

2014



第三十輯

治安論叢

警察大學 治安政策研究所



第三十輯

治安論叢

警察大學 治安定策研究所

치안정책연구소는 각종 현안 및 중·장기 치안정책 개발을 위해 경찰청 각 국·관이 의뢰하는 지정주제와 외부 연구진이 제시하는 자유주제 중 17~18건을 선정하여 외부 연구용역을 수행하고 있습니다. 이 중 우수한 논문을 엄선하여 1984년부터 '치안논총'을 발간하고 있으며, 이번 호는 제30집으로 긴 시간동안 꾸준히 치안정책에 기여해 왔습니다.

이번 '치안논총 제30집'에는 연구과제 중 「4대 사회악」 치안의 정책효과 제고방안 - 「3대 폭력」범죄를 중심으로-, 「통신사실 확인자료 및 금융거래정보 청구절차 개선방안 연구」, 「수사구조개혁 관련 일본식 형사제도 도입에 관한 연구」 등 우수논문 3편을 엄선하여 수록하였으며 이외에도 지면상 한계로 신지 못한 연구 자료는 연구소 홈페이지를 통해 언제든지 이용하실 수 있습니다.

「4대 사회악」 치안의 정책효과 제고방안 - 「3대 폭력」범죄를 중심으로-는 2013년 꾸준히 실시한 4대 사회악의 치안 효과를 분석하고 제고방안을 제시하여 지속적인 4대 사회악 척결에 이바지 할 수 있는 방안을 제시하였습니다. 「통신사실 확인자료 및 금융거래정보 청구절차 개선방안 연구」는 검사의 독점적 영장청구권에 대한 예외로서 통신비밀보호법상 통신사실 확인자료제공 요청허가청구권, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률상 금융거래정보요구 영장청구권에 대해 심층 분석하여 수사실무와 학계 양쪽에서 충족할만한 연구결과를 제시하였습니다. 「수사구조개혁 관련 일본식 형사제도 도입에 관한 연구」는 상세한 비교 분석과 충실한 사례 연구를 통해 경찰 수사의 신뢰 제고에 기여할 수 있는 다양한 자료를 제공하는 토대연구를 수행하였습니다.

이와 같이 연구에 전념하여 훌륭한 논문을 완성하신 연구진과 논문의 질적 향상을 위해 애쓰신 심사위원과 연구관들의 노고에 감사드리며 앞으로도 우리 연구소에서는 우수한 연구 성과를 산출할 수 있도록 최선을 다하겠습니다.

끝으로 '치안논총' 발간에 많은 관심과 도움을 주신 경찰대학장님과 관계자 여러분, 그리고 안전한 대한민국을 만들기 위해 헌신하고 계시는 13만 경찰관 여러분들께 진심어린 감사의 말씀을 드립니다. 모쪼록 '치안논총'이 실무 부서에서 알차게 활용되고 치안행정 및 경찰 관련 연구 분야에서 노력하고 있는 전문가들에게도 유용한 자료가 되기를 바랍니다.

치안정책연구소장

김학익

통신사실 확인자료 및 금융거래정보 청구절차 개선방안 연구

《研究陣》

연구위원: 김재윤 (전남대학교 법학과 교수)

치안정책연구소

●●● 목 차

국 문 요약	9
제1장 서론	12
제1절 연구의 목적	12
제2절 연구의 범위와 방법	14
제3절 기대효과	15
제2장 영장제도의 본질과 검사의 독점적 영장청구권	16
제1절 영장주의의 본질	16
제2절 검사의 독점적 영장청구권의 도입 경위	18
1. 제헌헌법의 영장주의	18
2. 1961년 형사소송법 개정 : 검사의 영장신청권 및 구속통제권 확립	20
3. 1962년 제5차 헌법개정(제3공화국 헌법) : 검사의 영장신청권 규정 도입	21
4. 1972년 유신헌법	23
5. 1980년 제5공화국 헌법과 1987년 헌법(현행헌법)	23
6. 소결	24
제3절 외국의 헌법과 형사소송법상 영장청구권자	25
1. 독일	25
2. 프랑스	29
3. 영국	32
4. 미국	37
5. 일본	41
6. 소결 : 시사점	45

제4절	검사의 독점적 영장청구 규정의 문제점	46
1.	검사의 영장청구권 독점에 대한 헌법재판소 결정	46
2.	검사의 영장청구권 독점의 타당성에 대한 학계의 견해대립	46
3.	검사의 영장청구권 독점의 타당성에 대한 실무계의 견해대립	48
4.	검토 및 소결	50

제3장 검사의 독점적 영장청구권의 예외로서 통신 비밀보호법상

통신사실 확인자료제공 요청허가청구권

제1절	서설	52
제2절	범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 의미 및 절차	53
1.	통신수사, 통신제한조치, 통신사실 확인자료 및 통신자료의 의미	53
2.	통신사실 확인자료제공 요청의 절차	55
제3절	미국의 입법례	57
1.	미국의 통신비밀보호 관련 법률상 통신감청의 정의와 유형	57
2.	미국의 통신비밀보호 관련 법률의 개관	58
3.	미국의 전기통신프라이버시법(ECPA)의 주요 내용	61
4.	ECPA과 통비법상 통신사실 확인자료 취득 비교검토	63
제4절	통신사실 확인자료제공 현황, 문제점 및 개선노력	64
1.	통신사실 확인자료제공 현황	64
2.	통신사실 확인자료제공의 문제점과 개선노력	67
제5절	통신사실 확인자료제공 요청허가청구권의 법적 성질	69
1.	통신제한조치 허가청구권의 법적 성질	69
2.	통신사실 확인자료제공 요청허가에 대한 법률개정의 과정	70
3.	통신사실 확인자료가 개인정보에 포함되는지 여부	71
4.	검토 및 소결	73

제4장	검사의 독점적 영장청구권의 예외로서 금융실명 거래 및	
	비밀보장에 관한 법률상 금융거래정보요구 영장청구권	76
제1절	서 설	76
제2절	금융거래정보제공의 의미, 금융거래 추적수사의 내용 및 절차	78
	1. 금융거래정보제공의 의미	78
	2. 금융거래 추적수사의 내용	79
	3. 금융거래 추적수사의 절차	80
제3절	금융거래 추적수사의 허용요건과 한계	82
	1. 일반적 허용요건과 한계	82
	2. 개별적 허용요건과 한계	84
제4절	외국의 입법례	86
	1. 미 국	86
	2. 독 일	98
	3. 일 본	100
	4. 소결 : 시사점	100
제5절	금융거래정보제공 현황	103
제6절	수사기관의 금융거래정보요구권의 법적 성질	104
	1. 임의수사설(형식설)	105
	2. 강제수사설(실질설)	105
	3. 사법적 강제처분과 행정적 강제처분 구분설	106
	4. 검토 및 소결	107
제7절	금융거래정보요구 영장청구의 주체	108
	1. 검사의 독점적 영장청구 긍정설	108
	2. 검사의 독점적 영장청구 부정설	108

3. 검토 및 소결	109
제5장 사법경찰관 단독 통신비밀보호법상 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률상 금융거래정보요구 영장청구 방안	111
제1절 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 있어 사법경찰관 단독 영장청구권 허용의 타당성 검토	111
제2절 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 있어 사법경찰관 단독 영장청구의 구체적 방안과 관련 법률의 개정안	112
1. 사법경찰관 단독 허가청구 및 영장청구의 구체적 방안	113
2. 관련 법률의 개정안	115
제3절 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 있어 사법경찰관 단독 영장청구권 허용에 대한 제도적 보완책	116
1. 법원의 영장심사 강화	116
2. 본인에 대한 통지의무 강화	117
3. 요청된 통신사실 확인자료 및 금융거래정보 요청·제공 관련 자료의 의무적 보관 및 정보공개 강화	118
제6장 결 론	121

●●● 표 목 차

〈표 1〉 가정폭력 대상 범죄	13
〈표 1〉 ECPA의 3단계 분류	64
〈표 2〉 ECPA과 통비법상 통신사실 확인자료 취득 비교	65
〈표 3〉 통신사업자의 통신사실 확인자료 건수	66
〈표 4〉 기관별 통신사실 확인자료 건수	67
〈표 5〉 통신수단별 통신사실 확인자료 건수	67
〈표 6〉 문서건수 대비 통신사실 확인자료 제공 전화번호 건수	68
〈표 7〉 수사기관 등 공공기관의 금융거래정보 조사 비교	105
〈표 8〉 통비법 및 금융실명제법 개정안	118
〈표 9〉 통비법 및 금융실명제법 개정안	127

●●● 그림 목 차

〈그림 1〉 부당영장기각	48
〈그림 2〉 영장과 전관예우	48
〈그림 3〉 검사 부당영장 기각 이유	48
〈그림 4〉 형법영역에 있어 비례성의 원칙의 ‘관계삼각형’	85

국 문 요 약

헌법 제12조 제3항과 제16조 제2문은 영장청구권을 검사에게 독점시켜 놓고 있다. 이러한 헌법의 태도는 인신의 자유를 제한하고 기본권 침해를 동반하는 강제수사에 있어서 영장을 요할 경우 검사만이 이를 청구할 수 있도록 함으로써 다른 수사기관의 영장청구에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하도록 하기 위한 것으로 이해되고 있다. 그러나 한편으로 형사소송법상 검사에게 사법경찰관리가 담당하는 모든 수사에 대한 지휘권이 부여되어 있지만(형사소송법 제196조 제3항), 대부분의 형사사건을 사법경찰관리가 수사하고 있는 현실을 고려할 때 피의자의 신병확보, 압수·수색 등 강제수사의 필요성에 대한 판단을 수사이선에서 지휘하는 검사에게만 일임하고 수사일선에 있는 사법경찰관리에게 배제하는 것은 문제가 있다. 다른 한편으로 이러한 검사의 독점적 영장청구규정은 그 제도의 취지와 달리 수사·기소·영장청구권을 독점한 무소불위의 권력을 가진 검찰이 경찰 수사에 대한 검찰의 부당한 개입과 수사지휘권을 강화하는 수단으로 남용되고 있다는 지적이 끊임없이 제기되고 있다.

그런데 영장주의 본질은 국민의 기본권 제한의 오·남용을 방지하기 위해 독립적이고 중립적 지위에 있는 법관의 심사를 받는 데 그 핵심이 있는 것이지 검찰에 의한 사법통제를 의미하는 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 최근 검찰이 자의적으로 사법경찰관의 체포·구속·압수·수색을 위한 영장신청을 부당하게 기각하는 것은 법원의 사법심사권을 실질적으로 침해하는 것으로 파악할 수 있다.

따라서 본 연구는 헌법상 검사의 독점적 영장청구권이 어떠한 문제점이 있으며, 이러한 문제점을 개선하기 위한 구체적 방안으로 통신비밀보호법상의 통신사실 확인자료제공 요청허가청구와 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률상의 금융거래정보요구 영장청구 절차에 있어 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관이 독자적으로 법원에 대해 영장을 청구할 수 있는지, 이것이 가능하다면 그에 따른 제도적 보안책은 무엇인지를 제시하고자 하였다. 보다 구체적으로 연구 결과를 간략히 요약하면 다음과 같다.

우선 헌법상 검사의 독점적 영장신청권과 관련하여 이를 형사사법상 주요 원칙의 하나로 인권보장과 법치주의의 확보를 위한 제도적 장치로서 헌법적 결단의 대상으로 이해하는 견해가 있으나, 이는 수사기관의 강제처분에 대한 법관의 사법통제를 의미하는 영장주의의 본질과 무관한 것으로 이해함이 타당하다. 이에 따라 검사의 독점적 영장청구권의 문제점을 해소하는 한편, 수사기관의 강제처분에 대한 법관의 사법통제라는 영장주의의 본질을 철저히 유지하기 위해서는 근본적으로 헌법, 형사소송법, 통신비밀보호법, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 등 영장 관련 법률의 개정을 통해 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관도 법원에 독자적으로 영장을 청구할 수 있도록 할 필요가 있다.

한편으로, 통신비밀보호법 제13조는 통신제한조치와 마찬가지로 수사기관이 통신사실 확인자료제공을 요청할 경우에 법원의 허가를 받도록 하고 있으나, ① 통신사실 확인자료는 단지 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간 등만을 파악하는 것으로 간접 식별정보 중 추상화정보에 속하기 때문에 개인정보자기결정권의 보호대상으로서의 개인정보로 보기 어렵다는 점, ② 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료제공 요청청구에 대해서도 여전히 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 통해 사법심사가 이루어질 경우 영장주의 본질을 침해하지도 않는다는 점 등을 고려할 때 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료제공 허가청구권은 헌법과 형사소송법상의 체포·구속영장, 압수·수색·검증영장과 달리 검사의 독점적 영장청구권 규정이 적용되지 않는다고 봄이 타당하다.

다른 한편으로, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조는 금융거래의 비밀보장을 원칙으로 규정하고 예외적인 경우에 법원을 비롯한 국가기관에 의한 금융거래정보제공을 허용하면서 국세청, 금융위원회 등 다른 국가기관과 달리 금융감독금융거래정보요구 영구청구의 주체를 검사만으로 국한하고 있다. 그러나 ① 금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사의 법적 성질은 임의사수나 강제수사 어느 하나로 단정할 수 없고 강제수사와 임의수사의 경계선상에 있는 양자의 성격이 모두 존재하는 것으로 파악하는 것이 타당하다는 점, ② 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률은 금융거래정보요구권의 주체와 관련하여 수사기관 이외에 국세청장(지방국세청장 포함), 금융위원회, 금융감독원장 등 다른 국가기관에 대해서도 이를 인정하고 있다는 점, ③ 미국, 독일, 일본의 입법례를 보더라도 수사기관의 금융거래정보요구에 별도의 영장청

구를 요구하고 있지 않다는 점 등을 고려할 때 금융거래정보요구 영장청구권은 검사만에게 인정되는 것이 아니라 국세청, 금융감독원장 등과 같은 독립된 하나의 국가기관인 경찰청 소속 사법경찰관에게도 인정될 수 있다고 본다

결국, 통신비밀보호법상 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률상 금융거래정보요구 영장청구는 헌법과 형사소송법상의 영장주의가 적용되는 일반적인 압수·수색·검증과 같은 강제처분과 비교할 때 그 법적 성질을 달리하므로 검사뿐만 아니라 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관이 독자적으로 법원에 청구할 수 있다고 본다. 이에 검사의 독점적 영장청구권을 규정한 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제200조의2(영장에 의한 체포) 제1항, 제201조(구속) 제1항, 제215조(압수, 수색, 검증), 통비법 제6조 제1항, 제2항의 개정이 없더라도 사법경찰관에게 독자적인 영장청구권을 인정할 수 있다.

그러나 문제의 소지를 없애고 그 취지를 보다 분명히 반영하기 위해 현행 통신비밀보호법 제13조 제2항 제1문은 “제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.”로 개정할 필요가 있으며, 현행 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조 제1항 제1호는 “법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공”이라고 규정하고 있으나, 이를 “법원의 제출명령 또는 검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공”이라고 개정할 필요가 있다.

나아가 변호사 자격을 소지한 사법경찰관으로 하여금 독자적인 통신사실 확인자료 요청허가청구권과 금융거래정보요구 영장청구권을 인정함으로써 우려되는 권한 남용과 그로 인한 기본권 침해를 방지하기 위해서는 ① 관련 허가서와 영장 발부에 대한 법원의 영장심사 강화, ② 압수·수색되고 있는 통신사실 확인자료와 금융거래정보의 대상자에 대해 수사기관과 금융회사 등의 통지의무의 강화 및 ③ 통신사실 확인자료 및 금융거래정보 요청·제공 관련 자료를 일정기간 의무적으로 비치 내지 보관토록 하고 이들 관련자료 등을 요청한 국가기관에 대하여 정보공개를 강화하는 등의 제도적 보완책이 마련될 필요가 있다고 본다.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

헌법은 제12조 제3항에서 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고, 제16조 제2문에서 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정함으로써 영장청구권을 검사에게 독점시켜 놓고 있다. 이러한 헌법의 태도는 인신의 자유를 제한하고 기본권 침해를 동반하는 강제수사에 있어서 영장을 요할 경우 검사만이 이를 청구할 수 있도록 함으로써 다른 수사기관의 영장청구에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하도록 하기 위한 것으로 이해되고 있다.

그러나 한편으로 형사소송법상 검사에게 사법경찰관리가 담당하는 모든 수사에 대한 지휘권이 부여되어 있지만(형사소송법 제196조 제3항), 대부분의 형사사건을 사법경찰관리가 수사하고 있는 현실을 고려할 때 피의자의 신병확보, 압수·수색 등 강제수사의 필요성에 대한 판단을 수사이선에서 지휘하는 검사에게만 일임하고 수사일선에 있는 사법경찰관리에게 배제하는 것은 문제가 있다.¹⁾ 다른 한편으로 이러한 검사의 독점적 영장청구규정은 그 제도의 취지와 달리 수사·기소·영장청구권을 독점한 무소불위의 권력을 가진 검찰이 경찰 수사에 대한 검찰의 부당한 개입과 수사지휘권을 강화하는 수단으로 남용되고 있다는 지적이 끊임없이 제기되고 있다. 이는 그간 검찰이 검사나 검사 친인척 등을 상대로 낸 경찰의 영장신청을 대부분 기각한 사례²⁾나

1) 서보학, “검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010, 277-278면.

2) 최근 세무조사 무마 명목으로 뇌물을 수수한 혐의를 받고 있는 전 용산세무서장에 대해 경찰이 신청한 구속영장을 검찰이 기각했는데, 서울지방경찰청 광역수사대에 따르면 검찰은 2013년 4월 27일

구체적인 영장신청 기각 사유를 적시하지 않은 채 단순히 '소명자료 부족'이란 사유만으로 수개월간 진행된 수사에 따른 영장신청을 기각하는 사례³⁾에서도 나타나듯이 검사가 특정사건을 축소·은폐하거나 특정인을 비호하기 위하여 사법경찰관이 신청한 영장을 부당하게 기각하는 경우에도 '경찰의 준항고'와 같은 어떠한 불복장치도 마련되어 있지 않아 오·남용의 가능성이 열려 있다는 비판이 제기되고 있다.

그런데 영장주의 본질은 국민의 기본권 제한의 오·남용을 방지하기 위해 독립적이고 중립적 지위에 있는 법관의 심사를 받는 데 그 핵심이 있다. 즉 헌법은 영장제도를 통해 수사상 강제처분의 허가권한이 검찰에 있지 아니하고 헌법에 의해 독립이 보장된 법원의 권한에 속하는 것일 뿐만 아니라 법치국가적 사법질서의 확립을 위해서는 수사절차에서의 사법통제가 반드시 필요함을 선언한 것이다.⁴⁾ 다만 헌법이 영장청구권에 대한 검사의 독점적 지위를 인정하는 것은 검찰의 사법경찰관리에 대한 수사지휘권을 확보함과 동시에 법률전문가에 의하여 영장발부의 합법성을 높여서 궁극적으로 기본권 침해방지를 위한 이중적 장치로서 기능하도록 함에 있지, 사법경찰관의 영장신청을 법원이 아닌 검찰 단계에서 부당하게 기각하여 경찰수사의 방해 내지 사실상 중단시킴으로써 경찰수사의 자율성을 침해하거나 영장에 대한 법원의 사법심사권을 침해하는 데 있지 않다. 그럼에도 불구하고 최근 검찰이 자의적으로 사법경찰관의 체

“범죄 혐의 입증의 상당성이 부족하다”며 전날 경찰이 윤모씨(57)에 대해 신청한 구속영장을 기각했다고 한다. 윤씨는 2010~2011년 성동·영등포세무서장으로 재직하면서 세무조사 무마 등의 명목으로 육류업체 대표 김씨로부터 현금 2000만원과 골프집대 20여차례 등 6000여만원의 금품을 받은 혐의(뇌물수수)를 받고 있다. 경찰은 지난해 윤씨의 뇌물수수 의혹과 관련 6차례에 걸쳐 압수수색 영장을 신청했으나 검찰은 모두 기각했으며, 이에 대해 윤씨의 동생이 현직 검사이며, 또 다른 동료검사도 접대에 연루됐을 가능성 등을 들어 ‘의도적인 기각’이 아니냐는 의혹이 제기되고 있다고 한다(머니투데이, 2013년 4월 27자 기사). <<http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2013042712433043634&outlink=1>> 2013.5.21. 검색.

3) 최근 익산경찰서는 산업단지 조성 비리 의혹에 연루된 업자와 법인 등 4곳에 대한 계좌추적 영장을 전주지방 검찰청 군산지청에 신청했으나 ‘소명자료 부족’이라는 이유로 기각당했다고 한다. 익산 토착비리 의혹에 대한 경찰 수사가 검찰의 잇따른 영장 기각으로 제동이 걸렸으며, 경찰 관계자는 “법원도 아닌 검찰이 계좌추적 영장을 기각한 것은 극히 이례적이고, 이는 수사를 하지 말란 뜻으로 해석할 수 밖에 없다”며 문제점을 지적하고 있다(노컷뉴스, 2013년 5월 13일자 기사).

<<http://www.nocutnews.co.kr/Show.asp?IDX=2499182>> 201.5.21. 검색.

4) 김선택, “영장청구권주체입법의 변천 및 평가”, 안암법학 제31호, 2010, 3-23면.

포·구속·압수·수색을 위한 영장신청을 부당하게 기각하는 것은 법원의 사법심사권을 실질적으로 침해하는 것으로 파악할 수 있다.

그러므로 본 연구는 헌법상 검사의 독점적 영장청구권이 어떠한 문제점이 있으며, 이러한 문제점을 개선하기 위한 구체적 방안으로 통신비밀보호법(이하 '통비법'이라 한다)상의 통신사실 확인자료제공 요청허가청구와 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 '금융실명제법'이라 한다)상의 금융거래정보요구 영장청구 절차에 있어 사법경찰관이 독자적으로 법원에 대해 영장을 청구할 수 있는지 여부를 검토하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

검사의 독점적 영장청구권의 문제점과 그에 대한 개선방안을 논의하기 위해서 우선, 검사의 독점적 영장청구권이 어떠한 문제점을 나타내고 있는지를 개괄적으로 살펴보고, 그 개선방안으로 헌법 조문의 해석상 신체 및 주거의 자유 제한 외에는 검사 독점형 영장청구 규정이 없으므로 통비법상의 통신사실 확인자료제공 요청허가청구와 금융실명제법상의 금융거래정보요구 영장청구 절차에 영장주의가 반드시 적용되는지 여부를 검토함으로써 헌법 제12조 제3항과 제16조 제2문의 영장규정 적용을 배제할 수 있을 경우 통비법과 금융실명제법 개정을 통해 일정한 자격을 가진 사법경찰관이 법원에 직접 허가 내지 영장을 청구하는 절차를 마련함이 가능한지, 가능하다면 구체적인 방안과 관련 법률의 개정안은 무엇인지, 그리고 그에 따른 제도적 보안책은 어떠한 것들이 있는지를 제안하고자 한다.

이를 위하여 영장주의와 관련된 헌법적, 형사소송법적 이론을 검토하고, 독일, 프랑스, 영국, 미국, 일본 등의 외국에서는 영장청구가 어떠한 방식으로 이루어지는지 관련 법률과 논문, 연구보고서 등을 분석·검토하고자 한다. 그리고 검사의 독점적 영장청구권의 문제점에 대한 개선방안을 제시하기 전에 통비법상의 통신사실 확인자료제공 요청허가청구와 금융실명제법상의 금융거래정보요구 영장청구의 현황자료를 분석하고 관련 국내외 문헌을 조사·검토함으로써 이들의 법적 성질을 규명하고자 한다. 나아

가 이를 토대로 통신사실 확인자료제공 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 있어 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관이 독자적으로 법원에 청구할 수 있는지와 관련된 국내외 문헌을 분석·검토함으로써 구체적 허가청구 내지 영장청구 방안과 그에 따른 제도적 보완책을 제시하고자 한다.

제3절 기대효과

본 연구를 통하여 다음과 같은 기대효과를 거둘 수 있다고 본다. 첫째, 사법경찰관이 헌법 개정 없이 관련 법률 개정만으로 통비법상 통신사실 확인자료제공 요청허가, 금융실명제법상 금융거래정보요구 영장 등을 청구함에 있어 검사를 거치지 않고 법원에 직접 청구하는 것이 가능하다는 이론적 근거를 제시함으로써 관련 법률개정의 자료로 활용될 수 있을 것이다.

둘째, 연구결과와 같이 관련 법률개정이 이루어질 경우 경찰은 통신수사와 금융거래 추적수사와 관련된 수사가 신속하게 진행될 수 있을 뿐만 아니라, 검사가 자의적으로 사법경찰관의 청구를 기각하는 등 청구권 남용을 사전에 방지하는 효과를 거둘 수 있을 것이다.

셋째, 사법경찰관이 독자적으로 청구하는 통신사실 확인자료 허가서와 금융거래정보요구 영장에 대해 보다 구체적인 방안과 그 제도적 보완책을 제시함으로써 국민이 우려하는 통신과 금융거래정보에 대한 정보적 자기결정권의 침해를 최소화하여 헌법상 보장된 통신의 비밀과 자유와 사생활의 비밀과 자유를 충실히 보호할 수 있을 것이다.

제2장 영장제도의 본질과 검사의 독점적 영장청구권

제1절 영장주의의 본질

영장주의란 법원 또는 법관이 발부한 적법한 영장에 의하지 않으면 형사절차상의 강제처분을 할 수 없다는 원칙을 말한다. 이에 따라 영장주의의 본질은 신체의 자유와 주거의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다.⁵⁾ 즉 형사절차상의 강제처분은 적법절차에 의해 법원 또는 법관이 발부한 영장을 통해 사법심사를 받아야 한다는 것이다. 이러한 영장주의는 1215년 영국의 Magna Carta 이래 인권보장과 법치주의의 보루로서 근대 형사법의 최고원리를 이루고 있다. 영장주의는 법관의 공정한 판단에 의하여 수사기관에 의한 강제처분권한의 남용을 억제하고 시민의 자유와 재산의 보장을 실현하기 위한 원칙이다. 강제처분 법률주의가 입법권에 의한 통제라면 영장주의는 법관의 판단에 의한 강제처분의 제한이라는 점에서 강제처분에 대한 사법적 통제라고 할 수 있으며, 구체적 사건에 대하여 강제처분의 적부를 심사한다는 의미에서는 구체적 판단에 의한 강제처분의 억제형식이라고 할 수 있다.⁶⁾

우리나라 헌법상 영장주의는 사전영장의 원칙, 법관에 의한 영장발부의 원칙, 검사에 의한 영장청구의 원칙, 적법절차의 원칙, 무영장 체포시 사후영장 청구의 원칙, 일반영장 금지의 원칙, 사법심사의 원칙 등이라는 영장제도를 통해 구체화되어 있다(헌

5) 헌법재판소는 “영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다고 할 수 있다.”고 판시한 바 있다(헌법재판소 1997.3.27. 선고 96헌마28,31,32(병합) 결정).

6) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 223면.

법 제12조 제3항, 제16조 제2문).⁷⁾ 그런데 세계 각국의 모든 법체계는 인간의 기본권에서도 가장 기본적이고 중요한 자유권인 신체의 자유에 대한 법치주의적 원리로서 영장주의를 선언하고 있으나, 그 구체적인 내용인 영장제도는 각국의 민주주의의 성숙과 사법제도의 발전의 정도에 따라 서로 다른 모양으로 설정되어 있다. 그 대표적인 예가 바로 영장청구권자를 ‘검사’로 한정하여 규정한 헌법 제12조 제3항이라 볼 수 있다. 이는 미국과 일본뿐만 아니라 다른 어느 나라의 헌법에서도 찾아보기 어려운 규정이다.⁸⁾

이러한 검사의 독점적 영장청구권과 관련하여 한편에서는 “우리 형사사법의 역사적 경험에 따른 특별한 결단으로서 형사상 인권보장에 관한 더욱 철저한 이중적 안전장치를 둔 것”으로 긍정적으로 평가하는 견해가 제시되고 있다.⁹⁾ 그러나 다른 한편에서는 근대 형사법의 필수원칙으로서 영장주의는 ‘적법절차에 의한 사법심사’를 본질로 하기 때문에 검사의 독점적 영장청구권은 영장주의의 본질과 무관한 것이며, 특히 헌법규정으로 할 만한 것은 더더욱 아니라는 취지에서 그러한 규정의 타당성에 의문을 제기하고 있다.¹⁰⁾

따라서 이하에서는 검사의 독점적 영장청구권이 우리 헌법에 도입된 경위를 영장주의의 본질과 인권보장의 측면에서 검토하고 외국의 헌법과 형사소송법에서 영장청구권의 주체를 어떻게 규정하고 있는지에 대해 비교·검토함으로써 검사의 독점적 영장청구권이 갖는 문제점을 살펴보고자 한다.

7) 영장주의와 영장제도를 구별하여 전자는 강제처분의 절차적 통제에 관한 당위론적인 이론이나 원칙·신념 등을 의미하는데 비해서, 후자는 영장주의가 실정법상의 제도로서 구현된 것이라는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 헌법상의 사전영장의 원칙, 법관에 의한 영장발부의 원칙 등은 영장제도의 내용에 불과하다고 한다. 이에 대해 자세히는 황정인, “영장주의의 본질과 영장제도: 체포제도를 중심으로”, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010, 205면 이하 참조.

8) 김선택, 앞의 논문, 2면.

9) 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001, 247-248면; 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(上)”, 법조 통권 제676호, 2013, 21면; 이금로, “헌법상의 인신구속제도에 대한 소고”, 형사법과 헌법이론(제11권), 공법연구회, 2006, 159면.

10) 김선택, 앞의 논문, 2, 25면; 황정인, 앞의 논문, 223면 이하.

제2절 검사의 독점적 영장청구권의 도입 경위¹¹⁾

1. 제헌헌법의 영장주의

1948. 7. 17. 제정된 제헌헌법은 미군정법령 제176호에 의하여 도입된 영장주의와 그 밖의 인권보장 장치들의 상당 부분을 포함시켰다. 무엇보다 제헌헌법 제9조는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 수색, 심문, 처벌과 강제노역을 받지 아니한다. 체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다. 단, 범죄의 현행·범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다.”고 규정하여 법치주의 인권보장에 따른 영장주의를 도입하였다. 그러나 제10조에서는 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 거주와 이전의 자유를 제한받지 아니하며 주거의 침입 또는 수색을 받지 아니한다.”라고만 규정하여 주거에 대한 수색과 압수에 관하여는 특별히 영장주의를 규정하지 않았다.¹²⁾

그리고 제헌헌법에서는 영장의 신청권자에 대하여 별도로 규정하지 아니하였는데, 이후 동 헌법에 따라 1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 형사소송법 제201조는 “피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”라고 규정하고, 제215조는 “검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 규정함으로써 수사기관의 구속 및 압수·수색영장청구권을 검사뿐만 아니라 사법경찰관에게도 부여하여 사법경찰관이 검사를 거치지 아니하고 직접 법관에게 영장을 청구할 수 있는 것으로 해석될 수 있는 여지를 남겼다.

11) 이하 김선택, 앞의 논문, 15-24면 이하; 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 법조 통권 제677호, 2013, 12-19면 이하; 안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의”, 형사법의 신동향 통권 제24호, 2010, 8-16면 이하 참조.

12) 주거에 대한 수색과 압수 관련 영장주의는 1962년 제5차 개정헌법에서 최초로 규정되었는데, 동 헌법 제14조에서 “모든 국민은 주거의 침입을 받지 아니한다. 주거에 대한 수색이나 압수에는 법관의 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하였다.

실제로 이러한 혼선 속에서 검사는 “수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.”라고 규정한 제정형사소송법 제196조 제1항(검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권)을 근거로 하여 사법경찰관에게 구속 및 압수·수색영장의 신청시 검사를 경유하여 법관에게 청구할 것을 지시하였으나, 사법경찰관은 자신에게도 법률상 영장청구권이 있음을 이유로 직접 법원에 영장을 청구하는 사례가 빈번하였고, 법원은 제정형사소송법이 사법경찰관에게도 영장청구권을 부여하였다고 해석하여 사법경찰관이 청구한 영장을 심사하였다고 한다.

그런데 제정형사소송법이 사법경찰관에게 검사의 통제 없이 직접 법관에게 영장을 청구할 수 있는 권한을 부여하였는가 여부와 관련하여 일부에서는 “제정형사소송법의 영장발부 관련 규정(제201조 제3항)¹³⁾과 검사의 수사지휘권 규정(제196조 제1항)을 종합하면, 검사에게는 다른 기관의 통제 없이 법관에게 직접 영장을 청구할 수 있는 권한이 부여되고, 사법경찰관에게는 자신의 명의로 법관에게 영장을 청구할 수 있는 권한은 없고 검사에게 영장을 청구하여 달라고 신청할 수 있는 권한만을 부여받았다거나 또는 자신의 명의로 법관에게 영장을 청구할 수는 있되, 사전에 검사의 지휘를 거쳐야 되는 것으로 보는 것이 합리적인 해석이라고 본다.”는 견해가 제시되고 있다.¹⁴⁾ 그러나 미군정법령 제180호(1948.3.31.)에서 법원에 대한 영장청구권의 주체를 검사로 한정된 것과 달리 제헌헌법이 영장신청권에 대해 별도의 규정을 두지 않은 점, 이에 제정형사소송법 제201조와 제215조에서 사법경찰관에게도 구속 및 압수, 수색 또는 검증을 할 권한을 부여한 점, 그리고 당시 법원도 제정형사소송법이 사법경찰관에게도 영장청구권을 부여하였다고 해석하여 사법경찰관이 청구한 영장을 심사한 점 등을 고려할 때 단지 수사지휘권을 규정한 동법 제196조 제1항 및 지방법원판사의 영장 기각시 절차를 규정한 동법 제201조 제3항만을 근거로 사법경찰관의 독자적 영장신청권을 부인하거나, 사전에 검사의 지휘를 거쳐야 영장을 신청할 수 있는 것으로 제한 해석하는 것이 타당한지는 의문이다. 특히 동법 제201조 제3항에서 지방법원판사가 당시 검사 또는 사법경찰관에 의해 신청된 구속영장을 기각할 경우에 신청서에 그 취지

13) 제정형사소송법 제201조 제3항은 “지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 신청서에 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다.”고 규정하고 있다.

14) 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 13-14면; 안미영, 앞의 논문, 12-13면.

를 기재하여 신청한 검사에게 교부하도록 규정한 것은 검사 자신이 신청한 경우에는 당연한 규정이며 사법경찰관이 신청한 경우에는 사법경찰관이 아닌 수사지휘권을 갖는 검사에게 교부함으로써 그 기각사유를 분명히 파악하여 적절한 수사지휘가 가능하도록 하려 한 데 그 취지가 있다고 해석될 여지도 있기 때문이다.

어쨌든 이와 같이 영장신청권의 주체의 해석에 관한 법률상 논란이 지속되면서 검찰과 경찰 양 기관이 대립갈등의 양상까지 보이고, 당시 구속된 피의자의 70% 이상이 검찰에서 무혐의 등으로 석방되는 등 구속이 남발되자 사회적 비난 여론이 비등해지면서 제정형사소송법의 개정문제가 대두되었다고 한다.

2. 1961년 형사소송법 개정 : 검사의 영장신청권 및 구속통제권 확립

1960년 3월 15일 실시된 대통령선거에서의 부정과 자유당 정권의 불법부패에 대한 항거로 4·19 혁명이 일어난 이래 제2공화국을 거쳐 1961년 5·16군사쿠데타가 발생하기까지 우리나라는 정치적, 사회적으로 많은 혼란을 겪었으며 그 와중에 무분별한 구속수사의 남발과 형사처벌의 과잉으로 인한 국민을 위한 인신보호장치는 매우 후퇴할 수밖에 없었다.

5·16군사쿠데타 후 1961년 9월 1일 형사소송법 제201조 이하의 영장 관련 규정이 개정되었다. 즉 동법 제201조는 “피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수가 있고, 사법경찰관은 검사에 청구하여 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.”라고 개정되었으며, 제215조는 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다(제1항). 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 청구하여 지방법원 판사가 발부한 압수, 수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다(제2항).”라고 개정되어 법관에 대한 영장청구권자는 검사이고, 검사에 대한 영장신청권자는 사법경찰관이라고 규정하였다.

이렇듯 검사는 법관에게 직접 영장을 청구할 수 있음에 반하여 사법경찰관의 경우 검사를 경유하여서만 영장을 청구할 수 있도록 한 1961년 형사소송법 개정과 관련하여

여 “이는 제정형사소송법에서 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권 규정과 사법경찰관의 법관에 대한 영장청구권 규정이 서로 모순, 충돌됨으로써 야기되는 여러 해석적 논란을 일거에 해소하고 인권침해적 요소가 강한 강제처분의 권한은 헌법상 신분과 직위가 독립된 법관과 준사법기관으로서 공익의 대표자인 검사의 전권사항임을 명백히 한 것에 그 의의가 있다고 하겠다.”고 긍정적으로 평가하는 견해가 있다.¹⁵⁾ 그러나 이와 반대로 “검사의 독점적 영장청구권 규정을 법률에 명문화하여 검찰권강화를 꾀하고 이로써 형사사법기관(수사기관)내의 효율적인 일원적 지배구조를 확립하려고 하였던 것으로 보인다. 또한 권위주의 정부가 이러한 검찰의 권한을 통하여 효율적인 시민통제를 가능케 하고자 한 의도로 볼 여지도 있다.”고 부정적으로 평가하는 견해가 있다.¹⁶⁾

생각건대 영장신청권과 관련하여 검사경유원칙을 법률차원에서 최초로 규정한 1961년 형사소송법 개정의 배경이나 진행상황에 관하여는 참고할 만한 입법자료가 전무한 상황에서, 그리고 군사쿠데타를 통해 정권을 장악한 군사정부가 인권침해적 요소가 강한 강제처분의 권한을 준사법기관으로서 공익의 대표자인 검사의 전권사항임을 명백히 함으로써 인권보장을 꾀하였다고 보는 것은 다소 설득력이 약하다고 본다. 그보다는 권위주의적인 군사정부가 검사의 독점적 영장청구권 등의 검찰권의 강화를 통해 효율적인 시민통제를 가능케 하고자 한 의도였으며, 이러한 군사정부의 의도는 단지 의도로 끝나지 않고 1987년 문민정부가 들어서기까지 실질적으로 시민통제를 위해 적극 활용되었음은 주지의 사실이라고 본다.

