

10만당원의 영혼을 유린한 MB정권
부제-민주노동당 서버 침탈과 한국의 민주주의와 정당정치

1. 기획 취지

- MB정권의 민주노동당 서버 침탈 사건은 헌정사상 초유의 사태로서 정당 민주주의를 유린하는 최대의 사건임. 이것은 노동운동과 진보정당에 대한 정치적 탄압이며, 헌법에 보장된 기본권에 대한 유린 행위임.
- 뿐만 아니라 인터넷시대, 정보산업시대에서 필수적으로 요청되는 정보 민주주의에 대한 전면부정이며, 도전행위임.
- 이 문제는 단순히 민주노동당만의 문제에 그치는 것이 아니라, 한국의 정당정치와 민주주의 발전을 결정적으로 가로막는 반민주적 반정당적 폭거이며, 21세기 전자민주주의를 후퇴시키는 반문명적 행위임.
- 따라서 이번 사태의 법적 정치적 의미, 정당정치와 진보적 정치활동에 미치는 파급효과, 한국 민주주의 발전에 미치는 영향 등을 종합적으로 분석하고, 규탄함으로서, 이런 사태의 재발을 방지하고 역행하고 있는 민주주의와 인권을 수호하자는 것이 이번 토론회의 기본 취지임.

2. 주최; 새세상연구소

3. 후원

4. 기본 내용

① 사회: 최규엽(새세상연구소장)

②발제

-제1발제: 오동석(아주대 법대 교수): 법적 측면에서 본 서버침탈사건의 본질과 문제점

-제2발제: 최형익(한신대 정치학과 교수): 정치적 측면에서 본 서버침탈사건의 본질과

문제점

-토론

정영대(인하대 정치학과 교수)

장여경(진보네트웍)

박진(다산인권센터 상임 활동가)

권영국(민주화를 위한 변호사협회)

③ 장소: 국회의원회관 130호

④ 시간: 2월 17일(수요일) 오후 3시

5. 담당

새세상연구소 부소장 박경순

새세상연구소 사무국장 김우현

10문 10답

민주노동당 기획탄압 사실은 이렇습니다!!

<서버관련>

1. 경찰은 인터넷 투표시스템을 통해 교사, 공무원의 당원가입 사실을 확인했다?

사실을 확인했다면 왜 아직까지 수사를 하고 있을까요? 경찰은 아직 사실 확인을 하지 못했습니다.

1월 27일 동아일보는 “정진후 위원장이 당원자격으로 투표를 하는등 당원권을 행사한 사실이 있다”고 보도했습니다. 그러나 동아일보는 이 기사에 대한 근거는 전혀 밝히지 못하고 있습니다. 경찰도 그렇게 추측한다고 말을 할 뿐입니다.

그럼 이 기사는 어디서 나온 기사일까요? 민주노동당도 궁금할 따름입니다. 어서 빨리 동아일보든, 경찰이든 해명해야할 것입니다.

2. 검증영장을 통해 민주노동당 온라인 투표시스템에서 선생님, 공무원들의 로그인 기록 확인했다?

: 민주노동당 인터넷 투표시스템은 당내 투표 뿐 아니라 각종 현안에 대한 설문조사 등에 이용되고 있습니다. 일례로 최근에는 진보정치 창간 10주년 기념 설문조사를 진행했었습니다. 그러므로 로그인이 되는 것 자체만으로 당원이라고 볼 수 있는 개연성이 없습니다.

또한 민주노동당은 경찰이 집행했다는 2차례 검증영장에 대해 사전통지는 커녕, 아직까지도 그 영장을 확인조차 하지 못했습니다. 누가 어디에 제출했고, 어디서 집행했는지 도대체 경찰은 묵묵부답입니다.

경찰이 주장하는 검증영장을 믿는다면 손 치더라도, KT에서 집행했다는 검증영장 내용으로는 혐의사실을 입증할 수 없습니다. 기술적으로 서버에 접근하지 않고서는 확인이 불가능하므로 이것도 이 또한 거짓말입니다.

민주노동당은 끊임없이 경찰의 불법해킹 의혹을 제기하고 있으나, 경찰은 말꼬리를 흐리고 그에 대한 답변을 하지 않고 있습니다.

3. 투표시스템에 선생님, 공무원 당원활동정보가 있는거 아닌가?

‘정당에 대한 압수수색은 정당정치에 대한 중대한 위해이다. 야당 후보들을 사찰하고 당의 생명이자 근간인 당원 명부를 압수해 야당의 발목을 잡으려는 음모를 당장 중단하라’
(2006년 한나라당 대변인 이계진 의원의 말)

‘정당에 대한 압수수색은 정당정치에 대한 중대한 위해이다. 야당 후보들을 사찰하고 당의 생명이자 근간인 당원 명부를 압수해 야당의 발목을 잡으려는 음모를 당장 중단하라’

(2006년 한나라당 최연희 사무총장의 말)

‘유령당원’문제가 불거져 김경이 당원명부를 요구할 때 한나라당은 위와 같이 말했습니다. 결국, 한나라당 검찰의 당원 명부 제출 요구를 완강히 거부했고 결국 검찰은 이를 포기했다. 물론 당사 서버에 대한 압수수색도 하지 않았습니다. 민주노동당도 당시에 한나라당 유령당원 의혹에도 불구하고 한나라당 당원명부 제출에는 반대를 했었습니다. 이는 정당정치의 근간을 흔드는 민주주의를 위협하는 행위이기 때문입니다.

민주노동당에 교사, 공무원 당원은 없습니다. 우리도 서버를 열어서 확인시켜주고 싶습니다. 그러나 있지도 않은 몇사람 정보를 보겠다는 빌미로 10만 당원의 정보와 비밀 투표함을 열라고 하는 것은 말도 안되는 얘기입니다. 우리 당에게 10만 당원의 정보는 ‘심장’과 같습니다. 정당이 자신의 당원 정보를 지키고 보호하는 것은 당연한 임무이자 책임입니다. 더더구나 진성당원제를 근간으로 하는 민주노동당이 당원정보를 지킬 능력이 없다면 누가 당에 가입하겠습니까.

4. 민주노동당이 2월 4일 경찰의 서버 압수수색 당시 서버를 끄는 등 협조에 방해를 했다는데?

전혀 사실무근입니다. 경찰의 날조이며 거짓말입니다. 2월 4일 경찰은 민주노동당측과 KT측의 입회하에 4시간여의 1차 영장을 집행해 서버를 수색했습니다. 그러나 해당 증거를 찾지 못했습니다. 그런데 수색하는 중간에 뉴스를 통해 “120명 정보를 찾았다”고 거짓 보도를 흘렸습니다. 민주노동당은 이에 항의하며 자리를 떠났지만, 사실 자리를 떠나도 영장 집행은 가능하였습니다.

결국 경찰은 더 찾을 게 없어서 집행을 종료하고 영장집행장소를 벗어난 곳에 2명의 경찰관만 두고, 다시 더 강화된 내용의 영장을 발부받기 위해 철수한 것입니다. 물론 거짓수사 보고를 통해서 말입니다.

5. 2월 6일 서버를 2개 빼간 것, 지난 1월 27일 서버 17개에 대한 보호조치를 취한 것은 증거인멸하려고 그런 것 아닌가?

민주노동당은 교사, 공무원이 당원이라고 동아일보에 보도된 지난 1월 27일 17개 서버에 대한 1차 보호조치를 취했습니다. 불법해킹이라는 것이 충분히 추정되는 상태였습니다. 서버의 보안 상태가 뚫렸다는 판단 하에 취한 보안조치는 당으로서는 당연하고 통상적인 조치입니다. 물론 이때는 17개 서버에 대한 어떤 법적 제제도 없는 상태였으므로 합법적인 절차였음은 당연합니다.

지난 2월 6일 2개 서버를 빼돌렸다고 증거인멸 운운하는데 경찰은 위에 설명했듯이, 경찰은 집행을 종료했고, 수사관도 영장집행장소를 벗어났으며, 간수인 조치라던가, 서버에 대해 어떤 제한 조치도 취하지 않았습니다.

그날 민주노동당이 서버를 갖고 나온 것은 어떤 법적 문제가 있는 것이 아닙니다. 우리는 서버관리회사에 공문으로 서버 회수를 요청했고 회사도 아무문제가 없었기 때문에

고객의 요청에 응하는 서비스를 했을 뿐입니다.

서버에 대한 수사가 계속 필요했고 또 영장집행을 할거였으면 증거보존신청이건 하다못해 서버회사에 보호요청이라도 했어야 하는 것 아닙니까?

6. 적법하건 적법하지 않건 계속 그렇게 자료를 빼돌리는건 뭔가 증거가 있기 때문 아닌가?

수사의 명분이 처음엔 시국선언 교사와 공무원에 대한 수사과정에서 당원가입이 확인됐다는 것이었습니다. 그런데 경찰은 그 확인을 해주지 않고 있습니다. 어떤 근거도 제시하지 않는 것입니다.

그런데도 120명인지 300명인지 ‘당원일지’ 모르는 교사와 공무원에 대한 확인을 하겠다고 하면서 당원전체 정보를 요구한다던지 당에 대한 모든 정보가 들어있는 서버를 복제한다는 요구를 하고 있습니다.

또한 수사는 성실하게 하지 않으면서 입증되지 않은 수사혐의를 흘리면서 언론플레이를 한다던지, 총장에 대한 체포영장, ‘당사압수수색 검토중’ 등을 얘기하는 것을 보면서, 이번 사건이 교사, 공무원에 대한 수사는 빌미일 뿐이며, 결국에는 당을 향한 표적수사, 기획수사라고 판단 할 수밖에 없었습니다.

또한 이 압박과 탄압은 당원투표함, 당의 주요 회의자료가 들어있는 서버를 넘기는 순간 일파만파로 커지고 확대될 것이 확실할 뿐만 아니라 그야말로 사람으로 치자면 알몸을 보이는 것이라고 생각하기 때문에 불응하는 것입니다.

옷을 다 벗지 못하는 것을 보고 사람들은 뭔가 있을 것이 없거나 없을 것이 있어서 못벗는다고 생각하지 않습니다. 부끄럽기 싫어서, 모욕적이어서 벗지 않는 것입니다. 아무리 법으로 벗으라고 해도 벗지 않는 것이 인간입니다. 민주노동당은 정당이기 때문에 정당의 심장이자 알몸인 서버와 당원정보 투표함을 내줄 수 없는 것입니다.

마지막으로

우리는 정상적 절차에 의한 수사에는 최대한 협조를 하고 있습니다. 경찰은 더 이상 피의사실 공표나 언론플레이 등의 여론조작, 기획탄압을 하지 말기를 바랍니다. 더 이상 불법으로 점철된 지금의 무리한 수사를 당장 중단하기를 바랍니다.

<계좌관련>

7. 당 회계 문제 왜 갑자기 불거졌나?

: 경찰은 전교조, 공무원노조 선생님, 공무원에 대한 민주노동당 당원활동 증거를 일부 찾아냈다고 계속적으로 언론에 흘리고 있지만, 여러분도 아시다시피, 요즘 검경이 어떻습니까? 그 기세로 보아 만약 증거를 찾아냈다면 벌써 일이 끝났겠죠.

검찰은 선생님, 공무원들의 당원가입활동에 대한 어떠한 증거도 찾지 못했기 때문에 공소유지가 어려운 처지에 놓여 있습니다. 이것을 막기 위해 민주노동당에 대한 불확실한 음해공작을 계속적으로 하여 압수수색영장을 다시 받아 증거를 찾기 위해 언론플레이를 하는 것입니다. 그 음해공작의 일환으로 ‘불법자금’ ‘돈세탁’ ‘당 회계 불법운용’ 을 운운하고 있는

것입니다.

8. 불법계좌 정말 있나요?

: 민주노동당에 불법계좌는 없습니다. 다만 선거관리위원회에 미신고된 계좌가 1개 있을 뿐입니다. 이 통장은 12년전인 98년 국민승리21(97년 대선때 권영길 후보를 추대하며 만들어진 정당)때 개설된 통장으로 민주노동당이 창당하면서 통장을 그대로 CMS용으로 인수한 것입니다.

지금은 국무총리실 산하 금융감독위원회의 실행기관인 금융결제원이 허락하여 개설된 민주노동당 공식 CMS 전용 통장입니다.

검찰과 경찰이 말하는 불법자금이라는 것은 ‘선관위 미신고’가 ‘정치자금법 위반’이라는 것인데, 이것은 행정처분 정도의 사안입니다. 언론에서 마녀사냥하듯 무릇 ‘검은돈 커넥션’이 있었던 양 얘기될 사안은 아님에도 검찰과 경찰은 계속적으로 악의적인 브리핑을 하고 있습니다.

민주노동당은 2월 11일 이 CMS 통장을 선관위에 등록하였습니다.

다시한번 말씀드리지만 민주노동당의 ‘수입’, ‘지출’에는 어떠한 불법성도 없고, 경찰도 그 얘기는 하지 않는다는 것입니다. 다만 계속적으로 ‘불법자금’이라는 말만 퍼뜨리고 있습니다.

9. 55억원, 170억원 자꾸 커지는 불법자금은 뭔가?

: 위에 말씀드린 대로 불법자금이라는 것이 ‘미신고 계좌’로 들어온 돈을 경찰은 말하고 있습니다. 미신고 계좌는 민주노동당 CMS 전용계좌입니다. 민주노동당에 CMS로 당비를 납부하는 당원, 당 발행 기관지를 받아보는 구독자, 당 노동조합 시절 조합비 등등 민주노동당 CMS 시스템을 이용해 돈을 걷은 내용이 다 그 안에 들어 있습니다. 그 내역들이 경찰이 말하는 불법자금입니다.

55억원에서 170억원으로 자꾸 늘어나는 것 또한 경찰이 언론플레이를 하고 있는 것을 반증합니다. 55억은 다름이 아니라, 오병운 총장시절(2008년 8월부터 2009년까지) CMS 계좌로 들어온 돈이고, 170억원은 그 전(2006년부터 2009년까지)부터 들어온 돈을 합산한 것에 불과합니다. 경찰은 이것을 마치 돈이 점점 까뻐혀지고 있는 것처럼 언론플레이를 하는 것입니다.

10. 미신고 계좌에서 지도부 개인계좌 또는 당직자 계좌로 들어갔다는데?

: 사실 이것은 정치자금법상으로도 보조금 지원이 가능해 전혀 문제가 없는 것이긴 합니다만, 지도부가 전용한 것이 아니라는 것을 당원들이 아셔야 하기 때문에 설명드립니다.

경찰이 말하는 소위 ‘불법계좌’의 성격이 민주노동당 전용 CMS 통장이기 때문입니다. 민주노동당이 사용할 수 있는 CMS 계좌는 딱 1개 뿐입니다.(금융결제원 규칙이 그랬습니다.) 그래서 후보후원금을 CMS 이체를 이용해 모금할 때는 민주노동당 CMS 계좌를 이용했고, 그 모금액만큼 후보자에게 전달했던 것입니다.

민주노동당은 18대 국회부터는 국회의원 CMS 전용계좌를 만들어 사용하고 있습니다.

또한 당직자에게 들어간 것은 노동조합이 있을 당시 조합비가 당직자 이름으로 되어 있는 계좌로 이체되는 등 CMS를 편리에 맞게 사용하였을 뿐입니다.

경찰이 말하는 그런 불법적 사용사실은 전혀 사실무근이며, 민주노동당에 대한 명예 훼손입

니다.

마지막으로

경찰은 언론을 통해 “전교조, 전공노 조합원, 민노당 당비 5800만원 입금(뉴시스 2월 12일자)” 라고 흘리면서도 내용에 들어가면 “돈을 낸 사실을 확인했”지만 “이 돈의 성격 등을 조사중”이라고 했습니다.

도대체 “조사중”인 돈의 성격을 “당비 5800만원” 이라고 하는 것은 무슨 작태일까요?
이번 민주노동당에 대한 불법적 수사 및 피의사실공표 등 여론조작 만행은 ‘정권 아빠’, ‘검경 엄마’가 나온 노무현 대통령을 죽음으로 몰고간 공안탄압 기획수사의 쌍둥이와 다를 게 없습니다.

<한나라당과 한나라당 국회의원의 정당법 및 정치자금법 위반 혐의 관련>

2월 9일 이정희의원의 브리핑에 의하면 국회 교육과학기술위원회 소속 한나라당 이군현 의원은 2008년에 현직 교장들로부터 총 1,120만원의 고액 후원금을 정기적으로 받았습니다. 이것은 선관위로부터 받은 고액기부자 명단에서 확인한 것으로, 이 명단에는 이름과 후원액 뿐만 아니라 직업도 “교장”으로 분명히 기재되어 있었습니다

대구 1고의 윤모 교장은 이군현 의원에게 2008년 한해 500만원과 10만원 총 510만원을 고액후원했고, 부산 8고의 권 모 교장은 300만원과 10만원을 후원하여 310만원을, 부산 10고의 박 모 교장 역시 10만원과 300만원을 나누어 후원하여 310만원을 후원했습니다. 이것만이 아닙니다. 한나라당은 교육공무원이 책임당원으로 가입해 당비를 내고 비례대표 국회의원 공천신청도 했습니다

한나라당 당규는, 공직후보자로 공천받기 위해서는 당비를 6월 이상 낸 자여야 한다고 규정하고 있다는 것입니다. 그런데 18대 총선 비례대표 공천을 신청한 사람들 중 교육공무원이 3명입니다. 두영택씨는 당시 서울남성중교사였습니다. 성기옥씨도 교육공무원으로서 당시 서울시중부교육청교육장이었고 현직 광주예고교장이었던 윤영월씨도 비례대표를 신청했습니다.

이들은 비례대표 신청 당시 6개월 이상 당비를 냈다는 추론이 가능한 것입니다. 정확한 사실확인을 위해서는 한나라당의 당원 명부와 당비 납부 서류가 있어야 합니다.

검찰은 이렇게 또 혐의가 인지된 한나라당 18대 비례대표 공천 신청자들의 국가공무원법과 정당법 위반 혐의도 수사해야 합니다. 한나라당도 혐의가 있으면 당원 명부를 다 내놓으실 것입니까? 경찰은 한나라당 당원 명부에 대해 통지 없이 압수수색할 용의가 있습니까?

그래서 이번 수사는 민주노동당에 대한 표적수사 기획수사라고 하는 것입니다.

