

## 검찰청 검사의 수사권 박탈 법안의 평가

한 석 훈 성균관대 법학전문대학원 교수

### I. 머리말

원래 검찰청 검사는 사법경찰이 1차 수사를 마친 후 송치한 사건의 보완수사권과 직접 인지하거나 고소·고발 받은 사건에 대한 직접수사권을 보유하고 있었다. 그런데 지난 2021. 1. 1. 시행된 개정 형사소송법 및 개정 검찰청법(이하 ‘개정법’이라 함)에 의하여 그 중 직접수사권을 6대 범죄(경찰공무원 및 4급 이상 공무원 등의 부패·공직자범죄, 경제·선거·방위사업·대형참사범죄)로 제한하고, 사법경찰에 대한 사전 수사지휘권을 박탈하며, 사법경찰에게 불송치종결권을 부여했다. 또한 공수처(고위공직자범죄수사처)법을 제정하여 2020. 12. 15.부터 3급 이상 고위공직자의 부패범죄에 관한 직접수사권은 공수처 검사에게 부여했다.

나아가 국회 다수당인 민주당(더불어민주당)은 검사의 수사권 완전 박탈(속칭 ‘검수완박’)을 당론으로 확정하여 금년 4. 15. 국회에 그 개정 형사소송법안 및 개정 검찰청법안(이하 ‘법안’으로 약칭)을 발의했고, 윤석열 대통령취임 전 국회의결과 개정법 공포까지 마치겠다고 공언하고 있다. 이 법안은 시행시기를 불과 공포 후 3개월 후로 예정하고 그때까지 수사 중인 사건은 경찰이 무조건 승계하는 것으로 정하고 있다. 그 승계가 예상되는 검찰수사 사건이란 청와대의 울산부정선거개입 윗선수사를 비롯한 문정권의 비리수사, 대장동게이트 및 성남 FC 후원금비리 의혹 등 이재명 민주당 상임고문에 대한 수사가 예상된다. 이 입법추진에 앞장서고 있는 민주당 의원은 위 울산사건 당시 울산경찰청장으로서 청와대의 부정선거 하명에 따른 혐의로 현재 재판받고 있는 피고인 신분이기도 하다. 검수완박 입법을 민주당이 대선패배 후 이러한 민주당 측에 대한 검찰수사를 방어하기 위한 편법으로 보게 되는 이유이다. 처음에는 이를 반대하던 국민의힘 당도 최근 박병석 국회의장의 중재안에 동의했는데, 중재안의 내용은 보완수사는 범죄의 단일성·동일성이 인정되는 범위에서 허용하되, 4개월 후 위 6

대 범죄 중 부패·경제범죄를 제외한 선거·공직자범죄 등 나머지 범죄에 대한 검사의 직접수사권을 박탈하고, 1년 6개월 내 중수청(중대범죄수사청)이 신설되면 검사의 직접수사권을 모두 박탈한다는 내용이다.

이 중재안이 4월 내 국회를 통과하면 금년 9월부터는 선거범죄, 공직자범죄 및 방위사업·대형참사범죄는 사법경찰의 수사에 일임해야 하고, 내년 11월경부터는 경찰 및 공수처(고위공직자범죄수사처) 공무원의 직무에 관한 범죄 외에는 일체 범죄에 대한 검사의 직접수사권이 폐지된다. 또한 송치사건이나 고소·고발인 및 피해자가 이익을 제기한 불송치사건과 수사권남용 등 시정조치요구사건에 대한 검사의 보완수사권은 유지되지만, 보완수사 과정에서 무고 혐의 등 관련 범죄가 인정되더라도 직접 수사할 수 없고 사법경찰 등이 수사하도록 수사지휘를 할 수도 없게 된다. 즉, 사법경찰이나 중수청이 대부분의 수사권을 독점하게 되고 수사종결권까지 행사하지만, 입건되어 수사가 종결되기 전에는 검찰청 검사의 수사지휘권이 없으므로, 사법경찰 등이 필요한 수사를 하지 않거나 부당한 내사종결, 고소·고발장 접수 부당거부, 고소·고발사건의 장기간 수사지연 또는 불필요한 수사 등 부당 수사가 있더라도 검찰청 검사는 그 시정조치를 할 수 없게 된다. 이 법안에 대해 변협 등 변호사단체나 학계·시민단체·언론 등 국민 대부분이 반대하고 있다. 여론조사회사 리얼미터의 여론조사도 검수완박에 52.1%가 반대하고 38.2%만 찬성하고 있을 뿐이다. 그럼에도 불구하고 민주당은 공청회 등 국민여론 수렴이나 전문가 의견을 듣는 절차도 없이 국민의 힘당이 반대하더라도 국회 법사위원 1명의 편법 사·보임을 통해 불과 20일 내에 입법하려고 졸속 추진하고 있다.

이 법안은 제안이유로 “수사권과 기소권 이원화는 민주국가 사법체계의 기본”이라고 주장하면서, 검사의 수사권을 박탈하는 것이 “국가 형벌권의 공정성과 객관성을 제고”하는 길이라고 설명하고 있다. 그러나 검사제도를 채택하면서 검사의 수사권을 박탈한 나라는 세계에 유례가 없고, 사법경찰이나 중수청 등 1차 수사기관이 수사권을 독점하게 하는 것이 국가 형벌권의 공정성과 객관성을 제고하는 길이 아님은 위 울산사건이 아니더라도 국민 대부분이 실감하고 있을 것이다. 이에 우리나라가 형사법을 계수한 대륙법계 국가인 독일을 비롯한 프랑스·일본, 그리고 이 법안을 제안한 민주당 의원들이 이 법안의 모델로 인용하는 미국·영국의 형사사법제도를 분석하고, 이 법안의 내용과 문제점을 검토한다.

## II. 주요 국가의 형사사법제도

### 1. 대륙법계

검사제도는 프랑스에서 근대 시민혁명 후 시민들의 인권보장을 위해 법관의 재판권으로부터 수사·기소·공소유지권을 분리하여 이를 검사에게 부여함으로써 탄생한 제도이다. 이후 독일 등 대륙법계 국가는 검사를 수사주재자로 하는 검사제도를 채택하고 있다.

대륙법계 국가에서는 형사사법절차란 국가의 법질서를 유지하기 위한 국가형벌권 행사절차로 파악한다. 또한 국가를 대신하여 형벌권을 집행하는 검사는 기소와 공소유지를 담당할 뿐만 아니라 그 증거수집을 위한 수사절차를 주재한다. 공판절차 전 수사단계에서 합리적 의심을 배제할 만한(beyond reasonable doubt) 증거 유무를 심사하여 유죄 입증이 가능한 경우에만 기소하고 그 증거가 불충분하면 불기소 사건처리를 하는 공판 전 수사절차가 있는 점이 대륙법계 형사사법절차의 특색이다.<sup>1)</sup> 그러므로 이러한 검사제도를 갖춘 대륙법계 국가의 경우 후술하는 것처럼 이러한 수사절차가 없는 영미법계 국가와 비교하여 기소 후 무죄선고율이 현저히 낮을 수밖에 없다.

