

# 「형사소송법」 제216조 제1항 제1호의 위헌성에 관한 연구 - 심판대상조항의 해석론을 중심으로 -

A Study of the Unconstitutionality of Provisions of  
「Criminal Procedure Law」 Article 216 Clause 1 Number 1  
- Centering Around Interpretation of Provisions Subject to Judgment -

최용성\* · 강동욱\*\*

## 차 례

- |                         |                          |
|-------------------------|--------------------------|
| I. 문제의 제기               | III. 현재 심판대상조항의 합리적 해석검토 |
| II. 현재 심판대상조항의 구체적 요건해석 | IV. 결론: 입법적 제언           |

## • 국문요약 •

본고는 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)인 필요한 때의 의미를 현재가 제시한 그 예외인정 요건 중 (a) 피의자가 그 장소에 소재할 개연성을 의미하는 것인지? (b) 사전에 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정을 의미하는 것인지? (c) (a)와(b) 모두를 요구하는 것인지? 아니면 본고가 제시한 (d) 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것인지? 여부를, 「동법」 제216조 제1항 제1호의 개별조항에 의한 단순한 해석이 아닌 제216조 제1항 제2호 및 제3항, 제217조

제1항의 관련조항 그리고 제106조, 제107조, 제109조 등 다른 관련조항 전체에 대한 복잡한 해석을 통하여, 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2(심판대상조항)에 관한 필요한 때의 의미를 합리적으로 고찰해보고자 하는데 그 목적이 있다. 그 결과, (가) 심판대상 아닌 조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조에 관한 부분)의 경우에는 피의자 수색에 앞서 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되어, 「헌법」제16조의 사전영장주의예외를 인정할 수 있었다. 반면, (나) 심판대상조항(제216조 제

\* 동국대학교(서울) 법과대학 박사과정, 제1저자.

\*\* 동국대학교(서울) 법과대학 교수, 교신저자.

1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)의 경우에는 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성만 있으면 포괄적 수색이 허용되어, 앞에서의 현행범인 체포 및 긴급체포와 동가치적인 「헌법」 제16조의 사전영장주의예외를 인정할 수 없었다. 따라서 (가) 심판대상 아닌 조항의 경우에는, 체포·구속(제200조의3 등)을 전제하거나 수반하는 압수·수색의 긴급성을 제한적으로 허용할 필요가 있으며, 반면에 (나) 심판대상조항의 경우에는, 체포·구속영장(제200조의2 등)의 적법한 집행범위 내에서 개연성의 기본적 사실동일성과 관련성이 있으면 이에 부수적으로 압수·수색을 가급적 허용하는 것이 필요할 것으로 본다. 그러므

로 본고의 복잡한해석론에서 비롯된 (a)와 (d)로 보는 견해가 현재의 합리적해석론에 비추어볼 때 타당하다고 보며, 앞서 제시한 관련조항의 필요성 등 이외에도 다른 관련조항의 관련성요건을 추가함으로써 심판대상조항에 대한 하나의 동가치적해석일 뿐만 아니라 그 긴급성요건을 요하는 심판대상 아닌 조항과 이가치적인 사전영장주의예외를 인정할 수 있다고 본다. 결론적으로, 현재의 심판대상조항에 대한 위헌성은, 본고의 복잡한해석론에서 비롯한 한정합헌결정을 내리는 것이 타당하다고 생각하며, 아울러 그 심판대상조항에 대한 합리적 입법방안을 제시하였다.

◆ 주제어 : 압수와 수색, 영장주의의 예외, 개연성(필요성) 및 긴급성 그리고 관련성, 심판대상조항, 동가치적조항.

## I. 문제의 제기

현행 「형사소송법」 상의 대물적 강제처분인 압수·수색에 관한 ‘영장주의’는 「헌법」 제12조 제3항(신체의 자유)과 제16조(주거의 자유)의 요청으로서, 수사기관(이하 검사 또는 사법경찰관이라 한다.)의 압수·수색에 대한 사법적 통제에 의하여 개인의 재산권, 주거권, 인격권 등 기본적인 ‘인권’을 보호하려는 데에 그 목적이 있다.<sup>1)</sup> 즉, 이러한 영장주의는 제3의 독립기관인 법관의 사법적 역할을 통하여 그 수사기관의 강제적인 압수·수색을 방지하고, 「헌법」상의 기본권을 보장하며, 사법기관

1) 임동규, 형사소송법, 법문사, 2019, 170-171쪽; 전승수, “압수·수색상 관련성의 실무상 문제점”, 형사법의신동향, 제49권 제6호, 2015, 41-42쪽.

인 법관의 영장에 의하여 강제처분의 집행을 통제하고 있다. 더구나, 「헌법」 제12조 ‘제3항’(신체의 자유)과 ‘제16조’(주거의 자유)는 입법취지가 다르지만, 위와 같이 영장주의에 의한 「헌법」상의 ‘기본권’을 보장한다는 점에서 제16조의 영장주의를 해석하는데 제12조 제3항의 입법요소도 함께 고려해야 한다. 다만 「헌법」 제12조 제3항(신체의 자유)에는 “압수 또는 수색을 할 때 ~ 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄 ~ 사후에 영장을 청구할 수 있다.”고 하여, 사전영장주의에 대한 예외를 명문으로 규정하고 있는 반면, 「동법」 제16조(주거의 자유) 후문에서는 “주거에 대한 압수나 수색할 때 ~ 영장을 제시하여야 한다.”라고만 규정하고 있을 뿐 사전영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 않다. 그러나 (a) 제12조 제3항과 제16조와의 입법관계, (b) 주거장소에 대한 긴급한 압수·수색의 필요성, (c) 주거자유에 대해 영장주의를 선언한 제16조의 입법취지<sup>2)</sup> 등을 살펴봤을 때, 「헌법」 ‘제16조’의 영장주의에 관하여 그 예외를 인정하는 것이 타당하다고 본다. 이러한 「헌법」상의 요청으로, 「형사소송법」은 제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분), 제217조(영장에 의하지 아니한 강제처분), 제218조(영장에 의하지 아니한 압수) 등에 영장주의의 예외를 인정하고 있으며, 이중 제216조 제1항 제1호(심판대상조항)와 제218조의 경우를 제외하고는 모두 지체 없이 사후영장을 받아야 하는 사전영장주의에 대한 예외를 규정하고 있다. 다만, 이 경우도 「동법」 제216조 제1항 제1호 및 제218조 등을 제외한 나머지 관련조항(제216조 제1항 제2호, 제3항, 제217조)들에 관하여 사후영장을 발부받지 않으면 그 압수물 등은 「헌법」상의 영장주의를 위반한 증거물로서, ‘제

2) 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370 결정.

308조의2'에 의하여 증거능력을 부정하게 된다.

한편, 이와 관련해 위 2015헌바370 결정에서는 “체포영장을 집행하는 경우 필요한 때에는 타인의 주거 등에서 피의자 수사<sup>3)</sup>를 할 수 있도록 한 「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 ‘제200조의2’에 관한 부분(심판대상조항)은 「헌법」 ‘제16조’의 영장주의에 위반된다(적극.)”고 판시하고 있다. 즉, 현재는 「헌법」 제16조의 영장주의에 관해서도 그 예외(제12조 제3항)를 인정하되, 이는 “(a) 피의자가 그 장소에 소재할 개연성이 소명되고, (b) 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다.”고 전제하면서, 그 심판대상조항은 (b) 별도의 영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정이 있는지 여부를 구별하지 아니하고, (a) 피의자가 소재할 ‘개연성’만 소명되면 영장 없이 타인의 주거 등을 수색할 수 있도록 허용한 것은, 「헌법」 제16조의 영장주의 예외요건을 벗어난 ‘위반’이 있다고 보고 있다. 앞서 본 바와 같이, 현재는 체포영장(제200조의2)이 발부된 피의자가 (a) 타인의 주거 등에 소재할 개연성이 소명되고, 그 장소를 수색하기 전 별도의 (b) 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에 한해서, 「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 ‘제200조의3’(긴급체포), ‘제212조’(현행범인의 체포)의 경우와 마찬가지로 사전영장주의 예외를 인정한다고 보았다.

