

‘안전사회’와 수사절차*

정 승 환**

국 | 문 | 요 | 약

범죄는 현대 사회에서 안전을 위협하는 ‘위험’의 하나로서 중요한 의미를 갖는다. 그리고 ‘위험’으로서의 범죄를 통제하는 수단인 형법 또한 ‘안전사회’를 위한 수단으로서 중요한 의미를 갖는다. 오늘날 형법은 과거에 발생한 범죄에 대한 단순한 진압수단에서 위험상황을 진정시키기 위한 예방수단으로 변모해야 한다는 요구에 직면해 있다. 형법의 목적은 이제 단순한 범죄투쟁을 넘어 환경정책, 보건정책, 대외정책 등의 측면적 지원으로 나아가고 있으며, 구체적 법익침해에 대한 진압에서 문제상황에 대한 광범위한 예방으로 형법의 임무가 변화한 것이다.

이러한 ‘안전사회’의 형사정책은 수사단계에서 과학기술을 활용하여 보다 쉽게 증거를 확보하고 경우에 따라 범죄를 사전에 통제할 것을 끊임없이 요청한다. 그런데 과학기술을 활용한 새로운 수사의 방법들은 범죄의 위험으로부터 시민의 ‘안전’을 확보하기 위해 활용되지만 그로 인해 시민의 ‘안전’이 위협받는 측면도 함께 확대되는 문제를 낳고 있다.

이 논문에서는 수사절차에서 투입되는 과학적 수사기법들이 범죄의 위험으로부터 시민의 ‘안전’을 확보하는 수단이 되고 있는지, 아니면 광범위한 감시와 개입으로 시민의 ‘안전’을 위협하고 있는지를 검토하였다. 그리고 이를 위해 사회의 안전욕구가 뿌리를 두고 있는 위험에 대한 객관적 평가가 필요하다는 점을 지적하였다. 안전에 대한 욕구가 바탕을 두고 있는 위험의 현실이 객관적 현실인지, 아니면 막연한 주관적 감정인지, 그도 아니면 ‘안전사회’의 매커니즘을 이용하는 국가에 의해 형성된 것인지를 면밀하게 주시하고 검토해야 한다는 것이다. .

❖ 주제어 : 안전사회, 수사, 통신감청, 패킷감청, 사이버범죄, 사이버수사

* 이 논문은 2013. 5. 10. 한국형사정책연구원과 한국형사소송법학회가 공동주최한 2013년도 춘계학술대회 “안전, 범죄 그리고 형사절차”에서 발표한 내용을 수정, 보완한 것임.

** 고려대 법학전문대학원 교수

I. ‘안전’, ‘안전사회’와 형법

1. ‘안전’ 또는 ‘안전사회’와 ‘위험’ 또는 ‘위험사회’

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

‘안전’ 또는 ‘안전사회’의 개념은 ‘위험’ 또는 ‘위험사회’와 서로 대비되며 짝을 이루는 개념이 된다.²⁾ ‘안전’이란 ‘위험으로부터 자유로운, 위험을 관리하는’ 상태를 말하며,³⁾ ‘안전사회’에서는 ‘위험’ 또는 ‘불안정’이 핵심적인 위치를 차지한다.⁴⁾

‘위험(Risk)’의 개념은 서구에서 17세기 이후 사용되었는데, 이는 세계관의 변화와 연관된 것이라고 한다.⁵⁾ 전통사회에서 사람들은 미래에 대해宿命론적 사고를

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

2) 임현진, 한국사회의 안전과 위험 : 이론적 모색과 경험적 고찰, 성균관대학교 사회과학연구소, <사회과학(구:~2001)> 39권(2000), 3면 이하; 홍성태, 위험 연구와 위험 정치 - 위험 사회에서 안전 사회로 -, 아주법학 제4권 2호(2010), 223면 이하 참조. 설동훈, 한국인의 위험 인식, <한국사회과학> 20권 1호(1998), 22면 이하에 의하면 위험과 안전의 개념을 파악하는 관점은 단절적 관점과 연속적 관점으로 대별되는데, 전자에 의하면 위험과 안전은 흑백과 같이 분명하게 구별되는 개념이지만 후자에 의하면 위험과 안전은 양극에 해당하는 개념이고 중간에 광범위한 회색지대가 분포한다. 단절적 관점에 의하면 위험에 통제를 가해야 할 ‘단일한 최적수준’이 존재하지만 연속적 관점에 의하면 위험에 대한 규제는 통제할 수 없는 불확실성과 애매함이 존재하는 지점에서 이루어진다.

3) 홍성태, 앞의 논문, 238면.

4) Tobias Singelstein/Peer Stolle 저, 윤재왕 역, 안전사회 - 21세기의 사회통제, 한국형사정책연구원 2012, 118면 이하 참조.

5) 홍성태, 앞의 논문, 225면 이하 참조.

하였지만 근대화와 함께 사람들은 미래에 대해 개조론적 사고를 하게 되었고, 이에 따라 예측할 수 없는 미래의 일인 위험은 단순히 수용하거나 기피해야 하는 대상에서 적극적으로 개조할 수 있는 대상으로 바뀌었다는 것이다. 이에 따르면 위험에 대한 인식과 대응이 근대와 전근대를 구별하는 중요한 기준이 되며, 근대사회는 위험의 관리라는 전제 아래 전근대 사회에서 존재하지 않았던 위험을 체계적으로 생산하는 ‘위험사회’이다.⁶⁾

서구에서 ‘위험’ 또는 ‘위험사회’에 대한 연구가 활발하게 진행된 것은 1980년대 이후인데, 이는 1979년에 발생한 미국의 쓰리마일 섬 핵발전소 노심용융 사고와 1986년 소련의 우크라이나 체르노빌에서 발생한 핵발전소 폭발 사고에서 강한 영향을 받은 것이었다.⁷⁾ 자연과학과 사회과학을 망라하는 다양한 분야에서 위험에 대한 연구가 활발히 진행되었고, 여기에서 비롯된 ‘위험사회’의 개념은 한국사회에서도 위험에 대한 인식을 확산시키는 데 큰 기여를 했다. 예컨대 울리히 벡(Ulrich Beck)이 설명하는 서구의 ‘위험사회’는 거대한 기술적 위험과 사회적 위험이 동시에 진행되는 사회인데, 한국의 사회학자들은 한국사회를 ‘이중적 복합 위험사회(dual complex risk society)’로 설명한다. 이에 의하면 한국사회는 전근대적 위험요소와 근대적 위험요소가 공존하는 사회이며, 그러한 위험요소들이 서구적 연원과 한국의 고유현상으로 나타난다.⁸⁾

서구와 한국에서 위험사회라는 개념은 유사하지만 그와 짝을 이루는 ‘안전사회’의 개념은 서로 다르다. 즉 한국의 사회학자들은 위험사회로부터 한국사회가 나아가야 할 대안으로 ‘건전하고 안전한 사회(sound and safe society)’를 제시한다.⁹⁾ 현재의 정부가 제시하는 정책 목표와 일치하는 부분이다. 반면 독일에서는 ‘안전사회

6) Charles Perrow, *Normal Accidents : Living with High Risk Technologies*, Basic Books 1984; 홍성태, 앞의 논문, 225면에서 재인용.