수사도 목격자 진술, 증거물, 현장검증·감정 등을 통해 과거의 진실을 가려야 하는 사법작용의 일종이므로, 사법관과 동일한 자격을 갖추고 신분이 보장되는 검사가 객관의무를 갖고 수행하는 검사 본래의 직무이다. 수사절차는 기소 여부를 판단하거나 기소를 위한 증거수집과정이므로 기소 및 공소유지 책임이 있는 검사가 관여하지 않으면 불필요한 수사로 국민을 괴롭히거나 필요한 증거수집이 제대로 이루어지지 않아 피해자를 위한 정의구현이 좌절될 수 있다. 그러므로 독일·프랑스를 비롯한 유럽 대륙법계 국가는 모두 법률에 검사의 수사권을 명시하고 있고, 오스트리아는 2008년경 아예 헌법에 검사가 수사 및 기소 담당자임을 명시하고 있다.<sup>2)</sup> 우리나라도 대륙법계, 특히 독일의 형사사법체계를 계수하여 헌법 제12조 제3항에 “체포·구속·압수·수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고, 형사소송법 제196조에 “검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄

1) 정웅석, “대륙법과 영미법의 형사법체계”, 『형사소송 이론과 실무』 제13권 제4호(2021), 55면.

2) 한석훈, “수사권조정 및 고위공직자범죄수사처 설치 법안의 평가 -비즈니스범죄 등을 수사하는 전문 수사청 설치를 위한 제안-”, 『성균관법학』 제31권 제4호(2019), 655면.

사실과 증거를 수사한다.”고 규정하여 검사가 수사권자이자 수사의 주재자(主宰者)임을 전제하고 있다.

그런데 현대에 와서는 대도시의 발달과 사회구조의 복잡화·대규모화로 인해 범죄의 예방과 진압에 방대한 인력을 투입하고 있는 경찰이 수사의 보조자로 등장하게 되었다. 이에 따라 인력이 제한적인 검사는 송치사건의 보완수사나 권력형 부패사건 등 경찰에 맡기기 어려운 중요사건만 직접 수사하고, 일반 범죄사건은 경찰에 수사를 맡기는 대신 수사지휘를 통해 경찰수사의 효율성과 인권보장을 담보하고 있다. 따라서 사법경찰이 수사활동을 하는 근거는 검사의 수사지휘에 있고, 독일·프랑스·오스트리아·스위스·네델란드·이탈리아 등 유럽 국가의 각 형사소송법에는 사법경찰은 검사와 상명하복 관계에 있음을 명시하고 있다.<sup>3)</sup>

### 가. 독일

독일은 연방제 국가이므로 검찰청도 연방검찰과 주(州)검찰로 구분되고 연방검찰청은 연방법원에, 주검찰 중 고등검찰청은 고등법원에, 지방검찰청은 지방법원에, 구(區)검찰청은 구법원에 소속되어 있으나, 그 직무수행의 독립성이 보장된다. 연방검찰은 국가보안 형사사건의 수사와 공소제기 등을 담당하지만 주검찰의 상급기관은 아니다.<sup>4)</sup> 주 단위로 고등검찰·지방검찰·구검찰 사이에는 엄격한 상명하복 관계에 있고, 지방검찰청 검사는 배당사건은 물론 직접 인지수사도 한다.<sup>5)</sup> 독일에서도 구검찰청의 검사는 직업법관 자격이 있는 검사와 일반직에서 선발된 구검사로 구성되고 경미한 사건을 수사하고 처리한다.<sup>6)</sup>

사법경찰은 초동수사 후 피의자신문조서를 비롯한 사건기록을 지체없이 검사에게 송부해야 하고, 검사는 수사의 주재자로서 수사권, 사법경찰에 대한 수사지휘권 및 수사종결권을 보유하고 있다.<sup>7)</sup> 독일에서도 사법경찰의 수사권독립 논쟁이 있었지만, 오히려 검사의 지휘가 미치지 못하는 경찰수사 영역의 존재로 인한 폐해를 방지하기 위하여 검사의 수사지휘를 강화해 오고 있다.<sup>8)</sup> 구속영장 청구권은 검사에게 전속되어 있다.<sup>9)</sup> 수사의 효율적 수행을 위하여 피의자는 물론 참고인 또는 감정인도 검사가 소환하면 출석의무가 있고 불응 시 출석을 강

3) 정웅석, 앞의 논문, 38면.

4) 사법정책연구원, 「각국의 사법제도 -외국사법제도연구(27)-」, (2020. 12.), 326,327면.

5) 위의 책, 328면.

6) 위의 책, 329면.

7) 위의 책, 330면.

8) 정웅석, 앞의 논문, 38면.

9) 사법정책연구원, 앞의 책, 330면.

제할 수 있다.<sup>10)</sup>

또한 1960년대 말부터 각 주(州) 검찰청의 경제부를 확대·개편하여 경제사범 전담부(Sonderwirtschaftsabteilung)를 조직하여 사기·배임·횡령·주식법위반·상법 위반·파산범죄·금융증권범죄 등의 비즈니스범죄, 독점 등의 경제범죄, 특허 등 지적재산권 침해범죄, 조세·관세범죄, 뇌물수수 등의 부패범죄 등을 검사가 직접 수사하여 기소하고 있다.<sup>11)</sup> 각 주마다 조직형태는 상이하지만 대체로 경제사범 전담검사, 경제전문요원 및 회계검사원을 집중배치하여 수사하여 기소하고 있다.<sup>12)</sup>

검사의 부당기소를 감시하기 위한 절차로, 검사의 공소제기 후 법원이 공판절차 개시 여부를 공판 전에 심의하여 결정하는 중간절차제도를 두고 있다.<sup>13)</sup> 따라서 수사과정에서는 영장주의에 의한 법원의 통제를 받고 기소 후에는 중간절차에서 기소의 당부를 법원이 통제하고 있을 뿐, 수사와 기소를 분리하지는 않는다.

검사는 법정된 기소유예 사유에 해당하지 않는 한 모든 범죄행위에 대하여 기소해야 하는 기소법정주의를 택하고 있다.<sup>14)</sup> 또한 공익과 무관한 일정한 경미범죄(주거침입죄, 모욕죄, 상해죄, 협박죄, 재물손괴죄, 지재권침해범죄 등)에 관해서는 피해자나 그 대리인이 직접 법원에 형사소송을 제기하는 사적(私的)기소제도를 두고 있으나, 이용률은 저조하다고 한다.<sup>15)</sup>

형사재판은 사적기소 사건이나 경죄(2년 이하 자유형 선고)의 경우에는 단독판사인 형사법관이 구법원에서 심판한다.<sup>16)</sup> 중죄의 경우에는 구법원이나 지방법원에서 합의체인 참심제로 심판하는데, 구법원 참심제는 재판장인 구법원 판사와 2명의 참심원으로 구성함이 원칙이고,<sup>17)</sup> 지방법원 참심제는 3명의 판사와 2명의 참심원으로 구성되는 대형사합의부와 재판장인 판사와 2명의 참심원으로 구성되는 소형사합의부가 있다.<sup>18)</sup> 독일·프랑스 등 대륙법계 국가에서 채택하는 참심제는 소수의 전문가가 재판에 참여하고 법관도 평결에 참여한다는 점에서 다수의 일반시민이 재판에 참여하고 법관이 평결에 참여하지 못하는 영미법계

---

10) 위의 책, 330면.

11) 한석훈, 앞의 논문, 674면.

12) 위의 논문, 674면.

13) 사법정책연구원, 위의 책, 313면.

14) 독일 형사소송법 제152조 제2항.

15) 사법정책연구원, 위의 책, 332,333면.

16) 위의 책, 306면.

17) 독일 법원조직법 제29조 제1항.

18) 독일 법원조직법 제76조 제1항.

