

연구총서 11-28

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

내사에 관한 연구

A Study on Internal Investigation

강석구 · 조상제

■ 강석구

한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

■ 조상제

아주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

발간사

오늘날 우리 사회는 정치·경제·사회·문화적으로 괄목할 만한 변화와 진보를 경험하고 있습니다. 우리 형사사법 문화 역시 과거의 권위주의의 탈을 과감히 벗고, 새로운 선진 법치사회에 걸맞는 체제를 구축하여야 할 시점이 되었습니다. 그래서 이러한 시대의 흐름과 변화에 뛰어들어 사법정의의 흐름을 능동적으로 주도하며, 생명력 넘치는 따뜻한 형사사법 문화를 엮어내는 데에 관심을 가져야 합니다.

이러한 의미에서 금년 6월에 개정된 형사소송법은 수사실무에서의 변화와 진보를 검찰과 경찰, 양 수사기관에 요청하고 있습니다. 이는 권력이 정당한 목적의 한계 안에서 법적 절차에 따라 겹겹히 행사되어야 하며, 법치주의 이념에 따라 수사기관이 인권과 정의의 편에 서야 한다는 시대적 요청이라고 할 것입니다. 그래서 지금이야말로 인권옹호적이면서도 검찰과 경찰 간에 상호협력적인 수사문화를 구축할 수 있는 적기(適期)라고 할 것입니다.

이 글 역시 그간 검찰과 경찰 간에 논의되어 왔던 내사의 허용범위 내지는 검찰이 행사하는 수사지휘권의 한계와 같은 권력작용의 측면보다는 그간 절차적 권리의 보장에서 소외되어 온 피내사자 내지 용의자의 인권보장이라는 측면에서 내사와 관련된 여러 쟁점에 접근하고자 하였습니다. 또한, 이러한 인권옹호적 통제의 일환으로서 수사지휘권의 행사는 상명하복식의 권위주의적 통제방식보다는 수사기관 간에 서로 존중하는 상호협력적 통제방식으로 거듭나야 함을 분명히 밝히고자 하였습니다.

물론 인권이 강조되면 실무에 있어 절차적인 불편함을 피하기 어려울 것입니다. 그러나 이러한 불편을 감수함으로써 지켜낼 수 있는 인권의 가치를 생각한다면 결코 수고롭기만한 일은 아닐 것이라고 생각합니다. 또한, 검찰이 경찰의 수사주체성을 존중하고 경찰이 검찰의 수사지휘권을 존중하는 문화가 자리 잡는

다면 국민 역시 수사기관을 신뢰하고 존중하지 않을 수 없을 것입니다. 이 글이 법치주의와 수사문화의 새로운 지평을 열어가는 데에 조금이라도 보탬이 되기를 바랍니다.

끝으로, 수사기관 간의 이해가 맞물린 민감한 사안임에도 불구하고 소신대로 충실하게 연구를 수행해준 강석구 연구위원의 노고를 치하하며, 독일의 내사제도와 관련하여 고견을 아낌없이 내어주신 아주대학교 법학전문대학원의 조상제 교수님께 감사드립니다.

2011년 12월

한국형사정책연구원
원장 김일수

1. 연구의 배경

2011년 6월 30일, 형사소송법 및 검찰청법의 개정으로 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 제196호 제3항의 규정에 근거한 대통령령을 제정할 필요성이 대두하였다. 이에 법무부는 2011년 11월 24일, ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’(안)을 총리실 조정안으로서 입법예고하였는데, 내사의 개념과 범위를 정함이 없이 대통령령을 입법예고함으로써 내사 통제에 대한 논란이 계속되었다. 이에 이 글은 변화된 개정 형사소송법 체제 하에서 내사 관념을 종전과 달리 어떻게 이해하는 것이 바람직한지에 대한 논의를 전개하였다.

2. 내사의 쟁점

가. 수사와 내사의 관계

실무상 내사라는 용어는 진정을 포함하거나(사법경찰관리 직무규칙 제20조) 진정과 구별하는(검찰사건사무규칙 제141조) 등 혼용됨으로써 그 개념의 본뜻을 짐작하기 어렵게 만들고 있다. 또한 애써 수사와 준별하려고 함으로써 그 법적 근거를 불분명하게 만든다. 그러나 내사를 수사개념에 포함하여 파악한다면 피의자나 피해자의 권리를 부당하게 침해한다는 우려를 불식할 수 있고, 고소·고

발사건의 경우도 내사단계를 반드시 거쳐야 하므로 수사단서별로 사건처리절차를 달리 정할 필요도 없게 된다. 논리상 사경단계의 내사종결 또는 수사종결도 일정 부분 가능하게 되므로 그만큼 검찰의 사건부담도 줄어들게 된다.

이러한 시각에서 수사와 내사의 관계를 정리한다면, 내사는 수사의 제1단계로서, ‘수사기관이 범죄혐의를 확인하기 위하여 사건의 진상을 조사하는 수사활동’으로, 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 사항이 아니라고 할 것이고, 내사, 입건, 불입건은 수사기관의 입장에서 바라본 수사진행과정의 단면에 불과하므로 일반국민, 즉 잠재적 수사대상자의 입장에서 수사개시시점을 다시 고민해 보아야 할 것이다.

나. 피의자와 피내사자의 관계

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 필요가 있다. 그래서 피내사자를 “수사기관에 의해 내사의 대상으로 되어 있는 자”라고 폭넓게 정의하는 것이 가장 바람직하나, 이렇게 정의할 경우 신비밀보호법에 의한 통신제한조치의 대상을 무제한으로 늘려주는 결과밖에 되지 않으므로 피내사자라는 개념은 현실적으로 “수사기관에 의해 범죄혐의를 받아 내사의 대상이 되어 있는 자로서 수사기관에 의해 아직 입건되지 않은 자”라고 정의할 수밖에 없다. 반면 범인이건 증인이건 간에 내사의 대상자가 범죄혐의를 받는다면 입건 여부를 불문하고 그 즉시 피의자의 지위를 가져 피의자로서의 권리보장을 받아야 할 것인데, 피의자와 별도로 피내사자의 개념을 이렇게 정의할 수밖에 없다는 것은 실무상의 편의를 이유로 실질적 피의자의 권리보장을 소홀히 하겠다는 의미로 이해될 수도 있다.

그런데 범죄의 혐의를 받는 피의자조차 두텁게 보호할 정도라면 범죄혐의를 받지 않는 피내사자를 피의자보다 더욱 두텁게 보호해야 한다는 것은 법이 정하지 않더라도 당연한 수사기관의 책무에 속한다. 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.

다. 수사개시의 시점

내사를 수사의 제1단계로 파악하는 입장에서는 내사와 수사의 구별기준이 아니라 인권보장을 위한 수사통제의 시점(始點)이 된다. 바꿔 말하자면 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. 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.

(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. 마찬가지로 체포나 구속과 같이 피의자를 전제로 법정된 처분을 수사기관이 행할 경우에도 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다.

(2) 수사기관이 형사소송법상의 강제처분을 행할 경우

형사소송법은 수사의 방법을 제199조 내지 제222조에서 규정하고 있는데, 엄밀히 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. 그래서 최소한 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.

(3) 피해자를 제외한 내사대상자의 처분이 필요한 경우

피해자 외의 내사대상자는 누구든지 범죄혐의로부터 자유롭지 못하므로 내사대상자는 목격자건 사실상의 용의자건 간에 그 권리는 최대한 보장되어야 할 것이다. 탐문과 같이 수사기관에서 현장을 직접 찾아가는 경우에는 아직 수사를 개시하였다고 볼 수 없지만, 수사기관에서 내사대상자를 수사기관으로 불러 조사하는 경우에는 수사를 개시한 것으로 보게 된다. 마찬가지로 수사의 목적으로 법률에 따라 정보주체의 동의를 요하는 개인정보를 타 기관에 조회하여 수집하는 경우와 같이 내사대상자의 동의가 필요한 경우에는 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다.

(4) 피해자를 제외한 내사대상자가 권리보호 내지 정식수사를 요청한 경우

내사대상자 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.

3. 독일 형사소송법상의 내사

가. 독일에서 내사의 의의

독일에서 내사(Vorermittlung)란 수사기관이 수사개시의 요건으로서 범죄의 혐의(최초의 혐의)가 존재하는지의 여부를 규명하기 위한 활동을 말한다. 또한, 독일의 형사실무에서 내사사건의 경우 수사기관이 수사사건에 대하여 부여하는 Js-사건번호나 UJs-사건번호를 부여하는 것이 아니라 AR-사건번호를 부여한다는 점에서 수사사건과 구별하고 있다.

한편, 독일 형사소송법학과 실무에서는 내사와 구별되는 개념으로 전단계조사(Vorfeldermittlung)이라는 용어도 사용하고 있는데, 전단계조사란 범죄의 혐의가 존재하지 않는 애매한 상황 속에서 유용한 관련 정보를 탐색하는 활동을 말한다. 이러한 전단계조사는 일반적으로 첩보기관 내지 정보기관의 관할영역에 속하는 것이지만, 경찰도 자신의 관할업무에 속하는 위험예방영역에서 전단계조사를 할 수 있는 것으로 이해하고 있다.

나. 내사의 시간적 한계로서 최초의 혐의

독일 형사소송법 제152조 제2항은 “법률에 달리 규정되어 있지 않는 한, 검사는 충분한 사실적 근거가 존재하는 모든 소추가능한 범죄행위에 대하여 조치를 취해야 한다”고 명시하고 있고, 여기서 “충분한 사실적 근거”를 범죄혐의 내지 최초의 혐의(Anfangsverdacht)라고 하는데, 최초의 혐의는 내사의 시간적 한계로 이해된다. 충분한 사실적 근거(즉 최초의 혐의)가 존재할 경우 이때부터는 수사가 개시되어야 하기 때문이다.

다. 현행법상 내사 관련 규정

독일 형사소송법상 내사에 관한 일반적인 규정은 없다. 그러나 학설에서는 형사소송법 제159조(사체발견)를 내사와 관련지우고 있다. 다른 한편으로 각주의 사법부장관과 내무부장관의 합의하에 작성된 공동지침에도 내사 관련규정이 있지만, 이는 법률상의 근거규정이 아니다.

라. 내사와 수사의 구분

독일 형사소송법은 언제 피의자가 되는지에 관하여 명시해두지 않고 있다. 다만, 형사소송법학이나 형사실무에서는 피의자(Beschuldigte)로 불리는 사람이 단순한 혐의자(Verdächtige)와 차이가 난다는 점에 대해서는 의견의 일치를 보고 있다. 피의자의 특성이 인정되는 시점부터 경찰의 신문대상이 된 사람은 진술거부권 등 소송법상의 권리를 고지받을 권리를 가지기 때문이다.

그래서 2001년에 수사절차개혁에 관한 택일안(AE-EV)이 매우 중요한 의미를 가진다. 택일안이 제시하고 있는 형사소송법 제157조의 신설안에 의하면, 혐의자(Verdächtiger)란 범죄를 범했다는 충분한 사실상의 근거가 있는 자라고 하며, 피의자(Beschdigter)란 수사기관이 명백하게 범죄를 소추하고자 의도하는 수사행위의 대상으로 된 자라고 한다.

4. 내사의 실천과제

가. 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. 특히 인권은 절차와 책임소재를 명확히 정할수록 보장의 범위가 넓어지는 속성을 가지기 때문에 절차적 투명성을 확보하기 위하여 보다 노력하여야 할 것이다. 그래서 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.

나. 상호협력적 수사지휘체계 구축

내사를 수사의 제1단계로 보는 이상 내사는 개정 형사소송법 제1항이 규정하는 ‘모든 수사’에 포함되기 때문에 원칙적으로 검사에 의한 수사지휘의 대상이 된다. 다만 사법경찰관이 수사를 개시·진행할 수 있다는 것은 그간 수사의 보조자에 불과했던 사법경찰관에게 수사종결을 제외한 수사활동에 주체성을 인정했다는 의미로 이해해야 할 것이기 때문에 이제는 상명하복을 전제로 한 종전 방식의 수사지휘에서 벗어나 상호협력적 수사지휘체계를 구축함으로써 변화된 형사사법 환경에 발맞추어야 할 것이다.

상호협력적 수사지휘체계는 기관 간에 서로 신뢰하고 존중한다면 어렵지 않게 구축될 수 있다. 다만 이는 검찰이 경찰의 수사주체성을 존중하고, 경찰이 검찰의 수사지휘권을 존중한다는 전제에서 가능하다. 만일 상호협력적 수사지휘체계 구축이 어렵다면 검찰의 기소기능과 수사기능을 분리하고, 행정경찰과 사법경찰을 분리하여 독립적인 국가수사청을 신설하는 방안도 하나의 대안이 될 수 있다고 본다.

다. 내사기능의 내실화

내사는 ‘범죄혐의의 유무’를 기준으로 하여 ‘수사의 필요성’을 검증하는 절차이다. 그래서 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. 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.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제1장 서론

강 석 구

제1절 연구의 배경과 목적

1. 형사소송법 및 검찰청법 개정

2011년 6월 30일, 제301회 국회(임시회) 제8차 전체회의에서 형사소송법 일부 개정법률안이 가결되어 동년 7월 18일에 공포되었다. 개정 형사소송법은 ① 수사기관의 책임감을 높이고, ② 피의자·피고인의 인권침해를 최소화하며, ③ 수사현실과 법률규정이 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⁾

1) 형사소송법(법률 제10864호) 개정이유.

2) 검찰청법(법률 제10858호) 개정이유.

개정 형사소송법 및 검찰청법의 구체적 내용은 다음 도표와 같다.

	현행	개정
형사 소송법	제195조 (검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의있다고 사유하는 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 사법경찰리로서 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 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다. ② 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다. ③ 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다. ④ 사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. ⑤ 경사, 경장, 순경은 사법경찰리로서 수사의 보조를 하여야 한다. ⑥ 제1항 또는 제5항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.
	제198조 (준수사항) ① 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다. 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.	제198조 (준수사항) ① 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다. 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. ③ 검사·사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 수사과정에서 수사와 관련하여 작성하거나 취득한 서류 또는 물건에 대한 목록을 빠짐 없이 작성하여야 한다.
제215조 (압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.	제215조 (압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.	
검찰청법	제53조 (사법경찰관리의 의무) 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다.	(삭제)

2. 후속조치로서 대통령령 제정 필요

검찰청법 제53조의 규정이 삭제됨에 따라 종래 이 규정에 근거하여 제정된 법무령인 ‘사법경찰관리 직무규칙’은 개정 검찰청법의 시행일인 2012년 1월 1일 이후에는 적어도 사법경찰에 관한 내용은 효력을 상실할 수밖에 없게 되었고, 개정 형사소송법 제196호 제3항의 규정에 근거한 대통령령을 제정할 필요성이 대두하였다. 이에 경찰청은 ‘형사소송법 제196도 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.³⁾

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.⁴⁾ 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.⁵⁾ 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) 총리실 조정안과 경찰청 초안은 <부록>으로 소개하였다.

4) 2011.11.23. 제303회 국회(정기회) 제07차 행정안전위원회 영상회의록 참조

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

제2절 연구의 내용과 범위

이 연구는 내사와 관련하여 쟁점이 되는 수사와 내사의 관계, 피의자와 피내사자의 관계, 수사개시의 시점에 대하여 제2장에서 논의하며, 우리나라와 같지는 않지만 내사제도를 운영하고 있는 독일 형사소송법상의 내사제도에 대하여 제3장에서 분석하는 한편, 앞으로 내사제도를 개선해나가기 위한 실천과제를 제4장에서 제시하고자 한다. 제1장, 제2장, 제4장 및 제5장은 연구책임자인 강석구 연구위원이 집필하였으며, 제3장은 공동연구자인 조상제 교수가 집필하였다. 또한, 연구자 간에 견해가 다른 사항은 연구자울성을 존중하여 수정 없이 그대로 반영하였으며, 각주의 방식도 특별히 통일하지 않고 각자의 방식대로 표기하는 것으로 정하였다.

참고로, 비교법적 고찰에 있어 당초에는 미국과 일본까지 분석하고자 하였으나, 미국의 경우 경찰이 피의자에 대해 사실을 확인하는 방법은 간단한 인터뷰나 진술의 취지를 묻는 질문 정도의 수준에 그치고 있으며, 특히 사기 등 재산범죄와 관련되는 고소사건에 대한 조사행위는 애초부터 치안판사의 피고소인 소환으로 이루어지는 것이지 경찰이 조사를 할 수 있는 것이 아닌 전형적인 사법의 업무에 속하기 때문에⁶⁾ 이를 비교법적으로 고찰할 실익이 없다고 판단하여 연구의 범위에서 제외하였다. 일본의 경우 범죄수사규범 제101조를 근거로 하여⁷⁾ ‘내정(內偵)’이라는 독특한 관념이 일본 수사실무에서 통용되고 있는데, 여기서 내정이란 직접 피의자나 참고인에 대한 조사(取調)를 행하기 전에 많은 수사자료를 수집하도록 하는 과정에 불과하므로 우리나라의 ‘내사’로 이해해서는 곤란할 것으로 판단하여 역시 연구의 범위에서 제외하고, 독일 형사소송법상의 내사제도 분석에 집중하기로 하였다.

6) 오경식, “내사와 수사의 구별 기준에 대한 고찰 —대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결을 중심으로—”, 사단법인 한국법학교수의 동계학술대회 자료집, 2011. 12. 5, 5-6쪽.

7) 일본 범죄수사규범 제101조(탐문 기타 내정): “수사를 행함에 있어서는 탐문(問訊), 미행, 밀행, 잠복(張込)에 의해, 가능한 한 많은 수사자료를 입수하도록 노력하여야 한다.”

제3절 연구의 방법

이 연구는 법학적 방법론을 바탕으로 문헌연구의 방법으로 진행하였다. 주로 국내외의 단행본과 연구논문을 참고하였고, 대검찰청과 경찰청 관계자의 도움으로 입수한 수사권과 수사지휘권에 관한 실무자료도 다수 참조하였다. 다만 비공개를 조건으로 입수한 자료의 경우 출처를 밝히지 못한 점은 미리 양해를 구한다. 또한, 문헌연구 외에 법령분석과 전문가 자문의 방법을 병행하였다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제2장

내사의 쟁점

강 석 구

내사의 쟁점

제1절 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.⁸⁾ 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 여부 등을 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.⁹⁾ 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.¹⁰⁾

8) 대판 1999. 12. 7, 98도3329.

9) 사법연수원 수사절차론, 2004, 21-24쪽 참조.

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

1. 내사의 의의

내사란 “수사기관이 범죄를 인지·입건하기 전에 범죄혐의를 확인하기 위한 활동”을 말한다고 한다.¹¹⁾ “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.¹²⁾ 또한, 내사단계에서는 사건이 아직 공식화되지 않는다는 점에서, 내사는 불필요한 수사활동을 사전에 억제하고 피내사자의 명예를 보호해줄 수 있다는 긍정적인 측면도 가지고 있다고 한다.¹³⁾

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 고소하는 외에는 권리구제를 받을 길이 없다는 비판도 유력하다.¹⁴⁾ 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.¹⁵⁾ 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 수사무무를 규정하고 있다. 개정 형사소송법 제196조 제2항 역시 “사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다”고 규정하여 사법경찰관의 수사개시무무를 규정하고 있다.

그런데 이는 필요적 수사의 요건을 규정한 것에 불과하므로 ‘문언논리적으로

11) 정성진 “내사론”, 법조, 1997. 3, 5쪽 참조

12) 신양균, 형사소송법(신판), 2009, 87쪽.

13) 신양균, 앞의 쪽 참조.

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

15) 신동운, 앞의 글, 323쪽.

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 이상, 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.¹⁶⁾

다만 이는 내사를 수사의 일부로 파악할 때에만 가능한 논리이다. 사실 내사

16) 내사의 근거를 형사소송법 제199조 제1항에서 찾는 입장으로는 정용석/백승민, 형사소송법, 2009, 388쪽.

의 법적 근거가 없다는 주장은 수사의 개시시점을 범죄인지보고서를 작성한 때, 즉 입건한 때로만 생각해서 내사를 ‘수사의 전(前)단계’로 파악하는 실무관행이나 학설¹⁷⁾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.¹⁸⁾ 그래야만 조사에 있어서 선택의 폭을 넓히고, 인권침해의 비판도 피할 수 있을 것이다.

2. 입건의 의의

여기서 그간 수사의 개시시점으로 파악되었던 ‘입건’의 개념에 대해서도 따져 볼 필요가 있다. 사경단계에서의 입건이란 ‘수사에 착수할 때 사법경찰관이 사법경찰관리 직무규칙 제21조 제1항에 규정된 범죄인지보고서를 작성하는 것’을 말하고,¹⁹⁾ 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.²⁰⁾

17) 신양균, 앞의 책, 87쪽; 정성진, 앞의 글, 9쪽.

18) 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).

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

20) 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 아니라²¹⁾ 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 수사과정이 되어야 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.

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

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 수사 의무를 규정하고 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 수사 의무를 규정한 것이지 검사의 범죄혐의 판단 의무를 규정한 것이 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 즉, 사법경찰관이 범죄혐의 없음을 판단하여 수사를 일방적으로 종결함으로써 검사의 범죄혐의 판단 기회를 박탈하는 것이 반드시 부적법하다는 것은 아니다. 그러나 검사의 범죄혐의 판단 기회를 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 작성 의무 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 기소 권한이 없는 사법경찰관에게 수사종결권을 부여하는 것은 신중을 기할 필요가 있다.²²⁾ 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.²³⁾ 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.

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

23) 같은 생각. 신양균, 앞의 책, 89쪽.

4. 소 결

실무상 내사라는 용어는 진정을 포함하거나(사법경찰관리 직무규칙 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 사경단계의 내사종결 또는 수사종결도 일정 부분 가능하게 되므로 그만큼 검찰의 사건부담도 줄어들게 된다.