7) 찬핵론자들이 100만년에 한 번 일어날 것이라고 주장했던 사고가 핵발전소의 상업적 이용 이후 불과 20여 년 만에 발생하였다.

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

9) 임현진, 앞의 논문(주 2), 3면; 18면 이하.

(Sicherungsgesellschaft)'가 현대 사회에서 통제메커니즘의 변화를 설명하는 개념으로 제시된다.¹⁰⁾ 지난 몇 십 년 동안 '안전'은 서구사회의 핵심적 의제가 되었는데, 안전을 향한 시민들의 욕구가 바탕을 두고 있는 '위험'이라는 '주관적' 현실은 다시 더 강렬한 안전욕구를 창출하여 안전은 이제 더 이상 사회적, 집단적 보장책의 형태로 이루어지는 문제해결이 아니라 위험의 통제와 차단 또는 일정 수준으로의 유지 등과 같은 관리 메커니즘으로 이해된다. 이러한 새로운 통제의 메커니즘은 영속적인 불안정화와 무제한의 안전추구라는 형태를 통해서 매일 새롭게 자신의 존재기반을 재생산한다. 끝없이 위험요인들을 발견하고 새로운 위험을 생산해 내며, 새로운 위험요인에 대해 무언가 새로운 조치를 통해 어떤 식으로든 반응함으로써 위험과 안전 사이의 끝없는 순환관계가 계속 유지되도록 하는 것이다.¹¹⁾ 모든 형태의 위험을 확인하고 그로부터 안전을 확보하려는 노력은 결국 사회통제가 확대되고 구체적인 손해가 발생하기 훨씬 전부터 사회통제를 투입하는 결과를 낳는다. 형법은 이제 위험관리를 전제로 하여 사회구성원들에 의한 사회의 전면적 통제를 가능하게 만드는 것을 목표로 삼는다. 안전은 이제 다른 사회적 원칙이나 가치들보다 상위의 가치가 되었고, 안전이라는 목적을 위해 개인에게 시민의 보편적 의무로서 희생할 것을 요구하기도 한다. 사회적 몰락의 위험과 그에 대한 불안은 안전정책에 대한 다수의 승인과 순응을 확보하기 위한 전략으로 기능한다. 안전의 상징적 생산은 국가활동을 정당화하는 핵심사항이 되었고, 지속적인 불안정은 정치를 구성하는 부동의 요소로 자리잡았다. 이와 같이 사회정책에서 안전이 핵심적 의미를 갖는 통제의 메커니즘을 '안전사회'로 표현하는 것이다.¹²⁾

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

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

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

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

2. ‘안전’ 또는 ‘위험의 관리’와 형법

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

더 나아가 현대의 위험사회에서 형법은 위험관리의 앞단계에서 작동한다. 20세기 말을 전후하여 범죄학자들은 위험 또는 위험관리를 범죄문제 해결에서도 우월한 방안으로 인식하게 된 것이다. 이미 과거사가 된 범행과 범죄인의 생물학적, 심리학적, 심리적 요소의 연관성을 탐구하여 그 범죄인을 개선하는 작업보다는 범죄피해를 감소시키고 범죄로 인한 사회적 비용을 줄이며 수형자의 재범위험을 감소시키는 서비스 제공에 위험관리기술을 널리 사용하자는 것이다. 이러한 관점은 범죄를 위험의 감행(risk taking)으로, 범죄통제 또는 범죄예방을 위험관리(risk management)로 인식을 전환하여 ‘위험에 기반을 둔 형사정책(risk based criminal policy)’을 추구한다.¹⁵⁾ 그리하여 오늘날 형법은 과거에 발생한 범죄에 대한 단순한 진압수단에서 위험상황을 진정시키기 위한 예방수단으로 변모해야 한다는 요구에 직면해 있다. 즉, ‘위험사회’의 예방형법은 법익보호 기능을 넘어 ‘안전사회’를 위한 위험통제의 관점

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

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

15) 김일수, 앞의 책, 21면 이하.

에서 형법적 수단을 투입하여야 하며, 과거에는 회피할 수 없는 불행이나 재앙으로 간주되던 것이 회피해야만 하는 불법으로 간주될 수 있다는 것이다.¹⁶⁾ 이러한 ‘형법의 팽창’ 현상에 대해 형법학자들은 계속해서 경고를 보내고 있다.¹⁷⁾

3. ‘안전’ 또는 ‘안전사회’와 수사(搜查)

위험사회의 예방형법이 ‘안전사회’를 위한 위험통제의 관점에서 작용하는 방식은 범익침해의 앞단계(Vorfeld)에서 형법적 보호를 가능하게 하는 이른바 ‘전단계범죄화(Vorfeldkriminalisierung)’와 예방적 기능의 확대로 표현된다.¹⁸⁾ 법치국가적 자유주의 시기의 형법은 시민의 자유를 보호하는 최소한의 역할을 담당하였지만 현대사회에서 형법은 사회적, 국가적 주요정책의 조종수단으로 투입된다. 형법의 목적은 이제 단순한 범죄투쟁을 넘어 환경정책, 보건정책, 대외정책 등의 측면적 지원으로 나아가고 있으며, 구체적 범익침해에 대한 진압에서 문제상황에 대한 광범위한 예방으로 형법의 임무가 변화한 것이다.¹⁹⁾

이러한 형법의 임무변화는 주로 형법, 형사특별법, 행정형법 등의 실체법 영역에서 가벌성의 단계를 앞당기고 형사제재의 정도와 종류를 확대하는 입법으로 현실화된다.²⁰⁾ 형사절차범의 영역, 특히 수사절차의 영역에서 문제상황에 대한 광범위한

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

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

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

19) 박강우, 앞의 논문, 278면 참조.

20) 성폭력범죄의 위험에 대한 강조와 그로부터 안전을 확보하기 위한 정책적 요구들이 전자감시와

예방을 목적으로 하는 위협사회 또는 안전사회 형법의 임무를 수행하기는 쉽지 않다. 수사절차가 개시되었다는 것은 이미 위협의 예방, 문제상황의 사전차단에 실패했다는 것을 의미하기 때문이다. 위협사회 또는 안전사회의 형법이 요구하는 목표는 수사 이전 단계, 즉 범죄예방의 단계에서 더 확실하게 추구되어야 한다.