국가의 배심제와 구분된다.<sup>19)</sup>

#### 나. 프랑스

프랑스의 판사 및 검사는 모두 사법관이고, 검찰청은 각급 법원에 대응하여 설치되지만,<sup>20)</sup> 사법부는 존재하지 않고 법무부에서 사법행정 업무를 총괄한다.<sup>21)</sup> 검사는 상급자의 지시·통제에 따라야 하고, 법무부장관은 검사에게 일반적 지시는 할 수 있으나 개별사건에 대한 지시는 할 수 없다.<sup>22)</sup>

프랑스는 형사소송법에 검사는 범죄의 수사 및 기소를 위해 필요한 일체의 처분을 수행해야 한다고 규정하여 직접수사권을 명시하고,<sup>23)</sup> 사법경찰은 수사의 보조자로서 검사의 지휘를 받아 권한을 행사해야 한다고 규정하고 있다.<sup>24)</sup> 검사는 조사현장에 직접 출동하여 수사할 수도 있고, 이때 사법경찰의 조사권은 박탈되고 모든 수사권한은 검사가 가진다.<sup>25)</sup> 검사는 사법경찰에게 특정인의 진술을 받는 등 구체적인 수사를 지시할 수 있고, 범죄혐의자와 참고인에 대한 보호유치를 명할 수 있으며, 중죄 사건이나 현행범 사건이 발생한 경우에 사법경찰은 현장에 출동하기 전에 신속하게 검사에게 보고해야 한다.<sup>26)</sup> 따라서 검사는 명실공히 수사권자이자 수사의 주재자이다. 실제로 검사는 수사의 주재자로서 주로 사법경찰의 수사를 지휘하고 수사종결권을 행사하고 있다. 또한 중죄의 경우에는 그 수사절차로서 예심판사(수사판사)에 대한 수사개시 청구, 수사범위의 조정 등으로 수사를 주재하며 예심판사로 하여금 수사하도록 해야 하는데, 예심판사제도가 남아 있는 점은 독일의 경우와 다르다.<sup>27)</sup> 예심판사는 피의자신문, 증인신문, 현장검증, 압수수색, 통신감청 등 일체의 수사를 할 수 있고, 이를 사법경찰에 위임할 수도 있으며, 체포영장은 직접 발부할 수 있고, 구속영장은 예심판사의 청구에 따라 석방구금 전담 판사가 발부한다.<sup>28)</sup> 예심판사 제도는 수사개시권자와 직접수사권자를 분리함으로써 수사권의 적정행사를 도모하려는 것으로 볼 수 있을 것이다.

---

19) 정웅석, 앞의 논문, 39면.

20) 사법정책연구원, 앞의 책, 356,368면.

21) 위의 책, 353,354면.

22) 위의 책, 368면.

23) 프랑스 형사소송법 제41조.

24) 프랑스 형사소송법 제12조.

25) 프랑스 형사소송법 제68조.

26) 프랑스 형사소송법 제54조 제1항.

27) 사법정책연구원, 위의 책, 370면.

28) 사법정책연구원, 앞의 책, 370면.

2013년부터는 파리고등검찰청에 신설된 경제검찰(Procureur de la Republique financier)은 독립성과 전국적 관할권을 갖고 경제범죄·부패범죄·자금세탁범죄 등을 전문성을 갖춘 검사들이 유관기관과 협력하며 직접 수사하여 기소하고 있다.<sup>29)</sup>

검사는 기소할 수 있더라도 형사조정·형사화해 등의 대체소추나 일정한 사유가 있는 경우 불기소처분도 할 수 있으므로 기소 여부 재량권을 갖고 있다(기소 편의주의).<sup>30)</sup> 또한 기소독점주의의 예외로 검사의 불기소처분이 있는 등의 경우에 범죄피해자가 가해자를 직접 예심판사나 법원에 형사소추와 손해배상을 청구하는 사적기소 제도를 두고 있다.<sup>31)</sup>

법원은 민·형사사건을 다루는 파기원과 행정사건을 다루는 국사원이 각 최고법원으로 2원화되어 있고, 파기원 아래 항소심인 항소법원이 있으며, 그 아래 1심 법원으로는 주로 경죄사건을 심판하는 사법법원(tribunale judiciaire)과 비상설 법원으로서 중죄사건 1심을 심판하는 중죄법원(cour d'assises)이 있다. 중죄법원은 직업법관과 함께 시민 중에서 선출된 참심원으로 구성된 참심제로 운영된다.<sup>32)</sup>

#### 다. 일본

일본의 검찰관(검사)이 속하는 검찰청은 법무성 산하에 있고, 검찰청의 수장인 검사총장은 최고검찰청의 장으로서 그 아래 고등검찰청의 검사장 및 검사, 지방검찰청의 검사정 및 검사, 구(區)검찰청의 검사 및 부검사 등의 직원을 지휘·감독한다.<sup>33)</sup> 모든 검찰관은 독립관청이지만 검사총장을 정점으로 하는 상명하복 관계에 있고 일체불가분의 유기적 조직체로서 활동한다.<sup>34)</sup> 법무성의 장인 법무대신은 검찰관에 대해 일반적 지휘·감독은 할 수 있으나, 개별사건에 관해서는 검사총장만을 지휘할 수 있을 뿐이다.<sup>35)</sup> 이에 대응하는 사법부의 법원은 각기 최고재판소, 고등재판소, 지방재판소와 경미사건(벌금 이하 법정형) 등을 관할하는 간이재판소가 있으며,<sup>36)</sup> 간이재판소의 판사는 변호사 자격이 없더라도

29) 한석훈, 앞의 논문, 674면.

30) 사법정책연구원, 위의 책, 371,372면.

31) 위의 책, 372면.

32) 위의 책, 351면.

33) 위의 책, 534면. 검찰관은 직급은 검사총장, 차장검사, 검사장, 검사 및 부검사로 구분되고(일본 검찰청법 제3조), 부검사는 3년 이상 2급관리 기타 공무원 직에 있던 자 중에서 임명할 수 있다(검찰청법 제18조 제2항).

34) 위의 책, 536면.

35) 일본 검찰청법 제14조.

무방하다.<sup>37)</sup>

일본의 경우 검찰관과 사법경찰은 대등한 독립적 수사기관으로서, 원칙적으로 경찰이 1차적 수사를 담당하고 검찰관은 공소 담당관으로서 경찰수사의 후견적·보충적 역할을 담당한다.<sup>38)</sup> 일본 형사소송법 제191조 제1항에 “검찰관은 필요한 때에는 스스로 범죄를 수사할 수 있다”고 규정하여 검찰관의 독자적 수사권을 명시하고 있다. 이에 근거하여 검찰관은 사법경찰의 수사가 불충분하거나 결함이 있는 경우에 보완수사를 하거나, 정치적 고려로 사법경찰이 수사착수를 주저하는 등 다른 사건과의 형평을 고려하여 적정한 관점에서 수사할 필요가 있을 때 검찰관이 2차적·보충적으로 직접수사를 해야 하는 것으로 해석되고 있다.<sup>39)</sup> 또한 검찰관은 사법경찰 수사사건에 대한 수사지시·지휘권<sup>40)</sup> 및 검사 수사사건에 관한 사법경찰 수사지휘권<sup>41)</sup>을 행사한다. 사법경찰은 체포·압수·수색·검증·감청영장, 감정처분허가장 및 감정유치장 신청은 직접 법원에 할 수 있으나, 구속(구류)영장 청구 및 변사체 검시는 수사의 주재자인 검찰관만 할 수 있다.<sup>42)</sup>

모든 사건은 검찰관이 수사종결권을 갖고 있으므로 사법경찰은 사건을 수사한 후 검찰에 송치해야 하지만, 검사가 미리 지정한 경미한 사건에 대해서는 불송치처분인 미죄처분을 할 수 있다.<sup>43)</sup>

공소는 검찰관만 제기할 수 있고(기소독점주의),<sup>44)</sup> 검찰관의 기소재량도 인정하고 있다(기소편의주의).<sup>45)</sup> 검찰관의 부당한 불기소에 대한 통제를 위하여, 공무원에 의한 인권침해(직권남용) 범죄 관해서 법원의 부심판결정으로 공소제기가 의제되는 제도와,<sup>46)</sup> 그밖에 시민으로 구성되는 검찰심사회의 심사제도가 있다. 검찰심사회는 2020년부터 각 지방재판소와 지방재판소 지부 소재지에 설치되어 있고, 관할 내 중의원선거 선거권자 중 선정된 11명의 검찰심사원으로 구성된다.<sup>47)</sup> 고소·고발인 및 범죄피해자는 검찰관의 불기소처분에 불복하는 경우

36) 일본 재판소법 제2조 제1항, 제33조.

