



제418회국회(정기회)
제19차 법제사법위원회

형사소송법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈검사에 대해 제척·기피·회피제도 도입〉

■ 이성윤의원 대표발의(의안번호 제2203334호)

2024. 12.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I. 제안경위	1
II. 제안이유 및 주요내용	1
III. 검토의견	2
1. 개정안의 주요내용	2
2. 제척·기피·회피제도 개관	5
3. 개정안과 현행법상 법관 제척·기피·회피제도의 비교	7
가. 제척 사유 관련(안 제196조의2 및 법 제17조)	8
나. 기피제도 관련(안 제196조의3부터 제196조의6까지 및 법 제18조부터 제23조까지)	9
다. 회피제도 및 준용규정(안 제196조의7 및 제196조의8, 법 제24조 및 제25조까지)	15
4. 개정안에 대한 전반적인 검토	16
가. 검사의 제척·기피·회피 도입의 타당성 검토	16
나. 해외사례	20
다. 판례 및 검사의 수사업무 배제 관련 현행 제도	21
5. 개별 조문 및 세부 사항에 대한 검토	23
가. ‘사건과 관계된 로펌·기업에서 퇴직한 날부터 2년 이내’를 검사의 제척 사유에 포함하는 것의 적절성 검토 필요	23
나. 검사 기피 신청에 따른 수사 지연 등 부작용 검토 필요	25
다. 공정수사심의위원회 외부위원 비율의 적정성 검토 필요	31
라. 법관과 상이하게 규정한 검사 회피 원인의 적정성 검토 필요	32

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 이성윤의원 등 10인
2. 제 안 일 : 2024. 8. 29.
3. 회 부 일 : 2024. 8. 30.

II. 제안이유 및 주요내용

현행 형사소송법은 법관이 피해자이거나 피고인·피해자의 친족인 경우, 법관이 피고인 또는 피해자의 법정대리인, 후견감독인인 때 등을 제척사유로 규정하고 있음. 검사 또는 피고인은 법관이 제척사유가 있거나 불공평한 재판을 할 염려가 있는 경우에는 법관에 대한 기피를 신청할 수 있도록 하고 있음.

그런데 검사에 대하여는 제척·기피·회피에 관한 규정을 두고 있지 않음. 형사절차의 공정성 확보를 위해서는 해당 사건과 일정한 관계가 있는 검사를 직무수행에서 배제해야 한다는 지적이 있음.

이에 검사가 피해자이거나 피의자·피해자의 친족 등인 경우 검사는 직무집행에서 제척되고, 피해자·피의자 등은 일정한 경우 검사의 기피를 신청할 수 있도록 규정하여 검사에 대한 제척·기피·회피제도를 도입하고자 함(안 제196조의2부터 제196조의8까지 신설).

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안의 주요내용

개정안은 ① 검사가 사건과 관련이 있는 경우 등을 제척사유로 규정하여 직무집행에서 배제하도록 하고, ② 검사가 제척사유에 해당하거나 불공평한 수사를 할 염려가 있는 경우 피의자, 변호인, 고발·고소인 등이 검사의 기피를 신청할 수 있도록 하며, ③ 검사 스스로 제척사유에 해당하는 때에는 회피하도록 하는 등 검사에 대해서도 판사와 마찬가지로 제척·기피·회피 제도를 규정하려는 것임(안 제196조의2부터 제196조의8까지 신설).

[표 1] 개정안 신·구조문대비표

현행	개정안
<신설>	제196조의2(제척의 원인) 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사건에 관하여 직무집행에서 제척된다. 1. 검사가 피해자인 때 2. 검사가 피의자 또는 피해자의 친족이거나 친족관계가 있었던 때 3. 검사가 피의자 또는 피해자의 법정대리인이거나 후견감독인인 때 4. 검사가 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때. 다만, 제316조제1항에 따른 공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다. 5. 검사가 사건에 관하여 피의자의 대리인, 변호인, 보조인으로 된 때 6. 검사가 사건에 관하여 법관 또는 사법경찰관리의 직무를 행한 때 7. 검사가 사건에 관하여 피의자의 변호인이었거나 피의자·피해자의 대리인인 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률

	<u>사무소, 「외국법자문사법」 제2조제9호에 따른 합작법무법인에서 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때</u> <u>8. 검사가 피의자인 법인·기관·단체에서 임원 또는 직원으로 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때</u>
<신 설>	<u>제196조의3(기피의 원인과 신청권자) ① 피의자, 변호인, 고소인, 고발인 또는 피해자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 또는 지청에 기피를 신청할 수 있다.</u> <u>1. 검사가 전조 각 호의 어느 하나에 해당되는 때</u> <u>2. 검사가 사건에 관하여 불공평한 수사를 하였거나 할 염려가 있다고 인정할만한 구체적이고 상당한 이유가 있는 때. 다만, 그 사유는 신청인이 소명하여야 한다.</u> <u>② 변호인은 피의자의 명시적인 의사에 반하지 아니하는 경우에 한하여 검사에 대한 기피를 신청할 수 있다.</u> <u>③ 기피사유는 신청한 날부터 3일 이내에 서면으로 소명하여야 한다.</u> <u>④ 기피당한 검사는 기피신청 사실을 통보받은 날부터 3일 이내에 기피신청에 대한 의견서를 제출하여야 한다.</u>
<신 설>	<u>제196조의4(기피신청에 대한 심의) ① 제196조의3제1항의 기피신청을 받은 지방검찰청검사장 또는 지청장은 지체없이 기피신청서·의견서·소명 서류를 관할 고등검찰청에 송부하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그러하지 아니할 수 있다.</u> <u>1. 대상 사건이 종결된 때</u> <u>2. 동일한 사건에 대해 이미 기피 신청하였던 때</u> <u>3. 제196조의3제3항의 소명이 없는 때</u> <u>4. 제196조의3에 따른 관할에 위배되어 기피신청이 이루어진 때</u> <u>5. 기피신청이 수사의 지연 또는 방해만을 목적으로 하는 것이 명백한 때</u> <u>② 기피신청에 관한 사항을 심의하기 위하여 각 고등검찰청에 공정수사심의위원회(이하 이 조와 제196조의5에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다.</u> <u>③ 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 8명 이내의 외부 위원으로 구성하고, 위원은 학계, 법조계, 시민단체 인사 등 학식</u>

	과 경험이 있는 사람 중 각 고등검찰청검사장이 임명 또는 위촉한다. ④ 기피당한 검사는 심의위원회에 출석하여 의견을 개진할 수 있다. ⑤ 심의위원회의 구성 및 운영 등 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.
<신 설>	제196조의5(기피신청에 대한 처리) ① 제196조의4제1항의 기피신청을 받은 고등검찰청검사장은 지체없이 제196조의4의 심의위원회에 기피신청서를 송부하여야 한다. ② 심의위원회는 제1항의 서류를 송부받은 날부터 7일 이내에 기피신청 수용 여부를 결정하여야 하며, 기피신청이 이유 있다고 인정하는 때에는 지체없이 기피당한 검사의 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 통지하여야 한다. ③ 제2항에 따라 기피가 인정된 검사는 해당 사건의 직무집행에서 배제된다.
<신 설>	제196조의6(기피신청과 수사의 정지) 검사는 기피신청이 있는 때에는 제196조의5의 절차가 완료될 때까지 해당 사건의 수사를 중지한다. 다만, 공소시효의 만료, 증거인멸의 우려 등 신속한 수사의 필요성이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
<신 설>	제196조의7(회피의 원인 등) ① 검사는 제196조의2 각 호의 사유에 해당하는 때에는 회피하여야 한다. ② 회피는 소속 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 서면으로 신청하여야 한다. ③ 회피신청에 대한 처리는 제196조의5를 준용한다.
<신 설>	제196조의8(검찰청 직원에 대한 제척·기피·회피) ① 제196조의2부터 제196조의7의 규정은 제245조의9의 검찰청 직원에 준용한다. ② 전항의 검찰청 직원에 대한 기피결정은 소속 지방검찰청검사장 또는 지청장이 하여야 한다.

2. 제척·기피·회피제도 개관

제척(除斥)은 구체적인 사건의 심판에 있어서 법관이 불공정한 재판을 할 우려가 현저한 것으로 볼 수 있는 일정한 유형을 법률상 규정하고, 그 사유가 있을 때 자동적으로 담당 법관을 당해 직무에서 배제시키는 제도임.¹⁾

제척제도의 취지는 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 재판 등 직무를 수행할 것이 기대되는 법관 또한 하나의 자연인임을 고려하여, 제도적·구조적으로 중립성·공정성을 담보함으로써 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고, 재판에 대한 국민의 신뢰를 제고하려는 것임.