법치의 불법성: 공무원의 정치활동과 민노당 사건'을 중심으로

오 동 석*

가. 들어가는 말

내가 이 글에서 이름 붙인 '민노당 사건'은 경찰이 전국교직원노동조합(아래 "전교조"로 줄임)과 전국공무원노동조합(아래 "전공노"로 줄임) 조합원들의 정치활동 혐의를 수사하기 위하여 민주노동당(아래 "민노당"으로 줄임)의 서버 하드디스크를 확보하고 당원 명부를 입수하려고 하는 등 정당 활동에 광범위하게 개입하려 시도하고 있는 일련의 행위를 모두 일러 표현한 것이다. 내 생각에 이것은 이른바 'MB법치'가 불법의 또 다른 이름임을 확연히 드러내는 사건이다. 따라서 이 사건은 '야당 중 하나인 민주노동당 탄압'¹⁾ 이상의 헌법적 문제점을 안고 있다.

독일의 법철학자 라트부르흐는 '법률적 불법과 초법률적 법'²⁾이란 제목의 글에서 법률로써 불법을 저지르거나 또는 그 반대로 초법률적 법으로써 정의를 실현하고자 태도의 위험성을 지적하였다. 이재승은 1972년헌법에 대하여 "유신헌법 전체가 법의지, 법감각을 결여하고 있다는 의미에서 법률적 불법(gesetzliches Unrecht) 대신에 헌법적 불법(verfassungsrechtliche Unrecht)이라고 부르는 것이 합당하다."고 주장한다. "헌법의 형식을 취했으되 그 본질은 범죄이고 불법"이라는 것이다.³⁾ 이것은 역사적으로 법률의 존재가 곧바로 헌법에 합치하고 정당한 법치를 보증하는 것은 아님을 보여준다.

이 글은 공무원의 정치활동을 금지하는 법률로부터 비롯하여 '민노당 사건'으로 확장되는 과정에서 법치의 불법성을 검토하였다.

나. 민노당 사건의 경과

경찰은 민주노동당에 당원으로 가입했거나 불법 정치후원금을 낸 혐의로 전교조 위원장 등 주요 간부 61명에게 출석을 요구하였다.⁴⁾ 선거관리위원회는 공무원이 당원이나 후원회원으로 가입하는 것은 정치자금법상 불법이지만, 비정기적인 후원금을 내는 것은 가능하다는 유권해석을 내리고 있다.

* 아주대 법학전문대학원 교수, 헌법

1) "혐의 입증에 꼭 필요하다"는 경찰에 맞서 민노당은 야당 탄압이라고 주장하고 있다(경향신문 2010.2.16).
2) 이에 대한 상세한 역주가 달린 옮긴 글로서는 Radbruch, Gustav, 이재승 옮김, "역주: 법률적 불법과 초법률적 법," 법철학연구 제12권 제1호, 한국법철학회, 2009, 1-26.
3) 이재승, "다시 리바이어던의 뱃속으로: 조용수 사건의 재심판결(2007재고합10)," 민주법학 제39호, 2009.3, 232의 주 44). 나치의 수권법에 빗대어 "수권헌법"으로 보는 이는 김선택, "유신헌법의 불법성 논증," 고려법학 제49권, 2007, 183.
4) 한겨레 2010.1.27.

다. 공무원의 정치활동에 대한 포괄적 금지의 위헌성⁵⁾

공무원의 정치활동을 포괄적으로 금지하는 법적 근거는 특별권력관계론과 정치적 중립성론을 들 수 있다. 대검 관계자는 “공무원의 정치적 중립을 명시한 헌법 제7조를 어긴 중대한 사안으로 보고 있다”고 말한 바 있다.

1) 특별권력관계론 비판

특별권력관계론이 있었다. 혹자는 기절상태라고 말하기도 하지만, 나는 오래 전에 장례를 치렀음에도 심기 약한 사람에게 나타나는 헛것이라고 본다. 물론 권력은 그 헛것조차 유용하게 써먹는다. 특별권력관계는 군주에 대한 맹목적 충성을 담보하는 법적 장치였다. 특별권력관계에 놓인 사람, 정확하게 말하면 집단 또는 조직은 군주에 대항할 아무런 법적 방어막이 없었기 때문에 오로지 충성할 수밖에 없다. 그 핵심적 대상이 군대와 경찰과 같은 물리력 기구를 중심에 놓은 공무원 조직인 것이다. 다른 한편 눈여겨 볼 특별권력관계는 이데올로기의 재생산조직으로서 학교이다. 예컨대 학교의 경우 헌법재판소조차 체벌을 허용하고 있다.⁶⁾ 입헌민주주의체제를 표방하는 국가에서조차 정치권력이 쉽게 특별권력관계의 잔재를 버리지 못하는 것은 체제유지의 유용한 방편이기 때문은 아닐까 하는 생각이다.

나는 전통적인 특별권력관계론의 목적은 군대와 경찰조직 또는 학교조직 등에 대하여 ‘전체 국민에 대한 봉사자’가 아니라 군주 또는 권위주의적 정권에 대한 충성을 강요하는데 있었다고 본다. 그래서 특별권력관계의 내부에 존재하는 개인은 시민으로서 법규 또는 법규명령의 규율 대상이 아니라 신민으로서 행정규칙의 규율대상으로 이해된 것이다. 기본권을 제한하는 경우에도 법률유보를 요청하지 않았던 것은 그 때문이다.⁷⁾ 반면 입헌민주주의체제에서는 군사 조직 및 작용과 경찰 조직 및 작용은 시민성과 대립하지 않는다. 시민의식으로부터 괴리되어 있지 않다. 시민성의 대립개념은 폭력성이다. 시민의 폭력성이란 비판적 토론에 의거한 합의를 지향하는 시민의 자기본질에 대한 부정이기 때문이다.⁸⁾

그렇다면 특별권력관계에 놓인 사람들의 시민 자격을 회복하여 시민권을 부여하는 것은 입

5) 이 부분은 오동석, “교원의 기본권과 교육감의 징계직무에 대한 헌법적 검토,” <검찰의 경기도교육감 소환 관련 토론회> 시국선언 교원 징계유보는 직무유기인가, 주최: 민주주의법학연구회, 아주대 글로벌인권센터, 2010.2.4, 3-5를 수정보완한 것이다.

6) 헌재 2006.07.27. 선고 2005헌마1189 결정. 헌법재판소는 현행 교육관련 법령 아래서 사회통념상 체벌의 객관적 타당성 여부를 판단하는 기준을 제시하고 있다. 첫째, 체벌은 “교육상 불가피한 경우”에만 행해져야 한다. “교육상 불가피한 경우”란 훈육이나 훈계 등 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하여 체벌을 할 수 밖에 없는 경우를 말한다. 교사의 성격에서 비롯되거나 감정을 내세워 행해지는 폭력행위는 교육상 필요한 목적을 위한 것이라고 하기 어렵고 다른 대체수단으로 지도할 수 있음에도 체벌을 하는 경우에는 체벌의 불가피성을 충족하기 어렵다. 둘째, 체벌의 절차를 준수해야 한다. 체벌 전에 학생에게 체벌의 목적을 알리고 훈계하여 변명과 반성의 기회를 주고, 신체의 이상 유무를 살핀 후 시행해야 한다. 만약 학칙에서 정한 체벌 절차가 따로 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 한다. 셋째, 방법이 적정해야 한다. 체벌은 부득이한 사정이 없는 한 정해진 체벌 도구를 사용해야 하고 위험한 도구나 교사의 신체를 이용하여서는 아니 된다. 체벌의 장소는 가능한 한 비공개 장소에서 개별적으로 행해야 한다. 체벌 부위는 상해가 발생할 위험이 적은 둔부 등이어야 한다. 넷째, 그 정도가 지나치지 않아야 한다. 학생의 성별·연령·개인적인 사정에 따라 수인할 수 있는 정도이어야 하고, 특히 건디기 어려운 모욕감을 주어서는 아니된다[대법원 2004.6.10. 선고 2001도5380 판결(공2004하, 1187) 참고].

7) 김유환, “특별권력관계의 해체와 법리적 대안,” 공법연구 제28집 제1호, 1999, 184.

8) 오동석(2009), “시민의식과 집회·시위의 자유,” 경찰법연구 제7권 제2호, 2009.12.31, 254.

헌민주주의의 최소한의 조건이다. 초□중□고 교사, 군인, 경찰 등의 공무원과 공무원이 아니면서 공무원과 똑같이 기본권 제한을 받는 사립학교 초□중□고 교사, 초□중□고등학생, 교도소 수용자 등이 바로 그들이다. 대표적인 사람은 군인이다. 헌법이 특별권력관계를 부정하고 있음은 바로 군에 대한 문민원칙을 통해서이다.

“헌법은 군에 대하여 문민원칙을 요청하고 있다. 이는 시민적 통제를 의미한다. 다른 말로 하면, 제복에 가려진 시민성을 잃지 않고 유지하게 하기 위함이다. 따라서 모든 공권력의 작용을 판단함에 있어서 공권력담당자로서의 지위와 그의 본래적인 시민성의 관계를 따져보면, 헌법이 요청하는 바를 확인할 수 있다.”⁹⁾

이와 관련한 헌법이론으로서 독일 바이마르공화국에서 보수적 헌법학자였던 칼 슈미트가 주장한 제도적 보장론이 있다. 그것은 구체제에서 특권을 향유하던 집단 또는 조직에 대하여 부분적으로 기득권을 인정하면서 군주세력과 시민세력 사이에서 정치적 중립성의 책무를 지우는 이론이라 할 것이다.¹⁰⁾ 공무원조직(제도)과 교회조직(제도)¹¹⁾이 대표적이다. 그것은 동시에 바이마르헌법의 민주주의가 가지는 한계의 표현이기도 했다.

다시 특별권력관계론으로 돌아오면, 군대의 경우 독일에서는 일찍이 ‘군에 대한 정치의 우위’를 확인하였다.¹²⁾ 그것은 “군의 기본가치와 질서는 군사전문가, 군사관료, 군사집단의 가치에 의해 만들어지는 것이 아니라 철저히 정치의 힘에 의해 만들어지는 것이며, 그 정치의 기준점은 헌법이라는 것”¹³⁾이다. 이것이 이른바 군에 대한 내적 지도 원리이다. 여기에는 군인 개개인을 자율적이고 책임감 있는 개인으로서 존중해야 한다는 내용이 포함된다.¹⁴⁾

1955년 6월 브랑크(Blank) 당시 독일 국방부장관의 『장래 독일군에 관해서』라는 소책자는 “무장한 군대는 달리 특별한 생활을 보내는 것도 아니고, 또 특별한 생활을 할 수[도] 없는 것”이라는 지점에서 출발한다. 그는 이렇게 말하였다.

“민주주의의 군대는 늘 합법적이지 않으면 안되고, 또 인간의 존엄성에 근거해 그것이 법치국의 군대인 것을 자각하고 양심의 진실성을 존중하고, 국민 각자가 법 앞에 평등한 것을 인식하고, 또 정치의 우위성에 따르지 않으면 안된다. … 또, 군인은 건전한 국가의식에 근거해 그 군대근무를 그들 공동책임의 일부라고 생각하고 국민으로서의 기본적 권리 의무를 성실히 수행하고 평화를 지키고 평화를 파괴하는 여하한 것에 대해서도 감연히 맞서야 하는 견고한 결의에 차지 않으면 안된다.”

그는 만약에 “군대가 독립입장을 취할[하]려고 하면 군대는 대중의 불신을 살 뿐 아니라, 공격력의 기초를 잃어버린다”고 주장한다.¹⁵⁾ 이렇게 볼 때 군에 대한 정치의 우위는 곧 군에서 시민성의 우위이다. 다른 의미에서 그것은 군인의 시민권의 회복이다. 또한 그것은 공권력 전반에 걸쳐 헌법적으로 요청되는 기본원칙이다. 군이 근거해야 할 문민이란 결국 공적 주체로서의 시민의 시민의식을 재현한 공직자이기 때문이다. 집회□시위에 대처하는 경찰작용에 대하여도 군사작용과 동일한 관점이 요청된다. 따라서 군인이든 경찰이든 그 조직과 작용 그리고 그에 속하여 공무를 수행하는 개인의 본질적 특성은 시민성이다. 그 조직은 시민의 대리인일

9) 위와 같음.

10) 이에 대해서는 오동석, “제도적 보장론 비판 序說,” 헌법학연구 제6권 제2호, 2000.11, 50-68; 오동석, “지방자치의 제도적 보장론 비판,” 공법연구 제29집 제1호, 2000.11, 219-234.

11) 교회의 징세권과 정교분리의 원칙 또는 제도.

12) 오동석(2009), 앞의 글, 253-4 발췌전제.

13) 이계수, “전근대적 군사문화와 군인의 인권”, 민주법학 제28호, 2005, 163.

14) 위의 글, 같은 쪽의 주 5).

15) 김경일, “서부독일의 방위법제: 군사독제에 대한 특이한 예방적 규제,” 지역사회개발논총 제9권, 1989, 78 재인용.

뿐이며, 그 조직이 지향하는 가치는 시민성에 기반한 것이어야 한다.¹⁶⁾

지금은 '특별권력관계'에 묶인 비판적 자성의 목소리와 변화를 위한 실천이 필요한 시점이다. 오히려 교원을 비롯한 공무원에 대하여 정치적 표현 및 정당 활동의 자유를 지나치게 제한하고 있는 현행 법제는 헌법적으로 문제가 있다. 사실 헌법은 공무원의 정치적 표현행위를 명시적으로 제한하고 있지 않다. 공무원 개인에 대하여 어느 정도까지 기본권을 제한할 것인가는 어느 다른 국민과 마찬가지로의 기본권제한 법리에 따라 판단해야 한다. 따라서 교사의 정당 가입 자체를 금지하고 있는 국가공무원법 제65조 제1항은 위헌성이 농후하다. 그렇기 때문에 그로부터 불거진 '민노당 사건'은 그 출발점부터 헌법적 문제점을 안고 있었다.

2) 정치적 중립성론 검토

일반적으로 공무원은 국민 전체의 봉사자로서 정치적 중립성을 유지해야 하기 때문에 공무원의 정치적 활동은 제약되어야 한다는 논리로 연결되기 마련이다. 학계에서의 일반적 논의도 크게 다르지 않다.¹⁷⁾ 개별 법률도 이러한 논리의 연장선상에서 공무원의 정치활동을 포괄적으로 금지 또는 제한하고 있다.

그러나 내가 보기에 이것은 구체적 헌법해석의 관점에서 적절치 않다. 왜냐하면 헌법의 표현은 정치적 중립성의 "보장"이다. 즉 헌법 규정은 공무원의 정치적 중립성을 해치는 행위로부터 공무원 조직을 보호하기 위한 목적으로 가지고 있다. 공무원의 국민전체에 대한 봉사자의 의미 또한 군주에 대한 맹목적 충성을 강요했던 전근대적인 공무원제도의 민주공화국적 극복을 명시한 것으로 해석해야 한다.

권력과 각종 특별권력관계 조직을 분리하여 정치적 중립성을 보장하되, 그것이 개인의 정치적 권리를 부정하는 것이어서는 안된다. 오히려 공무원의 정치적 중립성은 일반적으로 강요된 국가방침에 복종함으로써 담보되는 것이 아니라 관용과 토론을 통하여 민주주의 가치를 스스로 확보하여야 얻을 수 있는 것이다.¹⁸⁾

모든 국민이 모든 기본권의 주체이어야 하며, 다만 특정 기본권에 있어서 매우 예외적인 경우에만 제한이 가증될 수 있을 뿐이다. 기본권주체로서의 동등성이야말로 공동체의 기초이다. 그래야만 교사는 학생의 기본권을 인정한 바탕 위에서 학생을 가르칠 수 있으며, 판사는 피고인의 기본권을 존중하면서 재판에 임할 수 있으며, 검사 또한 범죄 수사 목적보다 기본권 존중 원칙을 우선시 할 수 있을 것이다. 경찰 또한 집회의 자유를 가질 때, 직무 행사에 성가신 관리대상으로서 집회를 인식하는 틀을 벗어날 수 있을 것이다.

공무원도 "국가에 대하여 자신의 기본권을 주장할 수 있는 국민이자 기본권의 주체이므로 정치적 기본권을 향유하는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 지위는 개념적으로 구분되어야 한다."¹⁹⁾ 공무원 개인의 기본권을 부정하는 것은 오히려 개인의 비판적 표현을 억제하는 효과가 더 크다. 왜냐하면 권력의 편에 선 이들은 소리 내어 찬성의 표현을 할 필요는 없기 때문이다. 사실 과거 독재정권에서 공무원의 정치적 활동

16) 오동석(2009), 앞의 글, 254.

17) 예외적으로 공무원의 정치적 활동의 자유의 관점을 제시한 것으로는 이계수(2006), "공무원의 정치운동금지 의무에 대한 비판적 고찰," 민주법학 제29호, 2006. 비교법적 접근으로는 임재홍, "공무원의 정치적 중립의무 비판: 미국 공무원법제와의 비교법적 고찰," 민주법학 제29호, 2006.

18) 이계수(2006), "공무원의 정치운동금지 의무에 대한 비판적 고찰," 민주법학 제29호, 민주주의법학연구회, 2006, 5.

19) 서울중앙지법 2004.6.8. 선고 2004고합424 판결.

의 자유와 노동3권 등을 광범위하게 제한한 것은 정부비판적인 활동을 봉쇄함으로써 사실상 현상유지의 소극적인 정치적 행위를 요청한 것으로 보아야 할 것이다. 더욱이 실제로는 정권을 유지하기 위하여 적극적으로 공무원 조직을 동원한 측면도 있다.²⁰⁾

공무원 개인의 정치적 자유의 영역인 정당 가입이나 당비 납부 등은 헌법적으로 보장되며, 이를 금지하는 법률의 위헌성이 더 농후하다. 민노당 사건은 경찰이 그 첫 단추를 잘못 끼운 것이다.

라. 정당활동의 자유에 대한 침해 검토

경찰은 전교조와 전공노 조합원들의 정치활동 혐의에서 민노당의 정치자금 문제로 수사의 표적을 확장하였다. 조합원들의 민노당 가입(정당법 제22조 위반), 당내 투표, 당비 납부(정치자금법 제4조 위반) 등 세 가지 혐의를 조사하는 것이다.

헌법은 정당에 대하여 “법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를” 보장하고 있다(헌법 제8조 제3항). 이때 보호의 범위는 법률에 백지위임된 것이 아니라 헌법상 정당의 위상에 걸맞은 범위에서 법률을 구속한다. 또한 비판의 여지가 있지만, 정당은 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에”만 “헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다”(헌법 제8조 제4항). 이 조항 역시 일정 요건 아래에서의 해산에 초점이 있는 것이 아니라 정당 존립을 보장하는 정당의 특권으로 이해하여야 한다. 그렇지 않다면 이 조항은 분단을 빌미로 국가안보지상주의에 빠져 있는 한국의 상황에서 집권세력이 정치적 이해관계 또는 상황에 따라 악용할 소지가 다분하기 때문이다. 또 그렇기 때문에 정당의 내부 문제에 대한 국가의 개입은 헌법이 제시하고 있는 “그 목적□조직과 활동이 민주적”(헌법 제8조 제2항)인가에 따라 판단해야 한다.

