⑩ 논거에 대한 판단: 다른 부처 대신 법무부가 반대해 주는 것인지 불분명하며, 이 논거도 법률 제정 이후에는 제시하기 어렵다.

⑪ 논거에 대한 판단: 그러한 예상대로 실제 상황이 진행되지 않았음은 공수처 설립 이후에 확인할 수 있다. ‘더’ 침해된다는 말은, 역설적으로, 이미 공정성과 정치적 중립성이 침해되어 있는 ‘상태’에 대한 자인이라고 이해될 수 있다.

46) 예상균, “공수처와 검찰의 국민을 위한 협력관계 구축 시도의 필요성”, 법조 제71권 제3호(2022), 102면.

Ⅲ. 헌법재판소의 결정과 그에 대한 평가

1. 2021년의 헌법재판소 결정

공수처의 위상 및 법적 성격, 공수처 검사의 법적 지위에 대한 논란이 계속되던 상황에서 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 전원재판부 결정이 있었다. 헌법소원심판의 청구인인 제20대 국회의원들이 공수처법이 권력분립원칙에 위반하고 국민의 생명권, 신체의 자유 및 검사의 영장신청권 등을 침해한다고 주장하였고, 제21대 국회의원들이 청구인으로서 공수처법이 권력분립원칙에 위반되고 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 평등권 등을 침해한다고 하면서 공수처법 전체의 위헌확인을 구하였다. 다만 이들 청구인들은 공수처법 전체에 대한 심판을 구하면서도 공수처를 설치하고 운영하는 것 자체가 위헌이라고 주장하였을 뿐 개별 조항으로 인하여 기본권을 침해받았는지 여부를 구체적으로 다투지는 않았다.

헌법재판소는 본안판단에 들어가기 전에 적법요건에 대해 판단하면서 공수처에 독자적인 규칙제정권을 부여하는 조항(공수처법 제9조 제6항, 제45조)이 헌법 체계에 부합하는지 여부, 수사처와 검찰 등 다른 수사기관 사이의 권한배분에 관한 사항을 규정한 이첩 조항(공수처법 제24조 제1항, 제2항) 등은 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없어 기본권침해가능성이 없다고 판단하였다.

다음으로 헌법재판소는 본안판단에 들어가면서, 제한되는 기본권이 공수처의 수사 등의 대상이 되는 고위공직자와 대상이 되지 않는 비고위공직자 사이의 차별이 발생하여 평등권 침해 여부가 문제되며, 수사대상이 되는 고위공직자의 신체의 자유, 주거의 자유, 재산권, 사생활의 비밀과 자유 등의 침해 여부도 문제된다고 하였다. 공수처법이 권력분립원칙, 영장주의 등 헌법원칙에 위배된다는 청구인들의 주장에 대해서도, 헌법원칙의 위반 여부를 기본권침해와 관련된 범위에서 판단하였다.

가. 권력분립 원칙

공수처법 제3조 제2항은 공수처의 직무수행상의 독립성을 규정하고 있고, 수사처의 소속에 대하여는 헌법이나 정부조직법, 공수처법 어디에도 아무런 규정이 없다는 점을 들어 헌법소원의 청구인들은 공수처를 헌법상 입법부·행정부·사법부 어디에도 속하지 않는 기관으로 설치하여 대통령이나 국회로부터 어떠한 통제나 감독도 받지 않도록 하는 것은 헌법상의 권력분립원칙에 반한다고 주장하였다. 그리고, 수사처의 설치가 자유민주적 통치구조의 기본이념과 원리에 부합하지 아니하여 체계정당성의 원리에 위반된다는 주장도 함께 하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 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 없다고 판단한 후 공수처의 법적 지위에 대하여 행정업무를 수행하면서도 입법부·행정부·사법부 어디에도 속하지 않는 기관이 아니라 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 행정부 소속의 중앙행정기관이라고 판단하였다.

① 헌법재판소에 의하면, ‘수사와 공소제기 및 그 유지는 형사절차의 핵심으로 많은 국가에서 행정부가 수사와 공소제기 및 그 유지에 관한 사무를 수행하고’ ‘공수처법은 이러한 검찰권 중 일부를 수사처에 분산한 것으로, 수사처는 우리 헌법상 본질적으로 행정에 속하는 사무를 수행한다.’

② ‘수사처가 직제상 대통령 또는 국무총리 직속기관 내지 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않는다고 하더라도 대통령을 수반으로 하는 행정부에 소속된 행정기관으로 보는 것이 타당’한데, ‘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 아니라고 볼 수 없다.’

③ ‘헌법은 행정부에 관한 장에서 행정각부와 감사원, 국가안전보장회의 등을 규정하고 있으나, 그것이 행정부의 조직은 감사원, 국가안전보장회의 등과 같이 헌법상 예외적으로 열거되어 있는 경우를 제외하고는 반드시 국무총리의 통할을 받는 행정각부의 형태로 설치되거나 행정각부에 속하여야 함을 헌법상 강제하는 것이 아’니며, ‘공수처법이라는 법률에 근거하여 수사처라는 행정기관을 설치하는 것이 헌법상 금지되는 것은 아니다.’

④ ‘중앙행정기관이란 국가의 행정사무를 담당하기 위하여 설치된 행정기관으로서 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 행정기관을 말하는데, 어떤 행정기관이 중앙행정기관에 해당하는지 여부는 기관 설치의 형식이 아니라 해당 기관이 실질적으로 수행하는 기능에 따라 결정되어야 한다.’ 그리고 ‘정부조직법은 국가행정기관의 설치와 조직에 관한 일반법으로서 공수처법보다 상위의 법이라 할 수 없고, 정부조직법의 2020. 6. 9.자 개정도 정부조직 관리의 통일성을 확보하고 정부 구성에 대한 국민의 알 권리를 보장하기 위하여 중앙행정기관을 명시하는 일반원칙을 규정하기 위한 것’이므로 ‘개정된 정부조직법 제2조 제2항을 들어 정부조직법에서 정하지 않은 중앙행정기관을 다른 법률로 설치하는 것이 헌법상 금지된다고 보기는 어렵다.’

⑤ 공수처법의 입법 과정의 논의를 살펴보면 수사처를 행정부 소속으로 두는 것이 입법자의 의도였다.

⑥ 공수처법 제17조 제6항은 국가인권위원회법 제6조 제5항과 유사한데, 헌법재판소는 국가인권위원회가 대통령을 수반으로 하는 행정부에 속한다고 판단한 바 있다.

⑦ 공수처의 소속에 대하여 정부조직법에는 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 다른 법령에서 공수처를 행정기관으로 규정하고 있다.

권력분립 원칙에 반하는지에 대한 헌법재판소의 판단은 다음과 같다.

① 공수처를 대통령 등 기존의 행정조직에서 독립된 형태로 설치한 것은 수사처로 하여금 행정부의 통제로부터 가능한 벗어나 독립적이고 중립적으로 그 과제를

완수하도록 하고, 정치적 환경의 변화에도 불구하고 조직적 지속성을 보장받도록 하기 위한 것이므로, 공수처가 기존의 행정조직에 소속되어 있지 않다는 사정만으로 공수처의 설치가 권력분립원칙에 반한다고 보기 어렵다.

② 공수처의 권한 행사에 대하여는 국회, 법원, 행정부 등 여러 기관으로부터의 통제가 충실히 이루어질 수 있으므로, 단순히 수사처가 독립된 형태로 설치되었다는 이유만으로 권력분립원칙에 반한다고 볼 수 없다.

③ 전통적으로 권력분립원칙은 입법권, 행정권, 사법권의 분할과 이들 간의 견제와 균형의 원리이므로, 설령 수사처의 설치로 말미암아 수사처와 기존의 다른 수사기관과의 관계가 문제된다 하더라도 동일하게 행정부 소속인 수사처와 다른 수사기관 사이의 권한 배분의 문제는 헌법상 권력분립원칙의 문제라고 볼 수 없다.

나. 평등원칙

구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 수사처의 수사 등의 대상이 되는 고위공직자와 비고위공직자를 달리 취급하여 청구인들의 평등권을 침해한다는 주장에 대하여, 헌법재판소는 ‘구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항에 따라 고위공직자범죄등에 대한 수사 등은 경찰이나 검찰이 아닌 수사처에서 수행할 수 있게 된다. 이는 수사 등의 주체만을 달리하는 것으로서, 수사처의 수사 등에 적용되는 절차나 내용, 방법 등이 일반 형사소송절차와 다르지 않은 이상 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 영역에 관한 것이거나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하지 않는다.’고 실시하면서 논의를 시작한다.

① ‘고위공직자는 권력형 부정 사건을 범할 가능성이 비고위공직자에 비하여 높고 그 범죄로 인한 부정적인 파급효과가 크므로, 고위공직자를 수사처의 수사나 기소의 대상으로 하고 수사나 기소의 대상이 되는 범죄를 한정하여 규정한 것에는 충분히 합리적인 이유’가 있고, ‘가족의 경우 고위공직자와 생활공동체를 형성하는 밀접·긴밀한 관계에 있으므로, 공수처법의 입법목적은 달성하기 위해 고위공직자의 직무와 관련하여 가족이 고위공직자범죄를 범한 경우에 한하여 수사처

의 수사 등을 받도록 한 것이 고위공직자나 그 가족에 대한 불합리한 차별에 해당한다고 볼 수 없다.’

‘공수처의 수사대상 중 상당 부분은 정무직 공무원으로, 정무직 공무원은 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의를 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 필요’로 하며, ‘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 크’다.

② ‘수사 등의 주체가 달라진다 하여 그 대상자에게 실질적인 불이익이 발생한다거나 대상자의 법적 지위가 불안정해질 것이라고 볼 수는 없’으며, ‘공수처가 고위공직자에 대한 수사 등의 주체가 됨으로써 이른바 부실·축소 수사 또는 표적수사가 이루어지거나 무리한 기소가 있을 수 있다는 우려는 이를 뒷받침할 객관적·실증적인 근거가 없을 뿐 아니라, 설령 수사처가 출범한 후 실제로 기존 형사소송절차와 어떠한 운영상의 차이가 발생한다 하더라도 이는 공수처의 운용상의 문제일 뿐 수사처 제도 자체의 문제라고 할 수는 없다.’

③ ‘퇴직한 고위공직자를 공수처 수사 등의 대상에 포함시킨 것은 범죄에 연루된 현직 고위공직자가 사직을 통해 공수처의 수사 등을 회피하는 행태를 방지하고, 퇴직 후에도 재직 당시의 범죄행위에 대한 책임을 물을 수 있게 함으로써 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성 제고라는 공수처의 설치 목적 실현에 기여하기 위한 것이다.’

다. 영장주의

헌법에 규정된 영장청구권자로서의 검사는 검찰청법상의 검사에 한정되므로 공

수처 검사에게 영장청구권을 부여하면 영장주의 원칙에 위반된다는 청구인들의 주장에 대하여 헌법재판소는 공수처법 제8조 제4항이 공수처 검사의 영장청구권의 근거가 된다고 설시하면서 아래의 논거를 제시한다.

① ‘헌법이 영장주의를 실현하는 과정에서 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정하는 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 기본권침해가능성을 줄이는 데에 그 목적이 있’으며 ‘영장신청권자를 검사로 한정하는 취지를 고려할 때, 영장신청권자로서의 검사는 검찰권을 행사하는 국가기관인 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.’

② ‘검찰청법 제4조 제1항에 규정된 직무를 수행하는 공수처 검사 또한 공익의 대표자로서, 다른 수사기관인 공수처 수사관을 지휘·감독하고, 단지 소추권자로서 처벌을 구하는 데에 그치는 것이 아니라 피고인의 이익도 함께 고려하여 공정한 재판을 구하는 등 수사대상자의 기본권을 보호하는 인권옹호기관으로서의 역할’을 하며, ‘공수처 검사는 변호사 자격을 일정 기간 보유한 사람 중에서 임명하도록 되어 있으므로, 법률전문가로서의 자격도 충분히 갖추었다.’

③ ‘공수처 검사의 직무는 검찰청법상 검사와 달리 범죄수사와 공소제기 및 유지행위와 관련된 부분으로 한정되어 있고, 수사대상이 되는 고위공직자 중 대법원장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원의 고위공직자범죄 및 관련범죄에 대해서만 공소권이 있으므로, 공수처 검사를 검찰청법상 검사와 동일하다고 볼 수 없는 측면은 있다.’

‘공수처가 고위공직자범죄에 대한 수사 등을 담당하는 기관으로서 실질적으로 기능할 수 있도록 공수처 검사의 직무에서’ 일부 내용을 제외하였다고 볼 수 있고 그러한 ‘이유로 수사처검사가 공익의 대표자로서 인권을 보호하는 직무를 수행하지 않는다고 할 수는 없다.’

‘공소제기 및 유지행위가 검찰청법상 검사의 주된 직무에 해당한다고 할 것이나, 앞서 살펴본 바와 같이 헌법에서 검사를 영장신청권자로 한정한 취지는 검사가 공익의 대표자로서 인권을 옹호하는 역할을 하도록 하는 데에 있고, 검사가 공소제기 및 유지행위를 수행하기 때문에 검사를 영장신청권자로 한정한 것으로 볼 수는 없다. 즉 헌법상 공소권이 있는 검사에게만 반드시 영장신청권이 인정되어야 하는 것은 아니다. 수사처검사가 공익의 대표자로서 수사대상자의 기본권을 보호하는 역할을 하는 한 수사처검사가 영장신청권을 행사한다고 하여 이를 영장주의원칙에 위반된다고 할 수 없고, 공소권의 존부와 영장신청권의 행사 가부를 결부시켜야 한다는 주장은 직무와 지위의 문제를 동일하게 본 것으로 받아들이기 어렵다.’

2. 이 결정의 의미와 남아있는 의문

이 결정에 의해 공수처는 위헌론을 극복하고 독립수사기관으로서의 법적 위상을 확립하였기 때문에,⁴⁷⁾ 이 결정은 매우 중요한 의미가 있다. 그렇기 때문에, 이 결정의 중요성을 강조하면서 공수처법의 조문과 입법취지를 고려할 때 수사처검사는 검사이며 기소권이 일부 제한된다고 설명⁴⁸⁾할 수도 있다.

그러나 헌법재판소의 결정에 의하더라도 의문이 완전히 해결되었다고 보이지는 않는다. 결정 내용에서처럼 공수처 검사를 검찰청 검사와 직무만 차이가 있고 지위는 같다고 보면, 기소권이 없는 때에도 공수처 검사가 검사로서의 직무를 온전히 수행할 수 있다고 해야 하는데, 이렇게 보면 수사권과 기소권을 모두 가지고 있는 때와 수사권만 가지고 있는 때의 차이가 무엇인지에 대한 의심이 남기 때문이다. 기소권이 없는 사건에서도 공수처 검사는 공소제기를 제외한 검사로서의 모든 권한을 행사할 수 있다면, 검찰청 검사는 공수처 검사에게 추가적인 수사를 요구할 수 없을 뿐만 아니라 공수처 검사의 불기소 결정이 법적인 구속력을 갖는

47) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 3면.

48) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 125면.

다고 설명해야 하는데 이는 공수처 검사의 권한에 대한 너무 확대된 해석이라고 보이며,⁴⁹⁾ 공수처법이 규정하고 있는 내용과 상응한다고 볼 수 있는지도 의문이다.

그러므로, 아래에서는 헌법재판소 결정에서 주로 논의되었던 몇 가지 쟁점 중 영장청구권과 관련된 문제, 즉 공수처 검사의 지위를 무엇으로 볼 것인가를 주로 논의하겠다. 이렇게 논의를 한정하는 것은 앞으로 공수처의 발전방향을 어떻게 설정할 것인지와 관련한 논의의 출발점을 명확히 하는 동시에 그 과정에서 개선해야 할 점은 무엇인지를 분명히 하기 위해서이다.

49) 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 형사정책 제34권 제4호(2023), 21면.

제2절 제도설계의 기반

I. 부패척결형과 검찰분권형

공수처를 입법하는 과정에서의 첫 번째 논의는 이를 부패방지제도의 하나로 이해하는 부패척결형 모델과 민주주의와 법치주의의 신장을 위해서 공수처의 도입이 필요하다고 보이는 검찰분권화 모델의 대비이다.⁵⁰⁾

부패척결형은 싱가포르의 탐오조사국이나 홍콩의 엄정공서 등의 외국의 반부패 기구를 염두에 두고 공수처를 구상하였다.⁵¹⁾ 공직부패에 대한 처벌을 최우선의 목적으로 삼기 때문에, 부패범죄를 범한 공직자의 범위에 중점을 두게 되며, 공수처의 수사범위를 ‘부패범죄’로 한정하되 부패범죄와 ‘관련’된 범죄의 수사로 영역을 좀 더 확대하여 인정한다. 특별수사기관 설립을 공직자부패 척결을 위한 특별한 정책 중의 하나로 이해하면서 어느 정도 부패척결의 성과가 달성되고 검찰의 부패수사가 제자리를 찾으면 특별수사기구의 효용이 사라질 것이라고 예상하기도 한다.

반면에 검찰분권형은, 검찰개혁 방안으로 검찰의 비정상적인 형사사법 권한을 일부 분산하여 별도 수사기구로써 공수처를 만드는 것에 중점을 둔다.⁵²⁾ 검찰권을 분점하는 방식으로 특별수사기구를 만들어 검찰과 경쟁하는 구도를 만드는 것이며, 기존의 부패사정기관인 검찰의 부패를 처벌할 기관이 없다는 현실적인 고려도 이 모형을 제기하는 이유이다. 이 모형은 수사권 뿐만 아니라 기소권까지 특별수사기구에 인정해야 한다고 보면서 인적 대상보다는 개개 범죄유형에 더 주목하면서, 부패에 한정하지 않고 국가의 공적 기능을 침해하는 직무범죄를 넓게 포함시키게 된다.

검찰개혁이 오랜 화두가 되어온 상황에서는 검찰분권화 모델이 강조되었는데,

50) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 129면.

51) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로 -, 88면.

52) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로 -, 88면.

검찰분권형 모델로 공수처를 구성하여 검찰권이 적정하게 행사될 수 있는 형사사법의 구조가 확립되면 공직자의 비리척결이라는 형사정책적 목표도 자연스럽게 달성될 것으로 보았기 때문이다. 검사의 기소독점주의의 폐해가 심각하기 때문에 기소다원주의를 지향하는 검찰개혁의 일환으로 공수처에 기소권을 부여하여야 하며, 그렇지 않으면 공수처가 아니라 특별사법경찰에 지나지 않아 검찰개혁에 역행하는 결과가 될 뿐이라는 지적⁵³⁾ 또한 검찰분권화 모델의 입장에서 출발하였다고 볼 수 있다.

검찰분권화 모델은 고위공직자 부패척결이라는 일차적 의미가 부차적으로 인식될 가능성이 있는데,⁵⁴⁾ 공수처법은 부패척결형 모델을 주로 하면서 예외적으로 검찰분권형 모델을 가미하였다고 평가할 수 있다. 법률에 규정된 범위의 좁은 기소권이 애초에 기대했던 공수처의 모습과 거리가 멀다는 비판⁵⁵⁾은 충분히 가능하지만, 적어도 공수처법에 의하면 공수처는 부패방지를 위한 특별한 사법경찰기구로서 예외적으로 검찰의 기소가 부적절 또는 부적당하다고 본 일부 고위공직자에 대하여 기소권을 가진다.

II. 특별검사 모형과 검찰특수부 모형

특별검사 모형은 과거의 대검 중수부처럼 특별수사기구의 성격을 지니면서 독립적 수사권한이 넓게 인정되어 수사의 독립성을 최우선으로 보장하는 수사모형이다.⁵⁶⁾ 현재 문제가 되는 사건에 대한 일시적 수사기구이므로 행정부의 어디에서 소속되지 않은 채 독립적으로 수사를 진행한다는 장점이 있으나, 수사 범위와 기간이 엄격하게 한정된다는 한계가 있다. 특별검사가 임명된 후 수사팀이 구성되는 과정에서는 파견검사가 위주가 되며, 수사 대상과 범위 모두 국회에서의 정

53) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 368면.

54) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 240면.

55) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 130면.

56) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로 -, 90면.

치적 타협의 산물이기 때문에 수사의 공정성이 제한받게 된다는 문제점도 지니고 있다. 이러한 문제점은 상설특검의 운영이 필요하다는 근거가 된다.

검찰특수부 모형은 검찰청 소속이므로 검찰권의 특수부와 검찰조직의 속성을 그대로 지니게 된다.⁵⁷⁾ 반면에 검찰의 직접수사 영역은 수사의 효율성 측면에서 다른 방법보다 우월한데, 전국의 검찰청에서 검사와 수사관을 차출하여 언제든지 팀을 구성할 수 있고 증원할 수 있다는 자율성과 신속성이 있다. 법률적인 측면에서도 검찰은 영장청구권을 직접 행사할 수 있고, 과거에는 피의자신문조서의 증거능력도 경찰 작성 피의자신문조서보다 우월하였으며,⁵⁸⁾ 기소 여부와 기소의 범위를 결정할 수 있다는 점에서 매우 신속하고 집중적인 수사가 가능하다는 장점이 있다.

특별수사기구를 법무부 소속으로 설치하는 방법도 검찰특수부 모형에 해당한다고 보인다. 이 모형은 특별수사기구 설치의 신속성을 확보하고 검찰청 소속 공무원들의 반발을 최소화할 수 있다는 장점이 있으며 외국의 입법례도 찾을 수 있다. 그러나 우리나라에서는 아직도 법무부와 검찰의 동일체 인식이 강하고 상호간의 영향력이 상당하기 때문에 법무부장관을 매개로 하여 공소권자인 검사의 지배력이 특별수사기구의 수사에 미칠 수 있고 이로 인해 수사권과 기소권이 암묵적으로 결합될 수 있다는 문제가 있다.⁵⁹⁾

즉, 특별검사 모형과 검찰특수부 모형의 주된 차이는 공수처를 어디에 속하게 할 것인가 하는 조직법상 문제이다. 공수처는 법무부 및 검찰과 구별되는 독립행정기관이므로 검찰특수부 모형을 채택하였다고 볼 수는 없고, 상설특검에 해당한다는 설명은 찾을 수 있다.

57) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로 -, 90면.

58) 현행 형사소송법의 개정으로 양자의 증거능력의 차이는 없다.

59) 서보학, “검찰개혁 완성을 위한 완전한 수사·기소 분리 방안 - 중대범죄 전담 특별수사기구 설치의 의미와 핵심 개요를 중심으로 -”, 법학논총 제34권 제2호(2021), 105면.

Ⅲ. 직무와 지위의 구별: 기능분리론과 조직분리론

1. 직무와 지위의 구별

공수처 검사의 영장청구권과 관련하여, 헌법재판소는 공소권의 존부와 영장신청권의 행사 가부를 결부시켜야 한다는 주장은 직무와 지위의 문제를 동일하게 본 것으로 받아들이기 어렵다고 판결하였다.

이 문장은 두 가지 의미를 담고 있다고 보인다. 첫째, 공소권의 존부와 영장신청권의 행사 가부는 서로 연결되지 않는다. 둘째, 공소권의 존부와 영장신청권의 행사 가부가 서로 연결되지 않는다고 판단하는 이유는, 직무와 지위의 문제는 동일하지 않기 때문이다.

직무와 지위가 동일하다는 입장에 의하면 검찰청법상 검사만이 검사라고 말할 수 있으며 이러한 입장을 명칭(지위)에 기반한 형식적 접근이라고 부를 수 있다. 반면에 직무와 지위는 동일하지 않다는 입장에서 출발하면 공수처 검사도 검찰청법상 검사와 구분되는 검사라고 할 수 있으며 이러한 입장을 기능적 접근이라고 할 수 있을 것이다. 이 글에서는 헌법재판소가 취하고 있는 기능적 접근방식을 출발점으로 하면서 그 내용을 구체화해 보겠다.

2. 수사권 조정

형식적 접근과 기능적 접근의 차이는 수사권 조정 당시 이미 나타났다. 경찰과 검찰의 관계를 새롭게 설정하는 문제는 수사권 독립 또는 수사권 조정이라는 제목 아래 논의되었으며 2010년 사법개혁 논의에서도 중요한 쟁점이었으나 당시에는 별다른 성과가 없었다. 문재인 대통령은 선거에 당선되기 이전부터 검찰제도의 개혁에 깊은 관심을 가지고 있었으며,⁶⁰⁾ 수사와 기소의 분리는 대통령의 선거 공약으로서 문재인 정부의 10대 과제에도 포함되어 있었는데 공약의 내용은 ‘수사권과 기소권을 분리해 검찰과 경찰의 견제와 균형의 원리가 제대로 작동되도록 검·경 수사권을 조정’, ‘검찰은 원칙적으로 기소권과 함께 기소와 공소유지를 위

60) 문재인·김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다, 오월의 봄, 2011.

한 2차적·보충적 수사권을 보유'하는 것이었다.

2018년 6월 21일 발표된 검찰 및 경찰의 수사권 조정 합의문(이하 '합의문'으로 약칭)은 이낙연 국무총리의 주재로 박상기 법무부장관과 김부겸 행정안전부장관이 서명하였으며, 같은 날 국회 사법개혁특별위원회(위원장 정성호)에 전달되었다. 합의문은 문재인 대통령의 공약사항으로서 2018년 1월 14일 대통령비서실 조국 민정수석비서관이 권력기관 개혁안으로 발표한 내용을 구체화한 것이다. 주요 내용은 경찰과 검찰이 수사와 공소제기, 공소유지를 위한 상호협력관계로서 경찰은 1차수사에서 더 많은 자율권을 갖고, 검찰은 사법통제 역할을 하며, 법무부는 합의안의 범위 안에서 준칙 제정권을 갖는다는 것이다. 이 합의문은 검경수사권 조정을 '검찰개혁' 또는 '경찰개혁'이라고 부르면서 권력기관의 권한 분산 및 견제에 초점을 맞추었다고 보인다.⁶¹⁾ 수사권 조정 법안도 검찰의 독점적 권한을 분산·해소하는데 목적으로 두고 있으며, 수사과 기소의 완전한 분리에까지 이르지 못하는 못하였으나 경찰을 1차적, 본래적 수사기관으로, 검찰을 제한된 수사권을 가진 2차적, 보완적 수사기관으로 자리매김하였다.⁶²⁾ 형사소송법이 제정된 1954년 이래 60년 이상 동안 검찰청 검사가 수사를 주도해왔던 상황이 변화되어 여러 기관에 수사권이 분산되는 변화가 이루어졌다는 점에서 이는 수사권 조정이라기보다는 수사권 개혁이라고 볼 수도 있다.⁶³⁾

검사가 수사를 지휘한다고 할 때 지휘라는 개념은 상호 협조에서부터 군대에서 상명하복관계에 이르기까지의 다양한 범위를 의미할 수 있다. 독일에서 검사의 수사지휘라는 단어를 사용하기는 하지만 검사의 수사지휘란 일반적으로 경찰이 수사를 통해 밝혀낸 사실에 대한 법적 평가를 한다는 의미이지 검사와 사법경찰관이 상명하복관계에 있다는 의미는 아니다. 그러나 과거 우리나라에서 '지휘'는 엄격한 상명하복의 의미로 사용되었다고 보이는데, 그 좋은 예는 1971년에 6년 경력의 30세인 검사를 제27대 서울시 경찰국장으로 임명한 사건으로서, 검사와 경찰이 엄격한 신분상 차이가 난다는 것을 상징적으로 보여주었으며 이러한

61) 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 경찰법연구 제16권 제2호(2018), 4면.

62) 서보학, “검찰개혁 완성을 위한 완전한 수사·기소 분리 방안 - 중대범죄 전담 특별수사기구 설치의 의미와 핵심 개요를 중심으로 -”, 88면.

63) 윤동호, “수사권 개혁의 한계”, 법학논총 제33권 제3호(2021), 121면.

이유에서 개정 형사소송법은 수사지휘라는 단어를 사용하지 않았다.⁶⁴⁾

그리고 수사권조정과 공수처 설립은 모두 검찰개혁과 밀접한 관계를 가지고 있다. 경찰에 대한 검찰의 관계를 수사지휘권이 아니라 ‘협력관계’로 규정하고 경찰의 1차적 수사권을 인정하면서 검사의 직접수사를 최소화하는 것이 검찰개혁의 한 방향으로서의 수사권조정이라면, 정치적 사건에 대한 검찰의 개입을 배제해 권력을 통한 검찰권 남용을 통제하려는 것이 공수처 설립의 배경이다.⁶⁵⁾ 부패방지에 중점을 두는 견해⁶⁶⁾도 찾을 수 있으나 이 두 가지 관점은 현재의 공수처 제도 및 법률에 영향을 미치고 있다.

3. 직무와 지위를 구별할 필요성

직무와 지위를 구별할 가능성과 필요성은 이미 수사권 조정 과정에서의 논의와 결과를 통해 분명해졌다.

‘수사는 누가 해야 하는가?’는 질문에 대해서는 ‘가장 잘할 수 있는 사람이 해야 한다’고 답해야 한다. 검사의 직무에 관한 검찰청법 제4조는 ‘범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항’을 검사의 직무와 권한으로 규정한다. 사법시험에 합격하여 사법연수원 과정을 마친 사람 또는 변호사 자격이 있는 사람이 검사로 임명될 수 있는데(검찰청법 제29조) 임명자격에서 드러나듯이 검사는 법률전문가로서 기소 여부를 법률지식에 기반하여 판단할 수 있겠으나 변호사의 자격이 수사의 능력을 보장하지는 않는다. 그러므로 검사가 법률전문가라는 점은 예를 들어 체포·구속장소 감찰(형사소송법 제198조의2) 등 수사과정에서의 인권준수 여부 확인 또는 공소제기 또는 기소유지를 위한 경찰과의 협력의 근거로 제시할 수 있을지는 몰라도 검사도 수사를 해야 한다는 논거가 되기는 어렵다.

개정 이전의 형사소송법에 의하더라도 검사가 자신의 직무를 스스로 모두 수행

64) 폐지되어야 하는 검사의 수사지휘권의 내용은 ‘수사·기소가 결합된 (형태의) 수사지휘’이며 검찰과 경찰의 관계가 상하관계가 아니라 대등한 협력관계라고 하더라도 지휘는 가능하다. 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 17면.

65) 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 23면.

66) 예를 들어 민경선, “공수처법의 몇 가지 쟁점에 관한 소고”, 경찰법연구 제18권 제1호 (2020), 85면.

해야 하는 것도 아니었다. 실제의 수사는 검찰수사서기관, 검찰사무관 등의 검찰 공무원이 수행하며 사건에 대한 법률적 판단도 검사에게 완전히 맡겨져 있지도 않다. 즉, 검찰총장은 필요하다고 인정하면 검찰수사서기관, 검찰사무관, 수사사무관 또는 마약수사사무관으로 하여금 지방검찰청 또는 지청 검사의 직무를 대리하게 할 수 있으며(검찰청법 제32조 제2항의 검사대리제도) 검사직무대리는 이미 상당히 많은 사건을 처리하고 있다(직무범위에 대해서는 검사직무대리 운영규정 제5조).

경찰에서의 상황도 크게 다르지 않다. 조직법상의 경찰이 모든 범죄수사를 전담하기도 어렵다는 점은 특별사법경찰이 잘 보여준다(형사소송법 제197조 및 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률). 애초에 경찰의 임무는 위험방지와 수사 모두이므로 모든 경찰이 수사를 담당하는 것도 아니다. 수사경찰과 수사경찰이 아닌 경찰을 구분하고 일반경찰이 수사에 개입하면 공정성이 훼손된다는 앞에서의 논의에서도 드러나듯이 ‘경찰’ 또는 ‘검찰’이라는 명칭은 수사권한의 행사 여부를 결정할 때 중요한 기준으로 사용하기 어렵다.⁶⁷⁾

소속이 업무내용을 판단하는 핵심적인 기준이 될 수 없다는 점은 검찰청 수사관에서도 드러난다. 검찰청 수사관은 과거와 현재 모두 형사소송법에 의한 사법경찰관리이다. 검찰청 수사관이 검사가 아니라는 점을 분명히 보여주는 예는 과거 사법경찰 작성 피의자신문조서의 증거능력과 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 다르던 시기, 검사가 형식적으로만 피의자신문에 참여한 후 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 사경작성 피의자신문조서의 증거능력 인정기준에 따라 판단하는 여러 대법원 판결이 있었다.

그러므로 공수처 검사가 검사인지에 대한 질문에 대하여도 검찰청에 속해있는 검사가 아니더라도 검사의 기능을 수행하면 검사라고 볼 수 있다는 헌법재판소의 판단은 특검과 군검사의 예에서 볼 때 타당하다. 그렇다면 과연 검사가 수행하는 ‘기능’은 무엇인가라는 질문이 핵심적인데 그에 대해서는 제3장에서 논의한다.

67) 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 14면.

IV. 조직법상 원리

1. 독립성

일반적인 행정조직과 독립기관을 구별하는 가장 중요한 개념은 ‘독립’이다.⁶⁸⁾ 독립기관은 강력한 행정권에 직면하여 견제와 균형을 확보하기 위한 헌법적 도구로서, 공수처의 조직과 운영에 독립기관의 구성원리가 적용되어야 하는데 구체적으로는 직무수행에서의 독립성, 조직 인사에서의 독립성, 조직의 예산 및 재정에서의 독립성, 정치적 중립성 그리고 민주적 정당성의 원리 등이다.

독립행정기관에 관한 기존의 논의는 국가인권위원회 등 독립위원회가 중심이었고 공수처와 같은 형태는 애초에 검토 대상이 아니었다.⁶⁹⁾ 그리고 국가인권위원회는 국가인권기관의 인권침해사례에 대한 조사 및 권고기능을 수행할 때 국민에 대한 강제조사 권한까지 가지지는 않는다. 즉, 국가인권위원회는 기본권을 제한하는 권한이나 처분권을 가지고 있지 않다는 점에서 수사권과 기소권을 가지고 있는 공수처와 비교할 대상이 처음부터 아니라고 보인다.⁷⁰⁾

국가기관의 독립성은 두 가지 의미를 가질 수 있다.⁷¹⁾ 하나는 조직체계상 어디에도 속하지 않은 결과 피라미드 구조상 지휘감독을 할 상부가 존재하지 않기 때문에 직무수행상 아무런 지휘와 감독을 받지 않아서 독립적이고 자율적인 경우이다. 다른 하나는 조직체계상으로는 지휘·감독할 상부가 존재하지만 이는 형식적인 의미에 지나지 않고, 구체적인 직무수행상 지휘·감독을 차단함으로써 기능적으로 독립적이고 자율적인 경우이다.

공수처를 대통령 등 기존의 행정조직에서 독립된 형태로 설치한 것은 공수처로 하여금 행정부의 통제로부터 가능한 벗어나 독립적이고 중립적으로 그 과제를 완수하도록 하고, 정치적 환경의 변화에도 불구하고 조직적 지속성을 보장받도록 하기 위함이라는 헌법재판소의 결정은 설득력이 있으며, 독립성과 관련하여 공수

68) 조재현·김형섭, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰”, 한국부패학회보 제28권 제1호(2023), 171면.

69) 박준휘 등, “고위공직자범죄수사처에 관한 연구”, 248면.

70) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 185면.

71) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 185면.

처가 어느 행정부서에 속해야 한다는 주장은 권력분립을 지나치게 기계적으로 이해하는 태도로 보인다.⁷²⁾

2. 권력분립

제17대 대통령선거를 이틀 앞둔 2007. 12. 17. 국회 본회의에서 가결되어 같은 달 28. 법률 제8824호로 공포·시행된 ‘한나라당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률’에 관한 헌법소원⁷³⁾에서, 법무부장관은 검찰권의 법적 성질은 행정권인데, 이 사건 법률은 검찰권을 행정부로부터 박탈하여 국회에 귀속시키는 것이고, 소추기관인 특별검사의 임명을 위한 후보자 추천권을 대법원장에게 부여하고 있어 권력분립원칙에 위반된다는 의견을 이미 밝힌 바 있다.

그에 대하여 헌법재판소가 제시한 논거는 2020헌마264 결정에서도 언급되었기 때문에, 아래에서 내용을 살펴본다.

우리나라에 미국식 특별검사제도를 도입하는 것이 타당한지에 관하여 다음과 같은 찬반론이 꾸준히 이어져 왔다.

이를 찬성하는 논거는, ㉠ 현행 우리 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 제도적 견제장치로서 검찰의 미흡한 수사 및 불기소처분 등을 보정하기 위하여 필요하고, ㉡ 권력형 부정사건 및 정치적 성격이 강한 사건에서 대통령이나 정치권력으로부터 독립된 특별검사에 의하여 수사 및 공소유지가 되게 함으로써 법의 공정성 및 사법적 정의를 확보할 수 있으며, ㉢ 국민의 기본권 보장 및 권력남용 방지라는 차원에서 볼 때 권력분립원칙을 실질적으로 확보하는 것이라고 한다.

이에 반해 반대하는 논거는, ㉣ 특별검사제도는 검사의 신분과 정치적 중립성이 헌법과 법률에 의하여 보장되는 우리나라에 적합하지 않고, ㉤ 정략적 차원에

72) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 325면.

73) 헌법재판소 2008. 1. 10. 선고 2007헌마1468 전원재판부 결정.

서 특별검사제를 실시하여 정치적 여론재판이 지속될 경우 정치적 혼란이 가중되고 국정수행에 방해가 될 우려가 있으며, ㉔ 권력분립원칙이 훼손되고 특별검사의 무리한 수사로 국가기밀누설 및 인권침해의 우려가 있다는 것이다.

... 위에서 본 바와 같은 특별검사제도의 장단점 및 우리나라 특별검사제도의 연혁에 비추어 볼 때, 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 예외로서 특별검사제도를 인정할지 여부는 물론, 특정 사건에 대하여 특별검사에 의한 수사를 실시할 것인지 여부, 특별검사에 의한 수사대상을 어느 범위로 할 것인지는, 국민을 대표하는 국회가 검찰 기소독점주의의 적절성, 검찰권 행사의 통제 필요성, 특별검사제도의 장단점, 당해 사건에 대한 국민적 관심과 요구 등 제반 사정을 고려하여 결정할 문제로서, 그 판단에는 본질적으로 국회의 폭넓은 재량이 인정된다고 보아야 할 것이다(강조: 저자).

따라서 특별검사제도에 관한 국회의 결정이 명백히 자의적이거나 현저히 부당한 것으로 인정되지 않는 한 존중되어야 할 것인바, 앞에서 본 입법경위에 비추어 볼 때 국회가 여러 사정을 고려하여 이 사건 법률 제2조가 규정하고 있는 사안들에 대하여 특별검사에 의한 수사를 실시하도록 한 것이 명백히 자의적이거나 현저히 부당한 것이라고 단정하기 어렵다.

3. 권력분립원칙 위반 여부

(가) 헌법상 권력분립의 원칙이란 국가권력의 기계적 분립과 엄격한 절연을 의미하는 것이 아니라, 권력 상호간의 견제와 균형을 통한 국가권력의 통제를 의미하는 것이다. 따라서 특정한 국가기관을 구성함에 있어 입법부, 행정부, 사법부가 그 권한을 나누어 가지거나 기능적인 분담을 하는 것은 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라 권력분립의 원칙을 실현하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 원리에 따라 우리 헌법은 대통령이 국무총리, 대법원장, 헌법재판소장을 임명할 때에 국회의 동의를 얻도록 하고 있고(헌법 제86조 제1항, 제104조 제1항, 제111조 제4항), 헌법재판소와 중앙선거관리위원회의 구성에 대통령, 국회 및 대법원장이 공동으로 관여하도록 하고 있는 것이다(헌법 제111조 제3항, 제114조 제2항).

(나) 앞에서 본 바와 같이 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 기능(강조: 저자)에 비추어 볼 때, 특별검사제도의 도입 여부를 입법부가 독자적으로 결정하고, 특별검사 임명에 관한 권한을 헌법기관 간에 분산시키는 것이 권력분립의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(다) 한편 정치적 중립성을 엄격하게 지켜야 할 대법원장의 지위에 비추어 볼 때, 정치적 사건을 담당하게 될 특별검사의 임명에 대법원장을 관여시키는 것이 과연 바람직한 것인지에 대하여 논란이 있을 수 있으나, 그렇다고 국회의 이러한 정치적·정책적 판단이 헌법상 권력분립의 원칙에 어긋난다거나 입법재량의 범위에 속하지 않는다고는 할 수 없다.

특검제는 공수처와 문제의식을 함께 하며 특검제를 찬성하는 논거가 대부분 공수처의 옹호에도 원용될 수 있지만, 공수처와 특검제는 상시성 및 작동방식의 측면에서 분명한 차이가 있다.⁷⁴⁾ 그렇다고 해도 헌법재판소의 판단은 설득력이 있기 때문에, 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 예외로서 공수처를 인정할지 여부는 물론, 특정 사건에 대하여 공수처에 의한 수사와 기소를 실시할 것인지 여부, 수사와 기소 대상을 어느 범위로 할 것인지에 대하여 입법자에게 넓은 입법재량이 있다고 바꿀 수 있다.

74) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 247면.

제3절 공수처의 성격: 전문수사기구의 측면과 검찰개혁의 측면

I. 들어가며

공수처는 고위공직자 범죄의 수사과 기소를 담당하는 독립된 특별기관을 지칭한다.⁷⁵⁾ 이때의 독립성에 관하여 ‘어디에도 소속되지 않는 독립기구이며, 직무수행에 있어서도 어느 누구의 지휘·감독도 받지 않는 독립관청’이라는 평가⁷⁶⁾도 존재한다.

법률의 목적에 관한 공수처법 제1조는 ‘이 법은 고위공직자범죄수사처의 설치와 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다’하여 공수처의 제정목적이 무엇인가에 대하여 특별한 언급을 하고 있지 않다. 이 법을 제정한 이유는 ‘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’이라고 설명한다.⁷⁷⁾

그러나, 수사처를 설치한 이유는 고위공직자 등의 범죄를 척결하고 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성을 제고하기 위한 것이며, 다른 한편으로는 감사의 기소독점 남용을 견제하고 비대한 검찰권력의 분산과 통제를 위함이다.⁷⁸⁾ 이는 부패방지 및 수사를 목적으로 설치한 다양한 조직이 그 목표를 달성하지 못하였다는 반성에서 기인한다.

75) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 172면.

76) 이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 박영사, 2020, 42면.

77) 법제처 국가법령정보센터; 신동운, 간추린신형사소송법(14판), 법문사, 2023, 48면.

78) 이주원, 형사소송법(5판), 박영사, 2023, 33면.

II. 역사적 경험

1. 검찰 내부의 부패범죄 수사조직

가. 폐지된 대검찰청 중앙수사부

대검 중앙수사부의 시작은 1949년 12월 20일 제정된 검찰청법에서 찾을 수 있다. 1949년 제정 검찰청법은 중앙수사국을 대검찰청에 둔다고 규정하고 있었다.

제29조 대검찰청에 서기국과 중앙수사국을 둔다.

서기국은 기록의 작성, 보존, 서무에 관한 사무를 장리한다.

서기국에는 서무과와 사건과를 둔다.

중앙수사국은 범죄수사의 지도연구와 검찰총장이 중요하다고 인정하는 범죄의 수사를 장리한다.

중앙수사국에는 수사과, 사찰과와 특무과를 둔다. (하략)

그러나 중앙수사국은 설치되지 않고 있다가 미국 CIA처럼 기소권 없이 대공정보·사찰기관으로 기능을 총괄하는 기구로 재편하여 1961년 4월 9일에 출범하였다. 그러나 1961년 박정희 정권이 수립된 후 중앙정보부가 설치되자, 1962년에 개정된 검찰청법[법률 제1130호, 1962. 8. 20., 일부개정]은 검찰총장이 중요하다고 인정하여 지시하는 범죄수사를 하는 기구로서 대검에 수사국을 두도록 하였으며 대검 중앙수사부의 기원이 되었다.⁷⁹⁾ 1981년 4월 '중앙수사부'로 이름을 바꾼 뒤, 청와대나 검찰총장의 하명(下命) 사건 수사를 담당해왔다. 장영자·이철희 금융사기 사건, 명성사건, 5공 비리사건, 수서사건, 울곡사업 비리사건, 1995년 노태우 비자금 사건과 한보 사태, 김현철 비리 사건, 이용호 게이트 등 대형사건들을 맡아왔다. 중앙수사부는 그동안 권력층 부패 인사들의 범죄를 수사함으로써 '성역 없는 수사'의 대명사로 비유되기도 했지만, 한편으로는 표적수사 시비를 불

79) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 19면.

러일으키면서 '정치 검찰'이라는 비판을 받아왔다. 이 때문에 1990년대 후반부터 중수부 폐지에 대한 논의가 있었다. 2003년 2월 대검찰청에서 마련한 '검찰개혁 방안'에서도 대검 중수부의 2, 3과를 폐지하고 1과도 원칙적으로 수사지도기능만 수행하도록 해 중수부의 인지수사 기능을 사실상 폐지하기로 했으나 실제 시행으로 이어지지는 않았다. 2013년 박근혜 정부가 출범하면서 2013년 11월 대검찰청의 중앙수사부를 폐지하는 동시에 각급 검찰청의 부정부패수사에 대한 지휘·감독 등을 수행하기 위하여 대검찰청에 반부패부가 신설되었다.

제29조 ① 대검찰청에 총무과, 사무국, 수사국을 둔다.

