

내사의 허용범위와 법적통제*

조 광 훈

대검찰청 운영지원과 TF팀 검찰수사관
법무연수원 및 인천시 인재개발원 수사실무강사

< 목 차 >

- I. 들어가며
- II. 내사의 개념과 법적근거
- III. 내사와 수사의 구별
- IV. 내사의 허용범위
- V. 내사의 법적통제
- VI. 나오며

【국문초록】

내사는 '수사기관이 피내사자의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 행하는 수사개시권을 행사하기 전의 은밀한 모든 조사활동'을 말한다. 현재 내사의 명확한 법적근거는 존재하지 않는다. 내사와 수사의 구별은 형식설과 실질설로 나누어진다. 수사기관이 수사를 내사로 포장하여 피내사자의 각종 제반권리를 좌지우지하는 것을 피내사자의 인권보호에 충실할 수 있다는 면에서 형식설보다는 실질설이 타당하다. 내사의 허용범위는 세간의 풍문, 뉴스, 방송, 정보원 등으로부터 범죄혐의 유·무를 확인하기 위한 기초적인 자료수집 활동을 할 수 있다. 그러나 정보수집을 핑계로 피내사자에 대한 불필요한 감시와 미행을 남용해서는 안된다.

* 투고일 : 2012.06.02, 심사완료일 : 2012.06.25, 게재확정일 : 2012.06.24

내사에서 기초적인 주변조사로는 피내사자의 인적사항과 주소지 확인, 주민등록지 이동상황, 피내사자와 그의 가족상황, 개인별 부동산 소유와 변동사항, 개인별 출입국 내역, 여권 및 비자발급 내역 등 공무소 등에 대한 각종 사실조회를 예시적으로 들 수 있다. 내사절차에서도 참고인이나 피내사자를 조사할 수 있지만 피내사자를 임의동행을 병자하여 강제연행을 하거나 피의자에 대한 조사방법을 사용하면 안된다. 내사절차에서도 제한적인 대물적 압수·수색을 할 수 있고, 통신사실 확인 및 통신제한조치, 출입국 조회 및 출국금지, 금융거래조사와 계좌추적을 실시할 수 있으나 매우 제한적으로 실시하여야 한다. 피내사자의 법적통제는 피내사자의 인권보호를 위하여 수사기관의 자체적인 법적통제의 시스템을 확립하는 것이 필요하다. 국회의 국정감사나 국정조사권이나 언론에 의한 통제도 필요하며 법원에 의한 법적통제가 강조된다. 경찰내사의 경우는 내사로 포장된 실질적인 수사행위는 검사의 수사지휘권의 발동이 가능하여야 한다. 경찰내사에 비하여 사회지도층이나 사회적으로 이목을 끄는 내사를 진행하는 검찰내사에 대한 법적통제의 필요성이 더욱 요구된다. 내사의 명확한 법적근거를 형사소송법에 마련하여야 한다.

I. 들어가며

‘내사’가 그동안 형사소송법학자들이나 실무자들에게 주목받지 못하고 연구의 대상에서도 외면을 당해 왔었다. 그도 그럴 것이 아마도 형사소송법 법전을 보더라도 내사라는 단어를 그 어디에서도 찾아볼 수도 없고 형사소송법을 다루고 있는 책에서도 이를 자세히 다루는 것을 쉽게 찾아볼 수 없기 때문이었는지 모른다.

작년에 형사소송법 제196조에 사법경찰관의 수사개시권을 명문화하고 검사의 수사지휘권의 범위를 대통령령에 규정함에 있어 내사가 수사에 포함되느냐 마느냐 검찰과 경찰이 신경전을 벌이는 과정에서 내사가 갑자기 쟁점을 떠올랐었다. 이를 계기로 학계에서는 내사와 관련한 몇 차례 정도의 학술세미나를 개최하였을 뿐이다. 검찰과 경찰이 내사를 두고 다툰 이유는 내사가 수사에 해당한다면 사법경찰관의 내사가 검사의 수사지휘권의 대상이 되지만 내사가 수사에 해당되지 않는다면 검사의 수사지휘권의 대상이 되지 않기 때문이었다.이렇

게 검찰과 경찰은 자기 조직의 사활을 걸고 내사를 수사에 포함된다고 하기도 하고 수사에 포함되지 않는다고 주장하기도 하였다.

내사가 갑자기 쟁점이 되었으나 아직도 내사의 허용범위와 그 법적통제가 확립되어 있다고 단정하기 어렵다. 하여튼 작년 말에 어설픈 대통령령¹⁾이 제정되었고 금년부터 개정된 형사소송법과 함께 시행되어 오고 있다. 그런데 내사에 대한 효율적인 법적통제는 내사의 허용범위를 논하는 것이 선행되어야 이를 구체적으로 검토할 수 있다.

이글에서는 내사의 허용범위와 법적통제를 살펴봄에 있어 우선 내사와 수사의 구별의 필요성을 살펴보고 내사의 허용범위와 법적통제 방안을 구체적으로 검토하고자 한다.

II. 내사의 개념과 법적근거

1. 내사의 개념

내사는 “수사기관이 피내사자의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 행하는 통상의 수사를 개시하기 이전의 은밀한 모든 조사활동”을 말한다. 내사의 개념에 대해서는 견해가 다양하다. 범죄에 관한 신고나 풍설이 있을 때 범죄혐의가 있는가를 확인하기 위하여 진상을 확인하는 활동²⁾, 수사기관은 수사를 개시하기에 앞서 범죄혐의 유·무를 확인하기 위한 조사활동³⁾, 범죄에 관한 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때 검사나 사법경찰관리가 그 진상을 조사하는 행위⁴⁾, 보도·풍설·진정·탄원·익명의 신고 등을 통하여 범죄혐의가 있을 수

1) 2011. 12. 30. 대통령령 제23436호로 공포되고 올해 1. 1.부터 시행되고 있는 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(이하에서는 ‘시행령’이라 함)」으로 기존 법무부령인 사법경찰관리 직무규칙은 동일자로 폐지되었다.

2) 신동운, “내사종결 처분의 법적성질”, 서울대학교 법학(제45권 제3호), 서울대학교 법학연구소, 2004. 9. 310면; 이 견해는 사경단계의 내사와 검찰단계에서의 내사를 다르게 정의하고 있다. 사경단계에서의 내사는 “범죄에 관한 신고나 풍설이 있을 때 범죄혐의가 있는가를 확인하기 위하여 진상을 확인하는 활동”이라고 정의하고, 검찰단계에서의 내사는 “수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항을 조사하는 활동”이라고 정의하기도 한다(같은 논문, 312면).

3) 신동운, 「신형사소송법(제3판)」, 법문사, 2011, 35면.

있는 정보를 입수한 수사기관이 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 입건 전의 단계에서 수행하는 조사활동⁵⁾, 수사의 전 단계로서 검찰, 경찰 등 수사기관이 범죄를 인지 입건하기 전에 범죄혐의를 확인하기 위한 활동⁶⁾, 수사기관이 범죄혐의의 유·무를 확인하기 위하여 입건 전의 단계에서 수행하는 조사활동⁷⁾, 수사기관이 범죄혐의를 확인하기 위하여 범죄인지 전의 단계에서 수행하는 조사활동⁸⁾, 수사기관이 형사소송법 제195조의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 행하는 조사활동⁹⁾, 수사개시 이전의 단계의 수사기관의 활동으로서 수사개시에 필요한 범죄혐의 유·무의 판단 자료를 수집하는 과정¹⁰⁾, 범죄혐의의 인지가 있기 전의 경찰활동¹¹⁾, 범죄의 혐의유·무를 알아보기 위하여 행하는 수사기관의 활동¹²⁾, 범죄입건 이전의 단계에서 행하는 조사활동¹³⁾, 보도·풍설·진정·탄원·투서·익명의 신고 등을 통하여 범죄혐의가 있을 수 있는 정도를 입수한 수사기관이 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 입건 전의 단계에서 수행하는 실체해명 활동¹⁴⁾, 범죄의 혐의 유·무를 미리 알아보기 위하여 행하는 수사기관의 내사¹⁵⁾, 범죄의 혐의 유·무를 알아보기 위하여 행사하는 수사기관의 조사활동¹⁶⁾, 수사기관의 인지 이전의 단계는 내사¹⁷⁾, 검찰이나 경찰 등이 범죄를 인지하기 전에 보도·풍설·진정·익명의 신고 등을 통하여 범죄혐의 유무를 확인하기 위하여 수행하는 조사활동¹⁸⁾등 다양하게 정의하고 있다.

-
- 4) 신동운, 「간추린 신형사소송법(제2판)」, 법문사, 2008, 7면.
 - 5) 권오걸, “수사절차로서의 내사에 관한 고찰”, 형사법연구(제15호), 한국형사법학회, 2001. 6. 239면.
 - 6) 정성진, “형사절차로서의 내사”, 법학논총(제9호), 국민대학교 법학연구소, 1997. 11. 94면.
 - 7) 정성진, “내사론”, 법조(제46권 제3호), 법조협회, 1997. 3. 7면.
 - 8) 정웅석·백승민, 「형사소송법(전정판)」, 대명출판사, 2011, 60면; 정웅석, 「검사의 수사지휘권에 관한 연구」, 대명출판사, 2007, 536면.
 - 9) 신양균·조기영 “내사의 개념과 허용범위”, 「형사법연구(제23권 제3호)」, 한국형사법학회, 2001. 9. 192면.
 - 10) 김정환, 「실무형사소송법」, 도서출판, 북과일, 2012, 152면.
 - 11) 배종대·이상돈, 「형사소송법(제6판)」, 홍문사, 2005, 185면.
 - 12) 임동규, 「형사소송법(제3판)」, 법문사, 2004, 119면.
 - 13) 노명선·이완규, 「형사소송법(제2판)」, SKKUP, 2011, 137면.
 - 14) 신양균, 「형사소송법」, 법문사, 2000, 79면.
 - 15) 손동권, 「형사소송법(개정신판)」, 세창출판사, 2010, 155면.
 - 16) 이은모, 「형사소송법」, 박영사, 2010, 153면.
 - 17) 차용석·최용성, 「형사소송법(제2판)」, 세영사, 2004, 170면.

한편, 올해 개정된 검찰사건사무규칙 제141조 제1항에서 내사의 수리사유를 “검사는 범죄에 관한 신문, 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설, 첩보의 입수 등으로 범죄의 존재 여부를 확인할 필요가 있는 때”로 규정하고 있다.

2. 내사의 개념 설정의 혼란

내사의 개념이 다양한 만큼 이를 명확히 하는 것은 쉽지 않다. 내사를 광의의 수사행위로 본다면 내사의 개념을 별도로 정의하는 것은 의미가 퇴색될 것이고 수사행위와는 다른 별개의 조사활동으로 본다면 그 개념을 명확히 할 필요가 있다. 내사의 법적통제와 피내사자의 인권보호를 기하고 조사방법의 구별을 위하여 내사와 수사는 구별되어야 하며 구별의 전제가 내사의 개념을 명확히 하여야 한다는 점이다.

현재까지 내사를 정의하고 있는 견해들을 보면, ‘수사기관이 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 ‘입건 전(또는 범죄 인지 전)’의 단계에서 수행하는 조사활동’이라고 정의하는 견해들을 적지 않게 찾아볼 수 있다. 내사와 수사의 구별을 입건 전의 조사활동으로 구분하느냐 하지 않느냐는 매우 중요한 문제이다. 적지 않는 견해들이 수사기관의 입건 유·무에 따라 내사의 개념을 정하면서 내사와 수사의 구별의 필요성에는 침묵하고 있다. 이처럼 내사의 개념을 ‘입건 전의 수사기관의 조사활동’으로 보는 것은 입건의 유·무에 따라 내사와 수사를 구별하는 수사기관의 관행을 따르는 것으로 볼 수밖에 없을 것이다.

한편, 내사의 개념 설정을 검찰내사와 경찰내사를 별도로 구분하면서 특히 검찰단계에서의 내사는 일단 ‘범죄혐의가 있다’는 전제하에서 조사를 진행해 가는 활동이라는 견해¹⁸⁾가 있다. 그러나 수사의 단서로 어떤 첩보가 제공된 경우에 당연히 수사개시 전 첩보의 출처나 내용의 진정성 판단을 위한 기초적 조사가 반드시 선행되어야 한다. 이러한 경우 검찰이 범죄혐의를 전제하였기 때문에 내사를 진행하였다기 보다는 범죄혐의가 있는지 확인하기 위하여 내사를 진행하였다고 보아야 한다.²⁰⁾ 실무에서도 경찰내사와 검찰내사가 달리 진행되지도 않으

18) 김재덕, “내사의 허용범위와 통제방안”, 법학논집(제16권 제1호), 이화여자대학교 법학연구소, 2011, 9면.

19) 신동운, 앞의 논문, 312면.

므로 검찰내사를 범죄혐의 전제로 경찰내사와 구별하려는 것은 타당하지 않다.

3. 법적근거

내사의 법적근거를 제시하는 견해는 다양하다. 먼저, 형사소송법 제199조에서 찾아야 한다는 견해²¹⁾, 형사소송법 제199조 제2항의 사실조회는 내사의 전형적인 방법이므로 내사의 법적근거가 된다는 견해²²⁾, 형사소송법 제195조와 제222조에서 찾으려는 견해²³⁾, 형사소송법 제195조 및 제199조 제1항에서 근거를 찾아야 한다는 견해²⁴⁾등이 있다. 현재 검찰사건사무규칙 제141조 제1항에서 “검사는 범죄에 관한 신문, 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설, 첩보의 입수 등으로 범죄의 존재 여부를 확인할 필요가 있는 때에는 내사사건으로 수리한다.”고 규정하고 있다. 이와 같은 내사의 법적근거를 다음과 같이 검토할 수 있다.

첫째, 내사의 법적근거를 형사소송법 제199조에서 찾아야 한다는 견해는 내사는 수사개시권을 행사하기 전의 조사활동이고, 형사소송법 제199조는 형사소송법 제2편, 제1심 제1장에서 수사기관이 범죄인지 후의 수사를 규정하고 있으므로 내사의 법적근거로 보는 것은 적절하지 않다.²⁵⁾ 이는 내사를 광의의 수사라고 보고 그 근거조항까지 같은 곳에서 구하면서 수사와 구별되는 내사의 특성을 논하는 것은 모순이라는 비판²⁶⁾을 면하기 어렵다. 그리고 제199조 제2항의 사실조회는 내사의 실무에서도 많이 활용하고 있는 것은 사실이지만 그렇다고 사실조회의 법적근거가 곧 내사의 법적근거가 된다고 보는 것은 무리이다. 더 나아가 형사소송법 제199조에서 언급하고 있는 ‘수사’에 광의의 수사로서 내사를 포

20) 허인석, 「내사의 법적쟁점에 관한 연구」, 형사법의 쟁점연구(II), 박영사, 2010, 147면.
 21) 정성진, “내사론”, 「법조(통권 제486호)」, 법조협회, 1997. 3, 9면; 송광섭, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010, 236면; 사법연수원, 「수사절차론」, 사법연수원, 2011, 39면.
 22) 허인석, 앞의 논문, 140면.
 23) 신양균·조기영, 앞의 논문, 191면.
 24) 정웅석, 검사의 수사지휘권에 관한 연구, 556면.
 25) 조광훈, “수사기관의 내사의 효율적인 통제와 피내사자의 인권보장에 관한 연구”, 「법학연구(제15권 제3호)」 통권 제27호, 연세대학교 법학연구소, 2005. 9. 122면.
 26) 신양균·조기영, 앞의 논문, 191면.

