



2016 제2호
치안정책연구

The Journal of Police Policies

2016. 9 (제30권 제2호)

공직자비리수사처설치법률안에 대한 비판적 고찰*

- 형사사법 개혁의 관점에서 -

Criticism against the Bill of Independent Investigation Office
against the High-ranking Officials' Crimes and Legislative
Proposal : In the Aspect of Reform for Criminal Justice

박 노 섭** · 장 윤 식***

차 례

- | | |
|------------------------------|--------------------|
| I. 서 론 | Ⅲ. 형사사법절차 개혁의 관점에서 |
| Ⅱ. 공직자비리수사처 설치에 관한
입법적 논의 | 공수처 설치법안 비판적 검토 |
| | Ⅳ. 결 론 |

국 문 요 약

최근 전·현직 감사의 직무관련 부패사건을 바라보는 여론의 시선은 따갑다. 이에 감사, 법관뿐만 아니라 행정부의 고위공직자에 대한 전담수사기관을 별도로 설치하여 고위 공직자의 부패를 척결해야 한다는 여론이 높아지고, 정치권은 고위공직자 부패사건에 대한 수사과 기소를 담당하는 독립기구로서 ‘공직자비리수사처’를 창설하려는 법안을 내 놓았다. 그러나 이 법안은 검찰에 대한 근본적인 견제기구가 아니라 두 개의 검찰이라는 조직 분화에 불과하다는 점에서 최근 한창 논의 중인 공판중심주의적

형사사법의 개혁뿐만 아니라 형사소송법 제정 당시에 천명했던 수사과 기소 분리를 위한 수사구조개혁에 대한 논의에 장차 장애가 될 수도 있다.

따라서 검찰의 독점적 권한에 대한 견제를 위한 공수처 법안은 검찰 권력 비대화의 주요 원인이 수사·기소 권한의 집중에서 비롯되었던 만큼 수사과 기소의 권한 분리라는 본질적인 문제를 건드리지 않는 이상 국민의 지속적인 동의를 얻기는 힘들다. 구체적으로 보면 특별검사의 수사권에서 현행 감사와 달리 직접적인 수사 기능을 없애고 수사에 대한 통제적 역할만

* 이 논문은 2015년도 한림대학교 교비연구비(H20160021)에 의해 연구되었음

** 한림대 국제학부 교수(주저자)

*** 한림대 국제학부 교수(공저자)

부여함으로써 제3자적 지위에서 수사에 대한 통제를 하도록 할 필요가 있다. 그 대표적인 방안이 ‘영장전담검사제도’이다. 영장전담검사는 수사에 직접적으로 관여하지 않지만 제3자적 관점에서 수사에 대한 통제자로서의 역할을 충실히 해 낼 수 있다.

이 경우 수사관이 작성한 피의자신문조서의 경우 검사가 작성한 피의자신문조서가 아니라 는 점에서 증거능력이 없게 된다. 따라서 조사

를 담당했던 수사관에 대해 법정증언이 의무화됨으로써 그동안 형사사법개혁의 오랜 숙원이었던 ‘조서재판’에서 벗어날 수 있는 계기를 제공할 수 있다. 또한 공수처의 특별검사와 특별수사관의 지위와 역할의 새로운 정립은 ‘수사-통제-기소’라는 상호 견제시스템을 구축함으로써 두 개의 검찰이라는 비난에서 벗어나 형사소송법의 제정 이후 지속되어왔던 검·경간의 해묵은 갈등을 해결하기 위한 첫걸음이 될 수 있다.

◆ 주제어 : 검찰개혁, 고위공직자비리수사처, 수사권조정, 조서증거능력, 사법적 통제

I. 서론

최근 전·현직 검사의 직무관련 부패사건으로 인하여 검찰을 바라보는 여론의 시선은 따갑다. 오늘날 검찰권력이 비대하고 견제세력이 없는 무소불위의 권력을 휘두르고 있다는 것은 주지의 사실이다. 이는 검찰의 직접적인 수사권과 수사지휘권, 독점적 영장청구권, 기소독점, 형집행권 등 형사절차 전반에 걸쳐 통제없는 권한행사에서 비롯되는 왜곡된 사법구조로부터 기인한다. 또한 검찰은 경찰에 대한 수사지휘뿐만 아니라 독일과 프랑스 등의 경우와 달리 자체 수사인력을 보유하여 경찰의 협력 없이도 독자적인 수사를 할 수 있어 검사를 비롯한 수사관들의 탈법행위에 대하여는 ‘자기식구 감싸기’식 수사를 진행할 수 있다. 경찰이 이에 대한 수사를 한다고 하더라도 즉각적인 송치명령을 통한 수사지휘권을 행사한다면 막을 방도가 없다.¹⁾ 이는 견제와 균형이라는 민주주의의 원

1) 스폰서 청탁의혹을 받고 있는 김형준 부장검사 사건에 대해 검찰은 마포경찰서에 대해 사건을 송치하도록 지휘한 바 있다(경향신문, 2016. 09. 07, ‘스폰서의

리와도 배치되는 것이다.²⁾

2000년 전후까지만 해도 형사사법개혁자들은 수사의 주체이자 사법적 통제권을 행사하는 인권옹호기관이라는 이중적 지위는 양립될 수 없다는 인식아래 형사절차 전반에 걸쳐 무소불위의 권력을 행사하는 검찰에 내재되어 있는 문제점에 접근하고자 하였다. 대표적인 예가 2001년 서울 지검에서 발생한 고문치사사건이었다. 공소제기를 위한 무리한 수사는 인권을 보호해야 할 검사에 의해도 피의자의 인권이 묵살될 수 있다는 것이다. 그러나 이명박 정부시절인 2010년 당시 부산의 한 건설업자가 57명의 전·현직 검사에게 금전, 향응, 성상납 등을 제공했다는 일명 ‘스폰서 검사’ 사건과 2016년 현직 검사장의 소위 ‘주식대박’사건은 검찰의 권력 독점이 이제는 인권침해뿐만 아니라 부패범죄의 주역이 될 수 있는 현실을 잘 보여주고 있다.

그 동안 검찰은 권력형 부패 척결이라는 사명을 권력 독점의 방패막이로 내세웠으나 오히려 부패의 당사자가 되다 보니 국민의 분노는 어찌면 당연하다. 검찰이 자신들의 비리 혹은 부실한 수사를 척결하기 위해 도입했던 특임검사나 특별검사제는³⁾ 끊임없이 반복되는 전·현직의

혹’ 냄새 맡았나... 검찰, ‘경찰에 수사 손떼라’ 지시,

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201609071103001&code=940100(2016. 9. 10. 검색)

- 2) 과거 법무부예규(1958. 4. 23)는 “법무부관계직원의 관련사건이 발생시에는 시급히 관할 검찰청에 보고하고, 각급 검사장 또는 지청장은 사건의 경중을 불문하고 경찰 등에 수사 지휘함이 없이 시종일관 검찰에서 수사토록 할 것”을 규정했었다.
- 3) 특별검사에 대한 자세한 내용은, 조재현, “공직자부패통제방안으로서 특별거사제와 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 제언”, 한국부패학회보, 제15권 제4호, 2010, 147-165쪽; 김인회, “상설 특별검사제 도입 법률안 시론”, 인하대학교 법학연구, 제16권 제2호, 2013. 7, 339-379 쪽 참조.

권력형 비리 앞에서 그저 허울에 불과하였다. 자신의 비리를 스스로 심판하겠다는 발상에 대한 일반 국민들의 의심은 예상을 빗나가지 않았다. 검찰은 원래 형사소송법 교과서에서 언급되던 ‘사법의 감시자’의 지위에서⁴⁾ 이제는 감시의 대상으로 전락하고 만 것이다.

