

〈논 문〉

1999年 特別檢事法の 問題點과 立法的 改善*

鄭 宗 燮**

I. 序 論

1999년 9월 30일 韓國憲政史에서는 대단히 긴 이름을 가진 법률이 하나 공포되어 시행되었다. ‘한국조폐공사노동조합파업유도및전검찰총장부인에대한오로비의혹사건진상규명을위한특별검사의임명등에관한법률’(이하 ‘1999년 특별검사법’이라 한다)이 그것이다. 그 이름에서도 한국의 민주화의 현단계와 현실태를 읽을 수 있고, 또 한편으로 한국의 고위직 공무원과 권력기관이 법의 집행에서 어떠한지를 짐작할 수 있게 하는 것인 동시에 이러한 일이 왜 법률을 제정하여 처리하여야만 되는가 하는, 法治主義의 근본적인 물음을 가지게 하는 법률이다.

이 법률은 그간 권위주의통치를 경험하면서 검찰이 정치권력의 侍女로 부림을 당하고, 그에 따라 검찰의 搜查權과 公訴權의 행사가 과행을 거듭하면서 우리 사회에서 요구되어 온 특별검사에 의한 사건의 공정한 처리를 실현하기 제정된 것이다. 그간 특별검사제도에 대해서는 국가권력을 장악한 세력과 이에 도전하는 세력간에 벌어진 權力鬭爭의 場에서 도전하는 세력들에 의해 주장되어온 것이기도 하여,¹⁾ 이 법률의 제정은 한편으로 권력투쟁의 본질을 보여준 것이기도 하다. 아무튼 김대중정부가 출범한 이후 여당세력과 야당세력간에 특별별검사제의 입법화를 놓고 다투다가 1998년 9월에 발생한 한국조폐공사 노동조합 파업유도 사건과 1998년 12월에 발생한 김태정 검찰총장의 부인에 대한 오로비의혹사건을 검찰이 제대로 처리하지 못하자 국민의 강력한 비판 속에서 이 두 사건의 진상을 규명하여 제대로 처리한다는 취지에서 위 법률이 제정되었다.

이 법률의 시행에 따라 대한변호사협회에서는 1999년 10월 6일 특별검사의 후

* 서울大學校 法科大學 助敎授

1) 1999년 특별검사법이 제정되기 이전에 특별검사제도에 관한 법률안이 국회에 여러 차례 제출되었다. 이에 관한 자세한 것은 鄭宗燮, “特別檢事制度的 立法化와 運用,” 星雲許慶敎授華甲紀念論文集刊行委員會, 基本權·國家·憲法(서울: 법학서당, 1999), 508쪽 이하를 보기 바람.

보자를 복수로 추천하였고, 10월 8일 대통령은 위 각 사건별로 1명씩 특별검사를 임명하여 위 두 사건에 대한 특별검사의 수사가 시작되었다. 이는 우리 헌정사에서 최초로 특별검사제도가 시행된 것이었다. 이 두 사건에 대한 특별검사의 수사는 30일이라는 수사기간을 1차 연장하면서 진행되었고 12월 17일 종결되어 사건을 서울지방검찰청에 인계하는 것으로 끝을 맺었다. 특별검사의 이 사건의 처리와 특별검사가 수사한 내용을 引繼받은 검찰의 처리 등에 대해서는 자세한 검토를 요한다.

이 글은 위의 두 사건의 처리 대한 분석이 아니라 위 1999년 특별검사법에 대한 분석에 그 범위를 한정한다. 위 두 사건을 특별검사가 수사하는 과정에서 1999年 特別檢事法이 가진 제도적인 문제점도 노출되었으므로 이에 대한 분석을 통하여 더 나은 특별검사제도를 마련하는 것이 필요하다.²⁾ 이러한 것은 헌법정책의 면에서 중요한 의미를 가지는데, 법치주의를 구체적으로 실현하고 국가권력의 작동 메커니즘을 올바르게 구축하는데 그 의미가 있다. 특별검사제도의 문제를 정치권력간의 權力鬭爭의 문제로 보거나 機關利己主義的인 관점에서 보아서는 안 되는 이유도 여기에 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

우리 나라에서 그 동안 논의되어온 특별검사는 용어와 개념상의 다양성으로 인하여 다소 혼란을 빚어 왔는데,³⁾ 이를 분명히 할 필요가 있다. 그래야 1999년 특별검사법을 제대로 이해하고 그 문제점이 무엇인지 그리고 어떠한 방향으로 개선하여야 하는지에 대해 올바른 판단과 전망을 가질 수 있기 때문이다.

특별검사라는 말의 의미를 이해하는 데는 현실에 존재하는 제도로 인하여 가장 넓은 의미에서부터 좁은 의미에 이르기까지 그 폭이 크다. 1999년 특별검사법이 원래 취해야 할 형태를 파악하기 위해서는 우리 나라에서 특별검사라는 용어가 지는 의미의 스펙트럼을 먼저 이해하는 것이 필요하다. 특별검사라는 용어를 가장 넓은 의미로 보면, 檢察廳法에서 정하고 있는 통상의 검사와 軍事法院法에 의해 설치된 군검찰관이 아닌 자로서 검사나 군검찰관의 직무와 권한을 행사하는 자를

- 2) 이 글 이전에 1999年 特別檢事法에 관한 先行된 논의로는 다음의 것이 있다. 李憲煥, “과업유도 및 옷로비 의혹사건 특별검사법에 관한 고찰,” **公法學의 回顧와 懸案課題** (1999. 12. 18. 한국공법학회 제84회 학술발표회 자료집), 23쪽 이하; 박연철, “특별검사제의 평가와 개선 방안”(2000. 1. 24. 대한변호사협회가 주최한 ‘특별검사제의 평가 및 개선방안에 관한 토론회’에서 발표된 주제 발표문); 全元培, “特別檢事制에 대한 研究,” 權寧星教授停年紀念論文集刊行委員會, **憲法規範과 憲法現實**(서울: 法文社, 1999), 819쪽 이하.
- 3) 1980년대 후반과 1990년대 초반 우리 나라에서 특별검사제도가 거론되던 때에 주로 논의된 내용은 미합중국의 특별검사 즉 독립검찰관제도를 염두에 둔 것이었다. 이에 관한 자료는 鄭宗燮, **憲法研究(2)**(서울: 철학과현실사, 1996), 439쪽의 주 1)에 적시된 문헌을 보기 바람.

모두 특별검사라고 부르고 있다. 이때의 의미는 통상의 검사나 군검찰관이 아니라 는 의미로서 특별한 경우 검사의 역할을 한다는 것을 뜻한다. 특별검사를 이러한 개념으로 설정하면 4·19이후 特別裁判所 및 特別檢察部組織法에서 정하고 있었던 특별검찰부의 검찰관이나 5·16 군사쿠데타이후 革命裁判所 및 革命檢察部組織法에서 정하였던 혁명검찰부의 검찰관 또는 현행 刑事訴訟法상의 裁定申請節次에서 公訴維持의 업무를 수행하는 辯護士도 특별검사라고 부를 수 있다. 그 이외에 憲法秩序破壞犯罪의 公訴時效 등에 관한 特例法과 5·18民主化運動 등에 관한 特別法이 정하고 있는 재정신청절차에서 공소유지를 담당하는 辯護士나 軍法務官도 이러한 넓은 의미의 특별검사의 범주에 포함된다고 할 수 있다.⁴⁾ 이러한 특별검사는 사안의 성질상 검찰청법의 검사나 군사법원법상의 군검찰관이 해당 업무를 수행하는 것이 적합하지 않기 때문에 제도화된 것이다.⁵⁾

그러나 우리 憲政史에서 여러 차례에 걸쳐 논의된 특별검사는 檢察廳法에서 정하고 있는 검사나 軍事法院法에서 정하고 있는 군검찰관이 수사하거나 공소를 제기하고 유지하는 것이 사안의 성질상 타당하지 않거나 사건을 처리함에 있어서 정치적 중립성과 공정성을 유지하기 어려운 경우 검사나 군검찰관의 권한을 행사하는 별개의 행위자를 지칭한다.⁶⁾ 이런 논의에서 우리 나라에서 제도화하려고 한 대표적인 모델은 美合衆國의 獨立檢察官(Independent Counsel)이었다.⁷⁾

- 4) 이러한 광의의 특별검사에 관해서는 權寧星, 憲法學原論(서울: 法文社, 1999), 808쪽 이하 참조.
- 5) 鄭宗燮(註 1), 499쪽 이하.
- 6) 우리 사회에서 전개된 특별검사에 관한 논의에 관해서는 鄭宗燮(註 1), 497쪽 이하; 曹國, “特別檢事制,” 考試界(1999년 8월호), 102쪽 이하; 홍준형, “부패방지를 위한 법제 개혁과 특별검사제,” 참여민주사회시민연대/한겨레신문사, 맑은 사회를 열자, 참여연대-한겨레신문사 부정부패추방 공동캠페인 자료집(1997. 7.), 156쪽 이하; 金周元, “特別檢事法の 필요성과 立法方案,” 人權과正義 제250호(1997년 6월호), 8쪽 이하; 全元培, “美國 特別檢事制度의 內容과 問題點,” 懸案分析 제98호(國會立法調查分析室, 1995. 1.); Patrick E. Higginbotham, “미국의 특별검사제도,” 시민과 변호사 통권 제4호(1994. 5.), 47쪽 이하; 김창국, “특별검사제도 도입에 관한 소고,” 시민과 변호사 통권 제4호(1994. 5.), 58쪽 이하; 박상진(민주당 비민주법률개혁특위위원장), “특별검사제, 과연 필요한가?,”(1994. 5. 11.) 정책과 전망(민주당 정책토론회 자료모음집, 1994(상)), 417쪽 이하; 金昌國, “特別檢事制導入에 관한 小考,” 「法律新聞」1991년 9월 9일자, 14면 및 1991년 9월 12일자, 10면; 金昌國, “特別檢事制 導入에 관한 問題,” 人權과正義 제182호(1991년 10월호), 67쪽 이하; 徐永濟, “美國特別檢事制度에 關한 小考,” 檢察 통권 97호(1988. 제1집), 47쪽 이하 참조.
- 7) 鄭宗燮(註 1), 500쪽. 미합중국의 독립검찰관제도에 대한 자세한 것은 다음의 문헌을 보기 바람. 曹國(註 6), 105쪽 이하; 李憲煥, 特別檢事制(서울: 博英社, 2000) 및 이 책 411쪽 이하에 실린 참고 문헌; 李憲煥, “美國 特別檢事制의 現狀과 將來,” 世界憲法研究 제4호(1999), 273쪽 이하; 吳世寅, “美國에서의 特別檢事制度에 對한 批判論,” 저스티스 통권 제53호(1999. 9.), 133쪽 이하; 全元培(註 2), 795쪽 이하; 鄭宗燮, “美合衆國의 獨立檢察官制度,” 鄭宗燮(註 3), 437쪽 이하; 鄭宗燮, “美合衆國의 獨立檢察官制度에 關한

그 동안 특별검사제도의 도입의 문제를 두고 국회의원들에 의해 법안으로 제안되고 대통령선거의 공약사항으로 등장한 과정에서 구상된 것은 이런 미합중국의 독립검찰관제도의 제도적인 기능과 취지를 살리되 우리 헌법이 정하는 법체계에 맞도록 수정한 것이다.⁸⁾ 1999년 특별검사법도 그 내용에서는 본래의 특별검사제도의 원형이 많이 변질되었지만 기본적으로는 이러한 미합중국의 특별검사제도를

