성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.2.006
제33권 제2호 (2021. 6.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.2 (June 2021) pp 153 - 194

디지털증거(전자정보) 압수수색에서 피압수자 등 참여권 보장 확보방안

이인곤*

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 디지털 증거의 압수수색과 사법적 통제(인권보장)
1. 압수수색 영장과 동의
2. 참여권 보장의 법적 근거 및 중요성
3. 참여권에 관한 외국의 입법례
Ⅲ. 저장매체 압수 후 분석과정에서 참여권 보장
1. 참여권의 보장범위
2. 참여권 보장에 대한 현행 법제 및 법원의 입장
3. 전자정보에 대한 압수수색영장 적법요건
Ⅳ. 영장집행에 있어서 참여권 보장의 문제
1. 제3자 보관자료에 대한 일반적인 집행 실무
2. 제3자 보관의 디지털 자료
3. 피압수수색자의 참여권 제한에 대한 비판
Ⅴ. 피압수수색자 방어권의 실효적 보장방안
1. 논의의 필요성
2. 디지털 포렌식 절차 녹화 및 전문가 참여제도 운영
3. 소결
Ⅵ. 결론 및 개선방안

【국 문 요 약】

최근 전자정보 정보통신 기술의 발달로 많은 개인정보들이 디지털화하여 저장되고, 그 비중은 날이 갈수록 증가하고 있다. 우리는 매일 모바일 메신저, e-Mail, 구글 지도 등 다양한 어플리케이션 등을 통해 개인 간 대화뿐만 아니라 위치, 상황 등에 대한 디지털 흔적을 남기고 있습니다. 범죄의 수사에 있어서도 디지털 포렌식의 활용이 급증했다. 최근 10년동안 디지털 포렌식 증거분석 건수는 10여배가 증가했다. 이제 범죄수사에 있어 디지털 증거의 활용은 필수불가결한 상태가 되었다. 그러

* 호서대학교 법경찰행정학과 교수

나 한편으로는 디지털 증거의 대량성, 복제 용이성 등의 특징으로 인해 압수수색에 있어 혐의와 관련 없는 개인정보들이 무차별적으로 수집될 수 있는 위험성과 개인정보 자기결정권의 침해 가능성은 더 증가하였다.

법률과 판례의 정비를 통한 한층 보완이 이루어진다고 하지만, 기존 유체물을 전제로 했던 형사소송법상 압수수색 규정만으로는 디지털 증거에 대한 압수수색 절차의 적용에 여전히 미흡한 부분이 숙제로 남아 있다. 실체적 진실의 발견과 피의자, 피고인의 기본권 보호가 조화를 이룰 수 있는 합당한 대책에 대한 논의가 시급하다. 이에 디지털 증거의 압수대상물 특정, 범위, 집행 방법 등에 대한 다양하고 심도 있는 고민들이 필요하다고 생각한다.

사회변화로 인해 범죄 혐의자의 주거지나 사무실을 주로 점유(소유)하는 유체물에 대한 기존의 압수수색과 달리 디지털 증거의 압수수색의 집행 장소 및 목적물이 다양해지는 추세이다. 이런 변화추세에 발맞춰 압수수색영장은 전자정보 주체가 아닌 제3자(ISP, 포털 등)가 점유, 관리하는 전자정보매체에 대한 운영 및 집행이 대부분을 차지하고 있는 현실이다.

이러한 현실에 대비하여 특별법을 제정하여 정보통신 및 금융거래 정보에 관한 영장집행 절차 규정을 제정하였고, 형사소송법(이하 '법'이라 칭함)에서도 공공기관 등에 대한 압수수색영장을 집행함에 있어 참여인 제도에 관한 별도의 규정을 두고 있다. 타인의 전자정보매체를 처리하는 제3자 보관의 장소에 대한 형사절차상 압수수색 집행과정에 관련하여, 영장의 사전 제시, 정보 주체 및 대리인 등의 법익보호를 위한 참여권 담보나 압수물 목록 피교부자 특정과 관련한 일반적 규정을 제도적 입법화하여 혐의자 주거지에 대한 유체물(현물) 압수수색에 관한 절차규정을 오늘의 현실에 적응할 수 있는 대체방법이 필요하다.

Ⅰ. 들어가며

디지털 정보사회에서 비약적 기술의 변화속도에 부응하는 국가의 형사사법 환경의 변화속도가 접점을 찾지 못할 경우, 입법의 부재는 변화 속도의 차이에 정비례하여 증가한다. 형사사법의 절차와 정의실현이라는 목적은 기본권침해를 전제로 하기 때문에, 헌법과 법률에 의한 수사기관의 강제처분권한이 바탕이 되지 않는 한 형사사법에 있어서 기능적 작동이 요원하므로, 형사사법 환경의 변화는 그에 대응한 입법의 개혁을 수반함이 마땅하기 때문이다. 그러나 현행 형사사법의 현실을 회상해 보면, ICT 환경변화에 발맞춰 적응, 이를 적용하였다고 평가하기란 매우 어려운 처지이다. 부단히 내부적인 규칙이나 지침을 통해 입법의 불비를 제정하고자 노력하여 왔지만, 기본권침해는 국회에서 정하는 법률주의에 따라야 하고, 위임명령의 내용 및 범위 또한 법률의 정당한 근거를 가져야 한다는 점에서 한계가 있다.[1] 여기서 첫 번째 물음은 형사사법은 왜 정보사회의 변화속도에 부응하지 못하는 보수적이고 현실적 문제에 맞딱드리게 되는가 이다. 이는 형사법의 본질에서 출발한다고 생각된다. 여타 법률들과 비교하여 형사법의 공 형벌은 기본권침해를 수단으로 하여 입법목적인 실체적 진실발견에 도달한다. 형법은 금지(명령) 규범을 구성요건으로 특정행위의 금지를 통해 일반적 신체의 행동자유권을 침해하고, 형법상 행위 반가치규범 위반에 대한 댓가로서 생명권, 자유권, 재산권 등의 기본권의 구속을 통해 그 목적을 성취한다. 나아가 형사소송법의 속성상 수사와 공판절차, 집행절차에서 전 과정이 기본권 침해적 특징을 지닌다. 이와 같이 기본권 구속 및 침해적 본질의 법 영역

1) ICT 환경의 획기적 변화에 비해 관련 형사사법 법제의 변화는 매우 국소적이다. 형사소송법이 2007년 6차 개정에서 공판중심의 소송구조의 정립, 피의자 구속 전 영장실질심사, 피고인 방어권 담보, 불기소처분에 대한 재정신청 등 형사사법 제도 개선에 심혈을 기울였지만, 영상녹화절차 및 녹화물의 증거능력에 관한 규정 이외에 전자정보사회의 비약적 변화를 담아내지는 못했다. 그러나, 2011년 7월 현재 실정에 부응하는 법률정비 및 개선을 통하여 형사사건의 판결서와 증거목록 등을 인터넷 등을 전자적 방식 도입으로 열람·등사를 가능하게 하였고, 압수수색과정에서 피고사건과의 관련성 요건을 첨가하고, 전자정보 저장매체 등에 대한 명시적으로 압수의 영역과 방법을 제시하여 영장에 작성기간을 명시하여 기재하도록 하는 등 컴퓨터, 전기통신과 디지털기술 관련 압수수색과정을 보완함으로써 진일보한 시작이라 할 수 있겠다.

은 최대한 겸손과 억제의 자세로 최대한 몸을 낮추어야 한다. 경제법과 같은 제3의 법 영역이 적극적(역동적)으로 사회변화를 이끌거나 변화의 추이에 개입하는 것과 달리, 형사사법의 범주는 사회변화에 역동적으로 개입하거나 그 속도를 앞서서는 곤란하다는 것이다. 예방형법이나 위험형법 등을 경계하는 이유이기도 하다.

둘째 물음은 기본권 침해적 특성으로 인해 현대 과학의 변화속도에 뒤진다 할지라도, 권리보호적 측면은 왜 느리게 대응하는가이다. 이것은 특히 형사소송법상 특유의 권리와 연계된다.[2] 즉, 형사소송절차라는 국가 공권력의 행사범위는 헌법과 법률에 의하여 기본권 제한을 확인하고, 공적 영역이 인정되기 때문에 특정인에 부합되는 권리와 의무와 직결되지 않는 한 용이하게 그 접근을 허용하지 않고 있다. 특히 형사사법절차 자체가 엄격한 공적 영역의 견지에서 항상 공익과 사익의 비교형량을 통해서만 개인에게 권리 및 법익보호 또는 부여가 가능해 진다는 속성을 지니게 허용된다.

이와 같은 이유로 인하여 형사사법 영역의 입법과 개정이 매우 신중해질 수 밖에 없다. 정보통신과 디지털 기술의 발전에 따른 환경이라는 현실의 변화추이에 대응하는 새로운 권리 또는 의무의 발생(소멸) 또한 같은 이유로 인하여 법에 의한 해결은 상당히 어렵다. 기본권 측면에서 보다 많은 연구와 논쟁을 통해서 기본권침해를 가장 최소화하면서도 형사사법의 근간을 이루는 실체적 진실발견에 접근하는 새로운 법률 규정 방안을 모색하여야 하는 것이다. 그 결과, 전자정보매체의 압수수색에 관한 형사절차법상의 많은 논점들이 입법에 앞서 심도 있게 논의되는 것은 매우 발전적인 현상이다. 논박의 본질은 공익과 사익의 충돌 측면에서 여전히 수사의 실효성(실체적 진실)에 보다 가치를 둘 것인지 아니면 헌법상 개인의 기본권 보호를 충실히(철저히) 보호할 것인가의 문제에 귀결된다. 앞서 살펴 본 바와 같이 형사사법절차의 실현은 공익과 사익 간의 비교우위 형량이 절차형성 과정에서 가장 중핵이기 때문이다.

본 연구에서 논의의 핵심중 하나로서, ICT 환경에서 '피의자의 전

2) 예컨대, 2011년 신설된 확정판결서의 열람·복사권은 누구든지 확정판결의 판결서 등에 대하여 권리를 가지게 되는데, 이는 판결에 관여된 자의 개인정보 및 국가형사사법상 안전 등과도 관련이 있기 때문에 그동안 인정되지 않았던 권리에 대한 제한적 허용이다.

자정보매체 또는 개인 정보'의 압수수색이라는 강제처분을 허용하는 법적 근거와 피고인(피의자) 등 피처분권자(관여자)의 참여권의 보장 영역에 대하여 논함을 목적으로 둔다. 이를테면 형사소송법은 제106조에서 전자정보매체의 압수수색 요건(연관성)과 적법절차, 그리고 동법 제114조는 압수영장의 방식(일반영장 금지원칙)에 관하여 개별적으로 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 관련 문제들은 구체적 입법으로 해결방안을 찾기 전에는 법률 해석의 문제로 돌려질 수 밖에 없는 실정이다. 따라서 본 연구에서는 순차적으로 우선 디지털 정보매체의 압수수색과 관련한 형사사법의 변화 추이를 개괄적으로 먼저 검토하고, 전자정보에 대한 강제수사가 용인될 수 있는 법적 근거로서의 영장주의의 원칙과 압수수색의 관계를 선택한 다음, 수사상 강제처분의 일종으로서 전자정보매체에서 유죄의 증거확보를 위한 압수수색의 용인할 수 있는 범위를 영장주의 본질에 비춰 심도 있게 고찰해 보고, 이를 근간으로 컴퓨터 등 정보매체 압수수색 피처분권자의 참여권의 범위, 영장집행에 있어서 참여권 보장의 문제 및 피압수수색자 방어권의 실효적 보장 방안을 살펴보고 그에 대한 개선방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 디지털 증거의 압수·수색과 사법적 통제

1. 압수·수색 영장과 동의

압수수색영장은 지정된 유체물(기타 전자정보 등)을 압수하기 위하여, 압수한 물건을 지방법원(영장발부 법원)에 제출하는 일종의 법원의 명령(장)이라 할 수 있다. 미국 연방과 뉴욕주[3]에서는 영장은 상당한 조건(근거)에 기초하여 체포할 사람, 수색할 장소, 압수할 물건을 구체적으로 특정하여 기재하지 않으면 발부되지 않는다고 엄격하게 규정하고 있으며, 압수수색영장을 발부받을 충분한 시간적 여유가 있는 경우에도 영장 없이 하는 압수수색은 불법으로 간주하여 허용하지 않는다.[4] 최근

3) 뉴욕주의 형사소송법 제690조는 압수수색영장 신청의 주체 및 발부의 주체, 영장발부의 목적, 압수수색영장의 대상이 되는 물건의 유형, 사람과 장소, 집행의 일시, 장소 및 방법, 포함되어야 하는 대상을 규정하고 있다.