3. 1962년 제5차 헌법개정(제3공화국 헌법) : 검사의 영장신청권 규정 도입

1962년 12월 6일 국가재건최고회의의 의결을 거쳐, 1962년 12월 26일 공포된 제5차 개정헌법은 제10조 제3항에 “체포·구금·수색·압수에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정함으로써 인신에 대한 강제수사를 위

15) 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 15-16면; 안미영, 앞의 논문, 14면.

16) 김선택, 앞의 논문, 19-20면.

한 영장신청권을 헌법차원으로 격상하여 오로지 검사(검찰관)에게만 있음을 천명하였다. 다만 주거에 대한 압수·수색과 관련하여서는 제14조에서 “모든 국민은 주거의 침입을 받지 아니한다. 주거에 대한 수색이나 압수에는 법관의 영장을 제시하여야 한다.”라고만 규정하여 주거에 대한 압수·수색영장에는 개정형사소송법과 달리 영장신청의 주체를 특정하지 아니하였으나 제10조 제3항의 취지에 따라 주거에 대한 압수·수색영장의 신청권자도 검사에게 한정되는 것으로 해석함이 일반적이었다.

이와 같이 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 검사의 영장신청권을 헌법규정으로 승격한 취지와 관련하여 “강제수사에 있어서 불가피한 국민의 기본권의 침해를 최소화하고 적법절차를 보장하며 과거 사법경찰관의 영장청구에서 오는 구속남발 등 인권침해적 폐해를 방지하고, 사법경찰관이 강제수사를 위한 영장청구를 함에 있어서는 반드시 법률전문가이자 준사법기관인 검사를 거치도록 함으로써 무분별한 영장청구 및 구속남발을 막아 국민의 기본권을 신장하기 위한 헌법제정권자인 국민의 의지의 표명이라 할 것”이라고 긍정적으로 평가하는 견해가 있다.¹⁷⁾ 그러나 헌법에 검사의 독점적 영장신청권을 도입한 구체적 배경이나 진행상황을 확인할 아무런 입법자료도 발견할 수 없음에도 이와 같이 긍정적 평가를 내리는 것은 객관적 자료에 의해 검증될 수 없는 주관적인 견해로 볼 수밖에 없다.¹⁸⁾ 더욱이 제5차 헌법개정을 주도한 것은 현재와 같이 국민을 대표하는 국회의 의결이 아닌 5·16군사쿠데타의 주역들이 전적으로 참여한 국가재건최고회의를 통해서였음을 상기할 필요가 있다. 주지하듯이 국가재건최고회의는 5·16군사쿠데타의 과업완수 후에 시행될 총선거에 의하여 국회가 구성되고 정부가 수립될 때까지 대한민국의 최고통치기관으로서의 지위를 가졌으며, 이를 명시한 국가재건비상조치법은 입법·행정·사법의 3권을 통합하고, 국민의 기본적 인권은 혁명과업 수행에 지장이 없는 한도 내에서만 보장하는 등 헌법의 일부 효력마저 정지시켰다. 이렇듯 헌법을 개정할 어떠한 민주적 정당성도 갖추지 못한 국가재건최고회의의 의결을 통해 도입된 검사의 독점적 영장신청권에 대해 인권침해적 폐해를 방지하고 사법경찰관에 의한 무분별한 영장청구 및 구속남발을 막아 국민의 기본권을 신장하기 위한 헌법제정권자인 국민의 의지의 표명이라고 해석하는 것은 지나치게 자

17) 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 16-17면; 안미영, 앞의 논문, 15면.

18) 같은 지적으로 김선택, 앞의 논문, 21면.

의적이고 주관적인 해석이 아닐 수 없다고 본다.

4. 1972년 유신헌법

박정희 군사정권은 1972년 10월 17일 전국에 비상계엄을 선포한 후 10·17비상조치를 단행하여 국회를 해산하고 정당활동을 중지, 헌법의 일부조항을 중지시키는 등의 조치를 강행하였다. 이로부터 10월 후 10월 27일 소위 '유신헌법'이 비상국무회의에 의해서 의결되고 12월 17일 공포되었다. 유신헌법은 기본권 보장의 현저한 후퇴를 특징으로 하는데, 이러한 특징은 영장관련 조항에서도 그대로 나타났다. 즉 유신헌법 제10조 제3항은 “체포→구금·압수·수색에는 검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고, 제14조는 “주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하여 검사의 영장신청권을 더욱 더 강화하는 한편, 상대적으로 법관의 영장발부에 대한 재량을 대폭 축소시킴으로써 영장에 대한 법원의 사법심사권을 본질로 하는 영장주의를 형해화시키고자 하였다. 즉 5·16군사쿠데타 후 1961년 형사소송법 개정을 통해 처음으로 도입된 검사의 독점적 영장신청권이 제3공화국 헌법에 의해 헌법적 차원으로 승격되었고 중국에는 유신헌법을 통해 검사의 영장요구권으로 변질된 것은 박정희 군사정권이 검찰조직을 통해 시민에 대한 통제를 더욱 견고히 하려는 의도를 단적으로 나타낸 것으로 평가할 수 있다.

5. 1980년 제5공화국 헌법과 1987년 헌법(현행헌법)

우리나라에서 민주주의에 대한 커다란 퇴보를 야기시킨 유신헌법이 1979년 10·26 사건으로 종식되었지만 같은 해 12월 12일 보안사령관 전두환이 중심되어 일으킨 12·12군사반란을 통해 신군부가 정권을 장악하였다. 그리고 전두환은 1980년 5월 31일 발족한 국가보위비상대책위원회를 통해 9월 1일 제11대 대통령으로 취임함으로써 새로운 군사정부가 들어서게 되었고, 1980년 10월 27일 제5공화국 헌법이 공포되었다. 1980년 제5공화국 헌법에서는 제11조 제3항 본문에서 “체포·구금·압수·수색에는

검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고, 제15조 제2문에서 “주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하여 유신헌법상의 검사의 영장요구권이 다시 검사의 영장신청권으로 수정되었다.

또한 1987년 개정된 현행 헌법 제12조 제3항 본문에서는 “체포·구금·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하여 “적법한 절차”에 따라 검사가 영장을 신청하여야 한다는 문구를 삽입하였다. 한편 형사소송법상의 검사의 수사지휘권 및 구속통제권규정은 계속하여 존속되어 오고 있다.

6. 소결

이상의 입법과정에서 알 수 있듯이 법원 또는 법관이 발부한 적법한 영장에 의하지 않으면 인신구속과 같은 강제처분을 할 수 없다는 영장주의는 사법통제의 원리의 하나로서 제헌헌법을 통해 확립된 이래 현행 헌법에 이르기까지 일관되게 지속되고 있다. 그런데 이러한 영장주의의 원칙에 대한 추가적 절차요소로서 검사의 독점적 영장신청권은 제헌헌법에서는 헌법상 규정으로 두고 있지 아니하였으나, 5·16군사쿠데타에 의해 수립된 박정희 군사정권은 검찰조직을 통한 효율적인 시민통제의 의도로 1961년 형사소송법 개정을 통해 처음으로 검사 독점의 영장신청권을 도입하였다. 그 후 검사의 독점적 영장신청권은 제3공화국 헌법에 의해 헌법적 차원으로 승격되었고 종국에는 유신헌법을 통해 검사의 영장요구권으로 변질되었으나, 또 다른 군사정권 하인 제5공화국 헌법에서는 영장주의의 본질적 침해에 대한 반성적 조치로서 종전 검사의 영장신청권으로 회귀하였다. 다만 문민정부가 수립된 이후 1987년 현행 헌법에서는 검사의 영장신청권에 대해 삭제가 이루어지지 않고 신체의 자유를 강화하는 차원에서 제12조 제3항에서 “적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여”로 수정하고, 제16조 주거에 대한 압수·수색 관련규정은 그와 같은 문구를 삽입하지 아니한 채 종전대로 유지하는 헌법개정이 이루어졌다.

이렇듯 검사의 독점적 영장신청권은 영장주의의 본질과 무관하고 5·16군사쿠데타

에 의해 수립된 군사정권이 검찰권의 강화를 통하여 효율적인 시민통제를 가능케 하고자 하는 의도에서 도입하였고, 한발 더 나아가 유신헌법에서는 검사의 영장요구권으로 개정하여 영장주의를 본질적으로 침해하였음을 간과한 채 아무런 민주적 정당성도 갖지 못한 국가재건최고회의의 의결(1962년 12월 6일)을 통해 제3공화국 헌법에 격상된 것을 두고 “이 영장청구권 규정은 형사사법상 주요 원칙의 하나로 인권보장과 법치주의의 확보를 위한 제도적 장치로 헌법적 결단의 대상”으로 해석하는 것은 설득력이 약하다고 본다.

제3절 외국의 헌법과 형사소송법상 영장청구권자

우리 헌법과 형사소송법상 검사의 독점적 영장신청권을 인정한 입법의 타당성 여부와 관련하여 주요 선진외국의 관련 제도와 운용 현황은 어떠한지 이를 비교법적 차원에서 검토할 필요가 있다.

이에 우리나라와 같은 대륙법계 국가인 독일, 프랑스의 일반적 수사구조와 영장 관련절차와 제도를 검토해 보고, 아울러 검찰과 경찰제도 변경의 대표적 사례로 언급되고 있는 영국과 미국의 제도를 살펴보고자 한다. 나아가 우리나라 법제에 커다란 영향을 미치고 있는 일본의 관련 법제를 함께 살펴보고자 한다.¹⁹⁾

1. 독일

가. 수사기관(검사와 경찰) 상호간 관계

독일 형사소송의 수사단계에서 주재자는 검사이다. 즉 독일의 검사는 수사권과 수사지휘권 및 수사종결권을 가지고 범죄를 수사하는 수사의 주재자이다. 이에 검사는 중범죄[모살(Mord) 및 고살(Totschlag) 등], 경제범죄, 공안범죄 및 나치범죄 등 중요

19) 이하 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 20-38면 이하; 서보학, 앞의 논문, 282-285면; 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011, 31-210면 참조.

한 사건이나 법률적으로 복잡한 사건에 대하여 수사를 스스로 행할 수 있다(독일 형사소송법 제160조). 그러나 전체사건 중 검사가 직접 수사하는 경우는 약 4%이며 송치후 검사가 보강수사하는 경우는 약 2%정도에 불과하고,²⁰⁾ 대부분의 경우 검찰수사는 경찰수사에 관여하는 방식으로 이루어진다. 이때 검사는 촉탁(Ersuchen)을 통하여 경찰관서에 수사를 의뢰하거나, 경찰의 일부 중에서 수사업무를 담당하도록 검사의 보조공무원으로 임명된 수사관(Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft)²¹⁾에게 위임(Auftrag)을 통하여 직접적으로 사건을 의뢰하는 두 가지 방법 중 하나를 선택할 수 있다. 특히 수사를 위임하는 경우에도 독일 형사사건처리기준 제3조 및 제5조 제2항에 따라 수사의 방향과 범위를 지정하거나 사건수사에 필요한 구체적·개별적 지시(Weisung)를 할 수 있도록 되어 있어 검사는 수사과정에서 거의 모든 사법경찰을 사실상 지휘할 수 있다.

그러나 독일의 모든 경찰은 검사의 수사관인지 여부와 상관없이 독일 형사소송법 제163조 제1항²²⁾에 따라 초동수사권(Rechts des ersten Zugriffs)을 가지고 있어 검사의 촉탁, 위임, 지시 등의 개입여부를 기다릴 필요없이 주도적으로 수사에 착수할 수 있다. 즉 경찰은 범죄혐의가 있는 경우에 수사에 착수할 의무가 있으며(수사법정주의 원칙), 직권으로 행하여야 한다. 다만 그 수사활동의 범위는 초동수사에 그치며, 또한 그 수사활동도 개시되면 검사의 지시권(Weisungsrecht)의 범위 내에 들어오게 된다. 이러한 검사의 경찰에 대한 지시권은 진압적인 기능에 한정되어 있으나, 경찰의 많은 개입활동은 예방적이면서 동시에 진압적인 성격을 띠고 있는 경우가 대부분이다. 이때 경찰의 상급자와 검사가 상반되는 지시를 내리는 경우가 발생할 수 있다.²³⁾ 1971년 8월 4일 뮌헨에서 발생한 은행강도 인질사건²⁴⁾에서 총기사용에 대한 부장검사와

20) 김재민, “주요 국가의 수사체제에 관한 고찰”, 경찰학연구 제3호, 2002, 154면.

21) 이러한 수사관은 보안경찰(Schutzpolizei)과 긴급경찰(Bereitschaftspolizei)과 구별하여 사법경찰(Kriminalpolizei)로 불리우는데, 이들은 21세 이상의 공무원이어야 하고, 2년 이상 수사업무에 종사한 자이어야 하며, 주정부는 법규명령을 통하여 이 권한을 주 법무행정당국에 위임할 수도 있다고 한다(정웅석, 앞의 책, 80면).

22) 독일 형사소송법 제163조 ① 경찰임무를 담당하는 관청 및 공무원은 범죄행위를 수사하고 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 지체할 수 없는 모든 조치를 수행하여야 한다.

23) Volk/김환수·문성도·박노섭(공역), 독일형사소송법, 박영사, 2009, 37-39면.

24) 1971. 8. 4. 뮌헨의 Prinzregenten가에 있는 독일은행 지점에 폐점 직전 2명의 강도가 침입하여 200

경찰의 상반된 지시가 그 대표적인 예이다. 이 사건을 계기로 위협예방과 범죄소추가 동시에 추구되는 현장에서 검사의 경찰의 작전 및 총기사용에 관한 지휘를 하는 것이 타당한지 여부를 중심으로 경찰권과 검찰권의 한계에 대한 논쟁이 활발히 전개되었다고 한다.²⁵⁾ 이 논쟁을 계기로 1975. 12. 내무장관회의를 거쳐 검찰과 경찰의 공동위원회가 구성되었고 이 위원회에서 경찰과 검찰의 관계를 새롭게 정립하기 위한 기준(Leitsätze)이 마련되었다. 이 기준 제1조에 따르면 검찰과 경찰은 조직상 독립된 기관으로서 효율적인 범죄투쟁을 위하여 범죄소추를 행함에 있어 상호신뢰를 가지고 긴밀하게 협력하며, 양기관의 협력사항에 속하는 것으로서 상호간의 정보제공이 포함된다고 한다.²⁶⁾ 나아가 경찰의 예방적 기능과 진압적 기능이 혼재되어 그 구별이 의심스러운 경우에 검사의 지시권이 언제나 우선되는 것이 아니라 실질적으로 활동하는 경찰에게 최종적인 결정권이 인정되고 있다.²⁷⁾

따라서 실제 범죄수사에 있어서 검사와 (사법)경찰의 상호관계는 수평적·협력적 관계에 놓여 있다는 데에 별다른 이의가 제기되지 않는다. 그럼에도 불구하고 독일 경찰의 초동수사권에 대해 마치 검사의 지시권이 전혀 미치지 않는 독자적인 수사권이 라거나,²⁸⁾ 반대로 검사는 사법경찰관리에 대하여 수사지휘권을 가지며 사법경찰관리는 검사의 명령에 복종하여야 하므로 독일의 검·경 관계에서는 협조적·수평적이라는 개념이 성립될 수 없다는 견해²⁹⁾는 설득력이 약하다고 본다.

나. 헌법 및 형사소송법상 영장청구권자

독일 기본법 제104조 제2항은 인신구속의 결정권한이 법관에게 있음을 명시하고 있

만 마르크의 석방금을 요구하면서 5명의 은행직원과 고객을 인질로 하여 경찰과 대치하는 상황이 벌어지자, 사건 현장에서 한 부장검사가 범인체포를 위한 경찰의 진입을 지시하였고 경찰이 총기를 사용한 체포작전 도중 인질 1명이 총격을 받아 사망하였다.

25) 이에 대해 상세히는 Hertweck, "Staatsanwalt und Schießbefehl", DRiZ 1971, S. 308 f.

26) 이에 대해 상세히는 정웅석, 앞의 책, 82-85면 참조.

27) 형사소송규칙 별지 A(RiStBV Anl. A) 참조.

28) 경찰의 수사주체성 및 검·경 상호협력관계 정립방향, -「수사권 조정 토론회」참고자료(2005.2.24.)-, 경찰청, 31면.

29) 정웅석, 앞의 책, 103-104면.

으나, 영장청구권자에 대해서는 특별한 규정을 두고 있지 않다. 독일 형사소송법상 경찰은 초동수사권(동법 제163조 제1항) 외에 (i) 일시적 체포권(동법 제127조, 제163조b 제1항 제2문), (ii) 사진과 지문날인의 감식처분권(동법 제81조b, 제163조b 제1항 제3문), (iii) 신원확인권(동법 제163조b), (iv) 기술적 수단의 투입권(동법 제100조의 c 제1항 제1호 a/b), (v) 지체의 위험이 있는 경우 비밀수사관의 독자적 투입권(동법 제110조의b 제1항 제2문, 제2항 제3문, 제4문)³⁰⁾ 등 다양한 독자적인 강제처분권을 가지고 있다.

한편 검사의 보조기관인 수사관은 ‘지체의 위험이 있는 경우’(bei Gefahr im Verzug)³¹⁾에서 특별한 강제처분권한으로는 (i) 압수명령(동법 제98조 제1항, 제111조e 제1항 제2문), (ii) 수색명령(동법 제105조 제1항), (iii) 피의자에 대한 혈액검사 혹은 신체조사의 명령(동법 제81조a 제2항), (iv) 증인에 대한 신체조사의 명령(동법 제81조c 제5항), (v) 검문소 설치의 명령(동법 제111조 제2항), (vi) 비밀녹음과 감청과 같은 기술적 수단의 투입 명령(동법 제100조c 제1항 제2호), (vii) 전산망입력의 명령(동법 제163조d 제2항 1문) 등이 있다.³²⁾

검사는 이러한 권한 외에 서면으로 소환된 피의자가 출석에 불응하거나 구금사유가 존재하는 경우 구인영장을 발부하여 피의자를 인치할 수 있는 권한을 갖는다(동법 제134조). 또한 검사는 참고인(증인)에 대한 강제소환권도 갖는다(동법 제161조a). 수사

30) 비밀수사관을 투입할 수 있는 명령권은 경찰이 가진다. 비밀수사관이 주거에 들어가거나 일정한 피의자에 대해 수사할 경우에는 판사의 동의를 받아야 하고(동법 제110b조 제2항 제1문), 그 밖의 경우에는 검찰의 동의를 요구된다[(동법 제110b조 제1항 제1문). 지체의 위험이 있는 때에는 사후에 검찰의 동의를 지체 없이 받으면 되고, 필요한 동의를 3일 이내에 받지 못하면 투입을 중단해야 한다(동법 제110b조 제1항 제2문, 제2항 제2문). Kleszczewski/김성돈(역), 독일 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2012, 166면].

31) 지체의 위험이 있는 경우란 법관의 명령을 하달받기에는 수사의 목적이 위태롭게 되는 경우를 말한다. 이러한 사전예측은 개별 사건의 사실관계에 따라 달리 근거지워질 수 있다. 지체의 위험이 인정되려면 먼저 수사관사와의 접촉시도에서 아무런 효과를 얻지 못한 경우이어야 한다. 독일연방 재판소에 따르면 수사판사가 서류에 대한 필요한 인식을 하지 못해 협조를 거부할 경우라면 지체의 위험이 인정된다고 한다. 이러한 지체의 위험은 불명확한 법적 개념으로서 전적으로 법관의 사후심사의 대상이 된다고 한다(Kleszczewski/김성돈(역), 앞의 책, 108면).

32) 이에 대해 상세히는 Kleszczewski/김성돈(역), 앞의 책, 134-167면; Volk/김환수·문성도·박노섭(공역), 앞의 책, 88-122면 참조.

절차에서 구속영장(Untersuchungshaft)의 청구는 검사에게만 인정되며 사법경찰관에게는 인정되지 않는다.

요컨대, 독일의 형사사법제도에 있어서는 검사는 수사의 주재자이며 검사의 보조기관으로서 수사관과 그 밖의 일반 경찰(즉, 모든 사법경찰관)에 대하여 수사지휘권을 가지나, 경찰은 초동수사권 이외에 일시적 체포권 등의 다양한 독자적 강제처분권 뿐만 아니라 수사관 역시 지체의 위험이 있는 경우 압수·수색명령 등 특별한 강제처분권을 가지고 있다. 따라서 독일에서 사법경찰관은 구속을 제외한 압수·수색 등의 강제처분권의 행사를 위한 영장신청권이 별도로 규정되어 있지 않지만 실질적으로 독자적 내지 특별한 강제처분권을 다양한 방식으로 행사할 수 있기 때문에 그 실익을 적다고 본다. 다만 사법경찰관이 갖는 이러한 강제처분권은 검사의 수사지휘권의 영향 아래에 있으나, 그렇다고 하여 '손이 없는 머리'(Kopf ohne Hände)로서의 검찰이 경찰이 갖는 조직상 독립된 기관으로서의 성격을 부인한 채 우리나라의 검·경관계와 같이 종속적·수직적 관계에 있다고 보기는 어렵고 법률전문가 내지 준사법기관으로서 검찰이 경찰의 도움을 받아 수사를 하며 경찰에게 법률적 조언 내지 필요한 경우에 지시함으로써 범죄소추를 행함에 있어 협조적·수평적 관계에서 활동하고 있다고 봄이 타당하다고 본다.

2. 프랑스

가. 수사기관(검사와 경찰) 상호간 관계

프랑스 형사절차의 큰 특징 중 하나는 형사사건의 판결법원과 수사법원이 분리되어 있으며, 검사는 중요한 사건의 수사에 직접 나서지 아니하고 수사법원에 소속된 수사판사가 중요사건의 예심수사를 담당함으로써 수사의 독자성을 제도적으로 보장하고 있다는 데 있다.³³⁾ 이에 프랑스에서는 수사기관으로 수사판사, 검사, 경찰로 세분되어 규정되어 있으나, 수사단계에서 주재자는 검사가 아닌 수사(예심)판사이다. 즉 프랑스의 사법제도상 검찰은 법원의 하부조직으로 편성되어 있기 때문에 소추의 기능이 강

33) 정웅석, 앞의 책, 31-32면.

조되고 있고, 수사기능은 수사판사와 경찰이 주도하고 있다고 한다.³⁴⁾ 이에 따라 수사판사는 중죄사건, 미성년자사건과 경미사건중 복잡한 사건의 수사를 주재하고 있으며, 수사판사가 수사에 착수할 경우 수사지휘권은 검사가 아닌 수사판사에게 있는데, 피의자와 참고인(증인) 소환 및 신문이나 구속, 압수·수색·검증·감청 등 강제처분을 발하거나 소환영장, 체포유치영장, 구인영장, 체포영장, 구금영장 등 각종 영장을 직접 발부한다는 점에서 검사보다 우월한 지위에 있다.³⁵⁾ 그리고 수사판사는 사법경찰관³⁶⁾에게 위임수사에 관한 사항에 대하여 지휘를 할 수 있으며 사법경찰관은 이에 대해 복종의무가 있다.

그러나 경죄나 그 밖의 경우는 검사가 수사권을 행사할 수 있고 그러한 강제처분도 검사가 취할 수 있다. 특히 프랑스 신형사소송법(Code de Procedure Pénale: CPP)³⁷⁾은 검사의 사법경찰관에 대한 수사상 통제의 권한을 명시하고 있는데(CPP §12), 동법 제19조와 제38조는 이를 구체화하여 사법경찰관이 중죄·경죄 등 모든 범죄를 인지한 경우 지체 없이 이를 검사에게 보고하여야 하며, 검사는 사법경찰관에게 사법행정에 필요한 정보 수집을 담당하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 2004. 3. 9.자 개정 형사소송법(Perben II)은 종래에는 인정하지 않았던 수사단계에서의 감시, 야간의 압수·수색, 재선거래금지, 특정 장소나 차량에 대한 도청, 잠입, 추가수사단계에서의 전화감청, 보호유치의 4일까지의 연장 등 특별규정을 신설함으로써 경찰·검찰의 수사단계에서 검사의 권한을 강화시키고 있다고 한다.³⁸⁾ 사법경찰관이 수사를 진행하

34) G. Stefani, G. Lavasseur, Procedure Penale, B.Bouloc, Dalloz, 17 edition, 2000, 2. p. 61 : G. Lavasseur, A. Chavanne, J. Montreuil, Droit Penal General et Procedure Penale, B.Bouloc, 13 edition, Sirey Edition, 1998, p. 127(김재민, 앞의 논문, 158면, 각주 40)에서 재인용).

35) 다만 압수·수색은 수사를 담당하는 검사 또는 수사판사의 결정으로 실시된 뿐 영장주의를 채택하고 있지 않다. 프랑스의 영장제도에 대해 상세히는 김종구 외 7인공저, 검찰제도론, 법문사, 2011, 70-73면.

36) 신형사소송법(CPP) 제15조 사법경찰은 다음의 자를 포함한다.

1. 사법경찰관
2. (1987.7.8.자 법률 제78-788호) <사법경찰리 및 사법경찰 보조원>
3. 법률에 의하여 특정한 분야의 사법경찰권을 부여받은 공무원 및 직원

37) 이는 1808년 제정된 치죄법의 수사구조와 그 지휘체계에 관한 내용을 현실에 맞게 정리·개정한 것이다.

38) 정웅석, 앞의 책, 33-34면.

기 위한 강제력 행사를 위해서는 검사의 의견이 첨부되어야 한다는 점, 체포의 기간연장을 위해서는 검사의 승인을 얻어야 하며, 사법경찰관이 중죄, 경죄 및 위경죄의 존재를 안 때에는 지체없이 이를 검사에게 보고하여야 한다는 점, 중대범죄의 현행범인은 직접 검사가 수사를 진행할 수도 있다는 점, 경찰의 보호유치장소 순시권을 가진다는 점 등도 검사가 경찰 수사에 관여를 하고 있다는 것을 나타낸다. 하지만 프랑스의 수사현실을 보면 위의 보고의무가 제대로 이행되지 않고 있으며 경찰에 대한 검찰의 수사지휘는 형식적인 수준에 불과한 실정이라서 프랑스 역시 법과 현실간의 괴리가 상당하다고 한다. 이러한 법과 현실간의 괴리와 더불어 과거 수사판사 및 검사와 사법경찰과의 관계를 수직적이고 권위주의적인 관계로 규정하였던 이유로 수사판사 및 검사와 사법경찰과의 실무상 마찰이 많이 있었다고 한다. 그러나 현재 프랑스의 수사판사 및 검사는 사법경찰의 적극적인 협조 없이는 효과적인 수사업무 처리가 어렵다는 것을 깨닫고 사법경찰과의 관계에 있어 법률정보 제공자의 역할을 강조하여 신형사소송법상의 수직적 지휘개념에도 불구하고 상호간의 수평적·협력적인 개념이 강조되고 있다고 한다.³⁹⁾ 따라서 우리나라의 검찰·경찰 상호간의 관계와 달리 프랑스에서 검찰·경찰 상호간의 관계와 법적 지위는 수사판사와 비교할 때 그 역할이나 비중이 상대적으로 미미함으로 인하여 큰 의미가 없다는 평가가 내려지고 있다.⁴⁰⁾

나. 헌법 및 형사소송법상 영장청구권자

프랑스 헌법 및 1789년에 제정된 프랑스 인권선언은 국가권력에 의한 자의적인 인신구속을 금하고 있으나, 영장제도에 대해서는 구체적인 명문의 규정을 두고 있지 않다. 즉 프랑스 헌법 제66조 제1항과 제2항은 “누구도 자의적으로 구금되지 아니한다. 개인의 자유의 보장자인 사법기관은 법령에 의하여 규정된 조건 안에서 이 원칙에 따라야 한다.”고 규정하고 있으며, 프랑스 인권선언 제7조는 “누구든지 법률이 정한 경우와 법률이 규정한 방식에 의하지 아니하고는 소추, 체포 또는 구금될 수 없다. 자의적인 명령을 청하거나, 발하거나 집행하거나 또는 집행하도록 하는 자는 처벌된다. 다

39) 김재민, 앞의 논문, 158-159면.

40) 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 2009, 39면.

만 법률에 의하여 소환 또는 체포된 모든 시민은 누구나 지체 없이 복종하여야 하며, 이에 저항하는 것은 유죄가 된다.”고 규정하고 있을 뿐이다.

앞서 언급한 바와 같이 프랑스의 수사단계에 있어 수사판사의 역할은 매우 중요하다. 중죄사건의 경우에는 예외 없이 그리고 경죄사건의 경우에도 사안이 중하고 복잡한 경우에는 검사의 신청에 의하여 수사판사에 의한 예심수사가 진행되고 그 결과에 따라 수사판사가 기소·불기소를 결정하므로 기소·불기소의 처분권한을 독점적으로 갖는 우리나라의 검사와 뚜렷한 차이를 보이고 있다. 나아가 수사상의 강제처분 역시 오직 수사판사만이 가질 수 있기 때문에 검사는 수사도중 강제처분권이 필요하게 되면 더 이상 수사를 진행할 수 없고 수사판사에게 예심을 청구하여야 한다. 이처럼 프랑스 신형사소송법상의 수사절차에 있어서 수사판사의 역할이 절대적이므로 검찰·경찰 상호간의 법적 지위와 관계에 있어 영장청구권은 사실상 의미를 갖지 않는다고 해도 무방하다고 한다.⁴¹⁾

3. 영국

가. 수사기관(검사와 경찰) 상호간 관계

영국의 형사절차에서 수사과 소추가 엄격하게 분리되는 바, 경찰은 수사권을 행사하고 소추는 국립기소청(Crown Prosecution Service: CPS)이 주도적 역할을 담당하고 있다. 우선 영국에서 경찰은 1984년에 제정된 ‘경찰 및 형사증거법’(Police and Criminal Evidence Act: PACE)에 따라 일반 시민을 정지시켜 신체를 수색하고(stop and search), 범죄의 증거를 발견하기 위하여 가택을 수색하고 증거물을 압수하며(search and seizure), 혐의자를 체포하여 경찰서에 구금하고, 체포 전후에 걸쳐 혐의자를 신문하고 참고인 진술을 청취하며, 경미범죄에 대해 경고처분(caution)을 하고, 사건을 종결하는 등의 권한을 가짐으로써 수사의 유일한 주체이자 주재자로서 기능을 담당하고 있다.⁴²⁾ 무엇보다 영국의 형사소송에서 소추의 개시는 한편으로 경찰이 혐

41) 서보학, 앞의 보고서, 37-39면.

42) 이기수, 영국 국립기소청 설립 이후 경찰과 검찰 관계의 변화에 대한 연구, 2009, 20면.

의자를 영장 없이 체포하여 경찰서에 유치한 다음(대부분의 경우 피의자를 신문한 뒤) 신병과 함께 피의자를 체포된 범죄행위로 치안법원에 고발하는 'charge'에 의한 방식에 의해, 다른 한편으로 소추인(경찰, 다른 소추기관 및 사인)이 치안판사나 치안판사의 서기에게 피고발인이 특정한 범죄를 범하였다고 주장하면서 혐의자를 구두 또는 고발장으로 고발하는 'lay information'에 의한 방식에 의해 이루어지고 있다. 일반적으로 다소 중한 범죄의 경우에는 체포와 charge가, 그리고 비교적 경미한 범죄의 경우에는 lay information에 의한 고발과 소환장의 발부가 적절한 수단으로 인정되고 있다. 이때 charge 즉, 신병과 함께 하는 고발은 경찰만이 할 수 있다.⁴³⁾

1986년 국립기소청⁴⁴⁾이 탄생되기 전에는 대부분의 경찰서에서는 변호사부(Solicitor Department)를 설치하고 치안법원에서 약식사건의 소추를 담당하는 변호사를 고용하여 소추행위를 하였고 단지 일부 소규모 경찰서에서만 개업 변호사에게 형사소추를 위임하였다. 그러나 국립기소청이 출범하면서 경찰은 이러한 범죄의 소추와 관련한 실질적인 권한을 잃게 되었다. 즉 이제 경찰은 혐의자에 대하여 charge를 하거나, information을 제공하는 방식으로 소추를 개시하면 사건 관련 서류를 국립기소청의 지부로 송부하고 국립기소청이 소추에 관한 권한을 인수하는 방식을 취하고 있다. 특히 검찰총장(Director of Public Prosecution)은 경찰이 개시한 모든 형사소추행위를 인수하게 되었는데, 검찰총장의 주된 업무는 다음과 같다.⁴⁵⁾ 첫째, 검찰총장은 경찰 이외의 다른 소추기관이 개시한 형사소추절차를 제외하고 경찰에 의하여 개시된 모든 형사소추절차를 인수한다(소추절차의 인수). 둘째, 검찰총장은 국가적으로 중요한 사안이나 어려운 사안 등 사건의 성질에 비추어 필요하다고 판단되면 스스로 소추를 개시

43) 김용진, 영미법해설-형사소송, 박영사, 2009, 112면.

44) 영국 국립기소청은 런던과 요오크 그리고 버밍햄에 국립기소청 본부(CPS headquarter)를 두고 전국을 15개 지역으로 나누어 42개의 지방검찰청과 그 지부를 설치하여 소추업무를 담하고 있으며, 2006년 현재 약 8,700명의 직원이 근무하고 있고 이들 중 약 2,500여 명이 법조 자격을 갖고 있는 검사(Crown Prosecutor)라고 한다(김용진, 앞의 책, 156면). 이처럼 영국 국립기소청은 전국규모의 통일적인 조직체이나, 한국의 검찰처럼 검찰총장을 정점으로 한 상명하복관계의 일사분란한 피라미트 형태의 조직체는 아니며, 법원의 심급에 대응하여 단계별로 구조되어 있지 않으므로 검찰총장이 지방정부나 정부 각 부처의 소추권 행사, 공소유지에 대하여 관여하지 못한다고 한다(정웅석, 앞의 책, 134면).

45) Prosecution of Offences Act 1985, S. 3.

할 수 있다(소추절차의 개시). 셋째, 검찰총장은 형사범죄와 관련된 문제에 관하여 경찰에 조언을 하며,⁴⁶⁾ 경찰은 범죄가 동의사건에 해당하는 경우, 검찰총장의 조언이 필요하다고 생각되는 범죄, 사형에 처할 수 있는 범죄, 살인죄, 반란죄, 낙태죄 등의 경우에는 검찰총장에게 그 범죄에 관하여 정보보고를 하여야 한다(법률상의 조언). 넷째, 검찰총장은 항소법원(the Court of Appeal)이나 귀족원(the House of Lords)의 상소심 형사소송절차에 소추인으로 참석할 수 있다(상소심 관여). 다섯째, 검찰총장은 법무장관으로부터 위임받은 기타의 업무를 수행한다(법무장관 위임업무).⁴⁷⁾

국립기소청과 관련하여 가장 주목해야 할 점은 검사는 범죄의 수사를 하지 않는다는 것과 일반적으로 소추를 개시하는 것은 경찰이지 검사가 아니라는 점이다. 이에 따라 경찰과 국립기소청의 관계는 국립기소청이 경찰을 지휘한다든지 하는 상하관계가 아니라 경찰에 대해 형사범죄와 관련된 문제에 관한 법률적 조언(giving advice to police forces)을 통해 상호 긴밀히 협조하며 업무를 수행하는 수평적·협력적 관계로 이해함이 타당하다고 본다. 영국 검사직무규칙 제4조3도 “국립기소청은 경찰과 긴밀하게 협조하여 함께 일하지만 소추할 것인지, 사건수사를 계속할 것인지 여부에 대한 최종적인 책임은 국립기소청에 있다.”⁴⁸⁾고 규정함으로써 국립기소청은 경찰로부터 독립된 기관이고 범죄의 소추에 있어 경찰을 대리하는 기관이 아니며, 검사는 소추행위와 관련한 결정을 함에 있어 경찰과 긴밀히 협의·상의하지만 경찰로부터 독립하여 그 자신의 판단에 따라 사안을 결정함을 분명히 하고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 이와 달리 “국립기소청의 창설로 도입된 검사제도로 인하여 종래의 수사 및 소추체계가 검사의 지도·감독에 종속되는 새로운 구조로 변모”되었다는 평가나,⁵⁰⁾ “검찰은 기소업무를 담당함으로써 경찰을 보좌하는 기관, 경찰에 종속된 기관 내지 경찰의 기소기관으로 이해하는 것이 타당하다”는 견해⁵¹⁾는 올바른 지적이라 보기 어렵다.

46) 이에 따라 종래 경찰서 내에 설치되었던 변호사부(Solicitor Department)를 대신하여 검사들을 주재하여 범죄의 소추에 관하여 법률적 지도·조언을 담당하는 제도(Lawyers At Police Stations Scheme: LAPS)를 운영하고 있다.

47) 김용진, 앞의 책, 156-157면.

48) The Code For Crown Prosecutor 4.3.