研究,” *美國憲法研究* 제6호(1995), 175쪽 이하; Ken Gormley, “Impeachment and the Independent Counsel: A Dysfunctional Union,” *Stanford Law Review*, Vol. 51(January 1999), 309쪽 이하; Benjamin J. Priestler/Paul G. Rozelle/Mirah A. Horowitz, “The Independent Counsel Statute: A Legal History,” *Law and Contemporary Problems*, Vol. 62: No. 1(Winter 1999), 5쪽 이하; Herbert J. Miller, Jr./John P. Elwood, “The Independent Counsel Statute: An Idea Whose Time Has Passed,” 같은 책, 111쪽 이하; Christopher H. Schroeder, “Putting Law and Politics in the Right Places—Reforming the Independent Counsel Statute,” 같은 책, 163쪽 이하; Jerome J. Shestack, “The Independent Counsel Act Revisited,” *The Georgetown Law Journal*, Vol. 86: No. 6(1998), 2011쪽 이하; Michael R. Bromwich, “Running Special Investigations: The Inspector General Model,” 같은 책, 2027쪽 이하; George D. Brown, “The Gratuities Offense and the RICO Approach to Independent Counsel Jurisdiction,” 같은 책, 2045쪽 이하; Katy J. Harriger, “Damned If She Does and Damned If She Doesn’t: The Attorney General and the Independent Counsel Statute,” 같은 책, 2097쪽 이하; Brett M. Kavanaugh, “The President and the Independent Counsel,” 같은 책, 2133쪽 이하; Julie R. O’Sullivan, “The Interaction Between Impeachment and the Independent Counsel Statute,” 같은 책, 2193쪽 이하; Jack H. Maskell, “Independent Counsel Provisions of the Ethics in Government Act: Issues in Reauthorization,” *CRS Report for Congress*, 93-65A(January 12, 1993), 1쪽 이하; Gregory K. Smith, “The Independent Counsel in the Iran/Contra Affair: Why Gordon Liddy went to Jail, and Oliver North went to Disneyworld,” *American Criminal Law Review*, Vol. 29(1992), 1261쪽 이하; *Reauthorization of the Independent Counsel Law*(Hearing before the Subcommittee on Oversight of Government Management of the Committee on Governmental Affairs United States Senate, August 11, 1992), S. Hrg. 102-868; *Independent Counsel Reauthorization Act of 1992*(Hearing before the Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations of the Committee on the Judiciary House of Representatives, September 10, 1992), Serial No. 77; Ronald K. Noble, “The Independent Counsel Versus the Attorney General in a classified Information Procedures Act-Independent Counsel Statute Case,” *Boston College Law Review*, Vol. 33(May 1992), 539쪽 이하; J. H. Maskell, “Morrison v. Olson: Constitutionality of the Independent Counsel Law,” *CRS Report for Congress*, 92-134A(June 30, 1988, Revised: February 5, 1992), 1쪽 이하; J. H. Maskell, “Overview of the Independent Counsel Provisions of the Ethics in Government Act,” *CRS Report for Congress*, 92-128A(September 15, 1988, Revised: January 30, 1992), 1쪽 이하; Terry Eastland, “The Independent Counsel Regime,” *The Public Interest*, No. 100(Summer 1990), 68쪽 이하; Terry Eastland, *Ethics, Politics and the Independent Counsel*(Washington, D.C.: National Legal Center for the Public Interest, 1989).

8) 鄭宗燮(註 1), 508쪽 이하.

업무에 두고 제정되었던 것이다.

이 논문은 1999년 특별검사법을 살펴보고, 이 법이 안고 있는 제도적인 문제점을 밝혀낸 다음 그 개선 방향을 모색하는데 목적을 두고 있다. 이러한 논의를 제대로 전개하기 위해서는 특별검사제도의 기능에 대한 올바른 이해가 필요한데, 이에 대해 먼저 살펴보고 순차적으로 나머지 사항들에 대해 논의하기로 한다.

II. 特別檢事制度의 機能

1. 利益衝突의 回避 具現

특별검사제도는 법리상 사건의 처리에 있어 ‘이익의衝突’(conflict of interest)을回避하고자 하는 데 주요한 근거 이유가 있다.⁹⁾ 이익의 충돌은 判斷의 公正性을 가져오지 못하기 때문에 언제나 제거되어야 하는 것이며, 이러한 이익충돌의 회피는 法原理로 요구되는 것이어서 法治主義의 本質的 內容을 이루는 것이다. 오늘날 민주적 법치국가에서는 국가권력의 행사에서 이러한 이익의 충돌이 발생하는 경우에는 法治國家原理의 요구에 따라 제거된다. 공적인 업무를 수행하는 자가 공권력을 행사함에 있어서 자기의 이해와 관련이 있는 사안에서 자기가 판단한다면 자기의 이익을 고려하지 않을 수 없고, 그렇게 되는 경우에는 공권력의 행사가 공정하고 객관적일 수가 없기 때문에 이런 경우에는 해당 사안과 利害關係가 없는 자로 하여금 그 사안을 처리하게 하는데, 이것이 공권력의 행사에 있어서 행해지는 이익충돌의 회피이다. 이러한 이익충돌회피의 법리는 公的인 判斷이 이루어지는 모든 영역에 적용된다. 예컨대 재판관의 除斥·忌避·回避制度나 陪審員의 選定·交替, 국회의 위원회에서의 의원 배정 등에서 이러한 법리가 적용되는 것을 쉽게 찾아볼 수 있다.¹⁰⁾

9) Katy J. Harriger, "Can the Independent Counsel Statute be saved?," *Law and Contemporary Problems*, Vol. 62: No. 1(Winter, 1999), 132쪽, 134쪽 이하 참조.

10) 鄭宗燮(註 1), 500쪽 이하. 우리 나라에서는 1994년 6월 28일 國會法을 개정하여 이에 관한 규정을 추가하였다. 國會法 제48조 제6항은 “의장 및 교섭단체대표의원은 의원이 기업체 또는 단체의 임·직원등 다른 職을 겸하고 있는 경우 그 직과 직접적인 이해관계를 가지는 常任委員會의 委員으로 선임하는 것이 공정을 기할 수 없는 현저한 사유가 있다고 인정하는 때에는 해당 상임위원회의 위원으로 선임하거나 선임을 요청하여서는 아니된다.”라고 정하고 있다. 이런 이익충돌을 회피하기 위한 이런 제도의 실행에서 문제는 이때 말하는 “현저한 사유”가 무엇이나 하는 것이다. 상임위원회에서의 전문성의 확보 원리와 이익충돌의 회피 원리가 서로 충돌하는 경우에는 이익충돌의 회피 원리를 우선하여야 한다. 국민의 대표자는 特殊利益이 아닌 국민의 全體利益을 실현하여야 하는 대의원리상의 헌법적 요청(憲法 제46조 제2항)이 가장 우선할 뿐 아니라, 상임위원회의 전문성 확보는 의원의 전문성 이외에 보조기구의 전문성 또는 공청회나 청문회 등과 같은 절차상의 전문성 확보 메커니즘에 의해 다른 방법으로도 보완되기 때

사건의 처리에 있어서 이익의 충돌이 발생하는 대표적인 예로는 조사하는 자와 조사를 받는 자가 이익에 있어서 실질적으로 동일하다고 평가되는 경우를 들 수 있다. 예컨대 검사의 임명권자 또는 검사의 수사업무를 감독하고 지시하는 계통에 있는 자의 범죄 혐의에 대해 그에 의해 임명되었거나 지시를 받는 지위에 있는 검사가 수사를 하여야 하는 경우에는 실질적으로 공정한 수사가 이루어지기 어렵다. 특히 우리 나라의 경우와 같이 검사의 업무에 있어서 상급자와 하급자 사이에 上命下服의 관계가 있고, 명령하는 지위에 있는 상급의 검사가 언제라도 사건을 담당하는 검사를 교체할 수 있는 상태에서는 이러한 지위에 있는 사람들의 비리나 범죄에 대해 검사가 수사를 하는 것은 사실상 자기 사건에 대해 자기가 수사하는 것이 되어 수사의 공정성을 확보하기 어렵다.

대통령이나 대통령의 가족·친인척 및 측근들, 법무부장관, 검찰총장 등의 국가 기밀 누설, 직무상 기밀 누설, 뇌물, 직무유기 등의 범죄나 집권세력 또는 그 반대 세력에 대한 정치적 사건에 대한 수사는 정치적으로도 상당한 파장을 가져오는 것인데, 현실 생활에서 통상의 검사가 이러한 사건들을 공정하게 수사하는 것은 현실적으로 매우 어렵다. 법무부장관이나 검찰총장 등 검찰 내부에서의 승진과 출세는 대통령의 인사권에 의해 좌우되고, 검사들의 昇進과 轉補 등 인사권을 법무부장관이 장악하고 있는 상황에서 이러한 사건의 경우 통상의 검사가 수사를 하는 것은 사실상 자기의 사건을 자기가 처리하는 것이 된다. 다시 말해 이런 경우에는 대통령이나 그 측근들 그리고 법무부장관이나 검찰상층부의 의사가 사건 처리의 방향이나 결과에 큰 영향이 미치기 때문에 결국 외형적으로는 해당 사건의 담당 검사가 있지만 그 실질은 대통령 등 영향을 크게 미치는 자들의 의사에 의해 처리된다. 만의 하나 어떤 검사가 어떠한 압력이나 영향력에도 굴복하지 않고 소신을 가지고 수사를 시작한 경우라고 하더라도 이러한 검사의 교체는 언제나 가능하고, 우리 사회에서 이른바 ‘秘資金事件’이나 거대한 뇌물사건, 대형 금융사건 등과 같이 정치적으로 중요한 사건의 처리에서 보아왔듯이 이러한 경우는 非一非再하게 있어 왔다. 1999년 특별검사법의 제정을 가져온 옷로비사건이나 파업 유도사건에서도 이러한 점을 쉽게 발견할 수 있다. 우리 현대사에서 오랫동안 지적된 것처럼 ‘政治侍女로서의 檢察’라든지 ‘執權勢力的 忠犬으로서의 檢察’이라는 말에서 볼 수 있듯이 檢察의 政治從屬現象이 문제가 되고 있는 것도 이런 구조에서 비롯되고 있다. 따라서 이러한 상황에서 통상의 검사의 양심이나 정의감, 도덕성 등과 같은 주관적인 요소에만 의지하여 사건의 공정한 처리를 기대하는 것은 제도의 속성과 그 작동현실을 도외시한 태도라고 하지 않을 수 없다.¹¹⁾

문이다.

11) 鄭宗燮(註 1), 501쪽 이하.

사건의 처리에서 이익의 충돌을 피해야 하는 것은 正義의 原理에서 나오는 本質必然的인 것이고, 英美法상 ‘어느 누구도 자기 사건의 심판자가 될 수 없다’라고 하는 ‘自然的 正義’(natural justice)에서도 확인되고 있는 最高의 法原理이다. 소송 법상의 除斥·忌避·回避의 제도도 이런 이익의 충돌을 피하기 위한 방법중의 하나이다. 이러한 이익의 충돌은 직접 당사자에게만 한정되어 문제되는 것이 아니다. 실질상 이익의 충돌을 가져오는 모든 경우에 그러한 이익의 충돌을 피해야 하는 것이다. 예컨대 대통령의 가족·친인척, 법무부장관·검찰총장·대통령의 사람으로 평가되는 대통령의 비서진들과 각료 및 주요한 고위공직자 등 그 본인과 그의 가족 및 친인척들의 사건을 대통령에 의해 임명되고 그 인사와 업무에 직접 영향을 미치는 법무부장관이나 검찰총장, 또는 그들의 영향권 안에 있는 검사가 처리하는 것은 사실상 대통령이나 법무부장관, 검찰총장이 자기의 사건을 처리하는 것이라고 평가되는 것이다.¹²⁾ 뿐만 아니라 대통령, 국가정보원장, 법무부장관 등을 포함한 행정부의 고위공직자에 대한 수사를 행정부 소속의 검사가 수행할 때 현실적으로 독립성을 확보하기가 어렵다.¹³⁾ 우리 나라의 경우에는 이런 경우 수사가 독립성을 가지고 이루어질 수 있는 가능성은 낙타가 바늘구멍을 통과하기 보다 더 어렵다. 우리의 경험이 이를 증명하고 있다. 바로 이러한 문제를 합리적이고 법의 정신에 합당하게 해결하기 위해 대통령이나 법무부장관, 검찰총장의 영향을 받지 아니하는 자로 하여금 해당 사건을 처리하게 하는 것이 필요한데, 그러한 제도중의 하나가 特別檢事(Special Prosecutor)制度 또는 獨立檢察官(Independent Counsel)制度라고 부르는 것이다. 미합중국에서 이러한 제도의 전형을 찾아볼 수 있다.¹⁴⁾

2. 事件 處理의 公正性 實現

특별검사제도는 정치적 사건이나 권력형 비리사건의 경우 통상의 검사제도로는 사건을 공정하게 처리할 수 없다는 현실적 문제를 해결하기 위한 것으로 그 필요성이 강조된다. 우리 나라의 경우 그 동안 특별검사제도에 관한 법률안이 제안될 때마다 이 점이 가장 강조되었다. 이것은 우리가 현실에서 직접 체험한 부분이라서 더욱 강조되었다고 보인다. 그 한 예로 그 동안 있었던 법률안의 제안이유를

12) J. R. O'Sullivan(註 7), 2194쪽 참조.

13) K. J. Harriger(註 9), 132쪽 참조.

