

압수·수색영장의 집행절차에서 기타 ‘필요한 처분’의 의미와 한계

조광훈*

국 | 문 | 요 | 약

압수·수색영장을 원활히 집행하기 위해서는 필요한 처분이 요구되는 경우가 많다. 이러한 필요한 처분에는 형사사법기관의 강제력이 뒷받침되어야 하는 경우가 있고, 그렇지 않은 경우도 있다. 그런데 압수·수색 영장의 원활한 집행을 위하여 불가피하게 수반되는 필요한 처분도 일정한 한계와 제한이 따를 수 밖에 없어 압수·수색의 ‘필요성’, ‘비례성’, ‘관련성’이 인정되는 범위 내에서 행사되어야 한다. 또한 효율적인 압수·수색의 목적 달성을 위하여 필요한 처분권을 행사할 수 있을지라도 압수·수색영장이 집행되는 필요한 처분의 행사시기(始期)와 종기(終期), 대물적·대인적 한계, 형사소송법 제216·217조의 적용상의 한계, 압수·수색영장의 집행상의 한계에 제한을 받는다. 필요한 처분의 행사범위는 압수·수색 영장의 집행목적과 그 경위, 압수·수색의 필요성과 긴급성, 집행자의 의도, 피압수자의 태도, 압수대상물의 가치, 손해 및 원상회복의 곤란성 처분의 원인 및 방법 등을 종합하여 합리적으로 판단하여야 한다. 필요한 처분의 주요 유형으로는 압수·수색영장의 집행 장소에 원활한 접근을 위한 사술(詐術)의 사용, 압수·수색영장의 집행 장소에 대한 사진촬영(동영상 촬영), 피처분자의 신체수색·신체검사, 피처분자의 이동 및 행위제한, 전자정보의 압수·수색에서 필요한 처분 등도 검토되어야 한다. 형사사법기관이 효율적인 압수·수색영장의 집행을 위하여 행사할 수 있는 필요한 처분은 피처분자에 대한 불필요한 인권침해나 재산권 침해를 야기할 수 있으므로 적법절차의 틀 위에서 최소한의 범위 내에서 행사되어야 한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.12.31.4.1>

❖ 주제어 : 압수·수색, 압수·수색영장, 대물적 강제처분, 필요한 처분, 신체수색

* 서울동부지방검찰청 공판과장, 법학박사

I. 들어가며

최근 수사권 조정과 맞물려 개정된 형사소송법에 따라 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력이 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서와 그 격이 같아졌다. 이에 따라 앞으로 검찰은 물론이고 경찰도 기존에 진술증거를 수집하는 수사방법에서 물적증거를 강조하는 방향으로 수사방법의 대전환을 더욱 적극적으로 모색할 것으로 보인다. 하지만 무엇보다도 형사사법절차에서 최우선적으로 고려되어야 하는 명제는 인권보호이기에 대인적 강제처분이든, 대물적 강제처분이든 국가가 운영하는 형사사법절차에서 인권침해를 가져오는 강제력은 그것이 비록 정당하고 합법적일지라도 필요한 범위 내에서 최소한으로 행사되어야 한다는 점이다.

수사기관의 압수·수색은 말처럼 순조롭게만 진행되지 않는다. 때로는 피처분자들이 압수·수색영장의 집행에 물리력으로 저지하거나 방해하기도 하고, 심지어는 압수할 물건을 훼손·은닉하는 현상도 다반사로 발생한다. 이에 압수·수색영장을 집행하는 기관은 이러한 불상사를 방지하고 혹시 발생하더라도 이를 최소화하면서 압수·수색의 목적을 원활히 달성하기 위하여 강제력을 행사하기도 한다. 이 과정에서 압수·수색영장을 집행하는 측과 피처분자(피압수자)가 물리적으로 충돌하기도 하며, 때로는 양 측이 몇 시간을 대치하다가 압수·수색영장의 집행을 포기하는 경우도 발생한다. 이처럼 정당한 압수·수색영장의 집행이 방해받고 있어 공권력에 심각한 지장을 초래하기도 한다.

수사기관이 압수·수색영장을 집행하는 과정에서도 필요 이상의 강제력을 행사하거나 적법절차를 준수하지 않아 유죄의 증거를 허공으로 날려버리는 경우도 종종 발생한다. 이러한 현상은 일반물건에 대한 압수·수색은 물론이고 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서는 더욱 빈번하게 발생한다.¹⁾ 이와 같이 압수·수색영장을 집행하는 기관은 압수·수색영장을 원활히 집행하여 그 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 ‘필요한 처분’을 행사할 수가 있지만 그 처분을 함에는 일정한 한계와 제약이 따른다.

우리 형사소송법은 “압수·수색영장의 집행에 있어서는 건정을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다”고 규정하고 있다(형사소송법 120조, 제219조). 하지만 이 조항에

1) 요즘은 오히려 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 적법절차 위반의 시비가 잦다고 해도 과언이 아니다.

서 ‘기타 필요한 처분’이 과연 무엇인지를 구체적으로 규정하고 있지 않고 이를 다루는 글이나 판례도 별로 찾아보기 어려워 적절한 해석론으로 해결할 수 밖에 없다.²⁾ 따라서 이 글에서는 형사소송법 제120조 후단의 기타 필요한 처분의 의미와 한계를 검토하고자 한다. 우선, 필요한 처분의 의미와 목적을 검토하고(Ⅱ), 필요한 처분에 관한 입법례를 검토한다(Ⅲ). 그리고 필요한 처분의 적용범위와 한계를 구체적으로 살펴본다. 필요한 처분을 함에 있어서도 압수·수색의 절차에서 요구되는 ‘필요성’, ‘비례성’, ‘관련성’의 원칙과 필요한 처분의 적용상의 한계를 살펴본다(Ⅳ). 그 다음에 압수·수색절차에서 필요한 처분을 유형별로 살펴본 후(Ⅴ), 마지막으로 논의를 정리한다(Ⅵ).

Ⅱ. 압수·수색 절차에서 ‘필요한 처분’의 의미와 목적

1. 필요한 처분의 의미

압수·수색 영장의 집행절차에서 필요한 처분의 의미를 논하기 위해서는 먼저 압수·수색의 개념부터 다시 짚어볼 필요가 있다. 주지하다시피 ‘압수’는 증거방법으로 의미가 있는 물건이나 물수가 예상되는 물건의 점유를 취득하는 강제처분이고, ‘수색’은 특정인이나 압수할 물건을 발견하기 위한 목적으로 일정한 공간을 뒤져 찾는 강제처분이다.³⁾ 수색은 압수할 물건을 찾는 행위이므로 통상적으로 압수의 전(前)단계에서 실시되지만 반드시 그런 것도 아니어서 압수할 물건을 발견하면 곧바로 압수하는 것이 일반적이어서 사실상 ‘수색’과 ‘압수’가 동시에 이루어지고 있다고 봐도 무방하다.⁴⁾ 또한 압수에는 강

2) 우리나라와 일본에서는 이에 관한 논의가 활발히 이루어지고 있지 않지만 우리나라 형사소송법 제120조는 일본 형사소송법 제111조를 참고하여 규정한 것이므로 일본 형사소송법 제111조와 舊일본 형사소송법(大正형사소송법) 제146조를 입법할 당시의 이유서 등을 비롯한 주로 일본 문헌과 판례를 참고하여 논의를 전개하였다.

3) 배종대·홍영기, 『형사소송법(제2판)』, 홍문사, 2020, 156면.

4) 이와 같은 입장에서 ‘압수·수색’이라는 표현보다는 ‘수색·압수’라는 표현으로 대체되어야 한다는 주장이 있다(박경규, “전자정보의 수색·압수에게 피압수자 등의 참여권 -대법원 2015. 7. 16. 선고 2011도1839 전원합의체 결정 및 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결-,” 형사법의 신동향 통권 제65호, 대검찰청 미래기획단, 2019. 12, 294면). 하지만 형사사법기관이 ‘수색’을 한다는 건 압수할 물건을 찾아 이를 압수하기 위한 활동으로 하는 것으로 사실상 ‘수색영장’만을 집행하는

제력을 행사하는 것으로 여기에는 유체물의 점유를 기존의 점유자 또는 소유자의 의사에 반하여 수사기관이나 법원에 이전하는 강제처분인 ‘압류’, 소유자 등이 임의로 제출한 물건이나 유류한 물건을 계속하여 점유하는 ‘영치’, 법원이 물건의 소유자나 점유자에게 제출을 명하는 ‘제출명령’으로 나뉜다.⁵⁾ 그리고 압수·수색을 실시하는 목적은 실제적 진실을 밝히기 위하여 증거방법의 일환으로 물건(전자정보)에 대한 형사사법기관이 ‘점유권’을 확보하는 것이다. 즉 압수·수색의 1차적인 목적은 곧 물건(전자정보)에 대한 점유권을 획득하는 것이다.

여기에서 ‘기타 필요한 처분’이 과연 무엇인지를 살펴볼 필요가 있다. 우리 형사소송법 제120조는 일본 형사소송법 제111조를 바탕으로 입법화하였기 때문에 일본에서의 논의를 살펴볼 필요가 있다. 필요한 처분에 관하여 일본 판례는 압수·수색절차에서 필요한 처분은 개인의 의사를 제압하고 신체·주거·재산 등에 제약을 가하면서 강제적인 방법으로 수사목적 실현하는 행위로서 특별한 근거 규정이 없는 한 허용함이 상당하지 않는 방법⁶⁾이거나 개인의 의사를 제한하고 헌법에서 보장하는 중요한 법적 이익을 침해하는 것으로 형사소송법에 특별한 근거 규정이 없는 한 허용하지 않는 강제처분⁷⁾이라고 한다.

이러한 판례를 전제로 일본 형사소송법 제111조에서 봉인의 해제는 영장을 집행 시에 당연히 예정되어 있는 것으로 해당 규정을 입법할 때 영장집행기관에서 본래부터 처분권한을 준 것으로 보아야 한다는 가장 최근의 견해⁸⁾가 지지하는 ① 필요한 처분은 압수·수색영장을 집행함에 있어 당연히 예정할 수 있는 행위를 지칭한다는 본래적 처분설⁹⁾, ② 압수·수색영장의 목적 달성을 위하여 합리적 필요한 범위의 처분이 필요하다는 부수적 처분설¹⁰⁾, ③ 영장집행에 예정된 이외의 것으로 부득하게 압수·수색영장의 실효성 확

경우는 거의 찾아볼 수 없고 결국에는 압수에 중점을 두고 있다는 점에서 압수에 앞서서 수색을 한다고 하여 반드시 ‘수색·압수’로 표현하는 것보다는 현재와 같이 ‘압수·수색’으로 표현하는 것이 적절하다고 본다.

5) 배종대·홍영기, 앞의 책, 156면.

6) 最決 昭和 51年 3月 16日 (刑集 30卷 2号 187頁).

7) 最大判 平成 29年 3月 15日 (刑集 71卷 3号 13頁).

8) 星周一郎, “必要な処分”規定の必要性, 『都法』 60卷 2号, 首都大學 東京 法學會, 2020, 1, 57頁.

9) 星周一郎, 위의 논문, 57頁.

10) 田宮裕, 『刑事訴訟法(新版)』, 1996, 107頁.

보를 위하여 필요하다는 비본래적 처분설¹¹⁾등이 있다. 한편, 우리나라에서의 압수·수색 영장의 집행에 있어 '필요한 처분'(Necessary Measures)은 집행보다는 다소 넓은 개념으로 집행 그 자체와 영장 집행을 함에 있어 불가피하게 수반되는 사회적으로 상당한 처분을 포함하는 것으로 보아야 한다는 견해¹²⁾가 있다. 예컨대, 일정한 처분을 하지 않으면 집행이 불가능한 경우에 집행을 앞서거나 또는 집행 도중이라도 압수·수색행위 이외의 처분이 이에 해당된다는 것이다.¹³⁾

생각건대, 우리 형사소송법 제120조의 '기타 필요한 처분'은 일본 형사소송법 제111조를 반영하여 입법화한 것이고, 현행 일본 형사소송법은 大正 형사소송법 제146조를 그대로 계수하여 입법화한 것이라는 점에서 필요한 처분의 입법취지는 압수·수색영장을 집행함에 있어 당연히 예정할 수는 있는 행위를 지칭한다는 본래적 처분설에 근거하고 있다고 볼 수 있다. 하지만 그 후 시대적 상황의 변화와 변화무쌍한 압수·수색의 현장에서 보다 융통성 있는 압수·수색영장의 집행으로 영장집행의 실효성을 확보하고 압수·수색영장의 집행으로 침해되는 피압수자(피처분자)의 기본권의 보호 등을 고려하는 상황이 되었다. 이러한 점을 본다면 본래적 처분설 보다는 압수·수색영장의 목적을 효과적이고 원활하게 달성하기 위하여 인정되는 불가피하게 수반되는 사회적 상당성을 충족시키는 부수적 처분설이 타당하다고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 즉 압수·수색영장의 집행기관의 입장에서는 영장집행의 실효성을 확보하기 위하여 필요한 최소한이 범위 내에서 요구되는 상당성 있는 행위이고, 피처분자 입장에서는 사회 통념상 상당하다고 인정되는 이익을 침해하는 처분으로 이해할 수 있는 것이다.¹⁵⁾

하지만 어느 견해를 취하더라도 필요한 처분을 압수·수색영장의 부수적인 효력으로 볼 수도 있지만 그 범위를 어디까지 보아야 하는지는 쉽지 않은 것도 사실이다.¹⁶⁾ 이와

11) 上口裕, 『刑事訴訟法(第4版)』成文堂, 2015, 158頁.

12) 上口裕, 위의 책, 158頁.

13) 田口守一, 『刑事訴訟法(第6版)』, 弘文堂, 2012, 92頁; 신이철, “수사기관의 압수·수색영장 집행 절차와 제한규정,” 중앙법학 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009. 8, 224면.

14) 上口裕, 앞의 책, 158頁.

15) 上口裕, 앞의 책, 158頁; 하지만 본래적 처분설을 따르던, 부수적 처분설을 따르던, 비본래적 처분설을 취하던 필요한 처분의 범위와 방법에는 큰 차이가 없으므로 이를 논할 실익은 크게 없다고 생각된다.

16) 星周一郎, 앞의 논문, 41頁.

같은 입장에서 필요한 처분은 형사사법기관이 압수·수색영장의 집행절차에서 증거방법에 의미가 있는 물건에 대한 점유권을 취득함에 있어 불가피하게 수반되는 필요한 최소한 범위 내에서 사회통념상 상당하다고 인정되는 각종 처분이라고 할 수 있다.¹⁷⁾ 형사소송법 제120조에서 일컫는 자물쇠를 열거나 개봉하는 것은 이를 예시적인 것을 규정해 놓은 것이고 기타 필요한 처분은 조문에서 열거하지 못하는 필요한 처분을 모두 아우르는 것으로 보는 것이 타당하다.¹⁸⁾ 이러한 필요한 처분의 적용범위는 압수·수색이 허용되는 이유, 압수·수색의 필요성과 긴급성, 집행자의 의도, 입회인(피압수자)의 태도, 목적물의 가치, 손해 및 원상회복의 곤란성 처분의 원인 및 방법 등을 종합하여 구체적 사안에 따라 합리적으로 결정되어야 한다.¹⁹⁾ 그래서 필요적 처분에 관한 실무적 차원의 합리적 해석론이 중요하게 다가온다.