49) 김용진, 앞의 책, 155, 159면.

50) 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 26면.

나. 헌법 및 형사소송법상 영장청구권자

영국은 다른 대륙법계 국가와 달리 별도의 성문헌법(written constitution)이 존재하지 않기 때문에 수사절차에 있어 영장제도와 청구주체는 1984년에 제정된 PACE 그리고 동법에 의해 제정된 ‘경찰관직무규칙’(Code of Practice)⁵²⁾에 규정되어 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 영국의 수사절차에서는 경찰만이 수사권을 행사하고 있기 때문에 강제수사를 위한 권한 및 필요한 경우 법원에 영장을 청구할 수 있는 권한도 당연히 경찰에게만 주어져 있다.

보다 구체적으로 PACE 제1조는 경찰관이 범죄혐의에 대한 합리적 근거(reasonable grounds)에 기초하여 장물 또는 무기, 마약을 포함한 금제품 등을 찾을 목적으로 사람과 차량 등을 수색할 수 있고, 그 수색을 목적으로 사람과 차량을 정지시킬 수 있는 권한을 규정하고 있다.

PACE 제8조는 영장에 의한 수색을 규정하고 있는데, 즉 경찰관은 (a) 중한 체포대상범죄가 행하여졌을 것, (b) 수색을 통해 찾게 될 물품이 수사에 있어 상당한 가치가 있으며 소추가 이루어질 경우 증거능력을 인정받을 수 있을 것, (c) 해당 장소에 영장 없이 진입하는 것이 용이하지 않을 것 등의 세 가지 요건이 모두 존재한다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 경우에는 치안판사에게 수색영장을 발부받아 해당 장소를 수색할 수 있음을 규정하고 있다. 이때 경찰관직무규칙에 따르면 수색은 공정하고, 책임감 있게 그리고 수색을 받는 사람을 존중하면서,⁵³⁾ 차별이 없게 행해져야 하며, 수색을 당하는 사람이 당혹하지 않도록 합리적인 노력을 해야 한다고 한다.⁵⁴⁾

PACE 제24조는 ‘무영장 약식체포’(summary arrest)를 규정하고 있다. 즉 경찰관은 ‘체포대상범죄’(arrestable offence)⁵⁵⁾를 범하려고 하거나, 범하고 있거나, 이미 범하였

51) 서보학, 앞의 보고서, 31면.

52) 경찰관직무규칙은 2005년 현재 8개로 되어 있으며 Code A는 경찰의 정지와 수색의 권한, Code B는 수색과 압수의 절차, Code C는 피의자의 구금, 처우, 신문의 절차, Code D는 범인식별절차, Code E는 신문한 내용의 녹음절차, Code F는 피의자신문의 녹화에 관한 것, Code G는 경찰의 체포권한에 관한 것, 그리고 Code H는 테러사건과 관련한 혐의자의 구금, 처우, 신문에 관한 것이다 (김용진, 앞의 책, 110면).

53) Code A. 1. 1.

54) Code A. 3. 1.

다고 의심할 만한 ‘합리적인 근거’가 있는 사람은 누구든지 영장 없이 체포할 권한이 있다. 이 규정에 따른 체포는 일반 시민에 의해서도 가능하다.

PACE 제25조는 경찰관에 의한 무영장 ‘일반체포’(arrest)를 규정하고 있는데, 경찰관은 ‘체포가능범죄 이외의 범죄’의 경우에도 혐의자에 의해 그러한 범죄가 범하여졌거나 범해지고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 ‘체포의 일반적 조건’⁵⁶⁾을 충족한 경우에는 혐의자를 영장 없이 체포할 수 있다. 여기서 말하는 의심(suspicion)이라고 하는 것은 “수사를 개시하거나 개시하려고 하는 때 증거에 의해서 입증되지 않은 가정이나 추측의 상태”⁵⁷⁾를 말한다. 이는 제3자가 합리적으로 판단했을 때 아무런 근거도 인정되지 않는 사실에 터 잡은 단순한 육감과는 구별된다. 체포된 피의자는 석방되지 않는 한 원칙적으로 24시간 이내에 치안판사에게 인치되어야 한다(PACE 제41조 제1항). 24시간의 기산점은 ‘관련사건’(relevant time), 즉 피의자가 경찰서에 도착한 시간 또는 피의자가 자발적으로 경찰서에 출석하였다가 경찰서에서 조사 도중에 체포된 경우와 같은 때에는 피의자가 더 이상 자유의 몸이 아니라는 고지를 받은 시간이 기산점이 된다. 다만 경찰은 총경급 상급경찰관의 승인이 있을 때에는 36시간까지 입건·약식기소 없이 피의자를 구금할 수 있다(PACE 제42조 제1항, 제2항).

치안판사는 피의자를 심문하여 (a) 구금된 자는 중대한 체포대상범죄로 구금되어 있어야 할 것, (b) 범죄증거의 확보와 보전을 위하여 구금연장이 필요할 것, (c) 지금까지의 수사는 성실히 그리고 신속하게 진행되어 왔을 것이라는 세가지 요건이 충족되면 ‘구금연장영장’(warrant of further detention)을 발부할 수 있는데, 치안판사의 영장에 의하여 36시간의 추가구금이 가능하고 필요한 때에는 2회 이상의 연장이 가능하지만 그 기간은 구금된 때로부터 96시간을 초과할 수 없다(PACE 제43조 및 제44

55) 체포대상범죄는 통상 5년 이상의 징역형에 처할 수 있는 범죄를 말하지만 자동차불법사용, 일부 성범죄 및 관세사범 등의 경우는 5년 이하의 징역형에 처하는 범죄임에도도 체포대상범죄로 분류되어 있다(PACE 제23조 제1항).

56) PACE가 체포의 일반적 조건으로 규정하고 있는 것은 ① 혐의자가 그의 성명이나 주소를 밝히기를 거부하거나 허위의 성명이나 주소를 말하고 있는 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때, ② 혐의자가 그 자신이나 다른 사람에게 위해를 가하거나, 재산상의 손해를 가하거나, 공서양속에 반하는 범죄를 범하거나, 고속도로의 통행을 방해하려고 하는 것을 방지하기 위하여 체포를 하여야 한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때이다(PACE 제25조 제3항).

57) Lord Devlin in *Hussien v. Chong Fook Kam* (1970) AC942 at p. 948.

조 참조).⁵⁸⁾

4. 미국

가. 수사기관(검사와 경찰) 상호간 관계

미국은 영국과 마찬가지로 사인소추를 원칙으로 하였으나, 비교적 일찍부터 프랑스의 검찰제도를 계수하여 연방 및 각 주 또는 도시에 검찰청을 두고, 선거에 의해서 선출된 검사가 소추를 담당하는 국가소추주의를 채택하고 있다. 그러나 미국의 형사절차는 대륙법계의 소송구조와 달리 당사자주의와 엄격한 증거법칙이 지배하는 공판중심주의를 특징으로 하기 때문에 검사가 직접 수사의 전면에 나서거나 수사활동에 깊이 관여하지 않는 식으로 발전을 하여왔다.⁵⁹⁾ 즉 미국에서 범죄수사는 원칙적으로 경찰에게 맡겨져 있고 검사는 관할 범죄에 대한 소추를 독점하여 경찰에서 넘어온 사건에 대한 기소·불기소 결정권 및 공소유지를 주요직무로 하면서 조직범죄·공직자부정부패범죄·환경범죄·경제범죄 등 일부 특수범죄에 대하여 사실상 수사개시의 재량과 책임을 부여받고 있다.

미국의 검사는 연방정부나 주정부를 대표하는 최고 법집행기관인 공직자로서 경찰과는 독립된 별개의 조직이기 때문에 검사와 경찰의 관계는 상호 협력관계이지 대륙법계식의 직접적인 지휘감독관계는 아니다. 왜냐하면 경찰은 자신이 담당하는 사건의 기록을 검사로부터 사전에 검토받아 체포영장이나 압수·수색영장을 청구하고,⁶⁰⁾ 공

58) 김용진, 앞의 책, 119-121면; 서보학, 앞의 보고서, 29-30면.

59) 미국에서 검사가 직접 수사에 나서지 않은 배경으로는 ① 미국은 형사사법절차에 있어서 공판중심주의를 택하고 있어 수사관이 직접 법정에서 증언을 하게 되는 경우가 허다하며 만일 검사가 직접 수사를 하였을 경우 검사가 공소관이면서 동시에 증언을 하게 되는 모순으로 귀착되고 이것은 명백히 불합리하다는 점, ② 검사가 직접 수권수사에 관여할 경우 준사법적 업무수행에 따르는 절대적 면책이 부정되고 손해배상책임을 부담하는 경우가 생길 수 있다는 점 등 궁극적으로 혐의자, 참고인들에 대한 조사를 토대로 사건의 실체적 진실을 가리는 것은 검사의 몫이 아니라 배심 또는 판사의 몫이기 때문이라고 한다(정웅석, 앞의 책, 164-165면).

60) 치안판사는 경찰관이 법률전문가인 검사의 검토를 거치지 않고 직접 법원 체포영장을 청구한 경우에 이를 이유로 체포영장을 반려하는 것이 관례라고 한다(석진강, “왜 검사의 수사지휘가 필요한가”, 시민과 변호사, 1995, 241면).

소제기 여부를 검토하는 과정에서나 공소유지 과정에서 계속적으로 검사와의 의견조율(meeting)과 협의(conference)를 통해 검사의 법률적 자문과 조언(혹은 지도)을 얻어야 하는 입장이고,⁶¹⁾ 검사 역시 경찰 없이는 수사에 어려움이 있거나, 범인 체포가 곤란하거나, 소추에 어려움이 있는 경우가 많기 때문에 경찰의 협조를 구하여야 하는 입장이기 때문이다.⁶²⁾

결국 미국에서 경찰은 대체로 독자적인 책임과 권한 하에서 기초적인 수사나 일차적인 수사활동을 전개하고 있으며, 검사는 우리나라와 달리 경찰에 대한 수사지휘권을 법률상 확보하고 있지 아니하기 때문에 개개사건에 대하여 수사지휘권을 행사할 수 없으나, 경찰의 수사방향·증거수집·법률적용 등에 있어서 법률전문가로서 의견을 제시하고 체포영장, 압수·수색영장을 검사가 사전에 검토(screening)한 후에 경찰이 법원에 청구하도록 하고 있다. 요컨대, 경찰의 수사과정에서 우리나라와 같은 검사의 수사지휘 개념의 관여는 없고, 양자가 소추 여부와 성공적인 공소유지를 위해서 상호신뢰 및 긴밀한 협력관계를 유지하고 있다고 봄이 타당하다고 본다. 따라서 이와 달리 미국에서 검사의 경찰수사 지도, 조정 역할이나 각종 영장청구의 검토나 소추 여부 및 공소유지를 위한 법률적 자문 등을 마치 우리나라 검찰이 경찰의 사건수사를 지휘·명령하는 수사지휘로 이해하는 견해⁶³⁾는 물론이고, 이러한 견해를 바탕으로 미국에서 검찰의 경찰에 대한 실질적 장악력이 우리나라와 비교하여 훨씬 더 강하다고 볼 수 있다는 평가⁶⁴⁾는 타당하지 않다고 본다.

나. 헌법 및 형사소송법상 영장청구권자

미국 헌법에서 영장주의는 연방수정헌법 제4조에 규정되어 있으나,⁶⁵⁾ 영장청구권자

61) 미국에서는 경찰이 사건수사에 있어 엄격한 민·형사상 책임을 지므로 미국의 복잡한 증거법 등 적법절차의 숲을 헤쳐 나가야 하는 경찰로서는 매 사건을 검찰로 가지고 가서 일일이 법률전문가인 검사의 자문을 얻을 수밖에 없기 때문에 뉴욕, 시카고 등 대도시 검찰청에서는 중요범죄 담당부서를 설치하여 경찰의 수사에 대한 자문을 해 주고 있다고 한다(정웅석, 앞의 책, 182면).

62) 김재민, 앞의 논문, 147-148면.

63) 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 29-31면.

64) 정웅석, 앞의 책, 184면.

65) 미국 연방수정헌법 제4조: 신체, 주거, 서류 및 소유물에 대한 불합리한 수색 및 체포·압수로부터

에 대해서는 특별한 규정을 찾아볼 수 없다. 다만 일반적으로 미국의 형사소송절차에서는 “수사는 경찰, 소추는 검찰”이라는 역할분담이 확실하게 되어 있다. 즉 수사의 주체 및 주재자는 경찰이고 우리나라와 같은 검사에 의한 수사지휘는 인정되지 않는다. 미국에서 형사소송절차의 진행에 따라 경찰의 수사개시 및 체포영장청구의 과정과 이와 관련된 검사의 법률적 자문 등을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

우선 미국에서 체포 및 수사의 개시는 경찰의 독자적 판단에 따라 이루어지며, 검사의 지휘를 특별히 받지 않는다. 경찰은 중죄든 경죄든 독자적으로 수사를 할 권한이 있으나, 그 사건의 고발 여부를 결정하는 단계에서는 대체로 대부분의 주가 검찰로 송치하도록 하고 있으며, 검찰은 경찰의 수사내용을 검토한 후 소추 여부를 결정할 뿐만 아니라 수사가 미흡한 부분에 대하여는 경찰에 대해 재수사 협조를 요청하게 된다. 미국의 경찰은 개개의 사건에 대하여 검찰로부터 일일이 지휘를 받지 않으며, 검찰이 필요로 하는 부분을 요청받아 수사를 하게 된다.

체포와 구속을 구분하는 우리의 법제와는 달리 미국은 체포(arrest)의 계속을 우리의 구속과 같은 상태로 간주하기 때문에 미국의 형사소송절차에서는 체포영장(arrest for warrant)만이 존재한다. 이러한 체포영장의 청구는 치안판사에 대해 경찰이 직접 행할 수 있어서 우리 경찰의 경우 검사에게 영장을 신청하여 검사가 법관에게 청구하는 형태와 차이를 보이고 있다. 경찰의 체포의 유형에는 영장에 의한 체포와 영장에 의하지 않는 체포가 있다. 영장에 의한 체포는 주로 경죄나 피의자가 도주한 상태 또는 정치적 사회적으로 물의를 야기할 수 있는 사건에서 주로 활용되나, 전체사건의 약 95%에 해당하는 대부분의 사건에서는 영장 없이 혐의자를 체포한다. 초동수사가 어느 정도 진행되어 범인이 특정되면 바로 예외 없이 체포로 이어지며 우리나라처럼 체포 없이 임의출석을 요구하여 불구속 입건하는 처리방식은 없다.⁶⁶⁾ 중죄의 경우는 현행법

안전해야 할 국민의 권리는 침해되어서는 안 되고, 어떠한 영장도 선서 또는 확약에 의하여 지지된 상당한 이유에 기초하지 않거나 또는 수색될 장소나 체포·압수될 사람 내지 물건을 특정하여 표시하지 않고 발부되어서는 안 된다(The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable search and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.).

66) 뉴욕 주의 경우에 인신구속 중 98% 이상이 이러한 수사기관의 영장없는 체포에 의해 이루어지고 있다고 한다.

인이 아니어도 경찰관이 판단하여 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있으면 언제든지 피의자를 체포할 수 있다. 경죄의 경우는 경찰의 면전에서 범죄가 행하여졌을 경우에 한하여 영장없는 체포가 가능하다. 다만 일부 주에서 예외는 있다.

이러한 체포절차를 집행한 후 경찰서에 신병이 확보되면 혐의자의 인적사항과 체포 사유기록, 사진촬영, 지문채취 등을 하는 입건절차(booking)가 진행된다. 입건절차를 마친 후에는 피의자는 구치소나 기타 적당한 장소에 구금된다. 입건절차가 끝나면 피의자에 대해 보완수사를 거쳐 고발 여부를 결정(the decision to charge)하게 되며, 이 단계에서 경찰과 검사는 협의(conference)를 하게 된다. 협의과정에서 검사의 검토(screening)에 의해 경찰의 초동수사에서 포착된 혐의가 보충조사를 거치면서 혐의가 변경되기도 하고, 무고로 밝혀지기도 하고, 석방되기도 한다. 이러한 절차를 거쳐 혐의가 정해지면 수사를 담당할 경찰관이 지방검찰청에 출석하여 고발장(complaint)을 작성하며 담당검사가 이 고발장을 검토하여 인용할 수 있다고 판단되면 수사경찰관이나 범죄피해자의 선서진술서(affidavit)를 첨부하여 치안관사로부터 체포장을 발부받는다.⁶⁷⁾ 이때 경찰이 체포된 혐의자를 법원에 고발하는 과정에서 검사가 어느 정도 그에 관여하는지에 관하여는 각 주에 따라 상당한 차이를 보이고 있다. 일부 주의 경우 중죄는 물론 경죄로 체포된 모든 혐의자에 대한 고발에 있어 검사의 사전 동의를 받도록 하고 있다. 한편 다른 일부 주의 경우 특히 인구가 밀집하여 많은 범죄가 발생하고 있는 도시지역에서는 일정한 범죄의 경우 경찰이 그 자체 판단으로 고발하고 있다. 이러한 지역에서는 검사가 다수의 중죄 사건을 전부 검토하는 대신 일부 중요한 중죄 사건만을 고발 전에 검토한다. 사전 검토를 거치지 않은 그 외 다수의 중죄 사건은 고발 이후 예비신문이나 대배심절차 단계에서 검토하는 것이 보통이다.⁶⁸⁾

경찰은 자신의 재량으로 고발 여부를 판단하여 불기소 판단으로 석방하는 경우를 제외하고는 신병과 함께 고발 내용을 담은 보고서를 검찰에 송부한다. 이에 대하여 검찰 역시 독자적으로 판단하여 최종적으로 소추 여부를 결정할 뿐만 아니라 죄명을 높이거나 낮추거나 바꾸기도 한다. 이때 검사는 경찰의 고발 내용을 검토하는 과정에서 고발 내용을 그대로 받아들이거나 이를 변경할 수 있으며 경찰에게 증거보강을 요구

67) 김재민, 앞의 논문, 149-150면.

68) 김용진, 앞의 책, 433면.

할 수 있고 경우에 따라서는 조건을 달거나 또는 아무런 조건 없이 고발을 하지 못하도록 할 수 있다. 혐의자를 체포한 경찰의 소추의견에 대해 검사는 증거부족을 이유로 ‘소추불허결정’(rejection, declination 또는 no-paper라 부른다)을 내리는 경우도 있다. 이와 같은 검사의 경찰이 보고한 고발 내용의 검토는 지역에 따라 매우 다양하게 행해지고 있어 어떤 지역의 경우에는 철저한 검토로 인하여 약 38%의 소추불허결정이 나오는 반면 어떤 지역에 있어서는 거의 검토를 하지 않아 소추불허결정이 거의 없는 지역도 있을 정도로 편차가 크다고 한다.⁶⁹⁾

5. 일본

가. 수사기관(검사)과 경찰 상호간 관계

일본에서 검찰관(검사)과 사법경찰직원(경찰)은 서로 독립된 별개의 수사기관이다. 즉 일본 형사소송법은 제189조 제2항은 “사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료하는 때에는 범인 및 증거를 수사한다.”고 규정하여 사법경찰직원이 독립적 수사권을 보유한 제1차적·본래적 수사기관임을 명백히 하고 있으며, 검찰관은 사법경찰관직원이 수사한 결과를 토대로 공소를 제기·유지하는 입장에서 부족한 부분, 오류가 있는 부분을 보완·정리하기 위한 제2차적·보충적 수사기관의 역할을 담당하고 있다. 이 때문에 검찰관이 사법경찰직원이 송치한 사건에 관해 수사하는 것을 ‘보충수사’로, 검찰관이 특정범죄에 대하여 스스로가 단서를 얻어 사건을 인지하여 수사하는 것을 ‘독자수사’라고 부르고 있다.⁷⁰⁾ 그리고 일본에서 검찰과 경찰간의 관계는 상명하복의 관계가 아니라 상호 협력적 관계이다. 왜냐하면 일본 형사소송법 제192조는 “수사에 관하여 상호 협력하여야 한다.”고 규정하고 있기 때문이다. 이처럼 양자의 관계를 원칙적으로 상호 협력적 관계로 규정한 것은 수사가 인권에 미치는 권력적 작용을 각 수사기관에 분산하여 검찰과 경찰간에 적절한 견제와 균형관계를 형성하기 위한 것이다.⁷¹⁾

이러한 상호 협력적 관계에도 불구하고 형사사법의 목적 달성이라는 합목적성 차원

69) 김용진, 앞의 책, 434면.

70) 平良木登規男/조균석(역), 일본형사소송법, 박영사, 2012, 84면.

71) 김재민, 앞의 논문, 162-163면; 서보학, 앞의 보고서, 33-34면.

에서 검찰관에게 사법경찰직원의 수사활동에 대한 일반적 지시권(형사소송법 제193조 제1항)과 검찰관의 수사가 행하여지는 것을 전제로 그 수사방침에 따라 검찰관의 수사에 협력하도록 한 일반적 지휘권(형사소송법 제193조 제2항) 및 검찰관이 직접 수사를 인지하여 수사하거나 고소·고발에 의하여 검찰관이 수사를 하는 경우, 사법경찰직원으로부터 사건을 인계받아 수사를 하는 경우에 사법경찰직원에게 대한 구체적 지휘권(형사소송법 제193조 제3항)을 인정하고 있다.⁷²⁾ 이렇게 검찰관에게 사법경찰직원에게 대하여 한정된 범위내에서 일정한 지시 및 지휘권을 인정한 이유는 (i) 수사의 적정과 성공적인 공소유지를 위한 일반적 지침을 발할 수 있도록 하기 위하여, (ii) 사법경찰직원의 수사가 아닌 검찰관의 수사행위시 관할 사법경찰관의 수사활동의 협력을 요구할 수 있도록 하기 위하여, (iii) 검찰관이 구체적 사건을 직접 수사중인 경우에 필요에 따라 사법경찰관리를 수사의 보조자로 동원하여 직접 지휘할 수 있도록 하기 위함이다.⁷³⁾

아울러 위와 같은 검찰관의 지시 및 지휘권에 대하여 사법경찰직원은 검찰관의 지시 또는 지휘에 따라야 함(형사소송법 제193조 제4항)을 규정하고 있고, 그 실효성을 담보하기 위해 검찰관의 징계요구권도 규정하고 있다(형사소송법 제194조).⁷⁴⁾ 다만 사법경찰직원은 검찰관의 지시·지휘가 적법한 경우에 한하여 복종의무가 있으며 그

72) 일본 형사소송법 제193조 ① 검찰관은 그 관할구역에 따라 사법경찰직원에 대하여 그 수사에 관하여 필요한 일반적 지시를 할 수 있다. 이 경우의 지시는 수사를 적정히 하고 기타 공소의 수행을 완전히 하기 위하여 필요한 사항에 관하여 일반적 준칙을 정하는 것에 의하여 행한다.

② 검찰관은 그 관할구역에 따라 사법경찰직원에 대하여 수사의 협력을 구하기 위하여 필요한 일반적 지휘를 할 수 있다.

③ 검찰관은 스스로 범죄를 수사하는 경우에 필요한 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수사의 보조를 하도록 할 수 있다.

④ 전3항의 경우에 사법경찰직원은 검찰관의 지시 또는 지휘에 따라야 한다.

73) 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 35-36면.

74) 일본 형사소송법 제194조 ① 검사총장, 검사장 또는 검사정은 사법경찰직원이 정당한 이유없이 검찰관의 지시 또는 지휘에 따르지 아니하는 경우에 필요하다고 인정하는 때에는, 경찰관인 사법경찰직원에 대해서는 국가공안위원회 또는 都道府縣 공안위원회에, 경찰관 이외의 사법경찰직원에 대해서는 그 자를 징계 또는 파면할 권한을 가진 자에게 각각 징계 또는 파면의 소추를 할 수 있다.

② 국가공안위원회·都道府縣 공안위원회 또는 경찰관 이외의 사법경찰직원을 징계하거나 파면할 권한을 가진 자는 전항의 소추가 이유 있다고 인정하는 때에는 별도의 법률에 규정된 바에 의하여 소추를 받은 자를 징계 또는 파면하여야 한다.

지시·지휘가 위법인 경우에는 복종의무가 없다.⁷⁵⁾

그러나 검찰관의 사법경찰직원에 대한 지시 및 지휘권과 이에 대한 복종의무를 우리나라와 같이 명령·복종의 권위주의적 지휘개념이 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 왜냐하면 일본 형사소송법 제192조는 앞서 언급한 바와 같이 검찰관과 사법경찰직원간의 관계를 상호 협력관계로 명백히 규정하고 있을 뿐만 아니라 우리나라 검찰이 사건의 송치전후를 불문하고 수사지휘권을 행사하여 수사에 개입하는 것과 달리 일본은 사건의 송치전에 검찰관은 일반적 지시로 수사에 사용되는 서식 등을 사법경찰직원에 지시하는 외에 경찰의 개별수사에 관여하지 아니하는 것을 원칙으로 하고 있기 때문이다.⁷⁶⁾ 다만 전형적·일반적인 사건이 아닌 중요·복잡한 사건 및 고소사건 등에 관하여 경찰은 송치전이라도 상담이라는 형식으로 검찰의 조언과 지도를 받아 수사를 하는 관행이 자리잡고 있다고 한다.⁷⁷⁾

결국 일본의 수사체계는 경찰에게 제1차적·본래적 수사권을 부여하여 신속한 초동수사를 할 수 있도록 하면서도 검찰관에게 특정범죄수사, 공소제기 및 성공적인 공소유지를 위해 제2차적·보충적 수사권을 부여함으로써 두 수사기관간의 적절한 견제와 균형을 꾀하고 있으며, 양자간의 관계도 우리나라와 같이 권위주의적 수사지휘권의 개념을 바탕으로 한 수직적인 상명하복의 관계가 아니라 상호 협력적 관계로 이해함이 타당하다고 본다.⁷⁸⁾

75) 이에 대해 상세히는 정웅석, 앞의 책, 204-207면 참조.

76) 일본은 전건송치주의(全件送致主義)를 채택하고 있기 때문에 경찰은 입건한 사건을 전부 송치하여야 하며(형사소송법 제246조), 검찰은 경찰로부터 사건이 송치되면 구체적 지휘권에 근거하여 그 송치사건에 관한 보완 수사지휘를 자유롭게 할 수 있다고 한다(정웅석, 앞의 책, 207면).

77) 하지만 이러한 상담에 대하여 경찰은 말 그대로 사전 상담·지도에 불과할 뿐 지휘는 아니라고 생각하나, 이에 반하여 검찰은 수사는 소추를 위하여 하는 것이므로 소추를 위한 증거수집은 당연히 지시할 수 있고 그 지시에 대하여 경찰은 따르지 않을 수 없다고 생각하고 있어 양자간의 수사구조론에 대한 인식의 차이가 여전히 있다고 한다(정웅석, 앞의 책, 208면).

78) 平良木登規男/조균석(역), 앞의 책, 85-87면.

나. 헌법 및 형사소송법상 영장청구권자

일본 헌법은 우리나라와 마찬가지로 상세한 형사절차규정을 두고 있다. 즉 일본 헌법 제31조는 적법절차의 보장(due process of law)을 규정함과 아울러 “누구든지 현행범으로 체포되는 경우를 제외하고는 권한을 가진 사법관헌이 발부하고 이유가 되고 있는 범죄를 명시한 영장에 의하지 아니하고는 체포되지 아니한다.”(헌법 제33조), 또한 “① 누구든지 그 주거, 서류 및 소지품에 대하여 침입, 수색 및 압수당하지 않을 권리는 제33조의 경우를 제외하고는 정당한 이유에 근거하여 발부되고 수색할 장소 및 압수할 물건을 명시한 영장에 의하지 아니하고는 침해당지 아니한다. ② 수색 또는 압수는 권한을 가진 사법관헌이 발하는 각각의 영장에 의하여 이를 행한다.”(헌법 제35조)고 규정하고 있다. 즉 헌법 제33조는 대인처분에 관하여, 헌법 제35조는 대물처분에 관하여 영장주의를 규정하고 있다. 이는 미연방 수정헌법 제4조에서 유래한 것이다.

그러나 우리 헌법과 달리 영장의 청구권자에 대해서는 아무런 규정도 두고 있지 않다. 다만 일본 형사소송법은 검찰관, 검찰사무관 및 사법경찰관에게 수사상 필요한 강제처분권과 영장청구권을 부여하고 있다. 즉 인신구금의 핵심인 구류영장(구속영장)을 청구할 수 있는 권한은 검찰관에게만 주어져 있으나(형사소송법 제205조), 우리나라와 달리 사법경찰직원에게 법관에 대한 체포영장의 청구권(형사소송법 제199조 제2항), 긴급체포후 사후체포영장의 청구권(형사소송법 제210조), 압수·수색·검증을 위한 영장의 청구권(형사소송법 제218조 제3항)을 인정하고 있다.⁷⁹⁾ 다만 체포영장의 청구권자로서 사법경찰관은 국가공안위원회 또는 도도부현 공안위원회가 지정하는 경부 이상의 자로 제한하고 있다(형사소송법 제199조 제2항). 이러한 제한을 둔 것은 종래 체포영장의 청구가 자주 남용되었다는 비판에 따른 것이다(1953년 법 제172호). 더 나아가 경찰 내부에서는 지정 사법경찰관이 사전에 경찰본부장 또는 경찰서장에 보고하고, 그 지휘를 받도록 하는 등 체포영장의 청구에 신중을 기하고 있다고 한다.⁸⁰⁾

이러한 면에서 볼 때 일본의 경찰은 구금을 위한 구류영장이나 구금을 실시할 권한은 없고, 단지 체포기관으로서 체포장에 의한 체포나 긴급체포, 현행범체포와 같은 단

79) 서보학, 앞의 보고서, 32면.

80) 平良木登規男/조균석(역), 앞의 책, 104면.

시간의 신빙확보를 위한 권한만 주어져 있는 점에서 권능상 체포기관의 성격을 갖고 있는 것으로 파악할 수 있다.

6. 소결 : 시사점

우리나라 헌법은 영장청구권을 검사에게 독점시켜 놓고 있으나, 영장주의의 본질은 수사기관의 강제처분에 대한 법관의 사법통제에 있기 때문에 영장발부시 법원의 심사가 보장되는 것만으로 충분하다고 본다. 외국의 입법례와 달리 우리나라가 헌법적 차원에서 검사에게 독점적 영장청구권을 인정하는 이유는 수사단계에서 각종 영장을 청구함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장청구를 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이는데 본래의 취지가 있다고 한다. 그러나 이러한 취지와 달리 헌법상 검사의 독점적 영장청구 규정은 경찰수사에 대한 검찰의 수사지휘권을 확립하기 위한 장치로 오·남용되고 있는 사례도 적지 않아 그 정당성에 심각한 의문이 제기되고 있음이 현실이다.

독일, 프랑스, 영국, 미국, 일본의 예에서 보듯이 외국의 사법경찰관에게는 독자적인 초동수사권을 인정하고 있을 뿐만 아니라 초동수사에 필요한 강제처분권이 상당한 범위 내에서 인정되고 있으며, 우리나라와 같이 검찰이 영장청구권한을 매개로 사건의 송치전 단계에서부터 경찰의 수사에 직접 개입하고 통제하는 예를 찾아보기 어렵다.

따라서 경찰의 초동수사권에 대한 최소한의 독립성을 보장하고 수사기관 상호간에 수사권을 적절히 배분시켜서 견제와 균형의 원리에 입각한 수사체제를 구축하기 위해서는 장기적 관점에서 볼 때 헌법상 검사의 독점적 영장청구 규정이 개정될 필요가 있다고 본다. 다만 헌법 개정이 이루어지기 전이라도 아래에서 자세히 검토하는 바와 같이 통비법이나 금융실명제법과 같이 개별 법률의 개정을 통해 일정한 지위 이상의 사법경찰관에 한정하여 체포영장의 청구권을 허용하는 일본 형사소송법 제199조 제2항의 입법례와 같이 일정한 자격이 있는 사법경찰관에게 통신수사나 금융거래 추적수사와 같은 수사영역에서 영장청구권을 허용할 필요가 있다고 본다.

제4절 검사의 독점적 영장청구 규정의 문제점

1. 검사의 영장청구권 독점에 대한 헌법재판소 결정

헌법 제12조 제3항과 제16조 제2문에 따라 법원에 대한 체포·구속영장의 청구, 압수·수색·검증영장의 청구, 통비법상의 전기통신제한조치와 통신사실 확인자료의 허가청구 그리고 금융실명제법상의 금융거래정보요구 영장청구는 모두 검사만이 할 수 있고 경찰에게는 법원에 대한 직접적인 영장청구가 허용되지 않는 검사의 독점적 영장청구권을 인정하고 있다.

이러한 검사의 독점적 영장청구 규정에 대해 헌법재판소는 “제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 ‘검찰관의 신청’이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고, 따라서 현행 헌법 제12조 제3항 중 ‘검사의 신청’이라는 부분의 취지도 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정하는 것으로 해석함이 타당하다. 즉, 수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것이다.”⁸¹⁾고 판시함으로써 이 규정이 단순한 입법사항으로 족한 법기술적 사항이라기보다는 영장주의와 영장제도로 표현되는 국민의 기본권 보장제도에 관한 핵심적 사항이기 때문에 헌법규범으로서 적합성을 긍정하고 있다.

2. 검사의 영장청구권 독점의 타당성에 대한 학계의 견해대립

그리고 학계의 일부견해도 이러한 헌법재판소의 태도와 입장을 같이 하여 “법관의 영장발부에 앞서서 법률전문가인 검사의 영장신청을 거치도록 함으로써 강제처분에 대한 합법성의 통제를 더욱 강화하고 있다”⁸²⁾거나, “사법경찰관에 의한 신체구속의

81) 헌법재판소 1997.3.27. 선고 96헌바28.31.32 결정.

남용을 억제하기 위한 것”⁸³⁾으로서 이해하고 있다.

그러나 이러한 검사의 독점적 영장청구권에 대한 헌법재판소의 태도와 일부 학계의 견해와 달리 헌법학계뿐만 아니라 형법학계에서는 이 규정에 여러 문제점이 있음을 지적하고 있다. 우선 헌법학계에서는 (i) 수사권과 기소권이 검찰에 집중되어 있는 상황에서 모든 수사에 대한 전면적이고 포괄적인 관여권한을 검찰에 독점시키는 헌법적 근거로 영장청구권 규정이 기능하는 것은 ‘권력을 통한 권력의 억제’ 및 이를 통한 인권보장이라는 헌법의 근본이념과 조화되기 어렵다는 점, (ii) 검찰의 사전신병지휘를 통한 경찰영장신청의 형해화, 긴급체포에 대한 사후승인을 통한 사후영장의 대체, (체포)영장형식심사를 통한 법원의 영장발부권한의 형해화시도를 통해 검찰이 신체의 자유제약에 관한 결정권한이 자신에게 있다고 믿고 있으며 이는 인신의 자유제약에 관한 법관유보라는 영장주의의 본질을 왜곡시킬 위험성이 있다는 점, (iii) 그 동안 국가의 사정이 많이 달라졌음에도 불구하고 헌법의 명문조항으로 인해 시대에 맞는 합리적인 수사권조정이 봉쇄된다는 점⁸⁴⁾을 논거로 제시하여 검사의 영장청구권한 독점의 부당성을 지적하고 있다. 나아가 인신구속의 오·남용을 방지하기 위하여 영장은 신분이 보장된 독립적인 법관의 심사를 거쳐 발급되어야 하는데, 검사에게만 영장신청권을 부여해야 할 필연적 이유는 없다거나,⁸⁵⁾ 국회의장 자문기구인 ‘헌법연구자문위원회’는 2009년 8월에 헌법이 법관의 영장발부를 반드시 검사의 신청에 의하도록 한 것은 신체의 자유를 보장하기 위한 헌법상의 영장주의와 직접적 관련이 없고, 영장신청권자를 누구로 할 것인지는 입법정책의 문제여서 헌법에 규정하기보다 법률에서 규정하는 것이 바람직함을 이유로 영장규정 중 ‘검사의 신청’ 부분을 삭제할 것을 제안한 바도 있다.⁸⁶⁾

그리고 형법학계에서도 영장주의의 요체는 수사기관의 강제처분에 대한 법관의 통제에 있으며, 검사에 의한 영장청구권 독점이 실제 수사기관의 강제처분 운용에 대한

82) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 159면.

83) 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008, 178면.

84) 김선택, 영장청구권 관련 헌법규정 연구, 경찰청, 2008, 82-87면.

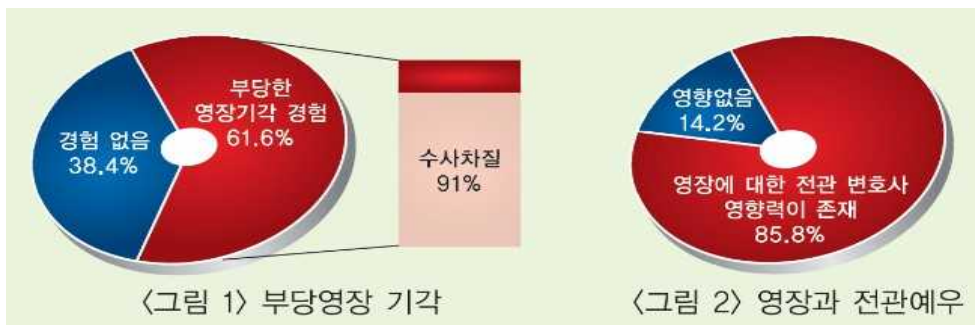
85) 정태도, “권리장전의 개정방향”, 공법연구 제34집 제4호 제2권, 2006.6, 123면.

