

경찰의 긴급수색에 관한 연구

경찰의 긴급수색에 관한 연구

치안정책연구소 수사구조개혁연구실

선임연구관 김 현 숙

목 차

제1장 서론	1
1. 연구의 목적과 방법	1
2. 수색의 개념과 요건	3
3. 수사상 수색의 대상	9
제2장 형사소송법상 영장에 의하지 않는 수색	10
1. 개관	10
2. 동의에 의한 수색	11
3. 긴급체포 등 신체구속에 수반되는 수색	14
4. 외국의 사례(미국)	24
5. 소결	48
제3장 경찰의 긴급출입권	50
1. 논의의 시작	50
2. 경찰관직무집행법 제7조의 제·개정논의	51
3. 경찰관직무집행법 제7조의 해석과 제문제	57
4. 특별법상 긴급출입권 조항	60
5. 소결	61
제4장 위치추적과 수색	65
1. 문제의 제기	65
2. 사례검토	68
3. 우리나라에서 위치추적과 관련한 문제들	76

4. 기타문제	88
5. 소결	89

제5장 결론	91
---------------------	-----------

참고문헌

제1장 서론

I. 연구의 목적과 방법

지난 2012년 4월 1일 밤 경기도 수원시 한 주택에서 살인사건이 발생했다. 피고인의 이름을 따 일명 ‘오원춘 사건’이라고 불린 이 살인사건에서 가장 문제가 되었던 부분은, 피고인이 납치한 피해자가 피고인의 눈을 피해 가까스로 문을 잠근 후 경찰의 112 신고센터에 신고하는데 성공하여 순찰차와 형사기동대가 수색활동을 펼침에도 불구하고 경찰이 늦은 밤 위치추적한 지역에 있던 가택을 수색하는 것을 주저해서 신고당시 살아있던 피해자가 살해 후 시신까지 무참하게 훼손당한 결과를 가져오게 되었다는 데 있었다.

그렇다면 우리나라에서 수색은 어떠한 경우에 이루어지고 있을까. 우리 형사소송법과 헌법에서는 임의수사와 강제수사에 대한 조항을 두고 있다. 즉, 신체구속을 수반하는 체포나 구속과 같은 대인적 처분과 압수, 수색, 검증 같은 대물적 처분의 경우를 모두 규범화하고 있다. 인간은 본래 신체의 자유나 재산권과 같은 기본권을 가지고 있으며, 국가는 이를 특별한 사유가 없는 한 보장하여 주어야 한다. 그러나 때에 따라서는 그 기본권을 침해할 수 밖에 없는 상황에 발생하게 되는데, 자신이 범죄자가 되는 경우와 범죄 등으로 인하여 주변사람의 기본권을 침해할 수 있는 두가지 경우로 나누어서 생각해 볼 수 있다.

먼저 범죄를 저지른 범죄인에 대하여 실체적 진실발견을 위하여 수사를 하는 경우에는 적법한 절차에 따라야 한다. 사람의 신체에 대한 체포

또는 구속은 중대한 기본권 침해행위에 해당하기 때문에 절차적 정당성을 가지고 있어야 하는데, 이것이 영장주의¹⁾이다. 수색의 경우도 마찬가지로 수사기관이 범죄수사에 필요한 때에 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 수사상 수색을 할 수 있다(형사소송법 제215조 제1항 및 제2항 참조). 압수·수색 등의 대물적 강제처분의 경우에도 헌법이 보장하고 있는 재산권이나 주거권 등의 기본적 인권을 침해²⁾하게 되기 때문에 이러한 충돌하는 양자의 이익을 어떻게 조화시킬 것인지는 우리가 해결해야 할 가장 중요한 형사정책적 문제라고 볼 수 있다.

2011년 개정 형사소송법은 종전의 규정이 ‘범죄수사에 필요한 때’라고 막연히 규정하고 있던 수색의 요건을 보다 구체화하였다. 즉 수색은 1) 범죄수사에 필요한 때에, 2) 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있고, 3) 해당 사건과 관계가 있다고 인정될 수 있는 것에 한정하여 4) 영장주의의 통제하에 허용된다.

그러나 때로는 긴급한 상황이 발생할 수도 있다. 현행범으로 체포되거나 긴급체포된 용의자 또는 피의자의 몸에서 중요한 증거를 찾기 위하여 수색하여야 할 수도 있고, 위의 오원춘 사건처럼 긴급한 상황에서 ‘타인의 사생활’이라는 중대한 기본권을 침해하더라도 그보다 중한 ‘타인의 생명권’을 지켜야 하는 경우도 발생할 수 있다. 또한 범죄의 혐의가 있다고 의심할만한 정황이 있고, 증거가 쉽게 사라질 우려가 있는 때에도 수색을 통하여 증거를 확보할 필요가 있다. 이 보고서에서는 이러한 때

1) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 95면: 영장주의란 “법관이 적법한 영장에 의하지 않고서는 수사상 필요한 강제처분을 할 수 없다는 원칙”이라고 정의하고 있다. 형사소송법 제정당시 영장주의의 도입과정에 관한 연구로는 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구: 1954년 형사소송법의 성립을 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문, 2001을 참고바람.

2) 이은모, “긴급체포 및 긴급체포시의 압수·수색·검증제도의 문제점에 대한 검토”, 법학논총 제22집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2005.6, 33면.

에 각각 우리 법상으로 수색을 행할 수 있는지에 대해서 검토하고자 한다. 더불어 수색의 한 형태로서 최근 긴급출입권과 함께 이슈가 되고 있는 위치추적에 대해서도 검토해보고자 하였다.

2. 수색의 개념 및 요건

가. 수색의 개념

수사상 수색은 ‘압수할 물건이나 피의자를 발견할 목적³⁾으로 수사기관이 사람의 신체나 물건 또는 일정한 장소에 대하여 행하는 강제처분⁴⁾을 의미한다. 헌법 제12조 제3항에서도 ‘수색’을 행할 때에는 영장이 필요하다는 점을 명시하고 있다. 일반적인 의미에서 수색은 ‘어떤 물건을 뒤져 살펴봄’ 또는 ‘실종된 사람이나 잃어버린 물건을 찾기 위하여 이리저리 더듬어 살핌’이라는 뜻을 지닌 단어이다. 그리고 영어로는 -정확히 1:1은 아니지만- ‘search’가 그에 해당한다. 그런데, 이것이 법적 개념이 될 때에는 ‘압수’나 ‘체포’ 같은 사람의 권리를 침해하는 요소가 함께 작용하게 되기 때문에 강제수사가 되어 필요최소한도 내에서 법적 절차와 요건에 따라 집행되어야 한다.

주로 수색은 압수와 함께 행해지고 실무상으로도 압수수색영장이라는

3) 서일교, 형사소송법강의, 제일문화사, 1957, 121면에서는 예외적으로 “증거물 또는 몰수할 물건을 발견할 목적으로 사람의 신체, 물건, 주거 기타 장소에 대하여 강제력을 행사하는 재판 및 그 집행”이라고 정의하고 있는데, 공판정에서 행하는 수색까지 포함하여 개념을 규정하고 있다(같은 개념정의: 옥항남, 신형사소송법해의, 지구당, 1954, 111면). 그러나 여기에서는 수사와 관련한 수색만으로 한정하고, 사람을 발견할 목적으로 하는 강제처분도 수색에 포함시켜 설명하였다.

4) 배중대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 179면; 신동운, 신형사소송법(제3판), 법문사, 2011, 296면; 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 220면; 임동규, 형사소송법(제6판), 법문사, 2010, 214면 등.

단일영장을 사용하고 있다. 그러나 엄밀히 말하면 압수와 수색은 그 법적 성질을 달리하며 시간적으로 수색이 압수에 선행하는 것이 보통이고, 강제수사는 필요한 최소한의 범위 안에서만 해야 한다는 강제수사비례의 원칙에 비추어 볼 때 수색과 압수는 구별하여 검토할 필요가 있다.⁵⁾

나. 수색의 공통요건

1) 범죄혐의

수색도 수사인 이상 수사상 신체구속과 마찬가지로 범죄혐의가 있어야 한다. 형사소송법은 ‘범죄수사에 필요한 때’라는 표현을 통하여 이를 밝히고 있다(법 제215조 제1항 및 제2항). 범죄혐의가 없다면 처음부터 수사를 개시할 수 없기 때문이다(법 제195조, 제196조제2항 참조). 종래에는 구속과 압수·수색간의 범죄혐의의 차이점에 대하여 구별설과 비구별설이 대립하고 있었다. 즉, 우선 양자는 모두 수사상 강제처분이므로 피의자의 사생활, 재산권 등을 침해하는 점에서는 차이가 없으나, 형사소송법규칙이 압수영장의 기재사항으로 피의사실의 요지를 들고 있는 점을 이유로 압수·수색의 범죄혐의도 구속과 마찬가지로 고도의 개연성이 있어야 한다는 비구별설을 취하는 견해⁶⁾와 범죄혐의는 구속보다 낮은 정도의 범죄혐의로 충분하다고 보는 구별설의 입장을 취하는 견해⁷⁾가

5) 신동운, 신형사소송법(제3판), 법문사, 2011, 296-297면

6) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 286면; 차용석, 형사소송법, 세영사, 1997, 193면; 아울러 이재상, 신형사소송법(제2판), 2008, 20/5와 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 184면은 그 밖에도 형사소송법이 구속에 관해서만 죄를 범했다고 의심할만한 상당한 이유를 명시적으로 규정하고 있다는 점과 구속영장에는 죄명뿐만 아니라 피의사실의 요지까지도 기재하지만, 압수·수색·검증영장에는 죄명만을 기재하도록 하고 있다는 점을 이유로 들어 구별설의 입장을 취하기도 하였다.

7) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 180면: 따라서 압수·수색은 수사를 개시할 정도의 범죄혐의, 즉 ‘구체적 범죄혐의’로 충분하

있었다.

그러나 2011년 개정 형사소송법은 구별설의 입장에서 논란을 입법적으로 해결하였다⁸⁾. 형사소송법은 체포와 구속에 관하여는 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유’를 요구하고 있다(법 제200조의 2 제1항, 제201조 제1항). 이에 대해 개정 형사소송법 제215조는 수색에 대해 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있을 것’을 요구하고 있다. 단순히 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황을 요구하여 범죄혐의의 정도에 차이를 두는 이유로는 수색이 실무상 체포·구속에 앞서서 행해지는 일이 많다는 점과 대물적 강제처분이 대인적 강제처분에 비하여 기본권 침해의 정도가 상대적으로 약하다는 점을 들 수 있을 것이다. 범죄혐의의 정도가 입법적으로 완화됨에 따라 수색의 요건으로서의 범죄혐의는 최초의 혐의 또는 단순한 혐의로 족하다고 판단된다.

2) 필요성 요건

수사상 수색은 ‘범죄수사에 필요한 때’에 할 수 있다(법 제215조 제1항, 제2항). 이 경우 필요성이란 수색에 의하여 취득되는 목적물의 증거로서의 가치 및 중요성을 의미한다. 수사상 수색의 필요성은 대상물이 어떠한 증거로 사용될 것인가에 좌우된다고 할 수 있다. 즉, 수색은 압수할 물건을 발견하기 위한 것이어야 한다. 증거로 예상되는 대상물을 직접증거, 간접증거, 정상관계 증거의 순으로 분류해 본다면, 수사상 수색의 필요성은 대체로 그에 따라 줄어든다고 말할 수 있다. 수색은 증거물의 확보를 통해 형사절차를 관철하고 판결의 집행을 확보하기 위한 것이기 때문이다.

수색의 목적물이 간접증거나 정상관계 증거인 경우에는 수색의 필요성

다고 본다.

8) 신동운, 신형사소송법(제4판), 2012, 356면.

요건을 보다 신중하게 심사할 필요가 있다. 특히 당해 목적물이 수색의 ‘해당사건’과 다른 범죄사실의 증명에 도움이 되는 것인 때에는 별건 수색으로 변질되지 않도록 필요성 요건의 심사에 유의할 필요가 있다.

수사상 수색의 필요성은 제1차적으로 수사기관의 관점에서 접근하게 될 것이다. 따라서 사법경찰관의 직무상 경험이나 전문지식은 수색의 필요성을 판단함에 있어서 중요한 참고자료가 될 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 필요성 요건 심사를 사법경찰관의 자의적 판단에 맡기는 것은 아니며, 최종적으로 법관이 합리적 평균인의 관점에서 판단하여야 한다.⁹⁾ 수사상 수색의 필요성은 범죄의 형태와 경중, 대상물의 증거가치, 그 중요성 및 멸실의 우려, 처분을 받는 자의 불이익의 정도 등 제반사정을 고려하여 결정해야 한다.

3) 관련성 요건

수사상 수색은 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’ 이를 행할 수 있다(법 제215조 제1항 및 제2항). 이러한 제한을 가리켜서 수색의 관련성 요건이라고 한다.

원래 증거법적 의미에서 말할 때 ‘관련성’이란 어느 증거가 문제되고 있는 사실의 증명과 연관되어 있으며 또 이를 증명할 수 있는 최소한의 힘이 있음을 의미한다. 증거법상 관련성 요건은 증거의 증거능력을 검토하기 위한 전제조건으로 요구되는 것이다. 수사상 수색에 의하여 획득된 증거도 공판절차에서 사실의 증명을 위하여 사용될 것이므로 문제되는 사실의 증명과 관련을 맺고 있어야 함은 물론이다.

즉, 형사소송법 제109조는 피고인 또는 피의자의 신체·물건·주거 또는

9) 신동운, 신형사소송법(제4판), 2012, 357면.

기타 장소에 대한 수색에는 그 밖의 자에 대한 수색과 달리 압수할 물건이 있는 경우라는 조건을 붙이지 않고 있는데, 수색의 본질상 같은 제한이 있는 것으로 해석하는 것이 옳다고 본다.

그런데 형사소송법 제215조에서 새로이 명시된 관련성 요건은 증거법의 일반적 의미를 넘어서서 피의자의 방어권 보장과 관련하여 중요한 의미를 가진다는 점에 주목할 필요가 있다. 애당초 2011년 개정 형사소송법이 관련성 요건을 명시한 것은 수색이 증거수집의 범위를 넘어서서 상대방의 사생활 비밀 등 기본권을 함부로 침해하는 것을 방지하기 위함이었다. 이 때문에 수색의 관련성 요건 심사는 그 전제가 되는 ‘해당사건’의 범위 설정에 보다 많은 비중을 두게 된다.

어떠한 목적물이 범죄수사에 필요하다는 판단만으로는 바로 수사상 수색이 허용되지 않는다. 목적물에 대한 수색의 필요성은 수색에 대한 최소한의 관련성을 담보할 수 있는 정도에 이르지 않으면 안된다. 명백하게 수사상 수색의 관련성이 인정되지 않는 경우라면 수사기관의 입장에서 필요성이 있다고 판단되는 대상물이라 할지라도 수색은 허용되지 않는다.

영장청구를 받은 판사는 관련성이 없는 경우에 수색영장을 발부해서는 안된다. 수사기관은 ‘해당사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’ 수사상 수색을 할 수 있다(법 제215조 제1항 및 제2항). 피의자나 변호인은 수색영장의 집행에 참여하여(법 제219조, 제121조, 제145조) 관련성 없는 물건에 대한 수색에 대해 이의를 제기할 수 있다. 관련성 없이 수집된 증거물은 위법하게 수집된 증거로서 원칙적으로 증거능력이 부정된다(법 제308조의2).

수사상 수색은 ‘해당사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’ 이를 행할 수 있다(법 제215조 제1항, 제2항). 따라서 관련성 요건은 ‘해당사건’을 전제로 하는 개념이다. 여기에서 관련성 요건의 출발점이 되는 ‘해당사건’의 범위설정이 문제된다. 이에 대해서는 몇 가지 기

준을 모색해 볼 수 있다.

첫째, 관할과 관련하여 형사소송법 제11조가 규정하고 있는 ‘관련사건’을 기준으로 하는 방법이다. 둘째, 수사절차와 공판절차 전체를 관통하는 소송물 개념에 따라 형사소송법 제248조 제2항이 규정하고 있는 ‘범죄사실’을 기준으로 하는 방법이다. 원래 범죄사실이란 검사가 법원에 심판을 구하여 공소를 제기한 전체 범죄사실이다. 수사절차에서는 검사가 법원에 심판을 구하여 공소를 제기할 가능성이 있는 전체 범죄사실을 의미하게 된다.

셋째, 검사가 적용을 구하는 법적 구성요건에 대입하여 재구성한 사실로서 수색의 원인이 된 사실을 말한다. 일본 형사소송법에서 말하는 소위 ‘소인’에 준하는 개념이라고도 할 수 있다. 법적 구성요건에 대입하여 재구성한 사실이므로 앞의 관련사건이나 범죄사실에 비하여 ‘해당사건’의 범위가 크게 축소된다.

4) 비례성 요건

형사소송법 제215조는 수사상 수색의 요건으로 범죄혐의, 필요성, 관련성의 세 가지 요건을 명시하고 있다. 여기에 추가하여 형사소송법 제199조가 규정한 강제수사비례의 원칙에 주목할 필요가 있다. 수사의 목적을 달성하기 위하여 수색이 필요하다고 하더라도 수색은 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다(법 제199조 제1항 단서). 즉 수색의 필요성과 관련성 요건이 인정되더라도 수색의 비례성 요건이 추가로 요구되는 것이다.

수색이 비례성의 범위 내에 있다는 판단을 내리기 위해서는 1) 임의수사로써 같은 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 않고(보충성원칙), 2) 증거물이나 몰수물의 수집·보전에 불가피한 범위에 그쳐야 하며(최소침해원칙), 3) 수색에 의한 기본권침해는 피수색자가 받게 될 다양

한 불이익의 정도와 균형관계를 이루어야 한다(균형성원칙).¹⁰⁾ 이러한 요건이 갖추어지지 않은 경우에는 수색이 허용되지 않는다고 볼 것이다.

3. 수사상 수색의 대상

수사기관은 필요한 때에는 피의사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피의자의 신체, 물건 또는 주거 그 밖의 장소를 수색할 수 있다. 피의자가 아닌 자의 신체, 물건, 주거 기타 장소에 관하여는 압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여 수색할 수 있다(법 제219조, 제109조 제1항 및 제2항). 수색의 경우는 압수와 달리 피의자나 피의자 아닌 자의 신체를 대상으로 할 수 있다.

군사상 비밀을 요하는 장소에 대한 수색은 압수의 경우와 마찬가지로 제한이 있다(법 제219조, 제110조). 형사소송법은 공무상 비밀 및 업무상 비밀에 대하여는 압수금지만을 명시하고 있으므로(법 제219조, 제111조, 제112조) 군사상 비밀의 경우와 비교해 볼 때 공무상 비밀 및 업무상 비밀에 해당하는 물건의 수색은 그 자체로 허용된다¹¹⁾고 볼 것이다.

10) 대법원 2004. 3. 23. 선고 2003도126 결정 참조. “형사소송법 제215조에 서 ‘범죄수사에 필요한 때’라 함은 단지 수사를 위해 필요할 뿐만 아니라 강제처분으로서 압수를 행하지 않으면 수사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 말하고, 그 필요성이 인정되는 경우에도 무제한적으로 허용되는 것은 아니며, 압수물이 증거물 내지 몰수하여야 할 물건으로 보이는 것이라 하더라도, 범죄의 형태나 경중, 압수물의 증거가치 및 중요성, 증거인멸의 우려 유무, 압수로 인하여 피압수자가 받을 불이익의 정도 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다”.

11) 신동운, 신형사소송법(제4판), 2012, 336면.

제2장 형사소송법상 영장에 의하지 않는 수색

1. 개관

수사의 방법에는 임의수사와 강제수사가 있다. 임의수사란 임의적인 조사에 의한 수사, 즉 강제력을 행사하지 않고 상대방의 동의나 승낙을 받아서 행하는 수사를 말한다. 임의수사와 강제수사를 나누는 기준에 대하여 형식설, 적법절차기준설, 실질설의 대립이 있으나 우리나라의 수사는 임의수사가 원칙이라는 점에 대해서는 이견이 없어 보인다. 따라서 수사는 원칙적으로 임의수사에 의하고 강제수사는 법률에 규정된 경우에 한하여 허용된다는 임의수사의 원칙에 따라 수사를 해야 하는 것이다. 이 임의수사의 원칙은 1) 수사는 임의처분에 의하여야 한다는 수사방법의 일반원리, 2) 임의수사도 필요한 한도에서 허용되어야 한다는 수사비례의 원칙, 3) 강제처분은 법률에 규정이 있는 경우에 예외적으로 허용된다는 강제처분법정주의 또는 강제수사법정주의를 그 내용으로 한다.¹²⁾

우리 형사소송법은 2007년 개정을 통하여 임의수사원칙을 더욱 강조하기 위하여 제198조 제1항에서 “피의자에 대한 수사는 불구속상태에서 함을 원칙으로 한다”는 명문의 규정을 신설하였다. 이 경우 강제수사는 대부분 대인적 강제처분을 의미하기는 하나, 특히 수색과 관련해서는 대상자의 동의나 승낙이 있었는지 여부가 임의성과 강제성을 구별하는데 중요한 기준점이 될 수 있다.

형사피의자는 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정되는데(헌법

12) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 221면.

제27조 제4항), 형사소송법의 기본원칙인 적법절차의 원칙에 비추어 볼 때 아무리 임의수사라 할지라도 수사기관은 최소한도의 법적 절차를 준수하여야 한다. 따라서 강제수사를 하는 경우에는 형사소송법에 특별한 규정이 없으면 하지 못하도록 하고 있는 강제수사법정주의를 우리 형사소송법이 채택하고 있는 것이다. 즉 기본적 인권의 제약을 의미하는 강제수사는 형사소추권의 행사과정에서 불가피하게 발생하는 필요악이므로 이를 최소한으로 한정시키는 법적 규제장치가 필요하다.¹³⁾

한편 형사소송법은 영장에 의하지 아니한 수색으로 1) 수사상 신체구속에 수반하여 이루어지는 수색(법 제216조 제1항), 2) 현행범 상황하에서 이루어지는 수색(법 제216조 제3항 1문), 3) 긴급체포후 24시간 이내의 수색(법 제217조 제1항)을 규정하고 있다. 이 세가지의 경우를 가리켜서 긴급수색이라고 한다.

2. 동의에 의한 수색

가. 개관

상대방의 동의나 승낙에 기하여 행하는 수색을 형사소송법 제199조 제1항 본문의 임의수사로 볼 것인가 아니면 동조 단서의 강제수사로 볼 것인가 하는 문제에 대하여는 임의동행의 경우와 같은 취지에서 동의 또는 승낙이 있더라도 수색은 강제수사로서의 성질을 잃지 않으므로 임의수사로 볼 수 없다는 견해¹⁴⁾와 동의 또는 승낙의 임의성이 인정되는 경우에는 임의수사로 볼 수 있다는 견해¹⁵⁾가 각각 주장되고 있다.

13) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 187면.

14) 차용석·최용성, 형사소송법(제3판), 2008, 197면.

15) 권오걸, 형사소송법, 2010, 229면; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법(제3판), 법문사, 2011, 105면; 이은모, 형사소송법(제2판), 2011, 210

동시에 의한 수색은 그 동의의 임의성이 인정되는 한 임의수사로서 허용된다고 보아야 할 것이다. 물론 경찰관직무집행법상 동행요구의 요건을 갖추지 아니하는 한 임의동행의 경우는 임의수사성을 인정할 수 없는 것은 물론이나, 수색의 경우 직접적 신체구속을 수반하는 것은 아니고, 형사소송법도 영장에 의하지 아니하는 수색을 제216조 이하에서 예외적으로 허용하고 있으며, 임의제출물에 대한 압수를 허용하는 제218조 규정을 두고 있기 때문에 동시에 의한 수색은 인정된다고 본다.¹⁶⁾

동시에 의한 수색을 직접 다룬 대법원 판례는 없다. 동시에 의한 수색시 수사기관이 동의를 거절할 권리가 있다는 사실을 고지해야 하는지에 대해서는 이를 고지해야 한다는 견해¹⁷⁾가 존재할 뿐이다.

영국의 경우에는 수색의 요건에 필요한 합리적인 의심이 없는 경우에도 경찰의 요구에 의하여 대상자의 수색에 동의한 경우에 수색이 가능하고 적법한지가 문제되었는데, PACE에는 명시적인 규정을 두고 있지 않으나, 실무규칙(Code A 1.5)에서 이를 금지하고 있다. 즉, 사람이 수색에 응할 준비가 되어 있는 경우에도 수색의 법적 요건이 충족되지 않으면 수색할 수 없도록 하고 있는데 그 이유는 경찰관이 법 규정의 적용을 회피하는 수단으로 대상자에게 수색의 동의를 받아 수색을 하는 것을 금지하기 위한 것이라고 한다.¹⁸⁾

나. 동의의 유효성

면; 임동규, 형사소송법(제7판), 2011, 165면; 정웅석·백승민, 형사소송법(정제4판), 2011, 154면 등.

16) 같은 취지로 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 201면.

17) 조국, “압수수색의 합법성 기준 재검토”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003, 776면.

18) 이영돈, “영국의 경찰과 형사증거법상(PACE) 경찰의 정지·수색권”, 경찰법연구 제8권 제2호, 2010, 35면.

동시에 의한 수색이 임의수사로서 인정되기 위해서는 동의의 임의성이 전제되어야 한다. 그런데 이 동의의 임의성은 수사기관이 영장주의의 제약을 회피하려는 시도로서 이용될 여지가 있기 때문에 엄격하게 해석되어야 할 것이다. 즉, 동의의 임의성을 판단함에 있어서는 당해 수색의 필요성 및 동의의 강제 유무를 고려하여야 한다.¹⁹⁾

동의의 임의성 여부는 ‘외부로부터 부당한 영향이나 압력’이 가해졌는지 여부를 중심으로 판단할 수 있다.²⁰⁾ 다시 말해 상대방의 동의는 사물의 성질과 의미를 파악할 수 있는 정신상태하에서 행해져야 하며, 기만에 의한 동의의 유도는 허용될 수 없다. 다만, 상대방이 스스로 수색의 목적을 오인한 경우에는 동의의 유효성이 계속된다고 볼 수 있다. 동시에 의한 수색이나 검증에 있어서도 동행요구와 관련하여 경찰관직무집행법 제3조가 규정한 각종 고지규정들²¹⁾이 준용되어야 할 것이다.

다. 계좌추적과 영장주의

수사상 수색과 비슷하지만 구별되는 것으로 금융거래계좌의 추적이 있다. 특히 뇌물죄나 돈세탁 행위와 관련된 범죄의 수사에 있어서 널리 사

19) 안성수, “당사자의 동의에 의한 압수수색”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 2008.6., 328면.

20) 심희기, “[형사중요판례연구] 임의동행의 임의성의 판단기준, 임의출석 참고인의 긴급체포의 적법성”, 고시연구 2006.11, 99면.

21) 경찰관직무집행법 제3조(불심검문) ④ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 질문하거나 동행을 요구할 경우 경찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 한다. [개정 91·3·8]

⑤ 제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인의 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다.