2. 필요한 처분의 목적

압수·수색은 증거방법으로 의미가 있는 물건이나 물수가 예상되는 물건의 점유를 취득하는 강제처분이다. 즉 수사기관이나 법원이 실체적 진실을 밝히기 위하여 대물적 강제처분의 작용에 기인하여 압수·수색의 대상물인 유체물(전자정보)의 점유권을 취득하는 것이다. 형사사법기관은 압수물에 대한 점유권을 취득하는 것이지 소유권을 취득한 것이 아니다. 또한 점유권을 취득하더라도 항구적인 점유권이 아닌 잠정적인 점유권을 취득하는 것에 그친다. 그리하여 점유물(압수물)을 기존에 점유 또는 소유하고 있던 피처분자(피압수자)에게서 잠시 점유권을 넘겨받는 모습을 취한다.²⁰⁾ 이러한 점에서 형사

17) 이주원, 『형사소송법』, 박영사, 2019, 148면; 김정환, 『실무형사소송법(2018년 개정판)』, 준커뮤니케이션, 2018, 307면; 일본 형사소송법 제111조에서 大正 刑事訴訟法 제146조를 그대로 이어받아 이를 규정함에 있어 별다른 이의나 문제가 발생할 것이라고 보는 경우는 거의 없었는데, 이는 필요한 처분은 압수·수색영장의 효력에 따르는 당연한 처분을 보았기 때문이라고 한다(星周一郎 앞의 논문, 41-43頁 참조).

18) 일본 형사소송법 제111조에 그대로 반영되어 있는 大正 刑事訴訟法 제146조 기타 필요한 처분은 예시적으로 ‘건정을 열거나 개봉한다’고 규정한 것이고 그 외 수많은 필요한 처분을 일일이 규정할 수 없어 조문 마지막 부분에 ‘기타 필요한 처분’이라는 문구를 넣어 조문을 해석함에 합리성을 도모하였다는 것은 大正 刑事訴訟法 制定 理由書를 보면 알 수 있다. 이에 관해서는 法曹會編, 『刑事訴訟法案理由書, 1922, 101頁(星周一郎, 앞의 논문, 재인용, 42頁).

19) 신의철, 앞의 논문, 224-225면.

사법기관의 압수물에 대한 점유권의 취득은 점유권의 양도(민법 제196조)에 의한 모습으로 형사사법절차가 종료되거나 압수물에 대한 압수가 해제되면 점유권은 본래의 제출인(점유자 또는 소유자)에게 환원되는 구조를 띤다.²¹⁾

압수물에 대한 점유권을 취득하는 형사사법기관은 적법한 점유자로 추정되므로(민법 제200조) 기존의 점유자(제출인)는 형사사법기관에 대하여 압수물에 대한 점유보호청구권, 점유물반환청구권, 점유물방해제거청구권, 점유물방해예방청구권 등을 행사할 수 없고, 자력구제권도 행사할 수 없다. 왜냐하면, 피처분자가 점유하고 있는 물건(전자정보)에 대하여 위와 같이 점유권에 기한 제반권리를 그대로 행사할 수 있다면 대물적 강제처분은 무색해지기 때문이다.²²⁾ 따라서 형사소송법 제120조, 제219조(제120조 준용규정)의 필요한 처분은 형사사법기관이 압수할 물건에 대한 적법한 점유권을 취득하기 위하여 최소한의 범위 내에서 취할 수 있는 적법하고도 사회적 상당성이 있는 각종 처분으로 보아야 한다.

하지만 형사사법기관이 압수할 물건에 대한 점유권을 취득하기 위하여 필요한 처분을 행사할 수 있을지라도 필요한 처분의 원칙과 적용상의 한계는 존재한다. 그것은 압수·수색영장의 집행은 대물적 강제처분의 성격상 개인의 의사를 제한하고 헌법에 보장되어 있는 개인의 기본권 등 중요한 법익을 침해하거나 제한하기 때문이다.²³⁾ 이에 관해서는 항목을 바꾸어 적절한 곳에서 검토한다.

20) 물론 수사 또는 재판절차에서 형사사법기관에 의하여 압수·수색으로 잠정적으로 물건(또는 전자정보)이 형사사법기관으로 점유권이 이전되었다고 할지라도 추후 재판에서 몰수판결이 확정되는 경우는 압수물의 제출인은 물건에 대한 소유권을 상실하는 결과를 초래할 것이므로 이러한 경우라면 사실상 물건을 압수당하는 시점에서는 점유권과 소유권을 상실하는 것과 같다. 하지만 그렇다고 압수자가 해당 물건에 대한 소유권까지 취득하는 것은 아니므로 엄밀히 보면, 형사절차상 압수절차에서 압수자와 피압수자 사이에 발생할 수 있는 점유권과 소유권의 발생·변동·소멸과 민사절차상 점유자와 상대방 사이에 발생할 수 있는 점유권과 소유권의 발생·변동·소멸이 일치하지 않을 수가 있음을 의미한다.

21) 압수물의 환부는 제출인(점유자)에게 환부하는 것이 원칙이기 때문이다. 다만, 판결로 몰수되는 압수물은 예외가 될 것이다.

22) 만일 압수물의 제출인이 소유자라고 하더라도 소유물반환청구권이나 소유물반환방해배제청구권은 행사할 수 없다고 봄이 상당하다.

23) 最大判 平成 29年 3月 15日(刑集 71卷 3号 13頁).

Ⅲ. 압수·수색절차에서 필요한 처분의 입법례

1. 미국

미국 연방법 제3109에서는 “수사기관은 집행의 권한 및 목적을 통지한 후 그 출입을 거부당하거나 수사기관 또는 집행을 보조하는 사람이 자유롭게 수색영장을 집행하기 위하여 필요한 경우에는 가옥 안팎의 문, 창문 또는 그 가옥의 일부분 또는 그 가옥 안의 물건을 손괴하여 개방할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 우리나라 형사소송법 제120조에서 압수·수색영장의 집행을 위하여 건정을 열거나 개봉할 수 있는 처분을 할 수 있는 것과 유사한 규정으로 볼 수 있다. 미국 연방법상 이러한 원칙은 수사기관이 압수·수색을 위하여 타인의 주거에 들어갈 경우에는 노크를 하고 집행자의 신분과 압수·수색의 목적을 고지하여야 한다는 ‘Knock and Announce Rule’ 이 Common Law상²⁴⁾으로 확립되어 오다가 판례로 확인되고 있다.²⁵⁾

Knock and Announce Rule은 미국 수정헌법 제4조에서 규정하고 있는 부당한 압수·수색으로부터 국민들의 기본권을 보호함과 동시에 한편으로는 형사사법기관의 압수·수색영장(또는 체포영장)의 효율적인 집행을 확보하기 위한 것으로 이해할 수 있다. 따라서 경찰관은 피의자 등의 주거지에 대한 압수·수색을 착수하기 위해서는 주거에 들어

24) 일부 역사가들은 Knock and Announce Rule의 기원이 1272년으로 거슬러 올라가는 경우도 있다고 한다. 이에 관한 내용으로는 *John P. Besselman Senior Legal Instructor, THE KNOCK AND ANNOUNCE RULE: “KNOCK, KONOCK, KNOCKING ON THE SUSPECT’S DOOR”* 1p 참조. https://www.fletc.gov/sites/default/files/imported_files/training/programs/legal-division/downloads-articles-and-faqs/research-by-subject/4th-amendment/knockand <최종 검색 : 2020. 11. 14.>

25) 대표적 판례로는 *Wilson v. Arkansas*, 514 US 927(1995); *Richards v. Wisconsin*, 520 US 385(1997)이다. *Wilson v. Arkansas*, 514 US 927(1995)를 상세하게 다루는 글로는 David M. Jones, “What does ‘knock and announce’ mean? An analysis of *Wilson v. Arkansas* and its progeny,” *American Journal of Criminal Justice* volume 26, 2002. <https://link.springer.com/article/10.1007/BF02887832><최종 접속일; 2020. 11. 14.>; 또한 미국의 ‘Knock and Announce Rule’를 두고 이를 입법화가 되었다는 견해(대검찰청, 『수사실무 실무전법 (I) -수사일반-』, 대검찰청, 2008, 389면)도 있다. 하지만 미국의 연방법에서 성문화한 것은 아니고 많은 州에서 성문화를 한 것이다. 따라서 오랜 관습을 판례로 인정하고 있는 것으로 보는 것이 타당하다.

가기 전에 자신의 신분과 들어가려는 목적을 밝혀야 하고 원칙적으로 최소한 적당한 시간²⁶⁾을 주어야 한다. 다만, 거주자의 동의를 있거나 공공장소 및 긴급한 상황일 경우, 노크한 후 15~20초 정도²⁷⁾의 합리적인 시간을 주었음에도 문을 열어주지 않을 경우에는 이러한 원칙을 준수할 필요가 없다.²⁸⁾

거주자가 거부하거나 그 요건이 충족되었다고 판단되면 경찰관은 건물의 출입문 등의 전부 또는 일부를 부수고 영장을 집행할 수 있다.²⁹⁾ 경찰관이 노크하지 않고 건물 안으로 진입할 수 있는 경우로는 건물 안에 있는 사람의 안전에 위협을 초래할 것으로 예상되는 경우³⁰⁾, 건물 안의 피의자(용의자)들이 증거를 인멸할 가능성이 있는 경우³¹⁾ 등을 들 수 있다.³²⁾³³⁾ 이는 피처분자의 입장에서 본다면, 경찰관이 압수·수색영장을 집행하기 위하여 무조건 출입문을 부수거나 열면 안 된다는 것을 의미하기도 한다. 만일 Knock and Announce Rule을 준수하지 않으면 경찰관은 손해배상책임은 물론이고 압수·수색으로 확보한 증거물도 증거로 사용할 수 없다.³⁴⁾

26) 통상적으로는 15-20초 동안을 기다려야 한다.

27) 경찰관이 건물 안에 있는 사람에게 경찰관의 존재를 알린 후 불과 5초 후에 피고인의 집에 들어간 경우, 법원은 경찰관이 Knock and Announce Rule을 준수하지 않았다고 판결하였다(United States v. Marts, 986 F.2d 1216(8th Cir. 1993).

28) United States v. Banks, 540 U.S. 31 (2003).

29) United States v. Ramirez. 523 U.S. 65 (1998).

30) 위협을 초래할 수 있는 상황은 구체적이고 합리적으로 판단하여야 한다. 따라서 피의자를 추격하던 경찰관은 다른 입주자들의 안전을 고려하여 피의자의 집을 무조건 들어갈 수 있는 건 아니며(Trent v. Wade, 776F.3d 368(5th Cir. 2005), 건물 안에서 총기가 발견되었으나 폭력의 증거가 없었고 인신매매의 발생하였다는 증거가 없는 경우 경찰관의 Knock and Announce Rule가 유효하다고 믿을 수 있는 객관적이고 합리적인 증거가 없고(United States v. Neilson, 415 F.3D 1195 (10th Cir. 2005), 더 나아가 집안에 총기가 있다는 사실만으로는 Knock and Announce Rule를 정당화할 수는 없다고 판결하였다(United States v. Bates, 84 F 3d 790(6th Cir. 1996).

31) United States v. Sagaribay. 982 F.2d 906(5th Cir. 1993).

32) 이러한 상황을 구체적으로 제시하는 판결은 United States v. Banks, 540 U.S. 31 (2003) 34pp.

33) Knock and Announce의 기본 요구사항과 기원을 다루는 글로는 Erin Elizabeth Cassinelli, "Constitutional Law-Fourth Amendment-Knock and Announce: The Ninth Circuit Knocks and the Supreme Court Announces a Re-Emphasis on the Case-by-Case Analysis. United States v. Banks, 540 U.S. 31 (2003)," University of Arkansas at Little Rock Law Review, Voulume 27, Issue 2, Article 3, *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, 2005, 300-301pp.

34) 경찰관이 Knock and Announce Rule 준수하지 않고 확보한 물건에 대한 증거를 배척한 대표적 판결로는 Hudson v. Michigan, 126 St. 2159 (2006)이다.

미국은 연방과 대부분 주에서 ‘Knock and Announce Rule’를 제정하여 사용하고 있다. 이러한 미국의 Knock and Announce Rule은 우리 형사소송법 제120조의 기타 필요한 처분의 일종으로 보아도 무방하다. 이렇게 미국에서는 Knock and Announce Rule이 확립되어 있어 우리나라 형사소송법 제120조와 같은 ‘필요한 처분’을 할 수 있다는 규정은 두고 있지 않는 것으로 생각된다.

2. 일본

일본 형사소송법은 제99조~제127조에 압수·수색에 관한 여러 규정을 두고 있으면서 우리나라 형사소송법 제120조와 유사한 규정도 두고 있다. 일본 형사소송법 제111조는 “압수장 또는 수색장의 집행에 대해서는 건정 또는 봉인을 열거나 기타 필요한 처분을 할 수 있다(제1항)³⁵⁾36). 공판정에서 압수 또는 수색을 하는 경우도 같다(제2항)고 규정하고 있다.³⁷⁾ 일본의 판례들도 압수·수색의 목적과 실효성을 달성하기 위하여 필요하고 그 수단과 방법도 사회통념상 상당한 범위 내에 있는 경우에는 영장 집행에 있어서 필요한 처분으로 허용된다고 판시하고 있다.³⁸⁾ 현재 일본 형사소송법 제111조의 모태가 되는 大正 형사소송법 제146조에 기타 필요한 처분을 할 수 있다는 규정이 마련되기 전에는 메이지 형사소송법 시대에서는 압수·수색에 대한 일정한 방법이나 준칙이 정해진 것도 없고 그 제한도 없었기에 수사기관에서는 압수·수색의 목적에 적절한 방법을 사용하고, 여기에 강제력을 사용할 수도 있었고 주택을 수색하기 위하여 열쇠로 문을 열거나 못을 뺄 수도 있었고, 물건을 수색하여 압수하기 위하여 신체수색은 물론이고 일시적으로 감금까지 할 수 있었다.³⁹⁾

35) 현행 일본 형사소송법 제111조는 1922년에 제정된 大正 형사소송법(舊 刑事訴訟法) 제146조를 그대로 옮겨온 것이다(星周一郎, 앞의 논문, 42頁).