이에 검사, 법관뿐만 아니라 행정부의 고위공직자에 대한 전담수사기관을 별도로 설치하여 고위 공직자의 부패를 척결해야 한다는 여론이 높아지고, 정치권은 고위공직자 부패사건에 대한 수사와 기소를 담당하는 독립기구로서 ‘공직자비리수사처(이하 공수처)’를 창설하려는 법안을 내 놓았다.⁵⁾ 그 동안 위헌, 옥상옥이라는 비판에 부딪혀 번번이 실패하여 20대 국회에 들어 10번째 시도되고 있는 ‘공수처’ 설치안은 새로운 수사와 기소권을 가진 기관을 신설함으로써 검찰의 권력을 분산시키겠다는 것이 입법취지이다.⁶⁾

정치권에서는 검찰 권력에 대한 견제를 위해 공수처 설치 방안을 현재 우리나라가 처한 여러 가지 상황에 비추어 볼 때 가장 현실적인 대안으로 판단한 듯하다.⁷⁾ 실제로 2016. 7. 28.일 발표된 공수처 신설에 대

4) 사법의감시자(Gesetzeswaechter)로서의 지위에 관한 자세한 내용은 Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege(3. Aufl.) 1965 참조.

5) 박범계의원 등 69인, 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안(의안 번호 2001461, 2016. 8. 8.)

6) 공수처 설치와 관련하여 흔히 비교되고 있는 외국의 부패방지를 위한 수사기구(싱가포르의 부패행위조사국, 말레이시아의 반부패조사청, 홍콩의 엄정공서 등)들은 검찰권의 분화가 목적이기보다는 경찰권에 대한 견제를 위해 분화된 조직이라는 점에서 우리나라가 처한 상황과는 현저히 차이가 있다(오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구”, 형사정책, 제24권 제2호, 2012. 8. 37쪽 참조)

7) 하태훈, “중수부폐지와 독립성 보장된 사정기구 신설이 해답이다”, 고시계, 2011. 4. 2-4쪽 참조.

한 국민여론을 조사한 결과에 의하면 ‘공수처 신설에 찬성한다(매우 찬성 38.8%, 찬성하는 편 30.3%)’는 의견이 69.1%로, ‘공수처 신설에 반대한다(매우 반대 6.6%, 반대하는 편 9.8%)’는 의견(16.4%)보다 4배 이상 높은 것으로 조사됐다.⁸⁾ 그러나 이 법안이 검찰에 대한 불신과 분노를 등에 업고 오직 검찰의 견제에 초점을 두고 있는 것이라면 향후 형사사법 전반에서 진행되고 있는 논의를 충분히 수렴할 발전적인 방안이 될 수 있는가에 대해서는 의문이 남는다. 다시 말해 이번에 제시된 입법안은 법조비리, 권력형 부패사건에 대해 검찰과 똑같은 지위와 권한을 가진 기구의 신설이라는 점에서 검찰에 대한 견제수단은 될 수 있다 손 치더라도 국민의 관점에서 볼 때 진정한 권력분립으로까지 연결될 것인가 하는 의문이다. 현재 형사법학계 및 실무가들은 ‘국민의 사법참여재판’, ‘탈조서재판’ 등을 통한 공판중심주의로의 형사사법개혁을 지속적으로 추진하고 있다. 이는 형사소송이 원래 목적하는 근간을 바로 세우는 작업이다. 이와 더불어 검사를 정점으로 과도하게 집중된 수사절차의 역할의 분산은 공판중심주의적 형사소송구조정립을 향한 필수조건이라 할 수 있다.

이러한 추세에 비추어 볼 때 공수처에 관한 법률안도 단순한 검찰권의 조직적 분화보다는 형사사법개혁 전체와 연계시켜 논의할 필요가 있다. 이번 입법안이 향후 부딪히게 될 정치적 쟁점이나 입법과정상 애로를 논외로 두고서라도 이 법률안에 내재되어 있는 문제점을 개선하여 형사사법 개혁방향에 부합한 안을 제시할 수 있다면 향후 형사사법의 논의의 물꼬를 트는 역할 할 수 있을 것으로 판단된다.⁹⁾

8) 배상익, “국민 10명 중 7명 공수처 설치 찬성”, 국민일보, 2016. 7. 28.

<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0010816067&code=61111511&sid1=pol>(2016. 7. 28. 검색)

Ⅱ. 공직자비리수사처 설치에 관한 입법적 논의

1. 부패방지법상 공수처 설치 방안에 관한 입법 논의

공수처의 설치에 관한 논의의 시작은 1996년 참여연대가 「부패방지법안」에서 ‘고위공직자비리조사처’설치를 제안하면서 부터이다. 당시 참여연대는 부패방지법을 입법청원을 하면서 각종 압력에 굴하지 않는 강령하고 독립적인 사정기관의 필요성을 역설하면서 고위공직자비리조사처를 구성하고 여기에 특별검사와 특별수사관을 두어 독립적이고 엄정한 사정활동을 가능하도록 함으로써 검찰과 권한 조정을 피하고자 하였다.¹⁰⁾ 같은 해인 1996. 12. 5. 새정치국민회의당 유재건 의원 등 71명은 총체적이고 구조적인 부정부패를 근본적으로 제거하기 위한 제도적 장치로서 ‘고위공직자비리조사처’ 설치를 포함한 「부패방지법안」을 제안하였으나 임기만료로 폐기되었다. 당시 이 법안은 공직자비리조사처에 고위공직자 등의 부정부패와 관련된 범죄의 수사와 공소제기 및 유지의 직무를 수행하도록 특별검사와 특별수사관을 두도록 규정하고 있었다.¹¹⁾

9) 공직자비리수사처 설치에 관한 쟁점문제에 관해서는 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구, 2011. 3, 65-84쪽; 오병두, “독립적 특별 수사기관의 도입방안에 관한 연구”, 형사정책, 제24권 제2호, 2012. 8, 31-56쪽; 이주희, “고위공직자부패 방지에 관한 형법적 고찰”, 한양법학, 제43권, 2013. 8, 275-298쪽 참조.

10) 당시 참여연대가 입법청원한 부패방지법안은 제141조는 특별검사는 변호사의 자격이 있는 자 중에서 대통령이 임명하도록 하였고 검찰청법상의 검사와 동일한 권한을 갖도록 한 반면, 특별수사관은 특별사법경찰관리의 임명에 관한 법률에 의한 특별사법경찰관리로서의 지위를 부여하였다(참여연대: <http://www.peoplepower21.org/Government/547755>, 2016. 8. 11. 검색)

한편, 16대 국회는 2001. 6. 고위공직자비리조사처 대신 부패방지위원회를 신설하는 「부패방지법」을 제정하여 통과시켰다. 원래 2001. 4. 30. 정인봉 의원 등 132명이 발의했던 부패방지법안 수정안에는 특별검사를 둘 수 있도록 규정하였으나, 입법과정에서 수정대안으로 수사와 공소기능이 없이 고발권(부패방지법 제29조)만 갖는 부패방지위원회를 두는 「부패방지법」이 국회를 통과하여 2001. 7. 24.일 제정되었다.

2. 독자적인 공수처 설치에 관한 입법 논의

이후 2002. 7. 18. 참여연대는 그 동안 부패방지법안에 제시되었던 고위공직자비리조사처 설치만을 위한 「고위공직자비리조사처설치에 관한 특별법(안)」을 입법 청원하였다.¹¹⁾ 이 입법청원은 당시 검찰이 권력으로

11) 부패방지법안(의안번호 150386, 1996. 12. 5.)