14) 鄭宗燮(註 1), 502쪽. 특별검사제도의 핵심적 기능이 이익충돌의 회피에 있다는 것으로는 미합중국의 연방최고법원(U.S. Supreme Court)의 판례나 의회에서의 논의에서도 인정된 것이다. *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 677(1988); H.R. Rep. No. 103-224(1993); S. Rep. No. 103-101(1993); H.R. Rep. No. 100-316(1987); S. Rep. No. 97-496(1982) 참조.

보면 다음과 같다.

불행하게도 이 나라 검찰은 정치적 중립성을 견지하지 못하고 정치적 사건에 형평을 상실하고 권력형 비리에 눈을 감아왔다. 가까이만 보아도 5공비리사건, 수서사건, 상무대부정사건 등에 대한 수사가 그러하고, 급기야는 헌법과범죄인 12·12군사반란 사건과 5·18광주민중화운동을 탄압한 군부일부의 권력찬탈사건마저 해괴한 논리아래 소추를 기피하고 눈을 감고 말았다 ... (중략) ... 이 법안에 의하여 도입되는 특별검사제도도 당장 5·18광주민중화운동관련범죄를 수사·소추하는데 유효하겠지만, 나아가 이 나라 검찰이 정치적 편향성에서 벗어날 때까지 정치적 사건과 권력형 비리를 담당하여 국가기강을 확립하고 법에 대한 국민의 신뢰를 회복하는 시대적 기능을 다할 것이다.¹⁵⁾

검찰은 정치권력으로부터 독립하여 국가 형벌권을 실현하고 정의를 바로 세우는 사정의 중추기관임에도 불구하고 검찰의 그 동안 정치적 사건이나 권력형 비리사건에 대한 수사 및 처분이 정치권력의 이해관계에 종속되거나 타 기관의 영향을 받아 그 중립성과 그 독립성을 상실한 예가 적지 않았다. 위와 같은 현재의 검찰이 정치적 사건이나 권력형 비리사건을 중립적으로 독립하여 정의롭고 공정하게 처리하도록 기대하는 것이 현실적으로 어려운 실정이다. 정치적 중립성과 타 기관으로부터의 독립성이 확보될 수 있는 인사를 특별검사로 임명하여 정치적 사건이나 권력형 비리사건을 처리하도록 해야 한다는 것이 대다수 국민의 바램이며 시대적 요청이다. 이에 특별검사제도를 설치·운영하기 위하여 “특별검사의 임명 등에 관한 법률안”을 제정하고자 한다.¹⁶⁾

... 이와 같이 정치권력이 관련되어 있는 사건에 대해서 청와대의 지시에 따라 꼭 두각시처럼 움직이는 현재의 검찰에게 공정하고 객관적인 업무수행을 기대하는 것은 거의 불가능하기 때문에 검찰권의 정치적 중립성을 보장하고, 정치권력형 비리의 실제적 진실을 성역 없이 규명하며, 나아가 국회의 국정감사 및 조사의 실효성을 확보하기 위해서는 타 기관의 간섭을 받지 않는 중립적인 인사를 특별검사로 임명하여 사건을 독립적으로 수사 및 소추하게 하는 것이 절실히 요청되고 있다. 따라서 이와 같은 특별검사제도를 도입·운영하기 위해서 이 법을 제정하고자 함.¹⁷⁾

15) 1995년 9월 22일 발의된 「特別檢事の任命등에관한法律案」(議案番號: 1161)의 제안이유에서 발췌. 이 법률안은 국회의원 趙洪奎, 趙舜衡, 辛基夏, 朴相千, 姜喆善, 朴光泰, 吳坦, 李吉載, 李沅衡, 林福鎭, 張石和, 鄭祥容 외 53인이 발의하였다.

16) 1998년 8월 31일 발의된 「特別檢事の任命등에관한法律案」(議案番號: 1160)의 제안이유임. 이 법률안은 국회의원 李國憲, 姜聲才, 姜在涉, 權琪述, 權英子, 權五乙 등 101인이 발의하였다.

17) 1993년 11월 25일에 발의된 「特別檢事の任命과職務등에관한法律案」(議案番號: 539)의 제안이유에서 발췌. 이 법률안은 국회의원 李沅衡, 朴相千, 金炳午, 許京萬, 姜秀淋, 姜喆善, 鄭璣浩 외 89인이 발의하였다.

檢察權의 공정한 행사는 우리 나라 검찰의 해묵은 과제이고, 검찰권의 남용은 과거 독재나 권위주의통치체제에서부터 비판의 대상이 되어 왔다. 그런데 권위주의통치를 비판하고 이를 극복하겠다고 표명한 金泳三政府나 金大中政府에 와서도 검찰권의 부당한 행사는 여전히 문제가 되었다. 광범한 起訴便宜主義를 채택하고 이에 대한 統制裝置가 미흡한 것에 이러한 문제의 근본 원인이 있지만, 그에 못지않게 검찰권의 행사에 있어 자의적으로 권한을 행사하는 검사 개개인의 업무수행 태도에도 적지 않은 원인이 있다. 이러한 우리의 상황을 고려하건대 기소편의주의와 검찰권 행사에 대한 검사의 잘못된 인식 때문에 빚어지고 있는 검찰권의 恣意的인 行使를 극복하는 데도 특별검사제도는 상당한 기여를 할 수 있다.¹⁸⁾

특별검사는 수사의 독립성을 확보하기 위해 어느 누구로부터도 간섭을 받지 않는다. 만일 특별검사가 직무를 수행함에 있어서 어떤 기관의 통제를 받는다면 수사의 독립성을 확보할 수 없다. 종종 특별검사는 누구에게도 책임을 지지 않는다는 점이 지적되기도 하지만, 이것은 수사의 독립성을 확보하기 위해 희생해야 할 가치이다. “책임지는 독립검찰관”(accountable independent prosecutor)라는 말은 하나의 개념에 모순되는 판단이 공존하는 形容矛盾에 해당한다.¹⁹⁾ 물론 특별검사가 無所不爲의 권한을 막무가내로 행사할 수 있는 것은 아니기 때문에 의회나 특별법원의 간접적인 감시와 통제를 받는다.

3. 檢察의 政治的 中立性 保障

특별검사제도는 사건의 처리에 있어서 利益의 衝突을 해결해주고 정치적인 사건이나 권력형 비리사건을 타 기관이나 정치권력의 영향을 받지 않고 공정하게 처리할 수 있게 해줄 뿐 아니라, 처음부터 통상의 검찰이 정치적으로 부담이 큰 사건이나 이익의 충돌이 생기는 사건을 맡아 정치적인 소용돌이 속으로 빠지는 것을 미연에 방지해준다. 특별검사와 통상의 검사간의 이러한 기능의 분화는 통상의 검찰제도가 政治的 中立性을 지키면서 法執行을 할 수 있게 하고, 그럼으로써 法執行機關으로서의 권위를 유지하고 본연의 역할을 할 수 있게 해준다.²⁰⁾

이러한 특별검사제도의 제도적인 기능을 보건대, 이것은 기본적으로 통상의 검사의 기능을 유지한 채 통상의 검사가 처리하기에 적합하지 않은 사건이나 공정하게 처리하기 어려운 사건에 한하여 例外的으로 특별검사가 처리하게 하는 것이므로 기존의 검찰의 기능을 왜곡하거나 부정하는 것이 아니고 검찰기능을 二元化하는 것도 아니다. 오히려 특별검사제도는 통상의 검사가 처리하기에 적합하지 않

18) 鄭宗燮(註 1), 504쪽.

19) K. J. Harriger(註 9), 135쪽 참조.

20) 鄭宗燮(註 1), 504쪽.

거나 처리하기 어려운 사건을 특별검사로 하여금 처리하게 함으로써 이익 충돌의 문제를 해결하고 통상의 검찰이 정치적으로 동원되거나 정치세력에게 이용당하는 것을 미연에 방지하여 검찰의 기능을 강화하고 검찰 본연의 기능과 역할을 유지하게 한다. 이렇듯 검찰의 기능과 특별검사의 기능은 相互補完關係에 있다. 국가 권력의 정상적인 작동과 기능상 檢察權의 二元化도 필요하면 제도화할 수도 있지만, 특별검사제도는 통상의 검찰의 기능을 기본으로 하되 예외적으로 한정된 사안에서만 특별검사를 운용하는 방식이다.²¹⁾

특별검사제도를 두게 되면, 특별검사의 임명을 두고 의회가 계속 실랑이를 벌여 결국 행정부에는 늘 비리가 가득 차 있거나 조사를 받아야 할 공무원들로 가득 차 있다는 인상을 주어 행정부의 권위를 실추시키게 되고,²²⁾ 한편으로 통상의 검사가 아닌 특별검사가 사건을 처리한다는 점에서 행정부의 권위를 실추시키고 국민들의 신뢰를 감퇴시키는 것이라는 비판이 있다. 그러나 행정부내의 불법한 행위를 덮어두거나 불공정한 수사로 인하여 정의가 왜곡된 사실이 드러난다면 그것은 행정부에 대한 불신을 더욱 증폭시킬 수가 있다. 특별검사를 임명하여 공정한 수사를 하는 경우에 행정부가 입을 신뢰의 손상과 항상 행정부내에는 비리와 불법이 있고 검사는 편파적으로 수사하여 이를 은폐하거나 축소한다고 국민이 생각할 때 발생하는 정부에 대한 불신과 정부 권위에 대한 부정을 비교하면 후자가 훨씬 더 심각한 것이다. 따라서 특별검사제도는 행정부에 대한 국민의 신뢰를 증대시키고 권위를 유지하는데도 기여한다고 할 것이다.²³⁾

특별검사제도가 지니고 있는 이러한 제도적 기능에 대해 우리 나라에서는 그동안 이해의 부족과 정치적인 이해관계에 따른 다양한 태도로 인하여 논란이 있었으나, 이미 1999년 특별검사법을 시행해본 지금에 와서는 특별검사제도가 위헌이라는 주장도 잘못되었음이 확인되었고, 제도 도입의 필요성에 대해서도 정치세력간에 의견의 합치에 도달하였다. 다만 김대중정부는 특별검사제도의 입법화를 대통령선거공약으로까지 내걸었음에도 집권 이후에는 태도를 바꾸어 여러 가지 이유를 대면서 반대하는 자세를 보였고, 법무부장관의 입을 통하여 특별검사제도를 입법화할 수 없다는 태도를 취하면서 국민의 여론에 대해 저항하다가²⁴⁾ 오히려

21) 鄭宗燮(註 1), 504쪽 이하.

22) Norman J. Ornstein, "Doing Congress's Dirty Work," *The Georgetown Law Journal*, Vol. 86: No. 6(1998), 2179쪽 참조.

23) K. J. Harriger(註 9), 138쪽 참조.

24) 야당 시절 특별검사제도의 입법화에 대해 가장 적극적으로 나섰던 朴相千의원이 법무부장관이 된 이후 시민단체와 여론으로부터 특별검사제도를 입법화하라는 요구를 받아 특별검사제도는 무리한 수사와 수사의 진행이 공개될 우려가 있고, 특별검사팀의 수사능력이 부족하고 수사비용이 과다하게 소요된다는 주장을 하면서 이 제도의 입법화를

비사건과 파업유도사건의 진상 규명에 대한 국민의 요구가 비등하고,²⁵⁾ 이러한 국민의 여론을 무시하다가 정권의 존립 자체가 위태로워질 상황으로 치닫자 결국 야당과 국민의 압력에 굴복하여 기형적이기는 하지만 1999년 특별검사법의 제정을 보기에 이르렀다.²⁶⁾

반대한다는 입장을 표명하였다. 朴相千, “特檢制는 ‘실패한 제도,’” 『朝鮮日報』1999년 2월 12일자, 4면 참조. 이러한 법무부장관의 돌변한 발언은 김대중정부에서 야당인 한나라당의 이회창 총재가 대통령선거에서 사용한 자금에 대해 수사하겠다고 하며 검찰을 동원하자 야당도 이에 대응하여 김대중대통령의 선거자금 등 집권세력의 비리에 대해 공격을 하면서 특별검사제도를 도입하여 이를 파헤치자고 한데 대하여 대응하기 위한 것으로 보인다. 미합중국에서는 Watergate사건 당시 Nixon행정부의 법무부 송무차관(Solocator General)직에 있으면서 A. Cox검사를 사임하게 하였던 Robert H. Bork는 1993년 특별검사제도는 행정부와 대통령의 체면과 효율성을 갉아먹고 적지 않은 소속 검사의 평판을 나쁘게 하며 행정부의 법집행에 의회가 관여하는 것이라는 등의 주장을 하면서 이 제도에 대해 반대하고 나섰다. R. H. Bork, “Against the Independent Counsel,” *Commentary*, February 1993, 21쪽 이하 참조. 그의 주장에 대해 Elliot Wales와 특별검사를 지냈던 James C. McKay는 R. H. Bork의 주장이 편파적이며 객관성을 상실하고 설득력도 없다고 하고, 그는 사실을 糊塗하고 판례를 잘못 읽어 독자들을 誤導하고 있다고 비판을 하였다. 이들간에 벌어진 논쟁에 관해서는 *Commentary*, June 1993, 2쪽 이하의 “Letters from Readers”의 내용 참조. R. H. Bork는 과거 미합중국 연방최고법원(U. S. Supreme Court) 재판관으로 지명되었으나 대법관 임명에 필요한 상원의 동의절차에서 Watergate사건 당시의 행동과 그의 가치적인 태도 등이 주로 문제가 되어 부결되는 바람에 재판관에 임명되지 못하였다. Clinton정부에서는 민주당의 W. Clinton대통령이 정부 출범 당시부터 ‘Whitewater사건’으로 K. W. Starr 특별검사의 수사를 받아오다가 性醜聞으로 세계적으로 망신을 당하고 이와 관련한 증언에서 위증 등을 한 이유로 탄핵재판에까지 회부되는 사태를 겪었다. 이런 과정에서 이를 폐지하자는 주장이 민주당 측에서 나오기도 하였다.

