

형사실무상 내사에 대한 비판적 고찰*

조 성 용**

국 | 문 | 요 | 약

내사와 수사의 구별기준인 초기 범죄혐의의 문턱은 낮으며, 게다가 내사절차에서는 초기 범죄혐의의 제한적 기능이 작용하고 있다. 여기로부터 내사는 예외적으로만 허용될 수 있으며, 이때에도 관련 조사대상자의 헌법상 보장되는 법적 지위를 침해하는 방식으로 이루어질 수 없다는 원칙을 도출할 수 있다. 그리하여 형사소송법상 수사의 내용에 해당하는 수사기관의 조사활동(임의수사 및 강제처분)은 내사로 볼 수 없다. 왜냐하면 이러한 조사활동은 모두 초기 범죄혐의가 인정되어 수사가 개시된 이후에야 비로소 허용되는 것이기 때문이다.

허용되는 내사로는 우선 변사자 사건의 중대성 및 긴급성을 근거로 예외적으로 인정되는 변사자 검시(형사소송법 제222조)를 들 수 있다. 나아가 통상적으로는 기초적 주변조사에 해당하나 관련 조사대상자의 기본권을 침해하지 않는 조사활동은 허용된 내사로 보아도 무방할 것이다. 예컨대 일반적으로 접근할 수 있는 정보의 수집, 수사기관 내부에 이미 존재하는 관련서류 및 물건의 확인, 사건현장 및 대상물의 시찰 등이 대표적이다. 그 밖에 정보수집을 위한 질문은 수사기관이 특정한 범죄행위가 이미 범해졌다고 생각해서가 아니라 단지 사건의 지향점을 찾기 위하여 질문한 경우에는 허용된다고 보아야 한다. 물론 이와 같은 단순한 정보수집을 위한 질문인가 아닌가는 처해 있는 상황에 따라 달리 판단해야 한다.

내사는 수사절차의 개시에 선행되는 독자적인 절차로서 수사절차와는 구별된다. 그러나 내사가 수사절차와 구별되는 독자적인 '형사' 절차인지에 대해서는 무엇보다도 형사절차의 개념에 비추어 볼 때 의문이 제기된다. 왜냐하면 일상적인 언어사용상 형사절차는 수사로부터 출발하고 있기 때문이다. 나아가 내사를 독자적인 형사절차로 보는 것은 초기 범죄혐의의 제한적 기능에 비추어 볼 때에도 의문이다. 왜냐하면 형사절차에서는 초기 범죄혐의의 관문을 넘지 못하는 수사기관의 조사활동은 원칙적으로 허용되지 않기 때문이다. 그리하여 예외적으로 허용되는 내사활동에 대해서는 - 변사자 검시(형사소송법 제222조)는 별론으로 하고 - 형사소송법이 아니라 오히려 기존의 사법경찰관리집무규칙이나 검찰사건사무규칙에 근거를 마련하는 것이 형사소송법체계에 부합하는 방식일 것이다.

* 이 논문은 2012년 단국대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 단국대학교 법과대학 부교수, 법학박사

❖ 주제어 : 내사, 수사, 수사개시, 수사지휘권, 범죄혐의

I. 서론

최근 신문지상에 자주 떠오르는 표제어 가운데 하나가 내사가 아닌가 싶다. ‘내사’, ‘피내사자’, ‘내사종결처분’, ‘입건유예’ 등은 너무나 빈번하게 등장하고 있어서 이제는 더 이상 낯선 단어라고 할 수 없을 정도이다. 이와 같이 내사가 일반인에게 익숙하게 된 배경에는 수사권 조정을 둘러싼 검찰과 경찰의 해묵은 갈등이 한 몫하고 있다. 2011년 6월 20일 검찰과 경찰은 우여곡절 끝에 수사권 조정안에 합의하였다. 국회는 이를 근거로 2011년 6월 30일 형사소송법 제196조에 대한 개정안을 통과시켰다. 개정 형사소송법 제196조는 사법경찰관리의 수사개시권을 명문화하는 동시에 지금까지와 마찬가지로 사법경찰관리에 대한 검사의 수사지휘권도 분명히 하였다. 특히 동조 제1항에서 검사의 수사지휘권의 대상을 ‘모든 수사’로 규정하면서 내사와 수사를 구분하지 않을 수 없었고, 이때부터 내사가 쟁점으로 떠오른 것이다. 그리하여 사법경찰관리의 수사개시권의 행사범위에 내사가 포함되는지 그리고 검사의 수사지휘권의 행사범위에 사법경찰관리의 내사도 포함되는지를 둘러싸고 열띤 논쟁이 시작되었다.

이러한 논쟁의 핵심은 무엇보다도 내사의 허용범위에 있다. 왜냐하면 사법경찰관리의 내사의 범위가 넓어지면 넓어질수록 반비례하여 사법경찰관리에 대한 검사의 수사지휘권의 범위는 그만큼 좁아지기 때문이다. 형사실무는 물론이고 학설 및 판례도 일반적으로 내사의 개념을 인정하고 있으나, 내사의 범위를 얼마만큼 허용해야 하는지에 관해서는 의견이 일치하고 있지 않다. 그리하여 내사의 범위를 넓게는 대인적 강제처분을 제외한 대물적 강제처분 및 임의수사까지 허용할 수 있다는 견해¹⁾, 임의수사로 한정해야 한다는 견해²⁾, 피의자신문을 제외한 임의수사로 한정해

1) 정성진, 형사절차로서의 내사, 법학논총, 제9호, 국민대학교 법학연구소, 1997, 115면; 권오걸, 수사절차로서의 내사에 대한 고찰, 형사법연구, 제15호, 2001, 258면 이하; 허인석, 내사의 법적 쟁점에 관한 연구, 형사법 쟁점연구 II, 2010, 163면; 조광훈, 수사기관 내사의 효율적 통제와 피내사자의

야 한다는 견해³⁾ 그리고 좁게는 수사기관 내부적인 확인, 일반적으로 접근가능한 정보의 사용 및 정보수집을 위한 질문(informatorische Befragung)으로 한정해야 한다는 견해⁴⁾에 이르기까지 다양한 스펙트럼이 나타나고 있다. 이와 같은 의견의 불일치는 형사소송법 제196조 제3항에 근거하여 2011년 12월 30일 검사의 수사지휘에 관한 구체적인 사항을 규정한 대통령령 『검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정』이 공포됨에 따라 해소될 수 있을 것으로 기대되었다. 그러나 이러한 기대와는 달리 사법경찰관리의 내사사건과 수사개시권의 법적 통제를 규정한 대통령령 제18조에 대해서는 형사소송법 제196조의 취지를 제대로 반영하지 못하였다는 비판의 목소리가 드높다.⁵⁾

이와 같이 내사의 허용범위와 관련하여 의견이 첨예하게 대립하고 있는 근본적인 이유는 어디에 있는가? 필자의 생각으로는 그 이유는 내사의 허용범위의 직접적인 전제인 내사의 개념을 어떻게 이해하고 있으며, 수사의 개념과는 어떻게 구별되는지, 내사의 법적 성격(수사의 일부인지 아니면 수사와 별개인지 여부) 및 법적 근거(형사소송법체계의 일부인지 여부)를 어떻게 이해하는가에 따라 내사의 허용범위가 달라지는데 있다고 본다. 종래 내사에 관한 논의의 구조를 보면, 내사의 개념을 실질적으로 검토하지 않고 이미 형사실무에서 행해지고 있는 광범위한 내사활동을 전제로 하여 내사도 광의의 수사의 일부로서 헌법과 형사소송법상의 제약을 받으며 내사절차에서의 피내사자의 인권보호를 위한 방안을 검토하는 방향으로 전개되었다.⁶⁾ 그리하여 통상 수사에 해당하는 수사기관의 조사활동을 내사로 취급하면서 내사의 개념과 수사의 개념을 혼동하는 경우가 생겨난 것이다. 이제부터라도 내사의

인권보장에 관한 연구, 법학연구, 제15권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2005, 152면 이하; 황문규, 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구, 제22권 제3호, 2011, 239면; 오경식, 내사와 수사의 구별기준에 대한 고찰, 형사법의 신동향, 제34호, 2012, 73면.

- 2) 백형구, 현대 수사법의 기본문제, 육법사, 1985, 106면; 정세종, 경찰의 내사활동에 관한 고찰, 한국공안행정학회보, 제29호, 2007, 355면.
- 3) 이완규, 범죄인지서 작성 전에 행한 피의자신문조서의 증거능력 - 인지의 개념과 시기 -, 형사판례연구, 제11권, 2003, 322면 이하.
- 4) 신양균/조기영, 내사의 개념과 허용범위, 형사법연구, 제23권 제3호, 2011, 195면 이하.
- 5) 후술할 V.1.나. 참조.
- 6) 이점을 정확하게 지적하고 있는 견해로는 신양균/조기영, 주4의 논문, 183면 이하.

개념은 무엇이며, 수사의 개념과는 어떻게 구별되며, 어느 범위에서 내사가 허용되는지에 관하여 근본적인 성찰이 요구된다고 본다.

이 글에서는 이러한 목적 하에 우선 내사의 개념을 ‘실질적으로’ 검토한 다음, 그와 같이 이해된 내사의 개념을 토대로 내사의 법적 성격 및 법적 근거를 밝혀보도록 한다. 나아가 이러한 전제를 바탕으로 내사의 허용범위와 내사에 대한 입법론을 비판적으로 검토해 보기로 한다.

II. 내사의 개념

1. 개념정의

문헌에 나타나 있는 내사의 개념을 종합해 보면 다음과 같은 공통분모를 찾아 낼 수 있다. 즉, 내사는 일반적으로 ‘수사기관이 범죄혐의의 유무를 확인하기 위하여 수행하는 조사활동’으로 정의된다. 일각에서는 ‘수사기관이 범죄혐의의 유무를 확인하기 위하여 범죄인지 전의 단계에서 수행하는 조사활동’이라고 정의함으로써 범죄인지(입건) 전의 단계를 강조하는 견해가 있다.⁷⁾ 그러나 이는 수사의 개시시점을 수사기관의 형식적인 범죄인지 여부가 아니라 수사기관의 실질적인 범죄혐의의 인식 여부를 기준으로 하는 통설 및 판례⁸⁾에 비추어 볼 때 타당하지 않다.⁹⁾ 왜냐하면 이러한 정의에 따르면 수사기관이 범죄혐의를 인식한 후 범죄인지 전에 수행하는 조사활동도 내사의 개념에 포함시켜야 하는 모순을 초래하기 때문이다.

내사의 개념은 범죄의 실행단계에 비추어 볼 때 다음과 같은 두개의 개념과 구별되어야 한다. 하나는 ‘사전 영역에서의 조사’(Vorfeldermittlung)이고, 다른 하나는

7) 정성진, 내사론, 법조, 제46권 제3호, 1997, 7면; 조광훈, 사법경찰관의 수사개시권의 통제에 관한 연구, 형사법의 신통향, 제34호, 2012, 239면; 권오길, 주1의 논문, 239면; 허인석, 주1의 논문, 139면; 정세중, 주2의 논문, 344면; 오경석, 주1의 논문, 56면; 사법연수원, 수사절차론, 사법연수원, 2009, 37면.

8) 후술할 II.3.가.(2). 참조.

9) 같은 취지로는 신양균/조기영, 주4의 논문, 193면.

‘수사’(Ermittlung)이다. 전자는 내사의 개념의 하한경계(Untergrenze)와 관련되어 있고, 후자는 상한경계(Obergrenze)와 관련되어 있다.

2. 사전 영역에서의 조사와의 구별

사전 영역에서의 조사는 내사와는 달리 수사기관이 이미 범해진 범죄행위의 혐의를 확인하기 위한 조사활동이 아니다. 오히려 그것은 미래에 범해질 수 있는 범죄행위를 사전에 예방하기 위한 수사기관의 조사활동인 동시에 그러한 범죄행위가 범해지거나 범해지려고 할 경우 그것을 조기에 진압하기 위한 수사기관의 조사활동이다. 예컨대 최근 들어 여성에 대한 성폭력사건이 빈발하자 경찰이 그에 대한 대책으로 성폭력범죄가 예상되는 특정지역을 설정하고 그 주변을 서성거리는 수상한 자에 대하여 불심검문하는 경우가 전형적인 사례이다. 그 밖에 수사기관이 특정한 중대 범죄행위를 범할 것으로 예상되는 요주의 인물(예컨대 마약밀매업자나 테러리스트)을 미행 또는 감시하거나, 마약거래나 성매매가 예상되는 특정지역을 순찰하거나 정탐하는 행위도 거기에 해당된다.

