

〈논 문〉

내사종결처분의 법적 성질* **

신 동 윤***

I. 문제의 제기

최근에 진행되는 일련의 정치적 사건의 수사와 관련하여 국민들이 자주 듣는 말에 ‘내사’가 있다. 대검찰청 앞에 포진한 기자들과 카메라맨들 앞을 지나가면서 검찰에 출두한 정치인이나 기업인들이 답하는 말 가운데 “피내사자의 신분으로 나왔다”는 말이 있다. 조금 더 거슬러 올라가 보면 특별검사제도까지 실시된 사건으로 소위 ‘이용호 사건’¹⁾을 들 수 있는데, 도하(都下) 언론은 이 사건이 비화되어 가던 일련의 전개과정 초기에 검찰이 의혹의 중심에 있는 인사에게 피내사자라는 신분을 부여하고 그에 대하여 ‘내사종결처분’으로 ‘입건유예’를 하였다고 보도한 바 있다.²⁾

이제 국민들에게는 ‘내사’, ‘피내사자’, ‘내사종결처분’, ‘입건유예’라는 말들이 전혀 낯선 단어가 아니다. 검찰의 수사관행에서 사용되는 이러한 업무처리 방식에 대하여 국민들은 으레 당연한 것으로 받아들이고 이를 토대로 검찰의 직무수행에 대해 여론을 형성해 가고 있다. 그런데 시야를 돌려서 형사법학계나 법원 쪽을 보면 ‘내사’, ‘피내사자’, ‘내사종결처분’, ‘입건유예’ 등의 용어는 극히 생소하다. 그 이유는 간단하다. 우리 형사소송법은 이러한 개념들을 법전에서 사용하지

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2004학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

** 본고는 2004년 6월 4일 헌법실무연구회에서 발표한 내용을 바탕으로 토론자들의 토론내용을 반영하여 수정·보완한 것이다. 이 자리를 빌려서 토론자들의 지적에 감사를 표하고자 한다.

*** 서울대학교 법과대학 교수.

1) “주식회사 지엔지 대표이사 이용호의 주가조작·횡령사건 및 이와 관련된 정·관계 로비 의혹사건 등의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률” 2001. 11. 26. 법률 제6520호.

2) 조선일보 2001년 9월 24일자 이하 참조.

고 있지 않기 때문이다. 형사소송법전에 나와 있지 않으므로 수험법학에 치중하는 대학의 강단에서는 이 분야에 대한 검토가 거의 행해지지 않는다. 법원의 경우에도 ‘내사’ 및 ‘내사종결처분’으로 종료되는 사건은 법원으로 넘어오지 않기 때문에 법관들에게 이 분야의 문제점을 숙지할 기회는 거의 제공되지 않는다.

이와 같은 상반된 인식상황을 놓고 볼 때 국민들이 실생활에서 접하는 일련의 형사절차에 대하여 학계나 법원은 침묵하고 있는 셈이다. 생활 속의 법과 법전 속의 법이 괴리를 보이고 있는 분야가 바로 ‘내사’나 ‘내사종결처분’이다. 이러한 상황에서 현실과 법리의 괴리를 극복하고 실생활과 법률을 일치시키는 과제가 법해석에 종사하는 사람들이나 입법자에게 부과되지 않을 수 없다.³⁾

II. 내사사건의 의미와 종류

그러면 이제 일선 수사기관에서 시행되고 있는 내사 및 내사사건에 대하여 살펴보기로 한다. 이해를 돕기 위하여 사건의 흐름도에 따라서 사법경찰관의 단계와 검찰단계로 나누어 검토해 본다.

1. 사경 단계에서의 내사사건

사법경찰관리집무규칙(일부개정 2003. 3. 28 법무부령 제529호) 제20조 제1항은 내사와 관련하여 “범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다. 다만, 내사를 병자하여 막연히 관계인의 출석을 요구하거나 물건을 압수하는 일이 없도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 내사란 “범죄에 관한 신고나 풍설이 있을 때 범죄혐의가 있는가를 확인하기 위하여 진상을 확인하는 활동”이라고 정의할 수

3) 이러한 문제의식에서 집필된 최초의 본격적인 논문으로, 정성진, “내사론”, **법조**, 통권 486호(1997. 3), 5면 이하가 주목된다. 또한 같은 저자의 동일내용의 논문으로, “형사절차로서의 내사”, 국민대학교법학연구소, **법학논총**, 9(1997. 11), 93면 이하가 있다. 아울러 같은 저자의, “피내사자에 대한 변호인의 접견교통권”, **판례월보** 제325호(1997. 10.), 35면 이하 등도 내사문제를 다룬 것으로 주목된다. 그밖의 문헌으로, 권오걸, “수사절차로서의 내사에 대한 고찰”, **형사법연구** 제15호(2001. 6), 239면 이하; 신동운, “과거청산과 한국 검찰의 장래”, 동아대학교법학연구소, **동아법학** 제21호(1996. 12.), 377면 이하 참조.

있다. 즉 내사의 목적은 “범죄협의를 있는가”를 확인하는 데에 있다. 그리하여 사법경찰관은 내사결과 범죄의 혐의가 없다고 인정할 때에는 즉시 내사를 종결하여야 하며(동조 제2항), 익명 또는 허무인 명의의 진정·탄원 및 투서에 대하여는 그 내용을 정확히 판단하여 수사단서로서의 가치가 없다고 인정될 때에는 내사하지 아니할 수 있다(동조 제3항).

내사의 결과 “범죄협의를 있다”고 판단하게 되면 사법경찰관은 수사에 착수하게 된다. 사법경찰관이 수사에 착수할 때에는 범죄인지보고서를 작성하여야 한다(사법경찰관집무규칙 제21조 제1항). 범죄인지보고서가 작성되면 조사대상자(즉 피내사자)는 이제 피의자로 된다. 범죄인지보고서에는 피의자의 성명·주민등록번호·직업·주거·범죄경력·죄명·범죄사실 및 적용법조를 기재하고, 범죄사실에는 범죄의 일시·장소·방법 등을 명시하고 특히 수사의 단서 및 인식하게 된 경위를 명백히 기재하여야 한다(동조 제2항).

2. 검찰단계에서의 내사사건

다음으로 검찰단계에서의 내사사건을 살펴본다. 검찰사건사무규칙(일부개정 2003. 7. 28 법무부령 제532호)은 제2편 제9장에서 ‘진정·탄원·투서 등’이라는 제목 하에 정식으로 형사사건화하지 아니한 사건의 처리에 관하여 규정하고 있다. 여기에는 두 가지 방식이 있다. 하나는 ‘내사사건’이며 다른 하나는 ‘진정사건’이다. 첫째로, 검사는 (1) 수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항과 (2) 상급검찰청에서 조사 또는 보고를 명한 사항에 관한 서류(두 경우 모두 진정인·탄원인 등 민원인이 있는 서류를 제외한다)를 접수한 때에는 이를 내사사건으로 수리한다(검찰사건사무규칙 제141조 제1항). 다음으로, 검사는 진정·탄원 또는 투서 등 진정인·탄원인 등 민원인이 제출하는바, 수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항 등을 위시한 일련의 사항에 관한 서류를 접수한 때에는 이를 진정사건으로 수리한다(동조 제2항). 세 번째로, 검사는 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 일정한 사유로 요건이 미비된 경우에 이를 진정사건으로 수리할 수 있다(동조 제3항). 고소·고발사건은 원래 형사사건이지만 일정한 사유가 있는 경우에는 진정사건으로 취급할 수 있도록 한 것이다. 내사사건 및 진정사건의 번호는 “년 내사 제 호” 및 “년 진정 제 호”로 기재되며(제142조 제3항), 각각 내사사건부 및 진정사건부가 작성된다(동조 제1항).

