

검찰개혁* : 체계이론적 분석과 제안

신동일**

국 | 문 | 요 | 약

검찰개혁에 대한 논의는 매년 정치적 환경이 바뀔 때마다 제기된다. 그럼에도 불구하고 형사법 학자나 일반 시민들이 느끼는 변화는 아직 충분하지 못한 걸로 생각한다. 개혁을 위한 전략은 항상 유사하다. 인사관리와 조직 구조 변화를 중심으로 지루하고 효과도 보장되지 않는 시도가 있었다. 검찰개혁을 인적인 변화 중심이 아니라 좀 더 법체계 지향적으로 추진해 보면 어떨까 하는 생각에 이 글을 쓰게 되었다. 독일 사회학자 니콜라스 루만은 주류 사회학에서는 크게 환영 받지 못했지만, 법학의 입장에서 보면 법체계의 자율적 조정기능을 이론의 중심에 두고 있다는 측면에서 새로운 분석방식으로 주목할 만하다. 특히 정치와 법의 관계에 대해 오랫동안 고민한 형사사법에서는 이해 주체간 긴장관계를 벗어나서 검찰조직과 법체계의 객관적 현실을 파악할 기회를 제공할 수도 있다. 이 글은 현재의 법률주의 원리를 통해 법체계적 구조 안에서 가능한 변화만으로도 가능한 개혁 방식을 제시해 본다.

❖ 주제어 : 검찰개혁, 소추주의, 영장주의, 기소독점권, 비인격적 제도모델, 체계이론, 자율적 조정기능

* 이 글은 2017년 7월 말 한국형사정책연구원 검찰개혁 소모임에서 발표한 내용을 추가 정리한 것이다. 토론에 참여하여 많은 도움을 주신 한국형사정책연구원 강석구 실장님, 조선대학교 이원상 교수님, 올해 한국형사정책연구원에서 한경대 법학과로 자리를 옮기신 임석순 교수님, 그리고 당시 파견 중이었던 안미영 부장검사님께 감사의 말씀을 드린다.

** 국립한경대학교 법학과 교수

I. 상황

새로운 정부가 구성되면 국정원, 검찰, 경찰과 같은 사정기관에 대한 개혁요구가 있다. 기억해 보면 4.19 운동 이후와 5.16 쿠데타, 1980년 군부 정권, 1987년 민주화, 그리고 최근에는 1990년대 사법개혁위원회와 2004-5년 사법개혁위원회의 활동 등을 떠올릴 수 있다. 검찰 개혁이 화두인 이유는 검찰이 소위 권력기관이기 때문이다.¹⁾ 검찰개혁에 대한 시민들의 생각은 순수하다. 정치적으로 독립된 검찰에 대한 기대이다. 두 기대의 차이는 쉽게 사라지지 못한다. 그동안 수차례 진행된 검찰 개혁은 획기적인 성과는 없다. 과거 참여정부 인수위원회는 다음과 같은 검찰개혁 ‘로드맵’을 발표한다. 검찰인사 공정성 확보, 권력형 비리를 수사하는 고위공직자비리 조사처 설치, 검사동일체 원칙 조정, 재정신청 대상범위 확대, 경찰의 수사권 확대, 공안부 폐지, 부정부패 사범에 대한 공소시효 폐지 등이다. 2018년 1월 14일 발표된 검찰을 비롯한 국가권력기관 개혁을 위한 기본안은 검찰과 관련하여 기존의 개혁안들과 유사한 유형으로 보인다. 사법제도 전반에 대한 개선과 변화는 일정 부분 이루어졌다. 국민 참여재판 제도나 로스쿨 제도 등은 점차 성과를 보여주고 있다. 유독 검찰제도가 시민들의 바람과 달리 더디게 진행되는 이유는 무엇인지 분명하지 않다. 해묵은 논쟁이지만 검찰과 경찰의 수사권 배분도 유난히 논의만 무성하고 진전이 없는 주제이다. 이러한 소모적 논쟁은 앞으로도 지속될 것 같다.

어떤 기관의 개혁을 원하는 사람은 자기 이익을 버리고 시작해야 한다. 자신에게 유리한 제도를 유지하면서 그 인적 구성만 바꾸기는 쉽다. 그러나 인적 요인에 의존하는 개혁 모델은 비효율적이고 실패할 확률도 높다. 반면에 역사적으로 체제구조 안에서도 가능한 변화를 통해 원하는 목적을 이룬 경우도 있다.²⁾ 체계가 바뀌면서

1) 검찰개혁에 대한 비판정치적 논의는 문재인/김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다. 무소불위의 권력 검찰의 본질을 비판하다, 오월의 봄 2011. 이 책에서 저자들은 검찰을 견제장치가 없는 반시민적인 기구로 전제하는 듯 하다.

2) Crane Brinton, *Anatomy of Revolution*, 1938 reprinted 1965 Vintage.는 미국, 프랑스, 소비에트 혁명을 분석하면서 실제로 혁명의 근거가 무엇인가를 밝히고 있다. 이 책에서 저자는 추상적으로 생각되던 혁명의 조건과 전개, 그리고 성공요인을 구체적 준거들에서 설명한다. 요컨대 그에 따르면 세 개의 혁명은 각기 다른 환경을 가지고 있지만 공통점은 독재의 공포로부터 벗어나려는 의식(24)을 공유하고, 지배 계층의 비도덕적인 상황이 시민들에게 표현되어야 하며(65 이하), 혁명을 통해

지속적이고 유효한 변화를 확립한다. 인적 기능은 체계 내에서 가능한 제한되어야 한다. 체계 자체의 효과는 금방 나타나지 않고 오래 걸린다. 현실적으로 헌법 제12조 제3항의 검사에 의한 영장청구권 같이 최상위 규범인 헌법이 관련되어 있는 경우는 제도 변화가 쉽지 않다. 국회에서 정치적 협상이 시작되어야 하고, 그에 따라 전체 규칙과 환경이 변경되어야 한다. 이 과정은 국회 정치 지형상 또 다시 인적 요소에 의존해야 한다. 현실적으로 전망이 불투명하다.³⁾

여기서 조금 다른 시도를 해볼 수 있다.⁴⁾ 우리는 검찰제도에 대해서 고정적인 인식을 가지고 있다. 검찰개혁 논의의 역사를 보면 사법제도와 규칙, 그리고 개혁의 관계성은 진지하게 검토되지 않았다. 예를 들어 헌법 제12조 제3항은 검찰에게 영장청구권을 독점적으로 부여한다. 이 경우 공판전 형사소추의 개시와 종료를 검찰에게 의존할 수밖에 없다. 이를 수사지휘권 독점으로 해석하기는 어렵지만 형사소송법 제246조에서 소추의 주체를 검사로 제한하고 있어서 그 독점적 지위에 대해 이견을 갖기 어려운데 사실이다. 헌법 제12조는 “규칙 고정을 위한 메타규범”으로 기능한다. 필자에게 헌법이 검찰 수사지휘권과 영장청구권 독점을 규범으로 둔 이유를 분명하지 않다. 그러나 비교법적으로 볼 때 현재 검찰제도는 이질적이다. 일부 견해처럼 지나치게 권력적이나 권위적이기 보다는 현재 법체제와 맞지 않는 구조가 문제이다. 그 이유는 근대 법체제는 객관적이고 비인격적인 제도를 모델로 하고 있

어떤 희망이 제시되어야 한다.(250 이하) 그 이외에도 대립적 권력관계(140 이하)나, 직전의 전쟁이나 투쟁 상태로 인하여 시민들이 폭력에 친밀할 것(154 이하) 등이 요구된다. 요컨대 변화란 이전의 부당한 현상을 정상적으로 변화시키는 두 개의 결합된 사건이 아니라, 기준에 안 맞는 어떤 상태를 그 기준(률)에 일치시킬 때 효과가 있는 것처럼 보인다.

- 3) 검찰개혁에 대한 대부분의 정책적 아젠다들은 개별 모듈 내에서만 해결책을 찾고자 한다. 예를 들면 김희수·서보학·오창익·하태훈, 검찰공화국 대한민국, 2011, 247 이하는 개혁의 수단으로 법무부의 탈검찰화, 법무부 장관의 수사지휘권 폐지, 사법통제와 시민감시 강화, 검찰삼급제 재고, 고등검찰청 폐지 등을 제안한다. 그러나 이와 같은 내부적 조정은 한계가 있다.
- 4) 검찰개혁의 하부 테마들은 주로 검찰 중립성, 정치적 독립, 법무부와의 구분, 검찰총장 임기 보장, 경찰과 수사권 조정, 공수처 설치 등이다. 이러한 테마들이 중요할 수 있지만, 여기서는 제외한다. 내 생각에 막스 베버의 근대적 합리성 모델은 결정적인 흠결이 있다. 본인도 인정하듯이 부르조아 인식 모델인데다 지금의 기술사회와 맞지 않는 요소도 있다. 현대적 인지 모델에서 볼 때 베버의 합리성이란 존재적-형이상학이다. 인지이론에서 합리성이란 어떤 ‘현상적 상태’(phenomenal status) 이지 교육 등으로 도달할 “이념태”(Idealtypus)가 아니다. 뒤에서 설명하겠지만 현대적 의미에서 검찰개혁이란 정치적 행동이 아니라 규범 적응의 훈련 문제일 수 있다.

음에도 불구하고, 검찰 개혁은 여전히 인적 요인에 기대를 걸고 제안된다. 근대 법 이론에서 인적 요인은 법체계에서 중심이 아니다. 게다가 현대 법이론은 체계가 인적 요인과 관계없이 기능할 수 있도록 하는 목표를 제안한 바 있다.(법률주의와 체계이론)

이하에서는 근대사에서 검찰제도를 간략하게 살펴보고, 그 제도가 어떤 사회적 필요에 따라 설계되었는가를 설명할 것이다. 그리고 현재 우리 형사법 규범과 규칙 연결망에서 검찰관련 규칙들은 어떻게 이질적으로 구성되고 있는지를 살펴볼 것이다. 이 분석을 토대로 소위 고위공직자수사처를 포함한 일련의 검찰개혁 논의가 실제로 효과가 별로 없을 수 있는 이유를 설명하기로 한다. 그리고 체계이론에 따라 각 규칙들이 지시하는 역학에 따를 때 전체 규범맥락에 일치하는 검찰 모델은 어떤 것이 있는지도 제시해보도록 한다. 아래에서는 개혁을 위해 고려할 수 있는 몇 가지 제안(이탈릭체)을 하기로 한다.

II. 종적-제도사적 설명

1. 소추의 유래와 역할

문헌으로 추적할 수 있는 전문 법관제도의 기원은 약 600여년의 역사를 가지고 있다.⁵⁾ 근대적 형태의 직업 법관은 교황청에서 1492년 레콘키스타(Reconquista) 이후 종교적 이단자를 색출하기 위해 파견한 종교재판관(the Holy Officer)을 그 원형으로 추정할 수 있다. 로마 시대 이후 성직자나 세습 귀족들이 독점하던 법관직이 전문화된다. 이를 위해 11세기 전문 법학교육이 시작된다. 전통 법학교육은 주로 일상언어적 진술을 전문 진술체계로 변화시키는 것에 중점을 두었다. 수사학과 논리학, 산술학 등이 기본적으로 교육된다. 언어를 명제화하여 연산식으로 훈련시키는

5) 검찰제도의 훨씬 오래된 유래를 찾는 것은 불가능하지는 않다. 이미 로마 제정기에 들어서면 사인 소추원칙이 제한되어 국가 소추를 시행하기 때문이다. 이 글에서 중세시대로 유래를 정한 이유는 고대시대의 문헌들이 가진 추상성과 그 시대를 분명히 사유할 수 있는 부수적 자료들의 한계 때문이다.

전문교육은 근대적 법학에도 아직 영향을 미치고 있다. 중세 교육프로그램에서 볼 때 법학은 사실의 발견에 관련되는 게 아니라 사실의 설명과 이해 기술에 집중하는 특징을 가지고 있다. 법학의 수사학(rhetorics)은 사태를 일상 언어적으로 발견하는 모델이 아니라 일상 언어로 지각된 기억을 미리 제시된 규칙에 따른 서술적 언어(전문 언어)로 재구성하는 훈련을 하는 모델이다. 첫 번째 제안: *검찰은 사건을 수사(investigation) 하는 기관이 아니라 수사의 원인(일상 언어적 현상)을 규범적으로 평가(전문 언어적 서술)하는 기관이다.*

중세시대 직업 법관과 전문 법관은 일치하지 않는다. 유럽에서 직업 법관은 18세기에 등장한다. 통상 법률전문가는 지금처럼 월급이나 정기적 급여를 받는 직업군이 아니었다. 중세 법관은 주로 성직자(Chancellor) 일부가 담당하는 경우가 많았다. 지금까지 그 흔적은 잉글랜드와 웨일즈 등 유럽법에 남아 있다. 2005년 영국의 사법개혁 이전에는 대법원은 상원에 속했으며, 상원의원 중 법률직 상원(Law Lords)와 종교직 상원(Lord Spirit)이 대법관 역할을 했다. 잘 알려졌듯이 근대적 검찰제도는 백년전쟁이 지속되던 14세기 프랑스에서 시작한다. “왕의 변호인 제도”(parquet du procureur du roi)가 그 출발점이다. 당시 정치적인 혼란을 이유로 왕에게 직접 소송을 제기하는 경우가 빈번하였다. 검찰의 기원은 왕을 대리하는 변호인을 상설 기구화한 조직으로 알려진다.⁶⁾ 여기서 주목한 사항은 프랑스의 검찰제도는 이 때부터 공적 소추제도로 발전한다. 이 제도는 독일로 넘어가서 국가 소추주의로 변한다.⁷⁾ 공공 또는 국가 소추주의란 국가를 대리하는 변호인(검사)이 소송을 주도적으로 제기하는 제도를 말한다. 반면에 사인 소추주의는 더 오래되고 뿌리가 깊은 제도이다. 범죄 피해자가 직접 법원에 소추하는 이 제도는 일부 국가의 피해자 소추제

6) 더 상세한 연구는 이준보·이완규, 검찰청법. 한국 검찰과 대한민국 검찰을 말한다, 박영사 2017, 30 이하. 1791년 법률(Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'institution des jurés)에 따른 공소관 제도가 그 원형이다.

7) Ernst S. Carsten/Erardo C. Rautenberg, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 3. Aufl., Nomos 2015, 57 이하는 이 가정을 매우 상세하게 설명한다. 유럽 검찰조직의 현실적 시작은 결국 나폴레옹 법전(특히 CIC, code d'instruction criminelle)의 확대 영향으로 볼 수 있다. 이 제도에 대해서 당연히 많은 반대도 있었다. 주요 반대론자는 미터마이어(Mittermeier) 등이었으나 1843년 뷔템베르크 주에 최초로 검찰제도가 도입된 후 1846년 프로이센, 그리고 1848년 독일혁명을 기회로 모든 지역으로 확대되었다.

도⁸⁾나 대부분의 민사소송제도, 친고죄 같은 흔적으로 남아 있다.

