

전자정보 영장제도 도입방안에 관한 연구*

A study on the introduction of the electronic information warrant system

이 인 곤**

Lee, In-Gon

《 목 차 》

- I. 서론(문제 제기)
- II. 현행법상 영장주의의 본질 및 대상
- III. 전자정보사회와 형사사법 환경의 변화 추이
- IV. 외국의 입법례
- V. 전자정보영장제도 도입 필요성과 활성화 방안 논의
- VI. 결론 및 제언

[국 문 초 록]

전자(디지털)정보에 대한 압수수색의 경우 전자정보 저장매체 내에는 방대한 양

┃ 투고일자: 2023년 01월 31일 ┃ 심사일자: 2023년 02월 25일 ┃ 게재확정: 2023년 03월 01일

* 이 논문 또는 저서는 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 신진연구자지원 사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2021S1A5A8069804)

** 호서대학교 인문사회과학대학 법·경찰행정학과 교수, 법학박사

의 전자정보가 존재하고 있어 혐의사실과 연관된 정보뿐 아니라 관련성이 없는 정보도 내포하고 있을 수 있는데 각 부분에 따른 저장매체의 물리적 불가분성 등 특수성 때문에 자칫 혐의사실과 무관한 부분까지도 압수수색의 대상이 될 수 있어 개인의 사생활 비밀 또는 기업의 영업 비밀을 침해할 우려가 크다. 이러한 우려의 최소화 또는 종식을 위해서는 전자정보에 대한 압수수색 시 영장에 기재된 범죄(혐의)사실과 연관된 부분만을 그 영역(대상)으로 하여야 한다. 물론 그 전제로 영장청구 및 발부단계에서부터 압수수색의 대상(객체), 장소 및 (필요시) 방법까지 가능한 한 구체적으로 특정되어야 함은 일반영장금지(본질)의 원칙상 당연한 귀결이다. 전자정보에 대한 압수수색에서의 연관성은 당해 범죄혐의 사실과 전자정보가 주관적(전자정보의 관리주체 내지 기본권 향유 주체 등 인적 연관성), 객관적(해당 전자정보 자체의 연관성), 나아가 시기적으로(일정 시간 범주 내의 추적 등 시간적 관련성) 연관되어 있어야 함을 지칭한다. 전자정보에 대한 압수수색이 영장에 기재된 혐의사실과 관련된 부분만을 대상으로 함으로써 집행의 함에 적법성을 갖추기 위해 구체적으로 일정한 조치가 필요하다. 먼저 혐의사실과 연관된 파일의 탐색을 통해 연관된 정보를 선별하여야 한다. 그 방법으로 정보저장매체 내의 파일(정보)을 대상으로 주제어 검색 등 일상의 검색방법을 고려해 볼 수 있는데 저장매체의 기술 발전으로 통상의 검색방법으로는 검색되지 않도록 비밀번호를 설정, 문서파일이 아닌 특수형태의 그림파일로 된 경우 비검색적 방법의 집행도 인정하여야 상황이 존재할 것이다. 비검색적 집행방법의 예외적 인정 여부는 사안에 따라 수사기관의 개별적으로 판단해야 할 것이다. 최근 수사기관은 범죄혐의 연관 전자정보만을 선별 압수수색을 위해서는 ‘Tamura-Carey 접근방식’ 또는 ‘코진스키안’과 같은 압수수색영장 집행과 관련한 미국 판례이론을 수용하자는 주장이 제기되기도 하지만 법제가 상이한 우리 수사당국은 얼른 도입하기에는 난해한 측면이 있다. 한편 이미징이나 하드디스크 전체의 카피에 대해서는 그 대상의 광범위성 또는 포괄성 때문에 관련성 차원에서 전면적으로 부정해야 하는 것이 아니냐는 시선이 있을 수 있지만 역기능뿐만 아니라 순기능을 가지는 양면성이 있으므로 그 취지를 면밀히 검토하면서 조심을 기할 필요가 있다. 피처분자의 인권 보장을 위한 일반영장금지의 요청과 실제적 진실발견을 위한 국가형벌권의 적정한 행사 요청(물리적 정보매체에서 혐의관련 유무 확정이 어려운 컴퓨터 범죄에 대한 특수성과 실효적 대응)을 조화롭게 반영할 필요가 있다.

한 걸음 더 나아가 본 연구에서는 국가형사사법의 양대 축의 실효적 실현을 위

해 최근 학계와 실무계(경찰-검찰)에서 활발히 논의되고 있는 전자정보영장제도 도입을 통한 국가형사사법의 근간을 이루고자 함에 그 목적(검경수사권 조정에 따른 기존의 검찰의 독점적 영장 청구권과 경찰의 영장 신청권 독립론의 대립은 본 연구에서는 별론으로 한다)이 있다.

수사실무에서는 이미 영장 청구 시 e-Mail이나 팩스가 사용되고 있지만, 통상적으로 서면으로 수사기관의 영장청구와 법원의 발부, 처분당사자에게 영장을 제시하는 형식을 취하여 왔다. 이러한 수사절차는 최근 인터넷 등을 통하여 비대면으로 인터넷 물품사기, 보이스피싱 등 불특정 다수를 상대로 한 형사사건(범죄) 급증의 현실에서, 수사의 지체는 긴급 상황에서 증거를 인멸할 위험을 안고 있으며, 수사기관이 불법하게 이를 이용하게 되면 이는 곧 영장주의의 예외를 남발하는 계기가 된다. 이에 형사소송법상 전자영장제도 도입 취지는 신속하게 영장의 청구와 발부로 정보통신기술과 각종 매체 등의 발달에 기인하여 한 시를 다투는 긴급한 사안이나 국가안보 등 중요한 사건에 대응하는 절차의 간소화와 신속성 및 국민의 기본권도 한층 더 두텁게 보장함은 전자영장제도 도입을 통하여 일거에 해결함에 그 의의가 있다 할 것이다.

주제어

전자정보 영장, 압수·수색, 인권(기본권)보장, 수사절차, 관련성.

I. 서론(문제제기)

오늘날 급변하는 정보사회에서의 엄청난 기술의 발전 속도와 이와 대응시켜 형사사법 체계(환경)의 변화속도가 불일치(부적응)할 경우, 입법의 공백으로 인한 갭(Gap)은 변화 속도의 차이에 비례하여 확대된다. 형사사법 목적 및 적법한 절차의 구현이란 기본적 인권침해를 핵심으로 하기 때문에, 헌법과 형사법률에 의한 형사사법기관의 강제처분권한이 지원되지 않는 한 사법절차를 실현함에 기능적 활동을 제한받게 된다. 이는 형사사법 환경의 흐름은 입법의 변화를 동반하지 않을 수 없는 이유이다. 우리 형사사법 절차법의 현실을 회고해 보면, 정보통신기

술(Information and Communication Technology)의 정보환경 변화에 적응하고 이에 적절하게 반응하였다고 평가하기엔 회의가 든다. 물론 내부적으로 관련된 규칙이나 가이드라인을 통해 입법의 미비를 보충적으로 보완하고자 노력하여 왔지만, 기본권 침해는 성문의 법률주의에 저촉되고, 위임명령 역시 상위 법률에 그 근거를 두어야 한다는 점에서 한계(제약)가 있다.¹⁾ 그렇다면 첫째, 문제는 형사사법절차는 전자정보사회의 변화과정에 발맞춰 부응하지 못하는가의 의문이다. 이는 형사법의 본질에서 그 원인을 찾을 수 있다고 생각된다. 기타의 법률과 달리 형사법은 입법 목적을 달성하기 위해 기본권 침해를 수단으로 한다. 형법은 금지규범과 명령규범으로 구성되어 있어 특정행위의 금지 또는 명령을 통해 일반적 행동자유권을 침해하고, 금지 및 명령규범의 위반에 대한 제재로서 생명, 재산권, 자유권 등의 헌법상 기본적 권리를 침해함으로써 그 목적을 달성함에 근거하고 있다. 또한 형사절차법 역시 본질적으로(특히 수사단계) 전 과정이 기본권 침해적 특성을 지닌다. 이와 같은 기본권 침해를 근본적 성질로 하는 법의 영역은 최대의 不動(부동)의 자세로 몸을 낮추어야 한다. 제3의 법 영역이 사회변화를 추동하거나 현실사회에 적극적으로 개입 또는 간섭할 수 있는 것과는 달리, 형사사법의 범주는 사회적 변화에 적극적으로 대처하거나 그 속도를 앞질러서는 곤란하다. 위험형법이나 예방형법 등을 삼가고 경계하는 까닭이기도 하다. 둘째 문제는 기본권 침해적 본성으로 인하여 변화속도에 만족하지 못하더라도, 개인 또는 공동체의 권리보호적 측면은 왜 느리게 반응(입법 또는 개선방안)하는가의 의문이다. 특히 이는 형사절차법상 피의자(피고인)의 권리와 관계된다.²⁾ 즉, 형사소송절차라는 주체(국가) 공권력의 행사범주는 법률에 근거하여 기본권 제한이 허용되는 이상, 공적 영역(사적영역이 아닌)이 되기 때문에 특정인(특정한 권리)와 바로 연결되지 않는 한 자의로 용이하게 그 접근이 인정되지 않는 측면이 다수 있다. 나아가 형사소송절차 자체가 공적 영역에 속하므로 항상 국가의 공적 이익과

1) ICT 환경과 관련한 형사사법 관련 법제의 변화는 매우 소극적이다. 형사소송법이 2007년 6월 대폭개정을 이루어 영장실질심사, 공판중심주의적 소송구조의 확립, 재정신청, 피고인 방어권 보장 등 제도개선에 노력을 기울였지만, 영상녹화절차 및 영상녹화의 증거능력에 관한 규정 이외에 정보사회의 변화를 반영하지는 못하였다.