하지만, 현재가 그 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)인 ‘필요한 때’의 의미를 “(a) 피의자가 그 장소에 소재할 개연성이 소명되고, (b) 사전에 영장을 발부받기 어려운

3) 심판대상조항의 피의자를 체포하는 경우에 “필요한 때”는 ‘피의자가 소재할 개연성’을 의미하는 것으로, “피의자 수사”는 ‘피의자 수색’을 의미함을 어렵지 않게 해석할 수 있다(헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370 결정).

긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다.”고 해석한 것은, 첫째 일반인도 어렵지 않게 파악할 수 있는 단순한 해석<sup>4)</sup>이고, 둘째 「헌법」 제12조 제3항의 영장주의예외를 선행하고 있는 ‘긴급성’은 현재가 제시한 ‘피의자가 소재할 개연성’을 전제한 것으로 현재의 해석론이 아닌 과거 ‘긴급한 때’에 관한 해석론에서 비롯된 것이며, 셋째 더구나 현재의 수색에 관한 ‘긴급’한 사정은, 체포영장(제200조의2 제2항5)의 발부단계에서 이미 긴급체포(제200조의3 제1항)의 필요성 사유인 ‘증거인멸 염려+도망우려’의 고려사항이 전제되어 있다는 점 그리고 「동법」 제216조 제1항의 규정에 제200조의2와 제200조의3을 동가치적으로 규정<sup>6)</sup>하고 있다는 점에서, 넷째 현행 「형사소송법」상 체포·구속을

- 4) 본고는, 현재의 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)인 ‘필요한 때’의 의미를, 「동법」 제216조 제1항 ‘제1호’의 개별조항만에 의한 해석을 ‘단순한 해석’이라고, 이와 반대로 「동법」 제216조 제1항 제2호 및 제3항, 제217조 제1항의 관련조항, 더 나아가 제106조, 제107조, 제109조 등 다른 관련조항에 의한 해석을 ‘복잡한 해석’이라고 의미함과 동시에 정의하고자 한다(임동규, 앞의 책, 252-253쪽).
- 5) 「형사소송규칙」 제96조의2에는 “기타 제반사정에 비추어 피의자가 도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정되는 때”라고 하여, 긴급체포의 필요성 사유인 증거인멸 염려+도망우려의 고려사항을 전제하고 있다(임동규, 앞의 책, 183, 187-188쪽).
- 6) 「형사소송법」 제216조 제1항에서는 “검사 또는 사법경찰관은 제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우”라고 하여, 영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범체포 및 피의자 구속의 필요성 사유(증거인멸 염려+도망우려)를 동가치적으로 동조에 규정하고 있다. 더 나아가, 본고의 ‘동가치적’이란 ‘긴급성’이 일원화된 즉, “(가) ‘긴급성’의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조) and (나) ‘필요성+긴급성’의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2)” 모두가 ‘같은(동일한) 가치’로 「헌법」 제16조의 사전영장주의예외가 적용되는 경우를 의미하고, 이와 반대로, ‘이가치적’이란 ‘긴급성’과 ‘필요성’이 이원화된 즉, “(가) ‘긴급성’의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항 or (나) ‘필요성’의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항”이 ‘다른(상이한) 가치’로 「헌법」 제16조의 사전영장주의예외가

‘전제’(제216조 제3항)하지 않거나 ‘수반’(제216조 제1항, 제217조)하지 아니한 긴급압수·수색만의 독자적 규정이 없고, 다섯째 「동법」 제200조의2’(영장에 의한 체포)는 적법한 체포·구속의 수반으로 별도영장 없이 압수·수색이 이루어진다는 점에서, 이러한 심판대상조항이 「헌법」 제16조’의 영장주의에 위반된다고 보는 헌재결정에 대해 의문이 든다. 또한, 별도의 영장 없이 압수·수색을 허용한 「형사소송법」 제216조 제1항 제2호 및 제3항 그리고 제217조 제1항의 관련조항을 현재의 심판대상조항인 제216조 제1항 제1호의 개별조항과 함께 전체적인 맥락에서 해석하지 않은 문제가 있다고 생각한다.

따라서 본 논문은, ‘심판대상조항’(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)인 필요한 때의 의미를 헌재가 제시한 그 예외인정 요건 중 (a) 피의자가 그 장소에 소재할 ‘개연성’을 의미하는 것인지? (b) 사전에 수색영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정을 의미하는 것인지? (c) (a)와(b) ‘모두’를 요구하는 것인지? 아니면 본고가 제시한 (d) 해당 사건과 ‘관계’가 있다고 인정할 수 있는 것인지?) 여부를, 「동법」 제216조 제1항 제1호의 개별조항에 의한 단순한 해석이 아닌 제

적용되는 경우를 의미한다(임동규, 앞의 책, 252-253쪽).

- 7) 본고의 새로운 견해인, (d) “해당 사건과 ‘관계’가 있다고 인정할 수 있는 것인지?”의 여부는 즉, ‘다른’ 관련조항(「형사소송법」 제219조: 제106조, 제107조, 109조 등)의 동가치적요건인 ‘관련성’을 의미한다. 이 요건은, (가) 넓게는 ‘긴급성’ 및 (나) 좁게는 ‘필요성’ 판단의 일부내용에 해당하는 것으로, 현행 「형사소송법」 제216조 제1항 중 (가) 긴급성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조에 관한 부분) 또는 (나) 필요성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)의 ‘기본적 사실동일성’과 관련된 범위를 설정하고 그 범위를 제한하는 기능을 수행한다. 또한, 이러한 ‘관련성’이 없는 압수·수색은 ‘필요성(개연성)’도 더 나아가서 ‘긴급성’도 인정할 수 없다(배종대 외, 형사소송법, 홍문사, 2016, 183쪽.; 임동규, 앞의 책, 226-227쪽.; 이재상·조근석, 형사소송법, 박영사, 2017, 315-316쪽).

216조 제1항 제2호 및 제3항, 제217조 제1항의 관련조항 그리고 제106조, 제107조, 제109조 등 다른 관련조항 전체에 대한 복잡한 해석을 통하여, 제216조 제1항 제1호 중 ‘제200조의2’(심판대상조항)에 관한 필요한 때의 의미를 합리적으로 고찰해보고, 이에 대한 관련 입법론을 제시하는데 그 목적이 있다. 이하에서는, 현재의 심판대상조항인 ‘필요한 때’의 의미를 합리적으로 고찰하기 위해 압수·수색 영장주의예외 중 하나인 ‘심판대상조항’에 관한 구체적 요건을 해석(Ⅱ)하였고, 그 다음으로 관련 및 다른 관련조항의 복잡한 해석을 통해 그 심판대상조항인 필요한 때의 의미를 합리적으로 검토(Ⅲ)하였다. 또 이러한 해석결과를 기초로 관련조항이 다른 관련조항과 어떠한 동가치적 ‘관련성’이 있는지를 살펴보고, 과연 그 다른 관련조항의 관련성요건이 현재의 심판대상조항인 ‘필요한 때’와 하나의 동가치적요건인지를 검토(Ⅲ)해 보았다. 마지막으로, 이와 관련된 ‘합리적’인 개정입법방안을 제시(Ⅳ)하였다.

## Ⅱ. 현재 심판대상조항의 구체적 요건해석

여기서는, 현재가 제시한 「형사소송법」 제216조 제1항 제1호의 개별조항에 의한 ‘단순한’ 해석이 아닌 제216조 제1항 제2호 및 제3항 그리고 제217조 제1항 관련조항 전체에 대한 ‘복잡한’ 해석을 통하여, 그 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)인 ‘필요한 때’의 의미를 먼저, (a) 피의자가 그 장소에 소재할 ‘개연성’을 의미하는 것인지? (b) 사전에 수색영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정을 의미하는 것인지? (c) (a)와(b) ‘모두’를 요구하는 것인지? 여부를 구체적으로 해석하였다. 다만, 그 심판대상조항인 ‘필요한 때’의 의미를 현재가 제시하고 있는 (a), (b), (c)의 각 요건을 구체적으로

해석하기 위해서는 「헌법」 ‘제16조’의 사전영장주의에 대한 그 ‘예외’가 선행되어야 한다. 이하에서는, 우선 「헌법」 제16조(주거의 자유)의 영장주의와 그 ‘예외’에 대한 복잡한 요건해석을 분석하였다.