사전 영역에서의 조사는 수사기관이 범죄혐의를 인정하기 이전 단계에서 수행되는 조사활동이라는 점에서 내사와 동일하지만, 다음과 같은 점에서 차이가 난다. 우선 내사는 이미 범해진 범죄행위를 사후적으로 규명(Aufklärung)하는 것을 목적으로 한다는 점에서 과거지향적인데 반하여, 사전 영역에서의 조사는 이른바 “예방적 범죄투쟁”(vorbeugende Verbrechensbekämpfung)을 목적으로 한다는 점에서 미래지향적이다.¹⁰⁾ 그리하여 후자의 경우에는 범죄예방의 목적을 추구하는 것 이외에도 미래에 범해질 수 있는 범죄행위를 규명하는데 필요한 단서를 미리 확보해 두는 것이 결정적으로 중요하다. 이러한 점에서 사전 영역에서의 조사는 범죄의 예방과 진압이라는 양면성을 지닌다.

나아가 내사는 범죄혐의와 관련이 있으나, 사전 영역에서의 수사는 범죄혐의와 무관한 경우가 대부분이다. 왜냐하면 내사는 범죄행위가 범해졌다는 일정한 사실

10) Wölfl, Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft, JuS 2001, S. 478; Senge, Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Vorermittlungen, FS für Rainer Hamm, 2008, S. 704.

(Tatsache)에 기초하여 그러한 사실이 범죄혐의를 인정할 만큼 구체적인가를 밝히기 위한 조사활동인데 반하여, 사전 영역에서의 조사는 범죄행위가 범해졌을 것이라는 범죄수사학적 추정(kriminalistische Vermutung) 내지 가설(Hypothese)에 기초하여 이루어지기 때문이다.¹¹⁾ 그리하여 전자는 고소, 고발, 진정, 풍설, 보도 또는 수사기관 자체의 인식 등과 같이 범죄혐의가 있을 수 있는 정보에 근거하여 이루어지는 반면에, 후자는 수사기관의 직업상의 경험에 근거하여 범죄행위를 규명하는데 요구되는 범죄혐의가 도대체 존재하는 것인지 알아내기 위하여 이루어진다. 후자가 주로 직접적인 피해자가 없거나 보복 등의 이유로 범죄행위를 신고하기 꺼려하거나 또는 배후가 잘 드러나지 않는 영역(예컨대 마약, 자금세탁 등 조직범죄, 성매매범죄 또는 테러범죄 등)에서 이루어지는 것도 이와 관련이 있다.

일부 문헌에 의하면 경찰은 수시로 어느 특정범죄에 대하여 기획수사 또는 집중 단속기간을 설정하여 적극적으로 범죄를 인지하라고 독려하면서 범죄인지 실적을 올리기 위하여 첩보 및 정보수집활동을 포함하는 폭넓은 내사활동을 벌인다고 한다.¹²⁾ 이러한 내사활동에는 감시, 미행, 정탐, 비밀정보원의 투입, 불심검문 등도 포함된다고 하나,¹³⁾ 이는 실제로는 내사가 아니라 수사기관의 범죄혐의 인정 여부에 따라 통상의 수사 아니면 사전 영역에서의 조사로 보는 것이 타당하다.

3. 수사와의 구별

가. 내사와 수사의 구별기준

(1) 형식설

종래에는 내사는 주관적 혐의조차 인정되지 않는 단계의 입건 전 조사로서, 입건

11) Haas, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, Duncker & Humblot · Berlin, 2003, S. 39ff.

12) 조광훈, 주7의 논문, 249면. “각 경찰서마다 단속기간 동안에 몇 명을 입건하고 몇 명을 구속하였는지 그 실적을 비교·평가하여 단속 팀 전체와 사법경찰관리 개개인을 평가하여 점수와 등급으로 나누어 인사고과에 반영하기도 한다. 이 과정에서 승진과 인사고과에서 많은 점수를 얻기 위하여 필요 이상의 과잉 단속이 이루어지기도 한다.”

13) 이러한 입장으로는 정성진, 주1의 논문, 108면; 허인석, 주1의 논문, 157면; 정세종, 주2의 논문, 350면,

후의 수사와는 명백히 구별되는 개념이므로 수사기관이 부여하는 범죄인지 여부에 따라 수사와 내사를 구별하자는 형식설¹⁴⁾이 형사실무를 지배하고 있었다. 여기서 ‘범죄인지’란 고소, 고발, 그 밖의 수사단서가 있는 경우에 범죄의 혐의가 있다고 판단하여 수사를 개시하는 것을 말하며, 이를 입건이라고도 한다. 그리하여 수사기관이 수사에 착수하면 범죄인지보고서를 작성하여야 하며 범죄인지보고서가 작성되면 그 때부터 조사 대상자는 피의자가 된다.

(2) 실질설

형사소송법 제195조는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다고 규정하고 있는데, 이 규정으로부터 수사의 개시시점을 도출할 수 있다는 견해¹⁵⁾이다. 그리하여 수사기관이 조사 대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 판단하였음을 외부적으로 표시하는 일련의 조치가 있다면 그 때부터 수사는 개시된다고 한다. 이 단계부터 조사 대상자는 피의자가 된다.

종래 대법원은 형사소송법 제184조에 의한 증거보전은 피고인 또는 피의자가 형사입건도 되기 전에는 청구할 수 없다고 판시한 바 있다.¹⁶⁾ 또한 내사사건에 대한 종결처분에 대해서는 고소 또는 고발사건에 대한 불기소처분이라 볼 수 없어 재정신청의 대상이 되지 않는다는 입장을 취하였다.¹⁷⁾ 그러나 범죄인지 전 작성된 피의자신문조서의 증거능력과 관련해서는 대법원은, “검찰사건사무규칙 제2조 내지 제4조에 의하면, 검사가 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특별한 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념이고, 이 규칙의 규정은 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로, 검사

14) 백형구, 형사소송법강의, 제8판, 2001, 375면; 이재상, 신형사소송법, 제2판, 2008, 192면; 김희옥, 수사의 개시, 월간고시, 1986, 40면.

15) 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 서울대학교 법학, 제45권 제3호, 2004, 서울대 법학연구소, 323면; 정웅식, 내사사건의 통제방안에 관한 연구, 형사정책, 제20권 제1호, 2008, 290면 이하; 이완규, 주3의 논문, 321면 이하; 신양균/조기영, 주4의 논문, 192면 이하; 오경식, 주1의 논문, 70면.

16) 대법원 1979.6.12, 선고 79도792 판결.

17) 대법원 1991.11.5, 91도68 결정.

가 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지를 작성하여 사건수리 절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니”라고 판시하여,¹⁸⁾ 실질설로 입장을 전환하였다.

(3) 검토

무엇보다도 형사실무에서 형식설에 입각하여 내사라는 명분하에 실질적인 수사 활동이 만연되어 왔다는 현실을 고려해 볼 때 실질설이 타당하다고 본다. 우선 형식적인 범죄인지는 수사자료표와 범인인지보고서에 기초하여 사건부에 등재하는 절차로서 수사기관의 구체적인 업무처리방식에 불과한 것이므로 이를 기준으로 수사와 내사를 구별하는 것은 형사절차법정주의에 반한다. 나아가 수사기관이 범죄혐의를 인정하고도 범죄인지보고서를 작성하지 않는 경우, 형식설에 의하면 이를 수사로 볼 수 없어서 형사소송법규정의 적용이 배제되는 결과를 초래하고 만다. 즉, 사법경찰관리가 검사의 지휘를 받아 처리해야 할 사건임에도 입건 전이라는 이유로 검찰에 송치하지 않고 검사의 지휘를 받지 않을 수 있으며, 조사 대상자가 피의자가 아니라는 이유로 형사소송법상 진술거부권, 변호인과의 접견교통권, 증거보전청구권 등 피의자 보호규정을 준수하지 않을 수 있게 되는 것이다.

실질설은 이와 같이 법적인 통제 밖에서 수많은 폐단을 초래해 왔던 수사기관의 실무관행에 제동을 걸었다는 점에서 커다란 의의를 갖는다. 그리하여 수사기관이 설사 형식적으로 입건하지 않았다고 하더라도 범죄혐의가 있다고 보고 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 했다면 내사가 아니라 수사로 보아야 한다. 그 밖에도 내사와 수사의 구별기준으로서 실질설이 의문의 여지없이 타당하다는 점은 자명하다. 왜냐하면 실질설을 부정하는 것은 그 근거가 되는 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항 자체를 부정하는 것이 되기 때문이다.

그러나 실질설을 자세히 들여다보면, 거기에는 여전히 해명해야 할 불확정 법개념이 남아있다는 점을 발견할 수 있다. 즉, 수사의 개시시점의 기준인 형사소송법

18) 대법원 2001.10.26, 2000도2968 판결.

제195조 및 제196조 제2항의 ‘범죄혐의’라는 개념 말이다. 이는 곧 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항의 ‘범죄혐의’의 의미와 내용을 어떻게 파악하는가에 따라서 수사의 개시시점에 대해 영향을 미칠 수 있다는 것을 의미한다. 그리하여 이하에서는 실질설을 조금 더 구체화한다는 차원에서 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항의 ‘범죄혐의’와 내사 및 수사의 관련성에 대하여 살펴보기로 한다.

나. 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항의 ‘범죄혐의’의 의미와 내용

(1) 기존의 논의

형사소송법상 범죄혐의에 관한 규정은 수사개시의 요건으로서 “범죄혐의가 있다고 사료하는 때”(제195조)와 “범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때”(제196조 제2항) 그리고 체포, 긴급체포, 구속의 요건으로서 “죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유”(제200조의 2, 제200조의 3 및 제201조)가 있다. 이때 수사개시의 요건으로서의 범죄혐의는 시기적으로 가장 앞서 있다는 의미에서 ‘초기 범죄혐의(Anfangstatverdacht)’ 또는 ‘단순한 범죄혐의(einfacher Tatverdacht)’라고 부른다(이하 ‘초기 범죄혐의’라고 통칭함).

문헌에서 초기 범죄혐의는 ‘주관적 범죄혐의’로 설명된다. 그리하여 초기 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의를 의미하며, 객관적 혐의일 것을 요하는 것은 아니라고 한다.¹⁹⁾ 이에 따라 수사기관은 초기 범죄혐의의 인식과 관련하여 판단의 여지를 갖고 있다.²⁰⁾ 다만 수사기관의 주관적 혐의만으로 수사를 인정하는 것은 자의에 의한 수사를 허용하는 결과를 초래하므로 수사기관의 주관적 혐의는 구체적 사실에 근거를 둔 것이어야 한다.²¹⁾ 이러한 논의로부터 초기 범죄혐의는 수사기관의 주관적 범죄혐의이며, 그러한 주관적 범죄혐의는 구체적 사실에 근거해야 한다는 점을 도출할 수 있다.

19) 대표적인 문헌만 소개하면 이재상, 주14의 책, 192면

20) 대법원도 “수사를 개시할 것인가 또는 조사활동을 종결할 것인가의 판단은 수사기관이 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 권한을 적절하게 행사할 수 있도록 합리적인 재량에 위임되어 있는 행위”라고 판시하였다. 대법원, 2006.12.7, 선고 2004다14932 판결.

21) 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 제2판, 2009, 84면; 임동규, 형사소송법, 제7판, 2011, 120면 이하.

그러나 이러한 결론만 가지고는 ‘언제 수사가 개시되는가’의 물음에 대해서는 답해 줄 수 있을지 모르나,²²⁾ ‘언제 수사가 개시되어야 하는가’ 또는 ‘언제 수사가 개시되는 것으로 보아야 하는가’의 물음에 대해서는 만족할 만큼 답해 줄 수 없다.²³⁾ 양자의 물음은 질적으로 다르다. 후자의 물음은 전자와는 달리 가치판단의 문제이며, 따라서 수사의 개시시점의 당위적 측면을 묻고 있다. 그러한 물음에 제대로 답할 수 있기 위해서는 초기 범죄혐의가 주관적 범죄혐의라는 점 이외에도 초기 범죄혐의는 어느 것에 근거를 둔 것이어야 하는지(초기 범죄혐의의 근거점), 초기 범죄혐의는 어느 것으로 향해져야 하는지(초기 범죄혐의의 지향점) 그리고 수사기관이 초기 범죄혐의를 어느 정도 인식해야 하는지(초기 범죄혐의의 인식 정도)에 대한 구체적인 검토가 요구된다. 국내 문헌에서는 아직 이와 같은 논의가 본격적으로 진행되고 있지 않다고 판단되므로 이하에서는 독일 문헌을 중심으로 이러한 사항들에 대하여 살펴보고자 한다.

(2) 초기 범죄혐의의 근거점

초기 범죄혐의는 독일 형사소송법 제152조 제2항 및 제160조에 의하면 “충분한 사실에 근거”(zureichende tatsächliche Anhaltspunkte)를 둔 것이어야 한다. 국내 문헌에서도 초기 범죄혐의는 구체적 사실에 근거를 둔 혐의일 것을 요한다고 해석하고 있다. 여기서 ‘사실’이란 과거 또는 현재의 구체적 과정 또는 상태로서, 그 의미가 인식가능하고 증명될 수 있는 것을 말한다. 그리하여 초기 범죄혐의는 범죄행위가 범해졌다는 일정한 사실에 기초한 것이어야 한다. 예컨대 고소, 고발, 풍문, 보도, 수사기관 자체의 인식 등도 초기 범죄혐의를 불러일으키는 사실이라고 볼 수

22) 초기 범죄혐의가 수사기관의 주관적 범죄혐의라는 것은 어찌 보면 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항의 문구(“검사는 범죄혐의가 있다고 사료하는 때 ...” 및 “사법경찰관리는 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때 ...”)를 그대로 설명한 것으로 별로 새로운 것이 없다.