36) 검사와 검찰사무관의 압수·수색영장의 집행에도 제111조가 준용된다(제222조)

37) 일본 형사소송법 제111조 제1항 원문이다. 第一百一十一条 差押状、記録命令付 差押状又は 搜索状の執行については、錠をはずし、封を開き、その他 必要な処分をすることができる。公判廷で差押え、記録命令付 差押え又は搜索をする場合も、同様である。前項の処分は `押収物についても、これをする`ことができる。

38) 東京高判 平成 8년 3월 6일(高判集 49卷 1号 43頁).

39) 頼三郎, 『刑事訴訟法論(訂正再版)』, 1917, 434頁(星周一郎, 앞의 논문, 43頁 재인용).

大正 형사소송법 제146조가 시행되던 시대에서 일본은 위와 같은 강제처분은 당연히 허용되는 것⁴⁰⁾으로 보아서 제146조의 기타의 필요한 처분도 확인하는 규정에 불과하여 이에 관한 충분한 논의도 이루어지지 않았다⁴¹⁾고 한다. 마찬가지로 현행 일본 형사소송법 제111조를 제정할 당시에도 大正 형사소송법 제146조를 그대로 계승하는 것에 관하여 위 조항을 입법하는 과정에서도 특별한 회의론을 보이지 않았고⁴²⁾, 이 규정에 관한 문제점을 논하는 경우도 거의 없었다.⁴³⁾ 이와 같이 일본에서는 大正 형사소송법 제146조의 제정 당시나 현행 형사소송법 제111조 입법과정에서 논의사항을 보면, 기타 필요한 처분은 압수·수색영장의 효력을 발휘하기 위한 부수적으로 따르는 당연한 부수처분으로 이해할 수 있다.⁴⁴⁾

압수·수색의 목적을 효과적으로 달성하기 위한 필요한 처분이라고 판단되는 구체적인 예로는 압수·수색영장을 소지하고 피의자 주거를 수색함에 있어 현관문이 시정되어 있으므로 우편 배달원을 가장하거나 가스 점검 나왔다고 하면서 현관문을 열게 하는 경우⁴⁵⁾, 각성제 단속법 위반의 피의사건에서 피의자의 아파트의 거실을 수색하던 중, 피의자와 동거하던 여자의 물건을 수색한 경우⁴⁶⁾, 피의자가 묵고 있는 호텔의 특정 호실에 마스터 열쇠를 이용하여 안으로 들어간 경우⁴⁷⁾, 도주하면서 소지물을 버리려고 하는 피

40) 井上正仁, 『強制採尿令状による採尿場所への強制連行』 同 『強制捜査と任意捜査(新版)』, 2014, 148頁.

41) 当時の概説書等でも、規定の文言に基づいた一般的説明がなされるのみであるのが通例であった。小山松吉 『刑事訴訟法 提要(上巻)』, 1925, 177頁; 宮本英脩 『刑事訴訟法 大綱』, 1936, 247頁など(이상, 星周一郎, 앞의 논문, 43頁 재인용).

42) たとえば、現行刑訴訟法制定時における政府による提案理由書でも、特段の言及はなされていない。法務庁検察局総務課編 『改正刑訴訟法 提案 理由書——附改正法律案主要改正点』, 1948, 25頁(이상, 星周一郎, 앞의 논문, 43頁 재인용).

43) 井上正治, 『全訂刑事訴訟法 原論』, 1952, 144頁; 小野清一郎 『刑事訴訟法 概論』, 1954, 128頁; 岸盛一 『刑事訴訟法 要義[新版 第5版]』, 1971, 143頁; 平場安治 『改訂刑事訴訟法 講義』, 1954, 308頁(이상, 星周一郎, 앞의 논문, 43頁 재인용).

44) 星周一郎, 앞의 논문, 44頁.

45) 大阪高判 平成 6년 4월 20일(高刑集 47卷 1号 1頁); 손지영·김주석, 『압수·수색절차의 개선방안에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서 2016-7, 대법원 사법정책연구원, 2016, 53면; 손동권·신이철, 『새로운 형사소송법(제4판)』, 세창출판사, 2019, 303면 각주 216.

46) 最決 平成 6年 9月 8日(刑集 48卷 6号 263頁); 다만, 미국의 경우는 중범죄 사건일지라도 약물조사에서 Knock and Announce Rule에 대한 포괄적인 예외를 인정하지 않는다(Richard v. Wisconsin, 520 U.S. 385, 1997과 United States v. Neilson, 415 F.3d 1195(10th Cir. 2005 참조).

47) 最決 平成 19年 2月 8日(刑集 61卷 1号 1頁) 이에 대한 판례 평석으로는 永井敏雄 『判批』 『最高裁

의자를 실력으로 제지하고 손을 비틀어 소지물을 확인하는 경우⁴⁸⁾, 경찰관이 압수·수색 영장을 집행하는 도중에 압수·수색의 현장에 배달된 물건에 대한 수색⁴⁹⁾, 압수된 필름을 현상하는 행위⁵⁰⁾ 등을 들고 있다.

3. 독일

독일은 형사소송법 제8장 제94조~제111q조까지 총 53개 조항에서 ‘압수’, ‘통신감시’, ‘데이터뱅크 검색(정보저장매체 검색)’, ‘기술수단의 투입’, ‘비밀수사관의 투입과 수색’을 상세히 규정하고 있다. 독일 형사소송법 제94조에서 증거보전과 압수를 규정하고 있는데, 심리에서 증거방법으로서 가치가 있을 수 있는 대상은 보관하거나 다른 방법으로 보전해야 하며(제1항), 만일 개인이 보관하면서 자의로 제출하지 않으면 압수할 수 있다(제2항). 또한 형사사법기관의 증거보전과 압수물을 보관하는 사람은 형사사법기관의 제출요구가 있으면 이를 제출할 의무가 있고(제95조), 이를 거부하면 제70조에 규정된 질서벌과 강제수단을 부과받을 수도 있다(제95조 제2항). 또한 제98 a조에서는 중대한 범죄의 경우⁵¹⁾의 경우, 사실관계의 조사나 범인의 소재파악이 다른 방법으로 성공할 가망이 거의 없거나 현저히 곤란한 경우에는 정보저장매체에 관하여 기계적 방법으로 다른 데이터와 비교·조사를 할 수도 있음을 규정하고 있다.

중대한 범죄는 대상자 모르게 기술적 수단으로 대상자가 사용하는 정보기술시스템에 접속하여 데이터를 수집할 수도 있다(제100b 조). 제100 g조에서도 일정한 경우는 정범

判所判例解説刑事篇 平成 14年度』, 2005, 209頁 以下。

48) 東京高判 1992년 10월 15일(高刑集 45卷 3号 101頁); 신이철, 앞의 논문, 225면; 손동권·신이철, 앞의 책, 303면 각주 216.

49) 最決平成 19年 2月 8日(刑集 61卷 1号 1頁); 이에 대한 판례평석으로는 入江猛 『判批』 『最高裁判所判例解説刑事篇 平成 19年度』, 2011, 8頁 以下。

50) 東京高判 昭和 45年 10月 21日. 高刑集 23卷 4号 749頁에서는 압수허가장에 따라 압수한 필름은 그 필름을 현상하여 이를 증거로 사용하기 위함에 있으므로 이를 현상하는 것은 당연한 것으로 필요한 처분에 해당한다고 보았다. 따라서 이러한 경우에는 새로운 허가장은 필요 없다고 하였다; 신이철, 앞의 논문, 226면.

51) 여기에서 중대범죄는 마약, 무기, 통화위조, 유가증권위조, 국가안보에 관한 죄 또는 공공위해범죄, 신체 또는 생명 성적 자기결정 또는 개인적 자유의 침해범죄, 영리를 위한 범죄 또는 상습적인 범죄, 범죄단체구성원에 의한 범죄 또는 다른 방식으로 조직된 범죄 등을 일컫는다.

또는 공범이 인정되는 경우에는 통신접속 정보에 관한 정보를 수집할 수도 있음을 규정하고 있다. 제100 h조에서는 피의자에 대한 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재파악이 다른 방법으로 성공할 가능성이 적거나 곤란한 경우에는 피의자 모르게 피의자 주거지의 밖에서 피의자를 촬영하는 행위(제1항 제1호), 그 밖에 피의자를 감시할 목적으로 정해진 기술적 수단을 이용하는 행위(제1항 제2호)도 할 수 있다.⁵²⁾ 제102조에서는 피의자의 수색과 관련하여 체포, 범행 흔적의 추적 또는 일정한 대상물의 압수를 위하여 수색할 수 있고, 그 이외의 관련한 사람에 대한 수색도 규정하고 있다(제103조). 그 이외에도 중대한 범죄의 경우에는 비밀수사관(잠입수사관)을 활용할 수도 있다. 이렇게 독일의 형사소송법은 우리 형사소송법과는 달리 압수·수색의 규정을 상세히 규정하고 있어 압수·수색의 절차에서 필요한 처분에 관한 일반적인 규정은 두지 않고 있는 것으로 보인다.⁵³⁾ 다만, 독일 형사소송법 제100 h조에서는 피의자에 관한 혐의사실과 관련하여 사실관계

52) 다음은 독일 형사소송법 제100 h 조의 원문이다.

§ 100 h Weitere Maßnahmen außerhalb von Wohnraum

- (1) Auch ohne Wissen der betroffenen Personen dürfen außerhalb von Wohnungen
 1. Bildaufnahmen hergestellt werden,
 2. sonstige besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel verwendet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre. Eine Maßnahme nach Satz 1 Nr. 2 ist nur zulässig, wenn Gegenstand der Untersuchung eine Straftat von erheblicher Bedeutung ist.
- (2) Die Maßnahmen dürfen sich nur gegen einen Beschuldigten richten. Gegen andere Personen sind
 1. Maßnahmen nach Absatz 1 Nr. 1 nur zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre,
 2. Maßnahmen nach Absatz 1 Nr. 2 nur zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit einem Beschuldigten in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten führen wird und dies auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.
- (3) Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar mitbetroffen werden.
- (4) § 100 d Absatz 1 und 2 gilt entsprechend.

53) 독일 형사소송법은 우리나라 형사소송법과 일본 형사소송법에서 규정하고 있는 '기타 필요한 처분'을 法文으로 규정하고 있지는 않지만, 실제로 압수·수색절차에서 각종 필요한 처분이 수반되는 경우가 많을 수 밖에 없기 때문에 실무상으로는 각종 필요한 처분이 행해진다고 보는 것이 타당하다.

의 조사나 피의자의 소재파악을 위하여 일정한 경우에는 피의자의 주거지 밖에서 피의자에 대한 사진촬영이나 피의자의 감시목적에 위한 기술적 수단을 허용하는 규정을 직접 두고 있다.

IV. 필요한 처분의 적용범위 및 한계

1. 필요한 처분의 적용범위

가. 문제의 제기

형사사법기관이 일정한 장소나 물건을 수색하여 물건에 대한 점유권을 취득하기 위하여 영장집행기관에게 강제력을 행사할 수 있도록 한 것이 바로 압수·수색영장으로 볼 수 있다. 이처럼 법관이 압수·수색영장을 발부하였다는 건 압수·수색의 필요성과 비례성을 인정한 것으로 볼 수 있다. 이는 압수·수색의 목적을 달성하기 위한 필요한 처분을 행사할 수 있도록 인정한 것으로 볼 수 있지만 형사사법기관이 필요한 처분을 함에는 압수·수색영장의 집행에 있어서 준수하여야 할 일반적인 원칙과 적용상의 한계가 존재하는 것으로 보아야 한다. 따라서 만일 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 압수·수색의 목적을 달성하기 위한 것일지라도 필요한 처분의 범위를 벗어난다면 적정절차에 반할 소지가 높아 어렵게 확보한 증거물의 가치가 사라질 위험이 높아질 수가 있다. 이에 압수·수색영장의 집행 절차에서 행사할 수 있는 필요한 처분의 행사 원칙과 적용상 한계를 검토할 필요가 있다.

나. 필요한 처분의 행사 원칙

1) 압수·수색의 '필요성' 원칙

이 또한 주지하다시피 대물적 강제처분은 그 필요성이 인정되는 경우에 한하여 인정된다. 이러한 대물적 강제처분의 필요성은 압수·수색의 대상물과 피의사실 또는 공소사실과의 관련성 및 압수·수색검증의 대상물이 존재할 개연성이 있음을 의미한다.⁵⁴⁾ 따라

서 압수·수색을 위해서는 그 필요성이 인정되어야 하는데, 법관이 압수·수색영장을 발부하였다는 건 압수·수색의 필요성을 인정한 것으로 볼 수 있지만 그렇다고 영장을 집행하는 과정에서 필요한 처분을 무제한으로 할 수 있다고 인정한 것은 아니다.

압수·수색의 필요성은 어떤 장소나 물건에 대한 압수·수색이 필요하여 영장을 집행할 수 있을지라도 만일 압수·수색의 목적을 달성하기 위한 필요한 처분이 요구되지 않을 경우라면 필요한 처분은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 예컨대, 수사기관이 압수·수색영장을 집행함에 있어 피압수자(피처분자)에게 압수·수색영장을 제시하자, 피압수자 압수할 물건(전자정보 포함) 모두를 적극적으로 스스로 제출하였다면(즉 점유권의 이전) 압수·수색영장의 집행기관은 영장을 집행함에 있어 사실상 필요한 처분을 할 필요성은 거의 발생하지 않는다. 이러한 경우에는 형식적으로는 압수·수색영장의 집행으로 인한 압수물에 대한 점유권의 취득이지만 실제로는 임의제출의 형식을 띠고 있으므로 사실상 수사기관이 압수물에 대한 점유권을 확보하기 위한 어떠한 처분이 요구된다고 보기는 어렵기 때문이다. 따라서 압수·수색의 필요성이 인정됨과 마찬가지로 필요한 처분도 이에 비례하여 압수·수색영장의 원활한 집행을 위한 필요한 범위 내에서만 행사할 수 있다고 보아야 한다.

위의 경우에서 압수할 물건을 피압수자가 은닉·파괴·훼손을 시도한다거나 정보저장매체에 저장된 전자정보를 삭제하는 방법으로 압수·수색영장의 집행을 방해하거나 방해하려고 할 때 수사기관이 이를 제지하고 억지하기 위하여 필요한 처분을 할 수 있을 것이다.⁵⁵⁾ 만일, 그러한 상황이 아님에도 불구하고 수사기관이 불필요한 물리력이나 강제력을 행사한다거나 압수·수색의 현장에 있던 피압수자나 제3자의 행동의 제한 등을 가

54) 이은모·김정환, 『형사소송법(제7판)』, 박영사, 2019, 304면.

