

공직자부패통제방안으로서 특별검사제와 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 제언*

A study on special prosecutor and Independent Commission against
Corruption of Higher officers.

조 재 현(Cho, Jae Hyun)**

ABSTRACT

There has been discussed about special prosecutor for a long time in political and academic circles. That is why Korean public prosecutor have been criticized for their unfairness and partiality needed to control political corruption and higher officers' illegality. After long discussion, The Special Prosecutor Act was enacted at the beginning of 1999 in Korea. After that, there has been enacted about the special prosecutor by the National Assembly of Republic of Korea eight times more.

However the results of the valuation on Korean Special Prosecutor Act of 1999 to 2010 were not good, because that the results of investigation by special prosecutor were in no respect satisfactory. So there are telling argument for the permanent establishment of special prosecutor for the investigation of political corruption cases or constitution of 'Independent Commission against Corruption of Higher officers'. From now on, Independent Commission against Corruption of Higher officers has to be organized without interference of President or any other administrative power, if it's organization comes true.

Key Words : 특별검사(special prosecutor), 정치부패(political corruption), 특별검사법(The Special Prosecutor Act), 고위공직자비리수사처(Independent Commission against Corruption of Higher officers), 상설특검제(the permanent establishment of special prosecutor)

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 법학전문대학원 부교수

I. 들어가며

지난 2010년 4월 20일 문화방송 PD수첩의 ‘검사와 스폰서’ 편이 방송되자 인터넷 세상의 온갖 콘텐츠가 마비될 정도로 검찰에 대한 비난의 글이 쇄도하였다. 검찰을 부르는 별칭도 생겨나게 되었다. 부산·경남지역의 대형 건설회사를 운영하던 정모씨가 그 지역의 검사들 백 여명에게 1984년부터 약 25년에 걸친 금품과 향응을 제공하고 성상납까지 하는 이른바 스폰서로서 활동해 온 사실에 대해 방송사가 이를 보도한 것이다.

참여연대와 한국여성단체연합 등 시민사회단체들은 비리검사들을 고발하고 수사를 촉구하면서 별도의 수사기구의 설치필요성을 주장하였다. 수사대상이 현직 검찰 고위간부를 포함한 전·현직 검사들이었고, 여러 차례의 진정서의 제출에도 불구하고 상부에 보고되지 않고 이첩되거나 공람종결되는 등 검찰의 해결의지에 대한 불신이 높았기 때문이었다. 그리고 검찰이 감찰 수준의 진상규명위원회를 꾸린 데 대한 불만도 별도의 수사기구설치주장에 한 몫을 하게 된 것이다.

정치적 이유로 그 도입시기가 늦어지기는 하였지만 결국 스폰서 검사의 의혹 수사를 위한 특별검사법이 도입되었다.¹⁾ 스폰서검사 특별검사법도 다른 특별검사법의 경우와 마찬가지로 국회의 논의과정에서 수사대상, 수사기간, 특별검사추천기관을 두고 논쟁이 있었다. 이러한 논쟁 끝에 탄생한 특별검사법도 이전의 특별검사법과 마찬가지로 큰 효과를 거두지 못한 채 또 다른 숙제만을 남기고 그 임무를 끝내게 되었다.

검사스폰서 파문 이후에 끊임없이 고위공직자비리수사처 또는 공직부패수사처를 설치하자는 주장이 제기되고 있다. 한시적 특별검사제에서 더 나아가 상설특검제의 도입도 주장되고 있다. 정치적 의혹사건이 발생할 때마다 특별검사, 상설특검, 고위공직자비리수사처라는 말들이 등장하고 있다. 1999년 이른바 ‘옷로비 특별검사’와 ‘조폐공사 파업유도 특별검사’가 동시에 실시된 이래로 2010년 12월 현재까지 총 9차례의 특별검사법이 통과되어 특별검사에 의한 수사가 진행되었다.

지금까지의 특검제는 ‘한시적 특별검사제’로서 특정 사건에 대해 특별검사를 임명하여 수사를 맡길 필요성이 있다고 국회에서 합의가 이루어질 경우 관련 특별검사 임명에 관한 법률을 제정하여 수사에 착수케 하는 제도이다. 그러나 이러한 한시적 특별검사제의 시행으로도 국민들의 의혹은 충분히 해소되지 않고 결국에는 특검무용론이 부상하기도 하였다. 특히 최근의 스폰서검사 특검 이후에는 특검의 수사결과 발표 후 국민들의 특검에 대한 불신은 극에 달했다. 참여연대 사법감시센터는 역대 9번 실시된 한

1) 특별검사법 도입 합의과정에 많은 시간이 걸렸다. 야당의 특검 요구에 대해 여당은 검찰 자체조사 이후에 논의하겠다는 입장을 고수하다, 5월 지방선거 이전에 국회에서 통과시키기로 합의했으나 수사대상과 수사기간 등에서 합의를 이루지 못하여, 6월 임시국회에서 처리하기로 다시 합의했고, 한나라당이 세종시 수정안 표결과 묶어서 본회의를 통과시키겠다고 하는 바람에 더 늦어지게 되었다. 결국 특검법 제정이 늦어지면서 특검 수사는 PD수첩 보도를 통해 특검 수사대상 사건이 알려진 지 100여일이 지나서야 실시되게 되었다.

시적 특별검사제도의 운영내역을 정리한 뒤, 특별검사제도가 기존의 검찰에 기대하기 어려웠던 독립적이고 공정한 수사를 수행하기 위한 제도적 장치로서의 역할과 임무를 충실하게 수행했는지, 그리고 제도 자체의 한계에서 비롯한 운영상의 문제점을 점검하고, 이를 바탕으로 상설 특별수사기구인 고위공직자비리수사처의 필요성을 살펴본 조사 보고서를 작성하였다. 이러한 보고서가 제출되게 된 배경에 기초하여 이하에서는 이제까지의 우리나라에서 실시된 특별검사제도의 현황을 살펴보고, 앞으로의 고위공직자의 비리척결을 위한 방향으로서 상설특검제 내지는 고위공직자비리수사처의 설치방안에 관하여 검토하고자 한다.

II. 우리의 특별검사제의 경험적 분석과 평가

1. 우리나라 특별검사제도의 현황

우리나라는 오랜 기간 동안 특별검사제의 도입여부에 관한 논의가 있었으며, 1999년 최초로 한국조폐공사노동조합과업유도및전검찰총장부인에대한옷로비의혹사건진상규명을위한특별검사의임명등에관한법률(이하 옷로비특검법 또는 조폐공사파업유도특검)을 제정하여 특별검사제를 도입한 이래 최근까지 총 9차례 특별검사법을 제정하여 특별검사에 의한 권력형 비리의혹에 대한 독립적인 수사를 진행하였다. 주식회사지앤지대표이사이용호의주가조작·횡령사건및이와관련된정·관계로비의혹사건등의진상규명을위한특별검사의임명등에관한법률(이용호게이트특검), 남북정상회담관련대북비밀송금의혹사건등의진상규명을위한특별검사임명등에관한법률(대북비밀송금특검), 노무현대통령의측근최도술·이광재·양길승관련권력형비리의혹사건등의진상규명을위한특별검사의임명에관한법률(노무현측근비리특검), 한국철도공사등의사할린유전개발사업참여관련의혹사건진상규명을위한특별검사의임명등에관한법률(사할린유전개발특검), 삼성비자금의혹관련특별검사의임명등에관한법률(삼성특검), 한나라당대통령후보이명박의주가조작등범죄혐의의진상규명을위한특별검사의임명등에관한법률(이명박-BBK특검), 검사등의불법자금및향응수수사건진상규명을위한특별검사의임명등에관한법률(스폰서검사특검) 등 9차례에 걸친 특별검사법이 그것이다.

2. 특별검사제의 의의 및 헌법합치성

(1) 특별검사제의 의의

일반적으로 특별검사라고 함은 용어와 개념의 다양성으로 인하여 일의적으로 정의하

기는 쉽지 않다. 우리나라도 특별검사제도를 도입하였지만 아직도 특별검사법의 제정에 있어서 특별검사의 임명주체, 임명절차, 수사대상범위, 수사기간 등 그 기술적인 문제를 두고 정치적 이해관계에 의하여 논쟁을 거듭하고 있다. 이러한 논쟁의 단초를 해결할 수 있는 것은 그것의 연원이 되고 있는 미국의 특별검사제도를 고찰함으로써 어느 정도 방향을 제시할 수 있을 것으로 보인다.