현대 민주주의를 가장 짧고 정확하게 정의한다면 ‘야당 있는 정치체제’일 것이다. 야당이 없거나 여당들러리로 존재하거나 또는 인위적으로 억압 받는다면 일당독재나 권위주의로 부른다. 에릭 홉스봄은 야당을 “대안 정부(alternative government)”로 정의했다.²¹⁾ 특히 한국의 헌정사적 경험에서 야당의 존재와 그 활동의 자유는 제왕적 대통령 아래의 집행부 독재를 견제하는 방향타이다.

그럼에도 불구하고 경찰은 민노당에 대하여 헌법규범적 의미를 무시했을 뿐 아니라 적법절차를 준수하지 않고 무리한 수사를 강행했다. 먼저 서울 영등포경찰서는 2010년 1월 28일 “지난해 7월 교사 시국선언과 관련해 전교조 사무실을 압수수색하면서 조합원들이 당원으로 가입한 것으로 보이는 정황을 포착했다”며 “이에 ‘압수수색검증영장’을 발부받아 민노당 사이트를

20) ‘민주노동당 법률지원단’(가칭)이 공무원의 정치활동을 포괄적으로 금지하고 있는 현행 법률에 대해 위헌법률심판제청을 신청기로 했다는 소식이다. 법률지원단은 2010년 2월 16일 “국가공무원법·정당법 등 현행 법률이 지나치게 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있다”며 “지난 12일 첫 회의를 열고 ‘재판에서 공무원의 정치활동 혐의를 다루면서 근본적으로 현행 법률에 대한 위헌성 판단을 받는 것이 중요하다’는 의견을 모았다”고 밝혔다. 법률지원단장은 민변 권영국 변호사가 맡을 예정이다. 법률지원단에 참여 중인 민변 박주민 변호사는 “공무원도 시민으로서의 정치적 표현의 자유를 가진다”며 “직무에 전념할 수 없도록 하는 정치활동은 문제지만 일상적인 정치활동마저 제한하는 것은 위헌적”이라고 밝혔다. 종교에서도 중립을 요구받는 공무원이 휴일에 교회에 갈 수 있는 것처럼 직무에 영향을 미치지 않는 정치활동은 허용돼야 한다는 의미다. 그는 “해외 사례를 보더라도 한국처럼 포괄적으로 정치활동을 규제하고 있는 나라는 없다”며 “현행 한국의 법 체계는 전근대적”이라고 말했다. 경향신문 2010.2.17.

21) 박상훈, “지금 야당은 있는가,” 한겨레 2008.6.6.

조사해 주사 대상자를 가려냈다”고 밝혔다.²²⁾

그런데 경찰이 인터넷 서비스 제공업체(ISP)인 KT의 서울 종로구 혜화동지점에 검증영장을 제시했다는 보도가 있는가 하면,²³⁾ 민노당 투표 사이트와 연관된 어떤 기관도 검증 영장을 제시받은 적이 없다는 보도도 있었다.²⁴⁾ 압수수색검증영장은 수사를 위해 전산정보를 검증하기 위한 것으로서 다른 영장과 마찬가지로 영장집행 대상자에게 영장을 제시해야 한다.²⁵⁾ 그렇기 때문에 경찰은 조사 대상자인 ‘홈페이지 서버 관리업체’에 영장을 제시해야 맞다. 그러기에 우위영 민노당 대변인은 “민노당과 당 서버 관리업체는 경찰한테서 어떤 영장도 제시받은 바 없다”며 “경찰이 검증영장을 발부받았다는 것은 불법 해킹을 가리기 위한 변명”이라고 논평을 낸 것이다.²⁶⁾

수사당국이 온라인 카페나 블로그를 검증할 때는 해당 포털사이트에 통보하며, 홈페이지는 서버 관리자에게 알리고 있다. 그러나 이번처럼 통신사에 영장을 제시한다면 조사받는 당사자는 서버 검증 사실을 알 수 없어 영장고지의 본래 의미가 사라진다. 서울중앙지검 관계자는 “형사소송법은 ‘급속을 요할 경우 피의자한테 압수집행을 통보하지 않아도 된다’는 규정이 있다”며 “전산자료를 검증할 때 이를 미리 통보하면 외부에서, 다른 경로로 증거를 지워버릴 수 있어 이번에도 일부러 통보하지 않고 영장을 집행한 것”이라고 말했다.²⁷⁾ 형사소송법 제122조 “압수 수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.”는 규정을 의미한다.

그러나 서보학 경희대 교수(형법)는 “압수수색영장의 집행을 사전에 알려줘선 곤란하지만 적어도 집행과 동시에는 영장을 제시해야 한다”며 “헌법에도 ‘법관이 발부한 영장을 제시해야 한다’고 나오는 마당에 이를 당사자한테 알리지 않은 것은 문제”라고 지적했다.²⁸⁾ 구체적 소명이 없는 한에서는 원칙적으로 당사자인 민노당에 대한 고지를 하는 것이 헌법적 명령사항인 것으로 보아야 할 것이다.

이번 기회에 ‘검증영장’ 집행의 절차를 확립해야 한다는 목소리도 있다. 검증영장은 보통 사체검증(부검), 현장검증 등에 주로 발부되고 있으나 웹사이트 등의 수사에도 빈번히 활용되고 있다. 서울남부지법의 한 판사는 “요즘엔 검증영장이 누리집 등의 정보를 수집하는 데 많이 발부되는 추세”라며 “아직 온라인상의 검증영장의 범위에 대한 법리적 해석이 명확하지 않은 상황”이라고 말했다.²⁹⁾

민노당 홈페이지에서는 당원들이 당 대표와 시□도당 위원장 등을 선출할 때 주민등록번호 등을 입력하면 전자투표에 참여할 수 있다. 그런데 본인의 투표 여부와 지난 기록을 알려면 본인의 휴대전화 인증이 반드시 필요하기 때문에 민노당은 경찰이 불법으로 해킹했을 것이라고 의심했다.³⁰⁾

22) 한겨레 2010.1.29.

23) 한겨레 2010.1.30.

24) KT 관계자는 “수사기관으로부터 ‘KT의 분당 인터넷데이터센터(IDC)에 스마일서브의 서버가 있느냐’는 전화를 받은 적은 있”지만 “수사기관이 직접 오지는 않았다”고 밝혔다. 경향신문 2010.2.1.

25) 형사소송법 제118조 (영장의 제시) 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

26) 한겨레 2010.1.29.

27) 한겨레 2010.1.30.

28) 한겨레 2010.1.30.

29) 한겨레 2010.1.30.

30) 한겨레 2010.1.29.

2009년 말에는 민노당 홈페이지에 조합원들의 주민번호를 일일이 입력해 로그인하는 방식으로 당원임을 확인했다. 그러나 이 과정에서 '주민번호 도용' 등의 위법성 논란이 불거졌고, 투표기록도 공식적으로 확인하지 못했다.³¹⁾ 진보네트워크는 논평을 내어 "남의 주민번호를 이용해 정보를 빼가는 행위가 수사기법으로 허용돼선 안 된다"며 "이런 식이라면 국민의 주민번호와 이름을 손에 쥔 경찰이 다른 사람을 가장해 얼마든지 메일을 열어보고, 신용카드 사용내역도 볼 수 있을 것"이라고 비판했다. 하태훈 고려대 교수(형법)는 "수사기관이라고 해도 특정 사이트의 회원 여부를 확인하는 데 남의 주민등록번호를 사용했다면 주민등록법 위반이 될 수 있다"고 지적했다.³²⁾

경찰은 당원 명부를 확보하기 위하여 CMS 계좌의 입금내역 확인을 통한 간접적 방법을 시도하였다. 그러나 법원은 "상당성과 필요성이 없다"며 입금내역 확인을 위한 경찰의 영장을 두 차례에 걸쳐 기각했다.³³⁾ 그러자 경찰은 2010년 2월 4일과 7일 두 차례에 걸쳐 당원 명부□투표기록 등이 저장되어 있는 민노당 서버의 하드디스크를 압수□수색하였다. 그러나 민노당이 2010년 1월 27일과 2월 6일 두 차례에 걸쳐 19개의 하드디스크를 반출함으로써 사실상 당원 명부 확보는 힘들어졌다.

경찰이 당원 명부 확보에 주력하는 것은 공소시효 때문이다. 공무원 정당가입의 공소시효가 3년이기 때문에 이미 민노당 가입을 확인한 전교조□전공노 조합원 120명을 포함하여 수사 대상자 293명 등 공무원의 당원 가입 여부를 확인하기 위함이다. 이에 대하여 민노당은 '민주주의의 대원칙상 당원 명부는 절대적으로 비밀이 보호되어야 한다'고 주장하였다.³⁴⁾

민주공화국에서 기본권 관련하여 헌법을 해석하는 기본원칙은 '기본권을 최대한 보장해야 하는 원칙과 최소한 제한해야 한다는 원칙'³⁵⁾이다. 그 반향으로서 모든 국가기관은 헌법 또는 법률의 개별적인 경우마다 구체적인 범위의 수권(授權)이 있는 경우에만 정당하고 적법한 권한을 가진다. '의심스러운 경우에는 자유에 유리하게' 해석되어 국가기관에는 정당하고 적법한 권한이 없는 것으로 보아야 한다. 그 국가기관이 수사기관인 경우 이러한 헌법원리는 더욱 엄격하게 작동되어야 한다.

다른 한편 정당은 잠재적 정권담당세력이며 현재의 정권담당세력과 경쟁관계에 있다. 그런 점에서 정당 활동은 폭력적이지 않는 한 최대한 보장되어야 한다. 헌법이 보장하는 정당활동의 보장내용에는 한국의 헌정사적 경험을 반영하여 집권세력의 파괴공작의 대상이었던 야당의 정당활동이 내포하고 있다고 보아야 한다.³⁶⁾

따라서 정당활동에 대한 공권력의 개입은 엄격심사 기준을 적용하여 과잉금지원칙에 따라 판단되어야 한다. 첫째, 경찰의 수사 목적을 인정하지 못할 것은 아니지만, 그 수사의 계기가 된 법률은 헌법상 정치적 활동의 자유를 지나치게 제약하는 법률인 점에서 수사 목적의 중요성은 현저히 떨어진다. 둘째, 수사 목적의 정당성을 일응 인정한다고 하더라도 정당의 모든 활동

31) 한겨레 2010.2.10.

32) 한겨레 2010.1.30.

33) 경향신문 2010.2.16.

34) 경향신문 2010.2.16.

35) 헌재 1991.7.22. 선고 89헌가106 결정.

36) 비교입법례는 참고대상일 뿐 규범적 근거가 되지 못하며, 그것이 거꾸로 한국 사회의 규범적 요청상황을 반복하는 전거로서 사용되어서는 더욱 더 말도 안된다.

내역을 조사하겠다는 수단은 수사 목적에 적절하게 부합하지 않는다. 즉 목적과 수단이 비례관계에 있지 않다. 매우 제한된 비중과 범위의 수사 목적을 위하여 사실상 민노당의 당원□후원자 명단 및 당비 규모를 모두 파악하겠다는 결과가 되기 때문이다. 더욱이 셋째, 조합원 개인마다 조사하는 방식이 아니라 민노당에 대한 포괄적 수사방식은 피해최소성 원칙에도 어긋난다. 넷째, 민노당 정당활동에 대한 포괄적 수사를 통해 얻고자 하는 이익은 민노당 정당활동을 보장함으로써 얻는 헌법적 이익보다 현저하게 작다. '과잉수사'라는 지적은³⁷⁾ 헌법상 과잉금지 원칙 위반을 말하는 것이다.

천박한 법치주의는 권력의 편의와 자의를 위하여 법률을 악용하는 한편 권력의 행사에서는 법적 규율을 회피하며 우회한다. 권력의 행사에 대한 법적 규율이야말로 헌법의 핵심이다. 정당한 법치에 근거한 국가권력은 헌법적 규범명령을 미리 헤아려 행위하는 법이다. 결과야 어찌 되든 정부 비판행위자를 끝까지 괴롭힘으로써 위축효과를 노리는 심보가 인 경찰과 검찰 등 MB법치의 행동기관들을 지배하고 있다.

마. 나오는 말

민노당 사건은 한국 헌정사에서 집권세력이 각종 권위주의적인 구 시대 법이론을 동원하여 공무원조직을 포섭했던 폐해의 경험을, 권력자가 반성하기는커녕 공무원 개인에게 반성을 강요함으로써 정치적 기본권을 침해한 것에서 비롯되었다. 경찰의 민노당에 대한 수사과정에서는 민주주의와 법률의 정당성에 대한 진지한 성찰 없는 법치와 그것을 정치적으로 무리하게 악용하는 과정에서의 불법이 착종되어 있다.

미국의 사회학자 오그번(William Fielding Ogburn)은 『사회변동론』에서 급속히 발전하는 물질문화와 비교적 완만하게 변하는 비물질문화간에 변동속도의 차이에서 생겨나는 사회적 부조화를 문화지체(cultural lag)라고 표현하였다. 나는 한국 사회에서 헌법규범과 입법□사법□집행권력자의 헌법의식의 부조화를 통하여 '헌법 지체' 현상을 발견한다. 다시 말하면 헌법은 1987년헌법인데, 공직자들의 헌법의식은 1972년헌법 또는 1980년헌법에 머물러 있는 것이다. 이와 관련하여 칼 뢰벤슈타인은 적어도 형식적으로는 타당하지만 아직 실제로 활용되지 못하는 헌법을 명목적(nominal) 헌법이라 불렀다.³⁸⁾

시대착오적인 국가기관 행위는 명백하게 헌법규범이 겨냥한 권력제한명령에 불복종하는 것이다. 영어로 법학은 'Jurisprudence'인데, 그것은 'jus(법) + prudentia(경험, 통찰, 지혜로움)'의 라틴어에서 유래한 것이라 한다. "법에 대한 무지는 핑계가 될 수 없다"(Ignorance of the law is no excuse). 공직자의 헌법에 대한 무지 또는 통찰력 부재는 핑계거리가 될 수 없음은 물론 오히려 더 큰 책임을 추궁 받아야 할 일이다. 국민의 관점에서 권력에 대한 불복종 없는 공권력 담당자의 복종이 낳은 평범한 악의 폐해를 우리는 법률적 불법의 히틀러 체제에서 확인한 바 있다.

법치가 민주의 터전 위에 정립되지 않으면, 통찰력 없는 천박한 법치가 불법을 부르는 법이다. 나는 얼마 전에 다음과 같은 글을 쓴 적이 있다.

“건물 입구에 ‘애완견 출입금지’ 뜻말이 있다. 한 사람이 고양이를 데리고 들어가겠다고 떼를 쓴다. 고양이란 말이 없으니 들어갈 수 있다며 법대로 하잔다. 누구라도 그것이 억지임을 안다.

37) 한겨레 2010.2.16.

38) Loewenstein, Karl, 김효전 옮김, 비교헌법론, 교육과학사, 1991, 31.

그런데 물불 가리지 않는 권력자의 탐욕은 이 억지를 법치로 변질시킨다. 정의의 여신이 '눈 가리고 아웅'하는 지점이다. 이쯤 되면 법학자는 법을 고발해야 하는 처지에 놓인다."³⁹⁾
(2010.2.17)

< 참고문헌 >

- 김경일, "서부독일의 방위법제: 군사독재에 대한 특이한 예방적 규제," 지역사회개발논총 제9권, 1989, 61-81.
- 김선택, "유신헌법의 불법성 논증," 고려법학 제49권, 2007, 175-207.
- 김유환, "특별권력관계의 해체와 법리적 대안," 공법연구 제28집 제1호, 1999, 181-196.
- 김행수, "전교조 정치자금 수사의 법적인 쟁점, 무엇이 문제인가?," 민중의소리 2010.1.28, <<http://www.vop.co.kr/A00000280414.html>>, 검색일: 2010.2.17.
- 오동석(2000a), "제도적 보장론 비판 序說," 헌법학연구 제6권 제2호, 2000.11, 50-68.
- 오동석(2000b), "지방자치의 제도적 보장론 비판," 공법연구 제29집 제1호, 2000.11, 219-234.
- 오동석(2009), "시민의식과 집회□시위의 자유," 경찰법연구 제7권 제2호, 한국경찰법학회, 2009.12.31, 247-264.
- 오동석(2010), "교원의 기본권과 교육감의 징계직무에 대한 헌법적 검토," <검찰의 경기도교육감 소환 관련 토론회> 시국선언 교원 징계유보는 직무유기인가, 주최: 민주주의법학연구회, 아주대 글로벌인권센터, 2010.2.4, 2-12.
- 이계수(2005), "전근대적 군사문화와 군인의 인권," 민주법학 제28호, 민주주의법학연구회, 2005.
- 이계수(2006), "공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰," 민주법학 제29호, 민주주의법학연구회, 2006.
- 이계수(2009), "공무원의 복종의무의 내용 및 한계에 대한 규범적, 행정법사회학적 연구," 민주법학 제40호, 민주주의법학연구회, 2009.
- 임재홍, "공무원의 정치적 중립의무 비판: 미국 공무원법제와의 비교법적 고찰," 민주법학 제29호, 민주주의법학연구회, 2006.
- 이재승, "다시 리바이어던의 뱃속으로: 조용수 사건의 재심판결(2007재고합10)," 민주법학 제39호, 2009.3, 209-236.
- Loewenstein, Karl, 김효전 옮김, 비교헌법론, 교육과학사, 1991.
- Moscovici, Serge, 문성원 옮김, 다수를 바꾸는 소수의 심리학, 2010.
- Radbruch, Gustav, 이재승 옮김, "역주: 법률적 불법과 초법률적 법," 법철학연구 제12권 제1호, 한국법철학회, 2009, 1-26.

39) 오동석(2010), "법치, 아주대에서도 길을 잃다," 탁류청론 제3호, 아주대 교수회, 2010.1.12.

최근 민주노동당 서버침탈사태에 대한 정치적 분석:

민주공화제와 정당민주주의에 대한 중대한 도전

최형익(한신대학교 국제관계학부/정치학)

1. 서언: 한번은 비극으로, 한번은 희극으로!

최근의 민주노동당 서버침탈사태는 1989년 공안정국에 비견될 만하며, ‘신공안정국’의 도래 징후로 규정할 만한 사건이다. 당시 정치검찰 주도로 조성된 공안정국이 민주세력에게 상당한 타격을 주었지만, 이번에는 희대의 해프닝으로 끝날 가능성이 높다. 하지만, 이 사건은 한국 민주주의 진전에 중대한 도전이며, 이명박 정부의 경찰행정국가적 성격을 여실히 보여주는 사건이라 하겠다. 그러므로 차제에 공안세력이 정치에 영향을 미치지 못하고, 시민의 공복으로 거듭나기 위한 발본적 개혁의 신호탄으로 자기 매김 하기 위한 노력이 절실히 요구된다.