55) 예컨대, 피압수자 등을 압수할 물건에 접촉하지 못하거나 거리를 두게 하는 등의 처분이 대표적이다. 따라서 압수는 압수할 물건에 대한 점유권을 강제로 취득하는 것이므로 수사기관 등이 압수물에 대한 점유권을 취득한 이후에는 수사기관이 적법한 점유권자라고 볼 수 있으므로 수사기관이 물건에 대한 점유권을 취득한 직후 피압수자 등이 물건에 대한 탈취를 시도한다거나 수사기관의 점유권의 행사를 방해하는 경우에는 적법하게 점유권을 취득한 수사기관은 민법상 자력구제권(자력방위권·자력탈환권)을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 즉 수사기관은 압수물에 대한 점유권을 보호하기 위한 점유보호청구권, 점유물반환청구권, 점유물방해예방청구권도 행사할 수 있다고 보아야 한다. 또한 형사사법기관이 압수물에 대한 점유권을 완전히 취득하여 이를 운반하여 보관하는 과정에서 압수물이 상실·훼손·파손 등을 예방하기 위한 필요한 조치는 형사소송법 제120조 제1항이 적용되는 것이 아니라 제131조에 따라 적절한 관리가 이루어져야 할 것이다.

하는 경우, 필요한 처분을 함에 있어 필요성의 원칙에서 벗어난 것으로 보아야 한다.

2) 압수·수색의 ‘비례성’ 원칙

대물적 강제처분이 요구됨에는 대물적 강제처분에 의하지 않고는 달리 증거방법을 확보할 수 없는 불가피성이 있어야 하고, 압수·수색은 그 목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하며, 이에 의한 기본권의 침해는 범죄의 태양과 경중, 대상물의 증거가치 및 중요성, 증거인멸의 우려 유·무, 처분을 받은 자의 불이익의 정도 등과 균형관계를 이루어야 한다.⁵⁶⁾ 이는 압수·수색의 필요성이 인정되더라도 비례성이 충족되지 않으면 압수·수색은 허용될 수 없음을 의미한다.

법관이 압수·수색영장의 발부 과정에서 압수·수색의 비례성을 인정하였다면 압수·수색영장의 집행과정에서도 그 비례성이 유지되는 범위 내에서 집행되어야 한다. 즉 영장 집행의 목적을 달성하기 위한 필요한 처분도 영장발부 당시의 법관에 의한 영장의 발부 함에 판단한 비례성이 계속 유지되어야 한다. 예컨대, 수사기관이 금고 안을 압수·수색해야 할 경우, 금고 열쇠가 없는 경우(또는 비밀번호를 모를 경우), 피압수자(점유자 또는 소유자)에게 열쇠를 달라(비밀번호를 알려줄 것을)고 하거나 열쇠가 없을 경우, 열쇠 수리공을 불러 만능열쇠를 이용하거나 적절한 방법으로 금고를 열게 하는 경우는 허용된다고 보아야 한다.

하지만 금고 열쇠가 없어 금고를 열지 못한다고 하여 피압수자 등의 사전 동의 없이 임의로 금고를 파괴한다거나 수리가 불가능할 정도로 크게 손괴하여 전혀 사용할 수 없도록 만드는 것은 비례성을 벗어나는 필요한 처분으로 허용되지 않는다고 보아야 한다.⁵⁷⁾ 다만, 피압수자(또는 점유자, 소유자) 등의 사전 승낙이 있다거나 금고 안에 범죄 혐의 유·무를 밝혀줄 결정적인 증거물이 들어 있다고(뇌물을 공여한 장부 또는 이를 저장해 놓은 USB 등) 피압수자(점유자·소유자)가 말하고 금고를 강제로 부수지 않으면 이를 압수하기 어려운 긴급한 사정이 있을 경우에는 예외적으로 필요한 처분의 일환으로 허용되어야 한다.⁵⁸⁾ 따라서 수사기관이 압수·수색을 실시함에 있어서도 불필요한 과도

56) 대법원 2004. 3. 25.자 2003모126 결정.

57) 星周一郎, 앞의 논문, 45頁.

58) 東京地判 昭和 44년 12월 16일 下民 20券 11-12号 913頁 참고.

한 강제력을 행사한다든지, 불필요한 재산권과 기본권을 제한하는 것을 허용되지 않는다고 보아야 한다. 더 나아가 예컨대, 수사기관이 어떤 사무실의 컴퓨터(정보저장매체)에서 서버가 아닌 어느 컴퓨터에 저장되어 있는 전자정보에 대한 사본을 출력함⁵⁹⁾에 있어서 해당 컴퓨터에만 피압수자(피처분자)들의 접근을 금지하거나 통제하면 해당 전자정보를 충분히 복제 또는 사본하여 이를 출력할 수 있음에도 사무실에서 사용하고 있는 모든 컴퓨터를 구동하지 못하도록 하는 것은 필요한 처분을 함에 있어 비례성의 원칙에서 벗어난 것으로 평가할 수 있을 것이다.⁶⁰⁾

3) 압수·수색의 '관련성' 원칙

우리 형사소송법 제106조 제1항은 압수·수색절차에서 '관련성'을 규정하고 있다. 따라서 범죄사실과 관련성이 없다면 압수·수색의 대상이 아님을 알 수 있다. 그런데, 이러한 관련성은 압수·수색영장의 집행에 착수하여 압수·수색이 종료하기 전까지도 당연히 적용되어야 한다. 따라서 압수·수색영장을 집행하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 처분을 함에 있어서도 압수·수색영장의 집행자가 피고사건(피의사건)과 관련성이 있는 물건(전자정보)에 대하여 압수·수색을 집행할 때만 가능한 것이고, 관련성이 없다면 압수·수색이 되는 장소나 대상물이 아니라는 점에서 해당 장소나 물건에 대한 압수·수색을 위한 필요한 처분도 할 수 없다고 보아야 한다.

피압수자(피처분자)를 비롯한 압수·수색 현장에 있던 제3자가 당시에 제시된 압수·수색영장에 명시된 압수·수색의 대상물이 아닌 물건을 다른 장소로 이동시키는 것이 가능하다고 할 것이고 이를 금지시키는 것은 자칫하면 필요한 처분의 범위를 벗어난 것으로

59) 압수·수색의 현장에서 컴퓨터를 작동하거나 서버에 접속하여 전자정보를 출력하는 행위도 당연히 허용된다고 한다. 왜냐하면, 전자정보에 대한 탐색·복제·출력하는 행위는 압수·수색의 행위의 일환으로 보기 때문이다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정).

60) 다만, 해당 사무실의 어느 특정의 컴퓨터에서 전자정보가 저장되어 있는 서버에 접속하여 압수·수색할 전자정보를 탐색하거나 수색하는 경우에는 해당 컴퓨터뿐만 아니라 다른 컴퓨터에 피압수자(피처분자)들이나 현장에 있는 제3자들도 컴퓨터의 작동을 금지시킬 수 있다고 보아야 한다. 왜냐하면, 전자정보의 특성상 휘발성과 변조용이성이 강하여 서버에 접속할 수 있는 건 해당 컴퓨터뿐만 아니라 다른 컴퓨터에서도 얼마든지 접속하여 순식간에 관련 자료의 삭제·폐기·은닉·변조 등이 얼마든지 가능할 것이므로 증거인멸이나 증거은닉의 행위를 미연에 방지할 필요가 있기 때문에 그러하다.

볼 수 있을 것이다. 더 나아가 압수·수색의 현장에서 정보저장매체(원본매체)에 대한 전자정보의 탐색도 범죄사실과 관련성이 없는 압수·수색은 허용되지 않을 것이므로 관련성이 없는 전자정보의 복제 또는 사본의 출력을 위한 필요한 처분도 허용되지 않는다고 보아야 한다. 다만, 최초의 압수·수색의 현장에서 정보저장매체 또는 전자정보에 대한 탐색에서 해당 사건의 범죄사실과 관련성이 있는 범죄사실(유관정보)과 그렇지 않은 정보(무관정보)는 디지털 포렌식 수사관이 피압수자의 참여하에 파일을 일일이 탐색(검색)한 후 유관정보에 한정하여 이미징 또는 출력할 수 있을 것이므로 유관정보와 무관정보가 마구 섞여 있는 전자정보(파일)를 탐색하는 과정에서 피압수자 등을 참여시켜 탐색하기 위한 필요한 처분도 적절히 행사할 수 있다고 보아야 한다. 형사소송법 제106조 제3항의 단서조항에 따라 압수·수색의 현장에서 범죄사실과 관련성이 있고, 그 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기 현저히 곤란하다고 인정되어 정보저장매체를 압수하는 경우 그 원본매체를 압수하기 위한 정보저장매체의 패스워드, 코드분리, 사무실 밖으로 반출을 위한 필요한 행위는 당해 압수·수색영장의 효력에 기인하는 정당하고 합법적인 필요한 처분으로서 당연히 인정된다고 보아야 한다.⁶¹⁾

2. 필요한 처분의 적용상 한계

가. 필요한 처분의 행사의 시기(始期)와 종기(終期)

필요한 처분의 행사의 시기(始期)와 종기(終期)는 원칙적으로 압수·수색영장의 집행 시기와 종기와 일치한다고 볼 수 있다. 하지만 이는 원칙적으로 그렇다는 것이지 반드시 그렇지 않을 수도 있다. 먼저, 필요한 처분을 행사할 수 있는 시기(始期)와 관련하여 문

61) 이러한 필요한 처분은 압수자의 입장에서 보면 필요한 처분을 하는 것이지만 피압수자(피처분자)의 입장에서는 압수자의 필요한 처분에 대한 협력의무로 볼 수 있다. 이러한 점에서 전자정보에 대한 압수·수색절차에서는 피압수자의 협력의무가 매우 중요하게 다가온다. 현재까지 정보저장매체에 대한 압수·수색절차에서 피압수자의 협력의무를 구체적으로 다루고 있는 글로는 이용, 『디지털 증거수집에 있어서의 협력의무』, 경인문화사(2016), 131~313면; 조광훈, “정보저장매체의 압수·수색절차에서 피압수자 등의 협력의무를 둘러싼 법적쟁점,” 사법 제38호, 사법발전재단, 2016. 12, 623~658면 참조.

제가 될 수 있다. 예컨대, 일정한 물리적 공간(장소)에 대하여 압수·수색영장을 집행하기 위하여 수사관들이 현장에 도착하였으나 영장의 집행을 착수하지 못하였을 경우(건물 밖 출입문에서 대기하는 경우), 잠겨 있는 출입문을 개봉하기 위하여 물리력을 행사하는 경우 등을 들 수 있다.

이 경우에는 형사소송법 제120조에서 규정하고 있듯이 영장집행기관이 피압수자 등에게 압수·수색영장을 제시하기 전일지라도 원활한 압수·수색영장을 집행하기 위한 각종 필요한 처분을 취할 수 있어야 한다. 만일, 압수·수색영장을 제시한 후에만 필요한 처분을 할 수 있다고 한다면 처음부터 압수·수색영장을 집행할 수 없게 되는 경우가 수도 없이 발생할 수 있게 되어 이는 매우 불합리하다. 따라서 필요한 처분을 행사할 수 있는 시기(始期)는 원칙적으로 압수·수색영장의 집행 개시와 같은 경우가 많을 것이지만 압수·수색영장의 집행시기(始期)와 밀접한 시간으로 이보다 다소 앞선 시기(始期)로 보는 것이 타당하다.⁶²⁾

다음으로, 필요한 처분을 행사할 수 있는 종기(終期)와 관련해서도 원칙적으로는 압수·수색영장의 집행의 종료시기와 같다고 보아야 한다. 하지만 종기(終期)도 압수·수색의 종료시점과 반드시 일치하지 않을 경우도 있다. 언뜻 보면, 형사소송법 제120조의 해석상 필요한 처분은 압수·수색의 영장을 집행에 착수시와 착수에 따른 불가피한 경우에만 필요한 처분을 할 수 있는 것으로 비춰질 수 있지만 필요한 처분은 압수·수색영장의 집행을 착수하여 집행 중임은 물론이고 종료된 직 후까지 인정된다고 보아야 한다. 따라서 수사기관이 물리적 공간에서 압수·수색을 종료(압수물에 대한 점유권의 취득)하여 압수물을 수사기관의 사무실로 옮기는 과정에서 필요한 처분을 할 수도 있을 것이다. 예컨대, 수사기관이 상표범위반의 압수물이 대량 보관되어 있는 창고를 압수·수색하여 많은 압수물을 수사기관의 사무실로 옮기지 못하여 제3의 창고로 옮긴다든지, 피압수자 등에게 자체보관을 하도록 하는 경우가 있다면 형식상으로는 압수·수색이 종료되었을지라도 수사기관이 압수물에 대한 원활한 점유권의 확보와 유지를 위하여 필요한 처분을 할 수

62) 대법원도 “... 검사, 수사관 등이 원심 판시 건물 고층에 위치한 경영기획실 등에 대한 압수·수색영장을 집행할 목적으로 위 건물 1층 로비에서 위 집행 장소로 이동하기 위하여 경비원들의 방해를 제지하고 엘리베이터에 탑승하는 과정에서 발생한 일련의 행위는 형사소송법제120조 제1항의 압수·수색영장의 집행에 필요한 처분으로서 집행의 목적을 달성하기 위한 필요 최소한도의 범위 내에서 그 수단과 목적에 비추어 사회통념상 상당하다...”고 판시한 바가 있었다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결).

있다고 보아야 한다. 다만, 이 경우에도 필요한 처분은 압수·수색이 종료된 시점과 필요 불가분의 경우에 한정하여야 하며 이를 무한적으로 확대·적용되지는 않는다고 보아야 한다. 무한적으로 확대·적용한다면 피압수자에게 불필요한 협력의무를 부과하는 것과 같기 때문이다.

나. 대인적·대물적 강제력의 한계

통상적인 압수·수색영장에 의한 압수·수색을 실시하는 경우에도 피처분자(피압수자)에 대하여 행사할 수 있는 강제력에도 한계가 존재한다. 압수·수색영장의 집행대상은 원칙적으로 영장에 적시되어 있는 장소에 한정되고, 압수·수색영장에 만일 대상자의 신체 수색도 포함되어 있다면 영장에 표시된 그 대상자에 대해서만 필요한 처분을 할 수 있다고 보아야 한다. 대물적 강제력도 마찬가지로 압수·수색영장에 명시된 장소 이외에는 원칙적으로는 필요한 처분에 포함되지 않는다고 보아야 한다. 또한 압수·수색영장에 명시된 피압수자(피처분자)에 대한 신체수색이나 신체검사가 명시되어 있다고 하더라도 피압수자의 인권과 명예감정을 고려한다면 일정한 한계가 존재하는 것으로 보는 것이 상당하다. 대물적 강제처분에서도 이와 같은 입장에서 그 한계가 존재한다.

