

현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성 : 특히 GPS수사에 대한 독일의 입법론 분석을 중심으로

정지혜*

국 | 문 | 요 | 약

수사는 기본적으로 인권 침해적 성격을 가지는 만큼 수사방법은 국민의 기본권침해와의 관계를 침해의 최소성을 고려하여 선택되어야 한다. 과학기술발전에 따른 새로운 수사방법의 도입은 필요하지만 수사방법의 적정성과 기본권의 침해 간의 균형을 고려한 방안 모색은 더욱 그 필요성이 요청된다.

기술수단을 이용한 감시수사는 정보취득 시에 대상자에게 직접적이고 물리적인 압력이 가해지지 않고 대상자와의 접촉을 수반하지 않고서도 취득된 데이터를 분석함으로써 새로운 데이터를 이끌어내 활용하는 것이 가능한 특징을 가지며 국민과 수사기관 양측의 부담을 경감시키는 범죄사실해명의 효율성을 증대시킨 방법이라 할 수 있다.

기술적 수단을 활용한 감시형 수사의 대표적 예인 GPS수사를 포함하여 앞으로도 과학기술의 발전을 도입한 혁신적인 방법이 도입 될 감시형 수사를 염두에 둘 때, 그때마다 개별 새로운 수사방법에 적합한 입법을 기다릴 것이 아니라 이를 포괄적으로 포섭할 수 있는 입법적 조치를 통해 규율하는 것이 필요하고 또 효과적일 것이다.

독일의 경우 기술적 수단을 이용한 감시수사에 대해 ‘강제처분, 임의처분’ 등의 법적성격의 정의를 통해 규정하지 않고서도 ‘입법에 의한 규율로 대처해나가는 것이 가능’함을 보여준다. 즉 GPS수사와 같은 기술수단을 이용한 종합형 감시수사에 대해 ‘장기의 계속적 감시’와 ‘기술적 수단 도입’을 조합·재구성하여 이를 포괄적으로 파악할 수 있는 입법기술을 통해 감시형수사에 대처하고 있다. 이러한 독일의 입법적 대처방법은 앞으로 우리 수사실무에 도입되어 활용될 GPS수사를 위한 입법 설계에 있어 중요한 나침반적 역할을 하리라 기대된다.

본 논문에서는 현대 감시형 수사 중 특히 GPS수사에 관한 입법적 정비가 비교적 일찍 시작된 독일의 입법적 대처내용을 분석·검토함을 통해 시사를 얻고 우리 입법정비를 위한 방향성을 도출하고자 한다.

❖ 주제어 : GPS단말기 부착 수사, 강제처분법정주의, 영장주의, 감시형 수사, 개인정보 보호, 포괄적 입법

* 히토츠바시대 박사, 부산대학교 법학연구소 전임연구원

I. 들어가는 말

오늘날의 과학기술 발전에 따라 수사 실무에서는 정보 수집 및 기록의 용이해졌고 그 방법 또한 대규모적으로 정밀하고도 비밀리에 실시 가능해졌으며 수집된 정보의 이용으로 이어지는 등 종래의 수사방법과는 비교가 되지 않을 정도로 발전하였다. 형사절차에 있어 정보취득은 실체적 진실의 발견을 목적으로 하는 것으로서 이러한 수사의 방향성은 개인의 기본권(인격권, 개인정보보호 및 프라이버시권 등)과 대치적 관계에 있다 할 수 있다. 수사기관에 의한 기술적 수단을 활용한 개인정보의 종합적 수집, 누적 및 분석 즉 종합적형태의 수사(이른 바 감시형 수사)에 의해 개인정보보호와 관련한 감시 대상자의 권리제약 및 침해에 대한 문제의 심각성은 좌시할 수 없는 정도에 이르렀고 앞으로도 활용될 다양한 새로운 수사기법들을 고려할 때 새로운 수사기법의 채용과 기본권 침해의 양립이라는 문제는 사후적인 대처로는 미흡하고 사전적 규제로서 해결되어야 할 필요성이 요청된다.

과학기술의 발전과 더불어 범죄 수법 또한 다양한 방법으로 발전하고 있다. 이에 대응한 수사기술의 혁신적 발전 또한 놀라운 정도이나 수사절차가 기본적으로 권리 침해적 성질을 가지는 만큼 새로운 수사방법에 대한 상세규정이 입법화되기 전까지 실무에서 사용되기에는 난점이 있다. 그러나 관련 입법을 기다리는 동안 범죄 양상은 날로 발전함에도 불구하고 새로운 수사기법을 효율적으로 사용하지 못한 채 입법의 불비로 인한 대처부족 상태로 있는 것은 모순이며 크나큰 손실이라 하지 않을 수 없다. 기술적 수단을 활용한 감시형 수사의 대표적 예인 GPS수사를 포함하여 앞으로도 과학기술의 발전을 도입한 혁신적인 방법이 도입 될 감시형 수사를 염두에 둘 때, 그때마다 개별 새로운 수사방법에 적합한 입법을 기다릴 것이 아니라 이를 포괄적으로 포섭할 수 있는 입법적 조치를 통해 규율하는 것이 필요하고 또 효과적일 것이다.

본 논문에서 연구대상으로 삼은 독일에서는 2000년대부터 수사기관의 취득정보의 누적에 의한 종합적 감시를 둘러싼 논의가 이루어져왔고 종합적 감시를 둘러싼 논의의 기초에는 정보에 관한 권리의 존재가 기저에 깔려있다. 정보에 관한 권리에 관하여 1983년 12월 15일 판결(일명 국세조사판결)¹⁾에서는 ‘정보자기결정권’(누구

든지 인격관련 정보의 이용에 대해 스스로 결정할 권리를 지닌다)이라는 개념이 승인·확립 되었다. 독일에서 정보를 둘러싼 권리침해와의 관계에서 문제된 것은 ‘기본법 1조 1항의 인간의 존엄보장’과 관련한 ‘기본법 2조 1항의 일반적 인격권 내지 인격의 자유로운 발전에 관한 권리의 보장’이며 국세조사 판결은 이러한 기본권의 중핵영역을 침해할 우려가 있는 것으로서 GPS기술을 이용한 감시수사와 관련하여 종합적 감시를 지적하였다. 판례의 견해를 따르면 기본권의 핵심영역은 단기적이고 일회적인 처분 뿐 아니라 ‘복수의 감시조치의 누적에 의한 종합적·포괄적 감시’에 의해서도 침해될 수 있다는 것이다. 이는 종합적 감시형 수사에 의한 기본권 침해의 심각성을 확인한 것이라 할 수 있다.

발전한 기술 수단의 도입으로 인해 저비용·고효율로 실시 가능해진 것이 그 특징인 현대 감시형 수사방법이 앞으로 도입, 활용될 가능성이 많은 가운데 그 도입을 앞두고 새로운 수사방법에 대한 법적문제 해결을 위해 선례가 누적된 다른 나라의 판례와 입법동향을 살펴보는 것은 시사하는 바가 클 것이다.

감시형 수사 중 특히 GPS단말기 부착을 통한(이하 GPS수사)가 독일, 미국, 일본 등에서 대표적으로 활용되고 있는 바 이와 관련한 판례의 검토 및 관련 입법내용 분석함은 우리 수사실무에도 도입 될 감시형 수사를 위한 입법정비를 위해 유용할 것이다.

본 논문에서는 현대 감시형 수사 중 특히 GPS수사에 관한 입법적 정비가 비교적 일찍 시작된 독일의 입법적 대처내용을 분석·검토함을 통해 시사를 얻고 우리 입법정비를 위한 방향성을 도출하고자 한다.

II. GPS수사의 법적성격과 관련 판례

입법 정비에 앞서 선결되어야 할 것으로 GPS수사에 대한 법적성격 규명을 들 수 있다. GPS수사의 일반적인 수사방법과 구별되는 특징은, 이를 통해 취득되는 정보

1) BVerfGE 65, 1. (권리침해의 인정에 있어 중요한 것은 당해정보의 이용가능성에 있다 보고 정보취득의 누적에 문제의 중심이 있다고 보았다.)

의 스펙트럼이 이동한 모든 이동기록 및 범죄에 관계없는 위치정보 및 이동이력도 포함될 정도로 ‘광범위’하며, ‘정확’한 정보를 ‘용이’하게 취득할 수 있다는 것이다. 또한 자동적 성질에 의해 24시간 장기에 걸친 무인감시도 가능하고 컴퓨터에 의해 ‘자동적으로 보존 및 이용’이 가능하며 ‘정보 분석·활용력’ 또한 용이하다는 점도 들 수 있다. 따라서 그 성질상 공공장소 뿐 아니라 개인의 사생활이 강한 보호 받는 공간 및 사용자의 소재와 이동 상황 등 ‘개인의 행동에 대한 계속적, 총체적으로 파악’ 가능하여 ‘개인의 사생활을 심각하게 침해’할 수 있는 우려가 큰 점 역시 부정적 측면으로서의 특징이라 할 수 있다.