현행 「형사소송법」 제17조는 제척의 원인이 되는 사유로 총 9가지를 열거²⁾³⁾하고 있으며, 제척의 원인에 해당하는 법관은 법률상 당연히 그

1) 노태약 외, 「주석 형사소송법(제1권)」, 한국사법행정학회, 2022. 8, p.143

2) 「형사소송법」 제17조(제척의 원인) 법관은 다음 경우에는 직무집행에서 제척된다.

1. 법관이 피해자인 때
2. 법관이 피고인 또는 피해자의 친족 또는 친족관계가 있었던 자인 때
3. 법관이 피고인 또는 피해자의 법정대리인, 후견감독인인 때
4. 법관이 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때
5. 법관이 사건에 관하여 피고인의 대리인, 변호인, 보조인으로 된 때
6. 법관이 사건에 관하여 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행한 때
7. 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때
8. 법관이 사건에 관하여 피고인의 변호인이거나 피고인·피해자의 대리인인 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소, 「외국법자문사법」 제2조제9호에 따른 합작법무법인에서 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때
9. 법관이 피고인인 법인·기관·단체에서 임원 또는 직원으로 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때

3) 제8호 및 제9호의 사유는 2020년 12월 개정되어 2021년 6월 9일부터 시행된 「형사소송법」 일부개정(법률 제17572호, 2020. 12. 8. 일부개정)에 의하여 제척사유로 추가되었음. 법조일원화에 따라 로펌 등의 변호사 경력자가 법관으로 임용되면서, 법관으로 임용되기 전에 소속되어 있던 로펌이나 기업과의 관계에서 공정한 재판을 할 수 있는지에 대해 소위 ‘후관 예우’ 논란이 제기되었기 때문으로, 제8호와 제9호 제척사유는 이러한 논란을 차단하기 위한 장치임.(신동운, 「신형사소송법(제1

사건에 대해 재판뿐만 아니라 일체의 소송행위를 포함한 직무에 관여할 수 없음.

한편, 기피(忌避)는 법관이 제척사유가 있음에도 재판에 관여하거나 불공평한 재판을 할 염려가 있는 경우에 검사 또는 피고인의 신청에 의해 해당 법관을 직무집행에서 배제시키는 제도이며,⁴⁾ 회피(回避)는 법관이 스스로 제척사유에 해당하거나 그 밖에 불공평한 재판을 할 염려가 있다고 판단하는 경우에 그 법관의 신청에 따라 법원의 재판에 의해 당해 사건의 직무집행에서 탈퇴하는 제도임.⁵⁾⁶⁾

제척은 법률상 규정한 제척 사유에 해당되면 해당 법관은 직무집행에서 당연히 배제되는 효과가 있는 반면, 기피는 그 사유가 비유형적(“불공평한 재판을 할 염려”)이고 당사자(검사 또는 피고인)의 신청이 있는 경우에 기피당한 법관의 소속법원합의부의 결정에 따라 직무집행에서 배제된다는 점에서 차이가 있음.

3판)」, 법문사, 2021. 3, p. 431

- 4) 「형사소송법」 제18조(기피의 원인과 신청권자) ① 검사 또는 피고인은 다음 경우에 법관의 기피를 신청할 수 있다.
1. 법관이 전조 각 호의 사유에 해당되는 때
 2. 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때
- ② 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때에 한하여 법관에 대한 기피를 신청할 수 있다.
- 5) 「형사소송법」 제24조(회피의 원인 등) ① 법관이 제18조의 규정에 해당하는 사유가 있다고 사료한 때에는 회피하여야 한다.
- ② 회피는 소속법원에 서면으로 신청하여야 한다.
 - ③ 제21조의 규정은 회피에 준용한다.
- 「형사소송법」 제21조(기피신청에 대한 재판) ① 기피신청에 대한 재판은 기피당한 법관의 소속법원 합의부에서 결정으로 하여야 한다.
- ② 기피당한 법관은 전항의 결정에 관여하지 못한다.
 - ③ 기피당한 판사의 소속법원이 합의부를 구성하지 못하는 때에는 직근 상급법원이 결정하여야 한다.
- 6) 회피는 개별 법관의 독자적 권한이 아니라 직무상 의무이며, 「형사소송법」 제24조도 법관이 ‘회피하여야 한다’고 규정함으로써 이 점을 명시하고 있음.(노태악 외, 앞의 책, p. 199)

또한, 회피는 법관 본인의 의사에 따라 해당 법관이 소속된 법원의 합의부 결정으로 직무집행에서 배제된다는 점에서 제척·기피와 구별됨.

현행 「형사소송법」이 규정한 법관등의 제척·기피·회피 제도의 내용을 비교하면 [표 2]와 같음.

[표 2] 「형사소송법」상 제척·기피·회피제도 비교

제도	제척(제17조)	기피(제18조)	회피(제24조)
사유	법률상 제척사유 (총 9가지)	법률상 제척사유 + 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때	
별도의 신청 요부	불요	검사 또는 피고인 (변호인)의 신청	법관 스스로 소속법원에 신청
절차	불요 (사유 해당시 자동적으로 효과 발생)	기피신청에 대한 재판 - 소속법원 합의부에서 결정 (단, 합의부 미구성시 직근 상급법원 결정)	회피신청에 대한 재판 - 소속법원 합의부에서 결정 (단, 합의부 미구성시 직근 상급법원 결정)
효과	해당 사건의 직무집행에서 배제		

3. 개정안과 현행법상 법관 제척·기피·회피제도의 비교

개정안은 검사에 대해서도 법관과 마찬가지로 제척·기피·회피 제도를 마련하려는 것임. 즉, 법관의 제척·기피·제척을 규정한 현행 「형사소송

법」 제1편 제2장(제17조부터 제25조까지)의 내용을 토대로 개정안 제196조의2부터 제196조의8까지로 구성하되, 형사 절차에서 판사와 검사의 지위 및 역할의 차이 등을 고려하여 다음과 같이 일부 내용에 차이를 둔 것으로 보임.

가. 제척 사유 관련(안 제196조의2 및 법 제17조)

개정안은 「형사소송법」 제17조의 법관의 제척사유 9가지를 대부분 인용하되⁷⁾, 3심 제도로 운용되는 재판의 특성상 전심재판⁸⁾등에 관여한 법관을 제척하도록 한 제7호는 검사의 경우 해당이 없으므로 삭제하였음. 또한, 안 제196조의2제4호의 경우 현행법 제17조제4호를 인용하되, 공판 과정에서 수사검사가 피해자의 요청에 따라 증인·참고인 등으로 출석하는 경우를 제척사유에서 제외하기 위한 단서 조항을 추가하였음.

[표 3] 제척 사유(안 제196조의2 및 법 제17조) 관련 조문대비표

현 행	개 정 안	현행법상 법관 제척사유 규정
<신 설>	제196조의2(제척의 원인) 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사건에 관하여 직무집행에서 제척된다. 1. 검사가 피해자인 때 2. 검사가 피의자 또는 피해자의 친족이거나 친족관계가 있었던 때 3. 검사가 피의자 또는 피해자의 법정	제17조(제척의 원인) 법관은 다음 경우에는 직무집행에서 제척된다. 1. 법관이 피해자인 때 2. 법관이 피고인 또는 피해자의 친족 또는 친족관계가 있었던 자인 때 3. 법관이 피고인 또는 피해자의 법정

7) 재판에서의 당사자인 ‘피고인’을 수사에서의 당사자인 ‘피의자’로 용어를 변경함.
8) 불복신청을 한 당해 사건의 전심을 말하며, 제2심에 대한 제1심, 제3심에 대한 제2심 또는 제1심이 전심재판에 해당함.

