

디지털증거와 영장주의 : 증거분석과정에 대한 규제를 중심으로

조 성 훈*

국 | 문 | 요 | 약

수사기관의 강제처분에 대한 영장주의는 강제처분의 요건을 독립적 지위를 가진 사법기관으로 하여금 판단하게 함으로써 수사기관에 의한 강제처분의 남용을 방지하고 개인의 재산권, 인권권 등 기본적 권리를 보호하고자 하는 것이다. 한편 정보의 대량성·다양성, 증거분석과정의 복잡성이라는 디지털증거의 특성 때문에 전통적 영장제도의 법리를 그대로 적용할 수 없다는 주장이 국내외에서 제시되고 있다. 본고에서는 위와 같은 주장의 배경, 그 의미에 대하여 살펴보고, 우리 형사실무에 던져주는 시사점에 대하여 검토하였다.

먼저 압수대상 제한의 법리는 이미 형사소송법 제106조 제3항을 통하여 우리 형사실무에 도입되었으나, 위 조항이 강제처분의 비례성 원칙을 선언하는 의미를 가지는 외에 실효성 있는 규정으로 작용할지 여부는 현재로서는 단정하기 어렵다고 생각된다. 다음으로 형사소송법의 압수물반환의 요건 등을 고려할 때, 우리 형사실무에서 입법론 또는 해석론을 통하여 증거분석기간·압수물반환과 관련된 기간제한을 부과하는 방안을 도입할 별다른 실익은 없다고 판단된다.

디지털증거에 대한 강제처분에서 가장 중요한 의미를 가지는 것은 현장 외에서의 증거분석과정을 어떻게 규율할 것인지의 문제인바, 형사소송법의 해석 상 광범위한 영장주의 예외가 인정되기 어려워 그로 인한 폐해가 크다고 볼 수 없는 점, 형사소송법이 원칙적으로 검사로 하여금 영장 집행의 지휘를 담당하도록 한 점 등에 비추어, 영장에 증거분석과정에 대한 사전제한을 부과하는 것은 적절한 통제방법이 아닌 것으로 판단된다. 따라서 영장의 집행은 우선 수사기관의 합리적 판단에 따라 이루어지도록 하되, 사후에 그 과정이 적법한 절차에 따른 것이었는지 여부를 판단하는 것이 정당한 법집행이라는 공익과 사생활보호라는 사익의 적절한 균형점을 찾는 방법일 것이다.

❖ 주제어 : 디지털증거, 압수·수색, 수사상 강제처분, 영장주의, 명백한 시야 원칙, 미국 헌법개정조항 제4조

* 법학박사, 변호사

I. 들어가며

수사기관의 강제처분에 대한 영장주의는 강제처분의 요건을 독립적 지위를 가진 사법기관으로 하여금 판단하게 함으로써 수사기관에 의한 강제처분의 남용을 방지하고 개인의 재산권, 인격권 등 기본적 권리를 보호하고자 하는 것이다. 한편 정보기술의 발달로 인하여, 정보저장매체가 담을 수 있는 정보의 양은 기존 물리적 증거에서는 상상하기 어려울 정도로 방대해지고 있으며, 일상생활에서 컴퓨터를 필수적으로 이용하는 활동영역이 증가함에 따라 일반적으로 사용되는 개인용 컴퓨터 한 대에도 서로 관련성이 없는 다양한 종류의 정보가 기록되고 있다. 위와 같은 특성 때문에 전통적 영장제도는 디지털증거에 있어 그 본래의 역할을 할 수 없으므로, 그 분석과정에 별도의 제한을 부과하여야 한다는 주장이 국내외에서 제시되고 있다.

본고에서는 위와 같은 주장의 배경, 그 의미에 대하여 살펴보고, 우리 형사실무에 던져주는 시사점에 대하여 검토하였다.¹⁾ 본고의 논의는 영장제도의 역할, 기술발전과 법제도의 대응이라는 주제에 대하여 다시금 음미할 수 있는 기회가 될 것으로 생각된다.