GPS수사와 관련하여 독일, 미국, 일본의 경우 이미 실무에서 활용되는 빈도가 높고 이와 관련한 판례도 축적되어 있다. GPS수사를 실무에서 활용하고 있는 주요국들의 최고재판소(우리 대법원에 상당) 판결을 살펴보면 대체적으로 수사의 강제처분성을 인정하였음을 확인할 수 있다(독일의 경우 조금 다른 접근방식을 취하고 있는 바 관련하여서는 후술).

1. GPS수사에 관한 미국 및 일본 최고재판소 판례

미국의 경우, Jones 사건에 대한 최고재판소 판결²⁾에서 법정의견은 ‘정부가 본건 차량에 대해 실시한 GPS발신 장치 장착 및 차량의 이동을 감시하기 위한 장치의 사용은 ‘수색’에 해당 한다’하였고, ‘장기간의 GPS감시와 같은 공공장소에 있어 사람의 이동을 정확하고도 포괄적으로 기록하는 것을 가능케 하는 기술을 이용할 경우 그 기록은 친족, 정치성, 직업성, 종교관, 성적취향 등의 인간관계에 관한 농후한 정보를 반영하게 되므로 이러한 정보를 보존, 이용할 수 있게 되면 이를 사람들이 예기하지 않는 한, 그러한 활동에 합의를 부여하지 않는 한 정부는 사람들의 프라이버시의 주관적 기대를 침해 한다’고 판시하였다. 미국의 경우 각 주별로 관련 법률이 입법되어 운용되고 있다.

일본의 경우, 하급심 판례에서 상반된 판결을 거듭해오다 올해 3월 최고재판소³⁾

2) United States v. Jones, 565 U.S. (2012), 132 S. Ct. 945 (2012)

3) 平成28年(あ)第442号, 平成29年 3月 15日 大法院判決

에서 ‘법원의 영장 없이 범죄 용의자 차량에 GPS 추적 장치를 부착하는 수사 기법은 위법’하며, ‘통상의 수사에서는 사전에 영장을 제시하여 가택 등을 수색하지만 GPS수사에서는 영장의 사전제시가 불가능한 점으로부터 새로운 입법조치가 이루어질 때까지 사실상 GPS를 이용한 수사를 인정할 수 없다’고 하여 영장 없이 피고인의 차량에 GPS를 부착해 위치를 추적한데 대해 ‘GPS 무단 부착 및 위치 추적은 프라이버시를 침해하는 것이므로 강제수사에 해당 한다’이라는 입장을 밝혔다. 최고재판소에서 GPS 수사 기법에 대해 위법 판단을 내린 것은 이번이 처음이며 이는 지금까지 GPS수사의 법적성격에 대한 판단이 임의처분 및 강제처분으로 나뉘어 온 하급심의 논의를 강제처분이라는 입장으로 정리하는 하나의 통일된 판단으로서 GPS수사의 법적성격에 대한 정의와 함께 일차적 판단권이 사법부가 아닌 입법부에 있다고 하여 입법촉구마저 권고한 이례적 판결이다.

2. GPS수사에 관한 독일 연방헌법재판소 판례

독일은 미국, 일본과는 조금 다른 방식의 접근법을 택하고 있다. 독일의 경우 GPS단말기 설치하는 명문규정상 요구하는 비례원칙을 준수하는 한 수사기관의 독자적인 판단에 의하여 실시할 수 있다는 점에서 (우리 형소법상 수사에 관한 구분에 맞추어 정의한다면) ‘임의처분’이라 할 수 있으며, 비례원칙을 준수하는 한 특정 근거조문 없이 실시할 수 있도록 규정되어 있다(관련한 법 규정에 대한 검토는 후술). 그러나 2005년 독일 연방대법원은 ‘GPS를 이용한 수사가 다른 감시수사와 함께 이루어짐으로 인해 종국적으로는 총체적, 포괄적인 피감시자에 대한 인격분석이 가능하게 된다면 이러한 침해는 피감시자의 인격권을 침해할 수도 있다’고 판시⁴⁾하여 GPS수사가 다른 수사와 결합하여 이루어질 경우의 ‘강제처분’적 성격으로 인한 기본권 침해성을 인정하였다. 이는 미국과 일본의 경우 판사의 영장이라는 사전규제가 필요한 강제처분이라는 법적성격 규명을 통해 접근하고 있으나, 독일은 기술적 수단을 이용한 감시수사에 대해 ‘강제처분이다, 임의처분이다’ 라는 등의 법적성격의 정의를 통해 규정하지 않고서도 ‘입법에 의한 규율로 대처해나가는 것이 가능’함

4) BVerfGE 112, 304.

을 보여주는 것이라 할 수 있다.

또한 독일은 GPS수사와 같은 기술수단을 이용한 종합형 감시수사에 대해 ‘장기의 계속적 감시’와 ‘기술적 수단 도입’이라는 항목을 구분하여 두고 각 수사방법에 맞게 조합·재구성하여 이를 포괄적으로 파악할 수 있는 입법기술방식을 택하고 있다(복수규정을 조합하여 종합적 감시형 수사에 관한 일반적인 제 규정을 규정. 관련하여 이하 후술). 이러한 독일의 입법적 대처방법은 앞으로 우리 수사실무에 도입되어 활용될 GPS수사를 위한 입법 설계에 있어 중요한 나침반적 역할을 하리라 기대된다 하겠다. 독일은 본 논문의 연구대상인 바 좀 더 상세히 관련 판례를 살펴보면 다음과 같다.

가. 사안의 경과

본 사건은 청구인에 대해 경찰이 감시수사 중 ‘GPS단말기를 사용한 것’과 이를 통해 ‘취득한 내용의 증거로서의 사용’에 대하여 독 형소법 제100c조 제1항 제1호 b가 기본권 내용에 부합하지 않음을 이유로 제기된 헌법소원이다. 반제국주의그룹의 일원인 피고인이 RAF(적군파)에 의해 이미 버려진 무기에 의해 투쟁전략에 이어 4건의 폭파사건을 발생시킨 바 그 수사의 일환으로 피고인이 종종 탑승한 공범자 소유의 차량에 1995년 12월 연방검찰총장의 명령으로 공동피고인의 차량에 GPS장치를 부착하여 약 3개월간 GPS단말기를 통한 감시가 지속되었고 차량의 이동, 위치정보 및 시간에 이르는 포괄적인 정보가 수집되었다. 이에 대하여 청구인이 GPS단말기를 통한 감시는 법원의 명령 없이 이루어진 수사절차인 것과 이로 인해 취득한 정보사용 부정을 이유로 고등법원에 이의제기 하였으나 받아들여지지 않았고 GPS수사로 취득한 내용은 증거로 사용되었다. 이에 청구인은 연방대법원에 상고를 제기 하였으나 기각⁵⁾되었다.

5) 박희영, GPS에 의한 위치추적의 합헌성 여부, 법제 29면, 법제처, 2012년

나. 판결 요지

연방대법원은 ‘입법자의 형소법 제100c조 제1항 제1호의 “그 밖의 기술적 수단” 개념 도입취지는, 기술적 발전 개념을 도입함과 동시에 본 규정의 제정 시에는 기소를 위해 아직 사용되지 못한 새로운 시스템 설치에도 적용 가능할 수 있도록 하기 위함이다’고 하였다. 또한 ‘GPS수사방법을 사용하기 위한 법률적 요건과 관련하여 청구인에 대하여 일반적으로 다른 감시조치를 이용할 수 없었고 감시 대상은 중대한 범죄였다는 점은 구체적인 사례에서도 충족되었다’고 하였다. 그러나 ‘GPS를 이용한 수사가 다른 감시수사와 함께 이루어져 종국적으로는 포괄적인 피감시자의 인격분석이 가능하게 한다면 이러한 침해는 피감시자의 인격권을 침해할 수도 있다’고 판시⁶⁾하였다.

다. 판결의 내용 및 의의

연방대법원의 판결내용을 세부적으로 나누어 정리하여 보면 다음과 같다.

첫째, ‘기술적 수단에 의한 비밀 감시’를 규정하고 있는 형사소송법 제100c조 제1항 제1호 b는 GPS단말기 장착으로 실시되는 증거‘수집’과 이후 이러한 증거의 ‘사용’을 위한 수권근거로써 헌법상의 요청을 충족⁷⁾한다고 하였다. 즉 연방대법원은 판시에서 본 사건의 기술적 감시수단을 이용한 수사방법이 기본법 제2조 1항 및 제1조 1항이 보장하는 일반적 인격권 침해와 관련하여 볼 때 그 규모와 정도에 있어

6) BVerfGE 112, 581.

