

2013년도 춘계학술대회

안전, 범죄 그리고 형사절차

일시 2013. 5. 10(금) 13:30 – 17:30

장소 서울팔래스호텔 스카이볼룸(12층)

주최 한국형사정책연구원, 한국형사소송법학회

○ 안전, 범죄 그리고 형사절차



❖ 일시 : 2013. 5. 10(금) 13:30-17:30

❖ 장소 : 서울팔래스호텔 스카이볼룸(12층)

시간	행사내용
13:30-14:00	참가자 등록
전체 사회 이 주 원 교수 (고려대학교 법학전문대학원)	
14:00-14:30	<ul style="list-style-type: none"> · 개회사 김진환 회장(한국형사소송법학회) · 축 사 황교안 장관(법무부) <li style="padding-left: 20px;">김일수 원장(한국형사정책연구원) <li style="padding-left: 20px;">이형국 명예교수(연세대학교)
14:40-15:30	<p>[제1주제] ‘안전사회’와 수사절차</p> <ul style="list-style-type: none"> · 사 회 노명선 교수(성균관대학교 법학전문대학원) · 발표자 정승환 교수(고려대학교 법학전문대학원) · 토론자 정진수 선임연구위원(한국형사정책연구원 (융합형법연구센터장))
15:30-15:40	중간휴식
15:40-16:30	<p>[제2주제] 디지털증거의 압수수색과 관련성 개념의 해석</p> <ul style="list-style-type: none"> · 사회자 박미숙 선임연구위원(한국형사정책연구원) · 발표자 이완규 지청장(대전지방검찰청 서산지청) · 토론자 한상훈 교수(연세대학교 법학전문대학원)
16:30-16:40	중간휴식
16:40-17:30	<p>[제3주제] 공판절차에서의 피고인의 인권보장과 법관의 역할</p> <ul style="list-style-type: none"> · 사회자 김재봉 교수(한양대학교 법학전문대학원) · 발표자 권순건 판사(춘천지방법원) · 토론자 김태명 교수(전북대학교 법학전문대학원)

차 례



[제1주제] ‘안전사회’와 수사절차 ————— 7

- 사회 노명선 교수(성균관대학교 법학전문대학원)
- 발표자 정승환 교수(고려대학교 법학전문대학원)
- 토론자 정진수 선임연구위원(한국형사정책연구원 융합형법연구센터장)

[제2주제] 디지털증거의 압수수색과 관련성 개념의 해석 ————— 39

- 사회자 박미숙 선임연구위원(한국형사정책연구원)
- 발표자 이완규 지청장(대전지방검찰청 서산지청)
- 토론자 한상훈 교수(연세대학교 법학전문대학원)

[제3주제] 공판절차에서의 피고인의 인권보장과 법관의 역할 ————— 103

- 사회자 김재봉 교수(한양대학교 법학전문대학원)
- 발표자 권순건 판사(춘천지방법원)
- 토론자 김태명 교수(전북대학교 법학전문대학원)

제1주제

‘안전사회’와 수사절차



정 승 환 교수

(고려대학교 법학전문대학원)

‘안전사회’와 수사절차

고려대학교 법학전문대학원 정승환 교수

I. ‘안전’, ‘안전사회’와 형법

1. ‘안전’ 또는 ‘안전사회’와 ‘위험’ 또는 ‘위험사회’

2013년 새로운 정부의 출범과 더불어 ‘안전’ 또는 ‘안전사회’가 국가정책의 핵심적 의제로 부각되고 있다. 정부조직 중에서 ‘행정안전부’는 ‘안전행정부’가 되었고,¹⁾ 안전행정부는 “범죄, 재난에 대한 걱정과 불안을 해소하는” 것을 정책의 최우선과제로 천명하였다. 이를 위해 이른바 ‘4대악 척결’을 주장하면서 학교폭력, 성폭력, 가정폭력, 불량식품을 근절할 것이라 한다. ‘4대악 척결’을 위한 구체적 대책으로 향후 5년간 경찰 인력 2만명을 증원하며, 미국 샌프란시스코에서 제작된 ‘범죄지도’의 예에 따라 ‘국민생활안전지도’를 제작하고 각종 안전 관련 정보를 종합해 유형별·지역별로 지수화한 ‘안전지수’를 개발한다고 하여 사회적 논란을 야기하고 있다.

‘안전’ 또는 ‘안전사회’의 개념은 ‘위험’ 또는 ‘위험사회’와 서로 대비되며 짝을 이루는 개념이 된다.²⁾ ‘안전’이란 ‘위험으로부터 자유로운, 위험을 관리하는’ 상태를 말하며,³⁾

1) 나아가 안전행정부 내의 재난안전실은 ‘안전관리본부’로 확대 개편하고, 산하 연구기관인 국립방재연구원을 ‘국립재난안전연구원’으로 명칭을 변경하여 종래의 자연재난중심에서 인적 재난 및 사회안전분야까지 연구범위를 확대하기로 하였다.

‘안전사회’에서는 ‘위험’ 또는 ‘불안정’이 핵심적인 위치를 차지한다.⁴⁾

‘위험(Risk)’의 개념은 서구에서 17세기 이후 사용되었는데, 이는 세계관의 변화와 연관된 것이라고 한다.⁵⁾ 전통사회에서 사람들은 미래에 대해 숙명론적 사고를 하였지만 근대화와 함께 사람들은 미래에 대해 개조론적 사고를 하게 되었고, 이에 따라 예측할 수 없는 미래의 일인 위험은 단순히 수용하거나 기피해야 하는 대상에서 적극적으로 개조할 수 있는 대상으로 바뀌었다는 것이다. 이에 따르면 위험에 대한 인식과 대응이 근대와 전근대를 구별하는 중요한 기준이 되며, 근대사회는 위험의 관리라는 전제 아래 전근대 사회에서 존재하지 않았던 위험을 체계적으로 생산하는 ‘위험사회’이다.⁶⁾

서구에서 ‘위험’ 또는 ‘위험사회’에 대한 연구가 활발하게 진행된 것은 1980년대 이후인데, 이는 1979년에 발생한 미국의 쓰리마일 섬 핵발전소 노심융용 사고와 1986년 소련의 우크라이나 체르노빌에서 발생한 핵발전소 폭발 사고에서 강한 영향을 받은 것이었다.⁷⁾ 자연과학과 사회과학을 망라하는 다양한 분과에서 위험에 대한 연구가 활발히 진행되었고, 여기에서 비롯된 ‘위험사회’의 개념은 한국사회에서도 위험에 대한 인식을 확산시키는 데 큰 기여를 했다. 예컨대 울리히 벡(Ulrich Beck)이 설명하는 서구의 ‘위험사회’는 거대한 기술적 위험과 사회적 위험이 동시에 진행되는 사회인데,

-
- 2) 임현진, 한국사회의 안전과 위험 : 이론적 모색과 경험적 고찰, 성균관대학교 사회과학연구소, <사회과학(구:~2001)> 39권(2000), 3면 이하; 홍성태, 위험 연구와 위험 정치 - 위험 사회에서 안전 사회로 -, 아주법학 제4권 2호(2010), 223면 이하 참조. 설동훈, 한국인의 위험 인식, <한국사회과학> 20권 1호(1998), 22면 이하에 의하면 위험과 안전의 개념을 파악하는 관점은 단절적 관점과 연속적 관점으로 대별되는데, 전자에 의하면 위험과 안전은 흑백과 같이 분명하게 구별되는 개념이지만 후자에 의하면 위험과 안전은 양극에 해당하는 개념이고 중간에 광범위한 회색지대가 분포한다. 단절적 관점에 의하면 위험에 통제를 가해야 할 ‘단일한 최적수준’이 존재하지만 연속적 관점에 의하면 위험에 대한 규제는 통제할 수 없는 불확실성과 애매함이 존재하는 지점에서 이루어진다.
 - 3) 홍성태, 앞의 논문, 238면.
 - 4) Tobias Singelstein/Peer Stolle 저, 윤재왕 역, 안전사회 - 21세기의 사회통제, 한국형사정책연구원 2012, 118면 이하 참조.
 - 5) 홍성태, 앞의 논문, 225면 이하 참조.
 - 6) Charles Perrow, Normal Accidents : Living with High Risk Technologies, Basic Books 1984; 홍성태, 앞의 논문, 225면에서 재인용.
 - 7) 찬핵론자들이 100만년에 한 번 일어날 것이라고 주장했던 사고가 핵발전소의 상업적 이용 이후 불과 20여 년 만에 발생하였다.



한국의 사회학자들은 한국사회를 '이중적 복합 위험사회(dual complex risk society)'로 설명한다. 이에 의하면 한국사회는 전근대적 위험요소와 근대적 위험요소가 공존하는 사회이며, 그러한 위험요소들이 서구적 연원과 한국의 고유현상으로 나타난다.⁸⁾

서구와 한국에서 위험사회라는 개념은 유사하지만 그와 짝을 이루는 '안전사회'의 개념은 서로 다르다. 즉 한국의 사회학자들은 위험사회로부터 한국사회가 나아가야 할 대안으로 '건전하고 안전한 사회(sound and safe society)'를 제시한다.⁹⁾ 현재의 정부가 제시하는 정책 목표와 일치하는 부분이다. 반면 독일에서는 '안전사회(Sicherungsgesellschaft)'가 현대 사회에서 통제메커니즘의 변화를 설명하는 개념으로 제시된다.¹⁰⁾ 지난 몇 십 년 동안 '안전'은 서구사회의 핵심적 의제가 되었는데, 안전을 향한 시민들의 욕구가 바탕을 두고 있는 '위험'이라는 '주관적' 현실은 다시 더 강렬한 안전욕구를 창출하여 안전은 이제 더 이상 사회적, 집단적 보장책의 형태로 이루어지는 문제해결이 아니라 위험의 통제와 차단 또는 일정 수준으로의 유지 등과 같은 관리 메커니즘으로 이해된다. 이러한 새로운 통제의 메커니즘은 영속적인 불안정화와 무제한의 안전추구라는 형태를 통해서 매일 새롭게 자신의 존재기반을 재생산한다. 끝없이 위험요인들을 발견하고 새로운 위협을 생산해 내며, 새로운 위험요인에 대해 무언가 새로운 조치를 통해 어떤 식으로든 반응함으로써 위험과 안전 사이의 끝없는 순환관계가 계속 유지되도록 하는 것이다.¹¹⁾ 모든 형태의 위험을 확인하고 그로부터 안전을 확보하려는 노력은 결국 사회통제가 확대되고 구체적 손해가 발생하기 훨씬 전부터 사회통제를 투입하는 결과를 낳는다. 형법은 이제 위험관리를 전제로 하여 사회구성원들에 의한 사회의 전면적 통제를 가능하게 만드는 것을 목표로 삼는다. 안전은 이제 다른 사회적 원칙이나 가치들보다 상위의 가치가 되었고, 안전이라는 목적을 위해 개인에게 시민의 보편적 의무로서 희생할 것을 요구하기도 한다. 사회적 몰락의

8) 1993년에 연이어 발생한 서해 페리호 침몰사건, 충주호 유람선 화재사건, 구포역 열차 탈선사고, 1994년의 성수대교 붕괴사고와 아현동 도시가스 폭발사고, 1995년의 삼풍백화점 붕괴사고와 대구지하철 화재사고 등이 한국적 위험사회의 현상들이라고 한다; 임현진, 앞의 논문(주 2), 16면 이하 참조.

9) 임현진, 앞의 논문(주 2), 3면; 18면 이하.

10) Tobias Singelstein/Peer Stolle 저, 윤재왕 역, 안전사회, 121면 이하 참조.

11) Tobias Singelstein/Peer Stolle 저, 윤재왕 역, 안전사회, 122면 참조.

위험과 그에 대한 불안은 안전정책에 대한 다수의 승인과 순응을 확보하기 위한 전략으로 기능한다. 안전의 상징적 생산은 국가활동을 정당화하는 핵심사항이 되었고, 지속적인 불안정은 정치를 구성하는 부동의 요소로 자리잡았다. 이와 같이 사회정책에서 안전이 핵심적 의미를 갖는 통제의 매커니즘을 ‘안전사회’로 표현하는 것이다.¹²⁾

‘안전사회’의 표제어가 한쪽에서는 국가정책과 사회정책이 나아갈 지향점으로, 다른 한쪽에서는 새로운 사회통제의 매커니즘을 지적하는 개념으로 각각 달리 사용되는 양상은 이 글에서 고민하는 문제의식과 맞닿아 있다.

2. ‘안전’ 또는 ‘위험의 관리’와 형법

현 정부가 정책적 목표로 설정한 ‘안전사회’를 위해 가장 먼저 ‘4대약’ 또는 ‘4대 범죄’를 척결할 것을 천명한 데서 확인되듯이 범죄는 현대 사회에서 ‘위험’의 하나로서 중요한 의미를 갖는다. 그리고 ‘위험’으로서의 범죄를 통제하는 수단인 형법 또한 안전사회를 위한 수단으로서 중요한 의미를 갖는다. 범죄는 사회통제를 담당하는 집단이 사회의 ‘위험’ 관리를 위해서 가장 위험하다고 강조하는 대상이다.¹³⁾ 거의 매일 등장하는 언론의 범죄보도와 부풀려진 범죄통계는 범죄에 대한 사회적 불안을 증폭시킨다. 그리고 그 불안으로부터 안전을 확보하려는 시민들의 욕구는 통제집단에 의해 형사사법의 ‘엄벌주의(punitivism)’로 전환된다.¹⁴⁾ 형법의 확장과 형벌의 증폭을 통해 지배집단은 ‘안전을 과시’함으로써 상징적 정치를 수행하며, 어쩌면 더 ‘위험’한 다른 사회문제들을 호도하는 방편으로 범죄통제를 동원하기도 한다.

더 나아가 현대의 위험사회에서 형법은 위험관리의 앞단계에서 작동한다. 20세기 말을 전후하여 범죄학자들은 위험 또는 위험관리를 범죄문제 해결에서도 우월한 방안으로 인식하게 된 것이다. 이미 과거사가 된 범행과 범죄인의 생물학적, 심리학적, 심

12) Tobias Singelstein/Peer Stolle, 앞의 책, 123면.

13) 반면에 일반 시민들은 위험의 유형들 중에서 원자력사고가 가장 위험한 것으로 생각하며, 유해식품, 즉 불량식품이 가장 덜 위험한 것으로 평가한다. 폭력배와 도둑, 학교폭력 등 범죄에 대해 한국인들이 느끼는 위험의 강도 또한 산업재해나 교통사고, 화재 등 다른 위험들에 비해 낮은 것으로 나타난다: 임현진, 앞의 논문(주 2), 12면 이하 참조. 물론 15년 전의 조사이므로 그 사이 변화의 가능성은 열려 있다.

14) 김일수, 전환기의 형사정책 - 패러독스의 미학, 세창출판사 2012, 15면 이하 참조.



리적 요소의 연관성을 탐구하여 그 범죄인을 개선하는 작업보다는 범죄피해를 감소시키고 범죄로 인한 사회적 비용을 줄이며 수형자의 재범위험을 감소시키는 서비스 제공에 위험관리기술을 널리 사용하자는 것이다. 이러한 관점은 범죄를 위험의 감행(risk taking)으로, 범죄통제 또는 범죄예방을 위험관리(risk management)로 인식을 전환하여 '위험에 기반을 둔 형사정책(risk based criminal policy)'을 추구한다.¹⁵⁾ 그리하여 오늘날 형법은 과거에 발생한 범죄에 대한 단순한 진압수단에서 위험상황을 진정시키기 위한 예방수단으로 변모해야 한다는 요구에 직면해 있다. 즉, '위험사회'의 예방형법은 법익보호 기능을 넘어 '안전사회'를 위한 위험통제의 관점에서 형법적 수단을 투입하여야 하며, 과거에는 회피할 수 없는 불행이나 재앙으로 간주되던 것이 회피해야만 하는 불법으로 간주될 수 있다는 것이다.¹⁶⁾ 이러한 '형법의 팽창' 현상에 대해 형법학자들은 계속해서 경고를 보내고 있다.¹⁷⁾

3. '안전' 또는 '안전사회'와 수사(搜查)

위험사회의 예방형법이 '안전사회'를 위한 위험통제의 관점에서 작용하는 방식은 법익침해의 앞단계(Vorfeld)에서 형법적 보호를 가능하게 하는 이른바 '전단계범죄화(Vorfeldkriminalisierung)'와 예방적 기능의 확대로 표현된다.¹⁸⁾ 법치국가적 자유주의 시기의 형법은 시민의 자유를 보호하는 최소한의 역할을 담당하였지만 현대사회에서

15) 김일수, 앞의 책, 21면 이하.

16) 김일수, 앞의 책, 23면; 김재윤, 위험사회라는 사회 변화에 대한 형사법의 대응, <비교형사법연구> 12권 2호(2010), 252면 참조.

17) 국내에서의 논의로는 김재윤, 위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰, <비교형사법연구> 7권 1호(2005), 29면 이하; 김학태, 현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화, <비교형사법연구> 3권 1호(2001), 1면 이하; 박강우, 위험사회(危險社會)와 형법(刑法)의 변화(變化), <형사정책연구> 32권(1997), 273면 이하; 박종근, 위험사회와 형법기능의 변화, <비교형사법연구> 12권 2호(2010), 231면 이하; 이용식, 위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방, <형사정책> 13권 1호(2001), 33면 이하; 하태훈, 정보사회, 위험사회, 통일한국의 형법의 과제와 임무, <안암법학> 13권(2001), 133면 이하; 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, <비교형사법연구> 5권 2호(2003), 1면 이하; 허일태, 위험사회의 출현과 법의 기능변화, <비교형사법연구> 3권 2호(2001), 1면 이하 등.

18) 이른바 '위험형법'은 법익보호에서 위험차단 쪽으로 형법의 책임귀속이 앞당겨지는 경향을 서술한다. 김영환, 위험사회에서의 형법의 귀속원리, <법철학연구> 3권 2호(2000), 151면 이하; 김재윤, 앞의 논문(주 16), 261면 이하; 김학태, 앞의 논문(주 17), 3면 이하 참조.

형법은 사회적, 국가적 주요정책의 조종수단으로 투입된다. 형법의 목적은 이제 단순한 범죄투쟁을 넘어 환경정책, 보건정책, 대외정책 등의 측면적 지원으로 나아가고 있으며, 구체적 법익침해에 대한 진압에서 문제상황에 대한 광범위한 예방으로 형법의 임무가 변화한 것이다.¹⁹⁾

이러한 형법의 임무변화는 주로 형법, 형사특별법, 행정형법 등의 실체법 영역에서 가벌성의 단계를 앞당기고 형사제재의 정도와 종류를 확대하는 입법으로 현실화된다.²⁰⁾ 형사절차법의 영역, 특히 수사절차의 영역에서 문제상황에 대한 광범위한 예방을 목적으로 하는 위험사회 또는 안전사회 형법의 임무를 수행하기는 쉽지 않다. 수사절차가 개시되었다는 것은 이미 위험의 예방, 문제상황의 사전차단에 실패했다는 것을 의미하기 때문이다. 위험사회 또는 안전사회의 형법이 요구하는 목표는 수사 이전 단계, 즉 범죄예방의 단계에서 더 확실하게 추구되어야 한다.

그럼에도 불구하고 수사절차에서의 증거와 범인의 확보는 장래의 위험으로부터 안전을 확보한다는 의미를 지닌다. 그리고 위험사회를 초래한 과학기술의 발달은 수사단계에서 과학기술을 활용한 증거확보의 가능성을 확대하였으며, 경우에 따라서는 계획 증거거나 진행 중인 범죄의 사전차단도 가능하게 하였다. 이러한 의미와 가능성 때문에 형법의 기능화와 탈정형화를 특징으로 하는²¹⁾ 위험사회의 형사정책은 수사단계에서 과학기술을 활용하여 보다 쉽게 증거를 확보하고 경우에 따라 범죄를 사전에 통제할 것을 끊임없이 요청한다. 이른바 ‘과학수사’의 기법으로 통신감청, CCTV의 녹화와 판독, 휴대폰 등을 활용한 위치추적, DNA의 수집과 분석, 지문 등 인체정보의 감식과 수집, 화학물질의 감정 등의 방법이 동원되고 있는 것이다.

이러한 과학기술을 활용한 새로운 수사의 방법들은 범죄의 위험으로부터 시민의 ‘안전’을 확보하기 위해 활용되지만 그로 인해 시민의 ‘안전’이 위협받는 측면도 함께 확대되는 문제를 낳고 있다. 즉, 수사에서 기술적 수단의 적극적 투입은 경찰법적 침해권한과 형사소송법적 침해권한의 경계를 모호하게 하며,²²⁾ 이러한 과학기술의 활용

19) 박강우, 앞의 논문, 278면 참조.

20) 성폭력범죄의 위험에 대한 강조와 그로부터 안전을 확보하기 위한 정책적 요구들이 전자감시와 성충동약물치료 등의 새로운 형사제재의 도입과 확대를 가져온 현상이 대표적이다.

21) 박강우, 앞의 논문, 같은 면.

22) 김재윤, 앞의 논문(주 16), 268면.



이 '혐의의 앞단계에 대한 수사'와 '예방적 범죄투쟁'의 수단이 될 경우 범죄와 관련 없는 사람들까지 수사의 그물망에 포섭되어 기본권의 안전을 보장받지 못하게 된다.²³⁾ 그러므로 이러한 기술적 수단의 투입에는 신중을 기하여야 하며, 법치국가적 정형화의 원칙이 예외 없이 적용되어야 하지만 '안전'을 향한 시민의 욕구와 지배권력의 '안전사회' 매커니즘 속에서 그러한 경계의 목소리는 희미하게 들릴 뿐이다.

따라서 아래에서는 수사절차에서 투입되는 과학적 수사기법들이 범죄의 위협으로부터 시민의 '안전'을 확보하는 수단이 되고 있는지, 아니면 광범위한 감시와 개입으로 시민의 '안전'을 위협하고 있는지를 통신감청의 문제를 중심으로 검토해 보고자 한다(II.). 나아가 새롭게 '안전'이 위협받고 있는 사이버공간의 안전을 보장하기 위한 수사의 방법 및 절차에 대해서도 그 효율성과 문제점을 짚어보고자 한다(III.).

II. 과학기술을 수단으로 하는 수사와 '안전'

1. 통신비밀보호법의 감청

일반적으로 타인간의 대화나 통신을 엿듣거나 엿보는 행위가 합법적인 경우 '감청'이라 하고, 불법적인 경우 '도청'이라 하는데, 현행 통신비밀보호법(이하 '통비법')에서는 감청을 '통신제한조치'로, 도청을 '불법감청'으로 표현하고 있다.²⁴⁾ 국민은 통신의 자유, 그리고 사생활의 비밀과 자유를 누릴 권리를 갖는다. 그러나 통신의 자유와 사생활의 자유는 법률이 정한 범위 내에서 제한될 수 있으며, 테러나 범죄예방을 위한 통신의 감청은 그러한 제한의 하나라고 할 수 있다.²⁵⁾ 문제는 수사의 필요성에 따른 감청의 허용과 국민의 기본권 보장을 위한 감청의 제한이 어느 지점에서 조화를 이룰 수 있느냐 하는 것인데, 그 해결책은 형사소추를 위해 꼭 필요한 최소한의 범위에서

23) W. Hassemer 저, 배종대/이상돈 편역, 형법정책 - 법치국가와 형법, 세창출판사 1998, 44면.

24) 아래에서는 편의상 '감청'과 '도청'의 용어를 사용하기로 한다.

25) 성선제, e-사회에서 테러 및 범죄예방을 위한 감청과 프라이버시의 갈등 조정 방안 연구, <공법학연구> 8권 4호(2008), 164면.

감청을 허용하는 것이다.²⁶⁾ 그리고 감청이 필요불가결한 것인지의 판단은 수사기관이 아닌 법원에 맡겨야 하는데, 현행 통비법 제5조와 제6조는 이러한 내용을 규정하고 있다. 이와 관련하여 현행 통비법의 감청 규정이 통신 감청의 허용범위에 대해 적절한 기준을 제공하고 있는지를 ‘안전사회’의 관점에서 검토해 보고자 한다.

가. 감청의 의의

통비법에서 감청이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치, 기계 장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(제2조 7호).

통비법상의 감청 개념에 해당하는지의 여부와 관련하여 1) 송수신이 완료된 상태에서 이미 이루어진 통신내용을 지득하는 행위가 감청행위인지, 2) 일방당사자만이 동의한 비밀전화녹음이 감청에 해당하는지가 문제된다.²⁷⁾ 전자의 문제에 대해서는 논란이 있었으나²⁸⁾ 2009년 5월 통신비밀보호법 개정을 통해 문제를 해결하였다. 새로이 신설된 9조의3항은 ‘검사는 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여는 압수수색·검증을 집행한 경우’ 라고 규정하여 송·수신이 완료된 전기통신의 경우에는 압수수색의 대상임을 분명히 하였다.

후자의 경우는 전화통화의 일방 당사자가 상대방과의 전화통화 과정에서 일방적으로 녹음을 하는 경우와, 또한 제3자가 전화통화 중인 당사자 중 일방으로부터 동의를 얻고 녹음을 하는 경우로 나누어서 생각해 볼 수 있다. 이러한 경우에 대해서는 감청에 해당한다는 견해와 해당하지 않는다는 견해로 나누어진다. 감청개념을 제한적으로 해석하는 것은 공권력의 감청가능성의 확대로 연결되어 국민의 통신의 자유와 사생활 보호에 반할 가능성이 있다. 통신의 비밀과 통신의 자유의 기본권은 통신의 일방당사자가 그 자유를 포기하였다고 해서 다른 상대방까지 그 기본권을 자동적으로 포기하

26) 김성천, 통신감청제도에 대한 개선방안 연구, <중앙법학>10권 1호(2008) 249면.

27) 성선제, 앞의 논문, 176면.

28) 김형준, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안, <형사법연구> 제24호(2005 겨울), 217면; 조국, 개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점: 도청의 합법화인가 도청의 통제인가?, <형사정책연구> 제15권 제4호(2004), 107면 이하.



는 것은 아니라는 점을 고려하여야 할 것이다. 그러므로 일방당사자가 동의하였다 하더라도 다른 상대방의 동의가 없는 이상 비밀리에 전화녹음을 하는 것은 감청에 해당 하는 것으로서 적법한 절차에 의하지 않는 경우 위법하다고 보아야 할 것이다.²⁹⁾

통비법의 감청에는 같은 법 제5조의 범죄수사를 위한 감청과 제7조의 국가안보를 위한 감청, 제8조의 긴급감청의 세 가지 유형이 있다.

나. 범죄수사를 위한 감청

(1) 감청의 사유

통비법 제5조 제1항에 의하면 동 조항에서 열거하고 있는 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 감청을 허가할 수 있다.

(2) 감청의 절차

검사는 통비법 제5조 제1항의 감청허가요건이 구비된 경우에는 법원에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 감청조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다(제6조 제1항). 이러한 감청조치의 청구는 필요한 감청조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 당해 감청조치가 통비법 제5조 제1항의 허가요건을 충족하는 사유 등의 청구이유를 기재한 서면(청구서)으로 하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다. 이 경우 동일한 범죄사실에 대하여 그 피의자 또는 피내사자에 대하여 감청조치의 허가를 청구하였거나 허가받은 사실이 있는 때에는 다시 감청조치를 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다(제6조 제4항).

법원은 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 감청조치를 허가하고, 이를 증명하는 서류(허가서)를 청구인에게 발부한다(제6조 제5항). 이 허가서에는 감청조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소와 방법

29) 견해 차이에 대해 자세한 것은 성선제, 앞의 논문(주 25), 176면 이하 참조.

을 특정하여 기재하여야 한다(제6조 제6항). 이러한 감청조치의 기간은 2월을 초과하지 못하고, 그 기간 중 감청조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 한다. 다만, 제5조 제1항의 허가요건이 존속하는 경우에는 제1항 및 제2항의 절차에 따라 소명자료를 첨부하여 2월의 범위 안에서 감청조치기간의 연장을 청구할 수 있다(제6조 제7항). 법원은 청구가 이유 없다고 인정하는 경우에는 청구를 기각하고 이를 청구인에게 통지한다(제6조 제8항).

다. 국가안보를 위한 감청

(1) 사유

통비법 제7조 제1항에 의하면 대통령령이 정하는 정보수사기관의 장은 국가안전보장에 대한 상당한 위협이 예상되는 경우에 한하여 그 위협을 방지하기 위하여 이에 관한 정보수집이 특히 필요한 때에는 감청조치를 할 수 있다.

(2) 절차

이 경우 1) 통신의 일방 또는 쌍방당사자가 내국인인 때에는 고등법원 수석부장판사의 허가를 받아야 하며,³⁰⁾ 2) 대한민국에 적대하는 국가, 반국가활동의 혐의가 있는 외국의 기관·단체와 외국인, 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 한반도 내의 집단이나 외국에 소재하는 그 산하단체의 구성원의 통신인 때와 군용전기통신법 제2조의 규정에 의한 군용전기통신에 대해서는 서면으로 대통령의 승인을 얻어야 한다. 국가안보를 위한 감청조치의 기간은 4월을 초과하지 못하고, 그 기간 중 감청조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 하되, 제1항의 감청사유가 존속하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 고등법원 수석부장판사의 허가 또는 대통령의 승인을

30) 통신의 일방 또는 쌍방당사자가 내국인인 때에 받아야 하는 고등법원 수석부장판사의 허가의 절차에 관해서는 별도의 규정이나 위임규정이 마련되어 있지 않으나, 이에 대하여 통신비밀보호법시행령 제7조에서 정보수사기관의 장은 법 제7조 제1항 제1호의 규정에 의한 감청조치를 하고자 할 때에는 관할 고등법원에 대응하는 고등검찰청의 검사에게 허가의 청구를 서면으로 신청하여야 한다. 그리고 이러한 신청을 받은 고등검찰청 검사가 감청조치의 허가를 청구하는 경우에는 동 시행령 제4조의 규정을 준용하도록 하고 있기 때문에 결과적으로 범죄수사를 위한 감청조치의 허가절차와 같은 방식으로 청구서를 작성하여 청구하여야 한다.



언어 4월의 범위 이내에서 감청조치의 기간을 연장할 수 있다.

라. 긴급감청

(1) 사유

통비법 제8조 제1항에 의하면 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고, 통비법 제5조 제1항 또는 제7조 제1항 제1호의 규정에 의한 요건을 구비한 자에 대하여 허가절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가 없이 감청조치를 할 수 있다.

(2) 절차

긴급감청 후 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 지체 없이 법원에 허가청구를 하여야 하며, 그 감청조치를 한 때부터 36시간 이내에 법원의 허가를 받지 못한 때에는 즉시 이를 중지하여야 한다(제8조 제2항). 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 긴급감청조치를 하고자 하는 경우에는 반드시 긴급감청서에 의하여야 하며 소속기관에 긴급감청조치대장을 비치하여야 한다. 긴급감청조치가 단시간 내에 종료되어 법원의 허가를 받을 필요가 없는 경우에는 그 종료 후 7일 이내에 관할 지방검찰청검사장은 이에 대응하는 법원장에게 긴급감청조치를 한 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 작성한 긴급감청조치통보서를 송부하여야 한다(제8조 제5항). 이 통보서에는 긴급감청조치의 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 감청조치허가청구를 하지 못한 사유 등을 기재하여야 한다(제8조 제6항).

마. 감청의 집행

(1) 집행의 절차

범죄수사를 위한 감청조치와 국가안보를 위한 감청조치 그리고 긴급감청조치는 이를 청구 또는 신청한 검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 집행한다. 이 경우

체신관서 기타 관련기관 등에 그 집행을 위탁하거나 집행에 관한 협조를 요청할 수 있다(제9조 제1항). 통신기관은 감청조치허가서 또는 긴급감청서 등에 기재된 감청조치 대상자의 전화번호 등이 사실과 일치하지 않을 경우에는 그 집행을 거부할 수 있으며, 어떠한 경우에도 전기통신에 사용되는 비밀번호를 누설할 수 없다(제9조 제4항). 전기통신사업자는 검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 통비법에 따라 집행하는 감청조치 및 통신사실 확인자료제공의 요청에 협조하여야 한다(제15조의2 제1항).

(2) 집행에 관한 통지

검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 감청조치를 집행한 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 감청대상이 된 전기통신의 가입자에게 감청조치를 집행한 사실과 집행기관 및 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(제9조의2). 하지만 i) 감청조치를 통지할 경우 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때, ii) 감청조치를 통지할 경우 사람의 생명·신체에 중대한 위협을 초래할 염려가 현저한 때에는 이러한 사유가 해소될 때까지 통지를 유예할 수 있다(제9조의2 제4항). 검사 또는 사법경찰관은 통지를 유예하고자 하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 미리 관할 지방검찰청검사장의 승인을 얻어야 한다. 하지만 통지유예의 사유가 해소된 경우에는 그 사유가 해소된 날부터 30일 이내에 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 감청집행에 관한 통지를 하여야 한다(제9조의2 제6항).

바. 통신비밀보호법의 감청과 ‘안전’

(1) 광범위하며 포괄적인 감청 사유

범죄수사를 위한 감청의 경우 감청대상 범죄의 전체 수는 약 240여개에 달할 정도로 대단히 광범위하며, 비록 감청 허가의 요건을 제한적으로 규정하고 있기는 하지만 ‘범죄를 계획’ 중인 경우도 감청이 가능하여 수사를 위한 감청을 넘어서 수사 전 단계까지, 즉 내사 단계까지 감청을 허용하여 ‘안전’을 위한 전단계 개입이 가능하도록 했



다는 점에서 문제되는 부분이다.

여기에 더해 국가안보를 위한 감청은 그 요건을 '상당한 위협이 예상되는 경우'라고 규정하여 막연하고도 추상적이며, 범죄수사를 위한 감청조치의 허가요건과 국가안보를 위한 감청조치의 허가요건이 중첩되는 부분이 있어, 수사기관이 일반 범죄수사를 위한 감청조치에 대하여 법원의 허가를 받지 못한 경우, 법원의 허가가 필요 없는 국가안보를 위한 감청조치의 허가신청의 방법으로 소기의 목적을 달성하려 할 우려가 있다.³¹⁾

긴급감청조치의 요건에서도 '음모'나 '계획'의 단계에서 선제적으로 감청이 가능하도록 한 점과 '국가안보를 계획하는', '중대한', '긴박한 상황', '긴급한 사유' 등의 표현이 매우 불명확한 개념이라는 점, 그리고 '등'이라는 표현이 들어감으로써 유사한 범죄들을 모두 포괄할 수 있다는 점에서 지나치게 완화된 요건에 의한 감청이 가능하다는 문제점을 안고 있다.³²⁾

(2) 통제가 느슨한 감청의 절차

감청은 수사상의 강제처분에 해당하는 데도 불구하고 법원의 영장이 아닌 허가서에 의해 감청을 집행하는 것은 절차법적으로 재검토할 필요가 있다. 더욱이 국가안보를 위한 감청의 경우 적국이나 반국가단체 등의 구성원과의 통신인 때에는 대통령의 승인을 얻어서 감청조치를 할 수 있도록 한 것은 감청의 남용을 기능적으로 통제할 가능성을 봉쇄하는 것이라는 비판을 면할 수 없다.³³⁾ 상대가 적국이나 반국가단체의 구성원이라 하더라도 감청의 대상자는 한국의 국민이 될 가능성이 높기 때문이다. 뿐만 아니라 긴급감청의 경우 36시간 이내에 사후승인을 얻지 못하면 긴급감청조치를 중단하여야 하지만, 이러한 긴급감청조치를 계속하여 반복한다면, 사실상 법관의 허가나 대통령의 승인이 없이도 얼마든지 감청조치를 계속할 수 있는 가능성을 열어 놓은 셈이라고 할 수 있을 것이기 때문에 문제가 가장 심각하다.³⁴⁾ 이에 대해서는 동일한 사

31) 성선제, 앞의 논문(주 25), 183면.

32) 김형준, 앞의 논문(주 28), 226면 참조.

33) 성선제, 앞의 논문(주 25), 183면.

34) 조국, 앞의 논문(주 28), 113면 이하.

안에 대한 긴급감청의 반복을 금지하는 규정의 신설이 필요하다.

(3) 지나치게 긴 감청기간

감청의 허가기간은 범죄수사를 위한 감청의 경우 2월, 국가안보를 위한 감청의 경우 4월로 하고 있으며, 필요한 경우에 기본 허가기간의 범위 내에서 연장할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 기간은 미국의 경우 감청허가기간을 최대 30일, 일본의 경우 10일로 규정하고 있는 것에 비교할 때 지나치게 긴 기간이다. 여기에 더 해 연장회수의 제한도 없고 최대연장기간도 정해진 바 없어 사실상 기간 제한이 없다시피 하다.³⁵⁾ 감청허가기간을 축소하고 연장의 횟수와 총 연장기간을 제한할 필요가 있다.

(4) 실효성 없는 집행 통지 절차

현행 감청조치의 통지대상은 피의자나 피내사자 또는 통화의 당사자가 아니라 전기통신의 가입자로 되어 있다. 전화통화의 당사자는 전기통신의 가입자와 다를 수 있으며, 통신의 자유를 침해받은 직접 당사자는 감청대상이 된 통화자라고 할 수 있을 것이다. 미국의 경우처럼 피감청자에게 감청사실을 통지하도록 규정하여야 할 것이다.³⁶⁾ 더불어 통지의 시점도 기소나 불기소처분을 한 날을 기점으로 할 것이 아니라, 감청조치가 완료된 날을 기점으로 하여야 할 것이다. 가장 문제가 되는 것은 집행통지의 유예절차를 두고 있는 것인데, 유예의 사유가 명확하지 않은 상황에서 검사장이 유예결정을 관할하게 함으로써 통지절차에 대한 통제를 불가능하게 하고 있으며, 유예의 기간을 ‘유예사유가 해소될 때까지’로 규정하고 있어 사실상 감청의 집행 사실을 통지하지 않아도 된다는 결과를 낳고 있다.