문제는 압수·수색영장에 따라 필요한 처분의 대상이 되더라도 어느 정도까지 수인하느냐에 있다. 필요한 처분의 인적대상은 원칙적으로는 압수·수색영장의 집행 대상이 되는 피압수자가 될 것이지만 필요한 처분의 대상과 피압수자의 범위가 일치하지 않는 경우도 허다하다는 점에서 비록 피압수자는 아닐지라도 압수·수색영장이 집행되고 있는 일정한 물리적 공간에서는 압수·수색영장에 적시된 공간에 현재지는 대인적·대물적으로 모두 필요한 처분의 대상이 된다고 보아야 한다. 이를 테면, A장소에서 일정한 장소와 물건에 대하여 압수·수색을 실시하는 경우에서 압수·수색의 대상물건을 점유하고 있는 사람이 피처분자(피압수자)이라면 그 피처분자는 필요한 처분의 대상이 된다고 보아야 하며, 압수·수색영장의 집행자가 그 물건의 점유권을 확보하기 위하여 그 물건을 공유하고 있는 다른 점유자에 대하여도 필요한 처분을 할 수 있다고 보아야 한다.

이처럼 일정한 물리적 공간에 대한 압수·수색영장에 적시되어 있는 장소에 현재하고 있는 피압수자와 제3자는 원칙적으로는 필요한 처분의 대상이 된다고 보아야 한다. 또한 피압수자가 아닐지라도 압수·수색을 실시함에 있어 방해 또는 지장을 초래하거나 원할

한 압수·수색 영장의 집행을 위하여 그 장소⁶³⁾에 있던 피압수자가 아닌 제3자에 대해서도 필요한 처분을 행사할 수 있다고 보아야 한다.⁶⁴⁾ 이러한 경우에는 피압수자가 아닌 제3자도 필요한 처분을 수인하는 객체에 포함된다고 보아야 한다.⁶⁵⁾ 다만, 피압수자가 아닌 제3자가 압수·수색영장의 집행권자의 필요한 처분을 수인하여야 할지는 압수·수색영장을 집행할 당시에 압수·수색의 집행경위, 압수·수색의 대상과 제3자의 관계, 집행당시의 관련성 등을 종합하여 합리적으로 판단할 수 밖에 없다.

전자정보에 대한 압수·수색은 물리적 공간에 대한 압수·수색과는 달리 사이버 공간이라는 특징으로 인하여 제3자의 범위도 불확정적인 경우가 많다. 일정한 물리적 공간에서의 특정한 정보저장매체에 접속하여 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보를 압수·수색하는 경우라면 압수·수색영장을 집행할 당시에 그 물리적 공간에 있던 피압수자와 제3자도 필요한 처분의 객체가 될 것이다. 하지만 원격 서버에 대한 압수·수색의 경우라면 효율적인 압수·수색을 위하여 원격지에 있는 제3자에게도 필요한 처분을 할 수 있는 경우도 있을 것이지만 제3자의 범위는 매우 불확정적일 수가 있다. 마찬가지로 원격 정보 저장매체에 대한 압수·수색절차에서 필요한 처분의 대상이 되는 인적 범위도 일반 물건에 대한 압수·수색에서와 마찬가지로 전자정보에 대한 압수·수색의 집행경위, 전자정보의 대상과의 관계, 집행당시의 범죄사실과의 관련성 등을 종합하여 합리적으로 판단할 수 밖에 없을 것이다.⁶⁶⁾

63) 때로는 압수·수색영장을 집행할 당시의 그 장소가 아닌 제3의 장소에 있는 사람에게도 일정한 경우에는 처분을 행사할 수 있다고 본다. 예컨대, 수사기관이 압수물이 있는 장소를 압수·수색하여 압수물에 대한 점유권은 확보하였으나 그 압수물의 사용방법을 비롯한 압수물이 범죄사실과 관련성이 있는지를 확인하기 위하여 제3의 장소에 있는 압수물의 소유자, 간접점유자나 이해관계인 등에게 연락을 취하여 일정한 사항을 알아보거나 문의하는 것 등도 모두 필요한 처분의 범주에 속할 수 있다.

64) 最決 平成 6年 9月 8日(刑集 48卷 6号 263頁) 참조.

65) 만일, 제3자를 포함시키지 않는다면, 압수·수색영장을 집행자가 압수할 물건을 피압수자가 소지하고 있다가 제3자에게 건네주어 제3자가 압수·수색의 장소에서 이탈하더라도 아무런 제지를 할 수 없게 된다는 문제가 발생할 수 있기 때문이다.

66) 이와 관련하여 서울고등법원 2017. 6. 13. 선고 2017노23 판결에서 “...형사소송법 제120조 제1항에서 ‘압수·수색영장의 집행에 있어서는 간정(자물쇠)을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다’고 규정하고 있고, 위 규정이 검증영장을 집행하는 경우에도 준용되기는 하나, 간정을 열거나 개봉하여 압수·수색하는 장소 내지 대상물이 해외에 존재하여 대한민국의 사법관할권이 미치지 아니하는 해외 이메일 서비스 제공자의 해외 서버 및 그 해외 서버에 소재하는 저장매체 속 디지털 정보에 대하여 까지 압수·수색·검증영장의 효력이 미친다고 보기는 어렵다(이메일 서비스 제공자

다. 형사소송법 제216~217조의 적용상 한계

통상적인 압수·수색영장의 집행에서 요구되는 필요한 처분과 체포(현행범·긴급체포나 체포영장·구속영장에 의한 체포)현장이나 범죄현장에서의 수반되어 나타나는 압수·수색의 절차에서 요구되는 필요한 처분은 그 성격을 약간 달리보아야 한다. 왜냐하면, 통상적인 압수·수색영장에 의한 압수·수색의 절차는 형사사법기관의 본래의 의도가 압수·수색에 있음에 반하여 형사소송법 제216~217조는 대인적 강제처분에 수반되는 대물적 강제처분인 압수·수색으로 통상적인 압수·수색영장의 집행에 따르는 필요한 처분(신병확보에 따른 집행부수처분)이 수반될 수 밖에 없기 때문이다.⁶⁷⁾

수사기관이 현행범 체포, 구속영장이나 체포영장에 의한 체포를 함에 있어 피체포자의 신병을 확보한 후 대인적 강제처분을 할 수 있는 구속영장이나 체포영장에 의하여 대상자에 대한 신체수색은 당연히 허용된다고 볼 것이지만 통상적인 압수·수색영장의 집행이라면 피처분자(피압수자)에 대한 신체수색은 당연히 허용되는 것이 아니다. 후자의 경우, 피압수자의 신체수색이 허용되는 경우는 형사사법기관이 압수할 것으로 사료되는 물건을 대상자가 호주머니 등에 은닉하였을 경우나 이를 소지하고 있고, 이를 압수할 필요성이 있을 경우에 한하여 예외적으로 신체수색을 할 수 있다고 보아야 한다.⁶⁸⁾

이러한 경우는 형사소송법 제216조~제217조에 대인적 강제처분의 대상인 자에게 부수적으로 실시되는 압수·수색 절차에서 필요한 처분은 통상적으로 실시되는 압수·수색에서의 필요한 처분의 범위가 약간 넓다고 볼 수도 있다. 하지만 대인적 강제처분으로

가 외국 기업으로 서버가 해외에 존재하는 경우 대한민국의 사법관할권이 적용되지 아니하므로 수사기관이 정보저장매체에 물리적으로 접근할 수 있는 방법이 없고, 따라서 현재로서는 형사사법 공조절차를 거치거나 개별 이메일 서비스 제공자의 협조를 얻어 디지털 정보를 제공받아야 할 것으로 보이고, 궁극적으로는 관련 법령의 개정이나 관련 외국과의 조약 체결의 방법으로 해결할 문제라 할 것이다. 따라서 현행 형사소송법상의 압수·수색·검증제도로는 위와 같은 방식의 압수·수색·검증은 적법하다고 보기 어렵다...”고 판시한 바가 있다.

- 67) 피의자의 체포·구속을 위한 피의자의 수색절차에서 따르는 부수적 처분에서 형사소송법 제120조를 직접 적용할 수 있을 것인지, 유추 적용할 수 있을 것인지를 상세히 검토하고 있는 글로는 주현경, “체포·구속을 위한 피의자 수색 및 집행부수처분의 한계 -형사소송법 제216조 제1항 제1호 및 제219조 해석론-,” 안암법학 통권 제46권, 안암법학회, 2015. 1, 400~419면.
- 68) 여기에서 압수·수색이 가능한 경우는 피체포자의 외부에 대한 신체수색을 말한다. 따라서 피체포자의 신체수색이 아니라 체포현장, 범죄현장, 긴급체포된 피의자의 소유물 등에 대한 신체 이외의 장소나 물건에 대한 압수·수색이 필요한 경우에는 별도로 사후 영장을 받아야 한다는 점에서 피체포자의 신체수색과는 구별이 요구된다.

신체가 자유롭지 못한 상태에서 실시되는 압수·수색의 절차에서 행사되는 필요한 처분이 자칫 적법절차에 반할 소지가 있으므로 통상적인 압수·수색의 절차에서 행사할 수 있는 필요한 처분보다 신중하게 행사하여야 한다.⁶⁹⁾

라. 압수·수색영장의 집행상 한계

법관이 압수·수색영장을 발부할 때 압수·수색영장의 집행방법을 상세히 적시하였을 경우에도 영장을 집행하는 기관은 그 집행방법을 벗어나지 않는 범위 내에서 필요한 처분을 할 수 있다고 보아야 한다. 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 정보저장매체에 대한 압수·수색의 집행방법에서 구체적인 집행방법을 영장에 적시한 경우로 원본압수가 아닌 전자정보의 복제 또는 사본이나 출력하여 압수하는 것으로 집행방법을 한정하였다면 영장을 집행하는 기관은 영장을 집행함에 있어 필요한 처분도 영장의 집행방법의 범위 안에서만 가능하다고 보아야 한다.

정보저장매체의 압수·수색을 허용하는 영장에 법관이 압수대상 및 방법의 제한을 구체적으로 적시한 경우로서 압수할 목록에서 제외된 전자정보를 삭제·폐기 또는 반환하고 그 취지를 피압수자에게 통지하여야 한다거나 형사소송법 제106조 제3항에서 명시되어 있지만 정보저장매체의 복제 또는 사본의 출력물을 압수(복제 출력물 또는 사본 압수 원칙)하고 이것이 현저히 불가능한 경우에 원본압수를 예외적으로 허용한다는 압수·수색영장의 집행상의 허용범위를 구체적으로 제시하고 있다면⁷⁰⁾ 영장 집행기관은 그 구체적인 허용범위 내에서만 영장 집행을 위한 필요한 처분을 취할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 정보저장매체(원본)에 대한 복제나 사본의 출력물에 대한 압수가 충분히 가능함에도 원본을 압수하기 위한 필요한 처분을 하는 것은 자칫 위법한 집행이 될 수도 있으므로 상당한 주의를 요한다.⁷¹⁾ 또한 압수·수색영장을 집행하는 기관은 정보저장매체에

69) 주현경, 앞의 논문, 404면에서는 형사소송법 제219조는 체포·구속목적의 피의자 수색에 대하여 제120조를 준용하지 않는 것으로 보는 것이 타당하다고 한다.

70) 정보저장매체에 대한 압수·수색절차에서 법관에 의한 사전적·사후적 통제를 강조하고 있는 글로는 홍진표, “디지털 증거에 대한 압수·수색영장제도의 실무적 개선방안 고찰,” 사법 제50호, 사법발전재단, 2019. 12, 114~129면.

71) 한편, 법관이 압수·수색영장의 집행방법까지 사전에 구체적으로 제한하는 것이 과연 타당한 것인지에 대한 비판적 견해도 대두되기도 한다. 이에 대한 내용으로는 조성훈, “디지털 증거와 영장주의: 증거분석과정에 대한 규제를 중심으로,” 형사정책연구 제24권 제3호, 한국형사정책연구원,

대한 압수·수색영장을 집행하는 경우에는 형사소송법 제106조 제3항의 입법취지를 충분히 고려하여 복제 또는 사본출력물 압수의 원칙과 예외적인 원본압수를 철저히 준수하여야 한다.⁷²⁾

V. 압수·수색절차에서 필요한 처분의 유형별 검토

1. 압수·수색 현장의 접근을 위한 사술(詐術) 사용

압수·수색영장을 집행함에 있어서는 집행하는 장소가 있다. 유체물에 대한 압수·수색을 실시하는 경우에는 사무실, 주택을 비롯한 일정한 물리적 공간이 대상이 되고, 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보는 가상공간(사이버 공간)에 대한 압수·수색을 필요로 하게 된다. 그런데 압수·수색영장을 집행하는 형사사법기관이 유체물에 대한 압수·수색이 실시되는 공간을 진입함에 있어서도 처음부터 장소에 진입하는 것이 어려운 경우가 적지 않다. 가장 흔한 경우로는 건물 내부에 피압수자 등이 머물고 있음에도 불구하고 출입문(현관문)을 열어주지 않는 경우이다.⁷³⁾ 이러한 경우는 수사기관이 압수·수색할 장소에 진입하기 위하여 사술(詐術)을 사용하는 경우가 있는데, 이는 사회 상규상 허용되

2013, 142~145면; 백승주, “미국의 압수·수색영장 일부기각 및 압수방법 제한에 관한 실무연구: 디지털 증거를 중심으로,” 법조 통권 제682호, 법조협회, 2013, 231면 이하; 이러한 주장들은 다소 일리가 있다. 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색은 실제로 압수·수색영장을 집행하기 전까지는 현장의 상황을 모두 예측하기 어렵고 영장을 집행한 후 예기치 않은 다양한 상황이 발생할 수 있다는 점에서 법관이 영장을 발부하는 과정에서 영장의 구체적인 집행방법까지 상세하게 명시하여 발부하는 것이 과연 바람직한지는 곰곰이 생각해 볼 문제이긴 하다. 특히 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서는 더욱 그러한 측면이 강하다.

72) 이와 관련하여 대법원의 판결은 아니지만 최근 울산지방법원 2020. 8. 13. 선고 2019노138 판결에서는 수사기관이 전자정보를 압수하면서 압수·수색영장에 기재된 압수대상 및 방법의 제한을 위반하여 압수·수색한 경우는 수사기관의 증거수집 절차는 헌법과 형사소송법이 정한 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하므로 증거로 삼을 수 없다고 판시한 바가 있었다. 위 판례에서는 수사기관이 전자정보를 압수·수색함에 있어 형사소송법 제106조 제3항에서 규정하고 있는 『사본 또는 복제압수의 원칙』과 『예외적인 원본압수의 원칙』을 준수하려는 최소한의 노력조차도 하지 않았음을 이유를 들어 집행방법이 위법하다고 판단한 바도 있었다.

73) 미국은 이러한 경우, 경찰관은 Knock and Announce Rule의 원칙에 따라 압수·수색 또는 용의자 체포를 실시한다.