2. 사인 소추 제도

영국은 1066년 노르만의 침공 이후 봉건제도가 확립되었다. 모든 토지는 왕에게 귀속되고, 영주들은 토지를 분배받고, 지역을 지배하기 위해 사법권을 위임받는다. 이후에는 지역의 평화를 유지하기 위하여 집행관리(sheriff)를 임명하기 시작했다. 이 제도는 로마의 호민관(tribunus plebis)을 모방한 제도로 알려져 있다. 제도적으로 지역 집행관리와 달리 국왕의 법과 명령을 집행하기 위하여 전국을 순회하는 왕립관리(Royal official, Justice)가 있다. 헨리 1세부터 지역관리는 제1심을 왕립관리들은 항소사건을 담당하기 시작하였다. 영국 공공소추 제도는 1195년부터 제도화된 대배심의 일부 기능이 발전한 것으로 볼 수 있다.⁹⁾ 대배심은 23명의 지역인으로 구성되어 기소장을 심사하는 일종의 위원회였다. 대배심은 왕립관리들이 공적으로 다룰만하다고 제기한 사건에 대해 심사하여 기소를 결정한다. 이를 토대로 왕립 기소관(Crown prosecutor)은 사건을 12명으로 구성된 소배심(petty jury)에게 설명하고 소배심은 심의를 통해 유무죄를 결정한다. 기소관은 사무적인 역할만 하고, 대배심이 실질적인 공적 기소를 담당한다. 당시 대배심과 별도로 공적 기소만을 담당하는 집행관(Crown law officer)이 있었는데, 이들의 기소사건은 시민들에게 비밀로 하고 후에 악명높던 성실법원(Star Chamber 1422-1641)에서 직접 다루게 하는 경우도 있었다.¹⁰⁾

8) 독일 형법은 원칙적으로는 국가 소추주의지만 모욕죄, 주거침입죄, 비밀침해죄 등은 피해자 개인 소추를 인정한다. 현실적으로 기소 준비과정의 복잡성이나 비용 등의 문제로 인하여 많은 이용은 없다. 독일 형사소송법 제395조, 제374조 등이 그 예이다. 이 제도는 1877년 독일 프로이센 형법은 모욕죄와 상해죄에 친고죄 규정을 두고 있었으나, 1921년 개정을 통해 주거침입, 협박, 상해, 수뢰 내지 중죄죄 등에 사인소추를 확대해서 현재에 이른다. 이 경우 검사는 수사와 기소를 독점하지 않고 위임받은 변호사가 대리한다. 이는 피해자가 형사소송에 참가만 하는 공소참가(Nebenklage)와는 다르다.

9) P.Stenning. *Appearing for the Crown*, Brown Legal Publications 1986, 15.

10) 신동일, 형사 소추구조와 증거법칙. 적정절차화를 위한 제언, 형사정책연구 제28권 제4호(2017), 6 이하. 더 상세한 내용은 C.Corns, *Public Prosecutions in Australia. Law, Policy and Practice*, Law Book C. 2014, 53 이하.

영국은 개인이 형사소송의 전체 과정을 직접 수행하는 제도를 최근까지 유지하고 있다. 민사재판과 유사하게 직접 기소하여 법정대리인을 통해 형사소송을 하는 구조이다.¹¹⁾ 그런 이유로 사인 소추를 유지하는 일부 법제도는 형사증거법상 입증책임 부담이 우리와 다르다. 영국법에서 “모든 증거를 입증하는 부담은 이를 주장하는 사람에게 있다.”(Forster’s Crown Law 1762)라는 원칙은 지금까지 형사재판에서도 일부 유지되고 있다.¹²⁾ 증거법의 형식은 그 제도가 속한 형사재판의 특성에 따라 정책적으로 결정될 수 있다. 존재적인 것은 아니다. 1848년 Indictable Offences Act와 Justices Protection Act에 따라 대배심은 폐지되고 공적 기소를 위한 법원인 Magistrate’s Court를 설치하여 공적 기소를 담당한다. 이를 현재의 예심절차 담당 법원으로 볼 수 있다.¹³⁾ 영국의 역사에서 공공 기소는 17세기까지 개인이 제기하여 대배심이 기소를 결정하는 경우 이외에는 일반적인 제도 형태로 보기 어렵다. 1829년 처음으로 설치된 경찰국(Metropolitan Police Force)은 주로 런던이나 인근의 거리를 순찰하고, 경미범죄를 발견하면 벌금을 부과하는 기능을 했다. 산업혁명기를 거치면서 도시가 비대해지면서 다양한 범죄현상이 증가하고, 그에 따라 경찰국의 범죄예방에 대한 기대도 커지면서 전문적인 범죄처리가 필요해졌다.¹⁴⁾ 기소를 전담 기관의 아이디어는 벤담(Jeremy Bentham 1748-1832)에게서도 찾을 수 있다.¹⁵⁾ 이를 위해서 1879년 조직된 것이 공적소송대리인 제도(Director of Public Prosecutions)이다.¹⁶⁾ 이와 함께 증거원칙도 변화된다. 역사적으로 영국 형사법 영

11) Gwladys Gillieron, Public Prosecutors in the United States and Europe. A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany, Springer 2013, 40 이하. 영국법상 사인 소추제도에 대한 더 자세한 연구로는 John H. Langbein, The origin of public prosecution at common law, Am.J.Leg.Hist 17: 313-335.

12) 예를 들어 우리나라와 같이 명예훼손은 피고인이 진술한 사실이 진실과 부합한다는 입증 책임이 있다. David Irving v. Penguinbooks and Deborah Lipstadt 2000 EWHC QB 115.

13) D. Hay/F. Snyder(ed.), Policing and Prosecution in Britain 1750-1850, Oxford University Press 1989, 18 이하.

14) 자세한 내용은 D. Taylor, Crime, Police, and Punishment in England, 1750-1914, Basingstoke, 1998.

15) Draught of a new plan for the organisation of the judicial establishment in France: proposed as a succedaneum to the draught presented, for the same purpose, by the Committee of Constitution, to the National Assembly, December 1789, Gale ECCO 2010.

16) 이 제도는 소송수행을 위한 기관이고 실질적인 검찰기구가 아니다. 1990년 법률로 상설기구화하면

역에서 고소자인 국가에게 입증을 부담시킨 판결은 “Woolmington v DPP”(1935)이다. 이 사건에서 샌키 대법관은 유명한 “금문물”(the Golden Thread)¹⁷⁾을 주장하면서 “피고인에게에는 무죄일 권리가 있다”라고 하여 입증책임을 기소자(형사범인 경우 국가)에게 전환하고, 이로 인해 영국 형사소송에서 검찰조직은 범죄사실에 대한 증명책임을 부담하게 되었으며, 무죄추정 원칙을 확실히 인정하는 계기를 만들었다.¹⁸⁾ 1986년 전 영국은 기소자가 없는 범죄사실에 대해 1829년부터 시작된 경찰이 기소를 담당했다.¹⁹⁾ 사인 소추제도의 문제점이 생길 때마다 대륙법의 공공 소추

서 우리의 검찰조직과 같이 정비된다. 다만, 아직도 영국법과 커먼웰스 공동체의 검찰은 공수유지만 주로 담당한다. 이와 별도로 하급법원(magistrate)에서 기소는 경찰 검사(실제로 경찰이며 police prosecutor)가 맡는다. 예전 우리 경범죄기소를 경찰서장이 하던 것과 유사하다.

- 17) “Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to... the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner... the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.”(강조는 필자, 이 내용은 1215년 마그나 카르타에도 규정되어 있다.)
- 18) 이진국/도종진, 무죄추정원칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2005, 13, 또는 제3장 참조.
- 19) 조선시대까지의 우리나라 소송은 사인 소추 제도였다. 이에 대하여는 한상권, 조선시대 소송과 외지부, 1560년 경주부 결송 입안 분석, 역사와 현실 통권 제69호(2001), 255-292; 민소의 활성화와 민본정치, 역사비평 제37권(1997), 375-381.; 공죄와 사죄, 법사학연구 제53권(2016), 7-37 등 참조. 간략한 내용은 류승훈, 조선의 법이야기, 예당 2010, 74 이하. 조선시대는 법률과 재판제도는 발달했으나, 직업적인 법관이 없었기 때문에 주로 중앙 파견 관료들이 재판을 담당했다. 일반적 재판인 송사(訟事)와 일부 형사범죄를 다루는 옥사(獄事)가 구분되고 송사는 다시 민사사건인 사송(詞訟)과 형사적 처벌을 바라는 옥송(獄訟)으로 구분되었다. 현대의 검찰제도는 없었으나, 외지부(外知部)라는 변호인 제도는 있었다. 이는 고려시대 노비관리 관청인 도관지부(都官知部)에서 유래되었다고 한다. 즉 민간 변호인을 의미한다. 이념적으로 평화로운 사회를 지향한 조선은 소송을 통한 문제해결을 일종의 해악으로 규정했으며, 의도적으로 사건을 만들어 소송하는 행위를 금지하기도 했다. 실제로 1478년 성종은 외지부 활동을 금지시키고 적발된 외지부들은 가족까지 추방하는 처벌을 내리기도 했다. 우리나라의 경우 1895년 재판소구성법에 따라 검찰제도가 도입되기는 했으나, 합병 후 1907년 정미 7조약에 의해 일본에 의해 강제로 개정된 후 1910년 조선총독부 재판소령에 의거 식민지 지배를 위한 일본식 법관제도와 검찰제도가 강제된다. 해방 후 1948년 정부조직법에 따라 검찰사무를 법무부 직제에 두고 같은 해 검찰청법을 제정하여 현재에 이른다. 변호사라는 용어는 메이지유신 이후 일본이 프랑스어 *avocat*를 번역하면서 처음엔 대언인(代言人)이란 말을 쓰기 시작했고, 특별히 형사범죄인을 변호하는 이를 변호관(辯護官)이라고 불렀다고 한다. 이들은 정식 관리가 아니었기 때문에 ~官이라는 명칭이 부적합하여 나중에 변호사(辯護士)로 바뀐다. 김효전, 대한제국의 변호사제도, 근대 한국의 법제와 법학, 대한변호사협회 2005, 84

제도 도입의 필요성이 제기되기도 했다.

이와 비교하여 독일의 경우는 1877년 독일 제국형사소송법(Reichsstrafprozeßordnung)을 통해 검찰의 공적 기소를 제도화한다. 당시 독일 내에서도 프랑스 제도를 따를 것인가에 대한 논쟁도 있었다.²⁰⁾ 독일의 중요 논의는 기소권을 검찰에 독점시키는 것은 정치적 위험성을 초래할 것이라는 것과 검찰의 - 수사권이 아닌 - 기소권을 인정할 경우 그 통제방식은 일반 행정법의 원리에 따라야 하므로 비효율적이라는 내용이다. 왜냐하면 행정법적 규제란 행위가 있고 난 후 사후에 청원을 통해 사법적 심사를 통해 이루어지므로 시간이 오래 걸리고, 검찰 기소권을 통제하는 방식도 행정심판 또는 행정소송의 방법 이외에는 별로 수단이 없기 때문이다.²¹⁾ 사법부(법관)에 의한 검찰 통제의 근거는 1879년 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz, GVG)으로 규정된다. 요컨대 공공기소란 검찰제도와 실질적으로는 관련이 없다. 근대적 소추 모델에서 판단할 때 수사권의 통제와 입증방식의 합리화는 시민사회로 이행되는 일반 제도적 특징으로 보인다. 여기서 검찰제도란 일종의 피해자를 위한 소추대행 서비스의 일종일 뿐이다. 그 이념의 변화는 영장제도에서도 발견된다.

이하. 변호인은 근대 이전에는 중인 계급이다. 조선시대에 법적용 기술은 천대했으나 이론으로서 법학은 성균관의 기본과목으로 관리의 기본소양이다.

20) Rüdger Koewins, Die Rechtswirklichkeit der Privatklage, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung Bd. 34. Duncker & Humblot 1974, 17 이하.

21) 이와 별도로 우리 형사법체계에서는 잘 구분되지 않는 경죄와 중죄 구별의 전통도 감안해야 한다. 전통 유럽의 형사법체계는 경죄(일부 질서위반행위 포함)의 경우 행정형법(Verwaltungsstrafrecht)로 다루고 중죄의 경우만 형법과 형사소송법의 적용대상이다. 공적 기소는 중죄의 경우에 해당하므로 경죄에서는 별도의 제도가 적용된다. 경찰 조직도 행정경찰과 사법경찰로 나뉜다. 행정경찰의 업무에는 검찰이 개입할 여지가 거의 없다. 검찰이 경죄를 기소하는 경우는 예외적이다. 우리나라의 경우는 모든 범죄를 검찰기소권에 포함시키기 때문에 소위 장 발장(Jean Valjean) 사건도 검사의 지휘를 받아 처리해야 하는 병목 현상이 생긴다. 빅토 위고의 레 미제라블(Les Misérables)에서 장 발장을 쫓는 자베르(Javert)는 직위가 교도관 출신 일등수사관(inspecteur de première classe)였다.

3. 영장제도

영장(the writ)은 영국식 봉건제도에서 유래를 발견할 수 있다. 1066년 프랑스(노르망)계 지배자들은 덴마크 지배를 벗어난 켈트족을 통치하기 위한 수단으로 봉건 제도를 도입한다. 세습 장원으로 구성되는 집단들은 영주에게 통치권을 배분한다. 통치령에는 사법제도도 포함되고²²⁾, 여기서 왕의 명령서가 중세적 영장의 확인 가능한 기원이다.²³⁾ 봉건 영주는 장원을 통치하기 위하여 직접 왕에게 일정 금액을 지불하고 영장을 발급받았다. 이후는 왕을 대리하는 종교직 귀족인 Chancellor에게 영장 발급 사무가 이전된다.²⁴⁾ 1105년 경 실제 발급된 영장은 다음과 같다.

Henry, King of England, to Nigel of Oilly and William Sheriff of Oxford

Greeting: I command you that you do full of right to Abbot of Abingdon concerning his sluice which the men of Shanton broke, and so that I hear no more complaint thereof for defect of right, and this under penalty of ten pounds. Witness Ralph the Chancellor, at Westminster(c. 1105 A.D.)

초기 영장은 지금처럼 구속 또는 압수 명령 등 형사법적 조치와 관계가 없다. 구체적 내용이 아니라 추상적이고 관련된 사무의 일반 위임이었다. 처리내용은 특정되어 이를 위반할 수 없다. 이 사무가 근대로 오면서 사인 소추의 경우는 특정 행위 지시(소환, 구인장 등)로, 그리고 국가 소추의 경우 문서적 제한 명령 형식인 영장제도로 진화하였다. 여기서 두 번째 제안: *검찰제도와 영장제도는 관련성이 약하다.*²⁵⁾ 영장은 국가의 행정행위를 명확하게 만들기 위한 제도이다. 국가의 행정행위를 수행하는

22) 세습 귀족들이 정립되는 중세 이후는 일정 귀족 계급(주로 Earl)부터 왕의 대리 사법권이 인정된다.

23) 중세 영어에서 writ는 문서를 말한다. 지금의 의미로 보면 판결문에 가깝다. The writ of certirari (document of certified)의 의미이다.

24) Zweigert/Köhlz, An Introduction to Comparative Law, 3.ed., Claredon Press 1998, 184.

25) 헌법 제12조 제3항을 검사의 영장청구권 독점을 당연 해석 관계로 볼 수는 없다. 다른 법제도에서 영장청구는 경찰, 검찰, 특수 기관, 법원, 심지어 개인에 까지 다양하다. 즉 헌법 제12조 제3항의 효력범위를 제정하는 것은 언제나 가능하다. 형식논리적 변경은 형법 체계내적 일반 형사범의 경우 검찰의 영장청구 독점권을 규정하며, 헌법 자체를 위협하는 소위 공화국 범죄의 경우는 예외로 할 수 있다. 이는 헌법 제65조와 제84조에도 규정된다.