II. 디지털증거와 영장주의: 비교법적 고찰

1. 미 연방 헌법개정조항 제4조의 법적 성격

본 항에서는 미 연방 헌법개정조항 제4조(the Fourth Amendment to United States Constitution, 이하 ‘헌법개정조항 제4조’라 한다)의 법리가 디지털증거에 어떻게 적용되고 있는지를 상세히 살펴보고자 한다. 그 구체적 내용을 살피기 전에 먼저 헌법개정조항 제4조의 법적 성격을 먼저 검토한다.

1) 본고에서는 개인이나 단체에서 관리하는 컴퓨터 및 정보저장매체에 대한 압수·수색의 경우에 한정하여 논의를 진행한다. 인터넷 상에서 디지털증거를 수집하는 경우는 그 특성을 고려한 추가적 논의가 필요하기 때문이다.

미 연방 헌법개정조항 제4조는 다음과 같이 규정한다.²⁾ “(1) 비합리적인 체포, 수색, 압수로부터 신체, 주거, 서류 및 물건의 안전을 보장받을 개인의 권리는 이를 침해할 수 없다. (2) 영장은 상당한 이유가 있고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되며, 수색될 장소, 체포될 사람, 또는 압수될 물건을 특정하여 기재하지 아니하면 발부되지 아니한다.”³⁾

미연방 헌법개정조항 제4조는 독특한 역사적 배경을 가지고 있다. 현대적 의미의 경찰조직이 완비되기 전 사생활 침해에 대한 일차적 법적보호는 침입금지법 (trespass law)이었다.⁴⁾ 즉, 사유지에 침입하여 물건을 가져가는 자에 대하여는 일반 인이든 공권력이든 관계없이 침입금지 소송을 제기하여 보호받을 수 있었다. 한편 공권력을 행사한 경찰관은 그 수색이 합리적인 것이었음을 입증하여 책임에서 벗어날 수 있었으나, 이는 수색집행자에게 법적 불확실성을 부담하도록 하는 것이었다.⁵⁾ 영장제도는 이러한 법적 불확실성을 제거하고, 법 집행 공무원을 침입금지책임에서 보호하는 역할을 한 것이다. 그러나 다른 한편으로 포괄적 수색·압수의 권한을 부여하는 일반영장(*general warrant*) 남용으로 인한 심각한 폐해가 있었다.⁶⁾ 이러한 배경 하에 헌법개정조항 제4조의 입안자들은 정당한 공권력행사라는 공익과 사생활 보호라는 사익을 조화시키기 위하여 체포·수색·압수는 ‘합리적’이어야 하며,⁷⁾ 영

2) 본 문단과 아래 두 문단은, 조성훈, “DNA신원확인정보와 영장주의”, 정보법학 제17권 제2호 (2013), 171-174면을 요약한 것이다.

3) 헌법개정조항 제4조: “(1) 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 (2) 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 seized.” (문장을 구분하는 기호—(1)와 (2)—는 논의의 편의상 필자가 부가한 것이다.)

4) William J. Stunz, *The Substantive Origins of Criminal Procedure*, 105 *YALE L. J.* 393, 396-400 (1995).

5) 이는 전통적 침입금지(*trespass*) 법리와는 차이가 있다. 침입금지는 이른바 엄격책임(*strict liability*)으로 원고와 피고 사이에 이익형량을 한다거나, 침입의 합리성 여부 등을 따지지 않고 책임을 묻는다. WILLIAM L. PROSSER, *TORTS* 63 (4th ed. 1971). 그러나 현대의 해석에서는 그 엄격성이 다소 완화되어 있다. See e.g., *Restatement (Second) of Torts* § 166.

6) NELSON B. LASSON, *THE HISTORY AND DEVELOPMENT OF THE FOURTH AMENDMENT TO THE UNITED STATES CONSTITUTION* 25 (1937).