특별검사제가 우리 검찰의 불신에서 탄생한 것이라고 하는 견해도 있지만, 일반적으로는 미국의 특별검사제도에 착안하여 그것을 도입한 것으로 보인다. 미국에서의 특별검사제는 보통법상 관행에서 연유하고 있는 것으로 이해충돌로 인하여 공정한 수사가 불가능한 경우에 검사의 임명권을 가지고 있는 법무장관이 외부의 제3자를 검사로 임명하여 그에게 수사와 소추를 위임해야 할 필요성이 있는 경우에 임명하여 왔다. 법무장관을 임명한 대통령이나 그 측근이 관련된 사건에서 대통령이 임명한 법무장관에게 수사를 맡겨서는 공정한 수사가 어렵기 때문에 이를 회피해야 한다는 것을 그 논거로 하고 있다.²⁾ 이러한 경우에 임명되는 특별검사는 보통 Special Counsel이라고 한다.

미국에서 특별검사는 Special Counsel이라는 용어 이외에도 Special Prosecutor, Independent Counsel이란 용어들이 사용된다. Special Counsel이라 불리는 보통법상 관행에서 유래된 특별검사제도는 법무장관이 임명 및 해임의 권한을 동시에 가지고 있었기 때문에 법무부장관의 일방적이고 자의적인 해임을 방지할 수 없다는 문제점이 제기됨에 따라 이러한 자의적인 해임을 방지하고 공정한 업무수행을 보장해야 한다는 지적이 있었다. 이러한 문제점에 대한 근본적인 재검토의 도화선이 된 것이 1972년 워터게이트사건이었다. 종래 법무장관에 의해 임명되는 특별검사제의 문제점에 대한 한계를 극복하고 행정부의 압력으로부터 독립적이고 공정한 수사를 제도적으로 보장하기 위한 새로운 특별검사제의 필요성이 논의되기 시작하였는데, 이러한 필요성에 의해 미국의회가 도입한 제도가 이른바 Special Prosecutor, Independent Counsel³⁾이다. Special Prosecutor 내지는 Independent Counsel이라 불리는 특별검사는 미국에서도 끊임없는 위헌론의 시비로부터 자유로울 수 없었다. 우리가 논의하고자 하는 특별검사도 바로 이러한 Special Prosecutor나 Independent Counsel이다.

(2) 특별검사제의 위헌성에 관한 문제

특별검사제도의 도입여부가 논의되는 초기에는 그것의 도입여부에 관한 것이 주된 관심사였으나, 첫 특별검사법이 제정된 이후부터는 사회전체적인 여론에 비추어 이제는

- 2) 미국에서 보통법상 관습에 의해 특별검사가 인정되는 경우 연원은 같지만 목적을 달리하는 두 가지 방향으로 발달하여 왔다. 그 하나가 이익충돌의 경우에 인정되는 특별검사이며, 다른 하나는 검사의 불기소결정에 대한 불복과 견제 수단의 하나로 특별검사를 임명하는 것이다. 오세인, “미국에서의 특별검사제도에 대한 비판론”, 저스티스 제32권 제3호, 1999, 133면 참조.
- 3) 이를 보통의 특별검사와 구별하여 독립검찰관이라는 용어로 사용하는 견해도 있다. 정종섭, “미합중국의 독립검찰관제도”, 『헌법연구 2』, 박영사, 2001, 383면 이하.

그것의 도입여부는 당연한 것으로 보고 있으며, 미국에서와 마찬가지로 특별검사의 임명주체나 절차, 수사대상범위 등의 핵심쟁점과 관련하여 논의되고 있다. 이미 9차례에 걸친 특별검사법의 도입으로 현행법 체계 하에서는 특별검사제가 인정되고 있지만 아직도 여전히 그것의 헌법합치성 등은 문제되고 있다. 아울러 우리가 도입하고 있는 한시적 특별검사제에서 더 나아가 상설적 특별검사제 내지는 고위공직자비리수사처 등을 도입해야 한다는 주장이 제기되고 있는데, 특별검사제의 위헌성의 문제는 그러한 상설적 특검이나 고위공직자비리수사처 등의 도입논의를 위한 전제로서의 의미도 갖는다.

1) 미국의 특별검사임명절차와 위헌성에 관한 논의

미국에서 특별검사의 임명제청은 법무장관에 의하여 제청이 이루어지며, 의회의 요구에 의해서도 법무장관의 제청이 이루어진다. 법무장관은 예비조사의 결과 계속 수사의 필요성에 대한 합리적 근거가 있다고 판단하는 경우라든지 또는 예비조사의 기간이나 허가된 연장기간을 초과하였음에도 불구하고 특별재판부에 계속수사가 불필요하다는 결정의 취지를 통보하지 아니한 때에는 특별재판부에 특별검사의 임명을 제청하여야 한다. 상·하양원의 각 법사위원회 또는 각 위원회도 법무장관에게 제청을 요구할 수 있다. 의회의 요청이 있더라도 법무장관은 반드시 특별검사임명을 제청해야 하는 것은 아니며 특별검사임명을 제청할 것인지의 여부는 전적으로 법무장관의 판단에 일임되어 있다. 그렇기 때문에 의회의 법무장관에 대한 특별검사임명제청의 요구는 제청을 촉구하는 의미를 가질 뿐이다.

법무장관이 특별재판부에 대하여 특별검사의 임명을 제청하게 되면 특별재판부는 특별검사를 임명하여야 한다. 특별검사의 임명을 법원을 통해 이루어지도록 하는 것은 독립성과 일반인의 신뢰를 확보하기 위한 것이다.⁴⁾ 검찰에 의한 수사가 국민의 신뢰를 얻지 못하는 경우 법원으로부터 임명된 특별검사는 검찰조직으로부터 완전히 독립하여 새로운 수사를 행하고 이를 통하여 국민의 신뢰회복을 시도한다는 점에 그 의의가 있다. 따라서 특별검사를 누가 어떻게 임명하는가는 매우 중요한 문제이며, 실제로 미국의 특별검사 입법과정에서도 임명권을 누구에게 줄 것인가를 두고 많은 논란이 있었다. 결국 특별재판부에 특별검사의 임명권을 부여하였고 그것은 사법부에 대한 높은 신뢰에서 기인한다.⁵⁾

특별재판부에 의한 특별검사의 임명과 관련하여 미국에서도 위헌성의 시비가 끊이지 않았으며, Morrison v. Olson⁶⁾에서도 다음과 같은 쟁점이 문제가 되었다. 법원에 의한 특별검사의 임명이 헌법 제2조 제2항 제2호⁷⁾의 대통령의 공무원 임명권한을 침해한 것

4) 이재석, “특별검사제도에 관한 고찰”, 사회과학연구 제6집 제3호, 대구대학교사회과학연구소, 1999, 11면.

5) 이현환, “이용호 의혹사건 특별검사법 검토”, 헌법학연구 제7권 제4호, 2001, 318면.

6) Morrison v. Olson, 487 U.S. 654(1988).

7) 대통령은 연방상원의 권고 및 동의에 의해서 대사, 각료, 영사, 대법관과 헌법에 그 임명방법이 규정되어 있지 않은 모든 공무원을 임명한다. 다만 의회는 필요·적절하다고 판단되는 경우

은 아닌지, 특별검사의 해임사유를 엄격하게 정하고 있는 것이 헌법상의 대통령의 해임권을 제한하고 있는 것은 아닌지, 그리고 특별검사법이 권력분립의 원칙을 위반하는 것은 아닌지 등이 문제되었다.