판하는 개념으로 해석하자는 견해²⁷⁾가 있으나 이는 수사기관이 자의적으로 내사를 광의의 수사로 보고 그 근거조항까지 같은 곳에서 구하면서 수사와 구별되는 내사의 특성을 논하는 것은 모순이다.²⁸⁾

둘째, 형사소송법 제195조가 법적근거가 된다는 견해는 제195조는 범죄의 혐의가 있다고 사료되면 검사가 수사를 개시할 수 있다는 검사의 수사개시권의 법적근거이지 범죄혐의 유·무가 의심스러운 경우에는 조사활동을 개시 의무를 규정한 것은 아니다.²⁹⁾ 만일, 제195조를 법적근거로 삼는다면 수사에 내사가 포함되므로 굳이 내사라는 개념을 별도로 설정할 이유가 없을 것이다. 그리고 사법경찰관의 내사를 합리적으로 설명할 수 없다. 또한 형사소송법 제222조는 변사체에 대하여 범죄혐의가 의심될 때 검사의 조사 의무를 부과한 것으로 범죄의 혐의 유·무가 변사체의 발견에만 국한되는 것도 아니므로 마찬가지로 내사의 일반적인 법적근거로 삼는 것은 타당하지 않다.

셋째, 기존의 사법경찰관리집무규칙 제20조, 범죄수사규칙 제73조에서 내사를 언급하는 것이나, 현행 검찰사건사무규칙 제141조에서 내사사건의 수리와 절차에 관하여 간략히 규정하고 있으나 위 규칙들은 국회에서 제정한 법률이 아니라 법무부령이나 경찰청 훈령에 기초하는 내부지침에 불과하므로 이러한 행정규칙들이 피내사자 등의 기본권을 제한할 수 있는 법적근거는 될 수 없으므로 마찬가지로 내사의 법적근거가 된다고 보기는 어렵다.³⁰⁾ 따라서 적어도 현행 법³¹⁾에서는 내사의 명확한 법적근거를 찾을 수 없다고 보아야 한다.³²⁾

27) 허인석, 앞의 논문, 144면.

28) 신양균·조기영, 앞의 논문, 191면.

29) 범죄의 혐의가 있다고 사료되어 수사를 개시하는 것과 범죄의 혐의가 있는지, 없는지조차도 불분명한 상태에서 조사활동을 개시하는 것과는 엄연히 다르다.

30) 신동운, 내사종결처분의 법적성질, 273면에서는 “국회가 제정한 법률이 아닌 기관 내부의 행정규칙에 불과한 규칙을 통하여 피내사자와 피의자의 지위가 결정되고 이렇게 결정된 피내사자라는 표지에 의하여 헌법이 규정한 국민의 자유와 권리가 제약된다는 것은 실로 심각한 문제라고 하지 않을 수 없다.”고 비판한다.

31) 현행 통신비밀보호법과 변호사법에 ‘내사’라는 단어가 등장하고 있으나 그렇다고 이들 법률이 내사의 법적근거를 제시하고 있다고 보기는 어렵다.

32) 정세중, “경찰의 내사활동에 관한 고찰”, 한국공안행정학회보(제29호), 한국공안행정학회, 2007, 346면; 김재택, 앞의 논문, 272면.

Ⅲ. 내사와 수사의 구별

1. 형식설

수사기관이 피내사자를 피의자로 입건하기 전에는 내사로, 입건한 후에는 통상의 수사로 구분하는 견해를 말한다. 즉, 수사기관이 범죄인지 보고를 하기 전에는 내사로, 범죄인지 보고를 한 후에는 수사로 파악하려는 견해³³⁾를 말한다. 즉, 수사기관이 주관적 혐의조차 인정되지 않는 단계에서의 조사는 내사이고, 주관적 혐의가 있어 입건절차를 거치면 그때부터 수사로 보자로 것이다.³⁴⁾ 검사의 경우에는 검사가 범죄인지서를 작성한 경우, 사법경찰관의 경우에는 범죄인지보고서를 작성하여 사건번호가 부여된 이후부터는 수사이고 그 이전의 단계는 내사로 보자는 견해이다.³⁵⁾

2. 실질설

수사기관이 범죄혐의가 있다고 판단하여 외부로 수사행위로 불만한 일련의 조치가 있을 때에는 수사로 보고 그 이전에는 내사로 보자는 견해³⁶⁾를 말한다. 즉, 검사 또는 사법경찰관이 입건과 관련하여 진행하는 일련의 서식 작성과 결재과정이 수사와 내사의 구별기준이 될 수는 없고, 범죄혐의가 있음을 수사기관이 외부적으로 표시하는 순간을 기준으로 구별하자는 것이다.³⁷⁾ 이는 검사나 사법경찰관이 입건과 관련하여 진행하는 일련의 서식작성과 결재과정은 당해 수사기관의 업무처리상황과 관련하여 유연적이며 유동적이기 때문에 이를 기준으로 삼을 수 없다는 근거로 한다.³⁸⁾

33) 이재상, 「신형사소송법(제2판)」, 박영사, 2010, 192면.

34) 신양균, 「신판 형사소송법」, 화산미디어 2009, 88면.

35) 백형구, 「형사소송법 강의(제8정판)」, 박영사, 2001, 375면.

36) 신동운, 내사종결 처분의 법적성질, 323면; 이완규, “범죄인지 전에 행한 피의자신문조서의 증거능력”, 형사판례연구(제11권), 박영사, 2003, 322면.

37) 신동운, 내사종결 처분의 법적성질, 324면.

38) 신동운, 위의 논문, 324면; 김재덕, 앞의 논문, 269면.

3. 판례의 입장

범죄의 인지는 실질적인 개념이고, 검찰사건사무규칙은 검찰행정의 편의를 위한 사무처리 절차 규정이므로 검사가 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리 절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것은 아니라고 하거나 사법경찰관리 집무규칙 제 21조에 의하면, 사법경찰관이 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지보고서를 작성하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특별한 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사에 착수하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고 그 뒤 범죄인지보고서를 작성한 때에 비로소 인지하였다고 볼 것은 아니다.³⁹⁾ 이처럼 판례는 실질설을 취하고 있다.

4. 실무의 관행

실무에서는 범죄인지 보고서를 작성하였느냐에 따라 내사와 수사를 구별하는 것이 관행처럼 굳어져 있다. 이는 형식설에 터 잡은 것이어서 범죄인지 보고서를 작성하기 전에는 내사로, 작성 후에는 수사로 구분하는 것이다.⁴⁰⁾

수사기관의 특수수사나 기획수사에서 내사가 차지하는 비율이 매우 높다는 것을 지칭하여 내사와 수사가 7:3이라는 말이 있다. 이는 특수수사나 기획수사에서는 그만큼 내사의 비율이 월등히 높다고 것을 지칭하는 말이다. 수사기관이 내사진행 중, 피내사자에 대한 범죄혐의를 포착하고도 즉시 통상의 수사로 전환하지 않고(입건하지 않고) 실제로는 수사를 진행하면서도 외형적으로만 내사로 포장한 후, 변칙적으로 수사기관이 원하는 수사의 목적을 달성하고 있는 잘못된 관행을 단적으로 보여주는 말이다. 이는 내사절차에서는 피내사자에 대하여 범죄 혐의 유·무가 있는지를 밝혀야 하는데, 범죄혐의를 밝히는 절차로 변질되어

39) 대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648판결; 대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968판결; 대법원 2010. 6. 24. 선고 2008도12127판결.

40) 검찰의 내사절차의 흐름도(자체첩보)는 첩보보고(입수) → 내사개시 여부결정 → 자체 첩보 접수 처리부 등재 → 자체 첩보 내사번호 부여 → 내사진행 → 내사종결 → 내사사건종결 기록관리 인수·인계 → 기록보존 등의 절차로 이루어진다.

수사를 진행하는 것이다. 이처럼 수사기관은 수사를 내사로 포장함으로써 수사에서 법적통제를 피하면서 수사의 목적을 달성하고자 내사를 최대한 활용하여 왔다는 것을 의미한다. 수사기관의 입장에서는 매우 효율적이지 모르겠으나 피내사자의 입장에서는 매우 비효율적이고 수사기관으로부터 부당하게 인권을 침해당할 위험성이 높다는 것을 의미한다.

5. 검토

형식설에 따르면, 수사기관이 피내사자에 대한 범죄혐의를 발견하고 수사개시권을 행사하였으나 수사기관이 입건하지 않으면 피내사자의 방어권의 행사에 심각한 문제가 발생한다. 수사기관이 수사개시권을 행사하면 피내사자는 실질적으로는 피의자의 지위를 갖지만 적어도 외형상으로는 피내사자의 지위에 그대로 머무르게 되어 피의자의 형사소송법상의 제반권리를 제대로 행사할 수 없는 매우 불리한 상황에 처하게 된다. 수사기관의 입건 유·무에 따라 수사기관이 피내사자의 각종 제반권리를 부여하기도 하고 박탈하여 피내사자(피의자)의 제반권리를 좌지우지하여 피내사자의 인권보호와 방어권의 행사에 중대한 지장을 초래한다.⁴¹⁾ 수사기관이 주관적인 의사에 따라 피내사자에 대한 제반권리를 부여하기도 하고 부여하지 않는 것은 형사사법절차가 지향하는 적정절차에도 반하는 일이다. 그리고 수사기관이 피내사자의 범죄혐의를 발견하고 수사개시권을 행사한 후 수사를 진행하여도 입건하지 않으면 피내사자는 피의자가 행사할 수 있는 증거보전청구권, 재정 신청권, 헌법소원 제기권 등의 제반권리를 행사할 수 없게 된다.⁴²⁾

더욱이 수사기관이 실제로는 수사행위를 외부적으로 표시하여 수사개시권을

41) 신동운, 앞의 논문, 318면에서는 “입건에 의하여 수사기관이 조사대상자에게 피의자의 지위를 부여하지 않는한 피조사자나 피해자나 모두 아무런 법적보호를 받지 못하는 것이다. 이러한 현상은 내사와 수사 또는 피내사자와 피의자를 엄격히 구별하는 기존 실무계의 관행에서 비롯되는 것이다”라고 비판하고 있다; 김재덕, 앞의 논문, 270면에서도 “피내사자에 대한 헌법이나 형사소송법에서 규정하는 적법절차가 공염불에 불과하게 된다”고 비판하고 있다.

42) 실제로는 수사기관이 입건하지 않았다고 하더라도 수사기관이 통상의 수사행위라고 볼 만한 행위를 외부로 표시하였다면 통상의 수사절차가 개시된 것이므로 실질설에 따라 피내사자의 지위가 아니라 피의자의 지위로 전환되는 것은 당연하나(실질설의 입장에서) 피내사자는 스스로 그 권리를 주장하는 것은 쉽지 않다는 점에 있다.

행사하였음에도 피내사자를 입건하지 않고 그대로 내사종결을 하였다면 논리적으로 설명할 수 없는 모순에 직면한다.⁴³⁾

한편, 형식설은 충분한 내사활동으로 입건 시기를 늦춤으로써 피내사자의 명예보호나 낙인효과를 방지하여 불필요한 전과자의 양산을 줄일 수 있고⁴⁴⁾, 내사로 범죄혐의 없음이 명백한 조사대상자를 걸러냄으로써 수사력의 낭비를 막고 사회적·경제적 피해를 방지⁴⁵⁾하는 면은 있지만, 이러한 효율성이 피내사자의 인권보호라는 대명제보다 우선될 수는 없을 것이다.

극단적으로는 범죄혐의가 있는 자를 긴급체포하여 강도 높은 조사를 진행하였으나 자백을 받지 못하고 증거도 부족하자, 그대로 석방하였음에도 입건을 하지 않았기 때문에 피의자가 아니라는 이유로 피조사자가 어떠한 수사상의 적법 절차도 보장받지 못한다면 이는 법치주의의 근간이 흔들리는 것이고 피의자로 입건하지 않았다는 이유로 헌법과 형사소송법상의 피의자의 권리를 보장하지 않는 것은 내사의 남용이라는 비판⁴⁶⁾과 수사기관이 절차를 정식으로 진행하면 피조사자에게 불이익을 부과할 수 있는데, 피조사자의 편의를 도모하여 그보다 약한 절차로 조사를 진행하는 아량을 보인다는 관(官) 위주의 사고방식이 지배하여 수사기관이 정식으로 진행하면 피의자 및 피해자에게 인정된 헌법과 형사소송법의 제반권리를 인정하지 않을 수 없는데 이들 권리가 배제되는 내사절차로 조사를 진행하는 것이 수사실무상 매우 편리하다는 식의 속내가 엿보인다는 비판⁴⁷⁾을 받기도 한다.

실질설은 수사기관이 범죄혐의를 포착하는 즉시 수사개시권을 행사함으로써 수사기관의 입건유·무에 따라 피내사자(피의자)의 제반권리를 좌지우지할 수 있는 것을 방지할 수 있다. 피내사자에서 피의자의 지위로 전환함과 동시에 제반권리를 행사할 수 있어 피내사자의 인권보호에 기할 수 있는 장점이 있다. 그

43) 신동운, 앞의 논문, 319면에서는 “수사기관이 긴급체포된 사람에게 피의자의 지위를 부여한 다음, 그에 선행하는 단계에서 인정되는 피내사자의 신분으로 체포된 사람을 석방하는 것은 피의자로부터 피내사자로 신분이 역전되는 것으로 이것은 분명 선후관계에서 논리적으로 모순이 있는 사건처리방식”이라고 비판하고 있다.

44) 정성진, “피내사자에 대한 변호인의 접견·교통권”, 판례월보(제325호), 판례월보사, 1997, 38면.

45) 허인석, 「내사의 법적쟁점에 관한 연구」, 대검찰청, 2010, 176면.

46) 김재덕, “내사의 허용범위와 통제방안”, 법학논집(제16권 제1호), 이화여자대학교법학연구소, 2011. 9, 270면.

47) 신동운, 앞의 논문, 326면.

러나 수사기관이 범죄혐의를 포착하고 수사행위를 외부로 표상하는 즉시 무조건 입건하여 입건시기를 앞당기면 형사법정주의에 부합할지는 모르지만 불필요한 전과자를 양산하여 사회적·경제적으로 피해를 양산하고 피내사자에 대한 낙인찍히도록 하고 피내사자의 명예보호에 소홀하게 될 우려가 있다. 이렇게 되면 오히려 피내사자에게 불이익을 가져다주고 불필요한 수사력의 낭비를 불러올 수 있다. 그리고 수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 판단하였음을 외부적으로 표시하는 조치로 볼 수 있는 행위가 과연 무엇인지에 대하여 별다른 기준을 제시하지 못하고 있다는 비판⁴⁸⁾을 받는다.

하지만, 수사기관이 범죄혐의가 있다고 판단하여 수사행위를 외부적으로 표시하는 일련의 행위가 있었을 경우에 수사를 개시한 것으로 보는 실질설이 타당하다. 수사기관이 특수수사(기획수사)에서 내사활동의 비중이 훨씬 많이 차지한다는 것은 내사가 극도의 은밀성과 비공개성을 추구한다는 것이고 수사기관은 은밀한 내사활동으로 내사절차에서 더 많은 증거를 확보하려고 든다. 내사활동이 아무리 암암리에 펼쳐지는 조사활동이라고 하더라도 실제로는 수사행위를 외형상으로만 내사로 포장한다면 피내사자(피의자)에 대한 인권침해의 위험성이 높게 되어 피내사자의 인권보호와 방어권에 중대한 문제가 발생한다. 수사기관이 피내사자(피의자)의 제반권리를 부당하게 박탈하거나 좌지우지하는 것도 매우 부당함은 말할 것도 없다. 부당한 청탁, 표적내사, 공정성과 객관성을 상실한 내사활동이라면 더욱 그러한 위험성을 높인다.

