

# 헌법 원리를 통해서 본 검찰조직과 검찰권\*

오 창 익\*\*

## I. 서론

오늘날 한국의 검사 또는 검찰조직은 [검찰청법]이 규정한 바대로, 공익의 대표자로서, 국민 전체의 봉사자로서 권한 남용 없이 정치적 중립을 지키고 있다는 평가보다는 그렇지 않다는 않다는 평가가 더 많은 게 사실이다. 국민의 이익을 최우선으로 여기기보다는 조직의 이익과 조직원의 이익을 지키기 위해 모든 역량을 기울이고 있다는 지적도 많다. 검찰이 헌법이 보장하고 있으며, 대한민국이란 국가의 존립근거인 국민의 자유와 권리를 옹호하는 역할보다는 국민의 자유와 권리를 함부로 훼손, 침해하고 있다는 지적, 최후의 수단이어야 할 국가형벌권을 정치적 목적을 위해 남용하고 있거나 심지어 과감한 선제공격의 수단으로 활용하고 있다는 지적도 끊이지 않고 있다. 시민사회, 학계, 언론, 그리고 일반 시민의 비난이 거듭되고 있다. 이와 관련해 국정의 최고 책임자였던 김대중, 노무현 두 명의 전직 대통령이 각각 자서전을 통해서도 검찰권 행사 일반에 대한 비판적 시각의 일단을 알 수 있다.<sup>1)2)</sup>

\* 투고일자 : 2011. 06. 05    심사일자 : 2011. 06. 17    게재확정일자 : 2011. 06. 24

\*\* 인권연대 사무국장

1) “이 나라의 최대 암적 존재는 검찰이었다. 너무도 보복적이고 정치적이며, 지역 중심으로 뭉쳐 있었다. 개탄스러웠다. 권력에 굴종하다가 약해지면 물어뜯었다. 나라가 검찰공화국으로 전락하고 있는 것 같아 우려스러웠다.” [김대중 자서전] 김대중, 삼인출판사, 2010.

2) “결국 감경 수사권 조정도 공수처(고위공직자비리수사처) 설치도 모두 물거품이 되고 말았다……. 검찰 개혁을 제대로 추진하지 못한 가운데, 검찰은 임기 내내 청와대 참모들과 대통령의 친인척들, 후원자와 측근들을 집요하게 공격했다. 검찰의 정치적 독립을 추진한 대가로 생각하고 묵묵히 받아들였다. 그런데 정치적 독립과 정치적 중립은 다른 문제였다. 검찰 자체가 정치적으로 편향되어 있으면 정치적 독립을 보장해주어도 정치적 중립을 지키지 않는다. 정권이 바뀌자 검찰은 정치적 중립은 물론이요 정치적 독립마저 스스로 팽개쳐버렸다.

감경 수사권 조정과 공수처 설치를 밀어붙이지 못한 것이 정말 후회스러웠다. 이러한 제도 개혁을 하지 않고 검찰의 정치적 중립을 보장하려한 것은 미련한 것이었다. 퇴임한 후 나와 동지들이 검찰에 당한 모욕과 박해는 그런 미련한 짓을 한 대가라고 생각한다.” [운명이다] 노무현재단 엮음, 유시민 정리, 돌베개, 2010.

노무현 전 대통령의 후회는 전직 대통령 서거 사건이라는 헌정사상 초유의 사태로 이어졌다. 노 전 대통령 서거 이후, 대검 중수부 폐지 등 검찰개혁의 목소리가 높았고, 국회 차원에서 [사법제도개혁특별위원회]가 구성되어 1년 4개월 동안 활동하였으나, 검찰개혁은 끝내 좌초되고 말았다. 검찰의 반발과 청와대의 반대 등이 좌초의 원인이었다.

검찰의 위상은 국회의 입법 활동을 좌초시킬 만큼 남다르다. 막강한 힘, 무소불위의 권한을 갖고 있다. 검찰은 하지 못하는 일이 없는 수준의 힘을 갖고 행세하고 있으며, 검찰 권력에 대한 적절한 통제는 가동되지 않거나, 아예 통제장치조차 없는 경우도 많다.

검찰은 법무부의 외청에 불과하나, 법무부는 검찰청 소속의 검사들에게 완벽하게 장악되어 있다. 법무부가 검찰을 지휘·감독하는 것이 헌법과 법률의 요구지만, 현실은 거꾸로 이다. 검찰의 힘은 법무부를 넘어 행정부 전반에서 안정적으로 작동되고 있다. 행정부 안에서 가장 강력한 힘을 갖고 있으며, 그 힘의 크기는 3권 분립의 한 당사자인 법원과 국회를 넘어서고 있다. 최고통수권자인 대통령에 버금가는 권력이라는 것이 학계와 시민사회의 중론이다.

이러한 검찰 권력의 현실은 헌법질서를 정면으로 부정하고, 헌법질서를 파괴하는 측면을 갖고 있다.

이런 문제의식에서 헌법질서와 헌법원리라는 프리즘을 통해 검찰 조직과 검찰 활동 전반을 들여다보면서, 그 문제점을 파악하고 검찰개혁의 필요성을 확인하는 한편, 실효성 있는 검찰개혁 방안을 제시하는 것을 목적으로 한다.

## II. 헌법 원리와 검찰

헌법의 기본원리는 곧 국가의 목표 규정이며, 국가의 기초 규범의 다른 표현이다. 헌법의 기본 원리는 헌법질서를 떠받드는 기본적인 원리이며, 국가의 과제 수행을 위한 준거가 되는 지도적 원리<sup>3)</sup>이다.

헌법의 기본 원리에 대해 학계에서는 서로 다른 의견<sup>4)</sup>을 갖고 있으나, 국민주권 원리, 권력 분립 원리, 인권 존중 원리, 문화 국가 원리, 법치주의(법의 지배) 원리, 복지국가 원리, 사회적 시장경제주의 원리(수정 자본주의 원리), 자유민주주의 원리, 평화국가 원리, 평화통일 원리 등의 원리가 헌법의 기본 원리라는 데에는 견해의 차이가 없다.

3) <헌법학>, 홍성방, 81쪽.

4) 김철수, 권영성, 허영 등의 헌법학자들은 헌법의 기본 원리(이념)에 대해 약간의 견해차를 보이나, 크게 중요한 차이는 아니다. 대동소이하다.

이와 같은 헌법의 기본원리를 구현하는 하나의 수단으로서의 검찰조직을 점검해보고자 한다. 검찰 조직이 헌법의 기본원리를 구현하며 헌법질서의 수호를 위해 기능하는 조직으로서의 역할을 제대로 수행하고 있는지, 만약 그렇지 않다면, 검찰 조직과 그 활동에는 어떤 문제가 있는지와 문제에 대한 대안 모색을 해보겠다.

## 1. 헌법기관 아닌 검찰

검찰 또는 검사는 헌법기관이 아니다. 검찰 또는 검사가 헌법전에 등장하는 것은 딱 한번뿐인데, 그 조문은 다음과 같다.

제12조 ③ 체포·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.