第115條(特別檢事와 特別搜查官) ①特別檢事は ... 5년이상 經歷의 변호사자격이 있는 자를 ... 大統領이 임명한다.

②...

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

第116條(特別檢事の 權限) ①特別檢事は 檢察廳法 第4條의 規定에 의한 檢事の 권한을 행사한다.

②...

12) 제5조 (특별검사와 특별수사관)

1. ...

2. 특별검사는 변호사의 자격이 있는 자로서 5년 이상의 경력이 있는 자 가운데 임명하여야 한다.

3. ...

4. 특별수사관은 특별사법경찰관리의 임명에 관한 법률에 의한 특별사법경찰관리로 본다.

제6조 (특별검사의 권한)

1. 특별검사는 검찰청법 제4조에 정한 검사의 권한을 행사한다.

부터 자유롭지 못한 제도적·현실적 한계를 드러내자 상호 견제가 가능한 경쟁구조를 만들어 검찰개혁을 이루어 내겠다는 취지에서 제시되었다. 같은 해인 2002. 10 민주당의 신기남의원 등 28인은 이를 바탕으로 독자적인 수사권과 기소권을 갖는 고위공직자비리조사처를 대통령 산하에 신설하는 것을 골자로 하는 「고위공직자비리조사처 설치법안」 제출하였으나 임기만료로 폐기되었다.¹³⁾

그 후 2002. 11 노무현 대통령 후보는 대선공약으로 고위공직자비리조사처 설치를 제시하였고, 2004. 3 열린우리당 뿐만 아니라 당시 야당이었던 한나라당도 총선공약으로 고위공직자비리조사처 설치를 제시하기도 하였다. 2004. 5 총선이 끝나자 당시 노무현 대통령은 부패방지위원회 산하에 수사권 갖는 고위공직자비리조사처 설치를 검토할 것을 지시함으로써 정부는 공소권이 없는 공직부패수사처설치법안을 확정하였다. 그러나 2004. 8 한나라당 김성조 의원 등 30인 고위공직자비리조사처 신설추진계획 백지화촉구결의안을 제출하는 등 거세게 반발함에 따라 정부안은 폐기되었다.

이처럼 검찰의 중립성·특별검사제의 실효성 시비에 따라 종래 거론

2. ...

13) 공위공직자비리조사처설치법안(의안번호161904)

제7조(특별검사의 권한 등) ①특별검사는 검찰청법 제4조에 규정한 검사의 권한을 행사한다.

② ...

③ ...

④특별수사관은 제3조에 규정한 직무와 관련된 범위안에서 사법경찰관의 직무를 수행한다.

⑤ ...

⑥특별검사의 수사, 공소의 제기, 공소의 유지, 형의 집행에 관한 권한의 행사는 형사소송법상의 관련규정을 준용한다.

되던 고위공직자비리수사처 설치 논의는 중립성 확보 문제, 옥상옥 논란, 검찰의 조직적 반대, 여야 이해관계 대립 등으로 번번이 무산되었다. 그러다가 18대 국회가 들어서면서 2010년 MBC PD수첩 ‘검사와 스폰서’ 보도사건을 계기로 참여연대는 고위공직자비리조사처 설치를 재입법청원하고, 여기에 민주당 양승조 등 의원 13명이 참여하여, 2010. 4. 11. 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」을 제출하였다.¹⁴⁾ 또한 2010. 5. 18. 민주노동당의 이정희 의원 등 10인이 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」을,¹⁵⁾ 또한 같은 해 2010. 11. 9. 김동철의

- 14) 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안(의안번호 1808137, 2010. 4. 19.) 제5조(특별검사) ① 특별검사는 변호사의 자격이 있는 자로서 5년 이상의 경력이 있는 자 가운데 처장의 추천에 의하여 대통령이 임명한다.
② ...
제6조(수사관) ① 수사관은 변호사의 자격을 가진 자 중에서 처장이 임명한다.
② 수사관은 특정직공무원으로 한다.
제17조(특별검사의 직무 등) ① 특별검사는 「검찰청법」 제4조에 규정한 검사의 권한을 행사한다.
② 특별검사의 수사, 공소의 제기, 공소의 유지, 형의 집행에 관한 권한의 행사는 「형사소송법」 등 관련규정을 준용한다.
③ 수사관은 특별검사의 지휘·감독에 따라 수사 및 공소제기된 사건에 관하여 법정에 출석하여 공소유지와 관련된 행위를 할 수 있다.
- 15) 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안(의안번호 1808490, 2010. 5. 18.) 제9조(특별조사관의 임명 및 직무범위) ① ...
② 특별조사관은 변호사의 자격을 가진 자 중에서 처장의 제청으로 대통령이 임명한다.
③ ...
④ ...
⑤ 특별조사관은 제11조 각 호의 직무를 수행함에 있어서 「검찰청법」 제4조에 따른 검사의 직무 및 「군사법원법」 제37조에 따른 검찰관의 직무를 할 수 있다.
제16조(사법경찰관의 부여) 조사처의 직원으로서 처장이 지명하는 자는 ...(중략)... 사법경찰관리 또는 군사법경찰관리의 직무를 행한다.
제17조(검찰과 사법경찰관의 권한에 관한 특례) ① 특별조사관이 작성한 피

원 등 10인도 「고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」을 제출하였으나¹⁶⁾ 모두 다 임기만료로 폐기되었다. 이와 별도로 제18대 국회는 2010년 사법제도개혁특별위원회를 구성하고, 특별위원회의 위임을 받은 6인 특별소위원회가 광범위한 사법제도개혁방안 합의안을 발표하면서 대검찰청 소속으로 ‘특별수사청’을 두는 내용을 포함시켰다. 그러나 6인소위안에 대해 당시 한나라당이 합의사항을 부인하고 검찰이 조직적으로 반발하면서 아무런 소득이 없이 같은 해 6월 사개혁위가 마무리되었다.¹⁷⁾

그 후 19대 국회가 들어서면서 민간인 불법사찰 수사 등을 계기로 또

의자신문조서 등은 ...(중략)... 검사 또는 검찰관이 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

② 제16조에 따라 사법경찰관리 또는 군사법경찰관리의 직무를 행하는 자가 작성한 피의자신문조서 등은 ...(중략)... 사법경찰관이 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

16) 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안(의안번호 1808490, 2010. 5. 18.) 제8조(특별수사관의 임명 및 직무범위) ① 특별수사관은 5년 이상 변호사 자격이 있는 자 중에서 처장의 제청으로 대통령이 임명한다.

② ...

③ 특별수사관은 제14조제1항 각 호의 직무를 수행하는 경우에 「검찰청법」 제4조에 따른 검사의 직무를 할 수 있다.

제9조(수사관의 임명 및 직무범위) ① ...

② ...

③ 수사관은 제14조제1항 각 호에 따른 직무의 범위 안에서 검찰청수사관의 직무를 수행한다.

④ ...

제17조(검찰과 사법경찰관의 권한에 관한 특례) ① 특별수사관이 작성한 피의자신문조서 등은 「형사소송법」 제312조에도 불구하고 검사가 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

② 수사관이 작성한 피의자신문조서 등은 「형사소송법」 제312조에도 불구하고 사법경찰관이 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

17) 오병두, 앞의 논문, 34쪽.