실질설을 취하면 불필요한 전과자를 양산하면서 수사력의 낭비를 불러올 수 있지만 수사기관은 피내사자에 대한 범죄혐의를 포착하였다면 헌법 제12조 제1항과 형사소송법 제196조에 따라 즉시 수사개시권을 행사하는 것이 수사절차법정주의에 부합하는 것이며 오히려 수사기관이 범죄혐의를 포착하였음에도 수사를 개시하지 않는 것은 직무유기에 노출되어 있다. 그 행위가 범죄인지 행위와 관련한 합리적인 재량권을 범주를 벗어났다면 수사법정주의에 반하는 것이다.⁴⁹⁾ 그리고 불필요한 전과자를 양산하거나 수사력의 낭비를 불러오는 것은 수사개시권을 행사함에 있어 수사의 비례성과 상당성을 결여하여 그 권한을 남용하여 불필요한 입건이 마구잡이로 이루어졌을 때를 일컫는 것이지 수사기관이 피내

48) 김제덕, 위의 논문, 270면.

49) 신동운, 「신형사소송법(제3판)」, 37면에서는 수사기관이 범죄혐의를 포착하고도 수사를 개시하지 않는 것은 수사법정주의에 위배되는 행위로 직무유기에 해당할 수도 있다고 한다.

사자에 대한 범죄혐의를 포착하는 즉시 정당한 수사개시권을 행사하였을 때를 의미하는 것은 아니다. 수사기관이 범죄혐의를 포착함과 동시에 통상의 수사를 개시하였다면 이는 수사기관이 일부러 입건시기를 앞당긴 것도 아니다. 범죄혐의를 포착하는 즉시 통상의 수사를 개시(전환)하였기 때문에 오히려 피내사자(피의자)에게 방어권을 보장하고 제반권리를 부여하면서 형사소송법상의 통제를 받도록 하는 것이 형사소송절차와 부합하고 판례가 표방하는 실질설에 충실하는 것이다.

사실상으로는 형식설을 취하면서 내사를 광의의 수사에 포함시켜 수사의 외연을 확대하려는 것은 기본적으로 형식설을 취하면서 실질설로 변칙적으로 포장하려는 것에 불과하다. 따라서 실질설을 취하여 수사기관은 피내사자에 대한 범죄혐의를 포착하는 즉시 입건하여 수사를 개시함으로써 피내사자의 제반권리와 방어권을 형사소송절차에 따라 보장하여 적정절차를 준수하여 형식설의 단점을 최대한 극복하여야 할 것이다.

6. 내사와 수사의 구별의 필요성

첫째, 내사의 법적통제를 위하여 구별하여야 한다. 특히 사법경찰관의 내사에 대한 검사의 수사지휘권에 의한 법적통제와 밀접한 관련이 있기 때문이다.⁵⁰⁾ 사법경찰관의 입건 이전의 활동을 내사로 본다면 검사의 수사지휘권의 대상이 된다고 보기 어렵지만 실질적으로는 수사를 형식상으로부터 내사로 취급하더라도 이는 검사의 수사지휘권의 대상이 되어야 하기 때문이다.

둘째, 조사방법의 선택을 위하여 구별하여야 한다. 현행 형사소송법은 인지후의 수사를 전제로 하고 있다. 그래서 입건 이후의 통상의 수사절차에서는 피의자에 대한 임의수사는 물론이고 강제수사를 할 수 있으나 내사단계에서는 대인적 강제처분은 불가능하고 대물적 강제처분도 매우 제한적으로만 가능하므로 구별할 필요가 있다.

셋째, 피내사자의 인권보호와 수사와 내사의 정당성의 확보를 위하여 구별이 필요하다. 피의자에게는 압수·수색·검증참여권, 증거보전청구권 등이 인정되지만 피내사자에게는 그러한 제반권리가 인정되지 않기 때문이다.⁵¹⁾ 즉, 수사와

50) 정용석, 검사의 수사지휘에 관한 연구, 556면.

51) 그러나 내사사건으로 포장되어 있는 실질적으로는 통상의 수사절차에서는 피내사자의

내사는 법적성질과 그 효과도 다르므로 내사단계에서는 피내사자의 증거보전 청구권도 없고⁵²⁾, 진정에 기한 내사사건의 종결처분에 대하여 진정인의 재정신청권도 없고⁵³⁾, 헌법소원도 제기할 수 없다.⁵⁴⁾ 내사는 장차 통상의 수사로 진행될 가능성이 많고 수사로 범죄혐의가 인정되고 공소제기 될 경우에는 유죄가 선고될 가능성이 높다는 점에서도 내사절차의 적법성과 정당성은 곧 수사에서 적법성과 정당성을 의미하며 이를 위해서도 구별이 필요하다.

IV. 내사의 허용범위

1. 내사의 허용범위의 논의의 필요성

내사의 허용범위를 논함에 있어 전제되어야 할 것은 내사의 시기(始期)와 종기(終期)를 정하는 것이다.

내사의 허용범위를 정하는 문제는 내사의 시기와 종기를 언제로 할 것인가와 매우 밀접한 관련이 있고, 국가공권력의 행사와 피내사자의 인권보호와 중요한 의미가 있다. 특히 내사의 종기는 더욱 그러하다. 그것은 내사의 종기와 함께 수사가 개시될 경우에는 피내사자 또는 피의자의 방어권 행사의 유·무와도 매우 밀접한 관련이 있기 때문이다. 수사기관에 의한 특수수사(기획수사)도 처음부터 범죄혐의의 유·무와 밀접한 정보로부터 내사를 착수하기도 하지만 내사를 착수하기 전에 범죄혐의의 유·무와 관련성이 있는지도 불분명한 세평, 풍문 등 순수한 첩보활동이나 정보수집활동으로부터 시작하는 경우도 많다. 이러한 순수한 첩보활동이나 정보수집활동을 내사의 범주에 포함시키는 것은 다소 무리가 있을 수도 있겠지만 내사의 시기는 적어도 범죄혐의의 유·무와 관련이 있는 정보의 취득이나 세평, 뉴스, 범죄의 단서가 될 만한 내용을 토대로 조사활동을 할 만한 가치가 있다고 평가하여 피내사자나 피내사자의 주변인물에 대

지위가 아니라 피의자의 지위로 보아야 할 것이므로 이때에는 형식상으로는 피내사자라고 하더라도 피의자라고 보아야 하므로 피의자가 누릴 수 있는 각종 제반권리를 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다(실질설의 입장에서)

52) 대법원 1979. 6. 12. 선고 79도792판결.

53) 대법원 1991. 11. 5. 선고 91도68결정.

54) 헌재 1990. 12. 26. 선고 89헌마277결정.

한 첩보활동이나 정보수집활동을 개시하였을 때에는 내사의 시기로 보는 것이 상당할 것이다.

내사의 종기(終期)는 수사기관이 범죄혐의를 발견하고 수사개시권을 발동하거나 범죄혐의를 발견하지 못하거나 내사를 더 이상 진행할 가치가 없어 내사를 종결하였을 때, 내사의 종기로 보아야 한다. 즉, 피내사자에 대하여 범죄 혐의를 발견하였다면 수사개시권의 발동과 함께 내사의 종기가 된다고 보아야 할 것이다. 여기에서 내사의 종기는 곧 범죄인지(입건)를 가져오고 범죄인지는 수사개시권의 발동을 가져오며 이는 동시에 모두 이루어져야 한다. 내사의 종기와 함께 수사기관의 수사개시권이 발동된다면 피내사자의 피의자의 지위로 전환되어 헌법과 형사소송법에서 규정하고 있는 각종 방어권과 제반권리를 행사할 수 있어야 한다.

이와 같이 내사와 수사의 구별을 위해서는 수사기관이 수사개시권을 행사하였다는 것을 외부적으로 알 수 있도록 이를 명확히 하는 것이 필요하다. 방법론 상으로는 입건절차와는 별도로 수사를 개시하였다는 것을 서류로 남기는 것을 고려할 수 있다. 이렇게 내사의 시기와 종기를 명확히 하는 것은 내사의 허용범위를 논함에 있어 매우 중요하다.

2. 구체적인 허용범위

1) 정보수집

정보 수집은 내사를 개시하기 위하여 세간의 풍문, 뉴스, 방송, 정보원 등으로부터 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 자료를 수집하는 기초적인 활동이다. 장래에 범죄혐의와 관련이 있을 수도 있다는 점을 고려하여 벌이는 순수한 정보활동은 내사활동에 포함시키는 것은 다소 무리가 있다. 하지만 범죄혐의 유·무의 확인을 목적으로 피내사자와 그 주변 인물들에 대한 정보수집 활동이라면 같은 정보수집 활동이라도 넓은 의미에서는 내사의 범주에 포함시킬 수도 있다.

수사기관은 정보수집 활동을 병자하여 피내사자에 대한 인권침해적인 활동을 하거나 형사소송법상의 강제처분을 수반하는 활동을 한다면 직권남용의 문제가 대두될 수 있다. 그러므로 피내사자와 이해관계인에 대한 감시와 미행을 하거나 사진촬영 등을 할 수 있다고 하더라도 개인의 과도한 프라이버시를 침해하지

않는 한도 내에서만 가능하다고 보아야 한다. 수사기관은 범죄혐의 유·무와 관련이 있다고 사료되면 언제든지 정보를 수집하는 활동을 벌일 수 있다. 이는 반드시 수사기관이 수사를 전제로 하는 것은 아니지만 범죄정보와 관련하여 정보를 취득, 분석하는 것은 기획수사나 특수수사에서는 매우 중요한 의미를 갖기 때문이다. 특히 화이트칼라범죄와 같이 암수(暗數)가 높은 범죄는 그 범죄혐의가 쉽게 외부로 드러나지 않는 경우가 많아 수사기관의 이들 범죄에 대한 정보 수집 활동의 중요성은 두말할 나위가 없다. 이러한 범죄혐의와 밀접한 관련이 있는 범죄정보를 수집하고 분석하는 활동도 넓은 의미에서는 내사를 개시하는데 가장 기초를 이루고 있다고 할 것이므로 넓은 의미에서는 정보 수집은 내사의 범주에 속한다고 보아야 한다.

2) 기초적인 주변조사

수사기관은 범죄혐의가 의심되는 사항과 관련하여 피내사자에 대한 기초적인 주변조사부터 내사를 시작하게 된다. 언론보도에 범죄혐의가 의심되는 상황이라면 신문기사를 스크랩하여 이를 분석하거나 비슷한 범죄유형과 관련한 자료를 수집하여 분석하기도 한다. 사실관계의 확인·분석과 비슷한 범죄유형의 사례의 수집 등을 하거나 인근 주민들을 상대로 세평을 탐문하기도 한다. 이러한 수사기관의 은밀한 기초적인 주변조사의 단계에서는 수사기관의 어떠한 강제처분이 발동된다고 보기는 어려우므로 법률상으로 특별히 문제될 점은 없을 것이다. 이렇게 수사기관은 범죄혐의 유·무가 있는지를 확인할 필요가 있다면 언제든지 피내사자의 주변에 대한 인적·물적 기초적인 주변조사를 실시할 수 있다.

기초적인 주변조사는 매우 폭넓고 그 방법도 매우 다양하다. 연감, 인명사전, 전화번호부, 신문, 잡지 기타의 공개된 출판물을 통하여 피내사자와 내사사실과 관련한 주변조사에서부터 정부 내의 타 기관이 보유 또는 보존하고 있는 감독 자료 등을 협조 받아 활용하는 경우도 있다. 그리고 주민등록상황을 확인한다든가 인근주민 등을 상대로 세평(世評)을 탐문하는 등의 예비조사도 있을 수 있다. 이렇게 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 수사기관은 언제든지 피내사자의 주변에 대한 인적·물적 기초적인 주변조사는 당연히 내사의 범위에 속한다고 보아야 한다. 이러한 기초적 주변조사는 피내사자의 주변에 대한 정보수집활동과 병행되기도 한다.

기존에 수사기관이 사용하였던 2차적인 자료에서 범죄혐의 유·무를 확인하기 위한 방법으로는 일간신문이나 주간지 등의 출판물을 통하여 피내사자와 내사사실에 대한 주변조사를 하는 경우, 각종 정부기관이나 단체에서 발행하는 연감, 신문 보도상의 취재원, 정보원 등에 대한 감시가 있다. 주민등록상황을 확인하거나 인근의 주민들을 상대로 탐문활동을 병행할 수도 있다.⁵⁵⁾ 그리고 기초적인 주변조사를 하는 과정에서 피내사자의 주거지나 피내사자의 주변 인물들을 감시하거나 때로는 미행 등으로 행적을 조사하거나 사진촬영⁵⁶⁾ 등도 할 수 있다. 하지만, 기초적인 주변조사의 방법도 구체적으로 정해진 것들은 없고 은밀하게 행하여진다는 점에서 헌법이 보장하는 사생활의 자유나 이전의 자유를 침해할 우려를 수 있으므로 내사의 합목적성과 법익침해의 정도를 교량하여 최소한도로 이루어져야 한다. 내사절차에서 녹음 등을 하려면 통신비밀보호법에 따라 법관의 영장이 필요한 것은 물론이다.

피내사자에 대한 기초적인 주변조사도 수사기관이 행하는 모든 조사활동은 대국민을 상대로 펼치는 공권력의 발동으로 사적활동이 아니라 공적활동이므로 범죄인지 전의 활동이 피내사자에 대한 직접적인 조사가 아닌 그의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위한 기초적인 주변조사라고 할지라도 그것이 피내사자와 법률관계와 직접 또는 간접적으로 관련이 있을 경우에는 법적문제가 발생할 수도 있다. 기초적인 주변조사가 수사기관의 은밀한 확인 분석 작업 역시 강제처분이 전혀 수반되지 않는다고 하더라도 피내사자의 인권 등 그 제반권리 침해가능성은 그 내부적이고 은밀한 때문에 항상 잠재하고 있으므로 수사기관이 피내사자의 정보를 획득하는 경우에도 피내사자의 자기정보 결정권을 침해하지 않는 한도 내에서 이루어져야 한다.⁵⁷⁾

3) 공·사 기관에 대한 각종 사실조회

내사절차에서도 공사기관에 대한 각종 사실조회를 실시할 수도 있다. 실제로

55) 조광훈, 수사기관 내사의 효율적 통제와 피내사자의 인권보장에 관한 연구, 136면.

56) 사진촬영도 현재에 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 하여야 할 것이거나 이러한 방법을 벗어나서 촬영하는 것은 위법성의 시비에서 자유롭지 못할 것이다 (대법원 1999. 9. 3 선고 99도2317판결)

57) 정웅석, 검사의 수사지휘권에 관한 연구, 562면.

는 사실조회가 내사절차에서만 이루어지는 것이 아니라 수사절차에서도 널리 활용되고 있다. 뿐만 아니라 재판과정에서도 법관이 각종 공사단체에 사실조회를 하는 경우도 적지 않다.