(5) 소결

통비법상의 감청은 그 요건과 절차에 대한 제한과 통제가 지나치게 느슨하여 수사기관에 의한 자의적 감청의 길을 열어놓았다고 해도 과언이 아닐 듯하다. 문제는 이렇게 포괄적으로 감청을 허용하는 것이 무엇을 위해 기능하느냐는 것이다. 현행의 감청

35) 김형준, 앞의 논문(주 28), 224면.

36) 미국의 감청 절차에 대해서는 성선제, 앞의 논문(주 25), 164면 이하 참조.



제도가 범죄라는 위협의 방지하여 시민과 사회의 안전을 확보하는 데 꼭 필요한 범위 내에서 최소한으로 집행되고 있는지, 아니면 광범위한 시민의 자유를 비용으로 지불하는 데 비해서 범죄통제의 효과는 미미한 수준에 그치고 있는지를 경험적으로 검증할 필요가 있다. 검증의 결과가 후자의 결론으로 귀결된다면 이는 제한된 범위 내의 소수의 안전을 보호하기 위해 다수의 안전이 희생되는 모순을 드러내는 것이므로 근본적인 정책의 전환이 필요할 것이다.³⁷⁾

2. 패킷감청

가. 새로운 수사기술

지금까지는 수사기관이 전화통화나 우편물의 내용 등을 감청하는 사실만 알려져 있었다. 인터넷을 통하여 전송되어지는 전자우편의 경우에도 송수신이 완료되고 나서 압수수색절차를 통하여 가져가는 형태였다. 이와 달리 인터넷에 접속하여 어떤 사이트를 방문하고, 어떤 글을 남기는지, 누구에게 전자우편을 보내고, 메신저로 어떤 대화를 하는지를 수사기관이 실시간으로 감청할 수 있다는 사실이 최근에 확인되었다.³⁸⁾ 이른바 '패킷감청'이다. 패킷감청에 대해서는 그 법률적 성격은 무엇인지, 과연 허용되는 수사방법이라 할 수 있는지, 허용된다면 그 요건과 한계는 무엇인지 등의 검토가 필요한 상황인데, 이 글의 주제인 '안전'의 관점에서 이를 살펴보고자 한다.

37) 독일의 경우 감청이 얼마나 유효한가와 관련하여 수사과정에서 감청을 한 경우의 기소율은 58%로서 평균 기소율보다 무려 두 배 가까운 높은 수치를 나타내고 이 경우 유죄판결의 확률도 94%나 된다는 사실을 제시하면서 감청의 효용성을 주장하는 견해도 있지만, 반대의견은 수사에서 실제 감청만으로 인한 순수 성공률은 겨우 37%에 불과하다고 하며, 소송에서도 단지 16%의 사건에서 감청의 결과가 기소와 판결에 중요한 역할을 할 뿐이라고 주장한다. 황호원, 최근 독일에서의 감청에 관한 논쟁, <형사정책연구소식> 77호(2003), 46면 참조.

38) 패킷감청은 2008년 국가보안법 위반 혐의로 구속 기소된 남북공동선언실천연대 정책위원을 대상으로 발부된 통신제한조치허가서에서 드러났다. 통신제한조치허가서 중 "대상 인터넷회선을 회선 제공 사업자 교환기에서 전용회선으로 구성, 기계장치 사용 지득채록"하겠다고 밝힌 부분이 바로 패킷감청에 해당된다는 것이 시민단체의 주장이다. 이후 패킷감청문제는 2009년 국정감사에서 다루지는 등 정치권과 시민사회 진영의 관심사로 떠올랐다.

나. 인터넷상의 증거수집과 인터넷 감청

(1) 인터넷상 증거의 유형

인터넷상의 증거는 내용에 따라 1) 범죄의 직접증거와 2) 범인색출에 필요한 사용자정보로 구별되며, 범죄의 직접증거는 그 존재형식에 따라 다시 a) 서버에 저장된 증거, b) 인터넷을 통해 전송중인 증거로 구별된다.³⁹⁾ 전송중인 증거란 인터넷상에서 발신되어 수신되기까지의 과정 중에 수집되는 증거를 말한다. 인터넷상에서의 데이터는 디지털 방식으로 전송되는데, 1회의 통신이 회선하나를 차지하며 연속적으로 전송되는 아날로그 방식과는 달리 전송하기 쉽도록 하나의 데이터를 일정한 길이의 단위로 잘라 전송한다. 이 하나하나의 단위를 패킷(Packet)이라고 한다. 전송중인 증거를 수집한다는 것은 이 패킷들을 수집하는 것을 의미한다.⁴⁰⁾

(2) 증거유형에 따른 증거수집의 절차

인터넷상의 세 가지 증거는 각각의 성격도 다르고 그에 따른 증거수집의 절차와 적용 법률도 다르다. 이를 간략하게 표로 정리하면 아래와 같다.⁴¹⁾

[표] 인터넷상의 증거유형과 증거수집절차

유형	사용자 정보		저장된 증거	전송 중인 증거
	개인신상 정보	인터넷이용정보		
절차	통신자료 요청	통신사실 확인자료 요청	압수수색영장	통신제한조치 허가서
적용 법률	전기통신사업법	통신비밀보호법	형사소송법	통신비밀보호법

39) 자세한 것은 권양섭, 인터넷 패킷감청의 허용가능성에 관한 고찰, <법학연구> 39권(2010), 179면 이하 참조.

40) 다만 이에 대해서는 저장 데이터와 네트워크 회선상에서 DPI로 수집한 패킷 데이터는 그 본질과 내용이 완전히 동일한 것으로서, 단지 '분리와 합체'라는 형태적 차이와 '재조합의 완료'와 '재조합의 대기상태'라는 시간적 간격만 있을 뿐이라는 주장이 있다. 오길영, 인터넷 감청과 DPI(Deep Packet Inspection), <민주법학> 41권(2009), 422면.

41) 자세한 것은 권양섭, 앞의 글, 180면 이하 참조. 도표는 183면에서 인용함.



(3) 인터넷 감청

전송중인 증거를 수집하는 것은 감청에 해당되어 통비법상의 통신제한조치허가서에 의해서만 가능하다. 인터넷 감청은 기술적으로 백도어(back door)방식, 포워딩(forwarding)방식, 패킷감청 등 3가지 방식이 있는데 백도어 방식은 감청 대상자의 PC에 감청프로그램을 심어서 원격지에서 대상자가 PC를 작동하는 모습을 감청하는 것이고, 포워딩 방식은 포털이나 인터넷 플랫폼 사업자가 정보수사기관에 대상자의 복제계정을 제공하거나 실시간 데이터 전달을 통해 이루어지는 방식을 말한다. 이런 경우는 보통 이메일이나 메신저의 통신내용을 감청할 때 많이 사용되고, 집행 장소는 사업자의 사업체가 된다. 반면에 패킷감청은 PC나 사업자를 통하지 않고 인터넷망을 직접 감청하는 방식으로 인터넷망을 이용하는 암호화되지 않은 모든 통신내용을 감청할 수 있다. 일상적인 이메일, 메신저, 웹서핑, 블로그, 게시물 읽기쓰기는 물론 인터넷 전화(VoIP), IPTV 등 모든 인터넷 활동이 감청대상이 되고, 집행 장소는 인터넷 회선사업체가 된다.⁴²⁾

인터넷 감청은 해마다 증가하여 2007년에는 유선전화감청건수를 넘어섰다. 2009년 전체감청 중 인터넷 감청이 차지하는 비율은 62.1%이며, 작년대비 45.8%가 증가하였다. 인터넷 감청이 모두 패킷감청이라고는 단정할 수는 없지만, 2009년 국감자료에 의하면 인터넷감청의 대부분이 패킷감청임이 확인되었다⁴³⁾

다. 패킷감청의 개념과 특성

(1) 개념

패킷감청이란 인터넷 회선을 통해 전기신호 형태로 흐르는 패킷을 제3자가 중간에 가로챌으로써 당사자 모르게 같은 내용을 실시간으로 들여다보는 것을 의미한다. 패킷을 분석하는 기술에는 'Shallow Packet Inspection(SPI)'과 'Deep Packet Inspection(DPI)'이 있다. 패킷은 헤더(Header)와 데이터 영역(Data Field)으로 구분되어 헤더부분은 기본적인 프로토콜 정보인 출발지와 목적지의 네트워크 주소 등이 기록되며, 통

42) 권정호, 「패킷감청의 문제점과 개선방안에 대한 토론회」, 국회의원 우윤근·박영선·변재일·민주당 정책위원회, 2010.02.01, 52면.; 권양섭, 앞의 논문 183면에서 재인용.

43) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 186면.

신의 내용은 패킷의 데이터부분에 기록되는데, SPI 기술은 통신의 내용과는 직접 관련이 없는 헤더부의 부분을 검사하는 기술로써 주로 네트워크 방화벽 시스템을 위해 개발되어 왔고 현재 널리 사용되고 있다. 이와는 달리 DPI 기술은 데이터 영역, 즉 통신의 내용까지 살펴보는 검사를 말한다. 헤더부분만을 분석하는 SPI 기술은 법률적으로 감청에 해당하지 않고 DPI 기술은 통신의 내용을 엿보기 때문에 감청에 해당한다. 따라서 보통 패킷'감청'이라 함은 DPI기술에 의한 감청을 말한다.⁴⁴⁾

(2) 특성

패킷감청은 감청 대상자와 감청 범위를 특정할 수 없으며, 재조합절차가 필요하다는 특성을 갖는다. 감청 대상자를 특정할 수 없는 것은 한 대의 컴퓨터를 다수가 이용하거나 다수인이 하나의 네트워크를 공동으로 이용하는 경우가 많기 때문이다. 따라서 패킷감청은 감청대상자가 아닌 제3자의 통신내용을 감청할 수 있는 문제점을 지닌다. 감청 범위를 특정할 수 없는 이유는 인터넷 뿐 아니라 인터넷 전화와 IPTV 등 인터넷 회선을 통해 지나가는 모든 통신내용을 다 엿볼 수 있기 때문이다. 다음으로 패킷은 조각된 상태로 전송되기 때문에 수집된 패킷을 재조합하여 일정한 절차를 거쳐야만 그 내용을 열람할 수 있다는 것도 패킷감청만의 특성이다.⁴⁵⁾

라. 패킷감청의 허용 여부

패킷감청의 허용 여부에 대해서는 절대적으로 금지되어야 한다는 견해와 일정한 조건을 전제로 허용될 수 있다는 견해가 대립한다. 패킷감청이 현행 법체계에서 허용되어서는 안 된다는 입장은 감청 대상자와 감청 범위를 특정할 수 없기 때문에 헌법과 형사소송법의 관점에서 절대 허용될 수 없다고 한다. 범죄와 관련된 통신내용만을 그 내용 자체를 들여다보지 않고 구체적으로 선별하여 감청할 수 있는 기술이 등장하지 않는 한 패킷감청을 허용하는 것은 인터넷 회선을 통하여 전달되는 모든 통신의 내용을 감청할 수 있도록 '포괄허가'를 내어주는 것이며 '종합감청'을 허용하는 것이기 때

44) 자세한 것은 오길영, 앞의 논문(주 40), 413면 이하 참조.

45) 자세한 설명은 권양섭, 앞의 논문(주 39), 185면 이하; 오길영, 앞의 논문(주 40), 420면 이하 참조.



문에 과잉금지의 원칙에 위배되고, 일반적·탐색적 압수수색을 금지하도록 한 영장주의의 취지에도 어긋난다는 것이다.⁴⁶⁾ DPI 기술을 이용한 패킷감청의 방법으로는 범행과 관련된 내용만을 선별적으로 감청하는 것이 불가능하기 때문에 인터넷 회선을 통해 전달되는 모든 패킷을 수사기관이 제한 없이 감청할 수 있어서 감청대상자와 무관한 제3자를 포함하여 일반적으로 감청하는 결과를 낼 수 있으며, 수사목적과 무관한 통신내용까지 무제한적으로 감청함으로써 헌법적으로 성립할 수 없는 일반허가이며 포괄허가이다. 따라서 패킷감청은 절대적으로 금지되어야 한다고 한다.

반면에 엄격한 조건 아래 패킷감청을 허용해야 한다는 견해는 감청행위 자체는 헌법상 위헌이 아니며, 전화감청과 인터넷 패킷감청은 '범위와 정도'에서 차이가 있을 뿐, 본질적인 면에서는 큰 차이가 없기 때문에 전화감청은 허용되고, 패킷감청은 허용되지 않는다는 것은 통신 환경의 변화와 수사의 효율성을 고려할 때 타당하지 않다고 한다. 전화감청도 회선을 통과하는 모든 통신내용을 감청할 수 있으며, 집이나 직장전화의 경우에는 구성원 모두가 사용할 수 있기 때문에 제3자의 대화내용도 감청될 수 있다는 것이다.⁴⁷⁾ 나아가 패킷감청에서도 감청허가서를 통해 어느 정도 대상을 특정할 수 있다고 한다.

그런데 패킷감청을 허용할 수밖에 없다고 하는 이러한 견해는 기본적으로 인터넷 감청의 필요성을 전제로 하고 있다. 즉 '앞으로 전개될 유비쿼터스 컴퓨팅 환경 하에서는 패킷감청이 수사방법의 하나로 사용될 수밖에 없는 환경이 될 것'인데, '범죄수사에 있어서 감청의 필요성을 부정하는 사람은 없'기 때문에 통신에 대한 감청의 문제는 감청을 허용하느냐 마느냐가 아니라 오남용을 어떻게 최소화 할 것인가가 문제의 핵심이라는 것이다.⁴⁸⁾ 그러면서 패킷감청의 전제조건으로 감청의 허용요건을 강화하고 감청의 집행방법을 이원화하여 수사기관에 의한 집행을 배제하고, 법원이 직접 인터넷 사업자에게 감청을 명령하여 제3의 중립기관에 제출하도록 하는 방안을 제시한다.

46) 오길영, 앞의 논문(주 40), 421면 이하; 오동석, 패킷감청의 헌법적 문제점, 패킷감청의 문제점과 개선방안에 대한 토론회, 국회의원 우윤근·박영선·변재일·민주당 정책위원회, 2010.02.01., 21면 참조.

47) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 188면.

48) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 186면.

또한 법원에 의한 심사를 강화하고 감청집행사실의 통보절차를 개선할 것을 요구한다.⁴⁹⁾

마. 패킷감청과 ‘안전’

엄격한 허용요건과 집행절차를 조건으로 패킷감청을 허용해야 한다는 견해의 문제점은 기본적으로 통신감청 및 인터넷감청의 필요성을 전제한다는 것이다. 이러한 견해는 심지어 최근 통신감청에서 인터넷감청의 비율이 급격히 증가하는 현실을 인터넷감청의 필요성에 대한 근거로 제시하기도 한다.⁵⁰⁾

패킷감청은 물론 기존의 통신감청에 대해서도 의문이 생기는 것은 과연 이러한 수사방법이 꼭 필요한가 하는 것이다. 어리석은 질문이 되겠지만 이러한 새로운 기술이 등장하기 전에는 해당 범죄에 대한 수사를 할 수 없었던 것인지, 이러한 기술 외에는 달리 수사할 방법이 없는 것인지 묻고 싶은 것이다. 통비법에서 통신감청의 대상으로 규정하고 있는 범죄의 유형들은 새로운 기술적 수단을 동원하는 범죄들이 아니라 새로운 기술의 발달 이전부터 존재하던 범죄들이 대부분이다. 인터넷 감청이나 패킷감청의 방법이 가능하기 전에도 수사하고 기소하던 범죄들이었다.

패킷감청의 대상이 되는 범죄들에 의해 최근 사회의 안전이 더 심각하게 위협받기 때문에 패킷감청이라는 극단적 기술의 투입이 불가피한 것일까?⁵¹⁾ 반드시 그러하다는 경험적 통계는 존재하지 않는다. 패킷감청이라는 수단을 투입함으로써 범죄의 검거와 예방이라는 성과를 거두는 것보다는 인터넷 통신환경의 위축, 즉 인터넷에서 표현과 통신의 자유가 침해되는 부정적 결과를 야기하는 측면이 있다면 이 역시 작은 ‘안전’을 위해 큰 ‘안전’을 위협하는 자가당착이 아닐 수 없을 것이다.

49) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 190면 이하.

50) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 186면.

51) 방송통신위원회가 국회에 제출한 '09년 상반기 인터넷 감청협조 자료'에 의하면 패킷감청을 포함한 인터넷 감청의 건수는 지난 2007년 1149건, 2008년 1152건, 2009년 상반기에만 상반기 799건에 달하는 것으로 집계됐다. 인터넷 감청협조 내역을 패킷감청과 이메일 감청으로 구분할 경우 단순 이메일 감청은 한 두건에 불과하며, 현재 이루어지고 있는 거의 대부분의 감청은 패킷감청인 것으로 나타났다.



III. 사이버공간의 안전과 사이버수사

1. 사이버공간과 새로운 위험

사이버공간은 '컴퓨터와 정보기억장치들의 전 지구적 상호 연결에 의하여 펼쳐지는 개방된 커뮤니케이션 공간', '인터넷으로 구현된 세계', '실제로 존재하지 않는 정보공간' 등으로 표현되기도 한다.⁵²⁾ 사이버공간은 1960년대 미국방위산업의 일부였던 DARPA(Department of Defense Advances Research Projects Agency)에서 이전에는 별개로 존재했던 컴퓨터와 통신을 접목함으로써 그 개념이 움트기 시작하였는데,⁵³⁾ 초기에는 그 용어조차 생소하였지만, 이제는 남녀노소를 불문하고 사이버공간에 접속하지 않고는 생활을 영위할 수 없는 세상이 되었습니다. 최근에는 스마트폰 사용자가 급증하고, 소셜네트워크(Social Network Service)라는 새로운 패러다임이 등장하여 사이버공간이 새로운 변화를 맞이하고 있다. 이제 사람들이 언제 어디서나 다른 사람들과 접속하여 서로의 정보를 공유하고, 실시간적인 의사소통을 할 수 있는 유비쿼터스(Ubiquitous) 사회가 실현된 것이다.

사이버 공간은 정보통신망에 의해서 창조되었음에도 불구하고 현실공간과 유사한 모습을 담고 있다. 그래서인지 사이버공간은 자유로운 공간이지만 새로운 범죄의 공간, 새로운 위험의 공간이 되고 있다.⁵⁴⁾ 그리고 사이버공간의 새로운 위험인 사이버범죄에 대응하기 위한 수사, 즉 사이버수사의 기법도 새로이 발달하고 있다. 사이버공간 및 사이버공간과 연결된 현실공간의 안전을 확보하기 위한 새로운 수사의 방법과 절차들은 그 목적에 적합하게 투입되고 있는지, 현실공간에서 그러하듯 범죄수사를 위해 투입되는 수사기법들이 오히려 사이버공간의 시민들에게 위협이 되고 자유를 억압하는 역기능을 유발하고 있는 것은 아닌지 검토해야 할 시점이 도래한 것이다.

52) 이원상/채희정, 사이버범죄의 새로운 유형과 형사정책적 대안연구, 한국형사정책연구원, <연구총서> (2010), 18면.

53) 이원상/채희정, 앞의 책, 같은 면.

54) 일부에서는 이를 '정보위험사회'로 표현하기도 한다. 이덕인, 정보위험사회와 형벌규범의 기능 변화, <형사정책> 14권 2호(2002), 211면 이하; 홍성태, 정보위험사회의 도래와 대응에 관한 연구, 정보통신연구원, <한국사회의 방송·통신 패러다임 변화연구> (2005), 12면 이하.

2. 사이버범죄와 사이버수사

사이버공간의 등장으로 파생된 범죄의 유형은 현실공간의 범죄가 단지 매체만을 달리하여 사이버공간에서 발생하는 경우와 사이버공간 특유의 모습으로 발생하는 범죄로 구별할 수 있다. 예컨대 음란물 유통, 사이버사기, 사이버 명예훼손 등과 같이 현실공간의 범죄가 사이버공간으로 확장된 사이버범죄가 전자의 예라면 해킹이나 바이러스유포 등과 같이 사이버공간을 토대로 새롭게 등장한 사이버범죄는 후자의 예에 속한다.⁵⁵⁾

사이버범죄의 확산과 더불어 사이버범죄에 대한 수사의 기법도 다양하게 발달하고 있다. 특히 사이버공간에서만 발생하는 범죄에 대해서는 새로운 수사방법으로 대응할 수밖에 없는 경우도 있어 그 필요성이 인정되면서도 그것이 사이버공간에 참여하는 사람들의 권리와 사이버공간 자체의 자유를 제한할 수 있다는 점에서 현실공간의 수사에서의와 마찬가지로 그 허용성과 한계를 검토해야 할 필요가 있다. 그러한 경우로서 대표적인 것이 검색수사와 온라인수색이다.

가. 검색수사

검색수사란 여타 다른 형사사법기관에 저장되어 있는 개인의 정보를 그 정보 고유의 저장목적과는 다른 특별한 범죄 사안을 조사하기 위해서 컴퓨터를 통해 자동적으로 검색하는 것을 말한다.⁵⁶⁾ 독일에서는 이를 형사소송법 제98a조에 ‘데이터 비교조사(Datenabgleich)’로 규정하고 있는데,⁵⁷⁾ 한국의 경우 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호에서 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우 개인정보처리자가 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있도록 규정한 것이 검색수사의 근거규정이 되고 있다.⁵⁸⁾

55) 자세한 것은 이원상/채희정, 앞의 책, 32면 이하 참조.

56) 이재상, 형사절차상 컴퓨터 검색수사에 관한 고찰, <형사정책연구> 41권(2000), 2면 참조.

57) 이전에는 독일 형사소송법 제161조(검사의 권한)와 제163조 제1항(경찰의 임무)의 일반적인 규정에서 그 근거를 두고 있던 것을 구체적 규정을 통해서 해결한 것이다.



검색수사의 목적은 범죄기술학적인 의미로 컴퓨터를 이용하여 추정적 범죄자들의 디지털화 되어 있는 개연성 있는 검색표지들을 검색하여 범죄 혐의자를 확정하거나⁵⁹⁾ 혐의를 받지 않는 자들을 배제하는 것이다.⁶⁰⁾ 독일의 경우 이를 위해서 독자적인 경찰정보체계를 가지고 있으며(Informationssystem der Polizei: INPOL), 이를 통해서 검색될 수 없는 정보는 민간기관이나 다른 공공기관의 데이터베이스에 저장된 개인정보파일을 요청함으로써 수집된다.⁶¹⁾

검색수사는 압수수색을 위한 전단계의 수사로 여겨질 수 있다. 그러나 최근 독일 연방헌법재판소의 결정을 보면, 컴퓨터 검색수사는 기존의 압수수색과 동일한 수준에서 이해되고 있다. 즉 연방헌법재판소가 높은 차원의 법익이 구체적인 위협에 의해서 침해되지 않는 이상 검색수사를 할 수 없다고 결정한 것이다. 검색수사의 경우 전단계 조치(Vorfeldmaßnahme)를 위한 헌법상의 요청이 아니기 때문에, 단순히 테러의 위협 등과 같은 이유들은 충분한 전제조건이 되지 못한다고 한다. 따라서 테러의 예비나 실행과 같이 국가나 개인의 신체, 생명, 자유를 침해할 정도로 구체적인 위협이 나타나지 않는다면 검색수사를 해서는 안 된다고 하였다.⁶²⁾ 이런 점을 고려해 보면 검색수사도 압수수색의 한 형태로 보아야 할 것이다.

이렇게 컴퓨터 검색수사를 압수수색의 한 형태로 바라볼 때, 컴퓨터 검색수사의 성격이 좀 더 명확해 질 수 있다. 이런 가운데, 컴퓨터 검색수사의 강제 처분적 성격을 부인하는 견해에 따르면 컴퓨터 검색수사는 '은밀성'을 특징으로 하고 있기 때문에 명령과 강제에 의해 수행되는 강제처분과는 달리 어떤 형태의 인격권에 대한 침해도 발생하지 않는다고 한다.⁶³⁾ 더 나아가 소위 '문턱이론(Schwellentheorie)'에 따르면 컴퓨터 검색수사는 침해강도와 중요성이 압수수색 등의 강제처분에 미치지 못하기 때문

58) 안경옥, 정보화사회의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호, <비교형사법연구> 5권 1호(2003), 321면 이하 참조.

59) 이를 적극적 검색수사(positive Rasterfahndung), 또는 '양성반응적 검색수사'라고 한다. 이재상 앞의 논문, 같은 면.

60) 이를 소극적 검색수사(negative Rasterfahndung), 또는 '음성반응적 검색수사'라고 한다.

61) 이재상, 앞의 논문, 20면.

62) 연방헌법재판소 판결, 2006.4.4, 1 BvR 518/02.

63) Ermisch, Die systematisierte Fahndung - Rasterfahndung -, in Wissenschaftliche Kriminalistik, Kube/Storzer/Brugger(Hg.), Wisbaden, 1984, 306쪽 이하.

에 특별한 법률적 수권규정을 필요로 하지 않는다고도 한다.⁶⁴⁾ 이 견해에 따르면 컴퓨터 검색수사는 기본권에 대한 실질적 침해가 없으며, 따라서 일반 수사상 절차에 의해서 수행될 수 있다.

이와는 반대로 컴퓨터 검색수사의 강제수사적 성격을 긍정하는 견해는 시민의 기본권의 보호영역을 넓게 설정하고 있다. 따라서 국가의 침해 형태가 공개적이거나 은밀한지의 여부는 중요하지 않으며, 개인의 정보를 개인의 동의 없이 국가가 검색하는 것은 이미 기본권을 침해하는 것이라고 한다.⁶⁵⁾ 즉, 이는 소위 '정보의 자기결정권'과 관련하여 기본권의 침해가 발생한다는 것이다.⁶⁶⁾

나. 온라인 수색

온라인 수색이란 “국가기관이 인터넷 접속을 통해서 사용자 모르게 사용자의 IT-시스템에 저장된 데이터를 탐색하거나 복사하는 행위”를 말한다.⁶⁷⁾ 이러한 행위를 개인이 하게 되면 해킹에 해당하여 범죄가 되기 때문에 수사기관이 해킹이라는 행위를 통해서 수사를 하는 것이 허용되는지가 문제된다. 또한 검색수사에 비해서 문제가 될 수 있는 것은 컴퓨터 검색수사는 비록 개인정보이긴 하지만 매우 사적인 정보는 포함되지는 않지만 온라인 수색의 경우 개인의 사적인 정보까지 검색이 가능하고 매우 포괄적인 범위의 수색이 가능하기 때문에 어느 범위까지 온라인수색을 허용할 것인지가 논란의 대상이 된다.

이와 관련하여 독일의 연방헌법재판소는 ‘IT-기본권’이라고 할 수 있는 “정보기술 시스템의 기밀성과 무결성의 보장에 관한 기본권”을 인정하면서도 온라인 수색이 원칙적으로 금지되지 않는다고 한다.⁶⁸⁾ 지금까지 정보와 관련된 기본권은 “정보의 자기

64) Ermisch, 앞의 글, 310쪽 이하.

65) Kruse, Gesine Bundesrepublik Deutschland. in: Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, Hg. Walter Gropp, Freiburg 1993, 148쪽.

66) 정보의 자기결정권은 ‘인구조사법에 대한 결정(Volksyahlungsurteil)’에 대한 연방헌법재판소의 결정문에서 나타나게 되는데, 이는 독일 기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항의 ‘일반적 인격권’으로부터 도출해 내고 있다; BVerfGE 65, 1 이하.

67) Hornung, Ermächtigungsgrundlage für die "Online-Durchsuchung"?, DuD 31(2007) 8, 575쪽.



결정권” 뿐이었다. 하지만 이 기본권만으로는 디지털화 되어가는 시대, 특히 사이버공간에서 개인의 정보에 대한 자유를 제대로 보장해 주는 데에는 한계가 있었다. 따라서 개인의 사이버공간을 보호받을 권리로서 IT-기본권을 인정함으로써 지금까지 다소 미흡하게 보호받고 있던 개인정보권이 헌법적 차원에서 보다 확대된 권리로 인정받게 된 것이다. 다만 이러한 기본권이 인정됨에도 불구하고 제한된 범위의 범죄에 대해⁶⁹⁾ 정황상 매우 중대한 보호법익을 침해하는 매우 구체적인 위협이 포착되는 경우 판사의 허가에 의해서 온라인수색을 할 수 있다는 것이 독일 연방헌법재판소의 입장이다.⁷⁰⁾

3. 사이버수사와 ‘안전’

사이버공간 및 사이버범죄에 대한 수사방법인 검색수사나 온라인수색 등에 대해 국내에서는 명확한 근거규정을 찾을 수 없지만 현실에서는 이러한 수사방법이 시행되고 있는 것으로 파악된다.⁷¹⁾ 통신감청과 마찬가지로 이러한 수사방법은 검색이나 수색의 대상이 되는 사람 이외의 제3자의 정보가 검색될 수 있고 수색의 범위가 광범위하다는 점에서 개인의 정보권 및 사이버공간의 안전과 자유를 침해할 우려가 있다. 사이버공간의 위협을 방지하기 위한 조치가 사이버공간을 위협할 수 있다는 점에서 이 또한 ‘안전’과 ‘안전사회’의 표제어가 갖는 양가적 특성을 보여주고 있다. 또한 이러한 수사방법들은 범죄 문제에 선제적으로 개입하는 측면이 있으며, 범죄예방과 내사, 그 후의 수사 등 단계가 모호한 상태에서 수행된다는 점에서 앞에서 살펴 본 감청과 유사한 부분이 많다. 따라서 이러한 수사방법들이 헌법과 형사소송법의 관점에서 허용될 수 있는지, 허용된다면 그 요건과 범위를 어떻게 제한할 지 등에 대한 신중한 논의가 시

68) BVerfG 1 BvR 370/07.

69) 구체적으로는 자유에 대한 반역이나 고도의 반역행위(독일 형법 제80조부터 제83조의 규정), 자유법치국가를 위협하는 행위(동법 제84조부터 제86조, 제87조부터 제89조, 독일 회사법 제20조 1항 1호부터 4호), 국가에 대한 반역이나 대외적 안보를 위협하는 행위(동법 제94조부터 제96조, 제97a조부터 제100a조) 등이다.

70) 자세한 것은 이원상, 독일에서의 유죄협상과 온라인 수색에 대한 논의, <형사정책연구소식> 112권(2009), 12면 이하 참조.

71) 이재상, 앞의 논문, 15면.

작되어야 할 것이다.

IV. 맺는 말

‘안전’ 또는 ‘안전사회’가 국가정책의 지향점이 되는 것은 당연한 일이고 바람직한 일이다. 그러나 이러한 정책목표를 달성하기 위해서는 안전사회를 둘러싼 논쟁에서 안전 논의에 대한 비판이 함께 수행되어야 한다. 오늘날 ‘주관적 안전감각’의 상승만으로 안전을 위한 국가의 침해와 안정정책적 조치의 강화가 이루어진다는 사실을 고려하면 이러한 비판은 더 큰 의미를 갖는다. 사실상의 안정상황이 아니라 국민들 사이에서 떠도는 막연한 위협감이 안정정책, 형사정책의 결정에서 더 중요한 역할을 하는 것이다. 매우 끔찍한 몇몇 범죄에만 초점을 맞춘 감정적인 언론보도는 안전정책의 논의에서 중요한 토대가 되고, 필연적으로 강성의 범죄대책으로 나아가는 이유가 된다.⁷²⁾

비판적 입장에서는 지배적인 안전논의와 위협논의를 해체하여 ‘안전’은 연기이자 허구일 뿐이라고 폭로하고 그에 걸맞게 다루자고 주장하기도 한다.⁷³⁾ 범죄에 대한 공포와 사실상의 범죄상황 사이에 아무런 연관이 없다는 사실, 그리고 ‘안전사회’의 매커니즘이 사회적 구성의 산물일 뿐이라는 점 등을 정치적 논의를 통해 밝힘으로써 현재의 안전정책이 포퓰리즘이자 상징적 정치에 불과하다는 사실을 폭로하자는 것이다.

이와 같은 비판적 관점에까지 나아가지 않더라도 우선 필요한 것은 사회의 안전욕구가 뿌리를 두고 있는 위협에 대한 객관적 평가이다. 안전에 대한 욕구가 바탕을 두고 있는 위협의 현실이 객관적 현실인지, 아니면 막연한 주관적 감정인지, 그도 아니면 ‘안전사회’의 매커니즘을 이용하는 국가에 의해 형성된 것인지를 면밀하게 주시하고 검토해야 한다.

범죄라는 위협으로부터의 안전을 위해 투입되는 새로운 수사기법들이 시민의 자유

72) Tobias Singelstein/Peer Stolle, 앞의 책, 165면.

73) Tobias Singelstein/Peer Stolle, 앞의 책, 166면.



와 안전을 지나치게 위협하는 것은 아닌지, 그리하여 안전사회를 위해 시민이 지불해야 하는 비용, 즉 희생이 결실보다 더 큰 것은 아닌지, 안전사회를 표제로 국가가 시민의 안전을 위해 무언가를 열심히 하고 있다는 상징적 조작에 함께 편승하는 것은 아닌지에 대해 경험적 자료를 토대로 냉정한 평가가 이루어져야 할 것이다.



참고문헌

- 권양섭, 인터넷 패킷감청의 허용가능성에 관한 고찰, <법학연구> 39권(2010), 177-198면
- 권양섭, 사이버 공간에서의 증거수집에 관한 고찰, <법학연구> 37권(2010) 197-216면
- 김성천, 통신감청제도에 대한 개선방안 연구, <중앙법학> 10권 1호(2008) 247-269면
- 김영환, 위험사회에서의 형법의 귀속원리, <법철학연구> 3권 2호(2000), 151-170면
- 김재윤, 위험사회라는 사회 변화에 대한 형사법의 대응, <비교형사법연구> 12권 2호 (2010), 251-276면
- 김재윤, 위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰, <비교형사법연구> 7 권 1호(2005), 29-52면.
- 김학태, 현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화, <비교형사법연구> 3권 1호 (2001), 1-28면.
- 김형준, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안, <형사법연구> 제24호(2005 겨울), 217면.
- 노진철, 서문기, 이경용, 이재열, 한국사회학회, 홍덕률, 위험사회와 생태적·사회적 안전, <IT의 사회·문화적 영향 연구> 17호(2004), 1-140면.
- 류인모, 현대과학기술의 발전과 위험사회의 형법, <비교형사법연구> 4권 2호(2002), 1-21면
- 박강우, 위험사회(危險社會)와 형법(刑法)의 변화(變化), <형사정책연구> 32권(1997), 273-306면.
- 박미숙, 형사절차와 인권 -특히 수사절차에 있어서의 프라이버시권의 보호문제-, <형사정책연구소식> 5권(1991), 23-26면.
- 박성수, 유비쿼터스와 안전사회구축에 관한 연구 -재난관리와 범죄예방을 중심으로-, <한국지방정부학회 학술발표논문집> (2006), 295-314면.
- 박종근, 위험사회와 형법기능의 변화, <비교형사법연구> 12권 2호(2010), 231-249면.
- 박현호, 도시사회와 범죄방지 ; CCTV를 통한 도시 범죄의 통제 -방법 CCTV와 도시의 안전을 중심으로-, <도시문제> 39권 432호(2004), 24-39면.



- 설동훈, 한국인의 위험 인식, 〈한국사회과학〉 20권 1호(1998), 22-61면
- 성선제, e-사회에서 테러 및 범죄예방을 위한 감청과 프라이버시의 갈등 조정 방안 연구, 〈공법학연구〉 8권 4호(2008), 163-190면.
- 안경옥, 정보화사회의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호, 〈비교형사법연구〉 5권 1호(2003), 309-334면.
- 오길영, 인터넷 감청과 DPI(Deep Packet Inspection), 〈민주법학〉 41권(2009), 391-426면.
- 이덕인, 정보위험사회와 형벌규범의 기능변화, 〈형사정책〉 14권 2호(2002), 211-237면.
- 이상원, 안전한 사회구축을 위한 CPTED 전략 -버스정류장 방법진단사례를 중심으로-, 〈한국경찰학회보〉 21권(2009), 125-138면.
- 이용식, 위험사회에서의 법의보호와 적극적 일반예방, 〈형사정책〉 13권 1호(2001), 33-57면.
- 이원상, 형사사법에 있어 개인위치정보에 대한 고찰: 긴급구조 및 수사를 중심으로, 〈형사정책연구〉 90권(2012), 109-132면.
- 이원상, 정보화 사회와 형법, 〈비교형사법연구〉 12권 2호(2010), 345-368면.
- 이원상, 독일에서의 유죄협상과 온라인 수색에 대한 논의, 〈형사정책연구소식〉 112권 (2009), 12-17면.
- 이원상/채희정, 사이버범죄의 새로운 유형과 형사정책적 대안연구, 한국형사정책연구원, 〈연구총서〉 (2010), 1-139면.
- 이재상, 형사절차상 컴퓨터 검색수사에 관한 고찰, 〈형사정책연구〉 41권(2000), 1-19면.
- 임현진, 한국사회의 안전과 위험 : 이론적 모색과 경험적 고찰, 성균관대학교 사회과학연구소, 〈사회과학(구:~2001)〉 39권(2000), 1-25면.
- 정지범, 한국인의 위험지각 특성과 지역사회 안전에의 함의, 〈한국행정학회 춘계학술 발표 논문집〉 (2010), 1-17면.
- 조 국, 개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점: 도청의 합법화인가 도청의 통제인가?, 〈형사정책연구〉 제15권 제4호(2004), 107면 이하.
- 조현빈/조호대, 사회안전을 위한 CCTV 활용의 문제점과 개선방안, 〈한국공안행정학회보〉 38권(2010), 261-283면.