헌법 제12조의 검사의 영장청구권은 영장을 청구하는 주체로서의 검사의 역할을 강조하기보다는 체포 등의 강제수사가 법관이 발부한 영장에 의해야 한다는 헌법상 영장주의 원리를 강조하는 데 그 목적이 있다. 즉, 이 조문에서의 핵심은 법관이 수사기관의 강제수사를 영장 발부를 통해 통제해야 한다는 헌법질서 원리를 확인하는 것이다.

제헌헌법 제9조는 이러한 정신을 반영해 “체포·구금·수색에는 법관의 영장이 있어야 한다.”고만 규정하고 있다.

그런데 1961년 5.16 군사쿠데타 직후에 군부세력의 주도로 진행된 제5차 개헌(1962.12.26)에서는 영장관련 조문이 아래와 같이 변경되었다.

제10조 ③ 체포·구금·수색·압수에 있어 검찰관의 신청에 의하여 발부한 영장을 제시하여야 한다.

이 같은 조문은 헌법 개정에 앞서 비대의 기구인 국가재건최고회의에 의한 형사소송법 개정 시에 검사의 역할을 강화했던 군부세력의 의도를 그대로 반영한 것이었다. 이 조문은 유신헌법에서는 ‘신청’이란 단어가 ‘요구’로 바뀌게 되었다. ‘신청’보다는 ‘요구’라는 보다 적극적인 의미를 갖는 단어로 고친 의도는 “검사의 영장신청권한을 더욱 강

화하는 한편, 상대적으로 법관의 영장발부에 대한 재량을 축소코자 하였던 의도<sup>5)</sup>”로 추정된다. ‘요구’는 1980년 제5공화국 헌법 개정에서 다시 ‘신청’으로 수정되었지만, 용어의 변경에도 불구하고 변화된 것은 없었고, 현행 헌법에서는 “적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여”라는 문구로 대체되었다.

이와 같은 헌법 조문은 “인신구속 등 강제처분에 있어서 검찰의 우월적 지위의 근거 내지 심지어는 법관의 판단을 대체하는 검찰의 결정을 정당화하는 근거로 원용될 여지<sup>6)</sup>”가 되기도 한다.

그렇다해도 검찰은 헌법기관이 아니다. 따라서 검찰의 위상과 역할은 헌법이 아닌 법률에 의해서만 규정되고 있다. 하지만 실무에서의 해석, 특히 검찰은 해석은 판이하다. 검찰은 “헌법이 구속수사뿐만 아니라 체포압수수색 등 일체의 영장청구권을 오직 검사에게만 부여하고 있으므로 일반구체적인 수사내용 및 방법을 검사가 주도적으로 결정하고, 강제수사와 불가분의 관계에 있는 일련의 임의수사과정에 검사가 관여하도록 하는 것이 헌법의 기본정신<sup>7)</sup>”이라고까지 주장하고 있는 현실이다.

## 2. 헌법의 기본원리에 비춰본 검찰권

### 1) 주권자가 배제된 검찰 활동

검사는 검찰권을 행사하는 국가기관이다. 검사는 공익의 대표자<sup>8)</sup>로서 1) 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항, 2) 범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독, 3) 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구, 4) 재판 집행 지휘·감독, 5) 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독, 6) 다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항을 직무와 권한으로 삼는 국가기관이다. 법률에 규정된 이 같은 권한(검찰권)은 그 권한을 행사하는데 따라 피고인 등 일반 시민에게 미치는 영향이 크고, 시민의 자유와 권리를 제한하거나 침해할 가능성이 크기 때문에 [검찰청법] 제4조의 2항은 “검사는 그 직무를 수행할 때 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 주어진 권한을 남용하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 검사라는 국가기관이 공익의 대표자, 국민 전체의 봉사자로서 정치적 중립을 지키고,

5) <영장청구권 관련 헌법규정 연구> 김선택, 2008.12.

6) 위의 글.

7) <바람직한 수사권 조정 방안>, 대검찰청 수사정책기획단(2005.4.26).

8) [검찰청법] 제4조(검사의 직무).

권한을 남용하면 안 된다고 규정한 것이다.

[검찰청법]이 규정한 ‘공익의 대표자’라는 개념은 대한민국의 정체인 민주공화국의 이념과 짝하고 있다. 우리 헌법 제1조는 “대한민국은 민주공화국이다. 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 규정하고 있다. 헌법의 이러한 규정은 국민주권의 원리를 헌법의 기본이념으로 천명한 것이다. 김철수에 따르면 주권이란 ‘국정의 방향을 최종적으로 결정하는 권력 또는 권위’<sup>9)</sup>이다. 따라서 헌법질서와 헌법원리에 부합하는 검찰권은 국민주권을 수호하고 국민주권의 원리를 실현하는 범위에서 행사되어야 한다. 그러나 현실은 국민주권이 검찰에 의해 실현되기어느 배제되고 있는 현실이다.

### (1) 말의 배제와 명확성의 원칙

우리 헌법은 신체의 자유와 관련하여, 자세한 규정을 두고 있다. 그것은 신체의 자유가 가장 기초적인 인권보장의 척도이기 때문이다. 우리 헌법은 제12조, 제13조, 제28조 제3항, 제4항, 제5항, 제28조 등의 규정을 통해 형사사범에 대한 헌법의 원리를 제시하고 있다. 특히 우리 헌법은 신체의 자유의 실체적 보장을 위해 죄형법정주의 원칙을 천명하고 있다. 이는 우리 헌법 제12조 제1항의 2문에 규정되어 있다. “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”

죄형법정주의는 “이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측 가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가의 기본원리<sup>10)</sup>”이다.

또한 “범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것<sup>11)</sup>”이다.

하지만 법률 현실은 죄형법정주의라는 헌법 원리를 훼손하고 있다. 무엇이 범죄이고, 범죄에 대해서는 어떤 형벌을 과할 것인가를 규정한 법률은 [형법]이지만, [형법]의 역할은 기본법으로서의 매우 기초적인 역할에 그치고 있고, 실제 범죄에 대한 처벌은 각

9) 김철수, [헌법학개론], 박영사, 2006.

10) 헌재 1991.7.8. 91헌가4, 복표발행·현상기타사행행위단속법 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판.

11) 헌재 1989. 12.22. 88헌가 13결정, 국토이용관리법 제21조의3 제1항·제31조의2에 대한 위헌심판.

중 특별법들에 의해 진행되고 있다. 특별법은 법집행을 하는 일선 실무가들도 알 수 없을 정도로 많고 복잡하다. 일반 시민 누구나가 “법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있”는 수준을 한참 넘어서고 있다.

이는 우리의 법률 환경이, 그리고 법률로써 보호하고자 하는 시민 누구나의 인권이 중세 라틴어 성경(기독교)의 틀을 벗어나지 못한 수준에 머물러 있음을 보여준다.

유럽의 중세기대 성직계급은 평신도들이 성경을 읽는 것을 금지하고, 신을 독점했다. 평신도들은 사어로 된 라틴어 성경을 읽을 수 없었다. 그만큼 교육받은 사람들도 없었다.

인간은 ‘언어적 동물’이다. 니체의 말대로 인간은 언어를 통해서 정보를 취득하고, 언어를 통해 지식정보를 축적한다. 그런 면에서 인간은 언어로 된 집 속에 살고 있는 동물이기도 하다.