23) 조광훈 검찰수사관에 의하면 대법원 판례가 실질설을 취하고 있지만 “구체적으로 그 범죄혐의가 있다고 보아 ‘수사를 개시하는 행위’가 과연 어떤 수사 활동을 지칭하는 것인지는 다양한 해석론이 있어 실제로 명확한 구별기준을 찾기는 쉽지 않다”고 한다. 조광훈, 주7의 논문, 258면. 이와 유사한 맥락에서 실질설은 범죄혐의가 있다고 판단하였음을 외부적으로 표시하는 조치가 무엇인지에 대하여 별다른 기준을 제시하지 못하고 있다는 점에서 문제라는 견해로는 김재덕, 내사의 허용범위와 통제방안, 이화여자대학교 법학논집, 제16권 제1호, 2011, 270면.

있다.

사실은 추정과는 구별되어야 한다. 물론 추정과 사실에 근거한 초기 범죄혐의 사이의 경계는 엄밀히 말해 유동적이지만,²⁴⁾ 범죄행위의 존재에 대한 범죄수사학적 가설이나 순수한 이론적 가능성 내지 단순한 추정만으로는 법적인 의미에서 초기 범죄혐의를 구체화하지 못한다. 수사학적 가설 내지 추정은 생활상 또는 직업상 경험에서 얻어진 범죄행위의 존재에 대한 인정을 의미한다. 그러나 그러한 인정은 구체적인 사례에 의하여 증명될 수 없다. 구체적인 사례의 상황에 의해 증명되지 못하는 일반적인 경험에 기초한 초기 범죄혐의의 인정은 정당화될 수 없다.²⁵⁾ 요컨대 사실 없이는 초기 범죄혐의도 없다. 추정 내지 가설은 초기 범죄혐의를 정당화하지 못한다.

초기 범죄혐의가 범죄행위의 존재에 대한 일정한 사실에 근거하는 한, 독일 형사소송법규정과는 달리 그러한 사실이 ‘충분히’ 구체적인 것까지 요구할 필요는 없다고 본다. 우리 형사소송법규정에는 그러한 문구가 없기 때문이다. 그렇지 않으면 문언에 반하는 해석이 될 염려가 있다.

(3) 초기 범죄혐의의 지향점

초기 범죄혐의는 용어 그 자체에서 엿볼 수 있듯이, 소추가능한 ‘범죄행위’로 향해진 혐의를 의미한다(행위 관련적 혐의). 혐의가 특정한 사람에 대하여 향해지는 것은 필요하지 않다.²⁶⁾ 범죄행위에 대한 혐의와 어느 사람을 행위자로 보고 범죄혐의를 추궁하는 것(행위자 관련적 혐의)은 구별되어야 한다. 수사의 목적은 특정한

24) Schwagerl은 이점을 다음과 같이 표현하였다. “혐의는 점차적으로 짙어지는 사실을 통하여 생겨나는데, 이러한 혐의는 단순한 추정 속에 암시되어 있는 주장이 가능하거나 심지어는 개연성이 있다는 사고과정을 거친 결과로서 나타난다.” 이에 대해서는 Schwagerl, *Tatverdacht und Belehrungspflicht*, *Kriminalistik*, 1963, S. 53.

25) 초기 범죄혐의를 근거지울 수 없는 추정의 예로서 다음과 같은 독일 최고재판소의 판결을 들 수 있다. 거기에 의하면 매춘부는 그의 수익에 대해 세금을 내지 않는다는 일반적인 원칙은 성립하지 않는다고 한다. 구체적인 사례의 상황에 의하여 증명되지 아니한 일반적인 경험에 기초하였기 때문이다. 이에 대해서는 Hans, OLG GA 1984, S. 289.

26) LR-Rieß, §152, Rn. 20, 25. Aufl., 2004; Arzt, *Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen*, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford, 2000, S. 130; Walder, *Grenzen der Ermittlungstätigkeit*, ZStW 95 (1983), S. 868.

사건이 범죄행위를 의미하는지 그렇다면 어느 사람을 행위자로 보고 수사해야 할 것인지 여부를 확인하는 것이다. 어느 사람이 현행범으로 체포되었다면 행위 관련적 혐의와 행위자 관련적 혐의가 일치한다. 그에 반하여 범죄행위에 대한 초기 혐의는 인정되나 행위자가 아직 알려지지 않았다면, 알려지지 아니한 자에 대하여 수사가 진행된다.²⁷⁾ 즉, 행위 관련적 혐의로부터 행위자 관련적 혐의로 넘어가는 것이다. 이러한 경우 일단 행위 관련적 혐의가 인정되면 그때부터 수사는 개시되는 것이다. 행위자 관련적 혐의와는 관계없이 말이다.

소추가능한 범죄행위의 개념은 형사소송법에서는 정의되어 있지 않다. 그리하여 형사소송법에는 형법의 범죄개념이 전제되어 있다고 보고, 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항의 ‘범죄’란 특정한 구성요건에 해당하고, 위법, 유책한 행위라고 해석할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 해석에 대해서는 찬성할 수 없다. 위법하고 유책한 것인지의 여부는 혐의가 특정한 자에 대하여 향해질 때에야(행위자 관련적 혐의) 비로소 판단될 수 있는 것이기 때문이다.²⁸⁾ 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항의 범죄혐의는 행위 관련적 혐의로 충분하다. 그 이외에 행위자 관련적 혐의가 필요하다면, 범행 이후 행위자가 아직 알려지지 아니한 수많은 사안에서는 수사를 개시할 의무가 없다는 넌센스를 초래하고 말 것이다. 초기 범죄혐의를 인정하기 위해서는 행위 관련적 혐의로 충분하다면, 이것은 소추가능한 범죄행위는 특정한 구성요건에 해당하는 행위로 충분하다는 것을 의미한다.²⁹⁾ 더 나아가 위법하고 유책한 행위가 존재하는지 여부는 그 이후의 수사를 통해 계속 규명해야 할 것이다.

이상과 같은 논의 결과를 국내의 논의 상황에 적용해 보면 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. 즉, 국내 문헌에서는 수사의 개시시점을 행위 관련적 혐의가 아니라 행위자 관련적 혐의를 기준으로 판단하는 것이 아닌가 하는 의문 말이다. 대표적인 견해 몇 개만 언급하면 다음과 같다. “형사소송법 제195조에 의할 때 수사기관이 조사 상대방에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 판단하였음을 외부적으로 표시하는 일련의 조치가 있다면 그 때부터 수사는 개시된다”면서, “피의자의 시기를 입건 유

27) KK-Pfeiffer, Einl. Rn. 33, 4. Aufl., München, 1999; Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, 5. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 1992, S. 135.

28) Haas, 주11의 책, 16면.

29) Haas, 앞의 책, 17면.

무에 의하여 결정하는 견해를 형식설이라고 한다면, 범죄협의를 있다고 판단한 시점을 기준으로 피의자의 시기를 결정하는 견해를 가리켜 실질설이라고 명명할 수 있다”고 한다.³⁰⁾ 또한 “수사기관의 수사 및 소추의사가 외부적으로 발현된 때가 인지의 시기이며 판례가 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정한 것으로 보는 것도 이러한 취지이다”고 한다.³¹⁾

여기에서 수사가 개시되는 시점과 피의자의 지위가 개시되는 시점을 동일시하고 있다는 점이 분명하게 나타난다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 양자의 시점이 반드시 일치하는 것은 아니다. 조사 대상자의 지위에서 피의자의 지위로 전환되기 위해서는 행위 관련적 혐의(초기 범죄혐의) 이외에 행위자 관련적 혐의, 즉 누군가에 대하여 형사절차를 진행한다고 하는 수사기관의 소추의사가 외부로 발현될 것이 추가적으로 요구된다. 이와 같은 책임비난(Inculpation)을 통하여 조사 대상자는 비로소 피의자가 된다.³²⁾ 그럼에도 불구하고 수사가 개시되는 시점과 피의자의 지위가 개시되는 시점을 동일시한다면 수사가 처음부터 계속하여 특정한 사람에 대하여 향해지고 있는 사안³³⁾에서는 별다른 문제를 야기하지 않으나, 행위 관련적 혐의(초기 범죄혐의)는 인정되나 아직 행위자가 알려지지 아니한 수많은 사안에서는 수사의 개시시점이 피의자의 지위가 개시되는 시점으로 늦추어 지게 되는 문제점이 발생한다. 이에 상응하여 내사의 범위도 그만큼 넓어지게 될 것이다.

(4) 초기 범죄협의를의 인식 정도

초기 범죄협의를는 기본적으로 주관적 범죄협의를이므로 수사기관은 범죄행위가 범해졌다는 점에 대한 구체적인 사실이 존재하는지 여부에 관하여 심사할 의무와 동시에 권한을 갖는다. 수사기관은 존재하는 구체적인 사실에 근거하여 범죄행위의 가능한 존재에 대하여 자신의 견해를 형성한다. 이때 결정적인 것은 수사기관이 인

30) 신동운, 주15의 논문, 323면.

31) 이완규, 주3의 논문, 321면 이하.

32) Fincke, Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden, ZStW 95 (1983), S. 919.

33) 현행법을 체포한 경우는 물론이고 고소·고발사건의 경우도 현행 규정상 고소·고발장 접수와 함께 사건수리가 되므로 고소·고발에 의한 수사기관의 활동은 곧바로 해당 조사 대상자에 대하여 수사가 개시된다.

식한 사실이 범죄행위에 대한 추론을 가능케 하는가에 있다. 이러한 심사방식은 주 공판절차에서 자유로운 심증에 따라 증거를 평가하는 수소법원의 그것과 다르지 않다. 수소법원은 증인의 증언, 전문감정인의 감정, 피의자신문에 근거하여 피고인이 그에게 비난되어진 범죄행위에 대하여 책임이 있는지 여부를 심사한다. 수소법원은 범죄행위의 존재에 관하여 (주관적) 확신을 갖아야 한다. 그와는 반대로 수사기관은 범죄행위의 존재에 관하여 확신을 가질 필요가 없다. 다만 그는 범죄행위가 범해졌을 가능성이 있다고 생각해야 한다.

초기 범죄혐의의 문턱은 법률상 그리 높지 않다. 즉, 범죄행위가 범해졌을 가능성 만으로도 충분히 초기 범죄혐의를 긍정할 수 있다.³⁴⁾ 그리하여 내용이 빈약하고 신빙성이 떨어지는 진술이나 풍문과 일방적인 주장도 범죄행위가 범해졌을 가능성이 있다고 판단되면 충분하다고 보아야 한다. 그에 반하여 범죄행위가 범해졌을 개연성을 요구하는 것은 수사의 목적에 비추어 볼 때 타당하지 않다. 왜냐하면 범죄행위가 범해졌을 개연성은 수사의 목적으로서 공소제기를 하기 위한 단계에서나 요구되는 것이지, 수사를 개시하는 단계에서는 요구될 수 없기 때문이다.³⁵⁾ 독일 연방헌법 재판소의 결정에 의하면 수사절차가 객관적으로 볼 때 자의적으로 개시되거나 진행되는 것이 아닌 한, 수사기관의 초기 범죄혐의의 인정은 긍정되거나 유지될 수 있다고 한다.³⁶⁾ 그리하여 초기 범죄혐의를 인정하는데 있어서의 한계를 자의금지에서 찾고 있는데, 이는 초기 범죄혐의의 문턱이 얼마만큼 낮은지를 보여주는 단적인 예라고 할 수 있다. 더구나 우리나라 형사소송법에서는 독일 형사소송법과는 달리 초기 범죄혐의가 ‘충분한’ 사실에 근거를 둔 것일 것을 요구하지 않는다는 점을 고려할 때, ‘충분한’ 이라는 문구를 근거로 ‘낮은 정도의 개연성’(geringe

34) Kleinknecht/Meyer-Goßner, §152, Rn. 4, 45. Aufl., München, 2001; KK-Schoreit, §152, Rn. 28, 4. Aufl., München, 1999; Geerds, Über strafprozessuale Maßnahmen, insbesondere Entnahmen von Blutproben bei Verdacht der Trunkenheit im Straßenverkehr, GA 1965, S. 327; Haas, 앞의 책, 27면.

35) LR-Beulke, §152, Rn. 23, 25. Aufl., 2004; Diemer, Erhebungen des Generalbundesanwalts zur Klärung des Anfangsverdachts im Rahmen von ARP-Vorgängen, NStZ 2005, S. 666; Keller/Griesbaum, Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, NStZ 1990, S. 416. 이에 반대하는 견해로는 Senge, 주10의 논문, 703면.

36) BVerfGE NStZ 2004, S. 447.