④ 수사국은 수사지휘, 범죄수사의 지도와 통계 및 검찰총장이 중요하다고 인정하여 지시하는 범죄의 수사를 장리한다. (하략)

대검찰청 중앙수사부는 검찰총장의 직접 지휘를 받아 검찰의 핵심부서로 통하며 검찰권력의 상징으로 보여졌다. 1990년대 중반부터 대검 중수부의 폐지에 관한 논의가 나왔는데, 중수부가 고위공직자들의 부패비리사건에 대한 수사를 전담하였으므로 그 기능을 수행할 새로운 기관을 신설하자는 주장이 자연스럽게 맞물렸고 그 기관이 바로 공수처⁸⁰⁾라는 점에서 대검찰청 중앙수사부는 공수처와 연결해서 검토할 수 있다.

다른 한편으로 대검찰청 중앙수사부에 대한 기존의 논의는 공수처에 관해서도 적용할 수 있다고 생각한다. 공수처에 대한 비판 중 하나는 수사·기소유지를 제대로 하고 있지 못하다는 점이다. 그런데, 무죄율이 높다는 것은 수사·기소 기관의 성패를 판단하는 결정적인 근거가 되기는 어렵다는 점은 대검 중수부가 이미 보여주었다. 가령 법무부에 따르면, 대검 중수부가 2004~2008년 5년간 기소한 264명 가운데 28명이 1심에서 무죄를 받아 1심 무죄율은 10.6%에 이르렀는데 이는 검찰이 2008년 기소한 전체 형사사건 무죄율 0.31%의 34배에 달하였으며, 특히 이명박 정부 출범 첫해인 2008년에는 27.3%로 급증하였다. 같은 자료에 의하면 대검 중수부가 기소한 사건의 항소심과 상고심의 무죄율은 각각 32%와

80) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 2면.

67%로 높게 나타났다.⁸¹⁾

하지만, 이렇게 높은 무죄율을 기록하였기 때문에 대검 중수부 자체의 존재 근거가 없다거나 의심스럽다고 보는 견해는 중수부가 존재하던 시절에도 찾기 어려웠다. 그렇다면 이러한 생각은 공수처에 대해서 판단할 때에도 적용해야 할 것이다.

다른 한편으로 중수부의 폐지는 검찰이 직접수사를 축소하기 위한 자체적인 노력으로 평가할 수 있으나, 검찰이 특수부 등 또 다른 조직을 신설하거나 확충하여 대응할 수 있는 만큼 검찰직제의 개편만으로는 검찰의 직접수사를 통제하기 어렵다는 점⁸²⁾은 아래에서 살펴볼 중점검찰청 및 반부패수사부에서 잘 나타난다.

나. 반부패수사부 및 중점검찰청

부패범죄에 대한 검찰의 본격적인 대응은 1991년에 대검찰청에 ‘공직 및 사회지도층 비리 특별단속본부’를 설치하면서 시작되었다고 볼 수 있으며,⁸³⁾ 당시에는 지방검찰청 및 지청에도 특별수사부를 설치하여 운영하였다. 문민정부가 개혁과제 중 하나로 부정부패척결을 내세우면서 1993년에 기존의 특별단속본부를 ‘부정부패사범특별수사본부 및 특별수사부(반)’으로 전환하였고 국민의 정부 이후인 1999년에는 대검찰청 중앙수사부에 반부패특별수사본부를, 일선 청에 반부패특별수사부(반)을 설치하여 운영하였다. 대검찰청의 반부패부는 2018년 7월에 ‘반부패범죄와 강력범죄의 수사 및 지휘를 단일화하기 위하여 반부패부와 강력부의 기능을 통합하여 반부패·강력부’로 변경되었고 2023년 5월에 ‘마약·조직범죄, 금융·증권범죄 등 중요 범죄에 효율적이고 체계적으로 대응할 수 있도록 대검찰청 반부패·강력부를 반부패부와 마약·조직범죄부로 분리하면서 그 하부조직을 신설’하였다.

2019년의 법무부 주요업무 계획에 의하면, 검찰은 수사전문성 강화를 위해 분

81) 조성식, 대한민국 검찰을 말하다 1, 나남, 2010, 67면.

82) 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제 -”, 형사법연구 제32권 제2호(2020), 274면.

83) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패범죄 특별수사기관을 중심으로, 한국형사·법무정책연구원, 2022, 265면 이하.

야별 전문수사인력을 양성하고 지역특성과 전문분야를 감안한 중점검찰청을 지정·운영함으로써 형사부의 전문성을 강화하려고 하였다. 그런데 이미 당시 11개 청에서 중점검찰청을 운영하고 있는 상황이었으며, 이 제도는 담당 분야의 수사를 자신의 소속과 관할을 넘어 전국적으로 확장할 수 있는 장점이 있으며 이 제도를 통해 검찰은 과거 중수부 내지 특수부와 유사한 기능을 하면서도 보다 심화된 전문성을 갖추 수 있게 된다.⁸⁴⁾

중점검찰청에 대한 외국의 사례를 소개하는 논의⁸⁵⁾를 보아도, 대륙법계 국가인 독일의 중점검찰청, 오스트리아의 경제·부패범죄중점검찰청, 프랑스의 금융경제범죄 거점수사부와 금융검찰 등을 소개하는데, 영미법의 전통을 계승한 나라에서 독립적인 특별수사기구를 두는 것과 달리 검찰이 강력한 권한을 가지고 수사과 기소까지 담당한다는 점을 강조한다.

2. 특별검사제도 및 특별감찰관

가. 특별검사제도에 관한 개별법률과 상설특검법

(1) 특별검사에 관한 개별법

특별검사제는 김대중 정부에서 처음 도입되었다. 1999년 이종기 변호사 비리 사건, 검찰총장 부인의 ‘옷로비 의혹’, 대검찰청 공안부장의 조폐공사 파업유도 발언 등의 사건이 계속 발생하면서 검찰에 대한 불신이 커져 갔다.⁸⁶⁾ 당시 야당이었던 한나라당은 옷로비 사건과 조폐공사 파업유도발언 사건에 대한 검찰 수사를 거부하면서 특별검사제 도입을 강하게 주장하였고, 정권에 타격을 주는 권력형 비리라는 점에서 여당이었던 새정치국민회의는 이를 반대하였다. 수사의 범위

84) 오병두, “문재인 정부 검찰개혁에 대한 평가”, 민주법학 제76호(2021), 91면.

85) 김혁돈, “경제·부패범죄에 대한 대륙법계 국가의 특별수사기구와 시사점”, 형사소송 이론과 실무 제9권 제2호(2017), 56면.

86) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 130면.

와 대상을 놓고 여야가 토론을 거쳤고, 결국 검찰조직에 속하지 않은 법조인에게 수사권과 기소권을 부여하는 특별검사제도가 최초로 도입되었다.

(2) 상설특검법

특별검사제도의 도입방식은 특별검사를 임명할 때마다 특별법을 제정하는 방식(개별특검), 특별검사의 임명요건과 절차를 법률에 정해두고 특정 사건에 대해 법률의 절차에 따라 임명하는 방식(제도 특검), 특별검사의 임기를 정하여 임명하고 상시적 기구로 그 직무를 수행하는 방식(기구 특검)으로 구별된다. 위에서 설명한 특검은 개별특검이며, 기구 특검은 상설특검이라고도 한다.

기본관점 및 목표에서 공수처는 상설특검제와 비교되었는데, 상설특검제와의 관계에서 공수처는 독자성을 확보하면서도 서로 긴밀히 연결되고 대체가능한 대안으로 인식되었다.⁸⁷⁾

상설특검법에 대한 입법안이 제출된 과정에서도 이를 확인할 수 있다. 제13대 국회와 제14대 국회에서 상설특검제 법안이 제출된 배경에는 5·18 광주 민주화 운동 탄압과 12·12 군사반란, 5공비리와 6공비리로 지칭되는 권력형 비리, 정경유착 사건에 대한 진상규명과 책임자 처벌 문제가 있었으며, 특별검사제와 별도의 상설특별사정기구를 설치하자는 내용의 법안은 제16대 국회에서 처음으로 등장하였다.⁸⁸⁾

「특별검사의 임명 등에 관한 법률」은 2014년 3월 19일에 제정되어 같은 해 6월 19일부터 시행되었다. 이 법은 개별법률의 제정을 통해 작동하였던 특별검사제도를 단일법률로 명문화한 것으로, 특별검사제를 운용하면서 표출되었던 수사 대상이나 추천권자와 관련된 국회의 대립, 특별검사의 수사결과에 대한 불신 등 특별검사제도의 단점을 보완하기 위한 목적으로 제정되었다.⁸⁹⁾ 이 법은 정치적 중립과 직무의 독립성을 명문화하고(제6조), 탄핵 또는 금고 이상의 형이 선고된

87) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 220면.

88) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 223면.

89) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패범죄 특별수사기관을 중심으로, 2022, 275면.

이외의 파면불가(제16조), 직무방해행위에 대한 벌칙규정(제22조), 수사결과를 대통령과 국회에 보고하는 규정(제12조) 등을 통해 기존의 수사기관보다 수사의 공정성과 독립성을 강화하려고 하였다.

하지만 이 법률을 제정할 당시 국회에서 검찰개혁안을 논의하면서, 여당은 정치적 의혹이 있는 사건이 발생할 경우에 한하여 특별검사를 임명해 수사하도록 하는 형태의 제도특검을 주장한 반면, 야당은 임기가 보장되는 특별검사를 평소에 임명해두고 별도의 조직과 인력을 갖춘 수사팀을 두어 사안이 발생하면 언제든지 수사에 착수하는 기구특검을 주장하였는데 결국 제도특검의 형태로 법률이 제정되었다.⁹⁰⁾ 즉, 이 법률에 의한 특검제도도 인적, 물적 재원을 갖춘 조직화된 상설기구가 아니라는 점에서는 기존의 특검제도와 다르지 않았다는 한계가 있었다.⁹¹⁾ 그리고 상설특검법이 제정된 이후, 백남기 사망사건, 강원랜드 채용비리 사건, 검찰청 내 성추문 사건과 관련하여 특별검사에게 수사를 요구하는 안이 발의되었으나 모두 국회를 통과하지 못하였으며 오히려 개별 특검법을 새로 제정하여 수사의 공정성을 확보하려는 시도가 많았다.⁹²⁾ 상설특검법이 활용된 사례인 세월호 참사 증거자료의 조작의혹에 대한 수사에서도, 특별검사는 해군·해양경찰의 세월호 DVR 저장장치 수거과정 조작, 세월호 CCTV 데이터 조작, DVR 관련 청와대 등 정부대응과 관련된 의혹 모두를 증거불충분을 이유로 불기소결정하였다.

결국 상설특검법의 효과를 찾으려면, 개별특검법을 제정하면서 수사대상의 범위, 수사인력, 추천권자 등 구체적인 내용을 정하는데 오랜 시간이 소요되었음에 반하여 상설특검법 제정 이후로는 일정한 요건이 충족되면 절차에 따라 특별검사를 임명할 수 있게 되었다는 점⁹³⁾에 한정할 수 있을 것이다.

나. 특별감찰관법

90) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 254면.

91) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위험성 극복 방안”, 173면.

92) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패범죄 특별수사기관을 중심으로, 275면.

93) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패범죄 특별수사기관을 중심으로, 278면.

특별감찰관법은 대통령의 친인척 등 대통령과 특수한 관계에 있는 사람의 비위행위에 대한 감찰을 담당하는 특별감찰관의 임명과 직무 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정되었다(제1조).

이 법에서의 비위행위는 1. 실명(實名)이 아닌 명의로 계약을 하거나 알선·중개하는 등으로 개입하는 행위, 2. 공기업이나 공직 유관 단체와 수의계약하거나 알선·중개하는 등으로 개입하는 행위, 3. 인사 관련 등 부정한 청탁을 하는 행위, 4. 부당하게 금품·향응을 주고 받는 행위, 5. 공금을 횡령·유용하는 행위이다(제2조). 특별감찰관은 대통령의 배우자 및 4촌 이내 친족, 대통령비서실의 수석비서관 이상의 공무원의 비위행위를 조사하는 방법으로 감찰을 행하며(제6조 제1항), 감찰의 개시와 종료 즉시 그 결과를 대통령에게 보고한다(제3조 제2항).

특별감찰관은 대통령 소속으로 하되 직무에 관하여는 독립의 지위를 가지며(제3조 제1항) 이 법률은 임명과 신분보장에 대한 여러 규정을 두고 있다(제7조~제15조). 특별감찰관의 임기는 3년으로 하고, 중임할 수 없다(제8조).

특별감찰관의 권한 중 관계기관의 협조는 중요하다. 동법 제16조에 따르면 특별감찰관은 감찰대상자의 비위행위 여부를 확인하기 위하여 필요한 경우 국가 또는 지방자치단체, 그 밖의 공공기관의 장에게 협조와 지원을 요청할 수 있고, 필요한 자료 등의 제출이나 사실 조회를 요구할 수 있다. 또한 특별감찰관은 감찰에 필요하면 감찰대상자에게 출석·답변의 요구(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따른 정보통신망을 이용한 요구를 포함한다. 이하 같다) 증명서, 소명서, 그 밖의 관계 문서 및 장부, 물품 등의 제출 요구의 조치를 할 수 있다. 감찰대상자 이외의 자에 대하여 자료의 제출이나 출석·답변을 요구할 수 있다. 특별감찰관은 감찰 결과 감찰대상자의 행위가 다음 각 호에 해당하는 경우 다음 각 호와 같은 조치를 하여야 한다.

1. 범죄혐의가 명백하여 형사처벌이 필요하다고 인정한 때: 검찰총장에게 고발
2. 범죄행위에 해당한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 도주 또는 증거인멸 등을 방지하거나 증거확보를 위하여 필요하다고 인정한 때: 검찰총장에게 수사의뢰

특별감찰관법 제20조(불기소처분에 대한 불복)에 따르면 특별감찰관이 고발한 사건 중 처분이 이루어지지 아니하고 90일이 경과하거나 불기소처분이 이루어진 경우 검찰청법 제10조에 따라 항고를 제기할 수 있다.

특별검사를 발동하는 주체가 국회와 법무부장관으로 한정되어 특별감찰관이 배제되어 있음을 지적하는 견해⁹⁴⁾도 있다. 그런데, 이 법이 정한 특별감찰관의 직무 범위는 공수처의 수사 범위에는 훨씬 미치지 못하는데, 대통령 친인척을 비롯해 고위공직자들 가운데 일부만을 특수관계인으로 별도로 규정하여 특별감찰관의 업무 범위로 규정하였다. 즉, 공수처법에 의하면 대통령과 대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원 소속의 3급 이상 공무원은 고위공직자에 해당하고 고위공직자와 그 가족(배우자와 직계존비속, 다만 대통령의 경우에는 배우자와 4촌 이내의 친족)이 재직 중 범한 범죄는 고위공직자범죄로 공수처의 수사대상이 되므로, 특별감찰관의 업무 범위는 고위공직자범죄가 아닌 범죄 및 고위공직자범죄 중 아직 수사 대상이 아닌 경우로 한정된다. 특히 특별감찰관은 수사나 기소가 아니라 감찰 목적의 조사권만 갖는데, 이때의 감찰이란 수사 단계에 이르지 못하는 경우이므로 내부징계를 위한 조사라고 이해해야 할 것이다. 결국 특별감찰관은 조사 권한은 있으나 수사 권한은 없는 상황에서 특별감찰관 개인의 공정과 역량에만 기대하는 구조적 한계를 지니고 있다.

Ⅲ. 공수처의 성격

1. 부패방지전문기구로서의 공수처

가. 부패방지의 필요성

2008년 국회의 비준 동의를 얻어 발효된 UN의 부패방지협약(United Nations Convention against Corruption)은 부패가 민주주의 제도와 가치를 훼손하고

94) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위험성 극복 방안”, 193면.

지속 가능한 발전과 법의 지배를 위태롭게 하며, 시장을 왜곡하고 삶의 질을 낮추며 조직범죄와 경제범죄에도 연관된다고 밝히고, 부패 방지와 근절이 모든 국가의 책임이라고 선언하고 있다. 공직사회의 부패는 법의 지배와 경제 질서를 왜곡하여 민주주의를 훼손하고, 경제발전을 늦추는 등 사회 전체에 부정적 영향을 미친다.⁹⁵⁾

2018년도 국가별부패인식지수(CPI)에 따르면 우리는 100점 만점에 57점으로 조사대상국 180개국 중 45위로 전년보다는 상승하였지만, OECD 36개국 중 30위로 최하위권에 머물고 있으며 OECD 평균인 68.1점과의 차이도 크다. 이는 우리나라의 부패통제기구가 현재 효과적으로 작동하고 있지 못하는 현실을 반영하고 있다고 보인다.⁹⁶⁾ 2022년 부패인식지수의 경우에도 63점으로 조사대상국 180개국 중 31위로 높은 상승을 하였다. OECD회원국 38개국 중 22위로 점진적 상승을 보이고 있지만 경제규모나 국제적 지위에 비하여는 여전히 낮은 편이라고 평가할 수 있다.

[표 2] 우리나라 부패인식지수(CPI) 연도별 변동 추이

단위: 점, 국가수, 순위

		2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
CPI	점수	55.0	55.0	54.0	53.0	54.0	57.0	59.0	61.0	62.0	63.0
	조사대상국	177	175	168	176	180	180	180	180	180	180
	순위	46	44	43	52	51	45	39	33	32	31
OECD	회원국	34	34	34	35	35	36	36	37	38	38
	순위	27	27	28	29	29	30	27	23	22	22

출처: 국제투명성기구(TI) 「부패인식지수(CPI)」

주석: 12년부터 100점 만점으로 CPI 발표(이전 연도까지는 10점 만점)

특히 형사사법과 관련된 공무원의 부패는 사법에 대한 국민의 신뢰를 심각하게 저해할 수 있다.⁹⁷⁾ 그러므로 그에 대한 철저한 수사과 기소, 처벌이 필요함에 반

95) 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 전원재판부 결정.

96) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 151면.

97) 2018년 4월 7일 제62회 신문의 날을 맞아 언론 신뢰도에 대한 시민 인식 조사결과를 발

하여 실제상황은 그러한 기대를 충족시키지 못하였다고 보인다. 2010년부터 2019년의 10년 동안 검찰 및 경찰에 소속된 공무원의 직무관련 공무원범죄(직무유기, 직권남용, 수뢰)의 발생인원 대비 기소인원을 비교한 표는 다음과 같다.

[표 3] 검찰공무원 및 경찰공무원의 직무관련 공무원범죄 발생 및 기소인원⁹⁸⁾

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
법무부	45	66	61	67	81	50	67	56	85	73
기소 (기소율)	2 (4.4)	2 (3.0)	8 (13.1)	3 (4.4)	0 (0)	1 (2.0)	4 (5.9)	2 (3.5)	1 (1.1)	3 (4.1)
검찰청	1	7	11	14	9	1	3	7	13	5
기소 (기소율)	0 (0)	2 (28.5)	8 (72.7)	3 (21.4)	0 (0)	0 (0)	1 (33.3)	1 (14.2)	0 (0)	0 (0)
경찰청	227	230	233	354	361	384	446	398	485	504
기소 (기소율)	14 (6.1)	41 (17.8)	64 (27.4)	28 (7.9)	23 (6.3)	27 (7.0)	22 (4.9)	35 (8.7)	22 (4.5)	37 (7.3)
전체 공무원 범죄	2,176	1,574	1,771	1,763	1,442	1,567	1,375	1,575	1,518	1,672
기소 (기소율)	231 (10.6)	251 (15.9)	261 (14.7)	174 (9.8)	128 (8.8)	213 (13.5)	189 (13.7)	215 (13.6)	166 (10.9)	141 (8.4)

10년간의 평균 기소율을 비교하면 전체 공무원범죄가 11.9%, 검찰청은 9.7%,

표한 한국언론진흥재단 미디어연구센터에 따르면, 전국 성인남녀 1천50명을 조사한 결과 우리나라 전반에 대한 신뢰율은 32.3%로 저신뢰 사회에 속하며, 법조계에 대한 신뢰율 역시 낮는데 법조계를 신뢰한다고 응답한 사람은 34%에 불과하여 교육계, 공직계, 종교계, 언론계에 이어 다섯 번째에 해당하는 수치였고, 법조계보다 신뢰를 얻지 못한 부문은 경제계, 정치계뿐이다. 법조신문 2018. 4. 9. “법조계에 대한 국민 신뢰율 34%에 그쳐”

(<https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=17957>)

98) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 32면.

검찰청은 17.0%, 법무부는 4.1%이다. 검찰청은 입건인원이 10년 동안 71명이며 기소인원은 15명에 불과하다. 검찰청을 제외한 법집행기관의 기소율이 전체 공무원범죄의 기소율보다 낮으며, 검찰청의 경우에는 입건 인원 자체가 매우 적다.⁹⁹⁾

그리고 법무부와 검찰청 모두 입건되었으나 한 명도 기소되지 않은 해도 많이 발견할 수 있다. 이러한 상황은 법무부와 검찰청 소속 공무원이 범죄수사의 대상이 될만한 행위를 거의 하지 않으며, 혹시 입건된다고 하더라도 그 행위가 경미하여 기소될 정도가 아니라는 두 요건이 동시에 충족되어야만 발생할 수 있다. 이러한 통계는 이해하기 어렵다.¹⁰⁰⁾

나. 부패방지를 위한 외국의 제도

OECD 내의 반부패범죄 수사기관의 제도 및 운영을 비교해 보면,¹⁰¹⁾ 첫째로 수사권과 기소권이 결합된 형태가 비교적 다수이며 오히려 수사권 또는 기소권만 가진 기관은 찾기 힘들며, 기관의 설립목적이나 경위를 보아도 부패방지의 전문성과 효율성을 위해서 다른 기관과의 협조 아래 수사과 기소를 동시에 진행하는 사례도 여럿 있다. 둘째, 기관의 소속이 무엇이든지 부패범죄를 조사하는 등 권한을 행사할 때 상위기관을 통한 외부기관으로부터의 독립성이 보장된다. 독립성을 확보하는 방법은 기관장의 임기 보장, 특정한 사건에 대한 개입을 법률로 미리 차단하는 방식, 독립해 사건을 조사한다는 규정을 입법하는 방식 등 다양하다. 셋째, 기관 사이의 부패행위를 방지하고 상호 간의 견제를 위해서 반부패기관이 설치된 사례도 발견할 수 있다. 예를 들어 검찰 산하에 수사기관을 두면서 경찰의 부패행위 또는 위법행위에 대한 감시를 목적으로 하는 경우이다. 넷째, 인적 대상, 즉 판사, 경찰, 검찰 등 법집행기관 공무원을 포함한 고위공무원을 대상으로 하거나 물적 대상, 즉 대상 사건에 대한 제한을 두는 경우가 다수이다.

99) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 32면.

100) 이영진, “‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’합헌 결정에 대한 고찰 -헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264,681(병합) 전원재판부 결정-”, 연세 공공거버넌스와 법 제13권 제2호(2022), 62면.

101) 아래의 설명은 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 211면.

특히, 영국의 중대범죄수사청(SFO: Serious Fraud Office)은 공수처와 직무 범위나 설립 취지에서 공통된 부분이 많다.¹⁰²⁾ 공수처는 고위공직자범죄를 다루는 반면에, SFO는 복잡한 사기 및 뇌물·부정부패사건 등 중대범죄를 다루고 있어 SFO가 보다 광범위한 직무권한이 있다고 보이지만 실제로는 주로 뇌물 및 부정부패사건에 치중하고 있어 연평균 처리하는 사건은 10여 건에 지나지 않는다. SFO도 수사권과 기소권을 모두 가지고 있지만 내부적으로 수사권은 경찰이, 기소권은 검사가 행사함으로써 수사와 기소를 분리하고 있다는 점도 공수처와 유사하다.

2. 비대화된 검찰권력의 분산방안으로서의 공수처

공수처에 관한 논의와 입법과정에서 볼 수 있듯이 공수처 도입과정에서의 주된 목적 중 하나는 비대화된 검찰권력에 대한 분산과 견제였다. 2017년의 법무·검찰 개혁위원회의 논의과정에서는, 고위공직자범죄‘수사처’에서 ‘수사처’부분을 다른 용어로 변경하면 ‘공수처’라는 용어를 그 약칭으로 사용하기 어렵다는 이유로, 공수처가 수사권만을 가진 수사기구가 아님에도 불구하고, 정식 명칭의 마지막이 ‘수사처’로 끝나도록 하였으며, 검찰권 견제를 위해 공소권도 있어야 한다는 합의가 국민들 사이에 광범위하게 퍼져 있었기 때문에 마지막 단어가 ‘수사처’로 끝나더라도 혼란을 야기할 것으로 보지는 않았다고 한다.¹⁰³⁾

그러나, 공수처는 그 명칭에서 보듯이 기본적으로 수사기구이며 특정한 일부 고위공직자에 대해서 예외적으로 공소권까지 있다고 이해하여야 할 것이다.¹⁰⁴⁾ 공수처는 부패방지형 모델을 위주로 하면서 검찰분권형 모델을 가미하였고, 제한적 기소권을 보유한 결과로 경찰 입장에서는 기소권을 일부 가진 사법경찰기구이고, 검찰 입장에서 보면 일종의 경찰이면서 특별한 사안에 관하여 기소권을 가진 조직이 되었다.¹⁰⁵⁾

102) 서보학, “검찰개혁 완성을 위한 완전한 수사·기소 분리 방안 - 중대범죄 전담 특별수사기구 설치의 의미와 핵심 개요를 중심으로 -”, 법학논총 제34권 제2호(2021), 98면.

103) 이윤제, “국민의 공수처 vs 검찰의 공수처”, 187면.

104) 이주원, 형사소송법, 35면.

105) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 143

IV. 소결

공수처 설립과정에서는 고위공직자에 대한 비리 수사와 기소를 감당하는 독립 조사기구 설치론, 특별검사제도 도입론과 실제로 특별검사를 시행한 경험에 기초한 사안별 특검 한계론, 그리고 검찰권의 분산을 통한 견제와 균형을 강조하는 검찰개혁론이라는 세 가지 주장이 함께 논의되었다. 공수처의 제도 설계방향으로 부패방지형 모델/검찰분권형 모델, 특별검사 모델/검찰특수부 모델 등이 논의되었으나 공수처법은 부패방지형 모델을 위주로 하면서 검찰분권형 모델을 가미하였고, 독립적 행정기관으로 공수처를 설계하였다.

오랫동안의 논의를 거쳐 어렵게 공수처법이 제정된 이후에도 공수처의 성격에 대한 논쟁은 끊이지 않았으나, 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 전원재판부 결정에 의해 공수처는 위헌론을 극복하고 독립수사기관으로서의 법적 위상을 확립하였다. 특히 이 결정은 여러 쟁점 중 공수처 검사에게 영장청구권이 있는지와 관련하여 ‘임무와 조직의 분리’라는 관점을 제시하였다. 임무와 조직의 분리 관점이 기본적으로 타당함은 별론으로 하고, 헌법재판소의 결정 이후에도 공수처 검사의 본질과 임무영역이 무엇인지의 문제는 완전히 해결되지 않았다.

공수처의 역할 또는 입법모델에 대하여 부패척결형 모델과 검찰분권형 모델로 구분하여 논의하였다. 부패방지기구로서의 공수처의 역할은 부패범죄방지를 위한 반부패특별기구로서 부패범죄에 대한 수사권한 부여, 기소 및 공소유지에 중점을 두고 논의된다. 이에 대하여 검찰권 분점으로서 공수처의 역할은 검찰개혁과 연계되어 있다. 형사사법 영역에서 검찰로 권력이 과도하게 집중하는 것에 대한 문제의식과 검찰조직 내부의 위계화와 관료화가 정치검찰과 부패한 검찰을 초래한다는 인식으로 검찰개혁의 방향은 ‘단일의 독점된 검찰권력을 분산시키는 것’이었다. 공수처의 출범과정에 주된 근거로 설정된 방향 중 하나다.

현행 공수처법은 부패척결형 모델을 기본으로 하면서, 부가적으로 검찰분권형 모델을 가미하였다. 공수처법은 공수처를 고위공직자등의 부패방지를 위한 특별

수사기구로 보면서 예외적으로 검찰의 기소가 부적절·부적당하다고 볼 수 있는 판사, 검사, 경무관급 이상 경찰에 대하여 기소권을 부여하였다.

부패척결형 모델과 검찰분권형 모델의 논의방향과 그 범위는 달라질 수 있다. 부패척결형은 공직부패에 대한 처벌을 최우선의 목적으로 삼기 때문에, 부패범죄를 범한 공직자의 범위에 중점을 두게 되며, 공수처의 수사범위를 ‘부패범죄’로 한정하되 부패범죄와 ‘관련’된 범죄의 수사로 영역을 좀 더 확대하여 인정한다. 검찰분권형은 과도한 검찰의 형사사법에 관한 권한을 일부 분산하여 별도의 수사기구로 만들어 검찰과 경쟁하는 구도를 만드는 것이다. 이 모델은 고위공직자 등 인적 대상보다는 개개의 범죄유형에 더 주목하며 사물관할도 ‘부패범죄’에 한정하지 않고 국가의 공적 기능을 침해하는 ‘직무범죄’로 그 범위를 넓히게 된다.

공직부패에 대한 처벌을 최우선의 목적으로 삼기 때문에, 부패범죄를 범한 공직자의 범위에 중점을 두게 되며, 공수처의 수사범위를 ‘부패범죄’로 한정하되 부패범죄와 ‘관련’된 범죄의 수사로 영역을 좀 더 확대하여 인정한다. 현행 형사사법체계 내에서 공수처의 발전 방향을 크게 2가지로 나누어 분석할 필요가 있다. 공수처에 부여된 임무가 부패척결과 검찰개혁의 두 목표를 균등하게 고려될 수 있는지, 아니면 하나의 방향만을 설정하여 공수처의 정체성을 수립할 것인지에 대하여 연구할 필요가 있다.

1. 수사와 기소의 분리 원칙을 유지하면서 검찰권을 분산하는 특수검찰기구로 발전
2. 특별수사기관으로서의 지위를 강조하면서도 공직부패범죄 등 특정 분야의 전문수사기구로 발전

공수처의 발전 방향을 검찰권을 분산하는 ‘특수검찰기구’로 설정한다면 수사와 기소의 분리라는 대원칙에 대한 예외사유나 조건을 검토함이 없이 검찰과의 권한 배분의 문제에 집중하는 모델로 구성할 수 있다. 공수처의 발전 방향을 반부패범죄 분야의 ‘전문수사기구’로 설정한다면 수사와 기소 분리 원칙에 대한 예외로서 수사와 기소가 일치되어야 할 필요성에 대한 입증이 요구된다. 공직자의 부패범

죄에 대한 전속권 관할권 또는 우선적 관할권을 인정함과 동시에 합리적 권한 통제방안이 함께 도입을 모색할 필요가 있다. 이하에서는 양 모델을 구분하여 해당 논의를 전개한다.

제3장 특별검찰기관으로서 공수처

제1절 검찰로서의 공수처

I. 검찰제도에 대한 검토

1. 소송구조론과 검사의 지위

규문주의에서 탄핵주의로 형사소송이 이행되면서 국가의 심판기능 중 소추기능을 분리하고 피고인의 소송주체성이 보장됨으로써 공판절차에서 피고인에 대하여 공소를 누가 유지할 것인지의 문제가 제기되었다. 근대 이후 문명절차의 국가는 대륙법계와 영미법계를 불문하고 모두 탄핵주의를 따르고 있으며 불고불리원칙을 유지하고 있다.¹⁰⁶⁾

탄핵주의란 소추자와 심판자를 분리하는 원칙으로서 탄핵주의 형사절차에서는 소추자, 피고인, 심판자라는 세 주체가 등장하게 된다. 프랑스 대혁명 이후 프랑스에서는 탄핵주의에 의해 검찰제도가 도입되었고, 수사절차와 공판절차가 분리되었다. 검사가 등장함에 따라 수사와 공소제기를 담당하는 국가기관과 공소제기된 피고사건의 심리를 담당하는 국가기관이 분리되었고, 심판자는 최초의 범죄혐의를 확인하기 위해 무리한 조사를 할 필요가 없게 되었다. 프랑스에서 유래한 검찰제도는 독일과 일본을 거쳐 우리나라에 도입되었다.¹⁰⁷⁾

탄핵주의를 따를 때 검사가 피고인의 상대방으로서 소추기관의 위치를 차지하는 것은 보편적인 국제기준이라고 보인다. 다만, 각국의 시대와 상황에 따라 검사가 수사 및 기소에 얼마나 관여하는 정도에 대한 차이는 존재하는데, 이는 직권주의와 당사자주의 중 어느 한쪽을 따랐을 때의 필연적인 결론이 아니라 각국에서 검찰 제도를 실제로 어떻게 운영하는지와 관련된다.¹⁰⁸⁾

106) 배종대·홍영기, 형사소송법(3판), 홍문사, 2022, 23면.

107) 신동운, 간추린 신형사소송법(14판), 법문사, 2023, 30면.

108) 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색결과보고서(III), 2004, 98면.

탄핵주의는 탄핵 주체에 따라 국가기관이 소추하는 국가소추주의, 피해자가 직접 소추하는 피해자소추주의, 일반 시민이 소추하는 공중소추주의 등이 있으며 후자의 두 가지를 일컬어 사인소추주의라고 한다. 그러므로 국가소추주의는 사인소추주의에 대립하는 개념이지, 국가소추주의가 검사소추주의와 동일한 의미로서 이때의 검사는 검찰청법에서 말하는 검사만을 의미한다고 볼 수는 없다고 생각한다.¹⁰⁹⁾ 이는 우리 입법자가 친고죄와 반의사불벌죄를 인정하여 간접적으로 국가소추주의의 경직성에 대처하였다는 점¹¹⁰⁾ 이외에는 가령 재정신청에 의하여 법원이 공소제기결정을 하는 경우에도 검사가 기소하는 원칙을 유지하고 있다는 점이 보여주듯이 기본적으로 국가소추주의의 입장에 서 있다고 하더라도 달라지지 않는다. 형사소송법 제246조가 ‘국가소추주의’라는 제목으로 ‘공소는 검사가 제기하여 수행한다’라고 규정하고 있기 때문에 국가=검사라고 주장할 수도 있겠으나, 공수처법이 제정되어 시행되기 이전에도 경찰서장에게 즉결심판을 청구할 수 있게 하였고(즉결심판법 제3조 제1항), 공수처의 등장으로 인해 검찰청 검사의 기소독점주의는 깨졌다고 할 것이다. 사실 공수처에 관한 헌법재판소 결정이 지적하고 있듯이 공수처 도입 이전에도 특검과 군검사는 법률에 의하여 수사권과 기소권을 행사하였다.

2. 검사의 임무 및 지위의 다양성

가. 비교법적 검토

2019년 수사권조정 이전 당시 각국의 검찰이 수사와 기소에 대해 가지고 있는 권한을 표로 나타내면 다음과 같다.

109) 같은 생각으로 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사 절차를 중심으로-, 124면.

110) 신동운, 간추린 신형사소송법, 317면.

[표 4] 각국의 검찰이 수사와 기소에 대해 가지고 있는 권한¹¹¹⁾

구분	한국	프랑스	독일	일본	미국	영국
수사권	○	○	○	○	○	△
수사지휘권	○	△	○	△	×	×
영장청구권	○	○	○	○	○	○
자체수사력	○	×	×	○	×	×
수사종결권	○	△	○	△	×	×
기소독점 주의	○	×	○	○	×	×
기소편의 주의	○	○	×	○	○	○
공소취소권	○	×	×	○	○	○

비교 요소로 삼은 수사권, 수사지휘권, 영장청구권, 자체수사력, 수사종결권, 기소독점주의와 기소편의주의, 공소취소권을 우리나라의 검찰은 모두 가지고 있었다. 그리고 비교대상인 국가의 검찰이 공통적으로 가지고 있는 권한은 영장청구권이라는 점은 흥미롭다.

유럽평의회 각료위원회는 2000년 10월 6일에 채택한 ‘형사사법제도에서의 검찰의 역할’이라는 제목의 권고에서 ‘인권과 기본적 권리보호를 위한 협약상의 원칙을 보호하면서도 국내 형사사법제도의 효율성과 아울러 형사사법 분야 국제협력을 증진시켜야 함을 고려하고, 검찰이 형사사법제도와 형사사법 분야 국제협력에서 핵심역할을 수행함을 인식하고, 이를 위하여 회원국의 검찰과 관련하여 공통의 원칙을 정의하는 것이 장려되어야 함을 확인’하면서 아래의 원칙을 형사사법제도에서의 검찰의 역할과 관련한 입법과 실무에서 기초로 삼을 것을 권고하였다.¹¹²⁾

111) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 68면.

112) 김종구 등, 검찰제도론, 법문사, 2011, 739면.

검사의 기능

‘검사’는 사회를 대신해 공공의 이익을 위하여 법 위반행위에 대해, 개인의 권리와 형사사법제도의 필연적인 효율성을 모두 고려하여 형사상 제재를 보장하는 공공의 기관이다.

모든 형사사법제도에서, 검사는

- 소추를 시작 또는 계속할 것인지 여부를 결정하고
- 법원에 대한 소추를 지휘하고
- 전부 또는 일부의 법원 결정과 관련된 항소를 하거나 항소를 하도록 지휘한다.

3. 일부 형사사법제도에서, 검사는 또한

- 지방과 지역의 환경에 적합한 적절한 국내 형사정책을 이행하고,
- 수사를 지휘, 지시, 감독하고
- 피해자가 효과적으로 조력을 받을 수 있도록 보장하고,
- 대체적 소추 여부를 결정하고,
- 법원 결정의 집행을 감독한다.

이 권고는 검찰의 역할, 검사의 직무 수행을 위해 제공되어야 할 보호수단, 검찰과 행정부·입법부와 관계, 검사와 법관의 관계, 검사와 경찰의 관계, 개인을 위한 검사의 의무, 국제적 협력 등과 관련하여 입법과 실무가 기초해야 할 원칙들을 제시하는데, 이 권고에서 검사의 기능으로 열거하고 있는 모든 업무를 형사소송법이 개정되기 이전의 우리나라 검찰은 수행하고 있었다. 즉, 검사가 기소 및 기소의 유지여부를 결정하고 법원의 상대방으로서 기소를 지휘하며 항소 여부에 대한 결정을 하여 항소를 수행하는 것은 모든 형사사법제도에서 공통된 현상이며 우리나라의 검찰도 마찬가지이다. 나아가 수사를 지휘, 지시, 감독하며 피해자보호를 위한 조치를 취하며 국내 형사정책을 이행하고,¹¹³⁾ 형의 집행을 감독하는 것도 검사의 업무로서 과거 우리나라의 검찰은 일부 형사사법제도에서 검찰의 기능도 모두 수행하였다.

113) 검사동일체의 원칙이라는 표현이 검찰청법에서 사라졌음에도 불구하고, 전국적으로 통일된 형사정책을 수립하고 형사사건의 처리에서 지역적 불균형을 시정할 필요가 있음은 여전히 검사동일체원칙이 검찰조직에서 요청되는 이유로 제시된다. 신동운, 간추린신형사소송법, 33면.

나. 시사점

검찰 내에 반부패 전담 조직을 두는 것이 국제적 표준이라고 주장하기 위해서는 먼저 우리의 검찰이 국제적 표준에 맞는지 성찰해야 한다는 지적¹¹⁴⁾은 검찰제도 및 검사의 임무에 대한 비교법적 검토를 할 때에 유용한 출발점이 될 수 있을 것으로 보인다.

다음으로, 국가소추주의에서의 소추가 공소제기에 한정되는 것이 아니라 수사부터 공소제기, 공소유지 및 판결선고까지의 전체 형사절차를 의미하며 수사절차를 이끌어가는 것이 소추에 포함되기 때문에 검사가 수사에 관한 권한을 갖는 것이 당연하다는 설명¹¹⁵⁾은 비교법적 검토의 결과와 일치한다고 보기 어렵다. 만약 이것이 소추에 대한 보편적인 설명이라고 가정하면 대부분의 외국의 검사는 소추기능을 온전하게 행사하지 못하고 그 일부만을 행사하고 있다고 해야 한다. 이러한 설명은 형사소송법의 법문의 표현과도 맞지 않으며 수사권 조정 이후 검사의 수사주재자 지위가 인정되지 않는 상황과도 어긋난다. 즉, 수사의 지휘가 효율적인 기소를 위해 필요하다는 점과 무관하게 소추라는 개념은 유럽평의회 각료위원회의 권고와 같은 범위를 갖는다고 이해해야 할 것이다. 헌법재판소 결정은 수사와 공소제기 및 그 유지는 형사절차의 핵심으로 많은 국가에서 행정부가 수사와 공소제기 및 그 유지에 관한 사무를 수행하며 공수처법은 이러한 검찰권 중 일부를 공수처에 분산하였다고 판결하였는데, 이 결정에서도 수사와 공소제기·유지는 명확히 구별하고 있다고 볼 것이다.

다음으로, 영장청구권과 기소권의 분리가 의미 있는 검찰개혁의 완성이므로 영장전담검사를 신설하거나 영장청구권을 공소처 또는 수사권만 가진 경찰에게 부여하는 방법, 장기적으로는 수사청과 기소청을 분리하자는 견해¹¹⁶⁾는 그 자체로 설득력이 있을 수는 있고 정책적 판단의 대상이 될 수는 있겠으나 비교법적 검토의 결과와는 다르다. [표 4]에서 살펴보았듯이 비교대상이 된 모든 국가의 검사들

114) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 283면.

115) 이준보·이완규, 한국검찰과 검찰청법, 박영사, 2017, 264면(황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 53면에서 재인용).

116) 윤동호, “공수처의 기능 강화와 검찰권 견제”, 비교형사법연구 제22권 제3호(2020), 14면.

은 영장청구권을 갖는다.

Ⅱ. 검사의 지위와 임무

1. 검사 및 검찰에 관한 법률

검찰의 조직을 정하는 기본적인 법률은 검찰청법이다. 검찰청법은 대검찰청·고등검찰청·지방검찰청의 설치, 검사의 인사와 자격, 검사의 직무 등을 규정한다. 검찰청 사무기구에 관한 규정은 각 검찰청에 설치되는 부와 과에 대한 사항을 규정하고 있으며, 검찰사건사무규칙은 검사의 사건수사와 경찰에 대한 수사지휘 등을, 검찰보고사무규칙은 각급검찰청의 장의 상급검찰청이나 법무부장관에 대한 보고절차 등을 규정한다.

검사는 특정직공무원으로 하고 그 정원, 보수 및 징계에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다(검찰청법 제36조 제1항).

먼저, 검사의 정원에 관한 법률인 검사정원법은 “「검찰청법」 제36조 제1항에 따라 검사의 정원을 2,292명으로 한다”고 규정한다(제1조 제1항). 그러므로 검찰청법이 정한 검사만이 한국의 검사라고 볼 수도 있겠으나, 동법 제2조는 ‘검찰청별 검사 정원의 배정’이라는 제목으로 “제1조의 검사 정원의 검찰청별 배정은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있다. 그러므로 이 조문은 검찰청법의 검사만이 검사라는 지위를 선언하면서 검사의 정원을 규정하는 조문이라기보다는 검찰청에 속하는 검사의 수를 규정하는 법률이라고 보아야 할 것이다. 즉, 검찰청에 속한 검사의 정원을 검사정원법이 정하고 있다면 공수처 검사의 정원을 정한 법률은 공수처법이며, 양 법률은 대등한 위치에 있다.

공수처 검사에 대한 징계는 공수처법 제5장 징계 제32조(징계사유)부터 제42조(징계의 집행)에까지 특별규정을 두고 있으며, 공수처법 제43조에 따르면 공수처법에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 검사징계법을 따르고 있다. 양 법률의 관계는 조문의 형식이나 그 내용으로 볼 때 일반법과 특별법의 관계로 보인다. 기본적으로 검사징계법은 검찰청 검사뿐만 아니라 공수처 검사에 대하여 적용되며,

특별히 몇 개의 규정에 대하여는 공수처 검사에게 공수처법의 징계조항이 적용된다. 검사징계법은 검사에게 징계를 부과하는 절차를 규정한 법률이며 대검찰청에 규인 검찰공무원의 범죄 및 비위 처리 지침은 징계의 전 단계로 검사의 비위가 발생하여 징계에 회부 되기 전까지의 절차를 규정한다.

2. 검찰청법에 의한 검사의 직무

기능과 지위의 분리, 즉 기능적 접근의 핵심은 검사는 ‘무엇’을 하는가 라는 질문이다. 검찰청법 제4조가 규정한 직무와 권한은 형사절차와 관련된 부분과 그 외의 부분으로 나눌 수 있다.

검찰청법 제4조(검사의 직무) ① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다.

1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다.

가. 부패범죄, 경제범죄 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄

나. 경찰공무원(다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 행하는 자를 포함한다) 및 고위공직자범죄수사처 소속 공무원(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 파견공무원을 포함한다)이 범한 범죄

다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄

2. 범죄수사에 관한 특별사법경찰관리 지휘·감독

3. 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구

4. 재판 집행 지휘·감독

5. 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독

6. 다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항

② 검사는 자신이 수사개시한 범죄에 대하여는 공소를 제기할 수 없다. 다만, 사법경찰관이 송치한 범죄에 대하여는 그러하지 아니하다.