- 25) 1999년 3월 5일 국회 법제사법위원회에서 집권세력중의 하나인 국회의 소속 국회의원인 趙舜衡의원은 같은 국회의 소속의 朴相千 법무부장관의 태도 변경에 대해 강력하게 비판하였다. 조순형 의원은 여당 국회의원이 된 후에도 야당 국회의원이던 때 주장했던 것과 같이 일관되게 특별검사제도의 입법화를 주장하면서 박상천 법무부장관의 태도를 비판하였다. 『朝鮮日報』1999년 3월 6일자, 4면 참조. 특별검사제도의 입법화를 주장하는 조순형 의원의 입장에 대해서는 新東亞 제42권 3호(1999. 3.), 164쪽 이하 참조.
- 26) 이러한 맥락과 관련하여 박연철은 다음과 같은 견해를 피력하였다. “김태정 검찰총장부인에 대한 옷로비의혹사건, 진형구 대검 공안부장의 파업유도발언사건이 터지자 그것이 모두 검찰과 관련된 사건이라는 점, 그리고 옷로비사건에 관하여는 청와대까지 여론의 표적이 되고 있었으며, 파업유도사건에 관하여는 노동계의 현 정부에 대한 지지를 크게 약화시키게 될 것이라는 정치적 판단에 의하여 대통령이 두 사건에 관한 특별검사의 임명을 구상하게 되지 않았을까 추측한다. 따라서 이번 특별검사제도는 일반적, 상설적 특별검사제에 대하여 집권여당에서는 이미 부정적 견해로 돌아서 버린 이후 채택되었고 순전히 정치적 판단에 의거하여 이루어진 것일 뿐이어서 처음부터 거북인이 대두될 수밖에 없었다. 정치권에서 정치적 필요성에 의하여 제한적으로 한시적으로 특별법제정을 추진함으로써 마치 특별검사제도에 관한 공약과 신의를 일부나마 충족시킨 것처럼 호도할지 모르나 이 점을 간과하여서는 아니 될 것이다.” 박연철(註 2), 5쪽.

4. 效果的인 權力統制 實現

특별검사제도는 행정부의 법집행이 남용되는 것을 방지하기 위하여 일정한 부분 의회가 개입하거나 법원이 개입하는 것이므로 이러한 것은 權力分立에 있어 분리된 권력간의 견제를 더 효과적이게 한다. 이 문제에 있어서는 권력분립에 있어 權力의 分離에 더 비중을 두고 의회나 법원의 개입을 타당하지 않은 것이라고 보는 시각도 있으나,²⁷⁾ 헌법상의 權力分立이 권력의 분리 그 자체에 목적이 있는 것이 아니고 국가권력을 분리한 다음 분리된 권력으로 하여금 서로 견제하고 통제하여 궁극에 권력의 남용을 방지하는데 목적이 있으므로²⁸⁾ 특별검사제도는 권력의 통제를 실현하는데 기여한다고 할 것이다.²⁹⁾

특별검사제도는 수사와 공소권의 행사에 있어서 검찰권력을 통제하는 효과를 가진다. 통상의 검찰과 특별검사는 서로 보완적인 관계를 유지하면서도 특별검사의 수사권과 공소권의 행사는 통상의 검찰의 검찰권 행사의 濫用과 誤用을 통제하는 효과를 가져온다. 이번의 옷로비 사건과 파업유도사건의 경우와 같이 검찰이 이미 다른 사건을 특별검사가 다시 수사하는 경우에는 검찰권에 통제의 효과가 더 잘 발휘된다. 그 이외에도 常設的인 검찰과 非常設的인 특별검사간의 권한 행사는 서로 얼마나 공정하게 하여 국민의 신뢰는 얻어내느냐 하는 국가권력의 행사에 있어서 정당성의 경쟁을 가져와 이런 점에서 상호 권력을 통제하는 효과를 거두게 된다. 특별검사제도를 둠으로써 일상적인 검찰권이 보다 신중하고 공정하게 행사될 수 있게 하고, 특별검사 역시 통상의 검찰이 존재하기 때문에 그 권한을 남용하지 못하게 된다.

특별검사제도를 의회의 탄핵소추권에 대한 통제로 보는 시각이 있다. 즉 특별검사제도가 없을 때에는 해당 사건이 발생하면 바로 의회가 탄핵절차를 통하여 행정부 등을 공격하지만, 특별검사를 두면 먼저 특별검사의 수사절차부터 가동하기 때문에 바로 의회가 탄핵절차로 공격하는 것을 제어할 수 있다는 관점이다. 미합중국에서 특별검사제도를 옹호하는 하나의 근거로 주장되는 내용이다.³⁰⁾

아래에서 논의하겠지만 특별검사제도는 탄핵제도와 유기적인 연관을 가질 수는 있지만 특별검사제도가 탄핵제도를 대신할 수 없고, 또 특별검사의 수사가 있는 후에만 의회가 탄핵을 위한 조사를 할 수 있는 것도 아니며, 본질상 이 두 제도는

27) R. H. Bork(註 24), 24쪽 참조.

28) 권력통제에 관한 자세한 논의는 許營, **憲法理論과 憲法**(서울: 博英社, 1995), 826쪽 이하를 보기 바람.

29) 鄭宗燮(註 1), 506쪽.

30) J. R. O'Sullivan(註 7), 2194쪽, 2236쪽 이하 참조.

기능을 달리하므로 의회는 항상 특별검사의 수사와 무관하게 탄핵과 관련된 권한을 행사할 수 있다. 따라서 특별검사제도를 의회의 탄핵권을 통제하는 것으로 이해하는 것은 타당하지 않다. 특별검사의 본질은 어디까지나 통상의 검사가 수사함에 있어서 이익충돌의 문제가 발생하여 수사권과 공소권의 행사에 공정성을 유지하기 어려울 경우 이런 이익의 충돌을 해결하여 그 수사와 공소의 공정성을 확보하는데 있기 때문이다.³¹⁾ 다양한 변수들이 작용하는 可變的이고 力動的인 정치 현실에서는 경우에 따라 특별검사의 수사를 먼저 가동함이 의회의 탄핵절차가 개시되는 것을 늦추거나 완화시키는 결과를 가져오는 때도 있을 수는 있으나, 이러한 것이 특별검사제도의 본질이나 원래의 기능을 변화시키는 것은 아니다.

5. 彈劾制度의 實效性 保障

우리 나라의 경우 탄핵소추대상자로는 대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 헌법재판소 재판관, 법원의 법관, 중앙선거관리위원회 위원, 감사원장, 감사위원, 기타 법률이 정한 공무원으로 되어 있다(憲法 제65조 제1항). 檢察廳法(1986. 12. 31. 법률 제3882호 전면개정, 개정 1997. 12. 13. 법5430호)에 의하면 검사도 탄핵의 대상으로 정하고 있으므로(檢察廳法 제37조) 검찰총장을 위시한 모든 검사는 탄핵소추의 대상이다. 우리 나라에서 이러한 대상자 이외에 탄핵소추대상자에 포함시켜야 하는 것으로는 국가정보원장, 각군 참모총장, 합참의장, 대사 등 고위직 외교관, 정부위원, 경찰청장 등이 거론되고 있다.³²⁾

대통령이 검사를 임명하고, 법무부장관을 통하여 사실상 고위직 검사의 승진을 장악하고 있는 우리의 검찰구조와 오랫동안 검찰이 집권정치세력에게 종속되어 있는 우리의 상황을 보면, 대통령, 국무총리, 감사원장, 집권세력에 포함되어 있는 대상자 등의 경우에서 볼 수 있듯이 이러한 직에 있는 사람들의 犯罪嫌疑에 대해 통상의 검사가 수사를 하는 것은 거의 불가능하다. 탄핵의 문제가 대두되었을 때는 정치적으로 매우 심각한 상황이 전개되는데, 이러한 상황이 아니라도 집권세력에게 장악되어 집권세력에게 불리한 결정을 잘 하지 못하는 검찰이 이러한 탄핵의 상황에서 집권세력에게 상당한 정치적 타격을 가져오는 수사를 제대로 할 것 이란 것은 기대하기 어렵다. 국가기밀누설, 부정부패, 뇌물수수 등 탄핵소추의 대상자가 犯法行爲를 하여 범죄의 혐의가 있다고 보이는 경우 탄핵소추절차는 먼저 해당자에 대한 수사부터 공정하고 철저하게 이루어져야 하는데, 탄핵절차의 출발을 이루는 이런 수사가 제대로 행해지지 못하면 탄핵제도는 實效性을 발휘할 수

31) J. R. O'Sullivan(註 7), 2236쪽 이하 참조.

32) 許營, 韓國憲法論(서울: 博英社, 1999), 813쪽; 權寧星(註 4), 801쪽; 金哲洙, 憲法學概論(서울: 博英社, 1999), 979쪽 참조.

없다. 따라서 탄핵제도의 실효성을 확보하기 위해서는 통상의 검사가 아닌 특별검사에 의한 수사가 필요한 경우가 있는데, 이러한 국가기능의 체계적인 작동의 필요에 의해서도 특별검사를 설치하는 것이 요구된다.³³⁾

물론 탄핵소추절차를 보건대, 탄핵소추의 발의나 탄핵소추의 의결에서 특별검사의 수사결과만 놓고 이를 근거로 국회가 결정하는 것은 아니다. 특별검사의 수사는 기본적으로 위법행위에 대해 民·刑事 責任을 묻는 기초자료를 확보하는 것이고, 국회의 탄핵소추와 헌법재판소의 탄핵심판은 당사자를 해당 공직에서 파면하는 것이기 때문에 어느 하나가 다른 하나를 대체할 수도 없고 통제할 수도 없다. 양자는 법적으로나 정치적으로나 서로 대체할 수 없는 관계에 있으며, 서로 통제할 수 있는 관계에 있는 것도 아니다. 특별검사의 활동에 국회가 관여한다고 하더라도 탄핵소추의 기능을 특별검사의 기능으로 대체해서는 안 되는 이유도 여기에 있다.³⁴⁾ 따라서 탄핵절차에서는 기본적으로 국회 스스로 당사자의 위법행위에 대해 조사를 한다. 특히 탄핵소추의 의결절차에서는 국회에서 철저히 조사하여 객관적인 조사결과를 놓고 의결을 하여야 한다. 그런데 국회가 탄핵대상자의 위법행위에 관한 정보를 입수한 경우에 수사기관과 같이 조사를 심도 있게 진행하기에는 인력이나 역량에서 어려움이 적지 않다. 이런 점을 고려하면 우리 나라에서 특별검사의 수사는 국회의 탄핵절차를 실효성이 있게 만드는데 도움이 된다고 할 수 있다.

III. 1999年 特別檢事法の 問題點

1. 特別檢事法の 構造

1999年 特別檢事法은 성질상 일반적인 법률이 아니라 위에서 본 조폐공사과업 유도사건과 옷로비사건의 진상을 규명하기 위한 것에 한정된 것이다(同法 제1조). 그리하여 수사대상도 제2조에서 “이 법에 의한 특별검사의 수사대상은 다음의 사건에 한한다. 1. 1999년 6월 7일 당시 대검찰청의 발언으로 야기된 大檢察廳 公安部가 한국조폐공사노동조합의 파업을 유도하였다는 疑惑事件, 2. 신동아그룹회장 최순영에 대하여 공소 제기된 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(재산국외도피)등 사건의 善處를 청탁하기 위하여 同人의 부인이 직접 또는 타인을 통하여 당시 검찰총장 부인에게 衣類를 제공하였다는 옷로비疑惑事件”이라고 명시적으로 한정하였다.