Wahrscheinlichkeit)을 요구하는 독일의 일부 견해³⁷⁾는 우리나라 현실에서는 타당하지 않다고 본다. 나아가 범죄행위가 범해졌을 ‘가능성’이나 ‘낮은 정도의 개연성’, ‘개연성’ 또는 ‘고도의 개연성’ 등은 개념상의 정도에 불과할 뿐 실무상 정확하게 구별할 수도 없다. 그리하여 초기 범죄혐의의 인식 정도는 범죄혐의에 대한 의심이 범죄혐의에 대한 정당성보다 아직 앞서 있다는 말로써 표현될 수 있을 것이다.

이와 같은 논의 결과를 국내의 논의 상황에 적용해 보면 우리나라의 형사실무에서는 초기 범죄혐의의 인정 정도를 자의적으로 너무 높게 설정하고 있는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 이러한 의문은 특히 수사기관이 범죄인지보고서를 작성하는 실태에서 두드러지게 나타난다. 수사기관이 내사의 결과 범죄혐의가 있다고 판단되면 수사에 착수하여야 한다. 수사기관이 수사에 착수할 때에는 범죄인지보고서를 작성하여야 하는데, 거기에는 피의자의 성명·주민등록번호·직업·주거·범죄경력·죄명·범죄사실 및 적용법조를 기재하고, 범죄사실에는 범죄의 일시·장소·방법 등을 명시하고 특히 수사의 단서 및 인식하게 된 경위가 명백히 기재되어 있어야 한다(구 사법경찰관리집무규칙 제20조 제2항). 여기에서 우리나라의 형사실무상 초기 범죄혐의의 인정 정도는 피의자를 구체적으로 특정하고 그의 개별적 범죄사실을 명백하게 밝힐 수 있을 정도로 고도의 개연성을 요구하고 있다는 것을 알 수 있다. 그러나 이와 같이 유죄판결을 받을 만한 고도의 개연성은 수사기관이 초기 범죄혐의의 인정을 토대로 본격적인 수사를 벌인 후인 수사 종결단계에서야 비로소 요구되는 것이다. 수사기관이 범죄행위가 범해졌을(고도의) 개연성이 있다고 인정할 때에야 비로소 수사가 개시된다고 생각하는 형사실무상의 관행³⁸⁾도 이와 같이

37) Lange, Staatsanwaltschaftliche Vorermittlungen - ohne rechtliche Grundlage?, DRiZ 2002, S. 266; Senge, 앞의 논문, 703면.

38) 이점은 경찰청 수장의 발언을 통해서도 분명하게 드러난다. 진교훈 총경에 의하면 “내사와 수사를 구별하는 기준은 오로지 수사기관의 범죄혐의의 인식의 유무에 달려있다. 이에 압수·수색 등 강제 처분적 성격이 수반되는 행위라도 범죄혐의를 인식하기 전 단계에서는 수사가 개시되었다고 볼 수 없어 당연히 ‘모든 수사’에 해당하지 않는다”고 한다. 이에 대해서는 진교훈, 내사와 수사의 본질과 한계 - 그에 대한 법적 통제를 중심으로 -, 사단법인 한국법학교수회 동계학술대회 발표자료, 2011, 48-57면. 이와 유사한 맥락에서 문헌에서도 “검사나 사법경찰관리는 사법적 정의 관념에 따라 범죄의 개연성이 상당히 높다고 인정되는 경우에 한하여 내부절차를 거친 후 내사에 착수하여야 함이 당연하다”는 표현이 자주 인용되고 있다. 정성진, 주1의 논문, 117면; 조광환, 주7의 논문, 263면; 권오걸, 주1의 논문, 262면 이하.

오랫동안 뿌리 깊게 박혀 있는 범죄인지보고서의 작성실태에서 비롯된 것이 아닌가 싶다. 다시 한 번 말하지만, 수사의 개시단계에서 초기 범죄혐의의 인정은 압수·수색, 체포, 구속의 요건인 범죄혐의와는 달리 범죄행위가 범해졌을 가능성만으로도 충분하다.

다른 한편 일부 문헌에서는 초기 범죄혐의의 인정 여부가 불확실하여 그것의 유무를 확인해야 하는 상황이 발생한다고 주장한다.³⁹⁾ 이른바 내사가 필요하다고 보는 상황을 열거하면 다음과 같다.

[사례1] 미성년자 또는 아동에 대한 성폭력범죄에 대한 고소가 있는 경우 피해자가 미성년자 또는 아동에 대한 성폭력범죄의 행위당시 특별히 보호받는 연령이었는지 여부가 확인되어야 한다.

[사례2] 고소가 있는 경우 잘못된 내용이 있는지 여부를 확인하여야 한다.

[사례3] 기업이 오염된 폐수를 강물에 버렸다는 TV 방송이 있었으나 방송 내용으로는 해당 기업이 그 폐수 방출이 법적으로 허용되는 것인지 여부가 불분명할 수 있다.

[사례4] 화재사건이 발생하였고 소방관들이 방화 가능성을 전혀 배제할 수 없는 데, 가옥 소유자가 화재 장소에서 장기간 여행 후 돌아왔다고 말하고 있다.

그러나 과연 이러한 상황에서 초기 범죄혐의의 인정이 불확실한 것인지는 의문이다. [사례1]에서는 고소 내용으로 볼 때 피해자의 연령에 따라 미성년자에 대한 간음죄(형법 제302조) 또는 미성년자의제강간죄(형법 제305조)가 범해졌을 가능성이 농후하다. 그리하여 예컨대 수사기관이 고소사건이 미성년자의제강간죄의 구성요건에 해당될 수 있다고 판단하고 피해자를 불러 연령을 묻거나 피해자의 연령을 관련 교육기관에 문의한다면, 이는 수사(참고인조사 및 사실조회)이지 내사가 아니다. [사례2]의 경우, 수사기관은 범죄행위의 존재를 암시하는 모든 고소·고발사건에서 정상적인 능력을 갖춘 수사관으로서 범죄행위가 범해졌을 가능성에 대하여 합리적

39) 신양균/조기영, 주4의 논문, 190면 이하; Senge, 주10의 논문, 705면.

으로 심사해 보아야 한다. 심사 결과 그가 고소·고발의 형식이나 내용이 범죄행위와 연결될 가능성이 없다고 판단하면, 그는 그러한 고소·고발에 따를 필요가 없다. 그에 반하여 그가 비록 가능성은 희박할지라도 범죄행위가 범해졌을 수 있다고 판단하면, 수사절차는 개시될 수 있다. [사례3]의 경우, 수사기관이 보도내용으로 볼 때 오염물질 불법배출죄(환경범죄의 단속에 관한 특별조치법 제3조)가 범해졌을 가능성이 있다고 판단하고 보다 정확하게 사실관계를 확인하기 위하여 폐수의 방출이 법률상 허용되는 정도를 초과한 것인지 관련 환경부처에 문의한다면, 수사(사실조회)는 이로써 이미 개시된 것이다. [사례4]에서도 수사기관이 방화 가능성을 전혀 배제할 수 없다는 소방관들의 진술에 따라 화재사건이 자기소유 건조물방화죄(형법 제166조 제2항)의 구성요건에 해당될 수 있다고 판단하고 집주인의 알리바이를 확인하기 위하여 이웃과 회사에 문의한다면, 이는 수사(참고인조사)이지 내사가 아니다.

다. 소결 및 가능한 반론에 대한 검토

형사소송법 제195조 및 제196조 제2항의 ‘범죄혐의’는 수사기관의 주관적 범죄혐의로서, 구체적 사실에 근거를 둔 것이어야 하며, 소추가능한 범죄행위로 향해진 혐의를 의미한다(행위 관련적 혐의). 또한 그러한 혐의에 대한 인식정도는 범죄행위가 범해졌을 가능성만으로도 충분하다. 그리하여 수사기관이 고소, 고발, 풍문, 보도, 수사기관 자체의 인식 또는 그 밖의 방법에 근거하여 범죄행위가 범해졌을 가능성이 있다고 판단하고 실질적으로 수사에 해당하는 조사활동(임의수사 및 강제수사)을 수행한다면 그때부터 수사로 보아야 한다. 예컨대 초기 범죄혐의는 인정되나 아직 행위자가 알려지지 아니한 수많은 사안에서는 수사는 피의자신문의 방식이 아니라, 대개는 기초적 주변조사나 사실조회 방식으로 개시될 것이다. 바로 이러한 기초적 주변조사나 사실조회는 실질설에 따라 내사가 아니라 수사로 보아야 할 것이다.

아마도 이러한 결론에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기될 수 있을 것이다. 즉, 이렇게 되면 피의자의 범위가 지나치게 확장되어 수사역량에 부담을 줄 뿐만 아니라 피의자의 인권침해가 발생할 여지가 커진다는 반론 말이다.⁴⁰⁾ 그리하여 진부를

확인하기 어려운 범죄 관련 기사나 신고 또는 풍설이 있는 경우에도 초기 범죄혐의가 인정된다고 하여 빠짐없이 그 대상자를 입건하여 바로 수사를 개시한다면 그 내용이 진실이 아니라고 판명될 경우 이는 엄청난 수사력의 낭비가 될 뿐만 아니라 당사자 본인에 대해서도 인권침해의 결과가 되기 십상이라고 한다. 더군다나 일단 피의자로 파악되면 수사관은 모든 피의자를 일일이 입건해야 하고, 피의자의 지문을 채취하여 수사자료표를 작성해야 하는 부담이 생기며, 피의자의 입장에서든 전과사실의 조회에 따른 불이익과 출입국 제한 등 여러 가지 제약을 감수하지 않으면 안 된다고 한다.

그러나 이러한 논리의 근저에는 내사권의 남용으로 인한 폐단은 애써 감추려 하는 반면, 내사의 효용성은 전면에 내세우려고 하는 속내가 깔려 있는 것으로 보인다. 즉, 수사기관이 겉으로는 마치 피내사자의 부담을 덜어주기 위하여 수사가 아닌 내사를 진행하는 것처럼 말하지만, 실제로는 내사를 빌미로 헌법 및 형사소송법의 통제에서 벗어나려는 속내가 엿보이는 것이다.⁴¹⁾ 그동안 수사기관의 내사는 법적 통제에서 벗어나 있는 측면이 많았다. 그리하여 항상 불법내사의 시비와 피내사자에 대한 인권 침해의 논란이 끊이지 않았다는 사실은 부정할 수 없을 것이다. 이러한 맥락에서 진부를 확인하기 어려운 범죄 관련 기사나 신고 또는 풍설이 있는 경우에도 빠른 시점에 초기 범죄혐의가 인정되어 수사가 개시된다는 점을 우려하기 보다는 오히려 범죄정보 자체의 신뢰성이 없거나 내사의 가치가 거의 없다고 객관적으로 판단되는 경우 또는 원초적으로 범죄의 증거를 찾아낼 수 없음이 사리상 명백한 경우에도 내사라는 명목으로 관련 대상자에게 심한 위압감과 법적 불안감을 주고 내사를 종결하거나, 반대로 내사활동 중 명백히 범죄혐의를 확인하고도 관련 대상자들과의 모종의 거래 혹은 조직내 상관의 은밀한 지시를 통해서 비공식적으로 사건을 사장시키는 행위를 우려⁴²⁾하는 것이 현실적으로 더 시급하지 않나 싶다.

40) 내사의 필요성 및 효용성을 역설하는 주장으로는 정성진, 피내사자에 대한 변호인의 접견교통권, 판례월보, 제325호, 1997, 38면; 강석구, 내사의 쟁점과 과제, 한국형사정책연구원 주최, 학술세미나 자료, 2011, 9면; 정세중, 주2의 논문, 344면.

41) 같은 맥락으로는 신동운, 주15의 논문, 326면.

42) 내사권남용의 문제에 대하여 자제하는 정성진, 주1의 논문, 117면 이하; 조광훈, 주7의 논문, 249면; 정세중, 앞의 논문, 350면.

또한 수사가 아닌 내사를 진행함으로써 피내사자의 편의를 도모한다는 것도 실제로는 피내사자에게 반드시 유리하게 작용하는 것이 아니다. 예컨대 유명인사에 대하여 수사를 진행하다가 매스컴이 이를 보도하게 되면 유명인사에 대한 범죄낙인이 우려된다는 이유로 수사기관이 수사 대신 내사를 비밀리에 진행한다고 하자. 그러나 일단 일반인에게 유명인사에 대하여 내사가 진행되고 있다는 사실이 알려지면, 그러한 내사의 낙인효과는 유명인사에 대하여 수사가 진행되고 있다는 보도보다 더 경미할 것이라고 단언할 수 없다.⁴³⁾ 일반인이 내사와 수사를 자세하게 구별할 것이라고 기대할 수 없다.