86) 헌법연구자문위원회 결과보고서(요약본), 2009.8, 33면.

법치국가적 제한의 기능을 하고 있지 않음을 논거로 하여 현행 헌법과 형사소송법상의 검사의 독점적 영장청구제도가 영장주의의 본질을 흐리고 있고, 인권보장과 권력의 견제라는 측면에서 합리성과 설득력이 없으며, 시대의 변화에 따른 수사구조의 합리적인 발전을 가로막고 있음을 지적하고 있다.⁸⁷⁾

3. 검사의 영장청구권 독점의 타당성에 대한 실무계의 견해대립

한편, 검사의 독점적 영장청구권이 갖는 문제점은 이론적 차원을 넘어 경찰실무의 현장에서 직접적으로 나타나고 있다. 즉 2012년 경찰청 수사구조개혁단이 전국 수사경력 3년 이상 형사 542명을 상대로 한 설문조사(조사기간: 2012.7.30.~8.5)에 따르면 응답자 중 절반 이상이 검사로부터 부당하거나 납득하기 힘든 이유로 영장을 기각당해 본적이 있으며, 이들 중 대다수는 영장기각으로 사건 수사에 차질을 빚었다고 답하였으며(그림1 참조), 판·검사출신 변호사 등 소위 ‘힘 있는 변호사’가 검사의 영장 기각에 영향을 미칠 수 있다고 생각하는 형사도 85.8%나 달하고 있다(그림2 참조).



나아가 검사가 부당하거나 납득하기 힘든 이유로 영장을 기각하거나 보강수사지휘를 하는 이유에 대해 44.9%가 ‘전관예우 변호사’ 선임이 그 이유라고 인식하고 있다 (그림3 참조)

87) 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008, 91면; 서보학, 앞의 논문, 287-288면.



그리고 이러한 검사의 독점적 영장청구권 규정에 대한 경찰실무계가 느끼는 문제점은 그동안 언론에서 보도된 다수의 검사의 영장청구권 오·남용 사례, 예컨대 납치범에 대한 구속영장 불청구 후 하루만에 살인미수·자해한 사례, 긴급체로된 상습사기 피의자에 대해 부당한 인치명령을 내리고 이를 거부하자 영장을 불청구한 사례, 저축은행 사기혐의에 대해 형평에 어긋나게 4차례나 영장을 불청구한 사례, 범무법인 솔로몬이 인터넷상의 저작권침해사건 고소업무를 취급하면서 변호사가 아닌 자들과 동업하여 변호사법을 위반한 혐의로 1998. 9. 대전 중부경찰서에서 수사중 압수영장을 신청하였으나 검찰이 수회불청구한 사례 등⁸⁸⁾에서 나타나듯이 검찰의 경찰에 대한 사법 통제에 의한 인신구속의 남발을 억제하고 인권을 보장하기 위한 순기능보다 오히려 경찰수사에 대해 검찰의 수사지휘권과 영장불청구라는 제도적 장치를 통해 부당히 개입함으로써 수사왜곡과 실제적 진실은폐의 위험성이라는 역기능을 나타나고 있다.

그러나 경찰실무와 달리 검찰실무에서는 전혀 다른 입장을 표명하고 있다. 즉 안미영 검사는 검사의 독점적 영장청구권 규정에 대한 문제점을 지적하면서 사법경찰관에게 영장청구권을 부여하자는 일부 학계의 견해와 경찰실무계의 주장에 대해 (i) 수사, 소추를 모두 책임지고 있는 검찰에서 수사기능을 통괄, 조정하게 하는 것이 효율

88) 서보학 교수는 이들 사례에서 검사의 영장불청구는 실제적 진실을 밝히려는 경찰의 수사를 지원한 다거나 경찰수사의 적법성을 담보하려는 목적이기 보다는 오히려 경찰의 수사의지를 악화시키거나 수사를 방해하려는 의도 또는 특정인을 빠주기 위한 의도로 영장이 불청구되었다는 의혹을 가질만한 경우가 많다고 분석하고 있다. 이들 사례에 대한 상세한 소개와 분석으로는 서보학, 앞의 보고서, 13-25면 참조.

적이고 권한과 책임 귀속원리에 부합되며, 인권침해적 강제수사에 있어서는 자율과 책임원리 보다는 통제와 감독의 원리가 지배되어야 한다는 점, (ii) 형사사법절차에서는 능률보다는 적법절차의 원리가 강조되어야 하기 때문에 능률과 실효성만을 강조하는 것은 매우 위험하다는 점, (iii) 검찰 단계에서 사법경찰관의 영장신청이 기각되어 피의자가 즉시 석방되는 경우도 적지 아니하므로 이로써 피의자의 인권은 더욱 철저히 보호된다는 점, (iv) 검찰권의 비대화에 대한 염려가 있지만 수사기관의 난립 및 수사기관간의 무분별한 경쟁으로 인하여 수사 권력이 국가의 최고권력을 대신하는 전 근대적 국가로 회귀할 우려가 더욱 높다는 점 등을 제시하여 반대의 입장을 분명히 하고 있다.⁸⁹⁾

4. 검토 및 소결

검사의 독점적 영장청구권 규정에 대한 검찰실무계의 입장은 근본적으로 검찰이 국민으로부터 부여된 준사법기관과 공익의 대표자이기 때문에 엄격한 중립성과 공정성을 담보할 수 있을 뿐만 아니라 이 규정은 실질적 헌법사항인 영장주의의 관철을 위한 이중적 보호장치를 헌법규범화한 것으로 과거의 경험으로 인해 인신보호에 있어서 다른 어떤 나라보다도 강력한 의지를 가진 우리 국민의 헌법적 결단이라는 시각을 바탕으로 하고 있다. 그러나 이러한 검찰실무계의 입장은 다음과 이유에서 다소 설득력이 약하다고 본다.

우선, 영장주의의 본질은 국민의 기본권 제한의 오·남용을 방지하기 위해 독립적이고 중립적 지위에 있는 법관의 심사를 받는 데 그 핵심이 있는 것이지, 법관의 심사를 받기도 전에 같은 수사기관 내에서 통제하는 데 있지 않다. 헌법재판소가 경찰의 무분별한 영장신청을 억제하기 위하여 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 하기 위함이라고 하나, 검사가 법률전문가임을 부인할 수 없지만 영장주의 본질에 비추어 과연 수사기관과 분리된 '독립적이고 중립적인 지위'에 있는지 의문이다.

둘째, 영장주의의 본질은 법관에 의한 사법심사에 있기 때문에 누가 영장을 청구하느냐 하는 것은 영장주의에서 아무런 의미를 부여할 수 없다. 이 때문에 예컨대 미국

89) 이에 대해 상세히는 안미영, 앞의 논문, 26-30면.

에서는 영장청구서와 유사한 기능을 하는 고발장(complaint)을 경찰뿐만 아니라 민간인도 치안판사에게 제출할 수 있도록 하고 있다. 그런데도 우리나라 헌법은 영장청구권의 주체를 검사로 한정하고 이에 형사소송법에서 경찰은 검사에게 영장을 신청하도록 하여 엄연히 사법통제의 대상인 검사가 마치 사법통제의 주체로서 법관보다 먼저 경찰의 영장신청을 심사를 받도록 하고 있다. 실질적으로 경찰의 영장신청을 심사하는 검사가 과연 영장에 대한 사법심사의 주체인지 의문이다.

셋째, 다수의 검사의 영장청구권 오·남용 사례에서 보듯이 검사는 수사지휘권과 독점적 영장청구권을 오·남용하여 특정사안(예컨대 검찰 출신 변호인이나 검찰 식구들이 관련된 범죄에 대한 경찰의 수사 등)에 대한 경찰의 수사에 부당히 개입함으로써 형사소송의 목적인 실체적 진실의 발견에 저해되는 부작용을 낳고 있다.⁹⁰⁾

마지막으로, 검사의 독점적 영장청구권 규정은 5·16군사쿠데타에 의해 수립된 박정희 군사정권이 검찰조직을 통한 효율적인 시민통제의 의도로 1961년 형사소송법 개정을 통해 처음으로 도입하고 그 후 제3공화국 헌법에 의해 헌법적 차원으로 승격되었고 1987년 헌법개정을 통해 “적법한 절차에 따라”라는 문구가 삽입된 채 유지되고 있는 것으로, 이 규정을 두고 “인권보장과 법치주의의 확보를 위한 제도적 장치로 헌법적 결단의 대상”으로 해석하는 것은 설득력이 약함을 앞서 언급한 바와 같다.

생각건대 이러한 검사의 독점적 영장청구권의 문제점을 해소하는 한편, 수사기관의 강제처분에 대한 법관의 사법통제라는 영장주의의 본질을 철저히 유지하기 위해서는 근본적으로 헌법, 형사소송법, 통비법, 금융실명제법 등 영장 관련 법률의 개정을 통해 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관도 일정한 경우에 법원에 직접 영장을 청구할 수 있도록 할 필요가 있다고 본다. 다만 현실적으로 헌법상의 영장청구권의 주체 규정을 개정하기 어렵다는 점을 고려할 때 통비법상의 통신사실 확인자료 허가청구나 금융실명제법상 금융거래정보 영장청구가 헌법상의 영장주의 적용대상인지 여부를 검토하여 검사의 독점적 영장청구 규정의 적용대상이 아니라는 해석이 가능할 경우 이들에 대해서는 관련 법률의 개정만으로 사법경찰관이 직접 법원에 허가 내지 영장을 청구할 수 있는 방안은 무엇인지를 검토하고자 한다.

90) 같은 취지로 황정인, 앞의 논문, 223-225면.

제3장 검사의 독점적 영장청구권의 예외로서 통신 비밀보호법상 통신사실 확인자료제공 요청허가청구권

제1절 서설

최근 스마트폰, 유무선인터넷 등 정보통신 기술의 급속한 발달로 인하여 휴대폰, 노트북 등 다양한 정보통신 매체가 일상생활에서 매일 사용하는 생활필수품으로 자리 잡고 있다. 하지만 이러한 정보통신 기술의 발달과 그에 따른 통신수단의 보급 확대는 범죄자에게 범행에 각종 통신수단을 활용할 수 있는 기회를 제공하였고, 범인검거에 있어서도 탐문수사와 같은 기존의 전통적 수사기법만을 통해서만 사건의 조속하고 효율적인 해결에 많은 어려움을 겪게 하는 부작용을 낳고 있다. 이에 따라 수사기관은 범행에 사용한 유선·무선전화·인터넷 등 정보통신 매체를 수사할 수 있는 새로운 수사기법뿐만 아니라 수사기관이 유·무형의 증거 확보와 범인검거를 위해 정보통신 매체를 적극 활용할 수 있는 통신수사기법들을 개발하고 있고, 이와 같은 통신수사기법은 범죄수사에 있어서 없어서는 안 될 중요한 수사기법으로 여겨지고 있다.⁹¹⁾

그러나 수사기관의 통신수사는 범죄인 검거와 증거 확보에 커다란 기여를 하지만 수사기관이 수사권을 남용하여 무분별한 불법감청⁹²⁾을 하는 경우 선량한 제3자의 통신 비밀이 침해 될 수 있다는 우려가 끊임없이 제기되었다. 이에 따라 통비법은 검사로 하여금 일정한 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 법원에 대하여 통신제한조치(우편물의 검열 또는 전기통

91) 노호래, “통신수사의 문제점과 개선방안”, 한국경찰학회보 제11권 3호, 2009, 247면.

92) 통비법 제2조 제7호는 “감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다고 규정하고 있다.

신의 감청)의 허가를 청구하는 등의 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 최대한 보장하고자 노력하고 있다(통비법 제5조, 제6조).

무엇보다 통비법은 종래 감청과 긴급감청을 엄격히 제한함으로써 사생활의 비밀의 핵심영역으로 여겨지는 통신의 자유의 보호에 초점을 맞추었으나, 최근에는 통신자료 내에서 포함된 통화내역자료와 위치추적자료를 이용하여 사실상의 통신비밀을 확인하는 부작용이 속출하자 2001년 통비법 개정시 통신자료와 통신사실 확인자료(통화내역)를 분리하여 검사장 승인이라는 또 다른 절차를 마련하였으나, 현행법은 통신제한조치와 마찬가지로 수사기관이 통신사실 확인자료제공을 요청할 경우에 법원의 허가를 받도록 하고 있다(통비법 제13조). 이러한 통비법의 개정은 통신사실 확인자료제공 요청허가와 관련하여 통신제한조치와 마찬가지로 영장주의가 적용되는 것인지 여부가 문제된다.

따라서 이하에서는 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 의미와 절차, 통신비밀의 보호를 위한 외국의 입법례, 통신사실 확인자료제공 현황, 그리고 통신사실 확인자료제공 요청허가청구권의 법적 성질을 검토함으로써 통신사실 확인자료제공 요청허가청구를 함에 있어 통신제한조치와 같이 압수·수색에 관한 영장주의가 적용되어 검사만이 허가청구권을 행사할 수 있는 것인지 여부를 살펴보고자 한다.

제2절 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 의미 및 절차

1. 통신수사, 통신제한조치, 통신사실 확인자료 및 통신자료의 의미

통신수사란 수사기관이 수사를 하는 과정에서 통신을 보호하는 법규에 따라 통신제한조치, 통신사실 확인자료, 통신자료를 수집하여 용의자와 피의자 또는 피고인의 통신내용이나, 통신사실 혹은 가입자의 인적사항을 확인하고, 이를 정황증거로 활용하거나 수사의 구체화를 위한 수사방법을 말한다.⁹³⁾ 이러한 통신수사의 유형에는 통신제

93) 경찰대학, 경찰수사론, 2005, 340면.

한조치, 통신사실 확인자료, 통신자료가 있다.

통비법상의 통신제한조치에는 우편물의 검열, 전기통신의 감청이 있다. 우편물의 검열은 우편물에 대하여 당사자의 동의 없이 이를 개봉하거나 기타의 방법으로 그 내용을 지득 또는 채록하거나 유치하는 것을 말한다. 전기통신의 감청이란 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향, 문언, 부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(통비법 제2조 제7호). 따라서 인터넷상의 비공개 게시내용, 음성사서함 등의 내용을 지득·채록하는 것은 감청의 유형에 해당하며, 실시간 착발신 추적자료의 경우는 그 내용의 지득이 아니므로 통신사실 확인자료에 해당한다.

그리고 통비법 제2조 제11호에 따르면 통신사실 확인자료는 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료 중 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다. 다만 특정시간, 특정 유동 IP를 통신사업자에게 제시하고 가입자 정보만을 요구하는 경우와 이용자의 성명·주민등록번호·주소·가입 또는 해지일자에 관한 자료는 통신자료에 해당하므로 경찰관 서장 명의의 공문으로 제공요청이 가능하다.

통신자료란 전기통신사업법 제54조 제3항에 따라 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 가입 및 해지일자(변경일자, 일시중지 일자 포함), 전화번호, ID가 있다. 이는 정보수사기관의 장(예를 들면 경찰서장) 명의의 공문으로 통신사업자에게 자료를 요청하면 이에 응하여야 한다. 이 통신자료는 검사나 판사의 허가 없이 정보수사기관이 독자적으로 획득하여 수사에 활용할 수 있으며, 당사자에게 제공사실을 통지할 의무도 없다.⁹⁴⁾

94) 노호래, 앞의 논문, 248-249면.

2. 통신사실 확인자료제공 요청의 절차⁹⁵⁾

가. 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차

(가) 자료의 요청

통비법 제13조 제1항은 통신사실 확인자료제공의 절차를 규정하고 있다. 즉 검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다.

(나) 법원 등의 허가

통비법 제13조 제1항의 규정에 따른 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받아야 한다. 다만 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다(동조 제2항). 통비법 제2항 단서의 규정에 의하여 긴급한 사유로 통신사실확인자료를 제공받았으나 지방법원 또는 지원의 허가를 받지 못한 경우에는 지체 없이 제공받은 통신사실확인자료를 폐기하여야 한다(동조 제3항).

(다) 전기통신사업자 등의 자료 보관

검사 또는 사법경찰관은 통비법 제13조 제2항의 규정에 따라 통신사실 확인자료제공을 받은 때에는 당해 통신사실 확인자료제공요청사실 등 필요한 사항을 기재한 대장과 통신사실 확인자료제공요청서 등 관련자료를 소속기관에 비치하여야 한다(동조 제5항). 그리고 지방법원 또는 지원은 통비법 제13조 제2항의 규정에 따라 통신사실 확인자료제공 요청허가청구를 받은 현황, 이를 허가한 현황 및 관련된 자료를 보존하여야 한다(동조 제6항).

95) 이하 이철호, “헌법상 통신의 자유와 통신제한조치”, 한국경찰학회보 제10권 제1호, 2008, 250-251면.

전기통신사업자는 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장에게 통신사실 확인자료를 제공한 때에는 자료제공현황 등을 연 2회 미래창조과학부장관에게 보고하고, 당해 통신사실 확인자료 제공사실등 필요한 사항을 기재한 대장과 통신사실 확인자료제공요청서등 관련자료를 통신사실확인자료를 제공한 날부터 7년간 비치하여야 한다(동조 제7항).

(라) 통신사실 확인자료제공의 통지 및 그 유예

범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 경우 통신사실 확인자료제공을 받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(통비법 제13조의3 제1항). 다만 통신사실 확인자료제공 사실을 통지할 경우 (i) 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때, (ii) 사람의 생명·신체에 중대한 위협을 초래할 염려가 현저한 때에는 그 사유가 해소될 때까지 통지를 유예할 수 있다. 검사 또는 사법경찰관은 통지를 유예하고자 하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 미리 관할 지방검찰청검사장의 승인을 얻어야 하며, 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 이러한 사유가 해소된 때에는 그 사유가 해소된 날부터 30일 이내에 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 통지를 하여야 한다(통비법 제13조의3 제2항).

나. 국가안보를 위한 통신사실확인자료 제공의 절차

정보수사기관의 장은 국가안전보장에 대한 위협을 방지하기 위하여 정보수집이 필요한 경우 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료제공을 요청할 수 있다(통비법 제13조의4 제1항).

국가안보를 위한 통신제한조치(동법 제7조), 긴급통신제한조치(동법 제8조), 통신제한조치의 집행(동법 제9조), 통신제한조치의 집행에 관한 통지(동법 제9조의2) 제3항·제4항·제6항의 규정은 통비법 제13조의4 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자

료제공의 절차 등에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 “통신제한조치”는 “통신사실 확인 자료제공 요청”으로 본다(통비법 제13조의4 제2항).

다. 법원에의 통신사실 확인자료제공

법원은 재판상 필요한 경우에는 민사소송법 제294조 또는 형사소송법 제272조의 규정에 의하여 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료제공을 요청할 수 있다(통비법 제13조의2).

제3절 미국의 입법례

1. 미국의 통신비밀보호 관련 법률상 통신감청의 정의와 유형⁹⁶⁾

가. 통신감청(communication interception)의 정의

미국에서도 통신감청은 수사 또는 정보기관이 범죄수사 또는 보안상의 이유로 법원의 허가를 받아 청각이나 전자적, 기계적 장치를 사용하여 유선이나 무선 통신으로 전달되는 내용을 취득하는 것을 의미한다. 이에선 통화내용, 음성사서함, 문자메시지, 전자우편 등이 포함된다. 1986년 전기통신프라이시법은 통신감청(interception)을 청각이나 전자적, 기계적 또는 기타 장치를 사용하여 대화나 유선이나 전자통신상의 내용을 취득하는 것이라고 규정하고 있다.⁹⁷⁾ 종래 전화통화에 대한 감청에 대해 전통적으로 ‘wiretapping’이란 용어를 사용하여 왔으나 감청의 범위가 고전적인 전화통화뿐만 아니라 무선통신과 팩스나 전자적 데이터를 포함하는 전자적 통신까지 확대되어 ‘communication interception’이란 용어가 보다 정확한 표현으로 사용되고 있다고 한다.⁹⁸⁾

96) 이하 나채준, “미국과 우리나라의 통신감청법률에 관한 비교법적 고찰”, 토지공법연구 제5집, 2011, 332-333면.

97) The Electronic Communications and Privacy Act, sec. 2510(4).

나. 통신감청의 유형

미국의 경우 감청은 크게 유선통신(wire communication)⁹⁹⁾에 대한 감청과 구두대화(oral communication)에 대한 감청, 전자통신(electronic communication)¹⁰⁰⁾으로 구분되어 있다.¹⁰¹⁾ 유선통신 감청의 경우 기술적 어려움이 없이 통화내용 전부를 감청할 수 있으나 무선통화의 경우 여러 기술적 어려움 등으로 통화내용에 대한 직접감청 대신 이동통신사업자에게 법집행기관의 감청업무에 협조할 의무를 부과하여 법원의 명령이나 적법한 승인 후에 이동통신사업자들이 요금부과를 위해 보관하고 있는 통화기록을 확인하거나 수사·정보기관에 통신내용을 제공하도록 하고 있다.¹⁰²⁾ 미국에서도 무선으로 이루어지는 통화내용에 대한 감청이 기술적으로 가능한지의 여부에 대해 여전히 많은 논란이 있지만 기술적으로 전혀 불가능한 것은 아니다. 하지만 상당한 기술적, 물리적 한계가 있다는 것이 관련 전문가들의 일반적인 견해이다. 통신감청의 구체적인 유형은 유선전화 통화내용 녹취, 이동전화 음성사서함 및 문자메시지 확인, 이메일 내용 확인 등의 형태를 띠며 최근 추세는 인터넷 감청이 빠르게 늘어가는 추세라고 한다.¹⁰³⁾

2. 미국의 통신비밀보호 관련 법률의 개관

미국의 경우 감청은 연방수정헌법 제4조에서 규정하고 있는 압수·수색에 해당하며, 프라이버시의 침해가 되므로 원칙적으로 허용되지 않는다.¹⁰⁴⁾ 미국에서 감청을 최초

98) Whitfield Diffie/Susan Landau, Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption, 2010, p.173; 나채준, 앞의 논문, 340-342면

99) 유선통신은 어떤 청각적 전송이 그 전부나 일부가 전선, 케이블 등 기구의 사용에 의해 이루어지거나 송신지(the point of origin)와 수신지 사이에 다른 기계적 설비가 연결되어 있어 다른 사람의 작동으로 통신의 전송을 위한 시설의 사용을 통해 이루어지는 모든 청각 전송을 의미 한다.

100) 전자통신은 유선, 무선(radio), 전자기, 팩스나 스캔 등 전자적 사진전송 시스템에 의한 어떠한 표시, 신호, 문서, 이미지, 소리, 데이터의 전송을 의미한다.

101) The Electronic Communications and Privacy Act, sec. 2510(1)(2)(12).

102) The Communications Assistance for Law Enforcement Act, sec.1005.

103) Internet World Statistics, Internet World Stats, 2008.12.

104) Louis B. Swartz, Information Communication Technology Law, Protection and Access Right,

로 규제한 법은 1934년 제정된 '연방통신법'(Federal Communication Act)이다. 동법 제805조에서는 어떠한 자에 대해서도 전화감청 및 그 내용의 공개를 금지하였으나, 1967년 Katz v. U.S. 사건¹⁰⁵⁾과 Berger v. New York 사건¹⁰⁶⁾에 대한 미국 연방대법원 판결이 일정한 요건을 충족한 경우에는 전화감청이 적법하다는 판결을 내림에 따라 동법은 그 효력을 상실하게 되었다. 우선 Katz v. U.S. 사건은 피고인이 로스엔젤레스에서 전화로 다른 지역에 사는 사람에게 도박정보를 전달한 혐의로 기소된 사건이었다. 재판과정에 피고인이 전화를 사용한 공중전화 부스에 연방수사관이 전자감청 장치를 설치하여 취득한 전화 대화내용을 증거로 제출하였는데 하급심에서는 위 행위가 연방수정헌법 제4조에 위반하여 얻어진 증거라는 피고인의 주장을 배척하였다. 그러나 이와 달리 연방대법원은 공중전화라고 할지라도 거기에서 자신이 하는 말에 관하여 프라이버시를 기대하는 것은 정당한 것이므로 그러한 기대에 반하여 대화를 도청한 것은 연방수정헌법 제4조에 위반한다고 판시하였다. 따라서 감청이 유효하기 위해서는 반드시 법원의 허가를 받아야 하며, 이 판결에서 제시된 개인의 프라이버시에 대한 기대이론은 향후 입법의 모범이 되었다고 한다.¹⁰⁷⁾ 다음으로 Berger v. New York 사건에서 연방대법원은 감청은 물리적으로 존재하는 물체를 수색하거나 압수하는 것은 아니지만 압수·수색에 해당하며, 다른 형태의 압수·수색보다 더욱 프라이버시의 침해가 크기 때문에 단순한 압수·수색 보다 더욱 엄격한 요건이 필요하다고 판시하였다. 이들의 요건이란 다음과 같다: (i) 특정한 범죄가 저질러졌거나 저질러지고 있다는 개연성, (ii) 감청될 대화가 그 범죄의 수사와 관련된 내용을 담고 있음이 특정되어야 하며, (iii) 감청은 구체적이고 한정된 기간 하에서만 이루어져야 하며, (iv) 그 기간이 연장되려면 지속적인 개연성이 증명되어야 하며, (v) 필요한 대화내용이 확보되면 감청은 중단되어야 하며, (vi) 긴급상황이 아닌 경우 피감청자에게 감청사실이 통보되어야 하며, (vii) 영장의 집행에 대해 법원에 보고가 이루어져 법원이

Information Science Reference, 2010, p.348.

105) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

106) Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967).

107) Turkington, Legal Protection for Conversational and Communication Privacy in Family, Marriage and Domestic Disputes, School of Law Working Paper Series, Villanova University School of Law(2003), p.9-10; 박용상, 표현의 자유, 현암사, 2002, 648-649면.

확보된 대화내용의 이용을 감독하고 제한할 수 있어야 한다.¹⁰⁸⁾

미국 의회는 위의 Berger 판결의 요건을 1968년 ‘범죄단속 및 가두안전종합법’(Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968)의 제3장(Title III)에 규정하여 모든 수사기관이 위 절차를 따르도록 하고 위 절차를 준수하지 않을 경우 형사처벌하고 이 절차를 준수하지 않은 사인의 감청 역시 형사처벌하도록 하였다.

그러나 이러한 Title III에 의하면 전신이나 팩시밀리 같은 통신수단에 대한 법적 보호장치가 없다는 문제점이 제기되었다. 이에 통신서비스 기업을 중심으로 새로운 법안이 적극적으로 추진되어 1986년 ‘전기통신프라이버시법’(The Electronic Communications and Privacy Act of 1986: ECPA)이 제정되었다. ECPA의 효력이 발생한 이후에 법집행기관이 전화와 대화 이외에 통신이 전송되는 도중에 그 내용을 채록하려면 전화와 대화에 대한 감청영장과 거의 동일한 절차에 의한 전기통신감청영장을 발부 받아야 했다. 이는 ECPA가 전기적 수단에 의하여 전달되는 전화와 대화 이외의 모든 통신을 전기통신으로 정의하고 있기 때문이다.¹⁰⁹⁾ 이에 따라 전자메일을 포함하는 컴퓨터통신, 이동 추적장치(mobile tracking devices), 전화이용기록장치(pen register), 전화의 착발신추적기(trap and trace device) 등에 대한 감청도 동법이 규정한 일정한 절차가 적용되었다. 이때 이동 추적장치란 개인이나 물체의 이동을 추적할 수 있게 하는 전자장치나 기계장치를 의미하는데 이는 원칙적으로 사용이 금지되고 법원의 허가가 있는 경우 허용하도록 하였다. 또한 전화이용기록장치나 발신자 추적장치의 설치와 사용도 원칙적으로 금지하고, 법원의 명령이 있는 경우에만 가능하도록 규정하고 있다.¹¹⁰⁾ 전화이용기록장치¹¹¹⁾는 전화선에 부착하여 전자 기타 진동을 기록하거나 해독함으로써 전화회선에 다이얼되거나 기타 전송된 번호를 식별하는 장치를 말하는 것

108) 박경신, “미국의 통신비밀보호법 및 범죄수사통신지원법과 우리나라의 통신비밀보호법 및 제18대 국회 개정안의 비교검토”, 안암법학 제29권, 2009, 121면.

109) Electronic Communications and Privacy Act, sec. 101 참조.

110) Becker, The Electronic Communication Act, The Communications Act, Pike & Fischer, 1999, p.122: 위 법률이 제정되기 이전인 1979년 미국 연방대법원은 Smith v. Maryland 사건에서 경찰의 요청에 따라 전화국에 전화이용기록장치를 설치한 것은 연방수정헌법 제4조에서 말하는 수색이 아니므로 영장이 필요 없다는 판단을 한 바 있다.

111) 18 U.S.C. §3127(3).

으로 서비스 사업자나 고객이 요금 부과를 위해 사용하는 경우 또는 요금 부과에 부수하여 기록하기 위한 경우는 포함되지 않는다. 발신자 추적장치¹¹²⁾는 수신되는 전자파 기타 진동을 파악하여 유선 또는 전자 커뮤니케이션의 발신 장치의 번호를 파악하는 기구를 말하는 것으로 긴급한 경우에 일정한 요건 하에 허용된다.

한편, IT기술의 발전에 따른 디지털 전송기술과 무선 통신기술의 발달로 범집행기관이 통신수사가 어렵게 되자 1994년 통신사업자의 감청업무 협조의무 등을 규정한 ‘감청통신지원법’(The Communications Assistance for Law Enforcement Act: CALEA)을 제정하여 통신사업자로 하여금 정부의 감청업무에 협조할 의무를 신설하였으며, 2001년 9.11 테러사태 이후 그에 대한 대책의 일환으로 ‘애국법’(USA Patriot Act)을 제정하여 테러예방과 테러범 검거를 위하여 통신감청 대상을 확대하고 신청요건을 완화하였다.¹¹³⁾

따라서 이하에서는 우리나라의 통비법과 유사한 성격을 갖는 1986년 전기통신 및 프라이버시법(ECPA)의 주요내용을 살펴보고, 통비법상의 통신사실 확인자료 제공과 관련된 쟁점을 비교 검토하고자 한다.

3. 미국의 전기통신프라이버시법(ECPA)의 주요 내용¹¹⁴⁾

ECPA의 제1장(Title I)은 전기적, 전자적 또는 육성을 통한 대화를 전달 도중에 취득하는 행위, 즉 ‘감청’(interception)을 규제하며, 위의 Burger 판결의 요청에 따라 수사기관은 일반적인 영장발부 요건보다 더 엄격한 요건을 충족할 경우에 한하여 영장을 발부받을 수 있다.

ECPA의 제2장(Title II)은 Wire and Electronic Stored Communications Act(또는 ‘SCA’)라고 불리며, 전자적으로 저장되어 이미 통신이 완료된 정보들, 특히 컴퓨터에 저장된 정보들을 다룬다. 이는 우리나라 통비법상 통신사실 확인자료에 해당하는 것이다. 이들 정보의 취득은 감청에 해당되지 않아 일반적인 영장요건이 적용될 뿐이다.

112) 18 U.S.C. §3127(4).

113) 두 법률에 대한 상세한 소개·분석으로는 나채준, 앞의 논문, 340-342면 참조.

114) 이하 박경신, 앞의 논문, 122-128면.

그러나 180일 이상 보관된 통신내용, 원격기기에 저장된 통신내용, 통신내용을 포함하지 않는 과거의 통신 관련 기록은 일반영장 요건보다 완화된 영장요건이 적용된다. 즉 “통신의 내용이나 관련 기록이 현재 진행되는 범죄수사에 관련이 있고 중요하다고 믿을 합리적인 근거가 있음을 보여주는 구체적이고 특정 가능한 사실”(specific and articulable facts showing that there are reasonable grounds to believe that the contents of a wire or electronic communication, or the records or other information sought, are relevant and material ton an ongoing criminal investigation)이 확인되면 영장이 발부되며, 대부분 통신당사자에게 취득사실을 통보할 의무도 없다.

ECPA의 제3장(Title III)은 통화개시자가 특정 상대와 통화를 하기 위해 통신망에 입력하는 정보, 예컨대 전화통화의 개시를 위해 단말기에 입력하는 전화번호를 다룬다. 이는 우리나라 통비법상 통신사실 확인자료에 해당되는 것인데, ECPA 제3장은 는 과거가 아닌 장래의 통신사실 확인자료의 취득을 다룬다. 특히 본장은 우리나라 통비법과 달리 통신사실 확인자료의 취득에 대한 허가를 다루는 것이 아니라 전화설비에 설치되어 특정 전화로부터 발신되는 전화번호를 기록하는 전화이용기록장치(pen register)와 전화의 착발신추적기(trap and trace device)를 설치하여 장래의 통신사실 확인자료를 계속적으로 탐지하기 위한 허가를 다룬다. 이때에도 법원으로부터 영장을 발부받아야 하나, “취득될 정보가 현행 수사에 관련이 있을 것”(the information likely to be obtained is relevant to an ongoing criminal investigation being conducted by that agency)이라는 소명(certification)만을 요구하여 가장 완화된 영장요건을 충족하면 된다.

이러한 ECPA의 3단계 분류를 표로 나타내면 다음과 같다.

〈표 1〉 ECPA의 3단계 분류

	감청 내용		영장요건
ECPA 제1장	감청		엄격한 영장요건
ECPA 제2장	저장된 통신정보의 취득	통신내용	일반 영장요건
		180일 이상된 통신내용, 원격기에 저장된 통신내용, 과거의 통신사실 확인자료	완화된 영장요건
ECPA 제3장	전화이용기록장치와 전화의 착발신추적기를 통한 장래의 통신사실 확인자료의 취득		가장 완화된 영장요건

4. ECPA과 통비법상 통신사실 확인자료 취득 비교검토

미국의 ECPA 제1장은 우리나라의 통비법과 마찬가지로 감청의 경우에 일반 압수·수색보다 더욱 엄격한 영장요건을 충족해야 하며 감청된 사람에게 사후 통보가 이루어져야 한다는 면에서 공통점을 보이고 있다.

그리고 ECPA 제2장과 제3장에서 다루는 저장된 통신정보의 취득, 특히 과거의 통신사실 확인자료와 장래의 통신사실 확인자료의 취득에 있어 완화된 내지 가장 완화된 방식의 영장요건을 요구하나, 통신당사자에게 그 취득사실을 통보할 의무는 규정하고 있지 않다. 반면에 우리나라 통비법은 통신사실 확인자료 취득에 있어 영장발부요건이 전혀 없다. 즉 통비법 제13조 제2항은 “요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.”고 규정하고 있을 뿐이어서 국가기관이 손쉽게 통신사실 확인자료를 취득할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 다만 통비법은 통지의무를 규정하지 않고 있는 ECPA과 달리 통비법 제13조의3에서 “통신사실 확인자료 제공을 받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.”고 규정하여 통지의무를 규정하고 있다.¹¹⁵⁾

이를 표로 요약하면 다음과 같다.

〈표2〉 ECPA과 통비법상 통신사실 확인자료 취득 비교

		미국 ECPA	한국 통비법
저장된 통신내용 (180일 이내)	영장발부 요건	범죄의 개연성	통비법상 대응조항 없음. 즉 일반적인 압수·수색의 일반요건인 범죄의 혐의와 강제처분의 필요성 및 해당 사건과의 관련성이라는 영장요건이 적용됨
	통지의무	없음	
저장된 통신내용 (180일 이상 보관된 경우), 원격기기에 저장된 통신내용	영장발부 요건	관련성을 보여주는 구체적이고 명시가능한 사실의 증명	
	통지의무	없음	

115) 박경신, 앞의 논문, 141, 144-146면.

		미국 ECPA	한국 통비법
과거의 통신사실 확인자료	영장발부 요건	관련성을 보여주는 구체적이고 명시가능한 사실의 증명	법원의 허가
	통지의무	없음	공소제기 또는 불기소처분 이후 30일 이내
장래의 통신사실 확인자료	영장발부 요건	취득정보와 현지 진행중인 형사절차와의 관련성의 소명	법원의 허가
	통지의무	없음	공소제기 또는 불기소처분 이후 30일 이내
	취득기간	최대 60일	제한없음

제4절 통신사실 확인자료제공 현황, 문제점 및 개선노력

1. 통신사실 확인자료제공 현황

방송통신위원회의 「2012년 하반기 통신제한 및 통신사실확인자료 등 제공 현황」에 따르면,¹¹⁶⁾ 2012년 하반기 통신사실 확인자료 건수는 120,002건으로 전년도 하반기 111,058건 대비 8.1% 증가하였다.

〈표 3〉 통신사업자의 통신사실 확인자료 건수

(단위: 문서건수, %)

구 분	'11년		'12년	
	상반기	하반기	상반기	하반기
통신사실 확인자료	124,658	111,058	119,306	120,002(8.1)

※ ()안은 전년도 동기 대비 증감률

기관별로 살펴보면, 〈표 4〉에서와 같이 전년도 하반기와 비교하여 검찰은 23.8%, 경

116) 미래창조과학부, 2013년 5월 10일자 보도자료.

찰은 4.6%, 국정원은 5.9% 각각 증가하였으나, 기타기관(군 수사기관, 해양경찰청, 사법경찰권이 부여된 행정부처)은 13.7% 감소하였다. 전체 120,002건 중 검찰이 28,007건, 경찰이 88,900건, 국정원이 643건, 기타기관이 2,452건이다. 이 중 경찰이 88,900건으로 전체 대비 74.1%를 차지하고 있다.