37) 일본 재판소법 제45조 제1항.

38) 위의 책, 533면.

39) 도중진, “대륙법계 수사절차 관련 법령 체계에 관한 고찰 -독일 및 일본의 수사절차 관련 법령을 중심으로-”, 『형사소송 이론과 실무』 제11권 제2호(한국형사소송법학회, 2019. 12.), 139,140면.

40) 일본 형사소송법 제193조 제1항, 제2항.

41) 일본 형사소송법 제193조 제3항.

42) 도중진, 위의 책, 140면.

43) 일본 형사소송법 제246조; 도중진, 위의 책, 140면.

44) 일본 형사소송법 제247조.

45) 일본 형사소송법 제248조.

46) 사법정책연구원, 앞의 책, 534면.

47) 일본 검찰심사회법 제1조, 제2조.

에 검찰심사회에 심사신청을 할 수 있고, 검찰심사회가 과반수 찬성 의결로 직권으로 심사를 개시할 수도 있다.<sup>48)</sup> 검찰심사회는 사실조사를 한 다음 ‘기소 상당’은 검찰심사원 8명 이상의 찬성으로, ‘불기소처분의 당부(當否)’는 과반수 찬성으로 의결한다.<sup>49)</sup> 검찰심사회의 의결이 ‘기소 상당’이거나 ‘불기소처분 부당’이면 검찰관은 신속히 그 의결을 참고하여 불기소처분의 당부를 다시 검토하여 공소를 제기하거나 불기소처분을 해야 한다.<sup>50)</sup>

2011년부터는 나날이 복잡해지고 전문화되어 가는 경제범죄에 대비하여 동경·오사카·나고야지검 특수부에 재정·경제범죄 수사전문반을 편성하고, 금융·증권 분야 전문위원회, 국세청 및 증권거래감시위원회 등과 협력하며 검사의 직접수사를 강화하고 있다.<sup>51)</sup>

공소 제기된 사건 중 중죄 사건(사형 또는 무기징역·금고에 해당하는 죄 관련 사건, 고의로 피해자를 사망하게 한 죄 관련 사건)은 재판원이 참가하는 합의체에서 심판하는 재판원 제도를 2009년부터 시행하고 있다.<sup>52)</sup> 일본형 참심제로 볼 수 있을 것이다. 우리나라의 국민참여재판과는 달리 피고인에게 재판원 제도에 따른 재판을 받을지 여부의 선택권이 없다.<sup>53)</sup> 재판원이 참여하는 합의체는 재판관 3명 및 재판원 6명으로 구성함이 원칙이고, 피고인이 공소사실을 인정하는 등의 경우에는 재판관 1명 및 재판원 4명의 합의체에서 심판할 수 있다.<sup>54)</sup> 재판원 선정은 각 지방 선거관리위원회가 선거인명부 피등록자 중 추첨으로 재판원후보예정명부를 작성하면,<sup>55)</sup> 각 재판소가 그 명부 중에서 추첨으로 재판원 후보자를 정하여 소환하고<sup>56)</sup> 재판장이 비공개 선임절차를 거쳐 재판원 및 보충재판원 선임결정을 한다.<sup>57)</sup> 유·무죄 여부 사실인정, 법령적용 및 양형은 수소 재판소의 재판관·재판원 합의체에서 다수결의 평결로 정하되, 피고인에게 불리한 유죄 및 양형 판단에는 재판관 1명 이상의 찬성이 필요하다.<sup>58)</sup> 재판원이 참여하는 형사재판에서는 반드시 사건의 쟁점과 증거를 정리하는 공판준비절차인 ‘공

48) 일본 검찰심사회법 제30조, 제2조.

49) 일본 검찰심사회법 제27조, 제39조의5.

50) 일본 검찰심사회법 제41조 제1항, 제2항.

51) 한석훈, 앞의 논문, 675면.

52) 사법정책연구원, 앞의 책, 526면.

53) 위의 책, 526면.

54) 일본 재판원법 제2조 제2항.

55) 일본 재판원법 제21조, 제22조.

56) 일본 재판원법 제26조, 제27조.

57) 일본 재판원법 제32조부터 제37조까지.

58) 일본 재판원법 제67조, 재판소법 제77조 제2항 제2호.

판 전 정리절차'를 거쳐야 한다.<sup>59)</sup>

## 2. 영미법계

영미법계 국가의 경우에는 범죄에 대한 기소를 준비하기 위한 경찰 등의 증거수집과정은 있어도 공판절차의 전(前) 단계에서 범죄혐의 유무를 규명하여 판단하는 수사절차란 개념은 존재하지 않는다.<sup>60)</sup> 그러므로 수사기관이 피의자를 신문하는 피의자신문조서를 작성하는 일이 없고 기소할 상당한 이유가 있으면 기소하거나 그렇지 못하면 기소하지 않을 뿐 증거 불충분으로 불기소결정을 하는 일도 없다. 이는 국가를 형벌권의 주체로 보지 않고 형사소송도 민사소송과 마찬가지로 시민 대 시민 또는 시민 대 국왕이라는 당사자 간 불법행위에 관한 분쟁의 해결과정으로 보기 때문이다.<sup>61)</sup> 그러므로 영미법계 형사사법절차는 사인 소추제로서 기소는 대배심이 담당함이 원칙이고 상당한 이유(probable cause)만 있어도 기소하게 되므로<sup>62)</sup> 경찰은 법관의 영장주의로 통제되는 피의자 체포 및 압수·수색 외에는 임의수사에 그친다. 그밖에 피의자신문이나 증인 소환을 비롯한 강제수사는 주로 검사가 관여하는 예비심문절차 또는 대배심 법정이나 기소 후 공판법정에서 이루어지는 셈이다.

이러한 영미법계 형사사법절차에서 법관은 재판의 주재자로서 사인 간의 공방절차가 공정하게 이루어질 수 있도록 절차만 주재할 뿐 직권적 조사는 할 수 없다.<sup>63)</sup> 그러므로 당사자주의에 충실해야 하고, 실제적 진실발견의 주무대가 공판인 공판중심주의가 될 수밖에 없으며, 재판관의 과중한 권한을 견제하고 판결에 따르는 재판관의 책임을 덜어주기 위해 책임을 부담하지 않는 다수의 일반시민으로 구성된 배심제가 필요한 것이다. 배심제에 의하여 유·무죄를 평결하므로 상·하급 법원 간 어느 배심원들의 우월성을 인정하기 어려우므로 단심제가 원칙이 된다.

원래 국가 형벌권 개념이 없는 영미법계 형사사법체계에서는 국가를 대신하여 국가의 형벌권을 집행하는 검사제도가 존재하지 않았지만, 현대에 와서는 범죄

59) 일본 재판원법 제49조.

60) 정웅석, 앞의 논문, 42면.

61) 위의 논문, 42면.