2. 민주공화제와 정당정치 그리고 현대 민주주의: 시민 정치참여의 위기

한국의 현행 헌법은 정치이론적 측면에서 국민의 보편적 기본권, 그 가운데 특히 정치적 평등 규정을 통해 자유로운 정치참여를 완전히 보장한다. 즉 자유로운 정치활동을 통한 민주주의의 실현이라는 측면에서 민주공화제적 헌법체계를 갖추고 있고, 또한 다른 측면에서 이러한 민주주의 실현의 방안을 헌법상의 정당국가 체계를 보장해 줌으로써 구체화하고 있다. 한마디로 한국의 현행 헌법체계는 국민의 기본권 보장과 정당정치를 민주공화제적 정치원리를 구현하고 있다고 해야겠다.

성별과 지역, 계급/계층 및 직업을 막론하고 모든 국민들에게 유보 없는 정치참여를 보장하고 이를 정당민주주의로 실현하는 일이 한국 민주공화제의 요체이며, 민주주의 원리 상 최선은 아닐지는 몰라도, 적어도 현재로서는 가장 구체적이고 현실적인 실현방안이다. 따라서 유보 없는 기본권 보장과 정당민주주의에 의거한 정치행위는 한국 헌법이 정하는 최상위 심급의 정치행위이자 모든 사회적 갈등과 정치 갈등의 최종해결을 담지하는 최종심급의 성격을 지닌다 하겠다. 이러한 논리에 입각해 볼 때, 정당은 헌법상의 최상위 정치기관이다. 왜냐하면 이를 통해서만 헌법상의 모든 국가기관이 형성될 수 있기 때문이다.⁴⁰⁾

40) ‘정당국가’의 정치원리는 최초의 민주공화제 헌법인 ‘독일 바이마르 헌법’에서 비롯되었다. 민주공화제를 실현하는 구체적 방안으로 정당국가를 규정한 1987년 대한민국 헌법 제8조는 다음과 같이 네 가지 항으로 이루어져 있다.

- ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.
- ② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.
- ③ 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.
- ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있

사정이 이러할 때, 이러한 민주공화제적 정치원리의 하위체계이자 그러한 원리의 실현을 위해 적극조력의 의무를 지닌다 할 수 있는, 더구나 헌법기관도 아닐 뿐 더러 헌법의 하위체계인 행정조직법상의 개별기관에 불과한 검찰과 경찰이 전교조와 전공노의 불법적 정치활동을 빙자하여 현재 자행하고 있는 민주노동당 서버침탈사태는 한국 헌법의 핵심원리인 민주공화제에 대한 중대한 도전이자 파괴행위로 규정할 수 있다.

더구나 이번 검찰/경찰의 ‘유사정치행위’가 심각한 우려를 낳는 것은 전교조와 전공노의 소위 ‘불법정치활동’ 수사로부터 비롯되었다는 사실 때문이다. 헌법에 보장된 정치적 평등과 정치활동의 자유라는 국민적 기본권을 교사와 공무원에게는 허용할 수 없다는 검찰과 경찰의 법해석이 헌법의 근본취지를 위반하고 있으며 불법적 해석이라는 사실에 주목할 필요성이 있다. 그러한 논리라면 전교조와 전공노 소속 성원들에게는 일반적인 투표권도 허용하지 말아야 할 것이다. 왜냐하면, 국민의 참정권, 특히 투표권 자체가 이미 가장 기본적 정치활동이자 출발점에 해당한다는 점은 현대 정치이론의 ABC에 속한다.

최근, 현대 자본주의 사회의 민주주의는 사회경제적 불평등의 증대 및 새로운 정치, 사회경제적 위기사태에 직면하여 국민의 정치참여가 현저하게 저하되는 현상을 보임으로써, 정치참여의 위기가 운위될 정도이다. 이러한 정치참여의 위기를 우려하여 샤흐 슈나이더라는 저명한 정치학자는 그러한 현상을 ‘질반의 인민주권’이라는 용어로 묘사하기도 했다. 참여의 위기를 극복하기 위해 정당을 비롯한 정치권은 전교조와 전공노와 같이 국민의 핵심적 여론과 요구를 전달하고 걸려 낼 수 있는 사회기관의 정치참여를 보장하고 적극 권장해도 시원찮을 판에 이를 탄압한다는 것은 시대착오적이자 정권 스스로 자신의 무덤을 파는 격이라고 해도 과언이 아닐 것이다.

이러한 설명을 종합해 보았을 때, 만일 검찰과 경찰이 전교조와 전공노의 불법정치활동을 수사해야 했다면, 예컨대 정치자금을 대가로 통해 매관매직 행위를 자행하는 등 명백히 형법상의 불법행위에 한정해서 이루어져야지 포괄적이고 정상적인 정치활동을 목표로 수사가 이루어지는 것은 누가 보더라도 정치적 목적이 뚜렷한 기획수사이자 특정정당에 대한 탄압이 아닐 수 없다. 더구나 최근 세종시 문제로 여당인 한나라당의 내분사태와 이명박 대통령과 박근혜 의원의 정치적 갈등이 극에 달하고 있는 시점에서 이러한 대규모 공안수사가 진행되었다는 면에서 기획수사라는 의혹을 지울 수 없다고 해야겠다.

한마디로 검찰과 경찰은 자신이 민주공화제적 헌법원리에 입각하여 주권자인 인민/국민의 공복이 되어야 함에도 불구하고 특정 정권의 수호자로 자처하며 국민의 자유로운 정치활동을 탄압하는 식으로 주객전도 내지 본말전도의 양상을 보이는 게 현 사태의 본질이라 하겠다.⁴¹⁾ 공무원의 정치중립이라는 헌법조항 역시 특정직업의 구성원에게 정치활동을 포괄적으로 금지하는 게 아니라 자신의 공무원으로서의 직책을 활용하여 특정한 정당을 이롭게 하는

고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

41) 대한민국 헌법 제7조는 검찰과 경찰과 같은 공무원에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

① **공무원**은 **국민**전체에 대한 봉사자이며, **국민**에 대하여 책임을 진다.

행위를 금지하는 것으로, 그 실질적 내용에서 본다면 검찰과 경찰이 헌법상의 공무원의 정치중립 규정을 가장 위반하고 있는 국가기관이라고 해야겠다.

이처럼 정치활동의 주체와 행위를 자신들의 공안적 잣대로 규정하는 작금의 검찰/경찰의 행태는 정치사찰과 예비검속을 골자로 조선민중들의 정치활동에 대한 탄압과 민족정치지도자에 대한 요시찰을 전담했던 일제 고등계 경찰의 작태와 대단히 유사하다고 할 수 있다. 왜냐하면, 양 기관의 수사의도가 근본적으로 정치행위를 협소하고 자의적으로 규정하는 법해석에서 비롯되고 있기 때문이다. 조선민중 전체의 정치행위를 금지한 일제 식민지 당국과 한국 국민들 중 교사와 공무원, 그리고 한나라당이나 민주당 등 여타 보수정당은 제쳐놓고 유독 민주노동당만 탄압하는 현 검찰과 경찰의 논리는 그 범위만 다를 뿐 상당한 유사성을 보이고 있다. 무엇보다 자신들이 현재 자행하고 있는 행태가 그 자체로 헌법상의 공무원의 정치중립과 정당민주주의의 원리에 반하는 불법 정치행위라는 사실을 망각내지 국민들을 기망함으로써 현행 민주공화제적 헌법질서에 반하고 있다는 사실이야말로 지속적으로 한국민주주의에 중대 도전이자 정치적 위기의 주요 요인으로 작용할 소지가 크다고 하겠다. 이는 결과적으로 검찰과 경찰이 해방이후 단 한번도 근본적 민주개혁의 대상이 되지 않았다는 사실, 독재권위주의 정권이 이들을 자신의 충실한 권력기반으로 정치적으로 이용해 왔다는 한국현대사의 비극에서 비롯된다.

3. 결론: 이번 사태를 검찰과 경찰의 발본적 개혁의 신호탄으로 자리매김하자

- 최근 사태로 검찰과 경찰의 내부개혁은 애초부터 가능하지 않았음을 다시 한번 반증해주고 있다. 검찰과 경찰의 근본개혁은 민주공화제의 원리에 충실할 수 있도록 국민의 공복으로 이들의 위상을 규정하는 작업에서 시작할 수 있으며, 이를 위해 이들 기관에서 소위 ‘공안’이라는 명목으로 국민과 정당의 정치행위를 수사하고 사찰하는 권한 그 자체를 박탈해야 할 것이다. 한마디로, 검찰과 경찰에 대한 외과수술적 대대적인 민주적 개혁작업은 그 자체로 한국 민주주의의 진전에 필수적인 일차과제임을 이번 사태는 다시 한번 일깨워주고 있다.

- 민주노동당에 대한 서버침탈이 정당하다면, 검찰과 경찰은 할리우드 흥행영화 아바타를 집에서 봤다는 정운찬 총리의 2월 10일자 대국회질의에서의 발언도 수사하고 증거인멸을 이유로 정총리의 컴퓨터 하드로 즉각 압수수색해야 할 것이다. 왜냐하면 아바타를 집에서 볼 수 있을 가능성은 불법다운로드 외에는 불가능하기 때문이다. 이 정도로 현재의 검찰과 경찰의 민노당 서버수색은 한편의 코미디라고 할 수 있다. 검경은 나아가 이명박 대통령이 입만 열면 자랑해 마지 않는 올해 G20 회담 참여나라들 가운데 과연 몇 나라가 교사와 공무원의 정치활동의 탄압하고 있는지 알아보기 바란다. 그렇지 않으면, 최근의 사태는 국제적 망신거리가 될 가능성이 대단히 높다.

- 차제에 진보정치세력 역시 이번 사태를 다른 정당이나 정파의 힘을 빌리기보다는 자신의 정치적 의제와 사회경제 개혁과 진보정책을 중심으로 자신들의 독자적인 정치활동을 강화하는 계기로 삼아야 할 것이다. 과문한 탓인지는 모르나 민주노동당이 검찰과 경찰의 근본적

개혁을 본격적 정치의제로 올렸다는 소식을 단 한번도 접한 바 없으며, 자신의 독자적 정치 역량이 부족할 경우 언제라도 검찰과 경찰의 공안탄압의 사냥감으로 전락할 수 있다는 게 이번 사태의 최대교훈이 아닐까 여겨진다.

[토론문] 민주노동당 서버 및 계좌에 대한 압수수색검증의 문제점

2010. 2. 17. 권영국(변호사, 민변 노동위원장)

1. 민주노동당 서버에 대한 압수수색의 문제점

가. 사건의 경위

2009. 6. 18.과 7. 19. 두 차례에 걸친 전국교직원노동조합(전교조)의 시국선언 발표 직후 경찰은 전교조 본부와 서울지부 사무실에 대한 무차별적 압수수색(같은 해 7. 3.)과 전교조 전임자 및 상근자의 개인 이메일계정뿐만 아니라 전교조 간부 수백 명의 개인계좌에 대한 압수수색을 실시함으로써 시국선언과 관련이 있다고 보기 어려운 부분까지 수사를 확대하는 '별건수사' 및 '별건압수□수색'의 위법성 논란을 불러일으켰다.⁴²⁾

2010. 1. 19. 전주지법에서 시국선언에 참여한 전교조 교직원들에게 국가공무원법위반(집단행위금지) 혐의에 대해 무죄선고를 하자, 같은 달 25. 서울 영등포경찰서는 기자브리핑을 통해 전교조□공무원노조의 교사와 공무원들이 특정정당에 가입하고, 매월 일정금액을 정당계좌로 납부한 사실을 확인하고 수사대상자 290여 명 중 1차로 69명에 대해 같은 해 25. 정당법 제22조(위법당원가입), 정치자금법 제45조(정치자금부정수수), 국가공무원법 제65조 제1항, 4항(정치활동금지) 위반 혐의로 소환조사를 할 것임과 2009. 7. 전교조 시국선언과 관련하여 국가공무원법위반(집단행위금지) 혐의에 대해 수사를 벌이던 중 전교조 교사, 공무원노조 공무원들의 위 혐의에 대한 단서를 발견하였으며 계좌추적을 통해 증거를 확보하였다고 발표한 바 있다. 경찰은 확정되지 아니한 피의사실을 기자브리핑을 통해 공공연히 유포하였다.

다음날인 26.에는 대검 공안부가 위 수사 사건을 '중대 공안사건'으로 규정하고 전국적으로 수사를 확대하겠다는 입장을 밝힘으로써 처음부터 시국선언 사건에 대한 수사의 의도가 다른 곳에 있었음을 시사해주었다. 경찰은 또한 언제 어디서 집행되었는지 알 수 없는 2009. 12. 30.자 검증영장(1차 압수수색검증영장)에 기하여 교사 및 공무원들 120명의 당원번호를 확보하였고, 2010. 1. 27.에 발부된 영장(2차 압수수색검증영장)을 근거로 KT 해

42) 2010. 2. 4. 민변과 민주당 강기정의원실/ 민주노동당 이정희 의원실/ 창조한국당 유원일 의원실/ 진보신당 조승스 의원실 공동주최 '공무원 교원의 정치적 기본권 보장 및 경찰의 공무원노조·전교조에 대한 수사의 문제점' 토론회 자료집 중 "공무원노조·전교조에 대한 경찰수사의 문제점"(권영국 발제문), "별건수사 및 정당의 투표시스템에 대한 강제수사의 문제점"(이정희 토론문) 참조

화센터에서 이들의 투표이력을 검증하려고 시도하였으나 사이트 폐쇄로 인하여 확인하지 못하였다고 밝혔다.

그런데 이처럼 경찰이 교사 및 공무원들의 민주노동당 관련 투표이력을 확인하지 못하였다고 밝혔음에도 동아일보는 1. 27. 기사에서 경찰의 말을 인용하여 전교조 위원장이 민주노동당 현안에 대하여 16차례 투표에 참여하였다고 보도하였다. 이는 로그인을 하지 않고서는 접근할 수 없는 정보인 당원투표기록을 2차 영장을 집행하기도 전에 경찰이 확보하였다는 것을 의미하는 것으로, 경찰이 1차 영장집행 당시 불법해킹 또는 정보통신망에의 불법침입을 통하여 교사 및 공무원 120명의 투표이력정보를 확보한 것이 아닌가 하는 의심을 들게 하는 부분이다. 정확한 사실 파악을 위하여 1차와 2차 영장이 어떠한 방법으로 어떠한 범위까지 검증을 허용하고 있었는지 여부를 파악하여야 할 것이나, 경찰은 위 1차와 2차 압수수색검증영장을 공개하기를 거부하고 있다.

경찰은 증거수집과 관련한 불법해킹 의혹이 증폭하자, 지난 2. 3. 민주노동당의 서버가 소재한 분당 KT IDC 센터에 대한 압수수색검증영장(3차 압수수색검증영장)을 발부받아 다음날인 4. 민주노동당 서버에 대한 압수수색검증을 시도하였다.

3차 압수수색영장의 내용을 보면, 경찰은 애초 서버 및 기기 자체를 압수대상으로 삼음으로써 정당의 활동 내역을 모두 들여다 볼 수 있는 방법으로 압수수색을 신청하였으나, 법원은 압수수색 대상 및 방법에 대해 상당한 제한을 가하고 있음을 확인할 수 있다. 그러나 법원에 의한 방법상의 제한이 있다고 하더라도 정당 서버 전체에 대한 압수수색영장이 발부되었다는 부당함이 치유되는 것은 아니다.

2. 4. 경찰은 3차 영장 집행을 개시하였으나 전자증거 압수수색에 대한 기술적인 미흡함과 영장의 제한으로 인해 집행의 목적을 이루지 못하자, 2. 6. 민주노동당 관계자의 협조가 없어 집행이 불가능한 경우 시스템(서버)을 이미징하여 생성된 결과물(이미징 결과물-복제물)을 대상으로 압수□수색□검증할 수 있도록 하는 새로운 영장(4차 압수수색검증영장)을 발부받아 민주노동당 서버에 대한 압수□수색□검증을 집행하려 하였다. 반면 민주노동당은 당원에 관한 정보를 보호해야 할 의무가 있는 공당으로서 3차 영장 집행 종료 후 4차 영장집행이 개시되기 이전 정해진 반출절차에 따라 서버관리업체와 서버장소임대업체인 KT의 승인을 거쳐 자신의 재산인 서버의 하드디스크를 반출하였다.

경찰은 3차 영장 집행 종료 후 민주노동당 서버에 대한 어떠한 조치(봉인, 서버장소 폐쇄,

반출금지 등)도 취하지 아니하였다.⁴³⁾ 이와 같이 3차 영장 집행이 종료된 후 민주노동당은 서버에 대한 법적인 제약이 사라진 상태에서 서버의 소유자로서 서버를 관리수탁업체의 보호에서 자신의 보호 아래로 이전하였던 것이다. 그런데 경찰과 일부 언론은 이를 호도하여 민주노동당이 마치 영장집행 도중에 서버의 하드디스크를 불법적으로 반출한 것처럼 주장하고 있다. 그러나 이는 앞서 살펴본 바와 같이 사실과 다르다.

이처럼 수사기관은 분당 KT IDC 센터에서 행한 두 번의 압수수색에도 불구하고 원하는 자료를 얻지 못하게 되자, 이제는 민주노동당의 미신고계좌를 통한 정치자금부정수수 및 돈세탁 혐의 등을 공공연히 언론에 유포하며 민주노동당 계좌에 대한 압수수색으로 수사의 방향을 돌리기 시작하였고, 일부 언론 또한 이에 발맞추어 미신고계좌를 불법계좌로, 미신고계좌에서 신고계좌로의 자금이체를 돈세탁 혐의로 호도하고 있는 실정이다.

먼저, 서버에 대한 압수수색의 문제점을 살펴보자.

나. 1차, 2차 압수□수색□검증영장 집행의 문제점 - 온라인 수색에 의한 수색□검증의 허용과 제한

'정보화 사회'에서 살고 있는 시민들은 사이버 공간속의 디지털화된 정보(전자정보)에 근간하여 자신들의 삶의 영역을 확장해 나가고 있다. 독일에서는 전자정보에 대한 수사기관의 수사기법과 관련하여 여타 다른 형사사법기관에 저장되어 있는 개인의 정보를 그 정보 고유의 저장목적과는 다른 특별한 범죄 사안을 조사하기 위해서 컴퓨터를 통해 자동적으로 검색하는 「컴퓨터 검색수사」 나 디지털화된 증거의 압수□수색에 대한 논의가 진행되고 있는 가운데 「온라인 수색」이라는 새로운 수사기법이 새로운 쟁점으로 떠오르고 있다.

