

2011년 형사정책학술세미나

내사의 쟁점과 과제

일시 : 2011. 12. 13(화) 14:00

장소 : 한국교원단체총연합회 2층 다산홀

학술세미나 일정

13:30 - 14:00 등 록

14:00 - 14:10 개 회

개회사(김일수 한국형사정책연구원 원장)

사 회 : 조상제 교수(아주대 법학전문대학원)

14:10 - 14:30 발 표

내사의 쟁점과 과제

강석구 박사(한국형사정책연구원 연구위원)

14:30 - 15:30 토 론

신양균 교수(전북대 법학전문대학원)

이경재 교수(충북대 법학전문대학원)

김희균 교수(서울시립대 법학전문대학원)

탁희성 박사(한국형사정책연구원 융합형법연구센터장)

15:30 - 16:30 질의 및 응답

내사의 쟁점과 과제

강석구 (한국형사정책연구원 연구위원)

I. 연구의 배경

1. 형사소송법 및 검찰청법 개정

2011년 6월 30일, 제301회 국회(임시회) 제8차 전체회의에서 형사소송법 일부개정 법률안이 가결되어 동년 7월 18일에 공포되었다. 개정 형사소송법은 ① 수사기관의 책임감을 높이고, ② 피의자·피고인의 인권침해를 최소화하며, ③ 수사현실과 법률 규정이 부합하도록 현행법을 정비한다는 취지에서 마련되었으며,¹⁾ 구체적으로는 제196조에 사법경찰관의 수사개시권과 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘권을 명시하는 한편, 수사기관의 압수·수색·검증의 요건(제215조)에 피고사건과의 관련성과 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있을 것을 추가하고 있다.

또한, 같은 날 검찰청법도 함께 개정하여 사법경찰관리가 검사의 직무상 명령에 복종하도록 한 구 검찰청법 제53조의 규정도 삭제하였다. 개정 검찰청법은 사법경찰관리로 하여금 검사의 명령에 복종하도록 하는 조항을 삭제하여 ④ 검찰과 경찰과의 관계를 재정립하려는 취지에서 마련되었다.²⁾

개정 형사소송법 및 검찰청법의 구체적 내용은 다음 도표와 같다.

	현행	개정
형사소송법	제195조 (검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.	(현행과 같음)
	제196조 (사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다. ② 경사, 순경은 사법경찰관리로써 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다. ③ 전2항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.	제196조 (사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 <u>모든 수사에 관하여</u> 검사의 지휘를 받는다. ② <u>사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.</u> ③ <u>사법경찰관리는 검사의 지휘가</u>

1) 형사소송법(법률 제10864호) 개정이유.

2) 검찰청법(법률 제10858호) 개정이유.

		<p>있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.</p> <p>④ 사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.</p> <p>⑤ 경사, 경장, 순경은 사법경찰관리로서 수사의 보조를 하여야 한다.</p> <p>⑥ 제1항 또는 제5항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.</p>
	<p>제198조 (준수사항) ① 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다.</p> <p>② 검사·사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사과정에서 취득한 비밀을 엄수하며 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다.</p>	<p>제198조 (준수사항) ① 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다.</p> <p>② 검사·사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사과정에서 취득한 비밀을 엄수하며 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다.</p> <p>③ 검사·사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 수사과정에서 수사와 관련하여 작성하거나 취득한 서류 또는 물건에 대한 목록을 빠짐 없이 작성하여야 한다.</p>
	<p>제215조 (압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.</p> <p>② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.</p>	<p>제215조 (압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 <u>피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여</u> 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.</p> <p>② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 <u>피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여</u> 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.</p>
검찰청법	<p>제53조 (사법경찰관리의 의무) 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다.</p>	<p>(삭제)</p>

2. 대통령령의 제정

검찰청법 제53조의 규정이 삭제됨에 따라 종래 이 규정에 근거하여 제정된 법무부령인 ‘사법경찰관리 직무규칙’은 개정 검찰청법의 시행일인 2012년 1월 1일 이후에는 적어도 사법경찰에 관한 내용은 효력을 상실할 수밖에 없게 되었고, 개정 형사소송법 제196조 제3항의 규정에 근거한 대통령령을 제정할 필요성이 대두하였다. 이에 경찰청은 ‘형사소송법 제196조 제1항, 제3항의 수사지휘에 관한 시행령’(안)을, 법무부는 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 등에 관한 규정’(안)을 초안으로서 제출하였고, 국무총리실의 조정 아래 법무부는 2011년 11월 24일, ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’(안)을 총리실 조정안으로서 입법예고하였다.

이러한 총리실 조정안에 대하여 조현오 경찰청장은 이제까지 경찰이 독자적으로 활동해왔던 내사 부분에 대해 통제한다는 것은 국민들의 인권을 더욱 옥죄는 일이므로 국회 입법적 취지를 충분히 살려서 양 기관이 합의를 통해 대통령령안을 제정할 것을 촉구한 바 있다.³⁾ 그런데 총리실 조정안에는 법무부 초안(제20조)과는 달리 내사에 관한 규정이 전혀 마련되어 있지 않으며, 조정안은 제2조에 법률에 따라 검사가 사법경찰관리의 ‘모든 수사’를 지휘할 수 있음을 밝혀두고 있을 뿐이다.⁴⁾ 이는 형사소송법 제196조 제1항 및 제3항의 취지와 크게 다르지 않으므로 내사 통제에 대한 논란이 계속되는 것은 형사소송법 제196조 제1항에 규정되어 있는 ‘모든 수사’의 범위가 확정되지 못했음을 의미한다. 이를 바꾸어 말하면 내사의 개념과 범위가 구체적으로 확정되지 못했음을 의미한다.

이에 이 글은 내사에 관한 각 기관의 의견과는 별개로 —대통령령 제정과정에서 문제되는— 내사 및 이를 둘러싼 쟁점을 실질적·객관적으로 분석함으로써 변화된 개정 형사소송법 체제 하에서 내사 관념을 종전과 달리 어떻게 이해하는 것이 바람직한지에 대한 논의를 전개하고자 한다.

3) 2011.11.23. 제303회 국회(정기회) 제07차 행정안전위원회 영상회의록 참조.

4) ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’(안) 제2조(수사지휘의 원칙): “검사는 사법경찰관을 존중하고 법률에 따라 사법경찰관리의 모든 수사를 적정하게 지휘한다.”