7) 본 판시와 관련한 규정인 독 형소법 제100c조 제1항 제1호 b(이 규정은 2007년 ‘전기통 신 감청법’에 의해서 개정 후 현행 형사소송법 제100h조 제1항 제2호-BGBI I 2007, p.3198.)의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

제1항, 사실관계의 조사나 행위자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 그 성과를 기대하기 어렵거나 곤란하다고 인정되는 때에 당사자 모르게 수사가 허용된다. 수사대상이 중대한 범죄인 경우 사실관계의 조사 또는 범죄자의 소재지 수사를 위하여 감시목적으로 특별히 지정된 기타 기술적 수단을 이용할 수 있다.

제2항, 이 수사 처분은 피의자에 대해서만 허용된다. 피의자 이외의 자가 범죄행위자와 관계가 있거나 또는 사실관계의 조사나 범죄행위자의 소재지 수사를 용이하게 하는 관계가 있다는 가정이 일정 사실을 근거로 가능하고, 이들 조사나 수사가 다른 방식으로는 그 성과를 기대할 수 없고 본질적으로 곤란하다고 인정되는 경우에만 피의자 이외의 자에 대하여도 이러한 처분을 명할 수 있다.

제3항, 제3자가 불가피하게 관계되는 경우에도 이러한 처분을 수행할 수 있다.

사적 생활의 불가침적영역에 핵심에 도달하지는 않는다고 하며 형사소송법 100조c 제 1항 제1호 b규정이 헌법상 요청을 충족하고 있다고 한 것이다.

둘째, 특히 당사자 ‘몰래’ 실시되는 현대적 수사방법들을 투입하는 경우, 형사소추기관은 ‘추가적인’ 기본권침해에 내재하는 잠재적 위험을 고려하여 절차에 대한 특별한 요청을 준수하여야 한다고 하였다. 즉 일반적인 강제처분에서의 사전영장제시 등의 절차와 달리 비밀리에 실시되는 감시수사의 경우 법률에 절차규정이 미리 규정되어 있어야 한다고 한 것이다.

셋째, 급속한 정보기술의 발전과 이와 관련한 기본권의 신속한 보호를 위해, 입법자는 기술적인 발전을 주의 깊게 관찰하고 필요한 경우 보충적인 입법을 통하여 수정하도록 대처하여야 한다고 하였다.

이와 같은 내용의 연방대법원의 판결 이후, 독일에서는 형소법 제163f조 제4항에서 ‘1개월 이상 지속되는 감시’의 경우 판사의 명령권을 신설하는 입법조치⁸⁾가 이루어 졌다. 이렇듯 독일 연방헌법재판소 판결은 현대 감시형 수사의 대표적 예인 GPS수사에 대해 적용할 수 있는 형소법상의 규정을 다루고 있기에 우리에게 시사하는 바가 크다.

3. GPS수사의 법적성격에 대하여

개인적 견해로는 GPS수사는 그 특징상 ‘강제처분’적 성격이 강하고 우리 법제상의 틀에 끼워볼 때 헌법상의 기본권과 형소법상의 영장주의가 철저히 지켜지는 범위 내에서 활용되어야 한다고 생각된다. 따라서 기존의 형소법과 특별법과의 관계속 재규율 또는 새로운 입법을 통해 대처함이 요청되지만, 독일과 같은 포괄적 입법 방식, 조합형 입법방식 또한 장기적으로 여러 새로운 수사기법이 도입될 경우의 유연한 대처를 고려할 때 유용하다고 사료된다.

이하 판례 이후의 개정 입법을 포함하여 감시수사와 관련한 독일의 입법내용을 분석·검토하고자 한다.

8) BGHSt 46, 266. ; BVerfGE 112, 304.

Ⅲ. 독일의 입법내용 및 그 특징

독일에서는 GPS단말기 등의 기술적 수단을 이용한 감시형 수사 및 원격통신감청 등의 개별 수사방법에 대해 상세 규정이 입법화되어 있다. 그 중에서도 특히 동일인을 대상으로 하여 복수의 수사방법이 누적적으로 사용됨으로 인하여 발생하는 종합적 감시의 문제성에 대한 고찰과 입법적 준비가 잘 이루어져 있다. 종합적 감시는 정보의 취득, 추적 및 보관, 처리 및 가공, 사후이용이라는 일련의 과정을 거쳐 실현되는 것으로 이러한 종합적 감시에 대한 검토 시에는 감시의 각 단계에서 어떠한 처분이 존재하는지를 확인할 필요가 있다. 독 형소법에는 종합적 감시, 정보취득처분의 누적이라는 문제와의 관계에서 장기적 감시에 대한 형소법 100조 h, 163조 f 등의 대표적 규정이 존재하는 바 이하 항목을 정하여 구체적으로 검토하도록 하겠다.

1. 독일 형소법 상 감시수사 법규⁹⁾의 특징

독일도 우리와 마찬가지로 수사절차의 주재자는 검사이며 검사는 공소제기판단을 위해 자신의 수사 또는 경찰의 수사에 의해 사안을 해명하는 권한을 부여받는다(독 형소법 160조 1항, 161조, 163조). 검사는 일반적인 수사권한(161조)에 의해 비교적 중대하지 않은 권리의 침해를 수반하는 처분을 할 수 있으며, 검사 및 경찰은 이 일반적인 수사권한 행사에 대해 비례원칙과 과잉금지원칙 및 제 규정의 범위 내에서 구체적인 처분의 선택 및 진행방법을 선택할 수 있다. 그러나 검사와 경찰이 그 재량으로 상시 수사 가능한 것은 아니다. 즉 대상자의 동의를 얻지 않은 경우 대상자의 기본권(인신의 자유(독일 기본법 2조 1항), 통신의 비밀(기본법 10조), 직업의 자유(기본법 12조 1항), 주거의 불가침(기본법 13조 1항), 소유권(기본법 14조 1항), 일반적 인격권(기본법 1조 1항))을 침해할 수 있는 강제처분은 명문의 근거 규정 요건 및 절차에 의하지 않고는 실시할 수 없도록 되어 있다.

독 형소법 상 기본권을 침해하는 상기의 강제처분으로는 ①구류(독 형소법 112조 이하), ②압수·수색(동법 94조 이하)¹⁰⁾과 ③감시목적의 수사가 있으며 이들 강

9) Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl, §161 Rn. 7, §163 Rn. 47.

제처분에 대해서는 법정요건 및 절차 즉 법률유보원칙과 비례원칙에 의한 통제가 이루어진다. 판사의 명령도 강제처분을 통제하는 방법으로 고려될 수 있으나 모든 강제처분에 대하여 요구되는 것은 아니다. 또한 일정한 강제처분에 대해서는 ‘긴급한 경우에는’ 검사에게도 명령 권한이 인정된다.

본 논문과 관련한 ③감시목적 수사에 대해 독 형소법은 첫째, 기술적 수단을 이용한 감시수사와 둘째, 장기간 감시목적의 수사로 그 내용에 따라 구분하면서 요건과 절차를 규정하고 있다(기술적 수단을 사용하지 않은 단기간의 감시수사에 대해서는 독 형소법 161조와 163조가 근거규정이 된다¹¹⁾).

이하 이 두 가지 수사유형을 중심으로 독일 입법 내용을 검토하고자 한다.

가. 기술적 수단을 이용한 감시수사

1) 도입 배경

100조 h 규정 및 101조 등의 도입은 연방헌법재판소 1983년 12월 15일 판결(국세조사판결)에 의해 승인된 ‘정보자기결정권’¹²⁾을 배경으로 한다. 연방헌법재판소는 ‘개인에게는 자신에 관련된 정보가 무제한적으로 수집·축적되고 사용되어 제3자에게 전달되는 것에 대해 기본법상 보장되는 일반적 인격권에 근거한 보호가 인정되고, 이 권리는 정보자기결정권 즉 스스로 개인정보의 제공 및 이용의 방법을 원칙적으로 자신이 결정할 지위를 보장 한다’고 판시하였다. 따라서 ‘정보자기결정권을 제약하기 위해서는 첫째, 이에 우월 하는 일반적 이익이 존재하여야 하고 둘째, 헌법에 적합한 명확한 내용의 법률규정이 있어야 하고 셋째, 입법자에게는 비례원칙의 준수가 요구되고 넷째, 인격권 침해의 우려에 대처하기 위한 조직적이고 절차적인 대책이 마련되어 있어야 한다’고 하였다. 이 판결을 통해 정보자기결정권이란 ‘언제 어떠한 한도에서 개인적인 생활상황을 명백히 할 것인가를 원칙적으로 자기

10) BT-Drs.14/1484, S.17. (압수 수색 등의 개별처분의 실시에 대한 규정 및 검사 또는 경찰이 목적달성을 위해 필요한 조치를 취할 수 있는 근거규정으로 독 형소법 161조 및 163조의 명문 규정을 두고 있으며 이 조문은 명문의 근거규정 없는 처분의 실시에 대해 수사기관이 일반적으로 수권하는 취지의 규정으로서 위치한다)

11) 滝沢誠, 捜査における位置情報の取得, 刑事法ジャーナル48号, 41면, 2016

12) Däubler / Klebe / Wedde / Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 4 Aufl, 2014, Einl. Rn.17.