는 범위 내에서는 당연히 허용된다고 보아야 한다.⁷⁴⁾

아파트나 사무실 내부에 대하여 압수·수색영장을 집행하려고 할 때 건물 내부에서 피압수자 등이 현관문을 열어주지 않을 경우, 스스로 현관문을 열게 하기 위하여 압수·수색영장의 집행하는 수사관이 택배기사⁷⁵⁾, 우편배달원, 가스검침원⁷⁶⁾, 아파트 관리사무소 직원, 아래층에 사는 사람의 누수확인, 꽃배달 등으로 신분을 가장하여 사술(詐術)로 출입문을 열게 한 경우를 들 수 있다. 이러한 경우에는 압수·수색영장의 원활한 집행을 위한 필요한 처분에 속한다고 보아야 한다.⁷⁷⁾ 왜냐하면, 압수·수색영장의 집행을 하기 위하여 수사관의 신분을 밝히고 건물 안에서 문을 잠그고 관련 증거물을 은닉·파괴·손괴·변형 등을 하여 증거를 인멸할 가능성이 높을 뿐만 아니라 기회 제공형 함정수사와 비교해 보더라도 기망행위로 인한 상대방의 법익 침해는 거의 없기 때문이다. 또한 피압수자가 문을 잠그고 증거인멸을 할 수 있는데 하지 못했다는 것은 보호법익이 아니기 때문이다.⁷⁸⁾ 하지만 사술을 사용할지라도 필요 최소한도 내에서 사용하고 가급적 점유자에게 스스로 잠금 장치를 열도록 권하는 등의 방법으로 충분히 활용하여야 한다.⁷⁹⁾

74) 출입문을 끝내 열어주지 않을 경우에 형사소송법 제120조 본문의 “~진정을 열거나 개봉~”에 따라 강제로 열고 진입할 수 있다고 보아야 한다. 다만, 출입문을 강제로 여는 과정에서 출입문을 훼손하거나 파괴할 수 있느냐는 후술하는 바와 같이 금고를 개봉할 수 있는 것과 마찬가지로 종합적으로 판단할 수 밖에 없다.

75) 압수·수색할 수사관이 온 것을 알고서 현관문을 열지 않고 증거물을 훼손하거나 은닉할 것으로 예상되는 경우(大阪高判 平成 6년 4월 20일 高刑集 47卷 1号 1頁).

76) 노정환, “현행 압수·수색제도에 대한 비판적 고찰 -실무상 문제점을 중심으로-” 법조 통권 제643호, 법조협회, 2010. 4, 25면; 주현경, 앞의 논문, 402면.

77) 뿐만 아니라 압수·수색영장의 집행에 착수한 후에도 압수·수색영장의 효력에 따라 압수·수색의 현장에서 금고의 비밀번호를 알려달라고 하거나(배종대·홍영기, 앞의 책, 165면), 정보저장매체(컴퓨터)의 비밀번호를 알려달라고 하거나, 관계자들에게 피압수자의 행선지를 묻거나 연락처를 알려달라고 하거나, 전원을 연결해 달라는 등을 비롯하여 압수·수색영장의 집행하여 그 목적을 이루기 위한 사회적으로 허용되는 범위 내에서 필요한 처분을 할 수 있고 피압수자 등에게 일정한 행위를 할 수 있다고 보아야 한다.

78) 대검찰청, 앞의 책, 391면.

79) 노정환, 앞의 논문, 25면; 주현경, 앞의 논문, 402면; 한편 복제키를 이용하여 잠금장치를 여는 방법도 형사소송법 제120조의 필요한 처분에 해당한다는 견해(노정환, 앞의 논문, 25면)가 있으나 이는 사회적 상당성의 허용성의 범위를 벗어난 것으로 보는 것이 타당하다. 왜냐하면, 압수·수색절차에서는 원칙적으로 피압수자의 참여권을 보장하여야 할 것이므로 수사기관이 압수·수색영장을 집행하기 위하여 압수·수색영장을 집행할 장소에 도착하기도 전에 건물 안에 피압수자 등이 현재 하지 않은 것을 가정하여 미리 현관문의 열쇠를 복제해 놓고 있다가 피압수자 등이 스스로 잠금장치를 열도록 시도함도 없이 곧바로 임의로 열고 들어가는 것은 사회적 상당성을 충족한다고 보기

긴급한 사정도 없고 건물 안에 있는 사람이나 열쇠를 가지고 있다고 인정되는 사람에게 열쇠를 받아 열 수 있음에도 불구하고 이를 파괴하는 경우는 제120조의 요건을 일탈한 행위로 손해배상 책임을 인정할 수도 있을 것이다.⁸⁰⁾ 미국도 범죄수사에서 사술의 사용은 중요한 수사기법으로 오랫동안 인식되어 폭넓게 허용되어 왔다.⁸¹⁾ 하지만 이와는 달리 압수·수색영장의 집행을 개시한 후 영장을 집행하는 과정에서 사술을 사용할 수 있느냐를 본다면, 허용되지 않는다고 보아야 한다. 예를 들면, 압수·수색영장을 집행하여 그 장소를 수색하였으나 압수·수색의 목적물을 찾지 못하였을 경우, 피압수자 등에게 “해당 물건을 순순히 제출하면 선처를 해 주겠다”든지, “경한 처벌을 해 주겠다”는 취지로 고지하고서 물건이 숨겨 있는 장소를 알아내어 이를 수색하여 압수하였다든지, 스스로 제출하도록 하여 이를 압수하였을 경우에는 기망에 의한 피의자의 자백이 아닐지라도 형사소송법 제309조의 규정 등을 고려한다면 허용되지 않는 것으로 보아야 한다.

2. 사진 또는 영상촬영

압수·수색영장을 집행하는 과정에서 압수·수색할 장소의 내부를 사진이나 영상 촬영을 생각할 수가 있다. 실제로 도박현장, 폐기물 투기현장, 그 이외 일정한 범행이 현재 범하여지고 과정을 단속하는 과정에서 촬영하는 등 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 사진이나 영상촬영을 할 필요성이 큰 경우에는 실무에서는 많이 활용되기도 한다. 여기에서 사진촬영이 영장주의에 저촉되는 것인지, 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 당연히 취할 수 있는 부수적인 처분 즉, 필요한 처분으로 이를 허용할 수 있을 것인지를 검토할 필요가 있다.⁸²⁾ 사진촬영의 경우도 몇가지로 분류할 수 있다. 1) 증거가치의 보

어렵고 자칫 피압수자의 참여권을 침해시킬 우려가 있기 때문이다.

80) 일본에서는 이러한 사안에서 손해배상책임을 인정했다. 손해배상책임을 인정한 판례로는 東京 地判 昭和 29年 4月 24日(下民集 5卷 4号 530頁); 미국에서도 예외적인 상황(당사자의 동의, 공공장소 및 긴급하거나 위급한 상황의 존재)이 아닌 한 Knock and Announce Rule에 따라 노크한 후 15~20초를 기다려 스스로 문을 열 수 있도록 하는 것이 원칙적이다. 그렇지 않고 경찰관이 Knock and Announce Rule를 준수하지 않으면 손해배상책임이나 증거물에 대한 증거능력을 인정받지 못하게 된다.

81) John P. Besselman Senior Legal Instructor, 앞의 논문, 4p.

82) 판례는 영장 없는 사진촬영을 허용할 수 있는 경우로는 1) 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고(범죄혐의의 명백성), 2) 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 3) 일반적으로 허용되

전을 위한 촬영(증거물의 증거가치를 있는 그대로 보존하기 위하여 증거물을 발견장소 발견된 상태와 함께 촬영하는 유형, 2) 압수수색의 적법성을 담보하기 위한 촬영 3) 증거의 내용을 확보하기 위한 촬영(서류 및 도면 등의 내용의 촬영), 3) 이상의 혼합된 목적을 달성하기 위한 촬영 등으로 나눌 수 있다.⁸³⁾

생각건대, 압수·수색할 당시 압수·수색 후 절차 다툼에 대비하여 사진을 촬영하는 경우 사진촬영의 목적이 압수대상 증거물의 상황보전 및 압수절차의 적법성을 담보하기 위한 경우는 압수·수색영장이 집행되는 과정에서 사진촬영은 부수처분으로 원칙적으로 허용된다고 보아야 한다.⁸⁴⁾ 다만, 사진을 촬영함에 있어 압수·수색영장의 집행의 착수에서부터 종료에 이르기까지 압수·수색영장의 집행절차 전체가 허용된다고 보다는 압수·수색의 원활한 목적 달성을 위한 필요한 범위 내로 한정된다고 보아야 한다. 그러므로 수사관이 압수·수색의 대상이 되는 물건이 있을 것으로 생각되는 장소를 압수·수색하는 장면, 압수물의 모양, 상태 등의 촬영⁸⁵⁾, 그 과정에서 피압수자의 참여권 보장⁸⁶⁾, 압수목록의 작성 및 교부, 압수물을 확인하는 행위, 피압수자의 특이한 행동, 기타 압수·수색을

는 상당한 방법에 의하여 촬영된 경우에는 영장없는 사진촬영의 적법성을 인정하고 있다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결). 이에 관하여 일본에서도 압수·수색절차에서 사진촬영이 어디까지 허용할 수 있을 것인지에 관하여 학설이 나뉘고 있다. 이에 관한 내용으로는 星周一郎, 앞의 논문, 46~49頁 참조.

- 83) 名古屋地決 昭和 54年 3月 30日(判タ389号 157頁)、大阪地決 昭和 56年 8月 10日(判例集未登載)、東京地判 平成元年 3月 1日(判時1321号 160頁)、東京地決 平成 2年 1月 11日(刑集 44卷 4号 392頁), 最決 平成 2년 6月 27日(刑集 44卷 4号 385頁の原審)、高松高判 平成 12年 3月 31日(判時 1726号 130頁)(이상 星周一郎, 앞의 논문, 47頁 재인용).
- 84) 東京地決 平成 131判タ 725号 235頁; 이은모·김정환, 앞의 책, 314면; 신이철, 앞의 논문, 226면.
- 85) 岐阜地決 昭和 54年 3月 2日(体系警察判例 要録 補卷 85頁).
- 86) 이에 관하여 서울고등법원 2013. 2. 8. 선고 2012노805판결에서는 전자정보의 압수·수색에서 무결성 입증에 관한 영상촬영과 관련하여 “...무결성의 입증에 대한 입증여부는 압수·수색 영장의 집행이나 디지털증거의 복제, 분석절차 등에 참여한 수사관이나 디지털 포렌식 전문가 등 관련자 진술, 봉인 내지 재봉인 상태에 대한 검증결과 등 제반사정을 종합하여 객관적이고 합리적으로 판단하면 충분하고, 반드시 압수·수색 전 과정을 촬영한 영상녹화물의 재생 등 검증절차가 필요한 것은 아니라고 할 것이다(즉, 수사기관은 형사소송법 제219조, 제120조 1항에 의하여 압수·수색 집행에 있어서 압수·수색 영장의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한도에서 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법으로 필요한 처분을 할 수 있는바, 수사기관이 압수·수색을 하면서 그 상황을 촬영하는 것은 위 필요한 처분에 해당하는 것일 뿐, 그 자체가 공소사실에 대한 증거가 되는 것이 아니고 증거로 제출된 것이 아닌 이상 반드시 압수·수색 과정을 촬영한 영상녹화물의 재생이 필요한 것은 아니라고 할 것이고, 따라서 특별한 사정이 없는 한 법정에서 영상녹화물의 재생이 없다는 사정만으로 곧바로 무결성의 입증이 부족하다고 단정할 수는 없다...”고 판시하였다.

실시하는 과정에서 발생할 수 있는 적법절차와 밀접한 부분에 한하여 촬영이 허용되는 것으로 보아야 한다.⁸⁷⁾

증거물이 발견된 장소에서의 증거물의 증거가치를 그대로 보존하거나 압수·수색절차의 적법절차와 밀접한 부분을 자료로 남겨놓고자 한다면 그 집행상황을 촬영하는 것은 허용된다고 보아야 한다.⁸⁸⁾ 그러나 수사기관이 압수·수색영장을 집행하면서 사전에 언론매체에 대대적으로 알려져 기자들을 대거 대동하여 전 과정을 촬영하게 하는 경우는 허용되지 않는 것으로 보아야 한다.⁸⁹⁾ 그리고 압수·수색 장소를 빈틈없이 상세히 촬영하면서 압수·수색영장에 기재되어 있지 않은 물건이나 그 내용물을 촬영하는 것 또한 피사체의 형상 내용과 함께 압수·수색을 받은 피처분자에 대한 프라이버시 침해의 상태를 반영구적으로 남김으로써 피압수자의 불이익을 현저히 증대시킬 우려가 있으므로 허용범위를 넘어서는 것으로 보는 것이 타당하다.⁹⁰⁾ 이처럼 사진촬영에도 압수·수색의 필요성과 비례성을 충족시키는 범위 내에서만 제한적으로 허용된다고 보아야 한다. 하지만 사진촬영 또한 압수·수색의 절차에서 어느 범위까지 허용할 것인지도 압수·수색영장의 집행경위, 집행 장소의 상황, 압수·수색의 대상물의 존재 및 상황 등을 모두 종합하여 합리적으로 결정할 수 밖에 없다.⁹¹⁾

3. 피처분자의 신체수색과 신체검사

압수·수색영장에는 압수·수색의 대상이 어느 일정한 물리적 공간에 관해서는 압수·수색의 장소로 명시되어 있고, 피처분자의 신체에 대한 압수·수색이 명시되어 있지 않다면 피처분자의 신체에 대한 압수·수색이 가능한지에 관하여 논란이 될 수 있다. 예컨대, 수사기관이 일정한 물리적 공간(사무실, 주택, 자동차 등)에 대하여 압수·수색을 진행하

87) 다만, 피의자 등이 현행범일 경우에는 범행 모습을 촬영할 수 있다고 보아야 한다.

88) 日本 大津地判 昭和 60년 7월 3일 刑月 17卷 7号 721頁.

89) *Wilson v. Layne*, 526. U.S. 603, 610, 614 (1993).

90) 日本 名古屋地決 昭和 54년 3월 30일 判タ 389号, 157頁.

91) 2020. 10. 12. 대검찰청은 『인권 TF 개선방안(1차)의 주거지 등 압수·수색 분야』에 대한 방안에서 검찰이 주거지 등을 직접 압수·수색을 실시할 경우에는 당사자 거부나 이에 준하는 사정이 없는 한, 압수·수색의 집행착수 및 종료에 이르기 까지 각 단계를 원칙적으로 영상녹화를 하도록 하여 압수·수색절차에서 피압수자 등의 기본권을 더욱 강화하는 것을 골자로 하는 방안을 발표하였다.