용되는 계좌추적의 기법에 대하여 종래에는 법적 규정이 없었기 때문에 동의에 의한 수색으로 이를 합법화할 수 있는가가 문제되었다.²²⁾ 헌법이 사생활의 비밀과 자유를 기본권으로 보호하고 있는 상황에서 예금주 등의 동의 없이 금융기관 측의 동의만으로 계좌를 추적하게 하는 것은 기본권 침해의 소지가 없지 않다. 이러한 문제점을 해소하기 위하여 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’은 금융기관 종사자에 의한 정보의 누설이나 금융기관 종사자에 대한 정보제공의 요구를 원칙적으로 금지하면서 예외적인 경우에만 정보의 제공을 허용하고 있다(동법 제4조 제1항 본문·단서). 이 법률은 법관이 발부한 영장에 의하여 금융거래의 정보 제공을 요구하는 예외규정을 둬으로써(동법 제4조 제1항 단서) 계좌추적이 강제수사에 해당함을 분명히 밝히고 있다. ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’은 법관의 영장발부절차에 대하여 구체적인 규정을 두고 있지 않으나 수사기관이 행하는 금융거래의 계좌추적은 수사상 수색의 특수한 경우라고 볼 수 있으므로 수색영장의 발부와 집행에 관한 형사소송법의 규정이 준용된다고 볼 것이다.

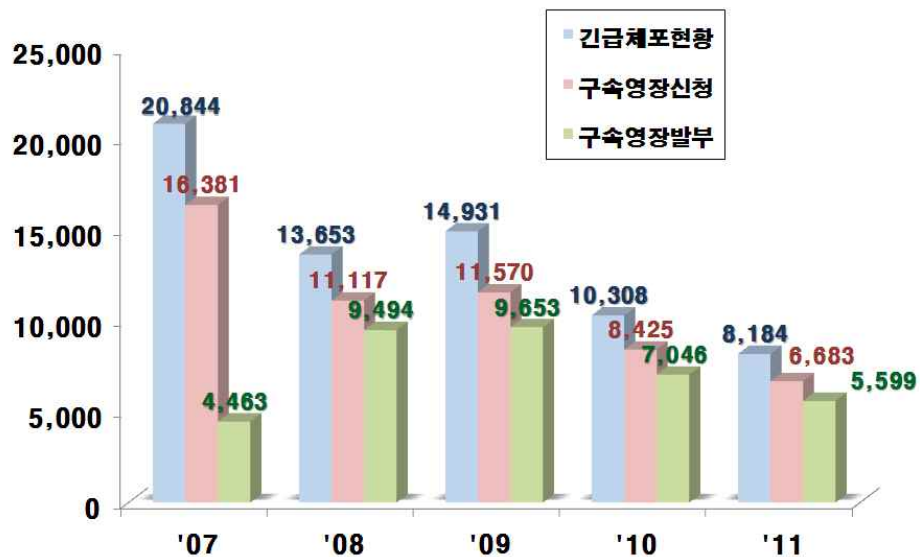
따라서 금융회사 등이 명의인의 서면상의 동의를 받아 거래정보 등을 제공한 경우나 법관이 발부한 영장 등에 의하여 거래정보 등을 제공한 경우에는 원칙적으로 제공한 날로부터 10일 이내에 제공한 거래정보 등의 주요내용, 사용목적, 제공받은 자 및 제공일 등을 명의인에게 서면으로 통보하여야 한다(동법 제4조의2 제1항). 다만 예외적으로는 통보유예 및 유예기간의 연장이 일정한 조건하에 허용된다(동조 제2항, 제3항).

3. 긴급체포 등 신체구속에 수반되는 수색

경찰의 긴급체포건수는 최근 3년간 꾸준히 감소하는 추세를 보이고

22) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 336면.

있다. 아래 그림에서도 알 수 있듯이 2009년 14,730건을 기점으로 2010년에는 10,308건으로 30%가량 감소하였으며, 2012년 10월 현재 작년과 비교하여 약 30%가량 감소하였다. 긴급체포를 하는 경우에는 구속영장을 신청하게 되는데 영장신청건수대비 발부건수는 일정한 정도(83% 내외)를 유지하고 있다.



가. 체포현장의 의미

검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 수색을 할 수 있다(법 제216조 제1항 2호). 위 규정에서 형사소송법은 ‘체포현장’이라는 표현을 사용하고 있는데, 구속영장을 집행하는 경우에 피의자의 신체동작을 제압하는 ‘체포’가 일어나게 되므로 ‘체포현장’에는 ‘구속현장’도 포함된다고 할 것이다. 영장 없는 수색의 근거가 되는 ‘체포 또는 구속’에는 체포영장에 의한 체

포(법 제200조의2), 긴급체포(법 제200조의3), 현행범체포(법 제212조)와 구속영장에 의한 구속(법 제201조)이 모두 포함된다(법 제216조 제1항).

체포·구속현장에서 영장없이 수색을 행하는 경우에 급속을 요하는 때에는 주거주나 간수자 등의 참여(법 제123조 제2항) 및 야간집행의 제한(법 제125조)에 관한 규정이 적용되지 않는다(법 제220조). 소위 요급사건의 특례가 인정되고 있는 것이다. 그러나 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 수색이 행해지는 경우에는 요급사건의 특례가 적용되지 않는다.²³⁾

나. 체포·구속과 관련한 수색의 성질

1) 부수처분설

부수처분설은 피의자에 대한 체포·구속의 현장에서 행하는 수색에는 영장을 요하지 않는다고 본다.²⁴⁾ 부수처분설은 그 이유를 설명함에 있어서 체포영장(법 제200조의2) 또는 구속영장(법 제201조)이 이미 발부되어 있거나 또는 앞으로 구속영장의 발부가 예상되는 긴급체포(법 제200조의4)나 현행범체포(법 제213조의2)의 경우에는 “대는 소를 겸한다”는 원리가 적용한다고 본다. 수사절차상 기본권침해의 가장 강력한 형태는 체포·구속이다. 체포영장 또는 구속영장이 신체구속을 허용하고 있는 이상 신체구속에 관한 영장이 수색영장의 권리보호 기능까지도 수행한다고 보는 것이 부수처분설이다.

23) “요급사건”의 도입과정에 대하여는 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1)-초기 법규정의 정비를 중심으로”, 서울대 법학 제42권 제1호, 2001, 178-230면 참조.

24) 노명선·이완규, 형사소송법(제2판), 2011, 286면.

부수처분설을 보다 실질적으로 설명하고자 하는 견해로 합리성설이 있다. 체포영장은 증거의 존재 개연성이 높기 때문에 영장 없는 수색이 합리적인 증거수집 수단으로서 인정된다고 보는 견해를 합리설²⁵⁾이라고 한다. 이 입장에서는 체포현장에서 영장 없이 수색이 허용되는 이유는 1) 기본적으로 체포현장에는 증거가 존재할 개연성이 높다는 점, 2) 우리 법은 반드시 영장을 받아야 할 여유가 없는 긴급한 상태를 요구하지 않고 있다는 점, 3) 반드시 영장을 발부받을 수 없는 긴급상태가 존재할 필요는 없다는 점 등을 들고 있다. 따라서 허용범위도 영장을 청구하면 허용될 수 있는 정도의 관련성이 있는 범위로 인정된다고 본다.

2) 긴급행위설

이에 대하여 긴급행위설은 신체구속시 영장 없이 행하는 수색은 피의자를 체포·구속하는 수사관현의 안전을 도모하기 위하여 흉기를 빼앗거나 피의자가 증거를 파괴·은닉하는 것을 예방하기 위하여 행하는 긴급행위이므로 이러한 수색은 그 목적범위 내에서 제한적으로만 허용되어야 한다고 주장한다²⁶⁾. 이 견해에 의하면 무영장 압수·수색은 1) 영장에 의할 여유가 없는 경우에, 2) 피체포자의 신체 및 그 직접의 지배하에 있는 물건에 대하여, 무기·도주도구를 빼앗거나 기타 증거인멸을 방지하기 위하여 허용되는 것이 된다.

3) 이원설

25) 이은모, “긴급체포 및 긴급체포시의 압수·수색·검증제도의 문제점에 대한 검토”, 법학논총 제22집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2005.6, 43면.

26) 이은모, “긴급체포 및 긴급체포시의 압수·수색·검증제도의 문제점에 대한 검토”, 법학논총 제22집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2005.6, 43면.

영장없는 수색의 허용근거를 이원적으로 설명하는 견해이다. 이 입장에서 체포·구속영장에 의하여 통제되는 한도에서 영장없는 수색의 허용근거를 부수처분설로 설명할 수 있으나, 별도로 사후압수·수색영장이 필요하게 되는 경우에는 부수처분설로 설명할 수 없다고 본다. 신형사소송법 제217조²⁷⁾ 제2항은 “제216조 제1항 제2호에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체없이 압수·수색영장을 청구하여야 한다”고 규정하고 있다. 이원설의 입장에서는 입법자가 형사소송법 제217조 제2항의 해당규정을 통해 압수된 압수물에 대하여 별도의 사후압수·수색영장을 발부받도록 하는 것은 영장없는 압수·수색에 긴급행위적 성격을 추가한 데에 따른 것이라고 본다.

4) 소결

위의 견해들의 내용을 살펴볼 때, 결국 긴급행위설이 주장하는 예외성 또는 긴급성의 요구의 기초를 이루는 것은 일차적으로 체포자의 안전 확보 내지 체포의 완수의 요청이라고 할 수 있다. 그러나 이것은 체포가 강제처분인 이상 그 유효한 집행을 위해서 요구되는 합리적인 유형력 행사의 범위에 관한 문제라고 할 수 있고, 이런 형태의 행위는 형소법 제216조의 적용이 없는 사인의 현행범체포의 경우에 있어서도 허용되는 것이다. 이렇게 볼 때 흉기나 도주도구의 탈취가 체포를 위하여 필요한 부수적 조치일 뿐만 아니라 긴급성과 합리성도 인정되는 이상 이는 당연히 허용되어야 하는 것이고 그렇다면 결국 형사소송법의 위의 규정은 확인적 의미를 가진다고 밖에 할 수 없게 된다.

27) 형사소송법 제217조의 연혁에 관하여는 황정현, 긴급 압수·수색·검증에 대한 고찰, 서울대학교 석사학위논문, 7면 이하에서 자세히 설명하고 있으니 참조 바람.

따라서 긴급행위설에 의할 때에도 그 실제적인 의미는 결국 다른 증거의 수집과 관련된 측면에서 파악할 수밖에 없고, 이런 점에서 보면 긴급행위설은 피의자 등이 증거를 파괴·은닉하는 것을 방지하기 위한 긴급행위라는 소극적인 측면을, 합리설은 체포의 기회를 이용하여 행하는 증거수집이라고 하는 적극적인 측면을 각각 강조하는 견해라는 점에서 상대적인 차이가 있을 뿐 양자사이에 본질적인 차이가 있는 것은 아니라고도 할 수 있다.

왜냐하면 긴급행위설이 어느 정도 신체구속시의 비정상적인 상황을 고려하여 긴급한 필요성을 강조하고 있고 또 합리설의 입장에서도 표현상으로는 보통 ‘마치 영장에 의하여 행하는 때와 마찬가지로’라고는 하고 있으나, 체포의 현장성에는 구속되는 것일 뿐만 아니라 기타 사정의 특수성을 전제로 하지 않을 수 없기 때문에 영장에 의하는 경우와 마찬가지로의 수사 활동이 인정되는 것은 아니기 때문이다. 장소적, 시간적 한계의 문제가 구체적 사안에 따라 논해질 필요가 있는 것도 이 때문인 것이다.

다만 비록 양설의 차이가 본질적인 것은 아니라 하더라도 공범자 등에 의한 증거인멸에 대하여 적절하게 대처하고 또 체포현장에서 체포의 기회에 사건과 관련성이 있는 증거를 상대적으로나마 넓게 수집할 수 있는 길을 열어주는 것이 합리적이라는 점에서 볼 때 합리설이 보다 타당한 견해라고 생각한다. 그리고 합리설의 입장에서 체포현장에서의 무영장 압수·수색·검증의 범위를 넓게 해석하는 것은 한편으로는 긴급체포 시의 무영장 압수·수색·검증을 규정하고 있는 형소법 제217조를 폐지하는 경우에 나타날 수 있는 수사상의 어려움을 다소 완화시키는 효과도 가져올 수 있을 것이다. 물론 어느 견해에 의하든지 체포현장에서 영장 없이 압수·수색할 수 있는 대상은 당해 체포의 원인이 되는 범죄사실에 대한 증거에 국한된다고 할 것이다.

다. 체포현장의 시간적 범위

수사상 신체구속을 할 때 체포현장에서의 수색과 사실행위로서의 체포·구속 사이에 어느 정도의 시간적 근접성이 요구되는가 하는 문제를 놓고 견해가 나뉘고 있다. 이 문제는 형사소송법 제308조의2가 위법수집증거배제법칙을 규정하면서 더욱 더 실천적인 의미를 가지게 되었다. 위법하게 수집된 증거물은 유죄의 증거로 사용할 수 없기 때문이다.

라. 체포현장의 장소적 범위

수사상 신체구속을 할 때 영장없이 수색할 수 있는 장소적 범위가 문제된다. 영장없는 수색은 신체에 대한 체포상황을 전제하고 있으므로 체포에 착수하여 완료할 때까지 피의자가 통과하는 장소가 영장없는 수색의 장소적 범위가 된다.

체포현장에서 수색을 행하는 것이 도로사정이나 피의자의 저항에 의하여 곤란한 사정이 있는 경우에 경찰서에 연행한 즉시 수색을 하는 것을 두고 체포현장에서의 수색에 해당한다고 보는 견해가 있다.²⁸⁾ 그러나 이 견해는 형사소송법 제216조 제1항이 ‘피의자를 체포 또는 구속하는 경우’라고 하여 체포완료 이후의 상황을 제외하고 있다는 점과 체포완료 이후의 상황에 대하여 긴급체포된 자에 대해 형사소송법 제217조가 별도의 규정을 마련해 놓고 있다는 점에서 지지하기 곤란하다²⁹⁾.

판례 또한 수사기관이 피의자의 집으로부터 떨어진 곳에서 피의자를

28) 정웅석·백승민, 형사소송법(전정제4판), 2011, 251면.

29) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 372면.

체포하여 수갑을 채운 후 피의자의 집으로 가서 집안을 수색하여 증거물을 압수한 사안에 대해 위법하게 수집된 증거물이라는 이유로 증거능력을 부정하고 있다.³⁰⁾

체포현장의 장소적 범위와 관련하여 긴급행위설은 피의자의 신체 및 그의 직접적 지배 아래 있는 장소로 수색의 범위를 한정한다. 그러나 이와 같이 한정할 필요는 없다고 본다. 부수처분설에 따를 때 체포·구속이 영장주의의 통제를 받고 있으므로 체포현장의 범위를 확장해석해도 무리가 없다고 생각되기 때문이다.

이렇게 볼 때 직접적 지배의 범위를 넘어서 피의자의 관리 아래 있는 장소라면 수색의 범위에 포함시킬 수 있다고 생각된다. 예컨대 수색의 대상이 주거라면 원칙적으로 그 주거 전체에 대해 피의자의 관리권이 미치는 것으로 볼 수 있으므로 주거 전체에 대해 영장없는 수색이 가능하다. 그러나 방 하나만을 사용하는 세입자의 경우와 같이 피의자의 관리권이 제한되어 있다면 그 방에 한하여 수색이 가능하고, 타인이 거주하는 방에 대한 수색은 허용되지 않는다. 다만 체포에 착수된 피의자가 통과한 범위 내에서 타인의 주거가 수색의 대상이 될 수는 있다(법 제216조 제1항 1호).

마. 현행법 상황하의 수색

1) 현행법 상황의 의미

범행 중 범행직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 수색을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다(법 제216조 제3항). ‘범행중 또는 범행 직

30) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도14376 판결.

후'란 현행범상황 및 준현행범 상황을 가리킨다(법 제211조 제1항 및 제2항).

원래 현행범인(법 제211조 제1항)을 체포하는 경우에는 체포현장에서 영장없이 수색을 할 수 있다(법 제216조 제1항 2호). 그런데 형사소송법 제216조 제3항은 범인의 체포와 무관하게 범죄장소에서 영장없는 수색을 허용하고 있다. 이것은 현행범체포를 위한 전단계로서 또는 현행범인의 체포를 시도하였으나 체포가 이루어지지 아니한 상황에서 수사관현의 신변을 보호하거나 증거물 또는 몰수대상물의 신속한 확보를 위하여 수사기관으로 하여금 범죄장소에서 수색을 할 수 있도록 한 것이다.

2) 요급처분의 허용

현행범 상황하에서는 소위 요급처분이 허용된다. 현행범 상황에서 수색을 하는 경우에 급속을 요하는 때에는 주거주나 간수자 등의 참여(법 제123조 제2항) 및 야간집행의 제한(법 제125조) 등의 규정이 적용되지 않는다(법 제220조).

3) 사후영장의 청구

현행범 상황에서의 수색은 범인이 체포되지 아니한 상태에서 일어난다. 이 경우 수사기관은 사후에 지체없이 수색영장을 발부받아야 한다(법 제216조 제3항). 현행범 상황에서 수색과 관련한 사후의 수색영장청구서에는 1) 피의자의 성명(분명하지 아니한 때에는 인상, 체격, 그 밖에 피의자를 특정할 수 있는 사항), 주민등록번호 등, 직업, 주거, 2) 피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명, 3) 죄명 및 범죄사실의 요지, 4) 7일을 넘는 유효기간을 필요로 하는 때에는 그 취지 및 사유, 5) 여러통

의 영장을 청구하는 때에는 그 취지 및 사유, 6) 압수한 물건, 수색 또는 검증한 장소, 신체나 물건, 7) 수색의 사유, 8) 일출전 또는 일몰 후에 수색할 필요가 있는 때에는 그 취지 및 사유, 9) 영장 없이 수색한 일시 및 장소 등을 기재하여야 한다. 사법경찰관은 사후에 청구한 수색 영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다(법 제217조 제3항 참조).

바. 긴급체포 후의 수색

1) 긴급성의 의미

사법경찰관은 긴급체포된 자(법 제200조의3)가 소유, 소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때로부터 24시간 이내에 한하여 영장없이 수색할 수 있다(법 제217조 제1항). 원래 피의자를 긴급체포하는 경우에는 별도의 수색영장없이 체포현장에서 수색을 할 수 있다(법 제216조 제1항 2호). 그렇지만 긴급체포 후 체포현장 이외의 장소에서 별도로 수색할 필요가 있는 경우에 대비하여 영장없는 수색이 허용되고 있다. 특히 긴급수색은 수사실무상 긴급체포된 사실이 밝혀지면 피의자와 관련된 사람이 증거물을 은닉하는 것을 방지하는 데에 의미가 있다.

구 형사소송법 제217조 제1항에서는 “긴급체포할 수 있는 자의 소유, 소지, 보관물을 영장없이 압수할 수 있다”라고 되어 있었으나 2007년 신형사소송법은 긴급수색의 남용을 방지하기 위하여 ‘긴급히 압수할 필요가 있는 경우’라는 압수의 긴급성 요건을 명시하였다. 당시 법개정의 취지는 영장없는 압수·수색의 가능성을 제한하는데에 놓여 있었다. 구법이 영장없는 압수·수색·검증의 대상물을 “긴급체포할 수 있는 자”가 소

유, 소지 또는 보관하는 물건으로 규정하고 있어서 체포현장에서의 압수·수색과 달리 체포와 시간적·장소적 관계가 없어도 되는 것으로 새겨지는 등 그 허용범위가 너무 넓으므로 ‘긴급체포된 자’가 소지하는 물건으로 한정하여야 한다는 주장³¹⁾이 제기되어 왔던 것이다. 나아가 긴급체포에 부수된 영장 없는 압수·수색은 특별히 허용해야 할 정당성이 없으므로 폐지해야 한다는 견해³²⁾도 있었다. 한편 형사소송법 제217조 제1항은 압수의 긴급성 판단을 위한 기준을 제시하고 있지 않다. 생각컨대 압수의 긴급성은 긴급체포의 긴급성에 준하여 해석해야 할 것이다. 따라서 압수가 긴급을 요한다 함은 압수대상물을 우연히 발견한 경우 등과 같이 법관으로부터 수색영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 때를 의미한다고 본다(법 제200조의3 제1항 2문).

4. 외국의 사례(미국)

가. 개관

일반적으로 미국에서는 경찰이 적법하게 체포하는 경우에 체포되는 사

31) 백형구, 형사소송법 조문해설, 2008, 198면; 신양균, 신형사소송법, 2008, 217면; 동 조문의 개정과정에 대한 자세한 논의는 문채규, “형사사법의 정비 방안: 사개추위안의 수사상 긴급 압수·수색·검증제도에 대한 검토”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 592면 이하 및 김경수, “형사소송법상 압수·수색 관련 규정에 대한 비판적 고찰”, 서울대 법학 제19권 제1호, 2011, 199면 이하 참조.

32) 이은모, “긴급체포 및 긴급체포시의 압수·수색·검증제도의 문제점에 대한 검토”, 법학논총 제22집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2005.6, 42면; 조국, “압수·수색의 합법성 기준 재검토”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 771면; 홍영기, “영장없는 압수·수색의 합법성 기준-형사소송법 제216조 제1항 제2호 해석론”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011.12, 119면 참조.

람의 지배영역에 대한 수색이 인정된다. 적어도 17세기 이후로, 보통법상 피체포자와 그의 즉각적인 주변에 대해 수색영장 없이 수색할 광범위한 권한을 확인해왔고 심지어 이는 체포 자체가 영장없이 행해진 경우에도 마찬가지였다고 한다.³³⁾ 합법적 체포에 수반된 수색은 압수수색시 영장을 요구하는 원칙에 대한 가장 중요한 예외로 평가된다³⁴⁾. 경찰은 체포한 사람의 옷, 꾸러미, 핸드백 등에 대해 살살이 수색할 수 있다. 따라서 경찰은 피체포자에 대해 주머니를 모두 내보이게 하거나 운반중이던 상자를 열게 할 수 있고 자켓 등을 벗도록 강제할 수도 있으며 경찰서에 도착한 후에는 지문, 혈액, 모발 채취도 할 수 있다.

체포에 수반된 수색은 범죄의 중대성 여부, 증거나 무기를 발견할 가능성 여부와 무관하다. 체포에 수반하는 영장없는 수색은 크게 신체수색과 피체포자의 직접적 지배범위 내의 수색으로 나눌 수 있다. 이러한 수색들은 체포와 동시에 이루어져야 적법하다.

Chimel v. California 판결은 체포에 수반된 수색에 관해 표준이 되는 사례³⁵⁾이다. 이 사건에서 Chimel은 코인숍 강도 혐의로 그의 집에서 합법적으로 체포되었고(체포영장을 소지·제시함), 피고인을 체포한 경찰관들은 수색에 동의할 것을 요청하였지만, 거절당하였고 그럼에도 불구하고 별도의 수색영장 없이 수색을 행하였다. 피고인의 처가 동행한 상태에서 경찰관들은 다락방, 창고, 차고, 침실 3개 등을 포함하여 집안 전체를 수색했다. 수색은 45분에서 1시간 소요되었고 경찰은 다양한 동전과

33) Joshua Dressler/George C. Thomas III, *Criminal Procedure: Investigating Crime*, West Group, 2003, p.86.

34) 미국 연방법상 수색에 관한 조항은 미국 연방수정헌법 제4조에서 그 근거를 찾는다. 동조의 연혁에 관하여는 Ahkil Reed Amar, *The Bill of Rights*, Yale University Press, 1998, 64면 이하 및 Leonard W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, 1999 참조.

35) Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary*(9th.ed), West Group, 2010, p.288.

물건들을 압수했다. 몇 개의 방에 대한 수색은 상대적으로 표면적이었으나, 주된 침실과 뜨개질 방에서는 경찰관이 피고인의 아내에게 서랍을 열어보게 하고 서랍안의 내용물을 움직이게 하여 양쪽을 살피면서 혹시 도둑이 있는지 여부를 살폈다. 피고인은 강도혐의로 기소되었는데 주 대법원은 체포영장의 선서서가 단정적인 문구로 되어 있으므로 무효라고 하였음에도 불구하고 경찰관의 선의의 행위에 따른 체포 자체는 적법하고, 수색 역시 그 수색영장이 없음에도 불구하고 체포에 수반되는 수색의 예외에 해당하므로 적법하다고 판시하였다.

이에 대하여 미 연방대법원은 경찰이 체포에 수반된 수색을 할 수 있다³⁶⁾고 하면서도 수색이 허락되는 범위를 초과했다고 판시했다. 즉, 체포에 수반된 영장없는 수색은 체포하는 경찰의 보호와 피체포자가 체포 전, 체포중, 체포후 접근할 수 있는 증거의 파괴를 막기 위하여 허락된다고 하였다. 그러나 체포하는 경찰관을 보호하기 위하여 수색이 필요하다고 하더라도 이는 체포되는 사람과 그 사람이 즉각적으로 통제할 수 있는 범위 내에서만 허용된다고 하였다.³⁷⁾

종래 미 연방대법원은 체포하는 장소의 모든 구역에 대해 영장없는 수색을 허락해왔는데, 이러한 수색이 매우 많이 행해진다는 점에서

36) 이와 관련하여 *Maryland v. Buie*, 494 U.S. 325 (1990)에서는, 경찰관이 체포영장의 집행시 보호수색(Protective Sweep)을 할 수 있는지의 요건에 관하여, 어떠한 상당한 이유나 합리적인 의심이 없더라도 체포와 인접한 장소에서 공격이 즉각적으로 이루어질 수 있는 부근의 벽장이나 그 밖의 장소를 수색할 수 있고, 그 장소와 직접 인접하지 않더라도 개별적인 위험이 도래할 수 있다는 구체적인 의심이 있는 경우에는 마찬가지로 수색을 할 수 있다. 그 수색의 정도는 사람이 있을 만한 곳에 대한 피상적인 검사에 그친다고 판시하였다(이 판결에 대한 평석은 Mark A. Cuthbertson, "Maryland v. Buie: The Supreme Court's Protective Sweep Doctrine Runs Rings around the Arrestee," 56 Alb.L.Rev. 159, 1992를 참조바람.)

37) *Chimel v. California*, 395 U.S. 752(1969). 예컨대 다른 방이나 책상 서랍 기타 닫혀 있는 구역 등 체포자의 즉각적인 통제로부터 벗어나는 장소에 대한 어떠한 수색에 대해서도 정당성을 부여하기는 어렵다고 보았다.

Chimel 판결은 실무적으로 매우 큰 의미가 있다고 평가된다. 그러나 “즉각 통제”내의 지역(wingspan)만을 수색할 수 있다고 한 점에 대해서는 그 기준이 모호하다는 비판이 제기된다.³⁸⁾ Chimel이 거실에서 체포되었다고 가정한다면, 경찰이 그 방을 수색할 수 있다는 점에서는 합리적이지만, 경찰이 근처 방까지 수색할 수 있었는지 여부는 불명확했기 때문이다. Chimel 판결은 체포에 수반한 수색이 법집행기관의 안전이나 증거의 파괴 가능성이 직접 문제된 상황에서만 단지 가능한가 하는 점에서 논쟁이 있다.

한편 Chimel 판결에서 White 대법관은 경찰이 동전을 제거할지도 모르는 Chimel의 아내가 현장에 있다는 긴급한 상황에 직면했다는 점에서 경찰의 집 전체에 대한 수색이 적정했다는 반대의견을 냈는데 White 대법관의 이 의견은 우리 형사소송법 제217조의 긴급성 요건을 해석함에 있어서 참고할만하다.