사실조회는 내사, 수사, 재판, 형의 집행 등을 불문하고 형사사법기관의 실제적 진실발견과 형의 집행절차에서 매우 중요한 영역을 차지하고 있다. 이처럼 사실조회의 기능은 피내사자와 피의자의 범죄혐의 유무를 확인하거나 혐의를 입증할 자료를 확보하는 영역인 동시에 그들의 무고함을 밝혀주는 중요한 활동인 것이다. 그 중에서도 사실조회는 내사와 수사단계에서 많이 활용된다. 이처럼 사실조회는 내사, 수사, 재판, 형의집행 과정⁵⁸⁾에서도 널리 활용되는 수사기관의 임의적인 활동⁵⁹⁾이라고 볼 수 있다. 엄밀한 의미에서 사실조회는 공사무소 등에 대한 어떤 사실을 확인하는 것이 보통이지만 통상적인 의미에서는 피내사자에 대한 기초적인 주변조사의 범주에 속한다고 볼 수도 있을 것이다.

그런데 내사단계에서는 사실조회는 실질적으로 임의수사인 공무소 조회와 같은 것으로서 범죄혐의가 인정되지 않는 상태에서는 수사개시 이후의 수사절차에서의 정보수집을 규정하고 있으므로 내사를 위한 공무소 조회는 허용되지 않는다고 해석하여야 한다는 견해⁶⁰⁾가 있다. 그러나 내사단계에서 공무소에 대한 사실조회를 허용하지 않으면 내사가 반드시 필요한 많은 범죄수사의 수사개시권을 행사하기 전의 내사활동은 사실상 불가능하게 된다. 공사단체에 대한 사실조회는 내사활동의 기초를 이루고 있는데, 이러한 내사단계에서 사실조회조차도 하지 못한다면 피내사자에 대하여 초기의 범죄혐의 유·무가 있는지 조차도 불명확한 내사에서 사실조회를 실시하기 위하여 즉시 수사개시권(입건)을 행사해야 하는 불합리한 결과가 발생하기 때문이다.

물론, 형사소송법 제199조를 내사의 법적근거로 삼으려는 견해들이 타당한 것은 아니지만 그렇다고 내사단계에서 사실조회도 할 수 없다는 주장은 극단적인 견해로 밖에 볼 수 없다.⁶¹⁾ 따라서 이러한 불합리한 모순을 제거하기 위하여 내

58) 형의집행과정에서의 사실조회는 재산형집행절차에서 각종 공사단체에 대한 자력조회나 자유형미집행자의 형의 집행을 위한 당사자에 대한 거주지 촉탁조회, 주민등록조회 등의 사실조회가 많다.

59) 수사기관은 형사소송법 제199조 제2항에 따라서 공무소 기타 공사단체에 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있고 조회를 받은 공사단체는 보고(통보)의 의무가 있지만 그렇다고 이를 거부하더라도 이행을 강제할 방법도 없기 때문에 사실상으로는 임의수사의 한 형태를 갖게 된다.

60) 신양균·조기영, 앞의 논문, 195-196면.

사의 명확한 입법조치가 필요한 것이다.

내사에서 사실조회는 주로 문서로 요청하고 그 결과도 문서로 회신을 받지만 때로는 내사의 보안을 유지하기 위하여 수사관이 직접 공무소 기타 공사단체를 방문하여 필요한 사항을 확인하기도 한다. 그 방법도 매우 다양하여 정해진 것이 없다. 실무에서는 대체로 피내사자에 대한 인적사항이나 주소지 확인, 주민등록지 이동상황, 피내사자와 그의 가족상황, 개인별 부동산소유 현황과 변동내역, 개인별 출입국 내역, 여권 및 비자발급내역, 국세나 지방세 등 각종 제세공과금의 납부내역, 일반전화(휴대전화)의 가입자 인적사항, 요금청구지, 설치장소, 건강보험료 납부현황, 의료기관의 치료내역, 요양급여 신청내역, 부동산등기부열람, 보험가입내역, 보험료 청구 및 수급내역, 자동차등록원부 확인 및 소유권 변동 상황, 당좌거래개설 및 정지 확인, 민·형사 관련 사건조회, 완결된 민·형사 사건기록 대출을 통한 사건내용 확인, 해당업소에 대한 재무제표(대차대조표, 손익계산서, 폐업 유·무 포함)확인, 피내사자의 소득금액, 건강보험료 납입내역, 증권보유 및 거래상황, 범죄경력 및 주민조회, 피내사자의 주민등록 화상자료, 지명수배조회, 범죄수법조회, 신원조회, 출입국 조회 등을 비롯한 각종 사실조회를 다양하게 실시하고 있다. 사실조회의 내용의 제한이나 폭이 없고 공사단체에 대해서도 제한을 두지 않는다. 다만, 법률에 의하여 제한이 있거나 대인적 강제처분이 따르는 경우에는 제한이 따르기도 한다.

수사기관으로부터 사실조회의 요구를 받은 공사단체는 보고의무가 있는지에 대해서는 이견이 있으나 개별적인 명시규정이 없더라도 일반적으로 형사소송법

61) 신양균 조기영, 앞의 논문 196면에서는 “내사단계에서 사실조회는 실질적으로는 임의 수사인 공무소 조회와 같은 것으로서 범죄혐의가 인정되지 않는 상태에서 공무소 조회를 할 수 없다고 해석하여야 한다. 수사기관이 공무소 조회를 했다면 그것은 내사가 아니라 이미 수사에 해당한다고 보아야 한다”고 밝히고 있으나 수사기관이 공무소에 사실조회를 했다고 수사기관이 주관적인 범죄혐의를 인식하고 수사개시권을 행사하였다고 단정하기는 어렵다(단적인 예로 수사기관이 범죄혐의 조차도 분명하지 않은 피내사자를 압축해 나가기 위하여 동사무소에서 주민등록등본의 발급요청을 하였다면 그것을 수사를 개시하였다고 단정할 수 있을 것인가?) 이 견해는 공무소에 대한 사실조회는 내사단계에서는 허용되지 않는다고 하면서도 제시하고 있는 입법론(같은 논문, 199면)에서는 “범죄혐의의 유·무를 확인하여 수사를 개시하기 위하여 ‘필요한 정보를 수집하거나 요청’할 수 있으며”라고 언급하거나 “공공기관 등에서의 정보조회에 국한”되어야 한다는 주장하면서도 한편으로는 내사단계에서는 공무소에 대한 조회가 내사가 아닌 임의수사라고 언급하면서 내사의 입법론에서는 필요한 정보를 수집하거나 요청할 수 있다(사실상 공무소 등에 사실조회를 요청하는 행위이다)고 주장하는 것은 논리적 모순을 범하고 있어 타당하지 않다.

제199조 제2항의 규정에 따라 공공의 목적을 위한 사실조회에 절차상의 중대한 흠이 없는 한 이에 응할 의무가 있다고 보아야 한다. 그러나 공무소 등에 대한 사실조회가 임의수사라고 볼 것인지를 떠나 본래의 정보수집의 목적을 벗어난다면 개인의 사생활의 자유 내지 정보의 자기결정권을 침해하는 것이다. 그러므로 공사단체에 대한 사실조회도 수사기관의 내부절차에 의한 결재 등의 방법으로 비례성과 상당성이 결여되지 않도록 내부적으로 법적 통제할 필요가 있다. 수사기관으로부터 사실조회를 요청받은 단체나 기관도 이에 응하기 전에 수사기관이 사실조회를 합리적으로 요구하고 있는지를 면밀히 검토한 후 이에 응하여야 할 것이다.⁶²⁾

사실조회도 내사의 비례성과 합리성의 범주를 넘어선 사실조회나 자료의 요청을 자제할 필요도 있다. 주거 내 상대방의 사적 공간, 개인의 소유물이나 신체에 대한 촬영은 영상 감시의 일종으로서 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이므로 형사소송법을 비롯한 기타 법률에 의하여 제한을 받는 강제수사의 성격이 강하다.⁶³⁾ 그러므로 피내사자의 사생활보호나 신체활동의 자유를 과도하게 침해하지 않도록 주의하여야 할 것이다.

4) 참고인 조사

수사기관이 범죄혐의의 단서를 제공할 만한 밀접한 정보를 취득함으로써 인하여 내사를 개시하는 경우도 적지 않다. 정보취득의 단계에서 범죄혐의 유·무를 밝힐 수 있는 단서를 제공하는 사람이나 신고인, 피해자 등이나 피내사자의 주변인들에 대한 참고인 조사도 실시할 수도 있다. 내사절차에서 공사단체에 대한 각종 사실조회로 취득한 정보의 진위 여부, 사실 유·무 등을 확인하기 위한 참고인 조사가 필요한 경우도 있다.⁶⁴⁾ 이러한 참고인 조사는 입건 이후에 이루어지는 경우도 있지만 내사절차에서도 참고인 조사는 당연히 할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 내사에서 참고인 조사와 수사에서 참고인 조사의 성격이 다르다. 내사절차에서는 피내사자의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위한 참고인 조사

62) 조광훈, 수사기관 내사의 효율적 통제와 피내사자의 인권보장에 관한 연구, 137면.

63) 차용석·최영성, 「형사소송법」, 세영사, 2004, 194면 참조.

64) 또한 금융거래내역의 조사한 결과에 따라 참고인 조사를 통하여 피내사자의 범죄혐의 유·무를 확인해 나가는 절차를 밟기도 한다.

라면, 통상의 수사절차에서의 참고인 조사는 피의자의 범죄혐의를 확인하기 위한 참고인 조사의 성격이 강하다고 보아야 한다.

5) 피내사자 조사

내사절차에서 피내사자에 대한 조사도 할 수 있다. 내사단계에서 참고인이 아니라 피내사자를 조사하는 것은 임의조사이든, 강제처분이든 모두 수사에 해당하므로 입건 없이는 조사를 할 수 없다는 견해⁶⁵⁾가 있다. 수사기관의 입장에서는 간접내사에 집중하여 객관적 증거를 충분히 확보함으로써 실무상의 필요성이 충족될 뿐만 아니라 자백위주의 조사관행을 탈피할 수 있고, 종래 피내사자는 피의자가 아니라는 이유로 변호인 참여권 등 수사상의 권리를 인정할 필요가 없다는 식의 주장을 잠재울 수 있다는 장점⁶⁶⁾ 때문이라고 한다. 또한 내사단계에서는 오로지 피내사자의 자발적 의사 하에서의 임의동행도 인정되어서는 안 된다고 주장한다.⁶⁷⁾ 한편, 피내사자 또는 관련 제3자의 자유로운 의사를 기초로 그들에 대하여 정보수집 질문(Informatorische Befragungen)⁶⁸⁾을 할 수 있다는 견해⁶⁹⁾도 있다.

그러나 내사절차에서 아무리 객관적인 증거를 확보할 수 있다고 해도 피내사자에 대한 조사 없이는 피내사자의 범죄혐의 유·무를 확인할 수 없는 경우가 많다. 피내사자의 범죄혐의 유·무가 확실하지 않은 상태에서 피내사자의 조사를 위하여 피내사자를 무조건 입건해야 한다면 그것이야말로 무분별한 입건과 범죄인지권의 남용과 피내사자에 대한 인권침해를 불러오는 것으로 바람직하지 않다. 오히려 입건하지 않은 상태에서 피내사자의 조사로 범죄혐의가 없다고 판명되면 곧바로 내사종결을 하는 것이 피내사자의 인권보호를 위한 바람직한 방법일 것이다. 피내사자의 자발적인 임의동행도 안 된다는 주장은 극단적인 논리이다. 피내사자의 조사에서 주로 문제가 되는 것은 피내사자의 조사를 위하여 임의동행을 병자한 사실상의 강제연행으로 진술과 자백을 강요하는 위법내사가

65) 김재덕, 앞의 논문, 275면.

66) 김재덕, 앞의 논문, 275면.

67) 김재덕, 앞의 논문, 274면.

68) 정보수집질문은 범죄혐의를 전제로 하는 피의자신문과는 구별된다고 한다(신양균·조기영, 앞의 논문, 195면 각주 45).

69) 신양균·조기영, 앞의 논문, 196면.

문제되는 것이지, 피내사자의 순수하게 자발적 의사로 임의동행을 허락하는 것조차도 모두 차단하는 것은 오히려 내사의 비효율성만을 불러온다. 통상의 수사에서도 주관적으로 조사 대상자의 명백하고 자발적인 승낙이 있고, 객관적으로 사회 통념상 신체적·심리적 압박에 의한 자유의 구속이 없다는 상황이 인정될 때에는 임의동행도 임의수사의 한 방법으로 허용하고 있다.⁷⁰⁾ 그렇다면 피내사자가 수사기관의 자신에 대한 범죄혐의 유무를 확인하는 절차에서 자신이 범죄혐의가 없음을 적극적으로 소명할 수 있는 기회를 가져야 하고 이를 원천적으로 차단하는 것은 피내사자에게 불합리하다. 따라서 피내사자에 대한 임의동행은 원칙적으로 허용된다고 보아야 한다. 물론 임의동행에 있어서 임의성의 요건⁷¹⁾을 엄격하게 해석하여야 한다.

피내사자 또는 관련 제3자의 자유로운 의사를 기초로 그들에 대하여 정보수집 질문을 할 수 있다는 견해도 ‘참고인 조사’ 또는 ‘피의자 조사’라는 단어만 사용하지 않을 뿐, 참고인과 피내사자에 대한 조사를 지칭하는 것으로 보인다.⁷²⁾ 참고인 조사나 피내사자에 대한 조사도 넓은 의미에서는 그들의 조사를 통하여 피내사자의 범죄혐의 유무와 관련한 정보를 수집하기 위한 질문이 이루어지기 때문이다.

수사기관이 수사행위로 불만한 행위를 외부로 드러냈다면 이는 수사개시권을 행사한 이후이므로 이때 피내사자에 대한 조사는 피의자의 조사로 보아야 한다. 내사절차에서 폭넓은 내사활동을 펼쳤으나 피내사자에 대한 범죄혐의점을 찾지 못하였을 경우에는 결국에는 피내사자에 대한 조사로 범죄혐의 유·무의 확인을 위한 진술의 청취로 정보를 수집하는 절차가 필요하다.

강조하는 바와 같이 실제로는 피의자의 조사임에도 형식적으로만 피내사자의 조사로 변질시켜서는 절대로 안될 것이다. 이는 수사기관이 피의자의 지위를 부당하게 피내사자의 지위로 변질시키는 것이며 피내사자의 제반권리와 방어권을

70) 이재상, 「신형사소송법(제2판)」, 박영사, 2010, 218면.

71) 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행 장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에서의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여 그 적법성이 인정되어야 할 것이다(대법원 2006. 7. 6 선고 2005도6810판결)

72) 참고인을 상대로 정보를 수집하기 위하여 질문을 한다는 것은 범죄혐의 유무가 있는지를 알아보기 위하여 피내사자와 관련한 정보를 취득하기 위한 질문을 한다는 것이고, 피내사자를 상대로 정보를 수집하기 위한 질문을 한다는 것도 마찬가지이기 때문이다.

부당하게 박탈하여 인권침해를 불러오기 때문이다. 피내사자를 조사하기 전에 수사기관이 충분한 내사활동으로 피내사자에 대한 범죄의 혐의 유무를 확인하였거나 범죄혐의를 입증할 충분한 자료나 증거를 확보하였다면 피내사자에게 출석을 요구하면서 피내사자가 아닌 피의자의 신분으로 출석을 요구한다는 것을 명확히 고지하여야 한다.⁷³⁾ 그리고 피내사자를 출석 요구할 당시나 조사를 개시할 당시에는 피내사자에 대한 범죄혐의 유·무가 불명확하였으나 출석요구한 후에 피내사자의 범죄혐의를 확인하였다거나 피내사자에 대한 조사(신문)를 개시한 후에 범죄혐의를 확인하였다면 즉시 신문을 중단하고 피내사자에게 범죄혐의의 확인에 따라 수사를 개시함을 고지하고, 즉, 진술조서를 피의자신문조서로 전환하여야 한다.⁷⁴⁾ 이때부터 피의자의 각종 제반권리를 보장하여야 함을 물론이다. 특히 출석한 피내사자를 피의자로 즉시 입건하여 변호인의 접견·교통권을 비롯한 피의자의 제반권리를 보장하면서 조사를 진행하여야 한다.