기관은 모두 이러한 제도와 유사한 양식을 준수한다. 이는 로마법의 전통에서 비롯되는 중세의 서면주의 원칙(*consuetudo in scriptis redacta*)에 기인한 일종의 공법상 문화이다. 어떤 존재적 권한이 아니다. 기능적으로 볼 때 영장은 직접 강제적 행위(수사)를 담당하는 기관이 청구해야 합리적이다. 그리고 영장 발부권을 법원에만 부여할 것인가는 행정행위의 성격에 따라 판단해야 한다. 예를 들어 현직 법관이 관여된 부정부패 사건의 수사에 법관들에게 영장을 발부받는 것은 상식적으로도 모순이다. 영장은 최종적 판결이 아니므로 사건의 성격에 따라 청구와 발부권한을 새롭게 지정하는 것이 타당하다. 현재 논의되는 고위공직자수사처가 성공하려면 수사처장이 영장청구와 발부까지 수행할 수 있어야 한다. 아래 다시 언급하겠지만 고위공직자의 부정부패같이 공화국 질서 자체를 파괴하는 비모듈적 행위²⁶⁾는 그에 맞는 강제집행을 설계구조에 넣어야 최소한 시스템 논리에 맞는다. 시민의 순수 규범 이탈행위와 정치인의 체계위협 행위는 반드시 구분해야 한다. 형법은 시민을 보호하지만 체계위협적 고위공직자나 정치인들은 보호대상이 아니다. 간혹 언론에 보도되는 반인륜적 학살범죄자나 나치스 협력과 같은 반공화국 범죄는 정형화된 형법 원칙의 적용 대상이 아니다. 그런 이유로 우리와 같은 검찰의 영장청구 독점권은 근거도 없고, 비논리적이다.²⁷⁾ 국가 소추주의나 사인 소추주의 모두 영장이 필요하다고 판단하면 그 청

26) 이 글에서 의미하는 모듈(module)은 하나의 기능을 작동하게 하는 독립적 절차나 과정을 말한다. 전제되는 것은 체계의 정상적 기능이다. 예컨대 영정청구권의 논의는 정상적인 형사절차가 작동하는 경우 모듈로 볼 수 있다. 그러나 부정부패와 같은 상황은 모듈 내에서는 처리될 수 없는 과정이다. 이를 위해 모듈 밖의 새로운 체계를 구성하는 것은 설계구조(structural design)의 문제이다. 간단히 설명하면 on/off 스위치는 모듈이지만 밝기를 조절하는 기능을 추가하는 경우 복수의 모듈의 결합, 즉 설계구조에 따른다. 이 개념은 인지이론가 Jerry Fodor, *The Modularity of Mind*, MIT Press 1983에서 사용된 이해 또는 진술집단의 분석방법이다.

27) 이 글의 심사위원 한 분이 이런 주장에 매우 민감한 반응을 제기하셨는데, 그 분이 반응을 위해 제시하신 문헌적 근거들은 대체로 반영하기 어려운 것들이었다. 자료들의 구성 시기도 정확하지 않고, 다른 나라의 제도에 오해도 있었다. 예를 들어 프랑스 형사소송법의 24시간 긴급구속(*garde à vue*)의 심의 권한은 법으로 구속 담당 판사(*juge des libertés et de la detention*)에게만 있으며, 제시하신 법률(제시한 제62조-3은 존재치도 없음)도 현행 법률이 아닌 듯하며 프랑스 현행법에 따르면 수사지휘가 사법경찰관, 검사, 예심판사의 순서로 구조화하여 예심판사가 없는 경우, 검사, 검사가 없는 경우 사법경찰관 순서로 시행되도록 한다. 검사가 수사주체인 경우는 예심판사의 명령에 따르거나 또는 경죄의 경우이다. 이 글 아래에서도 설명하듯이 중죄의 경우(우리나라 형법전의 범죄)는 예심판사가 수사권을 가진다.(제79조) 예외적인 경우는 경죄에서 검사가 예심판사에게 수사를 요청하는 경우이다. 제72조: “검사 및 예심판사가 동시에 현장에 있는 경우, 검사는 예심판사의 개시를 예심판사에게 요청할 수 있다. 현장에 있는 예심판사는 필요한 경우 제83조의 규정(이

구권한을 규정하면 된다. 예컨대 영장없는 체포나 구속 등은 인권침해 우려가 있다는 관념은 반대로 인권보호 업무자(국가기관)의 범죄사실 경우는 영장없는 체포나 구속이 가능해야 한다는 논리적 역(converse)을 만들 수 있다.

영장은 발급권한이 중요한 것이 아니라 그 권한을 어떻게 구조화할 것인가가 더 문제될 수 있다. 통상 권한 문제는 정치철학에서 논의되었다. 베버(Max Weber 1864-1920)의 권력지배 관계 설명에 따르면 카리스마적 권한에서 전통에 따른 권한으로, 그리고 중국에는 합리적-법적 권한으로 전환된다.²⁸⁾ 합리적-법적 권한을 고려할 때 헌법적 체계 내와 헌법 체계를 벗어나는 두 개의 공간이 생긴다. 행정행위에서 법규명령의 적법성을 위한 서면절차와 기준은 영장제도와 긴밀히 관련된다. 오늘날 영장제도는 정당한 형사소송 절차를 위한 서면원칙으로 이해되고 있다.

우리나라 형사소송법은 제정 초기에 검찰의 영장청구 독점을 인정하지 않았다.²⁹⁾ 그러던 중 경찰 영장청구로 인한 인신구속 남발과 70% 가량의 법원의 영장무효화율을 이유로 소위 사법적 통제가 시작되었다고 한다.³⁰⁾ 이러한 인식은 객관적이라고 보기 어렵다. 1961년 형사소송법 개정과 1962년 헌법 개정은 5.16 쿠데타로 정권을 잡은 군부가 당시의 정치상황을 변화시키기 위하여 경찰과 검찰을 정치 권력 기관으로 만든다.³¹⁾ 최근 공개된 외교문서에 따르면 이승만을 몰아내고 4.19 혁명

규정은 중한 사건의 경우 복수의 예심판사를 지정하는 규정)에도 불구하고 이를 수리한다.” 다른 지적들도 대체로 유사한 오해에 기인한 것으로 보인다.

28) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* 1922.

29) 제73조(영장의 발부) 피고인을 소환함에는 소환장을, 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다.(1962년 개정되어 폐지) 제81조에는 구속영장의 집행에 대한 규정인데 이에 따르면 제1항에 검사 지휘를 규정하고, 단서에 급속을 요하는 경우 수탁판사가 집행토록 한다. 제2항에는 예외적으로 법원사무관의 영장집행권을 규정하고 있다. 이 규정들은 모두 1962년 개정에서 사라졌다. 서보학, 검찰개혁, 수사 기소권 분리부터, 경향신문 2016.9.5일자 시론에는 제왕적 검찰조직의 탄생이 1954년 형사소송법부터라고 하는 이는 정확한 설명이 아니다. 자세한 역사에 대해서는 김일수, 수사체계와 검찰문화의 새 지평, 세창출판사 2010, 95 이하.

30) 노명선, 제아무리 검찰이 밟다 해도, 서울신문 2017년 2월 26일자 기고문; 검찰개혁의 바람직한 모토 설정에 관한 연구, 미래기획단 2012. 이와 달리 정웅석, 검찰개혁의 바람직한 방향, 형사법의 신동향 제54호(2017), 5는 70년대 유신이념에 의한 검찰의 기본 목적을 법치국가적 통제와 거악적 결로 설명한다. 궤변이다. 유신정권이 검찰과 경찰을 정권유지를 위해 어떻게 남용했는지를 따로 언급하지 않았다.

31) 박정희, 국가와 혁명과 나, 지구촌 2009, 특히 제2장 “혁명은 왜 필요한가.” 더 자세한 내용은 사법발전재단 편, 역사 속의 사법부, 사법발전재단 2009, 84 이하. 이 책은 법원이 작성한 1948년

으로 정권을 잡은 제2공화국이 반미적으로 변질되는 것을 우려한 미국 정부의 주도적 개입이 군부 쿠데타를 지원했다는 주장도 있다. 국가재건회의는 사회정화 운동을 대대적으로 벌여 초기 시민들의 호응을 얻는다. 여기서 실제 방해 요소는 법원이었다. 1954년 형사소송법상 검사의 지위는 독일법의 모델과 유사하게 송무행정 담당 또는 법원의 명령 수행 보조의 역할에 불과했다. 구 제73조나 제81조의 규정과 함께 수색에 관한 제109조에 따르면 압수 또는 수색은 오직 법원만 하도록 규정한다.³²⁾ 쿠데타 이전 경찰의 구속영장 청구는 법원에 의해 70%대로 기각되었다. 군부 정권은 이러한 문제를 빌미로 영장청구의 남용을 막는다는 구실로 1961년 헌법과 1962년 형사소송법을 개정하여 영장청구권을 검찰에게 독점적으로 부여한다. 오늘날 검찰의 영장독점은 여기서부터 시작한다. 세 번째 제안: *현행 헌법 제12조 제3항과 형사소송법상 검사의 영장청구 독점은 정치적 근거밖에는 없다.*

4. 법정주의와 편의주의

우리 형사소송법 제247조는 기소편의주의를 규정하고 있다. 이 규정은 형법 제51조를 고려하여 기소를 하지 않을 권한을 검사에게 부과한다. 기소편의주의는 영미법상 기소기각(termination of prosecution)에서 유래를 찾는 것이 가능할 것 같다. 사인소추의 전통은 범죄기소에 대해 광범위한 기각권한을 인정했다. 논리적으로 보면 사적 소추를 공적 기소담당자가 심리하여 선별하는 제도 모형이다. 이러한 소추에 대한 사전 심리는 영국 보통법에서 검찰제도가 없기 때문에 비롯된 것으로 볼 수 있다. 반면 기소법정주의는 검사의 공적 기소제도에서 선호된다. 프랑스 제도를 따른 1922년 일본 형사소송법을 모방한 우리 법은 초기부터 기소편의주의를 채택하였다.³³⁾ 논리형식으로 볼 때 독립 기소관을 둔 경우에는 기소법정주의가 적합하

부터 2008년까지의 역사적-정치적 회고록에 속한다. 박정희 쿠데타 이후 군사정권에 의해 사법제도가 얼마나 왜곡되었는가에 대한 실제적이고 반성적 자료로 볼 수 있다.

32) 법원은 필요한 때 범죄와 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다.(제109조 제1항-현행 동일)

33) 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사 2010, 350 이하; 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사 2014, 494는 우리 기소편의주의는 유럽식의 논의와는 차원이 달라 “기소합리주의”로 부를 것을 주장한다. 일본은 1872년 검찰제도를 만들었지만 실제로는 독립적인 수사를 할 수 없었다. 1922년 형사소

다. 기소권을 동등한 사법부에서 수행하는 프랑스의 경우 일부 기소나 고소를 예비 절차에서 걸러낼 수 있다. 그러나 독립적 기소관을 사법부 밖에 두는 경우는 예비절차가 사법작용이 아니기 때문에 고소 또는 기소는 법정될 필요가 있다. 이 경우도 지나친 공소제기의 가능성은 법률을 명확하게 규정하여 어느 정도 성사될 수 있다. 역사적으로 무고죄는 이러한 목적을 위해 제정된다. 영국 보통법상 부당기소행위(false prosecution)는 민사적 해결 대상이다.

좀 더 자세히 보면 독일을 중심으로 하는 국가들이 기소법정주의를 선호하게 된 경험적 원인³⁴⁾은 히틀러에 의해 입안된 1934년 1월 30일 “제국재건법률”(Gesetz über Wiederaufbau des Reichs)과 그에 따른 일련의 형사소송법률 개정 경험 때문이다.³⁵⁾ 이 법률에 따라 구성된 새로운 민중법원과 제국 검찰은 실질적인 권력기관이 된다. 1935년 2월 1일자로 공표된 히틀러의 긴급명령은 정치범죄자에 대해 기소법정 규정을 해체하여 광범위한 기소편의주의로 변경할 수 있도록 하고, 4월 1일 법률로서 각 주의 형사사법권을 제거하여 중앙으로 집중시킨다.(das dritte Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich) 1937년 1월 26일자 “독일공무원

송법으로 검찰의 독립 수사권이 인정된다. 자세히는 UNAFEL, Criminal Justice System in Japan: Prosecution, 107th International Training Course Paper, 47.

34) 조금 더 설명하면 1848년 독일혁명으로 수립된 프랑크푸르트 국민회의는 1849년 독일제국 헌법을 작성한다. 프로이센 빌헬름 4세는 초기 자유주의적 헌법에 동조하였으나, 곧이어 비스마르크 체제가 들어서면서 보수적인 관원주의가 복귀되었다. 정치적 혼란은 법치주의적 자유주의자와 관원적 보수주의자들간에 심각하게 대립하였다. 특히 1871년 제국헌법제정과 1877년 형사소송법 제정에서 자유주의와 보수주의자들은 충돌했다. 제국형사소송법에서 초기 자유주의적 모델인 배심제도, 기소편의주의(당시 프랑스 제도들), 검찰의 기소독점 폐지, 검찰부지권 폐지, 법관의 독립성 보장, 사송제도 보장 등인 반면에 보수주의적 형사제도는 제한적 참심제도, 기소법정주의, 검찰의 기소독점, 검찰부지권 인정(검찰동일성), 법관의 상급법원의 통제, 사송폐지 등이 제안되었다. 이 갈등을 정치적 타협으로 해결하면서 1877년 제국형사소송법에는 기소법정주의, 배심제도포기, 검찰의 기소독점권 등의 결과가 남는다. 독일의 초기 기소법정주의는 우연한 정치적 타협에서 결정된다. 자세한 내용은 Reinhard Merkel, Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus, Suhrkamp 1998, 41 이하; Carsten/Rautenberg, 위의 책, 34 이하.

35) Casten/Rautenberg, 위의 책, 184 이하. 1942년 4월 26일 히틀러는 제국의회 의 승인을 받아 스스로를 제국 최고법원장(der oberste Gerichtsherr)로 임명한다. 이를 통해 히틀러는 입법에 이어 사법을 지배하게 되는 독재권을 완성한다. 여기에 동원된 제국 검찰은 실제로는 히틀러의 꼬나풀에 불과했다. Hilbert Ostendorf, Justiz im Dritten Reich. Politische Strafjustiz vor und nach 1945, in: Bundeszentrale für politische Bildung(Hrsg.), Kriminalität und Strafrecht, Informationen zur politischen Bildung, Nr.248, 1999, 17-24.

법”(Deutsches Beamtengesetz) 제44조는 검찰에게 무소불위의 정치권력을 부여한다. 1933년 7월 24일과 27일 프로이센 법무장관 명의의 명령으로 검찰 중앙수사부와 1933년 4월 26일 창설된 국가비밀경찰국(Geheime Staatspolizei, 소위 Gestapo)³⁶⁾으로 히틀러의 통치 조직이 완성된다. 이 구조 하에서 가장 영향력을 가진 제도가 검찰의 수사지휘권³⁷⁾과 기소편의주의라고 할 수 있다. 이 제도에 따라 검찰권한이 막강해지는 것에 대한 두려움이 존재했다는 사실을 무시할 수 없다. 또한 일본 형사소송법을 통해 우리에게 도입된 기소편의주의도 잘 살펴보면 인권옹호나 소송경제 등을 제정 이유로 보기엔 규범논리가 안 맞는다. 예컨대 프랑스 기소편의제도의 경우 검찰은 수사의 주체가 아니다.³⁸⁾ 예심판사가 중죄 수사를 하고 검찰은 주로 경죄의 수사에 국한되며, 이 경우에만 검찰이 법관 대신 사건 종결이나 기소유예 등이 가능하다. 우리처럼 중죄 경죄 할 것 없이 검찰이 사법부의 권한을 대행하는 것은 불가능하다.