New York v. Belton 판결에서 미 연방대법원은 ‘자동차의 뒷좌석’도 “피체포자가 무기나 증거물을 잡기 위하여 도달할 수 있는 지역”으로 보았다.³⁹⁾ 공간적인 기준과 관련하여서 Coolidge v. New Hampshire 판결은, 집 안에서 피의자를 체포하면서 사유차도 밖에 있었던 차를 수색한 것에 대해 체포에 수반된 수색의 범위 내에 있지 않다고 하였다.⁴⁰⁾ Thornton v. United States 판결은 경찰이 피체포자가 차를 떠난 후까지 피체포자와 접촉하고 있지 않은 경우 합법적인 체포에 수반된 수색을

38) Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, American Criminal Procedure: Cases and Commentary(9th.ed), West Group, 2010, p.288.

39) New York v. Belton, 453 U.S. 454(1981):이 사건의 피고인은 운전 중 과속으로 적발된 상황에서 경찰관이 차량 바닥에 소량의 마리화나를 발견하고 피고인을 마리화나 소지 혐의로 체포하면서 조수석과 뒷좌석에 있던 자켓 주머니를 수색한 것은 체포에 수반된 적법한 수색이라고 판시하였다.; Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, American Criminal Procedure: Cases and Commentary(9th.ed), West Group, 2010, p.309.

40) Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443(1971).

할 수 있다고 하였다. 다만, 자동차의 “승차자”와 “최근 승차자”에 한정했다.⁴¹⁾ Thornton 판결에 대해서는 Belton 판결이 제시하였던 명백한 기준(bright-line rule)을 모호한 기준으로 만들었다는 비판이 있다.⁴²⁾

“시간적 한계”는 합법적 체포에 수반된 수색이 체포와 비교적 동시간대에 이루어져야 할 것을 요구한다. Preston v. United States 판결은 이에 대한 핵심을 보여준다. 이 사건에서, 피의자와 그의 동료들은 자동차를 단 채로 체포되었고 경찰서로 연행되었다. 그 후, 경찰은 그들의 차를 창고로 견인했다. 그들이 입건된 후, 경찰은 차의 뒷좌석을 수색했고 장전된 두 정지 리볼버를 발견했다. 곧 뒤이어 경찰은 트렁크 수색을 했고 그 수색에 대해 “시간적으로 공간적으로 체포에 수반된 것으로 보기에는 너무 떨어졌다”고 보아 그 수색을 무효라고 판시했다.⁴³⁾

수색이 체포와 비교적 동시간대에 이루어져야 한다고 하여 수색의 시점이 반드시 체포의 시점과 일치하여야 하는 것은 아니다. 경우에 따라서는 체포에 앞서 수색이 이루어지기도 하고 체포 후에 수색이 실시되기

41) Thornton v. United States, 541 U.S. 615(2004): 위장경찰차를 타고 순찰을 돌던 경찰관은 피고인 차량이 자신의 차량을 피하려고 하는 것을 보고 의심이 들어 차량등록증을 조회한 결과 다른 차량의 것임을 발견하고, 주차장에 차를 세우고 차량에서 나오는 피고인을 지켜보던 중 경찰차를 근처에 세우고 피고인에게 다가가 면허증을 요구하면서 등록증이 차량과 맞지 않는다고 말하였다. 예민해 보이는 피고인에게 경찰관은 혹시 차량에 무기나 마약이 있는지 물었고, 피고인은 그렇지 않다고 답하자, 다시 경찰관은 피고인에게 몸수색(pat down)을 해도 되는지 물었고 피고인의 동의를 받았다. 검색 결과 여러 가지 종류의 마약이 발견되었고 경찰관은 피고인을 체포하였다. 그리고 나서 경찰관은 피고인 차량을 수색하여 운전석에서 권총을 발견하였다.

42) Joshua Dressler/George C. Thomas III, Criminal Procedure: Investigating Crime, 2003, p.241; Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, American Criminal Procedure: Cases and Commentary(9th.ed), West Group, 2010, p.310; Wayne R. LaFave, “The Fourth Amendment In an Imperfect World: On Drawing “Bright Lines” and “Good Faith”,” 43 U.Pitt.L.Rev. 307, 1982, pp.325-326.

43) Preston v. United States, 376 U.S. 364(1964).

도 한다. 경찰은 체포 이전이라도 자신을 보호할 필요가 있는 경우에는 먼저 수색을 할 수도 있다.⁴⁴⁾

합법적인 체포에 수반된 수색의 예외는 교통위반과 같은 경미사건으로 체포된 경우에도 적용되고, 심지어 경찰이 피체포자가 무기나 금제품을 소유하고 있다는 증거가 없어도 적용된다.⁴⁵⁾

나. 긴급한 사정(Exigent Circumstances)

긴급성은 역사적으로 상당한 근거에 대한 예외가 아니라 영장을 배제하는 것에 대한 정당화 근거로 고려되어 왔다. 미 연방수정헌법 제4조의 “영장의 요구”에 대한 많은 예외는 긴급상황, 즉 시간적 제한은 공무원으로 하여금 영장을 발부받는 것을 불가능하게 한다는 점에 기반하고 있다.⁴⁶⁾ 긴급상황의 예외는 여러가지 다양한 상황을 포함하는 일반적·포괄적 범주이다. 긴급성은 즉각적인 조치를 요구하는 상황이므로 공무원이 긴급상황에서 영장없이 수색하는 것은 합리적이다.⁴⁷⁾ 미국에서 인정되는 긴급상황의 예외는 대표적으로 찾고자 하는 증거가 임박한 파괴의 위협에 있는 경우, 법집행공무원이나 일반 공중의 안전이 위협받을 경우, 경찰이 혐의자를 “긴급추격”하고 있을 경우, 공무원이 영장을 획득하기 전에 도주하려 하는 경우 등이다. 그러나 긴급상황의 예외도 상당한 근거가 있어야만 허용된다. 공무원은 수색할 상당한 근거의 필요성 이외에,

44) *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98(1980).

45) *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218(1973); Joshua Dressler/George C. Thomas III, *Criminal Procedure: Investigating Crime*, 2003, p.225.

46) Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary*(9th.ed), West Group, 2010, p.366.

47) Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary*(9th.ed), West Group, 2010, p.267.

영장을 발부받기 전에 압수수색의 대상이 되는 사람이나 물건이 사라지거나 다른 위험이 발생할 것이라고 믿을 상당한 근거를 가져야만 한다.

1) 중범죄의 경우

Mincey v. Arizona 판결⁴⁸⁾은 영장주의의 예외 중 긴급한 사정이 있는 경우 중범죄로서의 한계를 잘 드러내주고 있는 판결이다. 우선 이 사건에서 연방대법원의 다수의견은 사전에 법관이나 치안판사의 승인을 받지 않은 수색은 몇 가지의 구체적으로 확립된 예외를 제외하고는 항상 불합리하다는 오랜 원칙을 들면서, 특히 긴급한 사정의 예외를 인정하려면 그 수색의 개시를 정당화할 만한 긴급성에 의하여 제한되어야 한다고 보았다.⁴⁹⁾ 이 사건에서 4일 동안의 철저한 수색은 긴급한 수색을 정당화할 만한 적법성의 중요성이라는 관점에서 볼 때 도저히 합리적이라고 볼 수 없다고 보았다. 그리고 중대범죄의 예외를 들 수는 없다고 하면서 단지 법 집행기관이 그와 같은 영장 없는 수색이 객관적으로 합리적이라고 판단할 수밖에 없는 사정(예를 들면, 도망가는 용의자를 추적하는 과정⁵⁰⁾이라든가, 긴급한 증거의 파괴⁵¹⁾를 막기 위함)의 경우에만 그 예외가 허용된다고 보았다.

이 사건에서 마약수사관은 피고인으로부터 다량의 헤로인을 구입하기로 하고 돈을 가지러 갔다 오면서 다른 수사관들을 대동하여 피고인의

48) Mincey v. Arizona, 437 U.S. 385(1978).

49) Joshua Dressler/George C. Thomas III, Criminal Procedure: Investigating Crime, 2003, p.215.

50) Warden v. Hayden, 387 U.S. 294에서는 다이아몬드 무장강도를 추적한 택시 운전사의 연락을 받고 뒤따라 가택을 수색하여 용의자를 발견한 경우, 그 수색을 적법하다고 보았다.

51) Schmerber v. California, 384 U.S. 757에서는 마리화나를 화장실 변기에 넣고 물을 내리기 직전에 한 영장 없는 수색은 적법하다고 보았다.

집 아파트 문을 노크하고 들어갔다. 이 과정에서 수 발의 총성이 침실쪽에서 들리고 수사관 중 한 명이 총격을 받고 후송되는 과정에서 사망하기에 이른다(다른 수사관 중 한 명과 피고인 역시 부상당하여 의식을 잃고 있었다). 사망 내지 부상자를 후송하여야 할 긴급한 상황이 발생하였고, 그 상황에서 마약수사관들은 사건에 연루되었음을 이유로 더 이상 수색 내지 압수 등의 조사를 하지 않고, 단지 그 용의자들을 보호하고 장소를 보전한 상황에서 다른 경찰서 경찰관들에게 이 사건의 조사를 의뢰하게 되었다. 10분이 채 되지 않아 살인 전문 형사가 도착하여 조사를 책임지게 되었다. 그가 시작한 가택 수색은 약 4일 가량 진행되었는데, 그 기간동안 아파트 내부 전부가 수색, 촬영되었다. 그들은 서랍, 선반, 찬장을 열고 그 내부를 조사하고 옷 주머니를 검색하는 등 아파트 내부를 철저히 수색하여 약 200~300가지 품목을 압수하게 된다. 물론 사전 영장은 발부되지 않은 상태였다. 피고인은 살인, 폭행, 그리고 마약 관련 혐의로 기소되었고, 증거배제항변을 하였으나, Arizona 주 대법원은 살인사건 장소의 예외(murder scene warrant exception)를 들어 영장없는 수색이 허용된다고 보고 피고인의 항변을 배척하였다.

2) 경미한 범죄의 경우

Welsh v. Wisconsin 판결은 영장없는 수색이 범죄의 중대성 여부에 따라 제한될 수 있음을 확인한 사례이다. 비오는 날 밤 9시경 트럭을 운전하던 목격자는 차 한 대가 비틀거리면서 운행하는 것을 목격하였다. 속도와 방향이 들쭉날쭉하던 차량은 마침내 도로를 벗어나서 공터에 정차형쓰고, 다행히 아무런 인적, 물적 사고는 발생하지 않았다. 목격자는 사고 발생의 위험을 줄이기 위해 트럭을 그 차량에 가깝게 대면서 지나가는 사람에게 경찰신고를 부탁하였다. 신고를 받고 도착한 경찰은

Welsh가 음주운전을 했다는 것을 지적하는 목격자 진술서를 접수하고 그의 집으로 가서 그의 의붓딸의 동의 하에 집으로 들어갔다. 경찰은 침실에 누워있는 Welsh를 발견했고 곧 체포하여 경찰서로 데려와 그에게 호흡측정 테스트를 요구했다. 그러나 Welsh는 테스트를 거부했다. 이에 대해 미 연방대법원은 주거지의 신성함을 강조하면서 당시 경찰의 긴급 추적이 없었고, Welsh가 운전을 그만두고 집에 돌아왔기 때문에 “공공의 안녕”에 계속되는 위협이 없었다고 판시했다.⁵²⁾

경찰이 즉각적인 행동을 할 필요성은 “사라지는” 증거가 있다는 사실에서 발생한다. 당시 경찰은 알코올 수치가 사라지기 전에 Welsh의 혈중 알코올 수치를 테스트하기 원했다. 그러나 미 연방대법원은 당시 Welsh의 행위는 주법상 “비범죄”로 분류되고 있었다는 점을 주목하여 “주의 이익에도 불구하고 피고인의 혈중 알코올 수치가 경찰이 영장을 획득하는 동안 사라졌을 지도 모른다는 이유만으로 영장없는 주거지 체포는 인정될 수 없다”라고 판시하였다. 즉, 연방대법원의 다수의견은 영장없는 가택의 압수·수색은 추정적으로 불합리하다고 전제하면서 이 경우 긴급한 상황의 예외가 인정되는지 여부에 관하여 중죄의 경우 상당한 이유와 긴급한 상황이 존재하지 않으면 영장없는 가택수색은 수정헌법 제4조에 의하여 금지될 뿐만 아니라 긴급한 사정의 존부 판단⁵³⁾에 있어서 위반 범죄가 상대적으로 경미한 경우에는 그 인정에 좀 더 신중을 기하여야 한다고 본 것이다. 중죄가 발생하였다고 의심할만한 사정이 있다는 점만으로 바로 긴급성도 인정되는 것은 아니지만, 가택수색에 대한 긴급성의 예외를 적용함에 있어서는 단순히 경미한 범죄위반이라 있다고 의심할만한 사정이 있다는 이유만으로 그와 같은 영장주의의 대원칙을

52) Welsh v. Wisconsin, 466 U.S. 740(1984).

53) 영장없는 가택수색을 정당화할만한 긴급성의 존부에 관한 입증책임은 정부에 있다고 한다: 이현수, “미국 수정헌법 제4조의 압수·수색에 관한 미국 연방대법원 판례의 법리”, 재판자료 제113집: 외국사법연수논집(27), 법원도서관, 2007 참조.

희생하여야 할 경우는 거의 없어야 한다는 것이다. 특히 이 사건에서 용의자는 단지 교통범죄를 범하였을 뿐이고, 이 경우 긴급추적, 공공의 안전, 혈중알코올 농도의 증거보전 필요성 중 어느 것에도 정당화될 사유가 없어서 그 압수·수색에 기한 체포는 수정헌법 제4조에 위반된다고 본 것이다. 반면 White 대법관⁵⁴⁾은 “이 법원은 고속도로 안전에 대한 강제적인 주의 이익을 확인해왔다”라며 이 사안에서 혈중알코올 농도의 증거보전이 중요하다는 전제하에 증거의 파괴나 제거를 방지하기 위하여 압수수색이 정당화될 수 있다고 보아 반대의견을 냈다.

그러나 주 대법원 판결 중에서는 경미범죄 사건에서 Welsh 판결과 상반된 결과를 보여준 사례가 있다. 예컨대 콜로라도 대법원은 Mendez v. Colorado 판결에서 마리화나 흡연의 냄새는 영장의 생략을 정당화한다고 판시했다.⁵⁵⁾ 이 사건에서 경찰은 호텔 객실로부터 흘러나오는 “마리화나가 불타는 강한 냄새”를 맡았다. 경찰은 호텔 매니저를 호출하여 마스터키로 문을 열 것을 지시하고 들어갔다. 내부로 들어가자 경찰은 화장실에 마리화나를 쏟아붓고 있는 피고인을 발견했다. 또한 소량의 마리화나와 코카인도 발견했다. 콜로라도 대법원은 “이 냄새는 범죄의 증거, 즉 마리화나가 불타는 과정에 있고 그래서 파괴된다는 것을 가리킨다. 그것으로써 우리는 금제품이 모텔 객실을 수색하기 위한 영장이 발부되기 전에 파괴될 것이라는 매우 실제적이고 상당한 가능성이 있다고 결론 내린다”라고 이유를 설시하였다. 그러나 Hobbs 대법관은 “소량의 마리화나의 소유는 콜로라도 주에서는 단지 100불 정도의 벌금에 처할 비구금 범죄(non-jailable offense)이다. 그러한 상황에서 증거의 파괴의 위험은 영장없는 출입을 정당화하기에는 충분하지 않다”라고 하여 반대견해를 냈다.

54) Rehnquist 대법관이 이에 동조함.

55) Mendez v. Colorado, 986 P.2d 285(Colo.1999).

한편 하급심 판결 중에서는 사안이 중대한 경우 단순히 신속히 행동해야 할 필요성이 있다면 긴급한 상황으로 인정된다고 본 사례가 있다. *People v. Sirhan* 판결은 이에 대한 좋은 사례이다. 이 사건에서 경찰은 Robert Kennedy 상원의원이 살해되자 Sirhan이라는 자를 구금하였다. 곧이어 경찰은 Sirhan의 집을 수색했고 Sirhan의 노트 두 권과 문서 몇 가지를 발견했다. 경찰은 “대통령 후보 또는 고위 정부 관료를 암살하려는 음모의 존재를 확인하기 위한 불가피한 긴급성이 있었다”고 주장했고 법원은 이를 받아들였다.⁵⁶⁾

다. 증거인멸 또는 파훼의 위험성

영장을 발부받는 동안 증거가 인멸될 수 있다면 영장주의의 예외가 인정된다. 미국의 판결들에서 통상 논쟁이 되어 왔던 점은 사안에 따라 차이는 있으나, 즉각적인 증거인멸의 위험이 실제로 존재하였는가 하는 것이고 이 문제는 종종 마약사건들에서 발생하여 왔다.⁵⁷⁾

1952년 *Rochin v. California* 판결⁵⁸⁾에서 미 연방대법원은 증거인멸의 우려가 있더라도 지나치게 권리를 침해하는 과도한 조치는 금지되어야 한다고 판시했다. 이 사건에서 경찰은 마약 밀매혐의를 받고 있던 Rochin의 집으로 가서 마약으로 추정되는 캡슐 두 개를 발견했다. 경찰이 캡슐에 대해 질문하자 Rochin은 즉시 그것들을 삼켜버렸다. 경찰은 Rochin에게 수갑을 채워 병원으로 데려갔고 거기에서 Rochin이 강하게

56) *People v. Sirhan*, 7 Cal.3d 710(1972)

57) Thomas K. Clancy, “The Fourth Amendment’s Exclusionary Rule as a Constitutional Right,” *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol.10, 2012.

58) *Rochin v. California*, 342 U.S. 165(1952): 이 판결에 대한 평석은 Francis A. Allen, “Due Process and State Criminal Procedures: Another Look,” 48 *Nw.U.L.Rev.*16, 1953, p.16 이하 참조.

거부하였음에도 불구하고 의사로 하여금 튜브를 통해 그의 위에 구토제를 주입할 것을 지시하였다. 그리고 경찰은 Rochin의 구토물 속에서 모르핀이 담긴 캡슐을 회수하였다.

이 사건에서 연방대법원은 경찰이 Rochin의 권리를 심각하게 침해했다고 결론지었다. 즉, “상소인의 프라이버시권을 불법적으로 침해하면서, 그의 입을 강제로 벌리고 신체 내부에 있는 것을 제거하고자 하는 시도와 위의 내용물을 강제로 배출하여 증거를 획득하려는 정부요원의 이러한 행위는 감수성(양심)을 지나치게 침해하는 행위이다. 그것들은 헌법상 금지하고 있는 고문에 가까운 압박방법이다”라고 하면서 경찰의 행동에 대해 “품위와 공정의 법규(canons of decency and fairness)”를 위반하여 법관의 양심에 충격을 주었다고 판시하였다.

그러나 Rochin 판결에 이은 1966년의 Schmerber v. California 판결에서는 같은 신체침해 관련사안이라도 혈액 샘플 채취는 합리적이라는 점을 들어 증거인멸의 위험성이 있는 긴급상황으로 보아 영장주의의 예외를 인정하였다. 동 판결은 우리나라에서도 흔히 발생하는 음주운전 사고 사례이다.

이 사건에서 경찰은 병원에서 교통사고로 인한 부상을 치료받는 동안 체포된 Schmerber의 음주가 사고를 유발했다고 보고 의사에게 그의 혈액 샘플 채취를 지시했다. 샘플 분석 결과 Schmerber는 혈중 알콜농도가 법적 허용치를 초과한 것으로 판명되었고 이 자료는 피고인의 유죄증거로 제출되었다.⁵⁹⁾

연방대법원은 경찰의 혈액 샘플 채취에 대해 신체에 대한 침해가 수반되는 것이었음에도 정당하다고 판시했다. “경찰이 현장에 사고 직후 도

59) Rolando V. del Carmen/ Craig Hemmens 편, Criminal Procedure and the Supreme Court: A Guide to the Major Decisions on Search and Seizure, Privacy and Individual Rights(Marvin Zalman), pp.255-267.

착하였을 때 피고인의 호흡에서 술 냄새를 맡았고, 그의 눈이 ‘충혈되어 눈물이 고여 있고 흐리멍덩한 상태’였기 때문에” Schmerber를 체포할 상당한 이유에 해당한다는 점을 인정한 것이다. 또한 증거가 파괴될만한 “긴급성”이 있었는지 여부에 대해서는 “혈중 알코올 수치는 인체로부터 그것을 배출해내려는 몸의 기능 때문에 음주를 그만 둔 즉시 사라지기 시작하고” 따라서 영장을 청구할 시간이 충분하지 않았다고 보았다. 동 법원은 혈액 채취가 체포에 수반한 것으로 적절하였다고 판단하면서 1) 사용된 검사가 “합리적”이었으며, 2) 음주여부 결정에 매우 효과적이었고, 3) 통상적인 신체조사에서 사용되어 오고 있으며, 4) 채취된 혈액의 양이 소량이고 관련된 절차가 사실상 위험하거나, 외상·고통과 같은 부작용이 없다는 점을 논거로 들었다.

Schmerber판결은 증거인멸의 위험성에 대해 실시하면서도 혈액 채취는 체포에 수반한다는 전제가 필요하다는 점을 언급하여 다소 모순이 있는 것처럼 보인다. 그러나 이후의 판결들은 대체로 Schmerber 판결을 증거파괴의 위험성을 이유로 한 긴급상황 사례로서 인용하고 있다. 이런 점에서 Schmerber 판결은 증거인멸의 위험성을 전제로 영장주의의 예외를 인정하였다는 점에서 선도적인 판례로 평가될 수 있다.

증거인멸의 위험성에 대해 초창기(Chimel 판결 이전) 연방대법원 판결들은 주거지에 대한 영장 없는 수색은 정당화될 수 없다고 하면서 진정한 긴급상황이 있는 때에만 영장없는 수색이 인정될 수 있다는 가능성을 때때로 암시할 뿐이었다. Chimel 판결 이후 이 문제가 표면적으로 드러난 사례로는 Vale v. Louisiana 판결을 들 수 있다. 이 사건에서 경찰은 Vale을 체포하기 위하여 영장을 가지고 그의 집으로 갔다. 경찰이 주거지를 관찰하는 동안 차가 한 대 다가왔고 이어서 Vale이 집에서 나와 운전자와 대화를 나누다 주변을 한 번 둘러보고는 집으로 들어갔다. 그러나 Vale은 곧바로 다시 나와 주변을 한 차례 둘러보고 차쪽으로 향

하였다가 이내 재빨리 집으로 걸어갔다. 경찰은 이러한 상황을 마약거래로 판단하고 Vale을 체포하였고 그에게 집을 수색할 것이라는 점을 고지하였다. 수색결과 불법마약이 발견되었다.

연방대법원은 경찰의 이러한 수색을 “긴급한 상황”의 예외로서 정당화할 수 없다고 판시했다.⁶⁰⁾ 위 판결의 논거로 1) 경찰이 긴급한 상황에 대해 입증하지 않았다는 점, 2) 도주하는 중범죄자를 추격하는 상황이 아니었다는 점, 3) 압수된 물건들은 인멸의 우려가 없었다는 점, 4) 수색영장을 발부받을 시간적 여유가 있었다는 점 등을 들었다. 특히 피의자를 “거리에서 체포하였다는 점이 그의 주거지에 대한 영장없는 수색을 허용할만한 ‘긴급상황’으로 바로 이어질 수는 없다”고 하였다. 이 판결에 대해서는 주거지에 대한 영장없는 수색은 “예외적인 상황”에서만 행해져야 한다는 점을 명시하고 있으며 증거인멸의 위험성이라는 “긴급성”을 매우 좁게 해석하여야 한다는 것을 판시하였다는 점에서 의미⁶¹⁾가 있다고 판단된다.

그러나 이 사건에서 Black대법관은 체포가 자택 근처에서 이루어졌다는 점과 집 안에서 그 상황을 지켜보고 있던 누군가가 ‘경찰이 Vale이 집 안에 남겨두었다고 확신한 물건’을 인멸할 수 있는 점, 경찰은 일촉즉발의 증거인멸 위험과 주거지에 진입하여 수색하는 것 사이에서 선택을 해야 했다는 점 등을 근거로 들어 경찰의 수색이 불합리했다고 볼 수는 없다는 반대의견을 냈다. 위와 같은 이유로 실제로 미국에서는 대부분의 하급심 판결들이 Vale 판결을 따르지 않고 블랙 대법관의 견해를 원용하고 있다고 한다.

증거파기의 위험성에 대해 다소 다른 접근을 한 사례로는 Illinois v.

60) Vale v. Louisiana, 399 U.S. 30(1970).

61) Roger D. Groot, “Arrests in Private Dwellings”, Virginia Law Review Vol.67 No.2, 1981, pp.275-285.

McArthur 판결을 들 수 있다.⁶²⁾ 이 사안에서 부인은 두 경찰관들을 그녀의 남편과 함께 사는 트레일러로 데려왔고 두 명의 경찰관은 McArthur 부인이 거주지인 트레일러에서 자신의 물건을 가지고 나오는 동안 밖에 있었다. 그녀는 흥분한 상태에서 소지품을 챙겨나오며 경찰관에게 남편인 McArthur가 침대 밑에 마약을 숨겨둔 것 같으니 트레일러를 조사해 보라고 귀뜸해주었고 경찰은 수색을 위해 McArthur의 허락을 구했다. 그러나 McArthur가 수색을 거절하여 한 명의 경찰관은 수색 영장을 확보하기 위하여 현장을 떠났다. 다른 경찰관은 그 때 즈음 용의자가 혼자 트레일러로 들어갈 경우 증거인멸의 우려가 있다고 보고 현관에 있던 용의자에게 경찰관이 따라서 들어가야만 다시 트레일러에 들어갈 수 있다고 고지하였다. 그에 따라 용의자는 두 세 차례 트레일러에 다시 들어갈 때마다 경찰관이 그가 하는 것을 문 안쪽에 서서 감시하였다. 2시간 후 영장은 발부되어 집행되었고 그 결과 다량의 마리화나 및 기구들을 발견하고 용의자를 체포하였다. 이에 대하여 일리노이 주 하급 법원 및 항소심 법원, 대법원은 모두 피고인의 증거배제 항변을 받아들였는바 그 근거로는 불법한 압수(경찰관이 수반되지 아니한 트레일러의 재출입 거절)에 기한 독수독과의 원칙을 들고 있었다.

미 연방대법원은 다음의 논거를 들어 문제가 된 제한이 반드시 불합리한 것이라고 단정할 수는 없다고 판시했다.⁶³⁾ 첫째, 경찰은 McArthur의 트레일러⁶⁴⁾에 불법 마약이 은닉되어 있을 것이라고 믿을만한 상당한 근거(probable cause)가 있었다. 둘째, McArthur가 수색의 동의를 요구받

62) Carmine V. Capasso, "CASE COMMENT: Constitutional Law - Supreme Court Reduces Constitutional Guarantees Found in Fourth Amendment - Illinois v. McArthur, 531 U.S. 326 (2001)", 36 Suffolk U.L.Rev. 615, 2003; Kit Kinports, "Diminishing Probable Cause and Minimalist Searches", 6 Ohio St.J.Crim.L. 649, 2008.

