

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000418-01

# 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 및 토론회

- 일시 | 2012. 12. 11.(화) 10:00~12:00
- 장소 | 국가인권위원회 인권교육센터 별관(10층)

# Progra

- 일시 : 2012. 12. 11.(화) 10:00~12:00  
□ 장소 : 국가인권위원회 인권교육센터 별관(10층)

---

	개 회	개회 및 안내
10:00~10:10	인 사 및 소 개	좌장 : 안석모 (인권정책교육 국장)
10:10~10:55	실 태 조사 결 과 보고	◎ <b>실태조사 결과:</b> 권양섭 (군산대학교 법학과 연구교수) ◎ <b>해외사례:</b> 노명선 (성균관대학교 법학전문대학원 교수) ◎ <b>개선방안:</b> 광병선 (군산대학교 법학과 교수)
10:55~11:10		휴 식
11:00~11:50	토 론	오길영 (신경대학교 경찰행정학과 교수) 변정수 (법무법인 김앤장 전문위원) 강영구 (변호사) 김보라미 (법무법인 나눔 변호사) 오기두 (서울중앙지방법원 부장판사)
11:50~12:00	종 합 토론	정리 및 폐회

---

# Content

● 실태조사 결과보고 |

**사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 / 1**

권양섭 (군산대학교 법학과 연구교수)

노명선 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)

곽병선 (군산대학교 법학과 교수)

● 토 론 |

**사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론문 / 39**

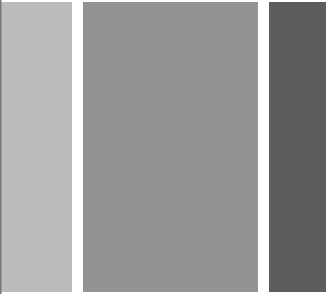
오길영 (신경대학교 경찰행정학과 교수) / 41

변정수 (법무법인 김앤장 전문위원) / 53

강영구 (변호사) / 53

김보라미 (법무법인 나눔 변호사) / 67

오기두 (서울중앙지방법원 부장판사) / 73



# 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사

- 권양섭 (군산대학교 법학과 연구교수)
- 노명선 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)
- 곽병선 (군산대학교 법학과 교수)
- 이종찬 (군산대학교 컴퓨터정보공학과 교수)

# 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사

곽병선 노명선  
이종찬 권양섭

## 1 연구의 목적



2

## 2 실태조사 개요 및 분석

### 수사기관

- (1) 조사기관: 총 10개 수사기관
  - 대검찰청 디지털 포렌식센터
  - 경찰청 사이버테러대응센터외 광역시 지방경찰청 8개 기관
- (2) 조사방법: 설문조사
  - 수사기관을 방문하여 설문지 배포 후, 방문 혹은 우편수거
  - 실태조사 과정에서 총 10명의 수사관과 면담조사
- (3) 조사기간: 2012년 9월 17일 ~ 9월 26일
- (4) 총 수거부수: 147부

3

### 2. 실태조사 개요 및 분석

### 피수사자 조사개요

### 피수사자

- (1) 총 조사자: 18명(피수사자: 14명/피조사자: 4명)
  - 면접조사 대상은 사이버 수사 및 디지털 증거를 압수·수색 당했던 피수사자 혹은 피조사자를 대상으로 하였음.
  - 시민단체와 변호사의 협조를 받아서 피수사자를 추적함.
  - 최근 언론에서 이슈화 되었던 사건을 위주로 피수사자 면접조사를 실시하였으며, 사전 전화 면접조사를 통해 조사대상을 선별하였고, 최대한 쟁점별로 사건을 추적하기 위해 노력하였음.
- (2) 조사 방법: 심층면접조사
- (3) 조사기간: 2012년 8월 6일 ~ 10월 5일

4

**(1) 총 조사자: 14명**

사이버 수사 및 디지털 증거가 압수수색 당했던 사건을 변론했던 변호사만을 대상으로 하였음.

**(2) 조사방법: 심층면접조사/설문지에 의한 설문조사**

심층면접조사는 주요쟁점이 되는 사건을 담당한 변호사를 중심으로 이루어졌으며, 설문지를 통한 설문조사는 디지털 증거에 대한 인식과 새로운 압수수색제도에 대한 의견을 조사하기 위해 실시함

**(3) 조사기간: 2012년 8월 6일 ~ 10월 5일**

**(1) 처음 계획시 설문지를 배부하여, 인식조사와 실태조사를 실시하고자 하였으나 설문지 수거가 유효한 의미를 도출할 수 있을 정도에 이르지 못하였음.**

**(2) 설문지에 의한 실태조사보다는 실무자 면접조사가 효율적이라고 판단하여 조사방식을 단체 심층면접조사로 변경함.**

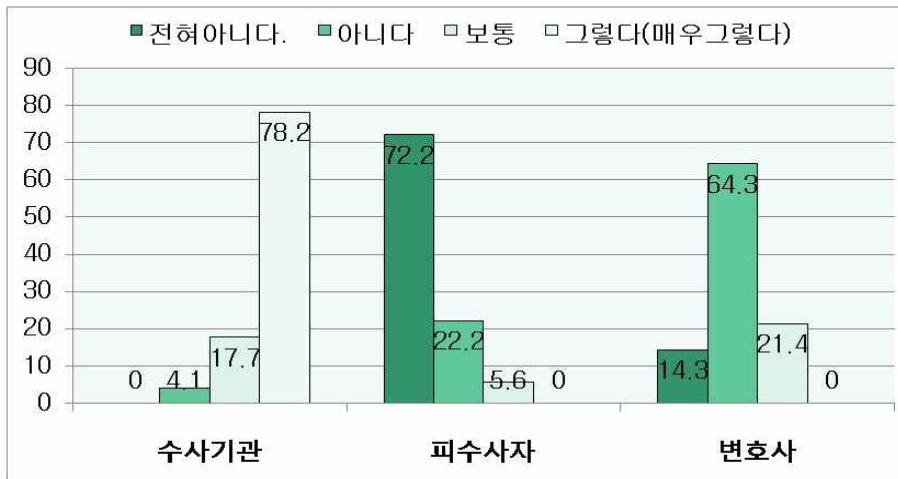
**(3) 주요 포털 사이트와 상거래 사이트, 게임 사이트 등 7명의 수사지원팀 실무자와 연구진이 단체 심층면접조사를 실시함.**

수사절차에 있어서 디지털 증거는 물리적 증거와 달리 취급되어야 한다.



7

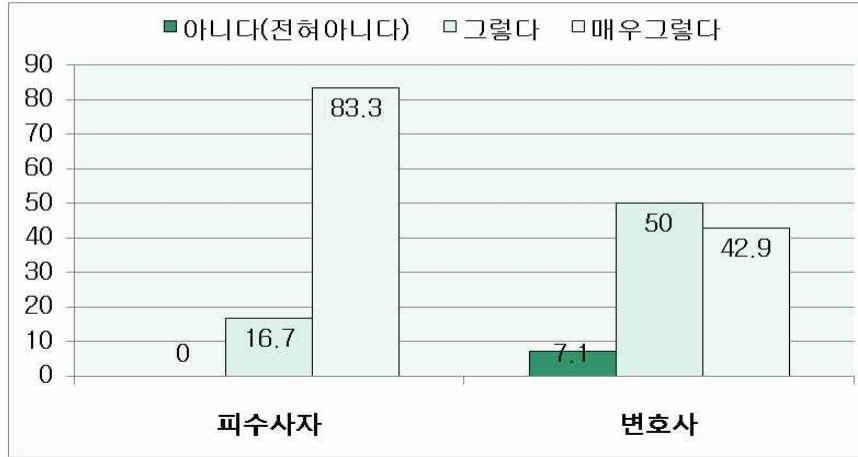
현행 사이버 수사 및 디지털 증거수집 수사절차는 인권을 보장하고 있다.



8

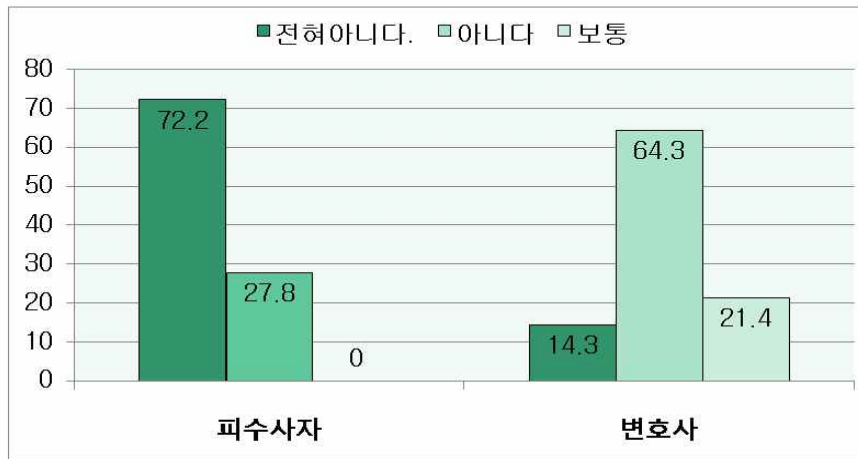


사이버 수사 및 디지털 증거수집시 개인의 프라이버시가 많이 침해된다.



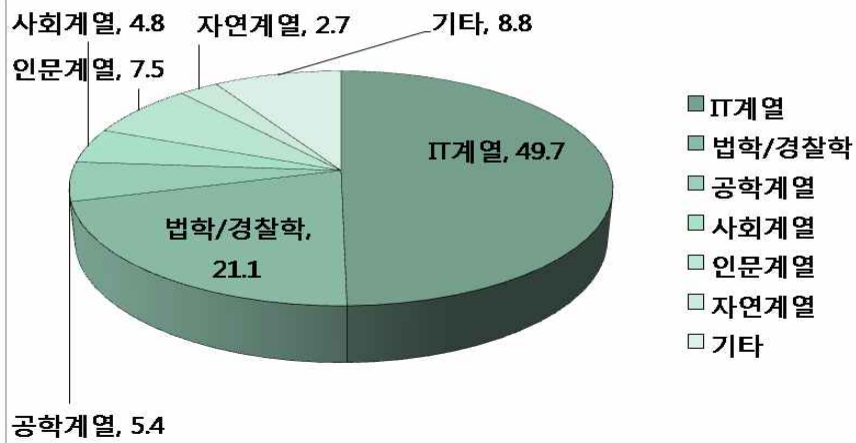
9

수사기관은 사이버 수사 및 디지털 증거를 수집하기 위한 영장을 집행함에 있어서 피수사자의 인권을 보장하고 있다.



10

전공분야



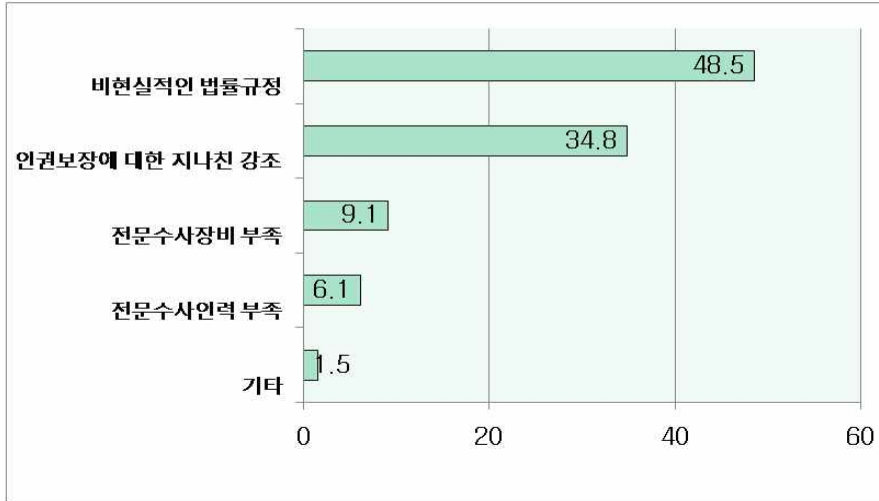
11

현행 사이버 수사 및 디지털 증거수집 절차는 수사의 효율성을 확보하고 있다고 생각하십니까?



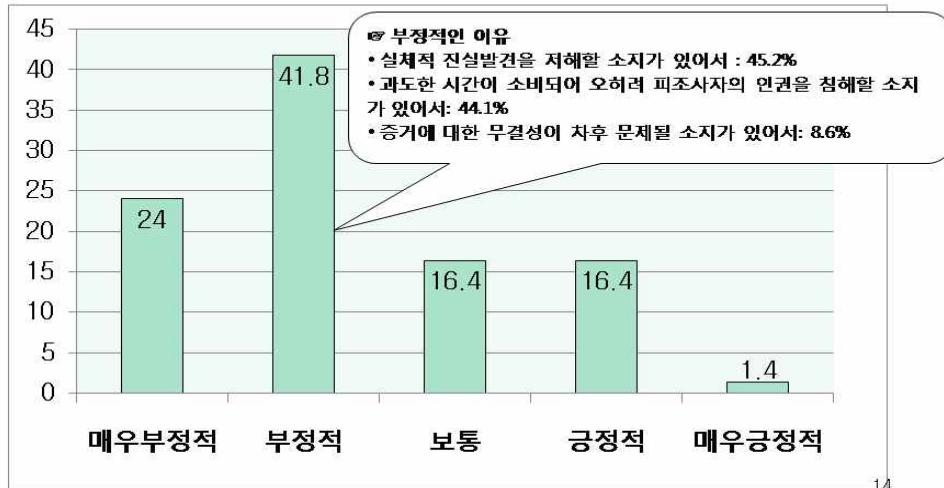
12

수사의 효율성을 저해하는 요소



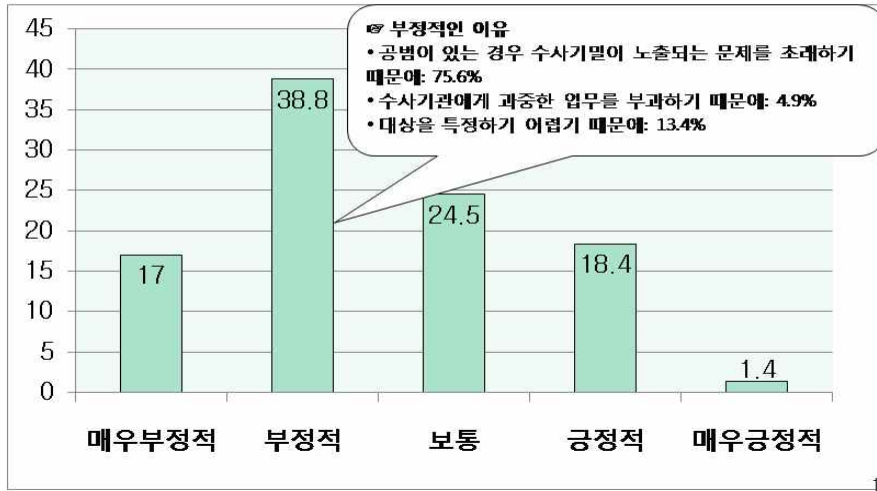
13

형사소송법 제106조 제3항



14

형사소송법 제106조 제4항



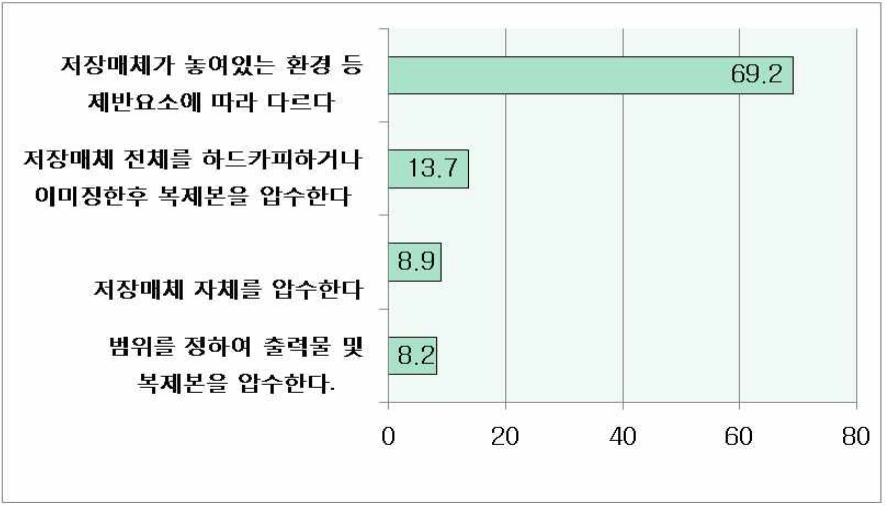
15

영장의 집행방법을 현장 수사관의 재량에 맡겨야 하는지



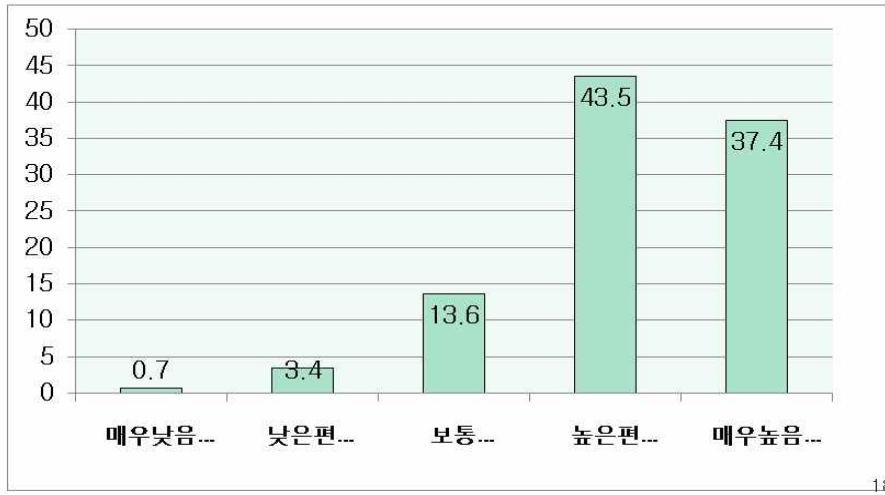
16

● 영장집행을 수사관의 재량으로 결정하도록 할 경우 어느 방법으로 디지털 증거를 압수할 것인지



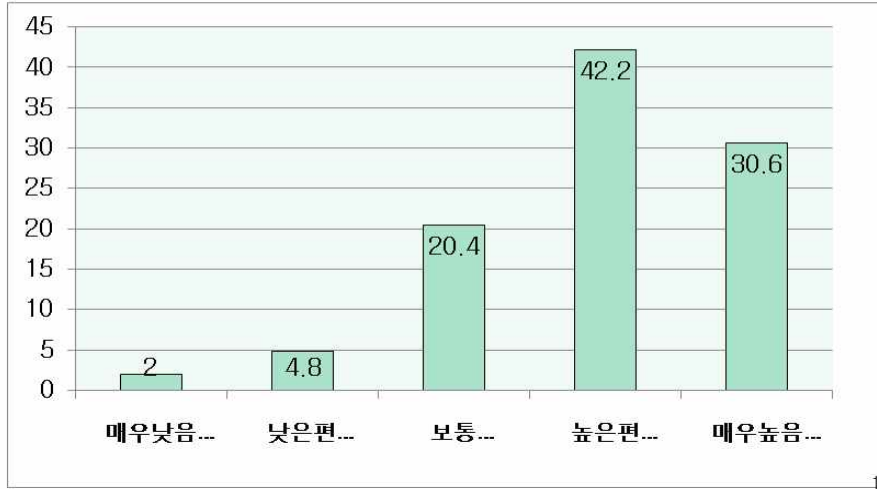
17

● 범죄수사에 있어서 디지털 증거가 차지하는 중요도



18

● 압수된 디지털 정보에서 범죄와 관련된 증거가 발견되는 비중



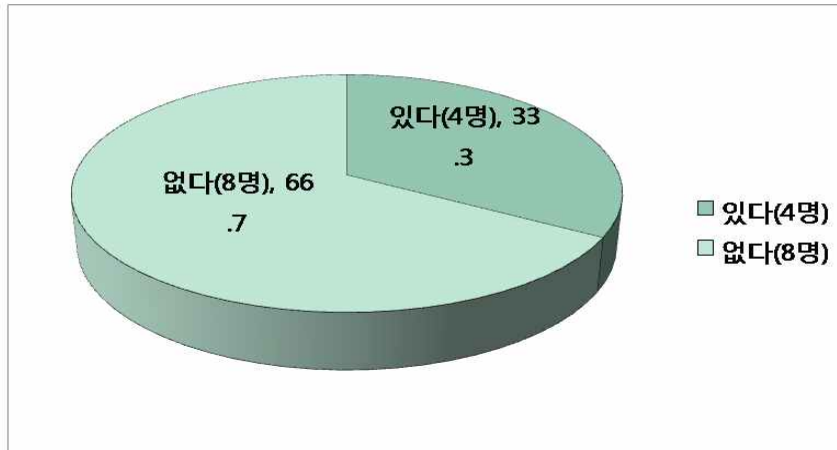
19

● 압수된 디지털 저장매체 등에서 수사사건 외의 새로운 범죄사실에 관한 신증거를 발견한 경험



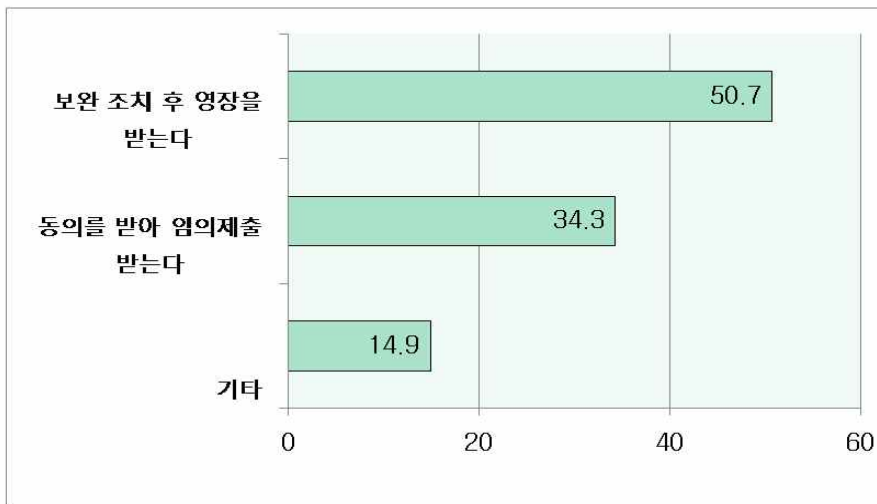
20

변호사: 신증거를 발견하고 진행된 사건을 의뢰 받아본 경험



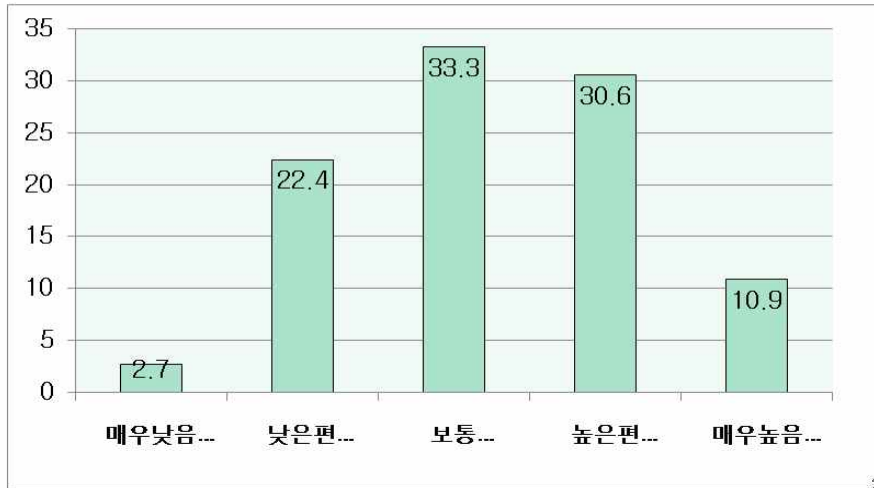
21

신증거에 대한 사후조치



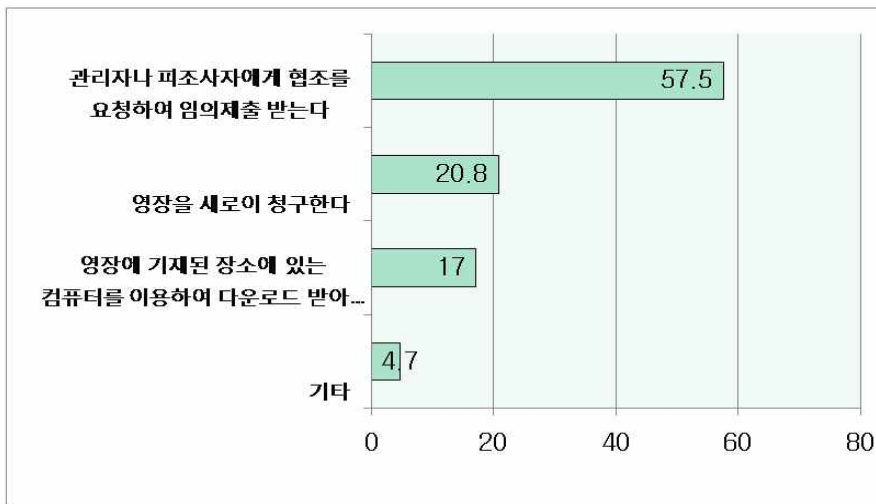
22

● 압수수색 장소에 있는 컴퓨터와 네트워크로 연결되어 있는 원격지 컴퓨터나 외부서버에 해당 사건 범죄와 관련된 증거가 존재했던 경험



23

● 원격지 컴퓨터나 서버에 해당사건 증거가 존재하는 경우 조치



24

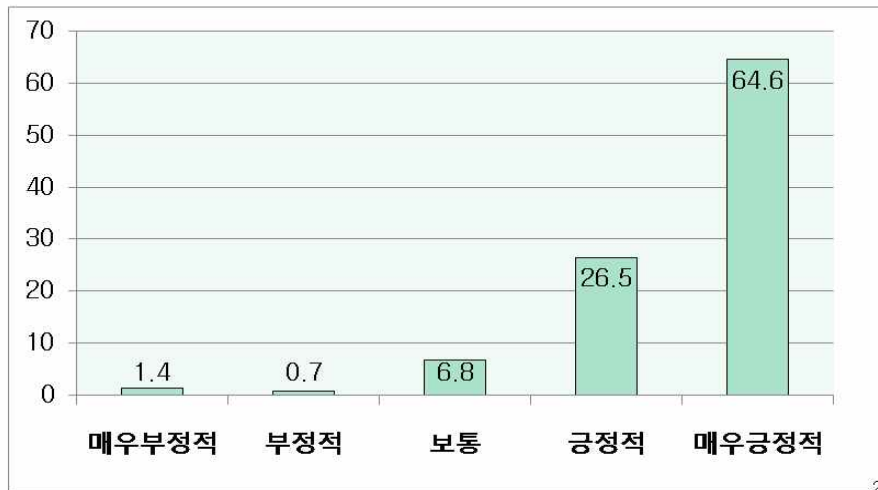


● 현장에 있는 컴퓨터 네트워크를 통한 압수수색 제도 도입



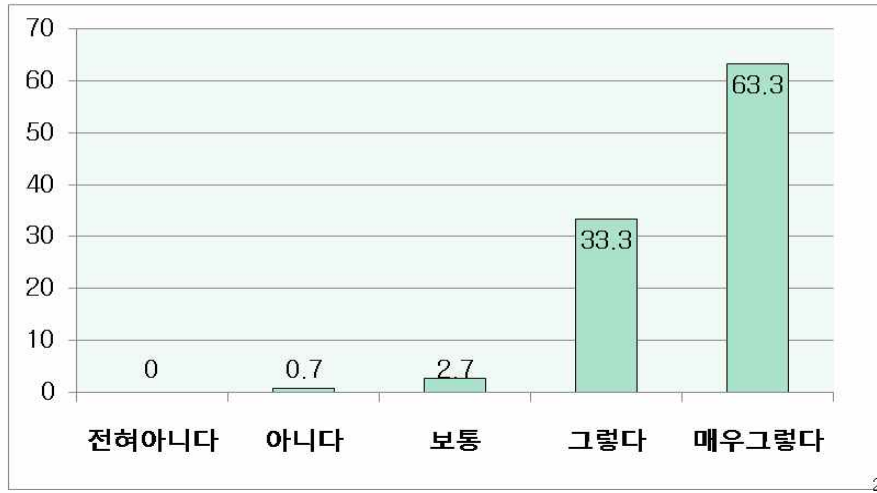
25

● 법원의 허가를 받아 자료 보존을 명령하는 제도 도입



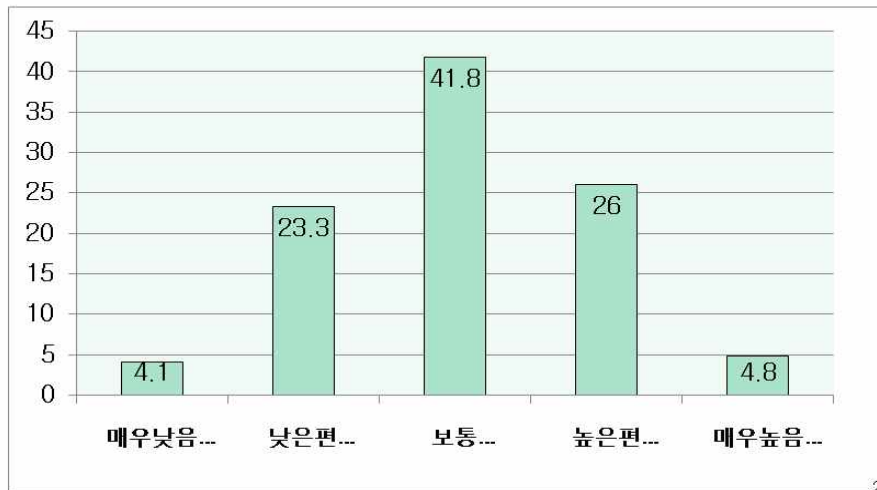
26

사이버 수사 및 디지털 증거수집 과정에서 정보통신서비스제공자(전기통신사업자)의 협력이 필요한지 여부



27

전기통신사업자에게 협조를 요청한 경우 협조하는 정도



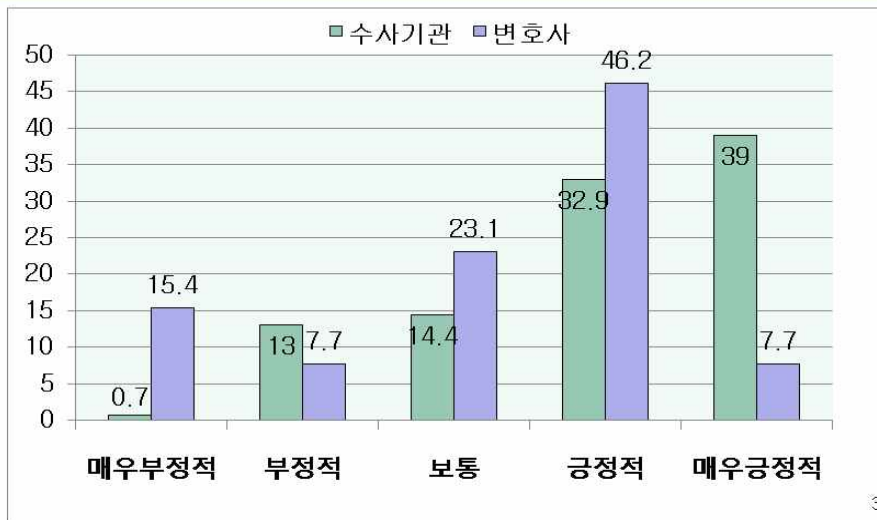
28

● 압수수색 과정에서 전기통신사업자에게 협력의무를 부과하는 제도의 도입



29

● 전기통신사업자에 대한 기록명령후 압수제도의 도입

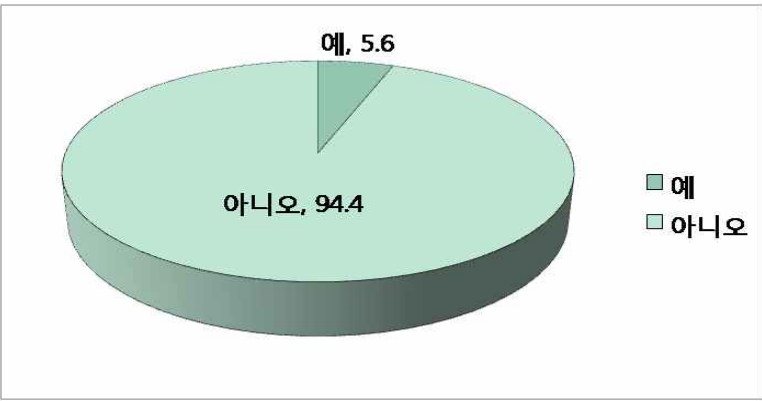


30

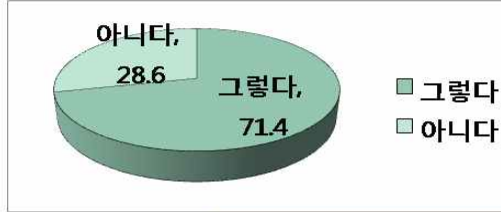
알고  
없다      모른다

<p>● 압수수색 영장을 집행함에 있어서 미리 집행의 일시와 장소를 피의자 또는 변호인에게 통지해야 한다.</p>	22.2%	77.8%
<p>● 압수영장에 대해 법원에 준항고 할 수 있다.</p>	50.0%	50.0%
<p>● 수사상 압수물에 대하여 반환(환부, 가환부)을 청구할 수 있다.</p>	66.7%	33.3%
<p>● 디지털 저장매체에서 증거를 압수할 경우 정보를 출력하거나 복제하는 것을 원칙으로 하고, 예외적인 경우에만 저장매체 자체를 압수할 수 있다.</p>	55.6%	44.4%
<p>● 디지털 증거를 압수하는 경우 원칙적으로 기억된 정보의 '범위를 정하여' 출력하거나 복제하여 제출 받아야 한다.</p>	50.0%	50.0%
<p>● 수사기관은 정보저장매체 등(E-mail 포함)에서 디지털 증거를 압수수색한 경우 그 해당 사실을 정보주체에게 통지해야 한다.</p>	66.7%	33.3%