③ (하략)

형사절차와 관련된 권한의 첫째는 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항에 대한 권한이다(제4조 제1항 제1호). 이 조항은 가장 중요한 검사의 권한을 명시한 부분이며, 범죄수사와 관련해서 검사의 직접수사 범위를 명시하고 있다. 둘째, 범죄수사에 관한 특별사법경찰관리의 지휘·감독 권한이다(제2호). 일반 사법경찰관리인 경찰에 대한 검사의 지휘권은 폐지되었고 보완수사요구 등 사법적 통제권한만 행사할 수 있다. 셋째, 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구 권한(제3호)으로서, 공소 유지와 구형 등 형사절차와 관련된 규정이다. 넷째, 재판 집행의 지휘·감독 권한(제4호)이다. 선고 및 확정된 형의 집행에 대한 권한이 주된 내용이며, 재심 등 넓은 의미에서의 확정재판의 후속절차와 관련된 권한도 여기에 해당한다.

형사절차 이외의 권한으로 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독 권한(제5호)과 다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항으로 규정한 권한(제6호)이 있다. 다만 제5호가 규정한 권한은 법무부 소관 업무에 해당하고 각급 검찰청 단위에서 송무 담당 검사의 지휘·감독 권한이 인정되기도 하나 전체적으로는 법무부직원, 공익법무관, 검사가 함께 규정되어 있으며 정부법무공단 설립 등으로 인해 국가소송에서 검사가 직접 지휘·감독할 영역의 비중은 크지 않다. 제6호의 권한도 과거에 비해 검사의 역할이 한정적으로 되고 있는데, 예를 들어 민법상의 친권상실 등 공익의 대표로 과거에 규정되었던 사항은 현재는 지방자치단체 등 행정기관의 아동보호 역할이 강화되면서 검사의 개입 여지가 줄어들고 있다.¹¹⁷⁾

Ⅲ. 공수처 검사의 성격

1. 공수처법 규정과 검찰청법의 유사성

가. 수사처검사 동일체의 원칙

117) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 38면.

검찰청법상 검사에 대해서 검사동일체 원칙이라는 표현을 쓸 수 있다면 공수처 검사에 대한 공수처법의 규정도 동일체 원칙이 구현되었다고 볼 수 있다.¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾

수사처의 처장과 차장은 수사처검사의 직을 겸한다(제17조 제5항, 제18조 제2항). 수사처검사는 처장을 정점으로 한 동일체의 원칙에 따라 직무를 수행한다. 처장은 수사처검사로 하여금 그 권한에 속하는 직무의 일부를 처리하게 할 수 있고(제19조 제1항), 처장은 공수처 검사의 직무를 자신이 처리하거나 다른 공수처 검사로 하여금 처리하게 할 수 있다(제19조 제2항). 이에 대하여 공수처 검사는 구체적 사건과 관련된 수사처장의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다(제20조 제3항).

나. 재정신청의 특례

공수처법은 재정신청을 형사소송의 그것과 동일하게 규정하고 있다. 법 제29조는 형사소송법의 재정신청제도를 검찰항고전치주의(형사소송법 제260조 제2항)를 제외하고 그대로 도입하였다. 검사동일체의 원칙이 지배하는 검찰 내부에서 다른 검사가 담당하면 성실한 공소의 유지가 수행이 어렵다는 한계가 형사소송법의 해석론에서 지적되고 있음에도 불구하고 이 내용을 그대로 공수처법에 넣었다는 문제 제120)에 대한 지적은 별론으로 하고 입법자는 공수처 검사를 검찰청 검사와 유사한 지위로 판단하였음은 여기에서도 드러난다.

118) 신동운, 간추린신형사소송법, 30면; 이재상·조균석·이창온, 형사소송법(15판), 박영사, 2023, 86면.

119) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2014두45734 판결: 원래 검사 직무의 위임·이전 및 승계에 관한 규정은 상명하복의 검사동일체 원칙을 규정하고 있던 검찰청법 제7조에 함께 있었다. 그런데 위 조항이 2004. 1. 20. 법률 제7078호로 개정되면서 상명하복이 검찰사무에 관한 지휘·감독으로 완화됨과 아울러 검사는 구체적 사건과 관련된 상급자의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이의를 제기할 수 있다는 규정이 새로이 추가되었고, 검사 직무의 위임·이전 및 승계에 관한 규정을 신설된 제7조의2에 옮겨 별도로 두게 되었다.

120) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 143면.

2. 검찰청법상 검사의 임무와 공수처 검사의 임무 비교

그러나 검사의 임무에 관한 규정에서 검찰청법과 공수처법은 차이가 있다. 공수처법은 형집행권이나 특별사법경찰에 대한 수사지휘권과 같은 강력한 권한들을 공수처 검사에게 부여하지 않았다.

이러한 점에서 공수처는 검찰과 같은 막강한 기관이 되기 어렵다고 긍정적으로 평가¹²¹⁾할 수도 있겠으나, 판사, 검사, 경무관 이상 경찰공무원 외 나머지 대상자에 대해서는 공수처는 수사 업무만 담당할 뿐 공소의 제기와 유지, 형의 집행 업무는 검찰청법상 검사에게 맡겨져 있고 공소권을 갖는 영역에서도 형의 집행 업무는 검찰청법상 검사가 맡고 있다는 점에서 공수처 검사의 권한이 검찰청법상 검사와 크게 다르다는 지적¹²²⁾도 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 공수처가 고위 공직자범죄에 대한 수사 등을 담당하는 기관으로서 실질적으로 기능할 수 있도록 공수처 검사의 직무에서 공수처법에서는 검찰청법상 검사의 직무에 관한 일부 내용을 제외하였다고 판단하였다.

헌법재판소의 판단에서 알 수 있듯이 검찰청법상 검사의 직무로 규정된 모든 내용이 검사의 직무가 무엇인지를 정의하는 핵심적인 요소가 된다고 볼 수는 없다. 나아가 검찰권의 분산을 통한 견제와 균형이라는 입법목적도 중요하다. 직무와 지위의 구분이 타당하다는 점은 이미 밝혔다.

그런데, 다른 한편으로 생각해 보면 검찰권을 ‘분산’하기 위해서는 검찰권의 핵심을 분산해야 분산이라고 말할 수 있으며 어떠한 기관이 검찰권의 핵심 요소를 갖추고 있어야 그 기관이 ‘검사’라고 말할 수 있다고 보인다.

3. 검사의 기능과 공수처 검사

가. 검사의 핵심기능으로서의 공소권

121) 이운제, “국민의 공수처 vs 검찰의 공수처”, 191면.

122) 박상민, “고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 검토”, 형사법의 신동향 제 70호(2021), 8면.

검사의 본질적인 임무는 공소권이며 검사의 명칭도 여기에서 유래한다고 보아야 할 것이다. 국가별로 형의 집행이나 수사권 등 다른 직무가 검사의 직무에 포함되는 경우도 있으나, 검찰청법 제4조에 규정된 검사의 직무 중 공소 외의 다른 직무를 하지 않는다고 해서 검사가 아닌 것도 아니고 검찰청법 제4조에 규정된 검사의 직무 중 공소 외의 다른 직무를 한다고 하여 검사가 되는 것도 아니다. 그리고 공소권 이외에 대륙법계와 영미법계 국가에서 검사와 사법경찰을 구분하는 다른 기준은 존재하지 않는다.¹²³⁾

검사의 모습이 각국마다 다르지만 적어도 공소기능을 수행하는 점에서 다른 수사기관과 구별된다는 점은 동일하고, 이러한 관점에서 공소권을 수행하는 기관이 수사권을 함께 수행하는 경우에도 검사라고 할 수 있으나 수사권만 행사하는 기관은 검사라고 말하기 어렵다.¹²⁴⁾

나. 공수처 검사의 지위와 헌법재판소 결정의 문제점

즉, 검찰권의 남용을 방지하기 위해서 검찰이 가지고 있었던 직접수사권한을 제한하는 형태로 법률을 개정하는 것은 검찰권의 본질을 건드리는 것은 아니므로 입법자의 입법재량을 존중할 필요가 있다. 검사의 지위를 인정할 필요성은 형사 절차에서 단독관청으로서 수사의 적법성 여부를 통제하고 공소권과 공소유지라는 소송행위의 담당자로서 국가형벌권이 적법절차원리에 맞게 실현될 수 있도록 할 때 요구되기 때문에 공소권 유무만으로 검사의 지위를 인정할지 여부를 결정하면 기존의 검찰청 소속 검사의 지위에 편향된 해석이라는 입장¹²⁵⁾도 경청할 가치가 있다.

하지만, 공소권을 행사하지 않는 기관은 검사라고 보기 어렵기 때문에 헌법재

123) 이윤제, “공수처 검사의 법적 지위에 대한 오해와 혼란”, 형사법연구 제33권 제3호 (2021), 217면.

124) 유주성, “고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 고찰 - 현재 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264·681(병합) 결정 검토를 중심으로 -”, 형사법연구 제34권 제4호(2022), 321면; 이완규, 2020 검찰개혁법 해설, 59면.

125) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 126면.

판소의 판단에 대해서는 의문이 남는다.

① ‘수사와 공소제기 및 그 유지는 형사절차의 핵심’으로 ‘공수처법은 이러한 검찰권 중 일부를 공수처에 분산하였다’는 설명은 형사절차의 핵심적인 부분과 검찰권을 혼용하여 사용하였다고 보인다. 수사와 공소제기 및 유지가 형사절차의 핵심인 점은 검찰청법 제4조의 문언에도 나타나듯이 분명하나, 적어도 수사권 조정 이후 검찰의 직접수사범위는 상당히 제한되었고 검찰의 수사지휘권도 폐지되었다. 그렇다면 형사절차의 핵심이 되는 수사와 공소제기·유지가 모두 검찰권의 대상이 되는 것은 아니며 현재 검찰권의 주된 내용은 공소제기와 유지라고 설명해야 할 것이다. 헌법재판소의 이러한 판시내용은 공수처법이 대상범죄에 대한 수사권과 기소권을 구별하여 후자의 범위를 축소해 놓은 상황에서 수사권과 기소권이 일치하는 과거의 검찰 또는 특별검사에 기반하여 판단하였다는 오해를 낳게 한다.

② ‘영장신청권자를 검사로 한정할 취지를 고려할 때, 영장신청권자로서의 검사는 검찰권을 행사하는 국가기관인 검사로서 공익의 대표자이자 인권옹호기관으로서의 지위에서 그에 부합하는 직무를 수행하는 자를 의미하는 것이지, 검찰청법상 검사만을 지칭하는 것으로 보기 어렵다.’는 판단에서 영장청구권자가 검찰청법상 검사에 한정되지 않는다는 점은 옳다. 그런데 누구 또는 무엇을 검사로 볼 것인지에 대해서 ‘검찰권을 행사하는 국가기관’, ‘공익의 대표자’, ‘인권옹호기관’으로서의 지위가 있다는 점을 근거로 제시하면 공수처법 신설 이후에도 ‘공익의 대표자’ 또는 ‘인권옹호기관’이라는 단어에 대한 새로운 정의가 생겨나지는 않았으며 검찰청법 및 형사소송법의 기존의 해석내용을 참고할 수밖에 없다는 점에서 문제가 발생하는데 구체적으로는 다음과 같다.

‘검찰청법 제4조 제1항에 규정된 직무를 수행하는 공수처 검사 또한 공익의 대표자로서, 다른 수사기관인 공수처 수사관을 지휘·감독하고, 단지 소추권자로서 처벌을 구하는 데에 그치는 것이 아니라 피고인의 이익도 함께 고려하여 공정한 재판을 구하는 등 수사대상자의 기본권을 보호하는 인권옹호기관으로서의 역할’을 하며, ‘공수처 검사는 변호사 자격을 일정 기간 보유한 사람 중에서 임명하도록 되어 있으므로, 법률전문가로서의 자격도 충분히 갖추었다.’고 헌법재판소는 판단한다. 공수처 검사에 대한 임명요건이 검찰청법상 검사보다 엄격함은 분명하

다.

그런데, 공수처 검사는 검찰청법 제4조 제1항에 규정된 모든 직무를 수행하지는 않는다고 공수처법에 이미 규정하였다. 공수처 및 공수처 검사의 부담을 경감시키겠다는 입법목적은 존중할 필요가 있다고 이미 언급하였으나, 사실 ‘공익의 대표자’로서 ‘피고인의 이익도 함께 고려하여 공정한 재판을 구하는 등 수사대상자의 기본권을 보호하는 인권옹호기관’으로서의 역할은, 검사와 사법경찰관 사이의 관계에서 구속장소감찰권 등을 정당화하는 논거이다. 다른 한편으로 수사대상자의 기본권을 보호하는 기관으로서의 역할은 단지 검사만이 수행하는 것은 아니며 모든 수사기관의 의무이므로 영장청구권을 뒷받침하는 근거가 되기 어렵다. 그리고 ‘공정한 재판을 구하는 등’이란 전형적으로 검사의 기소권 및 상소권 등에 대한 형사소송법의 문언과 관련되어 있는데 기소권이 없는 사건에서 공수처 검사는 이러한 권한을 행사할 수 없다. 즉, 검사의 영장청구권이 합헌이라는 헌법재판소의 기존결정 및 그를 논거로 원용하는 이번 결정은 수사권과 기소권을 동시에 가지고 있던 시절의 검사를 판단대상으로 한 것이어서 수사권의 범위보다 기소권의 범위가 더 좁은 공수처 검사에게 그대로 적용할 수 있는지 의문이다.

③ ‘공소제기 및 유지행위가 검찰청법상 검사의 주된 직무에 해당한다고 할 것이나, 앞서 살펴본 바와 같이 헌법에서 검사를 영장신청권자로 한정된 취지는 검사가 공익의 대표자로서 인권을 옹호하는 역할을 하도록 하는 데에 있고, 검사가 공소제기 및 유지행위를 수행하기 때문에 검사를 영장신청권자로 한정된 것으로 볼 수는 없다. 즉 헌법상 공소권이 있는 검사에게만 반드시 영장신청권이 인정되어야 하는 것은 아니다. 수사처검사가 공익의 대표자로서 수사대상자의 기본권을 보호하는 역할을 하는 한 수사처검사가 영장신청권을 행사한다고 하여 이를 영장주의원칙에 위반된다고 할 수 없고, 공소권의 존부와 영장신청권의 행사 가부를 결부시켜야 한다는 주장은 직무와 지위의 문제를 동일하게 본 것으로 받아들이기 어렵다.’는 판단 중 공익의 대표자 또는 기본권보호에 대해서는 이미 논의하였다.

그리고, 앞에서 지적하였듯이 우리 형사소송법 및 검찰청법상 검사가 공익의 대표자로서 인권을 옹호해야 하는 역할을 하는 것은 분명하나, 검사라고 말하기 위해서는 공소권이 있어야 한다. 공소권을 제외한 다른 검사의 기능 또는 역할들을 여러 개 나열한다고 해서 그 나열된 기능이 검사의 고유한 업무라고 하기 어

려우며 실제로 그러한 기능만을 하는 기관이 있다고 하더라도 검사라고 말하기는 어렵다. 직무와 지위를 구별해야 한다는 점은 분명하나 직무의 핵심적인 영역이 무엇인지가 중요한데, 검사는 공소권을 제외하고는 생각할 수 없다. 공수처법의 문언에 따르면 공수처 검사는 공소권이 있는 사건에 대해서는 검사이나 수사권만 있는 사건에 대해서는 검사라고 보기 어렵다는 해석을 부정하기는 어렵다.

헌법재판소의 판단을 존중하는 측면에서 조금 더 생각해보면 공소권의 존부와 영장신청권 행사를 분리하였기 때문에 적어도 공수처 검사가 수사권만 가지고 있는 사건에서 영장청구를 할 수 있다고 해석상 인정할 수는 있고 이러한 해석이 실무와 합치한다고 볼 수는 있으나, 공수처 검사가 공소권이 있는지 여부와 관련된 다른 법률상 쟁점에 대해서는 ‘공소권과 영장신청권의 분리가능성’만으로 설명하기는 어려울 수 있다.

제2절 수사와 기소 분리의 관점

I. 들어가며

1. 현행 공수처법의 문제점

공수처법은 제4장 수사와 공소의 제기 및 유지에서 8개 조문만을 두고 있어 수사처검사의 수사절차에 관한 규정을 충분하게 두고 있다고 보기 어려우며, 공수처의 수사절차는 공수처법의 규정에 반하지 아니하는 한 검찰청법과 형사소송법을 준용하게 된다(제47조). 공수처의 수사권과 공소권에 관한 논의는 공수처검사의 법적 지위라는 쟁점과 직결되는데, 형사소송법상 수사권의 주체는 검사와 사법경찰관이고 공소권의 주체는 검사인데, 공수처 검사의 수사 대상과 기소 대상이 법률에 서로 다르게 규정되어 있어 범위가 일치하지 않기 때문에 공수처 검사의 지위가 논란이 된다.¹²⁶⁾ 다른 한편으로 공수처가 열심히 수사한 사건에 대하여 검찰이 제대로 공소유지를 하지 않는다면 고위공직자의 범죄에 대한 처벌을 확보하여 부패를 막는다는 법제정의 목적을 달성할 수 없게 될 것이며, 운영상 검찰에게 종속될 위험성도 존재한다.¹²⁷⁾

수사와 기소가 완전히 단절되기 어려운 불가분의 관계에 있기 때문에, 공수처가 모든 대상범죄에 대한 기소와 공소유지까지 할 수 있도록 하는 것이 바람직했을 것이라고 보인다.¹²⁸⁾ 이러한 주장은 검찰개혁과 관련해서 강조되었던 ‘수사와 기소의 분리’라는 명제와 배치된다고 보일 수 있다. 가령 미국 등의 사례를 들어 검사는 수사기관이 아니라 소추기관이므로 기소만 해야 한다는 주장을 관철하면 특별검사나 공수처 검사도 수사해서는 안 된다는 결론에 이르러야 논리일관적이라는 설명¹²⁹⁾이 그러하다.¹³⁰⁾

126) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 121면.

127) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 143면.

128) 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 17면.

129) 이근우, “개정 검찰청법 적용의 실제”, 형사법연구 제32권 제3호(2020), 130면.

하지만 수사권과 기소권을 구별하고 분리하여야 한다는 취지는 지금까지 이 두 권한을 사실상 독점해온 검찰의 권한을 분산, 약화시키기 위한 것이며, 공수처가 특정한 범죄에 대해 수사권과 기소권을 모두 갖는 것도 역시 검찰권을 대체하고 견제하는 의미가 있다는 점에서 정당화될 수 있다.¹³¹⁾ 그리고 입법자에게는 수사 과정에서의 기본적 인권의 보장, 수사의 공정성, 객관성 및 효율성 등을 고려하여 수사권을 어느 기관에 부여할 것인지를 결정할 입법형성의 자유가 있으므로, 대륙법계 국가 중 검사가 기소권과 수사권을 함께 보유하고 있는 국가가 있는 것이지 수사권이 기소권과 함께 검사의 고유권한이라고 하는 설명은 지나친 일반화라고 보인다.¹³²⁾ 이러한 관점에서 보면 기소권이 검사의 고유한 권한이며 수사권도 부여할 것인지에 대한 입법자의 판단은 존중해야 할 것이므로 공수처 검사가 수사권과 기소권을 동시에 가지고 있는 것은 그 자체로 위헌적이거나 잘못된 결정이라고 볼 수 없다.

공수처법을 만들고 공수처 검사에게 검사의 지위를 인정한 이유는 두 가지로 볼 수 있다.¹³³⁾ 첫 번째로, 형사소송법상 사법경찰관은 검사의 사법적 통제를 받아야 하는 것에 반하여 공수처의 수사는 검찰청 검사의 사법적 통제를 받지 않고 수사의 독립성을 갖도록 하기 위한 것이다. 둘째로, 수사처검사가 수사한 공직자 범죄를 직접 기소할 수 있도록 하기 위한 것으로 일부 고위공직자범죄에 대해 검찰이 기소하게 한 것은 공수처 검사에 대한 수사권한과 기소권한의 집중을 분산함으로써 통제장치로 기능하도록 하기 위해서이다. 그리고 기능과 지위의 분리라는 관점에서도 공수처 검사가 검사로서의 지위를 갖는다는 점은 정당화할 수 있다.

130) 일반 검사와 마찬가지로 수사기관인 공수처 검사가 기소권까지 가지면 인권침해의 소지가 내포한 수사를 사법적으로 통제할 검사가 없는 셈이나 마찬가지로는 지적으로 정한중, “고위공직자범죄수사처의 인권친화적인 수사와 공소권 행사 방안”, 외법논집 제44권 제4호(2020), 89면.

131) 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 17면.

132) 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제 -”, 279면.

133) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 129면.

2. 검사로서의 공수처 검사와 조직법적 보완 필요성

공수처 검사가 검사로서의 기능을 할 수 있음은 앞서도 설명하였으며, 공수처가 작은 검찰청으로서 업무를 수행하기 위해서는 현재의 검찰청법에 따른 검찰의 조직원리의 내용을 공수처법에도 반영할 필요가 있다.¹³⁴⁾

검찰청법상 검사는 검찰사무를 처리하는 단독관청이다. 단독관청이라 함은 그 자신의 이름으로 공권적 의사표시를 할 수 있는 국가기관이라는 뜻이다.¹³⁵⁾ 일반 행정부서와 마찬가지로 검찰조직 내에는 다수의 검사가 상하관계로 연결되어 있으나 개개의 검사는 단독관청이므로 자신의 이름으로 각종 처분을 하는 것이며, 상급자의 대리인이나 보조인으로 직무를 수행하는 것이 아니다. 검찰청법은 검사의 직무권한에 대하여 ‘법무부장관의 명을 받아’ 또는 ‘법무부장관의 지휘를 받아’와 같이 법무부장관의 권한을 위임받아 행사하는 관계로 규정하고 있지 않는데, 이는 검사의 권한이 법무부장관의 권한으로부터 파생된 것이 아니라 법률에 의해 직접 부여된 본원적 권한임을 보여준다.¹³⁶⁾ 개별 검사가 검찰조직 내부의 방침이나 결재를 거치지 않고 대외적으로 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 당연히 단독관청의 처분으로서 대외적 효력을 가지며, 당해 검사에 대한 징계가 내려질 수 있으나 이는 내부적 복무규율의 문제에 지나지 않는다. 검사가 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따르지만(검찰청법 제7조 제1항), 이는 단순한 상명하복의 관계를 의미하지는 않으며, 상급자의 지휘·감독은 단독관청으로서의 성격과 모순관계에 있기 때문에, 검사의 지휘·감독관계는 적법한 검찰사무의 처리를 위해 상급자의 지휘·감독을 받는다는 의미로 해석되어야 한다.¹³⁷⁾

다른 한편으로 검사동일체의 원칙을 유지하는 다른 장치인 직무승계 및 직무이전의 권한도 검찰권의 통일적 행사를 위한 장치로 이해되고 있다.¹³⁸⁾ 검찰총장과 각급 검찰청의 검사장 및 지청장은 소속 검사의 직무를 자신이 직접처리하거나

134) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 259면.

135) 신동운, 간추린신형사소송법, 32면.

136) 이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 22면.

137) 이주원, 형사소송법, 26면.

138) 신동운, 간추린 신형사소송법, 34면; 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 259면.

그 소속의 다른 검사로 하여금 이를 처리하게 할 수 있다(검찰청법 제7조의2 제2항). 그리고 검찰총장, 각급 검찰청의 검사장 및 지청장은 소속 검사로 하여금 자신의 권한에 속하는 직무의 일부를 처리하게 할 수 있는데(검찰청법 제7조의2 제1항), 이러한 직무대리권은 직무승계 및 직무이전의 권한을 역으로 구성해 놓은 것이므로, 직무대리권에 기하여 소속 상급자는 별도의 구체적인 수권 없이 하급자로 하여금 지휘감독, 직무승계, 직무이전의 권한을 행사하게 할 수 있다.

그런데 검사가 단독관청인 이유는 헌법 및 형사소송법에 있는데, 형사소송법은 형사절차 내의 의사표시, 즉 처분과 결정 및 집행의 주체로서 ‘검사’를 규정하고 있을 뿐이며 개별소속청을 의미할 때는 ‘검찰청’, 국가조직을 말할 때는 ‘검찰’이라고 하여 용어를 명확히 구별하고 있으며 구속된 국회의원에 대한 석방지시(제101조 제5항) 및 비상상고(제441조)는 검찰총장이 단독관청으로 한다고 규정하고 있다. 이러한 법조문에 의하면 검사를 단독관청으로 규정하고 있다고 보아야 할 것이다.¹³⁹⁾

이러한 관점에 서면 현행 법령상 공수처 검사가 단독관청인지에 대해서는 의문이 생긴다.¹⁴⁰⁾ 검사의 불기소처분에 대한 검찰사건사무규칙과 공수처 사건사무규칙의 규정을 대조하면 아래와 같다.

검찰사건사무규칙	고위공직자범죄수사처 사건사무규칙
제98조(사건의 결정) 검사가 사건의 수사를 종결할 때에는 수사준칙 제52조제1항에 따라 다음 각 호의 구분에 따른 결정을 한다. 1. 공소제기 2. 불기소 가. 기소유예 나. 혐의없음 1) 범죄인정안됨	27조(사건의 결정) ① 검사가 사건을 종결할 때에는 처장의 지휘·감독에 따라 다음 각 호의 구분에 따른 결정을 한다. 1. 공소제기 2. 공소제기요구 3. 불기소 가. 기소유예 나. 혐의없음

139) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 58면.

140) 공수처 검사가 완전한 단독관청이 아니라는 점은 검찰청의 검사와 다르지 않다는 설명으로 이주원, 형사소송법, 34면.

2) 증거불충분 다. 죄가안됨 라. 공소권없음 마. 각하 (하락)	1) 범죄인정안됨 2) 증거불충분 다. 죄가안됨 라. 공소권없음 마. 각하
---	---

Ⅱ. 수사 과정에서의 문제점

1. 수사와 기소의 분리에서 나오는 문제점

가. 공소권이 없는 수사관할사건에서 공수처 검사의 지위

공수처 수사관은 수사 대상 범죄가 고위공직자범죄 및 관련범죄로 한정된다는 점에서 특별사법경찰관에 해당한다는 해석¹⁴¹⁾에는 특별한 이견이 없다. 그러나 공수처 검사의 지위가 무엇인지에 대한 논란은 지금까지도 끊이지 않는다. 공수처 검사는 수사권 및 사법고위공직자의 범죄에 대한 공소권을 행사한다(제3조 제1항). 수사권과 공소권을 행사하는 범위가 일치하지 않으므로 공소권을 행사하는 부분에 한하여 검사이고, 수사권만 있는 나머지 대상범죄, 즉 일반고위공직자의 범죄에 대해서는 사법경찰관이라는 주장이 있으며 수사대상범죄가 제한되어 있으므로 특별사법경찰관이라는 견해¹⁴²⁾도 있다. 이러한 의미 부여는 강제수사권한에 관한 설명과 연결된다.

사법경찰로서의 직무와 권한을 규정한 공수처법 제26조는 개정 형사소송법 이전의 형사소송법 제196조 제4항의 규정, 즉 “사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다,”를 주어만 바꾸어 그대로 옮겨놓은 것¹⁴³⁾이라는 점을 특별사법경찰관설은 논거로 제시한다. 그런데

141) 이주원, 형사소송법, 89면.

142) 이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 61면.

143) 박상민, “고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 검토”, 17면; 이윤제, “공수

사법고위공직자가 수사 결과에 사실상 영향력을 행사할 수 있다는 우려에서 공수처 검사가 수사와 공소까지 담당하게 규정하였고, 공수처 검사의 공소권은 검찰권 견제를 그 목적의 하나로 하는 공수처 설립에 비추어 그 의미가 크다는 점에서 공수처 검사는 특별사법경찰이라는 주장을 관철하기는 어렵다고 보인다.¹⁴⁴⁾ 만약 공수처 검사가 특별사법경찰관이라는 주장을 진지하게 밀고 나가면 검사의 지휘와 관련된 형사소송법 규정도 적용된다고 설명해야 할 것이다.¹⁴⁵⁾

2. 현재 부패 관련 수사기관의 구조에서 나오는 절차적 복잡성

가. 수사의 관할

(1) 수사대상자(대인적 관할)

부패범죄 또는 권력형 비리사건을 규정하는 방식으로 사건 단위(행위)별 규율 방식과 인적 단위(행위자)별 규율방식을 생각할 수 있다.¹⁴⁶⁾ 기존의 사안별 특검은 사건단위별이라고 하지만 특정 사건을 수사 대상으로 하고 있었을 뿐, 법률규정에서 유형화되어있는 구성요건적 행위 단위가 규정되어 있지 않았고 수사대상의 인적 범위도 특정되어 있지 않아, 특검의 재량에 의해 수사 범위가 가변적이 될 수 있다는 문제점이 있었다. 그렇기 때문에 특검의 재량을 축소하여 예측가능성을 높이면서 죄형법정주의의 내용인 명확성 원칙에 위배되지 않게 하는 한편, 공수처와 검찰의 사물관할을 가능한한 분명하게 하여 충돌과 혼선을 방지하기 위

처 검사의 법적 지위에 대한 오해와 혼란”, 225면.

144) 유주성, “고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 고찰 - 현재 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264·681(병합) 결정 검토를 중심으로 -”, 315면; 이윤제, “공수처 검사의 법적 지위에 대한 오해와 혼란”, 226면.

145) 보완수사요구(형사소송법 제197조의2)와 시정조치요구(제197조의3)은 검찰과 경찰 관계를 규정하고 있으므로 공수처에는 적용되지 않는다는 설명으로 김기갑·김성윤, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률의 해석상 쟁점에 관한 연구”, 문화와 융합 제43권 제1호(2021), 874면; 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 127면.

146) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위험성 극복 방안”, 205면.

해서는 구성요건적 행위를 기준으로 대상범죄를 특정하면서 인단위별 규율방식을 가미하는 방식이 바람직하다는 의견¹⁴⁷⁾이 있었고 공수처법은 이에 따르고 있다.

공수처의 수사대상자¹⁴⁸⁾인 고위공직자를 정리하면 아래의 표와 같다.

[표 5] 공수처 수사대상자인 고위공직자(공수처법 제2조 제1호)¹⁴⁹⁾

구분	고위공직자
행정부	대통령
	대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원 소속의 3급 이상 공무원
	국무총리와 국무총리비서실 소속의 정무직공무원
	「공공감사에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 중앙행정기관의 정무직공무원
	국세청·공정거래위원회·금융위원회 소속의 3급 이상 공무원
국회	국회의장 및 국회의원
	국회사무처, 국회도서관, 국회예산정책처, 국회입법조사처의 정무직공무원
헌법기관	헌법재판소장 및 헌법재판관
	헌법재판소사무처의 정무직공무원
	감사원 소속의 3급 이상 공무원
	중앙선거관리위원회의 정무직공무원
사법부	대법원장 및 대법관, 판사
	대법원장비서실, 사법정책연구원, 법원공무원교육원의 정무직공무원
수사기관	검찰총장, 검사
	경무관 이상 경찰공무원
지방자치단체	특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사
	교육감
공직유관단체	금융감독원 원장·부원장·감사
군	장성급 장교

147) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 206면.

148) 공수처의 수사대상자는 과거에 존재하던 고위공직자 및 사회유력인사의 범죄수사에 관한 사전승인제도의 대상자와 상당히 겹친다. 박준휘 등, “고위공직자범죄수사처에 관한 연구”, 77면.

149) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 110면.

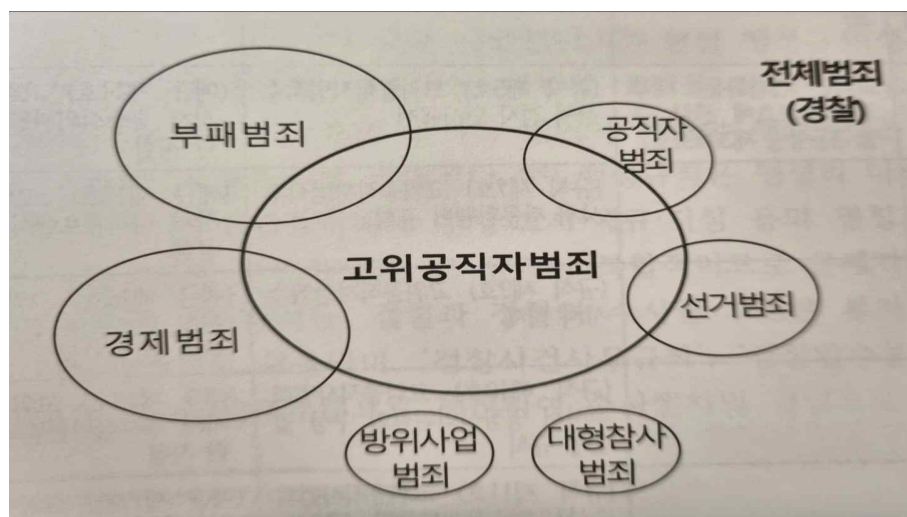
고위공직자범죄를 범하였다면 퇴직(퇴역) 이후에도 수사대상자가 되는데, 퇴직 후의 기간 제한에 관한 규정을 법률이 두고 있지 않으므로 공소시효 이내의 범죄라면 재직 중의 고위공직자범죄는 퇴직 후 언제라도 공수처의 수사 대상이 된다. 가족의 범위는 배우자와 직계존비속이며, 대통령의 경우에는 배우자와 4촌 이내의 친족이다.

(2) 수사대상 범죄

고위공직자범죄란 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 아래의 죄를 말하며, 가족의 경우에는 고위공직자의 직무와 관련하여 범한 죄에 한정한다.

구체적인 범죄의 범위는 공수처법 제2조 제3호, 제4호에 규정하였는데 아래의 그림에서 보는 것처럼 검찰의 직접수사 가능 6개 범죄 중 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄는 공수처의 수사대상인 범죄와 중복되는 부분이 있다.¹⁵⁰⁾

[그림 1] 공수처·검찰·경찰 수사대상 범죄 비교¹⁵¹⁾



150) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 113면.

151) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 113면.

공수처 설치로 인한 고위공직자 수사관할을 표로 나타내면 다음과 같다.

[표 6] 공수처 설치로 인한 고위공직자 수사관할¹⁵²⁾

	수사권 조정 및 공수처 신설	
검찰	수사	6대범죄(부패, 경제, 공직자, 선거, 방위사업 범죄 및 대형참사) # 4급 이상 공직자 범죄 # 3,000만원 이상 뇌물사건 # 5억원 이상 경제범죄 # 5,000만원 이상 정치자금법 위반, 알선수재 사건 등
	기소	기소 및 공소유지
경찰 (국가수사본부 포함)	6대 중대범죄를 포함한 각종 고소, 고발, 인지사건 수사 (공직자 범죄는 5급 이하 공무원의 범죄로 한정)	
공수처	고위공직자 범죄 수사 및 기소	

나. 수사개시 절차에서의 쟁점

(1) 수사중복 문제

공수처와 검찰, 경찰로 수사기관이 다원화된 현재의 수사체제에서 고위공직자 범죄에 한해서는 공수처의 우선권이 인정되고, 검찰과 경찰 사이의 관계에서는 검찰의 직접수사가 허용되는 범위에서 검찰의 우선권이 인정되는 구조이다.

공수처·검찰·경찰의 수사권한 및 우선권에 관한 법률조문을 표로 나타내면 다음과 같다.

152) 정웅석, “공수처법상 공수처장의 재량이첩에 대한 비판적 검토”, 형사소송 이론과 실무 제13권 제2호(2021), 88면.

[표 7] 공수처·검찰·경찰의 수사권한 및 우선권에 관한 법률조문 비교¹⁵³⁾

	공수처	검찰	경찰
수사 개시 대상 범위	고위공직자범죄등: 공 수처법 제2조 제3호, 제4호	6대범죄: 검찰청법 제4 조 제1항 제1호	원칙적으로 제한 없 음
수사권의 근거	제23조(수사처검사의 수사) 수사처검사는 고 위공직자범죄의 혐의 가 있다고 사료하는 때 에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한 다.	제196조(검사의 수사) ① 검사는 범죄의 혐의 가 있다고 사료하는 때 에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다. ② 검사는 제197조의3 제6항, 제198조의2제2 항 및 제245조의7제2항 에 따라 사법경찰관으 로부터 송치받은 사건 에 관하여는 해당 사건 과 동일성을 해치지 아 니하는 범위 내에서 수 사할 수 있다.	제197조(사법경찰관 리) ① 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 범죄의 혐의가 있다 고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증 거를 수사한다.
수사 보조자	제21조(수사처수사관 의 직무) ① 수사처수 사관은 수사처검사의 지휘·감독을 받아 직무 를 수행한다. ② 수사처수사관은 고 위공직자범죄등에 대 한 수사에 관하여 「형 사소송법」 제197조제 1항에 따른 사법경찰 관의 직무를 수행한다.	제245조의9(검찰청 직 원) ① 검찰청 직원으로 서 사법경찰관리의 직 무를 행하는 자와 그 직 무의 범위는 법률로 정 한다. ② 사법경찰관의 직무 를 행하는 검찰청 직원 은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다. ③ 사법경찰리의 직무	제197조(사법경찰관 리) ② 경사, 경장, 순 경은 사법경찰리로서 수사의 보조를 하 여야 한다.

153) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 131면.

		<p>를 행하는 검찰청 직원은 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원의 수사를 보조하여야 한다.</p> <p>④ 사법경찰관리의 직무를 행하는 검찰청 직원에 대하여는 제197조의2부터 제197조의4까지, 제221조의5, 제245조의5부터 제245조의8까지의 규정을 적용하지 아니한다.</p>	
우선권	<p>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.</p> <p>② 다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에</p>	<p>제197조의4(수사의 경합) ① 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다. 다만, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경</p>	

	<p>서 고위공직자범죄등을 인지한 경우 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야 한다.</p> <p>③ 처장은 피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등에 비추어 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 수사하는 것이 적절하다고 판단될 때에는 해당 수사기관에 사건을 이첩할 수 있다.</p> <p>④ 제2항에 따라 고위공직자범죄등 사실의 통보를 받은 처장은 통보를 한 다른 수사기관의 장에게 수사처규칙으로 정한 기간과 방법으로 수사개시 여부를 회신하여야 한다.</p>	<p>우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다.</p>	
--	---	--	--

(2) 수사이첩요청권

공수처법 제23조가 수사개시의무를 규정하면서도 제24조에서 이첩할 수 있다고 규정하면 모순적이라는 설명¹⁵⁴⁾도 있다. 그러나, 공수처장의 이첩요청권과 다른 수사기관이 이에 응할 의무를 규정한 공수처법 제24조 제1항의 취지는 고위공직자범죄 수사에 대한 공수처의 우선적 권한을 보장하기 위한 것이다.¹⁵⁵⁾ 공수처의 법적 성격을 특별검찰기구로서의 성격으로 설정하든 공직부패범죄 전문수사

154) 윤동호, “수사권 개혁의 한계”, 142면.

155) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 133면.

기구로서의 성격으로 설정하든 수사에 대하여 다원주의를 선택한 결과, 수사이첩에 대한 논의는 상당히 중요한 의미를 가지고 있다.

공수처에서 수사하고 있는 상황은 입건에 의해 수사가 개시된 단계라고 보아야 한다.¹⁵⁶⁾ 공수처의 수사개시 규정은 3단계 과정을 거치는데 먼저 공수처 내사사건, 공수처 수리사건으로 접수관리하여 ‘입건’을 통해 공직범죄사건으로 등록되면서 수사가 개시된다. 검찰사건사무규칙과 경찰수사규칙에서는 내사를 ‘수사개시전의 단계’로 단일화하여 규정하고 있음에 반하여 공수처 사건사무규칙에서는 공수처 내사사건과 수사처수리사건을 구분한다.¹⁵⁷⁾

고위공직자범죄수사처 사건사무규칙 제11조(사건의 수리 사유) 사건사무담당직원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공직범죄사건으로 수리한 다음, 별지 제1호서식의 공직범죄사건부에 해당 사항을 기록한다.
<개정 2023. 2. 14.>

1. 검사 및 수사관이 범죄를 인지한 경우
2. 검사가 고소·고발 또는 자수를 받은 경우. 다만, 제34조제3항에 따라 진정사건으로 수리하는 경우는 제외한다.
3. 검사가 진정인·탄원인 등 민원인이 제출하는 서류를 고소·고발의 요건을 갖추었다고 판단한 경우
4. 다른 수사기관으로부터 이첩·이송받은 사건
5. 불기소사건·기소중지사건·참고인중지사건을 재기(再起)한 경우
6. 공소를 취소한 사건에 관하여 「형사소송법」 제329조에 따라 다시 공소를 제기하는 경우
7. 재정신청한 사건에 대하여 고등법원이 「형사소송법」 제262조제2항제2호의 결정에 따른 재정결정서를 송부한 경우
8. 관할위반 판결이 선고된 사건에 대하여 다시 공소를 제기하는 경우

제16조(필요적 사건수리 사유) 제11조 각 호의 어느 하나에 해당하지 않는

156) 정웅석, “공수처법상 공수처장의 재량이첩에 대한 비판적 검토”, 93면; 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 134면.

157) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 141면.

경우라도 검사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위에 착수한 때에는 수사를 개시한 것으로 보고, 사건사무담당직원은 공직범죄사건으로 수리한다.<개정 2023. 2. 14.>

1. 피혐의자를 공수처에 출석하도록 하여 조사한 경우
2. 피의자신문조서의 작성
3. 긴급체포
4. 체포·구속영장의 청구
5. 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실에 대한 압수·수색 또는 검증영장의 청구 [전문개정 2022. 3. 14.]

그리고 공수처 사건사무규칙은 공수처장이 법 제24조 제1항에 따라 이첩을 요청하는 경우 다른 수사기관의 범죄수사가 공수처의 범죄수사와 수사중복 여부를 판단할 때 범죄혐의와 관련한 기본적 사실관계의 동일성을 고려해야 하고 사건에 대한 수사의 진행 정도와 수사 기간, 사건의 중대성, 사건의 수사와 관련하여 공정성 논란이 있는지 여부 및 그 내용, 법 제3조 제1항 제2호의 고위공직자범죄등에 해당하는지 여부, 사건에 대한 공소시효 만료의 임박 여부 등을 고려하여 판단하라고 규정한다(제23조 제1항).

다. 수사과정에서의 쟁점

(1) 조건부 이첩이 허용되는지

공수처법은 피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등에 비추어 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 수사하는 것이 적절하다고 판단될 때에는 해당 수사기관에 사건을 이첩할 수 있다고 규정한다(제24조 제3항). 이와 관련하여 공수처 사건사무규칙 제25조 제2항 단서는 제14조 제3항 제1호 나목에 해당하는 경우, 처장은 해당 수사기관의 수사 완료 후 사건을 수사처로 이첩하여 줄 것을 요청할 수 있다고 규정한다.

이러한 조건부 이첩은 공수처가 검찰이나 경찰에 사건을 이첩하면서 ‘수사를

완료한 후 다시 공수처로 이첩하라’는 조건을 붙이는 것으로 실질적으로 타 수사기관에 대한 공수처의 수사지휘의 성격을 갖는다.¹⁵⁸⁾ 하지만 이첩요청권은 중복수사의 경우에 한정되므로 이를 원용하기 어렵고, 조건부 이첩도 종국적 이첩으로 보아야 하며 이첩받은 기관이 다시 공수처에 이첩하지 않더라도 위법하다고 보기 어렵다는 이유에서 이 조문을 폐지하자는 지적이 많이 있다. 이에 2022. 3. 14. 이를 삭제하였다.

(2) 재이첩이 허용되는지

법 제24조와 제25조를 통합적으로 해석하여 공수처장이 이첩된 사건에 대한 재이첩 권한을 갖는다고 해석해야 한다.¹⁵⁹⁾ 즉, 공수처법 제24조 제4항은 제2항의 통보를 받은 후 공수처장의 수사선택권을 보장하기 위한 규정으로 이해할 수 있다.¹⁶⁰⁾ 이러한 해석은 다른 수사기관과의 협의에서 공수처가 주도적인 지위를 가질 수 있는 근거가 될 수 있다.

라. 수사종결절차 관련

공수처법 제26조는 공수처 검사가 기소권이 없는 고위공직자범죄를 수사한 때에는 관계서류와 증거물을 지체없이 서울중앙지검 소속 검사에게 송부하여야 하고, 이를 송부받아 사건을 처리하는 서울중앙지검 소속 검사는 공수처장에게 해당 사건의 공소제기 여부를 신속하게 통보해야 한다고 규정하며, 이에 근거하여 공수처 사건사무규칙은 공소제기요구 사건 송부와 불기소 사건 송부를 규정한다(제28조). 공수처법 제26조의 해석은 제24조와 함께 공수처의 지위와 권한을 정하는 매우 중요한 의미가 있는데, 공수처가 고위공직자범죄에 대하여 우선적 수

158) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 141면.

159) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 136면.

160) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 - 공수처 수사절차를 중심으로 -, 146면.

사권한을 가짐에도 공수처 검사가 수사 후 종결권한을 갖지 못하면 형사소송법상으로는 실제로 사법경찰관보다 권한이 낮은 특별사법경찰관으로 보게 될 가능성이 존재하기 때문이다.¹⁶¹⁾

(1) 공소제기요구 사건송부

검찰사건사무규칙은 공수처가 공소제기요구한 사건을 일반사건 송치와 동일하게 접수하여 배당하는 절차를 취한다.