독일 기소법정주의도 중죄의 경우에 해당하는 사건을 대상으로 한다. 경죄의 경우는 구법원 판사에 의해 기소와 처벌이 유예될 수 있다. 다만 중죄의 경우는 일단 사법부의 심사를 받아야 한다. 기소편의주의와 기소법정주의 중 선택의 문제는 각 사법제도의 역사와 규범 맥락에서 결정된다. 여기서 이를 길게 논의하지 않겠다. 다만, 두 제도 선택을 너무 평면적으로 결정해서는 안 된다. 예컨대 기소편의주의와 기소법정주의 선택은 수사와 기소권의 전체적인 규범 맥락에서 현실에 맞게 결정되어야 한다. 만일 개혁을 위한 프로그램에 동의하면 검사의 수사지휘권(형사소송법 제195조 이하)은 조정되어야 한다. 일부 검찰에 대한 신뢰를 근거로 기소편의주의를 인정할 수 있다는 견해³⁹⁾ 등은 법체계가 시민간의 신뢰를 중심으로 구성되는 것이 아니라 그 반대로 불신을 전제로 한 프로그램이라는 점에서 보면 별로 타당하지 않

36) Gesetz über die Errichtung eines Geheimen Staatspolizeiamts 1933.

37) 반면에 국내 학자들은 수사지휘권을 “인권보호와 법치주의 구현을 위한” 효율적이고 안전한 제도라고 한다. 김일수, 위의 책, 49.; 유사한 견해는 조국, 검·경 수사권 조정에 관한 공청회, 수사권조정자문위원회 2005.4.11, 252. 반면에 검사의 수사지휘권을 폐지 또는 협력 관계로 변경하자는 입장은 서보학, 검경 수사권 조정자문회 활동 경과에 대한 보고 및 의견서(수사권조정자문위원회, 2005.5.31), 26. 한편 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사 2010, 550은 수사권 독립(수사지휘권) 문제가 국민 인권보호의 차원에서 논의되어야 한다고 주장한다. 그러나 결론은 검찰의 수사권을 그대로 유지하는 것으로 한다.(595)

38) 박상욱, 프랑스 형사소송법상의 기소방식에 관한 연구, 검찰 제116호(2005), 307-376.

39) 신동윤, 위의 책, 493.

다. 특히 형식-기술적 규칙체계의 확대가 더 합리적 사회 발전 모델(Max Weber Model)이라는 점을 감안하면 네 번째 제안이 발견된다: *기소편의주의란 비체제적 모호성을 선호하는 구시대적인 모델일 수 있다.*

요컨대 기소법정주의와 기소편의주의의 합리적 선택은 전체 법률과 검찰의 관계를 규범이해적 관점에서 평가한 체계적 결론이어야 한다. 평면적으로 본다면 기소편의주의는 검찰이나 기소권을 정치적으로 이용하려는 의도에서 제안된다. 반면에 근대 법률주의(법치주의)의 기본 방향은 기소절차는 객관적으로 기능하게 하고 구체적인 사안 판단은 공판에서 결정하는 제도적 모형을 따르는 것으로 보인다. 법사학과 제도사적으로 볼 때 우리 검찰제도는 그다지 합리적이거나 현대적 모델은 아닌 듯하다. 우선 정치적인 목적에 따라 그 때 그 때 이해관계에 맞게 재조정된 흔적이 발견된다. 특히 영장규칙과 검찰의 핵심 기능에서 수사지휘권만 강조되고 본질적인 기능인 송무(직접주의에 따른 법정내 공소유지)에 대한 제도적 배려가 부족하다는 지적을 할 수 있다. 현실적으로 전관예우도 검찰조직 자체의 송무기능이 약한 경우는 전관예우 또는 대형 로펌의 공판 주도를 충분히 제압할 수 없을 것 같다.

이러한 현상은 그동안 변화된 상위 또는 병렬 규범들과 현재의 검찰제도가 법체제상 일치하지 않기 때문에 발생할 수도 있지 않을까?

III. 법률주의와 체계이론

1. 원리

법의 지배 또는 법치국가 이념이란 인간이 아닌 법률의 지배를 의미한다. 이 사상은 역사적 산물이다.⁴⁰⁾ 문헌에 따르면 16세기 영국의 왕권신수설을 비판한 스코틀

40) 유럽과 중동지방 종교들은 유난히 문언적 성경을 준수한다. 일반적으로 암송을 기본으로 전수되는 성경에 대한 존중태도는 중세시대에도 꾸준히 유지되었다. 성경에 대한 문언의미를 해석하는 일은 금지되었다. 유대교와 이슬람의 전통은 토시 하나까지 모두 암송하는 방식을 선호한다. 유대교, 이슬람, 기독교 모두가 하나의 성경(구약)을 공통으로 한다. 유대교는 지금도 이를 준수한다. 이슬람 종파 중 크게 수니파와 시아파를 구분할 때 선지자 마호메트의 가르침을 따르는 자(수니: “순나

랜드 신학자 루더포드(Samuel Rutherford 1600-1661)가 처음 사용한 말이다. 19세기 법학자 다이시(Albert Venn Dicey 1835-1922)가 아리스토텔레스의 문헌을 인용하면서 오늘날 보편화되었다. 초기에는 “법률이 금지하지 않은 것은 자유에 속한다.”를 설명하는 소극적인 개념이었다.⁴¹⁾ 법의 지배 원칙은 현대 법학에서도 존중된다. 어쩌면 법의 지배 원칙은 민주주의보다 더 강한 이념일지 모른다. 중세 이후 어떤 독재정권도 법을 통한 지배 원칙을 완전히 부정하지 못했다. 나치스 정권이나 유신 독재도 이 이념을 폐기하지 못했다. 추측컨대 법의 지배 원칙이 선호되는 이유는 인간은 언어적 표상과 이해에 따른 인식적 피드백에 갇혀 있기 때문일 수 있다. 쉽게 말해서 인간의 인식은 언어적 현상에 종속되고, 그 중 문언에 따르는 경향이 강한 특성이 있다. 앞에서 언급했듯이 문서화된 규칙(규범)은 사실적 힘보다 더 강한 효력을 발생시키는 경우가 많다. 그 이유는 철학적으로 설명⁴²⁾되기 보다는 이성의 지속성⁴³⁾이나 집단성⁴⁴⁾에서 제시될 수 있다. 이러한 이성적 지속성과 집단성을

(سنة). 아랍어로 순나(가르침)의 추종자” abl as-sunnah wa-l-ijma)와 마호메트의 친척인 알리(Ali Ibn Abi Talib علي ابن أبي طالب 601-661)를 추종하는 시아(Shiite: “알리를 따르는 자” Followers of Ali)로 구분된다. 단순히 보면 선지자가 남긴 말씀(경전)을 따르는 것과 선지자 후계자의 해석을 따르는 집단으로 구분된다. 기독교 세계에서 종교개혁(1517)의 기본 정신은 성경 문언 자체를 존중하는 개신교와 12사도를 계승한 교황의 가르침을 따르는 가톨릭 차이로 볼 수 있다.

41) John Locke, *Two Treatises on Government*, 117: “자유는 자연상태나 정치적 사회에서 모두 법에 따라 제한된다. 본성적 자유는 자연법에 따라서도 제한할 수 없다. 정부에 속한 시민의 자유는 사회 구성원들에게 당연하게 여기고 입법자들이 절차에 따라 제정한 현행법이 아니면 제한하지 못한다. 모든 시민은 (1) 법률이 금지하지 아니한 권리와 자유를 자기 의지에 따라 누릴 수 있고, (2) 타인의 불특정적이고 불명확하며, 이해 못하고, 자의적 의지에 따를 수 없다.”(Freedom is constrained by laws in both the state of nature and political society. Freedom of nature is to be under no other restraint but the law of nature. Freedom of people under government is to be under no restraint apart from standing rules to live by that are common to everyone in the society and made by the lawmaking power established in it. Persons have a right or liberty to (1) follow their own will in all things that the law has not prohibited and (2) not be subject to the inconstant, uncertain, unknown, and arbitrary wills of others.)

42) Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, Gesamtausgabe Abt.1 Veröffentlichte Schriften Bd. 2. 19.Aufl., Max Niemeyer Verlag 2006에서 설명하는 현존재(Dasein)는 서술 언어적 현상이해를 개별적 인식자의 존재 자체로 분석하는 이념적 설명틀이다.

43) Sally Haslanger/Roxanne Marie Kurz(ed.), *Persistence. Contemporary Readings*, MIT Press 2006.

44) Jens D. Ohlin, *Group Think: The Law of Conspiracy and Collective Reason*, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol.98, No.1(2008), 147-206.; Hélène Landemore, *Democratic*

위한 민주적 정치이념은 통상 공화정 체제로 설명된다.

2. 공화국 모형

“공화정”이란 말은 오래 전부터 전제정 또는 일부 귀족정의 반대 개념으로 형성되었다. 로마 법률가이자 정치학자 키케로(Marcus Tullius Cicero BC 106-BC 43)의 유명한 책인 “공화국에 대하여”(De Re Publica)는 그의 이념을 잘 보여준다.⁴⁵⁾ 키케로의 공화주의는 권력의 집중을 부정하고 다수의 신중한 선택에 의한 민주적 결정을 제도화한 정치체제를 말한다. 정치학에서는 “공화주의” 개념에 대한 논의가 여전하다.⁴⁶⁾ 핵심적인 대립은 자유주의와 공동체주의의 구분이다. 권준혁 교수 연구에 따르면 자유주의는 개인의 독립적 주관성과 보편성을 근거로 집단이 형성되는 것으로 설명하고, 공동체주의는 본질적으로 사회성을 가진 인간이 상호의존적 관계에 따라 집단을 구성하는 것을 정치적 결성⁴⁷⁾의 근거로⁴⁸⁾ 설명한다. 공동체주의는 다시 신로

Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many, Princeton University Press 2017.

45) 이 책은 유명함에도 불구하고 완전한 원본은 발견되지 않았다. 지금까지 알려진 키케로의 저서들은 대체로 부분적으로 훼손된 채로 일부만 번역되어 전수될 뿐이다. 당시 출판 현실을 감안하면 그나마 키케로의 실제 저작이라고 볼 근거가 있는 자료들은 극히 제한적이다. 중세까지는 Somnis Scipionis로 제6권에 해당하는 점성학과 관련된 부분만 존재했다. 1819년 바티칸 교황청 도서관에서 Angelo Mai 추기경에 의해 아우구스틴이나 노니우스 마르첼루스 등 가명으로 남아 있던 원본 복원 작업이 진행되어 1822년 최초로 “공화국에 대하여”가 일부 삭제된 채로 세상에 나온다. 이 때 출간된 책은 제1권부터 제5권까지가 부분적으로 복원되었다. 현재 가장 신뢰성있는 판본으로는 J.E.G.Zetzel trans & ed., Cicero: On Commonwealth and on the Laws, Cambridge University Press 1995.

46) 이 상황에 대한 설명은 권준혁, 키케로의 공화주의, 정치사상연구 제13집 2호(2007), 126-148.

47) Cicero, De Re Publica 1.39: “Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus. Eius autem prima causa coeundi est non tam inbecillitas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim singulare nec solivagum genus hoc, sed ita generatum, ut ne in omnium quidem rerum affluen<tia> . . .”(그렇기 때문에 아프리카누스가 말하길 공화국이란 단순한 시민이 이렇게 저렇게 우연히 모여 만든 집단이 아니라, 단일한 법질서와 공통의 국가이념을 통해 도달하려는 목적적 결합(coetus multitudinis)이다. 인간의 사회적 결성은 자연적으로 유약하기 때문에 모여있는 것은 아니다. 오히려 인간은 독립적인 개인으로서가 아니라 <사회적 결합이 없이는> 존재할 수 없는 유익함을 원하기 때문에 결합한다...(삭제된 부분은 < >에서 유추됨)) 1.41은 “Hi coetus igitur hac, de qua exposui, causa instituti sedem

마적 공화주의와 시민적 공화주의로 구분될 수 있다. 신로마적 공화주의란 키케로의 이론을 토대로 형성된 모델을 의미한다. 신로마적 공화주의는 정치적 결사의 필요성의 유무로 시민적 공화주의와 구분된다. 이러한 구분은 심의와 결정을 엄격히 구분한 로마시대의 상황에 대한 이해를 기반으로 하기 때문에 오늘날의 공화주의에 대한 설명으로는 적절하지 않을 수 있다.⁴⁹⁾ 예컨대 심의와 합의를 통해 권리를 “쟁취”하는 관점에 서있는 경우는 고전적 공화주의자⁵⁰⁾로 볼 수 있고 공동체 자체의 존중을 시민적 덕성의 기본으로 보는 경우는 키케로적 공화주의자로 구분할 수 있다.

오늘날 공화제를 정치이론적으로 어떻게 규정하느냐는 이 글의 목적이 아니다.⁵¹⁾ 다만 흔히 오해하듯이 근대적 법치주의 국가를 “자유적 개인주의” 이념으로만 설명할 수 없다. 우리 헌법은 이론이나 문언으로 시민적 공동체 주의를 전제한다.⁵²⁾ 예컨대 우리 헌법 제1조 제2항 국민 주권론을 선언한다. 헌법 전문은 더 명확하게 키케로식 공화주의를 표명한다.⁵³⁾ 형법 제252조 촉탁살인죄와 같이 자기결정권의 한계를 규정하는 다양한 법규정들은 우리 법이 개인적 자유주의보다는 시민적 공동체 주의를 선호하는 것처럼 보인다. 요컨대 우리의 법규범은 문언화된 법률을 통해 시민적 공동체를 구성하고 이를 통해 사회-정치적 행위를 명령/금지한다. 그에 따라

primum certo loco domiciliorum causa constituerunt.”(이러한 특성이 국가와 같이 한 지역에 거주하는 원인이다.) 잘 알려진 로마시대의 전통은 심의한 자가 결정하는 경우 비합리적이고 자기 이해를 반영할 수 있기 때문에 두 가지 역할을 엄격히 구분한 것이다. 민회가 심의(*comitia*)하고 그 결정을 법무관(*praetor*)이 내리는 전통이 오늘날 배심제도의 전형이다.

48) 권준혁, 위의 글, 131 이하.

49) 고전적 공화주의에 대한 비판은 역시 권준혁, 위의 글, 132 이하.

50) 권준혁 교수는 이에 대한 예로 한나 아렌트(*Hannah Arendt*)를 들고 있다. 위의 글, 134

51) 이 문제를 구체적으로 다루고 있는 것은 김도균, 법원리로서의 공익-자유공화주의 공익관 시각에서, 법학 제47권 제3호(2006), 155-215; 김한균, 협치주의적 형사정책 연구, 서울대학교 박사논문 2017, 79 이하.

52) 자율성원리를 중심으로 자유적 개인주의에 대해 비판적인 견해는 신동일, 제도적 위험과 규범적 자율성, 강원법학 제50권(2017), 217-258.