63) Illinois v. McArthur, 531 U.S. 326(2001).

64) 엄밀하게는 용의자와 그 부인이 거주하고 있는 이동식 주거차량으로서 주거의 개념으로 보아야 할 것이다.

기 전에 이미 ‘화난 그의 부인이 경찰에게 마약에 관하여 알려준 것을 알고 있었다’는 점을 경찰이 단정지었기 때문에, 만일 그가 트레일러로 혼자 들어가는 것을 제재하지 않는다면 다른 경찰관이 영장을 가지고 돌아오기 전에 McArthur가 마약을 파기할 우려가 있다고 여길만한 이유가 있었다. 셋째, 경찰은 그들의 법집행 필요성과 개인적인 사생활보호의 요구를 조화시키기 위한 합리적인 노력을 기울였는바, 그들은 트레일러를 수색하지도, 영장 획득 이전에 용의자를 체포하지도 않았고, 오히려 다소 제한이 덜한 억제장치 - 용의자가 단지 경찰관을 수반하지 않은 상태로 들어가는 것만을 금지하는 것 - 만을 부과하였고, 영장 발부시까지 그 주거와 소지품을 그대로 두었을 뿐만 아니라, 넷째로 경찰관들은 제한된 시간(2시간)의 억제만을 부과하였는바, 그와 같은 시간은 영장을 최대한 신속하게 받기 위하여 걸리는 최소한의 시간으로 적절하다고 보았다. 넷째, 이 사건과 같이 구금가능한 범죄의 경우, 구금이 불가능한 범죄에 적용되는 엄격한 원칙은 적용되지 않으며, 경찰은 2시간 정도의 한정된 시간동안 제한을 부과하였다.

Cupp v. Murphy 판결은 경찰이 피의자의 신체로부터 증거를 수집하는 것에 대하여 “긴급한 상황에서 영장없이 신체 외부에 대해 수색한 것은 정당하다”는 내용을 담고 있다.⁶⁵⁾ 이 사건에서 Murphy의 부인은 자택에서 질식사하였는데, 침입이나 강도의 증거는 없었다. 경찰은 Murphy를 유력한 용의자로 판단하였으나 체포하지 않고 경찰서로 소환하여 조사하였다. 질문을 하는 동안 경찰은 Murphy의 손가락에 거무스레한 점(흔적)이 있었음을 발견하였다. 경찰은 그 손가락의 흔적이 혈액이 마른 것 같다고 의심하였으며, 질식사의 경우에 종종 가해자의 손톱에 증거를 남기기도 한다는 점을 토대로 하여 그 점의 샘플을 채취할 수 있는지 여부를 용의자에게 물었다. 그러나 Murphy는 샘플채취를 거절하

65) John G. Jr. Miles, “The Ailing Fourth Amendment: A Suggested Cure”, 63 A.B.A.J. 365, 1977.

면서 주머니에 손을 넣어 혈흔을 지우고자 하였고, 이에 경찰은 강제로 손을 주머니에서 꺼내 영장없이 샘플을 채취하였다. 검사 결과 그 샘플에서 부인의 피부조직과 혈액성분이 검출되었다.

이 사건에서 연방대법원은 “상당한 이유가 있고, 경찰서에 유치됨에 따른 신체침해가 매우 제한적이었고, 증거가 쉽게 파괴될 수 있는 점 등을 고려할 때 이 수색은 연방수정헌법 제4조 및 제14조를 위반했다고 볼 수 없다”라고 판시하였다.⁶⁶⁾ 그러나 Douglas 대법관은 “사람의 손톱을 깎는 것은 프라이버시의 침해이고, 그것은 헌법적으로 말하자면, 혐의자가 범죄를 저질렀다는 ‘상당한 근거’의 제시에 의해 치안판사가 발부한 수색 또는 압수 영장이 있을 때에만 참을 수 있다. Murphy는 영장을 청구하여 발부받을 동안만 유치될 수 있으며, 유치를 하는 것으로 경찰은 찾고 있는 ‘사라지기 쉬운 증거’를 보존하는 것이 가능하다”라며 부분적으로 반대견해를 냈다.

라. 자동차에 대한 수색의 예외

자동차에 대한 수색의 경우에도 위에서 언급한 예외사항이 적용된다. 가령 긴급한 상황이 있는 경우에는 영장없이 수색할 수 있다. 특히 마약 사건과 같이 증거가 쉽게 파괴될 수 있는 경우에는, 어떤 차가 마약 밀거래에 사용되고 있다고 믿을만한 상당한 이유가 있으면 경찰이 그 차를 세우고 수색할 수 있으며, 차의 운전자나 그 차에 타고 있는 승객을 체포하는 경우에 체포에 수반하여 차 내부에 대한 수색을 할 수 있다.⁶⁷⁾

미국에서의 자동차 수색은 통상의 경우보다 프라이버시권의 보호로부

66) Cupp v. Murphy, 412 U.S. 291(1973).

67) James J. Tomkovicz, “California v. Acevedo: The Walls Close in on the Warrant Requirement”, 29 Am.Crim.L.Rev. 1103, 1991.

터 자유롭다. 미 연방대법원은 그 이유에 대해서 1) 자동차에 창문이 있고 2) 그 안을 들여다보는 것이 가능하다는 사실을 거론하고 있다.⁶⁸⁾ 즉, 고속도로에서 자동차에 대한 “보편적 규칙(pervasive regulations)”으로 인하여 자동차에 관하여는 집이나 사무실에 비하여 프라이버시에 대한 기대가 더 제한적이기 때문에 영장요건이 비교적 엄격하지 않은 대상이 된다는 점을 인정했다.⁶⁹⁾

마. 자동차의 이동성과 긴급상황

자동차 예외는 Carroll v. United States 판결에서 미 연방대법원이 최초로 긴급상황에 대하여 판단함으로써 인정되었다.⁷⁰⁾ 이후 차량에 대한 압수수색 여부 및 그 대상에 관한 미 연방대법원의 판결은 “이동성”이라는 특성에 초점을 맞추어 역동적으로 변화하여 왔다. Carroll 사건에서 법원은 차량의 소유자 또는 운전자가 그들의 차에서 헌법상 프라이버시권을 보호받게 되더라도, 자동차의 “신속한 이동성(ready mobility)”이라는 특성으로 인하여 주거지에 비해 상대적으로 프라이버시권 보호를 받지 못하는 부분이 있다는 점에 주목하여 예외를 인정하였다.⁷¹⁾ 이 사건의 차량은 명백히 이동 가능성이 있었으며, 경찰은 차량

68) Lawrence A. Dany, “Disavowing the Warrant Presumption: Have the Exceptions Finally Swallowed the Rule,” 52 Fla.L.Rev. 705, 2000(Florida v. White, 119 S.Ct. 1555(1999)의 평석임).

69) California v. Carney, 471 U.S. 386(1985).

70) Rolando V. del Carmen/ Craig Hemmens 편, Criminal Procedure and the Supreme Court: A Guide to the Major Decisions on Search and Seizure, Privacy and Individual Rights(Rolando V. Del Carmen), p.187.

71) Carroll v. United States, 267 U.S. 132(1925): 연방수사관은 고속도로에서 합리적으로 신뢰할만한 정보에 따라 그들이 밀주제조자라고 믿는 사람이 운행하는 차량을 발견하게 되었는데 영장없이 그 차량을 정차시켜 수색한 결과 다량의 밀주를 발견하게 되었다.

탑승자들을 수색에 앞서 체포할 수 없었기 때문에 용의자가 사법권 밖으로 이탈하는 것을 막지 못하였다. 이러한 점이 긴급상황으로 작용하였고 용의자를 체포할 수 있는 유일한 해결책은 영장없이 수색을 하는 것 뿐이었다.

자동차 예외에 있어서도 합법적 체포에 수반되는 수색의 예외와 마찬가지로 동시성 요건이 필요하다. 특히 *Coolidge v. New Hampshire* 판결에서는 이 요건이 엄격히 적용되었다.⁷²⁾ *Coolidge* 판결에서 경찰은 피고인의 차를 압수하여 경찰서로 견인한 후 무려 1년이 지난 후에 수색을 하였다. 이에 대하여 미 연방대법원은 경찰이 자동차를 수색할만한 상당한 이유가 있다고 하더라도, 피고인이 이 특정 자동차를 사용하여 범죄를 범하였다는 사실을 경찰이 이미 일정기간 동안 알고 있었기 때문에 시간이 지난 후에 한 수색에 대하여는 영장이 요구된다고 판시했다. 미 연방대법원은 우선 “자동차”라는 단어는 “미 연방수정 헌법 제4조의 존재를 사라지게 하는 부적이 아니다”라는 점을 언급하였다. 그리고 “도주하고자 하는 경계할만한 범죄적 시도, 위험한 추격 후 고속도로로 도주할 수 있는 기회의 존재, 금제품이나 훔친 물건 또는 무기의 존재, 증거물을 운반하고자 대기중인 공범, 압수된 자동차를 보존하기 위한 특별 경찰력 등 어떠한 것에도 해당이 없다”는 점을 들어서 현장 및 경찰서에서의 수색 모두를 허용할 수 없다고 결정하였다.⁷³⁾

그러나 미 연방대법원의 위 판결에서의 태도는 예외적인 것이고 일반적으로는 자동차 예외에 있어서 동시성 요건의 적용을 거의 적용하지 않거나 느슨하게 적용하는 것으로 보인다.⁷⁴⁾ 예를 들어, *Chambers v.*

72) Babara C. Salken, “Balancing Exigency and Privacy in Warrantless Searches to Prevent Destruction of Evidence: The Need for a Rule,” 39 *Hastings L.J.* 283, 1987; Edward G. Mascolo, “The Emergency Doctrine Exception to the Warrant Requirement under the Fourth Amendment,” 22 *Buff.L.Rev.* 419, 1972.

73) *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443(1971).

Maroney 판결에서 동 법원은 자동차에 타고 있는 피의자를 경찰이 체포한 후 그 자동차를 경찰서에 운반하여 수색한 경우 그 수색이 정당하다고 판시한 바 있다. 그런데 이 사건에서 경찰은 미리 자동차를 경찰서에 운반하여 확보하면서 영장을 발부받았다.

미 연방대법원은 “치안판사에게 상당한 이유가 있다는 것을 제시하기 전에 차량을 압수하고 확보하는 것과 영장없이 즉시 수색하는 것 사이에는 큰 차이점이 없다”면서 “수색할 상당한 이유가 있다면 두 과정 모두 수정헌법 제4조 하에서 합리적인 방법”이라고 보았다.⁷⁵⁾ 그러나 만일 주법과 경찰의 내규에서 “일단 차를 경찰서로 견인해오고 운전자가 구금되면 경찰은 수색을 행하기 전에 영장을 얻어야 한다”고 규정하고 있다면 위와 같은 연방대법원의 판결에도 불구하고 경찰은 영장을 발부받아야 하며 만일 그렇지 않으면 그 수색은 불법이며 증거능력은 부인된다고 본다.

Chambers 판결은 오히려 Carroll 사건에서와 같은 “이동성”이 존재하지 않았음에도 불구하고 영장이 필요하지 않다는 판결을 내렸다는 점에서 비판을 받았다. 즉, 앞서의 Carroll 판결에서 언급한 차량의 예외가 경찰의 차량 억류(도로에서가 아닌 경찰서에서의)에도 적용될 수 있는지에 관하여 연방대법원은 이와 같이 차량을 경찰서로 옮긴 결정은 불합리하지 않다고 보았는데, 그 근거로 차량을 밤중에 길 한 가운데에서 수색하는 것은 경찰관에게 위험이 닥칠 수 있고 차량의 이동성이라는 특징에 비추어 경찰관에서의 차량수색은 유효하다고 판시한 것이다. 차량 탐

74) Jeffrey A. Segal, “Predicting Supreme Court Cases Probabilistically: The Search and Seizure Cases, 1962-1981,” *The American Political Science Review* Vol.78, No.4, 1984.12, p.891.

75) *Chambers v. Maroney*, 399 U.S. 42(1970): 경찰관들은 심야 무장강도를 한 것으로 볼만한 상당한 이유가 있는 차량을 정차시켜 용의자들을 체포하고 차량을 경찰서로 몰고 와서 철저한 수색을 통하여 권총 두 자루와 다른 범행 증거를 확보하게 되었다.

승자가 수색에 앞서 구금되어 있었고 수색이 경찰서에서 이루어졌기 때문에 사법권 밖으로 이동될 위험도 없었기 때문이다.⁷⁶⁾ 이런 이유로 심지어 Chambers 판결에 대해서는 영장없는 수색에 대한 이론적 설명이 “너무 근거가 박약해서 의미있게 받아들이기 어렵다”는 비판이 제기되기도 하였다.⁷⁷⁾ 즉, Chambers 판결에서 법원은 경찰에게 영장의 유무에 대한 근거를 마련해주었지만 판결 자체는 해석에 따라서 완전히 달라질 수 있는 상당히 애매모호한 판결이었다는 지적을 받았던 것이다.

바. 우연성과 상당한 근거

미국에서도 범죄의 증거물이 “우연히” 자동차에 적재되어 있는 경우 자동차 예외를 인정하여야 할 것인지에 대하여 경찰의 의견이 분분하였다고 한다.⁷⁸⁾ 한 예로 1977년의 *United State v. Chadwick* 판결⁷⁹⁾과 1979년의 *Arkansas v. Sanders* 판결에서는 자동차 예외가 부정되었다. Chadwick 사건에서 보스턴에 있던 연방 마약단속요원은 마리화나가 들어 있는 200파운드짜리 이중 잠금장치된 사물트렁크(Footlocker)를 압수하였다. Chadwick은 San Diego에 도착하자마자 이 가방을 자기 차 트렁크에 실었다. Chadwick을 추적하던 연방 마약단속요원은 그 순간 Chadwick과 그의 동료들을 체포했고, 가방을 압수하여 수색했다. 정부는 트렁크가방이 자동차에서 발견되었을 뿐만 아니라 그것이 국외로 옮

76) Vivian Deborah Wilson, “The Warrantless Automobile Search: Exception Without Justification,” 32 *Hastings L.J.* 127, 1980.

77) LaFave, “Warrantless Searches and the Supreme Court: Further Ventures Into the ‘Quagmire’,” 8 *Crim.L.Bull.* 9, 1972.

78) Peter Connelly, “The Fourth Amendment and Section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What Has Been Done - What Is to Be Done,” 27 *Crim.L.Q.* 182, 1984.

79) *United States v. Chadwick*, 433 U.S. 1(1977).

겨지는 즉시 이동가능했다는 점을 언급하면서 Car Doctrine 하에서의 수색이 정당하다고 주장했다.

일반적으로 사람은 사유물과 동산(動産)에 관한 프라이버시권을 자동차에 비하여 더 요구하고 기대한다는 점을 언급하면서 연방대법원은 자동차 예외의 적용을 배제하였다. 즉 동 법원은 자동차 예외 적용을 배제한 근거로 1) 자동차 예외의 적용은 차량이 가지고 있는 고유한 이동성에 부분적인 근거를 두고 있는 것이기는 하지만 2) 또 한가지 자동차가 가지고 있는 특성상 프라이버시보호의 이익이 적어진다는 점(자동차는 법에 따라 등록하여야 하고 정기적으로 점검을 받아야 할 의무가 있는 등 개방된 차량조사에 노출되어 있기 때문임)을 들고 있는데, 사물(私物)을 저장하는 장소로서 트렁크는 그 어디에도 해당하지 않기 때문에, 경찰관은 차량을 정지시킨 상태에서 영장을 발부받기 전까지는 트렁크를 열 수 없고 억류 또는 압류상태를 유지하는 것만 허용된다고 판시하였다.⁸⁰⁾

Sanders 사건에서 경찰은 피고인이 마리화나를 초록색 여행용 가방(suitcase)으로 운반하고 있다고 믿을만한 상당한 이유를 가지고 피고인이 가방을 택시트렁크에 넣는 것을 주시하였다. 경찰은 몇 블록에 걸쳐 이동중인 택시를 추격한 후 택시를 정차시켜 가방을 수색하였으며 그 과정에서 다량의 마리화나를 발견하였다. 미 연방대법원은 차량의 이동성으로 판단하는 긴급상황은 수색 바로 전의 시점(경찰이 수색대상물을 압수하여 그들의 통제하에 두게 된 이후)을 기준으로 판단되는 것이므로 이 사안에 대해서는 자동차 예외가 적용되지 않는다고 판시했다. 즉, 프라이버시에 대한 고도의 기대는 사유물과 관련된 것으로서 자동차에 그 사유물이 있었다는 것만으로는 가방에 대한 소유자의 프라이버시권 보호에 대한 기대치를 감소시킬 수 없다고 판시했다.⁸¹⁾

80) United States v. Chadwick, 433 U.S. 1(1977).

그러나 1982년 *United States v. Ross* 판결에 이르러 미 연방대법원은 자동차 예외를 적극적으로 인정하는 태도로 선회하기 시작하였다. 그리고 1991년 *California v. Acevedo* 판결에서는 *Chadwick* 판결과 *Sanders* 판결을 뒤집기에 이른다. *Ross* 사건에서 경찰은 자동차 트렁크의 외부에서 피고인이 마약을 거래하고 있다고 믿을만한 상당한 이유를 발견하였다. 경찰은 그 차량을 발견했지만 피고인을 주변에서 발견하지 못하여 그 지역을 순회하던 도중 피고인이 자신의 자동차를 운행하는 것을 발견하고 즉시 차량을 정지시킨 후 피고인을 체포하고 영장없이 트렁크를 포함한 자동차 전부를 수색하였다. 이 과정에서 경찰은 트렁크에서 마약이 들어 있을 것으로 추정되는 갈색 종이 가방을 발견하였고, 수색결과 가방안에 든 다량의 헤로인을 발견했다.

미 연방대법원은 “상당한 이유에 근거하여 영장없이 행한 수색의 범위는 상당한 이유에 따라 영장을 발부하여 수색한 범위와 동일하다”라고 판단하였다. 그리고 그 근거로 앞의 판결들은 상당한 이유가 특정한 용기(담을 것, 컨테이너)에 한정되지만, 이 사건의 경우에는 차량 전부에 미치기 때문이라고 하였다.⁸²⁾ 이 판결 이후 압수수색의 적법성 기준은 수색을 행할 상당한 이유가 특정용기(container-specific)에 있는지 혹은 차량 전반(car-general)에 있는지 여부로 결정되게 되었다.⁸³⁾ 또한 경찰이 수색을 행할 상당한 이유가 있다면 조수석 선반(Glove compartment)⁸⁴⁾과 트렁크⁸⁵⁾ 및 자동차 내부의 컨테이너(용기,

81) *Arkansas v. Sanders*, 442 U.S. 753(1979).

82) *United States v. Ross*, 456 U.S. 798(1982).

83) Lewis R. Katz, “*United States v. Ross: Evolving Standards for Warrantless Searches*”, 74 *J.Crim.L.&Criminology* 172, 1983; Mary Brandt Jensen, “*The Scope of Warrantless Searches under the Automobile Exception: United States v. Ross*”, 43 *La.L.Rev.* 1561, 1983.

84) *South Dakota v. Opperman*, 428 U.S. 364(1978).

85) *Cady v. Dombrowski*, 413 U.S. 433(1973).

container)의 조사를 위하여 압수수색할 수 있는지 여부에 대해서는 견해의 대립양상을 보이고 있다.⁸⁶⁾

한편 Acevedo 사건에서 경찰은 선행한 조사결과에 근거하여 용의자 Daza가 그의 아파트에 마리화나 한 꾸러미를 가지고 있다는 것을 알게 되었다. 경찰은 Daza의 아파트를 관찰하던 중 Acevedo가 아파트로 들어가서 Daza가 최근에 받은 마리화나 꾸러미로 추정되는 사이즈 정도의 종이가방을 가지고 떠나는 것을 보았다. Acevedo는 가방을 차에 두고 운전운을 시작했다. 경찰은 가방에 마리화나가 들어 있다고 확신하고 Acevedo를 떠나게 둘 경우 증거가 소실될 위험성이 있다고 판단하여 즉시 차를 정지시킨 후 트렁크를 수색하였다. 수색 결과 경찰의 추측대로 가방에서 마리화나가 발견되었다.

연방대법원은 이 사건에서 “용의자에게 있어서는 전부수색 후에 자동차에서 발견된 용기이건 특정 물건으로 제한한 수색후 차에서 발견된 물건이건 둘 다 은닉 또는 파훼하는데 특별한 차이가 없다”고 판시했다.⁸⁷⁾ 즉, 동 법원은 “경찰이 수색하고자 의도한 물건과 수색 중 차에서 뜻밖에 발견한 물건 사이”에 특별한 구별을 두지 않았다. Acevedo 판결은 상당한 이유가 있으면 경찰은 영장없이 물건을 수색할 수 있다는 하나의 원칙만 자동차 수색에 적용된다는 점을 확인했다는 점에서 의미가 있다고 한다. 따라서 차량 내부(그 안의 모든 담을 것을 포함)에 대한 수색에는 Carroll 판결에서 최초로 채택되고 Ross 판결에서 정립된 이론이 제한없이 적용된다고 보았다. 다시 말해 경찰은 그 수색이 상당성 이유에 의하여 뒷받침될 경우에는 차량 내·외부의 어느 곳이든지(그 안에 포함되어 있는 컨테이너까지도) 영장없이 수색할 수 있다는 것이다. 그러나 Acevedo 판결에서 제시한 위와 같은 근거들에 대해서 연방수정헌법

86) United States v. Ross, 456 U.S. 798(1982).

87) California v. Acevedo, 500 U.S. 565(1991).

제4조의 영장주의를 근간까지 흔들어 놓았다는 비판도 받고 있다.⁸⁸⁾

5. 소결

미국과의 비교를 통하여 해석과 적용에서 참고할 수 있는 점은 우리나라에 비하여 미국은 프라이버시 보호가 매우 강하다는 것이다. 특히 체포영장을 보유하고 있더라도 함부로 주거지를 수색하도록 허용하지는 않는다는 점과 상당한 근거나 긴급상황이 있었다는 점에 대해 미 연방대법원이 법집행기관으로 하여금 이를 입증하도록 하면서도 경찰의 경험이나 판단을 존중해주고 있다는 점에서 시사하는 바가 크다.

특히 영장에 의하지 않는 긴급수색에 있어서 시간적 한계에 있어서는 상당성을 그 근거로 삼고, 긴급상황에 대해서 축적된 판례를 근거로 수사기관에 재량권을 우리나라와 비교하여 넓게 부여하고 있는 것으로 보인다.

미국 연방수정헌법 제4조는 “부당한 수색, 체포 및 압수에 대하여 신체, 주거, 서류 및 재산의 안전을 보장받는 시민의 권리는 불가침이다. 체포, 수색 및 압수영장은 정당한 이유에 기초하고, 선서 또는 확약에 의하여 지지되며, 수색될 장소와 체포될 사람 및 압수될 물건이 특정하여 기술되지 않은 이상 발부될 수 없다”라고 규정하여 국가기관으로부터의 부당한 압수·수색에 대한 보호를 천명하고 있다.

88) Daniel T. Gillespie, “Bright-Line Rules: Development of the Law of Search and Seizure during Traffic Stops”, 31 Loy.U.Chi.L.J. 1, 1999; Lisa K. Coleman, “Criminal Law - California v. Acevedo: The Erosion of the Fourth Amendment Right to Be Free from Unreasonable Searches”, 22 Mem.St.U.L.Rev. 831, 1991; Peter C. Prynkiewicz, “California v. Acevedo: The Court Establishes One Rule to Govern All Automobile Searches and Opens the Door to Another Frontal Assault on the Warrant Requirement,” 67 Notre Dame L.Rev. 1269, 1991.

영국의 PACE법 제18조에서도 장소가 1) 해당범죄와 관련되거나, 2) 해당범죄와 연관되거나 유사한 다른 기소가능범죄와 관련되어 있는 법적으로 허용되는 이외의 증거가 있다고 의심할만한 합리적인 이유가 있다면 경찰관은 기소가능범죄로 체포된 사람이 점유 또는 관리하는 장소에 들어가 수색할 수 있다고 하여 체포후 경찰관의 출입·수색에 관한 규정을 두고 있다. 또한 도로검문의 경우에는 1) 도로교통 범죄 이외의 범죄 또는 차량이용 범죄를 범한 사람이나, 2) 범죄를 목격한 사람, 3) 범죄를 범할 의도가 있는 사람 또는 4) 기타 위법하게 보이는 사람에 대하여 그 사람이 차량에 탑승하고 있는지 여부를 확인하기 위하여 도로검문을 할 수 있다. 이는 범죄의 증거가 되는 범죄인 또는 증거물의 도주, 파괴 등을 막고 이를 확보하기 위한 것으로서 위에서 언급한 미국 연방대법원과 같은 입장을 보이고 있다. 특히 도로에서 수색을 하기 위해서는 사람의 경우 도주의 우려가 있거나 신속하게 사람을 발견해야할 필요성이 있는 경우 검문을 승인하도록 하고 있어서 그 요건을 제한하고 있다는 점이 주목할 필요가 있다. 이 때 도로검문은 계속할 수 있는 기간을 7일 이내로 한정하고 있고, 추가기간으로 지정한 날짜도 1회에 한하여 7일을 넘지 않도록 제한하고 있는데 경찰관의 권한남용을 막기 위한 규정이다.

제3장 경찰의 긴급출입권

I. 논의의 시작

최근 잇따라 흉악범죄가 발생하면서 국민들의 불안감이 고조되게 되자 경찰은 ‘피해자가 생명이나 신체에 위해를 당할 수 있는 급박한 상황에서 경찰이 타인의 건물이나 주택에 강제로 들어가 조사할 수 있는 긴급출입권’을 신설하기로 하였다. 특히 온국민의 공분을 산 수원 부녀자 살인사건(오원춘 사건), 수원 내연 남녀 동반자살사건에서 경찰이 위해 가능성이 있는 현장에 출동요청을 받고 도착해도 건물주가 거부하면 강제로 들어가거나 현장을 조사할 수 있는 권한이 없다는 문제점이 제기되었다.⁸⁹⁾ 그 결과 경찰청은 경찰의 긴급출입권을 확보 및 강화하고 경찰관의 적법한 직무집행으로 입은 제3자의 손해에 대하여 보상하도록 규정한 경찰관직무집행법 개정안을 입법예고하였으나, 예고시한 만료로 법안은 폐기되었다. 그러나 최근 다시 현행 경찰관직무집행법 제7조의 범위 내에서 경찰의 긴급출입권을 구체화한 ‘위급상황시 가택출입·확인 경찰활동 지침’을 일선 경찰에 배포하여 시행하도록 하였다⁹⁰⁾.