사법부에 특별검사를 임명하는 권한을 부여하는 것이 헌법의 임명조항을 위반하는 것이 아닌가에 대하여 미국연방대법원은 합헌이라고 판단하였다. 미국헌법 제2조에 의하면 대통령은 연방상원의 권고 및 동의에 의해서 대사, 각료, 영사, 대법관과 헌법에 그 임명방법이 규정되어 있지 않은 모든 공무원을 임명하는 권한을 보유하는데, 다만 의회는 필요·적절하다고 판단되는 경우 하위직공무원의 임명권한을 대통령에게 전속적으로 또는 법원이나 각 부 장관에게 부여할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 특별검사의 임명은 대통령의 임명권을 침해할 소지가 있게 되는 것이다. 하지만 대법원에 의하면 특별검사가 고위공무원인 법무장관에 의해 해임이 가능하고 직무, 관할, 임기 등이 법률에 의해 제한되어 있기 때문에 특별검사는 고위공무원이 아닌 대통령의 임명권에 반드시 종속하지 않는 하위공무원이라는 것이다. 그렇기 때문에 의회가 법원에게 특별검사를 임명하는 권한을 부여할 수 있다고 하였다.⁸⁾

특별검사의 해임규정도 그 위헌성이 문제되었다. 법무장관에 의한 특별검사의 해임규정은 특별검사법이 합헌적이라고 보는 가장 핵심적인 요소임에도 불구하고 실제로 법무장관이 특별검사를 해임하는 것은 거의 불가능하다. 특별검사법에 의하면 법무장관은 특별검사가 신체적, 정신적 장애 등으로 특별검사로서의 직무수행에 현저한 장애를 주는 등의 정당한 사유가 있는 경우에만 특별검사를 해임할 수 있도록 규정하고 있다. 정당한 사유에 의해서만 법무장관 즉 행정부에 의하여 특별검사의 해임이 가능하도록 한 것이 행정기능을 수행하는 공무원에 대한 대통령의 임의적 해임권을 제한하는 것이 아닌가에 위헌논의의 핵심적 쟁점이다. 즉 의회가 입법적 제약을 부과하여 대통령의 임명권한을 침해하는 것이 권력분립의 원칙에 위배된 것이 아닌가 하는 것이다. 연방대법원은 ‘헌법이 대통령에게 독립기관의 공무원에 대하여 무제한적인 해임권을 인정하고 있는 것은 아니다’라고 한 이전의 판례를 인용하면서 법무장관의 특별검사 해임권한에 일정한 제한을 두는 것은 특별검사의 직무의 독립성을 보장하기 위하여 필수불가결하다고 한다.⁹⁾

2) 우리나라 특별검사 임명방법

우리나라 특별검사 임명방법은 다음의 과정을 거쳐 임명된다. 먼저 국회의장이 대통령에게 특별검사의 임명을 요구하면 대통령은 대한변협이나 대법원장에게 후보자의 추천을 요구한다. 그리고 대한변협이나 대법원장이 추천한 후보자 중에서 대통령이 임명

하위직공무원의 임명권한을 대통령에게 전속적으로 또는 법원이나 각 부 장관에게 부여할 수 있다.

8) Morrison v. Olson, 487 U.S. 654(1988), 670-677p.

9) Morrison v. Olson, 487 U.S. 654(1988), 662-665p.

하는 방식을 취한다. 지금까지 제정된 특별검사법은 모두 그러한 과정을 거쳐 특별검사를 임명해 왔다. 차이점은 특별검사의 임명과정에 대한변협의 추천으로 대통령이 임명하는 방식과 대법원장의 추천으로 대통령을 임명하는 방식이 있다. 전자의 방식을 취하고 있는 특별검사법은 옷로비특검, 조폐공사과업유도특검, 이용호게이트특검, 대북비밀송금특검, 노무현측근비리특검, 삼성특검 등이며, 후자의 방식을 취하고 있는 특별검사법은 사할린유전개발특검, 이명박-BBK특검, 스폰서검사특검 등이다.

3) 특별검사의 임명방법과 위헌성

우리 특별검사법에서 정하고 있는 특별검사의 임명방법은 미국의 특별검사를 임명하는 방법과 차이가 있다. 특별검사의 임명방식에 관하여 미국과 차이를 둔 것은 미국에서 제기되었던 위헌논란을 처음부터 배제하기 위한 것에서 기인한다. 즉 공무원 임명권을 명시적으로 정하고 있는 헌법 제78조를 근거로 하여 대통령이 특별검사를 임명하는 방식을 택하고 있는 것이다.

지금까지 제정된 특별검사법은 예외 없이 대통령에 의한 특별검사의 임명을 규정하고 있다. 대통령에 의한 특별검사의 임명은 대한변협이나 대법원장의 추천이라는 통제수단이 있지만 대통령의 의혹사건이 포함되는 경우에는 이해관계의 충돌이라는 문제점을 가진다. 따라서 대통령에 의한 특별검사의 임명은 재고의 여지가 있다.¹⁰⁾ 대통령의 공무원 임명권에 관하여 명시적으로 정하고 있는 헌법 제78조를 근거로 하여 대통령이 특별검사를 임명하는 방식을 택하고 있기 때문에 이 경우 대통령의 임명절차에 법무부장관이나 대한변호사협회와 같은 관련단체가 관여할 수 있다는 것은 크게 문제되지 않는다. 그렇지만 위헌성의 문제를 제거만 할 수 있다면 특별검사의 임명은 국회나 법원이 임명하는 것이 타당하다고 지적하는 견해가 있다.¹¹⁾ 대통령이 임명하는 공무원의 형태가 아니라 기본적으로 관할법원이나 국회가 임명하는 특별검사의 형태를 띠는 것이 보다 적절하다는 것이다. 이것은 국회나 법원이 어떤 국가기관을 구성할 수 있는 권한이 헌법에 정하고 있는 경우에 한정되느냐,¹²⁾ 아니면 헌법에서 정하고 있는 경우를 예시적인 것이라 보고 헌법에서 명시적으로 정하고 있지 아니한 경우라도 법률이 정하는 바에 따라 국회나 법원이 어떠한 국가기관을 구성할 수 있다고 볼 것이냐 하는 것에 관한 문제이다. 즉 위헌성의 문제만 치유될 수 있다면 대통령에 의한 특별검사의 임명보다는 법원이나 국회 등의 기관에 의한 특별검사의 임명, 즉 행정권의 영향으로부터 자유롭고 특별검사의 독립성이나 정치적 중립성을 담보될 수 있는 특별검사의 임명방법이 보다 적절하다는 것이다. 그렇지만 여전히 위헌성의 문제가 남아 있다.

10) 이현환(주 5), 318면.

11) 정종섭, “특별검사제도의 입법화와 운용, 기본권·국가·헌법 - 공법학의 21세기적 과제 -” 성운 허경교수화갑기념논문, 1999, 509면.

12) 예컨대 헌법 제111조 제3항처럼 헌법재판소의 구성에 국회와 대법원장의 관여를 정하고 있거나, 제114조 제2항처럼 중앙선거관리위원회의 구성에 국회와 대법원장의 관여를 정하고 있는 경우를 들 수 있다.

대통령 이외의 헌법기관에 의한 특별검사임명의 위헌성을 주장하는 견해는 헌법의 명문규정을 엄격하게 해석하고 있다. 헌법 제78조에서는 “대통령이 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임면한다.”라고 규정하고 있고, 공무원 임면권의 내용과 범위 및 절차는 국회가 법률로 정하도록 하고 있다. 이러한 헌법상의 명문규정을 엄격히 해석한다면 대통령을 제외한 그 밖의 헌법기관이 특별검사를 임명하는 것은 위헌의 소지가 있을 수 있지만¹³⁾, 대통령의 의뢰를 받은 대한변협이나 대법원장이 복수의 후보자를 추천하고 그 추천을 받은 후보자 중에서 대통령이 선택하여 임명하는 지금까지의 특별검사 임명방식은 대통령의 공무원 임명권을 침해한다고 보기는 어렵다.¹⁴⁾ 이러한 주장은 특별검사를 대통령이나 행정부 소속의 공무원으로 이해할 경우에는 일응 타당한 설명이라 할 수 있지만, 반드시 특별검사를 대통령 소속이나 행정부 소속의 공무원으로 이해하지 않는 경우에는 반드시 대통령에 의한 임명방식을 취해야 하는지는 의문이다. 그 때문에 오히려 대법원장의 임명권을 규정한 과거의 법안에서처럼 특별검사를 대한변협의 추천을 받아 대법원장이 임명하도록 하는 것이 특검제의 취지에 더 부합하고 또한 현대적 의미의 기능적 권력분립이론에 비추어 보더라도 합헌적일 수 있다는 주장¹⁵⁾이 있다. 지금까지 주장되어 온 특검제의 위헌론은 권력분립이론을 기계적으로 이해하고 있다는 것에서 기인한다는 것이다. 현대적 권력분립론은 권력의 엄격한 분할에 그치는 것이 아니라 권력의 합리화를 지향하며 권력 상호간의 견제와 균형을 필수적 요소로 하는 기능적 권력분립의 원칙으로 볼 때 특검제는 검찰권에 대한 입법부의 견제수단으로써 권력분립원칙의 가치를 구현하는 의미¹⁶⁾를 갖고 있기 때문에 오히려 대통령에 의한 임명을 반드시 고수할 필요는 없을 것으로 생각된다. 특별검사를 행정부소속이나 대통령 소속의 공무원으로 이해하지 않는다면 반드시 대통령에 의한 임명만이 유일한 합헌적인 수단인 것은 아니기 때문이다.