제3조(사건의 수리 사유) 사건사무를 담당하는 직원(이하 “사건사무담당직원”이라 한다)은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사건으로 수리해야 한다. <개정 2023. 11. 1.>

1. 검사가 범죄를 인지한 경우
2. 검사가 고소·고발 또는 자수를 받은 경우. 다만, 제224조제3항에 따라 진정사건으로 수리하는 경우는 제외한다.
3. 검사가 진정인·탄원인 등 민원인이 제출하는 서류를 고소·고발의 요건을 갖추었다고 판단하여 고소·고발사건으로 수리하는 경우
4. 법, 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 “공수처법”이라 한다), 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」(이하 “수사준칙”이라 한다) 등 관련 법령에 따라 사법경찰관, 특별사법경찰관 등 검사 이외의 수사기관(이하 “사법경찰관등”이라 한다)이 사건을 송치(공수처법 제26조제1항에 따른 관계 서류 및 증거물의 송부를 포함한다. 이하 같다)하거나 이송(공수처법 제24조제3항 및 제27조에 따른 사건의 이첩을 포함한다. 이하 같다)한 경우 (하략)

형사소송법은 ‘송치’와 ‘송부’를 구별하여 사용하고 있는데, 송치는 사건 자체를 다른 수사기관에 보내는 것으로 가장 전형적인 상황은 경찰에서 검찰에 사건을 보내는 경우이나 이첩 내지 이송도 이에 포함되며, 송부는 수사기록이나 서

161) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 161면.

류, 증거물 등의 기관 간의 사실적인 이동 개념이다. 그리고 검찰사건사무규칙은 공수처법 제26조 제1항의 송부가 사법경찰관, 특별사법경찰관 등 검사 이외의 수사기관이 사건을 송치한 경우에 해당한다고 규정한다.

하지만 공수처법 제26조가 송치 대신 송부라는 단어를 사용하고 있기 때문에 이를 송치라고 해석하기는 어렵다. 서울중앙지검 검사가 공수처가 공수제기요구한 사건을 불기소결정하였다고 하더라도 현재로는 고소·고발사건이라면 재정신청 특례(공수처법 제29조)도 적용되지 않고, 일반 항고절차와 재정신청절차에 따라 불복하게 된다.

(2) 불기소 사건송부

공수처 사건사무규칙 제28조 제2항은 기소권 있는 범죄를 제외한 고위공직자 범죄등에 대한 수사 결과 불기소하는 경우에는 사건송부서에 관계 서류 및 증거물을 첨부하여 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부한다고 규정한다. 검찰사건사무규칙에 의하면 이 역시 제3조 제4호가 적용된다.

이에 대해서는 공수처법 제27조가 불기소 결정이라는 표현을 쓰고 있는데 이는 기소 여부와 무관한 내용이기 때문에 공수처 검사의 일반적 불기소 결정권은 전제되어있다는 설명¹⁶²⁾도 있으나 공수처법 제26조를 근거로 보아 기소권을 갖지 않는 사건에 대하여 공수처 검사는 불기소 결정을 하지 못한다는 설명이 다수설이며 제26조와 제27조가 서로 모순된다는 지적¹⁶³⁾도 있다.

사실, 공수처법의 입법과정에서 기소권 없는 범죄의 경우 검찰의 불기소 통제를 위하여 백혜련 위원안은 공수처장의 재정신청권을 인정하였고, 권은희 의원안은 기소심의위원회 제도를 도입하자고 제안하였다. 백혜련 위원안으로 입법화되면서 공수처장의 재정신청 특례가 법률에 규정되었으나 고소·고발인의 권리인 재정신청권을 수사기관에 인정하는 것은 형사법 체계에 맞지 않으므로¹⁶⁴⁾ 2020.

162) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 164면.

163) 예상균, “공수처법 운영과정에서의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구 제34권 제1호 (2023), 17면.

164) 윤동호, “공수처의 기능 강화와 검찰권 견제”, 11면.

12. 15. 삭제되면서 공수처 사건에 대한 검찰의 불기소 통제에 공백이 생기게 되었다.¹⁶⁵⁾

Ⅲ. 기소 과정에서의 문제점

1. 공수처의 기소권 보유 여부

공수처의 기소권을 제한한 배경에는 공수처에 수사권과 기소권을 모두 부여할 경우 수사과 기소의 분리원칙에 반한다는 논리가 있다.¹⁶⁶⁾

즉 국가권력의 집행을 위해서는 의사결정을 일원화하는 것이 그 기능수행을 위한 조직원리이며 일반적인 입법례이지만 기소다원주의를 취하는 입법례도 찾을 수 있다. 그런데, 기소다원주의를 취하려면 공소를 담당하는 기관들의 업무영역이 업무의 성질에 따라 구분되어 기관 사이의 충돌되는 부분을 만들지 말아야 공소라는 국가의 권력행사가 일원화될 수 있다.¹⁶⁷⁾

2. 공수처 검사의 영장청구권 문제

공수처 검사의 직무와 권한에 대해서는 공수처법에 반하지 않는 이상 검찰청법과 형사소송법이 준용되므로(법 제47조 제1항) 공수처 검사는 형사소송법상 검사에게 인정되는 임의수사 권한을 행사할 수 있다.

하지만 공수처법은 공수처 검사의 영장청구권 등 강제수사 권한에 관하여는 구체적인 규정을 두고 있지 않다는 전제에서 영장청구권이 있는지를 논의하는 견해가 있다. 그에 대해서는 공수처 검사는 일부 범죄를 제외하고는 수사권만 보유하고 있어 본질적으로 특별사법경찰관에 불과하며 경찰에 대한 법치국가적 통제기

165) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 166면.

166) 윤동호, “공수처의 기능 강화와 검찰권 견제”, 2면.

167) 이완규, 2020 검찰개혁법 해설, 58면.

능이나 재판의 집행권한이 없으므로 영장청구권이 인정되지 않는다는 견해(부정설) 또는 공수처 검사에게 수사권만 인정되는 사건에 관하여는 사법경찰관과 유사한 권한과 기능만을 행사하므로 영장청구권을 인정하기 어렵다는 견해(제한적 긍정설)¹⁶⁸⁾도 찾을 수 있다.

하지만 헌법재판소는 헌법에 규정된 영장신청권자로서의 검사는 검찰청법상의 검사만을 의미하는 것이 아니며 공수처 검사도 공익의 대표자, 인권옹호기관 및 법률전문가로서의 자격을 갖추고 있으므로 영장청구권이 인정된다고 판단하였음¹⁶⁹⁾은 앞에서 이미 살펴보았다.

공수처법 제8조 제4항도 검사의 영장신청권에 대한 논거가 될 수 있다.¹⁷⁰⁾ 이 조문은 수사처 검사는 직무를 수행함에 있어서 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무 및 군사법원법 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 검사로서 수사 및 공소의 직무를 수행할 때 적용되는 규정이지 사법경찰로서 일반고위공직자범죄 등을 수사할 때 적용되는 규정이 아니다. 만약 ‘사법경찰로서’가 포함되어 있다고 이 조문을 읽으면 ‘사법경찰로서 직무를 수행함에 있어 검사의 직무를 수행할 수 있다’는 모순에 빠지기 때문이다. 즉 제8조 제4항은 공수처 검사가 검사의 직을 수행할 때 검찰청 검사와 같은 수준의 직무수행기준이 적용된다는 의미이고 이렇게 이해할 경우 고위공직자범죄등의 수사를 할 때 헌법에 영장신청권자로 한정된 검사에 포함된다는 해석에는 문제가 없다. 공수처법이 공수처 검사의 직무와 권한에 대하여 검찰청법과 형사소송법을 준용한다고 규정하고 있어(제47조) 공수처 검사에게 검찰청법상 검사와 거의 대등한 지위를 부여하고 있고, 그에 따라 공수처 검사는 공소권의 유무와 관계없이 검사의 지위를 가진다고 보는 것이 타당하다는 해석¹⁷¹⁾도 있다.

사실 앞에서 논의한 헌법재판소 결정이, 법률에 의하면 공수처 검사에게 수사권은 있으나 기소권이 없는 사건을 강제수사할 때 공수처 검사에게 영장청구권이 있는지의 문제에 대한 해결책을 제시하였다고 선해할 수도 있다.

168) 이러한 입장으로 이재상·조균석·이창온, 형사소송법(15판), 박영사, 2023, 88면.

169) 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마 264, 681(병합) 결정.

170) 이윤제, “공수처 검사의 법적 지위에 대한 오해와 혼란”, 224면.

171) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패범죄 특별수사기관을 중심으로, 356면.

공수처 검사가 공소권이 없는 일반고위공직자범죄 등에 속하는 조희연 교육감 사건에 대하여 압수·수색영장을 법원에 신청하였고 법원에서 이를 발부하였는데, 이를 헌법재판소와 동일한 입장이라고 판단하는 견해¹⁷²⁾는 이러한 입장에 기반하였다고 보인다. 실무상으로는 공수처의 강제수사가 법적 장애 없이 진행되고 있는 실정이므로 공수처 검사의 영장청구권 인정 여부는 논의의 실익이 없다는 견해¹⁷³⁾도 같은 의견이다.

3. 기소 여부에 대하여 공수처 검사와 검찰청 검사가 서로 다른 판단을 한 경우

가. 공수처 검사가 기소권을 가지는 사건과 검찰청 검사가 기소권을 가지는 사건에 대한 기소여부 판단이 서로 다른 경우

기소 여부에 대하여 공수처 검사와 검찰청 검사가 서로 다른 판단을 하는 경우도 권한이 이원화되면서 발생하는 혼란 중 하나이다. 예를 들어 소위 ‘고발사주’ 사건에 대하여 공수처는 손준성 검사를 기소한 반면 검찰은 공범으로 지목된 국회의원 김웅에 대해 불기소결정을 한 바 있다.¹⁷⁴⁾

이러한 상황에 대해서, 동일한 사건에서 공범에 대한 기소 여부가 수사기관에 따라 서로 다르게 결정되는 것은 법적으로 바람직하다고 할 수 없을 뿐만 아니라 일반 국민들에게는 납득하기 어려운 정치적 세력다툼으로밖에 보이지 않을 것이라는 평가¹⁷⁵⁾와 서로 다른 판단을 내릴 수 있는 두 기관이 존재하므로 독점적 기관이 있을 때보다 부패사건과 이해관계가 있는 자 또는 그와 연결된 내부자가 부당한 간섭이나 로비를 시도할 가능성 및 유인이 크게 줄어들고, 자신이 불기소한

172) 유주성, “고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 고찰 - 현재 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264·681(병합) 결정 검토를 중심으로 -”, 317면.

173) 황은영, “영장주의와 공수처 검사의 영장청구권 쟁점”, 법조 제748호(2021), 339면.

174) 공수처는 최근 손준성 검사에 대하여 징역 5년을 구형하였다. 연합뉴스, “공수처, '고발사주' 손준성 검사장 징역 총 5년 구형”, 2023.11.27.

(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20231127038351004>), 최종방문: 2023.11.28

175) 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 18면.

사건을 다른 기관이 재평가할 수 있으므로 자신의 판단을 정당화할 근거를 충실히 마련해 놓을 필요가 있었을 것이라는 평가¹⁷⁶⁾가 엿갈린다.

그러나 공범에 대하여 기소 여부가 달라지게 된 근본적인 원인은 공수처법이 기소대상자의 범위를 지나치게 한정해 놓았기 때문이며¹⁷⁷⁾ 법률개정이 필요할 것으로 보인다.

나. 공수처 검사가 기소권을 가지지 않은 사건을 송부받은 검사가 구속수사를 할 수 있는지

공수처에 기소권이 없는 사건을 송부받은 검사가 구속수사를 할 수 있는지 여부에 대하여, 검찰청 검사와 공수처 검사가 영장 청구 여부를 협의하여 판단하는 것이 합리적이라는 설명¹⁷⁸⁾이 있다.

그런데 위 가.에서 다른 사건에서 공수처 검사가 기소권을 가진 사건의 공범을 기소할지 여부에 대한 검찰청 검사의 판단이 달라질 수 있음을 이미 보았다. 그렇다면, 공수처 검사가 자신이 기소권을 가지지 않은 사건에 대하여 구속 여부에 대한 의견을 검찰청 검사에게 제시하고 검찰청 검사와 협의하는 과정이 공수처의 권한 및 위상에 맞기 때문에 정책적으로 바람직한 방향이라는 설명과 무관하게, 현행법에서 검찰청 검사는 공수처 검사와 협의하거나 공수처 검사의 의견을 반영할 근거를 찾기는 어렵다. 이미 수사 종결과 관련하여 공소제기요구 사건 송부와 불기소 사건 송부에서 나타나는 쟁점에 대하여 논의하였으나, 이 문제도 법률에서 규정하는 수사 대상과 기소 대상을 일치하는 방법으로 해결해야 할 것이다.

176) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 264면.

177) 고위공직자범죄수사처는 손준성 검사를 기소하면서 김 의원의 공모 관계가 인정된다고 보았으나 당시 김 의원이 민간인 신분이라 사건을 검찰에 이첩했다. 연합뉴스, “검찰, '고발사주 의혹' 국민의힘 김웅 의원 불기소”, 2022.9.29.

(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220929091000004>), 최종방문: 2023.11.28

178) 윤동호, “공수처의 기능 강화와 검찰권 견제”, 10면.

제3절 개선방안

I. 검사의 부패에 관한 통제

1. 고위공직자범죄가 아닌 범죄를 범한 혐의가 있는 검찰청 검사에 대한 수사권과 기소권의 공백 해결

공수처법 제25조(수사처검사 및 검사 범죄에 대한 수사) ① 처장은 수사처검사의 범죄 혐의를 발견한 경우에 관련 자료와 함께 이를 대검찰청에 통보하여야 한다. ② 수사처 외의 다른 수사기관이 검사의 고위공직자범죄 혐의를 발견한 경우 그 수사기관의 장은 사건을 수사처에 이첩하여야 한다.

공수처 검사가 공소제기와 유지 권한을 가지는 이상 모든 고위공직자 사건에 대하여 공수처 검사에게 수사권과 기소권을 부여하는 것으로 입법자가 제도를 설계할 수 있었음에도 그렇게 하지 않은 이유는, 검사 등을 제외한 고위공직자 사건에서는 검찰에게 공소제기와 유지를 맡겨도 자의적이고 편파적인 공소권 행사의 우려가 없다고 판단하였기 때문이라고 생각할 수 있다.¹⁷⁹⁾

그러나 검사의 일반범죄에 대한 기소권을 여전히 검찰에서 행사하게 되어 사법에서의 이해충돌 문제가 검사에 대한 검찰의 수사에 그대로 남아있게 되며, 입건에 대한 재량도 인정되고 있다는 문제가 있다. 공수처 검사 및 검찰청 검사에 대한 공수처법의 제25조의 내용 및 처리절차를 비교하면 다음과 같다.

179) 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제 -”, 289면.

[표 8] 공수처 검사 및 검찰청 검사의 범죄에 대한 공수처법 규정과 처리절차¹⁸⁰⁾

항목	공수처 검사	검찰청 검사
대상 범죄	범죄	고위공직자범죄
시기	혐의를 발견한 경우	혐의를 발견한 경우
조치	대검찰청에 통보	공수처에 이첩
수사 및 기소	고위공직자범죄: 공수처 수사+기소 일반범죄: 검찰(6대범죄)·경찰 수사+ 검찰 기소	고위공직자범죄: 공수처 수사+ 기소 일반범죄: 검찰(6대범죄)·경찰 수사+ 검찰 기소

공수처 검사의 경우에는 모든 범죄가 통보대상이라는 하지만 이첩할 의무까지는 없다. 공수처 감찰규정에 따르면 인권감찰관은 공수처 검사의 범죄혐의가 인정되더라도 제반 사정 등에 비추어 서면경고만으로 종결할 수 있다(제13조 제3항). 결과적으로 공수처 검사의 범죄에 대한 절차 진행에 대해서는 공수처의 재량이 인정된다. 대검찰청의 범죄 및 비위 처리지침에 의하더라도 검사의 범죄에 대해 각급 검찰청의 장이 사안의 경중 등을 고려하여 입건 여부를 결정할 수 있다.

검사징계법과 관련된 검찰청 예규인 검찰공무원의 범죄 및 비위처리지침은 검사를 검찰수사관 등 검찰청 일반직원과 구별하지 않고 검찰공무원에 포함시켜 규정하고 있어서, 검사 비위의 특수성과 그에 대한 엄정한 대응의 필요성을 반영하지 못한다는 문제점이 있다.¹⁸¹⁾ 그리고 비위발생청 내지 소속청 감찰담당부서에서 1차적으로 비위 내용을 수사·조사하도록 하였는데, 지휘감독책임을 함께 부담해야 하는 소속청이 사건에 대한 엄정하고 객관적인 처리를 기대하기 어려우며,

180) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 152면.

181) 이하의 설명은 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 57면.

각급 청의 장이 검찰공무원의 범죄를 알게 된 경우에는 사안의 경중 및 고의 또는 과실 여부를 종합적으로 고려하여 입건 여부를 결정할 수 있다고 규정하는데 (제3조) 수사권과 기소권을 함께 가지고 있는 검찰이 입건재량까지 행사하는 것은 타당하지 않다는 비판을 받는다.

그리고 이해충돌방지라는 측면에서 볼 때 같은 기관 내에서 입건이나 고발 등 절차 진행 여부에 대한 재량권, 수사권과 기소권을 모두 갖는 것은 문제가 있다. 검찰청법에 의하면 경무관 이상의 고위공직자범죄는 공수처가 수사과 기소를 담당하고 그 외에는 전부 검사가 수사과 기소를 담당하는데, 같은 취지로 공수처 검사의 범죄는 검찰에서, 검찰청 검사의 범죄는 공수처에서 수사과 기소를 모두 담당하도록 하는 방법이 적절하다고 보인다.¹⁸²⁾ 이렇게 법률을 개정할 경우 공수처 검사의 영장청구권 문제의 일부도 해결할 수 있다.

2. 검찰청 검사에 대한 강제수사에서의 영장청구를 공수처 검사가 담당하는 방안

검찰은 스스로의 비위에 대한 수사에 관하여 ‘제 식구 감싸기’라는 국민적 비판을 받기도 하였는데, 법무부 자료에 따르면 2016년부터 2020년 8월까지 검사에 대한 불기소율은 99%를 넘는다.¹⁸³⁾ 검사가 피의자인 사건은 2013년 768건에서 2017년 3,118건으로 4배 증가하였으나 같은 기간 공소제기는 14건에 그쳐 기소율은 0.52%에서 0.16%로 1/3 수준으로 감소하였으며 이는 2013년부터 2017년까지 접수된 전체 형사사건의 기소율 34.2%와 큰 차이를 보인다. 나아가 이 기간 중 매년 평균 35건의 피의사실공표사건이 접수되었으나 단 한 건도 기소되지 않았다.¹⁸⁴⁾

이미 살펴본 표도 이러한 상황을 드러낸다. 대검찰청 소속 공무원범죄 현황에

182) 윤동호, “수사권 개혁의 한계”, 144면; 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 154면.

183) 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 1면.

184) 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제 -”, 289면.

서 2013년부터 2019년까지 7년간 입건된 인원은 52명이었으나 처벌된 인원은 5명에 불과하였다. 그리고, 2013년 3월부터 2020년 12월 15일까지 검사의 징계현황에 관한 참여연대 사법감시센터의 자료를 보면 82건의 검사 징계처분 중 해임 7건, 면직 8건, 정직 10건, 감봉 24건, 견책 33건이었다. 그에 대하여 검사의 징계 종류로 파면이 규정되어있지 않고, 검찰 자체 징계기준이 공무원징계령 기준보다 낮다는 비판이 제기되어 왔다.¹⁸⁵⁾

이러한 통계는 검사를 포함한 검찰공무원의 비위와 범죄에 대한 제재체계에서 감찰과 수사기능을 함께 가지고 있는 검찰의 재량이 매우 크다는 점을 보여준다. 특히 검사는 현행 법체계에서 기소권의 거의 전부를 담당하고 있기 때문에 입건과 처벌 과정을 투명하고 공정하게 진행해야 할 필요성이 매우 높다.

수사권 조정 당시 논의를 되짚어보면 경찰이 강제수사를 위해 검사에게 신청한 영장이 뚜렷한 이유 없이 발부되지 않는 상황에서, 헌법이 개정되기 전에는 경찰이 영장청구의 주체가 될 수 없으며 대물적 강제처분에서의 ‘관련성’ 요건도 법률에 명시되어 있다는 점도 한계로 작용할 것이므로, 대상범죄가 제한된다는 문제가 있겠으나 영장신청과 관련한 문제가 있을 경우 검찰이 아니라 신설되는 공수처 검사에게 신청하는 방법을 차선택으로 생각할 수 있다는 의견¹⁸⁶⁾이 제시된 바 있다.

Ⅱ. 수사대상의 확대: 공범과 관련하여

공수처의 수사대상 및 기소대상을 확대해야 한다는 주장은 이미 여러 선행연구에서 제시되었다. 특히 고발사주 사건과 유사한 상황을 어떻게 해결할지와 관련하여 고위공직자범죄를 수사하는 과정에서 인지한 공범의 범죄에 대한 수사가 문제가 된다.

공수처법은 수사대상을 ‘직접 관련성이 있는’ 죄로서 해당 고위공직자가 범한

185) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 57면.

186) 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 20면.

죄로 한정하고 있다. 따라서 해당 고위공직자에 대한 공수처의 수사는 가능하지만 그와 공범관계에 있는 자를 수사하는 경우에는 다른 수사기관에 이를 이첩하여야 한다. 하지만 이러한 과정에서 처벌의 흠결이 발생할 수 있고 하나의 범죄에 연결되어 있는 사건임에도 불구하고 일의적인 해결이 어려워지는 문제가 발생하며, 피의자가 사건을 이첩받은 기관과 공수처에 모두 출석하여 조사를 받아야 하는 등 이중조사가 불가피하다는 점에서 인권침해의 가능성이 있다.¹⁸⁷⁾

그러므로 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 범죄에 한하여 공범에 대한 수사가 가능하도록 공수처법을 개정할 필요가 있다. 가령 뇌물자금을 마련하기 위한 횡령 등의 범죄 등 고위공직자범죄와 관련된 상대방의 범죄를 수사하고 기소할 수 있게 하는 방법¹⁸⁸⁾을 생각할 수 있다.

Ⅲ. 수사권한의 강화 필요성

고위공직자범죄를 수사할 때의 압수수색의 특수성에 대한 고려를 따로 하지 않은 것으로 보인다.¹⁸⁹⁾ 과거에 제안된 입법안 중 유일하게 참여연대안 제27조(압수수색의 특례)는 “형사소송법 제110조 및 제111조의 이유로 공무소 등의 장은 압수수색을 거부할 수 없다”는 내용을 제안하였다. 과거 청와대에 대한 압수수색이 좌절된 사례에서 보듯이 군사상 비밀 또는 공무상 비밀을 이유로 한 압수수색 거부에 대하여 불응사유 소명 등 아무런 절차상 제한을 두지 않은 것은 부패범죄에 대한 엄정한 수사과 처벌을 위해 충분하다고 보기 어렵다.¹⁹⁰⁾

187) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 141면.

188) 예상균, “공수처법 운영과정에서의 문제점과 개선방안”, 19면.

189) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 133면.

190) 이근우, “屋上屋, 펜트하우스가 될 것인가 옥탑방이 될 것인가?”, 64면.

Ⅳ. 구속기간에 관한 규정 정비의 필요성

사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 하며(형사소송법 제202조), 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다(형사소송법 제203조). 다만, 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다(형사소송법 제205조 제1항).

구속기간에 관한 형사소송법의 규정은 수사권 조정을 내용으로 하는 형사소송법의 개정 이후에도 내용이 달라지지 않았다. 그러므로 경찰의 구속기간은 10일, 검찰의 구속기간은 최대 20일이라고 정리할 수 있다.

1. 공수처 검사에게 기소권이 있는 사건

공수처 검사에게 기소권이 있는 사건의 구속영장은 공수처 검사가 법원에 바로 청구하며, 공수처 검사도 검사이므로 피의자를 구속할 수 있는 최대기간은 20일이다.¹⁹¹⁾

그렇다면 공수처 검사에게 기소권이 있는 사건에서 공수처의 피의자 구속기간은 경찰의 신청을 받아 검사의 청구로 법원이 발부한 구속영장에 의해 피의자를 구속할 수 있는 최대기간인 30일보다 짧다고 보아야 한다.

이와 관련하여, 수사와 기소의 분리라고 하는 기능적 권력분립의 원칙은 공수처에서도 실현되어야 하기 때문에, 내부부서를 수사부와 공소부로 나누고 수사부는 기소에는 관여하지 않는 수사관과 그 부서장으로 구성하는 현재의 방식은 적절하다고 보인다.¹⁹²⁾ 그리고 구속기간에 관한 형사소송법의 적용이라는 문제를 해결하기 위한 방법으로 공수처 내부에서 수사부와 공소부를 분리하는 방안도 논

191) 윤동호, “공수처의 기능 강화와 검찰권 견제”, 9면.

192) 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 351면.

의되었다고 한다.¹⁹³⁾ 하지만 이러한 기능적 권력분립이 형사소송법에서 경찰의 구속기간과 검찰의 구속기간을 나누어서 규정하였음에도 불구하고 가령 공수처 내부에서 수사부가 경찰의 구속기간, 그리고 공소부가 검찰의 구속기간 동안 대상자를 구속할 수 있다는 근거가 될 수는 없다.

2. 공수처 검사에게 수사권만 있는 사건

이러한 사건에서의 구속기간을 어떻게 볼 것인지는 결국 공수처 검사의 지위를 무엇으로 볼 것인지와 연결된다.

공수처 검사를 특별사법경찰로 볼 경우 구속기간은 최대 10일이며 공수처 검사에게 사건을 송부받은 검찰청 검사가 피의자를 20일 동안 구속할 수 있다고 해석해야 할 것이다.¹⁹⁴⁾

수사권만 인정되는 사건에 대하여 공수처 검사의 구속영장청구권을 인정한 경우, 공수처의 구속기간이 경찰 구속기간인 10일이 아니라 20일이 되어 검사 구속기간까지 포함하여 최대 40일까지 구속될 여지가 있어 심각한 인권침해의 가능성이 있다는 지적¹⁹⁵⁾은 수사권이 없는 사건에서 공수처 검사는 검사가 아니므로 영장청구권이 없다는 견해에 기반한다.

이러한 사건에서 헌법재판소 결정에 따라 공수처 검사의 구속영장청구권을 인정하는 견해¹⁹⁶⁾는 검사의 구속기간인 20일 동안 구속수사가 가능하며 구속기간 내에 기소가 이루어질 수 있도록 기간을 감안하여 검찰에 공소제기 요구와 함께 사건을 송부하여야 한다고 설명한다. 검찰단계에서의 체포구속기간을 적용하게 되면 검찰에 사건을 송치하더라도 다시 체포, 구속을 못하거나 그 기간이 줄어들 수 있다는 지적¹⁹⁷⁾도 이러한 입장에서 출발하였다고 보인다.

193) 예상균, “공수처와 검찰의 국민을 위한 협력관계 구축 시도의 필요성”, 115면.

194) 김기갑·김성윤, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률의 해석상 쟁점에 관한 연구”, 875면.

195) 이재상·조균석·이창온, 형사소송법, 88면.

196) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 -공수처 수사절차를 중심으로-, 129면.

197) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부

구속기간에 관한 형사소송법 규정을 수사권 조정 이후의 변화된 상황에 맞추어 개정해야 한다는 점은 별론으로, 공수처 검사의 지위가 법률로 명확해지면 이 문제는 해결될 것이며 가장 확실한 방법은 여기에서도 수사범위와 기소범위의 일치이다.

V. 영장집행에 관한 검찰청 검사의 집행지휘

공수처법 제47조는 검찰청법 제4조에 대하여 언급하면서 재판의 집행지휘를 준용대상에서 제외하였다. 이에 따라 공수처 검사가 공소권을 가진 범죄에 대해서 영장을 청구하여 발부받은 경우에도 검찰청 검사의 집행지휘를 받게 한 점에는 문제가 있으므로 재판의 집행지휘를 준용대상에 포함해야 할 것이다.¹⁹⁸⁾

패범죄 특별수사기관을 중심으로, 278면.

198) 이윤제, “공수처 검사의 법적 지위에 대한 오해와 혼란”, 234면.

제4장 부패방지 전문수사기구로서 공수처

제1절 수사·기소 통합의 관점

I. 쟁점

1. 검찰권력 분산 등 검찰개혁의 관점

공수처 설치의 정당성과 필요성에 대한 논의는 과도한 검찰 권한의 집중에 따른 검찰 권력의 분산 또는 통제, 검찰 수사의 공정성에 대한 국민적 의혹 등 ‘검찰개혁의 관점에서’ 진행되었다. 고위공직자에 의한 부패행위 또는 범죄가 사회적 이슈가 되었을 때 그에 대한 수사를 검찰청 검사가 직접 또는 주도적으로 수행한 결과가 국민으로부터 신뢰를 얻지 못하고 정치권력 등이 원하는 바에 따라 수사를 진행된 것이 아닌가라는 의혹이 제기되기도 하였다.¹⁹⁹⁾ 특히 전·현직 검사들에 대한 비리 수사에 대하여 검찰의 미진한 결과는 국민의 의혹을 증폭시키기도 하였으며, 이는 전·현직 검사에 대한 경찰 수사와 검찰의 수사지휘권이 충돌한 사례도 마찬가지다. 1999년 5월에 발생한 권력형 비리의혹 사건으로 특별검사제도의 도입 배경이 되었던 이른바 ‘옷로비 사건’에서부터 부정청탁금지법을 제정하게 된 강력한 동기를 제공한 이른바 ‘벤츠 여검사 사건’, 김학의 법무부 차관 성접대 의혹 사건, 진경준 검사장 주식 부당이득 사건, 검사의 스폰서 사건, 뇌물 수수 사건 등 검사 등 고위공직자에 대한 부정부패가 사회적 이슈가 되었을 때 검찰개혁의 관점에서 검찰과는 독립된 별개의 수사기관의 필요성이 증대되었다.

“한국의 관료검찰은 형사사법 위에 군림할 뿐만 아니라 지나치게 권력에 유착되어 있다. 그것은 검찰을 권력과 특권에 안주하게 만들고, 다른 권력기

199) 허일태, “청소년 성매매의 현실과 대책:기소편의주의와 기소재량에 대한 통제방안”, 형사정책 제14권 제1호(2002), 28면; 이주희, “고위공직자 부패 방지에 관한 형법적 고찰”, 한양법학 제24권 제3호(2013), 287면.

관과의 경쟁에서 조직의 안위와 우위를 지키는 것을 검찰조직의 지상과제로 인식하게 했으며, 검찰만능주의와 검찰이 사회와 국민을 계도해야 한다는 의식으로 형사정책을 물들이고, 권력을 만족시키는 투기적 수사의 유혹을 부추기며, 검찰조직을 정치인을 배출하는 사관학교로 만들었다.”²⁰⁰⁾

“기소독점주의에 기초한 검찰의 공소권은 무소불위의 검찰권력이 자랄 수 있었던 토양인 동시에 검찰이 부패하고 정치화되는 결정적인 원인이었다. 때로는 ‘권력 비호’의 대가로 자신의 지위와 권한을 공고히 하는 수단으로, 때로는 ‘자기 식구의 죄를 덮어주기’ 위한 방편으로 공소권을 자의적으로 행사하고 불기소처분 권한을 남용함으로써, 검찰은 권력화·정치화 되었다. 때문에 ‘검찰의 공소권 통제’가 검찰개혁에 대한 국민의 공감대와 정치적 정당성을 이끌어내는 중요한 논거이자, 검찰개혁의 핵심적인 목표가 된 것이다.”²⁰¹⁾

1990년 이후부터 2000년 중반까지 검찰의 정치적 중립성에 대한 논의가 검찰 개혁에 대한 중요한 쟁점 중 하나였다. 검찰권의 집중은 그 권한의 행사에 있어서 오용·남용의 가능성을 높이며, 이는 공정하고 투명한 검찰권의 행사를 기대하기 어렵게 만들고, 이는 시민의 자유와 권리에 대한 침해로 연결될 수 있었기 때문이다.²⁰²⁾ 이러한 사회적 논의 과정에서 탄생한 공수처는 권력형 범죄에 대한 검찰의 불기소 남용, 제 식구 감싸기식의 사건처리 등의 폐해와 그 대가로 정치화·권력화 되어버린 기존 검찰에 대한 개혁의 일환으로 논의되고 입법화되었다. 즉 ‘검찰권한(특히 공소권)의 분산 및 축소’를 통해 기소독점주의의 폐해를 일소하는 것이 그 목표였다.²⁰³⁾

200) 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사, 2010, 915-916면.

201) 김봉수, “검찰개혁, 어디로 가고 있는가?”, 비교형사법연구 제22권 제3호(2020), 24면-25면: 다만 김봉수교수는 검찰개혁의 한 방법으로 선택한 공수처의 신설이라는 수단은 그 내용이 빈약하고 단순한 처리방식이라고 비판하고 있다.

202) 윤영철, “검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고”, 홍익법학 제13권 제1호(2012), 54면.

203) 김봉수, “검찰개혁, 어디로 가고 있는가?”, 34면.

2. 공직부패범죄에 대한 대응

공수처 첫 출발의 뿌리는 검찰개혁 과제보다는 공직부패 범죄에 대한 대응이 우선이었다. 종전 이른바 권력형 비리 사건이 사회적으로 이슈화될 때마다 우리 사회는 ‘특별검사’를 투입하면서 이를 해결해 왔다. 검찰이 거악척결이라는 임무를 제대로 수행하지 못하고 오히려 정치권력과 자본권력의 영향을 받는 현실에 대한 부정적 인식이 강하였다. 검찰이 그전에 자신의 역할을 다하지 못했거나 미래에 그 역할을 다하지 못할 것이라는 우려에서 검찰청 검사가 아닌 정치권에 의하여 임명된 특별검사가 투입되었다. 하지만 특별검사에 의한 수사 결과 또한 국민의 의혹을 해소하는 것에 충분하지 못했다. 검찰에 의해 배반당한 기대와 꺾인 희망이 실망과 분노로 표출될 때마다 특별검사보다 더 특별한, 그리고 검찰과 별도의 상설 특별기구를 만들려는 시도와 논의가 등장한 것도 이 때문이었다.²⁰⁴⁾

공수처와 같은 상설 특별기구를 설치하려는 노력은 김대중 정부에서 시작되었다. 공수처 설치에 대한 입법논의를 전개한 참여연대는 1996년 11월 ‘고위공직자 비리수사처’ 신설을 포함한 부패방지법의 입법청원을 하였지만, 검찰의 반발로 무산되었다. 이러한 노력이 가시화된 것은 2004년 참여정부이다. 참여정부는 고위공직자비리조사처(공비처) 내지 공직부패수사처(공수처)²⁰⁵⁾라는 이름의 특별수사기구를 검찰이 아니라 부패방지위원회(현재 국민권익위원회) 산하에 신설하려는 계획을 수립하였으나, 현실의 벽을 넘지 못하고 무산되고 말았다.

검찰 외에 특별기구의 신설이라는 과제는 2012년 검사 비리 사건을 접하면서 다시 논의되었고, 유력 대선후보들이 하나같이 검찰 외 특별기구의 상설화를 공약으로 제출하면서 광범위한 사회적 공감대가 형성되기 시작하였다. ‘공직자비리수사처’ 또는 ‘상설특별검사제도’가 그 노력의 흔적이다. 2014년 특별검사의 임명 등에 관한 법률에 의해 도입된 특검제도는 상설특검제도와는 거리가 먼 제도였다. 기존의 사안별 특검제도와 동일하기 때문이다.

204) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 172면.

205) 2004년 9월 국회에 법안을 제출하는 단계에서 고위공직자비리조사처는 ‘공직부패수사처’로 이름이 바뀌었다. 공직부패수사처는 고위공직자만이 아닌 공직사회의 부패 전반을 바로잡는다는 이미지가 강하였다.

2017년 촛불혁명을 통하여 출범한 문재인 정부에서 법무부 산하 법무·검찰개혁위원회가 공수처 법률시안을 제안하였다. 법무·검찰개혁위원회는 공수처 설치의 필요성에 대하여 “기존 제도로는 고위공직자의 권력형 비리를 제대로 방지할 수 없으므로 권력으로부터 독립된 공수처 설치가 반드시 필요하고, 검찰비리도 경찰이 수사하기 어려우므로 공수처가 검찰비리를 방지할 수 있는 가장 효과적인 제도”라고 하였다.²⁰⁶⁾ 법무·검찰개혁위원회의 법률안은 공수처 입법과정을 이해함에 있어서 중요한 입법자료 중 하나이다. 공수처의 대상 범죄를 고위공직자의 직무 관련 범죄에 그치지 않고, 검사 또는 경무관급 이상 경찰공무원의 경우 모든 범죄를 수사 대상에 포함시켰다. 법무·검찰개혁위원회의 권고안에는 공수처장의 자격요건 및 임기, 공수처 검사의 임명과 임기, 퇴직 후 임용제한 등 정치적 독립성에 대한 규정을 제안하였으며, 다른 수사기관과의 관계와 관련하여 통지·이첩요구 등 의미 있는 규정을 많이 제안하였다. 하지만 법무·검찰개혁위원회의 법률안이 그대로 수용되지는 않았다. 이후 법무부안이 제시되었으며, 의원입법으로 오신환 의원안, 송기현 의원안, 백혜련 의원안, 권은희 의원안 등 다양한 형태의 법률안이 제시되었다. 이후 많은 논쟁을 거친 후 현재 공수처법이 제정·시행되고 있다. 제정된 공수처법을 이해함에 있어서는 법무·검찰개혁위원회안, 법무부안, 백혜련의원안이 중요한 입법자료에 해당한다. 이에 대한 분석은 현재 제정된 공수처법의 문제되는 쟁점에 대한 이해를 돕는데 필요하다.

입법과정에서 공직부패에 대한 전문대응기구로서 공수처의 지위를 확보하는 것은 쉽지 않았다. 부패 방지 기능은 이미 공공기관별로 조직·운용되고 있는 감찰·감사조직, 감사원, 국민권익위원회, 금융감독원, 공정거래위원회, 국세청 등이 맡고 있다. 이러한 사정 가운데 공수처가 다시 부패 방지 기능을 담당해야 한다는 주장은 이른바 ‘옥상옥(屋上屋)’ 논리의 빌미를 제공한 셈이다. 이 반대 논리는 수사권과 기소권의 분점에 대한 반대 논리로도 작동하였다. 공수처는 기능이나 조직면에서 검찰과 동일하며, 검찰이 제대로 작동하게 되면 사실상 의미 없는 조직이 될 수 있기 때문에 공수처 설치의 불필요하며, 검찰기관의 이원화만을 초래할 뿐이라는 비판이다. 새로운 기관의 신설보다는 존재하는 기관의 정비가 문제

206) 법무부 보도자료(2017.9.18.) “국민의 여망을 담은 공수처 설치 반드시 필요-법무·검찰개혁위원회 두 번째 권고안 발표”

해결의 성공법이라고 한다.

3. 공수처의 2가지 역할 부여

공수처가 역사적으로 부여된 2가지 임무는 하나만을 선택하기는 어려웠으며, 결국 공수처 설치의 정당성은 공직부패에 대한 감시뿐만 아니라 검찰 권력에 대한 견제의 성격이 동시에 강조될 수밖에 없는 현실적 요청에²⁰⁷⁾ 응답할 수 밖에 없었다. 현재 시점에서 공수처의 역할에 대하여 반부패 기구의 성격에 그치지 않고, 독점적이고 집중된 검찰 권한에 대한 제도적 견제 장치의 성격도 강조되어야 할 현실적 필요성이 있다. 하나는 검찰 권력의 정치권력과 자본권력에 예속화되는 것을 타개해야 한다는 방향이고, 다른 하나는 검찰 권력의 비대화에 대하여 과감하게 정비해야 한다는 방향이다. 공수처 신설 및 운영 방안, 미래의 발전방향은 이 두 가지 갈래가 만나는 접점에 위치하고 있다.

비대화된 검찰 권력에 대한 견제는 지금 현 시대적 상황에서 불가피한 현실적 선택이며, 공수처가 성공적으로 안착한다면, 공수처의 권한과 규모의 최대치는 기존 검찰 권력을 제한하는 제도적 압력의 최대치가 될 것이며, 수사와 기소에서 검찰이 갖는 독점을 해소할 가능성도 있을 것으로 기대한다. 따라서 공수처는 권력의 눈치를 보지 않고, 권력의 핵심부까지 수사가 가능하도록 수사·기소권을 보유한 독립적 수사기구이어야 한다(강조: 저자). 이런 의미에서 현행 공수처법 제2조 고위공직자의 정의에 대통령, 국회의장, 대법원장 등 이른바 권력의 중심부에 있는 사람도 공수처의 수사대상이 될 수 있도록 규정한 것은 상징적 의미가 있다.

고위공직자 부패범죄에 대하여 정치적 중립성을 유지하기 위해서는 행정·입법·사법 어디에도 속하지 않는 독립적 부패수사기구로 구성되어야 한다(강조: 저자). 수사처가 중앙행정기관임에도 불구하고 기존의 행정조직에 속하지도 않고, 대통령과 기존의 행정조직으로부터 지휘·감독을 받지 않는 형태로 설치된 것은 공수처의 기본적 속성에 해당한다.

207) 유승익, “문재인 정부의 검찰개혁, 평가와 과제”, 법과사회 제68호(2021), 109면.

현재 시점에서는 문재인 정부가 주도한 검찰개혁과 형사사법개혁을 통해 결과적으로 ‘수사권의 다원화’ 체제가 도입되었다는 것이다. 경찰의 1차적 수사종결권 부여, 검찰의 수사지휘권 폐지, 검찰의 직접 수사권에 대한 부분적 제한 등 수사와 기소에서 검찰의 독점적 지위가 형식상으로는 해소되고, 공수처 신설 등 수사권을 보유한 기관들이 다원적이고 병렬적으로 존재하게 되었다.²⁰⁸⁾ 검찰 중심의 형사사법 체계가 변하고 있으며, 권력융합적 법집행구조도 분권화되어야 한다는 시대적 요청에 따른 것이다.

문제는 분권화·다원화된 형사사법 체계 후에 추구해야 할 공수처의 바람직한 모습이다. 공직부패범죄를 담당하는 공수처는 이러한 큰 흐름의 변화에 가장 선두에 서 있는 국가조직이다. 검찰청 외에 유일하게 수사권을 가진 검사들이 있는 조직이기 때문이다. 하지만 판사·검사를 포함한 고위공직자들의 몇 가지 제한된 범죄에 대해서만 독자적인 공소권을 갖기 때문에 그 한계가 존재할 수밖에 없다. 현행 공수처법의 내용을 보면, 공수처의 수사권과 공소권이 미치는 인적 범위와 대상 범죄가 매우 제한되어 있다. 좁은 범위의 기소권만으로는 검찰의 기소독점에서 오는 폐해를 해소 내지 개선하기 어렵다는 비판이 존재하는 것은 당연한 논리적 귀결이다.²⁰⁹⁾ 또한 검사 25명 이내, 수사관 40명 이내의 미니 공수처로 고위공직자 등의 권력형 부패 범죄를 수사하는 것이 현실적으로·물리적으로 가능한지도 회의적인 시각이 많다. 결국 현행 공수처는 ‘공소권 축소 내지 분산을 통한 검찰 권력의 견제’라는 목표뿐만 아니라 제한적이지만 고위공직자범죄 등 부패범죄에 대한 수사권 및 공소권을 현재와 같은 공수처의 조직과 규모로 수행하는 것이 가능한지에 대한 검토가 필요한 시점이 된 것이다.

따라서 검찰개혁의 관점에서 공수처의 출발 이유를 찾을 수 있듯이 검사의 범죄에 대해서는 검찰이 관여하지 못하고 공수처의 전속적 관할을 인정하여 검사 부패에 엄정 대응하게 만드는 등 수사 대상 고위공직자와 범죄의 범위를 합리적으로 설정할 필요성이 있다. 공직부패범죄 수사에 대한 임무를 수행할 수 있도록 검찰과 동일하게 수사권과 기소권을 모두 부여하는 것이 가능한지에 대한 검토가

208) 유승익, “문재인 정부의 검찰개혁, 평가와 과제”, 113면.

209) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 130-131면.

필요하다(강조: 저자).

공수처의 미래 모습, 발전 방향에 대한 논의는 검찰개혁과 공직부패수사 기능을 모두 잡을 수 있는 방법이 있을지가 핵심이다. 수사권과 공소권이 검찰이라는 하나의 조직에 집중됨으로 인해 발생하는 권력의 비대화와 부정부패의 고리를 끊겠다는 것이 분리정책의 기본 취지이지만, 검찰개혁을 목표로 정당성을 확보한 공수처가 종전 권력화된 검찰과 마찬가지로 수사권과 공소권을 모두 가질 경우 다시 권력화와 정치화가 될 수 있는 내재적 위험은 없는지가 검토될 필요가 있다. 이는 거대 권력화된 검찰의 부패와 폐해를 경험하고 지켜본 국민이 갖는 불안으로서, 당연하고 자연스러운 반응일 수 있다.²¹⁰⁾ 따라서 공수처는 정치적 중립성 확보와 권한 남용 우려를 해소하여 국민의 신뢰를 받는 기관이 되어야 한다 (강조: 저자).