6) 대물적 압수·수색·검증의 요부(要否)

개정 형사소송법에서 내사단계에서 대물적 압수·수색은 가능한지 여부를 검토할 필요가 있다. 대물적 강제처분에서 압수·수색·검증 요건으로서 범죄혐의를 체포·구속 등에서 요구하는 범죄혐의와 동일한 정도의 것으로 보느냐, 그보다 다소 낮은 정도의 혐의만으로도 가능한 것이냐가 문제이다.

형사소송법은 체포·구속(제200조의 2 이하)에 관하여는 『피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 것』을 요구하고 있고, 압수·수색·검증(제215조)에서는 『범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고, 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여』 이를 청구 요건으로 하고 있다. 즉, 압수·수색·검증 영장의 청구요건과 관련하여 형사소송법은 『범죄수사에 필요한 때』에는 청구할 수 있도록 하였으나 개정 형사소송법 제215조는 『범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것』

73) 따라서 수사기관이 피내사자를 출석요구하기 전에 이미 충분한 내사활동으로 피내사자에 대한 범죄혐의를 입증할 충분한 증거를 확보하였음에도 피내사자에게 진술거부권을 고지하지 않은 채 피내사자의 신분으로 진술조서를 작성하는 것은 위법한 조사활동이 될 것이다.

74) 입건유예를 할 정도의 상황이라도 마찬가지이다.

에 한정하여』 청구할 수 있도록 그 요건을 강화한 것이다.

개정 형사소송법에서 압수·수색·영장의 청구요건을 수사기관이 통상의 수사개시권을 행사한 후(수사기관이 범죄혐의가 있다고 판단하여 수사행위를 외부적으로 표시하는 일련의 행위가 있었을 경우)에 한정하고 있는지를 보면, 형사소송법 제215조 범문상으로는 보면 “피의자가 죄를 범하였다고 의심한만한 정황이 있고” 라고 규정하여 압수·수색은 피의자를 전제로 하고 피내사자를 전제로 하고 있지 않으므로 통상의 수사절차에서만 압수·수색·검증·영장을 청구할 수 있고 내사절차에서는 청구할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 다만, 체포·구속 등의 대인적 강제처분은 『피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 경우』이지만 대물적 강제처분은 『피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고』고 규정하여 대인적 강제처분과 대물적 강제처분의 범죄혐의의 정도가 동일한 것인지에 대한 의문은 있으나 개정 형사소송법에서는 대물적 강제처분에도 피의자를 명시적으로 규정한 것은 통상의 수사를 개시한 후에만 대물적 강제처분이 가능하도록 한 것으로 보는 것이 타당하다.⁷⁵⁾

7) 통신사실 확인 및 통신제한조치

내사에서도 통신사실 확인 등을 할 수 있는데, 이러한 통신사실 확인을 위한 조사는 넓은 의미에서는 사실조회에 속할 수도 있다. 통신사실의 확인은 통신제한조치와는 다르다. 통신사실의 확인은 사실조회의 성격이 강하여 수사기관에서 각 통신사에 휴대전화, 인터넷 통신 등을 비롯한 전자기기의 통신내역(통신사실)을 확인하는 것이고, 통신제한조치는 이러한 통신매체의 통신내역을 조회하는 것이 아니라 조직범죄나 마약사범 공안사건 등의 내사나 수사절차에서 주로 활용되는 통신감청을 의미하기 때문이다. 통신사실의 확인은 내사나 수사에서 과거의 통신내역을 확인하는 사실조회의 성격이 짙다.

통신제한조치는 통신비밀보호법에 의하여 시행된 우편물 검열 및 전기통신의 감청을 포함하는 강제처분이다. 통신비밀보호법 제5조에서 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있는 범죄의 요건을 나열하고 있고, 동법 제6조에서 검사는 피의자별 또는 피내사자별로 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있고, 사

75) 실무에서도 올해부터는 반드시 범죄인지절차를 거친 후 압수·수색 영장을 청구하고 있다.

법경찰관은 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치에 대한 허가를 신청하고 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 통신비밀보호법은 피내사자에 대한 통신제한조치를 명문으로 인정하고 있고, 이는 긴급통신제한조치에도 적용된다. 결국 위 법률이 요구하는 요건을 모두 갖춘 것이라면 피내사자를 상대로 한 통신제한조치의 허가청구는 가능하다고 보아야 한다.⁷⁶⁾

그리고 통신사실 확인자료 제공요청보다 기본권 침해가능성이 훨씬 크다고 보아 엄격한 요건을 규정한 통신제한조치의 경우에도 피내사자에 대한 허가청구가 가능하다는 점을 고려한다면 이보다 기본권 침해가능성이 크지 않은 통신사실확인자료 제공요청도 내사의 단계에서 가능하다⁷⁷⁾고 볼 것이다.

주지할 사항은 통신사실의 확인이건 통신제한조치이건 공히 국민의 법적 안정감에 대한 중대한 침해가 될 수 있으므로 당연히 통신비밀보호법이나 형사소송법에 따른 법관의 허가서 또는 영장을 필요로 한다. 내사에서도 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따라 대물적 강제처분이 가능한 것으로 해석하더라도 영장을 청구하여 발부받는 정도의 사안이라면 단순히 내사로 취급하기 보다는 일단 형사입건하여 피의자로서의 제반권리를 보장하면서 절차를 진행하는 것이 필요하다는 견해⁷⁸⁾가 설득력을 얻는다.

8) 금융거래조사와 계좌추적

내사에서도 피내사자의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 금융기관의 거래상황이나 혐의 계좌에 대한 금융거래를 확인할 수 있다. 내사단계에서 금융거래에 대한 정보를 확인하는 것은 피내사자의 범죄혐의 인정 여부에 직접적이고 주요한 조사방법이라는 현실적 필요성이 매우 크다. 뿐만 아니라 형사소송법의 대물적 강제처분과는 별도로 금융실명거래및비밀보장에 관한법률에서 구체적인 요건 하에 거래정보를 제공하도록 하고 있다(위법 제4조). 이 규정은 금융계좌추적용 영장을 청구함에 있어 그 대상자를 피의자로 제한하지 않고 있다는 점을 주목하면 피내사자에 대한 금융거래정보는 법원의 영장을 통하여 확보할 수

76) 김제덕, 앞의 논문, 277면.

77) 김제덕, 앞의 논문, 277면.

78) 정성진, 내사론, 27면.

있다고 보아야 한다.⁷⁹⁾

물론 개인의 금융거래가 제한 없이 허용되지는 않는다. 통상의 수사절차에서도 개인의 금융거래를 조사하거나 계좌추적을 할 수가 있지만 내사에서는 수사와는 달리 지극히 제한적으로 허용된다고 보아야 한다. 예를 들면, 피내사자의 범죄혐의 유·무의 확인을 위한 최소한의 계좌추적에 그쳐야 한다. 그러므로 전화금융사기(보이스 피싱)에서 범죄혐의와 매우 밀접한 관련이 있다고 의심되는 은행계좌나 피내사자나 피의자를 특정하기 위한 계좌추적, 피내사자가 특정되었다더라도 범죄혐의 유·무를 확인을 위한 최소한의 범위 내에서만 계좌추적이 가능하다고 보아야 한다.

이는 금융거래 추적조사는 내사의 은밀성과 합목적성과 개인의 프라이버시의 보호가 가장 첨예하게 대립될 수 있는 영역의 하나이며 마땅히 보호되어야 하기 때문이다.⁸⁰⁾ 마찬가지로 내사절차에서 금융거래추적이 제한적으로 가능하다고 하더라도 범죄혐의가 분명하여 수사를 개시할 정도의 범죄혐의가 있다면 입건한 후에 강제수사를 개시하여야 할 것이다.

내사절차에서 금융거래조사가 피내사자를 비롯한 해당자의 동의가 있다면 임의적 사실조회의 성격이 강할 것이고 법관의 영장이 필요한 경우에는 대물적 강제처분의 성격이 강하게 될 것이다. 내사절차에서는 적지 않게 피내사자를 특정하기 위한 계좌추적⁸¹⁾이 필요한데, 만일 금융거래조사를 할 수 없다면 범죄혐의의 유·무를 확인하는 것은 한계에 부딪칠 수밖에 없으므로 금융거래조사는 제한적인 대물적 강제처분에 준하는 정도는 법관의 영장에 의한 금융거래조사는 가능하다고 보아야 한다. 금융거래 내용에 대한 정보 또는 자료제공요구를 다른 대물적 강제처분과 동일하게 취급할 것이 아니라 달리보자는 견해⁸²⁾도 있으나 법관이 발부한 영장에 의한 금융거래조사나 당사자의 동의에 의한 금융거래내용을 조사하는 것이나 그 내용에는 별 차이가 없다는 점에서 굳이 달리 볼 이유는 없다.

내사절차에서도 금융거래조사는 개인 및 기업의 증권보유 및 거래상황 등은 금융실명거래 및 비밀보장에 관한법률에 의하여 제한을 받을 수 있고 법관의

79) 김재덕, 앞의 논문, 276-277면.

80) 권오걸, 앞의 논문, 254면.

81) 자금세탁범죄나 전화금융사기의 범죄의 경우가 이에 해당할 것이다.

82) 김재덕, 앞의 논문, 276면.

영장이 있어야 조사가 할 수 있다는 점에서 강제수사의 형태가 갖지만, 실무에서 보면, 주로 경제사범, 뇌물사범, 마약사범, 선거사범, 각종 로비사건 등을 비롯한 화이트칼라범죄에서 금융거래내역을 조사하여야만 범죄혐의 유·무를 밝힐 수 있는 경우가 많다. 따라서 금융거래조사는 당사자의 사전 동의서나 법관의 영장이 필요하기 때문에 통상의 수사행위로 보기 보다는 피내사자나 혐의자를 특정하고 범죄혐의 유·무를 확인하기 위한 금융거래조사는 내사단계에서도 허용된다고 보아야 한다.

9) 출입국 조회 및 출국금지

내사절차에서도 피내사자 등에 대한 출국금지를 실시할 수 있다. 내사초기단계에서 피내사자로 특정되거나 지목되는 자가 국외로 도피한다면 내사의 목적을 달성할 수 없을 경우나 피내사자에 대한 범죄혐의가 확인되어 수사를 개시할 경우에도 장래의 수사의 목적을 달성하기 위하여 피내사자에 대한 거주이전의 자유를 제한하는 불가피한 공권력을 행사할 수밖에 없다. 실무에서도 내사초기에 출국금지를 많이 활용하고 있다. 그러나 모든 국민은 헌법 제14조에 의하여 거주이전의 자유를 가지며 이는 국내에서 이전의 자유뿐만 아니라 국외에서 이전의 자유, 국내에서 국외로의 거주이전의 자유를 포함하는 개념이다. 이에 원칙적으로 국민의 출국도 보장받아야 하며 국가가 국민의 출국을 금지하는 것은 기본권을 제한하는 것이므로 내사의 필요성과 상당성의 범위 내에서 이를 최소한으로 실시되어야 한다. 범죄혐의 유·무가 불분명한 피내사자에 대한 출국금지는 타당성과 합법성이 보장되지 않으면 곧바로 위법성 내지 형평성의 논란을 불러올 수 있다.

한편, 피내사자에 대한 출국금지는 출입국관리법이 출입국관리법시행령에도 내사의 경우에는 출국금지를 상정하고 있지 않고 있음이 명백함에도 이를 가능하다고 하는 것은 거주이전의 자유의 기본권을 법률로 제한하여야 하는데 이에 반하므로 피내사자에 대한 출국금지는 허용되지 않는다는 견해⁸³⁾가 있다. 그러나 출입국관리법 제4조 제1항 제1호에서 “범죄수사를 위하여 그 출국이 부적당하다고 인정되는 자”에는 피의자나 피고인만 지칭하는 협의의 개념으로 파악하기 보다는 피내사자도 범주에 포함시키는 것이 상당하다. 실무에서도 수사기관

83) 김재덕, 앞의 논문, 278면.

이 출국금지를 요청하는 경우에는 형식상으로는 범죄인지 절차를 밟지 않은 피내사자이지만 실제로는 피의자의 지위를 가진 경우가 대부분이고 막연히 범죄 혐의 유·무조차도 불분명한 단계에서는 출국금지를 요청하는 경우는 거의 없기 때문이다.⁸⁴⁾

내사절차에서 피내사자와 이해관계인들에 대한 출국금지는 내사의 목적달성과 국가의 안전보장과 질서유지라는 공공복리를 위하여 개인의 거주이전의 자유를 제한할 필요성이 있을 때에 한하여 최소한도로 실시하여야 한다. 출국금지는 헌법에 규정된 거주 이전의 자유를 침해할 수 있는 조치이므로 내사의 필요성과 상당성의 범위 내에서 이루어져야 한다는 당위성에서 찾을 수 있다. 이는 범죄혐의가 있어 입건된 피의자도 범죄수사라는 목적에 의하여 출국금지된 사실이 외부에 알려진 언론매체에 보도되거나 피의자에 대하여 수사한 결과, ‘혐의없음’ 되어 출국금지가 해제되더라도 당사자는 이미 회복할 수 없는 막대한 정신적·경제적 손해를 입을 우려가 있다는 점을 반드시 고려하지 않으면 안 되기 때문이다. 이 때문에 내사절차에서 피내사자와 이해관계인들에 대한 거주이전의 자유를 제한하는 출국금지에 대한 적절한 통제와 최소한도로 실시되어야 한다.⁸⁵⁾

3. 내사의 한계

내사는 대인적 강제처분을 할 수 없고 대물적 강제처분도 제한적인 범위 내에서 할 수 있는 조사방법의 한계를 가진다. 내사는 적정절차에 따라 범죄혐의 유·무의 윤곽을 밝히는 절차이다. 내사절차도 피내사자의 인권을 부당하게 제약하는 강제력이 사용될 수 있으므로 통상 수사와 같이 형사소송의 지도이념과 그 필요성과 상당성에 기속되는 한계를 가진다. 특히 내사로 피내사자의 기본권이 제한되는 만큼 내사로 얻을 수 있는 공익과 형사사법적 정의의 실현이라는 가치가 형평을 이루어야 한다. 이에 내사의 수단도 형사소송법적 이념이 투영되어 있는 적정절차의 이념의 틀 속에서 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다.

84) 물론 피내사자에 대하여 범죄혐의가 있다고 사료되어 출국금지를 요청할 정도라면 피의자로 입건한 후 출국금지를 취하는 것이 바람직함은 물론이다.

85) 조광훈, 수사기관 내사의 효율적 통제와 피내사자의 인권보장에 관한 연구, 140면.