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

이러한 과학기술을 활용한 새로운 수사의 방법들은 범죄의 위협으로부터 시민의 ‘안전’을 확보하기 위해 활용되지만 그로 인해 시민의 ‘안전’이 위협받는 측면도 함께 확대되는 문제를 낳고 있다. 즉, 수사에서 기술적 수단의 적극적 투입은 경찰법적 침해권한과 형사소송법적 침해권한의 경계를 모호하게 하며,²²⁾ 이러한 과학기술의 활용이 ‘혐의의 앞단계에 대한 수사’와 ‘예방적 범죄투쟁’의 수단이 될 경우 범죄와 관련 없는 사람들까지 수사의 그물망에 포섭되어 기본권의 안전을 보장받지 못하게 된다.²³⁾ 그러므로 이러한 기술적 수단의 투입에는 신중을 기하여야 하며, 법치국가적 정형화의 원칙이 예외 없이 적용되어야 하지만 ‘안전’을 향한 시민의 욕구와 지배권력의 ‘안전사회’ 매커니즘 속에서 그러한 경계의 목소리는 희미하게 들릴 뿐이다.

따라서 아래에서는 수사절차에서 투입되는 과학적 수사기법들이 범죄의 위협으로부터 시민의 ‘안전’을 확보하는 수단이 되고 있는지, 아니면 광범위한 감시와 개

성충동약물치료 등의 새로운 형사제계의 도입과 확대를 가져온 현상이 대표적이다.

21) 박강우, 앞의 논문, 같은 면.

22) 김재윤, 앞의 논문(주 16), 268면.

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

입으로 시민의 ‘안전’을 위협하고 있는지를 통신감청의 문제를 중심으로 검토해 보고자 한다(II.). 나아가 새롭게 ‘안전’이 위협받고 있는 사이버공간의 안전을 보장하기 위한 수사의 방법 및 절차에 대해서도 그 효율성과 문제점을 짚어보고자 한다(III.).

II. 과학기술을 수단으로 하는 수사와 ‘안전’

1. 통신비밀보호법의 감청과 ‘안전’

일반적으로 타인간의 대화나 통신을 엿듣거나 엿보는 행위가 합법적인 경우 ‘감청’이라 하고, 불법적인 경우 ‘도청’이라 하는데, 현행 통신비밀보호법(이하 ‘통비법’)에서는 감청을 ‘통신제한조치’로, 도청을 ‘불법감청’으로 표현하고 있다.²⁴⁾ 국민은 통신의 자유, 그리고 사생활의 비밀과 자유를 누릴 권리를 갖는다. 그러나 통신의 자유와 사생활의 자유는 법률이 정한 범위 내에서 제한될 수 있으며, 테러나 범죄예방을 위한 통신의 감청은 그러한 제한의 하나라고 할 수 있다.²⁵⁾ 그리고 감청이 필요불가결한 것인지의 판단은 수사기관이 아닌 법원에 맡겨야 하는데, 현행 통비법 제5조와 제6조는 이러한 내용을 규정하고 있다.

통비법에서 감청이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치, 기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(제2조 7호). 통비법상의 감청 개념에 해당하는지의 여부와 관련하여 1) 송수신이 완료된 상태에서 이미 이루어진 통신내용을 지득하는 행위가 감청행위인지, 2) 일방당사자만이 동의한 비밀전화녹음이 감청에 해당하는지가 문제된다.²⁶⁾ 전자의 문제에 대해서는 논란이 있었으나²⁷⁾ 2009년 5월 통신비밀보호법 개정을 통해 문제를 해결하였다.

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

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

26) 성선제, 앞의 논문, 176면.

새로이 신설된 9조의3항은 ‘검사는 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여는 압수수색·검증을 집행한 경우’ 라고 규정하여 송·수신이 완료된 전기통신의 경우에는 압수수색의 대상임을 분명히 하였다.

이러한 통비법의 감청에는 같은 법 제5조의 범죄수사를 위한 감청과 제7조의 국가안보를 위한 감청, 제8조의 긴급감청의 세 가지 유형이 있다. 문제는 수사의 필요성에 따른 감청의 허용과 국민의 기본권 보장을 위한 감청의 제한이 어느 지점에서 조화를 이룰 수 있느냐 하는 것인데, 그 해결책은 형사소추를 위해 꼭 필요한 최소한의 범위에서 감청을 허용하는 것이다.²⁸⁾ 현행 통비법상 감청을 수사절차와 ‘안전’의 관점에서 검토하면 아래와 같은 문제점을 지적할 수 있다.

가. 광범위하며 포괄적인 감청 사유

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

여기에 더해 국가안보를 위한 감청은 그 요건을 ‘상당한 위험이 예상되는 경우’ 라고 규정하여 막연하고도 추상적이며, 범죄수사를 위한 감청조치의 허가요건과 국가안보를 위한 감청조치의 허가요건이 중첩되는 부분이 있어, 수사기관이 일반 범죄수사를 위한 감청조치에 대하여 법원의 허가를 받지 못한 경우, 법원의 허가가 필요 없는 국가안보를 위한 감청조치의 허가신청의 방법으로 소기의 목적을 달성하려 할 우려가 있다.²⁹⁾

긴급감청조치의 요건에서도 ‘음모’나 ‘계획’의 단계에서 선제적으로 감청이 가능하도록 한 점과 ‘국가안보를 계획하는’, ‘중대한’, ‘긴박한 상황’, ‘긴급한 사유’ 등의

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

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

29) 성선제, 앞의 논문(주 25), 183면.

표현이 매우 불명확한 개념이라는 점, 그리고 ‘등’이라는 표현이 들어감으로써 유사한 범죄들을 모두 포괄할 수 있다는 점에서 지나치게 완화된 요건에 의한 감청이 가능하다는 문제점을 안고 있다.³⁰⁾

나. 통제가 느슨한 감청의 절차

감청은 수사상의 강제처분에 해당하는 데도 불구하고 법원의 영장이 아닌 허가서에 의해 감청을 집행하는 것은 절차법적으로 재검토할 필요가 있다.³¹⁾ 더욱이 국가안보를 위한 감청의 경우 적국이나 반국가단체 등의 구성원과의 통신인 때에는 대통령의 승인을 얻어서 감청조치를 할 수 있도록 한 것은 감청의 남용을 기능적으로 통제할 가능성을 봉쇄하는 것이라는 비판을 면할 수 없다.³²⁾ 상대가 적국이나 반국가단체의 구성원이라 하더라도 감청의 대상자는 한국의 국민이 될 가능성이 높기 때문이다. 뿐만 아니라 긴급감청의 경우 36시간 이내에 사후승인을 얻지 못하면 긴급감청조치를 중단하여야 하지만, 이러한 긴급감청조치를 계속하여 반복한다면, 사실상 법관의 허가나 대통령의 승인이 없이도 얼마든지 감청조치를 계속할 수 있는 가능성을 열어 놓은 셈이라고 할 수 있을 것이기 때문에 문제가 가장 심각하다.³³⁾ 이에 대해서는 동일한 사안에 대한 긴급감청의 반복을 금지하는 규정의 신설이 필요하다.

