

## 고위공직자범죄수사처, 일명 공수처법의 위헌 여부에 관한 검토\*

A study on the constitutionality of the High-ranking Public Officials  
Corruption Investigation Agency Act

조 재 현(Cho, Jae Hyun)\*\*

### ABSTRACT

Until now it has been pointed out that prosecutors are not properly investigating high ranked Officer Crime and has been criticized for their unfairness and partiality. For that reason, judicial reform, especially the reform of prosecutorial power has been constantly. Korean public prosecutors have powerful powers and the power of the prosecutors should be subject to strong checks. There has been discussed about introducing the special prosecutor or the High-ranking Public Officials Corruption Investigation Agency(HOCIA) for a long time in political and academic circles. But the Permanent Special Prosecutor as well as the current limited-time Special Inspection System have a limitation, because the results of investigation by limited-time Special Inspection System were in no respect satisfactory and the Permanent Special Prosecutor also cannot function properly in high ranked Officer Crime investigations unless there is an institutional mechanism for political independence. Therefore, it is necessary to establish HOCIA that can independently investigate and prosecute corruption crime. Actually, Politicians and civic groups have hoped and tried to create a new independent agency investigating and indicting corrupt high-ranking public officials to check power of the prosecutors. The President Moon jae-in has been trying to make the same agency, the National Assembly passed a controversial bill of HOCIA last year and finally HOCIA will be established in July this year. Under the Act of Korean HOCIA, it will be empowered to investigate corruption committed by ranking public officials, including the president, lawmakers, top court justices and prosecutors. Also it has power to prosecute high ranking government officers' corruption and to compete with the prosecutors, therefore HOCIA can directly indict police, prosecutors and judges. But it should not be overinfluenced by the President, keeping political neutrality. In future, it is viewed positively that HOCIA is contributed to reforming the judicial system to horizontal control of the prosecution and completing a mission to promote the democratic value of checks and balances of powerful organizations.

\* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 동아대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Key words: High-ranking Public Officials Corruption Investigation Agency, reform of prosecutorial power, special prosecutor power to investigate, power to prosecute

## I. 들어가며

그 동안 많은 진통 끝에 탄생한 고위공직자범죄수사처(이하 ‘공수처’라 한다.)가 드디어 7월 출범을 앞두고 있다. 이미 오래전인 1996년에 고위공직자범죄수사처 설치와 관련한 법안이 공론화되었다. 그 당시 공수처 설치법은 고위공직자의 부패와 관련된 범죄의 조사와 공소유지 등을 내용으로 하는 부패방지법의 형식으로 제안되었다. 그 후 공수처 설치법은 김대중 정부와 노무현 정부에서 다시 도입을 시도하였으나 무산되었다. 2017년 문재인 대통령 후보가 공수처법을 대선 공약으로 제시하면서 다시 수면위로 올랐다. 2019년 12월 30일 정의당 소속의 윤소하 의원의 수정안이 본회의를 통과하면서 본격적인 공수처 시대를 예고하게 되었다.

2020년 7월 15일 시행을 앞두고 있는 공수처법은 아직도 많은 난항이 예상된다. 공수처장 임명을 위해서는 인사청문회법 개정안 등 후속법안 통과가 필요하다. 공수처장의 임명방식으로 인한 갈등도 쉽지 않을 전망이다. 게다가 공수처법은 현재 헌법재판소에 위헌여부가 계류 중이다. 공수처법에 대한 헌법소원심판은 여러 차례 있었다. 판사출신의 한 변호사는 공수처법이 삼권분립과 법치주의에 반하고 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 공무담임권 등을 침해한다고 주장하며, 2020. 1. 28. 헌법소원심판청구와 효력정지가처분을 신청하였으나, 각하되었다.<sup>1)</sup> 그 밖에도 자기관련성이 없는 변호사들의 헌법소원심판 청구는 모두 각하되었으나,<sup>2)</sup> 지난 2월 미래통합당 강석진의원외 대표로 청구한 헌법소원심판은 정식 심판에 회부하기로 결정했다. 미래통합당은 보도자료를 통해 “공수처법은 전 세계적으로 유례가 없는 초헌법적 국가기관인 공수처 설치를 규정한다.”며, “이는 삼권분립 원칙에 반하며, 국민의 기본권과 검사의 수사권을 침해한다.”고 청구 사유를 밝혔다. 그러면서 “공수처 구성은 대통령, 교섭단체 등이 추천한 사람의 영향력이 강력하도록 규정되었다”고 주장했다. 공수처검사의 영장청구권과 관련해서 “공수처법에는 영장 신청에 관한 규정이 없다”며 “적

1) 현재 2020. 3. 10. 2020헌마270. 공수처법의 입법목적, 실질적인 규율대상, 법 규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 및 규범의 직접적인 수범자에 의한 헌법소원심판 제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려해도 청구인의 자기관련성을 인정할 수 있는 특별한 사정이 있다고 보기 어렵다.

2) 현재 2020. 2. 4. 2020헌마101. 현재 2020. 2. 25. 2020헌마224, 현재 2020. 2. 18. 2020헌마145, 현재 2020. 3. 24. 2020헌마367, 현재 2020. 3. 17. 2020헌마310, 현재 2020. 2. 25. 2020헌마198.

법한 절차에 따라 영장을 청구하고 강제수사를 해야 한다는 헌법상 원칙에 위배돼 국민의 기본권과 검찰의 수사권을 침해한다.”고 주장하였다. 제21대 국회의원 선거 후 미래통합당의 유상범 당선인도 공수처법에 대하여 헌법소원심판청구와 함께 효력정지가처분을 신청하였다. 국회의원도 공수처법의 수사대상이어서, 공수처법의 온전한 시행을 위해서는 헌법재판소의 결정을 기다려야 하는 상황이다.

고위공직자의 부패행위는 국민들의 상대적 박탈감과 소득분배의 불평등으로 이어진다. 부정부패로 인한 이익이 고위공직자 등 특정집단에 쏠림현상이 나타남으로써 결국 고위공직자의 비리와 부패의 실질적인 피해자는 일반 국민이 될 수밖에 없다.<sup>3)</sup> 공수처 설치에 애초에 고위공직자의 부패행위를 방지하기 위한 제도적 장치로 고안된 것이었으나, 지금에 이르러서는 마치 검찰을 견제하기 위한 제도적 장치로 추진되고 있는 것 같은 분위기이다.<sup>4)</sup> 검찰은 수사권과 공소권을 독점한 강력한 권력집단으로서 항상 개혁의 대상이었다. 그렇지만 국민의 신뢰를 얻는데 실패하였다. 검찰을 지칭하는 부정적인 신조어가 연이어 탄생하는 것도 반복되는 검찰권 남용의 경험<sup>5)</sup>이 국민의 신뢰획득에 실패하였음을 반증하는 것이다. 과거 스폰서 검사, 벤츠검사 등에 이어 최근에는 유검무죄라는 신조어까지 탄생하였다. ‘제왕적 검찰’이라는 수식어와 함께 이제 검찰개혁의 문제는 국가과제의 실현의 문제로 간주된다.<sup>6)</sup> 그 동안 검찰개혁의 대안으로 추진되었던 특검제도, 상설특검의 설치, 검찰시민위원회 등 많은 개혁방안이 제시되고 실시되었다. 그렇지만 그러한 제도의 도입과 현행 사정기관의 작동으로는 검찰에 대한 내부적·외부적 통제효과가 나타나지 않는다는 점이 공수처법의 제정을 가져오게 되었다. 기능적 독립성, 수사 및 기소권을 갖는 공수처의 신설은 검찰개혁과 부정부패의 척결이라는 두 마리 토끼를 잡기 위한 방안으로 도입되었다. 이제 공수처법은 본래의 목적으로 향해야 한다. 고위공직자의 부패를 척결함으로써 국민의 권익을 보장한다는 공수처의 출발점으로 돌아가야 한다. 이하에서는 공수처법 실시에 앞서 제기되는 문제점들에 관하여 검토한다.

## II. 공수처법안의 제정역사

1996년 류재건의원 등이 부정부패의 근절을 위하여 고위공직자비리조사처(일명 고비처)를 설치하여 고위공직자의 부정부패와 관련된 범죄의 조사와 공소제기 및 유지를 직무로

3) 김병수, “국민을 위한 고위공직자비리수사처 설치방안”, 『동아법학』 제80호, 2018. 8, 8면.

4) 김성천, “고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰”, 『중앙법학』 제21권 제4호, 2019. 12, 48면.