사경단계와 검찰단계를 비교해 보면 검찰단계에서의 사건처리에는 몇 가지 차

이가 있음을 알 수 있다. 사경단계에서는 내사사건이라는 개념이 있으나 진정사건은 명시되어 있지 않다. 이에 대하여 검찰단계에서는 내사사건 이외에 진정사건이라는 범주가 별도로 명시되어 있다. 그런데 차이는 여기에 그치지 않는다. 사경단계에서의 내사사건과 검찰단계에서의 내사사건은 그 개념내용이 다르다. 전술한 바와 같이 사경단계에서의 ‘내사’란 “범죄에 관한 신고나 풍설이 있을 때 범죄혐의가 있는가를 확인하기 위하여 진상을 확인하는 활동”으로 정의할 수 있다. 이에 대하여 검찰단계에서의 ‘내사’란 “수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항을 조사하는 활동”으로 정의된다. ‘수사의 단서’란 수사기관이 “범죄혐의가 있다”고 사료하게 된 단초를 말하는바, 사경단계에서의 내사는 “범죄혐의가 있는가” 하는 의문을 규명하기 위하여 진행되는 것임에 대하여, 검찰단계에서의 내사는 일단 “범죄혐의가 있다”는 전제 하에서 조사를 진행해 가는 활동을 말한다.⁴⁾

Ⅲ. 검찰단계에서의 내사사건 및 진정사건의 처리방식

1. 내사사건의 처리방식

검찰사건사무규칙은 검찰단계에서의 내사사건과 진정사건의 처리에 관하여 다음과 같은 방식을 규정하고 있다. 먼저, 내사사건은 (1) 입건, (2) 입건유예, (3) 혐의 없음, 죄가 안됨 또는 공소권 없음, (4) 내사중지, (5) 이송의 다섯 가지 형태로 종결된다. 이 가운데 입건은 지금까지의 내사사건을 형사사건으로 수리하는 처분을 말한다. 이에 대하여 내사사건에 대한 입건유예, 혐의 없음·죄가 안됨·공소권 없음, 내사중지는 형사사건에 대한 기소유예, 혐의 없음·죄가 안됨·공소권 없음을 이유로 한 불기소처분 및 기소중지처분에 각각 대응한다(검찰사건사무규칙 제57조, 제69조 참조). 이송은 다른 검찰청 등에 사건을 보내는 처분이므로 형사사건의 경우에도 마찬가지로 인정되는 처분이다. 결국 내사사건에 대한 종결처분은 입건을 제외하면 형사사건에 대한 종결처분과 차이가 없다. “범죄혐의가 있다”고 판단하여 ‘수사단서’로서의 지위를 부여한 다음에 조사해 보니 “범

4) 종전의 검찰실무는 조사대상 사건을 형사사건과 내사사건으로 구분하였으나 2003년에 개정된 검찰사건사무규칙은 내사사건을 다시 내사사건과 진정사건으로 세분하고 있다. 본고에서는 서술의 편의를 위하여 피의자로 입건하여 조사하는 형사사건 이전의 각종 조사사건을 넓은 의미에서 내사사건으로 통칭하기로 한다. 다만 필요한 경우 내사사건을 좁은 의미의 내사사건과 진정사건으로 구별하여 설명하기로 한다.

죄혐의가 없거나 기소할 수 없음이 확인되어” 내사절차를 종결한다는 것이 내사 종결처분이다.

2. 진정사건의 처리방식

다음으로 진정사건의 처리방법에 관하여 살펴본다. 검찰사건사무규칙 제143조 제2항은 진정사건의 처리에 관하여 (1) 공람종결,⁵⁾ (2) 전과정정, (3) 법원이첩, (4) 기록편철, (5) 다른 기관 이첩, (6) 내사사건에 준하는 처리라는 여섯 가지 처리방식을 규정하고 있다. 진정사건은 진정·투서·탄원 및 요건이 다소 미비한 고소·고발사건에 관한 것으로서 민원인들이 제기한 사건이다. 민원인들의 입장에서 보면 진정사건에 대한 처리로서 (1) 공람종결과 (6) 내사사건에 준하는 처리가 주목된다. 후자는 다시 (1) 입건, (2) 입건유예, (3) 혐의 없음, 죄가 안됨 또는 공소권 없음, (4) 내사중지, (5) 이송 등으로 처리될 것이므로 여기에 (1)의 공람종결을 더하면 결국 여섯 가지의 진정사건종결처분이 존재하는 셈이 된다.

IV. 내사사건의 종결처분에 대한 헌법재판소의 견해

1. 진정사건종결처분에 대한 헌법재판소의 종래견해

진정사건종결처분의 법적 성질에 대해서는 종래 헌법재판소가 다음과 같이 판시한 바가 있다(1990. 12. 26. 89헌마277, 헌집 2, 474, 480).⁶⁾

진정(陳情)은 법률로 정한 형식이나 절차에 구애되지 아니하고 진정인이 국가기관 등에 대하여 어떤 요구사항이나 희망사항 또는 의견을 개진하는 것으로

-
- 5) 검찰사건사무규칙은 공람종결의 내용에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 검찰실무를 경험한 인사의 증언에 따르면 공람종결이란 다음과 같은 경로를 거쳐 이루어지는 조치를 말한다: 검찰청에 진정서 등이 접수되면 이 문건들에 대하여 공안부장, 특수부장, 조사부장 등의 순으로 ‘공람’을 한다. 이들은 문건 중에서 자신들이 수사를 해 볼만한 가치가 있으면 당해 문건을 추려낸다. 그래서 실무상 공람하는 순서가 매우 중요하다고 한다. 이러한 공람과정을 거치고도 뽑히지 못한 문건은 형사부로 배당된다. 형사부에서는 이러 저러한 이유를 달아서 사건을 ‘공람종결’한다.
- 6) 인용된 현재의 결정례는 2003년 3월에 개정되기 이전의 검찰사건사무규칙을 근거로 하여 내사종결처분을 분석하고 있다. 2003년 3월에 개정된 검찰사건사무규칙은 요건 미비의 고소·고발사건을 내사사건이 아니라 아예 진정사건으로 분류하여 처리하도록 하고 있다.

서, 이는 법률상 근거에 의해서 법률적인 권리행사로서 하는 신청이 아닌 것이다. 따라서 진정의 내용으로서 피진정인의 범죄혐의 유무를 밝혀달라는 취지가 포함되어 있다고 할지라도 이는 검찰 등 수사기관에 대하여 범죄혐의 유무의 조사개시에 대한 사실상의 단서를 제공하는데 그치는 것이다. 그 결과 진정을 접수한 검찰로서는 진정인의 진의를 확인하여 고소나 고발의 의사가 분명한 경우에는 이를 구두의 고소나 고발로 취급하여 그 취지의 조서를 작성한 연후에 정식으로 고소·고발장을 제출하도록 중용하고 있고, 고소·고발의 의사가 분명하지 아니하나 수사의 단서로서 조사할 필요가 있다고 인정할 때에는 이를 내사사건으로 조사하여(검찰사건사무규칙 제119조 제1호) 그 결과에 따라 ① 입건처리 ② 불입건 ③ 혐의 없음, 죄가 안됨 또는 공소권 없음 ④ 내사중지 ⑤ 이송 또는 병합처리 ⑥ 공람종결의 구분에 의하여 처리하고(위 규칙 제121조 제1항), 나아가 수사의 단서로 조사할 필요가 없어 내사의 필요성도 없다고 인정되는 경우에는 이를 위 내사사건과는 구별되는 단순한 진정사건으로 처리하도록 하고 있고(위 규칙 제119조 제2호, 제121조 제2항), 그 처리결과를 위 두 가지의 경우에 모두 지체 없이 진정인에게 통지하도록 하고 있는 것이다.

그런데 내사의 대상으로 되는 진정이라 하더라도 진정(陳情) 그 자체가 법률의 규정에 의하여 법률상의 권리행사로서 인정되는 것은 아니고, 진정을 기초로 하여 수사소추기관의 적의 처리를 요망하는 의사표시에 지나지 아니한 것인 만큼 진정에 기하여 이루어진 내사사건의 종결처리라는 것은 구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니한 것이고, 따라서 그 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있는 것으로서 진정인의 권리 행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 이는 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고는 할 수 없는 것이다.