53) 권준혁, 위의 글, 142. ”모든 공화정, 즉 공중의 관심사는 반드시 어떤 심의기구(*concilio*)를 통해 정해져야 한다. 만약 원로원이 공적 심의의 담당자(*dominium*)이라면…권력(*potestas*)은 인민에게 있고, 권위(*auctoritas*)는 원로원에 귀속될 때까지 법적 균형(*ex temperatione iuris*)을 바탕으로 해야만 온건하고 조화로운 정의가 유지될 수 있다.” 다만 권 교수의 인용은 키케로의 실제 진술과 부합하지 않는다. 인용은 “올바른 법은 이성적이고 자연스러우며, 보편적이며 변하지 않고, 영원하다. 법의 명령에 따라 우리는 공적인 삶을 살고 나쁜 것을 하지 않게 된다.”인데 어떻게 그 결론이 나오는지 모르겠다.

우리 헌법 제1조 제1항(대한민국은 민주공화국이다)에서 규정한 바와 같이 “공화국”은 민주주의와 동등하거나 더 우월한 가치로서 가장 강력하게 법으로 보호된다.

키케로식의 공화주의는 규범에 반응하는 시민들의 자율적 내적 조정기능에 주목하는 것 같다. 그러면 그 내적 규범적응력 또는 규범이해는 공동체가 원하는 외적인 행위기대로 변환될 수 있다. 통상적으로 우리가 정의관념이라고 하는 인식의 구체적 내용은 이미 세부적인 법규칙으로 표현되어 있으며, 그 표상적 인식은 시민들의 실질적 정의감을 만들 수 있다는 주장은 법사회학자 니클라스 루만(Niklas Luhmann 1927-1998)에게서 나온다.

3. 체계이론

법과 정치의 오래된 자연법 논쟁사에서 주로 다루어졌다.⁵⁴⁾ 이러한 논의는 이제 그만 벗어날 때도 되었다.⁵⁵⁾ 나치스 법학자 칼 슈미트(Carl Schmitt 1888-1985)의 결단주의론과 나치스에 의해 추방된 한스 켈젠(Hans Kelsen 1881-1973)의 순수법학론은 법학자들간 여전히 진행 중인 논쟁의 대상이다. 단순화하면 전자는 정치를 위해 법률이 수단으로 사용되고, 후자는 법률 자체의 자기 역학 때문에 정치가 효력을 발휘할 수 없거나 무관하다는 주장이다. 그 결론은 각각 자기 논리체계에서 타당하다. 대립은 제2차 세계대전 후 부활하여 최근까지도 지속되었다.⁵⁶⁾

유난히도 고전적 자연법론자가 많은 우리 학계는 정권이 바뀔 때마다 결단주의적 권력행사를 은밀히 기대하는 듯하다.⁵⁷⁾ 자연법주의는 이제 실천 이론이라기보다는 역사적 경험인식이다. 문맹률 60%와 낮은 교육수준, 그리고 차단된 언론 내지 의사소통이 비효율적인 시기에 등장하는 소위 보나파르티즘에 대항하는 진술집단을 이성법주의 또는 자연법론이라고 부를 수 있다. 현실적으로 오늘날 기성 언론을 아예

54) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사 2010; 자연법사상, 민음사, 1987.

55) 윤재왕, 법체계의 자율성. 체계이론적 관점에서 본 법과 정치의 관계, 강원법학 제50권(2017), 259-317.; 또는 온승표, 루만의 (법)사회학. 루만의 시스템이론, 신영사 2002.

56) Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4.Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht 1980, 183-235.

57) 촛불 집회의 효과와 그에 따른 문재인 정부의 탄생과정에서 또 이러한 현상을 목격한다.

몰아내는 수준의 인터넷 피드백과 정보통신 환경, 그리고 0%에 가까운 문맹률, 고
등교육 수준에서 이성법이나 자연법이 다시 논의될 여지는 많지 않다. 이론적으로
는 1970년대 체계이론(Systemtheorie)이 전통적인 이분법적 지형에 새로운 가능성
을 제시한다.⁵⁸⁾ 그래서 최근 윤재왕 교수는 우리 법학의 이론적 세련화 필요성을
제시한다.⁵⁹⁾ 많은 법이론가들은 이성적 사유⁶⁰⁾ 등을 근거로 법해석을 시도한다. 여
전히 사실적 힘을 긍정하는 입장도 존재한다.⁶¹⁾ 이런 관념은 주체(인간)를 강조하는

- 58) Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung, Die Soziologie und der Mensch, Wiesbaden 3. A. 2008, 13. 법학에서 이에 대한 비판적 입장은 H.Rottleutner, Einführung in die Rechtssoziologie, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1986. 로트로이트너 교수의 주요 비판은 루만의 이론에 사람의 역할이 없다는 것이다. 필자의 생각에 루만과 로트로이트너의 차이점은 언어적 서술체계를 인식의 전체로 삼느냐의 여부로 구분될 수 있다. 루만의 이론은 서술적 체계 자체를 인식으로 보는 반면, 로트로이트너 등은 여전히 서술체계의 활동자로서 인간의 개입을 요구한다. 루만의 접근이 좀 더 현대적이고 로트로이트너의 그것은 전통적인 방식으로 볼 수 있다. 어떻게 맞고 틀리고의 문제가 아니다.
- 59) 합리적인 판단을 하는 법률가라면 법이성의 역사적 진화 체계와 환경을 감안할 때 형식적 법률주의가 자율적 기능을 갖게 된 고도로 추상화된 현대법이론에서 고전 자연법 이론은 위치가 애매하며, 사유형식이란 단지 전문가의 심리적인 요인으로만 제한되어야 하는 의무일 뿐이다.(헌법 제103조)
- 60) 박은정, 위의 책(자연법의 문제들), 58 이하. 이 책에서 저자는 쉬페만(Robert Spaemann)을 따라 자연법을 일종의 사유양식으로 설명한다. 그 내용은 첫째 실정법에 대한 비판적 성찰, 둘째 실정법 안의 내재적 성향, 셋째 실정법의 방향설정, 넷째 실정법 보충원리 등으로 한다. 문제는 그 기능들이 실정법 내에서 상호 지시 또는 연상되어 있는 경우 자연법의 사유양식으로서의 기능이 고사된다는 점이다. 전통 자연법학자들은 재판에서 실제로 증거 채부의 기준이 이성이나 문언적 지시 또는 규칙이라는 사실을 종종 망각한다. 세련되고 실효력 있는 변론보다는 해당 행위를 직접 지시하는 구체적 법률을 제시하는 편이 승소율이 높다. 예를 들어 현대적 소송에서 과실과 같은 의무위반 행위는 추상적으로 보이지만 미리 준수될 명문의 규칙에 따라 결정된다. 규칙 준수와 발견은 혼동되면 안 된다. 존재하는 규칙을 몰랐을 경우는 이성법의 기준이 아니라 그냥 그 전문가의 무식함이 원인일 수 있다.
- 61) John Austin, Province of Jurisprudence Determined, John Murray 1832(2012). 오스틴의 관점은 법률이 도덕과 분리되어 개별적인 강제력을 갖게 되는 현상을 중심으로 설명된다. 중요 비판자인 H.L.A.Hart, Positivism and the Separation of Law and Morality, Harvard Law Review, 71: 1958, 593-629은 오스틴의 견해가 강제력을 중심으로 법과 도덕을 분리했다고 한다. 이는 너무 단순하게 오스틴 이론을 평가한다. 오스틴의 견해는 체계이론과 유사하게 법의 사회적 기능을 설명하는 틀을 전제한다. 오스틴은 “I determine the essence or nature of a law imperative and proper.”(ix)라고 하여 법실증주의가 사실적 힘을 기반으로 하는 것처럼 오해되고 있다. 그러나 다음의 구분을 전제로 읽어야 한다. 법은 신법, 도덕원칙, 은유적 법, 그리고 실정법(순수법)으로 구분된다. 오스틴에게 명령(command)은 “윤리과학”(the science of ethics, the science of deontology)이다. 이 뜻은 세속적으로 올바른 행위를 지시하는 지시기능을 말한다.(xii) 이 책의 목적도 신법과 도덕법으로부터 실정법을 독립시키고, 궁극적으로는 정치로부터 법을 독립시키는 의도가 내포되어 있다. 요컨대

프로그램의 역기능을 생각할 때 바람직할지 의문이다. 예컨대 리더십을 강조하는 니체식의 설명방식은 - 니체의 의도를 이해하기 어려운 무능한 사람들에 의해 - 독재권력을 포장하는 기술로 변형될 수 있고, 특정 이념에 따른 사회구성 이론은 불안정한 세계질서를 만든다. 반면에 체계이론은 체계에서 인적 요소의 기능을 최소화하길 제안한다. 체계이론은 주체의 인격적 성찰을 기대하는 전통 이론들과 달리, 주체가 법체계 내에서 자율적으로 사회적 역할을 인식하는 것을 목표로 한다.⁶²⁾

4. 자율지시성

법률가들에게 법학은 “자기 지시적 자율체계”(self-referential autopoietical system)라는 표현은 익숙하다.⁶³⁾ 루만은 1972년 저서에서 개별 법률들은 지시적 기능을 가지고 있으며 법은 자율성을 가지고 환경과 함께 진화한다는 설명을 한다.⁶⁴⁾ 인간의 언어가 사유를 재형성 하듯이 법도 개별 법률들의 지시적 연관관계 속에서 특정 효력을 지시한다.⁶⁵⁾ 즉, 자율적 체계(autopoiesis)로 볼 수 있다. 법은 의사소통적 체계(Recht als Kommunikationssystem)이다. 그에 따르면 작용면에서 ‘폐쇄적 체계’(operativ geschlossenes System)이자, 인지적으로는 ‘개방된 체계’(kognitiv offenes System)이다.⁶⁶⁾ 이 말은 법적 판단은 법률들의 상호지시 관계에서 이루어지며(폐쇄적), 이에

법은 명령이다라는 말은 법은 체계적 기능요소이다라는 루만의 말과 유사하다. 오스틴의 글에서 법을 사실적 힘으로 해석할 여지는 별로 없다.

62) Teubner, Recht als autopoietisches System, Suhrkamp 1989, 59. “의식의 자기지시성(Autopoiesis 루만, 402)은 개인 역할을 무시하지 않는다. 루만에 따르면 이 말은 주체의 의식적 행동을 자기성찰활동을 통해 체계이론적으로 재조정하려는 획기적 시도이다.”(Die Autopoiesis des Bewusstseins ist im Gegensatz zu allem Gerede von der Zerstörung des Individuums ein radikaler Versuch, die Bewußtseinsakte des Subjektes entschließend der Selbstreflexionsleistungen systemtheoretisch zu reformieren.)

63) Teubner, 위의 책, 81 이하. 물론 자율성을 인간 주체적 활동에만 국한하여 보는 관점들은 이에 대해 여전히 비판적이다. Rottleitner, 위의 책, 142 이하. 체계이론은 주체를 제외하는 것이 아니라 주체들의 진술의존성을 자율적 지시로 보기 때문에 두 주장이 꼭 대립적인 것은 아니다.

64) Luhmann, Rechtssoziologie, Westdeutscher Verlag 1980.

65) 법제도적 측면에서 체계이론적 논증의 문제는 신동일, 낙태행위의 법적 체계와 그 이해, 인격주의 생명윤리 제8권 제1호(2018), 1-37.

66) Soziale Systeme, Suhrkamp 1984; Die soziologische Beobachtung des Rechts, Metzner 1986; Die Wirtschaft der Gesellschaft, Suhrkamp 1988; Die Wissenschaft der Gesellschaft, Suhrkamp

참여하는 주체의 인식은 언어나 상징과 같이 외적 환경에 따라 재구성된다.⁶⁷⁾(개방적) 루만의 이론을 좀 더 살펴보면 체계이론은 오늘날 뇌생리학을 기반으로 한 인지이론의 언어와 인지의 관계설명들과 부합되는 것을 볼 수 있다.⁶⁸⁾ 전산처리를 위한 병렬분산처리 모형(Parallel Distributed Processing)⁶⁹⁾은 1980대 초반 제시된 관점이다. 요컨대 PDP 모형은 인지활동이 주체의 개입없이 객관적 (언어) 연상망 속에서 자율적으로 활성화될 수 있다는 것을 보여준다. 주체가 아닌 객관적 언어(진술)가 정합성 조건을 갖출 때 규칙이 준수되는 자율적 체계로 기능한다는 가설이다. 쉽게 말해서 현대 사회 구성원이 직접 전문가에게 의뢰하지 않고 구글을 검색하여 검색엔진 내의 비주체적 연결성에 신뢰를 가질 때 체계이론에서 말하는 사회적 자율신경망의 완성이 된다고 볼 수 있다. 현대 법학에서 규범간의 체계내적 자율지시적 기능은 정치적 환경과 독립된 법률체계에서 활성화될 때 법이념이 추구하는 안정성이나 구체적 합리성, 결국 정의관념을 표상화 할 수 있다.

5. 규범체계적 검찰제도

마지막 다섯 번째 제안은: *검찰은 이제 정치적 역학이 아니라 순수 법체계 내에서 논의할 때가 되었다.*⁷⁰⁾ 체계이론에 동의하거나 그렇지 않거나 법규칙과 규범은

1990; Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp 1993; Die Kunst der Gesellschaft, Suhrkamp 1999; Die Gesellschaft der Gesellschaft, 2 Bde., Suhrkamp 1997 (=GdG); Recht als soziales System, ZfRSoz 20 (1999) 1-13.

67) Luhmann, Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Aufl., Enke 2000, 14.

68) Steven Pinker(김한영 옮김), 단어와 규칙. 스티븐 핑커가 들려주는 언어와 마음의 비밀, 사이언스 북스 2009, 267 이하는 병렬분산처리 모델이 어떻게 촘스키-할레 모델을 효율적으로 대체시키고 있는가를 설명한다. 새로운 모델은 언어학습을 넘어 언어기반의 기계적 자율학습의 가능성을 예상하는 것이라서 비상한 관심의 대상이다. 즉, 이 모델에서 주체(인간의 뇌)는 연상망 내에서 수동적으로 변한다. 물론 핑커 주의자들도 완전한 주체의 소멸을 예상하는 것은 아니다.(277)

69) Rumelhart/McClelland, Parallel Distributed Processing: Explorations in the Microstructure of Cognition - Volume 1 (foundations) & Volume 2 (Psychological and Biological Models, 1986. 인지이론가 스티븐 핑커(Steven Pinker) 같은 학자들은 이를 과학혁명에 비견되는 사건이라고 평가한다. 인공 신경망 설계(perceptron)가 이를 통해 성공했기 때문이다.