정치적 중립성 확보는 공수처법 제22조와 같은 정치적 중립성에 대한 선언적 규정 외에도 공수처장의 임명과 관련된 후보추천위원회의 구성, 수사처 검사의 임용, 전보, 그 밖의 인사를 위한 인사위원회, 처장·차장 등의 결격사유 등 다양한 영역에서 정치적 중립성 확보를 위한 규정을 두고 있다. 권한 남용 방지는 공수처 검사와 수사관의 임기제, 공수처 수사의 인력 규모, 기소재량에 대한 통제 장치, 다른 수사기관의 수사 진행 정도, 공정성 논란 등을 고려하여 사건이첩 또는 사건이첩요청 등 다양한 장치에 대한 검토가 필요하다.

II. 공직부패 전담 특별수사기관의 필요성

1. 서설

검찰과는 다른 독립된 반부패 수사기구를 설치하여야 한다는 주장은 찬반으로 나뉘어 대립하였다. 공수처가 설립된 현재도 이러한 논란은 완전히 불식되지 않고 있으며, 논쟁의 불씨는 여전히 남아있다. 설치 반대론의 근거는 향후 폐지론의 근거로 인용될 여지도 남았다.

210) 김봉수, “검찰개혁, 어디로 가고 있는가?”, 35면.

반대론의 논거는 ① 헌법에 근거가 없는 권력기관을 설치하는 것으로 위헌적이고, ② 수사주재자와 기소권을 검사에게 부여하고 있는 형사소송법 체계에 맞지 않으며, ③ 정치적 중립성과 독립성이 훼손되어 여당에 편향적 수사를 할 우려가 높다는 점 등으로 요약할 수 있다.²¹¹⁾ 찬성론의 논거는 ① 검찰의 형사절차상 권한 집중을 분산하여야 하고, ② 특별검사, 특별감찰관 등의 한계가 있으므로 검찰과 독립된 특별기구를 만들어 수사 대상을 분점시켜야 하며, ③ 검사에 대한 수사를 담당할 기관이 필요하고, ④ 국가청렴도 개선을 위한 부패수사기관이 필요하다는 점 등이다.²¹²⁾

반대론은 실제 검찰의 독립성과 중립성을 확보하도록 하자는 결론으로 대체로 검찰 측의 주장과 부합한다. 공수처 설치에 대한 찬성론은 검찰을 견제할 새로운 수사기구를 만들어야 수사절차의 문제점도 개선될 뿐만 아니라 공직자 비위 문제도 해결할 수 있다는 검찰비판론과 연결된다. 특히 고위층 부정부패 사건 수사에 대해서는 정치적인 이해관계에 따라 공방이 심해지는 경향이 있는데 그럴수록 더욱더 불편 부당한 수사의 필요성은 높다고 할 것이다. 수사 권한이 특정 기관에 집중되는 것은 권한 강화로 이어지기 쉽고, 실제 검찰권의 강화는 수사와 기소 권한이 집중되어 있는 점에 기인하는 바가 크다. 검찰의 부패 수사를 활성화하는 방법만으로 반부패 사정기능을 강화해야 한다는 것은 기존 실패한 검찰개혁방법론을 다시 반복하는 것에 불과할 수 있다. 수사권의 분할과 수사기관 상호 견제와 균형을 통해 수사의 공정성과 투명성도 확보할 수 있는 계기가 마련되어야 검찰개혁을 통한 사법개혁의 출발점이 될 수 있다.²¹³⁾ 공수처 설치의 찬성과 반대론에 대한 결론은 헌법재판소의 결정에 의하여 일단락되었다. 더 이상 이에 대한

211) 정웅석, “고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰”, 형사법의 신동향(제57호), 대검찰청(2017.12.), 293-306면; 김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토 - 현재 발의된 관련 법안의 합헌성을 중심으로 -”, 75-90면; 이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 박영사(2020), 48-56면.

212) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 194-198면; 김성천, “고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰”, 중앙법학 제21권 제4호(2019.12.) 51-59면; 광병선, “특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안”, 법학연구 제48권(2012.11.) 9-14면.

213) 황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 - 공수처 수사절차를 중심으로 -, 33-34면.

논쟁은 계속되지 않을 것으로 보인다.

2. 헌법재판소의 결정

2020헌마264 사건의 청구인인 제20대 국회의원들과 2020헌마681 사건의 청구인인 제21대 국회의원들이 공수처법이 권력분립원칙에 위반되고 국민의 생명권, 신체의 자유 및 검사의 영장신청권, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복 추구권 및 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 공수처법 전체의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다. 다음은 청구인들의 주장 요지이다.

【당사자들의 주장 요지】

가. 2020헌마264

(1) 공수처법에 의하면 수사처는 수사 및 공소권을 행사할 수 있는 권력기관임에도 입법·행정·사법 중 어디에도 속하지 않는 독립기관으로 설치되어 권력분립원칙에 위반된다.

(2) 공수처법이 대통령, 국회의장, 국회교섭단체가 추천한 사람이 수사처장의 임명에 관여하도록 하는 것은 수사처의 정치적 중립성을 침해한다.

(3) 공수처법이 수사처검사로 하여금 영장을 청구할 수 있도록 한 것은 그 자체로 위헌으로 국민의 신체의 자유 등 기본권과 검사의 영장신청권을 침해한다.

(4) 정치적 중립성이 확보되지 않은 수사처에 의한 수사는 수사대상자인 고위공직자에게 유리하게 작용할 것이므로 수사처의 수사대상이 아닌 사람들의 평등권을 침해한다. 또한 수사처에 의해 형벌이 부과될 경우 청구인들의 생명권, 재산권 등이 침해된다.

(5) 수사처에 수사권과 공소권을 모두 부여하는 것은 검·경 수사권 조정 방향과 모순되고, 수사처의 설치로 수사권이 이원화되어 고위공직자에 대한 수사가 제대로 이루어지지 못할 우려가 있으며, 검찰과 수사권을 두고 분쟁이 발생할 경우 규정상 이를 해결하기 어렵다.

나. 2020헌마681

(1) 수사처는 입법·행정·사법 중 어디에도 속하지 아니한 독립기관으로 대통령이 나 국회로부터 어떠한 통제나 감독도 받지 아니하는바, 이는 헌법상 국가기관 구성의 기본원리인 권력분립원칙에 위반된다. 또한 수사처는 헌법과 정부조직법에 설치 근거가 없으며, 수사처의 설치는 자유민주적 통치구조의 기본이념과 원리에 부합하지 아니하고 헌법상 체계정당성의 원리에도 반한다. 공수처법상 수사처를 검찰보다 상위의 기관으로 예정하고 있음에도 수사처에 대한 국회의 견제가 사실상 불가능하고, 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않은 규칙 제정권을 수사처에 부여하여 법체계에 부합하지 않으며, 판사를 수사처의 수사 또는 기소의 대상으로 하여 사법권의 독립을 침해한다. 이와 같이 공수처법은 권력분립원칙 등을 위반하여 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한다.

(2) 공수처법은 수사처의 수사대상이 되는 사람과 수사대상이 되지 않는 사람을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다. 또한 공수처법은 법 시행 전에 퇴직한 고위공직자도 수사처의 수사대상으로 하여 신뢰보호원칙에 반한다.

(3) 공수처법에 의하면 고위공직자의 가족도 수사처의 수사대상이 되는데, 이는 자기책임의 원리에 위반되고 평등권을 침해하며, 헌법 제36조 제1항 등에 근거한 혼인과 가족생활에 관한 기본권 등을 침해하고, 나아가 헌법상 연좌제금지에 반한다.

(4) 공수처법은 수사처검사와 수사처수사관의 임명, 정원 제한 등에서 검사의 직에 있던 사람과 검찰수사관을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권, 직업의 자유 및 공무담임권을 침해한다. 공수처법은 헌법상 규칙제정권을 부여받지 못한 수사처에 포괄적인 규칙제정권을 백지위임하고 있다.

(5) 공수처법에서 수사처장으로 하여금 다른 수사기관에 대하여 사건의 이첩을 요청할 수 있도록 하고 다른 수사기관은 수사처에 대하여 통보의 의무가 있다고 규정함으로써 수사처장이 검찰총장을 지휘하는 법체계의 모순이 발생한다.

(6) 수사처검사는 검사와 동일하다고 보기 어려우므로 수사처검사에게 영장신청권을 부여하는 것은 청구인의 신체의 자유 등을 침해한다.

이에 대하여 헌법재판소는 2021. 1. 28. 2020헌마264등 결정에서 권력분립의 원칙에 반하지 않으며, 청구인들의 평등권이나 신체의 자유, 영장주의 원칙을 위반하지 않았다고 결정하였다. 이 결정은 2020. 7. 15.부터 시행된 공수처법의 위

헌성에 대하여 최초로 판단한 사건으로, 수사처의 법적 지위, 수사처 직무의 독립성과 책임성 확보, 수사처 검사의 직무와 권한 등에 대하여 판단하였다는 점에서 그 의의가 있다.

헌법재판소가 공수처법에 대한 주요한 본안에 대한 판단은 다음과 같다.²¹⁴⁾

- (1) 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 권력분립원칙을 위반하여 청구인들의 평등권, 신체의 자유 등을 침해하는지 여부
- (2) 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 청구인들을 비고위공직자와 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해하는지 여부
- (3) 헌법상 영장신청권자로서의 검사가 검찰청법상 검사로 한정되는 것은 아니라 하더라도 영장신청권자는 공익의 대표자이자 인권옹호기관으로서 법률전문가의 자격을 갖추어야 하므로, 수사처검사가 위와 같은 법적 지위와 권한에 따라 직무를 수행한다고 볼 수 있는지 여부(영장주의 원칙 위반 여부)

【결정요지】

가. 공수처법 제24조 제1항은 고위공직자범죄수사처(이하 ‘수사처’라 한다)와 다른 수사기관 사이의 권한 배분에 관한 사항을 규정한 것으로 청구인들의 법적 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없어 기본권침해가능성이 인정되지 않으므로, 위 조항에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. (1) 헌법 제66조 제4항은 "행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다."고 규정하고 있는데, 여기서의 ‘정부’란 입법부와 사법부에 대응하는 넓은 개념으로서의 집행부를 일컫는다 할 것이다. 그리고 헌법 제86조 제2항은 대통령의 명을 받은 국무총리가 행정각부를 통할하도록 규정하고 있는데, 대통령과 행정부, 국무총리에 관한 헌법 규정의 해석상 국무총리의 통할을 받는

214) 청구인들의 심판청구가 적법 여부에 대해서도 결정이 있다. 공수처법 일부 조항에 대한 심판청구는 부적법하여 각하하였지만, 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항, 제8조 제4항에 대한 심판청구는 적법하므로 본안에 대한 판단을 하였다. 고위공직자에 해당하는 자가 고위공직자범죄등을 범한 경우 수사처에 의한 수사 또는 기소의 대상이 되게 한 제2조, 제3조 제1항, 수사처검사의 영장 청구를 인정하고 있는 공수처법 제8조 제4항에 대한 쟁점이 본안 판단에서 핵심적 내용이다.

‘행정각부’에 모든 행정기관이 포함된다고 볼 수 없다. 즉 정부의 구성단위로써 그 권한에 속하는 사항을 집행하는 중앙행정기관을 반드시 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’의 형태로 설치하거나 ‘행정각부’에 속하는 기관으로 두어야 하는 것이 헌법상 강제되는 것은 아니므로, 법률로써 ‘행정각부’에 속하지 않는 독립된 형태의 행정기관을 설치하는 것이 헌법상 금지된다고 할 수 없다.

수사처가 수행하는 수사와 공소제기 및 유지는 우리 헌법상 본질적으로 행정에 속하는 사무에 해당하는 점, 수사처의 구성에 대통령의 실질적인 인사권이 인정되고, 수사처장은 소관 사무와 관련된 안건이 상정될 경우 국무회의에 출석하여 발언할 수 있으며 그 소관 사무에 관하여 독자적으로 의안을 제출할 권한이 있는 것이 아니라 법무부장관에게 의안의 제출을 건의할 수 있는 점 등을 종합하면, 수사처는 직제상 대통령 또는 국무총리 직속기관 내지 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않는다고 하더라도 대통령을 수반으로 하는 행정부에 소속되고 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 중앙행정기관으로 보는 것이 타당하다.

(2) 수사처가 중앙행정기관임에도 불구하고 기존의 행정조직에 소속되지 않고 대통령과 기존행정조직으로부터 구체적인 지휘·감독을 받지 않는 형태로 설치된 것은 수사처 업무의 특수성에서 기인한 것인바, 수사처의 설치 취지가 고위공직자 등의 범죄를 척결하여 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성을 높이는 한편 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 제도적 견제장치를 마련하려는 데에 있는 점, 수사처가 행정부 소속 공무원도 그 수사대상으로 하여 기존의 행정조직의 위계질서에 포함시켜서는 객관성이나 신뢰성을 담보하기 쉽지 않은 점, 수사처가 대부분의 고위공직자들을 대상으로 수사 등을 담당하므로 정치적 중립성과 직무의 독립성이 매우 중요한 점 등을 고려한 것이다.

(3) 수사처의 권한 행사에 대해서는 여러 기관으로부터의 통제가 이루어질 수 있으므로, 단순히 수사처가 독립된 형태로 설치되었다는 이유만으로 권력분립원칙에 위반된다고 볼 수 없다. 수사처는 ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’이라는 입법을 통해 도입되었으므로 의회는 법률의 개폐를 통하여 수사처에 대한 시원적인 통제권을 가지고, 수사처 구성에 있어 입법부, 행정부, 사법부를 비롯한 다양한 기관이 그 권한을 나누어 가지므로 기관 간 견제와 균형이 이루어질 수 있으며, 국회, 법원, 헌법재판소에 의한 통제가 가

능할 뿐 아니라 행정부 내부적 통제를 위한 여러 장치도 마련되어 있다.

(4) 법률에 근거하여 수사처라는 행정기관을 설치하는 것이 헌법상 금지되지 않는바, 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의를 견제할 별도의 수사기관을 설치할지 여부는 국민을 대표하는 국회가 검찰 기소독점주의의 적절성, 검찰권 행사의 통제 필요성, 별도의 수사기관 설치의 장단점, 고위공직자범죄 수사 등에 대한 국민적 관심과 요구 등 제반 사정을 고려하여 결정할 문제로서, 그 판단에는 본질적으로 국회의 폭넓은 재량이 인정된다. 또한 수사처의 설치로 말미암아 수사처와 기존의 다른 수사기관과의 관계가 문제된다 하더라도 동일하게 행정부 소속인 수사처와 다른 수사기관 사이의 권한 배분의 문제는 헌법상 권력분립원칙의 문제라고 볼 수 없다.

(5) 이상과 같이 공수처법이 수사처의 소속을 명시적으로 규정하지 않은 것은 수사처의 업무의 특성을 고려하여 정치적 중립성과 직무상 독립성을 보장하기 위한 것이고, 수사처에 대하여는 행정부 내부에서만 아니라 외부에서도 다양한 방법으로 통제를 하고 있으며, 수사처가 다른 국가기관에 대하여 일방적 우위를 점하고 있다고 보기도 어려우므로, 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항은 권력분립원칙에 반하여 청구인들의 평등권, 신체의 자유 등을 침해하지 않는다.

다. (1) 헌법은 수사나 공소제기의 주체, 방법, 절차 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 기존의 행정조직에 소속되지 않은 독립된 위치에서 수사 등에 관한 사무를 수행할 기관을 설치·운영할 것인지 여부, 해당 기관에 의한 수사나 기소의 대상을 어느 범위로 정할 것인지는 독립된 기관의 설치 필요성, 공직사회의 신뢰성 제고에 대한 국민적 관심과 요구 등 모든 사정을 고려하여 결정할 문제이므로, 이에 대한 입법자의 결정은 명백히 자의적이거나 현저히 부당하다고 볼 수 없는 한 존중되어야 한다.

(2) 고위공직자는 권력형 부정 사건을 범할 가능성이 비고위공직자에 비하여 높고 그 범죄로 인한 부정적인 파급효과가 크며 높은 수준의 청렴성이 요구되고, 그 가족의 경우 고위공직자와 생활공동체를 형성하는 밀접·긴밀한 관계에 있으므로, 고위공직자나 그 가족 등에 한하여 수사처의 수사나 기소의 대상으로 하고 그 대상이 되는 범죄를 한정하여 규정한 것에는 합리적인 이유가 있다. 수사처에 의한 수사 등의 대상에는 퇴직한 사람도 포함되나, 이는 범죄에 연루된 현직 고위공직자가 사직을 통해 수사처의 수사 등을 회피하는 행태를

방지하고 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성 제고라는 수사처의 설치 목적에 기여하기 위한 것이므로, 불합리하다고 할 수 없다.

(3) 수사처에 의한 수사 등에 적용되는 절차나 내용, 방법 등은 일반 형사소송절차와 같으므로, 수사처의 수사 등의 대상이 된다고 하여 대상자에게 실질적인 불이익이 발생한다거나 대상자의 법적 지위가 불안정해진다고 볼 수 없다. 수사처가 고위공직자에 대한 수사 등의 주체가 됨으로써 부실·축소 수사 또는 표적수사가 이루어지거나 무리한 기소가 있을 수 있다는 우려를 뒷받침할 객관적·실증적인 근거가 없다. 따라서 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 청구인들을 합리적 이유 없이 차별하여 청구인들의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

라. (1) 헌법에서 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정된 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.

(2) 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 청구인들의 신체의 자유 등을 침해하지 않는다.

3. 결론

헌법재판소는 결정문에서 권력분립원칙의 의미에 대하여 설명하고 있다. 권력분립원칙은 “분할된 국가권력 상호 간의 견제와 균형을 통한 권력 간 통제”라고

설명하며, “국가권력의 기계적 분립과 엄격한 절연”을 의미하는 것은 아니라고 한다. 이어서 수사처의 법적 지위에 대하여 “공수처법은 검찰권 중 일부를 수사처에 분산”한 것이며, 이는 수사처가 “직제상 대통령 또는 국무총리 직속기관 내지 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않”지만, 중앙행정기관에 해당하며, 이들이 행하는 사무는 우리 헌법상 본질적으로 행정에 속하는 행정사무를 수행한다고 판단하였다.

공수처의 설치에 권력분립의 원칙에 위반된다는 청구인들의 주장에 대하여 헌법재판소는 “수사처가 행정기관임에도 불구하고 대통령을 비롯하여 기존의 행정조직에 소속되지 않고 이들로부터 구체적인 지휘·감독을 받지 않는 형태로 설치된 것은 수사처 업무의 특수성에 기인한 것”이라고 판단하였다.

헌법재판소가 밝히고 있는 수사처 업무의 특수성은 “검찰의 기소독점주의 및 기소편의주에 대한 제도적 견제장치를 마련”하는 것에 그치는 것이 아니라 “고위 공직자 등의 범죄를 척결하고 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성을 높이는” 임무를 가지고 있는 것이다. 수사처의 업무 범위와 그 성격이 검찰권, 특히 수사과 공소권의 분점에만 있는 것이 아니라는 점을 재확인한 결정이다.

수사처는 선출직 공무원 등 대부분의 고위공직자들을 대상으로 수사를 담당할 수 있으므로 정치적 중립성과 직무의 독립성은 상당히 중요하다. 검찰청 검사의 경우에도 정치적 중립성이 중요하지만(검찰청법 제4조 제2항), 소속 상급자의 지휘·감독(검찰청법 제7조), 법무부 장관의 지휘·감독(검찰청법 제8조) 등이 있다는 점을 고려하면 “검찰이 온전하게 중립성을 유지하기 어려울 수 있다는 문제의식”을 가지고 있다. 현재는 “기존의 행정조직의 위계질서에 포함시켜서는 객관성이나 신뢰성을 담보하기가 쉽지 않고 행정부 내부에서 이해관계의 충돌이 발생할 수도 있음”과 “수사처의 활동과 운영 등에 대통령 등이 관여할 위험이 높아지고 결국 정치적 중립성 내지 직무의 독립성이 훼손될 우려” 있을 수 있다는 점을 고려하였다.

공수처의 독립성 보장과 ‘기관의 중립성’ 확보를 위한 최선의 방법은 ‘직무의 독립성’이다. 공수처법 제3조 제2항에서 “수사처는 그 권한에 속하는 직무를 독립하여 수행한다”고 규정하였지만, 공수처의 소속에 대하여 아무런 규정을 하지 않은 것과 공수처법 제22조에서 “수사처 소속 공무원은 정치적 중립을 지켜야

하며, 그 직무를 수행함에 있어 외부로부터 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니한다”고 규정한 것은 바로 이러한 점을 반영한 것이다.

수사처를 기존 행정조직과 독립된 형태로 설치한 것은 “행정부의 통제로부터 가능한 벗어나 독립적이고 중립적으로 그 과제를 완수하라”는 입법자의 의지이며, “정치적 환경의 변화에도 불구하고 조직적 지속성을 보장받도록 하기 위한 것”이다. “검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의를 견제할 별도의 수사기관을 설치할지 여부는 국민을 대표하는 국회가 검찰 기소독점주의의 적절성, 검찰권 행사의 통제 필요성, 별도의 수사기관 설치의 장단점, 고위공직자범죄 수사 등에 대한 국민적 관심과 요구 등 제반 사정을 고려하여 결정할 문제로서, 그 판단에는 본질적으로 국회의 폭넓은 재량이 인정된다.”²¹⁵⁾

Ⅲ. 공직부패범죄 특별수사기구

1. 공직자범죄에 대한 처리

공무원 부패범죄는 직무범죄와 함께 공무원의 직무에 관한 죄 중 하나의 영역에 속한다. 공무원 범죄의 원인은 일반적으로 공직자가 업무수행에 있어서 혈연이나 지연, 학연 등과 같은 폐쇄적인 관계에 의존하게 되면 업무의 공정성을 저해하고 부패를 야기하는 환경이 마련된다.²¹⁶⁾

공직자부패범죄의 개념은 학문적으로 정립된 것은 아니지만, 주로 형법 제7장 공무원의 직무에 관한 죄(제122조부터 제135조)에서 규정된 범죄를 중심으로 논의되고 있다. 공무원의 직무에 관한 죄는 크게 ① 직무위배의 죄, ② 직권남용의 죄, ③ 뇌물의 죄로 구분된다. ‘직무위배의 죄’에는 직무유기죄(제122조), 피의사실공표죄(제126조), 공무상비밀누설죄(제127조)가 있으며, ‘직권남용의 죄’에는 직권남용죄(제123조), 불법체포감금죄(제124조), 폭행가혹행위죄(제125조), 선거방해죄(제128조)가 있다. ‘뇌물의 죄’는 크게 수뢰의 죄와 증뢰의 죄로 나눌 수 있는

215) 헌법재판소 2008.1.10. 선고 2007헌마1468 전원재판부 결정 참조.

216) 최석운, “부패범죄의 원인과 대책”, 비교형사법연구 제13권 제2호(2011), 568면.

데, 수뢰의 죄는 단순수뢰죄(제129조 제1항), 제3자뇌물공여죄(제130조), 사후수뢰죄(제131조 제3항), 알선수뢰죄(제132조)가 있으며, 이 중 단순수뢰죄에는 감경 유형인 사전수뢰죄(제129조 제2항), 가중유형인 수뢰후부정처사죄(제131조 제1항), 부정처사후수뢰죄(제131조 제2항)가 규정되어 있다. 한편 증뢰의 죄에는 증뢰죄(제133조 제1항)와 제3자증뢰물전달죄(제133조 제2항)가 이에 해당한다.

법무부는 ‘법무연감’에서, 대검찰청은 범죄분석에서 ‘공무원범죄’ 항목으로 직무유기·직권남용·수뢰·증뢰의 통계를 내고 있으며, 법원행정처는 형법 제5장 ‘공무원의 직무에 관한 죄’라는 제목을 그대로 가져와 통계를 취합하여 발간하고 있다. 법무부 2023년 법무연감에서는 공공분야 구조적 비리, 재정·경제 분야 고질적 비리, 전문직역 숨은 비리를 중점 수사대상으로 선정하고 지속적인 단속을 벌여왔다. 특히 2021년에는 부정부패사범 척격에 대한 국민적 기대를 반영하여 기존 주요수사대상이었던 부정부패범죄와 함께 5대 중대 부패범죄에 대한 강화된 검찰 사건처리기준을 적용하기도 하였다.²¹⁷⁾ 형법상의 공무원범죄는 전통적인 공직자부패에 대한 가장 기본적인 범죄이기는 하지만, 다양한 부패범죄를 포함하지 않고 있기 때문에 그 정확히 파악하기 어려운 한계점이 있다. 특정 유형의 비리 및 특정 공무원 집단에서의 부패범죄 발생량과 그 세부 내용 및 처리결과를 일관성 있게 파악하는 데는 한계가 있지만, 대강의 추이나 경향성은 파악할 수 있다.²¹⁸⁾

1960년대부터 2000년대 초반까지 우리나라 공무원 범죄의 추이를 분석한 선행 연구들에 따르면, 공식통계상에 나타난 공무원의 범죄·징계 사건과 그 처리 결과의 추이가 일정한 형태를 띠고 있다. 특히 정치적, 경제적 변동에 따른 추이 변화가 일정한 형태를 유지하고 있으며, 이는 국가의 범죄통제정책과 그 활동의 결과로 나타난 변화 추이로 해석할 수 있는 측면이 매우 강하다. 대통령이 바뀌고 새 정부가 들어선 다음에 공무원 범죄 수가 전반적으로 폭증하는 경향이 있는데, 공무원 범죄 적발건수가 정권교체 또는 권력자의 의지와 연동되는 추세를 보이는 것은 새로운 정권의 정당성을 확보하고 권력 체계와 질서를 새롭게 개편하는 과

217) 법무부, 2023년 법무연감, 258면.

218) 2022년도 부정부패사범 단속실적과 공직자비리에 대한 단속실적에 대해서는 법무부, 2023년 법무연감, 259면; 직무관련 공무원범죄에 대한 연도별 통계에 대해서는 2023년 법무연감, 612면 참조.

정에 나타날 수 있는 권력작용의 결과로 볼 수 있으며, 그것이 공무원 비리에 대한 대대적인 사정과 처벌이 정당성 없이 정권유지 차원에서 이루어지고 권력남용의 모습을 띠는 때 그 자체가 권력의 부패를 의미한다는 점에서 문제가 있었다.²¹⁹⁾

2. 공직자 부패범죄와 관련된 입법

부패범죄의 개념이 중요한 것은 공직자범죄에서 가장 집중적으로 규제하고 위반 시 엄정하게 처벌하여야 하는 범죄이기 때문이다. 공직자부패에 대한 대책으로 교육 및 홍보, 공무원법상의 사전적 규제 조치와 제재 등 사전적 방안이 중요하지만, 가장 중한 위반사항인 부패범죄에 대한 실효적인 처벌과 그 부패이익의 환수가 확보되지 않는다면 공무원부패는 근절되기 어렵다.

공직자윤리법은 1981. 12. 31. 법률 제3520호로 제정되었는데, 공직자의 부정을 방지하고 공무집행의 공정성을 확보하기 위하여 공직자들의 재산등록을 통해 재산증식과정의 투명성을 확보하는 것에 중점을 둔 부패 사전예방적 성격의 법률이다. 공직자의 재산등록과 외국인 등으로부터의 수령선물신고 및 퇴직 후 유관사기업체의 취업 제한 등을 제도화하였다. 비록 소극적·절차적 규정에만 그쳐 공직윤리 확보에는 부족하다는 평가가 있지만, 고위직의 재산등록 내용을 공개(제10조)하도록 하고, 이해충돌방지의무(제2조의2)를 규정하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

부패방지법이 2001. 7. 24. 법률 제6494호로 제정되어 부패방지위원회가 설립된 후 2005. 7. 21. 국가청렴위원회로 명칭이 변경되고, 2008. 2. 29. 법률 제8878호로 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(약칭: 부패방지권익위법)이 신규 제정되어 기존의 국가청렴위원회·국민고충처리위원회·행정심판위원회를 통합하여 현재의 국민권익위원회가 설립되었다. 국민권익위원회는 비록 고충민원의 처리 등 복합적 업무의 성격을 지니기도 하지만 전체적으로 볼 때 반부패 예방과 규제 정책을 총괄하는 반부패 총괄 국가기구로서의 의미가 크다.

219) 연성진, 공무원범죄의 추이에 관한 연구(Ⅱ), 한국형사정책연구원, 2006; 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 78면.

또한 부패방지권익위법 제2조 제4호에서 ‘부패행위’를 정의하여 공직자부패의 법적 개념을 명확히 한 점도 주목할 부분이다. 동법에 따르면 “부패행위”란 ① 공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위, ② 공공기관의 예산사용, 공공기관 재산의 취득·관리·처분 또는 공공기관을 당사자로 하는 계약의 체결 및 그 이행에 있어서 법령에 위반하여 공공기관에 대하여 재산상 손해를 가하는 행위, ③ 가목과 나목에 따른 행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위 중 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

국민권익위원회의 업무 중 부패와 관련된 업무는 ① 국민의 권리보호·권익구제 및 부패방지를 위한 정책의 수립 및 시행, ② 공공기관의 부패방지를 위한 시책 및 제도개선 사항의 수립·권고와 이를 위한 공공기관에 대한 실태조사, ③ 공공기관의 부패방지시책 추진상황에 대한 실태조사·평가, ④ 부패방지 및 권익구제 교육·홍보 계획의 수립·시행, ⑤ 비영리 민간단체의 부패방지활동 지원 등 위원회의 활동과 관련된 개인·법인 또는 단체와의 협력 및 지원, ⑥ 부패행위 신고 안내·상담 및 접수 등 및 신고자의 보호 및 보상, ⑦ 법령 등에 대한 부패유발요인 검토, ⑧ 부패방지 및 권익구제와 관련된 자료의 수집·관리 및 분석이다. 부패‘범죄’에 대한 수사기능은 담당하지 않으며, 전체적으로 부패방지 정책 관련 업무 및 사전예방적 활동업무를 수행하는 기관이다. ·

2015. 3. 27. 법률 제13278호로 제정된 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률(약칭: 청탁금지법)과 2021. 5. 18. 법률 제18191호로 제정된 공직자의 이해충돌 방지법(약칭: 이해충돌방지법)은 공직부패 관련 법률에서 가장 의미가 크다고 본다. 청탁금지법은 공직자 등에 대한 부정청탁 및 공직자 등의 금품 등의 수수(收受)를 금지하고 있다. 공직자등의 공정한 직무수행을 저해하는 부정청탁 관행을 근절하고, 공직자등의 금품등의 수수행위를 직무관련성 또는 대가성이 없는 경우에도 제재가 가능하도록 한 것이다. 잇단 공직자의 부패·비리사건으로 인하여 공직에 대한 신뢰 및 공직자의 청렴성이 위기 상황에 직면한 상황에서 입법된 것으로 공직관련부패를 억제하는 데 상당한 기여를 한 입법으로 평가할 수 있다.

2022. 5. 19. 시행된 이해충돌방지법은 공직자의 직무수행과 관련한 사적 이익

추구를 금지하고 있다. “이해충돌”이란 공직자가 직무를 수행할 때에 자신의 사적 이해관계가 관련되어 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황을 말한다(제2조). 공직자는 사적 이해관계로 인하여 공정하고 청렴한 직무수행이 곤란하다고 판단하는 경우에는 직무수행을 회피하는 등 이해충돌을 방지할 의무를 부여하고 있다(제4조). 이해충돌방지법은 공직자의 윤리 법규 체계상 도덕적 요인을 최상으로 반영한 법률이라는 평가를 받는다. 공익과 사익의 대립이라는 이해충돌 상황 자체는 부패행위 전(前)단계로서의 윤리적 회피의무를 강제하기 때문이다.

이외에도 “특정공무원범죄를 범한 사람이 그 범죄행위를 통하여 취득한 불법수익 등을 철저히 추적, 환수하기 위하여 몰수 등에 관한 특례를 규정하고 있는 공무원범죄에 관한 몰수 특례법도 공직사회의 부정부패 요인을 근본적으로 제거하고 깨끗한 공직 풍토를 조성”하는 것을 목적으로 하고 있으므로 공무원의 부패범죄와 관련된 입법이라고 할 수 있다.

3. 부패범죄에 대한 법률적 정의

가. 부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법

부패범죄에 대한 적극적 개념 정의를 한 법률에는 부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법(약칭: 부패재산몰수법)이 있다. 이 법은 국제연합부패방지협약 및 그 밖의 국제협약을 효율적으로 이행하기 위해 제정된 것으로 부패재산의 몰수, 추징, 환수 등을 규정하고 있다. 동법 제2조에 따르면 “부패범죄”란 불법 또는 부당한 방법으로 물질적·사회적 이득을 얻거나 다른 사람으로 하여금 얻도록 도울 목적으로 범한 죄로서 별표에 규정된 죄를 말한다.

■ 부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법 [별표] <개정 2021. 5. 18.>

부패범죄(제2조제1호 관련)

1. 「형법」 중 다음 각 목의 죄

- 가. 제2편제7장 공무원의 직무에 관한 죄 중 제129조부터 제133조까지의 죄
나. 제2편제34장 신용, 업무와 경매에 관한 죄 중 제315조의 죄
다. 제2편제39장 사기와 공갈의 죄 중 제347조, 제347조의2 및 제351조(제347조 및 제347조의2의 상습범만 해당한다)에 해당하는 죄(특정사기범죄로 한정한다)
라. 제2편제40장 횡령과 배임의 죄 중 제355조부터 제357조까지 및 제359조의 죄
2. 「형법」 외의 법률에서 규정한 공무원 의제에 따른 「형법」 제129조부터 제132조까지의 죄
3. 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조 및 제3조의 죄
4. 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 중 다음 각 목의 죄
가. 제3조 중 「형법」 제347조, 제347조의2 및 제351조(제347조 및 제347조의2의 상습범만 해당한다)에 해당하는 죄(특정사기범죄로 한정한다)
나. 제3조 중 「형법」 제355조 및 제356조에 해당하는 죄
다. 제5조부터 제9조까지의 죄
5. 「국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법」 제3조제1항의 죄
6. 「국민투표법」 제99조 및 제100조의 죄
7. 「공직선거법」 제230조부터 제233조까지 및 제235조의 죄
8. 「정치자금법」 제45조의 죄
9. 「공직자의 이해충돌 방지법」 제27조제1항 및 같은 조 제2항제1호의 죄
10. 「변호사법」 제33조 및 제109조부터 제111조까지의 죄
11. 「선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률」 제93조 및 제94조의 죄
12. 「상법」 제630조, 제631조 및 제634조의2의 죄
13. 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 제40조의 죄
14. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제645조, 제646조, 제655조 및 제656조의 죄
15. 「경륜·경정법」 제29조부터 제31조까지의 죄
16. 「한국마사회법」 제51조제1호부터 제3호까지의 죄
17. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제40조제1항 및 제124조제1항제9호의 죄
18. 「건설산업기본법」 제38조의2, 제95조 및 제95조의2의 죄
19. 「고등교육법」 제64조제2항제2호의 죄
20. 「공인회계사법」 제22조제3항 및 제53조제1항의 죄
21. 「국민체육진흥법」 제47조제1호 및 제48조제1호·제2호의 죄
22. 「근로기준법」 제9조 및 제107조의 죄
23. 「금융지주회사법」 제48조의3제1항 및 제70조제2항제2호의 죄

- | |
|--|
| 24. 「보험업법」 제201조 및 제203조의 죄
25. 「선주상호보험조합법」 제59조 및 제60조의 죄
26. 「신용협동조합법」 제30조의2 및 제99조제2항제3호의 죄
27. 「유류오염손해배상 보장법」 제58조 및 제59조의 죄
28. 삭제 <2016.12.20>
29. 「전통소싸움경기에 관한 법률」 제25조 및 제27조의 죄 |
|--|

나. 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률

부패방지권익위법 제2조 제4호에서 ‘부패행위’를 정의하여 공직자부패의 법적 개념을 명확히 한 점도 주목할 부분이다. 동법에 따르면 “부패행위”란 ① 공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위, ② 공공기관의 예산사용, 공공기관 재산의 취득·관리·처분 또는 공공기관을 당사자로 하는 계약의 체결 및 그 이행에 있어서 법령에 위반하여 공공기관에 대하여 재산상 손해를 가하는 행위, ③ 가목과 나목에 따른 행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위 중 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 부패범죄보다는 개념 범위가 더 넓은 부패‘행위’에 대한 개념을 정의하고 있다.

또한 부패방지권익위법의 적용이 되는 공직자의 범위도 다른 법률에 비하여 넓은 편이다. 동법 제2조 제3호에서 본법의 적용대상이 되는 “공직자”란 국가공무원법 및 지방공무원법에 따른 공무원과 그 밖의 다른 법률에 따라 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 자뿐만 아니라 공직유관단체의 장 및 그 직원, 제1호 마목에 따른 각급 사립학교의 장과 교직원 및 학교법인의 임직원(제5장을 적용하는 경우에 한정하여) 공직자로 본다.

다. 검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정

법률이 아니지만 부패범죄에 대한 정의를 한 규정으로는 “검사의 수사개시 범

죄 범위에 관한 규정”이 있다. 검찰청법에 따른 경우 범죄수사는 검사의 직무 중 하나이지만, 수사개시 범죄의 범위는 제한되어 있다. 「검찰청법」에는 검사의 수사개시 대상 범죄로 부패범죄, 경제범죄 등을 들고 있다. 검찰청법에서 부패범죄, 경제범죄 등 중요범죄가 무엇인지 정의하지 않았으므로, 부패범죄 등 중요범죄를 정의하기 위하여 대통령령으로 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정」에 중요범죄의 정의 규정을 두고 있다. 동 규정 제2조 중요범죄에 대한 정의에 따르면 부패범죄는 다음과 같다.

제2조(중요 범죄) 「검찰청법」 제4조제1항제1호가목에서 “부패범죄, 경제범죄 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄”란 다음 각 호의 범죄를 말한다.

1. 부패범죄: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 범죄로서 별표 1에 규정된 죄

가. 사무의 공정을 해치는 불법 또는 부당한 방법으로 자기 또는 제3자의 이익이나 손해를 도모하는 범죄

나. 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하는 범죄

다. 범죄의 은폐나 그 수익의 은닉에 관련된 범죄

■ 검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정 [별표 1] <신설 2022. 9. 8.>
부패범죄(제2조제1호 관련)

1. 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특별법」 제2조제1호의 부패범죄에 해당하는 죄

2. 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조제4호의 부패행위 관련 부패범죄: 다음 각 목의 죄

가. 「형법」 제122조, 제123조, 제127조, 제141조, 제227조 및 제229조(제227조의 죄에 의하여 만들어진 문서 또는 도화를 행사한 경우로 한정한다)에 해당하는 죄

나. 「국가정보원법」 제22조에 해당하는 죄

다. 「대통령기록물 관리에 관한 법률」 제30조에 해당하는 죄

라. 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제36조제1항에 해당하는 죄

마. 「형의 실효 등에 관한 법률」 제9조제2항 및 제10조제1항에 해당하는 죄

3. 부패방지 및 공직윤리 관련 부패범죄: 다음 각 목의 죄

가. 「공익신고자 보호법」 제30조에 해당하는 죄

나. 「공직자윤리법」 제24조, 제24조의2, 제25조부터 제28조까지, 제28조의2 및 제29조에 해당하는 죄

다. 「공직자의 이해충돌 방지법」 제27조제2항제2호, 같은 조 제3항 및 제4항에 해당하는 죄

라. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 제22조제1항부터 제3항까지에 해당하는 죄

마. 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제87조부터 제90조까지에 해당하는 죄

바. 「특정범죄신고자 등 보호법」 제17조에 해당하는 죄

사. 법률 제18191호 공직자의 이해충돌 방지법 부칙 제8조에 따라 적용되는 종전의 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」(법률 제18191호 공직자의 이해충돌 방지법 부칙 제7조에 따라 개정되기 전의 것을 말한다) 제86조에 해당하는 죄

4. 정치자금 및 공직선거 관련 부패범죄: 다음 각 목의 죄

가. 「공직선거법」 제255조제1항제10호(제86조제1항제1호부터 제3호까지를 위반한 경우로 한정한다), 같은 조 제3항제2호, 같은 조 제5항 및 제257조에 해당하는 죄

나. 「정당법」 제50조에 해당하는 죄

다. 「정치자금법」 제46조부터 제49조까지에 해당하는 죄

5. 불법 금품 수수 관련 부패범죄: 다음 각 목의 죄

가. 「국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법」 제3조제2항에 해당하는 죄

나. 「병역법」 제92조제3항 및 제4항에 해당하는 죄

다. 「약사법」 제94조제1항제5호의2에 해당하는 죄

라. 「의료법」 제88조제2호 및 제89조제3호에 해당하는 죄

6. 보조금·학교회계 관련 부패범죄: 다음 각 목의 죄

가. 「고용보험법」 제116조제1항 및 같은 조 제2항제2호에 해당하는 죄

나. 「보조금 관리에 관한 법률」 제40조제1호 및 제41조에 해당하는 죄

다. 「사립학교법」 제73조 및 제73조의2에 해당하는 죄

라. 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제37조 및 제38조에 해당하는 죄

7. 범죄수익·자금세탁 관련 부패범죄: 다음 각 목의 죄

가. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제3조 및 제4조에 해당하는 죄

나. 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제4조에 해당하는 죄

8. 제1호부터 제7호까지의 범죄에 대하여 해당 법률 또는 다른 법률에서 가중하여 처벌하거나 준용 또는 신분을 의제하여 처벌하는 범죄

※ 제1호부터 제8호까지의 범죄에는 미수범으로 처벌하거나 그 위반행위에 대하여 양벌규정으로 처벌하는 경우를 포함한다.

4. 부패관련 수사기관의 다원화

가. 경찰

경찰청 국가수사본부에는 수사국, 형사국, 사이버수사국, 안보수사국이 있다. 수사국은 경제범죄수사과, 범죄정보과, 중대범죄수사과, 반부패·공공범죄수사과로 나뉜다(경찰청과 그 소속기관 직제시행규칙 제16조 제1항). 중대범죄수사과는 ① 법인자금 횡령, 업무상 배임 등 기업·조세범죄, 주가조작 등 증권·금융 범죄, 공정거래 관련 범죄 등 대형경제범죄 직접수사, ② 뇌물·직권남용 등 전·현직 공무원 직무 관련 범죄, 공공기관 부패, 국책사업·입찰 비리, 방산비리, 지역 조합비리 등 권력형 비리 직접수사, ③ 기타 수개의 시·도경찰청에 관할이 있는 사건, 고위공직자 또는 경찰관이 연루된 비위사건 등 수사공정성이 의심받을 수 있는 사건 직접수사를 담당한다.

반부패·공공범죄수사과의 반부패수사계는 부패사범·정치관계법 위반 사범 수사 지휘·감독·기획 및 공수처·권익위 이첩사건 관리 업무를 맡고, 공공범죄수사계는 집회시위 사범·선거사범 수사지휘·감독·기획 및 관련 상황 관리 업무를 맡는다. 반부패·공공범죄수사대는 형사소송법 개정예 따라 경찰의 직접 수사 범위가 확대

되면서 2021년 서울·경기남부·부산경찰청 등 주요지방경찰청 3곳에 신설되었다. 경찰에서 부패범죄를 수사하는 부서는 경찰청의 국가수사본부 내 수사국의 반부패공공수사과와 중대범죄수사과가 있으며, 서울, 경기남부, 부산경찰청 등 시도경찰청에 있는 반부패·공공범죄수사대가 있다.²²⁰⁾

경찰청 수사국의 수사대상 중 부패범죄는 ① 증·수뢰죄, 직권남용·직무유기 등 부정부패범죄 및 공무원 직무에 관한 범죄 사건, ② 공직선거법, 정치자금법위반 등 선거범죄 및 정치 관계법률 위반 범죄 사건, ③ 집회 및 시위에 관한 법률 위반 범죄 사건, ④ 건설·환경·의료·보건위생·문화재 및 그 밖의 공공범죄 사건이다.

나. 검찰

검찰의 주요 부패범죄에 대한 본격적인 대응은 1991년에 대검찰청에 ‘공직 및 사회지도층 비리 특별단속본부’를 설치하면서 시작되었다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 당시에는 지방검찰청 및 지청에도 특별수사부를 설치하여 운영하였다. 1993년에는 문민정부에서 개혁과제 중 하나로 부정부패척결을 내세우면서 ‘부정부패 사범특별수사본부 및 특별수사부(반)’으로 기존의 특별단속본부를 전환하였고, 국민의 정부 출범 후인 1999년에는 대검찰청 중앙수사부에 반부패특별수사본부를 일선 청에 ‘반부패특별수사부(반)’를 설치하여 운영하였다.²²¹⁾ 2001년에는 외환 위기 후 국민의 세금으로 투입된 공적자금의 손실을 유발한 비리사범에 대한 책임추궁 여론이 강해짐에 따라 대검찰청 중앙수사부에 ‘공적자금비리특별수사본부’를 설치하고, 일선청에는 ‘공적자금비리 특별수사부(반)’을 설치하였다. 2014년에는 전국 반부패특별수사부를 중심으로 원전이나 철도, 해운과 같은 국민의 안전과 관련된 산업의 비리, 국가보조금 비리 등 수사를 진행하였고, 방위사법비에 대해서는 서울중앙지방검찰청에 합동수사단을 설치하여 수사하기도 하였다. 2018년에는 대검찰청과 서울지방검찰청에 범죄수익환수 관련 부서를 설치하여 범죄수익에 대한 환수를 강화하였고, 2018년 7월에는 대검찰청의 반부패부와 강력부의

220) 김영중/한상훈/김혁돈/이영돈/박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(Ⅰ), 한국형사·법무정책연구원, 2022, 260면.