온라인 수색이란 "국가기관이 인터넷 접속을 통해서 사용자 모르게 사용자의 IT-시스템에 저장된 데이터를 탐색하거나 복사하는 행위"를 말한다⁴⁴⁾. 이번 경찰의 1차, 2차 영장에 대한 압수□수색□검증 집행은 아마도 위에서 설명한 온라인 수색의 방법으로 시도한 것으로 추정되는데, 이는 해킹에 의한 수사기법으로서 정보통신망이용촉진및정보보호에관한 법률 제48조 불법침입죄, 제49조 비밀침해죄, 제49조의 2 불법개인정보수집죄, 주민등록법

43) 경찰은 3차 영장집행이 중단된 것이지 종료된바 없다고 주장한다. 경찰의 주장에 따르면 추가적인 집행행위가 없었던 3차 영장집행의 종료시점에 대해서는 설명할 길이 없어진다.

44) 이원상, 온라인 수색에 대한 고찰 -독일의 새로운 논의를 중심으로-, 형사법연구 제20권 제4호 2008. 통권 제37호. 337쪽, 341쪽

제37조 제9호 주민등록번호 부정사용죄의 구성요건에 해당하여 원칙적으로 위법한 행위가 된다.

그렇다면, 수사기관이 해킹이라는 방법을 통해서 수사를 할 수 있는가. 즉 해킹에 의한 수사행위는 허용될 수 있는 것인가?

온라인 수색보다 침해가 훨씬 경미한, 압수수색의 전단계의 수사로 여겨지는 컴퓨터 검색 수사⁴⁵⁾에 관해서 독일 연방헌법재판소는 높은 차원의 법익침해가 구체적인 위험에 의해서 침해되지 않는 이상 컴퓨터 검색수사를 행할 수 없다고 결정하였다. 즉, 컴퓨터 검색수사의 경우 전 단계 조치를 위한 헌법상의 요청이 아니기 때문에 단순히 테러의 위험 등과 같은 이유들은 충분한 전제조건이 되지 못한다고 한다. 따라서 연방이나 주, 개인의 신체, 생명, 자유를 침해할 정도로 구체적인 위험 - 테러의 예비나 실행이 나타나지 않는다면 행해져서는 안 된다고 하였다.⁴⁶⁾ 시민의 기본권은 넓게 보장되어야 한다는 입장에서 보면 국가의 침해 형태가 공개적이거나 은밀한 지의 여부는 중요하지 않으며, 개인의 정보를 개인의 동의 없이 국가가 검색하는 것은 이미 기본권을 침해하는 것이라고 한다.⁴⁷⁾

독일 연방헌법재판소는 "일반 인격권으로부터 '정보기술 시스템의 기밀성과 무결성의 보장에 관한 기본권'이 도출된다."면서 "기술적인 방법으로 시스템의 사용을 감시하고, 그 저장장치를 검색할 수 있도록 비밀리에 정보기술 시스템에 침입하는 것은 '매우 중대한 법익의 구체적인 위험에 대한 실제적인 근거가 존재할 때에만 헌법적으로 허용될 수 있다"고 하며 "여기서 '매우 중대한'이란 신체, 생명, 개인의 자유 또는 국가의 근간이나 존립, 인간의 존재 근거를 위협하는 공공적인 법익들을 의미한다."고 하였다. 그리고 "비밀스럽게 정보기술 시스템에 침입하는 것은 원칙적으로 판사의 명령에 유보되어 있다"고 판시하였다⁴⁸⁾.

정리하면, 온라인 수색은 인격권에서 파생되는 기본권에 대한 침해를 야기하는 것이므로 매우 중대한 법익에 관하여 구체적인 위험이 존재할 때에 판사의 허가에 의해서 집행될 수 있다는 것이다. 또한 개인정보에 관하여 정보의 자기결정권을 넘어서서 소위 'IT-기본권'이라고 하는 '정보기술 시스템의 기밀성과 무결성의 보장에 관한 기본권'의 존재를 인정하여 개인정보가 헌법적 차원에서 보다 명확한 권리로 보호받음을 인정한 것이

45) 독일의 경우 이슬람 거주민들에 대해서 테러의 위험이 있다는 이유로 잦은 컴퓨터 검색수사를 행하고 있다.

46) 연방헌법재판소 판결 2006. 4. 4. 1 BvR 518/02.

47) 이원상, 위의 논문, 338쪽

48) 이원상, 위의 논문, 345쪽

다.

이 사건에서 (경찰이 영장의 내용을 공개하고 있지 않아 정확한 수사방법을 알 수는 없지만) 경찰은 1차 검증영장을 근거로 위와 같은 온라인 수색 방법을 통하여 당원번호와 개인의 투표여부 및 그 기록을 확보하였다고 주장하고 있는 것으로 추측된다. 그러나 이러한 온라인 수색도 역시 단순한 수사기법을 넘어선 '수색'의 범위 안에 들어가는 것이므로 법원이 발부한 영장에 의하여, 영장을 제시하고, 처분 받는 자 및 피의자 또는 변호인의 참여 하에, 영장에 기재된 장소와 방법의 제한 하에서 집행되어야 하는 것이다. 또한 그 영장의 발부요건 역시 위 판례에서와 마찬가지로 매우 중대한 법익의 실제적인 위험이 있어야 할 것인데, 정당에 매월 후원금 일만 원을 후원한 것이 중대한 법익의 침해인지 의문이 아닐 수 없다.

또한 개인정보의 수집에는 정보주체의 분명한 인식 내지 동의하에 수집되어야 할 것인데, 과연 누구에게 언제 통지하고 그러한 정보를 수집하였는지 의문이다. 영장의 집행은 영장주의 일반원칙에 따라 영장에 기재된 대로 집행되어야 할 것이며 만약 그 집행절차에 하자가 있거나 기재된 범위 이상의 압수수색검증을 하였다면 이는 영장주의에 위반되는 위법한 영장집행으로서 수사기관은 이에 대하여 '정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률'상의 불법침입죄, 주민등록정보 부정사용죄 등의 형사법적 책임을 면할 수 없을 것이다.

다. 3차, 4차 압수□수색□검증영장 및 집행에 관하여 - 전자증거에 대한 압수□수색□검증의 문제점

(1) 전자증거의 특수성과 압수수색의 한계

1차, 2차 압수수색검증영장 집행 절차를 둘러싸고 여러 의혹을 불러일으킨 경찰은 2010. 2. 3. 민주노동당 서버에 대한 직접적인 압수수색검증영장(3차 영장)을 발부받아 집행을 강행하였다. 본래 경찰은 영장신청서에서 '화면 캡처 또는 출력이 불가능한 경우에는 웹 문서, 파일, 데이터를 압수하고, 이마저 불가능한 경우에는 해당서버 및 연결된 기기 자체를 압수'하겠다고 신청하였으나 법원은 '화면 캡처 또는 출력이 불가능한 경우에는 사진 촬영'하는 것으로 압수범위를 제한하였고, 또한 경찰은 '압수수색검증시 민주노동당 관계자를 참여시키되, 참여를 거부하는 경우에는 참여 없이 집행' 할 수 있게 해달라고 신청하였으나, 법원은 '참여를 거부하는 경우에는 분당KT IDC센터에 근무하는 직원의 참여하

에 집행'하도록 제한하였다.

이처럼 수사기관이 법원에 제출한 영장신청 내용에서는 전자증거(디지털 증거)에 대한 압수수색의 대상을 서버에 대한 압수라는 최악의 수단까지 예정하고 있었다는 사실을 알 수 있고 관계자의 참여 없이도 영장을 집행할 수 있는 방법을 시도하였다. 수사기관의 영장신청 내용은 범죄 유□무관 기록 전체에 대한 포괄적 압수□수색에 해당하는 것으로서 허용될 수 있는지 여부가 문제된다.

일반적으로 전자증거란 범죄가 행해졌다는 것을 입증할 수 있거나 또는 범죄와 그 피해자, 범죄와 그 가해자간의 연관성을 제공할 수 있는 모든 형태의 디지털 데이터를 지칭하는 의미로 사용되는데⁴⁹⁾ 이는 기존의 형사소송법이 예상하고 있던 증거물의 개념에서 벗어난 새로운 증거로서 컴퓨터 자체에 대한 압수와 컴퓨터에 저장된 데이터에 대한 압수라는 두 가지 개념을 분리해서 살펴보아야할 것이다.

형사소송법 제106조는 '법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다'라고 규정하고 있어 '증거물 또는 물건'을 압수의 대상으로 보고 있다. 따라서 압수의 목적 대상이 무체물인 데이터 그 자체인 경우 본래 물리적으로 관리가 가능한 유체물을 압수, 수색의 대상으로 규정하고 있는 형사소송법 규정을 그대로 적용할 수 있는가 하는 문제를 검토해 볼 필요가 있다.

즉, 컴퓨터에 의해 처리되고 저장된 전자적 기록 또는 데이터는 그 자체로서 유체물이 아니기 때문에 압수의 대상이 될 수 있는가가 문제되는 것이다⁵⁰⁾.

대법원은 "컴퓨터에 저장되어 있는 '정보' 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것"이라고 판시하여⁵¹⁾ 컴퓨터에 저장된 디지털 정보의 물건성을 부정하고 있다.

그렇다면 현행 수사의 실무상 디지털 정보에 대한 압수수색의 필요성을 이유로 디지털 정보가 담긴 컴퓨터디스크 등의 압수수색을 광범위하게 허용하고 있는 상황을 어떻게 바라보아야 할 것인지 의문이다.

49) 탁희성, 전자증거의 압수 수색에 관한 일고찰, 형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 봄호), 22쪽
50) 이경렬, 디지털 정보 관련 압수수색 규정 도입을 위한 전체적 고찰, 법학실무연구회2009상반기 학술대회, 2009. 6. 22. 316쪽
51) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745

수사의 실무상으로는 디지털 정보에 대한 압수수색의 필요성을 들어 디지털 정보가 담긴 컴퓨터디스크 등에 압수수색을 허용하되, 디지털 정보의 특수성을 감안하여 영장발부단계에서 영업권이나 사생활이 침해되지 않도록 일정한 제한을 가하거나 신중을 기할 필요가 있다는 점에 의견이 수렴되고 있는 실정이다. 디지털 정보는 다른 문서나 유형물과 그 성질이 다르다. 특히 파일의 복사는 전자적인 정보의 이동만이 일어날 뿐 그 특성상 원본 파일과 달라지는 게 전혀 없다. 수사기관이 디지털 정보를 출력하거나 파일을 복사하는 과정에서 그 정보의 소유자나 관리자의 당해 관련 정보 또는 이를 저장하고 있는 컴퓨터 디스크 등에 대한 접근을 강제로 배제하고 그 의사에 반하여 관련 정보를 획득하는 것이므로 반드시 정보 그 자체 내지 원본 파일의 압수라는 식으로 압수의 의미를 좁게 해석할 실질적인 이유는 없다. 따라서 출력물의 수집이나 파일복사의 방법으로 디지털 정보에 대한 압수가 가능하며 이러한 압수집행에 대해서도 영장주의의 통제가 필요하다고 한다⁵²⁾.

따라서 현행법상 "증거물 또는 물건"으로 압수의 대상을 예상하고 있는 이상 컴퓨터에 저장된 전자정보는 위 법문상의 압수의 대상에 해당하지 아니하나, 그 출력물 내지 파일 복사라는 방법으로 충분히 수사의 목적이 달성된다고 할 것이므로, 전자적 정보 자체를 확보하기 위하여 하드디스크 압수라는 수단을 이용하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 해야 할 것이다.

(2) 별건 압수□수색 및 이를 근거로 한 2차적 증거수집절차의 문제점

또한 형사소송법에서 명문으로 인정하고 있지 않은 긴급압수나 별건수사를 위한 수단으로 발부받은 압수수색영장에 의한 압수에 기해 수집한 컴퓨터 관련증거는 위법한 절차에 기해 수집한 증거라고 보아야 할 것이다⁵³⁾.

작년 전교조 시국선언과 관련하여 경찰은 전교조 본부와 서울 지부 사무실을 압수수색하면서 컴퓨터 서버를 압수하였는데, 이 같은 압수수색은 비록 영장이라는 형식적 요건을 갖추었을지 몰라도 별건 압수수색에 해당할 가능성이 높아 현행법이 예정하고 있는 압수수색의 범위를 넘어선 위법한 것일 수 있다.

52) 이경렬, 위의 논문, 319쪽

53) 원혜옥, 과학적 수사방법에 의한 증거수집 -전자증거의 압수수색을 중심으로-, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003. 12. 180쪽

즉, 소량의 데이터를 수집하기 위해 범죄사실과 무관한 데이터 저장매체 전부나 컴퓨터 설비 전체를 압수하는 것은 허용되지 않아야 하는 것이고 별건수사를 위한 수단으로 발부받은 영장에 기하여 압수한 정보를 바탕으로 또 다른 압수수색을 하는 것은 허용되지 않아야 할 것이므로, 이와 같이 위법한 별건 압수수색을 통하여 확보한 증거(위법수집증거)를 바탕으로 전교조 조합원들의 정치자금법위반 혐의로 수사를 확대한 것은 독수독과로써 증거로 삼을 수 없다고 해야 함이 타당할 것이다.

대법원 판례도 "헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적인 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄인정의 증거로 삼을 수 없다. 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다"라고 판시하여 위법하게 수집된 증거에 기초하여 새로이 수집한 증거 역시 증거능력이 없음을 명시하였다.⁵⁴⁾

따라서 이번에 민주노동당 서버에 관하여 발부된 3차, 4차 영장의 경우 작년 전교조 사무실에 대한 압수수색에서 별건수사 또는 별건 압수수색이라는 위법에 바탕을 두고 수집한 증거로서 위법수집증거라 할 수 있는 증거에 바탕을 두고 전교조 교사들에 대한 정치자금법위반 혐의를 만들어 이루어진 압수수색일 수 있으므로 위법하게 획득한 1차적 증거를 바탕으로 획득한 2차적 증거도 유죄의 증거로 사용할 수 없다는 판례의 견해에 비추어 볼 때 비록 영장이라는 형식적 요건을 갖추었을지라도 내용적으로 위법한 내용을 담고 있으므로 이러한 영장 집행에 대하여 협조하지 않는 것은 도리어 정당한 권리행사일 수 있다.

(3) 프라이버시권 및 개인정보자기결정권에 대한 현저한 침해

설령 전교조 사무실 압수수색이 위법하지 아니하여 이번 압수수색 영장의 발부가 적법하다 하더라도 정당의 당원명부에 대한 압수수색영장은 그 자체로도 정당제도 및 정당 활동의 자유를 현저히 침해하고 당원 개인 사생활의 비밀과 자유를 침해할 수 있는 가능성이 매우 높은 영장이라 할 것이다.

미국헌법 수정 제4조는 프라이버시의 보호라는 관점에서 법집행기관의 압수, 수색을 규율하고 있는데, 컴퓨터 등에 의한 전자기록은 가시성, 가독성을 가지고 있지 않으므로 자체

54) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결

로 내용을 가독할 수 있는 서면에 기록된 정보보다 타인에게 알려지지 않는다는 기대의 정도가 높기 때문에 프라이버시의 합리적 기대는 보다 강하게 인정될 수 있다고 본다. 이와 같이 프라이버시의 합리적 기대가 인정되는 경우에 법집행기관에 의해 개인의 프라이버시에 대한 간섭이 허용되기 위해서는, 수정 제4조가 규정하고 있는 ‘상당한 이유’ 및 ‘특정성’이라는 실체요건과 그에 따른 절차적 요건인 영장이 요구되며 이는 원칙적으로 중립공평한 제3자로서의 영장법관에 의한 사전조사가 이루어진 영장이 필요하게 되는 것이다⁵⁵⁾.

우리 헌법에서도 사생활영역의 자유를 보호하기 위해 사생활의 비밀과 자유(제17조56)를 비롯하여 통신의 자유(제18조57) 등을 규정하고 있다. 헌법 제17조에서 규정하고 있는 사생활의 비밀이란 사생활에 관한 사항으로 일반인에게 아직 알려지지 아니하고 일반인의 감수성을 기준으로 할 때 공개를 원하지 않을 사항을 말한다. 그리고 사생활의 비밀과 자유의 불가침이란 사생활의 내용을 공개당하지 아니하고, 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 않는 것을 말한다. 이러한 전통적인 사생활권이 개인의 사적 영역을 외부의 침입이나 개입으로부터 소극적으로 보존하고자 하는 데에 초점이 맞추어져 있다면, 개인 정보자기결정권은 타인에 의한 개인정보의 무분별한 수집, 처리, 이용, 제공 등에 대한 정보주체에게 적극적인 통제권을 부여하고자 하는 권리로 자신에 관한 정보의 공개와 유통을 스스로 결정하고 통제할 수 있는 권리를 말한다⁵⁸⁾.

개인정보자기결정권의 보호대상과 관련하여 헌법재판소는 ‘개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.’고 판시하였다.⁵⁹⁾ 개인정보는 정당한 수집 목적에, 필요한 범위 내에서, 공정하고 합리적인 방식으로, 정보주체의 분명한 인식 또는 동의 아래 수집되어야 한다(수집제한의 원칙). 그리고 개인정보를 수집하는 목적은 수집 당시에 명확히 특정되어 있어야 하고, 그 후의 이용은 이 특정된 수집목적과 일치하여야 하며, 함부로 제3자에게 제공 또는 전달되어서는 안 된다(목적구속의 원칙). 이러한 개인정보처리의 원칙이 충족되지 않은 경우에 정보주체는 개인정보의 수집, 이용, 제공 등의 정보처리를 금지하도록 요구할 수 있다⁶⁰⁾.

55) 원혜옥, 위의 논문, 168쪽

56) 헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

57) 헌법 제18조 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.

58) 정회철, 기본강의 헌법 개정4판, 410쪽

59) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513

선거에서 자신의 투표행위에 관해서는 다른 어떤 정보보다 타인에게 알려지지 않는다는 기대의 정도가 높다고 여겨진다. 이는 자신이 누구에게 투표했느냐를 비밀로써 보호해주는 것뿐만 아니라 자신이 투표를 하였는지 하지 않았는지 여부도 보호의 범위에 포함되어야 할 것이며, 이는 민주주의의 당연한 요청인 비밀투표의 한 내용을 이룬다 할 것이다. 그런데 이번 사건 수사에서 경찰은 1차~4차 영장을 통하여 프라이버시의 보호라는 합리적인 기대와 민주주의의 기본원칙인 비밀투표의 원칙을 침해하고 있는 것이다.