7) William Stunz는 헌법개정조항 제4조의 재산법적 연원을 지적하며 ‘합리성’ 기준은 불법행위법상 주의의무위반 기준과 유사하도록 설계된 것이라고 주장한다. William J. Stunz, *Implicit*

장은 ‘상당한 이유’가 있고 그 대상이 특정되어 있을 것을 요구한 것이다.⁸⁾

한편 헌법개정조상 제4조의 첫 번째 문장을 “합리성조항(reasonableness clause)”으로 두 번째 문장을 “영장조항(warrant clause)”으로 칭하기도 하는바, “합리성조항”은 다만 체포, 수색, 압수 등이 합리적(reasonable)일 것만을 요구하고 있을 뿐이고, “영장조항” 역시 영장 발부의 요건을 정한 것일 뿐 체포 · 수색 · 압수 등이 합리적이기 위해 반드시 영장이 필요한 것인지 여부에 대하여 정하고 있지 아니하기 때문에, 위 두 문장의 관계에 대하여 다음과 같이 대립하는 두 가지 견해가 제시되고 있다.⁹⁾ 먼저 영장조항은 합리성조항에 의미를 부여하고 그 범위를 명확히 하는 것이므로 원칙적으로 영장조항에 따른 강제처분만이 합리성조항을 충족한다는 견해가 있다.¹⁰⁾ 이러한 이론에 따르면, 원칙적으로 모든 체포 · 수색 · 압수 절차에 영장을 필요로 하게 되고, 영장을 발부받는 것이 현실적으로 불가능하거나 의미가 없는 드문 경우에 한하여 영장주의의 예외를 인정하게 된다.¹¹⁾ 다음으로 영장조항은 합리성조항에 어떤 의미를 부여하거나 그 범위를 정하는 역할을 하는 것이 아니며, 강제처분의 합리성 여부는 모든 관련 요소를 고려하여 판단하면 족하다는 입장이 있다.¹²⁾ 다시 말하면, 영장 발부 여부가 강제처분의 합리성 여부를 전적으로 결정짓는 것은 아니라는 것이다.¹³⁾

Bargains, Government Power, and the Fourth Amendment, 44 **STAN. L. REV.** 553, 553 (1992).

8) *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949); LASSON, **THE HISTORY AND DEVELOPMENT OF THE FOURTH AMENDMENT**, *supra* note 6, at 79.

9) 두 이론의 개관으로는, Craig M. Bradley, *Two Models of the Fourth Amendment*, 83 **MICH. L. REV.** 1468 (1985); Craig M. Bradley, *The Court's Two Model Approach to the Fourth Amendment: Carpe Diem*, 84 **J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY** 429 (1993).

10) Bradley, *Two Models of the Fourth Amendment*, *supra* note 9, at 1491-1498; Tracey Maclin, *When the Cure for the Fourth Amendment is Worse than the Disease*, 68 **S. CAL. L. REV.** 1, 33 (1994); Tracey Maclin, *The Complexity of the Fourth Amendment: A Historical Review*, 77 **B.U. L. REV.** 925 (1997).

11) 미국 연방대법원이 *California v. Acevedo* 판결에서, “법관의 사전 승인을 얻지 아니한 수색은 그 자체로 비합리적이고, 다만 그 범위가 명확히 기술되어 있는 소수의 예외만이 특별히 인정될 수 있다”고 판시하는 것은 이와 같은 입장에 입각한 것으로 볼 수 있다. *California v. Acevedo*, 500 U.S. 565, 580 (1991).

12) Bradley, *Two Models of the Fourth Amendment*, *supra* note 9, at 1481-1491; Akhill Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 **HARV. L. REV.** 107 (1994).