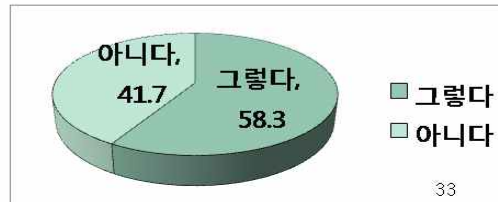
● 압수수색시 수사기관으로부터 통지(사전통지)를 받았는지 여부



● 영장에 기재된 장소만을 수색하였는지 여부

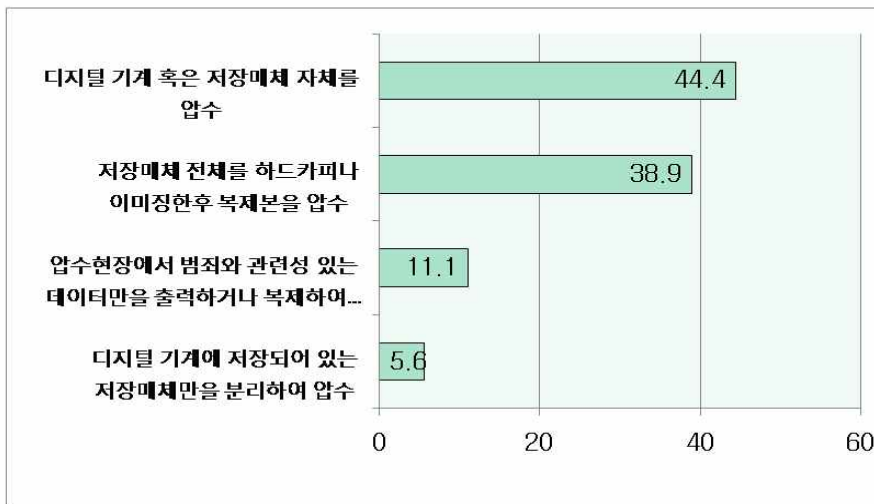


● 영장에 기재된 물건만을 압수하였는지 여부



33

● 디지털 증거가 압수된 방식



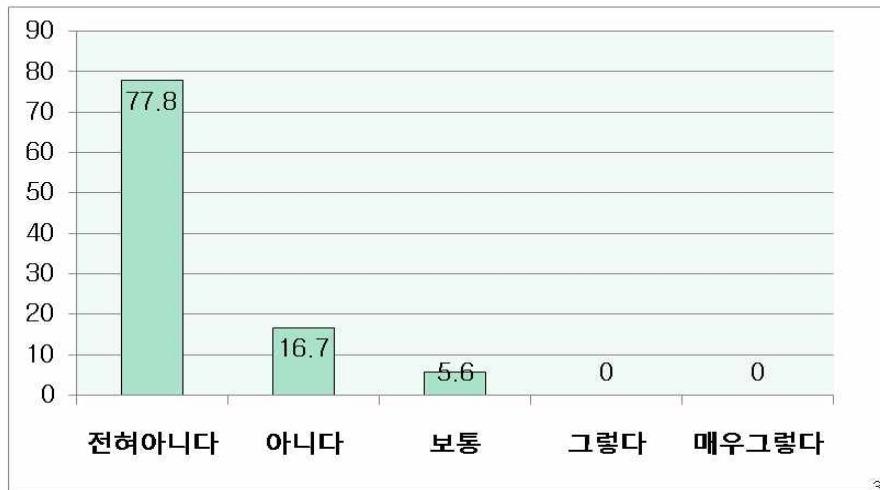
34

● 영장집행 당시 집행방법이 적절하였다고 생각하는지 여부



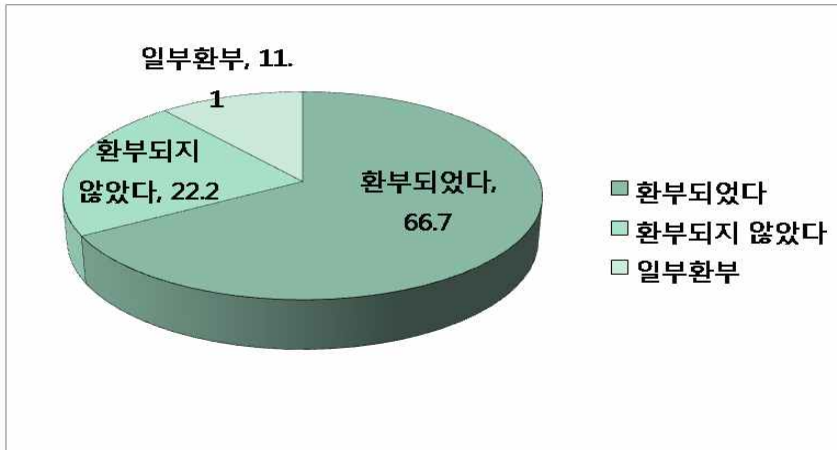
35

● 범죄와 관련성 있는 디지털 정보만을 압수하였다고 생각하는지 여부



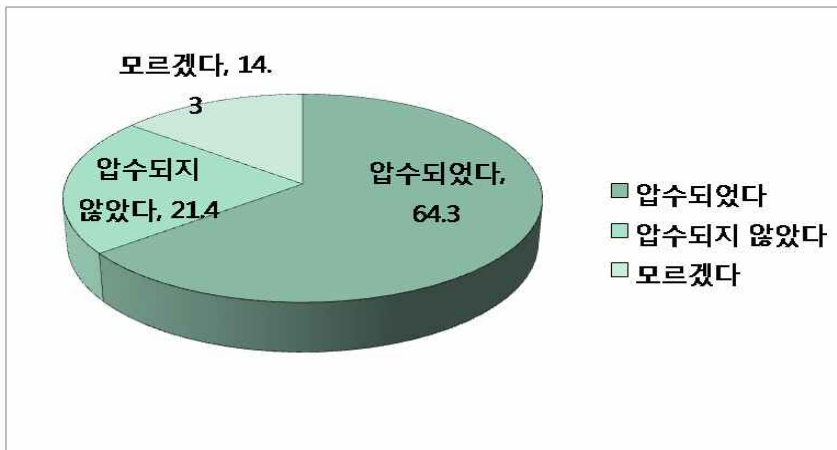
36

▶ 압수된 압수물의 반환(환부, 가환부) 여부



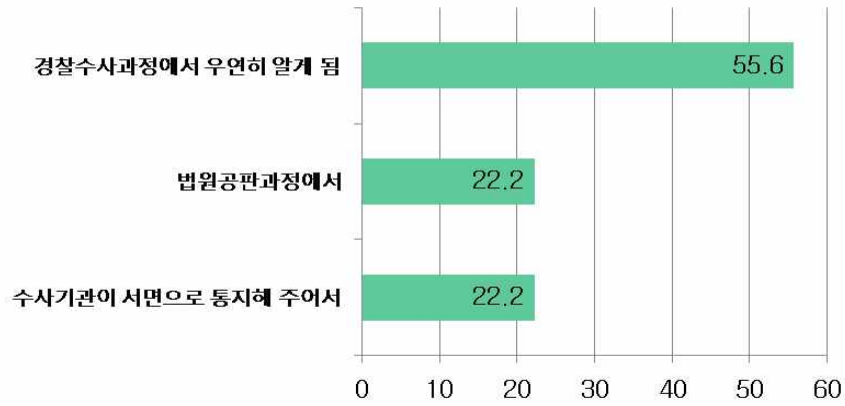
37

▶ 이메일이 압수되었는지 여부

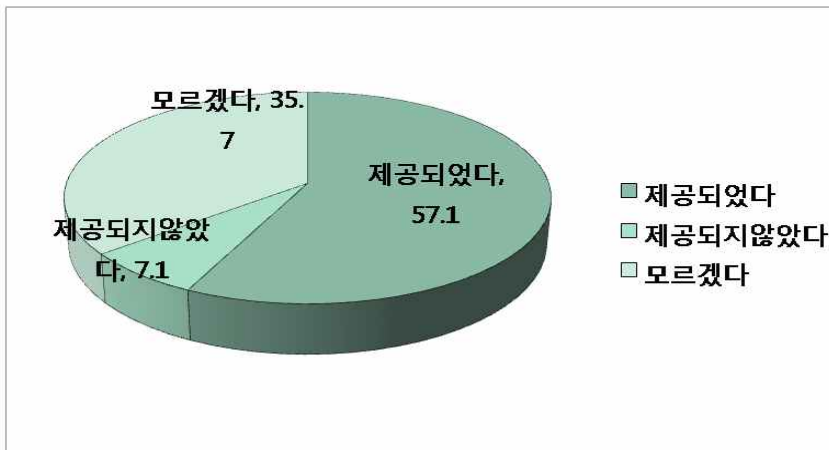


38

자신의 이메일이 압수수색 되었다는 사실을 언제 알았는지

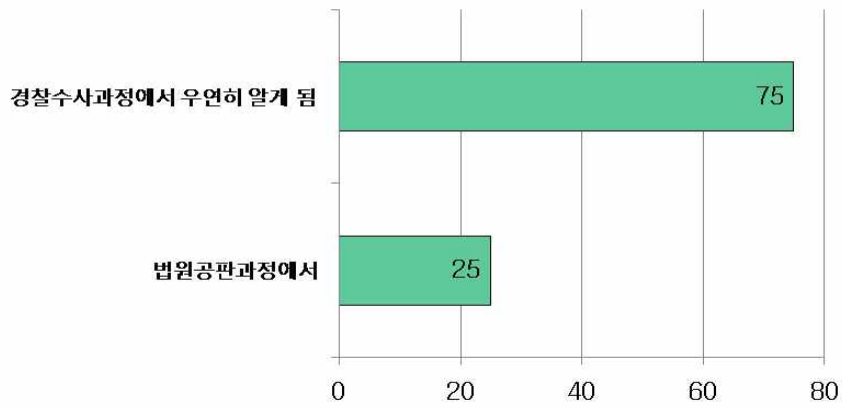


전기통신사업법상의 통신자료가 제공되었는지 여부



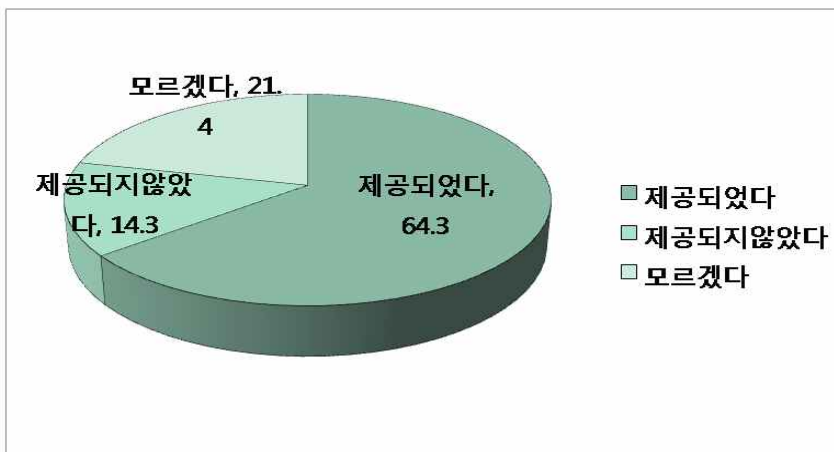


통신자료가 제공되었다는 사실을 언제 알았는지



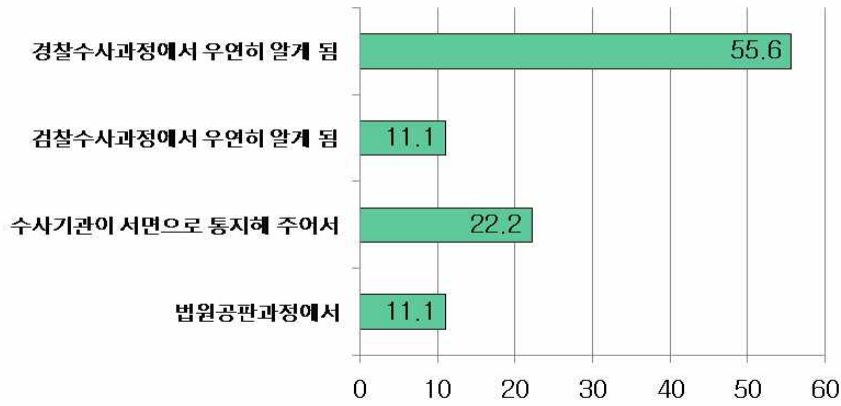
41

통신비밀보호법상의 통신사실확인자료가 제공되었는지 여부



42

통신사실확인자료가 제공되었다는 사실을 언제 알았는지



43

▶ 사례-2: 국가보안법 위반 사건

- 피고인은 이적표현물 소지죄로 기소되었으며, 해당 이적표현물은 피고인의 포털 메일계정 '보낸편지함'에서 발견, 해당 편지는 자신이 자기에게 쓴 이메일이었음.
- 재판과정에서 피고인은 해당 메일을 보낸 적이 없으며, 자신의 이메일이 해킹 혹은 도용당했다고 주장 함.
- 포털업체로부터 이메일 압수시 메일 헤더부분에 있는 보낸 사람의 IP가 수집되지 않았으며, 수사과정에서 로그인 기록과 메일 IP를 확보할 수 있었음에도 불구하고, 로그인 보관기간이 지난 후에야 포털업체에 로그기록을 요청함.
  - 2006.8.14. 이메일에 대한 압수수색 영장발부
  - 2006.8.16. 06:14:15 피고인이 자신의 이메일로 메일 발송
  - 2006.8.16. 15:15 이메일에 대한 영장집행
  - 2006.12.28. 포털업체에 로그기록 및 IP요청
- 법원은 로그기록과 IP가 확보되지 않은 이메일을 증거로 사용함.

44

### ▶ 사례-6: 명예훼손 및 뇌물공여사건

- 인터넷을 통해 대량으로 타인의 명예를 훼손하는 문자를 발송하여, 경찰이 명예훼손혐의로 피수사자의 사무실을 압수·수색
- 압수·수색 과정에서 컴퓨터 하드디스크 2개를 현장에서 이미징한 후, 복사본을 압수함
- 압수한 하드디스크를 분석하는 도중에 뇌물명단을 발견하고, 피의자를 뇌물공여 혐의로, 11명을 뇌물수수 혐의로 입건
- 현재 뇌물공여죄로 기소되었으며, 뇌물수수죄로는 1명만 기소되고, 나머지는 기소유예
- 법정에서는 뇌물명단에 대한 증거능력은 다투지 않음

45

### ▶ 사례-7: 의료비 부당 청구사건

- 의사가 건강보험 의료비를 건강보험공단에 부당 청구함.
- 부당 청구한 내역을 확인하기 위하여 병원 환자의 진료기록이 담겨진 하드디스크 자체를 압수함.
- 압수된 하드디스크는 환부신청을 통해 압수된지 3개월 후에 환부됨.
- 미국은 의사, 변호사, 성직자의 문서는 특권문서로 취급하고, 압수시 필터링 등을 활용하여, 범죄와 관련성 있는 증거만을 압수하고 있음
- 환자의 진료기록 등과 같은 민감정보가 담겨진 하드디스크가 이미징되어 압수되었다고 가정할 때, 차후 이에 대한 폐기 절차 등이 마련되어야 함.

46

### ▶ 사례-8: 회사자금 횡령사건

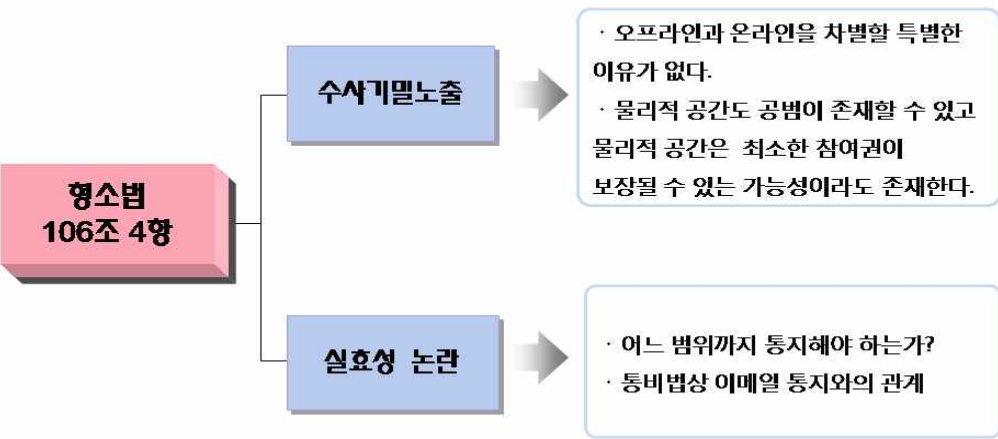
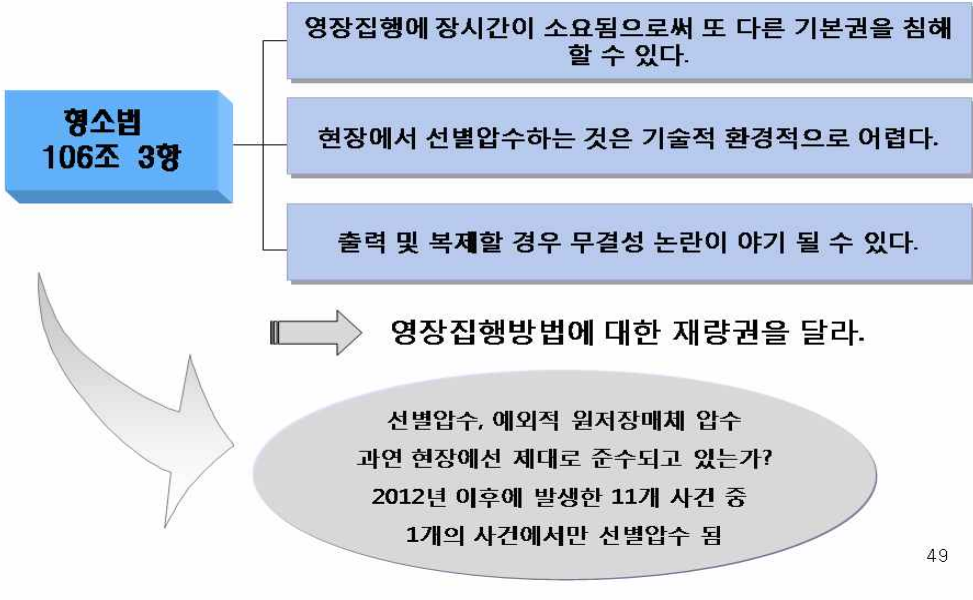
- 업무용 컴퓨터 6대의 저장매체 자체가 압수됨으로써 회사의 영업권이 침해됨
- 압수된후 30일이 지나서야 환부되었으며, 그동안 회사의 영업에는 막대한 차질이 발생.
- 저장매체 전체에 대한 분석이 필요한 경우, 이미징 방법을 통해 압수하고 원자정매체는 환부하여 회사의 영업 손실을 최소화할 필요성이 있음.
- 영장심사과정에서 기업의 영업권이 침해받지 않도록 영장집행방법을 제한할 필요성이 있음.

47

## 3 이해 당사자가 제기하는 문제점



48



3. 이해당사자가 제기하는 문제점

피수사자가 제기하는 문제점

1. 혐의사실과 관련된 정보만 압수하고, 광범위한 압수수색 제한해 달라.
2. 영장 집행 전 사전 통지 및 참여권 보장해 달라.
3. 형식적인 영장심사 말고, 실질적인 영장심사에 달라.
4. 압수된 저장매체 신속히 환부하고, 불필요한 정보는 삭제해 달라.
5. 복잡하고 어려운 디지털 포렌식 절차 이해하기 쉽게 설명해 달라.

51

3. 이해당사자가 제기하는 문제점

변호사가 제기하는 문제점

1. 압수수색 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리 보장해 달라.
2. 범일의 디지털 증거에 대한 검증 역량 강화해 달라.
3. 영장 집행 방법에 대해 다룰 수 있는 실효적 제도를 만들어 달라.

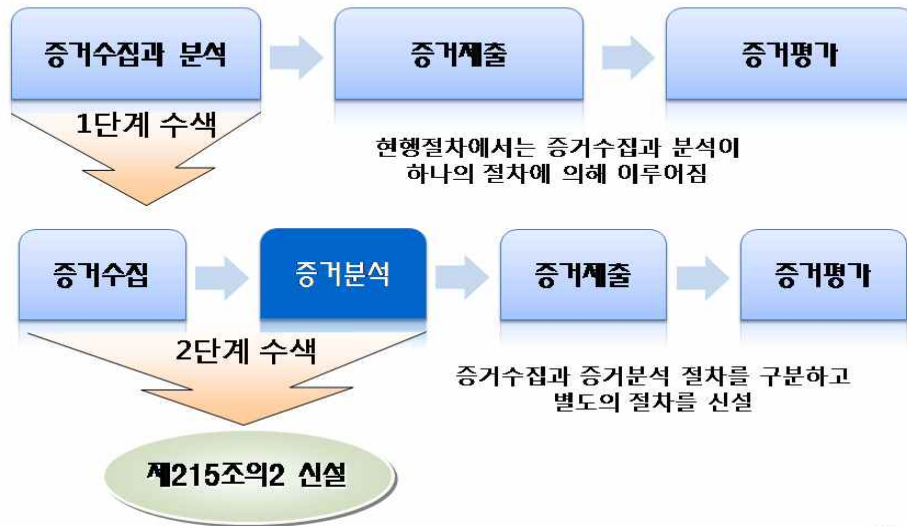
52

1. 전기통신사업법 제83조 제3항 삭제 혹은 강행규정으로 해 달라.
2. 압수의 범위를 특정하여 형식적인 판단만 하게 해달라.
3. 기업의 영업권을 보장해 달라.

## 4 실체적 진실발견과 인권보장을 위한 입법개선안

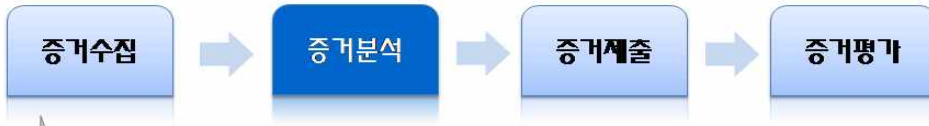
1. 디지털 정보 압수 대상에 명문화
2. 이단계 압수와 법원의 분석허가 심사 절차 마련
3. 제3자에 의한 필터링 제도 운영
4. 압수물에 대한 신속한 환부와 폐기 절차 마련
5. 법원의 영장심사 및 검증절차 강화
6. 새로운 압수수색 제도 신설
7. 통신자료제공에 대한 영장주의 적용

현행	개선안
<p>형사소송법 제106조(압수)</p> <p>① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.</p>	<p>형사소송법 제106조(압수)</p> <p>① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물이나 전자정보 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.</p>

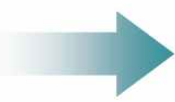




▶ 제215조의2의 내용

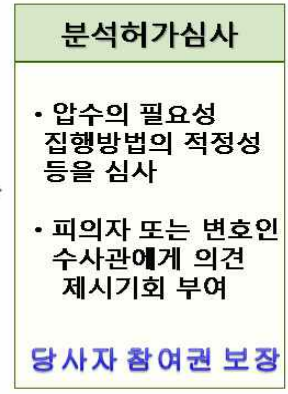
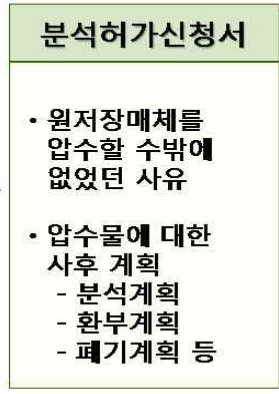


집행현장 사정상 선별압수가 불가능하거나  
현저히 곤란한 사정이 존재하는 경우에는  
영장집행방법에 대한 재량권 부여

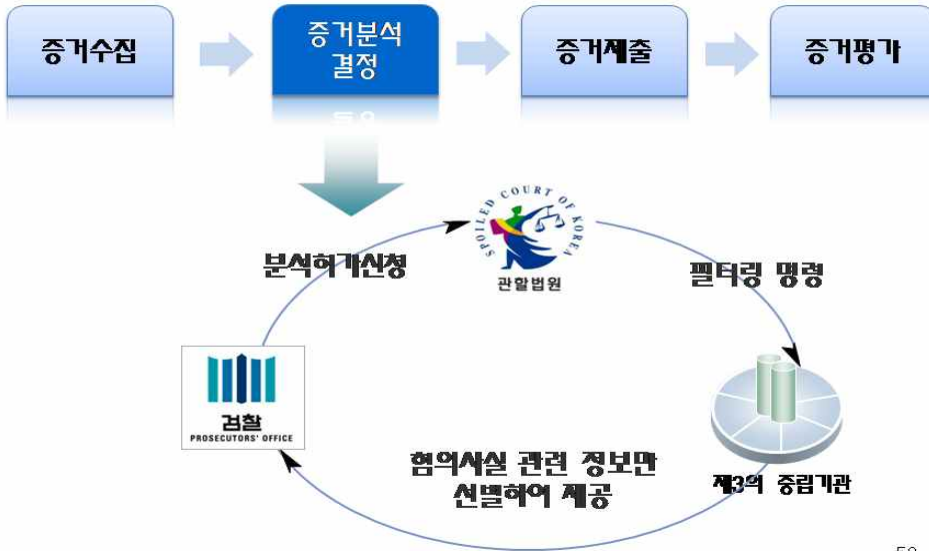


**사후통제절차: 원저장매체 등을 압수한 경우 봉인하여 압수한 후, 분석시 법원의 허가절차를 마련**

▶ 제215조의2의 내용

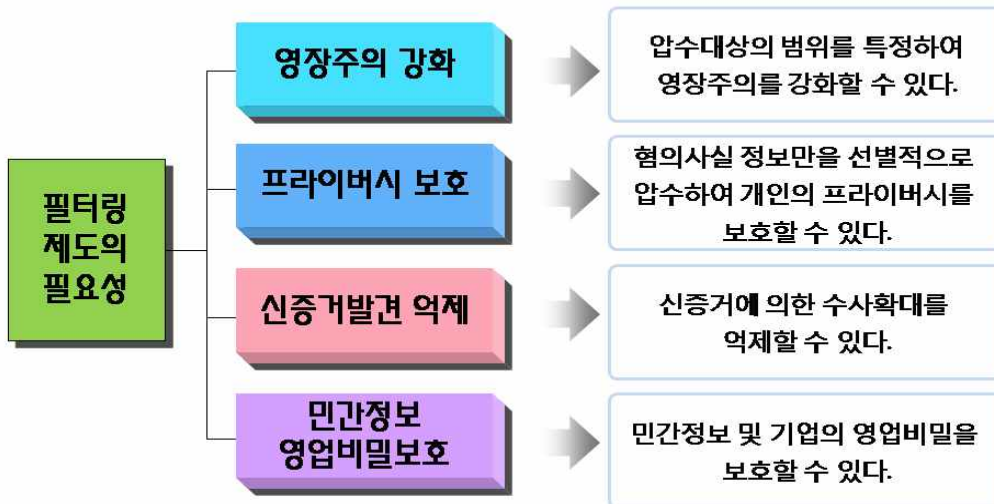


▶ 제3자에 의한 필터링제도 운영



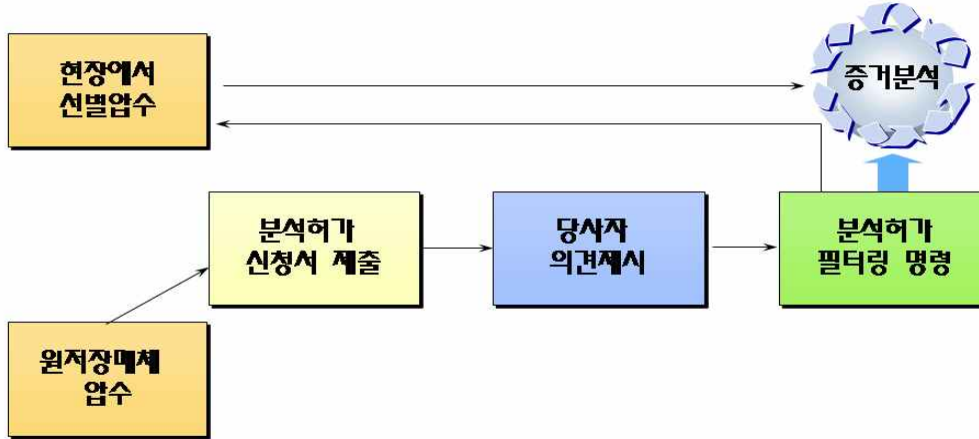
59

▶ 제3자에 의한 필터링제도 운영



60

## ▶ 이단계 압수 절차 흐름도



61

## ▶ 입법안 내용

현행	개선안
<신설>	<p>형사소송법 제215조의2(정보저장매체등에 대한 압수)</p> <p>① 검사 또는 사법경찰관은 제215조 제1항 또는 제2항에 따라 제106조 제3항 정보저장매체 등을 압수해야 하는 경우에는 봉인하여 압수한 후, 법원의 허가를 받아서 분석해야 한다.</p> <p>② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따라 압수물에 대한 분석 허가를 신청하고자 하는 때에는 그 사유와 압수물에 대한 사후계획 등을 수립하여 제출해야 한다.</p> <p>③ 법원은 제1항에 의한 분석 허가를 심사함에 있어서 검사 또는 사법경찰관, 피의자 또는 변호인에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.</p> <p>④ 법원은 제215조 제1항 또는 제2항에 따라 영장을 발급하거나 제1항에 의한 분석을 허가함에 있어서, 해당 사건과 관계가 있다고 인정되는 전자정보만을 선별할 것을 제3자에게 명할 수 있으며, 선별과정에 검사 또는 사법경찰관, 피의자 또는 변호인을 참여하게 해야 한다. 다만, 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때에는 예외로 한다.</p>

62

## ▶ 실제 사례에 대입(통합진보당 부정경선사건)

### 1. 사건경과

- ① 통합진보당 비례대표 부정경선을 수사하는 과정에서 수사기관은 2012년 5월 22일 당 서버에 대한 압수수색 영장을 집행함.
- ② 1차 영장 청구: 1차 영장 청구시 수사기관은 서버에 대한 복사(이미징)가 불가능할 경우에는 서버 자체에 대한 압수를 허용해 줄 것을 청구하였지만, 법원은 서버에 대한 복사(이미징)만 허용함.
- ③ 2차 영장 청구: 당원들의 반발로 서버에 대한 복사가 불가능해지자 서버 자체에 대한 압수를 허용해 줄 것을 법원에 재청구하고, 서버 자체 3대를 압수함.
- ④ 2012년 5월 24일 법원에 준항고 제기
- ⑤ 2012년 6월 11일 헌법재판소에 '통합진보당의 서버 등에 대한 압수수색영장에 관한 효력정지 가처분 신청서' 제출

63

### 2. 개선안을 적용한 사건 예상 절차도

- ① 수사관은 영장에 기재된 내용대로 서버에 대한 복사(이미징)를 위해 노력하되, 현지사정상 집행이 불가능할 경우에는 봉인하여 서버 자체를 압수
- ② 봉인하여 압수한 후, 분석을 위한 허가신청서를 법원에 제출해야 하며, 신청서 제출시 '서버 자체 압수가 불가피 했던 이유'와 '압수물에 대한 사후계획'을 제출
- ③ 판사는 수사기관의 제출한 분석허가신청서와 당 관계자 및 변호인의 의견을 듣고 분석허가 여부를 결정
- ④ 분석을 허가하면서 제3자에게 필터링 할 것을 명할 수 있으며, 필터링 과정에 당 관계자 및 변호인이 참여
- ⑤ 필터링한 정보에 대한 진정성과 무결성을 이해당사자에게 확인 받은 다음, 수사기관에 인계하고, 압수된 서버는 환부조치.
- ⑥ 만약 필터링한 정보에 대해서 진정성과 무결성 문제가 제기되었을 경우 판사는 원본 혹은 전체 이미징한 사본을 법원에 보관할 것을 명할 수 있음.

64



환부에 관한 규정은 존재하나, 폐기에 관한 규정은 존재하지 않음, 세부사항은 내부지침 등으로 규정

제218조의2(압수물의 환부, 가환부) ① 검사는 사본을 확보한 경우 등 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물 및 증거에 사용할 압수물에 대하여 공소제기 전이라도 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출인의 청구가 있는 때에는 환부 또는 가환부하여야 한다.

현행	개선안
<신설>	형사소송법 제218조의3(압수물에 대한 폐기) 검사 또는 사법경찰관은 정보저장매체 등에서 복제 혹은 출력하여 압수한 전자 정보가 형사절차에서 더 이상 필요하지 않게 된 경우에는 즉시 폐기하여야 한다.

65

제도	수사관	변호사	전기통신사업자
기록명령 후 압수 제도	71.5%	53.9%	찬성
수색장소 컴퓨터를 이용한 원격 압수·수색 제도	90.4%	38.5%	찬성
자료보존명령제도	91.1%	-	반대
전기통신사업자 협력의무 부과	95.2%	38.5%	반대



1. 기록명령 후 압수제도
2. 수색장소 컴퓨터를 이용한 원격 압수수색 제도

66

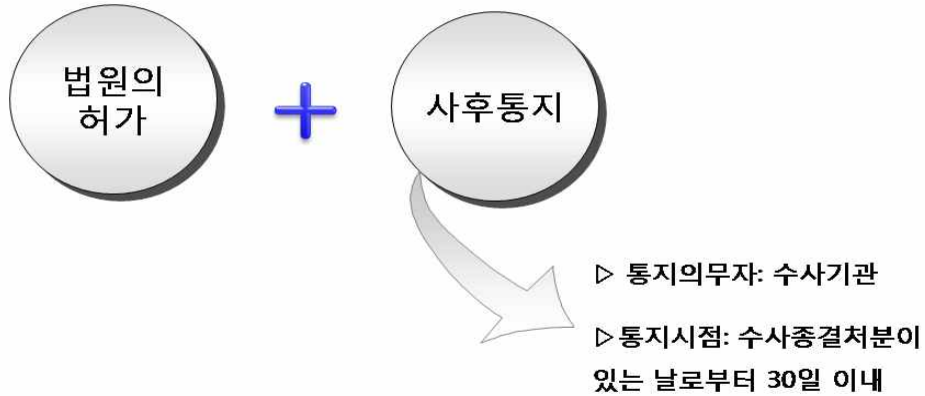
- ① 필요한 정보를 기록케 하고 이를 압수하는 것이 피처분자의 재산권 보호 등에 있어서도 더 유리할 수 있다는 점,  
 ② 특히 기업 수사에 있어서 발생할 수 있는 영업 방해나 재산권 침해 문제를 축소시킬 수 있는 압수방법이라는 점,  
 ③ 수사기관의 경우에도 대형시스템에 기록된 방대한 양의 정보 중에서 피의사실과 관련된 정보를 찾기 위해 소요되는 상당한 시간과 노력을 줄임으로써 여타 수사에 집중할 수 있다는 점

현행	개선안
형사소송법 제106조(압수) ①~④ (생략) ⑤ <신설>	형사소송법 제106조(압수) ①~④ (현행과 같음) ⑤ 법원은 압수할 전자정보를 보관하는 자 또는 그 전자정보를 이용할 권한을 가진 자에게 명령하여 해당 전자정보를 다른 정보저장매체에 복사, 인쇄시키거나 이전시킨 후 다른 정보저장매체를 압수할 수 있다.

67

현행	개선안
형사소송법 제106조(압수) ①~④ (생략) ⑥ <신설>	형사소송법 제106조(압수) ①~④ (현행과 같음) ⑥ 압수할 전자정보가 수색장소에 있는 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 '컴퓨터 등'이라 한다)와 접속된 다른 컴퓨터 등에 기억되어 있다고 인정되고 수색장소의 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에서 전자정보를 이전 받거나 복제한 후 압수할 수 있다.
형사소송법 제109조(수색) ①, ② (생략) ③ <신설>	형사소송법 제109조(수색) ①, ② (현행과 같음) ③ 수색장소에서 전자정보를 압수하기 위하여 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 '컴퓨터 등'이라 한다)를 수색하는 경우에 압수할 전자정보가 다른 컴퓨터 등에 기억되고 있다고 인정되고 수색장소의 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에 대한 수색을 할 수 있다.

68



69

## 5 결론 및 향후과제

- ◇ 형사소송법의 이념이 상호충돌관계인 실체적 진실발견과 인권보장인 만큼 수사기관과 피수사자, 변호사와 전기통신사업자 모두를 만족시킬 수 있는 제도를 만드는 것은 매우 어려운 일이다.
- ◇ 본 연구진들은 이상적인 입법안보다 이해당사자들이 제기하는 문제점에 더 잡아 인권친화적이면서 현실 적용 가능한 제도를 제시하고자 노력하였다.
- ◇ 향후 또 다른 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사가 이루어진다면, 표본집단조사보다는 사건발생에서부터 수사, 재판에 이르기까지 심층분석하는 개별적 사례조사방식의 연구방법이 더 적절한 연구방법이라고 본다.