나아가 피의자가 부담해야만 하는 지문의 채취, 수사자료표예의 등재 등은 예컨대 체포, 구속 등과 같은 대인적 강제수사가 개시되었을 때에만 이러한 조치를 시행하도록 한정하는 등 별도의 제한조치를 강구함으로써 얼마든지 대처가 가능할 것으로 본다.⁴⁴⁾ 반면에 전과사실의 조회에 따른 불이익과 출입국 제한 등 여러 가지 수사절차상의 제한은 피의자의 지위에서 나오는 것으로서 피의자가 당연히 감수하지 않으면 안 될 것이다. 그러나 이때에도 피의자는 적어도 형사소송법에서 인정하고 있는 방어권을 행사할 수 있을 것이다.

요컨대 위와 같은 결론에 따르게 되면 무분별한 내사를 방지할 수 있을 뿐만 아니라, 피의자는 수사기관으로부터 조사받고 있다는 사실조차 모르거나 무엇 때문에 조사받고 있는지 정확히 알 수 없는 불안감과 두려움에서 벗어나서 자신에게 법적으로 보장된 방어권을 적극적으로 행사할 수 있을 것이다.

43) Haas, 주11의 책, 50면.

44) 신동운, 주15의 논문, 329면.

III. 내사의 법적 성격

1. 지배적 입장

문헌에 나타나 있는 내사의 법적 성격을 종합해 보면, 내사는 ‘광의의 수사의 일부’로서 형사절차에 편입되어 적법절차의 원리를 포함한 형사소송법상의 제반 이념에 따른 법치국가적 통제를 받아야 한다는 입장⁴⁵⁾이 단연 독보적이다. 그에 대한 근거는 문헌에 명확하게 드러나 있지 않지만, 내사는 수사의 전 단계이기는 하나 범죄의 혐의를 확인한다는 점에서 수사와 그 목적을 같이 하고 있기 때문인 것으로 보인다.⁴⁶⁾ 그리하여 수사개시 이전의 내사활동이라도 통상 수사의 성격을 갖고 있기 때문에 내사는 형사소송법상의 기본이념의 지배를 받는 공권력 행사의 일부로서 형사절차에 편입되어 적법절차의 원리와 형사소송법상의 제반이념에 따른 법적 통제를 받아야 한다는 것이다.

2. 지배적 입장에 대한 비판

물론 내사가 수사과 마찬가지로 넓은 의미에서 범죄의 혐의를 확인하기 위한 국가의 공권력 행사의 일부라는 점은 옳다. 그러나 초기 범죄혐의가 인정되는지 여부의 확인은 수사절차의 개시 이전에 이루어지는 것이지 수사절차의 개시단계에서는 이루어지지 않는다는 점에서 지배적 입장은 결정적인 문제점을 지니고 있다. 만약 내사가 수사절차에 포함되는 것이라면, 이는 수사절차는 초기 범죄혐의의 존재에 구속되지 않고 개시될 수 있다는 것을 의미하던지, 아니면 수사절차는 개시부분과 수사부분으로 나뉘어진다는 것을 의미하게 될 것이다.⁴⁷⁾

45) 정성진, 주1의 논문, 98면; 허인석, 주1의 논문, 144면; 정웅석, 주15의 논문, 298면; 권오걸, 주1의 논문, 241면; 조광훈, 주7의 논문, 261면; 오경식, 주1의 논문, 71면; 황문규, 주1의 논문, 236면.

46) 내사에 관한 이론적 연구의 단초를 제공하였다고 평가되는 정성진 교수는 “내사를 수사의 전단계 이기는 하나 수사과 목적을 같이 하는 광의의 수사의 일부”라고 파악한다. 정성진, 앞의 논문, 107면.

47) 이러한 논증에 대해서는 Lange, 주37의 논문, 266면.

전자는 법치국가적으로 중요한 의미를 지니는 ‘초기 범죄혐의의 제한기능’(begrenzende Funktion des Anfangstatverdachts)을 말살시키는 결과를 초래할 것이다. 즉, 초기 범죄혐의의 확인 없이는 수사기관의 수사활동은 원칙적으로 허용되지 않는다는 제한기능 말이다. 이러한 제한기능은 아직 초기 범죄혐의를 포착하지 못한 상태에서 마구잡이식으로 수사를 벌이는 것(Ausforschung)으로부터 개인을 보호해 준다.⁴⁸⁾ 개인은 입법자가 마련해 놓은 초기 범죄혐의의 관문을 수사기관이 통과한 경우에만 수사활동의 대상이 된다. 그리하여 만약 내사를 수사절차에 포함시킨다면, 입법자가 초기 범죄혐의가 확인된 사건에 대하여 허용하였던 수사기관의 수사활동이 도대체 초기 범죄혐의가 존재하는지 여부를 밝히기 위하여 이미 실행되는 모순이 발생한다.⁴⁹⁾

후자는 피의자의 지위 및 권리와 형사소송법적 강제처분과 관련하여 혼동을 초래하고 말 것이다. 다시 말해 수사절차의 개시부분에서도 수사부분과 마찬가지로 조사 대상자를 피의자로 보고 그에 대하여 강제수사를 할 수 있는 것인지 그리고 그에 게 형사소송법상 인정되는 방어권을 부여할 것인지 논란이 될 수 있을 것이다. 양자 모두 법문언에 맞지 않는다. 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항에 의하면 수사절차는 초기 범죄혐의가 확인되면 가능한 곧바로 개시되어야 한다.

이상과 같이 살펴볼 때, 내사는 수사절차의 일부가 아니라 오히려 수사와는 구별되는 별개의 절차로 보는 것이 타당할 것이다.⁵⁰⁾ 더 극단적으로 표현하면 내사는 형사소송법의 이질물이다. 그리하여 형사소송법 제196조 제1항의 ‘모든 수사’와 제198조 제3항의 ‘수사’에는 내사는 포함되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다고 본다.

48) Hund, Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat, ZRP 1991, S. 463.

49) Wölfl, 주10의 논문, 479면.

50) 유사한 견해로는 신양균/조기영, 주4의 논문, 194면 이하.

IV. 내사의 법적 근거

1. 기존의 논의

문헌에서는 내사의 법적 근거로서 구 사법경찰관리집무규칙 제20조, 범죄수사규칙 제73조, 검찰사건사무규칙 제141조, 형사소송법 제199조, 형사소송법 제195조 및 형사소송법 제222조가 제시되고 있다. 다만 이 가운데 구 사법경찰관리집무규칙 제20조, 범죄수사규칙 제73조 및 검찰사건사무규칙 제141조는 국회가 제정한 법률이 아닌 법무부령에 기초한 것으로서 수사기관의 내부에서 업무처리의 통일을 기하기 위하여 마련된 준칙에 불과하기 때문에 헌법과 형사소송법에서 규정하는 수사의 객체가 되는 피의자 등의 기본권을 제한할 수 있는 명확한 법적 근거가 되지 못한다는 점에서 여기에서 제외시키는 것이 타당하다.⁵¹⁾

우선 내사의 법적 근거로 형사소송법 제199조를 제시하는 견해⁵²⁾에 의하면 동조 제1항은 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다고 규정하고 있는데, 여기서의 수사란 광의의 수사로서 내사를 포괄하는 개념으로 해석함이 상당하다는 것이다. 또한 동조 제2항은 수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다고 규정하고 있는데, 이러한 사실조회는 내사의 전형적인 방법이기 때문에 내사의 근거규정으로 해석할 수 있다고 한다.

그 다음 내사의 법적 근거를 형사소송법 제195조로 보는 견해⁵³⁾에 의하면 형사소송법 제195조는 ‘범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때’에는 수사를 개시할 수사기관의 권한과 의무를 인정하고 있기 때문에, 수사기관은 수사개시 여부를 판단하기 위하여 범죄혐의의 유무 자체에 대한 조사활동을 할 권한이 있다고 한다. 이러한 의미에서 수사기관의 범죄혐의 유무에 대한 사실적 기초를 확인하는 권한은 형사소

51) 반대하는 견해로는 정웅석, 주15의 논문, 286면 이하; 정세종, 주2의 논문, 346면 이하; 허인석, 주1의 논문, 145면; 오경석, 주1의 논문, 56면 이하.

52) 정성진, 주1의 논문, 98면; 허인석, 주1의 논문, 144면; 권오걸, 주1의 논문, 240면; 정웅석/백승민, 형사소송법, 제3판, 대명출판사, 2009, 388면.

53) 신양균/조기영, 주4의 논문, 191면 이하.

송법 제195조에서 이미 내재되어 있다고 해석한다.

마지막으로 내사의 법적 근거를 형사소송법 제222조로 보는 견해⁵⁴⁾에 의하면 변사자 검시는 변사자의 의심이 있는 것만으로 정당화되는 것이며 범죄혐의의 존재를 요건으로 하지 않는다고 한다. 이 단계에서의 검사의 수사활동은 수사절차의 전 단계에서 이루어지는 것으로서 형사소송법이 인정한 내사라고 볼 수 있다는 것이다.

2. 기존의 논의에 대한 검토

가. 형사소송법 제199조

내사의 법적 근거를 형사소송법 제199조에서 찾고 있는 견해는 동조는 초기 범죄혐의가 인정된 이후의 수사를 규정한 것이라는 점에서 근본적인 문제점을 지니고 있다. 형사소송법 제199조는 형사소송법 제2편 제1심 제1장 수사의 부분에 위치하고 있으며, 동조 제1항에서 수사의 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서도 수사의 목적을 달성하기 위하여 공무소 기타 공사단체에 사실조회 등을 할 수 있다고 규정하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, 내사는 수사와 구별되는 별개의 절차라는 점에 동의한다면 내사는 광의의 수사의 일부로 파악될 수 없다. 또한 사실조회를 내사의 전형적인 방법으로 파악하고 있는 점에 대해서도 찬성할 수 없다. 왜냐하면 사실조회는 초기 범죄혐의가 인정된 이후에야 비로소 허용되는 임의수사의 한 방법이기 때문이다.

수사기관이 공사단체에 대하여 특정사항을 조회하여 필요한 정보를 얻는 것(예컨대 신원조회) 관련 조사대상자의 사생활의 자유 내지 정보적 자기결정권을 침해하는 국가기관의 공권력 행사이다. 법적 근거 없이는 이러한 조사활동은 정당화될 수 없다. 형사소송법 제199조는 바로 이러한 조사활동을 정당화해 주는 법적 근거이다. 이러한 논리는 기초적 주변조사에 대해서도 적용된다. 일각에서는 기초적 주변조사는 내사의 첫 단계로서 강제처분이 전혀 수반되지 않는 가운데 수사기관이 내부적으로 은밀히 진행된다는 점에서 법률상 특히 문제될 점이 없다고 하나,⁵⁵⁾ 그

54) 신양균/조기영, 앞의 논문, 192면.

55) 정성진, 주7의 논문, 17면.

것이 관련 조사대상자의 법률관계와 직접 또는 간접적으로 관련이 있을 경우에는 법률상 문제가 될 소지가 크다.⁵⁶⁾ 이때에도 형사소송법 제199조가 이러한 문제를 해결해 준다. 이와 같이 형사소송법 제199조는 임의수사를 정당화해 주는 법적 근거이다. 그러나 내사가 수사의 일부로 파악될 수 없는 한, 형사소송법 제199조를 내사의 법적 근거로 원용할 수 없다고 보아야 한다.

나. 형사소송법 제195조

내사의 법적 근거가 형사소송법 제195조에 있다고 보는 견해는 그 기본 착안점을 새롭게 이해된 기소법정주의에 두고 있는 것으로 보인다. 즉, 기소법정주의는 형사소추기관의 변화된 과제와 기능에 비추어 새롭게 해석되어야 한다. 그것의 목적은 평등한 형사사법을 보장하기 위한 것인데, 그러한 목적을 일관되게 추구할 수 있기 위해서는 초기 범죄혐의가 명백하게 인정되는 경우뿐만 아니라 초기 범죄혐의의 인정이 아직은 불확실하지만 추가적인 규명을 통하여 확실히 될 수 있는 경우에도 수사기관에게 수사의무를 부여해야 한다는 것이다.⁵⁷⁾ 그리하여 수사기관은 수사를 개시하기에 앞서 초기 범죄혐의를 근거지우는 사실이 존재하는지 여부를 심사해 보아야 한다는 것이다. 이와 같은 내사에 대한 심사 의무는 수사개시의무를 규정한 형사소송법 제195조에 이미 논리필연적으로 포함되어 있다고 한다.⁵⁸⁾

일부 독일 문헌⁵⁹⁾에서 내사의 허용성을 법적으로 근거지우기 위하여 주장되는 이와 같은 견해가 우리나라에서도 그대로 적용될 수 있는지는 의문이다. 우선 우리나라 형사소송법은 독일과 달리 기본적으로 기소법정주의를 채택하고 있지 않을 뿐

56) 비록 사소한 수사활동이라고 하더라도 그것은 대개 관련 조사대상자의 개인정보를 수집하거나 보관하는 것을 의미하기 때문에 법적 근거 없이 관련 조사대상자의 정보적 자기결정권을 침해해서는 안 된다. 이에 대해서는 Hund, 주48의 논문, 464면.