다시 공직자비리수사처에 대한 설치 논의가 재점화되게 된다. 그 해는 또한 대선을 앞두고 주요 정치인들이 부정부패 척결 또는 검찰개혁을 이유로 지지 의사를 밝히는 등 공직자비리수사처의 설치가 어느 때보다도 가능성이 높다는 것이 중론이었다. 이러한 이유로 2012. 7. 4. 김동철 민주당 의원 등 36인이 그리고 2012. 7. 13. 양승조 민주당 의원 등 10인이 그리고 2012. 9. 6. 통합진보당 이상규 의원 등 10이 각각 「고위공직자 비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」을 제시하였으나 그 내용은 18대 국회에서 제출된 법률안과 동일하였다. 그해 마지막으로 2012. 12. 3. 새누리당 이재오 의원 등 13인이 「공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」을 제출하였다.¹⁸⁾

3. 20대 국회 공수처 설치에 관한 입법안(의안번호 2001461) 분석

20대 국회가 들어서면서 전·현직 검찰비리사건이 연이어 터지면서 더민주 ‘민주주의 회복 TF팀과 국민의당 ‘공수처 신설 TF팀은 2016. 8.

-
- 18) 공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안(의안번호 1902891, 2012. 12. 3.) 제10조(특별검사의 권한 등) ① 특별검사는 「검찰청법」 제4조에 규정한 검사의 권한을 행사한다.
 ② 특별검사의 수사, 공소의 제기, 공소의 유지, 형의 집행에 관한 권한의 행사는 「형사소송법」 등 관련 규정을 준용한다.
 제11조(수사관의 임명 및 직무범위) ① ...
 ② 수사관은 변호사의 자격을 가진 자 중에서 처장의 제청으로 대통령이 임명한다.
 ③ ...
 ④ ...
 ⑤ 수사관은 제11조 각 호의 직무를 수행함에 있어서 「형사소송법」에 의한 사법경찰관 및 「군사법원법」에 의한 군사법경찰관의 직무를 행한다.
 제21조(사법경찰관관한에 관한 특례) 수사관이 작성한 피의자신문조서 등은 ... (중략)... 검사 또는 검찰관이 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

8. 공직자비리수사처 설치 방안을 합의하여 공동으로 법률안을 제출하였다.¹⁹⁾

이번 20대 국회에서 야당 중심으로 제시된 법률안을 좀 더 구체적으로 살펴보면 우선, 수사대상은 고위공직자와 그 가족(배우자, 직계존비속, 형제자매)으로 하되 대통령의 경우에만 본인(전직)과 배우자 및 4촌 이내의 친족(전현직 모두)까지 수사대상이 되도록 하고 있다. 특별검사의 권한범위는 수사, 공소의 제기 및 공소유지까지 하는 것으로, 하고 국회요청에 의한 수사권 발동은 국회 재적의원 10분의 1이상의 연서로 하는 것으로 되어 있다.

공수처 처장은 법조경력 및 법학교수 15년 이상의 경력을 자격 요건으로 하고 임기3년에 중임제한 하고, 처장 추천위원회는 위원장포함 7명으로 구성하되 단수로 추천된다. 차장의 경우 처장제청으로 대통령이 임명하도록 하였으며, 특별검사는 전직 검사의 경우 퇴직 후 1년 이내 임용금지하고 특별검사 정원은 20인 이내로 제한하고 있다. 특별검사는 검찰청법 제4조에 규정되어 있는 모든 권한을 가지며, 다만 수사지휘와 관련해서는 이 법안 제11조에 규정된 사법경찰관에 대해서만 수사지휘권을 가지는 것으로 규정하고 있다.²⁰⁾ 또한 제21조에 의거 특별수사관은

19) 박법계의원 등 69인, 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안(의안번호 2001461, 2016.8.8.): 이에 앞서 노회찬의원 등 11명이 고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안을 제출하였다(의안번호 2001057, 2016. 7. 21.).

20) 제9조(특별검사) ① 특별검사는 5년 이상 변호사 자격이 있는 자 중에서 인사위원회의 추천을 거쳐 처장의 제청으로 대통령이 임명한다.

② ...

③ 특별검사는 직무를 수행함에 있어서 「검찰청법」 제4조에 따른 검사의 직무 및 「군사법원법」 제37조에 따른 검찰관의 직무를 할 수 있다. 다만, 「검찰청법」 제4조제1항제2호의 사법경찰관리는 제11조에 규정한 특별수사관에 한한다.

제11조(특별수사관) ① ...

대상범죄에 대하여 사법경찰관으로서 직무를 수행하도록 하고 있다.²¹⁾ 한편 공수처안은 현 형사소송법과는 달리 기소법정주의를 채택하고 있으며, 모든 불기소처분에 대해 재정신청권을 인정하고 있는 것이 특징적이다.

그 동안 공수처 설치와 관련된 법률안과 더불어 가장 최근에 제시된 법률안을 분석해보면, 공수처내 특별검사는 현 검찰청법 제4조의 검사와 동등한 지위와 권한을 부여받게 되고, 소속 특별수사관은 사법경찰관리의 지위와 역할을 수행하는 것으로 되어 있다. 또한 특별검사와 특별수사관이 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조의 규정을 준용하여 증거능력에 차등을 두는 것으로 규정하고 있는 것이 거의 공통적이다.

이번 공수처의 설치는 비단 향후 형사사법개혁 특히, 수사구조의 개혁을 위한 초석을 다질 기회를 제공하고 있음에도 불구하고, 오직 검사와 동등한 지위와 권한을 가진 조직의 창설을 통한 검찰권의 분권에만 관심을 가지고 있다. 이 때문에 설령 공수처가 설치된다고 하더라도 두 개의 기관이라는 조직견제에 따른 효과만을 기대할 수 있고, 검찰청법 및 형사소송법상의 ‘검찰권 본질’에서 나오는 통제되지 않는 무소불위의 권한 행사에는 아무런 재제수단을 갖추고 있지 못하고 있다. 이러한 입법자의 인식은 최근 한창 논의 중인 공판중심주의적 형사사법의 개혁뿐만 아니라 형사소송법 제정 당시에 천명했던 수사과 기소 분리를 위한 수사구조개혁에 대한 논의에 장차 장애가 될 수도 있다. 더구나 공수처 설치 법률

② ...

③ 특별수사관은 직무의 범위 안에서 사법경찰관의 직무를 수행한다.

21) 제21조(검찰과 사법경찰관 등의 권한에 관한 특례) ① 특별검사가 작성한 피의자신문조서 등은 ...(중략)... 검사 또는 검찰관이 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

② 특별수사관이 작성한 피의자신문조서 등은 ...(중략)... 사법경찰관이 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

안이 등에 얹고 있는 국민적 분노는 범조비리에서 비롯되었다. 그러나 현재 공수처 설치와 관련된 법률안도 법률가인 특별검사 중심으로 권한이 집중되어 있다는 점에서 이러한 기대를 저버리고 있다. 이런 점들을 감안한다면 공수처 안은 공판중심주의를 지향하는 형사사법 개혁의 방향에 일치시켜 법률가에 의한 법률가 통제가 아니라 일반시민에 의한 강력한 감시와 통제가 가능하도록 수정할 필요가 있다. 또한 무엇보다도 우려되는 것은 공수처의 설치에 자칫 검찰개혁의 본질을 흐뜨릴 수 있다는 점이다. 공수처 설치가 입법자의 의도와는 달리 단순히 검찰기관의 이원화로 끝나는 것이 아니라 그 동안 끊임없이 제기되어 왔던 검·경간의 수사구조개혁의 관한 논의를 희석시킬 위험성이 있다. 아래에서는 최근 제출된 공수처 법률안(의안번호 2001461, 2016. 8. 8.)이 가지고 있는 여러 문제점 중에서,²²⁾ 특히 이 두 가지 문제를 집중적으로 분석하고자 한다.