전자정보 증거 관련정보 압수수색 시 연방대법원은 영장 없이 휴대폰에서 디지털 개인정보를 수색하는 것은 위헌이라고 판시한 바 있는데,[5] 기존 전자정보 압수수색과 관련하여 미국판례는 영장이 없어도 피의자 가까이에서 스마트폰이 발견된다면 당해 휴대한 저장매체에 한하여 전반적인 수색 실시(허용)할 수 있다. 그리고 수색이 대인적 강제처분 후 여타 장소에서 실시된 경우에도 전반적인 수색이 가능하다고 보고 있다.[6] 그러나 연방 대법원은 스마트폰 포함한 컴퓨터 등 디지털 증거에 대하여 기존의 유체물 등 다른 수색대상 물건들과 상이한 절차와 심리 기준이 적용된다고 판례를 변경하였다. 그 이유는, 현대 과학 기술사회의 총아인 스마트폰은 단순한 통화 장비에 불과한 것이 아니라 엄청난 양의 Privacy 정보를 내포하고 있기 때문에 개인정보 보호의 가치를 더욱 중요하게 고민했기 때문이다. 따라서 혐의자가 가지고 있는 스마트폰을 수색하기 위해서는 필히 영장을 발부받아야 한다.[7] 캐나다 대법원 또한 2011년 개인의 컴퓨터, 스마트폰, 기타 정보저장매체에 대한 무리한 압수수색의 경우 Privacy 침해에 대한 높은 기준을 정비하였다.[8]이런 개인정보의 중대성은 최근 전자정보 증거 압수수색의 절차에서 미치고 있는 것이 미국과 캐나다를 비롯한 외국의 큰 흐름이라 할 수 있다.

수사기관은 디지털 내용 목록이나 항목을 검색하거나 디지털 정보장치에 대한 압수수색 시 지방법원으로부터 영장을 발부받아야 하며 구체적으로 수색의 근거를 소명해야 한다. 또한 목적과 범위(대상물)을 특정할 것을 요구하고 있다.

우리 법은 영치를 함에 있어 기본권침해 방지를 위해 "재산권 및 인격권이 직접적으로 침해되는 소유자 외에 그 물건을 (간·직접)점유하고 있는 소지자, 한시적 보관자라는 제3자에 의해 임의제출 압수가 가능하도록 규정 있다."[9] 이는 제출물의 소유자가 아닌 소지자나 보관자라는

4) Barry Kamins, New York Search & Seizure §4.02(1), 4-35 (Matthew Bender, Rev. Ed. 2016).
5) Riley v. California case, 134 S.Ct, 2473, 2014.
6) Chimel v. California case, 39 5 U.S. 752 1969.
7) Riley v. California case, 134 S.Ct. 2473 (2014).
8) R. v. Morelli case (2010) 1. S.C.R. 253 at paras. 2-3.
9) 허준, "제3자 동의에 의한 디지털 증거 압수수색의 한계", 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019, 65면.

제3자에 의한 임의제출이 가능하도록 규정함으로써 인격권과 재산권을 타인에 의해 포기가 이루어지도록 할 가능성을 개방한 것이다. 제3자 동의에 의한 디지털 증거의 압수수색 등은 이로 인해 기본권 침해가 심대하므로, 제한할 필요성이 있다.

판례에서 수사기관은 컴퓨터, 스마트폰 등 정보저장매체에 대한 압수수색 시 자칫 범죄와 관련이 없는 정보의 불필요한 압수수색을 피하기 위해 개인으로부터 동의가 있어야 수색을 시행할 수 있다. 이를 위해서는 우선 동의는 자발적이며 명시적(또는 묵시적)으로 이루어져야 하고, 동의 영역 내에서 수색이 실시되어야 하며, 동의자의 개인정보(법익) 등의 과도한 침해는 불가하며, 동의는 제3자에 의해서도 가능하나 압수수색에 동의한 사람은 언제든지 철회가 가능하다는 장치를 미련하고 있다.

2. 참여권 보장의 법적 근거 및 중요성

형사소송법 제118조, 제219조는 압수수색영장 집행 시 피처분자에게 필히 영장이 제시하여야 한다.[10] 더하여 타인의 주거 등에서 압수수색을 실시할 경우 주거권자 등을 참여권이 보장되어야 하며, 압수 후 수사기관은 그 목록을 작성하여 그 점유자, 소유자, 기타 보관자 및 이에 갈음하는 자에게 교부하여야 한다(동법 제129조, 제219조). 수사기관, 피고인(피의자), 변호인, 대리인은 압수수색영장의 집행에 참여할 수 있고(동법 제121조, 제219조), 디지털 증거 포렌식 절차에 의한 압수수색영장을 집행함에는 먼저 집행의 일시와 장소를 피압수자(피의자, 변호인)에게 통지하여야 한다. 단, 피의자 또는 변호인이 '명시적 불참 의사를 표한 때' 또는 '급속을 요하는 때'에는 참여 통지를 요구되지 않는다고

10) 형사소송법 제219조에 의하여 수사기관의 압수수색에 준용되는 동법 제118조는 "압수수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다."라고 규정하고 있다. 현장(사무실 등)에서 압수·수색을 당하는 사람이 수 명일 경우, 그 사람들 각자에게 개별적으로 판사 발부 영장을 제시해야 하는 것이다. 수사기관이 압수수색에 착수하면서 비록 그 현장의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 관련 물건을 소지 또는 점유권이 있는 타인으로부터 이를 압수수색할 경우에 그 사람에게 별도의 영장을 제시한다(대법원 2009. 선고 2008도763 판결). 동법 제118조는 현실적으로 가능한 영장제시 상황을 전제로 한 규정으로 봐야 하고, 피처분자가 현장에 부재하거나 그를 발견할 수 없는 부득이 한 경우 등 영장제시 및 집행이 현실적으로 불능한 경우에는 영장의 제시를 생략한 채 압수수색에 착수하더라도 위법하다고 볼 수 없다(대법원 선고 2014도10978 전원합의체 판결).

규정하는데, '급속을 요하는 때'의 해석을 느슨하게 하면, 참여권자의 참여의 기회를 쉽게 배제하는 결과를 초래한다.(동법 제122조 단서, 제219조).

> "대법원 2012도 7455 선고 판결은 '긴급을 요하는 때'를 압수수색영장 집행 사실을 피의자에게 미리 알려주면 도망 또는 도망의 염려, 증거물을 인멸 또는 훼손할 염려 등이 있어 압수수색의 실효성을 담보하기 어려울 경우라고 합리적으로 해석할 수 있으므로, 위 규정이 명확성의 원칙 등에 반하여 위헌은 아니라고 한다."[11]

참여권자에 대한 사전 통지 시 증거인멸의 염려가 있어 통지를 생략해야 한다면, 그러한 증거인멸의 염려가 사라진 때에는 참여권자에 대한 참여 통지가 이루어지는 것이 바람직하다.[12] 특히 디지털 증거 압수수색 집행은 저장매체 반출·복제·탐색·출력 등 일련의 과정을 거치게 되므로, 적어도 저장매체에 대한 이미징 이후에는 증거인멸의 우려가 소멸하였다고 할 것이므로, 이후 분석에 앞서 참여의 통지가 이루어져야 할 것이다.[13] 그리고 대법원 2011모1839(2015. 7. 16.자) 전원합의체 결정은 디지털 압수수색 집행에서 참여권을 진술거부권과 대등하게 보는 등 그 규범적 의미를 높게 평가하고 있으므로, 이러한 견지에서도 참여 통지의 예외가 쉽사리 인정된다거나 증거인멸의 우려가 소멸하였는데도 여전히 참여의 기회를 부여하지 않는 것은 바람직하지 않다.[14]

---

11) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바225 결정 또한 "위 '급속을 요하는 때'를 압수수색 집행사실을 먼저 피의자에게 통지해 줄 경우 증거를 소훼하거나 인멸하여 실질적으로 압수수색의 목적을 달성할 수 없게 되는 때로 합리적으로 해석할 수 있다는 등의 이유로 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 보았다."

12) 박병민 판사, "디지털 증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안-참여권 강화, 영장사본 교부 제도 도입 등-", 2021 공동학술대회, 발표 자료집 6면

13) 이미징을 대상으로 선별 작업이 이루어지는 경우, 피의자의 참여를 배제할 예외가 존재할 수 없다는 서술로, 설민수, "피의자 보관 전자정보의 압수·수색에서 미국과 한국 법원의 영장주의 적용과 변화과정: 이미징을 중심으로", 형사법의 신동향 통권 제53호, 대검찰청(2016. 12.), 124면.

14) 검찰, 경찰 모두 현장 밖 분석에 앞서 참여 여부를 다시 확인하도록 내부 규정을 정하고 있다[전자적 증거의 수집·분석 및 관리 규정(대검찰청 예규 제1151호) 제32조, 디지털 증거의 처리 등에 관한 규칙(경찰청 훈령 제975호) 제13조, 제17조].

입법론으로는 '급속을 요하는 때'를 '증거 인멸의 우려가 있는 때'로 참여 통지 예외 사유를 명확히 규정하고,[15] 증거인멸의 우려가 해소된 때는 참여 통지를 하도록 규정할 필요가 있다.

미국에서는, 수사기관은 법관에게 영장을 반환하며 영장 집행결과를 보고 한다, 압수수색영장 집행절차(과정) 중에 어떠한 위법행위도 존재하지 않은 점에 대해서 별도로 선서를 하기도 한다. 그리고 수색영장이 집행된 직후에 피압수자는 압수수색영장 기재 압수목록 사본과 수사기관의 선서진술서를 교부받고 집행과정 전반에 대하여 이의제기 및 이의절차에 참여하게 된다. 압수수색과정에 직접 참여하는 것은 검사(수사기관)의 재량의 범위에 참관하는 것으로 피의자의 사법방해 등의 염려가 있어 실무적으로 극소화하려는 경향이 있다고 한다.[16] 그러나 우리 현행법의 경우에는 압수물과 압수목록을 수임법관 앞으로 직접 가지고 와서 압수수색과정의 적법절차에 의한 적법성을 확인하는 제도를 대신하는 피의자 또는 변호인이 압수수색과정에 직접 참여 기회를 보장 받음으로써 영장 집행절차의 적법성을 통제하고 있다고 할 수 있다.[17]

3. 참여권에 관한 외국의 입법례

가. 미국

미국 연방형사소송규칙은 우리나라와 같이 피압수자 측에 대한 참여권의 사전통지를 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 다만 연방형사소송규칙 41(f)(1)(B)[18]는 압수물 목록 작성과 관련하여 피압수자의 참여를 규정하고 있고, 이는 피압수자가 압수수색 집행절차에 참여하는 것을 전제하고 있다고 볼 수 있다.[19]

---

15) 제19대 국회 임수경 의원 대표발의 형사소송법 개정안(19-12877, 임기만료로 폐기)은 '급속을 요하는 때'를 '피고인이 증거를 은닉하거나 인멸 및 위변조, 변경을 가하여 증거 가치를 하락시키는 것이 가능하여 '압수수색이 실효를 거두기 어려운 때'로 변경하려고 하였다.

16) 설민수, 위 논문 130면.

17) 오기두, 위 논문 307~309면; 설민수, 위 논문 130면.