그런데 법률 영역에서는 언어가 일부 소수에게 독점되어 있다. 독점의 방식은 구태의연하다. 해방 66년이 되도록 아직도 일본어의 잔재에서 벗어나지 못한 단어와 문장, 어투, 그리고 얼마든지 쉽게 쓸 수 있는데도 불구하고, 얼마든지 대체할 좋은 우리말 단어가 있는데도 불구하고, 무지 또는 폭력적 횡포 때문에 복잡하고도 까다롭게 만들어 놓은 법률용어들이 그렇다.

유럽의 중세에서 라틴어 성경이 성직계급만의 전유물이었고, 그래서 성직계급이 아닌 사람들, 또는 라틴어를 모르는 사람들은 현세와 내세의 모든 중요한 의사결정에서 배제되었던 것과 똑같이 구태의연한 단어와 문장만 가득한 법률체계는 법률영역을 일부 기득권 세력만의 고유한 영역, 또는 전유물로만 묶어두려는 속셈과 연결되어 있다.

도대체 알 수 없는 법률과 너무 많아서 일일이 찾아 읽을 수도 없고, 읽어도 무슨 뜻인지도 알 수 없는 법률들은 죄형법정주의를 형해화시키고 있다.

## (2) 검찰권에 대한 시민적, 민주적 통제의 전무

한국의 검찰은 다른 나라에 비해서도 무소불위의 권한이 집중되어 있다. 검찰은 시민에 의해 선출된 권력도 아니기에 민주적 정통성이 결여되어 있지만, 이를 보완하기 위해 선출된 권력에 의해 임명된 정무직인 법무부장관의 지휘와 감독을 받도록 하고 있지만, 실무에서는 검찰이 거꾸로 법무부를 장악하고 있다.

외국의 경우에는 사인소추제도, 기소법정주의, 수사와 공소의 엄격한 분리, 기소권에 대한 시민적 통제 등을 통해 검찰권을 통제하고 있다.

하지만 한국의 검찰은 누구의 어떤 통제도 받지 않고 있다.

다음의 표를 보자.

구분	독일	프랑스	영국	미국	일본	한국
수사 종결권	O	△ <sup>12)</sup>	X	X	△	O
기 소 권	기소권 유무	O	O	O	O	O
	기소독점주의	O <sup>13)</sup>	X	X	X	O
	기소 편의주의	X <sup>14)</sup>	O	X	O	O
공소유지권	O	O	O <sup>15)</sup>	O	O	O

<표 1> 각국 검사의 소추권 비교<sup>16)</sup>

구분	독일	프랑스	영국	미국	일본	한국
수사권	O	△ <sup>17)</sup>	X	O	O	O
수사지휘권	O	△ <sup>18)</sup>	X	X	△	O
자체 수사력 <sup>19)</sup>	X	X	X	O	O	O
검찰과 경찰의 조서의 증거능력 차이	X	X	- <sup>20)</sup>	X	X	O
중앙집권여부 <sup>21)</sup>	X	O	O	X	O	O

<표 2> 각국 검사의 수사권한 및 수사관여 정도 비교<sup>22)</sup>

- 12) 프랑스의 경우 중죄와 복잡한 경죄사건의 수사 및 수사종결은 강제수사권을 보유한 수사판사에 의해 이루어진다. 이동희 등, [비교수사제도론], 박영사, 2004, 763쪽.
- 13) 독일의 경우 기소권은 원칙적으로 거사에게 귀속되어 있으므로 O로 표시하였다. 그러나 일정한 범죄에 한하여는 범범죄피해자에게 사인소추를 제기할 수 있는 권한을 예외적으로 인정하고 있으며(독일 형사소송법 제374조), 또한 세무직공무원의 경우 약식명령에 해당되는 사건의 경우에 기소권을 행사할 수 있는 예외가 인정되어 있기도 하다.
- 14) 독일의 경우 경미한 범죄에 한하여는 검사에게 기소유예처분을 인정하고 있으나(형사소송법 제 153조-제153조e), 기소법정주의 원칙이 유지되고 있다(독일 형사소송법 제170조).
- 15) 영국의 경우 치안법원(Magistrate's Court)에서는 검사가 법정에 출두하여 공소유지를 할 수 있지만, 형사법원(Crown Court)에서는 법정출두를 할 수 없고 법무변호사(barrister)에게 공소유지를 대행하게 한다. 한편 사인이 소추한 사건의 공소유지는 사립검사가 담당한다.
- 16) 이동희 등, [비교수사제도론], 박영사, 2004, 763쪽.
- 17) 프랑스의 경우 중죄와 복잡한 경죄사건의 수사는 수사판사가 이를 주재한다. 또한 강제수사권은 원칙적으로 수사판사에게 귀속되어 있다.
- 18) 검사의 수사권 및 수사지휘권은 현행법 수사와 예비수사의 영역에 한정되어 있다.
- 19) 자체 수사력의 구분은 검찰이 수족으로 활용할 수 있는 수사권을 가진 자체 인력을 보유하고 있는지 여부를 기준으로 한 것이며, 실제 어느 정도 독자적으로 수사를 수행하고 있는지도 고려하였다.
- 20) 영국검찰은 수사권이 없고, 직접 피의자나 참고인을 조사하여 조서를 작성하지 않으므로 해당 사항이 없다.
- 21) 중앙집권여부는 검찰조직이 집권화된 국가검찰조직인지, 분화화된 자치검찰조직인지 여부를 기준으로 분류한 것이다.
- 22) 앞의 책, 773쪽.

표에서 확인할 수 있는 것처럼 한국의 검찰은 독일, 프랑스, 영국, 미국, 일본 등 주요 선진개발국의 검찰과 달리 수사종결권, 기소권, 기소독점권, 기소편의주의, 공소유지권 등의 소추권련 권한을 모두 갖고 있고, 수사권과 관련해서도 수사권, 수사지휘권을 갖고 있으며, 자체 수사력도 보유하고 있다. 또한 경찰 단계의 피의자신문조사와 달리, 검찰 단계의 피의자신문조서는 증거능력을 갖고 있으며, 이는 공판중심주의라는 재판의 원칙을 훼손하며 형사재판을 조서재판으로 전락시키고 있다. 한국의 검찰은 중앙집중화 되어 있어, 전국적인 강력한 검찰권 행사가 가능하다.

수사와 기소에 대한 배타적인 권한이 바로 검찰권 행사의 핵심이고, 이것이 오늘날 한국검찰이 가진 무소불위의 권한의 핵심이다. 검찰권한의 각 분야에 대한 통제와 분권이 필요하다는 검찰개혁의 논의와 요구가 정당, 사회단체, 학계 등에서 다양하게 전개되었으며, 이같은 요구는 지금도 반복되고 있다.