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

제2절 피의자와 피내사자의 관계

1. 피의자의 의의와 보호

피의자(被疑者)란 “수사기관에 의해 범죄혐의를 받아 수사의 대상으로 되어 있는 자”를 말한다.²⁴⁾ 인권옹호적 관점에서 “수사기관에 의하여 범죄혐의를 받고 수사 대상이 되어 수사절차에서 방어권을 행사하는 자”라고 정의되기도 한다.²⁵⁾ 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), 구속 취소의 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 사실 해명을 위한 불가피한 활동에 협조할 의무도 가진다.²⁶⁾

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 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

24) 신양균, 앞의 책, 84쪽.

25) 차용석/최용성, 형사소송법, 2008, 96쪽.

26) 신양균, 앞의 책, 85-86쪽 참조.

그치므로 진술을 거부할 수 있고, 언제든지 조사장소에서 퇴거할 수 있다.²⁷⁾ 또한, 피해자증인에 대하여 인정되는 신뢰관계에 있는 자의 동석조향도 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 규정²⁸⁾에서 피내사자라는 용어가 이미 법률용어로서 사용되고 있기 때문이다. 그런데 특이한 점은 이미 법률용어로서

27) 신양균, 앞의 책, 148-149쪽.

28) 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.

활용되고 있는 피내사자의 의미에 대해 법무부 훈령에서조차 그 근거를 찾을 수 없다는 점이다. 검찰사건사무규칙 제143조 제1항 제4호의 규정²⁹⁾에 의한 내사중지 요건에 언급되었을 뿐이다. 이와 관련하여 피내사자를 “수사가 개시되기 전에 범죄혐의를 받고 내부적으로 조사중인 자”로 정의하는 학설도 있고,³⁰⁾ 피내사자라는 표현 대신에 ‘용의자’라고 부르기도 한다.³¹⁾ 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 수 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 범죄혐

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

4. 내사중지

피내사자 또는 참고인등의 소재불명으로 내사불능인 경우”

30) 신양균, 앞의 책, 84쪽.

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

의를 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 볼 수밖에 없다. 이를 굳이 빗대지 않더라도 만사(萬事)에 있어서 초가 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 범죄혐의를 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 더

육 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 범규정의 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.

제3절 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 말하자면 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” 허용되므로³²⁾ 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 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 규정³³⁾을 확대해석할 경우 수사기관의 모든 조

32) 앞의 <표> 참조

33) 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 최

사를 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.³⁴⁾ 즉, 탐문과 같이 수사기관에서 현장을 직접 찾아가는 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 개인 정보를 타 기관에 조회하여 수집하는 경우에는 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다.

소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

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

34) 축구경기의 핸드볼 반칙은 손을 뻗어 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 내사대상자의 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.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제3장

독일 형사소송법상의 내사제도 분석

조상제

독일 형사소송법상의 내사제도 분석

제1절 서설

우리나라 형사소송법학에서 일반적으로 통용되고 있는 내사란 보도·풍설·진정·탄원·투서·익명의 신고 등을 통하여 범죄혐의가 있을 수 있는 정보를 입수한 수사기관이 범죄혐의의 유무를 확인하기 위하여 입건 전의 단계에서 수행하는 실체해명활동을 말한다.³⁵⁾ 이렇게 이해되는 내사개념은 독일 형사사법에서도 일반화되어 있다. 독일의 형사실무에서도 수사기관이 수사를 개시하기 위한 요건인 최초의 혐의가 특히 약할 경우 범죄혐의(즉, 최초의 혐의)가 존재하는 것 인지의 여부에 관하여 일정한 조사를 하게 되는데 이를 두고 내사(Vorermittlung)이라고 부르고 있다. 물론 독일에서도 내사는 형사소송법상 그 직접적이고 명시적인 근거를 찾아볼 수 없다.

또한 우리나라에서 내사와 수사의 구별 문제는 주로 피내사자와 피의자를 구별하는 차원에서 이루어지고 있다. 즉, 내사대상자(피내사자)는 단순 혐의자로서 형사소송법상 피의자의 권리 주장할 수 없는 반면, 피의자는 형사소송법상 자신

35) 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009, 87면.

에게 귀속되는 권리를 제한없이 향유할 수 있다. 바로 이러한 실익으로 인하여 학계에서는 내사와 수사를 구분함에 있어 범죄인지(보고)서 작성과 사건수리 및 사건번호를 부여하는 때(즉, 수사기관의 입건여부를 기준)가 바로 수사에 해당한다는 형식설과 수사기관의 입건 여부와 관계없이 수사기관의 수사 및 소추의사가 외부적으로 발현된 때 수사가 된다는 실질설이 대립하고 있다. 내사와 수사의 구별에 관한 형식설과 실질설의 대립은 결국 어느 단계에서 피의자로 볼 것인지의 문제와 직결되어 있다고 할 것이다. 독일의 형사소송법학과 형사실무에서도 우리나라와 같이 내사와 수사를 구별문제를 피내사자 내지 혐의자(Verdächtige)와 피의자(Beschuldigte)를 구별하는 관점에서 해결하고 있다.

그런데, 우리나라 수사실무에서는 아직 공식적인 피의자로 확정하지 아니한 단계에 있는 자를 피내사자로 부르면서, 그 피내사자를 환문 또는 임의동행하여 변호인이나 가족들과의 접견교통권이 보장되지 아니한 위촉된 상태에서 피내사자의 자술서를 받거나, 내사단계에서 곧바로 압수수색을 실시하는 예가 적지 않다. 그러나 독일의 형사사법에서는 내사단계에서 강제처분은 어떠한 경우에도 허용되지 않는다고 이해하고 있다. 그렇다면, 독일의 형사소송법학과 형사실무에서 ‘내사’ 제도가 구체적으로 어떻게 이해되고, 현행 독일 형사소송법의 범주 속에서 어느 정도로 허용되고 있는지 의문이 제기된다.

제2절 개념에 대한 이해: 내사와 전단계조사

이미 언급한 것과 같이 내사(Vorermittlung)란 수사기관이 수사개시의 요건으로서 범죄의 혐의(최초의 혐의)가 존재하는지의 여부를 규명하기 위한 활동을 말한다. 다시 말해서 수사의 원인인 범죄혐의 자체가 존재하는 것인지를 밝히는 것이 바로 내사라고 할 수 있다. 내사가 개시되는 원인으로는 예컨대 고소나 고발 또는 언론매체의 보도 등과 같은 사정을 통하여 일정한 형사사건에 관하여 알게 되었을 때이다.³⁶⁾ 이 경우 수사기관이 수사에 착수할 의무³⁷⁾가 있는지를

36) Meyer-Goßner, §152 Rn. 2.

고려함에 있어서는 형사소송법 제152조 제2항의 수사개시 요건인 최초의 혐의(즉, 범죄혐의)가 있는지, 이를 긍정한다면 어느 면에서 어느 정도로 혐의가 있는지를 확정하기 위하여 다각적으로 검토해보아야 한다.³⁸⁾ 이 점에서 내사는 수사기관이 수행하는 활동의 일부로 간주된다.³⁹⁾ 그러나 수사기관의 내사활동이 있기 전까지는 최초의 혐의가 밝혀지지 않은 상태이기 때문에 내사는 여전히 수사절차 이전 단계에 머물고 있다. 독일의 형사실무에서 내사사건의 경우 수사기관이 수사사건에 대하여 부여하는 Js-사건번호⁴⁰⁾나 UJs-사건번호를 부여하는 것이 아니라 AR-사건번호를 부여한다는 점에서 수사사건과 구별하고 있다.

한편, 독일 형사소송법학과 실무에서는 내사와 구별되는 개념으로 전단계조사(Vorfelddermittlung)라는 용어도 사용되고 있다. 전단계조사란 범죄의 혐의가 존재하지 않는 애매한 상황 속에서 유용한 관련 정보를 탐색하는 활동을 말한다. 이러한 전단계조사는 일반적으로 첩보기관 내지 정보기관의 관할영역에 속하는 것이지만, 일부 견해⁴¹⁾에 의하면 경찰도 자신의 관할업무에 속하는 위협예방영역에서 전단계조사를 할 수 있는 것으로 이해하고 있다.

내사는 지금까지 알려지지 않은 형사사건을 규명하기 위한 전단계조사와는 달리 이미 일정한 사건이 발생해 있지만 이 사건이 범죄사건인지의 여부를 밝히기 위한 단계를 의미한다. 이 점에서 내사는 이미 수사가 개시된 단계에서 범죄의 혐의는 있지만 누가 혐의자인지를 규명하는데 초점을 두고 있는 수사기관의 정보활동과도 구분된다.⁴²⁾

37) 독일 형사소송법 제152조는 우리나라 형사소송법 제195조와 마찬가지로 범죄혐의가 있다고 사료되는 사안에서 수사기관의 수사착주의무를 명시하여 이른바 수사강제주의를 취하고 있다.

38) Keller/Griesbaum, Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, NStZ 1990, 417면; Marxen, Straftatsystem und Strafprozess, 1984, 185면.

39) Wöfl, Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft, JuS, 2001, 479면.

40) Js-사건번호는 혐의자의 신원이 밝혀져 있는 경우에 부여하는 것이고, UJs-사건번호는 신원이 밝혀지지 아니한 자에 대한 수사를 말한다. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26.Aufl., 2009, §39 Rn. 17.

41) 그러나 Kühne 교수는 이러한 전단계조사가 경찰 본연의 임무가 아닐 뿐만 아니라 그 본질에서 보면 형사소송법의 주된 대상인 진압작용에 있다고 하면서 독일의 각 주의 경찰법에서 허용하고 있는 조직범죄 등에 대한 경찰의 전단계조사에 관한 규정들은 형사소송법의 맥락에서 검토되어야 한다고 주장한다. Kühne, Strafprozessrecht, 6. Auf.(2003), §23 Rn. 371~374면.

그러나 실제로 내사의 포착범위는 매우 광범위하다. 내사는 단순한 정보수집 차원의 질문 등에만 국한되는 것이 아니라 아직 수사개시를 위한 범죄혐의가 규명되어 있지 않는 한 범죄와 관련한 수사기관의 모든 활동과 관련을 가지고 있다.

문제는 어느 한도까지 내사가 허용되는지의 여부이다. 이를 달리 표현하면, 수사기관이 특정한 사건에 대한 범죄혐의가 존재하는지를 확인하기 위하여 내사를 개시할 의무가 존재하는지의 여부와도 관련되어 있다.

제3절 내사의 시간적 한계로서 최초의 혐의

독일 형사소송법 제152조 제2항은 “법률에 달리 규정되어 있지 않는 한, 검사는 충분한 사실적 근거가 존재하는 모든 소추가능한 범죄행위에 대하여 조치를 취해야 한다”⁴³⁾고 명시하고 있다. 이 문언내용 중에서 “충분한 사실적 근거”를 범죄혐의 내지 최초의 혐의(Anfangsverdacht)라 한다. 이 점에서 최초의 혐의는 내사의 시간적 한계로 이해된다. 충분한 사실적 근거(즉, 최초의 혐의)가 존재할 경우 이 때부터는 수사가 개시되어야 하기 때문이다.

최초의 혐의는 수사기관의 주관적 관점에서 구체적인 사실에 기초하여 판단되어야 한다. 이 경우 충분한 사실적 근거, 즉 최초의 혐의가 있는지의 여부에 대한 판단은 수사기관의 재량사항이 아니지만, 일정한 한도에서 판단의 여지는 존재한다고 보아야 한다.⁴⁴⁾ 최초의 혐의가 인정되기 위해서는 특정한 범죄가 범해졌다는 개연성이 있어야 한다. 이에 반해 구체적인 사실에 근거함이 없이 단순히 범죄가 범해졌다는 추정이나 가능성만으로는 최초의 혐의가 인정되지 않는다.⁴⁵⁾

42) Marxen, Straftatsystem und Strafprozess, 1984, 185면.

43) §152 (2) Sie(Staatsanwaltschaft) ist, soweit nicht gesetzlich ein anders bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

44) Meyer-Goßner, §152 Rn 4.

45) LR-Beulke, §152 Rn 22; Meyer-Goßner, §152 Rn. 4.

독일 형사소송법원 원래 형사소송법 제152조 제2항의 최초의 혐의를 판단하는 주체를 검사로 명시하고 있다. 그렇지만, 독일의 법실무에서는 적어도 경미범죄와 이보다 불법성이 약간 중한 범죄의 경우 형사소송법 제163조 제1항에 따라서 경찰이 독자적으로 수사를 실행하여 종결한 후 검사에게 송치하고 있다. 따라서 최초의 혐의의 존재여부에 대한 판단도 일반적으로 경찰이 독자적으로 행하고 있다. 통상적인 사건에서 경찰이 피해자의 고소나 고발을 접수하고 있기 때문이다.

제4절 현행법상 내사 관련 규정

독일 형사소송법상 내사에 관한 일반적인 규정은 없다. 그러나 학설에서는 형사소송법 제159조(사체발견)를 내사와 관련지우고 있다. 다른 한편으로 각주의 사법부장관과 내무부장관의 합의하에 작성된 공동지침에도 내사 관련규정이 있지만, 이는 법률상의 근거규정이 아니다.

1. 형사소송법 제159조(사체발견)

형사소송법 제159조 제1항은 “어떤 자가 변사되었다고 할 만한 근거가 존재하거나 신원불명의 사체가 발견된 경우 즉시 경찰 또는 지방자체단체의 관청은 검사나 단독판사법원(Amtsgericht)에 이를 고지할 의무가 있다”고 명시하고 있다. 이 규정의 취지는 사체를 발견한 경우 즉시 검사나 단독판사법원에 고지하도록 함으로써 검사로 하여금 살인죄로 수사절차를 개시할 것인지의 여부를 조기에 결정할 수 있도록 하는 데 있다. 이 점에서 형사소송법 제159조는 수사절차가 아니라 입법자가 형사소송법에 내사를 명시적으로 규정한 것으로 볼 수 있다는 견해⁴⁶⁾가 있다. 또한 Keller와 Griesbaum⁴⁷⁾은 형사소송법 제159조의 입법

46) Wölfl, Voremittlungen der Staatsanwaltschaft, JuS, 2001, 480면.

47) Keller/Griesbaum, Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, NStZ 1990, 417면; Marxen, Straftatsystem und Strafprozess, 1984, 417면.

취지가, 검사가 범죄혐의에 대한 충분한 근거가 존재하지 않을 경우에 내사를 통하여 최초의 혐의를 계속 밝혀야 한다는 데 있다고 이해한다.

문제는 형사소송법 제159조가 내사의 현행법적 근거규정이라고 하더라도 그 내사의 범위가 어디까지 미치는지의 여부이다. 이와 관련하여 형사소송법 제159조는 변사자가 발견되었거나 신원불명의 사체가 발견된 경우 경찰 또는 자치단체 관청이 내사를 실시해야 한다는 점만 규정하고 있다. 따라서 형사소송법 제159조가 적용되는 사안에서는 강제처분이 허용되지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 따라서 수사기관이 형사소송법 제159조에 근거하여 내사를 하는 과정에서 관련자의 기본권을 침습(Eingriff)하고자 의도할 경우에는 다른 관련 규정으로부터 그 근거를 원용할 수 밖에 없다. 다시 말하면 수사기관이 형사소송법 제159조에 따라서 내사를 실시하는 과정에서 압수 등 강제처분의 필요성이 존재하는 경우에도 그 압수 등 강제처분은 형사소송법 제159조로부터 직접 도출되는 것이 아니라 압수에 관한 근거규정으로부터 그 압수의 정당성이 인정되어야 한다.

2. 각주의 사법부장관과 내무부장관의 공동지침

조직범죄 소추와 관련한 검찰과 경찰의 공조에 관한 각 주 법무부장관과 내무부장관간의 공동지침(Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität) 6.2호는 수사기관의 내사에 관한 명시적인 규정을 두고 있다. 이 공동지침 6.2호에 명시되어 있는 내용은 내사를 직접적으로 규정하고 있다는 점에서 의미가 있으므로 여기서 그 내용을 그대로 옮기기로 한다.

공동지침 6.2

범죄수사의 경험에 비추어볼 때 비록 적은 개연성이 존재하는 사안이 있는 경우에는 최초의 혐의가 있다. 이러한 최초의 혐의가 존재하는 경우에는 수사기관은 수사하여야 한다. 이 혐의는 특정한 사람을 대상으로 할 필요는 없다.⁴⁸⁾

주어진 단서를 검토한 결과 최초의 혐의가 존재하는지 불명확하고 그 밖의 조사를 위한 단초들이 존재하는 경우에는 수사기관은 그 조사를 행할 수 있다. 이러한 사안에서 수사를 해야 할 법적인 의무는 존재하지 아니한다. 이 경우 조사의 목표는 오로지 최초의 혐의가 존재하는지의 여부에만 있다. 이 단계에서 수사기관에는 형사소송법상의 강제처분권이 인정되지 않는다.⁴⁹⁾

이와 같은 사안에서 수사기관이 계속 사안을 규명할 것인지의 여부와 어느 정도의 범위까지 규명할 것인지는 비례성원칙에 따른다. 조직범죄의 특별한 위험성으로 인하여 수사기관은 그러한 조직범죄에 대한 단초가 존재하는 경우에는 일반적으로 모든 규명의 가능성을 활용한다.⁵⁰⁾

48) Liegt ein Sachverhalt vor, bei dem nach kriminalistischer Erfahrung die wenn auch geringe Wahrscheinlichkeit besteht, daß eine verfolgbare Straftat begangen worden ist, besteht ein Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 2 StPO). Dieser löst die Strafverfolgungspflicht aus. Es ist nicht notwendig, daß sich der Verdacht gegen eine bestimmte Person richtet.

49) Bleibt nach Prüfung der vorliegenden Anhaltspunkte unklar, ob ein Anfangsverdacht besteht, und sind Ansätze für weitere Nachforschungen vorhanden, so können die Strafverfolgungsbehörden diesen nachgehen. In solchen Fällen besteht keine gesetzliche Verfolgungspflicht. Ziel ist allein die Klärung, ob ein Anfangsverdacht besteht. Strafprozessuale Zwangs- und Eingriffsbefugnisse stehen den Strafverfolgungsbehörden in diesem Stadium nicht zu.

50) Ob und inwieweit die Strafverfolgungsbehörden sich in diesen Fällen um weitere Aufklärung bemühen, richtet sich nach Verhältnismäßigkeitserwägungen; wegen der besonderen Gefährlichkeit der Organisierten Kriminalität werden sie ihre Aufklärungsmöglichkeiten bei Anhaltspunkten für solche Straftaten in der Regel ausschöpfen.

공동지침 6.2호는 조직범죄의 경우 수사기관에서 내사를 할 수 있다는 일반적인 수권규범을 담고 있지만, 그럼에도 불구하고 내사단계에서 강제처분은 인정되지 않는다는 점을 명시함으로써 수사기관의 내사에 대한 이익과 내사로 인하여 침해당할 수 있는 개인의 이익간을 적절하게 조화시키고 있다.

그러나 공동지침 6.2호의 규정내용은 연방제 국가형태를 취하고 있는 독일에서 각주의 내무부장관과 법무부장관의 합의에 기초한 규범에 불과할 뿐 형사소송법에 그 근거를 가지고 있는 것은 아니라는 점에서 엄격한 의미에서 보면 형사소송법적 제도가 아니다.

제5절 내사와 수사의 구분

1. 문제제기

독일 형사소송법 제157조는 피의자 내지 피고인과 관련한 3가지 용어를 사용하고 있다. Beschuldigte, Angeschuldigte 및 Angeklagte라는 용어가 그것이다. 여기서 Angeschuldigte란 검사로부터 공소가 제기된 자를 말하고, Angeklagte란 공판절차 개시의 대상이 된 자를 말하며, Beschuldigte란 이러한 Angeschuldigte와 Angeklagte를 포괄하는 용어로 사용되고 있다. 이 점에서 Beschuldigte라는 용어는 그 문맥에 따라 피의자 또는 피고인으로 이해될 뿐이다.

독일 형사소송법은 언제 피의자가 되는지에 관하여 명시해두지 않고 있다. 즉, 혐의자 내지 피내사자가 언제 피의자로 되는지 명시적인 규정이 없다. 다만, 형사소송법학이나 형사실무에서는 피의자(Beschuldigte)로 불리는 사람이 단순한 혐의자(Verdächtige)와 차이가 난다는 점에 대해서는 의견의 일치를 보고 있다.⁵¹⁾ 혐의자가 피의자로의 지위를 가짐으로써 비로소 절차의 주체로서 중요한 소송법상 권리를 향유할 수 있기 때문이다.

혐의자 단계에 있을지라도 수사기관이 그 자에 대한 수사절차를 개시하였고

51) LR-Hanack, §136 Rn 4.

혐의자의 이름을 사건기록부(Js-Register)에 등재함으로써 혐의자는 피의자가 된다. 또한 비록 혐의자라 하더라도 형사소송법 제133조에 따라서 판사의 신문에 소환되는 경우에는 그 혐의자를 피의자로 보기에 충분하다. 문제는 이러한 형식적인 절차가 없는 경우에 어떠한 요건이 존재해야 피의자로 인정할 수 있는지에 있다. 이러한 문제는 특히 경찰이 수사를 하는 경우에 종종 나타난다. 경찰은 검사의 보조공무원으로서 일반적으로 강제처분권을 광범위하게 가지고 있지 않고, 따라서 종종 특정한 사람에 대하여 수사를 진행하는 것이 아니라 특정한 사안을 규명하기 때문에 경찰활동의 초기에는 피의자가 전혀 존재하지 않는 경우도 있다. 이러한 사안에서 경찰의 수사대상으로 된 사람이 언제부터 피의자의 지위를 가지는 것인지 문제가 제기된다. 피의자의 특성이 인정되는 시점부터 경찰의 신문대상이 된 사람은 진술거부권 등 소송법상의 권리를 고지받을 권리를 가지기 때문이다.