18) 서울남부지검 검사 서원익, "정보주체에 대한 사전통지 및 영장집행 참여권 문제", 저스티스 통권 제182-1호(2021. 2), 25~295면

19) 우리나라 문헌들은 미국에서 참여권에 관한 규정이 마련되어 있지 않다고 보는 견해가 일반적인 것으로 보인다.-김기준, "수사단계의 압수수색 절차 규정에 대한 몇 가지 고찰",

미국에서 디지털 정보저장매체로부터 관련정보를 선별하는 절차에서 피압수자 측의 참여권이 보장되어야 한다는 판례나 논의를 찾기란 쉽지 않다. 다만 연방 수정헌법 제4조는 포괄영장 금지를 중핵으로 하고 있으므로, 정보저장매체의 분석 절차에서 압수수색영장이 포괄영장으로 변질되지 않도록 하는 여러 절차적 장치(제한)에 대한 미국 내 논의는 활발하다. 예컨대 저장매체 분석 절차에서 Plain View 법리가 제한되어야 한다든지[20] 범죄와 관련 없는 정보는 증거로 사용할 수 없도록 해야 한다는 논의 등이 그 사례다. 제9 연방항소법원의 CDT Ⅱ 판결[21]도 같은 취지에서 다양한 사전 규제수단[22]을 제시하고 있다. 이처럼 미국의 판례나 학계의 논의 모두 정보저장매체 탐색 절차에서 일어날 수 있는 과도한 압수를 피하기 위한 것이라는 측면에서 우리 대법원 태도가 취하고 있는 참여권을 한층 강화한 취지와 근본적으로 상이하지 않다.

나. 독일

독일 형사소송법 제106조 제1항은 "수색의 장소나 물건의 소유자 및 점유자는 수색에 참여할 권한이 있다. 점유자가 부재중인 경우, 가능한 한 그의 대리인(변호인 등), 성년에 달한 친족, 동거인 또는 이웃 주민이 참관가능 하여야 한다."라고 규정하고 있다.

독일 연방헌법재판소는 2005년 정보저장매체에 대한 압수수색 명령의 효력을 다툰 결정에서 비례의 원칙만으로는 전자정보에 대한 자기결정권을 충분히 보장할 수 없다고 판시하면서 절차적 제한 수단으로 ① 사전 고지, ② 피압수자 측의 참여권 보장, ③ 전자정보수집 사실 통지,

---

형사법의 신동향 제18호, 대검찰청, 2009.

20) 미국에서 영장주의 예외 이론으로 Plain View 법리가 있는데, 이는 수사기관이 압수수색 중 다른 범죄의 증거를 육안으로 명백하게 인식한 경우, 그 별건 증거를 영장 없이 압수할 수 있다는 원칙을 말한다. 연방대법원의 판결로 확립된 법리인데, 디지털 증거 압수수색 영역에서 이 법리가 그대로 적용되는 경우 연방 수정헌법 제4조의 근간인 포괄영장 금지원칙이 허물어진다.

21) U.S. v. "Comprehensive Drug Testing Inc", 579 F.3d 989 (9th Cir. 2009) (en banc).

22) ① Plain View 법리 폐기, ② 증거분석계획 사전 승인, ③ 수사기관과 포렌식 담당자의 분리, ④ 무관 정보 삭제·폐기 등. 이를 미국 제9 항소 법원 관내에서는 실무상 'CDT Guideline'으로 부른다. CDT Guideline은 2010년 제9 항소법원 법관 전원이 심리한(super en banc) CDT Ⅲ 판결로 참고적 효력만 을 갖게 되었다[U.S. v. Comprehensive Drug Testing Inc., 621 F.3d 1162 (9th Cir. 2010) (enbanc)(percuriam)].

④ 혐의사실과 무관한 정보(파일)의 반환·삭제,폐기 ⑤ 증거사용 금지 등이 있다.[23]

특히 정보주체가 혐의사실과 연관된 전자정보를 선별하는 과정에 참여하였는지 여부에 중요한 의미를 부여하였다.[24] 또한 동 재판소는 ISP에 대한 e-Mail 압수의 근거 규정과 처분의 효력을 다투는 2009년 결정에서도 참여권 보장에 의미를 부여하였다. 특히 독일 형사소송법(2004. 8. 24)의 개정으로 제110조 제3항 규정의 의미는 열람 과정에 소유자 참여권이 삭제되어 참여권이 반드시 보장되어야 하는 것은 아니지만, 강제처분의 목적달성에 반하지 않는 한 정보주체의 참여는 비례의 원칙상 요구된다고 판시한 점을 주목할 필요가 있다.[25]

다. 프랑스

프랑스 형사소송법 제97조 제3항은 범죄 수사에 필요한 정보저장매체 증거를 압수할 때는 정보매체를 압수하거나 피압수자의 참여 하에 사본을 출력한다고 규정하고 있다. 즉 명시적으로 디지털 증거 압수수색 절차에서 피압수자 및 대리인의 참여를 규정하고 있다.

라. 일본

일본 형사소송법 제113조는 법원의 압수수색에는 사전 통지를 포함한 당사자(구속 피고인은 제외)의 참여를 규정하고 있으나, 이 규정은 수사기관의 압수수색에는 준용되지 않는다(일본 형사소송법 제222조 제1항). 수사기관은 그 필요에 따라 압수수색 집행에 피의자를 참여시킬 수 있다(동 조문 제6항).[26] 한편 우리나라 현행 형사소송법상 참여권 규정은 1954년 제정 형사소송법부터 있었던 것인데, 당시 입법 과정에서 작성된 '국회법제사법위원회 수정안'에 따르면, 당시 입법자들은 당사자주의, 공판중심주의 등 영미법계의 장점을 받아들이는 차원에서 참여권

---

23) BVerfG, Beschluss vom 12.4.2005 - 2 BvR 1027/02, Rn 123.

24) BVerfG, Beschluss vom 12.4.2005 - 2 BvR 1027/02, Rn. 135.

25) 조성훈, "역외 전자정보 압수·수색 연구", 박영사(2020. 6.), 114면

26) 우리 형사소송법 제219조, 제121조는 '피의자가 참여할 수 있다.'고 규정하고, 제122조는 사전 통지의 예외(급속을 요하는 때 등)를 넓게 인정하고 있으므로, 일본 형사소송법 규정이 우리나라 법 규정과 실질적인 차이가 있다고 보이지는 않는다.

규정 등을 포함한 여러 규정을 '의용 형사소송법 규정[27]'과 달리 정하였음을 알 수 있다.[28]

Ⅲ. 저장매체 압수 후 분석과정에서 참여권 보장(강화 방안)

1. 참여권의 보장범위

가. 전부 복제(탐색·출력 등 일련의 과정은 압수수색의 일환으로)

"저장매체에 대한 압수수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 사정이 확인되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 (전자파일 전부를) 하드카피나 이미징 등 형태('복제본')를 수사기관 사무실 등으로 외부로 반출하여 복제·탐색·출력하는 예외적인 경우에도, 이러한 일련의 과정에서 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수수색 당사자(='피압수자')나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 다양하고 방대한 사생활 정보가 들어있는 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 방법을 취하는 등 적법절차(영장주의 원칙)을 준수하여야만 증거능력을 인정한다. 만약 이와 같은 일련의 조치를 방기한다면, [피압수자 측이 참여권을 행사하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나, 적법절차 위반행위가 이루어진 과정-증거법상의 위법수집증거 배제법칙 및 증거능력의 성질과 내용 등에 비춰 피압수자 측에 참여 절차를 보장한 취지가 실제적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 이유가 없는 이상] 압수·수색이 적법하다고 인정할 수 없고, 비록 수사기관이 전자저장매체 또는 복제본에서 범죄사실과 연관된 전자정보만을 복제·출력하였다 할지라도 적법하다 할 것은 아니다"(위 2011모1839 전합). ㉡ "삭제된 파일을 복구하고 암호화된 파일을 '복호화하는 과정'도 전체적으로 압수·수색과정의 일환에 포함되므로, 복호화 과정에도 참여권을 보장하여야 한다"(대판 2015.1.22. 2014도10978 전합). 즉, "복제본

27) 의용 형사소송법상 참여권 규정은 일본 형사소송법의 그것과 대동소이하다.
28) 신동운, "제정형사소송법의 성립 경위", 형사법연구 제22호(2004), 215-216면.

의 복호화 및 파일변환을 하는 행위는 전자정보의 탐색을 위한 준비과정이므로, 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 복제본의 복호화 및 파일변환을 할 당시 피의자 또는 변호인 등에게 미리 그 일시·장소를 통지하는 등의 방법으로 참여의 기회를 부여하여야 한다"(대결 2015.10.15.자 2013모1969).

나. 선별 복제(집행 종료)

반면, "수사기관이 정보저장매체에 메모리된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색(복제, 탐색, 출력) 등을 통해 범죄혐의 사실과 연관이 있는 정보만을 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 암호화 방식으로 재구성 복제하여 생성한 파일 (이하 '이미지 파일')을 적법한 조치로 제출받아 압수하였다면, 이것으로 압수의 목적물에 대한 압수수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에 옮겨 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 일련의 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다"(대판 2018.2.8. 2017도13263). 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다고 하면 위법한 처분으로 볼 것은 아니다.

['참여권 침해'와 위법수집증거(전체적 평가설)] "피압수자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하는 적절한 조치가 취해지지 않았다면(적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수) 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 위법하며, 비록 수사기관이 관련정보(유관정보만을 복제·출력하였다 하더라도 마찬가지로 위법하다"(앞 2011모1839 전합). 즉, 특별한 사정이 없는 한, 영장주의 위반으로 위법수집증거가 된다. 다만, 복호화 과정에서 참여기회를 주지 않은 것은 위법하지만, 복호화 작업은 탐색하는 과정 그 자체라기보다는 탐색 준비과정에 불과하므로 참여권의 의미와 취지를 고려하면 상대적으로 크지 않기 때문에, 압수수색 과정 전체를 위법하다고 볼 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.(앞 2014도10978 전합).

2. 참여권 보장에 대한 현행 법제 및 법원의 입장(현행 규정상 참여권의 내용 및 범위)

법 제219조, 제121조는 피고인(또는 변호인), 수사기관(검사 등)는 압수수색영장의 집행 시 참여할 수 있다는 임의적임을 규정하고 있다. 피압수자 등의 참여권은 피고인의 방어권 보장과 압수수색절차에서 적법(적정)한 집행을 위한 제도이다. 압수 목적물이 저장매체인 경우 복제·탐색·출력하고, 그러한 방법이 불가능하거나 압수 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 경우 그 자체를 압수할 수 있다고 규정하고 있다(제106조 제3항). 경찰청 '디지털 증거의 처리 등에 관한 규칙'(훈령)은 저장매체를 압수 가능한 사유에 대해 ① 음란·성풍속(음란)·도박·인신매매 기타 불법사이트 운영 사건 등 전자정보 저장매체에 저장된 원본 디지털 자료가 재범에 사용될 염려가 존재하는 경우, ② 전자저장매체에 풍속을 해하는 음란물 또는 개인 프라이버시 관련 사인의 사생활 관련 보호의 대상 -개인정보가 되는 내용 등이 포함되어 있어 악용 또는 유포 시 개인의 인격에 치명적 피해가 염려되는 경우, ③ 불법 복제(및 전송) 또는 정당하지 않은 방법(수단)으로 취득한 디지털 데이터가 디지털 저장매체에 저장되어 있는 경우, ④ 디지털 저장매체 또는 디지털 저장매체가 포함된 존재 자체가 범죄의 증명에 필요한 경우, ⑤ 그 외 법 제11조의 방법에 따른 압수가 불가능하여 현저히 곤란하거나 압수의 본래의 취지(목적)를 달성하기에 현실적 곤란한 경우에 저장매체 자체를 압수수색·검증할 수 있다고 영장에 기재되어 있는 경우로 한정하고 있다(제11조의2 제1항). 피압수자가 임의 제출한 디지털증거를 압수할 때에도 일반적인 디지털증거 압수수색 절차를 준용하여 참여(참여권 보장의 취지를 실질적으로 침해하지 않는 한)을 보장하도록 규정하고 있다(제11조 제4항, 제13조). 법원의 영장별지도 저장매체 복제본 획득이 불가능하거나 현실적으로 곤란할 때에 한하여, 피압수자 등의 참여 하에 저장매체 원본을 봉인하여 저장매체의 소재지 이외의 장소로 반출할 수 있는데 ① 집행현장에서의 하드카피·이미징(방식으로 선별압수)이 기술적·물리적으로 현실적으로 불가능하거나 곤란한 경우 ② 하드카피·이미징에 의한 집행방법이 피압수자 등의 사인 사생활의 평온을 현저히 침해거나 영업활동이 심대하게 훼

손 또는 침해하는 경우 ③ 그 외 위 각 호(1~5호)에 갈음하는 경우를 제시하고 있다.