그 밖에도 현행 우리나라 특별검사 임명방법에 대하여 위헌성을 지적하는 견해가 있다. 행정권에 속하는 수사권 중 일부를 특별법으로 제정하여 독립된 제4의 기관인 특별검사에게 부여하는 것은 입법권, 사법권, 행정권의 어느 것에도 속하지 않는 제4의 권력을 인정하는 것으로 이는 헌법의 권력분립원칙에 위배된다는 것이다. 미국의 경우에는 특별검사 임명제청권을 법무장관에게 부여하고 그 발동 여부를 그의 재량에 맡기고 있고, 이른바 이익충돌이 문제가 되는 사건은 법무장관이 수사권을 제3자인 특별검사에게 제한적으로 양도 내지는 위임하는 것이기에 위헌의 소지가 없다고 이해되고 있다. 그러나 우리나라의 경우 특별검사법은 대통령 또는 법무부장관(검찰총장)의 특별검사 임명제청권을 인정하지 않고, 국회가 특별입법을 통하여 특별검사의 수사대상과 수사관할을 일방적으로 정한 다음 대한변협이나 대법원장으로 하여금 특별검사 후보 2명을

13) 조국, “특별검사제 재론 - 특별검사제의 한시적 상설화를 위한 제언 -”, 형사정책 제14권 제1호, 2002, 65면.

14) 조국(주 13), 66면.

15) 천진호, “특별검사제도에 관한 법이론적 고찰”, 형사정책연구 제9권 제1호, 1988, 42면.

16) 조국(주 13), 66면.

추천하도록 하여 대통령이 그 중 1명을 선택하도록 강요하고 있어 대통령은 사실상 특별검사임명 자체를 거부할 수 없기 때문에 결국은 대통령이나 법무부장관(검찰총장)의 수사권 발동권이 박탈된다는 것이다. 따라서 그러한 범위 내에서 국회에 의한 특별입법으로 행정부와는 독립된 제4의 권력으로서 특별검사가 탄생하는 것이며, 이는 우리 헌법상 3권 분립조항을 위배하는 것이라고 한다.¹⁷⁾

특별검사제를 도입하게 된 이유가 검찰의 중립성과 엄정성에 대한 국민적 불신에서 비롯된다는 점을 고려한다면 특별검사의 임명에 검찰이 개입하도록 하는 것은 특검제의 취지 자체를 없애는 것이다. 그렇기 때문에 특별검사의 임명제청권을 행사하여 법무부장관이나 검찰총장이 반드시 특별검사 임명에 개입해야 하는 것은 아니고, 오히려 그들을 특별검사의 임명에 개입할 여지를 주는 것은 특별검사제의 도입취지를 몰각시킬 위험성이 더 크다고 할 수 있다. 또한 특검제는 제한적 범위의 수사대상을 제한적 시간 내에서 수사하기 위한 것이기에 법무부장관의 수사권발동의 본질적인 부분을 침해한다고 보기 어렵다.¹⁸⁾ 그렇기 때문에 특별검사의 임명에 반드시 법무부장관이나 검찰총장의 개입이 있어야만 합헌적인 것은 아니라 할 것이다.

(3) 우리나라 특별검사법의 그 동안의 평가

그 동안 9차례의 특별검사법을 거치면서 위헌논쟁 등 많은 논의들이 있었다. 하지만 이제는 특별검사의 위헌성의 논쟁의 의미는 퇴색되었다고 보이며, 오히려 이제는 그것이 합헌이라는 전제하에 그 동안 특별검사법의 경험적 운용에서 나오는 문제점들을 파악하고 앞으로의 방향설정이 더욱 중요한 문제로 자리매김하고 있다.

그 동안의 한시적 특별검사제의 경험에서 나타난 문제점들로 지적되는 것은 다음과 같다.

실체적 진실발견과 형사사법 정의를 구현하기 위해서 결정되어야 할 특별검사의 임명과 수사대상 및 수사기간의 결정이 정치적 협상의 결과에 따라 좌우된다는 점, 한시적 특별검사제는 특검법이 발효한 것과 동시에 특별검사 등 수사인력이 임명되어야 하는데, 이 경우 특별검사팀을 급조할 수밖에 없고, 독립성과 능력을 갖춘 특검팀 수사인력을 신속히 모집하기 어렵다는 점, 한시적 특별검사팀을 급조함으로써 기존의 검찰조직에 의존할 수밖에 없어 특검의 공정성과 독립성에 문제가 발생할 수 있다는 점, 특검팀 전체에 대한 신뢰를 좌우할 특별검사의 선임에 있어서 통상 7일 이내의 매우 짧은 기간 내에 특별검사 추천기관인 대한변협 또는 대법원장이 적임자를 물색하여 대통령에게 추천해야 하고 대통령도 이를 추천받은 후 3일 이내에 특검을 임명을 함으로써 추천예정자에 대한 사회적 검증기간을 거칠 수 없다는 점 등¹⁹⁾이 그것이다. 그 밖에도

17) 서영제, “특별검사법의 위헌여부 검토”, 법률신문 제3029호, 2001. 11. 26.

18) 조국(주 13), 66면.

19) 참여연대 이슈리포트, 역대 9번의 특별검사제를 통해서 본 고위공직자비리수사처의 필요성,

특별검사를 보좌할 특별수사관의 지위문제²⁰⁾나 관련기관의 협조 문제²¹⁾ 등이 지적되고 있다.

경험적인 분석을 보더라도 지금까지의 특별검사 수사결과²²⁾는 검찰수사결과와 같거나 중요한 공소사실을 무죄로 판단하는 등 검찰수사결과와 달리 본질적으로 달라진 것이 없다는 점이다.²³⁾ 그렇기 때문에 한시적 특별검사제는 그 문제점 등으로 인하여 이미 한계에 도달했다고 평가할 수 있다. 이러한 특별검사의 경험적 운용에서의 그 한계의 노정은 상설특검이나 고위공직자비리수사처의 설치 필요성으로 귀결된다.

III. 고위공직자수사처의 도입필요성에 대한 검토

1. 상설특검제 및 고위공직자비리수사처 설치여부에 관한 논의

특별검사제의 운용과정에서 나타난 문제점들을 두고 정치권, 학계 등에서는 상설특검제나 독립된 고위공직자수사기구의 도입이 주장되고 있다.

(1) 상설특검의 문제

특별검사제도를 입법화하는 경우 필요에 따라 상설기관으로 설치할 수도 있고 비상설기관으로 할 수도 있다. 특정사건을 처리하는 경우 부패와 관련된 사건을 항시 처리하는 기관의 형태로 하는 경우에는 상설기관으로 설치하는 것이 합당하고, 예외적인 경우 특정 사건만을 처리하게 하는 경우에는 비상설기관으로 하는 것이 제도의 운영에 보다 적합하다고 평가된다.²⁴⁾ 하지만 지금까지의 특별검사제는 한시적 특별검사를 임명함으로써 비상설기관으로 운용되어 왔으나, 전술한 바와 같이 그 문제점 등이 한계에

2010. 11. 11. 7-8면 참조.