고 있던 중, 압수·수색 현장에 있던 피압수자가 압수대상 물건을 자신의 호주머니에 몰래 숨겼을 경우, 더 나아가 신체의 은밀한 곳에 숨겼을 경우(은닉)하였을 경우, 영장집행자가 필요한 처분의 일환으로 피압수자의 신체를 수색하는 것을 허용할 것인가가 문제된다.⁹²⁾

이는 나누어 생각할 수 있다. 먼저, 압수·수색을 진행하던 중, 압수할 물건을 피압수자가 몰래 자신의 신체에 숨긴다든지, 주머니에 숨긴다든지, 건물 외부로 반출하려고 한다든지 하는 경우에 이를 제지할 수 있는가를 보면, 압수할 물건을 외투나 겹옷 호주머니 등에 숨겼을 경우에는 압수·수색영장의 효력에 의하여 신체수색의 일환으로 외투나 겹옷을 수색하여 이를 압수할 수 있다고 보아야 한다.⁹³⁾ 만일, 이를 허용하지 않는다면 압수·수색영장의 집행을 무력화하는 것이므로 당연히 압수·수색의 목적을 달성하기 위해서는 합리적 범위 안에서 취할 수 있는 필요한 처분으로 보는 것이 타당하기 때문이다.⁹⁴⁾ 다만, 이러한 경우에도 대상자(피처분자)가 압수·수색의 물건을 외투나 신체에 은닉하고 있다고 의심할만한 합리적이고 상당한 이유가 있고, 압수·수색영장에 의한 압수의 목적의 실효성을 위하여 대상자의 착의 신체를 수색할 필요가 인정되는 구체적인 상황이 있는 경우에는 허용된다고 보아야 한다.⁹⁵⁾ 하지만 이와는 달리 피압수자가 물건을 삼켰다든지, 피압수자의 속옷이나 신체의 더욱 은밀한 부분(팬티 속, 음부, 항문)에 삽입

92) 일본에서도 압수·수색영장으로 압수·수색영장을 집행할 당시에 그 장소에 있던 사람의 신체에 대한 수색은 허용되지 않는다는 견해(酒卷匡, 『刑事訴訟法』有斐閣, 2015, 113頁、白取祐司 『刑事訴訟法(第9版)』, 日本評論社, 2017, 136頁)와 법이 일정한 강제처분을 인정한 이상 그에 부수하여 그 목적을 달성하기 위하여 필수적이고 최소한의 범위 안에서 강제력을 행사할 것을 허용하고 있다는 제한적 긍정설(川出敏裕, 『令状による捜索(1)』松尾浩也・井上正仁編, 『刑事訴訟法判例百選(第7版)』, 有斐閣, 1998, 49頁, 星周一郎, 앞의 논문, 54-55頁)으로 나뉘고 있다.

93) 이재상, 『신형사소송법 사례(제3판)』, 박영사, 2008, 121면; 田口守一, 『刑事訴訟法(第4版)(補正版)』, 弘文堂2006, 87頁; 小川正持 『判批』 『最高裁判所判例解説刑事篇 平成6年度』, 1996, 113頁; 신이철, 앞의 논문, 226-227면; 일본에서는 이에 관한 최초의 사례는 압수·수색현장에 있는 피의자와 내연의 처(동거녀)가 휴대하고 있는 가방을 압수·수색한 경우(最決 平成6년 9월 8일 刑集 48卷 6號, 263頁), 압수·수색현장에 있는 사람들에게 대한 의복이나 신체수색을 하는 경우(東京高判 平成6년 5월 11일 高刑集 47卷 2號, 237頁)등도 모두 허용되는 필요한 처분으로 보고 있다.

94) 물론 이 경우에는 피처분자에 대한 인격권과 명예를 해하지 않도록 하고(형사소송법 제141조 제1항), 만일 피처분자가 여성이라면 의사나 성년의 여자를 참여하게 하는 등(형사소송법 제141조 제3항) 적법절차를 준수하여야 하는 건 물론이다. 피처분자가 여자이고 여자의 신체를 수색하는 경우는 성년의 여자만 참여하면 된다(형사소송법 제124조).

95) 東京 高判 平成 6年 5月 11日(判タ 861号 299頁).

하거나 은닉하였을 경우에도 당초의 압수·수색영장의 효력에 일환으로 즉 필요한 처분의 일환으로 신체를 강제 수색하여 압수할 수 있느냐 하는 문제가 남는다.⁹⁶⁾

피처분자의 인간의 존엄성(인격권)과 기본권과 인권침해의 소지를 감안하면 보다 엄격한 적용이 필요하다고 보아야 한다. 따라서 당초의 압수·수색영장으로는 집행이 불가능하고 피처분자에 대한 신체에 대한 압수·수색영장과 검증영장을 별도로 발부받아 대상자에 대한 체내수색을 하여 압수하여야 한다. 왜냐하면, 신체 외부(표면)이나 착의에서 증거물을 찾는 신체수색의 강제처분이 아니라 사람의 신체 자체를 검사의 대상으로 하는 강제처분으로 보아야 하기 때문이다.⁹⁷⁾

하지만 말처럼 그리 간단한 문제가 아니다. 신체에 대한 별도의 검증영장을 받아 피처분자에 대한 검증영장의 집행을 개시할 때 까지 피처분자에 대한 긴급체포나 대인적 강제처분이 가능하다고 단정할 수 없으므로 당초의 압수·수색영장의 집행을 잠시 중지⁹⁸⁾한 후 별도의 검증영장을 신속히 발부받아 신속하게 집행하는 수 밖에 없다. 한편, 우리나라의 판례는 피처분자를 대상으로 강제체혈과 강제체뇨를 하기 위하여 대상자를 임의 동행하거나 적정한 장소로 이동시키는 것도 압수·수색영장의 원활한 집행을 위한 필요한 처분의 일환으로 보고 있다.⁹⁹⁾ 일본의 판례도 마찬가지로 필요한 처분으로 보고 있

96) 여기에서는 사람의 신체자체를 검사의 대상으로 하는 강제처분인 신체검사는 사람의 신체를 검사 대상으로 하므로 검증의 성질을 갖는다. 따라서 신체검사에는 형사소송법 제140조, 제219조가 적용된다. 이에 반하여 신체수색은 신체 외부(표면)와 착의에서 증거물을 찾는 강제처분으로 형사소송법 제109조, 제219조가 적용된다.

97) 신체검사는 오관의 작용에 의한 것으로 전문적 지식과 경험을 요하는 오관의 작용에 의한 것으로 검증의 성질을 갖고 있어 신체수색보다 더 엄격한 검사가 요구되므로 압수·수색영장과 검증영장을 모두 필요로 한다.

98) 형사소송법 제127조(집행중지와 필요한 처분) 압수·수색영장의 집행을 중지한 경우에 필요한 때에는 집행이 종료될 때까지 그 장소를 폐쇄하거나 간수자를 둘 수 있다.

99) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결에서는 수사관이 마약을 투약한 사람의 소변을 채취하기 위하여 대상자에게 임의동행을 요구하였으나 대상자가 이를 거부한 경우, 소변채취를 위하여 적절한 장소로 이동시키는 것을 형사소송법 제120조의 필요한 처분으로 판단하였다. 그리고 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258판결에서는 “...수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 혈액을 취득·보관하는 행위는 법원으로부터 감정처분허가장을 받아 형사소송법 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에 의한 ‘감정에 필요한 처분’으로도 할 수 있지만, 형사소송법 제219조, 제106조 제1항에 정한 압수의 방법으로도 할 수 있고, 압수의 방법에 의하는 경우 혈액의 취득을 위하여 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 혈액의 압수를 위한 것으로서 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에 정한 ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’에 해당한다...”고 판시하였다.

다.¹⁰⁰⁾

4. 피처분자의 이동 및 행위제한

압수·수색영장을 집행하다 보면, 집행현장을 통제하지 못하면 사실상 필요한 처분도 무의미해 질 수 밖에 없다. 압수·수색을 하는 도중에 피처분자가 압수물을 몰래 숨기고 건물 밖으로 나간다든지¹⁰¹⁾, 압수할 물건을 번기나 휴지통(쓰레기통)에 버린다든지, 은밀한 곳에 숨긴다든지, 외부인과 몰래 통화(문자메시지, 이메일 전송)하는 등의 압수·수색을 방해하는 다양한 행위가 나타날 수 있다. 실제로도 그러한 행위가 많이 발생한다. 특히 압수·수색이 진행되는 도중에 피압수자(피처분자)가 아닌 제3자가 수사관의 감시가 소홀한 틈을 이용하여 외부인과 통화하거나 연락을 취하여 증거인멸을 지시(통모)하거나 압수·수색의 방해를 불러올 수 있다. 따라서 이를 방지하기 위하여 휴대전화(또는 일반전화), 이메일, SNS를 통한 발신 또는 수신을 일정한 한도 내에서 제한할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 피처분의 대상은 피압수자 뿐만 아니라 압수·수색이 실시되고 있는 장소의 물리적 공간에 있던 제3자도 대상이 된다고 보아야 한다. 여기에서 물리적 공간은 특정한 물리적 공간만을 지칭하는 것으로 보아야 하며, 압수·수색의 대상이 되지 않은 같은 건물 중 다른 물리적 공간에 머물고 있는 제3자는 이에 포함되지 않는다고 보아야 한다.¹⁰²⁾

압수·수색이 이루어지는 물리적 공간에 대해서는 형사소송법 제219조, 제119조, 제127조에 따라 피압수자(피처분자)에 대한 일정한 이동 및 행위를 제한할 수 있다. 하지만 압수·수색영장의 집행 중에는 집행 장소에 대한 타인의 출입을 금지할 수 있는 것은 형사소송법 제119조에 따라 취할 수 있는 처분이지만 압수·수색장소 내에서 일정한 이

100) 最決 平成 6年 9月 16日(刑集 48卷 6号 420頁); 일본의 경우도 강제체혈을 위하여 대상자를 일정한 장소로 데려가는 것에 관하여 하급심은 긍정하는 판결과 부정하는 판결로 나누어져 있었으나 위와 같은 결정으로 필요한 처분으로 확립되었다(池田修·前田雅英, 『刑事訴訟法講義(第6版)』, 東京大學 出版會, 2018, 195頁).

101) 東京高判, 1992년 10월 15일(高刑集 45卷 3号 101頁).

102) 예컨대, A빌딩(지상 10층, 지하 2층)에 대한 압수·수색에서 그 일부 층(8~9층)만 압수·수색의 장소이고 나머지 층은 압수·수색의 대상이 아니라면 압수·수색의 장소가 되는 8~9층에 머무르는 피압수자와 제3자가 피처분자가 될 것이다.

동이나 행위의 제한은 형사소송법 제120조에 따라 적절한 처분이 가능하다고 보아야 한다. 다만 피처분자의 이동 및 행위를 제한하는 것도 압수·수색의 현장에 있는 모든 사람들을 대상으로 무한정으로 제한할 수 있다기 보다는 피압수자와 범죄사실과 관련된 사람, 압수할 물건의 점유자, 소유자, 이해관계에 있는 사람 등에 한정된다고 보아야 한다. 또한 이런 사람들일지라도 압수·수색영장의 집행 중에는 집행자의 허가를 얻지 않고 그 장소에 출입하는 경우, 압수·수색영장의 집행을 저해하거나 방해할 수 있을 것이라는 합리적 의심이 든다면 이들에게도 필요한 처분을 할 수 있다고 보아야 한다.¹⁰³⁾ 출입을 제한하더라도 형법상 감금에 정도에 이르러서는 안될 것이다. 이 또한 압수·수색영장이 집행되는 현장에서의 피처분자의 이동 및 일정한 행위의 제한하는 것도 압수·수색의 필요성과 긴급성, 압수·수색영장의 집행자의 의도, 피압수자의 행동이나 태도, 피압수물의 가치, 손해 및 원상회복의 곤란성, 증거물의 가치와 훼손, 원형의 변형의 억제 필요성 등을 종합하여 합리적이고 구체적으로 판단할 수 밖에 없다.

5. 전자정보의 압수·수색에서 필요한 처분

정보저장매체에 대한 압수·수색절차에서 해당 정보저장매체는 물론이고 서버에 대한 압수·수색의 일환으로 전자정보의 탐색, 해당 범죄사실과 관련성 있는 전자정보의 복제·출력 등은 압수·수색영장의 효력에 의하여 당연히 허용되는 것으로 보아야 한다. 이를 전자정보의 출력행위를 필요한 처분행위로 보는 견해¹⁰⁴⁾들도 있으나 이는 필요한 처분이라기보다는 본래의 압수·수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다.¹⁰⁵⁾ 왜냐하

103) Richards V. Wisconsin. 520 U. S. 385, 394 (1997); 미국의 경우 주택을 압수·수색하는 동안 장소의 점유자를 현장에 있게 하거나 일시적으로 구금하는 것도 허용되는 경우도 있다(Michigan v. Summers, 452 U.S. 692, 704~705 (1981)).

104) 김정환, 『실무 형사소송법(2018년 개정판)』, 준커뮤니케이션, 2018, 307면; 신이철, 앞의 논문, 225면 각주 19; 이재상·조균석, 『형사소송법(제12판)』, 박영사, 2019, 321면 각주 5; 손동권·신이철, 앞의 책, 303면 각주 216.

105) 판례는 수사기관이 적법하게 취득한 인터넷 서비스 이용자의 이메일 주소와 암호를 이용하여 한국인터넷진흥원의 컴퓨터에 의하여 이용자의 중국 이메일 계정에 접속한 뒤 화면캡처나 내려받기로 전자정보를 압수·수색한 사안에서 원격 압수·수색과 역외 압수·수색은 적법하다고 보았다. 판례는 이와 같은 수사기관의 행위는 형사소송법 제120조 제1항에서 정한 압수·수색영장의 집행 절차에서의 필요한 처분으로 보고 있다(대법원 2017. 11. 29 선고 2017도9747 판결). 반면, 일본

면, 정보저장매체에서 관련성 있는 전자정보를 복제하거나 출력하는 행위까지도 모두 압수·수색의 일환으로 보아야 하기 때문이다. 더 나아가 수사기관이 정보저장매체에 대한 압수·수색이 이루어지는 현장에서 복제 또는 출력이 아닌 정보저장매체(원본)를 압수하는 경우와 같이 예외적으로 원본을 압수할 필요성이 있어 원본매체를 수사기관의 사무실 등으로 옮기거나 분석기기¹⁰⁶⁾가 있는 곳으로 옮기는 행위도 전체적으로 압수·수색영장의 효력에 의한 압수·수색의 일환으로 보아야 하므로¹⁰⁷⁾ 애초에 발부받은 압수·수색영장의 효력에 의하여 인정되는 것으로 보는 것이 타당하다.