62) 사법정책연구원, 앞의 책, 140면. 반면 유죄판결의 신고는 합리적 의심을 배제할 정도(beyond reasonable doubt)의 증명이 이루어져야 한다.

63) 정웅석, 위의 논문, 42면.

의 복잡화·전문화에 대비하여 효율적 증거수집을 위해 검사제도를 두는 경향이 다. 다만, 이 경우에도 검사는 소추대리인에 불과하므로 경찰의 수사를 지휘·통제한다는 개념 자체가 존재하지 않고 경찰수사에 조언(advice) 형식으로 관여하고 있을 뿐이다.<sup>64)</sup>

### 가. 미국

미국은 연방제 국가이므로 연방과 주(州)의 이원적 수사 시스템을 갖추고 있다. 연방정부에는 법무부 산하에 사기범죄과, 조직범죄과, 공직자비리조사과, 연방수사국(FBI), 마약단속국(DEA), 국토안보국(DHS) 등 50여개 전문수사기구를 두어 전문성이 강한 범죄에 대비하고 있다.<sup>65)</sup> 각 주(州)에는 카운티(county), 시(city), 읍(town) 등 지방자치단체 별로 경찰기구가 있어서 치안을 담당하고 수사활동을 한다.<sup>66)</sup> 이러한 수사기구들이 범죄를 인지하면 임의수사에 해당하는 피해자 면담, 목격자 진술 청취, 범죄현장의 과학적 조사, 관련자의 범죄전력 조회, 마약·불법무기 등의 물증 확보, 용의자 감시 등의 활동을 수행한다. 그리하여 어느 정도 범죄 증거가 수집되면 피의자를 체포(arrest)하거나, 경미범죄의 피의자에 대하여는 법원으로 출석할 것을 명하는 소환장(summon)이나 출두명령서(citation)를 발부한다.<sup>67)</sup> 이러한 체포나 법원에서의 출석은 공소제기의 첫 단계가 된다.

공무원 부패범죄, 경제범죄, 불법도박, 자금세탁범죄 등과 같이 범죄구조가 복잡하거나 피해자나 내부자가 보복이나 처벌을 우려하여 증언을 꺼리는 경우, 대중의 관심이 몰리거나 정치적 개입 가능성이 있어 비밀리에 수사를 진행할 필요가 있는 경우, 대규모 상업장부 등을 확보할 필요가 있는 경우에는 대배심(grand jury)의 소환장(subpoena ad testificandum)이나 문서 지참 소환장(subpoena duces tecum)을 이용하여 강제수사를 할 수 있다. 이러한 대배심 절차는 검사가 수행하고, 밀행적 절차이며 소환 대상자가 대배심의 소환에 불응할 경우에는 법정모독죄(contempt)로 처벌될 수 있고, 대배심 증언에는 면책특권(immunity)이 부여될 수 있다.<sup>68)</sup>

수사기관의 체포와 압수·수색은 법관이 발부한 영장에 의해 수행함이 원칙이

64) 정웅석, 앞의 논문, 44,45면.

65) 한석훈, 앞의 논문, 673면; 사법정책연구원, 앞의 책, 80면.

66) 사법정책연구원, 위의 책, 80면.

67) 위의 책, 82,83면.

68) 사법정책연구원, 앞의 책, 82면.

지만, 상당한 이유가 있으면 영장 없이 이루어지기도 한다.<sup>69)</sup> 피의자를 체포한 후에는 입건(booking)절차를 밟고 미란다 권리(miranda rights)를 고지하고 조사할 수 있다. 체포 후 경찰의 내부검토 단계에서 훈방되지 않는 한 검사가 상당한 시간(대개 24~48시간) 내에 기소 여부를 판단하여 기소 대상 피의자를 법관 앞에 인치해야 하는데, 인치 전에 검사의 고발장(complaint)을 법원에 제출해야 하고, 최초출석기일에 고발장이 법원에 수리되면(filed) 이때부터 피의자는 피고인 신분이 된다.<sup>70)</sup> 이 단계에서 법관은 형사절차를 계속 진행하기에 충분한 증거가 있는지 여부를 심사하여 증거가 불충분하면 공소를 기각할 수 있는데, 미국의 주(州) 절반 정도는 당사자주의가 적용되는 예비심문절차를 거치게 된다. 이때 혐의에 관한 상당한 이유(probable cause)가 소명되면 검사는 약식공소장(information)을 작성하여 기소하여 위 고발장을 대체한다.<sup>71)</sup> 연방이나 대다수 주(州)의 형사절차에서는 검사가 대배심에 회부할 수 있는데, 대배심은 심리 결과 혐의에 관한 상당한 이유(probable cause)가 소명되면 정식공소장(indictment)에 서명하여 공소를 제기한다.<sup>72)</sup> 중죄의 경우에는 피의자가 대배심을 포기하지 않는 한 대배심에서 기소 여부를 평결한다.<sup>73)</sup> 대배심 절차는 당사자주의가 적용되지 않고 밀행적으로 진행되므로 배심원들은 검사 측 증거만을 듣고 기소 여부를 판단하고, 피고인은 증거제출이나 참석권이 인정되지 않는다.<sup>74)</sup>

이처럼 피의자 체포 후 예비심문절차나 대배심 법정에서 이루어지는 소환장 발부, 문서 지참 소환장 발부 등의 강제수사는 소추대리인인 검사가 주도하게 된다. 검사는 경제·부패·자금세탁범죄 등 복잡한 사건의 경우 대배심을 활용한 수사를 선호하고 있고, 경찰의 수사에 대해서도 구속력은 없지만 조언(advice) 형식으로 사실상 수사지휘를 하고 있고, 현대사회의 복잡화·전문화로 인해 경찰의 수사에 대한 검사의 실질적 영향력은 강화되고 있다.<sup>75)</sup>

공판절차에서는 공소사실을 고지받은 피고인의 유·무죄에 관한 인부절차(arraignement)를 거치게 된다. 피고인이 유죄답변을 하면 더 이상 공판절차를 거침이 없이 판사가 구체적인 양형심리를 하고, 무죄답변을 하면 공판절차를 진

69) 위의 책, 86면.

70) 위의 책, 88,89면.

71) 위의 책, 89,90,91면.

72) 위의 책, 91면.

73) 위의 책, 165면.

74) 위의 책, 91면.

75) 정웅석, 앞의 논문, 46면.

행하게 된다. 법정형이 6개월 이상의 구금형인 중죄의 경우에는 피고인이 배심 재판관을 요구할 수 있고, 그렇지 않은 대부분 사건은 배심원이 없는 법관재판(bench trial)으로 진행된다.<sup>76)</sup> 유죄 판결은 무죄의 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도(beyond a reasonable doubt)의 증거가 된 경우에만 선고될 수 있다.

상당한 이유만 있으면 기소되어 공판에 회부됨에도 불구하고, 유·무죄 인부절차를 전후로 검사와의 답변협상(plea bargaining)이 이루어져 대부분 사건이 공판절차까지 진행하지 않게 된다.<sup>77)</sup> 답변협상은 경한 죄로 변경하는 기소협상(charge bargain), 합의된 공소사실 외의 공소를 취하하기로 하는 소인협상(count bargain), 양형에 관한 양형협상(sentence bargain), 기본 범죄나 감경사유에 관한 유죄사실을 인정하는 사실협상(fact bargain) 등이 있는데, 검사가 이러한 답변협상을 포함하여 기소 여부에 관해 광범위한 재량권을 행사하고 있으므로 검찰에 과도한 힘이 주어진다는 비판도 있을 정도이다.<sup>78)</sup> 다만, 검사의 기소는 위와 같이 예비심문절차나 대배심을 통해 법관 또는 일반시민의 통제를 받는 셈이다.