- 하태훈, 21 세기 한국 형사법학의 과제와 전망 - 정보사회 , 위험사회 , 통일한국의
형법의 과제와 임무 -, 〈안암법학〉 13권(2001), 133-154면.
- 한덕웅, 한국사회에서 안전에 관한 심리학 연구의 과제, 〈한국심리학회지 : 문화 및
사회문제〉 9권(2003), 35-55면.
- 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 〈비교형사법연구〉 5권 2s호(2003), 1-32면.
- 허일태, 위험사회의 출현과 법의 기능변화, 〈비교형사법연구〉 3권 2호(2001), 1-30면.
- 홍성태, 위험 연구와 위험 정치 - 위험 사회에서 안전 사회로-, 아주법학 제4권 2호
(2010), 223~242면.
- 홍성태, 정보위험사회의 도래와 대응에 관한 연구, 정보통신연구원, 〈한국사회의 방
송·통신 패러다임 변화연구〉 (2005),1-106면.
- 황호원, 최근 독일에서의 감청에 관한 논쟁, 〈형사정책연구소식〉 77권(2003), 44-49면.
- W. Hassemer 저, 배종대/이상돈 편역, 형법정책 - 법치국가와 형법, 세창출판사
1998.
- Tobias Singelstein/Peer Stolle 저, 윤재왕 역, 안전사회 - 21세기의 사회통제, 한국형
사정책연구원 2012.

제2주제

디지털 증거의 압수수색과 관련성 개념의 해석



이 완 규 지청장
(대전지검 서산지청장, 법학박사)

디지털 증거의 압수수색과 관련성 개념의 해석

대전지검 서산지청장, 법학박사 **이완규** 지청장

I. 서

2012. 1. 1.자로 시행된 형사소송법 개정 조문 중에 압수수색 조문의 개정이 들어 있다. 종전 규정에서는 압수에 관하여 제106조 제1항에 ‘법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.’고 하고, 수색에 관하여는 제109조 제1항에 ‘법원은 필요한 때에는 피고인의 신체, 물건 또는 주거 기타 장소를 수색할 수 있다’고 규정하여 ‘필요성’이 요건이었다. 법원의 압수수색에 관한 이러한 규정에 대응하여 수사절차에서는 제215조에서 ‘검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다(제1항)’고 하여 필요성과 영장을 요건으로 하였고, 사법경찰관의 경우도 마찬가지였다.

그런데 수사기관의 압수수색이 너무 광범위하게 행해져 과잉압수의 폐해가 있다는 문제의식에 따라 압수수색의 요건을 좀 더 구체적으로 규정하게 되었다. 그리하여 법원의 압수수색에서는 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정되는 것’에 한정하여 압수(제106조 제1항), 수색(제109조 제1항)할 수 있다. 수사절차에서는 필요성에 더하여 ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 정황’이 있고, ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 한정하여 압수, 수색을 할 수 있다(제215조 제1항, 제2항). 여기서 사건과의 관

계라는 문구는 사건과의 관련성을 말한다.

이와 같이 신법에서는 종래의 필요성 이외에 관련성을 별도 요건으로 규정하고 있으므로 이 관련성의 의미와 인정 범위에 대한 해석론에 따라 압수,수색의 허용범위가 정해질 것이어서 매우 중요한 의미를 가진다. 특히 관련성 여부를 용이하게 알 수 있는 유체물의 압수수색과 달리 자료의 비가독성으로 인해 일일이 열람하여야 관련성을 판단할 수 있는 디지털 증거의 압수수색에 있어서는 압수되는 정보의 대량성으로 인하여 모든 자료의 열람을 허용하여야 하는 측면과 프라이버시의 과잉침해를 막으려는 측면이 충돌하여 어려운 해석상 문제를 제기한다. 나아가 적법한 압수수색과정에서 발견되는 별건범죄의 증거에 대해 어떻게 취급할 것인가도 관련성 개념의 해석에 크게 좌우될 것이다.

학계에서는 이에 대해 아직 큰 주의를 보이지 않는 것으로 보이나 우리 형사소송법이 위법수집증거배제법칙을 물적 증거에까지 확대하고 있기 때문에 압수수색 요건의 해석은 증거능력 여부에 직접적으로 효력이 미치므로 실무에서는 매우 중요한 문제라 하겠다. 이에 향후의 적절한 해석을 위한 활발한 논쟁의 전개를 기대하면서 신 조문의 해석론을 전개해보기로 한다.

II. 필요성과 관련성의 관계

1. 필요성에 대한 종래의 견해 : 관련성과 비례성

종전 규정에는 필요성만 규정되어 있었지만 그 필요성의 내용에 대하여는 이미 관련성과 비례성으로 해석하고 있었다.

즉, 종래에도 압수는 증거물 또는 몰수할 물건을 대상으로 하고 있어 압수의 전제로서 일정한 범죄가 전제되어 있으므로 결국 혐의 대상 범죄의 증거물 또는 몰수할 물건으로서 평가될 수 있는 것이어야 함은 당연한 것이었다. 나아가 수색은 이러한 압수대상물이 수색할 장소에 존재할 가능성 내지는 개연성이 있어야 할 것이고 압수대상물의 존재가능성이 전혀 없는데도 불구하고 수색할 수는 없는 것이다. 이러한 사



항들을 법적 용어로 표현한다면 바로 사건과의 관련성인 것이다.¹⁾

나아가 압수수색은 강제처분이므로 비례성이 요구된다. 기본권 침해가 큰 처분이므로 임의수사로서 가능하다면 강제처분으로서의 압수수색을 할 필요는 없을 것이다.²⁾ 그리고 비례성의 기준으로 판단하는 필요성은 범죄의 형태나 경중, 압수물의 증거가치 및 중요성, 증거인멸의 우려 유무, 압수로 인하여 피압수자가 받을 불이익의 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다.³⁾

결국 필요성에 대한 종래의 해석에서도 이미 관련성은 필요성의 한 내용으로 요구되고 있었던 것이다.

2. 비교법적 검토

가. 일본

일본 형사소송법은 우리나라의 구법과 마찬가지로 여전히 압수수색과 관련하여 필요성만을 규정하고 있다.⁴⁾ 이 필요성을 판단함에 있어서 ① 죄를 범하였다고 사료될 것, ② 증거 등의 존재의 개연성, ③ 범죄의 태양과 경중, 압수물의 증거로서의 가치와 중요성, 인멸과 파손의 우려 유무, 피압수자가 받을 불이익의 정도 등 제반사정을 고려하여 상당한가를 판단하여야 한다고 한다.⁵⁾ 여기서 증거 등의 존재의 개연성은 관련성을 말하며 ③항은 비례성을 말하는 것이다.

1) 노명선/이완규, 『형사소송법』, 성균관대학교출판부, 2011, 243면; 신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2008, 286면; 신양균, 『형사소송법』, 법문사, 2009, 223면; 이은모, 『형사소송법』, 박영사, 2011, 294면

2) 백형구외(이완규 집필부분), 『주석 형사소송법 II』, 한국사법행정학회, 2009, 274면; 손동권, 『형사소송법』, 세창출판사, 2008, 286-289면; 신동운, 앞의 책, 286-287면; 신양균, 앞의 책, 223면; 이은모, 앞의 책, 294면.

3) 대법원 2004. 3. 23. 2003모126 결정.

4) 예컨대 수사절차에서의 압수수색과 관련하여 일본 형사소송법 제218조 제1항은 '범죄의 수사에 관하여 필요가 있는 때'라고 규정하고 있다.

5) 田宮裕, 『刑事訴訟法』, 有斐閣, 2004, 103면; 最決 昭和 44. 3. 18. 刑集 23권3호, 153면.

나. 독일

독일 형사소송법은 증거물로서의 압수 대상물에 대하여 조사(Untersuchung, 재판 및 수사를 포함)에 의미(Bedeutung)가 있을 가능성을 요구한다(제94조).⁶⁾ 증거로서의 의미가 있을 가능성은 피의자, 피고인의 유죄 또는 무죄나 그 밖의 조사를 위한 증거문제에 있어 의미를 가질 수 있는 가능성이 조금도 없는 것이 아니라면 인정된다.⁷⁾ 이러한 증거로서의 의미가 처음부터 없는 것이라면 압수는 부적법하다.

증거로서의 의미를 가질 가능성과 함께 강제처분으로서의 압수에도 비례성이 요구된다. 비례성의 원칙은 목적 달성을 위해 침해정도가 가장 적은 수단을 선택할 것을 요구한다.⁸⁾ 따라서 예컨대 사본으로도 목적을 달성할 수 있는 경우에는 원본을 이용하여 사본을 한 후 사본을 압수하고 원본을 돌려주어야 한다.⁹⁾

수색에 있어서는 피의자에 대한 수색과 피의자 아닌 자에 대한 수색에 요건의 차이가 있다. 피의자의 경우는 그 수색으로서 증거를 발견하거나 체포할 사람을 발견하는 등 수색목적 달성을 수 있을 것으로 사료될 것을 요구하고(제102조), 피의자 아닌 자의 경우는 수색할 장소에서 찾고 있는 사람이나 물건 등이 존재한다고 생각할 만한 사실적 근거가 있을 것을 요구한다(제103조).

다. 미국

미국 수정헌법 제4조는 체포와 압수수색은 합리적이어야 하며 이를 위한 상당한 이유(probable cause)를 요구한다. 체포에서의 상당한 이유와 압수수색에서의 상당한 이유가 많은 사례에 있어 그 증거의 정도와 관련하여 유사한 기준이 적용되고 있으나 체포에 있어서의 상당한 이유와 압수수색에 있어서의 상당한 이유가 모든 점에서 동일한 것은 아니다.¹⁰⁾

수색에 있어서의 상당한 이유가 가지는 기능은 그 수색으로 인한 침해가 압수대상

6) 물수물에 관한 압수규정은 별도로 제111조의b 이하에 규정하고 있다.

7) Nack, *StPO-Karlsruher Kommentar*, 6.Aufl., C.H.Beck, 2008, § 94 Rdnr. 7.

8) BVerfG NStZ 1994, 349; BGHSt 43, 300,303.

9) Nack, *StPO-Karlsruher Kommentar*, 6.Aufl., C.H.Beck, 2008, § 94 Rdnr. 13.

10) Wayne R. Lafave, *Search and Seizure* 2 4th Ed., Thomson/West, 2004, p 9.



물의 발견에 의해 정당화될 수 있는 실질적인 가능성을 보장하고자 하는 것이다. 그 실질적 가능성은 두가지에 관한 자료에 의해 소명되어야 한다. 첫째, 찾고자 하는 대상물이 범죄와 관련성이 있음으로 인해 압수가 가능해야 한다. 둘째, 그 대상물이 수색장소에 존재할 가능성이다. 체포에 있어서는 피체포자의 유죄 혐의가 중점인데 반하여 수색에 있어서는 찾고자 하는 물건의 범죄와의 관련성 및 그 장소와의 관련성이 중점이다.¹¹⁾

3. 개정법상 관련성 문구 추가의 의미

이와 같이 개정법상 추가된 관련성 문구는 굳이 그 문구가 없더라도 법해석상 당연한 요건으로 인정될 수 있는 것이었다. 그런데도 불구하고 그 문구를 추가하게 된 것은 종전의 압수수색 실무에 있어서 관련성에 주의하여 해석·적용하지 않은 탓에 과잉압수의 논란이 있어 왔고, 특히 저장매체 안에 대량의 정보를 저장하는 디지털 기술의 발달에 따라 디지털 증거의 압수수색에 있어 과잉압수의 문제가 새로운 문제영역으로 등장하였기 때문이다.

그리하여 과잉압수를 제한하고자 관련성 문구를 추가함으로써 필요성 안에 들어 있던 관련성 요건이 제 역할을 할 수 있도록 구체화한 것이라 하겠다. 결국 종전 요건에 비해 새로운 요건이 추가된 것은 아니나 종전에 기능을 발휘하지 못하였던 요건이 새로운 주목 대상이 되어 제 기능을 발휘할 수 있게 된 점에서 실무상으로는 사실상 새로운 요건이 추가된 것과 다름없는 결과가 될 것으로 보인다.¹²⁾

11) Wayne R. Lafave, op cit, p 10.

12) 이에 대해 오기두 부장판사는 개정법에 의해 관련성은 필요성으로부터 독립된 요건이 되었다고 평가한다. 오기두, “전자정보의 수색·검증 압수에 관한 개정 형사소송법의 함의”, 한국 형사소송법학회 2012. 2. 월례 세미나 발표문, 25면.

III. 일반적 압수수색에서의 관련성

1. 수색에 있어서의 관련성

가. 의의

수색에 있어서의 관련성은 찾고자 하는 대상물, 즉 압수할 물건이 그 수색대상 장소에 존재할 가능성을 말한다. 입법례로는 피의자·피고인에 대한 수색과 제3자에 대한 수색에 있어 그 존재 가능성의 입증정도에 차이를 두는 사례도 있으나¹³⁾, 우리 법은 그러한 차이를 두고 있지 않다. 그렇지만 해석론상으로는 사건과의 관련성에 비추어 피의자·피고인 아닌 자에 미치는 불이익을 감안하면 비례성의 원칙상 제3자에 대한 압수수색에 있어서는 사실적 근거자료를 더 요구함이 상당할 것이다. 일반적으로는 범죄 혐의자의 거주지에 그 범죄 도구나 결과물이 존재한다고 추측할 수 있기 때문에¹⁴⁾ 피의자·피고인의 주거지 수색에 있어서는 범죄수사학적인 경험적 추론에 의한 가능성으로도 족하다 할 것이다.

나. 영장 기재 장소와 관련성의 범위

증거로서 의미가 있을 대상물이 존재 가능성이 있는 장소에 대해 수색영장을 받은 경우 그 장소와 관련하여 어디까지 수색을 할 수 있는가도 관련성의 범위의 해석 영역이라 할 수 있다.

(1) 기재된 장소의 전 영역과 하위 영역

영장에 의한 수색의 경우 수색권한은 기재된 장소의 전 영역에 미친다. 여기서 전 영역은 그 영역 안에 차단 또는 시정된 장소들, 즉 하위 영역의 장소가 있어도 그 장소에도 미친다.

13) 예컨대 일본 형사소송법, 독일 형사소송법이다.

14) Wayne R. Lafave, op cit, p 15; United States v. Jones, 994 F.2d 1051(3d Cir 1993).



예컨대 수색 장소가 농장인 경우 그 농장 전 영역에 미치며, 번지 수로 장소를 기재한 경우는 그 번지에 있는 거주건물뿐만 아니라 차고나 그외 구조물 및 토지 등이 수색 대상이 된다.¹⁵⁾

한편, 건물을 포함하는 주거토지(premlises)가 수색 장소인 경우에 그 토지 안에 있는 별도의 시정장치를 열어야 하는 장소가 있어도 그 장소도 수색장소로서 별도의 영장없이 들어갈 수 있다. 따라서 그러한 토지에 대한 영장을 집행하는 사람은 그 거주지 안에 시정된 방이 있는 경우 그 방안에 들어갈 수 있다.¹⁶⁾

마찬가지로 특정한 건물을 수색장소로 하는 경우는 그 안에 있는 캐비닛, 책상, 설합, 옷장 등을 열어 볼 수 있으며, 예컨대 마약을 대상으로 소형 트렁크를 수색하는 경우에는 그 트렁크 안에 있는 상자함들을 열 수 있다. 또한 차량에 대한 수색영장에 의해서는 차량 안의 모든 장소와 그 안에 있는 모든 포장이나 상자 등을 수색할 수 있다.¹⁷⁾

(2) 이웃 영역에의 침입

영장에 기재된 장소에 접근하기 위해 합리적인 범위 안에서 인근 영역을 통과할 수 있다.

한편, 영장을 집행하는 사람이 착각으로 인근 영역을 영장 기재 장소로 오인하고 그 장소를 수색한 경우에 그 착오가 합리적인 것이라면 위법이 아니라고 할 것이다. 예컨대 일정한 주소지의 물건과 주거토지를 수색하는 경찰관이 그 주소지 앞의 도로 밖 자갈이 깔린 곳에 주차된 피고인의 차량을 수색하였는데 그 주차된 지역은 그 주소지가 아니고 사유지였던 경우에 수사기관이 그 곳이 영장에 기재된 주거토지의 일부로 생각한 것이 객관적으로 합리적인 믿음이었다면 그 수색은 적법하다.¹⁸⁾

또한 수색을 하는 사람에게 위협이 인식되는 경우 자기방어를 위해 인근 지역을 수색하는 것도 적법한 영장의 집행에 관련된 것으로서 적법한 것으로 허용된다고 할

15) Wayne R. Lafave, op cit, p 731-732; United States v. Alexander, 761 F. 2d 1294(9th Cir. 1985); United States v. Pennington, 287 F. 3d 739(8th Cir. 2002).

16) Wayne R. Lafave, op cit, p 734; United States v. Morris, 647 F. 2d 568(5th Cir. 1981).

17) United States v. Ross, 456 U.S.798, 102 S.Ct. 2157, 72 L. Ed 2d 572(1982).

18) United States v. Patterson, 278 F. 3d 315(4th Cir. 2002).

것이다. 예컨대 가옥에 대한 영장으로 수색을 하면서 영장 범위가 아닌 인근의 헛간에서 나는 무언가의 소리를 듣고 피의자가 총을 들고 있을지 모른다는 생각에 헛간을 열어본 경우는 보호적 수색으로서 적법하다할 것이다.¹⁹⁾

(3) 사람이 수색 대상인 경우

사람이 수색 대상인 경우에 주머니, 행낭, 어깨가방(shoulder bag) 등과 같이 개인들이 휴대하고 싶은 물건들을 담기 위해 가지고 다니는 것들은 그 사람과 밀접한 관련성이 있으므로 사람의 개념안에 포함된다고 할 것이다. 따라서 예컨대 특정인에 대한 수색영장으로 그 특정인에 휴대하고 있던 어깨가방을 수색하는 것은 적법하다.²⁰⁾

(4) 제3자의 물건

특정한 주거토지를 수색하는 경우에 그곳에 있는 개인적인 휴대물로서 주거토지 소유자의 것은 압수대상물이 들어 있을 가능성이 있다면 수색할 수 있다. 수색장소의 특정성 요구가 이와 같은 세세한 부분의 차원까지 특정할 것을 요구하는 것은 아니기 때문에 예컨대 마약을 찾기 위해 집을 수색하는 경우에 그 집 안에서 지갑이나 성냥갑 등을 발견한 때에는 그것들이 마약을 숨길만한 물건들이기 때문에 그 안을 열어보는 것이 가능하다.²¹⁾

그런데 그 휴대물이 대상 주거토지 소유자가 아닌 제3자의 소유물인 경우는 어떠한가. 공동 소유자와 같이 그 장소에 특별한 관계가 있어서 압수대상물이 그 제3자의 휴대물에도 있을 가능성이 있는 경우²²⁾ 또는 제3자의 물건이 압수대상물의 은닉장소로 사용될 수 있는 가능성이 있다고 생각할 수 있는 합리적인 사유가 있는 경우²³⁾ 등에는 제3자의 물건이나 휴대물도 수색 대상이 된다고 할 것이다. 그러나 이러한 사

19) United States v. Tabor, 722 F.2d 596 (10th Cir. 1983).

20) Wayne R. Lafave, op cit, p 734; United States v. Graham, 638 F.2d 1111(7th Cir. 1981).

21) Wayne R. Lafave, op cit, p 743; United States v. Williams, 687 F.2d 290(9th Cir. 1982).

22) United States v. Micheli, 487 F.2d. 429(1st Cir, 1973).

23) 예컨대 갑의 주거지에 대한 수색영장으로 수색을 하던 중에 의자에 걸쳐 있던 을의 자켓을 수색한 사건에서 갑이 그 자켓을 이용하여 압수대상물인 헤로인을 숨길 수 있는 충분한 상황이 된다는 이유로 그 수색을 적법한 것으로 인정한 사례로 Commonwealth v. Wheatley, 266 Pa.Super. 1. 402 A.2d 1047(1979).



유가 없는 때에는 우연히 제3자의 물건이 그 장소에 있었다고 하여 수색 대상으로서의 관련성이 있다고 할 수 없을 것이다.

한편, 수색영장을 집행하는 사람이 수색 장소에서 제3자의 물건임에도 그 소유관계를 모르고 수색장소의 소유자의 물건으로 알고 수색을 한 경우에 그렇게 믿는데 합리적인 이유가 있다면 사후에 그 물건이 제3자의 소유로 확인되더라도 그 수색 자체는 적법하다고 할 것이어서 위법수집증거 문제는 발생하지 않는다 할 것이다.²⁴⁾ 즉 제3자 소유물로 인한 수색의 제한은 영장을 집행하는 사람이 그 물건이 단순한 방문자의 소유라는 것을 알았거나 알았어야 하는 상황인데 이를 착오한 데 과실이 있는 경우에서만 적용된다.²⁵⁾

(5) 거주토지 영장과 토지상에 있는 차량의 수색

피의자가 차량을 가지고 있는 경우에 영장에 그 거주지와 특정 차량을 기재하여 발부받으면 거주지와 차량 모두를 수색할 수 있음은 당연하나 거주토지만 기재된 영장을 수색함에 있어서 그 토지상에 주차된 차량도 수색 대상이 될 수 있는가. 앞에서 본 바와 같이 일정한 지역에 대한 수색영장에 의한 수색권한은 그 지역 내에 있는 시정된 별도 영역에도 모두 미치므로 차량에도 이러한 법리가 적용되는가의 문제이다.

이에 대해서는 차량에도 거주토지 내에 있는 다른 장소 예컨대 창고, 책상, 캐비닛, 옷장 등과 마찬가지로 수색권한이 미친다는 적극설²⁶⁾과 차량은 위와 같은 장소들과 달리 거주토지와 연결성이 적으므로 차량에는 미치지 않는다고 해야 하고, 거주토지내에 어떤 대상물들이 있는지를 사전에 알고 영장 청구시에 기재하라는 요구는 실무상 비현실적일 수 있으나 차량의 기재는 비교적 용이하다는 점, 거주토지의 수색에 대한 상당한 이유(probable cause)가 우연히 그 지역에 주차된 차량에도 미친다고 할

24) *Carmen v. State*, 602 P. 2d 1255(Alaska 1979). 갑의 아파트를 수색하면서 거실에 있는 을의 지갑을 수색하였는데 당시 그 지갑이 을의 소유인지 알지 못하였고 갑의 지갑으로 알았던 사례; *State v. Mundell*, 8 Haw. App. 610, 822 P.2d 23(1991). 피의자의 거주지를 수색할 때 피의자와 4명의 방문자가 있었고 거실에 방문자 중 1명의 위스키용 가방이 있었는데 경찰관이 그것이 누구 것이라고 물었음에도 아무도 자신의 것이라고 주장하지 않았던 상황에서 그 가방을 수색한 사례.

25) *Wayne R. Lafave*, op cit, p 745-746; *State v. Thomas*, 818 S.W.2d 350(Tenn. Crim. App. 1991).

26) *Massey v. Commonwealth*, 305 S.W.2d 755(Ky. 1957).

수는 없다는 점 등에서 무조건 허용된다는 적극설의 논거는 부족하다는 견해가²⁷⁾ 있다.

거주토지 내의 차량에 대해서도 영장의 효력이 미치나²⁸⁾ 다만, 영장에 기재된 거주토지 소유자의 관리하에 있는 차량에 제한된다고 할 것이다. 따라서 공영주차장에 대한 수색영장에 의해서는 그 공영주차장에 주차된 모든 차량을 수색할 수는 없으며, 특정인의 집에 대한 수색영장으로는 그 집앞 통로에 주차된 방문객의 차량을 수색할 수는 없다고 할 것이다.²⁹⁾

다. 수색의 정도와 시간

수색의 정도와 시간은 압수 대상물의 성질에 따라 결정될 것이다. 압수 대상물이 작고 찾기 어려운 경우에는 수색장소를 샅샅이 수색하여야 할 것이나 대상물이 대형인 경우에는 그 대상물이 있을 가능성이 없는 곳은 관련성이 없으므로 수색할 수 없다고 할 것이다.³⁰⁾

따라서 예컨대 장물인 자동차 타이어와 타이어 휠을 찾기 위한 수색영장을 집행하면서 공간상으로 그런 물건들이 들어갈 수 없는 작은 찬장 선반 위를 수색하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.³¹⁾ 한편 일정한 서류를 압수하기 위한 수색의 경우 그 서류들이 있는 지를 확인하기 위해 다른 서류들을 대략적으로(cursorily) 살펴볼 수 있다고 할 것이다. 따라서 일정한 서류를 압수하기 위해 사무실을 수색하는 경우는 책상, 캐비닛, 가방, 금고, 컴퓨터 하드드라이브 및 디스크 기타 저장매체, 상자, 봉투 기타 숨길만한 장소를 모두 수색할 수 있다고 할 것이다. 그러나 이 경우에도 적어도 압수대상물이 그곳에 숨겨져 있을 가능성이라는 관련성은 요구된다.³²⁾

27) Wayne R. Lafave, op cit, p 748.

28) 예컨대 United States v. Bulgatz, 693 F. 2d 728(8th Cir. 1982)에서는 법원에서 영장청구서에 기재된 "자동차"라는 기재를 삭제하고 영장을 발부한 경우에도 거주토지 기재에 의해 차량을 수색한 것을 적법하다고 하고, State v. Tewell, 9 Ohio App.3d 330, 460 N.E. 2d 285(1983)에서는 주변 위요지(surrounding curtilage)라는 기재에 의해서 그 위요지 내 도로에 주차된 차량을 수색한 것을 인정하였다.

29) Dunn v. State, 292 So. 2d 435(Fla. App. 1974); O'Niel v. State, 65 Okla. Crim. 398, 88 P 2d 360(1939).

30) Wayne R. Lafave, op cit, p 752.

31) United States v. Chadwell, 427 F. supp. 692(D.Del.1977).



관련성이 있는 장소인지는 그 장소의 성질에 따라 실질적으로 판단하여야 하며 그 장소에 대해 피의자나 소유자가 부여한 명칭 등에 구애되지 않는다. 따라서 서류를 찾기 위해 사무실에서 서류철을 수색하는 과정에서 서류철의 명칭으로는 압수대상물과 관련성이 없어 보이는 경우에도 그 회사의 서류 분류시스템이 잘 갖추어지지 않은 상황이어서 그 안에 찾고자 하는 서류가 있을 수 있다고 생각할 수 있었다면 그것을 살펴본 행위는 적법하다.³³⁾

라. 수색의 종료와 재수색

수색은 그 목적이 달성되면 종료되며 그 이후는 수색의 권한은 소멸된다. 따라서 예컨대 어떤 특정한 물품을 찾기 위한 수색에서 그 물품을 찾았다면 그 이후에 수색을 계속하는 것은 부적법하다.³⁴⁾ 압수대상물이 ‘불상량의 마약’과 같이 그 양을 특정할 수 없는 특별한 경우에는 전체 영역을 수색할 수 있을 것이다.

일단 압수가 종료되면 집행기관은 신속히 그 장소를 떠나야 한다. 수색영장은 그 집행에 있어 1회의 집행 권한을 부여하는 것이고, 일단 압수를 종료한 후에는 나중에 다른 자료에 의해 그 장소에 찾아내지 못한 증거물이 있다는 것을 알게 되어도 그 영장으로 다시 그 장소를 수색할 수는 없다.³⁵⁾ 두번 째 수색을 하기 위하여는 추가적인 권한이 필요하며 이를 위해 일반적으로는 영장을 다시 발부받아야 할 것이다.

그러나 일정한 경우에는 수색을 종료하지 않은 상태에서 일시로 중단한 후에 나중에 다시 수색을 계속할 수 있다.³⁶⁾ 이 경우 후행되는 수색은 선행된 수색의 계속이어야 하며 그곳에 아직 찾아내지 못한 대상물이 있다고 믿을 만한 합리적인 이유가 있어야 한다.³⁷⁾

32) Wayne R. Lafave, op cit, p 753-754.

33) United States v. Slocum, 708 F. 2d 587(11th Cir. 1983).

34) Wayne R. Lafave, op cit, p 766.

35) 대법원 2003. 5. 3. 선고 2003도705 판결

36) Wayne R. Lafave, op cit, p 768; United States v. Keszhelyi, 308 F. 3d 557(6th Cir. 2002).

37) Wayne R. Lafave, op cit, p 768.

마. 압수물로부터의 증거자료 확인

적법한 수색에 의해 범죄의 증거로 압수하게 되면 그 압수물로부터 증거자료를 확인하기 위해 압수물을 검사하거나 기타의 방법으로 확인할 권한이 부여된다. 따라서 예컨대 영장에 의해 컴퓨터를 압수하였는데 피의자가 일정한 디렉토리에 있는 문서에 대해 삭제명령을 하여 삭제한 경우에 그 삭제파일을 복구하는 것도 당연히 허용된다.³⁸⁾ 개인적인 비밀번호를 이용하여 작성된 메모에 대해 그 비밀번호를 풀어내서 해독하는 것도 마찬가지이다.

어떤 수사기관이 적법한 수색에 의해 압수한 압수물을 다른 수사기관이 열람하는 경우 이는 이미 압수된 물건이므로 피압수자가 이에 대해 헌법적으로 보호된 프라이버시를 가진다고 할 수 없어 새로운 영장이 필요하지 않다고 할 것이다.³⁹⁾

2. 압수에 있어서의 관련성

가. 의의

수색에 있어서의 사건과의 관련성은 그 사건의 증거물 또는 몰수물이 존재하고 있을 가능성이 반면 압수에 있어서의 관련성은 압수 대상물이 그 사건에서 증거로서 의미를 가질 가능성이 있거나 몰수 대상물일 가능성을 말한다. 증거로서의 의미가 있을 가능성은 피의자, 피고인의 유죄 또는 무죄나 그 밖의 그 사건의 조사를 위한 증거문체에 있어 의미를 가질 수 있는 가능성을 말하며 그러한 가능성이 조금도 없는 것이 아니라면 가능성이 있는 것이라고 인정된다.⁴⁰⁾ 여기서 그 밖에 조사를 위한 증거문체

38) *Commonwealth v. Copenhefer*, 526 Pa. 555, 587 A.2d 1353(1991)에서 피의자는 자신이 파일을 삭제함으로써 새로운 헌법적으로 보호되는 프라이버시가 만들어졌으므로 이를 복구하기 위해서는 별도의 수색영장이 필요하다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 이러한 경우 피의자는 비밀성에 대한 희망을 가지고 있기는 하겠으나 그러한 희망으로 국가가 적법하게 압수한 증거로부터 현재의 기술의 범위에서 과학적인 분석을 하는 것을 막을 수는 없다고 하면서 이는 헌법적으로 보호될 새로운 프라이버시라 할 수 없다고 하였다.

39) *Wayne R. Lafave*, op cit, p 772-773; 예컨대 *Hell's Angels Motorcycle Corporation v. McKinley*, 354 F. 3d 1000(9th Cir.2004)에서 주 수사당국이 영장에 의해 압수한 2트럭 분량의 압수물 중에서 FBI가 일정한 품목을 대출받아 복사하고 반환한 것에 대해 *Hell's Angels* 회사는 적법하게 압수된 서류에 대해서는 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 가지지 않는다고 하였다.

40) *Nack, StPO-Karlsruher Kommentar*, 6.Aufl., C.H.Beck, 2008, § 94 Rdnr. 7.



는 범행의 태양, 양형자료, 범행의 경위 등 범행의 전모를 이해하는데 도움이 되는 것을 들 수 있다.

나. 영장 기재 물품과 의미의 해석 여지 문제

압수수색에 있어서는 일반영장의 폐해를 방지하기 위해 대상물을 특정할 것이 요구된다. 이 특정성에 의해 집행기관은 어떤 물건을 압수할 것인가에 대한 재량의 여지를 가지지 않게 된다. 그러나 수색 장소에 임하기 전에 압수 대상물을 미리 구체적으로 모두 적시할 수는 없으므로 압수물의 기재도 일반적인 용어를 사용하여 특정할 수밖에 없다. 이에 따라 그 해석에 있어 집행기관이 일정한 판단을 해야 할 상황도 발생한다.

영장에 압수물로 기재되어 있지는 않으나 현장에서 수색하는 과정에서 명칭은 다르지만 실질적으로 기재되어 있는 물품과 등가성이 인정되는 경우는 압수물로서 관련성이 있다고 할 것이다. 특히 그 등가물 여부의 판단에 있어서 피압수자가 이에 부여한 명칭에 좌우되지 않고 그 실질적인 기능을 기준으로 판단한다.⁴¹⁾ 예컨대 현금수령일지, 현금수령철, 현금지출일지 등이 기재된 압수수색영장에 의해 수표부본철이 압수된 경우 그 수표부본철은 현금지출일지와 같은 기능을 수행하므로 그 압수는 적법하다 할 것이다.⁴²⁾

다. 영장에 기재되지 않은 물품의 압수 문제

(1) 문제의 의의

영장에 압수물을 특정하여 기재하도록 하는 것은 일반영장을 막기 위한 것이고 이를 통해 집행기관이 특정물이 기재된 영장으로 다른 물건을 압수할 수 없도록 한다. 이러한 논리를 극단적으로 관찰하면 영장에 기재된 물품이 아니라면 영장을 집행하는 과정에서 다른 증거를 발견하더라도 이를 압수할 수 없고, 압수하려면 별개의 영장을 받아야 한다고 할 것이다.

41) Wayne R. Lafave, op cit, p 774.

42) United States v, Hill, 19 F. 3d 984(5th Cir.1994).

그러나 이러한 논리는 실무 현장에서 부적절한 결과를 초래한다. 먼저, 수사기관은 압수수색 현장에 임하기 전에는 그 안에 무엇이 있는지 알 수 없다. 그러므로 이미 알고 있는 증거를 특정하여 기재하거나 수사실무의 경험상으로 일반적으로 존재할 만한 증거형태의 명칭들을 기재할 수밖에 없을 것이다. 그런데 막상 영장을 가지고 그 장소를 수색하는 과정에서 알지 못하였던 증거들을 발견할 수도 있고, 일반적 존재형태의 명칭과 다른 증거를 발견할 수도 있다.

이 경우 이러한 증거를 현장에서 확보할 수 없게 되면 그 증거가 인멸되어 사후에 확보하기 어려울 가능성이 많고 증거가 인멸된다면 형사사법에 있어서의 큰 목적 중 하나인 진실발견, 즉 실체적 정의의 실현에 반한다. 나아가 이 상황에서 수사기관은 그 증거를 발견하기까지 불법을 행한 일이 없다. 따라서 수사기관이 적법하게 발견한 증거를 확보할 수 없도록 하는 것도 부적절하다. 그러므로 영장에 기재되지 않았으나 수색 현장에서 발견된 다른 증거를 일정한 범위에서 확보할 수 있도록 할 필요가 있다.

(2) 비교법적 검토

① 미국의 육안(plain view) 이론

영장에 기재되지 않은 물품의 압수와 관련하여 미국 연방대법원은 1927년의 *Marron v. United States*⁴³⁾ 사건에서 영장을 집행하는 과정에서 영장에 기재되지 않은 증거가 발견되더라도 이를 압수할 수 없다고 하였다. 이 판결이 나온 이후에 하급심 법원들은 이 판결이 증거물에 관한 판례이나 몰수물에까지 적용하는 법원, 몰수물에는 적용하지 않는 법원, 장물의 경우는 적용하지 않는 법원 등이 있었다.

그러나 이후에 증거가치(evidential value)만을 갖는 단순 증거(mere evidence)는 압수할 수 없으나 범죄의 도구, 결과물, 몰수물 등은 압수할 수 있는 것으로 구분하는 사례들이 나오게 되었고, 그 후 *Warden v. Hayden*⁴⁴⁾ 사건에서 이 구분 자체를 불합

43) *Marron v. United States*, 275 U.S. 192, 48 S.Ct.74, 72 L.Ed. 231(1927). 술과 주류 물품에 관한 영장으로 제조공장을 수색하면서 불법으로 제조, 보관 주인 주류를 발견하고 피의자를 체포한 후에 공장에 대한 수색을 계속하면서 영업장부와 전표 등을 압수한 사례이다. 이 사건에서 영장에 기재되지 않은 물품을 압수할 수는 없으나 체포에 수반되는 압수는 가능하므로 결과적으로 압수는 적법하다고 하였다.



리한 것으로 판결함에 따라 Marron판결의 제한은 점차로 받아들여지지 않게 되었다.

이러한 흐름에서 Coolidge v. New Hampshire⁴⁵⁾ 사건은 이와 관련된 의문점들에 대해 법리를 정리하였다. 먼저 plain view 원칙이 이미 많은 사례를 통해 확립되었음을 확인하고, 이러한 원칙이 적용된 사례들의 공통점들의 검토를 통해 ① 추가적인 증거를 발견하기 전에 적법한 수색의 상황일 것, ② 우연히 발견할 것, ③ 그 증거가 눈 앞에 직접적으로 명백할 것(immediately apparent) 등의 기준을 제시하였다.