II. 수사와 내사의 관계

수사(搜查)란 “범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동”을 말한다.⁵⁾ 이러한 정의에 의하자면 형사사건의 처리는 ① 수사단서로부터 범죄혐의를 확인(인지)하며 ② 이를 바탕으로 수사를 개시하며 ③ 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 등 수사를 실행하고 ④ 공소의 제기·유지 여부를 결정함으로써 수사를 종결하는 일련의 진행과정(process)을 거치게 된다. 이를 관점에 따라서는 사경단계에서는 내사→입건→실행→송치로, 검찰단계에서는 내사→입건(검찰인지의 경우) 및 수리·배당→실행→수사종결로 진행된다고 볼 수도 있다.⁶⁾ 개정 형사소송법 하에서도 이러한 진행과정은 크게 달라지지 않으나, 제196조 제2항의 신설에 따라 종래와 달리 ‘수사개시의 시점’만은 확정해줄 필요가 있다. 특히 내사, 입건 및 수사종결의 의미를 확정하여야 수사개시의 시점이 명확해질 것이다.⁷⁾

1. 내사의 의의

내사란 “수사기관이 범죄를 인지·입건하기 전에 범죄혐의를 확인하기 위한 활동”을 말한다고 한다.⁸⁾ “보도·풍설·진정·탄원·투서·익명의 신고 등을 통하여 범죄혐의가 있을 수 있는 정보를 입수한 수사기관이 범죄혐의 유무를 확인하기 위하여 입건 전의 단계에서 수행하는 실체해명활동”이라고도 한다.⁹⁾ 또한, 내사단계에서는 사건이 아직 공식화되지 않는다는 점에서, 내사는 불필요한 수사활동을 사전에 억제하고 피내사자의 명예를 보호해줄 수 있다는 긍정적인 측면도 가지고 있다고 한다.¹⁰⁾

이와 관련하여 내사는 수사의 전단계이기 때문에 내사의 대상인 피내사자는 수사의 대상인 피의자가 가지는 헌법과 형사소송법이 정하는 각종 권리를 행사할 수 없으며, 수사기관이 입건하지 않고 내사종결로 처분한 경우 그 피해자는 다시 고소하

5) 대판 1999. 12. 7, 98도3329.

6) 사법연수원, 수사절차론, 2004, 21-24쪽 참조.

7) 이에 대해서는 강석구/홍승희, 수사단서 및 그에 따른 사건처리시스템 재정비 연구, 한국형사정책연구원, 2006. 10, 5-13쪽 참조.

8) 정성진, “내사론”, 법조, 1997. 3, 5쪽 참조.

9) 신양균, 형사소송법(신판), 2009, 87쪽.

10) 신양균, 앞의 쪽 참조.

는 외에는 권리구제를 받을 길이 없다는 비판도 유력하다.¹¹⁾ 이러한 비판은 내사가 형사소송법상 법적 근거를 가지고 있지 못하기 때문에 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며”라고 규정하여 형사절차법정주의를 천명한 헌법 제12조 제1항에 저촉된다는 비판에서 출발한다.¹²⁾ 그러나 이러한 비판은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않을 수 있다.

형사소송법 제195조는 “검사는 범죄의 혐의있다고 사료(思料)하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”고 규정하여 검사의 수사의무를 규정하고 있다. 개정 형사소송법 제196조 제2항 역시 “사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다”고 규정하여 사법경찰관의 수사개시의무를 규정하고 있다.

그런데 이는 필요적 수사의 요건을 규정한 것에 불과하므로 ‘문언논리적으로 볼 때’ 수사의 개시시점은 범죄혐의의 유무 판단에 구속되지 않는다고 보아야 할 것이다. 또한 검사가 범죄혐의가 있다고 사료하지 아니하거나 사법경찰관이 범죄의 혐의가 있다고 인식하지 아니한 경우라도 수사할 수 있다는 것이 논리적으로 타당할 것이다. 다만 형사소송법 제199조 제1항 본문에 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다”라고 규정하고 있기 때문에 목적달성에 위배되는 수사는 필요하더라도 할 수 없다고 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 수사의 목적이 범죄혐의의 유무를 명백히 하고 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하는 데 있는 이상 ‘범죄혐의가 없다고 사료·인식한 경우’에는 더 이상 수사할 수 없다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 범죄혐의가 없다고 사료·인식하지는 않았으나 범죄혐의가 있다고도 사료·인식하지 못한 경우에 수사할 수 있겠는가의 문제에 대해서도 따져보아야 한다. 그런데 이 경우에 수사할 수 없다는 규정은 형사소송법 등 관련법 어디에서도 찾을 수 없다. 오히려 이 경우에 객관적 사실을 보다 더 조사함으로써 범죄혐의에 대해 확인하는 과정이 더욱 의미 있다고 생각한다. 그러한 조사과정을 생략하고 실무경험 등을 바탕으로 범죄혐의 유무를 순전히 주관적으로만 판단한다면 그것이 바로 자의(恣意)적 판단이 아닐까 싶다.

그래서 형사소송법 제195조에서 “범죄의 혐의있다고 사료(思料)할 것”을 검사에게 요구하고 있고, 개정 형사소송법 제196조 제2항에서 “범죄의 혐의가 있다고 인식할 것”을 사법경찰관에게 요구하고 있으며, 동법 제199조 제1항 본문에서 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다”라고 규정하고 있는 이

11) 신동운, “내사종결처분의 법적 성질”, 서울대학교 법학, 2004. 9, 320-321쪽.

12) 신동운, 앞의 글, 323쪽.

상, 범죄의 혐의를 확인하기 위하여 필요한 조사를 하는 것이 전혀 문제될 것은 없다. 이처럼 내사를 “수사기관이 범죄를 인지·입건하기 전에 범죄혐의를 확인하기 위한 활동”이라고 파악한다면 내사의 법적 근거는 형사소송법 제195조, 제196조 제2항 및 제199조 제1항 본문에서 찾을 수 있다고 볼 것이다.¹³⁾

다만 이는 내사를 수사의 일부로 파악할 때에만 가능한 논리이다. 사실 내사의 법적 근거가 없다는 주장은 수사의 개시시점을 범죄인지보고서를 작성한 때, 즉 입건한 때로만 생각해서 내사를 ‘수사의 전(前)단계’로 파악하는 실무관행이나 학설¹⁴⁾에서 비롯되었다고 생각한다. 내사를 수사의 전단계 정도로만 파악하는 사고의 한계를 벗어나지 못한다면, 굳이 헌법 제12조 제1항의 형사절차법정주의나 형사소송법 제199조 제1항 단서의 강제처분법정주의를 거론하지 않더라도 내사는 법률의 근거 없는 기본권침해로서 부적법하다는 비난을 피할 수 없을 것이다. 특히 실질적인 수사활동을 모두 종료한 후에야 비로소 범죄인지보고서를 작성·첨부함으로써 입건하는 그간의 실무관행을 고려한다면, 내사는 수사의 전단계가 아니라 ‘수사의 제1단계’가 되어야 한다.¹⁵⁾ 그래야만 조사에 있어서 선택의 폭을 넓히고, 인권침해의 비판도 피할 수 있을 것이다.

2. 입건의 의의

여기서 그간 수사의 개시시점으로 파악되었던 ‘입건’의 개념에 대해서도 따져볼 필요가 있다. 사경단계에서의 입건이란 ‘수사에 착수할 때 사법경찰관이 사법경찰관리 집무규칙 제21조 제1항에 규정된 범죄인지보고서를 작성하는 것’을 말하고,¹⁶⁾ 검찰단계에서의 입건이란 내사·진정사건에서 범죄의 혐의가 인정될 경우 ‘내사사건부의 비고란에 형제번호를 기재하는 것’을 말한다(검찰사건사무규칙 제143조 제1항 제1호). 검찰단계의 입건에서도 담당검사는 범죄인지서를 작성하고 상사의 결재를 받아야 한다고 한다.¹⁷⁾

13) 내사의 근거를 형사소송법 제199조 제1항에서 찾는 입장으로는 정웅석/백승민, 형사소송법, 2009, 388쪽.

14) 신양균, 앞의 책, 87쪽; 정성진, 앞의 글, 9쪽.