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

사적 이익의 비교형량을 통해서만 권력행사 주체가 개인에게 권리 보호 또는 부여가 작동하는 특성을 지니게 된다. 이러한 두 가지 고려로 인하여 형사법 영역의 추동적 변화는 매우 조심스러울 수 밖에 없다고 하겠다. 정보통신기술과 각종 매체 환경이라는 새로운 변화에 신속하게 적응하는 새로운 권리 또는 의무의 발생 또한 같은 이유로 인하여 법에 의한 해결은 쉽지 않은 실정이다. 기본권 측면에서 보다 많은 실무적·학문적 논의와 고민을 통해서 기본권 침해를 가장 극소화하면서도 실체적 진실발견이라는 형소법의 이념에 근접하는 개선(입법)방안에 대하여 새로운 변화를 꾀하여야 하는 것이다. 논의의 쟁점(본질)은 수사상의 공익(실체적 진실발견-적극적)과 사익(기본권 보호-소극적)의 양 측면에서 그 가치를 수사의 효율성과 개인의 기본권 보호 중 어디에 무게중심(존중)을 둘 것인가 일 것이다. 위에서 논의한 바와 같이 형사소송절차는 공익과 사익간의 비교형량이 절차형성과정에서 가장 핵심요소이기 때문이다.

본 논의에서는 그 중요 쟁점 중의 하나로서, ICT 기술 환경에서의 전자정보의 압수수색이라는 강제수사(처분)에서 헌법적 영장주의와 형사소송법상 영장주의의 함의(본질)과 인정근거 및 새로운 전자정보영장의 도입방안에 대하여 중점적으로 논의하고자 한다. 이를 논하기 위하여 형사소송법은 제106조에서 전자정보의 압수수색 요건(사건 관련성)과 방법, 영장범죄사실과 무관한 다른 범죄(별건)의 증거가 발견된 경우 별도의 영장에 의하여 별건수사의 허용여부 및 갖추어야 할 조건, 연장선에서 전자정보 압수수색으로 인하여 발생할 수 있는 사생활의 비밀과 재산권에 대한 침해를 최소화하고 전자정보영장제도 도입에 따른 당사자의 방어권이 실질적으로 보장될 수 있도록 일용의 기준을 제시하고자 한다. 아울러 2022년 검경수사권조정으로 인한 형사사법절차의 변화에서 전자정보와 관련한 현행 형사사법의 적용 및 변화 추이를 살펴보고 이를 토대로 정보영장도입(입법)에 따른 향후 발전적인 방안을 모색하고자 한다.

특히 컴퓨터 등 개인 및 회사의 특수한 정보저장매체는 대다수 사람들의 개인 정보는 물론이고 회사의 영업비밀 등을 다량으로 내장(보관)하고 있고(대용량성), 언제든지 복제나 변조가 가능하고(복제용이성), 일단 복제하면 원본과의 구분도 용이하지 않다는 특성을 가지고 있다(독립매체성). 따라서 전자정보의 압수·수색에 관해서는 영장심사 단계에서부터 사전적 통제는 물론 영장집행과정이나 그 이후의 사후적 통제가 크게 문제되고 있다.

본론에서 논의하는 대상 결정은 전자저장매체를 예외적으로 압수하여 외부로 이동하는 행위를 ‘반출’이라고 하고, 그 이후 복제·탐색·출력하는 행위를 전체적으로 압수수색의 ‘일련’의 행위라고 하고 있다. 그래서 반출 이후에의 절차에서도 피압수처분자 등의 참여가 배척되거나 무분별한 복제 등을 통제하는 절차적 적법한 조치를 취하지 않을 시 위법의 중대성을 이유로 소급해서 법관은 압수 전체를 취소하고 있다. 반면 압수·수색의 과정에서 우연히 다른 범죄의 증거임이 명백한 정보를 발견한 경우에는 추가 탐색을 중단하고 별도의 영장을 청구하여야 한다고 하여 별건정보에 대해 적법하게 압수할 수 있는 일응의 기준도 제시하고 있다.

II. 현행법상 영장주의의 본질 및 대상

1. 현행법상 영장주의의 본질

(1) 독립적·중립적인 제3자에 의한 사법심사

현행 헌법 제12조 제3항은 “체포구속과 압수수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 청구에 의하여 영장발부권자인 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정한다. 이는 영장주의의 본질은 독립적·중립적인 법관에 의한 사법심사에 의함을 천명함에 이론의 여지가 없다. 동조에서 영장주의의 본질에 검사의 독점적 영장청구권을 헌법적으로 인정하므로써 이를 영장주의의 본질에 포함시킬지 여부는 영장주의의 본질의 핵심은 영장발부의 주체의 문제이므로 영장청구의 주체(검사의 독점적 영장청구권)의 문제로 보기는 어렵다고 봄이 타당함에 동의한다. 나아가 검사의 독점적 영장 청구권은 검·경 수사권 조정과 맞닿은 문제로 검찰과 경찰 두 조직의 갈등의 핵심이 되었다. 특히 최근 사망한 특별수사관의 휴대전화를 두고 경찰의 압수수색 영장신청을 반려했던 검찰이 해당 사건 수사를 담당할 경찰서를 압수수색하는 등 양 기관이 서로 다투어 압수수색 영장을 신청 및 청구하는 양상은 이러한 첨예한 대립을 극명하게 보여주고 있다. 이러한

영장 청구권의 주체를 검사 또는 경찰에게 독점적으로 부여하거나 사안의 중대성에 따라 두 조직 양자에게 모두 부여할 것인가에 대한 문제는 전혀 영장주의 자체와 연관이 없는 것은 아니지만, 영장주의의 본질 여부인가라는 기준으로만 판단할 문제라기보다는 두 조직의 수사권을 전반적으로 재정립하는 개혁의 중심선에 있는 만큼 두 수사기관의 관계와 기능 및 역할, 역사적 배경, 사회적 합의 등 여러 측면에서 신중하게 재고해 볼만한 종합적인 문제로 보여 진다. 따라서 영장주의의 본질적인 핵심인 중립적이고 독립적인 법관에 의해 공정하고 제3자적(객관적)인 영장발부 또는 기각을 결정할 수 있도록 이에 대한 입법 및 정책을 정비하는 것이 더 긴급하다고 본다.

(2) 영장전담판사 지정에 관한 입법개선

최근 영장 관련하여 정령 영장발부 주체와 과정이 공정하고 객관적인가에 국민들의 관심이 집중되고 있다. 영장주의는 기본권 인권을 침해하는 일이 없도록 하기 위하여 형사사법기관이 강제처분을 실현함에 법적 자격을 갖춘 법관의 영장에 의하여도록 한 대원칙이다.

영장주의의 4가지의 본질적 요소는 일반 영장 금지, 독립적이고 중립적인 제3자의 형사사법적 판단, 집행기관의 재량통제, 상당한 이유를 구비해야 한다는 명제의 실천이다. 우리나라도 본 원칙에 충실하다. 국민의 인신구속사무의 처리에 대한 예규 제6조 제1항, 제2항은 지방법원 또는 지원의 장은 경력이 풍부한 판사가운데서 구속영장 청구사건을 전담하는 영장전담판사를 1인 이상 지정해야 하고 영장전담판사가 지정되지 아니한 지방법원장은 당직법관을 지정한다고 규정하고 있다. 영장판사의 임명방법에 대한 공정성을 지양하기 위해 영장판사에게 필요한 법적 전문성을 보다 객관적으로 평가하여 임명하는 등 영장판사 임명방법에 보다 투명하고 객관적인 방법과 기준을 도입하는 것이 필요하다고 본다. 이러한 기준과 절차를 통해 영장주의의 본질인 독립적이고 중립적인 판사에 의한 사법심사가 이루어질 수 있다. 또한 국민의 관심사 해소에도 기여하리라 생각된다.