이후 우연한 발견의 제한은 Horton v. California⁴⁶⁾ 사건에서 필수적 요건은 아닌 것으로 완화되었으나 눈 앞에 직접적으로 명백할 요건은 Arizona v. Hicks⁴⁷⁾ 사건에서 재확인되었다.

plain view 이론은 영장의 전제인 원 범죄혐의의 증거뿐만 아니라 원 범죄와 전혀 관련성이 없는 범죄의 증거에도 해당된다.⁴⁸⁾ plain view 원칙에 의해 압수하는 경우에도 그 압수에 있어 범죄의 증거가 될 가능성에 관한 합리적인 이유(plausible cause)가 필요한 데 그 합리적 이유의 판단에 있어 원 범죄와 관련성이 있는 경우와 관련성이 없는 경우는 그 정도에 차이가 있을 수밖에 없을 것이다.

원 범죄와 관련성이 있는 경우는 비교적 낮은 정도로도 인정되는데 이는 일정한 범죄로 인해 압수수색영장이 발부되거나 영장없는 수색을 하는 경우에 그 전제로서 이미 상당한 이유의 근거가 전제되어 있으므로 그 상황에서 발견한 증거에 대해서도 그 상당한 이유가 연결되어 쉽게 인정될 수 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 이에 대해 원 범죄행위와 명백하게 관련된 때, 영장 범죄사실과 관련성이 있을 때, 집행기관이 원 범죄사실과 관련성이 있는 증거라고 믿을 만한 합리적인 근거가 있을 때 등으로 언급된다. 원

44) Warden v. Hayden, 387 U.S. 294, 87 s. Ct. 1642, 18 L.Ed. 782(1967). 볼티모어에 있는 한 택시회사에 무장강도 사건에 발생하였는데 2명의 택시기사가 그 강도범을 추격하여 어떤 집으로 들어가는 것을 발견하고 출동한 경찰관에게 이를 알려주었다. 경찰관이 집에 있던 Hayden부인의 동의를 받아 집 안을 수색하면서 세탁기에서 택시회사에서 알려준 내용과 부합하는 권총 1정과 옷을 발견하였고, 욕실에서 무기들을 발견하여 압수하였다. 이 사건에서 원심은 무기류들은 그 관련성에 대해 육안으로 알 수 있음에 반해 옷은 단순한 증거력(mere evidential nature)만을 가지므로 압수할 수 없다고 하였으나 연방대법원은 이와 같은 구분이 불합리하다고 하면서 압수를 적법하다고 하였다.

45) Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 91 S.Ct. 2022, 29 L. Ed. 2d 564(1971).

46) Horton v. California, 496 U.S. 128, 110 S. Ct. 2301, 110 L.Ed 112(1990).

47) Arizona v. Hicks, 480 U.S. 321, 107 s. ct. 1149, 94 L.Ed. 2d 347(1987).

48) Wayne R. Lafave, op cit, p 785.

49) Wayne R. Lafave, op cit, p 786.

범죄와의 직접적 관련성이 인정된 사례로서, 마약 거래장소에 대한 수색영장에 의해 수색 중 권총을 압수하였는데 이를 마약 거래자들의 거래 수단으로서 관련이 있다고 인정한 사례⁵⁰⁾, 마약 거래범에 대한 압수수색에서 영장에 기재되지 않은 코트 5벌, 9개의 총기, 142개의 보석류를 압수하였는데 이에 대해 불법적인 거래의 결과로서 관련성을 인정한 사례⁵¹⁾, 절도 장물에 관한 압수수색 영장 집행 중에 현장에 남겨진 족적에 유사한 신발을 발견하고 압수한 사례⁵²⁾ 등 많은 사례들이 있다.

② 독일의 우연한 발견(Zufallsfunden) 압수와 긴급압수

독일 형사소송법 제108조는 수색의 과정에서 원 범죄와는 관련성이 없으나 다른 범죄의 증거로 의미가 있는 증거에 대해 임시로 압수하고 사후에 법원의 영장을 받는 제도를 마련하고 있다.⁵³⁾ 미국의 plain view 원칙은 원 범죄와 관련성이 없는 경우뿐만 아니라 원 범죄와 관련성이 있으나 영장에 기재되지 않은 물품에도 적용되는데 반하여 독일법상의 우연한 발견은 다른 범죄의 증거에 적용된다.

한편, 독일 형사소송법은 제98조 제1항에 지체의 위험이 있는 경우에 검사 또는 사법경찰관이 긴급압수를 할 수 있도록 하고 있다. 긴급압수를 함에 있어 피압수물에 이해관계를 가지고 있는 관련자⁵⁴⁾를 참여하게 하지 못한 경우나 이들이 이의를 제기한 경우에는 3일 이내에 법관의 승인을 받아야 한다(제98조 제2항).

③ 일본의 보충적 개괄기재와 관련성의 탄력적 해석

일본은 독일법과 같은 우연한 발견 압수나 일반적인 긴급압수 조문을 가지고 있지 않다. 나아가 성문법 주의를 취하고 있어 미국법상 판례법으로 성립된 plain view 원칙도 인정되지 않는다. 이에 따라 영장의 특정성 요구와 수색현장에서의 다양한 상황

50) States v. Caggiano, 899 F. 2d 99(1st cir. 1990).

51) United States v. Jefferson, 714 F. 2d 689(7th Cir. 1983).

52) State v. Van Beek, 88 S.D. 154, 216 N.W. 2d 561(1974).

53) 제98조 제1항 소정의 긴급압수에 해당하는 사유가 있는 때에는 검사도 최종적인 압수처분을 할 수 있으나 그렇지 않은 경우는 최종압수처분은 법관의 권한이다. Nack, *StPO- Karlsruher Kommentar* 6. Aufl., C.H.Beck, 2008, § 108 Rdnr. 5.

54) 피의자는 그 자체로는 관련자가 아니며 피압수물과 이해관계가 있어야 한다. Nack, *StPO- Karlsruher Kommentar* 6. Aufl., C.H.Beck, 2008, § 98 Rdnr. 18.



에 대한 대처 요구 간에 적절한 해결점을 찾아야 할 필요성이 크다.

이에 대해 일본에서는 먼저, 압수물 기재에 있어 보충적인 개괄적 기재를 인정한다. 수색을 해보기 전에 미리 압수대상물을 상세하게 파악하는 것이 곤란한 이상 기재가 다소 개괄적인 것은 피할 수 없기 때문에 구체적으로 명시된 물건 이외의 물건을 압수하였다고 하여 모두 위법하다고는 할 수 없다는 이유로 구체적으로 압수할 물건들을 명시한 후에 ‘기타 본건에 관련이 있다고 사료되는 물건’이라는 개괄적 기재를 허용한다.⁵⁵⁾ 물론 모든 경우에 이러한 기재를 허용하는 것은 아니고 허용할 것인지는 피의사실의 내용과 구체적으로 열거된 물건의 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있을 것이다.⁵⁶⁾

이와 같은 보충적 개괄기재와 함께 관련성의 탄력적 해석으로 실무상 문제점을 줄이려는 시도도 있다. 압수대상물과 피의사실과의 관련성을 피의사실 자체에 한정하지 않고 피의사실을 이해하는데 도움이 되는 제반 사실도 관련성이 있는 것으로 폭넓게 해석하는 것이다. 판례로서 공갈사건에 관해 발부된 압수수색영장에 ‘본건에 관계가 있는 폭력단을 표장하는 증서, 뱃지, 메모 등’이라는 기재가 있었는데 이 영장에 의해 도박의 상황을 기록한 메모가 압수되고 이에 의해 도박죄로 기소된 사건이 있다.⁵⁷⁾ 변호인은 영장에 기재되지 않은 압수한 것으로서 위법한 수사라고 주장하였고 원심에서도 영장주의에 반하는 것으로서 증거로 할 수 없다고 하면서 무죄를 선고하였었다. 그러나 이에 대해 최고재판소는 압수할 물건을 명시한 영장에 의하지 아니하면 압수할 수 없다고 정한 취지는 영장에 명시하지 않은 물건의 압수를 금지하는 것 뿐만 아니라 수사기관이 오로지 범죄의 증거에 이용할 목적으로 압수영장에 명시된 물건을 압수하는 것도 금지하는 것이라고 실시하면서도 이 사건에서 메모는 범죄인 도박사건의 직접 증거로 되는 것이지만 동시에 피의자 등이 소속된 폭력단 조직의 성격이나 사건의 조직적 배경 등을 해명하기 위해 필요한 증거도 되기 때문에 공갈사건의 증거라고도 할 수 있다고 하였다. 그렇기 때문에 수사기관이 오로지 범죄인 도박사건의

55) 池田修/前田雅英 『刑事訴訟法講義』, 東京大學出版會, 2012, 178면; 田口守一, 『刑事訴訟法』, 弘文堂, 2012, 89면; 最決 昭和 33. 7. 29. 刑集 12.12. 2776.

56) 池田修/前田雅英, 앞의 책, 178면.

57) 最判 昭和 51.11. 18. 判時 837, 104.

증거로 이용할 목적으로 이를 압수하였다고 볼 만한 사정이 없으므로 이 사건 메모의 압수는 적법하다고 하였다. 나아가 공갈사건의 증거로서 적법하게 압수된 이상 이를 범죄인 도박사건의 증거로 사용하는 것은 별도의 영장을 요하지 않는다.

(3) 검토

① 우리 법의 상황

우리 형사소송법은 체포현장 또는 범죄현장에서의 압수수색이나 긴급체포시의 압수수색과 같이 특정한 상황에서의 긴급압수 이외에는 미국법상의 plain view, 또는 독일법상의 긴급압수 내지 우연한 발견 압수 등의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 긴급상황이 아닌 통상적인 상황에서 수사기관이 적법하게 발견한 압수대상물, 예컨대 적법한 압수수색의 과정에서 발견한 증거물을 즉시 확보할 수 있는 수단이 없어서 실무현장에서 대응할 수 없는 공백이 있다.

이러한 공백은 영장주의원칙과 관련하여 영장 기재의 특정성 요구 문제와 관련성의 해석에 있어 어떤 관점을 취할 것인가에 따라 정도가 달라질 것이다. 특정성 요구를 강화하고, 영장에 기재된 물건 이외에는 일체 압수를 금지하며 나아가 관련성을 제한적으로 해석하면 그 공백은 매우 커질 것이며, 이 부분을 보완적으로 해석하면 공백을 줄일 수 있을 것이다.

② 해석의 방향

여기서 해석의 방향을 선택함에 있어서 그 출발점으로는 ‘수사기관이 적법하게 수색을 하는 장소에서 발견된 증거에 대해 그 증거를 기재한 별도의 영장을 받을 때까지 눈을 감으라고 요구하는 것은 불필요한 불편이 될 뿐만 아니라 때로는 증거의 인멸을 초래하는 위험이 있거나 경찰관 자신에게도 위험이 될 수도 있다’⁵⁸⁾ 미국 연방대법원의 관점을 염두에 둘 필요가 있다. 우연한 발견 압수나 긴급압수 제도를 두고 있는 독일 형사소송법도 수사기관이 적법하게 발견한 증거를 사용할 수 있도록 하는 것이 합리적이라는 관점에서 출발하고 있다.

58) Collidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 91 S. ct. 2022, 29 L.Ed.2d 564(1971).



이러한 관점은 영장주의의 목적을 생각해보면 알 수 있다. 즉 영장을 통해 법관에 의한 심사를 받도록 하는 것은 첫째 상당한 근거가 없는 압수수색을 방지하고자 하는데 있다. 둘째로는 상당한 이유와 필요성이 인정되는 압수수색도 가능한 한 제한하고자 하는 것이다. 이것은 소위 일반영장의 폐해를 막고자 하는 것인데 즉, 개인의 소유물에 대해 일반적, 탐색적(exploratory)으로 샅샅이 뒤지는 것을 막고자 하는 것이다. 특히 영장 기재의 특정성 요구는 이러한 탐색적 압수수색을 제한하는 것이다.⁵⁹⁾

적법한 수색 중에 다른 증거를 발견하는 경우에는 적어도 그 전제인 수색은 영장 또는 법 소정의 긴급상황에 따라 행해지는 적법한 것이므로 영장주의에서 달성하고자 하는 압수수색에 있어 상당한 이유 요구와는 충돌되지 않는다. 또한 일반적, 탐색적 압수수색을 막고자 하는 특정성 요구와 관련해서도 이미 행해진 압수수색의 전제 범죄와의 관련성에 의해 적절히 제한되는 한 탐색적 수색으로 전환되는 것도 아니다.⁶⁰⁾

그러므로 이러한 증거에 대해서는 가능한 한 효율적으로 확보하고 사용할 수 있도록 해석하는 방향이 적절할 것이다.

③ 보충적 개괄기재와 관련성의 탄력적 해석

성문법 주의를 취하고 있는 우리법의 해석상 성문법의 범위를 넘어 해석으로 plain view 이론을 인정할 수는 없을 것이므로 공백을 최소화할 수 있는 방법은 일본의 방식과 같이 보충적 개괄기재를 허용하면서 관련성을 탄력적으로 해석하는 방법을 취할 수밖에 없을 것이다.

먼저, 압수대상물이 하나 또는 수개로 특정될 수 있는 경우가 아니라 수색장소에 임하여 수색을 해 보아야 특정할 수 있는 상황이라면 영장 기재시에는 일반 경험상으로 예상되는 일반적인 용어로서 구체적 열거를 하고 보충적으로 ‘등’, 또는 ‘기타 혐의 사실과 관련이 있다고 사료되는 물건’과 같은 개괄적 기재를 허용하여야 할 것이다.

59) Wayne R. Lafave, op cit, p 781.

60) Collidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 91 S. ct. 2022, 29 L.Ed.2d 564(1971)에서 plain view 원칙과 영장주의의 관계에 대해 같은 취지로 설명하고 있는데 plain view는 원 범죄와 관련성이 전혀 없는 별개 범죄의 증거에 대해서도 인정하는 것인데도 이러한 논리를 취한다. 나아가 실용적 측면에서도 수정헌법 제4조에 대한 위험은 적은 반면 효율적인 법집행에 있어 얻어지는 바는 매우 크다는 점도 든다.

이와 같이 개괄적 기재를 허용하여도 그 기재는 앞에서 열거된 사항에 준하고, 나아가 혐의사실과 관련성이 있는 증거에 제한될 것이므로 그러한 한에서 특정성 요구로 달성하고자 하는 탐색적 압수수색의 방지는 달성할 수 있을 것이다.

다음으로 열거된 구체적 사항에 해당하는지 여부와 관련하여도 대상물에 소유자가 부여한 명칭과는 별개로 그것이 실질적으로 가지는 기능을 기준으로 하여 영장에 나열된 항목에는 없다고 하더라도 나열된 항목과 등가성을 가지는 경우는 이를 영장에 기재된 것과 같이 취급하여 압수를 인정하여야 할 것이다.

나아가 개괄적 기재사항의 적용과 관련하여 사건과의 관련성을 피의사실 자체의 직접적 증거가 되는 것에만 한정하는 것은 적절하지 않으며 피의사실의 전체적인 상황의 이해에 의미가 있는 것, 피의자의 상습성이나 성격, 양형에 관련된 자료 등도 관련성이 있는 것으로 탄력적으로 해석해야 할 것이다.

이와 관련하여 사건과 같은 취지로 해석할 수 있는 사례로 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도 2245 판결이 있다. 이 사건에서 경찰관이 이른바 전화사기 피의자를 긴급 체포 하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수하였다. 이후에 그 주민등록증 등은 압수수색의 전제로서 원 범죄인 사기죄와는 별개인 점유이탈물횡령죄로 기소하면서 그에 대한 증거로 제출되었다. 이에 대해 대법원은 이 압수물들이 해당 범죄의 수사에 필요한 범위 내의 압수로 적법하다고 판시하였다. 전화사기 범행을 위해 다른 사람의 이름을 도용하는 등의 행위를 할 수 있고 이러한 신분증은 그를 위한 수단도 될 수 있으므로 관련성을 인정한 것으로 판단된다.

④ 관련성 판단 기준은 압수 당시

한편, 관련성 판단 기준은 압수수색을 할 당시의 집행기관을 기준으로 판단하여야 한다.

예컨대 압수수색을 하는 경찰관이 그 압수물이 관련성이 있는 것으로 생각한 점에 합리적인 근거가 있었다면 사후에 그 압수물이 관련성이 없는 것으로 확인된다고 하여도 압수를 위법하게 만드는 것은 아니다.⁶¹⁾

61) Wayne R. Lafave, op cit, p 776.



라. 긴급 압수의 경우

형사소송법은 체포현장에서의 긴급압수수색, 긴급체포시의 긴급압수수색, 범죄현장에서의 긴급압수수색 등 영장없이 압수수색을 하고 압수물이 있는 경우 계속 압수를 위해 사후영장을 받는 제도를 규정하고 있다. 이러한 긴급압수수색에 있어서는 기재된 특정물이 없으므로 사건과의 관련성이 그 한계가 될 것이다. 이 경우 사건과의 관련성의 해석에 있어서도 앞에서 살펴본 바와 같이 피의사실의 전체적인 상황의 이해에 의미가 있는 것, 피의자의 상습성이나 성격, 양형에 관련된 자료 등도 관련성이 있는 것으로 탄력적으로 해석해야 할 것이다.

따라서 예컨대 체포영장에 의해 피의자를 체포하면서 체포현장에서 압수수색을 함에 있어 그 영장범죄사실과 관련하여 일반적으로 예측할 수 있는 정도의 범죄사실에 관한 증거, 영장범죄사실과 목적, 수단의 관계에 있는 범죄사실, 동일 구성요건으로 범위가 확대되는 경우, 필로폰 사범 및 대마사범과 같이 동일죄질로서 통상 함께 행해질 가능성이 많고 예견될 수 있는 경우, 공범에 대한 증거의 경우 등은 관련성이 있다고 보는 것이 타당하다.

조금 더 구체적 사례로 갑이 수회의 절도범행을 한 후 다시 주택에 침입하여 절도범행을 하다가 발각되어 도주하였고 갑의 인적사항을 파악한 경찰관이 마지막으로 발각되었던 주거침입절도부분만 영장에 적시하여 체포영장을 받은 후 갑의 주거지에서 갑을 체포하면서 압수수색을 하였는데 갑의 집에서 그 이전에 행한 절도의 장물이 발견된 경우를 들어보자. 이와 같이 동일 구성요건의 별개 범죄의 증거인 때에는 영장에 기재된 절도의 상습성 여부 판단이나 양형상 자료도 될 수 있고 절도범인 경우 동일 유형의 별건 범죄가 있을 가능성이 있는 것은 경험칙상 예측할 수 있으므로 관련성을 인정할 수 있을 것이다. 이 경우 별건 범죄의 자료는 적법하게 영장범위내에서 압수한 것이 되므로 별도로 영장을 받거나 환부하지 않아도 증거로 사용할 수 있을 것이다. 현재 실무에서도 이와 같이 운영되고 있으며 관련성 문구가 추가되었다고 하여 달리 해석할 이유는 없다고 할 것이다.

마. 혼합물의 경우

영장에 기재된 물품과 그렇지 않은 물품이 혼합되어 있는 경우 분리가능하다면 이를 분리하여 관련성이 있는 물품만을 압수해야 함은 당연하다. 그러나 현실적으로 분리불가능하거나 그 분리에 장시간이 소요되어 현장에서 이를 분리하는 것이 사실상 불가능한 경우에는 혼합된 상태로 압수할 수밖에 없을 것이며 따라서 혼합물 압수가 허용된다.⁶²⁾

예컨대 어떤 두사람의 거래관계 증거에 대한 압수수색영장에 의해 두사람의 약 12개월간의 거래관계에 대한 매입매출장부, 외국 고객에 대한 장부 등을 압수하였는데 그 장부에서 두 사람의 거래관계에 관한 증거도 확인되고 그외 다른 범죄의 증거도 확인된 경우 장부에서 압수대상물인 증거만을 분리하여 압수하지 않고 장부 전체를 압수하였어도 적법하다. 이러한 경우 피압수자가 서면자료의 한 권에서 실제로 증거로 된 부분만을 분리하여 압수하라는 주장을 할 수는 없으며 그런 식의 수색은 수색에 필요한 시간의 양을 현저히 증가시켜서 수색에 의한 침해정도를 더 심화시킨다는 것이다.⁶³⁾

바. 압수물의 별건 증거 사용 문제

압수수색에 영장을 필요로 하는 것은 헌법적으로 보호할 가치 있는 프라이버시에 대한 기대를 보호하고자 하는 것이다. 적법한 압수수색에 의해 압수된 물건은 일정한 요건에 의해 이러한 프라이버시에 대한 기대를 침해하여 그 압수물에 대한 점유와 권리를 압수기관이 취득한 것이므로 이에 대해 헌법적으로 보호할 프라이버시에 대한 기대는 더 이상 인정되지 않는다.

따라서 적법하게 압수된 물건이 다른 범죄의 증거로도 의미가 있는 때에는 별도로 압수영장을 받지 않고도 그 압수물을 다른 범죄의 증거로 사용할 수 있으며 판례도 같은 취지이다.⁶⁴⁾

62) Wayne R. Lafave, op cit, p 775.

63) United States v. Beusch, 596 F. 2d 871(9th. cir. 1979).

64) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도 2245 판결; 일본 판례로 最判 昭和 51.11. 18. 判時 837, 104도 같은 취지이다.



압수당시에는 적법하게 압수하였으나 사후에 관련성이 없는 것으로 확인되었는데 반면에 다른 범죄의 증거로 사용될 수 있는 것인 때에는 어떻게 할 것인가. 적법하게 압수한 압수물의 경우에도 계속 압수할 필요가 없는 때에는 환부하는 것이 타당할 것이다. 법은 환부의무나 기간에 제한을 두고 있지 않아 종래에는 일반적으로 불기소처분을 하는 때, 또는 기소되는 경우 판결확정시에 환부처분을 하였다. 그러나 최근에는 검찰에서 기소하는 경우에 관련성이 없어 증거로 사용할 가능성이 없는 증거는 기소시에 미리 환부하는 등으로 환부시기를 앞당기려는 노력을 하고 있다.

일단 환부하기 전까지는 외형상은 적법한 압수가 지속되는 것이므로 그 압수물을 다른 범죄의 증거로 사용할 수 있을 것이므로 그 압수물을 열람하고, 사본하는 등의 행위에 별도의 영장을 필요로 하지 않을 것이다. 그런데 관련성이 없다는 사실을 알게 되었다면 그 이후에 계속 보관하는 것은 실질상으로는 부적절한 압수의 계속이고, 만약 피압수자가 환부청구를 하는 경우는 환부되어야 할 성질의 것이라 할 것이다. 그러므로 원 범죄와 관련성이 없는 것이 확인되었으나 다른 범죄의 증거로 사용될 수 있는 것으로 인정된다면 그 다른 범죄의 증거로 사용하기 위하여 압수영장을 받아 별개로 압수하는 것이 적절할 것이다. 이 경우 원래의 압수는 해제하고 환부하면서 별도의 압수를 하는 것으로 처리될 것이다.

IV. 디지털 증거 압수수색에 있어서의 관련성

1. 디지털 증거의 특징과 관련 쟁점

가. 정보의 대량성, 비가독성과 정보 인식 절차의 구분

일반적으로 유체물을 압수한 경우 그 유체물에 있는 정보는 쉽게 인식할 수 있어서 정보를 인식하기 위한 행위가 별도의 절차로 구분할 만큼 특별히 눈에 띄지 않는다. 그래서 인식 행위는 압수 후의 수사기관의 임의적 직무행위로 인정되어 왔다.

예컨대 살인 사건 범행 현장에서 피물은 피해자의 옷을 압수한 후에 그 옷을 관찰

하거나 옷에 묻은 피의 흔적에 대해 감정을 하여 혈액형이나 DNA를 분석하는 경우에는 이와 같이 관찰하여 정보를 얻는 행위나 감정을 하여 정보를 얻는 행위는 압수물의 이용행위로 인정되어 왔다. 따라서 그러한 이용행위가 새로 프라이버시를 침해하는 것인가를 논하거나 특별한 절차로서 별도의 취급을 해야 하는가를 논할 정도로 주목되지도 않았고 이를 위해 별도로 영장을 받아야 하는가라는 논의도 없었다.

그런데 디지털 증거의 압수수색의 절차에서는 일반적으로 필요한 정보의 저장매체를 찾아 압수하는 단계와 그 저장매체에서 다시 그 필요한 정보를 인식하기 위한 행위의 단계를 절차적으로 구분하고 정보 인식 행위에 대해 새로운 취급을 하려는 이론과 실무가 형성되고 있는데 이는 정보의 대량성과 비가독성 때문이다.

디지털 증거에 저장된 정보의 대량성으로 인해 디지털 증거의 압수수색에 있어서는 저장매체가 있는 장소에서 그 저장매체에 들어 있는 정보를 검색하여 정보내용을 확인하는 것이 불가능한 경우가 흔하게 발생하였다. 이에 따라 저장매체가 있는 장소(on site)에서 그 정보를 확인하기보다는 저장매체를 압수한 후 수사기관의 사무실로 가져가서 매체 안에 있는 정보를 확인하거나, 또는 저장매체를 가져가는 것이 적절하지 않은 때에는 디지털 자료를 복사하거나 또는 이미징 하는 방법으로 복제한 후에 그 내용을 사무실에서 확인하는 방법을 사용하는 것이 일반화 되었다.

또한 디지털 매체는 그 안에 들어 있는 파일을 확인하기 위해서 이를 읽을 수 있는 일정한 프로그램을 통해 가독성이 있는 상태로 만들어야 하기 때문에 이런 절차를 거쳐 개별 파일들을 일일이 가독상태로 만들기 전에는 그 내용을 확인하기 어렵다. 이러한 성질을 비가독성이라고 하는데 이 성질이 정보의 대량성과 결합하여 장소를 이전하여 확인하는 실무로 갈 수 밖에 없도록 만들었다. 특히 디지털 매체에 들어 있는 정보를 확인하는 데에 특별한 프로그램을 사용한다거나 정보 저장자가 비밀번호나 보안장치를 해놓은 경우 이를 열어보는 데에 전문적인 지식이 필요한 경우가 많아 전문가의 분석을 위해서도 이러한 실수가 필요하였다.

이와 같이 디지털 증거의 압수수색은 저장매체를 확보하는 단계와 별도로 그 저장매체에서 정보를 확인하는 단계에서 많은 노력과 시간이 소요되게 되어 그 구분이 가시적이다. 이러한 구분의 가시성과 정보의 대량성으로 인한 프라이버시 보호라는 관점에서 두 번째의 인식 단계와 관련하여 종래의 유체물 압수수색과는 다른 법리로 파



악하고자 하는 시도가 전개되었다.

나. 정보의 대량성과 비가독성으로 인한 이해관계의 충돌

(1) 정보의 대량성과 프라이버시 보호

수사기관의 자의적인 압수수색으로부터 개인의 프라이버시를 보호하기 위해 헌법은 압수수색에 대해 법관의 영장을 필요로 하고 있다. 그리고 그 영장은 압수수색할 장소와 물건을 특정할 것을 필요로 한다.

그런데 디지털 기술의 발전으로 디지털 저장매체에는 대량의 정보가 저장되고 있는데 작은 저장매체에 저장되는 막대한 양의 정보 중에는 범죄와 관련이 없는 정보들도 많이 있다. 그리고 그 중에서는 프라이버시를 보호해야 할 것도 많이 있을 수 있다.

따라서 저장매체에 들어 있는 정보를 무제한으로 확인하게 하는 것은 일반 영장과 유사한 것이어서 그 확인 절차를 어떤 식으로든 제한할 필요가 있다는 생각을 하게 되고 그 방법을 찾는 노력을 하게 되었다.

(2) 정보의 비가독성과 범죄 소추를 위한 열람 요청

반면에 저장매체에 있는 디지털 정보는 육안으로 곧 바로 확인할 수 없고 그 안에 들어 있는 파일들을 일일이 육안으로 확인할 수 있는 상태로 열어 보아야 확인할 수 있다. 따라서 수사기관의 입장에서는 열어 볼 수 있는 파일에 대해 제한을 받는다면 저장매체를 확보하고서도 중요한 증거를 찾지 못하게 되는 문제가 생긴다. 이는 범죄자를 소추하는 기능을 저해하여 형사소추에 관한 공공의 이익을 해할 수 있다.

디지털 매체에 들어 있는 정보의 대량성과 비가독성으로 인해 그 정보를 찾는 것은 거대한 집더미에서 조그마한 머리카락 하나를 찾는 것과 같은 일이 되고 있다. 그럼에도 불구하고 이와 같은 기술적인 문제 때문에 수사기관의 입장에서는 저장매체에 있는 파일을 다 열어보려 할 수밖에 없다.

(3) 두 이익의 형량 필요

형사소송이 추구하는 정의는 개인의 기본권 보호와 실제적 진실의 발견이라는 두

이념이 조화롭게 추구됨으로써 실현될 수 있다. 디지털 증거가 가지는 대량성과 비가독성으로 인한 위와 같은 두 개의 이해관계도 적절히 형량되어 타협할 수밖에 없을 것인데 그 한계와 기준을 어떻게 설정할 것인가가 문제된다.

2. 비교법적 검토

가. 미국에서의 제한이론

(1) 쟁점

수색에서의 관련성은 해당 장소에 증거가 존재할 가능성을 말하는 것이었고 일정한 장소에 대해 압수수색영장에 의해 수색 권한이 부여되면 그 장소 내에 다시 시정된 별도의 장소가 존재하더라도 그 장소를 수색할 권한까지 부여된 것으로 이해된다. 한편, 이러한 수색에 의해 관련성이 있는 대상물을 압수하는 때에는 그 압수물에서 증거 자료를 확인하는 절차는 수색이 아니고 증거자료에 대한 기술적 인식절차에 불과한 것이어서 별도의 영장이 필요없는 직무행위에 해당한다.

유체물을 중심으로 한 종래의 압수수색 이론에서의 관련성에 대한 이러한 이해에 따르면, 디지털 증거의 저장매체에 압수대상 자료가 존재할 가능성이 있는 경우 그 저장매체가 압수대상으로 생각되는 것은 자연스러운 일이다. 그리고 그 저장매체가 압수되면 그 압수된 저장매체를 검색하여 관련 자료를 찾아내는 것은 압수물로부터의 정보의 확인행위에 불과한 것이 된다.

이렇게 되면 관련성이 있는 자료 이외에 관련성이 없는 대량의 자료가 저장된 저장매체내의 정보를 무제한적으로 사용할 수 있게 되므로 프라이버시 침해가 중대하다는 우려를 하게 되었고 이로 인해 미국에서 디지털 증거에 대해서는 종래의 이론과 다른 제한을 가하고자 하는 이론이 전개되었다. 미국에서의 이러한 이론들이 우리나라의 법원 실무에 영향을 미치고 있으므로 이를 살펴볼 필요가 있다.

(2) 저장매체 검색의 성질

컴퓨터 등 저장매체에 있는 디지털 증거는 이를 확인하기 위해서 일정한 프로그램



을 구동하여 가시적 상태로 만들어야 한다. 이와 같이 저장매체에 들어 있는 자료를 검색하는 것이 수정헌법 제4조 소정의 수색인가가 문제된다. 이를 수색으로 파악하면 수정헌법 제4조가 요구하는 합리성의 기준이나 특정성 기준 등을 충족하여야 하므로 검색 행위를 일정 정도 제한할 수 있을 것이다.

① 수색론

미국 연방대법원은 Katz판결로 수정헌법 제4조의 압수수색 개념의 적용에 있어 유체물이라는 형태에 한정하던 것을 벗어나 새로운 개념을 정립하였다. 그것이 합법적인 프라이버시의 기대(legitimate expectation of privacy)인데 첫째로 개인이 주관적으로 프라이버시의 기대를 가져야 하고, 둘째로 그 프라이버시 기대가 일반인의 기준으로 볼 때 합리적인 것으로 평가될 수 있어야 한다.⁶⁵⁾

컴퓨터의 기록들에도 다른 기록들과 마찬가지로 프라이버시 관련 정보들에 포함될 수 있다. 특히 디지털 증거는 이를 가시적으로 만들기 위해 특별한 장비가 필요하므로 서면의 기록들보다 더 큰 프라이버시 기대를 인정할 수 있고 따라서 이 프라이버시 기대를 침해하는 것은 수정헌법 제4조의 수색에 해당한다는 것이다. 저장매체 검색에 대한 수색론은 비교적 일찍이 1980년대부터 전개되었다.⁶⁶⁾

② 2단계 수색론

1980년대와 1990년대 초기에는 디지털 증거 저장매체 검색을 수색으로 파악하여도 그 저장매체의 기술수준이 낮아 저장된 정보의 대량성이 크게 문제되지 않았다. 그러나 디지털 기술의 발전으로 작은 저장매체에 저장되는 정보가 막대한 양으로 증가하고 나아가 검색에 필요한 기술이나 장비도 필요하게 되어 새로운 실무상황이 발생하였다.

65) Katz v. United States, 389 U.S. 347, 361(1967).

66) C. Ryan Reetz, " Warrant Requirement for Searches of Computerized Information", 67 B.U.L.Rev 179, 197(1987); United States v. Marbury, 732 F. 2d, 390, 399-400(5th Cir. 1984)(저장장치에서 인적사항 관련 번호를 검색하여 다운받은 사례); United States v. David, 756 F. Supp. 1385, 1390(D.D.N.1991)(컴퓨터의 비밀번호를 몰래 알아낸 후 그 비밀번호를 이용하여 자료를 열람한 사례); United States v. Chan, 830 F. Supp. 531, 534-535(D.N.D. Cal. 1993)(체포 현장에서 압수한 무선호출기의 장치를 검색하여 전화번호를 열람한 사례).

즉, 이제 디지털 증거를 압수수색하는 사건의 대부분에 있어서는 저장매체를 자체를 수색하는 현장에서 그 저장매체를 검색한 후에 필요한 자료를 압수하는 식의 실무는 예외적인 상황을 제외하고는 거의 불가능하게 되었다. 따라서 현장에서 디지털 저장매체를 압수하거나 이미징으로 복제된 복제물을 압수한 후에 사무실에서 이를 분석하는 과정을 거치게 된다. 후자의 분석과정에서 분석을 위한 전 절차과정을 디지털 포렌식(digital forensic)이라고 하고 이러한 기술적 방법에 의해 확인하는 것을 포렌식에 의한 검색(forensic review)이라 한다.

여기서 사무실에서 저장매체나 복사물로부터 정보를 확인하는 과정 그 자체도 수색으로 파악하여 디지털 압수수색에 있어 수색 개념을 분석과정에까지 연장하는 이론이 전개되고⁶⁷⁾ 다수의 법원에서도 이를 받아들여 디지털 증거의 수색절차를 2단계 수색(two-stage search)로 파악하는 실무가 형성되었다.⁶⁸⁾ 이렇게 파악하는 이유는 저장매체에서 다시 정보를 확인하는 과정도 수색이므로 이 과정에 대해서도 미국 수정헌법 제4조의 특정성 요구와 합리성 요구를 적용할 수 있고 이에 따라 그 절차에 대해서도 일정한 제한을 할 수 있다는 점에 있다.

③ 정보 확인절차론

종래의 물적 관점에서의 압수수색이론을 디지털 증거의 압수수색에도 그대로 적용하여 일정한 장소를 수색하여 저장매체를 압수하면 압수절차가 종료하고, 그 후 저장매체에서 정보를 검색하는 과정은 압수물에서 정보를 확인하는 절차에 불과하고 별도로 수색으로 파악할 필요가 없다는 견해이다.⁶⁹⁾ 이는 2단계 수색론에서 현장에서의

67) Samanta Trepel, " Digital Searches, General Warrants, and the Case for the Courts", 10 YALE J. L. & TECH. 120(2007); G. Robert McLain, Jr., Casenote, " United States v. Hill; A new Rule, but No Clarity for the Rules Governing Computer Searches and Seizures", 14 GEO. MASON L. REV. 1071(2007); Thomas K. Clancy, "The Fourth Amendment Aspects of Computer Searches and Seizures", 75 MISS. L. J. 193(2005); Orin S. Kerr, "Search Warrants in an ERa of Digital Evidence" 75 MISS. L. J. 85(2005). Susan W. Brenner, Barbara A. Federikson, " Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev, 39, 75-89(2002).

68) United States v. Syphers, 426 F.3d 461, 468(1st Cir. 2005); United States v. Mutschelknaus, 564 F. Supp. 2d 1072, 1076 (D.N.D. 2008). 미국 연방법무부의 실무매뉴얼 책자에서도 포렌직 분석과정에서 이단계 수색이론을 설명하고 있다. H. Marshall Jarret, Michael W. Bailie, 『Searching and Seizing Computers and Obtaining Evidence in Criminal Investigations』, OLE(Office of Legal Education Executive Office for United States Attorneys, 2009, p. 86.



압수수색과 별도로 디지털 검색과정을 수색으로 보는 이론에 대한 비판적 견해이다.

정보를 포함하고 있다는 면에서는 유체물도 디지털증거와 마찬가지로이며 차이가 있다면 그 정보의 양일 뿐이다. 그러므로 디지털 저장매체도 그 자체가 하나의 물건이라고 하여야 한다는 것이다. 저장매체에 들어 있는 자료도 서류의 세계에서 종이 위에 인쇄된 자료와 달리 볼 것이 아니라는 것이다.

이와 같이 보면 디지털 증거의 압수수색에 있어서 그 종료시기는 저장매체의 압수시가 된다.⁷⁰⁾ 포렌식 분석가가 저장매체를 그의 조용한 사무실에서 검색하는 동안에 그는 어느 누구의 거주지를 침입한 일도 없고, 수사기관과 시민 사이의 대립도 없으며 어느 누구의 혼자 있을 권리도 침해한 일이 없고, 어느 누구의 소유물을 물적으로 압수할 위험도 없다.