Ⅲ. 형사사법절차 개혁의 관점에서 공수처 설치법안 비판적 검토

1. 공수처법상 조서증거능력과 자유심증주의

1) 조서재판 인정수단으로서의 자유심증주의

최근까지 진행되고 있는 형사소송절차의 개정은 국민의 사법참여권을

22) 자세한 내용은 윤동호, 앞의 논문, 65-84쪽 참조.

인정하고 아울러 소위 ‘조서재판’을 극복하여 공판중심주의적 형사절차 구현에 초점을 두고 있다.²³⁾ 그러나 지난 2007년 개정된 형사소송법은 국민의 형사재판참여제도의 도입, 국선변호제도 개선 등 다양한 개혁적인 내용을 담았으나,²⁴⁾ 조서의 증거능력을 배제하는데 실패함으로써 공판중심주의적 형사절차의 구현에 많은 장애요인을 그대로 안고 있다. 이번에 제시된 공수처 법률안을 분석해보면 특별검사가 작성한 조서에 증거능력을 부여하고 있어, 이에 대한 충분한 검토가 없었음을 보여주고 있다(공수처 안 제21조 검찰과 사법경찰관 등의 권한에 관한 특례).²⁵⁾

2007년 형사소송법 개정 당시 입법자는 공판중심주의적 형사절차의 구현을 입법취지로 내세우면서도 ‘법원·검찰이 겪고 있는 실무상 애로’를 이유로 들어 조서재판을 벗어나지 못하였다.²⁶⁾ 여기에는 수사절차상 인권보호 장치가 이미 마련되어 있어 공판중심주의적 소송절차 내에서 수사에 대한 통제가 가능하다는 정치적 계산이 깔려 있었다. 그러나 이러한 정치적인 결단은 당시 입법자가 형사절차 내에서 수사에 대한 위상을 충분히 고려하지 못하였을 뿐만 아니라 무엇보다도 법관

23) 자세한 내용은 박노섭, “개정형사소송법상 조서재판위험성에 대한 소고”, 경찰학연구, 제7권 제2호, 2007, 9-28쪽 참조.

24) 사법개혁추진위원회, 사법선진화를 위한 개혁(백서), 발간사, 2006, 2쪽.

25) 제21조(검찰과 사법경찰관 등의 권한에 관한 특례)

① 특별검사가 작성한 피의자신문조서 등은 「형사소송법」 제312조와 「군사법원법」 제365조에도 불구하고 검사 또는 검찰관이 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

② 특별수사관이 작성한 피의자신문조서 등은 ...(중략)... 사법경찰관이 작성한 조서와 동등한 증거능력이 인정된다.

26) 자세한 내용은 하태훈/박노섭/조기영, 공판중심주의에 부합하는 수사실무개선 방안, 경찰청 용역보고서, 2011. 2, 26쪽 이하 참조.

의 자유심증주의에 대한 불충분한 이해에서 기인하고 있다. 조서에 증거능력을 인정하는 우리 형사소송법은 증거능력과 증명력을 구분하고 있다. 따라서 조서가 증거능력을 부여받아도 자유심증주의 원칙에 따라 증명력을 통한 법관의 통제가 가능하기 때문에 하등의 문제가 없다는 것이다.²⁷⁾

2) 법관에 대한 통제수단으로서의 자유심증주의

원래 자유심증주의는 증거물에 대한 취사선택에 있어서 법관에게 재량만을 부여하겠다는 의미가 아니라는 것이 대륙법계 형사소송의 연혁을 살펴보면 잘 나타난다. 우리나라 형사소송의 기초를 제공하고 있는 독일 형사소송은 1800년대 초 법관의 역할을 시민에게 일임하는 대참심 법원의 도입, 검찰에 의한 탄핵주의를 도입함으로써 대변화를 맞이하게 되었다. 당시 형사소송의 혁신을 위해 도입된 일반시민의 재판참여는 기존의 법정증거주의 원칙을 버리고 자유심증주의 원칙으로의 전환시키는 결정적 계기가 되었다. 그 이전에 형사절차에 적용되고 있던 법정증거주의는²⁸⁾ 증거 형식성 판단에 고도의 법률적 지식이 필요하여 시민법관들에게 그대로 적용될 수 없었다.²⁹⁾ 결국 이를 대신하여 도입된 자유심증

27) 헌법재판소는 “증거능력이란 증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 자격을 의미할 뿐이고, 당해 증거가 가지는 실질적 가치인 증명력과 엄격히 구별되는 개념으로서 비록 증거능력이 인정되는 증거라고 하더라도 그것이 과연 믿을만한 것인가의 문제 즉 증명력의 유무는 오로지 법관의 자유심증에 맡겨진 것이어서 피고인은 자유로운 방법으로 그 증명력을 탄핵할 수 있으므로 어떤 증거의 증거능력의 유무와 그에 의한 요증사실의 증명 내지는 범죄사실의 인정과는 필연적인 연관성이 있는 것도 아니다.”라는 입론을 제시하였다(2005. 5. 26, 2003헌가7).

28) 법정증거주의에 의하면 2명 이상의 증인의 진술이 있거나 피고인의 자백이 있는 경우에는 법관의 확신과 관계없이 유죄를 선고해야 한다.

주의는 직업법관들을 위해서가 아니라 시민법관들을 위해 만들어졌던 개념이었다.³⁰⁾ 그러나 법정증거의 형식성 판단을 대체하기 위해 도입된 자유심증주의는 자의적인 판단이라는 위험성을 내포하고 있었다. 따라서 자유심증주의는 서면중심으로 비밀리에 진행되던 규문주의적 소송절차와는 양립될 수 없었다. 당시 자유심증으로 인한 자의적인 판단을 없애기 위해서는 일반시민들의 감시가 가능한 공개된 법정 필요했고, 또한 구술로서 직접적인 증거가 전달되는 소위 공판중심주의적 형사절차로의 개혁은 절대적이었다.³¹⁾

결국 자유심증주의는 법관에게 자유롭게 형성된 확신에 따라 증거의 증명력을 결정할 권한과 의무를 부여하고 있으나, 자의적 판단을 배제할 수 있는 환경을 전제로 하고 있음을 알 수 있다.³²⁾ 오늘날 소송의 중요 이념으로 자리 잡게 된 공개주의, 구술주의 및 직접주의 원칙은 자유심증주의가 가져온 공판중심주의적 소송구조를 지탱하는 최소한의 담보장치인 것이다.³³⁾ 이러한 원칙들은 공판정에서 대체물이 아니라 원본인 증거방법을 사용할 것을 요구하였고,³⁴⁾ 구술로서 증거가 제시됨으로써

29) Dedes, Beweisverfahren und Beweisrecht, Berlin, 1992, p.20; Hetzer, Wahrheitsfindungs im Strafprozess, Berlin, 1982, p.232.

30) Hetzer, 위의 책, p.232: 그러나 자유심증주의가 도입되었던 초기에는 판결에 대한 논거작성에 따른 문제가 논란의 대상이 되었다.

31) 신양균 교수는 “공판중심주의의 핵심은 공개된 재판에 있다고 할 수 있다. 이 원칙은 시민에게 공개된 장인 공판정에서 시민의 감시가 이루어지는 가운데 행해지는 재판이 사실인정의 중심이 되게 하여 공정한 재판을 기하려는 것이 었기 때문이다.”라고 주장하고 있다(신양균, “헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현”, 비교형사법(제8권 제1호 특집호), 2006, 635쪽)

32) Fetzter, “Tatrichterliche Erkenntnisprozess - Freiheit der Beweiswuerdigung”, StV 1995, p.97; 배종대/이상돈, 형사소송법(6판), 2005, 637쪽.