이러한 상황에서 전자정보를 출력하는 경우도 해당 범죄사실과 관련성이 있는 부분에 한정하여 출력하여야 하며, 기존의 압수·수색영장으로 전자정보를 탐색하던 중, 해당 범죄사실과 관련성이 없는 부분과 관련한 별도의 범죄사실을 인지하였을지라도 이를 복제·출력·탐색하지 못하여 별도의 압수·수색영장을 발부받지 못하는 한 더 이상 필요한 처분을 취할 수 없다고 보아야 한다. 또한 당초의 압수·수색영장이 기하여 부득이한 사유로 정보저장매체를 외부장소(수사기관의 사무실 등)로 반출하여 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보를 탐색하거나 관련성이 있는 부분에 한정하여 출력하는 행위도 당연히 허용된다고 보아야 한다. 이때의 행위는 필요한 처분의 일환이 아니라 압수·수색영장의 효력에 의하여 당연히 인정되는 것으로 보는 것이 타당하다.¹⁰⁸⁾

의 경우는 이와 유사한 사례(최초의 압수수색영장에는 이른 바 원격 액세스에 의한 복사의 처분이 허가되었지만 압수수색영장을 집행할 때 아이디와 패스워드를 몰라 집행하지 못하다가 나중에 메일 서버에 접속하여 아이디와 패스워드를 파악한 후 별도의 압수수색영장을 발부받아 집행하였으나 이는 불법이므로 검증조서의 증거능력을 부정하였다. 이 사안에서 외국의 서버(정보저장매체)에 대한 영장 집행을 집행하는 과정에서 과연 형사소송법 제111조의 필요한 처분의 해석론으로 가능한지에 관하여 의문을 던지고 있다. 이에 대해서는 星周一郎, 앞의 논문, 64~65頁).

106) 예컨대, 수사기관의 사무실(증거선별실)을 들 수 있다.

107) 대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정.

108) 이에 대한 상세한 내용은 조광훈, “정보저장매체의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토,” 형사법의 신통항 통권 제44호, 대검찰청미래기획단, 2014. 9, 3175면; 이에 대하여 수사기관의 압수절차의 종료 이후에 실시하는 내부적인 압수물의 분석행위도 순수한 분석행위가 아니라 압수·수색영장의 연장선상에서 압수·수색의 일환으로 보는 견해(노수환, “디지털 증거의 압수·수색절차상 당사자의 참여권 및 별건 관련성 없는 증거의 압수요건 -대법원 2015. 7. 16.자 2011도1849 전원합의체 결정-,” 법조 제65권 제7호, 법조협회, 2016, 652-655면; 김혜미, “디지털 압수·수색 집행절차상 문제점과 피의자 방어권의 보장방안 -사전제한으로서 집행방법 제한의 영장기제를 중심으로-,” 법학연구 제23권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2020, 6, 214면)가 있다. 하지만 증거물의 가치를 정보저장매체(원본)에 두어 원본을 압수하였다면 수사기관이 점유권을 취득한 시점에 압

원본매체에서 유관정보와 무관정보를 구분하여 압수·수색현장에서 이를 복제하거나 사본하여 제출받았다면 현장에서 압수·수색의 절차는 종료되었으므로 그 후에 수사기관의 사무실에서 전자정보에 대한 탐색·복제·출력하는 경우에는 참여권을 보장할 필요는 없다.¹⁰⁹⁾ 결국 정보저장매체에 대한 압수·수색영장의 집행절차에서 필요한 처분은 압수·수색영장을 집행하여 그 집행이 종료될 때 까지 압수·수색의 목적을 달성하기 위하여 불가피하게 수반되는 처분으로 이해할 수 있다. 즉 피압수자 등에게 정보저장매체의 위치, 작동방법, 프로그램을 쉽게 검색할 수 있는 설명을 요구하는 행위, 압수·수색현장에서 정보저장매체(원본)를 찾기(수색)위한 수사관들의 일체행위, 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보를 효율적으로 탐색하기 위한 방법을 찾는 행위, 전자정보에 대한 수색(탐색, 검색)·선별·복제·출력, 삭제된 파일의 복구, 이미징을 위한 각종 처분, 피압수자 등의 참여권의 보장을 위한 피압수자 등과 상의, 압수목록을 교부를 둘러싼 사항, 범죄사실과 관련성 있는 전자정보를 추출함에 있어 무결성과 원본성을 유지를 비롯한 각종 필요한 처분을 할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 필요한 처분이 무엇인지는 압수·수색영장을 집행할 당시에 구체적인 상황에 따라 매우 가변적으로 나타날 수 밖에 없으므로 마찬가지로 어느 범위까지 필요한 처분을 행사할 수 있을 것인지는 모든 것을 종합하여 합리적으로 결정할 수 밖에 없을 것이다.

V. 나오며

지금까지 압수·수색영장의 집행절차에서 압수·수색의 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 수반되는 ‘필요한 처분’의 의미와 한계를 검토하였다. 압수·수색은 피처분자의

수·수색은 종료된 것으로 보아야 하며, 증거물의 가치를 정보저장매체에 두지 않고 원본매체에 저장되어 있는 전자정보에 가치를 두고 있다면 범죄사실과 관련성이 있는 부분과 없는 부분을 탐색하는 부분까지도 압수·수색영장의 집행의 연장선으로 생각할 수도 있다. 따라서 이 경우에는 피압수자 등의 참여권을 보장하여야 하며 그렇지 않으면 위법한 것이 된다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도10508 판결). 또한 정보저장매체를 압수한 현장에서 범죄사실과 관련성이 있는 부분 전자정보만을 사본하거나 출력하였다면 이는 현장에서 압수·수색이 종료되었고 이를 수사기관의 사무실로 옮겨 다시 탐색하는 것은 순수한 분석행위로 보는 것이 타당하다.

109) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결.

기본권과 재산권의 제한이 불가피하게 수반되는 국가의 적법한 강제력이지만 이러한 강제력은 압수·수색의 목적을 달성하기 위한 최소한의 필요한 범위 내에서 적법절차의 틀 속에서 행사하여야 하고 불필요하게 수인의 한도 범위를 넘어서 행사하는 것은 자칫 적정절차의 논란을 야기할 소지가 있다.¹¹⁰⁾ 따라서 압수·수색절차에서 필요한 처분의 의미와 한계에 관한 합리적인 기준의 설정이 요구된다.

압수·수색절차에서 필요한 처분을 할 수 있는 범위가 어디까지 허용되는 것인지는 압수·수색할 당시에 구체적 상황을 종합하여 집행기관이 압수·수색영장을 집행하여 이를 달성할 수 있는 범위 내에서의 필요한 강제력을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 압수·수색영장의 집행절차에서 필요한 처분이 무엇인지를 명확히 할 수는 없을지라도 압수·수색영장의 집행과정에서 발생하였던 많은 사례에서 공통적으로 추출할 수 있는 사항을 토대로 합리적 기준을 설정하는 것이 필요하다. 그것은 압수·수색영장이 발부되었더라도 압수·수색의 목적을 달성하기 위한 국가의 강제력을 무한적으로 부여받았다고 볼 수는 없고 영장집행기관이 필요한 처분을 함에도 압수·수색에서 요구되는 필요성·비례성·관련성의 원칙이 그대로 적용되어야 하기 때문이다. 무엇보다도 압수·수색영장의 집행은 대인적 강제처분 못지않게 피처분자(피압수자)의 기본권과 재산권을 제한하는 강제처분이므로 피압수자의 재산권과 인권을 보호하기 위한 영장집행기관의 스스로 품격있고 절제 있게 집행하여야 한다.

110) 한편 형사소송법 제120조에서 말하는 필요한 처분은 일본 형사소송법의 영향으로 입법된 것으로 일본 형사소송법 제111조는 1922년에 제정된 舊 일본 형사소송법 제146조를 그대로 입법화한 것으로 당시에는 예시적 규정으로 별다른 존재 의미가 없었으나 100년이 지난 현재의 복잡해진 범죄유형과 영장집행을 둘러싼 배경도 크게 변하고 있어 이 조항에 대한 개정도 요구되는 측면도 있다(星周一郎, 앞의 논문, 62~63頁 참조).

참고문헌

1. 국내문헌

- 김정환, 『실무 형사소송법(2018년 개정판)』, 준커뮤니케이션, 2018.
- 대검찰청, 『검찰수사 실무전범(I)』, 대검찰청, 2008.
- 배종대·홍영기, 『형사소송법(제2판)』, 홍문사, 2020.
- 손동권·신이철, 『형사소송법』, 세창출판사, 2019.
- 손지영·김주석, 『압수·수색절차의 개선방안에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서 2016~7, 대법원 사법정책연구원, 2016.
- 이은모·김정환, 『형사소송법(제17판)』, 박영사, 2019.
- 이재상·조균석, 『형사소송법(제12판)』, 박영사, 2019.
- 이재상, 『신형사소송법 사례(제3판)』, 박영사, 2008.
- 이주원, 『형사소송법』, 박영사, 2019.
- 이창현, 『형사소송법(제3판)』, 입추출판사, 2017.
- 김혜미, “디지털 압수·수색 집행절차상 문제점과 피의자 방어권의 보장 방안 - 사전제한으로서 집행방법 제한의 영장기재를 중심으로-,” 법학연구 제23권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2020. 6.
- 노수환, “디지털 증거의 압수·수색절차상 당사자의 참여권 및 별건 관련성 없는 증거의 압수요건 -대법원 2015. 7. 16.자 2011모1849 전원합의체 결정-,” 법조 제65권 제7호, 법조협회, 2016.
- 백승주, “미국의 압수·수색영장 일부기각 및 압수방법 제한에 관한 실무연구: 디지털 증거를 중심으로” 법조 제682호, 법조협회, 2013.
- 신이철, “수사기관의 압수·수색영장 집행절차와 제한규정,” 중앙법학 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009. 8.
- 조광훈, “정보저장매체의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토” 형사법의 신동향 통권 제44호, 대검찰청미래기획단, 2014. 9.
- _____, “정보저장매체의 압수·수색절차에서 피압수자 등의 협력의무를 둘러싼 법적정

- 점, 사법 제38호, 사법발전재단, 2016.
- 조성훈, “디지털 증거와 영장주의 : 증거분석과정에 대한 규제를 중심으로,” 형사정책연구 제24권 제2호, 한국형사정책연구원, 2013.
- 주현경, “체포·구속을 위한 피의자 수색 및 집행부수처분의 한계 -형사소송법 제216조 제1호 및 제219조 해석론,” 안암법학 통권 제46호, 안암법학회, 2015. 1.
- 최용성·곽대훈, “현행 압수·수색제도의 문제점과 개선방안: 정보저장매체의 특성을 중심으로,” 한국공안행정학회보 제76호 2019.
- 홍진표, “디지털 증거에 대한 압수·수색영장 제도의 실무적 개선방안 고찰,” 사법 제50호, 사법발전재단, 2019. 12.

2. 국외문헌

- John P. Besselman Senior Legal Instructor, “THE KNOCK AND ANNOUNCE RULE: “KNOCK, KONOCK, KNOCKING ON THE SUSPECT'S DOOR,”https://www.fletc.gov/sites/default/files/imported_files/training/programs/legal-division/downloads-articles-and-faqs/research-by-subject/4th-amendment/knockan <최종 접속일 : 2020. 11. 14.>
- David M. Jones, “What does ‘knock and announce’ mean? An analysis of *Wilson v. Arkansas* and its progeny,” *American Journal of Criminal Justice* volume 26, 2002.
<https://link.springer.com/article/10.1007/BF02887832> <최종 접속일: 2020. 11. 14.>
- Erin Elizabeth Cassinelli, "Constitutional Law-Fourth Amendment-Knock and Announce: The Ninth Circuit Knocks and the Supreme Court Announces a Re-Emphasis on the Case-by-Case Analysis. *United States v. Banks*, 540 U.S. 31 (2003)," *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Volume 27, Issue 2, Article 3, *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, 2005.

- 賴三郎, 『刑事訴訟法論(訂正再版)』, 1917.
- 小山松吉, 『刑事訴訟法提要上卷』, 1925.
- 宮本英脩, 『刑事訴訟法大綱』, 松華堂, 1936.
- 井上正治, 『全訂刑事訴訟法原論』, 朝倉書店, 1952.
- 小野清一郎, 『刑事訴訟法概論』, 有斐閣, 1954.
- 平場安治, 『改訂 刑事訴訟法講義』, 有斐閣, 1954.
- 岸盛一, 『刑事訴訟法要義(新版 第5版)』, 廣文堂, 1971.
- 田宮裕, 『刑事訴訟法(新版)』, 有斐閣, 1996.
- 浩也·井上正仁編 『刑事訴訟法判例百選(第7版)』, 有斐閣, 1998.
- 松尾浩也·井上正仁編, 『刑事訴訟法判例百選(第7版)』, 有斐閣, 1998.
- 田口守一, 『刑事訴訟法(第4板)(補正版)』, 弘文堂, 2006.
- _____, 『刑事訴訟法(第6板)』, 弘文堂, 2012.
- 上口裕, 『刑事訴訟法(第4版)』 成文堂, 2015.
- 酒卷匡, 『刑事訴訟法』, 有斐閣, 2015.
- 白取祐司, 『刑事訴訟法(第9版)』, 日本評論社, 2017.
- 池田修·前田雅英, 『刑事訴訟法講義(第6版)』, 東京大學 出版會, 2018.
- 星周一郎, “必要な處分” 規定の必要性,” 都法 60卷 2号, 首都大學 東京 法學會, 2020. 1.
- 法曹會編, 『刑事訴訟法案理由書, 1922.
- 法務廳檢察局總務課編, 『改正刑訴法提案理由書——附改正法律案主要改正点』, 1948.
- 小川正持, 『判批』 『最高裁判所判例解説刑事篇 平成 6年度』, 1996.
- 永井敏雄, 『判批』 『最高裁判所判例解説刑事篇 平成 14年度』, 2005.
- 入江猛, 『判批』 『最高裁判所判例解説刑事篇 平成 19年度』, 2011.

The Meaning and Limit of the Other 'Necessary Disposition' in the Execution Procedure of Search · Seizure Warrant

Cho Gwang-hoon*

Necessary disposition is required in many cases for executing search · seizure warrant smoothly. For the necessary disposition, legal force criminal justice institutes may or may not be required. However, necessary disposition right which is accompanied inevitably for smooth execution of search · seizure warrant has specific limit and restriction, so it must be executed within the limit that 'necessity', 'proportionality' and 'relevance' of search · seizure are acknowledged. And even in case of exercising necessary disposition right for achieving a goal of effective search · seizure, it is restricted by the limits of the first and last phase of exercise of necessary disposition right for executing search · seizure warrant, material · interpersonal limit, limit in application of the Article 216 ~ 217 of the Criminal Procedure Act and limit in executing search · seizure warrant. The scope of exercise of necessary disposition right must be judged through a rational decision on the purpose and details of execution of search · seizure warrant, necessity and urgency of search · seizure, intent of executor, attitude of person subject to seizure, value of the object of seizure, damage and difficulty of restoration, cause and method of disposition etc. As main types of necessary disposition right, use of deception for smooth access to the place of execution of search · seizure warrant, photography shooting(video recording) of the place of execution of search · seizure warrant, body search · physical examination of person subject to disposition, restriction on the movement and behavior of person subject to disposition, necessary disposition in search · seizure of electric information shall also be considered. More than anything

* Seoul East District Prosecutor's Office Chief Tribunal, Ph.D. in Law

else, necessary disposition right which can be exercised for effective execution search · seizure warrant may cause violation of human or property rights of person subject to disposition, so it must be exercised within the minimum range on the frame of due process of law.

❖ key words: search · seizure, search · seizure warrant, in rem constraint disposition, necessary disposition, body search