15) 이와 관련하여 신동운 교수도 내사와 수사를 ‘입건’이라는 형식적 절차에 따라 구별할 것이 아니라 “수사기관이 조사 상대방에 대하여 범죄혐의가 있다고 판단하였음을 외부적으로 표시하는 일련의 조치가 있다면 그때부터 수사는 개시된다”고 하여 수사개념을 실질적으로 파악할 것을 강조하고 있다(신동운, 앞의 글, 323-324쪽).

16) 범죄인지보고서에는 피의자의 성명·주민등록번호·직업·주거·범죄경력·죄명·범죄사실 및 적용법조를 기재하고 범죄사실에는 범죄의 일시·장소·방법 등을 명시하고 특히 수사의 단서 및 인지하게 된 경위를 명백하게 기재하여야 한다(사법경찰관리 집무규칙 제21조 제2항).

17) 사법연수원, 앞의 책, 23쪽.

이처럼 입건이란 용어는 형사소송법 등 법률에 근거를 두고 있는 것이 아니라 사법경찰관리 집무규칙, 검찰사건사무규칙 등 법무부 훈령에 그 근거를 두고 있는 개념에 불과하다. 하지만 입건이란 용어는 경범죄처벌법 제1조 제42호, 군사법원법 제228조 제2항, 전자정부법 제42조 제2항 및 제43조 제3항, ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’ 제363조 제2항, 출입국관리법 제101조 제2항, 통신비밀보호법 제9조의2 제1항·제2항, 제9조의3 제1항 및 제13조의3 제1항 등의 규정에 광범위하게 사용되면서 이미 법률용어로서 자리매김하고 있는 실정이다.

그렇다면 이제는 ‘입건’이란 개념을 단순히 수사실무상의 용어로 치부하여 용도폐기할 것이 아니라¹⁸⁾ 오히려 법률용어로서 그 의미를 명확히 개념정의할 것이 필요하다. 그런데 사법경찰관리 집무규칙나 검찰사건사무규칙에도 ‘입건’이란 용어가 규정되어 있기는 하지만, 그 개념정의나 요건에 대해서는 정한 바 없다. 또한 검찰사건사무규칙상의 입건은 내사·진정사건의 입건이란 의미이기 때문에 고소사건 등과도 무관하다. 총리실 조정안 역시 입건에 관한 정의규정을 따로 마련함이 없이 ‘수사개시’, ‘범죄인지’, ‘입건’이라는 용어를 혼용하여 규정하고 있다.

생각건대 —입건의 구체적인 방법은 별론(別論)으로 하더라도— 입건의 가장 중요한 요소는 ‘범죄혐의의 확인’이며, 그 전제는 ‘공소제기의 준비’가 되어야 한다고 본다. 입건 전의 단계가 범죄혐의를 확인하기 위하여 사건의 진상(真相)을 조사하는 수사과정이라면, 입건 후의 단계는 확인된 범죄혐의를 바탕으로 수사를 확대하여 범인과 증인 등을 확보하고 증거를 수집·보전함으로써 기소를 준비하는 수사과정이어야 할 것이다. 전자를 ‘내사’로, 후자를 (내사를 제외한) ‘혐의의 수사’로 표현하여도 무방하나, 입건의 관념이 수사기관에 일방적으로 정한 ‘형식적인 범죄인지보고서의 작성’으로 이해되는 이상 수사개시의 관념과는 구별되어야 할 것이다.

3. 수사종결의 의의

범죄혐의를 확인하는 ‘입건’이란 과정은 사경단계에서도 있을 수 있고, 검찰단계에서도 있을 수 있을 것이다. 그런데 만일 사경단계에서 사법경찰관이 범죄혐의 유무를 판단하여 범죄혐의가 없다고 확인한다면 이를 입건하지 않고 수사종결하는 것이 가능하겠는가, 또는 입건 후 사법경찰관이 수사를 계속 진행한 결과 피의사실이 근거 없음이 명백해졌다면 이를 검사에게 송치하지 않고 수사종결하는 것이 가능하겠는가의 문제도 따져볼 필요가 있다. 형사소송법 제195조는 검사의 수사의무를 규정

18) 신동운, 앞의 글, 329쪽은 ‘입건’을 수사개시사유로 파악하는 실무관행을 편법이라고 비판하며, ‘용납하지 않을 것’을 강조한다.

하고 있고, 동법 제238조는 “사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다”라고 하는 사법경찰관의 관계서류 등 송치의무를 규정하고 있기 때문이다.

먼저 형사소송법 제195조는 검사의 수사의무를 규정한 것이지 검사의 범죄혐의 판단의무를 규정한 것이 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 즉, 사법경찰관이 범죄혐의 없음을 판단하여 수사를 일방적으로 종결함으로써 검사의 범죄혐의 판단기회를 박탈하는 것이 반드시 부적법하다는 것은 아니다. 그러나 검사의 범죄혐의 판단기회를 박탈하는 것이 바람직한 것만도 아니다. 고소인·고발인 등 민원인이 존재하는 사건의 수사를 사법경찰관이 종결할 경우 이에 불복하여 검찰에 이의를 제기하는 사태도 감안하여야 할 것이고, 이러한 경우의 불복절차는 형사소송법에 규정되어 있지 않다는 점도 고려해야 할 것이다.

반면 사법경찰관의 범죄혐의 판단결과에 검사가 반드시 기속되어야 하는 것도 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 즉, 검사는 사법경찰관의 판단과 관계없이 수사할 수 있고, 나아가 사법경찰관은 형사소송법 제238조의 규정에 의해 고소·고발 관계서류 및 증거물의 전건 송치의무를 가지며, 개정 형사소송법 제198조 제3항 및 제196조 제4항에 의해 수사 관련 서류·물건에 대한 목록 작성의무 및 수사 관계서류 및 증거물의 전건 송치의무를 가진다.

그래서 타인이 다시 들춰보게 될 수사를 사법경찰관이 허투루 행하거나 종결하는 것은 말처럼 간단하지만은 않기 때문에 사법경찰관에게 일정 부분 수사종결권을 인정한다고 하여 검사의 권한이나 절차의 투명성이 약화되는 것은 아니라고 본다. 그렇다면 수사종결 문제는 다음과 같이 판단해도 무방하다고 생각한다.

첫째, 고소·고발사건 이외의 사건에 대해서는 사법경찰관이 스스로 범죄혐의 유무를 판단하여 불입건(또는 내사종결) 조치를 할 수 있다고 할 것이다. 특히 사법경찰관이 직접 인지한 사건에 대해서는 결자해지(結者解之)하는 차원에서 스스로 판단하게 하는 것이 바람직하며, 이것이 개정 형사소송법 제196조 제2항에 신설된 수사개시권의 존재의의를 살리는 길이라고 할 것이다. 다만 수사 관계서류 및 증거물을 검사에게 송부함으로써 동일한 조건에서 검사가 범죄혐의를 판단할 수 있도록 조치할 필요는 있으며, 최소한 내사과정에서 내사와 관련하여 작성하거나 취득한 서류 또는 물건에 대한 ‘목록’만은 반드시 검사에게 송부하여야 할 것이다. 이렇게 함으로써 다시금 검찰에 불복하여야 하는 민원인의 수고를 덜 수 있기 때문이다.