현 행	개 정 안	현행법상 법관 제척사유 규정
	대리인이거나 후견감독인인 때 4. 검사가 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때. 다만, 제316조제1항에 따른 공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다. 5. 검사가 사건에 관하여 피의자의 대리인, 변호인, 보조인으로 된 때 6. 검사가 사건에 관하여 법관 또는 사법경찰관의 직무를 행한 때 7. 검사가 사건에 관하여 피의자의 변호인이었거나 피의자·피해자의 대리인인 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소, 「외국법자문사법」 제2조제9호에 따른 합작법무법인에서 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때 8. 검사가 피의자인 법인·기관·단체에서 임원 또는 직원으로 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때	대리인, 후견감독인인 때 4. 법관이 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때 5. 법관이 사건에 관하여 피고인의 대리인, 변호인, 보조인으로 된 때 6. 법관이 사건에 관하여 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행한 때 7. 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 참여한 때 8. 법관이 사건에 관하여 피고인의 변호인이거나 피고인·피해자의 대리인인 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소, 「외국법자문사법」 제2조제9호에 따른 합작법무법인에서 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때 9. 법관이 피고인인 법인·기관·단체에서 임원 또는 직원으로 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때

나. 기피제도 관련(안 제196조의3부터 제196조의6까지 및 법 제18조부터 제23조까지)

먼저 기피 사유의 경우, 개정안은 법관의 기피 신청 사유를 규정한

「형사소송법」 제18조제1항 각 호⁹⁾를 인용하되, 검사 기피 신청의 ‘비

9) 「형사소송법」 제18조(기피의 원인과 신청권자) ① 검사 또는 피고인은 다음 경우에 법관의 기피를 신청할 수 있다.

1. 법관이 전조 각 호의 사유에 해당되는 때

유형적’ 사유(제척 사유에 해당하는 경우 외의 사유)를 “검사가 불공평한 수사를 하였거나 할 염려가 있다고 인정할만한 구체적이고 상당한 이유가 있는 때”로 하여 현행보다 구체적으로 규정하고 있는 것이 특징임(안 제196조의3제1항 각 호).

기피 신청권자의 경우, 「형사소송법」 제18조제1항 및 제2항에 따라 법원에 대한 기피 신청은 검사 또는 피고인 및 변호인(피고인의 명시적 의사에 반하지 않는 경우)이 할 수 있는 반면, 개정안은 검사에 대한 기피 신청은 피의자 및 변호인 외에 고소인, 고발인, 피해자도 할 수 있도록 규정하여 상대적으로 넓게 인정하고 있음(안 제196조의3제1항 및 제2항).

기피신청시 처리 절차를 보면, 법관의 경우 기피신청에 대한 재판을 통해 처리하며, 기피당한 법관의 소속법원합의부에서 결정으로 하게 됨(법 제21조제1항). 반면, 개정안은 각 고등검찰청마다 설치된 ‘공정수사심의위원회’(이하 ‘심의위원회’)에서 기피신청을 심의하여 수용 여부를 결정하도록 규정하였음. 즉, 신청자로부터 기피신청을 받은 지검장·지청장은 기피신청서, 의견서, 소명서를 관할 고등검찰청에 송부하여야 하고(안 제196조의4제1항), 기피신청을 받은 고등검찰청검사장은 지체없이 심의위원회에 기피신청서를 송부하여야 하며, 심의위원회는 송부받은 날부터 7일 이내에 수용 여부를 결정하여야 함(안 제196조의5제1항 및 제2항). 안 제196조의4제2항부터 제5항까지는 심의위원회의 설치 근거

2. 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때

② 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때에 한하여 법원에 대한 기피를 신청할 수 있다.

및 구성 등에 대해 규정하고 있음.

기피신청의 효과에 대해, 「형사소송법」 제22조에 따르면 법관 기피신청시 소송 지연 목적임이 명백한 경우 등을 제외하면 소송 진행이 정지되거나, 급속을 요하는 경우에는 소송을 진행할 수 있음. 이에 대해 개정안은 검사에 대한 기피신청시 심의위원회의 수용 여부 결정이 완료될 때까지 해당 사건 수사를 중지하도록 규정하되, 공소시효 만료·증거인멸 우려 등 신속한 수사의 필요성이 있는 경우에는 예외로 하였음(안 제196조의6).

한편, 기피신청 처리 결과에 불복할 때, 법관 기피신청에 대한 재판은 법원의 “결정”에 해당하므로, 기각 결정에 대해 즉시항고가 가능함. 반면, 개정안에 따르면 검사 기피신청에 대한 수용 여부는 심의위원회의 결정이므로, 「형사소송법」상 검찰항고나 재정신청 등이 불가하며, 별도의 불복절차를 규정하지 않고 있음.

[표 4] 기피제도 관련 개정안과 현행법(법관등의 기피) 비교

구분	개정안 (검사등의 기피)	현행 「형사소송법」 (법관등의 기피)
사유	① 제척 사유에 해당하는 때 ② 검사가 불공평한 수사를 하였거나 할 염려가 있다고 인정할만한 구체적이고 상당한 이유가 있는 때 ※ 신청한 날부터 3일 이내 서면으로 소명	① 제척 사유에 해당하는 때 ② 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때 ※ 신청한 날부터 3일 이내 서면으로 소명
신청권자	피의자, 변호인(피의자의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때), 고소인, 고발인, 피해자	검사 또는 피고인, 변호인(피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때)
관할	해당 검사 소속의 지검 또는 지청	(합의법원의 법관)소속 법원 (수명법관, 수탁판사, 단독판사)당해 법관

구분	개정안 (검사등의 기피)	현행 「형사소송법」 (법관등의 기피)
기피신청 처리	■ 고검별로 설치된 “공정수사심의위원회”의 결정 : 기피신청을 받은 지검장·지청장은 고검에 기피신청서·의견서·소명서 송부, 고검장은 공정수사심의위원회에 송부 ■ 지검장·지청장의 기피신청 미송부 사유 : ① 사건 종결 ② 동일 사건에 기피 신청 있는 경우 ③ 수사 지연·방해 목적 명백 ④ 기피신청 관할 위반 ⑤ 기피사유를 3일 이내 서면으로 소명하지 못한 때	■ 재판으로 처리 : 기피당한 법관의 소속법원합의부에서 결정(합의부 미구성시 직근 상급법원에서 결정) ■ 기피신청 필요적 기각 : ① 소송 지연 목적이 명백 ② 기피신청 관할 위반 ③ 기피사유를 3일 이내 서면으로 소명하지 못한 때
기피신청 효과	사건 수사 중지 (공소시효 만료, 증거인멸 우려 등 신속한 수사의 필요성이 있는 경우 예외)	필요적 기각 사유를 제외하고는 소송 진행 정지(급속을 요하는 경우 예외)
처리결과 불복	없음	기피신청 기각 결정에 대해 즉시항고 가능

[표 5] 기피제도 관련 관련 조문대비표

현 행	개 정 안	현행법상 법관 기피제도 규정
<신 설>	제196조의3(기피의 원인과 신청권자) ① 피의자, 변호인, 고소인, 고발인 또는 피해자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 또는 지청에 기피를 신청할 수 있다. 1. 검사가 전조 각 호의 어느 하나에 해당되는 때 2. 검사가 사건에 관하여 불공평한 수사를 하였거나 할 염려가 있다고 인정할만한 구체적이고 상당한 이유가 있는 때. 다만, 그 사유는 신청인이 소명하여야 한다.	제18조(기피의 원인과 신청권자) ① 검사 또는 피고인은 다음 경우에 법관의 기피를 신청할 수 있다. 1. 법관이 전조 각 호의 사유에 해당되는 때 2. 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때

현행	개정안	현행법상 법관 기피제도 규정
<신설>	② 변호인은 피의자의 명시적인 의사에 반하지 아니하는 경우에 한하여 검사에 대한 기피를 신청할 수 있다. ③ 기피사유는 신청한 날부터 3일 이내에 서면으로 소명하여야 한다. ④ 기피당한 검사는 기피신청 사실을 통보받은 날부터 3일 이내에 기피신청에 대한 의견서를 제출하여야 한다. 제196조의4(기피신청에 대한 심의) ① 제196조의3제1항의 기피신청을 받은 지방검찰청검사장 또는 지청장은 지체없이 기피신청서·의견서·소명서류를 관할 고등검찰청에 송부하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그러하지 아니할 수 있다. 1. 대상 사건이 종결된 때 2. 동일한 사건에 대해 이미 기피신청하였던 때 3. 제196조의3제3항의 소명이 없는 때 4. 제196조의3에 따른 관할에 위배되어 기피신청이 이루어진 때 5. 기피신청이 수사의 지연 또는 방해만을 목적으로 하는 것이 명백한 때 ② 기피신청에 관한 사항을 심의하기 위하여 각 고등검찰청에 공정수사심의위원회(이하 이 조와 제196조의5에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다. ③ 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 8명 이내의 외부 위원으로 구성하고, 위원은 학계, 법조계, 시민단체 인사 등 학식과 경험이 있는 사람 중	② 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때에 한하여 법원에 대한 기피를 신청할 수 있다. 제19조(기피신청의 관할) ① 합의법원의 법원에 대한 기피는 그 법관의 소속 법원에 신청하고 수명법관, 수탁판사 또는 단독판사에 대한 기피는 당해 법관에게 신청하여야 한다. ② 기피사유는 신청한 날로부터 3일 이내에 서면으로 소명하여야 한다. 제20조(기피신청각과 처리) ① 기피신청이 소송의 지연을 목적으로 함이 명백하거나 제19조의 규정에 위배된 때에는 신청을 받은 법원 또는 법관은 결정으로 이를 기각한다. ② 기피당한 법관은 전항의 경우를 제한 외에는 지체없이 기피신청에 대한 의견서를 제출하여야 한다. ③ 전항의 경우에 기피당한 법관이 기피의 신청을 이유있다고 인정하는 때에는 그 결정이 있는 것으로 간주한다.