검찰개혁과 관련해 특별검사제도의 도입은 검찰의 독점적 권한에 대한 통제 방안으로 제시되었고, 김대중 정부 이후 지금까지 00회에 걸쳐 국회의 입법권 행사를 통해 특별검사제가 시행되었다. 또한 상시적 특별검사제의 도입이 논의되기도 하였다. 검찰의 수사권에 대한 분권이 필요하다는 차원에서 검·경 수사권 조정 또는 경찰 수사권 독립이 김대중, 노무현 정권의 선거 공약으로 제시되고 추진되기도 하였다. 기소권에 대한 통제방안으로는 재정신청 제도의 확대, 일본식 검찰심사회의 도입을 통한 기소권에 대한 민주적·시민적 통제장치의 마련 등이 논의되어 왔다.

이러한 논의와 요구 과정에서 형사소송법의 전면 개정을 통해 재정신청 제도가 모든 고소사건으로 확대되는 등의 일부 성과가 있기도 하였고, 검사동일체 원칙의 폐지와 검찰총장에 대한 인사청문회 제도 도입 등의 성과가 있기도 하였다. 그렇지만 이런 변화에도 불구하고 앞서의 표에서 보는 것처럼 검찰의 본질적인 권한은 축소내지 분권화되지 않았고, 검찰권 행사의 오남용에 따른 폐해가 더 커져간다는 지적이 끊이지 않고 있다.

### 3) 인권 존중 원리에 반하는 권위주의적 명칭 등의 조직 구성

검찰이란 명칭도 헌법의 기본 원리에 반하는 것이다. 검찰(檢察)이란 용어는 일본 제국주의의 잔재를 그대로 답습하고 있다. 대한민국의 국민은 대한민국의 헌법의 기본 원리인 국민주권의 이념에 따라 국가의 가장 중요한 요소이자, 헌법제정권자로서 모든 권력의 원천이지만, 일본 제국주의 식민지 시절의 조선 사람들은 식민지의 피지배 신민(臣民)으로서 아무런 권리를 갖지 못한 존재였다. 따라서 일본제국주의 식민지 시절의 반민주적인 용어들은 청산되어 했다. 신생 독립국인 대한민국의 신민잔재 청산 작업은

전반적으로 지지부진했지만, 특히 검찰 분야에 대한 식민잔재 청산 작업은 거의 진행된 게 없었다. 가장 먼저 검찰(檢察)이란 명칭부터가 그랬다. 검찰(檢察)은 잡도리하다, 단속하다는 뜻을 가진 검(檢)자와 살피다, 조사하다는 뜻을 가진 찰(察)자를 합해 조직의 이름을 정했다. 대한민국 건국 이후에도 ‘조사해서 잡도리하다’는 무서운 뜻을 가진 조직 이름을 유지하는 이유를 모르겠다.

한자어인 검찰(檢察)을 영어(Prosecution Service)로 표현할 때는 맥락이 전혀 달라진다. Prosecution은 기소, 소추 등의 뜻을 갖고 있으니, 검찰은 기소하는 기관이 된다. 한자어로 쓸 때 느끼는 권위적인 어감도 찾아볼 수 없는 가치중립적인 단어가 된다. 현실의 검찰은 수사권과 기소권을 모두 갖고 있지만, 한자어는 검찰의 수사권을 드러내고 있고, 영어는 검찰의 기소권을 드러내고 있다. 영어 표현을 우리말로 옮기면, 검찰청의 명칭은 ‘기소(공소)청’로 바뀌어야 할 것이다.

현행법상 검사는 ‘범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 하(〔형사소송법〕 제195조)’고, ‘수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위’ 등 사법경찰관을 지휘(〔형사소송법〕 제196조)하는 수사의 주체자이고, [형사소송법] 제246조(국가소추주의)에 따라 공소를 제기하고 수행하는 독점적 주체이며, 같은 법 제247조(기소편의주의)에 따라 공소 제기를 하지 않을 수도 있는 독점적 주체이다. 따라서 검찰의 명칭은 현행법률 체계를 그대로 인정한다 하더라도 수사와 기소라는 두가지 중요한 권한을 모두 아우를 수 있는 명칭으로 바뀌어야 할 것이다.

[검찰청법] 제12조는 대검찰청에 검찰총장을 두는 법률적 근거를 마련해놓고 있다. 검찰총장은 ‘대검찰청의 사무를 맡아 처리하고 검찰사무를 총괄하며 검찰청의 공무원을 지휘·감독하’는 직무를 수행한다. 대검찰청의 검찰사무를 총괄하며 검찰청의 공무원을 지휘·감독하는 검사의 호칭이 검찰총장이라는 것 역시 식민지 잔재에서 비롯된 것으로 보인다.

[경찰법] 제11조에 따라 ‘국가경찰에 관한 사무를 총괄하고 경찰청 업무를 관장하며 소속 공무원 및 각급 국가경찰기관의 장을 지휘·감독’하는 임무를 수행하는 자는 ‘경찰청장’이라 부른다.

[법원조직법] 제13조에 따라 ‘대법원의 일반 사무를 관장하며, 대법원의 지원과 각급 법원 및 그 소속기관의 사법행정사무에 관하여 직원을 지휘·감독’하는 임무를 수행하는 자는 ‘대법원장’이라 부른다.

[감사원법] 제4조에 따라 ‘감사원을 대표하며 소속 공무원을 지휘하고 감독’하는 임무를 수행하는 자는 ‘감사원장’이라 부른다.

모든 기관이 각 기관의 수장을 기관명에 ‘장(長)’자를 붙이는 식의 자연스러운 작명을 따르고 있는데 반해, 검찰만 유독 대표자의 명칭을 검찰청장(檢察廳長)이 아니라 검찰총장(檢察總長)이라 부르고 있다. 총(總)이란 한자어는 ‘거느리다, 통괄하다, 다스리다’는 뜻을 가진 봉건적인 의미를 갖고 있다. 물론 [검찰청법]에서 규정한 검찰총장의 임무가 ‘검찰업무를 총괄’하는 것이기는 하지만, 이러한 ‘총괄’하는 임무는 다른 기관의 대표자 역시 마찬가지란 점에서 굳이 조직의 대표자 명칭을 ‘청장(廳長)’이 아닌 ‘총장(總長)’이라는 권위주의적인 명칭으로 쓸 이유는 없다. 가령 다른 조직에서도 보직명으로 흔히 사용하고 있는 사무총장(事務總長)은 사람이 아닌 ‘사무(일)’을 통괄한다는 의미로 쓰이는 것이기에, 총(總)자가 들어가도 무리가 없지만, 검찰 조직을 거느리고 다스리고 통괄한다는 뜻을 지닌 ‘검찰총장’이라는 명칭은 문제가 있다. 봉건적이며 국민에게 군림하는 것을 당연시하는 일제의 잔재, 군사 문화의 잔재가 고스란히 조직과 조직수장의 명칭에 남아 있다.

더군다나 검찰총장이 거느리고 다스리는 사람들은 검사들이다. 검사들은 형사소송법에 따라 형사사법절차에서 각각 개별적으로 수사와 공소에 대한 임무를 부여받은 단독관청이다. 수사를 하거나 기소를 하는 사람은 검사이지, 검찰이란 조직이 아니다. 한사람 한사람의 검사가 ‘공익의 대표자’로서 범죄수사, 공소의 제기와 유지, 범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독, 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구, 재판 집행 지휘·감독, 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독 등의 임무를 수행하고 있다. 이들 업무는 국민의 신체의 자유 등과 밀접한 관련이 있기에 업무에서의 독립성이 강하게 요구된다. 그래서 <검찰청법>은 검사는 모두 같은 계급이라는 뜻에서 별도의 직급을 두지 않고, 검사의 직급을 검찰총장과 검사로만 구분한다(<검찰청법 제6조>). 법률의 취지는 그렇지만, 현실의 검찰은 검찰총장을 정점으로 하는 일사분란한 상명하복 구조의 조직체계를 갖고 있다. [검찰청법]에서 검사동일체의 원칙은 폐지되었지만, 현실에서는 이 원칙이 존속하고 있다.