그의 행동은 단지 그가 알지 못하던 사실을 알게 된다는 점에서 수색과 유사하기는 하지만 단지 알게 되는 것만으로 이를 수색이라고 할 수는 없는 것이다. 자료방이나 파일들은 현실적인 장소가 아니며 그 안을 열어 확인하는 것은 단지 정보를 알게 되는 과정일 뿐이다. 여기서 정보가 압수되는 것이 아니다. 이미 정보를 포함하는 저장매체가 압수되어 있기 때문이다.

마찬가지로 저장매체를 압수하지 않고 일부 파일을 복사하거나 이미징 하는 경우에도 그 복사와 이미징할 때 압수가 종료되는 것이고 그 복사물이나 이미징한 것을 사후에 검색하는 것은 수색이 아니고 단지 그 안에 있는 정보를 확인하여 알게 되는 과정일 뿐이다. 이 경우 자료 복사나 이미징은 소유자의 소유자적 이해에 중요한 침해를 한 것이기 때문에 이를 압수로 본다.⁷¹⁾

(3) 수색론의 저장매체의 성질에 관한 견해

① 시정된 보관함 유추론

컴퓨터나 저장매체에서 정보를 확인하는 과정을 수색으로 개념 파악하려는 취지가

69) Josh Goldfoot, "The Physical Computer and the Fourth Amendment", 16 Berkley J. Crim. L. 112, 157(2011).

70) Josh Goldfoot, op cit, p 157.

71) Id. at 159.

미국 수정헌법 제4조의 적용범위에 포함시키고자 한 것이기 때문에 그것이 가능하려면 법조문에 부합하게 이론을 구성할 필요가 있다. 특히 미국 수정헌법 제4조는 수색의 대상인 장소(place)와 물건(thing)에 해당하는 것이 무엇인가를 논리적으로 해결하여야 한다. 이는 합법적인 프라이버시의 기대를 침해하는 행위가 무엇인가, 어떤 부분이 침해되었다는 것인가의 문제이기도 하다.

이와 관련하여 저장매체 안에 저장된 사적인 자료들에 대한 프라이버시 보호의 기대는 그러한 자료가 장부에 기록되거나 그 외 다른 저장장소에 있는 경우와 유사하다고 할 것이고,⁷²⁾ 개인은 전자적 저장장치에 있어서도 시정된 보관함과 마찬가지로 프라이버시 기대를 갖는다고 하여⁷³⁾ 전자적 저장장치를 보관함에 비유한 이론이 전개되었다.

시정된 보관함이론(closed container rule)은 시정된 보관함에 대한 수색은 합리적으로 생각하여 그 안에 영장에 기재된 것들이 있을 것으로 생각되는 경우에만 보관함의 수색을 허용하여야 한다는 것이다.⁷⁴⁾ 디지털 증거의 저장장치를 시정된 보관함에 비유하면 보관함을 여는 것은 수색에 해당하므로 이를 열기 위해서는 수정헌법 제4조의 요건을 갖추어야 한다.⁷⁵⁾

그러나 이러한 시정된 보관함 유추론(closed container analogy)은 저장매체가 무선호출기나 전자주소록과 같은 소량의 저장매체의 경우는 개념적으로 특별한 문제점을 보이지 않으나 저장매체가 발전하여 대량의 정보를 저장하는 단계로 발전하면서 한계를 보이게 되었다. 즉 시정된 보관함이론은 함을 여는데 정당화사유가 존재하면 열고나서 그 안에 있는 것들을 열람, 확인하는 것은 가능하므로 보관함을 한번 연 후에도 대량의 정보가 있고 그 안에서 범죄와 관련이 없는 많은 정보들이 혼합되어 있는데 이를 구분함이 없이 열람하는 것을 무제한하게 허용하게 되는 결과로 되기 때문이다.⁷⁶⁾

72) United States v. Chan, 830 F. Supp. 531, 534(N.D. Cal. 1993).

73) United States v. Chan, 830 F. Supp. 531, 534(N.D. Cal. 1993); United States v. David, 756 F. Supp. 1385, 1390(D. Nev. 1991).

74) Horton v. California, 496 U.S. 128, 136-37(1990).

75) Raphael Winick, "Searches and Seizures of Computers and Computer Data", 8 Harv.J.L.&Tech. 75,82(1994).

76) Samanta Trepel, "Digital Searches, General Warrants, and the Case for the Courts" 10 Yale J.L.&



이러한 문제점을 보완하기 위해서 범죄행위의 특정성이나 영장에 대상 목적물 기재를 충분하게 하여 해결하자는 견해도 제시되나⁷⁷⁾ 현실에 있어서 수사기관이 영장범위 내에 있는지 여부를 확인하기 위해 개개 파일을 열어보려할 때 적용할 기준으로 불명확하다는 비판을 받는다.⁷⁸⁾

저장장치를 캐비닛 안에 다시 다량의 파일철이 들어 있는 것에 비유하는 파일철 캐비닛 비유론(file cabinet analogy)도 있는데⁷⁹⁾ 이 비유는 캐비닛 자체만에 중점을 두면 시정된 보관함이론과 같은 결과가 되고, 캐비닛에 들어 있는 개개 파일들도 시정된 보관함과 같은 것으로 주장하면 다른 결과가 된다. 프라이버시 보호를 주장하는 사람들은 후자의 입장을 주장하게 되었다.⁸⁰⁾

② 혼합서류 유추론(intermingled document approach)과 다층적 보관함 이론(subcontainer perspective)

시정된 보관함이론이 가지는 위와 같은 문제를 해결하기 위해 대량의 서류들의 압수수색과 관련하여 범죄와 관련이 있는 서류와 관련이 없는 서류가 혼합되어 있는 경우 그 압수수색을 제한하고자 한 법리를 디지털 증거의 압수수색에도 적용하려는 이론이 전개되었다.

먼저, 대량의 혼합서류의 압수수색과 관련하여 관련성이 없는 서류의 압수수색을 제한하려는 시도를 하였던 초기 판례로 United States v. Tamura 사건이 있다.⁸¹⁾ 이 사건에서는 대량의 회계기록 출력물로부터 영장에 특정된 관련 기록을 찾으려 하였으나 기록의 양이 너무 많아 현장에서 일일이 확인하기 어려웠고, 이에 따라 직원에게 도움을 요청하였지만 그 직원이 거부하자 기록 전체를 압수하여 수사기관 사무실로

Tech. 120, 122(2007); United States v. Runyan, 275 F. 3d 449, 464(5th Cir. 2001); United States v. Hersch, CR-A-93-10339-2, WL 568728(D.Mass.Sept. 27. 1994); United States v. Sissler, No. 90-CR-12, 1991 WL 239000(W.D.Mich. Aug. 30, 1991) 등 참조.

77) Thomas K. Clancy, "The Fourth Amendment Aspects of Computer Searches and Seizures", 75 MISS. L. J. 193, 200(2005).

78) Samanta Trepel, op cit, p 126.

79) Raphael Winick, op cit, p 111.

80) Samanta Trepel, op cit, p 122.

81) United States v. Tamura, 694 F. 2d 591(9th Cir. 1982). 이후의 같은 취지 판결로서 United States v. Shilling, 826 F. 2d 1365(4th Cir. 1987).

가져갔다. 이에 대해 연방 제9순회법원은 이러한 경우의 압수수색 절차와 관련하여 범죄와 관련이 있는 자료와 없는 자료가 혼합된 경우에 현장에서 이를 분리할 수 없어 전체를 압수하였다면 수사기관은 당해 자료를 봉하여 두어야 하고, 그 내용을 보려면 관련이 있는 부분에 대한 근거를 제시하고 다시 영장을 받아야 한다고 하였다. 나아가 만약 수색에 착수하기 이전에 서류 전체의 압수가 필요하다고 생각하였다면 서류 전체의 압수가 필요한 점에 대하여 법원에 근거를 제시하여야 하고, 법원은 수색현장에서 이를 분류하는 것이 불가능하여 전체 압수가 어쩔 수 없는 경우에만 영장을 발부하여야 한다고 하였다.⁸²⁾ Tamura 판결에서 제시한 이러한 원칙을 Tamura rule이라고도 한다.⁸³⁾

혼합서류 제한 유추론은 대량의 서류 압수수색과 관련하여 범죄와 관련이 있는 서류와 관련이 없는 서류를 별개로 구분하고자 한 제한론을 디지털 증거의 압수수색에도 적용하려는 것이다.⁸⁴⁾ 그런데 디지털 저장매체 안에 있는 저장정보들은 유체물인 서류철과 달리 저장공간에 있어 가시적인 구분이 어렵다. 이 문제를 해결하기 위해서는 저장매체 안의 정보들 사이에 또 다시 개념상으로 차단된 공간을 만들어야 할 것인데 그 이론이 다층적 보관함이론(subcontainer perspective)이다.

다층적 보관함이론은 디지털 저장매체를 정보를 저장하는 하나의 보관함으로 볼 뿐만 아니라 나아가 저장매체 안에서도 또 다시 일정한 정보군을 저장한 일정 부분의 단위들, 소위 폴더(folder), 방(directory), 그리고 더 나아가 일정한 파일까지도 최초의 보관함 안에 들어 있는 하위 보관함으로 파악하는 것이다. 이렇게 이론 구성하면 저장매체 또는 저장매체 안에 있는 방이나 파일들을 열어보는 것은 모두 마치 시정되어 있는 보관함을 열어보는 것과 같이 수색에 해당하게 되고 그 때마다 수정헌법 제4조의 근거를 필요로 하게 된다.

혼합서류 유추론과 다층적 보관함이론은 영장 대상 정보와 비대상 정보를 구분하고자 하는 취지에서는 거의 같은 차원의 이론이라고 할 수 있으며 현재 미국에서 다수의 하급법원이 취하고 있고⁸⁵⁾ 다수설의 학자들이 취하고 있다.⁸⁶⁾

82) United States v. Tamura, 694 F. 2d 591, 595-596(9th Cir. 1982).

83) Raphael Winick, op cit, p 111-112.

84) Id at 111-112.



③ 혼합서류 유추 및 다층적 보관함이론의 목적

㉞ 특정성 요건과 프라이버시 보호

먼저, 수정헌법 제4조는 압수수색의 장소와 물건을 특정할 것을 요구하므로 특정성 요건을 각 단계마다 요구하게 되면 범죄사실과 관련이 없는 폴더나 파일을 여는 것을 제한할 수 있고 그로써 프라이버시 보호를 강화할 수 있을 것이다. 그리하여 수정헌법 제4조의 입안자들이 구상하였던 대로 광범위하게 행해지는 탐색적 수색(exploratory search)을 방지할 수 있다는 것이다.

㉟ 육안발견 예외 적용의 제한

나아가 특정성 요건 관철은 특히 미국 연방대법원 판례로 확립되어 있는 육안발견(plain view)에 의한 영장주의 예외이론의 적용을 제한하고자 하는 목적을 가지고 있다.

육안발견 예외는 수사기관이 적법한 수색에 임한 상태에서 육안(肉眼)으로 다른 범죄의 증거물을 발견하는 경우 이를 영장없이 압수할 수 있다는 이론이다. 이러한 육안발견 예외가 디지털 증거의 압수수색에서 왜 문제가 되었을까. 먼저, 적법한 압수수색 영장에 의해 컴퓨터 저장매체를 찾아서 이를 압수하면, 그 후에는 저장매체에서 증거로 될 정보를 얻기 위해서 파일을 열어보는 것은 그 비가독성으로 인해 인정될 수밖에 없다. 그런데 그 내용을 확인하는 범위를 제한하지 않는다면 그 과정에서 영장에 기재된 범죄와 다른 범죄의 증거가 발견되는 경우에는 육안이론에 의해 영장없이 압수할 수 있고 이에 의해 다른 범죄에 대한 소추에서 증거로 사용할 수 있다.

그렇게 되면 압수수색의 근거가 특정한 범죄로 한정되어 있던 본래의 영장범위를

85) United States v. Mann, 592 F. 3d 779, 786(7th Cir. 2010); United States v. Burgess, 576 F. 3d 1078(10th Cir. 2009); United States v. Kim, 677 F. Supp. 2d 930(S.D. Tex. 2009); Trulcok v. Freech, 275 F. 3d 391(4th Cir. 2001).

86) Samanta Trepel, " Digital Searches, General Warrants, and the Case for the Courts", 10 YALE J. L. & TECH. 120(2007); G. Robert McLain, Jr., Casenote, " United States v. Hill; A new Rule, but No Clarity for the Rules Governing Computer Searches and Seizures", 14 GEO. MASON L. REV. 1071(2007); Orin S. Kerr, "Search Warrants in an ERA of Digital Evidence" 75 MISS. L. J. 85(2005). Susan W. Brenner, Barbara A. Federikson, " Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev, 39, 75-89(2002); Raphael Winick, "Searches and Seizures of Computers and Data", 8 Harv. J.L.& Tech. 75, 109-112(1994).

무제한으로 벗어나 대량의 정보에 관하여 일반영장을 부여한 것과 마찬가지로 되고 개인을 무제한한 소추의 위험에 빠지게 할 수 있다는 것이다. 따라서 저장매체 안에서도 적법한 수색의 대상이 되는 자료의 범위를 제한함으로써 육안이론 예외의 무제한적인 적용을 막고자 하는 것이다.⁸⁷⁾ 즉 다층적 보관함의 장벽을 만들어 열어볼 수 있는 보관함을 제한하면 열어볼 수 없는 보관함에 있는 정보들은 육안발견 예외의 적용 범위에서 벗어날 수 있다는 것이다.

(4) 저장매체 수색론 및 다층적 보관함이론에 대한 비판론

① 개념상 한계의 불명확성 : 검색의 어느 단계까지 수색인가?

저장매체에 있는 정보들 중 관련 증거자료를 찾기 위해서는 검색자는 여러 단계의 자료방을 거쳐 파일에 도달하게 된다. 이 다층적 단계에서 어디까지 가야하는 것인지 문제된다. 즉 언제 수색이 시작되고 언제 수색이 끝나는 것인지에 대한 한계가 불명확하다는 것이다.⁸⁸⁾

예컨대 어떤 자료방에 관련성이 있는 파일이 하나 들어 있는 것을 확인한 경우에 그 자료방이 보관함이어서 그 자체를 모두 압수할 수 있는가 아니면 개개 파일이 보관함이어서 각 파일들을 모두 확인한 후에 관련된 파일 하나만 압수하여야 하는가. 또 개별 파일도 용량이 큰 파일이 있을 수 있고 그 파일 중에 일부만 범죄와 관련성이 있고 나머지는 그렇지 않을 때 파일 자체가 보관함이어서 파일 전부를 압수할 수 있는가 아니면 파일내의 세부부분도 보관함이어서 세부를 나누어 일부만 압수하고 나머지는 압수할 수 없는가?

이와 관련하여 Comprehensive Drug Testing 사건에서 제9순회법원의 Kozinski 재판장은 파일 그 안도 세분하여 편집할 것을 요구하기까지 한다. 즉, 하나의 파일 중 관련이 있는 부분만 남기고 나머지는 삭제하는 식으로 편집한 후에 그 편집된 파일만 수사기관에 교부되어야 한다는 것이다. 이런 식의 실무를 운영하려면 수사기관이 검

87) Stephen Guzzi, "Digital Searches and the Fourth Amendment; The Interplay Between the Plain View Doctrine and Search-Protocol Warrant Restrictions", 49 Am. Crim. L. Rev. 301, 303(2012).

88) Josh Goldfoot, "The Physical Computer and the Fourth Amendment", 16 Berkley J. Crim. L. 112, 125-128(2011).



색을 해서는 안될 것이다. 수사기관이 나머지 부분을 보아서는 안되기 때문이다. 그렇기 때문에 Kozinski는 제3자가 검색하는 방안을 제시한다.⁸⁹⁾

그러나 이런 식의 시도는 불명확성만 더할 뿐이다. 최종적으로 관련성이 있는 부분은 어디까지인가의 문제가 여전히 남기 때문이다. 예컨대 갑의 마약매매 혐의로 영장을 받아 갑의 컴퓨터에서 이메일을 검색하면서 “어제 내가 을과 필로폰을 대전에 있는 병의 집까지 운반하였다”라는 메일을 보게 되었다고 하자. 영장은 을이나 병에 대해서는 아무런 언급이 없었다. 이 경우 편집자는 을과 병의 프라이버시를 보호하기 위해 그 부분을 삭제하고 교부하여야 하는가 아니면 을과 병의 공범 가능성과 관련된 증거로서 영장의 범위내에 들어가는 것으로 보아야 하는가. 수사기관이 가지고 있는 수사 방향이나 혐의들에 대해 잘 알지 못하는 제3의 편집자는 그 판단을 하기 어려울 것이다.⁹⁰⁾ 그리고 이런 식으로 영장범위를 세분화하면 그 한계에 대해 수사기관 스스로도 그 판단을 하기 어렵게 만들 것이다.

② 반복적 검색의 경우

또한 수사진행과정에서 또는 공소유지과정에서 디지털 증거 저장매체에 있는 자료를 다시 확인하여 열어볼 필요도 있을 것이다. 이 경우 다시 열어보는 것도 검색행위와 형태가 같을 것인데 이 경우 다시 검색하는 행위도 수색인가? 그러면 다시 검색하는 행위도 영장을 받지 않으면 금지되는가? 나아가 이 경우의 검색도 수사기관은 할 수 없고 제3의 검색기관만 할 수 있는가? 다층적 보관함이론은 이러한 문제들에 대해서도 논리일관하게 합리적으로 명확한 답을 주기 어렵다.⁹¹⁾

③ 파일이 아닌 디지털 증거의 경우

다층적 보관함이론은 보관함에 들어 있는 파일을 중심으로 한 사고이다. 그런데 디지털 증거는 하드드라이브에 저장된 파일만이 있는 것이 아니다. 컴퓨터에는 RAM과

89) United States v. Comprehensive Drug Testing, 579 F. 3d 989, 1179-1180(9th Cir. 2009)(en banc).

90) Josh Goldfoot, "The Physical Computer and the Fourth Amendment", 16 Berkley J. Crim. L. 112, 130-131(2011).

91) Id. at 134-135.

같이 즉시 확보하지 않으면 자료가 사라져버리는 저장부분도 있다. 또한 디지털 증거로 사용되는 것은 일정한 내용이 들어있는 파일만 있는 것이 아니라 컴퓨터 사용에 관한 기록들, 즉 로그기록, 프로그램 설치관련 기록, 사용관련 기록, registry databases 등과 같은 부수적 자료들도 있다. 이와 같은 자료들의 검색은 다층적 보관함이론에 따른 수색개념으로는 쉽게 이해하기 어렵다.⁹²⁾

예컨대 맥 파일 시스템은 파일이 저장되는 수를 기록하는 체제가 있어서 매 파일마다 순서번호를 부여한다. 만약 사용자가 어떤 파일을 그 시간부여기재를 변경하면서 백데이터를 만들게 되면 이 파일시스템으로 그 기망행위를 알아낼 수 있다. 이런 경우에 이런 자료들을 검색하여 예컨대 파일의 변조사실 등을 확인하는 증거를 확보하는 것도 수색인가? 이 작업이 문서 등에서 위조나 변조를 확인하기 위해 여러 가지 성상을 확인하는 작업과 어떤 차이가 있는가? 그리고 이 부분은 컴퓨터가 운영시스템에 의해 자동적으로 생성하는 기록들이고 개인이 의도적으로 어떤 보관함에 담아놓는 것이 아니므로 프라이버시 보호의 문제도 크지 않다.

또한 디지털 포렌식은 존재하는 파일을 검색하여 확인하는 것만이 아니다. 현재 파일이 없는 곳에도 이전에 파일이 있었다면 그 잔재가 남아 있으며 삭제된 파일을 복구할 수 있다. 이와 같이 삭제된 파일을 복구하는 작업도 수색인가? 이러한 의문들에 대해 다층적 보관함이론은 대답하기 쉽지 않다.

(4) 관련성에 따른 디지털 증거 압수수색 제한이론

① 저장매체 압수 제한론과 평가

디지털 증거 저장매체 자체의 압수를 제한하려는 논의는 최근에 디지털 저장매체 자체가 대형화하거나 그 안에 들어 있는 대량의 정보들이 영업활동에 필요한 것들이 많아 저장매체 자체를 압수하는 경우 영업활동에 장래를 초래하므로 그 피해를 최소화하기 위하여 저장매체 자체의 압수보다는 필요부분의 복제 등으로 해결하고 저장매체 자체를 피압수자에게 남겨두도록 하려는 측면에서 주로 주장된다. 물론 정보의 대량성으로 인한 무제한한 확인을 제한하기 위한 관점도 일부 포함되어 있다.

92) Id. at 127-129.



그리하여 저장매체가 비교적 작고 현장에서 수색대상의 범위도 좁아서 포렌식의 자동적인 도구들을 이용하면 효율적으로 합리적인 시간 안에 관련이 있는 자료를 찾아 낼 수 있는 경우에는 현장 수색을 하여야 하며 저장매체를 가져가는 현장의 수색은 허용되지 않는다는 것이다. 가능한 한 영장 범위 내에 있는 관련 부분을 찾아 이를 복사한 후 그 복사물을 현장에서 수색하거나, 부분 복사물을 압수한 후 현장의 수색을 하는 방법을 사용한다.

저장매체 압수에 관하여도 서류의 압수수색에 관한 Tamura원칙을 적용하여 그 근거를 설명하고 치안관사의 사전승인을 받아야 한다는 원칙론을 확인한 판결로는 연방 제9순회법원의 United States v. Hill 사건이 흔히 들어진다.⁹³⁾

그런데 수사기관이 범죄와 관련된 특정한 파일이 피의자의 집이나 사무실에 있다고 인정할 만한 상당한 근거를 가지고 압수수색을 할 때 그 파일이 어느 컴퓨터에 들어 있는지를 사전에 알기는 어렵다.

피의자가 수 개의 컴퓨터를 가지고 있을 수도 있고 백업 디스크나 콤팩트 디스크, USB, 보조드라이브 등 다양한 형태의 저장매체를 가지고 있을 수도 있다. 그런데 수사기관이 현장에서 영장을 집행하는 단계에서 이들 컴퓨터나 저장매체를 모두 검색을 하여 관련된 파일을 찾아내는 것은 시간적으로 오래 걸리는 일이므로 현장에서 이를 행하는 것은 불가능하다. 압수수색을 당하는 측의 입장에서조차 수사기관이 오랜 기간을 그 집이나 사무실에 머무는 것이 바람직하지도 않다. 그렇기 때문에 현실적으로 생각할 수 있는 차선책은 모든 컴퓨터나 저장매체를 가지고 가서 현장의 검색을 하는 것이고 대부분의 법원들은 디지털 증거에 관한 영장을 집행함에 있어 합리적인 유일한 방법이라는 이유로 이러한 실무를 허용하여 왔다.⁹⁴⁾

이러한 현실적, 기술적 문제는 저장기술 발달에 의한 저장정보의 대량화와 이로 인한 검색 기간의 장기화, 그리고 검색 과정에서 있을 수 있는 정보의 오염이나 변경 방지 필요성 등에 의해 일반화되었다. 물론, 저장매체 자체를 압수하지 않고도 압수수색의 목적을 달성할 수 있다면 집행의 합리성, 즉 침해법익의 최소화라는 측면에서

93) United States v. Hills, 459 F. 3d 966, 976-77(9th Cir. 2006).

94) Davis v. Gracey, 111 F. 3d 1472, 1480(10th Cir. 1997); United States v. Schandl, 947 F. 2d 462, 465-66(11th Cir. 1991); United v. Henson, 848 F. 2d 1374, 1383-1384(6th Cir. 1988).

저장매체를 압수하지 않도록 하는 것이 법리상 당연하다고 하겠다. 미국의 실무에서도 연방법무부의 디지털증거 관련 지침에서도 반영되어 이미징이나 일부 복제가 가능한 경우는 그 방법을 사용하도록 하고 있다.⁹⁵⁾

특히 자료의 대량성과 비가독성으로 인하여 법원은 결과적으로는 저장매체에 있는 파일들을 검색하는 것 자체는 허용할 수밖에 없다.⁹⁶⁾ 따라서 저장매체 압수제한은 실무상 큰 의미는 없게 되었다. 즉, 저장매체 압수와 관련하여서는 저장매체를 압수할 것인지, 아니면 일부 복제나 이미징 방법을 사용할 것인지에 대해 원칙과 예외의 문제일 뿐 아예 금지할 수는 없기 때문이다.

② 검색 대상과 방식 제한론

무제한한 자료 검색을 제한하기 위해 검색을 할 수 있는 자료⁹⁷⁾와 검색 방식에 대해 구체적인 제한을⁹⁸⁾ 하여야 한다는 것이다.

예컨대 보험사기 혐의로 법률회사를 압수수색함에 있어서는 그들의 범죄에 대한 증거는 주로 문자파일이나 숫자파일에 있을 것이고 사진 파일 형태는 아닐 가능성이 많다. 사진파일은 검색할 수 없고 검색 대상을 문자파일이나 숫자파일로 제한하는 것이다. 또한 그러한 검색을 함에 있어 수사기관이 사용할 수 있는 소프트웨어 프로그램의 종류나 분석 기법들도 특정하여 제한하여야 한다는 것이다.⁹⁹⁾

이에 따라 수사기관이 증거자료와 다른 자료들이 혼합된 파일들을 검색하던 중에 우연히 다른 범죄의 증거자료를 발견하였을 때는 검색을 계속하여서는 안된다고 한

95) H. Marshall Jarret, Michael W. Bailie, 『Searching and Seizing Computers and Obtaining Evidence in Criminal Investigations』, OLE(Office of Legal Education Executive Office for United States Attorneys, 2009, p. 61-78.

96) United States v. Williams, 592 F. 3d 511, 521(4th Cir. 2010); United States v. Mann, 592 F. 3d 779, 782-784(7th Cir. 2010); United States v. Burgess, 576 F. 3d 1078, 1094(10th Cir. 2009); United States v. Khanani, 502 F. 3d 1281, 1290(11th Cir. 2007); United States v. Brooks, 427 F. 3d 1246, 1251-1253(10th Cir. 2005); Guest v. Leis, 255 F. 3d 325, 335(6th Cir. 2001); United States v. Kernell, No 3:08-CR- 142, 2010 WL 1491873(E.D. Tenn. Mar. 31, 2010); United States v. Jack, No. CR. S-07-0266 FCD, 2009 WL 453051, at 4(E.D. Cal. Feb. 23, 2009).

97) 파일명 목록의 점검에 의한 제한 사례로 People v. Carratu, 755 N.Y.S. 2d 800, 807-09(N.Y. Sup. Ct. 2003) 참조.

98) 키워드 검색 방식에 의한 사례로 In re Grand Jury Subpoena Tecum Dated November 15, 1993, 846 F. Supp. 11. 13(S.D.N.Y 1994) 참조.

99) Susan W. Brenner, Barbara A. Federikson, op cit, p 80-81.



다. 그 경우 수사기관은 법원에 그 혼합된 파일의 검색을 수행하기 위해서 다시 범위와 방식을 특정한 새로운 영장을 받아야 한다고 한다.¹⁰⁰⁾

(5) 영장단계 집행방식 사전제한 문제

① 집행 방식 사전제한 실무의 형성

종래에는 영장을 집행하는 구체적인 방법은 합리성의 기준의 틀 안에서 수사기관의 재량사항으로 인정되어 왔다. 연방대법원도 *Dalia v. United States* 사건¹⁰¹⁾에서 “헌법상의 문구를 살펴볼 때 영장에 집행과 관련된 자세한 방식이 특정되어 기재되어야 하는 것은 아니다. 반대로 영장에 의해 수색의 권한을 부여받은 집행기관에게는 일반적으로 어떻게 수색을 가장 효율적으로 진행하는가에 관한 구체적 사항을 정하는 재량이 맡겨져 있다”고 하면서 영장의 집행방법의 합리성 여부는 사후에 사법적 심사를 받게 된다는 점을 지적하였다.¹⁰²⁾ 다만, 이 판결은 영장에 집행방법에 관한 구체적 기재가 있어야 하는 것은 아니라는 것이지 판사가 집행방법에 관한 구체적 기재를 할 수 없다는 것은 아니라는 점에서 영장단계의 사전제한의 가능성 여부의 해석은 열려 있었다고 할 수 있다.

이러한 상황에서 일부 법원에서 컴퓨터 압수수색에 관해 논의되는 제한 방식을 영장을 발부하는 단계에 영장에 제한문구로 기재하는 사전제한 방식을 사용하는 실무를 행하여 2000년대에 초반에 사전제한 실무가 형성되었다

이러한 사전제한 실무는 각 법원마다 다양하였으나 대체로 4가지 유형으로 분류된다.

즉, ① 저장매체 자체의 압수를 제한하는 유형¹⁰³⁾, ② 자료 검색에 기간을 제한하는 유형¹⁰⁴⁾, ③ 압수된 저장매체의 환부기간을 지정하여 제한하는 유형¹⁰⁵⁾, ④ 구체적 자

100) Id. at 81.

101) *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238(1979).

102) Id. at 257-258.

103) *United States v. Orlander*, No. 06-75-HA, 2006 WL 2679542(D. Or.Sept. 18, 2006).

104) *United States v. Brunette*, 76 F. Supp. 2d 30(D.Me,1999), aff'd, 256 F.3d 14(1st Cir. 2001); *United States v. Muschelknaus*, 592 F. 3d 826(8th Cir. 2010).

105) *In re Searches and Seizures*, Nos 08-SW-0361 DA, 08-SW-0362 DAD, 08-SW-0363DAD, 08-SW-0364 DAD, 2008 WL 5411772(E.D. Cal. ec. 19, 2008); *United States v. Maali*, 346 F. Supp. 2d 1226, 1245 (M.D. Fla. 2004).

료 검색에 있어 행해야 할 방식을 제한하는 유형¹⁰⁶⁾ 등이다.¹⁰⁷⁾

② 영장단계 집행 방식 사전 제한 관련 변화

영장단계에서 사전제한으로 압수수색을 제한하려 한 방법 중에서 먼저, 저장매체 자체의 압수를 제한하려던 유형은 다른 방식이 가능하다면 저장매체 자체의 압수를 자제하는 방식으로 실무에도 반영되었고, 결국 원칙과 예외의 문제로 해결되었다고 할 수 있다.

한편, 일부 치안관사들의 검색기간 제한에 관하여는, 사전적으로 검색기간을 예측하여 정하기 어렵고, 저장매체에 들어 있는 정보의 양이나 비밀번호 등 보안장치 여부, 합정 등의 존재여부 및 포렌직 센터의 업무량 등에 따라 다양할 수밖에 없으므로 이를 미리 정하는 것도 비현실적이라는 비판이 있어 왔다.

106) In the Matter of the Search of: 3817 W. West End 321 F. Sup. 2d 953(N.D. II. 2004); United States v. Comprehensive Drug Testing, 579 F. 3d 989(9th Cir. 2009)(en banc). 이 사건에서 수사기관은 10명의 프로야구 선수들의 약물복용 혐의와 관련하여 그들에 대한 테스트 결과를 찾기 위해 회사 사무실에 대한 압수수색영장을 받았는데 당시 치안관사는 영장에 기재된 자료를 분리하는 데 수사요원들 보다는 포렌직 전문가를 사용하라는 제한 등 몇 가지 제한을 부과하였다. 회사에서 영장을 집행하면서 전문가들이 그 자료를 담고 있는 자료방(directory)을 찾았는데 그 방에는 10명에 관한 자료뿐만 아니라 다른 선수들의 자료들도 포함되어 있었다. 전문가들은 컴퓨터 자체를 압수하는 대신에 자료방에 있는 파일들을 복사하였고 후에 수사요원들에게 그 파일을 교부하였다. 수사요원들은 10명의 혐의자들에 관한 결과를 찾기 위해 파일들을 검색하였고 그 과정에서 수백명의 다른 선수들의 결과들도 육안이론의 범위에서 보게 되었다. 이에 따라 이들 중 일부를 수사를 확대하는 데 이용하려 하였다. 메이저리그 야구선수 협회에서는 영장범위 밖에 있는 자료를 반환하라는 신청을 하였고 지방법원은 그 신청을 받아들였다. 이에 대한 항고심에서 3인 재판부는 지방법원의 결정을 파기하였는데, 재항고심의 전원합의체에서 항소심을 파기하였다. 이 판결에는 영장에 특정된 사항 이외의 것을 전체적으로 압수하는 것은 수정헌법 제4조에 부합하지 않는다는 점과 정부가 지방법원의 명령에 대한 항고기간을 지키지 못하였다는 점 등에 의해 지방법원의 명령을 유지하면서 추가적으로 "결론적 여론(concluding thoughts)"라는 장에서 치안관사들이나 수사기관이 혼합된 디지털 증거를 압수수색함에 있어 준수하여야 할 사항으로 몇 가지 기준을 제시하였다.

- 즉, 1. 치안관사들은 정부로 하여금 디지털 증거 사건에 있어서는 육안이론의 원칙 적용을 포기하도록 요구하여야 한다.
2. 치안관사는 다른 증거를 확인하지 않으면서도 영장 대상인 사항을 확인하기 위해 마련된 압수수색 집행 방식서를 요구하고 이를 준수할 것을 요구하여야 한다.
3. 자료의 분리와 편집은 전문요원 또는 제3의 독립적인 사람에 의해 행해져야 한다. 만약 분리가 정부의 전문요원에 의해 행해지는 경우에는 영장청구시에 전문요원이 영장의 대상인 정보 이외의 다른 정보를 수사요원들에게 누설하지 않겠다는 점에 대한 동의를 받아야 한다.
4. 정부는 관련성이 없는 증거는 즉시 반환하거나 폐기하여야 하며, 이와 같이 행하였다는 점에 대해 영장을 발부한 판사에게 알려야 한다.

107) Orins S. Kerr, " Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure", 96 Va. L. Rev. 1241, 1249.



이러한 논란은 연방 형사소송법을 개정함으로써 입법적으로 해결되었다. 즉, 2009년 개정에서 전자적으로 저장된 정보에 대한 영장과 관련하여서는 제41조(e)(2)(A)에 규정된 14일의 집행기간은 현장에서의 압수나 현장에서 정보를 복사하는 것을 의미하며 이후의 현장의 검색은 이 기간에 포함하지 않는다는 명문 규정을 두었다(연방 형사소송법 제41조(e)(2)(B)).

물론, 이 개정안에 대한 자문위원회의 설명(Advisory Committee Note)에서는 판사들이 영장을 발부할 당시에 저장매체의 환부시기나 정보에 접근하는 시기의 제한을 부과하는 것을 금하는 것은 아니라고 하고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 자의적으로 추정에 근거한 사전제한을 부과하게 되면 이에 법원에 기간추가를 위한 추가신청이 빈발하게 될 것이라고도 언급하고 있어 사전 기간제한이 부적절함을 나타내고 있다.¹⁰⁸⁾

다음으로, 검색방식에 대한 사전제한으로서 Comprehensive Drug Testing 사건에서의 제9순회법원의 접근 방식에 대해서는 과잉대응이고 비효율적이라는 비판론이 제기되었고,¹⁰⁹⁾ 제10순회법원이나 제4순회법원 등 다른 연방법원이나 대부분의 지방법원들에서는 이러한 접근방식을 취하지 않고 압수된 저장매체의 모든 파일을 검색하는 것을 허용하고 있다.¹¹⁰⁾

③ 영장단계 사전제한 자체에 대한 비판론

치안관사들이 영장을 발부하면서 집행 방식에 대한 사전제한을 하는 일부 법원의 실무에 대해서는 찬성론과 반대론이 대립된다. 찬성론 중에는 적극적 찬성론도 있으나¹¹¹⁾, Comprehensive Drug Testing 사건에서의 집행방식 제한은 과도한 대응이었다고 비판하면서도 합리적인 범위에서의 사전제한을 인정하는 견해나¹¹²⁾ 기술적으로 침

108) 2009 Amendments Advisory Committee Note.

109) Vincent Angermeier, "Swinging for the Fences: How Comprehensive Drug Testing, Inc. Missed the Ball on Digital Searches", 100 J. Crim. L. & Criminology 1587, 1587-1588(2010).

110) Id. at 1603-1606. United States v. Williams, 592 F. 3d 511(4th Cir. 2010); United States v. Burgess, 576 F 3d 1078(10th Cir. 2009).

111) Stephen Guzzi, "Digital Searches and the Fourth Amendment:the Interplay Between the Plain View Doctrine and Search-Protocol Warrant Restrictions", 49 Am. Crim. L. Rev. 301, 329-335 (2012); Susan W. Brenner, Barbara A. Federikson, " Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev, 39, 75-89(2002).

해가능성이 덜하고 더 효율적인 방법이 있다면 그 방법을 사용할 것을 요구하는 것은 합리적인 제한일 것이라는 견해¹¹³⁾와 같은 제한적 찬성론이 있다.