현행	개정안	현행법상 법관 기피제도 규정
	각 고등검찰청검사장이 임명 또는 위촉한다. ④ 기피당한 검사는 심의위원회에 출석하여 의견을 개진할 수 있다. ⑤ 심의위원회의 구성 및 운영 등 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.	
<신설>	제196조의5(기피신청에 대한 처리) ① 제196조의4제1항의 기피신청을 받은 고등검찰청검사장은 지체없이 제196조의4의 심의위원회에 기피신청서를 송부하여야 한다. ② 심의위원회는 제1항의 서류를 송부받은 날부터 7일 이내에 기피신청 수용 여부를 결정하여야 하며, 기피신청이 이유 있다고 인정하는 때에는 지체없이 기피당한 검사의 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 통지하여야 한다. ③ 제2항에 따라 기피가 인정된 검사는 해당 사건의 직무집행에서 배제된다.	제21조(기피신청에 대한 재판) ① 기피신청에 대한 재판은 기피당한 법관의 소속법원합의부에서 결정으로 하여야 한다. ② 기피당한 법관은 전항의 결정에 관여하지 못한다. ③ 기피당한 판사의 소속법원이 합의부를 구성하지 못하는 때에는 직근상급법원이 결정하여야 한다.
<신설>	제196조의6(기피신청과 수사의 정지) 검사는 기피신청이 있는 때에는 제196조의5의 절차가 완료될 때까지 해당 사건의 수사를 중지한다. 다만, 공소시효의 만료, 증거인멸의 우려 등 신속한 수사의 필요성이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.	제22조(기피신청과 소송의 정지) 기피신청이 있는 때에는 제20조제1항의 경우를 제한 외에는 소송진행을 정지하여야 한다. 단, 급속을 요하는 경우에는 예외로 한다. 제23조(기피신청기각과 즉시항고) ① 기피신청을 기각한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. ② 제20조제1항의 기각결정에 대한 즉시항고는 재판의 집행을 정지하는 효력이 없다.

다. 회피제도 및 준용규정(안 제196조의7 및 제196조의8, 법 제24조 및 제25조까지)

회피제도와 관련하여, 「형사소송법」 제24조는 법관이 “기피 신청 사유”를 규정한 제18조에 해당하는 사유가 있다고 사료되는 경우 회피하도록 규정하고 있는 반면, 개정안 제196조의7은 검사가 “제척사유”에 해당하는 경우 회피하도록 규정하고 있음. 즉, 법관의 경우 제척사유 외에 “불공평한 재판을 할 염려가 있는 때”에도 회피해야하지만, 개정안에 따르면 검사는 스스로 불공평한 수사를 할 염려가 있어도 제척사유에 해당하지 않으면 회피할 의무까지 발생하지는 않음.

한편, 「형사소송법」 제25조는 동 법의 법관 제척·기피·회피 관련 규정을 법원사무관등에 대해서도 준용하도록 하고 있으며, 개정안은 이와 같은 취지로 개정안의 검사 제척·기피·회피 관련 규정을 검찰청 직원에게도 준용하도록 규정함(안 제196조의8).

[표 5] 회피제도 및 준용규정 관련 관련 조문대비표

현 행	개 정 안	현행법상 법관 회피 및 준용규정
<신 설>	제196조의7(회피의 원인 등) ① 검사는 제196조의2 각 호의 사유에 해당하는 때에는 회피하여야 한다. ② 회피는 소속 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 서면으로 신청하여야 한다. ③ 회피신청에 대한 처리는 제196조의5를 준용한다.	제24조(회피의 원인 등) ① 법관이 제18조의 규정에 해당하는 사유가 있다고 사료한 때에는 회피하여야 한다. ② 회피는 소속법원에 서면으로 신청하여야 한다. ③ 제21조의 규정은 회피에 준용한다.
<신 설>	제196조의8(검찰청 직원에 대한 제척·기피·회피) ① 제196조의2부터 제19	제25조(법원사무관등에 대한 제척·기피·회피) ① 본장의 규정은 제17조

현행	개정안	현행법상 법관 회피 및 준용규정
	6조의7의 규정은 제245조의9의 검찰청 직원에 준용한다. ② 전항의 검찰청 직원에 대한 기피결정은 소속 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 하여야 한다.	제7호의 규정을 제한 외에는 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보(이하 “법원사무관등”이라 한다)와 통역인에 준용한다. ② 전항의 법원사무관등과 통역인에 대한 기피재판은 그 소속법원이 결정으로 하여야 한다. 단, 제20조제1항의 결정은 기피당한 자의 소속법관이 한다.

4. 개정안에 대한 전반적인 검토

가. 검사에 대한 제척·기피·회피 도입의 타당성 검토

검사에 대해서도 법관과 같은 제척·기피·회피제도를 도입하고자 하는 개정안은 다음과 같은 점에서 긍정적인 측면이 있음.

먼저, 검찰권 행사의 공정성·신뢰성 확보 및 피고인·피의자 권리 보호에 기여하는 측면이 인정됨.

형사사법절차의 중립성과 공정성 확보는 법관에 의한 재판과정에만 필요한 것이 아니고, 이전 단계인 수사과정부터 담보될 필요가 있음. 특히, 검사는 ‘준사법기관’¹⁰⁾이자 ‘단독관청’¹¹⁾의 지위를 부여받는 등 법관에 준하는 역할 수행자인 점 등을 고려해 볼 때, 해당 사건과 일정 관계

10) 검사는 모든 수사과정에서 헌법과 법률에 따라 보장되는 피의자등의 권리를 보호하고, 적법한 절차에 따라야 하는바, 검사의 적법절차 준수의무는 피고사건의 심판과 관련하여 법관이 이행해야 할 적법절차 준수 의무와 거의 대등한 정도에 이른다는 점에서, 검사를 준사법기관이라고 명칭함.(신동운, 앞의 책, p.28)

11) 그 자신의 이름으로 공권적 의사표시를 하는 국가기관임을 의미함. 개개의 검사는 단독관청으로써 자신의 이름으로 각종 처분을 내리며, 개별 검사의 대외적 의사표시는 단독관청의 처분으로서 대외적 효력을 가짐.(신동운, 앞의 책, p.28)

에 있는 검사를 직무집행에서 배제하여 공정하고 합리적인 수사로 피고인·피의자 권리 침해를 방지할 필요가 있으므로,¹²⁾ 개정안의 취지는 타당하다고 보임.

또한, ‘검사의 객관의무’ 측면에서도 제척·기피·회피 도입의 타당성을 추론할 수 있음.

검사의 객관의무란 검사는 공익의 대표자로서 진실과 정의의 원칙에 따라 실체적 진실을 추구하고 법령의 정당한 적용을 청구하는 객관적 직분에 해당함을¹³⁾ 전제로, 단순히 당사자라는 입장을 초월하여 피의자나 피고인의 정당한 이익도 보호하여야 하는 의무를 말하는바,¹⁴⁾ 대법원¹⁵⁾과 헌법재판소¹⁶⁾도 직무상 의무로서 인정하고 있음.

12) 이은모·김정환, 「형사소송법(제8판)」, 박영사, 2021, p.68.

- 13) 「**검찰청법**」 제4조(검사의 직무) ① 검사는 **공익의 대표자**로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다.
1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다.
 - 가. 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄
 - 나. 경찰공무원이 범한 범죄
 - 다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄
 3. **법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구**
- ② 검사는 그 직무를 수행할 때 **국민 전체에 대한 봉사자**로서 **헌법과 법률에 따라 국민의 인권을 보호하고 적법절차를 준수**하며, 정치적 중립을 지켜야 하고 주어진 권한을 남용하여서는 아니 된다.