〈표 4〉 기관별 통신사실 확인자료 건수

(단위: 문서건수, %)

구 분	'11년		'12년	
	상반기	하반기	상반기	하반기
검 찰	22,850	22,621	29,587	28,007(23.8)
경 찰	98,122	84,988	86,014	88,900(4.6)
국정원	657	607	614	643(5.9)
*기타기관	3,029	2,842	3,091	2,452(113.7)
합 계	124,658	111,058	119,306	120,002(8.1)

* 기타기관 : 군 수사기관, 해양경찰청, 사법경찰권이 부여된 행정부처(국토해양부, 관세청, 법무부, 노동부, 식약청 등)

※ ()안은 전년도 동기 대비 증감률

통신수단별 통신사실 확인자료 현황은 〈표5〉에서 보는 바와 같이, 전년도 하반기와 비교하여 유선전화는 17.6%, 이동전화는 5.2%, 인터넷 등은 9.2% 각각 증가하였다. 2012년 하반기에 유선전화는 22,471건, 이동전화는 75,031건, 인터넷 등은 22,500건이다. 이동전화가 75,031건으로 전체 120,002건 대비 62.5%를 차지하고 있다.

〈표 5〉 통신수단별 통신사실 확인자료 건수

(단위: 문서건수, %)

구 분	'11년		'12년	
	상반기	하반기	상반기	하반기
유선전화	22,913	19,115	20,906	22,471(17.6)
이동전화	77,499	71,339	78,239	75,031(5.2)
*인터넷등	24,246	20,604	20,161	22,500(9.2)
합 계	124,658	111,058	119,306	120,002(8.1)

* 인터넷 등 : 인터넷접속, 이메일, 비공개모임의 게시내용 등

※ ()안은 전년도 동기 대비 증감률

문서건수 대비 전화번호(또는 ID)건수의 현황을 살펴보면, <표6>에서와 같이 2012년 하반기 통신사실확인 자료제공 전화번호 수는 12,765,110건으로 전년도 하반기 (16,462,826) 대비 22.5% 감소하였고, 문서 1건당 전화번호수는 148.24개에서 106.37개로 감소하였다.

<표 6> 문서건수 대비 통신사실 확인자료 제공 전화번호 건수

(단위: 문서건수, %)

구 분		'11년		'12년	
		상반기	하반기	상반기	하반기
검 찰	문서건수	22,850	22,621	29,587	28,007 (23.8)
	전화번호수	91,398	75,054	116,402	134,069 (78.6)
	문서1건당 전화번호수	4.00	3.32	3.93	4.79
경 찰	문서건수	98,122	84,988	86,014	88,900 (4.6)
	전화번호수	20,696,086	16,040,564	12,268,487	12,606,308 (-21.4)
	문서1건당 전화번호수	210.92	188.74	142.63	141.80
국정원	문서건수	657	607	614	643 (5.9)
	전화번호수	2,801	1,988	2,093	1,921 (-3.4)
	문서1건당 전화번호수	4.26	3.28	3.41	2.99
기타 기관	문서건수	3,029	2,842	3,091	2,452 (-13.7)
	전화번호수	51,771	345,220	250,525	22,812 (-93.4)
	문서1건당 전화번호수	17.09	121.47	81.05	9.30
합 계	문서건수	124,658	111,058	119,306	120,002 (8.3)
	전화번호수	20,842,056	16,462,826	12,637,507	12,765,110 (-22.5)
	문서1건당 전화번호수	167.19	148.24	105.93	106.37

※ ()안은 전년도 동기 대비 증감률

2. 통신사실 확인자료제공의 문제점과 개선노력

통비법상 통신사실 확인자료의 제공과 관련한 문제점으로 우선 통신제한조치와 비교하여 통신사실 확인자료의 제공요건이 너무 완화되어 있어 그 조회 남용의 우려를 언급할 수 있다. 즉 앞서 살펴본 미국 ECPA의 경우 가장 완화된 영장요건으로 ‘최소한 범죄수사 관련성의 소명’을 하도록 하고 있음에 비해 통비법상 통신사실 확인자료의 경우 “요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원 포함)이나 지원의 허가를 받아야 한다”(통비법 제13조 제2항)라고만 규정되어 있어 매우 용이하게 국가기관이 이를 취득할 수 있다.¹¹⁷⁾ 그리고 국가안보를 위한 통신사실 확인자료 제공의 경우 “정보수사기관의 장은 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위하여 정보수집이 필요한 경우 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료제공을 요청할 수 있다”(통비법 제13조의4 제1항)라고만 규정되어 있다. 게다가 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료 제공요청을 한 후 지체없이 허가를 받도록 하고 있어 사후허가에 대한 시간적 제한이나 사법적 통제가 없다는 문제점이 있다(통비법 제13조 제2항 제2문).¹¹⁸⁾

다음으로, 수사편의상 편법 또는 절차위반으로 인한 위법사례가 발생할 개연성이 높다. 대표적인 사례로 통신사업자에게 통신사실 확인자료의 요청시 전화번호를 고치거나 사건과 무관한 번호를 끼워넣는 편법이 가능하다. 문서당 전화번호수가 가장 많은 경찰은 2012년 하반기에 문서당 141.80개의 전화번호를 조회하였다. 이는 끼워넣기 의혹이 제기될 수 있고, 조사범위를 무분별하게 확대하여 범죄와 무관한 선량한 시민들을 대상으로 조회할 가능성이 있다. 통신비밀침해 대상자의 범위는 전적으로 수사기관의 판단에 의해 결정되고 법원장이 확인하여 적정성 여부를 판단하는 것은 사실상 불가능한 측면이 있기 때문이다.¹¹⁹⁾ 일례로 서울지방경찰청에서 경찰관이 관련된 진정서를 조사하기 위하여 통화사실확인자료를 요청한 범위를 보면 당사자의 부인, 딸,

117) 박경신, 앞의 논문, 146면.

118) 류제성, “통신비밀보호법 개정안(이학재의원 대표발의, 의안번호 제5261호) 및 형사소송법 개정안(박영선 대표발의, 의안번호 제5246호)에 대한 검토”, 민주사회를 위한 변호사모임 사법위원회·참여연대 공익인권법센터·박영선의원실 공동토론회 자료집, 2009, 9면.

119) 노호래, 앞의 논문, 259-260면.

아들, 부모, 누나, 매형 등 21명의 통화사실확인자료를 요청한 사례도 있었다고 한다.¹²⁰⁾

마지막으로, 수사 일선에서는 ‘통신사실 확인자료’ 제공요청을 할 경우 통신사실 확인자료제공 요청허가청구서를 작성하여 검사를 경유하여 법원의 허가를 얻어야 하는 절차의 복잡성 때문에 소극적인 통신수사를 하게 되는 문제가 있다. 예를 들어 범죄가 발생하고 범인을 특정하기 전까지는 다각적인 수사가 진행되고 이와 관련한 혐의자도 다수인 것이 보통이고, 이들이 범죄와 어떤 연관성이 있는지 또는 피해자와 연관성이 있는지 판단하고, 핸드폰 사용내역을 확인하는 등 절차를 거쳐 피의자를 특정하여 검거하게 되는데 통신사실확인자료를 제공받는 절차의 복잡성과 많은 시간 소비로 인해 자료를 받을 때까지는 수사의 진전이 없어 손을 놓고 있는 실정이라고 한다.¹²¹⁾

이러한 문제점을 극복하기 위하여 변재일의원이 대표발의한 통비법 개정안은 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공요청의 경우 각 피의자별로 하도록 하고 다수의 가입자에 대해서 요청하는 경우 1건의 허가 요청서에 의하도록 하지 못하게 하며, 예외없이 법원의 허가를 먼저 얻은 후 하도록 하며,¹²²⁾ 국가안보를 위한 통신사실 확인자료 제공요청은 ‘국가안보에 대하여 상당한 위험이 현존하거나 예상되어 그 위해를 방지하기 위하여 필요한 경우’로 그 요건을 강화하는 내용을 포함하고 있다.¹²³⁾ 법사위 수석전문위원 검토보고에 따르면 개정안의 내용중 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청을 일괄청구에서 개별청구로 변경하는 것에 대해서는 인력과 예산낭비의 문제점이 있어 타당하지 않고, 긴급통신사실 확인자료제공 요청제도를 폐지하는 것에 대해서는 범죄 초동수사의 필요성, 긴급체포와의 형평성 등을 이유로 역시 타당하지 않으며, 국가안보를 위한 통신사실 확인자료제공 요청사유 강화에 대해서도 이를 통신제한조치 허용요건과 같이 하는 것은 타당하지 않다고 하고 있다. 그러나 통신사실확인자료 제공요청을 개별청구로 하는 것은 연관성만 입증되면 1개의 허가로서도 피의자 본인은 물론 타인의 통신사실 확인자료까지 요청할 수 있는 현행 규정의 남용

120) 권영세, “통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 형사정책 제16권 제1호, 2004, 16면.

121) 노호래, 앞의 논문, 260면.

122) 개정안 제13조.

123) 개정안 제13조의4.

을 방지하고 통신의 비밀을 보호하기 위한 것이므로 인력과 예산을 이유로 반대할 사안이 전혀 아니며, 국가안보를 위한 통신사실확인자료 제공요청사유의 경우에도 그 요건이 지나치게 추상적이고 자의적인 해석이 가능하므로 그 요건을 강화할 필요성이 있다는 견해가 있다.¹²⁴⁾ 나아가 경찰의 통신사실 확인자료제공 요청허가청구와 관련하여 일반적인 압수·수색의 영장청구와 같이 검찰을 경유하도록 함으로써 발생하는 절차의 복잡성의 문제는 통신사실 확인자료제공 요청허가청구권의 법적 성질을 헌법상의 영장주의가 적용되어 검사만이 허가청구권을 행사할 수 있는 것으로 파악하는 데서 비롯된 것이다. 하지만 다음에서 살펴보듯이 통신사실 확인자료제공 요청허가청구권의 법적 성질을 영장주의가 적용되는 것으로 파악해야 하는지는 의문이다.

제5절 통신사실 확인자료제공 요청허가청구권의 법적 성질

통신사실 확인자료제공 요청허가청구권의 법적 성질과 관련하여 이를 헌법상의 영장주의가 적용되어 검사만이 허가청구권을 행사할 수 있는 것인지 여부에 대해 견해가 대립될 수 있다. 이와 관련하여 통신제한조치의 법적 성질, 통신사실 확인자료제공 요청허가에 대한 법률개정의 과정 및 통신사실 확인자료가 사생활의 자유에 포함되는 개인정보로서 영장주의의 적용대상이 되는지 여부를 살펴볼 필요가 있다고 본다.

1. 통신제한조치 허가청구권의 법적 성질

통신제한조치는 정보통신 기술의 급속한 발달에 의하여 새로이 등장한 수사기법으로 일정한 요건하에서 대상자의 우편물을 검열하거나 전기통신을 감청하는 것을 말한다. 통신제한조치는 형법과 군형법에 규정된 다수의 범죄, 국가보안법, 군사기밀보호법 등에 규정된 일정한 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다(통비법 제5조 제1항).

124) 류제성, 앞의 논문, 10면.

이러한 통신제한조치의 법적 성질에 관하여 감청이 당사자에게 직접 강제력을 행사하지 않고 의무를 부과하지도 않는다는 점에서 임의수사라고 하는 견해도 있으나,¹²⁵⁾ 통신제한조치가 개인의 사생활을 중대하게 침해한다는 점과 통비법이 일정한 요건 하에서 허가를 얻어 통신제한조치를 행하도록 규정한 점 등으로 볼 때 강제수사라고 보는 것이 논리적으로 타당하다고 본다.¹²⁶⁾

따라서 통비법 제6조 제1항은 “검사(검찰관 포함)는 제5조 제1항의 요건이 구비된 경우에는 법원(군사법원 포함)에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 “사법경찰관(군사법경찰관 포함)은 제5조 제1항의 요건이 구비된 경우에는 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있다.”고 규정하여 헌법상의 영장주의가 적용됨을 분명히 하고 있다. 이에 따라 통신제한조치 허가청구의 절차에 있어서도 형사소송법상 영장에 의한 체포(제200조의2), 긴급체포 후 피의자 구속(제200조의4) 등에서 규정된 바와 같이 검사의 독점적 영장청구권을 인정하고 있다.

2. 통신사실 확인자료제공 요청허가에 대한 법률개정의 과정

2005년 5월 26일 개정 전 통비법 제13조는 현행 규정과 달리 통신사실 확인자료제공 요청의 절차와 관련하여 법원의 허가를 요하지 않고 “검사 또는 사법경찰관이 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 미리 서면 또는 이에 상당하는 방법으로 관할지방검찰청 검사장(검찰관 또는 군사법경찰관이 통신사실확인자료 제공을 요청하는 경우에는 관할 보통검찰부장을 말한다)의 승인을 얻어야 한다.”고 규정함으로써 관할지방검찰청 검사장의 승인만을 얻도록 하였다.

그러나 통신사실 확인자료제공의 오·남용의 문제가 불거지자 2005년 5월 26일 범죄의 수사나 국가의 안보를 위하여 수사기관이 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제공을 요청하는 경우 엄격한 절차를 마련함으로써 국민의 기본권을

125) 서일교, 형사소송법(8개정판), 박영사, 1979, 253면.

126) 대표적으로 이재상, 앞의 책, 221면.

충실히 보장하려는 취지에서 종전의 내부통제의 일환으로 인정된 감사장 승인이 아니라 외부통제의 성격으로서 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 개정이 이루어졌다.

3. 통신사실 확인자료가 개인정보에 포함되는지 여부

통신사실 확인자료가 헌법 제17조에서 규정하고 있는 사생활의 비밀보호의 대상이 되는 개인정보에 포함되는지 여부를 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 통신사실 확인자료가 개인정보에 포함되는 것으로 해석될 경우 수사기관의 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제공을 통한 수집은 개인정보자기결정권을 침해하는 것으로 감사의 독점적 영장청구권의 대상이 되기 때문이다.

우선, 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보라 함은 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보를 말한다.¹²⁷⁾ 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사적 사무의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함된다. 이런 개인정보를 대상으로 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.¹²⁸⁾

이러한 개인정보의 분류와 관련하여 직접 식별정보와 간접 식별정보로 나누고 간접 식별정보를 다시 직접 식별정보와 결합하여 당해 개인을 직접적으로 식별할 뿐만 아니라 그 개인을 구체화하여 더욱 명확히 하는 정보(이름, 주소, 전화번호 등)와 다른 식별정보와 결합하였을 때 비로소 의미를 갖는 추상화 식별정보로 구분하는 견해¹²⁹⁾

127) 개별 법률에서 '개인정보'에 대한 개념정의규정을 두고 있는 것으로는 "정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률", "공공기관의개인정보보호에관한법률", "전자서명법" 등이 있다. 대표적으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제6호에 따르면, "개인정보라 함은 생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 당해 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(당해 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없는 경우에는 다른 정보와 용이하게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다."고 규정하고 있다.

128) 정중섭, 헌법학원론(제4판), 박영사, 2009, 624면.

129) 김연수, 개인정보, 사이버출판사, 2001, 35-36면.

와 프라이버시의 측면에서 프라이버시주체를 식별할 수 있는 개인정보(개인속성정보)와 특정 개인 데이터의 익명성 등으로 인해 특정개인을 식별하기 어렵거나 추적이 곤란한 정보를 비개인정보로 구분하는 입장¹³⁰⁾이 있다. 이러한 개인정보의 분류 가운데 간접 식별정보 중 추상화 식별정보나 비개인정보는 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보가 아니기 때문에 개인정보자기결정권의 보호대상으로서의 개인정보로 파악하기 어렵다고 본다.¹³¹⁾

그런데 통신사실 확인의 경우 그 대상은 통비법 제2조 제11호가 규정한 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수와 통신비밀보호법시행령 제3조가 규정한 ① 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, ② 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료 및 ③ 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료로서 일단 개인식별 정보는 포함되어 있지 않다.

한편, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률은 개인정보에 대해 성명·주민등록번호와 같은 직접 식별정보와 직접 식별정보와 결합하여 알 수 있는 간접 식별정보를 개인정보로 개념정의하고 있는바, 간접 식별정보가 개인정보로 되기 위해서는 일단 용이성과 특정 개인임을 알아 볼 수 있는 구체성을 가진 즉, 개인의 사생활을 담은 구체화정보로 평가되어야 한다. 따라서 추상화 식별정보나 비개인정보로 평가된다면 현행법상 보호의 대상이 되는 개인정보는 아니라고 할 것이다.

이와 관련하여 앞에서 살펴본 바에 의하면, 통신사실 확인자료는 통신제한조치를 통해 수집되는 통화내용이나 일정기간 동안의 행적을 담은 것이 아닐뿐더러 특정 개인을 구체화하고 그 개인의 사생활을 담은 정보라고 할 수 없다는 점에서 특정 개인에 대한 확인의 의미를 갖는 추상화정보라고 할 것이다. 바꾸어 말하면 용이성은 있다고

130) 정영화, “개인정보감독기구의 법적책임과 역할”, 제2회 워크숍(프라이버시 보호법제, 어떤 모습이어야 하는가?, 함께하는 시민행동, 2003.8.21), 5-6면.

131) 정준현, “위치인식 및 통신사실확인자료 등의 개인정보여부에 관한 소고”, 토지공법연구 제24집, 2004, 496면.

하더라도 특정 개인을 알아 볼 수 있는 구체성을 결여하였다는 점에서 개인정보자기결정권의 보호대상으로서의 개인정보로 보기는 어렵다고 본다.¹³²⁾

4. 검토 및 소결

통신사실 확인자료제공 요청허가청구권의 법적 성질과 관련하여 한편으로 이를 헌법상의 영장주의가 적용되어 검사만이 허가청구권을 행사할 수 있는 것으로 파악할 수 있다. 통신사실 확인자료 역시 통신제한조치와 마찬가지로 수사기관의 통신사실 확인자료의 열람을 통해 실질적으로 당사자 개인의 privacy에 대한 중대한 침해를 가져올 수 있기 때문이다. 그러나 다른 한편으로 통신사실 확인자료제공 허가청구권은 헌법과 형사소송법상의 체포·구속, 압수·수색·검증, 통비법상의 전기통신제한조치와 같이 신체의 자유, 주거의 자유, 통신의 자유, 사생활의 자유 등에 대한 중대한 침해를 직접적으로 가져오지 않으므로 검사의 독점적 영장청구 규정이 적용되지 않는다고 볼 수 있다.

생각건대, 다음과 같은 이유에서 후자의 견해가 보다 설득력이 있다고 본다. 우선 수사기관의 통신사실 확인자료제공의 요청에 따른 열람은 헌법과 형사소송법상 체포·구속, 압수·수색·검증에 따른 신체의 자유와 주거의 자유를 침해하는 것과 무관하다. 반면에 통비법상 통신제한조치에 따른 감청은 당사자의 동의 없이 전자장치 등을 통하여 통신의 음향, 문언, 영상 등을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록함으로써 개인의 사생활의 자유를 중대히 침해한다. 이 때문에 통신제한조치는 허가서 형식으로 청구하지만 실질에 있어서는 영장과 동일한 성격으로 파악하여 명문으로 검사의 독점적 허가청구권을 허용하고 있다. 그러나 이러한 통신제한조치와 달리 통신사실 확인자료는 단지 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간 등만을 파악하는 것으로 특정개인을 식별할 수 있는 정보가 아니라 개인식별정보와 결합하여 특정개인을 확인할 수 있는 간접 식별정보 중 추상화정보에 속하기 때문에 개인정보자기결정권의 보호대상으로서의 개인정보로 보기는 어렵다. 따라서 통신사실 확인자료는 개인 식별정보와 결합하여 누군지는 모르지만 일정한 시각에 통신한 사실 여부

132) 같은 취지로 정준현, 앞의 논문, 502-503면.

나 단순한 지리적 좌표상에 소재한 사실 등을 확인할 수 있는 소위 “다른 정보와 결합하여 용이하게 개인의 사생활을 알 수 있는 추상화정보”로서 개인정보에 포함되지 않기 때문에 검사의 독점적 영장청구의 대상이 아니라고 본다. 다만 수사기관이 통신사실 확인자료에 대해 확인의 차원을 넘어서서 특정 개인을 구체화하여 그 개인의 사생활을 엿볼 수 있는 정도의 정보는 개인정보자기결정권의 보호대상으로서의 개인정보에 포함되므로 법관이 발부한 영장에 근거하여 적법한 절차에 의하여 수집·처리되어야 할 것이다.¹³³⁾

둘째, 통비법과 전기통신사업법은 이러한 통신의 자유 및 사생활의 자유와 관련하여 그 기본권 침해의 정도를 고려하여 통신제한조치, 통신사실 확인자료, 통신자료로 세분하여 그 절차요건을 달리하고 있다. 즉 통신의 자유와 개인의 사생활의 자유를 중대히 침해하는 통신제한조치는 검사의 독점적 허가청구권을 요구하면서도 전기통신 이용자의 성명, 주민번호, 주소, 가입 및 해지일자 등을 의미하는 통신자료는 개인의 사생활의 자유를 침해할 소지가 적어 수사관서장이 통산사업자에게 통신자료제공요청서를 제출함으로써 그 제공요청을 허용하고 있다(전기통신사업법 제83조). 같은 취지에서 개정전 통비법은 통신사실 확인자료제공에 대해서도 법원의 허가가 아닌 검사장의 승인만을 얻도록 하였다. 만약 통신사실 확인자료제공의 법적 성질이 본래 헌법상 영장주의가 적용되는 것이라면 2005년 통비법 개정 전의 규정은 명백히 헌법에 위배된 위헌조항이 아닐 수 없고 그 당시의 모든 통신사실 확인자료제공은 위법수사가 아닐 수 없는 데 과연 그러한 해석이 타당한지 의문이다. 다만 2005년 5월 26일 개정 통비법이 통신사실 확인자료제공에 대해서도 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 한 것은 개정취지에도 분명히 드러나고 있듯이 “수사기관이 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제공을 요청하는 경우 엄격한 절차를 마련함으로써 국민의 기본권을 충실히 보장”하려고 한 것이지 헌법과 형사소송법상의 검사의 독점적 영장 청구 규정과는 무관한 것이다.

마지막으로 통신사실 확인자료제공에 대해 사법경찰관에게 독자적인 허가청구를 허용하는 것이 영장주의 본질을 침해하지도 않는다고 본다. 앞서 언급한 바와 같이 영장주의의 본질은 국민의 기본권 제한의 오·남용을 방지하기 위해 객관적 지위에 있는

133) 정준현, 앞의 논문, 508면.

법관의 판단을 받는 데 그 핵심이 있다. 검사가 자의적으로 사법경찰관의 통신사실 확인자료제공 요청신청을 기각하는 것은 법원의 사법심사권을 실질적으로 침해하는 것으로 파악할 수 있으며, 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료제공 요청청구에 대해서도 여전히 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 통해 사법심사가 이루어지므로 영장주의 본질에 부합하는 것이다. 무분별한 통신사실 확인자료제공에 따른 국민의 기본권 제한의 오·남용의 문제는 실질적으로 검사 또는 사법경찰관 가운데 누구에 의해 통신사실 확인자료제공 요청허가청구권이 행사되는 데 있는 것이 아니라 수사기관의 통신사실 확인자료제공 요청허가청구에 대해 법원의 기각률이 1% 미만일 정도로 법원의 형식적 사법심사에 있다고 여겨진다.¹³⁴⁾

134) 그러나 선진국들은 다르다. 독일에서는 정보·수사기관이 통신사실 확인자료를 통신사로부터 제공 받을 때 법원 직원을 반드시 입회시켜야 하며, 일본은 해당 지자체 직원을 파견해 감시한다. 이와 관련해 민주당 서영교 의원은 최근 통신제한조치를 집행하는 경우에는 법원이 선임한 사람을 입회하게 하는 내용을 골자로 하는 '통신비밀보호법 일부 개정 법률안'을 국회에 제출했다(주간경향 제 1001호, 2012년 11월 12일자 기사).

제4장 검사의 독점적 영장청구권의 예외로서 금융실명 거래 및 비밀보장에 관한 법률상 금융거래정보요구 영장청구권

제1절 서설

자본주의가 발전해 나갈수록 그와 더불어 증가하는 자본 관련 범죄를 처벌하기 위한 수사절차의 하나로 ‘금융거래정보요구권’(흔히 ‘계좌추적권’이라 한다)의 중요성이 날로 증가하고 있다. 이 때 금융거래정보요구권이라 함은 혐의자 내지 피의자의 금융거래정보에 대해 법원을 비롯한 국가기관이 금융기관종사자에게 그 제공을 요구할 수 있는 권한을 말한다. 오늘날 대형경제사건이라 불리우는 대기업의 비자금 조성 사건에서부터 주식시세조종과 같은 금융관련범죄, 공무원의 뇌물사건과 같은 부패범죄에 이르기까지 수사과정에서 금융거래정보요구에 의해 획득한 금융거래 계좌를 추적하는 ‘금융거래 추적수사’¹³⁵⁾가 이용되지 않는 사건은 거의 없을 정도이며, 이러한 계좌추적 없이는 그러한 범죄들의 혐의를 밝혀내기조차 어려운 것이 현실이다. 왜냐하면 자본 관련 범죄, 부패범죄, 경제범죄 등에서 수사기관이 자금의 흐름을 파악하지 못하면 범죄자가 왜, 어떤 식으로 범죄를 저질렀으며 얼마의 이득을 얻었는지조차 파악하기 힘들기 때문이다.¹³⁶⁾ 나아가 이러한 범죄들에 대해서는 수사의 효율성과 증거의 확보

135) 일반적으로 계좌추적라고 불리는 ‘금융거래 추적수사’란 금융기관의 금융자산과 관련된 금융거래 내용을 추적하는 수사라고 말할 수 있다. 이러한 금융거래 추적수사는 금융기관의 준공익성에 의해 객관성이 보장되고 있다는 점을 기반으로 한다. 즉 금융기관은 고객과의 금융거래를 주된 영업으로 하고 있으며 급전을 취급하며 분쟁방지를 위해 금융거래 장부, 전표처리, 보관 등에 있어 고도의 객관성을 유지하고 있으며, 그로 인해 금융기관을 통한 거래내용의 수사결과 역시 객관성이 확보된다는 측면을 가지고 있다(정진연, “금융거래추적수사”, 고시연구, 2003.11, 67면).

136) 대표적인 예로 이창수 검사가 2003년경 춘천지방검찰청 강릉지청에서 재직시 당시 삼척시장에 대한 수뢰사건을 담당하면서 금융거래 추적수사의 중요성을 깨달았고 이를 다음과 같이 기술하고 있다: “당시 사건에서 삼척시장은 최종적으로 관내 건설업자로부터 1천만원권 양도성예금증서 6장, 현금 및 달러 함께 9천만원 상당을 수수한 사실이 밝혀져 약 3년간의 재판 끝에 징역 4년형이

가능성을 높이고 은닉된 범죄수익·재산의 신속한 파악을 위해 수사기관이 용의자 내지 피의자의 예금계좌를 추적하여 자금의 흐름을 파악하는 금융거래 추적수사가 필요함은 의문의 여지가 없다.

그러나 이러한 자본 관련 범죄, 부패범죄, 경제범죄 등의 수사과 관련하여 국가기관, 특히 수사기관에 의한 금융거래 추적수사의 중요성과 필요성에도 불구하고 계좌추적을 위한 무분별한 금융거래정보제공의 오·남용이 있을 경우 특정 개인의 사생활의 비밀 영역으로 간주되는 금융거래정보를 수사기관이 열람할 수 있는 가능성을 열어 두게 되므로 헌법상 보장된 시민들의 사생활의 자유와 '자기정보에 대한 지배결정권'(das informationelle Selbstbestimmungsrecht),¹³⁷⁾ 행복추구권을 중대하게 침해할 가능성이 매우 높다.¹³⁸⁾ 이에 따라 금융실명제법 제4조는 금융거래의 비밀보장을 원칙으로 규정하고 예외적인 경우에 법원을 비롯한 국가기관에 의한 금융거래정보제공을 허용하고 있다. 특히 수사기관에 의한 금융거래 추적수사의 경우에 사생활의 비밀을 보호하기 위해 법관이 발부한 영장에 의하도록 함으로써 영장주의에 의해 엄격한

확정되었는데, 위 사건에 있어서 범죄의 혐의를 밝히는 데 결정적인 역할을 한 것은 바로 계좌추적이었고, 가장 수사를 곤란하게 했던 것도 바로 계좌추적이었기 때문이었다. 그 내용을 추적하는 과정에서 최초 건설업자의 무기명양도성예금의 입금자원을 밝히는 과정 및 양도성예금증서를 해지한 후의 출금자원을 밝히는 과정은 두 과정 모두 뇌물수수자나 뇌물공여자가 아닌 다른 사람의 이름으로 이루어진 거래로서 은행 측의 비협조로 인하여 그 내역을 밝히는 데 매우 곤란함을 겪었다. 은행 측은 최초 양도성예금증서는 최종적으로 현금으로 인출되었기 때문에 그 이후의 상황을 알 수 없다거나, 양도성예금증서는 무기명으로만 발행되므로 입금자원을 찾을 수 없다거나, 업자 친구의 수표로 발행된 양도성예금증서는 존재하지 않는다고 대답하기가 일쑤였다. 당시 은행 측의 무성의한 답변을 의심 없이 믿었다면 위 사건을 해결하기가 매우 곤란했을 것이나, 적극적으로 은행을 찾아가 당일 전표 철을 모두 압수하여 일일이 같은 금액의 수표가 존재하는지 여부를 확인하고, 그 수표를 찾은 다음 이를 제시하면서 은행을 상대로 추궁을 하여 그 출금자원을 추적하는 방식으로 결국은 사실관계를 확정할 수 있었다. 그 경험으로 얻은 당시의 결론은 단서를 남기지 않으려는 범죄자들의 노력을 뒤따라가야만 하는 수사기관으로서의 가능성이 보이는 모든 부분을 확인해 나갈 수밖에 없으며 단 하나의 거래도 소홀히 다루어서는 안 된다는 것이었다." (이창수, "미국에서의 계좌추적", 형사법의 신동향 통권 제15호, 2008, 57면).

137) '정보적 자기결정권'이라고도 불리는 '자기정보에 대한 지배결정권'이란 자신의 어떤 정보가 누구에게 공개될 것인지를 스스로 결정할 수 있는 권리를 말한다. 독일 연방헌법재판소는 개인정보 보호를 독일 기본법이 보장하고 있는 인격의 자유로운 발현권의 한 내용으로 파악하였다(BVerfGE 65, 1 ff.).

138) 이창수, 앞의 논문, 57-61면; 서보학, "예금자비밀보호와 계좌추적의 요건 및 한계", 형사정책 제14권 제1호, 2002, 198면.

통제와 심사 하에서 이루어지도록 하고 있다. 그런데 이와 관련하여 금융실명제법 제4조 제1항에 따라 법원이 발부한 영장에 따른 금융거래 추적수사가 강제수사, 임의수사 중 어디에 해당되는지, 그리고 수사기관 이외의 국가기관에게도 금융거래정보요구권의 주체를 인정하고 있음에 비추어 금융거래정보요구 영구청구의 주체를 검사만으로 국한하는 것이 타당하지 여부가 문제된다.

따라서 이하에서는 금융거래정보제공의 의미, 금융거래 추적수사의 내용 및 절차, 금융거래 추적수사의 요건과 한계, 금융거래의 비밀보호를 위한 외국의 입법례, 금융거래정보제공 현황, 그리고 수사기관의 금융거래정보요구 영장청구권의 법적 성질을 검토함으로써 수사기관이 금융거래정보요구 영장청구를 함에 있어 일반적인 압수·수색영장과 동일하게 영장주의가 적용되어 검사만이 독점적으로 영장청구권을 행사할 수 있는 것인지 여부를 살펴보고자 한다.

제2절 금융거래정보제공의 의미, 금융거래 추적수사의 내용 및 절차

1. 금융거래정보제공의 의미

금융실명제법은 “금융회사등에 종사하는 자는 명의인(신탁의 경우에는 위탁자 또는 수익자를 말한다)의 서면상의 요구나 동의를 받지 아니하고는 그 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료(이하 ‘거래정보등’이라 한다)를 타인에게 제공하거나 누설하여서는 아니 되며, 누구든지 금융회사등에 종사하는 자에게 거래정보등의 제공을 요구하여서는 아니 된다.”(동법 제4조 제1항 본문)고 규정하여 금융거래정보의 비밀이 보장 되도록 하고 있다. 그러나 금융거래정보의 비밀이 유지될 수 없는 경우도 있다. 대표적으로 금융실명제법은 금융거래정보가 수사, 조세에 관한 법률에 따른 질문·조사, 국정조사, 금융회사등에 대한 감독·검사 등을 위해 필요한 경우에는 그 사용 목적에 필요한 최소한의 범위 안에서 법원을 비롯한 국가기관이 금융기관종사자에게 그 제공을 요구할 수 있는 권한을 부여하고 있다(동법 제4조 제1항 단서). 이것이 바로 계좌

추적권이라 불리는 이른바 금융거래정보요구권이다. 이처럼 현행 금융실명제법이 금융거래정보의 비밀을 원칙적으로 보장하면서도 예외적으로 그 비밀이 유지되지 않는 경우도 인정하고 있다. 그런데 이 예외의 범위가 지나치게 광범위하며, 더욱이 수사기관 이외의 국가기관에 의한 금융거래정보요구권에 대해서는 법치국가적 통제장치가 미흡한 실정이어서 금융실명제법이 금융거래정보의 비밀을 보장한다는 원칙이 유명무실하다는 비판이 제기되고 있다.¹³⁹⁾

2. 금융거래 추적수사의 내용

가. 금융거래 추적수사의 기법

금융거래 추적수사의 구체적인 방법으로 예금주의 성명, 주민등록번호 등 인적사항을 거래금융기관에 통보하여 계좌 개설의 유무, 예금거래내역서의 출력을 통한 금융거래 계좌·거래내역조사, 대상자의 거래 금융기관의 전산부로부터 거래내역에 대한 전산자료를 출력 받아 입금이나 출금자금을 조사하는 입·출금자금 추적조사 등이 있다.

나. 금융거래 추적수사의 대상

금융거래 추적수사의 대상인 금융거래정보는 “금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료”라고 추상적으로 규정하고 있고(금융실명제법 제4조 제1항), 동법률 시행령 제16조 본문에서는 “특정인의 금융거래사실과 금융기관이 보유하고 있는 금융거래에 관한 기록의 원본·사본 및 그 기록으로부터 알게 된 것을 말한다”라고 규정하고 있다. 이때 금융거래란 “금융회사등이 금융자산을 수입·매매·환매·중개·할인·발행·상환·환급·수탁·등록·교환하거나 그 이자, 할인액 또는 배당을 지급하는 것과 이를 대행하는 것 또는 그밖에 금융자산을 대상으로 하는 거래로서 총리령으로 정하는 것”을 의미한다(동법 제2조 제3호).

139) 윤동호, “금융거래정보요구권과 영장주의”, 형사정책연구 제20권 제2호, 2009, 151면.

다. 금융거래사실존부의 포함여부

금융거래 추적수사의 대상인 '금융거래의 내용'에 금융거래사실의 존부도 포함될 수 있는지 여부가 문제된다. 즉 대상자가 특정금융기관과의 금융거래사실이 있는지를 확인할 수 있는지의 문제이다. 이와 관련하여 현실적 특정인의 금융거래사실존부를 포함하지 않는 경우 법원에 의해 발부된 영장 없이도 이를 임의로 확인할 수 있으며, 계좌명의인의 불안 등을 야기하여 금융실명제의 정착을 저해하므로 이를 포함해야 한다는 견해가 있다. 반면에 수사기관 등에서 미리 특정인의 특정은행계좌를 알고 있지 아니하는 한 범죄의 증거확보를 위한 수색 자체를 사실상 원천봉쇄하게 되어 불합리하며, 수사의 효율성 측면과 사생활의 보호 가치를 비교하여 볼 때 특정 금융기관에 특정인의 계좌가 존재하는 사실만을 확인하는 것은 침해되는 사생활의 가치가 그리 크다고 보기 어려우므로 이를 제외해야 한다는 견해¹⁴⁰⁾가 있어 대립되었다.

생각건대 동법률 시행령 제6조에 '특정인의 금융거래사실'이 포함되는 것으로 규정되어 있으므로 금융거래사실의 존부도 금융거래 추적수사의 대상이 되어 영장이 없는 경우 이에 대한 수사가 불가능하다고 보는 것이 타당하다고 본다.¹⁴¹⁾

3. 금융거래 추적수사의 절차

수사기관에 의한 금융거래정보의 요구는 다음의 절차에 따라 이루어진다.¹⁴²⁾

가. 요구권자

금융실명제법이 금융거래정보요구권자를 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 동법 제4조 제1항 제1호부터 제7호에 따르면 법원, 국세청장(지방국세청장 포함), 금융위원회, 증권선물위원회, 금융감독원장, 예금보험공사사장, 한국거래소가 이에 해당함을 간접적으로 알 수 있다. 특히 수사기관은 금융회사 등에게 금융거래정보를 요구

140) 이창수, 앞의 논문, 108-109면.

141) 같은 취지로 정진연, 앞의 논문, 70-71면.

142) 이하 윤동호, 앞의 논문, 154-155면.

함에 있어 법원에 의해 발부된 영장이 반드시 필요하다(동법 제4조 제1항 제1호).

나. 요구방식

금융거래정보요구권자는 위 금융거래정보에 대해 그 사용목적에 필요한 범위 안에서 금융회사 등의 특정 점포에 요구할 수 있는데, (i) 명의인의 인적사항, (ii) 요구 대상 거래기간, (iii) 요구의 법적 근거, (iv) 사용목적, (v) 요구하는 거래정보의 내용, (vi) 요구하는 기관의 담당자 및 책임자의 성명과 직책 등 인적사항이 포함된 금융위원회가 정하는 표준양식에 의해 금융기관의 특정점포에 요구해야 한다. 이러한 요구방식은 다른 법률에 따라 금융거래정보요구권을 행사할 경우에도 적용된다(동법 제4조 제2항).