5) 명재진, “헌법문제로서의 검찰개혁”, 『헌법학연구』 제17권 제4호, 2011, 제57면.

6) 박준휘 외5인, “고위공직자범죄수사처에 관한 연구”, 『형사정책연구권 연구총서』, 2019. 12, 309면.

하는 부패방지법<sup>7)</sup>을 발의하였으나, 이는 철회되었다. 2002. 10. 25. 신기남의원이 대표발의 한 고위공직자비리조사처설치법안은 임기만료로 폐기되었다. 이 시기에는 고위공직자비리조사처신설추진안에 대한 반대법안도 제시되었다. 노무현 대통령은 부패방지위원회 업무보고 자리에서 부방위 산하에 2002년 대통령선거공약사항의 하나인 고위공직자비리조사처신설 방안을 마련하라고 지시하여, 고비처 신설방안이 기정사실화 되어가자, 부패척결과 검찰개혁이라는 미명하에 실질적으로는 자신의 권력기반 구축 및 공고화를 위한 제3의 기관을 신설하겠다는 의도라고 주장하면서, 김성조의원 등이 2004. 8. 13. 고위공직자비리조사처신설추진계획백지화촉구결의안을 제안하였으나 이 안도 임기만료로 폐기되었다.

본격적으로 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안이 제안된 것은 2010년이 되면서부터이다. 양성조의원이 2020. 4. 9. 대표발의 한 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안, 이정희의원이 2010. 5. 18. 대표발의 한 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안, 김동철의원이 2012. 7. 4. 대표발의 한 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안, 양승조의원이 2012. 7. 13. 대표발의 한 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안, 이상규의원이 2012. 9. 6. 대표발의 한 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안 등이 제안되었으나, 이 안들은 모두 임기만료로 폐기되었다.

노회찬의원이 2016. 7. 21. 대표발의 한 고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안, 박범계이원이 2016. 8. 8. 대표발의 한 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안, 양승조의원이 2016. 12. 14. 대표발의 한 고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안, 오신환의원이 2017. 10. 31. 대표발의 한 고위공직자부패방지처법안, 송기현의원이 2018. 11. 13. 대표발의 한 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 등도 지난 20대 국회에서 발의된 법률안이다. 백혜련의원은 2019. 4. 26. 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안을 발의하였으며, 권은희의원도 2019. 4. 29. 고위공직자부패수사처 설치 및 운영에 관한 법안을 발의하였다. 백혜련의원 안과 권은희의원 안은 큰 차이가 없으며, 공수처의 독립성이 문제가 되자, 공수처의 독립성 보장을 위하여 정의당의 윤소하 원내대표가 대표발의한 수정안을 2019년 12월 30일 국회에서 가결하여 완성된 안을 더불어민주당과 그 밖의 정당 ‘4+1’협의체로 구성하여, 자유한국당 소속 의원들이 퇴장한 가운데 국회법에 따라 전자투표방식으로 표결하여 통과되었다.

7) 부패방지법 제111조 및 제112조.

### Ⅲ. 공수처법의 내용과 위헌성 논쟁

#### 1. 공수처의 독립적 지위와 소속

##### (1) 공수처의 독립적 지위

공수처는 처장, 차장, 수사처검사, 수사처수사관, 직원 등으로 구성된다. 수사처의 사무를 통할하고 소속 직원을 지휘·감독하는 공수처장은 인사청문회를 거쳐 대통령이 임명한다. 대통령은 고위공직자범죄수사처장 후보추천위원회가 추천한 2인 중 1인을 지명하여 임명하게 된다.<sup>8)</sup> 공수처장의 추천을 위하여 국회에 고위공직자범죄수사처장 후보추천위원회를 둔다. 고위공직자범죄수사처장 후보추천위원회는 위원장 1명을 포함하여 7명의 위원으로 구성한다. 국회의장은 법무부장관, 법원행정처장, 대한변호사협회장, 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 추천한 2명, 앞의 교섭단체 외의 교섭단체가 추천한 2명을 위원으로 임명하거나 위촉한다. 위원장은 위원 중에서 호선한다.

공수처 설치에 반대하는 입장은 공수처의 정치적 중립성의 확보와 직무상의 독립성에 관한 문제를 제기한다. 가장 심각한 문제점으로 공수처장을 대통령이 임명하도록 한다는 점을 지적한다. 공수처장추천위원회의 추천을 전제로 임명하는 것이지만, 국회에서 구성하도록 하고 있는 추천위원회가 정치인들의 뜻에 따라 구성될 수밖에 없으므로 정치적 독립성을 유지하기 어렵다는 것이다.<sup>9)</sup> 공수처의 독립성 보장을 위한 특별한 제도적 장치가 마련되지 않는 상황에서 공수처가 정치적으로 독립성을 확보하여 직무를 수행한다는 것은 어렵다는 것이다. 또한 제왕적 대통령제 하에서 공수처는 또 다른 권력기관으로 변질될 위험성을 내포하고 있다는 점을 지적한다. 제어되지 않는 검찰의 권력이 문제되는 것이 아니라, 제왕적 대통령으로서의 권력 행사 관행이 지속되는 한 공수처는 권력의 또 다른 하수인으로 전락할 수밖에 없다고 본다. 공수처의 기능을 수행하는 국가기관을 아무리 많이 설치한다고 해도 그것은 결국 제왕적 대통령제의 문제가 해소되지 않는 한 권력통제의 효과는 요원하다는 것이다.<sup>10)</sup>

현행법상 대통령이 임명하는 고위공직자, 예컨대 대법원장, 대법관, 헌법재판소장, 헌법재판소 재판관에 대해서는 정치적 중립성을 의심하지 않으면서, 유독 공수처장에 대해서는 정치적 중립성이라는 프레임으로 비판을 하는 것은 적절하지 않다. 수사기관 또는 사정기관이어서 정치적 독립성이라는 구도로 비판을 한다는 것은 검찰총장에게도 동일하게 적용되므로, 공수처장을 대통령이 임명한다는 점에 대한 비판은 설득력을 얻기 어렵다.<sup>11)</sup> 다른 공직

8) 공수처법 제5조 제1항.

9) 김성천(주 4), 55면.

10) 권기돈, “독립적 공수처 만들기 위해 신중 기해야”, 『월간 공공정책』 제160호, 2019. 2, 23면.

자들에 대한 국회의 동의라는 요소를 적용하는 것 역시, 공수처장의 임명과정에서도 국회에 고위공직자범죄수사처장 후보추천위원회의 구성방식과 추천과정에서의 공정한 임명, 추천 및 검증과정을 거칠 수 있다는 점을 고려한다면 타당한 비판으로 보기 어렵다.

그리고 공수처 설치를 위한 반대논리로서 제왕적 대통령제의 하수인으로 평가하는 것은 대한민국 민주화의 현주소를 고려한다면 적절하지 않은 비판이다. 그 동안 민주화 과정을 거치면서 대통령제에 관한 헌법규범과 헌법현실의 갭이 많이 축소되었다. 현직 대통령이 탄핵을 경험하는 초유의 사태에 이어 대통령 최측근에 대한 검찰의 수사와 불가침의 영역으로 간주되었던 청와대에 대한 압수수색 영장의 발부는 살아있는 최고의 권력도 부패와 부정으로부터는 자유롭지 못하다는 점을 웅변으로 알려준 것이다. 우리 국민의 민주적 역량은 최고의 규범에 대한 실천의지를 가지고 있다. 따라서 규범적으로 최선의 민주화를 지향한다면 그것을 수용할 국민적 역량을 갖추고 있다. 공수처법에서는 공수처 및 구성원의 직무상 독립에 관한 규정, 공수처장의 임명에 관한 통제방식, 직무수행에서 대통령의 개입을 배제하는 규정 등을 두고 있다. 공수처법 제3조에서 수사처는 권한에 속하는 직무를 독립해서 수행한다고 규정한다.<sup>12)</sup> 대통령과 대통령비서실 공무원은 수사처의 사무에 관하여 특정한 행위를 하는 것이 제한된다. 즉 수사처 사무에 관한 업무보고나 자료제출 요구, 지시, 의견 제시, 협의 등의 직무수행과 관련하여서는 일체의 행위를 하지 못하도록 규정한다.<sup>13)</sup> 공수처장후보추천위원회 위원 및 공수처 공무원의 정치적 중립과 직무상 독립성을 규정한다.<sup>14)</sup> 추천위원회 위원은 정치적으로 중립을 지키고 독립하여 직무를 수행한다. 수사처 소속 공무원은 역시 정치적 중립의무가 있으며, 직무수행에 있어서 외부로부터 어떠한 지시나 간섭을 받지 않는다. 결국 대통령이 공수처장을 임명하지만, 기능적 권력통제이론에 따라 공수처장의 임명에도 대통령의 임명행위에 직접적·간접적 통제수단을 마련하고 있다. 국회에 설치된 공수처장 후보추천위원회의 설치근거와 구성방식에서 그러한 원리를 볼 수 있다. 현행 헌법상 대통령이 국무총리, 대법원장, 헌법재판소장 등 국가의 고위공무원을 임명함에 있어서 국회의 동의를 얻도록 하고 있다. 헌법재판소의 재판관 선출과 중앙선거관리위원회 위원의 구성에 대통령 외에도 국회와 대법원장이 관여하도록 하고 있는 것 역시 그러한 원리의 반영으로 볼 수 있다. 그리고 공수처 구성원들의 직무독립성 보장에 관한 규범체계 역시 갖추고 있다. 공수처의 기능과 직무수행이 남용될 것이라는 것은 공수처법 자체에 내재되어 있는 문제는 아니며, 모든 국가권력이 그러하듯이 운영과정상에 나타나는 문제이다. 운영과정상 확정적이지도 않은 발생할 수 있는 막연한 우려를 이유로 권력통제에 의한 공정사회 지향을 목표로 고안된 제도를 미리부터 포기하는 것은 합리적 선택이라 할 수 없다.