다. 지나치게 긴 감청기간

감청의 허가기간은 범죄수사를 위한 감청의 경우 2월, 국가안보를 위한 감청의

30) 김형준, 앞의 논문(주 28), 226면 참조.

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

32) 성선제, 앞의 논문(주 25), 183면.

33) 조국, 앞의 논문(주 28), 113면 이하.

경우 4월로 하고 있으며, 필요한 경우에 기본 허가기간의 범위 내에서 연장할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 기간은 미국의 경우 감청허가기간을 최대 30일, 일본의 경우 10일로 규정하고 있는 것에 비교할 때 지나치게 긴 기간이다. 여기에 더 해 연장회수의 제한도 없고 최대연장기간도 정해진 바 없어 사실상 기간 제한이 없다시피 하다.³⁴⁾ 감청허가기간을 축소하고 연장의 횟수와 총 연장기간을 제한할 필요가 있다.

라. 실효성 없는 집행 통지 절차

현행 감청조치의 통지대상은 피의자나 피내사자 또는 통화의 당사자가 아니라 전기통신의 가입자로 되어 있다. 전화통화의 당사자는 전기통신의 가입자와 다를 수 있으며, 통신의 자유를 침해받은 직접 당사자는 감청대상이 된 통화자라고 할 수 있을 것이다. 미국의 경우처럼 피감청자에게 감청사실을 통지하도록 규정하여야 할 것이다.³⁵⁾ 더불어 통지의 시점도 기소나 불기소처분을 한 날을 기점으로 할 것이 아니라, 감청조치가 완료된 날을 기점으로 하여야 할 것이다. 가장 문제가 되는 것은 집행통지의 유예절차를 두고 있는 것인데, 유예의 사유가 명확하지 않은 상황에서 검사장이 유예결정을 관할하게 함으로써 통지절차에 대한 통제를 불가능하게 하고 있으며, 유예의 기간을 ‘유예사유가 해소될 때까지’로 규정하고 있어 사실상 감청의 집행 사실을 통지하지 않아도 된다는 결과를 낳고 있다.

마. 소결

통비법상의 감청은 그 요건과 절차에 대한 제한과 통제가 지나치게 느슨하여 수사기관에 의한 자의적 감청의 길을 열어놓았다고 해도 과언이 아닐 듯하다. 문제는 이렇게 포괄적으로 감청을 허용하는 것이 무엇을 위해 기능하느냐는 것이다. 현행의 감청 제도가 범죄라는 위협의 방지하여 시민과 사회의 안전을 확보하는 데 꼭 필요한 범위 내에서 최소한으로 집행되고 있는지, 아니면 광범위한 시민의 자유를

34) 김형준, 앞의 논문(주 28), 224면.

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

비용으로 지불하는 데 비해서 범죄통제의 효과는 미미한 수준에 그치고 있는지를 경험적으로 검증할 필요가 있다. 검증의 결과가 후자의 결론으로 귀결된다면 이는 제한된 범위 내의 소수의 안전을 보호하기 위해 다수의 안전이 희생되는 모순을 드러내는 것이므로 근본적인 정책의 전환이 필요할 것이다.³⁶⁾

2. 패킷감청

가. 새로운 수사기술

지금까지는 수사기관이 전화통화나 우편물의 내용 등을 감청하는 사실만 알려져 있었다. 인터넷을 통하여 전송되어지는 전자우편의 경우에도 송수신이 완료되고 나서 압수수색절차를 통하여 가져가는 형태였다. 이와 달리 인터넷에 접속하여 어떤 사이트를 방문하고, 어떤 글을 남기는지, 누구에게 전자우편을 보내고, 메신저로 어떤 대화를 하는지를 수사기관이 실시간으로 감청할 수 있다는 사실이 최근에 확인되었다.³⁷⁾ 이른바 ‘패킷감청’이다. 패킷감청에 대해서는 그 법률적 성격은 무엇인지, 과연 허용되는 수사방법이라 할 수 있는지, 허용된다면 그 요건과 한계는 무엇인지 등의 검토가 필요한 상황인데, 이 글의 주제인 ‘안전’의 관점에서 이를 살펴보고자 한다.

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

37) 패킷감청은 2008년 국가보안법 위반 혐의로 구속 기소된 남북공동선언실천연대 정책위원을 대상으로 발부된 통신제한조치허가서에서 드러났다. 통신제한조치허가서 중 “대상 인터넷회선을 회선제공 사업자 교환기에서 전용회선으로 구성, 기계장치 사용 지득·채록”하겠다고 밝힌 부분이 바로 패킷감청에 해당된다는 것이 시민단체의 주장이다. 이후 패킷감청문제는 2009년 국정감사에서 다뤄지는 등 정치권과 시민사회 진영의 관심사로 떠올랐다.

나. 인터넷상의 증거수집과 인터넷 감청

(1) 인터넷상 증거의 유형

인터넷상의 증거는 내용에 따라 1) 범죄의 직접증거와 2) 범인색출에 필요한 사용자정보로 구별되며, 범죄의 직접증거는 그 존재형식에 따라 다시 a) 서버에 저장된 증거, b) 인터넷을 통해 전송중인 증거로 구별된다.³⁸⁾ 전송중인 증거란 인터넷상에서 발신되어 수신되기까지의 과정 중에 수집되는 증거를 말한다. 인터넷상에서의 데이터는 디지털 방식으로 전송되는데, 1회의 통신이 회선하나를 차지하며 연속적으로 전송되는 아날로그 방식과는 달리 전송하기 쉽도록 하나의 데이터를 일정한 길이의 단위로 잘라 전송한다. 이 하나하나의 단위를 패킷(Packet)이라고 한다. 전송중인 증거를 수집한다는 것은 이 패킷들을 수집하는 것을 의미한다.³⁹⁾

(2) 증거유형에 따른 증거수집의 절차

인터넷상의 세 가지 증거는 각각의 성격도 다르고 그에 따른 증거수집의 절차와 적용 법률도 다르다. 이를 간략하게 표로 정리하면 아래와 같다.⁴⁰⁾

[표] 인터넷상의 증거유형과 증거수집절차

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

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

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

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

(3) 인터넷 감청

전송중인 증거를 수집하는 것은 감청에 해당되어 통비법상의 통신제한조치허가서에 의해서만 가능하다. 인터넷 감청은 기술적으로 백도어(back door)방식, 포워딩(forwarding)방식, 패킷감청 등 3가지 방식이 있는데 백도어 방식은 감청 대상자의 PC에 감청프로그램을 심어서 원격지에서 대상자가 PC를 작동하는 모습을 감청하는 것이고, 포워딩 방식은 포털이나 인터넷 플랫폼 사업자가 정보수사기관에 대상자의 복제계정을 제공하거나 실시간 데이터 전달을 통해 이루어지는 방식을 말한다. 이런 경우는 보통 이메일이나 메시지의 통신내용을 감청할 때 많이 사용되고, 집행장소는 사업자의 사업체가 된다. 반면에 패킷감청은 PC나 사업자를 통하지 않고 인터넷망을 직접 감청하는 방식으로 인터넷망을 이용하는 암호화되지 않은 모든 통신내용을 감청할 수 있다. 일상적인 이메일, 메시지, 웹서핑, 블로그, 게시물 읽기쓰기는 물론 인터넷 전화(VoIP), IPTV 등 모든 인터넷 활동이 감청대상이 되고, 집행장소는 인터넷 회선사업체가 된다.⁴¹⁾