다. 금융거래정보제공 사실의 통보 및 그 유예

금융회사 등은 명의인의 서면상의 동의를 받아 거래정보 등을 제공한 경우나 동법 제4조 제1항에 의하여 거래정보 등을 제공한 경우에는 제공한 날로부터 10일 이내에 제공한 거래정보 등의 주요내용, 사용 목적, 제공받은 자 및 제공일자 등을 명의인에게 서면으로 통보하여야 한다(동법 제4조의2 제1항). 그리고 금융회사 등은 (i) 해당 통보가 사람의 생명이나 신체의 안전을 위협할 우려가 있는 경우, (ii) 증거인멸, 증인위협 등 공정한 사법절차의 진행을 방해할 우려가 명백한 경우, (iii) 질문·조사 등의 행정절차의 진행을 방해하거나 과도하게 지연시킬 우려가 명백한 경우에는 거래정보 등의 요구자로부터 통보의 유예를 서면으로 요청받은 때에 한해 6월의 기한 내에서 통보를 유예할 수 있으며, 위 사유가 지속되는 한 2회에 한하여 매 1회 3개월의 범위 내에서 유예요청기간 동안 통보를 유예하여야 한다(동법 제4조의2 제2항, 제3항).

제3절 금융거래 추적수사의 허용요건과 한계

1. 일반적 허용요건과 한계

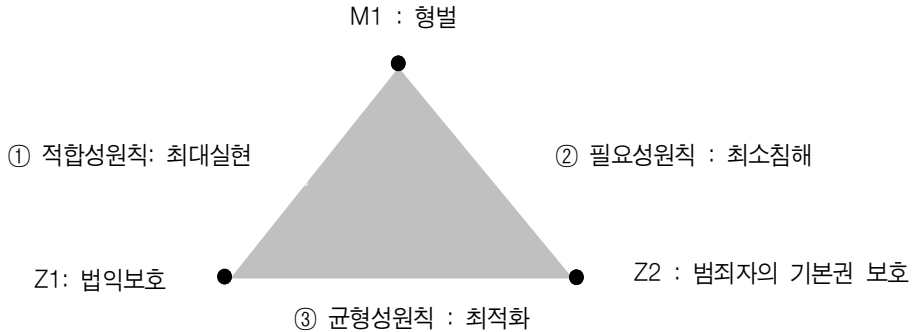
수사기관에 의한 금융거래 추적수사는 시민의 의사에 반하여 그의 사생활의 비밀과 자기정보에 대한 지배결정권이라는 기본권의 침해를 수반하기 때문에 국가권력의 기본권 침해 및 제한에 대한 일반적인 허용요건과 한계를 지켜야 한다. 이에 따라 무엇보다 수사기관에 의한 금융거래 추적수사는 형사소송절차에서 각종 강제처분에 대한 법정주의와 영장주의 이외에 국가권력의 행사를 제한하고 기본권에 대한 침해를 최소화하는 내용을 담고 있는 헌법상의 기본원칙인 비례성의 원칙을 충족해야만 한다. 이때 ‘비례성의 원칙’(Verhältnismäßigkeitsprinzip)이란 일반적으로 국가의 권력은 무제한으로 행사되어서는 아니 되고, 이는 반드시 실현하고자 하는 목적을 위해 비례적인 수단을 사용하라는 원칙을 말한다. 바꾸어 말하면 비례성이란 수단이 목적에 (i) 적합하고(적합성의 원칙), (ii) 필요하며(필요성의 원칙 내지 최소침해의 원칙), (iii) 과잉되지 않아야 한다(균형성의 원칙 내지 좁은 의미의 비례성의 원칙)는 원칙으로서 ‘목적과 수단의 관계’(Zweck-Mittel-Relation)로 이해된다.¹⁴³⁾

이러한 적합성의 원칙, 필요성의 원칙 및 균형성의 원칙이라는 비례성의 원칙의 부분원칙을 형사실체법 영역에 적용시켜 살펴보면 다음과 같은 관계가 성립함을 알 수 있다:¹⁴⁴⁾ 형사실체법은 범익보호라는 목적(Z1)의 실현을 위하여 형벌이라는 수단(M1)을 사용하지만 이는 범죄자(피의자·피고인·수형인)을 포함한 개념의 기본권 보호라는 또 다른 목적(Z2)을 침해한다. 여기서 비례성의 원칙은 <그림 4>와 같이 Z1, Z2, M1을 세 꼭짓점으로 하는 이른바 ‘관계삼각형’의 구조를 형성한다.

143) 비례성의 원칙에 관한 최근 국내문헌으로는 김대환, “우리나라 헌법상 과잉금지원칙”, 공법학연구 제6권 제3호, 2005, 191면 이하; 이준일, “헌법재판의 법적 성격”, 헌법학연구 제12권 제2호, 2006.6, 321-334면; 이용식, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계”, 형사법연구 제25호, 2006, 27면 이하 참조. 독일문헌으로는 Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986; L. Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961 참조.

144) 이하 이상돈, 헌법재판과 형법정책, 고려대학교출판부, 2005, 98-100면; 이준일, 앞의 논문, 322-326면.

〈그림 4〉 형법영역에 있어 비례성의 원칙의 ‘관계삼각형’



〈그림 4〉의 비례성의 원칙의 관계삼각형에서 (i) 적합성의 원칙은 형사실체법에 규정된 형벌, 즉 법정형의 종류와 범위는 형사실체법이 설정한 법익을 보호하게 하거나 그 보호를 촉진시키는 것, 즉 법익보호의 ‘최대화’(Gebot der Maximierung)를 의미한다(M1→Z1). (ii) 필요성의 원칙은 형벌의 투입은 최후수단으로 이루어져야 하고, 이때에도 범죄자의 기본권 침해를 ‘최소화’(Gebot der Minimierung)하는 형벌의 종류와 범위를 선택해야 함을 말한다(M1→Z2). 그리고 (iii) 균형성의 원칙은 목적과 수단의 균형(M1≒Z1) 여부를 경험적으로 확인하는 과정에 그치지 않고, 규범적 차원에서 형벌에 의해 그 실현을 최대화하려는 목적(Z1)과 그로 인한 침해를 최소화해야 할 목적(Z2) 사이의 가치균형을 포괄한다. 이 균형은 충돌되는 목적들 중 어느 하나를 선택하여 우선적으로 실현하는 것이 아니라 동시에 최대한 실현하는 것, 즉 ‘최적상태의 실현’(Gebot der Optimierung)을 말한다. 이러한 최적화를 이루기 위해서는 서로 충돌하는 목적이나 가치의 비중과 중요성을 평가하는 과정인 법익형량이 무엇보다 중요하다.¹⁴⁵⁾

이와 같은 비례성의 원칙의 부분원칙을 금융거래 추적수사에 적용하여 보면, 수사기관은 금융거래 추적수사가 수사의 목적 달성을 위해 적합한 수단인지, 금융거래정보를 요구할 때에도 최소한의 침해를 가져올 수 있는 방법이나 적정한 범위는 무엇인지,

145) 김재윤, “범죄와 형벌의 비례성에 관한 고찰 - 헌법재판소 1997.8.21. 93헌바60 전원재판부 -”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 2007, 404-405면.

그리고 금융거래 추적수사를 통해 얻는 이익이 그로 인해 침해되는 이익을 상쇄하고도 남음이 있는지를 판단하여 금융거래 추적수사의 결정하여야 한다. 예컨대 금융거래 추적수사를 하지 않더라도 범죄사실의 확인에 필요한 증거의 확보가 가능하거나 필요한 금융거래정보의 임의제출이 있는 경우 등에는 금융거래 추적수사가 허용되지 않고 금융거래자료의 사본이나 발췌된 것만으로도 충분한 경우에는 원본이나 전체 자료의 압수는 허용되지 않는다고 한다.¹⁴⁶⁾

2. 개별적 허용요건과 한계

수사기관이 금융거래 추적수사를 하기 위해서는 금융실명제법 제4조 제1항 제1호에 따라 법원이 발부한 영장이 필요하다. 그리고 이때의 영장은 일반적인 압수·수색영장으로 이해되고 있으므로 압수·수색영장과 관련하여 범죄의 혐의, 압수·수색의 필요성 및 해당 사건과의 관련성이라는 개별 요건을 충족해야만 한다. 즉 우선 금융거래 추적수사를 위한 영장이 발부되기 위해서는 범죄의 혐의가 존재해야 한다. 이때 범죄의 혐의는 단순한 추정이나 일반적 경험에 근거해서는 안 되고 충분한 구체적 사실에 근거하여 인정될 수 있어야 한다(형사소송규칙 제107조 제1항 제1호 참조). 이에 따라 금융거래 추적수사를 위한 영장에는 계좌추적을 요하는 사유를 구체적으로 기재하도록 되어 있다.¹⁴⁷⁾ 그리고 범죄의 혐의의 정도와 관련하여 신체구속의 경우와 같이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 혐의, 즉 죄를 범하였다고 인정할 고도의 개연성까지를 요구하지 않고 ‘최초의 혐의’ 또는 ‘단순한 혐의’로 족하다고 봄이 타당하다고 본다. 왜냐하면 금융거래 추적수사를 위한 영장의 발부는 대부분 수사의 초기에 구속에 앞서 행하여지는 것이고, 형사소송법이 체포와 구속사유로는 ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유’를 요구함에 반하여(형사소송법 제201조, 제200조의2, 제200조의3), 압수·수색에 있어서는 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황’이 있음을 요구하는 점에 비추어 범죄의 혐의는 구속의 경우에 요구되는 정도에 이를 것을 요하지 않기 때문이다.¹⁴⁸⁾

146) 서보학, 앞의 논문, 2002, 207-208면.

147) 서보학, 앞의 논문, 2002, 208면.

둘째, 금융거래 추적수사를 위한 영장이 발부되기 위해서는 긴박한 수사상의 필요성이 인정되어야 한다. 법원은 필요한 때에는 압수 또는 수색할 수 있고(형사소송법 제106조, 제109조), 검사 또는 사법경찰관도 범죄수사에 필요한 때에만 압수·수색·검증할 수 있다(형사소송법 제215조)고 규정하고 있기 때문이다. 그리고 이때의 필요성은 범죄의 태양과 경중, 대상자의 증거가치와 중요성 및 인멸의 위험, 처분을 받을 자의 불이익의 정도 등 제반 사정을 고려하여 판단해야 한다.¹⁴⁹⁾ 이와 관련하여 특히 금융거래 추적수사는 비단 피의자뿐만 아니라 범죄혐의와 직접 관련 없는 제3자의 사생활의 비밀과 정보적 자유권, 금융기관의 영업의 자유 등을 침해할 가능성이 크다는 점에서 일반적인 압수·수색의 필요성보다 더 엄격한 요건을 설정할 필요가 있다고 한다.¹⁵⁰⁾

셋째, 금융거래 추적수사를 위한 영장은 해당사건과의 관련성이 인정되어야 한다. 2011년 개정 형사소송법은 “법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 압수·수색할 수 있고”(동법 제106조, 제109조), “범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여” 검사는 지방법원판사에게 압수, 수색 또는 검증영장을 청구할 수 있다(동법 제215조 제1항)고 규정하고 있기 때문이다.¹⁵¹⁾ 이러한 해당 사건과의 관련성과 관련하여 무엇보다 금융거래 추적수사를 위한 영장에는 계좌명의인, 추적대상 계좌의 번호·금융기관과 거래지점·거래기간 등을 명확하게 특정하여 기재하여야 한다. 계좌명의인과 피의자가 다른 경우 그 관계가 구체적으로 기술되어야 하고 왜 피의자 아닌 제3자에 대한 계좌추적이 필요한지가 소명되어야 한다. 그리고 피의자 아닌 제3자 명의의 계좌를 추적할 경우에 양 당사자간의 인적 관계

148) 이재상, 앞의 책, 309면.

149) 대법원 2008.7.10. 선고, 2008도2245 판결: “어떤 물건이 긴급체포의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 최소한의 범위 내의 것으로서 압수의 대상이 되는 것인지는 당해 범죄사실의 구체적인 내용과 성질, 압수하고자 하는 물건의 형상·성질, 당해 범죄사실과의 관련 정도와 증거가치, 인멸의 우려는 물론 압수로 인하여 발생하는 불이익의 정도 등 압수 당시의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.”

150) 서보학, 앞의 논문, 2002, 209면.

151) 이재상, 앞의 책, 210면.

(예컨대 가족·친인척 관계, 교우관계, 고용관계 등)나 거래관계 등을 통해 제3자 명의의 계좌를 추적해야만 피의자의 혐의를 밝혀낼 수 있다는 특별한 사정(예컨대 차명계좌의 개설 등)이 존재하는 경우에만 예외적으로 허용된다. 나아가 피의자가 거래하고 있는 모든 금융기관의 예금계좌, 특정 금융기관의 피의자의 과거·현재의 모든 예금계좌, 피의자의 예금계좌와 관련된 모든 계좌 등 계좌번호·금융기관명과 거래지점·거래기간 등에 있어서 특정되지 않은 포괄적인 영장청구나 발부는 허용되지 않는다. 포괄연결계좌나 특정되지 않은 계좌의 추적을 허용할 경우 이는 사실상 일반영장에 의해 피의자 그리고 피의자와 금융거래를 통해 접촉하는 제3자의 모든 금융사생활이 노출될 위험이 있기 때문이다. 따라서 연결계좌에 대한 조사가 가능하기 위해서는 그 계좌의 명의인이 피의자와 어떤 관계에 있으며 그의 계좌를 조사하는 것이 왜 수사상 필요한지, 현재의 피의사건과 어떠한 관련성이 있는지 여부에 대해 구체적인 소명자료를 통해 법원을 설득하고 법관이 발부한 별도의 영장이 있는 경우에만 가능하다고 한다.¹⁵²⁾

제4절 외국의 입법례

미국, 독일, 일본에서 수사기관의 금융거래정보요구에 따른 계좌추적이 어떻게 이루어지는지 비교법적 검토가 이루어질 필요가 있다.

1. 미국

미국에서 금융거래 추적수사는 한편으로 수사기관의 금융거래 추적수사가 수정헌법 제4조상 보장하고 있는 사생활의 침해에 해당하는지, 다른 한편으로 만일 사생활의 침해에 해당한다면 수사기관은 이를 취득함에 있어서 법원으로부터 압수·수색영장을 발부받아야 하는지 아니면 그 예외로서 별도의 법적 절차에 의해 취득할 수 있는지라는 두 가지 방향에서 논의되고 있다.

152) 서보학, 앞의 논문, 2002, 209-210면.

가. 금융거래정보의 수정헌법 제4조 보호대상 여부

(가) 미연방대법원의 입장: Miller v. United States 판결¹⁵³⁾

미국 수정헌법 제4조는 “신체, 주거, 서류 및 소유물에 대한 불합리한 수색 및 체포·압수로부터 안전해야 할 국민의 권리는 침해되어서는 안 되고, 어떠한 영장도 선서(Oath) 또는 확약(affirmation)에 의하여 지지된 상당한 이유(probable reason)에 기초하지 않거나 또는 수색될 장소나 체포·압수될 사람 내지 물건을 특정하여 표시하지 않고 발부되어서는 안 된다.”라는 취지로 규정되어 있다. 즉 압수·수색과 관련된 영장주의의 원칙을 규정한 미국 수정헌법 제4조의 규정을 어떻게 해석하느냐에 따라 수사기관의 금융거래 추적수사에 압수·수색영장이 필요한지 여부가 결정된다. 왜냐하면 수사기관의 금융거래 추적수사의 대상인 금융거래정보가 미국 수정헌법 제4조에 의해 보호되는 사생활의 범주에 속하여 계좌명의인의 헌법상 권리를 침해하는 것으로 해석할 경우 수사기관이 금융거래정보를 취득하는 것은 계좌명의인의 사생활을 침해하는 것이 되므로 원칙적으로 압수·수색영장에 의해서만 허용될 수 있기 때문이다.

이와 관련하여 미국 연방대법원은 1976년 Miller v. United States 판결¹⁵⁴⁾에서 “금융기관이 보관하는 금융거래정보는 계좌명의인이 제3자에게 자발적으로 제공하였기 때문에 제3자 소유의 문서에 해당하고, 따라서 계좌명의인에게 사생활의 보호에 대한 합리적인 기대(Reasonable expectation of Privacy)를 인정할 수 없으므로 헌법상의 권리 침해를 다룰 자격(Standing)이 없다.”고 판시한 이래 현재까지 일관된 입장을 유지하고 있다.¹⁵⁵⁾

153) United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976).

154) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: “피고인(Miller)이 임대한 창고에서 화재가 발생하였는데, 그 안에서 세금을 내지 않은 위스키와 여러 주류 제조기들이 발견되었다. 연방수사관은 수사과정에서 피고인이 거래하고 있던 은행으로부터 피고인의 금융거래정보를 취득할 수 있는 대배심 소환장(Subpoena duces tecum)을 발부받았다. 이러한 대배심 소환장을 제시받은 은행은 피고인에게 이를 알리지 않고 연방수사관에게 피고인 계좌의 마이크로필름을 제공하고, 입금증, 수표, 거래내역 등을 복사해 주었다. 결국 대배심은 피고인과 4명의 공범을 기소하였고, 피고인은 위 금융거래정보가 위법하게 얻어진 것이라고 하면서 증거배제(Suppression)신청을 하였다.”(이창수, 앞의 논문, 68면).

155) 이창수, 앞의 논문, 67면.

Miller 사건과 관련하여 검찰은 피고인에게는 금융기관이 보관하고 있는 금융거래정보 취득 절차를 다룰 근거가 되는 수정헌법 제4조의 사생활을 보호받을 권리를 인정할 수 없다고 주장한 반면, 피고인은 은행이 보관하고 있는 금융거래정보에 대하여는 사생활로 보호받을 충분한 기대를 가지고 있으므로 이는 헌법상 보호되는 권리라고 주장하였다. 이에 대해 연방대법원은 검찰의 주장에 동의하면서, ‘대배심 소환장’(Subpoena)에 의하여 수집된 이 사건 금융거래정보는 수정헌법 제4조에 의해 보호되는 ‘사생활의 범주(Zone of Privacy)’ 내에 속하지 않는다고 판단한 것이다. 연방대법원은 위 금융거래정보는 문서의 형식 자체만으로도 피고인의 문서가 아니라 은행이 영업상 보관하는 은행의 문서이고, 은행은 ‘은행비밀법’(Bank Secrecy Act)¹⁵⁶⁾에 의하여 그러한 금융거래내역을 유지, 관리해야 하는 의무를 보유하고 있으며, 피고인은 이러한 자신의 거래내역이 은행 직원들을 상대로 공개되는 것만큼이나 사생활로서 보호받을 기대를 가지고 있지 않다고 판단하였다.

그러나 Miller 사건에서 Brennan 판사는 이러한 연방대법원의 다수의견에 반대하는 견해를 피력하였다. 즉 그는 오늘날 은행과 거래를 하지 않고 경제사회에 동참하는 것은 불가능한 이야기에 해당하므로 은행의 고객들이 은행에 정보를 제공하는 것을 자발적으로 제출하였다고 보기 어려우며, 경찰이 필요할 때마다 은행 고객들의 금융거래정보를 열람할 수 있도록 허용하는 것은 심각한 경찰권의 남용을 허용하는 결과에 이를 수 있다고 경고하고, 은행고객들은 은행이 보관하고 있는 자신들의 금융거래정보에 대하여 사생활로서 보호된다는 합리적 기대를 가지고 있다고 보았다.¹⁵⁷⁾

(나) Miller 판결의 이론적 근거 및 평가

은행이 보유하고 있는 금융거래정보가 수정헌법 제4조의 보호대상으로서 사생활보

156) 은행비밀법은 제1829조b에서 “은행에서 보관하고 있는 금융거래정보 중 마이크로필름, 수표, 거래내역, 계좌명의인의 인적사항 등 수사, 조세 등 국가기관의 활동에 유용한 정보는 국가기관이 필요로 할 때를 대비하여 유지, 관리되어야함”을 규정하고 있다. 이러한 은행비밀법은 그 범명과 달리 그 목적 자체가 국가기능의 행사를 위해서 은행으로 하여금 서류를 관리, 보관하도록 의무를 지우고 국가가 필요할 때 이를 제출받을 수 있도록 하는 데 있다고 한다[이창수, 앞의 논문, 68면 각주 20)].

157) 이창수, 앞의 논문, 70면.

호에 대한 합리적 기대의 대상이 아니라고 판단한 Miller 판결의 핵심적 근거는 은행과 같은 제3자가 보유하고 있는 금융거래정보는 계좌명의인에 의하여 자발적으로 금융기관에 제출된 것으로서, 계좌명의인은 당시 금융거래정보가 수사기관에 제공될 수도 있다는 위험을 감수하였다(One has surrendered it voluntarily and thus 'assumes the risk' that the third party will provide it to the government.)는 데에서 찾을 수 있다. 다시 말하면 이 판결은 금융거래정보에 대하여는 계좌명의인에게 어떠한 권리도 인정되지 않으므로 수사기관의 금융거래정보의 취득 자체를 다룰 수 없고, 수사기관은 금융거래 추적수사를 함에 있어 법원으로부터 압수·수색영장을 발부받을 필요가 없음을 천명하고 있다는 데에서 그 의의를 찾을 수 있다.¹⁵⁸⁾

나. 금융거래비밀보호법에 의한 금융거래 추적수사

(가) 금융거래비밀보호법의 제정배경과 그 목적

미국 연방대법원의 Miller 판결이 은행의 금융거래정보는 보호되는 사생활의 범주에 속하지 않는다고 천명함으로써 수사기관은 법원의 압수·수색영장 없이도 금융거래정보를 입수할 수 있으며 계좌명의인은 그 적법성을 다룰 자격이 없다는 원칙은 명확해졌다. 그러나 당시의 형사소송법에 정하여진 대배심 소환장을 통한 금융거래정보 취득절차 이외에는 비공식적으로 이루어질 수 있는 수사기관의 금융거래정보요구에 관한 규율 절차가 마련되지 않은 상황이었다. 이에 따라 계좌명의인에게 당사자 적격을 인정하지 아니하면 수사기관의 부당하거나 부적법한 계좌추적을 다룰 길이 없었으므로 수사기관의 부적법한 계좌추적 행위를 방임하고 수사기관의 권한 남용을 견제할 어떠한 통제장치도 존재하지 않는 법령의 공백상태에 이르게 된다는 우려가 높아지게 되었다. 이러한 비판에 직면한 연방의회는 수사기관의 금융거래 추적수사 과정에서의 절차를 규율하고 계좌명의인의 비밀을 보호하기 위하여 '금융거래비밀보호법'(Right to Financial Privacy Act of 1978)을 제정하여 그 구체적인 절차를 마련하였다.

이처럼 금융거래비밀보호법의 제정목적은 수사기관의 금융거래 추적수사에 있어 압수·수색영장의 발급에 따른 법원의 사전 통제는 받지 않더라도 기본적으로는 수사기

158) 이창수, 앞의 논문, 72-74면.

관이 대배심 소환장에 의하지 않고 금융거래정보를 요청할 때는 그 요구 사실을 계좌 명의인에게 통지하도록 하여 이의가 있는 경우 다툼 있는 길을 열어 두면서 반대로 수사의 필요성이 있는 경우에는 그러한 통지 의무를 일정기간 유예한 후 사후적으로 사법적 심사의 대상이 될 수 있도록 규정함으로써 금융거래정보 제공에 있어서 수사기관이 지켜야 할 절차적 통제를 가하려는 데에 있다.

그러나 미국의 수사기관은 금융거래 추적수사를 실시하는 과정에서 거의 100% 대배심으로부터 위임받은 범위 내에서 검사의 이름으로 서명된 대배심 소환장을 통한 계좌추적을 행하고 있기 때문에 이러한 법의 내용은 실무적으로 크게 의미를 갖지 않는다고 한다.¹⁵⁹⁾

(나) 금융거래비밀보호법의 주요내용¹⁶⁰⁾

a. 용어의 정의(법 제3401조)

위 법 제3401조에서는 용어를 정의하면서, (i) '금융기관'은 은행, 저축은행, 신용카드사 등을 포함하는 개념으로, (ii) '금융거래정보'는 은행 고객과 은행과의 관계에 있어서 은행이 보관하고 있는 정보 및 관련 문서를 의미하는 것으로, (iii) '고객'은 은행에 계좌를 개설하고 서비스를 이용하는 사람으로서 은행이 충실의무를 부담하는 사람을 의미하는 것으로 규정하고 있다.

b. 법 적용의 예외(법 제3423조)

법 제3423조는 이러한 법이 적용되지 않는 범위를 명확히 해두고 있다. 즉 (i) 먼저 대배심을 통한 소환장에 의한 금융거래정보제공에는 이 절차가 적용되지 않는다고 규정하면서 다만, 이러한 대배심의 소환장을 통한 금융거래정보를 비밀로 하여야 할 필요가 있을 경우에는 후술하는 법 제3409조의 통지 유예 규정을 적용하여 금융거래정보 요청사실이나 대배심의 존재 자체를 비밀로 할 수 있도록 규정한다. 거기에 더하여 (ii) 수사기관이 단순히 계좌의 존재, 주소, 계좌번호만을 요청할 경우,¹⁶¹⁾ (iii)

159) 이창수, 앞의 논문, 74-76면.

160) 이하 이창수, 앞의 논문, 77-82면.

계좌명의인이 누구인지 특정하기 어려운 거래내역,¹⁶²⁾ (iv) 은행 직원들의 범죄행위에 대하여는 이 법이 적용되지 않음을 규정하고 있다.

c. 수사기관의 금융정보에의 접근(법 제3402조)

법 제3402조는 수사기관은 대배심 절차를 제외하고서는 금융기관이 보유하고 있는 금융거래정보에 접근할 수 없음을 원칙으로 정하고, 예외적으로 수사기관은 금융거래정보를 당사자의 동의 또는 수색영장이나 법원 소환장, 공식 서면 요구, 행정소환장에 의하여만 입수할 수 있도록 규정하고 있다.

d. 수색영장(Search Warrant)(법 제3406조)

법 제3406조는 수사기관은 연방형사소송법이 정하는 바에 따라 법원으로부터 발부 받은 수색영장에 기초하여 금융거래정보를 요구할 수 있고, 수색영장을 집행한 경우 집행일로부터 90일 이내에 수사기관은 계좌명의인의 최종 주소지에 수색영장의 사본 및 금융거래정보가 수사기관에 제공되었다는 내용의 통지를 하여야 한다. 이러한 통지와 관련하여 법원은 180일을 한도로 하여 통지를 유예할 수 있으며, 수사기관의 요청이 있고 그 이유가 상당할 경우 추가로 90일간 통지를 유예할 수 있음을 규정하고 있다. 그리고 이러한 통지 유예기간이 경과하면 지체 없이 계좌명의인의 금융거래정보가 수사기관에 제공된 사실 및 통지가 유예되었다는 사실을 수색영장 사본과 함께 안내하여야 한다고 규정한다.

e. 사법 소환장(Judicial Subpoena)(법 제3407조)

법 제3407조는 수사기관이 사법 소환장을 통하여 금융거래 정보를 취득할 수 있음을 규정하고 있다. 구체적으로는 그 소환장이 법적으로 승인된 것이어야 하고, 금융정

161) Disclosure pursuant to legitimate law enforcement inquiry respecting name, address, account number, and any type of account of particular customers.

162) Disclosure of financial records not identified with particular customers: Nothing in this chapter prohibits the disclosure of any financial records or information which is not identified with or identifiable as being derived from the financial records of a particular customer.

보가 수사의 목적에 필요하다고 인정되어야 하며(there is reason to believe that the records sought are relevant to a legitimate law enforcement inquiry), 그러한 소환장의 사본이 금융기관에 소환장이 접수된 날 또는 그 이전에 계좌명의인의 최종주소지로 송부되어야 하며 소환장 사본과는 별도로 계좌추적의 목적이 합리적인 범위 내에서 특정된 이의신청과 관련된 내용의 통지가 이루어져야 한다. 특히 이 규정에서는 (i) 계좌명의인이 통지를 받은 후 14일 내, 또는 (ii) 금융기관에 정보제공 요청이 있는 지 10일 내에 이의신청 절차를 취하지 아니하면 더 이상 이의를 제기할 수 없음을 규정하고 있다.

f. 공식 서면 요구(Formal Written Request)(법 제3408조)

법 제3408조는 행정소환장에 의한 요구가 적절하지 않고, 수사의 목적과 합리적인 관련성이 있을 때에는 수사기관의 장 명의로 인한 공식 요청에 의하여도 금융거래정보를 취득할 수 있음을 규정하고 있다. 다만, 이 경우에도 역시 소환장 사본과 이의신청권이 소개된 통지를 계좌명의인의 최종주소지에 보내야 하는 절차를 지키도록 규정하고 있다.

g. 계좌명의인의 동의(Customer Authorization)(법 제3404조)

법 제3404조는 계좌명의인의 동의에 의한 수사기관의 금융거래정보 취득에 대하여 규정하고 있다. 이 규정은 3개월이 넘지 않는 범위 내에서 계좌명의인이 자신의 특정 거래 정보를 특정한 목적 아래에서 수사기관이나 금융기관에 대하여 제공하여도 좋다는 서면을 제출한 경우에 적용이 된다. 다만, 금융거래정보제공에 동의를 하였던 계좌명의인이라도 금융거래정보가 제공되기 전에는 언제라도 사전의 동의를 철회할 수 있으며, 이 경우에도 계좌명의인은 자신이 원할 경우 언제, 누구에 의하여 자신의 정보가 제공되었는가에 대한 기록 사본을 요구할 수 있다. 다만, 이 규정에는 이러한 계좌명의인의 동의가 남용되는 것을 방지하기 위하여 계좌명의인의 동의가 계좌개설이나 거래의 전제조건이 되서는 안 된다는 규정도 두고 있다.

h. 통지의 유예(Delayed Notice)(법 제3409조)

금융거래비밀보호법은 앞서 살펴본 바와 같이 수사기관이 대배심 절차를 거치지 아니하고 금융기관을 상대로 금융거래정보를 얻으려고 할 때 계좌명의인에 대하여 그러한 사실을 지체 없이 알리도록 하고, 그러한 통지를 받은 계좌명의인은 이에 불복할 수 있는 절차를 보장함을 그 골자로 한다. 그러나 수사의 밀행성, 신속성에 기초하여 판단하여 보면 수사기관이 이러한 절차에 따라 금융거래정보를 요청할 경우 계좌명의자 또는 관련 제3자에 대한 수사가 진행 중인 사실이 알려지게 되므로 수사에 막대한 지장을 초래할 염려가 있게 된다. 법은 이러한 염려에 대한 대안으로서 특별한 사정이 있는 경우에는 그러한 통지를 유예할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다. 이러한 계좌명의인에 대한 통지 유예는 수사기관이 그 구체적인 사정을 적시한 요청에 의하여 법원이 (i) 어떤 사람의 신체적 안전이 위험한 상황에 빠질 우려가 있거나, (ii) 수사를 피하기 위하여 도피하거나, (iii) 증거를 인멸할 우려가 있거나, (iv) 증인을 위협할 우려가 있거나, (v) 기타 진행되는 수사의 진행을 곤란하게 하거나 절차의 진행을 더디게 할 우려가 있다고 판단할 경우 가능하다.

i. 기관과의 정보공유(Use of Information)(법 제3412조)

법 제3412조는 국가기관의 정보공유를 허용하고 있다. (a)항에서는 원칙적으로는 국가기관 사이에서도 금융거래정보를 공유하는 것을 금지하되, 타 기관이 서면을 통하여 자신들의 관할권 범위 내에서 상대측 기관이 보유하고 있는 금융정보가 자신들의 활동에 관련이 있다는 것을 증명하면 그 정보를 공유할 수 있음을 규정하고,¹⁶³⁾ (f)항에서는 연방범죄와 관련성이 있을 때는 자본범죄나 몰수, 추징, 자금세탁과 관련하여서는 그 목적에 사용되는 것을 전제로 하여 이 법 자체가 적용되지 않는다고 규정¹⁶⁴⁾

163) 12 U.S.C. 3412(a) Financial records originally obtained pursuant to this chapter shall not be transferred to another agency or department unless the transferring agency or department certifies in writing that there is reason to believe that the records are relevant to a legitimate law enforcement inquiry within the jurisdiction of the receiving agency or department.

164) 12 U.S.C. 3412(f) (1) In general: Nothing in this chapter shall apply when financial records obtained by an agency or department of the United States are disclosed or transferred to the Attorney General or the Secretary of the Treasury upon the certification by a supervisory level

하여 수사기관과 타 기관과의 정보공유를 허용하고 있다. 이러한 정보의 이전 시에도 마찬가지로 계좌명의인에 대한 통지, 통지의 유예 규정이 마찬가지로 적용된다. 그리고 이 조항에서는 수사의 목적을 달성하였을 때는 지체 없이 이전받은 금융거래정보를 원 보유 기관에게 돌려주어야 함을 추가로 규정하고 있다.

j. 위반의 효과 및 증거능력 배제 여부

금융거래비밀보호법은 그 위반 시의 제재방법에 대하여 형사처벌 규정을 두지 않고 민사책임만을 지도록 하고 있고, 그 경우에도 선의의 위반은 그 책임을 면제받도록 하고 있어 국가기능이 위축될 가능성을 방지하고 있다. 즉 법 제 3417조는 금융거래비밀보호법에 위반한 국가기관의 권한 행사에 대하여는 100불의 민사책임(정보의 양을 묻지 아니한다), 정보누설로 인하여 계좌명의인이 얻은 실제 손해, 법원이 결정하는 징벌적 배상, 계좌명의인이 부담하여야 할 변호사 비용, 고의로 법규정을 위반한 자에 대한 징계절차 개시 등의 책임을 지도록 하고 있다. 그러나 법은 그 전제로서 위반은 반드시 고의에 의한 것이어야 하며 수사기관이 선의로 법규정을 위반한 경우에는 그 책임을 지지 않는다¹⁶⁵⁾고 규정하고 있으며, 이러한 책임만이 유일한 구제방법이라고 하여 법 위반자가 형사 책임을 지지 않음을 분명히 하고 있다.

그리고 수사기관이 이 절차를 위반하여 증거를 수집하였다고 하더라도 그 얻어진 증거의 형사소송절차에서의 증거능력이 부정됨을 규정하고 있지 아니하여 증거로 쓰일 수 있고 연방법원도 같은 취지로 해석하고 있다.¹⁶⁶⁾

official of the transferring agency or department that---(A) there is reason to believe that the records may be relevant to a violation of Federal criminal law... (2) Limitation on use: Records so transferred shall be used only for official investigative or prosecutive purposes...for forfeiture, criminal investigative purposes relating to money laundering and other financial crimes,...upon completion of the investigation or prosecution(including appeal), be returned only to the transferring agency or department.

165) Good Faith Defense: Any financial institution or agent or employee thereof making a disclosure of financial records pursuant to this chapter in good-faith reliance upon a certificate any Government authority or pursuant to the provisions of section 3413(1)[계좌명의인이 특정되지 않은 경우]shall not be liable to the customer for such disclosure under this chapter, the constitution of any State, or any law or regulation of any State or Political subdivision of any State.”

다. '대배심 소환장'에 의한 금융거래 추적수사¹⁶⁷⁾

a. 금융거래비밀보호법의 적용의 예외와 그 의미

금융거래비밀보호법 제3413조 (i)항은 “이 법 중 어떤 조항도(제3415조, 제3420조¹⁶⁸⁾ 제외) 대배심의 절차 진행과 관련하여 발부된 소환장 또는 법원의 명령에 대하여는 적용되지 않으며, 법원은 수사기관이 대배심의 소환장을 통하여 금융기관으로부터 금융거래정보를 취득하였을 때 법 제3409조가 정하고 있는 바에 따라, 금융기관으로 하여금 대배심의 소환장이 집행된 사실, 어떠한 정보를 제공했는지 여부를 계좌명의인에게 알리지 못하도록 명할 수 있다.”¹⁶⁹⁾고 규정하고 있다. 따라서 대배심의 소환장을 통하여 은행으로부터 금융거래정보를 취득하는 경우에는 금융거래비밀보호법에서 정하는 계좌명의인에 대한 통지, 민사 배상책임, 절차 이행 증명을 할 필요가 없다. 다만 법의 내용 중 (i) 은행에 대한 비용 지불과 (ii) 수집된 정보의 관리만이 적용되어 금융거래비밀보호법 시행 이전과 달라진 것이 없다고 말해도 큰 무리가 없다.

166) United States of America v. Alvin Frazin, 780 F.2d 1461 (9th Cir. 1986) (“Congress passed the Act in part as a response to United States v. Miller...Although Congress did not explicitly address the availability of a suppression remedy during its consideration of the Act, we find that remedy to be excluded under section 3417 (d). Congress deliberately balanced the right of privacy and the needs of law enforcement when it established the protections and the penalties of the Act. To imply a suppression remedy under the Act would alter that balance. Moreover, Miller affirmed the denial of a suppression motion. The Act responded to both the substantive and the procedural aspects of Miller, by providing not only a right to financial privacy, but remedies for the violation of that right as well. Had Congress intended to authorize a suppression remedy, it surely would have included it among the remedies it expressly authorized.”).

167) 이하 이창수, 앞의 논문, 97-101면.

168) 비용의 배상과 수집된 정보의 관리, 유지의무.