2. 영장주의의 대상

영장주의의 대상에 관해서는 형사절차적 측면(절차적)에 제한하지 않고 행정 목적을 달성하기 위한 절차도 포함하고 기본권 측면에서 물리적, 강제력에 해당하는 신체의 자유에 제한하지 않고 사생활의 자유 등의 기본권 제한이 포함될 수 있다고 사료된다. 또한 다양한 과학기술의 발달을 통한 포렉식 수사 등 디지털 세계에서 과학 수사기법의 다양화와 전자정보 증거의 압수수색으로 인하여 영장주의의 영역(대상)이 확대되는 동시에 형사사법기관에 의한 개인의 프라이버시 등 인권침해가 발생하지 않도록 상당한 주의를 하여야 한다. 대상 영역이 증대되면서 형사실무에서 영장청구 및 발부되는 과정에서 국민의 기본권이 침해될 수 없는 영역까지도 동시에 확대되었다고 볼 것이다. 이에 과거에 비하여 영장주의의 본질을 충실히 실현함에 있어 실무에서의 절차적 상세화(개별화)가 매우 중요하다고 본다. 즉 디지털화 된 디지털 증거의 연관성 여부판단, 특히 전자정보 영장집행 시 참여권 보장의 확보, 영장주의의 예외 인정여부 등 국민의 권리와 자유가 지나치게 침해(제한)받지 않도록 절차가 세밀하고 체계적으로 정비함이 필요하다. 이러한이 바로 헌법 제12조 제3항의 “적법한 절차에 따라” 영장이 발부되고 집행되어야 한다는 헌법적 천명에 충실하다고 본다.

Ⅲ. 전자정보사회와 형사사법 환경의 변화 추이

1. 전자정보사회에서 영장주의의 새로운 동향

(1) 전자정보에 대한 영장주의의 엄격화 및 영역확대 경향

최근 컴퓨터와 모바일 기기가 개발되고 인터넷, 소셜미디어 등 다양한 매체가 증대와 정보통신기술을 포함한 과학기술의 발달은 영장주의 도입 시기에는 상상할 수 없었던 많은 새로운 첨단수사기법들이 등장하고 있다. 무엇보다 컴퓨터와 스마트폰과 같은 기기가 생활의 필수도구가 됨으로서 다양한 정보의 생산, 전파, 실시간 공유 및 이용 등이 가능해지고 있다. 이와 함께 범죄환경이 변화하고 수사기관의 증거수집 및 채증활동 또한 그 대상을 달리하고 있어 형사소송절차에

서도 디지털 정보의 중요성이 더욱 증대됨으로서 일정한 경우에 대해 영장주의의 확대 경향 내지 엄격화가 확인되고 있다. 네트워크를 통해 전송하기 쉽도록 자른 데이터의 전송단위인 패킷 감청이 위법한 지에 대해 견해의 대립이 있었으나 잠정적으로 헌법불합치 결정이 내려진 것을 예로 들 수 있다.³⁾ 이러한 과학기술의 눈부신 발전에 따라 향후 수사기관의 발전된 수사기법의 도입이 예상되고 있다.⁴⁾ 미국에서 논의되고 있는 전파발신기(beeper), 열 영상장비(thermal imaging devices), GPS(Global Positioning System) 장치 등을 활용한 수사가 대표적인 예이다. 그로 인해 영장주의의 적용 대상을 둘러싼 논의는 계속될 수밖에 없다. 대법원이나 헌법재판소가 그동안 내린 판단들은 향후 영장주의의 적용 대상을 둘러싼 논의의 추이를 가늠해 볼 수 있는 잣대가 될 수 있을 것이다.

한편, 전자정보에 대한 압수수색이 수사의 성패를 좌우할 정도의 핵심적 수사자료가 되는 게 오늘의 현실이다. 그러나 스마트폰, 컴퓨터 하드디스크 등에 저장된 전자정보를 압수수색하는 과정에서 범죄사실과 관련이 없는 전자정보가 수집될 염려가 크고 그에 따른 부작용이 염려되는 상황이다. 이에 다수의 많은 문헌과 판례에서 전자정보의 압수수색의 적법성과 정당성에 대해 지적하고 있음은 주지의 사실이다. 그럼에도 컴퓨터 내 저장장치나 스마트폰 압수수색의 경우 영장의 특정 요건과 관련한 문제가 여전히 제기될 수 있다. 형식적으로는 압수수색의 대상을 특정하더라도 실제 디지털 포렌식을 통한 자료추출과 검색과정에서 일반영장처럼 불법적으로 운영될 개연성이 있기 때문이다. 이에 대한 적절한 대책(안)이 필요하다. 전자정보의 압수수색 과정에 당사자(피의자 및 대리인)의 참여권을 보장하려는 일련의 판례는 그와 같은 노력의 일환으로 파악될 수 있다. 최근에 특히 논란이 되어 사회적 큰 파장을 불러 온 개인의 스마트폰에 대한 압수수색 시 저장된 데이터 전부에 대한 포렌식 분석을 인정하지 않고 범죄혐의와 유관한 상당한 이유가 있는 데이터와 애플리케이션에 대해서만 선택적으로 압수수색하는 대책 등이 제시할 수 있을 것이다.

수사기관 측에서는 압수수색의 사전에 범위를 특정하기 난해하고 또 압수수색의 범위가 지나치게 한정되어 수사를 곤란하게 한다는 비판을 제기할 수 있을 것

3) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정.

4) 한상규, “영장주의의 새로운 동향과 실천적 과제-영장주의의 본질과 그 대상(발표문)-”, 국회입법조사처, 한국형사정책연구원 공동학술대회, 2019, 10-23면.

이다. 따라서 영역에 대해서는 결론을 용이하게 내릴 수 있는 문제가 아니지만, 영장주의의 본질에 비춰 접근할 필요가 있다고 생각된다⁵⁾.

(2) 전자정보에 대한 압수수색영장의 특정성의 원칙(일반영장 금지)

압수수색은 인신의 체포구속과 함께 형사소송법상 가장 핵심적 강제처분 중 하나이다. 법관의 영장을 발부받아 집행시 제시하여야 한다는 영장주의 원칙이 엄격히 적용되고 있는 영역이다. 따라서 압색은 이러한 영장주의 원칙에 의해 사전에 강제처분 영장을 발부되어야 함이 원칙인데, 영장 발부과정에서는 세칭 일반영장(General Warrant) 금지라는 세부 원칙이 압색의 경우에도 철저히 준수되어야 할 것이다.

동법 제114조 제1항, 동규칙 제58조에서도, 압수수색영장에는 피고인의 성명, 압수할 물건과 수색할 장소 특정, 범죄명, 발부연월일, 신체, 물건, 영장의 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 실행할 수 없으며 영장을 반환한다는 취지와 압수수색의 사유를 기재하도록 규정함으로써 일반영장금지의 원칙을 구체화하고 있다. 대법원 판례는 수사기관이 압수수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압색을 하고 그 집행을 종료한 후 그 압수수색영장의 유효기간이 경과하지 않은 경우라 할지라도 새로운 압수수색영장을 발부받지 않고서는 동일한 장소 또는 목적물에 대하여도 다시 압수수색을 할 수 없다고 판시⁶⁾함으로써 일반영장금지의 원칙에 입각하고 있음을 천명하고 있다. 이러한 일반영장금지의 원칙에 비춰, 상기와 같은 전자정보의 특수성에도 불구하고 전자정보에 대한 압수수색영장의 경우에도 그 특정성의 요건을 구비할 것이 요청되고, 이는 사생활의 자유, 주거의 자유, 통신의 자유, 양심의 자유 등 헌법이 보장하는 기본권을 침해하는 ‘저인망식 탐색’을 방지하기 위해서도 중요하다.⁷⁾

(3) 전자정보에 대한 압수수색영장의 집행절차⁸⁾

5) 한상규, 위의 발표문 재인용, 12-23면 참조.

6) 대법원 1999. 12. 1.자 99모161 결정.

7) 조국, “컴퓨터 전자기록에 대한 압수수색영장의 쟁점”, 대법원 사법제도비교연구회 발표자료 (2010. 3. 25.). 2023. 2.27일 검색.

8) 대법원 2017.9.21.선고2015다 12400 판결

대법원은 전자정보에 대한 압수수색과 연관된 일련의 판결들을 통하여, 전자정보에 대한 압수수색 과정에서 영장범죄사실과 무관한 다른 범죄의 증거도 함께 발견된 경우 별도의 영장에 의해야 하고, 당사자(피고인, 대리인)의 참여권이 보장되어야 함을 천명함으로써, 전자정보에 대한 압수수색으로 인하여 발생할 수 있는 사생활의 비밀과 재산권에 대한 침해를 극소화하고, 당사자의 방어권이 실질적으로 보장될 수 있도록 일응의 기준을 제시하여 왔다. 반면에 대상판결 이전까지는, 전자정보에 대한 압수수색영장의 집행과정에서 영장제시가 어떤 방식과 정도로 이루어져야 하는지에 대한 기준이 불분명하였다. 본 판결은 법원이 발부한 압수수색영장의 집행에서 수사기관이 피압수자에게 영장 혐의사실 일부만 보여주고, 영장내용을 확인하고자 하는 피압수자의 행위를 제지한 사건에서 그와 같은 압수수색은 위법하다고 판단함으로써 영장제시의 기준을 확인하고, 이 기준을 위반하여 압수수색 영장의 필요적 기재사항을 충분히 제시하지 않은 채 취득한 증거는 위법하게 수집된 증거로서 증거능력을 상실한다는 점을 분명히 하였다. 더하여 휴대전화(스마트폰) 출력물이 전자정보에 해당한다는 점을 명확히 함으로써, 영장주의 원칙과 적법절차가 실질적으로 보장될 수 있도록 하였다. 대상판결은 휴대전화에서 추출한 정보는 아래와 같은 사유로 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판시하였다. 첫째, 형사소송법이 압수수색영장 집행 시에 피압수자에게 반드시 압수수색영장을 제시하도록 규정한 것은 판사가 발부한 영장없이 압수수색을 하는 것을 금지하여 영장주의 원칙을 절차적 정당성을 보장하고, 압수수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수수색을 하도록 하여 개인의 사생활(프라이버시)과 재산권의 침해를 극소화하는 한편, 피압수자에게 준항고 등 불복신청의 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다. 이와 같은 관련 규정과 영장제시제도의 입법 목적(취지) 등을 종합하여 보면, 압수수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 판사가 발부한 영장에 의한 압수수색이라는 사실을 확인함과 동시에 동법이 압수수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 인지할 수 있도록 압수수색영장을 제시하여야 한다.