검사는 [검찰청법] 제6조의 규정에 따라 검찰총장과 검사로만 구분한다. 그렇지만 검찰의 현실은 전혀 그렇지 않다. [검찰청법]의 제6조 조문은 이하의 조문과도 충돌한다. [검찰청법] 제6조는 검사의 직급을 ‘검찰총장과 검사’로만 구분하면서도, 곧 이은 제7조는 검사에게 ‘소속 상급자의 지휘·감독에 따’르도록 하고 있으며, 검사 직무의 위임과 이전 및 승계의 권한을 검찰총장, 각급 검찰청의 검사장 및 지청장에게 부여하고 있다. 이 같은 법률상의 모순은 [검찰청법] 곳곳에서 나타난다. 검사의 직급은 검찰총장과 검사 밖에 없지만, 대검찰청에는 검찰총장 외에 차장검사를 두고(제13조), 대검찰

청 검사(제14조)와 검찰연구관(제15조)을 둘 수 있고, 부(部)를 두고 부장에는 검사를 보할 수 있(제16조)도록 했다. 이를 통해 검찰총장과 검사를 넘어서는 다양한 직급을 법률로 보장하고 있다. 마찬가지로 고등검찰청에도 검사장(제17조), 고등검찰청 차장검사(제18조), 고등검찰청 부장검사(제18조의 2)와 고등검찰청 검사(제19조)를 두도록 하고, 지방검찰청에는 지방검찰청 검사장(제21조), 지청에는 지청장(제22조)을 두도록 규정하고 있다. 지청장은 지방검찰청 검사장의 명을 받도록 규정(제22조)하고 있고, 지방검찰청과 지청에도 차장검사(제23조)와 부장검사(제24조), 검사(제25조)를 두도록 규정하고 있다.

또한 [검사의 보수에 관한 법률]의 별표1<sup>23)</sup>에 검찰총장 외에 모두 17단계 호봉을 정해두고 있다. 이는 별표2<sup>24)</sup>에서 보는 것처럼 검찰이 법원과 대응한 조직이라는 3권

23) 검사의 보수에 관한 법률 시행령 별표1 [시행 2011. 3.15] [대통령령 제22708호, 2011. 3.15, 일부개정]

[별표 1] 검사의 승급기간(제4조제1항관련) <개정 2004.2.25>

직명	승급기간
검사 16호와 17호간	재직 6년 이상
검사 14호 내지 16호간	재직 2년 이상
검사 1호 내지 13호간	재직 1년 9월 이상

24) 검사의 보수에 관한 법률 시행령 별표2 [시행 2011. 3.15] [대통령령 제22708호, 2011. 3.15, 일부개정]

[별표 2] 검사의 봉급표(제7조 관련) <개정 2011.3.15>  
(월지급액, 단위: 원)

직명	호봉	봉급액
검찰총장		6,332,700
검찰총장 외의 검사	17호	6,323,400
	16호	6,311,300
	15호	5,953,200
	14	5,596,900
	13	5,277,400
	12	5,007,600
	11	4,877,600
	10	4,724,500
	9	4,468,900
	8	4,164,300
	7	3,901,500
	6	3,655,000
	5	3,417,200
	4	3,177,700
	3	2,946,200
	2	2,715,200
	1	2,409,900

분립의 원칙을 훼손하는 잘못된 인식에서 비롯된 것이기도 하다.

이상의 규정은 앞서 [검찰청법] 제6조의 규정의 정신을 같은 법률 안에서 위반하고 있는 것이다.

#### 4) 평등권의 원칙에 위배되는 검사들에 대한 특혜

검사들은 직급과 보수에서 다른 직역의 공무원들과는 비교도 할 수 없는 특혜를 누리고 있다.

[국가공무원법] 제46조는 공무원의 보수에 대해 ‘공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정한다(1항).’면서, ‘일반의 표준 생계비, 물가 수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하되, 민간 부문의 임금 수준과 적절한 균형을 유지하도록 노력하여야 한다(2항).’고 국가공무원 보수 책정의 일반 원칙을 규정하고 있다. 반면 [검찰청법]은 검사의 보수에 대해 ‘검사의 지위는 존중되어야 하며, 그 보수는 직무와 품위에 상응하도록 정하여야 한다(제36조 2항).’고 규정하고 있다. 다른 공무원과 달리 유독 검사만이 그 지위를 ‘존중’하고, 보수를 ‘직무와 품위에 상응’하여 정할 까닭은 없다. 이는 헌법 제11조[국민의 평등, 특별계급제도 부인, 영전의 효력]의 1항과 2항을 원리를 부인하는 특별한 지위의 부여에 해당한다. 헌법 제11조 1항은 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.’고 규정하고 있고, 2항은 ‘사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.’고 규정하고 있다.

검사는 법무부 외청인 검찰청의 소속 공무원으로서 명백한 행정부 소속의 공무원임에도 불구하고, [검찰청법]이 검사를 존중받아야 할 지위를 지닌 특별한 공무원으로 상정하고, 그 보수 또한 ‘직무와 품위에 상응’하도록 정하도록 한 것은 국가공무원 일반이 누리지 못한 특별한 지위를 검사들에게만 보장하는 것으로 헌법 제11조가 규정하는 헌법의 기본 원리를 훼손하는 것이다. 검사와 달리 유사 직종에 근무하는 경찰관의 경우에는 일반 국가공무원의 경우와 달리 보수나 직위와 관련하여 특별한 별도의 규정을 두고 있지 않다.

검사들의 품위는 보장받아야 할 가치가 있는 것이지만, [국가공무원법]상 일반 공무원들은 ‘품위가 손상되는 행위를 하여서는 아니’되는 품위 유지의 의무(제63조)가 부여되어 있다.

같은 고등고시 합격자를 국가공무원으로 임용하는 경우에도, 일반 행정고시나 외무고시 합격자들은 5급 사무관에 임용되는 반면, 검사들은 3급 부이사관에 임용된다. 출발부터 다르고, 임용 때부터 특혜를 부여하는 것이다. 이 또한 헌법의 평등 원리를 훼손하는 것이다.

뿐만 아니라, 검사들의 직급은 다른 부처의 공무원들과 비교할 수 없이 상향 조정되어, 차관급 고위공직자만 54명에 이를 정도다.

검사는 다른 직역의 공무원들에 비해 정년 규정에 있어서도 특혜를 받고 있다. 검찰총장의 정년은 65세, 검찰총장 외의 검사의 정년은 63세([검찰청법] 제41조)로 되어 있는데, 이는 일반 공무원의 정년이 60세인 것에 비해 상대적인 특혜이다. 검사와 비슷한 직군의 경찰관의 경우, [경찰공무원법] 제24조에 따라 연령 정년 60세 외에도 치안감 4년, 경무관 6년, 총경 11년, 경정 14년 등의 계급 정년을 두고 있다.