11) 김지미, 법률신문, 2019. 12. 5.

12) 공수처법 제3조 제2항.

13) 공수처법 제3조 제3항.

14) 공수처법 제6조 제6항, 제22조.

공수처의 목적은 고위공직자의 부패통제이지만, 그 근거에는 검찰에 대한 수평적 통제에 의한 검찰의 권력을 분산한다는 목표를 가지고 있다.<sup>15)</sup> 검찰개혁의 일환으로 고안된 공수처 설치를 저지하기 위한 반대를 위한 반대논리로서 제기되는 공수처장의 임명방식과 공수처의 정치적 중립성 및 독립성에 관하여 제기되는 비판은 수용하기 어렵다.

## (2) 공수처의 소속

공수처 소속의 문제는 공수처의 독립성과 관련되는 중요한 문제이다. 과거 공수처 소속을 두고 대통령 소속기관으로 설치하는 방안, 법무부나 국가인권위원회에 설치하는 방안, 어느 기관에도 속하지 않는 독립기관으로 설치하는 방안 등이 논의되었다. 신기남의원이 발의한 법안에서는 공수처를 대통령 소속기관으로 하고 있었으며, 김동철의원과 양승조의원 등이 발의한 법안은 독립기구로 설치하는 방안이다.<sup>16)</sup>

현행 공수처법에 의하면 공수처는 소속기관이 없다. 공수처법은 독립기관으로서 공수처를 설치한다. 이에 대하여 헌법에 그 설치근거를 두지 않으면서, 수사 및 소추기관으로서 공수처를 행정부 어디에도 속하지 않는 독립기구로 설치하는 것은 초헌법적이고 위헌적이라는 지적이 있다.<sup>17)</sup> 수사와 기소는 행정작용이므로 헌법에 설치근거가 없는 공수처를 입법·행정·사법 어디에도 속하지 않는 독립기구로 설치하는 것은 권력분립원칙에 위배될 소지가 있다는 것이다.

헌법상 헌법상 독립기구로는 중앙선거관리위원회가 있으며, 헌법에 설치근거를 두지 않고 법률상의 독립기구로 설치된 국가기관으로는 국가인권위원회가 있다. 헌법재판소는 헌법에서 감사원 등의 설치근거 규정을 두는 것은 기관의 성격이나 업무의 중요성을 감안하여 특별히 헌법에 그 설치 근거를 명시한 것에 불과할 뿐이며, 이러한 헌법규정이 법률에 근거를 두는 법률기관의 설치를 금지하는 취지는 아니라고 결정하여, 법률에 근거한 독립적 행정기관의 설치를 가능한 것으로 보고 있다. 그 때문에 공수처가 비록 헌법적 근거규정을 두고 있지는 않다고 하더라도 국가인권위원회처럼 법률상 독립행정기관으로 설치할 수 있다.<sup>18)</sup> 입법·행정·사법 어디에도 속하지 않는 독립적 국가기관으로서 공수처가 기능적 독립성을 유지할 수 있다면, 그것의 설치가 헌법적으로 금지되는 것은 아니다.<sup>19)</sup> 여기에 대해서는 공수처의 성격이 국가인권위원회와 차이가 있기 때문에 공수처를 설치하는 것은 권력

15) 김성돈, “고위공직자 범죄수사처 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 『성균관법학』 제30권 제1호, 2018. 3, 171면.

16) 조재현, “공직자부패통제방안으로서 특별검사제와 고위공직자범죄수사처의 설치에 관한 제언”, 『한국부패학회보』 제15권 제4호, 2010, 161면.

17) <http://www.futurekorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=134159>(김태훈, 미래한국, 2020. 5. 28.).

18) 김병수(주 3), 24면.

19) 김성돈(주 15), 184면.

분립원칙에 위반될 수 있다는 혐의로부터 완전히 자유로울 수 없다는 의견이 있다. 즉 국가 인권위원회는 독립기관이지만 위원회의 결정이 단지 권고적 효력만을 가질 뿐이어서, 수사 기관으로서 국민의 기본권과 관련이 있는 공수처와는 다르다는 것이다.<sup>20)</sup>

공수처의 소속과 권력분립의 문제를 연계하여 공수처 설치 반대논리로 제시하는 것은 비판의 명확성과 타당성을 인정하기 어렵다. 독립기관으로서 공수처의 소속을 정하지 않는다는 비판은 행정권을 수행하는 공수처를 행정기관에 속하지 않도록 하는 것이 문제라는 것 인지, 공수처가 수행하는 직무의 성격상 행정기관에 속하도록 하는 것이 적절하지 않음에도 불구하고 입법부나 사법부 소속으로 하지 않은 점이 문제라는 것인지가 명확하지 않다. 만약 공수처를 입법부나 사법부에 설치하도록 한다고 하더라도 그것은 권력분립위반의 문제를 가져오지 않는다. 권력분립원칙은 국가권력의 기계적 분립이라든가 엄격한 절연을 의미하지는 않는다. 권력 상호간의 견제와 균형을 통한 기능적인 국가권력의 통제를 의미한다. 따라서 국가기관 구성에 있어서 입법부, 행정부, 사법부가 기능적 분담을 전제로 그 권한을 나누어 가지는 것은 헌법상 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라 오히려 권력분립원칙을 적극적으로 실현하는 것으로 보아야 한다.<sup>21)</sup> 현대의 기능적 통제이론과 통치구조의 체계정당성에 의한다고 하더라도 공수처의 소속기관을 어디로 정할 것인가의 소속기관 문제는 권력분립원칙에 있어서 본질적이지 않다. 기능적 독립성을 확실하게 보장받는 공수처의 신설은 검찰개혁방안과 부정부패의 척결이라는 목적을 함께 실현할 수 있는 방안이다. 공수처의 조직상 독립성은 부패척결을 위한 수사기관으로서 외부권력으로부터 독립하여 부정부패사건의 수사과 기소를 위한 기능수행을 강화해준다. 부정부패 전담기구로서 공수처의 신설은 그 동안 강력한 권한을 바탕으로 통제가 불가능할 정도로 비대해진 검찰에게 집중된 권력을 수평적으로 분산하는 것을 가능하게 해 준다. 정치적으로 민감한 사건이나 헌법적 결단을 필요로 하는 사건에 대하여 법원의 부담을 헌법재판소가 맡아서 해결 하듯이 공수처는 검찰에게 부담으로 작용할 수 있는 민감한 사건에 대하여 검찰의 부담을 덜어주는 역할을 수행할 수 있다. 그렇기 때문에 공수처 소속이나 직무수행의 권력분립원칙 위반요소보다는 공수처가 방향을 잃지 않도록 하는 것이 더욱 중요한 문제이다.<sup>22)</sup> 공수처와 검찰의 수평적·기능적 독립성을 구체적으로 어떻게 보장하면서 실현할 것인가 하는 문제와 기능적으로 독립된 공수처가 본래적 과제수행에서 이탈하지 않도록 어떻게 좌표를 설정하고 이탈 가능한 권력을 통제하는가 하는 것이 본질적 요소이다.<sup>23)</sup> 헌법재판소는 특별검사의 임명에 기능적 권력통제의 관점에서 여러 국가기관의 관여를 헌법적 관점에서 정당한 것으로 파악한다. 헌법재판소는 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 제도적 견제장치로서 도입된 특

20) 김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토”, 『형사법의 신동향』, 제54호, 2017. 3, 83-85면.