둘째, 고소·고발사건 이외의 경찰인지 사건에 대해서는 사법경찰관이 입건 후 수사를 계속하여 피의사실의 근거 없음이 명백해졌다고 판단했다면 이를 검사에게 송치하지 않고 사법경찰관 스스로 수사를 종결할 수 있다고도 볼 수 있다. 다만 입건

후의 수사과정은 기소를 준비하는 과정이기도 하기 때문에 기소권한이 없는 사법경찰관에게 수사종결권을 부여하는 것은 신중을 기할 필요가 있다.¹⁹⁾ 그래서 이 경우에 사법경찰관은 목록뿐만 아니라 관계서류까지 검사에게 송부하여야 한다.

셋째, 범죄혐의 유무가 불확정된 경우에는 내사를 더 이상 진행할 수 없는 경우라도 수사강제주의에 따라 기소유예처분과 같은 내사유예처분은 할 수 없다.²⁰⁾ 이는 검사와 사법경찰관을 불문한다. 또한, 이 경우에도 사법경찰관이 자체적으로 내사중지를 할 수는 있으나, 아직 검사의 인지 가능성은 남아 있으므로 사법경찰관은 목록뿐만 아니라 관계서류까지 검사에게 송부할 필요가 있다.

4. 소 결

실무상 내사라는 용어는 진정을 포함하거나(사법경찰관리 집무규칙 제20조) 진정과 구별하는(검찰사건사무규칙 제141조) 등 혼용됨으로써 그 개념의 본뜻을 짐작하기 어렵게 만들고 있다. 또한 애써 수사와 준별하려고 함으로써 그 법적 근거를 불분명하게 만든다. 그 결과 법에 무지한 일반인조차 내사라는 개념에 대해서 ‘적법절차에 의하지 않은 밀실수사’라는 인상을 가지게 된다.

그러나 내사는 “수사기관이 범죄를 인지·입건하기 전에 범죄혐의를 확인하기 위한 활동”으로서 수사를 위해 반드시 필요한 과정이라고 생각한다. 이 과정이 생략된다면 범죄혐의 없는 이들에 대한 불필요한 수사가 전개됨으로써 억울한 피의자를 양산하고 수사의 효율성을 저하시키며 수사기관의 업무부담만 증가시키게 될 것이다. 피의자의 절차적 권리를 보호한답시고 애써한 일이 절차적 권리가 보호되어야 할 피의자의 수만 늘리는 자충수가 될 수도 있다.

내사를 수사개념에 포함하여 파악한다면 피의자나 피해자의 권리를 부당하게 침해한다는 우려를 불식할 수 있고, 수사기관도 보다 당당하게 수사에 임할 수 있을 것이다. 특히 이와 같이 내사개념을 파악하면 고소·고발사건의 경우도 내사단계를 반드시 거쳐야 하므로 수사단서별로 사건처리절차를 달리 정할 필요도 없게 된다. 논리상 사정단계의 내사종결 또는 수사종결도 일정 부분 가능하게 되므로 그만큼 검찰의 사건부담도 줄어들게 된다.

이러한 시각에서 수사과 내사의 관계를 정리한다면, 내사는 수사의 제1단계로서, ‘수사기관이 범죄혐의를 확인하기 위하여 사건의 진상을 조사하는 수사활동’으로,

19) 즉, 피의사실의 근거 있음이 명백하거나 근거 없음이 명백하지 않은 경우에는 스스로 수사를 종결할 수 없고, 검사에게 사건을 송치해야 할 것이다.

20) 같은 생각: 신양균, 앞의 책, 89쪽.

입건은 ‘수사기관이 범죄혐의의 존재를 인지했음을 외부적으로 알리는 공식절차’로, 불입건(또는 내사종결)은 ‘수사기관이 범죄혐의의 부존재를 확인했음을 외부적으로 알리는 공식절차’로 이해할 수 있을 것이다. 다만 고소·고발사건과 같이 수사기관에서 범죄혐의를 확인하는 과정을 거치지 않은 채 입건되는 사안도 현실적으로 존재하므로 수사의 개시시점은 범죄혐의의 유무 판단에 반드시 구속되는 사항은 아니라고 할 것이고, 내사, 입건, 불입건은 수사기관의 입장에서 바라본 수사진행과정의 단면에 불과하므로 일반국민, 즉 잠재적 수사대상자의 입장에서 수사개시시점을 다시 고민해 보아야 할 것이다.

Ⅲ. 피의자와 피내사자의 관계

1. 피의자의 의의와 보호

피의자(被疑者)란 “수사기관에 의해 범죄혐의를 받아 수사의 대상으로 되어 있는 자”를 말한다.²¹⁾ 인권옹호적 관점에서 “수사기관에 의하여 범죄혐의를 받고 수사 대상이 되어 수사절차에서 방어권을 행사하는 자”라고 정의되기도 한다.²²⁾ 이러한 피의자는 무죄추정과 적법절차의 원리를 토대로 변호인의 조력을 받을 권리(형사소송법 제30조 제1항, 제88조 내지 제90조 및 제209조), 피의자신문절차에서의 진술거부권(헌법 제12조 제2항, 형사소송법 제200조 제2항), 변호인의 참여 하에 신문받을 권리(동법 제243조의2), 자신에게 유리한 증거를 수집하기 위한 증거보전 청구권(동법 제184조), 증거보전처분에 관한 서류와 증거물의 열람·등사권(동법 제185조), 체포·구속적부심사의 청구권(동법 제214조의2), 구속취소의 청구권(동법 제93조, 제209조), 압수·수색·검증 등에 참여할 권리(동법 제121조, 제219조) 등 다양한 권리를 보장받는다. 또한, 피의자는 강제수사에 대한 수인의무나 참고인 등과의 대질에 협조할 의무 등과 같이 수사절차에서 사실해명을 위한 불가피한 활동에 협조할 의무도 가진다.²³⁾

이와 관련하여 수사기관은 피의자에 대하여 그 인권을 존중하여야 하고(형사소송법 제198조 제2항), 피의자를 신문하기 전에 ① 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있다는 것, ② 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것, ③ 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은

21) 신양균, 앞의 책, 84쪽.

22) 차용석/최용성, 형사소송법, 2008, 96쪽.

23) 신양균, 앞의 책, 85-86쪽 참조.

법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것, ④ 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것 등의 사항을 미리 고지하여야 한다(동법 제244조의3 제1항).

한편, 피의자와 구별할 관념으로서 “피의자가 아니면서 수사기관에 대하여 진술하는 자”를 의미하는 참고인 관념이 있는데, 참고인은 수사에 대한 협력자에 그치므로 진술을 거부할 수 있고, 언제든지 조사장소에서 퇴거할 수 있다.²⁴⁾ 또한, 피해자 증인에 대하여 인정되는 신뢰관계에 있는 자의 동석조항도 참고인조사에 적용된다(형사소송법 제163조의2, 제221조 제3항).

2. 피내사자의 의의와 보호 문제

피의자라는 관념과 함께 피내사자(被內査者)라는 관념에 대해서도 살펴볼 필요가 있는데, 이는 통신비밀보호법 제6조의 규정²⁵⁾에서 피내사자라는 용어가 이미 법률용어로서 사용되고 있기 때문이다. 그런데 특이한 점은 이미 법률용어로서 활용되고 있는 피내사자의 의미에 대해 법무부 훈령에서조차 그 근거를 찾을 수 없다는 점이다. 검찰사건사무규칙 제143조 제1항 제4호의 규정²⁶⁾에 의한 내사중지 요건에

24) 신양균, 앞의 책, 148-149쪽.