가 결정 한다’는 권리이며 현대 고도정보사회에서 개인이 자기결정권을 행사하기 위한 전제조건으로서 위치함이 확인하였다.

그러나 정보자기결정권도 무제한으로 보장되는 것은 아니고 이에 우위 하는 공공의 이익이 있는 경우에는 제한이 허용된다고 하였다. 이러한 제한 허용성에 대한 심사기준¹³⁾으로는 첫째, 정보를 수집하는 목적이 우월한 공익을 추구하는 것인지의 목적추구의 기준과, 둘째 규범의 명확성과 거기에서 파생되는 정보의 목적외이용을 예방하기 위한 목적구속의 기준, 셋째 정보수집행위가 비례원칙에 적합하고 거기서 발생하는 절차적인 예방조치가 취해졌는지의 비례원칙의 기준이 설정되어 있다.

이 판결로 이후로 1992년 형소법이 개정(‘형소법 상의 처분에 의해 취득된 개인 정보의 처리 및 이용’에 관한 규정이 규정됨)되었고 형소법 상 처분을 통해 얻어진 개인정보의 처리 및 사용에 관한 규정이 마련되어 정보‘취득’을 위한 처분뿐 아니라 취득된 정보의 ‘이용방법’에 대해서도 명문의 규정을 두게 되었다. 또한 일반적 인격권에 대한 중대한 제약을 수반하는 기술적 수단을 이용한 감시수사에 대한 개인정보보호를 위한 요청은 이 판결 이후 더욱 강해지게 되었다.

2) 관련 판례에서 확인할 수 있는 GPS수사로 인하여 침해되는 권리

연방통상재판소 2001년 1월 12일 GPS수사의 헌법상 허용성 판단¹⁴⁾에 있어 ‘주거의 불가침(기본법 13조)을 침해하지 않고, 기본법 1조 1항 및 2조 1항에 의해 보호되는 사적영역의 불가침의 핵심영역 및 정보자기결정권에 저촉되는 것도 아니라’고 판시¹⁵⁾하였다. 게다가 동 사건에 대한 헌법항고에 대해 연방헌법재판소 2005년 4월 12일 판결은 ‘감시기기의 사용에 의해 일반적 인격권(기본법 1조 1항과 2조 1항)에 대한 침해가 발생하지만 이는 그 양과 정도에 있어 사적생활의 불가침의 핵심영역에 통상적으로 도달할 정도는 아니다’라고 판시¹⁶⁾하였다. 또한 ‘감시가 계속되

13) BVerfGE 65, 1.

14) 연방통상재판소는 ‘GPS수사가 개별적으로 검토하면 자체 허용 될 감시방법과 조합하여 실시되는 것으로 인하여 포괄적인 개인의 프로파일 작성이라는 결과를 초래하는 인격의 포괄적인 감시를 불러 일으킬 경우 대상자에 대한 침해의 총체 및 총량은 대상자의 일반적 인격권과 경우에 따라서는 정보자기결정권을 위협하게 침해하여 그 결과 비례원칙에 위반할 수 있다’고 판시하였다.

15) BT-Drs.12/989, S.38

고 시·공간적 구분 없이 장기적이고 포괄적인 경우에는 대상자의 모든 행동과 생활상이 기록되고 그것이 대상자의 포괄적인 인물상을 구축하기 위한 기초가 됨으로서 그 자체에 의해 대상자의 인격의 존엄성이 침해 된다¹⁶⁾고도 판시¹⁷⁾하였다.

위 판결들을 검토해볼 때 독일에서 GPS수사는 사적영역을 침해하는 것이 아니라 소위 ‘일반적 인격권을 침해하는 처분’으로서 위치하고 있음을 확인할 수 있다.

3) 독 형소법 제 100조 h 등에 대한 입법내용 분석

가) 기술적 수단을 이용한 감시수사

기술수단을 이용한 비밀·감시목적의 수사에 대한 근거규정으로 100조 a 이하{통신감청(100조a), 실내 대화 감청(100조c), 옥외대화 감청 (100조 f)}, 통신데이터의 수집(100조 g)그 외 수단으로 사진촬영 및 감시를 위한 기술적 수단 사용(100조 h¹⁸⁾), 대상자의 소재탐지를 위한 휴대전화의 위치정보취득 100조 i등이 명문으로 규정되어 있다. 이와 같은 처분들은 기본권에 대한 중대한 제약을 수반하기 때문에

16) BVerfGE 112, 304. (연방헌법재판소는 ‘기본법에 의하여 어떠한 경우에도 허용되지 않는 ‘포괄적 감시’-중략-은 개별 법적 규정이 없어도 일반적인 절차보장에 의해 원칙적으로 금지된다. 게다가 그대적인 특히 대상자에게 비밀 수사 방법을 사용할 때에는 ‘부수적인 기본권 개입을 초래할 위험성’을 고려하여 처분을 명한 검사에 대해 모든 침해행위에 대해 알릴 것, 당해 처분 기록의 기재, 중앙검찰청기록부를 활용하여 복수의 검사가 같은 피의자에 대해 모르는 사이 중복하여 권리침해를 하지 않도록 하는 것이 중요’하다고 판시하였다)

17) BVerfGE 109, 279.

18) 독 형소법 제 100조 h

제1항 그 외 방법으로는 사안의 해명 또는 피의자의 거소탐지에 대하여 성공할 가능성이 없거나 곤란한 경우에는 대상자에게 알리지 않고 가옥 밖에서 다음의 처분을 할 수 있다.

제1호 화상을 촬영하는 것

제2호 그 외에 특히 감시를 목적으로 하는 기술적 수단을 이용하는 것

제1문 제2호의 처분은 수사의 대상이 중대한 범죄일 경우에 한하여 실시될 수 있다

제2항 당해 처분은 피의자에 대해서만 실시된다. 그 외의 자를 대상으로 하는 처분은 이하의 경우에 한하여 허용된다.

제1호 제 1항 제1호의 처분은 그 외 방법으로는 사안의 해명 또는 피의자의 거소탐지에 대해 성공할 가능성이 없거나 곤란한 경우 또는 실질적으로 곤란한 경우

제2호 제 1항 제2호의 처분은 대상자가 피의자와 관계가 있거나 처분이 사안의 해명 또는 피의자 거소 탐지와 관련되고 그것이 다른 방법으로는 성공할 가능성이 없거나 실질적으로 곤란하다는 관계가 성립함이 특정 사실에 기초하여 인정될 경우

제3항 제3자가 피할 수 없는 형태로 대상에 포함되는 경우에는 처분을 실시함이 허용된다.

개별적 근거규정이 규정되어있는 것으로 일반적 수권규정의 범위 내에서는 허용될 수 없다.

본 논문과 관련한 GPS에 의한 감시수사는 100조 h 제 1항 제 2호의 ‘그 외 기술적 수단’에 의한 것으로 허용된다고 할 수 있다. 100조 h의 내용을 요약하면 ‘보충성 요건, 목적, 범죄의 한정’이며 GPS수사 자체는 통상적으로 사적영역을 침해하는 것이 아닌 것으로 규정하고 있다고 볼 수 있다. 좀 더 세밀히 분석하면 다음과 같다.

① ‘감시를 목적으로 하는 사진촬영이 외의 기술적 수단 즉 촬영이외의 감시기기’에 대해 그 사용을 규율하는 내용이 규정되어 있다. ‘가옥 밖에서’의 경우만 기술적 수단을 이용한 감시수사를 허용하는 100조 h에 의해 GPS수사가 허용되는 것도 이를 전제로 한 것이라 할 수 있다.

② 특히 옥외에서 GPS이용한 감시수사는 100조 h 제1항의 보충성 요건을 충족함에 덧붙여 1항 2호의 감시만을 목적으로 하고 중대한 범죄를 대상으로 하는 경우에 한하여 실시하는 것이 허용되는 것으로 규정되어 있다.

③ ‘중대한 범죄’의 요건은 구체적인 범죄유형이 규정되어있는 것이 아닌 상대적으로 불명확한 상태로 규정되어 있다. 통설¹⁹⁾적 견해는 이 요건에 의해 정미한 범죄는 제외되지만 그 외의 범죄는 대상이 될 수 있다고 보고 있다.