20) 각 특검법은 특별수사관이 사법경찰관의 직무를 수행한다고 규정하고 있는데, 형사소송법 243조에 따라 검사의 직무를 수행하는 특별검사나 특별검사보가 주요 피의자에 대해 신문을 할 경우, 이들 특별수사관이 신문과정에 참여할 수 없었기 때문에 파견검사나 파견검찰공무원을 신문과정에 참여시켰다. 그러나 검찰이 수사대상인 경우에는 이들을 신문과정에 참여시키는 것이 매우 부적절하다는 점을 대부분의 특별검사들이 수사결과 보고서를 통해 지적하였다. 옷로비 사건의 최병모 특별검사, 조폐공사 파업유도 사건의 강원일 특별검사, 이용호게이트 사건의 차정일 특별검사, 대북비밀송금 사건의 송두환 특별검사, 노무현측근비리 사건의 김진홍 특별검사, 이명박-BBK 사건의 정호영 특별검사 등이 이를 공통적으로 지적하였다. 참여연대 이슈리포트(주 19), 9면 참조.

21) 각 특검법에는 특검의 수사에 협조할 관계기관의 범위가 정해져 있는데, 감사원이나 국세청 등 수사에 꼭 필요한 주요 기관이 특정되지 않았다고 하여 특검의 수사협조요청에 응하지 않는 경우가 있었다. 참여연대 이슈리포트(주 19), 9면 참조.

22) 김진환, “사법개혁의 방향”, 저스티스 통권 제118호, 2010, 77면.

23) 김진환(주 22), 77면 표 참조.

24) 정중섭(주 11), 507면.

부딪힘으로써 다른 방법을 모색해야 할 필요성이 대두되었다. 그래서 등장한 것이 이른바 상설특검제이다.

상설특별검사법안은 제15대 국회인 1999년부터 지속적으로 제출되어왔다.²⁵⁾ 제17대 국회에서는 2005년 3월 29일 노회찬의원, 2005년 4월 4일 장윤석 의원 등이 상설특검법을 제출하였으나, 2008년 5월 경 국회에서 의회기 종료로 폐기되었다.

상설특검제도는 정치적 의혹사건이 발생하였을 때 사안별로 특검법을 제정하는 것과는 달리 간편한 절차로 신속하게 특검을 도입할 수 있는 장점이 있으며, 고위공직자비리수사처의 경우는 권력의 눈치를 보는 수사기관으로 변질될 우려가 있으나, 상설특검은 특별검사가 미리 정해져 있는 것이 아니므로 사안별로 권력의 영향을 받지 않는 특별검사를 임명할 수 있어 정치적 독립성을 유지하는데 오히려 고위공직자비리수사처보다 유리한 면이 있다. 그 때문에 상설특검제의 도입이 주장되고 있으며, 한시적으로라도 상설특검제를 운영할 필요가 있다는 것이다.²⁶⁾

(2) 독립한 부패전담기구의 설치여부

그 동안 고위공직자비리의 수사기구와 관련된 논의에서 간과된 부분이 있었다면 특별검사제 의 위헌성 등 그 내용에 관한 문제가 아니라 그것의 한계점으로부터 파생하는 새로운 기구설치문제에 대한 논의의 부재일 것이다. 즉 기존 검찰 조직에 의한 수사만으로는 공정성과 엄정성에 대한 신뢰를 확보하지 못하는 문제를 해결하기 위해 특별검사제도를 도입하였지만, 특별검사제도가 과연 충분했는지, 특히 한시적 특별검사제도가 내포하고 있는 제도적 한계가 없었는지, 있었다면 이를 극복하기 위한 방안으로 상설 특별수사기구인 고위공직자비리수사처의 설치방안이 적절한지를 검토하는 방식은 간과되었다고 할 수 있다.

상설특검에서 더 나아가 독립한 부패전담기구로서 고위공직자비리수사처의 설치와 관련하여 그 동안 주장되었던 내용을 정리하면 다음과 같다.

1) 찬성론²⁷⁾

고위공직자비리수사처의 설치를 찬성하는 입장에서는 권력형 비리에 대한 수사가 이루어지기 어려운 것은 사정기관이 조직상 대통령에 종속되어 있고, 검찰이 저지른 비리에 대해 검찰 스스로가 수사하는 데에는 구조적 한계가 있기 때문에²⁸⁾ 그것이 필요하다는 것이다. 또한 대통령과 검찰로부터 독립된 사정기관의 설치를 통해 권력층에 대한

25) 참여연대 이슈리포트(주 19), 3면 이하 참조.

26) 조국(주 13), 69면.

27) 전태희, “주요국 공직비리수사기구의 현황과 시사점”, 국회입법조사처 현안보고서 제98호, 2010. 11. 16, 4-5면 참조.

28) 최석림/전태희, “고위공직자비리조사처 설치논의의 쟁점분석”, 이슈와 논점 제67호, 2010. 6. 3.

독립적인 수사와 사정기관간의 견제와 균형을 이루어야 하기 때문에 독립한 부패전담 기구로 설치될 필요가 있으며, 수사권이나 공소제기권 등 검찰의 독점적 권한행사를 분산시키고 견제와 균형장치를 마련하여 통제할 필요성이 있기 때문에²⁹⁾ 그것의 설치의 미가 있다고 한다. 그 뿐만 아니라 정치인이나 고위공직자에 대한 수사를 고위공직자비리수사처가 담당하게 함으로써 검찰의 정치적 부담을 덜어줄 수도 있다는 점도 독립전담기구의 설치의의라 할 수 있다.

2) 반대론

고위공직자비리수사처를 독립기구로 설치하는 것에 대한 반대론에서는 우선 행정작용인 수사 담당기구를 입법·행정·사법부 어디에도 속하지 않는 독립기구로 설치할 헌법적 근거가 없다는 점³⁰⁾에서 문제를 제기한다. 그리고 독립기구로 설치한다고 하더라도 선거직으로 하지 않는 이상 임명권자로부터 자유로울 수 없으며, 임명직으로 하는 경우 여·야간에 이해관계의 대립으로 향후 수사에 있어서도 정치적 중립성의 보장이 어렵다는 점을 지적하고 있다. 그렇기 때문에 새로 사정기관을 설립한다고 해결될 문제가 아니라 제도 운영상의 문제로서 검찰의 정치적 중립성을 제도적으로 보장하고 검찰심사회제도³¹⁾ 등을 도입하여 공소제기의 객관성을 담보하는 편이 우리 법체계에 부합한다는 것이다.³²⁾

(3) 고위공직자비리통제를 위한 방안 - 고위공직자비리수사처 설치를 위한 제언

고위공직자의 비리통제를 위한 방안으로는 특별수사기구를 설치하는 방안과 반대론에서 주장하는 것처럼 별도의 수사기구를 설치하지 않고 현행의 제도 하에서 부패통제를 위한 형사사법절차를 보완하는 방안 두 가지로 생각해 볼 수 있다.

현재 대법원은 부패범죄 전담재판부 설치 등에 관한 예규를 마련하여 부패범죄 전담재판부를 운영하고 있다. 예규에 따르면 전국 모든 고등·지방법원 등에서 법원장은 부패범죄 전담재판부를 지정하도록 하고 있으며, 부패범죄 전담재판부는 정기적으로 열리는 재판장 회의를 통하여 엄격하고 통일된 양형을 유지하고 있다. 뇌물, 알선수재, 직권

29) 하태훈, “독립성 보장된 사정기구 신설이 해답이다”, 국회보 2010. 7. 124면.

30) 전태희(주 27), 5-6면 참조

31) 일본의 경우 검찰심사회제도를 두고 있다. 무작위로 추출된 시민으로 구성된 검찰심사회가 검사의 불기소처분의 당부를 심사하여 이를 부당하다고 결정하는 경우 공소제기를 하도록 강제하는 검찰심사회제도를 두고 있다. 우리나라도 2010년 검사 성접대 사건 이후 실추된 검찰 위상과 신뢰를 회복하기 위해, 2010년 6월 11일 김준규 검찰총장은 전국 1700여명의 검사가 참석한 전국 검사 영상회의를 열고, 검찰시민위원회 도입을 논의, 확정했다. 검찰시민위원회는 대한민국 검찰의 기소독점주의의 폐해를 견제하기 위해 미국의 대배심과 일본 검찰심사회를 참고하여 신설한 위원회이다. 위원회의 결정은 구속력은 없고 권고적 효력만 있다. 검찰시민위원회는 결정에 구속력이 인정되는 기소배심제도가 도입되기 전까지 운영된다.