반대론¹¹⁴⁾은 법률적 측면에서 치안관사들에게는 영장 발부에 있어 집행방식을 사전에 제한할 권한이 없다는 점과 현실적인 측면에서 치안관사들이 집행 현장에서 벌어지게 될 다양한 상황을 알 수 있는 위치에 있지 않기 때문에 부적절한 제한을 할 우려가 있다는 점, 추상적 일반 기준에 그칠 수밖에 없는 한계가 있고 이러한 일반적 기준들은 위법수집증거배제에 대한 판단을 함에 있어서 사후적으로 여러 가지 상황들을 고려한 판단을 한 사례들이 축적되어 판례법상으로 마련되고 있으므로 영장 단계에서 사전제한으로 부과하는 것은 이제는 불필요하다는 점 등을 들고 있다. 나아가 영장을 발부하는 단계에서 판사가 집행 방법에 대한 사전 제한을 하고 그 사전 제한에 기속력을 부여한다면 사실심 단계에서의 증거배제여부 심리에서는 집행 방법이 합리적이었는가가 심리의 쟁점이 아니라 사전제한을 준수하였는가가 심리의 중심이 되어 버리므로 합리성 판단을 위한 절차를 왜곡하게 된다. 만약 사전 제한이 합리적인 것이었다면 그나마 문제가 없겠으나 사전 제한이 불합리한 것이었다면 사후적으로 판단할 때 합리적으로 판단될 수 있는 집행이 불합리한 사전 제한을 지키지 못하였다는 이유로 증거배제되는 상황도 가능하게 될 것이므로 부적절하다는 것이다.

그리하여 위와 같은 사전 제한 반대론의 입장에서는 판사들이 집행 방법에 대한 사전제한을 하는 경우 그 제한은 무효이므로 이에 위반하여도 그 제한을 위반하였다는 이유로 영장집행이 위법이 되는 것은 아니라고 한다. 수사기관은 이 제한이 따라야 할 의무가 없다.¹¹⁵⁾ 물론 사후적인 판단에서 구체적 집행 상황을 감안하여 그 집행이

112) Vincent Angermeier, "Swinging For the Fence: How comprehensive Drug Testing, Inc. Missed the Ball on Digital Searches", 100 J. Crim. L. & Criminology 1587,1623-1631(2010).

113) Lily R. Robinson, "Courting Chaos: Conflicting Guidance from Courts Highlights the Need for Clearer Rules th Govern the Search and Seizure of Digital Evidence" 12 YALEJ.L.&TECH. 311, 343-344(2010); Marc Plumbo, "How Safe Is Your Data?: Conceptualizing Hard Drives Under the Fourth Amendments, 36 FORDHAM URB.LJ. 977, 999-1002(2009).

114) Orin S. Kerr, "Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure", 96 Va. L. Rev, 1241, 1243-44, 1270-1283(2010); Andreww Vahid Moshirnia, "Separating Hard Fact from Hard Drive: A Solution for Plain View Doctrine in the Digital Domain" 23 HARV. J. L. & TECH. 609, 624-625(2010); Bryan K. Weir, "It's(Not so) Plain to See: The Circuit Split on the Plain View Doctrine in Digital Searches", 21 GEO. MASON U. C. R. L. J. 83, 108-110(2010).

115) Orin S. Kerr, "Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure", 96 Va. L. Rev, 1241,



합리적이지 않아 위법하다는 판단을 하는 것은 별개의 문제이다.¹¹⁶⁾

(6) 미국의 논의 경과에 대한 평가

① 수사기관의 모든 파일 검색을 막을 수 있는가

다층적 보관함이론 및 Comprehensive Drug Testing 사건에서 제시된 방식 그리고 영장단계 사전제한 방식 등의 취지는 디지털 저장매체의 폴더나 파일을 보관함으로 보고 그 보관함을 여는 것을 수색으로 보면서 열어보는 것을 제한하는 여러 가지 방식을 제시하려는 시도들이라 할 수 있다.

그러나 그러한 취지는 현실에서 실제로 달성되기 어렵다. 이는 정보의 대량성과 함께 정보의 비가독성 때문이다. 디지털 저장매체에서 영장 범죄사실과 관련성이 있는 부분을 특정하여 확인하고자 하여도 일단 그 파일들을 눈으로 볼 수 있도록 만들어 보아야 관련성 여부를 확인할 수 있다. 따라서 파일을 하나하나 열어보는 것 자체를 막는 것은 현실적으로 불가능하고 그렇기 때문에 결과적으로는 파일을 열어보는 것을 허용할 수밖에 없다.

이와 관련하여 검색 프로그램으로 일정한 파일명이나 일정한 용어를 키워드로 사용하면서 먼저 검색을 하고 그렇게 검색되어 나타난 파일만 열어보는 방식도 생각할 수 있다.¹¹⁷⁾ 그러나 파일명을 허위로 만들어 놓으면 그 방식이 무의미해지며, 일정한 용

1293(2010).

116) Kerr는 이에 참조가 될 연방대법원 판례로 Richards v. Wisconsin 사건(Richards v. Wisconsin, 520 U.S. 385, 395(1997))을 든다. 이 사건에서 수사기관은 마약매매 혐의 피의자가 묵고 있는 호텔에 대한 압수수색 영장을 청구하면서 사전에 노크와 고지를 하지 않고 집행할 수 있는 영장을 요청하였다. 그런데 판사는 영장을 발부하면서 사전에 노크와 고지를 하지 않을 수 있다는 기재부분에 삭제 기재를 하였다. 그럼에도 불구하고 수사기관이 집행할 당시에는 사전 고지를 하지 아니하고 집행하였고 호텔방에서 코카인을 발견하고 압수하였다. 피고인은 압수물에 대한 증거배제를 신청하면서 판사는 사전 노크와 고지를 하지 않고 집행하는 부분을 허용하지 않았으므로 영장 집행이 위법하다고 주장하였다.

연방대법원은 피고인의 주장을 배척하면서 판사가 사전 노크 없는 영장을 허용하지 않은 것은 무효이며 따라서 이 때문에 수사기관이 노크와 사전고지 없이 집행한 것이 합리적인 상황을 달리 평가하도록 하는 것은 아니라고 하였다. 노크와 사전 고지없이 집행한 것이 합리적이었는가는 수사기관이 그 호텔 방으로 들어갈 그 당시를 기준으로 판단하여야 한다. 판사가 사전 노크없는 수색을 인정하지 않겠다고 결정하였어도 이로 인해 수사기관이 영장을 집행하는 당시에 사전 노크를 하지 않고 집행하는 것이 합리적인가를 독립적으로 판단할 권한이 없어지는 것은 아니라고 하였다

117) Winick, op cit, p 108.

어를 키워드로 하여 검색하는 것으로 관련성이 있는 파일을 정확히 찾아내지 못할 가능성이 있다. 또한 문서형식의 정보가 문자파일만으로 존재하는 것도 아니며 사진과 일로 저장될 수도 있으므로 문자형식의 파일만 검색하는 것으로 제한하는 것도 부적절할 수 있는 것이다.

정보의 대량성과 비가독성으로 인해 디지털 증거의 검색은 마치 거대한 짚더미에서 지푸라기 하나 찾아내는 것과 같은데 이에 더 나아가 기술발달에 따른 위장과 은닉기술의 발달로 인해 증거를 찾아내기 위해서는 더욱 더 세밀한 검색이 필요하기 때문이다.

이와 관련하여 검색자의 주관적 의사를 토대로 증거 검색을 제한한 사례로 제10순회법원의 *United States v. Carey* 사건¹¹⁸⁾이 있으나 주관적 기준은 현실적으로 사용되기 어렵다. 만약 수사기관이 다른 사진을 열어볼 때 아동포르노 사진을 확인하고자 한 것이 아니고 마약과 관련된 자료를 찾을 목적이었다고 한다면 영장범위를 벗어난 검색이라고 할 수 없기 때문이다. 그래서 *Carey*에서 제시한 주관적 기준은 독특한 것으로서 디지털 증거와 관련된 글들에서는 많이 언급되기는 하나 실제사건에서는 거의 따르지 않는다.¹¹⁹⁾ 제10순회법원도 *United States v. Burgess* 사건에서 그 목적이 아니라 수색이 합리적인가에 중점을 둬으로써¹²⁰⁾ *Carey*사건에서 행했던 주관적 기준의 실험은 종료되었다.

나아가 사전제한의 방법으로 법원이 미리 검색 범위에 대한 심사를 하려는 방안은 디지털 포렌식에 대한 전문적 장비와 인력을 갖추지 않은 법원으로서 감당하기 어려운 부담이 될 것이고, 나아가 검색에 소요되는 기간을 감안하면 법원이 그 사전심사를 위해 장기간의 검색을 하여야 한다는 현실적인 문제에 봉착하게 된다.¹²¹⁾ 결국 일정한 파일이 “영장범위에 있는가를 확인하기 위해서” 그 안의 모든 것을 열어보는 것을 허용할 수밖에 없게 된다.¹²²⁾

118) *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268(10th Cir. 1999).

119) Josh Goldfoot, "The Physical Computer and the Fourth Amendment", 16 Berkley J. Crim. L. 112, 140(2011).

120) *United States v. Burgess*, 576 F. 3d 1078, 1084(2009).

121) G. Robert Mclain, op cit, p 138.

122) *United States v. Williams*, 592 F. 3d 511, 521(4th Cir. 2010); *United States v. Mann*, 592 F 3d. 779, 782-784(7th cir. 2010); *United States v. Burgess*, 576 F. 3d 1078, 1094(10th Cir. 2009);



② 육안발견 예외이론의 문제

앞에서 본 바와 같이 미국에서의 디지털 증거 압수수색 제한이론들의 중요 취지중 하나가 저장매체 안에서 적법한 수색의 대상이 되는 자료의 범위를 제한함으로써 육안이론 예외의 무제한적인 적용을 막고자 하는 것이었다.¹²³⁾ 그러나 이러한 목적은 현실에서 영장 기재 관련 자료를 찾고자 하는 것이라면 저장매체 내에 있는 자료들에 대한 수사기관의 검색 자체를 사전적으로 제한할 수 없는 결과로 됨에 따라 달성하기 어려운 상황이 되었다.

그렇기 때문에 극단적으로는 디지털 증거 압수수색에서는 육안발견 예외의 적용을 배제하고자 하는 시도도 나타나나¹²⁴⁾ 그러한 시도는 연방대법원의 육안발견 예외이론에 반하며 수사기관이 적법하게 수색을 하는 장소에서 발견된 증거의 증거능력을 배제하도록 하는 원칙은 없다는 점에서¹²⁵⁾ 받아들여지기 어렵다.

나. 독일에서의 논의

(1) 서류의 검열(Durchsicht von Papieren)

① 의의

독일 형사소송법 제110조의 서류의 검열은 압수대상물이 서류인 경우에 그것이 압수대상물인지 아니면 압수하지 않고 반환할 것인지를 좀 더 구체적으로 살펴보는 절차를 말한다.¹²⁶⁾ 서류의 검열은 수색의 현장에서 행해질 수도 있고, 수색 현장에서 검열하지 않고 사무실로 가지고 갈 수도 있다.¹²⁷⁾

United States v. Khannani, 502 F. 3d 1281, 1290(11th Cir. 2007); United States v. Brooks, 427 F. 3d 1246, 1251-1253(10th Cir. 2005); United States v. Kermell, No. 3:08-CR-142, 2010 WL 1491873(E.D.tenn. Mar. 31. 2010); United States v. Fumo, 565 F. Supp. 2d 638, 649(E.D. Pa. 2008).

123) Stephen Guzzi, "Digital Searches and the Fourth Amendment; The Interplay Between the Plain View Doctrine and Search-Protocol Warrant Restrictions", 49 Am. Crim. L. Rev. 301, 303(2012).

124) United States v. Comprehensive Drug Testing, 579 F. 3d 989, 1006-1007(9th Cir. 2009)(en banc)에서 Kozinski 판사의 여론적 방안제시 참조.

125) United States v. Adjani, 452 F. 3d 1140, 1151(9th Cir. 2006).

126) Nack. *StPO-Karlsruher Kommentar* 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, § 110 Rdnr. 1; Bär, *Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren*, Boorberg, 2007, S. 272.

127) Nack. *StPO-Karlsruher Kommentar* 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, § 110 Rdnr. 4.

② 성질

서류의 검열은 압수대상물을 분류하여 골라내고자 하는 행위이므로 현장외에서 검열을 하기 위해 서류를 가지고 가는 경우에도 아직 압수가 행해진 것은 아니고 검열 과정을 마치고 분류된 서류를 정식으로 압수하는 처분을 하는 때에 압수가 있는 것이다. 서류의 검열은 이와 같이 압수할 대상물을 분류하는 압수의 준비과정으로 그 과정은 수색의 한 과정이며 서류의 검열을 위해 서류를 검열자의 사무실 등으로 가져가는 것은 아직 압수가 아니다.¹²⁸⁾ 실무상 이를 임시적 보전(vorläufige Sicherstellung)이라고 한다.

압수수색을 함께 하는 경우는 수색, 임시적 보전, 검열을 거쳐 압수를 하게 될 것이나 수색영장만을 받아 수색을 먼저 하는 경우는 수색, 임시적 보전, 검열을 거쳐 압수할 물건을 분류한 후에 압수할 물건에 대해 다시 압수영장을 청구하게 된다.¹²⁹⁾

③ 조문의 취지 및 검열권자

일반적인 압수수색 규정과 별도로 독일 형사소송법 제110조에 서류의 검열 규정을 둔 것은 서류의 경우 다른 증거물보다는 관계인의 프라이버시 보호의 필요성이 크므로 이를 두텁게 보호하고, 불필요한 과잉압수를 피하고자 별도 규정을 마련한 것이다.¹³⁰⁾

특히 이 규정이 갖는 특별한 의미는 서류의 검열권자를 원칙적으로 검사로 규정하고 있다는 점이다(제110조 제1항). 즉, 사법경찰관 등 검사 이외의 수사기관은 서류의 경우는 압수대상물을 검열할 수 없도록 하고 준사법관인 검사만 이를 보게 하여 프라이버시를 보호하고자 한 것이다. 이런 이유로 검사에게 검열을 받을 특권(das Privileg zur Durchsicht der Staatsanwaltschaft)이라고도 한다.¹³¹⁾ 1974년 이전에는 서류의 검열은 판사의 권한이었는데 1974. 12. 9.의 법개정¹³²⁾에서 검사의 권한으로 변경되었다.

128) Nack. *StPO-Karlsruher Kommentar* 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, § 105 Rdnr. 20; BVerfGE 18, 12, 2002, 2 BvR 1910/02; BVerfGE NJW 2003, 2669; BGH 2 Bjs 82/98-3, 11.

129) Nack. *StPO-Karlsruher Kommentar* 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, § 110 Rdnr. 4.

130) Bär, *Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren*, Boorberg, 2007, S. 272; BVerfGE 124, 43, 96.

131) Bär, *Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren*, Boorberg, 2007, S. 272-273.

132) Das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 9. Dezember 1974(BGBl 1 S. 3393,



그런데 디지털 증거의 검색 등과 관련하여 사법경찰관도 검열을 하게 할 현실적인 필요성 때문에 2004년도에 법을 개정하여 사법경찰관도 검사의 명을 받으면(auf Anordnung) 서류의 검열을 할 수 있도록 하였다. 2004년 법개정 이전에는 서류의 검열은 검사만 할 수 있었고, 검사 이외의 공무원은 서류의 소유자가 승낙한 때에만 할 수 있었으며 승낙하지 않으면 이를 봉인하여 검사에게 송부하여야 하였다. 물론 이와 같이 승낙을 받아 하는 검열은 현행법에서도 인정되고 있다(제110조 제2항).

④ 검열의 범위와 방식 결정

검열은 검사 또는 검사의 명을 받은 사법경찰관이 행한다. 어느 범위까지 검열이 필요한지, 어떤 방법을 사용할 것인지 등은 검사가 결정한다. 이에 관하여 검사는 고유한 책임 하에서의 재량(eigenverantwortliche Ermessensspielraum)을 가진다.¹³³⁾

⑤ 검열과 소유자의 참여 문제

독일 형사소송법 제106조는 수색에 있어 소유자의 참여권을 규정하고 있다. 소유자가 참여하지 못하는 경우에는 가능한 한 그 대리인이나 성인의 친족 등을 참여하게 하여야 한다(제106조 제1항). 피의자나 피고인은 소유자가 아니면 참여권이 없다.¹³⁴⁾

서류의 검열과정에 대해서는 2004년 법개정 전에는 제110조 제3항으로 소유자의 참여권이 규정되어 있었다. 그런데 2004년 법개정에서 이 규정이 삭제되었다. 이에 대해 연방헌법재판소는 조문 구조상으로는 모든 사건에서 소유자가 검열에 참여하는 것은 요구되지 않는다고 해석한다.¹³⁵⁾ 검열과정에 소유자를 참여시킬 것인지는 개별 사건에서 소추기능 수행의 효율성과 자료 검열에 의한 기본권 침해의 정도를 고려하여 개별적으로 판단할 수 있다고 한다.¹³⁶⁾

3533).

133) Nack. *StPO-Karlsruher Kommentar* 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, § 110 Rdnr. 1.

134) Nack. *StPO-Karlsruher Kommentar* 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, § 110 Rdnr. 3.

135) BVerfGE 124, 43, 96.

136) BVerfGE 124, 43, 96.

⑥ 디지털 증거의 검열

디지털 증거도 그 대량성이나 프라이버시 보호의 필요성이 서류의 경우와 다름이 없어 디지털 증거도 서류에 준하여 독일 형사소송법 제110조의 서류의 검열 규정이 적용된다. 디지털 증거는 특히 일정한 운영체제나 프로그램을 이용하여야만 읽을 수 있기 때문에 필요한 때에는 하드웨어나 저장매체에 대해 현장외에서 검열을 하는 것이 요구된다.¹³⁷⁾

현장외에서의 검열을 위해 컴퓨터나 저장매체를 이동할 수 있으며 검열은 검사가 직접 할 수도 있으나 사법경찰관에게 명하여 사법경찰관으로 하여금 하게 할 수도 있다(제110조 제1항).

검열에 있어 소유자의 참여가 필요한가에 대하여는 앞에서 본 바와 같이 구법상의 참여규정이 삭제되었으므로 참여가 반드시 필요한 것은 아니다.¹³⁸⁾

(2) 제한 원리로서의 비례성의 원칙

① 의의

국가 행위의 한계로서의 비례성의 원칙은 명문이 없더라도 압수수색에도 당연히 적용되며 디지털 증거의 압수에 있어서도 마찬가지이다. 독일에서는 디지털 증거와 유체물인 증거를 구별하여 디지털 증거만의 별도의 법리를 구성하는 것이 아니라 디지털 증거도 유체물을 전제로 하여 규정된 압수수색 규정을 해석을 통해 적용하므로 그 논리가 통일적으로 적용된다.

형사소추와 관련하여 비례성은 먼저 효과적인 형사소추 및 범죄와의 투쟁과 형사소송에 있어 가능한 한 완전한 진실의 발견이라는 공익을 위해 개인의 기본권을 침해하는 것이 허용되지만 그 목적의 달성을 위해 적합하고 필요할 뿐만 아니라 좁은 의미에서의 비례성의 원칙에 합당하여야 한다는 것이다.

좁은 의미에서의 비례성은 기본권의 침해와 공익의 목적과 비교하여 적절한 비례성이 유지되어야 한다는 것이다. 이를 위해 침해되는 법익의 정도, 증거의 중요성, 범죄

137) Nack. *StPO-Karlsruher Kommentar* 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, § 110 Rdnr. 2.

138) BVerfGE 124, 43, 96.



의 경중, 침해 정도가 적은 다른 방법의 존재 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

② 디지털 증거 압수수색에 있어서의 비례성

디지털 증거의 압수수색에 있어서는 법익의 비례성 형량에 있어 그 매체에 있는 정보의 대량성을 감안하여야 한다. 정보의 대량성으로 인해 범죄의 증거와 관련이 없는 자료나 제3자와 관련된 자료들이 침해될 수 있다. 그 점에서 과잉 자료침해로부터의 보호필요성이 제기된다.

따라서 저장매체나 이에 저장된 자료의 압수수색은 소추목적에 비추어 도움이 될 것이라는 정도만으로는 족하지 않다. 그 강제처분이 범죄소추를 위해 필수적인(erforderlich) 것이어야 한다. 법익 침해의 정도가 적은 다른 방법을 사용할 수 있다면 필수적이라 하기 어렵다.

디지털 증거의 경우도 범죄의 중대성과 혐의의 정도, 증거의 중요성, 압수대상물에서 그 증거가 발견될 가능성의 정도, 정보가 피압수자에 대해 가지는 의미나 가치의 정도 등이 종합적으로 고려되어야 할 것이다.¹³⁹⁾

또한 증거로서의 의미가 있는 자료와 의미가 없는 자료가 혼합되어 있는 경우 증거로서 의미 있는 자료를 확보하는 데 있어 저장매체 전체를 압수하는 것보다 관계자에게 침해가 적은 다른 방법이 있다면 저장매체 전체를 압수하는 것은 비례성이 반한다 할 것이다. 법익 침해의 정도와 그 침해를 정당화하는 근거 사이에 형량을 함에 있어서는 기대가능성(Zumutbarkeit)의 한계도 고려하여야 한다.

저장매체 내에 있는 정보들 중 증거로 의미있는 정보와 그렇지 않은 정보의 구분이 가능한 때에는 이를 분리하는 것을 검토하여야 한다. 이 경우 일부 복사만을 하거나 의미없는 부분을 삭제하거나 반환하는 방법을 고려하여야 한다.

압수방법을 정함에 있어서는 개별사건의 상황에 따라 예컨대 일정한 검색어 검색이나 파일명 검색 등 다양한 방법을 사용할 수 있는지를 고려한 후에 저장매체 자체를 압수하여야 한다.¹⁴⁰⁾

139) BVerfGE 124, 43, 78; BVerfGE 113, 29, 53.

140) BVerfGE 124, 43, 82-88; BVerfGE 113, 29, 52-53.

다. 일본에서의 논의

일본에서도 미국이나 독일의 입법례와 같이 다량의 저장매체를 일괄압수하거나 대용량 저장매체를 압수하고 그것 중에서 압수대상물인지를 확인하는 과정을 수색의 한 과정으로 이론구성하는 견해가 있으나 이러한 구성이 일본 형사소송법상의 압수 개념에 반할 뿐만 아니라 법에 규정된 압수목록교부 규정과 배치되며, 압수에 관련된 준항고 규정을 적용할 수 없어 피압수자 보호에 반한다는 이유 등으로 일괄압수 시점에서 압수가 행해진 것으로 보는 견해가 실무와 다수설이다.¹⁴¹⁾

3. 압수의 시기와 검색행위의 성질

가. 현행법의 독특한 상황 : 참여권 규정과의 관계

우리나라에서도 디지털 증거의 압수수색에 있어 압수의 시기를 언제로 볼 것인가, 디지털 저장매체나 복사 또는 이미징한 복사물을 현장 외에서 검색하는 행위의 성질을 어떻게 볼 것인가라는 논의가 있다. 그런데 이와 관련하여 우리나라에서는 독특한 법적인 문제가 있는데 압수수색과 관련된 피의자나 피고인 및 변호인의 참여권을 규정한 법규정 때문이다.

비교법적으로 참고로 하는 미국, 영국, 독일, 일본 등의 입법례를 보면 법원의 압수수색 과정에 피고인의 참여권을 인정한 예로는 일본 형사소송법이 있으나, 수사기관의 압수수색 과정에 피의자의 참여권을 인정한 입법례는 우리나라뿐이다. 앞에서 본 바와 같이 독일은 수색에 있어 소유자의 참여권을 인정하나 서류의 검열에서는 참여권을 인정하지 않는다.

디지털 증거의 압수수색은 일반적으로 현장에서의 저장매체 등의 압수와 그 저장매체에 대한 현장외 검색이라는 2단계 행위로 행해지는데 각 단계를 어떻게 이해하는가는 참여권의 범위와 연결된다. 현장에서 저장매체 등을 압수하는 때를 압수로 보고 이후의 검색은 압수된 증거물을 확인하는 것으로 파악하면 피의자의 참여권은 압수가

141) 平良木登規男, 조균석 역, 『일본형사소송법』, 박영사, 2012, 180-181면.



행해지는 현장에만 미칠 것이다. 그런데 현장외에서 검색하는 행위를 수색으로 보고 그 검색에 따라 최종적으로 분류된 자료를 취득하는 때에 압수가 있는 것으로 보면 참여권은 그 단계까지 미치게 될 것이다.

디지털 압수수색의 2단계 행위를 어떻게 파악하는가는 외국에서는 단지 관련성과 비례성에 따른 제한을 위한 논의인데 반하여 우리나라에서는 참여권의 적용범위라는 독특한 문제상황이 있다.

나. 견해의 대립

(1) 수색설

디지털 증거에 대한 압수수색에 있어 저장매체를 가져가거나 복제물을 만들어 가는 단계는 아직 압수가 행해진 것이 아니며 그 저장매체나 복제물을 검색하면서 범죄의 증거로 관련성이 있는 것을 확인해나가는 과정은 수색이라고 파악하는 견해이다.¹⁴²⁾

(2) 임의수사설

디지털 증거의 검색행위는 저장매체나 복제방법의 압수 이후에 새로이 물리적 강제력을 행사하거나 프라이버시 등 법익을 침해하거나 상대방에게 의무를 부과하는 행위가 아니고 그 검색은 디지털 증거의 압수에 당연히 예상되는 것이므로 별도의 강제처분으로 볼 수 없고 임의수사라고 하는 견해이다.¹⁴³⁾

(3) 판례

판례는 수사기관이 전자정보에 대한 압수수색 영장을 집행함에 있어서 저장매체 자체를 직접 또는 하드카피나 이미징 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 저장매체나 복제물에서 영장에 기재된 범죄혐의 관련 정보를 탐색하여 해당 부분을 출력하거나 해당부분의 파일을 복사하는 과정을 전체적으로 압수수색영장의 집행에

142) 오기두, 『형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1997, 76-81면.

143) 전승수, 『형사절차상 디지털증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 85-86면.

포함된다고 한다.¹⁴⁴⁾

그리하여 그 전체과정을 통하여 피압수수색 대상자나 변호인의 계속적인 참여권 보장, 피압수수색 당사자가 배제된 상태의 열람·복사 금지, 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부 등 압수수색 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기위한 적절한 조치가 이루어져야만 집행절차가 적법하게 된다고 한다.¹⁴⁵⁾

다. 검토

(1) 수색설 또는 집행과정설 비판

① 취지와 현실적 결과

먼저, 수색설이나 판례의 전체적 집행과정설은 앞에서 본 바와 같은 미국의 수색론이나 독일 법제에서 서류의 검열을 수색의 한 과정으로 보는 입법례를 참고한 것으로 보인다. 이러한 견해들은 디지털 저장매체 등에 들어 있는 정보의 대량성 때문에 검색과정에서도 파일을 열어볼 수 있는 대상을 범죄와 관련성이 있는 대상으로 제한하고 나아가 최종적인 압수의 대상도 범죄와 관련성이 있는 정보들로 제한하려는 것을 목적으로 한다.

그러나 이러한 취지 중 검색과정에서 파일을 열어보는 것 자체를 제한하고자 하는 취지는 디지털 증거의 비가독성으로 인하여 현실세계에서는 그 목적을 달성하기 어렵다. 그렇다고 임의로 제한한다면 정작 중요한 증거를 수집하지 못할 가능성도 있다.¹⁴⁶⁾ 그렇기 때문에 수색설을 주장하는 견해에서도 수색에 착수하기 전에는 그 자료가 범죄와 관련성이 있는 것인지 아닌지를 구별할 수 없기 때문에 저장매체 자체를 검색하는 것을 허용할 수 밖에 없는 것이다.¹⁴⁷⁾

144) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도10508 판결; 대법원 결정 2011. 5. 26. 2009모1190.

145) 대법원 결정 2011. 5. 26. 2009모1190.

146) 이숙연, 『형사소송에서의 디지털증거의 취급과 증거능력』, 고려대학교 정보경영공학전문대학원 박사학위논문, 2010, 57면.

147) 오기두, 『형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 80면.



결국 수색은 허용하되 그 수색과정에서 범죄와 관련성이 있는 증거가 발견되는 경우 이를 압수하게 하고, 범죄와 관련성이 없는 경우는 반환 또는 삭제 등의 조치를 취하게 하는 등 검색 후 압수과정에서 압수대상을 제한할 수 있을 것이다.

② 비례성원칙으로도 해결가능

또한 수색론이 달성하고자 하는 이러한 목적은 그간에 디지털 증거의 압수수색에 있어서의 대량성에 따르는 문제점을 해결하고자 하는 실무상의 여러 가지 노력과 특히 법리적으로는 헌법적 수준의 비례성 원칙의 구체화를 통해 달성할 수 있게 되었다. 앞에서 본 바와 같이 미국에서도 일부 법원들에서 영장단계의 사전제한을 통해 관련성이 있는 증거만 압수대상이 되도록 하고자 하였던 취지는 이 부분의 법리나 규정들이 불확실하여 과잉압수의 우려가 있었을 때에는 정책적으로라도 의미가 있었다. 그러나 그간의 판례나 이론에서 사후적으로 정립된 집행방법에 관한 기준들에 의해 달성되었으므로 법원이 사전제한으로 나설 필요성이 적어지게 되었다는 견해도 제기된다. 따라서 검색과정에서 수사기관은 비례성의 원칙에 따라 범죄수사의 목적과 개인의 법익침해를 비교衡量하여 비례성이 유지될 수 있도록 검색을 할 필요가 있다. 그 비례성은 소추목적의 측면에서는 해당 범죄의 증거로서의 관련성, 해당범죄의 경중 등이, 법익 침해의 측면에서는 저장되어 있는 자료의 프라이버시보호의 필요성 정도 등을衡量하여 검색하여야 한다는 원칙으로 나타나고 개별 사건에서 사후에 구체적으로 판단될 수 있을 것이다.

③ 참여권과 관련된 문제

이와 같이 검색과정을 수색이나 집행과정의 일부로 보고 영장범위내의 압수수색이라는 관점에서 제한하는 방법을 사용하든, 영장의 집행은 현장에서의 압수수색으로 종료되었고 검색과정은 그 압수물의 확인과정에 불과한 수사기관 내부적인 확인행위라고 파악하면서 대신 그 확인의 범위는 비례성의 원칙에 따라 영장범위 내의 정보만 사용되도록 제한하는 방법을 사용하든 관련성과 비례성에 따른 제한이라는 관점에서 보면 결과적으로는 차이가 없게 된다.

그러나 앞에서 본 바와 같이 형사소송법에서는 검색과정을 수색이나 집행과정의 일

부로 보는가 아니면 압수물의 확인과정으로 보는가는 피의자나 변호인의 참여권과 관련하여 차이가 있게 된다.

형사소송법 제121조는 법원의 압수수색에 관하여 영장집행시에 검사, 피고인 또는 변호인이 집행에 참여할 수 있다고 규정하고 있고, 이 조문이 수사단계의 압수수색에도 준용된다(법 제219조). 이를 위해 압수수색의 집행 일시와 장소를 사전에 통지하여야 하는데 다만, 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 그러하지 않다.

그런데 이 규정은 필요한 증거가 대부분 수집되어 압수수색이 극히 예외적으로 행해지는 공판단계에서는 문제가 적으나 수사단계에서 그대로 적용하기는 어렵다. 수사단계에서는 수사기관이 수집한 증거물의 내용을 수사대상이 피의자가 모르게 해야 할 보안성이 요구되는 때도 있다. 수사기관의 증거상황을 알게 되면 이후의 수사진행을 방해할 수도 있고 때로는 자신의 불리한 상황을 판단하여 도주할 우려도 있기 때문이다.

따라서 수사단계의 압수수색 절차에 피의자를 참여하게 하는 것은 적절한 형사소추의 진행을 위해서는 부적절하다 할 것이다. 피의자가 압수수색 대상의 소유자인 경우는 소유권자로서 참여를 인정할 이유가 있을 수 있겠으나 제3자의 물건에 대해 압수수색을 하는 경우에 피의자가 참여할 필요성은 없다고 하겠다. 그렇기 때문에 현실의 실무에서는 제3자에 대한 압수수색에 있어서는 단서조항을 폭넓게 적용하여 피의자를 참여시키지 않고 압수수색을 하는 것이 실무상황이다.

또한 디지털 증거의 검색과정을 수색이나 집행과정으로 볼 때 현실적으로 검색은 여러단계를 거치고 장기간이 소요되므로 검색의 어느 단계까지 그 과정이라 볼 것인가가 문제된다. 즉, 수사기관이 어느 시점까지 피의자를 참여하게 할 것인가이다.

예컨대 일정한 자료방을 찾은 경우 그 자료방 단계에서 자료방에 있는 모든 파일을 복제한다고 하면 그 시점에서 수색을 끝낼 수 있는지 아니면 자료방에 있는 파일도 다시 모두 열어서 그 중 관련성이 있는 것을 다시 추려서 대상을 최종적으로 찾을 때까지 수색을 하여야 하는지이다. 아니면 더 나아가 미국 연방 제9순회법원의 Kozinski판사가 요구하는 바와 같이 그 파일 중에서도 다시 관련성이 있는 부분을 찾아서 나머지 부분을 삭제하는 식으로까지 해야 수색이 끝나는 것인지. 어느 견해를



취하는가에 따라 수사기관은 그 때까지 피의자를 참여하게 하여야 할 것이다.

그러나 이와 같이 최종적 개체로서 파일을 찾을 때까지 피의자를 참여하게 하여야 한다는 것은 불필요할 뿐만 아니라 수사에 장애를 줄 수 있다. 그렇기 때문에 관련 부분을 찾아내기 위한 검열 과정을 두고 이를 수색의 과정으로 보는 독일에서도 그 검열을 어느 범위에서 할 것인지, 언제까지 할 것인지 등은 검사가 결정하도록 하는 것이다.¹⁴⁸⁾

이와 관련하여 대법원 2011. 5. 26. 2009도1190 결정 사건에서도 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근 파일 일체를 복사하는 방식으로 8,000여개의 파일을 복사하였는데 이에 대해 나름대로 혐의사실과 관련이 있는 부분으로 대상을 제한하려고 노력을 한 것으로 보인다는 점을 들어 적법하다고 하고 있는바 현실적 실무에서 나타날 수 있는 문제점을 그대로 보여준다.

(2) 압수시점은 저장매체 또는 이미징, 복제물 압수시점

① 법문의 문언상 의미

개정된 형사소송법 제106조 제3항은 압수의 목적물이 컴퓨터 저장매체 등인 경우의 집행방법을 규정하고 있는바, 복제물을 제출받는 것이나 필요한 경우 저장매체 자체를 압수하는 것이 압수의 집행방법이므로 이러한 행위가 있으면 압수가 있는 것이고 집행이 종료되었다고 보는 것이 타당할 것이다. 판례는 앞에서 본 바와 같이 집행과정론을 취한 판례가 있으나 이는 개정법 이전의 판례이므로 향후 변경되어야 할 것이다.

따라서 현행법의 해석상 디지털 저장매체를 직접 압수하거나 일부 복사 또는 이미징 방법으로 복제하는 등의 행위가 있는 때에 압수수색 집행은 종료되는 것이고 그 이후에 그 내용을 검색하는 행위는 압수물의 내용을 알기 위한 수사기관 내부적인 확인행위로 볼 것이다.¹⁴⁹⁾ 이는 임의수사 영역이므로 일반적 법원칙의 한도 내에서 이를 어떻게 행할 것인가는 수사기관의 재량에 맡겨져 있다.

148) Nack, *StPO-Karlsruher Kommentar* 6. Aufl., C.H.Beck, 2008, § 110 Rdnr. 1.

149) Josh Goldfoot, "The Physical Computer and the Fourth Amendment", 16 Berkley J. Crim. L. 112, 125-128(2011).

이는 마치 혈액을 압수한 후에 그 혈액형이나 DNA구조 등을 확인하기 위해 감정을 하는 행위가 적법하게 압수된 물건에 대한 확인으로서 별도의 강제처분이 되지 않는 것과 같다. 또한 장부를 압수한 후에 그 장부의 내용을 확인하는 것이 별도의 수색이 되지 않는 것과 같다.

이와 같이 해석하면 디지털 증거의 압수수색이든 유체물의 압수수색이든 동일한 법리가 적용되고 이론의 일관성을 유지할 수 있다. 특히 성문법주의를 취하고 있는 우리 법의 해석에 있어서는 법문의 해석이 중요하고 법은 압수수색과 관련하여 유체물과 디지털 증거를 구별하고 있지 않다. 또한 독일법상의 검열 규정과 같은 별도 규정이 없다. 정보의 대량성은 정도의 차이만 있을 뿐이므로 디지털 증거를 대량의 서류의 경우와 달리 취급하며 해석할 법적 근거가 없는 것이다.

② 압수목록 교부 및 준항고 문제

한편, 일본에서의 논의와 같이 우리법에서도 저장매체 등의 압수시를 압수로 보지 않으면 압수목록 교부시점과 관련하여 문제가 발생한다. 나아가 제417조는 수사기관의 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 관련하여 준항고를 규정하고 있는데 검색 과정을 수색으로 보면 아직 압수가 되지 않은 것이므로 준항고로 불복할 수 없어 피압수자의 보호에 문제가 생긴다.

③ 참여권의 범위

따라서 제219조에 의해 준용되는 제121조의 적용은 현장에서의 압수수색절차에만 미치고 이후의 검색과정에는 미치지 않는다. 따라서 수사기관은 피의자의 참여 없이 압수된 저장매체나 복제파일을 검색할 수 있다. 물론 디지털 증거와 관련하여 증거능력상 진정성 문제가 다투어지므로 피의자나 소유자를 참여하게 하고 확인을 받는 절차를 거치면 향후의 다툼의 소지를 없앨 수 있어 소송진행을 원활히 할 수 있고, 나아가 검색과정이 복잡하거나 할 때 소유자의 도움을 받을 수 있어서 편리할 수도 있다. 그러나 이러한 편리를 도모하기 위해 수사기관이 임의로 피의자나 소유자를 참여하게 할 수는 있다고 할 것이지만 참여가 피의자의 권리는 아니라 할 것이다.