④ 또한 100조 h 제2항은 옥외에서 GPS에 의한 감시수사를 제3자에 대해 실시할 경우(2호)에 대해 ‘제 1항 제2호의 처분은 대상자가 피의자와 관계가 있거나 처분이 사안의 해명 또는 피의자 거소 탐지와 관련되고 그것이 다른 방법으로는 성공할 가능성이 없거나 실질적으로 곤란하다는 관계가 성립함이 특정 사실에 기초하여 인정되지 않으면 안 된다’고 규정하여 피의자의 경우에 비해 제3자에 대한 실시요건이 엄격하게 설정되어 있다.

나) 정보 취득 ‘후’ 그 ‘사용 및 취급’에 관한 규정

독 형소법상의 수사처분에 의해 취득된 정보의 처리 및 이용에 관한 규정으로서 101조, 477조의 2항등의 규정이 있다. 특히 GPS수사가 비밀리에 실시되는 특성에서 독 형소법에는 이와 관련하여 사후적인 법적청취권(고지, 청취의 기회)의 보장

19) Meyer-Gofßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl, §100h Rn. 3.

과 사후적인 법적 보호를 보장하기 위해 101조와 같은 처분의 통지, 정보의 이용 및 소거에 관한 규정이 규정되어 있다. GPS등을 이용한 감시수사에 의해 취득된 정보에 대해서는 101조²⁰⁾가 적용되는데,

첫째, 101조 (통지 의무 등)를 살펴보면,

20) 독 형소법 제 101조

제1항 98조a, 99조, 100조에서 100조i, 100조a, 163조d에서 163조f에 근거하여 실시되는 처분에 대해서는 다른 규정이 없는 한 이하의 규정이 적용된다.

제2항 100조c, 100조f, 100조h 제1항 제2호 및 110조a의 처분에 관한 결정 및 그 외 자료는 검사에 의해 보관된다. 이들은 제 5항에 의한 통지의 요건을 충족할 경우에는 기록에 편철된다.

제3항 제1항의 규정에 근거한 처분에 의해 취득된 개인관련 데이터에는 대응하는 식별정보를 부가하지 않으면 안 된다. 다른 기관에 전달된 후 식별정보는 유지된다.

제4항 제 1항에서 열거하는 규정에 근거한 처분은 이하에서 열거하는 자에게 통지하지 않으면 안 된다.

제 7호 100조h의 처분에 대해서는 처분의 목적이 된 자 및 처분의 대상에 포함된 자였던 중요한 자

제11호 163조f의 처분에 대해서는 처분의 목적이 된 자 및 처분의 대상에 포함된 자였던 중요한 자

통지할 때에는 제 7항에 근거하여 사후적인 법적 보호를 구할 수 있고 보호요청을 위해 규정된 기간을 전달하지 않으면 안 된다.

제5항 수사의 목적, 개인의 생명, 신체의 불가침 및 인신의 자유, 중요한 재산적 가치, 110조a의 경우는 비밀수사관의 활동의 계속을 위협하게 함 없이 통지가 가능하게 된 경우에는 즉시 통지하여야 한다. 본 항 제1문에 의해 통지가 행하여지지 않은 경우에는 그 이유는 기록에 기재하여야 한다.

제6항 5항에 의해 행하여지지 않은 통지가 처분의 종료 후 12주 이내에 행하여지지 않은 때에는 그 후의 통지의 불이행에 대해서는 재판소의 승인을 받지 않으면 안 된다. 재판소는 통지의 불이행 기간을 규정하여야 한다. 통지에 관한 요건이 장애에도 거의 확실히 충족되지 않을 것으로 사료될 때에는 최후까지 통지를 행하지 않음에 동의할 수 있다. 밀접한 시기적 관련에 있어 복수의 처분이 실시되는 때에는 1항에 열거한 기간은 최후의 처분의 종료로 개시된다.

제7항 제6항에 의한 재판소의 판단은 당해 처분의 명령관할권을 가지는 재판서가 이를 행하고 그 외의 경우는 관할권을 가지는 검사에 대신하여 재판소가 이를 행한다. 4항 1문에서 열거하는 자는 제1문에 의해 관할권을 가지는 재판소에서 처분의 종료 후에도 2주간 이내에 처분의 적부 및 처분의 집행수단, 방법의 심리를 신청할 수 있다. 판단에 대해서는 즉시 항고할 수 있다. 공소가 제기되고 피고인에게 통지된 때에는 사건이 계속되는 재판소는 비공개절차에서 신청에 대해 판단한다.

제8항 처분에 의해 취득된 개인관련 데이터는 형사소추 또는 재판소에서 처분의 적부심리에 필요한 경우가 아닌 때에는 지체 없이 소거되지 않으면 안 된다. 당해 소거는 기록에 기재되어야 한다. 재판소에서 처분의 적부에 관한 심리가 있을지도 모른다는 이유만으로 소거되지 않을 때에는 데이터는 관계자의 동의 없이 상기의 목적에 한하여 이용하는 것이 허용된다. 이에 준하여 당해 데이터의 이용을 제한할 수 있다.

① 비밀수사에 관한 기록을 보관하여야 하며(2항), ② 식별부호를 표시하여야 하고(3항), ③ 처분관계자에게 처분의 실시에 대해 통지(4항)하여야 하는 등의 의무가 부여되어 있다(5,6항 일정한 경우에는 통지를 하지 않거나 그 유예가 인정됨). ④ 또한 처분의 적법성을 다투기 위한 특별절차인 사후적 법적보호(7항)를 규정하고 불필요하게 된 데이터의 삭제(8항)를 의무지우고 있다. 이러한 규정들은 획득한 목적과 다른 목적으로의 데이터사용을 제한하는 측면이 있다고 할 수 있다.

둘째, 477조 2항 2문(타목적에의 전용)²¹⁾은 형사절차상의 처분에 의해 취득된 개인정보를 다른 사건에서 이용하는 경우에 대해 규정하고 있다.

또한 GPS수사는 다른 비밀수사와의 조합에 의해 헌법으로 금지되어 있는 ‘포괄적 감시’가 이루어질 수 있는 위험성이 지적되는 만큼 이러한 위험성에 대해 구체적으로 어떠한 대처가 이루어져야 되는지에 대해 독 형소법 163조가 별도로 규정되어 있는 바 이는 항을 바꾸어 구체적으로 검토하도록 하겠다.

나. 독 형소법 제 163조 f(장기간의 감시수사)에 대한 입법내용 분석

1) 입법 내용 및 요건

독 형소법에는 기술수단을 이용한 비밀·감시목적의 수사와 관련하여 100조a, 100조b, 100조f1항, 100조f2항, 100조g, 100조h, 110조a이하의 규정이 있다. 주목할 점은 대상자에 대해 실시되는 감시가 기술적 수단을 이용하지 않은 경우라 할지라도 (기술적 수단을 이용하는지 여부에 관계없이) 일정기간 이상의 비교적 장기에 걸쳐 이루어질 경우에는 수사에 관한 일반규정(160조, 163조)이 아니라 163조 f(장기적 감시)²²⁾가 적용된다는 것이다.

21) 독 형소법 477조 2항 2문 (이 법률에 근거하여 일정 범죄혐의의 존재를 전제로 한 처분이 허용된 경우 그 처분에 의해 얻어진 개인정보는 처분을 받은 자의 동의가 없어도 당해 처분이 본법에 의해 다른 형사절차의 대상이 된 행위의 해명을 목적인 경우에 한해 다른 형사절차에 있어서의 증명을 목적으로 사용할 수 있다)

22) 독 형소법 163조 f

제1항 중대한 범죄가 발생한 것에 대하여 충분한 사실상 근거가 존재할 때에는

제1호 24시간을 초과하여 계속 한다 또는

제2호 2일을 초과하여 실시한다.

계획적인 감시를 실시할 수 있다(장기 감시). 당해 처분은 그 외의 방법에 의해서는 사안을

163조 f는 상기의 2005년 연방헌법재판소 판결 이후, 2007년 개정 형소법에서 도입되어 신설된 조항²³⁾으로 1개월 이상 지속되는 장기감시의 경우 판사의 명령을 필요로 한다. 이는 기술적 수단의 이용에 의한 수사수법 누적에 의한 문제가 제기되고 관련 판례들에서 그 침해의 위험성이 확인되면서 입법으로 귀결된 것으로 볼 수 있다. 163조 f의 내용을 살펴보면,

① 수사 시의 감시기기 사용은 법원의 명령을 요하지 않고 수사기관만의 판단으로 실시할 수 있으나(1999년 개정법에 의한 창설 당시에는 검사의 명령에 의해 실시되는 것도 가능), 장기감시의 경우(감시가 ‘24시간을 넘어 계속’되거나 ‘2일 이상의 장기에 걸쳐’ 이어지는 경우)에는 기기사용 유무에 관계없이 163조 f의 요건을 충족할 필요가 있으며 이 경우에는 법원의 명령(2007년 개정으로 판사 명령조건 부가하였으나, 긴급할 경우에는 조건부로 검사 등에 의한 명령도 가능)이 필요하도록 설정하였다

② 또한 100조 b 제1항 4문 및 5문의 준용에 의해 장기감시는 3개월로 제한되고 그 후에 얻어진 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 유지되는 한 3개월의 연장이 가능하도록 되어 있다.