57) 내사의 허용성을 이른바 ‘우연의 관점’을 가지고 근거지우려는 견해로는 Keller/Griesbaum, 주35의 논문, 417면. 거기에 의하면 논리일관된 고발의 경우에는 수사의무를 긍정하겠지만 고발된 것이 아니라 형사소추기관이 단지 ‘다른 방법으로’ 범죄행위를 인식하게 된 경우에 수사의무를 긍정하지 않는다면, 형사소추는 본질적으로 우연에 좌우되고 말 것이라고 한다.

58) Lange, 주37의 논문, 265면 이하; Senge, 주10의 논문, 707면; Keller/Griesbaum, 앞의 논문, 416면.

59) Keller/Griesbaum, 앞의 논문, 417면; Lange, 앞의 논문, 265면 이하; Senge, 앞의 논문, 707면; Diemer, 주35의 논문, 667면; Wölfl, 주10의 논문, 482면.

만 아니라 앞서 살펴본 바와 같이, 초기 범죄혐의가 ‘충분한’ 사실에 근거를 두고 있을 것을 요구하고 있지도 않다. 독일에서는 의미개방적인 개념인 독일 형사소송법 제152조 제2항의 “충분한”이라는 문구를 근거로 수사의무 이전에 내사의무를 거쳐야 한다고 설명하고 있으나,⁶⁰⁾ 우리나라 형사소송법에는 그러한 문구가 없어 이론적 근거가 빈약하다. 아무리 보아도 우리나라 형사소송법 입법자는 형사소송법 제195조를 제정할 때 이와 같은 내사의무의 여지를 염두에 둔 것 같지는 않다. 나아가 이와 같은 해석이 우리나라에서도 적용될 수 있다고 하더라도 그러한 해석이 초기 범죄혐의의 제한적 기능과 어떻게 조화될 수 있는지 의문이다. 아시다시피 형사소송법 제195조는 형사소송법 제2편 제1심 제1장 수사의 부분에 위치하고 있으며, “검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 여기에서도 앞서 살펴본 바와 같이 내사는 수사와 구별되는 별개의 절차라는 관점이 비판적으로 작용할 수 있을 것이다.

다. 형사소송법 제222조

내사의 법적 근거가 형사소송법 제222조에 있다고 보는 견해에 의하면 변사자의 검시는 초기 범죄혐의가 인정되지 않아도 허용된다고 파악하고 있는데, 이는 문리 해석상 타당한 것으로 보인다. 왜냐하면 동조 제1항에서 변사자 또는 변사의 의심 있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사가 검시하여야 한다고 규정하면서, 제2항에서는 검시에 의하여 범죄의 혐의를 인정하고 긴급을 요할 때에는 영장 없이 검증할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다. 즉, 검시의 결과 범죄의 혐의가 인정될 때에는 수사가 개시된다. 따라서 변사자의 검시는 수사가 아니라 수사 전의 처분, 즉 내사로 보아야 한다.⁶¹⁾ 그리하여 검사는 변사자가 발견되면 초기 범죄혐의가 인정되지 않는다고 하더라도 신체검사, 지문채취, DNA채취 등 변사자의 신원확인을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다. 형사소송법 제222조에 근거

60) Keller/Griesbaum, 앞의 논문, 417면. 독일 형사소송법 제152조 제2항에 의하면 초기 범죄혐의를 인정하려면 범죄행위의 존재에 대한 구체적 사실이 ‘충분히’ 존재해야 한다.

61) 신동운, 신형사소송법, 제3판, 2011, 35면; 이재상, 주14의 책, 193면 이하; 배종대/이상돈/정승환, 주21의 책, 78면.

해서 말이다.

그러나 형사소송법 제222조가 내사의 법적 근거가 된다고 하더라도 이 규정을 근거로 내사가 형사소송법에서 일반적으로 허용된다는 식으로 확대해석해서는 곤란하다. 왜냐하면 형사소송법 제222조는 특수한 상황을 고려하여 수사기관에 대하여 ‘예외적으로’ 특정한 조사활동(내사활동)을 허용하고 있다고 보아야 하기 때문이다. 다시 말해 동 규정은 사람의 생명과 관련된 변사사건의 중대성 및 긴급성을 고려하여,⁶²⁾ 변사자의 신원확인을 위하여 필요한 조치(검시)를 초기 범죄혐의의 인정 여부와 관계없이 허용한 것으로 보아야 한다. 변사자의 부검은 그러한 필요한 조치에 해당되지 않는다. 오히려 그것은 수사기관의 수사활동으로서 기본적으로 법관의 영장이 요구된다.

물론 형사소송법 제222조는 입법론적으로 문제의 여지가 있다. 왜냐하면 변사자는 자연사 또는 통상의 병사가 아닌 사체로서 범죄에 기인한 사망이라는 의심이 있는 사체를 의미하므로⁶³⁾ 그러한 예외규정이 없더라도 변사자의 발견만으로 얼마든지 초기 범죄혐의가 인정될 수 있기 때문이다. 그리하여 동조 제2항의 “검시에 의하여 범죄의 혐의를 인정하고” 라는 문구는 불필요한 것으로 삭제하는 것이 바람직하다.

V. 내사의 허용범위

이 글의 서론에서 이미 언급하였듯이, 문헌에서는 내사의 허용범위와 관련하여 대물적 강제처분까지 허용할 수 있다는 견해, 임의수사로 한정해야 한다는 견해, 피의자신문을 제외한 임의수사로 한정해야 한다는 견해 그리고 수사기관 내부적인 확인, 일반적으로 접근가능한 정보의 사용 및 정보수집을 위한 질문으로 한정해야 한다는 견해에 이르기까지 다양한 스펙트럼이 나타나고 있다. 대략적으로 볼 때 제한적이지만 대물적 강제처분까지 내사로서 허용될 수 있다는 견해가 우세하다. 이러한 상황에서 최근 형사소송법 제196조 제3항에 근거하여 수사지휘에 관한 대통령

62) 같은 취지로는 이완규, 주3의 논문, 325면.

63) 우리나라 통설이다. 대표적인 견해만 소개하면 이재상, 앞의 책, 193면.

령『검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정』이 제정되자, 사법경찰관리의 내사사건과 수사개시권의 법적 통제를 규정한 대통령령 제18조에 관심이 집중되었다. 그리하여 이하에서는 우선 동 대통령령 제18조가 과연 형사소송법 제196조의 취지를 제대로 반영한 것인지 비판적으로 검토해 보고, 이어서 필자가 생각하는 내사의 허용범위에 대하여 논해 보고자 한다.

1. 대통령령 제18조에 대한 검토

가. 대통령령 제18조의 규정

제18조(사건의 기록의 관리)

- ① 사법경찰관리가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 때에는 범죄인지서 작성여부와 관계없이 관계서류와 증거물을 검사에게 제출하여야 한다.
 1. 피의자 신문조서를 작성한 때, 2. 긴급체포를 할 때, 3. 검사에게 체포·구속영장을 신청할 때, 4. 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 대하여 압수·수색·검증영장을 신청한 때,
- ② 사법경찰관리는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하고, 범죄인지서를 작성하지 아니한 사건에 대해서는 매분기별로 해당 사건의 목록과 요지를 검사에게 제출하여야 한다.
 1. 제1항 제4호의 압수·수색·검증을 제외한 압수·수색·검증, 통신제한조치, 통신사실 확인자료 제공 등 법원으로부터 형사소송법 및 다른 법령에 의한 영장 또는 허가서를 발부받아 대물적 강제처분을 집행한 때,
 2. 피혐의자를 출석시켜 조사한 때,
 3. 현행범인을 체포·인수한 때.
- ③ 제2항의 경우, 사건관계인이 검사에게 이의를 제기하거나 검사가 사건관계인의 인권이 침해되었다고 인정할 만한 현저한 이유가 있다고 판단하여 검사가 구체적인 사건을 특정하여 관계서류와 증거물의 제출을 서면으로 지시한 때에는 사법경찰관리는 이에 따라야 한다.

나. 대통령령 제18조의 규정의 문제점

(1) 내사의 허용범위와 관련하여

대통령령 제18조는 내사라는 명칭을 사용하고 있지는 않으나 내사는 여전히 수사기관의 중요한 조사활동이라는 인식은 분명하게 드러나 있다. 대통령령 제18조 제1항만 놓고 보면 내사의 허용범위를 피의자신문을 제외한 임의수사로 한정해야 한다는 입장에 가깝다. 왜냐하면 사법경찰관리가 피의자신문조서를 작성하거나(제1호) 대인적 강제처분(제2호 및 제3호) 및 대물적 강제처분(제4호)을 한 때에는 범죄인지서의 작성 여부와 관계없이 관계서류와 증거물을 검사에게 제출하도록 규정하였기 때문이다. 반대해석하면 사법경찰관리가 피의자신문을 제외한 임의수사를 한 때에는 수사가 아니라 내사이므로 관계서류와 증거물을 검사에게 제출할 필요가 없다는 결론이 나온다.

그러나 동조 제2항에서는 곧바로 이러한 입장에 대한 일종의 ‘예외’를 규정하고 있다. 그리하여 피혐의자 출석 및 조사(제2호), 현행범 체포 및 인수(제3호), 사람의 주거 외의 장소에 대한 압수·수색·검증과 통신제한조치, 통신사실확인자료 제공 등(제1호)은 전항과 마찬가지로 각각 피의자신문, 대인적 강제처분, 대물적 강제처분에 해당되어 사법경찰관리가 범죄인지서의 작성 여부와 관계없이 관계서류와 증거물을 검사에게 제출하여야 함에도 불구하고, 사법경찰관리가 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하고 범죄인지서를 작성하지 아니한 사건에 대해서는 나중에 매분기별로 해당 사건의 목록과 요지를 검사에게 제출만하면 되는 것으로 규정하고 있다. 사법경찰관리는 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다는 형사소송법 제196조 제4항에 비추어 볼 때, 이는 곧 피혐의자 출석 및 조사(제2호), 현행범 체포 및 인수(제3호), 사람의 주거 외의 장소에 대한 압수·수색·검증과 통신제한조치, 통신사실확인자료 제공 등(제1호)은 예외적으로 수사가 아니라 내사라는 점을 암시하고 있는 것이다.⁶⁴⁾ 동시에 입법자가 이른바 실질설에 입각하여 동조 제2항을 규정한 것이 아니라는 점이 드러난다. 왜

64) 같은 취지로는 조광훈, 주7의 논문, 217면 이하. “이는 사법경찰관리가 의도적으로 형사사건을 외형적으로만 내사사건으로 포장하여 검사의 수사지휘를 받지 않아도 된다는 법적 허용성을 열어 둔 것으로 심각한 규정이라고 하지 않을 수 없다.”

나하면 만일 입법자가 실질설에 따랐더라면 사법경찰관리가 동조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하고 범죄인지서를 작성하지 아니한 사건에 대해서도 제1항과 마찬가지로 관계서류와 증거물을 검사에게 제출하여야 한다고 규정했어야 했기 때문이다.

우선 동조 제1항에 대해서는 수사에는 피의자신문과 대인적·대물적 강제처분 이외에 임의수사도 포함된다는 점에서 의문이 제기된다. 또한 수사는 초기 범죄혐의가 인정되면 개시되는데, 여기서 초기 범죄혐의란 행위자 관련적 혐의가 아니라 행위 관련적 혐의를 의미하는 것이다.⁶⁵⁾ 나아가 수사의 방식은 통상적으로 기초적 주변조사를 시작으로 하여 사실조회, 감정, 참고인조사, 피의자신문을 거쳐 대물적·대인적 강제처분으로 이어지는 단계를 거친다. 실질설에 따라 수사기관이 초기 범죄혐의를 인정하고 이와 같은 수사활동을 실행하면 곧바로 수사가 개시되는 것이다. 그리하여 동조 제1항의 각 호에는 강제처분 이외에 임의수사 전체가 포함되어야 한다.

그 다음 동조 제2항에 대해서는 피혐의자 출석 및 조사(제2호), 현행범 체포 및 인수(제3호), 사람의 주거 외의 장소에 대한 압수·수색·검증과 통신제한조치, 통신사실확인자료 제공 등(제1호)을 예외적으로 수사가 아니라 내사로 보는 이유가 의심스럽다. 실무적으로 이렇게 하지 않으면 심각한 수사력의 낭비를 가져올 것이라는 견해가 제시될 수도 있으나, 이는 수사와 내사는 구별되어야 한다는 점을 간과하고 있는 것이다. 피혐의자⁶⁶⁾를 출석시켜 조사하거나 현행범을 체포하거나 압수·수색·검증하는 것은 형사소송법에서 규정하고 있는 전형적인 강제수사이다. 또한 제2항의 압수·수색·검증과 제1항의 압수·수색·검증을 구별하여 취급을 달리하는 것도 이해할 수 없다.⁶⁷⁾ 사람이 주거하는 건조물 등에 대한 압수·수색·검증

65) 수사의 개시시점을 행위자 관련적 혐의를 기준으로 판단하게 되면 수사는 통상적으로 피의자신문에서부터 시작될 것이다. 필자의 생각으로는 동조 제1항이 바로 이러한 사고에 기초한 것이 아닌가 싶다.