위에 소개한 헌법재판소 판례는 형사입건되기 전의 사건을 “내사사건”과 그보다 비중이 덜한 “진정사건”으로 이원화하여 규정한 1990년 말 당시의 검찰사건사무규칙 제119조를 기초로 한 것이다. 이 당시에는 요건이 충분히 구비되지 아니한 고소·고발사건은 내사사건으로 분류되고 있었다. 그런데 1990년의 결정례에서 헌법재판소는 단순한 진정사건을 넘어서서 “내사의 대상이 되는 진정”이라 하더라도 그 진정에 기하여 이루어진 내사사건의 종결처리는 “구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니하는 것”이라고 판단하였다. 그리하여 “[수사기관의 내부적 사건처리방식에 따른] 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있는 것으로서 진정인의 권리 행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 이는 헌법소원심판의 대상

이 되는 공권력의 행사라고는 할 수 없는 것”이라고 판시하였던 것이다.

2. 진정사건처리에 관한 검찰실무의 변화

헌법재판소는 이와 같은 판례를 스스로 ‘확립된 판례’라고 지칭하면서 계속 유지하여 왔다.⁷⁾ 이러한 상황 아래 진정사건에 대한 검사의 종결처리는 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니하며, 불만이 있는 민원인은 고소·고발을 하면 된다는 헌법재판소의 결정례는 수사기관의 사건처리에 불만을 가진 민원인들에게 널리 알려지게 되었다. 그리하여 민원인들 사이에는 이제 특별히 ‘고소장’ 또는 ‘고발장’이라는 명칭을 명시하여 자신의 사건을 고소·고발사건으로 만들고자 하는 현상이 대두하게 되었다.

한편 검찰은 검찰 나름대로 헌법재판소의 결정례를 배경으로 하면서 진정사건의 범위를 더욱 확장하는 실무적 조치를 취하였다. 그것은 민원인이 특별히 ‘고소장’ 또는 ‘고발장’이라는 명칭을 붙여서 민원을 접수시키더라도 그것을 단순한 ‘진정사건’으로 수리하여 공람종결처분 등의 내사종결처분을 내리는 방법이었다. 이와 같이 민원인과 검찰측의 대응과 맞대응이 엇갈리는 가운데 1999년 헌법재판소는 이 문제에 대한 입장표명을 하기에 이르렀다(1999. 1. 28. 98헌마85, 헌집 11① 73).

3. 고소사건의 진정종결처분에 대한 헌법재판소의 태도

1999년에 헌법재판소가 판단한 98헌마85 사건은 민원인의 명시적인 고소사건을 진정사건으로 수리하여 공람종결한 검사의 처분을 심판대상으로 하고 있다. 이 사건에서 헌법재판소의 재판관 전원은 고소사건을 검사가 적법한 절차에 따라 고소사건으로 처리하지 아니하고 단순히 진정사건으로 보아 공람종결처분을 하는 것은 부당하다는 점에 일단 견해가 일치하였다. 그러나 구체적인 사건의 결론과 관련하여서는 헌법재판소 재판관들의 의견이 나뉘었다. 4인의 재판관은 설사 검사가 문제된 민원사건을 고소사건으로 처리하더라도 공소를 제기할 사건으로 보이지 아니하여 청구를 기각해야 한다는 의견을 제시한 반면, 5인의 재판관은 검사의 공람종결처분이 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이

7) 예컨대 1993. 9. 15. 93헌마209, 헌집 5② 249 참조. 최근의 결정례로는 1998. 2. 27. 94헌마77, 헌집 10① 163.

어서 취소되어야 한다는 의견을 피력하였다. 그러나 헌법소원을 인용하기 위한 의결정족수 6인에는 미치지 못하였기 때문에 결국 청구인의 청구는 기각되었다.⁸⁾

98헌마85 사건에서 특별히 주목할 대목은 고소사건을 적법한 절차를 거치지 아니하고 자의적으로 이를 진정사건으로 수리하는 검사의 처분이 부당하다는 점에 대하여 헌법재판소의 견해가 일치하였다는 점이다. 이 부분이 주목되는 이유는 헌법재판소가, 1990년 89헌마277 사건의 경우와 달리, 고소사건을 진정사건으로 수리하여 처리하는 검사의 진정종결처분을 단순히 부적법 각하의 대상이 아니라 실체심리의 대상이 된다고 판단하였기 때문이다. 그러나 실체심리의 결론에 있어서는 고소사건을 진정사건으로 수리하여 처리하는 검사의 종결처분이 자의적 처분이라는 견해가 다수의견을 차지하였음에도 불구하고 의결정족수에 미치지 못하여 결국 헌법소원심판청구가 기각되었다는 사실은 이후 검찰의 내사사건 활용과 관련하여 중요한 시사점을 제공한다.

98헌마85 사건에서 헌법재판소 다수의견은 고소사건을 진정사건으로 수리하여 종결처리한 검사의 처분은 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것으로서 취소되어야 한다는 입장을 전개하고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소의 다수의견은 두 가지 점을 지적하고 있다. 하나는 검사가 민원인의 고소사건을 아무런 법적 근거 없이 진정사건으로 접수하여 공람종결의 처분을 하는 것은 그 실질에 있어서 고소의 수리를 거부한 것과 크게 다를 것이 없는 것으로서, 자의적으로 고소인의 절차적 권리를 침해한 것이라고 판단한 부분이다. 다른 하나는 피청구인이 적법한 고소를 진정사건으로 수리하여 공람종결처분한 것은 현행법이 전혀 예정하고 있지 아니한 간이절차를 창설한 것이 되어 현행법이 명문으로 간이처리절차를 둔 취지를 몰각한 것일 뿐만 아니라, 고소인의 권리보호에 관한 규정을 형해화하는 것임을 지적한 부분이다.

4. 검찰사건사무규칙의 개정

89헌마277 사건을 계기로 하여 촉진된 검사의 내사종결처분의 확대는 이제 98헌마85 사건을 중간기점으로 하여 더욱 활성화되기에 이르렀는데, 그 구체적인

8) 그러나 2000년 헌법재판소 재판관의 구성이 변동된 후 2000. 11. 30. 2000헌마356 사건에서 재판관 5인이 다수의견으로 기각결정 의견을 지지하고 재판관 4인이 소수의견으로 취소결정 의견을 지지함으로써 찬성과 반대의 구성이 반전되었다고 한다. 정구환, **불기소 헌법소원**(2004), 86면.

모습은 2003년에 개정된 검찰사건사무규칙으로 뚜렷하게 나타난다. 이미 앞에서 검토한 것처럼 2003년의 개정 검찰사건사무규칙은 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 일정한 사유로 요건이 미비된 경우에 이를 진정사건으로 수리할 수 있도록 규정하였기 때문이다(동규칙 제141조 제3항 참조).⁹⁾ 2003년의 개정 검찰사건사무규칙은 헌법재판소가 지적한 법적 근거의 미비를 보완하기 위한 입법적 시도라고 볼 수 있을지 모른다. 그러나 후술하는 바와 같이 헌법 제12조 제1항이 규정하고 있는 형사절차법정주의에 비추어 볼 때 그 법적 근거는 취약하다고 하지 않을 수 없다.

V. 내사사건의 확대경향과 문제점

1. 내사사건 확대추세

주지하는 바와 같이 검찰사건사무규칙은 법무부령이다. 법무부령은 행정입법이므로 국회의 심의대상이 되지 않는다. 행정각부의 부령은 차관회의를 통과하면 그만이므로 검찰사건사무규칙이 어떻게 개정되는가에 대해서 입법부는 전혀 알 수 없으며 통제를 가할 수도 없다. 시민사회나 학계도 검찰사건사무규칙은 검찰실무의 기술적인 사항을 규율하는 준칙 정도로 생각하여 그 개정에 대하여 별반 주의를 기울이지 않는다. 이러한 상황을 배경으로 하면서 이제 ‘내사’, ‘내사종결’, ‘입건유예’와 같은 단어가 별반 낯설지 아니한 단어로 TV화면과 일간신문을 장식하고 있다. 입법부나 학계가 주목하지 못하는 사이에 검찰실무에서 ‘내사사건’이나 ‘진정사건’의 영역이 급속도로 확대해 가고 있는 현상을 우리는 매스미디어를 통하여 목격하고 있는 것이다.