인터넷 감청은 해마다 증가하여 2007년에는 유선전화감청건수를 넘어섰다. 2009년 전체감청 중 인터넷 감청이 차지하는 비율은 62.1%이며, 작년대비 45.8%가 증가하였다. 인터넷 감청이 모두 패킷감청이라고는 단정할 수는 없지만, 2009년 국감자료에 의하면 인터넷감청의 대부분이 패킷감청임이 확인되었다⁴²⁾

다. 패킷감청의 개념과 특성

(1) 개념

패킷감청이란 인터넷 회선을 통해 전기신호 형태로 흐르는 패킷을 제3자가 중간에 가로챌으로써 당사자 모르게 같은 내용을 실시간으로 들여다보는 것을 의미한다. 패킷을 분석하는 기술에는 ‘Shallow Packet Inspection(SPI)’과 ‘Deep Packet Inspection(DPI)’이 있다. 패킷은 헤더(Header)와 데이터 영역(Data Field)으로 구분

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

42) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 186면.

되어 헤더부분은 기본적인 프로토콜 정보인 출발지와 목적지의 네트워크 주소 등이 기록되며, 통신의 내용은 패킷의 데이터부분에 기록되는데, SPI 기술은 통신의 내용과는 직접 관련이 없는 헤더부의 부분을 검사하는 기술로써 주로 네트워크 방화벽 시스템을 위해 개발되어 왔고 현재 널리 사용되고 있다. 이와는 달리 DPI 기술은 데이터 영역, 즉 통신의 내용까지 살펴보는 검사를 말한다. 헤더부분만을 분석하는 SPI 기술은 법률적으로 감청에 해당하지 않고 DPI 기술은 통신의 내용을 엿보기 때문에 감청에 해당한다. 따라서 보통 패킷‘감청’이라 함은 DPI기술에 의한 감청을 말한다.⁴³⁾

(2) 특성

패킷감청은 감청 대상자와 감청 범위를 특정할 수 없으며, 재조합절차가 필요하다는 특성을 갖는다. 감청 대상자를 특정할 수 없는 것은 한 대의 컴퓨터를 다수가 이용하거나 다수인이 하나의 네트워크를 공동으로 이용하는 경우가 많기 때문이다. 따라서 패킷감청은 감청대상자가 아닌 제3자의 통신내용을 감청할 수 있는 문제점을 지닌다. 감청 범위를 특정할 수 없는 이유는 인터넷 뿐 아니라 인터넷 전화와 IPTV 등 인터넷 회선을 통해 지나가는 모든 통신내용을 다 엿볼 수 있기 때문이다. 다음으로 패킷은 조각된 상태로 전송되기 때문에 수집된 패킷을 재조합하여 일정한 절차를 거쳐야만 그 내용을 열람할 수 있다는 것도 패킷감청만의 특성이다.⁴⁴⁾

라. 패킷감청의 허용 여부

패킷감청의 허용 여부에 대해서는 절대적으로 금지되어야 한다는 견해와 일정한 조건을 전제로 허용될 수 있다는 견해가 대립한다. 패킷감청이 현행 법체계에서 허용되어서는 안 된다는 입장은 감청 대상자와 감청 범위를 특정할 수 없기 때문에 헌법과 형사소송법의 관점에서 절대 허용될 수 없다고 한다. 범죄와 관련된 통신내용만을 그 내용 자체를 들여다보지 않고 구체적으로 선별하여 감청할 수 있는 기술

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

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

이 등장하지 않는 한 패킷감청을 허용하는 것은 인터넷 회선을 통하여 전달되는 모든 통신의 내용을 감청할 수 있도록 ‘포괄허가’를 내어주는 것이며 ‘종합감청’을 허용하는 것이기 때문에 과잉금지의 원칙에 위배되고, 일반적·탐색적 압수수색을 금지하도록 한 영장주의의 취지에도 어긋난다는 것이다.⁴⁵⁾ DPI 기술을 이용한 패킷감청의 방법으로는 범행과 관련된 내용만을 선별적으로 감청하는 것이 불가능하기 때문에 인터넷 회선을 통해 전달되는 모든 패킷을 수사기관이 제한 없이 감청할 수 있어서 감청대상자와 무관한 제3자를 포함하여 일반적으로 감청하는 결과를 낳을 수 있으며, 수사목적과 무관한 통신내용까지 무제한적으로 감청함으로써 헌법적으로 성립할 수 없는 일반허가이며 포괄허가이다. 따라서 패킷감청은 절대적으로 금지되어야 한다고 한다.

반면에 엄격한 조건 아래 패킷감청을 허용해야 한다는 견해는 감청행위 자체는 헌법상 위헌이 아니며, 전화감청과 인터넷 패킷감청은 ‘범위와 정도’에서 차이가 있을 뿐, 본질적인 면에서는 큰 차이가 없기 때문에 전화감청은 허용되고, 패킷감청은 허용되지 않는다는 것은 통신 환경의 변화와 수사의 효율성을 고려할 때 타당하지 않다고 한다. 전화감청도 회선을 통과하는 모든 통신내용을 감청할 수 있으며, 집이나 직장전화의 경우에는 구성원 모두가 사용할 수 있기 때문에 제3자의 대화내용도 감청될 수 있다는 것이다.⁴⁶⁾ 나아가 패킷감청에서도 감청허가서를 통해 어느 정도 대상을 특정할 수 있다고 한다.

그런데 패킷감청을 허용할 수밖에 없다고 하는 이러한 견해는 기본적으로 인터넷 감청의 필요성을 전제로 하고 있다. 즉 ‘앞으로 전개될 유비쿼터스 컴퓨팅 환경 하에서는 패킷감청이 수사방법의 하나로 사용될 수밖에 없는 환경이 될 것’인데, ‘범죄수사에 있어서 감청의 필요성을 부정하는 사람은 없’기 때문에 통신에 대한 감청의 문제는 감청을 허용하느냐 마느냐가 아니라 오남용을 어떻게 최소화 할 것인가 문제의 핵심이라는 것이다.⁴⁷⁾ 그러면서 패킷감청의 전제조건으로 감청의 허용요

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

46) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 188면.

47) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 186면.