14) 이준보·이완규, “한국 검찰과 검찰청법”, 박영사, 2017. p. 251.

15) 검찰청법 제4조 제1항은 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사·공소제기와 그 유지에 관한 사항 및 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구 등의 직무와 권한을 가진다고 규정하고, 같은 조 제2항은 검사는 그 직무를 수행함에 있어 그 부여된 권한을 남용하여서는 아니된다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 형사소송법 제424조는 검사는 피고인을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 검사는 피고인의 이익을 위하여 항소할 수 있다고 해석되므로 **검사는 공익의 대표자로서 실체적 진실에 입각한 국가 형벌권의 실현을 위하여 공소제기와 유지를 할 의무뿐만 아니라 그 과정에서 피고인의 정당한 이익을 옹호하여야 할 의무를 진다**고 할 것이고, 따라서 검사가 수사 및 공판과정에서 피고인에게 유리한 증거를 발견하게 되었다면 피고인의 이익을 위하여 이를 법원에 제출하여야 한다(대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결).

16) 검사는 검찰권을 행사하는 국가기관이다. 이와 같은 검사제도의 연혁적인 배경에는 종래의 규문 절차를 탈피하기 위하여 검사로 하여금 법령의 정당한 적용을 청구하고 감시하게 하며, 수사단계에서

이에 따르면, 제척·기피·회피제도 도입을 통해 특정 사건과 관계 있는 검사를 직무집행에서 배제하도록 하는 것은, 공익의 대표자이자 제3자적 입장에서 직무를 수행해야 하는 검사의 객관의무를 실효성 있게 달성할 수단으로 작용할 것으로 보임.

다만, 개정안에 대해 다음과 같은 측면도 검토할 필요가 있음.

‘형사소송의 당사자주의’ 견해에 따르면, 검사에 대한 제척·기피·회피 도입은 재판의 일방 당사자(피고인)에 의한 타방 당사자(검사)의 배척을 인정하는 것이어서, 동 견해와는 부합하지 않는 측면이 있다는 점을 고려할 필요가 있음.

당사자주의는 재판의 당사자인 검사와 피고인에게 소송의 주도적 지위를 인정하여 당사자 사이의 공격과 방어로 심리가 진행되고, 법원은 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 입증을 판단하는 소송구조를 의미함.¹⁷⁾ 이에 따르면, ‘심판’의 주체인 법관과 달리 피고인의 상대방으로써 당사자적 지위도 가지는 검사에 대해 피고인, 피의자 등의 기피신청권을 인정하는 것은 당사자주의 및 무기평등의 원칙에 부합하지 않는 측면이

피의자에게 이익되는 사실도 조사·수집하게 하는 등 피의자 및 피고인의 소송법적인 권리를 보호하기 위한 목적이 자리잡고 있다. 이와 같은 제도의 이념으로부터 도출되는 것이 검사의 객관의무인바, 검사의 객관의무란 피의자나 피고인에 대립되는 당사자이면서도 단순한 당사자가 아니라, 공익의 대표자로서 피의자나 피고인의 정당한 이익을 옹호해야 할 검사의 직무상의 의무이다. 이 의무에 따라서 검사는 피의자 혹은 피고인들에게 이익되는 사실도 조사, 제출하고, 이들의 이익을 위한 행위를 해야 할 객관적 관청으로서의 지위를 갖게 된다(헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002헌마527 전원재판부 결정).

17) 신동운, 앞의 책, p.575

있다고 해석할 수 있음.¹⁸⁾

또한, ‘검사동일체의 원칙’ 입장에서는 특정 검사를 집무집행에서 배제시키는 것은 그 실익이 없다는 의견도 있음.¹⁹⁾

검사동일체의 원칙은 모든 검사가 검찰총장을 정점으로 위계질서를 이루면서, 단일의 유기적 조직체로 활동한다는 의미임.²⁰⁾ 검사동일체 원칙을 명시했던 舊 「검찰청법」 제7조는 2004년 법 개정으로 폐지되었으나, 실질적으로는 검찰 조직의 관습 내지 조직문화로 여전히 유지·작동되고 있음.²¹⁾

검사동일체 테두리 안에서 활동하는 모든 검사는 구체적 검찰사무 처리에 있어 실체적 진실과 정의에 입각하여 합법성을 추구하게 되는데, 수사, 공소제기·유지, 형집행 등 일련의 형사사건 절차 도중 담당 검사가 교체되더라도 소송법상 영향을 받지 않는다는 논리임.²²⁾

이에 따르면, 제척·기피·회피에 의해 담당 검사가 교체되더라도, 동일

18) 즉, 공정한 경기를 위해 심판 교체를 요구할 수 있으나, 상대방 선수의 교체를 요구하는 것은 부당하다는 논리임.

19) 검사에 대한 제척·기피·회피 제도 적용 가능성에 대한 학계의 ‘소극설’ 입장이자, 통설과 판례의 입장이기도 함. 김재환, 「형사소송법」, 법문사, 2013, p.50, 배종대·홍영기, 「형사소송법(제2판)」, 홍문사, 2020, p.42, 이재상·조균석·이창온, 「형사소송법(제15판)」, 박영사, 2023. 8, p.59-60, 이주원, 「형사소송법(제3판)」, 박영사, 2021, p.27 등

20) 범죄수사와 공소 제기·유지 및 재판 집행을 내용으로 하는 검찰권의 행사가 전국적으로 균형을 이루게 하여 검찰권행사의 공정을 기하려는 것에 주된 이유가 있으며, 범죄수사는 전국적으로 통일된 수사망이 없으면 효과를 거둘 수 없다는 고려도 검사동일체 원칙의 배경임.(이재상·조균석·이창온, 「형사소송법(제15판)」, 박영사, 2023. 8, p.57)

21) 머니투데이, 「노무현 정부 폐지한 ‘검사동일체’... 검사들 인정 않는 이유?」, 2020. 2. 6. 중앙일보, 「[팩트체크]추미애가 문제삼은 ‘검사동일체’, 검찰 악습일까」, 2020. 2. 5. TV조선, 「야당 상대 첫 ‘검사동일체’ 반발... 이유는?」, 2024. 7. 4.

22) 신동운, 앞의 책, p.30-31

하게 증거와 법리에 근거하여 업무를 수행하게 될 것인바, 적어도 소송 법적으로는 아무런 법적 효과가 발생하지 않는다는 입장임.

나. 해외사례

검사의 제척·기피·회피 도입에 대한 해외사례를 살펴보면,

먼저 법무부는,²³⁾ 독일, 일본, 프랑스, 미국 등 주요 국가에서 검사에 대한 제척·기피·회피를 인정하는 입법례를 찾아보기 어렵다고 설명함.

다만, 한국형사정책연구원(現 한국형사·법무정책연구원)의 2020년 12월 선행연구에 따르면,²⁴⁾ 스위스 「형사소송법」(제56조 이하)과 오스트리아 「형사소송법」(제47조)은 법관뿐만 아니라 검사와 경찰의 제척·기피·회피제도에 관하여 규정하고 있고, 이탈리아 「형사소송법」 제52조는 법관과 검사의 제척·기피·회피제도를 규정하고 있음. 독일의 경우 법관의 제척·기피·회피제도에 관한 규정은 있으나 수사기관에 관해서는 규정하고 있지 않으며, 일부 주(란트)에서 검사의 제척·기피·회피제도를 규정하고 있는 사례가 확인됨(니더작센 주 「형사소송법 이행법률」 제7조; 바덴-뷔르템베르크 「형사소송법 이행법률」 제11조).

한편, 이에 대해 법무부는 오스트리아의 경우 검사에 대한 제척은 허용하나, 판사와 같은 기피 신청은 허용하지 않는다고 설명한바 있음.²⁵⁾

23) 동 개정안과 마찬가지로 검사의 제척·기피·회피제도 도입을 규정할 목적으로 제19대국회(이노근 의원안, 의안번호 1908430) 및 제21대국회(김남국의원안, 의안번호 2103161)에 각각 발의되었던 「형사소송법 일부개정법률안」에 대한 당시 법무부의 설명임.(이번 국회에 발의된 동 개정안에 대해서는 법무부는 아직 의견을 제출하지 않았음).