내사는 수사보다 합법성은 약하게 요구되지만 합목적성과 비공개성은 훨씬 강하게 나타날 수 있다. 수사절차보다도 인권침해적인 상황이 더욱 광범위하고 강하게 날 소지가 있어 피내사자는 피의자나 피고인과 달리 형사절차상의 방어권이 열악하다. 그렇기 때문에 오히려 내사에 대한 제한의 당위성은 더 높게 요구된다.⁸⁶⁾ 그리고 내사권의 발동은 법과 정의 그리고 형평의 관념에 따라 순수하게 범죄의 혐의가 있느냐의 여부에 따라 내사권이 발동되어야 한다.⁸⁷⁾

수사기관은 내사의 목적달성을 위해서라면 언제나 적극적인 수단과 방법을 사용할 수 있는 것이 아니라 그 목적 달성과 제한되는 이익사이에 균형을 이루어야 하는 한계가 있다고 보아야 한다. 이러한 내사절차에서 한계를 깨닫는 것은 내사를 부당하게 제한하기 위함이 아니라 내사절차에서 수사기관의 어떤 편견이나 선입견과 독선을 배제하여 내사의 적법성과 피내사자의 인권을 보호하기 위한 최소한의 억제책이기 때문이다.

내사의 한계는 실무에서도 현실적인 문제이면서도 항상 염두에 두어야 할 과제이지만 쉽게 간과하기 쉬우므로 내사를 진행함에 있어 내사의 정당성과 적법성 그리고 합리성에 바탕을 두어야 한다는 것을 잊지 말아야 한다. 내사에서 한계성이 지켜지지 않으면 내사권의 남용으로 이어지기 쉽고 다시 피내사자에 대한 인권침해로 이어지게 되므로 수사와 마찬가지로 내사절차에서도 내사의 개시·주체·수단 등을 비교·검토하여 합리적인 제한을 받아야 하는 한계성으로 드러난다.⁸⁸⁾ 내사에서는 대인적 강제처분은 절대 불가한 조사방법의 한계로 나타나게 된다.

V. 내사의 법적통제

1. 내사의 법적통제의 당위성

첫째, 수사기관의 내사에 대한 인식의 변화가 선행되어야 한다. 그동안 내사

86) 권오걸, 앞의 논문, 248면.

87) 정성진, "형사절차로서의 내사", 법학논총(9호), 국민대학교법학연구소, 1997. 11. 117면.

88) 조광훈, 수사기관 내사의 효율적 통제와 피내사자의 인권보장에 관한 연구, 123-124면 참조.

가 수사기관의 전유물과도 같아서 내사를 즐겨 활용하면서도 내사절차가 법적 통제로부터 벗어나 있었던 측면이 많았다. 이 때문에 내사와 관련한 인권침해 및 적법성 논란, 표적내사(표적수사)의 논란, 내사권 남용의 시비가 끊임없이 제기되었다는 점을 반드시 기억하여야 한다. 이를 시정하기 위하여 내사절차에서 객관의무를 기본으로 공정성·타당성을 유지하고 수사를 내사로 포장하여 법적 통제를 회피하려는 그릇된 인식을 조속히 버려야 한다.

둘째, 피내사자의 인권보호를 위하여 내사의 법적통제가 반드시 필요하다. 내사절차에서도 피내사자를 비롯한 참고인의 조사가 필요하지만 특히 피내사자를 조사함에 있어 내사의 마지막 단계에서 임의동행을 병자하여 사실상의 강제연행을 하는 탈법적인 잘못된 관행을 조속히 타파하여야 한다. 피내사자라는 이유로 진술거부권을 고지하지 않고 변호인과의 접견·교통권도 제대로 보장하지 않고 자백을 강요하는 것이나 외형상으로만 피내사자에 대한 조사이지 실제로는 피의자의 조사와 다름없이 진행되어 온 잘못된 관행을 타파하고 피내사자의 인권보호를 위하여 내사의 법적통제는 반드시 이루어져야 한다.

셋째, 내사와 수사의 적법성의 확보를 위해서도 내사에 대한 법적통제가 있어야 한다. 수사기관은 화이트칼라 범죄와 사회적으로 이슈가 큰 사회지도층 비리를 수사함에 있어서는 오랫동안 내사기간을 거치는 것이 대부분이다. 수사기관이 수사개시권을 행사하기 전에 내사절차에서 획득한 진술증거 및 물적증거를 나중에 공소제기 후에 증거로 사용할 수 있어야 한다. 이에 내사절차에서도 적정절차가 반드시 지켜져야 하고 위법성의 시비가 있으면 곤란하다. 내사절차에서 적정절차의 철저한 준수는 내사과정에서 획득한 증거의 가치를 보존하여 추후 공소제기 후에 증거로 사용함에 지장을 받지 않도록 만들어 준다. 이렇게 내사절차에서 위법성 시비를 차단하기 위해서라도 내사의 법적통제는 필요하다.

사법경찰관이 내사권을 병자할 경우에는 피내사자를 비롯한 이해관계인들에 대한 인권침해가 발생할 여지가 높으므로 이를 막고 내사의 적법성을 확보하기 위해서는 실질적으로는 수사에 해당하는 사법경찰관의 내사에 대한 검사의 법적통제가 반드시 필요하다. 뿐만 아니라 경찰에 비하여 막강한 권한과 사회적으로 이슈가 큰 사회지도층 비리를 내사하는 검찰이 내사권을 남용한다면 피내사자 등에 대한 인권침해의 논란의 소지가 더욱 커질 수 있으므로 검찰내사에 대한 법적통제의 당위성을 반드시 확인할 수 있는 대목이다.

2. 수사기관의 자체에 의한 통제

첫째, 수사기관이 내사를 착수, 진행, 종결함에 있어서 엄격한 지침을 마련하여야 한다. 수사기관의 내사를 외부적인 통제나 법적통제를 받는다고 하더라도 수사기관이 수사개시권을 행사하기 전의 내사활동을 완벽하게 법적 통제한다는 것은 사실상 불가능하다. 그러므로 수사기관이 스스로 내사를 개시, 진행, 종결함에 있어서 스스로 내사절차에 대한 엄격한 지침을 만들어 스스로 효율적으로 통제하는 시스템을 구축하는 것이 무엇보다도 필요하다.

둘째, 조직 내부 상의 보고와 결제를 통한 통제가 반드시 필요하다. 대개 범죄정보가 입수되었을 때에는 소속기관의 장에 대하여 정보보고, 내사가 착수되었을 때에는 내사착수보고, 중요 진행 상황에 대해서는 내사진행상황을 보고하게 되며, 입건 또는 내사종결에 즈음하여서는 입건 또는 내사종결처분에 대한 소속장의 결재를 받는 방법으로 내부통제를 받아야 할 것이다.⁸⁹⁾

셋째, 수사기관의 자체 사무감사 등을 통하여 부당한 내사권의 행사에 대하여 사후검증을 하여야 한다. 비록 수사기관의 자체 사무감사가 형식적 감사의 성격이 강하다고 할지라도 사무감사는 내사를 진행하는 수사기관의 상급관청인 경우가 많으므로 이를 통하여 부당한 내사활동이나 불법내사의 착수·개시·종결을 사후 검증하여 이를 시정할 수 있는 계기를 마련할 수 있기 때문이다.

3. 외부기관에 의한 통제

1) 국회에 의한 통제

수사기관의 부당한 내사는 국회의 국정감사나 국정조사권의 발동으로 그 감시기능을 강화할 필요도 있다. 국회는 국민의 대표로 구성되었으므로 수사기관의 부당한 내사권의 발동뿐만 아니라 부당한 수사개시권의 행사도 결국에는 국민의 기본권과 밀접한 관련이 있다. 따라서 수사기관의 내사권의 남용에 대하여 국회에서 당연히 견제기능을 담당하여야 한다. 수사기관은 그것이 내사권이든, 수사권이든 선량한 국민들의 재산과 인권을 보호하고 합리적으로 국가형벌권의

89) 권오걸, 앞의 논문, 264면; 김재덕, 앞의 논문, 281면.

정당한 행사와 집행을 공명·정대하게 행사하라고 국민들로부터 위임받은 것이 지 이를 자의적으로 행사하여도 좋다는 취지로 위임받은 것이 아니다. 만일, 수사기관이 내사권을 포함한 수사권을 남용한다면 사법부에 의한 통제와 마찬가지로 비록 사후 통제이기는 하지만 입법부가 국정감사권과 국정조사권 등을 비롯한 적절한 권한행사로 내사를 통제할 필요가 있다.⁹⁰⁾ 특히 검찰내사는 작년에 대통령의 제정으로 기존에 법적통제로부터 벗어나 있는 측면이 많았던 것이 검찰의 통제로 편입되어 사후검증이라도 받게 되었지만 검찰내사는 사후검증 절차가 제대로 마련되어 있지 않다는 점에서 검찰내사에 대한 외부의 사후검증이나 법적통제가 반드시 요구되는 점이다. 매년 국회의 정기적인 국정감사나 국정조사를 통하여 사회적으로 이슈가 되었던 검찰내사(검찰수사를 포함)에 관하여 내사개시, 진행, 종결은 물론이고 수사의 적정성과 타당성을 유지하였는지를 철저히 검증하여야 할 것이다.⁹¹⁾

2) 언론에 의한 통제

수사기관의 내사권의 남용과 법적통제가 반드시 긍정적인 면만 있는 것은 아니지만 언론매체의 긍정적인 역할은 중에서 '국가의 부정한 공권력의 행사'에 대한 감시의 기능이라는 장점을 최대한 살려야 할 것이다. 특히 검찰내사는 특성상 주로 사회지도층 비리에 대한 내사가 많아 언론에 관심대상이 집중될 것이므로 언론매체에서는 피내사자를 비롯한 이해관계인들이 명예가 훼손되지 않도록 하면서 검찰내사가 공정하게 진행될 수 있도록 국민의 알권리를 충족시키면서 동시에 부당한 내사권의 남용을 감시하는 역할이 필요하다.

수사기관은 내사절차에서 철저한 보안을 유지하여 내사의 진행이 언론매체에 노출되는 것을 막아야 할 책무도 있지만 검찰내사에 대한 적절한 법적통제의 수단이 많지 않는 점에서 언론매체의 역할은 매우 중요하게 다가온다. 내사단계에서도 내사의 사실이 언론에 집중 보도되고 언론 보도의 주된 취재원⁹²⁾이 주로 검찰과 경찰이라는 점에서 취재원을 접한 언론매체가 객관적이고 사실적인

90) 조광훈, 수사개시권 남용의 원인과 그 개선방안, 326면.

91) 입건되지 아니한 내사종결된 사건 중에서 특히 사회적으로 이목이 있었거나 사회지도층 비리를 내사한 사건의 경우에는 더욱 그러하다.

92) 수사기관은 실적을 외부에 알리거나 홍보하기 위하여 언론매체에 수시로 보도자료를 배포하기도 한다.

보도와 함께 검찰내사가 공정하고 정당하게 이루어질 수 있도록 간접적으로 통제하는 역할을 다하여야 한다. 물론, 피의자 등의 기본권의 침해와 공익과 국민들의 알권리라는 기본권의 충돌이 뒤따르게 마련이라는 점을 간과해서는 안 된다. 이러한 내사나 수사를 불문하고 언론에 공개되는 것이 긍정적인 면과 부정적인 면⁹³⁾이 동시에 존재하지만 언론매체에 의한 수사기관의 부당한 내사권의 남용을 억제하는 역할이 있다는 것을 알아야 한다.⁹⁴⁾

3) 법원에 의한 통제

내사권의 남용에 대한 법원에 의한 통제를 들 수 있다. 부당한 범죄인지와 내사절차에서 부당한 대인적 강제처분이나 적정절차에 따르지 않는 내사절차는 법원이 그 역할을 다하여야 한다. 수사기관의 불법내사의 개시, 진행으로 위법하고 부당한 수사개시권의 행사는 없었는지에 대한 법원의 세심하고도 적정한 심사가 있어야 한다. 범죄인지절차를 밟지 않고 내사절차에서 구속영장이나 압수·수색 영장을 청구하였거나 통신사실확인자료에 대한 신청을 하였다면 더욱 세심히 판단하여야 한다. 법원은 수사기관의 불법내사, 적정절차에 위반하고 비례성과 상당성을 현저히 일탈한 내사개시나 수사개시권을 행사하지는 않았는지도 세심히 살펴야 한다. 특히 내사절차에서 제한적인 대물적 강제처분이 인정된다고 하더라도 대물적 강제처분이 적정절차에 위배되었다면 위법수집증거 배제법칙에 따라 증거능력을 철저히 배제하여야 한다. 임의성 없는 피내사자의 자백에 근거하여 획득한 증거도 결국 위법하게 수집된 증거이므로 그 진실성 여부를 불문하고 증거능력을 부정하여야 한다.⁹⁵⁾ 이는 수사기관의 불법내사에 대한 중요한 법적통제 수단이 될 것이다.⁹⁶⁾ 특히 검찰내사의 경우에 그 절차가 제대로 준수되었는지, 피내사자에 대한 인권침해는 없었는지를 세심하게 살펴보

93) 수사기관은 내사절차에서 철저한 밀행주의를 지향하면서도 피내사자 또는 이해관계인들의 비협조로 정상적인 내사의 진행이 어렵다고 판단되면 은근히 내사사실을 언론에 흘려 피내사자 등을 심리적으로 압박하기 위한 수단으로 사용하고 있으나 이는 피내사자에게는 심각한 인권침해는 물론 범죄자로 낙인찍히는 결과를 초래하는 부정적인 효과가 상당히 크다는 것을 반드시 인식하고 있어야 한다.

94) 조광훈, 수사개시권 남용의 원인과 그 개선방안, 327면.

95) 권오걸, 앞의 논문, 265면, 266면; 조광훈, 수사개시권 남용의 원인과 그 개선방안, 324면.

96) 정성진, 내사론, 33면; 권오걸, 앞의 논문, 268면; 백승민, 앞의 논문, 59면 참조.

고 수사를 내사로 포장하여 피내사자의 진술을 청취하면서 진술거부권을 고지하지 않았거나 피내사자에 대한 변호인과의 접견·교통권을 부당하게 제한하는 등 사실상으로는 피의자임에도 피내사자로 취급하여 형사소송법에 따른 제반권리를 부당하게 제한하였거나 법령에 정한 적정절차에 따르지 않는 위법한 내사활동⁹⁷⁾이 아닌지도 세심히 살펴보아야 할 것이다.⁹⁸⁾

4. 형사소송법적 통제

1) 경찰내사의 통제

실질적인 수사사건을 형식상으로만 내사로 취급하는 사건은 검사의 수사지휘권으로 통제하는 것이 바람직하다.⁹⁹⁾ 왜냐하면, 순수한 내사영역을 벗어나 통상적인 수사의 영역에 속하는 것은 내사가 아니라 수사이며 이미 경찰이 수사개시권을 행사한 것으로 보아야 하기 때문이다. 이는 형식상으로는 입건이전으로 내사사건이더라도 실질적으로는 통상의 수사사건으로 보아야 하기 때문이다. 작년에 시행령이 마련되기 전에는 이러한 경우에 경찰내사로 포장된 사건들에 대하여 검찰의 통제를 받지 않는 면이 많았지만 작년에 시행령의 마련으로 사후적으로나 통제를 받게 되었다는 점에 큰 의미가 있다. 그러나 작년에 제정된 시행령 제18조¹⁰⁰⁾는 법적으로 적지 않는 문제점을 내포하고 있어 그 보완이 요구

97) 수사기관의 불법내사에 형사소송법 통제수단은 내사와 수사를 막론하고 형사소송법상의 적정절차에 반하는 행위는 통제의 대상이라고 볼 수 있으므로 영장주의에 반하는 불법구금은 검사의 구속취소, 체포구속적부심사, 준항고, 민형사상 책임부과가 가능할 것이고, 자백배제법칙에 의한 증거능력의 제한, 위법수집증거에 대한 증거능력의 제한, 검사의 구속장소 감찰, 탄핵소추, 공무원의 불법행위에 따른 국가배상 등이 있겠다.