25) 통신비밀보호법 제6조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가절차): “① 검사(검찰관을 포함한다. 이하 같다)는 제5조제1항의 요건이 구비된 경우에는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다.

② 사법경찰관(군사법경찰관을 포함한다. 이하 같다)은 제5조제1항의 요건이 구비된 경우에는 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 통신제한조치 청구사건의 관할법원은 그 통신제한조치를 받을 통신당사자의 쌍방 또는 일방의 주소지·소재지, 범죄지 또는 통신당사자와 공범관계에 있는 자의 주소지·소재지를 관할하는 지방법원 또는 지원(보통군사법원을 포함한다)으로 한다.

④ 제1항 및 제2항의 통신제한조치청구는 필요한 통신제한조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 당해 통신제한조치가 제5조제1항의 허가요건을 충족하는 사유등의 청구이유를 기재한 서면(이하 "청구서"라 한다)으로 하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다. 이 경우 동일한 범죄사실에 대하여 그 피의자 또는 피내사자에 대하여 통신제한조치의 허가를 청구하였거나 허가받은 사실이 있는 때에는 다시 통신제한조치를 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다.

⑤ 법원은 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치를 허가하고, 이를 증명하는 서류(이하 "허가서"라 한다)를 청구인에게 발부한다.

⑥ 제5항의 허가서에는 통신제한조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간 및 집행장소와 방법을 특정하여 기재하여야 한다.

⑦ 통신제한조치의 기간은 2월을 초과하지 못하고, 그 기간중 통신제한조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 한다. 다만, 제5조제1항의 허가요건이 존속하는 경우에는 제1항 및 제2항의 절차에 따라 소명자료를 첨부하여 2월의 범위안에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있다.

⑧ 법원은 청구가 이유없다고 인정하는 경우에는 청구를 기각하고 이를 청구인에게 통지한다.

26) 검찰사건사무규칙 제143조(내사·진정사건의 처리등): “① 검사는 다음 구분에 의하여 내사사건을 처리하여야 한다.

4. 내사중지

언급되었을 뿐이다. 이와 관련하여 피내사자를 “수사가 개시되기 전에 범죄혐의를 받고 내부적으로 조사중인 자”로 정의하는 학설도 있고,²⁷⁾ 피내사자라는 표현 대신에 ‘용의자’라고 부르기도 한다.²⁸⁾ 그러나 범죄혐의를 받았다면 이미 피의자이지 내사단계의 피내사자(또는 용의자)로 볼 수는 없을 것이다. 이는 내사를 수사의 제1단계로서 이해하건, 수사의 전단계로서 이해하건 간에 마찬가지라고 할 것이다.

그래서 피내사자를 “수사기관에 의해 내사의 대상으로 되어 있는 자”라고 폭넓게 정의하는 것도 생각해볼 수도 있다. 왜냐하면 이미 범죄혐의를 받는 피의자가 정해져있는 상태에서의 참고인은 참고인조사를 통하여 범행이 드러나 피의자로 될 가능성이 매우 낮으나, 내사단계와 같이 범죄혐의를 받는 자가 불확정된 상태에서의 참고인은 누구라도 조사과정에서 피의자로 될 가능성이 있기 때문에 이를 모두 포괄하여 피내사자로 정의한 후 피내사자의 권리보장 방안을 별도로 마련할 필요도 있기 때문이다. 그러나 피내사자를 이렇게 폭넓게 정의할 경우 현실적으로는, 통신비밀보호법에 의한 통신제한조치의 대상을 무제한으로 늘려주는 결과밖에 되지 않아 역시 적절하지 않다.

결국 피내사자라는 관념은 현실적으로 “수사기관에 의해 범죄혐의를 받아 내사의 대상이 되어 있는 자로서 수사기관에 의해 아직 입건되지 않은 자”라고 정의할 수밖에 없다. 이렇게 정의한다면 통신비밀보호법에 의한 통신제한조치 대상을 제한할 수 있고, 범죄혐의를 받는 내사대상자와 범죄혐의를 받지 않는 내사대상자를 구별하여 범죄혐의를 받는 내사대상자를 보다 두텁게 보호할 수 있는 실익이 있을 수 있다. 반면 범인이건 증인이건 간에 내사의 대상자가 범죄혐의를 받는다면 입건 여부를 불문하고 그 즉시 피의자의 지위를 가져 피의자로서의 권리보장을 받아야 할 것인데, 피의자와 별도로 피내사자의 관념을 이렇게 정의할 수밖에 없다는 것은 실무상의 편의를 이유로 실질적 피의자의 권리보장을 소홀히 하겠다는 의미로 이해될 수도 있다. 그래서 이는 피내사자에 대한 현실적인 정의이기는 하나, 바람직한 정의라고는 보기 어렵다고 할 것이다.

그런데 이와 관련하여 사법경찰에 의한 내사를 통제할 필요가 있다고 하는 검찰의 주장이나 검찰에 의한 내사도 통제할 필요가 있다고 하는 경찰의 주장이 계속되어 왔다는 것은 주지의 사실이다. 양측 모두 수사기관으로서 내사 경험이 풍부함에도 불구하고 이러한 주장이 계속된다는 사실은 어느 주장이 타당한지를 논박하기에 앞서 내사라는 절차 자체에 남용 내지 악용의 위험성이 크다는 사실의 반증이라고

피내사자 또는 참고인등의 소재불명으로 내사불능인 경우”

27) 신양균, 앞의 책, 84쪽.

28) 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 2009, 64쪽은 입건을 기준으로 내사와 수사를 구별하는 한편, ‘내사단계에서 수사기관의 범죄혐의를 받는 자’로 용의자를 정의하고 있다.

볼 수밖에 없다. 이를 굳이 빗대지 않더라도 만사(萬事)에 있어 시초가 가장 중요하며, 첫 단추를 잘못 꿴 경우 그 일의 결말은 보지 않더라도 미뤄 짐작할 수 있다는 것은 상리(常理)에 속한다. 그래서 수사의 첫 단추라고 할 수 있는 내사단계에서의 인권보장은 매우 중요한 사안이며, 스스로가 타 기관의 내사를 경계할 정도라면 주체를 불문하고 어떠한 방식이건 간에 통제가 필요한 점도 분명하다.

혹시 내사단계에서의 조사는 당사자의 동의를 전제로 한 임의조사이기 때문에 조사대상자의 권리가 침해될 소지가 있을 수 없다는 주장이 있을 수도 있다. 그러나 내용증명서나 지급명령장과 같은 사소한 법률문서 정도에도 심리적 압박과 긴장감을 느끼는 것이 일반국민의 정서이다. 하물며 동의를 전제한다고 할지라도 수사기관의 동행요구나 소환에 긴장하지 않을 국민이 얼마나 있을지 의문이며, 그 대상자가 진범인 경우에는 더욱 그러할 것이다. 더욱이 사회생활을 하면서 사소한 잘못이라도 저지르지 않는 경우는 매우 드물 것이므로 설혹 진범이 아니더라도 장차 범죄 혐의를 받게 될지도 모른다는 공포에 시달릴 수밖에 없을 것이다.