2. 내사사건에 대한 관련판례의 분석

그렇다면 이와 같은 현상이 일어나는 이유는 무엇이며, 그에 대한 평가는 어떠한 것이어야 할까? 생각건대 내사사건(진정사건 포함)의 급증은 내사사건에 대한

9) 검찰사건사무규칙 제141조 제3항이 열거하고 있는 요건미비사유는 1. 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의한 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우, 2. 피고소인 또는 피고발인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우, 3. 고소 또는 고발이 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니하는 경우, 4. 동일한 사실에 관하여 이중으로 고소 또는 고발이 있는 경우의 네 가지이다.

법적 통제의 부재에 그 요인의 하나가 있다고 평가된다. 먼저 내사사건의 경우에는 입건된 사건을 가리키는 형사사건과 달리 증거보전절차가 인정되지 않는다. 대법원은 1979. 6. 12. 79도792(공 1979, 12050) 사건에서 “형사소송법 제184조에 의한 증거보전은 피고인 또는 피의자가 형사입건도 되기 전에 청구할 수는 없[다]”고 판시한 바 있다.¹⁰⁾ 다음으로, 내사(진정)사건에 대한 종결처분에 대해서는 불기소처분과 달리 재정신청이 인정되지 않는다. 대법원은 검사의 내사종결처분에 대한 재정신청사건을 다룬 1991. 11. 5. 91모68(공 1992, 151) 판례를 통하여 내사종결처분은 불기소처분이 아니라는 이유로 재정신청의 대상에서 제외된다고 판단하였다.¹¹⁾ 세 번째로, 이미 앞에서 소개한 것처럼 종래 헌법재판소는 내사종결처분에 대하여 아예 헌법소원을 인정하지 아니하거나 “고소사건으로 수리하여 처리하였다고 [가정]하여도 공소를 제기할 사건으로 보이지 않는다”는 입장을 취하고 있다.

이러한 판례들을 통하여 확인할 수 있는 것은 기존의 형사실무에 의할 경우 ‘입건’에 의하여 ‘피의자’의 신분이 부여되기 전에는 수사기관으로부터 이미 “범죄혐의가 있다”고 하여 조사를 받고 있는 사람(즉 피내사자)은 증거보전을 청구할 수 없으며, 내사단계에서 내려지는 종결처분에 대해서는 피해자측이 재정신청이나 헌법소원도 할 수 없다는 것이다(물론 위에 소개한 판례를 통하여 헌법재판소의 태도에 변화가 일고 있음은 별론으로 한다). 다시 말하자면 ‘입건’에 의하여 수사기관이 조사대상자에게 ‘피의자’의 지위를 부여하지 않는 한 피조사자나 피해자나 모두 아무런 법적 보호를 받지 못한다는 것이다. 이러한 현상은 ‘내사’와

10) 이 판례의 평가에는 다소 주의를 요한다. 갑은 을에게 사문서변조 교사를 한 혐의로 조사를 받았다. 갑이 아직 형사입건되기 전 단계에서 [검사는] 피고사자 을에 대한 증인신문을 지방법원판사에게 청구하여 갑의 교사범행을 인정하는 진술을 받아내었다. 검사가 을에 대한 증인신문조서를 유죄의 증거로 제출하자 갑은 형사입건 이전의 증거보전은 효력이 없다고 주장하였다. 항소심 법원은 갑의 주장을 인용하였는데, 검사의 상고에 대하여 대법원은 이를 기각하였다. 그런데 이 판례는 단순히 검사가 증거보전을 신청한 경우뿐만 아니라 피의자가 증거보전을 신청한 경우에도 그대로 적용된다는 점에 유의할 필요가 있다.

11) 갑은 대통령 앞으로 청원서를 제출하였다. 대통령비서실은 서울지방검찰청 동부지청으로 사건을 이첩하였다. 동부지청 검사는 이를 진정사건으로 내사한 후 공소권 없음 등을 이유로 내사종결 처리하였다. 갑은 이 내사종결처분에 대하여 고등법원에 재정신청을 하였다. 관할 고등법원은 검사의 내사종결처리는 고소 또는 고발사건에 대한 불기소처분이라고 볼 수 없고 또 갑의 진정내용은 재정신청의 대상이 되는 죄라고도 할 수 없다는 이유로 형소법 제262조 제1항 제1호로 재정신청을 기각하였다. 갑은 재항고하였으나 대법원은 갑의 재항고를 기각하였다.

‘수사’ 또는 ‘피내사자’와 ‘피의자’를 엄격히 구별하는 기존 실무계의 관행에서 비롯된 것이다. 앞에서 본 일련의 판례들은 이와 같은 실무관행을 무비판적으로 추종한 것이며, 이러한 현상에 대하여 ‘내사’가 형사소송법전에 명시되지 아니하였다는 이유로 아무런 비판적 분석을 보내지 아니한 것이 학계의 실상이라고 할 수 있다.¹²⁾

3. 관련되는 문제상황

내사(진정)사건에 대한 법적 통제의 불비는 검찰실무와 관련하여 여러 가지 시비를 낳게 하고 있다. 국가인권위원회에 접수되는 인권침해 진정사건 가운데에는 긴급체포와 관련된 것이 적지 않다. 검사가 고소인의 진술을 들던 도중 갑자기 고소인을 무고죄로 긴급체포하여 검찰청 구치감에 수용한 후 20여 시간 경과한 후에 내사종결처분으로 석방한 사안, 경찰관이 수사자료표에 지문날인을 거부하여 저항하는 피의자를 공무집행방해죄로 긴급체포한 후 피의자가 지문날인을 하자 내사종결처분으로 석방한 사안 등이 그 예이다. 또 다른 예로는 사법경찰관리의 강압수사와 관련하여 국가인권위원회가 검찰에 ‘수사의뢰’를 하였던 바 검찰이 이를 내사사건으로 취급하여 ‘입건유예’로 사건을 종결한 경우를 들 수 있다.

이러한 사례들은 내사(진정)사건에 대한 법적 통제가 소홀하다는 점에 착안하여 검사 또는 사법경찰관이 “범죄혐의가 있다”고 판단한 사건도 내사(진정)사건으로 처리하는 편법이 실무계에서 널리 사용되고 있음을 보여주고 있다. 긴급체포의 경우 긴급체포된 사람은 중대한 범죄혐의가 인정되어 조사를 받는 사람으로서 후술하는 바와 같이 실질적으로 피의자에 해당한다. 그런데 수사기관은 긴급체포된 사람에게 피의자의 지위를 부여한 다음 그에 선행하는 단계에서 인정되는 피내사자의 신분으로 체포된 사람을 석방한다. 피의자로부터 피내사자로 신분이 역전되는 것이다. 이것은 분명 선후관계에서 논리적으로 모순이 있는 사건 처리방식이라 하지 않을 수 없다. 국가인권위원회가 ‘수사의뢰’한 사건도 검사가

12) 정성진, “형사절차로서의 내사”, 97면은 필자의 견해를 가리켜서 “수사의 대상자인 피의자는 헌법과 형사소송법이 정한 각종 권리를 행사할 수 있음에 반하여 피내사자는 단순한 용의자에 불과하여 피의자가 가지는 권리를 주장할 수 없다는 데에 양자의 구별실익이 있다고 설명”한다고 적고 있다. 그러나 필자가 지적하고자 한 것은 실무에서 이와 같은 구별이 행해지고 있음을 알리고자 한 것이며, 이러한 실무의 취급태도를 법리적으로 수용한 것은 아니다. 만일 표현상의 부족함이 있다면 본고를 기점으로 하여 이를 바로잡기로 한다.

이를 ‘내사사건’으로 수리하여 입건유예로 종결하면 그것으로 그만이다. 현재의 대법원 관례에 의할 때 내사종결처분에 대해서는 법원에 재정신청을 할 수 없기 때문이다.