## 1. 「헌법」 제16조의 영장주의와 그 예외의 복잡한 요건해석

현행 「헌법」 제12조 제3항(신체의 자유)은 “사후에 영장을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써, 사전영장주의에 대한 예외를 명문으로 규정하고 있는 반면, 이와 달리 「동법」 제16조(주거의 자유) 후문은 “영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있을 뿐 사전영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 않다. 이와 관련해, 현재는 (㉠) 주거에 대한 압수나 수색에 있어 ‘영장주의’가 예외 없이 반드시 관철되어야 함을 의미하는 것은 아니라는 점에서, (㉡) 신체의 자유에 비하여 주거의 자유는 그 기본권 제한의 여지가 크므로, 형사사법 및 공권력 작용의 기능적 ‘효율성’을 함께 고려하여 본다면, 「헌법」 제16조의 영장주의에 대해서도 그 예외를 인정할 필요가 있다는 점에서, (㉢) 주거공간에 대한 압수·수색은 그 장소에 혐의사실 입증에 기여할 자료나 피의자가 존재할 ‘개연성’이 충분히 소명되어야 그 필요성을 인정할 수 있다는 점에서, (㉣) 체포영장 발부 이후 혐의사실 입증에 기여할 자료나 피의자가 존재할 ‘개연성’이 충분히 소명되어 압수·수색영장을 발부받은 경우에도, 그 자료나 피의자가 계속 그 장소에 존재하지 않는 한 그 집행의 ‘실효성’을 기대할 수 없게 되므로, 체포영장이 발부된 경우에도 영장 없이 그 장소에 대한 압수·수색을 하여야 할 긴급한 상황은 충분히 발생할 수 있다는 점에서, (㉤) 주거의 자유에 대해 ‘영장주의’를 선언하고 있는 이상, 그 예외는 매우 엄격한 요건 하에서만 인정되어야 한다는 점 등을 종합하여 보면, 「헌법」 제16조의 ‘사전영장주

의'에 대해서도 그 예외(「헌법」 제12조 제3항)를 인정하되, 이는 (a) 피의자가 그 장소에 소재할 '개연성'이 소명되고, (b) 사전에 영장을 발부받기 어려운 '긴급'한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다고 본다.<sup>8)</sup> 즉, 현재는 사전영장 없이 타인의 주거 등을 수색하는 경우로, (가) 심판대상 아닌 조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조에 관한 부분)을 (나) 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)과 비교하면서, 그 '심판대상조항'에도 사전영장을 발부받기 어려운 '긴급'한 사정이 있는 경우에는 타인의 주거 등에 대한 수색이 가능하다고 보고 있다.

따라서 현재의 이러한 사전영장주의에 대한 그 '예외'인정 기준에 비추어 볼 때, 개별조항인 (나)의 '심판대상조항'(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 '제200조의2'에 관한 부분)은, 관련조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제2호 및 제3항 그리고 제217조 제1항 등)인 (가)의 '심판대상 아닌 조항'(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 '제200조의3' 및 '제212조'에 관한 부분)과는 달리 피의자를 체포하는 경우 '필요한 때'라고만 규정하고 있고, (b)의 사전에 수색영장을 발부받기 어려운 '긴급'한 사정이 있을 것을 요구하고 있지 않다. 이에 현재는, (나)의 심판대상조항이, 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 '개연성'만 소명되면, 수색에 앞서 사전영장을 발부받기 어려운 '긴급'한 사정이 인정되지 않는 경우에도, 그 타인의 주거 등에서 영장 없이 피의자 수색을 허용하고 있음을 이유로 (나)의 '심판대상조항'이 「헌법」 제16조(주거의 자유)의 사전영장주의에 위반된다고 결정하고 있다. 즉 이 경우, 현재는 개별조항인 (나)의 '심판대상조항'에 관하여, 관련조항(「형사

8) 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370 결정.

소송법」 제216조 제1항 제2호 및 제3항 그리고 제217조 제1항 등)의 그 ‘긴급성’ 요건을 요하는 (가)의 ‘심판대상 아닌 조항’과 동가치적인 「헌법」 ‘제16조’의 사전영장주의 예외를 인정할 수 있다고 본다.

## 2. 「헌법」 제16조의 그 예외와 관련조항의 복잡한 요건해석

### 1) 제216조 제1항 제2호의 요건해석

「형사소송법」 제216조 제1항 제2호에서는 “검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수·수색할 수 있다.”고 하여,<sup>9)</sup> 그 영장을 요하지 않는 이유에 관해서 (a) 부수처분설과 (b) 긴급행위설이 대립하고 있다. 즉, (a) 부수처분설은 구속보다 기본권침해가 적은 압수·수색에 대하여는 체포현장에서 별도의 영장이 필요하지 않다는 견해로서,<sup>10)</sup> 이는 적법한 체포가 있으면 당연히 수사기관의 대물적 강제수사권이 인정된다고 한다.<sup>11)</sup> 반면, (b) 긴급행위설은 체포현장에서 야기될 수 있는 위험을 방지<sup>12)</sup>하고 피의자가 증거를 인멸하는 것을 방지하기 위하여 긴급행위로서 허용된다는 견해로서,<sup>13)</sup> 이는 증거나 무기가 있다는 개연성이 인정되면 당연히 수사기

9) 「형사소송법」 제217조 ‘제2항’에서는 “검사 또는 사법경찰관은 제216조 제1항 ‘제2호’에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이(체포한 때부터 48시간 이내) 압수·수색영장을 청구하여야 한다.”라고 하여, 사후영장에 대한 통제제도를 명문화 하고 있다(입동규, 앞의 책, 256쪽).

10) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014, 431쪽.; 정형석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 214쪽.

11) 이재상·조균석, 앞의 책, 324쪽.

12) Stephen, A.S. & Daniel, J.C., American criminal procedure, investigative: cases and commentary. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2018, p. 363.

13) 배종대 외, 앞의 책, 195쪽.; 손동권·신이철, 형사소송법, 세창출판사, 2016, 315쪽.; 신양균, 형사소송법, 법문사, 2009, 252쪽.; 이재상·조균석, 앞의 책,

관의 대물적 강제수사권이 인정된다고 본다.<sup>14)</sup> 요컨대, (가) 체포영장(제200조의2)이나 구속영장(제201조)의 집행과정에 압수·수색이 당연히 전제된다고 볼 수 없고, (나) 부수처분설에 의하면 영장에 의하지 아니한 대물적 강제처분이 부당하게 확대될 위험이 있으며,<sup>15)</sup> (다) 「헌법」상 신체의 자유(제12조 제3항)를 침해하는 체포·구속이 주거의 자유(제16조)를 침해하는 압수·수색에 비하여 기본권침해가 크지만 그 침해행위가 반드시 신체의 자유보다 경미하다고 단정할 수 없고, (예) 체포영장이 발부된 경우에도 영장 없이 그 장소에 대한 압수·수색을 하여야 할 긴급한 ‘상황’(위험방지와 증거인멸 등)은 충분히 발생할 수 있으므로, 학계다수인 긴급행위설이 타당하다고 하겠다. 따라서 ‘긴급행위설’의 긴급성은 수사기관의 주관적 판단에 따라 그 허용범위가 확대될 여지가 없지 않지만,<sup>16)</sup> (㉠) 「헌법」 제12조 제3항(신체의 자유)과 제16조(주거의 자유)의 영장주의 ‘예외’(제216조 제1항 제2호)는 가급적 수사기관에게 최소한 허용하는 것이 바람직하다는 점에서, 또한 (㉡) 「형사소송법」 제216조 ‘제1항’의 필요한 때라는 법 문언이 같은 항 ‘제1호’와 ‘제2호’의 모두에게 관련된 동가치적요건 및 조항임을 살펴볼 때, 제1호(심판대상조항)를 영장주의 예외인정의 근거인 제2호의 긴급행위설에 따라 긴급성으로 연계가능하다는 점에서, 더 나아가 (㉢) 같은 항 ‘제2호’인 긴급행위설(긴급성)로 좁게는 ‘제1호’, 넓게는 동조 ‘제3항’ 및 ‘제217조’와의 입법균형을 맞춤으로 인해 「헌법」상의 기본권 및 영장주의 그리고 법적인

324-325쪽.; 임동규, 앞의 책, 254쪽.; 차용석·최용성, 형사소송법, 21세기사, 2013, 255쪽.

14) 이재상·조균석, 앞의 책, 324쪽.

15) 임동규, 앞의 책, 254쪽.

16) 홍영기, “영장 없는 압수·수색의 합법성 기준-형사소송법 제216조 제1항 제2호의 해석론”, 고려법학, 제63권 제4호, 2011, 131쪽.