더욱 심각한 것은 개인의 자기정보를 개인이 인식하지도 못하는 사이에 들여다보고 빼내어가고 있는 현재의 수사방식은 헌법에서 보호하고 있는 개인정보자기결정권을 심각하게 침해하고 있는 것이다.

라. 압수, 수색 영장의 집행 중단과 종료 논쟁에 대하여

위에서 보듯이 위법수집증거배제원칙, 그리고 정당 활동의 자유를 최대한 보장하고자 하는 헌법의 정신에 비추어 정당의 주요활동내용이 담겨 있고, 정당민주주의의 핵심인 투표 기록과 정당의 당원명부가 담긴 서버에 대한 포괄적 압수□수색은 용납될 수 없는 것이다.

그러나 이 사건의 경우와 같이 서버에 대한 압수수색검증영장이 발부되었을 때, 압수수색을 당한 자가 취할 수 있는 정당한 권리 행사의 범위를 알아보고, 3차 영장집행과 4차 영장집행 사이에 발생한 서버의 하드디스크 반출을 어떻게 볼 것인지 검토를 요한다고 할 것이다.

2. 4.부터 2. 6.까지의 사실관계를 정리하자면, 2. 4. 09시경 경찰은 당이 아닌 서버관리업체에 압수수색 사실을 통보하고 이는 곧 당에게 전달되었다. 분당 KT IDC 앞에서 14시경 변호인이 영장내역을 확인하고 3시 50분부터 서버관리업체와 당의 홈페이지관리자, 경찰기술진 등이 입회하여 KT 4층에 있는 서버실에서 서버 검색을 시작하였다. 19:10경 경찰의 언론플레이에 항의하는 의미로 민주노동당 당직자와 변호인이 서버실에서 철수하였고, 영장에 기재된 대로 민주노동당 관계자가 참여를 거부하는 경우에는 분당 KT IDC 센터에 근무하는 직원의 참여하에 영장을 집행할 수 있음에도 불구하고 경찰은 20:30경

60) 정회철, 위의 책, 415쪽

KT IDC 4층에서 철수하면서 영등포 경찰직원을 한 명씩을 각각 4층 휴게실과 1층 OP룸에 상주시켰다. 다음날인 5. 11시경 경찰은 추가 압수수색을 하겠다고 통보하였으나, 이에 이미 전날에 충분한 협조를 하였다고 판단한 민주노동당은 17:40경 영장집행종료를 선언을 공식화 하였고, 경찰은 여기에 아무 이의를 제기하지 않았다. 다음날인 6. 01시경 민주노동당은 하드디스크 반출절차규정에 따라 서버관리업체에 하드디스크 반출공문을 접수하였고 서버관리업체와 KT IDC 센터의 반출승인절차를 거쳐 같은 날 01:20경 자신의 재산인 하드디스크를 인수하였다. 이후 경찰은 같은 날 14:00경에 4차 영장을 발부받아 병력과 함께 분당으로 이동하였고 같은 날 15시경에서야 KT IDC측에 반출금지 공문을 발송하였다. 민주노동당 당원들이 경찰의 강제적인 서버압수수색에 저항하였으나, 다음날인 7. 06:00경부터 경찰은 병력을 동원하여 당원들을 밀어내고 07시경부터 22:30경까지 서버 압수수색검증영장을 집행하였다.

이와 같은 사실관계를 바탕으로 3차와 4차 영장의 집행사이에 발생한 하드디스크 반출에 관하여는 다음과 같은 판단을 해볼 수 있을 것이다.

일반적으로 압수수색영장에 의한 수색과 압수를 진행하다가 중지하여야 할 경우에는 필요한 때에는 집행이 종료될 때까지 그 장소를 폐쇄하거나 간수자를 둘 수 있다고 규정하고 있는데(형사소송법 제127조), 주로 영장의 집행에 장시간이 소요되는 경우 또는 집행의 계속이 부적당하게 하는 사유가 발생한 경우에 영장의 집행을 중지하였다가 재개할 수 있다. 집행을 중지한 경우에도 집행 중에 해당하므로 출입금지 등의 처분(형사소송법 제119조)이 허용될 수 있으며, 집행의 재개를 위하여 별도의 영장을 요하지 않는다. 그러나 영장의 집행을 일단 종료한 후에는 영장집행의 목적을 달성하지 못한 경우에도 동일한 장소에서 압수수색을 위해서는 별개의 영장이 있어야 한다.⁶¹⁾

또한 형사소송법은 영장의 집행 종료에 관하여는 압수할 물건이 존재하여 압수한 경우에는 '목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다'(형사소송법 제129조)고 규정하고 있다. 또한 '수색 후 증거물 또는 몰수할 물건이 없는 경우에는 그 취지의 증명서를 교부하여야 한다.'고 규정하고(형사소송법 제128조) 수색증명서는 영장집행자가 작성 교부하여야 하며(형사소송규칙 제61조), 그 교부사실을 압수수색조서에 기재하여야 한다(동 규칙 제62조)라고 규정하고 있다. 이는 수색을 당한 자의 재압수에 대한 불안정한 상태를 해소하거나 동일한 영장에 의한 재차의 수색을 방지하기 위한 것으로 수색의 집행종료를 명확하게 하려는 것이다. 그리고 위법한 압수수색의 존재를

61) 신이철, 수사기관의 압수수색영장 집행절차와 제한규정, 중앙법학 제11집 제2호, 2009. 8. 236쪽

증명하는데 있어서도 중요한 수단이 될 수 있는 것이기 때문에 형사소송법 제128조의 규정에는 '교부하여야 한다.'고 규정하고 있고 따라서 수색의 당한 자의 청구유무와 상관없이 교부하여야 하는 것으로 이해된다.

대법원은 "압수수색영장은 수사기관의 압수, 수색에 대한 허가장으로서 거기에 기재되는 유효기간은 집행에 착수할 수 있는 종기를 의미하는 것일 뿐이므로, 수사기관이 압수, 수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는 것이고, 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수, 수색할 필요가 있는 경우라면 그 필요성을 소명하여 법원으로부터 새로운 압수수색영장을 발부받아야 하는 것" 이라고 판시하였다.⁶²⁾

이번 2. 4.에 집행된 압수수색영장의 경우 발부일자는 2. 3.이었고 유효기간은 2. 10.까지였으며 2. 4. 경찰이 분당 KT IDC로 와서 서버에 대한 수색을 시작함으로써 그 집행에 착수하였다 할 것이다. 경찰의 압수수색검증에 대한 민주노동당 관계자의 협조(패스워드 고지 등)가 존재하였음에도 경찰은 사실과 다르게 서버에 대한 압수수색을 통해 120명의 투표기록을 확보하였다는 식의 허위정보를 언론에 퍼트리고 있었다. 민주노동당은 경찰의 허위정보에 기한 언론플레이 및 여론재판 의도에 강력히 항의하고, 항의의 의사표시로 영장집행에 대한 참여를 포기하고 철수하였다, 이어 경찰은 영장에 제시된 대로 민주노동당의 협조가 없는 경우에는 KT IDC 센터의 직원의 참여하에 집행을 계속할 수 있었음에도 불구하고 스스로 철수함으로써 영장의 집행을 종료하였다. 3차 영장 집행의 종료사실과 관련하여 경찰은 4차 영장 신청서에서 "결국 민주노동당 전산담당자의 협조를 얻지 못하여 압수수색영장을 집행할 수 없었고, 압수수색영장의 취지에 따라 서버 자체를 압수할 수도 없어 압수수색영장 집행은 그 목적을 달성하지 못한 채 종료되었다."라고 적시함으로써 3차 압수수색영장의 집행이 종료되었음을 법원에 자인하고 있다.⁶³⁾

경찰은 간수자를 두었으므로 영장의 집행이 종료된 것이 아니라 중지된 것뿐이라고 반박할 수도 있을 것이다. 실제로도 경찰이 서버실에서 나오고 난 후 서버실이 있는 4층 휴게실과 1층에 경찰을 각각 한 명씩 배치시키고 있었다고 한다. 그러나 이것이 정말 형사소송법이 규정하고 있는 영장의 집행정지를 위한 간수자였는지에 대한 의문이 든다. 일단 간수자라고 하면 그 공간에 대한 실력적 지배⁶⁴⁾를 바탕으로 영향을 미치고 있어야 할 것

62) 대법원 1999.12. 1 자 99모161 결정

63) 2010. 2. 6.자로 서울중앙지방법원이 발부한 영장번호 2010-2724 압수수색검증영장 내용 참조

64) 서울형사지법 1990. 8. 8. 선고 90고단453 판결에 따르면 '방조라 함은 정범의 구성요건실행을 가능하게 하거나 용이하게 하는 행위 혹은 정범에 의한 법익침해를 강화하는 것을 말하는 것으로서 그 시기는 정범의 실행행위 전후에 걸쳐 가능하나 정범의 범죄행위가 이미 종료된 후에는 방조라는 관념은 있을 수 없다고 할 것

이다. 그래야 영장 집행의 계속성을 보장하고 증거의 오염을 방지하여 압수수색영장의 본래 의미와 그 집행중지라는 그 의의를 달성 할 수 있는 것이다.

그러면 위 KT IDC 센터 4층과 1층에 있었던 경찰들은 그러한 간수자의 역할을 하고 있었는가. 다음날인 2. 6. 민주노동당 관계자들은 정당하게 반출 공문을 서버관리업체에게 접수하였고, 이에 서버관리자는 위 공문을 접수받고 승인을 한 다음 서버실에 들어가서 민주노동당의 재산인 하드디스크를 회수하고 1층 출입관리 데스크에서 서버 반출을 위한 처리절차 모두 마치고 민주노동당 관계자에게 하드디스크가 전달되었다. 그런데 KT IDC 센터 4층과 1층에 있었던 경찰들은 이 모든 과정의 개시부터 종료시까지 어떠한 조치도 하지 않았다. 진정 그 경찰들이 자신이 영장의 집행정지를 위한 간수자라는 인식이 있었다면 서버관리자가 서버실을 드나들고 위와 같은 하드 디스크 반출을 위한 모든 공식적인 처리 절차가 진행되는 동안 제재조치를 했어야 하는 것이 아닐까하는 의문이 든다. 즉, 위의 경찰들은 자신이 간수자라는 인식도 없고, 간수자로서의 실력적 지배라는 역할에 대한 이해도 없는 허수아비와 같은 형식적 존재였다. 경찰의 이와 같은 눈속임 때문에 압수수색 영장 집행 종료 후의 민주노동당의 정당한 재산권 행사가 일부 언론에 의해 왜곡되고 있는 것이라고 할 것이다.

오히려 영장의 집행이 종료된 이후에는 압수물 목록을 작성하여 교부하거나, 압수할 물건이 없는 경우에는 그 취지의 증명서를 교부해야 함에도 불구하고, 이러한 조치를 하지 않아 경찰의 의무위반이라고 할 것이다. 판례는 "공무원인 수사기관이 작성하여 피압수자등에게 교부해야 하는 압수물 목록에는 작성연월일을 기재하고, 그 내용은 사실에 부합하여야 한다."고 하면서 "압수물 목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부, 가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다."라고 판시⁶⁵⁾하고 있다. 또한 더 나아가 "일부 압수물에 대하여는 압수조서 압수목록을 작성하지 아니하고 보관한 일련의 조치가 불법행위를 구성한다."고 본 판례⁶⁶⁾

이다. 한편 이 건 특수도주죄는 즉시범으로서 기수에 이르면 동시에 그 범죄는 종료된다 할 것이고, 간수자의 실력적 지배를 이탈하였을 때 기수에 이른다고 할 것인바,피고인의 동생인 공소 외 1이 자해하여 용병원에 후송되어 치료를 받고 간수자인 경비경찰리 등이 유치장으로 호송하려고 할 때 이를 거부하면서 난동을 부리다가 다음날 병원유리창을 손괴한 후 위 병원을 탈출한 사실, 당시 위 병원에는 수명의 경비경찰리가 감시하고 있었으나 공소 외 1이 위 병원을 탈출하는 것을 보고도 동인을 체포하기 위하여 추적하지 아니한 사실,....위 병원을 탈출한 후 간수자의 추적을 받음이 없이 1시간가량 위 승용차를 찾기 위하여 시내를 배회하다가 피고인으로부터 위 승용차를 제공받아 서울로 도피하였는바....위 승용차를 공소외 1에게 인도하여 주도록 하였을 때는 공소 외 1이 이미 간수자의 실력적 지배를 이탈하였다 할 것이므로 피고인의 위와 같은 행위는 정범인 공소외 1의 특수도주죄가 이미 종료된 후에 이루어진 것이고, 따라서 공소 외 1의 특수도주죄의 방조가 성립될 수 없다 할 것이며....'라고 판시하였다.

65) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결

도 존재한다. 즉, 오히려 위반행위는 압수수색이 종료하였음에도 불구하고 압수물 목록 내지는 증명서를 교부하는 않은 수사기관에 있는 것임에도 도리어 민주노동당이 영장 집행 도중에 하드디스크를 불법적으로 반출하였다며 사실을 왜곡하고 있는 것이다.

마. 소 결

이번 사건에서 발부된 1차~4차 영장은 각각 서로 다른 내용과 의미를 지니고 있으며, 작년
년에 이루어진 전교조 시국선언 관련된 압수수색과도 연결되어 있다고 할 것이다.

먼저 1차, 2차 영장은 구체적인 영장 집행 방법은 영장이 공개되지 아니하여 판단하기 힘들지만, 경찰의 발표내용으로 판단하건데 온라인 수색의 방법을 통하여 혐의사실에 대한 정보를 확보한 것으로 보인다. 온라인 수색이라는 수사방법은 아직 우리나라에서는 판례가 나오지 않았으나, 독일 연방헌법재판소의 판결을 참고하면, 개인의 정보를 개인의 동의 없이 국가가 검색하는 것은 이미 기본권을 침해하는 것이므로, 매우 중대한 법익의 구체적인 위협에 있어서 허용되고 그것도 영장주의의 제한을 받는다고 할 것이다. 이러한 기본권 침해에 관하여 개인에 대하여 동의나 통지의 절차도 거치지 않았고, 이에 대한 불복수단도 없는 상태에서 이러한 방식의 온라인 수색 및 검증은 영장주의의 한계를 일탈한 것이 아닌가하는 의문이 든다. 또한 이번 수사 과정에서 1차와 2차 영장은 과연 누구에게 제시하고 집행하였는지 개인과 당의 정보가 침해당하는 상황에서 과연 그 누구에게 정보의 침해사실에 대해 알리었는지에 대해 명확하게 밝혀진 바가 없어 영장 집행의 적절성이 담보되지 않은 위법한 영장집행으로 그 압수물과 증거물에 대한 증거능력을 부정해야 함이 타당할 것이다.

3차와 4차 영장은 정당 서버에 대한 직접적인 수색과 압수를 통하여 정당 활동의 자유에 대한 중대한 침해를 야기하였을 뿐만 아니라, 사생활의 비밀과 개인정보자기결정권에 대한 침해를 야기하였다. 보다 근본적으로는 이번 당 서버에 대한 압수수색은 지난번 전교조 시국선언에 압수수색에서 보여준 전자증거에 대한 위법한 압수수색에 근거하여 시작된 수사에서 비롯된 압수영장이라고 평가된다. 즉 위법한 증거수집에 기하여 확보된 1차적 증거를 바탕으로 또다시 영장을 발부받았다면 압수□수색된 2차적 증거물 또한 독수독과의 이론을 적용하여 보건대 증거능력이 없다고 할 것이다.

마지막으로 3차 영장과 4차 영장의 집행 사이에 발생한 서버 반출에 관련하여서는 경찰

66) 대법원 2001. 10. 12 선고 2001다47290 판결

이 간수자나 장소폐쇄, 반출금지 등의 조치를 통하여 영장집행의 중단조치를 취할 수 있었음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 아니하였고, 이후 어떠한 추가적인 집행행위가 없었던 점에 비추어 2. 4. 20:30경의 서버실 철수로 영장집행은 종료되었다고 보아야 하며 (4차 영장 신청시 경찰 스스로 집행종료를 자인하고 있음), 이 사이에 발생한 서버 반출에 관하여는 민주노동당 및 당원에 대한 수많은 정보가 담긴 전자기록 및 매체에 대한 보호, 즉 재산권의 행사로서의 의미를 가진다고 할 것이다.

2. 민주노동당 미신고계좌에 대한 압수수색의 문제점

가. 사건의 경위

언론보도에 따르면, 경찰이 전교조와 전공노 조합원의 민주노동당 당원 가입 의혹 등 정치활동 의혹을 수사하면서 3만 여 명이 돈을 내는 민주노동당 미신고계좌⁶⁷⁾의 모든 입금내역을 들여다보기 위한 압수수색영장을 두 차례 신청했다가 법원으로부터 모두 기각당한 것으로 확인됐다.

이 사건을 수사 중인 서울 영등포경찰서 관계자는 지난 2. 12. "민노당 미신고계좌의 입금내역 모두를 볼 수 있는 압수수색영장을 신청했으나 법원이 두 차례에 걸쳐 기각했다."며 "전체 입금내역 확보가 수사에 필요한 이유를 보강해 다시 영장을 신청하겠다."고 밝혔다고 한다. 경찰은 민주노동당 CMS 계좌에 기존 수사대상자 이외의 공무원이 CMS방식이 아닌 방식으로 입금시킨 자금이 있는 입금내역을 볼 수 있는 영장재신청을 검토하고 있는 것으로 보도되었다.

서울 영등포경찰서는 이 계좌에 대한 압수수색을 통해 이미 자동이체 혐의를 잡고 있는 전교조□전공노 조합원 293명 외에 민주노동당에 당비 등을 납부한 공무원을 추가로 밝혀낼 수 있을 것으로 기대하고 있다고 한다.⁶⁸⁾

서울 영등포경찰서는 앞서 이들 조합원별로 계좌추적을 벌여 269명이 2006~2009년에 모두 5,800여 만 원을 미신고된 민주노동당 계좌로 입금했다고 밝혔다

67) 민주노동당은 미신고계좌의 불법성 논란을 해소하기 위하여 2010. 2. .경 중앙선거관리위원회에 신고를 한 상태이다.

68) 서울 영등포경찰서 관계자는 "이미 당비 납부 사실이 확인된 270여명 외에 추가로 돈을 낸 사람이 있을 수 있다는 점에서 영장을 신청한 것"이라고 설명하고 있다.

하지만 경찰이 민주노동당 계좌의 전체 입금내역을 열어볼 경우, 당비 후원금을 낸 이들의 신원이 그대로 수사기관에 노출돼 정당 활동의 자율성을 현저하게 침해할 가능성이 높다. 민주노동당은 현재 3만5000여명의 당원이 자동이체 방식으로 당비를 내는 것으로 알려졌다.