한편 앞에서 살펴본 것처럼 검사 또는 사법경찰관은 영장에 의한 체포, 긴급체포, 구속 또는 현행범인 체포의 규정에 의하여 피의자를 체포·

89) 김현, 경찰 긴급출입권, 인권침해 없어야, 법률저널 2012.7.20.일자 (<http://news.lec.co.kr/gisaView/detailView.html?gisaCode=L001002006920002&tblName=tblNews>)

90) 조선일보 2012.12.16. 위급하면 주인 허락없이 가택진입-경찰지침 개정 (http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2012/12/16/2012121600078.html?news_Head1)

구속하는 경우에, 필요하면 영장없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥·건조물·항공기·선거 안에서 피의자수사를 할 수 있다(형사소송법 제216조 제1항 1호). 이것은 곧 체포·구속하고자 하는 피의자가 타인의 주거·가옥·건조물 안에 숨어 있을 개연성이 인정되는 경우에 영장없이 피의자를 수색할 수 있음을 의미한다.⁹¹⁾ 수색할 수 있는 범위는 피의자와 제3자의 주거이다. 피의자를 추적하는 가운데 피의자를 따라 주거·건조물 등에 들어가는 것은 체포·구속에 포함되고, 위의 영장없는 수색에 해당될 문제는 아니다. 왜냐하면 제216조 제1항 1호의 피의자수색이란 피의자의 발견을 위한 처분인데, 피의자를 추적하다 주거 등에 들어가는 것은 피의자의 발견이 필요한 경우에 해당하지 않기 때문이다.

위와 같은 의미에서 현행법상 경찰이 긴급한 상황에서 피의자를 발견하거나 범죄사실을 찾기 위하여 타인의 가옥에 들어가는 이른바 긴급출입권을 적법하게 실행하기 위해서 형사소송법과 경찰관직무집행법의 규정개정이 시급한 것으로 보인다.

2. 경찰관직무집행법 제7조의 제·개정논의

가. 개관

지난 6월 20일 경찰은 위 사건의 처리과정에서 불거진 현장 경찰관의 소극적 범집행에 대하여 강화 및 보완의 필요성이 제기되면서 경찰관직무집행법상의 ‘위험방지를 위한 출입’ 규정을 구체적으로 보완하고, ‘손실보상’의 근거규정을 신설하는 경찰관직무집행법 일부개정법률안⁹²⁾을

91) 배종대 외, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 192면.

92) 사이버 경찰청 홈페이지 “입법예고”(http://www.police.go.kr/participate/p_t_legislative_list.jsp) 참조.

입법예고하였다.

현행	개정안
<p>제5조(위험발생의 방지) ① (생략)</p> <p>1. ~ 2. (생략)</p> <p>3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 <u>위해방지상</u> 필요하다고 인정되는 조치를 하게하거나 스스로 그 조치를 하는 것</p> <p>②·③·④ (생략)</p>	<p>제5조(위험발생의 방지) ① (현행과 같음)</p> <p>1. ~ 2. (현행과 같음)</p> <p>3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 <u>위해의 방지 또는 제거를 위해</u> 필요하다고 인정되는 조치를 하게하거나 스스로 그 조치를 하는 것</p> <p>②·③·④ (현행과 같음)</p>
<p>제7조(위험방지를 위한 출입) ① 경찰관은 제5조제1항·제2항 및 제6조제1항에 규정된 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 선차 내에 <u>출입할 수 있다.</u></p>	<p>제7조(긴급출입권) 경찰관은 제4조제1항에 따른 보호조치나 제5조제1항·제2항 및 제6조제1항에 규정된 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지 또는 제거하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 선차 내에 <u>출입하여 그곳에 있는 사람, 물건 또는 상태를 조사할 수 있다.</u></p>
<p>② 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 관계인은 그 영업 또는 공개시간 내에 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 <u>위해예방을</u> 목적으로 그 장소에 출입할 것을 요구한 때에는 <u>정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다.</u></p>	<p>제7조의2(예방출입 등) ① 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 관계인은 그 영업 또는 공개시간 내에 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 <u>위해의 방지 또는 제거를</u> 목적으로 그 장소에 출입할 것을 요구한 때에는 <u>정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다.</u></p>
<p>③ 경찰관은 대간첩작전수행에 필요한 때에는 작전지역 안에 있어서의 제2항에 규정된 장소안을 검색할 수 있다.</p>	<p>② 경찰관은 대간첩작전수행에 필요한 때에는 작전지역 안에 있어서의 제1항에 규정된 장소안을 검색할 수 있다.</p>
<p>④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 경찰</p>	<p>제7조의3(출입·조사 시의 증표제시 등) ①</p>

현 행	개 정 안
<p>관이 필요한 장소에 출입할 때에는 그 신분 표시하는 증표를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무를 방해하여서는 아니된다.</p>	<p>제7조 및 제7조의2의 규정에 의하여 경찰관이 필요한 장소에 출입할 때에는 그 신분 표시하는 증표를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무를 방해하여서는 아니된다.</p>
<p><신 설></p>	<p>② 경찰관이 제7조 및 제7조의2의 규정에 의한 출입·조사를 한 때에는 지체없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.</p>
<p><신 설></p>	<p>제11조의2(손실보상) ① 국가는 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실을 입은 자에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다.</p>
	<ol style="list-style-type: none"> 1. 경찰의 직무수행과 관련하여 책임이 없는 자가 생명·신체 또는 재산상의 특별한 손실을 입은 경우 2. 경찰의 직무수행과 관련하여 책임이 없는 자가 경찰관의 직무집행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공하여 생명·신체 또는 재산상 손실을 입은 경우 3. 경찰의 직무수행과 관련하여 책임이 있는 자가 자신의 책임한도를 초과하는 생명·신체에 대한 특별한 손실을 입은 경우 <p>② 제1항의 보상을 청구할 수 있는 권리는 손실이 있음을 안 날부터 3년, 보상사유가 발생한 날부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.</p> <p>③ 손실보상의 기준, 보상금액, 지급절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>

위 입법예고안에 따르면 제7조의 제목을 ‘긴급출입권’으로 변경하고,

‘보호조치’ 또한 긴급출입 범위에 포함시키며 ‘출입’후 위해의 방지 또는 제거를 위해 수반되는 조사활동에 대한 근거를 마련하는 등 위험방지를 위한 출입규정을 개정하고, 이에 따라 경찰의 적법한 직무집행으로 발생한 국민의 손실을 보상해야 하는 근거규정을 신설하고자 하였다.

이 안은 예고시한을 넘겨 현재 폐기된 상태이다.

나. 경찰관직무집행법 제정과정에서의 논의

개정의 대상이 된 경찰관직무집행법 제7조는 1953년 12월 14일 최초로 법이 제정될 당시부터 존재하였던 규정(당시에는 제6조)이다. 경찰관은 위험의 발생을 방지하고, 범죄의 예방과 제지를 위하여 ‘위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서’ 타인의 토지·건물 또는 선차 내에 출입할 수 있다.

그러나 이 조항은 1953년 제정 이래 제대로 적용될 수 없었다. 오히려 경찰관에게 이러한 권한을 부여하고 있기 때문에 권한을 행사하지 않은 것이 직무상의 의무위반으로서 국가에 위자료를 지급하라는 판결이 내려지기도 했다⁹³⁾. 이처럼 법조문이 유명무실하게 제대로 적용될 수 없었던 까닭은 법조문의 개념상 불명확성과 경찰관들의 손해배상에 대한 부담감 그리고 불법수사에 대한 비난 등이 작용했을 것으로 보인다.

경찰관직무집행법 제정 당시의 논의를 살펴보면 다음과 같다. 제2대 국회 제17회 제10차 국회임시회 본회의에서 경찰관직무집행법안의 독회

93) 군산 윤락업소 화재 사건 사망 유족 국가배상 청구사건: 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결.

가 열렸다. 이석기(李錫基) 내무위원장은 경찰관직무집행법에 대한 조사보고를 통하여 경찰관직무집행법은 ‘사법경찰관에 소위 범죄수사에 대한 권한을 부여한 것이 아니고 범죄수사에 들어가기 전에 소위 경찰관이 직무집행하는 방법을 규정할 따름’⁹⁴⁾이라는 법령 제정의 취지를 밝혔다. 동 제정법률은 1948년 6월 10일자로 제2회 국회에 제출된 일본 경찰관 직무집행법과 같은 내용으로 구성되어 있다.⁹⁵⁾

다. 경찰의 긴급출입권과 적법한 직무집행에 의하여 발생하는 피해에 대한 손실보상 규정 신설문제

제헌국회부터 제19대 국회에 이르기까지 경찰관직무집행법에 대한 의안은 총 41건이 국회에 제출되었다. 그 중 최근에 가장 이슈가 되고 있는 부분은 1) 우범자 등에 대한 집중관리대책 마련(2012.8.28. 이찬열 의원 등 발의⁹⁶⁾), 2) 적법한 직무행위로 인한 손실보상 규정 신설(2012.7.16.김한표 의원 등 발의⁹⁷⁾), 3) 집회·시위 관리용 장비 규정 정

94) 제17회 국회 제10차 국회임시회 본회의 회의록, 2면.

95) 당시의 일본 법률 내용은 古谷 洋一 편저, 註釋 警察官職務執行法(再訂版), 立花書房, 5면 이하 참조.

96) 의안번호 제1901356호: 가. 경찰관서의 장이 범죄행위의 예방 및 수사자료로 활용하기 위하여 살인·방화·강도·절도·강간·강제추행·조직폭력·마약류 관련 범죄경력이 있는 사람 중 그 성격, 상습성, 환경 등으로 보아 재범의 우려가 있는 사람(이하 “우범자”)에 대한 재범 위험성 및 사회생활에 대한 적응성 등에 관한 정보를 수집하고 자료를 보관할 수 있도록 함(안 제8조의2제1항 신설). 나. 우범자의 선정 및 해제, 그 밖에 우범자 관리에 필요한 사항을 심사·결정하기 위하여 경찰관서에 우범자심사위원회를 두고, 위원회의 구성 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 함(안 제8조의2제2항 및 제6항 신설). 다. 우범자에 관하여 수집된 정보 및 보관된 자료는 범죄의 예방이나 수사의 목적으로만 사용되도록 함(안 제8조의2제5항 신설).

97) 의안번호 제1900690호: 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 다른 사람의 생명·신체 또는 재산상에 특별한 손실이 발생하는 경우 국가가 그 손실

비(2012.6.28. 오제세 의원 등 발의⁹⁸), 2012.6.20. 조정식의원 등 발의⁹⁹), 2011.7.18. 문학진 의원 등 발의¹⁰⁰)[임기만료폐기] 등 다수)를 들 수 있다. 이와 같이 제7조의 긴급출입권에 관한 개정법률안은 찾아보기 힘들다. 다만, 위에서 언급한 것처럼 최근 경찰청에서 그 개정법률안을 마련하여 입법예고한 경우는 아주 예외적이다.

그런데 실질적으로 위 입법예고안은 경찰의 긴급출입권이 아닌 경찰의 긴급수색권을 내용으로 삼고 있다. 이미 현행법상으로도 경찰은 ‘위해가 절박한 때’ 그 위해를 방지하기 위하여 출입할 수 있는 권한을 가지고 있기 때문에 실질적으로 논의가 되어야 할 부분은 출입후 현장에 있는 사람이나 물건의 상태를 ‘조사’할 수 있게 한 것이고, 이는 형사소송법상의 수색과 같은 개념이라고 볼 수 있다.

을 보상하도록 손실보상 규정을 신설함으로써 국민의 권익을 보호하고 경찰관의 안정적인 직무집행을 도모하려는 것임(안 제11조의2 신설).

- 98) 의안번호 제1900390호: 외부전문가·시민단체 추천인 및 관계 공무원 등으로 구성된 경찰장비안전성심의위원회를 경찰청과 해양경찰청에 각각 설치하여 위해성 경찰장비의 신규도입이나 변경 시 안전성 확인, 위해성 경찰장비의 안전관리 및 보관실태의 적정성 여부 등을 심의하도록 함으로써 경찰장비의 안전성 및 신뢰성을 제고하고 경찰장비의 사용에 신중을 기하도록 하려는 것임(안 제10조 및 제10조의5 신설)
- 99) 의안번호 제1900212호: 물포의 사용에 대해서 그 근거를 법률에 규정하되 집회·시위의 현장에서 분사기·최루탄 또는 물포를 사용하는 경우 일정 거리 밖에서 발사하고 사람을 향해 직접 발사하지 못하도록 하는 한편, 평화적이고 비폭력적인 집회 및 시위에 대하여는 이들 장비를 사용하지 못하도록 함으로써 경찰장비의 적정한 사용을 도모하고 국민의 안전을 보장하려는 것임(안 제10조제2항, 제10조의3제1항, 같은 조 제2항 신설 및 제11조).
- 100) 의안번호 제1812655호: 경찰청에 경찰장비안전성심의위원회를 설치하여 경찰장비의 안전성이나 기준·규격에 관한 사항을 심의하게 하고 불특정 다수가 모이는 집회나 시위현장 등에서 분사기나 최루탄 등을 사용할 경우 위원회에 의해 안정성이 인정된 것만을 사용하도록 하며, 또한 분사기 등의 장비 사용 시 현장책임자의 판단에 의하되 경찰청장의 지시를 받도록 하는 등의 사항을 규정함으로써, 경찰장비의 안전성 및 신뢰성을 제고하고 경찰장비 사용에 신중을 기하도록 하고자 함(안 제10조의3 및 제10조의5 신설).

3. 경찰관직무집행법 제7조의 해석과 제문제

이러한 가운데 경찰청은 2012년 12월 ‘위급상황시 가택출입·확인 경찰활동 지침’을 일선에 배포하고 시행에 들어갔다. 그 근거는 경찰관직무집행법 제7조에 따른 것이라고 한다. 본 지침에 따르면 경찰은 범죄로 인명 또는 재산상 피해가 크거나 위해방지 또는 피해자 구조 등을 위해 타인의 건물에 강제로 진입할 수 있다. 같은 피해자보호차원에서 가정폭력범죄 신고의 경우에도 강제진입해 조사가 가능하도록 하고 있다.

경찰관직무집행법 제7조의 출입을 하기 위해서는 1) 제5조 제1항 및 제2항, 제6조 제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여야 하고, 그로 인하여 2) 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때, 3) 위해의 방지 또는 피해자 구조를 위하여, 4) 부득이하다고 인정할 때, 5) 경찰관이 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 출입하도록 하고 있다. 그리고 이 ‘위험방지를 위한 가택출입’은 동법상 정의규정이 없어서 의미와 관련하여서는 논쟁이 예상된다.¹⁰¹⁾

문제는 위 경찰관직무집행법 제7조 제1항에서 경찰관에게 부여하고 있는 권한은 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 “출입”할 수 있는 것 뿐이고, 따라서 그 내부를 “수색”할 권한은 부여하고 있지 않다는데 있다. 따라서 동 조항에 따라 경찰관이 권한을 행사하는 경우에는 ‘거주인의 동의나 승낙 없이는 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 들어가

101) 한 독일학자는 “경찰관이 인명, 신체 또는 재산에 대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 타인의 가택 내에 들어가 그곳에 체재하며 가택내부를 피상적으로 둘러보는 것”이라고 평가하고 있다.(Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 7.Aufl., 2011, Rn.152: 손재영, “위험방지를 위한 가택출입과 경찰긴급상황-최근 발생한 ‘수원 20대 여성 토막 살인사건’을 소재로 하여-”, 법과 정책 제18집 제2호, 청주대학교 법과정책연구소, 2012.8., 297면 참조).

그 내부를 샅샅이 뒤져 찾을' 수는 없다. 오히려 이러한 이유로 경찰관 직무집행법 제7조의 규정을 영장주의를 적용할 대상인 '가택수색'이 아닌 '가택출입'이기 때문에 영장주의가 적용되지 않는다는 판단을 하는 견해¹⁰²⁾도 있다. 그러나 위에서 언급한 것처럼 '출입'이라는 행위도 역시 '수색'의 한 분야로 볼 수 있다는 견해에 따르면 일반적인 가택출입의 경우에도 그 목적에 따라서 영장주의가 적용되고, 소유주 등의 동의나 승낙이 없으면 영장을 통하여 집행하는 것이 옳다고 생각한다. 동 조항은 '긴급한' 상황에 해당하므로 영장주의 적용에 있어서 절박성 여부에 따라서 예외가 적용될 수 있을 뿐이라고 본다.

위해의 절박성 유무의 판단은 사회통념에 비추어 합리적으로 행하여야 하고, 현장에서 경찰관의 판단이 당시 상황에 비추어 적절하게 행한 것이어야 하며, 현실적으로 절박한 위해가 있는지 여부가 분명하다고 판단되면 출입을 행할 수 있다. 경찰관의 현장에서 인식한 사실은 경찰관의 직업적 전문지식과 경험, 통보 등 사전에 지득한 정보 등을 고려하여 판단¹⁰³⁾하게 된다. 타인의 토지 등에 출입할 때에는 현실적으로 이용가능한 다른 수단이 없어서 '부득이한 경우'라고 인정될 때에만 이 조항을 적용하여 긴급출입할 수 있도록 하는 보충성의 원리가 적용되어야 하며 법익균형 여부에 따라 상당성이 충족되어야 함은 기본권의 충돌에 있어서 고려되어야 함은 물론이다.

경찰청이 이번에 발한 지침은 여기에서 한 단계 더 나아가 긴급출입한 경찰관이 필요한 한도 내에서 외관상 '확인'을 할 수 있도록 하고 있다. 특히 확인과정에서 범죄가 진행되고 있거나 범죄의 흔적을 발견했을 때

102) 손재영, “위험방지를 위한 가택출입과 경찰긴급상황-최근 발생한 ‘수원 20대 여성 토막 살인사건’을 소재로 하여-”, 법과 정책 제18집 제2호, 청주대학교 법과정책연구소, 2012.8., 292면.

103) 같은 취지로 東京高判 昭和 37.10.13. 노동형집 8집 389면(第1次砂川事件): 古谷 洋一 편저, 註釋 警察官職務執行法(再訂版), 立花書房, 388면 참조.

에는 영장없이 압수수색이나 피의자 수사가 가능하도록 하였다.

이 경우 문제가 될 수 있는 것은 형사소송법과의 관계 또는 충돌의 문제이다. 앞서서도 언급한 것처럼 경찰관직무집행법은 어디까지나 경찰관이 수사가 아닌 범죄의 예방 및 억제를 하기 위하여 제정된 행정법적인 성격을 띠고 있기 때문에 ‘수사’, ‘공소’, ‘재판’ 등 형사절차를 그 내용으로 삼고 있는 형사소송법과는 그 성격이 다르다고 본다. 그럼에도 불구하고 임의 또는 강제로 출입한 곳으로부터 범죄의 단서를 발견하고 수색 등 수사활동으로 전환하게 되었을 때에는 헌법과 형사소송법의 법규정에 따라 적법하게 수사절차가 행해져야 한다. 즉, 강제수사가 될 때에는 영장주의의 원칙에 따라야 할 것이다.

물론 경찰관이 임의로 판단할 수 밖에 없었던 각종 긴급상황을 1) 개별 가택 등으로 위험발생 장소가 특정된 경우, 2) 위험발생 장소가 협소한 범위로 한정된 경우, 3) 위험발생 장소가 광범위하게 추정되는 경우 등 3단계로 구분해 상황에 맞게 대처할 수 있도록 하는 내용이나 가택출입 후 출입사실을 출입대장에 기록하고 확인서, 안내문 게시 등 국민의 생명을 보호하기 위해 불가피한 경찰권 행사였음을 분명하게 하도록 하는 등 절차적 통제를 엄격히 규제한 면은 출입 및 수사과정에서 인권침해를 방지하는데 필요한 사항이라고 판단된다. 그리고 ‘구체적 개연성’의 판단에 있어서도 1) 살인과 강도, 강간 등 형벌이 무거운 경우, 2) 무기 소지 가능성이 있는 경우, 3) 신속하게 출입하지 않으면 요구조자가 위해를 피하기 어렵다고 판단되는 경우, 4) 긴급출입 장소에 용의자가 존재한다고 믿을 수 있는 강한 근거가 있는 경우 등에는 긴급출입을 할 수 있도록 하였는데, 매우 세밀한 부분까지 규정하지 않는 한 경찰관 개인의 판단은 개입될 여지가 여전히 남아 있다고 할 것이다.

4. 특별법상 긴급출입권 조항

현행 ‘가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제9조의4 제1항¹⁰⁴⁾(2012. 5. 2. 시행)에 따르면 “가정폭력범죄의 신고에 따라 현장에 출동한 사법경찰관리는 피해자를 보호하기 위하여 신고된 현장에 출입하여 조사를 할 수 있다”라는 규정을 두고 있다. 이 조항은 특별법우선원칙에 따라서 경찰관직무집행법 제7조 제1항보다 우선하여 적용된다.

동 조항은 경찰관이 가정폭력사건을 신고받고 출동하였을 때 보다 적극적으로 개입할 수 있도록 제도화한 것¹⁰⁵⁾으로서, 출동한 경찰관이 행위자의 말에 의존하지 않고 직접 피해자의 안전 여부 등을 확인하기 위하여 신고된 현장에 출입하여 조사할 수 있도록 함으로써 가정폭력 피해자 보호를 강화¹⁰⁶⁾하고자 마련된 것이다. 개정당시(2011.12.) 경찰관이 적법한 직무집행으로 인하여 손실을 받은 자에게 국가가 보상을 하도록 하는 규정도 함께 신설(제9조의4 제2항)하였는데, 이 조항은 위에서 언급한 경찰관직무집행법 개정안과 같은 내용으로 구성되어 있다.

가정폭력의 특성상 폭력행위는 주거 내에서 이루어지는 경우가 많기 때문에 주거에 출입하기 전에는 폭력행위의 발생여부나 그 피해의 심각

104) 법제처 제공 법령개정이유, 국가법령정보포털(<http://www.law.go.kr>) 참조: 의안번호 제1813387호(이애주의원 등 10인 제안, 2011.10.10.)로 제안되어 2011.12.22. 국회본회의에서 수정가결되었다.

105) 2010년도 가정폭력실태조사에 따르면 경찰신고 후 경찰의 조치 내용 중 “출동은 하였으나 집안일이니 서로 잘 해결하라며 돌아갔다는 내용”이 50.5%로 가장 많았고, 출동하지 않은 경우도 17.7%에 달하였다고 한다. 이와 같은 경찰의 초기대응에 있어서의 문제점이 노출되어 신설된 조항이다.

106) 이와 함께 개정된 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 가정폭력 피해자 보호를 위한 외국의 입법례는 성홍재, “가정폭력 피해자 보호의 실효성 확보방안에 관한 연구: 개정된 『가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』상 경찰의 긴급입시조치와 법원의 피해자보호명령제도를 중심으로”, 한독사회과학논총 제21권 제3호, 2011, 185면 이하 참조.

성 등을 사전에 확인하고 판단하기가 어렵고, 가정폭력범죄의 신고를 받고 출동한 경찰관이 현장을 조사하기 위해서는 직접 해당 주거에 출입하여 피해자를 대면하는 것이 필요하다는 점에서 피해자보호 차원에서 필요한 입법이었다고 판단된다.

한편 이보다 앞선 2011년 8월 4일에 개정된 ‘아동복지법’(2012. 8. 5. 시행) 제27조 제6항¹⁰⁷⁾에서도 신고를 접수한 사법경찰관리가 아동학대가 행해지고 있는 것으로 신고된 현장에 출입하여 아동 또는 관계인에 대하여 조사를 하거나 질문을 할 수 있도록 규정하여 아동학대에 대한 경찰관의 현장출입 및 조사규정을 명문화하였다. 이 두가지 개정 법률 모두 피해자의 보호라는 극히 제한적인 목적하에서 경찰의 긴급출입권을 인정한 공통점을 가지고 있다.

5. 소결

경찰의 긴급출입권은 적정하게 행사한다면 강력하고 긴박한 범죄로부터 국민을 보호하는 유용한 제도가 될 수 있다. 살인 등 강력범죄 뿐만 아니라 가정폭력사건 등에 대한 보호조치에 대한 긴급출입권도 행사의 대상이 될 수 있을 것이다. 최근에는 특히 폭력을 일상적으로 행사해오던 가장을 아내와 자녀가 살해하거나 부모가 자녀를 학대하다가 사망에 이르게 하는 등 매우 극단적인 사건들이 자주 발생하고 있다. 따라서 가정폭력은 더이상 개인이나 가정이라는 사적 영역을 이유로 방치할 수 없

107) 아동복지법 제27조(아동학대 현장 출동 및 격리조치 등) ⑥ 아동학대 신고를 접수한 아동보호전문기관의 직원이나 사법경찰관리는 아동학대가 행하여지고 있는 것으로 신고된 현장 또는 학대아동사건 조사를 위한 관련 장소에 출입하여 아동 또는 관계인에 대하여 조사를 하거나 질문을 할 수 있다.

⑦ 제6항에 따라 조사 또는 질문을 하는 아동보호전문기관의 직원이나 사법경찰관리는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

으며 공권력이 개입해야 할 필요성이 날로 늘어나고 있다.

그러나 긴급출입권의 필요성이 명백함에도 불구하고 인권침해의 가능성도 간과할 수 없다. 경찰관이 개인의 판단에 따라 영장을 발부받지 않고도 국민의 사생활 영역에 강제로 출입할 수 있게 되어 있고, 현행 지침 또는 경찰관직무집행법상으로는 이 과정에서 시민이 입게 되는 손해에 대해서 보상할 수 있는 법적 근거가 미비하기 때문에 경찰권의 남용 또한 문제로 지적될 수 있다.

따라서 국민의 사생활 영역을 보호하고 인권침해를 막으면서 경찰권의 발동을 통한 피해자의 구제를 적절히 할 수 있도록 하기 위하여 긴급출입권의 발동요건을 좀 더 엄격하게 규정할 필요가 있다.

영국에서는 경찰관이 그 장소에서 찾고자 하는 사람이 있다고 믿을만한 합리적인 이유가 있는 경우 그 장소에 출입하여 수색할 수 있는데, 이렇게 영장없이 장소에 출입할 권한은 과거 보통법에서 규정하고 있었으나, 영장주의의 채택으로 대부분 폐지되었고 다만, 타인의 평온한 상태에 위해를 가하는 것을 처리·예방하기 위하여 출입하는 경우에는 예외적으로 허용하도록 하고 있다(Police and Criminal Evidence Act 1984, 제17조 제5항·제6항 참조).

경찰의 긴급출입권 행사는 국민의 사생활보호와 크게 충돌하는 영역¹⁰⁸⁾이 되기 때문에 살인·강도 등 국민의 생명과 신체에 대한 위협이

108) 변필건, “주거지에서 영장없는 압수수색의 실무상 운영에 관한 미국과 한국의 비교법적 연구”, 저스티스 통권 제108호, 한국법학원, 2008.12, 165면에 따르면 ‘어느 누구도 거주자의 동의 없이는 타인의 주거에 들어가지 못하고 주거지에서 사생활은 정부의 임의적인 침해나 경찰권의 남용으로부터도 보호받아야 하는 것이 헌법규정 등에서 충분히 유추될 수 있으므로 주거지에서 압수수색을 할 경우 판사에 의하여 발부된 영장이 필요하다’는 견해를 취하고 있다. 최근 법무부도 영장의 필요성을 들어 경찰관직무집행법의 개정을 반대한 바 있는데, 경찰관직무집행법에서의 출입권은 긴급한 경우에 한정되기 때문에 논의의 초점이 약간 다르다고 보아야 할 것이다.

급박한 강력범죄가 발생했을 가능성이 있는 경우로 그 범위를 제한하거나 재산범죄 등 생명침해와 관련성이 희박한 범죄에 대해서는 긴급출입권을 발동할 수 없도록 하는 등 행사요건을 제한할 필요가 있다.