정성에 기여한다는 점에서, 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2)인 ‘필요한 때’의 의미를 헌재가 제시한 그 예외인정 요건 중 (b) “사전에 영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정”을 의미한다고 보는 것이 타당한 해석이라 판단된다. 더구나, 이러한 해석은 「형사소송법」 제216조 ‘제3항’과 ‘제217조’에서 규정하고 있는 ‘긴급성’과 밀접한 관련으로서, 제216조 제1항 ‘제1호’ 및 ‘제2호’의 동가치적조항에 적용되는 긴급행위설의 ‘긴급성’과도 연관되어 있다고 생각한다.

## 2) 제216조 제3항의 요건해석

「형사소송법」 제216조 제3항에서는 “범행 중 또는 범행 직후의 범죄 현장에서 ‘긴급’을 요하여 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수·수색할 수 있다.”고 하여,<sup>17)</sup> 이는 피의자의 체포(제200조의2 등)·구속(제201조)을 전제하지 않는다는 점에서 긴급체포(제200조의3)에 유사한 긴급압수·수색을 규정하고 있다.<sup>18)</sup> 즉, 동조 제3항은 피의자 체포·구속을 전제하지 않는 ‘긴급’한 사정에 대처하기 위한 범죄현장에서의 증거물은닉과 산일을 방지하는데 그 취지<sup>19)</sup>가 있으므로,<sup>20)</sup> 피의

17) 「형사소송법」 제216조 제3항 ‘후단’에서는 “이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 발부받아야 한다.”고 하여, 사후영장에 대한 통제체도를 명문화 하고 있다(임동규, 앞의 책, 257쪽).

18) 이재상·조균석, 앞의 책, 327쪽.

19) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009도14884 판결; 이재상·조균석, 앞의 책, 327쪽.

20) 현행 「형사소송법」 제216조 제1항과 제3항의 차이는 ‘대인적 강제처분’에 있어 법원의 ‘허가장’인 체포영장의 발부여부에 따라 부수적으로 ‘대물적 강제처분’인 압수·수색이 가능한가이다. 즉, 같은 조 ‘제1항’은 「동법」 제200조의2의 체포영장이 ‘발부’된 상태에서 ‘긴급행위설’에 의해 그 압수·수색을 부수적으로 허용하고 있는 반면, 같은 조 ‘제3항’은 「동법」 제212조의 현행범인이 체포된 상태에서 ‘긴급성’에 의해 또는 현행범인의 체포를 전제하지 않는 ‘긴급’한 사정에 대처하기 위해 그 압수·수색을 부수적으로 허용하고 있

자가 현장에 반드시 있거나 체포되었을 것을 요건으로 하지 않는다. 단, 피의자의 체포·구속을 ‘수반’(제216조 제1항, 제217조 제1항)하거나 ‘전제’(제216조 제3항)한 압수·수색의 경우에는, 동조 제1항 ‘제2호’의 규정이 적용된다. 따라서 ‘범죄현장’에서의 긴급성은 수사기관의 주관적 판단에 따라 그 허용범위가 확대될 여지가 없지 않지만,<sup>21)</sup> (ㄱ) 「형사소송법」 제216조 제3항도 같은 조 제1항 제1호 및 제2호와 마찬가지로 긴급행위설에 의한 긴급성의 요건을 명시하고 있고 이러한 경우에 한해 사전압수·수색영장주의의 예외를 인정한다는 점에서, 또한 (ㄴ) 「동법」 제216조 제3항의 사전영장주의 ‘예외’를 허용하는 동가치적조항에 같은 조 제1항 ‘제1호’ 및 ‘제2호’를 함께 규정하면서 별도의 긴급성(긴급행위설)요건을 명문으로 두고 있지 아니한 같은 항 ‘제1호’의 필요한 때를 그 예외(긴급성)인정의 요건으로 규정하고 있다는 점에서, 더 나아가 (ㄷ) 이러한 예외인정의 요건은 같은 항 ‘제1호’의 필요한 때를 긴급한 때의 의미로 추론할 수 있다는 점에서, 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2)인 ‘필요한 때’의 의미를 현재가 제시한 그 예외인정 요건 중 (b) “사전에 영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정”을 의미한다고 보는 것이 타당한 해석이라 판단된다. 더구나 이러한 해석은 「형사소송법」 ‘제216조’의 동가치적조항 전체의 체계적 특성에 부합하는 관해석이라고 생각한다.

다. 다만, 부수적인 ‘대물적 강제처분’에 있어 ‘긴급(긴급행위)’한 사정에 대처하기 위한 범죄현장에서의 증거물은닉과 산일을 방지하는데 그 취지의 공통점은 같다. 따라서 「동법」 제216조 제1항과 제3항의 대인적 강제처분인 체포의 ‘긴급성’에는 차이가 있지만, 이에 부수한 대물적 강제처분인 압수·수색의 ‘긴급성(긴급행위설)’에는 차이가 없다(임동규, 앞의 책, 252-256, 257쪽.; 이재상·조균석, 앞의 책, 323-326, 327쪽).

21) 홍영기, 앞의 논문, 131쪽.

### 3) 제217조 제1항의 요건해석

「형사소송법」 제217조 제1항에는 “검사 또는 사법경찰관은 긴급체포 (제200조의3)된 자가 소유·소지·보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 피의자를 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색할 수 있다.”고 하여,<sup>22)</sup> 이는 피의자를 체포한 후 체포현장(제216조 제1항 제2호)이외의 현장에 있는 관련피의자 소유물 등에 대한 긴급압수·수색을 규정하고 있다. 즉, 동조 제1항은 「동법」 ‘제216조 제1항 제2호’가 아님에도 불구하고 사전영장주의예외를 인정함으로써, (가) 그 긴급체포 시 압수의 필요성에 대한 ‘긴급’요건을 요구하고 있고, (나) 압수시간을 체포한 때로부터 ‘24시간 이내’로 제한하고 있으며, (다) 압수를 계속할 필요가 있는 경우에는 체포한 때로부터 ‘48시간 이내’에 압수·수색을 청구할 것을 요구하고 있다.<sup>23)</sup> 또한, 동조 제1항은 긴급체포(제200조의2)를 수반하지 않는 대물적 강제수사로서 ‘체포현장’(제216조 제1항)이외의 증거물은닉과 산일을 방지하는데 그 ‘긴급’한 취지가 있으므로,<sup>24)</sup> 영장 없이 압수·수색을 하기 위해서는 ‘긴급성’의 요건이 필요하고, 여기서 긴급성이란 증거물을 확보하기 위하여 압수·수색영장을 발부받을 시간적 여유가 없음을 의미한다. 더구나 최근 법원의 디지털압수·수색요건에 「동법」 제106조의 관련성(*Relation*)

22) 「형사소송법」 제217조 제2항에서는 “검사 또는 사법경찰관은 ‘제1항’에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이(체포한 때부터 48시간 이내) 압수·수색영장을 청구하여야 한다.”고 하여, 사후영장에 대한 통제제도를 명문화 하고 있다(임동규, 앞의 책, 258쪽).

23) 이재상·조균석, 앞의 책, 328쪽.

24) 이재상·조균석에 의하면, “긴급압수·수색의 대상물건은 긴급체포(제200조의2)의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 ‘최소한의 범위 내’에서 당해 범죄사실과 관련된 증거물 또는 몰수할 것으로 판단되는 물건으로 한정된다.”고 본다(대법원 2008. 7. 10 선고 2008도2245 판결; 이재상·조균석, 앞의 책, 328쪽).

을 추가하여, 제216조와 제217조의 사전영장주의 예외를 전제하고 있는 ‘긴급성’의 요건을 제219조에서 강화하고 있다.<sup>25)</sup> 따라서 긴급체포(제200조의3)된 자의 ‘소유물’에 대한 긴급성은 수사기관의 주관적 판단에 따라 그 허용범위가 확대될 여지가 없지 않지만,<sup>26)</sup> (ㄱ) 「형사소송법」 ‘제216조’와 동가치적으로 사전영장주의예외를 인정한 「동법」 ‘제217조’의 규정도 그 예외인정의 근거를 긴급행위설에 의한 ‘긴급성’요건에 두고 있다는 점에서, 또한 (ㄴ) 「동법」 제216조 제1항 제2호 및 제3항, 제217조의 ‘관련’규정 그리고 제219조의 ‘다른 관련’규정 모두를 검토해본 결과, 「동법」 제216조 제1항 제1호의 ‘필요한 때’를 그 예외인정의 긴급성요건으로 허용하고 있다는 점에서, 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2)인 ‘필요한 때’의 의미를 헌재가 제시한 그 예외인정 요건 중 (b) “사전에 영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정”을 의미한다고 보는 것이 타당한 해석이라 판단된다. 더구나, 이러한 해석은 「형사소송법」 제216조 및 제217조의 사전영장주의예외를 준용한 다른 관련조항(제106조, 제107조, 제109조 등)<sup>27)</sup>들 전체의 취지와 법체계에 부합하는 관련해석이라고 생각한다.