④ 과잉 압수수색 문제의 해결방법 : 형식적 압수와 실질적 압수의 구별

이와 같이 해석하여도 디지털 증거 압수수색에 있어 관련성 범위내로의 제한이 가능한데 이를 위해 관련성에 따른 영장 효력의 구분이 필요하다.

예컨대 저장매체 자체를 압수한 경우에 형식적으로 저장매체가 압수되어 있으나 실질적으로 압수의 적법한 범위는 영장에 기재된 범주의 증거로 관련성이 있는 범위내이다. 그러므로 압수영장의 실질적 효력범위는 관련성이 있는 증거들에 한정되므로 저장매체 자체가 압수되었다고 수사기관이 사용할 수 있는 증거의 범위는 영장범위내의 관련성 있는 증거로 한정된다고 해석하는 것이다.

이러한 제한은 비례성 원칙의 관점에서도 가능할 것이다. 임의수사라고 하여도 그 행위에도 비례성의 원칙이 적용되기 때문이다. 수사기관은 해당 범주의 증거로서의 관련성, 해당범죄의 경중, 프라이버시보호의 필요성 정도 등을衡量하여 적정한 한도에서 검색하여야 할 것이다.

⑤ 구제절차로서의 환부와 삭제, 폐기

관련성이 없는 부분에 대한 과잉 압수에 대한 구제는 환부절차로 행해지면 될 것이다. 검색으로 분류한 후에는 관련성이 없는 부분은 계속 압수할 근거가 없어지는 것이므로 환부하거나 삭제 또는 폐기 등의 방법으로 해결되어야 할 것이다.

법 제218조의2는 공소제기 전의 관계자의 환부, 가환부 청구제도를 규정하고 있으나 이러한 청구가 없더라도 수사기관은 관련성이 없는 것으로 확인되는 부분은 신속히 환부 또는 삭제, 폐기하는 등의 실무를 형성하여야 할 것이다.

한편, 환부거부처분에 대해서는 준항고를 함으로써 불복할 수 있어 사후적으로 법원이 개입할 수 있으므로 이 방법을 활용함으로써 우려는 해소될 수 있을 것이다.

4. 디지털 증거 압수와 관련성 문제

가. 의의

디지털 증거에 있어서도 압수에 있어서의 관련성은 해당 사건에서 증거로서 의미가 있는 것을 말한다.¹⁵⁰⁾ plain view이론이나 독일법상의 우연한 발견의 압수 등과 같은 규정이 없는 우리법의 해석상 실무상의 공백을 최소화하기 위해서는 관련성을 탄력적으로 해석해야 할 필요성은 디지털 증거에 있어서도 같다. 따라서 피의사실 자체의 직접적 증거가 되는 것에만 한정할 것이 아니라 피의사실의 전체적인 상황의 이해에 의미가 있는 것, 피의자의 상습성이나 성격, 양형에 관련된 자료 등도 관련성이 있는 것으로 탄력적으로 해석해야 할 것이다. 그 영장범죄사실과 관련하여 일반적으로 예측할 수 있는 정도의 범죄사실에 관한 증거, 영장범죄사실과 목적, 수단의 관계에 있는 범죄사실, 동일 구성요건으로 범위가 확대되는 경우, 필로폰 사범 및 대마사범과 같이 동일죄질로서 통상 함께 행해질 가능성이 많고 예견될 수 있는 경우, 공범에 대한 증거의 경우 등도 관련성이 있다고 보는 것이 타당하다.

이와 관련하여 오기두 부장판사는 사건과의 관련성인 객관적 관련성, 디지털 증거와 수사대상자 간의 인적 관련성인 주관적 관련성, 혐의사실 발생시점과의 근접성이라는 시간적 관련성의 3가지 측면을 분석도구로 들고 있으나¹⁵¹⁾ 주관적 관련성이나 시간적 관련성도 결국은 해당 사건에서 증거로서 의미가 있는가라는 사건 관련성을 판단하기 위한 요소에 불과하므로 각각을 별도의 기준으로 세우는 것은 부적절하다고 본다. 이러한 요소들을 종합하여 증거로서의 의미가 있는가를 판단하면 족하다.

예컨대 횡령사건의 영업장부 내에는 돈을 빼돌린 직접 증거가 되는 기재가 들어있는 부분이 있고, 그 외에는 정상적인 영업의 기재부분이 있을 수 있다. 이 경우 돈을 빼돌린 직접 증거부분만 관련성이 있어 그 부분만 압수대상이 되고 나머지는 압수대상이 되지 않는가? 그렇지 않다. 일정 기간동안의 영업상태는 횡령범행의 정황을 전후로 알 수 있게 하므로 횡령의 직접 증거가 되는 부분 이외에도 그 전후의 일정부

150) 독일 형사소송법 제94조 참조.

151) 오기두, "전자정보의 수색·검증 압수에 관한 개정 형사소송법의 함의", 한국 형사소송법학회 2012. 2. 월례 세미나 발표문, 24면.



분의 장부는 관련성이 있다고 할 것이다.

나아가 영업장부 등 유체물에 관련성이 있는 부분과 없는 부분이 함께 들어 있는 경우 영업장부를 분리하는 것이 용이하지 않다면 영업장부 한권을 분리하지 않고 압수하여도 관련성이 부정될 수는 없을 것이다. 이러한 법리는 영업장부가 디지털 증거화 되어 있는 저장매체의 경우도 마찬가지이다.

나. 압수수색중 발견한 다른 범죄의 증거 문제

디지털 증거의 경우 저장된 정보의 대량성으로 인하여 압수수색 과정에서 영장에 기재된 범죄사실과 다른 증거자료를 찾게 되는 경우가 많다. 이 때 이를 다른 범죄의 증거로 어떻게 사용할 수 있는가.

(1) 관련성 있는 증거가 그 자체로 다른 범죄의 증거가 되는 때

예컨대, 횡령죄의 범죄사실로 그 증거를 수집하기 위해 회사 장부와 전표 파일이 압수되었는데 일부 전표에서 그 돈을 뇌물로 공여한 취지의 기재가 있는 경우 그 전표를 별도의 조치 없이 뇌물죄의 증거로 사용할 수 있는가.

이 경우는 그 전표가 횡령의 영장범죄사실과 관련성이 있는 증거로서 적법하게 압수된 것이고 그 압수된 증거를 확인하는 과정에서 뇌물죄의 기재를 보게 된 것도 적법한 것이므로 압수된 상태를 그대로 두고 그 전표를 뇌물죄의 증거로 사용할 수 있을 것이다. 같은 사건에서 관련인지를 하여 두 개의 범죄사실을 모두 함께 공소제기하면 압수전표 파일을 횡령 사실 및 뇌물 공여 사실에 대해 증거로 사용하면 된다.

다른 예로, 갑이 공무원인 을에게 그 직무와 관련하여 다른 공무원 병에게 청탁하고 그 공무원에게 전달하여 달라는 부탁을 하면서 돈을 준 혐의사실로 갑을 입건하여 피의자를 갑으로 하여 을 소유의 휴대전화와 저장된 정보를 대상으로 압수수색영장을 받아 휴대폰을 압수하였다. 그 휴대폰에서 을과 K간의 대화녹음이 발견되었는데 그 녹음내용에 을이 병에게 로비를 하였고 갑으로부터 돈을 받았음을 추측하게 하는 대화내용과 함께 을이 K에게 을이 담당하는 인허가 사무에 관하여 잘 봐주겠으니 돈을 달라고 요구하고 K가 돈을 주기로 약속하는 내용이 들어 있었다고 하자. 이 녹음 내

용 중에서 을과 K간의 뇌물요구와 뇌물공여 약속의 대화부분이 관련성이 있는가.¹⁵²⁾

이 사례에서 현재는 갑만 피의자로 입건되어 있으나 돈을 받은 을은 공범으로서 수사대상으로 예정되어 있고, 현재의 혐의사실은 갑으로부터 돈을 받은 행위뿐이지만 다른 사람으로부터 뇌물을 요구하는 범행은 을의 성행을 나타내는 것으로서 을에 대한 양형이나 갑의 진술에 대한 신빙성을 판단할 수 있는 정황자료도 될 수 있으므로 관련성이 인정된다고 볼 것이다.¹⁵³⁾

(2) 확인결과 관련성이 없으나 다른 범죄의 증거인 경우

예컨대 공갈 범죄사실로 증거를 찾기 위해 USB파일을 압수하여 원본을 보관한 채 복제 파일을 만들어 분석하던 중에 메모라는 자료방에서 필로폰 구매내역이 적힌 파일이 발견된 경우 이 자료는 영장범죄사실과 관련성이 없으므로 공갈 범죄사실로 발부받은 영장으로는 계속 압수할 수 없고 따라서 검색 후에는 삭제하는 등의 조치를 취하여야 할 것이다. 앞에서 본 바와 같이 저장매체가 형식적으로는 압수되어 있으나 관련 부분은 실질적으로는 영장의 효력이 미치지 않는 부분이기 때문이다.

그러나 그렇다고 하여 수사기관이 이 자료의 존재를 알게 된 것을 아예 없었던 일로 하라는 것은 부적절하다. 수사기관이 그 자료를 알게 될 때까지 부적법한 행위를 하지 않았기 때문이다. 그러므로 수사기관이 그 자료를 사용하기 위해서는 그 부분을 특정하여 별도의 압수영장을 받으면 될 것이다. 그 영장에 의해 수사기관은 환부, 삭제 또는 폐기하지 않고 계속 사용할 수 있는 권한을 부여 받게 된다. 그 집행방법으로는 이미 압수되어 있는 저장매체의 복제파일에서 다시 새 영장에 의해 그 부분을 복사한 파일을 만드는 방법으로 압수한 후에 원래의 분석용 복제파일에 있는 구매내역 파일은 삭제하면 될 것이다.

152) 오기두 부장판사가 법률신문 2013. 3. 4.일자가 기고한 글의 사례이다. 오기두, “관련성 없는 핸드폰 녹음 파일 압수와 위법수집증거”, 법률신문 2013. 3. 4.자 13면.

153) 이 사례에 대해 오기두 부장판사는 범죄혐의를 받고 있는 것은 갑뿐이므로 갑에 한해서만 압수수색이 이루어져야 하는데 을의 주거지 을 소유의 물건을 압수한 것이므로 주관적 관련성 위반이고, 영장 범죄사실인 갑으로부터 돈을 받은 사실과 다른 범죄인 K와의 사이의 범죄이므로 객관적 관련성도 위반되어 관련성이 없고 따라서 위법수집증거라고 한다. 오기두, “관련성 없는 핸드폰 녹음 파일 압수와 위법수집증거”, 법률신문 2013. 3. 4.자 13면.



V. 결어

디지털 증거의 저장매체에 저장된 정보의 대량성과 비가독성으로 인해 과잉수색이나 과잉압수, 그리고 이에 의한 프라이버시 침해 예방이나 보호라는 새로운 과제가 대두되었고 이러한 목적을 달성하기 위해 우리나라에서도 미국이나 독일에서의 대응을 참고하여 현장의 검색을 인정하면서도 이를 수색으로 개념하는 수색론, 관련성 이론, 영장 단계 사전제한 실무 등이 전개되었다.

압수수색 대상을 관련성의 범위로 제한하기 위해 현장의 검색을 수색으로 파악하는 개념은 그 개념 자체를 부당하다고는 할 수 없고 그러한 이론 구성도 가능하다고 하겠으나 적어도 우리 형사소송법의 해석에 있어서는 부적절하다고 하겠다. 개정법 제 106조 제3항에서 저장매체의 직접압수나 복제 또는 출력물 압수로 압수의 집행이 종료됨을 규정하고 있고, 압수목록 교부나 준항고의 불복방법 인정 시점 등에 있어서 문제가 있다. 나아가 피의자나 관계자의 참여를 검색단계까지 확장하게 되어 실무상 장애를 초래하고, 현실적으로도 그 범위 및 한계와 관련하여 불필요한 혼란과 다툼을 유발할 수 있어 부적절하다고 하겠다. 따라서 디지털 증거의 압수수색에 있어서도 유체물의 압수수색과 마찬가지로 현장에서의 압수수색의 집행으로 종료되고, 현장외에서 이를 검색하는 것은 확보된 압수물을 확인하는 행위에 해당한다고 하겠다.

한편, 압수대상물의 관련성 문제는 증거로서의 의미로서 미국법상의 육안이론이나 독일법상의 우연한 발견 압수 또는 긴급압수의 제도가 없는 우리나라에서는 압수대상물의 사전 인지의 곤란성과 수색현장에서 부딪치는 다양성에 따른 공백이 없도록 탄력적으로 넓게 인정하여야 할 것이고 이는 디지털 증거에 있어서도 마찬가지라 할 것이다.

이와 달리 디지털 증거에서의 관련성을 제한적으로 해석하게 되면 실체적 정의에 반하는 정도는 중한 반면에 얻고자 하는 프라이버시 보호는 매우 적은 부적절한 상황이 발생하게 될 것인바 이는 사법제도에 대한 근본적인 불신으로 이어지기 쉽다. 적절한 이익형량에 따른 해석론의 전개가 필요하다.

제3주제

공판절차에서의 피고인의 인권보호와 법관의 역할



권순건 판사
(춘천지방법원)

공판절차에서의 피고인의 인권보호와 법관의 역할

춘천지방법원 권순건 판사

I. 서설

1. 피고인의 인권보호와 절차적·의사소통적 진실 개념

피고인의 인권보호는, 형사소송의 이념적 목적과 관련하여 주로 적법절차의 원칙의 구현으로 이해하고 또 다른 형사소송의 이념적 목적인 실체적 진실발견과 관련하여서는 그 한계로 논하는 경향이 있다. 예를 들어, 실체적 진실발견의 원칙은 형사소송법의 최고이념이지만 형사소송의 유일한 목적이 될 수 없고, 소송법적 이익을 넘어서는 초월적인 이익(적법절차의 원리)에 제한받는 경우가 있다고 설명하면서,¹⁾ 피고인의 공판정에서의 진술거부권, 담당법관에 의한 퇴정한 피고인에 대한 증인·감정인 또는 공동피고인의 진술요지의 고지 등의 제도를 그 예로 드는 것이다.²⁾ 그러나 아래에서 보는 바와 같이 형사소송법에서 추구하는 실체적 진실은 절차적·의사소통적 진실이라는 점을 고려할 때, 이러한 피고인의 인권보호는 적법절차의 원칙의 구현이고 나아가 실체적 진실발견의 중요한 수단으로 사용되어 상호보완적인 작용을 한다고 봐야 할 것이다.

1) 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사(2010년), 31.

2) 이재상(주 1), 30.

절차적·의사소통적 진실 개념은, 형사소송의 목적 또는 이념으로서의 진실발견은 객관세계에 존재하는 실체적 진실(인식 이전에 존재하는 진실)을 발견하는데 있지 않고, 형사소송법 및 형사소송규칙에 따라 이루어지는 정형화된 절차에서 도출되는 절차적 진실을 추구하자는 것이다. 형사소송에서의 사실인정문제로서의 진실문제는 제반 절차참여자들(특히 주된 소송 참여자들)의 실체에 대한 자기인식을 토대로 하는 것이고, 종국적으로 형사소송에서의 진실이 제도화된 절차규범 내에서 각 소송참여자의 언어행위를 통해 최종적 판단권한을 지닌 법관에 의해 규범적으로 매개된 채 결정된다는 엄연한 소송현실을 염두에 둔다면, 그러한 진실은 실체적 성격을 지닌다기보다 오히려 절차적 성격을 더 강하게 지닌다고 볼 수밖에 없기 때문이다.³⁾ 이러한 개념에서 볼 때, 적법절차의 원리와 밀접불가분한 관계에 있는 피고인의 인권보호는 형사재판에서의 실체적 진실발견과 긴장관계에 있는 것이 아니라 실체적 진실발견을 위한 중요한 수단적 원리라고 할 것이다.

2. 피고인의 인권보호와 공판중심주의

공판중심주의는, 형사사건의 실체에 대한 유죄·무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여만 한다는 원칙을 의미한다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도4994 판결 참조). 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 실질적 직접심리주의도 이 원칙에서 파생된 것이다. 이와 같은 법정에서의 심리를 강조하는 공판중심주의는 형사사법 권력의 무게추를 수사기관에서 법원으로 이동시켜 헌법과 형사소송법이 예정한 형사사법을 정상화시켰다고 볼 수 있다. 현재 형사재판 실무에서 공판중심주의를 구현할 제도적 장치들이 어느 정도 정착되고 원활하게 작동되고 있다고 볼 수 있고, 이에 따라 형사절차에서의 법관의 역할과 책임은 대한민국 수립 이후 그 어느 시점보다 더욱 커졌다 해도 과언이 아니다.

3) 변종필, "대화적 소송구조관의 이해", 한국형법학의 새로운 지평 : 심은 김일수교수화갑기념논문집, 박영사(2006년)



그러나 이러한 공판중심주의는 형사재판의 이념을 실현하는 도구라고 할 것이고, 그 자체가 목적이 될 수는 없다. 공판중심주의를 채택하는 이유는 그것이 형사재판의 이념을 가장 잘 실현하는 방법이기 때문이다. 앞에서 본 절차적·의사소통적 진실 개념은 이러한 공판중심주의 원칙의 정당성을 심어준다. 형사소송법 및 형사소송규칙에 따라 이루어지는 정형화된 절차에서 도출되는 절차적 진실(절차적·의사소통적 진실), 그 자체가 가치 있도록 하기 위해서는 공개된 법정에서 법관, 피고인, 검사 등의 소송주체가 법의 테두리 아래에서 능동적으로 참여하는 것이 너무도 필요하기 때문이다.

그런데, 피고인이 이와 같이 형사사건의 실체가 결정되는 법정에서 자신이 가지는 기본적인 권리를 충분히 가지고 이를 행사할 수 없다면 그와 같은 법정은 형사사건의 실체를 제대로 형성할 수 없는 왜곡된 법정이고 고장난 기계장치가 되게 마련이다. 만일 법관이 피고인이 가지는 기본적 권리를 소홀히 대할 경우에는 그 자체로 피고인의 권리를 침해하는 것일 뿐 아니라 이로써 잘못된 절차적 진실을 형성하게 되어 진실규명에 실패하고, 결국 사법부는 사법질서의 근간인 국민의 신뢰회득에도 실패할 수밖에 없게 된다.

예를 들어, 법관이 심리초반에 유죄를 예단하는 심증을 가진 채 공소사실만 가지고 피고인을 추궁하듯이 심문하여 피고인이 하고 싶은 말을 다하지 못하게 하고, 피고인의 증거신청 등을 배척하고 이를 기초로 판결을 내린다면 이는 피고인이 가지는 기본적인 권리인 법정에서의 진술권, 증거신청권 등을 침해한 것뿐만 아니라 형사소송법이 제 역할을 하지 못하여 잘못된 절차적 진실을 만들게 되고,⁴⁾ 결국 억울한 피고인을 양산하고(혹은 반대의 경우에는 억울한 피해자가 발생할 수 있다), 이러한 법정 혹은 이러한 심리진행이 많아짐에 따라 사법부에 대한 국민의 신뢰는 눈 녹듯이 사라질 수

4) 필자가 항소심에서 처리한 사건 중에 다음과 같은 것이 있다.

아이큐가 80정도에 불과하고, 다그치며 묻는 경우에는 묻는 사람의 의도에 부합하는 내용으로 답하는 피고인이 약간의 사례를 받고 자신 명의의 통장을 불상자에게 넘겨주었는데, 그 불상자가 이러한 통장을 이용하여 인터넷에 허위의 물품을 판매한다고 광고하여 수 천만원을 챙긴 사례에서, 경찰은 피고인을 직접 신문하고 피고인의 진술태도 등에 비추어 이와 같은 사기 범행을 하였을 리 없다고 무혐의 송치하였는데, 검사가 기록만을 검토하고 기소한 사건에서, 1심 담당판사가 피고인의 변소를 잘 들어주지 않고 다그치며 물어서 허위자백을 받아 피고인을 법정구속한 경우가 있었다. 당시 1심 담당판사는 법원 내·외부에서 재판진행이 너무 강압적이라는 평판을 받는 분이였다.

밖에 없게 된다.

3. 앞으로의 논의

이러한 관점에서 볼 때, ‘공판절차에서의 피고인 인권보호와 법관의 역할’이라는 주제는 과거와 같은 수준 즉, 담당 법관이 소란행위를 피우는 피고인들을 효과적으로 제압하고 적정한 재판을 하는 방안에 관한 연구⁵⁾나 수사기관이 피고인으로부터 부당한 방법으로 허위자백을 받고 이를 기초로 기소한 사건을 담당하는 법관이 피고인 역울함이 없도록 자백의 신빙성 등에 대하여 신중하게 검토하거나 보강증거 등을 세심하게 살피는 것⁶⁾ 등과 같은 전통적인 것에 국한될 수는 없고, 왜서도 안 된다고 할 것이다.

이러한 현실에도 불구하고 수사절차에 비하여 공판절차에서의 피고인의 인권보장이라는 주제로는 별다른 연구가 진행되지 못한 것으로 보인다. 더욱이 공판절차에서 재판을 담당하는 법관과 피고인의 인권보장과 관계론을 논하는 것은 더욱 드문 것으로 보인다.⁷⁾

공판절차에서의 피고인의 인권보장과 관련된 법관의 역할과 관련하여 ① 법관이 재판을 진행함에 있어서 직접적으로 피고인의 인권을 제한하거나 침해하는 경우(직접적 갈등양상), ② 법관이 공판절차에서 검사 등 다른 소송주체가 피고인의 인권을 제한하거나 침해하는 것을 방지하지 못하여 결과적으로 피고인의 인권을 침해하는 경우(간접적 갈등양상)가 있을 수 있다. 후자의 경우에는 대표적으로 증인 등으로 출석한 사람이 피고인에 대하여 위해를 가하는 경우(북한에서 지령을 받고 침투한 피고인이 간첩혐의 사실을 모두 자백하자, 북한에서 또 다른 간첩을 보내어 피고인을 살해하려고 한 경우 등), 공동피고인의 변호인이 상피고인에 대하여 모욕적인 언사를 하는 경우, 검사가 일체의 진술을 거부한다고 미리 선언을 하였는데도 굳이 피고인 신문을 하겠

5) 박영무, “법정 질서의 유지를 위한 방안에 연구”, 재판자료 제49집, 법원도서관(1990)

6) 최정열, 피의자 자백의 임의성과 신빙성, 재판자료 제110집(사실인정 방법론의 정립 - 형사재판편, 2006).

7) 실무적으로 담당법관이 소란행위를 피우는 피고인들을 효과적으로 제압, 적정한 재판을 하기 위한 법정 질서의 유지를 위한 자료들이 일부 존재하는 것으로 보인다(대표적으로 박영무, 주5 참조).



다고 하는 경우⁸⁾ 등 많은 수의 사례를 생각할 수 있다. 다만 이 글의 성격과 관련하여 후자의 경우, 즉 간접적 갈등양상은 다음 연구로 미루고 본고에서는 법관의 공판절차의 진행과 피고인의 인권이 직접적으로 갈등하는 측면, 즉 전자에 한하여 이를 살펴보도록 하겠다.

II. 내용

가. 피고인의 신체의 자유와 관련된 갈등양상

(1) 법정구속

법원에 의한 피고인의 구속은 크게 두 가지 유형으로 구별된다. 첫 번째는 판결을 선고하면서 피고인을 법정구속을 하는 것이고, 두 번째는 심리절차 진행 중에 구속을 하는 것이다. 첫 번째 유형은 법원에서 필요한 심리를 다한 후 실형선고를 하면서 피고인의 신병을 미리 확보할 필요가 있어서 구속을 하는 것이어서 이 글의 주제인 공판절차진행 중 피고인의 인권보호와는 다소 거리가 있으므로 논의를 생략하고,⁹⁾ 두 번째 유형인 심리를 진행하다가 피고인에 대하여 구속하는 사안에 관하여만 검토하기로 한다.

원칙적으로 구속은 형사소송의 진행과 형벌의 집행은 확보함을 목적으로 한다. 구속은 피고인의 자유를 제한하여, 피고인의 형사소송에의 출석을 보장하고, 증거를 인멸함에 의한 수사와 심리의 방해를 제거하며 확정된 형벌의 집행을 확보하기 위한 것이다.¹⁰⁾ 이러한 구속은 신병을 제한함으로써 피고인으로 하여금 가족과 직업을 떠나게 하고, 피고인의 명예를 침해하고 일반인에게는 유죄의 인상을 심어주며 피고인의

8) 실제 한명숙 전 국무총리, MBC PD 수첩 재판에서 이러한 경우가 발생하였다.

9) 다만, 이 경우에도 형사소송법상 구속의 사유(법 제70조 제1항) 즉, ① 피고인이 일정한 주거가 없는 때, ② 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때, ③ 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때에 한하여 구속할 수 있는 것이므로, 실형선고를 하는 경우에 특별한 사정이 없는 한 법정구속을 하는 실무관행은 납득할 수 없다는 비판이 있다

10) 이재상(주 1), 245면

방어의 기회를 제한하게 된다. 이와 같은 구속의 역효과를 고려할 때, 구속은 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 다른 방법에 의하여는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용되어야 한다.¹¹⁾

이와 관련하여 법원이 재산범죄로 형사재판 받고 있는 불구속 피고인에게 피해자와의 합의를 권유하면서 피고인 등의 요청에 따라 선고기일 또는 다음 재판기일을 연기하여 주는 경우를 흔히 볼 수 있다. 그런데 이와 같은 피고인이 연기된 재판기일까지 피해배상을 위한 납득할만한 조치를 다하지 아니할 때는, 법원이 피고인에 대하여 도망할 염려가 있다(구속사유인 형사소송법 제70조 제1항 제3호)고 판단, 피고인을 법정구속하고 그 상태로 재판을 진행하는 경우도 있다.¹²⁾ 그러나 이와 같은 구속재판의 운영은 재산범죄에서 있어서 피해자의 권리보호를 위해 법정구속이 실제적인 효용이 있다는 경험적인 인식을 고려하더라도 적법절차의 관점에서 다소 문제가 있다고 할 것이다. 무엇보다 위와 같은 사안의 피고인을 형사소송법 제70조 제1항 제3호의 '도망할 염려'가 있다고 볼 수 있는지 의문이다.¹³⁾ 피고인이 계속해서 재판정에 출석하면서 자신의 주장을 개진하고 이에 부합하는 증거를 제출하고 있는데, 다만 피해배상을 위한 납득할만한 조치를 취하지 아니하였다고 갑자기 도망할 염려가 발생한 것으로는 도저히 볼 수 없기 때문이다. 위와 같은 실무운영 사례는 피해자가 법원을 통한 피고인의 신병을 담보로 채권을 추심하는 것으로서 올바른 재판 운영 형태라고는 도저히 볼 수 없다.

구속된 피고인의 경우에 신체의 자유만 제한받은 것이 아니라, 형사피고인으로서 당연히 가져야 할 방어권의 행사 그 자체가 크게 제한받는다. 오죽하면 최근의 영장재판과정에서 피고인이 혐의사실을 부인하게 되면 증거인멸 염려가 있다는 이유로 구속

11) 이재상(주 1), 246면

12) 연예인이 이성진에 대하여 피해배상을 위한 재판부가 권고한 조치를 다하지 아니하였다고 하여 법정구속을 하면서 선고를 연기한 사건 등이 언론에 보도된바 있다(http://news.mtn.co.kr/newscenter/news_viewer.mtn?gidx=2011120211404726031)

13) 형사소송법 제70조 제1항 제3호에서 정한 '도망할 염려'라는 개념은 구체적 사정을 평가한 결과 피고인이 형사소송에서 떠날 고도의 개연성이 있는 것을 말한다. 형사소송에서 선고될 양형은 도망할 염려를 판단할 중요한 자료가 된다. 따라서 특별히 중형이 선고될 것이 기대되는 때에는 그 사유만으로 도망할 염려를 인정할 수도 있다고 할 것이지만, 중형이 아닌 단순히 실형이 선고될 것이 기대된다는 것만으로 구체적인 피고인의 특수성을 감안하지 않고 이와 같은 요건을 충족한다고는 말할 수는 없을 것이다.



될까봐 허위로 자백하여 없는 죄를 덮어쓰는 일까지 발생할까!¹⁴⁾ 이것이 형사재판을 받고 있는 피고인에게 “구속”이라는 제도가 가지는 무서운 의미인 것이다.

이러한 구속이 가진 의미를 고려할 때 심리 중에 하는 법정구속은 최대한 신중하게 이루어져야 할 것이고, 형사소송법의 구속사유는 최대한 소극적으로 해석하여 할 것이다. 결국 구속이란 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 다른 방법에 의하여는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용되어야 하는바, 이는 수사단계에서의 구속뿐만 아니라 공판단계에서의 구속에도 적용되는 것이라고 할 것이다.

(2) 계호장비의 착용

원칙적으로 공판정에서는 피고인의 신체를 구속하지 못하는 것이 원칙이다(형사소송법 제280조 본문). 다만 재판장은 피고인이 폭력을 행사하거나 도망할 염려가 있다고 인정하는 때에는 피고인의 신체구속을 명하거나 기타 간수자를 두는 등의 필요한 조치를 취할 수 있다(형사소송법 제280조 단서, 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제11조).

실무에서는 재판진행 직전에 교도관 등이 담당재판장에게 계호장비 착용 허가신청서를 제출하고, 담당재판장이 별다른 검토없이 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하는 방식으로 운용하고 있으며 별도로 당해 피고인에 대하여 계호장비를 착용하는 것이 적합한지에 관하여는 심리하지 않는 것으로 보인다.

그러나 같은 구속 피고인이더라도 계호장비가 부착된 피고인과 그렇지 아니한 피고인에 대한 담당법관의 인상은 크게 다를 수밖에 없다. 담당재판장으로서의 계호장비가 부착된 피고인에 유죄가 인정될 경우에 폭력성 등을 감안하여 좀 더 엄한 양형을 할 수도 있기 때문이다. 또한 계호장비를 부착한 피고인 역시도 심리적으로 그렇지 아니한 피고인에 비하여 크게 위축되어 법정에서 방어권 행사에 제한을 받을 수 있게 된다.

이러한 점을 고려할 때, 공판절차에서 계호장비 허가 문제도 비례성의 원칙에 따라

14) <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=73165>

신중하게 결정되어야 할 것이다.

(3) 감치재판

법원조직법 제61조 제1항은 ‘법정 내외에서 법정의 존엄과 질서를 해할 우려가 있는 자의 입정금지 또는 퇴정을 명하거나 기타 법정의 질서유지에 필요한 재판장의 명령 또는 재판장의 허가없이 녹화·촬영·중계방송 등의 행위를 하거나 폭언·소란 등의 행위로 법원의 심리를 방해하거나 재판의 위신을 현저하게 훼손한 자에 대하여 결정으로 20일 이내의 감치할 수 있다’고 규정되어 있다. 한편 이러한 감치는 경찰서 유치장, 교도소 또는 구치소에 유치함으로써 집행하게 되는데(법원조직법 제61조 제3항), 구속 중인 피고인에 대하여도 감치재판의 실효성을 확보하기 위하여 감치재판은 다른 사건으로 인한 구속 및 형에 우선하여 집행하며, 감치의 집행 중에는 피감치인에 대한 다른 사건으로 인한 구속 및 형의 집행이 정지된다(법원조직법 제61조 제3, 4항 참조).

재판실무에서 감치재판은 매우 드물게 이루어지고 있다. 법정소란정도가 매우 중하여 다른 형사 처벌법규로 처벌할 수 있는 경우에는 별도의 수사를 거쳐 형사처벌하는 방식으로 이루어지고 대부분 감치할 만한 사안의 경우에도 담당재판장이 감치재판을 꺼리는 경향이 있기 때문이다. 그 결과 감치재판은 법원 전체에서 한해 5건 남짓 이루어지는 것으로 파악된다.

그런데 피감치인은 2009년 자료¹⁵⁾에서 보는 바와 같이 상당수가 피고인이다.

그런데 피고인에 대한 감치재판은 피고인의 소송참여권을 박탈시키는 것일 뿐 아니라(감치재판을 명할만한 피고인에 대하여는 그 이전에 형사소송법 제330조에 의하여 재판장의 질서유지를 위한 퇴정명령을 발하는 것이 일반적이다) 신체의 자유에 대한 심각한 제한을 가져오는 것인 만큼 당연히 신중하게 행사되어야 할 것인바, 한해 실시되는 감치재판의 사건수를 고려하여 보면, 실무에서도 그와 같이 운용되는 것으로 생각된다.

15) 2010년도 서울중앙지방법원 형사심리절차연구위원회, 법정 돌방상황에 대한 대처 발표문



(2009년)

법원	사건번호	일 시	피감치자	내 용	결 과
인천 지법	08고합717 공직선거 위반	09.1.30.	피고인	피고인에게 징역 6월, 집행유예 2 년이 선고되자 “공정한 재판을 하 라! 부당하다! 억울하다!”고 소란, 재판장이 퇴정을 명하였으나 피고 인이 소지하고 있던 두루마리휴지 를 던지려하여 경비관리대원이 제 지하였으며, 그후 재판장이 3번이 상 선고내용을 낭독하였으나 선고 내용을 귀가 어두워 잘못 들었다고 하면서 계속 법정소란	감치20일
부산 지법 등부 지원	08고단1647 간통	09.1.29.	박00	박00는 2009. 1. 29. 11:50경 재판 중인 이법원 303호 법정에서 자신 이 고소하여 같은 날 15:15으로 공 판기일이 지정되어 있던 위 사건의 피고인들에게 위해 및 협박할 목적 으로 술에 만취한 상태에서 칼을 들고 들어오는 행위를 하여 법원의 심리를 방해 및 재판의 위신을 현 저히 훼손	감치15일
서부 지법	09고정354 폭력행위등	09.4.9.	피고인	재판진행 중 법정에서 소란을 피우 자 법정질서를 지키라고 재판장이 요구하였으나 무시하고 계속 소란 행위를 함	감치15일
대구 지법	09고단3525 절도	09.12.8.	피고인	술에 취한채 공판기일에 출석하여 증인 등에게 욕설을 하면서 재판의 위신을 현저히 훼손	감치15일
서울 중앙	08고단7665 사기	09.6.9.	전00	위 사건의 재판 방청인으로 방청 중 수차례 재판심리를 방해하여 재 판장의 제지를 받았으나 재판부에 욕설 등 재판을 방해	감치10일

이와 관련하여 과거 재판장이 변호인의 중복되고 상당하지 아니한 유도신문에 대하
여 변론을 제한하는 내용으로 소송지휘권을 행사하였으나 그와 같은 변론을 제한받은

변호인이 재판장의 적법한 소송지휘권의 행사에 대하여 부적절한 태도로 답변하자, 재판장이 이러한 변호인의 행동이 법원의 심리를 방해하거나 재판의 위신을 현저하게 훼손하다고 판단하여 감치10일을 결정한 사례가 있었다(서울지방법원 2003. 5. 22.자 2003정187).¹⁶⁾ 피고인도 변호인과 마찬가지로 증인 등에 대한 신문권을 가지고 있으므로 같은 유형의 문제가 발생할 수 있을 것이다. 재판장이 형사공판절차에서 중복되고 상당하지 아니한 신문을 제한하는 것은 소송지휘권에 속하는 것으로서 그 신문의 제한이 현저하게 부당하거나 부적절한 경우가 아닌 한 신문을 제한한 재판장의 조치가 위법하다고는 할 수 없다(형사소송법 제299조 참조).¹⁷⁾ 결국 개개의 구체적 사안에서 증인 신문과 관련된 재판장의 소송지휘권의 행사에 불복하는 피고인이 있을 수 있고, 그와 같은 행동이 법원의 심리를 방해하거나 재판의 위신을 훼손할 수도 있을 수도 있으나, 증인 신문은 피고인의 권리라는 점을 착안하여 보면 이러한 사유만을 들어 감치결정하는 것은 과도한 측면이 있다고 할 것이다. 더욱이 재판장은 법정의 질서를 유지하기 위하여 필요한 처분을 할 수도 있는 것인바(형사소송법 제281조 제2항, 제330조 참조), 이러한 필요한 처분에는 퇴정명령도 포함된다는 점을 감안하면 증인 신문과 관련하여 피고인을 감치할 필요성은 더욱 생각하기 어렵다.

나. 인격권과 관련된 갈등양상

(1) 바람직하지 못한 언행

절차적·의사소통적 진실 개념에 의하면, 형사소송의 목적 또는 이념으로서의 진실 발견은 객관세계에 존재하는 실체적 진실(인식 이전에 존재하는 진실)을 발견하는데 있지 않고, 형사소송법 및 형사소송규칙에 따라 이루어지는 정형화된 절차에서 도출되는 절차적 진실을 추구하는 것이다. 그런데, 정형화된 절차란 형사소송법 및 형사소송규칙에 기초하여 진행되는 형사소송을 의미한다. 한편 입법자는 소송주체(법관) 또는 참여자 등에게 절차를 형성할 수 있는 자유로운 재량영역을 허용하였고, 이러한

16) 다만 항고심에서 위 결정은 취소되었다(서울중앙지법 2004. 7. 13.자 2003정로4 결정)

17) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도4116 판결 참조. 이와 달리 소송지휘권은 기속재량에 불과하다는 견해가 있다(소송지휘권과 민주사법, 고려법학 41호(2003. 10), 이상돈, 124면)



재량영역에서 이루어지는 의사소통은 절차규범에 반하지는 않으나 왜곡될 가능성이 있으므로 이를 규제할 수 있는 일정한 준거점으로서 ‘이상적 대화상황’을 상정하는 것이 필요하다. 이러한 이상적 대화상황은 “① 언어능력과 행위능력을 가진 모든 사람은 논증대화에 참여할 수 있다. ② 각자는 어떤 주장이라도 문제 삼을 수 있다. ③ 각자는 어떤 주장이라도 논증대화에 도입할 수 있다. ④ 각자는 그의 태도, 욕구 및 필요를 표현할 수 있다. ⑤ 어떠한 화자도 논증대화의 내부·외부에서 지배하는 강제에 의해 ① ~ ④에서 확정된 자신의 권리행사를 방해받아서 안된다.”는 5가지 요건이 필요하다고 한다.¹⁸⁾

앞에서 본 바와 같이 피고인은 형사공판절차에서 절차적 진실을 형성해 나가는 주체로서의 지위를 가진다. 절차적 진실을 형성해야 할 의무가 있는 담당 법관으로서는 피고인이 자신의 역할을 충실히 다할 수 있도록 필요한 조치를 다해야 하는바, 무엇보다 공판정에서 약자의 지위에서 위압감을 느끼고 있는 피고인¹⁹⁾에게 자신이 주장하고자 하는 사항을 자유롭게 말할 수 있도록 분위기를 형성해주어야 한다. 이러한 분위기에서만 피고인이 자신에게 주어진 직분에 충실한 역할을 수행할 수 있기 때문이다. 이와 같은 분위기 형성에 법관의 바람직한 법정언행이 필요한 것은 두말할 나위가 없다고 할 것이다.