169) Nothing in this title(except § 3415 and 3420 of the Act) shall apply to any subpoena or court order issued in connection with proceedings before a grand jury except that a court shall have authority to order a financial institution on which a grand jury subpoena for customer records has been served not to notify the customer of the existence of the subpoena or information that has been furnished to the grand jury, under the circumstances and for the periods specified and pursuant to the procedures established at §3409. 12 U.S.C. §3413(i).

b. 적용제외의 취지

금융거래비밀보호법의 입법 해설(legislation history)에 따르면 대배심의 소환장을 법의 적용대상에서 제외한 이유를 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 “대배심은 수사기관의 가장 중요하고도 유일한 수사방법이다. 나아가 대배심과 관련된 형사소송절차는 이미 사법적 통제를 받도록 규정되어 있으며 대배심 절차는 형사절차의 불필요한 지연을 방지하는 헌법상 기능을 하고 있기도 하다. 또한 대배심 절차는 그 내용을 비밀로 보장하도록 법상 보장되어 있는데, 만일 이러한 대배심의 기능에 상대방에 대한 통지나 다룰 권리를 보장하는 것은 대배심의 비밀성을 해치는 것일 뿐 아니라 수사대상자에게 불필요한 불안감을 안겨주게 될 것이다.”¹⁷⁰⁾라고 적고 있다.¹⁷¹⁾

따라서 아래에서는 대배심 절차에 적용될 수 있는 금융거래비밀보호법의 내용과 그 절차적 특색을 살펴보기로 한다.

c. 대배심 절차의 특색

(a) 대배심에의 제시 및 관리의무

금융거래비밀보호법은 법 제3420조에서 “대배심 소환장에 근거하여 수집된 금융거래정보는 반드시 대배심에 제출, 제시되어야 하고, 대배심의 기소절차 또는 범죄의 수사와 관련이 있거나, 연방형사소송법¹⁷²⁾이 허용하는 경우 외에는 금융거래정보는 반드시 은행에 돌려주거나 소각을 해야 한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 그 규정의 내용만 보더라도 신속한 수사를 위하여 대배심을 통한 계좌추적의 경우에는 계좌명의

170) The grand jury is the single most important investigation tool of criminal law enforcement. In addition, grand jury procedures are already subject to judicial scrutiny. Furthermore, the Supreme Court decisions indicate that the constitutional status of the grand jury protects it from burdensome delays. Finally, grand juries are protected by rules keeping their proceeding secret. Expanded notice and challenge rights might diminish grand jury secrecy and threaten the privacy of individuals being investigated.

171) H.R. Rep. No. 95-1383 at 228, 7 U.S. Code Cong. & Ad. News, 95th Cong., 2nd Sess., at 9358. The five major purposes of the rule of grand jury secrecy are set out in *United States v. Procter & Gamble Co.*, 356 U.S. 677, 681-82 n.6 (1958).

172) Federal Rules of Criminal Procedure 6(e).

인에게 인정되는 이의신청권 등을 인정하지 않지만, 이러한 예외는 대배심의 기소 절차와 관계되는 부분에 있어서만 인정하고 수사기관이 임의로 대배심의 기소와 관련 없는 금융거래정보를 불필요하게 추적하거나 보관하는 것을 방지하려는 데 그 취지가 있다고 하겠다.

a) 제출, 제시의 의미

미 연방 법무부 및 대다수의 법원은 수집된 금융거래정보의 대배심 전달 및 제시 (The actually returned and presented)의 의미는 반드시 금융거래정보가 은행 직원에 의하여 실제로 대배심에 제출이 되어야 한다거나, 또는 계좌추적 결과물 자체를 실제로 대배심에 제출하는 것은 아니라고 보며, 이 조항은 대배심의 편의성과 경제성에 맞게 대배심의 활동과 관계가 있는 한 은행기관이 수사관에게 그 내용을 제출하는 것도 허용된다고 본다.¹⁷³⁾

b) 수사관이 은행에서 관련 정보를 직접 찾을 수 있는지 여부

수사기관이 대배심의 소환장을 소지하고 직접 금융기관을 방문하여, 필요한 자료를 찾는 행위에 대하여는 법원은 금융거래비밀보호법은 수사관이 금융기관에서 필요한 정보를 찾는 행위를 금지하는 것은 아니라고 판시¹⁷⁴⁾한 바 있다.¹⁷⁵⁾

(b) 대배심 로그 기록부 작성

대배심 소환장을 통하여 금융기관으로부터 정보를 취득한 경우 그 내용은 대배심 로그 기록부에 기록이 되어야 한다. 위 로그 기록부에는 (i) 대배심소환장의 내용, (ii) 발부 날짜, (iii) 집행 후 반환 날짜, (iv) 수집된 정보의 처리내역(예를 들면 수사관 A에게 교부하여 분석을 맡김. 7/17/08; A 수사관이 대배심에 요약본 제출. 9/21/08) 등의 정보가 기록되어야 한다. 수집된 정보의 처리내역이 중요한 의미를 가

173) United v. Kington, 801 F.2d 733 (5th Cir. 1986); United States v. Residence Located at 218 Third Street, New Clarus, Wis., 805 F.2d 256 (7th Cir. 1986). cf. In re Castiglione, 587 F.Supp. 1210 (C.D. Cal. 1984).

174) In re Grand Jury Proceedings, 636 F.2d 81, 84-85 (5th Cir. 1981).

175) US Attornyes Cirminal Resource Manual Title 9, 423.

지는 것은 누가 수집된 정보에 접근하였는지 여부를 쉽게 파악하기 위해서이다.

(c) 은행의 고객 통지 금지

다음의 두 경우에는 은행이 고객에게 수사기관의 금융거래내역 정보 요청을 통지하는 것을 금지할 수 있다. 하나는 금융거래비밀보호법 제3409조에 의하여 법원으로부터 통지 유예 결정을 받은 경우이고, 다른 하나는 은행 자체나 감독기관에 대한 범죄에 대하여 수사를 하는 경우인 바, 이 경우에는 은행 직원이 만일 정보 제공 사실을 알리게 될 경우는 처벌까지 받도록 되어 있다. 반면에 은행 종사자가 수사를 방해할 목적으로 직·간접적 방법을 통하여 대배심의 수사진행 사실을 알릴 경우는 역시 처벌하도록 규정하고 있다.¹⁷⁶⁾

d. 대배심 관련 연방 법무부 매뉴얼의 내용¹⁷⁷⁾

연방 법무부는 대배심의 절차와 관련하여 검사가 지켜야 할 업무절차를 다음과 같이 적고 있다. 첫째, 검사는 항상 직접 계좌추적을 위한 대배심 소환장에 서명을 하여야 하며, 어떠한 경우라도 계좌추적 활동을 경찰관의 임의적 처분에 맡겨 두어서는 안 된다. 둘째, 대배심 소환장은 항상 대배심이 열리고 있을 때 반환되어야 하며, 다른 특별한 약정¹⁷⁸⁾이 없는 한 대배심에 제시되어야 한다. 셋째, 경제성과 편리성을 위하여 문서제출을 요구받은 당사자들은 그 문서에 대한 소유권을 포기할 수 있다. 그러한 경우에는 그 내용이 적당한 방법으로 대배심에게 알려져야 한다.

2. 독일

독일에서는 금융거래비밀의 보장이 개인의 사생활의 비밀 보호, 정보적 자기결정권 및 인격권의 보호 등과 관련하여 논의되고 있다고 한다.¹⁷⁹⁾ 그럼에도 불구하고 독일

176) 18 U.S.C. § 1510(b).

177) United States Attorney Manual at 9-11.142.

178) United States v. Hilton, 534 F.2d 556, 564-65 (3rd Cir. 1976).

179) Rehbein, "Rechtsfragen zum Bankgeheimnis", ZHR 149(1985), S. 143ff.; Fisahn, "Bankgeheimnis

은 미국의 금융거래비밀보호법이나 우리나라의 금융실명제법과 같은 금융거래비밀 보장을 위한 특별법을 제정하고 있지 않으며, 이에 따라 수사기관이 금융거래 추적수사를 하는 경우 법원의 영장이 필요하다는 규정이 없다. 다만 독일에서 금융기관은 고객과의 계약관계에 기초하여 고객의 금융거래비밀을 보장하고 신뢰성 있게 다루어야 할 의무를 지고 있기 때문에 그 한도 내에서 금융거래비밀이 보장된다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 금융기관의 비밀보장의무는 국가기관에 의한 금융거래내역 제공요구에 대해서는 사실상 저항권이 인정되지 않아 비밀보장에 매우 취약한 면을 드러내고 있는 것이 사실이라고 한다.¹⁸⁰⁾

우선 독일 형사소송법상 금융기관종사자에게는 제53조 및 제53조a에서 규정하고 있는 직업상의 이유로 인한 증언거부권이 인정되지 않는다. 따라서 금융기관종사자는 법정에서 증인(Zeuge)¹⁸¹⁾으로 소환되거나 공소준비 단계에서 판사에게 증인으로 소환된 경우(독일 형사소송법 제162조), 그리고 수사단계에서 검찰에 의해 증인으로 소환된 경우(독일 형사소송법 제161조a)에는 반드시 출석하여 고객의 금융거래내역에 대한 질문이 있을 경우 이에 답하여야 할 의무가 있다. 왜냐하면 증인에게는 출석의무, 진술의무 그리고 선서의무라는 세 가지 의무가 있기 때문이다.¹⁸²⁾ 증인이 정당한 이유없이 출석의무와 증언의무를 거부하는 경우 증인에게 비용 부담, 질서벌 부과, 질서구금, 강제구인도 가능하다고 한다. 이에 따라 검찰은 금융거래정보 교부를 거부하는 금융기관종사자를 증인으로 소환하여 증언하도록 하고, 정당한 이유 없이 소환 불응시 위와 같은 강제적 수단을 통해 간접적으로나마 금융거래정보 교부를 강제할 수 있다. 하지만 실무상으로는 금융기관의 저항이 만만치 않다고 한다. 특정 계좌의 존재 여부 및 계좌의 번호와 인적 사항 등은 검찰에 제공하지만 자세한 거래 내용은 은행 비밀이라는 이유로 자료 제공을 거절하기 때문에 아래와 같이 법원의 영장에 의하는

und informationelle Selbstbestimmung”, CR 1995.10, S. 632 ff.; Vassilaki, “Wirksame Kriminalitätsbekämpfung und Unverletzlichkeit der Privatsphäre”, CR 1995.7, S. 412 ff. 참조.

180) 서보학, 앞의 논문, 2002, 201면.

181) 독일 형사소송법에서 ‘증인’이란 법관 앞에서 진술을 통해 사실에 관한 자신의 경험사실을 알려야 하는 자를 말한다. 그런데 이때 증인은 우리나라와 달리 법정에서 출석하여 진술하는 경우뿐만 아니라 수사기관에 출석하는 진술하는 참고인에 대해서까지 동일하게 사용하고 있다(Kluszczewski/김성돈(역), 앞의 책, 100면).

182) 이에 대해 상세히는 Kluszczewski/김성돈(역), 앞의 책, 101면 참조.

경우가 대부분이라고 한다.¹⁸³⁾

다른 한편으로 고객의 금융거래내역을 담은 서류·장부 그리고 예금계좌 거래내역 등을 압수·수색하는 경우에는 원칙적으로 법관에 의해 발부된 영장이 있어야 한다(독일 형사소송법 제98조, 제100조, 제105조). 그러나 긴급한 경우에는 검사와 검사의 보조공무원에게도 압수·수색을 명할 수 있는 권한이 주어져 있다(독일 형사소송법 제9조, 제105조). 이는 국가행정기관의 강제처분에 대한 사법부의 사전통제에 중대한 예외를 인정하고 있는 것이다. 그리고 독일도 미국의 금융거래비밀보호법과 마찬가지로 금융거래비밀 침해행위를 단죄하는 형사처벌규정을 두고 있지 않다.¹⁸⁴⁾

3. 일 본

일본의 경우도 임의수사의 원칙을 채택하고 있고, 강제처분인 압수·수색에 대해서는 법원의 영장을 필요로 하도록 규정하고 있다. 하지만 금융거래 추적수사에 대하여는 우리나라 금융실명제법상 영장을 필요로 하는 것과 달리 법원의 영장을 필요로 한다는 별도의 규정이 없어 형사소송법 제197조의 임의수사 규정에 따라 필요한 수사를 위하여 관련 금융기관으로부터 금융거래정보를 제출받고 있다고 한다.¹⁸⁵⁾

4. 소 결 : 시사점

우리나라를 비롯한 미국, 독일 및 일본은 자본주의 발전에 따른 자본 관련 범죄의 증가로 인하여 금융거래 추적수사의 필요성이 높아지고 있음에도 불구하고 수사기관의 무분별한 금융거래 추적수사는 헌법상 보장된 시민들의 사생활의 비밀과 자기정보에 대한 지배결정권, 행복추구권을 심각하게 침해할 위험성이 있어 관련 특별법의 제정이나 사법부의 영장주의 등에 의해 필요최소한의 범위 내에서 인정하고 있다는 점

183) 고은석, “수사기관의 금융거래 추적 수사와 영장주의의 예외”, 법조 통권 제634호, 2009, 157면; 서보학, 앞의 논문, 2002, 201면.

184) 서보학, 앞의 논문, 2002, 201면.

185) 고은석, 앞의 논문, 156면.

에서 공통점을 찾을 수 있다.

그러나 이러한 공통점에도 불구하고 수사기관의 금융거래 추적수사를 함에 있어 금융거래정보의 보호의 방법과 그 정도는 개별 국가의 법문화와 제도운용의 수준에 따라 그 정도가 다르다. 우선 우리나라는 금융거래의 비밀보장을 위해 금융거래실명법상 은행 등의 금융회사 등으로부터 금융거래정보를 취득하고자 할 경우 법원으로부터 영장을 발부받아야 하고, 계좌추적이 있는 경우 지체 없이 계좌명의인에게 그 사실을 통지하도록 함으로써 사법부의 영장주의에 의해 엄격한 통제와 심사를 받도록 하고 있다. 반면에 독일과 일본은 수사기관의 금융거래 추적수사에 대해 법원의 영장이 필요하다는 별도의 규정을 두고 있지 아니하다. 더욱이 미국에서는 1976년 Miller 판결을 통해 은행과 같은 제3자가 보유하고 있는 금융거래정보는 사생활의 보호에 대한 합리적 기대의 대상이 아님을 이유로 수정헌법 제4조의 보호대상이 아니라는 원칙을 확립한 이래 지금까지 이러한 태도를 유지하고 있다. 그러나 미국의회는 1978년 금융거래비밀보호법을 제정하여 수사기관의 자의적인 계좌추적 활동을 억제하기 위하여 금융거래정보 취득 시에 수사기관이 어떠한 절차를 거쳐야 하는지를 규정하고 있다. 금융거래비밀보호법은 수사기관이 다른 기관과의 정보 공유도 가능하도록 하고 있으며 (법 제3412조), (i) 당사자의 동의, (ii) 행정 소환장, (iii) 사법 소환장, (iv) 대배심 소환장, (v) 공식 서면 요구 등 여러 절차에 기하여 금융거래정보를 신속히 취득할 수 있는 길을 열어 두고 있다. 반면에 금융거래비밀보호법은 대배심 소환장에 의한 절차를 제외하고는 계좌명의인에게 자신의 금융거래정보 취득 활동에 대하여 법원에 이의를 신청할 권리를 인정하여 만일 부당한 법 집행이 있는 경우 이를 다룰 수 있도록 허용하고 있고 이 절차를 위반하였다고 하더라도 증거능력을 배제하지 않도록 함으로써 '수사의 필요성'과 '계좌명의인의 권리'를 적절히 조화하고 있다.¹⁸⁶⁾

요컨대, 우리나라를 포함한 미국, 독일, 일본은 금융거래정보에 대한 수사기관의 금융거래 추적수사가 자의적으로 행해질 경우 사생활의 비밀과 자기정보에 대한 지배결정권, 행복추구권을 심각하게 침해할 위험성이 있음을 공통적으로 인식하고 있지만, 이를 보호하는 방식과 정도는 개별 국가의 법문화와 제도운용의 수준에 따라 그 정도가 다를 수 있다. 특히 금융거래정보의 보호와 관련한 미국, 독일, 일본의 입법례

186) 이창수, 앞의 논문, 83면.

에 비추어 보면 금융거래정보를 반드시 사생활보호의 대상으로 파악하여 사법부의 영장주의를 통해 엄격히 통제해야만 하는 것은 아님을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라는 수사기관에 의한 금융거래 추적수사의 경우에 금융거래정보를 사생활보호의 대상으로 파악하여 법관이 발부한 영장에 의하도록 함으로써 영장주의에 의해 엄격한 통제와 심사 하에서 이루어지도록 하고 있다. 그러나 금융실명제법은 수사기관과 달리 공익적 목적을 달성하기 위해 필요한 경우 국세청이나 금융감독원 등의 국가기관이 소위 '협조요청공문'을 통해 손쉽게 금융거래정보를 취득할 수 있는 또 다른 길을 열어 놓음으로써 심각한 불균형을 보이고 있다. 더욱이 국세청이나 금융감독원 등의 행정기관에 대해서는 독자적인 금융거래정보의 요구권의 주체를 인정하면서도 같은 국가기관인 수사기관으로서 경찰에게는 독자적인 금융거래정보의 요구권의 주체를 인정하고 있지 않다. 왜냐하면 금융실명제법 제4조 제1항 제1호에 따라 금융거래 추적수사에는 영장주의가 적용되고 이에 따라 경찰은 금융계좌 추적용 압수·수색영장을 검사에게 신청하고 검사가 이를 법원에 청구하는 검사의 독점적 영장청구만이 허용되기 때문이다. 사정이 이러하다보니 경찰이 자본 관련 범죄 등과 관련한 금융거래 추적수사를 함에 있어 금융계좌 추적용 압수·수색영장을 작성하여 검사에게 신청하고 검사가 이를 법원에 청구하면 법관은 이를 검토하여 영장을 발부하는 데 1일 이상의 시간이 소요되고, 거기에 더하여 금융회사 등에 이를 송부하여 그 결과를 수령하는 데 시간이 걸리므로 초분을 다투는 초동수사단계에서 중요한 타이밍을 놓치는 경우가 많아 수사의 신속성과 효율성을 저해하는 사례가 빈번히 발생하고 있다.

따라서 이러한 문제점을 해소하기 위해서는 앞서 언급한 외국의 입법례를 바탕으로 수사기관의 금융거래정보요구권의 법적 성질이 무엇인지, 금융거래정보요구 영구청구의 주체를 검사만으로 국한하는 것이 타당한지를 검토하여 타 국가기관과 마찬가지로 경찰에게 독자적인 금융거래정보요구권을 인정할 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

제5절 금융거래정보제공 현황

2007년 금융기관이 수사기관을 포함한 공공기관에 제공한 금융거래 정보는 총 357,751건에 이른다. 그 중 검찰, 경찰 등 수사기관이 제공받은 금융거래 정보는 겨우 47,630건(13.31%)이다. 이에 반하여 수사기관을 제외한 공공기관의 경우 수사기관보다 6.5배 많은 총 310,121건의 금융거래정보를 제공받았다. 그 구체적인 내용은 아래 표와 같다.¹⁸⁷⁾

〈표 7〉 수사기관 등 공공기관의 금융거래정보 조사 비교

	수사기관	금융위, 금감원	한국 거래소	국세청	공직자 윤리위원회	공정거래위원회	지방 자치단체
2007년	47,630건	17,584건	135,793건	88,831건	23,843건	20,789건	23,281건
2006년	공공기관에 제공한 부분을 제외한 나머지 이하 ¹⁸⁸⁾	18,565건(금융기관의 금융거래 정보제공 전체의 79.5%)					
2005년	상동	132,674건(금융기관의 금융거래 정보제공 전체의 70.1%)					
2004년	상동	185,119건(금융기관의 금융거래 정보제공 전체의 72.6%)					
2003년	상동	155,337건(금융기관의 금융거래 정보제공 전체의 71.5%)					

위의 통계 수치와 관련하여 2007년 금융위원회와 금융감독원에서는 영장 없이도 각 금융기관으로부터 금융거래정보 17,584건(4.91%)을 제공받았다. 이는 금융실명제법 제 4조 제1항 제4호에 따라 금융위원회(증권시장·파생상품시장의 불공정거래조사의 경우에는 증권선물위원회를 말한다), 금융감독원장 및 예금보험공사사장이 금융회사 등에 대한 감독·검사를 위하여 필요로 하는 경우에는 법원의 영장 없이도 금융회사 등에 금융거래정보의 제공을 요구할 수 있기 때문이다. 이에 근거해서 금융위원회, 금융감독원 등은 증권시장 등에서 주식 등에 대한 내부자거래, 불공정거래행위 등을 조사

187) 중앙일보 2008년 9월 22일자 기사 참조.

188) 계좌명의인의 동의를 받은 수치도 포함되어 있으므로 수사기관이 영장에 의하여 제공받은 금융거래정보는 공공기관이 제공받은 정보를 제외한 나머지 비율(20.5%) 이하일 것이다.

하기 위하여 법원의 영장 없이 금융회사 등으로부터 금융거래 정보를 제출받을 수 있다. 금융위원회 등은 이러한 조사를 수행하고, 범죄 혐의가 의심되는 경우 검찰에 고발한다. 검찰은 고발장을 접수한 후 고발 내용에 대하여 조사하고, 금융위원회 등의 고발과 조사 자료만으로 범죄를 입증하기 어렵거나 고발 내용 외 다른 범죄의 혐의가 의심스러운 경우 추가로 금융거래 추적수사를 한다. 이때 검찰의 금융거래 추적수사는 그 양이 방대하고 복잡하여 상당한 시간이 경과되는 경우가 흔하다. 이에 따라 증권 관련 범죄에 능장 대처하여 선의의 투자자만 피해를 입었다는 여론의 비판을 받기 일쑤이다. 예컨대, 시세조종사건의 경우 시세조종 혐의자들은 자신들의 범행을 은폐하기 위하여 많은 사람들의 차명계좌 등을 분산하여 여러 장소에서 이용하게 되는데, 이러한 자들의 금융거래 추적이 없이는 범죄혐의 입증이 불가능하게 되고, 상당한 시간과 노력을 기울여 범죄를 입증하더라도 이미 시세조종이 끝난 이후이거나 관련자들이 잠적하는 일이 다수 발생하게 되어 수사의 효율성이 떨어지게 된다고 한다. 이처럼 공공기관의 금융거래정보 조사에 비하여 수사기관에 대하여만 사생활보호의 필요성을 강조함으로써 수사의 신속성과 효율성을 떨어뜨리고 각 국가기관 사이의 권력배분의 효율성에도 균형이 맞지 않다는 문제점이 지적되고 있다.¹⁸⁹⁾

제6절 수사기관의 금융거래정보요구권의 법적 성질

일반적으로 임의수사란 임의적인 조사에 의한 수사, 즉 강제력을 행사하지 않고 상대방의 동의나 승낙을 받아서 행하는 수사를 말하고, 강제처분, 즉 헌법의 명시적·묵시적 기본권을 침해하는 국가기관의 처분으로서 처분대상자의 의사에 반해서 물리적·법적 강제력을 가지는 처분에 의한 수사를 강제수사라고 한다.¹⁹⁰⁾ 그런데 수사기관의 금융거래정보요구가 임의수사에 해당되면 수사기관은 원칙적으로 영장 없이 포괄적인 수사를 할 수 있고, 영장을 필요로 하더라도 포괄영장에 의한 수사가 가능할 것이다. 한편 강제수사에 해당되면 다른 강제수사와 마찬가지로 강제처분 법정주의,

189) 고은석, 앞의 논문, 143-145면, 157-158면.

190) 이재상, 앞의 책, 220면.

영장주의, 비례성의 원칙 등이 적용되게 되고 포괄영장이 인정될 수 없다.

형사소송법은 수사기관이 원칙적으로 그 목적 달성을 위하여 필요한 조사를 할 수 있고(동법 제199조 제1항), 사생활의 보호나 인권 침해의 위험성이 높은 강제처분의 경우에는 형사소송법의 규정이 있는 경우에만 수사가 가능하도록 하는 임의수사 원칙을 채택하였다. 그런데 금융거래정보요구의 경우 금융실명제법 제4조 제1항에 따라 법원이 발부한 영장에 따른 금융거래정보요구에 대해서 규정하고 있을 뿐 형사소송법에 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 수사기관의 금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사가 임의수사 또는 강제수사 중 어디 해당되는지 여부에 견해가 대립하고 있다.¹⁹¹⁾

1. 임의수사설(형식설)

금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사는 그 과정에서 대상자에게 물리적 강제력을 행사하는 것은 아니기 때문에 임의수사에 해당된다는 견해이다. 이는 강제수사의 의의와 관련하여 물리적 강제력의 유무를 기준으로 하는 입장에 따른 견해이다. 이 견해에 따르면 원칙적으로 포괄영장이 허용될 가능성이 있으며, 영장 관련 업무가 좀 더 탄력적으로 운용될 것이다.

2. 강제수사설(실질설)

금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사도 동의가 없는 경우 당사자의 거래관계에 대한 프라이버시권을 침해하는 것이므로 강제수사에 해당한다는 입장이다. 이는 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 법익을 침해하는 경우에는 강제수사로 보는 입장을 따른 것이다. 실무나 강학상 일반적인 견해인 것으로 보이는데, 이 견해에 따르면 사생활보호를 위하여 포괄영장은 인정될 수 없고, 압수·수색도 최소한 범위 내에서 엄격하게 이뤄질 것이다.

191) 이하 고은석, 앞의 논문, 139-141면; 이창수, 앞의 논문, 105-106면.

3. 사법적 강제처분과 행정적 강제처분 구분설

금융거래정보요구권이 법적 강제력을 가진 강제처분이고 강제처분을 형사절차상 강제처분을 의미하는 사법적 강제처분과 예컨대 행정상 즉시강제,¹⁹²⁾ 권력적 행정조사(강제조사) 등과 같은 그 밖의 강제처분으로서 행정적 강제처분으로 구별한다면 수사기관의 금융거래정보요구권은 금융실명제법 제4조 제1항 제1호에 따라 영장주의가 적용되어야 하는 사법적 강제처분이지만, 그 밖의 국가기관에 의한 금융거래정보요구권, 즉 금융실명제법 제4조 제1항 제2호 이하의 금융거래정보요구권은 모두 행정적 강제처분으로 영장주의의 예외가 인정되는 것으로 보는 견해이다. 이 견해는 수사기관의 금융거래 추적수사를 영장주의가 적용되는 사법적 강제처분으로 파악한다는 점에서 강제수사설과 같은 입장이라고 볼 수 있다. 이 견해는 앞서 살펴본 것처럼 미국과 달리 우리나라 금융실명제법 제4조는 “금융회사 등에 종사하는 자는 명의인의 서면상의 요구나 동의를 받지 아니하고는 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료를 타인에게 제공하거나 누설해서는 아니 되며, 누구든지 금융회사 등에 종사하는 자에게 거래정보 등의 제공을 요구하여서는 아니 된다.”고 하여 금융거래정보를 정보적 자기결정정권의 대상으로 규정하고 있으므로 금융거래정보요구권은 법적 강제력을 갖는 강제처분이라고 보아야 하지만, 이는 국가기관이 제3자를 통해서 처분대상자의 기본권을 침해한다는 점에서 다른 강제처분과 차이가 있다는 점을 논거로 제시한다.¹⁹³⁾

192) 헌법재판소는 불법게임물을 즉시 수거·폐기할 수 있도록 규정한 (구)비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 제4호에 따른 행정상 즉시강제와 관련하여 “영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 만일 어떤 법률조항이 영장주의를 배제할 만한 합리적인 이유가 없을 정도로 급박성이 인정되지 아니함에도 행정상 즉시강제를 인정하고 있다면, 이러한 법률조항은 이미 그 자체로 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 위헌이라고 할 것이다. 이 사건 법률조항은 앞에서 본 바와 같이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.”(헌재결 2002.10.31, 2000헌가12)고 판시한 바 있다.

193) 윤동호, 앞의 논문, 162-163면.

4. 검토 및 소결

생각건대 금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사는 임의수사설 내지 강제수사설 중 어느 하나로 단정 짓기 어려운 성질을 가지고 있다고 본다. 한편으로, 임의수사설은 명의인의 동의가 없는 경우 원칙적으로 법관이 발부한 영장에 의하여서만 금융거래정보나 자료를 수집할 수 있도록 한 금융실명제법 제4조와 수사실무와도 맞지 않는다. 또한 금융거래 추적수사를 임의수사로 간주하게 되면 수사기관에서 영장을 받지 아니한 채 다른 사람의 금융거래에 관한 정보나 자료를 무분별하게 수집하여 개인의 프라이버시권을 침해할 소지가 커 이 견해를 그대로 받아들이기 어렵다. 다른 한편으로, 강제수사설의 경우에 금융실명제법 제1항에 따라 명의인의 동의에 의하여 실시하는 금융거래 추적수사를 설명할 수 없다는 한계가 있다. 그리고 금융실명제법에서 규정하고 있는 국세청, 금융감독원 등 공공기관(이하 공공기관이라 한다)의 금융거래정보 조사에 대한 영장주의의 예외¹⁹⁴⁾를 설명할 수도 없는 문제점도 있다. 또한 앞서 살펴본 바와 같이 미국이나 독일, 일본의 경우 금융거래 추적수사에 대하여 임의수사를 원칙으로 하고 있는 점도 고려할 필요가 있다. 따라서 금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사의 법적 성질을 임의수사나 강제수사 어느 하나로 단정할 것이 아니라 강제수사와 임의수사의 경계선상에 있는 양자의 성격이 모두 존재하는 것으로 파악하는 것이 타당하다고 본다.¹⁹⁵⁾ 다만 금융거래정보요구권이 이러한 이중적 성격을 가지고 있음에도 불구하고 금융실명제법이 수사기관의 금융거래 추적수사에 있어 영장주의를 요구한 것은 수사기관의 자의적인 금융거래 추적수사가 있을 경우 사생활보호와 정보적 자기결정권을 심각히 침해할 우려의 소지가 있기 때문이다. 그러나 이와

194) 이와 관련하여 신동운 교수는 금융회사 등이 가진 금융거래정보는 사생활보호의 대상도 아니므로 금융거래정보요구권은 영장주의의 대상이 아니거나 설령 그러한 금융거래정보가 사생활보호의 대상이 된다고 하더라도 공무원의 금융거래정보요구권은 공무수행의 적정성감독을 위해 절대적으로 필요한 것이므로 영장주의의 예외라고 본다. 이에 따르면 금융거래정보요구권의 법적 성질이 사법적 강제처분인지 행정적 강제처분인지에 관계없이 모두 영장주의의 적용대상이 아니어야 하지만, 수사기관의 금융거래정보요구권은 수사상 수색의 특수한 경우로서 영장주의가 적용된다고 한다(신동운, “금융실명제와 금융고객의 비밀보호”, 금융거래법강의, 김건식·남효순 共編, 법문사, 1999, 585면).

195) 같은 취지로 고은석, 앞의 논문, 141-142면.

달리 수사기관 이외의 국가기관의 금융거래정보요구, 예컨대 금융위원회, 증권시장·파생상품시장의 불공정거래조사의 경우에는 증권선물위원회, 금융감독원장, 예금보험공사사장이 금융기관에 대한 특정감독·검사를 위해 필요한 금융거래정보요구는 행정 목적의 달성 또는 행정작용의 효율성을 고려하여 영장주의의 예외를 인정한 것으로 볼 수 있다.

제7절 금융거래정보요구 영장청구의 주체

앞서 언급한 바와 같이 금융실명제법 제4조 제1항 제1호에 따르면 법관이 발부한 영장에 따라 수사기관의 금융거래정보요구가 허용되고 있다. 그런데 이와 관련하여 금융거래정보요구 영구청구의 주체를 통상의 압수·수색영장과 마찬가지로 검사만으로 국한할 것인지 여부에 대해 긍정설과 부정설로 견해가 대립될 수 있다.

1. 검사의 독점적 영장청구 긍정설

금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사를 강제수사로 파악할 경우 통상의 압수·수색영장과 마찬가지로 금융거래정보요구 영장청구는 검사만이 할 수 있다는 견해이다. 금융실명제법 제4조 제1항 제1호가 명문으로 법관이 발부한 영장을 요구하고 있으므로 이는 형사소송법 이외에서 명문으로 검사의 독점적 영장청구를 인정한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

2. 검사의 독점적 영장청구 부정설

수사기관의 금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사는 임의수사이거나 임의수사 내지 강제수사 양자의 성격을 모두 가지고 있으므로 통상의 강제처분인 압수·수색과 성격을 달리 할 뿐만 아니라 국세청장(지방국세청장 포함), 금융위원회, 금융감독원장 등 다른 국가기관에도 금융거래정보요구권의 주체를 인정하고 있으므로 검사

의 독점적 영장청구를 인정한 것으로 볼 수 없다는 견해이다.

3. 검토 및 소결

생각건대 검사의 독점적 영장청구 부정설이 보다 설득력이 있다고 본다. 우선 금융거래정보요구 영장청구와 관련하여 금융실명제법은 법관이 발부한 영장만을 요구하지 있지 그 주체를 검사만으로 한정하고 있지 않다. 이에 대해 금융실명제법에 따라 법원이 발부하는 영장은 통상의 압수·수색영장과 마찬가지로 별도로 그 영장청구 주체를 명시하지 않은 것이라는 반론이 가능하다. 하지만 이미 언급한 바와 같이 수사기관의 금융거래정보요구는 임의수사와 강제수사 모두의 성격을 가지고 있으므로 이러한 성격을 고려하여 그 영장청구 주체를 명시하지 않은 것으로 파악할 수도 있다. 둘째, 금융실명제법상 법관이 발부하는 영장이 통상의 압수·수색영장과 마찬가지로 성격이어서 강제수사로 보아야 한다면 “사법경찰관이 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구”하도록 한 통비법 제6조 제2항의 통신제한조치의 허가절차와 동일하게 규정하여야 함에도 불구하고 금융실명제법이 단순히 법원이 발부한 영장만을 규정하고 있는 점은 통상의 압수·수색영장과 달리 파악하고 있는 것으로 해석될 수 있다.¹⁹⁶⁾ 셋째, 금융실명제법은 금융거래정보요구권의 주체와 관련하여 수사기관 이외에 국세청장(지방국세청장 포함), 금융위원회, 금융감독원장 등 다른 국가기관에 대해서도 이를 인정하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 만약 금융거래정보요구가 중대한 사생활의 비밀을 침해하여 강제수사만으로 파악할 경우 국세청, 금융위원회, 금융감독원장 등의 독자적인 금융거래정보요구권을 부정하고 수사기관에 영장청구의 협조를 얻어 문제되는 금융거래정보를 확보하는 형식을 취하여야 한다. 그러나 우리나라 금융실명제법은 수사기관 이외의 국가기관에게 명문으로 독자적인 금융거래정보요구권을 인정하고 있다. 마지막으로 앞서 살펴본 미국, 독일, 일본의 입법례를 보더라도

196) 이에 따라 실무상 금융거래 추적수사를 위한 영장은 통상적인 압수·수색·검증영장 청구서와 달리 금융계좌 추적용 압수·수색·검증영장 양식(재정경제부 고시 제2002-14호 양식)을 사용하고 있다.

도 수사기관의 금융거래정보요구에 별도의 영장청구를 요구하고 있지 않다. 대표적으로 미국 연방대법원은 1976년 Miller 판결을 통해 은행 등 제3자가 보유하고 있는 금융거래정보는 사생활보호에 대한 합리적 기대의 대상이 아니기 때문에 수정헌법 제4조의 보호대상에 해당되지 아니한다는 태도를 일관되게 유지하고 있다.¹⁹⁷⁾ 다만 우리나라 금융실명제법은 명문으로 금융거래정보요구에 법관이 발부한 영장을 요구하고 있으므로 미국과 같이 순수한 임의수사로 파악하기는 어렵다고 본다. 그러나 미국 연방대법원의 판례가 금융거래정보는 사생활보호의 대상이 아님을 강조하고 있음을 유념해 볼 때 금융거래정보가 검사의 독점적 영장청구가 전제되는 신체의 자유, 거주 자유의 침해와 같이 동등한 차원에서 보호될 필요는 없으므로 검사의 독점적 영장청구가 반드시 요구된다고 볼 수 없다고 본다.

결국, 금융거래정보요구 영장청구권은 검사만에게 인정되는 것이 아니라 국세청, 금융감독원장 등과 같은 독립된 하나의 국가기관인 경찰청 소속 사법경찰관에게도 인정될 수 있다고 본다.

197) 이창수, 앞의 논문, 67면 이하.

제5장 사법경찰관 단독 통신비밀보호법상 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률상 금융거래정보요구 영장청구 방안

제1절 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 있어 사법경찰관 단독 영장청구권 허용의 타당성 검토

헌법 제12조 제3항과 제16조 제2문은 신체 및 주거의 자유를 제한하는 강제처분에 대해서는 영장주의를 채택하고 검사의 독점적 영장청구권을 인정하고 있다. 그러나 통비법상 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융실명제법상 금융거래정보요구 영장 청구는 다음과 같은 이유에서 헌법과 형사소송법상 영장주의가 반드시 적용되는 대상이 아니라는 해석이 가능하다고 본다.