70) 내 생각에 검찰개혁의 실패 요인은 민주주의라는 정치적 이념으로 검찰조직을 감시하려는 소박한 시도에서 비롯된다.(문제인/김인회, 위의 글, 178) 그러나 검찰을 살아있는 조직이 아니라 자율적

체계를 전제하고 각 모듈에 맞게 해석될 것이 요구된다.⁷¹⁾ 여기서 해석자를 중립화시키는 것이 중요하다.⁷²⁾ 21세기 법학은 정치기능을 흡수한다. 새로운 이론에 따라 설명하면 정치는 법에서 설계된 프로그램에 따라 활성화되어야 한다(법률주의). 프로그램이 활성화(절차)되면 사건은 법률체계 내에서 자율적으로 해소될 수 있다. 여기서 법효과는 절차에 참여하는 사람들의 개별 역할과 무관하다. 주체는 정해진 규칙에 따라 게임처럼 활성화되었을 뿐이다. 이를 ‘비주체적 기능분화’(centerless differentialisation)라고 한다.⁷³⁾ 법체계의 자율적 기능이 완성되려면 개별적인 사회구성원들의 참여 또는 개입에 법적 지시들(규범과 규칙)이 성찰적으로 내재화된다. (규범준수)

법률은 복잡성을 감소하고, 동일한 법적용을 반복 수행시키며, 법실현을 중립화하며, 사회적으로 행위를 예측할 수 있게 한다.(시스템 엔지니어링) 정치적 영향이 법의 자율적 체계성향을 위태롭게 하는 것은 바람직하지 않으며, 이러한 현상은 기술적으로 보면 프로그램 에러 또는 시스템 설계 모순이다. 물론 관습적 저항은 존재할 수 있다. 그런데 법학은 이러한 해결을 위한 훈련 프로그램을 제시하고 있다.⁷⁴⁾ 첫째 논증 주체와 논증을 구분한다. 주체의 진술과 수행된 진술의 해석은 다르다. 법해석은 주체에 의존하지 않도록 훈련한다. 오히려 객관적인 규칙에 의존한다.⁷⁵⁾ 또한 그를 위한 규칙(예컨대 이해관계자의 기피 내지 회피제도)이 제시된다. 둘째

시스템 환경이 변화에 따라 자동적으로 구조화되는 하부조직으로 이해해보는 것이 이 글의 요지이다. 근본적으로 사회 체계 내에서 어떻게 기능화될 것인가를 그 제도폐지를 포함하여 자유롭게 논의해봐야 할 때이다.

71) Luhmann, 위의 책(주 20), 191. 소위 “Atomische Tendenz”(원자론 경향)이란 과학적 진실과 정치-경제적 사유 간의 갈등을 의미한다.

72) Luhmann(윤재왕 옮김), 위의 책, 325 이하. 이러한 관점은 이미 헤겔(G.W.F.Hegel 1770-1831)이 당시 자연법학을 비판하면서 기본적인 제시를 한 바 있다. 그는 “정신은 스스로 외화하여 실체 속에 침잠하는 운동이면서, 동시에 주체로서 이 운동으로부터 자기 안으로 돌아와 실체를 대상이나 내용으로 삼으면서도 동시에 그 대상 또는 내용의 차이를 극복해가는 것이 드러난다.” (Phänomenologie des Geistes 561/490)

73) Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, Suhrkamp 1984, 176.

74) Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1957는 법학적 이해의 문제에 대해서 달타이식의 언어지향적 이해방식에 대해 설명한다.(141 이하 참조) 좀 더 전문적인 글로는 이상돈/김소영, 법문학. 법문학의 대상과 방법 그리고 실천, 신영사 2005, 154 이하.

75) Stanley Cavell, Must We Mean What We Say? Cambridge University Press 1976, 213 이하. 로만 야콥슨의 작가와 작품은 별개로 해석된다는 수용미학과 유사하다.

모듈 내에서 충돌할 때 외부 규칙의 준수이다. 논증의 위계적·영역적 혼동은 이를 통해 해소될 수 있다.⁷⁶⁾ 법체계의 위계적 특징은 각 효력의 단계를 정하여 규범간의 충돌을 상쇄시킨다. 법원조직과 상소제도 등은 규범 결정의 효력을 계층적으로 배분하기 위한 장치이다. 또한 법은 수평적인 영역배분에 따른 논증 범위를 규칙화한다. 법률전문가에게는 이러한 법제도의 모듈과 설계구조의 차이 이해가 훈련에 의해 요구된다.⁷⁷⁾ 동일 사건의 형사공판에서의 증거규칙은 민사재판에서 적용되지 아니 할 수 있다. 셋째 체계이론적 지시관계를 객관화해야 한다.⁷⁸⁾ 법률은 일반 중립적 문언과 체계 존중 규칙, 그리고 인식적 규범으로 구성된다. 자주 이러한 법의 규범 특성을 일상이론과 혼동하는 경우를 발견할 수 있다. 전문언어 훈련의 필요성은 사건의 감성적 흐름을 벗어나기 위한 논증방식이기도 하다. 이 내용은 법률전문가들에게 사건을 일상언어적 감성과 달리 객관화되고 중립적 언어를 요구한다. 법정에서 강간은 일상 언어에서 성폭행과 다른 차원에서 논의된다. 마찬가지로 재판의 승패는 일단적으로는 정의와 부정의를 결정하지만 법률가에게는 단지 논증게임의 승패를 의미할 수도 있다.

IV. 검찰조직을 결정하는 규범 매트릭스

미국 경제학자 레빗(Steven D. Levitt 1967-)과 사회학자 벤카테시(Suhdir A. Venkatesh 1966-)는 2007년 연구⁷⁹⁾에서 길거리 매춘조직의 오랜 역사에도 불구하고 1990년대 조직 와해 원인은 경찰이나 사회적 통제가 아닌 인터넷의 발달이라는 흥미로운 결론을 내렸다. 이 결론은 포주 등 매춘 관리조직의 기능을 인터넷이나 SNS(Social Network Service) 등 개별 의사소통 체계로 변화되면서 매춘조직이 스

76) Hans Kelsen(변종필/최희수 역), 순수법학, 김안사 1997은 규범의 체계만 설명하는 것에 그치지 않고 규범 상호간의 체계적 해석기법과 그 효력 근거를 설명하고 있다.

77) 영미법상 선례구속원칙(principle of stare decisis)도 위계적 선례 우선주의를 규범화한다.

78) 앵기쉬의 분석에 따를 때 독일 법학에서 나치스의 경험은 객관적 해석원칙의 실패에서 비롯된다. 위의 책, 148.

79) An Empirical Analysis of Street-Level Prostitution, Chicago University Press 2007.

스로 붕괴된 것으로 설명한다. 단순히 의사소통 구조를 바꾸면 행위 기대패턴은 급격하게 변화된다.⁸⁰⁾

검찰제도는 관련된 상위/병행 규범과 규칙들의 매트릭스에서 분석되는 것이 합리적이며 결국 그 결론에 따라 재구성될 것이다.

1. 인사 제도

검찰조직은 현재 규범 맥락에 전반적으로 일치하지 않는다. 위에서 언급했듯이 검찰은 우리 사회 권위주의적 정권에 의해 의도적으로 확대되어 비대해진 조직의 결과이다.⁸¹⁾ 이에 맞추어 헌법도 변경되었다. 즉 비체제적 역향 관계가 성립된 것이다. 반면에 다른 법률제도들은 순향 구조를 보인다. 결과적으로 둘은 저항성을 띄게 된다. 헌법과 형사소송법상의 검찰조직의 구조와 기능은 그동안 변화해 온 법률들과 체계적으로 모순되기 시작했다. 매번 반복되는 검찰개혁 요구가 바로 그 증거일 수 있다.

가. 법체계 모순

헌법 제12조와 검찰청법이 주요한 규범틀을 만들고 있기는 하지만, 형식 논리적 모순이 발견된다. 즉, 헌법 제12조의 영장청구권은 국가소추를 위한 행정절차적 명령이다. 이는 소추를 위한 것이 목적이며, 수사를 위한 것인가에 대해서는 집합론상 동의하기 어렵다. 수사란 소추의 일부분일 수도 있지만 반드시 같지는 않다. 검찰청

80) Oracle Communications, The Thinking Networks Revolution: A “Digital Lifestyle” Call to Action for Communications Service Providers, An Oracle White Paper 2013. 예를 들어 현재 통신 모듈은 다이아미터 기반에서 모바일로 진화하고, 결국 사고형 통신 모듈로 전환될 예정이다. 자율 사고형이란 모듈의 정보입력을 일정 수준 통신기기가 스스로 수행하는 방식을 의미한다.(7)

81) 문준영, 법원과 검찰의 탄생. 사법의 역사로 읽는 대한민국, 역사비평사 2010, 제14장. 김일수, 위의 책, 72 이하는 조금 다른 관점에서 상세하게 우리 검찰사를 조명한다.(특히 95 이하) 4.19 혁명은 성공했지만 이 시기 정부는 기존의 사법제도라는 장애를 만난다. 오히려 반민주적인 조치들(1960년 민주반역자에 대한 형사사건 임시처리법이나 특별재판소 및 특별검찰부 조직법 등)이 실제로 형사절차에서 적법절차 등을 훼손하고 말았다. 결국 이러한 분위기에서 1960년 7월 1일 내무부 경찰행정개혁심의회는 경찰청법은 사법경찰에게 수사지휘권을 부여하는 법안을 제출했지만 1961년 5.16 군사정변에 의해 무산된다.

법 제37조는 검사의 신분보장을 규정하여 “검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고 받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니”한다. 기타 징계도 동일하다. 그동안 검찰총장이나 일정 검사(2007년 최** 등 3인)에 대한 탄핵시도가 있었으나 가결된 적은 없다. 검찰총장을 제외한 일반 검사의 신분을 보장하는 국가는 많다. 그러나 일반 검사의 신분을 동등 규칙인 국가공무원 법 제65조 이상으로 보장할 이유는 없다. 탄핵제도는 일반적으로 선출직 공무원의 자격을 박탈하기 위한 제도이다. 법관의 경우는 삼권분립 원칙에 의해 보장되는 특성 때문에 임명권자로부터 신분을 보호하려는 정치적 이익이 있다. 이를 토대로 볼 때 일반 행정 공무원인 검사를 특별히 보장할 필요성은 없다. 특히 검사 중 수사 검사는 소수이고 많은 검사들이 파견 근무를 하던 현실을 생각하면 더욱 의미없는 규정이다. 주요국가의 검사는 탄핵의 대상이 아니다. 비교적 권한이 강한 미국의 주검사(District Attorney)도 단순 파면대상이다. 이 규정을 볼 때 검찰제도가 비체계적 특성(flow chart 에러)을 가진 그룹일 수 있다. 제도적으로 유사한 경찰공무원 징계/파면과 같은 수준으로 맞추어야 체제상 맞는다. 또한 그 직무 특성상 일반 공무원 윤리강령도 일치시켜야 한다.

나. 국가 공무원 규범과 반지향성

검찰 파견에 관한 문제점은 수차례 지적되고 있다.⁸²⁾ 파견제도는 원래 고용자가 필요에 따라 노동자를 특정 기관에 위임 근무시키는 것을 의미한다. 통상 노동계약상 위임규정의 존부에 따라 그 찬반이 대립되는 제도이다. 그동안 검사의 파견은 다른 기관을 정치적으로 장악하기 위한 목적으로 시행된다. 참여연대의 조사에 따르면 2009년부터 2014년간 검사들의 가장 많은 파견지는 법무부이다. 법무행정기관에 파견된 검사들의 독점효과는 행정업무를 중심으로 하는 법무부를 검찰기구화시키고 있다. 2009년 64개 직책에서 2014년 68개 직책으로 증가하여 점차 증가되는 것을 볼 수 있다. 이밖에도 청와대나 감사원, 외교부, 지방자치단체, 국제개발은행, 국가정보원, 문화체육관광부, 금융위원회, 국민권익위원회, 국무조정실, 금융정

82) 2013년 검사의 파견에 대한 제한을 골자로 하는 법률안이 제출되었음에도 불구하고 법률은 통과되지 못했다. 단지 겸임 또는 검사직을 그만 둔 후 1년이 지나지 않으면 청와대 등에 비서관이 되지 못하도록 하는 규정만 개정되었다.(제44조의 2)

보분석원, 헌법재판소 등에 2-3명 정도를 파견하고 있어서 상급 부서들을 실질적으로 장악하고 있다는 지적을 받는다. 2014년 검사가 파견되는 기관의 수는 42개 일부 해외주재 대사관까지 확대되고 있다. 2017년에는 줄어들어 38개 기관에 73명이다. 이로 인하여 파견업무 이외에 정보사찰이나 인적 네트워크를 확장하는 등의 부수적 업무에 종사하는 경우가 발생한다. 이런 현상은 어떻게 봐도 편법이다. 검찰의 본연의 업무는 국가를 대리하는 국가 소송 대리인이다.(검찰청법 제4조 제1항) 방만한 파견업무는 검찰조직의 역사나 검찰청법의 규정에도 위반될 수 있으므로 파견은 현행 법률에 맞게 조정되어야 한다. 최근 새 정부 들어 일부 해소되었다는 소문을 듣기는 하나 원칙적으로 교육 파견제도나 연수제도 이외에는 명문으로 전면 금지시키는 것이 타당할 것이다.

전문 공무원 제도를 법제화하고 있는 국가공무원법 제26조 이하는 임용원칙을 실증적 능력평가와 함께 실질적 법률의 기준(양성평등 등)을 적용토록 한다. 그러나 방만한 검사 파견제도는 국가공무원 임용에 대한 기본 원칙과 별개로 작용하여 별개의 독립 임용체계를 체계 내에 독립적으로 기능하게 만든다.⁸³⁾ 법에 따른 임용의 기본 원칙은 채용시험과 전보의 방법이다. 파견과 유사한 제도는 제28조의 3에서 규정하는 “전직”이다. 법에 따르면 새로운 직무의 수행(전직)은 전직시험에 의해 정당화 된다. 이 규정은 전문공무원 제도를 명시한 법률 제1조에 따라 지시된다. 전직되는 공무원은 이전 부서의 업무에서 요구된 전문성을 갖추어야 한다.

구체적으로 법 제32조의 4⁸⁴⁾ 제1항은 파견의 경우 업무 수행과 관련된 행정지원이나 연수, 기타 능력개발 목적으로만 파견할 수 있게 한다. 그러므로 일반 검사가 감사원, 국가정보원, 외교부, 심지어 일부 해외주재 대사관 업무에 파견될 전문성은 없다. 또한 정부조직법 제2조 제1항은 중앙행정기관의 설치와 직무범위를 법률로 정하고 있다. 검사 파견업무와 중복되는 부서의 전문직 공무원이 존재하는 경우 파견의 필요성이 없을 뿐 아니라, 효율적 공직수행의 원칙을 정하는 국가공무원법을 위반한다. 동조 제2항은 이 경우 지체없이 복귀시키도록 규정한다. 또한 공무원 임용령 제41조 내지 제42조에 따르면 파견의 목적은 1호 국가기관의 기관 및 단체에

83) 인사혁신처, 공무원 인사실무, 2016, 287 이하.

84) 이 규정은 2008년 처음 제정되고, 2015년 개정된다. 그동안의 파견제도는 법적 근거가 없었다.

서의 국가적 사업 수행이나 타기관 업무 폭주로 인한 행정지원, 특수업무, 교육 및 훈련, 국제기구 파견, 기타 관련 업무로 되어 있다. 기본 원칙상 파견기관의 장의 요청에 따르므로 이러한 유형의 파견은 복귀 또는 취소 명령의 대상이다. 이 문제의 해결은 사실 의외로 간단하다. 대통령 또는 피파견기관장이 파견검사들의 복귀를 명령하면 그만이다. 그동안 파견 취소/복귀 명령권한을 사용하지 않은 것 자체가 법률행정원칙과 법률에 반한다.