또한, 피의자는 헌법과 법률의 보호를 받지만, 내사대상자에 대해서는 이러한 규정이 마련되어 있지 않기 때문에 권리가 침해될 수 있다는 주장이 있을 수도 있다. 물론 있을 수 있는 주장이며, 타당하다. 다만 범죄의 혐의를 받는 피의자조차 두텁게 보호할 정도라면 범죄혐의를 받지 않는 피내사자를 피의자보다 더욱 두텁게 보호해야 한다는 것은 법이 정하지 않더라도 당연한 수사기관의 책무이기 때문에 이러한 주장을 만일 수사기관에서 한다면 이는 그간 법이 없으니 보호해오지 않았다는 자백밖에 되지 않는다.

그래서 내사와 입건, 피내사자를 어떻게 정의하건 간에 이는 실무상의 구별기준일 뿐이므로 법규정의 존재 여부 및 범죄혐의의 유무를 불문하고 내사대상자에 대해서도 피의자가 보장받는 권리 이상의 권리를 보장하여야 할 것이다. 특히 조사이유의 사전고지, 조사기간의 제한, 진술거부권의 사전고지, 변호인의 조력을 받을 권리, 변호인의 참여 또는 신뢰관계 있는 자의 동석 하에 조사받을 권리의 보장은 필수사항에 속한다고 할 것이다.

IV. 수사개시의 시점

수사개시의 시점은 내사를 수사의 전단계로 파악하는 입장에서는 내사와 수사의 구별기준이 된다. 반면 내사를 수사의 제1단계로 파악하는 입장에서는 내사와 수사의 구별기준이 아니라 인권보장을 위한 수사통제의 시점(始點)이 된다. 바꿔 말하자

면 통제를 요하는 내사와 통제를 요하지 않는 내사의 구별기준이라고 할 것이다. 이 글은 내사가 수사의 제1단계라는 전제에서 기술하므로 수사개시의 시점 역시 내사대상자의 인권을 최대한 보장하기 위한 목적에서 설정하고자 한다. 다만 수사개시의 시점은 명확해야 하므로 외부적으로도 명확하게 식별할 수 있는 객관적 기준이 제시되어야 한다.

이러한 전제에서 수사개시 시점의 판단기준을 다음과 같이 제시하고자 하며, 내사대상자의 인권을 최대한 보장하기 위하여 다음 사유 중 어느 하나라도 존재할 경우에는 수사를 개시한 것으로 보고자 한다. 다만 피의자를 전제로 한 경우 외에는 수사개시가 곧 입건을 의미하는 것은 아니므로 내사대상자의 지문을 채취하거나 수사자료표를 작성할 필요는 없다. 여기서 수사개시는 인권보장적 통제의 개시를 의미한다.

1. 수사기관이 범죄혐의를 인지한 경우

수사기관이 범죄혐의를 인지한 경우 원칙적으로 그 대상자는 피의자가 되므로 수사기관이 범죄혐의를 인지한 경우에는 수사를 개시한 것으로 보아야 한다. 범죄혐의 인지 여부는 ‘입건’ 여부로 파악하는 방법이 가장 간명하나, 입건하지 않은 경우에도 수사기관이 범죄혐의를 인지한 정황이 명백한 경우에는 수사가 개시된 것으로 보아야 할 것이다. 예컨대 통신비밀보호법 제6조 제1항에 근거한 피내사자에 대한 검사의 통신제한조치 허가청구 또는 동조 제2항에 근거한 피내사자에 대한 사법경찰관의 통신제한조치 허가신청이 있는 경우에는 수사가 개시된 것으로 본다.

마찬가지로 체포나 구속과 같이 피의자를 전제로 법정된 처분을 수사기관이 행할 경우에도 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다. 참고로 압수·수색·검증(형사소송법 제215조)의 경우 종래는 피의자를 전제하지 않았으나 형사소송법 개정에 따라 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여” 허용되므로²⁹⁾ 압수·수색·검증을 위한 영장을 청구하거나 신청한 때에 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다.

2. 수사기관이 형사소송법상의 강제처분을 행할 경우

형사소송법은 수사의 방법을 제199조 내지 제222조에서 규정하고 있는데, 엄밀히

29) 앞의 <표> 참조.

말해 형사소송법이 정한 수사방법으로써 조사한 경우 수사를 개시한 것으로 보는 것이 가장 논리적이다. 다만 이렇게 파악할 경우 기초적 주변조사나 사실조회를 위해 필요한 단순한 공무소 조회(형사소송법 제199조 제2항)까지도 통제하게 되어 수사기관의 내사를 지나치게 제약한다는 비판이 있을 수 있다. 또한 형사소송법 제199조 제1항의 규정³⁰⁾을 확대해석할 경우 수사기관의 모든 조사를 일률적으로 통제하려고 한다는 비판에 처할 수 있다. 수사개시 시점을 확정할 필요성이 내사대상자의 인권보장에 있다면 실무적으로 기본권 침해소지가 적은 내사방법은 통제대상에서 제외하여도 무방할 것이다.

다만 기본권침해를 본질적 내용으로 하는 강제처분을 행한 경우에는 반드시 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다. 대물적 보안처분의 경우에도 재산권의 침해가 있을 수 있으므로 강제처분의 대상은 불문한다. 따라서 전술한 ‘피의자를 전제로 법정된 처분’이 아니더라도 형사소송법이 수사의 방법으로서 정한 강제처분을 행하는 경우에는 법문에서 명시적으로 피의자를 전제로 하지 않더라도 수사를 개시한 것으로 본다.

3. 피해자를 제외한 내사대상자의 처분이 필요한 경우

피해자 외의 내사대상자는 누구든지 범죄혐의로부터 자유롭지 못하다. 심지어 피해자의 가족(또는 유족)조차 피의자가 될 가능성은 얼마든지 열려 있다. 그렇다면 내사대상자는 목격자건 사실상의 용의자건 간에 그 권리는 최대한 보장되어야 할 것이다. 그 방법은 축구경기에서의 핸드볼 반칙 판정기준에서 실마리를 찾아볼 수 있다.³¹⁾ 즉, 탐문과 같이 수사기관에서 현장을 직접 찾아간 경우에는 아직 수사를 개시하였다고 볼 수 없지만, 수사기관에서 내사대상자를 수사기관으로 불러 조사하는 경우에는 수사를 개시한 것으로 보게 된다.

마찬가지로 수사기관의 활동 중에는 내사대상자의 동의가 필요한 경우가 있을 수 있다. 예컨대 수사의 목적으로 법률에 따라 정보주체의 동의를 요하는 개인정보를 타 기관에 조회하여 수집하는 경우에는 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다.

30) 형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사): “① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

② 수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.”

31) 축구경기의 핸드볼 반칙은 손을 뺀어 공에 닿으면 반칙이지만, 공이 손에 와서 맞은 경우에는 반칙이 아니다.