21) 김성돈(주 15), 198면.

22) 김병수(주 3), 20면.

23) 김성돈(주 15), 208면.



별검사의 임명에 관한 권한을 헌법기관에 분산시키는 것이 권력분립의 원칙에 반하지 않는다고 결정하였다. 사법적 정의를 확보하기 위하여 특별검사의 도입을 입법부가 결정하고, 대통령과 그 밖에 헌법기관이 임명절차에 권한을 나누어 가지는 것은 대통령과 정치권력으로부터 독립된 특별검사의 지위를 인정하려는 기능적 권력통제의 관점에서 바람직하다는 것이다.<sup>24)</sup> 그 동안 시행되었던 사안별 한시적 특별검사와 마찬가지로 공수처에 입법·행정·사법과는 절연된 독립성을 인정하더라도 그것은 고전적 의미의 권력분립이 아닌 기능적 독립성과 기능적 권력통제의 관점에서 위헌시비를 해소시킬 수 있다.<sup>25)</sup>

### (3) 공수처의 민주적 정당성

오늘날 검찰에게도 민주적 정당성을 강화할 것이 요구된다.<sup>26)</sup> 공수처 역시 직무의 성격과 직무의 범위를 고려한다면 국민의 뜻이 간접적으로 투영되는 것이 바람직하다고 할 것이다. 현행 공수처법에 의하면 공수처는 국민에 의해 직접 권력을 부여받는 구조가 아니기 때문에 민주적 정당성이 결여되어 있다는 비판도 존재한다.<sup>27)</sup> 공수처에 부여된 수사권과 기소권 모두 국민으로부터 직접적인 민주적 정당성을 부여받은 대통령이나 법무부장관에 의한 지휘나 통제 가능성이 없어 민주적 정당성에서 문제가 있다는 지적<sup>28)</sup>이다. 그 외 사후적인 민주적 통제수단의 필요성도 주장된다. 공수처의 수사권과 기소권에 대한 사후적인 민주적 통제절차로서 국정감사나 국정조사 등의 민주적 통제장치를 갖출 필요가 있다는 것이다.<sup>29)</sup>

공수처에 대하여 민주적 정당성을 강화하는 것은 국민의 의사에 충실한 조직을 희망한다는 점에서 보다 바람직한 제도선택이라 할 수 있다. 공수처의 민주적 정당성 강화의 방법으로 국회의 통제나 대통령의 실질적 통제 하에 둔다면 민주적 정당성의 측면에서는 아무런 문제가 발생하지 않는다. 또한 국민의 직접선거 방식에 의하여 공수처장을 선출하도록 하는 것은 민주적 정당성의 문제를 말끔히 해소할 수 있다.<sup>30)</sup> 그렇지만 국회나 대통령의 실질적 통제 하에 두는 것인 정치적 중립성과 직무상의 독립성 확보라는 난제에 직면하게 된다. 국민의 직접선출 방식이 가장 바람직하겠지만, 그것을 관철하는 것이 요구된다면 검찰총장을 비롯한 모든 중요한 국가기관은 헌법적 결단에 의한 국민의 직접선거 방식에 의해야 하는

24) 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468.

25) 김성돈(주 15), 198면.

26) 명재진(주 5), 53면.

27) 김태우(주 20), 81-83면.

28) 김해원, “독립행정기관에게 입법권을 수권하는 법률에 대한 헌법적합성 심사로서 권한법적 통제”, 『법학연구』 제23권 제3호, 2015, 79면.

29) 서보건, 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(공수처)」에 대한 법제도적 과제와 전망, 한국비교공법학회 제98회 학술대회 발표문, 2020. 5, 33면.

30) 김성돈(주 15), 196면.

결과를 가져올 수 있다. 공수처 설치에 민주적 정당성이 간접적으로 투영된다고 하여 그것이 곧 헌법위반 내지는 심각한 규범 상호간의 체계정당성의 위반을 의미한다고는 볼 수 없다. 현행 공수처법의 제정은 국민의 대표기관인 국회의 입법형식으로 제정되었다. 공수처의 조직과 구성에 있어서도 국회, 대통령의 관여 등 민주적 정당성이 투영되는 통로를 마련하고 있다. 공수처장의 임명은 대통령이, 후보자의 추천에는 국회의 관여가 있다. 즉 간접적·절차적 민주적 정당성을 확보하기 위한 법적 시스템을 구축하고 있다.<sup>31)</sup> 공수처의 조직 및 구조에 있어서 민주적 정당성 결여를 이유로 한 위헌논의는 공수처의 권한과 책임에 대한 디자인의 문제로 보지 않고 오로지 새로운 조직에 대한 반대를 위한 성급한 주장으로 밖에 볼 수 없다.<sup>32)</sup>

## 2. 공수처의 권한

### (1) 검찰권과 통제

현행법상 수사권은 경찰과 검찰이 모두 갖고 있으나, 검찰은 수사지휘권, 영장청구권, 기소권을 독점하고 있다. 공수처는 검찰에 독점되어 있는 영장청구권과 기소권을 분산하여 수평적인 견제와 균형의 시스템을 확보하고자 하는 것이다.<sup>33)</sup> 수사권과 기소권을 포함하는 검찰권은 기소독점주의와 기소편의주의를 통해서 강하게 보장되고 있으며,<sup>34)</sup> 그 동안 검찰은 강력한 권력을 가진 ‘슈퍼권력기관’<sup>35)</sup>으로서 지위를 누려왔다.<sup>36)</sup>

검찰의 강력한 권한행사는 오랫동안 검찰개혁이라는 못매를 맞고 있다. 검찰의 수사는 특정 고위공직자와 살아있는 권력에 대해서는 소극적이었다. 특히 검찰 내부의 비리 통제에는 구조적인 한계를 보였다. 자신에 대하여 영향력을 행사할 수 있는 잠재적인 위협세력에 대한 수사과 검찰 조직 자체에 대한 수사는 검찰 스스로가 담당하기에는 구조적인 한계가 있다. 대통령을 비롯한 살아있는 권력과 결탁한 검찰에게 측근비리 수사라는 것은 현실적으로 무리이다.<sup>37)</sup>

그 동안 검찰권한의 개혁방안으로 수사와 기소권을 분리하는 방안, 특검 및 상설특검 등의 방안이 주장되었다.

31) 김병수(주 3), 19면.

32) 김성돈(주 15), 196면.

33) 박준휘 외 5인(주 6), 347면.

34) 박준휘 외 5인(주 6), 65면.

35) 박준휘 외 5인(주 6), 66면.

36) 정웅석, “고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰”, 『형사법의 신동향』 제57호, 2017. 12, 239면.

37) 김병수(주 3), 3면.

검찰 권력의 분산방안으로 수사권과 기소권을 분리하자는 방안은 다양한 유형이 있을 수 있다. 검찰과 경찰의 수사권 조정 방안, 검찰은 기소에만 전념하도록 하고 수사권은 경찰에게 맡기도록 하는 수사권 독립에 관한 주장 등이 그것이다.<sup>38)</sup> 공수처 설치와 함께 수사권을 조정하는 방안, 공수처 설치의 대안으로서 수사 및 기소권한의 조정 방안 등이 꾸준히 주장되어 왔다. 검찰과 경찰의 수사권 조정에 관한 문제는 아직도 현재 진행형이다. 공수처법은 그와 별개로 검찰과 공수처가 각각 수사권과 기소권을 가지도록 함으로써 그들 간에 권한을 수평적·기능적으로 분산시키고 있다. 수사와 기소 권한은 검찰에게 부여된 독점적 영역이 아니라는 점은 비교법적으로도 확인된다. 미국, 영국, 독일 등의 형사사법절차에서 검찰과 경찰은 수사권과 기소권을 합리적으로 배분하여 행사하고 있다는 사실을 통해서도 알 수 있다.<sup>39)</sup> 권력형 비리와 정경유착을 척결하기 위해서는 검찰의 수사권과 기소권을 분산하는 방안은 검찰의 권한을 실효적으로 견제하기 위한 불가피한 선택이다. 수사권·기소권 분산에 대하여 명백한 근거를 제시하지 않는 지속적인 반대는 검찰개혁을 저지하려는 세력으로 치부될 수밖에 없을 정도로 시민사회에 흡입력 있는 주장으로 자리 잡고 있다.<sup>40)</sup>

특별검사의 도입 역시 많은 논의를 거쳐 1999년 이른바 ‘아웃비 특별검사’와 ‘조폐공사 파업유도 특별검사’를 시작으로 한시적 특별검사제가 도입되었다. 특정사건에 대하여 특별검사를 임명하여 맡길 필요가 있다는 합의가 있는 경우 특별검사임명에 관한 법률을 제정하여 특별검사에 의한 수사를 맡도록 하는 것이다. 그러나 한시적 특별검사제는 실시 경험에서 이미 여러 가지 문제점들이 나타났다. 특별검사 임명이 정치적 협상의 결과에 따라 좌우되었다는 점, 특별검사팀이 한시적으로 운영됨으로써 이를 급조할 수밖에 없는데, 결국 기존의 검찰조직에서 특별검사팀을 임명하게 됨으로써 특별검사의 공정성과 독립성에 문제가 발생할 수 있다는 점,<sup>41)</sup> 특별검사제를 실시하여 정략적 차원의 정치적 여론재판을 계속할 경우 정치적 혼란만 가중될 뿐이며, 국정운영에 방해가 될 우려가 있다는 점<sup>42)</sup> 등이다. 이러한 특별검사제의 운용경험에서 나타난 문제점들에 대한 반성적 고려에서 주장된 것이 상설특검과 공수처의 도입이었다.