25) 최용성은, 다른 관련규정의 ‘관련성’ 요건을 강화하기 위한 방안으로서, 각종 컴퓨터 등으로 생성된 진술정보를, ㉠ Log기록 등과 같이 그 진술 생성과정에서 존재하는 형식적 요건의 진술정보와 ㉡ Register 등과 같이 그 비진술 분석과정에서 존재하는 일반적 요건의 진술정보로 구분하고 있다(최용성·곽대훈, “각종 디지털 진술증거의 입법론적 고찰: 개정 형사소송법 제313조 제2항을 중심으로”, 한국치안행정논집, 제15권 제3호, 2018, 283쪽).

26) 홍영기, 앞의 논문, 131쪽.

27) 「형사소송법」 ‘제219조’에는 “제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조제1항 본문, … (중략) 등의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검중에 준용한다.”고 하여, 위 제216조와 제217조의 사전영장주의 예외를 전제하고 있는 ‘긴급성’의 요건을 강화하고 있다(이재상·조근석, 앞의 책, 315-316쪽).

### Ⅲ. 현재 심판대상조항의 합리적 해석검토

여기서는, 앞서 살펴본 구체적 해석결과를 기초로 「형사소송법」 제216조 제1항 제2호 및 제3항 그리고 제217조 제1항의 관련조항이 ‘제219조’의 준용규정인 제106조, 제107조, 제109조 등의 다른 관련조항과 동가치적 ‘관련성’이 있는지의 여부를 살펴보고, 아울러 다른 관련조항(제106조, 제107조, 제109조 등)에서 명문화하고 있는 (d) “해당 사건과 ‘관계’가 있다고 인정할 수 있는 것인지?”의 여부 즉, ‘관련성’<sup>28)</sup>의 동가치적 측면을 합리적으로 검토해 보았다.

#### 1. 관련조항의 동가치적요건인 ‘긴급성’의 해석검토

본고는, 현재가 결정한 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 ‘제200조의2’에 관한 부분)의 타당성여부를 살펴보기 위하여,

28) 이 요건은 ‘해당사건’의 관련대상(제216조 제1항 중 제1호: 인적=수색) 및 대상물(제216조 제1항 중 제2호: 물적=압수·수색)로서 의미를 가질 ‘개연성’ 즉, (a) 좁게는 ‘필요성’, (b) 넓게는 ‘긴급성’을 의미하는 것으로, 그 사건의 관련 대상범위를 명확하게 함과 동시에 대상물을 제한하는 기능을 수행한다. 단, 관련대상 및 대상물이 ‘중요한 사실’인지의 여부는 관련성의 요건이 아닌 (a) 필요성(필요성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항의 기본적 사실동일성) 또는 (b) 긴급성(긴급성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항의 기본적 사실동일성)의 요건을 판단할 때 고려하면 족하다고 본다. 또한, (c) 긴급성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항 또는 (a) 필요성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항의 기본적 사실동일성과 ‘관련성’이 없는 사람 또는 물건을 압수·수색하여, 그 관련범위를 초과한 때에는 「형사소송법」 ‘제308조의2’로 관련 증거능력을 제한할 수 있다(배중대 외, 앞의 책, 183쪽.; 전승수, 앞의 논문, 2015, 42쪽.; 홍영기, 앞의 논문, 130쪽).

개별조항(제216조 제1항 제1호)의 단순한 해석이 아닌 관련조항(제216조 제1항 제2호, 제3항, 제217조 제1항) 전체의 복잡한 해석을 통해 현재가 제시한 그 예외인정의 요건 중 (a) 피의자가 그 장소에 소재할 개연성을 의미하는 것인지? (b) 사전에 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정을 의미하는 것인지? 아니면 (c) (a)와 (b) 모두를 요구하는 것인지? 여부를 구체적으로 해석해 보았다. 그 결과, 「헌법」상의 사전영장주의 예외를 규정한 ‘제216조’는 심판대상조항인 같은 조 제1항 제1호 뿐만이 아닌 관련(제216조 제1항 제2호, 제3항, 제217조 제1항) 및 다른 관련(제106조, 제107조, 제109조 등)조항들 전체의 취지와 법체계적 관련성을 보아, 현재가 제시한 예외인정의 요건 중 긴급성, 즉 “사전영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정을 의미하는 것”으로 해석할 수 있음을 추론하였다. 또한, (가) ‘제219조’의 다른 관련조항(제106조, 제107조, 제109조 등)에서도 필요한 때라는 법 문언을 명시하고 있고, (나) 그 취지의미 자체가 약간은 상이하지만 관련조항(제216조, 제217조)이 다른 관련조항을 준용하고 있으며, (다) 심판대상조항의 관련규정인 제216조 제1항 제2호, 제3항, 제217조 제1항이 동가치적으로 긴급행위설의 긴급성요건을 요구한다는 점에서, 현재의 심판대상조항인 제216조 제1항 제1호의 필요한 때를 ‘긴급한 때’로 해석하는 것이 사전영장주의 예외를 허용한 관련 및 다른 관련조항 전체의 취지와 법체계에 부합하는 합리적인 해석이라 생각한다. 그렇다면, ‘긴급성’의 요건 전제하에서, 본고가 제시한 해석론이 현재의 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)과 심판대상이 아닌 조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조에 관한 부분) 모두에게 동가치적인 하나의 합리적해석론일까? 즉, 현재가 결정한 심판대상 조항과 심판대상이 아닌 조항모두를 현재의 합리적해석론에서 비롯된 긴급성의 요건

을 과연 적용할 수 있을 것인가의 여부다. 이하에서는, 앞서 제시한 ‘긴급성’의 요건을 내용으로 하여, 「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2 및 제200조의3 그리고 제212조의 관련조항에 관해 영장 없이 타인의 주거 등을 수색할 수 있는지의 여부를 해당사례를 통해 다음과 같이 검토해 보고자 한다.

### 1) 심판대상 아닌 조항인 ‘제212조’의 규정검토

먼저, ‘현행범인 체포’의 경우에 관하여 검토해 본다. 여기서의 ‘현행범인’은 범죄의 실행 중이거나 실행 직후인 자를 말하고(「형사소송법」 제211조 ‘제1항’), 또한 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 등 「동법」 제211조 ‘제2항’ 각호에 해당하는 자는 현행범인으로 간주된다. 그 예로, 현행범인이 수사기관의 추격을 피하여 타인의 주거 등에 들어가는 경우 이를 확인한 수사기관으로서 현행범인 체포를 위하여 그 장소에 바로 들어가 피의자 수색을 할 수 있어야 한다. 즉, 이 경우 현행범인 수색에 앞서 수색영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정이 인정된다. 따라서 현행범인 체포(제212조)의 경우에는 「헌법」 ‘제16조’(주거의 자유)의 사전영장주의 예외를 인정할 수 있다.

### 2) 심판대상 아닌 조항인 ‘제200조의3’의 규정검토

다음으로, ‘긴급체포’의 경우에 관하여 검토해 본다. 여기서의 ‘긴급체포’는 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 다음 각 호(증거를 인멸할 염려, 도망하거나 도망할 우려)의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 ‘긴급’을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받

을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있는 것으로서, 이 경우 긴급을 요한다함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다. 그 예로, 피의자가 긴급체포를 피하기 위하여 타인의 주거 등에 들어가는 경우 이를 확인한 수사기관으로서는 피의자 체포를 위하여 그 장소에 바로 들어가 피의자 수색을 할 수 있어야 한다. 즉, 이러한 경우에도 피의자 수색에 앞서 수색영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정이 충분히 인정된다. 따라서 긴급체포(제200조의3)의 경우 역시 「헌법」 ‘제16조’(주거의 자유)의 사전영장주의 예외를 인정할 수 있다.