둘째, 형사소송법 제219조, 제121조는 '수사기관이 압수수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인(대리인)은 그 집행에 참여할 수 있다'는 취지로 규정하고 있다. 저장매체에 대한 압수수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하

는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태(이하 '복제본'이라고 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 그와 같은 일련의 과정에서 피압수자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 수사기관의 임(자)의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법질차를 준수하여야 한다.

본 사건에서 경찰관은 위와 같이 위법하게 압수한 휴대전화에 저장된 휴대전화 출력물을 출력하여 증거를 수집하는 과정에서 피의자이자 피압수자인 자에게 참여권을 보장하지 않았고, 영장에 휴대전화를 피의자에게 10일 내에 반환하라는 기재된 제한을 위반하였고, 압수된 전자정보에 대한 압수 목록을 작성하여 대상자에게 교부하지도 않았다.

(4) 플레인 뷰(Plain view) 상태의 별건 정보의 압수⁹⁾

전자정보에 대한 압수수색 영장을 적법하게 집행하는 과정에서 영장범죄사실과 전혀 관련성이 없음에도 다른 범죄의 증거임이 분명한 증거를 발견한 경우 수사관은 어떻게 하여야 하는가? 처음부터 의도한 별건수사가 아니라면 수사기관은 당연히 이를 인지하여 수사하여야 한다(제196조). 본 사안과 같이 배임이나 횡령혐의로 회사의 장부 등을 압수수색한 이후 횡령한 돈의 사용처를 수사하다 보면 리베이트나 공무원에 대한 뇌물사건으로 나아가는 것은 충분히 예견가능한 일이다. 수사는 살아서 움직이는 생물(수사의 역동성)과 같은 것이어서 우연한 기회로 수사가 확대되는 경우가 많다. 본 결정도 이 점을 염두에 두고 별건 범죄의 증거를 적법하게 압수수색을 할 수 있는 일응의 기준을 제시하고 있다. 즉 ① 수사기관으로서 더 이상의 추가 검색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수수색 영장을 교부받은 다음, ②당해 정보의 원래의 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치를 요구하고 있다는 점에서 일응 바람직한 판결이다. 다만 미국에서 판례(Coolidge v. New

9) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체결정; 노명선, 판례평석, “전자정보의 압수수색을 위한 새로운 영장제도의 제언”, 2015.11

Hampshire)상 인정해 오고 있는 플레인 뷰(Plain view)이론에 비해 우리 대법원의 태도는 턱없이 완고한 행태를 엿볼 수 있는 대목이다.

향후 다른 범죄의 증거임이 명백한 경우 영장 없이 일단 압수를 허용한 다음 사후영장을 받게 하고, 우연성의 요건 또한 점차 완화해 가는 방향으로 판례의 축적을 기대해 본다.

2. 전자정보사회에서 영장주의 적용에 대한 발전적 방안

(1) 위 대상결정(대법원 2015. 7. 16. 선고 2011도1839 전원합의체결정)에 대한 평가

상기 대상 결정은 전자정보 매체를 ‘반출’하여 복제·탐색·출력하는 경우 사후적으로 피압수자 등의 참여와 임의적(자의적) 복제 등을 막기 위한 적정절차가 보장되어야 한다는 종전 판례를 재확인하면서도 사후 절차상의 위법이 중대한 경우에는 당해 정보의 증거능력 배제는 물론 압수 전체의 효력을 소급해서 부정함으로써 수사기관으로 하여금 그 압수물의 소지 자체를 금지하고 있다. 반면 적법하게 검색을 진행하는 과정에서 우연한 기회에 발견한 별건 범죄정보에 대해서는 적법하게 압수할 수 있는 새로운 기준을 제시하였다는 점에서 유의미한 결정이라고 할 수 있다. 다만 현장에서 관련성을 따지지 않고 강제적인 점유를 빼앗는 ‘반출’행위 자체를 일련의 압수처분으로 이해하는 것은 여전히 아쉬움이 남는다. 압수수색에 필요한 최소한의 범위 내에서 ‘제3지への 이동’과 같이 새로운 영장집행방식이나 ‘수색과 검증’이라는 피압수자의 부담을 감경하는 새로운 전자정보영장제도 도입을 위한 학계와 실무계의 심도 있는 논의가 필요하다는 점에서 시사성이 큰 결정이라 할 수 있다.¹⁰⁾

IV. 외국의 입법례

1. 전자정보 압수수색의 가능성(인권보장과 수사효율성 조화)

10) 노명선, 판례평석, “전자정보의 압수수색을 위한 새로운 영장제도의 제언” 재인용, 2015.11

(1) 미국의 입법례

종래에 미국 연방형사소송규칙 제41조 제(h)항은 압수수색의 대상(객체)에 ‘물건’을 문서, 서류, 장부, 기타 유체물을 포함한다고 정의하였다. 한편 미 연방대법원은 수정헌법 제4조의 보호 대상(영역) 내에 전자정보가 포함되어 있고, 연방소송규칙 제41조는 제한적 열거규정이 아니며, 위 규정에서 압수영역으로 적시된 유체물은 단지 예시규정에 불과한 것으로 판결¹¹⁾하여 정보를 압수수색 대상에 포함시켰다.¹²⁾ 그 이후 연방대법원의 입장을 고려하여 연방형사소송규칙 제41조 (a)(2)(A)항¹³⁾에 ‘전자정보(information)’를 따로 분리 규정함으로써 입법론적으로 해결방안을 마련하여 논란을 종결하였다.

(2) 독일의 입법례¹⁴⁾

독일에서는 2021년 6월 25일에 수사절차 및 공판절차 전반에 걸쳐서 많은 형사소송법 조문들이 개정되었다. 이러한 법률개정이 이루어진 배경은, 지속적으로 변화하고 발전하는 사회현실에 발맞추기 위해 형사소송법을 수정함으로써 시민의 기본권보호와 실제적 진실발견의 이익을 동시에 실현하기 위함에 있다. 그 중에서도 압수수색과 관련하여 제95조a 및 제110조, 제99조 및 제100조, 제104조가 신설 또는 개정되어, 새로운 수권규범을 마련함과 동시에 현실에 부합하는 형태로 그 내용을 변경하였다. 이러한 개정 형태는 우리나라에도 좋은 참고사항이 될 수 있다. 제3자가 보관하는 정보(물건)에 대한 압수수색을 할 경우 엄격한 요건 하에 피의자에 대한 통지를 유예하고 그 제3자에게 집행사실의 공개금지 의무를

11) United States v. New York Telephone Co., 98 S.Ct. 364(197): 김기범, “정보영장제도 도입 방안 연구”, 김기범의 3인, 경찰학연구 제11권 제3호(통권 제27호) 2011.9, 92-110면.

12) 전승수, “형사절차상 디지털증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 201년, 126-127면: 김기범의 3인, 앞의 논문 92-112면.

13) Federal Rules of Criminal Procedure §41제41조(a)(2)(A) : “Property” includes documents, boks, papers, any other tangible objects, and information: 김기범의 3인, 앞의 논문 92-112면.