이와 같은 특혜에도 불구하고, 헌법재판소가 [검찰청법]의 여러 가지 특혜조문에 대해 위헌결정을 한 적은 단 한 차례도 없었다.

## 5) 법치주의에 어긋나는 법무부와의 관계

다음은 [정부조직법] 제27조(법무부)다.

- ① 법무부장관은 검찰·행형·인권옹호·출입국관리 그 밖에 법무에 관한 사무를 관장한다.
- ② 검사에 관한 사무를 관장하기 위하여 법무부장관소속으로 검찰청을 둔다.
- ③ 검찰청의 조직·직무범위 그 밖에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

[검찰청법] 제8조는 법무부장관의 검찰에 대한 지휘·감독에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

제8조 (법무부장관의 지휘·감독) 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다.

[정부조직법]과 [검찰청법]에 따르면, 검찰청은 법무부 장관 소속의 외청이고, 법무

부 장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 검사를 지휘·감독한다. 이 같은 정부조직의 원리는 우리 헌법 제96조의 ‘행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다’는 행정의 합법률성의 원리, 곧 법치주의 원리를 따르고 있다.

대통령의 임명을 받는 정무직인 법무부 장관이 검찰을 지휘·감독하는 것은 검찰행정 전반에 대한 선출된 권력의 지휘·감독을 통해 그 책임을 강화하고, 주권자인 국민의 의사와 요구가 반영되는 검찰행정으로 가까이 가기 위한 법률적 안전장치이다.

그러나 법무부와 검찰관의 관계에서는 헌법이 요구하는 법치주의의 형식적인 측면만을 충족하고 있으며, 실질적인 법치주의에는 전혀 미치지 못하고 있다. 법률의 요구는 법무부가 법무부 장관 소속의 검찰청과 검찰청에 소속된 검사들을 지휘·감독하라는 것이지만, 현실은 거꾸로 검사들에 의해 법무부가 완벽히 장악되어 있다.

법무부 장관에는 참여정부의 강금실, 천정배 두 사람을 제외하고는 모두 현직 검사, 또는 전직 검사가 임명되었고, 법무부 차관은 예외 없이 현직 검사가 임명되고 있다. 법무부의 주요 보직은 교정본부장을 제외하고는 모두 현직 검사가 임명되고 있다. 완벽한 장악이다.

## 6) 권력 분립 권리에 반한 무소불위의 권력 검찰

한국의 형사소송구조는 직권주의와 당사자주의를 채택하고 있다. 직권주의와 당사자주의는 탄핵주의(彈劾主義) 소송구조에 속하며, 탄핵주의는 규문주의(糾問主義)와 상대되는 개념<sup>25)</sup>이다. 규문주의는 근대적 형사소송 이전의 형사절차로서 규문관이 스스로 수사를 개시하여 심리하고 재판하는 형사절차다. 규문관은 소추기관이며 동시에 심판기관이었으며 피고인은 단지 규문의 객체로 취급될 뿐<sup>26)</sup>이었다. 반면 탄핵주의는 소추기관과 재판기관이 분리된 형사절차를 말한다. 근대시민혁명 이후 규문주의가 탄핵주의로 변화된 것은 형사소송절차의 두 가지 목적, 곧 실체적 진실의 발견과 적정절차원리의 준수를 모두 달성하기 위한 노력과 모색의 결과였다.

하나의 기관이 소추와 재판을 동시에 할 때는 형사소송의 두 가지 목적 모두를 달성하기 어렵다는 것이 인류의 오래된 경험이었다. 일견 소추와 재판이라는 두 가지 다른 기능을 하나의 기관에서 동시에 진행하는 것이 효율적이고, 이를 통해 실체적 진실의 발견이 더 용이하다고 판단할 수도 있으나, 피고인이 방어권을 행사하지 못하고 죄가

25) 앞의 책 24쪽.

26) 허영, [한국헌법론], 박영사, 2010, 696쪽.

있다는 의심을 바탕으로 수사와 소추를 담당한 기관이 재판까지 진행할 때, 그 의심에서 벗어나기 어렵기 때문에 억울한 희생자가 양산되고 형사재판이 실체적 진실을 다투는 의미 있는 공간이 되기 어렵기 때문이다. 이 같은 형사소송구조의 발전은 ‘국가권력을 그 성질에 따라 여러 국가기관에 분산시킴으로써 권력 상호간의 견제와 균형을 통해서 국민의 자유와 권리를 보호하려는 통치기관의 구성원리<sup>27)</sup>’로서의 권력분립의 원칙과 맞물려 발전해왔다. 권력의 집중은 필연적으로 권력의 오만한 횡포와 남용으로 이어지고, 이는 인간의 자유와 권리를 침해하고 제한하는 방향으로 작동하게 된다. 권력분립 원칙은 이를 막기 위한 최소한의 안전장치이다.

한국의 검찰은 권력분립의 원칙을 정면에서 훼손하고 있다. 우리 헌법이 입법·행정·사법 등 3권 분립의 원칙을 채택하고 있는 것은, 권한이 특정한 기관으로 독점될 때의 위험이 얼마나 큰 것인지에 대한 역사적 경험 때문이다. 한국의 형사사법은 ‘검찰사법’이라 불리고 있다. 형사사법 절차의 전반은 법원이 아니라, 검찰에 의해 주도되고 있고, 이때 검찰이 행사하는 권력은 독점적이고 배타적이다.

형사사법은 수사와 공소, 공판, 형의 집행으로 구성되어 있다. 검찰은 [형사소송법]의 규정에 따라 수사의 주재자로서 직접 수사와 함께 경찰 수사에 대한 지휘를 통해 독점적 권한을 행사하고 있다. 수사 개시권을 비롯해 수사에 대한 일체의 권한은 오로지 검찰의 몫이다. 실무에서는 전체 수사의 97% 가량을 경찰이 맡고 있지만, 경찰은 독자적 판단으로 수사를 개시할 수도 없고, 모든 수사에 대해 검찰의 지휘를 받아야 한다. 경찰의 수사물 전부는 ‘전건 송치 의무’ 때문에 모두 검찰에 보내지고, 검찰은 이에 대해 기소 여부를 결정한다.

수사의 진행이나 중단은 모두 검찰의 독점적 영역에 속해 있고, 수사의 결과에 대한 처리, 곧 기소나 불기소 여부도 모두 검찰만이 독점적으로 판단하고 있다. 또한 검찰의 기소를 통해 공판이 열리게 되어도, 공판 과정에서 독점적 권한을 행사할 수 있다. 공소 취소를 통해 재판 자체를 봉쇄할 수도 있으며, 형을 구하지 않음으로써 재판을 무력화할 수도 있다.

재판의 결과로 법원에 의해 형이 선고되어도, 검찰은 이를 얼마든지 무력화시킬 수 있다. 형의 집행에 관한 권한 역시 검찰에 속해 있기 때문이다. 검찰은 형집행정지 등을 통해 법원에 의한 형의 선고를 무력화시킬 수 있다.