2. 예산과 재무회계

가. 예산회계 조정

검찰조직의 또 다른 체계내 문제점은 예산집행과 관련된다. 국가재정법 제6조 제2항에 따르면 검찰청은 독립적 “중앙관서”이므로 법무부와 독립적인 예산편성이 원칙이다. 이는 효율적 통제와 관리 목적 때문이다. 그럼에도 불구하고 독립 편성은 이루어지지 않는다. 그 이유는 검찰과 법무부의 기형적인 관계에서 비롯된다. 정부조직법은 법무부 장관이 검찰사무를 관장토록 한다. 또한 검찰청법 제8조에 의하면 법무부장관은 일반 검사에 대한 일반적 지휘감독권과, 구체적 사건에 대한 검찰총장 지휘감독권을 부여한다. 그런데 이를 근거로 법무부와 예산을 통합하여 운영한다는 것은 설득력이 약하다. 국가재정법 제6조 제2항에 따라 중앙관서들이 독립하여 예산을 편성해야 하는 이유는 제7조 이하의 예산편성과 지출의 합리성과 재정책임을 명확하게 하기 위해서이다. 이 규정들은 다시 감사원법과 감사규칙상 회계감독 대상으로 편성되고 있다. 검찰예산은 그동안 전혀 감독이 안 되다가 2013년부터 국회에 검찰청의 예산을 별도로 보고하는 것으로 변경되었다.

우선 검찰청의 연간 예산편성부터 회계 또는 재무 감사 받도록 하는 것은 법률을 준수하는 것 이외에도 검찰조직의 활동을 합리화시키는데 필요하다. 특히 세목에서 특수(특별)활동비 등의 비규정 항목으로 편성되지 못하도록 하는 등의 세부적인 조치⁸⁵⁾는 필수이다. 2013년 참여연대의 감사청구사항에 따르면 특정업무경비의 사용

85) 항목 예산 이외에 특별 또는 성과 예산으로 편성하는 방식에 대한 문제는 예산회계에 기본을 벗어나는 것으로 볼 수 있다. 이러한 예산편성은 법률주의 원칙을 위반하며, 신중하게 보면 세금 횡령의

내역이 구체적으로 적시되고 있다. 현재 우리 세출에서 특수업무경비는 8천억 원대에 달한다. 2013년 감사원의 감사결과서에 따르면 검찰청의 지검에 지급한 각 200만원의 특별업무경비가 신용카드 매출전표 등을 첨부하여 문제될 것이 없다고 결론 내렸다.

나. 법률에 근거 없는 공용비용 소비의 배임죄 적용

검찰청은 법무부와 통합 예산 관리된다는 이유 때문인지 개별적인 특수업무경비 지출세역을 감사원이나 국회에 제출하지 않는다. 여기서 우리가 살펴봐야 하는 내용이 있다. 예산 감시의 대상으로 법제화된 중앙관서의 부실한 예산 사용은 어떤 의미인가? 1983년 모리스 사건(R v Morris, Anderton and Burnside 1983 3 WLR 697)⁸⁶⁾은 영미법상 절도죄가 모든 재물 또는 재산적 이익(영미법상 재산적 이익도 절도죄가 됨)의 일부 침해에도 인정된다는 판결이다. 이 판결로 영미법상 절도는 타인 점유침탈 뿐 아니라 비정직성(dishonesty)을 함께 요건으로 한다.⁸⁷⁾ 우리 형법은 제329조 절도에서 타인의 재물에 대한 절취만을 인정하므로 거리감이 있다. 그러나 우리법은 대신 제355조 제2항 배임죄를 규정한다. 배임행위는 절도죄와 달리 성실한 사무관리(민법 제2조 또는 제734조 이하 등)를 위반한 경우를 처벌한다. 영미법상 배임행위는 횡령(embezzlement)으로 포괄되어 주로 민사제재의 대상이다.⁸⁸⁾

가능성을 열어주기도 한다. 참고로 2017년 전체 예산 400조에서 비항목예산의 규모는 여전히 40조 규모이다. 법무부 2017년 전체 예산은 지출 3조 2,356억원이다. 0.8% 수준이다.

86) 상점 점원 모리스 등이 물건의 가격표를 바꾸는 식으로 상점에서 원래 가격보다 싼 가격으로 물건을 지속적으로 구입한다. 영국은 절취(appropriation) 개념이 전부가 아닌 일부의 편취도 인정할 수 있다고 주장한 항소심을 최고재판소(House of Lords)에서 인정하였다.

87) R v Feely(1973) QB 530. 독일 형법 제266조 배임죄 규정 유래도 원래는 신뢰의무를 지는 자들을 규율하기 위한 것이다. 1872년 제266조 제1항은 후견인, 재산관리인, 대리인, 집행관 등을 나열적으로 규정하고 있었다. 원래 배임죄 규정은 공직 수행을 하는 공무원들에 대해 규정된 조항이기도 하다. 우리나라에서 이를 적용한 판결로는 대법원 2004.3.26. 2003도7878(소위 대북 송금사건). 이 판결에서 통치행위도 사법심사의 대상이며, 북한에 대한 사업권 대가 명목 송금이 업무상 배임 행위라고 판시하였다.

88) Sue Titus Reid, Criminal Law. The Essential, Oxford University Press 2017, 168 이하는 영국법 전통을 따르는 법제에서는 횡령행위가 이미 점유관계(appropriation)를 근거로 침해행위가 되지 않으므로 비교적 경한 재산범죄로 취급된다는 점을 설명한다. 이를 중한 재산범죄인 절도(larceny-theft) 인정하는 경우는 대부분 공무원의 공적 물건 또는 이익의 사적 사용을 처벌하기 위한 목적에서

감사원법과 함께 이를 규범 관계에서 관찰하면 특수업무 경비란 지출내역의 제출로 정당화되는 것이 아니라, 규정에 근거가 없는 경우 또는 지출이 현행 법규와 일치하지 않을 때 직접 제355조 내지 제356조 업무상 배임죄를 구성한다는 체계적 지시(systemic reference)를 만들고 있다.⁸⁹⁾ 즉, 공직자의 지출 근거없는 예산사용은 곧바로 배임행위일 수 있다. 사무관리자인 경우 배임행위 공범관계로 볼 수 있으므로 특별교부금에 대한 근거가 없는 지출(또는 법률에 위반된 지출)은 감사대상이며, 구체적으로는 배임죄 처벌의 대상이다. 이 행위를 정당화할 사유는 우리 법체계에 없다. 일종의 관행적 불법의 상호묵인일 뿐이다.

다. 회계-재무 통합 관리 모델

재정관련성은 다른 요소보다는 체계적 자율성과 긴밀하게 결합될 수 있다. 현대 회계이론들은 회계와 재무의 통합형 모델인 IPSAS(International Public Sector Accounting Standards)를 선호한다. 이 기준은 회계분석과 재무분석을 통합적으로 연계시키는 선형모델이다. 설계인 예산과 집행인 재무가 통합적으로 회계처리되면 객관성이나 명료성이 증가하며, 현대적 디지털 모델로 변환시킬 수 있다. 이를 통해 검찰청의 예산과 재무를 공개하면 소위 사무처리 대 비용(1:1, 1:n)의 기본 매핑(mapping)이 가능하다.⁹⁰⁾ 경제학의 대부분 이론들은 취향과 같은 가치판단을 경제적 요인으로 검토하지 않는다. 경제적 관계는 결국 취향이나 세계관 등과 밀접하게 관련되지 아니 한다. 그러므로 재정-재무의 재설계는 검찰조직에 실질적 변화를 가져올 수 있다. 예를 들어 현대적 컴퓨테이션의 기본 설계방식을 제안할 수 있다. 별로 노력을 들이지 않아도 재무회계 프로그램에 검찰의 예산과 재무관계를 연결하면 충분히 손쉬운 관리감독의 효과가 발생한다. 이미 전산망 관리를 위한 표준지침과 가이드라인들은 다양하게 나와 있다. 검찰사무에 대한 예산편성과 재무분석, 그리고 그 비용대비 효율성에 대한 지표 및 업무관리의 종합적 전산시스템⁹¹⁾의 활용

입법화된 것이다. 구체적인 법률이 없는 경우 공용물의 사적 사용은 모두 절도로 처벌될 수 있다.
89) 규정에 근거 없는 지출이 문제이지, 오지출은 감사의 대상이고 법적인 문제는 아니다. 근거 없는 지출은 그 상황에 따라 횡령 또는 배임죄의 책임을 지을 수 있다. 오지출의 경우는 환수처리와 같은 대집행 대상이다.

90) 삼일회계법인 등, 예산회계와 재무회계의 연계방안 분석보고서, 2009, 12 이하.

또는 공개만으로도 특별한 개혁 효과를 얻어낼 수 있다. 실제로 다른 공무원 전산시스템은 충분히 효과를 내고 있기도 하다. 이러한 표준 회계-재무시스템에서 벗어난 기관들은 검찰조직 말고도 국가정보원, 청와대, 국회 등인데 장차 예외를 인정하지 않는 것이 바람직하다. 예산집행의 투명성은 공무원 조직 내에서 확보될 것이 아니라 시민들에게 확인되어야 한다. 이를 위하여는 검찰조직의 예산을 금융통합관리 시스템과 같은 오픈형 전산시스템으로 공개시킬 필요성도 있다.

3. 수사권의 제한 또는 폐지

현행 검찰청법 제4조 제1항은 검사의 직무를 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 사항으로 규정한다.

필자 생각에 검찰의 본질적 기능은 수사가 아니다. 예컨대 독일 법원조직법 제141조 이하에 따르면 검찰은 형법에서 정한 (일부) 범죄에 대한 국가소추를 담당한다. 독일 형사법 체계상 법원과 대등한 검찰청에 속한 각급 검사는 법원이 수행하는 공판을 보조하는 역할을 맡는다. 여기서 수사행위는 대체로 검사의 직무영역이 아니다. 공소사건에서 공소유지와 공판참여가 주된 역할이다. 법원이 공판과정에서 추가적 수사가 필요한 경우 이를 검찰이 수행한다. 사소사건의 경우는 참여가 아예 없거나 제한적이다. 또한 형법과 형사소송법에서 정한 범죄 이외의 위법행위들(대표적으로 생명 침해가 없는 교통범죄)은 검찰의 물적 권한에 속하지 않는다.⁹²⁾ 우리

91) ERP 관리 모델에 따른 KoRUS(Korean University Resources Limited System)은 현재 국립대학교의 재정회계, 인사급여, 산학연구 등을 통합관리하는 시스템이다. 이 시스템은 원래는 미국의 IRS(Internal Revenue Service)의 플랫폼을 기반으로 발전된 프로그램이다. 이 프로그램의 특징은 랜덤 서치 또는 상시 관리 체계가 연계된다는 점이다. 국가기관의 감독을 전산화시키는 것은 실질적으로는 민주주의적 감시체계의 새로운 전환점이 될 것이다.

92) 반면에 2005년 대검찰청 발주 연구과제인 “헌법상 검사의 지위에 관한 연구”, 45는 독일검찰의 경우 “형사소송법의 여러 명시적 규정에 따르면, 수사절차의 법률상 주재자는 검사라고 한다.” 독일 내에서도 그 역할에 대해 논의가 있는 것은 사실이다.(Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972, 97; Strasser, Probleme im Grenzbereich Staatsanwaltschaft

형사소송법상 검사가 직접 수사를 총괄하고 영장에 대한 독점적 권한을 부여받은 것은 앞에서 설명했듯이 1962년 헌법과 형사소송법 개정을 통해서이다. 이를 통해 검찰은 모든 국가적 수사와 형벌권력의 주체가 되었다. 여전히 진행 중인 경찰과의 수사권 논의를 할 것이 아니라 수사권한은 경찰이나 고위공직자수사처(안) 등에 위임하고, 직접 수사를 할 필요성이 있는 경우 개별적으로 사법경찰관으로 전직을 시키거나, 제도적으로 일부 검사의 수사 참여를 규정하는 것으로 충분하다. 이러한 체계 모델은 우리에게 낯선 것이 아니다. 소년법 제3조 적용대상 중 동법 제7조의 경우 이외의 소년사건 처리와 경범죄처벌법 제7조 통고처분은 검사의 수사가 제한되는 좋은 예이다. 또한 우리 형사소송법에서 개정으로 추가된 제279조의 2 내지 제279조의 5 전문심리위원회제도는 체계적으로 더 합리적인 것으로 보인다. 왜냐하면 검사는 공소의 유지를 위한 규범적 논증에 집중하고, 전문심리위원회는 객관적으로 증거조사와 증인심리를 할 수 있기 때문이다. 이 제도는 독일 형사소송법 제72조 내지 제93조에 잘 구현되어 있다.

만일 검찰청법 제4조에 따라 검사의 직무가 수사라고 한다면, 검찰청법이나 법조윤리 규정만 아니라 수사행위로 인한 인권침해를 방지하기 위한 제도적 장치가 있어야 한다. 경찰관직무집행법과 같이 수사행위를 통해 발생할 수 있는 권한남용 규제가 필요하다. 경찰관직무집행법 제1조 제2항은 “이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무 수행에 필요한 최소한도에서 행사되어야 하며 남용되어서는 아니 된다.”라고 하여 최소침해성과 남용금지를 정하고 있다. 형사소송법과 함께 일반 행정법상의 직무감독과 구제의 대상이 되는 경찰행위 규칙은 검찰의 주요 업무가 수사를 포함하는 경우 동등하게 적용될 수 있어야 한다. 일반적으로 경찰의 행위는 검사의 인권옹호직무 특성으로 감시된다. 검사의 수사행위는 원래 법원의 통제를 받는다. 통상 법원은 검찰의 수사권을 통제 관리하는 임무를 가지기 때문이다. 우리 제도는 수사권 남용기관에 대해 직접 통제(중한 경우 기소)를 하기 힘들다. 이는 제도적 흠결이다. 본질상 검사의 역할을 수사가 아닌 공소 제기와 유지로 규정한 제정 형사소송법과 검찰청법을 1962년 이후 개정하면서 의무 사항은 무시하고 권한 확대만 시도하여 발생한 체

und Polizei, 1979, 355 등) 법원조직법 체계상 검사는 법관의 보조자이고, 경찰은 공소사건의 경우 검사의 보조자이다. 이는 행정법상의 공무원지위 규정에 일치한 편제일 뿐이다.

계적 흡결 또는 모순으로 보인다. 행정법상 가장 민감한 수사행위를 규제하는 경찰관 직무집행 규칙들을 검찰에도 적용하는 것이 우선 필요하고, 그에 따른 위반의 경우 직접 징계/파면/민-형사 책임도 균형을 맞추어야 한다. 궁극적으로 검찰은 공판에서 공소유지를 수행하는 본연의 업무에 복귀하는 것이 가장 타당하다. 검찰은 전문 법률가이기 때문이다.

V. 요약과 결론

비교법적인 측면에서 보면 유럽과 영미법제도에서 검찰의 기능은 다양하다. 이에 따라 사법제도의 구조적 틀이 만들어진다. 일반화시키면 검찰의 기능은 기소가 아니라 공소의 유지 또는 법원활동의 보조이다. 수사권은 경찰에 있으며, 검사의 지휘권은 제한적이다.

그동안 비교법적인 연구들이 대부분 놓치고 있던 것은 비교대상 국가들의 검찰제도나 사법제도와 해당 법률규정(규칙)들과의 관계로 보인다. 예컨대 독일 검찰제도에 대한 연구에서 독일 검찰이 경찰의 수사를 지휘한다고 진술하는 것은 일부 타당하다. 그럼에도 불구하고 독일 검찰은 우리가 말하는 범죄 모두를 처리하지 않는다. 독일 형법상 규정한 범죄구성요건의 일부에만 소추권과 소송참여가 인정된다. 형법상 경죄와 질서위반법 위반 사건은 검찰의 담당이 아니거나 제한된다. 즉 검찰의 역할은 전체 범죄사실 일부에 국한된다. 형법에 규정된 범죄구성요건 중상해죄나 명예훼손과 같은 범죄유형은 피해자가 검사의 기소 없이도 직접 소추할 수 있다. 이 경우 소추의 기능은 피해자가 선임한 변호인이 된다. 우리나라 학자들이 자주 오해하는 변호인의 공익적 기능이란 일부 소추기능을 독일처럼 변호인이 담당할 수 있을 때 가능한 표현이다. 영국의 영향을 받은 영연방의 검찰기능은 이보다 더 극단적으로 축소된다.(소위 *cab-rank rule*: 변호인은 의뢰인을 가려 위임될 수 없다는 규칙) 영연방 국가들은 대체로 통합된 검찰조직을 인정하지 않는다. 그 결과 기소권은 각 필요에 따라 배분된다. 일정 범죄에 대해서는 경찰 검사만 이를 행사할 수 있으며, 대배심의 역할이 제도화된 중앙 기소검찰을 둔다. 영국이 검찰에 공적 검사

(public prosecutor) 명칭을 쓰는 이유는 사적 기소(private prosecution)가 일반적이기 때문이다.