14) 신상현, “최근 개정된 독일 형사소송법상 압수·수색 관련 규정에 대한 검토” ‘형사소송법의 지속적 발전 및 기타 규정들의 개정에 관한 법률을 중심으로 - , 형사법의 신동향(대검찰청) 통권72호 2021. 6. 25. 226-259면,

부과하는 방안, 체신관서 등이 소지 또는 보관하고 있지 않은 우체물에 대해 제공(제출)을 명할 수 있게 하는 방안, 압수수색영장의 야간집행이 허용되는 사례들을 명시하는 방안 등이 그 예라 할 수 있다. 결국 새로운 형태의 디지털 범죄에 적극적으로 대응하면서도 시민과 피의자의 기본권을 보장하기 위한 적절한 개선안이 제시되어야 한다. 효과적인 형사소추를 위한 새로운 수사기법을 도입하되, 그 요건을 엄격하게 설정하고 피의자의 불복권을 적극적으로 인정하는 등의 보호장치가 함께 고려되어야 한다. 이를 통해 압수수색의 영역에서 적법절차 원칙 및 강제처분 법정주의가 자연스럽게 실현될 수 있을 것이다. 정보는 저장장치에 저장한 것에 불과하고, 실체적으로 포착할 수 없으며 눈에 보이지도 않고, 저장장치 없이는 존재할 수가 없어 물질적으로 존재하지 아니하므로 물건으로서의 특징이 결여되어 있다고 보았다.¹⁵⁾ 그러나 연방헌법재판소에서 서버제공자의 메일서버에 저장된 e-Mail에 대해 압수 대상이 될 수 있다고 결정하면서 무형적 대상도 압수의 대상이 된다고 하였다.¹⁶⁾

(3) 일본의 입법례

일본법 제99조 제1항과 제222조 제1항에 따르면 압수수색의 영역(대상)인 목적물은 몰수해야 할 물건(필요적 몰수물) 또는 증거물로 판단되는 것으로 규정되고 있다. 전반적으로 압수수색 대상이 될 수 없다는 견해가 주류를 이루고 있지만, 현실적 필요성을 인정해야 한다는 점, 전자정보를 출력했을 경우 증거물로 간주할 수 있다는 점, 헌법 제35조의 프라이버시(개인정보 등) 침해에 대한 보호라는 입장에서 전자정보도 보호 영역(대상)이 된다는 의견이 있다.¹⁷⁾ 일본은 ‘영장에 의하여 압수하려고 하는 플로피 디스크(정보저장매체), 컴퓨터 중에 범죄 혐의사실에 관한 정보가 기록 또는 저장되어 있을 개연성이 인정되는 경우 그에 관한 정보가 실제로 기록 또는 저장되어 있는지를 현장에서 확인(검색)함으로써 저장된 정보가 손상될 위험이 상존한 때에는 내용을 확인(수색)함이 없이 바로 그

15) Martin Kemper, 김성룡 역, “데이터와 이메일의 압수적격성”, 인터넷법률 제3호, 206년1월, 151면.

16) BVerfG, 2 BvR 902/06 vom 16.6.2009: 김기범외 3인, 앞의 논문 92-112면.

17) 전승수, 앞의 논문, 183-184면: 김기범외 3인, 앞의 논문 92-112면.

현장에 있는 플로피 디스크나 컴퓨터 등 일체의 압수도 가능하다(어쩔 수 없다)'고 판결¹⁸⁾하고 있다.

2. 원격지 압수수색

(1) 미국

원격지 압수수색에 대한 명문화된 규정은 없다. 다만, 관할구역을 잘못 오인하여 발부받은 영장으로 타 지역에 소재(위치)하는 컴퓨터 내 전자정보를 압수수색한 경우에 의도적(고의로)으로 타 지역 내에 있는 컴퓨터에 저장(기록)된 전자정보를 수색한 경우가 아닌 한 연방형사소송규칙을 위반한 것은 아니라고 판시하였다¹⁹⁾. 이와 별개로 2008년에 연방형사소송규칙 제41조(b)(5)를 신설하여 발생한 사건을 관할하는 지역의 판사가 다른 주나 관할권을 벗어난 장소에 있는 물건(정보)에 대해 영장을 발부할 수 있다는 추가 규정을 마련하였다²⁰⁾.

(2) 일본

현행 일본법에서는 전자정보를 강제수사(처분)-압수수색의 대상으로 보는 견해에 따르면 영장집행 목적(대상)물이 아닌 다른 기록(저장)매체에 수사기관의 자의로 접속하여 그 내용을 인지하는 것은 불허된다고 보아 왔다²¹⁾. 이에 찬반의 논쟁이 심하여 일본은 형사수속법 개정안 제99조 제2항과 제107조 제2항에 원격조작에 의한 데이터의 검색과 분석 및 보전 방식을 명시적으로 규정함으로써 입법적으로 해결방안을 모색하고 있다. 오늘날 대부분의 컴퓨터가 Net-Work로 링크의 조합으로 되어 있고, 그 전자정보를 네트워크상에 있는 그물망시스템 등에 저장(기록)하는 경우가 잦은 현실을 적극적으로 고려한 것으로 볼 수 있다²²⁾.

18) 最決 198. 5. 1. 形集 제52권 4호 275면, 判時 1643(浦和 플로피 디스크 압수사건)

19) United States v. Ramirez, 12 F.3d 849, 852(7Cir. 197); 김기범외 3인, 앞의 논문 92-112면.

20) 박종근, “디지털증거의 압수수색과 법제”, 형사법의 신동향 통권 제18호, 대검찰청, 2009.2 39면; 김기범외 3인, 앞의 논문 92-112면.

21) 전승수, 앞의 논문, 187면.

22) 전승수, 앞의 논문, 190면.

(3) 독일

2008년 1월 1일 이후 형소법 제110조 3항²³⁾에서 공간적으로 떨어져 있고, 외부에 있는 저장매체에 대해 원격지 압수수색을 허용하되, 원격지로부터 그 대상에 접근할 수 있고, 즉시 집행하지 않으면 증거가치 있는 정보의 손실, 삭제될 위험이 있는 경우로 제한하고 있다.

V. 전자정보영장제도 도입 필요성과 활성화 방안 논의

1. 수배자 검거 및 신속한 영장 집행의 필요성 논의

첫째, 실무상으로 검찰과 경찰에서 영장을 신청하는 수사서류에 전자바코드가 인쇄됨에도 불구하고 사법경찰관 성명 옆에 도장을 찍거나, 추가로 간인을 하고 있다. 이때 도장 및 간인이 누락되면 반려된다. 더구나 현재 경찰에 압수수색영장 청구권이 없어 검찰에 압수수색영장을 신청하고 있는데, 통상 실무적으로는 사법경찰은 압수수색 영장신청서를 작성하여 관할 지방검찰청 영장계에 압수수색영장 신청서를 접수하면 검찰에서는 그날 접수된 압수수색 영장신청서를 전부 취합하여 그날 오후 늦게 법원에 청구하며, 법원단계에서는 빨라야 그 다음날 판사의 심사를 거쳐 영장이 발부되며, 발부된 영장은 다시 지방검찰청에 접수되어 검사의 집행지휘 도장을 날인한 이후 저녁 무렵에서나 경찰에 발부 여부에 대한 회신이 도달하게 된다. 이후, 경찰에서 압수수색영장 발부 소식을 통지받고 그 즉시 지방검찰청을 방문하여 압수수색영장을 수령하더라도 이미 일과 이후 시간이 되어 금융기관, 포탈업체 등 정보보관업체의 담당자들이 퇴근한 상황이 되어 그 다음날에서야 집행을 하게 된다. 이러한 영장집행 현실에 의하여, 압수수색영장을 집행하여 정보를 확인하는 방식으로는 아무리 빨라도 2~3일의 기간이 소요된다고 감안할 때, ‘정보영장’의 신청 - 청구 - 발부 - 집행 - 회신으로 이어지는 일련의 전

23) 독일형사소송법 StPO (Strafprozesordnung) § 10

자적 방식으로 이루어지는 ‘전자영장제도’를 도입하여 현재와 같이 합리적 이유 없이 불필요한 시간과 노력이 소모되는 것을 개선할 필요가 있다.

또한, 최근 인터넷 등을 통하여 비대면으로 발생한 형사사건이 급증하고 있고, 보이스포싱, 인터넷 물품사기 등 불특정 다수의 피해자를 상대로 한 범죄가 빈발하고 있는데, 하나의 범죄 조직의 동일한 범행에 의하여 불특정 다수의 피해자들이 발생하는 경우, 다수의 피해자들이 자신의 피해 사례를 각각 신고하여 실제로는 전국적으로 수많은 수사기관에서 동일한 금융계좌, 카카오 계정, 휴대전화 번호 등에 대하여 각각 압수수색영장을 개별적으로 신청하고 전국 법원에서도 동일한 계좌, 계정, 휴대전화 번호에 대하여 압수수색영장을 발부하고 있다. 이로 인하여 금융기관, 통신사, IPS 등 정보기관 업체에서는 반복하여 동일한 내용의 정보를 수사기관의 압수수색영장 집행이 있을 때마다 매번 반복적으로 불필요하게 확인시켜주어야 하는 등 비효율 사법체계가 운영되고 있는 것을 알 수 있다. 이에 ‘전자정보영장제도’를 도입하여 특정 계정, 특정 계자, 휴대전화 번호에 대한 영장 발부 내역을 조속히 조회할 수 있도록 한다면 동일한 내용의 압수수색영장을 중복하여 발부하고 집행하는 비효율적인 현실을 획기적으로 개선할 수 있게 된다.