VI. 기존 실무의 문제점

1. 피의자·피해자의 보호미비

지금까지의 실무관행에 의하면 ‘내사’와 ‘수사’는 ‘범죄인지서의 작성’(즉 입건) 유무에 의하여 좌우되어 왔다. 기존의 관행에 의할 때 검사 또는 사법경찰관이 ‘입건’의 조치를 취하면 범죄혐의를 받은 사람은 그 때부터 피의자가 된다. 이 시점부터 혐의자는 피의자로서 헌법과 형사소송법이 제공한 권리를 행사할 수 있게 된다는 것이다. 증거보전의 청구는 그 한 예이다. 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 형에 처할 정도로 중대한 범죄혐의가 인정되어 긴급체포된 사람도 ‘입건’만 되어 있지 않으면 아직은 피내사자에 불과하다. 수사기관이 부여하는 ‘입건’의 표지 여부에 따라서 조사 상대방은 헌법 및 형사소송법이 부여하는 피의자의 권리를 향유할 수 있기도 하고 그렇지 않기도 하다.¹³⁾

동일한 사정은 범죄피해자의 경우에도 그대로 나타난다. 범죄피해자의 입장에서는 자신이 제기한 사건이 수사기관에 의하여 ‘입건’이 되지 않는 한 전혀 법적인 보호를 받지 못한다. 재정신청이나 헌법소원은 불가능하다. 헌법재판소의 입장은 피해자가 불만이 있다면 먼저 고소를 해서 형사사건으로 만든 후 검사의 불기소처분을 기다려서 헌법소원을 제기하라는 것이다. 그러나 검사는 이러한 사정을 이미 잘 알고 있으므로 설사 피해자가 “고소장”이라는 명칭을 붙여서 자신의 사건을 검찰청에 접수시키더라도 이를 진정사건으로 분류하여 내사사건으로 만들어 버린다. 이러한 경우에는 피해자는 전혀 절차를 진행해 나갈 방도가 없다. 헌법 제27조 제5항이 규정한 피해자의 재판절차진술권은 유명무실한 것이 되고 만다.

13) 정성진, “형사절차로서의 내사”, 98면 및 124면은 내사를 넓은 의미의 수사로 파악하면서 임의수사로 자리매김할 수 있다고 주장한다. 그러나 ‘내사’와 ‘수사’는 분명하게 정의되어야 한다. 내사를 수사의 일종으로 파악한다면 피내사자는 피의자가 된다. 굳이 피내사자라는 명칭을 부여할 필요가 없다. 임의수사의 대상이 된 사람이라고 할지라도 범죄혐의를 받아 조사대상이 되어 있으면 피의자가 되기 때문이다.

실제로 검찰 또는 경찰 단계에서 상당수의 사건들이 내사종결처분에 의하여 종료된다. 통계적으로 얼마인지는 현재 확인할 수 없으나 적지 않은 사건들이 이러한 형태로 종료되는 것이 사실이다.¹⁴⁾ 그리고 이렇게 종료된 사건들에 대해서는 더 이상의 절차진행이 불가능하다. 종래 헌법재판소는 이러한 사건들에 대하여 “공권력의 행사”로서의 외부적 처분성을 인정하지 아니하였다. 그러나 이러한 접근방법은 분명히 시민들의 상식에 반하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 민원인들의 입장에서 보면 자신이 접수한 사건은 검사의 내사종결처분으로 종결되어 더 이상 진행되지 않는다. 현실적으로 시민들에게 다가오는 내사종결처분의 냉엄한 종국성(終局性)에도 불구하고 종래 헌법재판소가 이를 내부적 처리에 불과하다고 강변하였던 것은 시민생활의 일상적 현실을 외면한 처사이다. 지금까지 헌법재판소가 이와 같이 무리하게 이론을 구성하였던 이유는 아마도 사건의 폭주를 염려해서가 아니었을까 생각한다. 그러나 남소의 우려가 헌법과 형사소송법이 설정한 법리의 한계를 넘어서는 방편이 될 수는 없다.

2. 입건유예의 문제점

현재 내사 개념이 가지고 있는 문제점 가운데 하나는 ‘입건유예’이다. 수사실무에 의할 때 ‘내사절차’는 “범죄혐의가 있는가?”라는 물음을 해명하기 위한 절차로 정의된다. 이 내사절차의 최종 목표는 범죄혐의의 유무이다. 지금의 검찰사건사무규칙에 입각한 수사관행에 의할 때 내사 결과 “범죄혐의가 있다”고 판단하게 되면 수사기관은 ‘입건’ 또는 ‘입건유예’의 조치를 취한다. 이 경우 입건유예는 아마도 기소편의주의를 규정한 형사소송법 제247조 제1항을 유추적용한 결과가 아닐까 생각된다.

그러나 수사기관의 임무를 규정한 형사소송법 제195조 및 제196조는 “범죄혐의가 있다고 사료하는 때”에는 수사기관은 “수사하여야 한다”고 규정하고 있다. “수사할 수 있다”고 규정한 것이 아니라 “수사하여야 한다”고 명문화한 것은 우리 형사소송법의 입법자들이 기소법정주의에 상응하는 수사법정주의를 천명한 것이라고 할 수 있다. 형사소송법 제247조 제1항이 규정한 기소편의주의는 범죄혐의가 있어서 수사를 진행하였던 바 여러 가지 양형상 참작할 사유가 있어서 ‘공소제기’를 하지 않도록 허용하는 것이다. 처음부터 수사 자체를 유예하라고

14) 정성진, “형사절차로서의 내사”, 94면은 검찰 단계에서의 내사·진정사건의 합계가 1994년 27,380건, 1995년 24,668건에 이르고 있다고 적고 있다.

규정한 것은 아니다.

그럼에도 불구하고 수사실무에서는 소위 ‘입건유예’라는 형사소송법 외의 편법을 개발하여 활용하고 있다. 한국의 형사실무에서 최고 기량의 형사변호사란 공판정에서 현란한 반대신문의 기법을 구사하거나 복잡한 증거법칙을 자유자재로 원용하는 변호사가 아니다. 형사소송법전에 규정되어 있지 아니한 ‘입건유예’의 가능성에 주목하면서 은밀하게 사건을 ‘입건’ 이전의 단계에서 마무리할 줄 아는 변호사가 한국형의 유능한 형사변호인이다. 정권의 핵심부나 유력한 정치인이 관련된 사건에서 ‘입건유예’의 편법이 심심치않게 목견되었던 사실은 그다지 놀랄 일이 아니다.¹⁵⁾

VIII. 수사와 내사의 구별기준

1. 형사절차법정주의의 의의

현재 수사실무상 ‘내사’와 ‘수사’의 구별은 수사기관이 부여하는 ‘입건’의 표지 여하에 좌우된다. 수사자료표와 범죄인지보고서에 기초한 사건명부예의 등재절차가 ‘내사’와 ‘수사’를 구별하는 기준이다. 그런데 이와 같은 기준은 검사 또는 사법경찰관의 구체적 업무처리방식에 따른 것으로서 매우 자의적인 것이다. 특히 주목할 것은 이와 같은 처리기준이 형사소송법이 제시한 기준이 아니라는 사실이다. 검찰사건사무규칙이나 사법경찰관리집무규칙은 국회가 제정한 법률이 아닌, 법무부령에 기초한 것으로서 수사기관 내부에서 업무처리의 통일을 기하기 위하여 마련된 준칙의 하나에 불과하다.¹⁶⁾ 그럼에도 불구하고 이들 법무부령에 근거한 ‘입건’ 유무에 의하여 ‘피의자’, ‘피내사자’의 지위가 결정되고, 이렇게 결정된 ‘피내사자’라는 표지가 헌법이 규정한 국민의 기본권을 제한하는 것은 실로 문제가 크다고 하지 않을 수 없다. 국민의 자유와 권리를 다른 어느 절차보다도 심대

15) 필자는 1996년 동아대학교 법학연구소가 주최한 “과거청산”과 관련한 세미나 석상에서 이 문제를 제기한 바 있다. 신동운, “과거 청산과 한국 검찰의 장래”, 382면 참조.