2. 객관설

피의자의 특성에 관한 객관설 내지 실질설⁵²⁾은 수사기관의 주관적인 의사와 무관하게 피의자에 대한 개념정의를 도출하고자 한다. 객관적 피의자설을 취하는 견해는 이러한 객관적인 방법을 취하는 경우에만 수사기관의 탈법적 행위를 방지할 수 있다고 한다.⁵³⁾ 객관설은 다시금 각각의 절차단계별로 그 중점을 어디에 두는가에 따라 두 가지의 접근방식으로 나누어진다.

하나는 수사기관이 그 성질상 특정한 혐의자에 대하여 수사를 하면 그 사람은 곧바로 피의자가 된다고 이해한다. 즉, 수사기관의 수사가 있는 이상 그 대상자에 대해서는 곧바로 피의자의 특성이 인정된다고 본다.⁵⁴⁾ 따라서 수사기관의 특별한 의중은 피의자의 특성을 인정함에 필요하지 않게 된다. 다만, 이 견해도

52) Peters, Strafprozeß, 1985, 200면 이하.

53) Peters, a.a.O., 201면.

54) von Gerlach, Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Ermittlungsverfahren, NJW 1969, 779면.

어떤 식으로든 수사기관으로부터 혐의를 받고 있는 모든 사람이 피의자로 되는 것이 아니라 객관적인 관찰자의 관점과 수사의 진행상황을 고려하여 당해 혐의자가 잠정적인 행위자로 볼 수 있는 경우에만 피의자로 된다고 한다.⁵⁵⁾

다른 하나의 견해는 수사의 진행상황에 따라 수사기관의 관점에서 볼 때 개입 내지 대응이 요구되는 것으로 보일 때 피의자의 특성을 인정해야 한다고 이해한다.⁵⁶⁾ 이 견해는 결국 형사소송법 제152조 제2항에서 의미하는 최초의 혐의가 있을 경우에 피의자의 특성이 인정된다고 보는 것과 동일하다.

그러나 객관설은 설득력이 약한 것으로 평가받고 있다. 피의자라는 개념은 일정한 주체(수사기관)가 타인에게 범죄사실에 대한 혐의를 부과(Inkulpatation)하는 것인데, 수사기관의 일정한 행위만 있으면 자동적으로 피의자특성이 발생한다는 것은 ‘피의’ 내지 ‘혐의부과’(Inkulpatation)라는 용어와도 맞지 않기 때문이다.⁵⁷⁾ 즉 피의자의 특성은 자동적으로 생성되는 것이 아니라 수사기관의 의사에 따른 행위를 전제로 하는 것이라는 점에서 객관설은 타당하지 않다.

3. 주관설

주관설 내지 형식설은 피의자의 특성을 인정하기 위해서는 수사기관의 일정한 주관적인 요건이 충족되어야 한다고 이해한다.⁵⁸⁾ 주관설은 피의자특성이 수사기관의 작용과 무관하게 자동적으로 생성된다는 점을 부정하면서 혐의자에서 피의자로 넘어가는 과정을 오로지 귀속과정의 산물로 본다.⁵⁹⁾ 따라서 주관설에 의하면, 관련자를 피의자로 취급하겠다는 수사기관의 의사에 기인한 행위가 피의자특성의 인정시점에 대한 결정적인 기준이 된다.⁶⁰⁾

55) von Gerlach, a.a.O., 780면.

56) Peters, a.a.O., 201면.

57) Kraft, Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des Beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung, 2002, 302면.

58) BGHSt 37, 48(57 f).

59) Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, 155면; KK-Bounong, §136 Rn 4.

피의자지위의 개시시점에 대하여 수사기관의 주관적 동기를 요구하는 것은 일응 타당한 것으로 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 주관설에 대해서는 그 이론적 타당성에 대하여 의문이 제기되고, 특히 피의자의 진술거부권을 규정하고 있는 형사소송법 제136조 제1항 제2문의 적용범위와 관련하여 문제가 제기된다. 형사절차에서 일방 당사자(즉, 혐의자 또는 피의자)의 보호권을 근거지우기 위하여 타방 당사자(즉, 수사기관)의 주관적 태도에 초점을 맞추는 것은 법적 불안정성을 가져오고, 특히 입증가능성의 문제, 즉 수사기관의 주관적 동기를 입증하기 어렵다는 문제점을 안고 있다.⁶¹⁾ 예컨대 수사기관이 특정한 사람에 대하여 그 사람이 피의자라는 점을 인식하면서도 피의자에게 인정되는 진술거부권 행사를 우회하기 위하여 그 자를 참고인으로 소환하여 진술을 강제하는 사례를 생각해 볼 수 있다. 이러한 사례에서 피의자의 특성에 관한 주관설에 따르게 되면, 수사기관의 내면적 의사를 입증하기 어렵게 되고, 따라서 피의자의 권리(진술거부권)가 잠탈되는 결과를 초래할 것이다. 물론 독일의 연방일반법원(BGH)은 수사기관이 그 자체로 피의자인 사람을 참고인으로 역할을 지정(Rollenzuweisung)한 것이 수사기관의 재량권⁶²⁾을 남용한 결과인지의 여부를 항상 조사해보아야 한다고 판시하였다.⁶³⁾ 그러나 수사기관의 의사가 관련자를 참고인으로 지정한다는 유일한 근거일 경우에는 수사기관의 재량권 남용을 합리적으로 근거지우기 힘들 것이다.

이러한 문제점에 직면하자 연방일반법원은 수사기관의 판단에 자의성이 있었는지의 여부를 판단함에 있어 구체적인 피의사실의 중대성을 강조하였다.⁶⁴⁾ 연방일반법원의 이 판례에서 기초가 된 사안에서는, 수사를 담당하는 경찰공무원

60) Montenbruck, "Entlassung aus der Zeugenrolle" - Versuch einer Fortentwicklung der materiellen Beschuldigtentheorie, ZStW 89(1977), 888면; Meyer-Goßner, Einl., Rn. 76.

61) SK-StPO/Rogall, vor §133 Rn 27.

62) 그러나 Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, 156면 이하에서는 수사기관의 재량판단이 매우 불명확한 것이라고 비판하고 있다. 재량판단이라는 것은 특정한 행위의 법적 효과와 관련된 것인 반면, 특정한 관련자가 피의자인지의 여부는 구성요건 차원의 문제이기 때문이라는 것이다.

63) BGHSt 10, 8(12); BGHSt 37, 48(51).

64) BGHSt 37, 48(57).

이 관련자를 일차적으로 참고인으로 신문하였으나 그 신문과정에서 피의자의 지위를 가지게 된 경우에 그러한 경찰공무원의 행위가 피의자에게 인정되는 진술 거부권(형사소송법 제136조)을 침해한 것인지의 여부가 문제로 되었다. 수사기관이 관련자를 참고인으로 평가한 것이 수사기관의 자의에 기초한 것인지의 여부에 대하여 연방일반법원은 “살인죄의 실행에 관한 특별히 중대한 피의사실의 경우에는 매우 주의깊은 형량이 요구된다”고 판시하여 ‘피의사실의 중대성’을 자의성 판단의 기준으로 원용하였다. 연방일반법원의 이 판결내용은 수사기관의 주관적인 태도를 판단하는 것이 얼마나 어려운 것인지를 여실히 보여주는 것이다.

4. 결합설

앞에서 언급한 객관설과 주관설은 피의자지위의 개시시점을 확정함에 있어 그 설득력이 충분하지 않다는 문제를 안고 있다. 이러한 이유에서 오늘날 독일의 통설⁶⁵⁾은 혐의자가 피의자로 되는 시점을 객관설의 요소와 주관설의 요소를 결합하여 확정지우고자 한다. 최근의 판례⁶⁶⁾도 이러한 결합설의 태도에 근접하고 있는 것으로 평가되고 있다.⁶⁷⁾

결합설은 무엇보다도 수사기관의 주관적 의사만으로는 피의자의 지위를 확정 지우기에 충분하지 않다는 문제의식에서 등장하였다. 이러한 결합설에 따르면, 피의자특성을 인정하기 위해서는 관련자를 피의자로 취급하겠다는 수사기관의 주관적 의사 이외에 ‘국가적 수사행위의 객관화된 구체화’⁶⁸⁾라는 요소가 추가된다. 따라서 결합설에 의하면, 주관설에서 요구하는 것과 같이 수사기관의 구체

65) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2009, §25 Rn 10; Beulke, Strafprozeßrecht, Rn 111f; SK-StPO/Rogall, vor §133 Rn 31ff.

66) BGHSt 38, 214(228); BGH, NStZ 1997, 398; OLG Hamburg StV 1995, 589.

67) Kraft, Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des Beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung, 2002, 305면.

68) Moos, Beschuldigtenstatus und Prozeßrechtsverhältnis im österreichischen Strafverfahren, FS-Jescheck, 1985, 753면.

적인 의사가 있고 그러한 의사에 상응하게 외부적으로 인식할 수 있는 수사기관의 객관화된 행위(즉, 특정한 행위 또는 특정한 조치)가 확정되어야 피의자의 특성이 인정된다. 이와 같이 피의자특성에 관하여 순수한 주관설로부터 이탈함으로써 수사기관이 피의자의 지위를 잠탈하는 것을 방지할 수 있을 뿐만 아니라 투명성도 보장할 수 있다.⁶⁹⁾

독일에서 피의자특성의 확정에 관한 결합설의 태도는 원래 조세법(Abgabenordnung: AO) 제397조 제1항의 규정내용과 일치하는 것이다. 조세법 제397조 제1항에 의하면 “세무관서, 경찰, 검찰, 검찰의 수사보조자 또는 판사가 명백하게 특정한 사람에 대하여 조세범죄로 형법상의 대응을 의도하는 조치를 취하는 경우에는 형사절차가 개시된 것이다”⁷⁰⁾고 명시하고 있다.

결합설은 한편으로는 관련자에게 범죄혐의를 부과하는 행위(Inkulpationsakt) 그 자체가 주관적 유형의 소송행위라는 사실을 고려한다는 점에서 이론적 타당성을 인정할 수 있다. 이 점에서 결합설에 따르면 피의자로 인정되는 시점은 늦어도 수사기관이 명백하게 관련자에 대하여 형법상의 대응을 의도하는 조치를 취하는 시점이 된다. 피의자의 특성을 인정함에 있어 수사기관의 의사를 외부에 표현 내지 표출하는 시점을 그 요건으로 추가함으로써 법원에 대하여 오랫동안 지지를 받아왔던 순수한 주관설보다 더 많고 분명한 판단자료를 제공할 수 있다.

5. 피의자개념에 관한 입법적 논의

현재 독일 형사소송법상 피의자의 개념은 명시되어 있지 않다. 그러나 피의자는 형사절차에서 매우 중요한 의미를 지니고 있다. 이러한 의미에서 택일안 교

69) Rogall, Zur Verwertbarkeit der Aussage einer noch nicht beschuldigten Person, MDR 1977, 979면

70) §397(Einleitung des Strafverfahrens)

(1) Das Strafverfahren ist eingeleitet, sobald die Finanzbehörde, die Polizei, die Staatsanwaltschaft, eine ihrer Ermittlungspersonen oder der Strafrichter eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden wegen einer Steuerstraftat strafrechtlich vorzugehen.

수팀은 2001년에 수사절차개혁에 관한 택일안⁷¹⁾(Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens: AE-EV)을 작성하면서 현대적 형사소송이 본질적 개념들을 명시적으로 정의해야 하고, 이를 통하여 명확성과 투명성 등 법적 안정성을 확보하는데 이바지해야 한다는 관점에서 혐의자, 피의자, 피고인 등에 관한 명시적인 정의를 시도한 바 있다. 택일안이 제시하고 있는 형사소송법 제157조의 신설안의 내용을 그대로 옮기면 다음과 같다.

형사소송법 제157조(혐의자; 피의자 등)

- (1) 혐의자(Verdächtiger)란 범죄를 범했다는 충분한 사실상의 근거가 있는 자를 말한다.
- (2) 피의자(Beschdigter)란 수사기관이 명백하게 범죄를 소추하고자 의도하는 수사행위의 대상으로 된 자를 말한다.
- (3) 제2항에 의한 수사행위의 대상으로 된 혐의없는 자도 피의자의 권리를 가진다.
- (4) 피공소인(Angeschuldigter)이란 공소가 제기된 자를 말한다.
- (5) 피고인(Angeschuldigte)란 공판절차의 개시가 결정된 피공소인을 말한다.

택일안 교수팀은 형사소송법 개정안 제157조 제2항에서 “피의자(Beschdigter)란 수사기관이 명백하게 범죄를 소추하고자 의도하는 수사행위의 대상으로 된 자를 말한다”고 명시하여 피의자의 개념을 정의하였다. 이러한 규정내용은 독일의 통설과 판례가 취하고 있는 결합성의 입장을 받아들인 것이다. 따라서 수사기관의 수사에 대한 의사가 외부에서 인식할 수 있을 정도로 표출된 경우에는 혐의자는 피의자가 된다. 이와 같이 형사소송법 개정안 제157조 제2항에 피의자 개념을 명시함으로써 수사기관이 그 자체 피의자임에도 불구하고 피의자에 대한

71) Bannenberg u.a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens(AE-EV), 2001, 95~106면

진술거부권 고지 등을 잠탈할 목적으로 피의자를 참고인으로 소환하여 신문한 결과에 대하여 증거능력을 부인하고자 한다.⁷²⁾

제6절 내사의 허용범위

1. 강제처분의 허용성

독일 학계에서는 내사단계에서 강제처분이 허용되는지의 여부에 관하여 논란이 되고 있다. 이와 관련한 구체적인 쟁점으로는, ① 조직범죄 소추와 관련한 검찰과 경찰의 공조에 관한 각 주 법무부장관과 내무부장관간의 공동지침 6.2호를 근거로 강제처분권을 인정할 수 있는지, ② 내사의 현행법적 근거로 간주되고 있는 형사소송법 제159조(사체발견)로부터 내사단계에서 수사기관의 강제처분권을 도출할 수 있는지, ③ 수사의 일반규범인 형사소송법 제160조, 제161조 및 제163조로부터 수사기관의 강제처분권을 도출할 수 있는지가 문제로 된다. 그러나 이러한 개별적인 쟁점이 들어가기에 앞서 기본적으로 형사소송법을 지배하는 강제처분 법정주의가 있음을 유의해야 한다.

독일 형사소송법학에 의하면, 특히 형사절차에서 국가적 행위의 정당성은 관련자의 권리, 특히 관련자의 기본권과의 관계 속에서 평가되어야 한다고 이해하고 있다. 이것은, 관련자의 권리와 관계되는 수사행위가 문제되는 경우에는 이러한 수사행위가 충분한 법적 근거를 가지고 있는 경우에만 허용된다는 것을 의미한다. 단지 입법자만 시민에 대한 기본권침습을 허용할 수 있는 민주적·법치 국가적 정당성을 가지고 있을 뿐이다.⁷³⁾ 독일에서 수사행위의 정당성에 관한 문제는 특히 1990년대 DNA분석의 허용성과 함정수사의 허용성에 관한 논의에서 부각되었다. 이러한 논의에서도 관련자의 기본권을 침습하는 국가기관의 조치들이 허용되기 위해서는 그러한 조치들이 법적 근거를 가지고 있어야 한다는데 의

72) Bannenberg u.a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens(AE-EV), 2001, 98면.

73) Wölfel, Die Verwertbarkeit heimlicher privater Ton- und Bildaufnahme im Strafverfahren, 1997, 80면 이하, 116면 이하.

견의 일치를 보았다. 따라서 강제처분 법정주의에 관한 이러한 이해는 수사기관의 수사 뿐만 아니라 내사의 경우에도 적용되어야 한다. 이러한 관점에서 앞에서 언급한 세 가지의 쟁점들에 관한 독일의 논의를 소개하면 다음과 같다.

첫째, 조직범죄 소추와 관련한 검찰과 경찰의 공조에 관한 각 주 법무부장관과 내무부장관간의 공동지침 6.2호는 “내사단계에서 수사기관은 형사소송법상 강제처분권을 행사할 수 없다”고 명시하고 있으므로 조직범죄에 대한 내사단계에서 강제처분이 허용될 수 없는 것은 당연하다. 다른 한편, 이 공동지침은 법률에 기반한 규범이 아니라는 점에서 이 공동지침에 내사단계상 강제처분이 인정된다고 명시하고 있다고 하더라도 이는 강제처분 법정주의에 반한다.

둘째, 형사소송법 제159조(사체발견)가 수사기관의 강제처분의 법적 근거가 될 수 있는지에 관하여 형사소송법 제159조는 변사자 또는 신원불명의 사체가 발견된 경우 검사로 하여금 내사를 하도록 요구하는 규범에 불과할 뿐 이 규정으로부터 직접 수사기관의 강제처분권이 도출되는 것은 아니라고 이해하는 것이 일반적이다. 내사단계에서 압수수색 등 강제처분이 인정되기 위해서는 그러한 강제처분이 내사단계에서도 허용된다는 명시적인 법적 근거가 있어야 하는데, 현재 독일에서는 내사단계에서 수사기관의 강제처분을 명시하고 있는 규정은 없다.

셋째, 수사의 일반규범인 형사소송법 제160조(검사의 임무)⁷⁴⁾, 제161조 제1항(검사의 권한)⁷⁵⁾ 및 제163조(경찰의 임무)⁷⁶⁾로부터 수사기관의 강제처분권을 도

74) 독일 형사소송법 제160조(검사의 임무)

- (1) 고발이나 그 밖의 수단에 의해 어떤 범죄행위의 혐의에 대하여 알게 된 즉시 검사는 공소제기 여부를 결정하기 위하여 사실관계를 조사하여야 한다.
- (2) 검사는 책임을 가중시키는 것 뿐만 아니라 감경시키거나 면제하는 사정에 대하여도 수사하여야 하며, 멸실의 우려가 있는 증거를 조사하여야 한다.
- (3) 검사는 행위의 법적 효과를 결정하는 데 있어 중요한 사정에 대하여도 수사하여야 한다. 이 경우 검사는 사법보조를 받을 수 있다.

75) 독일 형사소송법 제161조 제1항(검사의 권한)

- (1) 제160조 제1항 내지 제3항의 목적을 달성하기 위하여 검사는 모든 공공기관에 대하여 정보를 요구할 권한이 있고, 모든 종류의 수사를 스스로 수행하거나 경찰직 공무원과 그 기관이 이를 수행하도록 할 권한이 있다. 경찰직 공무원과 그 기관은 수사의뢰나 지시를 이행할 의무를 지고, 이 경우 모든 기관으로부터 정보를 요구할 권한이 있다.

76) 독일 형사소송법 제163조(경찰의 임무)

- (1) 경찰의 기관과 그 공무원은 범죄행위를 조사하여야 하며, 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여

출할 수 있는지에 대해서는 이들 규정의 법적 성격과 입법취지가 무엇인지에 달려있다. 형사소송법 제161조 제1문은 검사에게 모든 종류의 수사를 스스로 수행하거나 경찰직 공무원과 그 기관이 이를 수행하도록 할 권한을 부여하고 있다. 따라서 형사소송법 제161조 제1문을 관련자의 기본권을 적법하게 침습할 수 있는 근거규정으로 볼 여지가 없는지 문제로 된다. 예컨대 Rogall 교수⁷⁷⁾는 내사가 형사소송법 제160조, 제161조 제1항 및 제163조의 일반적인 수사규정으로부터 정당화된다고 이해하고 있다. 그러나 독일의 통설⁷⁸⁾은 형사소송법 제161조 제1문이 검사에게 수사와 관련한 권한을 부여하는 규정이 아니라 단순히 검사의 임무를 지정하는 규정에 불과하다고 이해하고 있다. 심지어 이러한 일반적인 수사규정들로부터 원칙적으로 강제처분이 가능하다는 입장을 취하는 경우에도 모든 유형의 수사를 수행할 수 있다는 단순한 수권규범만으로는 관련자의 기본권 침습을 정당화시키기에는 너무 막연하고 불명확하다. 결론적으로 수사에 관한 일반적인 규범을 담고 있는 형사소송법 제160조, 제161조 제1항 및 제163조가 내사단계에서 수사기관의 강제처분권한의 행사를 근거지운다고 볼 수 없다.

지체해서는 안될 모든 명령을 수행해야 한다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 경찰의 기관과 그 공무원은 긴급할 경우에도 모든 기관에 대하여 정보를 요구할 권한이 있고, 다른 법률에서 경찰의 권한을 달리 규정하지 않는 경우에는 모든 유형의 수사를 수행할 권한이 있다.

- (2) 경찰의 기관과 그 공무원은 그들의 모든 수사자료를 지체없이 검사에게 송치해야 한다. 판사의 신속한 조사행위가 필요하다고 인정하는 때에는 모든 수사자료를 직접 단독판사법원에 송치할 수 있다.
- (3) 경찰직 공무원이 참고인을 신문하는 경우에는 이 법 제52조 제3항, 제55조 제2항, 제57조 제1문 및 제58조, 제58a조, 제68조 내지 제69조를 준용한다. 제68조 제3항에 따른 허용과 참고인 또는 증인보조를 위한 동석에 관해서는 검사가 결정한다. 그 밖에 필요한 결정은 신문을 담당하는 자가 행한다. 제68b조 제1항 제3문에 따라서 경찰직 공무원이 결정할 경우에는 제161a조 제3항 제2문을 준용한다. 경찰직 공무원의 감정인에 대한 고지에는 제52조 제3항과 제55조 제2항을 준용한다. 제81c조 제3항 제1문의 사안에서는 경찰직 공무원에 의한 수사의 경우에도 준용한다.

77) Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992, 88면.

78) 예컨대 Duttge, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozeßrecht, 1995, 206면; Meyer-Goßner, §161 Rn 7.