둘째, 수사실무에서 영장 청구시 e-Mail이나 팩스가 이미 사용되고 있으나, 일반적으로 영장의 청구와 발부는 서면으로 하고 있으며, 집행시 공개처분의 경우 처분당사자에게 영장을 제시하고 있다. 문제는 영장의 청구와 발부시 서면을 요구하게 되면 지체의 위험이 있으므로 수사기관이 범죄의 증거 확보에 실패할 수 있다. 수사기관은 이러한 지체의 위험으로 인한 긴급 상황을 이용하게 되는데 이는 곧 영장주의의 예외를 남발하는 계기가 된다. 한편, 민사소송 등에서의 전자정보문서 사용 등에 관한 법률에 의하면 모든 본안사건 등이 적용범위에 포함되어 시행되고 있고²⁴⁾, 외국의 경우는 형사소송법상 전자영장 제도를 도입하여 신속하고 영장을 청구하고 발부하고 있는 실정이다. 그만큼 정보통신기술과 각종 매체 등의 발달에 기인하여 한시를 다투는 긴급한 사안이나 국가 안보 등 중요한

24) 민사전자소송의 근거법률인 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률은 2010. 3. 24. 제정 되어 공포일부터 시행되었다. 이에 대법원규칙인 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙(2011. 3. 28. 제정되고 2011. 5. 2.부터 시행)이 2011. 5. 2. 이후 4단계로 나누어 점차 적용범위를 확대하였다.

사건에 대해서는 전자영장제도를 통하여 사건에 해결에 신속하게 대응함으로써 형사사법의 이념(실체적 진실발견) 실현에 크게 이바지할 것이다.

셋째, 전자정보의 집행방법이 개별 법규에 흩어져 규율되어 있어 형사소송법을 근간으로 체계적인 하나로 모으는 통합 작업이 필요하다. 정보에 대한 집행절차가 금융실명제법, 전기통신사업법, 통신비밀보호법, 개인정보보호법 등으로 분산되어 있어 수사현장에서 집행하는데 있어 혼선을 빚고 있다. 따라서 동법을 기반으로 다수의 관련 법률을 통합·흡수하고, 그간 선행 연구되어 왔던 피처분자 참여권의 실질적 보장, 정보보전 및 제출명령, 집행목록 교부, 제3자 협력의무, 야간집행, 집행중지, 통지제도 등 다양한 논의 점을 체계적으로 규정하는 것이 필요하다.

넷째, 현실적인 필요에 의해 원칙 없이 운영되고 있는 영장집행의 방법을 합법적인 범주로 통합(흡수), 포섭하는 것이 필요하다. 현행 형사소송법에서는 정보를 압수대상물로 허용하지 않고, 원격지 압수수색과 비대면 집행을 인정하고 있지 않다. 그러나 동법에서 관련 문제들을 신속하게 흡수(포섭)하지 못해 현실적인 필요에 의해서 전자우편 압수수색 영장, 금융영장, 통신사실확인자료제공요청서 등이 정보 자체를 압수수색이나 허가서의 대상으로 삼고 있다. 영장을 원본이 아닌 스캔파일이나 팩스로 비대면 형태로 제시하고 있는 현실이며, 관련 정보가 보관되어 있는 장소가 아닌 회사의 고객지원팀이나 전산부서를 기재하여 집행하는 등 원격지 압수수색을 하고 있다. 입법의 부재 또는 미비로 발생하는 변칙들을 합법적인 영역으로 포섭(흡수)하여 형사사법적 통제를 가일층 강화하는 것이 집행에 있어 불필요한 논란을 잠재울 수 있을 것이다.

2. 정보영장제도의 활성화(인권보호에 기여) 방안

현대 수사기관의 수사에 있어서 금융거래정보는 소위 기업범죄로 대표되는 반부패범죄, 주로 금융사기 등에서 큰 피해가 발생되고 있는 경제범죄, 뇌물과 관련된 공직자 범죄, 금품살포 등 불법 선거 운동에서 비롯되는 선거 범죄, 군수품 조달 과정에서의 비리와 관련된 방위사업 범죄, 국가적·사회적 재난이 발생한 경우 그 재난과 관련된 대형 참사 범죄 등 이른바 중대 범죄로 규정된 6대 범죄 외에도 피싱, 파밍, 스미싱, 메모리 해킹 등 각종 전자 금융사기 범죄, 가상화폐 사기

등 다양한 신종금융 범죄, 재산과 관련된 일반 형사범죄 등 거의 모든 유형의 범죄수사에 있어서 혐의를 입증하는 가장 중요한 증거가 되고, 기소 전 또는 기소 후 재판에서 범죄로부터 얻은 수익을 몰수하기 위한 범죄수익 환수의 중요한 토대가 된다. 따라서 수사에서 신속하고 정확한 증거 확보를 위한 금융거래정보 추적은 수사의 성공과 실패를 좌우하는 매우 중요한 바로메타로서 큰 비중을 위치하고 있다.

위에서 살펴 본 바와 같이 해외 선진국의 사례를 보면 미국의 경우 금융기관이 보관하고 있는 금융거래정보를 수집할 때 기본적으로 영장이 필요하지 않고, 대부분 대배심 소환장에 의하고 있으며, 사전통지절차도 생략할 수 있다. 독일의 경우도 단순히 계좌정보만 얻고자 하는 경우 영장없이 수집할 수 있고, 거래내역의 경우 자료제출요구, 증인소환신문 등을 통해 비교적 수월하게 금융거래정보를 수집할 수 있다. 이는 금융거래정보에 대한 추적을 영장주의의 예외로 보거나 영장주의를 완화하여 적용하고 있다는 것을 의미한다. 그러나 현재 우리나라는 미국, 독일과 같은 해외 선진국과 비교하는 것을 떠나서 우리나라의 과거와 비교해보아도 모든 금융거래정보에 대해 오히려 과거보다 좀 더 엄격한 영장주의로 회귀하고 있는 것으로 보인다. 최초 형사소송법이 제정된 이래 새롭게 등장한 금융거래정보에 대한 압수수색은 일반 유체물에 대한 압수수색과는 크게 상이한 특징과 절차가 존재함에도 불구하고, 유체물의 압수수색만 염두에 두고 제정된 형사소송법에 따라 금융거래정보에 대한 압수수색영장을 집행하고 있고, 현재까지도 금융거래정보에 대한 압수수색을 고려한 절차를 동법 등에 특별히 규정하고 있지 않아 법원, 수사기관, 금융기관 등 금융거래정보 추적수사와 관련된 각 주체가 판단하고 있는 금융거래정보의 의미 및 금융계좌 추적용 압수수색영장의 집행방식에 있어서 상당한 견해 차이가 존재하는 것이 현실이다.

최근 대법원은 금융거래정보에 대한 압수·수색영장을 모사전송에 의하여 집행한 사안에 대해서 결과적으로 영장 원본의 제시가 없었고, 영장집행 이후 해당 금융기관에 압수목록을 교부하지 않았다는 이유로 이를 위법한 압수·수색에 해당한다고 하였으며, 이로 인하여 취득한 금융거래정보는 증거능력이 없다고 판시하였다²⁵⁾. 이 판결에 따라 더 이상 금융계좌추적을 위한 압수수색영장의 집행에 있

25) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결.

어서 모사전송 방식(영장사본 집행)을 이용할 수 없게 되었고, 본 판결 이후 수사기관은 해당 금융기관에 직접 방문하여 영장 원본을 제시하는 방식으로 집행을 하여야 하는 문제에 봉착하게 되었다. 그러나 이와 같은 대법원 판결에 따른 금융계좌추적용 압수수색영장 집행 절차는 실질적으로 피의자는 물론, 압수·수색 당사자(피압수자)인 금융기관의 권리보호에 별다른 도움이 되지 못하고, 오히려 금융거래정보 추적 수사의 신속성과 효율성을 크게 떨어뜨리게 되었고 결국 사건의 핵심인 증거의 수집과 범죄수익 환수 절차에 있어서 상당한 문제를 야기하고 있는 것이 현실이다.

따라서 본 논의에서는 적법절차의 준수는 물론 수사의 신속성과 효율성을 높이기 위해 수사기관이 압수대상 기관에 직접 방문하지 않으면서도 대법원 판례에서 실시한 적법절차인 압수수색영장 원본을 제시하여 집행할 수 있는 방법, 즉 전자서명 기술을 기반으로 하고 있는 전자영장을 활용하여 원격지에서 원본으로 집행할 수 있으면서, 동시에 압수대상 정보 취득 즉시 압수목록을 교부할 수 있는 방안에 대해서 금융계좌추적용 압수수색영장 집행이 가능한 전자정보영장제도 도입 방안에 관한 활발한 논의가 시급하다. 아울러 미국의 일부 주에서 활용해 정확하고 신속한 업무처리와 인권보호에 기여하고 있는 전자영장제도의 도입을 검토해야 한다.

3. 소결

전자영장제도는 현재 미국 콜로라도주와 펜실베이니아주에서 시행되고 있다. 콜로라도주에서는 구속영장의 전자적 발부 및 전송이 가능해 사건현장에서 경찰이 영장을 집행할 수 있도록 하고 있다. 펜실베이니아주에서도 사법기관 간의 시스템을 인터넷 포털로 연계해 영장발부 등의 정보를 경찰과 보호관찰관 등 사법집행관에게 직접 통보하고 있다. 현재 우리 경찰의 실무를 보면 PDA가 현장에 지급돼 수배자의 실시간 조회가 이뤄지고 있을 뿐만 아니라 이를 다양한 업무를 위해 사용하고 있다. 이러한 강력한 IT기술 기반을 살려 각종 영장의 종이기록 원본성을 유지하되 수배자 검거와 급속한 집행 등을 위해 전자영장을 활용할 수 있도록 해야 할 필요가 있다.