24) 김유근 외, 「공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(II): 형사절차에서의 각종 불복제도의 합리적인 운영방안 연구」, 한국형사정책연구원

다. 판례 및 검사의 수사업무 배제 관련 현행 제도

판례는 “범죄의 피해자인 검사가 그 사건의 수사에 관여하거나, 압수·수색영장의 집행에 참여한 검사가 다시 수사에 관여하였다는 이유만으로 바로 그 수사가 위법하다거나 그에 따른 참고인이나 피의자의 진술에 임의성이 없다고 볼 수는 없다”라고 판시²⁶⁾하여, 검사의 제척·기피·회피 적용에 소극적인 입장임.

한편, 「형사소송법」상 검사에 대한 제척·기피·회피제도가 존재하지 않는 대신, 법무부와 검찰은 수사의 공정성 확보를 위해 사건과 관련성이 있는 검사를 상급자 또는 스스로의 판단에 의해 해당 직무에서 배제할 수 있는 법적 근거를 갖추고 있음.

먼저, 「검찰청법」 제7조제1항²⁷⁾은 검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따르도록 규정하고 있고, 제7조의2제2항²⁸⁾은 검찰총장, 각급 검사장·지청장은 소속 검사의 직무를 자신이 처리하거나 다른 검사로 하여금 처리할 수 있다고 규정하고 있음.

또한, 법무부령인 「인권보호수사규칙」 제5조제3항²⁹⁾은 검사가 수사

25) 연합뉴스, “오스트리아선 ‘검사 기피’ 허용?…검남국 발언에 법무부 반박”, 2023. 2. 9. 기사참고

26) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011도12918 판결(공무집행방해·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동상해))

27) 「**검찰청법**」 제7조(검찰사무에 관한 지휘·감독) ① 검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따른다.

28) 「**검찰청법**」 제7조의2(검사 직무의 위임·이전 및 승계) ② 검찰총장, 각급 검찰청의 검사장 및 지청장은 소속 검사의 직무를 자신이 처리하거나 다른 검사로 하여금 처리하게 할 수 있다.

29) 「**인권보호수사규칙**」 제5조(공정한 수사) ③ 검사는 피의자등 사건관계인과 친족이거나 친분이 있는 등 수사의 공정성을 의심받을 염려가 있는 경우에는 사건의 재배당을 요청하거나 소속 상급자에게 보고해야 하고, 상급자는 사건을 재배당하는 등 필요한 조치를 해야 한다.

의 공정성을 의심받을 염려가 있는 경우 사건의 재배당을 요청하거나, 소속 상급자로 하여금 사건을 재배당하도록 규정하고 있고, 법무부훈령인 「검사윤리강령」 제9조³⁰⁾는 검사가 취급 중인 사건의 피의자·피해자·관계인 등과 친족관계, 변호인으로 활동한 전력 등 특별한 관계가 있는 경우 사건을 회피하도록 규정하고 있음.

이상에서 검토한 내용을 종합하면, 검사에 대해서도 법관과 같은 제척·기피·회피제도를 도입하고자 하는 개정안은 수사의 공정성 및 피의자·피고인의 권리 보호라는 가치 외에도,

① ‘검사의 준사법기관 및 단독관청 특성’, ‘검사의 객관의무’, ‘형사소송 당사자 주의’, ‘검사동일체 원칙’ 등 형사사법제도 및 검사 지위와 관련한 형사법적 원칙에 따라 각각 상반되는 입장, ② 검사 제척·기피·회피에 대한 해외 사례 및 판례, ③ 검사의 직무 배제와 관련하여 「검찰청법」, 「인권보호수사규칙」, 「검사윤리강령」 등이 규정한 현행 제도의 운영으로도 개정안의 목적과 취지가 충분히 달성될 수 있는지에 대한 판단 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 판단할 필요가 있음.

30) 「검사윤리강령」 제9조(사건의 회피) ① 검사는 취급 중인 사건의 피의자, 피해자 기타 사건 관계인(당사자가 법인인 경우 대표이사 또는 지배주주)과 민법 제777조의 친족관계에 있거나 그들의 변호인으로 활동한 전력이 있을 때 또는 당해 사건과 자신의 이해가 관련되었을 때에는 그 사건을 회피한다.

② 검사는 취급 중인 사건의 사건 관계인과 제1항 이외의 친분 관계 기타 특별한 관계가 있는 경우에도 수사의 공정성을 의심받을 우려가 있다고 판단했을 때에는 그 사건을 회피할 수 있다.

5. 개별 조문 및 세부 사항에 대한 검토

가. ‘사건과 관계된 로펌·기업에서 퇴직한 날부터 2년 이내’를 검사의 제척 사유에 포함하는 것의 적절성 검토 필요

현행 「형사소송법」 제17조제8호는 ‘법관이 사건에 대하여 피고인의 변호인이거나 피고인·피해자의 대리인인 법무법인등에서 퇴직한지 2년이 지나지 아니한 때’를, 같은 조 제9호는 ‘법관이 피고인인 법인·기관·단체에서 임직원으로 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때’를 각각 제척사유로 규정하고 있음. 개정안은 안 제196조의2에서 검사의 제척사유를 신설하면서, 현행법 제17조제8호 및 제9호를 각각 제7호와 제8호로 하여 검사에 대해서도 동일하게 규정함.

[표 6] 제척사유 관련 조문대비표

현행	개정안
<신설>	제196조의2(제척의 원인) 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사건에 관하여 직무집행에서 제척된다. 1. ~ 6. (생략) 7. 검사가 사건에 관하여 피의자의 변호인이었거나 피의자·피해자의 대리인인 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소, 「외국법자문사법」 제2조제9호에 따른 합작법무법인에서 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때 8. 검사가 피의자인 법인·기관·단체에서 임원 또는 직원으로 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때

「형사소송법」 제17조제8호 및 제9호의 사유는 2020년 12월 8일 개정

된(2021년 6월 9일 시행) 「형사소송법」에서 법관의 제척사유로 추가된 것임. 개정 배경은 외부 법조경력자 중에서 법관을 임용하는 ‘법조일원화’³¹⁾³²⁾에 따라 로펌 등의 변호사 경력자가 대거 법관으로 임용되면서, 법관 임용 전 소속되어 있던 로펌이나 기업과의 관계에서 공정한 재판을 할 수 있는지에 대해 이른바 ‘후관 예우’ 논란이 제기되자, 재판의 불공정성 우려를 불식하기 위해 신설된 것임.

개정안이 「형사소송법」 제17조제8호 및 제9호의 사유를 검사의 경우에도 동일하게 적용하는 것은 법관과 마찬가지로 검사 임용 전 경력으로 인해 사건 수사 및 기소 과정의 불공정성 우려가 제기되는 것을 방지하기 위한 취지로 이해됨.

다만, 검사 채용 방식은 ‘신규임용’과 ‘경력검사 임용’으로 구분되어 ([표 7] 참조), ‘신규 임용’의 경우 별도의 법조경력을 요구하지 않고, ‘경력검사 임용’의 경우 2년 이상의 법조경력을 요구하는 등 5년 이상의 법조경력을 요구하는 법관과는 임용 자격을 달리 운영하고 있음.³³⁾³⁴⁾ 이

31) 「법원조직법」 제42조(임용자격) ① 대법원장과 대법관은 20년 이상 다음 각 호의 직(職)에 있던 45세 이상의 사람 중에서 임용한다.

1. 판사·검사·변호사

2. 변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 사람

3. 변호사 자격이 있는 사람으로서 공인된 대학의 법률학 조교수 이상으로 재직한 사람

② 판사는 5년 이상 제1항 각 호의 직에 있던 사람 중에서 임용한다. 이 경우 20년 이상 제1항 각 호의 직에 있던 사람 중에서 특정 재판사무만을 담당하는 판사를 임용할 수 있다.

③ 제1항 각 호에 규정된 둘 이상의 직에 재직한 사람에 대해서는 그 연수를 합산한다.

④ 판사의 임용에는 성별, 연령, 법조경력, 종류 및 기간, 전문분야 등 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하기 위한 사항을 적극 반영하여야 한다.

32) 2011년 7월 18일 「법원조직법」 개정으로, “판사는 10년 이상 제1항 각 호의 직에 있던 사람 중에서 임용한다”고 규정하고, 이를 단계적으로 적용하는 부칙(2013년 1월 1일부터 2017년 12월 31일까지 판사를 임용하는 경우에는 3년 이상, 2018년 1월 1일부터 2024년 12월 31일까지 판사를 임용하는 경우에는 5년 이상, 2025년 1월 1일부터 2028년 12월 31일까지 판사를 임용하는 경우에는 7년 이상)을 두었으나, 2024년 10월 16일 법 개정으로 10년을 5년으로 축소하였음.(부칙 삭제)

를 감안할 때, ‘법조일원화’를 전제로 신설된 「형사소송법」 제17조제8호 및 제9호의 요건을 검사에게 동일하게 적용할 것인지, 임용 제한기간을 법관(퇴직 후 2년)과 달리 정할 것인지 등에 대해 충분히 논의할 필요가 있다고 보임.