### 3) 심판대상조항인 ‘제200조의2’의 규정검토

끝으로, ‘영장에 의한 체포’의 경우에 관하여 검토해 본다. 피의자에 대하여 체포영장이 발부된 경우 수사기관으로서는 「헌법」 제16조 및 「형사소송법」 제215조에 따라 법원으로부터 사전에 수색영장을 발부받는 것이 원칙이다. 다만, 앞서 본 바와 같이 영장에 의한 체포의 경우에도 수색영장 없이 피의자를 수색을 하여야 할 긴급한 상황은 충분히 발생할 수 있는데, 과연 현행범인 체포 및 긴급체포와 동가치적으로 「헌법」 ‘제16조’의 사전영장주의 예외를 인정할 수 있을 것인가이다.<sup>29)</sup> 그러나 (㉠) 「헌법」 제12조 제3항(신체의 자유)의 기본권을 제한하는 법관의 체포영장이 발부된 이상 체포보다 기본권침해가 적은 ‘수색’에 대하여는 별도의 수색영장 없이 강제처분이 가능하다는 점에서, (㉡) 더구나 그 수색의 ‘긴급’한 사정은, 체포영장(제200조의2 제2항)의 발부단계에서 이미 긴급체포(제200조의3 제1항)의 필요성 사유인 ‘증거인멸 염려+

29) 임동규, 앞의 책, 253쪽.

도망우려'의 고려사항이 전제되어 있다는 점 그리고 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 '개연성'은 피의자 수색의 당연한 전제라는 점에서, (ㄷ) 「형사소송법」 제216조 제1항에는 '--제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에...'라고 명시함으로써 대인적 강제처분의 관련대상인 범죄사실에만 한정하여 그 수색의 허용범위가 국한된다는 점과 (ㄹ) 「동법」 제200조의2는 적법한 체포·구속의 수반으로 별도영장 없이 수색이 이루어진다는 점에서,<sup>30)</sup> 또한 (ㄴ) 「형사소송법」상 체포영장(제200조의2)을 전제(제216조 제3항)하지 않거나 수반(제216조 제1항, 제217조 제1항)하지 아니한 긴급압수·수색만의 독자적 규정이 없다는 점에서,<sup>31)</sup> 더 나아가 (ㄴ) 체포영장(제200조의2)을 발부받은 후 수색영장(제215조)을 발부받을 수 있는 예측가능성 및 시간적 여유가 있음에도 불구하고, '긴급'하게 타인의 주거 등을 수색한다면 「헌법」 제12조 제3항 및 제16조의 기본권이 침해된다는 점<sup>32)</sup> 등을 종합하여 보면, 체포영장이 발부된 후 피의자 수색에 앞서 수색영장을 발부받기 어려운 '긴급'한 사정이 인정되지 않으므로, 현행범인 체포 및 긴급체포와 동가치적인 「헌법」 제16조의 사전영장주의 예외를 인정할 수 없다고 보아야 한다. 따라서 '영장에 의한 체포'의 경우에는 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성만 있으면 포괄적(단, 해당 사건과 '관계')가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정한다.)<sup>33)</sup> 수색이 허용되므로, 그

30) 신동운, 앞의 책, 431쪽.; 홍영기, 앞의 논문, 126, 135쪽.; Stephen, A.S. & Daniel, J.C., 앞의 책, p. 289.

31) 신동운, 앞의 책, 431쪽.; 홍영기, 앞의 논문, 135쪽.

32) 신동운, 앞의 책, 431쪽.; 홍영기, 앞의 논문, 126쪽.

33) 배중대 외, 앞의 책, 183쪽.; 임동규, 앞의 책, 226-227쪽.; 이재상·조균석, 앞의 책, 315-316쪽.; 홍영기, 앞의 논문, 130쪽.

긴급성을 요하는 현행범인 체포 및 긴급체포와 이가치적인 「헌법」 ‘제 16조’의 사전영장주의 예외를 인정할 수 있다고 하겠다.<sup>34)</sup>

## 2. 다른 관련조항의 동가치적요건인 ‘관련성’의 입법검토

본고는, 앞에서 현재의 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)과 심판대상 아닌 조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조에 관한 부분) 모두가 현재의 합리적해석론에서 비롯된 ‘긴급성’의 요건이 동가치적으로 적용될 수 있을 것인가의 여부를 검토해 보았다. 그 결과, (가) 심판대상 아닌 조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조에 관한 부분)의 경우에는 피의자 수색에 앞서 수색영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정이 인정되어, 「헌법」 제 16조(주거의 자유)의 사전영장주의예외를 인정할 수 있었다. 반면, (나) 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)의 경우에는 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 ‘개연성’만 있으면 포괄적 수색이 허용되어, 앞에서의 현행범인 체포 및 긴급체포와 동가치적인 「헌법」 ‘제16조’의 사전영장주의 예외를 인정할 수 없었다. 또한, 앞서 본 바와 같이 현재의 합리적해석론에서 비롯된 ‘긴급

34) 이처럼, 「헌법」 제16조(주거의 자유)에 대한 국민의 기본권 침해여부는 「동법」 제37조 제2항(과잉금지의 원칙)에 의하여 ‘법률’로써도 제한될 수 있으며, 그 법률(‘심판대상조항’)에 대한 ‘위헌성’여부도 판단할 수 있다고 하겠다. 따라서 「헌법」 제16조(주거의 자유)의 사전영장주의에 대한 예외는 결국 국민의 ‘기본권’을 제한하는 것이므로, 이는 「동법」 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에서 그 예외의 근거를 찾을 수 있다고 본다(이성환, “주거의 자유에 관한 소고”, 세계헌법연구, 제13권 제1호, 2007, 14쪽.; 전학선, “체포영장 집행과 타인의 주거 수색 제한—헌법제관소 형사소송법 제216조 제1항 제1호 사건에 대한 평석—”, 외법논집, 제43권 제1호, 2019, 130-133쪽).

성' 요건을 심판대상 아닌 조항이 긴급한 행위로 해석함으로써, 「형사소송법」상의 체포·구속(제200조의2·제200조의3·제212조 등)을 '전제'(제216조 제3항)하지 않거나 '수반'(제216조 제1항, 제217조<sup>35)</sup>)하지 않는 이른바 긴급압수·수색만의 독자적 규정을 입법화 하려는 경향이 있다.<sup>36)</sup> 그러나 심판대상 아닌 조항의 법 문언을 체계적으로 해석해 봤을 때, 그 대상의 체포·구속을 전제 또는 수반하지 아니한 긴급압수·수색만의 규정은 없었으며, 더구나 긴급압수·수색만의 독자적 규정을 입법적으로 정당화하려는 것은 「헌법」상의 중대한 기본권 침해로서 합리적이지 않다고 생각한다. 더 나아가, 이러한 심판대상 아닌 조항이 독자적 긴급압수·수색을 허용하는 경우에는 관련 '심판대상조항'까지 입법이 추정되어 대물적강제수사의 원칙규정인 제215조<sup>37)</sup>의 사전영장주의 및 법적안정성을 퇴색시키게 한다. 따라서 앞의 관련사례를 통해 검토해 보았듯이, (가) 심판대상 아닌 조항의 경우에는 체포·구속(제200조의3 등)을 전제하거나 수반하는 압수·수색의 '긴급성'을 제한적으로 허용할 필요가 있으며, 반면에 (나) 심판대상조항의 경우에는, 체포·구속영장(제200조의2 등)의 적법한 집행범위 내에서 '개연성'의 기본적 사실동일성<sup>38)</sup>과 '관련성'이 있으면 이에 부수적으로 압수·수색을 가급적 허용하는 것이 필요할 것으로 본다.<sup>39)</sup> 다만, 본고의 해석상 (가) 긴급성의 요건

35) 대법원 2008. 7. 10 선고 2008도2245 판결; 이재상·조균석, 앞의 책, 328쪽.

36) 손동권, "수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론", 경희법학, 제46권 제3호, 2011, 22쪽.

37) 임동규, 앞의 책, 226쪽.

38) 생각건대, 기본적 사실관계에 있어서 '동일성'이 인정되는 사실은 '관련성' 판단의 전제가 되는 해당사건에 포함된다고 본다(임동규, 앞의 책, 226-227쪽.; 이재상·조균석, 앞의 책, 315-316쪽.; 홍영기, "형사소송법상 사건의 동일성-이론과 정책", 형사법연구, 제19권 제3호, 2007, 702쪽).