16) 정성진, “피내사자에 대한 변호인의 접견교통권”, 37면 각주 4번은 “입건이란 용어는 일본식 표현이라는 느낌은 있으나 이미 오랫동안 관용되어 왔고, 검찰사건사무규칙(1981. 12. 24. 법무부령 제230호) 제121조 제1항 제1호와 2호 등에서도 입건처리, 불입건이라는 표현을 쓰고 있으므로 법령상 공인된 개념으로 볼 수밖에 없다”고 적고 있다. 그러나 형사절차법정주의에 입각해서 볼 때 오랫동안의 관행과 법무부령만을 들어서 ‘입건’을 피의자의 지위를 결정하는 법적 근거로 삼을 수는 없을 것이다.

하게 제약하는 절차가 형사절차이다. 이 형사절차는 국회가 입법한 성문법률에 의하여 규율되지 않으면 안된다. 모두들 알고 있듯이 우리 헌법 제12조 제1항은 이 점을 밝혀서 형사절차법정주의(刑事節次法定主義)를 천명하고 있다.

내사와 수사의 구별은 최소한 법률의 차원에서 규명되어야 한다. 이 점과 관련하여 형사소송법 제195조는 수사의 개념을 간접적으로 정의하고 있다. 형사소송법 제195조는 “검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 조문에 근거하여 ‘수사’의 개념을 정의하면 “수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에 행하는 범인, 범죄사실과 증거의 조사활동”이라는 명제를 추출해 낼 수 있다. 이 경우 수사개념의 핵심적인 표지는 “범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때”이다.

수사기관이 “범죄의 혐의가 있다고 사료”하게 되는 계기에는 여러 가지가 있다. 현행법체포, 긴급체포, 고소장·고발장의 접수, 공범의 수사 등등 그 형태는 다양하다. “범죄의 혐의가 있다고 사료”하게 된 계기는 ‘입건’이라는 형식적 절차에 좌우되지 않는다. ‘입건’은 범죄혐의가 있다고 사료하게 된 이후에 취하게 되는 절차의 한 단계에 지나지 않는다. 요컨대 ‘수사’인가 아니면 ‘내사’인가 하는 문제는 법무부령이 아니라 형사소송법에 근거하여 규명되어야 한다.

2. 수사개념에 관한 실질설

내사와 수사를 구별하는 기준은 형사소송법에서 구해오지 않으면 안 된다. 형사소송법 제195조는 수사의 개념을 간접적으로 정의하여 “범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정으로부터 수사의 개시시점을 도출할 수 있다. 형소법 제195조에 의할 때 수사기관이 조사 상대방에 대하여 “범죄의 혐의가 있다”고 판단하였음을 외부적으로 표시하는 일련의 조치가 있다면 그 때로부터 ‘수사’는 개시된다. 이 단계부터 조사 상대방은 ‘피의자’가 된다. 피의자의 시기(始期)를 ‘입건’ 유무에 의하여 결정하는 견해를 형식설이라고 한다면, “범죄혐의가 있다”고 판단한 시점을 기준으로 피의자의 시기를 결정하는 견해를 가리켜 실질설이라고 명명할 수 있다.¹⁷⁾

17) 같은 취지로, 이완규, “범죄인지서 작성 전에 행한 피의자 신문조서의 증거능력 — 인지의 개념과 시기 —”, **형사판례연구** 제11권(2003), 322면 참조. 한편 백형규, “임의동행과 변호인의 접견교통권”, 서울지방변호사회, **판례연구** 제11집(1998), 413면 이하는 피의자와 피내사자의 구별을 인정하면서도 “피내사자는 수사기관으로부터 범죄혐의를

‘내사’와 ‘수사’는 실질설을 기준으로 삼아 객관적으로 명백하게 구별되어야 한다.¹⁸⁾ 검사 또는 사법경찰관이 ‘입건’과 관련하여 진행하는 일련의 서식작성과 결재과정이 ‘수사’와 ‘내사’의 구별기준이 될 수는 없다.¹⁹⁾ 결재과정은 당해 수사기관의 업무처리상황과 관련하여 우연적이며 유동적이기 때문이다. ‘내사’와 ‘수사’는 범죄혐의가 있음을 수사기관이 외부적으로 표시한 순간을 기준으로 구별하여야 한다. 현행법체포나 긴급체포는 일정한 범죄혐의가 있음을 전제로 한다. 이 경우 ‘입건’이 없어도 범죄혐의가 인정되어 체포된 상대방은 피의자에 해당한다. 임의동행에 의하여 수사관서에 연행된 피조사자도 범죄혐의가 있어서 연행된 것이라면 피의자로 보아야 한다.²⁰⁾ 뇌물수수피의사건에서 뇌물을 받은 공무원이나 정치인이 뇌물공여자를 밝혔을 경우 그 뇌물공여자를 수사기관이 조사하는 것은 ‘피내사자’로 조사하는 것이 아니다(그 역의 경우도 마찬가지이다). 뇌물공여라는 “범죄혐의가 있다”고 사료하여 범인, 범죄사실과 증거를 조사해 나가는 것이기 때문에 조사 상대방은 ‘피의자’가 아닐 수 없다.

3. 대법원 판례와 실질설

최근 대법원은 2000도2968 판례(2001. 10. 26. 2000도2968, 공 2001, 2633)를

받고 조사를 당하는 자이므로 실질적으로 피의자에 해당한다”고 하면서 피의자에게 인정되는 각종의 권리들이 피내사자에게 유추적용된다고 적고 있다. 그러나 피내사자가 실질적 피의자라면 왜 피의자의 권리가 직접 적용되지 않고 유추적용되어야 하는가 하는 점에 의문이 있으며, 나아가 피의자의 권리 가운데 피내사자에게 인정되지 아니하는 권리는 어떻게 설명할 것인가 하는 질문이 제기된다.

- 18) 필자는 2003년도에 三井誠·酒卷匡 저, 入門 刑事手續法을 번역하여 **입문 일본형사수속법**이라는 제목으로 출간한 바 있다. 필자가 三井誠 교수를 만나서 문의해 본바, 일본의 실무에서 내사는 별도의 의미를 갖지 아니하며, 범죄혐의의 유무에 의하여 수사여부가 결정된다고 답하였다.
- 19) 정성진, “형사절차로서의 내사”, 102면은 “실무상으로는 피내사자를 환문 또는 임의동행하여 변호인이나 가족들과의 접견교통권도 보장되지 않는 위축된 상태에서 내사사실에 관한 자술서를 받고 이에 근거하여 인지와 동시에 피의자신문조서를 받은 경우가 많다.”고 적고 있다.
- 20) 대법원은 1996. 6. 3. 96모18 결정(공 1996, 2255)에서 피의자와 피내사자를 구별하는 종전의 입장을 견지하면서 “임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야 할 것이고, 임의동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우에도 마찬가지라 할 것이다”라고 판시한 바 있다. 그러나 실질설의 관점에서는 이와 같은 분류가 불필요할 것이다. 이 판례에 대한 평석으로는, 정성진, “피내사자에 대한 변호인의 접견교통권”, 35면 이하; 백형구, “임의동행과 변호인의 접견교통권”, 410면 참조.

통하여 실질설의 입장을 분명히 하였다. 이 판례의 사실관계에서 피고인은 검사가 범죄인지의 절차(즉 입건절차)를 밟기 전에 작성한 피의자신문조서나 진술조서는 증거능력이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 범죄의 인지는 실질적인 개념이고, 검찰사건사무규칙이 규정한 범죄인지서 작성절차는 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로, 검사가 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인정한 것으로 보아야 한다고 판시하면서 피고인의 주장을 배척하였다.²¹⁾

2000도2968 대법원판례는 피의자와 피내사자의 지위를 실질설의 관점에서 구별하면서 수사기관이 “범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때”에 범죄를 인정한 것으로 보아야 한다고 판시하고 있다. 이것은 바로 이 시점에 수사개시의 상대방은 피의자로 됨을 뜻한다. 대법원이 제시한 기준은 극히 타당한 것으로서 환영할 만하다. 그런데 그 결론에 있어서는 피의자에게 불리한 증거로 사용될 피내사자 상대의 신문조서나 진술조서를 피의자에 대한 신문조서나 진술조서로 파악한다는 점에 주목할 부분이 있다. 왜냐하면 피의자나 고소인·고발인의 권리주장에 대한 판단을 행함에 있어서는 대법원이 형식설의 관점에서 이들의 권리범위를 제한하고 있음에 대하여, 피의자에게 불리한 증거의 사용에 있어서는 실질설의 관점에서 증거능력의 인정범위를 넓혀주고 있기 때문이다.