그리고 경찰청에서 지난 6월 입법예고했던 개정안처럼 경찰관의 직무수행과 관련해 책임이 없는 자가 생명·신체 또는 재산상의 특별한 손실을 입은 경우에는 이를 국가가 보상하도록 하는 규정을 명문화할 필요가 있다. 이는 경찰관이 수사를 하다가 생긴 손실을 사비로 처리해야 했던 부담을 덜어주는 것도 되기 때문에 경찰관이 긴급 상황에서 건물의 문을 부수고 들어간 경우에 경찰관의 사비로 비용을 메웠던 모순도 해결되리라 보고 본다.

따라서 현재의 경찰관직무집행법에 따른 긴급출입권은 남용되지 않도록 가이드라인을 지금의 지침보다 좀 더 구체적으로 확정하여 시행하는 것이 바람직하며, 나아가 영장주의와의 충돌이 생기지 않도록 현행 형사소송법의 긴급압수·수색 조항을 개정하거나 경찰관직무집행법 개정안을 새롭게 마련하는 것이 필요하다.

특히 이 지침과 관련하여 헌법에 규정된 주거 및 사생활의 비밀과 자유를 법률이 아닌 지침으로 제한할 수 있는지에 대해서 논란의 여지가 있으며 인권단체들은 실제 지침을 적용하는 과정에서 경찰권의 남용이나 개인의 사생활 침해 등의 가능성에 우려를 표하기도 하였다.

한 미국변호사는 최근 기고한 칼럼을 통하여 제2의 오원춘 사건을 막기 위해서는 지난 6월 입법예고한 경찰관직무집행법 개정안으로는 근본적인 해결책이 될 수 없다고 비판한 바 있다. 즉, 긴급출입권을 신설할 것이 아니라 통합긴급구조시스템을 구축해야 한다고 주장¹⁰⁹⁾하였다. 긴

109) 안준성, 제2의 오원춘 사건 막으려면, 통합긴급구조시스템 구축해야 (<http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=cyberpiano&logNo=30148968585>)

급출입권의 적용범위가 지나치게 넓거나 애매모호하고 견제가능한 사법적 통제수단이 부재하다는 것이 그 이유이다.

생각컨대 경찰권의 발동은 강제력을 띄기 때문에 인권침해의 논란에서 자유로울 수는 없다. 그러나 우리 헌법과 형사소송법의 대원칙인 적법절차의 원칙을 준수하여 합리적인 범위 내에서 피해자를 신속하게 구조하는 것을 우선으로 삼아야 할 상황이 발생하게 되었을 경우에 한정하여 엄격한 요건에 따라 긴급출입권을 적용하는 것은 바람직한 일이라고 생각한다.

제4장 위치추적과 수색

I. 문제의 제기

이동통신 및 정보기술이 급속히 발전함에 따라 상거래, 보안 등의 분야에서 IT산업과 융합되어 위치정보를 이용하는 다양한 서비스가 등장하고 있다. 그리고 그 대표주자로 GPS(Global Positioning System)를 이용한 위치정보이용, WCDMA (Wide-band CDMA) 모듈을 이용해 TCP/IP로 차량의 위치를 웹서버에 실시간 전송하는 서비스, 블루투스¹¹⁰⁾와 스마트폰 응용 프로그램을 이용한 실시간 위치서비스(주로 차량¹¹¹⁾), 차량에 부착하는 RFID¹¹²⁾를 통한 위치정보 제공 등을 들 수 있다¹¹³⁾. 최근에는 단순히 몇 미터 반경 내에 당사자가 있다는 것을 확인

110) 이준희/김중호/김용득, “차량과 휴대 전화간의 블루투스를 이용한 위치정보 공유 모델링”, 대한전자공학회 학술대회 발표논문집, 2008, 329-330면.

111) 스마트폰 응용프로그램을 이용한 위치정보 시스템은 주로 실시간 화물추적 및 지능형 수배송 관리시스템, 지하철 행선지 서비스 등에 널리 이용되고 있다.

112) RFID(Radio-frequency identification) 기술이란 전파를 이용해 먼 거리에서 정보를 인식하는 기술을 말한다. 본 글에서는 GPS이용 위치정보에 중점을 두어 서술하였으므로, RFID 관련 위치추적 문제는 김성룡, “IT기술의 발달에 따른 형사절차법의 문제점과 대처방안(I)”, IT와 법연구 제3집, 2009.2, 165-167면을 참조 바람.

113) 그 밖에 일반 교통카드(선불) 이용시 대상자의 교통카드 일련번호를 알고 있을 경우에 한하여 수사기관이 카드회사(전국에 공식적으로 5개 회사가 영업중이며, 서울의 경우에는 한국스마트카드[T-money]에서 버스 및 지하철을 통합하여 운영하고 있음)로부터 카드이용정보를 제공받을 수 있다. 수사기관은 교통카드의 이용정보를 분석하여 이용자의 과거행적을 파악할 수 있으므로, 일종의 위치정보로 분류할 수 있다. 후불식 교통카드는 신용카드 이용정보 제공방식과 동일하므로 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’에

하는 정도의 위치정보에서 한걸음 더 나아가 Wi-Fi에 기반하여 실내에서도 구체적으로 위치를 추정할 수 있는 기술개발이 진행중이어서 미국 드라마나 영화의 한 장면 같은 기술이 조만간 구현될 수 있을 전망이다¹¹⁴⁾이다.

이 중 여기에서 주로 다룰 GPS는 1970년대 초 미국 국방부에서 위성항법시스템을 이용하여 지구상에 있는 물체를 측정하기 위하여 만든 군사 목적의 시스템이다. 주로 무기유도, 항법, 측량, 지도제작 등 군용으로 사용하거나, 선박, 비행기, 차량의 항법장치에 전자지도와 함께 사용하여 오던 것이¹¹⁵⁾, 1983년 대한항공 007편 사고를 계기로 당시 대통령이었던 레이건이 민간부문에 GPS를 개방할 것을 공표하면서 민간부문으로 확대¹¹⁶⁾되어 현재는 사람이나 차량 등 이동체의 위치를 파악하는데 주로 사용되고 있다.

우리나라의 형사절차에서 GPS기반 위치정보장치는 주로 범죄자 또는 범죄를 특정하고 증거를 수집하기 위한 수사의 목적, 112신고시 피해자가 있는 장소를 추적하여 긴급구조를 하기 위한 목적, 특정 범죄자에 대하여 재범을 방지하기 위한 전자감시의 목적으로 사용되고 있다. 본 보고서에서는 수사절차에서의 위치정보 또는 위치추적만을 논의하려고 하므로, 맨 마지막의 논의는 생략하기로 한다¹¹⁷⁾.

따라 거래정보 등의 추적이 가능하나, 현재 선불식 교통카드에 대한 이용정보 제공은 해당회사의 이용약관에 따른 임의제출만 가능할 뿐 법적인 근거는 확인되지 못했다.

114) 자세한 내용은 지명인/조영수/박상준/임동선, “Wi-Fi 기반 실내 위치추정 기술개발 동향”, 정보와 통신 제28권 제7호, 2011, 52-58면; 오휘경/김인철, “가우시안 프로세스를 이용한 실내 환경에서 WiFi 위치추정”, 정보과학회논문지: 컴퓨팅의 실제 및 레터 제17권 제10호, 2011, 564-568면 등 참조.

115) 이원국/백지훈/안준/최진구, “차량 실시간 추적/관리 시스템 설계 및 구현”, 한국정보기술학회논문지 제9권 제8호, 2011.8, 42면.

116) 위키백과 <http://ko.wikipedia.org/wiki/GPS> 참조.

117) 재범방지를 위한 전자감시장치로서의 위치추적에 대한 최근의 논의는 정

수사와 관련하여 GPS를 통한 위치추적은 대상자에 따라, 부착하는 장소(대상)에 따라, 점유자가 GPS칩을 부착한 물건을 가지고 있는 것인지 아니면 장래에 칩을 부착해야 하는지 여부 등에 따라 범주를 나누어 생각해 볼 수 있다. 첫째, 대상자가 피해자 또는 이에 준하는 경우(예를 들면 실종자)에는 대상자를 구호하거나 보호할 목적으로 위치추적을 하게 되지만, 범죄혐의자인 경우에는 대상자를 추적하여 범죄의 증거를 포착할 목적으로 위치추적을 하게 된다. 둘째, 부착하는 대상이 휴대전화, 옷, 신발 등 대상자와 항상 장소적으로 밀접한 경우와 차량 등 일시적으로 이용하거나 장소적으로 대상자로부터 떨어져 있는 경우를 생각해 볼 수 있다. 셋째, 점유자가 가지고 있는 물건에 이미 GPS장치가 부착되어 있는 때에 수사기관이 이 GPS장치를 활용하여 위치를 파악하는 경우와 대상자 또는 그 주변에 GPS칩을 부착하여 직접 위치를 파악하는 경우도 생각해 볼 수 있다.

최근 위치추적과 관련하여 국내외로 중요한 두가지 사건이 있었다. 하나는 ‘수원사건’이고 또 하나는 한 미연방대법원의 판결이었다. 먼저 ‘수

신교, “전자감시제도의 활용방안에 관한 연구”, 홍익법학 제12권 제2호, 2011, 217-241면; 김봉수, “전자감시장치 부착의 법적 성격과 확대적용에 대한 비판적 고찰”, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011.6, 55-78면; 황만성, “성폭력범죄자에 대한 형사제재의 최근 경향과 쟁점”, 한양법학 제34호, 2011, 459-482면; 조운오, “외국의 소년범죄자 전자감시 연구”, 형사사법연구 1권1호, 동국대학교 경찰·범죄연구소, 2011, 71-96면; 조운오, “위치추적 전자감시제도의 저항이론 관련요인 분석”, 형사정책연구 통권 제82호, 한국형사정책연구원, 2010, 289-317면; 강호성/문희갑, “전자발찌 도입 2년의 성과와 확대발전 방향”, 보호관찰 제10권 제2호, 한국보호관찰학회, 2010, 39-135면; 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전”, 형사법연구 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009, 199-222면; 조운오, “GPS 위치추적 전자감시의 범죄억제 효과에 관한 연구”, 한국공안행정학회보 제37호, 한국공안행정학회, 2009, 481-511면; 허경미, “지역사회교정 관점의 전자감시제의 한계 및 개선방향”, 교정연구 제42호, 한국교정학회, 2009, 75-107면; 김혜정, “특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률”에 관한 검토“, 형사정책연구 제77호, 한국형사정책연구원, 2009, 645-668면 등을 참조하기 바람.

원(살인)사건'은 지난 4월 2일 저녁 발생한 사건으로 피해 여성이 살해되기 직전에 직접 112신고센터에 사건을 신고하였으나, 경찰이 피해자를 구조하지 못하고 토막살인이 발생한 사건이다. 당시 경찰소속인 112신고센터는 유선전화를 통한 주소확인 또는 통화자의 동의를 받은 위치추적만을 할 수 있도록 되어 있었는데, 이 사건으로 인하여 위치정보보호법이 개정되는 계기가 되었다. 또한 미국 연방대법원은 수사기관이 직접 GPS칩을 수사대상자의 차량에 장착한 후 2달간 추적을 통하여 얻은 위치정보로부터 증거를 획득하고 이를 토대로 기소·유죄판결을 한 사안에 대하여 미국수정헌법 제4조의 영장주의 원칙에 해당하는지 여부를 판단한 바 있다¹¹⁸⁾. 본 글에서는 위 미국 연방대법원의 결정을 토대로 우리나라에서의 위치추적 중 특히 수사과정에서 GPS를 통한 위치추적에 어떠한 문제점들이 있는지를 분석해 보았다. 또한 현행법상 수사과정에서 증거수집활동에 GPS장치로 위치추적을 활용하고자 할 때 형사절차법상 문제점, 법적 근거 등을 짚어보고 대안을 검토해 보겠다.

2. 사례 검토 - 미국 United States v. Jones 판결

가. 사실관계 및 사건의 경과

워싱턴주에서 나이트클럽을 소유·운영하던 청구인 Jones는 2004년에 마약밀매혐의를 받고 FBI와 MPD(수도경찰국) 합동수사의 대상이 된다. 수사관들은 나이트클럽 직접감시(잠복), 카메라설치, 전화이용상황기록장치(pen register)¹¹⁹⁾ 사용 및 존스의 휴대전화 감청 등 다양한 기법의

118) United States v. Jones(2012. 1. 23. 판결)

119) Pen Register란 특정 전화선에서 추출할 수 있는 모든 번호를 기록하는 전자장치를 말한다. 전자기파, 신호, 주소 등을 기록하기 때문에 감청장치 중 하나로 분류되기도 함.

수사를 진행하였다.

수사과정에서 수집한 정보를 바탕으로 정부는 2005년 워싱턴주법원에 청구인의 부인소유 자동차에 대한 전자추적장치 사용을 승인하는 영장을 청구하였다. 워싱턴주에서 영장발부 후 10일 이내에 장치부착을 내용으로 하는 영장이 발부되었다.

그러나 수사기관은 11일째 되는 날 워싱턴 주가 아닌 메릴랜드 주에서 공용주차장에 세워져 있는 차량에 GPS 추적장치를 부착하였으며, 그로부터 28일간 정부는 그 장치를 이용하여 해당 차량의 움직임을 추적하였다. 이 기간 동안에 동 차량이 다른 메릴랜드 주 공용주차장에 세워져 있을 때 장치의 배터리를 한 번 교체해야 했다. 장치는 다수 위성에서 포착된 신호를 바탕으로 차량으로부터 50~100피트 구간을 특정할 수 있으며, 휴대전화에서 정부컴퓨터로 위치를 전달했는데, 4주동안 무려 2천 페이지 이상의 데이터가 산출되었다. 수사기관은 마침내 존스에 대하여 5kg 이상의 코카인, 50g 이상의 코카인원료를 판매목적으로 소지하는 등 다중기소가 가능한 혐의를 포착하였다.

존스는 공판 전 법정에서 GPS 장치로 획득한 증거를 배제하는 청구를 하였는데, 워싱턴주법원은 존스의 주거지에 딸린 차고에 차량이 주차될 때에 획득한 데이터만을 배제하는 결정을 내리면서, ‘공용도로에서는 프라이버시권이 보호될 합리적인 기대를 하기가 어렵다’는 점을 근거로 들어 나머지 데이터는 증거로 채택하였다. 2006년 10월 마약사건에 공모한 혐의로 존스에 대한 배심재판이, 2007년 4월에 다른 기소건으로 대배심이 개정되었는데, 정부측은 두 재판에서 모두 같은 GPS 데이터를 증거로 제출하였다. 워싱턴주 배심재판으로 존스는 유죄판결이 내려져 무기징역을 선고받았다. 그러나 워싱턴주 항소법원은 영장없이 GPS장치를 부착하여 증거를 획득한 것은 수정헌법 제4조 위반이라는 U.S. v. Maynard(2010) 판결을 인용하면서 유죄판결을 파기하였고, 연방대법원

또한 이 사안이 수정헌법 제4조를 위반한 것이라고 판단하였다¹²⁰⁾.

나. 판결분석 - 수사기관의 GPS를 통한 위치정보 수집의 ‘수색’과의 관련성 여부

미 연방대법원은 수사기관이 추적장치를 통하여 사람의 위치정보를 수집하는 행위 자체에 대해서 원칙적으로 ‘가능하다’는 입장을 취하고 있다. 추적장치부착을 통한 위치추적에 대하여 연방대법원이 견해를 제시한 중요한 사건으로 U.S. v. Knotts(1983) 판결¹²¹⁾을 들 수 있다. 동

120) 여기에 대해서는 4명의 반대의견(Alito, Ginsburg, Breyer, Kagan 대법관) 및 1명의 별개의견(Sotomayor 대법관)이 있다. 반대의견의 주된 논리는 다음과 같다. ① 다수의견은 GPS를 부착하여 위치정보를 파악하는데만 지나치게 중점을 두고 있는데, 다수의견의 논리에 따르면 부착전에 영장을 받지 않는 행위는 수정헌법 제4조의 적용을 받아 위법하지만, 원래 부착되어 있는 GPS장치를 추적하는 행위는 수정헌법 제4조에 해당하지 않아서 아무런 보호를 받을 수 없다. ② GPS장치를 아주 짧은 기간동안 부착하고 추적한 행위는 수정헌법 제4조가 적용될 수 있으나, 더 오랫동안 경찰이 같은 차량을 표시가 없는 차량으로 추적할 때에는 수정헌법 제4조의 적용을 받지 않는다는 문제가 있다. 특히 존스 사건에서 존스의 처가 GPS부착 전에 차량의 열쇠를 존스에게 넘겨주었다면, -당시 보석상태였던- 존스는 수정헌법 제4조로 항변하지 못했을 것이다. ③ 미국은 주마다 부부간 소유물의 공유관계가 서로 다른데, 만약 공유개념이 없는 주였다면 부인만이 해당 차량의 유일한 소유자가 되며 그 때에는 문제가 달라졌을 것이다. ④ 다수의견은 기계적인 추적을 물리적인 것과 연관시켜서 해석하려는 오류를 범하고 있다고 본다.

121) United States v. Knotts, 460 U.S. 276(1983). [사실관계] 주 경찰은 화학약품을 구매전력이 있는 Armstrong이 마약을 제조하는데 화학약품을 사용하고 있다는 정보를 입수하였다. 범죄혐의를 포착하기 위하여 주 경찰은 화학약품 판매상의 동의를 얻어 암스트롱이 구입하기 전에 미리 5갤런 짜리 클로로포름 용기 안에 신호송신기(beeper)를 부착하였다. 암스트롱은 구입한 용기를 그의 승용차 내부에 두었다. 경찰은 용기로부터 신호를 수신하여 암스트롱이 Petschen의 주택으로 들어가는 것을 추적하였다(이곳에서 용기의 위치가 이동됨). 용기의 신호가 마지막으로 포착된 곳은 노츠 소유의 통나무집 내부였으며, 노츠는 신호송신기가 영장없이 부착되었기 때문에

사건에서 경찰은 무선주파변환기로 작동하는 ‘신호송수신기’를 범죄혐의자(A)가 구입하여 그의 승용차에 둔 클로로포름 용기에 부착하였다. A는 이 용기를 어떤 가옥으로 가지고 들어갔는데, 그곳은 마약제조시설로 밝혀지게 된다. 연방대법원은 이 사안에서 주거지 안으로 들어가기 위해서는 수색영장의 발부가 필요하지만, 공용도로에서 육안감시와 신호를 수신하는 행위는 사생활의 침해라 기대할만한 합리적인 이유가 없으므로 영장주의 원칙의 적용을 받지 않는다고 판결¹²²⁾하였다. 그로부터 1년 후 연방대법원은 다시 *United States. v. Karo* 판결¹²³⁾에서 노즈판결에서는 미해결상태로 두었던 어려운 문제들에 대한 답을 제시하였다. 특히, 카로 판결에서는 육안으로 감시할 수 있는 열린 장소가 아닌 개인의 주거지에서 신호송수신기를 사용하여 감시하는 행위는 프라이버시권 침해에 해당하는 것이므로 영장을 발부받아야 한다고 판단하였다¹²⁴⁾.

이 신호송수신기가 부착된 용기를 자신 소유의 집 내부로 들어오게 한 것은 사생활을 침해한 행위로서 수정헌법 제4조 위반이라고 항변하였다.

122) Muhammad Usman Iqbal/Samsung Lim, “Legal and Ethical Implication of GPS Vulnerabilities”, *Journal of International Commercial Law and Technology* vol.3, Issue 3, 2008, 179면.

123) *United States v. Karo*, 468 U.S. 705(1984). [사실관계] 마약단속반 요원 A는 Karo, Horton, Harley 세 사람이 에테르 50갤런을 주문한 사실을 기관 정보원으로부터 입수하였다. 정보원은 또한 미국으로 수입된 옷감에서 코카인을 추출하는데 에테르를 사용한다는 점을 알려주었다. 기관은 법원의 명령으로 에테르 중 한통에 신호송수신기를 부착하고 감시할 수 있게 되었고, 요원들은 카로가 정보원으로부터 에테르를 구매하는 것을 보고 그의 집까지 추적을 하였다. 요원들은 신호송수신기를 부착대상자가 집 안에 있는지 여부를 확인하기 위한 용도로 사용하였는데, 마지막으로 호튼의 집으로 에테르가 이동된 것을 확인하였다. 호튼의 주택으로부터 요원 중 1명이 에테르 냄새를 맡을 수 있었고, 에테르 추출 장소에서 신호송수신기를 5번째 사용하였다. 한편 남녀 1명씩이 호튼의 픽업트럭에 에테르를 싣고 있는 것을 확인하는데 6번째 송신기를, 트럭이 다른 주택으로 향하는지 여부를 확인하기 위해 7번째 송신기를, 트럭이 떠난 후 그 집에 에테르가 남아 있는지 여부를 확인하기 위하여 8번째 송신기를 각각 사용하였다. 그리고 마지막으로 수사기관은 그 집에 대한 수색영장을 발부받아 코카인과 제조시설을 찾아내어 세 사람을 모두 체포하였다.

124) 일련의 미국 연방대법원 판례에 대한 개략적인 흐름은 윤태영/변용완, 지

연방대법원은 차량을 직접 미행 또는 추적하는 행위와 GPS장치를 이용하여 추적하는 행위는 그 성격이 실질적으로 다르다는 점은 공통적으로 인정하였다. 노츠 판결 이후 연방대법원 및 주법원들은 사안에 따라 노츠 판결의 법리를 수용하여 집에 들어가지 않고 GPS를 포함한 위치 추적 장치를 부착하여 감시하는 때에는 영장이 필요하지 않다는 입장¹²⁵⁾과 영장이 필요하다는 입장을 번갈아가며 취하여 왔다. 최근에는 위치추적이나 감시영역이 광범위하고 포괄적인 때에는 GPS부착과 전자 추적 모두 영장을 발부받아야 가능하고, 위치추적이나 감시를 해야 하는 합리적인 이유가 있어야 한다¹²⁶⁾는 판단을 내리기도 하였다.

능형 도로환경에서의 위치추적과 프라이버시 보호-미국의 최근 판례를 소재로 하여-, 경찰법연구 제8권 제1호, 2010, 92면 이하, Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, American Criminal Procedure-Cases and Commentary-(9th ed.), West Publishing Co., 2010, 71-76면 등.

125) U.S. v. Garcia, 474 F.3d 994(7th Cir. 2007). 동 판결에서는 “공용도로에서 운행중인 차를 추적하는 행위는 수정헌법 제4조의 범주에 들지 않는다”는 취지의 판시를 한 바 있다. 자세한 내용은 Muhammad Usman Iqbal/Samsung Lim, 179면.

126) People v. Weaver, 12 N.Y.3d 433, 882 N.Y.S.2d 357, 909 N.E.2d 1195(2009): 본 사건의 사실관계 중 위치추적 관련 부분은 다음과 같다. 뉴욕주 경찰서에서 “전자 및 물리적 감시”업무를 맡고 있는 수사관 Peter Minehan은 2005년 12월 21일 오전 1시에서 3시 사이에 자신의 집 바깥 도로에 주차되어 있는 스코트 위버의 소유의 차량(밴)의 범퍼의 금속프레임에 배터리로 작동하는 GPS추적장치를 자석을 이용하여 부착하였다. 동 장치는 부착일로부터 65일간 부착되어서 밴의 속도 및 위치 등을 실시간으로 수사기관에 전송하였다. GPS 장치의 정보를 토대로 위버는 K-Mart 강도사건에서 유죄의 증거가 된다. 담당수사관은 법정에서 자신이 부착한 GPS장치로 계속 감시한 것이 아니며 집에서 자신의 컴퓨터로 축구경기를 보는 동안에만 장치를 확인하였으며, 대부분은 실제로 그 차량을 추적하였다고 진술하였다. 그러나 동 추적장치는 부착되어 있는 65일동안 수사관의 컴퓨터로 밴의 움직임, 지역 등을 매시간마다 전송한 것으로 밝혀졌고,... 그럼에도 불구하고 위버는 3건의 강도, 2건의 중절도로 유죄를 선고받았다(주법원): 자세한 사실관계 및 이후 법원에서의 판결내용은 Bennett L. Gershman, “Privacy Revisited: GPS Tracking as Search and Seizure”, Pace Law Review Vol.30 No.3, 2010, 932-946면에서 자세히 소개하고 있다.

한편 미국에서는 법적으로도 범행[중]의 혐의가 포착된 사람에게 이동식 ‘추적장치’를 수사기관에서 부착하는 영장을 법원이 발부할 수 있도록 하고 있다¹²⁷⁾. 존스 판결이 있기 전, 미국의 각 주 법원 및 연방대법원은 GPS를 통한 위치추적과 감시의 윤리적인 문제점들에 대해서 꽤 오래전부터 사안에 따라 많은 논의를 해왔다. 그 논란에는 정부-개인의 관계가 아닌 대부분 사인-사인간의 GPS추적이 중심이 되었다¹²⁸⁾. 그 예로 고용주가 피고용인의 차량에 부착되어 있는 GPS장치를 추적할 수 있는지 여부(특히 배달을 하는 경우에 배달차량이 해당 목적지에 제대로 도착하고 있는지 여부를 추적하는 행위), 학교에서 저연령층 학생들을 대상으로 GPS가 부착되어 있는 가방이나 신발을 제공하고 안전등교·귀가 여부를 확인하는 행위¹²⁹⁾, 사립탐정이 의뢰받은 사안을 조사하기 위

127) 이 때에는 Tracking Warrant(AO 104[02/09])를 발부하게 된다. 본 영장의 신청서에는 범행장소가 장치부착지역과 동일한지 여부, 국내·외 테러리즘과 관련되어 있는지 여부, GPS장치를 기존에 설치된 것을 사용할지, 직접 설치할 것인지, 또 설치한다면 어디에 설치하여 집행할 것인지, 일출전·일몰 후가 집행시간에 포함되는지 여부를 체크한다. 영장을 집행하면 담당수사관은 GPS장치의 설치 및 폐기일, 획득한 정보 등을 수기하여야 한다. 단, 장치를 설치하여야 할 경우에는 영장이 발부된 날로부터 10일 이내에 설치하고 45일의 한도내에서 계속 집행하도록 명시하고 있다. 자세한 내용은 Legal Information Institute(<http://www4.law.cornell.edu/uscode/search/index.html>, 2005.8.3.) 참조.

128) K.Michael/A.Mamee/M.G.Michael, “The Emerging Ethics of Humancentric GPS Tracking and Monitoring”, University of Wollongong Research Online, 2006, 2면 이하.

129) M.Williams et al., “Wearable Computing and the Geographies of Urban Childhood—Working with Children to Explore the Potential of New Technology”, Proceeding of the 2003 Conference on Interaction Design and Children, 2003, 111-116면; K.Michael/A.Mcnamee/M.G.Michael, 7면에서는 부모가 아이들의 위치추적을 가능하게 하는 것은 실종 또는 유괴사건이 발생하였을 때 위치를 즉시 확인할 수 있는 등의 순기능도 있으나, 아이들의 사생활이 침해될 수 있고, 당사자인 아이들이 선택권을 가질 수 없다는 점에서 윤리적인 문제점도 여전히 안고 있다는 점을 지적하고 있다.