경찰은 민주노동당 서버에 대한 4차 영장집행에서 당원여부 및 투표행위 여부에 대한 증거수집에 실패하자 이번에는 수사를 하기에 앞서 미신고된 민주노동당 계좌가 돈세탁을 위한 불법계좌일 가능성이 있다는 취지로 언론에 흘리고 언론은 민주노동당의 불법계좌 운용 및 돈세탁 가능성을 대서특필함으로써 민주노동당을 궁지로 몰아댔다. 그러나 민주노동당은 미신고계좌가 돈세탁을 위한 것이 아니며 98년부터 CMS 방식에 의해 당비 및 후원금을 자동이체 받아온 사실과 납부된 금원 모두를 1원도 틀리지 않게 입금된 금원의 목적에 따라 정확하게 신고된 계좌나 해당 계좌에 모두 이체하였음을 조목조목 해명하였다. 이처럼 CMS 방식에 의한 자동이체와 신고된 계좌로의 이체는 CMS 개설이 1단체에 한 개만이 허용되는 현실적인 한계에 기인한바 크다는 것이다.

그러자 이번에는 다시 계좌에 대한 압수수색을 통해 이미 자동이체 혐의를 잡고 있는 전 교조□전공노 조합원 293명 외에 민주노동당에 당비 등을 납부한 공무원을 추가로 밝혀 내기 위하여 미신고 계좌의 전체 입금 내역을 들여다볼 수 있는 압수수색영장을 재신청 한다는 것이다.

경찰은 확인되지 아니한 혐의 내용을 언론에 유포하고, 그것이 사실이 아닌 것으로 보이자 이번에는 민주노동당 계좌에 대한 '투망식 수색'(fishing expedition)을 통하여 293명 이외에 민주노동당에 당비 등을 납부한 공무원을 색출해내겠다는 것이다. 시국사건 수사를 위한 압수수색에서 이와 무관한 정치자금법 위반 및 정당법 위반의 증거를 압수수색 하고(별건 압수수색), 별건 압수수색한 자료를 근거로 정당 계좌에 대한 투망식(탐색적) 수색을 진행하겠다는 것이다.

이러한 투망식(탐색적) 수색이나 포괄적인 압수가 허용될 수 있는 것인지 살펴볼 필요가 있다.

나. 범죄 유□무관 계좌 전체에 대한 탐색적(투망적) 수색 및 포괄적 압수의 위법성

(1) 문제의 소재 및 강제처분 비례의 원칙

현재 수사기관이 압수수색을 실시할 때 그 대상이 되는 서류나 계좌 또는 컴퓨터 전자기록에는 피의자의 범죄와 관련한 것과 그렇지 않고 오히려 피의자의 프라이버시와 직결되는 것이 혼합되어 있는 경우가 많다. 이 경우 수사기관은 그러한 서류와 계좌, 그리고 컴퓨터 전자기록 전체를 검색하며, 나아가 그 서류 전체, 계좌 전체 및 컴퓨터 장비 전체를 일괄적으로 압수하려고 하는 경향이 강하다. 특히 이 사건의 경우 경찰은 민주노동당 서버 자체에 대한 압수를 신청하는가 하면, 미신고 계좌 전체 입금내역에 대한 압수수색영장신청이 상당성과 필요성의 부족을 이유로 기각되었음에도 불구하고 다른 이유를 보완하여 재신청하려고 하고 있다. 이미 자동이체 혐의를 잡고 있는 것으로 특정된 293명 이외에 미신고 계좌에 대한 '탐색적(투망적) 수사'를 통해 민주노동당에 당비 등을 납부한 교사, 공무원을 밝혀내겠다는 것이다.

그런데 형사소송법에서는 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색, 검증을 할 수 있다"(법 제215조 제1항)고 규정하고 있다. 여기서 '범죄수사에 필요한 때'라는 것은 단지 수사를 위해 필요할 뿐만 아니라 강제처분으로서 압수를 행하지 않으면 수사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 말하고, 그 필요성이 인정되는 경우에도 무제한적으로 허용되는 것이 아니다.⁶⁹⁾ 헌법상 기본권인 주거의 자유, 국민의 사생활의 자유와 비밀, 정당 활동의 보장, 그리고 헌법상 보장된 영장주의의 정신을 고려하면, 위 "필요성"은 압수수색의 대상과 범죄사실의 관련성, 대상물이 존재할 개연성, 그리고 강제처분 비례의 원칙 등이 그 내용이다.⁷⁰⁾

압수물이 증거물 내지 몰수하여야 할 물건으로 보이는 것이라 하더라도, 범죄의 형태나 경중, 압수물의 증거가치 및 중요성, 증거인멸의 우려 유무, 압수로 인하여 피압수자가 받을 불이익의 정도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2004. 3. 23.자 2003모126결정 참조). 혐의사실의 구체성 및 중대성, 소명자료의 신뢰성, 압수수색검증으로 인한 법익침해의 정도, 다른 증거수집 방법의 존재여부 등을 종합적으로 고려하여 압수수색검증영장 발부여부를 신중하게 결정하여야 한다. 압수수색은 임의수사로도 같은 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 않고(보충성의 원칙), 증거물이나 몰수물의 수집□보전에 필요한 범위에 그쳐야 하며(최소 침해의 원칙), 수사상 필요의 정도와 피압수자가 입게 될 불이익의 정도가 균형을 이루어야 한다(법익균형의 원칙).⁷¹⁾

69) 법원행정처, 법원실무제요 형사[I], 2008, 348쪽

70) 배종대/이상돈, 형사소송법(제4판), 2001, 290쪽; 신동운, 형사소송법 I (제2판), 1997, 238쪽; 신양균, 형사소송법, 2000, 195~196쪽; 이재상, 형사소송법(제6판), 2002, 274쪽

71) 법원행정처, 위 책, 348~349쪽

(2) 탐색적(투망식) 압수수색의 위법성

먼저, 범죄 혐의에 대한 구체적 소명 없이 단순히 범죄정보를 수집하거나 수사의 단서를 찾기 위한 이른바 탐색적(투망적) 압수수색은 허용되지 않는다.⁷²⁾

이 사건의 경우처럼 교사, 공무원들의 개인계좌에 대한 압수수색을 통하여⁷³⁾ 당비 등 자
동이체 혐의를 확인한 293명 이외의 자에 대해서는 당비 등 납부에 대한 구체적 소명이
없으므로 이들에 대한 당비 등 납부 정보를 찾아내거나 당비 등 납부의 단서를 찾기 위
한 탐색적(투망식) 수색은 허용되지 아니한다고 할 것이다.

위 293명을 제외한 교사, 공무원의 당비 납부 여부를 밝혀내기 위하여 3만5,000여명의 당
비 납부 현황이 들어있는 정당의 계좌에 대한 탐색적(투망식) 수색은 헌법 제8조에서 보
장하고 있는 정당제도와 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유에 관한 기본권을 고려해볼
때 수사상 필요의 정도에 비해 압수수색검증으로 정당 및 당원들의 정보와 비밀의 노출
로 인해 정당과 당원들이 입게 될 피해가 훨씬 크다고 할 것이다. 293명 이외에 당비 등
을 납부하는 교사, 공무원의 규모가 얼마인지 그리고 누구인지 알 수 없는 상태에서 3만
5,000여 당원들의 당비 등 납부 현황이 들어 있는 계좌의 입금내역 전부를 수색한다는 것
은 강제수사 비례의 원칙, 즉 법익 균형의 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다.

(3) 포괄적 압수의 위법성

다음으로 범죄와 유□무관한 정보가 함께 포함되어 있는 미신고 계좌의 입금내역 전
체를 일괄적으로 압수하는 포괄적 압수가 허용될 수 있는가 하는 점이다.

이 사건의 경찰이 293명을 제외한 다른 교사, 공무원의 정치활동의 혐의를 갖고서 그 중
거로 당비 등 납부 사실을 확인하고자 한다면 이들 혐의와 무관한 당원 3만5,000여명의
당비 납부 현황이 포함된 정당의 계좌를 확인하지 않더라도 정치활동의 혐의를 받고 있
는 교사, 공무원의 개인계좌 중 민주노동당과의 거래 상황만을 압수수색함으로써 민주노
동당에의 당비 등 납부 현황을 파악할 수 있다. 또한 CMS가 아닌 방식으로 입금 시킨
경우가 있다고 하더라도 금융감독원으로부터 개인들의 민주노동당과의 금융거래정보만을

72) 법원행정처, 위 책, 348쪽

73) 시국선언사건수사에서 행한 개인계좌에 대한 압수수색은 별건 압수수색의 성격을 가지는 것이므로 그 위법성을 구체적으로 논할 필요가 있으나 여기서는 생략한다.

확보함으로써 혐의를 받고 있는 교사, 공무원들의 당비 등 납부 현황을 파악할 수 있다고 할 것이다.

이에 반해 경찰이 압수수색의 대상으로 거론하고 있는 민주노동당의 미신고계좌에는 입금자의 이름만이 표시되므로 입금자를 특정하거나 그 소속 또는 신분을 확인하는 것이 쉽지 않은 반면, 정치활동의 의혹을 받고 있는 개인의 계좌나 금융거래정보 중 민주노동당과의 거래 내역만을 압수하게 되면 '민주노동당'으로의 입금여부(물론 그것이 당비인지 후원비인지는 알 수 없으며 민주노동당의 계좌에도 이러한 구분은 없음)를 분명하게 확인할 수 있는 바, 이처럼 다른 증거수집 방법이 존재함에도 당원 3만5,000여명의 당비 납부 현황이 포함된 정당의 계좌를 포괄적으로 압수수색하겠다는 것은 보충성의 원칙, 최소 침해의 원칙, 법익 균형의 원칙 모두에 반하는 것으로서 위법하다.

따라서 당원 3만5,000여명의 정보를 유출시키지 않는 다른 증거수집 방법이 있음에도 불구하고 당원 3만5,000여명의 당비 납부 정보가 포함된 정당 계좌에 대한 포괄적 압수는 허용될 수 없다.⁷⁴⁾

74) 이와 관련하여 좀더 일반적으로 범죄와의 관련성 여부를 불문하고 부분적인 수사의 필요성 때문에 서류 전체 또는 계좌 전체를 일괄적으로 압수수색하는, 이른 바 포괄적 압수가 허용될 수 있는 것인지 검토를 요한다. 시간상 다음 기회로 미루기로 한다.

대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결 【절도】

[공2002.9.1.(161),1998]

【판시사항】

- [1] 컴퓨터에 저장된 정보가 절도죄의 객체로서 재물에 해당하는지 여부(소극) 및 이를 복사하거나 출력해 간 경우 절도죄를 구성하는지 여부(소극)
- [2] 컴퓨터 속의 정보를 빼내갈 목적으로 종이에 출력하여 가져간 경우 그 정보가 기재된 그 문서에 대한 절도죄가 성립하는지 여부(소극)

【판결요지】

- [1] 절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 '재물'에 한한다 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인바, 컴퓨터에 저장되어 있는 '정보' 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다.
- [2] 피고인이 컴퓨터에 저장된 정보를 출력하여 생성한 문서는 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위를 들어 피해 회사 소유의 문서를 절취한 것으로 볼 수는 없다.

【참조조문】

- [1] 형법 제329조 / [2] 형법 제329조

【참조판례】

- [1] 대법원 1986. 9. 23. 선고 86도1205 판결(공1986, 2996), 대법원 1996. 8. 23. 선고 95도192 판결(공1996하, 2931)

【전 문】

【피고인】 피고인 1 외 1인

【상고인】 피고인들

【변호인】 변호사 장건상

【원심판결】 수원지법 2002. 1. 26. 선고 2001노3445 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

【이유】

- 1. 이 사건 공소사실의 요지는, 2000. 10. 초순경 피고인 2 가 피고인 1에게 피해자 주식회사 하이켄텍(이하 '피해 회사'라고 한다)에 보관되어 있는 직물원단고무코팅시스템의 설계

도면과 공정도를 빼내오도록 요구하고, 피고인 1은 이를 승낙한 후, 피고인 1이 2000. 10. 14. 15:00경 피해 회사 연구개발실에서 그 곳 노트북 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템의 설계도면을 A2용지에 2장을 출력하여 가지고 나와 이를 절취하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은, 위 노트북 컴퓨터는 피해 회사가 그 직원인 피고인 지태선에게 업무용으로 지급한 것이고, 위 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템의 설계도면은 피해 회사의 업무로서 피고인 1이 작성한 것인 사실, 위 시스템은 피해 회사가 독자적으로 개발하였고, 당시 피해 회사 외부에는 알려져 있지 아니하여 피해 회사의 입장에서 경제적 가치를 가지고 있는 것이며, 피해 회사는 상당한 노력을 기울여 이를 비밀로서 관리하여 온 사실을 인정한다음, 위 인정 사실에 의하면 피고인 지태선이 위 컴퓨터에서 출력한 위 시스템의 설계도면은 절도죄의 객체인 '타인의 재물'에 해당하고, 피고인들이 위와 같은 행위를 함에 있어서는 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의사가 있었다고 보여진다고 판단하여, 피고인들에 대하여 절도죄의 유죄를 선고한 제1심판결을 유지하고, 피고인들의 항소를 각 기각하였다.

2. 그러나 원심이 위와 같이 위 시스템의 설계도면이 절도죄의 객체인 '타인의 재물'에 해당한다고 보아 피고인들에 대하여 절도죄의 유죄를 인정한 것은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가. 우선 절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 '재물'에 한한다 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인바, 컴퓨터에 저장되어 있는 '정보' 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다 할 것인바, 위 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 만약 이 사건 공소사실이 위 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템의 설계 자료를 절취하였다는 것이라면, 이는 절도죄의 객체가 될 수 없는 '정보'를 절취하였다는 것이 되어 절도죄를 구성하지 아니한다 할 것이다.

나. 다음으로 이 사건 공소사실이 위 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템을 종이에 출력하여 생성된 '설계도면'을 절취한 것으로 본다면, 이 사건 공소사실 자체에 의하더라도 피고인 지태선이 위 시스템의 설계도면을 빼내가기 위하여 위 컴퓨터에 내장되어 있던 위 설계도면을 A2용지에 2장을 출력하여 가지고 나왔다는 것이어서, 이와 같이 피고인 1에 의하여 출력된 위 설계도면은 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인 1이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위를 들어 피해 회사 소유의 설계도면을 절취한 것으로 볼 수는 없다 할 것이다(검사의 이 사건 공소사실은 피고인 지태선이 위 설계도면을 가지고 가 이를 절취한 사실을 문제삼는 것이 명백하다 할 것이고, 위 설계도면을 생성시키는 데 사용된 용지 자체를 절취하였다고 기소한 것으로는 보이지 않는다).

다. 그렇다면 이 사건 공소사실은 그 자체로서 절도죄를 구성하지 아니한다 할 것이므로 원심으로서도 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였어야 할 것임에도 불구하고, 원심이 그러하지 아니한 채 위 시스템의 설계도면이 절도죄의 객체인 '타인의 재물'에 해당한다고 판단하여 피고인들에 대하여 절도죄의 유죄를 선고한 것은, 절도죄의 구성요건인 '타인의 재물'에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 보아야 할 것이다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 송진훈(재판장) 변재승 윤재식(주심) 이규홍

대법원 1999. 12. 1. 자 99모161 결정 【압수처분에대한준항고기각에대한재항고】
[집47(2)형,364;공2000.3.1.(101),524]

【판시사항】

수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료한 후 그 압수·수색영장의 유효기간 내에 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우, 종전의 압수·수색영장을 제시하고 다시 압수·수색할 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】

형사소송법 제215조에 의한 압수·수색영장은 수사기관의 압수·수색에 대한 허가장으로서 거기에 기재되는 유효기간은 집행에 착수할 수 있는 종기(종기)를 의미하는 것일 뿐이므로, 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는 것이고, 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우라면 그 필요성을 소명하여 법원으로부터 새로운 압수·수색영장을 발부 받아야 하는 것이지, 앞서 발부 받은 압수·수색영장의 유효기간이 남아있다고 하여 이를 제시하고 다시 압수·수색을 할 수는 없다.

【참조조문】

형사소송법 제215조

【전 문】

【재항고인】 재항고인

【변호인】 변호사 차병직 외 2인

【원심결정】 서울지법 1999. 9. 6.자 99보1 결정

【주문】

원심결정을 파기한다. 국가정보원 소속 사법경찰관이 1999. 8. 27. 별지목록 기재 물건에 대하여 한 압수처분을 취소한다.

【이유】

재항고이유를 본다.

원심은, 수사기관이 압수·수색영장을 청구할 당시부터 공소유지에 필요한 모든 물품을 예견하기 곤란한 경우가 많고 수사의 진행에 따라 같은 장소에서 다시 압수·수색을 할 필요가 있는 경우가 있으므로 압수·수색영장을 한 번 집행한 뒤라도 사건의 성질상 미리 압수대상 물건을 예측하기 극히 곤란하거나 수사의 진행에 따라 새로운 사실이 나타나 다시 압수·수색할 필요성이 생긴 경우에는 동일한 영장에 기한 압수·수색의 재집행이 허용된다는 전제하에, 서울지방법원 판사가 1999. 8. 20. 발부한 압수·수색영장에 기하여 국가정보원 소속 사법경찰관이 같은 달 24. 재항고인의 주거지에 대하여 압수·수색을 실시하여 원심 별지목록 1 기재 물건을 압수하였음에도 같은 달 27. 같은 영장에 기하여 다시 같은 장소에서 압수·수색을 실시하여 별지목록(원심 별지목록 2) 기재 물건을 압수한 처분이 위와 같은 요건에 해당하여 적법하다고 판단하여 준항고인의 청구를 기각하였다.

그러나 형사소송법 제215조에 의한 압수·수색영장은 수사기관의 압수·수색에 대한 허가장으로서 거기에 기재되는 유효기간은 집행에 착수할 수 있는 종기(종기)를 의미하는 것일 뿐이므로, 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는 것이고, 원심이 실시한 바와 같은 사유가 있어 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우라면 그 필요성을 소명하여 법원으로부터 새로운 압수·수색영장을 발부 받아야 하는 것이지, 앞서 발부 받은 압수·수색영장의 유효기간이 남아있다고 하여 이를 제시하고 다시 압수·수색을 할 수는 없는 것이다.

따라서 국가정보원 소속 사법경찰관이 1999. 8. 27. 재항고인의 주거지에서 실시한 압수·수색은 결국 적법한 영장 없이 이루어진 것으로서 위법하다 할 것이고, 그 중 원상회복이 가능한 별지목록 기재 물건에 대한 압수처분은 마땅히 취소되어야 할 것이다.