현재의 판례상황은 피의자나 고소인·고발인 등 시민에게 유리하고 수사기관에 불리한 영역에서는 형식설을 가지고 권리를 제한하는 한편, 피의자에게 불리하고 수사기관에게 유리한 영역에서는 실질설을 취하여 피의자·피고인의 방어권을 제한하는 모순된 현상을 보이고 있다. 이와 같은 난맥상은 실질설의 관점에서 통일되지 않으면 안 된다. 2000도2968 판례를 계기로 하여 제시된 실질설의 기준에 입각하여 앞으로 증거보전절차, 재정신청절차, 헌법소원절차에서 새로운 기준이 제시될 필요가 있다고 하겠다.

4. 실질설에 대한 비판과 반론

‘내사’와 ‘수사’를 지금까지의 수사관행과 달리 실질설에 입각하여 구별할 때 예상되는 반론으로 실질설에 의하게 되면 피의자의 범위가 지나치게 확장되어 수사역량에 부담을 주고 피의자에게 인권침해가 일어날 여지가 커진다는 주장이

21) 이 판례에 대한 평석으로, 이완규, “범죄인지서 작성 전에 행한 피의자 신문조서의 증거능력”, 306면 이하 참조.

있다.²²⁾ 일단 피의자로 파악하게 되면 수사관은 모든 피의자를 일일이 입건해야 하고, 피의자의 지문을 채취하여 수사자료표를 작성해야 하며(형의실효등에관한 법률 제2조 제4호, 제5조 참조), 피의자측으로서도 전과사실의 조회에 따른 불이익과 출입국 제한 등 여러 가지 제약을 감수하지 않으면 안 된다는 것이다. 피의자가 아니라 피내사자의 신분으로 조사하면 피의자의 경우와 달리 지문채취를 피할 수 있으며 “전과 몇범”이라고 말할 때 실무상 계산의 기준이 되는 수사자료표의 등재회수를 제한할 수 있다는 것이다.

그러나 이와 같은 논리는 관(官) 위주의 사고방식으로서 매우 권위적인 것이다. 이러한 논리의 바탕에는 “원래 우리(수사기관)가 절차를 정식으로 진행하면 이와 같은 불이익을 부과할 수 있는데 우리는 피조사자의 편의를 도모하여 그보다 약한 절차로 조사를 진행하는 아량을 보이고 있다”는 속마음이 깔려 있다. 관(官)의 우위를 전제로 하는 이와 같은 사고방식은 법 앞의 평등을 바탕으로 하는 법치주의의 관점에서는 전혀 다른 각도로 읽힌다. “원래 우리가 절차를 정식으로 진행하면 피의자 및 피해자에게 인정된 헌법과 형사소송법의 제반 권리를 인정하지 않을 수 없는데, 이들 권리가 배제되는 내사절차로 조사를 진행하는 것이 수사실무상 매우 편리하다”는 식의 속내가 엿보이는 것이다.

형사절차법정주의는 신체의 자유를 보장하기 위하여 헌법 제12조 제1항이 설정한 대원칙이다. 형사절차법정주의는 견제와 균형이라는 권력분립의 관점, 그리고 이에 근거한 법치주의원리에서 도출되는 법원칙이다. 형사절차법정주의는 형사절차를 진행해 가는 국가기관들에 대하여 이들이 준수해야 할 규범을 국민의 대표로 구성된 입법부가 성문법률을 통하여 제시해야 한다는 법리이다. 그렇지만 현실을 보면 견제를 받는 국가기관, 그 가운데에서도 특히 합목적성을 추구하는 수사기관은 실무편의를 고려하여 알게 모르게 입법자에 의한 통제를 최소화하기 위한 방편을 강구한다. “피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받

22) 정성진, “피내사자에 대한 변호인의 접견교통권”, 38면은 내사의 효용성을 다음과 같이 설명하고 있다. “오히려 수사개시의 단서로서의 고소·고발이나 자수가 있는 경우에는 수사기관이 어쩔 수 없이 수사를 시작하게 되지만, 진부를 확인할 수 없는 범죄 관련 기사나 신고 또는 풍설이 있는 경우에 빠짐없이 그 대상자를 입건하여 바로 수사를 개시한다면 그 내용이 진실이 아니라고 판명될 경우 이는 엄청난 수사력의 낭비가 될 뿐만 아니라 당사자 본인에게 대하여도 인권침해의 결과가 되기 십상이므로 수사를 개시하기에 앞서 수사기관이 간접적이고 은밀한 방법으로 범죄혐의 유무를 확인하는 조사활동을 선행시켜 국가수사력의 낭비와 국민에 대한 인권침해를 미연에 방지하고자 하는데 그 제도적 의의가 있다[.] (후략)”

을 시간적 여유가 없을 때”(형소법 제200조의3 제1항 제2문)에 극히 예외적으로 인정하기로 하였던 긴급체포가 수사 일선에서는 이제 원칙적인 형태의 체포방법으로 둔갑한 것이 좋은 실례이다.²³⁾ 입법자에 의한 법률상의 통제를 피해가는 또 하나의 좋은 방법은 행정부 내에서 행정입법의 형식으로 별도의 준칙을 만들어 내는 일이다. 법무부령이나 대검예규 등으로 대표되는 각종 행정입법은 바로 여기에 해당하는 예이다. 수사기록의 열람과 관련한 헌법재판소의 일련의 결정례는 형사절차법정주의에 입각한 형사소송법을 하나의 진용으로 하고 “규칙”이라는 이름으로 제정된 각종의 법무부령을 다른 하나의 진용으로 하여 전개된 대립갈등의 현장을 보여준 예에 다름 아니다.²⁴⁾

5. 형사절차법정주의의 확립

이와 같은 선상에 서서 이제 본격적으로 문제를 제기해야 할 대목이 ‘내사’와 ‘수사’의 구별이다. 우리 헌법은 제12조 이하에서 형사절차와 관련한 각종의 기본권을 규정하면서 그 기본권의 주체를 ‘누구든지’라고 표현하고 있다. 우리 헌법이 이와 같은 표현을 사용한 것은 수사기관이 임의로 ‘입건’이라는 표찰을 붙일 것인가 말 것인가에 따라서 기본권의 주체성이 좌우되는 우연성을 배제하기 위함이라고 생각된다. 헌법은 형사절차상 기본권의 향유주체와 관련하여 피내사자와 피의자를 구별하지 않는다. 헌법은 형사절차상의 기본권을 ‘누구든지’ 향유할 수 있도록 보장하고 있다. 형사소송법은 수사기관이 부여하는 ‘입건’의 표찰 여부에 상관없이 수사기관이 “범죄의 혐의가 있다”고 판단한 자를 ‘피의자’로 파악하여 그의 권리를 보장하고 있다. 이와 같은 헌법과 형사소송법의 기본취지를 우리 형사실무가 존중해야 함은 지극히 당연하다.

수십 년간 고착된 “입건 즉 수사”라는 등식은 ‘법률’ 차원에서 근거가 있는 것이 아니다. “입건 즉 수사”라는 등식이 언제부터 시작되었는지는 확실하지 않다. 그러나 굳이 추측하자면 일제시대부터가 아닐까 생각한다. 일제는 조선형사령 제

23) 예컨대 2000년도에 서울지검에서 체포된 건수를 보면, 체포영장에 의한 체포가 1,086건, 긴급체포가 20,829건을 차지하고 있다. 각지의 검찰청을 포함하여 비교해 보면 대체로 긴급체포가 체포영장에 의한 체포에 비하여 20배 내지 30배의 비율로 활용되고 있다. **국가인권위원회공보** 제2호(2003. 4. 15), 116면 참조.