32) 최석림/전태희, 고위공직자비리조사처 설치논의의 쟁점분석, 이슈와 논점 제67호, 2010. 6. 3.

남용, 정치자금법 위반 등 정치인이나 공무원들의 범죄와 재벌비리 등 기업범죄에 대해서도 부패범죄 전담재판부에서 처리하고 있다. 부패범죄전담재판부의 설치목적은 엄격하고 통일된 양형을 유지하기 위함이다. 그러나 부패범죄 전담재판부와 국민참여재판 전담재판부가 경합하는 경우에는 부패범죄는 국민참여재판 전담재판부로 재배당하게 된다.³³⁾ 이처럼 부패범죄 전담재판부와 국민참여재판 전담재판부는 선택적으로 운용된다. 고위공직자의 비리 및 부정부패의 문제를 전담하기 위한 부패범죄 전담재판부도 그 전문성·엄격성·독립성 등을 높일 수 있다는 점에서 당연히 도입해야 할 필요성이 있지만, 이 경우 국민의 참여를 보장하는 것도 아주 중요한 요소이다. 그렇기 때문에 부패범죄 전담재판부를 국민참여재판 전담재판부로 운용하는 것도 현행 체제하에서 생각해 볼 수 있는 고위공직자비리를 적결하는 하나의 대안이라 할 수 있다.

그렇지만 형사사법적 절차 중에서도 재판의 단계에서만 부패방지시스템을 도입하는 것만으로는 부족하다. 재판 전 단계인 기소단계에서의 고위공직자의 부패행위를 재판으로 가져갈 제도적 장치가 필요하다. 검찰의 기소독점권이나 기소재량권에 의해 지배되는 형사사법절차에서 사법적 정의를 구현하기 위해서는 재판절차에서 국민참여 전담재판부를 운용하는 것만으로는 불가능하기 때문에 이른바 고위공직자비리수사처의 설치가 그 의미를 갖는 것일 수도 있다. 물론 기소절차에서 시민대표가 참여하도록 함으로써 민주적 정당성을 부여하고 검찰의 기소독점권의 남용을 방지하는 방법으로 미국의 대배심제도와 같은 제도의 도입도 생각해 볼 수 있지만, 대배심제도가 공소장 승인이나, 증인출석 및 증언강제 등의 강제소환권에 의한 조사 등에 한정된 권한을 행사한다는 점에서 권력형 비리나 대형 부정부패의 수사 등에는 고위공직자비리수사처의 설치가 그 논의의 핵심에 있다는 점을 부인하기 어렵다.³⁴⁾

고위공직자비리수사처 등 상설 특별수사기구의 경우, 수사대상자와 수사대상 범죄종류가 사전에 규정되어 있으므로, 별도의 정치적 협상과 공방으로 인해 수사개시에 부당한 제한이 발생하지 않으며, 수사기간이 정치적 협상에 따라 제한되지 않는 만큼 부당한 수사기간 제한에 따른 수사의 어려움도 없다. 또한 고위공직자비리수사처의 경우 평소 자질과 능력을 갖춘 수사인력을 확보해 둘 수 있고, 수사인력 사이의 협력관계도 이미 형성되어 있는 장점이 있다. 또한 한시적 특검의 ‘특별검사’에 비교되는 ‘고위공직자비리수사처의 장’의 임명과정에 국회나 시민사회, 법률가집단 등이 참여하는 인사추천위원회는 물론이거니와 국회의 인사청문회 등의 정치, 사회적으로 공정한 임명추천 및 검증과정을 거칠 수 있고, 차장 등의 경우에도 국회 등을 통해 적절한 검증과정을 거칠

33) 국민참여재판의 접수 및 처리 예규[시행 2010.4.27] [대법원예규 제1303호, 2010.4.27, 일부개정] 제8조(국민참여재판 전담재판부로의 재배당) 당해 지방법원 본원에 국민참여재판 전담재판부가 설치된 때에는 지체 없이 국민참여재판 사건을 그 국민참여재판 전담재판부로 재배당한다. 국민참여재판 사건이 당해 지방법원 본원에 설치된 다른 전문재판부(부패, 성폭력 등)에 배당되었던 때에도 이와 같다.

34) 우리가 도입하고 있는 검찰시민위원회는 그 결정은 구속력은 없고 권고적 효력만 있기 때문에 기소배심제도의 역할을 수행하기 어렵다.

수 있는 시간적 여유가 충분히 있는 장점³⁵⁾이 있어 그것의 도입은 기존의 검찰권 행사의 한계를 극복할 수 있는 유일한 대안일 수 있다.

IV. 고위공직자비리수사처의 설치에 있어서의 방향설정

만약 법률로써 고위공직자비리수사처를 둔다면 그 임명권권자와 소속을 어디로 할 것인가가 가장 우선적으로 검토되어야 한다. 이는 이 기구의 독립성과 관련된다. 그 밖에도 공직비리수사처를 어떻게 구성할 것인지, 수사대상의 범위는 어디까지 인정할 것인지, 그리고 권한인정범위와 관련하여 수사권만 부여할 것인지 아니면 기소권도 함께 인정할 것인지 문제된다. 만약 수사권만 인정할 경우 검찰의 불기소처분에 대한 대책은 어떠한지 하는지도 역시 입법적으로 해결되어야 할 문제이다.

고위공직자비리수사처 설치 법률안은 지속적으로 발의되었다. 제18대 국회에 속하는 2010년에만 3건의 법안제출과 1건의 입법청원이 있었다. 각각 대표발의 한 의원의 이름에 따라 이정희 안, 양승조 안, 김동철 안이라고 약칭하고 그 안을 중심으로 이하에서는 검토한다,

1. 고위공직자비리수사처의 소속문제

고위공직자비리수사처를 어디에 설치할 것인가의 문제는 기구의 독립성과 관련되는 아주 중요한 문제이다. 대통령소속으로 둘 수도 있으며, 법무부나 국민권익위원회에 설치하는 안, 어느 기관에도 속하지 않는 독립된 기관으로 설치하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다.

먼저 대통령소속기관으로 설치하는 방안이다. 과거 민주당의 신기남 의원이 발의한 안으로 이는 국가원수 직속기관으로 둬으로써 반부패수사에 있어서 강력한 추진력을 가질 수 있고, 여타 수사기관과의 협조도 적극적으로 얻을 수 있다는 장점이 있다.³⁶⁾ 하지만 이는 대통령측근비리나 권력형 비리수사에 있어서 대통령의 영향을 피할 수 없다는 점이 여전히 문제로 남는다.

법무부 소속으로 설치하는 방안³⁷⁾은 고위공직자의 비리수사에 기존의 검찰조직이 담당하는 것과 비교해서 큰 차이가 없다.

다음으로 국민권익위원회에 독립적인 수사권을 부여하거나 국민권익위원회 소속으로

35) 참여연대 이슈리포트(주 19), 8면.

36) 최석림/전대회, 고위공직자비리조사처 설치논의의 쟁점분석, 이슈와 논점 제67호, 2010. 6. 3; 전대회(주 27), 69면 참조.

37) 최석림/전대회, 고위공직자비리조사처 설치논의의 쟁점분석, 이슈와 논점 제67호, 2010. 6. 3; 전대회(주 27), 69면 참조.