221) 김영중 외, 앞의 보고서, 265면.

기능을 통합하여 반부패·강력부로 개편하였다.²²²⁾ 2022년 7월 26일 법무부는 검찰의 직접수사 제한 등으로 약해진 부정부패 대응역량을 회복하기 위해 일련의 계획을 발표하였다.²²³⁾ 법무부 장관은 탈세범죄를 전담수사하는 조세범죄 합동수사단을 신설하여 경제범죄에 대응하고, 대검 회계분석 전문수사관 증원, 포렌식 수사 인력 증원을 통하여 부정부패에 대한 수사 인프라를 확충한다는 계획을 밝혔다.²²⁴⁾

다. 고위공직자범죄수사처

공수처의 수사 대상의 인적 범위는 ‘고위공직자’이다. 공수처의 수사의 대상이 될 수 있는 고위공직자는 대통령, 국회의장·국회의원, 대법원장 및 대법관, 헌법재판소장 및 헌법재판관, 국무총리와 국무총리비서실 소속의 정무직공무원 등 공수처 제2조에서 정한 자이며, 그의 가족인 배우자와 직계존비속의 경우에도 고위공직자의 직무와 관련하여 죄를 범하였다면 수사의 대상이 된다. 고위공직자가 저지른 모든 범죄에 대하여 수사권이 있는 것은 아니며, 공수처법 제2조 제3호에서 정한 형법 제122조부터 제133조까지의 죄, 직무와 관련되는 형법 제141조, 제225조, 제227조 등과 제4호에서 정한 ‘관련범죄’에 대해서만 제한적으로 수사를 할 수 있다.

IV. 결론

공수처 설치의 정당성과 필요성에 대한 논의는 과도한 검찰 권한의 집중에 따

222) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패범죄 특별수사기관을 중심으로, 268-269면.

223) KTV 국민방송, “부정부패 수사 강화…민생범죄 엄정 대응”, 2022.7.27. (https://www.ktv.go.kr/content/view?content_id=652715) 최종방문: 2023.12.2.

224) 연합뉴스, “조세범죄합수단 신설·공정거래전담부 확대…檢 수사역량 강화”, 2022.7.26. (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220725142900004?input=1195m>) 최종방문: 2023.12.2.

른 검찰 권력의 분산 또는 통제, 검찰 수사의 공정성에 대한 국민적 의혹 등 ‘검찰개혁의 관점에서’ 진행되었지만, 공수처의 출발점은 검찰개혁 과제보다는 고위 공직자에 의한 부패방지가 주된 목적이었다. 종전 이른바 권력형 비리 사건이 사회적으로 이슈화될 때마다 우리 사회는 ‘특별검사’를 투입하면서 이를 해결해 왔다. 검찰이 그전에 자신의 역할을 다하지 못했거나 미래에 그 역할을 다하지 못할 것이라는 우려에서 검찰청 검사가 아닌 정치권에 의하여 임명된 특별검사가 투입되었다. 하지만 특별검사에 의한 수사 결과 또한 국민의 의혹을 해소하는 것에 충분하지 못했다. 검찰에 의해 배반당한 기대와 꺾인 희망이 실망과 분노로 표출될 때마다 특별검사보다 더 특별한, 그리고 검찰과 별도의 상설 특별기구를 만들려는 시도와 논의가 등장한 것이다. 고위공직자에 대한 부정부패가 사회적 문제가 되었을 때 제 역할을 기대하였던 검찰이 그 역할을 제대로 수행하지 못한다는 국민적 의혹이 증대되자, 검찰과는 독립된 별개의 수사기관의 필요성이 증대되었다.

입법과정에서 공직부패에 대한 전문대응기구로서 공수처의 지위를 확보하는 것은 쉽지 않았다. 부패 방지 기능은 이미 공공기관별로 조직·운용되고 있는 감찰·감사조직, 감사원, 국민권익위원회, 금융감독원, 공정거래위원회, 국세청 등이 맡고 있었기 때문이다. 이러한 사정 가운데 공수처가 다시 부패 방지 기능을 담당해야 한다는 주장은 이른바 ‘옥상옥(屋上屋)’ 논리의 빌미가 되었다. 검찰이 수사를 제대로 하지 못했다면 검찰 자체를 개혁해야지, 검찰 외에 다른 기관을 설치한다는 것은 적절한 해결 방법이 아니라는 반대에 부딪힌다.

공수처법이 논의되는 과정에서 공수처에게 역사적으로 부여된 2가지 임무 중 하나만 부여하기는 어려웠으며, 결국 공수처 설치의 정당성은 공직부패에 대한 감시뿐만 아니라 검찰 권력에 대한 견제 성격이 동시에 강조될 수밖에 없는 현실적 요청에 응답할 수밖에 없었다. 현재 시점에서 공수처의 역할에 대하여 반부패 기구의 성격에 그치지 않고, 독점적이고 집중된 검찰 권한에 대한 제도적 견제 장치의 성격도 강조되어야 할 현실적 필요성이 있다.

하지만 판사·검사를 포함한 고위공직자들의 몇 가지 제한된 범죄에 대해서만 독자적인 공소권을 갖기 때문에 그 한계가 존재할 수밖에 없다. 현행 공수처법의 내용을 보면, 공수처의 수사권과 공소권이 미치는 인적 범위와 대상 범죄가 매우

제한되어 있다. 좁은 범위의 기소권만으로는 검찰의 기소독점에서 오는 폐해를 해소 내지 개선하기 어렵다는 비판이 존재하는 것은 당연한 논리적 귀결이다. 현행 공수처는 ‘공소권 축소 내지 분산을 통한 검찰 권력의 견제’라는 목표뿐만 아니라 제한적이지만 고위공직자범죄 등 부패범죄에 대한 수사권 및 공소권을 현재와 같은 공수처의 조직과 규모로 수행하는 것이 가능한지에 대한 검토가 필요한 시점이 된 것이다.

공수처의 미래 모습, 발전 방향에 대한 논의는 검찰개혁과 공직부패수사 기능을 모두 잡을 방법이 있을지가 핵심이다. 이것은 검사·판사 등 고위공직자범죄에 대한 수사권과 공소권뿐만 아니라 일반고위공직자에 대해서도 수사권과 공소권을 모두 가질 수 있는지에 대하여 검토할 필요가 있다. 논의의 핵심은 분권화·다원화된 형사사법 체계 후에 추구해야 할 공수처의 바람직한 모습이다. 수사권과 공소권이 검찰이라는 하나의 조직에 집중됨으로 인해 발생하는 권력의 비대화와 부정부패의 고리를 끊겠다는 것이 수사과 기소 분리 정책의 기본 취지이지만, 검찰개혁을 목표로 정당성을 확보한 공수처가 종전 권력화된 검찰과 마찬가지로 수사권과 공소권을 모두 가질 경우 다시 권력화와 정치화가 될 수 있는 내재적 위험은 없는지가 검토될 필요가 있다. 이는 거대 권력화된 검찰의 부패와 폐해를 경험하고 지켜본 국민이 갖는 불안으로서, 당연하고 자연스러운 반응일 수 있다. 따라서 공수처는 정치적 중립성 확보와 권한 남용 우려를 해소하여 국민의 신뢰를 받는 기관이 되어야 한다.

정치적 중립성 확보는 공수처법 제22조와 같은 정치적 중립성에 대한 선언적 규정 외에도 공수처장의 임명과 관련된 후보추천위원회의 구성, 수사처 검사의 임용, 전보, 그 밖의 인사를 위한 인사위원회, 처장·차장 등의 결격사유 등 다양한 영역에서 정치적 중립성 확보를 위한 규정을 두고 있다. 권한 남용 방지는 공수처 검사와 수사관의 임기제, 공수처 수사의 인력 규모, 기소재량에 대한 통제장치, 다른 수사기관의 수사 진행 정도, 공정성 논란 등을 고려하여 사건이첩 또는 사건이첩요청 등 다양한 장치에 대한 검토가 필요하다.

제2절 독립적 수사기구와 수사 대상 설정

I. 독립성 확보의 문제

1. 검찰의 독립성 확보

가. 쟁점

대통령과 고위 공무원에 의한 권력형 비리 사건에서 대통령과 법무부의 지휘와 감독을 받지 않게 하려면 정부로부터 독립적 지위를 가지고 공정한 수사와 기소 및 공소유지를 하도록 투입된 ‘검사 아닌 자’를 특별검사, 즉 미국의 ‘독립’검사(independent counsel)이다. 미국의 특별검사제도는 워터게이트 사건 이후에 고위공직자의 부정부패와 국민의 신뢰를 악용하는 것에 대한 안전장치로서 법제화되었다.

유럽의 경우 정치적 영향에 검사가 좌우될 수 있지만, 법제상 기소법정주의를 원칙으로 하고, 검찰의 준사법기관성이 강화되어 있어 정치적 종속성이 상대적으로 약하다. 그럼에도 불구하고 독일에서는 검찰의 정치적 독립성에 대한 이슈가 자주 등장한다.²²⁵⁾ 종래 검찰 개혁 방안에서 검찰의 정치적 중립성에 대한 논의는 검찰의 ‘태도나 입장’의 중립성을 말하는 것이지 ‘조직의’ 중립성을 말하는 것은 아니었다. 검찰이 조직상 행정부 소속이므로 수사·기소 정책에 대한 법무부장관의 지휘와 감독, 구체적 사건의 수사와 기소에 대한 검찰총장의 지휘는 검찰의 중립성 확보를 위한 작은 방안이다. 검찰 조직 자체 내에서 외부적 영향으로부터 절연되어 있고 영향을 받지 않는 방법이 있다면 굳이 외부에 다른 조직을 둘 필요는 없을 것이다. 하지만 조직이 분리되어 있지 않은 상태에서 중립성을 유지할 수 있을 지에 대해서는 많은 의문을 가지고 있으며, 그러하지 못했다는 것이 우리의 경험적 사실이다.

225) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위험성 극복 방안”, 176면.

나. 독립성 확보에 대한 구체적 방안

(1) 사법기관화

검찰을 독립화시키는 가장 급진적인 방법은 조직상 법원과 함께 행정부가 아닌 사법부 소속으로 만드는 방법이며,²²⁶⁾ 이에 대한 입법례로 이탈리아 모델이 소개되기도 한다.²²⁷⁾ 하지만 이는 헌법개정을 요하는 방법이므로 현행 우리나라 헌법 체계에서 도입되기 어렵다. 오히려 조직체계상 법원과 검사가 하나의 조직 아래 속한다면 또 다른 규문주의의 위험성이 있다. 공소제기와 심판의 대립 당사자 구조가 깨어질 수 있으며, 인사이동으로 인하여 법관과 검사가 상호 간에 옷을 바꿔 입는 경우도 발생할 수 있다. 이는 결국 단일한 조직에서 기소와 재판이 이루어지는 것이므로 탄핵주의의 포기가 되며, 새로운 규문주의의 도입이 되는 것이다. 받아들일 수 없는 독립성 확보 방안이다.

(2) 준사법기관성 강화

검찰을 사법부에 속하지 않고 행정부에 그대로 유지를 하면서도 실질적으로 독립성을 부여하는 방안에 대한 논의가 있다. 기존의 검찰에 비해 높은 정도의 독립성 확보를 위해 검찰의 준사법기관성을 강화하는 방법이다.²²⁸⁾ 주로 법무부 장관의 구체적 사건에 대한 지휘권 폐지, 검찰의 객관의무와 기소법정주의 채택, 검사의 불기소에 대한 통제장치로서 기소대배심제 도입, 고발자에 대한 재정신청권 부여 등이 그 구체적 방법이다. 검찰 조직을 행정부에서 완전히 분리하지 않지만, 독립적 검찰인사위원회에서 검사의 인사를 담당하게 하는 방법도 이에 해당한다. 이러한 방법은 유럽의 국가들이 주로 추진하고 있는 방법이다. 구체적 사건에 대한 법무부 장관의 지휘감독권 폐지,²²⁹⁾ 검사에게 객관의무를 부여하고

226) 이현환, “검찰개혁-원인과 처방”, 헌법학연구 제16권 제1호(2010), 94면.

227) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 178-179면.

228) 정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 형사법의 신동향 통권 54호(2017), 50면, 58면.

229) 유럽연합은 유럽위원회 의원총회(PACE)에서 2009년 9월 30일 만장일치로 만들어진 결의안(Nr.1685/2009)을 통해 유럽연합 회원국에 대해 이와 같은 방향의 검찰독립성 방안

기소법정주의를 채택하는 것이 주된 흐름이다. 이 방안은 새로운 국가기관의 설립과 관련한 경제성, 효율성, 전문성이라는 관점에서 볼 때 목적합리적이며, 이 방안은 헌법개정까지 나아가지 않아도 되는 체계 내적인 개혁방안이다.²³⁰⁾ 기소법정주의가 채택되지 않는다고 하더라도 모든 범죄에 대해서 재정신청이 가능하도록 형사소송법을 개정한다면 어느 정도 독립성을 확보할 수 있다고 본다.

하지만 우리나라 검찰이 준사법기관성을 강화하였다고 평가하기는 어렵다. 검찰청법의 정치적 중립성 선언도 그 의미대로 구체적 실현이 부족한 선언적 프로그램에 강하고, 객관의무도 마찬가지다. 검사는 피고인과 대립되는 당사자이지만 공익의 대표자로서 피고인의 정당한 이익을 옹호해야 할 객관의무가 있다(검찰청법 제4조 제1항). 검사는 공익의 대변자라는 지위에서 피의자·피고인에게 불리한 내용뿐만 아니라 유리한 내용도 조사해서 법원에 제출해야 하는 의무, 피고인의 이익을 위하여 상소와 비상상고를 해야 할 의무인 객관의무를 가지고 있지만, 그 실행의 정도에 대해서 어느 정도 담보할 수 있는지는 확인하기 어렵다. 검찰청법상 구체적 사건에 대한 법무부 장관의 지휘권이 존재하는 한, 그리고 법무부 장관에 대한 임명권을 대통령이 좌지우지할 수 있는 한, 법무부 장관을 매개로 한 정부(정치)로부터의 외풍을 검찰이 막을 방도는 거의 없다.²³¹⁾

(3) 소결

우리나라 검찰은 독립성과 중립성을 확보했다고 평가하기 어렵다. 검찰의 준사법기관성을 확장·강화하는 방안을 실천적으로 수행해야 했지만 그렇게 하지 않았다. 준사법기관성을 강화하는 방안은 어느 정도의 독립성을 확보할 수 있는 방법은 될 수 있겠지만, 공수처와 같은 검찰 외부에 존재하는 독립된 특별기구의 신설을 불필요하게 만들 정도로 성공적인 검찰개혁방안으로 평가하기 어렵다. 검찰이 모든 사건에 대하여 외부의 통제와 견제를 받지 않고 수사과 기소를 독점하게 내버려 두는 것은 검찰 내부의 비리에 대해서는 눈을 감겠다는 것과 다름이 없

을 채택할 것을 권고해 오고 있다.

230) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 180면.

231) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 182면.

다. 공수처 신설의 결정적 의미는 바로 여기에 있다.²³²⁾

2. 공수처의 독립성 확보 문제

가. 쟁점

공수처가 획득하여야 할 독립성의 내용은 무엇인가? 한시적으로 개별사건에 투입된 특별검사제도는 독립성에 대한 논의가 중요한 의제로 등장하지 않았지만, 상설특검이나 공수처와 같은 특별기구의 논의에 있어서는 독립성에 대한 의미와 그 정도에 대하여 논의가 필요하다. 독립성의 의미는 크게 2가지로 나누어 생각해 볼 수 있다. 하나는 조직체계상 어디에도 속하지 않은 결과 피라미드 구조상 지휘·감독을 할 상부가 존재하지도 않아서 업무(직무)수행상 아무런 지휘와 감독을 받음이 없이 독립적이고 자율적인 경우를 의미하고, 다른 하나는 조직체계 상으로는 형식적으로 지휘·감독할 상부가 존재하지만, 구체적인 업무(직무)수행상 지휘·감독을 차단함으로써 기능적으로 독립적이고 자율적인 경우를 의미한다.²³³⁾

나. 공수처가 확보해야 될 독립성

(1) 고전적 의미의 권력분립

공수처가 확보해야 될 독립성은 고전적 의미의 권력 분립이 아니라 기능적 독립성을 의미한다. **고전적 의미의 권력분립에 따르면** 헌법적 가치 중 하나인 권력 분립의 원칙은 통치를 위한 국가기관의 구성원리이다. 권력분립의 원칙은 국가권력을 그 성질에 따라 여러 국가기관에 분산시킴으로써 권력 상호 간의 견제와 균형을 통해서 국민의 권리와 자유를 보호하려는 통치기관의 구성원리를 말한다.²³⁴⁾ 권력이 하나의 국가기관에 집중되면 이는 권력의 전제와 횡포를 낳고, 권

232) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 183면.

233) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 185면.

234) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016, 339면; 허영, 한국헌법론(전정9판), 박영사, 2013, 701

력의 횡포 앞에 인간의 자유와 권리는 그 설 땅을 잃게 된다는 오랜 인류역사의 경험에서 얻어진 귀중한 결론이 바로 권력분립의 원칙이다.²³⁵⁾

권력분립의 원리는 헌정사의 ‘역사적 교훈’과 ‘인간에 대한 불신’에서 출발하였다. 국가권력은 구심력을 가지고 있기 때문에 한 곳으로 집중되고, 그 결과 독재에로의 경향을 띠기 마련이다. Jefferson은 “만일 인간이 천사라면 정부는 필요하지 않을 것이다. 천사들이 인간을 지배하는 경우에는 외부적이든 내부적이든 간에, 정부의 통제는 필요치 않을 것이다.”²³⁶⁾라고 하여 권력분립의 원칙을 ‘인간의 본성’에서 그 근거를 발견하고 있으며, Acton 경은 “모든 권력은 부패하기 마련이며, 절대 권력은 절대적으로 부패한다.”²³⁷⁾고 단정함으로써 ‘역사적 교훈’에서 그 필요성을 찾고 있다. 특히 몽테스키외(Montesquieu)의 권력분립이론은 많은 시사점을 준다. 권력의 집중이 권력의 남용을 낳고, 권력의 남용이 결국 독재와 인권침해를 초래한다는 기본적 인식에서 출발하는 그의 이론은 권력의 분산을 통한 권력 제한을 시킴으로써 시민의 자유를 보호하겠다는 것이 그의 주안점이다. 권력의 분리는 결코 자기목적적인 것이 아니고, 분리된 권력 상호 간에 일정한 ‘권력견제’가 이루어지는 것이 중요하다. 즉 ‘힘에 대한 힘의 견제’만이 시민의 자유를 보장해준다고 강조한다. 그의 이론은 오늘날 세계 대다수 헌정국가에 가장 큰 영향을 미치고 있다. 1789년 프랑스혁명 당시 인권선언 제16조에서는 ‘인권보장과 권력분립이 확립되지 아니하는 나라는 헌법을 가지고 있지 않는 것’이라고 선언하고 있다.

그러나 그의 권력분립이론은 오늘날과 같이 사회구조와 정치제도 등이 많이 달라진 상황에서 그대로 적용되기 어려운 한계를 가진 고전적 이론이라고 평가할 수 있다. 하지만 몇 가지 점에서는 지금 시점에서도 우리에게 전해주는 교훈은

면.

235) 허영, 한국헌법론(전정9판), 박영사, 2013, 702면; ‘국가권력의 제한’, ‘권력남용의 저지’, ‘자유실현’의 세 가지 기본목적에 의해서 징표되는 고전적 권력분립이론은 전제군주에 의한 전체정치를 제한하는 과정에서 등장하였다. 이 과정에서 결정적 역할을 한 이론은 자연법사상에 바탕을 둔 자유주의적 국가사상이었다. 이러한 고전적 권력분립이론이 가지는 역사적 가치는 크다. 선제하는 국가권력을 전제로 그것을 분리·견제·통제함으로써 국민의 자유와 권리를 보호하려는 소극적 원리로서의 성격을 가졌지만 오늘날 기능적 권력통제이론은 국가권력을 민주적 정당성에 따라 창설하고 그 권력행사의 절차적 정당성을 보장하기 위한 적극적 원리로서의 성격을 가진다.

236) The Federalist, No. 51 (J. Madison).

237) H. B. Acton, Essays on Freedom and Power (Boston, 1948), p. 364.

있다고 생각한다.

- 권력의 집중이 권력남용을 초래하고 권력이 남용되면 국민의 권리와 자유가 침해될 가능성이 크기 때문에 권력은 여러 국가기관에 분산되어야 한다.
- 국가권력의 분산은 권력 상호 간의 ‘견제와 균형’(check and balances)으로 인한 권력 제한을 위한 것이다.
- 권력분리는 분리 그 자체가 목적이 아니고 국민의 권리와 자유를 보장하기 위한 수단이다.

(2) 현대적 의미의 권력분리

현대적 의미의 권력분리에 따르면 몽테스키외가 엄격한 권력의 분립을 주장하면서 그 행사에 있어서 권력 간의 ‘협동’의 중요성을 지적한 점을 간과해서는 안 된다. 새로운 권력분립 이론은 국가기관들은 독립되어 있지만 통치과정에서는 국가기관들이 권력을 공동으로 행사하는 과정으로 이해한다.²³⁸⁾ 오늘날 전통적 권력분립의 원리는 현실과 일치하지 않고 여러 가지 모순을 드러내고 있으므로 새롭게 조명되지 않으면 안 된다.

전통적인 권력분립의 원리는 개인적 자유의 보장을 위해 국가권력을 분산시키고 권력 상호 간에 견제와 균형을 이루는 제도적 장치로만 이해하는 경향이 있는데, 현대적 의미에서 권력분립을 ‘기능의 분립’(separation of function)으로 보고, 권력행사의 효율성(efficiency)을 증대시키기 위한 ‘분업의 원리’로 이해하는 경향이 있다.²³⁹⁾ 즉 전통적인 권력분리에만 집중해서는 안 된다는 것이다.²⁴⁰⁾ 뢰벤스타인(Loewenstein)은 권력분립을 통치과정에 있어서 기능적 분립으로 보고 이를 정책결정(policy-decision), 정책집행(policy-execution) 및 정책통제(policy-control)로 삼분하였으며, 통제의 유형을 ‘수평적 통제’와 ‘수직적 통제’로 분류하고 있다.²⁴¹⁾ 즉, 전통적인 개념은 단지 부정적 측면에서 권력 상호간에

238) 윤명선, “권력분립원리에 관한 재조명”, 미국헌법연구 제18권 제1호(2007), 2면.

239) 윤명선, “권력분립원리에 관한 재조명” 5면.

240) 이부하, “권력분립에서 기능법설에 대한 평가”, 헌법학연구 제12권 제1호(2006), 435면.

241) ‘수평적 통제’에 해당하는 예로는 대통령의 법률안거부권이 있으며, ‘수직적 통제’에 해

견제와 균형을 강조하지만, 이 입장에서는 국가기관은 독립되어 있지만 통치과정에서 권력행사는 공동으로 이루어지는 “독립된 기관이 권력을 분점하는 원리”(separated institutions sharing powers)라고 파악한다.²⁴²⁾ 이러한 점에서 본다면 권력 분립이라기 보다는 권력 분리라고 표현하는 것이 더 정확하다.

기관 분리에서 기능 분리로, 기관 간 통제시스템으로 나아가야 한다. 권력분립을 논할 경우에 단순히 기관의 분리를 의미하는 양적 접근만으로는 충분하지 않다. 왜냐하면 권력의 결합을 저지하는 것이 결코 자기목적적이 되어서는 안 되며, 권력의 분산 또는 권력의 분쇄는 역으로 권력의 무견제와 독립이라는 위험성을 초래할 수 있으며, 이러한 무법의 상태는 자의의 상태가 될 수 있기 때문이다.²⁴³⁾ 따라서 권력분립은 단순히 권력을 분리하여 분배하는 ‘수평적 권력분립’만으로 이해하여서는 안 되며, ‘견제와 균형’의 통제작용이 필수불가결하게 요구되는 권력분립적 시스템으로 이해되어야 한다. 즉 국가기관에 부여된 권한이 한 국가기관에 집중되어 남용되지 않도록 상호 간 견제함으로써 권력의 균형을 이루는 것이 중요하다. 하나의 국가기관이 자신의 독점적인 권한영역에 대해 다른 국가기관의 개입이 허용된다는 것은 각 국가기관의 통제가능성 또는 정책수정의 가능성이 열리게 된다.

‘견제와 균형’은 국가 시스템뿐만 아니라 사회시스템에서도 다양한 형태로 규정될 수 있는 것이다. 국가 시스템에서는 ‘기관 간 통제’와 ‘기간 내 통제’로 다시 세분화할 수 있을 것이다. 기간 내 통제는 행정부의 국무총리와 각부 장관 간의 관계, 재판에 있어서 심급제 등이 이에 해당한다. 기관 간 통제는 국가조직이 협력적으로 작용하는 다수의 권력 담당자 간에 발생한다. 예를 들면 법률안 의결권은 국회가 가지지만, 의결된 법률안에 대한 대통령의 거부권과 법률의 위헌 여부에 대한 심사권은 헌법재판소에 이루어지는 것이 이에 해당한다. 이러한 기관 간 통제의 목적은 기관 간의 힘겨루기 또는 이른바 밥그릇 싸움이 되어서는 안 되며, ‘국민의 권리와 자유의 보장’이 기관 간 통제의 목적이 되어야 하며, 이를 실현하기 위해서는 기관 간의 ‘협력’이 중요한 가치가 된다.

당하는 예시에는 기관 내의 통제, 정당 · 언론 · 여론 등에 의한 통제, 연방국가의 경우 연방정부와 주정부 사이의 통제 등이 있다.

242) 윤명선, “권력분립원리에 관한 재조명”, 6면.

243) 이부하, “권력분립에서 기능법설에 대한 평가”, 439면.

다. 독립성 유지를 위한 후속 장치

제정 공수처법은 공수처의 독립성 확보를 위한 다수의 조문을 두고 있다. 대표적으로 공수처법 제3조 제2항에 따르면 “수사처는 그 권한에 속하는 직무를 독립하여 수행”하며, 제3조 제3항에 따르면 “대통령, 대통령비서실의 공무원은 수사처의 사무에 관하여 업무보고나 자료제출 요구, 지시, 의견제시, 협의, 그 밖에 직무수행에 관여하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다.” 공수처장의 임명과 관련된 공수처법 제5조의 고위공직자범죄수사처장후보추천위원회의 구성과 그 절차, 공수처법 제9조 인사위원회의 추천을 거쳐 수사처검사를 임명하도록 한 절차, 공수처법 제14조 신분보장에 있어서 “처장, 차장, 수사처검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다.”라는 규정은 독립성 유지를 위한 중요 장치라고 평가할 수 있다. 현행 공수처법은 공수처의 기능을 확보하기 위한 규정보다는 정치적 남용 가능성을 방지하기 위한 조항이 다소 많은 편이다. 앞서 설명한 대통령과 대통령 비서실 공무원의 공수처 사무에 대한 관여 금지(제3조 제3항), 공수처장 추천위원회 위원의 구성(제6조 제6항), 공직임용 제한 등(제16조), 정치적 중립 및 직무상 독립(제22조) 조항은 공수처의 출발을 생각한다면 당연한 규정이라고 평가할 수 있다. 검찰 권한 비대화에 대한 비판에서 시작한 것이고 정치적 중립성을 가진 조직으로 구상하였기 때문이다.²⁴⁴⁾

공수처 독립성 유지를 위한 후속 장치가 추가될 필요가 있다. 공수처가 자율적으로 사건을 인지하여 수사하고 기소할 수 있도록 해야 하며, 공수처가 기능적인 차원의 독립성을 부여하는데 만족해서는 안 된다. 그 독립성을 지속적으로 관철시킬 수 있는 후속 장치들을 마련해 두어야 한다. 공수처가 담당하는 수사는 고위공직자들을 대상으로 하는 특수수사이므로 이에 대한 특징을 고려하여 독립성 보장에 대한 규정을 더욱더 마련할 필요가 있다. 수사대상자가 ‘고위공직자’라는 점에 대해 충분히 고려하지 못했다. 이에 대하여 이근우 교수는 “대통령이 묵인

244) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 132면.

하는 고위공직자 수사라면 굳이 공수처가 아니라도 언제나처럼 아무런 문제 없이 진행될 것이다. 이런 경우 기존의 검경도 누구보다 열심히 수사할 것이다. 이 법안이 늘 염두에 두어야 하는 것은 그 반대의 경우이다. 현재의 살아있는 권력이 원하지 않고, 가끔 소리 없이 방해하기도 하는 수사, 피의자는 물론이고, 참고인들도 공교롭게도 여러 가지 사정으로 출석하지 않고, 정부 부처도 협조하지 않는 수사 환경에서조차 제대로 동작해야 할 것을 상정해야 하는 것이다. 지금의 법안들이 과연 법무부로부터 피의자나 주요 참고인의 출국금지조차 적시에, 제대로 협조받을 수 없는 환경, 피의자 아닌 참고인들에게는 공수처 조사에 출석하시기를 읍소해야 하는 그런 수사 환경에서 제대로 동작할 것인가? 그렇다면 보다 효과적인 수사권을 부여하는 것은 어떤가? 너무 악용될 소지가 많아서 위험한가.”라고 지적한다.²⁴⁵⁾ 우회적이라도 정치권의 개입 가능성이 다분하기에 이에 대하여 공수처의 독립성을 유지할 수 있는 규정을 두어야 한다.

II. 수사권과 기소권의 통합

1. 수사와 기소의 이원화로 인한 혼란 발생

공수처법은 검찰청 검사와 달리 관할 범위에 따라 수사권과 공소권을 다르게 배분하고 있다. 공수처는 공수처법 제2조 제1호에서 열거하고 있는 대통령, 국회의장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원 등 ‘고위공직자’와 그 가족²⁴⁶⁾을 수사대상으로 하며, 고위공직자로 재직 중 본인 또는 본인의 가족이 범한 공수처법 제2조 제3호가 정하는 고위공직자범죄와 공수처법 제2조 제4호가 정하는 관련범죄(이하 ‘일반 고위공직자범죄’이라 함)에 관한 수사권만을 가진다. 공수처가 일반 고위공직자범죄등에 대하여 수사를 종료한 이후 공소제기 및 유지와 관련한 직무는 검찰청법에 따라 검찰청 검사가 담당한다. 공수처 검사

245) 이근우, “屋上屋, 펜트하우스가 될 것인가 옥탑방이 될 것인가?”, 50-51면.

246) 공수처법 제2조 제2호에 따르면 “가족이란 배우자, 직계존비속을 말한다. 다만, 대통령의 경우에는 배우자와 4촌 이내의 친족을 말한다.”

는 기소 권한이 없는 고위공직자에 대한 수사를 종결한 때에는 관계 서류와 증거물을 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부하여야 한다(공수처법 제26조 제1항).

반면에 대법원장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원 등에 해당하는 법조관련 고위공직자와 그 가족이 범한 고위공직자범죄 등(이하 ‘법조 고위공직자범죄’이라 함)에 대하여 공수처는 수사권은 물론 공소제기와 그 유지 권한까지 보유한다(공수처법 제3조 제1항). 법조 고위공직자범죄에 대해서는 수사권과 기소권을 모두 가지고 있는 반면에, 일반 고위공직자범죄에 대해서는 수사권만을 보유하고 기소권은 배제하는 이원화로 인하여 여러 가지 문제점이 발생하였다.

일반 고위공직자범죄에 대해서는 수사권만을 가짐으로 인하여 공수처 검사의 법적 지위에 대한 논쟁, 일반고위공직자범죄에 대한 공수처의 수사 결론과 검찰청 검사의 기소에 대한 결론이 서로 다른 경우에는 법적 처리의 문제점, 공수처 검사가 공수처법 제26조 제1항에 따라 수사를 진행한 일반고위공직자범죄 사건에 대해 기소의견 혹은 불기소 의견으로 관련 서류와 증거물을 검찰청 검사에게 송부한 경우에 검찰청 검사가 기소 여부 판단이나 공소유지를 위해 공수처 검사에게 보완수사나 재수사를 요구할 수 있는 것인지 등 많은 문제점을 야기한다. 수사와 기소를 통합하는 관점에서 이에 대한 문제점을 해결할 필요가 있다.

2. 공수처 검사의 법적 지위

기소권이 없는 일반 고위공직자범죄 사건에서 공수처 검사의 법적 지위는 검사인지, 사법경찰관인지가 문제 되었으며,²⁴⁷⁾ 만약 사법경찰관이라면 수사 과정에서 직접 영장청구를 할 수 없는 것인지가 문제 되었다. 공수처 검사의 법적 지위에 대해서는 특별사법경찰관설, 이중적 지위설, 겸직설, 검사설이 대립하고 있으나, 헌법재판소는 공수처법에 대한 합헌결정을 내리면서 공수처 검사는 공수처 검사가 공익의 대표자이며, 인권옹호기관으로서의 역할을 고려하고, 법률전문가

247) 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681 결정.

이기 때문에 헌법과 형사소송법상 독자적인 영장청구권을 갖는 검사에 해당한다고 하여 공수처 검사의 법적 지위를 검사로 보았다.

“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 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 변호사 자격을 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.”²⁴⁸⁾

생각건대, 헌법재판소 결정에 따라 공수처 검사의 법적 지위는 검사로 보는 것이 타당하다. 일부 사건에 대하여 수사만을 담당한다고 하여 사법경찰관으로 볼 근거는 없다. 공수처 검사의 자격에 대하여 변호사 자격자 중에서 공수처 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명하는 것으로 설정한 것도 그 근거가 될 수 있다.

3. 일반 고위공직자범죄 수사와 기소 결론에 대한 상이 가능성

이른바 ‘고발사주’ 의혹 사건에서 공수처는 손준성 검사를 기소한 반면, 검찰

248) 헌법재판소 2021.1.28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 전원재판부 결정; 헌법재판소의 결정에 대해 “공수처 검사는 공소권이 없는 일반고위공직자범죄등에 대하여도 검사로 인정되며, 일반고위공직자범죄등에 대하여는 “수사권(사법경찰) +법률전문가+공익의 대표자+인권옹호기관”=“검사”라는 새로운 “검사” 개념이 창조된다.”라는 비판적 견해가 제시되고 있다(이윤제, “공수처 검사의 법적 지위에 대한 오해와 혼란”, 227면).

은 공범으로 지목된 김웅 의원에 대해 불기소 결정을 내린 적이 있다. 윤석열 국민의힘 대선 예비후보의 검찰총장 재직시절 검찰이 2020년 총선을 앞두고 당시 미래통합당(현재 국민의힘) 측에 범여권 측 주요 인물들에 대한 형사고발을 사주했다는 의혹이 언론에 의하여 제기되었다.²⁴⁹⁾ 2021년 9월 10일 결국 고위공직자범죄수사처가 이른바 고발 사주 의혹 관련자들을 압수수색하는 등 본격적인 수사에 착수했다. 공수처는 윤석열 전 총장과 손준성 검사를 피의자로 입건하였고, 김웅 의원은 참고인 신분이다. 2021년 9월 15일 대검찰청은 열린민주당 최강욱 대표와 황희석 최고위원이 윤석열 전 총장, 윤 총장 배우자 김건희, 한동훈 검사장, 대구지검 인권보호관(전 대검 수사정보정책관)인 손준성 검사 등 7명을 직권 남용 등 5개 혐의로 고소한 사건을 서울중앙지검 공공수사1부에 배당했다.²⁵⁰⁾ 2022년 5월 4일, 공수처 고발사주 의혹 수사팀은 손준성은 불구속 기소했으며 김웅 의원의 경우 공모관계는 인정되었지만 공수처법상 기소 대상이 아니라 검찰에 이첩했다.²⁵¹⁾ 공수처가 공모관계를 인정하였음에도 불구하고 9월 29일 서울중앙지검 공공수사1부는 9월 29일 공직선거법·개인정보보호법·형사사법절차전자화촉진법·전자정부법 위반 혐의를 받은 김 의원을 불기소 처분했다고 밝히며 최종 무혐의 처분을 내렸다.²⁵²⁾

일반 고위공직자범죄 수사에 있어서 수사와 기소의 결론이 상이한 결과가 발생한 것이다. 이러한 구조는 검찰실무상 수사검사와 공판검사로 분리하여 운영하는 구조와 유사하다. 고위공직자의 범죄의 구조는 매우 복잡하고 다양한 양상을 보이고 있기 때문에 공판과정에 수사검사도 상호 간 협업을 하여야만 공소유지가 효율적으로 가능하다. 사실관계와 관련 법리가 복잡한 사건을 1명의 공판검사로

249) 뉴스버스, “윤석열 검찰, 총선 코앞 유시민·최강욱·황희석 등 국민의힘에 고발 사주”, 2021.9.2., (<https://www.newsverse.kr/news/articleView.html?idxno=417>), 최종방문: 2023.12.3.

250) 중앙일보, “공수처 이어 검찰도 ‘고발사주 의혹’ 윤석열 수사 착수”, 2021.9.16.

(<https://www.joongang.co.kr/article/25007575#home>), 최종방문: 2023.9.23

251) 연합뉴스, “공수처, ‘고발사주’ 윤석열·한동훈 불기소…손준성 기소”, 2022.5.4.

(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220504062751004>), 최종방문: 2023.9.23

252) 세계일보, “檢, ‘고발 사주 의혹’ 김웅 무혐의 처분”, 2022.9.29. (<https://www.segye.com/newsView/20220929516606?OutUrl=naver>), 최종방문: 2023.9.23

하여금 수사검사의 결과만을 보고 공판과정에서 대응하라는 것은 사실을 고위공직자범죄에 대한 공소유지활동을 포기하라는 것과 마찬가지다. 범죄에 대해 수사하지 않은 검사가 기록만으로 실체적 진실을 파악할 수 있을 것이라는 것은 과도한 희망에 가깝다. 특히 공판중심주의가 강화되고 있는 형사소송법제에서 수사검사와의 협업이 없으면 공소유지는 상당히 어려워질 수밖에 없다. 수사기관과 공소제기 기관을 분리한 것은 소추권의 행사 효율성을 약화시켜 법집행을 불가능하게 하는 것과 마찬가지다.

이 문제에 대한 근본적 해결 방안은 사법 고위공직자범죄뿐만 아니라 일반 고위공직자범죄에 대해서도 공수처가 수사와 공소제기 및 유지를 할 수 있도록 공수처법을 개정하는 것이 바람직하다. 형사소송법제의 역동적 성격과 형사절차의 효율적 대응 필요성에 대해서 동의한다면 공수처가 양자를 모두 담당하는 방향으로 개정되어야 한다.

다만 이 문제를 해결하기 위해서는 그 전제조건으로 공수처의 조직확대가 필요하다. 지금의 공수처 검사의 정원만으로는 모든 고위공직자범죄에 대한 수사와 공소제기 및 유지를 하는 것은 불가능하기 때문이다. 수사처검사의 정원이 25명, 수사처수사관의 정원이 40명으로 법률적으로 제한되어 있는 상황에서 고위공직자범죄에 대한 수사를 광범위하게 확대하는 것이 상당한 부담이다. 고위공직자의 수도 상당한 가운데 그 가족 및 관련범죄를 통하여 확대될 수 있는 수사대상도 가능할 수 없다는 점에서 본다면 공수처 수사인력의 증원은 불가피하다.

공수처 신설을 찬성하는 주장 가운데 공수처가 수사권 또는 기소권 가운데 어느 하나만 가져야 한다는 견해는 찾아보기 힘들다. 오히려 공수처 신설을 찬성하는 견해들은 공수처가 수사권과 기소권 모두를 가져야 하는 것을 전제로 논의하였다.²⁵³⁾ 공수처에게 수사권만 부여하는 것도 바람직하지 않다는 견해에 따르면 “권력형 비리사건의 경우 기소권을 기존의 검찰이 그대로 유지한다면, 정치종속적인 검찰이 기소유예나 불기소결정을 내릴 권한을 가지고 있을 뿐 아니라, 기소하더라도 소극적인 자세로 공소유지에 임한다면” 사실상 의미가 없음을 말하고 있다. “검찰이 정치종속성으로부터 벗어날 수 없는 권력형 비리사건의 경우에는

253) 이호중, “검찰개혁의 방향, 과제, 전망:박근혜 정부의 검찰개혁논의에 부쳐”, 법과사회 제44호(2013), 53면.

사건 단위별로 수사권뿐 아니라 기소권까지도 검찰로부터 분리·독립시켜 이를 독립된 특별기구인 공수처에게 맡겨야 한다. 이렇게 되어야 권력 분할과 권력 통제를 모두 확보할 수 있다. 검찰권을 할당받은 공수처는 - 문지기에 대한 감시자로서 - 검찰 자체의 권력까지 통제할 수 있기 때문이다.”²⁵⁴⁾

Ⅲ. 공수처 수사의 인적 대상 재구성

1. 인적 범위의 광범위성

공수처의 수사 대상의 인적 범위는 모든 공직자가 아니라 ‘고위공직자 및 그 가족’으로 한정하였다. ‘고위공직자’는 공수처법 제2조 제1호에서 열거하는 어느 하나의 직에 재직 중인 사람 또는 그 직에서 퇴직한 사함을 말한다. 가족은 배우자, 직계존비속을 말하며, 다만 대통령의 경우에는 배우자와 4촌 이내의 친족을 말한다. 현직 대통령도 수사대상자에 포함하고 있다. 현직 대통령에 대해서는 헌법 제84조에 따라 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니하지만, 증거수집 등 현직 당시에 수사 필요성이 있는 경우를 감안하여 입법한 것으로 보인다. 이른바 살아 있는 권력을 수사할 수 있다는 상징적 의미를 가진다고 생각한다. 대상자를 고위공직자로 한정된 것은 모든 공직자에 대한 현실적 수사가능성이 없다는 점을 고려한다면 일면 타당하다. 하지만 고위공직자의 인적 범위에 대한 규정이 다소 복잡하게 구성되어 있어 논란이 있을 수 있다.²⁵⁵⁾

공수처의 수사 대상의 인적 규모는 고위공직자 외에도 배우자와 직계존비속까지 포함하면 상당히 많은 인원으로 예상된다. 고위공직자의 전체 규모는 7,000여 명으로 예상되며, 가족까지 포함하면 더 커질 수밖에 없다. 방대한 인적 대상에 비하면 공수처의 수사 인력은 너무나 부족하다. 이 문제를 해결할 수 있는 가장

254) 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 189면.

255) 이에 대한 비판적 분석으로는 이근우, “공수처 수사의 특수성을 반영한 수사력 제고방안, 고위공직자범죄 수사·공소기관으로서 공수처의 수사·조직역량 강화”, 세미나 발표자료, 2023.8.25., 58면-62면 참조.

간단한 방법은 공수처의 검사와 수사관의 인력을 증원하는 방법이다. 이에 대해서는 공수처의 문제점을 진단하고 개선안을 제시하는 모든 문헌에서 언급하고 있는 해결책이다. 하지만 이는 이른바 ‘슈퍼 공수처’ 논란을 야기할 수 있다. 해결책의 핵심은 어느 정도의 인원이 있어야 가장 효과적인 수사가 가능한 규모인가에 대한 것이다. 하지만 현재로서는 공수처법을 개정하는 방법 외에는 다른 방법이 없기 때문에 이 문제를 해결하기 위하여 공수처법을 개정하지 않고 현재 단계에서 공수처 규칙 등으로 개선 또는 문제를 완화할 수 있는 방법이 있는지 검토할 필요가 있다.

공수처법이 개정되기 이전에는 선택과 집중에 의하여 수사력을 제고할 수밖에 없다. 수사인력이 부족한 상황에서 공수처가 직접적이고 주도적으로 수사할 사안의 경우에는 직접수사를 강화하는 방법을 찾아야 할 것이지만, 사안에 따라서는 다른 수사기관의 조력을 받아 수사할 사안의 경우에는 다른 수사기관과 협의체를 구성하여 수사하는 방안도 필요하다. 이러한 점에서 이첩제도는 상당히 중요한 의미를 가진다.

2. 다른 수사기관에의 사건이첩 제한

부족한 인력을 가진 공수처는 선택적으로 수사를 할 수밖에 없다. 이러한 사정은 공수처법이 제정되는 단계에서도 예상한 것으로 보인다. 공수처법 제24조 제2항에 따르면 “다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야”하는데, 이 경우 공수처장은 “피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등에 비추어 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 수사하는 것이 적절하다고 판단될 때에는 해당 수사기관에 사건을 이첩할 수 있다”고 규정하고 있다. ‘사건을 이첩할 수 있다는 의미’는 공수처의 경우 통보받은 사건 중 공수처가 직접 수사하는 게 적절하다고 판단하는 사건을 스스로 정할 수 있는 권한도 부여한 것이라고 해석할 수 있다. 이에 따라 사건사무규칙 제25조에서는 다른 수사기관에의 이첩의 경우 ① 법 제3조제1항제2호의 고위공직자범죄등 해당 여부, ② 피의자나 사건관계인이 누구인지 및 거주지, 범죄지,

증거에 대한 접근 가능성 등, ③ 사건의 내용과 규모 등을 고려하여 다른 수사기관이 수사하는 것이 적절한지 여부를 판단한다. 다른 수사기관에 이첩하는 경우 공수처에서 고려할 사항에 ‘법 제3조제1항제2호의 고위공직자범죄등 해당 여부가 있다. 법 제2조제1호다목, 카목, 파목, 하목에 해당하는 고위공직자는 대법원장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원 등 이른바 ‘법조 고위공직자’를 말한다. 이들에 대해서는 공수처가 수사권뿐만 아니라 공소권도 가지고 있다.