대법원은

"저장매체 내에 있는 디지털증거를 압수할 때 저장매체를 수사기관 사무실로 옮겨 열람·복사하는 경우 그 전체과정에서 피압수수색 당사자나 변호인의 계속적인 참여권이 보장되어야 한다고 보았다."[29] 그래서 "전자정보 압수수색 시 피압수자의 참여권을 보장하지 않았다는 이유로 디지털증거의 증거능력을 부정하였다."[30] "키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 이미지 파일을 압수한 경우에는 압수 목적물에 대한 압수수색이 종료되었다고 보아 수사기관 사무실에서 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에까지 피의자 등에게 참여의 기회를 보장할 필요는 없다고 판시하였다."[31] 하지만 대법원은 "압수대상이 디지털증거인 경우로 현장에서 저장매체를 압수한 사례는 아니다. 아직까지 압수현장에서 저장매체를 압수하였을 이후의 분석절차에 참여권을 보호해야하는지에 대해서는 대법원 판례가 없다. 다만, 대전고등법원은 '임의제출에 의한 압수의 경우에도 동법 제219조, 제106조가 적용되므로 압수물이 저장매체인 경우 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 하고, 예외적으로 저장매체 자체를 수사기관의 사무실 등으로 옮긴 후 전자정보를 탐색하여 출력하거나 파일을 복사하게 되는 경우에도 그 전체 압수수색과정에 피압수자 등의 참여권이 보장되어야 한다'고 판시하였다."[32]

같은 맥락에서 의정부지방법원(2심)도 "임의제출에 의해서 저장매체를 압수한 경우에도 참여권이 당연히 보장되어야 하고, 영장에 의한

29) 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정.
30) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 판결.
31) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결.
32) 대전고등법원 2015. 7. 27. 선고 2015노101 판결)

것인지 임의제출에 의한 것인지에 따라 구별할 것은 아니라면서 휴대전화를 제출할 당시가 아니라 탐색하는 과정까지 계속하여 참여권을 보장해야 한다고 판결하였다."[33]

3. 전자정보에 대한 압수수색영장 집행의 적법요건

가. 압수수색의 대상(유관정보)

관련 정보만이 압수의 대상이 되고, 수색은 그 관련정보를 압수하기 위한 선행 절차가 된다. 판례에 따르면, "수사기관의 전자정보에 대한 압수수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 '객관적 범죄혐의 사실과 연관된(유관 정보)부분만'을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제(저장)하는 방식으로 이루어져야 한다. '저장매체 자체'를 직접 반출하거나 저장매체에 포함되어 있는 '전자파일 전체'를 확보하여 하드카피나 이미징 등 형태(='복제본')로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 압수수색하는 것은, ['현장의 사정이나 전자정보의 혼합성, 대량성으로 범죄 혐의 관련성 정보 획득에 많은 시간이 소요되거나, 포렌식 전문인력에 의한 디지털 증거의 무결성을 확보하기 위한 기술적 조치가 필요한 경우 등'] 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다"(대결 2015.7.16 자 2011모 1839 전합: '종근당 사건'). 나아가 "저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 (수사기관 사무실 등으로 옮긴 후) 탐색하여 범죄사실과 '관련성 있는 전자정보를' 문서로 출력, 복제하거나 파일로 복제하는 일련의 과정 역시 전체적으로 일련의 영장에 기한 압수수색의 일환에 해당한다."[34] 압수와 수색은 명백히 구별되는 개념으로서, 보다 정확히 말하면 '탐색'은 수색의 일환이고 관련정보의 '출력', '복제'는 '압수'의 일환에 해당한다(관련성 요건). 수색(탐색)을 통해 이루어지는 압수(출력·복제)는 그 대상이 관련정보만으로 한정된다.

---

33) 의정부지방법원 2019.8.22. 선고 2018노2757 판결.

34) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정, 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결.

나. 관련성 요건

1) 별건정보·무관정보의 압수금지

"전자정보에 대한 압수수색에 있어 저장매체 자체를 외부로 반출하거나 하드카피·이미징 등의 형태로 복제본을 만들어 외부에서 저장매체나 복제본에 대하여 압수수색이 허용되는 예외적인 경우에도 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다. (즉, 혐의사실과 연관된 전자정보 이외에 이와 무관한 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수수색에 해당하므로 허용될 수 없다)"(대법원 2011모1839 전합).

이에 대하여 복제본 중 유관정보만 선별하여 추출하고 무관정보를 삭제하는 경우 동일성·무결성을 증명하는 것이 기술적으로 불가능하지 않다는 것이 지적되기도 한다.[35] 또한 수사기관이 관련성 없는 정보가 포함된 복제본 등을 폐기하지 않았다면 이것은 영장집행 전 과정에서 준수하여야 하는 연관성 있는 정보만을 압수해야 한다는 영장주의의 기본원칙을 몰각하였기에 집행과정 전반에 적법절차의 훼손이 있었다고 봐야 하고, 디지털 증거에서 유체물과 상이하게 프라이버시의 부당한 침해를 방지하는 절차적 보장이 실효성 있게 담보되어야 할 필요성이 존재한다는 점까지 고려할 때 전체로서 위법한 압수였다고 보는 견해가 있다.[36]

---

35) 미국, 영국, 프랑스는 전자정보가 압수수색의 대상이 된다고 하고 있고, 일본은 유체물만이 그 대상이 되므로 저장매체가 아닌 전자정보는 압수수색의 대상이 되지 않는다고 하고 있으며, 독일은 전자정보가 압수의 대상이 되는지와 관련하여 명확한 규정을 두고 있지 않아 다양한 논의가 있다. [자세한 내용은 손지영·김주석, “압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구”, 사법정책연구원(2015),47, 94, 149~150, 215; 이숙연, “디지털증거의 압수수색”, 재판자료(123), 639~652면 참고.

36) 박민우, “디지털 증거 압수수색에서 유관정보 확인 이후 절차와 증거능력”, 고려법학 81호(2016. 6.) 33면.

2) 별건정보의 우연 발견

㉠ 그러나 대법원은

"전자정보에 대한 압수수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수수색을 할 수 있다"(대법원 2011모1839 전합)

㉡ "나아가 이러한 경우에도 별도의 압수수색 절차는 최초의 압수수색 절차와 구별되는 별개의 절차이고, 별도 범죄혐의와 관련된 전자정보는 최초의 압수수색영장에 의한 압수수색의 대상이 아니어서, (저장매체의 원래 소재지에서 별도의 압수수색영장에 기해 압수수색을 진행하는 경우와 마찬가지로) 피압수수색 당사자(='피압수자')는 최초의 압수·수색 이전부터 해당 전자정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 피압수자에게 제219조, 제 121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다"(대법원 2011모1839 전합).

[‘관련성 요건 위반’과 위법수집증거배제] 관련성 요건을 흡결한 압수에는 i) 헌법상 영장주의 원칙을 위반한 절차적 위법이 있으며, ii) 그 압수물은 형사소송법 제308조의2에서 규정한 ‘위법한 절차에 의해 수집된 증거’는 유죄의 증거로 사용할 수 없고, iii) 이 절차적 위법은 헌법상 영장주의 내지 형사소송법 적법절차의 실질적 내용을 직접적으로 침해하는 중대한 위법에 해당하여 예외적으로 증거능력을 인정할 수도 없다.(대판 2014.1.16. 20137101).

[육안발견의 예외(plain view doctrine) 부정] 육안발견의 예외는 수사기관이 적법하게 관찰하는 동안 발견한 증거물 및 금제품은 영장 없이

압수할 수 있다는 미국법상 영장주의의 예외이론이다. 초기에는 우연성을 요건으로 하였으나, 근래에는 우연성이 없는 경우라도 허용한다. 전자정보에 대한 육안발견 예외의 적용 여부에 대해, 공리주의 지배하는 미국에서도 법원별로 사안에 따라 견해 차이를 보이고 있으며, 우리 학계에서는 비판적 견해가 우세하다. 대법원의 종근당 판결은, 제2영장과 관련하여 이들 부정하고 있다. 즉, i) 제2영장 청구는 위법 취득한 무관정보를 토대로 한 이상 영장청구요건을 충족하지 못하였으므로 영장이 발부되었더라도 그 압수수색은 위법하다는 것으로, 영장발부가 위법성을 치유하지 못한다는 법리를 다시 확인하였다. ii) 또한, 우연히 발견한 무관정보는 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 새로운 영장을 받은 경우에 한하여 별건 압수수색이 가능하다는 새로운 법리를 제시하였다. 즉, 육안발견의 예외를 인정하지 않는다.

다. 상세목록의 교부

"법원은 수사기관의 압수수색영장 집행에 관하여 범죄 혐의사실과 관련성 있는 정보의 열람·탐색·복제·출력이 종료된 때에는 즉시 압수된 전자정보매체의 '상세목록'을 작성하여 피의자(피고인), 변호인 등에게 교부할 것을 규정할 수 있다. 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 하고, 수사기관은 이를 출력한 서면을 교부하거나 전자파일 형태로 복사해 교부하거나 e-Mail을 송부하는 등의 방법으로도 가능하다"(위 2017도13263), 위에서 살펴본 봐와 같이 영장제도의 취지는 영장주의 보장, 관련성 원칙의 준수, 불복 기회의 보장으로 정리된다. 방대한 정보를 대상으로 이루어지는 디지털 증거 압수수색 영역에서는 관련성 여부를 두고 다툼이 많을 수 밖에 없으므로, 참여권행사의 실질화, 집행 후 불복기회의 담보를 위해 영장 제시만으로 부족하고, 압수수색영장 사본이 교부될 필요성이 있다.[37]

37) 변호사들의 인터뷰에서도 영장의 제시만으로는 참여권이 실질적으로 보장되기 어렵고, 준항고로 다투기 위해서도 압수수색영장 사본의 확보가 중요하다고 하였다.

라. 원본 동일성의 증명

“전자문서를 수록한 파일 등의 경우에는 원본임이 증명되거나 혹은 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그 증명이 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없다. 증거로 제출된 ‘전자문서 파일의 사본이나 출력물' 이 '복사·출력 과정에서 편집되는 등 인위적 개(변)작 없이 원본 내용을 훼손함이 없이 복사·출력한 것’이라는 사실은, 전자문서 파일의 사본이나 출력물의 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 원본이나 사본 파일 생성 직후의 해시값 비교, 전자문서 파일에 대한 검증·감정 결과 등 '제반사정을 종합하여' 판단할 수 있다. 이러한 원본 동일성은 증거능력의 요건이므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명해야 한다”(위 2017도13263).

4. 원격지 압수·수색, 역외 압수·수색

“㉠ 피의자의 e-Mail 계정에 대한 접근 권한에 갈음하여 발부받은 압수수색영장에 따라, 원격지의 저장매체에 적법하게 접속하여 내려 받거나 현출된 전자정보를 대상으로 하여 범죄 혐의사실과 관련된 부분에 대하여 압수수색하는 것은, 대물적 강제처분 행위로서 허용되며, 압수수색영장의 집행에 필요한 처분에 해당한다. ㉡ 이러한 법리는 원격지의 저장매체가 국외에 있는 경우라 하더라도 달리 볼 것은 아니다”(대판 2017.11.29. 2017도9747). ㉠을 원격지 압수·수색, ㉡을 역외 압수수색이라 한다.