98) 이는 실체적 진실발견도 헌법상의 대원칙과 적정절차의 원칙을 준수하는 가운데 추구되어야 하고 증거수집과 확보도 그 테두리 안에서 이루어져야 한다. 만일 헌법상의 허용되지 않는 절차 속에서 수집된 증거라면 그것이 실체적 진실발견에 부합되는 자료라도 증거로 사용할 수 있는 자격을 박탈시키는 것이 위법수집증거배제법칙을 명문으로 인정하는 형사소송법의 취지에도 부합하기 때문이다.

99) 이를 두고 검찰이 경찰의 내사를 통제하는 것은 형사소송법이 의도하고 있다고 보기 어렵다는 견해(김재덕, 앞의 논문, 281면)도 있다.

100) 시행령 제18조는 다음과 같다. 제18조(사건의 기록의 관리) ① 사법경찰관리가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 때에는 범죄인지서 작성여부와 관계없이 관계서류와 증거물을 검사에게 제출하여야 한다. 1. 피의자 신문조서를 작성한 때, 2. 긴급체포를 한 때, 3. 검사에게 체포 구속영장을 신청한 때, 4. 사람의 신체, 주거,

된다.

첫째, 제18조 제1항은 사실상 사법경찰관의 수사종결권을 인정하는 것으로 형사소송법 제196조 제2항을 반한다. 사법경찰관이 피의자신문조서를 작성하거나 피의자를 긴급체포하였다거나 피의자에 대하여 체포·구속영장을 신청하는 행위들은 분명히 수사개시권을 행사 한 수사행위들이다. 그런데 사법경찰관이 수사개시권을 행사하고도 인지를 하지 않은 경우는 물론이고, 사법경찰관에게 ‘수사개시(진행) 후 불인지’라는 형식의 수사종결권을 사실상 허용하고 있다.¹⁰¹⁾ 이 때에는 지체없이 입건하여 수사를 완료한 후 송치하여야 한다.

둘째, 검사가 사법경찰관으로부터 관계서류와 증거물을 제출받아 검토한 결과, 피내사자를 피의자로 입건하는 것이 상당할 경우에도 사법경찰관에 대한 입건지휘를 할 수 없다는 것도 문제점이다.

셋째, 제18조 제2항의 현행범인의 체포는 당연히 입건을 전제하므로 수사를 진행하여 통상의 사건으로 송치하여야 한다. 그럼에도 불구하고 입건하지 않고 매분기별로 목록과 요지만을 검사에게 제출하도록 하는 것은 수사를 내사로 포장하는 것을 명문으로 허용하는 것과 다름없어 형사소송법 제196조 제4항에 반한다.¹⁰²⁾ 이 경우에도 검사가 관계서류와 증거물을 제출받아 검토한 후 피내사

관리하는 건조물, 자동차, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 대하여 압수·수색·검증·영장을 신청한 때 ② 사법경찰관리는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하고, 범죄인지를 작성하지 아니한 사건에 대하여는 매분기별로 해당 사건의 목록과 요지를 검사에게 제출하여야 한다. 1. 제1항 제4호의 압수·수색·검증을 제외한 압수·수색·검증, 통신제한조치, 통신사실 확인자료 제공 등 법원으로부터 형사소송법 및 다른 법령에 의한 영장 또는 허가서를 발부받아 대물적 강제처분을 집행한 때, 2. 피혐의자를 출석시켜 조사한 때, 3. 현행범인을 체포·인수한 때, ③ 제2항의 경우, 사건관계인이 검사에게 이의를 제기하거나 검사가 사건관계인의 인권이 침해되었다고 인정할 만한 현저한 이유가 있다고 판단하여 검사가 구체적인 사건을 특정하여 관계서류와 증거물의 제출을 서면으로 지시한 때에는 사법경찰관리는 이에 따라야 한다.

101) 2011. 12. 15. 서울지방변호사회 주최, 학술세미나 - “검·경 수사권 조정 대통령령 제정 관련 세미나”, 발표자료(발표자: 이화여대, 조균석 교수) 4-5면.

102) 2011. 12. 5. 사단법인 한국법학교수회 동계학술대회 “내사와 수사의 본질과 한계 - 그에 대한 법적통제를 중심으로 -”, 발표자료(발표자: 대검찰청, 이제영 연구관) 28-32면에서는 시행령 제18조 제2-3항은 형사소송법 196조 제4항에 정면으로 위배되는 것이라고 강하게 비판하며; 2011. 12. 15. 서울지방변호사회 주최, 학술세미나 - “검·경 수사권 조정 대통령령 제정 관련 세미나”, 발표자료(발표자: 이화여대, 조균석 교수) 6면에서도 196조 제4항에 정면으로 위배하는 것이라고 강하게 비판하며; 2011. 12. 8. 형사소송법학회 주최, 학술세미나 - “개정 형사소송법상 검사의 사법 경찰관에 대한 수사지휘권의 범위 -”, 발표자료(발표자: 서울 시립대, 김희균 교수) 15-16면에서 “제1항의 압

자를 피의자로 입건함이 상당하다면 입견지휘를 할 수 있어야 한다. 이때의 검사의 지휘는 내사에 대한 지휘가 아닌 통상의 수사지휘이기 때문이다.

넷째, 사법경찰관은 시행령 제18조 제2항에 따른 수사행위를 함에 있어 피내사자를 출석시켜 조사할 때에는 검사에게 이의를 제기할 것인지의 유·무, 검사에게 이의를 제기할 수 있다는 취지를 진술조서(또는 피의자신문조서)에 반드시 남겨야 한다는 규정을 보완하여야 한다. 그리고 피내사자, 탄원인, 진정인, 투서인 등에게 검사에게 이의를 제기할 수 있다는 취지를 서면으로 통지한 후, 이를 기록에 편철함으로써 사법경찰관이 내사사건으로 포장한 수사에 대한 실질적인 법적통제가 가능할 수 있도록 하여야 한다.

한편, 경찰내사와 관련하여 현행 형사소송법 및 시행령의 해석상 검사에 의한 내사지휘가 가능한지를 보면, 사법경찰관의 수사개시권 및 수사진행권이 형사소송법에 명문화가 되었으므로 검사가 수사개시권을 행사하기 이전의 검찰이 접수한 내사사건은 사법경찰관에 대한 내사지휘는 허용하지 않고 있다고 보아야 한다.¹⁰³⁾

2) 검찰내사의 통제

검찰내사도 반드시 법적통제를 받아야 한다. 경찰내사는 비록 제한적이긴 하지만 그나마 검사의 수사지휘권의 범주에 속할 수도 있으나 검찰내사는 법적통제의 대상으로부터 떨어져 있기 때문이다. 권력형 비리나 사회지도층 비리로 검찰내사를 받던 피내사자 등이 투신자살을 하거나 전직 대통령이 자살하는 등 사회적으로 큰 물의를 일으킨 적이 있었다.

표적수사는 표적내사로부터 시작하는 경우가 많고 정치적으로 표적수사라는

수·수색과 제2항의 압수·수색을 나누는 근거가 박약하고, 제18조 제2항 제1호는 사법경찰관이 제1호에 정한 강제처분을 하고도 범죄인지서를 작성하지 아니한 경우를 당연히 예정하는 것은 대법원의 판례에도 정면으로 반하고, 제1호의 행위는 혐의가 확인된 자에 대한 수사행위이므로 당연히 검사의 지휘를 받아야 하며, 제18조는 형사소송법 제196조에 반한다. 더욱이 피내사자 본인을 수사기관에 소환하는 것은 아무리 느슨하게 봐주어도 이미 내사단계를 넘었기 때문에 수사에 착수한 것으로 보아야 하므로 제2호의 행위는 수사지휘의 범위에 포함되어야 한다.”고 비판하고 있다.

103) 다만, 2012. 3. 선관위가 검찰에 수사의뢰한 수사사건을 검찰이 경찰에 다시 수사지휘 하였으나 경찰이 내사사건이라는 이유로 접수를 거부한 것은 경찰이 아직도 내사를 형식설에 입각하여 판단하고 있는 것이므로 바람직하지 않고 당연히 수사지휘를 할 수 있다고 보아야 한다.

비판을 받는 원인을 제공하기도 한다. 경찰내사는 주로 민생범죄와 관련한 부작용이 많다면, 검찰내사는 주로 사회지도층이나 사회적으로 이목이 있는 사건과 관련이 많다. 그래서 검찰내사가 경찰내사보다도 그 부작용도 훨씬 클 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이에 경찰내사 보다도 검찰내사의 효율적인 법적통제수단을 찾고 그 초점을 두어야 한다는 주장이 설득력을 갖는다.¹⁰⁵⁾

현재 검찰에서 시행하고 있는 자체 첩보 내사절차에 관한 지침에 따른 내사절차를 철저히 준수하여야 한다. 내사절차와 관련한 지침도 피내사자의 인권침해를 가장 최소화함과 동시에 피내사자의 인권보호와 방어권을 충분히 보장하여 내사의 적정성과 타당성을 더 한층 높여야 한다. 정기사무 감사에서도 내사종결사건에 대하여 형식적인 감사가 아니라 실질적인 감사와 철저한 검증으로 검찰내사의 내부통제를 엄격하게 할 필요가 있고 내사종결과 입건재량에 대한 적정한 내부통제시스템¹⁰⁶⁾도 반드시 갖추어야 한다. 뿐만 아니라 언론매체는 검찰이 내사권이나 수사권을 남용하지 않는지를 더욱 철저히 감시하고, 국회도 국정조사권이나 국정감사권을 통하여 적정한 내사권을 행사할 수 있도록 하며 법원은 검찰내사가 부당하게 진행된 면은 없었는지를 세밀하여 살펴야 한다.

5. 내사의 입법론

내사의 효율적인 법적통제를 위해서는 내사의 법적근거를 명확히 하는 것도 필요하다. 내사의 비중이 높으면 높을수록 내사의 법적통제의 필요성이 높아지지만 내사에 대한 입법적 미비는 법적통제의 가능성을 더욱 약화시킨다. 이러한

104) 검찰내사와 밀접한 관련이 있는 감사의 범죄인지권의 행사에 법적통제가 필요하다. 감사의 범죄인지권은 사법경찰관의 범죄인지권보다 더욱 포괄적이고 강력한 것이어서 감사가 범죄인지권을 행사함에 있어 적정절차를 준수하지 않으면 경찰의 범죄인지권보다 더욱 큰 문제점을 가져올 수 있다. 그러므로 감사의 범죄인지권(수사개시권)은 더욱 절제되고 품격있게 행사되어야 한다.

105) 2011. 12. 5. 사단법인 한국법학교수회 동계학술대회 “내사와 수사의 본질과 한계 - 그에 대한 법적통제를 중심으로 -”, 발표자료(발표자: 경찰청, 진교훈 총경), 55면; 작년에 형사소송법에 사법경찰관의 수사개시권을 명문화하는 과정에서 경찰은 검찰내사의 폐해를 많이 거론하였다는 점은 검찰내사의 법적통제의 필요성을 높여 주었다. 개정된 형사소송법과 시행령에 따라 경찰내사가 제한적으로나마 감사의 통제를 받게 되었으나 검찰내사는 아직도 법적통제의 밖에 방치되어 있어 이에 대한 법적통제의 필요성이 반드시 요구된다.

106) 조광훈, 내사절차에서 피내사자의 인권보호에 관한 연구, 335면, 338면.

우려 때문인지 내사사건(진정사건 포함)의 급증은 내사사건에 대한 법적통제의 부재에 그 요인의 하나가 있다고 평가되기도 한다.¹⁰⁷⁾ 이에 내사의 법적근거를 형사소송법¹⁰⁸⁾에 마련하여야 한다.

현재까지 우리나라에서 제시된 내사의 입법론으로는 형사소송법 제199조 【수사와 필요한 조사】 ③ 범죄혐의의 유·무를 확인하여 수사를 개시하기 위하여 필요한 정보를 수집하거나 요청할 수 있으며, 상대방의 자발적인 동의를 얻어 질문을 할 수 있다. 다만, 수사를 개시하기 위한 강제처분은 허용되지 않는다.”는 견해¹⁰⁹⁾를 찾아볼 수 있다.

이는 내사를 “수사기관이 형사소송법 제195조의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 행하는 조사활동”이라고 정의한 후, 내사의 허용범위를 “수사기관이 보유하고 있는 정보의 확인과 관련자에 대한 정보수집 질문 또는 고발인 조사에 국한하고 내사에 관한 법률규정도 자유로이 접근할 수 있는 정보들의 수집을 보증하는 정도로 제한하면서 내사단계에서는 강제처분은 물론이고 혐의자나 관련자의 정보제공을 요청하는 것은 허용되지 않아야 한다.”는 전제¹¹⁰⁾에서 출발한다. 그리고 “형사소송법 제199조는 수사의 근거 규정이지 내사의 근거 규정이 아니며 내사를 광의의 수사로 보고 근거 조항까지 같은 곳에서 구하면서 수사와 구별되는 내사의 특성을 논하는 것은 모순”이라고 주장¹¹¹⁾하고 있다. 하지만 이 견해를 다음과 같이 비판할 수 있다.

첫째, 내사의 개념을 ‘수사기관이 형사소송법 제195조의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위한 조사활동’이라고 단정한다면 사법경찰관의 내사를 설명할 수 없고 사법경찰관이 펼치는 내사의 법적근거를 찾기 어렵다.¹¹²⁾

107) 신동운, 앞의 논문, 318면.

108) 한편, 만일 내사를 형사소송법으로 규율한다면 인권침해적인 활동인 수사의 개념이 확대되어 적절하지 않고 형사소송법은 범죄수사 개시 이후에 관한 절차를 규정하는 것이므로 적절하지 않다고 주장(하태훈, “한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평 - 수사일반과 강제처분 부분 -”, 형사법 연구(제23권 제1호), 2011. 138면)하나 내사를 형사소송법에 규정하면 수사가 부당하게 확대된다는 측면을 부정할 수는 없으나 반대로 수사를 내사로 포장하여 법적통제를 받지 않아 발생하는 각종 폐단과 피내사자에 대한 인권침해의 요소를 없앨 수 있다는 점에서 형사소송법에 법적근거를 마련하는 것이 바람직하다.

109) 신양균·조기영, 앞의 논문, 201면.

110) 신양균·조기영, 앞의 논문, 192면, 198-199면.

111) 신양균·조기영, 앞의 논문, 191면.

112) 입법론이 내사의 법적근거를 형사소송법 제195조와 제222조에서 찾아야 한다는 것은

둘째, 형사소송법 제199조는 수사기관이 수사개시권을 행사 후에 규정하고 있다는 점에서 내사의 법적근거로 보는 것은 타당하지 않다. 이에 제199조 제1항에서는 “수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여.....”라고 규정하며, 제2항에서도 “수사에 관하여는 공무소 기타.....”라고 규정하고 있는 것을 보면 알 수 있다. 더욱이 형사소송법 제195조는 검사의 수사개시권을 규정하고 동법 제196조 제1항에서는 사법경찰관리의 수사개시권을 명문화하였으므로 제199조는 수사기관이 범죄혐의를 확인하고 수사개시권을 행사한 이후를 상정하고 있으므로 범죄혐의 유·무를 확인해 나가는 내사를 제199조에 두려는 것도 논리적으로 맞지 않는다. 더욱이 ‘내사영역에서 개인관련 정보 수집을 위한 법적근거는 현재는 없다고 보아야 한다’고 주장¹¹³⁾하면서도 내사의 법적근거를 제199조 제3항에 두려는 것 자체가 모순이 있다.