수사와 기소를 통합하여 운영하는 것이 효율적이라는 관점에서 보면 공수처가 수사권 및 공소제기와 그 유지권을 가지고 있는 ‘법조 고위공직자’에 대해서는 공수처가 다른 수사기관에 이첩을 하는 것보다는 직접 수사하여 기소 여부를 결정하는 것이 바람직하다. 따라서 수사권만이 있고 기소권이 없는 ‘일반 고위공직자’에 한정하여 다른 수사기관에 이첩할 수 있는 것으로 규정하는 것이 바람직하다. 다른 수사기관의 이첩 여부를 결정할 때 고려 사항으로 ‘법 제3조제1항제2호의 고위공직자범죄등 해당 여부’보다는 ‘고위공직자범죄수사처의 인적 수사 대상인지 여부’로 규정하는 것이 적절하다.

공수처법이 규정하고 있는 인적 대상인 일반 고위공직자범죄뿐만 아니라 법조 고위공직자범죄에 대하여 모두 수사를 한다는 것은 현재 공수처의 인적 규모로 볼 때 상당히 어렵다. 따라서 일부 대상에 대해서 다른 수사기관에 이첩할 수 있도록 한 것은 공수처의 기능적 효율성을 증대시킬 수 있다. 공수처의 입법취지를 고려한다면 수사권뿐만 아니라 기소권까지 보유하고 있는 법조 고위공직자범죄에 대해서는 공수처가 다른 수사기관에 이첩하는 것을 제한하고 직접 수사와 기소를 결정하는 것이 타당하다. 또한 수사처 외의 다른 수사기관이 ‘검사’의 고위공직자범죄 혐의를 발견한 경우 사건을 수사처에 이첩하도록 규정하여 공수처의 우선적 관할을 인정하고 있는 공수처법 제25조의 취지와 부합한다.

한때 검찰과 갈등요소가 되었던 이른바 ‘공소권 유보부 이첩(조건부 이첩)’을 사건처리규칙에서 삭제한 것은 적절하였다. 공소권 유보부 이첩이 가능하다는 것은 검사 등 법조 고위공직자범죄에 대한 것인데 이에 대해서는 공수처가 수사권뿐만 아니라 기소권까지 보유하고 있으므로 우선적 관할권을 가진다는 것이며, 공소권 유보부 이첩은 실질적으로 수사지휘에 해당한다. 행정규칙인 사건사무규

칙에서 공소권 유보부 이첩을 규정하는 것은 행정규칙의 본질에 위배될 뿐만 아니라 모법에서 규범 구체화를 행정규칙 또는 공수처장에 위임하지도 않은 사항을 규정하고 있는 것으로 법규명령으로 기능할 수 없다고 판단되므로 공수처 내부 조직 구성원을 넘어 다른 국가수사기관 소속 검사 또는 사법경찰관을 구속하는 효력을 가지지 못한다.²⁵⁶⁾ ‘이첩’이란 특정 기관이 조사한 사건을 다른 기관으로 보내 다른 기관이 사건을 처리하게 하는 행위이므로 공수처가 당해 사건을 다른 수사기관에 이첩하였다면 당해 사건을 재이첩받아서 처리할 권한은 없다고 보아야 한다.²⁵⁷⁾

수사와 기소 통합의 관점에서 본다면 공수처의 수사 대상 중 법조 고위공직자에 대해서는 수사권과 기소권을 모두 보유하고 있기 때문에 다른 수사기관에 이첩하지 않고 정치적 중립성과 독립성이 보장된 공수처에서 전속적으로 수사하고 기소 여부를 결정하는 것이 타당하다. 기소권이 없고 수사권만 가지고 있는 일반 고위공직자에 대해서는 공수처가 수사를 담당하는 것이 바람직하지만, 공수처의 인적 규모를 고려할 때 공수처장의 판단하에 다른 수사기관에 이첩을 할 수 있는 것으로 규정하는 것이 바람직하다.

수사협의체의 운영과정에서 공수처법이 규정한 이첩제도(제24조, 제25조)가 수사협의나 수사조율을 위한 수단으로 적극 활용될 수 있을 것이다.²⁵⁸⁾ 수사협의는 “다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우”에 하는 통보(법 제24조 제2항)의 시점 또는 사건의 이첩요구가 있는 시점에 할 수 있을 것이다. 이첩제도를 통하여 수사협의과정에서 공수처에 주도적 지위를 부여하기 위해서는 법 제24조와 제25조를 통합적으로 해석하여 공수처장이 이첩된 사건에 대한 재이첩 권한을 갖는다고 보아야 한다. 고위공직자범죄의 평풍게임이 전개되는 사태를 막기 위해서 ‘수사의 조정자’로서의 공수처장의 지위와 역할이 강조되어야 한다. 번거로운 이첩·재이첩의 반복을 막기 위해서는 사전의 협의·조

256) 박진우, “고위공직자범죄수사처 운영과정에서 표출된 문제점 분석과 개선방안에 관한 연구”, 아주법학 제15권 제2호(2021), 156-157면.

257) 김현철, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률의 해석상의 문제점”, 법학연구 제29권 제3호(2021), 90-91면.

258) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 136면.

을 단계가 필수적이며, 우선적 판단권을 공수처장에 부여하여야 한다. 여기에서 이첩할 사건과 직접 수사할 사건을 판단함에 있어서는, 공수처법이 명시하고 있는 수사대상자, “수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등”(법 제24조 제1항)이나 “피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등”(같은 조 제3항)을 원용하여 구체적인 기준을 공수처규칙에 직접 명시할 필요가 있다. 이첩할 때 그 판단기준에 대해서 더욱 더 구체화할 필요는 있다.

3. 이첩요청

공수처법 제24조 제1항에 따르면 다른 수사기관이 공수처의 범죄수사와 중복되는 범죄수사를 하는 경우 공수처장은 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 공수처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청할 수 있고, 공수처장의 이첩요청이 있으면 해당 수사기관은 이에 응하여야 한다. 이 규정은 피의자의 인권과 수사의 효율을 위해 중복수사를 방지하고자 하는 규정일 뿐만 아니라 고위공직자범죄등에 대하여 공수처에 ‘우선적 수사권한’을 부여한 중요한 규정이다. 다른 수사기관의 입장에서 공수처장의 사건이첩요청에 응할 의무가 있다는 점은 공소처가 다른 수사기관에 우선하여 수사권을 가지고 있다는 것을 알려주며, 공수처가 공직부패범죄수사를 전담하는 독자적 수사·공소기관이라는 것을 확인해주는 것이다. 또한 공수처법 제24조 제2항은 “다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야 한다.”라고 규정도 마찬가지로 공수처의 ‘우선적 수사권한’을 확인해주는 규정이기도 하다.

고위공직자범죄등에 대해 우선적 수사권을 보유한 공수처는 개별 고위공직자범죄등 사건의 수사기관을 결정하기 위해 검찰과 경찰에서 고위공직자범죄등 사건을 인지하여 수사하고 있는지 여부를 우선적으로 알아야 하므로 위 조항은 공수처법 제24조 제1항이 형해화되는 것을 막기 위해 필요한 조항이다.²⁵⁹⁾

259) 민경선, “공수처법의 몇 가지 쟁점에 관한 소고”, 82면.

공수처장은 법 제24조제1항에 따라 이첩을 요청하는 경우 다른 수사기관의 범죄수사가 공수처의 범죄수사와 중복되는지 여부를 판단함에 있어 먼저 범죄혐의와 관련한 기본적 사실관계의 동일성을 고려하여야 하고, 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 등을 고려하여 공수처에서 수사하는 것이 적절한지 여부를 판단한다(사건사무규칙 제23조).

공수처장이 사건이첩요청권을 행사하여 적절히 절차를 진행시킨 사건으로 이른바 조희연 교육감 사건이 있다. 감사원은 2021년 4월 23일 해직 교사들의 부당채용을 지시한 혐의(국가공무원법위반 혐의)로 조희연 교육감을 경찰에 고발했다. 서울경찰청은 같은 달 사건을 배당했고, 공수처도 같은 달 28일 즉각 직권남용권리행사방해 등 혐의로 조희연 교육감을 입건했다. 공제1호 사건이며, 공수처 수사2부가 담당하였다. 공수처는 2021년 5월 4일 사건이첩요청권을 행사하여 서울경찰청 반부패 공공범죄수사대 사건을 이첩받았다. 공수처는 같은 해 5월 7일 공수처 수사개시를 서울경찰청에 회신하고, 수사를 진행하여 같은 해 9월 3일 서울지방검찰청 검사에게 조희연 교육감에 대해 직권남용권리행사방해와 국가공무원법위반 혐의가, 전 비서실장에 대해 직권남용 혐의만 인정되어 공소제기를 요구했다. 서울중앙지검 검사는 공수처가 적용한 혐의 일부를 배제한 후 이로부터 3개월 뒤인 12월 24일 조희연 교육감 및 전 비서실장을 불구속 상태로 공소제기하였으며, 2023년 1월 27일 서울중앙지방법원은 조희연 교육감 및 전 비서실장에 대해 유죄를 인정하여 조희연 교육감에게 징역 1년 6개월에 집행유예 2년을, 전 비서실장에게 징역 10개월에 집행유예 2년을 선고하였다.²⁶⁰⁾

공수처가 다른 수사기관에 이첩요청하는 경우 사건사무규칙 제23조 제1항 제1호부터 제5호까지 제시된 사항을 바탕으로 객관적으로 판단하고 사건이첩요청권을 할 수 있다는 점에서 “법 제24조 제1항이 규정한 이첩 요청사유인 ‘수사의 진행 정도’와 ‘공정성 논란’은 추상적이어서 명확하다고 할 수 없고, 위 사유에 해당하는지를 판단할 객관적 기준이 마련되어 있지 않다”는 지적은²⁶¹⁾ 해소될 수

260) 서울중앙지방법원 2023.1.27. 선고 2021고합1223 판결.

261) 헌법재판소 2021.1.28. 선고 2020헌바264, 681(병합) 결정에서 재판관 이은애, 재판관

있다고 생각한다.

4. 결론

공수처와 다른 수사기관 간의 관계에 대해서는 더 정밀한 논의와 협의가 필요하다. 이는 공수처 설립 과정에서도 문제가 되었지만, 실제로 공수처가 수사를 진행하는 과정에서도 많이 발생할 수 있는 문제이기도 하다. 수사기관 간 관할 경합의 문제가 발생할 수 있는 다양한 상황을 정리하기 위하여 공수처장의 사건 이첩과 관련된 권한의 법적 성격을 분명하게 규정할 필요가 있다. 이른바 ‘미니 공수처’로 출발한 공수처가 고위공직자범죄등에 대한 수사를 함에 있어서 검찰·경찰과 같은 거대조직과 같이 동일한 방식과 권한으로 수사를 진행하는 것은 한계가 있기 때문이다. 따라서 공수처의 사건이첩 등과 같은 다른 수사기관 간의 관할 경합의 문제를 공수처법에서 세밀하게 규정할 필요가 있다.

먼저 공수처, 검찰, 경찰 간의 관계는 형사소송법과 같이 동일하게 상호 대등한 협력관계로 설정할 수밖에 없다. 공수처법에서도 다른 수사기관 간의 관계에 대한 규정을 둘 필요가 있다. 형사소송법 제195조에서 “검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다.”는 규정을 두고 있는 것처럼 “검찰청 검사, 사법경찰관, 공수처 검사는 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다.”는 규정을 신설할 필요가 있다.

수사기관 간의 관할 경합을 해결하기 위하여 중요한 의미를 가지는 조항은 공수처법 제24조이다. “다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야 한다.” “고위공직자범죄등 사실의 통보를 받은 처장은 통보를 한 다른 수사기관의 장에게 수사처규칙으로 정한 기간과 방법으로 수사개시 여부를 회신하여야 한다.” 가장 중요한 의미를 가지는 제1항에 따르면 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

이종석, 재판관 이영진의 반대의견(결정문, 59면-60면).

응하여야 한다. 공수처에 보충적으로 우선적 관할권을 인정한 것이다.

수사기관 간 수사 경합이 발생할 경우 그에 대한 해결방안은 여러 가지가 있을 수 있다. 고위공직자범죄에 대하여 검찰, 공수처, 경찰이 모두 관할권을 가지고 대응하게 상호 경합하는 경합적 관할권이 가능하며, 이 경우에는 협의체를 통하여 관할의 협의와 조정이 필요하다. 다수의 수사기관이 수사에 착수하는 관할경합의 상황에서는 수사에 먼저 착수한 기관이 관할권을 행사하는 선착수의 원칙이 가능하다. 공수처법에서는 공수처장이 이첩을 요청하는 경우에 해당 수사기관이 이에 응할 의무가 있다는 점에서 경합적 관할권이 가능하지만, 실질적으로 공수처에게 우선권이 인정된 셈이다.

공수처가 부패범죄에 대한 전문수사기관의 취지를 위해서는 공수처가 우선적 관할권을 행사할 수 있도록 실질적으로 권한을 뒷받침할 수 있는 규정이 필요하다. 즉 다른 수사기관이 고위공직자범죄를 수사할 경우 이에 대하여 공수처에 통지하도록 하는 의무조항이 필요하다. 검찰·경찰·공수처 간에 관할권이 경합된 경우 어떤 수사기관이 수사하는 것이 타당한가에 대한 객관적 기준이 제시되는 것이 바람직하다. 즉 공수처는 검찰과 경찰에서 입건전조사 또는 수사하고 있는 고위공직자범죄 등 사건을 공수처에 이첩할 것을 요구할 수 있으며, 검찰과 경찰은 특별한 사정이 없다면 이에 응하는 것이 바람직하다. 다만 검찰이나 경찰이 구속영장에 의해 피의자를 구속하는 경우 또는 압수·수색영장이나 통신제한조치허가의 신청이나 청두 등 강제수사와 피의자 및 주요참고인에 대한 조사가 완료되는 등 수사의 진행 정도와 이첩에 의하여 수사기간이 과도하게 연장되어 불필요하게 피의자의 방어권에 부담을 주는 경우 등에는 공수처에 이첩하는 것보다는 검찰이나 경찰이 수사를 조속히 종료한 후 공수처에 이첩하는 것이 바람직하다.

다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우에는 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야 되지만, 이는 다른 수사기관이 이에 대하여 통지를 하지 않을 경우에는 공수처로서는 이를 인지할 방법이 없다. 따라서 어느 수사기관이 고위공직자범죄를 수사하더라도 공수처가 고위공직자범죄에 대한 정보를 수집·관리할 수 있도록 함으로써 공수처의 고위공직자범죄 전담을 위한 특별기구로서의 성격을 가져야 한다. 검찰이나 경찰에 비하여 작은 규모의 공수처는 검찰이나 경찰과 같은 정보수집능력을 가지기 어려우므로, 고발의무나 통

지의무와 같은 법적 장치가 없이 단순히 공수처장의 이첩요청권만으로는 실질적으로 공수처의 권한이 보장되어 있다고 평가하기 어렵다.

수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지하는 경우뿐만 아니라 고위공직자범죄등의 수사에 착수하는 경우에도 지체없이 공수처장에게 그 요지를 통지하는 것이 바람직하며, 이 과정에서 공수처장은 우선적 관할권 행사 여부를 결정하여야 한다. 다른 수사기관이 피의자 및 주요참고인에 대한 조사가 완료되고 영장의 청구에 이르는 등 실질적으로 사건처리가 임박하였다면 해당 수사기관이 수사를 계속 진행하는 것이 바람직하지만 그 외의 경우에는 공수처에 사건을 이첩하여야 한다.

Ⅳ. 공수처 수사의 물적 대상 재구성

1. 공수처법상 수사대상 범죄

공수처의 수사 대상은 고위공직자가 범한 모든 죄가 아니라 공수처법 제2조 제3호와 제4호에서 정한 범죄로 한정하였다. 공수처법 제2조 제3호에 따르면 “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 한정한다.

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 증언·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

이를 법조문 표제에 따라 자세히 표기하면 아래 표와 같다.

[표 9] 고위공직자범죄수사처 수사대상 범죄²⁶²⁾

항목	대상 범죄	
	규정	표제
가목	「형법」 제122조부터 제133조까지의 죄 (다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우를 포함한다)	직무유기 직권남용 불법체포·불법감금 폭행·가혹행위 피의사실공표 공무상비밀누설 선거방해 수뢰죄 제삼자뇌물제공 수뢰후부정처사·사후수뢰 알선수뢰 뇌물공여 등에 해당하는 죄
나목	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)	공용서류 등의 무효, 공용물의 파괴 공문서등의 위조·변조 허위공문서작성등 공전자기록위작·변작 위조등 공문서의 행사 횡령, 배임(+미수) 업무상의 횡령과 배임(+미수) 배임수증재(+미수)

262) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패범죄 특별수사기관을 중심으로, 273면.

항목	대상 범죄	
	규정	표제
다목	「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조의 죄	특가법상 알선수재
라목	「변호사법」 제111조의 죄	공무원의 청탁, 알선 등 위반
마목	「정치자금법」 제45조의 죄	정치자금부정수수
바목	「국가정보원법」 제21조 및 제22조의 죄	정치관여죄 직권남용죄
사목	「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」 제14조제1항의 죄	위증죄
아목	가목부터 마목까지의 죄에 해당하는 범죄행위로 인한 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조 제4호의 범죄수익등과 관련된 같은 법 제3조 및 제4조의 죄	범죄수익 은닉 및 가장, 수수

공수처법 제2조 제4호에 따르면 “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

나. 고위공직자를 상대로 한 자의 「형법」 제133조, 제357조제2항의 죄

다. 고위공직자범죄와 관련된 「형법」 제151조제1항, 제152조, 제154조부터 제156조까지의 죄 및 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」 제14조제1항의 죄

라. 고위공직자범죄 수사 과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄

공수처법이 정하고 있는 물적 관할은 열거적으로 제시되어 있다.

2. 다른 법령에 의한 부패범죄와 수사대상

가. 부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법에서의 부패범죄 범위

부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법에서는 ‘부패범죄’의 개념을 직접 정의한다. 이 법은 국제연합부패방지협약 및 그 밖의 국제협약을 효율적으로 이행하기 위해 제정된 것으로 부패재산의 몰수, 추징, 환수 등을 규정하고 있다. 여기서 ‘부패범죄’는 “불법 또는 부당한 방법으로 물질적·사회적 이득을 얻거나 다른 사람으로 하여금 얻도록 도울 목적으로 범한 죄”로서 형법뿐만 아니라 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률과 같이 형법상 범죄를 가중처벌하는 법률과 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법 등 기타 법률에서 규정하는 범죄로 나누어 볼 수 있다. 하지만 동 법률은 수사기관의 수사와 관련된 법률이라기보다는 몰수 및 회복에 관한 특례법이므로 공수처의 수사 대상에 대한 논의와는 직접적 연관성은 낮다.

나. 검찰청법 및 검사의 수사개시 범위에 관한 규정

검찰청법은 검사가 범죄수사, 공소제기 및 유지, 특별사법경찰관리의 범죄수사 지휘·감독, 법령의 정당한 적용 청구, 재판집행 지휘와 감독, 국가를 당사자로 하는 소송에 있어서 그 수행 또는 수행 관련 지휘·감독, 그 밖의 다른 법령에서 직무로 규정하는 사항을 그 직무로 한다고 규정하고 있다. 검사는 자신이 수사를 개시한 범죄에 대해서는 공소제기가 금지된다. 공소유지에 참여하는 것이 가능한지에 대해서는 별도로 규정이 없으나, ‘공소제기’에 사안에 대한 소송에서의 공소유지도 포함되는 것으로 해석한다면, 형사전반적으로 형사소송절차에의 참가가 금지된다고 보인다. 퇴직 후에 자신이 수사한 사건에 대하여 변호인으로 참가하는 것은 검사의 의무에 반하는 것으로 보는 것이 타당하다.

이렇듯 현행법상 범죄수사는 검사의 직무 중 하나이지만, 수사개시 범죄의 범위는 제한된다. 검찰청법에는 검사의 수사개시 대상 범죄로 부패범죄, 경제범죄

등을 들고 있다. 검찰청법에서 부패범죄, 경제범죄 등 중요범죄가 무엇인지 정의하지 않았으므로, 부패범죄 등 중요범죄를 정의하기 위하여 대통령령으로 검사의 수사개시 범위에 관한 규정이 제정되었다(2021. 10. 7. 제정 대통령령 제31090호, 시행 2021. 1. 1.). 가장 최근 개정은 2022. 9. 8.(대통령령 제32902호, 시행 2022. 9. 10.)에 있었다. 이 법령을 제정할 당시 검사의 수사 개시 대상 범죄는 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 중요범죄였는데, 최근 개정된 법령에 따르면 위 유형 중 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등은 제외되었다. 최근 개정된 법령에 따르면 부패범죄란 “사무의 공정을 해치는 불법 또는 부당한 방법으로 자기 또는 제3자의 이익이나 손해를 도모하는 범죄, 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하는 범죄, 범죄의 은폐나 그 수익의 은닉에 관련된 범죄”로서 별표에서 별도로 규정하는 범죄를 말한다.

3. 부패범죄의 특수성

부패범죄에 대한 수사는 다른 범죄수사와 다른 특징을 가지고 있다. 부패범죄 중 공무원의 뇌물범죄는 특정한 개인 또는 기업 등 뇌물을 공여하는 사람을 수사하다가 나오는 경우가 많고 공익제보는 드물다. 검찰이나 경찰의 일반 사건을 수사하다가 뇌물사건으로 확장하는 형태를 취하지만 공수처의 경우 고위공직자에 한정되어 있으므로 이러한 방법으로 뇌물사건 등 부패범죄에 대한 수사를 시작하기에는 어려움이 있다. 공수처의 정보 수집 기능의 제한적이므로 공수처의 뇌물범죄에 대한 수사는 다른 기관으로부터 사건이 이첩되어 오거나, 또는 공익제보나 고발에 기댈 수 밖에 없다.

공직자 부패범죄 수사가 어려운 점으로는 ① 수사기관으로서는 행정 내부의 고질적인 부패구조를 파악하기 어렵다는 점(사건 인지의 어려움), ② 지시자와 업무수행자 등 내부자 사이 이해의 일치로 내부고발이 이루어지기 어렵다는 점(사적 이해관계의 일치), ③ 행정기관 내부의 조직적인 증거인멸이 이루어지는 경우, 공소유지와 유죄판결을 얻을 수 있는 충분한 증거를 확보하기 어렵다는 점(증거확

보의 어려움), ④ 정치권력의 핵심부와 연결된 비리의 경우에는 행정조직의 충분한 협조를 얻기 어렵다는 점(정치적 영향력 배제 어려움), ⑤ 뇌물죄의 특성상 공여자와 수수자 사이에 이익충돌이 없이 이득을 보는 범죄라 사건 경위와 증거 및 자료를 입수하기 어렵다는 점 등이 있다.²⁶³⁾ 공직자 부패수사는 이익공여자가 목적을 달성하지 못해 이익공여자와 수수자 사이에 관계 악화 등으로 범행을 공개하는 경우, 이익공여자 내부에 갈등이 있는 경우 등 제한적 상황에서 수사가 개시되는 경우가 많다. 뇌물범죄는 수사기관에서 스스로 확인한 범죄정보에 따라 인지하여 수사하는 것이 보편적이며,²⁶⁴⁾ 수사 개시와 유죄 여부 판단에 있어서 공여자 등 관련자의 진술에 의존하는 정도가 다른 범죄에 비해 현저하게 크며, 밀행성이 보편적인 뇌물죄의 성격상 그 증거를 발견하고 수사하는 것은 매우 어려운 것이 현실이다.²⁶⁵⁾ 고위공무원의 독직사건은 장기간에 걸친 인간관계, 사회관계로 형성된 친분을 통해 금품 등 이익을 수수하는 경우가 많아서 입증이 더 어렵다.²⁶⁶⁾

V. 결론

공수처법의 사물관할 대상으로 “고위공직자범죄”에 대한 범위에 대한 검토가 필요하다. 부패범죄의 특수성을 고려할 때 현행 공수처법이 정하고 있는 물적 관할의 범위에서 다소 문제점이 있다. 공수처를 부패범죄 특별수사기관으로 발전시킨다면 공수처의 수사대상 사건은 ‘고위공직자’의 ‘부패범죄’로 정하는 것이 타당하며 이 경우 부패범죄의 범위를 적극적으로 정하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다. 현행 부패재산몰수법, 검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정과의 비교 검토가 필요하며, 법체계와 법집행의 통일성을 위해서는 해당 법 및 규정과 통일적으로 구성할 필요가 있다. 공수처를 공직자부패범죄에 대한 특별수사기관으로

263) 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패범죄 특별수사기관을 중심으로, 302-303면.

264) 표성수, “뇌물범죄의 입증과 공여자 진술의 신빙성”, 법조 제58권 제12호(2009), 181면.

265) 표성수, “뇌물범죄의 입증과 공여자 진술의 신빙성”, 181면.

266) 표성수, “뇌물범죄의 입증과 공여자 진술의 신빙성”, 188면.

서 성격을 강조하면 기존 검찰의 부패범죄에 대한 사물관할 범위를 명확히 할 필요가 있다. 공수처법에서 고위공직자범죄에 대해 정의 규정에 따르면 고위공직자범죄에는 형법상 직무유기, 직권남용과 같은 공직자의 직무를 방기하거나 이러한 지위를 사용하여 타인에게 위해를 가하는 행위뿐만 아니라 보통 부패범죄의 범주에 포함시키는 뇌물수수죄 등도 포함된다. 즉 공수처법에서는 부패범죄물수법, 검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정과 같이 다소 망라적으로 현행법상 부패범죄의 범주에 포함시킬 수 있는 모든 범죄를 규정하지 않고, 부패범죄의 유형 중 일부 범죄만을 규정하고 있다. 검사의 수사개시 범위 범죄에 관한 규정에 따르면 부패범죄의 범위는 다소 넓다. 예를 들면 대통령기록물관리에 관한 법률상 심의나 절차를 거치지 아니하고 대통령 기록물을 폐기하거나 외국으로 무단반출한 경우(제30조), 전자장치 부착등에 관한 법률상 전자장치부착업무담당자가 정당한 사유 없이 전자장치를 해제하거나 손상시킨 경우(제36조 제1항), 형의 실효 등에 관한 법률상 전과기록 또는 수사경력 자료 작성에 필요한 서류를 손상, 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 경우(제9조 제2항)와 같은 경우에는 고위공직자의 부패범죄와는 다소 거리가 멀다.

부패범죄에 대한 전문수사기구로서 공수처의 발전방향을 설정한다면 공수처의 물적 관할 대상에 대하여 다른 법률규정에서 정하는 바를 고려하여 정합적으로 설정할 필요가 있다. 만약 물적 관할이 불분명할 경우 중간지대가 발생하여 수사의 경합이 발생하거나 의도치 않게 방치하는 영역이 발생할 수 있기 때문이다. 일사부재리의 원칙이나 이중위험금지의 원칙과의 관계도 검토할 필요가 있다.

제3절 합리적 권한 통제 방안 도입 필요성

I. 기소법정주의 도입

1. 기소편의주의의 폐해

공소담당자에게 공소제기를 함에 있어서 재량을 인정할 것인가 하는 점과 관련하여 기소법정주의와 기소편의주의가 대립된다. 기소법정주의는 공소담당기관이 해당 사건에 대하여 범죄성립요건이 충족되고 증거가 충분히 확보되었으며 소송조건이 갖추어졌다고 판단될 때에는 반드시 공소제기를 하여야 한다는 제도임에 반하여,²⁶⁷⁾ 기소편의주의는 위의 요건이 갖추어진 경우에도 공소담당관에게 형사정책적 고려에 의해 불기소처분을 할 수 있는 재량을 부여해 주는 제도를 말한다. 형사소송법은 검사로 하여금 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 않을 수 있다고 하여 기소편의주의를 채택하고 있다(법 제247조 제1항).

기소편의주의는 범죄사실에 대한 정상 참작을 함으로 인하여 구체적 타당성을 높이고, 형사정책적 관점에서 처벌의 필요성이 없는 자에 대한 낙인의 효과를 방지할 수 있다는 장점, 피의자를 조속히 형사절차에서 해방시켜 조기 개선의 기회를 제공한다는 장점이 있지만, 기소편의주의는 검사가 부패하여 재량권 행사를 불공정하게 할 때 심각한 부작용을 초래할 우려가 있다. 아울러 이러한 위험은 검사기소독점주의와 기소편의주의가 결합할 때 그 가능성은 더욱 커진다.

기소편의주의와 관련하여 종래 검찰은 ‘공소에 관한 한 검찰의 왕국’²⁶⁸⁾이라는 비판을 받아 왔었다. 기소독점주의뿐만 아니라 기소편의주의를 아울러 채택하고 있음에도 불구하고 소추재량의 오·남용의 위험을 사전적으로 견제 내지 통제할 수 있는 제도적 장치가 미비하기 때문이다. 사후적 통제장치로서 검찰항고와 헌법소원제도가 있지만 검찰항고는 검찰 내부의 통제수단이라는 점에서 근본적

267) 독일의 경우 경미사건이나 국가보호사건 등에 관해 약간의 예외를 제외하고는 기소법정주의를 원칙으로 하고 있다.

268) 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래”, 안암법학 제6호(1997), 86면.

한계를 가질 수밖에 없으며, 헌법소원제도는 공소시효 정지의 효력이 인정되지 않는다는 점, 인용 비율이 낮고²⁶⁹⁾ 인용되더라도 불기소 처분을 취소하는 것에 그치고 공소제기가 의제되지 않는다는 점에서 한계를 가진다.²⁷⁰⁾

재량적 판단을 허용하는 한 공소권은 그 누가 행사하더라도 남용의 가능성이 있다. 즉 소추에 대하여 재량을 인정한다면 공소권 남용의 가능성은 검찰뿐만 아니라 공수처에게도 공통된 문제다. 따라서 검찰의 공소권을 축소하고 그 일부를 공수처에 일임하더라도, 기소재량을 통제할 방법이 새로운 행사주체에 대한 막연한 기대와 신뢰밖에 없다면, 개혁의 원인이 된 검찰부패와 정치화 및 권력화의 문제는 해결되지 않는다.²⁷¹⁾ 따라서 공소권의 본질 내지 그 속성에 잠재된 부패의 가능성 또는 권력화의 가능성을 제거해야 한다. 공수처가 기존의 검찰과는 달리 기소원칙으로서 기소법정주의를 채택한다면 법적용상 평등원칙에 더욱 부합할 수도 있을 뿐만 아니라 기소편의주의에 존재하는 외부세력의 영향력이 유입될 틈새를 차단할 수도 있다.

공수처는 그동안 우리 사회에서 여러 차례 반복되었던 정치인과 고위공직자에 대한 검찰 수사의 불공정성 시비를 차단하고 권력으로부터 독립된 형사사법절차를 마련함으로써 부패나 직권남용과 같은 권력형 범죄를 엄단하기 위한 특별수사 기구로서의 성격을 가지고 있다. 공수처가 담당하는 사건은 단순폭행사건과 같이 검찰청 검사가 형사소송법 제247조에 따라 기소유예를 할 수 있는 경미사건과는 본질적으로 그 사안의 성격이 다르다. 종전 권력형 비리사건에 대하여 검찰의 소추재량의 오·남용에 대한 국민적 비판이 있었기에 공수처의 출범이 가능했다는 점을 기억한다면 공수처의 경우 기소편의주의는 제한적으로 행사될 필요가 있다.²⁷²⁾

269) 예컨대 2012년부터 2022년 6월까지 헌법재판소가 검찰의 기소유예 처분 취소를 결정한 건수는 총 428건이다. 이 기간 헌법재판소가 결정한 기소유예 처분 취소 관련 헌법소원 사건이 총 2170건인 점을 감안하면 인용률은 19.7%에 지나지 않는다
법률신문, “헌재, '검찰 기소유예처분 취소' 인용률 20%”, 2022.10.20.
(<https://www.lawtimes.co.kr/news/182483>) 최종방문: 2023.9.23.

270) 김태명, “재판상 준기소절차의 활성화 방안”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 356면.

271) 김봉수, “검찰개혁, 어디로 가고 있는가?”, 38면.

272) 같은 취지로 김병수, “국민을 위한 고위공직자비리수사처 설치방안”, 동아법학 제80호

고위공직자범죄등은 예를 들면 ‘고발사주’ 의혹 사건 등과 같이 정치권력과 연결된 정치적 의혹사건이나 조희연 교육감 사건 등과 같은 부정부패사건은 기소유예가 가능한 형법상 경미범죄가 아닌 중대범죄에 해당한다. 공수처가 담당하는 사건에 과연 경미한 범죄가 존재하는지 의문이다. 고위공직자의 부패범죄 사건에 대해서는 기소법정주의를 도입하여 이러한 사건에 대해서는 예외 없는 공소제기를 가능하도록 해야 한다. 이렇게 하여야 고위공직자범죄등 사건에 대한 검찰권 행사의 중립과 독립성이나 공수처의 설립 취지에 대한 끊임없는 시비는 더 이상 제기될 수 없을 것이다.²⁷³⁾

2. 기소법정주의 도입

형사소송법상 공소를 제기하느냐의 여부에 관하여 검사의 재량을 인정하지 않고 범죄의 객관적 혐의가 있고 소송조건이 구비되었을 때에는 반드시 공소를 제기하여야 한다는 주의이다. 기소합법주의라고도 한다. 기소편의주의에 대립되는 개념이다.

기소법정주의를 채택하고 있는 대표적 국가로 독일이 있다. 독일은 검찰제도를 도입하면서 검찰의 객관성·중립성을 중요시하여 ‘법률의 파수꾼’으로 그 성격을 규정하였다.²⁷⁴⁾ 즉 피고인과 대립되는 당사자 지위보다는 법률을 수호하는 객관 의무를 가진 관청의 성격을 강조한 것이다. 독일 형사소송법 제정 당시에도 기소법정주의가 모든 법적용에 철저히 운용된 것은 아니다. 검사가 모든 범죄에 대하여 동일한 강도로 수사를 하는 것이 불가능하였으므로, 사건을 선택하여 집중할 수밖에 없었다. 따라서 수차례의 형사소송법 개정을 통해 책임이 경미하고 형사소추를 해야 할 공익이 존재하지 않는 경죄(제153조)를 비롯하여 준수사항과 지

(2018), 26-27면; 김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 202-203면.

273) 이와 달리 기소편의주의를 원칙으로 하면서 특별히 정치권력의 부당한 간섭이 쉽게 이루어질 수 있는 범죄, 특별히 객관성을 상실하기 쉬운 범죄, 정치적 독직사건 등에 대해 예외적 기소법정주의를 수용할 수 있다는 견해로는 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래”, 90면.

274) 김태명, “독일의 기소강제절차와 일본의 부심판절차에 비추어 본 우리나라 재정신청제도의 개정방향”, 경찰법연구 제11권 제2호(2013), 156면.

시사항을 이행한 경우(제153조a), 형면제 조건이 갖추어진 경우(제153조b), 범죄행위가 외국에서 행해진 경우(제153조c), 정치범죄(제153조d), 범죄를 적극적으로 저지한 경우(제153조e), 범인이 국내에 거주하지 않는 경우(제153조f), 부수적 범죄행위(제154조), 피의자를 외국에 인도한 때(제154조b), 강요죄나 협박죄의 피해자인 경우(제154조c), 민법이나 행정법상 선결문제가 존재하는 경우(제154조d), 무고죄 또는 모욕죄에 대하여 형사절차나 징계절차가 진행 중인 경우(제154조e)에는 검사가 공소를 제기하지 아니하거나 제기된 공소를 취소할 수 있도록 규정하고 있다.

독일 형사소송법에 따르면 공소제기는 검사의 권한에 속하며(법 제152조 제1항), 검사는 상당한(zureichend) 사실적 근거가 존재하는 한 형사소추가 가능한 모든 범죄행위에 개입(einschreiten)해야 한다(동조 제2항). 검사는 고발이나 그 밖의 방식으로 범죄행위의 혐의에 대하여 알게 되는 즉시 검사는 공소제기 여부를 결정하기 위하여 사실관계를 조사하여야 한다(제160조 제1항). 검사는 수사한 결과 공소제기를 위한 충분한(genügend) 근거가 밝혀진 경우 검사는 관할법원에 공소장을 제출함으로써 공소를 제기한다(제170조 제1항). 검사가 형사소추가 가능할 정도로 사실적 근거가 충분한 범죄자를 소추하지 않는다면 독일 형법 제258조a에 의하여 사법방해죄로 처벌될 수도 있다.

수사한 결과 공소제기를 위한 충분한 근거가 밝혀지지 않은 때에는 검사는 절차를 중지한다. 독일 형사소송에서도 우리나라의 기소유예제도와 같이 범죄혐의가 충분히 인정됨에도 불구하고 형사절차를 중지할 수 있는 제도가 허용되고 있다. 기소법정주의 원칙에 대한 예외를 인정한 것이다. 독일 형사소송법이 검사에게 절차를 중지할 수 있는 권한을 인정한 것은 제한적이다. 피의자가 저지른 범죄의 책임이 너무 경미하여 형벌을 부과할 필요가 없는 경우, 피의자가 저지른 범죄의 내용에 비추어 형량이 지나치게 높게 책정된 경우, 피의자가 저지른 범죄 중에서 단지 몇 개의 범죄나 사건에 집중하는 것만으로도 정당한 형벌을 기대할 수 있는 경우, 피의자가 저지른 어떤 범죄를 기소하는 것이 국가에 이익이 되기 보다는 해로운 경우이다. 하지만 검사의 절차중지는 법률적으로 일정한 요건을 충족해야만 하고 절차적으로 법원의 동의를 받아야만 가능하다(제153조 제1항). 절차중지라고 하더라도 우리의 기소유예처럼 검사의 자유재량에 따라 행할 수는

없다.²⁷⁵⁾

기소법정주의는 법 앞의 평등과 법적 안정성을 이념으로 하는 자유주의적 법치 국가사상에 기초한다. 검사의 자의적 소추를 허용하는 기소편의주의는 법앞의 평등을 보장하기 어렵고 형벌에 대한 예측가능성을 해치므로 법적 안정성도 도모할 수 없게 된다. 기소법정주의는 공소제기에 대한 정치적 영향력을 차단함으로써 소추기관의 정치적 중립성을 담보하는 장치로서 의미를 갖는다.²⁷⁶⁾

허일태 교수에 따르면 ① 국민적 관심의 대상이 된 권력형 비리사건, ② 범행의 불법성과 책임성이 경미하지 않은 사건, ③ 재범 우려가 있는 사건 등은 기소법정주의의 대상으로 하는 것이 적절하다고 한다.²⁷⁷⁾ 특히 정치권력형 비리사건이나 부정부패 사건에 대해 검사가 공소권을 유예하는 것은 형사소송법의 기본원리에 반할 뿐만 아니라, 헌법적 관점뿐만 아니라 형사정책적 관점에서도 반한다고 주장한다.²⁷⁸⁾

II. 불기소 처분의 문제

비록 고위공직자 등의 범죄에 국한된 것이긴 하지만, 그 대상범죄가 특히 권력형 범죄들인 만큼 수사처검사의 재량적 불기소처분 역시 자의적이고 정치적인 가능성을 배제할 수 없다. 특히 현행 공수처법은 설치와 조직만을 상세히 규정하고 있을 뿐, 수사처검사의 권한의 내용 및 범위에 대한 구체적인 규정이 없다. 더 나아가 수사처검사에게 재량적 판단에 기한 불기소처분권한을 인정하면서도 그

275) 독일 형사소송법상 범죄혐의가 충분히 존재함에도 불구하고 절차 중지할 수 있는 경우에 대한 자세한 설명으로는 김하중, “우리나라 기소제도의 문제점에 대한 고찰”, 인권과정의 제443호(2014), 65면 이하 참조.

276) 김하중, “우리나라 기소제도의 문제점에 대한 고찰”, 61-62면.

277) 기소법정주의 대상과 범위와 관련하여, 허일태, “청소년 성매매의 현실과 대책:기소편의주의와 기소재량에 대한 통제방안”, 45-46면.

278) 허일태 교수는 나아가 검사가 객관적으로 범죄혐의가 있고, 국민적 관심이 집중될 수 있는 사건에 대해 자의적으로 공소를 제기하지 않으면 형법상 직무유기죄가 성립할 수 있다고 한다(허일태, “청소년 성매매의 현실과 대책:기소편의주의와 기소재량에 대한 통제방안”, 48면).

통제방안과 관련해서는 기존의 재정신청제도만을 준용함으로써, 수사처검사의 공소권 남용에 있어서 여전히 취약하다고 평가할 수 있다.²⁷⁹⁾

1. 불기소 사건의 이첩 후

공수처법 제24조는 ① 다른 수사기관의 범죄수사가 수사처와 중복되는 경우(공수처 처장이 이첩을 요구)나, ② 다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우, ③ 처장이 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 사건을 이첩하는 경우 등만을 상정하고 있을 뿐, 수사처검사의 불기소처분에 따른 이첩사건에 대해서는 아무런 언급이 없다. 공수처법 제27조에 따르면, 수사처검사가 고위공직자범죄에 대하여 불기소결정을 하는 경우, 공수처의 처장은 해당 범죄의 수사과정에서 알게 된 관련 범죄 사건을 대검찰청에 이첩하도록 규정하고 있다.

하지만 공수처가 불기소한 사건이 이첩된 이후에 대검찰청이 어떠한 조치를 취할 수 있는지에 대한 명문의 규정이 없다. 즉 ① 이첩된 불기소사건에 대해 검찰이 직접 재수사를 할 수 있는 것인지, ② 재수사 혹은 이첩된 수사기록 등을 검토한 후 검찰이 해당 사건에 대해 공소제기가 필요하다고 판단하는 경우, 과연 검찰이 고위공직자범죄에 대해 공소권을 행사하는 것이 가능한지 등에 대한 아무런 근거 규정이 없다.²⁸⁰⁾

2. 불기소처분의 통제장치로서 재정신청제도

공수처법은 제29조에서 수사처검사가 불기소처분을 한 경우에 고소·고발인의 재정신청을 인정하면서, 이 법에서 정한 사항 외에 재정신청에 관하여는 형사소송법 제262조(재정신청의 심리와 결정) 및 제262조의2부터 제262조의4까지의 규정(재정신청사건 기록의 열람·등사 제한, 비용부담, 공소시효의 정지 등)을 준용

279) 김봉수, “검찰개혁, 어디로 가고 있는가?”, 36면.

280) 김봉수, “검찰개혁, 어디로 가고 있는가?”, 36면.

토록 하고 있다. 비록 표제에는 ‘특례’라고 되어 있으나, 사실상 기존 재정신청제도의 한계 역시 그대로 가져온다.²⁸¹⁾ 부심판결정 이후 검사의 무성의하고 소극적인 공소유지 내지 무죄구형의 문제를 비롯하여 재정신청사건의 저조한 인용률 등이 고스란히 공수처의 불기소처분에 대한 재정신청에서도 다시 반복될 우려가 있다.²⁸²⁾ 권력형 범죄는 은밀하게 조직과 권력을 동원하여 복잡한 관계망을 형성하며 이루어진다는 점에서 내부고발자 등에 의한 폭로가 아닌 이상 대부분 수사기관의 인지에 의해서 수사가 진행된다. 따라서 불이익 및 보복의 두려움으로 인해 고소·고발이 이루어지기 어렵고, 고위공직자 등의 권력형·부패범죄에 대해서는 고소·고발인이 없거나 나서지 않을 가능성이 일반범죄에 비해 훨씬 높다. 따라서 고소·고발인의 신청에 기초하고 있는 재정신청제도는 불기소처분에 대한 통제장치로서 일정한 한계가 있고, 특히 고위공직자범죄 등과 같은 권력형 범죄에 있어서는 더욱 취약하다고 평가할 수 있다.

공수처법 제30조의 특례규정에 따르면, 공수처의 처장은 동법 제3조 제1항 제2호에서 정하는 사건을 제외한 고위공직자범죄 등에 대해서 검찰청 검사가 불기소처분을 한 경우, 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. 하지만 동법 제26조에 따르면, 공수처처장의 재정신청의 물적 대상은 ‘수사처검사가 수사를 한’ 제3조 제1항 제2호에서 정하는 사건을 제외한 고위공직자범죄사건으로써 제26조에 따라 검찰에 이첩된 사건에 국한된다. 따라서 처음부터 검찰이 인지한 제3조 제1항 제2호 이외의 고위공직자범죄사건에 대한 불기소처분에 대해서는 위 통제장치는 기능하지 못한다. 처장의 재정신청이 인용되어 법원의 부심판결정이 내려진다고 하더라도 공소유지는 결국 검찰청의 검사에게 일임될 것이기 때문에 같은 문제점들이 재등장한다.

281) 김봉수, “검찰개혁, 어디로 가고 있는가?”, 37면.

282) 권순민, “재정신청사건의 충실한 공소유지를 위한 방안에 대한 검토”, 형사정책 제31권 제1호(2019), 135-136면에 따르면, 고등법원 관할 대상은 비교적 중대 범죄인 반면, 재정신청사건은 대부분이 경미범죄인 경우가 많고, 본래 업무인 항소심사건의 2배 정도로 재정신청사건이 폭주하면서, 업무과중으로 충실한 사건조사와 심리가 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라, 형사소송법 제262조 제2항에서 규정하고 있는 ‘증거조사’ 권한의 범위와 관련해서도 현행 형사소송법이 명확한 규정을 두고 있지 않아 재정심리에 있어서 제도적 한계가 있다.

