고위공직자범죄수사처(이하 수사처)는 ‘공직사회의 특혜와 비리를 근절’하고 ‘국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성을 높’이기 위한 기관으로서 검찰개혁의 선두주자로 인식되고 있다. 그러나 이 기관의 헌법상 근거 부재를 지적하는 의견들이 있으나, 헌법재판소 판결 및 제반 사정을 고려할 때, 수사처가 헌법체계에 부합하지 않는다는 어떤 주장도 타당성이 부족하다.

**1. 수사처의 소속 및 위계**

우선 수사처가 ‘행정각부’에 속하지 않는 기관이라는 것만으로 위헌의 소지가 있다고 판단하기는 어렵다. 헌법 제 66조 제4항에서 규정하는 ‘정부’는 “입법부와 사법부에 대응하는 넓은 개념으로서의 집행부”이며, 헌법 제 86조 제2항의 ‘행정각부’에 모든 행정기관이 포함된다고도 볼 수 없다. 따라서 행정적 권한을 수행하는 기관이 반드시 ‘행정각부’의 형태이거나 그에 속하는 기관일 것을 헌법으로 명시해두지 않았다. 또한 헌법재판소는 수사처를 직제상 행정부에 소속된 중앙행정기관으로 명시함과 동시에 수사처 업무의 특성 상 기존행정조직으로부터의 영향력에 자유로운 독립 기관으로 인정하고 있는 바, 수사처의 독립적 지위에 헌법 상 근거가 없다는 주장은 타당하지 않다. 한편 헌법에서 검찰총장임명이 국무회의 의결사항이기에 그의 상위기관이 존재하는 것이 위헌이라는 것은 논리적 연결성이 부족하다. 또한 헌재에 따르면 공수처는 기존의 위계질서에 편입되는 상위기관이라기보다 아예 독립된 기관으로 보아야 하기에, 수사처를 상위 수사기관으로 규정하는 것은 무리가 있다.

**2. 영장주의원칙**

헌법 제12조, 제16조에 언급된 검사는 영장신청권자로서 검찰권을 행사하는 국가기관으로 폭넓게 해석해야 하는 것이지, 검찰청법상 검사만을 지칭하는 것으로 보기는 어렵다. 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(이하 공수처법) 제 4항에서 수사처검사는 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무 및 군사법원법 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행할 수 있다고 명시함으로써 영장신청권을 부여하였다. 단순 명칭이 아니라, 법률상으로 부여된 지위에 대해 문제를 제기하는 것은 법치의 원칙 자체에 의문을 제기하는 것이다.

**3. 권력분립의 원칙**

일단 수사처는 명목 상 행정부 소속 기관이나, 행정부의 영향력 하에 존재할 것을 방지하는 제도들을 충분히 마련해 두고 있다. 공수처법 제3조에서는 수사처의 독립성을 명백히 규정하고 있다. 대통령과 대통령비서실 공무원은 수사처의 직무수행에 관여하는 일체의 행위가 불가하며, 수사처의 실질적 주체인 공수처장 후보자의 추천을 위한 추천위원회 위원에게 정치적 중립성과 독립성을 지킬 의무를 부여하고 있다. 이는 현행 헌법상의 국무총리, 대법원장, 헌법재판소장 등의 임명 방식과 유사하게 대통령의 지명과 국회의 동의를 얻도록 하는 기능적 권력통제이론에 의거한 것으로, 공수처장에게만 특별히 부당성을 제기할 이유가 없다. 또한 공수처장의 이첩권 등 직무수행 남용 등의 우려는 공수처 제도 자체의 문제가 아니라, 국가기관 운영 상의 문제이기에 별도의 논의로 다루어져야 한다.