건을 강화하고 감청의 집행방법을 이원화하여 수사기관에 의한 집행을 배제하고 법원이 직접 인터넷 사업자에게 감청을 명령하여 제3의 중립기관에 제출하도록 하는 방안을 제시한다. 또한 법원에 의한 심사를 강화하고 감청집행사실의 통보절차를 개선할 것을 요구한다.⁴⁸⁾

마. 패킷감청과 ‘안전’

엄격한 허용요건과 집행절차를 조건으로 패킷감청을 허용해야 한다는 견해의 문제점은 기본적으로 통신감청 및 인터넷감청의 필요성을 전제한다는 것이다. 이러한 견해는 심지어 최근 통신감청에서 인터넷감청의 비율이 급격히 증가하는 현실을 인터넷감청의 필요성에 대한 근거로 제시하기도 한다.⁴⁹⁾

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

패킷감청의 대상이 되는 범죄들에 의해 최근 사회의 안전이 더 심각하게 위협받기 때문에 패킷감청이라는 극단적 기술의 투입이 불가피한 것일까?⁵⁰⁾ 반드시 그러하다는 경험적 통계는 존재하지 않는다. 패킷감청이라는 수단을 투입함으로써 범죄의 검거와 예방이라는 성과를 거두는 것보다는 인터넷 통신환경의 위축, 즉 인터넷에서 표현과 통신의 자유가 침해되는 부정적 결과를 야기하는 측면이 있다면 이 역

48) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 190면 이하.

49) 권양섭, 앞의 논문(주 39), 186면.

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

시 작은 ‘안전’을 위해 큰 ‘안전’을 위협하는 자가당착이 아닐 수 없을 것이다.

III. 사이버공간의 안전과 사이버수사

1. 사이버공간과 새로운 위협

사이버공간은 ‘컴퓨터와 정보기억장치들의 전 지구적 상호 연결에 의하여 펼쳐지는 개방된 커뮤니케이션 공간’, ‘인터넷으로 구현된 세계’, ‘실제로 존재하지 않는 정보공간’ 등으로 표현되기도 한다.⁵¹⁾ 사이버공간은 1960년대 미국방위산업의 일부였던 DARPA(Department of Defense Advances Research Projects Agency)에서 이전에는 별개로 존재했던 컴퓨터와 통신을 접목함으로써 그 개념이 움트기 시작하였는데,⁵²⁾ 초기에는 그 용어조차 생소하였지만, 이제는 남녀노소를 불문하고 사이버공간에 접속하지 않고는 생활을 영위할 수 없는 세상이 되었습니다. 최근에는 스마트폰 사용자가 급증하고, 소셜네트워크(Social Network Service)라는 새로운 패러다임이 등장하여 사이버공간이 새로운 변화를 맞이하고 있다. 이제 사람들이 언제 어디서나 다른 사람들과 접속하여 서로의 정보를 공유하고, 실시간적인 의사소통을 할 수 있는 유비쿼터스(Ubiquitous) 사회가 실현된 것이다.

사이버 공간은 정보통신망에 의해서 창조되었음에도 불구하고 현실공간과 유사한 모습을 담고 있다. 그래서인지 사이버공간은 자유로운 공간이지만 새로운 범죄의 공간, 새로운 위협의 공간이 되고 있다.⁵³⁾ 그리고 사이버공간의 새로운 위협인 사이버범죄에 대응하기 위한 수사, 즉 사이버수사의 기법도 새로이 발달하고 있다. 사이버공간 및 사이버공간과 연결된 현실공간의 안전을 확보하기 위한 새로운 수사

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

52) 이원상/채희정, 앞의 책, 같은 면.

53) 일부에서는 이를 ‘정보위협사회’로 표현하기도 한다. 이덕인, 정보위협사회와 형벌규범의 기능변화, <형사정책> 14권 2호(2002), 211면 이하; 홍성태, 정보위협사회의 도래와 대응에 관한 연구, 정보통신연구원, <한국사회의 방송·통신 패러다임 변화연구> (2005), 12면 이하.

의 방법과 절차들은 그 목적에 적합하게 투입되고 있는지, 현실공간에서 그러하듯 범죄수사를 위해 투입되는 수사기법들이 오히려 사이버공간의 시민들에게 위협이 되고 자유를 억압하는 역기능을 유발하고 있는 것은 아닌지 검토해야 할 시점이 도래한 것이다.

2. 사이버범죄와 사이버수사

사이버공간의 등장으로 파생된 범죄의 유형은 현실공간의 범죄가 단지 매체만을 달리하여 사이버공간에서 발생하는 경우와 사이버공간 특유의 모습으로 발생하는 범죄로 구별할 수 있다. 예컨대 음란물 유통, 사이버사기, 사이버명예훼손 등과 같이 현실공간의 범죄가 사이버공간으로 확장된 사이버범죄가 전자의 예라면 해킹이나 바이러스유포 등과 같이 사이버공간을 토대로 새롭게 등장한 사이버범죄는 후자의 예에 속한다.⁵⁴⁾

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

가. 검색수사

검색수사란 여타 다른 형사사법기관에 저장되어 있는 개인의 정보를 그 정보 고유의 저장목적과는 다른 특별한 범죄 사안을 조사하기 위해서 컴퓨터를 통해 자동적으로 검색하는 것을 말한다.⁵⁵⁾ 독일에서는 이를 형사소송법 제98a조에 ‘데이터 비교조사(Datenabgleich)’로 규정하고 있는데,⁵⁶⁾ 한국의 경우 개인정보보호법 제18

54) 자세한 것은 이원상/채희정, 앞의 책, 32면 이하 참조.

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

56) 이전에는 독일 형사소송법 제161조(검사의 권한)와 제163조 제1항(경찰의 임무)의 일반적인 규정

조 제2항 제7호에서 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우 개인정보처리자가 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있도록 규정한 것이 검색수사의 근거규정이 되고 있다.⁵⁷⁾

검색수사의 목적은 범죄기술학적인 의미로 컴퓨터를 이용하여 추정적 범죄자들의 디지털화 되어 있는 개연성 있는 검색표지들을 검색하여 범죄 혐의자를 확정하거나⁵⁸⁾ 혐의를 받지 않는 자들을 배제하는 것이다.⁵⁹⁾ 독일의 경우 이를 위해서 독자적인 경찰정보체계를 가지고 있으며(Informationssystem der Polizei: INPOL), 이를 통해서 검색될 수 없는 정보는 민간기관이나 다른 공공기관의 데이터베이스에 저장된 개인정보파일을 요청함으로써 수집된다.⁶⁰⁾

검색수사는 압수수색을 위한 전단계의 수사로 여겨질 수 있다. 그러나 최근 독일 연방헌법재판소의 결정을 보면, 컴퓨터 검색수사는 기존의 압수수색과 동일한 수준에서 이해되고 있다. 즉 연방헌법재판소가 높은 차원의 법익이 구체적인 위협에 의해서 침해되지 않는 이상 검색수사를 할 수 없다고 결정한 것이다. 검색수사의 경우 전단계 조치(Vorfeldmaßnahme)를 위한 헌법상의 요청이 아니기 때문에, 단순히 테러의 위협 등과 같은 이유들은 충분한 전제조건이 되지 못한다고 한다. 따라서 테러의 예비나 실행과 같이 국가나 개인의 신체, 생명, 자유를 침해할 정도로 구체적인 위협이 나타나지 않는다면 검색수사를 해서는 안 된다고 하였다.⁶¹⁾ 이런 점을 고려해 보면 검색수사도 압수수색의 한 형태로 보아야 할 것이다.