70

# Q&A





# 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론회

- 오길영 (신경대학교 경찰행정학과 교수)
- 변정수 (법무법인 김앤장 전문위원)
- 강영구 (변호사)
- 김보라미 (법무법인 나눔 변호사)
- 오기두 (서울중앙지방법원 부장판사)

## ㉠ 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론문

오길영 (신경대학교 경찰행정학과 교수)

### 1. 형사소송법 제106조 제1항의 개선안에 관하여

숙지하는 바와 같이 우리 형사법 체제는 압수의 대상으로 유체물 이상의 존재를 알지 못한다. 형사소송법 제106조 제1항과 제2항은 명시적으로 ‘물건’이라는 표현을 사용하고 있고 문맥 전후를 고려하여 파악하더라도 유체물만을 상정하고 있는 것이 분명하다. 신설된 제3항과 4항의 경우는 어떠한가? 먼저 제3항은 그 전단에서 “압수의 목적물”이 “컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체”라는 표현을 사용하고 있다. 즉 유체물인 정보저장매체 자체의 압수를 상정하고 있는 것이다. 그 문장의 후단에서는 “기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다”라고 하여, 이를 전단과 합치면 결국 ‘유체물인 디지털저장매체를 압수할 경우에는 (매체 자체를 통째로 압수하는 것이 아니라) 제한된 부분만을 출력 또는 복제해 와야 한다’는 의미이다. 다시 말해 이 조항에서 입법자는 디지털 저장매체를 통째로 압수하는 것을 금지하고자 하였을 뿐이므로, 여전히 압수의 대상은 유체물을 상정하고 있다고 해야 할 것이다. 그 다음 단서부분을 살펴보자. 여기서 “... 출력 또는 복제하는 방법이 ... 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란...”이라는 표현을 사용하고 있다. 이는 일정한 범위의 데이터를 복제하는 것으로 압수의 목적을 달성하기 곤란한 경우를 의미하는 바, ‘데이터의 복제를 압수로 취급한다는 의미인가’ 하는 의문이 생길 수 있다. 그러나 여기서의 압수를 유체물인 저장매체의 압수로 해석해도 무리가 없다. 다시 말해 ‘일정한 범위의 데이터의 복제가 저장매체 자체를 압수하는 것을 도저히 대신할 수 없다면’이라는 의미로도 파악할 수 있다. 어느 쪽으로든 해석이 가능하여 모호하다고 할 수 있으나, 이러한 모호성은 제4항에서 바로 정리되고 만다. 즉 제4항은 앞의 3항의 내용, 즉 일정한 범위의 데이터를 복제하는 것을 “정보를 제공받은 경우”라고 하여 압수라는 표현을 전혀 사용하고 있지 않다. 제3항의 모호성을 바로 잡는 동시에 유체물을 압수의 대상으로 파악하고 있는 입법자의 태도를 분명히 하고 있는 것이다. 요컨대 법문의 표현만을 두고 보자면, 입법자는 데이터의 복제를 압수행위로 파악하고 있지 않

고 있어 데이터를 압수한다는 관념을 도입한 바 없으며, 신설된 법문도 여전히 유체물을 압수의 대상으로 파악하고 있을 뿐이다.

한편 본 보고서의 논지는 압수의 대상물에 ‘전자정보’를 명기하여야 한다는 것이다. 즉 형사소송법 제106조의 법문을 개정한다는 것이 그것이다. 이에 대한 논거로 4가지를 들면서 영미에서의 입법례 소개와 함께 대륙법계의 한계를 지적하고 있다. 실태조사에 바탕을 두고 있는 본 보고서의 경우, 디지털 증거의 수집과 관련된 모든 실무적 난점의 해결을 위해서는 논리적으로 이 쟁점이 가장 먼저 해결되어야 했으리라 판단된다. 그 결과 제시된 4가지의 논거가 모두 현실적·경험적 입장에서 제시되었다는 점 또한 수긍할 수 있다.

그러나 대륙법계의 입법이 아직 이를 반영하지 못하고 있음이, 단순히 이러한 현실적·실무적 불편을 몰라서가 아니라는 점을 상기해야 한다. 즉 이 부분은 디지털 증거와 관련된 이른바 ‘총론’ 부분에 해당하므로 상당한 숙고가 필요한 것이다. 압수의 개념에 있어 ‘유체물’에 대한 ‘점유’의 획득을 전제로 하고 있는 대륙법계 체제에 있어서는, 압수대상으로서 전자정보를 수용할 때 그 법리의 구성이 그리 쉽지 않기 때문이다. 이에 관하여 국내에서도 긴 시간의 논의가 있어왔다. 긍정설<sup>1)</sup>과 부정설<sup>2)</sup> 그리고 절충설<sup>3)</sup>, 그 모두는 입법의 신설로 명확히 해야 한다는 같은 목소리를 내고 있으나 아직 명쾌하게 법리를 해결하지 못하고 있음 또한 주지의 사실이다. 본 보고서가 이러한 난점을 한 번에 해결해낼 수 있는 뾰족한 묘안을 제시하지는 못한다고 하더라도 최소한 이러한 이론적 논의를 배려하고 있어야 할 것이고, 이렇듯 ‘불편의 개선을 위한 개정’이라는 간단한 논리전개는 타당성을 가질 수 없다.

또한 이에 관한 입법을 가지고 있는 영미의 경우, 이와 관련된 많은 부분에서 우리와는 체제자체가 상이함을 주의해야 한다. 즉 단순히 규정의 존재여부를 확인하는 차원을 넘어서는 연구자세가 필요하다는 것이다.

예를 들어, 미국 입법의 경우를 살펴보자. 미국의 연방형사소송절차규칙(Federal Criminal Rules of Procedure)도 애초에 압수·수색(Search and Seizure)의 대상이 되는 물건(property)

- 1) 박수희, “전자증거의 수집과 강제수사”, 한국공안행정학회보 제29호(2007), 138-139쪽; 조국, “컴퓨터 전자기록에 대한 대물적 강제처분의 해석론적 쟁점”, 형사정책 제22권 제1호(2010), 104-105쪽.
- 2) 탁희성, “전자증거의 압수·수색에 관한 일고찰”, 형사정책연구 제15권 제1호(2004), 26-28쪽; 권양섭, 디지털 포렌식 법률체계 구축방안, 법학연구 제35집(한국법학회, 2009), 368-369쪽; 강동욱, “디지털증거 수집에 관한 형사소송법 개정안에 대한 검토”, 법학연구 제8권 제3호(경상대학교 법학연구소, 2010), 165-166쪽.
- 3) 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 법학연구 제41집(한국법학회, 2011), 324-326쪽.

으로 ‘문서(documents), 장부(books), 서류(papers) 기타 유체물(any other tangible objects)’로 규정<sup>4)</sup>하고 있었다. 이에 무체물인 데이터에 대하여도 동 조항이 적용된다는 다수의 판례들이 쏟아졌다.<sup>5)</sup> 즉 미국 법원들은 당해 규칙상의 표현이 단순한 예시규정일 뿐이므로 압수·수색의 대상이 비단 유체물에 한정되지 않는다는 해석론을 통해 지금의 우리와 비슷한 혼돈의 시기를 버티어 온 것이다. 물론 현재의 당해 규정은 본 보고서가 밝히고 있는 바와 같이 명시적으로 물건(property)의 정의규정 속에 ‘정보(information)’를 추가함으로써 이러한 혼돈이 정리되었다. 여기에서 주목해야 할 한 가지 사실은 개정 이전에도 이미 일반적인 유체물(tangible objects)과 ‘문서(documents), 장부(books), 서류(papers)’ 등을 구분하는 체제를 취하고 있었고, 이러한 입법태도가 새로이 ‘정보(information)’를 물건(property)의 개념으로 포함하는데 있어 밑거름이 되었다는 점이다. 현재 우리 형사법 체제가 취하고 있는 “증거물”이나 몰수할 것으로 사료되는 “물건”에서 상정하고 있는 바와는 그 접근의 차원이 상이하다.

다음으로 ‘압수’의 개념 자체도 판이하게 다르다는 점도 잊지 말아야 한다. 미국의 압수 개념은 개인이 ‘점유물의 이익(possessory interests in that property)’에 대한 ‘유의미한 방해(meaningful interference)’라고 보고 있다.<sup>6)</sup> 따라서 복사 이후에 원본 데이터가 원래의 자리에 그대로 남아있다는 디지털의 속성에 대하여, 학설은 점유 자체에 초점을 맞추지 않고 오히려 ‘방해의 여부’를 주목하면서 난관을 극복해 가고 있다. 즉 잔존하는 점유의 이익에 손상이 없다고 하여도 데이터를 복사하는 당시 데이터 전송을 위한 케이블을 연결하는 등 장비를 설치하는 행위 자체가 이미 ‘유의미한 방해’이라는 것이다.<sup>7)</sup> 다시 말해 복사가 아니라, 복사를 위해 장비를 연결하고 조작하는 행위가 이미 개인이 누려할 점유이익을 ‘방해’한다는 것이다. 이러한 해석론은 압수의 개념으로 대상물에 대한 ‘점유의 박탈’을 상정하고 있는 우리 체계에서는 불가능하다. 따라서 본 보고서에서 들고 있는 첫 번째의 근거, 즉 “수사관이 무엇을 압수한 것인지 혼란스러운 상황이 발생”하는 문제점은, 설령 본 보고서가 제시하고 바와 같이 법문에 ‘전자정보’를 신설한다고 하여도 이 문제는 해결되지 않는다. 이는 어찌할 것인가? 단순한 실

4) Federal Criminal Rules of Procedure §41(a)(2)(A).

5) Warden v. Hayden, 387 U.S. 294, 305(1967); United States v. Chan, 830 F.Supp. 531, 534(N.D. Cal.1993); United States v. New York Tel Co., 434 U.S. 159, 169, 98 s.c.T. 364,54 L. Ed.2d 376(1997).

6) United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109, 113 (1984).

7) Kerr, Orin S., “Searches and Seizures in a Digital World”, Harvard Law Review(2005), 561쪽; 이러한 논리전개에 반대하는 견해로는 Josh Goldfoot, “The Physical Computer and The Fourth Amendment”, Berkeley Journal of Criminal Law(2011), 154-155쪽.

태조사의 차원을 넘어 입법안을 제시하고 있는 본 보고서에서, 이렇듯 이론적·논리적 정합성을 찾아볼 수 없다는 점은 큰 유감이 아닐 수 없다.

나아가 당해 조문의 개정은 단순히 압수의 대상을 설정하는 것 이상의 의미를 가진다는 점에도 유의해야 한다. 즉 이 부분에 대한 개정은 총론적 전환이기 때문에, 기존의 소위 ‘아날로그 마인드’에서 ‘디지털 마인드’로의 패러다임적 전환을 전제해야 한다는 점이다. 예를 들어 ‘전자정보’를 ‘압수의 대상’으로 한다는 것은 곧 당해 전자정보가 존재하는 ‘디지털상의 장소(예를 들어 폴더)’가 곧 ‘압수의 장소’가 된다는 점을 받아들여야 할 것이다.<sup>8)</sup> 또한 유체물과 디지털 정보와의 충돌도 고려해야 할 것이다. 이 역시 미국의 예를 들자면, 핸드폰 압수라는 동일한 경우에 대하여, 핸드폰의 압수와는 별개로 그 안의 데이터에 접근하기 위해서는 별도의 영장이 필요하다는 판례(State v. Smith, 920 N.E.2d 949, 955 (Ohio 2009))와 핸드폰 자체와 그 안의 데이터를 구별할 실익이 없으므로 별도의 영장 없이 불필요하다는 판례(People v. Diaz, 244 P.3d 501, 509(Cal, 2011))가 혼재되어 있는 상황이다. 즉 미국의 경우에도 당해 규정상에 ‘정보(information)’라는 문구의 삽입 이후에도 새로운 논란이 발생되고 있는 것이다. 무체성의 문제를 입법으로 해결한다고 하여 디지털 증거의 압수·수색 전반에 걸친 많은 문제들이 동시에 다발로 일소되는 것이 아니라, 오히려 ‘디지털 마인드’와 ‘아날로그 마인드’의 충돌과 혼란이 지속되고 있음을 우리는 미국의 사례에서 목격할 수 있다.<sup>9)</sup> 요컨대 이 부분의 개정작업은 그 속성상 다양한 담론들이 충분히 성숙된 이후에나 가능한 것이며, 이렇듯 실무상의 필요에 의해 간단히 개정될 수 있는 성질의 것이 아니다.

---

8) 이에 관한 논의는 Kerr, 앞의 글, 538-540쪽 참조.

9) 이에 관한 상세하고 다양한 내용은 Samantha Trepel, “Digital Searches, General Warrants, and The Case for The Courts”, Yale Journal of Law & Technology(2007); Thomas K. Clancy, “The Fourth Amendment Aspects of Computer Searches and Seizure: A Perspective and a Primer”, Mississippi Law Journal(2005); Susan W. Brenner, “Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues”, Michigan Telecommunications and Technology Law Review(2001-2002); G. Robert McLain, Jr., “United States v. Hill: A New Rule, But No Clarity for The Rules Governing Computer Searches and Seizures”, George Mason Law Review(2007); Wayne Jekot, “Computer Forensics, Search Strategies, and The Particularity Requirement”, University of Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy(2007) 등의 글들에서 찾아볼 수 있다.

## 2. '이단계 압수절차'와 '제3자에 의한 필터링제도'에 관하여

본 보고서가 제안하고 있는 '이단계 압수절차'의 도입제안은, 근래에 신설된 바 있는 형사소송법 제106조 제3항 및 제4항에 대한 실무에서의 강한 반감들을 수용하면서 비롯되었다고 보인다. 이는 연구진이 작성한 설문지의 내용과 그에 대한 실무진의 응답에서 잘 나타난다. “영장의 특정성 요건을 완화해야 한다”는 내용의 설문(64쪽), “현장 수사관의 재량에 맡겨야 한다”는 내용의 설문(68쪽)과 이에 대한 실무영역에서의 높은 긍정률(85.7%, 89.8%)을 바탕으로 하여, “압수현장과 저장매체의 특성에 따라 원본의 압수가 필요한 경우도 있을 것이며, 현장에서 출력 및 복제가 용이하지 않아서 제3의 장소로 이동한 분석할 필요가 있는 경우도 존재한다. 이와 같은 사정을 모두 무시하고, 출력 및 복제라는 선별적 압수의 원칙만을 강조할 수는 없다”는 것이 바로 ‘이단계 압수절차’의 도입이유임을 밝히고 있다(144쪽).

그러나 연구진의 이러한 입장은 심히 유감이 아닐 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 형사소송법 제106조 제3항 및 제4항 규정의 신설은 지금까지 수사편의를 위해 자행되어 온 소위 ‘씩쓸이식 압수·수색’의 관행을 입법적으로 시정하기 위해 마련되었기 때문이다. 그럼에도 불구하고 본 보고서가 제시하고 있는 ‘이단계 압수절차’는 여전히 수사편의를 위한 ‘씩쓸이’를 절차적으로 정당화하는 것에 다름없어, 이러한 입법 취지를 몰각한 결과물이라고 밖에 평가할 수 없다. 주지하는 바와 같이 동 규정의 신설은 우리 대법원의 결정내용을 반영한 것이다.

전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때에는 원칙적으로 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 위 방법이 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다. 나아가 이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다. 따라서 그러한 경우 문서출력 또는 파일복사 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하는 것은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙상 당연하다. 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이다. 한편 검사나 사법경찰관이 압수·수색영장

을 집행할 때에는 자물쇠를 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있지만 그와 아울러 압수물의 상실 또는 파손 등의 방지를 위하여 상당한 조치를 하여야 하므로(형사소송법 제219조, 제120조, 제131조 등), 혐의사실과 관련된 정보는 물론 그와 무관한 다양하고 방대한 내용의 사생활 정보가 들어 있는 저장매체에 대한 압수·수색영장을 집행할 때 영장이 명시적으로 규정한 위 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 열람 혹은 복사하게 되는 경우에도, 전체 과정을 통하여 피압수·수색 당사자나 변호인의 지속적인 참여권 보장, 피압수·수색 당사자가 배제된 상태의 저장매체에 대한 열람·복사 금지, 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부 등 압수·수색 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 이루어져야만 집행절차가 적법하게 된다: 대법원 2011.5.26. 자 2009도1190 결정(굵은 글씨체와 밑줄 표시는 필자)

굵은 글씨체에서 보는 바와 같이 우리 대법원은 “집행현장 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도”라고 전제하고 있어, 이러한 부득이한 사유의 존재가 일반적임을 이미 상정하고 있다. 즉 대법원은 본격적인 디지털 세상이 와버린 오늘날, 넘쳐나는 디지털 기기들에 대한 압수·수색 현장의 고충을 이미 잘 이해하고 있으면서도 외부반출을 제한하는 원칙을 수립한 것이다. 결국 이는 수사상의 편의와 피압수자의 인권적 측면에 대한 이익형량에 있어, 이미 피압수자에 대한 배려를 우선하고 있는 것을 의미한다. 요컨대 ‘불편’이 ‘짜증’의 이유가 될 수 없다는 것이다. 피압수자의 인권보호를 위한 결단이자 고민의 결과물인 것이다.

둘째, 연구진의 입장이 혹여 ‘디지털 증거에 있어서는 일반영장도 정당화될 수 있다’는 전제 위에 있는 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다는 점이다. 이러한 점은 “디지털 증거는 비가시성과 비가독성, 대량성을 특징으로 하는 만큼 물리적 증거와는 달리 취급되어야 하며, 영장의 특정성 요건도 완화해야 한다는 의견은 학계나 실무계에서 이미 오래전부터 논의 되고 있는 문제이다”(64쪽)라고 설명하고 있는 부분에서 발견된다. 이러한 입장이 학계나 실무계에서 이러한 논의를 진행해온 바 있음은 사실이나, 여기서의 학계나 실무계라 함이 피압수자의 인권에 대한 충분한 배려가 있을 수 있는 주체인지가 일관된 의문이자 비판이었기 때문에 논란의 여지가 있어 왔다. 어찌되었건 이러한 발상에 대해서도 우리 판례는 일침하고 있다. 즉 상기 판례에서 대법원은, 부득이한 사정이 존재하더라도 ① 외부로 반출할 수 있음이 영장에 기재되어 있고, ② 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 예외적으로 외부반출이 허용될 뿐이라고 밝히고 있다. 즉 외부반출의 요건 두 가지를 명시하면서, 디지털 증거 또한 여전히 엄격한 영장주의의 원칙하에 있음을 재확인하고 있다. 좀 더 정확하게 보자면, 명시적으로 ‘외부반

출이 허용됨'이 영장에 기재되어야 하고, 영장에 기재한 문언은 엄격하게 해석해야 하며, 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추해석 하는 것은 허용되지 않는다.<sup>10)</sup> 또한 이러한 영장을 발부받아 가더라도 실제 현장사정이 외부반출이 불가피하지 않으면, 여전히 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 진행되어야 한다. 나아가 설사 이러한 조건들에 모두 해당하여 외부로 반출된 경우에도 그 문서의 출력 또는 파일복사의 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하고, 당해 저장매체에서 범죄혐의와의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서를 출력하거나 파일을 복사하는 행위는 영장주의의 원칙에 반하는 위법한 집행임을 밝히고 있다. 그리고는 친절하게도 헌법 제12조 제1항 및 제3항, 형사소송법 제114조 및 제215조의 적법절차의 원칙과 영장주의의 원칙을 그 근거로 들고 있다. 이것이 우리 대법원의 취지이자 우리 형사소송법의 선택인 것이다. 즉 디지털 증거에 있어서도 영장주의의 원칙이 엄격히 관철되어야 함을 명시적으로 못 박은 것이다. 이에 관하여는 더 이상 이론이 있을 수 없다.

본 보고서의 이러한 문제점은 '제3자에 의한 필터링제도'에서도 크게 다르지 않다. "저장매체가 대형화되고 서버 등과 같은 중앙시스템에 의해 각종 데이터가 저장되고 있는 디지털 환경에서 혐의사건과 관련성 있는 증거만을 선별하기 위해서는 필터링이 필수적"(150쪽)이기 때문에 제시한 동 제도는 "제3의 중립기관의 실체를 규정하기가 불가능하며, 제도운영에 현실성이 부족"(151쪽)하기 때문에 결국 "수사기관내에 중립적인 필터팀을 운영하는 방식으로 제도운영을 시작해볼 것을 제안"(151쪽)하기에 이른다. 참으로 어처구니가 없음을 숨길 수 없다. 이는 '수사기관이 중립적일 수 있는가'라는 근본적인 질문의 이전에, '필터링이 왜 필요한가'를 되짚어 보아야 할 것이다. 위 판례가 밝히고 있는 바와 같이, 압수된 디지털 매체에는 "혐의사실과 관련된 정보는 물론 그와 무관한 다양하고 방대한 내용의 사생활 정보가 들어 있"기 때문이다. 즉 우리 대법원은 이러한 프라이버시 침해 우려에 대한 대응으로서, 피압수·수색 당사자나 변호인의 지속적인 참여권 보장, 피압수·수색 당사자가 배제된 상태의 저장매체에 대한 열람·복사 금지, 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부 등을 적시하고 있다. 결국 이는 수사기관에 의한 전자정보의 왜곡이나 훼손, 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위함이다. 따라서 최소한 여기서의 제3자에 수사기관이 포함된다는 것은 너무나도 자명한 모순이다.

10) 대법원 2009.3.12. 선고, 2008도763 판결.



### 3. '원격 압수·수색 제도 신설'에 관하여

먼저 본 보고서가 제시하고 있는 '원격 압수·수색 제도'의 내용을 살펴보기로 하자. 형사소송법 제106조 제6항으로 신설을 제시한 내용은 “압수할 전자정보가 수색장소에 있는 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 ‘컴퓨터 등’이라 한다)와 접속된 다른 컴퓨터 등에 기억되어 있다고 인정되고 수색장소의 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에서 전자정보를 이전 받거나 복제한 후 압수할 수 있다”이고, 제109조 제3항의 신설 내용은 “수색장소에서 전자정보를 압수하기 위하여 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 ‘컴퓨터 등’이라 한다)를 수색하는 경우에 압수할 전자정보가 다른 컴퓨터 등에 기억되고<sup>11)</sup> 있다고 인정되고 수색장소의 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에 대한 수색을 할 수 있다”라고 제시하고 있다.

연구진은 이러한 조문의 신설 이유에 관하여 “시스템 관리자의 물리적 소재지를 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 이를 집행하더라도 실제 필요한 데이터가 물리적으로 멀리 떨어져 있는 서버에 저장되어 있을 수 있고 이런 경우에 영장기재 장소인 시스템 관리자의 물리적 소재지에서 원격지 서버에 접속하여 범죄사실과 관련된 자료를 수색할 수 있”어야 하며 “만일 이를 부정하게 된다면 영장의 재청구기간 동안 증거가 인멸되는 등 신속한 증거수집이 곤란하여 범죄대응이 어렵게 될 수”있기 때문이라고 밝히고 있다(165쪽). 또한 “범행중 또는 범행직후”가 아닌 경우에는 제216조 제3항의 적용이 곤란하게 되고 따라서 원칙적으로 영장을 발부받아 압수·수색해야 한다”는 점을 그 현실적인 이유로 밝히고 있다(168쪽). 그 결과 “시스템 관리자의 물리적 소재지를 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 이를 집행함에 있어서 실제 필요한 데이터가 저장되어 있는 서버의 장소를 영장에 특정하지 않더라도 입력장치에 대한 압수·수색을 하면서 서버에 보관된 정보를 압수·수색할 필요가 있”어 제시한 것이 바로 ‘원격 압수·수색 제도’이다(168쪽).

이에 관한 외국의 입법례로 연구진은, 유럽 사이버범죄방지협약 제19조<sup>12)</sup>, 미국 연방형사소

11) ‘기억되고’로 표현하고 있으나, 제106조 신설안과의 문맥상 ‘기억되어’로 표현하는 것이 타당할 것이다.

12) Article 19 - Search and seizure of stored computer data

<sup>1</sup> Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to search or similarly access:

a a computer system or part of it and computer data stored therein; and

b a computer-data storage medium in which computer data may be stored

송규칙 제41(b)<sup>13)</sup>, 일본의 개정 형사소송법<sup>14)</sup> 제99조 제2항 및 제218조 제2항<sup>15)</sup> 등을 들고 있다. 그러나 이러한 외국의 입법례가 본 보고서가 말하고 있는 ‘원격 압수·수색 제도’에 부합하는 입법례에 해당하는지 의문이다.

먼저, 유럽 사이버범죄방지협약의 해당 조문은 사이버범죄에 대한 국제공조를 권고하는 내용이다. 예를 들어 국제적인 수준의 해킹이 진행되는 경우 이에 대응하기 위해 일국의 국경을 넘어 진행되는 수사공조가 가능하도록 회원국(Each Party)의 입법적 조치 및 기타의 대책 (legislative and other measures)의 강구를 독려(shall adopt)하는 내용인 것이다. 따라서 본 보고서가 제시하는 ‘시스템 관리자의 물리적 소재지를 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 이를 집행함에 있어서 실제 필요한 데이터가 저장되어 있는 서버의 장소를 영장에 특정하지

---

in its territory.

<sup>2</sup> Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that where its authorities search or similarly access a specific computer system or part of it, pursuant to paragraph 1.a, and have grounds to believe that the data sought is stored in another computer system or part of it in its territory, and such data is lawfully accessible from or available to the initial system, the authorities shall be able to expeditiously extend the search or similar accessing to the other system.

13) §41(b) Authority to Issue a Warrant. At the request of a federal law enforcement officer or an attorney for the government:

(2) a magistrate judge with authority in the district has authority to issue a warrant for a person or property outside the district if the person or property is located within the district when the warrant is issued but might move or be moved outside the district before the warrant is executed;

(5) a magistrate judge having authority in any district where activities related to the crime may have occurred, or in the District of Columbia, may issue a warrant for property that is located outside the jurisdiction of any state or district, but within any of the following:

(A) a United States territory, possession, or commonwealth;

(B) the premises—no matter who owns them—of a United States diplomatic or consular mission in a foreign state, including any appurtenant building, part of a building, or land used for the mission's purposes; or

(C) a residence and any appurtenant land owned or leased by the United States and used by United States personnel assigned to a United States diplomatic or consular mission in a foreign state.

14) 보고서는 ‘제99조 제2항 및 제218조’로 표시하고 있으나, 총 6개의 항으로 구성되어 있는 제 218조의 모든 내용이 해당될 수 없으므로 ‘제218조 제2항’으로 표기하는 것이 바르다.

15) 差し押さえるべき物が電子計算機であるときは、当該電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、その電磁的記録を当該電子計算機又は他の記録媒体に複写した上、当該電子計算機又は当該他の記録媒体を差し押さえることができる。

않더라도 입력장치에 대한 압수·수색을 하면서 서버에 보관된 정보를 압수·수색하는 제도와는 전혀 무관한 내용이다.

다음으로, 미국 연방형사소송규칙 제41(b)의 내용은 연방국가인 미국에서 발생하는 관할권의 문제를 해결하기 위한 조문이다. 영장의 발부시에는 관할권 이내(if the person or property is located within the district when the warrant is issued)이나 영장의 집행시에는 관할권 이외가 되는 경우(but might move or be moved outside the district before the warrant is executed)라는 조건일 때에, 관할권 이외의 건에 대하여도 영장의 발부권을 가진다(has authority to issue a warrant for a person or property outside the district)는 것이 그 내용이다. 물론 그 주어는 판사(a magistrate judge)이다. 결국 이 내용은 판사에 의해 발부되는 영장에 의하여 함은 당연히 전제하고 있으면서, 다만 관할의 문제를 해결하고자 하는 규정인 것이다. 따라서 본 보고서가 제시하는 바와 같이 ‘필요한 데이터가 저장되어 있는 서버의 장소를 영장에 특정하지 않더라도 영장이 발부된 입력장치에 대한 압수·수색을 하면서 서버에 보관된 정보를 압수·수색’토록 하는 일종의 일반영장 허용의 취지와는 전혀 무관한 내용이다.

마지막으로, 일본의 개정 형사소송법 제99조 제2항 및 제218조 제2항의 경우에도 매우 큰 차이가 있다. 일본의 입법이 대상으로 하고 있는 것은 ‘당해 전자계산기에 전기통신회선으로 접속하고 있는 기록매체(当該電子計算機に電氣通信回線で接続している記録媒体)’이다. 즉 당해 조항은 접속을 ‘하고 있는(している)’는 기록매체를 대상으로 하고 있어 그 시점을 현재형으로 표현하고 있다. 다시 말해 이는 압수의 시점 그 당시에 네트워킹을 하고 있는 경우를 상정한 것으로, 결국 피압수자가 서버에 접속하여 작업중인 경우 또는 기타 휘발성 정보에 대한 획득을 위한 조항으로 해석되어야 한다. 그러나 본 보고서가 제시한 개선안은 “컴퓨터 등 정보처리장치를 수색하는 경우에 압수할 전자정보가 다른 컴퓨터 등에 기억되어 있다고 인정되고”라고 표현하여 과거형을 사용하고 있다. 현재형과 과거형은 언어의 상이에서 비롯되는 작은 차이라고 생각해 볼 수도 있으나, 이 경우 법문의 해석에 있어서는 현격한 차이가 있다. 과거형을 사용하고 있는 본 보고서의 표현을 그대로 해석해보면, 압수대상 컴퓨터를 수색하였으나 압수할 정보를 찾을 수 없는 경우에 만약 압수할 정보가 서버 등 다른 컴퓨터에 저장되어 있다(기억되어 있다)는 점을 ‘수사기관이 알고 있거나 추론 가능한 경우(인정되고)’에는 영장의 허가범위를 넘는 그 정보도 압수라는 이름으로 퍼담아 올 수 있다는 것이 된다. 이럴 경우 피의자의 이메일이나 기타 웹기반 스토리지에 저장된 파일들을 압수하기 위하여, 서버를 운영하는 포털 또는 관련 서비스업체에 대하여 일일이 영장을 발부받아야만 하는 현행 압수·

수색제도의 번거로움을 한 번에 피할 수 있게 된다. 다시 말해 피의자와 관련된 웬만한 디지털 증거는 단 한 장의 영장에 의해 해결되므로, 이쯤하여 종합영장이 될 것이다. 요컨대 일본 입법과의 표현상의 차이는 ‘당시성(當時性)의 배제’뿐이나, 그 결과의 차이는 이렇듯 현격하기 그지없게 된다.

한편, 앞서 밑줄로 표시한 바 있는 “수색장소의 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우”라는 표현의 취지를 이해하기 힘들다. 참고한 것으로 판단되는 일본 입법에는 없는 표현이거나 ‘정당한 권한’이라는 것이 불확정 개념이기도 하기 때문이다. 이에 관하여 본 보고서는 “원격지 컴퓨터에 암호 등이 설정되어 있거나, 접근하기 위해서는 신분 확인이 필요한 경우에는 압수·수색이 불가능하다고 해석되어야 한다”(168쪽)라고 밝히고 있다. 암호와 신분확인이 다의적으로 해석될 수 있으나, 이러한 설명을 일반적인 경우에 비추어 보면 매우 재미있는 결과가 발생한다. 만약 피의자가 자신의 계정 접속에 대하여 소위 ‘자동 로그인’ 옵션을 설정해 놓으면 압수가 가능해지나, 그렇지 않을 경우에는 불가능하다는 것이 된다. 이러한 차이점을 제대로 밝히기 위하여 이러한 표현을 사용한 것인지도 모르겠다. 그러나 주어가 생략되어 있는 이 구절의 해석이, ‘입법의 이후’에는 전혀 다르게 해석될 가능성이 농후하다. 즉 ‘(수사기관이) 수색장소의 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우’로의 해석 가능성이 그것이다. 예를 들자면 수사기관이 정당한 방법으로 피의자의 ‘ID와 패스워드’를 획득한 경우를 생각해 볼 수 있겠다. 통상 암호의 편의를 위해 자신의 ID와 패스워드를 동일하게 사용하는 우리의 관행을 고려해 볼 때, 이야 말로 진정한 무소불위의 권한을 획득하게 되는 셈이 된다. 피의자 컴퓨터의 브라우저 방문기록에 남아있는 모든 원격접속을 합법적으로 수행할 수 있게 되므로, 진정한 전방위적 프라이버시 침해가 법률의 수호 하에 가능하게 되기 때문이다.