24) 수사기록의 열람등사와 관련한 필자의 견해에 대해서는, 신동운, “공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장”, 형사실무연구회 편, **형사재판의 제문제** 제4권(2003), 541면 이하 참조.

12조를 통하여 일제의 검사 및 사법경찰관에게 일제의 예심판사에 버금가는 고유의 강제처분권을 부여하였다. 인신구속이나 압수·수색 등의 강제처분은 모두 수사기관 고유의 권한으로 시행되었다. 식민지하에서나 가능한 영장주의의 배제는 일단 사람의 신병을 확보해 놓은 다음에 수사를 진행하는 실무관행을 낳게 하였다. 그 결과 피조사자를 수사관서에 인치해 놓고 ‘입건’을 한 다음에 진행하는 절차가 수사라는 인식이 그 동안 실무계에서 무비판적으로 전승되어 오지 않았는가 하는 생각이 든다.

조선형사령 제12조를 청산하고 이 땅에 영장주의를 확립한 것은 1948년 3월 20일 미군정법령 제176호로 공포된 ‘형사소송법의 개정’이다. 같은 해에 제정된 우리 제헌헌법이 영장주의를 기본권으로 천명한 것도 식민지형 형사사법을 청산하는 영장제도의 소중함을 확인하기 위함이다. 그로부터 이제 반세기 이상이 경과하였다. 그럼에도 불구하고 ‘입건’으로부터 수사가 시작된다는 일선의 실무관행에는 변함이 없다. 오히려 이러한 실무관행을 무비판적으로 추종하여 대법원과 헌법재판소의 판례들이 축적되기 시작할 정도이다. 일부 형사법학자들 또한 이를 기왕의 법질서로서 존중하는 견해를 제시하기도 한다. 그러나 ‘검찰사건사무규칙’이나 ‘사법경찰관리집무규칙’이 제시한 ‘범죄인지서’나 ‘입건’의 개념을 가지고 헌법이나 형사소송법이 예정한 ‘수사’의 개념에 변경을 가할 수는 없다.

VIII. 결론

헌법재판소는 종래 내사사건에 대한 종결처분이 헌법소원의 심판대상이 될 수 없다고 판단하였다. 수사기관 내부의 처리절차에 불과하다는 것이 그 이유이었다. 이러한 판단은 내사종결처분에 대하여 재정신청을 불허한 대법원의 판례와 맥을 같이하고 있는 것이기도 하다. 그러나 내사종결처분에 대한 판단은 ‘입건’ 유무를 기준으로 한 형식적 관점에서 판단할 것은 아니다. 실질적으로 “범죄 혐의가 있다”고 판단하여 조사가 진행되었다면 그것은 ‘수사’에 해당한다. 그리고 이와 같이 실질적으로 수사가 진행된 사건에 대하여 종결처분을 내렸다면 설사 그 종결처분에 ‘불기소처분’이 아니라 ‘내사종결처분’이라는 명칭이 붙어 있더라도 이를 피의사건에 대한 종국처분으로 파악하여야 한다. 그리고 이 종국처분은 통상의 불기소처분과 마찬가지로 ‘공권력의 행사’에 해당하여 재정신청이나 헌법소원심판청구의 대상이 되지 않으면 안 된다.

실질적으로는 수사를 진행하면서 외형상으로는 내사사건으로 포장하는 지금의 수사관행은 타파되어야 한다. 수사의 개념을 실질적으로 파악하면서 그 외연을 넓혀서 국민들에게 헌법과 형사소송법이 제공하는 권리보장의 혜택을 부여하여야 한다. ‘입건’을 기준으로 하는 수사개념은 법적 통제로부터 자유로운 영역을 가능한 한 넓게 확보하려는 수사기관 특유의 생리와 생존전략에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 그러나 헌법이 천명한 바, 형사절차법정주의에 입각한 새로운 형사절차는 이러한 편법을 용납하지 않는다. 지문의 채취, 수사자료표의 등재 등과 같은 시민생활의 불편은 예컨대 체포·구속 등과 같은 강제수사가 개시되었을 때에만 이러한 조치를 시행하도록 한정하는 등 별도의 제한조치를 강구함으로써 얼마든지 대처가 가능하다.

형사사법에 있어서 개혁은 헌법과 형사소송법의 기본정신에 충실한 발상의 전환이 없으면 이룩할 수 없다. 1999년의 98헌마85 헌법재판소결정에서 헌법재판소는 고소·고발사건을 진정사건으로 수리하여 처리하는 검찰의 편법적 실무운용에 주목하면서 검사의 내사종결처분에 대하여 헌법소원의 심판대상성을 인정하였다. 이 점에서 필자는 98헌마85 판례와 그후의 관련 판례²⁵⁾를 진일보한 판단으로 평가하여 환영한다. 그렇지만 헌법재판소가 전면에서 검사의 내사종결처분을 자의적인 처분으로 보아 취소하지 아니한 것은 아쉬운 점으로 남는다. 헌법재판소가 형사절차법정주의를 강조하는 태도를 더욱 발전시켜 내사종결처분에 대한 헌법소원을 인용하는 결정례 또한 내려주기를 기대해 마지않는다. 검찰사건 사무규칙에 의한 ‘범죄인지서’의 작성 유무에 의한 관점이 아니라 형사소송법이 규정한바, “범죄혐의가 있다”는 실질적 관점에서 피의자의 지위를 파악하는 대법원의 2000도2968 판례 또한 형사절차법정주의의 확립에 중요한 계기가 될 것이라고 평가하면서, 이 판례를 계기로 증거보전절차와 재정신청절차 및 헌법소원절차에 있어서 권리구제의 범위를 제한하였던 종전 판례들이 재음미될 것을 기대해 본다.

25) 예컨대 2000. 11. 30. 2000헌마356, 미공간 LX 검색; 2002. 10. 31. 2002헌마369, 헌공 제74호(2002년), 989면.

〈Abstract〉

An Analysis on a Closing Decision of an Interim Investigation Case

Dong Woon Shin*

A closing decision of an interim investigation case refers to the final decision by which a case is accepted as an interim investigation before the case is formally filed as a criminal case. The prosecutor's office deals with the petition, appeal, letter of information, and some cases complaint by a crime victim or third party which are considered to be insufficient to make the case as the cases of interim investigation. Since the closing decision of an interim investigation case is becoming more frequent, even the lay-persons are becoming familiar with the term 'interim investigation' or 'a suspect under an interim investigation.' The problem is that the term 'interim investigation' or 'a closing decision of an interim investigation case' is not stipulated in the Code of Criminal Procedure. The term is based on administrative rule of prosecutorial cases. It is evident that the closing decision of an interim investigation case is not a word in an official act and it has been expanded based on the procedures in practice.

The prosecutor's office has been utilizing the closing decision of an interim investigation case frequently. So far the rulings of Constitutional Court and the Supreme Court were generous on the closing decision of an interim investigation case. The reason was that it had no quality of measurement externally because it was one of the cases dealt inside the prosecutor's office. Because of that, the Constitutional Court dismissed complaining citizen's constitutional petition on the closing decision of an interim investigation case and the Supreme Court rejected the appealing against a prosecutorial decision not to indict to a High Court. In addition, it has become that a defendant and a suspect could not ask for

* Professor of Law, Seoul National University

securing the evidences. As you can see, the closing decision of an interim investigation case by the prosecutor is being utilized more often under the situation where the legal control is not adequately provided.

The study examined the current problems such as the types of closing decision of an interim investigation cases, constitutional petition on closing decision of an interim investigation case, appealing against a prosecutorial decision not to indict to a High Court, and the securing evidence. We also analyzed the meaning of a recent case of the Supreme Court which acknowledges the protocol of the suspect under an interim investigation as an evidence and based on this we proposed that the interim investigation and the normal investigation should be differentiated in terms of the natural perspective. The natural perspective claims that the interim investigation and the normal investigation should be distinguished not based on whether the investigator followed the official filing procedure but whether the suspicion was expressed publicly. According to this claim, the constitutional demands that the criminal procedures should be regulated by the acts established by the Congress could be observed. It could also stop the prosecutor's refrainment of criminal procedure which was done by the form of prosecutor's self-legislation.