33) Eisenberg, Beweisrecht der StPO(8.Aufl), pp.28 이하.

34) BVerfGE 57, 277: 이와 관련하여 독일 형사소송법 제250조는 원칙적으로 어

법관의 정보획득과 확신에 이르는 과정 자체가 일반인의 입장에서 확인될 수 있어야 한다는 것이다.³⁵⁾

이러한 연혁적 관점에서 살펴보면 조서재판의 인정 배경으로 자주 언급되고 있는 헌법재판소의 결정(2003헌가7)은 자유심증의 개념에 대한 잘못된 이해에서 기인한 것임을 알 수 있다. 특히 공수처 법률안은 고위 공직자가 연루된 사건을 수사대상으로 하고 있다는 점에서 국민의 관심과 의심의 눈초리는 다른 어떤 사건들에 비하여 매서울 수밖에 없다. 따라서 현재 검찰 및 법원이 겪게 될 실무상 애로를 이유로 조서에 증거능력을 인정하자는 주장은 타당성이 없을 뿐만 아니라 공수처 설치에 원인을 제공하고 있는 전관비리 척결 등 시대적 상황과도 동떨어져 있다. 더구나 조사자법정증언제도(형사소송법 제316조)가³⁶⁾ 이미 형사소송법에 도입되어 있다는 점을 감안한다면 적어도 공수처법안에서는 조사된 내용이 법정에서 구술로서 명확하게 현출됨으로써 수사에서부터 재판과정까지 국민의 감시를 통해 그 신뢰성을 검증받을 시금석으로 삼을 필요가 있다.

면 사실의 증명이 “어떤 사람의 지각에 의존하는 경우에는 그 자를 공판에서 신문하여야 하고, 신문은 전에 행한 신문에 관하여 작성된 조서를 낭독하거나 진술서를 낭독함으로써 대신될 수 없다”고 규정하고 있다.

35) Eisenberg, 앞의 책, p.97; Schaefer, Loewe-Rosenberg, StPO- Grosskommentar, Einleitung Kapitel 12. Rn. 58: 더구나 조서는 진술자의 가치판단이 포함되기 때문에 여기에 근거를 두고 사실을 확인하는 것은 법관의 자유심증주의 원칙에 위배된다.

36) 형사소송법 제316조

① 피고인이 아닌 자(...)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 ... 이를 증거로 할 수 있다.

2. 수사구조개혁과 공수처 법률안

1) 수사구조개혁과 공수처 법률안의 한계

이 법안 중에서 무엇보다도 우려되는 점은 공수처의 특별검사(제9조)와 특별수사관의 지위(제11조)이다. 법률안 제9조 제1항은 수사와 공소의 제기 및 유지라는 목적에 부합하기 위해 법조경력 5년 이상의 법조인을 특별검사의 자격으로 제시하고, 제2항에서 특별검사는 직무를 수행함에 있어서 「검찰청법」 제4조에 따른 검사의 직무 및 「군사법원법」 제37조에 따른 검찰관의 직무를 할 수 있도록 규정하고 있다. 한편, 특별수사관은 제11조에 의거 사법경찰관의 지위를 가진다. 이러한 규정으로 볼 때 현 형사소송법 및 검찰청법상의 검사 및 사법경찰관과 똑같은 권한을 부여하겠다는 것이 입법자의 의도로 여겨진다. 물론 검사만이 영장을 청구할 수 있도록 규정되어 있는 헌법과 형사소송법을 크게 건드리지 않고 검찰을 견제하려는 의도가 포함되어 있을 것으로 추측된다. 그러나 공수처의 특별검사가 형사소송법 및 검찰청법상 검사와 동일한 지위와 권한을 가질 경우 기존 검찰처럼 통제되지 않는 권력으로 성장할 위험성은 사리지지 않는다. 더구나 전·현직 검사의 부패는 단지 검사만으로 국한된 것이 아니라 법조비리로 이어져 있다. 검찰의 독점적 권한에 대한 견제를 위한 대안으로 제시된 공수처가 근본적인 견제가 아니라 두 개의 검찰이라는 조직 분화가 가져오는 착시적인 견제효과에 불과할 수 있다. 따라서 검찰권력에 대한 본질적인 견제방안은 검찰에게 집중되어 있는 수사와 기소의 권한 분리에서 접근해야 한다.

이와 관련하여 프랑스 형사법학자 J. Pradel이 “그 제도에 의하면 공소관은 당사자이다. 이러한 자격으로 소추의 권한은 그에 속하지만 이 때문에 수사행위를 하도록 놔두는 것은 정의에 반하는 것이다. … 제국의 검사(procureur impérial)

는 도시를 뒤흔들 작은 독재자(tyran)가 될 것이다. 시민들이 한 사람에게서 소추권
한과 자신의 소추를 정당화할 것들을 수집하는 권한을 보게 된다면 모두 멀게 될
것이다.”라고 한 주장은³⁷⁾ 우리나라 검찰제도 개혁에도 적용될 수 있다.

2) 수사권 형성과정과 개혁의 필요성

이처럼 수사구조 개혁방향이 이러한 본질적인 문제를 건드리지 않는
이상 국민의 지속적인 동의를 얻기는 힘들다. 그 동안 경찰은 ‘수사는
경찰, 기소는 검찰’이라는 논리로 독자적 수사권을 주장해왔고, 한편 검
찰은 인권침해를 방지하기 위해 수사지휘권이 있어야 한다는 주장을 통
해 끊임없는 논쟁을 지속하고 있다. 그러나 우리 형사소송법은 제정 당
시 검찰보다는 경찰에 의한 파쇼를 더 우려해야 했기 때문에 입법자들
은 검사에게 독점적 지위를 주면서도 ‘장기적으로’ 형사사법체계는 수사
권과 기소권이 분리되는 방향으로 나아가야 한다는 생각까지 포기한 것
은 아니었다는 점에서 향후 수사구조개혁 방향은 분명하다.³⁸⁾

당시 엄상섭 의원이 발언한 내용은 다음과 같다:³⁹⁾

“미국에 있어서 왜 수사는 경찰관, 기소는 검사, 이렇게 노렸느냐 하면
이것은 역시 미국 사람들 생각에는 권력이 한군데에 집중되면 남용되기 쉬
우므로 권력은 분산이 되어야 개인에게 이익이 된다, 이렇게 생각했던 것입

37) 자세한 내용은, 박노섭, 수사기소분리와 경검 상호관계에 대한 비교법적 연구,
경찰청 용역, 2010, 165쪽 참조.

38) 황문규, “개정형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용
과 한계”, 형사정책연구, 제22권 제3호, 2011, 219쪽.

39) 형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990, 109쪽.