4. 피해자를 제외한 내사대상자가 권리보호 내지 정식수사를 요청한 경우

내사의 장점으로 흔히 원용되는 것이 불필요한 수사활동을 사전에 억제하여 내사 대상자의 명예를 보호할 수 있다는 점이다. 다만 이는 수사기관의 관점에서 본 순기능일 뿐이므로 내사대상자가 본인이 범죄혐의를 받는 것을 방어하기 위하여 피의자로서의 권리를 보장해줄 것을 요청하거나, 본인이 범죄혐의를 받는 것을 감지하여 본인의 명예를 지키기 위해서 정식수사를 요청한 경우에 요청받은 수사기관은 즉시 수사를 개시하여야 할 것이다. 내사과정에 변호인의 참여를 요청하거나, 질문에 대한 진술을 거부한 경우가 대표적이라고 할 것이다.

V. 내사의 과제

1. 내사대상자의 인권보장장치 개발

형사소송법은 제198조 제2항에서 검사·사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자에 대하여 “피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중”할 것을 요구하고 있다. 따라서 내사대상자에 대한 인권 역시 존중되어야 함은 수사기관 종사자의 당연한 사명에 속한다고 할 것이다. 다만 말뿐인 인권존중은 무의미하기 때문에 수사기관 스스로 내사대상자의 인권을 보장하기 위한 규칙·지침과 매뉴얼을 개발하고, 이를 실천하는 일에 소홀함이 있어서는 안 된다. 참고로, 수사개시는 공판준비의 개시와 다름없으므로 인권보장의 핵심은 비판적 방어활동의 보장에 있다고 할 것이며, 내사이유의 고지는 필수 준수사항에 속한다.

또한, 인권은 절차와 책임소재를 명확히 정할수록 보장의 범위가 넓어지는 속성을 가지기 때문에 절차적 투명성을 확보하기 위하여 보다 노력하여야 할 것이다. 특히 당해 사건의 담당자 외의 제3자가 내사활동에 방해되지 않는 범위에서 보다 많이 관여할수록 절차의 투명성은 높아질 것이다. 예컨대 풍문의 진상을 확인하는 일에 긴급할 이유가 있을 리 없으므로 풍문의 진상을 확인하기 위하여 인터넷을 검색하는 경우라고 할지라도 수사부서의 장에게 사전 보고한 후 내사를 진행하여야 할 것이다. 이러한 취지에서 내사에 착수하는 경우에도 수사부서의 장에게 사전에 보고하고 그 지휘를 받아 내사에 착수하도록 규정한 ‘경찰 내사 처리규칙’ 제4조의 규정³²⁾은 매우 바람직한 모범사례라고 생각된다.

32) ‘경찰 내사 처리규칙’ 제4조(내사의 착수): “① 첩보내사는 해당 범죄첩보의 사본을 첨부하고 내사할 대상 및 내용, 내사가 필요한 이유 등을 기재한 서면에 의하여 소속 경찰관서의 수사부서의 장에게 보고

그런데 절차적 투명성을 확실히 담보하기 위해서는 내사에 착수하는 시점(時點)부터는 일정한 내사 관련 정보를 형사사법정보시스템(KIC)에 전산으로 기록하도록 의무화하고, 일련번호를 부여함으로써 입력된 기록을 임의로 삭제하거나 변조할 수 없게 하며, 이러한 기록을 일정 기간 보존토록 의무화하고, 내사관계자 이외의 제3자가 이를 감찰케 하며, 이 과정에서 위법사실이 드러날 경우 내사관계자를 징계 또는 형사처벌할 수 있도록 조치하여야 할 것이다. 이러한 절차를 준수하려면 수사기관의 내사활동이 불편해지는 단점도 있지만, 이를 통해 보장되는 인권의 가치를 고려하면 불편을 감수할 충분한 가치가 있다고 할 것이다.

2. 상호협력적 수사지휘체계 구축

내사를 수사의 제1단계로 보는 이상 내사는 개정 형사소송법 제1항이 규정하는 ‘모든 수사’에 포함되기 때문에 원칙적으로 검사에 의한 수사지휘의 대상이 된다. 그러나 앞서 제시한 인권보장장치가 완비된다면, 통제를 요하지 않는 내사의 경우에는 내사기록의 감찰 외에 수사지휘의 실익이 없게 된다. 더욱이 사법경찰관이 수사를 개시·진행할 수 있다는 것은 그간 수사의 보조자에 불과했던 사법경찰관에게 수사종결을 제외한 수사활동에 주체성을 인정했다는 의미로 이해해야 할 것이기 때문에 사법경찰관의 내사에 대한 종전 방식의 수사지휘는 바람직하지 않다고 볼 것이다.

검찰과 경찰은 각각 독립된 수사기관이고, 법률에 따라 각자의 역할을 수행하는 객체이다. 또한, 검찰청법 제53조 규정의 삭제에 따라 검사와 사법경찰관리는 더 이상 상명하복(上命下服)의 관계로도 볼 수 없다. 나아가 형사소송법 개정에 따라 사법경찰관은 수사종결을 제외한 ‘모든’ 수사활동에 주체성을 가진다. 즉, 검사의 지휘 없이도 수사를 개시·진행할 수 있다는 의미이다. 그렇다면 이제는 상명하복을 전제로 한 종전 방식의 수사지휘에서 벗어나 변화된 형사사법 환경에 발맞추어야 할 것이며, 수사지휘 역시 관현악단을 지휘하듯이 조화(harmony)를 이끌어낼 수 있어

하고 그 지휘를 받아 내사에 착수한다.

- ② 진정·탄원내사는 접수된 서면에 대하여 소속 경찰관서의 수사부서의 장의 지휘를 받아 내사에 착수한다.
- ③ 일반내사는 내사할 대상 및 내용, 내사가 필요한 이유 등을 기재한 서면에 의하여 소속 경찰관서의 수사부서의 장에 보고하고 그 지휘를 받아 내사에 착수한다.
- ④ 경찰관서의 수사부서의 장은 수사단서로서 내사할 가치가 있다고 판단한 경우에는 제1항과 제3항의 보고를 받지 않고도 소속 경찰관에게 각각 제1항과 제3항의 내사를 지휘할 수 있다. 이 경우에도 내사할 대상 및 내용, 내사가 필요한 이유 등을 기재한 서면에 의하여야 한다.
- ⑤ 경찰관서의 수사부서의 장은 내사사건의 특성 등을 파악하여 내사사건을 배당하고 지휘하여야 하며 필요하다고 인정할 경우 해당 경찰관서의 장에게 이를 보고하여야 한다.”

야 할 것이다. 즉, 개정 형사소송법 체제 하에서의 수사지휘는 상호협력적 수사지휘여야 한다.

상호협력적 수사지휘체계를 구축하기 위해서는 기관 간의 신뢰와 존중이 우선하여야 함은 물론이다. 또한, 이를 위해서는 기관 간의 수사정보 공유가 전제되어야 하는데, 형사사법정보시스템(KICS)의 구축에 따라 이미 그 토대는 마련되어 있다. 구축된 수사정보를 어떠한 절차에 따라 누가 언제부터 어느 범위까지 열람할 수 있는지는 차후 논의할 필요가 있겠지만, 수사검사가 지휘대상 사건기록을 열람할 수 있어야 한다는 점에는 이론(異論)의 여지가 없을 것으로 생각한다. 이는 수사지휘권의 인권옹호적 통제기능을 보장하는 데에도 기여할 수 있다.