## ㉠ 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론편

변 정 수 (법무법인 김앤장 전문위원)

### I. 현황

- 사이버 공간에서의 증거 수집은 사이버 범죄뿐만 아니라 일반 범죄에서도 요구되어지고 있고 디지털 증거에 대한 수사기관들의 의존도가 급속히 증가
- 형사소송법상 범죄와 관련된 정보만을 압수수색해야 함에도 불구하고, 파일을 열기 전까지는 어떤 내용이 담겨있는지 알 수없는 디지털 증거의 불가시성, 불가독성 특성을 악용하여 수사 편의상 저장매체가 통째로 압수되는 사례가 무분별하게 발생
  - 수사절차상 정보인권을 보호하고자 하는 수사당국의 노력과 법률적 대책은 미흡하여 광범위한 압수수색으로 인한 정보인권의 폐해가 심각한 수준에 도달
- ISP나 서버호스팅업체 등 전기통신사업자가 관리하는 서버나 저장매체에 증거가치가 있는 디지털정보가 저장되어 있는 경우 이를 압수/수색하게 되면 전기통신사업자의 영업에 타격을 주게 되며, 범죄와 관련이 없는 다른 이용자의 인권 침해 가능
  - 전기통신사업자로서 이용자와 사이의 계약관계 및 법령의 규정에 의하여 이용자의 개인정보를 보호해야 할 의무가 있는 반면 수사기관에 대한 자료제출의무와 상충되는 모순 발생
  - 전기통신사업자의 서버에는 피의자 외에 다른 제3자의 정보뿐만 아니라 사업운영에 관련된 방대한 정보가 저장되어 있는바, 그 저장매체를 압수당할 경우 사업에 막대한 차질을 빚을 수 있음.
  - 이에 따라 전기통신사업자로서는 법원의 명령에 의하여 자료제교의 근거를 만들고 서버 등 저장매체에 대한 압수수색의 부담에서 벗어나 서비스연속성 및 손실 최소화를

위한 제도적 장치가 필요함

- 또한, 현실적으로 진행되고 있는 검찰·경찰 등 압수수색의 실무상 전기통신사업자에 대한 압수수색은 서버나 기록매체의 압수수색보다는 전기통신사업자에게 영장을 송부할 경우, 전기통신사업자가 관련 자료를 출력물 혹은 전자문서 형태로 수사기관에 송부되는 경우가 많아 실무와 부합되도록 규정을 재정비할 필요성이 있음

## II. 문제점

- 증거는 유체물이나 사람의 진술과 같이 확인이 가능하기 때문에 그 범위를 특정할 수 있으나, 정보통신망을 통해 전송중인 증거 및 서버에 저장된 디지털 증거는 정보통신망으로 연결된 대형 서버시스템에 수많은 다른 정보와 함께 저장되어 있는데다 압수·수색의 대상과 범위를 특정하기 어려움
  - 따라서 수사기관의 디지털 증거 압수·수색에 대하여는 헌법상 강제처분 법정주의 및 영장주의 요청에 합치되도록 법적 근거와 한계를 명백히 하여야 한다는 주장이 제기
- 컴퓨터검색수사(온라인 수색)은 압수·수색의 전단계의 수사이지만 특별히 은밀성이 요구된다는 점에서 명령과 강제에 의해 수행되는 강제처분과는 다르며, 침해강도와 중요성이 압수·수색에 미치지 못하므로 특별한 법률적 수권규정을 필요로 하지 않는다고 하는 견해<sup>1)</sup>도 있음
- 그러나, 시민의 기본권 차원에서 국가의 침해형태가 공개적인가 은밀한가의 여부는 중요하지 않으므로 개인의 정보를 개인의 동의 없이 국가가 검색하는 것 자체가 기본권을 침해한다고 볼 수 있음
  - 특별한 수권조항이 없음에도 불구하고 피의자에 대한 단순한 범죄혐의만을 이유로 수사기관에게 컴퓨터검색수사를 포괄적으로 허용하는 것은 인권침해 논란 여지가 있음

---

1) 이원상, '온라인 수색에 대한 고찰 - 독일의 새로운 논의를 중심으로', 형사법연구 제20권 제4호, 한국형사법학회, 2008년 겨울

### Ⅲ. 사이버수사상 압수수색

- 형사소송법상 압수의 대상으로 되어 있는 “증거물 또는 몰수할 것으로 예상되는 물건”의 의미를 어떻게 해석할 것이냐가 문제
  - 물건의 의미를 유체물에 한정시킨다면 컴퓨터에 저장되어 있는 데이터는 압수의 대상에 포함되지 않음
  - 그러나, 법률상 물건의 의미를 ‘유체물 또는 관리할 수 있는 자연력’으로 해석하여 컴퓨터에 저장된 데이터도 압수의 대상으로 볼 수 있다고 생각되며, 실무적으로도 컴퓨터나 하드디스크를 압수할 수 없는 경우에 데이터만을 복사하여 압수하는 방법이 많이 사용
  - 대형 포털사이트의 ‘웹하드’와 같은 네트워크 기술을 이용한 데이터 저장방식은 사이버범죄수사에 있어서 장애요인으로 작용. 즉 피의자가 사용하는 컴퓨터를 조사해보지 않고서는 피의자가 어떠한 ‘네트워크 드라이브’나 ‘웹하드’를 사용하는지 알 수 없고, 따라서 사전에 적절한 압수수색의 대상을 특정하기 곤란
  - 또한 실물증거와는 달리 디지털증거의 특성으로 인해 불가피한 포괄적 압수수색이 필요하다고 주장하고 있음. 즉 디지털 저장매체에 담겨있는 디지털정보는 직접 확인/분석하기 전까지는 어떤 기간에 어떤 내용의 파일이 있는지 알기 힘들고, 수사상 단서가 될 수 있는 다양한 정보가 들어있는 경우가 많아 현장에서 출력/복사를 하기에는 시간상 불가능하다는 점
  - 현재까지는 담당수사관을 포털사이트에 보내서 해당 계정자료를 받아왔는데, 강화된 압수수색요건에 따라 이메일 송수신내역 기간내 관련성 있는 것만 보내라고 하면, 수사관들이 일일이 다 열어보기도, 포털사이트 직원에게 맡길 수도 없는 상황

### Ⅳ. 수사기관의 압수수색 현황

- 국가인권위원회는 서버에 저장된 전자우편의 압수·수색에 대한 근거규정을 마련
  - 범죄혐의와 관련된 작성기간 등의 범위를 특정하도록 하며, 전자우편 가입자와 수사대상자의 변호인에게 수사처분 사실의 사전 통지, 집행절차 참여, 불필요한 정보의 삭제

요구, 환부권 등을 규정하도록 하는 의견서를 국회에 제출

- 2012년 1월부터 시행되고 있는 개정 형사소송법은 압수·수색·검증 영장을 청구할 때는 기존의 필요한 때에 더해 해당 사건과의 관련성을 인정할 수 있는 자료를 제출하도록 규정
  - 압수·수색의 대상이 전기통신인 경우에는 압수·수색을 위한 영장청구서에 그 작성 기간을 명시하도록 하고 있으며, 압수의 목적물이 컴퓨터용 하드디스크 등 정보저장 매체인 경우에는 정보의 범위를 정해 현장에서 출력하거나 복제해서 제출받도록 하여 정보인권 침해문제를 상당부분 개선
  - 통지의무를 명시해 전자정보를 압수한 경우 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알리도록 했으며, 전기통신을 압수했을 때에도 발신인이나 수신인에게 이를 통지하도록 함
  - 일부분에 대한 정보추출이 불가능하거나 압수목적 달성이 현저히 곤란하다고 인정될 경우에는 정보저장 매체 등을 압수할 수 있도록 하고 있음
- 다만, 전자정보의 압수/검증/수색에 관한 개정 형사소송법에서 인터넷 서비스제공업자와 같은 제3자 보관 전자정보와 관련해 수색/검증/압수 절차 규정을 좀 더 구체화하지 못함
  - 따라서, 제3자에 대한 정보보존의무나 구체적인 제출명령 절차에 대한 연구가 시급
- 압수수색 실무상 영장집행의 상황은 돌발적인 상황에 항상 노출되어 있는 것이 사실. 특히 피압수자의 저항 혹은 비협조가 예상되는 경우 인권침해요소가 있는 강압적 영장 집행방법을 채택하기 보다는 압수수색영장에서 원칙적인 집행방법이 불가능할 경우 이를 대체할 수 있는 집행방법까지 적시할 필요도 있음
  - 디지털 증거의 대량성으로 인하여 이에 대한 압수수색은 단발적인 사건이라기 보다는 수색, 수집에서 검색, 분석, 보관 등 일련의 과정으로 이해해야 하고, 압수수색의 적법성은 이러한 일련의 과정 전체를 놓고 판단하는 것이 바람직함
  - 범죄와 관련성있는 증거와 그렇지 않은 증거를 현장에서 분리하는 것이 불가능하여 불가피하게 광범위한 압수가 이루어졌다면, 압수 이후 분석과정에서 발견된 범죄와 무관한 증거를 지체없이 반환하거나, 피압수자의 입회하에 폐기하고, 법률에 규정된 사후통



지 등의 절차를 이행함으로써 적법성을 확보하는 등의 제도적 장치가 마련되어야 함  
- 또한 이메일에 대한 압수수색의 기간은 범죄일시를 전후로 하여 일정기간(예를 들어 1년)으로 제한하고, 그이상의 기간이 필요로 할 경우 그 사유를 소명하도록 하여 피압수자에 대한 정보인권침해를 방지하도록 구체적인 실무방침을 수립하는 것도 고려해 볼 필요가 있음

- 디지털증거에 대한 위법수집증거여부를 판단하는 중요한 기준으로서 ‘위법수집증거 배제법칙’을 항상 고려해 볼 필요가 있음
  - 디지털 증거가 당사자의 임의제출이나 압수수색영장의 발부없이 혹은 별견영장에 의하여 수집된 경우에는 그 증거가치가 아무리 높다 하더라도 절차적 위법이 명백하므로 증거능력을 인정해서는 않됨

## V. 향후 과제

- 동시성이 없어 통신제한조치의 대상이 될 수 없고, 통신사실에 대한 외형적 정보가 아니어서 통신사실확인자료에도 해당되지 아니하는 ISP의 서버에 저장된 통신의 내용을 수사기관이 취득할 수 있는 새로운 형태의 영장 또는 명령(일명 “통신내용제출영장”)을 통신비밀보호법에 신설하자는 견해가 있음<sup>2)</sup>
  - 통신내용제출영장의 발부에는 압수수색영장 수준의 소명을 요구하되, 집행의 방법은 수사기관이 ISP의 서버를 직접 수색하는 것이 아니라 ISP로 하여금 해당 통신내용을 제출하도록 명하는 방법
  - 반드시 송수신자 및 기간을 명시하고, ISP의 이의신청권을 마련하고, 이용자에게 집행 사실을 통지함으로써 포괄적인 무분별한 이메일 압수수색을 지양하고 사법적 통제를 강화하자는 것
  
- 이메일 이외에 홈페이지, 게시판, 웹하드, 파일 공유 등 ISP가 제공하는 다양한 서비스

---

2) 백강진, “인터넷서비스제공자 보관 이메일에 대한 압수수색”, Law & Technology, 제6권 제4호, 2010.7

- 등 매우 다양해지고, 특히 SNS도 통신과 정보저장의 역할을 상당부분 담당하고 있음
- 어디까지를 통신의 영역으로 볼 것인지 수사기관뿐만 아니라 ISP에게도 혼란 야기 가능성
- 다만, SNS의 경우 발생하는 커뮤니케이션의 특성상, 동시다발적이고 공연성이 있으며, 그 파급효과가 이메일을 능가하는 반면 프라이버시에 대한 합리적 기대가능성 또한 낮다는 특성이 있음
- 따라서 이러한 혼란을 방지하기 위하여 형사소송법에 서비스제공자가 보관중인 정보의 압수수색 집행방법에 대한 포괄적인 규정을 두고, 이와 같은 영장을 집행한 경우 일정기간 안에 정보주체에 대한 사후 통지를 의무화하는 일 일반조향을 신설하는 것이 디지털매체의 보편화되는 시기에 보다 적합하며, 특히 정보인권 보호라는 차원에서도 적극적인 도입이 필요함
- ※ 사례1. 미국 뉴욕주 형사법원, 트위터에 반(反)월가 시위 참가자 계정정보 제출 요구 (2012.7.1.)
- 법원이 월가 시위당시 체포된 피고인의 트위터 게시물 및 사용자 정보를 트위터 측에 제출명령을 한 것은 정당하다고 판결
- 길거리에서 범죄를 목격한 자를 증인으로 소환하는 것이 정당하듯이, 사회적 미디어기업의 임무는 길거리범죄에서 목격자의 임무와 유사하다고 판단(길거리는 온라인 초고속 정보통신망에 비유, 목격자는 트위터, 페이스북과 같은 제3서비스제공업체로 비유)
- 미국시민자유연맹(ACLU)은 개인의 사생활에 대한 권리의 중요성을 강조하면서 이 판결을 지지하지 않음
- 특히, 소환장에 요청되는 정보는 3달만 기간 동안의 통신 및 지리적위치, 이메일주소, IP주소 등 민감한 개인정보들이므로 이러한 정보는 정부의 영장과 수정헌법 제1조의 위반여부 검토없이 제공되는 것은 부당하다고 주장

## VI. 소결

- 컴퓨팅환경이 개별적인 PC로부터 인터넷을 거쳐 서드파티 베이스드 컴퓨팅이나, 클라우드 컴퓨팅 환경으로 패러다임이 전환됨에 따라 디지털증거의 수집, 분석으로 파생된 문

제점들, 특히 정보인권과 관련하여 많은 Challenge에 직면하게 될 것임

- 이러한 변화에 지속됨에도 불구하고, 형사소송법의 원칙과 이에 파생된 수사기관의 실무절차의 발전은 더딘 편임. 다만, 디지털증거도 형사소송법의 대원칙인 위법수집증거 배제의 원칙에 따를 수밖에 없으므로, 절차의 적법성은 수집, 분석, 보관 등 일련의 과정 전체를 통하여 각 절차별로 인권침해적 요소가 포함될 여지가 있는지 주의 깊게 관찰해야 할 것으로 판단됨
- 영장집행의 대상은 범죄와 관련이 있는 범위로 제한되어야 하며, 수사기관의 과실없이 범죄와 관련없는 디지털정보의 양이 상당한 경우 수사기관은 지체없이 해당정보의 출력물을 피압수자에게 반환하거나, 혹은 복제본(이미징)을 폐기, 혹은 전자문서 자료를 영구삭제하는 조치를 취할 수 있는 입법적 제도장치와 수사기관 일선의 의식고취가 무엇보다 선행되어야 함

## 전교조 시국선언 사건을 중심으로 본 디지털 정보 압수수색의 문제점과 개선안

강 영 구 (변호사)

### 1. 사건 경과

- 2009. 6. 18. 교사 17000여명은 정부의 공권력 남용에 대한 사과, 표현의 자유의 보장, 사회적 약자 배려, 미디어법 입법 중단과 한반도대운하 재추진 의혹 해소, 자사고 설립 중단 및 학교운영민주화, 빈곤층 학생 지원 등 교육복지의 확대 및 학생인권 보장을 요구하는 시국선언을 발표함.
- 2009. 7. 2. 검찰은 교사시국선언이 국가공무원법상 금지된 집단행동에 해당한다는 이유로 압수수색 영장을 신청하였고, 같은 날 법원이 압수수색 영장을 발부하자, 서울지방경찰청 영등포경찰서 소속 사법경찰관 50여명은 2009. 7. 3. 새벽 5:10경부터 같은 날 7:00경까지 전국교직원노동조합 본부 사무실에 대하여 영장에 기한 압수수색을 함.
- 압수수색 영장은 ‘압수수색검증할 물건’을 ‘2009. 6. 시국선언과 관련된 문서 및 위 자료를 보관중인 컴퓨터 저장매체 및 출력물’로 하고, ‘압수의 방법’으로 ‘압수할 물건이 문서인 경우에는 사본을 압수하고, 컴퓨터 저장장치에 저장된 정보인 경우에는 하드카피, 이미징하거나 출력하되, 하드카피, 이미징 또는 출력할 수 없는 경우에는 컴퓨터 저장장치 자체를 압수’하도록 함<sup>1)</sup>.

#### 1) 압수수색 영장

##### 1. 압수, 수색, 검증할 물건

위 압수, 수색, 검증할 장소에 보관 중인

##### ○ 각 전교조의 2009. 6. 18. 자 시국선언발표와 관련된,

전교조 대의원대회 및 중앙집행위원회 등 전교조 의사결정기관의 회의자료(공문, 의사록, 회의록 등 명칭 불문),

시국선언 집행지침서, 전교조 본부지부지회분회의 업무연락 등 공문·기안문서·결재문서,

- 이에 전교조 당직자들은 당시 경찰에게 영장에 기재된 바와 같이 ‘압수수색 현장에서 시국선언발표와 관련된 자료를 검색하여 출력하는 방식으로 압수할 것’을 요구하였으나, 경찰은 “빨리 집행을 마쳐야 하므로 시간이 없다”, “서버를 복사할 장비가 충분하지 않다”. “범죄사실과 관련된 것인지 여부를 이 자리에서 판단할 수 없다”는 등의 이유로 컴퓨터 서버 자체를 압수함.
- 이후 경찰은 압수된 서버에서 시국선언과의 관련성 여부를 불문하고 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근파일(2009. 5. 1. 이후 서버에 액세스된 파일) 8000여 개를 압수함. 그런데 전교조는 2009. 5. 중순경 서버를 교체하였기 때문에 종래 서버에 있던 모든 파일이 새로운 서버에서는 2009. 5. 1. 이후 액세스한 것으로 표시됨. 따라서 수사기관이 정한 기준에 의하면 사실상 시국선언이 있기 10여 년 전의 노동조합의 회의록, 회계자료 등이 모두 포함됨. 그럼에도 불구하고 경찰은 시국선언과의 관련성 여부를 일일이 확인할 수 없다며 수사기관이 임의로 정한 기준에 의하여 압수를 완료함.
- 이에 전교조는 2009. 7. 6. 압수대상 및 압수방법 위반을 이유로 준항고를 제기하였으나, 2009. 9. 11. 고등법원은 ‘당시 압수수색 상황이 영장이 예외적으로 인정한 하드카피, 이미징 또는 문서의 출력을 할 수 없는 경우에 해당하므로 서버 자체를 압수한 것은 위법하지 않다’는 취지로 준항고를 기각함. 전교조는 대법원에 재항고를 함.

시국선언문 초안, 시국선언 참가교사 명단, 서명지, 시국선언 서명장부, 정당 또는 정당연계단체 및 다른 노동조합과 연락한 공문·기안문서·결재문서,  
 위 각 문서와 관련된 노트, 수첩, 메모, 전자파일(참가자 명단 엑셀파일 포함) 및 데이터 베이스(DB) 일체  
 ○ **위 자료를 보관 중인** 컴퓨터, 노트북, 외장하드디스크, 플래쉬메모리, CD, DVD, 플로피 디스켓 기타 외부저장매체 및 그 출력물

2. 압수의 방법  
 압수할 물건이 문서인 경우, 해당 문서가 몰수대상물인 경우에는 그 원본을 압수하고, 해당문서가 증거물인 경우에는 이를 사본하여 피압수자 또는 형사소송법 제123조에 정한 참여인의 확인을 받는 방법으로 압수함 (다만, 사본 작성 및 확인에 협조하지 아니하는 경우에는 원본을 압수할 수 있고, 업무일지·수첩·다이어리·메모지·도장·통장·현금·CD·수표·주권·상품권 기타 유가증권·금품은 원본을 압수할 수 있음)  
컴퓨터 저장장치에 저장된 정보는 피압수자 또는 형소법 제123조에 정한 참여인의 확인을 받아 수사기관이 휴대한 저장장치에 하드카피·이미징하거나 문서로 출력할 수 있는 경우 그 출력물을 수집하는 방법으로 압수함 (다만, 하드카피, 이미징 또는 문서의 출력을 할 수 없는 경우에는 컴퓨터 저장 장치 자체를 압수할 수 있음)

- 2010. 10. 18. 검찰은 교사와 공무원이 정당가입 혐의로 기소된 사건에서 전교조 시국선언 사건에서 압수하였던 2002년부터 2008년까지의 전교조 회의록 등의 자료를 증거로 제출하였으나, 해당 재판부는 위 증거가 시국선언 혐의로 압수된 것으로서 위법수집증거에 해당한다는 이유로 증거채택하지 않음.
- 2011. 5. 26. 대법원은 시국선언 압수수색에 대한 전교조의 재항고를 기각함. 대법원은 전자정보에 대한 압수수색 영장의 집행에 있어서도 원칙적으로 혐의사실관 관련된 정보만을 특정하여 압수하여야 하고, 예외적인 경우에 한하여 저장매체 자체를 직접 또는 전체를 복사하는 방식으로 압수할 수 있다고 하면서도, 전교조 시국선언 관련 압수수색의 경우에는 저장장치 자체를 압수할 수 있는 예외적인 경우에 해당하고, 수사기관이 범죄혐의와 관련 있는 압수수색의 대상을 보다 구체적으로 제한하기 위한 조치를 취하지 않았다고 하더라도 그 영장의 집행이 위법하다고 볼 수는 없다고 함(대법원 2011. 5. 6. 선고 2009도1190 준항고기각결정에 대한 재항고)<sup>2)</sup>.
- 2011. 7. 18. 국회는 형사소송법을 개정하여 저장매체를 압수할 경우 그 정보를 출력하거나 복제하는 것을 원칙으로 하고, 예외적으로 저장매체 자체를 압수할 수 있도록 함(개정 형사소송법 제106조 제3항<sup>3)</sup>)

2) 대법원 2011. 5. 6. 선고 2009도1190 준항고기각결정에 대한 재항고

“전자정보에 대한 압수수색영장의 집행에 있어서는 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 혐의 사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장의 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 그와 같은 경우에 그 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다. 나아가 이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다. 따라서 이러한 경우의 문서출력 또는 파일복사의 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의의 원칙상 당연하다. 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄혐의와의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이 된다”.

3) 형사소송법 제106조(압수)

- ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에

## 2. 현행 디지털 정보에 대한 압수수색의 문제점과 개선안에 대한 의견

### 가. 현행 디지털 정보에 대한 압수수색의 문제점

- 전교조 시국선언 사건 관련 압수수색의 가장 큰 문제점은 디지털 정보에 대한 포괄적, 투망식 압수수색이었다. 이번 실태조사 결과에서도 피수사자와 변호사들은 사이버 수사 및 디지털 증거수집 과정에서 개선되어야 할 사항과 인권보장을 위해 필요한 사항으로 무엇보다 ‘광범위한 압수수색 제한’을 들었다. 실제로 디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행은 디지털 정보의 비가시성, 대량성 등의 성격으로 인하여 영장의 특정성 요건을 지키기가 쉽지 않다.
- 그런 점에서 대법원이 전교조 시국선언 관련 결정에서 ‘전자정보에 대한 압수수색영장의 집행에 있어서도 원칙적으로 혐의사실과 관련된 부분만을 특정하여 압수하여야 하고, 예외적으로 집행현장의 사정상 위와 같은 특징이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징하는 방식으로 외부로 반출하는 것이 허용된다’고 하고, ‘이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후에도 영장에 기재된 범죄혐의 관련 전자정보를 탐색하여 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수수색영장 집행의 일환에 포함된다’고 명시한 것은 매우 의미가 크다. 그러나 그와 같은 원칙과 예외의 선언에도 불구하고, 현실적으로 예외가 더 빈번한 상황에서 저장매체 반출 후 범죄혐의와 관련된 정보를 특정하여 압수하는 문제를 사실상 수사기관에 일임한 것은 아쉬운 점이다. 즉, 단체나 기업에 대한 압수수색의 대부분은 시간적, 물리적 사정 등으로 그 자리에서 범죄혐의와 관련된 정보를 특정하기가 쉽지 않고 그 결과 저장매체 자체를 압수할 수 밖에 없는 예외적인 경우로 인정될 수 있는데, 이 경우 수

는 예외로 한다. <개정 2011.7.18.>

- ② 법원은 압수할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을 명할 수 있다.
- ③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 “정보저장매체등”이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다. <신설 2011.7.18>
- ④ 법원은 제3항에 따라 정보를 제공받은 경우 「개인정보 보호법」 제2조제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다. <신설 2011.7.18>

사기관은 일단 저장매체 자체를 외부로 반출하기만 하면 그 이후에는 저장매체 내 범죄혐의와 관련된 정보를 특정하는 것에 대하여 아무런 통제를 받지 않게 된다. 실제로 전교조 시국선언 사건에서도 서버를 경찰서에 옮긴 후 서버 내 범죄혐의와 관련된 정보를 특정함에 있어서 경찰이 임의로 정한 기준과 당사자가 주장한 기준은 일치하지 않았지만, 경찰이 이미 서버 전체에 대한 처분권을 가지고 있는 상황에서 경찰이 정한 기준은 곧 압수수색 범위에 대한 최종 기준이 될 수밖에 없었다.

- 개정 형사소송법 역시 같은 문제점을 가지고 있다. 즉 개정 형사소송법이 디지털정보에 대한 원칙과 예외를 확인한 점은 진일보 하였으나, 실태조사 결과에서 보는 것처럼 현실적으로 예외적인 상황이 원칙적인 상황보다 더 빈번함에도 불구하고 예외적인 상황에서 기본권 침해를 최소화할 수 있는 방안은 마련되어 있지 않다. 물론 준항고 제도가 있긴 하지만, 보고서에서 적절히 지적한 것처럼, 준항고는 영장집행 완료 후에 영장집행에 대한 부당성을 다투는 것으로 사후에 준항고가 인용된다 하더라도 이미 저장매체에 저장되었던 피압수자의 모든 사생활은 수사기관에 의하여 파헤쳐진 이후이므로 한계가 있을 수밖에 없다.

## 나. 개선안에 대한 의견

- 그러한 점에서 연구진이 디지털 증거에 대한 압수절차를 ‘수집’과 ‘분석’ 2단계로 구분하고, 1단계 증거수집 단계에서는 현행 형사소송법대로, 2단계 증거분석 단계에서는 법원의 허가를 받도록 한 것은 포괄적 압수수색 제한을 위한 실효성 있는 대안이 될 수 있을 것으로 보인다. 즉, 디지털 정보의 특성상 또는 현행 수사의 조건상 현장에서 혐의사실과 관련된 디지털 증거를 찾는 것이 어렵다고 인정되는 경우가 많은 것이 현실이다. 그럼에도 불구하고 현행법은 완전히 보호되거나 또는 하나도 보호받지 못하거나 하는 양자의 선택밖에 두고 있지 않다. 따라서 부득이 저장매체 자체가 압수되는 경우에도 다시 범죄혐의사실과 관련된 정보로 압수대상을 한정할 수 있는 절차가 필요하며 그러한 절차로서 법원에 의한 압수물 분석 허가 절차는 좋은 안이라고 생각한다. 특히, 피압수자의 입장에서도, 수사기관에 의한 압수 이후 다시 한 번 법원에 의한 심사를 받을 수 있다면, 종래와 같이 ‘저장매체 자체가 외부에 반출되면 모든 정보가 노출될 수 있다’는 두려움으로 압수현장을



장시간 지키면서 수사기관과 충돌하는 대신 이후 변호인의 조력 하에 실질적으로 의견을 제시할 수 있는 기회를 가지게 되므로 도움이 될 것으로 생각한다.

- 또한 제3자에 의한 필터링제도도 필요하다. 특히 전교조 시국선언 사건에서와 같이 방대한 디지털 정보에서 범죄혐의사실과 관련된 정보를 선별하는 데 있어서 전문가에 의한 필터링 제도는 유용할 것으로 보인다.

- 압수한 디지털 증거에 대한 폐기절차도 필요하다. 전교조 시국선언 사건에서 수사기관은 서버 내 정보를 복사하여 복사본을 압수한 후 서버 자체는 환부하였는데, 이후 시국선언 관련 사건이 종결된 때 위 복사본의 폐기 여부에 대해서는 정함이 없다. 그러나 이 경우 정보주체로서는 자신의 정보가 수사기관에 의하여 언제든지 활용될 수 있다는 점에서 프라이버시 침해를 우려하지 않을 수 없으므로, 이에 대한 폐기 절차가 마련될 필요가 있다.

## ㉠ 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론편

김보라미 (법무법인 나눔 변호사)

### 1. 들어가면서

“사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사”는 여러 분야의 설문조사를 통해 매우 섬세하게 이루어진 것으로 평가된다. 다만, 이 연구 보고서는 근본적인 규제철학에 대한 논의가 처음에 나타났어야 하는데, 그런 논의들이 언급되지 않아 보고서가 일관된 느낌을 주지 못하고, 실무상의 여러 문제점들이 과연 해결된 것인가 하는 문제점을 여전히 남겨 놓았다. 실제로 검찰이 법원의 영장을 받아 단순한 형사사건이 아닌 권력편향적인 주경복 사건에서 7년치의 이메일을 압수, 7개월치의 YTN노조원들의 이메일 압수, 7개월 치의 MBC PD 수첩 김은희 작가의 이메일을 압수하는 등 일반시민들로서는 상상할 수 없는 광범위한 압수수색이 이루어지고 있었다. 정부에 밍보이면 나의 사적 정보가 언제든지 법원과 검찰의 협력으로 광범위하게 노출될 수 있다니 얼마나 무서운 세상인가. 이 연구 역시 이러한 시민들의 광범위한 권리 침해가 공론화되면서 이루어진 것으로 보이는데 이러한 문제제기는 거의 나타나지 않는 것이 아쉽다.

특히 이 보고서가 인권위원회에서 만드는 보고서라면 사소한 개정안 보다는 디지털 증거수집에 대한 근원적인 문제점들, 인권침해적인 측면에 집중했어야 하는 것이 아닌가 하는 의문도 든다.

### 2. 디지털 증거수집은 수사의 편의성 보다는 정보프라이버시권의 침해라는 측면에서 접근해야 한다.

수사의 어려움을 이유로 무분별하게 이용자의 개인정보 등을 수집하는 것을 가능하게 했던 인터넷 실명제(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌마47,252), 전기통신사업자에 대한 협조요

청에 의한 정보수집행위(서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나19012) 등이 최근 법원에 의하여 계속 제동이 걸리고 있다.

헌법재판소는 인터넷 실명제 위헌결정문에서 “자유로운 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 전파를 표명하고 전파할 익명표현의 자유”가 포함되며 “인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현은 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층, 지위, 나이, 성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현의 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다”고 판단한 바 있다. 즉 “익명의 자유 보장”을 효율적인 수사방법 구축보다 우위에 있는 권리로 보았다.

이미 우지숙 교수(2005년)는 “정보통제권에서 식별되지 않을 권리로 - 네트워크 프라이버시의 새로운 개념화를 위한 연구”에서 “네트워크화된 환경에서 우리는 프라이버시와 투명성, 또는 프라이버시와 효율성 둘 다를 가질 수는 없다. 그러므로 우리가 프라이버시를 얻기 위해 기본적 윤리개념을 재고할 준비가 되었는지 아닌지를 결정하지 않고서 프라이버시를 보장하기 위한 기술적, 사회적 방법 등을 논의하는 것은 무의미하다”고 지적한 바 있다. 즉, 수사의 효율성을 보장하는 것과 정보프라이버시 보장을 동시에 하는 것은 네트워크화된 환경에서는 불가능한 일이라는 것이다. 그리고 이용자와 정보이용기관들 간의 권력 불균형의 가장 중요한 기초가 식별가능성 여부에 있기 때문에 식별되지 않을 권리가 네트워크 프라이버시 개념의 중심에 존재하여야 한다는 것이다.

그런데 이 보고서에서는 수년전부터 지금까지 최근 디지털 정보와 관련하여 우리 사회에서 논쟁이 되고 있는 이러한 규제철학의 논쟁과 사례들이 제대로 소개되지 않다고 있다는 점이 가장 큰 문제인 것으로 보인다. 심지어 헌법재판소 판례의 함의조차도 제대로 언급하지 않고 있다. 프라이버시의 문제를 회피하면서 효율적으로 수사를 하는 방법은 없다. 따라서 이는 입법의 문제로만 해결할 수 있는 문제가 아님에도 입법불비의 문제로 접근한 점은 문제가 있다고 생각된다. 수사를 어떻게든 효율적으로 할 수 있을까에 관심이 있다면 프라이버시 뿐만 아

나라 네트워크화된 환경이 통제 환경으로 변화하는 것, 권력의 축이 정보를 장악할 수 있는 쪽에 쏠릴 수 밖에 없다는 것은 어쩔 수 없는 것이다.

이 보고서가 인권위원회에서 시작되었다면 당연히 보고서의 관심은 이익균형보다는 각종 사례들을 통한 현재 규제 패러다임의 문제점을 제기하고 그 과정에서 정책적 제언을 하는 방법들이 좋았을 것 같다. 현재 과도하게 권력기관에게 권한을 주고 있는 절차의 문제점과 시민이 어떻게 권리를 행사할 수 있는지가 주제가 되었어야 하지 않나 하는 생각이 든다. 그러나 이 보고서는 이런, 저런 기법들을 어떻게 사용할 수 있는가에 주된 관심이 있는 것으로 보인다. 프라이버시를 보호하면서도 수사를 효율적으로 할 수 있는 방법이 있는 것은 반복하여 언급하지만 사실이 아니다.

따라서 이 보고서의 시작단계에서 과거 수사편의 등에 치우쳐 국민의 익명표현의 자유, 개인정보자기결정통제권 등을 과도하게 침해하는 제도에 대한 반성과 개선에 대한 사회적 요구들이 명확하게 열거하고 난 뒤에야 나머지 구체적인 연구가 이루어졌다면 과정과 결론이 일관성 있게 이루어질 수 있을 것으로 생각된다.

### 3. 입법 개선안의 문제점

보고서는 제106조 제1항을 개정하여 “증거물이나 전자정보”를 압수수색의 대상성에 포함시켜야 한다고 주장하고 있다. 그러나 이미 형사소송법 제 106조 제3항, 제4항에 상당한 수준으로 그 내용이 신설되어 있다. 현행법 내용을 떠나서 디지털 정보 전체에 대하여 아무런 제한 없이 압수수색 대상성에 포함시키는 것을 전제로 입법개선안을 논하는 것은 문제가 있어 보인다. 실제로 이메일 등과 같은 예민한 사생활과 관련된 전자정보들은 압수수색 대상으로 보는 것이 타당한 지에 대한 의문이 있다. 즉, 일반적인 물건 압수수색과 달리 전자정보들의 경우에는 그 내용을 모두 확인하기 전까지는 범죄관련성을 실질적으로 인식하는 것이 불가능하다.

어떤 전자증거들의 경우에는 “피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 압수한다”는 법문의 운용이 불가능한 경우가 나타날 수 밖에 없을 것이다. 따라서 이러한 경우를 모두 포괄적으로 묶어서 압수수색의 대상성으로 인정하고 논의를 하는 것은 불가능한 제한

조건을 형해화 시켜 포괄적 압수수색을 인정하는 방향으로 운용될 가능성이 크다. 따라서 보고서상의 압수수색 대상성에 대한 검토는 재차 이루어져야 할 것이다. 이후의 2단계 압수절차, 제3자에 의한 필터링 제도 운영, 새로운 압수수색 제도 신설과 같은 옥상옥 같은 제도의 신설 보다는 실제적인 압수수색의 대상성 자체에 대한 검토가 인권법적인 측면에서 이루어진 이후에 나머지가 논의되는 것이 바람직해 보인다.

보고서에서는 통신자료제공에 대한 영장주의를 적용하는 것이 좋겠다고 하면서도 그 통지를 30일의 범위 내에서 알릴 수 있는 것처럼 설명하고 있는 부분은 아무런 근거가 없어 보인다. 보고서가 주장하는 수사의 밀행주의 이유라면 굳이 30일로 그 한계를 산정할 이유도 없다. 따라서 30일로 정한 특별한 이유가 있으면 모르되 그렇지 않고 애매모호한 수사필요성을 위한 목적이라면 “지체없이” 통지하는 방향으로 논의가 이루어져야 할 것이다.

#### 4. 법원의 압수수색영장발부에 대한 통제의 필요성

주경복 사건의 민사사건에서도 드러난 것처럼 법원은 7년치의 이메일 압수수색은 위법하다고 하면서도 1년 이내의 이메일은 가능한 것처럼 설명하여 실제 압수수색을 당하는 시민의 입장에서 쉽게 납득하기 어려운 부분들이 많다. (서울중앙지방법원 2012. 9. 11. 선고 2010가단407243) 이 보고서는 주로 수사기관에 대한 통제의 필요성만을 검토하고 있는데 그간 영장의 발부에서 법원의 적절한 통제를 하지 못한 점 등에 대한 통제 필요성은 거의 언급이 되어 있지 않다.

따라서 법원의 압수수색 영장 발부에 대해서도 적부심 등 법원의 압수수색 영장방법에 대한 통제의 필요성이 있다는 점에 대한 검토 역시 추가되어야 할 것으로 보인다.

#### 5. 결어

그동안 법문의 밖에 있었던 전자증거를 무리하게 법해석의 확장을 통해 압수수색의 대상으로 보았던 것이 과거의 문제점이다. 이제 인권위원회가 고민해야 하는 지점은 압수수색을 어떻게 하면 문제없이 잘 하느냐의 문제가 아니라 어떻게 하면 시민이 불필요한 수사의 대상이

되지 않도록 하느냐라는 생각이 든다. 효율적이고 논란이 없는 압수수색의 방법을 논의하는 것도 사법절차상 의미있는 일이겠지만 지금은 우리가 전자증거와 관련된 프라이버시와 수사의 효율성의 문제를 근본적으로 어떻게 접근하느냐에 대한 논란과 사회적 공론화가 필요하다. 이 점은 세계적인 룰세팅이 국가에 의하여 주도되고 있어 여러모로 걱정이 되는 부분이기도 하지만, 시민들의 의사가 반영될 수 있도록 우리 내부의 다각적인 논의가 이루어져야 한다.

## ㉠ 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론편

오 기 두 (서울중앙지방법원 부장판사)

### I. 사이버공간에서의 증거유형과 수집절차에 관한 토론

#### 1. 관련성 요건의 구체화 ; 원칙 - 예외 규정의 변형

사이버 수사 및 디지털 증거수집에서도 범죄와 객관적, 주관적, 시간적으로 관련된 정보만을 선별하여 압수해야 한다(그 구체적 의미에 관하여는 이 토론문에 부록으로 첨부한 오기두, 電子情報의 搜索·檢證, 押收에 관한 改正 刑事訴訟法의 含意 한국형사소송법학회 2012. 2. 발표문, 한국형사소송법학회, 형사소송 이론과 실무 제4권 제1호(2012) 127-189쪽 수록> 참조

- ① 예컨대 경미한 사건으로 압수수색 영장을 청구하여 컴퓨터 하드디스크를 압수한 뒤 횡령이나 배임혐의를 조사하면 안 된다(보고서111쪽, 표4-56부분). 그것은 객관적 관련성의 요건을 위반하는 수사다. 클라우드에 대한 압수수색도 마찬가지다. 클라우드 컴퓨팅은 정보통신망을 이용하여 다수의 이용자가 공동으로 이용할 수 있는 정보통신자원을 제공하는 것이다. 그것도 이용자의 요구에 따라 신속적으로 그 통신자원을 제공하는 것을 말한다. 클라우드에 대한 압수수색은 개인의 컴퓨터 전체를 압수·수색하는 것과 같다. 관련성 원칙의 심각한 침해인 것이다. 이때에도 클라우드 계정에 있는 파일 전체가 아닌 구체적인 파일명이나 확장명을 기재해야만 한다. 포괄적인 제출이 아닌 특정한 데이터만을 선별하여 제출받아야 하는 것이다(보고서 123, 124쪽).
- ② 나아가 범죄혐의를 받고 있는 사람 a가 아닌 제3자인 b가 작성한 디지털 증거도 함부로 압수하면 안 된다. 주관적 관련성 요건을 위반하기 때문이다. 이 요건은 객관적 관련성 요건보다 더 강조되어야 한다. 혐의를 받는 a에 관한 범죄사실인 한 어느 정도 넓은 범위의 압수수색을 할 수 있을 것이다. 특정인 a에 대해서면 A 범죄에 대해서건 B 범죄에 대해서건 수사해도 어느 정도 용인될 수 있다(물론 영장을 발부받는 등 정당한 절차를 거쳐야 한다). 그러나 a라는 사람이 수사기관에 의해 범죄혐의를 받고 있다고 해서 b라

는 사람마저 자기 관련 정보를 수사기관에 압수당할 이유는 없다. 그와 잠시 인간관계 (human relationship)를 맺었을 뿐이기 때문이다. 어차피 각자의 인생은 각자가 알아서 살아가는 것이고, 따라서 자기 인생은 자기가 책임져야 한다. 그와 같은 개인책임의 원리가 근대 형사사법의 핵심요체 중의 핵심이다. 왜 b가 a 때문에 당연히 수사기관의 추적 대상이 되어야 하는가? 더욱이 b가 a와 관계를 맺는 것이 헌법상이나 법률상으로 보호되어야 할 관계라면? 이때는 a에 대한 범죄혐의를 수사하기 위해 b에 대한 전자정보를 수사기관이 마구마구 훑어 뺏아가면 안 되는 것이다. 예컨대 b가 a의 변호인이라면, 그 변호사-의뢰인의 관계가 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리로 보호된다. 또한, 형사소송법 제149조로 변호인의 증언거부권에 의해서도 보호된다. 그런 관계일 때 a의 범죄혐의를 수사하던 수사관이 b가 a에게 보낸 법률상담 내역이 기재된 이메일을 당연히 압수할 수 있다고 할 수 없다(대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결은 위 이메일에 관해 변호사 b가 증언거부권을 행사하자 형사소송법 제314조에 의해서도 증거능력을 인정할 수 없다고 판시하였다. 너무나 당연한 판결이다. 단지 실체적 진실발견을 위해 이때에도 증거능력을 인정해야 한다고 한 대법관은 1인뿐이었다. 이때 변호사-의뢰인의 특권으로 비밀리에 이루어진 의사교환은 공개를 거부할 수 있도록 해야 한다고 주장하는 김재중, “변호사가 의뢰인에게 전자우편으로 보낸 법률의견서가 압수된 경우 그 증거능력”, 2012. 12. 3.자 대한변협신문 13쪽 참조). a에 대한 범죄혐의로 압수를 하다 b에 관한 범죄혐의 정보가 있음을 알게 되었다고 하더라도 별도의 영장을 받아 b에 관한 정보를 압수해야 한다. 예컨대 b가 a에게 보낸 스마트폰 문자 메시지 내용에 정치자금 수수사실이 기재되어 있는 경우가 이에 해당한다. 그렇게 하지 않고 압수된 디지털 증거라면 위법수집증거라고 해야 한다.