33) 鄭宗燮(註 1), 506쪽 이하.

34) J. R. O'Sullivan(註 7), 2228쪽 이하 참조.

이 두 사건을 처리하기 위하여 國會議長이 특별검사의 임명을 대통령에게 要請하고 이 요청을 받은 대통령은 大韓辯護士協會에 각 사건을 처리할 특별검사후보자 2인씩의 推薦을 의뢰하고 이런 추천을 받아 大統領이 특별검사를 任命하도록 하였다(同法 제3조).

특별검사는 정치적으로 중립을 지키고 독립하여 직무를 수행하는데(同法 제5조), 그 職務의 範圍는 위 두 사건과 직접 관련된 수사와 공소제기 여부의 결정 및 공소유지와 특별검사보 및 특별수사관 등 파견 받은 공무원에 대한 지휘·감독으로 한정하였다(同法 제6조). 특별검사의 수사는 특별검사보와 특별수사관 등으로 팀을 형성하여 수사할 수 있고(同法 제7조), 搜查期間은 특별검사가 임명된 날로부터 10일간의 搜查準備期間을 제외한 30일로 제한하였다. 다만 대통령의 승인을 얻어 1회에 한하여 30일 더 연장할 수 있었다(同法 제9조). 이 사건의 재판기간은 제1심의 경우는 3월 이내, 제2심과 제3심의 경우는 각각 2월 이내로 정하였다(同法 제10조). 특별검사나 특별검사보의 解任에 대해서는 제한을 두어 법률에서 열거한 사유외에 대통령이 마음대로 해임할 수 없게 하였다(同法 제14조). 그리고 특별검사 등이 형법 기타 법률에 의한 벌칙의 적용에서는 공무원으로 간주한다고 하였다(同法 제19조). 특별검사에 대한 報酬와 직무수행에 필요한 經費의 지급을 하도록 그 근거규정을 명시하였다(同法 제12조).

한국헌정사에서 처음으로 등장한 특별검사제도에 관한 법률은 이와 같은 내용을 가지고 있었는데, 이 법은 위의 두 사건을 처리하는 限時法으로서 성질을 가지고 있는 것이었다. 이런 의미에서 이 법률은 일시적인 것이었다. 그래서 이 법률은 특별검사가 공소를 제기하지 아니하는 결정을 하거나 판결이 확정되어 보고서를 제출하여 퇴직하거나 특별검사가 수사기간내에 수사를 완료하지 못하거나 공소제기여부를 결정하지 못하여 사건을 관할 지방검찰청 검사장에게 인계하고 보고서를 제출하여 퇴직하는 경우 그 특별검사의 퇴직일까지만 효력을 가지게 되어 있었다(同法 부칙 제2조, 제13조 제4항, 제9조 제5항).

2. 特別檢事法の 問題點

(1) 搜查對象을 두 事件으로 限定

1999年 特別檢事法은 위에서 본 파업유도사건과 옷로비사건에만 한정하였는데, 이렇게 특별검사가 다룰 사건을 두 가지 사건에 한정하여 법률을 만든 것은 특별검사제도의 본래의 취지에 합당하지 않다.³⁵⁾ 위에서 본 특별검사제도의 제도적 의의에 비추어 볼 때 특별검사가 취급하는 것이 법리상 합당하다고 판단되는 사건

35) 이에 대한 자세한 비판은 李憲煥(註 2), 38쪽 이하; 曹國(註 6), 112쪽 이하 참조.

은 모두 특별검사가 취급하게 하는 것이 옳다. 이러한 것은 법치주의에 의해 지배되는 국가권력의 작동메커니즘에서 도출되는 것이다.

특별검사제도의 제도적인 기능과 예외적인 성질을 보건대, 기본적으로 관장 사건을 列擧하되 국회 본회의에서 특별검사가 처리하도록 의결하는 사건으로 나머지 공간을 보충하는 것이 타당하다. 특별검사의 관장 사건은 특별검사제도의 제도적 취지에 부합하도록 미합중국의 경우와 같이 세밀하게 열거해두는 것이 타당하다. 어떠한 사건이 특별검사가 처리하기에 적합한 것인가 하는 것을 일반적 법률에서 정하지 않고, 사건이 발생하면 그때그때 그 사건을 처리하게 위해 국회가 一時的인 특별법으로 정하는 것은 법치주의의 관점에서도 바람직하지 않다. 이렇게 보건대 우선 대통령과 그의 가족·친인척, 대통령 비서관이나 비서관에 재직했던 자, 국무총리, 국회의원, 행정각부의 장관, 감사원장과 감사위원, 국가정보원장 및 차장, 경찰청장 및 각 시·도의 지방경찰청장, 법관, 검사, 각군 참모총장, 국세청장 등의 범죄행위와 같은 것은 열거적으로 정해두는 것이 타당하다. 1995년 법률안과 1998년 법률안에서 정하고 있는 “국회본회의 또는 국정감사위원회나 국정조사위원회가 고발 또는 조사요구를 한 사건 중에서 국회본회의가 의결로써 특별검사를 임명하도록 요청하는 사건”과 “법률의 규정에 의하여 특별검사가 범죄수사와 공소유지 등을 담당하는 사건”에 이러한 사건을 추가하여 정하는 것이 바람직하다고 본다.

(2) 大統領에 의한 特別檢事의 任命

1999年 特別檢事法은 특별검사의 임명을 대통령의 권한으로 하고 있다. 특별검사를 누가 임명할 것인가 하는 문제는 특별검사의 기능에 비추어 볼 때 매우 중요한 것이다. 종래 우리 나라에서 특별검사제도를 입법화하자고 했을 때 특별검사제도가 위헌이라고 하는 주장 중에는 우리 헌법에 특별검사에 관한 근거 규정이 없다거나 미합중국의 경우와 같이 법원에서 특별검사를 임명하면 우리 헌법 제78조가 정하는 대통령의 공무원 任免權을 침해한다는 의견이 있었다. 이와 관련하여 검토를 요하는 문제는 법률로 특별검사를 독립된 기관으로 구성할 수 있느냐 하는 것이다. 즉 대통령이 임명하는 공무원의 형태가 아니라 기본적으로 관할법원이거나 국회가 임명하는 특별검사(court-appointed or congress-appointed prosecutor)의 형태를 띠 수 있느냐 하는 것이다. 이 문제는 국회나 법원이 어떤 국가기관을 구성할 수 있는 권한이 헌법이 정하고 있는 경우에 한정되느냐(예컨대 憲法 제111조 제3항이 헌법재판소의 구성에 국회와 대법원장의 관여를 정하고 있거나 憲法 제114조 제2항이 중앙선거관리위원회의 구성에 국회와 대법원장의 관여를 정하고 있는 경우) 아니면 헌법의 경우를 예시적인 경우라고 보고 헌법에서 명시적으로 정하고 있지

아니한 경우라도 법률이 정하는 바에 따라 국회나 법원이 어떠한 국가기관을 구성할 수 있다고 볼 것이냐 하는 헌법해석의 문제이기도 하다.

이러한 문제에 관해서는 과연 특별검사가 신분상으로 공무원이어야 하는가 하는 근본적인 논의가 따라붙고, 또 공무원이라고 하더라도 헌법에서 따로 정함이 없으면 헌법 제78조가 적용되어 모든 공무원을 대통령만 任免한다고 하는 것이 타당한가 하는 문제가 있지만,³⁶⁾ 우리 나라의 법제상 수사와 공소유지의 직무를 공무원인 검사가 하는 이상 이러한 직무를 수행하는 것은 여전히 국가영역으로 두는 것이 타당하다고 생각하여 이런 위헌여부논란을 피해가기 위해 특별검사를 대통령이 임명하되 대통령이 자의적으로 특별검사를 임명하여 그 기능을 왜곡할 수 없도록 하기 위해 사전 제한절차를 두는 방안이 제안되었다.³⁷⁾ 1999年 特別檢

36) 오늘날은 이른바 ‘政府의 失敗’로 인하여 과거 국가가 담당하던 영역이 국가가 아닌 영역으로 넘어가는 현상이 나타나고 있다. 미합중국에서 볼 수 있는 獨立規制委員會 (Independent Regulatory Commissions)와 같은 방식이 그 한 예이고, 우리 나라에서는 放送委員會나 國家人權委員會의 설치와 구성방법을 둘러싼 논의가 그 한 예이다. 즉 방송위원회나 국가인권위원회의 구성을 놓고 대통령 또는 집권세력에 의한 방송의 장악을 방지하기 위해 대통령이 아닌 자로 하여금 위원을 임명하게 하자는 주장에서 그런 논의의 한 면을 볼 수 있다. 미합중국의 독립규제위원회는 입법, 행정, 사법의 3권의 기능을 통합하여 보유하고 있는데, 그 위원은 대통령이 상원의 조언과 동의를 얻어 임명하되 임기 내에 罷免은 할 수 없게 하고 있다. 독립규제위원회의 업무와 활동이 전통적인 국가의 영역에 해당한다고 보는 입장에서는 국가영역에서 이탈한 이러한 기구의 설치를 위헌이라고 한다. 미합중국에서도 독립규제위원회를 위헌이라고 하는 견해가 있다. 예컨대 Walter E. Volkmer, *American Government*, 6th ed. (Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1992), 240쪽 참조. 그렇지 않고 이러한 활동이 더 이상 국가가 독점적으로 관장해야 할 영역이 아니라고 보는 입장에서는 이러한 것도 헌법 하에서 인정된다고 한다. 후자의 주장에 대해서는 우선 현실의 ‘정부의 실패’라는 현상이 그 설득력을 뒷받침해주는 하지만 여전히 이 문제의 핵심은 이러한 활동의 ‘公共性·公正性의 확보’에 있는데, 이러한 활동이 국가영역 내에서 행해져야 公共性·公正性を 확보하기가 더 용이한지 아니면 국가영역에서 이탈시키는 것이 公共性·公正性を 확보하기에 더 용이한 것인지는 세심한 관찰을 필요로 한다. 이런 논의의 가장 과격한 입장은 이른바 ‘국가의 전면민영화론’인데, 사회영역이 기본적으로 특수이익들의 경쟁이라는 속성을 여전히 가지고 있는 한 여기서도 공공서비스(public service)나 공익(public interest)의 문제는 여전히 남아 있다. 長谷部恭男, “國家權力の正當性とその限界,” 岩村正彦 等(編), *現代の法 1*(東京: 岩波書店, 1997), 137쪽 이하 참조. 아무튼 방송위원회의 구성 방법에서 논란을 거듭하다가 2000년 1월 12일 공포된 개정 방송법(법률 제6139호)은 방송위원회의 위원 9인중 6인에 대해서는 국회의장의 법정의 추천과정을 거쳐 추천한 자를 대통령이 임명하고 나머지 3인은 대통령이 바로 임명하는 것으로 하였다(同法 제21조). 미합중국의 독립규제위원회에 대한 국내 문헌으로는 李會昌, “美國의 獨立規制委員會와 그 爭訟裁決機能,” 倂史李會昌先生華甲紀念論文集刊行委員會(編), *法과 正義*(서울: 博英社, 1995), 889쪽 이하 참조.

37) 1991년 특별검사제도의 도입에 관한 논의가 있었을 때, 나는 기본적으로 이러한 의견을 제시하였다. 이에 대한 자세한 것은 *人權과正義* 제182호(1991년 10월호), 91쪽 이하를 보기 바람.

事法이 정하고 있는 국회의장의 특별검사 임명의 요구와 대한변호사협회의 특별 검사후보자의 복수 추천과 같은 절차를 대통령의 임명에 앞서 정하고 있는 것도 이러한 이유에 근거를 두고 있다고 보인다.