니다. 그런데 우리나라 실정으로 보면 수사기관이 범죄수사의 주도체가 된다면 기소권만을 가지고도 강력한 기관이거늘 또 수사의 권한까지 푸라스하게 되니 이것은 결국 검찰 팻소를 가지고 온다는 것입니다. 그런데 지금 일본이나 미국 같은 데 있어서는 경찰기관이라는 것은 자치단체에 드러가 있어요. 혹은 영국 같은 데서도 그렇습니다. 이런 나라에서도 ‘수사는 경찰관이 해라, 기소 여부는 검찰관이 해라…’ 또 ‘증거가 모자라면 경찰에다가 의뢰해라…’ 이렇게 되어 있는데, 우리나라는 경찰이 중앙집권제로 되어 있는데, 경찰에다가 수사권을 전적으로 마끼면 경찰 팻소라는 것이 나오지 않나, 검찰 팻소보다 경찰 팻소의 경향이 더 시지 않을까? 이런 점을 보아 가지고 소위원회나 법제사법위원회에서는 오직 우리나라에 있어서 범죄수사의 주도권은 검찰이 가지는 것이 좋다는 정도로 생각을 했든 것입니다. 그러나 장래에 있어서는 우리나라도 조만간 수사권하고, 기소권하고는 분리시키는 이러한 방향으로 나가는 것이 좋겠다는 생각을 가지고 있습니다.”

뿐만 아니라 형사소송법 제정당시의 검찰총장 한계만도 “수사는 경찰에 맡기고 검사에게는 기소권만 주자는 것은 법리상으로는 타당합니다만 앞으로 백년 후면 모르지만”이라며 장기적으로는 경찰에게 수사권을 부여하는 것이 합리적이라는 입장을 표명한 바 있다.⁴⁰⁾

실제로 검찰 탄생의 기초를 제공한 프랑스 치죄법 제8조는 “사법경찰관은 범죄를 추적하며 증거를 수집하고, 범인을 법원에 인치하는 책임을 진다”고 규정하고 있었고, 더 나아가 ‘지검장과 수사판사는 사법경찰관의 범주로 분류하고 사법경찰관의 모든 행위를 할 수 있고, 위임도 가능하다.”고 규정함으로써 수사가 사법경찰의 임무임을 명시적으로 표현하고 있었다.⁴¹⁾ 또한 프랑스법의 영향을 받은 1846년 독일 베를린법 제4조에 의

40) 형사정책연구원, 앞의 책, 111쪽.

하면 수사는 수사판사 또는 사법경찰이 담당하였다는 것이 잘 나타나 있다.⁴²⁾ 한편, 베를린법 제7조는 검사에게 수사판사와 경찰에 대하여 수사를 요구할 수 있는 권한만을 부여하고 있었다는 점에서 대륙법계의 검사제도는 원래 공소관의 기능을 위해 도입되었음을 보여주고 있다.

3) 수사구조 개혁의 초석마련을 위한 공수처 법률안의 역할

이런 관점에서 이번 공수처 안은 향후 형사소송법상 검경수사구조 개혁을 위한 초석으로서 제정 형사소송법에서의 취지와 검사의 본질에 부합하는 내용을 담을 필요가 있다. 합리적인 수사권 조정은 수사관의 독자적 수사권 인정과 더불어 검사의 수사지휘권에 대한 명확한 규정을 통해 가능하다. 이와 관련하여 특별수사관의 주체성 문제는 현행 형사소송법 해석을 통해서도 충분히 이끌어 낼 수 있다. 하지만 문제는 (특별) 검사의 수사지휘권이 가지는 범위와 한계와 관련된 논란이다. 그 동안 일반 시민의 입장에서 보면 검사의 수사지휘는 수사경찰의 불법적인 행위로 인한 인권침해 방지에 큰 역할을 하는 것으로 인식되어 왔고, 검찰에서도 이점을 부각시키고 있다. 따라서 수사관의 주체성을 훼손하지 않는 범위 내에서의 지휘권의 적절한 행사는 사법적 통제로서 제한적으로 인정될 필요성이 있다. 이런 요구가 충족되려면 무엇보다도 수사지휘권에 대한 개념과 한계를 명확히 정하는 게 선결조건이다. 그 동안 검찰은 경찰에 대한 수사지휘를 ‘사법적 통제’라는 개념을 통해 수사지휘가 다른 지휘와 다른 특수성을 가지고 있음을 비추어 왔다. 원래 사법적 통제

41) 이에 관한 자세한 내용은, 박노섭, 앞의 책, 157-159쪽 참조.

42) 베를린법 제4조에 의하면 경찰은 “예전과 같이 (Wie immer)” 수사업무에 종사하도록 규정하고 있어, 경찰의 수사업무는 검사의 탄생과 관계없이 계속되어 왔음을 알 수 있다.

는 입법 및 행정적 통제에 대응한 개념으로 법원에 의한 통제를 말한다.⁴³⁾ 다시 말해 영장주의, 구속적부심사제도, 준항고제도 등 수사기관의 처분에 대한 법원의 통제가 여기에 속한다. 한편, 수사는 수사기관의 직권적 활동이며 합목적성이 요청되므로 수사는 수사기관의 재량과 독자적 판단에 의해 진행된다. 이와 관련하여 백형구 변호사는 수사에 대한 사법적 통제와 관련하여 아래와 같이 언급하고 있다.⁴⁴⁾

“수사기관의 수사활동에 대해서는 검사동일체의 원칙에 의해서 직무상 상사에 의한 통제(지휘·감독)가 가해지며 검사는 수사의 주재자로서 사법경찰관리의 수사활동에 대하여 지휘감독권이 인정되거나 이러한 통제는 수사기관의 내부관계상의 통제로서 사법적 통제가 아니다.”

이런 관점에서 보면 현행의 검사의 수사지휘는 구체적 사건에 대한 지시라는 사실적 행위라는 점에서 사법적 통제에 포섭되지 않는다. 다시 말해 검사의 ‘수사지휘’는 ‘수사관에 의한 수사관의 지휘’에 불과하다.⁴⁵⁾

이런 점에 비추어 보면 진정한 의미에서의 사법적 통제가 되기 위해서는 검사의 권한과 수사지휘권에 대한 변화는 불가피하다. 특히, 공수처의 경우 동일 조직 아래 특별검사와 특별수사관이 있다는 점에서 검

43) 백형구, “수사에 대한 사법적 통제”, 고시계, 1982. 6, 96쪽.

44) 백형구, 위의 글, 97쪽.

45) 지금까지 검사와 사법경찰의 관계는 상관과 부하라는 특별권력관계에서 비롯된다는 인식이 강하였으며, 이를 근거로 군대식 지휘관적 사고가 뿌리 깊게 자리 잡고 있다. 그러나 오늘날 이러한 특별권력관계에 기대어 나타난 지휘관적 사고는 현대 민주주의 국가의 이념과는 더 이상 부합하지 않는다.

사에게 수사지휘권을 통한 사법감시자로서의 역할에 제한을 두기 위해서는 검사의 직접적인 수사권을 배제할 필요가 있다. 이는 공수처가 수사능력을 갖춘 검사를 통한 수사에 중점을 둔 것이 아니라 법조인 중심으로 형성되어 있는 전관비리 근절 등 제3자적 지위에서의 수사 필요성을 고려하고 있다는 점에서 보면 검사의 직접수사기능의 배제는 공수처의 입법취지를 달성하기 위한 선결조건이 되어야 한다.⁴⁶⁾ 다만, 사법경찰 중심의 수사가 이루어 질 경우 경찰수사가 검사의 통제를 벗어남으로써 인권침해의 위험이 있다는 우려에 대해 - 검사가 직접적인 수사를 하지 않는다 하더라도 - 영장청구권을 통해 사전적 통제가 가능하게 할 수 있다(소위 ‘영장전담검사제도’). 또한 피의자 신문시 변호권의 적극적인 보장, 영상녹화 등의 장치는 수사대상의 인권보장을 실질적으로 실현하는 도구가 될 수 있다. 여기서 공수처의 수사대상이 검사, 법관을 포함한 고위공직자라는 점을 감안한다면 특별검사와 수사관의 역할분담을 통한 상호 견제기능을 부여하는 방안이 국민의 신뢰성을 더 확보할 수 있을 것이다. 이 경우 공판정에서 조서보다는 수사관의 법정증언이 필수적으로 활용될 것이라는 점에서 공수처뿐만 아니라 사법부에 대한 국민의 감시가 훨씬 용이해지는 이점을 가져올 수 있다.