- ③ 시간적 관련성 원칙도 준수해야 한다. 과거의 시간은 망각 속으로 사라지기 마련이다. 미래의 시간은 현재를 사는 인간에게 책임을 물을 수 없다. 그런데도 너무 먼 과거의 전자정보를 압수하려거나 앞으로 발생할지 모를 미래의 전자정보를 압수하려고 하면 안 된다.

이러한 객관적, 주관적, 시간적 관련성의 원칙은 깜깜한 바다의 등대불빛과 같은 위대한 나침반이다. 헌법상의 비례원칙이나 형소법상의 강제처분 법정주의, 최소침해의 원칙 구현에 방향을 지시해 주는 원칙이기 때문이다.

이번 설문조사결과에서도 피조사자들의 100%가 사이버 수사 및 디지털증거 수집시 개인의



프라이버시가 많이 침해된다고 답하였다는 것이다(보고서 88쪽). 현행 형소법 제106조 제3항이 원칙적으로 범위를 정하여 범죄혐의와 관련된 정보만을 압수할 수 있게 한 것은 너무나 당연하다. 수사편의성은 수색검증의 관련성을 넓게 인정하고, 정보저장매체 전부에 대한 예외적 압수를 허용함에 의해서도 충분히 달성할 수 있다. 현행법 규정은 그것을 전부 허용하고 있다. 그러니 법규정이 미비하다고 불평을 너무 많이 해서는 안된다. 오히려 법을 정확히 이해하고 이를 준수하려는 노력을 선행해야 한다. 아니, 그 이전에 수사관이 구체적인 범죄수사에 당하여 기본권의 실제적, 절차적 보장을 하려는 투철한 사명의식을 가져야 한다. 그 실제적 보장이란 전자정보 관련 기본권의 핵심적 내용보장, 그 인접상황의 보장을 의미한다. 그 절차적 보장이란 영장주의와 적법절차 구현을 말한다. 영장주의는 사전영장 및 영장기재의 특정성 원칙을, 적법절차는 당사자에의 통지, 참여권 보장, 압수된 정보의 환부 등을 말한다. 지금 필요한 것은 수사현장의 목소리를 듣는 것보다 그들에게 인권보호를 교육하고 법규교육을 더 하는 일이다. 이번 설문조사에서 범죄와 관련성 있는 디지털 정보만을 수사기관이 압수하였다고 생각하는지에 대해 질문한 결과를 주목해야 한다. 피설문자의 94.5%가 '아니다'라고 응답하였다(표 4-44 참조). 무엇보다 범죄와 관련성 없는 데이터에 대한 압수수색이 영장집행 과정에 있어서 피처분자들이 강하게 제기하는 문제였다는 것 아닌가?(보고서 92쪽). 수사관들의 인식전환을 촉구한다. 그들의 의견만을 받아들여 법을 개정하려고 하는 시도에 대해서도 강력한 경고를 해야 한다.

## 2. 이메일 수집에 대한 통신감청에 준하는 보호 필요

현재 실무상 전송 중인 정보는 통신감청으로 처리하고 전송된 후 저장되어 있는 이메일등은 통상의 압수수색으로 처리하고 있다. 그러므로 이번 개정된 형소법에서 관련성 요건(특히 작성기간이라는 시간적 관련성)을 입법화한 것은 매우 잘한 일이다. 이메일이나 특정인간에 수신된 SNS 통신내역은 통상의 유체물이나 디지털 정보와 다르다. 통신내용의 보호 필요성이 크기 때문이다. 그러므로 이메일 등에 대해서는 통신감청과 같은 수준의 보호를 피해야 한다. 헌법상 통신의 자유를 보장함에 있어 가장 핵심적인 보장은 통신내용의 보호라고 할 것이다. 그리고 통신내용 보호에는 현재 전송 중인 통신이건 이미 전송되어 송신자나 수신자의 컴퓨터, 휴대전화기 등에 저장된 통신이건 차이가 크지 않다. 그러므로 전송중인 통신과 전송된 통신을 구별해서 보호의 차별화를 피해야 할 헌법상 이유가 크지 않기 때문이다. 이에 관해서도

이 토론문에 부록으로 첨부한 오기두, 電子情報의 搜索·檢證, 押收에 관한 改正 刑事訴訟法の 涵意 한국형사소송법학회 2012. 2. 발표문, 한국형사소송법학회, 형사소송 이론과 실무 제4권 제1호(2012) 127-189쪽 수록> 주18) 참조.

### 3. 사이버 공간상 수집된 증거의 무결성·동일성의 증거법 체계상 지위

디지털 증거는 존재 자체가 범죄사실 인정증거가 되면 전문법칙이 배제되고, 무결성·동일성만 주로 문제 된다. 그것이 범죄사실 인정증거가 되어도 비진술증거이거나, 진술증거라도 전문증거가 아닌 경우에도 같다. 전문증거일 때는 무결성·동일성 이외에 아래 4.항에서 보는 진정성립이 문제 된다. 이들 증명은 모두 증거법에 관한 사실증명으로서 자유로운 증명으로 족하다. 그러므로 그 증거조사 방법은 사실심 법관의 매우 광범위한 재량에 맡겨 있다. 그러므로 수사관들에 의한 무결성·동일성 입증은 소송절차에서는 그다지 큰 의미를 갖지 못한다. 이번 보고서에서 제시된 여러 사이버 공간 수사기법은 정보의 주변상황에 대한 입증수단을 찾는 것에 불과하다. 즉, 정보의 내용이 아닌 정보내용의 보관상태 입증을 위한 수사기법일 뿐이다. 해당 정보내용에 기초하여 유죄를 입증한다는 증명력 차원에서는 그다지 중요성을 갖지 못하는 것이다. 디지털 증거의 증거능력에 관해서는 오기두, 전자증거의 증거능력, 법률신문 2012. 8. 27.자 13쪽 및 인터넷 법률신문 참조.

### 4. 사이버 공간상 증거수집 기법은 진정성립 인정을 위한 객관적 사실 인정 자료

현행 형소법 제313조는 진정성립 인정을 위한 객관적 사실마저 피고인 등 진술자나 해당 전자증거 작성자의 공판정 진술로 인정하도록 할 뿐이다. 디지털 증거수집상 수사관의 객관적인 무결성 확보조치로 보존된 정보 주변증거에 의해 입증하도록 하고 있지 않은 것이다. 즉, 증거수집절차의 기술적 전문성과 복잡성에도 불구하고, 법상으로는 크게 가치 있는 취급을 받지 못하고 있는 것이다. 이를 입법론으로 개선해야 할 필요는 있겠으나 그 수집과정의 특수성에만 근거하여 어떤 입법조치를 쉽사리 하려고 해서 안 된다. 수사관이 지향해야 할 형사절차의 최종적인 목표는 법원에 유죄입증 증거를 제출하여 유죄판결을 받는 데 있는 것이기 때문이다.

법 제313조의 작성자나 진술자의 공판정 진술이라는 요건에 관해서 본다면 다음과 같다. 이

부분 작성자나 진술자의 공판정 진술은 크게 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

- ① 형식적 진정성립을 인정할 객관적 사실의 인정 여부에 관한 진술부분
- ② 결론적으로 형식적 진정성립을 인정하는지 여부에 관한 진술부분
- ③ 해당 전자문서나 그 출력문서의 증명력 판단에 관한 진술부분

즉 법 제313조의 「진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는」이라는 구절은 다음과 같이 해석해야 한다. 원진술자나 작성자가 공판정에서 결론적으로 위 ②와 같이 형식적 진정성립을 인정해 주어야만 진정성립이 인정된다는 의미가 아니다. 위 ①와 같이 형식적 진정성립을 인정할 객관적인 사실을 인정하는 진술만 해주어도 그 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명될 수 있음을 의미한다. 결국 위 법문의 의미는 피고인이 공판정에서 “진정성립을 인정한다.”라는 진술을 해야 진정성립을 인정할 수 있다는 것이 아니다. 피고인 등 원진술자가 공판정에서 진정성립을 증명할 수 있는 객관적 사실을 인정하는 진술을 하였을 때 그에 기초한 판단을 하는 것이다. 그 판단의 주체는 법원이고 판단의 내용은 해당 디지털 증거의 증거능력 인정 여부이다. 즉, 그 진술로 인정된 사실들에 기초하여 법원이 해당 전자증거의 진정성립을 인정할 수 있다는 의미이다. 이처럼 원진술자나 작성자의 공판정 진술에 의한 진정성립 인정 진술을 필요로 하게 한 것은 쉽사리 포기할 수 없는 요건이기도 하다. 공판중심주의와 직접심리주의 구현을 위해서이기 때문이다. 이처럼 디지털 포렌식 전문가의 진정성립 인정을 위한 객관적 사실에 관한 분석자료도 현행법상으로는 큰 의미를 갖지 못하는 것이다. 단지 피고인을 추궁하여 진정성립 인정사실을 시인하는 진술을 하도록 하는 역할을 할 수 있을 뿐이다. 적어도 현행법으로는 그렇다.

## II. 외국의 사이버 공간에서의 증거수집절차에 관한 토론

- 유럽연합의 사이버범죄방지조약 및 일본 개정 형사소송법 수용의 한계 -

유럽연합의 사이버범죄방지조약은 디지털 증거수집을 통한 범죄예방 및 처벌이라는 시대적 요청을 반영하고 있다. 그러나 전통적으로 헌법이 보장하고 있는 기본권보장, 영장주의 및 적법절차의 원칙 등을 포기해도 좋다는 근거는 없다. 아무리 디지털 정보화 시대가 되었다고 해도 말이다. 위 사이버 범죄 방지조약은 지나치게 수사편의적인 규정을 두고 있는 것으로 보인다. 오히려 보고서 53쪽 주115)에서 제기된 일본변호사 연합회의 의견을 경청해야 한다. 이번

보고서는 위 조약을 국내법화한 일본 개정 형소법에 대해 헌법상 별다른 문제가 없다는 식으로 기술하고 있다. 영장기재 특정의 원칙 등 영장주의 위반 문제나 프라이버시보호 등의 문제, 자기부죄 진술거부 특권의 문제를 제기할 여지가 없다는 것이다. 그 근거로 일본 법무성 법제 심의회 형사법부회 회의록을 들고 있다(보고서 53쪽 이하). 그러나 일본은 우리나라와 같은 헌법재판소가 없다. 일본 최고재판소에 의한 헌법재판 경험도 일천하다. 요컨대 우리가 배울 판례를 거의 만들어내지 못하고 있는 일본의 헌법재판 현실을 살펴보아야 한다는 것이다. 위 법무성이라는 곳도 우리의 법무부와 같이 수사기관을 대변하고 있는 점을 고려해야 한다. 그렇다면 위 일본 개정 형사소송법에 관하여 보고서가 소개하고 있는 논의를 우리가 그대로 수용하기는 어렵다고 생각한다. 일본의 IT 기술산업 수준이 우리나라보다 자꾸 뒤처지고 있는 이유가 이런 법 제도를 서둘러 도입한 탓이 아닐까? IT 기업의 인력이나 비용부담을 가중하는 기록보존명령제도를 보면 그러한 강한 의심이 드는 것을 어쩔 수 없다(보고서 59쪽).

또한, 현재 위 유럽연합의 사이버범죄방지조약을 비준하고 국내법제화한 나라가 몇 나라나 되는지? 그들의 구체적인 국내 법률 조항은 어떻게 마련되어 있는지에 대한 연구도 병행되어야 할 것이다. 나아가, 이미 우리 형소법이나 통신비밀보호법, 전기통신사업법 등에 규정이 있는 사항에 관해서는 별도의 입법조치가 불필요할 것이다.

### Ⅲ. 사이버수사 및 디지털 증거수집 실태조사 분석에 관한 토론

#### 1. 디지털 증거 관련 주체에 관하여

##### 가. 입법론의 실질적 근거로서의 의미와 수사관들의 인식

오늘의 실태조사 분석은 개선입법론의 실증적 근거에 해당하여 의미가 크다. 이 토론자는 디지털 증거 압수수색 법제를 개정할 근거를 대야 법률 개정론의 정당성을 확보할 수 있을 것이라고 주장한 바 있다. 지난 달 한국디지털포렌식 학회가 주최한 형소법 개정 공청회에서 한 말이다. 현재 공판 실무상으로 디지털 증거의 증거능력이 그다지 큰 문제가 되지 않고 있다. 일부 국가보안법위반 사건에 한해 증거능력에 대한 항변이 제기되고 있을 뿐이다. 수사절차도 범죄를 발각하여 유죄를 입증함으로써 범죄인을 처벌하는 절차이므로 공판절차와 떠나 그 독

자적인 의미만 강조할 수는 없다. 공판 실무상 관련성 없는 증거는 아예 증거조사 대상에서마저 제외된다. 그런데도 관련성 없는 증거를 수사절차에서 획득할 필요는 없지 않겠는가? 기술적으로나 노력면에 있어서도 관련성 없는 증거에 대한 광범한 탐색은 수사관을 매우 피곤하게 만들 뿐일 것이다. 그렇다면 왜 사이버 공간에서의 증거수집 수사절차에 관해서 형소법 등 관련법을 수사 편의에 맞게 개정해야 하는가? 그 실무적인 근거라도 일단 대주어야 그 정당성을 논할 수 있는 전제가 갖추어지는 것이라고 이 지정토론자가 요구하였다. 그런데 그러한 질문에 대한 대답처럼 수사관들을 상대로 디지털 증거의 수집에 관한 현행 법 규정이나 실무에 대해 설문조사를 하였다. 그것을 통해 어느 정도 형소법 개정 필요성에 관한 근거를 밝혀 준 점을 고맙게 생각한다. 그러나 수사관들이 주관적으로 현행 법이 불편하다는 생각을 하고 있다는 것을 설문조사결과로 보여준다는 것이 어떤 의미를 갖는 것인지? 수사관들이 현행 법 규정이 불비하다거나 불편하다고 생각한다고 해서 피조사자나 변호인, 나아가 법원이 생각하는 바를 바꾸어야 하는가? 수사관들의 주관적인 생각을 입법을 통해 받아 줘야 하는가? 왜? 단지 실체적 진실 발견을 위해서? 실체적 진실 발견이 만능인가? 오히려 국가가 가장 우선시해야 할 일을 먼저 생각해야 하지 않겠는가? 최고법인 헌법이 명하는 국민의 정보에 대한 자기결정권 보호나 정치적 표현의 자유, 통신의 자유 보장과 같은 기본권 보장 말이다. 실체적 진실발견도 그러한 목적에 봉사하기 위해서는 상대화될 수 있다고 해야 한다. 모든 범죄를 발견하여 박멸하여야 한다는 생각은 어쩌면 수사관 자신마저 수사권 행사의 희생양으로 삼을 수 있는 위험한 발상이다. 기본권 보장에 대한 사명의식이나 수사권을 포함한 국가 사법권 전체의 역할에 대한 깊은 헌법적 성찰이 선행되어야 한다. 단지 디지털 증거 수집의 편의성만을 실체적 진실 발견이라는 명목 아래 추구함을 합리화시켜 줄 수는 없다. 이번 설문조사결과에 의하더라도 피수사자의 94.4%가 현행 디지털 증거 수집을 위한 수사절차가 인권보장에 미흡하다고 답변하였다는 것 아닌가?

나. 피의자 인권을 보장하면 피해자의 인권이 침해된다는 주장에 대하여  
(보고서 82쪽, 표4-31)

이런 생각이 범죄인(피의자)을 수사하는 과정을 통해 피해자의 인권을 보호할 수 있다는 전제를 깔고 있다면 대단히 naive한 생각이라고 할 수 있다. 지금 문제는 피의자에 대한 수사절차이지 이미 범죄피해자가 된 사람이 아니다. 범죄피해자 보호는 사전적 범죄예방과 사후적 구조제도로

달성될 수 있다. 엄격한 적법절차 준수로 범죄를 적발하고 범죄인을 법원을 통해 처벌함으로써 범죄역지를 꺾을 수도 있다. 그러나 그 이전의 범죄혐의사실 입증을 위한 수사절차에서는 가장 위험하게 국가권력에 의한 침해위협에 노출되는 것이 무엇인지 생각해야 한다. 그것은 피의자의 정보에 대한 자기결정권 등 기본권이다. 마치 증거수집절차에서 피의자의 기본권을 쉽게 제약하면 피해자를 보호할 수 있는 것처럼 평면적으로 비교하여 말하면 안된다. 해당 피의자가 범죄를 저지른 것이 법원의 공판절차를 통해 분명하게 드러나면 이를 엄벌하는 것이 사후적으로 피해자를 보호하는 길이다. 수사과정에서 국민의 기본권을 쉽사리 침해할 수 있다고 주장하는 것은 위험하다. 아직 수사관 자신을 포함하여 잠재적 피의자도 될 수 있고 잠재적 피해자도 될 수 있는 모든 국민을 생각해야 한다. 위와 같은 주장은 전체 국민의 기본권 보장상황을 국가가 아주 위험한 상태에 빠뜨려도 된다고 주장하는 것과 같은 주장이다.

피의자의 인권을 보장한다고 만들어 놓은 현행 법제도가 수사하는데 매우 불편하며 비현실적이라는 불 멘 소리도 있다. 그러나 원래 법을 준수하는 일이란 불편한 것이다. 현실이란 무엇인가? 수사함에 있어 불편하다고 해서 영장주의를 폐기하지는 것인가? 나아가 과연 그 ‘현실’이라는 것이 무엇인지 피조사자들에 대한 이번의 설문조사결과가 잘 보여주고 있지 않은가? 현실 세계의 압수에서는 저장매체 자체가 압수된 경우가 가장 많았다는 것이다. 압수수색 현장에서 범죄와 관련성 있는 정보만을 출력·복제한 경우는 15.8%밖에 되지 않았다는 것 아닌가? 이런 기본권보호가 무시되는 수사현실을 그대로 받아들여 입법화하지는 말인가? 답은 No! 임이 분명하다.

다. 현행법 규정과 기본권보호 교육이 제대로 이루어지고 있는지?

이번 설문결과가 왜 이 지정토론자가 주장해 온 의견이나 서울중앙지법 영장실무와 같은 검 증·수색과 압수를 구별하는 방법론을 택하지 않았는가? 즉 이번 설문에 관하여 수사관들은 압수수색 영장에 압수할 물건과 장소를 구체적으로 특정한다는 것이 ‘사실상 어렵다’고 답했다는 것이다. 관련성 요건은 영장의 특정성 요건이나 비례의 원칙상 헌법을 구현하기 위해 포기할 수 없는 요건이다. 이에 대한 교육을 충분히 받고 인지하였는지에 대한 설문조사를 왜 하지 않았는지? 더욱이 발표지는 최종보고서 제출 이전의 보고서 초고 29쪽에서 다음과 같이 기술한 바 있다. “디지털 증거는 비가시성과 비가독성, 대량성을 특징으로 하는 만큼 물리적 증거와는 달리 취급되어야 하며, 영장의 특정성 요건은 완화해야 한다는 의견은 학계나 실무계

에서 이미 오래 전부터 논의되고 있는 문제이다(최종보고서에서 이 부분 기술을 삭제한 것은 정말 잘한 일이다.)” 도대체 그와 같이 기술한 근거가 어디 있는지? 오히려 디지털 증거의 비가시성, 비가독성, 대량성을 이유로 그 관련성 있는 증거만을 획득하기 위한 노력을 해야 한다. 그것을 위해 객관적, 주관적, 시간적 관련성 요건으로 세분하고, 수색검증의 관련성과 압수의 관련성을 구별하는 이론이 등장하였다. 그러니 그것을 교육해야 한다. 개정법 규정의 정확한 의미에 대한 교육을 받았는지 여부를 조사했어야 하지 않는가? 헌법이나 형소법상의 기본권의 실제적, 절차적 보장원칙, 영장주의, 적법절차의 원칙 등의 교육이 이루어졌는지? 수색검증의 관련성을 넓게 인정하여 수색검증을 우선하여 실시하고 새로운 증거의 압수는 다시 영장을 발부받는 방식으로 하면 되지 않는가? 아니면 영장신청 초기단계부터 그 점을 소명하면 되는 것이다. 그 소명책임을 다하지 않은 상태에서 전자증거에 대한 기본권을 어떻게 보호할 수 있단 말인가? 수사현실에 맞게 법규정을 운용할 수 있다고 생각한다. 현행법을 따르면 피압수자의 인권을 침해한다면서 마치 피조사자의 인권을 보호하는 것처럼 주장한다. 그러나 하드디스크의 통제 압수가 피조사자의 정보 관련 기본권을 침해한다. 수사관으로서 하드디스크 자체의 압수에 관해 피압수자의 동의를 얻도록 노력해야 한다. 또는 법 제106조 제3항 단서에 해당하는 요건을 소명하여 영장을 발부받도록 해야 한다.

마찬가지로 통지의 문제에 관하여서 수사기밀 노출 등을 이유로 부정적인 답변이 많은 것도 참으로 인식을 수정해야 할 부분이다. 기본권 보장의 적법절차 조항 이행에 대한 인식을 제고할 수 있도록 교육해야 할 필요가 있다. 피조사자의 94.4%가 형사소송법 제122조에 정한 사전통지를 받지 못했다는 것이니 수사관들의 기본권 수호 의식이 있기는 한 것인가? 법규정의 미비나 비현실성만을 탓할 것이 아니라 정보관련 기본권 의식을 제고하도록 하는 지속적인 교육이 절대적으로 필요하다. 그것은 수사관 자신의 민형사상 책임을 면제받기 위해서라도 필요하다.

## 라. 디지털 증거를 이해하도록 판사를 교육하자는 의견에 대해

수사관 및 변호사 중 디지털 증거물의 특성에 대한 판사 및 검사의 무지를 드는 의견이 있다(보고서 77쪽, 표4-29). 심지어 판사를 디지털 포렌식 전문가 수준으로 교육하여야 한다는 주장도 발표자가 개선안으로 제시하고 있다. 이 말을 들으니 이런 생각이 난다. 예전에 판사들이 공안검사로부터 공안교육을 받아 크게 사회문제로 되었던 것 말이다.

디지털 증거에 무지한 판사를 교육하자는 말을 하기에 앞서 소송절차나 영장청구절차를 통

해 판사들을 설득할 수 있는 소명 자료를 충분히 제출하려는 태도를 가져야 할 것이다.

나아가 디지털 포렌식 절차를 통해 획득한 증거들이 형소법상 어떤 의미를 갖는지 이해하고 나서 그런 주장을 해야 할 것이다. 디지털 포렌식 절차를 통해 전자증거의 무결성, 분석 프로그램의 신뢰성, 분석자의 전문성을 입증은 필요하다. 그러나 그것들은 원본인 전자파일 자체와 법정에 증거로 제출된 사본인 출력문서의 동일성을 확인하는 의미밖에 없다. 동일성 자체는 형소법에서 요구하지도 않는 조리상 인정되는 증거능력 요건일 뿐이다. 그렇기 때문에 그 입증은 자유로운 증명으로 가능하다. 고도의 디지털 증거 지식을 판단자가 가질 필요는 없다는 말이다. 이것은 해당 디지털 증거 안에 담겨 있는 정보의 내용 자체가 범죄사실의 입증 여부를 가리는 증거가 되는 경우와 현저히 다르다. 그 디지털 증거의 증명력 판단은 엄격한 증명에 의해야 하는 것이다. 말하자면 증거가치의 상대적 우월(preponderance of evidence)이 아니라 합리적인 의심을 배제할(beyond reasonable doubt) 증명력이 있어야 한다. 그래야 유죄를 인정할 수 있는 것이다. 반면, 증거능력 인정요건 사실은 자유로운 증명으로 족하다. 그 자유로운 증명을 함에 있어 판사가 반드시 디지털 포렌식 전문가와 같은 깊이 있는 전자공학 적 지식을 갖출 필요는 없다. 판사가 디지털 포렌식 전문가의 조력을 받으면 그것으로 족하고, 또 그것을 위해 디지털 포렌식 전문가가 필요한 것이다. 따라서 단지 그 정도만의 증거능력 판단을 위해 판사를 교육시켜야 한다고까지 주장할 수 있는지 매우 의문이다. 이상을 증거법 체계에 맞추어 상술해 보면 다음과 같다.

동일성·무결성이 인정된 후에는 위법수집증거 배제법칙이나, 작성자 내지 원진술자의 특성을 위한 객관적 사실 인정이 필요하다. 그 후에는 원진술자의 공판정 진술에 의한 형식적 및 실질적 성립의 진정 인정 등 보다 고급스런 전문법칙 적용요건의 검토가 필요하다. 이때 작성자 내지 원진술자의 특성을 위해 디지털 포렌식 전문가의 분석결과가 중요한 역할을 할 수 있다. 그러나 그것도 증거능력 인정을 위한 요건사실의 입증증거가 됨에 불과하여 그 증거조사 방식도 자유로운 증명으로 족하게 된다. 즉 이 때에도 판사가 깊이 있는 디지털 포렌식 전문 지식을 가지고 있어야만 증거조사를 하는 등의 형사공판을 진행할 수 있는 것은 아니다. 더욱이 전자증거의 원본자체가 디지털 형식으로 증거로 제출되는 것이 아니라 종이문서에 출력된 형태로 증거로 제출된다(형사소송규칙 제134조의7). 그러한 공판현실에서 판사에게 디지털 증거 자체를 대상으로 한 깊이 있는 전자공학 적 지식이 필요한 것은 아니다.

또한, 증거능력을 획득한 전자증거라고 할지라도 범죄사실을 입증하는 증거인 진술내용 자체가 증거로 되는 것이다. 그 진술을 담고 있는 그릇에 해당하는 전자파일의 외형적 분석이



범죄사실을 입증하는 직접적인 증거가 되는 것은 아니다. 즉 해당 전자파일의 증명력을 판단함에 있어 중요한 점은 그 파일에 수록되어 있는 글이나 음성 등에 의한 진술내용, 동영상 등이 다. 그것을 수록한 파일에 대한 메타데이터나 해쉬값, 패킷정보(헤더정보, 테일정보), 레지스트리 등과 같은 간접정보가 아닌 것이다.

물론 판사 스스로 부지런히 디지털 증거를 이해하려 노력하고 공부할 필요는 있다. 법원 내 판사들의 연구회에도 이미 상당한 수준의 컴퓨터 정보에 관한 지식을 가진 회원들이 많다. 그래도 그것은 순전히 개인적인 연구와 배움의 문제이지 공판절차상 판사의 직분과 관련하여 제도적으로 요구되는 사항이라고 할 수는 없다.

참언할 것은 세계은행이 인정한 우리 사법부의 계약이행강제 능력은 세계 최고 수준이라는 점이다. 그것은 별첨 국회 공청회 토론문에서 이 지정토론자가 밝힌 바와 같다. 나아가 최근 법률신문 2012. 12. 6.자 6쪽이 보도하는 바를 주목해야 한다. 그에 의하면, ABA가 2006년 설립한 프로젝트로 97개국 법조전문가 2500명과 9만 7,000여명의 일반인이 참가하고 있는 World Justice Project가 있다. 그 Project가 밝힌 바에 의하면, 2012. 11. 28.에 우리나라 사법부의 형사사법 수준은 세계 10위를 차지한다. 그것도 덴마크, 핀란드, 노르웨이 등 소규모 상위권 국가를 제외하면 9위 독일에 이어 다음 순위를 차지한 것이라고 한다. 결국, 우리 법원은 민사분야건 형사분야건 세계에서 두 손가락에 드는 기관이라고 할 수 있다.

#### 마. 집행방법에 대한 법원의 통제 필요성

집행방법도 수사관의 재량에 맡긴다면 영장주의를 정면으로 잠탈한다. 법관이 그것을 기제할 권한과 책무가 있는 것이다. “영장을 발부하는 판사들이 압수수색 대상과 범위에 대한 고민이 없는 것 같다.”, “범죄와 관련성 있는 일체의 정보라는 표현이나, ~등 이라는 표현을 사용하지 않았으면 좋겠다.”라는 어느 포털서비스업체 직원의 불멘 소리는 참으로 경청해야 하지 않겠는가(보고서 121쪽). 통계표상 압수수색영장 기각률은 2008년부터 2012년(9월)까지 매 해 1.2%, 1.4%, 2.1%, 2.2%, 1.6%라는 영장실무도 고려해야 할 것이다(보고서 158쪽, 표5-1). 이에 의하면 ㉠ 청구된 압수수색영장에 관해서 매우 관대하게 영장이 발부되고 있다. 그런데도 수사관들은 개정법이나 판사의 영장 발부에 대해 비현실적이라거나 영장 발부 여부에 대한 예측을 하기 어렵다는 등으로 불평한다. 그 이유를 이해할 수 없다. 또한, ㉡ 판사들은 영장 별지 양식 등으로 디지털 증거의 수색·검증 압수에 관한 일반적 통제를 하고 있다. 그런데도

단지 위와 같은 기각률만으로 법원의 영장심사가 형식적으로 이루어지고 있다고 비판할 수는 없다고 하겠다.

수사관도 영장주의를 위반하면 책임을 져야 한다. 민사상이나 형사상으로 말이다. 전기통신사업자도 마찬가지다. 수사관의 독자적인 판단만으로 법원의 영장이 명령하는 바를 지키지 않아도 된다고 생각하면 안 된다. 자칫하면 수사관 자신이 민형사상 책임을 질 수도 있다. 최근의 기록열람복사 문제로 국가기관이 배상책임을 진 사건(법원의 수사기록 열람등사 허용 결정을 독자적인 판단만으로 무시한 검사의 행위에 대해 국가배상책임을 인정한 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다48452판결이 시사하는 바는 크다고 하지 않을 수 없다.)이나 회피연아 사건에서 NHN이 배상 책임을 진 사례(서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나19012판결, 이 판결문도 이 토론문의 말미에 별첨하였다.), 7년치 이메일을 압수당한 서울시 교육감 선거 수사사건[서울중앙지방법원 2009. 9. 24. 선고 2009고합31, 2009고합80(병합) 사건, 서울고등법원 2010. 7. 1. 선고 2009노2695 사건, 현재 대법원 2010도9007 사건]에서 국가의 손해배상책임을 인정한 사례 등을 상기해야 할 것이다. 수사관 자신의 보호를 위해서도 인권과 현행법에 대한 교육이 이루어져야 한다. 영장심사과정에서 기업의 영업권이 침해되지 않도록 영장집행방법을 제한할 필요가 있음은 기업 측의 요청이다(보고서 106쪽). 범죄수사나 입법, 디지털 증거의 압수수색에 관한 학설 등이 발목을 잡으면 안 된다. 세계 최고 수준의 우리나라 IT 산업이나 그에 기초하여 세계적 수준으로 도약한 국민경제의 발목을 말이다. ‘국내기업만 계속하여 규제하면, 외국 인터넷 기업과의 경쟁에서 뒤쳐질 수밖에 없다. 수많은 고객이 이미 사이버 망명을 하였다.’ 이러한 인터넷 서비스업체 직원의 외침(보고서 123쪽)을 그저 무시만 하고 있을 것인가?

#### 바. 저장매체에서 관련된 정보가 발견되지 않은 경우 사후처리 및 수사관의 태도에 관하여

현행법상으로도 그 정보저장매체의 환부 및 폐기가 가능하다고 해석되므로 그 절차를 준수해야 한다(2012. 1. 1.부터 시행되는, 신설된 형소법 제218조의2). 나아가 보고서 76쪽에서 제시된 수사관의 의견은 참으로 경청할 만하다. 범죄무관정보에 대한 환부 및 폐기절차 마련, 정보주체의 프라이버시 보호와 무결성 보장을 위해 분석실 인증제 도입, 압수된 디지털 정보의 유출금지 규정 마련, 압수수색 과정이나 사후 분석과정에서 피처분자의 권리, 환부신청과 폐기에 관한 사항의 사전 고지, 영장청구시 범죄관련성에 대한 소명강화 필요, 피처분자의 영업에

지장이 없도록 영장이 집행되어야 한다는 의견 등 주장이 그것이다. 이는 기본권 보장을 위해 매우 의미 있는 주장이며, 매우 참신한 주장이기도 하다. 이러한 견해가 수사관에 의해서 제시 되었다는 것만으로도 감격스런 일이다. 수사관이라고 해서 수사편의만을 주장해서는 안 된다. 누가 Big Brother의 부하가 되고 싶겠는가? 기본권 보장정신에 투철한 수사관이 필요한 시대이다. 그것이 오늘날 IT 기술 세계 최고 수준의 우리나라 수사관이 가져야 할 태도인 것이다. 그런데도 위 제안들이 “인권보장을 위해서는 모두 필요한 사항이며, 제도의 문제보다는 운영상의 문제이라고 판단된다.”는 정도에 불과한가(보고서 77쪽)? 이것은 단지 운영상의 문제가 아니라 원칙-예외의 형태로 관련성 있는 정보만을 수집하게 하고 있는 현행법제도의 이해 문제이다. 현행법을 잘 알아야 한다.

## 2. 제도개선을 위한 전제적 설문조사결과에 관하여

### 가. 신증거 발견 ; 수색·검증과 압수의 이원화

디지털 분석실에서 압수한 저장매체를 분석하다 신증거를 발견한 경우 이를 어떻게 취급할 것인지? 이에 대한 논의가 우리나라에는 거의 없다고 발표자가 단정하고 있다(보고서 111, 112쪽, 표 4-57부분). 그러나 이에 관해서는 이미 심도 있는 논의를 하였는데도 발표자가 알지 못하고 있는 것 같다. **대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190결정**이 나오기 이전에 대법원에서 진행된 두 차례의 발표와 토론에서였다(아래와 같은 박경신 교수, 조국 교수 발표문 및 오기두의 토론문 참조. 개정 형소법상의 의미에 관하여는 이 지정토론문에 별첨한 오기두, 電子情報의 搜索·檢證, 押收에 관한 改正 刑事訴訟法の 含意, 참조).

즉, 원래 발부받은 영장에 기재된 범죄사실과 다른 새로운 정보가 발견된 경우에 어떻게 할 것인지에 관하여는 다음과 같은 견해들이 있다. ① 수사기관으로 하여금 그 정보저장매체를 봉인하고 이를 보관하면서(sealing and holding) 별도의 영장을 발부받도록 하는 Tamura-Carey 식 접근법이다[조국, “전자증거에 대한 압수수색”, 사법제도비교연구회 2010. 3. 25. 발표문 ; 미국 연방항소법원의 United States v. Tamura 판결(1982)과 United States v. Carey 판결(1999) 이후 United States v. Campos 판결(2000)과 United States v. Walser 판결 등 참조]. ② 관련성 있는 정보의 분리 추출이 불가능하거나 압수목적 달성의 곤란한지 여부에 대한 심사를 수명법관이 한다(in camera review). 또는 컴퓨터 전문가인 제3자에게 맡긴다. 이것은 미국 연방 제9항소

법원의 Kozinsky 판사의 견해에서(U.S. v. Comprehensive Drug Testing, Inc.) 얻은 아이디어이다(2010. 9. 30. 대법원 사법제도비교연구회에서 고려대학교 법학전문대학원 박경신 교수가 발표한 "이메일압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가").