따라서 한국의 형사사법은 법원에 의한 기본권의 보장과 권력 분립이라는 헌법 원리를 정면으로 부정하고 있으며, 검찰에 의한, 검찰의 사법으로 전락해버렸다. 법원의 형

27) 허영, [한국헌법론], 박영사, 2010, 696쪽.

사재판권, 곧 형사소송 관할권은 검찰에 종속된 권한으로 전락해버렸다. 이는 우리 헌법 제101조 제1항의 ‘사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다’는 규정을 위반하고, 형해화시키는 것이다. 형사사법이 검찰사법으로 전락함으로써 사법의 본래적인 기능인 ‘개인의 권리보장 기능’ ‘법적 질서유지 기능’ ‘사회적 긴장관계의 해소 기능’ 등의 사법권의 기능<sup>28)</sup>이 상시적으로 훼손되고 있다. 사법이 ‘정치적 영역인 입법이나 행정과는 그 본질을 달리하여 구체적인 쟁송을 전제로 헌법과 법률에 의하여 신분이 독립된 법원에 의하여 무엇이 법인가를 선언하는 작용<sup>29)</sup>’이라는 사법권의 기초적인 정의에도 어긋나는 상태인 것이다.

‘무엇이 법인가’를 판단하는 것은 사법의 본질이다. 이러한 정의(定義, definition)하는 기능은 법원의 몫이기 보다는 검찰의 몫이다. 인터넷 공간에서 ‘경제대통령’으로도 불리던 인터넷 논객 미네르바를 수사하고 기소한 검찰의 판단은 미네르바가 형사재판에서 무죄를 선고받았고, 그를 처벌하고자 했던 법률적 근거인 [전기통신기본법]의 처벌 조항이 헌법재판소 결정에 의해 위헌법률이 되었기 때문에, 무리한 수사, 기소라는 것이 확인되었다. 그렇지만 인터넷 공간에서의 글쓰기가 형사처벌 대상이 될 수 있다는 점을 공중에게 널리 알릴 수 있다는 점, 곧 인터넷 글쓰기도 처벌대상이라는 검찰의 정의(定義)가 일반 네티즌들에게 공포감을 심어주었던 점은 검찰의 성과였다. 미네르바 사건에서 정의(定義)하는 권한은 법원이나 헌법재판소 등의 사법권이 아니라, 검찰이라는 행정권이었다.

2010년 6.2 지방선거를 앞두고 야당의 유력한 서울시장 후보였던 한명숙 전 국무총리에 대한 검찰의 수사도 마찬가지였다. 검찰의 수사는 선거에 직접적인 영향을 미쳤고, 이러한 영향은 국민의 참정권을 훼손하는 방향으로 작동되었다. 검찰은 수사권과 공소권이라는 배타적 권한을 이용해 국정전반을 안정적으로 장악하고, 전직 검사들은 대거 의회로 진출하여, 검찰세력이 의회권력까지 장악한 형국이다.

검사, 그리고 전직 검사들은 이런 점에서 특권적 지위를 누리고 있다. 이는 현실적인 힘의 크기를 넘어서는 문제이다. 검찰의 수사권과 공소권은 현직 검사와 전직 검사에 대해서는 매우 제한적으로 행사되고 있다. [형사소송법]의 규정에 따라 검사는 범죄가 있다고 사료될 때는 수사해야 하지만, 동료 검사, 또는 전직 검사들에 대한 수사는 상당한 정도의 사회적 이목을 끌고, 언론과 시민사회의 비난이 빗발쳐도 좀체 진행되지 않는다. 이는 검사들이 일종의 치외법권 지대에 놓여 있음을 알려주고 있다. 이는 명백

28) 성낙인, <헌법학>, 법문사, 2004년, 927쪽.

29) 성낙인, 위의 책, 927쪽.

한 특권계급의 출현이고, 민주공화국의 이념에 반하는 잘못된 현실이다.

수사와 공소는 사회정의의 실현을 위해 최소한의 범위 내에서 꼭 필요한 경우에만 제한적으로 행사해야 하는 국가작용이다. 다른 대체 수단이 없을 때 쓰는 최후의 수단이기도 하다. 이는 수사와 공소가 개인이나 집단에 미치는 영향이 크고, 재판 결과에 상관없이 수사와 공소만으로도 개인과 집단에 회복하기 어려운 피해를 입힐 수 있기 때문이다. 하지만 현실은 검찰의 수사권이 남용되고, 집권세력과의 정치적 코드를 맞추기 위한 목적으로 사용되기도 하고, 검찰세력의 기득권을 지키거나 확대 재생산하기 위한 목적으로 사용되고 있다.

### 3. 검찰개혁의 실효성

#### 1) 검찰의 자체 개혁방안과 그 한계

2010년 6월 대검찰청은 <검찰개혁방안>을 발표하였다. 발표 당시는 검사들이 업자들로부터 향응을 제공받는다든가 언론보도가 있었던 직후였고, 검찰에 대한 시민적 분노가 들끓고 있었다.

검찰은 <검찰개혁방안>을 통해 세 가지 개혁 방안을 제시<sup>30)</sup>하고 있다.

첫째, ‘감찰을 강화하여 검찰을 바르고 반듯하게 만듭니다’에서는 대검 감찰부를 감찰본부로 격상하고, 감찰 인원을 2배 늘리고, 지방에 5개 지부를 설치하여 감찰 사각지대 해소<sup>31)</sup>하겠다고 했다. 또한 감찰 업무에 국민 의사를 직접 반영하기 위해 감찰본부장은 검사 출신이 아닌 외부 인사로 임명<sup>32)</sup>하고, 감찰위원회는 민간인으로 구성하겠다고 했다. 검사의 범죄는 ‘특임 검사’가 독립적으로 수사기소하겠다고 했다. 특임검사는 검찰총장의 지휘를 받지 않고 독립적으로 수사하고 기소 여부를 결정하겠다고 했다. 특임검사는 감찰위원회를 통해 국민의 직접 통제를 받고, 자신의 전적인 책임 하에 독립적으로 수사기소를 한다는 것이다.

둘째, ‘검찰시민위원회’를 만들어 수사기소권을 국민에게 돌려드리겠다고 했다. 사회 각계의 추천을 받은 시민 9명으로 구성된 ‘검찰시민위원회’를 전국 검찰청에 설치, 이 제도를 즉시 시행함으로써 미국의 기소대배심이나 일본의 검찰심사회 제도를 모두 반

30) 이하는 대검찰청이 발표한 <검찰개혁방안>의 요약.

31) 그러나 추가 증원 없이 자체 인원 재배치로 충당하겠다는 것이다.

32) 이하 검찰 입장에 대한 구체적 비판 진행.

영하겠다는 것이다. 검찰은 ‘검찰시민위원회’에 대해 ‘사전적 국민 통제와 사후적 사법 통제 병행, 재정신청·항고 제도 없이 사후 시민 통제만 받는 일본 검찰심사회보다 강력한 제도 시행’이라고 밝히고 있다. 검사는 검찰시민위원회의 심의결과를 최대한 존중하여 기소, 불기소 여부를 결정하여, ‘이제 국민이 검사의 중요한 결정을 직접 통제’할 수 있게 되었다고 했다.