③ 장기감시의 요건으로 피의자에 대해서는 ‘중대한 범죄’와 보충성 요건이 규정되어 있고, 피의자 이외의 자에 대해서는 ‘중대한 범죄’와 엄격한 보충성 요건(‘대상자가 피의자와 관계를 가지는 자일 것, 처분이 사안의 해명 및 피의자의 거소 탐지와 관련되고 그것이 다른 방법에 의해서는 성공할 가능성이 낮거나 실질적으로 곤란한 경우임이 특정사실에 근거하여 인정될 경우에 한하여’)이 규정되어 있다. 이는

해명하고 피의자의 거소를 탐지하는 것에 의해 성공할 가능성이 상당히 낮거나 실질적으로 곤란할 경우에만 명할 수 있다. 그 외의 자를 대상으로 하는 경우에는 대상자가 피의자와 관계를 가지는 자일 것, 처분이 사안의 해명 및 피의자의 거소 탐지와 관련되고 그것이 다른 방법에 의해서는 성공할 가능성이 낮거나 실질적으로 곤란한 경우임이 특정사실에 근거하여 인정될 경우에 한하여 명할 수 있다.

제2항 제3자가 피할 수 없는 형태로 대상에 포함되는 경우에는 처분을 실시함이 허용된다.

제3항 당해 처분을 명하는 권한은 재판소에만 속하며 긴급을 요하는 경우에는 검사 및 그 보조관(재판소구성법 152조)에게도 그 권한이 인정된다. 검사 또는 그 보조관에 의한 명령은 평일 3일 이내에 재판소에 의해 확인되지 않는 경우에는 그 효력을 잃는다. 100조 b제1항 4문 및 제5문, 제2항 제1문을 준용한다.

23) BT-Drs. 16/5846, S.65f.

100조 h 제 1항 2호의 기술적 수단을 이용한 경우와 비교하여 볼 때, 더욱 엄격한 보충성 요건을 설정한 것으로 보인다.

2) 법적 성격 및 특징

163조 f조에 의한 장기감시는 수사대상이 ‘중대한 범죄로 한정’되는 점에서 감시기 사용과 공통되나 감시기기를 사용하는 경우보다 보충성 요건이 가중(163조 f 제 1항 제3문 : 그 범죄에 대해 충분한 사실적 단서가 있어야 하는 필요한 혐의의 정도에 대한 요건이 가중되어 있음)되어 있는 점에서 특징을 찾을 수 있다. 감시기간의 장·단기와 상관없이 ‘감시기기를 사용하는 그 자체’를 위한 요건이 촬영에 비해 가중되어 있으며, 이는 감시기기 사용에 수반되어 발생하는 권리침해가 촬영에 비해 무겁다는 평가가 반영²⁴⁾되어 있기 때문이다.

이처럼 163조 f조의 판사의 명령을 요하는 규정은 정보자기결정권의 상당한 침해, GPS수사 등의 추적 및 다른 비밀수사와의 조합에 의한 포괄적 감시에 이르지 않기 위한 예방적인 절차보장이라는 성격을 가지고 있으며 장기감시는 종국적으로는 포괄적 감시에 이르기 쉽다는 점에서 판사의 명령이라는 사전규제를 규정한 것이라 분석할 수 있다.

2. 독일의 형소법 상 GPS 수사에 대한 입법 유형 검토 및 분석

전술한 각 수사처분을 다시금 유형별로 정리하면 다음의 단기감시, 기술적 수단을 이용한 단기감시(단기 GPS수사), (기술적 수단 유무 관계없이)장기감시(장기 GPS수사)로 나눌 수 있다.

가. 단기감시

단기감시의 경우 그 근거규정은 161조 또는 163조이며 특별히 요구되는 절차조항은 없으나 비례원칙 준수가 그 요건으로 규정되어 있다.

24) Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung.58.Aufl.2015, §100h.Rn.3 [Schmitt]

나. 단기 GPS 수사

단기의 GPS 수사의 경우 상기의 ①-③의 세 가지 유형에 해당하는 성질의 처분으로 그 근거규정은 100조 h조이며 101조의 절차규정이 있고 중대한 사건, 보충성 등이 그 요건으로 규정되어 있다.

다. 장기 GPS 수사

장기 GPS수사의 경우 상기의 네 가지 유형 모두에 해당하는 성질의 처분으로 그 근거규정은 100조 h와 163조 f조이며 101조와 판사의 명령이라는 절차관련 규정이 있고 중대한 사건 보충성 등이 그 요건으로 규정되어 있다. 또한 독일의 GPS수사에 대한 법적 규제를 유형별로 구분해보면,

- ① 비밀수사에 대한 사후적인 보호에 관한 규정(101조)
- ② ‘포괄적 감시’에 이르지 않게 하기 위한 예방적 규정(163조f)
- ③ 비례원칙에 적합한 기본권침해 규제를 위한 규정(100조h, 163조f)
- ④ 수사로 취득된 정보의 처리 및 사용에 관한 규정(101조, 477조)으로 정리할 수 있고 이러한 유형적 구분을 토대로 상세내용을 종합하여 검토해보면 다음과 같다.

상기 ①의 경우, 독일에서는 ‘비밀수사’인 것을 이유로 101조와 같은 사후적인 법적 청취 및 법적 보호를 보장하는 규정이 규정되어 있는데 이는 GPS 수사가 대상자에 대한 사전고지가 없이 ‘비밀’리에 실시되는 수사인 점에서 기본권 침해성이 크다는 점이 고려된 것이라 분석할 수 있다.

상기 ②의 경우, 정보자기결정권이라는 중요한 권리에 대한 침해 및 GPS수사 등의 축적 및 다른 비밀수사와의 조합으로 ‘포괄적’ 감시에 이를 수 있는 위험을 이유로 판사의 명령을 요구하고 있는 점을 고려해볼 때, 다른 수사와의 결합되어 이용될 경우의 장기감시는 우리법 상의 강제처분과 마찬가지로의 사전규제가 요구되는 것으로 평가 가능하다.

그러나 긴급한 경우 검사에 의한 명령도 가능한 점은 독일만의 특징이라 할 수 있다. 또한 ‘예방적인 절차보장’이라는 독일에서의 GPS수사에 대한 규율방법은 비교법적으로 볼 때 특징적인 부분이라 할 수 있겠다. 이에 덧붙여 ③,④의 정보 ‘취

득 시’(비례원칙) 및 정보 ‘취득 후’(정보처리, 이용, 사후의 고지 및 청치 법적보호의 보장)라는 규율과 조합한 총체적인 법적규율의 입법방식도 독일만의 특징이라 할 수 있다.

이처럼 각 조문별로 단일의 법적의미도 가지면서도 레고 조각들을 조합하여 별도의 완성물을 만들어 내듯이 다른 조문과 결합되어 적용됨으로서 대상조문이 포섭하는 수사방법의 유형과 범위가 확장될 수 있다는 점에서 관련 독일 입법의 독창성과 유연성이 드러난다고 평가 가능하다. 따라서 앞으로 GPS수사 외에 다른 기술적 수단을 도입한 새로운 수사방법이 도입된다 할지라도 별도의 특별법 입법을 기다리지 않고도 기존의 형소법 내용을 조합하여 대처해나갈 수 있는 점이 주목할 만 부분이고 시사를 얻을 수 있는 부분이라 할 수 있다.

IV. GPS수사 방법 도입 시의 우리 입법 방향성

1. 사전규제와 사후규제 방안

종합형 감시수사에 대한 독일의 논의는 정보취득 행위만이 아니라 그 후의 ‘축적, 보관, 처리, 가공, 사후 이용’이라는 과정을 통해 생활형성의 핵심 영역이 상세히 드러나고 침해당하는 것을 문제시 한다는 점에서 그 내용 검토는 유용하다.

강제처분에 대한 우리 형소법상의 기본 법제는 증거 등의 정보 ‘취득 시’에 중점을 두고 이루어져 있으나, GPS수사와 같은 현대형 감시수사의 경우 취득된 정보의 취득 후의 ‘이용’으로 인한 수사대상 및 수사내용 확대가 광대하므로 이러한 ‘정보 이용 시’ 또한 사정 범위에 넣고 법률에 규정함이 필요하다.