IV. 결 론

이번 공수처에 관한 입법은 그 동안 모든 국민들이 열망해왔던 형사

46) 여기에서 형사사법절차에서 일반시민이 참여하여 유·무죄결정에 배심재판이나, 기소여부를 결정하는 대배심제도 등을 생각해보면 수사 자체를 오직 법률가가 독점해야한다는 논리는 성립되지 않는다.

사법절차의 선진화의 관점에서 향후 형사사법 전체의 변화와 성공적인 정착을 위한 모델을 제시할 수는 기회를 제공하고 있다. 이를 위해서는 검찰 권력 비대화의 주요 원인이 수사·기소 권한의 집중에서 비롯되었던 만큼 그 핵심은 특별검사와 특별수사관의 지위와 권한을 명시적으로 분화시키는 데서 출발하여야 한다. 구체적으로 특별검사의 수사권에서 현행 검사와 달리 직접적인 수사기능을 없애고 수사에 대한 통제적 역할만 부여함으로써 제3자적 지위에서 수사에 대한 사법적 감시자로서의 역할을 재정립할 필요가 있다. 그 대표적인 방안이 ‘영장전담검사제도’이다. 영장전담검사는 수사에 직접적으로 관여하지 않지만 수사에 대한 통제자로서의 역할을 담당할 수 있다. 이 경우 수사관이 작성한 피의자신문조서의 경우 검사가 작성한 피의자신문조서가 아니라는 점에서 증거능력이 없게 된다. 따라서 조사를 담당했던 수사관에 대해 법정증언이 의무화됨으로써 형사사법개혁의 오랜 숙원이었던 ‘조서재판’에서 벗어날 수 있는 계기를 제공할 수 있다. 이를 통해 구현되는 공수처의 특별검사와 특별수사관의 지위와 역할의 새로운 정립은 ‘수사-통제-기소’라는 상호 견제시스템을 구축함으로써 두 개의 검찰이라는 비난에서 벗어나 형사소송법의 제정 이후 지속되어왔던 검·경간의 해묵은 갈등을 해결하기 위한 첫걸음이 될 수 있다. 이처럼 공수처가 공판중심의 형사사법개혁과 더불어 ‘경·검 수사·기소 분리’ 방안에 입각한 수사구조개혁의 전환기 모델로서 제시될 경우 고위공직자를 대상으로 하는 기관이라 할 지라도 국민적 공감대를 형성할 수 있을 것이다.

〈논문 접수 : 2016. 8. 18, 심사 개시 : 2016. 8. 23, 게재 확정 : 2016. 9. 21〉

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990.

박노섭, 수사기소분리와 경검 상호관계에 대한 비교법적 연구, 경찰청 용역, 2010.

배종대 · 이상돈, 형사소송법(6판), 홍문사, 2005.

사법개혁추진위원회, 사법선진화를 위한 개혁(백서), 2006.

하태훈 · 박노섭 · 조기영, 공판중심주의에 부합하는 수사실무개선방안, 경찰청 용역, 2011.

2. 논문

김인희, “상설 특별검사제 도입 법률안 시론”, 인하대학교 법학연구, 제16권 제2호, 2013. 7, 339-379쪽.

박노섭, “개정형사소송법상 조서재판위험성에 대한 소고”, 경찰학연구, 제7권 제2호, 2007, 9-28쪽.

백형구, “수사에 대한 사법적 통제”, 고시계, 1982. 6, 96쪽 이하.

신양균, “헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현”, 비교형사법, 제8권 제1호 특집호, 2006, 617-641쪽.

오병두, “독립적 특별 수사기구의 도입방안에 관한 연구”, 형사정책, 제24권 제2호, 2012. 8, 31-56쪽.

- 윤동호, “고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성”, 형사정책연구, 2011, 3, 65-84쪽.
- 이주희, “고위공직자부패 방지에 관한 형법적 고찰”, 한양법학, 제43권, 2013, 8, 275-298쪽.
- 조재현, “공직자부패통제방안으로서 특별거사제와 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 제언”, 한국부패학회보, 제15권 제4호, 2010, 147-165쪽.
- 하태훈, “중수부폐지와 독립성 보장된 사정기구 신설이 해답이다”, 고시계, 2011, 4, 2-4쪽.
- 황문규, “개정형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계”, 형사정책연구, 제22권 제3호, 2011, 217-251쪽.

II. 외국문헌

1. 단행본

Eb. Schmidt, Einfuehrung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (3. Aufl.) 1965.

Dedes, Beweisverfahren und Beweisrecht, Berlin, 1992.

Eisenberg, Beweisrecht der StPO(8.Aufl), Muenchen, 2013.

Hetzer, Wahrheitsfindungs im Strafprozess, Berlin, 1982.

Schaefer, Loewe-Rosenberg, StPO-Grosskommentar(26. Aufl.), Berlin, 2006.

2. 논문

Fetzer, “Tatrichterliche Erkenntnisprozess - Freiheit der Beweiswuerdigung”, StV 1995, pp.97 이하.

Ⅲ. 기타 자료

배상익, “국민 10명 중 7명 공수처 설치 찬성”, 국민일보,

<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0010816067&code=61111511&si>

d1=pol(2016. 7. 28. 검색)

< ABSTRACT >

Criticism against the Bill of Independent Investigation Office against the High-ranking Officials' Crimes and Legislative Proposal : In the Aspect of Reform for Criminal Justice

Park, Ro-Seop · Jang, Yun-Sik

Recently the task-related corruption scandals of former and current prosecutors have been highly criticized. Thus, the public demanded that there should be a special investigation team solely focusing on prosecution, judiciary and high-ranked officials. Following public opinion, the government proposed a new bill called “the Independent Investigation Office against the High-ranking Officials' Crimes”. However, this bill is merely dividing the prosecution into two instead of preventing corruption within the organization. It can also be problematic to the currently discussed reform of trial-oriented criminal judicature and to the reform of investigation structure for the separation of investigation and indictment as it was declared by the time criminal procedure law was enacted.

Therefore, without discussing the separation between the right to investigate and the right to indict, which has been the main cause of the overpowered prosecution in Korea, this bill, which purpose is to prevent the power monopoly of the prosecution, is likely not to be

accepted by the public in long term. Needed is the subtraction of direct investigation duty of the Special Prosecutors and giving them only the role of controlling the investigation so they can act from an observing point of view. One of such investigation structure is the “Warrant – specialized Prosecutor System”. A Warrant – specialized Prosecutor does not interact with the investigation directly, but can efficiently act as a regulator from a third person perspective. Following this system, the dossiers of suspect interrogation the investigator in charge writes loses its acceptability as evidence in court as it was not written by the prosecutor. This makes it necessary to make court testimonies of the investigators mandatory, which can lead to the possibility of finally leaving the so – called ‘Dossiers Trials’ behind. Furthermore, such reform in both structure and role of Special Prosecutor and Special Investigator will build a three – way anti – corruption system – Investigation, Control and Indictment – and will become an important step to resolve animosity between police and prosecution and bring them closer together.

◆ Key Words : Reform of Prosecution, Independent Investigation Office against High-ranking officials’ Crime, Reform of investigative Authorities, Admissibility of written Statements, Judiciary Controls