66) 이때 ‘피혐의자’라는 용어는 아마도 사법경찰관리가 내사사건에서 피의자로 입건하지 않는 경우를 상정하여 선택한 것으로 보이나, 수사기관에 의해 범죄혐의를 받고 있는 자라는 의미이므로 실질설에 따라 피의자로 보는 것이 타당하다.

67) 김희균, 개정 형사소송법상 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권의 범위, 형사소송법학회 주최, 학술세미나자료, 2011, 15면 이하.

은 수사이지만 사람이 주거하지 않는 건조물 등에 대한 그것은 수사가 아니란 말인가. 요컨대 동조 제2항은 수사와 내사의 구별기준인 실질설에 정면으로 반하는 규정이라는 점에서 그 타당성이 매우 의심스럽다.

(2) 수사지휘와 관련하여

위에서 살펴본 바와 같이, 대통령령 제18조 제1항 및 제2항의 각 호에 해당하는 행위가 모두 형사소송법에서 규정하고 있는 전형적인 수사행위라면, 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘도 형사소송법 제196조의 취지에 맞게 이루어져야 한다. 그리하여 사법경찰관리는 위에서 언급된 행위를 한 때에는 범죄인지서를 작성하고 관련서류 및 증거물을 지체 없이 검사에게 제출하여야 하며, 검사는 이를 토대로 수사를 지휘하면 될 것이다. 그러나 동조는 사법경찰관리가 위에서 언급된 행위를 한 후 범죄인지서 작성을 의무화하고 있지 않을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 관련서류 및 증거물을 지체 없이 검사에게 제출하지 않아도 되는 것으로 규정하고 있다는 점에서 기본적으로 문제의 소지를 안고 있다.

우선 동조 제1항은 사법경찰관리가 각 호에 해당하는 행위를 한 후 범죄인지서를 작성하지 않고도 관련서류 및 증거물을 검사에게 제출할 수 있도록 규정하고 있다. 물론 사법경찰관리는 동조 제1항의 각 호에 해당하는 행위를 하면 범죄인지서를 작성하지 않아도 실질설에 따라 수사를 개시한 것으로 보아야 하기 때문에 반드시 범죄인지서를 작성할 의무는 없다고도 볼 수 있다. 그러나 범죄인지서 작성 여부는 수사실무상 여전히 수사개시의 중요한 기준으로 작용하고 있다는 점을 고려할 때, 사법경찰관리의 수사개시와 더불어 범죄인지서 작성을 의무화하는 것이 이른바 ‘입건지휘’에 관한 논쟁⁶⁸⁾을 피할 수 있는 최선의 방법일 것이다.

또한 동조 제2항은 사법경찰관리가 각 호에 해당하는 행위를 하고 범죄인지서를 작성하지 아니한 사건에 대해서 제3항의 경우를 제외하고는 매분기별로 해당 사건의 목록과 요지만 검사에게 제출하면 되는 것으로 규정하고 있는데, 이는 명백히 형사소송법 제196조 제4항의 문언에 반하는 것이다.⁶⁹⁾ 왜냐하면 동조 제2항의 각

68) 조광훈, 주7의 논문, 269면 이하. 아울러 수사개시와 더불어 범죄인지서 작성을 의무화하면 부적법하게 내사종결처분하는 수사기관의 잘못된 관행에 제동을 걸 수 있을 것이다.

호에 해당되는 행위는 앞서 살펴보았듯이, 명백한 수사행위이므로 사법경찰관리는 이러한 행위를 한 때에는 지체 없이 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 하기 때문이다. 물론 동조 제3항에서 예외적으로 검사가 관련서류 및 증거물의 제출을 서면으로 지시하면 사법경찰관리는 이에 따라야 한다고 규정하고 있기 때문에 위와 같은 문제점이 어느 정도 완화될 수는 있으나, 동조 제2항이 형사소송법 제196조 제4항에 위배된다는 사실에는 변함이 없다.

2. 내사의 허용범위에 대한 사건

이미 내사의 개념 및 법적 성격에서 살펴보았듯이, 내사와 수사의 구별기준인 초기 범죄혐의의 문턱은 낮으며, 게다가 내사절차에서는 초기 범죄혐의의 제한적 기능이 작용하고 있다. 여기로부터 내사는 예외적으로만 허용될 수 있으며, 이때에도 관련 조사대상자의 헌법상 보장되는 법적 지위를 침해하는 방식으로서는 이루어질 수 없다는 원칙을 도출할 수 있다. 그리하여 형사소송법상 수사의 내용에 해당하는 수사기관의 조사활동(임의수사 및 강제처분)은 내사로 볼 수 없다. 왜냐하면 이러한 조사활동은 모두 초기 범죄혐의가 인정되어 수사가 개시된 이후에야 비로소 허용되는 것이기 때문이다.

허용되는 내사로는 우선 변사자 사건의 중대성 및 긴급성을 근거로 예외적으로 인정되는 변사자 검시(형사소송법 제222조)를 들 수 있다. 나아가 통상적으로는 기초적 주변조사에 해당하나 관련 조사대상자의 기본권을 침해하지 않는 조사활동은 허용된 내사로 보아도 무방할 것이다. 예컨대 일반적으로 접근할 수 있는 정보의 수집, 수사기관 내부에 이미 존재하는 관련서류 및 물건의 확인, 사건현장 및 대상물의 시찰 등이 대표적이다. 그에 반하여 피내사자 본인이 아닌 관련 제3자(고소·고발인, 진정인, 피해자 등)를 참고인으로 조사하는 것은 내사로 볼 수 없다.⁶⁹⁾ 왜냐

69) 이제영, 내사와 수사의 본질과 한계 - 그에 대한 법적 통제를 중심으로 -, 사단법인 한국법학교수회 동계학술대회 발표자료, 2011, 28면 이하; 조균석, 김·경 수사권 조정 대통령령 제정 관련 세미나, 서울지방변호사회 주최, 학술세미나 발표자료, 2011, 6면; 김희균, 앞의 발표자료, 15면 이하; 조광훈, 주7의 논문, 271면; 오경식, 주1의 논문, 78면.

70) 반대하는 견해로는 정성진, 주1의 논문, 108면.

하면 참고인조사는 내사가 아니라 형사소송법 제221조에 의하여 허용되는 수사라고 보아야 하기 때문이다.

그 밖에 논란이 되는 것은 이른바 관련 조사대상자에 대한 정보수집을 위한 질문이 내사로서 허용되는지 여부이다. 논의의 핵심은 초기 범죄혐의의 인정 여부를 확인하기 위한 그와 같은 질문이 어떠한 조건에서 허용되는가에 있다. 일각에서는 수사기관이 일정한 자에 대한 수사절차를 개시해야 할지를 결정하고 있지 못한 상황에서 피내사자 또는 관련 제3자에 대한 정보수집을 위한 질문은 상대방의 자유로운 동의하에서 허용될 수 있다고 한다.⁷¹⁾ 그리하여 피내사자 또는 관련 제3자가 수사기관의 질문에 자유로운 의사를 기초로 진술하는 것은 수사 단계의 피의자신문에 해당하지 않는다고 한다. 그러나 이와 같이 피내사자 또는 관련 제3자의 ‘자유로운 의사’를 근거로 내세우는 것은 통상의 수사절차에서도 피의자에게 진술거부권이 인정되는 마당에 피내사자에게도 진술을 강요할 수 없음은 물론이고, 내사절차에서도 관련 조사대상자의 동의를 얻어 진술을 청취해야 한다는 점에서⁷²⁾ 적절하다고 보기는 어렵다.

위와 같은 정보수집을 위한 질문은 대개 사고 및 범죄현장에서 발생한다. 수사기관은 업무상 종종 신고를 받고 교통사고나 범죄현장에 출동하게 되는데, 이때 수사기관은 사건 현황을 명확하게 파악하기 위하여 사고 및 범죄현장에서 만난 사람들에게 사건에 대해 묻게 된다. “어떻게 된 것입니까?” 그는 그가 보고 들은 것을 할 수 있는 것만큼 설명한다. 이와 같이 수사기관이 특정한 범죄행위가 이미 범해졌다고 생각해서가 아니라 단지 사건의 지향점(Orientierung)을 찾기 위하여 질문한 경우라면, 이는 단순한 정보수집을 위한 질문으로서 허용된다고 보아야 한다.⁷³⁾ 이때 관련 조사대상자는 참고인이나 피의자가 아니라 단순한 정보제공자일 뿐이다.⁷⁴⁾ 물

71) 신양균/조기영, 주4의 논문, 196면 이하.

72) 조광훈, 주7의 논문, 276면.

73) 독일 관례 및 학설은 대체로 정보수집을 위한 질문이 허용된다고 보고 있다. 허용되는 근거는 다양하게 제시되지만, 전형적인 근거는 사건에 대한 첫 번째 지향점을 찾기 위한 질문인 경우에는 허용된다는 것이다. 따라서 수사기관이 체계적으로 조사하여 상세하게 질문을 하는 경우에는 허용되지 않는다고 한다. 이에 대해 자세히는 BGH, NStZ 1983, S. 86; LR-Rieß, §163a, Rn. 15ff., 25. Aufl., 2004; Arzt, 주26의 책, 15면 이하.

74) 이러한 의미에서 수사기관이 단지 사건의 지향점을 찾기 위하여(예컨대 논리일관되지 못한 고소·

론 단순한 정보수집을 위한 질문인가 아닌가는 처해 있는 상황에 따라 달리 판단해야 한다. 예컨대 어느 작은 공장에서 주인이 데리고 있던 6명의 직원들 가운데 한 명이 어느 날 물건을 훔쳐 주인이 경찰을 불렀다고 하자. 경찰이 직원들에 대해 도난사건에 대해 질문한다면, 이는 사건의 지향점을 찾기 위한 단순한 질문이 아니라 오히려 관련 직원들에게 범죄혐의를 두고 범죄행위(절도)에 대해 질문하는 것으로서 피의자신문으로 보아야 한다. 이와 같이 정보수집을 위한 질문은 피의자신문과의 한계가 유동적이므로 그 활용 자체가 가능한 자제되어야 한다.⁷⁵⁾

VI. 입법론

1. 기존의 논의

일부 문헌에 의하면 내사의 법적 투명성을 제고하고 헌법상 정보적 자기결정권의 침해를 수반하는 정보제공요청에 대한 수사기관의 권한을 인정하는 차원에서 내사에 대한 입법 조치가 필요하다고 한다. 거기에 따라 제시된 입법안은 다음과 같다.

[입법안1]⁷⁶⁾

형사소송법 제195조의 2(내사 등 조사)

검사는 내사, 진정 등의 수사개시 전 단계에서 강제처분 이외의 필요한 조사를 할 수 있다.

[입법안2]⁷⁷⁾

고발의 경우) 고소·고발인을 불러 조사한다면, 이는 참고인조사가 아니라 단순한 정보수집을 위한 질문으로서 허용된다고 보아야 한다.

75) Senge, 주10의 논문, 713면.

76) 한국형사법학회의 형사소송법 개정특별위원회가 마련한 형사소송법 개정안, 2010, (하태훈, 한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평, 형사법연구, 제23권 제1호, 2011, 6면에서 재인용).

77) 조광훈, 주7의 논문, 277면.

형사소송법 제195조의 2(검사의 내사)

검사는 범죄의 혐의를 확인하기 위해서는 내사할 수 있다. 단, 대인적 강제처분은 할 수 없고, 대물적 강제처분도 최소한도내에서 이루어져야 한다.

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사)

- ① 수사와 내사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다.
- ② 수사와 내사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.

[입법안3]⁷⁸⁾

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사)

- ③ 범죄혐의의 유무를 확인하여 수사를 개시하기 위하여 필요한 정보를 수집하거나 요청할 수 있으며, 상대방의 자발적인 동의를 얻어 질문을 할 수 있다. 다만 수사를 개시하기 위한 강제처분은 허용되지 않는다.

2. 기존의 논의에 대한 검토

첫째, 위에서 제시된 입법안들의 공통점은 내사에 대한 입법 조치를 형사소송법에 마련하고 있다는 것이다. 앞서 살펴보았듯이, 내사는 수사절차의 개시에 선행되는 독자적인 절차로서 수사절차와는 구별된다. 그러나 내사가 수사절차와 구별되는 독자적인 ‘형사’ 절차인지에 대해서는 의문이 제기될 수 있다. 무엇보다도 형사절차의 개념에 비추어 볼 때 내사를 독자적인 형사절차로 보기는 어려울 것이다.⁷⁹⁾ 왜냐하면 일상적인 언어사용상 형사절차(*Strafverfahren*)는 범죄수사와 범인의 검거로부터 공소제기, 공판절차 그리고 형의 선고에서 형의 집행에까지 이르는 일련의 과정을 의미하기 때문이다.⁸⁰⁾ 즉, 형사절차는 수사로부터 출발하고 있기 때문에 내사는

78) 신양균/조기영, 주4의 논문, 201면.

79) 같은 취지로는 하태훈, 앞의 논문, 8면.