이렇게 컴퓨터 검색수사를 압수수색의 한 형태로 바라볼 때, 컴퓨터 검색수사의 성격이 좀 더 명확해 질 수 있다. 이런 가운데, 컴퓨터 검색수사의 강제 처분적 성격을 부인하는 견해에 따르면 컴퓨터 검색수사는 ‘은밀성’을 특징으로 하고 있기 때문

에 그 근거를 두고 있던 것을 구체적 규정을 통해서 해결한 것이다.

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

58) 이를 적극적 검색수사(positive Rasterfahndung), 또는 ‘양성반응적 검색수사’라고 한다. 이재상 앞의 논문, 같은 면.

59) 이를 소극적 검색수사(negative Rasterfahndung), 또는 ‘음성반응적 검색수사’라고 한다.

60) 이재상, 앞의 논문, 20면.

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

에 명령과 강제에 의해 수행되는 강제처분과는 달리 어떤 형태의 인격권에 대한 침해도 발생하지 않는다고 한다.⁶²⁾ 더 나아가 소위 '문턱이론(Schwellentheorie)'에 따르면 컴퓨터 검색수사는 침해강도와 중요성이 압수수색 등의 강제처분에 미치지 못하기 때문에 특별한 법률적 수권규정을 필요로 하지 않는다고도 한다.⁶³⁾ 이 견해에 따르면 컴퓨터 검색수사는 기본권에 대한 실질적 침해가 없으며, 따라서 일반 수사상 절차에 의해서 수행될 수 있다.

이와는 반대로 컴퓨터 검색수사의 강제수사적 성격을 긍정하는 견해는 시민의 기본권의 보호영역을 넓게 설정하고 있다. 따라서 국가의 침해 형태가 공개적이거나 은밀한지의 여부는 중요하지 않으며, 개인의 정보를 개인의 동의 없이 국가가 검색하는 것은 이미 기본권을 침해하는 것이라고 한다.⁶⁴⁾ 즉, 이는 소위 '정보의 자기결정권'과 관련하여 기본권의 침해가 발생한다는 것이다.⁶⁵⁾

나. 온라인 수색

온라인 수색이란 “국가기관이 인터넷 접속을 통해서 사용자 모르게 사용자의 IT-시스템에 저장된 데이터를 탐색하거나 복사하는 행위”를 말한다.⁶⁶⁾ 이러한 행위를 개인이 하게 되면 해킹에 해당하여 범죄가 되기 때문에 수사기관이 해킹이라는 행위를 통해서 수사를 하는 것이 허용되는지가 문제된다. 또한 검색수사에 비해서 문제가 될 수 있는 것은 컴퓨터 검색수사는 비록 개인정보이긴 하지만 매우 사적인 정보는 포함되지 않지만 온라인 수색의 경우 개인의 사적인 정보까지 검색이 가능하고 매우 포괄적인 범위의 수색이 가능하기 때문에 어느 범위까지 온라인수색을

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

63) Ermisch, 앞의 글, 310쪽 이하.

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

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

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

허용할 것인지가 논란의 대상이 된다.

이와 관련하여 독일의 연방헌법재판소는 ‘IT-기본권’이라고 할 수 있는 “정보기술 시스템의 기밀성과 무결성의 보장에 관한 기본권”을 인정하면서도 온라인 수색이 원칙적으로 금지되지 않는다고 한다.⁶⁷⁾ 지금까지 정보와 관련된 기본권은 “정보의 자기결정권” 뿐이었다. 하지만 이 기본권만으로는 디지털화 되어가는 시대, 특히 사이버공간에서 개인의 정보에 대한 자유를 제대로 보장해 주는 데에는 한계가 있었다. 따라서 개인의 사이버공간을 보호받을 권리로서 IT-기본권을 인정함으로써 지금까지 다소 미흡하게 보호받고 있던 개인정보권이 헌법적 차원에서 보다 확대된 권리로 인정받게 된 것이다. 다만 이러한 기본권이 인정됨에도 불구하고 제한된 범위의 범죄에 대해⁶⁸⁾ 정황상 매우 중대한 보호법익을 침해하는 매우 구체적인 위험이 포착되는 경우 판사의 허가에 의해서 온라인수색을 할 수 있다는 것이 독일 연방헌법재판소의 입장이다.⁶⁹⁾

3. 사이버수사와 ‘안전’

사이버공간 및 사이버범죄에 대한 수사방법인 검색수사나 온라인수색 등에 대해 국내에서는 명확한 근거규정을 찾을 수 없지만 현실에서는 이러한 수사방법이 시행되고 있는 것으로 파악된다.⁷⁰⁾ 통신감청과 마찬가지로 이러한 수사방법은 검색이나 수색의 대상이 되는 사람 이외의 제3자의 정보가 검색될 수 있고 수색의 범위가 광범위하다는 점에서 개인의 정보권 및 사이버공간의 안전과 자유를 침해할 우려가 있다. 사이버공간의 위험을 방지하기 위한 조치가 사이버공간을 위협할 수 있다는 점에서 이 또한 ‘안전’과 ‘안전사회’의 표제어가 갖는 양가적 특성을 보여주고 있다.

67) BVerfG 1 BvR 370/07.

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

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

70) 이재상, 앞의 논문, 15면.

또한 이러한 수사방법들은 범죄 문제에 선제적으로 개입하는 측면이 있으며, 범죄 예방과 내사, 그 후의 수사 등 단계가 모호한 상태에서 수행된다는 점에서 앞에서 살펴 본 감정과 유사한 부분이 많다. 따라서 이러한 수사방법들이 헌법과 형사소송법의 관점에서 허용될 수 있는지, 허용된다면 그 요건과 범위를 어떻게 제한할 지 등에 대한 신중한 논의가 시작되어야 할 것이다.