여기서 이 지정토론자는 다음과 같은 대안을 제시한 바 있다. 유관정보를 분리하는 것이 불가능한지, 압수목적 달성하기에 현저히 곤란한지 하는 점을 인정하는 주체 및 절차에 관한 문제이다. 즉, ③ 우선은 처음 발부하는 영장에서는 일단 관련정보만 압수하게 한다. 또는 수색·검증만을 허용하는 영장을 발부한다. 일단, 그 영장을 집행해 보고 난 후 새로이 발견된 정보에 대해 수사기관으로 하여금 위 두 요건에 해당함을 주장·소명케 한다. 그 다음에야 새로이 발견된 전자정보가 들어 있는 매체 전부를 압수할 수 있게 한다. 처음부터 저장매체 전부를 통제 압수할 수 있게 하면 안 된다. 원칙과 예외가 바뀌어 법을 운용하는 사태가 발생할 우려가 크기 때문이다. 위와 같은 방법은 개별 영장담당 판사들이 실무운용상 시행하면 될 것이다. 대법원예규나 개별 판사의 업무처리 지침으로 정하면 족하다. 결국, 예외 인정의 주체는 궁극적으로 법원이다. 우선 영장발부 단계에서는 영장업무를 담당하는 지방법원 판사이다. 집행단계에서는 구체적인 상황에 임기응변적으로 대응해야 할 수사기관이겠지만 그 집행절차의 적법성 판단은 최종적으로 법원이 행한다. 즉 준항고 사건을 담당하는 법원이나 위법수집증거인지 여부를 판단하는 공판법원이 하는 것이다(첨부한 오기두, 電子情報의 搜索·檢證, 押收에 관한 改正 刑事訴訟法の 畧意).

이러한 이 지정토론자의 입장은 오늘 보고서의 이단계 압수론과는 다르다(보고서 114쪽 이하). ④ 이단계 압수론은, 일단 해당 매체 전부를 수사기관이 가져간 후 이를 분석하면서 관련성 있는 데이터를 압수하게 하자는 제안이다. 그러나 이미 매체 전부를 가져가는 순간 관련성 없는 데이터에 대한 압수를 허용하는 것이 되므로 찬성할 수 없다. 범죄현장에서 수색검증을 통해 관련성 있는 증거를 선별한 후 이를 압수하게 해야 한다. 만약 그것이 불가능하면 사전에 판사의 영장에 의한 허가를 받아야 한다. 그것이 사전 영장주의라는 헌법 원칙에도 부합한다. 현장에서의 수색검증에 의한 분석이 피압수자의 기본권을 침해한다면 피압수자로부터 매체 전부의 이전에 관한 동의를 얻어야 한다. 반면, 피압수자가 그걸 감내하면서 자신의 거주지에서 수색검증이 이루어지길 바란다면 그 의사를 존중해야 한다.

다만, 이단계 압수론에서 제시하는 다음의 사항은 경청할 만하다고 보인다(보고서 140쪽 이하). 즉, 수색검증을 실시하여 해당 저장매체 전부의 장소적 이전이 필요하다고 판단하면, 그 이후 분석과정을 법원의 통제를 받아 시행한다는 것이다. 그렇게 하면 많은 문제가 해소될 수

있을 것이므로 그 도입에는 제한적으로 찬성해 둔다(뒤의 해당부분 토론에서 재론함).

법률에 근거가 마련되지 않은 상태에서 디지털 분석실에서 발견된 증거는 별도의 영장을 발부받지 않는 한 증거로 사용할 수 없다. 속히 정보주체 및 정보보관자에게 환부하거나 폐기하여야 한다.

#### 나. 인터넷 서비스 업체에 대한 전자기록 보존명령제도

법원의 허가를 얻지 않고 수사기관의 일방적 명령에 의하여 자료보존을 명하고 사후 압수영장에 의해 해당정보를 압수하는 방식은 남용 우려가 크다. 보고서에서 이 점을 지적한 것은 적절하다(보고서 73쪽). 법원의 허가 이후에도, 생성된 새로운 정보를 취득하는 것은 감청에 해당될 터인데 인터넷 서비스업체에 감청권을 허용할 수는 없다. 따라서 이 토론자도 발표자와 같이 기록명령제도가 가장 합리적이라고 생각한다. 수사기관이 판사로부터 영장을 발부받아 압수할 데이터 목록을 그 영장에 기재된 바대로 전기통신사업자에게 제시하는 것이다. 그러면 전기통신사업자가 관련 데이터를 검색, 복제하여 수사기관에 제출하게 하는 방식을 택하는 것이다(일본 개정 형사소송법 제99조의2, 보고서 55쪽).

다만, 다음과 같은 점을 특별히 지적하고 싶다. 즉, ① 이 방식도 임의수사의 한 방편이 될 뿐이다. 전기통신사업자의 수사협조의무는 법을 준수한다는 일반 기업체로서의 선의에 입각한 협조일 뿐이다. 그러니 수사기관의 기록명령을 위반하였다고 해서 과태료나 형사처벌의 제재를 가하면 안 된다. 오히려 국가가 해당 업체에 수사협조 비용을 지급해주어야 할 것이다(보고서 122쪽, 125쪽). ② 해당 업체의 민사상 개인정보보호의무와 조화를 꾀하도록 해야 한다. ③ 이 때에도 적법절차 보장규정을 준수하도록 해야 한다. ④ 긴급보전명령제도 도입에 신중해야 한다. ⑤ 통신비밀보호와 관련하여 법적용상의 혼란이 일어나지 않도록 해야 한다. ⑥ 전자증거 출력복제 후에도 업체가 소유한 기억매체의 정보를 보존하도록 해야 한다(이상의 점에 관해서도 별첨한 오기두, 2012. 11. 13.자 사단법인 한국포렌식학회, 한국저작권위원회 개최, 국회 디지털증거 압수수색에 관한 개정법률안 공청회, 토론문 참조).

#### 다. 네트워크를 통한 원격지 전자정보 수색·검증, 압수

네트워크를 통한 원격지 정보 압수도 임의수사의 방식에 의해야 한다. 원격지 서버를 영장을 발부받아 강제로 침입하는 것은 관련성 없는 무수한 정보를 수사기관이 열람하는 것이므로

허용될 수 없다. 현재 사용하고 있는 방법처럼 해당 서버관리업체나 피조사자의 동의를 얻는 것과 같은 임의수사의 방식을 활용한다. 또는 영장에 기재된 장소에 있는 컴퓨터를 이용해서 다운로드 받으면 될 것이다. 클라우드 컴퓨팅처럼 외국소재 서버에 침입하는 것을 국내 판사의 영장으로 가능하다고 할 수도 없다. 물론 클라우드 컴퓨팅은 복수 서버 - 복수 클라이언트 관계로 이루어져 있다. 그로 인해 고도화된 글로벌 독점서비스로서 단일 서버 중심의 장소적 규율에 한계가 있어 물리적 장소 개념이 희석되고 있다. 자기의 정보처리 및 보관을 타국의 타인에 의뢰하여 복수의 불특정 3국들에 분산된 임의의 서버에 저장·활용하는 것이 가능하다. 그리하여 법적 책임이 클라우드 사업자 - 통신사업자 - 이용자(저작권자, 정보주체) 등으로 다양하게 분산되는 특징을 갖고 있다(오병철, “클라우드 컴퓨팅에서의 국가관할권” 파워포인트 자료 참고). 그러나 오히려 그것으로 인해 국제분쟁을 야기할 우려도 있다. 범죄예방목적의 무차별적인 온라인 수색이나 특정인을 타겟으로 한 지속적인 모니터링을 합법화할 수도 없다. 밀행적으로 실행되는 온라인 수색에 정보주체는 속수무책으로 당하게 될 것이다. 영장만 받으면 만사 OK가 되는 것이 아니다. Big Brother가 지배하는 전체주의 사회(오세아니아)가 가상 공간에 대한 수사를 통해 현실화할 것이다.

발표자는 영장에 기재된 장소를 물리적 공간으로만 해석해야 한다며 영장을 새로 발부받아 원격지 서버를 탐색하는 것은 불필요하다고 기술한다(보고서 71쪽). 또한 “장소의 개념을 물리적 공간의 개념으로만 해석하는 것은 시대에 맞지 않을뿐더러 인권보장에도 크게 도움이 되지 않는다.”고 한다(보고서 76쪽). 수사관의 의견을 그대로 기술한 것이다. 참으로 위험하거나 전혀 근거 없는 주장이라고 하지 않을 수 없다. 원격지 컴퓨터나 서버 자체도 형소법상의 수색, 검중, 압수에 있어 장소적인 공간에 위치한다. 형소법은 그 압수수색검중 대상으로 장소뿐만 아니라 물건, 신체를 포괄하고 있다. 그것은 기본권 보장을 위해서다. 뿐만 아니라 정보에 대한 기본권을 보장함에 있어 논리적 공간을 장소적 공간과 구별할 이유도 없다. 미국에서도 컴퓨터상 논리적 공간을 장소적 공간 또는 눈으로 볼 수 있는 그릇(container)으로 비유하여 이해한다. 정보에 대한 기본권을 보호함에 있어 장소적 공간과 디지털 논리적 공간 사이에 구별할 실익이 없기 때문이다. 오히려 그러한 영장을 발부받도록 입법화하는 것이 필요하다. 무엇이 시대에 안 맞는다는 것인지? 왜 그렇게 해석하면 인권보장에 도움이 되지 않는다는 것인지? 전혀 이해할 수 없는 주장이다. 발표자가 말하는 인권이란 도대체 무엇인가? 법을 연구하는 사람이라면, 그래서 헌법을 최고법이라고 인식하고 있는 사람이라면 ‘인권’이라는 추상적인 용어를 사용하면 안 된다. 정보에 대한 자기결정권, 통신의 자유권, 표현의 자유권 등 구체적

인 기본권을 말해야 한다. 그에 대한 핵심, 내용, 주변 상황의 보장, 그리고 영장주의에 의한 보장, 적법절차에 의한 보장 등 구체적인 용어를 들어 말해야 한다. ‘인권’이라는 막연한 용어를 사용하는 것 자체가 헌법상 기본권 보장을 모르고 있거나 아니면 그 보장에 무관심하다는 말이 된다. 사람의 내면세계는 그가 사용하는 용어를 보면 알 수 있는 법이다. 현재의 디지털 증거 수집절차상 수사관들이 피조사자의 인권을 보장하고 있는지에 대한 질문에 피설문자의 응답을 주의해야 한다. 94.4%가 ‘아니다’라고 응답하였으며, 이중 72.2%가 ‘전혀 아니다’고 응답했다는 것이다. 영장집행시 피조사자의 인권을 보장하고 있는지에 대한 설문에 대한 답변도 100%가 ‘아니다’라고 했다는 것 아닌가?(표 4-34, -35).

네트워크를 통한 수사를 허용한다고 하더라도 다음의 점을 유의해야 한다. 물론 영장에 의한 법원의 허가를 얻어야 하고, 다른 적법절차 규정(영장제시, 참여권보장, 통지, 환부 등)을 준수해야 한다. 영장에는 수색검증, 압수할 과일이 객관적, 주관적, 시간적으로 특정되어야 한다. 적법절차 준수는 IDC나 웹 호스팅 업체 등 ISP 뿐 아니라 정보주체에 대해서도 해야 한다. 모니터링이나 온라인 수색, 제3지에서의 컴퓨터를 통한 원격 수색을 배제하는 방식이어야 한다(이 점에 한정되는 한, 보고서 168쪽의 개선안은 찬성할 만하다.).

#### 라. 전기통신 이용자 인적정보 수집에 대한 영장주의 적용

전기통신사업자로부터 요청할 사용자 인적사항 정보 제공도 영장의 대상으로 해야 한다(전기통신사업법 제83조 제3항). 이 점도 형소법의 개정으로 영장주의 대상이 되었다고 해야 한다. 앞서 든 서울고등법원의 ‘회피연야’ 동영상이 사건 판결에서도 그 점을 분명히 하였다. 전기통신사업자의 업무처리상 혼선을 줄이기 위해서도 영장의 대상으로 함이 옳다. 헌법상 영장주의 구현을 위해서라도 그러하다. 이 경우에도 통지의 대상으로 해야 한다. 적법절차 원칙 구현을 위해서 통지의 요건이 필요하다. 그 주체는 전기통신사업자가 아닌 수사기관이 해야 한다.

한편으로 수사기관으로부터 가입자의 인적사항 정보제공 요구를 당하고 있는 전기통신사업자의 입장을 경청해야 할 것이다. 수사기관의 인적사항 정보 요청이 도를 넘고 있다는 것인가(보고서 120쪽)? 수사기관이 사용자 정보를 요구하면서 IP 200-300개를 주는 경우도 있다는 것이다. IP 역추적의 경우 불특정 다수에 대한 IP와 개인정보를 제공하고 있다고 한다. 유동 IP의 경우 시간대역별 개인정보를 제공하게 된다. 그래서 범죄 혐의자 1인을 수사하기 위하여 아파트 전체 개인정보를 제공하는 경우도 있다는 것이다. 참으로 위험한 상황 아닌가?

세금탈루를 수사하면서 모든 구매자 기록을 요구하는 경우도 있다고 하지 않는가? 여대생 실종사건을 수사하면서 포털업체를 상대로 실종사건 수사진행과 관련된 키워드 검색자 일체의 인적사항 모두를 제출하도록 하였다. 그래서 수만 명의 개인정보를 제공하기도 하였다. 통신사업자가 정보제공을 거부하면 대표이사를 소환하겠다고 압박하거나 다른 사건으로 입건하여 수사를 하겠다고 협박을 하고 있다는 것 아닌가(보고서 120쪽)? 그대로 위헌적이고 불법적인 수사라고 하지 않을 수 없다. 그에 응한다면 전기통신사업자는 해당 정보주체에 대해 불법행위에 기한 손해배상책임을 져야 한다(앞서 든 ‘회피연아’ 동영상 사건 참조). 그에 앞서 전기통신사업자의 영업수행의 자유도 헌법상 기본권으로서 보장되어야 한다. 그 사업체 직원이 압수수색영장 집행과정에서 수사관과의 마찰로 심한 스트레스를 느낀다고 한다(보고서 122쪽). ‘기업은 수사기관의 압력을 버틸 힘이 없다, 수사기관에 약할 수 밖에 없는 상황이다. 우리도 고객들의 프라이버시를 지키고 싶다.’ 그들의 하소연을 들어 보라(보고서 123쪽)! 과연 국가가 개인을 행복하게 해 줄 책임을 다 하고 있는지 반문해 보아야 하지 않겠는가? 그런 의미에서 이를 영장주의 대상으로 하자고 전향적인 자세를 보여준 오늘 이 자리에서의 발표를 매우 환영하는 바이다(보고서 172쪽).

나아가 통지의 문제는 헌법상 적법절차를 구현하는 것이므로 그 의무를 수사기관에 지우지 않을 수 없다고 하겠다. 이 점에서까지 적법절차 원리를 구현할 수 있도록 하자고 제안한 보고서 173쪽의 개선안은 매우 훌륭하다고 생각한다. 다만, 그 통지기간 30일은 현재 제1회 공판기일이 기소일로부터 30일 이내에 지정되는 점을 고려해야 한다. 그러니 이번 개정 형소법 제106조 제4항과 같이 ‘지체 없이’라고 규정하는 것이 좋겠다.

#### IV. 사이버수사 및 디지털 증거수집 개선방안에 관한 토론

이 장은 노명선 교수께서 2012. 11. 13.자 국회 디지털증거 압수수색에 관한 개정법률안 공청회에서 발표한 내용과 큰 틀에 있어 같다고 보인다. 다만, 앞서 본 바와 같이 전기통신 이용자의 인적사항에 관한 정보에 대해 영장주의 원칙 적용을 주장하고 있다. 기록보전명령제도 대신 기록명령제도로 완화하며, Plain View 원칙의 입법적 도입에 유보적인 태도를 취하였다. 이러한 점은 크게 진일보하였다고 감히 평가한다. 나머지 점에 대해서는 역시 이 지정토론자



가 위 공청회에 참석하여 발표하였던 토론문을 별첨과 같이 첨부하는 것으로 토론을 대신한다. 다만 다음과 같은 사항을 추가하고 싶다.

#### 가. 원칙-예외규정에 대한 수사관들의 문제 제기의 모순점

보고서 128쪽에 의하더라도 형사소송법 개정 후 조사된 11개의 사건 중 겨우 1건에서만 법을 준수하였다는 것이다. 그 1건에서만 해당 저장매체 소재지에서 관련성 있는 정보만을 선별 압수하였다는 것이다. 그렇다면 수사관들이 거의 법을 지키지 않고 있는 것으로 보인다. 입법자가 개정된 법을 지키지도 않으면서 비현실적이라는 등, 인권을 침해하고 있다는 등 핑계를 대는 것은 공무원의 자세가 아니다. 항차 그 핑계를 들어 법을 개정해야 한다고 맞장구를 치는 것은 잘못이다. 원칙을 준수하다보면 피처분자를 감금하는 것과 같은 현상이 발생하여 오히려 인권을 침해한다고 하나 그것은 구실에 불과하다. 진정 그러하다면 피처분자의 동의를 얻어 해당 매체를 옮기거나 하는 등으로 적절한 다른 영장집행 수단을 찾아보아야 한다. 11개 사건을 이 연구를 위해 조사하고 그 중 1개의 사건이 겨우 원칙을 준수하였다는데도 불편하니 법을 바꾸어야 한다고 주장할 수 있단 말인지? 수사상 비례의 원칙 달성을 위해 관련성 있는 정보의 현장 압수를 규정한 법 제106조 제3항을 준수하도록 수사기관을 교육하여야 할 일이다. 법을 시행해 본지 1년도 안되었는데 개정을 논의하는 것은 너무 이상하다.

#### 나. 이단계 압수론에 관하여

이 지정토론자는 종래부터 수색검증과 압수의 이원화를 주장하였다. 파일내용을 살펴보지 않고는 범죄관련성 있는 정보인지 여부를 알 수 없기 때문이다. 그리고 그 관련성은 전자에서는 범죄혐의 정보가 저장되어 있을 가능성만으로 족하다고 보았다. 후자는 범죄에 직접 관련 있는 정보만 압수할 수 있는 것이다. 이러한 이 지정토론자의 이론을 상당 부분 반영하고 수사현실도 고려하면 이단계 압수론의 가치를 인정할 수 있다. 이단계 압수와 법원의 디지털 포렌식 허가 절차를 마련하는 것이다. 다만, 이 제도를 도입함에 있어서는 다음의 점을 고려해야 한다. ① 관련성 없는 정보가 담겨 있는 저장매체 전부를 수사기관에 이전하기 위해서는 피압수자의 동의를 얻게 하거나 판사의 사전 허가를 얻게 한다. ② 이후 진행되는 분석절차에서 얻어지는 전자정보를 선별적으로 압수할 수 있도록 당사자의 참여권을 보장하여야 한다. ③ 이 때 새로운 범죄의 증거가 발견된 경우에는 별도의 입건절차와 별도의 영장발부 절차를 밟아야 한다.

## 다. 수사기관 내 필터팀 운영에 관하여

수사기관 내 필터팀을 수사기관과 독립되고 중립적인 제3자인지 인정하기에 난감한 점이 있다. 그들의 분석보고서를 증거법상 제3자가 한 감정으로 취급할 것인지, 그래서 영장주의가 배제되는 절차로 보아야 할 것인지도 고려해야 한다. 오히려 결국 수사팀의 일원으로서 한 것 이므로 그들이 행하는 절차는 수색검증 및 압수 영장 집행과정의 일부일 뿐이라고 보아야 할 수도 있다. 필터팀의 분석절차도 영장의 대상이 되어야 한다. 그 집행과정에서도 형소법에 마련된 참여권, 고지권, 통지권, 폐기환부권 등의 적법절차 조항이 적용된다고 보아야 한다. 그러나 수사기관으로부터 예산마저 독립된 제3의 포렌식 분석 기업이나 대학의 연구소에 그 분석을 의뢰하지 못할 바는 없다고 하겠다. 현실 여건상 그렇게 제도화하기 어려우면 이것을 법 제화하기보다 개별 수사팀에서 판단하여 이용하도록 하는 것이 좋겠다.

## 라. 압수한 디지털 증거 환부 및 폐기에 관하여

보고서 초안 98쪽 이하의 기본 문제의식은 적극 환영하는 바이다. 다만, 형소법 제133조 제3항의 신설만으로 대처하려고 하면 안 된다. 2011. 7. 18. 법률 제10864호로 형사소송법을 개정하면서 수사기관의 압수수색에 준용되던 제133조를 제219조에서 삭제하였다. 대신 제218조의2를 신설하고 2012. 1. 1.부터 시행하고 있다. 그렇게 함으로써 검사 또는 사법경찰관의 압수물 환부, 가환부를 법원의 그것과는 독자적인 것으로 취급하고 있다. 따라서 압수한 디지털 증거 환부 및 폐기를 수사기관에 의무지우고자 한다면 제133조의 개정만으로는 부족하다. 제218조의2에 해당 조항을 추가하는 것으로 개정해야 압수수색 법체계에 들어맞게 된다.

⇒ 그러나 이 지정토론자가 검토대상으로 삼은 것은 주최측으로부터 송부받은 초안이어서 위와 같은 안으로 이 토론문 초고를 작성했었다. 그러나 오늘 발표된 최종 보고서 157쪽에서 제218조의3으로 수정하였다. 그러므로 위와 같은 법체계상 문제는 대부분 해소되었다. 다만, 제218조의2가 압수물의 환부·가환부에 관한 일반규정이므로 별도의 조문을 만들기보다 위 제218조의2에 한 항으로 추가하는 것이 좋겠다.

## <별첨>

오기두, 2012. 11. 13.자 사단법인 한국포렌식학회, 한국저작권위원회 개최,  
국회 디지털증거 압수수색에 관한 개정법률안 공청회, 토론문

### 1. 전제적으로 검토되어야 할 사항

가. 기본권의 실체적, 절차적 보장이 가장 우선이다.

오늘 논의의 대상이 된 컴퓨터 관련 증거는 디지털 증거를 포함한 전자정보이고, 그것이 전송되는 통신정보이다. 스마트폰이나 태블릿 피씨를 이용한 인터넷 등 통신망의 현저한 사용 증가가 단적으로 이를 보여준다. 이러한 정보들은 전자정보이므로 그 대량성, 변조용이성, 휘발성 등의 특징을 고려해야 한다. 나아가 정보통신사회인 오늘날 더욱 그 중요성이 강조될 수밖에 없는 정보에 대한 자기결정권을 최대한 보장하도록 해야 한다. 그와 아울러 그 정보는 통신정보이므로 통신을 둘러싼 헌법상의 기본권인 통신의 자유, 사생활의 자유, 주거의 자유, 직업의 자유 등을 보장해야 한다. 더불어 그 기본권이 질서화하고 있는 정치현실을 고려하여 현대 전자민주정치라는 제도적 보장이 작용할 수 있도록 해야 한다. 이것은 헌법의 기본권 편을 한 눈으로 슬쩍 훑어보기만 해도 알 수 있는 내용이다. 그러한 실체적 기본권 보장을 위해 영장주의나 증거재판주의와 같은 절차적 기본권이 보장될 수 있도록 해야 한다. 수사권 행사는 그러한 기본권을 제한하기 위해 헌법 제37조가 예외적으로 규정하고 있는 「질서유지」라는 제한적 목적에 봉사할 뿐이다. 다음과 같은 우리 헌법 제37조를 경외심을 갖고 읽어보고, 준수해야 하는 것이다.

- ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.
- ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

따라서 전자정보 수사의 일환인 그 압수·수색만에 지나치게 치중하여 형사소송법을 개정하려 하면 안된다. 그러다가 상위법인 헌법이 명하는 기본권의 실체적이고 절차적인 보장을

등한시하면 안된다. 그럼으로써 애써 개정된 법률이 위헌이라는 평가를 받지 않도록 입법작업에서는 가장 주의하여야 한다. 즉 수사기관의 수사필요성만에 기하여 형사소송법이라는 하위법의 관점에서 전자정보의 압수수색 문제를 해결하려 하면 안된다. 입법자가 입법목적을 설정하거나 입법정책을 수립할 때 가장 우선시해야 할 사항은 국민의 기본권에 대한 실제적이고 절차적인 보장인 것이다. 그것은 최상위 규범인 헌법이 입법자에게 명하는 주권자인 국민에 대한 의무이다. 그 의무를 위반하여 개정된 법률은 위헌이라는 판단을 받아 효력을 잃게 된다.

나. 이렇게 법을 개정할 필요가 시급한지 근거를 대야 한다.

현재 발표자가 주장하는 바와 같은 구체적 쟁점들에 대한 입법개정 필요성이 있는지 좀 더 실증적인 근거가 제시되어야 한다. 그래야만 이러한 입법론의 정당성을 인정받을 수 있을 것이다. 그리고 그와 같은 법 개정의 필요성은 우선 수사실무 및 재판실무상 필요성이라고 해야 할 터이다. 그런데 현재 재판실무상 전자정보가 디지털 매체 자체의 형태로 검사에 의해 증거로 제출되는 경우가 의외로 많지 않다. 주로 출력된 종이문서의 형태로 제출되고 있는 경우가 대부분이다. 그 전자정보의 증거능력에 관하여 위법수집증거라거나 성립의 진정이 인정되지 않는다는 등으로 피고인측이 증거능력을 다투는 경우도 많지 않다. 일부 국가보안법 위반사건의 경우에 그러한 증거항변이 제기되고 있을 뿐이다. 수사실무상으로는 어떤지? 즉, 오늘 발표자의 발표와 같은 법개정 필요성이 있는지 수사실무상으로 등장하는 다양한 실증적 사례를 제시해 주어야만 한다. 그래야만 입법작업의 정당성을 어느 정도라도 확보할 수 있을 것이다. 더욱이 벌써부터 또 다시 법개정을 논의하는 것은 시기적으로 너무 빠르다. 전자정보를 압수의 대상으로 하여 형소법을 개정하여 올해 1.1.부터 시행해 본지 겨우 10개월밖에 안되었기 때문이다. 입법자의 결단이 나온 지로부터 얼마 되지 않은 시점에서 또 개정을 논의하는 것 자체가 입법자의 결단을 폄훼하는 태도이다. 더욱이 그저 관념상으로 미국 등 다른 나라에 이런 입법례가 있으니 우리 법도 개정해야 한다고 말한다면 그것은 너무나 단순한 주장이다. 법이 많아지면 사람들의 심성이 어질지 못하게 되는 법이다. 오히려 구체적으로 문제되는 사례에 관하여 법원의 영장이나 판결 등에 의한 결단의 축적을 일단 기다려 본 후에 법개정 작업을 해도 늦지 않다.

## 2. 각론

### 가. 네트워크를 통한 원격지 정보 검색·다운로드(?)

\* 노명선교수 개정안

現 行	改 善 案
<p>형사소송법 제109조(수색) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다.</p> <p>(단서 신설)</p> <p>② (생략)</p>	<p>형사소송법 제109조(수색) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다. 단, 전자정보를 압수하기 위하여 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 '컴퓨터 등'이라 한다)를 수색하는 경우에 압수할 전자정보가 이와 접속된 다른 컴퓨터 등에 기억되어 있다고 인정되고 그 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에 대한 수색을 할 수 있다.</p> <p>② (현행과 같음)</p>
<p>제215조(압수, 수색, 검증) ①, ② (생략) ③ (신설)</p>	<p>제215조(압수, 수색, 검증) ①, ② (생략) ③ 검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제2항에 따라 전자정보를 압수하기 위하여 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 '컴퓨터 등'이라 한다)를 수색하는 경우에 압수할 전자정보가 이와 접속된 다른 컴퓨터 등에 기억되어 있다고 인정되고 그 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에 대한 수색을 할 수 있다.</p>

<오기두의 토론 내용>

- 1) 이러한 조항을 들 수사상 필요가 있을 것임은 이 토론자도 인정한다. 그렇지만 수사기관에 의한 남용의 우려를 경계하지 않을 수 없다. 헌법상 영장기재 특정성 원칙을 침해한

다. 신종마패 영장이 등장할 우려가 있기 때문이다. 수사기관은 판사의 영장 한 장으로 광대무변의 인터넷이나 그 밖의 유선, 무선 전자통신망을 통해 개인정보를 수색하고 다운로드받을 수 있게 된다. 그런 사태가 현실이 되는 사회가 바로 오세아니아가 아니고 어디인가? 수사기관이 모니터링이나 온라인 수색을 하거나, 그 밖에 수사권을 남용하는 방법으로 네트워크를 이용한 원격지 정보 수색·다운로드를 할 우려도 있다. 즉 범죄에 방목적으로 일반적인 온라인 수색을 한다면? 특정인을 target으로 잡아 지속적으로 네트워크를 통한 모니터링을 실시한다면? 인터넷 서비스업체의 동의 없이 수사기관의 입력장치로부터 저장서버에로의 네트워크를 통한 침입을 허용할 수도 없다. 방화벽 침투나 접근암호 등에 관해 서버관리자의 협력을 얻을 수 없는데도 입력장치로부터 전산망을 통해 서버로 침입해서는 안 된다. 그런 것까지 그 영장 집행방법으로 허용될 수는 없다. 영장제시 원칙이나 당사자의 참여, 통지 등의 헌법상 적법절차 구현수단이 지켜질 수 없기 때문이다. 설령 이러한 영장제도를 도입한다고 할지라도 입력장치를 통한 수색·검증이 영장에 의해 허용되었음을 서버관리자에게 알려야 한다. 그리고 서버에의 접근에 관해 서버관리자의 협력을 얻을 수 있을 뿐이라고 해야 한다. 수사기관이 강제로 자체 프로그램을 이용하여 상대방 컴퓨터 서버에 침입하여 온라인 수색을 하는 것은 허용될 수 없다. 관련성 없는 전자정보에 대한 무차별적인 수색이 이루어지기 때문이다. 미국 연방 수사기관도 영장기재의 특정성을 요구하는 헌법원칙상 각 관할마다 별도의 영장을 발부받고 있다는 것 아닌가? 우리 헌법상 영장기재 특정성의 원칙이 미국 연방 헌법 수정 제4조의 일반영장금지 원칙과 뭐가 다른가? 또한, Cloud computing과 Big Data의 경우에서 보듯 다수의 대형 시스템이 운영되는 곳에 대한 네트워크 수사가 가능하게 될 때를 생각해 보자. 이러한 대규모의 데이터와 연결된, 범죄와 관련 없는 많은 사람들에게 대한 정보 관련 기본권이 침해될 것인데 그래도 괜찮은가? 법을 개정하여 이러한 수사방식을 허용하는 법적 근거만 만들어 놓으면 위헌심사를 통과할 수 있을까? 그 개정 법에 근거하여 판사로부터 영장만 받으면 만사 OK가 될까? 그렇지 않을 것이다.

2) 또한, 네트워크를 통한 원격지 정보 수사는 분명 현재 전송 중인 정보통신에 대한 수사가 될 경우가 많을 것이다. 그러므로 그 내용을 감청하면 통신비밀보호법 제5조에, 통신인접사실을 탐지하게 되면 같은 법 제13조에 의해 규율되면 족할 것이다. 그런데도 압수·수색의 일반법인 형사소송법에 이를 허용하는 규정을 두어 법체계상의 충돌문제나 실무상의 혼란 문제를 야기해야 하는 것인가? 통신정보뿐만 아니라 금융정보, 위치정보,

과세정보 등에도 각 개별 특별법이 있는데 이 경우에도 같은 문제가 일어나지 않겠는가? 디지털 통신정보 중 내용을 이루는 데이터 부분이 아니라고 해도 같다. 즉, 통신데이터가 원활하게 목적지를 찾아가고 중간에 손실되지 않도록 특별한 규칙에 의해 기계적·자동적으로 부가된 부분이 헤더이다. 그 헤더부분만을 압수하기 위해, 즉, 통신비밀보호 영장이 아닌 형소법에 의한 일반영장의 규율대상으로 하기 위해 이런 규정을 두기는 힘들지 않겠는가? 법문언으로 모든 통신기술 내역을 통신비밀보호법이 아닌 형소법으로 포섭할 수 있도록 규율할 입법기술은 있겠는가? 또한 실무상 가장 필요한 이메일 압수수색에 대하여는 이번 개정법으로 이미 포섭되어 있지 않은가(개정법 제107조 제1항, 제114조 제1항 단서)?

- 3) 발표자는, 우리의 주권이 미치지 않는 외국 소재 서버에 저장되어 있는 디지털 증거를 전산망에 접속하여 수사할 수 있다고 주장하는 것인지? 이것은 조약체결의 대상이 될 터인데도 국내법인 형소법에 이런 일반조항을 넣어야 하는지? 그럼으로써 타 주권국가의 관할을 침해하는 경우 어떻게 해야 하는지에 대한 해석상의 혼란을 초래하여야 하는지?

나. 정보저장장치 압수 후의 절차도 전체적으로 보아 압수·수색의 한 절차로 보면 족하다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190결정). 그런데도 굳이 절차적 제한이나 집행기간 등 사법적 통제에 대한 별도의 법적 근거를 마련해야 하는지?

전자정보 저장장치 압수나 분석과정 모두 개인의 정보기본권 침해와 밀접하게 관련된 절차이다. 따라서 그 집행방법도 판사가 영장에 기재할 수 있다고 해야 한다. 아니, 그러한 기재를 해야 할 책무가 판사에게 있다고 해야 하고, 그러한 책무를 다하지 못했을 때 해당 판사도 응분의 책임을 져야 한다고 생각한다. 판사야말로 기본권 보장의 최후 보루이기 때문이다. 수사기관이 그러한 지위에 있는 것은 아니다[Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 14(1948) 참조. (“When the right of privacy must reasonably yield to the right of search is, as a rule, to **be decided by a judicial officer, not by a policeman or Government enforcement agent.**”). 수사기관이 판사의 영장기재 내용을 위반하였을 때 그의 행위는 준항고의 절차나 증거능력 부인 등 당해 형사소송 절차에 의해 시정되어야 한다. 뿐만 아니라 이를 위반한 수사관이나 그를 고용한 국가가 정보주체 등에게 민형사상 책임을 질 수도 있다.

위 대법원 결정에 의한 현행법 해석상으로도 압수 이후의 분석과정에 대한 헌법적인 적법절차

원칙이 구현될 수 있다. 즉, 당사자의 절차참여권, 통지를 받을 권리, 압수물 반환 청구권 등이 충분히 인정되는 것이다. 그런데도 굳이 별도의 법규정을 마련해야 한다고 볼 근거가 있는지?

#### 다. 진술서의 증거능력(법 제313조)에 관하여

발표자는 작성자나 진술자의 공판정 진술만으로 전자증거의 진정성립을 인정하게 하고 있는 현행법 제313조는 부당하다고 한다. 기본적으로 발표자의 의견에 찬성한다. 그렇지만, 업상섭 등 제정형사소송법 기초자들이 왜 제313조를 마련하였는지에 대한 충분한 입법사적 검토부터 해야 한다. 일제 치하의 재판은 예심판사의 조서에 입각하여 매우 형식적으로 진행되었다. 3·1 운동 후 마산지청에서 진행된 통영민증봉기 사건 재판을 기억하는가?

예컨대 1926년 1월 어느 날에 있는 마산지청의 이른바 ‘통영민증소요사건’재판은 다음과 같이 진행되었다고 한다.

「이날 하오 2시계 법정에 들어선 石井 재판장은 서상환, 최천, 김재학 등 16명의 피고인들을 훑어 본 다음 서기에게 예심조서를 읽도록 했다. 서기가 예심결정서를 다 읽고 나자 그는 피고인들을 보고 “대체로 이 정도겠지 재판은 이것으로 종결한다. 검사는 구형하시오.” 너무나 일사천리식으로 처리한 재판이었다. 그러자 검사는 재판장의 명령을 기다렸다는 듯이 눈고도 없이 각 피고인들에 “징역 2년 씩 처한다”고 간단히 구형해 버렸다.

이 광경을 지켜본 변호사 李仁은 화가 머리끝까지 치밀었다. 이럴 수가 있을까. 아무리 식민지 백성을 재판한다지만 이따위 재판이 어디 있단 말인가.