한편 공수처가 독립적 기관의 지위를 가진다고 해서 권력분립원칙에 위반하는 것도 아니다. 헌법재판소 89 헌마86결정에서는 감사원 등의 기관이 헌법에 설치 근거를 명시한 것이 설치근거를 법률에 두는 법률기관의 설치를 금지하는 취지는 아니라고 판시한 바 있다. 따라서 헌법적 정당성을 유지한 채 국가정보원, 국가인권위원회와 유사하게 법률상 독립 행정기관의 지위를 가질 수 있다. 또한 공수처는 오히려 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 제도적 견제장치로서 검찰에게 집중된 권력을 분산하여 오히려 권력분립에 기여하는 측면이 강하다. 그렇기에 공수처의 권력분립과 관련돼 발생하는 문제는 제도적으로 해결할 부분이지 기관의 존폐를 논할 부분은 아니다.

**4. 평등의 원칙**

수사처의 수사 절차, 내용 등은 본질적으로 일반 형사소송절차와 동일하다. 따라서 수사처의 수사 대상이 되는 것만으로 대상자에게 실질적인 불이익이 발생한다고 보기 어렵다. 헌법재판소는 ‘권력형 부정 사건을 범할 가능성이 비고위공직자에 비해 높고 그 범죄로 인한 부정적인 파급효과가 크’다고 판시하여 수사처의 설치 목적에 타당성을 부여하고 있다. 수사처는 평등의 원칙을 위배하여 고위공직자를 수사하는 것이 아니라, 검찰의 업무 부담 및 권력을 분할한 수사기관으로서 통일성의 원칙 하에 수사를 진행하는 것이고, 오히려 이제껏 검찰의 ‘봐주기 수사’, ‘제 식구 감싸기’ 등으로 만연했던 사법 불평등을 해소시킬 수 있는 방안이다.

**5. 사법권 독립 침해**

수사처는 제도 상 현 사법부와 독립된 수사기관이므로 이들의 법관에 대한 수사를 내사라고 보기는 어렵다. 또한 판, 검사 역시 면책특권 혹은 불소추특권을 갖지 않는 이상 형사처벌 및 수사의 대상이 될 수 있는 것은 당연한 것이므로 수사처의 수사 및 공소제기 대상에 이들이 포함된다 하여 헌법 제106조의 ‘신분상 독립’을 침해하는 것은 아니다. 또한 헌법 제27조가 보장한 재판청구권은 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다는 것인데, 위에서 이미 공수처장 및 수사처검사의 헌법상, 법률상 적법 지위에 대해 논했으므로 재판청구권을 침해할 여지가 없다.

**6. 설립 타당성 논의**

공수처의 설립 타당성은 그간 검찰의 제 식구 감싸기 및 반인권적 수사 관행 등으로부터 시작된다. 먼저 기소권을 독점한 기관으로서 검사의 범죄는 관대하게 처분하는 경향이 강했다. 검사가 피의자인 사건의 기소율은 약 0.1%로, 일반인이 피의자인 사건의 기소율인 40%보다 확연히 적다. 검찰 측은 형사 사건 관계인이 사건처리에 대한 불만으로 검사들에 대한 민원성 고발을 남발하여 각하 처분 되는 사건이 대부분이라고 반박한다(조선일보, 2019). 그러나 현직 검사의 성매매 이후 내려진 불기소 처분 사례, 라임 사건 관련 술 접대비를 쪼개 검사를 불기소 처분한 사례, 간첩 증거 조작 사건에 연루된 검사들을 불기소 처분한 사례 등을 봤을 때, 결코 민원성 고발로만 받아들일 수 없는 사례가 다수 존재한다. 특히 수사기관이 직권을 남용하여 체포, 감금하거나 피의자에게 폭행, 가혹 행위를 하는 ‘독직폭행’도 2013~2017년간 5666건이 접수되었지만, 검찰의 기소는 9건에 불과했다(로리더, 2018). 일련의 사례를 종합했을 때 막강한 권력을 남용한 검찰은 명백한 견제와 개혁의 대상이라고 할 수 있다.