IV. 맺는 말

‘안전’ 또는 ‘안전사회’가 국가정책의 지향점이 되는 것은 당연한 일이고 바람직한 일이다. 그러나 이러한 정책목표를 달성하기 위해서는 안전사회를 둘러싼 논쟁에서 안전 논의에 대한 비판이 함께 수행되어야 한다. 오늘날 ‘주관적 안전감각’의 상승만으로 안전을 위한 국가의 침해와 안정정책적 조치의 강화가 이루어진다는 사실을 고려하면 이러한 비판은 더 큰 의미를 갖는다. 사실상의 안정상황이 아니라 국민들 사이에서 떠도는 막연한 위협감이 안정정책, 형사정책의 결정에서 더 중요한 역할을 하는 것이다. 매우 끔찍한 몇몇 범죄에만 초점을 맞춘 감정적인 언론보도는 안전정책의 논의에서 중요한 토대가 되고, 필연적으로 강성의 범죄대책으로 나아가는 이유가 된다.⁷¹⁾

비판적 입장에서는 지배적인 안전논의와 위협논의를 해체하여 ‘안전’은 연기이자 허구일 뿐이라고 폭로하고 그에 걸맞게 다루자고 주장하기도 한다.⁷²⁾ 범죄에 대한 공포와 사실상의 범죄상황 사이에 아무런 연관이 없다는 사실, 그리고 ‘안전사회’의 매커니즘이 사회적 구성의 산물일 뿐이라는 점 등을 정치적 논의를 통해 밝힘으로써 현재의 안전정책이 포퓰리즘이자 상징적 정치에 불과하다는 사실을 폭로하자는 것이다.

이와 같은 비판적 관점에까지 나아가지 않더라도 우선 필요한 것은 사회의 안전 욕구가 뿌리를 두고 있는 위협에 대한 객관적 평가이다. 안전에 대한 욕구가 바탕을

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

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

두고 있는 위협의 현실이 객관적 현실인지, 아니면 막연한 주관적 감정인지, 그도 아니면 ‘안전사회’의 매커니즘을 이용하는 국가에 의해 형성된 것인지를 면밀하게 주시하고 검토해야 한다.

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

참고문헌

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

- 시의 안전을 중심으로-, <도시문제> 39권 432호(2004), 24-39면.
- 설동훈, 한국인의 위협 인식, <한국사회과학> 20권 1호(1998), 22-61면
- 성선제, e-사회에서 테러 및 범죄예방을 위한 감청과 프라이버시의 갈등 조정 방안 연구, <공법학연구> 8권 4호(2008), 163-190면.
- 안경옥, 정보화사회의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호, <비교형사법연구> 5권 1호(2003), 309-334면.
- 오길영, 인터넷 감청과 DPI(Deep Packet Inspection), <민주법학> 41권(2009), 391-426면.
- 이덕인, 정보위험사회와 형벌규범의 기능변화, <형사정책> 14권 2호(2002), 211-237면.
- 이상원, 안전한 사회구축을 위한 CPTED 전략 -버스정류장 방법진단사례를 중심으로-, <한국경찰학회보> 21권(2009), 125-138면.
- 이용식, 위험사회에서의 법의보호와 적극적 일반예방, <형사정책> 13권 1호(2001), 33-57면.
- 이원상, 형사사법에 있어 개인위치정보에 대한 고찰: 긴급구조 및 수사를 중심으로, <형사정책연구> 90권(2012), 109-132면.
- 이원상, 정보화 사회와 형법, <비교형사법연구> 12권 2호(2010), 345-368면.
- 이원상, 독일에서의 유죄협상과 온라인 수색에 대한 논의, <형사정책연구소식> 112권(2009), 12-17면.
- 이원상/채희정, 사이버범죄의 새로운 유형과 형사정책적 대안연구, 한국형사정책연구원, <연구총서> (2010), 1-139면.
- 이재상, 형사절차상 컴퓨터 검색수사에 관한 고찰, <형사정책연구> 41권(2000), 1-19면.
- 임현진, 한국사회의 안전과 위협 : 이론적 모색과 경험적 고찰, 성균관대학교 사회과학연구소, <사회과학(구:~2001)> 39권(2000), 1-25면.
- 정지범, 한국인의 위협지각 특성과 지역사회 안전에의 함의, <한국행정학회 춘계학술발표논문집> (2010), 1-17면.
- 조 국, 개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점: 도청의 합법화인가 도청의 통제

인가?, <형사정책연구> 제15권 제4호(2004), 107면 이하.

조현빈/조호대, 사회안전을 위한 CCTV 활용의 문제점과 개선방안, <한국공안행정학회보> 38권(2010), 261-283면.

하태훈, 21세기 한국 형사법학의 과제와 전망 - 정보사회, 위험사회, 통일한국의 형법의 과제와 임무 -, <안암법학> 13권(2001), 133-154면.

한덕웅, 한국사회에서 안전에 관한 심리학 연구의 과제, <한국심리학회지 : 문화 및 사회문제> 9권(2003), 35-55면.

허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, <비교형사법연구> 5권 2s호(2003), 1-32면.

허일태, 위험사회의 출현과 법의 기능변화, <비교형사법연구> 3권 2호(2001), 1-30면.

홍성태, 위험 연구와 위험 정치 - 위험 사회에서 안전 사회로 -, 아주법학 제4권 2호(2010), 223~242면.

홍성태, 정보위험사회의 도래와 대응에 관한 연구, 정보통신연구원, <한국사회의 방송·통신패러다임 변화연구> (2005), 1-106면.

황호원, 최근 독일에서의 감청에 관한 논쟁, <형사정책연구소식> 77권(2003), 44-49면.

W. Hassemer 저, 배종대/이상돈 편역, 형법정책 - 법치국가와 형법, 세창출판사 1998.

Tobias Singelstein/Peer Stolle 저, 윤재왕 역, 안전사회 - 21세기의 사회통제, 한국형사정책연구원 2012.

Safe Society and the Procedures of Investigation

Prof. Dr. Jung, Seung-Hwan*

Crime is a 'risk' that threatens the safety of the society in the contemporary society. And criminal law which is a means to control this 'risk' is also an important tool for the maintenance of a 'safe society'. Criminal law is facing a demand which requests it to be a means of preventing crime rather than being a means of punishment after the crime has actually occurred. Criminal law is moving over its traditional boundaries to the areas of environmental preservation policies, healthcare policies and even diplomatic policies. This means that the role of criminal law is expanding from the traditional values of punishing the invasion of the benefits of the laws but to a broad range of preventive activities.

The criminal politic of the 'safe society' requests continuous implementations of scientific technology in the stages of investigations so that evidence can be more easily collected and the crimes can be prevented. But it has turned out that while implementation of scientific technology contributes to the prevention of crime it may also threaten the safety of the society.

In this thesis, I would like to take a look at whether the scientific methods in crime investigation are helping the maintenance of safety of the society or if they are threatening the safety of the society. And I have pointed out that an objective assessment on 'risk' which is based on the social desires for safety must be carried out. This means that we have to scrutinize whether the risk is an objective reality which is threatening the safety of the society or if it is a subjective emotion of the people or if it is something artificial created by the government

* Korea Univ. School of Law

which utilizes the mechanisms of the 'safe society'.

❖ Key words : Safe Society, Investigation, Communication Monitoring,
Packet Inspection, Cyber Crime, Cyber Investigation.