39) 이 경우, 압수·수색의 대상은 영장발부의 사유인 범죄사실 자체와 직접적으로 연관된 물건에 한정하지 않고, 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일한 범

을 제한적으로 허용하고자 하는 심판대상 아닌 조항과 (나) 필요성의 요건을 가급적이면 허용하고자 하는 심판대상조항의 경우에는, 그 해당사건의 기본적 사실동일성과 ‘관련성’이 인정되는 범위 내에서의 영장 없는 압수·수색이 이루어져야 한다. 그중 특히, (가) 긴급성요건으로 「헌법」 ‘제16조’의 사전영장주의예외를 인정하고 있는 ‘심판대상 아닌 조항’을 논외로 하고, (나) 필요성요건으로 그 예외를 인정하고 있지 않은 심판대상조항의 경우에는 (1) 해당 압수·수색절차의 적정성·비례성·필요성 등의 관련범위 제한과 (2) 피압수·수색자의 기본권보장 및 재산권보호 그리고 (3) 체포·구속영장(‘제200조의2·제200조의3·제201조 등’)을 전제 또는 수반하는 압수·수색절차의 ‘적정성’을 담보<sup>40)</sup>하기 위해서라도 앞서 제시한 관련성의 요건은 더욱 필요할 것으로 생각한다. 그러므로, 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)인 ‘필요한 때’를 (ㄱ) 개별조항(제216조 제1항 제1호)의 단순한 해석인 (a) 피의자가 그 장소에 소재할 개연성이 소명되고, (b) 사전에 영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정을 의미하기보다는, (ㄴ) 관련(제216조 제1항 제2호 등) 및 다른 관련(제106조 등)조항의 복잡한 해석인 (a) 피의자가 그 장소에 소재할 개연성이 소명되고, (d) 해당 사건과 ‘관계’가 있다고 인정할 수 있는 것을 의미함으로써, 「헌법」 ‘제16조’의 사전영장주의예외와 그 개별 이가치적조항의 ‘필요성’요건을 강화할 필요가 있다. 결론적으로, 「헌법」상 사전영장주의예외를 포괄적으로 규정한 관련(제216조 제1항 제2호, 제3항, 제217조) 및 다른 관련(제106조, 제

행 또는 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 압수·수색할 수 있다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결; 홍영기, 앞의 논문, 702쪽).

40) 조광훈, “압수·수색절차에서 관련성에 관한고찰”, 사법, 제33권 제1호, 2015, 262-263, 264-267, 287쪽.

107조, 제109조 등)조항의 전체적인 취지와 그 조항 상호간의 법체계적 관련성을 검토해본 결과, 현재심판대상조항인 ‘필요한 때’의 의미를 (가) 과거의 단순한해석론에서 비롯된 (a) 피의자가 그 장소에 소재할 ‘개연성’이 소명되고, (b) 사전에 영장을 발부받기 어려운 ‘긴급’한 사정으로 보는 견해보다는, (c) 본고의 ‘복잡한해석론’에서 비롯한 (a) 피의자가 그 장소에 소재할 ‘개연성’이 소명되고, (d) 해당 사건과 ‘관계’가 있다고 인정할 수 있는 것으로 보는 견해가 현재의 합리적해석론에 비추어볼 때 타당하리라 본다. 더 나아가, 이러한 견해는 관련조항의 필요성 등 이외에도 다른 관련조항(제106조, 제107조, 제109조 등)<sup>41)</sup>에서 명시한 “해당 사건과 ‘관계’가 있다고 인정할 수 있는 것”, 즉 ‘관련성’요건을 추가함으로써 현재의 심판대상조항에 대한 동가치적인 하나의 해석일 뿐만 아니라 그 ‘긴급성’요건을 요하는 심판대상 아닌 조항과 이가치적인 「헌법」 ‘제16조’의 사전영장주의예외를 인정할 수 있다고 하겠다.

#### IV. 결론: 입법적 제언

앞서본 바와 같이, 본고의 복잡한해석론에서 비롯된 (a)와 (d)로 보는 견해가 현재의 합리적해석론에 비추어볼 때 타당하다고 본다. 더구나, 앞서 제시한 관련(제216조 제1항 제2호 등)조항에서도 해당사건과 관련된 압수·수색의 사전영장주의 예외를 명문으로 규정하고 있고, 최근 디지털정보저장매체 등의 압수·수색요건을 강화한 현 추세를 감안할 때,

41) 「형사소송법」 ‘제219조’의 준용규정인 제106조 등 모두 “법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여”라고 하여, 그 관련조항의 ‘필요성 등’ 이외에도 다른 관련조항의 동가치적요건인 ‘관련성’을 규정하고 있다(임동규, 앞의 책, 228-230쪽.; 이계상·조균석, 앞의 책, 315-316쪽).

다른 관련(제106조 등)조항인 (d)의 관련성요건은 더욱더 필요할 것으로 생각한다.<sup>42)</sup> 따라서 현재의 심판대상조항(「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분)에 대한 ‘위헌성’은 과거의 단순한 해석론에서 비롯된 것으로서 ‘헌법불합치결정’을 내릴 것이 아니라, 본고의 복잡한해석론에서 비롯한 ‘한정합헌결정’을 내리는 것이 타당하다고 생각하며, 그 심판대상조항에 대한 ‘합리적’ 입법방안을 다음과 같이 제시하고자 한다.

먼저, 본고의 합리적해석론에서 도출된 (가) 긴급성 요건으로 「헌법」 제16조의 사전영장주의예외를 인정하고 있는 심판대상 아닌 조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조)과 (나) 필요성 요건으로 「헌법」 제16조의 사전영장주의예외를 인정하고 있지 않은 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2) 모두를 독자적인 ‘긴급성’의 요건만으로 해석하려는 현재의 단순한 해석론을 시정하고자, 현행 「형사소송법」 제216조 제1항에 “--피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여...”라는 (d)의 관련성 요건을 추가하여, 그 이가치적(이원화된: (가) 긴급성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항, (나) 필요성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항)인 입법적 문제를 해결하고자 하였다.<sup>43)</sup> 즉, (d)의 ‘관련성’ 요건을 추가함으로써, 현재의 심판대상조항에 대한 동가

42) 조광훈, 앞의 논문, 281-282쪽.; 최용성·곽대훈, 앞의 논문, 283쪽.

43) 본고는, 이와 관련해서 ‘본고’의 복잡한 해석론에서 비롯된 “이원화된: (가) ‘긴급성’의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항 (or) (나) ‘필요성’의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항”을 ‘이가치적 관련성설’이라고, ‘현재’의 단순한 해석론에서 비롯된 “일원화된: (가) ‘긴급성’의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항 (and) (나) ‘필요성+긴급성’의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항”을 ‘동가치적 긴급성설’이라고 학술로 칭함과 동시에 주장하고자 한다(본고의 저자인 ‘최용성’의 견해임).

치적인 하나의 해석일 뿐만 아니라 그 ‘긴급성’ 요건을 요하는 심판대상 아닌 조항과 이가치적인 「헌법」 제16조의 사전영장주의 예외를 인정할 수 있다고 본다.

다음으로, 본고의 이러한 입법적 규정에 (d)의 ‘관련성’ 요건을 추가함으로써, ‘넓게’는 (가) 긴급성 요건으로 「헌법」 제16조의 사전영장주의예외를 인정하고 있는 심판대상 아닌 조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의3 및 제212조)과 ‘좁게’는 (나) 필요성 요건으로 「헌법」 제16조의 사전영장주의예외를 인정하고 있지 않은 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2)에 대한 해당 압수·수색절차의 적정성·비례성·필요성 등의 관련범위를 제한할 수 있고, 그 피압수·수색자의 기본권·재산권 등을 보호할 수 있다고 본다. 더 나아가, (가) 긴급성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상 아닌 조항 및 (나) 필요성의 해당사건과 ‘관련’된 심판대상조항의 기본적 사실동일성과 ‘관련성’이 없는 사람 또는 물건을 압수·수색하여 그 관련범위를 초과한 때에는, 현행 「형사소송법」 제308조의2’로 관련 증거능력을 제한할 수 있다.