대통령이 특별검사를 임명하는 이러한 방식에 대해서는 懷疑에 표시하면서 우리 나라의 경우 형사소송법 제265조 제1항의 裁定申請節次的 付審判決定에서 公訴維持 변호사를 법원이 결정하는 것을 고려하면 특별검사도 법원이 임명할 수 있다고 보는 견해가 있다.³⁸⁾ 이것은 헌법 제78조의 해석에서 중요한 문제인데 앞으로 더 검토할 필요가 있다고 보인다. 그런데 이런 헌법 규정의 해석문제를 일단 且置하고 보면, 대통령제 정부형태를 띠고 있는 나라에서 특별검사제도를 시행함에 있어서는 대통령이 특별검사를 임명하는 방식에 대하여 세심한 주의를 기울일 필요가 있다. 大統領制 政府形態에서 권력의 중심은 대통령에게 주어져 있는데, 정치적으로 민감한 사건은 대부분 대통령을 중심으로 한 집권세력과 연결되어 있기 쉽다. 이러한 상태에서 집권세력에 의해 저질러진 부정과 부패 그리고 범죄 등에 대해 수사를 하는 특별검사를 대통령이 임명하는 것은 이익충돌의 문제를 야기한다. 특히 대통령이 해당 사건에서 조사의 대상으로 되는 경우는 이런 문제가 첨예하게 부각된다.³⁹⁾ 법리적으로 볼 때 분명히 문제가 있다. 특별검사의 임명에 있어서 발생하는 이익충돌의 문제 때문에 미합중국에서도 특별검사의 임명절차에서 최초단계에 법무부장관이 개입하는 것이 이익충돌문제를 야기한다고 하여 해당 사안에 해당되면 자동으로 임명되도록 하자는 방안과 법무부장관이 임명을 거절하는 경우에는 FBI국장이나 다른 법집행 공무원으로 하여금 임명을 요구하게 하자는 방안이 제기되고 있다.⁴⁰⁾

(3) 特別檢事의 職務範圍에 대한 制限

1999年 特別檢事法은 특별검사가 다루는 수사대상도 위와 같이 한정하고 있을 뿐 아니라 직무범위에서도 위 두 사건과 “직접 관련된 수사와 공소제기여부의 결정 및 공소유지”라고 제한하고 있어 많은 문제점을 노정하였다. 가령 위 사건을 수사하는 과정에서 다른 범죄가 발견될 수 있고, 그러한 범죄가 더 중요한 사건일 수도 있으며, 이러한 사건은 본래 다루는 사건과 밀접한 연관을 가질 수도 있다. 뿐 아니라 위 두 사건을 둘러싸고 다른 의외의 인물이 다른 범죄행위를 하면서

38) 李憲煥(註 2), 41쪽 이하 참조.

39) 李憲煥도 특별검사가 수사하여야 하는 사건에서 대통령이 수사대상에 포함되어 있는 경우를 한 예로 들면서 이러한 문제를 제기하고, 특별검사를 대통령이 임명하는 1999年 特別檢事法에 대해 회의를 표시한다. 李憲煥(註 2), 41쪽 이하 참조.

40) Orrin. G. Hatch, “The Independent Counsel Statute and Questions about Its Future,” *Law and Contemporary Problems*, Vol. 62: No. 1(Winter, 1999), 152쪽 이하 참조.

사건 전체에 개입하였을 수도 있다. 정치적으로 중요한 사건이나 대형 부정 부패 사건의 경우 그 범죄행위의 범위는 경우에 따라 상당히 광범위하고 때에 따라서는 여러 형태로 외국에 있는 인물들과도 커넥션이 있을 수도 있다. 따라서 정치적으로 중요한 사건에서 그 진상을 밝혀 국민에게 정확히 알리고, 관련자들을 모두 법에 따라 처리함에 있어서 어떠한 제약이 따른다는 것은 특별검사제도의 제도적 취지와 합치하기 어렵다.⁴¹⁾

이러한 관점에서 볼 때 위와 같이 직무범위를 제한한 것은 잘못된 것이다. 이 법률이 원래 집권세력이 반대하는 과정에서 국민의 비판에 몰려 제정된 것인 만큼 특별검사제도를 제대로 만들어보자고 하여 제정된 것이 아니라 집권세력이 검찰을 동원하여 위 사건을 최대한 덮어보려고 하다가 여의치 아니하자 마지못해 위 特別檢事法을 제정하였기 때문에 이러한 왜곡된 조항이 생긴 것이다. 제도를 제도의 본래의 취지에 부합하도록 만들지 않고 不純한 邪心에 의해 恣意的으로 裁斷하면 이러한 결과를 가져온다는 교훈을 남긴 효과는 있으나 어쨌든 이런 제도는 특별검사제도의 본래의 기능이나 본질과 합치하지 않는다. 이런 제도상의 왜곡으로 인하여 이 사건에서도 위증죄에 해당하는 혐의가 발견되었음에도 제대로 처리하지 못하였다.⁴²⁾ 실제 특별검사팀도 이번 사건을 수사하면서 이러한 제도의 불합리한 점을 체험하고, 수사대상의 범위가 지나치게 제한되어 있는 점과 함께 직무범위와 권한도 제한적이기 때문에 수사를 제대로 하기 어려웠다는 점을 밝혔다. 특별검사권한의 범위를 특별검사를 임명하게 된 사건의 수사·기소뿐만 아니라 그와 관련하여 발생할 수 있는 위증, 공무집행방해, 증거인멸, 증인협박 등을 수사하고 기소하는 권한을 인정하여야 수사를 효율적으로 할 수 있다는 의견을 표명하였다.⁴³⁾

41) 1999년 특별검사법상의 직무범위의 제한에 대한 비판으로는 박연철(註 2), 11쪽, 20쪽; 李憲煥(註 2), 43쪽 이하 참조.

42) 이와 관련하여 박연철은 “옷로비사건의 경우 신동아그룹의 회장 최순영의 국외재산도 피사건에 관하여 선처를 청탁하기 위하여 그 부인인 이형자가 직접 또는 타인을 통하여 당시 검찰총장의 부인인 연정희에게 의류를 제공하였다는 옷로비 의혹사건이 변호사법위반, 알선수재, 뇌물공여 및 수수 등의 혐의가 있는나의 판단을 주로 하는 것이나, 그 외 관련자들의 국회청문회에서의 위증혐의도 포함되는가에 관하여 논란이 된 것이다. 특별검사팀에서는 이 사건은 사회적, 역사적 사건이므로 광의로 해석하여야 하고, 특별검사법의 명칭이 옷로비의혹사건의 ‘진상규명’을 위한 것이라고 명시하고 있으므로 진상규명을 위한 것이라면 국회에서의 위증혐의도 수사대상에 포함되어야 한다고 주장하였다. 그러나 서울지방법원의 영장담당판사 김동국, 박형남, 심담은 각각 국회청문회에서의 위증부분의 범죄사실은 특별검사법 제2조, 제6조에 규정된 특별검사의 직무범위에 속한다고 보기 어려우므로 그 부분에 대하여 인신구속 등 강제수사를 할 수 없다는 견해를 피력하였다. 그와 같은 법원의 견해는 특별검사활동의 종결부분에 심대한 영향을 미쳤다.”라고 평가하고 있다. 박연철(註 2), 11쪽.

43) 박연철(註 2), 18쪽 참조.

1999년 특별검사법은 제6조 제1항에서 정하는 직무범위를 일탈하여 제2조에서 정하는 두 개의 사건과 관련되지 아니하는 자를 소환·조사할 수 없다고 할 뿐 아니라, 이러한 자를 소환·조사한 것에 대해 소환·조사를 받은 자가 異議申請을 하여 법원이 이를 인용한 경우 이를 위반하고 수사를 계속한 경우에는 해임사유가 된다고 정하고 있는데(同法 제14조 제1항 제3호), 특별검사의 활동을 극도로 제한하려고 둔 독소조항으로서 모두 잘못된 것이다.

(4) 搜查內容·搜查進行狀況 等の 公表 禁止

1999年 特別檢事法은 수사내용 또는 수사진행상황을 공표하거나 누설하여서는 안 된다고 하고(同法 제8조 제3항), 이를 위반한 경우에는 형벌로 처벌하도록 정하고 있다(동법 제18조 제3항). 특별검사가 처리하는 사건은 기본적으로 국민들이 의혹을 가지고 있어 공정하게 처리되어 의혹을 해소할 것을 기대하는 것인데, 이러한 사건의 수사내용과 수사진행상황을 공표할 수 없게 하는 것은 특별검사의 수사의 공정성을 국민이 알 수 없게 하는 것으로 타당하지 않다. 수사 내용 가운데 공표하는 것이 문제가 되는 부분은 이미 형법상의 被疑事實公表罪로 규율되고 있으므로 이러한 것을 애매하게 정할 이유가 없다. 특별검사라고 하여 항상 수사를 공정하게 하는 것은 아니므로 언제나 국민의 감시 하에 노출되어 있어야 한다. 특히 특별검사의 수사에 있어서 국가권력이 비밀리에 방해를 하거나 특별검사팀의 사람에 대해 危害를 가하는 등의 행위가 있을 수 있으므로 이러한 사태가 발생하면 수사팀은 언제나 국민에게 알릴 수 있어야 한다. 어떠한 사람들이 어떠한 행위와 방법으로 특별검사의 수사를 방해하는지는 언제나 국민들이 알아야 하는 것이다. 이러한 것은 수사진행상황을 공표할 수 있을 때 가능한 것이다. 위 법률의 규정에 의하면 기자 등 언론인은 사건의 진행상황을 취재할 수도 없게 된다. 어디로 보나 이 규정은 특별검사제도와 전혀 조화되기 어려운 것이다.⁴⁴⁾

이와 함께 1999年 特別檢事法은 특별검사팀에서 활동한 사람들이 직무상 알게 된 비밀을 재직중과 퇴직 후에 누설하여서는 안 된다고 정하고 있는데, 이 규정도 과연 여기서 말하는 “비밀”이 무엇을 말하는지를 명확히 할 필요가 있다. 이러한 것은 하나씩 열거하여야 한다. 특별검사 등이 수사를 하면서 겪었던 불합리한 일이나 사건과는 너무 연관이 멀어 조사를 하지 못했지만 범죄의 의심이 있었던 것은 당연히 공표하여 불합리한 점은 바로 잡아야 하고 사회와 국가에 피해를 가져올 우려가 있는 범죄 또는 부정행위 등은 미연에 방지하여야 한다. 오히려 특별검사 등이 직무를 수행하면서 새로 知得한 범죄나 부정행위 등에 대해서는 관련 기관에 알리는 것을 의무로 정하는 것이 타당하다.

44) 같은 취지로는 박연철(註 2), 19쪽; 李憲煥(註 2), 46쪽 참조.

(5) 搜查期間의 過度한 制限

특별검사의 수사에 있어서 수사기간을 정하는 것은 중요한 사건에 대해 필요한 기간 내에 가능한 한 신속하게 수사하여 사건을 처리하게 하기 위함이다. 이러한 것은 특별검사제도의 효율성을 확보하는데 필요하다.⁴⁵⁾

수사기간을 정하는데 있어서는 搜查準備期間을 고려하여야 한다. 수사업무의 수행에 필요한 인적인 구성을 하여야 하고, 수사에 필요한 사무실을 마련하고, 업무 수행에 필요한 통신시설, 방호시설, 보안장치 등의 시설과 사무기기 등을 설치하는 기간이 필요하기 때문이다. 수사시설인 만큼 그에 필요한 보호시설과 보안 등 필요한 시설과 장치를 설치하는 것이 필요하다. 그런데 이러한 준비기간이 수사기간에 포함되어서는 안 된다.

1999年 特別檢事法이 제9조 제2항에서 수사기간을 산정함에 있어서 수사기간의 始期를 수사준비기간이 만료한 다음날로 정한 것은 타당하다. 즉 수사준비기간을 수사기간에 산입하지 못하게 한 것은 수사기간의 기능에 비추어 볼 때 옳은 것이다. 그러나 이러한 것만으로 수사기간을 정하는 취지가 충족되지 않는다. 수사준비기간이 부족하면 사실상 수사기간 중에도 필요한 준비를 계속 행하여야 하므로 수사기간이 짧은 경우에는 수사를 충분히 할 수 없게 만든 요인이 될 수 있다. 따라서 수사기간에 산입되지 아니하는 수사준비기간의 上限을 20일에서 30일 정도로 적정한 기간으로 하여 확보할 필요가 있다. 물론 수사준비기간이 길어지면 수사를 착수할 수 있는 시기가 늦어지는 문제가 생길 수 있으나 수사착수의 시기는 수사준비기간이 만료된 다음날부터 진행되는 것으로 하되, 수사준비기간 중에도 특별검사가 자유로이 수사의 착수여부를 정할 수 있게 하면 된다. 이러한 수사준비기간의 문제가 해결되어도 수사기간은 충분히 확보되어야 한다.

(6) 關係機關의 非協助에 대한 强制 手段 未備

1999년 특별검사법 제6조 제3항은 직무를 수행함에 필요한 경우에는 대검찰청, 경찰청 관계기관의 장에게 사건과 관련된 사건의 수사기록 및 증거 등 자료의 제출, 수사활동의 지원 등 수사협조를 요청할 수 있다고 정하고 있다. 이러한 것은 특별검사의 직무를 수행하는데 반드시 필요한 사항이다. 그런데 이 경우 관계기관의 장이 이러한 협조 요청이 있음에도 불구하고 그에 응하지 않는 경우에는 이를 강제하거나 제재하는 방법이 없다. 물론 필요한 경우 영장을 발부 받아 압수하거나 수색할 수 있지만 이러한 강제수사의 방법에 의존하는 것이 적합하지 않은 경우도 있으므로 이러한 자료제출의 실현성을 보장하는 장치를 마련할 필요가 있다.