2. 내사의 허용범위에 관한 Offenburg 지방법원(LG)의 판결

조직범죄 소추와 관련한 검찰과 경찰의 공조에 관한 각 주 법무부 장관과 내무부장관간의 공동지침 6.2호, 형사소송법 제159조(사체발견) 및 수사의 일반규범인 형사소송법 제160조, 제161조 및 제163조로부터 내사단계에서 수사기관의 강제처분권한의 정당성이 도출되지 않는다는 점은 이미 언급하였다. 다른 한편, 형사소송법에 규정되어 있는 개별적인 강제처분에 관한 규정들도 내사단계에서 원용할 수 없다고 보아야 한다. 형사소송법에 명시된 강제처분에 관한 규정들은 최초의 혐의가 존재한 이후에야 적용할 수 있는 것들이기 때문이다. 그렇다면 내사단계에서 수사기관의 어떠한 행위가 허용되는 것인지 의문이 제기된다.

이와 관련하여 Offenburg 지방법원의 1993년 5월 25일자 결정을 주목할 필요가 있다. 이 결정의 기초가 된 사안에서 검사는 원심법원에 형사소송법 제162조⁷⁹⁾에 따른 판사의 신청을 신청하였으나 원심법원이 이를 기각하자 Offenburg 지방법원에 항고를 제기하였다. 항고심인 Offenburg 지방법원은 이 사안에서 검사가 행한 내사의 허용성에 관하여 판시하였는데, 그 판시내용을 그대로 옮기면 다음과 같다.

판사는 형사소송법 제162조의 적용과 관련하여 제한적인 범위내에서만 심사할 수 있다. 즉, 판사는 자신에게 관할권이 있는지, 검사의 신청 그 자체가 허용되는 것인지 및 검사가 신청한 행위와 비례성원칙의 준수만을 심리해야 한다.

79) 형사소송법 제162조(판사의 조사)

- (1) 검사는 판사의 조사가 필요하다고 인정하는 경우에는 공소제기 전에 검사의 관할구역에 소재하는 단독판사법원(Amtsgericht)에 이를 신청한다. 판사의 조사 이외에 구속명령이나 유치명령이 필요하다고 인정하는 경우에는 제125조, 제126a조에도 불구하고 제1문에 기재된 법원에 이를 신청한다. 법원의 신문과 검증에 대하여 검사가 절차의 신속 또는 관련자의 부담을 피하기 위하여 신청하는 경우에는 그 관할구역 내에서 이러한 조사를 수행하는 단독판사법원이 관할한다.
- (2) 신청한 행위가 사안의 정황에 비추어 법적으로 허용되는 것인지의 여부에 대해서는 단독판사법원이 결정한다.
- (3) 공소가 제기된 이후에는 사건을 심리하는 법원이 관할한다. 상고절차가 진행되는 중에는 그 판결을 파기한 법원이 관할한다. 절차가 확정된 이후에는 제1항과 제2항을 준용한다. 재심을 신청한 이후에는 재심절차에서의 재판을 관할하는 법원이 관할한다.

그러나 판사는 형사소송법 제162조의 적용과 관련하여 검사가 신청한 조치의 합목적성과 필요성을 심사해서는 안된다. 또한 판사는 수사 그 자체가 허용되지 않거나 이유없다고 판단하여 검사가 신청한 조치를 기각해서도 안된다. 심지어 검사의 재량판단에 하자가 있는지를 심사하는 것도 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서 판사는 최초의 혐의가 존재하지 않는다는 이유로 판사의 신문을 기각해서는 안된다. 최초의 혐의가 존재하는지, 무엇 때문에 사안을 규명해야 하고 어떠한 수단을 사용하여 사안을 규명할 것인지를 결정하는 것은 검사의 원초적인 임무에 속하는 것이다. 다시 말해서, 검사가 판사에게 신청한 신청서에 (최소한) 범죄에 대한 충분한 근거가 있다는 검사의 견해는 판사를 구속하는 것이다.

그러나 이 사안의 경우에는 검사가 완전히 의도적으로 형식적인 형사절차를 지금까지 개시하지 않았다는 특수성이 존재한다. 그러나 이것을 수사절차로 볼 것인지의 여부는 검사가 당해 사건에 대한 진행과정을 공식적인 수사사건(Js-Verfahren)으로 인지하였는지, 비공식적인 사건(AR-Verfahren)으로 보았는지에 관한 형식적인 기준에서 도출되는 것이 아니다. 오히려 기준이 되는 것은, 전체적인 상황에 비추어볼 때 검사 스스로가 공식적인 수사절차를 개시하기 위하여 요구되는 최초의 혐의를 인정하는지의 여부이다. 이 사안은 이에 해당하지 않는다. 검사가 명시적으로 공식적인 수사절차의 개시에 필요한 최초의 혐의가 아직 존재하지 않는 내사절차를 의도하였기 때문이다.

당원은 검사에게 공식적인 수사절차를 개시하기 이전에 공식적인 수사절차를 개시할 것인지를 판단하기 위하여 조사를 행할 수 있고, 심지어 이러한 조사를 행할 의무를 부담할 수 있는 근거들이 있을 수 있다고 본다. 검사가 이러한 내사단계에서 형사소송법 제162조에 따른 판사의 조치를 신청할 수 있는지의 여부에 대해서는 지금까지 판례에서 다루어지지 않았다. 따라서 검사가 생각하는 것처럼 검사가 이른바 내사단계에서도 형사소송법에 명시되어 있는 증거방법을 적용할 소송법적 권리가 있다고 보는 것이 “일반적으로 승인되고 있다”는 견해는 받아들일 수 없다. 이 점에서 검사는 이미 인용한 논문(Keller/Griesbaum NSTz 1990)을 원용할 수 있다. 이 논문 417면에는 형사소송법 제152조 제2항에 의거한 “충분한 사실적 근거”를 판단하기 위한 직접적인 전단계에서 행해지는 내사단계 또는 사안의 사전규명 단계에서는 현행 형사소송법에 규정되어 있는

조치들을 활용할 수 있다고 하고 있다. 이 논문은 내사단계에서 실행할 수 있는 조치의 예로 수사기관 내부에서의 사안규명, 기관에 대한 조회, 서류열람요청 및 참고인신문을 들고 있다. 다만, 이 경우 참고인신문이 형사소송법 제162조에 따른 판사의 증인신문도 의미하는 것인지는 명확하지 않다.

검사가 이미 형사소송법 제152조 제2항의 전단계에서 수사를 하는 것이 허용된다면, 검사는 형사소송법상의 증거방법을 활용할 수 있어야 한다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 검사는 법으로부터 자유로운 영역에서 활동하는 것이 되어 버리기 때문이다. 다만, 이 경우 형사소송법상 강제처분의 비례성원칙이 한계로 작용하게 된다. 그러나 왜 검사가 형사소송법 제162조에 따른 판사의 증인신문을 활용해서는 안되는 것인지 그 이유가 분명하지 않다.

특히 원심의 견해와는 달리 검사가 내사단계에서 형사소송법 제162조에 따른 판사의 증인신문을 신청하는 것이 형사소송법 제168c조 제5항⁸⁰⁾에 위반되는 것도 아니다. 검사의 항고이유서에 기재된 모든 내용들을 종합해보면, 검사는 관계되는 판사에게 지금까지 피의자특성을 인정하지 않으려고 한 것을 알 수 있다. 왜냐하면 검사는, 이미 언급한 것과 같이, 지금까지 전혀 범죄의 존재에 관한 충분한 사실적 근거가 있다고 보지 않았기 때문이다.

이상에서 언급한 Offenburg 지방법원의 결정문의 핵심내용은, 즉 형사소송법 제152조 제2항에 따른 최초의 혐의가 존재하기 이전의 단계에서 검사가 수사를 실행할 권한이 있는 경우에는 검사는 형사소송법 제152조 제2항이 전제하고 있는 수사단계의 이전 단계인 내사단계에서도 형사절차상의 증거방법을 활용할 수 있다는 것이다.

그러나 Offenburg 지방법원의 이 결정에 대해서는 적지 않은 비판이 제기되고 있다. 우선, Offenburg 지방법원의 판시내용을 취하는 경우에는 형사절차상 기본권보호의 보루인 형사소송법 제152조 제2항의 규정내용이 아무런 의미를 가질 수 없게 된다는 문제점이 있다. 형사소송법 제152조 제2항에 따라 최초의 혐의가 존재하는 경우에만 비로소 수사가 가능하고, 따라서 개인의 기본권에 대한

80) 형사소송법 제168c조 제5항(판사의 신문기일의 참석): 신문기일은 참석권자에게 통지해 주어야 한다. 통지로 인하여 조사성과를 해할 가능성이 있는 때에는 통지하지 않는다. 참석권자의 장애를 이유로 신문기일의 연기를 청구할 수 없다.

침습이 정당화됨에 반해, 내사단계에서 별다른 제한없이 수사를 행할 수 있다는 Offenburg 지방법원의 판례에 따르면 “충분한 사실적 근거”(최초의 혐의)가 있는 경우에만 수사기관의 개입을 허용하는 형사소송법 제152조 제2항의 기본권보장적 의미가 퇴색되어 버리기 때문이다.⁸¹⁾ 따라서 Offenburg 지방법원의 판례를 따르면, 최초의 혐의가 존재하는지의 여부는 중요하지 않고, 검사는 언제든지 증거방법을 활용할 수 있게 된다.

형사소송법은 수사기관이 범죄행위가 발생했는지의 여부를 확인하기 위하여 단지 “한번 볼 수 있다”는 엠타사법(Schnüffeljustiz)을 위한 도구가 아니다. 형사소송법이 적용되기 위해서는 범죄행위에 대한 구체적인 근거가 제시되어 있어야 한다. 최초의 혐의가 존재하는 경우에는 수사기관은 수사절차를 개시해야 하고 이를 실행해야 한다. 이에 반해 최초의 혐의가 있을 수 있다는 단순한 가능성만 존재하는 경우에는 예컨대 정보수집 차원의 질문, 임의적으로 교부된 서류 등에 대한 열람 등을 활용하여 최초의 혐의를 인정할 것인지의 여부를 심사하는 것은 수사기관의 재량에 맡겨져 있다. 이러한 방식은 수사기관의 당해 조치로부터 관련자들의 권리와 추후의 피의자의 권리를 침해하는 것이 아니기 때문에 기본적으로 허용된다. 이에 반해 수사기관이 형식적인 수사절차를 통한 피의자 등의 보호장치를 우회하는 방법으로 내사를 진행한다면 이는 방지되어야 한다. 예컨대 형식적인 수사절차에서는 어떠한 경우에도 포기되어서는 안될 기본권 관련 사항(예: 진술거부권의 고지)을 우회하기 위하여 관련자를 참고인으로 신문하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.⁸²⁾

3. 내사단계에서 수집한 증거의 증거능력

수사기관이 허용되는 범위 속에서 내사를 진행하여 이로부터 증거자료를 수집한 경우에는 그 증거에 대해서는 증거능력이 인정된다. 예컨대 내사단계에서 정보수집 차원의 질문, 임의적으로 교부된 서류 등에 대한 열람 등으로 인하여 획득

81) Wölfl, Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft, JuS, 2001, 481면.

82) Wölfl, a.a.O., 481면.

득한 증거는 그 이후의 단계인 공식적인 수사절차에서 실행하는 수사행위를 뒷받침하는 자료로 활용할 수 있고, 공소제기된 이후에는 공소사실을 입증하는 증거로 사용할 수 있다. 이 경우에는 관련자의 기본권침해를 염려할 필요도 없기 때문이다. 이에 반해 내사단계에서 수사기관이 행한 조치가 허용되지 않는 경우(예컨대 수사기관이 형사소송법에 규정되어 있지 아니한 절차와 방식으로 수사한 경우)에는 이러한 수사기관의 조치를 통하여 수집한 증거는 위법하게 수집한 증거방법으로서 증거로 사용할 수 없다고 보아야 한다.⁸³⁾

83) Wöflf, a.a.O., 482면.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제4장

내사의 실천과제

강 석 구

내사의 실천과제

제3장에서 살펴본 바와 같이 독일에서도 형사소송법상의 근거가 없음에도 불구하고 수사기관이 수사개시의 요건으로서 범죄의 혐의(최초의 혐의)가 존재하는지의 여부를 규명하기 위한 활동으로서의 내사(Vorermittlung)를 인정하고 있으며, 사건번호를 부여하여 관리하고 있음을 알 수 있다. 또한, 이러한 내사를 첩보활동에 속하는 전단계조사(Vorfelddermittlung)와 구별하고 있다. 나아가 내사의 시간적 한계로서 충분한 사실적 근거(즉 최초의 혐의)가 존재할 경우 이때부터는 수사가 개시되어야 한다는 점과, 피의자(Beschuldigte)와 단순한 혐의자(Verdächtige)를 구별하여 피의자의 특성이 인정되는 시점부터 경찰의 신문대상이 된 사람은 진술거부권 등 소송법상의 권리를 고지받을 권리를 가진다는 점도 분명히 하고 있다.

따라서 형사소송법상 명시적인 규정이 없다고 해서 내사활동 자체를 부인할 필요까지는 없으며, 내사를 허용할 경우에도 충분한 사실적 근거가 존재하거나 그 대상자에게 피의자의 특성이 인정되는 시점부터 수사를 개시한 것으로 보는 시각이 무리한 주장이라고는 생각되지 않는다. 오히려 이제는 실무상 관행으로 인정되어온 내사관념을 용인하되 내사권능이 남용되거나 오용되지 않는 동시에 내사기능이 제 구실을 할 수 있도록 보완책을 마련할 필요가 있다. 이를 위하여 이 글에서는 내사대상자의 인권보장장치 개발, 상호협력적 수사지휘체계 구축, 내사기능의 내실화를 내사의 실천과제로서 제시하고자 한다.

제1절 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 규정⁸⁴⁾은 매우 바람직한 모범사례라고 생각된다.

84) ‘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 보고하고 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 장에게 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.”

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.

제2절 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 개정 에 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 있어야 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.⁸⁵⁾

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.

제3절 내사기능의 내실화

이 글은 내사를 수사의 일부로 파악하지만, 엄밀히 말하자면 내사는 수사와 수사전 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. 이는 검찰내사건, 경찰내사건 간에 동일하다.

더욱이 내사는 ‘범죄혐의의 유무’를 기준으로 하여 ‘수사의 필요성’을 검증하는 절차이다. 그래서 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.⁸⁶⁾ 사건처리 지연에 따른 국민의 불신도 불식할 수 있다. 따라서 불요불급한 내사를 제도적

85) 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.”

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

으로 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.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제5장 결론

강 석 구

제1절 8호처분의 내사제도는 그간 주로 실무상으로만 논의되어온 것이기 때문에 학계에선 크게 주목받지 못한 주제이다. 한국형사정책연구원에서도 2006년도에 내사에 관한 연구를 한 바 있으나, 남고소 방지를 위한 취지에서 고소·고발 사건이라도 본격적인 수사에 앞서 범죄혐의를 확인하여 걸러주는 절차로서 내사 제도의 활용 필요성을 제안한 정도에 불과했다.

그러던 것이 올해 들어 갑자기 내사제도가 세간의 관심을 끌게 되었다. 이는 금년 6월에 형사소송법이 개정되고, 이어서 11월에 대통령령이 입법예고되었는데, 핵심개정 사항인 형사소송법 제195조 제1항의 “모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다”라는 규정을 해석함에 있어서 ‘모든 수사’에 내사 포함 여부가 수사지휘권 범위를 결정하는 데에 관건이 되었기 때문이다. 이러한 시각에서는 수사와 내사의 구별기준, 수사개시의 시점, 검사의 수사지휘권이 경찰내사에 미치는지 여부 등이 논란이 될 수밖에 없다.

그런데 이러한 문제는 내사의 쟁점이 될 수 있는 소재가 아니다. 내사제도 자체가 법률적 근거가 애매한 실무상 관행이고, 실질적으로 수사라서 인권침해적 소지가 있다는 비판을 받아왔다는 점은 주지의 사실이다. 내사란 것이 관련자의 동의를 받고서 행하는 것이고, 강제적으로 행하는 것도 아니라서 문제될 것이 없다는 시각도 있겠지만, 일반국민의 입장에서는 내용증명, 지급명령장만 받더라도 긴장할 판국인데, 수사기관에서 조사한다고 하면 더욱 긴장하리라는 것쯤은

누구라도 알 것이다. 더욱이 내사한다고는 하는데 당사자조차 그 이유를 모르거나, 아예 당사자조차 알지 못하게 수사기관에서 내사한다면 반길 이는 많지 않을 것이다.

또한, 내사와 수사는 구별이 쉽지 않다. 실무에서도 내사와 수사를 구별함이 없이 대상자의 동의를 받아 참고인 조사, 압수·수색 등을 행하고, 검사에게 송치할 때나 영장이 필요할 때 그때서야 범죄인지보고서를 작성하는 것이 관행이었다. 최근에서 형사사법정보시스템이 구축되면서 이러한 관행이 많이 개선되었지만, 입건하면 수사이고, 입건하지 않으면 내사라는 도식은 적절하지 않다고 할 것이다.

더욱이 지금까지 수사권과 수사지휘권 모두 검사가 가지고 있었고, 실무상에서도 경찰이 범죄인지 보고할 때까지 수사지휘를 행하지 않은 경우가 많았다. 그러다 보니 경찰 역시 검사의 수사지휘를 받지 않기 위해 영장을 발부받거나 송치할 때 그때서야 범죄인지 보고하는 관행이 생긴 것으로 생각한다. 이는 형사소송법의 규정에 따른 것도 아니며, 이미 수십 년 넘게 행해져온 관행이다. 그래서 이제 와서 내사제도가 문제되는 것은 이해하기 어려운 상황이라고 할 것이다.

그래서 내사문제에 있어서는 오히려 범죄혐의 없는 사건을 걸러줌으로써 불요불급한 민사적 형사사건을 줄이고, 억울한 피의자를 만들지 않는 방안 모색이 중요하다. 또한, 내사가 필요하다고 할지라도 대상자의 인권을 침해하지 않고 내사할 방법과 고소·고발인의 불복절차를 개발하는 것도 중요하다. 그래서 이제라도 수사기관에서 내사제도의 개선에 관심을 가지게 된 것은 국민의 한 사람으로서 다행이라고 생각하며, 실무관행의 인권보장적 개선이라는 차원에서 내사 문제에 접근하고자 한다.

먼저 내사와 수사의 구별문제에 대해 입건으로 구별할 수 있다는 형식설과, 범죄혐의 유무를 기준으로 구별해야 한다는 실질설이 대립하고 있다. 이 중 입건으로 구별할 수 있다는 형식설에 대해서는 수사란 활동이 피의자만을 대상으로 하는 것이라면 공감할 수 있을 것이다. 그러나 수사는 피의자가 아니라 범죄를 대상으로 하는 활동이고, 증거와 증인의 수사도 포함되므로 피의자를 입건해야만 비로소 수사라고 생각해서는 곤란하다. 더욱이 입건이라는 형식적 절차,

실제로도 형식적으로 행해지는 절차인 입건으로 수사와 내사를 구분해 보겠다는 생각 자체가 이해하기 어렵다고 할 것이다.

반면 범죄혐의 유무로 구별할 수 있다는 실질설에 대해서는 범죄혐의 자체가 이미 주관적 판단인데, 남의 내심을 객관적으로 파악하는 것은 현실적으로 불가능하다. 즉, 범죄혐의가 있다고 하면 있는 것이고, 없다고 하면 없는 것을 구별 기준으로 삼아서는 곤란하다고 할 것이다.

따라서 내사와 수사는 성질상 구별할 수 없는 것이고, 명칭 여하를 불문하고 발생한 범죄를 대상으로 수사기관이 활동을 시작하면 그것이 수사라고 할 것이다. 즉, 내사는 수사의 제1단계로서 범죄혐의 유무를 확인하는 과정일 뿐이며, 이것조차도 수사진행과정을 굳이 단계별로 나눠서 내사라는 절차를 가정하는 것 뿐이고, 실제로는 내사, 입건, 실행의 구분 없이, 즉 특별히 정해진 순서 없이 행해져왔다고 생각한다.

그래서 내사와 관련하여 의미 있는 과정은 ‘종결’이라고 생각하는데, 이 역시 내사대상자에게 범죄혐의가 없는 것이 확인되었다면, 그리고 아직 입건하지 않았다면 내사종결해도 된다는 의미일 뿐이다. 즉, 자의적으로 종결한 것이 아니라 객관적 사실이 분명하다면, 그리고 내사 관련 기록과 증거물이 일정 기간 보존된다면, 나아가 그 내용이 수사기관 간에 공유될 수 있다면 누가 종결하건 간에 크게 문제될 것은 없다고 본다. 어차피 내사종결로 사건이 종국적으로 마무리되는 것이 아니라 범죄혐의 또는 범죄혐의 있는 자를 다시 발견하게 된다면 다시 수사할 수 있다는 의미에 불과하다고 할 것이다.

수사개시 역시 명칭 여하를 불문하고 발생한 범죄를 대상으로 수사기관이 수사활동에 착수하면 그것이 수사개시라고 할 것이다. 다만 수사기관은 수사활동에만 전념하는 것이 아니며, 수사기관의 활동만으로 본다면 수사업무와 일반 행정업무를 구별하기 어렵다고 할 것이다. 또한, 검사의 수사지휘권은 수사업무에만 미치므로 경찰의 행정업무에는 수사지휘권이 미치지 않고, 행사해서도 안 될 것이다. 그런데 이 둘은 구별하기 어렵고, 여기에 딜레마가 있다.

물론 수사활동의 범위를 확정하는 간명한 기준이 전혀 없는 것도 아니다. 형사소송법에서 수사의 방법으로 정한 활동을 행하게 되면 그것이 수사활동이라고 볼 수 있다. 그런데 형사소송법에 정한 방법 중에는 정보활동과 중복되는 것들

도 있기 때문에 형사소송법 역시 명확한 기준이 되지 못한다.