Ⅲ. 기소배심제도 도입

공수처 검사의 권한 확대에 따라 기소권 통제 문제가 함께 고려되어야 한다. 수사종결권 내지 기소결정권에 대한 사전적 통제는 수사론에서 다루어진 오랜 쟁점이지만 여전히 검사 기소독점주의와 검사 단독관청, 준사법기관론 등의 논리에 갇혀 큰 진전을 보지 못하고 있다. 부패방지형 수사기구와 검찰분권형 수사기구의 모습을 동시에 가진 공수처로서는 기소 권한 행사에 대한 사전적 통제장치를 갖지 못한다면 기존 검찰개혁론의 비판논리가 공수처에도 그대로 적용될 수밖에 없다. 이러한 관점에서 공수처가 기소권을 확대하는 경우 기소배심제를 검토할 필요가 있다.

공수처 검사가 고위공직자범죄등에 대해 기소권 행사를 투명하고 공정하게 하기 위해서는 사전적 통제수단으로 기소배심제를 전향적으로 도입할 필요가 있다. 고위공직자범죄등의 경우 일반범죄 사건에 비하여 사회적 관심이 커 국민적 평가를 받아야 할 필요성이 높기 때문이다. 현재 공수처에 설치된 수사심의위원회·공소심의위원회나 검찰의 검찰시민위원회가 기소권에 대한 사전적 통제기능을 일정 부분 행하고 있지만, 행정 입법에 근거를 둔 것으로 단순 심의기능 정도 외에는 권한이 없고, 위촉과정도 중립성을 담보하기 어렵다는 점에서 기소권에 대한 사전적 통제기능을 충실히 담당하는 제도라고 평가하기 어렵다. 고위공직자범죄등에 대한 수사의 공익성에 비추어 수사결과를 중심으로 기소·불기소 자체를 결정하는 과정에 초점을 맞추고 국민참여형 법치주의를 실천하는 것이 공수처 수사의 공공성에도 부합한다.

대배심 제도 도입은 형사사법시스템에 큰 변화를 가져오는 것이라는 점을 고려하면 중죄 대부분이 아닌 제한된 범위의 중죄에 대해서만 대배심의 기소 결정을 요구하는 모델을 수용하고, 대배심 절차에 가능한 한 적법절차 원칙이 보장되는 모델을 고려하여야 할 것이다. 현재 검찰에서 운영하고 있는 검찰수사심의위원회, 수사자문단은 물론 공수처의 공소심의위원회도 기소 여부에 대한 심의기능을 수행하고 있다. 그러나 현재의 제도는 심의 부의권을 사건관계인²⁸³⁾ 또는 공수처

장²⁸⁴⁾에게 인정하고 있으며, 심의 효력은 권고적 효력에 그치고 있을 뿐이다.²⁸⁵⁾ 공수처법안을 성안하는 과정에서 권은희의원수정안²⁸⁶⁾은 일반 국민들(15명 이상 20명 이하)로 구성된 기소심의위원회를 구성하도록 규정하고 있다. 기소심의위원회는 공수처 검사의 기소 재량 남용을 방지하기 위하여 공수처장이 공소제기 전에 위원회에 심의를 요청하고, 공수처 검사는 국민들로 구성된 심의위원회의 의결에 따라 기소 여부를 결정하도록 함으로써 심의위원회 의결에 수사처의 기소권이 구속되는 바, 이는 수사처의 기소권 행사에 대하여 민주적 통제를 강화함으로써 기소권의 자의적 행사를 방지하려는 긍정적 취지로 이해된다.

283) 검찰수사심의위원회 운영지침 제6조 제1항

284) 고위공직자범죄수사처 공소심의위원회 운영에 관한 지침 제2조

285) 검찰수사심의위원회 운영지침 제19조 및 고위공직자범죄수사처 공소심의위원회 운영에 관한 지침 제11조

286) 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안에 대한 수정안[발의연월일: 2019.12.28., 권은희의원대표발의(바른미래당 등 31명)]

제5장 결론

I. 논의 배경

○ 현행 고위공직자범죄수사처는 고위공직자범죄등에 관한 수사를 담당하는 특별 수사기관이면서 동시에 판사·검사·경찰 등 고위공직자범죄에 대하여는 제한적 기소권을 보유한 독특한 형태의 기관이다. 수사 범위와 기소 범위가 불일치하면서 수사한 사건을 검찰에 이첩하여야 하고, 동시에 검찰이 수사한 사건의 기소를 이첩받아 기소를 담당하기도 해야 한다.

○ 공수처의 역할 또는 입법모델에 관해서 부패방지형 모델과 검찰분권형화 모델로 구분하여 논의를 하였다. 검찰개혁이 오랜 화두가 되어 온 한국의 상황에서는 검찰분권형 모델이 강조되었다. 고위공직자에 대한 범죄를 조사하는 독립기관을 설치해야 한다는 부패방지형은 부패범죄에 대한 방지에서 출발하였다.

○ 공수처법은 ‘부패적결형 모델’을 기본으로 하면서, 부가적으로 ‘검찰분권형 모델’을 가미한 것으로 평가할 수 있다. 공수처법은 공수처를 부패방지를 위한 특별한 사법경찰기구로 보면서, 예외적으로 검찰의 기소가 부적절·부적당하다고 본 ‘판사, 검사, 경무관급 이상 경찰’에 대해서는 기소권을 부여한 입법이다.

○ 하지만 수사와 기소의 불일치, 좁은 범위의 기소권, 공수처의 비대화를 막기 위해 이른바 미니 공수처로 설정하는 바람에 부패방지형 모델로 제대로 작동하기 힘들게 만들었으며, 일반고위공직자범죄에 대해서는 원칙적으로 기소권이 없기 때문에 검찰의 판단에 의존해야 한다는 점, 사건이첩과 사건이첩요청권 등에 대한 해석상 공수처의 우선적 수사권한이 불확실하다는 점 등을 본다면 검찰분권형 모델로도 제대로 작동하기 힘들게 만들었다. 현행 공수처법은 공수처의 역할 모델에 따라 그 조직과 권한을 설정하고 입법하였다고 평가하기 어렵다. 역할 모델에 따른 입법이라기보다는 공수처의 정치적 남용 가능성이 있다는 정치적 우려에

따라 정치적 개입과 권한 남용 방지에 더 강한 중점을 둔 입법으로 평가할 수 있다.

○ 현행 형사사법체계 내에서 공수처의 발전 방향을 크게 2가지로 나누어 분석할 필요가 있다. 공수처에 부여된 임무가 부패방지와 검찰개혁의 두 목표를 균등하게 고려될 수 있는지, 아니면 하나의 방향만을 설정하여 공수처의 정체성을 수립할 것인지에 대하여 연구할 필요가 있다. 논의의 방향은 다음과 같다.

1. 특별수사기관으로서의 지위를 강조하면서도 반부패 분야의 전문수사기구로 발전
2. 수사와 기소의 분리 원칙을 유지하면서 검찰권을 분산하는 특별검찰기구로서의 발전

○ 만약 공수처의 발전 방향을 반부패범죄 분야의 ‘전문수사기구’로 설정한다면 수사와 기소 분리 원칙에 대한 예외로서 수사와 기소가 일치되어야 할 필요성에 대한 입증이 요구된다. 동시에 합리적 권한 통제방안이 함께 도입을 모색할 필요가 있다. 공수처가 수사권과 기소권을 모두 행사하기 위하여 수사 대상과 권한의 재구성이 필요하다.

○ 공수처의 발전 방향을 검찰권을 분산하는 ‘특별검찰기구’로 설정한다면 수사와 기소의 분리라는 대원칙에 대한 예외사유나 조건을 검토함이 없이 검찰과의 권한 배분의 문제에 집중하는 모델로 구성할 수 있다. 순수한 기소기관으로서 현재의 검찰을 포함한 다른 수사기관의 수사결과에 대한 기소 여부 판단과 공소유지에 집중할 수 있는 장점이 있다. 기소와 처벌이라는 공동목적을 설정하고 이에 대한 조직법적 유인을 제공하기 위한 메커니즘이 필수적으로 요구되며, 이 모델은 현재 특검법에서 요구하는 특검의 요구를 상당 부분 흡수할 수 있을 것이다.

각 유형에 따른 장단점과 필요한 보완책을 검토한 후, 한국 형사사법체계의 발전

방향에 부합하는 바람직한 공수처의 발전 모델을 제시한다.

Ⅱ. 특별검찰기관으로서 공수처

○ 수사처검사의 법적 성격에 대하여 수사처검사의 수사 대상과 기소 대상이 법률에 서로 다르게 규정되어 있어 범위가 일치하지 않기 때문에 수사처검사의 지위가 논란이 되고 있지만, 헌법재판소의 결정과 현행 검찰청법 등을 검토할 경우 입법자는 공수처 검사를 검찰청 검사와 유사한 지위로 판단하였다. 수사권과 기소권을 구별하고 분리하여야 한다는 취지는 지금까지 이 두 권한을 사실상 독점해온 검찰의 권한을 분산, 약화시키기 위한 것이며, 공수처가 특정한 범죄에 대해 수사권과 기소권을 모두 갖는 것도 역시 검찰권을 대체하고 견제하는 의미가 있다는 점에서 정당화될 수 있다.

○ 하지만 수사와 기소의 분리에서 나오는 문제점이 있다. 공소권이 없는 수사관 할사건에서 공수처 검사의 지위에 대한 논란, 현재 부패 관련 수사기관의 복잡한 구조(경찰, 검찰, 공수처)에서 나오는 절차적 복잡성, 기소과정에서 기소권 보유 여부, 공수처 검사의 영장청구권의 문제 등 다양한 영역의 논쟁은 특별검찰기관으로서 공수처의 역할을 약화시킬 수 있다.

○ 이러한 문제를 해결하기 위하여 몇 가지 제안을 한다.

- 공수처 검사가 공소제기와 유지권한을 가지는 이상 모든 고위공직자 사건에 대하여 공수처 검사에게 수사권과 기소권을 부여하는 것으로 입법자가 제도를 설계할 수 있었음에도 그렇게 하지 않은 이유는, 검사 등을 제외한 고위공직자 사건에서는 검찰에게 공소제기와 유지를 맡겨도 자의적이고 편파적인 공소권 행사의 우려가 없다고 판단하였기 때문이라고 생각할 수 있다. 그러나 검사의 일반범죄에 대한 기소권을 여전히 검찰에서 행사하게 되어 사법에서의 이해충돌 문제가

검사에 대한 검찰의 수사에 그대로 남아있게 되며, 입건에 대한 재량도 인정되고 있다는 문제가 있다. 공수처 검사의 범죄는 검찰에서 수사와 기소를, 검찰청 검사의 범죄는 공수처에서 수사와 기소를 모두 담당하는 것으로 개정하는 방향을 모색할 필요가 있다.

- 검찰은 스스로의 비위에 대한 수사에 관하여 ‘제 식구 감싸기’라는 국민적 비판을 고려한다면 검찰청 검사에 대한 강제수사에서의 영장청구를 공수처 검사가 담당하는 방안을 모색할 필요가 있다.

- 공수처법은 수사대상을 ‘직접 관련성이 있는’ 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄로 한정하고 있다. 따라서 해당 고위공직자에 대한 공수처의 수사는 가능하지만 그와 공범관계에 있는 자를 수사하는 경우에는 다른 수사기관에 이를 이첩하여야 한다. 하지만 이러한 과정에서 처벌의 흠결이 발생할 수 있고 하나의 범죄에 연결되어 있는 사건임에도 불구하고 일의적인 해결이 어려워지는 문제가 발생하며, 피의자가 사건을 이첩받은 기관과 공수처에 모두 출석하여 조사를 받아야 하는 등 이중조사가 불가피하다는 점에서 인권침해의 가능성이 있다. 그러므로 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 범죄에 한하여 공범에 대한 수사가 가능하도록 공수처법을 개정할 필요가 있다.

- 고위공직자범죄를 수사할 때 압수수색의 특수성에 대한 고려를 따로 하지 않은 것으로 보인다. 과거 청와대에 대한 압수수색이 좌절된 사례에서 보듯이 군사상 비밀 또는 공무상 비밀을 이유로 한 압수수색 거부에 대하여 불응사유 소명 등 아무런 절차상 제한을 두지 않은 것은 부패범죄에 대한 엄정한 수사과 처벌을 위해 충분하다고 보기 어렵다. 압수수색 등 고위공직자범죄의 특성에 맞는 수사권한을 강화할 필요성이 있다.

- 수사과 기소의 분리라고 하는 기능적 권력분립의 원칙은 공수처에서도 실현되어야 하기 때문에, 내부부서를 수사부와 공소부로 나누고 수사부는 기소에는 관

여하지 않는 수사관과 그 부서장으로 구성하는 현재의 방식은 적절하다고 보인다.

Ⅲ. 부패방지 전문수사기구로서 공수처

○ 공수처 설치의 정당성과 필요성에 대한 논의는 과도한 검찰 권한의 집중에 따른 검찰 권력의 분산 또는 통제, 검찰 수사의 공정성에 대한 국민적 의혹 등 ‘검찰개혁의 관점에서’ 진행되었지만, 공수처의 출발점은 검찰개혁 과제보다는 고위공직자에 의한 부패방지가 주된 목적이었다. 종전 이른바 권력형 비리 사건이 사회적으로 이슈화될 때마다 우리 사회는 ‘특별검사’를 투입하면서 이를 해결해 왔다. 검찰이 그전에 자신의 역할을 다하지 못했거나 미래에 그 역할을 다하지 못할 것이라는 우려에서 검찰청 검사가 아닌 정치권에 의하여 임명된 특별검사가 투입되었다. 하지만 특별검사에 의한 수사 결과 또한 국민의 의혹을 해소하는 것에 충분하지 못했다. 검찰에 의해 배반당한 기대와 꺾인 희망이 실망과 분노로 표출될 때마다 특별검사보다 더 특별한, 그리고 검찰과 별도의 상설 특별기구를 만들려는 시도와 논의가 등장한 것이다. 고위공직자에 대한 부정부패가 사회적 문제가 되었을 때 제 역할을 기대하였던 검찰이 그 역할을 제대로 수행하지 못한다는 국민적 의혹이 증대되자, 검찰과는 독립된 별개의 수사기관의 필요성이 증대되었다.

○ 2017년 문재인 정부로 정권교체가 된 것을 계기로 하여 공수처 설치의 정당성과 필요성에 대한 근거로 검찰개혁과 수사권조정 의견이 부가된 것으로도 평가할 수 있다. 결국 공수처 설치의 정당성은 공직부패에 대한 감시뿐만 아니라 검찰 권력에 대한 견제의 성격이 동시에 강조될 수밖에 없는 현실적 요청에 응답할 수밖에 없다. 현재는 공수처의 역할에 대하여 반부패 기구의 성격에 그치지 않고, 독점적이고 집중된 검찰 권한에 대한 제도적 견제 장치의 성격도 강조되어야 할 현실적 필요성이 있다. 하나는 검찰 권력의 정치권력과 자본권력에 예속화를 타개해야 한다는 방향이고, 다른 하나는 검찰 권력의 비대화에 대하여 과감하

게 정비해야 한다는 방향이다. 공수처 신설 및 운영 방안은 이 두 가지 갈래가 만나는 접점에 위치하고 있다.

○ 입법과정에서 공직부패에 대한 전문대응기구로서 공수처의 지위를 확보하는 것은 쉽지 않았다. 부패 방지 기능은 이미 공공기관별로 조직·운용되고 있는 검찰·감사조직, 감사원, 국민권익위원회, 금융감독원, 공정거래위원회, 국세청 등이 맡고 있었기 때문이다. 이러한 사정 가운데 공수처가 다시 부패 방지 기능을 담당해야 한다는 주장은 이른바 ‘옥상옥(屋上屋)’ 논리의 빌미가 되었다. 검찰이 수사를 제대로 하지 못했다면 검찰 자체를 개혁해야지, 검찰 외에 다른 기관을 설치한다는 것은 적절한 해결 방법이 아니라는 반대에 부딪힌다. 공수처법이 논의되는 과정에서 공수처에게 역사적으로 부여된 2가지 임무 중 하나만 부여하기는 어려웠으며, 결국 공수처 설치의 정당성은 공직부패에 대한 감시뿐만 아니라 검찰 권력에 대한 견제 성격이 동시에 강조될 수밖에 없는 현실적 요청에 응답할 수밖에 없었다. 현재 시점에서 공수처의 역할에 대하여 반부패 기구의 성격에 그치지 않고, 독점적이고 집중된 검찰 권한에 대한 제도적 견제 장치의 성격도 강조되어야 할 현실적 필요성이 있다.

○ 하지만 판사·검사를 포함한 고위공직자들의 몇 가지 제한된 범죄에 대해서만 독자적인 공소권을 갖기 때문에 그 한계가 존재할 수밖에 없다. 현행 공수처법의 내용을 보면, 공수처의 수사권과 공소권이 미치는 인적 범위와 대상 범죄가 매우 제한되어 있다. 좁은 범위의 기소권만으로는 검찰의 기소독점에서 오는 폐해를 해소 내지 개선하기 어렵다는 비판이 존재하는 것은 당연한 논리적 귀결이다.

○ 문제는 공수처가 2가지 역할을 모두 담당하는 모델로 설정을 하다 보니 그 어느 하나라도 제대로 할 수 없는 형태로 입법된 것으로 평가할 수 있다. 공수처의 미래 모습, 발전 방향에 대한 논의는 검찰개혁과 공직부패수사 기능을 모두 잡을 수 있는 방법이 있을지가 핵심이다. 수사권과 공소권이 검찰이라는 하나의 조직에 집중됨으로 인해 발생하는 권력의 비대화와 부정부패의 고리를 끊겠다는

것이 분리정책의 기본 취지이지만, 검찰개혁을 목표로 정당성을 확보한 공수처가 종전 권력화된 검찰과 마찬가지로 수사권과 공소권을 모두 가질 경우 다시 권력화와 정치화가 될 수 있는 내재적 위험은 없는지가 검토될 필요가 있다.

○ 현행 공수처는 ‘공소권 축소 내지 분산을 통한 검찰 권력의 견제’라는 목표뿐만 아니라 제한적이지만 고위공직자범죄 등 부패범죄에 대한 수사권 및 공소권을 현재와 같은 공수처의 조직과 규모로 수행하는 것이 가능한지에 대한 검토가 필요한 시점이 된 것이다.

○ 공수처의 미래 모습, 발전 방향에 대한 논의는 검찰개혁과 공직부패수사 기능을 모두 잡을 방법이 있을지가 핵심이다. 이것은 검사·판사 등 고위공직자범죄에 대한 수사권과 공소권뿐만 아니라 일반고위공직자에 대해서도 수사권과 공소권을 모두 가질 수 있는지에 대하여 검토할 필요가 있다. 논의의 핵심은 분권화·다원화된 형사사법 체계 후에 추구해야 할 공수처의 바람직한 모습이다. 수사권과 공소권이 검찰이라는 하나의 조직에 집중됨으로 인해 발생하는 권력의 비대화와 부정부패의 고리를 끊겠다는 것이 수사과 기소 분리 정책의 기본 취지이지만, 검찰개혁을 목표로 정당성을 확보한 공수처가 종전 권력화된 검찰과 마찬가지로 수사권과 공소권을 모두 가질 경우 다시 권력화와 정치화가 될 수 있는 내재적 위험은 없는지가 검토될 필요가 있다. 이는 거대 권력화된 검찰의 부패와 폐해를 경험하고 지켜본 국민이 갖는 불안으로서, 당연하고 자연스러운 반응일 수 있다. 따라서 공수처는 정치적 중립성 확보와 권한 남용 우려를 해소하여 국민의 신뢰를 받는 기관이 되어야 한다.

정치적 중립성 확보는 공수처법 제22조와 같은 정치적 중립성에 대한 선언적 규정 외에도 공수처장의 임명과 관련된 후보추천위원회의 구성, 수사처 검사의 임용, 전보, 그 밖의 인사를 위한 인사위원회, 처장·차장 등의 결격사유 등 다양한 영역에서 정치적 중립성 확보를 위한 규정을 두고 있다. 권한 남용 방지는 공수처 검사와 수사관의 임기제, 공수처 수사의 인력 규모, 기소재량에 대한 통제장치, 다른 수사기관의 수사 진행 정도, 공정성 논란 등을 고려하여 사건이첩 또는 사건이첩요청 등 다양한 장치에 대한 검토가 필요하다.

○ 이러한 문제점을 해결하기 위하여 몇 가지 제안을 한다.

- 공수처는 권력의 눈치를 보지 않고, 권력의 핵심부까지 수사가 가능하도록 수사·기소권을 보유한 독립적 수사기구이어야 한다. 독립성 확보를 위하여 어느 기관에 소속되지 않고, 중앙행정기관으로서 대통령 등의 관여로부터 자유롭게 설정한 것은 바람직하다. 고위공직자 부패범죄에 대하여 정치적 중립성을 유지하기 위해서 행정·입법·사법 어디에도 속하지 않는 독립적 부패수사기구로서의 성격을 강화하여야 한다.

- 수사와 기소의 이원화로 인한 문제점은 공수처의 역할모델 중 어느 것을 따르더라도 개선되어야 할 방향이다. 일반 고위공직자범죄에 대해서는 수사권만을 가짐으로 인하여 공수처 검사의 법적 지위에 대한 논쟁, 일반고위공직자범죄에 대한 공수처의 수사 결론과 검찰청 검사의 기소에 대한 결론이 서로 다른 경우에는 법적 처리의 문제점, 공수처 검사가 공수처법 제26조 제1항에 따라 수사를 진행한 일반고위공직자범죄 사건에 대해 기소의견 혹은 불기소 의견으로 관련 서류와 증거물을 검찰청 검사에게 송부한 경우에 검찰청 검사가 기소 여부 판단이나 공소유지를 위해 공수처 검사에게 보완수사나 재수사를 요구할 수 있는 것인지에 대한 논쟁은 공직부패 전문수사기구로서 공수처를 역할모델로 설정한다면 불필요한 논쟁이다.

- 이 문제에 대한 근본적 해결 방안은 사법 고위공직자범죄뿐만 아니라 일반 고위공직자범죄에 대해서도 공수처가 수사와 공소제기 및 유지를 할 수 있도록 공수처법을 개정하는 것이 바람직하다. 형사소송법제의 역동적 성격과 형사절차의 효율적 대응 필요성에 대해서 동의한다면 공수처가 양자를 모두 담당하는 방향으로 개정되어야 한다. 다만 이 문제를 해결하기 위해서는 그 전제조건으로 공수처의 조직확대가 필요하다. 지금의 공수처 검사의 정원만으로는 모든 고위공직자범죄에 대한 수사와 공소제기 및 유지를 하는 것은 불가능하기 때문이다.

- 공수처 수사의 인적 대상을 재구성해야 한다. 부족한 인력을 가진 공수처로서는 ‘모든’ 고위공직자범죄에 대하여 수사를 하는 것은 불가능하기에 공수처는 선택적으로 수사를 할 수밖에 없다. 이러한 사정은 공수처법이 제정되는 단계에서도 예상한 것으로 보인다. 이는 이른바 ‘슈퍼 공수처’ 논란을 야기할 수 있다. 해결책의 핵심은 어느 정도의 인원이 있어야 가장 효과적인 수사가 가능한 규모인가에 대한 것이다. 하지만 현재로서는 공수처법을 개정하는 방법 외에는 다른 방법이 없기 때문에 이 문제를 해결하기 위하여 공수처법을 개정하지 않고 현재 단계에서 공수처 규칙 등으로 개선 또는 문제를 완화할 수 있는 방법이 있는지 검토할 필요가 있다.

공수처법이 개정되기 이전에는 선택과 집중에 의하여 수사력을 제고할 수밖에 없다. 수사인력이 부족한 상황에서 공수처가 직접적이고 주도적으로 수사할 사안의 경우에는 직접수사를 강화하는 방법을 찾아야 할 것이지만, 사안에 따라서는 다른 수사기관의 조력을 받아 수사할 사안의 경우에는 다른 수사기관과 협의체를 구성하여 수사하는 방안도 필요하다. 이러한 점에서 이첩제도는 상당히 중요한 의미를 가진다.

- 수사와 기소 통합의 관점에서 본다면 공수처의 수사 대상 중 법조 고위공직자에 대해서는 수사권과 기소권을 모두 보유하고 있기 때문에 다른 수사기관에 이첩하지 않고 정치적 중립성과 독립성이 보장된 공수처에서 전속적으로 수사하고 기소 여부를 결정하는 것이 타당하다. 기소권이 없고 수사권만 가지고 있는 일반 고위공직자에 대해서는 공수처가 수사를 담당하는 것이 바람직하지만, 공수처의 인적 규모를 고려할 때 공수처장의 판단하에 다른 수사기관에 이첩을 할 수 있는 것으로 규정하는 것이 바람직하다.

- 수사와 기소를 통합하여 운영하는 것이 효율적이라는 관점에서 보면 공수처가 수사권 및 공소제기와 그 유지권을 가지고 있는 ‘법조 고위공직자’에 대해서는 공수처가 다른 수사기관에 이첩을 하는 것보다는 직접 수사하여 기소 여부를 결정하는 것이 바람직하다. 따라서 수사권만이 있고 기소권이 없는 ‘일반 고위공직자’에 한정하여 다른 수사기관에 이첩할 수 있는 것으로 규정하는 것이 바람직하다.

다. 다른 수사기관의 이첩 여부를 결정할 때 고려 사항으로 ‘법 제3조제1항제2호의 고위공직자범죄등 해당 여부’보다는 ‘고위공직자범죄수사처의 인적 수사 대상 인지 여부’로 규정하는 것이 적절하다.

- 수사협의체의 운영과정에서 공수처법이 규정한 이첩제도(제24조, 제25조)가 수사협의나 수사조율을 위한 수단으로 적극 활용될 수 있을 것이다. 수사협의는 “다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우”에 하는 통보(법 제24조 제2항)의 시점 또는 사건의 이첩요구가 있는 시점에 할 수 있을 것이다. 이첩제도를 통하여 수사협의과정에서 공수처에 주도적 지위를 부여하기 위해서는 법 제24조와 제25조를 통합적으로 해석하여 공수처장이 이첩된 사건에 대한 재이첩 권한을 갖는다고 보아야 한다. 고위공직자범죄의 평풍게임이 전개되는 사태를 막기 위해서 ‘수사의 조정자’로서의 공수처장의 지위와 역할이 강조되어야 한다. 번거로운 이첩·재이첩의 반복을 막기 위해서는 사전의 협의·조율 단계가 필수적이며, 우선적 판단권을 공수처장에 부여하여야 한다. 여기에서 이첩할 사건과 직접 수사할 사건을 판단함에 있어서는, 공수처법이 명시하고 있는 수사대상자, “수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등”(법 제24조 제1항)이나 “피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등”(같은 조 제3항)을 원용하여 구체적인 기준을 공수처규칙에 직접 명시할 필요가 있다. 이첩할 때 그 판단기준에 대해서 더욱 더 구체화할 필요는 있다.

- 수사기관 간 관할 경합의 문제가 발생할 수 있는 다양한 상황을 정리하기 위하여 공수처장의 사건이첩과 관련된 권한의 법적 성격을 분명하게 규정할 필요가 있다. 이른바 ‘미니 공수처’로 출발한 공수처가 고위공직자범죄등에 대한 수사를 함에 있어서 검찰·경찰과 같은 거대조직과 같이 동일한 방식과 권한으로 수사를 진행하는 것은 한계가 있기 때문이다. 따라서 공수처의 사건이첩 등과 같은 다른 수사기관 간의 관할 경합의 문제를 공수처법에서 세밀하게 규정할 필요가 있다. 먼저 공수처, 경찰, 검찰 간의 관계는 형사소송법과 같이 동일하게 상호 대등한 협력관계로 설정할 수밖에 없다. 공수처법에서도 다른 수사기관 간의 관계에 대한 규정을 둘 필요가 있다. 수사기관 간의 관할 경합을 해결하기 위하여 중요한

의미를 가지는 조항은 공수처법 제24조이다. 가장 중요한 의미를 가지는 제1항에 따르면 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. 공수처에 보충적으로 우선적 관할권을 인정한 것이다.

- 고위공직자범죄에 대하여 검찰, 공수처, 경찰이 모두 관할권을 가지고 대응하게 상호 경합하는 경합적 관할권이 가능하며, 이 경우에는 협의체를 통하여 관할의 협의와 조정이 필요하다. 다수의 수사기관이 수사에 착수하는 관할경합의 상황에서는 수사에 먼저 착수한 기관이 관할권을 행사하는 선착수의 원칙이 가능하다. 공수처법에서는 공수처장이 이첩을 요청하는 경우에 해당 수사기관이 이에 응할 의무가 있다는 점에서 경합적 관할권이 가능하지만, 실질적으로 공수처에게 우선권이 인정된 셈이다. 공수처가 부패범죄에 대한 전문수사기구의 취지를 위해서 공수처가 우선적 관할권을 행사할 수 있도록 실질적으로 권한을 뒷받침할 수 있는 규정이 필요하다. 즉 다른 수사기관이 고위공직자범죄를 수사할 경우 이에 대하여 공수처에 통지하도록 하는 의무조항이 필요하다. 다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄등을 인지한 경우에는 그 사실을 즉시 수사처에 통보하여야 되지만, 이는 다른 수사기관이 이에 대하여 통지를 하지 않을 경우에는 공수처로서는 이를 인지할 방법이 없다. 따라서 어느 수사기관이 고위공직자범죄를 수사하더라도 공수처가 고위공직자범죄에 대한 정보를 수집·관리할 수 있도록 함으로써 공수처의 고위공직자범죄 전담을 위한 특별기구로서의 성격을 가져야 한다.

- 공수처 수사의 물적 대상을 재구성해야 한다. 부패범죄에 대한 수사는 다른 범죄수사와는 다른 특징을 가지고 있으며 수사의 난이도 또한 높다. 공수처를 부패범죄 특별수사기관으로 발전시킨다면 공수처의 수사대상 사건은 ‘고위공직자’의 ‘부패범죄’로 정하는 것이 타당하며, 이 경우 부패범죄의 범위를 적극적으로 정하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다. 특히 부패범죄에 대하여 검찰청법 및 검사의 수사개시 범위에 관한 규정을 참고하여 공수처의 물적 대상을 재구성할 필요가

있다. 특히 부패범죄의 특성을 고려할 때 관련사건의 범위에 대해서는 개정할 필요가 있다. 공수처를 공직자부패범죄에 대한 특별수사기관으로서 성격을 강조하면 기존의 검찰의 부패범죄에 대한 사물관할 범위를 명확히 할 필요가 있다. 관할이 불분명할 경우 중간지대가 발생하여 수사의 경합이 발생하거나 의도치 않게 방치하는 영역이 발생할 수 있기 때문이다.

- 부패방지 전문수사기구로서 공수처의 역할 모델을 강조하게 되면, 검찰개혁·분권의 관점에서 나오는 역할모델보다 훨씬 더 강력한 ‘합리적 권한 통제방안’을 도입하여야 한다. 권한 통제방안으로는 공수처의 인적 규모, 검사 등의 임기제, 기소재량에 대한 통제 등으로 구분하여 논의할 필요가 있지만, 인적 규모의 문제, 처장과 차장의 임명 문제, 공수처 검사 등의 임기제 문제는 다른 문헌에서도 많이 논의하고 있기에 본 보고서에서는 기소재량 통제에 집중하여 설명한다.

- 재량적 판단을 허용하는 한 공소권은 그 누가 행사하더라도 남용의 가능성이 있다. 즉 소추에 대하여 재량을 인정한다면 공소권 남용의 가능성은 검찰뿐만 아니라 공수처에게도 공통된 문제다. 따라서 검찰의 공소권을 축소하고 그 일부를 공수처에 일임하더라도, 기소재량을 통제할 방법이 새로운 행사주체에 대한 막연한 기대와 신뢰밖에 없다면, 개혁의 원인이 된 검찰부패와 정치화 및 권력화의 문제는 해결되지 않는다. 따라서 공소권의 본질 내지 그 속성에 잠재된 부패의 가능성 또는 권력화의 가능성을 제거해야 한다. 공수처가 기존의 검찰과는 달리 기소원칙으로서 기소법정주의를 채택한다면 법적용상 평등원칙에 더욱 부합할 수도 있을 뿐만 아니라 기소편의주의에 존재하는 외부세력의 영향력이 유입될 틈새를 차단할 수도 있다. 공수처가 담당하는 사건은 단순폭행사건과 같이 검찰청 검사가 형사소송법 제247조에 따라 기소유예를 할 수 있는 경미사건과는 본질적으로 그 사안의 성격이 다르다.

- 불기소처분에서 발생할 수 있는 권한남용을 통제하는 방안을 모색해야 한다. 수사처검사에게 재량적 판단에 기한 불기소처분 권한을 인정하면서도 그 통제방

안과 관련해서는 기존의 재정신청제도만을 준용함으로써, 수사처검사의 공소권 남용에 있어서 여전히 취약하다고 평가할 수 있기 때문이다.

참 고 문 헌

(1) 단행본

- H. B. Acton, *Essays on Freedom and Power*, Boston, 1948.
- 김영중·한상훈·김혁돈·이영돈·박용철, 특별수사기관의 수사체계 안착 방안 연구(I) - 부패 범죄 특별수사기관을 중심으로, 한국형사·법무정책연구원, 2022.
- 김종구 등, 검찰제도론, 법문사, 2011.
- 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색결과보고서(III), 2004.
- 문준영, 법원과 검찰의 탄생-사법의 역사로 읽는 대한민국, 역사비평사, 2010.
- 문재인·김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다, 오월의 봄, 2017.
- 박지숙, 검찰개혁과정의 제도변화 분석 -김대중정부부터 문재인정부까지를 중심으로, 성균관대학교 국정전문대학원 박사학위 논문, 2023.
- 박준휘 등, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2019.
- 배종대·홍영기, 형사소송법(3판), 홍문사, 2022.
- 법무부, 2023년 법무연감, 2023.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016.
- 신동운, 간추린 신형사소송법(14판), 법문사, 2023.
- 신양균·조기영, 형사소송법(2판), 박영사, 2022.
- 연성진, 공무원범죄의 추이에 관한 연구(Ⅱ), 한국형사정책연구원, 2006.
- 이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 박영사, 2020.
- 이준보·이완규, 한국검찰과 검찰청법, 박영사, 2017.
- 이재상·조균석·이창온, 형사소송법(15판), 박영사, 2023.
- 이주원, 형사소송법(5판), 박영사, 2023.
- 정웅석, 고위공직자범죄수사처 법과 제도의 이해-각국의 검찰제도와 비교법적 관점에서, 박영사, 2021.
- 조성식, 대한민국 검찰을 말하다 1, 나남, 2010.
- 하태훈·윤동호·정유나, 수사권·기소권 분리와 독립수사기구 설치 방안, 국회입법조사처,

2020.

허영, 한국헌법론(전정9판), 박영사, 2013.

황은영, 고위공직자범죄 수사절차의 개선방안에 관한 연구 - 공수처 수사절차를 중심으로 -, 인하대학교 일반대학원 박사학위 논문, 2022.

(2) 논문

곽병선, “특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안”, 법학연구 제48권(2012), 1-25면.

권순민, “재정신청사건의 충실한 공소유지를 위한 방안에 대한 검토”, 형사정책 제31권 제1호(2019), 129-158면.

김기갑·김성윤, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률의 해석상 쟁점에 관한 연구”, 문화와 융합 제43권 제1호(2021), 867-880면.

김병수, “국민을 위한 고위공직자비리수사처 설치방안”, 동아법학 제80호(2018), 1-38면.

김봉수, “검찰개혁, 어디로 가고 있는가?”, 비교형사법연구 제22권 제3호(2020), 21-46면.

김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 성균관법학 제30권 제1호(2018), 171-210면.

김성천, 고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰, 중앙법학 제21권 제4호(2019), 47-82면.

김인회, “상설 특별검사제 도입 법률안 시론”, 법학연구 제16권 제2호 (2013), 339-379면.

김태명, “재판상 준기소절차의 활성화 방안”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 353-382면.

_____, “독일의 기소강제절차와 일본의 부심판절차에 비추어 본 우리나라 재정신청제도의 개정방향”, 경찰법연구 제11권 제2호(2013), 151-176면.

김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토 - 현재 발의된 관련 법안의 합헌성을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 제54호(2017), 66-121면.

김하중, “우리나라 기소제도의 문제점에 대한 고찰”, 인권과정의 제443호(2014), 49-71면.

김혁돈, “경제·부패범죄에 대한 대륙법계 국가의 특별수사기구와 시사점”, 형사소송 이론과 실무 제9권 제2호(2017), 39-68면.

김현철, “고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률의 해석상의 문제점”, 법학연

- 구 제29권 제3호, 경상대학교 법학연구소(2021), 87-112면.
- 문준영, “검사의 법적 성격과 조직방식에 관한 논의의 비판적 고찰 -검사의 준사법기관 성과 검사동일체원칙을 중심으로-”, 민주법학 제26호(2004), 159-195면.
- 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래”, 안암법학 제6호(1997), 48-93면.
- 민경선, “공수처법의 몇 가지 쟁점에 관한 소고”, 경찰법연구 제18권 제1호(2020), 69-97면.
- 박규환, “고위공직자범죄수사처(공수처)의 독립성과 정치적 중립성 제고 방안에 대한 연구”, 한국부패학회보 제23권 제3호(2018), 75-92면.
- 박상민, “고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 검토”, 형사법의 신통향 제70호(2021), 1-28면.
- 박진우, “고위공직자범죄수사처 운영과정에서 표출된 문제점 분석과 개선방안에 관한 연구”, 아주법학 제15권 제2호(2021), 139-167면.
- 서보건, “『고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(공수처)』에 대한 법제도적 과제와 전망”, 공법학연구 제21권 제4호(2020), 123-150면.
- 서보학, “검찰개혁 완성을 위한 완전한 수사·기소 분리 방안 - 중대범죄 전담 특별수사기구 설치의 의미와 핵심 개요를 중심으로 -”, 법학논총 제34권 제2호(2021), 85-121면.
- 예상균, “공수처와 검찰의 국민을 위한 협력관계 구축 시도의 필요성”, 법조 제71권 제3호(2022), 99-121면.
- _____, “공수처법 운영과정에서의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구 제34권 제1호(2023), 1-27면.
- 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 - ‘고위공직자범죄수사처’ 법안들을 중심으로 -”, 형사정책 제24권 제2호(2012), 31-56면.
- _____, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 형사정책 제32권 제2호(2020), 125-148면.
- _____, “문재인 정부 검찰개혁에 대한 평가,” 민주법학 제76호(2021), 75-97면.
- 원혜옥, “개정 형사소송법상 ‘검찰의 직접수사권’에 대한 고찰”, 인권과 정의 통권 491호(2020), 8-24면.
- 유승익, “문재인 정부의 검찰개혁, 평가와 과제”, 법과사회 제68호(2021), 101-125면.
- 유주성, “고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 고찰 - 현재 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264·681(병합) 결정 검토를 중심으로 -”, 형사법연구 제34권 제4호(2022), 311-338면.
- 윤동호, “공수처의 기능 강화와 검찰권 견제”, 비교형사법연구 제22권 제3호(2020), 1-19면.

- _____, “수사권 개혁의 한계”, 법학논총 제33권 제3호(2021), 119-149면.
- 윤명선, “권력분립원리에 관한 재조명”, 미국헌법연구 제18권 제1호(2007), 1-38면.
- 윤영철, “검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고”, 홍익법학 제13권 제1호(2012), 49-73면.
- 이근우, “屋上屋, 펜트하우스가 될 것인가 옥탑방이 될 것인가?”, 형사정책 제31권 제1호(2019), 43-69면.
- _____, “개정 검찰청법 적용의 실제”, 형사법연구 제32권 제3호(2020), 119-138면.
- 이부하, “권력분립에서 기능법설에 대한 평가”, 헌법학연구 제12권 제1호(2006), 433-451면.
- 이영진, “‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’합헌 결정에 대한 고찰 - 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264,681(병합) 전원재판부 결정 -”, 연세공공거버넌스와 법 제13권 제2호(2022), 47-80면.
- 이윤제, “국민의 공수처 vs 검찰의 공수처”, 형사법연구 제29권 제4호(2017), 183-215면.
- _____, “공수처 검사의 법적 지위에 대한 오해와 혼란”, 형사법연구 제33권 제3호(2021), 215-250면.
- 이주희, “고위공직자 부패 방지에 관한 형법적 고찰”, 한양법학 제24권 제3호(2013), 275-298면.
- 이헌환, “검찰개혁-원인과 처방”, 헌법학연구 제16권 제1호(2010), 75-99면.
- 이호중, “검찰개혁의 방향, 과제, 전망:박근혜 정부의 검찰개혁논의에 부쳐”, 법과사회 제44호(2013), 33-65면.
- 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제 -”, 형사법연구 제32권 제2호(2020), 261-296면.
- 정승환, “형사소추기관의 구조개혁과 수사기관의 일원화”, 형사정책 제24권 제2호(2012), 9-30면.
- 정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 형사법의 신동향 통권 제54호(2017), 1-65면.
- _____, “고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰”, 형사법의 신동향 제57호(2017), 234-348면.
- _____, “공수처법상 공수처장의 재량이첩에 대한 비판적 검토”, 형사소송 이론과 실무 제13권 제2호(2021), 87-111면.
- 정한중, “고위공직자범죄수사처의 인권친화적인 수사와 공소권 행사 방안”, 외법논집 제44권 제4호(2020), 87-107면.
- _____, “적법절차 확립과 인권친화적 수사체계 구축”, 『선진수사기구로 출범하기 위한 공수처 설립 방향』 자료집(2020).
- 조기영, “한국적 수사구조론의 새로운 모색”, 형사정책 제31권 제1호(2019), 9-41면.

조재현, “검찰의 개혁, 특임검사제의 도입과 검찰권 행사에 대한 민주적 통제방안”, 한국부패학회보 제16권 4호(2011), 109-124면.

_____, “우리나라와 개별 국가의 부패방지조직 및 기구에 관한 비교분석”, 한국부패학회보 제21권 3호(2016), 91-112면.

_____, “고위공직자범죄수사처 일명, 공수처법의 위헌 여부에 관한 검토,” 한국부패학회보 제25권 제2호(2020), 85-106면.

_____, 김형섭, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰”, 한국부패학회보 제28권 제1호(2023), 167-188면.

차종진·이경렬, “1970년대 독일의 수사권 조정 논의와 시사점”, 형사법의 신동향 제60호(2018), 41-70면.

최석윤, “부패범죄의 원인과 대책”, 비교형사법연구 제13권 제2호(2011), 551-567면.

최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 형사정책 제34권 제4호(2023), 7-29면.

최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 경찰법연구 제16권 제2호(2018), 3-30면.

표성수, “뇌물범죄의 입증과 공여자 진술의 신빙성”, 법조 제58권 제12호(2009), 180-214면.

한상훈, “공수처 내부의 견제와 균형-견제와 균형을 통한 절제된 수사구조 확립을 위하여-”, 『선진수사기구로 출범하기 위한 공수처 설립 방향』 자료집(2020).

한석훈·곽량신, “검사의 수사권 제한 입법의 평가”, 성균관법학 제34권 제2호(2022), 359-386면.

허일태, “청소년 성매매의 현실과 대책;기소편의주의와 기소재량에 대한 통제방안”, 형사정책 제14권 제1호(2002), 27-52면.

황은영, “영장주의와 공수처 검사의 영장청구권 쟁점” 법조 제748호(2021), 337-362면.

(3) 보도자료

KTV 국민방송, “부정부패 수사 강화…민생범죄 엄정 대응”, 2022.7.27.

노컷뉴스, “7년간 징계 검사 82명, 중징계는 25명 뿐”, 2020.12.17.

뉴스버스, “윤석열 검찰, 총선 코앞 유시민·최강욱·황희석 등 국민의힘에 고발 사주”, 2021.9.2.

조선일보, “헌법에 없는 공수처의 검찰 지휘는 위헌… 정치편향 괴물 될 것”, 2019.12.28.

중앙일보, “공수처 이어 검찰도 ‘고발사주 의혹’ 윤석열 수사 착수”, 2021.9.16.

법률신문, “헌재, 변호사들이 낸 '공수처법 위헌' 헌법소원은 각하”, 2020.3.1.
_____, “헌재, ‘공수처법 위헌 여부’ 전원재판부 회부해 심리 착수”, 2020.4.14.
연합뉴스, “공수처, '고발사주' 윤석열·한동훈 불기소…손준성 기소”, 2022.5.4.
_____, “조세범죄합수단 신설·공정거래전담부 확대…檢 수사역량 강화”, 2022.7.26.
_____, “검찰, '고발사주 의혹' 국민의힘 김웅 의원 불기소”, 2022.9.29.
_____, “공수처, '고발사주' 손준성 검사장 징역 총 5년 구형”, 2023.11.27.
한국일보, “7년간 징계 받은 검사 82명… '제 식구 봐주기' 여전”, 2020.12.17.

(4) 판례

대법원 2017. 10. 31. 선고 2014두45734 판결.
서울중앙지방법원 2023.1.27. 선고 2021고합1223 판결.
헌법재판소 2008. 1. 10. 선고 2007헌마1468 전원재판부 결정.
헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 전원재판부 결정.