영연방의 검찰은 수사권과 공소유지권이 없는 일종의 행정직원으로 볼 수 있다. 그렇기 때문에 공적 기소 사건에서 대한 서류처리가 주로 업무이며, 실제 공소가 제기되려면 법정변호인(Barrister)를 선임해야 한다. 하급심 법원에서 경미사건을 기소하는 경우 송무변호인(solicitor) 자격이 없어도 된다. 대부분 교통사건이나 경미 사건들은 경찰 검사가 직접 기소한다. 또한 영미법 체계에서 금융사건이나 부정부패수사를 담당하는 조사국들은 직접 영장권과 소추권을 행사할 수 있다. 대표적인 기관이 영국의 비상임 위원회인 왕립조사위원회(Royal Commission)과 이를 상설 제도화한 유명한 제도가 싱가포르의 Corrupt Practice Investigation Bureau(CPIB)와 홍콩의 Investigation Commission Against Corruption(ICAC)이다. 두 기관은 수사권만 가진 것이 아니라 영장발부와 소추권을 가지고 있다. 최근 홍콩은 반환된 후 중국 정부에 의하여 염정공서의 영장권을 법원으로 이관시키는 변화가 있었다. 그로 인해 염정공서의 기능과 권한은 예전 같지 않아졌다는 평가를 받는다.

검찰제도의 분화와 함께 이를 담당하는 사건별 법원의 분화를 시도하는 것이 체계적 기능성을 위해 필요하다. 예를 들어 정보통신분야나 생명과학기술을 중심으로 다루는 전문법원과 전문검찰의 조합이 필요할 수 있다. 소년법상 소법법원이나 조서관제도의 제도 또는 경범죄처벌법상 일부 기소와 결정권한의 위임은 현재 우리 헌법의 구조 내에서도 기능적으로 안정적인 규칙 매트릭스를 가지고 있다. 다른 법제도의 경우 이를 활성화한 제도 모형이 많다. 예컨대 마약법원은 대표적인 성공적 모델이다. 문제를 간략하게 만들기 위하여 앞에서 선정한 다섯개의 제안을 구체화하면 아래와 같다.

- 검찰은 수사(investigation) 기관이 아니라 수사의 원인(일상언어적 현상)을 규범적으로 평가(전문언어적 서술)하는 기관이다.
- 검찰제도와 영장청구권은 체계적으로는 관계가 없다. 검찰의 영장청구권 독점은 넉센스에 가깝다.
- 헌법 제12조 제3항과 형사소송법상 검사는 군사정권에 의해 비정상적인 영장청구 독점권과 수사종결권을 부여받는다.

- 기소편의주의는 체계이론 관점에서 보면 시스템 에러이고 시대착오적이다.
- 검찰개혁은 우선 법의 체계정형성 내에서 제시되어야 한다.

현재 우리나라 검찰은 본래의 국가 송무대리의 존재적 기능은 포기하고 정치적인 수사에 편향되는 모습을 보인다. 지속적인 검찰의 비리와 통제불가능성은 이미 구조적인 문제이다. 현실적 역기능보다는 체계적으로 법률 구조에서 이탈되고 있는 것이 더 문제이다. 향후 검찰조직은 수사기능을 지속적으로 유지하려면 법무부에서 예산과 인사에서 독립되어야 한다. 모든 파견은 중단시키고 파견 검사들은 국가공무원법에 따라 전직 처리, 직종 전환 또는 타부서 경력 채용시켜야 할 것이다. 그리고 이미 비교법적으로 효과적인 것으로 보이는 송무부와 수사지휘부를 구분하여 송무부의 경우는 개방형 대리인제도로 발전시키고, 수사부는 경찰조직과 통합시키는 것이 효율적이다. 검찰청법상 일반 검사에 대한 탄핵규정은 삭제하고 직능에 따른 인사평가제를 실시하는 것이 필요하다. 그리고 고위직 검사의 경우는 전관금지를 할 것이 아니라 일정 기간 의무근무제를 시행하는 것도 고려할 만하다. 우리 검찰의 공식 영문 명칭은 Prosecution Service이다. 이 말의 정상적인 의미를 유지하는 것이 필요해 보인다.

검찰조직의 운영 대비 효과 분석에 따른 조직 재편은 필수적이다. 지표설계를 통한 분석방법은 많은 비판에도 불구하고 일반화된 기관평가 방법이다. 그럼에도 불구하고 주요 권력 기관들은 재무평가 대상이 아니다. 특히 경영평가나 종합성과평가 등은 검찰조직을 예외로 인정할 이유는 없다.⁹³⁾ 다만 기획재정부가 일률적으로 특정 예산을 재조정하는 것으로 추진하는 것은 신중히 검토해야 한다. 이를 통해 기획재정부가 새로운 권력기구로 변질될 수 있는 가능성이 생기기 때문이다. 잊지 말아야 하는 것은 위험사회의 통제원리는 시민참여라는 사실이다.⁹⁴⁾ 여기서 한걸음 더 나아가면 전산망 장비를 활용한 국가기관에 대한 디지털 감시체계의 활성화이다.

이 글은 현실적 대안을 위해 작성한 것은 아니다. 비교 문헌적 근거를 통해 현재 진행되는 전반적 사법개혁 논의가 조금 더 자유롭게 추진되면 좋겠다는 작은 바람

93) 윤수재 등, 정부업무평가의 메타평가 및 개선방안 연구, 한국행정연구원 2012.

94) Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp 1986.

을 적어 본다. 어떤 제도든 만들 당시 필요와 정당성은 분명히 있을 것이다. 그러나 그 구조를 언제나 유지해야 하는가에 대해서는 신중해야 한다. 통상 제도의 설치는 그 시대의 시민들의 결정이어야 한다. 지금 검찰제도가 시민들의 선택은 아니다. 그리고 관련된 주변 법률들과 규범이 현재의 검찰제도와 체계적으로 어긋나 보인다. 특히 정치적 편향성이 규범적으로 금지된 검찰조직에 대해 시민사회가 정치검찰이란 표현을 지속적으로 사용하는 실질적 원인도 명심해야 한다.

참고문헌

- 권준혁, 키케로의 공화주의, 정치사상연구 제13집 2호(2007), 126-148
- 김도균, 법원리로서의 공익-자유공화주의 공익관 시각에서, 법학 제47권 제3호 (2006), 155-215
- 김한균, 협치주의적 형사책정 연구, 서울대학교 박사학위논문 2017
- 김일수, 수사체계와 검찰문화의 새 지평, 세창출판사 2010
- 김효전, 대한제국의 변호사제도, 근대 한국의 법제와 법학, 대한변호사협회 2005
- 김희수/서보학/오창익/하태훈, 검찰공화국 대한민국, 2011
- 노명선, 제아무리 검찰이 밋다 해도, 서울신문 2017년 2월 26일자 기고문
- _____, 검찰개혁의 바람직한 모듈 설정에 관한 연구, 미래기획단 2012
- 문재인/김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다. 무소불위의 권력 검찰의 본질을 비판하다, 오월의 봄 2011
- 문준영, 법원과 검찰의 탄생. 사법의 역사로 읽는 대한민국, 역사비평사 2010
- 박상욱, 프랑스 형사소송법상의 기소방식에 관한 연구, 검찰 제116호(2005), 307-376
- 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사 2010
- 자연법사상, 민음사, 1987
- 박정희, 국가와 혁명과 나, 지구촌 2009
- 사법발전재단, 역사 속의 사법부, 사법발전재단 2009
- 삼일회계법인 등, 예산회계와 재무회계의 연계방안 분석보고서, 2009
- 서보학, 검 × 경 수사권 조정자문회 활동 경과에 대한 보고 및 의견서(수사권조정자문위원회, 2005.5.31), 26
- 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사 2014
- 신동일, 제도적 위협과 규범적 자율성, 강원법학 제50권(2017), 217-258
- 신동일, 형사 소송구조와 증거법칙. 적정절차화를 위한 제언, 형사정책연구 제28권 제4호(2017), 1-34
- 온승표, 루만의 (법)사회학. 루만의 시스템이론, 신영사 2002

- 윤수재 등, 정부업무평가의 메타평가 및 개선방안 연구, 한국행정연구원 2012
- 윤재왕, 법체계의 자율성. 체계이론적 관점에서 본 법과 정치의 관계, 강원법학 제 50권(2017), 259-317
- 이상돈/김소영, 법문학. 법문학의 대상과 방법 그리고 실천, 신영사 2005
- 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사 2010
- 이준보/이완규, 검찰청법. 한국 검찰과 대한민국 검찰을 말하다, 박영사 2017
- 이진국/도중진, 무죄추정원칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2005
- 인사혁신처, 공무원 인사실무, 2016
- 정웅석, 검찰개혁의 바람직한 방향, 형사법의 신동향 제54호(2017), 5-65
- 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사 2010
- 조국, 검 × 경 수사권 조정에 관한 공청회, 수사권조정자문위원회 2005.4.11
- 한상권, 조선시대 소송과 외지부. 1560년 경주부 결송 입안 분석, 역사와 현실 통권 제69호(2001), 255-292
- 민소의 활성화와 민본정치, 역사비평 제37권(1997), 375-381
- 공죄와 사죄, 법사학연구 제53권(2016), 7-37
- Austin, J., Province of Jurisprudence Determined, John Murray 1832(2012).
- Beck, U., Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp 1986
- Brinton, C., Anatomy of Revolution, 1938 reprinted by Vintage 1965
- Cavell, S., Must We Mean What We Say? Cambridge University Press 1976
- Carsten E.S./Rautenberg E.C., Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 3. Aufl., Nomos 2015
- Engisch(안법영/윤재왕 옮김), 법학방법론, 세창출판사 2011
- Fodor, J., The Modularity of Mind, MIT Press 1983
- Haslanger S./Kurz R.M.(ed.), Persistence. Contemporary Readings, MIT Press 2006

- Hay D./Snyder F.(ed.), Policing and Prosecution in Britain 1750-1850, Oxford University Press 1989
- Heidegger, M., Sein und Zeit, Gesamtausgabe Abt.1 Veröffentlichte Schriften Bd. 2. 19.Aufl., Max Niemeyer Verlag 2006
- Hegel, G.W.F., Phänomenologie des Geistes, Felix Meiner Verlag 1980
- Gillieron, G., Public Prosecutors in the United States and Europe. A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany, Springer 2013
- Kaiser, G., Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, Athenäum Verlag 1972
- Keslen(변종필/최희수 역), 순수법학, 길안사 1997
- Langbein, J.H., The origin of public prosecution at common law, Am.J.Leg.Hist 17: 313-335
- Landemore, H., Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many, Princeton University Press 2017
- Locke, J., Two Treaties on Government, in: The Works of John Locke, New Edition in Ten Volumes, Vol., V.
- Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung, Die Soziologie und der Mensch, Wiesbaden 3. A. 2008
- Rechtssoziologie, Westdeutscher Verlag 1980
- Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, Suhrkamp 1984
- Die soziologische Beobachtung des Rechts, Metzner 1986
- Die Wirtschaft der Gesellschaft, Suhrkamp 1988
- Die Wissenschaft der Gesellschaft, Suhrkamp 1990
- Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp 1993
- Die Kunst der Gesellschaft, Suhrkamp 1995
- Die Gesellschaft der Gesellschaft, 2 Bde., Suhrkamp 1997 (=GdG)
- Recht als soziales System, ZfRSoz 20 (1999) 1-13

- Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Aufl., Enke 2000
- Ohlin, J.D., Group Think: The Law of Conspiracy and Collective Reason, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol.98, No.1(2008), 147-206
- Oracle Communications, The Thinking Networks Revolution: A “Digital Lifestyle” Call to Action for Communications Service Providers, An Oracle White Paper 2013
- Ostendorf, H., Justiz im Dritten Reich. Politische Strafjustiz vor und nach 1945, in: Bundeszentrale für politische Bildung(Hrsg.), Kriminalität und Strafrecht, Informationen zur politischen Bildung, Nr.248, 1999, 17-24.
- Pinker(김한영 옮김), 단어와 규칙. 스티븐 핑커가 들려주는 언어와 마음의 비밀, 사이언스북스 2009
- Reid, S.T., Criminal Law. The Essential, Oxford University Press 2017
- Rottleitner, H., Einführung in die Rechtssoziologie, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1986
- Rumelhart/McClelland, Parallel Distributed Processing: Explorations in the Microstructure of Cognition - Volume 1 (foundations) & Volume 2 (Psychological and Biological Models), 1986
- Stenning, P., Appearing for the Crown, Brown Legal Publications 1986
- Strasser, H., Probleme im Grenzbereich Staatsanwaltschaft und Polizei, Freie Universität Berlin 1979
- Taylor, D., Crime, Police, and Punishment in England, 1750-1914, Basingstoke, 1998
- Weber, M., Wirtschaft und Gesellschaft 1922
- UNAFEI, Criminal Justice System in Japan: Prosecution, 107th International Training Course Paper
- Venkateshi, An Empirical Analysis of Street-Level Prostitution, Chicago University Press 2007

Welzel, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht 1980

Zetzel, J.E.G.(trans & ed.), *Cicero: On Commonwealth and On the Laws*, Cambridge University Press 1995

Zweigert K./Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3.ed., Claredon Press 1998

Prosecutorial Reform and the Legal System

Syn, Dong-yiel*

Prosecution is occasionally an usual target of criminal reform. No political campaign skips the issue in its reform list. However the status quo solution has never been found in the mind of criminalologists and citizens. We can see the similarity in the current political proposals. The failed trials were enshrined and focused mainly on human resources and structural deconstruction, which were tedious and ineffective. Instead of them, I would like to look at a possibility into a system based analysis. A German sociologist, Niklas Luhmann, once deals with the operations of the legal system as autonomous entity, autopoiesis, while his approaches have yet to make a major impact on mainstream sociology. The interior of the legal system is a zone of reduced complexity. Legal system works biologically, followed by Humberto Maturana, as they reproduct small units of communications depending on their meaning. It reflects 70s primitive digital concepts, the Cybernetics. Let alone those complicated theoretical perspectives, we can take a position to hire the systematic analysis for the reconstruction of prosecution service. In our long history, the relation between politics and law has never been briefly explained. If we differentiate legal matters from political phenomena, then we could see the system as it ought to be. As Teubner told before, once autopoietic legal system is functioned, the system could find the way where we are to reconstruct and dump out.

❖ Keyword: Reform of Prosecution, prosecutorial function, the writ system, monopoly of prosecution, system theory, autopoiesis

* Professor of Law Faculty, Hankyung National University

투고일 : 1월 9일 / 심사일 : 3월 23일 / 게재확정일: 3월 23일