공수처 도입이 사실상 쉽지 않았던 그 동안의 현실에서는 상설특검제 도입이 끊임없이 주장되었다. 2014년에는 상설특검법이 제정되었다. 그렇지만 2014년 국회를 통과한 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」(이하 ‘상설특검법’이라 한다.)에 의해 도입된 특검제도는 그 동안 주장되었던 상설특검제도와는 거리가 멀어도 한참 멀었다. 상설특검법은 무엇보다도 특별검사의 임명절차, 특검대상 사건과 발동요건, 특검의 수사기간 등을 미리 정하고 있어서 기본적으로 한시적인 사안별 특검과 크게 차이를 발견하기 어렵다. 이전의 사안별 특검제도

38) 김성돈(주 15), 186면.

39) 김병수(주 3), 19면.

40) 김성돈(주 15), 186면.

41) 조재현(주 16), 155면.

42) 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468.

와 마찬가지로 조직화 된 상설기구를 갖추고 있었다고 할 수도 없다.<sup>43)</sup> 상설특검법은 특별검사의 독립적 지위와 정치적 중립성에 관한 규정을 두었으나, 검찰과는 별개의 독립된 조직으로 설치된 공수처나 원래 의도하였던 상설특검과는 거리가 있었다. 상설특검법만 상시적으로 존재하고 있었을 뿐이며, 특별검사가 상시로 존재하는 것이 아니었다는 점에서 진정한 의미에서 상설특검이라 할 수 없었으며, ‘제도특검’으로 간주되었다.<sup>44)</sup> 이는 무늬만 특검일 뿐 특별검사를 임명하는 절차에 관한 ‘임명절차법’에 불과하다는 비판을 받고 있다.<sup>45)</sup> 상설적인 특검제를 계획하고 발의된 상설특검법안이었지만, 국회의 심의과정에서 정치적 타협의 결과로 법안의 명칭에서 ‘상설’이라는 중요한 요소가 삭제된 채 가결됨으로써 실효성 없는 ‘식물법’이라는 오명을 가진 법으로 전락하였다. 특검을 위해서는 국회의 의결을 거치도록 하고 있어서 국회에서 정치적으로 타협이 이루어지지 않는다면 특검의 개시조차 어렵다는 점도 그러한 비판에 힘을 실어주고 있다.<sup>46)</sup> 이전에 논의되고 계획되었던 상설특검은 특정사안에 대한 한시적·사안별 특별검사와 구별되고, 공수처와 유사한 제도로 평가된 것이었지만, 지금 도입된 상설특검법은 공수처와는 상당한 차이가 있어서 같은 선상에서 평가할 수 없다.

## (2) 공수처의 권한

### 1) 수사 및 기소권한

공수처는 검사, 수사관 및 직원으로 구성되며, 고위공직자범죄 및 관련범죄에 대한 수사, 공소제기 및 유지에 관한 권한을 행사한다. 수사처검사는 대통령이 임명하며, 수사처수사관은 공수처장이 임명한다. 공수처법에서 수사처검사는 변호사 자격을 10년 이상 보유한 자일 것을 요구하면서, 재판이나 수사 및 조사업무를 수행한 경력이 있을 것을 필요로 한다. 임명과정에서도 인사위원회의 추천을 거치도록 함으로써 대통령의 남용가능성에 대한 통제수단을 두고 있다. 수사처수사관 역시 변호사 자격을 보유하거나, 7급 이상 공무원으로서 조사나 수사업무에 종사한 경력을 필요로 한다. 수사처수사관은 일반직공무원으로 보하고, 40명 이내로 하며, 검찰청으로부터 검찰수사관을 파견 받은 경우에는 이를 수사처수사관의 정원에 포함한다.

수사처검사는 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 행위를 한다.<sup>47)</sup> 수사처검사는 고위

43) 김성돈(주 15), 172면.

44) 김성돈(주 15), 191-192면.

45) 하태훈, “고위공직자비리수사처 신설 등 조직·행정 측면의 개선과제”, 검찰권에 대한 통찰 및 정책적 과제(국회입법조사처), 2017, 15면.

46) 성중탁, “『특별검사의 임명 등에 관한 법률』, 『특별감찰관법』에 대한 입법평가”, 『입법학연구』 제14집 1호, 2017, 101-115면.

47) 공수처법 제20조.

공직자 등이 범죄혐의가 있다고 인정하는 때에는 수사를 하여야 하며,<sup>48)</sup> 수사처수사관은 수사처검사의 지휘·감독을 받아 직무를 수행한다.<sup>49)</sup> 고위공직자범죄는 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 「형법」 제122조부터 제133조까지의 죄, 직무와 관련되는 「형법」 제141조 등, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조의 죄, 「변호사법」 제111조의 죄, 「정치자금법」 제45조의 죄, 「국가정보원법」 제18조, 제19조의 죄, 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」 제14조제1항의 죄, 가목부터 마목까지의 죄에 해당하는 범죄행위로 인한 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조제4호의 범죄수익등과 관련된 같은 법 제3조 및 제4조의 죄 등의 하나에 해당하는 죄 중 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다. 다만, 가족의 경우에는 고위공직자의 직무와 관련하여 범한 죄에 한정한다. 고위공직자는 대통령, 국회의장 및 국회의원, 대법원장 및 대법관, 헌법재판소장 및 헌법재판관, 국무총리와 국무총리비서실 소속의 정무직공무원, 중앙선거관리위원회의 정무직공무원, 「공공감사에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 중앙행정기관의 정무직공무원, 대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원 소속의 3급 이상 공무원, 국회사무처, 국회도서관, 국회예산정책처, 국회입법조사처의 정무직공무원, 대법원장비서실, 사법정책연구원, 법원공무원교육원, 헌법재판소사무처의 정무직공무원, 검찰총장, 특별시장 등의 지방자치단체장 및 교육감, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원, 장성급 장교, 금융감독원 원장·부원장·감사, 감사원·국세청·공정거래위원회·금융위원회 소속의 3급 이상 공무원 등의 하나의 직에 재직 중인 사람을 말한다. 위의 직에서 퇴직한 사람도 포함하며, 장성급 장교는 현역을 면한 이후도 포함된다. 가족은 배우자와 직계존비속을 말한다. 다만, 대통령의 경우에는 배우자와 4촌 이내의 친족을 말한다.

공수처의 탄생배경에는 그 권한행사의 범위로서 수사권이 포함된다는 것은 당연한 논리적 귀결이다. 그런데 공수처에 수사권뿐만 아니라 기소권을 부여할 것인가는 공수처의 설치와 관련하여 가장 첨예한 쟁점이 되었다. 그 동안 검찰의 독점적 권한 영역을 인식되어 온 기소권을 공수처에 부여한다는 것은 그 동안 누려왔던 검찰의 독점적 지위에 대한 와해를 의미할 수도 있기 때문이다. 그 때문에 공수처에 수사권과 기소권을 함께 부여하는 것에 대해서는 강력한 반대가 있었다. 입법·행정·사법 어디에도 속하지 않는 공수처에 행정권에 속하는 수사권과 기소권을 부여하는 것은 권력분립원리에 반한다는 것이다.<sup>50)</sup> 수사와 기소는 형사절차에서 핵심적 영역으로서 국가의 행정목적 달성을 위해서는 통일적 권한행사<sup>51)</sup>가 이루어져야 하는 행정영역이기 때문에 행정권의 본질적 기능을 독립기관인 공수처에 부여할 수 없다는 것이다.<sup>52)</sup> 또한 수사권과 기소권을 공수처가 행사하도록 인정하는 것은 공

48) 공수처법 제23조.