[표 7] 최근 5년간 신입 검사 임관 현황

(단위: 명)

	2020	2021	2022	2023	2024
총 인원	129	101	89	95	145
신규임용	120	97	86	92	113
경력검사 임용	9	4	3	3	32

자료: 법무부

나. 검사 기피 신청에 따른 수사 지연 등 부작용 검토 필요

개정안은 피의자, 변호인, 고소인, 고발인 또는 피해자가 검사 소속 지검·지청에 검사의 기피를 신청할 수 있도록 함(안 제196조의3제1항 및 제2항). 기피신청을 받은 지검장·지청장은 지체없이 고등검찰청에 기피신청서, 의견서, 소명서를 관할 고검에 송부하고, 송부받은 고검장은 이를 공정수사심의위원회(이하 “심의위원회”)에 송부하여 기피신청 수용 여부를 결정하도록 하였음(안 제196조의4 및 제196조의5).

한편, 기피신청이 있는 때에는 심의위원회의 수용 여부 결정이 있을

33) 「검찰청법」 제29조(검사의 임명자격) 검사는 다음 각 호의 사람 중에서 임명한다.

1. 사법시험에 합격하여 사법연수원 과정을 마친 사람
2. 변호사 자격이 있는 사람

34) ①신규임용의 경우 1)법학전문대학원 졸업 예정자, 2)법무관 전역 예정자를 대상으로 하며, ②경력검사 임용의 경우 사법연수원 수료자 또는 변호사시험 합격자 중 법조경력 2년 이상인 사람을 대상으로 함.

때까지 해당 사건의 수사가 중지됨(안 제196조의6).

[표 8] 기피신청 관련 조문대비표

현행	개정안
<신설>	제196조의3(기피의 원인과 신청권자) ① 피의자, 변호인, 고소인, 고발인 또는 피해자 는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 또는 지청에 기피를 신청할 수 있다. 1. · 2. (생략) ② 변호인은 피의자의 명시적인 의사에 반하지 아니하는 경우에 한하여 검사에 대한 기피를 신청할 수 있다. ③ 기피사유는 신청한 날부터 3일 이내에 서면으로 소명하여야 한다. ④ 기피당한 검사는 기피신청 사실을 통보받은 날부터 3일 이내에 기피신청에 대한 의견서를 제출하여야 한다.
<신설>	제196조의4(기피신청에 대한 심의) ① 제196조의3제1항의 기피신청을 받은 지방검찰청검사장 또는 지청장은 지체없이 기피신청서·의견서·소명 서류를 관할 고등검찰청에 송부 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그러하지 아니할 수 있다. 1. 대상 사건이 종결된 때 2. 동일한 사건에 대해 이미 기피 신청하였던 때 3. 제196조의3제3항의 소명이 없는 때 4. 제196조의3에 따른 관할에 위배되어 기피신청이 이루어진 때 5. 기피신청이 수사의 지연 또는 방해만을 목적으로 하는 것이 명백한 때 ② 기피신청에 관한 사항을 심의하기 위하여 각 고등검찰청에 공정수사심의위원회 (이하 이 조와 제196조의5에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다. ③ ~ ⑤ (생략)
<신설>	제196조의5(기피신청에 대한 처리) ① 제196조의4제1항의 기피신청을 받은 고등검찰청검사장은 지체없이 제196조의4의 심의위원회에 기피신청서를 송부하여야 한다. ② 심의위원회는 제1항의 서류를 송부받은 날부터 7일 이내

<신 설>	<u>에 기피신청 수용 여부를 결정</u>하여야 하며, 기피신청이 이유 있다고 인정하는 때에는 지체없이 기피당한 검사의 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 통지하여야 한다. ③ 제2항에 따라 기피가 인정된 검사는 해당 사건의 직무집행에서 배제된다. 제196조의6(기피신청과 수사의 정지) <u>검사는 기피신청이 있는 때에는 제196조의5의 절차가 완료될 때까지 해당 사건의 수사를 중지</u>한다. 다만, 공소시효의 만료, 증거인멸의 우려 등 신속한 수사의 필요성이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
--------------------	--

다만, 개정안에서 규정하고 있는 검사 기피신청 제도는 수사 지연 등의 부작용이 나타나지 않도록 신청주체, 신청절차 등 다음 부분에 대한 충분한 검토가 필요하다고 보임.

첫째, 기피신청을 할 수 있는 자(기피 신청권자)의 범위가 적정한지 논의할 필요가 있음. 법관 기피신청을 규정한 「형사소송법」 제18조제1항은 ‘검사’와 ‘피고인’(피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때에 한하여 변호인도 가능)에게 기피 신청권을 부여한 반면, 개정안은 수사 절차 관련자인 ‘피의자, 변호인, 고소인, 고발인, 피해자’ 모두에게 검사 기피신청권을 부여하고 있음.

범죄 혐의가 의심되어 수사받는 ‘피의자’는 그 혐의가 인정되어 기소되는 ‘피고인’보다 범위가 넓고, 하나의 사건에 다수의 피의자가 존재할 수 있다는 점 등에서, 개정안에 따른 검사에 대한 기피신청권은 기본적으로 법관의 경우보다 넓게 인정되는 것으로 이해됨.

이에 더하여 개정안은 범죄 피해자와 그 고소인, 고발인에게까지 기피 신청권을 부여하고 있는바, 사건관계인들에게 기피신청 기회를 폭넓게 보장할 경우 보다 공정한 사건 수사 및 기소를 통해 당사자 권리를 충실히 보호하는 측면도 있겠으나, 한편으로는 고발인 등의 빈번한 기피신청으로 과도한 수사 지연 및 검찰업무 부담 증가를 초래할 가능성 등도 충분히 논의하여야 할 것으로 보임.

한편, 안 제196조의3제2항은 “변호인은 피의자의 명시적인 의사에 반하지 아니하는 경우에 한하여 검사에 대한 기피를 신청할 수 있다”고 규정하여 변호인의 제한적 기피신청권을 따로 명시하고 있는바, 「형사소송법」 제18조의 입법례를 참고³⁵⁾하여 같은 조 제1항의 신청권자에서 ‘변호인’은 삭제하는 것이 타당할 것으로 보임.

둘째, 기피신청 남용을 방지하기 위한 규정들의 법적 명확성 관점에서 검토가 필요함.

검사에 대해 기피를 신청한 자는 개정안 제196조의3제3항에 따라 신청한 날부터 3일 이내에 서면으로 소명해야 하고, 기피신청을 접수한 지검장·지청장은 기피신청서·의견서·소명 서류를 관할 고검에 송부하되, 기피신청의 소명이 없었거나(안 제196조의4제1항제3호), 기피신청이 수사 지연 또는 방해만을 목적으로 하는 것이 명백한 때(제5호)에는 지검

35) 「형사소송법」 제18조(기피의 원인과 신청권자) ① 검사 또는 피고인은 다음 경우에 법관의 기피를 신청할 수 있다.

1. 법관이 진조 각 호의 사유에 해당되는 때
2. 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때

② 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때에 한하여 법관에 대한 기피를 신청할 수 있다.

장·지청장이 송부하지 않을 수 있도록 하는 등 기피신청이 의도적 수사 방해 등에 악용되지 않도록 보완규정을 두고 있음.

다만, 제5호의 “수사의 지연 또는 방해만을 목적으로 하는 것이 명백한 때”에 대한 판단은 주관적인 것으로, 이를 지검장·지청장이 명확하고 객관적으로 판단·결정하는 것에는 한계가 있고, 제5호를 이유로 관할고검에 기피신청서 등을 송부하지 않을 경우 그 자체가 기피신청자와 검찰 간 법적 쟁송 및 갈등 상황으로 이어질 가능성이 높을 것으로 우려됨.