정보의 특성을 반영하지 못한 입법의 미비를 신속하게 해소하여 수사의 효율

성을 높이고, 동시에 피처분자의 방어권을 보호해야 한다. 개정 형사소송법에는 출력·복제의 방법이 신설되었지만, 몰수의 형을 집행하기 위한 폐기 절차는 마련하지 못했다. 원격지에 있는 정보는 압수수색을 할 수 없어 피처분자에게 증거를 인멸할 수 있는 기회를 제공하고 있다. '범죄에 공한 정보'가 아닌 '검거에 필요한 정보'는 압수 대상에서 제외되어 있어 수사활동이 제약을 받을 수 있다. 입법미비는 형사사법 목적을 달성하기 어렵게 만들거나 수사기관에게 과도한 재량권을 부여하여 국민 기본권을 침해할 수 있다.

전자영장이 집행되면 그 취지를 기록해 문서로 기록된 영장을 반환하도록 하는 등의 제도를 도입할 필요가 있다. 이외에도 전자주소제도 도입의 필요성도 제기했다. 해외의 입법례와 사례를 심도 있게 연구하고 실무를 직접 살펴 우리나라에의 도입 가능성을 적극 검토할 필요가 있다할 것이다. 또한 전자주소제도를 도입해 전자적 송달, 전자적인 신청 및 통지를 비롯한 전자적 소송행위를 할 수 있는 디지털 시대의 전자정보영장 도입의 기반을 마련할 필요가 있다.

VI. 결론 및 제언

미국에서 전자영장에 대한 논의가 활발한 이유 중 가장 중요한 것은 영장발부를 위해 투입되는 수사당국의 시간과 노력이 너무 과도하게 허비된다는 점에 있다.²⁶⁾ 따라서 급박한 상황의 예외를 통해 영장주의를 회피하고자 하는 당국의 사례가 늘어나고, 이러한 문제점에 대한 결함 보완책으로 70년대 후반부터 전화에 의한 영장발부, 팩스를 이용한 서류 송부 허락하는 등 방법을 도입하여 영장제도가 실제로 준수될 수 있도록 유도한 측면이 있다.²⁷⁾이것이 진전하여 전자영장제도에까지 이르게 된 것이다. 우리나라도 형사소송법에서 영장의 청구, 발부 및 집행과 관련한 절차를 철저하게 준수하도록 규정되어, 그 절차 준수를 전부 따르고자 한다면 수사당국에 영장을 집행함에 많은 부담이 되는 것이 사실이다²⁸⁾. 이러

26) 윤해성/최호진/박희영/이권일, “영장주의의 현대적 한계와 개선방안에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2020, 336-340면이하.

27) 윤해성/최호진/박희영/이권일, 위 논문, 2020, 336-340면 이하; 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012, 80면;

한 경우 수사당국은 영장제도를 회피하거나 가볍게 편법을 동원하는 방법을 사용할 유혹을 뿌리칠 수 없고, 실제에 있어서도 영장주의의 예외, 즉 ‘시급성’의 주장을 통해 영장주의 원칙을 피해하고자 하는 방법을 동원하려고 시도할 것이다. 전자정보영장제도 도입을 통해 이러한 수사실무에서의 어려운 점을 해소할 수 있고, 영장을 발부받기 위해 투입하는 비용, 시간과 노력을 절약할 수 있다는 장점이 있다. 그리고 지체 없이 영장을 발부받을 수 있기 때문에 수사기관이 영장을 회피하고자 하는 동기를 약화시킬 수 있도록 하는 효과를 기대할 수 있다 하겠다²⁹⁾ 이를 통해 국민의 기본권도 더욱 두텁게 보장될 가능성(확률)이 높아진다.

선행연구³⁰⁾에 의하면 전자영장의 긍정적인 면으로 영장주의 원칙 실현, 판단의 정확성 확보, 수사절차의 신속성 확보 등 여러 측면에서 장점이 있다. 그러나 이에 대한 반대 의견도 존재할 수 있다. 특히 판단의 정확성 확보 같은 경우 영장전담판사가 영장의 대상자와 대면하여 몸짓, 행동(표정), 언어 등을 통해 더 세밀하고 정확한 판단을 내릴 수 있는 가능성을 높일 수도 있을 것이고, 서면 검토를 통한 판단이 보다 더 명확할 수도 있을 것이다³¹⁾. 그러나 이러한 점들보다 서면작성 시간의 절감하여 영장집행의 신속성 확보는 영장적용 대상자들의 기본권 보호를 위해서 더 유리(효과적)한 것일 수 있고, 수사기관의 효율성의 제고한다는 측면에서 보다 긍정적이다. 또한 디지털화된 세상에서는 서면으로 표현하지 못하는 증거가 많을 수 있다. 생물학적인 음성, 현상의 사진, 동영상 등이 그러하다. 이러한 증거들이 전달된다면 판단의 정확성 측면에서도 유리한 면이 있을 것이다. 마지막으로 실무에 있어서 수사기관에게 비현실적인 영장주의의 강요가 해

28) 표적인 예로 지명수배자를 검거하는 경우 구속영장을 제시하지 않아 문제가 된 경우가 있겠다. (“판사가 스마트폰으로 체포영장 서명”...전자영장시대 도래할까, 헤럴드경제, 2015.11.04., <http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20151104000659>) 2-2023년 2월 26일 검색

29) 윤해성/최호진/박희영/이권일, 위 논문, 340면 이하:하태훈 외 고려대학교 산학협력단, “영장제도의 현황 및 개선방안 연구”, 국가인권위원회, 2013, 220-222면 이하.

30) 미국에서도 이와 유사한 비판이 있었다고 한다.(이상원, “전자영장제도의 도입방안에 관한 연구”, 2012, 81-82면 참조, P. Beechen, Oral Search Warrants: A New Standard of Warrant Availability, 21 UCLA L. Rev. 691 (1973); J. Israel, Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals, 73 Mich. L. Rev. 221 (1974), 앞서 살펴본 바와 같이 이 비판에 대해 실제 실무에 있어서는 판사가 판단 시 진술인의 태도에 크게 의존하지 않고, 서면의 양이 증가한다고 해서 판단이 좋아지지 않는다는 반론이 있다고 한다.)

31) 이상원, “전자영장제도의 도입방안에 관한 연구” 2012 법무부 용역과제, 2012. 57- 92면.

소됨으로 인해 수사기관이 영장주의를 회피하고자 하는 시도가 줄어들어 법정책적 관점에서의 기본권침해 및 인권과의 조화로 국민의 기본권이 더 두텁게 보호될 수 있을 것이란 점도 긍정적인 면이라고 하겠다³²⁾. 다만 전자영장제도 도입으로 인해 국민의 기본권을 침해할 수 있는 부작용 발생시 이를 해소할 수 있는 방안 마련이 필요하다. 예컨대 신속한 영장의 발부로 인한 부작용에 대하여 국민의 이의제기(불복신청 등) 방법을 실효적으로 보장하는 규정이 반드시 포함되어야 할 것이다³³⁾. 이러한 방법적인 면은 헌법상 전자영장제도가 허용된다면 입법을 통해서 해결할 수 있는 사안이다. 요컨대 우리 헌법상 영장주의가 전자영장제도를 금지한다고 해석하는 것은 무리가 있고, 헌법은 영장의 제시방법에 대해 비교적 광범위한 입법자의 형성의 자유를 허용하고 있다고 해석하는 것이 옳을 것이다. 전자영장제도의 도입을 통한 국민의 기본권 제한 정도는 더 연구가 되어야 할 필요가 있지만, 국민의 기본권 제한 정도와 수사의 효율성이라는 공익을 비교형량 한다면 전자영장제도가 헌법에 합치하기 어렵다거나, 혹은 서면으로 인한 영장의 제시보다 국민의 기본권을 더 제한 한다고 할 수는 없을 것이다

《참 고 문 헌》

1. 국내문헌

권양섭, “디지털 증거의 압수·수색에 관한 입법론적 연구”, 원광법학 제26권 제1호, 2010년, 352면.

김기범, “정보영장제도 도입방안 연구”, 김기범외 3인, 경찰학연구 제11권 제3호

32) See supra Part IV.E-F

33) 윤해성의 3인, 위의 논문, 형사정책연구원 2020, 351- 384면.

(통권 제27호) 2011.9, 92-110면.

노명선, “전자정보의 압수수색을 위한 새로운 영장제도의 제언” 판례평석, 2015.11

박종근, “디지털증거의 압수수색과 법제”, 형사법의 신동향 통권제18호, 대검찰청, 2009.2

신상현, “최근 개정된 독일 형사소송법상 압수·수색 관련 규정에 대한 검토” ‘형사소송법의 지속적 발전 및 기타 규정들의 개정에 관한 법률’을 중심으로 -, 형사법의 신동향(대검찰청) 통권72호 2021. 6. 25. 226-259면,

이상원, “전자영장제도의 도입방안에 관한 연구” 2012 법무부 용역과제, 2012. 57- 92면.