이같이 생각한 李仁은 두말없이 법대로 뛰어 올라가 재판장과 검사의 멱살을 거머 잡은 것이다. 이 통에 판사와 검사는 법도를 법대 위에 떨어뜨린 채 법관실로 도망쳤다. 법관실 문을 박차고 뒤따라 들어간 李 변호사는 “소송절차를 무시하는 이런 재판이 어디 있느냐. 너희 나라에서는 이렇게 재판하라고 가르치디냐. 왜 인정신문과 사실심리도 하지 않고 재판을 종결하느냐. 나는 너의 나라에서 변호사 자격을 얻었지만 일본 법정개시 이후 이런 재판은 처음 보았다”고 대들었다.」(李仁 변호사, 1972. 5. 17.자 신아일보 기고문, 김이조 변호사, 법조비화 100선, 118-121쪽 수록).

이러한 일제 치하의 형식적인 공판절차를 탈피하고 진정한 공판중심주의 구현을 위해 법 제정자들이 제313조를 비롯한 증거법 조문을 만들었다. 즉 원진술자를 공판정에 불러내서 그 진술을 들어보고 나서야 증거능력이 인정된 서면을 읽어 보고 재판하라고 이 조문을 두었던 것이다.

우리 정부가 수립된 후 1948. 9. 15. 종전의 법전기초위원회가 법전편찬위원회로 변경되었는데, 김병로 대법원장이 그 위원장이었다. 법전편찬위원회에서 만든 형사소송법 초안은 위 의용형사소송법과 미군정법령 제176호 「형사소송법의 개정」을 토대로 하면서 일본에서 연합군사령부의 영향 아래 단행



된 신형사소송법도 참조하였다[1954. 2. 15. 제2대 국회 제18회 정기회에서 법전편찬위원장인 김병로 대법원장의 설명 참조. 신동운, 제정형사소송법의 성립경위, 형사법연구 22호(2004 겨울), 183-185쪽]. 당시 마련된 형사소송법 초안 제300조는 「전 2조(법관면전조서 및 수사조서에 관한 규정 : 이 토론자)의 규정 이외에 피고인이나 피고인 아닌 자의 작성한 서류 또는 그 진술을 기재한 서류로서 작성 또는 진술한 자의 자필이거나 서명, 날인있는 것은 공판준비나 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.」고 규정하였다. 위 초안은 당시 국회법제사법위원회(엄상섭 국회의원이 4인의 소위원회 구성원 중 하나였고, 전문위원은 서일교 위원이었다.)에서도 수정되지 않고 그대로 통과되었다. 다만 제정형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제 341호)은 위 조문을 제313조로 하여 「전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 서류 또는 그 진술을 기재한 서류로서 작성 또는 진술한 자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.」고 규정하였다. 위와 같은 법 제정 당시 이 제313조 자체에 대해서는 심도 있는 논의가 거의 이루어지지 않은 것으로 보인다(신양균 편저, 한국형사정책연구원, 형사소송법 제개정 자료집 13쪽부터 247쪽 참조). 말하자면 충분한 검토 없이 만들어진 우리 입법자의 창작물이라고 보인다는 것이다. 특히 1954. 2. 16. 국회 본회의 형사소송법안 독회 석상에서 한 엄상섭 의원의 발언 ; 또는 엄상섭의 '신형사소송법의 민주화'등과 같은 글이나(신동운, 효당 엄상섭 형사소송법논집, 서울대학교출판부 81쪽 이하, 109쪽 이하, 115쪽 이하), 법안을 축조심의한 제18회 국회정기회의(단기 4287년 2월 29일) 속기록 ; '신구형사소송법의 주요차이점'(엄상섭 감수, 서일교 편, 신형사소송법, 일한도서출판사, 단기 4287년 3월, 부록 3) 등에 위 초안 제300조나 법률 제313조에 관한 언급이 전혀 없는 점, 그리고 제정법안에 대한 대검찰청의 의견 ; 대한변호사협회의 의견 ; 정창운, 국회를 통과한 신형사소송법론(법정 64호, 1954년 3월) ; 엄상섭, 형사재판의 민주화(법정 74호, 1955년 6월) 등 당시 공표된 의견이나 출판된 문헌들에서도 이 313조에 대한 언급이 전혀 없는 점을 보아도 그러하다(신동운 편저, 한국형사정책연구원, 형사소송법제정자료집(1990)). 당시 출판된 서일교, 형사소송법 강의, 제일문화사(단기 4288년 10월) 150쪽에도 법 제313조의 내용을 소개한 채, 「被告人(被疑者)이作成한書類로서犯罪事實에對한自己의刑事責任을認定하는書類 例컨대告白書는前述한바와같이自白에는그方式이口述이거나書面이거나를不問하므로本條에該當하는것이 아니고 第三〇九條(“피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.” : 이 토론자가 첨가함)에該當하는 것이다.」고 쓰고 있을 뿐이다(그러나 현재 위와 같은 해석론은 없는 것으로 보이며, 법 제309조는 자백의 임의성에 관한 것이고 법 제313조는 그와는 차원이 다른 진정성립의 문제이므로 피고인 작성 자백서가 위 제309조의 적용대상일 뿐이고 제313조의 적용대상이 아니라는 서일교의 위 주장은 수긍하기 어렵다).

1954년 형사소송법 제정 이전까지 사용한 의용형사소송법(대정형사소송법)에도 현행 법 제313조와 같은 규정이 없었다[다만 필요성을 이유로 한 증거서류의 증거능력 인정에 관한 현행법 제314조의 원형이라고 할 수 있는 조항만이 제343조에 있었을 뿐이다. 그리고 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술서에 관한 규정이 아래 신형사소송법과 같이 있었다[법원행정처, 주요 구법령집(상), 재판자료 제41집, 720쪽]. 증거법을 규율하지 않은 미군정법령 제176호에서도 현행법 제313조의 원형을 찾아볼 수 없음을 말할 것도 없다[법원행정처, 주요 구법령집(하), 재판자료 제42집, 259쪽 이하]. 나아가 1948. 7. 10. 법률 제131호로 공포되고 1949. 1. 1. 시행된 일본신형사소송법도 대정형사소송법과 같이 제321

조 제3호에서 피고인 이외의 자가 작성한 공술서 또는 그 밖의 자의 공술을 녹취한 서면에 공술자의 서명이나 날인이 있는 것은 재판관이나 검찰관 면전조서가 아닌 경우, 공술자가 사망, 정신이나 신체 의 고장, 소재불명, 국외거주 등으로 인해 공판준비 또는 공판기일에서 공술할 수 없고, 그 공술이 범죄사실 증명에 없어서는 안될 경우에 한하여, 그것도 그 공술이 신용할 만한 상황에서 행해진 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하고, 제322조에서 피고인이 작성한 공술서 또는 피고인의 공술을 녹취한 서면으로 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것은 그 공술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것으로서 임의로 되었거나, 특히 신용할만한 상황에서 행해진 공술일 때에 한하여 증거로 할 수 있다는 규정을 두고 있었을 뿐이다. 즉 원진술자가 조서의 진정성립을 인정하여야 하는 지에 대해서는 명문규정을 두지 않았다. 요컨대 현행법 제313조 본문에 해당하는 제정형사소송법 제313조는 그 유래를 찾아보기 어려운 우리 입법자의 창작물이라고 할 수 있다. 신동운 교수도 조서 등의 증거능력 제한은 한국 입법자의 고유한 결단이라고 설명하신다(신동운, 일본 형사수속법, 260쪽). 피고인 및 피고인 아닌 자가 작성한 서류를 하나의 문장으로 규정하고 그 이중 주어에 연결되는 ‘작성한 서류 또는 진술을 기재한 서류’ 또한 중첩되어서 주어와의 서술관계를 매우 이해하기 어렵게 하였으며, 피고인 아닌 자의 공판정 진술에 의해 진정성립을 인정하게 하고, 나아가 피고인 자신의 진술에 관해서도 피고인의 공판정 진술에 의해 진정성립을 인정하게 하는 등으로 반대신문권보장이라는 전문법칙의 연혁적, 입법례적 근거와도 동떨어지게 하였다. 一見해서는 국어 문장으로서도 매우 졸렬할 뿐만 아니라, 전문법칙 내지 증거법에 관한 충분한 이해나 지식 없이 대충 만들어버린 조문이 아닌가 하는 의심을 떨칠 수 없는 조문이다.

이러한 위 규정을 약 7년여 시행하다가 1961. 5. 16. 군사쿠데타 이후 만들어진 국가재건최고위원회는 같은 해 9. 1. 상임위원회 39차 회의에서 급조된 형사소송법중 개정법률안을 가결하여 같은 날 법률 제705호로 공포, 시행하면서 전문법칙의 원칙규정인 제310조의2 규정을 신설하고 다음과 같은 현행법 제313조의 규정을 두게 된 것이다. 「① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다. ② 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 전항과 같다.」 그 후로 별다른 개정 노력 없이 위 제313조가 현재까지 존치되고 있다. 피고인의 수사절차 외의 진술에 관해 반대신문권을 보장할 필요는 없으므로 직접심리주의의 요청 때문에 입법례상 특이하게도 원진술자인 피고인의 공판정 진술에 의한 진정성립을 증거능력 인정요건으로 요구하고 있는 것이 우리 입법자의 태도라고 이해할 수밖에 없고, 그래서 이 조항은 원래의 영미법상의 전문법칙과는 성격을 달리한다고 하지 않을 수 없다. 특히 제정 형사소송법에 현행 형사소송법 제310조의2와 같이 서류에 관하여 전문법칙을 도입하지 않았음에도(제정 법 제316조에 진술에 한하여 전문법칙을 적용하는 규정을 두었을 뿐이다.), 법 제313조 제1항 본문이 이미 도입되어 있던 점이나, 당시 김병로 대법원장께서 스스로 “우리는 대륙법체계만 섭용(攝容)한 것도 아니고 꼭 영·미식체계만 섭용한 것도 아니고 역시 우리에게 제일 편익한, 이러한 점을 절충해서 이 형사소송법이 편성되었다고 생각합니다.”고 발언하신 점을 참작해 보면(한국형사정책연구원, 신동운 편저, 형사소송법제정자료집, 266쪽), 우리 증거법 규정을 순전히 영미식의 전문법칙으로만 이해하기는 어렵다(엄상섭 교수, 서일교 편, 신형사소송법, 일한도서출판사, 단기 4287년 3

월). 오히려 당시 대통령과 국회, 그리고 법원, 검찰간의 권력다툼(power game)에 의해 성안된 형사소송법의 입법 과정을 되돌아보면, 그리고 그 권력다툼은 영구히 계속될 수밖에 없는 점을 고려해 보면, 형사절차상 수사기관과 법원의 헌법상 진정한 제자리 찾기와 관련해서 이 조문을 이해하지 않을 수 없다고 하겠다(이것을 형사소송 구조론과 관련하여 직권주의를 택한 것이라고 설명하는 견해도 있다. 신동운, 위 글, 186쪽 참조). 그러므로 이러한 제정형사소송법의 입법과정에 대한 공부 없이 우리 증거법 규정이 영미식의 전문법칙을 제대로 이해하지 못하였다거나 혼동하였다고 함부로 평가 절하하는 태도는 참으로 지양해야 한다고 하겠다. 나라를 뺏기고 식민사범의 지배를 받은 후 전쟁의 참화를 겪어가면서 고심에 고심을 거듭하여 만든 법이기 때문이다. 이를 알지 못하고 현행법만 살펴보거나 외국제도만 피상적으로 읽은 후 아직 법도 개정되기 전인데 현행법에 명문으로 쓰여 있는 내용을 무시하려고 하면 안된다. 현재 우리가 해당 법률을 해석하거나 개정하는 작업을 할 때에도 항상 이 점을 명심해야 한다.

이렇게 제정된 법 제313조는 58년여의 장구한 세월 동안 존치된 유서 깊은 조문이다. 이 조문이 요구하는 원칙은 원진술자의 공판정 진술로 진술서의 진정성립을 인정하라는 것이다. 그 공판정 진술에는 여러 가지가 있다. 크게 나누어 보면 ㉠ 진정성립을 인정할 객관적 사실을 인정하면서 단지 진정성립만을 부인하는 경우와 ㉡ 그 객관적 사실마저 부인하는 경우가 있다. ㉠의 경우는 현행법 제313조 해석론으로도 진정성립을 인정할 수 있다. ㉡의 경우에도 공판정 진술내용이 작성자를 특정할 객관적 사실을 어느 범위에서 인정하느냐에 따라 결론이 나뉠 수 있다. 비록 그 나머지 범위 사실을 부인한다고 하더라도 진정성립을 인정할 수 있는 경우도 있다. 예컨대 전자서명이 피고인의 것임을 인정하면 동일성·무결성을 부인해도 진정성립을 인정할 수 있다. 그러므로 반대로 원진술자(작성자)가 터무니없이 객관적인 '작성자 특정 사실'을 부인하는 경우에만 이를 시정할 입법조치가 필요하게 된다. 즉, 그 때에 한해 디지털 포렌식 전문가의 진술 등 객관적 방법으로 증거능력을 인정해야 한다.

여기에 덧붙여 전자증거에 관해 법 제313조 제1항이 요구하는 자필, 또는 서명, 또는 날인이 있어야 할 것을 요구하는 현행 법을 수정하여야 한다. 즉, 「자필이거나 서명 또는 날인, 또는 그에 준하는 작성자를 특정할 자료」라는 문구를 추가하면 된다. 어떤 논자들의 견해처럼 전자증거에 관해서는 서명, 날인의 증거능력인정요건이 불필요하다고 법의 명문에 반하는 주장을 하면 안 됨은 물론이다.

## 라. 디지털 포렌식 조사관의 수사참여에 관하여

발표자는 수사관과 디지털 포렌식 전문가를 분리하자고 한다. 피고인측이나 제3자가 실질로

도 그 전문가의 중립성을 인식할 수 있게 하여 한다. 그러려면 디지털 포렌식 전문가는 법무부나 대검찰청 등에 소속되지 않아야 하고, 예산마저 독립되어야 한다. 그렇게 제3의 중립적인 기관에 소속된 사람들로 구성해야 할 것이다. 예컨대 대학이나 법원에 소속된 기관에서 디지털 포렌식 전문가를 양성하고 그들을 수사나 공판에 활용하는 방안도 생각해 보아야 한다. 재판의 공정성은 정의와 마찬가지로 그 자체의 구현도 중요하지만, 재판이 공정하다고 보여지도록 하는 것 또한 중요하다.

마. 정보 자체를 압수대상으로 명시하는 것에 대하여

\* 노명선교수 개정안

現 行	改 善 案
형사소송법 제106조(압수) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.	형사소송법 제106조(압수) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건이나 전자정보를 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

<오기두의 토론 내용>

원칙적으로 찬성하나, 다음의 점을 고려해야 한다. 정보자체를 압수대상으로 열거하는 것이 중요한 것이 아니라, 정보에 대한 기본권을 보장하는 것이 중요하다. 그리고 그것은 헌법상 비례의 원칙, 형소법상 강제처분 법정주의 및 최소 침해의 원칙 등을 구현하는 방향이어야 한다. 그것은 전자정보의 대량성에 비추어 관련성의 원칙 구현으로 구체화 되어야 한다. 오늘날 논의의 대상이 되는 Big Data를 생각해 보면 이 점이 더 분명해진다. 올해 시행되고 있는 법 제 106조 제3항의 '범위를 정한' 출력·복제가 이를 표현하고 있다. 그 범위는 주관적, 객관적, 시간적 관련성으로 구체화되어야 한다. 그런데 이러한 원칙은 현행법 해석상으로도 충분히 구현 가능하다.

바. '원칙 - 예외'의 형식으로 된 현행법 제106조 제3항을 개정하지는 주장에 대하여

\* 노명선교수 개정안

現 行	改 善 案
<p>형사소송법 제106조(압수)            ③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체를 압수할 수 있다.  <u>1.-3.(각 호 신설)</u></p>	<p>형사소송법 제106조(압수)            ③ 법원은 압수의 목적이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체"이라 한다)에 기억된 전자정보인 경우에는 다음 각 호의 방법으로 압수할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받는 방법</li> <li>2. 전자정보가 기억된 정보저장매체 등을 압수하는 방법</li> <li>3. 전자정보만을 압수하는 방법</li> </ol>
<p>형사소송규칙 제107조(압수, 수색, 검증 영장청구서의 기재사항)            ① 압수, 수색 또는 검증을 위한 영장의 청구서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.            1. ~ 7. (생략)  <u>8. (신설)</u></p>	<p>형사소송규칙 제107조(압수, 수색, 검증 영장청구서의 기재사항)            ① 압수, 수색 또는 검증을 위한 영장의 청구서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.            1. ~ 7. (현행과 같음)  <u>8. 전자정보를 압수하고자 할 경우 법 제106조 제3항 각 호 중 해당 압수방법과 사유</u></p>

<오기두의 토론 내용>

이에 관해 이 토론자는 너무나 할 말이 많다. 이 토론자가 이미 발표한 논문을 이 토론문의 말미에 첨부하는 것으로 할 말을 대신하기로 한다[줄고, 電子情報의 搜索·檢證, 押收에 관한 改正 刑事訴訟法の 含意, 한국형사소송법학회, 형사소송 이론과 실무 제4권 제1호(2012) 127-189쪽].

- 1) 첨언하자면, '원칙 - 예외' 규정에 대해 이 토론자는 기본적으로 찬성하면서도 오히려 그 「원칙」을 강화해야 한다는 생각을 하고 있다. 즉 전자기억 매체가 소재한 현장에서 주관적, 객관적, 시간적으로 관련된 전자정보만을 압수하는 것이 그 「원칙」이다. 그것이 「불

가능한 경우」에 한해 예외적으로 디지털 저장매체 자체를 압수할 수 있다고 해야 한다. 압수의 목적을 달성하기에 「현저히 곤란한 경우」에는 아주 제한적으로만 그 예외를 허용해야 한다. 그리고 위 예외의 인정도 영장주의 구현이라는 헌법상의 적법절차 원칙이 준수되는 경우에 한한다. 즉 판사의 영장에 의해 사전적으로 허가되었거나, 사후적으로 별도의 영장을 청구하여 그 영장이 발부되었을 경우에만 가능하다. 압수현장에 당한 수사관의 임기응변적, 재량적 판단만으로 저장매체 자체를 통한 범죄 유무관 정보 전부의 압수를 할 수 없다는 말이다. 그것을 허용하면 헌법상의 비례원칙을 침해하고(실체적인 면), 영장주의 원칙(절차적인 면)에 반한다. 즉 예외인정의 주체와 영장주의 대상임을 명시하지 않은 현행법의 ‘원칙 - 예외’ 규정은 기본권의 헌법상 실체적, 절차적 보장 수준에 미흡하다.

항차 발표자는 현행법의 ‘원칙 - 예외’의 형식에서 더 후퇴하여 수사기관에 편의한 몇 가지 방법만을 대등한 순서로 열거하는 개정안을 제시한다. 그러나 그 정도에 그치는 법 개정이라면 입법의 의미는 전혀 없다고 본다. 정보의 압수범위를 압수현장에 당하는 수사기관의 합리적 재량에만 맡겨 둘 수는 없다. 오늘날의 사회에서 정보의 압수범위는 기본권 주체인 국민의 삶을 파괴하는 정도에 이르는 중대한 기본권 침해 영역이다. 그것을 기본권 보장의 최후 보루인 판사의 심사대상에서 제외할 수는 없다. 그리고 판사의 심사는 사후적이어서는 안 된다. 사전적 통제를 원칙으로 하여야 한다. 수사기관이 하비텐트 검사를 넘어 배트맨이 되어야 하는 것은 아니다. 모든 범죄를 수사초기 단계부터 유죄로 단정하고, 그것을 박멸해야 사회가 방위될 것이라고 생각하면 안 된다. 그렇게 심하게 수사기관이 나서지 않아도 이 나라는 잘 유지되어 간다. 발표자 스스로 말한 바 있듯, 실체적 진실 추구의 요청도 상대화될 수 있는 것이다(노명선, 전자적 증거의 수집과 증거 능력에 관한 몇 가지 검토, 형사법의 신동향, 2008년 10월호, 75쪽). 형소법의 목적을 실체적 진실 추구를 넘어 사회적 분쟁을 해결하고 법적 평화를 유지하는데 있다고 보아야 한다. 법적 평화의 유지는 국가가 국민의 기본권을 보장하는데서 달성된다. 전자증거의 수집에 있어서도 가장 중요한 것은 유죄로 확정되기 전의 기본권 보장이다. 예컨대 어떤 국민이 수사기관으로부터 특정된 범죄혐의를 받고 있다고 치자. 그러나 그 이유만으로 자신의 모든 인생이 담겨 있는 스마트폰 저장 자료를 수사기관에 압수당해야 할 헌법적인 근거는 없는 것이다. 수사기관도 헌법을 구현해야 할 국민의 公僕일 뿐이다. 혹자는 법원이 모든 사정을 다 예상하여 영장을 발부하기는 어렵다고 주장한다. 그렇다

면 수사기관이 영장을 청구하면서 예상되는 문제점을 충분히 소명하여 그 내역을 영장에 기재하도록 영장담당 판사를 설득하면 되지 않는가? 그러한 노력을 기울일 생각을 하지 않고 법 개정을 먼저 시도하는 이유는? 혹여 영장청구시 수사기관의 소명책임을 감경, 면제받고자 함인가?라는 의심을 받을 수도 있지 않겠는가?

- 2) 발표자가 발표문에서 통합진보당 사건을 예로 들고 있는 것은 적절치 않다. 발표자는 통합진보당 사건은 이미 관련자 모두 유죄라는 확신을 갖고 있는가? 법원의 확정판결이 있기 전 수사의 대상이 되었을 뿐인 모든 사건의 피의자나 피고인들에 대해서도 이런 태도를 취할 것인가?
- 3) 나아가 발표자가 미연방형사소송규칙이나 실무상, 우리처럼 ‘원칙 - 예외의 메카니즘’을 찾아 볼 수 없다고 주장하는 것도 참으로 찬성하기 어렵다. 다른 나라에 예가 없어서 어쩔다는 말인가? 예컨대 우리 형사소송법 제정자들은 일제의 가혹한 식민사법을 경험하고 나서 독자적인 증거능력 규정을 창안하였다. 대륙법이나 영미법과 족보가 다른 전문증거능력 규정을 만들어 낸 것이다. 이에 관해서는 앞서 법 제313조의 입법사에서 살펴본 바와 같다. 형법과 달리 형사소송법은 그 나라 특유의 역사와 문화를 통해 형성되고 발전되는 법률인 것이다. 왜 우리가 다른 나라인 미국이나 일본을 따라가야 하는가? 미국은 극단적인 실용주의에 기초하여 범죄의 발견과 처벌, 교화개선을 통한 질서유지와 사회방위를 위해 법을 운용하고 있다. 헌법상의 기본권보장보다 위와 같은 실용적인 목표가 미국 형사법 운용의 요체다. 이 토론자도 미국 형소법을 많이 공부했고, 미국 형사재판 제도나 실무를 아주 잘 알고 있다고 자부하고 있다. 그러나 무작정 미국을 따라가야 한다고 주장해 본 적은 없다. 앞으로도 그럴 생각이 전혀 없다. 항차 일본 최고재판소라는 곳에서 선고되었다는 1998. 5. 1.자 판결에서 무엇을 배울 게 있는가? 「기록된 정보를 손괴할 위험이 있을 때에는 내용을 확인함이 없이 동 컴퓨터, 플로피 디스크 등의 압수가 허용된다.」? 도대체 이처럼 헌법상의 비례성 원칙을 전혀 고려하지 않은 판결에서 무엇을 배울 것이 있다는 말인가? 과연 일본 사법제도가 우리가 배울만한 가치가 있는 선진적인 제도인가? 미국, 일본 등 경제적 선진국이 뭔가를 하고 있다고 해서 우리가 그냥 단지 그 이유만으로 그들을 따라가야 할 근거는 전혀 없다. 그것이 지금 이 토론자가 하고자 하는 얘기이다. 오히려 위 따위와 같은 일본의 소위 최고재판소 판결은 거의 문명 후진국가 수준의 판결이 아닌가? 설령 어떤 나라가 미국이나 일본이 아니라 CNN 뉴스의 한 귀퉁이를 차지할 뿐인 지구촌 오지의 이름 없는 국가라고 치자. 그렇다고 할지라도

만약 그 나라의 입법이나 실무에서 우리가 배울 점이 많다면 우리는 배워야만 한다고 이 토론자는 주장할 것이다.그 나라가 헌법상의 기본권을 충분히 보장하고, 또한 문명국가가 추구해야 할 보편적인 가치질서를 추구하고 있다면 말이다.

이 토론자에게는 다음과 같은 추억이 새롭다. 1997년 2월 “형사절차상 컴퓨터 관련증거의 수집 및 이용에 관한 연구”라는 논문으로 서울대학교에서 법학박사학위를 받은 후였다. 그 후 미국 Yale Law School에 Visiting Scholar로 유학을 갔다. 거기에서 컴퓨터 관련 증거의 압수·수색에 관해서나 증거능력에 관해 혹여 미국에서 배울 것이 있나 하고 유학기간 내내 연구에 연구를 거듭했다. 그러나 아쉽게도 그들의 판결수준은 토론자의 요구를 충족시키기에 많이 부족하였음을 절감하였던 기억이 새롭다. 그저 미연방 증거규칙 제401조 이하가 시사하는 「관련성」(relevancy) 개념에서 힌트를 얻을 수 있는 정도에 불과하였다. 현재 우리나라는 초고속 무선인터넷 보급률에서 OECD 국가 중 최고의 순위를 차지하고 있다. 그리고 우리의 법원 시스템은 그 효율성에 있어서 세계 2위를 차지하고 있다. 그 세계적 최고수준에 걸맞게 우리가 우리만의 독자적인 전자증거 압수·수색의 법리를 개발하지 못할 이유가 없다.

그리고 이 토론자는 다음과 같은 법리를 전개하는 것으로 그것이 가능하다고 생각한다. 즉, 전자정보의 수색·검증, 압수시 객관적, 주관적, 시간적 관련성의 원칙을 준수하여야 한다(실체적인 기본권보장). 영장주의 원칙을 준수하되 수사편의성은 압수의 관련성과 달리 수색·검증의 관련성을 넓게 인정해 주는 것으로 피할 수 있다(절차적인 기본권보장). 전자정보 압수수색에 있어 객관적, 주관적, 시간적 관련성은 헌법상의 비례원칙을 구현하는 중요한 기준이다. 이 토론자는 이 점을 오랜 연구과제로 삼아 연구, 주장해 왔다(앞서 든 줄고, “電子情報의 搜索·檢證, 押收에 관한 改正 刑事訴訟法の 含意” 참조). 서울중앙지방법원 형사재판부의 2012. 9. 12.자 코트넷 게시물인 「디지털증거 조사 방법 모델(안)」에서도 토론자의 관련성 개념을 그대로 채용하였다. 이러한 해석론이나 형사공판 실무가 헌법상의 기본권을 실체적으로 보장할 수 있다고 생각한다. 비례의 원칙 구현에 의한 정보에 대한 자기결정권 보호, 가치질서의 제도적 보장 등이 가능하기 때문이다. 또한 그러한 해석에 의해 영장주의의 구현에 의한 절차적인 기본권 보장도 도모할 수 있다. 나아가 수사의 편의성도 확보할 수 있게 해 주는 해석론이다. 이렇게 우리만의 해석론으로나 공판실무로 충분한데도, 굳이 다른 나라의 입법례를 들어 수사편의만을 보장하려는 법개정을 추진하는 이유가 무엇인가?



- 4) 더욱이 해당 미국 판결들이 전자정보 저장매체의 증거능력을 위법수집증거라고 하여 배제할 것인지를 따지는 과정에서 나온 배경을 이해해야 한다. 즉, 그 판결들은 연방헌법 수정 제4조의 probable cause에 입각한 search and seizure의 헌법 적합성을 심사하면서 선고된 것이다. 그 때문에 미국 법원은 전자정보 저장매체 전체의 압수가 있어도 해당 전자증거의 증거능력을 부정하지 못하게 된 것이다. 위법수집증거라는 판정만 내리면 가차 없이 증거능력을 배제해야 하고[Weeks v. U.S., 232 U.S. 383, 398 (1914) ; Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643m 654-5(1961)], 그렇게 하면 실체진실이 문힐 염려가 있기 때문이다. 그러니 함부로 해당 증거가 위법수집 증거에 해당한다는 판단을 내릴 수 없다. 그러다 보니 위와 같은 기본권 보장에 충실치 못한 판결들이 나오게 된 것이다.
- 그에 비하여 미국 연방 제9항소법원의 579 F.3d 989 판결 부분에서 인용된 쿠퍼, 마한, 일스틴 각 연방판사의 판결은 어떤가? ‘수사기관이 영장에 기재된 절차를 준수하지 않았다’고 하여 압수물의 환부청구를 인용하거나 subpoena를 파기하였다는 것이다. 참으로 배우고 따라야 할 판결들이지 않은가?
- 5) 전자정보의 압수수색에 있어 문제되는 이 ‘원칙 - 예외’는 우리 법상으로 단지 위법수집 증거의 배제 문제로 그치는 것이 아니다. 그 원칙은 「관련성 있는 전자정보의 현장 압수」이다. 그 예외는 「정보저장 매체 자체에 수록된 관련성 없는 전자정보 전체의 압수」이다. 이들은 앞에서 본 미국 법원의 판결들처럼 영장주의 위배 여부만의 문제로 고려될 대상이 아니다. 해당 정보에 관련된 국민의 기본권에 대한 실체적 및 절차적 보장, 나아가 그것으로 형성되는 민주적 가치질서의 제도적 보장과 관련된다. 그러니 해당 피의사건을 수사하여 기소하여 공판하는 데만 관련되는 것이 아니라는 말이다. 그것은 수사 활동을 통한 국민의 정보 기본권에 대한 광범한 침해와 관련된다. 그럼으로써 오늘날의 정보통신 사회를 살아가는 사회구성원의 행복, 평화, 궁지 등 보다 높은 가치와도 관련된다. 형사소송법은 단지 형법을 실현하는데 그 기능을 멈출 수 없다. 넓은 의미에서의 법적평화, 환언하면 법적 사회적 질서의 창출에 의한 형사사건의 해결을 그 목적으로 고려해야 한다(앞서 든 노명선, 전자적 증거의 수집과 증거능력에 관한 몇 가지 검토, 형사법의 신동향, 2008년 10월호, 75쪽 및 그곳 각주 1에서 인용한 田口守一, 刑事訴訟目的論序說 참조). 그렇다면, 이 ‘원칙 - 예외’의 메카니즘은 위헌적 수사 활동을 막을 입법정책으로서도 고려되어야 한다. 나아가 해당 수사관이나 그가 고용된 국가의 민사상 불법 행위책임을 정함에 있어서도 고려되어야 한다. 아니, 헌법기관의 하나로서 헌법의 이념

을 구현하여야 한다는 수사관 개인 자신의 직업적 소명의식과도 관련된다. 법 개정이 성공하여 아무리 합법화된 수사 활동이 된다고 할지라도 생각을 거기에서만 그쳐서는 안 된다. 만약 그 합법적 활동이 위헌적으로 평가받는다면 해당 전자정보를 압수하는 수사관의 직업적 자부심이 손상될 것이다.

#### 사. 디지털 증거의 신속한 보존명령에 대하여

\* 노명선교수 개정안

現 行	改 善 案
형사소송법 제106조(압수) ② (신설)	형사소송법 제106조(압수) ② 법원은 압수의 목적이 정보저장매체 등에 기억된 전자정보를 얻기 위한 것이고 그 목적 달성을 위하여 긴급히 필요하다고 인정될 때에는 해당 전자정보를 보관·관리하고 있는 자에게 1월의 범위 안에서 해당 전자정보를 특정하여 보존을 명할 수 있다. 다만, 계속해서 보존할 필요가 있는 때에는 2월의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있다.
형사소송법 제215조의2(보존명령) ① (신설)  ② (신설)  ③ (신설)	형사소송법 제215조의2(보존명령) ① 검사 또는 사법경찰관은 압수의 목적이 정보저장매체 등에 기억된 전자정보를 얻기 위한 것이고 그 목적 달성을 위하여 긴급히 필요하다고 인정될 때에는 해당 전자정보를 보관·관리하고 있는 자에게 1월의 범위 안에서 해당 전자정보를 특정하여 보존을 명할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 보존명령을 하는 경우에는 보존사유 및 보존할 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받아야 한다. 다만, 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 시간적 여유가 없는 때에는 보존명령을 한 후 지체 없이 그 허가를 받아 해당 전자정보를 보관·관리하고 있는 자에게 송부하여야 한다. ③ 제1항의 규정에도 불구하고 해당 전자정보를 보관·관리하고 있는 자에게 계속해서 보존시킬 필요가 있는 때에는 제2항의 절차에 따라 소명자료를 첨부하여 2월의 범위 안에서 그 기간의 연장을 청구할 수 있다.

<오기두의 토론 내용>

- 1) 이에 관해 발표자의 기본적인 문제의식에 이 토론자는 동의하고, 이러한 제도를 둘 필요성에도 찬성한다. 그러나 수사편의만을 추구하면 안 되고 그 명령에 관계된 모든 주체들의 입장을 고려해야 함을 지적하고 싶다. 즉, 직접적인 정보주체 아닌 인터넷 서비스업체 등의 입장 및 직접 정보의 주체가 되는 사람들의 입장을 모두 고려해야만 한다.
- 2) 우선, 비록 「명령」이라는 단어를 쓰긴 했지만 그 명령을 받은 업체가 그 명령에 따를지 여부를 알아서 결정할 문제일 뿐이다. 그 명령은 위반에 대하여 제재를 부과하는 것을 전제로 하지 않는다. 달리 말하자면, 이 제도를 도입한다고 하여도 적어도 해당 명령을 받은 상대 업체에 관한 한 임의수사의 한 형식일 뿐이라는 점이다. 예컨대 구 전기통신사업법 제54조 제3항은 전기통신사업자의 일반적인 수사협조의무를 확인하고 있을 뿐이다. 그래서 전기통신사업자가 수사기관의 개인정보 제공 요청에 따라야 할 어떠한 의무도 없다. 따라서 수사관서의 장이 위 법 조항에 근거하여 개인정보 제공을 요청하는 행위는 형사소송법 제199조에서 규정하고 있는 임의수사의 일종일 뿐이다(헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌마430 결정, 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나19012 판결 등 참조. 위 서울고등법원 판결문은 이 토론문 말미에 참고자료로 첨부하였다. 단, 이 토론자가 일부 밑줄을 긋고 굵게 표시한 부분이 있다.). 전기통신사업자의 협조의무를 규정한 통신비밀보호법 제15조의2도 마찬가지다. 이 기록보전명령이 갖는 강제수사의 측면은 정보주체의 의사를 고려하지 않고도 해당 디지털 기록이 보존된 후 압수된다는 점에 있을 뿐이다. 이 점에서 만약에 이러한 제도를 두게 된다면 기본적으로 발표자와 같이 영장주의의 대상으로 설계하는 것이 옳다고 말할 수 있을 뿐이다.  
이처럼 기록보전명령은 적어도 그 명령을 받은 해당 인터넷 서비스업체에 대해서는 임의수사의 한 방법이 될 수밖에 없다. 그것은 다음의 점을 생각해 보면 더욱 분명해진다. 즉, 해당 인터넷 서비스 업체가 수사기관의 그 보전명령에 위반하였을 때 어떤 제재를 가할 것인가? 제재 없는 명령이 무슨 의미가 있는가? 그렇다고 해서 그 제재를 형사 처벌로 한다면 질서위반범죄를 양산하는 것이 되어 형사정책적으로 바람직하지 않다. 뿐만 아니라 형벌의 보충성 원칙에도 반하게 될 것이다. 그렇다고 해서 범정모욕죄를 만들어 처벌할 수 있겠는가? 우리 법원조직법 제61조에 법정 내 질서위반행위를 제재하는 규정이 마련되어 있으나 그 요건은 매우 제한적이다. 더욱이 요즘은 거의 사문화되었다. 형

법 제138조의 법정모욕죄로 해당 기록보전명령 위반행위자를 처벌할 수 없음은 그 구성요건상 분명하다. 그런데도 수사절차 비협조를 이유로 해당 업체나 그 관련실무자를 법정모욕죄로 형사처벌할 수 있겠는가? 아니면 형법에 그 명령위반자를 처벌하는 구성요건을 만들 것인가? 위 질문들에 대한 대답은 모두 ‘안 된다.’고 할 수밖에 없다. 그렇다면 그 명령위반자에 대하여 형사소송규칙 등으로 정하여 과태료의 제재를 과할 것인가? 그것도 입법례나 전례가 없어 매우 부적절하지 않겠는가?