피고인의 인권보호와 관련하여 법관의 바람직한 법정언행을 위하여서는 다음과 같은 요소가 중요하다고 생각된다.²⁰⁾

- (가) 마음가짐이 가장 중요하다. 법정언행의 기술적인 면도 중요하지만 무엇보다도 진지하고 인내심 있게 사건과 당사자들 특히 피고인에게 집중하려는 마음가짐, 사건과 피고인에 대한 애정이 기본이 되어야 할 것이다. 마음가짐은 말과 행동으로 표현될 수밖에 없다.
- (나) 말과 행동의 외관에서 신뢰감을 주어야 한다. 말과 행동을 통해 전달하는 내용도 중요하지만 말과 행동의 외형(목소리 크기, 톤, 발음, 표정)도 의사소통에 매

18) 옥망과 법논리, 엄순영, 법과 사회, 39호(2010년 하반기), 213-231

19) 일반적으로 법관이나 검사, 변호인 등 소송의 다른 주체와 달리 피고인은 위축되어 있고 경직되어 있는 상태에 있다.

20) 서울중앙지방법원 법정언행연구소위원회, “바람직한 법정언행 발표문”(2010. 6. 7. 발표문)

우 중요하다.²¹⁾

(대) 무엇보다 피고인의 말을 잘 들어주어야 한다. 상당수 법관들이 아직도 피고인의 변소에 대하여 ‘말도 안 되는 주장을 하고 있네’라는 선입견을 갖는 경우가 있다고 한다. 이러한 선입견은 법정언행으로 바로 들어날 수밖에 없고 결국 피고인이 법정에서 하고자 하는 말을 못하게 하여 잘못된 절차적 진실에 이르게 되는 것으로 반드시 피해야할 요소라고 할 것이다. ‘왜 저런 말을 하는 것일까? 저 주장에 이른 이유는 무엇일까?’라는 생각을 가지고 당사자의 주장을 경청하고 이해하려는 노력이 필요하다. 또한 당사자의 말이 끝난 후 적절한 피드백(‘그러니까 피고인의 주장은 ... 하다는 것이죠?’)은 당사자에게는 재판장이 자신의 말을 잘 들어주었다는 느낌을 줄 수 있어 유용하다고 할 것이다.

(2) 임의성 없는 자백의 유발

자백이란 피고인 또는 피의자가 범죄사실의 전부 또는 일부를 인정하는 진술을 말한다. 헌법 제12조 제7항은 『피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 유죄의 증거로 삼을 수 없다』고 규정하고 있으며, 이에 근거한 형사소송법 제309조는 『피고인의 자백이 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다』고 규정하여 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정한다. 이와 같이 임의성이 없는 자백의 증거능력을 부정하는 이론적인 근거에 관해서는 임의성 없는 자백에는 허위가 숨어들 위험성이 많고 진실의 발견을 저해하기 때문에 증거능력이 배제된다고 하는 허위배제설, 묵비권을 중심으로 한 피고인의 인권보장을 담보하기 위한 것이라는 인권옹호설, 위 양자를 절충한 절충설, 증거취득과정에서의

21) 다음과 같은 요소가 필요할 것으로 보인다.

- ① 발음을 정확히 하고, 표현을 명확히 한다. 말끝을 흐리는 버릇은 의사전달력이 떨어질 뿐만 아니라 자신감도 부족한 것으로 보여 부적절하다.
- ② 또한 적절한 목소리 크기, 말의 속도는 내용 전달에 매우 중요하다.
- ③ 소송관계인에게 확실히 경어를 사용한다. 하대하는 말투를 중간에 섞어쓰는 것은 부적절하다.
- ④ 부드럽고 온화한 표정을 짓는다.
- ⑤ 소송관계인이 하는 말도 분명히 재판장에게 전달되도록 유도할 필요가 있다.



적법절차의 보장을 담보하기 위한 것이라는 위법배제설 등이 대립하고 있다.²²⁾ 대법원은 종래 허위배제설의 입장에서 자백의 임의성과 신빙성을 명확히 구분하지 않고 판단한 사례도 있지만 현재는 확고하게 절충설의 입장에 있는 것으로 보인다.²³⁾

그런데 위와 같이 증거능력이 부정되는 임의성이 문제되는 자백은 과거에는 주로 수사기관에서의 자백과 관련하여 논의되었으나 공판정에서의 자백도 여기에 포함된다(대법원 1981. 7. 28. 선고 80도2688 판결,²⁴⁾ 대법원 1984. 11. 8. 선고 94도1943 판결,²⁵⁾ 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도6783 판결²⁶⁾ 참조). 다만 공판정에서의 자백의 임의성이 부정된 사안은 위 판례 사안에서 보는 바와 같이 대부분 수사기관에 의하여 피고인의 진술과 관련된 자백의 임의성이 침해된 상태에서 계속해서 법정에서도 수사기관에서와 동일한 내용으로 진술한 것과 관련된 것이다.

그러나 실무에서 문제되는 사안이 반드시 그에 한정되는 것은 아닌 것으로 생각된다

22) 이재상(주 1), 526-530.

23) 피고인의 검찰에서의 자백이 잠을 재우지 아니한 채 폭언과 강요, 회유한 끝에 받아들인 것으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때에 해당한다면 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 그 피의자 신문조서는 증거능력이 없고, 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태에서 행하여진 자백은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니하여 재판의 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위 여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이다(대법원 1991. 1. 29 선고 98도3584 판결 참조).

24) 본건으로 하남호텔에 연행되어 여러 사람과 함께 감금되어 수사경찰관의 엄문에 못이겨 자술서를 작성 제출한 다음, 곧 검사로부터 피의자신문을 받아 허위자백을 하고, 교도소로 이감될 때 검사로부터 공소사실을 부인하지 말라는 협박과 다짐을 받았으며, 1심 공판정에서 부인을 하자 검사실에 불려가서 옥설과 힐문을 당하고 또 구내 콘셀에 끌려가 수사관으로부터 심한 구타를 당하였으며 당시 시행중이던 의료법에 의하면, 유죄판결을 받아도 의료업 종사에는 지장이 없으니 자백을 하여 석방되는 것이 상책이라고 변호인의 간곡한 권유가 있어 공판정에서 허위자백을 한 사안임.

25) 피고인이 군검찰부로 송치되고 난 뒤 피고인이 면회를 온 중대장에게 자신이 허위자백을 하였다는 취지의 이야기를 하자 피고인의 심경변화를 막기 위해 부대가 나서서 서둘러 금 50,000,000원에 이르는 거액의 합의금을 마련하여 피해자와 합의를 한 사실과, 피고인을 수사하였던 군헌병대가 위 공기총에 묻은 혈흔의 유전자형이 피해자의 것과 다르다는 취지의 국립과학수사연구소의 감정 결과(이는 피고인을 유력한 용의자로 지목하는 결정적인 증거였던 앞서 본 혈흔감정 결과를 뒤집는 것이다)가 피고인이 기소되기 훨씬 전에 통보되었음에도 불구하고 검찰관에게 그와 같은 감정 결과를 통보하지 아니하여 피고인은 위와 같은 감정 결과도 모른 채 검찰관 앞에서나 제1심 공판기일에서 자백한 사안이다.

26) ... (피고인) D는 ... 제1심 제1회 공판기일에 법정에서 공소사실을 전부 시인하였다... D가 체포된 이후 거의 일주일 동안 밤샘조사를 받은 것을 비롯하여 기소될 때까지 20여 일 동안 거의 매일같이 조사를 받았고, 기소된 후에도 수차례에 걸쳐 검찰청에 불려 다니면서 조사를 받은 점, D가 검사나 검찰직원으로부터 범죄사실을 자백하도록 또는 법정에서 공소사실을 번복하지 못하도록 회유와 협박을 받았다고 주장하고 있는 점, D가 공판기일 전날이나 당일에 검사실에 소환되어 수사검사로부터 진술을 번복하지 말도록 회유를 받은 사안이다.

다. 즉 법관의 재판진행, 법정언행 등을 통하여 직접적으로 피고인으로 하여금 임의성 없는 자백진술을 하게 하는 경우가 실제 있는 것으로 보인다. 물론 담당법관이 피고인에 대하여 직접적으로 고문·폭행·협박 등을 하고 이를 통하여 피고인으로부터 자백을 받는 경우는 상상하기도 어렵다. 다만, 형사소송법 제309조의 기타 방법으로 알려져 있는 “약속에 의한 임의성 없는 자백의 유형”은 공판정에서 법관의 피고인에 대한 법정언행, 법정태도 등에 따라 발생할 수 있는 유형이라고 생각되므로 아래에서 좀더 자세히 살펴본다.

약속에 의한 자백은 이익과 결부된 자백 또는 권유에 의한 자백이라고도 한다. 이와 같은 약속의 내용은 반드시 형사처벌과 관계있는 것임을 요하지 않고 일반적·세속적 이익도 포함된다. 다만 약속은 구체적이고 특수한 것임을 요하며, 단순히 진실을 말하는 것이 유리하다는 일반적인 약속으로는 족하지 않다.²⁷⁾ 실무적으로 법관이 부인하는 사건과 자백하는 사건을 처리하는 데 투입하는 역량(혹은 노력)을 비교하여 볼 때, 일단 부인하는 사건은 공판정에서 심리하는데 상당한 시간을 투여할 수밖에 없고, 또한 피고인의 주장에 대하여 납득이 갈 정도로 판단하여 이를 판결문에 표출하여야 하므로 판결문 작성시간이 자백사건에 비하여 크게 많이 든다. 필자가 형사단독 재판업무를 처리할 때 자백사건과 부인사건을 처리하는데 몸으로 체험하는 업무량의 차이는 같은 종류의 자백사건을 1이라고 할 때 부인사건의 경우에는 5-10에 달한다고 생각되었다(서울 근교의 형사항소부에서는 1개 재판부 당 매주 30건 정도의 판결을 선고한다. 이를 위해서 재판부의 배석판사, 부장판사들은 주당 2-3회 정도 야근을 하는 등 격무에 시달리게 마련이다. 그런데 서울동부지방법원에서 2008년도에 1심에서 피고인이 자백하고 검사만 양형부당으로 항소한 사건을 모아서 1주에 140건을 선고한 예가 있었는데 당시 재판부 구성원들은 별도의 야근을 하지 않았다고 한다). 뿐만 아니라 부인사건은 유죄로 인정되던 간에, 무죄로 인정되던 간에 전자의 경우에는 피고인이, 후자의 경우에는 검사들이 항소하여 자백사건에 비하여 항소율이 높아질 수밖에 없다. 이는 자신의 재판이 상급심에서 다시 심리 받는 것을 의미하며 하급심 재판을 담당하는 법관의 평판에 직결될 수도 있는 영역이다. 그래서 가급적 하급심 재판을

27) 이재상 534-535



담당하는 법관은 자신의 심급에서 사건이 종국되기를 희망하고 상소가 되지 않았으면 바라기 마련이다. 반면에 법관은 처리하는 사건의 양이나 질, 평판 등과 관계없이 공무원으로서 법관의 보수에 관한 법률 및 법관의 보수에 관한 규칙에서 정한 바에 따라 호봉에 따라 같은 수준의 보수를 받게 된다(법관의 보수에 관한 법률 제2조 및 별표 참조). 즉 아무리 어려운 사건을 처리해도 더 많은 경제적 이익을 취득할 수는 없다. 결국 투하하는 역량대비 결과물을 고려할 때, 법관은 부인하는 사건이 아닌 자백하는 사건을 처리하는 것이 훨씬 유리하고, 법관이 피고인에 대하여 자백을 유도하는 태도를 취할 사회·경제적 유인(誘引)을 가질 수밖에 없게 된다.

반면에 피고인과 변호인은 자백을 하는 경우에 사건을 부인하는 경우에 비하여 좀 더 유리한 양형을 받을 수 있다고 생각을 하는 것이 일반적이고 이러한 생각이 작금의 형사재판 현실과 다르다고 말할 수 있는 전문가는 없다. 오히려 자백하는 피고인과 부인하는 피고인 상호간에는 양형에 있어서 큰 폭의 차이를 두어야 한다고 주장하는 많은 전문가들 및 실무가들을 손쉽게 찾아 볼 수 있을 뿐이다. 뿐만 아니라 법원조직법 제81조의2 이하의 규정에 마련된 대법원 양형위원회의 양형기준에서 ‘피고인의 진지한 반성’이 감경요소로 참작되지 않는 범죄는 찾아보기 힘들다. 살인죄, 성폭력범죄, 강도범죄, 횡령·배임범죄, 위증범죄, 무고범죄 등 2010. 7. 15. 기준으로 양형기준이 설정된 범죄 중 뇌물범죄를 제외한 모든 범죄에서 ‘피고인의 진지한 반성’을 감경요소로 삼고 있다. 더욱이 대법원도 2001. 3. 9. 선고 2001도192 판결²⁸⁾로 『형법 제51조 제4호에서 양형의 조건의 하나로 정하고 있는 범행 후의 정황 가운데에는 형사소송절차에서의 피고인의 태도나 행위를 들 수 있는데, 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 보장되어 있으므로(헌법 제12조 제2항), 형사소송절차에서 피고인은 방어권에 기하여 범죄사실에 대하여 진술을 거부하거나 거짓 진술을 할 수 있고, 이 경우 범죄사실을 단순히 부인하고 있는 것이 죄를 반성하거나 후회하고 있지 않다는 인격적 비난요소로 보아 가중적 양형의 조건으로 삼는 것은 결과적으로 피고인에게 자백을 강요하는 것이 되어 허용될 수 없다고 할 것이나, 그러한 태도나 행위가 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거

28) 자세한 판례평석은, 범행의 부인과 양형, 대법원 판례해설, 제37호, 법원도서관, 김대영

가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작될 수 있다.』고 판시하여 일정한 경우에 부인하는 것은 가중적 양형의 조건으로 삼을 수 있음을 선언한바 있다.

이렇게 볼 때, 법관에게는 피고인으로 하여금 자백을 유인할 동기가, 피고인에게는 공소사실을 부인하였으나 유죄판결을 받을 경우에는 자백하는 경우보다 더 엄정한 형벌을 받을 수 있다는 외부적 조건이 갖추어진 상태에서 형사재판이 이루어지게 마련이다. 이런 상황에서 법관이 피고인에게 자백을 하게 되면 집행유예 등의 선처가 가능하다는 취지의 행동목표나 그와 같은 내용으로 해석할 수 있는 표현 등을 사용하게 되고 이러한 인식을 한 피고인이 자신이 자백을 하게 되면 집행유예 등의 선처를 받을 수 있다고 생각하여 굳이 사건을 부인하여 고난스럽고 위험한 길로 가지 않고 자백하는 것을 보는 것은 작금의 형사재판 실무에서 어려운 것이 아니다. 재판부가 소정의 혹은 법정에서 변호인이나 피고인 등에게 ‘이 사건을 다투는 궁극적인 이유가 집행유예 이상의 형을 선고받으면 신분상 불이익이 있기 때문 아닌가요?’라고 묻고 이에 피고인 등이 ‘억울한 면이 있지만 기본적으로는 그렇습니다. 재판부가 참작하여 주시면 인정하는 걸로 하겠습니다.’고 답하거나, 피고인만이 정식재판을 청구하여 불이익 변경금지의 원칙이 적용되는 고정사건을 처리하는 담당법관이 ‘결국 그와 같이 무죄로 볼 수 있는 사정을 감안해서 벌금을 깎아달라고 하는 것 아닌가요?’라고 묻고 이에 피고인이 ‘네, 그렇습니다. 벌금액수가 쟁점입니다’고 답한 경우에, 이를 담당하는 법관이 사건을 자백한 걸로 처리하고 이를 양형에서 고려하여 선처하는 것이다. 이는 전형적인 약속에 의한 자백으로 우리 법에서 금지하고 있는 것이고, 무죄를 다룰 피고인의 기본적인 권리를 침해하는 것이라고 할 것이다. 이는 담당법관이 형사소송의 실제적 진실발견의 이념을 포기하고 재판청구권을 가진 피고인의 권리를 침해하는 것으로서 매우 잘 못된 실무운영이라고 할 것이다. 비록 이와 같은 실무운영을 통하여 신속한 재판 혹은 사법자원의 투입역량의 조절이 가능해진다고 하더라도 이는 현행 형사소송법이 예정하지 않는 것으로서 결코 받아들일 수는 없는 것이다.

뿐만 아니라, 위에서 본 사안과 같이 약속으로 인한 임의성 없는 자백에 해당하지는 않지만 이와 유사한 방식으로 무죄를 다룰 피고인의 기본적인 권리를 침해하는 것으로서 흔히 이루어지는 사안들로 다음과 같은 것들이 있다. 예를 들어, 공소사실에



관한 인부절차에서 일부 공소사실만 부인하는 피고인에 대하여, 담당법관이 ‘굳이 대세에 영향이 있는 것도 아닌데 이것만 부인할 필요가 있는가요?’라고 말한다던가(양형에 영향이 있는 부분이 아니므로 자백해라), 피해자를 증인으로 채택하여 달라고 할 때 담당법관이 ‘피해자가 나와서 피고인에게 유리한 증언을 해줄까요? 결국 이 사건은 돈 문제가 아닌가요?’고 말한다던가(합의하고 자백하면 양형에서 선처가 가능하다는 취지), 피해자가 증인으로 나와서 증언을 한 후에 이를 반박하는 피고인에 대하여 ‘지금 피고인이 잘했다는 건가요? 피해자 입장에 서보세요!’라고 면박을 준다던가(자백하여 개전의 정을 갖추라는 취지)하는 것이 그것이다. 법관이 위와 같은 언행을 한다는 것은 법관이 특정한 약속을 한 것이 아니어서 우리 법에서 금지하는 약속에 의한 자백을 강요한 것이라고 볼 수는 없지만 무죄를 다룰 피고인의 기본적인 권리에 대한 상당한 제한 또는 침해하는 것으로서 피고인의 인권보장과 관련하여 문제의 소지가 크다고 할 것이다.

다. 피고인에게 형사소송절차에서 인정되는 권리와 소송지휘권의 갈등

소송지휘권이란 소송의 진행을 질서 있게 하고 심리를 원활하게 하기 위한 법원의 합목적적 활동을 말한다.²⁹⁾ 형사소송법 제270조는 『공판기일의 소송지휘는 재판장이 한다』고 하여 재판장의 소송지휘권을 규정하고 있다. 재판장의 소송지휘권의 중요한 내용으로는 공판기일의 지정과 변경(형사소송법 제267조, 제270조), 불필요한 변론의 제한(형사소송법 제299조), 석명권(형사소송규칙 제141조 제1항) 등이 있다.³⁰⁾ 뿐만 아니라 증거채부의 결정 및 증인신문의 실시 등도 원칙적으로 법관의 재량에 맡겨져 있는 것으로 이 역시도 소송지휘권에 포함된다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도8633 판결 참조). 다만 이와 같은 소송지휘권 역시 재량권의 한계를 넘어서는 자의적인 결정 등은 위법한 것으로 허용될 수는 없다(위 대법원 판결 참조). 그런데 피고인 등 소송관계인은 재판장 또는 법원의 소송지휘권에 대하여 복종할 의무가 있으나 반면에 법령위반이 있는 경우에 한하여 이의신청만을 할 수 있고(형사소송규칙 제136

29) 이재상(주 1), 441면

30) 이재상(주 1), 442면

조 참조), 불복할 수는 없다(형사소송법 제403조 참조).

1개의 공판기일에 여러 사건을 처리하는 담당법관으로서는 당연히 1개의 사건에 투입하는 역량을 비교적 최소화하려는 시도를 할 사회·경제적 유인을 가진다. 그런데 사건을 처리함에 있어서의 증인채택, 증거채택 및 속행기일의 지정 등은 1개의 사건에 투입하는 노력을 증가시키는 것으로서, 그렇지 않는 사건에 비하여 더 많은 노력을 기울여야 하고 담당법관으로서는 그와 같은 일을 하지 않고 사건을 종국 시키려는 유인을 갖게 마련이다.

반면에 무죄 등을 주장하는 피고인으로서는 담당법관이 좀 더 많은 증인과 증거를 채택하여 주고, 속행기일 등을 지정하여 주기를 바라는 것이 일반적이다. 우리 법제는 검사에 의한 공소제기 즉, 기소독점주의를 채택하고 있는바, 검사는 법관과 같은 임용 자격을 가진 법률전문가의 지위에 있다. 따라서 검사에 의하여 기소된 사건의 경우 대부분 기소단계에서만 보면 상당한 유죄의 증거 등이 수집되어 유죄판결을 받을 개연성이 농후한 것이 일반적이다. 결국 방어적인 지위에 있는 피고인이 공판단계에서 검사가 제출한 유죄의 증거들을 탄핵하고 새로운 증거를 제출하여 무죄를 받기 위해 적극적인 노력을 기울여야 하는 것이다. 그런데 피고인으로서는 수사기관이 아니어서 압수·수색이나 검증, 증인소환 등을 위한 강제력을 가진 조치를 직접 취할 수 없으므로 법원을 통한 그와 같은 증거방법의 채택에 기댈 수밖에 없다.

담당법관이 피고인의 관련성이 없거나 필요성이 없는 증인·증거 신청 등에 대하여 소송지휘권의 행사로서 이를 채택하지 아니할 수 있는 것은 분명하다. 또한 그 사건을 처리하는 담당법관이 증거불채택의 요건이 되는 ‘관련성이 없거나 필요성이 없다’는 판단을 할 수 밖에 없다. 그렇지만 담당법관으로서는 피고인의 절박한 처지에 대하여 심사숙고를 한 후에 피고인의 심정을 헤아리는 신중한 판단을 해야 한다. 또한 신중한 판단을 한 후에는 피고인에 대하여 ‘왜 그와 같은 증거방법을 채택하지 않았는지’에 관하여 자세한 설명을 해 주어야 한다. 그와 같은 노력을 다하였을 때에만 증거신청권을 가진 피고인에 대한 기본적인 권리를 합법적으로 제한하였다고 할 수 있는 것이다. 2012년도에 개봉하여 큰 히트를 친 영화 ‘부러진 화살’을 생각하여 보자. 당시 위 영화를 본 많은 지식인들, 사회비평프로그램들이 비판의 포커스를 삼은 것은 주인공인 김명호가 민사사건의 담당재판장을 향해 석궁화살을 쏜 것이 맞냐 아니냐의 문제가 아



나라 김명호 측의 증거신청에 대하여 별다른 설명 없이 이를 채택하지 않고 서둘러 재판을 종결한 재판진행 태도였다는 것이었음을 눈여겨 볼 필요가 있다.

라. 재판형태의 설정과 피고인의 인권보호 - 직권에 의한 국민참여재판회부의 문제

국민참여재판은 2007. 6. 1. 『국민의 형사재판 참여에 관한 법률』이 제정되고, 2008. 1. 1.부터 시행됨으로써 처음으로 우리나라 형사소송에 도입되었고, 2013. 2. 28.까지 2,325건이 신청 접수되어 그 중 893건이 국민참여재판으로 진행되었다.³¹⁾ 처음 제정당시 국민참여재판은 그 대상사건이 한정적이었으나,³²⁾ 이후 포괄적으로 개정³³⁾하여 현재는 대부분의 합의사건에 관하여 피고인이 신청할 경우에 국민참여재판

31) 국민참여재판현황, (2013. 3. 12.), 14면.

32) 국민의 형사재판 참여에 관한(2007. 6. 1. 법률 제8495호 제정된 것) 제5조(대상사건)

① 다음 각 호에 정하는 사건을 국민참여재판의 대상사건(이하 "대상사건"이라 한다)으로 한다.

1. 「형법」 제144조제2항 후단(특수공무집행방해치사), 제164조제2항 후단(현주건조물 등 방화치사), 제172조제2항 후단(폭발성물건파열 치사), 제172조의2제2항 후단(가스·전기 등 방류치사), 제173조제3항 후단(가스·전기 등 공급방해치사), 제177조제2항 후단(현주건조물 등 일수치사), 제188조 후단(교통방해치사), 제194조 후단(음용수혼독치사), 제250조(살인, 존속살해), 제252조(촉탁·승낙에 의한 살인 등), 제253조(위계에 의한 촉탁살인 등), 제259조(상해치사·존속상해치사), 제262조 중 제259조 부분(폭행치사), 제275조제1항 후단 및 제2항 후단(유기 등 치사), 제281조제1항 후단 및 제2항 후단(체포·감금 등 치사), 제301조(강간 등 상해·치상), 제301조의2(강간 등 살인·치사), 제305조 중 제301조·제301조의2 부분(미성년자간음추행 상해·치상·살인·치사), 제324조의4(인질살해·치사), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조 제2항 및 제3항(해상강도상해·치상·살인·치사·강간), 제368조제2항 후단(중손괴치사)
2. 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호(뇌물), 제4조의2제2항(체포·감금 등의 치사), 제5조제1호(국고 등 손실), 제5조의2제1항·제2항·제4항·제5항(약취·유인), 제5조의5(강도상해·치상, 강도강간), 제5조의9제1항·제3항(보복범죄), 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조제4항제1호(배임수재), 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조(특수강도강간 등), 제6조(특수강간 등), 제9조(강간 등 상해·치상), 제10조(강간 등 살인·치사)
3. 「법원조직법」 제32조제1항제3호에 따른 합의부 관할 사건 중 대법원규칙으로 정하는 사건
4. 제1호부터 제3호까지에 해당하는 사건의 미수죄·교사죄·방조죄·예비죄·음모죄에 해당하는 사건
5. 제1호부터 제4호까지와 「형사소송법」 제11조에 따른 관련 사건으로서 병합하여 심리하는 사건

② 피고인이 국민참여재판을 원하지 아니하거나 제9조제1항에 따른 배제결정이 있는 경우는 국민참여재판을 하지 아니한다.

33) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제5조(대상사건)

① 다음 각 호에 정하는 사건을 국민참여재판의 대상사건(이하 "대상사건"이라 한다)으로 한다.

1. 「법원조직법」 제32조제1항(제2호 및 제5호는 제외한다)에 따른 합의부 관할 사건
2. 제1호에 해당하는 사건의 미수죄·교사죄·방조죄·예비죄·음모죄에 해당하는 사건
3. 제1호 또는 제2호에 해당하는 사건과 「형사소송법」 제11조에 따른 관련 사건으로서 병합하여 심

이 가능하게 되었다. 그런데 최근 국민사법참여위원회는 2013. 3. 6. 국민참여재판 제도의 최종형태를 확정하여 이에 따라 『국민의 형사재판 참여에 관한 법률』의 개정을 추진할 예정인데,³⁴⁾ 이에 따르면 기존의 제도³⁵⁾와는 달리 법원이 피고인의 신청이 없는 경우에도 사법의 민주적 정당성과 투명성을 증진시키기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 법원의 직권 또는 검사의 신청에 따른 결정으로 국민참여재판에 회부하는 것이 가능하도록 규정되어 있다. 이와 같은 국민참여재판의 직권회부는 공판정에서의 피고인의 인권보호와 갈등관계에 있을 수 있다.

국민참여재판을 받는 피고인은 그렇지 않은 피고인에 비하여 여러 가지 면에서 실질적인 이익이 있다. 피고인이 사선변호인을 선임하지 아니하는 경우, 법원은 피고인에게 필요적으로 국선변호를 선정하여야 하고(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제7조), 국민참여재판 사건의 경우에는 다른 사건과 달리 국선변호인의 업무량 등을 고려하여 실무적으로 국선변호인을 2명을 지정하는 경우가 일반적이다(서울중앙지방법원 실무례). 또한 국민참여재판을 받은 피고인은 통상의 재판을 받는 피고인에 비하여 무죄를 선고받는 비율이 높다. 대법원이 2008년 국민참여재판이 시행된 이래 2009년까지 선고가 이루어진 159건의 판결을 분석한 결과에 의하면, 무죄가 선고된 사건은 14건으로 전체 8.8%에 달하여 같은 기간 형사합의사건 1심 무죄율 3.0%에 비해 2.9배 이상 높다.³⁶⁾ 이에 대하여 배심원들이 참여하는 국민참여재판의 경우 일반재판보다 더 신중하게 재판이 이루어지고 있다는 평가가 있고,³⁷⁾ 이에 따라 대법원도 『사

리하는 사건

② 피고인이 국민참여재판을 원하지 아니하거나 제9조제1항에 따른 배제결정이 있는 경우는 국민참여재판을 하지 아니한다.

34) 여미숙, 국민사법참여위원회 국민참여재판 제도의 최종형태 결정, (2013. 3. 6.), 3~4면.

35) 국민의 형사재판 참여에 관한 제8조(피고인 의사의 확인)

① 법원은 대상사건의 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 한다. 이 경우 피고인 의사의 구체적인 확인 방법은 대법원규칙으로 정하되, 피고인의 국민참여재판을 받을 권리가 최대한 보장되도록 하여야 한다.

② 피고인은 공소장 부본을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하여야 한다. 이 경우 피고인이 서면을 우편으로 발송한 때, 교도소 또는 구치소에 있는 피고인이 서면을 교도소장·구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에 법원에 제출한 것으로 본다.

36) 국민참여재판과 항소여하, 박미숙, 사법 13호(2010. 9.), 사법연구지원재단, 한국형사정책연구원 선임연구위원

37) 법률신문 2010. 3. 15.



법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입된 국민참여재판의 형식으로 진행된 형사공판절차에서, 엄격한 선정절차를 거쳐 양식 있는 시민으로 구성된 배심원이 사실의 인정에 관하여 재판부에 제시하는 집단적 의견은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의하에서 증거의 취사와 사실의 인정에 관한 전권을 가지는 사실심 법관의 판단을 돕기 위한 권고적 효력을 가지는 것인바, 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다.³⁸⁾고 판시한바 있다. 또한 양형상으로도 배심원의 양형의견과 선고한 형량이 90% 이상 유사하다는 점을 감안하면 별다른 불이익이 있다고도 할 수 없다.³⁹⁾⁴⁰⁾

그럼에도 불구하고, 피고인이 국민참여재판을 희망하지도 않았는데 이러한 재판 형태를 피고인에게 강제적으로 실시할 수 있도록 규정한 것은 피고인에 대한 인권침해요소가 다분하다고 할 것이다. 국민참여재판은 통상적으로 그렇지 않은 재판에 비하여 많은 이들이 관심을 받게 되고, 배심원으로 참석하는 많은 수의 일반인들이 피고인에 대하여 많은 것을 알 수밖에 없게 되고 피고인에 대하여 알게 되는 많은 정보들은 피고인의 사생활 영역에 있는 것이 대부분이다. 배심원들에 의한 이러한 피고인 정보의 전과가능성을 배제할 수는 없다. 즉 재판결과와 관계없이 피고인이 또다른 형태의 사실상 명예형을 집행 받을 가능성이 일반재판에 비하여 높게 되는 것이다. 또한 현재 예정하고 있는 직권회부사건들은 ‘사법의 민주적 정당성과 투명성을 증진시키기 위하여 필요’한 사건인바 이는 결국 국민적 관심이 지대하거나 다수의 사람들과 밀접한 이해관계가 있는 사건들인 것이다. 그런데 이와 같은 사건들의 특성상 재판에 회부

38) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결.

39) 법원행정처 사법정책실, 2008년-2011년 국민참여재판 성과분석, (2012. 2.), 24면.

40) 2013. 2. 28. 기준으로는 양형의견과 선고형량이 ± 1년 이내인 경우가 91.4%에 이른다(국민참여재판현황, (2013. 3. 25.), 21면).

되기 이미 이전에 언론에 노출이 되어 다수의 국민들이 이에 관한 특정한 의견을 가지고 있게 마련이고 이러한 상태에서 심리를 할 경우에 배심원으로 참여하는 일반인들로서는 직업법관에 비하여 공정하지 못한 심리를 할 가능성이 있다.

또한 국민참여재판이 항소되는 경우 그 결론이 바뀌는 것은 일반재판에 비하여 매우 드문 예인 것은 앞에서 본 바와 같다. 더욱이 현재의 추세가 더욱 강화되어 상급심에서 국민참여재판으로 진행된 사건에 관한 적극적인 판단을 유보한다면 피고인으로서의 사실상 1심 재판으로 모든 결론을 받게 되어 평등의 원칙을 침해받을 수도 있게 된다.

만일 국민사법참여위원회의 입법추진에 따라 피고인의 의사에 반하는 국민참여재판이 법으로 시행된다면, 담당법관으로서의 피고인의 의사에 반하는 국민참여재판의 실시는 이와 같은 악영향 등을 최대한 고려한 후에 신중하게 결정해야 할 것이고 그렇지 못할 경우 또다른 형태의 피고인의 인권을 침해하는 것이 될 수도 있을 것이다.

III. 결론

형사재판을 담당하는 법관의 재판절차진행 등과 피고인의 인권 상호간에 갈등이 직접적으로 발생할 수 있는 다수의 영역 등을 나열식으로 살펴보았다.

실무에서는 피고인 등 소송관계인이 판결결과 그 자체보다 공판절차에서 자신의 권리가 침해되었다는 이유로 불만을 표출하여 담당법관에 대한 기피 등을 신청하고 있으며 심지어는 담당법관과 국가 등을 상대로 하여 자신의 권리침해를 원인으로 손해배상을 구하는 민사소송 등을 제기하는 수가 상당수 있는 실정이다. 그와 같은 사건 대부분이 자신의 비합리적인 요구를 관철하기 위한 수단이거나 자신의 곤란한 처지에 대한 책임을 자신에게서 찾는 것이 아니라 제3자에게 돌리기 위한 방편으로 사용하는 것이 일반적이기는 하지만, 그와 같은 사건들이 다수 발생한다는 현실을 결코 가벼이 보아서서는 안 될 것이다.

공판중심주의의 정착으로 형사절차에서 법관의 역할은 대한민국 수립 이후 그 어느



시점보다 그 역할이 커졌다. 형사절차의 무게추의 중심이 과거 수사기관에서 현재는 법원으로 상당부분 옮겨져 와 어느 정도 균형이 잡혔다고 평가할 수 있다. 과거에는 법원은 수사기관에 의한 인권침해를 방지하는 것에 주된 관심이 있었다. 그러나 현재와 같이 법원의 역할이 커진 상태에서 법관에 의한 공판절차에서의 피고인의 인권보호도 무시할 수 없는 영역이 된 것이다. 공판정에서의 피고인의 인권보호라는 주제를 놓고 볼 때 과거에는 발생할 수 없어 생각하지 않았던 것, 혹은 과거에는 사소하여 별달리 생각하지 않았던 문제가 발생하고 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 그와 같은 영역의 문제는 국민의 사법신뢰라는 측면에서 결코 적은 것이라고 볼 수 없다. 사법부가 국민으로부터 신뢰를 받기 위해서는 그 본연의 업무인 재판을 잘 하는 것이고, 형사재판을 잘 하기 위해서는 그 재판을 받은 피고인의 기본적인 권리를 보호해서 피고인이 여한 없이 재판을 받았다고 평가할 수 있어야 하기 때문이다.

또한 법원이 이와 같이 보호해야 하는 피고인의 인권은 결코 실체적 진실과 긴장관계에 있는 것이 아니다. 형사소송의 목적 또는 이념으로서의 진실발견은 객관세계에 존재하는 실체적 진실을 발견하는데 있지 않고, 형사소송법 및 형사소송규칙에 따라 이루어지는 정형화된 절차에서 도출되는 절차적 진실을 추구하는 것이고, 이를 위해서는 형사소송을 형성해 나가는 주체인 피고인이 자신의 역할을 다할 수 있도록 그 기본적인 인권·권리 등을 보호해야 할 것이기 때문이다.

최근 형사재판을 담당하는 법관들의 법정언행이 언론에 많이 오르락내리락 하는 경우를 종종 볼 수 있다. 이는 사법부에 대한 국민의 신뢰를 저해하는 것뿐만 아니라 결국 형사소송의 양대 이념인 적법절차의 원칙을 훼손한 것이고 나아가 실체적 진실 발견에도 실패한 것으로서 법관으로서 각성이 필요하다.

안전, 범죄 그리고 형사절차

발 행 : 2013년 5월

발행인 : 김 일 수

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02) 575-5258

등 록 : 1990. 3. 20 제21-143호

인 쇄 : (주)이환기획인쇄

전화 (02) 764-1116

※ 자료집 내용의 무단복제를 금함

[비매품]