이창수, “초국가적 사이버범죄에 대한 국제공조 활성화 방안과 그 선결과제”, 형사법의 신동향 통권 제21호, 2009년8월

윤해성/최호진/박희영/이권일, “영장주의의 현대적 한계와 개선방안에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2020, 336-340면이하.

조국, “컴퓨터 전자기록에 대한 압수수색영장의 쟁점”, 대법원 사법제도비교연구회 발표자료 (2010. 3. 25.). 2023. 2.27일 검색

전승수, “형사절차상 디지털증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 201년, 126-127면

하태훈 외 고려대학교 산학협력단, “영장제도의 현황 및 개선방안 연구”, 국가인권위원회, 2013, 220-222면 이하.

한상규, “영장주의의 새로운 동향과 실천적 과제-영장주의의 본질과 그 대상(발표문)- ”, 국회입법조사처, 한국형사정책연구원 공동학술대회, 2019, 10-23면.

탁희성, “전자증거에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문, 204년, 80면.

2. 외국문헌

독일형사소송법 StPO (Strafprozesordnung) § 10

最決 198. 5. 1. 形集 제52권 4호 275면, 判時 1643(浦和 플로피 디스크 압수사건)

Federal Rules of Criminal Procedure §41제41조(a)(2)(A): “Property” includes documents, boks, papers, any other tangible objects, and information

Martin Kemper, 김성룡 역, “데이터와 이메일의 압수적격성”, 인터넷법률 제3호, 206년 1월, 151면.

Lutz Meyer-Göbner, StPO, 52, Aufl. 209. §94 Rn.16a.(전승수, 앞의 논문, 52면 재인용)

독일형사소송법 StPO (Strafprozesordnung) § 10

Jihyun Park, “International trend against cybercrime and controversy over the F.B.I.’s practice of Extra-teritorial Seizure of Digital Evidence”, 국제법학회논총 제49권 제3호(통권 제10호), 2004년, 26-234면

See supra Part IV.E-F

BVerfG, 2 BvR 902/06 vom 16.6.209.

United States v. New York Telephone Co., 98 S.Ct. 364(197).

United States v. Ramirez, 12 F.3d 849, 852(7Cir. 197)

United State v. Gorshkov 201 WL 1024026 *1 (W.D.W.A May 23, 201)

헤럴드경제, 2015.11.04. <http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20151104000659>2-2023년 2월 26일 검색

3. 기타

대법원 1999. 12. 1.자 99모161 결정.

대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체결정

대법원 2017.9.21.선고2015다 12400 판결

대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결.

헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016 헌마263 결정.

[ABSTRACT]

A study on the introduction of the electronic information

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2021S1A5A8069804)

** Corresponding Author, Professor, Department of Law, Police and Public Administration, Hoseo University.

warrant system*

Lee, In-Gon**

In the case of search and seizure of electronic (digital) information, there is a vast amount of electronic information in the electronic information storage medium, so it may contain information related to the alleged fact as well as irrelevant information. Due to its special characteristics, such as physical indivisibility, even parts unrelated to the alleged facts can be subject to search and seizure, and there is a high risk of infringing on personal privacy or corporate trade secrets. In order to minimize or end such concerns, the seizure and search of electronic information should also target only the part related to the alleged fact stated in the warrant. Of course, as a premise, it is natural in principle to prohibit general warrants that everything from the stage of issuance of a warrant to the object, place, and (in some cases) method of seizure and search should be specified in detail as possible.

The connection between the search and seizure of electronic information is determined by the objective (relevance of the electronic information itself), subjective (personal relevance, such as the person managing the electronic information or the person who enjoys basic rights), and temporally (a certain time range). temporal relevance, such as tracking within). Since the seizure and search of electronic information is conducted only for the part related to the alleged fact described in the warrant, specific specific measures are needed to ensure legitimacy. First, the relevant information must be selected through the search of files related to the alleged facts. As a method, you can think of a normal search method such as a keyword search for files in the information storage medium. With the development of storage medium technology, a password is set so that it cannot be searched by normal search methods, and a special type of picture is not a document file. In the case of filing, the

execution of non-retrieval methods should also be allowed to exist. Whether or not the non-search enforcement method is recognized as an exception will have to be judged individually by the investigative agency depending on the case. Recently, in order to selectively search and seize electronic information related to criminal charges, an argument has been made to accept US precedent theories related to search and seizure warrant enforcement such as the 'Tamura-Carey approach' or 'Kosinskian', but the legal system is different. Our investigative authorities have a difficult aspect to introduce quickly. On the other hand, with respect to the copying or imaging of the entire hard disk, there may be a point of view that it should be completely denied in terms of relevance due to the broadness or comprehensiveness of the subject. You need to be careful. The request for prohibition of a general warrant to guarantee the human rights of the person punished and the request for the appropriate exercise of the state's right to punish for the discovery of substantive truth (specificity and effective response to computer crimes that are difficult to determine whether or not they are related to charges in physical information media) will be harmoniously reflected. There is a need.

Going one step further, this study seeks to establish the basis of the national criminal justice system through the introduction of the electronic information warrant system, which has been actively discussed in the academic world and the working world (police-prosecution) for the effective realization of the two pillars of the national criminal justice system. The existing conflict between the prosecution's exclusive right to request a warrant and the independence of the police's right to request a warrant following the adjustment of the prosecutor's and police's investigative powers is discussed separately in this study). Although e-mail or fax is already used when requesting a warrant in investigation work, it has usually taken the form of a warrant request by the investigative agency, issuance by the court, and presentation of the warrant to the disposition party in writing. These investigation procedures are not face-to-face through the Internet, etc.

Recently, in the reality of a rapid increase in criminal cases (crimes) against an unspecified number of people, such as Internet product fraud and voice phishing, delay in investigation carries the risk of destroying evidence in an emergency situation. If the investigative agency uses it illegally, it becomes an opportunity to overuse the exception of the warrant principle. Accordingly, the purpose of introducing the electronic warrant system under the Criminal Procedure Act is to simplify and promptly respond to urgent matters or important cases such as national security due to the development of information and communication technology and various media by promptly requesting and issuing warrants. It is meaningful to solve at once through the introduction of the electronic warrant system that the fundamental rights of the people are also more thickly guaranteed. The connection between the search and seizure of electronic information is determined by the objective (relevance of the electronic information itself), subjective (personal relevance, such as the person managing the electronic information or the person who enjoys basic rights), and temporally (a certain time range). temporal relevance, such as tracking within). Since the seizure and search of electronic information is conducted only for the part related to the alleged fact described in the warrant, specific specific measures are needed to ensure legitimacy. First, the relevant information must be selected through the search of files related to the alleged facts. As a method, you can think of a normal search method such as a keyword search for files in the information storage medium. With the development of storage medium technology, a password is set so that it cannot be searched by normal search methods, and a special type of picture is not a document file. In the case of filing, the execution of non-retrieval methods should also be allowed to exist. Whether or not the non-search enforcement method is recognized as an exception will have to be judged individually by the investigative agency depending on the case. Recently, in order to selectively search and seize electronic information related to criminal charges, an argument has been made to accept US precedent

theories related to search and seizure warrant enforcement such as the 'Tamura-Carey approach' or 'Kosinskian', but the legal system is different. Our investigative authorities have a difficult aspect to introduce quickly. On the other hand, with respect to the copying or imaging of the entire hard disk, there may be a point of view that it should be completely denied in terms of relevance due to the broadness or comprehensiveness of the subject. You need to be careful. The request for prohibition of a general warrant to guarantee the human rights of the person punished and the request for the appropriate exercise of the state's right to punish for the discovery of substantive truth (specificity and effective response to computer crimes that are difficult to determine whether or not they are related to charges in physical information media) will be harmoniously reflected. There is a need.

Going one step further, this study seeks to establish the basis of the national criminal justice system through the introduction of the electronic information warrant system, which has been actively discussed in the academic world and the working world (police-prosecution) for the effective realization of the two pillars of the national criminal justice system. The existing conflict between the prosecution's exclusive right to request a warrant and the independence of the police's right to request a warrant following the adjustment of the prosecutor's and police's investigative powers is discussed separately in this study). Although e-mail or fax is already used when requesting a warrant in investigation work, it has usually taken the form of a warrant request by the investigative agency, issuance by the court, and presentation of the warrant to the disposition party in writing. These investigation procedures are not face-to-face through the Internet, etc. Recently, in the reality of a rapid increase in criminal cases (crimes) against an unspecified number of people, such as Internet product fraud and voice phishing, delay in investigation carries the risk of destroying evidence in an emergency situation. If the investigative agency uses it illegally, it becomes an opportunity to overuse the exception of the warrant principle. Accordingly, the

purpose of introducing the electronic warrant system under the Criminal Procedure Act is to simplify and promptly respond to urgent matters or important cases such as national security due to the development of information and communication technology and various media by promptly requesting and issuing warrants. It is meaningful to solve at once through the introduction of the electronic warrant system that the fundamental rights of the people are also more thickly guaranteed.

Key Words

electronic information warrant, search and seizure, guarantee of human rights (basic rights), investigation procedure, relevance.