49) 공수처법 제21조.

50) 김태우(주 20), 83-85면.

51) 정웅석(주 36), 49면.

52) 김태우(주 20), 85-89면.

소제기의 통일성과 효율성이 저해할 뿐만 아니라 검찰, 경찰, 공수처 상호간의 권한을 매개로 한 다툼이 발생할 우려가 있다는 점도 지적한다. 이러한 주장의 핵심은 공수처에는 수사권과 기소권을 부여하는 것은 적절하지 않으며, 비록 수사권은 양보하더라도 기소권은 인정해서는 안된다는 것이 핵심이다.

검찰과 공수처의 기능 중복으로 경쟁적인 중복수사의 우려에도 불구하고 공수처에 수사권뿐만 아니라 기소권을 부여하는 것은 다른 모든 권력과 마찬가지로 검찰권의 행사도 견제와 균형의 관점에서 통제 필요성이 발생하였기 때문이다.<sup>53)</sup> 수사권, 수사지휘권, 영장청구권, 수사종결권, 기소권 등의 검찰권을 가진 슈퍼권력기관<sup>54)</sup>인 검찰을 견제하고, 기소독점주의의 폐해를 통제하기 위하여 공수처에 기소권을 부여하는 것은 기소다원주의를 지향하는 검찰개혁의 방향에서 필수적으로 요청된다.<sup>55)</sup> OECD 국가 내에서 부패범죄에 대한 수사 및 기소를 담당하는 별도의 기관을 설치한 사례를 찾는 것은 어렵지 않다. 수사권과 기소권이 결합된 형태가 비교적 다수를 차지하고, 오히려 수사권 또는 기소권만을 가진 기관은 찾아보기 힘들다.<sup>56)</sup> 주요 선진국의 경우, 수사권과 기소권을 검찰권으로 포괄하여 한 기관에 독점적으로 부여하는 경우는 찾기 힘들다. 영미의 경우 검사는 기소권과 수사협조의 권능을 가지며, 특히 영국에서는 경찰이 상당수의 경죄에 대한 기소권을 갖고 있고, 중대부정수사처(SFO, Serious Fraud Office) 등도 수사권 및 기소권을 갖고 있다. 미국에서는 대배심(grand jury)의 기소결정권은 연방검찰의 권한을 제약한다.<sup>57)</sup>

검찰의 기소독점주의와 기소편의주의에 대한 예외를 인정할 것인지의 여부에 관하여 우리 헌법재판소는 폭넓은 입법재량이 인정된다고 결정하였다.<sup>58)</sup> 헌법재판소는 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 예외로서 특별검사제도를 인정할지 여부, 검찰의 기소독점주의의 적절성, 검찰권 행사에 대한 통제 필요성 등에 관하여는 국민적 관심과 요구 등을 고려하여 국민의 대표기관인 국회가 결정할 문제로서 폭 넓은 입법재량이 인정된다고 결정하였다. 이러한 헌법재판소의 결정에 대하여 공수처는 특별검사와는 달리 상설기관이므로, 상설기관인 공수처에 기소권을 부여하는 것은 적절하지 않다는 반론이 있다.<sup>59)</sup> 그런데 상설인가 비상설인가에 따라 국회의 입법형성권이 달라진다는 주장은 결국 독립기관에 행정권을 부여할 수 없다는 주장과 큰 차이가 없는 것으로 설득력이 없다. 수사와 기소는 불가분적으로 연관되어 있는 속성을 가지고 있으며, 형사사법의 일종으로서 불가분의 관계에 있다는 인식의 공유는 공수처에 수사권만 부여하는 것이 결코 바람직하지 않다는 것을 나타

53) 권기돈(주 10), 22면 참고.

54) 박준휘 외 5인(주 6), 66면.

55) 박준휘 외 5인(주 6), 347면.

56) 박준휘 외 5인(주 6), 210면.

57) 박준휘 외 5인(주 6), 310면.

58) 헌재 2019. 2. 28. 2017헌바196.

59) 박용철, “고위공직자비리수사처 도입에 관한 법률안: 쟁점과 전망”, 『의정연구』 제25권 제3호, 127면.

낸다.<sup>60)</sup> 수사와 기소는 법 선언이라는 판결을 향해 진행되어가는 역동적인 국가의 행위로서 본질상 불가분의 관계이어서 분리되기 어려운 속성을 가지고 있다.<sup>61)</sup> 따라서 공수처 검사의 권한과 직무를 정하는 공수처법 역시 목적이 정당한 범위 내에서는 폭넓은 입법재량권이 허용되어, 수사 및 기소권을 인정하는 것은 정당한 입법권의 행사로서 위헌의 문제는 발생하지 않는다.<sup>62)</sup> 마찬가지로 공수처에 수사권과 기소권 중 어느 하나의 권한만을 인정하거나 이를 분리해서 인정하는 것은 적절하지 않다. 특히 검찰이 정치집단에 대한 종속성으로부터 자유로울 수 없는 권력형비리사건의 경우에는 수사권과 기소권을 함께 공수처에 부여하는 것이 권력통제에 유리하다는 장점이 있다.<sup>63)</sup>

## 2) 이첩권

공수처의 수사대상이 되는 범죄는 공수처만이 독자적으로 수사할 수 있는 영역은 아니며 검찰과 경찰도 함께 관할권을 가지고 있다. 따라서 공수처 수사대상 범죄는 이들 수사기관 사이에 관할의 경합이 발생할 수 있다.<sup>64)</sup> 이 경우 공수처의 수사와 중복이 되는 다른 수사기관의 수사는 공수처로 이첩하여야 한다. 현행 공수처법에 의하면, 공수처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 공수처장은 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등을 고려하여 공수처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하는 경우 해당기관에 이첩을 요청할 수 있고, 해당 수사기관은 이에 응해야 한다. 그리고 다른 수사기관이 범죄를 수사하는 과정에서 고위공직자범죄 등을 인지한 경우에는 그 사실을 공수처에 즉시 통보하여야 한다. 공수처장은 다른 수사기관에 고위공직자범죄 등을 이첩할 수도 있다. 피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등에 비추어 다른 수사기관이 수사하는 것이 적절하다고 판단될 때에 공수처장은 해당 수사기관에 사건을 이첩한다.<sup>65)</sup>

공수처법에서 이첩 및 통보에 관한 권한은 수사기관 상호간의 협조를 목적으로 인정된다. 공수처의 수사대상이 되는 범죄에 대해서는 공수처와 검찰, 경찰이 서로 견제하는 시스템을 구축하고 있다. 이러한 3면적인 시스템에 의하여 검찰권의 남용을 견제하도록 하는 시스템을 구축하고자 한 것이 공수처의 설치목적이다. 따라서 공수처검사의 명칭을 특별검사가 아닌, 공수처검사로 사용하는 것은 공수처와 검찰이 상호 평등한 지위에서 수평적 통제와 견제를 유지하는 관계라는 점을 명백히 하고 있다.<sup>66)</sup> 그런데 공수처법의 이첩권은 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 처장이 수사처에서 수사하는 것

60) 김성돈(주 15), 189면.

61) 김성돈(주 15), 187-188면.

62) 박준휘 외 5인(주 6), 348면.

63) 김성돈(주 15), 189면.

64) 이윤제, 197면, “국민의 공수처 VS 검찰의 수사처”, 『형사법연구』 제29권 제4호, 2017.

65) 공수처법 제24조.

66) 이윤제(주 64), 190면.