이전까지 검찰 권력을 통제하는 제도적 장치로서 부패방지위원회, 특별감찰관 제도 등을 도입했지만, 검찰 권력 남용의 문제는 해결되지 않았다(노명선, 2017a). 이에 무소불위의 검찰 권력을 견제하기 위해 공수처의 설립 타당성에 대한 논의가 참여연대를 중심으로 1996년부터 진행되었다(김택, 2021). 공수처의 설립을 둘러싼 다양한 비판들이 있지만, 이는 결코 공수처 설립의 타당성을 깎아내리지 못한다.

대표적인 비판은 옥상옥이라는 비판이다. 기존의 문제는 해결하지 못한 채 검찰이 가지고 있던 고위공직자에 대한 수사권, 기소권, 공소유지권을 단순히 공수처로 이양한 것은 검찰의 구조적 문제를 그대로 계승한 옥상옥에 불과하다는 것이다(연대 측 발제문 참조). 그러나 검찰에 대한 국민적 불신으로 고위공직자를 대상으로 한 공수처 필요성이 제기되었다는 점에서 옥상옥이라는 주장은 부당하다고 볼 수 있다. 특별감찰관 제도 등 기존 제도가 고위공직자의 권력형 비리를 제대로 방지하지 못한 사실은 국정농단 사건, 검찰간부 비리사건 등에서 입증되었기에 권력으로부터 독립된 공수처는 권력형 비리 등의 방지를 위해 반드시 필요하다고 말할 수 있다. 아울러 모든 수사기관에 대한 보복 수사 및 표적 수사의 비판과 같은 경우 공수처 검사 등에 대한 견제 장치를 마련하여 해결해야 할 부분이라고 생각한다.

또한 검찰개혁의 방향은 단순히 검찰이 갖고 있는 수사권과 기소권을 분리하는 데 있지 않다. 만약 기소권을 검찰에게 줄 경우, 이는 시민의 인권보장과 권력통제의 차원에서 봤을 때 위험하다. 검찰의 통제가 부재된 경찰 단독 수사권 행사는 인권보장 차원에서 부정적으로 작용할 가능성이 있기 때문이다(김성돈, 2018a).

아울러 참여연대를 위시한 시민사회는 오래 전부터 검찰을 견제할 독립적인 기구를 요구한 바 있다. 경찰에게 기소권이 가는 것은 경찰의 요구사항이었을뿐, 학계와 시민사회의 공통적인 검찰개혁의 방향성이 아니었다. 경찰은 이미 수사개시권, 유지권을 행사하고 있고, 경찰수사능력도 뛰어나서 대다수의 사건은 경찰단계에서의 수사로 종결되고 있다. 오히려 유럽에서는 이러한 수사현실을 문제 삼아 ‘형사사법의 경찰화’를 우려하면서 검사나 법원에 의한 통제 방법을 강조하여야 한다는 우려의 목소리가 높을 정도다(노명선, 2017b).

더 나아가서 현재 벌어지고 있는 공수처와 검찰 간의 신경전은 연대측이 말하는 ‘유치한 권한 다툼과 논쟁’으로 치부할 것이 아니다. 내부 예규를 만들고, 공수처의 요구에 검찰이 불응하는 등의 일은 신생 수사기관에 대한 검찰의 견제로, 향후 자신들을 향해 칼 끝을 겨눌 상대를 미리 눌러주는 성격이 강하다. 연대 측도 동의하듯이 이러한 일은 법률상의 공백으로 인해 일어나는 일이므로, 현재 파악되는 문제점을 파악하여 세밀하게 조정된 법을 제정하면 해결될 일이다. 그렇게 되면 권한 조정에 대한 문제는 해결될 수 있다.

현재 검찰은 외부 권력의 영향으로부터 완전히 벗어나지 못하고 있으며, 인권유린적-자기방어적 수사 관행을 스스로 해결하지 못하고 있다. 공수처는 이러한 검찰 권력의 한계를 보완하는 한편, 무소불위의 검찰을 대신하여 수사 및 기소권을 행사하여 검찰 권력을 분산시킬 수 있다(김성돈, 2018b). 이러한 점에서 공수처는 충분한 설립 타당성을 갖는다.