셋째, 입법론은 내사의 허용범위를 “정보의 확인과 관련자에 대한 정보수집 질문 또는 고발인 조사에 국한되어야 한다”고 주장하면서 “범죄혐의의 유·무를 확인하여 수사를 개시하기 위하여 필요한 정보를 수집하거나 요청할 수 있다”고 주장하는 것도 모순이다. 그리고 공무소에 대한 정보조회 및 사실조회는 수사에서도 많이 활용되는데 수사에서 활용되는 공무소에 대한 정보조회 및 사실조회와 내사에서 활용되는 공무소에 대한 정보조회 및 사실조회에 어떤 차이점이 있다고 보기 어렵다.¹¹⁴⁾ 만일, 내사에서 정보의 확인과 관련자에 대한 정보수집의 질문 또는 고발인 조사에만 국한시킨다면 수사기관이 고발장(진정서, 투서)을 접수한 후에 고발인, 첩보제공인, 투서인만 조사하고 범죄혐의 유·무가 불분명한 상태에서 수사개시권을 발동하여야 하는데, 이러한 불필요한 입건의 남발은 오히려 피내사자에 대한 인권침해를 불러올 수 있다는 점에서 타당하다고 볼 수 없다.

넷째, 입법론은 “상대방의 자발적인 동의를 얻어 질문을 할 수 있다.”는 것도 불필요한 규정이다. 수사에서도 피의자에게 진술거부권이 인정되므로 피내사자에게는 진술을 강요할 수 없음은 물론이고, 내사에서도 참고인이나 피내사자의 진술을 청취할 수 있다고 규정하는 것은 당연사항에 불과하여 굳이 이를 규정할 필요는 없을 것이다.

타당하지 않음은 검토한 바와 같다.

113) 신양균·조기영, 앞의 논문, 195면.

114) 실무상으로는 어떠한 차이가 없다.

다섯째, 입법론은 “수사를 개시하기 위한 강제처분은 허용되지 않는다.”고 주장한다. 그러나 이는 내사의 실무를 제대로 이해하지 못하는 것이다. 내사가 피내사자에 대한 범죄혐의 유·무를 확인해 나가는 절차이고 내사의 마지막 단계에서 피내사자의 범죄혐의 유·무를 확인할 수 있어야 한다. 범죄혐의 유·무의 확인을 위한 대물적 강제처분조차도 일체 허용하지 않는 것은 내사는 수사와는 달리 범죄혐의의 입증이나 범죄혐의의 확인이 아니라 범죄혐의 유·무를 확인해 나가는 절차라는 것을 간과하고 있다. 예를 들어 성명불상자가 은행계좌번호의 비밀번호를 해킹하거나 전화금융사기(보이스 피싱)로 홍길동의 은행계좌에서 이체받았다면 홍길동의 해당계좌에 대한 계좌추적으로 용의자(피내사자)를 확인해 나가야 하는데 내사에서 계좌추적을 하지 못한다면 용의자를 특정하지 못할 뿐더러 범죄혐의 유·무를 확인하는 것조차도 불가능하게 된다. 내사에서 계좌추적이 대물적 강제처분이기는 하지만 용의자를 확인해 나가는 절차에서는 피내사자의 인권을 부당하게 침해하였다고 볼 수는 없다. 또한 화이트칼라범죄를 비롯한 마약사범, 국제테러사범, 선거사범, 각종 뇌물수수의 의혹이 있는 사건에서 계좌추적을 하지 못하면 자금의 흐름(자금세탁)을 알 수 없고 범죄혐의 유·무를 밝혀나가기도 어렵다. 실무에서는 용의자(피내사자, 피의자)를 특정하기 위한 계좌추적영장이나 변사자의 신원 확인을 위한 압수·수색영장, 통신내역사실을 확인할 일이 수도 없이 많이 발생한다는 것을 제시된 입법론은 간과하고 있다. 이러한 계좌추적은 내사의 종결과 동시에 수사를 개시하기 위한 양면적인 성질을 가진 대물적 강제처분이기 때문이다.

여섯째, 입법론이 내사를 “수사기관이 형사소송법 제195조의 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 행하는 조사활동”이라고 하거나 “형사소송법 제195조에는 이미 수사기관의 범죄혐의 유·무에 대한 사실적 기초를 확인하는 권한이 이미 내재되어 있다고 해석이 가능하다”고 주장¹¹⁵⁾하면서도 내사의 법적근거를 “제199조에서 범죄혐의 유·무를 확인하기 위하여 수사를 개시하기 위하여 필요한 정보를 수집하거나 요청할 수 있다”고 규정하자는 것도 스스로 논리적 모순을 범하고 있다.

따라서 내사는 수사기관의 수사개시권과 매우 밀접한 관련이 있다는 점에서 검사의 내사의 법적근거를 검사의 수사개시권과 같은 조항에 두는 것이 적절하다. 이에 입법론을 제시한다면 형사소송법 제195조 2 【검사의 내사】 검사는 범

115) 신양균·조기영, 앞의 논문, 191-192면.

죄의 혐의 유·무를 확인하기 위하여 내사할 수 있다. 단, 대인적 강제처분은 할 수 없고, 대물적 강제처분도 최소한도내에서 이루어져야 한다.”고 규정하는 것이 좋을 것이다.¹¹⁶⁾ 사법경찰관의 내사도 같은 조항으로 규정할 수 있겠지만 현재 우리나라에서는 형사사법구조가 사법경찰관의 독자적인 수사권의 구조로 되어 있지 않다는 점에서 동 조항에서 규정하는 것보다는 사법경찰관의 내사는 형사소송법 제196조 제2항 제1호에서 검사의 내사와 유사한 취지로 규정하는 것이 바람직하다.

또한 형사소송법 제199조 【수사와 필요한 조사】 제1항에 “... 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사 ...” 에서 ‘내사’를 추가하여 “... 수사와 내사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사...”로 제2항에서 “... 수사에 관하여는 공무소 기타 ...”를 “... 수사와 내사에 관하여는 공무소 기타 ...”로 규정할 필요도 있다. 피내사자에 대한 변호인과 접견·교통권을 보장하기 위하여 형사소송법 제30조의 변호인의 선임권자에 피내사자도 대상자에 포함시켜야 할 것이다.¹¹⁷⁾

VI. 나오며

내사의 허용범위를 정함에 있어서는 내사와 수사의 명확한 구별이 필요하다. 그리고 내사와 수사의 구별 못지않게 중요한 판단 요소는 내사의 개념을 어떻게 정립하고 설정하느냐의 여부에 따라 달라질 수 있다. 수사기관의 내사는 그 특성상 극도의 은밀성과 비공개성으로 인하여 피내사자의 인권침해를 불러올 수 있다. 내사에 대한 완전한 법적통제가 불가능하더라도 법적통제의 당위성은 피내사자의 인권보호와도 밀접한 관련이 있다는 점을 인식하고 내사의 올바른 허용범위를 설정하는 것은 내사제도의 바람직한 운용을 가져올 것이다.

더불어 수사기관의 내사의 허용범위와 한계를 명확히 이해하는 것은 곧 내사의 법적 문제점을 올바르게 인식하는 것이고 내사의 법적통제의 가능성을 높이는 것이다. 즉 내사의 허용범위를 명확히 하고 법적통제의 필요성을 올바르게 인식하

116) 조광훈, 내사절차에서 피내사자의 인권보호에 관한 연구, 347면.

117) 조광훈, 내사절차에서 피내사자의 인권보호에 관한 연구, 347-348면.

는 것은 피내사자의 인권침해를 방지함은 물론이고 내사의 정당성과 적법성을 마련함에 있다. 수사기관은 통상의 수사를 내사로 포장하여 내사절차에서 그 효율성을 찾으려고만 들 것이 아니라 내사절차에서도 피내사자의 인권보호에 최선을 다하여야 할 것이다. 더불어 내사의 법적문제점을 적극적으로 찾아내어 이를 시정하려는 노력과 연구도 끊임없이 병행하여야 함은 물론이다.

주제어 : 피내사자, 내사, 법적통제, 경찰내사, 검찰내사, 인권보호

참 고 문 헌

1. 단행본

- 김정환, 「실무형사소송법」, 도서출판, 북파일, 2012.
- 노명선·이완규, 「형사소송법(제2판)」, 성균관대학교출판부, 2011.
- 배종대·이상돈, 「형사소송법(제6판)」, 홍문사, 2005.
- 백형구, 「형사소송법 강의(제8정판)」, 박영사, 2001.
- 신동운, 「신형사소송법(제3판)」, 법문사, 2011.
- 신동운, 「간추린 신형사소송법(제2판)」, 법문사, 2008.
- 신양균, 「신판 형사소송법」, 화산미디어 2009.
- 손동권, 「형사소송법(개정신판)」, 세창출판사, 2010.
- 송광섭, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010.
- 이재상, 「신형사소송법(제2판)」, 박영사, 2010.
- 임동규, 「형사소송법(제3판)」, 법문사, 2004.
- 이은모, 「형사소송법」, 박영사, 2010.
- 사법연수원, 『수사절차론』, 사법연수원, 2011.
- 정웅석·백승민, 「형사소송법(전정판)」, 대명출판사, 2011.
- 정웅석, 「검사의 수사지휘권에 관한 연구」, 대명출판사, 2007.
- 차용석·최영성, 「형사소송법」, 세영사, 2004.

2. 논문

- 권오걸, “수사절차로서의 내사에 관한 고찰”, 『형사법연구(제15호)』, 한국형사법학회, 2001. 6.
- 김재덕, “내사의 허용범위와 법적통제”, 법학논집(제16권 제1호), 이화여자대학교 법학연구소, 2011. 9.
- 백승민, “피내사자 인권보호를 위한 내사제도의 검토”, 『석사학위논문』, 국민대학교대학원, 2003.
- 신동운, “내사종결 처분의 법적 성질”, 『서울대학교 법학(제45권 제3호)』, 통권

- 제132호, 서울대학교 법학연구소, 2004. 9.
- 신양균·조기영 “내사의 개념과 허용범위”, 『형사법연구(제23권 제3호)』, 2011
가을 통권 제48호, 한국형사법학회, 2011. 9. 30.
- 이완규, “범죄인지서 작성 전에 행한 피의자 신문조서의 증거능력 - 인지의 개념과 시기 -”, 『형사판례연구(제11권)』, 2003.
- 정성진, “내사론”, 『법조(통권 제486호)』, 법조협회, 1997. 3.
- _____; “형사절차로서의 내사”, 『법학논총(제9호)』, 국민대학교 법학연구소, 1997. 11.
- _____; “피내사자에 대한 변호인의 접견·교통권”, 『판례월보(제325호)』, 판례월보사, 1997.
- 정웅석 “내사·진정사건에 대한 법적고찰”, 『2006년도 대검찰청 용역과제』, 대검찰청, 2006. 12.
- _____; “내사사건의 통제방안 연구”, 『형사정책(제20권 1호)』, 한국형사정책학회, 2008. 6.
- _____; 『수사권 독립론에 관한 연구 - 형사소송법 제195조와 제196조의 개정에 관한 비판적 시각에서 -』 대명출판사, 2005.
- _____; 『검사의 수사지휘에 관한 연구』, 대명출판사, 2007.
- 조광훈, “수사개시권 남용의 원인과 그 개선방안”, 『법학연구(제14집 제2호)』, 인하대학교 법학연구소, 2011. 7.
- _____; “내사절차에서 피내사자의 인권보호에 관한 연구”, 『법학연구(제19권 제2호)』, 통권 제42호, 법학연구, 연세대학교 법학연구원, 2009. 6.
- _____; “수사기관 내사의 효율적인 통제와 피내사자의 인권보장에 관한 연구”, 『법학연구(제15권 제3호)』 통권 제27호, 연세대학교 법학연구소, 2005. 9.
- _____; “수사기관의 객관의무에 관한 연구”, 『법조(통권584호)』, 법조협회, 2005. 5.
- 정세중, “경찰의 내사활동에 대한 고찰”, 한국공안행정학보 제29호, 한국공안행정학회, 2007.
- _____; “경찰내사의 활성화 방안에 관한 연구”, 한국경찰학회보(제30권), 한국경찰학회, 2011.
- 황문규, “개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과

- 한계”, 『형사정책연구(제22권 제3호)』, 통권 제87호, 2011·가을호.
- 하태훈, “한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평 - 수사 일반과 강제처
분 부분 -”, 『형사법 연구(제23권 제1호)』, 2011.
- 허인석, 「내사의 법적쟁점에 관한 연구」, 형사법의 쟁점연구(Ⅱ), 박영사, 2010.

3. 기타자료

2011. 12. 5. 사단법인 한국법학교수회 주최, 동계학술대회 자료
- 내사와 수사의 본질과 한계 - 그에 대한 법적 통제를 중심으로
2011. 12. 8. 형사소송법학회 주최, 학술세미나 자료
- 개정 형사소송법상 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘권의 범위
2011. 12. 13. 한국형사정책연구원 주최, 학술세미나 자료
- 내사의 쟁점과 과제
2011. 12. 15. 서울지방변호사회 주최, 학술세미나 자료
- 검·경 수사권 조정 대통령령 제정 관련 세미나

[Abstract]

The Allowance and Legal Control of Internal Investigation

Cho, Gwang-Hoon

Supreme Prosecutors office Investigator

Internal investigation is “a secret investigative activity by investigative agency before exercising the investigation-start right in order to find out whether the person under internal investigation can be charged a criminal offense or not”. At present, there is no clear legal basis on internal investigation. There are substance theory and formality theory in the differentiation of internal investigation and investigation. The substance theory is more appropriate from the perspectives of: preventing the deprivation or unjust limitation of defense rights and other rights warranted in the Constitution and Criminal Procedure Code by masking the investigation as an internal investigation and warranting the human right of the person under internal investigation.

The allowance scope of internal investigation would be the basic information collecting activities from the rumors, news, broadcasting and other information sources to find out whether there is a criminal charge or not. However, unnecessary surveillance and following the person under internal investigation under the pretext of information collection should not be abused. For example, various fact inquiries on the official documents: such as personal detail, address of residence, movement record of resident registration, family status of person under internal investigation and his/her family members, ownership of real estate and subsequent changes by individual, individual immigration detail and issuance record of passport/visa can be done as basic investigations of surrounding during internal

investigation. Regarding the internal investigation procedure, it is possible to investigate a testifier or a person under internal investigation; however, the person under internal investigation should not be forcibly taken under the pretext of voluntary accompaniment, and, investigation method on a suspect should not be used. It would be also possible to perform limited seizure/search of an asset, confirm the fact of communication, limit the communication, inquire the immigration record, prohibit the exiting from the country, investigate the financial transactions and track the bank account; however, they should be limited as far as possible. Regarding the legal control, it is necessary to establish an internal legal control system in the investigative agency to protect the human right of the person under internal investigation. Controls by the inspection conducted by the National Assembly, inspection by the exercise of investigation right on state administration and media are also required. The legal control by the Court is also emphasized. If the internal investigation by police is actually an investigation under the pretext of internal investigation, the investigation supervision right of prosecutor should be exercised. The necessity of legal control on the internal investigation by prosecutory authority is more demanding; because such internal investigations attract more attention of society and the person under internal investigation is in the leading class of society. A clear legal basis on internal investigation in the Criminal Procedure Code should be also established.

Key words : person under internal investigation, internal investigation, legal control, internal investigation by police, internal investigation by prosecutor, human right protection