이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 한다고 규정함으로써 이첩권의 남용가능성이 제기된다. 통보권 등과 결합하여 무리한 이첩요구가 있을 경우 검찰의 기능이 약화될 것을 우려한 것이다. 그렇지만 공수처가 절대권력인 검찰에 대하여 부당하게 이첩요구권을 행사할 가능성은 크지 않다는 반론이 있다. 검찰은 고위공직자뿐만 아니라 공수처 조직을 포함한 모든 사건에 대한 관할권을 가지고 있다. 그 뿐만 아니라 검사는 경찰에 대해서는 수사지휘권을, 교정공무원에 대하여는 형 집행권을 통한 지휘권을 가지고 있다.<sup>67)</sup> 공수처가 검찰이나 다른 수사기관에 대한 무리한 이첩요구를 하는 경우 공수처의 조직규모에 비하면 마치 거대한 공룡과 같은 검찰조직이나 전국적 지역망을 가지고 있는 경찰조직이 연합하여 공수처를 무력화시킬 수도 있다. 이러한 시스템에 의해 무력화 된 공수처는 국민의 지지를 잃을 수밖에 없다. 이첩요구에 대한 요구를 묵살할 경우 이를 관철시킬 수 있는 강제력을 가지고 있지 않은 공수처가 국민의 신뢰로부터 멀어질 수 있는 위험을 무릅쓰고 부당하게 이첩요구권을 행사할 수 있을 것이라는 주장은 억측에 가깝다.<sup>68)</sup> 또한 전국적 조직을 갖추고 있는 검찰이나 경찰에 비하여 조직이나 규모면에서 비교할 수 없는 공수처가 이들의 활동을 적극적·조직적인 감시체계를 구축할 수 있는 것도 아니며, 검찰에서 고위공직자범죄를 발견하고 이에 대한 수사를 게을리 하는 경우에도 공수처가 이를 알고 이첩을 요구한다는 것은 쉽게 가정할 수 있는 일은 아니다. 검찰이 고위공직자범죄에 대하여 은밀하게 신속한 수사를 진행한다면 역시 공수처의 이첩요구권 행사는 검찰이나 경찰의 ‘수사의 진행정도’라는 기준에 의해 제한될 수밖에 없다.<sup>69)</sup>

### 3) 영장청구권

공수처검사 역시 검사이므로 압수·수색영장이나 체포·구속영장을 청구할 수 있다.<sup>70)</sup> 공수처법 제47조에서 수사처검사와 수사처수사관의 직무와 권한 등에 관하여는 「형사소송법」을 준용하도록 정하고 있다.<sup>71)</sup>

공수처검사에게 영장청구권을 인정하는 것에 대하여 논란이 있다. 공수처에 독자적인 영장청구권을 부여하는 것은 영장청구권자를 검사로 한정하고 있는 헌법 제12조와 제16조에 위배될 수 있다는 것이다.<sup>72)</sup> 헌법에 규정된 검사는 검찰청법에 의해서 임명받는 검찰청장의 지휘를 받는 검사이며, 공수처 검사에게 영장청구권을 인정하는 것은 위헌이라는 것이

67) 이윤제(주 64), 198면.

68) 이윤제(주 64), 199면.

69) 이윤제(주 64), 202면.

70) 박준휘 외 5인(주 6), 349면.

71) 공수처법 제47조(다른 법률의 준용) 그 밖에 수사처검사 및 수사처수사관의 이 법에 따른 직무와 권한 등에 관하여는 이 법의 규정에 반하지 아니하는 한 「검찰청법」(다만, 제4조제1항제2호, 제4호, 제5호는 제외한다), 「형사소송법」을 준용한다.

72) 정웅석(주 36), 295면.



다.

검사의 영장청구권은 제5차 개정헌법에서 도입되었다. 제헌헌법 제9조에서는 “체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다.”라고 하여 영장은 법원의 명령장으로서의 성격을 가지고 있었다. 제5차 헌법개정에서 영장청구권자로 검사의 신청이라는 요건을 추가하였는데, 그것은 그 당시 형사소송법의 개정내용을 반영하기 위한 것이었다. 1954년 형사소송법이 처음 제정될 당시에는 수사기관의 영장신청에 관하여 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다”라고 규정하여, 검사뿐만 아니라 사법경찰관에게도 영장신청권을 인정하였다. 1961. 9. 1. 형사소송법의 개정으로 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다”로 개정되어 영장신청권자를 검사로 한정하였다. 이러한 형사소송법의 개정내용이 1962년의 헌법개정에 반영된 것이다.<sup>73)</sup> 제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 “검찰관의 신청”이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권 유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다. 따라서 헌법 제12조 제3항 중 ‘검사의 신청’이라는 부분의 취지는 영장의 모든 발부단계에서 검사의 신청이 필요하다는 것이 아니라, 형사사법절차의 하나인 수사단계에서 영장발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정한다는 의미이다. 수사단계에서 영장발부를 신청함에 있어서 법률전문가인 검사를 반드시 신청권자로 지정함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막고, 국민의 기본권과 인권 침해가능성을 사전에 차단하고자 함에 그 취지가 있다.<sup>74)</sup>

헌법상 영장주의는 체포·구속·압수라는 형사절차상 강제처분을 함에 있어서는 헌법상 사법권 독립 규정에 의하여 신분이 보장되고 중립적인 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안된다는 원칙이다. 피의자나 피고인의 입장에서는 강제처분에 의한 기본권 침해가능성이 항상 존재하므로 헌법은 이러한 강제처분의 남용으로부터 국민의 기본권 보장수단으로서 영장주의를 천명하고 있는 것이다.<sup>75)</sup> 헌법재판소도 법원에 의한 강제처분에 비하여 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 국민의 기본권을 침해할 가능성이 큰 만큼 수사기관의 인권침해에 대한 법관의 사전적인 억제통하여 수사기관의 강제처분 남용가능성을 방지하고 인권을 보장한다는 면에서 영장주의는 그 의의를 가질 수 있다고 한다.<sup>76)</sup> 법원이 직권으로 발부하는 영장과 수사단계에서 검사의 청구에 의하여 발부하는 영장을 구분할 수 있

73) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등.

74) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등.

75) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등.

76) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등.

고,<sup>77)</sup> 공판단계에서의 영장발부에 관한 헌법적 근거가 헌법 제12조 제1항이라고 볼 때, 검사의 영장청구권을 정하고 있는 헌법 제12조 제3항은 수사단계에서의 영장주의를 특히 강조한 것이다.<sup>78)79)</sup> 즉 이것은 수사단계에서 검사를 인권옹호자로서의 역할을 기대한 헌법적 결단이다. 그렇다면 반드시 헌법상 영장청구권자인 검사를 검찰청에 재직하는 검사로 한정해야 하는지가 문제된다. 특별검사법에 따라 임명된 특별검사들은 검찰청 소속의 검사가 아님에도 불구하고 검사가 행하는 강제처분 권한으로 영장청구권을 행사하며, 군검찰관도 헌법상 근거규정이 없음에도 불구하고 군형사절차에서 영장청구권을 행사한다. 영장청구권을 ‘검찰청 소속의 검사’의 권한이라고만 이해한다면, 특별검사와 군검찰관의 영장청구권은 모두 위헌이라는 판단을 내릴 수밖에 없는 것이므로, 영장청구권을 행사할 수 있는 ‘검사’는 반드시 검찰청에 소속되어 검찰청법의 적용을 받는 검사로 한정할 필요가 없다.<sup>80)</sup> 헌법에는 영장청구권자로 검사라고 규정되어 있으며, 임명절차에 관하여는 정하는 바가 없으므로 공수처검사에게 영장청구권을 인정하는 것은 문제가 없다.<sup>81)</sup>

77) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등. 법원이 직권으로 발부하는 영장과 수사기관의 청구에 의하여 발부하는 구속영장의 법적 성격은 같지 않다. 즉, 전자는 명령장으로서의 성질을 갖지만 후자는 허가장으로서의 성질을 갖는 것으로 이해되고 있다.

78) 헌법 제12조 ①모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다. ... ③체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

79) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등. 영장주의의 본질과 헌법 제12조 제3항의 연혁을 종합하여 살펴보면, 영장주의는 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 규정으로부터 도출되는 것이고, 그 중 헌법 제12조 제3항이 “..... 구속 ..... 을 할 때에는 ..... 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장 .....”이라고 규정한 취지는 수사단계에서의 영장주의를 특히 강조함과 동시에 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한 데 있다고 해석된다 (공판단계에서의 영장발부에 관한 헌법적 근거는 헌법 제12조 제1항이다). 그렇지 아니하고 헌법 제12조 제3항의 규정 취지를 공판단계에서의 영장발부에도 검사의 신청이 필요한 것으로 해석하는 것은 신체의 자유를 보장하기 위한 사법적 억제 대상인 수사기관이 사법적 억제의 주체인 법관을 통제하는 결과를 낳아 오히려 영장주의의 본질에 반한다고 할 것이기 때문이다. 헌법재판소가 1996. 11. 28. 선고, 96헌마256 결정에서 “법원에 공소가 제기된 이후에 ..... 형사소송법상 피고인의 구속에 관한 권한은 오직 법관에게 있을 뿐 검사에게는 피의자를 구속하기 위한 검사의 구속영장청구권과 유사한 권한마저 없으므로 .....”라고 판시한 것도 이와 같은 취지이다.