[외국계 이메일] e-Mail 압수는 ISP(인터넷서비스 '제공자')를 대상으로 이루어지는 경우가 많다. 외국계 제공자에 대하여는 영장의 집행이 용이하지 않을 뿐만 아니라 사법관할권의 문제도 있다. 위 2017도9747 판결의 사안은 검사 또는 사법경찰이 적정(적법) 절차에 의해 수집한 인터넷서비스'이용자'의 e-Mail ID와 패스워드를 이용하여 한국인터넷진흥원(KISA)의 PC에서 이용자의 '중국 e-Mail계정'에 접속한 뒤 화면 캡쳐나 내려받기의 방법으로 전자정보를 압수수색한 것으로, '원격지'와 '역외

'가 함께 문제되었다. i) 원격지 압수수색은 2015년 종근당 판결의 보충의견에서 이미 그 허용성을 시사한 바 있다. 위 판결은, ㉠ 이용자는 전자정보의 소유자나 소지자로서 압수수색의 대상자가 되고, 이용자의 접근권한에 갈음하여 발부받은 영장에 따라 통상적인 방법으로 원격지 서버에 접속하여 압수수색하는 것은 제공자의 의사에 반하는 것이 아니며, ㉡ 수색장소(KISA)에 있는 단말기기를 이용하여 접속하는 것은 집행의 장소적 범위를 확대하는 것이 아니고, 수색에서 압수에 이르는 일련의 과정이 모두 압수수색영장에 기재된 장소에서 행해진다는 점을 근거로, '원격지 압수수색' 의 적법성을 인정하였다. ii) 나아가 원격지 서버가 국외에 있는 경우라도 마찬가지라고 하여 '역외 압수수색'의 적법성도 명시적으로 인정하였다. iii) 참고로, 일본, 독일, 프랑스 형사소송법은 원격지 압수를 허용한다. 역외 압수는 일명 부다페스트 조약으로도 불리는 유럽이사회 사이버범죄협약(Convention on Cyber-crime, 2001) 제32조에서 '이용자의 자발적인 동의'를 전제로 허용한다. '역외'에 대해서는 상반된 고등법원의 판결이 있었고, 그 허용 여부에 대해 견해 대립이 있었다.

Ⅳ. 영장집행에 있어서 참여권 보장의 문제

현행법은 '당사자(검사, 피고인) 또는 변호인은 압수수색영장 시 집행에 참여할 수 있다'이는 법관의 사전적이고 사법적인 억제를 통하여 수사기관의 강제적인 압수수색 등을 방지하고 국민의 기본권을 보장하기 위한 규정이다.[38] 피압수자 등의 참여권을 담보하기 위해 먼저 압수수색영장 집행의 일시와 장소를 통지해야 한다, 이 또한 헌법상 영장주의의 핵심은 법관에 의한 사전적 통제장치를 마련함으로써 국민의 기본권 보장에 기여하고 있다. 피압수자측이 수사기관의 영장집행에 절차나 과정에 '참여하지 않는다는 의사를 명시한 때' 또는 '신속을 요하는 때'에는 예외로 할 수 있도록 규정한다.[39] 또한, 제219조에서는 수사기관(검사 또는 사법경찰관)의 압수수색에 대해서도 법원의 압수수색에 관한 법 제

38) 형사소송법 제121조(영장집행과 당사자의 참여).
39) 형사소송법 제12조(영장집행과 참여권자에의 통지).

121조와 제122조 단서 중 '급속을 요하는 때를 준용하는 부분은 헌법에 위배되지 않는다는 결정을 선고하였다. [2012.12.27. 2011헌바225 형사소송법 제122조 단서 위헌소원<합헌>] 피의자 또는 변호인에게 참여권의 기회를 보장하고 있다. 하지만 보안성과 밀행성이 요구되는 수사기관의 압수수색에 대하여 법원의 압수수색절차규정을 그대로 준용하는 것은 현실적적으로나 법리적으로 그 근거가 불확실하며, 소재불명, 도망이나 수감 등으로 피의자 등의 참여가 기대하기 어려운 경우 및 초기 수사단계로서 혐의자를 특정되지 아니한 단계에서는 통지가 현실적으로 불가능한 사정을 외면하기 어렵다.

한편, 위와 같은 통지의 방법에는 특별한 제한이 없으므로, 서면이든 구두이든 관계가 없을 것이며, 통지내용은 영장집행의 일시와 장소로서, 참여할 수 기회를 부여하면 족할 것이다.[40] 다만, 법에서는 참여하지 않겠다는 의사를 명시하거나 신속을 요하는 경우에는 통지하지 않을 수 있음을 명문으로 규정하는바, '급속을 요하는 경우'는 증거물을 인멸할 염려가 있거나 증거물이 멸실될 위험이 있어서 즉시 집행하지 않으면 영장집행의 실효성을 거두기 어려운 상황을 의미할 것이다. 영장집행에 있어 이러한 급속을 요하느냐 여부는 집행 당시의 사정을 고려하여 집행기관이 판단할 수 밖에 없는 것이 현실이라 하겠다. 제주지사 선거법위반 사건에서도 광주고등법원은, "압수수색영장 집행 당시 피내사자인 도지사 정책특보 김○에 대한 사전통지가 이루어지 않았다"는 사실을 인정하면서도, "압수수색 실시의 사전통지는 본질적으로 압수물 인멸, 은닉의 위험을 초래하므로 제12조의 예외사유인 '급속을 요하는 때'를 넓게 해석하는 것이 합리적이라 할 것"이라고 하면서, "이 사건에서 피내사자들에 대한 사전통지가 이루어지 않았다고 하더라도 이는 급속을 요하는 때에 해당한다고 할 것이므로 사전통지를 하지 않았다는 이유만으로 이 사건 압수수색 절차가 위법하다고는 할 수 없다"고 판시하였다.[41] 그러나, 실무상 사전통지 및 피의자 등에 대한 참여권 보장에 관한 규정의 준수와 관련한 판단이 결코 쉽지 않다. 피의자의 주거나 사무실에 대한 압수수색에서는 사실상 크게 문제되지 않고,[42] 이론적으로나 실무상으로는

40) 대판 2017. 1. 29. 2017도9747.
41) 광주고판 208. 1.15. 2007노370.

제3자의 주거, 사무실에 대한 압수 수색의 경우, 특히 e-Mail 등 정보주체와 점유자가 다른 경우, 금융기관에 대한 금융계좌추적용 압수수색영장이나 통신회사에 대한 통신영장의 집행에서 피의자 등에 대한 집행 통지나 참여의 보장 문제가 발생한다. 다만, 통신비밀보호법에서는 수사기관이 법원의 허가를 얻어 통신회사로부터의 통신사실 확인 자료를 제공받은 후, 검사의 사건에 대한 처분·종결하는 단계에서 통신가입자에게 사후 통지를 하고 있도록 규정하여, 통신가입자에 대한 사전통지나 참여권 보장 대신 검사의 사후 통지가 가능하도록 하였다.[43]

1. 제3자 보관 자료에 대한 일반적인 집행 실무

법원의 압수수색은 검사, 피고인 또는 변호인이 영장집행에 참여할 수 있고, 이를 위해 미리 집행의 일시·장소를 참여권자에게 사전 통지하여야 할 것이다. 공판과정에서의 압수수색은 공개된 절차로서의 공판의 일부라고 할 것이고, 굳이 공판절차가 아니더라도 증거보전절차와 같은 법원의 압수수색에 있어서도 검사와 피고인에게 공히 공방의 기회를 부여함이 상당하므로 검사와 피고인의 참여를 허용함이 합리적이다.[44] 그러나 수사절차는 공판절차와는 달리 봐야 한다. 수사는 혐의를 입증하기 위해 증거를 수집하는 절차로서, 보안과 밀행성이 유지되어야 하고, 증거 은닉이나 멸실의 위험을 사전에 차단할 수 있어야 하는 것이므로, 수사절차에서는 공개된 법정에서의 당사자 간 공격과 방어의 논리가 지배되지 않고, 그 압수수색의 성격에 비추어 볼 때, 구체적인 사안에 따라서는 피의자 또는 변호인을 참여하게 하는 것이 부적절하다. 이러한 이유로 일본 형사소송법은 법원의 압수수색의 사건관계인 참여 규정을 수사절차에서 준용하지 않고 있는 것이다. 우리 실무에서도 제3자 보관 자료의 압수수색에 있어서는 '급속을 요하는 때에 사건당사자에게 통지하지 않을 수 있음'을 근거로 하여 사건관계인 참여를 배제한 채 집행하는 경우가 많은데, 공무소나 사업소, 타인의 주거 등에서 형사소송법의 규정에

42) 형사소송법 제123조제2항에 따라 주거주 내지 간수자로서 피의자의 참여가 실현되고 있으므로 실무상 큰 문제가 발생하지는 않는다.

43) 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항, 제13조의3 제1항.

44) 이완규, 주석 형사소송법(제5판), 한국사법행정학회(편집대표: 김희옥·박일환), 2017. 1, 315면.

따라 책임자나 주거인, 간수자의 참여하에 압수수색영장을 집행하는 것이 그 예이다.[45] 더 나아가, e-Mail, SNS상의 통신내역 등의 제3자 보관 디지털 자료나 금융계좌추적용 압수수색영장 집행 등의 정보 주체의 참여권 인정 여부도 위와 같은 법원과 수사기관의 압수수색에서의 본질적 차이, 압수수색 당사자 참여권 보장과 예외 사유에 해당 여부 및 구체적인 사안에 따라 판단할 수 있는 문제라고 보아야 한다.

정보주체가 아닌 피압수자인 ISP에게 정보의 상세목록에 '파일 명세를 특정'한 압수목록을 교부하도록 하면 오히려 정보주체의 사생활 비밀 등이 공개될 우려마저 있어 보인다. 이런 경우 ISP 등 정보를 보관하고 있는 제3자에게 증거보전을 명할 수 있도록 한 다음, 압수·수색 과정에서 필요한 경우 정보주체의 참여권을 보장하도록 하고, 정보주체에게 해당 압수목록을 교부는 것이 더 바람직하다고 생각한다.

2. 제3자 보관의 디지털 자료

가. 카카오톡 등 SNS 대화내용에 대한 압수수색

법원은 피의자인 준항고인을 수사하면서 카카오톡 대화내용 등을 확보하기 위해 카카오톡 서버에 대한 압수·수색을 실시한 후 준항고인을 '집회및시위에관한법률위반' 등으로 불구속기소한 사안에서, "피의자 등에게 압수수색영장 집행과정에 참여권을 보장한 것은 압수·수색 집행의 절차적 적법성을 확보하여 영장주의를 충실하게 구현하기 위한 것인데, 피의자 등에게 참여권이 보장되지 않았다면 특별한 사정이 없는 이상 압수수색은 위법하다.(중간생략). 카카오톡 대화 내용는 주식회사 카카오톡의 서버에 보관 중으로 피의자 등이 접근하여 관련 정보를 은닉하거나 인멸할 수 있는 성질의 것이 아니고, 수사기관은 영장이 발부된 후 이틀이 지나 압수수색을 실시하여 급박하게 이루어 진 것으로 볼 수 없다고 보아 예외 사유에도 해당하지 않는다.

수사기관의 증거수집 과정에서 영장주의 등 절차적 적법성을 확보하고 국민의 기본권을 보장하여야 할 필요와 실체적 진실 규명의 요청을 비교, 형량하여 참여권을 보장하는 취지, 급속하게 집행될 사유가 없었던

45) 형사소송법 제219조, 제123조.

사정, 압수수색으로 확인한 자료가 준항고인의 내밀한 사생활의 비밀에 속하는 사정 등에 비추어 압수수색 영장의 원본의 제시, 압수물 목록 교부, 피의사실과의 관련성 등 준항고인의 나머지 주장에 대하여 더 나아가 살펴 볼 필요없이 이 사건 압수·수색의 취소를 면할 수 없다."고 결정하였다.[46]

또한, 이 사건과 유사한 사례로서 서울중앙지방법원은 "수사기관이 압수한 카카오톡 대화기록은 압수수색 당시 카카오톡 회사에 압수수색영장 원본을 제시하지 않은채 팩스로 보냈고, 사후에도 영장 원본을 제시한 바 없으며, 압수수색영장 집행 후 압수목록도 교부하지 아니하여 위법수집 증거이므로 증거능력이 인정되지 않는다."고 판결하였다.[47] 이는 법원이 압수수색 집행사실을 피의자 등에게 통지하도록 규정하고 있는 형사소송법의 예외사유로서 '급속을 요하는 경우'라는 문구에 대해 '압수수색영장 집행사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려운 경우'로 일관되게 판시하면서도, 업체인 주식회사 카카오톡이 서버에 보관하고 있는 대화내용과 계정보 등이기 때문에 피의자가 접근하여 관련 정보를 은닉하거나 인멸할 수 있는 성질의 것이 아니라고 보고, 결과적으로 피의자나 변호인의 참여권이 보장되지 않아 위법하다고 판단한 것으로 평가된다.

나. 포털 사이트의 이메일에 대한 압수수색

대법원 판례는 영장집행 과정에서 확인되는 수사기관의 이메일 압수수색은 다음과 같다.