그렇다면 경찰은 검찰이 당해 사건을 수사검사에게 배당할 수 있도록 협력해야 할 것이며, 적어도 수사개시 시점부터는 검찰과 수사정보를 공유하여야 할 것이다. 이는 해당 사법경찰관의 보고가 별도로 필요한 사항이 아니라 담당 사법경찰관의 기록입력 시에 기계적·전산적으로 검찰에 통지해주는 절차에 불과하고, 검찰에서는 당해 사건기록의 열람권자, 즉 수사검사를 배당해주면 간단히 해소될 문제이다. 입건 외의 내사종결의 경우에도 전산으로 처리할 수 없는 서류나 물건을 포함하여 내사과정에서 내사와 관련하여 작성하거나 취득한 서류 또는 물건에 대한 목록을 전산으로 기록하고, 해당 서류 또는 물건을 보존기간 동안 보관하면 그것으로 족하다. 검사가 전산기록 외의 서류 등을 열람할 필요가 있을 경우 수사지휘권에 근거하여 자료송부를 요청하면 해소될 문제이며, 송부된 자료의 보존책임은 그때부터 검찰로 이전한다.

또한, 상호협력적 수사지휘체계는 독립된 수사주체에 의한 별개의 수사활동을 전제로 한다. 즉, 대통령령을 어떻게 정하건 간에 종전과 달리 검찰이 인지·수리한 사건은 검찰이, 경찰이 인지·수리한 사건은 경찰이 수사해야 하는 상황이 충분히 예상되므로 수사가 경합되는 사건에 대한 기관 간의 처리원칙도 정해야만 할 것이다. 나아가 사법경찰관의 수사지휘에 대한 복종의무가 폐지되었기 때문에 검사의 수사지휘에 대한 불복절차도 정해야만 할 것이다. 다만 사법경찰관에게는 검사의 수사지휘에 대한 협력의무(개정 형사소송법 제196조 제3항)가 있기 때문에 불복사유는 합리적 근거를 전제로 하여 필요한 최소한의 범위로 한정해야만 할 것이며, 지휘거부 등 검찰과 경찰 간의 협력이 원활히 이뤄지지 못하는 사건의 경우에는 검사가 이를 불기소하거나, 일정한 기준 아래 수사를 중지시키고 검찰이 이를 인수하여 독자적으로 처리하면 어렵지 않게 해소될 문제이다. 이미 검찰청법 제54조에 그 근거도 마련되어 있다.³³⁾

이처럼 상호협력적 수사지휘체계는 기관 간에 서로 신뢰하고 존중한다면 어렵지

않게 구축될 수 있다. 경우에 따라서는 검찰과 경찰 간의 협의체를 구성하거나 수사검사를 경찰청 또는 일선관서에 파견하는 방안도 고려할 수 있을 것이다. 다만 이는 검찰이 경찰의 수사주체성을 존중하고, 경찰이 검찰의 수사지휘권을 존중한다는 전제에서 가능하다. 만일 상호협력적 수사지휘체계 구축이 어렵다면 검찰의 기초기능과 수사기능을 분리하고, 행정경찰과 사법경찰을 분리하여 독립적인 국가수사청을 신설하는 방안도 하나의 대안이 될 수 있다고 본다.

3. 내사기능의 내실화

이 글은 내사를 수사의 일부로 파악하지만, 엄밀히 말하자면 내사는 수사와 수사 전 조사가 중첩하는 영역이다. 즉, 인권보장을 위해서는 수사의 영역에 속하지만, 수사실무에 있어서는 공식적 수사의 사전적 절차이다. 그래서 인권보장적 통제가 필요한 영역이지만, 수사기관의 수사주체성을 인정하는 한 그 이상의 통제가 반드시 필요한 영역이라고 보기는 어렵다.³⁴⁾ 이는 검찰내사건, 경찰내사건 간에 동일하다.

더욱이 내사는 ‘범죄혐의의 유무’를 기준으로 하여 ‘수사의 필요성’을 검증하는 절차이다. 우리나라와 같이 민사적 형사고소가 남발되는 사회에서는 내사절차에서 이를 걸러주는 기능을 할 수 있다. 억울한 피의자를 줄이면서도 동시에 수사기관의 업무부담까지 경감할 수 있고, 정하기에 따라서는 일본과 같이 경미사건을 자체종결함으로써 수사효율성까지 제고할 수 있다.³⁵⁾ 사건처리 지연에 따른 국민의 불신도 불식할 수 있다. 따라서 불요불급한 내사를 제도적으로 억제하고 내사대상자의 인권 보장에만 유의한다면 내사기능은 수사실무상 효용가치가 매우 크다고 할 것이다. 그렇다면 이제는 내사의 통제뿐만 아니라 내사기능을 어떻게 내실화할 것인지에 대한 고민도 필요하다고 할 것이다.

33) 검찰청법 제54조(교체임용의 요구): “① 서장이 아닌 경정 이하의 사법경찰관리가 직무 집행과 관련하여 부당한 행위를 하는 경우 지방검찰청 검사장은 해당 사건의 수사 중지를 명하고, 임용권자에게 그 사법경찰관리의 교체임용을 요구할 수 있다.

② 제1항의 요구를 받은 임용권자는 정당한 사유가 없으면 교체임용을 하여야 한다.”

34) 만일 경찰내사의 적법성 통제가 필요하다면, 영국과 같이 경찰 내부에 법률부를 두어 전담 변호사들이 자체적으로 수사의 적법성을 감시·감독하는 방안을 도입하자는 주장도 있다(차용석/최용성, 앞의 책, 157쪽).

35) 이때는 범죄의 ‘혐의’가 아니라 형법 제20조(정당행위)에 근거하여 ‘범죄’의 성립 자체를 따지게 된다.

참고문헌

- 김일수, 수사체계와 검찰문화의 새 지평, 세창출판사, 2010.
- 김종구, 형사사법개혁론—새로운 패러다임의 비교법적 고찰, 법문사, 2004.
- 김희수/서보학/오창익/하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 도서출판 삼인, 2011.
- 박승진/최석윤/이경재, 각국의 검찰제도, 한국형사정책연구원, 1998.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2009.
- 사법연수원, 수사절차론, 2004.
- 신동운, “내사종결처분의 법적 성질,” 서울대학교 법학(서울대학교 법학연구소) 제45권 제3호, 2004. 9.
- 신양균, 형사소송법(신판), 화산미디어, 2009.
- 이상원, 경찰 수사권 체제의 합리화 방안, 치안연구소, 2000.
- 이완규, “개정 형사소송법상 수사체계,” 법조(법조협회) 제660호, 2011. 9.
- 정완/이건호/이진국, 수사권독립 논의에 관한 검토, 한국형사정책연구원, 2003.
- 정성진, “형사절차로서의 내사,” 법학논총(국민대학교 법학연구소) 제9집, 1997. 11.
- _____, “내사론,” 법조(법조협회) 제486호, 1997. 3.
- 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011.
- 정웅석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2009.
- 지영완, 국가 수사권 입법론, 진리탐구출판사, 2005.
- 치안정책연구소, 경찰수사제도의 개선에 관한 연구, 2005.
- 기타 법무부, 경찰청의 실무자료 다수.

2011년 형사정책학술세미나

내사의 쟁점과 과제

발 행 / 2011년 12월

발행인 / 김 일 수

발행처 / 한국형사정책연구원

서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 (02)575-5285

등 록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인 쇄 / 삼일기획

전화 (02)503-4800

※ 자료집 내용의 무단복제를 금함

[비매품]