설치하는 방안이다. 검찰, 수사기관, 경찰, 감사원, 국민권익위원회 이외의 별도의 기구를 두는 것은 사정기능이 과도하게 분산되어 혼란을 야기하게 되고, 국민권익위원회의 고위공직자 고발권 등 기관간 기능 중첩이 예상되어 문제의 소지가 있다. 그러므로 새로운 기관을 설치하는 것보다는 현재의 사정기관 간 기능상의 연계성을 강화하되 서로 견제와 균형을 유지하는 것이 필요하므로 고위공직자에 대한 고발기능을 수행하고 있는 국민권익위원회에 조사권을 부여하여 견제기능을 강화하도록 하는 방안에 대하여 긍정적인 입장³⁸⁾이 있다. 그 밖에도 과거 참여정부안에서는 고위공직자비리수사처를 국민권익위원회의 소속기구로 설치할 것이 주장되었다. 이 안은 국민권익위원회가 가지고 있는 조사권 및 고발권 등의 혼선을 피할 수 있다는 장점이 있다. 하지만 여전히 수사기구를 대통령 소속 위원회에 두는 것은 정치적 중립성 및 직무상 독립에 문제가 있다. 대통령이 인사·예산 및 운영에 있어서 직접적 또는 간접적으로 관여할 수 있는 것을 피하기가 어렵기 때문이다.

마지막으로 독립기구로 설치하는 방안이다. 고위공직자비리수사처를 국가인권위원회 처럼 독립하여 설치하는 방안(이정희 안, 김동철 안, 양승조 안)으로 정치적 중립성 및 직무상의 독립이라는 취지를 살리기에 가장 적당한 안이다. 그렇지만 비판론에 의하면 입법, 행정, 사법 어디에도 속하지 않는 행정기관을 설치하는 것이 우리 헌법상 권력구조에 위배되는 것이라는 지적이 있다. 고위공직자비리수사처를 행정기관이 아닌 독립된 국가기구로 설치하는 것이 반드시 헌법위반이라고는 할 수 없다. 모든 국가기관을 대통령과 국무총리의 통할을 받는 행정기관으로 설치해야만 하는 것은 아니며, 반드시 대통령의 직속으로 두어야 하는 것도 아니다. 독립기구로 설치하는 것이 고위공직자비리수사처가 수행하는 직무의 독립성이나 공정성 등을 고려할 때 가장 바람직한 형태라 할 수 있다.

2. 고위공직자비리수사처 구성의 문제

고위공직자비리수사처를 구성하는 경우 그 조직을 어떻게 할 것인가도 중요하다. 조직의 구성은 수사기구의 권한범위의 인정과도 밀접한 관련을 갖기 때문에 수사처 내에 어떠한 수사구조를 갖출 것인가 하는 문제이다. 고위공직자비리수사처에는 처장, 차장, 특별검사, 특별수사관 등을 둘 수도 있다. 김동철 안에 의하면 수사처는 처장 1인, 차장 1인, 특별수사관 100명, 수사관을 두도록 하고 있고(안 제4조), 처장은 15년 이상 변호사 자격이 있는 자로서 고위공직자비리수사처장 추천위원회의 3분의 2 이상 추천과 국회 인사청문을 거쳐 대통령이 임명하며 임기는 5년 단임으로 규정(안 제5조 및 제6조)하고 있다. 그리고 대통령은 처장 결원 시 위원장을 포함해 9인의 위원으로 추천위원회를 구성(안 제6조)하도록 하고 있고, 추천위원회 위원을 임명함에 있어 3인은 국회의장

38) 지영환, “공무원범죄 통제를 위한 형사입법론적 연구 : 고위공무원 부패범죄를 중심으로”, 경희대 법학박사학위논문, 2007. 8, 310면.

이 국회 각 교섭단체대표의원과 협의하여 추천한 자를 임명하고, 3인은 국회 법제사법위원회의 추천의뢰를 받아 국회의장이 추천한 자를 임명하도록 규정하고 있다.

이정회 안에서는 조사처에 처장 1인과 차장 1인을 두되, 처장은 정무직으로 하고, 차장은 특정직공무원으로 보한다(안 제4조)고 규정하고 있고, 조사처에는 특별조사관과 그 밖에 필요한 직원을 두도록 하고 있다. 처장은 고위공직자비리수사처의 독립성 및 전문성을 위하여 대법원장이 추천하는 자를 국회의 인사청문회를 거쳐 대통령이 임명(안 제5조)하도록 하고 있다. 또한 임기 후 3년간 공직임용을 제한(안 제5조제4항)함으로써 고위공직자 수사에 있어 이권 개입을 방지하도록 하고 있으며, 현직 검사의 처장, 차장 및 특별조사관 임명을 금지(안 제7조 제1항 제5호)함으로써 현직 검사가 조사처에 파견되는 것을 막아 인적으로 분리하여 검찰의 영향을 받지 않도록 규정하고 있다.

양승조 안에서는 고위공직자비리수사처의 처장은 변호사의 자격이 있는 자로서 15년 이상의 경력이 있는 자 가운데 대법원장의 추천과 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명(안 제4조)하도록 규정하고 있다.

고위공직자비리수사처의 조직을 구성함에 있어 대체로 처장, 차장, 특별수사관 등을 두고 있으며, 독립기구로 구성하면서도 구성원의 임명권자는 대통령으로 하고 있다. 수사처의 성격이 상설적 국가기관인 만큼 대통령의 임명권을 인정하고 있는 것이다. 다만 처장이나 차장 등의 임명에는 추천위원회, 국회의 인사청문, 대법원장의 추천 등의 견제장치를 마련함으로써 대통령의 인사권에 대한 통제수단을 마련하고 있다.

3. 고위공직자비리수사처의 수사대상의 문제

고위공직자비리수사처의 수사대상은 고위공직자의 직무 또는 직무이외의 부패행위가 그 대상이 된다. 여기서 문제가 되는 것은 고위공직자의 범위가 어디까지이며 아울러 그 수사대상이 고위공직자에게만 한정되는지 아니면 가족 등에게까지 확대되는지가 문제된다.

김동철 안에 따르면 안 제2조에서 고위공직자의 범위를 전·현직자(전직의 경우 퇴임 2년 이내의 공직자)로서 가. 대통령실 소속의 대통령실장·정책실장·수석비서관, 나. 장관급 이상의 공무원, 다. 국회의원, 라. 법관 및 검사, 마. 감사원·국가정보원·금융위원회·공정위원회·국세청의 1급 이상 공무원, 바. 치안감급 이상 경찰공무원, 사. 5급 이상 검찰수사관, 아. 금융감독원의 원장·부원장·부원장보 및 감사 등으로 규정하고 있고, 고위공직자의 배우자, 직계존비속 및 형제자매 등의 친족의 범죄행위도 수사 및 공소의 제기과 그 유지에 필요한 행위일 경우 수사대상으로 포함시키고 있다.

이정회 안에서도 고위공직자 가족의 범위(안 제2조제2호)에 배우자, 직계존비속 및 형제자매를 포함시키고 있다.

양승조 안에서는 제14조에서 가. 대통령실 소속 대통령실장, 정책실장, 수석비서관, 기획관, 보좌관, 비서관, 선임행정관, 경호처장과 차장, 나. 국무총리, 국무총리실장, 국

무차장과 사무차장, 다. 특임장관, 행정각부의 장관 및 차관, 청장 및 차장, 라. 법제처장 및 차장, 국가보훈처장 및 차장, 마. 감사원의 원장, 감사위원, 사무총장 및 국장, 바. 국가정보원장, 차장 및 국장, 사. 지방경찰청장, 아. 광역지방자치단체의 장, 자. 법관, 검사, 차. 국회의원, 카. 장관급 장교, 타. 가목 내지 카목의 직위에 있는 자의 배우자 또는 직계가족, 파. 가목 내지 카목의 직위에 있었던 자 및 그 배우자 또는 직계가족, 하. 대통령의 직계·방계가족, 배우자 또는 그 직계가족, 거. 그 밖에 국회의원 재직 3분의 1 이상의 결의로 수사를 요청한 자 등으로 수사대상을 확대하고 있다.

대체로 법안에서는 고위공직자의 대상을 넓게 이해하면서 그 가족 등에게도 확대하고 있다. 고위공직자의 의미를 지나치게 확대해석하여 그 범위를 넓게 보는 것은 기존의 검찰조직과의 기능이나 역할의 충돌을 가져올 수 있으며, 가족 등에게도 지나친 확대는 자제되어야 한다. 그러므로 고위공직자비리수사처의 수사대상은 기존의 검찰수사에 의해 의혹이 해소가 의심스러운 정도의 권력형 비리범죄나 검찰이나 경찰, 법원 등과 같은 사정기관이나 재판기관 등이 개입된 범죄에 한정하는 것이 제도적 도입의 취지에 부합한다. 물론 이러한 권력형 비리에 연루된 경우라면 하위직 공직자라 하더라도 수사대상에 포함시켜야 하는 것은 당연하다.