마지막으로, 현행 「형사소송법」 제217조 제2항에 “--제216조제1항에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우 또는 그 수색의 관련범위를 초과한 때에는...”라는 (d)의 관련성 요건에 대한 ‘사전영장주의 예외’를 규정하여, 그 영장주의 예외위반 시 동법 제308조의2로 관련 증거능력을 제한할 수 있는 통제장치를 마련하였다. 더구나, 이러한 (d)의 관련성 요건에 대한 ‘사전영장주의의 예외’규정은 좁게는 대물적강제수사의 원칙규정인 동법 ‘제215조’의 사전영장주의 및 피의자 방어권보장 그리고 법정안전성에 기여할 수 있고, 넓게는 「헌법」 제16조(주거의 자유)의 영장주의에 대한 ‘그 예외’를 인정할 수 있음과 동시에 더 나아가 「헌법」 제37조 제2항(과잉금지의 원칙)의 ‘일반적 법률유

보조항'에도 부합하는 입법론이라고 본다.

현행법	개정법(안)
제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분)  ①검사 또는 사법경찰관은 제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다.  1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자수사  2. 체포현장에서의 압수, 수색, 검증	제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분)  ① _____ _____ 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 _____ _____ 1. _____ _____. 2. _____
제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)  ②검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제216조제1항제2호에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.	제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)  ② _____ 제216조제1항에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우 또는 그 수색의 관련 범위를 초과한 때에는 _____ _____ _____.

끝으로, 현재의 결정은 개별조항(제216조 제1항 제1호)에 의한 단순한 해석으로서, 「헌법」상 사전영장주의예외를 포괄적으로 규정한 관련(제216조 제1항 제2호, 제3항, 제217조) 및 다른 관련(제106조, 제107조, 제109조 등)조항의 취지와 그 조항 상호간의 법체계적 '관련성'을 전체적인 맥락에서 해석하지 않은 문제가 있다고 생각한다. 또한, 심판대상조항(제216조 제1항 제1호 중 제200조의2)인 '필요한 때'의 의미를 헌재가 제시한 그 예외인정 요건 중에 (a) 체포영장이 발부된 피의자가

타인의 주거 등에 소재할 '개연성'은 피의자 수색의 당연한 전제이고, 더구나 (b) 사전에 영장을 발부받기 어려운 그 수색의 '긴급'한 사정은 체포영장의 발부단계에서 이미 긴급체포의 필요성 사유인 '증거인멸 염려+도망우려'가 고려된 사항이다. 더 나아가, 현재는 당해사건 하나만을 가지고 「헌법」 자체에 대한 문제점을 실시하면서 그 개정의 필요성을 결정하고 있고, 또 과연 개별조항에 의한 단순한 해석만으로써 「헌법」 '제16조'의 사전영장주의예외에 대한 개정입법론이 필요한가 의문이다. 더군다나, 제청법원의 「헌법」 제16조(주거의 자유) 및 제37조 제2항(과잉금지원칙)에 대한 '위헌성'여부도 별도로 심사하지 않아서 심판대상조항의 개정입법론을 논하는데 큰 장애요인이 되고 있다. 만약 헌재가, 본고에서 제시한 관련 및 다른 관련조항의 '복잡한해석론'에 의하였다면 '한정합헌결정'을 내림으로써 앞서 제시한 문제를 해결할 수 있지 않았을 까라는 생각을 잠시나마 해보았다. 따라서 본고의 복잡한해석론에 의한 개정입법방안이 실효적으로 적용할 수 있기를 기대해본다.

〈논문접수 : 2019. 7. 9, 심사개시 : 2019. 8. 7, 게재확정 : 2019. 9. 9.〉

## 참 고 문 헌

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

- 배종대 외, 형사소송법, 홍문사, 2016.  
손동권·신이철, 새로운 형사소송법, 세창출판사, 2016.  
신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014.  
신양균, 형사소송법, 법문사, 2009.  
이재상·조균석, 형사소송법, 박영사, 2017.  
임동규, 형사소송법, 법문사, 2019.  
정형석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994.  
차용석·최용성, 형사소송법, 21세기사, 2013.

#### 2. 논 문

- 손동권, “수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론”, 경희법학, 제46권 제3호, 2011.  
이성환, “주거의 자유에 관한 소고”, 세계헌법연구, 제13권 제1호, 2007.  
전승수, “압수·수색상 관련성의 실무상 문제점”, 형사법의신동향, 제49권 제6호, 2015.  
전학선, “체포영장 집행과 타인의 주거 수색 제한-헌법재판소 형사소송법 제 216조 제1항 제1호 사건에 대한 평석-”, 외법논집, 제43권 제1호, 2019.  
조광훈, “압수·수색절차에서 관련성에 관한고찰”, 사법, 제33권 제1호, 2015.  
최용성·곽대훈, “각종 디지털 진술증거의 입법론적 고찰: 개정 형사소송법 제

313조 제2항을 중심으로”, 한국치안행정논집, 제15권 제3호, 2018, 277-298.

홍영기, “형사소송법상 사건의 동일성-이론과 정책”, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007.

홍영기, “영장 없는 압수·수색의 합법성 기준-형사소송법 제216조 제1항 제2호의 해석론”, 고려법학, 제63권 제4호, 2011.

### 3. 기타

헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370 결정.

대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2245 판결.

대법원 2012. 2. 9. 선고 2009도14884 판결.

대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결.

법제처 국가법령정보센터, “헌법 제10호, 대한민국헌법”, <http://www.law.go.kr>(2019. 4. 15. 검색).

법제처 국가법령정보센터, “법률 제13720호, 형사소송법”, <http://www.law.go.kr>(2019. 4. 15. 검색).

## II. 외국 문헌

Stephen, A.S. & Daniel, J.C., American criminal procedure, investigative: cases and commentary. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2018.

< ABSTRACT >

## A Study of the Unconstitutionality of Provisions of 「Criminal Procedure Law」 Article 216 Clause 1 Number 1 - Centering Around Interpretation of Provisions Subject to Judgment -

Choi, Yong-Sung · Kang, Dong-Uk

The purpose of this thesis is to study the meaning regarding article 200-2(provisions subject to judgment) in article paragraph 1, clause 1, article 216 by interpreting paragraph 2, clause 1, article 216, clause 3, article 216, provisions in clause 1, article 217, article 106, article 107 and article 109 beyond simple interpretation of paragraph 1, clause 1, article 216 of 「Criminal Procedure Act」 and examining that the meaning which needs provisions subject to judgment(part regarding article 200-2 in paragraph 1, clause 1, article 216 of 「Criminal Procedure Act」) is (a) probability that a suspect resides in such place? (b) urgent circumstances that it is difficult for search warrant to be issued in advance? (c) both (a) and (b) are required? or (d) there are relations with cases presented by this thesis. For (b) provisions which are not subject to judgment(part regarding article 200-3 and article 212 in paragraph 1, clause 1 article 216), urgent circumstance that it is difficult for search warrant to be issued before search for a suspect is recognized and article 16 of constitution ‘in case of search or seizure in a residence, a warrant issued by a judge upon request of a prosecutor shall be presented’ can be recognized. On the other hand, for a case of (c) provisions which are subject to judgment(part regarding article 200-2 in paragraph 1, clause 1 article 216), comprehensive

search is permitted if there is possibility for a suspect whom search warrant is issued to reside in another person's residence and thus exemption of preliminary warrant requirement principle set forth in article 16 of 「constitution」which is equivalent to arrest and arrest without warrant of a flagrant delict cannot be recognized. Accordingly, for (가) provisions which are subject to judgment, urgency of seizure·search that premises or involves arrest·detention(article 200-3 etc.) needs to be restrictively permitted whereas for a case of (나) provisions which are subject to judgment, seizure·search needs to be permitted as much as possible if there is relation to basic identity of facts for possibility within legal execution scope of arrest·detention warrant (article 200-2 etc.). Therefore, (a) and (d) arising from this thesis' complex interpretation appears to be reasonable in light of current reasonable interpretation and exemption of preliminary warrant requirement principle which is not equivalent to provisions which are not subject to judgment that require urgency by adding relevance requirements for other provisions besides the need of aforementioned relevant provisions can be recognized. In conclusion, with regard to violation of provisions which are subject to judgment, decision of limited constitutionality from this thesis' complex interpretation appears to be reasonable and reasonable lawmaking methods of such provisions which are subject to judgment are presented.

◆ **Key words** : Seizure and Search, Exemption of Warrant Requirement Principle, Probability(Need), Urgency and Relevance, Provisions Subject to Judgment, Equivalent Value Provisions.