결국 명백히 수사활동으로 보아야 하는 것들을 추려내는 기준은 형사소송법이 수사의 방법을 제한한 목적에서 찾을 수밖에 없고, 그 기준은 ‘수사대상자의 인권보장’일 수밖에 없다. 즉, 수사개시는 수사기관이 수사활동에 착수하는 것을 말하지만, 그 시점은 수사활동 착수시점에서 따지는 것이 아니라 수사절차에 대한 인권보장이 ‘언제부터 개시되어야 하는가?’로 따질 수밖에 없다는 것이다. 즉, 관점의 문제로 보아야 한다.

그렇다면 방법은 간단하다. 피의자에 대한 인권보장이 필요한 이상, 피의자를 전제로 해서 법으로 정해놓은 처분을 한다면 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다. 강제처분은 그 자체가 기본권침해를 내용으로 하기 때문에 형사소송법상 강제처분을 한다면 이 역시 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다. 기준이 인권보장이라면 범죄혐의 인지 여부를 불문하고 내사대상자의 인권을 보장할 필요가 있을 때도 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다. 그래서 탐문과 같이 수사기관이 찾아가는 거라면 몰라도 참고인조사와 같이 사람을 관서로 부르는 거라면 수사를 개시한 것으로 보아야 하며, 공무소 조회의 경우도 정보주체의 동의를 필요하다면 수사를 개시한 것으로 보아야 한다. 물론 피내사자가 진술거부권과 같은 피의자의 권리를 행사하면 그때도 수사를 개시한 것으로 보아야 할 것이다. 나아가 내사의 명분이 피내사자의 명예보호라면 내사당사자 본인이 정식수사를 요청하면 그때는 입건과 같은 공식절차를 통해서 수사를 개시하여야 할 것이다.

결론적으로 말하자면, 내사는 수사의 제1단계이며, 혐의 없는 사건을 내사 단계에서 걸러낼 수 있기 때문에 내사의 필요성은 긍정할 수 있다. 그러나 내사는 수사활동이기 때문에 인권이 침해될 수 있고, 그렇기 때문에 인권보장을 위해서는 통제가 필요하다. 다만 수사활동과 수사기관의 다른 활동을 구별하기 어렵기 때문에 이 글에서는 인권보장적 통제가 필요한 최소한의 기준을 제시하고자 했다.

물론 이는 최소한의 기준일 뿐이므로 이것만으로는 부족하고, 인권보장장치는 더 많이 개발해야 한다. 특히 기록을 남긴다는 것은 그 어떤 인권보장장치보다 중요하다. 이제 형사사법정보시스템(KICS)이 구축되어서 기록 남기는 업무 자체는 어렵지 않다. 다만 불편하고 성가실 뿐이다. 하지만 기록을 남기면 언젠가

누군가는 들춰보게 되므로 허투루는 사건처리 할 수가 없으며, 일련번호를 부여 하면 자의적으로 삭제하거나 수정할 수도 없다. 이러한 조치가 실무에서는 다소 성가실 수 있겠지만, 보장되는 인권의 가치를 생각하면 그 정도 불편쯤은 충분히 감수할 만하다고 할 것이다.

또한, 기록은 공유가 중요하다. 동일하거나 유사한 사건을 수사하려면 수사와 관계된 자는 서로 열람할 수 있어야 한다. 수사기록 공유가 가능하도록 시스템을 구축해놓고, 수사기관 간에 서로 공유하지 않는다면 전시행정 내지 예산낭비에 지나지 않을 것이다. 본문에서 ‘수사지휘권에 근거하여’라고 밝힌 것은 기록 공유의 법적 근거라는 의미일 뿐이고, 모든 수사기록을 공유하는 것 역시 개인정보 침해의 소지가 있기 때문에 열람권자 지정범위를 수사지휘권의 범위에서 정하라는 의미일 뿐이다. 그래서 경찰의 검찰 수사기록 공유에 대해서도 객관적·합리적 근거를 바탕으로 열람권자를 제한할 수 있다면 수사목적 달성을 위한 수사기록 공유가 문제될 것은 없다고 본다.

참고로, 수사지휘권은 인권옹호적 통제장치의 하나일 뿐이다. 다른 장치들이 충분히 기능한다면, 그리고 수사기록이 공유된다면 권력작용인 수사지휘권의 직접적 행사는 내사 정도의 단계에서는 자제하여도 무방하다고 생각한다. 범죄혐의조차 확인하지 못한 내사단계에서 검사가 굳이 나서 수사지휘해 봤자 내사중지 정도일 테니 실익도 없고 오해만 불러일으킬 뿐이다. 더욱이 내사단계는 수사활동과 정보활동이 중첩되는 영역이므로 타 기관의 행정에 간섭한다는 오해를 받을 필요도 없을 것이다. 그리고 수사기록을 형사사법정보시스템(KICS)에서 공유한다면 재수사 내지는 수사지휘의 가능성은 언제라도 열려 있다. 그래서 명분과 실리를 살리는 지혜가 필요하다고 할 것이다.

나아가 형사소송법 개정으로 인해 경찰이 수사종결을 제외한 수사활동에서 수사주체성을 가진다는 사실은 이제 누구도 부인하기 어렵게 되었다. 이 말은 경찰도 이제 수사에 대한 책임을 져야한단 말이고, 책임을 회피할 수 없다는 의미이다. 그렇다면 수사를 맡기지 못할 이유가 없다. 어차피 종결도 못하고 지휘도 받아야 되는 반쪽짜리 수사권이므로 장기적으로 볼 때는 경찰이 수사권을 감당할 역량이 되는지 국민들로부터 평가받는 수습기간이라고 생각할 수도 있을 것이다. 그래서 경찰 역시 내사기록을 포함한 수사기록을 공개하고 검찰과 공유할

필요가 있다고 본다. 그런 다음 검찰과 경쟁하였으면 한다.

끝으로, 내사라는 실무상 관행은 무조건 폐기하기보다는 유지할 필요성도 있다. 그렇다면 지금부터는 수사지휘의 범위나 내사권 같은 지엽적 문제보다는 내사를 내실화하는 데에도 관심을 기울여야 할 것이다. 불요불급한 내사를 억제하고 관련자의 인권보장에 유념한다면, 내사는 남고소를 방지하면서도 수사의 효율성을 높이는 절차가 될 수 있기 때문이다. 물론 내사와 관련한 검·경 간의 논쟁은 우리 형사사법이 한 걸음 더 발전하기 위한 진통이기 때문에 바람직한 현상이라고 생각한다. 다만 내사는 수사의 첫 단추이기 때문에 이를 잘 끼우기 위하여 지혜를 모을 필요가 있다는 점을 다시 한 번 강조한다.

1. 국내문헌

- 김일수, 수사체계와 검찰문화의 새 지평, 세창출판사, 2010.
- 김종구, 형사사법개혁론—새로운 패러다임의 비교법적 고찰, 법문사, 2004.
- _____, “형사사법개혁에 관한 관견,” 법조(법조협회) 제566호, 2003. 11.
- _____, 형사사건처리절차의 현실과 개선방안 — 검찰운용을 중심으로, 동국대학교 박사학위논문, 2000.
- 김충남, 경찰수사론, 박영사, 2008.
- 김 칙, 알기쉬운 수사서류작성법, 국문사, 2006.
- 김희수/서보화/오창익/하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 도서출판 삼인, 2011.
- 박승진/최석운/이경재, 각국의 검찰제도, 한국형사정책연구원, 1998.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2009.
- 백광훈/신동일/이천현, 바람직한 검찰개혁의 방향, 한국형사정책연구원, 2003.
- 백행구, 현대수사법의 기본문제, 육법사, 1985.
- 사법연수원, 수사절차론, 2004.
- 서주연, 알기쉬운 수사 형사 실무, 국문사, 2006.
- 서울고등검찰청, 수사지휘론, 1998.
- 서철원, 미국 형사소송법, 법원사, 2005.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- _____, “내사종결처분의 법적 성질,” 서울대학교 법학(서울대학교 법학연구소) 제45권 제3호, 2004. 9.
- 신양균, 형사소송법(신판), 화산미디어, 2009.
- 신양균/조기영, “내사의 개념과 허용범위,” 형사법연구(한국형사법학회) 제23권 제3호, 2011.

- 양태규, 수사종결론, 대왕사, 2004.
- 오정탁, 수사서류 작성과 의율착오의 극복, 수사연구사, 2007.
- 이상원, 경찰 수사권 체제의 합리화 방안, 치안연구소, 2000.
- _____, “미국의 검찰조직과 수사구조에 관한 연구,” 한국행정논집 제11권 제2호, 1999.
- 이완규, “개정 형사소송법상 수사체계,” 법조(법조협회) 제660호, 2011. 9.
- 이은모, 형사소송법, 박영사, 2010.
- 정경식, 수사구조론, 법전출판사, 1980.
- 정성진, “형사절차로서의 내사,” 법학논총(국민대학교 법학연구소) 제9집, 1997. 11.
- _____, “내사론,” 법조(법조협회) 제486호, 1997. 3.
- 정완/이건호/이진국, 수사권독립 논의에 관한 검토, 한국형사정책연구원, 2003.
- 정 완(역), 미국의 형사절차, 한국형사정책연구원, 2000.
- 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011.
- 정웅석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2009.
- 지영완, 국가 수사권 입법론, 진리탐구출판사, 2005.
- 최병천, 수사절차의 몇가지 문제점, 법률정보센타, 2004.
- 치안연구소, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 1996.
- 치안정책연구소, 경찰수사제도의 개선에 관한 연구, 2005.
- 한국형사법학회, 검·경 수사권 조정에 관한 한국형사법학회 의견서, 형사법연구(한국형사법학회) 제24호, 2005 겨울.
- 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010.
- 기타 법무부, 경찰청의 실무자료 다수

2. 독일문헌

- Bannenberg Britta u.a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens(AE-EV), C.H.Beck · München, 2001.
- Beulke, Werner, Strafprozeß recht, 11. Aufl., C.F.Müller · Heidelberg, 2010.

- Bosch, Nikolaus, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, Duncker&Humblot · Berlin, 1998.
- Duttge, Gunnar, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozessrecht, Nomos · Baden-Baden, 1995.
- Frisch, Ausschluss und Ablehnung des Staatsanwalts. Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und sachgerechter Gesetzgebung, in: FS-Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 1978, 385-414.
- Gerlach, Jürgen von, Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Ermittlungsverfahren, NJW, 1969.
- Karlsruher Kommentar zur StPO, 4. Aufl., 1999.
- Keller, Rolf/Griesbaum, Rainer, Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, NSTZ, 1990.
- KK-Bearbeiter, Pfeiffer, Gerhard (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz: Mit GVG, EGGVG, EMRK und JGG, 6. Aufl., C.H.Beck · München, 2008.
- Kleinknecht/Meyer-Göner, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 49. Aufl., 2006.
- Knemeyer/Deubert, Kritische Überlegungen zum Verhältnis Staatsanwaltschaft—Polizei/Polizei—Staatsanwaltschaft, NJW 1992, Heft 49, 3131-3135.
- Kraft, Oliver Kai-Eric, Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des Beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung, Dr. Kovač · Hamburg, 2002.
- Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 6. Aufl., C.F.Müller · Heidelberg, 2003.
- LR-Bearbeiter, v. Erb u.a., (Hrsg.), Löwe/Resenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 26. Aufl., 2006-2010.
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, 25. Aufl., 1999.
- Marxen, Klaus, Straftatsystem und Strafprozess, Duncker&Humblot · Berlin, 1984.

- Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung und Nebengesetze, 52. Aufl., C.H.Beck · München, 2002.
- Montenbruck, Axel, “Entlassung aus der Zeugenrolle” - Versuch einer Fortentwicklung der materiellen Beschuldigtentheorie, ZStW 89, 1977.
- Moos, Reinhard, Beschuldigtenstatus und Prozeßrechtsverhältnis im österreichischen Strafverfahren, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Heinrich Jescheck, Duncker&Humblot · Berlin, 1985.
- Peters, Karl, Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Aufl., C.F.Müller · Heidelberg, 1985.
- Rogall, Klaus, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, Mohr Siebeck · Tübingen, 1992.
- Rogall, Klaus, Zur Verwertbarkeit der Aussage einer noch nicht beschuldigten Person, MDR, 1977.
- Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., C.H.Beck · München, 2009.
- Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, 5. Aufl., 1992.
- SK-StPO/Bearbeiter, Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüchter/Wolter, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Loseblattkommentar, Heymanns Verlag · Köln, 2011.
- Wölfl, Bernd, Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft, JuS, 2001.
- _____, Die Verwertbarkeit heimlicher privater Ton- und Bildaufnahme im Strafverfahren, Peter Lang · Frankfurt a.M., 1997.

Abstract

A Study on Internal Investigation

Kang, Seok Ku · Cho, Sang-Jae

The National Assembly of Korea revised the Criminal Procedure Act on June 30, 2011 and announced it on July 18, 2011. The Ministry of Justice announced legislation of 'The Regulation on Criminal Investigation Command on Control of Judicial Police and Criminal Investigation Rules of Control of Judicial Police' in advance. However, the National Police Agency rejected the revision draft to be likely to have difficulties at enactment of the Presidential Decree of the Act. This study investigated internal investigation and its issue to be independent from opinions of the Prosecutors' Office as well as the National Police Agency concerning internal investigation, and to discuss understanding of internal investigation under revision of the Criminal Procedure Act.

The internal investigation is said to be the first stage of the criminal investigation to be an activity that criminal investigation agency investigates actual conditions of a case to verify suspicion of the crime: And, the filing is said to be an official procedure that criminal investigation agency notifies cognition on existence of crime suspicion: And, give up of filing is said to be an official procedure that criminal investigation agency criminal investigation agency notifies cognition on non-existence of crime existence. And, definition

of both internal investigation and filing can be a classification standard in practice so that suspects of internal investigation shall be assured of rights of defendants regardless of legal regulations and/or crime suspicion. In particular, the suspects shall be assured of prior notice of reasons of the investigation, and assistance from the lawyer.

Not only internal investigation but also criminal investigation can be distinguished from point of view that internal investigation is thought to be prior stage of criminal investigation. But the internal investigation that is thought to be first stage of criminal investigation is not distinguishing from criminal investigation but start of control of criminal investigation. In other words, internal investigation that requires control shall be distinguished from the one that does not require control.

The study suggested judgment standards of start of criminal investigation as follow:

Firstly, inspection agency cognized suspicion of the crime. Secondly, inspection agency did constraint disposition in accordance with the Criminal Procedure Act. Thirdly, others than victim should be given internal investigation. Fourthly, when others than victim asked for either protection of rights or formal criminal investigation, criminal investigation was thought to start.

And, human rights protection system shall be developed in favor of the ones who are given internal investigation, and not only prosecutors but also the police shall set up criminal investigation command system based on mutual cooperation to have faithful internal investigation system.

〈부록 1〉

검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(안)

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 규정은 형사소송법 제196조제3항의 규정에 따른 검사의 수사지휘에 관한 사항과 사법경찰관리의 수사에 관한 직무상의 준칙을 규정함으로써 수사과정에서 국민의 인권을 보호하고, 수사절차의 투명성과 수사의 효율성을 보장함을 목적으로 한다.

제2조(수사지휘의 원칙) 검사는 사법경찰관을 존중하고 법률에 따라 사법경찰관리의 모든 수사를 적정하게 지휘한다.

제3조(수사지휘 일반) ① 지방검찰청 검사장 또는 지청장은 국민의 인권을 보호하고, 수사절차의 투명성과 수사의 효율성을 보장하기 위하여 사법경찰관리에 게 필요한 일반적 수사준칙 또는 지침을 마련하여 시행할 수 있다.

② 제1항의 규정에 따른 수사준칙 또는 지침은 대검찰청이 수사에 대한 일반적 수사준칙 또는 지침을 시행하면 사법경찰관리에게 이를 시달하는 방식으로 이루어져야 한다.

③ 검사는 사법경찰관리에게 구체적 사건의 수사에 관하여 필요한 지휘를 할 수 있다.

제4조(수사지휘건의) 사법경찰관은 사건을 수사함에 있어 검사의 지휘가 필요한 때에는 검사에게 건의하여 구체적 지휘를 받아 수사할 수 있다.

제5조(수사지휘의 방식) ① 검사는 사법경찰관에게 사건에 대한 구체적 지휘를 할 때에는 서면 또는 「형사사법절차 전자화 촉진법」(이하 “전자화촉진법”이라 한다)에 따른 형사사법정보시스템(이하 “시스템”이라 한다)을 이용하여 지휘하여야 한다. 다만, 천재지변, 긴급을 요하는 상황, 이미 수사를 지휘한 내용을 보완하거나 지휘 내용이 명확한 경우, 수사 현장에서 지휘하는 경우 등 서면 또는 시스템에 의한 지휘가 불가능하거나, 필요 없다고 인정되는 경우 등에는 구두 또는 전화 등 간이한 방식으로 지휘할 수 있다.

② 사법경찰관은 검사가 제1항 단서에 따라 간이한 방식으로 지휘한 때에는 서면 또는 시스템을 이용하여 지휘해 줄 것을 요청할 수 있다.

③ 검사는 수사지휘를 위하여 필요한 때에는 사법경찰관에게 모든 관계서류와 증거물을 송부할 것을 지시할 수 있다.

④ 검사는 사건이 복잡하여 설명이 필요한 경우 사법경찰관에게 대면하여 설명할 것을 요구할 수 있고, 사법경찰관리는 수사중인 사건에 관하여 필요한 때에는 검사에게 대면하여 보고할 수 있다.

제6조(신속한 수사지휘) 검사는 사법경찰관으로부터 수사지휘 건의를 받은 때에는 지체없이 지휘하여야 한다. 다만, 사안이 복잡하거나 장기간의 검토를 요하는 특별한 사정이 있는 때에는 그러하지 아니한다.

제7조(수사지휘 기한 준수) ① 사법경찰관리는 검사가 기한을 지정한 때에는 그 기한 내에 지휘 사항을 이행하여야 한다.

② 사법경찰관리가 검사가 지휘한 기한 내에 지휘 사항을 이행하지 못한 때에는 그 사유를 소명하여 검사에게 별지 제1호서식에 따라 수사기일연장지휘를 건의하여야 한다.

제8조(수사지휘에 대한 재지휘건의) ① 사법경찰관은 구체적 사건과 관련된 검사의 수사지휘의 적법성 또는 정당성에 이견이 있거나 지휘의 내용이 명확하지 않아 이행에 어려움이 있는 경우에는 해당 검사에게 의견을 밝히고 재지휘를 건의할 수 있다.

② 검사가 제1항에 따라 재지휘건의를 받은 때에는 재지휘 여부를 결정하고, 필요한 조치를 하여야 한다.

③ 해당 사법경찰관이 소속된 관서의 장은 제2항의 조치에 의견이 있는 때에

는 해당 검사가 소속된 관서의 장에게 그 의견을 제시할 수 있다.

제9조(민감정보 등의 처리) 사법경찰관리는 「형사소송법」 제196조에 따라 범죄 수사 업무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 민감정보, 같은 법 제24조에 따른 고유식별정보 및 그 밖의 개인정보를 처리할 수 있다.

제10조(문서의 서식) 사법경찰관리가 범죄수사에 관하여 사용하는 문서와 장부는 별지 제1호서식부터 별지 제157호서식까지의 서식에 따른다. 다만, 단순하고 정형적인 사건에 관하여 사용할 문서는 별지 제158호서식부터 별지 제169호서식까지의 서식에 따른다.

제2장 수 사

제1절 총 칙

제11조(관할) 사법경찰관리는 소속관서의 관할구역 내에서 직무를 행한다. 다만, 관할구역 내의 사건과 관련성이 있는 사실을 발견하기 위하여 필요한 때에는 관할구역 외에서도 그 직무를 행할 수 있다.

제12조(신속한 수사) 사법경찰관리가 수사를 개시한 때에는 피의자나 사건관계인의 인권이 침해되지 않도록 신속하게 수사를 완료하여야 한다.

제13조(비밀의 엄수 등) 사법경찰관리가 범죄를 수사하는 때에는 기밀을 엄수하여 수사에 지장을 초래하지 아니하도록 하여야 하며 피의자·피해자 그 밖의 사건관계인의 명예를 훼손하지 아니하도록 하여야 한다. 사건을 송치하여 검찰에서 수사 중인 경우에도 같다.

제14조(수사의 협조) 사법경찰관리는 직무를 수행함에 있어서 상호 성실하게 협조하여야 한다.

제15조(수사의 회피) 사법경찰관리는 피의자·피해자 그 밖의 사건관계인과 친족관계 또는 그에 준하는 관계로 인하여 수사의 공정성을 의심받을 염려가 있는 사건에 대하여는 소속관서의 장의 허가를 받아 그 수사를 담당하지 아니하여야 한다.

제16조(사건의 단위) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄사건은 1건으로 처리한다.

1. 『형사소송법』 제11조의 규정에 의한 관련 사건. 이미 검찰청 또는 이에 상응하는 관서에 송치하거나 이송한 후에 수리한 사건도 또한 같다.
2. 불기소처분이 내려진 사건과 그 처분이 내려진 후 검사의 지휘에 따라 다시 수사를 개시한 사건
3. 검사의 수사지휘를 받은 사건
4. 타관서로부터 이송을 받은 사건
5. 검찰청에 송치하기 전의 맞고소 사건
6. 판사가 청구기각 결정을 한 즉결심판 청구 사건
7. 피고인으로부터 정식재판 청구가 있는 즉결심판 사건

제2절 수사개시와 사건기록의 관리

제17조(수사개시) ① 사법경찰관은 형사소송법 제196조제2항에 따라 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 수사를 개시하고 지체없이 범죄인지서를 작성하여 수사기록에 편철하여야 한다.

- ② 제1항의 범죄인지서에는 피의자의 성명, 주민등록번호, 직업, 주거, 범죄경력, 죄명, 범죄사실의 요지, 적용법조 및 수사의 단서와 범죄인지경위를 기재하여야 한다.