> "인터넷 포털회사(사이트)에 대한 압수수색영장의 집행으로 피고인이 발송한 e-Mail을 압수한 후 이를 증거로 제출하였으나, 영장 원본을 제시하지 않았고 또한 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 이를 피압수수색 당사자에게 교부하였다고 볼 수도 없다고 전제한 다음, 이러한 절차 위반은 헌법과 형사소

46) 서울중앙지결 2016. 2. 18. (2015보6 준항고).
47) 서울중앙지판 2018. 12. 6. 2014고단412.

송법이 보장하는 적법절차 원칙의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하고 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없어 증거능력이 없다." 고 판시한 바 있다(대판 2017.9.7. 2015도10648).[48]

또한 판례에서는 피고인에 대한 압수수색집행의 통지 및 참여권 보장에 대해 판단하지는 않았다. 다만, '해외에 서버가 있는 e-Mail에 대한 압수수색 사례에서 적법하게 취득한 피의자의 e-Mail ID와 패스워드를 이용하여 국내에서 컴퓨터로 해외 소재 서버에 접속하여 e-Mail을 다운로드받아 압수한 것의 적법성을 인정'한 바 있다.[49] 그 사건에서는 영장기재 압수수색 장소가 한국인터넷진흥원(KISA)으로 기재되었고, 피압수자를 피의자로 보아 사전통지를 하여 참여권 등을 보장한 사안이기는 하다.

다. 금융계좌추적용 압수수색영장

금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(일명, '금융실명법')은 피압수자(피의자)의 압수수색 집행에 관한 사전통지나 참여권 보장 규정을 두지 않고 있다. 다만, 금융회사가 명의인의 서면상 허락(동의)를 받아 거래장부 정보 등을 수사기관에 거래정보를 제공한 경우 제공한 날로부터 10일 이내에 거래정보 등의 주요내용, 사용목적, 제공받은 자 및 제공일 등을 계좌명의인에게 서면으로 통지하여야 하고,[50]해당 통지가 사람의 생명이나 신체의 안전을 위협할 염려, 증인 위해(협), 증거인멸 등 공정한 형사사법절차의 진행을 방해할 염려가 명백하여 수사기관이 통보유예를 요청하면, 매 1회 3개월의 범위에서 유예요청기간 동안 통보를 유예하여야 한다(최장 6개월), 이처럼 압수수색영장(금융계좌추적용)은 정보주체에 대한 정보제공사실 통보만 규정하고 있을 뿐, 참여권이나 압수목록 교부를 별도로 규정하지 않고 있다, 동법에서 정보주체에게도 인정하지 않는 압수목록 교부를 피압수자인 금융회사에 대해 하지 않은 사

48) 대판 2017. 1. 29. 2017도9747.
49) 금융실명법 제4조의2 제1항.
50) 금융실명법 제4조의2 제2항.

정을 엄중한 형사절차 위반으로 인정하여 집행에 의해 취득한 금융정보를 위법수집증거를 판단한 최근 판례는 여러 측면에서 참여권이나 압수목록 교부의 법적 성질이나 영장집행의 실무적 규정의 취지를 몰각한 것은 아쉬움을 남긴다.

'압수물 목록에 기재되지 않은 자료를 수사기관이 사후 사용하는 것을 억지하고 수사과정에서의 적법성을 확보하기 위하여 수사기관의 집행 후 법원에 압수수색 영장을 반환하고, 그 압수물 목록 또한 법원에 제출하도록 하는 제도'를 확보할 필요가 있다.

3. 피압수수색자의 참여권 제한에 대한 비판

오늘날 디지털 기술의 비약적인 발전으로 기업경영과 개인정보가 생성·보관하는 자료와 정보의 대부분이 전자화(디지털화) 되었고, 다양한 정보들이 제3자에 의해 대량으로 생성·보관되는 상황에 이르렀습니다. 정보 소유자의 참여권 보장은 수사기관의 압수수색 대상은 유체물에서 디지털 증거로 그 무게 중심이 이동됨으로써 한층 충실한 비례성원칙에 효과적인 방법임에는 자명하다.

디지털 증거를 보관하고 있는 인터넷 서비스 업체와 금융기관의 경우 자신의 업무수행을 위하여 정보를 보관하는 것일 뿐, 대부분 정보주체가 아니고 관련 법률에 따라 영장 집행사실, 정보제공의 내용 등에 대하여 별도로 기록하고 있다.[51]

개별적 사건에서는 최소 침해의 원칙과 비례성원칙 담보를 위하여 각 전자정보자료의 소유자를 보전되는 정보의 소송절차 관련 중요성 심사에 입회할 수 있는 요구권을 법제화함으로써 피고인의 헌법상 인간으로서의 기본권이 확고하게 보장된다고 사료된다.

참여권이란 유관 사건과 연결되어 있다고 인정할 수 있는 관련 정보만이 특정 영장의 집행범위이고, 압수수색의 대상이 그에 제한된다는 점에 대한 보장을 의미한다. 피고인(피의자 포함) 등은 압수수색의 집행에

51) 예를 들면, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(약칭, '금융실명법')에서 제4조의2에서는 거래정보등의 제공사실을 명의인에게 통보하도록 하고 있고, 제4조의3 제1항, 제2항에서는 금융기관 등이 금융거래정보를 제공한 경우 금융위원회가 정하는 양식에 따라 정보제공일 및 그 내용 등을 기록하고 자료를 5년간 보관하도록 하고 있다.

직접 참여할 권리가 있고, 통상 저장매체의 확보 후 장소를 옮겨 수사기관의 사무실 등에서 행하여지는 정보의 검색, 분석 과정에 이르기까지 참여권은 보장된다고 봐야 한다. 디지털 정보의 압수수색과 관련하여 형사소송법 제106조 제4항, 제121조, 제122조, 제123조, 통신비밀보호법 제9조의3 등에서 규정한 참여권 보장 및 통지 등 의무를 수사기관이 이행하지 않았을 때 그러한 사유만으로 압수수색 집행이 위법하게 되는지가 문제된다. 이 규정은 사생활 비밀, 통신의 자유 등의 헌법적 기본권을 보장하기 위한 규정이므로 위반 시 원칙적으로 위법하고 동법의 대원칙 위법수집증거배제의 원칙해당한다고 보아야 할 것이다.[52] 압수·수색의 집행과 관련하여 사전·사후 통지의무를 이행하지 않고 피고인 등의 참여 요구를 거부할 경우 이 또한 정당화할 만한 합리적인 사유가 있어야 한다. 수사기관이 압수·수색 절차에서 정당성을 획득하기 위해서는 관계인의 입회절차가 기본권 침해의 정도를 최소화하고, 비례성 원칙에 충실한 수사절차를 담보하는데 중요한 역할을 할 수 있다. 또한 저장정보매체 자체의 압수 대상의 적격성을 인정하고, 동일한 입장에서 변호인들은 소송절차에서 피고인의 방어권 보장과 변호전략 수립(중요성 심사)을 위하여 소송관계인으로서 참여가 매우 중요하고, 이를 철저하게, 실질적으로 보장해야 한다.

특히 범죄혐의와 관련이 없는 방대한 개인정보가 저장된 무형적 형태의 전자정보(e-Mail, 저장된 통신정보, 클라우드에 잔존하는 정보 등)의 압수수색 시 피압수 당사자 등의 참여가 압수처분에서 비례성 원칙을 담보하는데 합당한 조치임을 인정하여야 한다, 그렇다고 이것은 수사기관 또는 재판기관의 구속적인 절차로 명령 또는 당위를 의미를 내포해서는 안 된다고 보아야 할 것이다.

52) 다만 형사소송법 제122조의 사전통지의무를 이행하지 않은 경우에 수사 초기 단계에서 압수·수색이 이루어지는 특성상 위 조항 단서의 '급속을 요하는 때'에 해당하여 위법하다고 보기 어려운 경우가 있을 것으로 보인다.

Ⅴ. 피압수수색자의 방어권 실효적 보장방안

1. 논의 필요성

디지털 증거 압수수색에서 피압수자 등이 참여한다고 하여도 참여권 보장을 위한 실효적인 제도적 장치가 마련되지 않는다면 형식적인 참여만이 인정될 것이고, 실질적인 참여권을 통해 실현하고자 하는 적정절차는 실현되기 어렵다. 최근 피의자 등이 참여를 하지만 해시값, 이미징, 하드카피 등 다양한 용어를 비롯하여 범죄현장에서 처음 보는 장비를 활용하여 압수를 하기 때문에 실질적인 참여권이 보장되는데 한계가 많다. 다음에서 디지털 포렌식 전문가 참여제도, 디지털 포렌식 수행 절차 녹화, 디지털 증거개시제도 활성화, 디지털 증거 개시, 그리고 디지털 포렌식 용어의 표준화 등 5가지 정책 대안을 검토하고 그 필요성을 제시하고자 한다.

2. 디지털 포렌식 절차 녹화 및 전문가 참가제도 운영

디지털 포렌식은 융복합 과학 분야로 법절차와 기술을 모두 알아야 하기 때문에 변호사라도 기술을 모를 경우 변호에 한계가 있다. 피압수자와 변호사가 압수수색에 참여하더라도 디지털 분석관이 무엇을 압수수색 하는지, 그 행위가 형사소송법과 어떻게 연결되는지를 파악하는 것은 쉽지 않다. 따라서 압수수색과정에 피압수자와 변호사 등을 조력할 수 있는 특히 디지털 포렌식 전문가가 참여하는 제도가 절실하다. 이를 보장하기 우,해 디지털 포렌식 전문가에 대한 국가 자격제도를 마련하여 전문가를 충실히 양성하고, 나아가 지속적인 보수교육을 통해 직무역량과 윤리의식을 갖추도록 해야 한다. 특히, 전문가 양성과 관련 전문적 교육프로그램 제공이 수요에 비하여 공급이 매우 부족한 것이 현실적 문제라고 할 수 있으며 전체적인 수요와 기술수준에 대한 조사와 평가가 진행될 필요가 있다. 수사기관이 디지털 포렌식 절차에서 피압수자나 변호인에게 특정행위에 대한 기술적 설명과 고지를 제도화하고 디지털 포렌식 전문가의 조력을 받을 수 있는 권리를 고지하는 절차도 마련할 필요가 있다. 또한, 포렌식이 필요한 국가기관의 각 부처 그리고 자방자치단

체는 그에 맞는 적합한 담당인력에 대해 종합적이고 분야별 전문교육프로그램이 설계될 필요가 있다.

3. 소결

정보통신과 획기적인 디지털 기술의 발전에 따라 컴퓨터, 스마트폰 등 정보저장매체를 이용한 정보저장이 일상화되었고, 각종 범죄의 증거들도 종이 문서가 아닌 디지털 정보의 형태로 존재하는 경우가 상당히 많아지고 있다. 따라서 범죄 수사에 있어서 첨단 과학적 디지털 증거를 적법하고 효과적으로 확보할 필요성이 증가하고 있는 현실이다. 디지털 증거는 이를 출력하기 전까지는 눈으로 직접 확인하기 어렵다는 특징을 지니고 있으므로, 압수수색 대상물을 특정하거나 압수수색의 범위를 정함에 있어 모호함이 존재한다. 또한, 클릭 한 번만으로도 순식간에 다른 서버나 저장매체로 옮겨질 수도 있고, 규모가 매우 방대할 수도 있기 때문에 여러 정보들 가운데 실제로 수사에 필요한 증거가 어디에 숨어있는지 찾아내는 일도 용이하지 않다. 이로 인해, 자칫 범죄와 관련이 없는 정보에 대한 불필요한 압수수색이 행해지고, 영장주의를 위반하거나 개인의 사생활(프라이버시)의 비밀을 과도하게 침해할 가능성도 점차 커지고 있다. 물론 형사소송법의 근간인 실체적 진실을 밝힘은 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다. 우리 형사소송법의 대원칙은 한 치의 흔들림 없이 지켜져야 할 가치임이 명약관화하다.