45) 鄭宗燮(註 1), 515쪽을 보기 바람.

(7) 搜查人力의 制限

수사인력에 대해서는 특별검사가 판단하여 자유로이 정할 수 있게 하는 것이 타당하다. 1999年 特別檢事法은 특별검사보의 경우 특별검사가 2인의 특별검사보 후보자를 선정하여 대통령에게 임명할 것을 요청할 수 있게 정하고 있으나(同法 제7조 제1항), 특별검사보든 특별수사관이든 특별검사팀에서 함께 일할 사람은 특별검사가 자유로이 판단하여 결정하게 하는 것이 타당하고, 중간에 인력을 교체하는 것도 특별검사가 자유로이 할 수 있도록 하여야 한다. 수사팀은 서로간의 신뢰와 업무를 수행함에 있어서 호흡을 맞추는 것이 중요하므로 수사인력의 구성은 전적으로 특별검사의 권한으로 하는 것이 보다 바람직하다고 할 것이다.

수사인력의 수에 있어서도 원칙적으로 제한을 두지 않는 것이 타당하다. 1999年 特別檢事法은 특별검사보의 數를 정하고 있으나, 이것은 이 법률이 다루는 사건이 두 사건에 한정되고 그 직무범위도 극히 제한하여 놓은 상태라서 문제가 발생할 여지가 적었지만 일반적인 경우에는 특별검사가 수사인력의 수에 구애받음이 없이 직무를 충실히 수행할 수 있게 하여야 한다. 다만 필요 없이 방만하게 수사인력을 운용하는 경우에는 많은 수사비용의 지출이 있게 되므로 이에 대한 일정한 제한 장치를 마련하는 것은 필요하다고 보인다.

(8) 現職 檢事의 參與

1999年 특별검사법에서는 명시적으로 현직 검사가 수사에 참여하는 문제에 대해 정하고 있는 것은 없다. 이것은 이 법률 제6조 제4항에 의해 특별수사관의 의견을 과견을 받아 직무를 수행할 있게 한 규정에 근거를 두고 있다. 따라서 이 문제는 이 법률의 운용상의 문제이다.

그렇지만 이 문제는 진지한 검토를 필요로 한다. 검찰이 이미 수사하거나 조사를 하면서 다른 사건에 대해 특별검사가 수사를 하는 경우에 현직 검사가 수사인력으로 참여하는 것은 타당하지 않기 때문이다. 이익충돌이 발생하기 때문이다. 검찰과 이해관계가 있거나 현직 검사의 참여로 인하여 사건의 공정한 처리가 우려되는 경우에는 현직 검사가 참여할 수 없도록 하는 금지규정을 두는 것이 필요하다. 물론 사건의 성질상 검찰의 이해관계와 무관하거나 검찰이 아직 다루지 아니한 경우에는 특별검사의 판단에 따라 현직 검사의 과견을 요청하여 수사에 참여하게 할 수는 있다. 그러나 가능한 한 현직 검사를 특별검사의 수사에 참여시키는 것은 지양하는 것이 바람직하다.

(9) 限時法의 形態

1999年 특별검사법은 위에서 보았듯이 한시법의 형태를 취하고 있다. 특별검사를 상설화하지 않고 비상설기구로 두는 경우에 굳이 한시법으로 할 이유가 있는

가 하는 문제를 지지하게 검토할 필요가 있다. 미합중국의 경우에 이러한 특별검사법을 한시법으로 정하여 시한이 경고하면 법의 효력이 발생하지 않고 다시 효력발생을 의결하면 원래의 법률대로 효력을 발생하는 형태를 취하고 있는데, 특별검사를 비상설기관으로 두는 경우 이러한 한시법의 형태를 취할 필요가 없다고 보인다.

IV. 特別檢事法の 改善 方案

1.

특별검사의 임명에 대해서는 위에서 살펴본 것과 같은 문제가 있다. 대통령이 特別檢事를 임명하는 방식을 취하는 경우에도 대통령이나 그의 가족·친인척 또는 핵심 세력들이 직접 또는 간접으로 연루되어 있는 이러한 경우에는 대통령이 아닌 다른 자가 특별검사를 임명하게 하는 것이 타당하다.⁴⁶⁾ 그 구체적인 방법에 대해서는 더 많은 논의를 필요로 한다.⁴⁷⁾ 대통령에 의한 특별검사의 임명방식은 대통령이 특별검사제도의 기능을 잘 이해하여 그에 합당하게 하면 문제의 소지를 줄일 수 있으나, 우리 나라와 같이 대통령이 강력한 힘을 가지고 권력을 행사하는 이른바 ‘帝王的 大統領(imperial president)의 현실이나 권위주의적 통치를 벗어나지 못하는 수준과 환경에서는⁴⁸⁾ 자칫 특별검사의 제도적 취지를 形骸化시킬 위험성도 안고 있다. 이런 점에서 보면 이러한 방식에서는 대한변호사협회의 추천이 매우 중요한 의미를 가지는데, 그 추천이 객관적이고 합리적인 것이 되도록 절차, 기준 등을 규율하는 규정을 마련하는 것이 필요하다.⁴⁹⁾ 추천기관을 대한변호사협회로 할 것이냐 아니면 더 공정한 기구를 만들 것이냐 하는 문제에 대해서는 더 많은 숙고와 논의가 필요하다고 보인다.

2.

특별검사의 직무범위를 제한하는 것은 타당하지 않다. 따라서 특별검사의 기능을 왜곡하는 이러한 직무범위의 제한은 없애야 하며, 특별검사로 하여금 수사하도

46) 이에 대한 논의는 鄭宗燮(註 1), 509쪽을 보기 바람.

47) 이러한 경우에는 대법원장이 특별검사를 임명하게 하자는 견해로는 曹國(註 6), 112쪽 참조.

48) 우리 나라 대통령제의 제도상 그리고 현실에서의 문제점과 과제에 대한 자세한 논의는 鄭宗燮, “韓國 憲法上 大統領制의 課題,” **憲法學研究** 제5집 제1호(1999. 5.), 9쪽 이하를 보기 바람.

49) 같은 취지의 의견으로는 李憲煥(註 2), 42쪽 참조.

록 한 본래의 사건과 그와 관련된 모든 문제에 대해 수사하고 기소여부를 결정할 수 있게 하여야 한다. 어떤 사건에 대해 수사를 하다보면 처음에는 예측하지 못한 사건을 발견할 수 있고 그에 대한 수사를 하여야만 사건의 전모가 밝혀지는 경우가 종종 있다. 따라서 특별검사의 수사를 처음부터 한정하여 직무를 수행하게 하는 것은 통상 수사와 사건 처리의 본질이나 경험칙과도 부합하지 않는다.

3.

수사의 내용과 수사진행상황을 공표하는 문제는 수사내용의 공표에서는 형법상의 제한에 따른 것으로 족하고, 수사진행상황의 공표는 금지해서는 안 된다. 피의 사실공표죄에 해당하지 아니하는 한 搜查內容을 公表하게 해야 하고, 搜查進行狀況은 당연히 公表하게 하여야 한다. 수사진행상황을 공표하는 경우 어떤 내용을 어떠한 방식으로 공표하는가 하는 것은 특별검사가 결정할 사항이다. 특히 특별검사가 직무를 수행함에 있어 각종의 방해와 압력이 가해지는 경우 이를 언론이 모두 취재하기는 어렵다. 따라서 특별검사 스스로 수사의 진행상황을 국민에게 알릴 필요가 있다.

4.

1999년 특별검사법은 특정한 두 사건에 대해 수사를 신속하게 진행하게 위하여 수사기간을 30일로 하고 1회에 한하여 대통령의 승인을 얻어 30일 더 연장할 수 있도록 하였으나, 이 법의 시행에서 실제 확인되었듯이 수사기간이 충분하지 않아 수사가 충실하게 이루어지지 못한 부분도 있었으므로 수사기간을 6개월 정도로 정하되 연장에 대해서는 회수의 제한을 정하지 말고 대통령 또는 국회 등 국가기관의 동의를 받아 연장할 수 있게 하는 것이 타당하다. 국가기관의 동의를 얻게 하는 것은 특별검사가 고의로 수사를 지연하는 것을 방지하기 위해 필요하다.

5.

특별검사의 결격사유에 있어서는 특별검사가 처리하도록 요구받은 사건과 利益의 衝突이 발생하는 경우도 포함시켜야 한다. 당해 사건과 어떠한 연관이 있게 되면 사건을 공정하게 처리하기 어렵기 때문이다. 법관의 제척·기피·회피 사유를 고려하여 이익충돌이 발생할 수 있는 여지는 없도록 하는 것이 타당하다.

이러한 利益衝突의 문제와 관련하여 특별검사가 처리하는 사건의 수임에 있어서도 제한을 두는 것이 필요하다. 특별검사 또는 특별검사보가 업무를 시작하는 시점으로부터 일정 기간 전에 在職하던 法律事務所에서 함께 일했던 변호사나 특별검사 또는 특별검사보, 특별수사관과의 관계에서 업무상 공정성을 해칠 우려가

있는 사유가 있는 변호사의 경우에는 특별검사가 수사하고 공소를 제기한 사건에 대해서는 변호인으로 활동할 수 없도록 하여야 한다. 이러한 변호사들의 활동에 특별수사팀이 도움을 주는 일이 발생할 수 있기 때문이다.

이와 아울러 특별검사나 특별검사보가 퇴임한 경우에도 자신이 처리한 사건을 수임할 수 없도록 하여야 하고, 이들이 소속하여 있는 법률사무소의 변호사 역시 이 사건을 수임할 수 없게 하는 것이 필요하다. 이러한 장치는 특별검사가 수사하고 기소한 사건이 공정하게 처리될 수 있게 하는데 필요하기 때문이다.

6.

수사인력의 제한에서도 원칙적으로 특별검사의 자유로운 권한으로 인정하여야 한다. 어떠한 인력을 어느 정도 활용하며 중간에 인력을 교체하는 것 등에서 특별검사가 제한을 받아서는 안 된다. 특별검사의 수사는 혼자서 하는 것이 아니라 수사관들이 합동으로 행하는 것이므로 수사인력의 제한은 실질적으로 특별검사의 활동을 제한하는 것이 된다. 다만 수사에 있어서 무제한한 인력의 사용은 비용의 과다한 지출을 야기하므로 적정한 범위 내에서 제한할 수는 있다.

7.

현직 검사의 참여문제는 법률의 운용에서 주로 생기는 문제이지만 가능한 한 止揚하는 것이 바람직하다. 그러나 중요한 것은 현직 검사나 현직 경찰의 참여로 직무의 수행과 사건의 처리에 있어서 이익충돌이 발생하는 경우에는 이러한 참여를 법률에서 금지하는 규정을 두는 것은 필요하다. 특별검사가 인력을 사용함에 있어서 권한을 오용하거나 남용하는 것을 방지할 필요가 있기 때문이다.

8.

특별검사가 수사를 종료한 후 報告書を 작성한 경우에는 다른 이익과 충돌하지 아니하는 범위에서는 보고서를 공개하는 것이 타당하다. 報告書の 公開에 있어서 국가이익에 중대한 피해를 가져오는 내용에 대해서는 제한할 수 있다. 보고서가 외부로 공표되었을 경우 침해되는 이익이 있는 경우에는 이를 보호하는 장치를 마련하여야 한다. 예컨대 외교관계상의 사건이나 국제첩보활동과 관련된 사건과 같이 외국의 이익과 국가적 이익이 특별히 고려되는 경우 그 내용 모두가 공표되는 것은 바람직하지 못하다. 이러한 것 이외에도 사건과 관련하여 보호하여야 할 私生活의 秘密이 있는 경우에는 이 역시 보호하여야 한다. 기소되었을 때 非公開로 審理하여야 할 성질의 부분까지 보고단계에서 공표되는 것은 방지하여야 할 필요가 있다.⁵⁰⁾ 보고서를 공개하는 경우 바로 공개하게 할 것이냐 일정한 기간이

경과한 후 공개할 것인가 하는 문제가 발생할 수 있는데, 이 문제는 일률적으로 정할 것이 아니라 공개하는 경우에는 원칙적으로 바로 공개하게 하되 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 일정한 기간이 경과한 후에 공개하도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.

9.