하여 대상자에게 몰래 GPS를 부착하고 추적하는 행위 등을 들 수 있다.

그러다가 최근 몇 년간은 국가에서 테러리스트 용의자나 범죄혐의자를 추적하는데 GPS추적이 적극 활용하여 왔으며, 여러 사안에서 각급 법원은 GPS 장치를 이용하여 기관이 사인을 추적하는 행위를 도로에서 미행하는 행위와 같은 것이라고 판단하기도 하였다. 그러나 이같은 법원의 태도는 많은 학자들의 비판을 받았다¹³⁰⁾. 특히 GPS장치는 도로에서 사람이 직접 미행하는 것과는 달리 추적하는 사람의 시간이나 공간의 제약이 거의 없는데다가 추적하는 동안에는 계속 데이터가 집적되기 때문에 중간에 그 데이터를 분석하여 다른 수사에도 활용할 수 있고 따라서 증거로서의 활용도가 매우 크다는 점을 이유로 GPS추적을 하는 때에는 반드시 영장을 발부받아서 행하여야 한다¹³¹⁾는 주장을 하기도 한다.

또한 과거에는 주로 수사기관이 고위험범죄자군을 통제¹³²⁾하거나 유

130) 미국의 GPS장치를 이용한 위치추적과 영장 간의 관련성을 논의한 논문으로는 Tarik N. Jallad, "Old Answers To New Questions: GPS Surveillance and The Unwarranted Need For Warrants", North Carolina Journal of Law&Technology vol.11, Issue 2, Spring 2010, 351-376면; Ramya Shah, "From Beepers To GPS: Can the Fourth Amendment Keep up with Electronic Tracking Technology?", Journal of Law, Technology&Policy vol.2009 No.1, 281-294면; Renee McDonald Hutchins, "Tied up in Knotts? GPS Technology and the Fourth Amendment", UCLA L.Rev. vol.55(2007-2008), 409-465면; Bennett L. Gershman, "Privacy Revisited: GPS Tracking as Search and Seizure", Pace Law Review Vol.30 No.3, 2010, 927-964면; John S. Ganz, "It's Already Public: Why Federal Officers Should Not Need Warrants to Use GPS Vehicle Tracking Devices", The Journal of Criminal Law and Criminology vol.95 No.4, Summer 2005, 1325-1361면; Zoila Hinson, "GPS Monitoring and Constitutional Rights", Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review Vol.43, 2008, 285-288면; April A. Otterberg, "GPS Tracking Technology: The Case for Revisiting Knotts and Shifting the Supreme Court's Theory of the Public Space Under the Fourth Amendment", Boston College Law Review Vol.46 Issue3 No.3, 2005, 661-704면 등이 있다.

131) K.Michael/A.Mamee/M.G.Michael, 5면.

죄판결로 이끄는 증거를 찾아내는데 추적장치를 이용하였다면, 최근에는 GPS장치를 자신의 무죄를 입증하기 위한 증거로 이용하는 사례도 발생하고 있다. 한 예로 뉴사우스웨일즈의 한 운전자에게 60km/h 속도제한 구역에서 85km/h로 운전하였다며 벌금 203달러가 부과되었다. 그런데 이 운전자는 그의 차량에 부착된 GPS 네비게이션을 증거로 제출하면서 문제가 된 구간의 대부분을 57km/h 속도로 운행하였다고 주장하였다. 법원은 오히려 속도측정계가 GPS장치보다 정확성이 떨어진다는 운전자의 주장을 받아들여 벌금형 선고를 취소하는 해프닝이 벌어지기도 하였다¹³³⁾.

앞에서 언급한 U.S. v. Maynard 사건과 U.S. v. Jones 사건은 GPS 장치를 부착하여 얻은 정보가 증거로서 인정되기 위해서는 수정헌법 제4조에 따라야 한다는 같은 개념을 채택하고 있다. 또한 정부차원에서 개인의 차량에 GPS 장치를 부착하고 그 장치를 통하여 감시하는 행위는 ‘수색’에 해당한다고 하였다. 정부가 개인차량에 GPS장치를 부착한 행위 자체가 정보를 얻기 위하여 개인 소유물을 물리적으로 점유하는 행위에 해당한다고 보았기 때문이다. 개인의 소유물의 보호는 수정헌법 제4조와 밀접하게 연관되어 있고, 따라서 개인소유물에 대한 불합리한 수색이나 압수로부터 보호할 필요가 있으므로, 수정헌법 제4조에 따라 엄격하게 영장을 통하여 집행해야 한다는 것이 연방대법원의 입장이다. 그리고 이런 견해에 따라 정부가 개인의 소유물에 GPS장치를 부착하고 이를 통해 정보를 얻는 행위는 원칙적으로 영장을 받아야 하는 강제처분이라는 점을 미국 법원은 인정하고 있는 것이다.

132) 우리나라에서도 이와 유사하게 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’을 근거로 특정범죄자에 대하여 1) 형집행 종료 후, 2) 가석방시, 3) 집행유예선고시에 위치추적 전자장치를 부착하여 재범위험성이 있는 특정범죄자를 국가에서 통제하는 장치가 마련되어 있다.

133) Muhammad Usman Iqbal/Samsung Lim, 180면.

3. 우리나라에서 위치추적과 관련한 문제들

가. 관련법률

1) 위치정보보호법과 통신비밀보호법의 제·개정 과정에서의 논의

현행법상 개인위치정보는 법률과 그에 근거한 각 통신사의 개인정보취급방침의 해당규정에 따라 수집·이용되고 있다. 특히 이 글에서 다루고 있는 GPS를 통한 위치정보는 ‘위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(이하 ‘위치정보보호법’이라 함)’에 그 근거규정을 두고 있다.

위치정보보호법은 위치정보의 유출·오용 및 남용으로부터 사생활의 비밀 등을 보호하고 위치정보의 안전한 이용환경을 조성하여 위치정보의 이용을 활성화하기 위하여 입법되었다. 현행법상 ‘위치정보’의 의미는 ‘이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보’로서 ‘전기통신사업법 제2조제2호 및 제3호¹³⁴⁾에 따른 전기통신설비 및 전기통신회선설비를 이용하여 수집된 것’을 말한다(위치정보보호법 제2조 제1항).

이 법에 따른 개인위치정보는 원칙적으로 개인위치정보제공에 동의한

134) 전기통신사업법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. “전기통신설비”란 전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 또는 그 밖에 전기통신에 필요한 설비를 말한다.
3. “전기통신회선설비”란 전기통신설비 중 전기통신을 행하기 위한 송신·수신 장소 간의 통신로 구성설비로서 전송설비·선로설비 및 이것과 일체로 설치되는 교환설비와 이들의 부속설비를 말한다.

당사자에게만 제공되지만, 예외적으로 ‘재난 및 안전관리기본법’에 따른 긴급구조기관¹³⁵⁾이 급박한 위험으로부터 생명·신체를 보호하기 위하여 긴급구조요청을 받은 때에 위치정보사업자에게 개인위치정보의 제공을 요청하는 때(위치정보보호법 제29조¹³⁶⁾)와 제3자에 대한 정보제공에 동의한 때에 제3자에게 위치정보를 제공할 수 있도록 되어 있다. 또한 2012년 5월 14일 법률 제11423호로 일부개정됨에 따라 올해 11월 15일부터는 과 경찰법 제2조에 따른 경찰청·지방경찰청·경찰서에서도 긴급구조를 위하여 개인위치정보를 제공받을 수 있게 되었다. 그러나 이는 오로지 경찰이 사람의 생명·신체를 위협하는 급박한 위험으로부터 사람을 구조하기 위하여 개정된 것이지 경찰의 수사 또는 정보활동에 개인위치정보를 제공하는 것은 법적인 근거를 위치정보보호법에서 찾기는 어렵다고 판단된다.

2004년 처음 위치정보보호법이 제정되기 전까지 위치정보는 ‘통신비밀보호법’의 적용을 받는 것으로 개정하자는 주장이 주를 이루었다. 그래서 최초 정부제출법안이 제출되어 국회에서 논의된 2004년 말¹³⁷⁾에

135) 재난 및 안전관리 기본법 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

7. “긴급구조기관”이란 소방방재청·소방본부 및 소방서를 말한다. 다만, 해양에서 발생한 재난의 경우에는 해양경찰청·지방해양경찰청 및 해양경찰서를 말한다.

136) 최초의 정부제출 법률안(위치정보의 이용 및 보호 등에 관한 법률안, 의안번호 511, 2004. 9.) 제29조는 ‘공공구조기관’이라는 용어를 사용하면서, ‘공공질서의 유지와 공익증진을 위하여 부여된 대통령령이 정하는 특수번호 전화서비스에 가입’되어 있으면서 위치정보 이용 및 긴급구조에 필요한 인력, 시설 및 장비가 확보되어 있는 ‘대통령령이 정하는 기관 또는 단체’를 그 범위로 하였다. 그러나 의안심사과정에서(과학기술정보통신위원회 제2차 회의) ‘법률만으로는 어느 기관이 공공구조기관에 해당하는지 알 수 없어서’ ‘법적 명확성 및 인권침해의 소지를 예방’할 필요성이 제기되어 안이 전면 검토되기에 이른다.

137) 제251회 국회(임시회) 과학기술정보통신위원회회의록 제2호, 2004. 12. 23.

4개의 통신비밀보호법 개정안¹³⁸⁾이 위치정보와 관련하여 상정되었는데, 국회에서는 이들을 함께 논의하게 된 것이다. 위치정보보호법 제정안과 통신비밀보호법 개정안들이 발의된 것은 2004년 8월 한 회사원의 등반 도중 실종사망사건과 회사에서 회사원 및 그 가족에 대하여 몰래 행한 위치추적 발각사건이 그 계기가 된 것으로 보인다.

당시 휴대전화 위치추적은 범죄수사의 경우 수사기관이 관할 지방검찰청 검사장의 승인을 받아 전기통신사업자로부터 위치정보를 제공받을 수 있는 규정만을 통신비밀보호법에 두었는데, 그 때문에 긴급구조가 필요한 사안은 해당 법률의 미비로 전기통신사업자가 그 제공을 거절하는 경우에는 아무런 조치를 취하지 못할 위험성을 안고 있었다. 또한 2003년과 2004년 선풍적인 인기를 끌었던 소위 휴대폰 ‘친구찾기’ 서비스는 원래 상대방의 동의를 받아 이루어져야 함에도 불구하고 동의없이 추적하는 경우가 다반사로 발생하게 되면서 개인정보로서 위치정보가 보호되어야 할 필요성이 크게 부각되게 되었다. 이런 두가지의 서로 상반된 사항을 통신비밀보호법 하나에 담기에는 통신비밀보호법이 갖는 수사와의 관련성이 더 크게 작용하기 때문에 별도의 법을 제정할 필요성이 제기된 것이다. 그래서 통신비밀보호법의 개정을 통하여 ‘수사상 필요한 통신사실확인자료의 범위를 새로운 기술개발과 서비스의 출현에 따라 신축적으로 변경¹³⁹⁾할 수 있도록 하는 것은 이루어지지 않았다.

정부가 제출한 위치정보보호법 제정안은 과학기술정보통신위원회의 심의를 거쳐 2004년 12월 29일 ‘긴급구조를 위하여 개인위치정보를 이용할 수 있는 공공기관으로서는 재난 및 안전관리기본법에 의한 긴급구조기관으로 명시’하여 급박한 위험으로부터 생명·신체를 보호하기 위하여

138) 서병수 의원 등 21인(2004.8.31.), 엄호성 의원 등 10인(2004.9.2.), 문학진 의원 등 14인(2004.10.28), 김석준 의원 등 11인(2004.11.16.) 발의안

139) 제251회 국회(임시회) 과학기술정보통신위원회회의록 제2호, 2004. 12. 23., 14면.

개인정보주체 이외에 그 배우자 또는 직계 존·비속도 긴급구조 요청을 할 수 있도록 하는 내용을 골자로 하여 국회본회의를 통과하였다.

긴급구조요청의 주체는 2006년 9월 27일 개정을 통하여 ‘개인위치정보주체, 개인위치정보주체의 배우자, 2촌 이내 친족 또는 민법 제928조의 규정에 따른 후견인’으로 그 범위가 확대된다. 당시 개정법률안을 제출하였던 의원들¹⁴⁰⁾에 따르면 ‘형제 및 자매는 긴급구조를 위한 개인위치정보를 이용할 수 없는’ 문제와 ‘친권자 없는 미성년자의 경우 자살기도 등 긴박한 경우에 대해 누구도 위치추적을 요구할 수 없는’ 입법상 미비가 있어서 범위를 확대하였다고 한다. 같은 해 개정법률안으로 제출된 내용 가운데에는 사회적으로 점차 심각해져가고 있는 ‘자살’의 예방을 위해서 경찰도 위치정보요청을 할 수 있어야 한다는 안¹⁴¹⁾과 경찰청 자체를 신고자의 위치를 파악할 수 있는 주체로서 포함시키자는 안¹⁴²⁾이 함께 구상되었다는데 그 특징이 있다. 또한 2007년 이후에는 112 신고시 경찰이 신속한 출동과 조치를 위하여 긴급구조요청에 한하여 경찰 역시 위치정보사업자에게 개인위치정보를 요구할 수 있어야 한다는 안¹⁴³⁾도 제출되었다. 이 안들은 국회에 3-4년 가량을 계류중에 있으면

140) 유정복 의원 등 13인 발의안(의안번호 제174136호, 2006. 3. 30. 제안)

141) 안명옥 의원 등 10인 발의안(의안번호 제175561호, 2006. 12. 5. 제안). 이 안은 온라인상에 일어나는 자살 기도자의 위치정보를 추적하여 도움을 줄 수 있는 방안의 하나로 위치정보요청자의 범위에 사법경찰관을 포함시켜 경찰이 자살위험에 빠진 자의 위치를 원활히 파악할 수 있도록 하자는 주장이 담겨 있다.(2008. 5. 29. 임기만료폐기)

142) 박명광 의원 등 11인 발의안(의안번호 제174527호, 2006. 3. 30. 제안). 이 안 역시 2008. 5. 29.일자로 임기만료폐기되었으나, 최근 위치정보보호법의 주된 개정이 이 부분이었다는 점에서 문제를 환기시킨 제안의 의의가 충분히 있다고 할 것이다.

143) 고경화의원 등 13인 발의안(의안번호 175947호, 2007. 1. 10. 제안). 그러나 이 안도 2008. 5. 29. 임기만료폐기되었고, 이후 같은 내용으로 최인기 의원 안(2008. 7. 31.제출)과 변재일 의원안(2008. 9. 8. 제출), 신상진 의원 안(2009. 8. 25. 제출)이 각각 제출되었는데, 이들은 계속 국회에 계류되어 있다가 2012. 5. 2. 위치정보보호법 개정당시에 ‘대안반영’으로 폐기되

서 소관위원회에 회부된 후 2년 가까이 본회의에 상정되지 않았다가 올해의 수원사건으로 여론이 촉발되자 문화체육관광방송통신위원회 위원장이 대안을 직권상정¹⁴⁴⁾하여 같은 내용의 법률안들이 일괄적으로 처리되었다.

2) 통신사의 개인정보취급방침 규정

그렇다면 통신업체의 개인정보취급방침에는 어떠한 내용이 담겨져 있을까? 참고로 우리나라 3대 통신업체의 개인정보취급방침 중 위치추적과 관련된 부분을 살펴보면 다음과 같다¹⁴⁵⁾.

- S00 : 위치정보(기지국위치, GPS정보)의 수집을 개인정보 수집항목 속에 명시하고 있으며, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치자료를 보관하는 기간은 12개월로 정하고 있다.

- K00 : 제2장 1.다.항에서 위치정보(기지국위치, GPS정보, WiFi AP 정보, QR코드 위치정보)는 서비스이용 또는 업무처리과정에서 생성되어 수집될 수 있는 정보라고 규정하고 있다. 개인정보 보유 및 이용기간은 SK와 차이가 있는데, 발신기지국의 위치정보는 12개월로 동일하나, 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료는 3개월로 차이를 두고 있다.

- L00 : 필수수집항목이 아닌 기타수집정보로서 위치정보(기지국 위치, GPS, WiFi, RFID태그 및 위치정보수집 시스템을 이용한 수집정보 및 변경정보 포함)를 개인정보수집항목에 두고 있다. 위의 두 업체가 개인정보취급방침에 개인정보의 제3자 제공에 대하여 포괄규정을 두고 있었다.

144) 의안번호 제1814761호, 2012.5.2.제안 및 처리

145) 각 통신사 사이트 SK텔레콤(<http://www.sktelecom.com>), KT(<http://www.kt.com>), LG유플러스(<http://www.uplus.co.kr>)의 개인정보취급방침에서 발췌, 정리.

는 반면, 이 업체는 위치정보의 보호 및 이용에 관한 법률 제21조에 따라 ‘고객의 동의가 있거나, 고객의 동의가 없더라도 요금정산을 위하여 필요한 경우’에 제3자에게 개인정보를 제공할 수 있다는 원칙을 두고, 예외적으로 각종 관련법령에 특별한 규정이 있는 때에는 ‘회사는 고객의 개인정보 수집 시에 고객에게 고지한 범위 또는 이용약관에 명시한 범위를 넘어서 이용하거나 제3자에게 제공할 수 있다’는 특약규정을 두었다. 그러나 이 때에도 법령에 정해진 절차와 방법에 따라 제공함은 물론이다. 개인정보 이용·보관기간은 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료는 12개월, 컴퓨터 통신 또는 인터넷 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료는 6개월간 보관하도록 하고 있다.

3) 검토

위의 내용에서도 알 수 있듯이 통신사와의 약정에서도 계약당사자가 개인정보 제공에 동의하는 때에 제3자에게 개인정보를 제공할 수 있도록 되어 있는데, 정보를 제공하는 제3자는 주로 신용거래기관이나 협력업체가 명시되어 있을 뿐이고, 수사기관에 정보를 제공할 수도 있다는 내용은 찾아보기 어려웠다. 수원사건의 경우에도 경찰에서는 물론 초동대응이 미흡했다는 점을 인정하고 사과했으나, 한편으로는 직접 위치추적을 할 수 있는 권한이 법적으로 보장되지 못한 문제가 있다는 점도 지적하면서 즉시 112신고 ‘자동위치추적’의 법제화를 추진¹⁴⁶⁾하였다. 그렇다면 이번 위치정보보호법의 개정 전후로는 수사기관이 GPS장치를 이

146) “경찰, 위급한 112 신고 자동 위치추적 추진, 연합뉴스 2012. 4. 13.(<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2012/04/13/0200000000AKR20120413046200004.HTML?did=1179m>)

용한 위치추적을 실무적으로 전혀 해오지 않았던 것인가? 경찰의 경우에는 실무상 휴대전화에 대해서는 ‘통신비밀보호법’ 제5조와 제6조에 근거하여 ‘통신사실확인자료제공요청’을 한 후 법원으로부터 허가서를 발부받아 위치추적을 실행해오고 있다고 한다¹⁴⁷⁾. 그런데 간혹 압수수색영장을 발부받아 휴대전화 위치추적을 한 사례도 있는 것처럼 보인다¹⁴⁸⁾. 그러나 어떠한 경우에 전자 또는 후자를 택하였는지에 대한 설명은 거의 찾아보기가 어렵다. 실제로 경찰청에 문의해본 결과로는 현재는 ‘통신비

147) 통신사실확인자료제공요청으로 법원은 2008-2010년 3년간을 기준으로 볼 때 한해 약 7만건 가량의 허가서를 발부하였다(기각률 5%)(사법연감, 각 연도, 영장발부 인원수표 부분 참조).

경찰의 통신자료 제공요청 건수(집계기준: 수신처, 경찰청 내부자료)는 기하급수적으로 증가하고 있는데, 2011년 9월에 비하여 2012년에는 동 기간 내 전년 대비 89%가량 증가하였다.

구 분	2008년	2009년	2010년	2011년	'11. 9월	'12. 9월	전년 대비
계	477,166	563,194	521,024	573,464	425,380	803,757	88.95%

그에 반하여 통신사실확인자료 요청 건수는 최근 다소 감소 추세를 보이고 있다. 특히 인터넷 등에 대한 요청건수는 전년 대비 두드러지게 감소하고 있다.

구 분	계	유선	무선	인터넷등
2008년	243,199	19,820	121,335	102,044
2009년	245,770	20,953	132,066	92,751
2010년	248,253	25,940	134,610	87,703
2011년	224,117	19,529	118,661	85,927
'11. 9월	178,850	15,408	94,709	68,733
'12. 9월	158,292	15,031	89,764	53,497
전년 대비	-11.49%	-2.45%	-5.22%	-22.17%

통신사실자료 확인신청 건수도 감소하고 있으나, 무엇보다 주목할 점은 기각률이 크게 증가(전년 동기 대비 15.4%)하였다는 점이다.

148) 예를 들어 대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7569 판결에서 ‘피고인이 공장 경영을 그만둔 채 거주지에도 귀가하지 않는 등 소재를 감추자 법원은 압수수색영장에 의한 휴대전화 위치추적 등의 방법으로 피고인의 소재를 파악하려고 하던 중’이라는 대목이 나오는데, 통신비밀보호법의 해당규정은 이 판결의 사건발생시점인 2004년 전후가 동일하므로 확인이 필요하다.

밀보호법'에 근거하여 '통신사실확인자료제공요청'을 하고 있는 것이 대다수를 차지하고 있는 것으로 확인되었다.

통신비밀보호법 제5조에 근거한 통신제한조치는 동조제1항 1호~11호에 해당하는 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있도록 허가요건을 적시하고 있다. 통신제한조치를 허가함에 있어서 강제수사비례의 원칙이 보다 엄격하게 존중되어야 함을 명시한 규정¹⁴⁹⁾이라고 할 것이다. 그리고 제2조에서 '바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적 자료'를 통신사실확인자료에 해당한다는 규정을 두고 있는데, GPS장치를 통한 위치추적이 과연 위 조항에 포함되는 것으로 해석할 수 있는지에 대해서는 견해가 나뉘고 있다.

지난 회기 국회에 계류중이었던 통신비밀보호법 개정안 가운데 이한성 의원안(의안번호 1650, 2008.10.30.)에 따르면 통신비밀보호법의 통신사실확인자료에 GPS 위치정보를 편입시키자는 주장¹⁵⁰⁾도 있다. 당시 법제사법위원회와 문화체육관광방송통신위원회가 공동개최한 통신비밀보호법 일부개정법률안에 관한 공청회 내용을 살펴보면 GPS 위치정보 추가 여부를 놓고 갑론을박하기도 하였는데, 그 논의의 본질은 GPS기반 위치정보가 통신비밀보호법상 통신에 해당하는가와 관련된 것이라고 해석된다.

먼저 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료에 해당하려면 정보통신망에 '접속'될 것을 요하는데, GPS칩이 장착되어 있는 휴대전화는 기술상

149) 신동운, 신형사소송법(제4판), 2012, 386면.

150) 동법 제2조 제11호 아. 목 신설('위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률' 제2조제1호의 위치정보)

휴대전화 송수신을 하지 않더라도 GPS칩은 그대로 작동하기 때문에 엄격히 해석하면 GPS 위치추적자료는 접속지 추적자료가 아니라고 보아야 할 것¹⁵¹⁾이다. 이러한 관점에서 보면 현행법상으로는 GPS 위치정보를 경찰이 수사목적으로 제공받는 행위는 법적 근거규정이 없는 것으로 해석할 여지도 있는 것이다.

나. 미국 연방대법원 판례의 원용가능성 문제

존스판결도 적법한 절차와 요건에 따라 발부한 영장이 없이 수사기관이 GPS장치로 범죄혐의자의 위치를 추적한(tracking) 행위를 수정헌법 제4조상의 수색에 해당한다고 판단한 것으로 보인다. 위치추적도 하나의 수색방법에 해당하는 것으로 수정헌법 제4조의 적용을 받아야 한다는 의미이다. 그러나 엄밀히 말하면 존스판결에서 문제가 된 GPS를 통한 위치추적은 수색의 개념과는 차이가 있다.

우선 GPS장치에 의한 위치추적은 과거의 위치정보를 위치정보사업자로부터 제공받는 경우와 현재 움직이고 있는 장치를 따라가면서 위치를 파악하는 것으로 나누어서 생각해 볼 수 있다¹⁵²⁾. 전자의 경우에는 휴대

151) 다른 관점에서 위치정보 자체가 ‘통신에 의해서 획득되는 정보이고 통신의 정보는 아니’라고 보는 견해도 있다: 제282회국회 제5차 법제사법위원회 회의록, 2009. 4. 21, 7면(오동석 진술 부분).

반대의견: ‘정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 정보라는 측면에서는 발신기지국의 위치추적 자료와 GPS 위치정보는 동일한 목적을 달성할 수 있는 정보’라는 견해(동 회의록, 7면, 강신각 진술 부분), ‘현행법의 통신사실확인자료에 정보통신망에 접속된 정보통신기계의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적 자료가 이미 포함되어 있다’는 견해(동 회의록, 14면, 김민호 진술 부분)

152) 같은 의미에서 통신비밀보호법 개정안 공청회에서 통신비밀보호법상 통신사실확인자료는 과거에 통신한 사실만 확인하는 것으로 적용하고, 미래의 위치를 추적하거나 미래 통신사실의 확인은 감청 절차에 의해서 하자는 견

전화의 통신내역을 제공하는 것과 크게 다르지 않으나, 후자의 경우에는 오히려 ‘미행’ 또는 ‘추적’에 가까워서 의미의 큰 차이가 있다. 영장집행에 따른 수색과 후자의 위치추적은 현재진행형인 점에서는 동일하지만 물리적으로 볼 때 수색은 어딘가에 있는 것(사람을 포함)을 ‘찾는’ 행위이고, 위치추적은 5분에 한번씩 전송되는 데이터의 원인인 GPS 장치를 ‘쫓는’ 행위이기 때문에 두 개념은 차이가 있다고 본다. 물론 최광의의 개념으로 보면 수색이나 위치정보 확인 모두 무언가를 찾고자 하는 행위로서 수색의 개념에 포함시킬 가능성은 여전히 존재할 것이다. 그러나 형사소송법상 수색은 ‘피고인의 신체, 물건 또는 주거 기타 장소’만을 그 대상으로 하고 있으므로 위치정보를 수색할 근거조문으로 보기는 어렵다.¹⁵³⁾

다. 영장 또는 감청수준의 요건강화 필요성

위에서 언급한 것처럼 현행 수사실무상 GPS장치 위치정보는 압수수색영장이 아닌 통신사실확인자료요청에 따라 처리하고 있다. 그러나 위치정보보호법에 따르면 긴급구조기관의 긴급구조 또는 경보발송요청이 있거나 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 ‘누구든지’ 개인 또는 소유자의 동의 없이 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하는 것을 금지하고 있다. 따라서 위치정보보호법상의 위치정보제공자에는 수사기관이 포함되어 있지 않다. 명시적으로 수사를 목적으로 위치정보를 제공받을 수 있는 법률 규정이 없는 상태에서 대안으로 선택한 것이 통신비밀보호법이다.

해가 제시되기도 하였(제282회국회 제5차 법제사법위원회회의록, 2009. 4. 21, 22면, 변재일 의원 발언 부분)는데 타당한 지적이라고 생각한다.