이에, 수사기관이 강제처분의 일환으로 디지털 증거의 압수수색 절차(증거수집 과정에서)에 있어 영장주의 등 적법절차를 반드시 준수, 강조되어 헌법상 담보된 국민의 기본권 불필요하게 침해하지 않도록 신중을 기할 필요가 있다고 할 것입니다. 압수수색 절차에서 당사자 참여권을 충실히 보장하여 절차적 적법성을 확보하고, 정보저장매체 및 디지털 증거의 특수성을 고려한 각종 조치에 대한 제도 마련이 되어야 할 것이다.

향후 선진 외국의 법령과 사례를 통하여 디지털 증거 압수수색과 관련한 법률적, 제도적 문제점을 짚어보고, 관련 법제의 합리적 발전 방안에 대해 다각도로 검토할 필요가 있다. 국민의 기본적 인권 보호를 위해

헌법에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙과 영장주의를 준수하며 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 구체적 방안들이 심도 있게 논의되기를 기대한다. 특히 제3자가 보관하는 디지털 정보 등의 압수수색 집행에 대해 정보 주체에 대한 사전 통지나 무조건적인 참여권 보장만 강조하면 자칫 실체적 진실 발견을 통한 신속한 범죄규명 및 국가기관의 활동을 통한 범죄피해자에 대한 회복 지연이나 불능에 이르는 경우도 고려하여, '수사를 통한 실체적 진실 규명의 필요성'과 '개인의 사생활 및 통신의 자유를 보장할 필요성'을 비교, 형량한 다음, 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하는 수사기관과 사법기관의 노력이 더욱 필요하다.

Ⅵ. 결론 및 개선방안

1. 참여권 보장 방안

위 Ⅴ장에서 논의 한 '피압수수색자의 방어권 실효적 보장방안'의 연장선에서 우리 형사소송법 제121조[53]는 재판단계의 참여이고, 이를 준용하는 동법 제219조에 따른 참여는 수사단계의 참여라는 점에서 차이가 있다. 전자가 사건당사자들의 당연한 절차참여권의 확인이라면, 후자는 피압수자의 프라이버시 및 재산권 침해를 방지하기 위한 것으로 양자는 구별됩니다. 공개주의가 적용되는 재판절차와 달리 수사절차는 비공개원칙이 적용되어 밀행성이 보장되어야 한다는 점에서도 차이가 있다. 수사단계의 참여는 프라이버시 및 재산권의 침해 방지라는 목적 범위 내에서 인정되는 것인 만큼 프라이버시 및 재산권의 침해가능성이 전혀 없는 상황에서까지 참여권이 인정된다고 보기는 어렵다. 예컨대, 정보저장매체가 파손되어 물리적인 수리가 필요한 경우, 암호가 설정되어 있어 암호해독이 필요한 경우 그 수리나 복호화 과정에 피압수자의 참여가 반드시 필요하다고 볼 수는 없습니다. 수리나 암호해독이 완료되어 기억된 정보에 대한 탐색이 가능해졌을 때 비로소 피압수자의 참여권이 인정된다고 할 수 있다.

---

53) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정(형사소송법 제221조의2 위헌소원)

2. 법원에 대한 집행 결과 보고 방안

법 제106조 이하에서는 재판단계에서의 압수수색을 규정하고 있으며 동법 제115조[54]는 압수수색영장 집행 시 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행하되 필요한 경우 재판장이 법원사무관등에게 그 집행을 명할 수 있도록 규정하고 있으며, 동법 제117조[55]는 법원사무관등이 압수수색영장을 집행할 때 사법경찰관리에게 보조를 구할 수 있다고 규정하고 있다.

형사소송규칙 제63조[56]는 위와 같이 영장을 발부한 재판장이 이를 직접 집행하지 않고 검사에게 위탁하거나 법원사무관등에게 명하여 사법경찰관리로 하여금 집행하도록 실무상 절차를 설계했기 때문에 마련한 당연한 절차 규정이지 이를 수사기관의 압수수색을 통제하기 위한 법원의 사후 감독규정으로 보기 어렵다. 따라서 수사상 필요에 따라 검사 또는 사법경찰관이 법원의 영장을 발부받아 진행하는 압수수색에 동 규칙 제63조를 곧바로 준용하는 것은 내용적 정합성 측면에서 문제가 있어 보입니다. 물론, 수사기관의 압수수색에 있어 영장 발부 법관에 의한 사후통제를 도입할지는 동 규칙 제63조의 준용과는 다른 문제이다. 이에 관한 깊은 연구가 되어 있지 않은 상황에서 시비를 단언하기는 어렵겠지만 대부분의 형사사건이 정식재판 대신 기소 협상으로 마무리되는 미국과 달리 공소 제기 시 정식재판을 통해 압수의 적법성에 대한 심사가 이루어지거나 이루어질 수 있는 우리나라에서 그 필요성을 인정하기는 어려워 보인다. 미국과 완전히 다른 형사절차를 채택한 우리에게 영장 발부 법관에 의한 사후통제는 중복심사에 해당하기 때문이다. 여기에 현재도 압수절차의 위법은 준항고를 통해 본안 전에 적법성을 다툴 절차가 마련되어 있다는 점까지 고려하면 입법의 필요성은 더욱 절실하다.

---

54) 형사소송법 제115조(영장의 집행) ① 압수수색영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 단, 필요한 경우에는 재판장은 법원사무관등에게 그 집행을 명할 수 있다. <개정 2007. 6. 1.> ② 제83조의 규정은 압수수색영장의 집행에 준용한다.

55) 형사소송법 제117조(집행의 보조) 법원사무관등은 압수수색영장의 집행에 관하여 필요한 때에는 사법경찰관리에게 보조를 구할 수 있다.

56) 형사소송규칙 제63조 (압수수색영장 집행후의 조치) 압수수색영장의 집행에 관한 서류와 압수한 물건은 압수수색영장을 발부한 법원에 이를 제출하여야 한다. 다만, 검사의 지휘에 의하여 집행된 경우에는 검사를 경유하여야 한다.

3. 수사단계와 공판단계 압수·수색절차 구분의 필요성

우리 법은 제10장(제106조 이하)에서 공판절차에서의 압수수색절차에 관한 규정을 마련하고, 이중 일부를 제219조에서 수사절차에서의 압수·수색에 준용하도록 규정하고 있습니다. 공판에서의 압수·수색을 기본으로 정한 다음, 이를 수사절차에서 준용하고 있어 피고인의 절차적 권리와 피의자의 절차적 권리가 대체로 동일한 것처럼 인식된다.[57]

예컨대 우리 형사소송법은 공판에서의 압수·수색절차 참여권 규정인 법 제121조, 제122조를 제219조에서 그대로 수사과정에 준용하도록 하고 있다. 디지털 증거의 압수수색과 관련하여 피압수자의 참여권 보장은 필요하지만, 수사 진행 중 피의자의 참여권을 공판절차에서 피고인의 참여권과 동일한 정도로 보장하여야 하는 것인지는 의문이다.[58] 특히, 수사초기 단계이고 피의자가 자신에 대한 수사진행 여부도 모르는 상태인 경우 압수수색절차에 대한 사전통지만으로도 관련 증거의 인멸, 참고인 등에 대한 회유 등으로 수사진행이 어려워 질수 있다. 물론, 수사단계에서는 제122조의 '급속을 요하는 때'에 해당한다고 보아 실무상 대부분 피의자에 대한 사전통지를 생략하고 있기는 하지만,[59] 어떠한 경우가 사

---

57) 형사소송법 제121조, 제122조, 제219조의 문언적 해석에 의하면, 피고인 또는 그 변호인은 수사 절차에서 피의자 및 그 변호인으로 해석될 수 있고, 피고인의 참여권과 동일한 선상에 피의자의 참여권이 인정되는 것처럼 보인다.

58) 법원은 디지털 증거의 압수수색과 관련하여 '피의자의 카카오톡 메시지를 압수하기 위하여 피압수자를 ㈜카카오로 하여 압수수색영장을 집행하여 그 메시지 내용을 압수한 사건에서, 형사소송법 제122조에 따라 압수수색영장을 집행함에는 미리 피의자에게 집행의 일시와 장소를 통지하여야 함에도 하지 않은 경우 압수처분이 위법하므로 취소하여야 한다며 준항고를 제기하자 2016. 2. 18. 항고심 법원은 피압수자는 는 ㈜카카오이나 압수물은 피의자의 카카오톡 대화내용인 바, 피의자에게 미리 압수수색영장을 집행의 일시와 장소를 통지하여야 함에도 하지 않았고, 통지 예외사유인 '급속을 요하는 경우'에 해당하지 않아 위 압수처분은 위법하다'라고 하면서 준항고 인용결정(서울중앙지법 2015보6)을 하였고, 이에 검사가 재항고하여 현재 대법원 2016모587호로 심리중이다. 위 사건에서 서울중앙지법은 원칙적으로 피압수자가 아닌 피의자에게 압수수색영장 집행 전에 영장집행 일시, 장소 등을 통지하여 참여권을 보장하여야 한다고 하였다.

59) 법원은 디지털 증거의 압수수색과 관련하여 '피의자의 카카오톡 메시지를 압수하기 위하여 피압수자를 ㈜카카오로 하여 압수수색영장을 집행하여 그 메시지 내용을 압수한 사건에서, 형사소송법 제122조에 따라 압수수색 영장을 집행함에는 미리 피의자에게 집행의 일시와 장소를 통지하여야 함에도 하지 않은 경우 압수처분이 위법하므로 취소하여야 한다며 준항고를 제기하자 2016. 2. 18. 항고심 법원은 피압수자는 ㈜카카오이나 압수물은

전통지를 생략할 수 있는'급속을 요하는 때'인지는 명확하지 않다. 우리 법의 위 규정과 비슷한 형태로 규정된 일본의 법 제113조는 수사기관의 압수·수색에 준용하지 않고 있는 점,[60] 실무상 공판절차보다는 수사절차에서 압수수색을 하는 경우가 많고, 압수·수색영장의 집행을 사전에 통지하는 경우 증거인멸의 우려가 높은 점, 공판에서의 사건관계인, 즉 당사자로서 피고인의 지위와 수사절차에서의 피의자의 지위가 동일하지 않은 점, 재판은 공개를 원칙으로 함에 비하여 수사는 비밀성을 중요한 요소로 하고 있는바, 공개된 재판에서 이루어지는 피고인 등에 대한 참여권 보장과 수사절차에서 피압수자가 아닌 피의자에 대한 압수수색절차 참여권 보장은 달리 규정되어야 한다는 견해도 있습니다.[61] 특히, 피의자가 해당 디지털 증거의 주체 또는 피압수자가 아닌 경우에도 법률에서 피의자의 당사자로서의 지위에 근거하여 원칙적으로 참여권을 보장하여야 하는지 의문이다. 따라서 법원의 압수수색 규정을 그대로 수사절차에 준용하는 방식이 아니라, 각각의 절차의 특성에 맞게 따로 규정할 필요가 있고, 피고인으로서의 참여권과 피의자로서의 참여권을 달리 규정할 필요가 있다고 생각한다.

4. 압수수색영장 제시(법 제118조) 강화 방안

판례(대법원 2017.9.7. 선고 2015도10648판결, 2019.3.14. 선고 2018도2841 판결)는

> "서면 영장 사본이 아닌 서면 영장 '원본'을 제시하여야 한다는 원칙을 강조하면서 기존에 관례대로 인터넷 서비스업체 및 금융기관에 대하여 압수수색영장 집행함에 있어 모사전송에 의하여 영장

피의자의 카카오톡 대화내용인 바, 피의자에게 미리 압수수색영장을 집행의 일시와 장소를 통지하여야 함에도 하지 않았고, 통지 예외사유인 '급속을 요하는 경우'에 해당하지 않아 위 압수처분은 위법하다'라고 하면서 준항고 인용결정(서울중앙지법 2015보6)을 하였고, 이에 검사가 재항고하여 현재 대법원 2016 모587호로 심리중이다. 위 사건에서 서울중앙지법은 원칙적으로 피압수자가 아닌 피의자게 압수수색영장 집행 전에 영장집행 일시, 장소 등을 통지하여 참여권을 보장하여야 한다.

60) 일본 형사소송법 제222조 제1항.

61) 이완규, "디지털 증거 압수절차상 피압수자의 참여방식과 혐의 관련성 영역 밖의 별건 증거 압수방법", 형사법의 신동향, 제48호, 대검찰청, 2015. 9,105면-109면.