#### 나. 영국

영국은 전형적인 영미법계 국가로서 사인소추제에 따라 피해자가 소추권을 행사하는 것이지만, 실제로는 종래 대부분 사건을 경찰이 증거를 수집하여 기소하고 공소유지를 해 왔다.<sup>79)</sup> 그러던 중 경찰의 수사·기소 관련 인권침해 및 공권력 남용이 사회문제가 되어 1985년 범죄소추법(Prosecution of Offences Act)을 제정하여 검찰청을 설치하고 검사제도를 도입하여 형사소추 업무를 담당하게 하였다.<sup>80)</sup> 그 후 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003)의 제정으로 검사가 대부분의 기소를 담당하고 경찰은 경미 사안만 기소할 수 있게 되었으며, 피해자에 의한 사소제도도 미약하지만 남아있다.<sup>81)</sup> 그밖에도 중대경제범죄수사청(Serious Fraud Office), 세무서 및 세관 등이 기소권을 갖고 있다.<sup>82)</sup> 검사는 경찰의 수사에 대해서도 지침을 공표하거나 조언(advice) 형식으로 절차적 통제를

76) 사법정책연구원, 앞의 책, 95면.

77) 미국 전체 형사사건의 90% 이상이 답변협상 제도를 통해 공판절차 없이 간단히 처리되고 있다(위의 책, 167면).

78) 위의 책 94,95,165면.

79) 위의 책, 245면.

80) 사법정책연구원, 앞의 책, 245면.

81) 박형관, “영국과 미국의 수사과 기소에 관한 절차적 통제구조와 시사점”, 「형사소송 이론과 실무」 제12권 제1호(한국형사소송법학회, 2020. 6.), 85면.

82) 위 논문, 85면.

하고 있고, 현대사회의 복잡화·전문화에 따라 사실상 수사지휘를 강화하고 있다.<sup>83)</sup>

또한 1987년부터는 복잡하고 전문적인 경제·부패범죄 등에 대한 경찰의 수사 역량이 한계를 보이게 되자, 그 효율적 수사를 위해 수사권과 기소권을 겸유하고 있는 독립적인 수사기구인 중대경제범죄수사청을 출범시켜 검사가 전문가들과 함께 수사하여 기소하고 있다.<sup>84)</sup>

기소를 통제하기 위해 일반인 중 선발된 치안판사가 예비심문절차 등 기소절차를 주재한다. 치안판사가 일반인이라는 점에서 사인소추의 전통이 남아있다고 할 수 있다. 치안판사는 경죄(summary offence)는 직접 재판을 하고, 중죄에 해당하는 정식기소 범죄(indictable-only offence)나 선택가능 범죄(either way offence)에 대해서는 형사법원(Crown Court)에서 재판 받을 만한 증거가 있는지를 심리하여 인정되는 경우 검사가 작성하는 공소장(indictment)에 의해 기소를 한다.<sup>85)</sup> 치안판사가 검사나 경찰 등으로부터 범죄정보(information)를 제공받으면 독자적인 판단에 따라 피의자(the accused)에 대해 소환장(summon)이나 체포영장(warrant for arrest)을 발부하거나 영장 없이 경찰이 범죄자를 체포하여 법원에 인치하면 재판절차가 시작된다.<sup>86)</sup>

공소유지는 검사의 권한이 아니므로 법정변호사(barrister)에게 위임함이 원칙이고, 검찰청 검사인 법정변호사가 공소유지를 담당하는 경우도 있다.<sup>87)</sup> 중죄 법정인 형사법원의 재판에서 피고인이 무죄를 주장할 경우에는 배심재판을 함이 원칙인데, 형사사건의 95~98%는 치안판사 법정에서 처리되고, 형사법원에 회부되는 사건의 70%는 답변협상에 의해 해결되기 때문에, 전체 형사사건의 1% 미만이 배심재판으로 처리되고 있다.<sup>88)</sup>

### Ⅲ. 법안의 내용

#### 1. 형사소송법과 검찰청법의 개정내용

---

83) 위 논문, 83면; 정웅석, 앞의 논문, 46면; 사법정책연구원, 앞의 책, 246면.

84) 한석훈, 앞의 논문, 674면.

85) 박형관, 위 논문, 86면.

86) 정웅석, 위 논문, 44면.

87) 사법정책연구원, 앞의 책, 246면.

88) 사법정책연구원, 앞의 책, 228면.

이 법안은 형사소송법(이하, ‘형소’로 약칭)과 검찰청법을 개정하는 것으로 그 요지는 다음과 같다.

- 검사의 범죄수사에 관한 권한과 직무는 경찰공무원 및 공수처 소속 공무원의 직무에 관한 범죄에 대한 수사만 제외하고 모두 폐지한다(형소 제196조 삭제, 검 제4조 수정 등). 검찰청 직원의 수사보조 제도도 폐지한다(형소 245조의 9 삭제). 고소·고발을 검사에게 할 수 없다(형소 237조 수정). 즉, 사법경찰 송치사건에 대한 보완수사이든 검찰의 고소·고발 직수사건 또는 인지사건이든 불문하고 검찰의 모든 일체의 수사권을 폐지한다는 것이다.

- 검사는 다른 법률에 규정이 있는 경우에만 수사할 수 있지만, 이때 범죄수사 직무를 수행하는 검사는 사법경찰관으로 의제한다(형소 197조 ③,④ 신설).

- 검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구하고 사법경찰관에게 그 시정조치를 요구할 수 있을 뿐(형소 제197조의3 ①~④), 직접수사를 위한 사건송치 요구는 할 수 없다(형소 제197조의3 ⑤,⑥ 삭제).

- 사법경찰관의 피의자 구속기간을 종전 10일에서 1회 연장할 수 있게 하여 최장 20일까지 허용한다(형소 205조 수정).

- 검사의 피의자에 대한 출석요구권 및 진술청취권을 폐지하고(형소 200조 수정), 공소제기 여부 결정을 위한 피의자·피해자(법정대리인 포함)·참고인 의견청취만 할 수 있다(형소 246조의2 신설).

- 사법경찰관이 검사를 수사하는 때에는 체포영장, 긴급체포 승인, 긴급체포 후 사후영장, 구속영장, 구속기간 연장 청구는 공수처 검사에게 할 수 있다(형소 219조 ② 신설).

- 법안은 공포 후 3개월 경과한 날부터 시행하고, 그 시행 당시 검찰에 수사계속 중인 사건은 관할 지방경찰청이 승계한다(개정 형소 부칙 1조, 2조).

## 2. 법안의 평가

법안은 검찰의 수사는 검사가 고소·고발을 받은 사건이거나 직접 인지한 사건이거나 사법경찰로부터 송치받은 사건에 대한 보완수사이거나 일체의 수사를 금지하고, 다만, 경찰공무원 및 공수처 소속 공무원의 직무에 관한 범죄에 대한

수사권만 남겨둔 것이다. 심지어 검사가 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 되더라도 사법경찰에 그 시정요구만 할 수 있고, 시정요구에 불응하더라도 사건을 송치받아 직접수사 할 수 없게 하였다.

법안 공포 후 3개월이 경과하면 검찰이 직접수사를 하던 사건(청와대의 울산 부정선거개입사건의 윗선수사, 대장동게이트 윗선수사 등)은 사법경찰에 이송해야 한다.

사법경찰관이 검사를 강제수사하는 경우에 그 영장신청을 검찰청 검사가 아니라 공수처 검사에게 함으로써 공수처 검사의 영장청구권을 신설하였다.