최근 GPS수사 관련 입법논의가 한창인 일본에서도 사전영장을 통한 GPS수사 제재는 정보취득의 ‘양’의 상한을 설정하는데 있어서는 유용할지 모르나 피의사실과의 관련성 판정 및 영장심사시의 곤란 등을 감안할 때 필요 충분한 것은 아니라²⁵⁾ 하여 정보 취득시의 규제 외에 정보취득 이후의 단계에서의 제재 역시 필요함을 피

25) 緑大輔, 監視型捜査と被制約利益 『警報雑誌』55권 3호 407면, 2016

력하고 있다. GPS수사의 활용 및 관련 법적문제가 두드러지는 만큼 일본에서도 종래의 ‘정보취득시의 사전규제’ 방식²⁶⁾ 뿐 아니라 ‘취득정보 이용 시의 사후규제’가 필요하다는 논의²⁷⁾가 한창인 것이다. 이는 취득된 정보의 가치가 그 후 이용여하에 따라 달라지며 이에 따른 권리침해가 정보취득 시에는 산정하는 것이 불가능하므로 정보취득시의 규제에는 한계가 있다는 배경에서 기인하는 것으로 보인다.

일본은 우리와 같이 임의수사와 강제수사라는 수사유형의 구분 속에, 강제처분의 경우 일 형소법 197조 1항 단서상의 영장을 요구하는 규정이 있음에도 GPS수사에 대한 법적성격규명과 입법조치 확인이 이루어지기 전부터 수사실무에서는 임의수사 또는 검증과 유사한 처분으로 규정짓고 내부 수사지침(이동 추적 장치 운용 요령²⁸⁾)을 만들어 활용해왔다. 그러나 우리의 경우는 선제적인 입법조치 없이 수사실무에서 새로운 수사방법을 도입하여 활용하는 예는 극히 드물다. GPS수사가 강제처분의 성격을 가지는 수사방법이라면 당연한 귀결로서 강제처분인 GPS수사에 대한 입법조치 필요성이 요구되기 때문이다. 또한 GPS수사의 강제처분성을 어떻게 이해하는지에 따라 기존 형소법상의 입법내용으로는 포섭할 수 없는 성질을 가진 특이성 확인과 이에 대응한 절차적 정비 검증이 필요하다. GPS수사와 같은 현대형 감시수사 우리 수사실무에 도입되어 활용되기 위해서는 법적성격 확인과 입법적 조치가 선행되어야 한다.

관련입법 시, 사전규제(정보취득 시 방법에 관한 규제)와 사후규제(정보취득 후 이용에 관한 규제)에 관하여 기존의 형사소송법과 특별법과의 관계 및 내용을 검토하여 실체법적인 측면과 절차법적인 측면으로 나누어 입법하는 방법을 먼저 상정할 수 있다. 이에 관하여는 별도의 논문을 통하여 논의할 예정이며 본 논문에서는 독일의 판례 및 입법형식으로부터 착안하여 각 개별 조문을 수사상황에 맞게 조합하여 대처하는 입법형식인 포괄적 입법 방안을 중심으로 검토하고자 한다.

26) 일본은 과학기술수단을 이용하지 않은 미행 등 감시행위는 일반적으로 임의처분으로 일본형소법 197조의 규정 속에서의 상당성판단이 행해졌다.

27) 일본에서는 올해 5월 제 93회 형법학회에서 공동연구의 한 분과로 감시형 수사에 관한 토의가 이루어 졌다.

28) 日本弁護士連合会, ‘GPS移動追跡装置を用いた位置情報探索捜査に関する意見書’, 2면, 2017년

2. 포괄적 입법방안

가. 독일과의 차이

현행 형소법 상 강제처분법정주의는 영장주의의 전제가 되는 원칙이며 강제처분의 실시에는 ‘절차의 공정성 보장과 대상자의 인권보장’을 위해 사전영장제시 원칙의 준수가 요구되는 구조라 할 수 있다²⁹⁾. 즉 형소법상의 강제처분 형태인가를 먼저 살피고 그제 들어맞는 경우 영장주의로 규율한다는 강제처분 일반에 대한 통제 프레임으로 해결³⁰⁾하고 있다. 그러나 GPS수사는 특징 상 ‘대상자 모르게 비밀리에’ 부착되어 실시되는 점에서 사전영장제시가 절대적인 요청이 될 수 없다.

독일의 경우 법률의 유보원칙으로부터 요구되는 입법부에 의한 수사통제 요구와 영장주의(독일의 경우 판사의 명령에 유보)를 ‘분리’하여 판사에 의한 개별·구체적인 심사가 통제수단의 하나로 자리 잡고 있지만, 우리는 강제처분법정주의가 영장을 필요로 하는 수사 활동을 하나로 정리하는 역할을 하고 있는 점에서 독일과는 차이가 있다.

따라서 절차의 공정성 보장과 대상자의 인권보장이 다른 수단으로 담보될 수 있다면 적정절차원칙에서의 입법 불비의 문제가 치유될 수 있을 것이다. GPS수사는 그 특성상 사전영장제시가 준수될 수 없지만 절차의 공정성 보장과 대상자의 인권보장이 다른 수단으로 담보될 수 있다면 적정절차원칙에서의 입법불비의 문제가 치유될 수 있을 것이다.

나. GPS수사의 특징과 이에 기한 포괄적 입법 방안

독일의 입법례처럼 기존의 규정들을 (기술적 수단을 이용한 감시수사에 대한 100조 h와 사후이용에 관한 101조 및 장기의 감시수사에 대한 163조 f)조합하여 종합 감시형 수사에 관한 일반적 제 규정으로 활용하는 것은 우리의 예상되는 입법 불비의 문제를 해결하는 데 지침이 될 수 있다. 또한 발전하는 기술수단을 도입하여 앞

29) 이재상, 형사소송법(제11판), 224면, 박영사, 2017

30) 양종모, 전체적 감시체제의 법률적 규율방안 고찰-인공지능과 모자이크이론의 적용-, 홍익법학 제 17권 제2호, 293면, 2016

으로도 새롭게 등장할 많은 수사방법에 대처할 수 있는 유용한 방안이라 생각된다.

기술수단을 활용한 종합적 감시에 관하여 문제되는 것은 ① 정보취득뿐 아니라 ② 정보의 축적, 보관, 처리, 가공 등의 사후적 이용, ③ 비밀리에 광범위하게 실시되는 점 ④정보처리기계화 자동화에 의한 정보의 결합으로 정리할 수 있다. GPS수사의 경우 상기 ①-②의 모든 항목의 특징을 가진다고 할 수 있다. 이 중 ②-④의 ‘자동적 성질에 의해 24시간 장기에 걸쳐 무인감시도 가능하고 컴퓨터에 의해 자동적으로 보존 및 이용이 가능하며 정보 분석·활용도 또한 용이’한 점에 주목하여 검토해보겠다.

기존 우리 형소법 상 규정으로 대처하려 한다면 199조의 강제처분법정주의에 근거하여 볼 때 GPS수사는 개인의 의사에 반하여 중요한 권리, 이익을 제약하는 성질의 처분으로 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 필요최소한도의 범위 내에서 실현되어야 할 것이다. 또한 우리 형소법 상 강제처분의 유형 중 ‘검증’과 비교적 유사한 측면을 지닌다고 할 수 있으나 검증이 일정한 장소, 시점에서의 개별적 상태확인을 대상으로 하는 것³¹⁾에 비해, GPS수사는 GPS단말기 부착 (대상자의 사적영역에 물리적으로 침입하는 것)하고 대상차량 및 사용자의 소재검색을 장기간에 걸쳐 총체적으로 실시하여 정보취득단계, 취득 후의 정보축적 및 다른 목적으로 활용가능 등의 정보사용단계까지 이익침해 이어짐으로써 총체적 감시형 수사로서의 특징을 가진다. 기존 우리 형사법상의 ‘검증’과 다른 이러한 ‘GPS수사’의 특징은, 이를 통해 취득되는 정보의 스펙트럼이 이동한 모든 이동기록 및 범죄에 관계없는 위치정보 및 이동이력도 포함될 정도로 ‘광범위’하며, ‘정확’한 정보를 ‘용이’하게 취득할 수 있다는 것이다. 또한 자동적 성질에 의해 24시간 장기에 걸쳐 무인감시도 가능하고 컴퓨터에 의해 ‘자동적으로 보존 및 이용’이 가능하며 ‘정보 분석·활용력’ 또한 용이하다는 점도 들 수 있다. 따라서 그 성질상 공공장소 뿐 아니라 개인의 사생활이 강한 보호 받는 공간 및 사용자의 소재와 이동 상황 등 ‘개인의 행동을 계속적, 총체적으로 파악’ 가능하고 ‘개인의 사생활을 심각하게 침해’할 수 있는 우려 역시 크다.