특별검사가 사건에 대한 조사를 하는 중에 彈劾事由를 발견한 경우에는 국회에 통보하게 하는 것이 필요하다. 탄핵절차는 특별검사의 수사절차와 별도로 분리되어 진행될 수 있고 탄핵소추의결은 국회의 권한이므로 이러한 사유를 발견한 경우에는 지체없이 국회에 통보하여 국회로 하여금 처리하게 하는 기회를 가지게 하는 것이 필요하다.⁵¹⁾ 특별검사가 수사를 하고 그 대상자에 대해 기소를 한 후 재판할 때까지 해당 인물을 해당 직에 계속 두어 직무를 수행하는 것이 타당하지 않을 경우가 있다. 이 경우에는 해당 인물은 罷免하여야 한다. 따라서 특별검사의 수사와 탄핵절차는 유기적인 절차를 거쳐야 한다. 특별검사로부터 국회가 통보를 받은 경우에는 특별검사에게 조사한 자료의 내용을 함께 첨부하여 줄 것을 요구할 수도 있고, 국회가 이에 더하여 자체적으로 조사를 시작할 수도 있다. 탄핵소추의 의결에서는 그 사유가 되는 위법한 행위의 존부와 정도에 대한 자료를 근거로 하므로 국회의 이런 자료 수집과 조사는 필요하다.

특별검사가 탄핵의 사유가 될 수 있는 신빙성이 있는 자료를 발견한 경우 의무적으로 국회에 통보하게 할 것인가 아니면 재량으로 판단하여 통보할 수 있게 할 것인가 하는 것이 문제된다. 특별검사에게 탄핵의 정보가 될 만한 정보나 자료를 발견한 경우 이를 의무적으로 국회에 통보하게 하는 경우 별다른 문제가 발생하지 않을 뿐 아니라, 국회의 경우 이런 자료와 정보를 입수한 경우에도 탄핵안의 발의부터 탄핵소추까지 스스로 판단하여 결정하므로 이런 통보를 의무적인 것으로 하는 것이 타당하다고 보인다. 탄핵제도의 실효성을 확보하는데 있어서는 임의적인 통보보다 의무적인 통보가 더 합리적이라고 보인다.⁵²⁾

50) 자세한 것은 鄭宗燮(註 1), 512쪽을 보기 바람.

51) 자세한 것은 鄭宗燮(註 1), 512쪽을 보기 바람.

52) 미합중국의 독립검찰관제도에서는 독립검찰관으로 하여금 탄핵의 근거가 될 수 있는 확실하고(substantial) 신빙성(credible)이 있는 정보를 下院(House of Representatives)에 의무적으로 알리도록(advise) 하고 있다. 이에 관한 논의에 대해서는 J. R. O'Sullivan(註 7), 2246쪽 이하 참조.

10.

특별검사제도를 입법화하는 경우 특별검사를 常設機關으로 하느냐 아니면 非常設機關으로 하느냐 하는 것이 문제로 된다. 이에는 처음부터 정해져 있는 것이 없다. 따라서 필요에 따라 상설기관으로 할 수도 있고 비상설기관으로 할 수도 있다. 특정 사건을 처리하는 경우에도 아예 부패와 관련된 사건을 항시 처리하는 기관의 형태로 하는 경우에는 상설기관으로 하는 것이 합당하고, 그렇지 않고 예외적인 경우에 특정 사건만 처리하게 하는 경우에는 비상설기관으로 하는 것이 제도의 운영에 보다 적합하다고 보인다. 다만 여기서 한가지 유의할 점은 어떤 기관을 비상설기관으로 설치하는 경우에도 법률의 형태를 限時法으로 정할 필요는 없다는 것이다. 특별검사제도가 원래의 고유한 기능이 인정되는 이상 특별검사를 비상설기관으로 설치해도 반드시 한시법으로 정해야 하는 것은 아니다.

우리의 국가영역과 사회에 만연한 부패를 척결하는데 예외적인 형태의 비상설 기관으로서의 특별검사제도로서는 부족하다고 보아 통상의 검찰의 기능을 분리하여 부패와 관련한 사건의 수사와 공소제기는 그에 관한 법률이 정하는 공무원(이 경우도 특별검사라고 부른다)이 전담하여야 한다는 의견도 있다. 이러한 구상은 그동안 우리 사회의 고질적인 부패와 정치권과 고위공무원의 부패를 처리하는 검찰의 태도가 공정하지 못하고 정치적인 중립성을 유지하지 못한다는 판단아래 기존의 검찰로서는 이 문제의 해결이 매우 어렵다고 판단한 결과로 나온 것으로 보인다. 그 대표적인 형태가 1996년 12월 5일 국회의원 80인이 국회에 제출한 「腐敗防止法案」이다.⁵³⁾ 이 법안의 구상 중에는 高位公職者(대통령, 국무총리, 국회의원, 행정각부의 장관·차관 및 이에 상당하는 자, 감사원의 원장, 감사위원 및 사무총장, 국가안전기획부의 부장 및 차장, 정부조직법이 정하고 있는 각처와 청의 장, 특별시장·광역시장 및 도지사, 경찰청의 청장, 차장 및 각 시·도지방경찰청장, 법관 및 검사, 군장성, 이러한 직위에 있었던 자와 그 친족, 호주, 기타 국회의원 재직 3분의 1이상의 결의로써 수사를 요청한 자와 이와 공범관계에 있는 자)의 부패행위를 근절하기 위하여 ‘高位公職者非理調查處’를 설치하고, 5년 이상 경력의 변호사 자격을 있는 자로서 대한변호사협회가 추천하고 대통령이 임명하는 특별검사에게 이와 관련된 사건의 수사, 공소의 제기와 유지, 형의 집행 등 檢察廳法이 정하고 있는 검사의 권한을 행사하도록 하는 것이 있다. 이것은 상시적인 조직이므로 부분적으로 검찰기능의 이원화를 추구하는 것이라고 볼 수 있다.⁵⁴⁾ 미합중국에서도 처음에 특별검사제도가 논의될 때에는 상설

53) 1996년 12월 5일 국회에 제안된 「腐敗防止法案」(議案番號: 386)은 당시 야당이던 국회의 소속의 국회의원 柳在乾, 李海瓚, 趙舜衡, 李協, 李錫玄, 朴燦柱, 千正培, 金民錫 외 71인이 제출하였다.

기관으로서의 특별검사가 제안되었다. 이 법안의 취지는 검찰기능의 부분적인 이원화에 의해서만 우리 사회의 고위공직자의 부패를 처리할 수 있다고 본 것이다. 이러한 것은 시민단체인 '참여연대'의 '맑은 사회 만들기 본부 정책사업단'에서 마련한 「腐敗防止法案」의 내용과 기본적으로 같다. 여기서도 상설기구로 '고위공직자비리조사처'를 설치하고 특별검사를 두고 있다. 다만 특별검사의 임명에 있어 대법원장의 추천과 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하게 하도록 정하고 있는 점에서 국회에 발의된 위의 법률안과 약간의 차이를 보이고 있다.⁵⁴⁾

아무튼 특별검사를 비상설기구로 하는 경우에 한시법으로 정할 필요는 없다. 더구나 1999년 특별검사법과 같이 특정 사건을 처리하는 형태의 법률을 만들어서는 안되고, 이미 여러 차례 국회에서 제출된 법률안과 같이 일반적인 특별검사를 두는 법률을 제정해야 한다. 이런 점에서 1999년 특별검사법을 획기적으로 고치는 작업이 필요하다.

V. 結論

이상에서 1999년 특별검사법에 대한 검토를 하였다. 이 법률은 처음부터 특별검사제도를 제대로 만들기 위한 것이 아니라 위 두 사건에 대한 검찰의 처리에 대해 국민들의 비판이 거세지고 급기야 김대중정부의 존립까지 위태로워지는 수준으로 치닫자 이를 무마하기 위하여 만들어진 것이다. 그래서 위에서 본 것처럼 특별검사의 기능과 범위에 합당하지 않은 규정이 많이 있다.

그간에 특별검사제도를 놓고 반대하는 견해는 헌법에 위반된다고 하거나 변호사들이 수사능력이 부족하다고 하거나 또는 천문학적인 비용이 든다고 하면서 이 제도를 貶下하고 국민을 호도하기도 하였다. 위 두 사건에서 보았듯이 검찰이 밝히지 않은 의혹이 있는 부분에 대해 상당부분 밝혀내었다. 재야 변호사들이 특별검사를 맡았으나 수사능력에서 문제가 있다고 지적된 것은 거의 없다. 특히 수사 비용을 보면, 옷로비사건팀에 배정된 예산은 819,920,000원이었으나 실제 지출액은 그 절반정도인 414,377,130원으로 밝혀졌고, 파업유도사건팀은 배정된 8억원의 예산중 390,000,000만원만 사용하고 나머지를 국고에 반납하였다고 한다.⁵⁶⁾ 이러한 경험은 특별검사제도를 이제 제대로 만들어도 된다고 하는 것을 확인한 중요한

54) 홍준형도 특별검사제도의 형태로 한시적인 형태와 상시적인 형태를 선택적으로 제시하고 있다. 홍준형(註 6), 163쪽 이하, 166쪽 참조.

55) 이 법안의 전문에 관해서는 참여민주사회시민연대/한겨레신문사(註 6), 60쪽 이하를 보기 바람.

56) 박연철(註 2), 9쪽.

것이다.

국가의 제도가 만들어지는 현실적 바탕을 보면 제도는 때로 권력투쟁의 장에서 창출되기도 하고 정치세력간의 경쟁이나 타협으로 이루어지기도 하지만, 立憲主義國家에서는 기본적으로 국가권력은 제도화되어 헌법과 법원리에 합치되게 작동하여야 한다. 특별검사제도를 발전시키고 이들 제대로 법제화하는 데는 이런 시각을 가지고 접근하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 위에서 살펴본 문제점을 해결하는데 가장 합당한 길을 찾아내고 우리 헌법이 규정하고 있는 헌법적 가치와 헌법질서에 부합하는 제도로 발전시켜야 한다. 특별검사제도를 입법화하는데는 이 제도가 가지는 헌법정책적인 면과 헌법원리적인 면이 그래서 중요하다.

어떤 나라에서 정치권의 부패와 공적 영역내의 부정과 부패를 척결하는 시스템을 어떻게 만들고 어떻게 가동할 것인가 하는 것은 나라마다 차이가 있을 수 있다.⁵⁷⁾ 그 나라의 국민의 수준, 정치 환경(국회와 행정부간의 통제, 언론의 통제 역할, 시민들의 국가 감시활동 등), 국가 활동의 투명성의 보장(부정부패를 방지하기 위한 각종의 제도적 장치의 보장, 국가정보의 공개, 국민의 알권리의 보장 등) 정도, 정규적인 제도(예컨대 경찰, 검찰)의 작동 정도, 권력통제 메커니즘의 충실도 등에 따라 차이가 있을 수 있다. 이러한 점을 고려할 때에도 우리 나라에서 특별검사제도는 고위공직자의 형사 처벌에 있어서 정당성과 적합성을 가지는 것으로 필요하다고 할 것이다.

57) Cass R. Sunstein, "Bad Incentives and Bad Institutions," *The Georgetown Law Journal*, Vol. 86: No. 6(July 1998), 2282쪽 참조.

<Abstract>

The Special Prosecutor Act of 1999 and Its Problems

Jong-sup Chong*

I introduced the Special Prosecutor System of the U.S. and suggested my opinion that this system is very useful and effective in the democratization of Korea. The Special Prosecutor Act was enacted at the beginning of 1999. However, it was limited to investigating just two cases: political corruption involving the Chief prosecutor and a senior prosecutor's role in forcing a strike by a labor union. This Act lasted for only 6 months.

The aim of this article is to review the problems of this Act and suggest some ideas for improving the effectiveness of the Special Prosecutor System in Korea.

The Special Prosecutor System is helpful in solving conflicts of interest, keeping investigation and prosecution independent from political influence in prosecuting higher officers, controlling the exercise of power effectively and carrying out impeachment. The 1999 Special Prosecutor Act has several problems. The object of the investigation is limited to the above two cases. The special prosecutor is appointed by the President. The jurisdiction of the prosecutor is limited. The release of investigative process is prohibited. The investigation duration and transition is restricted to six months, which is not sufficient for the special prosecutor to be effective. Against the non-cooperation of the agency that coordinates and supports the investigation, the use of force is option. An ordinary prosecutor can participate in the special prosecutor's investigation.

We need to discuss and solve the above problems. In my opinion, the American Special Prosecutor System will be useful in the development of the Korean system. My suggestions for solving these problems are based on a comparison with the U.S. system.

* Assistant Professor of Law, Seoul National University