한편, 기피신청시 심의위원회의 결정이 완료될 때까지 검사는 해당 사건의 수사를 중지하되, 공소시효 만료, 증거인멸 우려 등 신속한 수사의 필요성이 있는 경우 수사를 중지하지 않을 수 있음(안 제196조의6 단서). 그러나 공소시효 만료 외에 ‘증거인멸 우려 등 신속한 수사의 필요성’ 요건 역시 그 판단이 주관적이고 명확성이 부족한 측면이 있음. 이에 따라, 기피신청의 남용으로 빈번하게 수사중지가 발생하거나, 반대로 검사의 주관적 판단에 의해 수사중지 조항이 형해화되는 문제가 발생할 수 있음.

셋째, 기피신청시 심의위원회의 결정까지 최대 7일간 수사를 중지하도록 한 부분은 수사절차의 효과성 측면에서 검토가 필요함.

지검장·지청장이 기피신청서 등을 관할고검에 송부하게 되면, 그 기피신청의 타당성은 심의위원회가 결정하게 되며, 심의위원회는 기피신

청서를 송부받은 지 7일 이내에 수용 여부를 결정함. 즉, 기피신청자가 기한 내 서면으로 소명서를 제출하여 형식적 요건이 만족되면, 명백한 수사 방해·지연 목적(안 제196조의4제1항제5호)이 인정되지 않는한 기피신청 처리절차에 들어가고, 심의위원회 결정이 완료될 때까지 해당 사건의 수사가 중지됨.

그러나 재판절차와 달리 수사과정에서 최대 7일간 수사가 중지될 경우 원활한 수사 활동 및 범죄 혐의의 실체적 진실 발견에 심대한 지장을 줄 수 있다는 점을 고려할 필요가 있음. 예를 들어, 「형사소송법」 제203조³⁶⁾에 따라 검사는 피의자를 구속하면 10일 이내(연장시 20일 이내)에 공소를 제기하지 아니하면 석방할 의무가 있는바, 기피신청으로 인해 최대 7일간 수사가 중지될 경우 공소 제기를 위한 구속 기간 내 충분한 증거 및 진술 확보에 차질을 빚게 될 것임.

기피신청의 타당성에 대한 심도 있는 결정을 위해 심의위원회에 충분한 심의기간을 부여할 필요성도 있겠으나, 개정안에 따르면 심의위원회의 심의기간이 곧 수사중지 기간이 된다는 점을 고려할 때, 기피신청에 대한 심의위원회 결정 기간을 개정안의 ‘최대 7일 이내’보다 짧게 정하거나, 수사 초기 단계와 같이 신속한 조사 및 증거확보가 필요한 경우 등 특별한 사유가 있을 때에는 고등검찰청장이 기피신청서를 송부하면

36) 「형사소송법」 제203조(검사의 구속기간) 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

제205조(구속기간의 연장) ① 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다.

서 그 결정 기간 단축(예를 들어, 최대 3일 이내 결정)을 심의위원회에 요구할 수 있도록 근거를 마련하는 등 입법적 보완방안도 검토할 필요가 있음.

다. 공정수사심의위원회 외부위원 비율의 적정성 검토 필요

개정안 제196조의4는 검사에 대한 기피 신청을 심의하기 위해 ‘공정수사심의위원회’를 두면서, 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 8명 이내의 외부위원으로 구성하도록 규정함.

[표 9] 공정수사심의위원회 구성 관련 조문대비표

현행	개정안
<신설>	제196조의4(기피신청에 대한 심의) ① (생략) ② 기피신청에 관한 사항을 심의하기 위하여 각 고등검찰청에 공정수사심의위원회(이하 이 조와 제196조의5에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다. ③ 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 8명 이내의 외부위원으로 구성하고, 위원은 학계, 법조계, 시민단체 인사 등 학식과 경험이 있는 사람 중 각 고등검찰청검사장이 임명 또는 위촉한다. ④ 기피당한 검사는 심의위원회에 출석하여 의견을 개진할 수 있다. ⑤ 심의위원회의 구성 및 운영 등 그 밖에 필요한 사항은 법무령으로 정한다.

개정안이 심의위원회 위원 전원을 외부위원으로 구성한 것은 기피신청 심의에 대한 공정성과 중립성, 전문성을 확보하기 위한 취지로 이해됨.

다만, 타 입법례³⁷⁾에서 보듯이 위원회 의사결정의 공정성과 중립성은 외부위원 비율을 과반 이상으로 구성함으로써 달성할 수 있고, 기피신청이 접수된 해당 사건의 수사 진행 상황, 대상 검사에 대한 인적사항 등 정보, 해당 수사·기소 관할 기관으로써 검찰청의 입장 등 심의위원회 결정에 필요한 정보 제공 및 기관 입장 설명 등을 위해서는 일정 부분 검찰 내부위원이 포함될 필요성이 있을 것으로 보임.

따라서 안 제196조의4제3항은 8명의 심의위원 중 외부위원을 위원장 1명을 포함한 5명 이상으로 하거나, 전체 위원 3분의 2 이상을 외부위원으로 구성하도록 수정하는 방안 등을 검토할 필요가 있음.

라. 법관과 상이하게 규정한 검사 회피 원인의 적정성 검토 필요

법관의 회피의무에 대해 「형사소송법」 제24조는 법관이 제18조의 규정에 해당하는 사유가 있다고 사료한 때 회피하여야 한다고 규정함. 즉, ① 법관이 제척사유에 해당되는 때, ② 법관이 불공평한 재판을 할

37) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제12조(정보공개심의회) ① 국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조에 따른 공기업 및 준정부기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단(이하 “국가기관등”이라 한다)은 제11조에 따른 정보공개 여부 등을 심의하기 위하여 정보공개심의회(이하 “심의회”라 한다)를 설치·운영한다.(후단 생략)

② 심의회는 위원장 1명을 포함하여 5명 이상 7명 이하의 위원으로 구성한다.

③ 심의회의 위원은 소속 공무원, 임직원 또는 외부 전문가로 지명하거나 위촉하되, 그 중 3분의 2는 해당 국가기관등의 업무 또는 정보공개의 업무에 관한 지식을 가진 외부 전문가로 위촉하여야 한다.

「한국석유공사법」 제10조의2(주요사업 및 자산변동 등의 관리) ③ 공사의 사업 추진 및 변경, 자산변동으로 인한 재무건전성 및 경제적 효과 등을 공정하고 객관적으로 심의하기 위하여 공사에 평가위원회를 둔다.

④ 제3항에 따른 평가위원회의 위원 중 과반수는 외부전문가로 구성하되, 그 밖에 평가위원회의 구성, 위원의 자격, 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

염려가 있는 때에 법관은 회피할 의무가 있음.

반면, 개정안은 검사의 회피의무를 규정하면서 안 제196조의2 각 호의 사유에 해당하는 때 회피하여야 한다고 규정하고 있는데, 안 제196조의2 각 호의 사유는 검사의 제척사유로써, 개정안에 따르면 검사는 법관과 달리 스스로 불공평한 수사를 할 염려가 있어도(법관 회피 원인 ②에 해당) 제척사유에 해당하지 않으면 회피의무는 없음.

[표 10] 검사의 회피 원인 관련 조문대비표

현행	개정안
<신설>	제196조의7(회피의 원인 등) ① 검사는 제196조의2 각 호의 사유에 해당하는 때에는 회피하여야 한다. ② 회피는 소속 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 서면으로 신청하여야 한다. ③ 회피신청에 대한 처리는 제196조의5를 준용한다.

현행법이 법관의 회피원인으로 제척사유 외에 ‘불공평한 재판을 할 염려가 있는 때’를 추가로 둔 것은, 일반적으로 「형사소송법」 제17조가 규정한 제척사유들은 열거적 규정으로써 임의로 확장할 수 없다고 보기 때문에,³⁸⁾ 제척사유에 해당하지 않더라도 객관적 정황이나 법관의 양심 등에 따라 재판의 공정성을 기하지 못할 것으로 우려되는 경우에는 스스로의 신청에 의해 재판을 회피할 방법을 열어놓은 것으로 해석됨.

이를 고려할 때, 스스로의 신청으로 업무에서 배제되는 제도인 회피

38) 노태악, 앞의 책, p.145

원인에 있어 법관과 검사를 달리 규정할 합리적인 이유를 찾기 어렵다
는 점, 수사·공소유지의 공정성·신뢰성 제고를 위해 검사의 제척·기피·
회피제도를 도입하려는 개정안의 목적과 취지를 고려할 때, 현행법과
마찬가지로 제척사유 외에 검사가 불공평한 수사를 할 염려가 있는 때
에는 스스로 회피할 수 있도록 그 요건규정을 보완하는 것이 타당할 것
으로 보임.

문 의 처

02)6788-5048