- 3) 나아가 해당 업체의 민사적인 개인정보 보호책임 내지 그 정보보호 의무와 형소법상의 수사협조 의무와의 조화는 어떻게 달성할 것인가? 최근 서울고등법원은 이른바 ‘회피연아’ 동영상 고소사건과 관련하여 NAVER에 50만 원의 손해배상책임을 인정하였다. NAVER는 해당 게시자의 인적사항을 수사기관에 무단히 건네주었다(앞서 든 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나19012판결). 그 판결 이유 중의 하나는 인터넷 서비스업체가 보유하고 있는 개인정보와 같은 전자정보에 있어서도 영장주의 원칙이 배제될 수 없다는 것이었다. 개정 형사소송법 제106조 제3항, 제4항에 비추어 그렇다는 것이다(위 판결문 11쪽).

원래 인터넷 서비스는 다음과 같은 형식으로 제공된다. 웹호스팅 업체는 개별서버에 대한 소프트웨어적·논리적 관리책임을 진다. 한편 IDC(Internet Data Center)는 물리적 혹은 하드웨어적으로 서버가 잘 운영되도록 건물과 전원 등에 대한 유지·보수·관리책임을 진다. 이러한 웹호스팅 업체나 IDC나 간에 정보주체의 의사에 반하여 해당 정보를 처분할 수 없는 것이 원칙이다. 이처럼 해당 정보(데이터)에 대한 기술적 접근 권한이 있는 사람이라고 하더라도 그에 대한 관리·처분권을 갖는 것은 아니다. 그렇다면 그 서비스업체의 민사적인 개인정보 보호문제와 어떻게 조화롭게 해석될 수 있도록 형소법에 디지털증거 보전의무를 부과할 것인가? 세계적으로 뻗어 나갈 우수한 인터넷 기업체가 형소법에 의한 과태료 등의 제재 위협을 감내해야 하는가?

- 4) 나아가 이러한 기록보전명령 제도를 들 때에는 헌법상의 적법절차 원리 구현 규정을 사문화하지 않도록 항상 유의해야 한다. 당장 정보주체 아닌 제3자에 대한 영장제시, 사전·사후 통지나 압수, 분석 과정에 대한 당사자의 참여문제를 검토해야 할 것이다. 현행법 체계상으로 영장제시나 당사자의 참여 규정은 전자정보에 특수한 규정으로 되어 있지 않다. 그 규정들은 일반적인 압수·수색·검증 대상을 전제로 하여 그 절차에 관한 일반 조항에 있다. 그렇기 때문에 전자정보에 한하여 형소법에 기록보전명령 규정과 같

은 특별 규정을 두었을 때 해석론상의 혼란을 가져올 수 있다. 형소법 내의 다른 규정과 조화 있는 해석을 하기에 어려움을 줄 수 있는 것이다.

- 5) 더욱이 영장에 의한 법원의 사전통제를 피해 보기 위해 이른바 긴급보전명령제도를 두자고 발표자는 주장한다. 그러나 그것은 정보에 대한 기본권의 절차적 보장(사전영장의 원칙)이라는 헌법상의 원칙을 너무 많이 침해하게 될 것이다. 긴급보전명령의 경우 사후 영장을 받아야 하는 시기인 '지체 없이'는 언제를 말하는가? 이때에 당사자의 참여권 보장이나 통지 문제는 어떻게 할 것인가?
- 6) 또한, 만약 이 제도를 도입한다고 할지라도 전기통신사업자에 관해 법적용상의 혼란이 일어나지 않도록 해야 할 것이다. 전기통신사업자의 협조의무를 규정한 통신비밀보호법 제15조의2와 중복 적용될 수 있기 때문이다.
- 7) 덧붙이자면, 수사기관의 입장에서는 공판정에서 해당 전자증거의 무결성, 동일성을 입증함에 지장이 없도록 하는 입법조치도 필요할 것이다. 일부 관련성 있는 전자증거를 추출하여 압수한 후에도 그 전자증거가 보존되어 있는 기억매체 전부에 대해 보전명령을 해 두어야 할 것이기 때문이다.

#### 아. 보전명령 후 압수에 대하여

\* 노명선교수 개정안

現 行	改 善 案
형사소송법 제106조(압수) ③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다.  <신설>	형사소송법 제106조(압수) ③ 법원은 압수의 목적이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)에 기억된 전자정보인 경우에는 다음 각 호의 방법으로 압수할 수 있다.  4. 압수할 전자정보를 보관하는 자 또는 그 전자정보를 이용할 권한을 가진 자에게 명령하여 해당 전자정보를 다른 정보저장매체에 복사·인쇄시키거나 이전시킨 후 다른 정보저장매체를 압수하는 방법

現 行	改 善 案
형사소송규칙 제107조(압수, 수색, 검증 영장청구서의 기재사항) ① 압수, 수색 또는 검증을 위한 영장의 청구서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. ~ 7. (생략) 8. (신설)	형사소송규칙 제107조(압수, 수색, 검증 영장청구서의 기재사항) ① 압수, 수색 또는 검증을 위한 영장의 청구서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. ~ 7. (현행과 같음) 8. <u>전자정보를 압수하고자 할 경우 법 제106조 제3항 각 호 중 해당 압수방법과 사유</u>

<오기두의 토론 내용>

이 경우에도 제3자인 인터넷 서비스업체의 私法的 정보보호의무와의 조화 문제를 해결해야 할 것이다. 수사기관으로서의 임의의 협조를 얻어 해당 정보를 취득하려는 노력을 우선해야 하고 강제수사는 보충적으로 해야 한다. 그것도 판사의 사전영장에 의해서만 가능하다고 해야 한다. 보전명령 후 압수도 정보주체의 기본권을 강제적으로 침해하기 때문에 사법적 심사를 거쳐야 하는 것이다. 즉 설령 발표자처럼 개정하려고 한다고 할지라도 법 제106조 제3항 제4호의 추가판으로는 안 된다. 그것을 영장에 의해서 하도록 법 제114조(영장의 방식), 제215조 등의 개정도 동시에 하여야 한다.

자. Plain View 원칙의 입법화는 불필요하고, 모호하며, 위헌이다.

\* 노명선교수 개정안

現 行	改 善 案
형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수) <u>검사</u> , 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다. ② (신설)	형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수) ① <u>검사</u> , 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다. ② <u>검사 또는 사법경찰관은 적법한 압수·수색을 집행하는 중에 다른 사건에 관한 명백한 유죄의 증거를 우연히 발견한 때에는 그 다른 사건에 관한 증거를 영장없이 압수할 수 있다. 이 경우 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 때에는 압수한 때부터 72시간 이내에 압수·수색영장을 청구하여야 한다.</u>

<p>③ (신설)</p> <p>④ (신설)</p>	<p>③ <u>검사 또는 사법경찰관은 제2항에 따라 다른 사건에 관한 증거를 압수할 때에는 그 소유자, 소지자 또는 보관자에게 압수의 이유, 압수물에 대한 환부신청방법 및 신청기관 등을 고지하여야 한다.</u></p> <p>④ <u>검사 또는 사법경찰관은 제2항에 따라 다른 사건에 관한 증거를 압수할 때에는 압수의 사유, 발견방법 등을 기록하여야 하며, 사법경찰관은 압수의 사실에 대하여 지체없이 검사에게 통지하여야 한다.</u></p>
<p>형사소송규칙 제107조(압수, 수색, 검증 영장청구서의 기재사항)</p> <p>① 압수, 수색 또는 검증을 위한 영장의 청구서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.</p> <p>1. ~ 7. (생략)</p> <p>8. (신설)</p> <p>* 9. 추가 (신설)</p>	<p>형사소송규칙 제107조(압수, 수색, 검증 영장청구서의 기재사항)</p> <p>① 압수, 수색 또는 검증을 위한 영장의 청구서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.</p> <p>1. ~ 7. (현행과 같음)</p> <p>8. <u>전자정보를 압수하고자 할 경우 법 제106조 제3항 각 호 중 해당 압수방법과 사유</u></p> <p>9. <u>법 제218조 제2항에 따른 압수의 경우 압수물의 발견방법</u></p>

<오기두의 토론 내용>

Plain View 원칙을 허용하면 일반 포괄영장을 허용하는 것이 되어 위헌이다. 우리 헌법에 긴급압수·수색 외에 영장주의 예외를 허용하는 규정이 없기 때문이다. 우리 헌법 제12조 제3항은 「체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.」고 규정한다. 위 규정에 의해 헌법이 허용하는 사전영장 원칙의 예외로 현행법 제216조, 제217조와 같은 규정이 마련되어 있다. 즉, 구속, 긴급체포·현행범 체포, 범행 중 또는 범행직후의 범 죄 장소에서 긴급을 요하는 경우가(특히 제216조 제3항) 그에 해당한다. 나아가 조세범처리절차법 제9조 제1항 단서, 관세법 제296조 제1항 단서, 통신비밀보호법 제8조 등에서 긴급 압수·수색이 허용되고 있다. 위와 같은 헌법규정에 의해서 허용되지 않는 Plain View 원칙의 입법화는 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다. 현행법상 인정되고 있는 위와 같은 사전영장의 예외규정만으로도 긴급 압수·수색을 하기에 충분하다. 어쩌면 지나치게 넓게 긴급 압수·수색이 인정되고 있다고 할 수도 있다(특히 위 형소법 제216조 제3항). 그런데도 이에 추가하

여 육안 원칙을 별도로 도입할 필요는 없다고 보인다.

또한, 수사기관의 눈을 기준으로 하여 육안의 원칙을 인정하면 남용의 우려가 너무 크다. 어느 수사관이나 자신이 획득한 증거에 대해 plain view 원칙을 주장할 것이다. 나아가 주관적 관련성의 원칙은 어떻게 적용할 것인가? 즉 a에 관한 특정 범죄사실을 수사하다 b에 관한 범죄혐의 증거를 발견했다 해도 이 규정을 들어 영장 없이 수사할 수 있다고 할 수 있겠는가? 그렇게 되면 지나치게 영장주의 원칙(영장기재의 특정 원칙, 사전영장 원칙 등)을 침해하게 된다. 전자정보에 한해 plain view 규정을 둘 수는 없을 것이고 모든 압수·수색 대상물에 이 원칙을 적용하여야 할 터이다. 그렇게 되면 수사상의 모든 압수·수색에 관하여 헌법상의 영장주의 원칙을 지킬 수 없게 된다.

오히려 현행 긴급압수·수색에 관하여는 다음의 전자정보에 대한 주의점을 고려해야 할 것이다.

줄고, 2010년 헌법논총 제21집 수록, “電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜查權” 560-570쪽을 이하에서 전재하여 인용한다.

### 3. 긴급압수·수색·검증의 문제

#### 가. 전자적 위치정보 추적과 긴급압수·수색·검증제도의 위헌성

##### (1) 문제의 소재

2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법 제217조의<sup>1)</sup> 긴급압수·수색 제도에

1) \* 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법

제200조의4 (긴급체포와 영장청구기간)

① 검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 검사가 구속영장을 청구하거나, 사법경찰관이 구속영장을 신청할 때에는 제200조의3 제3항의 규정에 의한 긴급체포서를 첨부하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.

제217조 (동전)

① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3의 규정에 의하여 체포할 수 있는 자의 소유, 소지



관하여 위헌 논란이 있었다. 개정전의 형사소송법 제217조 제2항의 규정상 ① 압수 후 48시간 이내에 압수물을 반환한 경우 및 ② ‘긴급 수색’의 경우에는 아무런 견제장치가 없었고 ③ “제203조의3의 규정에 의하여 체포할 수 있는 자”라는 부분에 실제로 체포하지 않고 단지 긴급체포요건에 해당하기만 하여도 영장 없이 압수·수색을 할 수 있는 것처럼 해석될 여지가 있었으며, ④ 압수를 계속하는 경우 별도의 압수·수색 영장을 발부받지 않고 인신구속영장만으로

또는 보관하는 물건에 대하여는 제200조의4에 규정한 기간내에 한하여 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.<개정 1995. 12. 29.>

② 전조 제1항 제2호와 전항의 규정에 의하여 압수한 물건은 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 즉시 환부하여야 한다. 단, 압수를 계속할 필요가 있는 때에는 압수·수색영장의 발부를 받아야 한다.

\*\* 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법

제200조의4 (긴급체포와 영장청구기간)

① 검사 또는 사법경찰관이 제200조의3의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 하며, 제200조의3 제3항에 따른 긴급체포서를 첨부하여야 한다.<개정 2007. 6. 1.>

② 제1항의 규정에 의하여 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.

④ 검사는 제1항에 따른 구속영장을 청구하지 아니하고 피의자를 석방한 경우에는 석방한 날부터 30일 이내에 서면으로 다음 각 호의 사항을 법원에 통지하여야 한다. 이 경우 긴급체포서의 사본을 첨부하여야 한다.<신설 2007. 6. 1.>

1. 긴급체포 후 석방된 자의 인적사항

2. 긴급체포의 일시·장소와 긴급체포하게 된 구체적 이유

3. 석방의 일시·장소 및 사유

4. 긴급체포 및 석방한 검사 또는 사법경찰관의 성명

⑤ 긴급체포 후 석방된 자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매는 통지서 및 관련 서류를 열람하거나 등사할 수 있다.<신설 2007. 6. 1.>

⑥ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다.<신설 2007. 6. 1.>

제217조 (영장에 의하지 아니하는 강제처분)

① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.

② 검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제216조 제1항 제2호에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.

③ 검사 또는 사법경찰관은 제2항에 따라 청구한 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다.

도 압수·수색영장을 대신할 수 있도록 하고 있었기 때문이다. 이러한 제도상의 문제점은 긴급체포라는 명목으로 피의자를 체포한 후 48시간 동안 수사기관이 구금하면서도 사후 인신구속영장을 발부받지 않고 석방하는 경우 통제장치가 없었던 문제점과 결합하여 노정되었다. ⑤ 더욱이 개정 전의 위 법률 제216조 제1항 제2호와 제217조 제1항에 비추어 긴급 압수·수색 장소를 한정하고 있지 아니하여 긴급체포 현장이 아닌 다른 곳에서 피의자가 소유 또는 보관하는 물건에 대한 압수·수색이 가능하다고 해석될 여지도 있었다.<sup>2)</sup>

이에 따라 개정 전 형사소송법 제217조 제1항의 경우 긴급체포 자체가 사후 체포영장에 의해 통제되지 않음에도 영장 없는 대물적 강제처분까지 인정하는 것은 영장주의를 사실상 형해화 시킬 것이기에 이 조항은 위헌의 소지가 있다고 주장하는 견해가 있었다.<sup>3)</sup> 이에 반하여 개정 후의 현행 형사소송법 같은 조문을 대상으로 하여 헌법 제12조 제3항 본문과 단서의 조화로운 해석, 그리고 개정된 법률 제217조 제2항에서 사후적으로 압수·수색·검증영장을 청구할 수 있도록 하였다는 점 등을 논거로 하여 합헌론을 펴는 견해가 있다.<sup>4)</sup> 그러나 이 문제는 다음과 같이 경우를 나누어 상술하면서 검토해볼 필요가 있다.<sup>5)</sup>

## (2) 검 토

### (가) 합헌적인 측면

현행 형사소송법 제217조 제1항 및 제2항이 긴급압수·수색 시 사후영장을 인정하고 있는 이 제도 자체는 헌법에 위반되지 않는다고 해야 한다. 헌법 제12조 제3항 본문은 체포·구속뿐만 아니라 압수·수색에 관하여 사전영장을 발부받을 것을 규정하고 있다. 그러면서 그 단서에서

2) 대법원, 형사법 연구 자료집(I)(2004), 304쪽 이하 참조.

3) 조국, “수사상 검증의 적법성”, 형사법연구 20호(2003. 12.), 한국형사법학회, 303쪽.

4) 김기준, “독립적 긴급압수수색제도의 도입 필요성에 관한 고찰”, 형사법의 신동향(2008. 8.), 대검찰청, 40~42쪽.

5) 헌법재판시 헌법 제12조 제1항은 ‘신체의 자유’에 관한 일반규정이고, 같은 조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차 등에 관한 특별규정이기 때문에, 수사기관의 피의자에 대한 구속영장청구에 관련된 이 사건 법률조항의 위헌성 여부는 원칙적으로 헌법적 특별규정인 헌법 제12조 제3항의 ‘영장주의’에 합치되는지 여부에 달려 있고 일반규정인 헌법 제12조 제1항이나 제27조 제4항의 위반 여부 등을 별도로 판단할 필요는 없다. 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593.

현행범인인 경우 또는 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에 한하여 사후영장을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 위 본문과 단서를 합쳐서 읽어 보면 이때의 사후영장이란 긴급체포라는 인신구속영장 뿐만 아니라 거기에서 더 나아가 긴급체포에 부수하여 압수·수색·검증을 하는 경우까지 사후영장을 발부받아도 헌법에 위반되지 않는다는 취지로 보아야 한다. 나아가 위 개정된 법률 조항은 개정 전의 조항이 가지고 있던 문제인 ① 실제로 체포되지 않았는데 단지 긴급체포 요건에만 해당하는 피의자에 대해 영장 없이 압수·수색을 할 수 있는 것처럼 해석할 여지를 배제하였고(즉 종전 규정의 “체포할 수 있는 자”를 “체포된 자”로 개정하였다), ② 압수를 계속해야 할 경우 인신구속영장이 아닌 독자적인 압수·수색 영장을 발부받도록 하였다. 이상의 점을 종합하면, 개정된 위 법률조항은 위와 같이 해석, 적용되는 한에 있어서는 헌법에 위반되지 않는다고 생각한다.

#### (나) 위헌적인 측면

다만, 긴급체포된 자에 대한 압수·수색에 관해 개정된 위 형사소송법상 규정은 전자적 위치정보 등 디지털 증거의 압수·수색과 관련하여 다음과 같은 헌법상의 문제점을 갖고 있음을 인식할 필요는 있다고 보인다. 즉, ① 체포한 때로부터 24시간 이내에 압수물을 반환한 경우에는 수사기관은 수색·압수에 관해 사후영장을 전혀 발부받지 않아도 되므로 이는 헌법 제12조 제3항 본문에 명문으로 규정된 영장주의 원칙을 지나치게 약화시킨다. 그리고 ② 긴급체포된 자가 소지하고 있는 물건 뿐 아니라 소유 또는 보관하고 있는 물건도 압수·수색·검증을 할 수 있으므로 체포현장 아닌 곳에서의 긴급압수·수색·검증도 가능하게 되어 있다. 즉 장소적 제한을 받지 않는 압수·수색·검증을 하고 난 후 그에 대한 사후영장을 발부받도록 하고 있는 것이다. 이는 헌법상의 영장주의 원칙의 하나인 일반영장 금지원칙에 위반된다고 보인다. ③ 또한 컴퓨터 증거의 압수·수색·검증에 관하여 여러 가지 해석상의 흠결을 갖고 있는 불명료한 규정이어서 이 규정에 따른 압수·수색·검증은 비록 그에 관한 영장을 발부받았다고 하더라도 헌법 제12조 제1항의 적법절차의 원칙을 충실히 구현하지 못한 압수·수색·검증이 될 수 있다. 위 ①, ②, ③에 관해 차례로 다음에서 본다.

- ① 우선, 헌법 제12조 제3항 단서를 아무리 읽어 보아도 사후 영장을 발부받지 않아도 되는 긴급 압수·수색을 인정하는 구체적 기준이 되는 문구를 찾아 볼 수 없다. 오히려 그 본문에 의하면 압수·수색 시 사전영장을 제시하여야 하는 것이 원칙이다. 그 예외는 좁

게 해석해야 하는데 헌법조문에 위와 같이 사후 영장을 발부받지 않고 할 수 있는 긴급 압수·수색을 인정하는 구체적인 기준을 규정하고 있지 않는 것이다. 그런데도 하위 규범인 형사소송법에서 긴급체포 시 부터 24시간 이내에 압수물을 반환한 경우에는 전혀 사후영장을 발부받지 않아도 된다는 헌법의 예외를 창설할 때는 신중해야 한다. 특히 전자적 위치정보 등 컴퓨터에 저장되어 있는 디지털 증거를 수사기관이 검증→수색→압수 등의 절차를 통해 확보할 때는 이렇게 해석할 필요가 더 크다. 수사기관은 피의자를 체포한 때로부터 24시간 이내라면 순식간에 피의자의 신체이동 정보가 담겨 있는 전자적 위치정보를 통신업체의 컴퓨터 서버 등 정보저장 장치에서 수사기관의 저장장치로 복제하여 옮겨 담을 수 있다. 그리고 그렇게 복제된 전자정보는 수사기관에 의해서 고의든 과실이든 쉽사리 그 원본의 흔적을 발견할 수 없을 만큼 변경되거나 소거될 수 있다. 일반적으로 전자적 데이터는 습기, 온도, 진동, 물리적 손상, 자성물체의 접근 혹은 단순한 컴퓨터 명령어 입력만으로도 순식간에 파괴될 수 있기 때문이다. 즉 그 디지털 정보의 압수에 걸리는 시간이나 디지털 정보의 개변가능성에 비추어 24시간의 법률상 제약이 갖는 의미는 크지 않다고 할 수 있다.

그러므로 24시간 이내에 이루어지는 압수·수색, 검증에 관하여 법관의 사전영장은 물론이고 사후영장도 발부받지 않고 이를 실행할 수 있게 한 형사소송법 제217조 제1항의 규정은 좀 더 그 요건을 강화하는 방향으로 개정해야 헌법불합치성을 줄일 수 있을 것이다.

- ② 또한 긴급압수·수색에 관한 형사소송법 제217조 제1항은 피의자가 소지하고 있는 물건뿐 아니라 소유하거나 보관하고 있는 물건도 영장 없이 압수·수색 또는 검증할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 전자적 위치정보 등 컴퓨터에 저장되어 있는 디지털 증거는 누가 소유자이고 보관자인가? 피의자의 전자적 위치정보가, 그 정보가 저장된 하드웨어의 소유자인 인터넷 서비스 업체 등의 소유 내지 보관에 있다고 해석하면 그 업체는 긴급체포된 자가 아니므로 형사소송법 제217조 제1항의 긴급압수·수색 내지 검증의 대상이 될 수 없다. 따라서 수사기관이 그에 대해 별도의 사전영장을 발부 받지 않고 압수·수색·검증을 할 수는 없으므로 별다른 해석상의 문제는 발생하지 않는다. 그에 위반되는 수사기관의 압수·수색·검증 등의 행위에 대해 당연히 법률이나 헌법에 위반된다는 판단을 용이하게 내릴 수 있기 때문이다. 즉 이렇게 해석하는 한 위 법률조항이 헌법에 위반된다고 볼 여지는 없다.

그러나 만약 그 소유자나 보관자를 긴급체포된 “피의자”라고 해석하고 수사기관이 피의자의 전자적 위치정보를 긴급체포에 부수하여 영장을 발부받지 않고 통신서비스 업체 등의 네트워크에 접속하여 획득하게 된다면<sup>6)</sup> 일반영장 금지원칙을 위반하게 된다. 헌법상의 영장주의 원칙은 일반영장(*general warrant*)을 금지하는 것도 포함한다.<sup>7)</sup> 그리고 형사소송법 제114조에 의하면 압수할 장소·물건 등을 압수·수색 영장에 구체적으로 특정하도록 하고 있다. 그리고 같은 법률 제216조 제1항은 사전 인신구속영장으로 피의자를 구속할 경우 영장 없이 압수·수색을 할 수 있지만 그것도 ‘체포현장’에서만 가능하도록 하고 있다. 그런데도 같은 법률 제217조에 의해 긴급체포된 자에 대하여 영장 없이 압수·수색을 할 때에는 수사기관이 그 압수·수색 장소에 관하여 아무런 제한을 받지 않는 것이다. 위와 같이 사전영장에 의한 압수·수색의 경우 그 영장에 압수·수색 대상인 장소가 특정되도록 한 점이나 사전 인신구속영장으로 피의자를 구속할 경우 영장 없이 압수·수색을 할 수 있지만 그것도 ‘체포현장’에서만 가능하도록 한 점과 비교할 때 긴급 압수·수색의 경우에만 그 장소적 제한을 두지 않을 예외를 인정할 뚜렷

6) 디지털 증거는 전기통신 네트워크를 통하여 쉽게 여러 장소로 이동되어 보관되는 특징이 있다. 이에 따라 네트워크에 보관되어 있는 정보의 압수·수색에 관한 일반적인 규정이 필요하다고 하며 다음과 같은 형사소송법 개정안이 제안되고 있다(박종근, “디지털 증거 압수수색과 법제”, 93쪽 참조).

「개정안 제115조의3(정보통신망에 의하여 접속가능한 정보의 압수·수색)

① 정보에 대한 압수·수색을 집행하는 자는 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치와 정보통신망으로 연결돼 있고 압수·수색의 대상이 되는 정보를 보관하고 있다고 인정되는 다른 정보처리장치에 대하여 압수·수색 집행대상인 정보처리장치를 통하여 접속한 후 수색을 할 수 있다.

② 제1항의 경우에 다른 정보처리장치에 보관되어 있는 압수 대상 정보는 이를 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치로 이전 또는 사본하여 그 정보처리장치를 압수하거나 다른 저장매체에 이전 또는 사본하여 그 다른 저장매체를 압수하거나 내용을 인쇄 출력하여 출력물을 압수할 수 있다.」

현행 형사소송법이 디지털 증거의 압수·수색에 대해 너무나 배려가 부족한 관계로 현대적인 IT 시대에 걸맞는 형사소송법 규정의 개정노력에 대해서는 치하를 받아 마땅하다고 보인다. 그러나 그 개정방향은 언제나 관련성을 염두에 둔 국민의 기본권 보장과 법원 검찰간의 권력분립 등 헌법원리에 입각해야 함을 잊어서는 안될 것이다.

7) 미국 연방헌법 수정 제4조가 어떠한 영장도 “수색될 장소나 압수될 사람 내지 물건을 특정하지 않는 한 발부되어서는 안된다”고 규정하고 있는 것은 주지의 사실이다. *The Fourth Amendment of US constitution* : “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches 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.”

한 헌법상 근거를 찾기 어렵다. 헌법해석의 기본원칙도 우선 헌법조문의 명문규정(text)에서 해석근거를 찾아야 한다는 것이다.<sup>8)</sup> 헌법 제12조 제3항의 본문은 사전영장을 발부받아 압수·수색을 할 수 있게 하고 있고, 같은 항 단서는 긴급체포시 사후영장을 발부받을 수 있는 예외를 인정하고 있으며, 그 본문이나 단서의 영장이란 모두 영장집행 장소를 특정한 영장이라고 해야 한다. 위 본문의 일반영장금지에 관한 예외까지 인정하는 문언(text)을 그 단서에 두고 있지 않기 때문이다. 그러므로 긴급체포시 체포현장이 아닌 곳에서, 예컨대 피의자가 체포되어 있는 경찰서가 아닌 통신업체에 있는 컴퓨터 서버를 영장 없이 압수·수색할 수 있다고 해석하는 한 위 법률 제217조 제1항은 헌법 제12조 제3항에 의해 당연히 도출되는 일반영장 금지원칙에 위반된다고 해야 한다. 긴급 압수·수색시 그 압수·수색 활동 장소에 제한이 없는 이상 비록 위 법률 제217조 제2항에 따라 압수를 계속할 필요가 있다고 하여 긴급체포시부터 48시간 이내에 사후 압수·수색영장을 청구하여 이를 승인하는 압수·수색영장을 발부 받았다고 하더라도 마찬가지다. 이미 집행된 수사기관의 압수·수색은, 그 대상 장소에 아무런 제한을 받지 않았으므로 그에 대한 사후영장 발부에 의하여 일반영장 금지라는 헌법상의 영장주의 요건을 위반한 상태가 치유되었다고 하기는 어렵기 때문이다. 수사기관의 이러한 긴급 압수·수색행위는 비록 위 법률에 근거한 행위일지는 몰라도 헌법상의 영장주의 원칙, 그것도 일반영장 금지원칙에 위반되는 위헌적인 행위라고 생각한다.

결론적으로 형사소송법 제217조 제1항의 “소유” 또는 “보관”을 해석함에 있어 당해 긴급체포된 자에 관련된 전자적 위치정보 등을 포함한 컴퓨터 디지털 증거로서 제3자가 소유, 보관하고 있는 전자적 저장장치도 위 법률규정에 해당한다고 해석하는 한 위 법률규정은 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 입법자로서는 이러한 위헌적인 상태를 제거하기 위해 통신서비스업체등 긴급체포된 자의 전자적 위치정보를 소유 또는 보관하는 업체에 대한 압수·수색은 사전영장을 발부받아야 하고, 긴급체포에 부수한 긴급 압수·수색·검증 방식으로는 할 수 없도록 위 법률규정을 명확히 해야 한다.<sup>9)</sup>

- 
- 8) “법”이란 입법자의 의도라는 주관적인 속성에 나타나 있는 것이 아니라 그것을 만든 주체가 사용한 객관적인 문언 자체에 나타나 있다고 하는 견해로 미국 연방대법원의 ANTONIN SCALIA 재판관, “A MATTER OF INTERPRETATION : FEDERAL COURTS AND THE LAW”(1997), p. 29. 참조.
- 9) 긴급 압수·수색의 경우에도 긴급체포된 자가 체포현장에서 소지하고 있거나 보관하는 전자 저장 매체에 저장된 위치정보만으로 그 대상을 특정하는 것도 합헌적 법률개정 방법 중 하나가 될 것이다.

③ 또한 형사소송법 제217조는 적법절차에 의한 압수·수색·검증을 가능하게 하기에 불명료한 점이 많다. ㉠ 우선 앞서 본 바와 같이 긴급체포된 자가 소유·소지·보관하는 물건에 제3자인 통신서비스업체(위치정보사업자, 위치기반서비스사업자 등 포함)가 그 컴퓨터 서버에 보관하고 있는 전자적 위치정보가 포함되는 것인지가 분명치 않다. ㉡ 더욱이 수사기관이 긴급체포된 피의자의 전자적 위치정보를 그 정보보관업체의 인터넷 사이트에 접속하여 열람하는 행위를 ‘수색’이라고 하지 않고 ‘검증’하는 것이라는 견해에 입각하여 할 수 있는 여지도 주고 있다(위 법률 제217조 제1항). 그렇게 되면 영장 없이도 긴급체포된 피의자에 대하여 그 전자적 위치정보를 지득할 수 있는 수단이 너무 광범위하게 수사기관에 부여되는 결과에 이른다. ㉢ 또한 긴급체포한 때부터 24시간 이내에 어떤 디지털 증거를 압수·수색·검증하여야 하고 따라서 그것으로 그러한 수사활동을 종료해야 한다고 보아야 하는지, 아니면 그 24시간을 넘긴 시점에서 영장청구시한인 48시간까지 그 24시간 내에 개시된 압수·수색 또는 검증을 계속할 수 있다고 볼 수 있는 것인지 하는 점이 명확하지 않다.<sup>10)</sup> ㉣ 나아가 사후에 이루어진 압수·수색 영장청구가 법원에 의해 기각될 때까지의 기간 동안, 즉 긴급체포시부터 최장 “48시간 + 법원이 영장을 기각하여 그 문서가 검찰청에 도착할 때까지”의 장시간 동안 수사기관이나 제3자에 의한 당해 컴퓨터 데이터의 소거, 개변 위험성, 추가적인 정보획득 가능성 등도 상존한다. ㉤ 더욱이 사후영장청구가 법원에 의해 기각되었을 때 형사소송법 제217조 제3항에 의해 그 압수한 데이터를 반환한다고 할 때 그 반환방법은 무엇인지?(네트워크로 복제된 파일을 피처분자에게 네트워크를 통해 전송하기만 하면 되고 원래의 데이터는 수사기관이 그대로 보유해도 되는 것인지, 아니면 수사기관의 컴퓨터 저장매체에 남아 있는 데이터를 모두 삭제 내지 폐기해야 한다는 의미인지? 그렇다면 그 입증은 어떻게 해야 하는지?) 무엇을 반환해야 하는지?(피압수물인 하드디스크 자체를 이미징한 경우 그 하드디스크를 반환해야 하는지? 거기에 덧붙여 이미징한 수사기관의 저장매체까지 함께 반환해야 하는지?) 등등의 문제가 위 형사소송법 제217조의 문언만으로는 해결

10) 신동운, 신형사소송법 제2판(2009), 310쪽은 “24시간 이내에 압수물이 발견되었다면 수사기관은 그 물건을 영장 없이 압수·수색·검증할 수 있다”고 적고 있다. 그 의미가 24시간 이내에 압수물을 발견하기만 하였다면 48시간에 이르기까지 압수 등을 계속할 수 있다는 취지로 보인다. 그러나 법개정작업을 하면서 같은 법 제217조 제1항의 24시간과 같은 조 제2항의 48시간을 서로 다르게 규정하여 이러한 해석상의 혼란을 초래하도록 하였는지 이해하기 어렵다.

되지 않는다.

적어도 전자적 위치정보 등 컴퓨터 디지털 증거에 적용하였을 때 이러한 불명확한 법률 규정은 헌법 제12조 제1항에 규정된 적법절차 원리를 구현할 수 없게 하는 내용의 법률이고, 그에 근거한 압수·수색·검증도 적법절차 원리에 위반되는 수사활동이라고 평가하지 않을 수 없다.

## 나. 肉眼의 原則 적용 문제

미국 헌법이론상 인정되는 육안의 원칙(plain view doctrine)을 전자적 위치정보 추적에 적용할 수 있는지 문제된다. 즉 미국 연방헌법 수정 제4조의 상당한 이유(probable cause)가 있는 증거로서 육안으로(only look) 알 수 있는 것은 영장 없이 압수할 수 있다는 이 육안의 원칙을 영장주의의 예외로 인정할 수 있는지 하는 것이 문제된다. 그러나 컴퓨터 디지털 증거에 관하여는 이 원칙을 배제해야 할 것이다.<sup>11)</sup> 특히 우리 형사소송법 제216조 제3항, 제217조, 조세범처리절차법 제3조 제1항 단서, 관세법 제296조 제1항, 통신비밀보호법 제8조 등에서 긴급 압수·수색이 허용되고 있으므로 위 각 법률에서 허용되는 범위를 넘는 육안의 원칙을 도입할 수는 없다. 헌법 제12조 제1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색...을 받지” 않는다는 강제처분 법정주의를 규정하고 있다. 헌법 제12조 제3항은 영장주의의 예외로 육안의 원칙을 규정하고 있지 않으며, 모든 체포·구속·압수·수색에 대해 사전영장주의 원칙 및 사후영장의 예외를 규정하고 있을 뿐이다. 아예 영장을 발부받지 않은 상태에서 압수·수색 등의 강제처분을 할 수 있다고 규정하고 있지는 않는 것이다. 그러므로 위 육안의 원칙을 일반 원리로서 도입할 수는 없다. 뿐만 아니라 컴퓨터 디스크에 담겨 있는 정보의 양이 방대하고 생활에 밀접한 관련이 있는 것들이며, 정보장치의 검색이 장시간 가능한 점 등에 비추어 전자적 위치정보를 영장 없이 육안의 원칙만으로 압수·수색할 수는 없다고 해야 한다.

---

11) 같은 취지, 조국, 「위법수집증거배제법칙」(2005), 361쪽; 미국 연방대법원의 *United States v. Carey* 사건 및 *United States v. Tamura* 사건 판결 참조.



## 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 및 토론회

| 인 쇄 | 2012년 12월

| 발 행 | 2012년 12월

| 발행인 | 현 병 철 (국가인권위원회 위원장)

| 발행처 | 국가인권위원회 인권정책과

| 주 소 | (100-842) 서울특별시 중구 무교동길 41  
금세기B/D (을지로1가 16번지)

| 전 화 | (02) 2125-9759 | F A X | (02) 2125-9733

| Homepage | [www.humanrights.go.kr](http://www.humanrights.go.kr)

| 인쇄처 | 도서출판 한학문화

| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

---

발간등록번호 11-1620000-000418-01

사전승인 없이 본 내용의 무단복제를 금함

# 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 및 토론회