우선 통비법상 통신사실 확인자료 요청허가청구와 관련해서는 (i) 통비법상 통신제한조치와 달리 통신사실 확인자료는 단지 가입자의 전기통신일시, 전기통신 개시·종료시간 등만을 파악하는 것으로 개인의 사생활을 직접적으로 중대히 침해하는 개인 정보로 볼 수 없다는 점, (ii) 이에 따라 통신제한조치는 검사의 독점적 허가청구권을 요구하면서도 통신사실 확인자료에 대해서는 법원의 허가를 받아 검사 또는 사법경찰관으로 하여금 전기통신사업자에게 그 제공을 요청할 수 있도록 한 점, (iii) 통비법과 전기통신사업법은 통신의 자유 및 사생활의 자유와 관련하여 그 기본권 침해의 정도를 고려하여 통신제한조치, 통신사실 확인자료, 통신자료로 세분하여 그 절차요건을 달리하고 있다는 점, (iv) 만약 통신사실 확인자료제공의 법적 성질이 본래 헌법상 영장주의가 적용되는 것이라면 통신사실 확인자료제공에 대해서도 법원의 허가가 아닌 검사장의 승인만을 얻도록 한 2005년 통비법 개정 전의 규정은 명백히 헌법에 위배된

위헌조항이 아닐 수 없다는 점, (v) 통신사실 확인자료제공에 대해 사법경찰관에게 독자적인 허가청구를 허용하는 것이 영장주의 본질을 침해하지도 않는다는 점 등¹⁹⁸⁾을 고려한다면 통신사실 확인자료 요청허가청구는 통신제한조치 허가청구와 달리 영장주의가 반드시 적용되는 대상이 아니므로 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관에게 독자적인 허가청구를 허용할 수 있다고 본다.

다음으로 금융실명제법상 금융거래정보요구 영장청구와 관련해서는 (i) 금융실명제법은 수사기관이 금융회사 등에 금융거래정보를 요구함에 있어 법원이 발부한 영장만을 요구하고 있지 그 주체를 검사만으로 한정하고 있지 않다는 점, (ii) 수사기관의 금융거래정보요구는 임의수사와 강제수사 모두의 성격을 가지고 있다는 점, (iii) 만약 금융실명제법상 법원이 발부하는 영장이 통상의 압수·수색영장과 마찬가지로의 성격이어서 강제수사로 보아야 한다면 통비법 제6조 제2항의 통시제한조치의 허가절차와 동일하게 규정하여야 함에도 불구하고 금융실명제법은 단순히 법원이 발부한 영장만을 규정하고 있는 점, (iv) 금융실명제법은 금융거래정보요구권의 주체와 관련하여 수사기관 이외에 국세청장, 금융위원회, 금융감독원장 등 다른 국가기관에 대해서도 이를 인정하고 있다는 점 등¹⁹⁹⁾을 고려한다면 금융거래정보요구 영장청구는 통상의 압수·수색영장청구와 달리 검사의 독점적 영장청구를 인정한 것으로 보기 어렵다고 본다.

요컨대, 통비법상 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융실명제법상 금융거래정보요구 영장청구는 헌법과 형사소송법상의 영장주의가 적용되는 일반적인 압수·수색·검증과 같은 강제처분과 비교할 때 그 법적 성질을 달리하므로 검사뿐만 아니라 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관이 독자적으로 법원에 청구할 수 있다고 본다.

제2절 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 있어 사법경찰관 단독 영장청구의 구체적 방안과 관련 법률의 개정안

198) 이에 대해 상세히는 III. 4. 참조.

199) 이에 대해 상세히는 IV. 6. 7. 참조.

1. 사법경찰관 단독 허가청구 및 영장청구의 구체적 방안

앞서 살펴보았듯이 통비법상 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융실명제법상 금융거래정보요구 영장청구는 일반적인 압수·수색영장과 그 법적 성질을 달리하므로 헌법상의 영장주의 및 검사의 독점적 영장청구권의 적용대상이 아니라고 본다. 이에 검사의 독점적 영장청구권을 규정한 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제200조의2(영장에 의한 체포) 제1항, 제201조(구속) 제1항, 제215조(압수, 수색, 검증), 통비법 제6조 제1항, 제2항의 개정이 없더라도 사법경찰관에게 독자적인 영장청구권을 인정할 수 있다.²⁰⁰⁾ 그러나 이들 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 있어 사법경찰관에게 독자적인 영장청구권을 인정하더라도 모든 사법경찰관에게 그 권한을 인정할 경우 통신과 금융거래정보에 대한 사법경찰관의 자의적이고 무분별한 영장청구에 따라 사생활보호와 정보적 자기결정권을 침해할 위험성이 높아질 수 있다는 비판이 제기될 수 있으므로 일정한 제한을 두는 방안이 바람직하다고 본다.

그 하나의 방안으로 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구를 함께 있어 검사와 동등하게 “변호사 자격을 소지한 사법경찰관”으로 제한하여 경찰조직 내부에서 그러한 자격을 가진 자를 통해 법원에 직접 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구를 하도록 하는 방안을 제시할 수 있다. 이는 일본의 입법례와 마찬가지로 검찰관 또는 사법경찰원 모두에게 통상체포에 있어 체포장청구권한을 인정하면서도 사법경찰원은 경부 이상의 자로서 국가공안위원회 또는 도도부현공안위원회가 지정한 자로 자격을 제한하는 방식과 유사하다.

이 방안은 검사의 독점적 영장청구권을 인정하는 하나의 논거가 국민의 기본권의 침해를 최소화하고 적법절차를 보장하기 위해서 법률전문가이자 준사법기관인 검사에 의해서만 영장청구가 허용되어야 한다는 것이므로, 마찬가지로 변호사 자격을 소지한 사법경찰관도 법률전문가일뿐더러 경찰청은 검찰과 같은 준사법기관은 아니지만 범죄로부터 사회를 방위하고 국민의 기본권을 수호하는 한편, 모든 수사절차에 있어 적법절차의 원리를 준수해야만 하는 하나의 국가기관이기 때문에 이러한 자격을 갖춘 사

200) 사법경찰관에게 독자적인 영장청구권을 부여하기 위한 이들 규정의 개정안에 대해 상세히는 서보혁, 앞의 보고서, 55-56면 참조.

법경찰관에게 이들 권한을 독자적으로 인정할 수 있다고 본다. 무엇보다 이 방안은 수사실무에서 경찰의 독자적인 결정에 기초한 영장청구를 사실상 무력화시키고 있는 검찰의 이른바 '사전신병지휘' 관행을 극복하는 데 커다랗게 기여할 수 있다고 본다. 왜냐하면 경찰의 영장청구 '여부'와 청구 '범위'를 검사의 의사에 종속시키고 있는 현재의 '사전신병지휘'는 검사의 수사지휘권과 검사 독점형 영장청구권한이 조합하여 만들어진 매우 잘못된 수사지휘관행이라는 비판이 있는데,²⁰¹⁾ 이러한 잘못된 관행을 극복하는 동시에 경찰수사의 최소한의 독립성을 견지하고 검찰권을 견제하기 위해서는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관이 독자적인 판단에 의해 통신사실 확인자료 요청허가청구 및 금융거래정보요구 영장청구의 여부와 범위를 스스로 결정할 수 있도록 보장할 필요가 있기 때문이다.

그러나 이러한 방안에 대해서는 헌법의 영장주의를 침해할 소지가 있다는 문제, 검찰과 경찰의 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구의 기준이 상이할 수 있다는 문제, 그리고 사법경찰관의 무분별한 영장청구의 남발의 문제가 제기될 수 있다. 우선 첫 번째 문제와 관련해서는 앞서 언급한 바와 같이 영장주의의 본질은 국민의 기본권 제한의 오·남용을 방지하기 위해 객관적 지위에 있는 법관의 판단을 받는 데 그 핵심이 있다. 그러므로 현행과 같이 검사가 수사지휘라는 이름으로 사법경찰관의 통신사실 확인자료제공 요청신청과 금융거래정보요구 영장신청을 자의적으로 기각하는 것은 법원의 사법심사권을 실질적으로 침해하는 것으로 파악할 수 있으며, 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료제공 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 대해서도 여전히 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 통해 사법심사가 이루어질 수 있으므로 영장주의의 본질에 부합한다고 본다.

두 번째 문제와 관련해서는 예컨대 현재 대검찰청은 '검찰의 구속수사 기준'(대검예규 기획 제400호, 2006.6.12.)을 마련하여 구속수사에 관한 통일적 기준을 시행하고 있는데, 압수·수색·검증영장의 청구와 관련해서도 이른바 '검찰의 압수·수색·검증영장청구 기준'을 마련하여 이러한 수사준칙을 사법경찰관의 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구업무에 적용하도록 함으로써 극복될 수 있다고 본다.

201) 서보학, 앞의 보고서, 63면.

마지막 문제는 영장청구의 주체가 검사에게만 있는지 아니면 사법경찰관에게도 있는지에 따라서 발생하는 문제라기보다 법원의 형식적인 압수·수색·검증영장 심사에 있다고 여겨지기 때문에 법원이 일반적인 압수·수색·검증영장뿐만 아니라 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 대해서 현재보다 더 엄격한 심사를 통해 해결될 수 있는 문제라 여겨진다.

2. 관련 법률의 개정안

앞서 언급한 통신사실 확인자료 요청허가청구 및 금융거래정보요구 영장청구와 관련하여 변호사 자격을 소지한 사법경찰관이 독자적으로 법원에 청구하도록 하는 방안은 헌법이나 형사소송법의 개정 없이도 현행 통비법과 금융실명제법의 해석상으로도 가능하겠으나, 문제의 소지를 없애고 그 취지를 보다 분명히 반영하기 위해서는 다음과 같이 통비법과 금융실명제법의 개정이 필요하다고 본다.

우선 현행 통비법 제13조 제2항 제1문은 “제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료 제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.”고 규정하고 있으나, 이를 “제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.”로 개정할 필요가 있다.

다음으로 현행 금융실명제법 제4조 제1항 제1호는 “법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공”이라고 규정하고 있으나, 이를 “법원의 제출명령 또는 검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공”이라고 개정할 필요가 있다.

이를 표로 요약하면 다음과 같다.

〈표 8〉 통비법 및 금융실명제법 개정안

	현행 규정	개정안
통비법	제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공의 절차) ② 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청 사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.	제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공의 절차) ② 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청 사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 <u>검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해</u> 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.
금융실명제법	제4조(금융거래의 비밀보장) ① 1. 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공	제4조(금융거래의 비밀보장) ① 1. 법원의 제출명령 또는 <u>검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해</u> 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공

제3절 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융거래정보요구 영장청구에 있어 사법경찰관 단독 영장청구권 허용에 대한 제도적 보완책

1. 법원의 영장심사 강화

변호사 자격을 소지한 사법경찰관으로 하여금 독자적인 통신사실 확인자료 요청허가청구권과 금융거래정보요구 영장청구권을 인정함으로써 우려되는 권한 남용과 그로 인한 기본권 침해를 방지하기 위해서는 이들 관련 허가서와 영장 발부에 대한 법원의 심사가 현재보다 더욱 엄격해질 필요가 있다고 본다. 최근까지 법원의 이들 관련 허가서와 영장은 물론이고 통상의 압수·수색영장에 대한 기각 사례가 1%에도 미치지 못한다는 통계는 수사기관의 압수·수색에 대한 사법적 통제가 거의 이루어지지 않았음을 보여준다. 법관은 국가공권력으로부터 국민의 인권과 기본권을 보호하는 최후의

보루라는 생각을 가지고 엄격한 영장심사를 해야 함은 물론이고 통신사실 확인자료 요청허가와 금융거래정보요구와 관련된 범위의 적절한 제한을 통해 사법경찰관의 무분별한 통신수사와 금융거래 추적수사의 오·남용으로부터 국민의 기본권에 대한 부당침해를 막아 줄 필요가 있다. 무분별한 통신수사와 금융거래 추적수사에 따른 기본권 침해가 법이 허용하는 최소한의 조건을 충족시킬 수 있도록 조정하는 것은 수사기관에 대한 통제기관으로서의 법관이 해야 할 당연한 임무에 속하기 때문이다.²⁰²⁾

2. 본인에 대한 통지의무 강화

전기통신 가입자와 예금주의 기본권 보호를 강화하고 통신수사 및 금융거래 추적수사의 밀행성을 견제하기 위해서는 다음과 같이 압수·수색되고 있는 통신사실 확인자료와 금융거래정보의 대상자에 대해 수사기관과 금융회사 등의 통지의무를 강화하고 예외적 통지유예를 극히 제한할 필요가 있다.

우선 통비법은 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 경우 통신사실 확인자료 제공을 받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(동법 제13조의3 제1항). 다만 (i) 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때, (ii) 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 염려가 현저한 때라는 사유가 있는 경우에는 통지를 유예할 수 있다(동조 제2항). 그러나 이 규정의 가장 큰 문제점은 그 유예사유의 범위가 포괄적일 뿐만 아니라 그 존재여부에 대한 판단이 수사기관에 전적으로 맡겨져 있으므로 통지의 유예가 현실적으로 남용되고 있다는 점이다. 따라서 유예사유의 범위를 보다 축소하고, 유예사유에 해당하는지 여부를 법원이 판단하도록 할 필요가 있다고 본다.²⁰³⁾

다음으로 금융실명제법에 따르면 금융회사 등은 금융거래정보를 제공한 날(통보를 유예한 경우에는 통보유예기간이 끝난 날)로부터 10일 이내에 제공한 거래정보 등의

202) 서보학, 앞의 논문, 2002, 216면.

203) 노호래, 앞의 논문, 264-265면.

주요 내용, 사용 목적, 제공받은 자 및 제공일 등을 명의인에게 통보해야 하고(동법 제4조의2 제1항), 다만 일정한 사유가 있는 경우에는 통보를 유예 할 수 있다(동조 제2항 및 제3항). 그러나 이 규정은 정보제공 요구자가 일정한 사유를 들어 통보유예를 요청할 경우 금융회사 등은 당연히 통보를 유예하도록 규정해 놓고 있다는 데 커다란 문제점이 있다. 즉 금융회사 등에게는 통보유예사항에 해당하는지와 유예의 필요성 여부에 대한 재량적 판단권한이 전혀 주어져 있지 않은 것이다. 따라서 실무에서는 “원칙적 통보유예, 예외적 통보”로 운용될 가능성이 커 그 남용의 우려가 있다. 따라서 이 규정은 금융회사 등에게 스스로 유예의 필요성 여부를 판단하여 통보유예 여부를 결정할 수 있는 재량권을 부여하거나, 법원의 판단을 받아 통보를 유예하는 방향으로 법개정이 이루어질 필요가 있다고 본다. 또 다른 문제점으로 통보유예기간이 최장 6개월에 이르고 3개월씩 2회의 연장이 가능해 최고 1년이라는 장기간 동안 수사기관의 밀행적 금융거래 추적수사가 가능하며 이로써 인하여 예금주의 금융비밀에 대한 침해가 가능하다는 점을 지적할 수 있다(동법 제4조의2 제2항 및 제3항 본문). 그러나 이렇게 장기적인 밀행적 금융거래 추적수사에 따른 기본권 침해는 정당화될 수 없다고 본다. 따라서 예외적인 경우에 통보유예를 인정한다 하더라도 그 기간은 최장 3개월 이내로 한정되어야 하고,²⁰⁴⁾ 통보유예의 반복적인 요청도 이 기간 내에서만 가능하도록 개정될 필요가 있다고 본다.²⁰⁵⁾

3. 요청된 통신사실 확인자료 및 금융거래정보 요청·제공 관련 자료의 의무적 보관 및 정보공개 강화

수사기관, 특히 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료 요청허가청구권 및 금융거래정보요구 영장청구권의 인정에 따라 우려되는 불법적인 통신수사와 금융거래 추적수사에 대한 사법적 통제를 강화하고 정치적 악용을 방지하기 위해서는 통신사실 확인자료 및 금융거래정보 요청·제공 관련 자료를 일정기간 의무적으로 비치 내지 보관토록 하고 이들 관련자료 등을 요청한 국가기관에 대하여 정보공개를 강화할 필

204) 미국의 금융거래비밀보호법에서도 통지의 유예기간을 최장 90일로 한정하고 있다(동법 제3409조).

205) 서보학, 앞의 논문, 2002, 217-218면.

요가 있다.

우선 통비법에 따르면 검사 또는 사법경찰관은 하여금 동법 제13조 제2항의 규정에 따라 통신사실 확인자료제공을 받은 때에는 당해 통신사실 확인자료제공요청사실 등 필요한 사항을 기재한 대장과 통신사실 확인자료제공요청서 등 관련자료를 소속기관에 비치하여야 한다(동법 제13조 제5항). 그리고 전기통신사업자는 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장에게 통신사실 확인자료를 제공한 때에는 자료제공현황 등을 연 2회 미래창조과학부장관에게 보고하고, 당해 통신사실 확인자료 제공사실 등 필요한 사항을 기재한 대장과 통신사실 확인자료제공요청서 등 관련 자료를 통신사실확인자료를 제공한 날부터 7년간 비치하여야 한다(동법 제13조 제7항). 나아가 전기통신사업자가 통비법 제13조 제7항의 규정에 위반하여 통신사실 확인자료제공 현황 등을 미래창조과학부장관에게 보고하지 아니하였거나 관련 자료를 비치하지 아니한 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(동법 제17조 제2항 제4호). 그러나 이와 달리 검사 또는 사법경찰관에 대하여는 이들 관련 자료에 대한 비치기간도 정하여져 있지 아니하고 이를 위반하였을 경우 처벌하는 규정도 없다. 따라서 수사기관, 특히 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료 요청허가청구권의 인정에 따른 남용을 통제하기 위해서는 관련 자료를 요청한 검사 또는 사법경찰관에게도 전기통신사업자와 동일하게 7년간 비치의무를 부과하고 이를 위반하였을 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금을 부과할 필요가 있다고 본다.

다음으로 금융실명제법에 따르면 금융회사 등이 금융거래정보 등의 제공을 요구받거나 이를 제공한 경우에는 요구자(담당자 및 책임자)의 인적사항, 요구내용 및 요구일, 제공자(담당자 및 책임자)의 인적사항 및 제공일, 제공된 금융거래정보 등의 내용, 제공의 법적 근거, 명의인에게 통보한 날 등을 금융위원회가 정한 표준양식에 의하여 5년간 보관하도록 의무지우고 있다(동법 제4조의3 및 제7조 제1항). 그러나 수사기관, 특히 사법경찰관의 독자적인 금융거래정보요구 영장청구권의 인정에 따른 금융거래추적수사에 대한 효과적인 통제를 위해서는 금융거래정보 제공을 요청한 수사기관에 대하여 동일한 법적 의무를 지울 필요가 있다고 본다.

요컨대, 수사기관, 특히 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료 요청허가청구권 및 금융거래정보요구 영장청구권의 인정에 따라 자의적이고 무분별한 통신수사와 금

금융거래 추적수사를 억지하고 사법적 통제를 강화하기 위해서는 통신사실 확인자료 및 금융거래정보 요청·제공 관련 자료에 대한 일정기간 의무적 비치 내지 보관의무를 전기통신사업자 및 금융회사 등뿐만 아니라 수사기관에게도 동일하게 부과할 필요가 있다고 본다. 그러할 때 그 관련 자료는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'의 적용을 받는 정보가 되어 국민의 알권리를 충족하고 수사기관의 불법적 통신수사와 금융거래 추적수사를 사후통제하기 위한 목적의 정보공개청구가 가능해 질 수 있기 때문이다.²⁰⁶⁾

206) 같은 취지로 서보학, 앞의 논문, 2002, 218-219면.

제6장 결론

1. 영장주의 본질은 국민의 기본권 제한의 오·남용을 방지하기 위해 독립적이고 중립적 지위에 있는 법관의 심사를 받는 데 그 핵심이 있다. 즉 검찰에 의한 사법통제를 의미하는 것이 아니다. 그러나 최근 검찰은 헌법상 검사의 독점적 영장청구권을 바탕으로 사법경찰관의 영장신청을 검찰 단계에서 부당하게 기각함으로써 경찰수사의 자율성을 침해하거나 영장에 대한 법원의 사법심사권을 침해한다는 비판을 받고 있다.

이에 본 연구에서는 헌법상 검사의 독점적 영장청구권의 문제점을 살펴보고, 헌법조문의 해석상 신체 및 주거의 자유 제한 외에는 검사 독점형 영장청구 규정이 없으므로 통비법상의 통신사실 확인자료제공 요청허가청구와 금융실명제법상의 금융거래정보요구 영장청구 절차에 있어 영장주의가 반드시 적용되는지 여부를 검토함으로써 헌법 개정 이전이라도 통비법과 금융실명제법의 개정을 통해 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관이 법원에 직접 영장을 청구할 수 있는 방안을 제시하고자 하였다. 보다 구체적으로 이러한 연구 결과를 간략히 요약하면 다음과 같다.

2. 헌법상 검사의 독점적 영장신청권과 관련하여 이를 형사사법상 주요 원칙의 하나로 인권보장과 법치주의의 확보를 위한 제도적 장치로서 헌법적 결단의 대상으로 이해하는 견해가 있으나, 이는 수사기관의 강제처분에 대한 법관의 사법통제를 의미하는 영장주의의 본질과 무관한 것으로 이해함이 타당하다고 본다.

그리고 우리나라와 달리 독일, 프랑스, 영국, 미국, 일본은 검사의 독점적 영장청구권을 헌법적 차원에서 인정하고 있지 않으며, 우리나라와 같이 검사가 수사지휘권과 독점적 영장청구권을 동시에 갖고면서 이를 오·남용하여 특정사안(예컨대 검찰 출신 변호인이나 검찰 식구들이 관련된 범죄에 대한 경찰의 수사 등)에 대한 경찰의 수사에 부당히 개입함으로써 형사소송의 목적인 실체적 진실의 발견을 저해하는 예를 찾아보기 어렵다.

따라서 이러한 검사의 독점적 영장청구권의 문제점을 해소하는 한편, 수사기관의 강

제처분에 대한 법관의 사법통제라는 영장주의의 본질을 철저히 유지하기 위해서는 근본적으로 헌법, 형사소송법, 통비법, 금융실명제법 등 영장 관련 법률의 개정을 통해 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관도 일정한 경우에 법원에 독자적으로 영장을 청구할 수 있도록 할 필요가 있다고 본다.

3. 통비법 제13조는 통신제한조치와 마찬가지로 수사기관이 통신사실 확인자료제공을 요청할 경우에 법원의 허가를 받도록 하고 있다. 이러한 통신사실 확인자료제공 요청허가와 관련하여 한편으로 이를 헌법상의 영장주의가 적용되어 검사만이 허가청구권을 행사할 수 있는 것으로 파악할 수 있으나, 다른 한편으로 통신사실 확인자료제공 허가청구권은 헌법과 형사소송법상의 체포·구속, 압수·수색·검증, 통비법상의 전기통신제한조치와 같이 신체의 자유, 주거의 자유, 통신의 자유, 사생활의 자유 등에 대한 중대한 침해를 직접적으로 가져오지 않으므로 검사의 독점적 영장청구 규정이 적용되지 않는다고 볼 수 있다.

생각건대, ① 통신사실 확인자료는 단지 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간 등만을 파악하는 것으로 특정 개인을 식별할 수 있는 정보가 아니라 개인식별 정보와 결합하여 특정 개인을 확인할 수 있는 간접 식별정보 중 추상화정보에 속하기 때문에 개인정보자기결정권의 보호대상으로서의 개인정보로 보기 어렵다는 점, ② 통비법과 전기통신사업법은 통신의 자유 및 사생활의 자유와 관련하여 그 기본권 침해의 정도를 고려하여 통신제한조치, 통신사실 확인자료, 통신자료로 세분하여 그 절차요건을 달리하고 있다는 점, ③ 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료제공 요청 청구에 대해서도 여전히 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 통해 사법심사가 이루어질 경우 영장주의 본질을 침해하지도 않는다는 점 등을 고려할 때 사법경찰관의 독자적인 통신사실 확인자료제공 허가청구권은 헌법과 형사소송법상의 체포·구속영장, 압수·수색·검증영장과 달리 검사의 독점적 영장청구권 규정이 적용되지 않는다고 봄이 타당하다고 본다.

4. 금융실명제법 제4조는 금융거래의 비밀보장을 원칙으로 규정하고 예외적인 경우에 법원을 비롯한 국가기관에 의한 금융거래정보제공을 허용하고 있다. 특히 수사기

관에 의한 금융거래 추적수사의 경우에 사생활의 비밀을 보호하기 위해 법관이 발부한 영장에 의하도록 함으로써 영장주의에 의해 엄격한 통제와 심사 하에서 이루어지도록 하고 있다.

그러나 우리나라와 달리 미국, 독일, 일본의 입법례는 금융거래정보에 대한 수사기관의 금융거래 추적수사가 자의적으로 행해질 경우 사생활의 비밀과 자기정보에 대한 지배결정권, 행복추구권을 심각하게 침해할 위험성이 있음을 공통적으로 인식하고 있지만, 이를 보호하는 방식과 정도는 개별 국가의 법문화와 제도운용의 수준에 따라 그 정도가 다를 수 있다. 특히 미국은 1976년 Miller 판결을 통해 은행과 같은 제3자가 보유하고 있는 금융거래정보는 사생활의 보호에 대한 합리적 기대의 대상이 아님을 이유로 수정헌법 제4조의 보호대상이 아니라는 원칙을 확립한 이래 지금까지 이러한 태도를 유지하고 있다.

이 때문에 금융실명제법 제4조 제1항에 따라 법원이 발부한 영장에 따른 금융거래 추적수사가 강제수사, 임의수사 중 어디에 해당되는지, 그리고 수사기관 이외의 국가기관에게도 금융거래정보요구권의 주체를 인정하고 있음에 비추어 금융거래정보요구 청구의 주체를 검사만으로 국한하는 것이 타당하지 여부가 문제된다.

생각건대, 다음과 같은 이유에서 금융거래정보요구 영장청구권은 검사만에게 인정되는 것이 아니라 국세청, 금융감독원장 등과 같은 독립된 하나의 국가기관인 경찰청 소속 사법경찰관에게도 인정될 수 있다고 본다: 첫째, 금융거래정보요구에 따른 금융거래 추적수사의 법적 성질은 임의수사나 강제수사 어느 하나로 단정할 수 없고 강제수사와 임의수사의 경계선상에 있는 양자의 성격이 모두 존재하는 것으로 파악하는 것이 타당하다고 본다. 다만 금융거래정보요구권이 이러한 이중적 성격을 가지고 있음에도 불구하고 금융실명제법이 수사기관의 금융거래 추적수사에 있어 영장주의를 요구한 것은 수사기관의 자의적인 금융거래 추적수사가 있을 경우 사생활보호와 정보적 자기결정권을 심각히 침해할 우려의 소지가 있음을 고려한 결과라 여겨진다.

둘째, 금융거래정보요구 영장청구와 관련하여 금융실명제법은 법관이 발부한 영장만을 요구하지 있지 그 주체를 검사만으로 한정하고 있지 않는바, 이는 이미 언급한 바와 같이 수사기관의 금융거래정보요구는 임의수사와 강제수사 모두의 성격을 가지고 있으므로 이러한 성격을 고려하여 그 영장청구 주체를 명시하지 않은 것으로 파악할 수 있다.

셋째, 금융실명제법은 금융거래정보요구권의 주체와 관련하여 수사기관 이외에 국세청장(지방국세청장 포함), 금융위원회, 금융감독원장 등 다른 국가기관에 대해서도 이를 인정하고 있다. 만약 금융거래정보요구가 중대한 사생활의 비밀을 침해하여 강제 수사만으로 파악할 경우 국세청, 금융위원회, 금융감독원장 등의 독자적인 금융거래정보요구권을 부정하고 수사기관에 영장청구의 협조를 얻어 문제되는 금융거래정보를 확보하는 형식을 취하여야 하지만, 우리나라 금융실명제법은 이와 달리 수사기관 이외의 국가기관에게 명문으로 독자적인 금융거래정보요구권을 인정하고 있다.

마지막으로, 미국, 독일, 일본의 입법례를 보더라도 수사기관의 금융거래정보요구에 별도의 영장청구를 요구하고 있지 않다. 이와 관련하여 우리나라 금융실명제법은 명문으로 금융거래정보요구에 법관이 발부한 영장을 요구하고 있으므로 미국과 같이 순수한 임의 수사로 파악하기는 어렵다고 볼 수 있으나, 미국 연방대법원의 판례가 금융거래정보는 사생활보호의 대상이 아님을 강조하고 있음을 유념해 볼 때 금융거래정보가 검사의 독점적 영장청구가 전제되는 신체의 자유, 거주 자유의 침해와 같이 동등한 차원에서 보호될 필요는 없으므로 검사의 독점적 영장청구가 반드시 요구된다고 볼 수 없다.

5. 결론적으로, 통비법상 통신사실 확인자료 요청허가청구와 금융실명제법상 금융거래정보요구 영장청구는 헌법과 형사소송법상의 영장주의가 적용되는 일반적인 압수·수색·검증과 같은 강제처분과 비교할 때 그 법적 성질을 달리하므로 검사뿐만 아니라 일정한 자격을 갖춘 사법경찰관이 독자적으로 법원에 청구할 수 있다고 본다. 이에 검사의 독점적 영장청구권을 규정한 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제200조의2(영장에 의한 체포) 제1항, 제201조(구속) 제1항, 제215조(압수, 수색, 검증), 통비법 제6조 제1항, 제2항의 개정이 없더라도 사법경찰관에게 독자적인 영장청구권을 인정할 수 있다.

그러나 문제의 소지를 없애고 그 취지를 보다 분명히 반영하기 위해서는 다음과 같이 통비법과 금융실명제법의 개정이 필요하다고 본다. 즉 현행 통비법 제13조 제2항 제1문은 “제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.”고 규정하고 있으나, 이를 “제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사

유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.”로 개정할 필요가 있다. 그리고 현행 금융실명제법 제4조 제1항 제1호는 “법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공”이라고 규정하고 있으나, 이를 “법원의 제출명령 또는 검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공”이라고 개정할 필요가 있다(아래 <표> 참조).

하지만 변호사 자격을 소지한 사법경찰관으로 하여금 독자적인 통신사실 확인자료 요청허가청구권과 금융거래정보요구 영장청구권을 인정함으로써 우려되는 권한 남용과 그로 인한 기본권 침해를 방지하기 위해서는 ① 관련 허가서와 영장 발부에 대한 법원의 영장심사 강화, ② 압수·수색되고 있는 통신사실 확인자료와 금융거래정보의 대상자에 대해 수사기관과 금융회사 등의 통지의무의 강화 및 ③ 통신사실 확인자료 및 금융거래정보 요청·제공 관련 자료를 일정기간 의무적으로 비치 내지 보관토록 하고 이들 관련자료 등을 요청한 국가기관에 대하여 정보공개를 강화하는 등의 제도적 보완책이 마련될 필요가 있다고 본다.

<표 9> 통비법 및 금융실명제법 개정안

	현행 규정	개정안
통비법	제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공의 절차) ②제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.	제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공의 절차) ②제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 <u>검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해</u> 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.
금융실명제법	제4조(금융거래의 비밀보장) ① 1. 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공	제4조(금융거래의 비밀보장) ① 1. 법원의 제출명령 또는 <u>검사 또는 변호사 자격을 소지한 사법경찰관의 청구에 의해</u> 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공

• 참고 문헌

[단행본]

- 경찰대학, 경찰수사론, 2005.
- 김선택, 영장청구권 관련 헌법규정 연구, 경찰청, 2008.
- 김연수, 개인정보, 사이버출판사, 2001.
- 김용진, 영미법해설-형사소송, 박영사, 2009.
- 김종구 외 7인공저, 검찰제도론, 법문사, 2011.
- 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001.
- 박용상, 표현의 자유, 현암사, 2002.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
- 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 2009.
- 서일교, 형사소송법(8개정판), 박영사, 1979.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 이기수, 영국 국립기소청 설립 이후 경찰과 검찰 관계의 변화에 대한 연구, 2009.
- 이상돈, 헌법재판과 형법정책, 고려대학교출판부, 2005.
- 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012.
- 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008.
- 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011.
- 정종섭, 헌법학원론(제4판), 박영사, 2009.
- 平良木登規男/조균석(역), 일본형사소송법, 박영사, 2012.
- Kluszczewski/김성돈(역), 독일 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2012.
- Volk/김환수·문성도·박노섭(공역), 독일형사소송법, 박영사, 2009.
- Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986.
- Becker, The Electronic Communication Act, The Communications Act, Pike & Fischer, 1999.
- L. Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001.
- Whitfield Diffie/Susan Landau, Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption, 2010.

- Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981.
- Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.
- G. Levasseur, A. Chavanne, J. Montreuil. Droit Penal General et Procedure Penale, B.Bouloc, 13 edition, Sirey Edition, 1998.
- G. Stefani, G. Lavasseur, Procedure Penale, B.Bouloc, Dalloz, 17 edition, 2000.
- Louis B. Swartz, Information Communication Technology Law, Protection and Access Right, Information Science Reference, 2010.
- Turkington, Legal Protection for Conversational and Communication Privacy in Family, Marriage and Domestic Disputes, School of Law Working Paper Series, Villanova University School of Law, 2003.

[논 문]

- 고은석, “수사기관의 금융거래 추적 수사와 영장주의의 예외”, 법조 통권 제634호, 2009.
- 권영세, “통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 형사정책 제16권 제1호, 2004.
- 김대환, “우리나라 헌법상 과잉금지원칙”, 공법학연구 제6권 제3호, 2005.
- 김선택, “영장청구권주체입법의 변천 및 평가”, 안암법학 제31호, 2010.
- 김재민, “주요 국가의 수사체제에 관한 고찰”, 경찰학연구 제3호, 2002.
- 김재윤, “범죄와 형벌의 비례성에 관한 고찰 - 헌법재판소 1997.8.21. 93헌바60 전원재판부 -”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 2007.
- 나채준, “미국과 우리나라의 통신감청법률에 관한 비교법적 고찰”, 토지공법연구 제5집, 2011.
- 노호래, “통신수사의 문제점과 개선방안”, 한국경찰학회보 제11권 3호, 2009.
- 류제성, “통신비밀보호법 개정안(이학재의원 대표발의, 의안번호 제5261호) 및 형사소송법 개정안(박영선 대표발의, 의안번호 제5246호)에 대한 검토”, 민주사회를 위한 변호사모인 사법위원회·참여연대 공익인권법센터·박영선의원실 공동토론회 자료집, 2009.
- 박경신, “미국의 통신비밀보호법 및 범죄수사통신지원법과 우리나라의 통신비밀보호법 및 제18대 국회 개정안의 비교검토”, 안암법학 제29권, 2009.
- 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(上)”, 법조 통권 제676호, 2013.
- _____, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下)”, 법조 통권 제677호, 2013.
- 서보학, “예금자비밀보호와 계좌추적의 요건 및 한계”, 형사정책 제14권 제1호, 2002.

- 서보학, “검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010.
- 석진강, “왜 검사의 수사지휘가 필요한가”, 시민과 변호사, 1995.
- 신동운, “금융실명제와 금융고객의 비밀보호”, 금융거래법강의, 김건식·남효순 共編, 법문사, 1999.
- 안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의”, 형사법의 신동향 통권 제24호, 2010.
- 운동호, “금융거래정보요구권과 영장주의”, 형사정책연구 제20권 제2호, 2009.
- 이금로, “헌법상의 인신구속제도에 대한 소고”, 형사법과 헌법이론(제11권), 공법연구회, 2006.
- 이용식, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계”, 형사법연구 제25호, 2006.
- 이준일, “헌법재판의 법적 성격”, 헌법학연구 제12권 제2호, 2006.6.
- 이창수, “미국에서의 계좌추적”, 형사법의 신동향 통권 제15호, 2008.
- 이철호, “헌법상 통신의 자유와 통신제한조치”, 한국경찰학회보 제10권 제1호, 2008.
- 정영화, “개인정보감독기구의 법정책고찰”, 제2회 워크숍(프라이버시 보호법제, 어떤 모습이어야 하는가?, 함께하는 시민행동, 2003.8.21.
- 정준현, “위치인식 및 통신사실확인자료 등의 개인정보여부에 관한 소고”, 토지공법연구 제24집, 2004.
- 정진연, “금융거래추적수사”, 고시연구, 2003.11.
- 정태도, “권리장전의 개정방향”, 공법연구 제34집 제4호 제2권, 2006.6.
- 황정인, “영장주의의 본질과 영장제도: 체포제도를 중심으로”, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010.

Fisahn, “Bankgeheimnis und informationelle Selbstbestimmung”, CR 1995.10, S. 632 ff.

Hertweck, “Staatsanwalt und Schießbefehl”, DRiZ 1971, S. 308 ff.

Rehbein, “Rechtsfragen zum Bankgeheimnis”, ZHR 149(1985), S. 143ff.

Vassilaki, “Wirksame Kriminalitätsbekämpfung und Unverletzlichkeit der Privatsphäre”, CR 1995.7, S. 412 ff.

[기타자료]

노컷뉴스, 2013년 5월 13일자 기사.

머니투데이, 2013년 4월 27자 기사.

미래창조과학부, 2013년 5월 10일자 보도자료.

주간경향 제1001호, 2012년 11월 12일자 기사.

중앙일보 2008년 9월 22일자 기사.

治安論叢 (제30집)

2014년 6월 발행

2014년 6월 인쇄

발행인 : 김 학 역

발행처 : 경찰대학 치안정책연구소
경기도 용인시 기흥구 언남로 74

인쇄처 : JK Co.(제이케이컴퍼니)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인 의견이며
치안정책연구소 공식 견해와 다를 수 있습니다.

제 30집 치안논총
2014 Police Science Journal

발간등록번호
11-1332522-000003-10

第 30 輯
ISSN 1738-2971

치안정책연구소

경기도 용인시 기흥구 언남로 74 T 031-285-0183 F 031-620-2989

이 책에 게재된내용은연구자 개인 의견이며 치안정책연구소 공식 견해와 다를 수 있습니다.