형사절차에 속하지 않는다. 나아가 내사를 독자적인 형사절차로 보는 것은 초기 범죄혐의의 제한적 기능에 비추어 볼 때에도 의문이다. 형사절차에서는 초기 범죄혐의의 관문을 넘지 못하는 수사기관의 조사항동은 허용되지 않는다. 즉, 수사기관의 내사항동은 원칙적으로 형사절차에 포함될 수 없는 것이다. 그리하여 예외적으로 허용되는 내사항동에 대해서는 - 변사자 검시(형사소송법 제222조)는 별론으로 하고 - 형사소송법이 아니라 오히려 기존의 사법경찰관리집무규칙이나 검찰사건사무규칙에 근거를 마련하는 것이 형사소송법체계에 부합하는 방식일 것이다.

둘째, 입법안1과 입법안2에서는 내사의 개념이 정의되어 있지 않을 뿐만 아니라, 내사의 허용범위가 임의수사는 물론이고 대물적 강제처분까지 확대된다는 점에서 찬성할 수 없다. 특히 피의자신문은 물론이고 압수·수색·검증도 제한적으로 허용될 수 있다고 보는 입법안2는 실질설에 정면으로 반할 뿐만 아니라 대통령령 제18조 제1항에도 명백히 위배된다. 게다가 형사소송법 제199조 제1항의 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사...”에서 ‘내사’를 추가하여 규정하자는 주장은 수사절차는 내사부분과 수사부분으로 나누어진다는 것을 의미하는 것으로서, 수사의 개념을 부당하게 확대시킬 뿐만 아니라 피의자의 지위 및 권리와 형사소송법적 강제처분과 관련하여 혼동을 초래하고 말 것이다.

셋째, 입법안3의 입장은 내사의 의의가 본질적으로 수사기관 내에 존재하고 있는 인식을 최대한 활용하고 피내사자 및 관련 제3자에 대하여 정보수집을 위한 질문을 하는데 있다는 점으로부터 출발하고 있는데,⁸¹⁾ 이는 기본적으로 올바른 방향으로 보인다. 그러나 범죄혐의의 유무를 확인하여 수사를 개시하기 위하여 필요한 정보를 수집하거나 요청할 수 있다는 주장은 내사의 의의에 부합하는 범위를 넘어서 실제로 통상적인 수사에서 빈번하게 이용되는 사실조회까지 내사의 범위에 포함시켰다는 점에서⁸²⁾ 찬성할 수 없다. 물론 내사항동으로서 사실조회가 필요하다는 점은

80) 형사절차의 개념에 대해서는 이재상, 주14의 책, 4면; 배종대/이상돈/정승환, 주21의 책, 3면; 신동운, 주61의 책, 3면.

81) 내사의 개념은 “수사기관이 보유하고 있는 정보의 확인과 관련자에 대한 정보수집 질문 또는 고발인 조사에 국한되어야 할 것이다.” 신양균/조기영, 주4의 논문, 200면.

82) 이점은 내사의 법적 근거를 형사소송법 제199조에 마련하게 된 취지에서 분명하게 드러난다. “...수사의 방법으로서 강제처분의 예외적 인정에 대한 근거가 제199조 제1항 단서에 나타나 있으며 내사항동의 주된 내용을 이루는 조회 등에 대해서 동조 제2항에서 규율하고 있는 점을 고려할

인정될 수 있지만, 사실조회는 엄연히 내사가 아니라 수사에 속하는 것이다. 그럼에도 불구하고 입법적으로 해결한다는 차원에서 사실조회를 내사의 범위에 포함시킨다면, 이는 법치국가적으로 중요한 초기 범죄혐의의 한계를 의도적으로 침해하는 것과 다를 바 없다.

VII. 결론

내사와 수사의 구별기준인 초기 범죄혐의의 문턱은 낮으며, 게다가 내사절차에서는 초기 범죄혐의의 제한적 기능이 작용하고 있다. 여기로부터 내사는 예외적으로만 허용될 수 있으며, 이때에도 관련 조사대상자의 헌법상 보장되는 법적 지위를 침해하는 방식으로서는 이루어질 수 없다는 원칙을 도출할 수 있다. 그리하여 형사소송법상 수사의 내용에 해당하는 수사기관의 조사활동(임의수사 및 강제처분)은 내사로 볼 수 없다. 왜냐하면 이러한 조사활동은 모두 초기 범죄혐의가 인정되어 수사가 개시된 이후에야 비로소 허용되는 것이기 때문이다.

허용되는 내사로선 우선 변사자 사건의 중대성 및 긴급성을 근거로 예외적으로 인정되는 변사자 검시(형사소송법 제222조)를 들 수 있다. 나아가 통상적으로는 기초적 주변조사에 해당하나 관련 조사대상자의 기본권을 침해하지 않는 조사활동은 허용된 내사로 보아도 무방할 것이다. 예컨대 일반적으로 접근할 수 있는 정보의 수집, 수사기관 내부에 이미 존재하는 관련서류 및 물건의 확인, 사건현장 및 대상물의 시찰 등이 대표적이다. 그 밖에 정보수집을 위한 질문은 수사기관이 특정한 범죄행위가 이미 범해졌다고 생각해서가 아니라 단지 사건의 지향점을 찾기 위하여 질문한 경우에는 허용된다고 보아야 한다. 물론 이와 같은 단순한 정보수집을 위한 질문인가 아닌가는 처해 있는 상황에 따라 달리 판단해야 한다.

내사는 수사절차의 개시에 선행되는 독자적인 절차로서 수사절차와는 구별된다. 그러나 내사가 수사절차와 구별되는 독자적인 ‘형사’ 절차인지에 대해서는 무엇보다도 형사절차의 개념에 비추어 볼 때 의문이 제기된다. 왜냐하면 일상적인 언어사용

상 형사절차는 수사로부터 출발하고 있기 때문이다. 나아가 내사를 독자적인 형사절차로 보는 것은 초기 범죄혐의의 제한적 기능에 비추어 볼 때에도 의문이다. 왜냐하면 형사절차에서는 초기 범죄혐의의 관문을 넘지 못하는 수사기관의 조사활동은 원칙적으로 허용되지 않기 때문이다. 그리하여 예외적으로 허용되는 내사활동에 대해서는 - 변사자 검시(형사소송법 제222조)는 별론으로 하고 - 형사소송법이 아니라 오히려 기존의 사법경찰관리집무규칙이나 검찰사건사무규칙에 근거를 마련하는 것이 형사소송법체계에 부합하는 방식일 것이다.

참고문헌

- 권오걸, 수사절차로서의 내사에 대한 고찰, 형사법연구, 제15호, 2001
- 김재덕, 내사의 허용범위와 통제방안, 이화여자대학교 법학논집, 제16권 제1호, 2011
- 김희옥, 수사의 개시, 월간고시, 1986
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 제2판, 2009
- 백형구, 현대 수사법의 기본문제, 육법사, 1985
- 백형구, 형사소송법강의, 제8판, 2001
- 사단법인 한국법학교수회, 내사와 수사의 본질과 한계 - 그에 대한 법적 통제를 중심으로 -, 동계학술대회 발표자료, 2011
- 사법연수원, 수사절차론, 사법연수원, 2009
- 서울지방법변호사회, 김·경 수사권 조정 대통령령 제정 관련 세미나, 학술세미나 발표자료, 2011
- 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 서울대학교 법학, 제45권 제3호, 2004
- 신동운, 신형사소송법, 제3판, 2011
- 신양균/조기영, 내사의 개념과 허용범위, 형사법연구, 제23권 제3호, 2011
- 오경식, 내사와 수사의 구별기준에 대한 고찰, 형사법의 신동향, 제34호, 2012
- 이완규, 범죄인지서 작성 전에 행한 피의자신문조서의 증거능력 - 인지의 개념과 시기 -, 형사판례연구, 제11권, 2003
- 이재상, 신형사소송법, 제2판, 2008
- 임동규, 형사소송법, 제7판, 2011
- 정성진, 형사절차로서의 내사, 법학논총, 제9호, 국민대학교 법학연구소, 1997
- 정성진, 내사론, 법조, 제46권 제3호, 1997
- 정성진, 피내사자에 대한 변호인의 접견교통권, 판례월보, 제325호, 1997
- 정세중, 경찰의 내사활동에 관한 고찰, 한국공안행정학회보, 제29호, 2007
- 정웅석, 내사사건의 통제방안에 관한 연구, 형사정책, 제20권 제1호, 2008
- 정웅석/백승민, 형사소송법, 제3판, 대명출판사, 2009

- 조광훈, 수사기관 내사의 효율적 통제와 피내사자의 인권보장에 관한 연구, 법학연구, 제15권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2005
- 조광훈, 사법경찰관의 수사개시권의 통제에 관한 연구, 형사법의 신통향, 제34호, 2012
- 하태훈, 한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평, 형사법연구, 제23권 제1호, 2011
- 한국형사정책연구원, 내사의 쟁점과 과제, 학술세미나 자료, 2011
- 허인석, 내사의 법적 쟁점에 관한 연구, 형사법 쟁점연구 II, 2010
- 형사소송법학회, 개정 형사소송법상 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권의 범위, 학술세미나 자료, 2011
- 황문규, 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구, 제22권 제3호, 2011
- Arzt, Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen, Frankfurt. a. M./Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford, 2000
- Diemer, Erhebungen des Generalbundesanwalts zur Klärung des Anfangsverdachts im Rahmen von ARP-Vorgängen, NStZ 2005
- Fincke, Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden, ZStW 95 (1983)
- Geerds, Über strafprozessuale Maßnahmen, insbesondere Entnahmen von Blutproben bei Verdacht der Trunkenheit im Straßenverkehr, GA 1965
- Haas, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, Duncker & Humblot · Berlin, 2003
- Hund, Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat, ZRP 1991
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, hrsg. von Gerd Pfeiffer, 4. Aufl., Heidelberg, 1992
- Keller/Grieblbaum, Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, NStZ 1990

- Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 45. Aufl., München 2001
- Lange, Staatsanwaltschaftliche Vorermittlungen - ohne rechtliche Grundlage?,
DRiZ 2002
- Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz,
hrsg. von Peter Rieß, 25. Aufl., 2004
- Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, 5. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 1992
- Schwagerl, Tatverdacht und Belehrungspflicht, Kriminalistik, 1963
- Senge, Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Vorermittlungen, FS für Rainer
Hamm, 2008
- Walder, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZStW 95 (1983)
- Wölfl, Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft, JuS 2001

Kritische Revision der Vorermittlungen in der Rechtspraxis

Cho, Sung-Yong*

Die durch §195 und §196 II StPO bestimmte Schwelle für das Recht und die Pflicht zum Einschreiten der Strafverfolgungsbehörden wird teilweise als niedrig empfunden, so dass keine Notwendigkeit zu Vorermittlungen gesehen wird. Entsprechend werden Strafverfolgungsbehördliche Maßnahmen ohne Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte prinzipiell als unzulässig angesehen. Zur Begründung kann ausgeführt werden, dass der die Erforschungspflicht auslösende Anfangsverdacht zugleich die strafverfahrensrechtliche Befugnis zum Einschreiten begrenzt. Diese Begrenzungsfunktion schützt den Einzelnen davor, ohne Anlass zum Objekt der Ausforschung zu werden. Nur wenn tatsächliche Anhaltspunkte im Sinne der §195 und §196 II StPO vorliegen, dürften die Strafverfolgungsbehörden, respektive die Staatsanwaltschaft, einschreiten. Hieraus lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass bei Fehlen tatsächlicher Anhaltspunkte es eine Unzulässigkeit von Ermittlungen geben muss. Zudem würden auch schlichte Ermittlungen in aller Regel in der Sammlung und Weitergabe personenbezogener Daten bestehen und deshalb ohne gesetzliche Grundlage nicht zulässig sein.

Von Vorermittlungen, die noch kein Einschreiten im Sinne der §195 und §196 II StPO darstellen, lässt sich etwa dann sprechen, wenn die Strafverfolgungsbehörden lediglich behördenintern die ihnen bekannten Verdachtsgründen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht daraufhin überprüft, ob sie überhaupt ein Einschreiten rechtfertigen. Ferner können Vorermittlungen auch dann erforderlich sein, wenn, wie etwa im Fall des §222 StPO(sog. Leichensachen) oder bei einem

* Associate Professor, College of Law, Dankook University, Ph.D. in Law

Unfall, zunächst noch geklärt werden muss, ob die bekanntgewordenen Umstände überhaupt einen Anfangsverdacht eines strafbaren Verhaltens begründen bzw. wer beteiligt ist. Hauptanwendungsfall sind sog. informatorische Befragungen, bei denen die Strafverfolgungsorgane zwar aktiv werden, aber nicht weil sie bereits eine bestimmte Tatbegehung für möglich halten, sondern weil sie sich über das Geschehen orientieren müssen.

❖ Key words : Vorermittlungen, Ermittlungen, Einleitung des
Ermittlungsverfahrens, Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft
gegenüber der Polizei, Tatverdacht