따라서 지난 2021. 1. 1.부터 시행된 개정법에 의해 사법경찰의 수사에 대한 검사의 사전 수사지휘권이 폐지되고, 사법경찰의 불송치종결권까지 허용된 점을 감안하면, 사법경찰은 검찰의 수사지휘를 받지 않고 수사하거나 불송치 종결을 할 수 있음에도 불구하고, 검찰의 보완수사나 직접수사에 의한 견제기능마저 상실됨으로써 검찰의 견제를 받지 않는 수사권을 독점적으로 행사하게 되었다.

#### IV. 법안의 문제점과 대안

##### 1. 역주행하는 형사사법체계

수사는 증거수집 과정과 범죄혐의 판단과정으로 구분할 수 있다. 이러한 수사 과정은 본질적으로 과거의 진실을 밝히는 사법작용에 속한다. 이를 직업법관이나 배심원들의 최종적 판단과정인 사법작용과 구분하여 준사법작용이라고 한다. 이러한 수사는 공소제기를 위한 증거수집 과정이므로 효율적인 수사를 위해서는 기소권자가 수사의 권한과 책임을 맡아야만 한다. 따라서 수사권과 기소권의 분리 세계 어느 나라에서도 그 유례가 없고, 오히려 복잡하고 전문적인 범죄에 대응하기 위해 영미법계도 검사제도를 도입하고 있고, 기소권자인 검사가 직접 수사에 나서거나 경찰에 대한 수사지휘를 강화하고 있는 추세이다. 다만 부당 기소를 통제하기 위해 탄핵주의에 의해 수사·기소권을 재판권과 분리함은 물론, 영미법계는 예비심문절차나 대배심에 의하여 법관이나 배심원들이 기소 여부를 통제하게 되고, 대륙법계에서는 기소 후 법관에 의한 기소 당부 심사제도를 들 뿐이다. 강제수사에 대하여 법관이 영장주의에 의해 통제하는 것은 어느 나라에

서나 마찬가지이다.

영미법계 국가에서의 경찰은 단순한 진술청취 등의 임의수사를 중심으로 하여 증거수집의 일부만 담당할 뿐, 소환장(subpoena)을 통한 출석강제와 허위진술죄(false statements)나 사법방해죄(obstruction of justice)를 담보수단으로 하는<sup>89)</sup> 피의자신문과 증인신문을 비롯한 강제수사는 검사가 주재하는 예비심문절차나 대배심 법정에서 이루어진다. 또한 검사는 상당한 이유만 있으면 공소를 제기하므로 공판절차에서도 나머지 증거수집과 범죄혐의 유무를 판단하여 합리적 의심이 없는 정도로 범죄혐의가 증명되었는지를 배심원들이나 직업법관이 판단하게 된다. 그러므로 영미법계 국가에서는 대부분의 증거수집과 범죄혐의 판단, 즉 수사 대부분이 당사자주의 구조 아래 검사가 주재하는 예비심문절차나 대배심 또는 공판 법정에서 이루어진다.

이에 대하여 대륙법계 국가에서는 공판절차 전(前) 수사과정에서 임의수사나 강제수사를 모두 거쳐 범죄혐의가 합리적 의심이 없는 정도로 증명되었는지를 판단하여 공소제기 여부를 결정하는 수사절차가 있다. 그러므로 이러한 수사절차는 본질적으로 사법관인 검사의 직무에 속하므로 검사가 직접 수사하거나 이를 사법경찰에 맡기더라도 사법경찰에 대한 수사지휘를 하고 있고, 모든 수사의 종결은 검사가 판단하고 있는 것이다.

우리나라는 형사사법체계에 전문법칙 등의 증거법칙, 적법절차 원칙이나 국민 참여재판 등 영미법계 제도도 일부 차용하고 있지만, 대륙법계 검사제도 및 수사절차가 있으므로 수사는 대륙법계 형사사법체계를 따르고 있다. 그럼에도 불구하고 개정법으로 2021. 1. 1.부터 검사의 사법경찰에 대한 사전 수사지휘권을 박탈하고 사법경찰의 불송치종결을 허용한 데 이어, 이번 법안에서 검사의 수사권을 박탈하여 사법경찰 수사의 견제장치를 제거함은 모두 수사의 본질에 반할 뿐만 아니라, 수사의 효율성 강화와 경찰의 수사권 남용방지를 위해 기소권자인 검사가 직접수사에 나서거나 경찰에 대한 수사지휘를 강화하고 있는 세계의 형사사법체계 추세에도 역행하는 일이다.

## 2. 기소권 남용 주장과 보완수사권 폐지의 모순

수사권과 기소권을 분리해야 한다는 견해는 기소관인 검사가 수사까지 할 경

---

89) 한석훈, 앞의 논문, 643면.

우에는 수사과정에서 가졌던 편견이 기소 여부 판단에도 영향을 미쳐 객관적이고 공정한 판단을 할 수 없게 된다고 주장한다. 그러나 이러한 우려는 검사의 인지실적으로 평가받는 검사 직접수사 사건에서나 가질 수 있는 것일 뿐, 사법경찰이 수사하여 송치하는 송치사건을 보완수사 하는 경우에는 해당되지 않는다.<sup>90)</sup> 오히려 검사의 보완수사는 사건에 대한 정확한 파악을 함으로써 기소의 정확성을 높이고, 다시 사법경찰에 보완수사 지시를 하는 것보다 신속한 수사에 기여하게 된다. 그럼에도 법안은 이러한 검사의 보완수사권마저 폐지하겠다는 것이다. 2021. 1. 1.부터 개정법에 따라 사실상 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘권을 폐지하고 경찰의 수사종결권을 허용함으로써 수사의 효율성을 약화시키고 경찰수사의 장기지연을 초래하며 불기소 사유를 알 수 없게 되어 국민들의 불만이 비등하고 있다.<sup>91)</sup> 이번 법안에서는 검찰의 보완수사권마저 박탈함으로써 경찰이 수사를 게을리하여 수사를 장기간 지연하거나 필요한 영장신청을 하지 않거나 불송치로 부당하게 종결하거나, 부실한 기소기록을 송치하거나, 불법 체포·구속으로 의심할 상당한 이유가 있거나(형소 198조의2), 수사과정에서 법령 위반·인권침해·수사권남용이 의심되더라도(형소 197조의3) 검사가 보완수사를 통해 시정할 수 있는 길을 봉쇄하려 하고 있다. 이는 수사의 효율성을 저해하고 국민의 인권보호에도 역행하는 일이다.<sup>92)</sup> 따라서 검사의 보완수사 기능을 유지해야 할 뿐만 아니라, 2021. 1. 1.부터 시행된 개정법의 폐해를 시정하기 위해 검사의 사법경찰에 대한 사전 수사지휘를 회복시키고 모든 사건의 최종 판단을 검사에게 맡기는 방향의 법개정이 이루어져야 한다. 범죄의 지능화·전문화에 대응하여 검사의 수사지휘권을 강화하는 것은 세계 형사사법체계의 추세이기도 하다.<sup>93)</sup>

검사의 직접수사에 따르는 편견에 대한 우려는 각 지검에 설치된 검찰시민위원회나 대검에 설치된 검찰수사심의위원회의 권한을 강화하면 된다. 검사의 직접수사를 허용하는 독일도 부당 기소의 견제수단으로서 기소 후 법원의 중간절차 제도를 두고 있고, 프랑스는 중죄사건의 경우 독립적인 예심판사 제도를 두어 수사개시권자와 수사권자를 분리하고 있을 뿐이며, 일본은 검찰관(검사)의 2차적·보충적 수사 원칙을 채택하고 있지만 직접수사권을 제한하고 있지는 않다.