사본을 제시하고 압수조서 및 목록을 교부하지 않은 것은 위법하고 이로 인하여 취득한 증거는 증거능력이 없다고 판시하였다".

판례의 이러한 해석은 관련 조항의 문언적 해석에 부합한다고 생각한다. 그러나 위 2015도10648 판결, 2018도2841 판결 이전까지 인터넷 서비스 제공업체 및 금융기관에 대한 압수수색영장의 경우 팩스로 영장 사본을 송신하고, 수사기관의 이메일로 관련 정보를 제공받는 방법으로 영장의 집행이 이루어지고 있었고 이러한 사실에 대하여 법원이 모르지는 않았을 것으로 보인다.[62] 금융계좌추적 영장의 경우 1990년대 후반부터 형사소송법에 규정된 절차를 따르지 않고 모사전송에 의한 영장 집행, 압수목록 미교부 등이 관행처럼 이어져 왔으나, 위 대법원 판례에서는 기존의 관행이 인정되어 왔던 배경, 이를 지금까지 위법한 절차로 보지 않았던 이유에 대하여는 충분한 설명을 하지 않고 있어 아쉬움이 있다고 하겠다.

정보주체가 아닌 제3자가 보관한 디지털 증거의 압수수색에 있어서 법원의 판례처럼 유체물에 대한 압수수색과 같이 서면 영장원본을 제시하고, 제3자인 피압수자에게 압수목록을 제공하도록 하는 경우 디지털 증거의 특성에 맞지 않는 영장 집행 방법으로 보이고[63] 그 실효성을 찾기도 어려워 보인다. 이러한 엄격한 집행절차로 인하여 수사기관이 원거리에 있는 인터넷 서비스 업체 또는 금융기관에서 직접 영장 원본을 제시하고 집행하게 되면 수사의 효율성이 매우 떨어질 뿐만 아니라 수사기

62) 이와 같은 관행이 압수수색절차에 관한 형사소송법의 문언과 배치되어 왔음을 부인하기는 어렵다.

63) 법원은 외국 ISP가 보관하는 해외 서버에 저장된 e-Mail을 압수수색하면서, 압수수색장소를 '한국인터넷진흥원 사무실에 설치된 pc'로 하고, 수사기관이 적법하게 확보한 아이디 및 비밀번호로 해당 e-Mail 계정에 접속한 다음 e-Mail을 압수한 사건에서 해외 서버에 접속하는 행위를 형사소송법 제120조 제1`항에 정한 압수수색영장의 집행에 필요한 처분으로 보아 압수수색이 적법하다고 판시한 바 있다(대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747 판결). 그러나 위 판례에 대하여 많은 비판적인 견해가 있다. 디지털 정보를 보관하는 장소가 외국 인터넷 서비스 제공자의 외국 서버인 경우, 디지털 정보가 한 곳의 서버에 저장되는 것이 아니라 분할된 후 여러 개의 클라우드에 분산 저장되는 클라우드 모델의 경우에는 이를 우리 법원이 발부한 압수수색영장을 집행함에 있어 현실적으로 많은 제약이 있고, 이에 대하여 압수수색 참여권 통지, 압수목록 교부 등의 절차에 대하여 형사소송법이 명쾌하게 정하고 있다고 보기 어려운 측면이 있다.

밀의 유출가능성도 높아질 것으로 보인다.

유체물에 대한 압수수색과는 달리 '서면' 영장 원본을 직접 제시하도록 하는 것보다, 전자영장제도를 도입하여 전자적 방식에 의하여 영장 원본을 제시하도록 하는 것이 디지털 증거의 특성에 부합하는 것으로 보이고,[64] 이와 같은 시스템이 갖추어지기 전에는 통신비밀보호법상의 통신사실자료제공요청 허가장의 집행절차와 같이 모사전송에 의한 영장 사본 제시를 허용할 수 있도록 법률을 개정하는 것도 필요하다.

또한, 제3자 보관 정보에 대한 압수수색에 있어 압수된 정보의 상세목록을 작성하여 피압수자에게 제공하는 것이 과연 바람직한가에 대하여 의문이 있습니다. 예를 들어, 정보주체가 아닌 피압수자인 인터넷 서비스 제공자에게 정보의 상세목록에 '파일 명세를 특정'한 압수목록을 교부하도록 하면 오히려 정보주체의 사생활 비밀 등이 공개될 우려마저 있다. 이러한 경우 인터넷 서비스 제공자 등 정보를 보관하고 있는 제3자에게 증거보전을 명할 수 있도록 한 다음, 압수수색 과정에서 필요한 경우 정보주체의 참여권을 보장하도록 하고, 정보주체에게 해당 압수목록을 교부는 것이 더 바람직하다고 생각한다.

---

64) 법무부가 발의한 '형사사법절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률' 제정안이 2021. 1. 26. 국무회의에서 통과되었다. 위 법률안 제17조에 의하면 형사소송법상의 영장을 집행할 때에는 전자문서 등의 형태로 제시·전송할 수 있다. 제17조(영장의 집행에 관한 특례) ① 「형사소송법」 제73조, 제113조, 제200조의2, 제201조, 제215조에 따른 영장을 집행할 때에는 대통령령 등으로 정하는 절차와 방법에 따라 전자문서 등의 형태로 제시·전송할 수 있다.② 제1항에 따라 전자문서 등으로 집행하기가 곤란한 경우에는 전자문서 등의 출력서면으로 집행할 수 있다. 이 경우 전자문서 등을 출력하는 절차와 방법은 대통령령 등으로 정하되, 전자문서등과 동일성이 확보되고 법관이 발부한 취지와 다르게 수 통이 출력되지 않도록 기술적 조치를 하여야 한다.③ 제2항에 따라 출력한 서면은 전자문서등과 동일한 것으로 본다.

(논문투고일: 2021.6.7., 심사개시일: 2021.6.8., 게재확정일: 2021.6.23.)

이인곤

정보통신기술, 전자정보매체, 통신자료 및 금융계좌추적수사, 참여권 보장, 압수

【참 고 문 헌】

1. 국내 문헌

김기범·이관희, “전기통신사업자 보관 몰수 대상 정보의 압수실태 및 개선방안”, 경찰학연구 제16권 제3호, 경찰대학, 2016,

김종현, “영장신청권자 규정에 관한 헌법적 연구-영장주의 본질 및 영장제도의 연혁을 중심으로-”, 법조 제68권 제4호, 법조협회, 2019.

김한균·권순철·이승한, “압수수색과 위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 한국형사정책연구원 연구총서 제7권 제23호, 한국형사정책연구원, 2007,

박건욱, “수사기관에서의 전자정보 탐색 과정을 압수수색의 일환으로 보는 판례입장에 대한 비판적 검토- 대법원 2015.7.16.자 2011모1839 전원합의체결정-, 형사법의 신동향 통권 제50호, 대검찰청, 2016.

박경규, “ICT환경에서 압수 수색의 ‘피의사건과의 관련성’ 요건이 가지는 의미, 현행법의 문제점 및 개선방안”, ICT환경에서 형사실체 절차법의 주요쟁점, 경북대학교 법학연구원 형사법센터 IT와법연구소 대검찰청 검찰미래기획단 2019 하계공동학술세미나, 2019.

박민우, “디지털증거 압수·수색에서 유관정보 확인 이후 절차와 증거능력”, 고려법학 제81권, 고려대학교 법학연구원, 2016,

박용철, “디지털 증거 중 카카오톡 대화의 압수·수색영장 집행에 대한 참여권 - 대법원 2016모 587 사건을 통해 본 형사소송법 제122조 단서상 ‘급속을 요하

박혁수, “디지털 정보 압수 수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 제44호, 대검찰청, 2014.

백제현, “현행 법제상 전자적 증거의 압수 수색의 한계와 개선방안”, 법학연구 제27권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2019.

설민수, “피의자 보관 전자정보의 압수·수색에서 미국과 한국 법원의 영장주의 적용과 변화과정:이미징을 중심으로”, 형사법의 신동향

통권제53호, 대검찰청 2016.
이경렬, “강제처분에 관한 검사의 영장청구권 규정의 함의”, 형사법의 신동향 제56호, 대검찰청, 2017.
이경렬·설재윤, “전자증거의 적법한 압수와 별건 증거사용에 관한 실무연구”, 법조통권 제733호, 법조협회, 2019.
이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 대하여 -대법원 2009모 1190 결정에 대한 평석을 중심으로 한 연구”, 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012.
이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 증거 압수 방법”, 형사법의 신동향 제48호, 대검찰청, 2015.
이종근, “적법한 체포에 부수한 휴대폰의 수색과 영장주의-미연방대법원의 판례를 중심으로”, 법학논총 제33집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2016.
신동운, “제정형사소송법의 성립 경위”, 형사법연구 제22호, 2004.
조광훈, “정보저장매체 등의 압수 수색에서 참여권”, 저스티스 통권 제151호, 한국법학원, 2015.
조 국, “컴퓨터 전자기록에 대한 대물적 강제처분의 해석론적 쟁점”, 한국형사정책학회, 형사정책 제22권 제1호, 2010,
최형석·이상진, “디지털 증거탐색 과정에서의 피압수자 참여 문제와 컴퓨터 영상 녹화 제도에 관한 연구”, 디지털포렌식 연구 11권 2호
허 준, “제3자 동의에 의한 디지털 증거 압수·수색의 한계”, 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교 형사법학회, 2019,

2. 국외 문헌

BVerfG, Beschluß vom 12. 4. 205 - 2 BvR 1027/2, Rn. 127.
Barry Kamins, New York Search & Seizure §4.02(1), 4-35 (Matthew Bender, Rev. Ed. 2016.
Chimel v. California case, 39 5 U.S. 752 1969 .
David Fuqua, “Technology and the Fourth Amendment: History an

d Application of Principles of Decision in Light of New Means of Surveillance". FDCC Quarterly. 64, 2014/Fall

Gary Nash, The Unknown American Revolution, Viking, 2005,; Linda Monk, The Words We Live By, Hyperion, 2003

Riley v. California case, 134 S.Ct. 2473 2014.

R. v. Morelli case 1. S.C.R. 253 at paras. 2-3. 2010.

3. 판례

대법원 2009. 3. 12.선고 2008도763 판결.

대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정.

대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정.

대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 판결.

대전고등법원 2015. 7. 27. 선고 2015노101 판결.

의정부지방법원 2019.8.22. 선고 2018노2757 판결.

Abstract

Measures to secure the right to participate in the search and seizure of digital evidence (electronic information)

Lee, In Gon

With the recent development of electronic information and communication technology, many personal information is digitized and stored, and its proportion is increasing day by day. We leave digital traces of location and situation as well as individual conversation through various applications such as mobile messenger, email, and Google map every day. The use of digital forensics has also surged in criminal investigations. In the past decade, the number of digital forensics evidence analyses has increased more than ten times. Now the use of digital evidence is indispensable in criminal investigations. On the other hand, however, the possibility of indiscriminate collection of non-arguable personal information and infringement of the right to self-determination in search and seizure has increased due to the bulk of digital evidence and ease of replication.

Although supplementation is being made through the maintenance of laws and precedents, the seizure and search regulations alone under the Criminal Procedure Act, which presupposes existing fluids, still remain insufficient in the application of seizure and search procedures to digital evidence. Discussions are urgently needed on reasonable measures to harmonize the discovery of substantive truths with the protection of basic rights of suspects and defendants. Therefore, I think various and in-depth

concerns should be made about the specificity, scope, and method of execution of digital evidence.

Unlike conventional raids on fluids that mainly occupy (own) the residence or office of suspected criminals due to social changes, the places and objects of seizure and search of digital evidence are diversifying. In line with this trend of change, seizure and search warrants account for most of the operation and execution of electronic information media occupied and managed by third parties (Internet service providers, portals, etc.) rather than electronic information subjects.

In preparation for this reality, a special law was enacted to prescribe warrant execution procedures for information and communications and financial transaction information, and the Criminal Procedure Act (hereinafter referred to as the "Act") also provided a separate rule on the participant system. In the criminal process of execution of third-party custody of other electronic information media, there is a need for an alternative method to adapt to today's reality by institutionalizing general regulations on the security of warrants, information subjects and agents.

Lee, In Gon

Information and communication technology, electronic information media, communication data and financial account tracking investigation, guarantee of participation, list of seizures