그럼에도 이와 다른 견해에 서서 국가정보원 소속 사법경찰관이 1999. 8. 27. 실시한 압수·수색이 적법하다고 판단한 원심결정에는 압수·수색영장의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있고 이와 같은 위법은 결과에 영향을 미쳤음이 분명하므로 재항고이유의 주장은 이유 있다.

그러므로 원심결정을 파기하고, 이 사건은 자판하기에 충분하므로 대법원이 종국재판을 하기로 하는바, 국가정보원 소속 사법경찰관이 1999. 8. 27. 실시한 압수·수색은 위에서 본 바와 같이 위법하므로 별지목록 기재 물건에 대한 압수처분을 취소하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

대법관 유지담(재판장) 지창권 신성택(주심) 서성

서울형사지법 1990.8.8. 선고 90고단453 판결 : 항소 【특수도주방조피고사건】

[하집1990(2),388]

【판시사항】

간수자의 실력적 지배를 이탈한 상태에 있는 피의자에게 승용차를 제공하여 도주하도록 한 행위 도주죄의 방조행위로 볼 수 있는지 여부

【판결요지】

형법상 방조라 함은 정범의 구성요건 실행행위를 가능하게 하거나 용이하게 하는 행위 또는 정범에 의한 범익침해를 강화하는 행위를 말하는 것으로서 정범의 실행행위 전후에 걸쳐 있을 수 있는 것이나 정범의 실행행위가 이미 종료된 경우에는 방조라는 개념이 있을 수 없다 할 것인바, 유치장에 수감도중 자해행위로 병원에 후송되어 치료를 받던 피의자가 유리창을 깨뜨리고 병원을 탈출한 후 간수자의 추적을 받음이 없이 약 1시간 동안 자신의 승용차를 찾아 시내를 배회하던 중 피고인으로부터 승용차를 제공받아 도주하였다면 당시 위 피의자는 이미 간수자의 실력적 지배를 이탈한 상태이었다 할 것이므로 피고인의 위와 같은 승용차 제공행위는 정범인 위 피의자의 특수도주죄가 종료된 이후에 이루어진 것으로서 그에 대한 방조행위로 볼 수 없다.

【참조조문】

형법 제32조, 제146조

【진 문】

【피 고 인】 피고인

【주 문】

피고인은 무죄.

【이 유】

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인은 피고인의 동생인 공소외 1이 1987.8.5. 폭력행위등처벌에관한법률위반 피의사건으로 서산경찰서 유치장에 구속 수감된 후 같은달 9. 19:00경 공소외 1이 자해하여 서울병원을 거쳐 용병원에 후송되어 있다가 경비경찰리 등에게 폭행을 가하고 위 병원 유리창 등을 손괴한 후 탈주한 사실을 알게 되자 공소외 1의 도주를 방조할 것을 결의하고, 같은달 10. 01:30경 서산시 동문동 소재 피고인이 경영하던 대설롭싸롱에서, 피고인이 보관중이던 공소외 1 소유의 서울 0가3518호 벤츠 승용차의 열쇠와 현금 1,000원을 공소외 2에게 주면서 그에게 택시를 타고 가 위 승용차를 운전하여 같은 시 소재 서산중학교 정문앞 노상까지 가서 위 차를 공소외 1에게 인도해 주도록 하여 그의 도주를 방조한 것이다 라고 함에 있고, 이에 대하여 피고인은 경찰이래 이 법정에서 이르기까지 위 공소사실을 전부 인정하고 있다.

살피건대, 방조라 함은 정범의 구성요건실행을 가능하게 하거나 용이하게 하는 행위 혹은 정범에 의한 범익침해를 강화하는 것을 말하는 것으로서 그 시기는 정범의 실행행위 전후에 걸쳐 가능하나 정범의 범죄행위가 이미 종료된 후에는 방조라는 관념은 있을 수 없다 할 것이다. 한편 이 건 특수도주죄는 즉시범으로서 기수에 이르면 동시에 그 범죄는 종료된다 할

것이고, 간수자의 실력적 지배를 이탈하였을 때 기수에 이르른다고 할 것인바, 피고인 및 공소외 2의 이 법정에서의 각 진술, 대전지방법원 서산지원 87고단322 특수도주방조 등 사건의 제1회 공판조서복사본 중 원심공동피고인 1, 원심공동피고인 2의, 같은 제2회 공판조서복사본 중 증인 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6의, 같은 제3회 공판조서복사본 중 증인 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9의, 같은 제4회 공판조서복사본 중 증인 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12의, 대전지방법원 88노270 특수도주방조 등 사건의 제2회 공판조서복사본 중 증인 공소외 12, 공소외 13의, 같은 제3회 공판조서복사본 중 증인 공소외 7의, 같은 제4회 공판조서복사본 증인 공소외 14, 공소외 4의 각 진술기재, 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서, 검사 및 사법경찰리 작성의 공소외 1에 대한 각 피의자신문조서복사본의 각 진술기재에 의하면, 피고인의 동생인 공소외 1이 1987.8.5. 폭력행위등처벌에관한법률위반죄 등으로 서산시 소재 서산경찰서 유치장에 수감도중 공소외 1이 자해하여 같은달 9.19. 19:00 경 같은 시 소재 서울병원을 거쳐 용병원에 후송되어 치료를 받고 간수자인 경비경찰리 등이 유치장으로 호송하려고 할 때 이를 거부하면서 난동을 부리다가 다음날인 10. 00:30경 위 병원유리창을 손괴한 후 위 병원을 탈출한 사실, 당시 위 병원에는 수명의 경비경찰리가 감시하고 있었으나 공소외 1이 위 병원을 탈출하는 것을 보고도 동인을 체포하기 위하여 추적하지 아니한 사실, 공소외 1은 위 병원을 탈출한 후 자신의 승용차(서울 0가 3518 벤츠)를 타고 도피할 생각으로 1시간 가량 위 승용차를 찾기 위하여 시내를 배회하다가 찾지 못하자 같은날 01:30경 같은 시 동문동 소재 피고인이 경영하는 대설룸싸롱에 있던 피고인에게 같은 시 석남동 소재 서산중학교 정문 앞까지 위 승용차를 갖다 주도록 전화를 한 사실, 피고인은 공소외 1이 위 병원에서 탈출한 직후 전화연락으로 비로소 위 탈출사실을 알고 위 병원에 갔다가 위 룸싸롱에 돌아와 있던중 공소외 1의 전화를 받고 자신의 종업원인 공소외 2에 위 승용차 열쇠와 현금 1,000원을 주면서 당시 같은 시 소재 삼호주차장에 주차중이던 위 승용차를 운전하여 위 서산중학교 정문 앞까지 가서 공소외 1에게 인도하여 주라고 하고, 이에 공소외 2는 위 삼호주차장에 가서 위 승용차를 찾아 같은날 02:00경 위 서산중학교 정문앞까지 운전하여 가서 그곳에서 위 승용차를 공소외 1에게 인도하여 주어 공소외 1은 위 승용차를 타고 서울로 도피한 사실을 각 인정할 수 있고 달리 반증없다.

위 인정사실에 의하면, 공소외 1은 위 병원을 탈출한 후 간수자의 추적을 받음이 없이 1시간 가량 위 승용차를 찾기 위하여 시내를 배회하다가 피고인으로부터 위 승용차를 제공한다는 말을 듣고, 그때부터 30분이 지난 때 피고인으로부터 위 승용차를 제공받아 위 승용차를 타고 서울로 도피하였는 바, 그렇다면 피고인이 공소외 1에게 위 승용차를 제공한다는 말을 하고 공소외 2에게 위 승용차열쇠와 현금 1,000원을 주면서 위 승용차를 공소외 1에게 인도하여 주도록 하였을 때는 공소외 1이 이미 간수자의 실력적 지배를 이탈하였다 할 것이므로 피고인의 위와 같은 행위는 정범인 공소외 1의 특수도주죄가 이미 종료된 후에 이루어진 것이고, 따라서 공소외 1의 특수도주죄의 방조가 성립될 수 없다 할 것이며, 달리 피고인의 위와 같은 행위가 공소외 1의 특수도주죄가 종료되기 이전에 있었음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다.

그렇다면, 이 사건 공소사실은 결국 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제 325조 후단에 의하여 피고인에 대하여 무죄를 선고한다.

판사 서기석

대법원 2009.3.12. 선고 2008도763 판결 【공직선거법위반】

[공2009상,503]

【판시사항】

- [1] 압수·수색영장에 압수대상물을 압수장소에 ‘보관중인 물건’으로 기재한 경우, 이를 ‘현존하는 물건’으로 해석가능한지 여부(소극)
- [2] 압수·수색영장의 제시방법(=개별적 제시)
- [3] 형사소송법상 압수목록의 작성·교부시기(=압수 직후)
- [4] 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 위반하여 수집한 증거를 예외적으로 유죄의 증거로 사용할 수 있는 경우 및 그와 같은 특별한 사정에 대한 증명책임자(=검사)

【판결요지】

- [1] 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, 법원이 압수·수색영장을 발부하면서 ‘압수할 물건’을 특정하기 위하여 기재한 문언은 엄격하게 해석하여야 하고, 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추 해석하여서는 안 된다. 따라서 압수·수색영장에서 압수할 물건을 ‘압수장소에 보관중인 물건’이라고 기재하고 있는 것을 ‘압수장소에 현존하는 물건’으로 해석할 수는 없다.
- [2] 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하는바, 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다.
- [3] 공무원인 수사기관이 작성하여 피압수자 등에게 교부해야 하는 압수물 목록에는 작성연월일을 기재하고, 그 내용은 사실에 부합하여야 한다. 압수물 목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다.
- [4] 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 위반하여 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다. 다만, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있으나, 구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 적법한 절차를 따르지 않고 수집된 증거를 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 원칙이 훼손되지 않도록 유념하여야 하고, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검사가 입증하여야 한다.

【참조조문】

[1] 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제215조 / [2] 형사소송법 제118조, 제219조 / [3] 형사소송법 제129조 / [4] 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제215조, 제307조

【전 문】

【피 고 인】 김태환외 5인

【상 고 인】 검사

【변 호 인】 변호사 김승섭외 3인

【환송판결】 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 판결

【원심판결】 광주고법 2008. 1. 15. 선고 2007노370 판결

【주 문】

상고를 기각한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. 가. 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 ‘압수할 물건’을 특정하기 위하여 기재한 문언은 이를 엄격하게 해석하여야 하고, 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추해석하는 것은 허용될 수 없다.

같은 취지에서, 이 사건 압수·수색영장에서 압수할 물건을 ‘압수장소에 보관중인 물건’이라고 기재하고 있는 것을 ‘압수장소에 현존하는 물건’으로 해석할 수 없다고 한 원심의 판단은 옳고, 압수·수색영장의 효력에 관한 법리오해 등의 위법은 없다. 이 부분 검사의 주장은 모두 받아들이지 않는다.

나. 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하는바(형사소송법 제219조, 제118조), 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이고, 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다. 한편, 당사자의 증거신청을 받아들일 것인지는 법원이 재량에 따라 결정하는 것이 원칙이므로, 법원은 당사자가 신청한 증거가 적절하지 않다고 판단하거나 조사할 필요가 없다고 인정할 때에는 그 신청을 기각할 수 있다(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3282 판결 등).

같은 취지에서, 수사기관이 이 사건 압수·수색에 착수하면서 이 사건 사무실에 있던 제주도지사 비서실장 공소의 1에게 압수·수색영장을 제시하였다고 하더라도 그 뒤 그 사무실로 이 사건 압수물을 들고 온 제주도지사 비서관 공소의 2로부터 이를 압수하면서 따로 압수·수색영장을 제시하지 않은 이상, 위 압수절차는 형사소송법이 정한 바에 따르지 않은 것이라고 본 원심의 판단은 정당하고, 기록에 의하면 공소의 2에 대한 압수·수색영장 제시 여부에 관한 사실인정과 관련하여 원심이 검사의 일부 증거신청을 받아들이지 않은 조치에 증거신청 채택 여부에 관한 재량의 한계를 벗어난 위법이 있다고 보이지 않는바, 원심 판단에 압수·수색영장 제시 범위 등에 관한 법리오해나 증거신청 채택 여부 등에 관하여 법령을 위반한 위법은 없다. 이 부분에 관한 상고이유 역시 모두 받아들이지 않는다.

다. 공무원인 수사기관이 작성하여 피압수자 등에게 교부해야 하는 압수물 목록에는 작성연

월일이 기재되고(형사소송법 제57조 제1항) 그 내용도 사실에 부합하여야 한다. 또, 압수물 목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다.

같은 취지에서, 작성월일을 누락한 채 일부 사실에 부합하지 않는 내용으로 작성하여 압수·수색이 종료된 지 5개월이나 지난 뒤에 이 사건 압수물 목록을 교부한 행위는 형사소송법이 정한 바에 따른 압수물 목록 작성·교부에 해당하지 않는다고 본 원심의 판단은 정당하고, 압수물 목록 작성·교부에 관한 법리오해 등의 위법은 없다. 이 부분 상고이유도 모두 받아들이지 않는다.

2. 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라고 할지라도 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

그러나 이러한 예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 결과적으로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있으므로, 법원은 구체적인 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 위와 같은 결과가 초래되지 않도록 유념하여야 한다. 나아가, 법원이 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고, 그 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있으려면, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것을 검사가 입증하여야 한다.

같은 취지에서, 원심이 이 사건은 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고, 그 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다는 검사의 주장을 판시한 바와 같은 이유를 들어 받아들이지 않은 것은 정당하고, 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는 범위나 한계에 관한 법리오해 등의 위법은 없다. 이 부분 상고이유 역시 받아들이지 아니한다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장) 김영란(주심) 이홍훈 차한성

대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다47290 판결 【손해배상(기)】

[공2001.12.1.(143),2464]

【판시사항】

[1] 압수수색 대상물의 기재가 누락된 압수수색영장에 기하여 물건을 압수하고, 일부 압수물에 대하여는 압수조서·압수목록을 작성하지 아니하고 보관한 일련의 조치가 불법행위를 구성한다고 본 사례

[2] 법관이 압수수색할 물건의 기재가 누락된 압수수색영장을 발부한 행위가 불법행위를 구성하지 않는다고 본 사례

【판결요지】

[1] 압수수색 대상물의 기재가 누락된 압수수색영장에 기하여 물건을 압수하고, 일부 압수물에 대하여는 압수조서·압수목록을 작성하지 아니하고 보관한 일련의 조치가 불법행위를 구성한다고 본 사례.

[2] 법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 위법한 행위가 되어 국가배상책임이 인정된다고 할 것인바, 압수수색할 물건의 기재가 누락된 압수수색영장을 발부한 법관이 위법·부당한 목적을 가지고 있었다거나 법이 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저히 위반하였다는 등의 자료를 찾아볼 수 없다면 그와 같은 압수수색영장의 발부행위는 불법행위를 구성하지 않는다고 본 사례.

【참조조문】

[1] 헌법 제12조 제3항, 민법 제750조, 국가배상법 제2조 제1항, 형사소송법 제114조, 제129조, 제219조, 검찰청법 제11조, 검찰사무처리규칙 제16조, 제52조 / [2] 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제114조, 민법 제750조, 국가배상법 제2조 제1항

【참조판례】

[2] 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다29905 판결(공보불게재), 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다16114 판결(공2001상, 1196)

【전 문】

【원고,피상고인겸상고인】 황금주

【피고,상고인겸피상고인】 대한민국

【원심판결】 인천지법 200 1. 6. 15. 선고 2000나2764 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 각자의 부담으로 한다.

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 피고 상고이유 제1점에 대하여

기록에 의하면, 원고는 이 사건 압수수색영장에 압수수색 대상물의 기재가 누락되어 있고 압수물에 대한 압수목록이 작성되지 아니하여 이 사건 압수수색이 위법하다는 주장을 한 사실을 알 수 있으므로(기록 109, 1063면 등 참조), 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 사건 압수수색이 위법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 변론주의에 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 피고 상고이유 제2, 3점에 대하여

원심은, 피고 산하 인천세관 직원인 최금석 등이 1998. 9. 15. 11:30경부터 같은 날 16:20 까지 사이에 판시 장소에서 압수수색 대상물의 기재가 없는 이 사건 압수수색영장에 기하여 판시 선하증권, 송장, 영수증, 보험료정산서, 원고의 여권 및 인감도장, 원고의 처의 예금통장, 미주무역의 명판 등을 압수하였고, 압수물 중 원고의 여권 및 인감도장, 원고의 처의 예금통장, 미주무역의 명판 등을 압수조서에 기재하지 아니하고 보관하다가 1999. 10. 2. 원고에게 반환한 사실을 인정한 다음, 영장주의의 원칙을 규정한 헌법 제12조, 압수수색영장 등의 기재사항 등을 규정한 형사소송법 제114조, 압수수색영장의 집행시 압수조서와 압수목록을 작성하도록 규정한 형사소송법 제219조, 제129조, 검찰청법 제11조, 검찰사무처리규칙 제52조, 제16조 등의 취지에 비추어 볼 때 압수수색 대상물이 기재되지 않은 압수수색영장의 발부·집행과 압수물의 보관 등 일련의 조치는 위법하여 불법행위를 구성한다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 압수수색 대상물의 기재가 없는 이 사건 압수수색영장에 기하여 판시 물건을 압수하고, 일부 압수물에 대하여는 압수조서, 압수목록을 작성하지 아니하고 보관한 일련의 조치가 위법하여 불법행위를 구성한다고 한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해의 위법은 없다고 할 것이다.

다만, 원심의 판단 중에는 이 사건 압수수색영장의 발부행위가 위법하다는 부분이 있으나, 법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 위법한 행위가 되어 국가배상책임이 인정된다고 할 것인데(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다16114 판결 참조), 이 사건 압수수색영장을 발부한 법관이 위법·부당한 목적을 가지고 있었다거나 법이 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저히 위반하였다는 등의 자료를 찾아볼 수 없는 이 사건에서, 원심이 압수할 물건의 기재가 없는 이 사건 압수수색영장의 발부행위가 위법하여 불법행위를 구성한다는 취지로 판단한 것은 잘못이라 할 것이다. 그러나 원심의 이러한 잘못은 위와 같은 이유로 이 사건 압수수색이 위법하여 불법행위를 구성하는 이상 판결 결과에 영향은 없다고 할 것이다.

3. 원고 상고이유에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 원고가 여권을 압수당하여 수입물품검사를 위한 출국을 하지 못함으로써 그 주장과 같은 영업상의 손해를 입었다는 점에 관하여 판시 각 증거만으로는 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다 하여 이 부분 손해배상청구를 배척한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 심리미진, 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나, 재판받을 권리를 침해한 위법 등이 있다 할 수 없다.

4. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 각자의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장) 조무제 강신욱 이강국(주심)