4. 권한범위 인정의 문제

고위공직자비리수사처를 설치하는 경우 대체로 이 기구가 고위공직자의 비리에 대한 수사권을 행사할 수 있다는 점에 대해서는 이론이 없다. 하지만 수사권의 범위를 넘어 수사처에 공소제기와 유지권을 행사할 수 있도록 하는 것은 검찰의 기소독점주의에 비추어 많은 법적인 어려움이 있을 수 있다. 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 법률안에서는 하나같이 수사권 외에도 공소제기와 공소유지권을 인정하고 있다. 김동철 안에 따르면 수사처는 고위공직자나 그 친족의 범죄 및 관련범죄에 대한 수사 및 공소 제기와 유지의 직무를 수행하며, 수사처의 직무와 중복되는 다른 기관의 직무는 수사처로 이관하도록 하고 있다(안 제14조). 이정희 안 제14조 및 제15조에서도 조사처는 고위공직자 또는 그 가족의 범죄행위를 인지한 때, 범죄행위에 대한 고소·고발이 있는 때, 국회·감사원·대검찰청 또는 국방부로부터 수사의 의뢰가 있는 때에 수사를 개시하도록 하고 있으며, 재정신청의 특례를 두어 조사처는 기소권을 행사하며 조사처가 불기소하는 경우 고소·고발자 또는 수사의뢰 기관의 장이 서울고등법원에 재정신청할 수 있도록 하고 있다(안 제18조). 양승조 안에서도 조사처의 권한범위와 관련하여 고위공직자 등에 대한 범죄수사·공소제기 및 그 유지와 국민권익위원회가 고발한 사건에 대한 수사·공소제기와 그 유지 및 이에 필요한 사항으로 한다고 규정하고 있다(안 제14조).

고위공직자비리수사처에 특별검사를 두어 직접 공소를 제기하도록 하는 방안은 특별검사제의 출발점이 검찰이 검찰 스스로를 제대로 수사하거나 공소를 제기하지 못한다는 전제에서 선 것이라면 일응 설득력이 있다. 하지만 수사처에 공소제기권 등을 인정

하는 것은 공소제기의 효율성과 통일성의 저해하고 형사절차에서의 정쟁화의 가속화라는 문제점을 야기할 수 있으므로, 오히려 고위공직자비리수사처에는 실질적인 수사권만을 부여하고 검찰은 단지 공소제기 및 공소유지만을 담당하게 한다면 검사의 기소재량권이 남용될 여지는 적으며 현행 형사소송법 체계에도 부합한다는 장점은 있다.³⁹⁾ 그렇지만 정치적으로 중요하고 민감한 사안이나 대형 부정부패 사건의 경우에 사건의 모든 진상을 밝혀 관련자들을 모두 처벌하는데 있어서 어떠한 제약이 따른다는 것은 특별검사 도입의 제도적 취지와는 합치하기 어렵다는 점⁴⁰⁾을 고려한다면 고위공직자비리수사처에 특별검사에 의한 수사권뿐만 아니라 공소제기 및 유지권도 부여하여야 할 것으로 보인다.

V. 마치며

권력형 비리범죄가 등장할 때마다 특별검사에 의한 수사필요성이 제기되면서 우리나라에도 이미 9차례에 걸친 특별검사법이 제정되었다. 수많은 논의과정을 거쳐 탄생한 특별검사법도 고위공무원의 부정부패를 통제하는 방안으로는 그 실효성을 검증받지 못하였다. 그것은 우리 특별검사법의 경험적 운용에서도 나타나고 있다. 그 때문에 이제는 한시적 특별검사제에서 더 나아가 상설적 특별검사제를 시행하거나 독립된 부패전담기구로서 고위공무원비리수사처를 설치하자는 목소리가 높다. 이미 오래전부터 상설특검제와 고위공직자비리수사처에 관한 많은 법안이 제출되었다. 2010년에만 무려 3건의 법안제출과 1건의 입법청원이 있었다. 스폰서검사특검 이후 이제 민심은 견잡을 수 없을 정도로 고위공무원의 범죄행위에 대한 독립된 수사기구의 설치를 요구하고 있다. 기존 검찰이나 한시적으로 급조되는 특별검사팀에 의한 수사결과에 대한 불신이 해소되지 않고 있기 때문이다.

고위공직자비리수사처를 설치하는 경우 그것의 소속은 대통령이나 법무부 또는 국민권익위원회 소속으로 설치하는 방안이나 독립기구로 설치하는 방안 등을 생각해 볼 수 있지만 이익충돌의 경우나 권력형 비리에 대한 공정하고 독립적인 수사의 보장이라는 측면에서 본다면 독립기구로 설치하는 것이 바람직하다. 독립기구로 설치하더라도 그 임명권은 대통령이 행사하도록 하며, 다만 대통령의 임명권 행사에 대한 국회나 사법부에 의한 통제수단을 마련하는 것은 필수적이다. 고위공직자비리수사처의 수사대상은 권력형 비리범죄, 경찰·검찰·법원 등 수사기관·사법기관 등이 관련된 범죄에 한정하는 것이 바람직하고 지나치게 공무원의 범위를 확대하는 것은 기존의 사정기관과의 충돌을 가져올 수 있다. 이 경우 수사처에는 조사권뿐만 아니라 특별검사에 의한 공소제기 및

39) 최석림/전태희, 고위공직자비리조사처 설치논의의 쟁점분석, 이슈와 논점 제67호, 2010. 6. 3.

40) 정중섭, “1999년 특별검사법의 문제점과 입법적 개선”, 서울대학교 법학 제41권 제3호, 2000, 217면.

공소유지권을 함께 부여하는 것이 고위공직자비리수사처의 도입취지에 부합하는 것이므로 수사처의 권한범위의 인정에 제약을 가하는 것은 공무원의 부패통제에 있어서 그 실효성을 거두기가 어렵다.

<참고문헌>

- 김진환, “사법개혁의 방향”, 저스티스 통권 제118호, 2010
- 서영제, “특별검사법의 위헌여부 검토”, 법률신문 제3029호, 2001. 11. 26
- 오세인, “미국에서의 특별검사제도에 대한 비판론”, 저스티스 제32권 제3호, 1999
- 이재석, “특별검사제도에 관한 고찰”, 사회과학연구 제6집 제3호, 대구대학교사회과학연구소, 1999
- 이헌환, “이용호 의혹사건 특별검사법 검토”, 헌법학연구 제7권 제4호, 2001
- 전태희, “주요국 공직비리수사기구의 현황과 시사점”, 국회입법조사처 현안보고서 제98호, 2010. 11
- 정종섭, “미합중국의 독립검찰관제도”, 『헌법연구 2』, 박영사, 2001
- 정종섭, “1999년 특별검사법의 문제점과 입법적 개선”, 서울대학교 법학 제41권 제3호, 2000
- 정종섭, “특별검사제도의 입법화와 운용, 기본권·국가·헌법 - 공법학의 21세기적 과제 -”
성운 허경교수화갑기념논문, 1999
- 조국, “특별검사제 재론 - 특별검사제의 한시적 상설화를 위한 제언 -”, 형사정책 제14권 제1호, 2002
- 지영환, “공무원범죄 통제를 위한 형사입법론적 연구 : 고위공무원 부패범죄를 중심으로”,
경희대 법학박사학위논문, 2007. 8
- 참여연대 이슈리포트, 역대 9번의 특별검사제를 통해서 본 고위공직자비리수사처의 필요성,
2010. 11. 11
- 천진호, “특별검사제도에 관한 법이론적 고찰”, 형사정책연구 제9권 제1호, 1988
- 최석림/전태희, “고위공직자비리조사처 설치논의의 쟁점분석”, 이슈와 논점 제67호, 2010. 6.
3
- 하태훈, “독립성 보장된 사정기구 신설이 해답이다”, 국회보 2010. 7

투고일자 : 2010.10.19

게재확정 : 2010.12.15