제18조(사건기록의 관리) ① 사법경찰관리가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 때에는 범죄인지서 작성 여부와 관계없이 관계서류와 증거물을 검사에게 제출하여야 한다.

1. 피의자신문조서를 작성한 때
 2. 긴급체포를 한 때
 3. 검사에게 체포·구속영장을 신청한 때
 4. 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 대하여 압수·수색·검증영장을 신청한 때
- ② 사법경찰관리는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하고, 범죄인지

서를 작성하지 아니한 사건에 대하여는 매 분기별로 해당 사건의 목록과 요지를 검사에게 제출하여야 한다.

1. 제1항제4호의 압수·수색·검증을 제외한 압수·수색·검증, 통신제한조치, 통신사실 확인자료제공 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 구체적 사건을 특정하여 관계서류와 증거물의 제출을 서면으로 지시한 때에는 사법경찰관리는 이에 따라야 한다.

제3절 출석요구와 조사

- 제19조(출석요구)** ① 사법경찰관이 피의자 또는 참고인에게 출석을 요구할 때에는 별지 제4호서식 또는 별지 제5호서식에 따른 출석요구서를 발부하여야 한다. 이 경우 출석요구서에는 출석요구의 취지를 명백하게 기재하여야 한다.
- ② 사법경찰관은 신속한 출석요구 등을 위하여 필요한 때에는 전화, 모사전송, 그 밖의 상당한 방법으로 출석을 요구할 수 있다.
- ③ 사법경찰관은 출석요구서를 발부한 때에는 그 사본을 수사기록에 첨부하여야 하며, 출석요구서 이외의 방법으로 출석을 요구한 때에는 그 취지를 기재한 수사보고서를 수사기록에 첨부하여야 한다.
- ④ 피의자나 참고인이 출석한 때에는 지체 없이 진술을 들어야 하며, 오랫동안 기다리게 하는 일이 없도록 하여야 한다.
- ⑤ 외국인을 조사할 때에는 국제법과 국제조약에 위배되는 일이 없도록 유의하여야 한다.

제20조(피의자에 대한 조사사항) ① 사법경찰관리는 피의자를 상대로 조사를 하면서 다음 각 호의 사항에 유의하여야 한다.

1. 피의자의 성명·연령·주민등록번호·등록기준지·주거·직업 및 전과·기

소유에나 선고유에 등의 처분을 받은 사실 유무, 피의자가 외국인인 때에는 국적·주거·출생지·입국연월일·입국목적 및 외국인등록번호, 피의자가 법인 또는 단체인 때에는 명칭·상호·소재지·대표자의 성명 및 주거·설립목적 및 그 기구

2. 피의자가 자수 또는 자복하였을 때에는 그 동기와 경위
3. 피의자의 훈장·기장·포장·연금의 유무
4. 피의자의 병역관계
5. 피의자의 환경·교육과 경력·가족상황·재산 정도, 생활수준 및 종교관계
6. 범죄의 동기·원인·성질·일시·장소·방법·결과
7. 피해자의 주거·직업·성명·연령
8. 피의자와 피해자가 친족관계이거나 그 밖의 특수관계인 때에는 죄가 성립하는지의 여부, 형의 경중이 있는 사건에 대하여는 그 사항
9. 피의자의 처벌로 인하여 그 가정에 미치는 영향
10. 범죄로 인하여 피해자 및 사회에 미치는 영향
11. 피해의 상태·손해액·피해 회복의 여부·처벌 희망의 유무
12. 피의자에게 이익이 될 만한 사항
13. 제1호 내지 제12호의 사항을 증명할 수 있는 사항

② 피의자의 진술은 별지 제6호(갑)서식, 제6호(을)서식 또는 제7호서식에 따른 피의자신문조서에 기재하여야 하며, 별지 제8호서식 또는 별지 제9호서식에 따른 조서 말미에 피의자로부터 기명날인 또는 서명을 받아야 한다.

제21조(변호인의 피의자신문 참여) ① 사법경찰관은 「형사소송법」 제243조의2제1항에 규정된 자의 신청이 있는 때에는 정당한 사유가 없는 한 변호인을 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다. 이 경우 정당한 사유란 변호인의 참여로 인하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 때를 말한다.

② 사법경찰관은 제1항의 신청이 있는 때에는 신청인으로 하여금 변호인 참여 전에 변호인선임에 관한 서면을 제출하도록 하여야 한다.

③ 제1항의 변호인 참여 신청이 있는 때에도 변호인이 상당한 시간 내에 출석하지 아니하거나 출석할 수 없는 때에는 변호인의 참여 없이 피의자를 신문할 수 있다.

④ 사법경찰관은 변호인의 참여로 인하여 다음 각 호 중 어느 하나의 사유가 발생하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장이 초래되는 때에는 피의자신문 중이라도 변호인의 참여를 제한할 수 있다.

1. 사법경찰관의 승인 없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 하는 경우
2. 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 반복을 유도하는 경우
3. 「형사소송법」 제243조의2제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우
4. 피의자신문 내용을 촬영·녹음·기록하는 경우. 다만, 기록의 경우 피의자에 대한 법적 조언을 위하여 변호인이 기억 환기용으로 간략히 메모를 하는 것은 제외한다.

제22조(피의자의 신뢰관계자 동석) ① 「형사소송법」 제244조의5에 따라 피의자와 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자는 피의자의 직계친족, 형제자매, 배우자, 가족, 동거인, 보호시설 또는 교육시설의 보호 또는 교육담당자 등 피의자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 자(이하 “신뢰관계자”라 한다)를 말한다.

② 피의자 또는 법정대리인이 신뢰관계자의 동석신청을 한 때에는 사법경찰관은 신청인으로부터 별지 제10호서식에 따른 동석신청서 및 동석대상자와 피의자와의 관계를 소명할 수 있는 자료를 제출받아 기록에 편철하여야 한다. 다만, 동석신청서를 작성할 시간적 여유가 없는 경우 등에는 이를 작성하게 하지 아니하고 수사보고서나 조서에 그 취지를 기재하는 것으로 갈음할 수 있으며, 조사의 긴급성 또는 동석의 필요성 등이 현저한 때에는 동석 조사 이후에 동석대상자와 피의자와의 관계를 소명할 자료를 제출받아 기록에 편철할 수 있다.

③ 사법경찰관은 제2항에 따른 신청이 없더라도 동석의 필요성이 있다고 인정되는 때에는 피의자와의 신뢰관계 유무를 확인한 후 직권으로 신뢰관계자를 동석하게 할 수 있다. 이 경우 그 취지를 수사보고서나 조서에 기재하여야 한다.

④ 사법경찰관은 신문 방해, 수사기밀 누설 등으로 수사에 부당한 지장이 초래될 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 신뢰관계자의 동

석을 거부할 수 있다.

⑤ 피의자신문에 동석하는 신뢰관계자는 피의자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 주는 행위 이외의 불필요한 행위를 하여서는 아니 되고, 사법경찰관은 신문 방해, 수사기밀 누설 등으로 수사에 부당한 지장이 초래될 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있거나 신뢰관계자가 부당하게 수사의 진행을 방해하는 때에는 피의자신문 도중에 동석을 중지시킬 수 있다.

제23조(피해자의 신뢰관계자 동석) ① 「형사소송법」 제221조제3항 및 제163조의2에 따라 피해자와 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자는 피해자의 직계친족, 형제자매, 배우자, 가족, 동거인, 보호시설 또는 교육시설의 보호 또는 교육담당자 등 피해자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 자를 말한다.

② 피해자와 신뢰관계에 있는 자의 동석에 대하여는 제22조제2항부터 제5항까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “피의자”는 “피해자”로, “신문”은 “조사”로 각각 본다.

제24조(참고인의 진술) ① 사법경찰관리가 참고인의 진술을 들을 때에는 「형사소송법」 제317조의 규정에 따라 증거로 사용될 수 있도록 그 진술의 임의성을 보장하여야 하며, 조금이라도 진술을 강요하는 일이 있어서는 아니 된다.

② 참고인의 진술은 별지 제12호서식 또는 별지 제13호서식에 따른 진술조서에 기재하여야 하며, 별지 제8호서식 또는 별지 제9호서식에 따른 조서 말미에 참고인으로부터 기명날인 또는 서명을 받아야 한다.

③ 진술사항이 복잡하거나 또는 참고인이 서면진술을 원하는 때에는 진술서를 작성하여 제출하게 할 수 있다.

④ 제3항의 경우에는 될 수 있는 대로 자필로 작성할 것을 권고하여야 하며 수사담당 사법경찰관리가 대서하지 아니하도록 한다.

제25조(영상녹화) ① 사법경찰관은 피의자 또는 참고인에 대한 조서를 작성하는 때에는 필요한 경우 그 조사과정을 영상녹화할 수 있다.

② 사법경찰관은 조사과정을 영상녹화하는 때에는 해당 조사의 시작부터 조서에 기명날인 또는 서명을 마치는 시점까지의 전 과정을 영상녹화하여야 하며, 조사 도중 영상녹화의 필요성이 발생한 때에는 그 시점에서 진행 중인 조사를

종료하고, 그 다음 조사의 시작부터 조서에 기명날인 또는 서명을 마치는 시점까지의 전 과정을 영상녹화하여야 한다.

③ 사법경찰관은 조사를 마친 후 조서 정리에 장시간을 요하는 때에는 조서 정리과정을 영상녹화하지 아니하고, 조서 열람 시부터 영상녹화를 재개할 수 있다.

④ 사법경찰관은 피의자에 대한 조사과정을 영상녹화하는 때에는 피의자에게 다음 각 호의 사항을 고지하여야 한다.

1. 조사자 및 참여자의 성명과 직책
 2. 영상녹화 사실 및 장소, 시작 및 종료 시각
 3. 「형사소송법」 제244조의3에 따른 진술거부권 등
 4. 조사를 중단·재개하는 경우 중단 이유와 중단 시각, 중단 후 재개하는 시각
- ⑤ 사법경찰관은 참고인에 대한 조사과정을 영상녹화하는 때에는 별지 제14호 서식에 따른 영상녹화 동의서에 의하여 영상녹화에 대한 동의 여부를 확인하고, 제4항제1호, 제2호 및 제4호의 사항을 고지하여야 한다.
- ⑥ 사법경찰관은 영상녹화를 함에 있어 조사실 전체가 확인 가능하고 피조사자의 얼굴과 음성이 식별 가능하도록 하여야 한다.
- ⑦ 사법경찰관은 피의자에 대한 조사과정을 영상녹화하는 때에는 「형사소송법」 제243조의 참여 규정을 준수하여야 하며, 이 때 참여자는 반드시 조사실에 동석하여야 한다.

제26조(영상녹화물의 제작 등) ① 사법경찰관은 영상녹화를 실시한 때에는 영상녹화용 컴퓨터에 저장된 영상녹화파일을 이용하여 영상녹화물(CD, DVD 등) 2개를 제작하고, 그 중 하나는 피조사자의 기명날인 또는 서명을 받아 피조사자 또는 변호인의 면전에서 봉인하여 보관하고, 나머지 하나는 수사기록에 편철한다.

② 사법경찰관은 영상녹화물을 제작한 후 영상녹화용 컴퓨터에 저장되어 있는 영상녹화파일을 데이터베이스 서버에 전송하여 보관할 수 있다.

③ 사법경찰관은 제1항의 영상녹화물이 손상 또는 분실 등으로 인하여 사용될 수 없는 때에는 데이터베이스 서버에 저장되어 있는 영상녹화파일을 이용하여 다시 영상녹화물을 제작할 수 있다.

④ 사법경찰관은 영상녹화물을 생성한 후 이를 별지 제15호서식에 따른 영상

녹화물 관리대장에 등재하여야 한다.

제27조(임상의 조사) 사법경찰관이 치료 중인 피의자나 참고인이 현재하는 곳에서 임상신문을 하는 때에는 상대방의 건강상태를 충분히 고려하여야 하며, 수사에 중대한 지장이 없는 한 가족, 의사 그 밖의 적당한 사람을 참여시켜야 한다.

제28조(수사과정의 기록) ① 「형사소송법」 제244조의4에 따라 사법경찰관은 피의자나 참고인을 조사하면서 별지 제16호서식에 따른 수사과정 확인서에 수사과정을 기록하고, 이를 조서의 끝부분에 편철하여 조서와 함께 간인함으로써 조서의 일부로 하거나, 별도의 서면으로 기록에 편철하여야 한다.

② 수사과정을 기록할 때에는 조사장소의 도착시각, 조사의 시작 및 종료 시각 등을 기재하고, 조사장소의 도착시각과 조사의 시작 시각에 상당한 시간적 차이가 있으면 그 구체적인 이유 등을 기재하며, 조사가 중단되었다가 재개되면 그 이유와 중단 시각 및 재개 시각 등을 구체적으로 기재하는 등 수사과정의 진행 경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 기재하여야 한다.

제4절 체포와 구속

제29조(구속영장의 신청) ① 사법경찰관이 피의자에 대하여 구속영장을 신청하는 때에는 별지 제17호부터 별지 제20호까지의 서식에 따른다. 체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하는 때에는 체포영장·긴급체포서·현행범인 체포서 또는 현행범인 인수서를 제출하여야 한다.

② 사법경찰관은 피의자에 대하여 구속영장을 신청하면서 「형사소송법」 제209조에 따라 준용되는 같은 법 제70조제2항의 필요적 고려사항이 있는 때에는 구속영장 신청서에 이를 기재하여야 한다.

③ 사법경찰관은 검사로부터 「형사소송법」 제201조의2제3항에 따른 심문기일과 장소를 통지받은 때에는 검사의 지휘를 받아 지정된 기일과 장소에 체포된 피의자를 출석시켜야 한다.

제30조(영장의 재신청) 사법경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 동일한 범죄사실로 다시 체포·구속·압수·수색 또는 검증영장의 발부를

신청하는 때에는 그 취지를 신청서에 기재하여야 한다.

1. 영장의 유효기간이 경과된 경우
2. 영장을 신청하였으나 발부받지 못한 경우
3. 피의자가 체포·구속되었다가 석방된 경우

제31조(영장의 집행) ① 사법경찰관리는 영장을 신속하고, 정확하게 집행하여야 한다.

② 사법경찰관리가 영장을 집행할 때에는 피의자와 관계인의 인권을 침해하지 않도록 특히 유의하여야 하고 피의자 또는 관계인의 신체 및 명예를 보전하는 데에 유의하여야 한다.

③ 영장은 검사의 서명·날인 또는 집행지휘서에 의하여 집행한다.

④ 사법경찰관리가 「형사소송법」 제81조제1항 단서에 의하여 재판장·수명법관 또는 수탁판사로부터 구속영장의 집행지휘를 받았을 때에는 즉시 구속영장을 집행하여야 한다.

⑤ 사법경찰관리는 피의자를 체포·구속하는 때에는 「형사소송법」 제200조의 5(같은 법 제209조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 피의자에게 피의사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 알려주고, 변명할 기회를 준 후 피의자로부터 별지 제21호서식에 따른 확인서를 받아 수사 기록에 편철하여야 한다. 다만, 피의자가 확인서에 기명날인 또는 서명하기를 거부하는 때에는 피의자를 체포·구속하는 사법경찰관리는 확인서 끝부분에 그 사유를 기재하고 기명날인 또는 서명하여야 한다.

⑥ 사법경찰관리가 영장을 집행할 때에는 「형사소송법」 제89조 및 제90조의 규정을 준수하여야 한다.

제32조(체포·구속의 통지 등) ① 사법경찰관이 피의자를 체포·구속한 때에는 「형사소송법」 제200조의6 또는 제209조의 규정에 의하여 준용되는 같은 법 제87조의 규정에 따라 변호인이 있는 때에는 변호인에게, 변호인이 없는 때에는 같은 법 제30조제2항에 규정된 자 중 피의자가 지정한 자에게 체포·구속한 때부터 늦어도 24시간 이내에 별지 제22호서식에 따른 체포·긴급체포·현행범인체포·구속 통지서로 체포·구속의 통지를 하여야 한다. 이 경우 「형사소송법」 제30조제2항에 규정된 자가 없어 체포·구속의 통지를 하지 못하는 때

에는 별지 제23호서식에 따라 그 취지를 기재한 수사보고서를 기록에 편철하여야 한다.

② 사법경찰관은 긴급을 요하는 때에는 전화, 모사전송, 전자우편, 휴대전화 문자전송, 그 밖에 상당한 방법으로 체포·구속의 통지를 할 수 있다. 이 경우 다시 서면으로 체포·구속의 통지를 하여야 한다.

③ 체포·구속의 통지서 사본은 수사기록에 편철하여야 한다.

④ 「형사소송법」 제214조의2제2항에 따라 같은 법 제214조의2제1항에 규정된 자 중에서 피의자가 지정한 자에게 적부심사를 청구할 수 있음을 통지하는 때에는 제1항부터 제3항까지의 규정을 준용한다.

제33조(체포·구속영장등본의 교부) 사법경찰관은 「형사소송법」 제214조의2제1항에 규정된 자가 체포·구속영장의 등본의 교부를 청구하는 때에는 그 등본을 교부하여야 하고, 그 사실을 별지 제24호서식에 따른 체포·구속영장등본 교부대장에 기재하여야 한다.

제34조(영장 등의 반환) ① 사법경찰관은 「형사소송법」 제200조의6 또는 제209조의 규정에 의하여 준용되는 같은 법 제75조에 따라 체포·구속영장을 반환하는 때에는 영장 및 별지 제25호서식에 따른 영장반환 보고서의 사본을 그 사건기록에 편철하여야 한다.

② 「형사소송법」 제82조의 규정에 의하여 체포·구속영장이 수통 발부된 때에는 이를 전부 반환하여야 한다.

③ 영장반환 보고서에는 발행통수 및 집행불능의 사유를 기재하여야 한다.

④ 통신제한조치의 집행이 불가능하거나 필요 없게 된 때에는 제1항 내지 제3항을 준용하여 통신사실 확인자료 제공요청 또는 통신제한조치허가서를 법원에 반환하여야 한다. 이 경우 별지 제26호서식의 통신사실 확인자료 제공요청 허가서 반환보고서 또는 별지 제27호서식의 통신제한조치 허가서 반환보고서에 의한다.

제35조(긴급체포) ① 사법경찰관이 「형사소송법」 제200조의3제1항의 규정에 의한 긴급체포를 할 때에는 피의자의 연령·경력·범죄성향이나 범죄의 경중·태양 그 밖의 여러 사정을 고려하여 인권의 침해가 없도록 신중을 기하여야 한다.

- ② 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 때에는 즉시 별지 제28호서식의 긴급체포서를 작성하고, 별지 제29호서식의 긴급체포원부에 그 내용을 기재하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 긴급체포 후 12시간 내에 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 긴급체포를 승인하여 달라는 건의를 하여야 한다. 다만, 기소중지된 피의자를 해당 수사관서가 위치하는 특별시·광역시 또는 도 이외의 지역에서 긴급체포한 때에는 24시간 내에 긴급체포에 대한 승인건의를 할 수 있다.
- ④ 제3항의 규정에 의한 긴급체포에 대한 승인건의는 별지 제30호서식의 긴급체포승인 건의서로 하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 긴급체포한 사유와 체포를 계속하여야 할 사유를 상세히 기재하여 모사전송 또는 시스템을 이용하여 긴급체포에 대한 승인건의를 할 수 있다.
- ⑤ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자를 석방하는 때에는 긴급체포원부에 석방일시 및 석방사유를 기재하여야 한다.
- ⑥ 제31조제5항·제6항, 제32조와 제33조의 규정은 긴급체포의 경우에 이를 준용한다.

제36조(피의자의 석방) ① 사법경찰관은 체포 또는 구속한 피의자를 석방하고자 할 때에는 별지 제31호서식에 따른 피의자 석방 건의서를 작성·제출하여 미리 검사의 지휘를 받아야 한다.

- ② 제1항의 경우에 검사의 석방지휘가 있을 때에는 즉시 석방하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자 또는 제2항에 따라 체포 또는 구속한 피의자를 석방한 때에는 별지 제32호서식 또는 별지 제33호서식의 석방보고서를 작성하여 지체 없이 그 사실을 검사에게 보고하여야 하며, 그 사본을 수사기록에 편철하여야 한다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 피의자석방건의는 서면으로 하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 전화, 모사전송, 전자우편, 그 밖의 상당한 방법으로 석방을 건의할 수 있다.
- ⑤ 제4항의 경우 검사는 사건 내용을 파악하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 사법경찰관에게 수사기록 및 증거물을 송부하도록 지시할 수 있다.

제37조(현행범인의 체포) ① 사법경찰관리가 현행범인을 체포하였을 때에는 별

지 제34호서식에 따라 체포의 경위를 상세히 기재한 현행범인 체포서를 작성하여야 한다.

② 사법경찰관리가 현행범인을 인도받은 때에는 체포한 사람으로부터 그 성명·주민등록번호·직업·주거 및 체포의 일시·장소·사유를 청취한 후 별지 제35호서식에 따른 현행범인 인수서를 작성하여야 한다.

③ 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 현행범인을 인도받은 때에는 특히 인권의 침해가 없도록 신중을 기하여야 하며, 별지 제36호서식에 따른 현행범인 체포원부에 그 내용을 기재하여야 한다.

④ 제31조제5항·제6항, 제32조와 제33조의 규정은 현행범인을 체포 또는 인수하는 경우에 이를 준용한다.

제38조(현행범인의 조사 및 석방) ① 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 인수한 때에는 약물 복용 또는 음주 등으로 인하여 조사가 현저히 곤란한 경우가 아닌 한 지체없이 조사하고, 계속 구금할 필요가 없다고 인정할 때에는 즉시 석방하여야 한다.

② 사법경찰관은 제1항에 따라 현행범인을 석방한 때에는 별지 제32호서식의 피의자 석방보고서에 석방일시와 석방사유를 기재하여 지체 없이 그 사실을 검사에게 보고하여야 하며, 해당 문서의 사본을 수사기록에 편철하여야 한다.