이러한 특징과 관련하여 첫째, 독 형소법 100조 h와 같은 내용으로 우리 형소법

31) 이재상, 전게서, 334면 이하

199조의 1이라는 형식의 추가규정을 두는 것을 상정해볼 수 있다. 즉 기술적 수단의 특징별 열거(통신, 화상, 총체적감시 등), 대상제한, 199조가 적용되지 못하는 상황 등의 보충성요건을 항목별로 설정해 둔다면 임의수사 또는 강제수사라는 영역구분에 구속되지 않고도 새로운 수사기법의 특성이 ‘199조에 포섭되지 않지만 199조 1이하의 열거된 항목에 일치하는지’ 여부에 따라 조합·적용이 가능할 것이다.

기존의 199조가 수사에 대한 일반조항이자 강제처분법정주의를 천명한 조항으로 역할한다면, 199조의 1은 종래의 일반적인 수사범위와 형식을 벗어난 형태의 수사방법을 포섭할 수 있는 열린 조항으로 둘 수 있을 것이다. 새로운 기술수단을 도입한 현대적 수사방식을 상정한 항목들을 분류 및 열거하여 둬으로써 입법당시에는 예상치 못한 새로운 수사방식이 등장하여 실시되더라도 포섭 가능하도록 기본 뼈대구조를 설정해두는 것이다. 통신, 영상, 드론, 로봇 등을 활용한 수사방법이 앞으로 채택, 실시되고 권리침해와 법적문제가 부각 될 때, 이에 대한 검토와 입법정비를 기다리지 않고도 대처할 수 있도록 기본 구조를 정립해두는 것이다. 물론 새로운 수사방법의 각 특성에 기한 추가 조항 등은 앞으로 세분화하여 연구될 필요성이 있지만 이러한 살을 붙여나가는 작업 전에 기본 뼈대를 설정해두는 것은 의미가 있다고 생각된다.

둘째, 유형 및 범위적인 부분, 즉 양적이고 객관적으로 분류 가능한 사항을 포괄하는 조항으로서 199조의 1이 역할한다면, 이에 대한 정도와 질의 측면 특히 수사기간 및 공간에 관련한 조항을 상정함도 필요하다. 기존 우리 형소법상 수사에 대한 규정도 수사방법 및 수사기간, 장소에 관하여 전개되어 있는 만큼 새로운 수사방법의 기간, 시간적 측면과 공간적 측면에 대한 새로운 규정이 필요한 것이다. 특히 GPS수사는 사람인 수사기관은 도저히 수행해낼 수 없는 연속적이고도 장기간 (잠자지도 않고 24시간 365일이라도 계속해서 실시가능)으로 대상자와 동시에 이동 가능한 등의 특성을 지니는 바, 이러한 기간과 장소에 관한 특성을 반영한 조항(독 형소법 163f조 1항 1문)을 형소법 규칙에 두는 것을 상정해볼 수 있다.

물론 상세하고 구체적인 구체절차가 개별적으로 규정되는 것이 가장 바람직할 것이다. 그러나 새로운 입법이 이루어질 때까지 GPS수사 등 새로운 수사방법의 사용이 포괄적으로 금지되거나 법률규정에 의하지 않은 채로 사용되는 것은 되도록 피

해야하는 것이 효율적인 만큼 독일의 입법례에서 시사를 얻어 복수 규정의 조합을 통해 종합적 감시형 수사에 관한 일반적인 규제를 규정하는 것은 쉽게 상정 가능한 입법기술방법이라 할 것이다.

V. 맺는 말

수사는 기본적으로 인권 침해적 성격을 가지는 만큼 수사방법은 국민의 기본권침해와의 관계를 침해의 최소성을 고려하여 선택되어야 한다. 과학기술발전에 따른 새로운 수사방법의 도입은 필요하지만 수사방법의 적정성과 기본권의 침해 간의 균형을 고려한 방안 모색은 더욱 그 필요성이 요청된다. 기술수단을 이용한 감시수사는 정보취득 시에 대상자에게 직접적이고 물리적인 압력이 가해지지 않고 대상자와의 접촉을 수반하지 않고서도 취득된 데이터를 분석함으로써 새로운 데이터를 이끌어내 활용하는 것이 가능한 특징을 가지며 국민과 수사기관 양측의 부담을 경감시키는 범죄사실해명의 효율성을 증대시킨 방법이라 할 수 있다. 다만 취득 후 축적된 정보의 분석 등 이용에 있어 남용이 이루어지지 않도록 할 통제가 전제되어야 할 필요성이 있으며 그러한 전제하에서는 앞으로 활발히 이용될 수사방법이라 할 수 있다. 즉 정보취득 시 뿐 아니라 취득 후 정보의 이용에 관하여도 명시적인 입법으로 대처한다면 실제적 진실 발견에 효과적인 수사방법으로 적극 활용 가능할 것이므로 이를 위한 개인정보보호체제의 정비 필요성 역시 요청된다 하겠다.

종래에는 수사과정에서 수반되는 기본권 침해가 허용되는지에 대한 판단이 단기의 일회성 처분에 의한 사적생활의 핵심영역 침해정도의 범위 내에서 이해되었지만, 발전된 기술을 활용한 감시형 수사는 감시를 위해 사용된 복수의 처분들이 결합되어 누적적으로 실시되어 감시 수법의 정밀화, 정도의 강화, 범위의 확장 등으로 인해 감시대상자에 대한 총체적인 정보가 세세히 드러나는 등 침해의 정도가 매우 심각하다는 점에 문제가 있다.

본문에서는 이러한 감시형수사의 특성과 이에 관련한 독일의 판례 및 입법내용을 검토해 보았다. 독일은 연방헌법재판소가 개인정보보호에 입법적 정비를 요구하여

그 결과 전부유보에 이르지지는 않지만 감시수사에 대한 주요 법적규율을 정비하였다. 이는 개인정보 보호영역에 국가가 실질적으로 대처하기 시작한 시대적 조류를 잘 드러내주는 것이라 평가할 수 있다. 개인정보 보호에 대한 국가적 개입 필요성은 우리나라에도 마찬가지로 요구되는 만큼 정보취득방법 뿐 아니라 취득된 정보의 사용에 대한 규율까지 정비한 독일의 입법대처는 시사를 얻을만하다.

본 논문에서는 감시형 수사 특히 GPS수사에 주목하여 단편적인 부분의 비교·검토 및 시사를 얻음에 그쳤으나, 우리 형소법과 독일의 형소법의 전반적인 차이의 전제하에서 감시형 수사에 대한 입법의 전반(실체적 측면 절차적 측면, 포괄적 입법)에 관한 논의는 앞으로도 계속될 필요가 있다고 생각된다.

참고문헌

[국내문헌]

- 이재상, 형사소송법(제11판), 334면 이하, 박영사, 2017
- 박희영, GPS에 의한 위치추적의 합헌성 여부, 법제. 법제처, 2012
- 이원상, 프라이버시와 범죄통제의 균형을 위한 통신수사 법체계 마련, 2015년도 대검찰청 용역 연구보고서
- 양종모, 전체적 감시체제의 법률적 규율방안 고찰 -인공지능과 모자이크이론의 적용-, 홍익법학 제 17권 제2호, 2016

[외국문헌]

- Däubler / Klebe / Wedde / Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl, 2014
- Meyer-Goßner/Schmitt StPO 59, Aufl
- Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 58
- 瀧澤誠, 捜査における位置情報の取得, 刑事法ジャーナル48호, 2016
- 綠大輔, 監視型捜査と被制約利益, 警報雑誌55권 3호, 2016
- 日本弁護士連合會, ‘GPS移動追跡装置を用いた位置情報探索捜査に関する意見書’, 2017

A Study on Need for modern surveillance and legal regulations Focusing on the analysis of German legislation

Chung, Ji-hye*

The investigation has basically violated human rights. Thus, the method of investigation should be chosen from the extent to which the public violates the basic rights of the people. The introduction of a new method in investigation is necessary, but the Equilibration between the adequacy of the methods and the infringement of basic rights should be considered.

Given the introduction of innovative methods of introducing scientific technology, including the introduction of a scientific investigation into a surveillance probe using technology, it would be more efficient to take legal measures to embrace legislation, not wait for the new method to be enacted.

Germany demonstrates that it is possible to respond to investigations by legislation using a monitoring device, without defining a regulatory framework. In other words, a comprehensive monitoring technique is being adopted by a combination of technologies that allow comprehensive monitoring of a comprehensive monitoring system using technologies such as GPS investigations and technological means. Such a legislative countermeasure is a good example of legislation designed for the investigation of the GPS probe that will be utilized in the future. In this paper, we intend to analyze the legislation in Germany, which has begun earlier in the investigation, to analyze the legislation of the legislation, which has begun relatively early in the investigation, to derive direction for our legislation.

* Researcher, Ph. D. in Law, Institute of Law Studies, Pusan National University

❖ Keyword: GPS Investigation, Processionalism, surveillance, personal information protection, comprehensive legislation