80) 서보학, “각국 영장제도 비교분석에 따른 시사점 및 입법론적 대안”, 『국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제』 토론회 - 영장청구권을 중심으로 -, 강창일 의원/헌법이론실무학회/비교형사 법학회 공동정책토론회(2017. 3. 3.), 29면.

81) 박준휘 외 5인(주 6), 348면.

#### Ⅳ. 나가며

이상에서 살펴본 바와 같이 7월 출범예정인 공수처는 수사권, 기소권, 영장청구권, 이첩권 등을 가지는 옥상옥이라는 비판이 있다. 본 연구에서는 공수처 지위의 독립성, 조직상 소속 기관의 문제, 공수처가 가지는 수사권, 기소권, 이첩권, 영장청구권에 대한 비판과 비판에 대한 반론을 제기하였다.

공수처의 설치를 두고 끊임없는 찬반 논란이 있었다. 결국 국민적 결단은 공수처의 설치로 귀결되었다. 공수처가 설치되는 이상 공수처의 본래의 목적에 부합하는 권한이 부여될 수밖에 없고, 그러한 권한에 기초하여 공수처의 기능이 수행되어야 한다. 공수처는 검찰이 가지는 형사사법절차상의 권한을 견제와 균형의 관점에서 수평적으로 분산시키고자 하는 것으로 검찰개혁을 목표로 하고 있다. 본래 공수처의 목적은 고위공직자의 부패를 통제함으로써 궁극적으로는 국민의 자유와 권리를 보호하고자 하는 것이다.

아직도 공수처의 출범은 난제가 산적해 있다. 헌법재판소의 결정을 기다려야 한다. 공수처장의 임명 또한 쉽지 않다. 공수처법에서 정한 절차는 다양한 정치세력 간의 갈등을 예고하고 있다. 국민적 합의가 있었다고 하지만 여전히 공수처에 대한 불신도 꺼지지 않는다. 하지만 시대적 요구는 더 이상 검찰개혁은 미룰 수 없다는 것이며, 공정한 사회로 발돋움하기 위해서는 공직사회의 청렴이 전제되어야 한다는 것이다. 두 마리 토끼를 잡기 위하여 도입된 공수처가 비록 완전한 법률에 근거한 것이 아니라고 한다면, 그러한 헌법 위반적 요소나 갈등은 개선을 전제로 진행되어야 하며, 더 이상 시대적 과제가 지체되어서는 안된다. 공수처의 기능적 권력통제와 부패적결이라는 긍정적 효과가 극대화될 수 있기를 기대해본다.

본 연구에서는 공수처 출범과 공수처법의 시행과정에서 나타날 수 있는 제 문제를 망라하지는 않았지만, 그 동안 논란이 되었던 주요 쟁점에 관하여 검토한 결과 위헌으로 해석될 소지보다는 합헌적 운영에 무게를 두었다. 헌법재판소의 결정과 이후 공수처의 제도적 정착을 기대하면서 결론에 갈음한다.

## 참고문헌

- 권기돈, 독립적 공수처 만들기 위해 신중 기해야, 월간 공공정책 제160호, 2019. 2
- 김병수, 국민을 위한 고위공직자비리수사처 설치방안, 동아법학 제80호, 2018. 8
- 김성돈, 고위공직자 범죄수사처 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안, 성균관법학 제30권 제1호, 2018. 3
- 김성천, 고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰, 중앙법학 제21권 제4호, 2019. 12
- 김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토”, 형사법의 신동향, 제54호, 2017. 3
- 김해원, “독립행정기관에게 입법권을 수권하는 법률에 대한 헌법적합성 심사로서 권한법적 통제”, 법학연구 제23권 제3호, 2015
- 명재진, 헌법문제로서의 검찰개혁, 헌법학연구 제17권 제4호, 2011
- 박용철, 고위공직자비리수사처 도입에 관한 법률안: 쟁점과 전망, 의정연구 제25권 제3호
- 박준휘, 김영중, 한상훈, 정한중, 최유진, 문준영, 고위공직자범죄수사처에 관한 연구, 형사정책연구권 연구총서, 2019. 12
- 서보건, 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(공수처)」에 대한 법제도적 과제와 전망, 한국비교공법학회 제98회 학술대회 발표문, 2020. 5
- 서보학, “각국 영장제도 비교분석에 따른 시사점 및 입법론적 대안”, 「국가형사사법체계 정상화를 위한 헌법적 과제」 토론회 - 영장청구권을 중심으로 -, 강창일 의원/헌법이론실무학회/비교형사법학회 공동정책토론회(2017. 3. 3.)
- 성중탁, “「특별검사의 임명 등에 관한 법률」, 「특별감찰관법」에 대한 입법평가”, 입법학연구 제14집 1호, 2017
- 이윤제, 국민의 공수처 VS 검찰의 수사처, 형사법연구 제29권 제4호, 2017
- 정웅석, 고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰, 형사법의 신동향 제57호, 2017. 12
- 조재현, 공직자부패통제방안으로서 특별검사제와 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 제언, 한국부패학회보 제15권 제4호, 2010
- 하태훈, “고위공직자비리수사처 신설 등 조직·행정 측면의 개선과제”, 검찰권에 대한 통찰 및 정책적 과제(국회입법조사처), 2017

투고일자 : 2020. 06. 04

수정일자 : 2020. 06. 18

게재일자 : 2020. 06. 30

## &lt;국문초록&gt;

## 고위공직자범죄수사처, 일명 공수처법의 위헌 여부에 관한 검토

조 재 현

고위공직자범죄수사처가 7월 출범을 앞두고 있다. 공수처는 고위공직자의 부패통제방안으로 논의되었으나, 지금은 오히려 검찰의 개혁에 관점에서 도입필요성이 주장된다. 그 동안 검찰은 수사권과 공소권을 독점한 강력한 권력집단으로서 항상 개혁의 대상이었지만 국민의 신뢰를 얻는데 실패하였다. 그 결과 지속적인 검찰개혁 방안이 논의되었고, 특검제도, 내부적 통제방안, 상설특검 등의 제도시행을 경험하였으나, 방법과 시행상의 한계를 이유로 공수처의 도입으로 이어지게 되었다. 공수처 설치에 반대하는 입장은 공수처의 정치적 중립성의 확보와 직무상의 독립성에 관한 문제를 제기한다. 가장 심각한 문제점으로 공수처장을 대통령이 임명하도록 한다는 점을 지적한다. 이러한 비판은 공수처장의 임명과정에서 국회에 고위공직자범죄수사처장 후보추천위원회의 구성방식이나 공정한 임명, 추천 및 검증과정을 거칠 수 있다는 점을 고려하면 타당한 비판으로 보기 어렵다. 공수처의 소속도 문제되고 있다. 과거 공수처 소속을 두고 대통령 소속기관으로 설치하는 방안, 법무부나 국가인권위원회에 설치하는 방안, 어느 기관에도 속하지 않는 독립기관으로 설치하는 방안 등이 논의되었으나, 현행 공수처법에 의하면 독립기관으로 설치된다. 독립적 국가기관으로서 공수처가 기능적 독립성을 유지할 수 있다면, 그것의 설치가 헌법적으로 금지되는 것은 아니다. 공수처의 설치를 두고 수사권뿐만 아니라 기소권을 부여할 것인가에 관한 문제는 가장 첨예한 쟁점이었다. 현행법상 공수처는 수사권, 기소권, 이첩권, 영장청구권 등을 가진다. 공수처의 본질적인 기능은 이처럼 검찰에 독점되어 있는 영장청구권과 기소권을 분산하여 수평적인 견제와 균형의 시스템을 확보하고자 하는 것이다. 공수처 검사의 권한과 직무를 정하는 공수처법 역시 목적이 정당한 범위 내에서는 폭넓은 입법재량권이 허용되어, 수사 및 기소권을 인정하는 것은 정당한 입법권의 행사로서 위헌의 문제는 발생하지 않는다. 마찬가지로 공수처에 수사권과 기소권 중 어느 하나의 권한만을 인정하거나 이를 분리해서 인정하는 것은 적절하지 않다. 이제 공수처법은 본래의 목적으로 향해야 한다. 처음에 고위공직자의 부패를 척결함으로써 국민의 권익을 보장한다는 출발점으로 돌아가야 한다. 검찰의 개혁이라는 목적을 달성과 함께 공수처 설치의 진정한 목적은 공직자의 부패척결이다. 그것이 결국 국민의 자유와 권리의 보호에 기여하게 된다.

주제어: 공수처, 검찰개혁, 특별검사, 수사권, 기소권