③ 체포한 현행범인을 석방하는 때에는 현행범인 체포원부에 석방일시 및 석방사유를 기재하여야 한다.

제39조(피의자의 접견 등) ① 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 체포·구속된 피의자와의 접견, 서류·물건의 접수 또는 수진을 요청할 때에는 친절하게 응하여야 한다.

② 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 아닌 자로부터 제1항의 요청이 있을 때에도 「형사소송법」 제91조에 규정된 사유가 없는 때에는 제1항의 규정에 준하여 처리한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 접견 등의 장소는 될 수 있는 대로 유치장 이외의 방실에서 하도록 하여야 한다.

제40조(체포·구속장소 감찰에 따른 조치) 검사가 「형사소송법」 제198조의2 규정에 의하여 체포·구속장소를 감찰한 후 인치 또는 구금된 자의 석방을 명하

거나 사건을 송치할 것을 명한 때에는 사법경찰관은 즉시 피의자를 석방하거나 사건을 송치하여야 한다. 이 경우 피의자석방명령서 또는 사건송치명령서를 그 사건기록에 편철하여야 한다.

제41조(피의자의 도주 등) 사법경찰관은 체포 중이거나 구속 중에 피의자가 도주 또는 사망하거나 그 밖의 이상이 발생한 때에는 즉시 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하여야 한다.

제5절 증거의 확보

제42조(증거보전의 신청) 사법경찰관은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 그 사유를 소명하여 검사에게 별지 제37호서식에 따라 증거보전의 청구를 신청하여야 한다.

제43조(실황조사) ① 사법경찰관은 수사상 필요하다고 인정되는 때에는 범죄 현장이나 그 밖의 장소에 가서 실황을 조사하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 조사를 하는 때에는 별지 제38호서식에 따른 실황조사서를 작성하여야 한다.

제44조(압수조서 등) ① 사법경찰관은 증거물 또는 몰수할 물건을 압수한 때에는 별지 제39호서식의 압수조서와 별지 제40호서식의 압수목록을 작성하여야 한다.

② 압수조서에는 압수경위를, 압수목록에는 물건의 특징을 각각 구체적으로 기재하여야 한다.

③ 제1항의 경우에는 피의자신문조서, 진술조서, 검증조서 또는 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서를 갈음할 수 있다.

제45조(증거물 등의 보전) ① 사법경찰관리는 혈흔, 지문, 족적 기타 멸실할 염려가 있는 증거물은 특히 보전에 유의하여야 하며, 별지 제41호서식의 검증조서 또는 다른 조서에 그 성질·형상을 상세히 기재하거나 사진을 촬영하여야 한다.

② 시체해부 또는 증거물이 훼손되거나 형상이 변경될 우려가 있는 검증이나 감정을 위촉하는 때에는 제1항의 규정에 준하여 변경 전의 형상을 알 수 있도록 특히 유의하여야 한다.

제46조(압수물의 보관 등) ① 사법경찰관리는 압수물을 다른 사람에게 보관시키는 때에는 보관자의 선정에 주의하여 성실하게 보관하도록 하고 별지 제42호 서식에 따른 압수물건 보관 서약서를 받아야 한다.

② 압수물을 「형사소송법」 제130조제2항의 규정에 의하여 폐기하는 때에는 별지 제43호서식에 따른 폐기조서를 작성하고 사진을 촬영하여 수사기록에 첨부하여야 한다.

③ 압수물에는 사건명, 피의자의 성명, 압수목록에 기재한 순위·번호를 기입한 표찰을 견고하게 붙여야 한다.

④ 압수물의 환부·가환부 또는 압수장물의 피해자 환부에 관하여 검사의 지휘가 있을 때에는 「형사소송법」 제135조에 규정된 자에게 지체 없이 통지를 한 후 신속히 환부하여야 한다.

⑤ 압수물이 유가증권인 때에는 지체 없이 별지 제44호서식의 유가증권 원형 보존 지휘건의서를 검사에게 제출하여 원형보존 여부에 관한 검사의 지휘를 받아야 하며, 원형을 보존할 필요가 없다는 내용의 검사의 지휘가 있는 때에는 지체 없이 환전하여 보관하여야 한다.

⑥ 「통신비밀보호법」에 따른 통신제한조치 집행으로 취득한 물건은 통신제한 조치허가서 및 집행조서와 함께 봉인한 후 허가번호 및 보존기간을 표기하여 별도로 보관하고, 수사담당자 외의 자가 열람할 수 없도록 하여야 한다.

⑦ 통신제한조치를 집행하고 범죄인지서를 작성하지 아니한 때에는 그 집행으로 취득한 물건·자료 등은 보존기간이 경과한 후 검사의 지휘를 받아 즉시 폐기하여야 한다.

제47조(압수물의 폐기) 사법경찰관은 「형사소송법」 제130조제2항에 따라 위험발생의 염려가 있는 압수물을 폐기하기 위해 검사의 지휘를 받는 때에는 검사에게 별지 제45호서식에 따른 압수물 폐기처분 지휘건의서를 제출하여 그 지휘를 받아야 한다.

제48조(압수물의 환부 및 가환부) 사법경찰관은 압수물에 관하여 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출자로부터 환부 또는 가환부의 청구가 있는 때에는 지체 없이 별지 제46호서식의 압수물 환부 지휘건의서 또는 별지 제47호서식의 압수물 가환부 지휘건의서를 검사에게 제출하여 그 지휘를 받아야 한다.

제49조(긴급통신제한조치통보서 제출) 사법경찰관은 「통신비밀보호법」 제8조제5항의 규정에 의하여 긴급통신제한조치가 단시간 내에 종료되어 법원의 허가를 받을 필요가 없는 때에는 지체 없이 별지 제48호서식의 긴급통신제한조치 통보서를 작성하여 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 제출하여야 한다.

제50조(통신제한조치 등 집행사실통지) 사법경찰관은 「통신비밀보호법」 제9조의2 제6항(같은 법 제13조의3제2항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 우편물의 검열, 전기통신의 감청 등 통신제한조치를 집행한 사실 또는 통신사실 확인자료를 제공받은 사실과 집행·제공요청기관 및 그 기간 등을 별지 제49호서식 또는 별지 제50호서식에 의하여 그 통지대상자에게 통지하여야 한다.

제6절 변사자의 검시

제51조(변사자의 검시) ① 사법경찰관리는 변사자 또는 변사의 의심이 있는 사체가 있는 때에는 별지 제51호서식의 변사사건 발생보고 및 지휘건의서 또는 별지 제52호서식의 교통사고 변사사건 발생보고 및 지휘건의서를 작성하여 즉시 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하고 그 지휘를 받아야 한다. 이 경우 검사는 신속하게 지휘하여야 한다.

② 사법경찰관리는 변사사건에 대한 검사의 지휘내용 등에 대하여 조사를 완료한 때에는 별지 제53호서식의 변사사건 처리결과 및 지휘 건의서를 작성하여 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하고 그 지휘를 받아야 한다.

③ 검사의 지휘를 받아 검시를 하였을 때에는 별지 제54호서식에 따른 검시조서를 작성하여야 한다.

제52조(검시의 주의사항) ① 사법경찰관리는 검시에 착수하기 전에 변사자의 위치, 상태 등이 변하지 아니하도록 현장을 보존하여야 한다.

② 변사자의 소지품이나 그 밖에 변사자가 남겨 놓은 물건이 수사에 필요가 있다고 인정되는 때에는 이를 보존하는 데에 유의하여야 한다.

③ 검시를 하는 때에는 잠재지문 및 변사자의 지문을 채취하는 데에 유의하고 의사로 하여금 사체검안서를 작성하게 하여야 한다.

제53조(검사와 참여자) 사법경찰관리는 검시에 특별한 지장이 없다고 인정하는 때에는 변호사의 가족·친족·이웃사람·친구, 시·군·구·읍·면·동의 공무원 그 밖에 필요하다고 인정하는 자를 참여시켜야 한다.

제54조(자살자의 검시) 사법경찰관리는 자살한 사람을 검시하는 때에는 자살을 교사하거나 방조한 자가 있는지 여부를 조사하여야 하며, 유서가 있는 때에는 그 진위를 조사하여야 한다.

제7절 고소·고발사건

제55조(고소의 대리) 사법경찰관리는 「형사소송법」 제236조의 규정에 의한 대리인이 고소를 하거나 고소를 취소하는 때에는 본인의 위임장을 제출받아야 한다.

제56조(고소사건에 대한 주의사항) 사법경찰관은 고소사건에 대하여서는 고소권의 유무, 친고죄에 있어서는 「형사소송법」 제230조 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제18조의 규정에 의한 고소기간의 경과 여부, 간통죄에 있어서는 「형사소송법」 제229조의 규정에 의한 조건의 구비 여부, 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 있어서는 처벌을 희망하는 여부를 각각 조사하여야 한다.

제57조(고소사건의 수사기간) ① 사법경찰관이 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사하는 때에는 고소나 고발이 있는 날로부터 2개월 이내에 수사를 완료하여야 한다.

② 제1항의 기간 내에 수사를 완료하지 못한 때에는 검사에게 별지 제1호서식에 따라 수사기일연장지휘를 건의하여야 한다.

제58조(고소 등의 취소) ① 사법경찰관은 고소 또는 고발의 취소가 있는 때에는 그 사유를 명백히 조사하여야 한다.

② 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건의 경우 피해자가 처벌을 희망하는 의사표시를 철회한 때에도 제1항과 같다.

제8절 소년사건, 가정폭력사건 등에 대한 특칙

제59조(소년사건 수사의 기본원칙) 소년사건을 수사하는 때에는 보호처분 또는

형사처분에 대한 특별한 심리자료를 제공하기 위한 것이라는 점에 유의하여야 하며, 소년의 건전한 성장을 도모하는 자세로 수사하여야 한다.

제60조(소년의 특성의 고려) 소년사건을 수사하는 때에는 소년의 특성에 비추어 되도록 다른 사람의 이목을 끌지 아니하는 조용한 장소에서 온정과 이해를 가지고 부드러운 어조로 조사하여야 하며, 그 소년의 심정을 충분히 배려하여야 한다.

제61조(범죄의 원인등과 환경조사) ① 소년사건을 수사하는 때에는 범죄의 원인 및 동기와 그 소년의 성격·행상·경력·교육정도·가정상황·교우관계 그 밖의 환경 등을 상세히 조사하여 별지 제55호서식에 따른 소년환경 조사서를 작성하여야 한다.

② 소년의 심신에 이상이 있다고 인정되는 때에는 지체 없이 의사로 하여금 진단하게 하여야 한다.

제62조(구속에 관한 주의) 소년에 대하여는 되도록 구속을 피하여야 하며, 부득이 구속 또는 동행하는 때에는 그 시기와 방법에 관하여 특히 주의를 하여야 한다.

제63조(보도상의 주의) 소년범죄에 대해서는 「소년법」의 취지에 따라 신속히 처리하여야 하며, 소년의 주거·성명·연령·직업·용모 등에 의하여 본인을 알 수 있는 정도의 사실이나 사진이 보도되지 아니하도록 특히 주의하여야 한다.

제64조(학생범죄) 소년이 아니더라도 학생의 범죄사건에 관하여는 제59조 내지 제63조의 규정을 준용한다.

제65조(여성범죄) 피의자가 여자인 때에는 제60조와 제62조를 준용한다.

제66조(가정폭력범죄 수사시 유의사항) 가정폭력범죄를 수사하는 때에는 보호처분 또는 형사처분의 심리를 위한 특별자료를 제공하기 위한 것이라는 점에 유의하여야 하며, 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정의 육성을 도모하려는 자세로 수사하여야 한다.

제67조(가정환경 조사서의 작성) 가정폭력범죄를 수사함에 있어서는 범죄의 원인 및 동기와 행위자의 성격·행상·경력·교육정도·가정상황 그 밖의 환경 등을 상세히 조사하여 별지 제56호서식에 따른 가정환경 조사서를 작성하여야 한다.

제68조(가정폭력범죄에 관한 응급조치) 사법경찰관리가 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제5조에 따라 응급조치를 취한 때에는 별지 제57호서식의 응급조치 보고서에 가정폭력 행위자의 성명, 주소, 생년월일, 직업, 피해자와의 관계, 범죄사실의 요지, 가정상황, 피해자와 신고자의 성명, 응급조치의 내용 등을 상세히 기재한 후 사건기록에 편철하여야 한다.

제69조(가정폭력범죄에 관한 임시조치) ① 사법경찰관은 제68조의 규정에 의한 응급조치에도 불구하고 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제8조제1항에 따라 검사에게 같은 법 제29조제1항제1호, 제2호 또는 제3호의 임시조치를 법원에 청구할 것을 신청할 수 있다. 이 경우 별지 제58호서식에 따른 임시조치 신청서에 의한다.

② 사법경찰관은 가정폭력 행위자가 제1항의 규정에 의한 임시조치를 위반하여 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제8조제2항에 따라 검사에게 같은 법 제29조제1항제5호의 임시조치를 법원에 청구할 것을 신청할 수 있다. 이 경우 별지 제58호서식에 따른 임시조치 신청서에 의한다.

③ 사법경찰관리는 제1항 또는 제2항의 신청을 한 때에는 별지 제59호서식에 따른 임시조치 신청부에 소정의 사항을 기재하여야 한다.

④ 사법경찰관리가 임시조치의 결정을 집행한 때에는 집행일시 및 집행방법을 기재한 서면을 사건기록에 편철하여야 한다.

⑤ 임시조치 결정에 대하여 항고가 제기되어 법원으로부터 수사기록등본의 제출을 요구받은 때에는 사법경찰관리는 항고심 재판에 필요한 범위 내의 수사 기록등본을 관할 검찰청으로 송부하여야 한다.

제70조(동행영장의 집행) ① 사법경찰관리는 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제27조제1항의 규정에 의한 법원의 요청이 있는 때에는 동행영장을 집행하여야 한다.

② 동행영장을 집행하는 때에는 피동행자에게 동행영장을 제시하고 신속히 지정된 장소로 동행하여야 한다.

③ 동행영장을 소지하지 아니한 경우 급속을 요하는 때에는 피동행자에게 범죄사실과 동행영장이 발부되었음을 고지하고 집행할 수 있다. 이 경우에는 집

행을 완료한 후 신속히 동행영장을 제시하여야 한다.

④ 동행영장을 집행한 때에는 동행영장에 집행일시와 장소를, 집행할 수 없는 때에는 그 사유를 각각 기재하고 서명날인하여야 한다.

제71조(보호처분결정의 집행) 사법경찰관리는 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제43조제1항의 규정에 의한 법원의 요청이 있는 때에는 보호처분의 결정을 집행하여야 한다.

제9절 마약류범죄 관련보전절차 등

제72조(마약류범죄수사 관련 입국·상륙절차 특례 등의 신청) ① 사법경찰관이 「마약류 불법거래방지에 관한 특례법」 제3조제5항 또는 제4조제3항의 규정에 의하여 검사에게 입국·상륙절차의 특례, 체류부적당 통보, 반출·반입 특례 등을 신청하는 때에는 별지 제60호서식부터 별지 제62호서식까지의 입국·상륙절차 특례 신청서, 체류부적당통보신청서, 세관절차특례신청서 등을 제출하여야 한다.

② 사법경찰관이 제1항의 규정에 의하여 신청을 한 때에는 별지 제63호서식에 따른 특례조치 등 신청부를 작성하고, 필요한 사항을 기재하여야 한다.

제73조(마약류범죄수사 관련 몰수·부대보전신청) ① 사법경찰관이 「마약류 불법거래방지에 관한 특례법」 제34조제1항의 규정에 의하여 검사에게 몰수·부대보전을 신청하는 때에는 별지 제64호서식에 따른 몰수·부대보전 신청서를 제출하여야 한다.

② 사법경찰관이 제1항의 규정에 의하여 신청을 한 때에는 별지 제65호서식에 따른 몰수·부대보전 신청부를 작성하고, 필요한 사항을 기재하여야 한다.

제3장 수사지휘

제1절 수사에 관한 보고

제74조(수사개시보고) 사법경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄의

혐의가 있다고 인식하는 때에는 즉시 수사를 개시하고 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다.

1. 내란의 죄
 2. 외환의 죄
 3. 국기에 관한 죄
 4. 국교에 관한 죄
 5. 공안을 해하는 죄. 다만, 공무원자격의 사칭죄는 제외한다.
 6. 폭발물에 관한 죄
 7. 살인의 죄
 8. 13세 미만 아동 또는 장애인에 대한 성폭력범죄
 9. 「국가보안법」 위반범죄
 10. 각종 선거법 위반범죄
 11. 공무원에 관한 죄 (국회의원 및 지방의회의원, 4급이상 공무원이나 5급이하라도 기관장의 범죄에 한한다.)
 12. 피해규모, 광역성, 연쇄성, 수법 등에 비추어 사회이목을 끌만한 범죄
 13. 대검찰청 승인을 얻어 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 지시한 사항
- 제75조(범죄통계원표)** 사법경찰관은 「전자화촉진법」 제2조제4호의 시스템을 이용해 사건마다 범죄통계원표를 작성하여 검찰총장이나 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 제출하여야 한다.

제2절 수사지휘의 이행

제76조(중요범죄의 입건) 사법경찰관은 대공, 선거(정당 관련 범죄를 포함한다), 노동, 집단행동, 출입국·테러 및 이에 준하는 공안관련 범죄에 대하여 수사를 개시한 때에는 검사에게 지휘를 건의하고 입건 여부에 대한 검사의 의견에 따라야 한다.

제77조(송치 전 지휘 등) ① 사법경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄에 대하여는 사건 송치 전에 검사의 구체적 지휘를 받아야 한다.

1. 제76조에 의하여 입견지휘를 받은 사건

2. 『폭력행위 등 처벌에 관한 법률』 제4조 또는 제5조 및 그 미수범으로 입건한 사건
3. 사건관계인의 이의제기 등의 사유로 사건관계인의 인권보호, 수사의 투명성을 위해 사건의 송치 전에 지휘가 필요하다고 인정되는 사건
 - ② 검사가 송치의견에 대하여 지휘하는 때에는 법률적용 및 증거판단 등에 대한 의견을 지휘서에 기재하여야 한다.

제78조(송치 지휘 등) ① 검사는 사법경찰관리가 수사를 진행하고 있는 사건에 대하여 수사절차상 이의가 제기되거나 동일한 사건이나 관련된 사건을 2개 이상의 기관에서 수사하는 경우 등 수사과정에서 사건관계인의 인권이 침해될 우려가 현저하여 검사가 직접 수사할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 즉시 사법경찰관에게 사건을 송치하도록 지휘할 수 있다.

- ② 사법경찰관은 제1항의 규정에 따라 지휘를 받은 때에는 즉시 수사를 중단하고 검찰에 사건을 송치하여야 한다.

제79조(송치 이후 보완지휘) ① 사법경찰관은 사건을 송치한 후 검사로부터 보완수사 지휘를 받은 때에는 지휘내용을 이행하고, 그 결과를 검사에게 보고하여야 한다.

- ② 제1항의 경우 사법경찰관리는 사건관계인을 소환하거나 조사할 때 검사로부터 보완수사를 지휘 받았다는 사실을 고지하여야 한다.

제80조(검사 수사사건 지휘) ① 사법경찰관리가 검사로부터 검사가 접수한 사건에 대하여 수사할 것을 지휘 받은 때에는 신속히 수사한 후 사건송치 전에 검사의 구체적 지휘를 받아야 한다.

- ② 사법경찰관리가 제1항에 따른 지휘를 받아 고소인, 피의자 등 사건관계인을 소환하거나 조사하는 때에는 그 취지를 고지하여야 한다.

제4장 사건송치

제81조(사건송치) 사법경찰관이 사건을 입건하여 수사를 종결하였을 때에는 이를 모두 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다.

제82조(송치서류) ① 사건을 송치할 때에는 수사서류에 별지 제66호부터 제70호

까지의 서식에 따른 사건송치서·압수물총목록·기록목록·의견서·범죄경력조회회보서 및 수사경력조회회보서 등 필요한 서류를 첨부하여야 한다. 다만, 「형의 실효 등에 관한 법률」 제5조제1항제2호에 해당하는 경우로서 「지문을 채취할 형사피의자의 범위에 관한 규칙」 제2조제2항제1호·제2호 또는 제4호 중 어느 하나에 해당하지 아니하는 피의자에 대하여 다음 각 호의 1의 의견으로 송치할 때에는 범죄경력조회회보서 및 수사경력조회회보서를 첨부하지 아니할 수 있다.

1. 혐의없음
2. 공소권없음
3. 죄가안됨
4. 각하
5. 참고인증지

② 사건송치 전에 범죄경력조회회보 및 수사경력조회회보를 받지 못하였을 때에는 사건송치서(비고란)에 그 사유를 기재하고, 송치 후에 범죄경력 및 수사 경력을 발견하였을 때에는 즉시 주임검사에게 보고하여야 한다.

③ 송치서류는 다음 순서에 따라 편철하여야 한다.

1. 사건송치서
2. 압수물총목록
3. 「형사소송법」 제198조제3항에 의해 작성된 서류 또는 물건 일체가 기재된 기록목록
4. 의견서
5. 그 밖의 서류

④ 제3항제2호 내지 제4호의 서류에는 송치인이 직접 간인을 하여야 한다.

⑤ 제3항제4호의 서류에는 각 장마다 면수를 기입하되, 1장으로 이루어진 때에는 1로 표시하고, 2장 이상으로 이루어진 때에는 1-1, 1-2, 1-3 등으로 표시하여야 한다.

⑥ 제3항제5호의 서류는 접수 또는 작성한 순서에 따라 편철하고, 각 장마다 면수를 표시하되, 2부터 시작하여 순서대로 부여하여야 한다.