153) 같은 견해: 김성룡, “IT기술의 발달에 따른 형사절차법의 문제점과 대처 방안(I)-위치추적을 중심으로-”, IT와 법연구 제3집, 2009.2, 167면.

그러나 통신비밀보호법상의 ‘위치추적 자료’ 또는 ‘접속지 추적자료’의 통신사실확인자료를 요청하는 것은 과거에 대한 것이지 같은 규정을 현재 진행중이거나 미래에 일어날 범행과 관련한 위치추적 자료를 요청하는 근거로 삼는 것은 확장해석의 오류를 범할 여지가 있다고 본다. 특히 휴대전화의 사용 또는 접속여부와 관계없이 별개로 데이터를 구성할 수 있는 GPS장치를 통한 위치정보는 접속시간, 사용시간을 특정하지 않고, 정해진 기간 내의 모든 움직임을 파악할 수 있다는 점에서 휴대전화 통신내역보다는 엄격한 요건에 따라 수사기관을 포함한 제3자에게 제공되는 것이 바람직하다고 생각한다.

이러한 점을 고려하여 세가지 방안을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 미국의 경우와 마찬가지로 포괄하여 ‘수색’으로 보는 방안이 있다. 존스 판결 이전에 미국 연방대법원은 수색영장을 집행할 때 수색할 장소에 들어가서(trespass) 장치를 부착할지 여부 등 우리 형사소송법처럼 물리적인 문제로 판단하여 왔다¹⁵⁴⁾. 그러나 우리나라는 통신비밀보호법과 전자증거부분이 형사소송법의 압수수색 일반규정과 별개로 규정되어 있기 때문에, 위치정보획득을 수색의 개념에 포함시키기 위하여 형사소송법에서 수색의 대상을 개정하는 방식을 취하는 것은 형평상 맞지 않다고 본다.

둘째, 위치정보보호법에 수사기관에게 정보를 제공하는 요건을 신설하는 방법이 있을 수 있다. 현행법상 GPS장치를 통한 위치정보를 규제하고 있는 법인 위치정보보호법에 긴급구조 이외에 수사목적의 정보제공요

154) 존스 판결에서도 Sotomayor 대법관은, 수정헌법 제4조에 GPS 추적이 포함된다는 점에는 동의하나 “물리적으로 헌법상 보호받는 지역에 들어가 정보를 획득하는” 경우에만 동조를 적용하여야 한다는 의견을 제시한 바 있다 (Sotomayor 대법관 별개의견, 1면). 존스 사건에 그 견해를 적용해 볼 때 이 사건 역시 수사기관이 개인의 소유물(또는 법익)에 물리적으로 침해행위를 한 것이므로 수정헌법 제4조의 보호를 받는다고 하였다.

건을 명문화하여 위치정보사업자 및 위치기반서비스사업자를 통신사실확인자료를 제공할 수 있는 대상으로 규정하는 방안¹⁵⁵⁾을 고려해 볼 수 있다. 단, 과거의 위치정보와 현재 또는 미래의 위치정보는 요건에 차이를 두어 규정할 필요가 있다.

셋째, 위에서 언급한 이한성 의원안처럼 통신비밀보호법에 위치정보를 명시하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 단, 이 때에도 위치정보보호법에서와 마찬가지로 요건에 차이를 두어 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 특히 현재 또는 미래의 위치정보를 제공받으려는 때에는 현행 통신비밀보호법상의 감청에 준하는 정도로 허가요건이 강화되어야 한다고 본다.

위의 방안 중에서 가장 인권보호에 도움이 될 수 있는 방안은, 현행처럼 위치정보보호법에서는 긴급구조와 관련된 부분만을 규정하고, 수사관련 내용은 처음 위 두 법을 제정할 당시에 고려했던 것처럼 통신비밀보호법에 규정하는 것이 합당하다고 생각한다. 통신비밀보호법에서 위치정보를 수사기관에서 활용하는 규정을 두게 되는 경우에는 과거의 정보는 현재 실무상으로 활용하고 있는 통신사실확인을 통하도록 할 것이지만, 현재 또는 미래의 위치정보는 통신비밀보호법에서 상정하고 있는 감청의 수준과 마찬가지로 요건을 엄격하게 할 필요가 있다. 따라서 현재 또는 미래의 위치정보는 영장의 발부 및 집행을 통하여 관련 증거를 수집하는 것이 바람직하다고 본다.

물론 이러한 조치들에도 불구하고 GPS장치가 부착되어 있는 대상물을 범죄혐의자가 소지하거나 운전하지 않고, 타인이 소지 또는 운전하였을 때 이를 확인하는 것이 쉽지 않아서 GPS 위치정보 자체를 알리바이 확인이나 유죄의 증거로 삼는 것은 위험한 일이 될 수도 있다. 판결에

155) 현재 이 내용에 대한 개정안도 국회에 제출되어 있는 상태이다. 예를 들면 변재일 의원 대표발의 '위치정보의 보호 및 이용에 관한 법률 일부개정법률안'(2008.9.8.) 제29조 제2항 신설 부분.

의하여 부착되는 위치추적기(소위 전자발찌)는 반드시 대상자가 정해져 있기 때문에 위치추적기로부터의 정보에 오류가 적다고 생각하지만, 수사기관이 24시간 범죄혐의자를 밀착감시하지 않는 한 GPS 장치의 점유자가 바뀌지 않으리라는 보장이 없어서 정보에 심각한 오류가 발생할 수 있다는 점을 주의하여야 할 것이다.

4. 기타 문제

위에서 언급한 문제들과는 별개로 위치정보보호법이 개정되면서 수사절차에서 여전히 남아있는 문제는 112신고로 접수되어 추적한 피해자의 위치정보를 나중에 그 사건의 범인이 피의자가 되었을 때 수사의 단서로서 활용여부가 문제될 수가 있다. 위치정보보호법을 개정하게 된 주된 이유는 피해자의 긴급구조를 위하여 시급하게 필요한 것이었기 때문인데다가 최초로 이 법이 제정될 당시에 경찰이 자동위치추적권을 갖지 못하고 위치정보제공요청자에서 제외되었던 이유는 이를 남용하여 지나치게 개인의 사생활을 침해할 우려가 있었기 때문이기도 하다. 그러나 위의 사안에서 개인의 사생활이란 ‘피해자 또는 신고인의 사생활’만을 의미할 것이고, 피해자의 위치정보를 수사의 단서로 활용하는 것이 곧 피의자의 사생활을 침해한다는 의미는 아니기 때문에 수사의 단서로서 충분히 활용될 수 있다고 본다.

다만, 당해 피해자와 연관된 피의자의 핸드폰 위치추적은 위에서 서술한 것처럼 각각의 법률에 해당하는 적법절차에 따라 행하여야 한다. 따라서 위치정보보호법에서 개정된 내용의 범위를 벗어난 경찰의 실시간 자동위치추적은 할 수 없고, 다만 과거의 위치정보는 통신비밀보호법의 절차에 따라 업체로부터 제공받을 수 있다고 생각한다.

5. 소결

2006년 여야 각당은 성폭력 발생시 즉각 위치정보를 전송하거나, 심장발작이나 재난상황 등으로 응급환자가 발생하였을 때 위치를 전송할 수 있도록 휴대전화에 GPS장착을 의무화를 추진하는 것을 선두로 2010년에는 방송통신위원회에서 같은 내용을 추진하였으나 아직 시행되지는 않고 있다. 2008년에는 정부차원에서 위치정보보호법을 개정하여 휴대전화 GPS 탑재의무화를 추진하였으나, 위치정보 보호를 위하여 GPS기능을 원하는대로 개인이 켜거나 끌 수 있게 하는 조치 등이 마련되지 않은 상태이고, 전국민에 대한 국가감시·통제가 되어 문제¹⁵⁶⁾라는 주장에 부딪쳐 국회에 계류중이다. 미국의 경우에는 911 긴급통화의 위치를 정확하게 산정하기 위하여 2018년까지 모든 휴대전화에 GPS 탑재를 의무화하는 정책을 2011년 10월부터 시행하고 있고, 일본은 3G 휴대전화에 대하여 2007년부터 GPS장착을 의무화해오고 있다¹⁵⁷⁾. 긴급구조를 위하여 휴대전화에 GPS장착을 의무화하는 것이 세계적인 추세이고 우리나라도 머지 않아 정책적으로 시행이 된다고 한다면, 긴급구조 이외에 개인정보를 제3자에게 제공할 때에는 보다 엄격한 기준과 요건을 두어 사생활침해 논란이 없도록 할 필요가 있다.

GPS장치를 통하여 얻은 위치정보는 분명 수사기관이 범죄혐의자의 소재를 파악하고, 범행을 저지하며 나아가 범죄를 예방하는데 효율적인 도구로 활용될 수 있다. 그러나 GPS장치로 얻은 위치정보가 개인의 사생활을 침해하는데 악용될 소지 역시 매우 크다. 한 예로 몇달전 인터넷

156) 노컷뉴스 ‘휴대전화에 GPS 장착 의무화 추진...사생활 침해 논란’(<http://www.nocutnews.co.kr/show.asp?idx=785395>)

157) 전자신문 ‘일, 3G폰에 GPS 장착 의무화’(<http://media.daum.net/breakingnews/view.html?cateid=100000&newsid=20070302104111167&p=etimesi>)

을 떠들썩하게 한 ‘사생팬 사건’처럼 유명 연예인들의 차에 GPS를 장착하여 휴대전화로 위치정보를 수신하면서 24시간 감시하거나 자신도 모르는 사이에 매일의 일상이 누군가에게 노출되어 이용된다면 이를 강력하게 규제할 수 있는 장치도 필요하다.

게다가 일반 휴대전화 이용이나 차량 이용시와는 별개로 반경 5m 간격으로 추적을 당할 여지나, 고용인과 피고용인 관계에서 모든 종업원들의 위치를 추적하여 행동의 자유를 제약하는 등의 행위는 헌법상 국민이 마땅히 누릴 수 있는 기본권이 중대하게 침해되는 일이 될 수도 있을 것이다. 여기에서 필자는 GPS장치를 통한 위치추적이 빈번하게 발생하고 있고, 다방면에서 활용될 여지가 상당히 큼에도 불구하고 법적인 규제장치가 제대로 마련되지 않았다는 점을 지적하고자 하였다. 그 가운데 수사기관에서 행하는 위치추적은 앞으로 IT 기술이 발전해 가면서 그에 따른 방법도 다양화될 수 있는데, 법률과 제도가 이를 따라가지 못한다면 무용지물이 될 수 밖에 없을 것이다. 개정 위치정보보호법은 2012년 5월 14일 공포되었으며 같은 해 11월 15일부터 시행되고 있다.

제5장 결론

우리나라의 헌법과 형사소송법은 임의수사와 강제수사의 체제를 취하면서 강제수사의 경우에 영장주의원칙을 규정하고 있다. 따라서 대인적 강제처분인 체포·구속의 경우는 물론 대물적 강제처분으로서 압수·수색·검증시에도 법원으로부터 영장을 발부받아 처분을 하는 것이 원칙이다. 그럼에도 불구하고 우리 법상으로 예외규정을 두고 있는 것이 바로 ‘긴급한 상태’에서의 강제처분이다.

엄격한 영장주의를 채택하고 있는 대인적 강제처분과는 달리 수색은 대물적 강제처분으로서 다소 폭넓은 영장주의의 예외를 인정하고 있다. 경찰의 업무는 각종 긴급상황과 연결되어 있다. 위급상황이 발생했을 때, 범죄로 사람의 생명·신체에 상당한 위험이 발생했다고 판단되었을 때 등과 같이 긴급상황에 처하게 되었을 때에는 영장을 발부받을 시간은 없는 상태에서 일단 [잠재적] 피해자를 구조하고 현행범인 경우에는 범인을 검거해야 할 필요성이 제기된다. 특히 경찰이 현장을 확인하는 도중에 범죄가 진행중이거나 범죄의 흔적을 발견하게 되었을 경우에 초동수사를 바로 수행해야 할 상황이 발생할 수 있는데 이 때에 영장없이 수색과 같은 강제수사가 가능한지 논란의 여지가 발생하고 있다.

올해 초 연달아서 발생한 사건들로 인하여 경찰은 피해자구조에 소극적이라는 비난을 받았고 인명·재산상 피해상황이 진행중일 때 위해를 방지해야 할 필요성과 당위성이 있음에도 불구하고 적절한 법령이 마련되지 않아서 강제처분을 하게 되었을 때에는 타인의 재산, 신체 등에 중대한 손실을 남기게 되어도 제대로 손실을 보상하지 못한 문제점을 안고 있었다. 그러한 까닭에 경찰청은 경찰관직무집행법 제7조를 개정하여 긴

급출입권을 명문화하고, 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 입은 손해를 보상할 수 있는 근거를 마련하고자 하였다.

이와는 별개로 현재 경찰은 ‘위급상황시 가택출입·확인 경찰활동 지침’을 일선에 배포하여 시행하고 있는데, 현행 경찰관직무집행법 제7조에 규정되어 있는 응급상황 발생시 출입할 권한을 재해석하여 범죄로 인하여 인명·재산상 피해가 절박한 때, 위해방지나 피해자 구조 등을 위하여 부득이한 경우 필요한 한도 내에서 타인의 건조물에 강제로 진입할 수 있도록 하였다. 나아가 건물주가 거부하는 경우에도 일정 요건에 해당하면 경찰관은 강제로 들어가 현장을 조사할 수 있는 권한을 부여하였다.

긴급 진입요건을 한정하였다고 하더라도 범죄발생의 상당한 개연성이 존재한다면 이는 수사절차를 규정한 형사소송법의 대원칙에 따르는 것이 바람직하다. 따라서 근본적으로는 영장주의와의 충돌 문제나 인권침해가능성과의 비례성 및 조화의 문제를 고려하여 형사소송법과 경찰관직무집행법을 함께 개정하는 것이 바람직하다고 본다. 특히 현재는 긴급한 상황이 발생했을 때 휴대폰 등으로 위치추적할 수 있는 범위를 10미터까지 축소할 수 있는 기술개발을 하고 있는 상태이므로 위험발생 장소를 극히 소수의 가택으로 압축할 수 있게 될 것이다. 그렇다면 지금처럼 100미터에서 수백미터 가량의 지역에 있는 모든 가택을 수색하지 않아도 긴급상황을 정확히 해결하고 사건을 종료할 수 있는 가능성도 훨씬 높아지게 된다.

공권력의 오남용에 따른 개인의 사생활 및 인권침해를 걱정하는 국민의 우려를 최소화하기 위해서는 침해의 여지가 있는 공권력의 행사를 최소화하면서 적법절차를 준수하여야 할 것이고, 최대한의 안전장치를 마련하여 경찰관의 재량이 크지 않은 범위 내에서 제도의 보완을 도모하는 것이 바람직할 것이라고 생각한다.

참고문헌

1. 단행본 및 학위논문

(1) 국내

- 경찰청, 경찰관직무집행법 해설, 2001
- 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구: 1954년 형사소송법의 성립을 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문, 2001
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법(제3판), 법문사, 2011.
- 서일교, 형사소송법강의, 제일문화사, 1957.
- 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012.
- 옥황남, 신형사소송법해의, 지구당, 1954.
- 이은모, 형사소송법(제2판), 박영사, 2011.
- 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012.
- 임동규, 형사소송법(제7판), 법문사, 2011.
- 장영민·박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서 (93-29), 1993.
- 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994.
- 정용석·백승민, 형사소송법(전정제4판), 대명출판사, 2011.
- 황정현, 긴급 압수·수색·검증에 대한 고찰, 서울대학교 법학석사학위논문, 2011.

(2) 국외

- Ahkil Reed Amar, *The Bill of Rights*, Yale University Press, 1998.
- Joshua Dressler/George C. Thomas III, *Criminal Procedure: Investigating Crime*, West Group, 2003.
- Leonard W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, 1999.
- Rolando V. del Carmen/ Craig Hemmens 편, *Criminal Procedure and the Supreme Court: A Guide to the Major Decisions on Search and Seizure, Privacy and Individual Rights*, 2011.
- Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary(9th.ed)*, West Group, 2010.
- 古谷 洋一 편저, 註釋 警察官職務執行法(再訂版), 立花書房, 2007.

2. 연속간행물

(1) 국내

- 강호성/문희갑, “전자발찌 도입 2년의 성과와 확대발전 방향”, *보호관찰 제10권 제2호*, 한국보호관찰학회, 2010.
- 김경수, “형사소송법상 압수·수색 관련 규정에 대한 비판적 고찰”, *서울대 법학 제19권 제1호*, 서울대학교 법학연구소, 2011.
- 김봉수, “전자감시장치 부착의 법적 성격과 확대적용에 대한 비판적 고

- 찰”, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011.
- 김성룡, “IT기술의 발달에 따른 형사절차법의 문제점과 대처방안(I)”, IT와 법연구 제3집, 2009.
- 김형국 역, “Chambers v. Maroney, U.S.Pa. 1970. 300 U.S. 42, 90 S.Ct. 1975, 26 L.Ed.2d 419 : 자동차에 대한 영장없는 수색”, 형사법의 신동향, 제21호, 대검찰청, 2009.8.
- 김혜정, “‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률’에 관한 검토”, 형사정책연구 제77호, 한국형사정책연구원, 2009.
- 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전”, 형사법연구 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009.
- 문병효, “경찰관직무집행법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 고려법학 제58호, 고려대학교 법학연구원, 2010.9.
- 문채규, “형사사범의 정비방안: 사개추위안의 수사상 긴급 압수·수색·검증제도에 대한 검토”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 백창현, “경찰관직무집행법상 보호조치에 관한 연구”, 경찰학연구 제22호, 경찰대학, 2010.4
- 변필건, “주거지에서 영장없는 압수수색의 실무상 운영에 관한 미국과 한국의 비교법적 연구”, 저스티스 통권 제108호, 한국법학원, 2008.12.
- 설계경, “경찰상 수사와 구제문제”, 외법논집 제14집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2003.
- 성홍재, “가정폭력 피해자 보호의 실효성 확보방안에 관한 연구: 개정된

- 『가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』상 경찰의 긴급입시 조치와 법원의 피해자보호명령제도를 중심으로”, 한독사회과학논총 제21권 제3호, 한독사회과학회, 2011.
- 손동권, “수사절차상 긴급 압수·수색제도와 그에 관한 개선입법론”, 경희법학 제46권 제3호, 경희대학교, 2011.9.
- 손재영, “경찰관직무집행법 제7조에 따른 위험방지를 위한 출입에 있어서 출입의 개념”, 공법연구 제39집 제2호, 한국공법학회, 2010.
- _____, “위험방지를 위한 가택출입과 경찰긴급상황-최근 발생한 ‘수원 20대 여성 토막 살인사건’을 소재로 하여-”, 법과 정책 제18집 제2호, 청주대학교 법과정책연구소, 2012.8.
- 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1)-초기 법규정의 정비를 중심으로”, 서울대 법학 제42권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2001.
- 심희기, “[형사중요판례연구] 임의동행의 임의성의 판단기준, 임의출석 참고인의 긴급체포의 적법성”, 고시연구 2006.11, 고시연구사.
- 안성수, “당사자의 동의에 의한 압수수색”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 2008.6.
- 오휘경/김인철, “가우시안 프로세스를 이용한 실내 환경에서 WiFi 위치 추정”, 정보과학회논문지: 컴퓨팅의 실제 및 레터 제17권 제10호, 2011.
- 윤태영/변용완, “지능형 도로환경에서의 위치추적과 프라이버시 보호-미국의 최근 판례를 소재로 하여-”, 경찰법연구 제8권 제1호, 2010.
- 이성기, “미국의 체포·수색·압수제도의 이해: 위법수집증거배제법칙과 명

- 확성 원칙의 관점에서”, 경찰학연구 제25호, 경찰대학, 2011.3.
- 이영돈, “영국의 경찰과 형사증거법(PACE)상 경찰의 정지·수색권”, 경찰법연구 제8권 제2호, 한국경찰법학회, 2010.
- 이원국/백지훈/안준/최진구, “차량 실시간 추적/관리 시스템 설계 및 구현”, 한국정보기술학회논문지 제9권 제8호, 2011.
- 이은모, “긴급체포 및 긴급체포시의 압수·수색·검증제도의 문제점에 대한 검토”, 법학논총 제22집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2005.6.
- 이준희/김종호/김용득, “차량과 휴대 전화간의 블루투스를 이용한 위치 정보 공유 모델링”, 대한전자공학회 학술대회 발표논문집, 2008.
- 이현수, “미국 수정헌법 제4조의 압수·수색에 관한 미국 연방대법원 판례의 법리”, 재판자료 제113집: 외국사법연수논문집, 법원도서관, 2007.
- 정신교, “전자감시제도의 활용방안에 관한 연구”, 홍익법학 제12권 제2호, 2011.
- 조 국, “압수수색의 합법성 기준 재검토”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 조운오, “외국의 소년범죄자 전자감시 연구”, 형사사법연구 1권1호, 동국대학교 경찰·범죄연구소, 2011.
- 지명인/조영수/박상준/임동선, “Wi-Fi 기반 실내 위치추정 기술개발 동향”, 정보와 통신 제28권 제7호, 2011.
- 허경미, “지역사회교정 관점의 전자감시제의 한계 및 개선방향”, 교정연구 제42호, 한국교정학회, 2009.
- 홍영기, “영장 없는 압수·수색의 합법성 기준”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011.12.

황만성, “성폭력범죄자에 대한 형사제재의 최근 경향과 쟁점”, 한양법학 제34호, 2011.

(2) 국외

April A. Otterberg, “GPS Tracking Technology: The Case for Revisiting Knotts and Shifting the Supreme Court’s Theory of the Public Space Under the Fourth Amendment”, Boston College Law Review Vol.46 Issue3 No.3, 2005.

Babara C. Salken, “Balancing Exigency and Privacy in Warrantless Searches to Prevent Destruction of Evidence: The Need for a Rule,” 39 Hastings L.J. 283, 1987.

Bennett L. Gershman, “Privacy Revisited: GPS Tracking as Search and Seizure”, Pace Law Review Vol.30 No.3, 2010.

Carmine V. Capasso, “CASE COMMENT: Constitutional Law - Supreme Court Reduces Constitutional Guarantees Found in Fourth Amendment - Illinois v. McArthur, 531 U.S. 326 (2001)”, 36 Suffolk U.L.Rev. 615, 2003.

Daniel T. Gillespie, “Bright-Line Rules: Development of the Law of Search and Seizure during Traffic Stops”, 31 Loy.U.Chi.L.J. 1, 1999.

Edward G. Mascolo, “The Emergency Doctrine Exception to the Warrant Requirement under the Fourth Amendment,” 22 Buff.L.Rev. 419, 1972.

Francis A. Allen, “Due Process and State Criminal Procedures:

Another Look,” 48 Nw.U.L.Rev.16, 1953.

James J. Tomkovicz, “California v. Acevedo: The Walls Close in on the Warrant Requirement”, 29 Am.Crim.L.Rev. 1103, 1991.

Jeffrey A. Segal, “Predicting Supreme Court Cases Probabilistically: The Search and Seizure Cases, 1962-1981,” The American Political Science Review Vol.78, No.4, 1984.12.

John G. Jr. Miles, “The Ailing Fourth Amendment: A Suggested Cure”, 63 A.B.A.J. 365, 1977.

John S. Ganz, “It’s Already Public: Why Federal Officers Should Not Need Warrants to Use GPS Vehicle Tracking Devices”, The Journal of Criminal Law and Criminology vol.95 No.4, Summer 2005.

K.Michael/A.Mamee/M.G.Michael, “The Emerging Ethics of Humancentric GPS Tracking and Monitoring”, University of Wollongong Research Online, 2006.

Kit Kinports, “Diminishing Probable Cause and Minimalist Searches”, 6 Ohio St.J.Crim.L. 649, 2008.

LaFave, “Warrantless Searches and the Supreme Court: Further Ventures Into the ‘Quagmire’,” 8 Crim.L.Bull. 9, 1972.

Lawrence A. Dany, “Disavowing the Warrant Presumption: Have the Exceptions Finally Swallowed the Rule,” 52 Fla.L.Rev. 705, 2000.

- Lewis R. Katz, "United States v. Ross: Evolving Standards for Warrantless Searches", 74 J.Crim.L.&Criminology 172, 1983.
- Lisa K. Coleman, "Criminal Law - California v. Acevedo: The Erosion of the Fourth Amendment Right to Be Free from Unreasonable Searches", 22 Mem.St.U.L.Rev. 831, 1991.
- Mark A. Cuthbertson, "Maryland v. Buie: The Supreme Court's Protective Sweep Doctrine Runs Rings around the Arrestee," 56 Alb.L.Rev. 159, 1992.
- Mary Brandt Jensen, "The Scope of Warrantless Searches under the Automobile Exception: United States v. Ross", 43 La.L.Rev. 1561, 1983.
- M.Williams et al., "Wearable Computing and the Geographies of Urban Childhood-Working with Children to Explore the Potential of New Technology", Proceeding of the 2003 Conference on Interaction Design and Children, 2003.
- Muhammad Usman Iqbal/Samsung Lim, "Legal and Ethical Implication of GPS Vulnerabilities", Journal of International Commercial Law and Technology vol.3, Issue 3, 2008.
- Peter C. Prynkiewicz, "California v. Acevedo: The Court Establishes One Rule to Govern All Automobile Searches and Opens the Door to Another Frontal Assault on the Warrant Requirement," 67 Notre Dame L.Rev. 1269, 1991.
- Peter Connelly, "The Fourth Amendment and Section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What Has Been

- Done - What Is to Be Done”, 27 *Crim.L.Q.* 182, 1984.
- Ramya Shah, “From Beepers To GPS: Can the Fourth Amendment Keep up with Electronic Tracking Technology?”, *Journal of Law, Technology&Policy* vol.2009 No.1, 2009.
- Renee McDonald Hutchins, “Tied up in Knotts? GPS Technology and the Fourth Amendment”, *UCLA L.Rev.* vol.55(2007-2008), 2008.
- Roger D. Groot, “Arrests in Private Dwellings”, *Virginia Law Review* Vol.67 No.2, 1981.
- Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure-Cases and Commentary*-(9th ed.), West Publishing Co., 2010.
- Tarik N. Jallad, “Old Answers To New Questions: GPS Surveillance and The Unwarranted Need For Warrants”, *North Carolina Journal of Law&Technology* vol.11, Issue 2, Spring 2010.
- Thomas K. Clancy, “The Fourth Amendment’s Exclusionary Rule as a Constitutional Right,” *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol.10, 2012.
- Wayne R. LaFave, “The Fourth Amendment In an Imperfect World: On Drawing “Bright Lines” and “Good Faith”,” 43 *U.Pitt.L.Rev.* 307, 1982.
- Vivian Deborah Wilson, “The Warrantless Automobile Search: Exception Without Justification,” 32 *Hastings L.J.* 127, 1980.

Zoila Hinson, “GPS Monitoring and Constitutional Rights”, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review Vol.43, 2008.

책임연구보고서 2012-18

경찰의 긴급수색에 관한 연구

2012년 12월 31일 발행

발행인 : 조 요 셉

발행처 : **치안정책연구소**

경기도 용인시 기흥구 언남로 74

홈페이지 : www.psi.go.kr

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며 치안정책연구소
공식견해가 아님을 밝혀둡니다.



POLICE SCIENCE INSTITUTE