90) 이완규, “검찰수사권 완전 박탈 법안의 문제점과 대안”, 『Hansun Brief』 (한반도선진화재단, 2022. 4.), 2면.

91) 정웅석, 앞의 논문, 58면.

92) 이완규, 위 논문, 3면.

93) 정웅석, 위 논문, 64면.

이를 위해 수사권과 기소권을 분리하는 국가는 세계 어디에도 없다. 우리나라는 사법경찰 송치사건에 관해서는 이미 일본과 마찬가지로 보충적 보완수사를 하고 있고, 검찰의 직접수사는 6대 범죄로 제한하여 일본과 달리 크게 제한하고 있다.

오히려 현대사회의 복잡하고 전문적인 범죄에 관해서는 이에 효과적으로 대응하기 위하여 기소관인 검사의 수사 주재 아래 각 전문가들이 합동 수사하는 독립된 수사기구를 설치하고 검사의 직접수사를 강화함이 선진 국가들의 경향이다.<sup>94)</sup> 우리나라에도 이러한 전문수사기구를 설치하는 경우에 검찰청 검사는 그와 중복되는 직접수사를 자제할 필요가 있겠지만, 수사기관 간 견제장치로서 검찰청 검사의 직접수사권은 법령에 남겨두어야 하고, 기소권은 검찰청 검사가 행사해야 할 것이다.<sup>95)</sup>

[표1] 주요국 검사의 수사권 및 경찰에 대한 수사지휘권 비교

	기소권	수사권	수사지휘
한 국(법안)	○	×	×(사후 보완수사 요구만 가능)
독 일	○	○	○(수사지휘권)
프랑스	○	○	○(수사지휘권)
일 본	○	○	○(수사지휘권)
미 국	○	○	○(조언 형식)
영 국	○	○	○(조언 형식)

### 3. 수사의 효율성 강화 제도 도입 필요

검사의 직접수사 중 주로 형사부 검사들이 수행하는 수사는 국민들로부터 사법경찰보다 높은 신뢰를 받아왔다. 국민들이 형사사건 고소·고발장을 일부러 경찰이 아닌 검찰에 제출하면서 이를 경찰에 보내지 말고 검사가 직접 수사해 달라고 탄원하는 경우가 많은 이유이기도 하다.<sup>96)</sup> 그러나 검사의 일부 특수수사

94) 한석훈, 앞의 논문, 673면.

95) 대륙법 수사체계를 갖추고 있는 우리나라에서는 검찰의 사법기관성을 강화할 필요가 있는데, 이를 위해서는 수사와 기소의 분리가 아니라 검사의 직접수사 기능과 수사지휘 기능을 분리함으로써 검찰의 사법적 성격을 회복해야 한다는 견해(정용석, 앞의 논문, 65면)도 있다.

중에는 수사의욕이 지나쳐 무리하게 진술을 받아내거나 편협된 기소로 나중에 무죄를 받게 되는 일도 있었고, 이러한 일은 경찰수사도 예외일 수 없다. 이는 우리나라가 그 동안 수사과정의 인권보장에만 관심을 가져왔을 뿐 선진 국가들이 보편적으로 채택하고 있는 수사의 효율성 강화 제도의 도입에는 무관심한 탓도 있다. 실제적 진실발견과 수사의 효율화를 위하여 미국을 비롯한 영미법계 국가에서는 보편적으로 답변협상 제도를 인정하고 있고, 그밖에도 소환장과 면책특권 제도, 허위진술죄, 사범방해죄를 인정하기도 한다. 대륙법계 국가인 독일도 2009년 협상법(Verständigungsgesetz)을 제정하여 형사소송절차에 협상 제도를 도입했다.<sup>97)</sup> 이 제도는 피고인의 자백을 전제로 형량감경이나 공소기각을 허용함으로써 신속하고 간편하게 사건을 종결시키는 제도로서 영미법계의 답변협상 제도로 기능할 수도 있을 것이다.

우리나라의 경우에는 답변협상이 허용되지 않고, 범죄자가 직접 자기 형사사건의 증거를 인멸·은닉하거나 증인을 은닉·도피하게 하더라도 처벌되지 않으며, 참고인이 수사기관에 불출석하더라도 이를 강제할 방법이 없고, 피의자나 참고인이 수사기관에서 허위진술을 하더라도 처벌할 수 없어서 문제이다. 이제는 실제적 진실발견과 무리한 수사 방지를 위해 우리나라에 맞는 수사의 효율화 제도를 모색할 때이다. 그럼에도 불구하고 법안에는 이러한 점에 대한 고민이 전혀 없이 그저 검사의 수사권만 폐지하자는 것이므로, 합리적인 형사사법체계로서의 균형을 잃고 있다.

#### 4. 위헌 문제

헌법 제12조 제3항 본문에는 체포·구속·압수·수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의해 법관이 발부한 영장을 제시해야 하고, 제16조 제2문에는 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 규정하고 있다. 영장청구는 수사권 행사이므로 검사가 수사권자이자 수사의 주재자임을 전제하고 있는 것이다. 검사를 영장청구권자로 명시한 이 헌법규정은 4.19 직후 경찰의 중립을 보장하기에 필요한 기구를 두도록 헌법에 규정했다가, 1962년 개헌 당시 국민의 인신보호를 위해 경찰의 강제수사 견제수단으로 특별히 명시한 것이다. 당시 헌법에는 검사를 ‘검찰관’으로 지칭하고 있었으므로 검사란 헌법 제89조 제16호에 명시된 ‘검찰총장’이 수장인 검찰

96) 정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 『형사법의 신동향』 통권 제54호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 3.), 7면.

97) 독일 형사소송법 160b, 202a, 212, 257b-c.

청 검사를 말한다. 따라서 검찰청 검사의 수사권과 사법경찰에 대한 수사지휘권을 박탈하고 사법경찰의 체포·구속·압수·수색 영장신청이 있어야만 검사가 영장청구를 할 수 있도록 규정한 법안은 검찰청 검사만을 수사의 주재자로 명시하고 검사의 단독 영장청구권을 명시한 헌법을 위반하는 일이다. 헌법재판소도 1962년 개정헌법 제12조 제3항에서 검사의 영장청구권을 명시한 이유에 관하여, 1954년 형사소송법을 처음 제정할 당시에는 검사뿐만 아니라 사법경찰관에게도 법원에 대한 구속영장 청구권을 주고 있었으나(1954. 9. 23. 제정 형사소송법 제201조 제1항 본문), 경찰 등 다른 수사기관의 인권유린 폐해를 방지하기 위해 1961. 9. 1.자 개정 형사소송법과 위 개정헌법에서 수사단계의 영장청구권자를 법률전문가인 검사로 한정하는 것이라고 판시하였다.<sup>98)</sup>

사법경찰관이 검사에 대한 체포·구속영장 신청을 검찰청 검사가 아니라 공수처 검사에게 함으로써 공수처 검사의 영장청구권을 신설한 것은 영장 청구권자를 검찰청 검사로 명시한 헌법 제12조 제3항 본문을 위반한 것이다.

법안에 의하면 사법경찰관이 긴급체포 된 자가 소유·소지·보관하는 물건을 영장 없이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우, 직접 압수·수색영장을 청구할 수 있도록 규정하고 있는데(형소 제217조 제2항), 이 또한 영장청구권자를 검사로 한정하는 헌법 제12조 제3항 본문 및 제16조 제2문에 위배된다. 끝.

---

98) 헌법재판소 1997. 3. 27. 96헌바28,31,32 전원재판부.