⑦ 사법경찰관이 검찰압수물사무규칙 제2조제4호의 규정에 의한 귀증품(통화

및 유가증권을 제외한다)을 송치하는 때에는 감정서 3부를 첨부하여야 한다.

⑧ 통신제한조치를 집행한 사건의 송치 시에는 수사기록표지 증거품 란에 “통신제한조치”라고 표기하고 통신제한조치 집행으로 취득한 물건은 담당 사법경찰관이 직접 압수물송치에 준하여 송치하여야 한다.

⑨ 제3항 내지 제6항의 규정은 사건송치 전 수사진행단계에서 구속영장, 압수·수색·검증영장, 통신제한조치허가를 신청하거나 신병지휘건의 등을 하는 경우에 영장신청서류 또는 신병지휘건의서류 등에 관하여 준용한다.

제83조(송치인 및 의견서 작성인) ① 제81조의 규정에 의하여 사건을 송치할 때에는 소속관서의 장인 사법경찰관의 명의로 하여야 한다. 다만, 소속관서의 장이 사법경찰관이 아닌 때에는 수사 주무부서의 장인 사법경찰관의 명의로 하여야 한다.

② 제82조제1항의 의견서는 사법경찰관이 작성하여야 한다.

제84조(영상녹화물의 송치) ① 사법경찰관은 영상녹화를 실시한 때에는 사건 송치 시 봉인된 영상녹화물을 기록과 함께 송치하여야 한다.

② 영상녹화물 송치 시 사법경찰관은 송치서 표지 비고란에 영상녹화물의 종류와 개수를 표시하여야 한다.

제85조(추송) 사법경찰관이 사건 송치 후에 다시 서류 또는 물건을 추송할 때에는 앞서 송치한 사건명, 그 연월일, 피의자의 성명과 추송하는 서류 및 증거물 등을 기재한 별지 제71호서식의 추송서를 첨부하여야 한다.

제86조(송치 후의 수사 등) ① 사법경찰관이 사건을 송치한 후에 수사를 계속하고자 하는 때에는 미리 주임검사의 지휘를 받아야 한다.

② 사법경찰관은 사건을 송치한 후에 해당 사건 피의자의 다른 범죄를 발견한 때에는 즉시 주임검사에게 보고하고 그 지휘를 받아야 한다.

③ 사법경찰관이 고소·고발사건을 기소·기소중지 또는 참고인증지의 의견으로 송치한 후에 관할 지방검찰청 또는 지청의 사건사무담당직원으로부터 그 사건에 대한 혐의없음·공소권없음·죄가안됨·각하의 처분결과와 함께 피의자에 대한 수사자료표를 폐기하도록 통보받은 때에는 그 수사자료표가 지체 없이 폐기될 수 있도록 조치하여야 한다.

제87조(소재불명자의 처리) 사법경찰관은 제74조 소정의 죄에 해당하는 사건을

송치할 때에는 소재불명 피의자의 지명수배 내용과 사진 그 밖에 별지 제72호 서식에 따른 인상서 등을 첨부하여야 한다.

제88조(참고인등의 소재수사) ① 사법경찰관이 참고인증지 의견으로 사건을 송치할 때에는 별지 제73호서식에 따른 참고인등소재수사지휘부를 작성하고 그 사본 1부를 수사기록에 편철하여야 한다.

② 사법경찰관리는 제1항의 규정에 의하여 작성된 참고인등소재수사지휘부를 편철하여 관리하고 매 분기 1회 이상 참고인 등에 대한 소재수사를 행하여야 한다. 다만, 검사가 송치의견과 다른 결정을 한 때에는 참고인등소재수사지휘부에 그 취지를 기재하고 소재수사를 행하지 아니한다.

제89조(기소중지·참고인증지 처분된 자에 대한 수사) ① 사법경찰관은 검사가 피의자소재불명의 사유로 기소중지한 자를 발견하였을 때에는 즉시 수사에 착수하고 별지 제74호서식의 기소중지자 소재발견 보고서를 작성하여 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하여야 한다.

② 기소중지가 특정증거의 불명으로 인한 것인 경우에 이를 발견한 때 또는 참고인증지의 경우에 참고인 등을 발견한 때에도 제1항과 같다. 다만, 참고인 등의 소재를 발견한 때에는 별지 제75호서식에 따른다.

③ 사법경찰관이 제1항의 사유로 수사에 착수한 때에는 별지 제76호서식에 따른 피의자 소재발견 처리부에 기재하여야 한다.

제5장 수사관계서류

제90조(수사서류의 작성) 수사서류를 작성할 때에는 내용의 정확성과 진술의 임의성을 확보하기 위하여 특히 다음 사항에 유의하여야 한다.

1. 일상용어에 사용하는 쉬운 문구를 사용한다.
2. 복잡한 사항은 항목을 나누어 기술한다.
3. 사투리, 약어, 은어 등은 그 다음에 괄호를 하고 간단한 설명을 붙인다.
4. 외국어 또는 학술용어에는 그 다음에 괄호를 하고 간단한 설명을 붙인다.
5. 지명, 인명 등으로서 혼동할 우려가 있을 때, 기타 특히 필요하다고 인정할 때에는 그 다음에 괄호를 하고 한자 등을 기입하거나 설명을 붙인다.

6. 각 서류마다 작성연월일을 기재하고 간인하게 한 후 기명날인 또는 서명하도록 한다.

제91조(시스템의 이용) 사법경찰관리는 「전자화촉진법」 제2조제1호에서 정한 형사사법업무와 관련된 문서를 작성할 때에는 시스템을 이용하여야 하며, 작성한 문서는 시스템에 저장·보관하여야 한다. 다만, 시스템을 이용하는 것이 곤란한 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 예외로 한다.

1. 피의자, 피해자, 참고인 등 사건관계인이 직접 작성하는 문서
2. 시스템에 작성 기능이 구현되어 있지 아니한 문서
3. 시스템을 이용할 수 없는 시간 또는 장소에서 불가피하게 작성해야 하거나 시스템장애 또는 전산망오류 등으로 시스템을 이용할 수 없는 상황에서 불가피하게 작성해야 하는 문서

제92조(외국어로 된 서면) 외국어로 기재한 서류가 있을 때에는 번역문을 첨부하여야 한다.

제93조(장부와 비치서류) 사법경찰 사무를 처리하는 관서에는 다음의 장부 및 서류를 비치하여야 한다.

1. 범죄사건부
2. 압수부
3. 구속영장신청부
4. 체포영장신청부
5. 체포·구속영장집행원부
6. 긴급체포원부
7. 현행범인체포원부
8. 피의자소재발견처리부
9. 압수·수색·검증영장신청부
10. 출석요구통지부
11. 체포·구속인접견부
12. 체포·구속인교통부
13. 물품차입부
14. 체포·구속인수진부

15. 체포·구속인명부
16. 수사종결사건(송치사건)철
17. 변사사건종결철
18. 수사미제사건기록철
19. 통계철
20. 처분결과통지서철
21. 검시조서철
22. 통신제한조치허가신청부
23. 통신제한조치집행대장
24. 긴급통신제한조치대장
25. 긴급통신제한조치통보서발송부
26. 통신제한조치집행사실통지부
27. 통신제한조치집행사실통지유예승인신청부
28. 통신사실 확인자료제공 요청허가신청부
29. 긴급 통신사실 확인자료제공 요청대장
30. 통신사실 확인자료제공 요청집행대장
31. 통신사실 확인자료 회신대장
32. 통신사실 확인자료제공 요청 집행사실통지부
33. 통신사실 확인자료제공 요청 집행사실통지유예 승인신청부
34. 영상녹화물 관리대장
35. 특례조치등신청부
36. 몰수·부대보전신청부

제94조(장부와 비치서류의 전자화) ① 제93조 각 호의 장부와 비치서류 중 시스템에 그 작성·저장·관리 기능이 구현되어 있는 것은 전자적으로 관리할 수 있다.

② 제1항의 경우 전자장부와 전자비치서류는 종이 장부 및 서류의 개별 항목을 포함하여야 한다.

제95조(수사종결사건철) 수사종결사건(송치사건)철에는 검사에게 송치한 사건의 기록 목록 및 의견서의 사본을 편철하여야 한다.

제96조(수사미제사건기록철) 수사미제사건기록철에는 장차 검거할 가망이 없는 도난 기타 피해신고 사건 등의 기록을 편철하여야 한다.

제97조(통계철) 통계철에는 사법경찰업무에 관한 각종 통계서류를 편철하여야 한다.

제98조(처분결과통지서철) 처분결과통지서철에는 검사의 기소·불기소(기소유예·협의없음·공소권없음·죄가안됨·각하)·기소중지·참고인증지·이송 등 결정 및 각 심급의 재판결과에 관한 통지서를 편철하여야 한다.

제99조(서류철의 색인목록) ① 서류철에는 색인목록을 붙여야 한다.

② 서류편철 후 그 일부를 빼낼 때에는 색인목록 비고란에 그 연월일 및 사유를 기재하고 담당 사법경찰관이 날인하여야 한다.

제100조(임의장부 등) 사법경찰관은 필요하다고 인정할 때에는 제10조 및 제93조 소정의 장부 및 서류 이외에 필요한 장부 또는 서류철을 비치할 수 있다.

제101조(장부 등의 갱신) ① 사법경찰사무에 관한 장부 및 서류철은 매년 이를 갱신하여야 한다. 다만, 필요에 따라서는 계속 사용할 수 있다.

② 제1항 단서의 경우에는 그 연도를 구분하기 위하여 분계지 등을 삽입하여 분명히 하여야 한다.

제102조(장부 및 서류의 보존기간) 장부 및 서류는 다음의 기간 이를 보존하여야 한다.

1. 범죄사건부 25년
2. 압수부 25년
3. 구속영장신청부 2년
4. 체포영장신청부 2년
5. 체포·구속영장집행원부 2년
6. 긴급체포원부 2년
7. 현행범인체포원부 2년
8. 피의자소재발견처리부 25년
9. 압수·수색·검증영장신청부 2년
10. 출석요구통지부 2년
11. 체포·구속인접견부 2년

12. 체포·구속인교통부 2년
13. 물품차입부 2년
14. 체포·구속인수진부 2년
15. 체포·구속인명부 25년
16. 수사종결사건(송치사건)철 25년
17. 변사사건종결철 25년
18. 수사미제사건기록철 25년
19. 통계철 5년
20. 처분결과통지서철 2년
21. 검시조서철 2년
22. 통신제한조치허가신청부 3년
23. 통신제한조치집행대장 3년
24. 긴급통신제한조치대장 3년
25. 긴급통신제한조치통보서발송부 3년
26. 통신제한조치집행사실통지부 3년
27. 통신제한조치집행사실통지유예승인신청부 3년
28. 통신사실 확인자료제공 요청허가신청부 3년
29. 긴급 통신사실 확인자료제공 요청대장 3년
30. 통신사실 확인자료제공 요청집행대장 3년
31. 통신사실 확인자료 회신대장 3년
32. 통신사실 확인자료제공 요청 집행사실통지부 3년
33. 통신사실 확인자료제공 요청 집행사실통지유예 승인신청부 3년
34. 영상녹화물 관리대장 25년
35. 특례조치등 신청부 2년
36. 몰수·부대보전신청부 10년

제103조(보존기간의 기산 등) ① 제102조의 보존기간은 사건처리를 완결하거나 또는 최종절차를 마친 다음 해 1월 1일부터 기산한다.

② 보존기간이 경과한 장부 및 서류철은 폐기목록을 작성한 후 폐기하여야 한다.

제6장 약식절차에서의 전자문서 이용 등

제104조(동의) 사법경찰관리는 「약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」(이하 “「전자약식법」”라 한다) 제3조에 해당하는 사건(이하 “전자약식사건”이라 한다)을 수사할 때에는 피의자를 신문하기 전에 전자문서 등을 이용해 처리되는 약식절차(이하 “전자약식절차”라고 한다)에 관하여 안내하고 그 동의 여부를 확인하여야 한다. 피의자가 동의하는 때에는 별지 제77호서식에 따른 동의서를 시스템에서 전자문서로 작성하여야 한다.

제105조(전자약식절차의 예외) 사법경찰관리는 「전자약식법」 제3조제3항제2호에 해당하여 전자약식절차에 따르는 것이 적절하지 아니하다고 판단하는 때에는 그 취지를 기재한 수사보고서를 작성하여 수사기록에 편철하여야 한다.

제106조(전자화문서) ① 사법경찰관리가 피의자 또는 그 밖의 사건 관계인으로부터 해당 사건에 관한 종이문서나 그 밖에 전자적 형태로 작성되지 아니한 문서(이하 “전자화대상문서”라 한다)를 접수한 때에는 즉시 스캐너 등을 이용하여 시스템이 처리할 수 있는 문서(이하 “전자화문서”라 한다)로 변환하여 작성한다.

- ② 제1항의 문서작성자는 전자화문서에 행정전자서명을 하여야 한다.
- ③ 전자약식사건을 송치한 때에는 전자화대상문서를 추송하여야 한다.
- ④ 전자화문서 작성 후 사건송치 전에 피의자가 「전자약식법」 제3조제1항의 동의를 철회하는 등의 사유로 전자약식사건에 해당하지 아니하게 된 때에는 해당 전자화대상문서를 수사기록에 편철하여 송치하여야 한다.

제7장 보 칙

제107조(수사협의회) 대검찰청과 경찰청간에 수사에 관한 제도개선 방안을 논의하고, 상호 의견을 교환하기 위하여 협의회를 둔다.

제108조(상황정보공유) 사법경찰관은 소요의 발생, 집단불법행위 등의 사유로 사회적 불안이 조성되거나, 그러한 상황이 계속되고 있을 때에는 그 사실과 경찰조치에 관한 자료를 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사와 공유하여야 한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 영은 2012. 1. 1.부터 시행한다.

제2조(일반적 적용례) 이 영은 이 영 시행 당시 수사 중이거나 법원에 계속 중인 사건에도 적용한다. 다만, 이 영 시행 전에 종전의 규정에 따라 행해진 행위의 효력에는 영향을 미치지 아니한다.

제3조(다른 법령과의 관계) 이 영 시행 당시 다른 법령에서 종전의 「사법경찰관리 직무규칙」 또는 그 규정을 인용하고 있는 경우에 이 영 가운데 그에 해당하는 규정이 있을 때에는 종전의 「사법경찰관리 직무규칙」 또는 그 규정을 갈음하여 이 영 또는 이 영의 해당 규정을 인용한 것으로 본다.

〈부록 2〉

형사소송법 제196조 제1항, 제3항의 수사지휘에 관한 시행령(안)

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 영은 형사소송법 제196조 제1항, 제3항에서 위임된 검사의 지휘에 관한 구체적 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(검사와 사법경찰관의 협력의무) 검사와 사법경찰관은 수사 및 공소제기·유지에 있어 상호 긴밀히 협력하여야 한다.

제3조(수사지휘의 한계) 검사의 수사지휘는 사법경찰관의 수사주체성을 존중하고 적법, 정당하게 행사되어야 한다.

제4조(다른 법령과의 관계) 검사의 수사 지휘는 이 영에 규정된 경우에 한하며, 이 영 시행 전에 다른 영에 규정된 관련 내용은 그 효력을 상실한다.

제2장 수사지휘

제5조(수사지휘의 주체) 수사지휘는 관할 지방검찰청 또는 지청 소속의 검사로서 검찰내부의 업무배당지침 등을 통해 당해 사건을 지휘하도록 지정된 검사가 한다.

제6조(수사지휘의 대상) ① 검사의 수사지휘는 경찰 내부 배당지침을 통해 당해 사건을 배당받은 사법경찰관리가 소속한 부서의 주무 책임자 (이하 “주무 사법경찰관”이라 한다.)를 상대방으로 한다.

② 검사는 사법경찰관이 수사를 개시한 사건에 대해 수사지휘를 할 수 있다.

제7조(수사지휘 및 결과통보 형식) ① 검사의 수사지휘는 형사사법절차 전자화 촉진법에 따른 형사사법정보시스템(이하 “시스템”이라 한다) 등을 이용하여 서면으로 한다.

- ② 긴급한 사유가 있는 경우 전화, 팩스의 방법으로 수사지휘를 할 수 있으며 이 때에는 즉시 서면으로 사법경찰관에게 통보하여야 한다.
- ③ 제2항에 의한 검사의 수사지휘가 있을 경우 사법경찰관리는 그 내용을 서면으로 작성하여 수사기록에 편철하여야 한다.
- ④ 사법경찰관리는 검사의 수사지휘를 정당한 사유가 없는 한 신속히 이행하여 전화, 팩스, 서면으로 그 결과를 통보하여야 한다.

제8조(수사지휘의 시기) 검사는 사법경찰관이 범죄혐의를 인식하고 범죄인지서를 작성하거나 시스템상 입건하여 수사를 개시한 이후에 수사지휘를 할 수 있다.

제9조(수사지휘의 범위) ① 검사는 다음과 같은 경우에 수사지휘를 할 수 있다.

- 1. 검사에게 사법경찰관이 수사중인 사건에 관한 진정서, 이의제기 등이 접수된 경우
- 2. 수사가 종결된 사건을 다시 수사하는 경우
- 3. 검사에게 체포영장, 압수·수색영장 등 『형사소송법』 및 다른 법령에 의한 영장 또는 허가서의 신청을 한 때
- 4. 사건 송치 후 보완 수사가 필요한 경우

② 검사의 수사지휘는 해당 사건의 법률적용 및 증거수집과 조사사항의 법적 판단에 대하여 구체적으로 행하여야 하며, 사법경찰관의 기소·불기소 등 송치의견에 대하여는 지휘를 할 수 없다.

제10조(수사지휘의 예외) 제9조의 규정에도 불구하고, 다음과 같은 경우 검사는 수사지휘를 할 수 없다.

- 1. 수사대상자가 검사이거나 검사이었던 경우
- 2. 수사대상자가 검찰청 소속 공무원이거나 검찰청 소속 공무원이었던 경우

제11조(수사의 경합) 검사의 수사와 사법경찰관의 수사가 경합하여 병합 수사가 필요한 경우에는 범죄인지서를 작성한 시점 또는 시스템상 입건한 시점의 선후에 의해 수사할 기관을 결정한다. 다만, 검사와 주무 사법경찰관이 수사의 진행상황 등을 감안하여 협의를 통해 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다.

제12조(수사지휘의 요구) ① 사법경찰관은 검사에게 수사사건의 법률적용 및 증거수집과 조사사항의 법적 판단에 대해 지휘를 요구할 수 있다.

② 검사가 사법경찰관으로부터 제1항의 요구를 받은 때는 지체없이 이에 응하여야 한다.

제13조(검사에 대한 의견 제시) 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 장은 검사의 수사지휘 적정성 등에 관하여 해당 검사가 소속된 관서의 장에게 의견을 제시할 수 있다.

제3장 수사지휘에 대한 이의신청

제14조(수사지휘에 대한 이의신청) ① 주무 사법경찰관은 구체적 사건과 관련된 검사의 수사지휘의 적법성 또는 정당성에 이견이 있을 때에는 수사지휘 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 관할 고등검찰청 검사장에게 서면으로 이의신청을 할 수 있다.

② 제1항의 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 5일 이내에 수사지휘를 변경·철회할 수 있고, 이 경우에는 고등검찰청으로 이의 신청서를 송부하지 않는다. 다만, 변경·철회를 하지 않는 경우 또는 이의신청서 접수일로부터 5일이 경과된 경우에는 고등검찰청으로 이의신청서를 송부하여야 한다.

③ 이의신청서를 접수한 고등검찰청 검사장은 5일 이내에 해당 수사지휘의 적법성·정당성 여부를 판단하고 그 결과를 통보하여야 한다. 이의신청을 인용하는 경우에는 고등검찰청 검사장은 해당 검사에게 수사지휘를 변경·철회하도록 하여야 한다.

제4장 검·경 협의회

제15조(구성) ① 검사의 수사지휘에 관한 세부 사항을 협의·조정하기 위해 검·경 협의회를 구성한다.

② 검·경 협의회는 대검찰청 차장검사, 경찰청 차장 및 변호사, 형사법 교수 등 관련 전문가 8인으로 구성한다.

③ 협의회의 위원장은 위원 중에서 호선한다.

제16조(기능) 검·경 협의회는 다음 각 호의 사항에 대하여 협의·조정한다.

1. 검사와 사법경찰관리간 수사지휘의 범위에 관한 해석에 관한 사항
2. 입건기준, 구속영장 신청시 기준 등 신병처리기준 설정·변경에 관한 사항

3. 공소제기·유지와 관련된 수사관계 서식 및 장부와 서류 비치에 관한 구체적인 사항

4. 검·경 협의회 및 실무협의회 운영을 위한 시행세칙 마련

제17조(회의) ① 검·경 협의회에서 협의할 사항이 있으면 각 위원은 위원장에게 협의회 개최를 요구할 수 있다.

② 검·경 협의회는 협의와 조정은 위원 전원의 합의에 의한다.

제18조(실무협의회) ① 검·경 협의회는 업무를 효율적으로 지원하기 위하여 협의회에 수사업무 실무협의회(이하 “실무협의회”라 한다)를 둔다.

② 실무협의회는 검·경 협의회로부터 위임받은 사항을 처리한다.

③ 실무협의회는 위원은 검사, 총경 이상 경찰공무원 및 변호사, 형사법 교수 중에서 검·경 협의회가 위원장이 지명하는 사람으로 구성한다.

제19조(위임규정) 제15조부터 제18조까지에서 규정한 사항 외에 검·경 협의회 운영 등에 필요한 사항은 해당부처 공동의 영으로 정한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 영은 2012. 1. 1.부터 시행한다.

제2조(일반적 적용례) 이 영은 이 영 시행 당시 수사 중이거나 법원에 계속 중인 사건에도 적용한다. 다만, 이 영 시행 전에 종전의 규정에 따라 행해진 행위의 효력에는 영향을 미치지 아니한다.