셋째, 검찰문화를 바꾸겠다고 했다. 검사 모임은 ‘검사들만 모여’ 소박하고 의미 있게 가지고, 공무로 알게 된 사람은 오직 공무로만 만나고, 국민 소통 ‘옴부즈맨’을 위촉하여 일반 국민과의 만남은 더욱 확대하겠다고 했다. 검찰부터 앞장서서 접대 문화를 근절하고, 깨끗하게 출발한 젊은 검사들이 새로운 검찰 문화를 선도하겠다고도 했다.

하지만 이와 같은 내부 개혁방안이 제대로 실천되고 있는지도 의문이지만, 설사 계획대로 잘 추진되고 있다고 하여도 이러한 방안의 시행을 통해 검찰개혁이란 숙제가 마무리되는 것은 결코 아니다.

대검 감찰부를 감찰본부로 격상시키고, 외부 인사를 채용하는 것은 진전으로 볼 수 있지만, 실질적인 감찰이 진행되기 위해서는 검찰총장으로부터 감찰권이 독립되어 활동할 수 있어야 한다. 검찰조직 전반에 대한 감찰을 외부기관이 진행하거나, 검찰총장의 인사권으로부터 자유로운 별개의 조직이 감찰업무를 맡도록 해야 한다.

검찰이 말하는 검찰심사위원회는 법률적 근거도 없고, 위원회 참여 인사들도 검찰 임의로 위촉하고 있는 상황이기 때문에, 기본적으로 검찰권에 대한 민주적·시민적 통제와는 상관없는 조직이다. 미국의 기소대배심과 일본의 검찰심사회는 참여 위원들을 무작위로 선발하고 있고, 그 소속도 검찰청이 아닌 법원으로 하고 있다.

검찰문화를 바꾸는 것은 단순히 음주문화의 개선하는 것만을 의미하지 않는다. 독점적 검찰권행사에 대한 적절한 통제가 진행되어야 하고, 검찰 퇴직 이후 변호사로 개업하여 거액을 챙길 수 있는 전관예우 구조를 근본적으로 근절해야 한다.

### III. 결론

검찰은 헌법기관이 아니다. 검찰은 행정부에 속한 행정기관이며, 대통령 - 국무총리 - 법무부 장관의 지휘와 감독을 받으며, 헌법과 법률이 정한 직무를 수행하도록 설계된 기관이다.

그렇지만 앞서 살펴본 것처럼 검찰청의 주요 구성원들인 검사들은 자신을 사법관으

로 여기고 있으며, 검찰청을 사법기관인 것처럼 여기고 있기도 하다. 또한 우리 헌법은 3권 분립의 원칙에 따라 입법-행정-사법기관이 적절한 견제와 균형을 이루면서 국민주권의 원리를 실현하고, 헌정질서의 민주적 발전을 도모하도록 각 국가기관의 지위와 역할을 설계하고 있으나, 행정기관에 속한 검찰청과 이에 소속된 검사들이 사법부와 이에 속한 법관들과 동일한 처우를 받고 실질적인 측면에서 사법부를 능가하는 권력을 보유하고 있는 것은 헌법질서에 대한 일상적 훼손이라 아니할 수 없다.

이러한 반헌법적 상황이 지속화·장기화됨에 따른 폐해도 곳곳에서 나타나고 있는데, 이는 검찰권이 헌정사상 최초의 전직 대통령 자살 사건에서 보는 것처럼 검찰이 ‘살아 있는 정치권력’과 유탁해 정치적 반대자를 제거하기 위한 하나의 도구로 전락해버리고, 이로써 국민의 신뢰를 받지 못하게 되는 결과를 초래하게 되었다. 또한 지금의 상황은 검찰이 단순히 국민의 지지와 신뢰를 상실한 상태를 넘어, 자신의 기득권 수호만을 위해 집단행동도 불사하고 국회 등 다른 기관을 집단적으로 협박하는 상황까지 이르게 되었다.

따라서 검찰개혁은 ‘제2의 민주화운동’이라 부를 정도로 중요한 과제가 되었다. 이 과제를 해결하기 위해 다양한 논의가 진행되었으나, 실제로 검찰권을 통제하고, 검찰을 견제하기 위한 실효성있는 개혁이 진행되지는 못했다.

최근에도 국회차원에서 검찰개혁이 논의되었다. 최근 활동을 종료한 국회 사법제도개혁특별위원회는 대검 중수부 폐지, 특별수사청 신설 등을 여야 합의를 통해 추진하기도 했다. 결국 검찰의 반발 때문에 국회의 입법권 행사가 무산되었다. 국회에는 국민의 위임을 받아 검찰개혁을 완수할 사명이 주어져 있다. 국회의 입법권 행사를 통해 검찰권을 적절히 통제하는 안전장치가 마련되어야 하는데 이를 위해 다음의 실효성 있는 조치들이 취해져야 한다.

국민의 직접 통제를 위해 각 지방검찰청 검사장은 주민투표를 통해 선출해야 한다. 검찰권에 대한 자치가 진행된다면, 가장 실효성 있는 주권자의 검찰권에 대한 주권 행사가 될 수 있을 것이다. 주민투표에 의해 선출되는 지검장들은 주민의 의사를 좇으며 지금보다는 훨씬 더 합리적인 검찰권 행사를 위해 노력할 것이다.

검찰이 기소전문기관으로 거듭나야 한다. 수사는 고도의 법률전문성을 가진 검사만이 진행할 수 있는 법률전문가의 전문물이 아니다. 현실에서의 수사는 사법경찰관과 특별사법경찰관 등이 대부분 진행하고 있고, 검찰의 직접수사 사건은 2%내외인 것으로 알려져 있다. 대부분의 수사를 경찰이 진행하고 있는 만큼, 경찰에게 수사권을 부여하는 것은 현실적으로 전혀 문제될 것이 없고, 무소불위의 검찰권을 통제하는 적절한 수단도

될 것이다.

전관예우의 뿌리 깊은 관행을 없애기 위해 검사로 임용된 자가 변호사로 개업할 때는 다시 변호사 자격시험을 치르게 하는 등의 여과장치를 신설해야 한다. 검사나 판사가 평생 검찰이나 법원에서 소신을 갖고 일하다 정년퇴직<sup>33)</sup>하는 관행을 정착시켜야 한다. 물론 이 경우 일정한 유예기간을 두고 새로운 제도를 시행해야 한다.

어떤 방법이든 지금의 검찰권은 그 권한의 크기가 보다 작아져야 하고, 검찰권은 이 중삼중의 통제장치를 통해 통제되어야 한다. 그 통제는 물론 민주적·시민적 통제여야 한다. 그럼으로써 헌법이 지향하고 있으며, 헌법제정권자가 원하는 주권의 실현도 가능하고, 주권자의 인권도 보장될 수 있다. 독점 권력은 부패하기 마련이고, 그 폐해는 온통 국민의 몫이다.

---

33) 2005년부터 2010년 8월까지 검찰을 퇴직한 검사 491명 중에서 정년퇴직에 의한 퇴직은 2006년 1명뿐이었다.