13) 예컨대, 렌퀴스트 대법관이 *Robbins v. California* 판결에서, “영장조항에 따르는 것이 합리성조항

미국 연방대법원은 압수·수색의 합헌성 여부를 판단하는 궁극적 기준은 합리성(reasonableness)이며,¹⁴⁾ ‘상당한 이유’는 중립적 법관¹⁵⁾이 그 판단을 통하여 법 집행 공무원과 일반시민 사이를 중재하는 역할을 하는 것이라는 취지로 판시하나, 헌법개정조항 제4조의 역사적 발전과정에 비추어 영장조항의 의미를 결코 가볍게 볼 수는 없다. 즉, 영장이 강제처분에 필수적 요건은 아니라 하더라도 적어도 영장에 대한 사법적 선호(judicial preference)는 인정되는 것이다. 특히 ‘상당한 이유(probable cause)’와 ‘특정요건(particularity requirement)’의 판단을 통하여 중립적 법관이 법 집행 공무원과 일반시민 사이를 중재하고 일반영장의 폐해로부터 사생활의 이익을 보호한다는 점에서, 영장조항은 형사사법절차에서 불가결한 역할을 담당한다.¹⁶⁾ 이러한 견지에서 전통적으로 영장에는 수색될 장소, 압수될 물건을 특정하여 기재하여야 하고, (1) 수색대상인 물품이 특정 범죄행위와 연관되어 있다는 점, (2) 그 물품이 수색할 장소에서 발견될 것이라는 점이 증거로 뒷받침되어야 하는 것으로 이해되어 온 것이다.¹⁷⁾

을 만족하는 것이라는 견해는 법원의 해석에 의하여 만들어진 선호에 불과하다. 이러한 견해가 위법증거배제법칙의 폐해를 가중시키고 있다. 헌법개정조항 제4조는 수색 등 절차에 있어 반드시 영장이 필요한 것으로 규정하고 있지 않다는 점을 유의하여야 한다. 동 조항은 다만 체포, 수색, 압수 등이 합리적인 것을 요구하고, 또한 영장은 상당한 이유가 있어야만 발부될 수 있다고 규정할 뿐이다”라고 판시하는 것은 이와 같은 입장에 입각한 것으로 볼 수 있다. *Robbins v. California*, 453 U.S. 420, 438 (1981) (Rehnquist, J., dissenting).

14) *Maryland v. King*, 133 S.Ct. 1958, 1969 (2013).

15) 미국의 영장실무에서 치안판사(magistrates) 제도가 가지는 중요성을 간략히 검토할 필요가 있다. 미국의 치안판사제도는 영국의 치안판사제도를 모태로 한 것으로 치안판사는 통상 경미한 형사범죄재판과 행정법규위반사건을 관할한다. 또한 압수·수색영장, 체포영장의 발부, 범죄인부절차(arraignement), 예비심문절차(preliminary hearing) 등을 담당한다. 즉, 치안판사는 본고에서 논할 디지털증거에 대한 압수·수색영장의 법리를 최전방에서 적용하는 역할을 하는 것이다. 치안판사제도와 영장심리의 관계에 대하여는, Abraham S. Goldstein, *The Search Warrant, the Magistrate, and Judicial Review*, 62 N.Y.U. L. REV. 1173 (1987).

16) *Maryland v. Garrison*, 480 U.S. 79, 84 (1987).

17) WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING & ORIN S. KERR, *CRIMINAL PROCEDURE* 164 (5th ed. 2009).

2. 디지털증거와 헌법개정조항 제4조

(1) 상당한 이유

위와 같은 헌법개정조항 제4조 영장조항의 법리는 디지털증거라는 새로운 분야에서 비교적 일관되게 적용되어 왔다.

즉, ‘상당한 이유’는 (1) 컴퓨터 또는 정보저장매체가 금제품(禁制品, contraband), 범죄의 증거, 범죄로 인하여 취득한 물건, 범죄의 도구이거나, 또는 위에 해당하는 것들을 포함하고 있고, (2) 위와 같은 컴퓨터 또는 정보저장매체가 수색될 장소에서 발견될 것이라는 점이 증거에 의하여 뒷받침되어야 이를 인정할 수 있다.¹⁸⁾

다만 수사기관이 특정된 장소에서 특정 범죄의 증거가 될 수 있는 문서를 수색하는 경우, 그 ‘문서’가 물리적 형태로 존재할 것인지 또는 전자적 형태로 존재할 것인지 여부를 미리 예측하기 어렵기 때문에 대상으로 반드시 컴퓨터 또는 정보저장매체를 명시적으로 적시할 필요는 없다는 것이 일반적 견해이나,¹⁹⁾ 이와는 달리 정보저장매체를 수색 대상으로 특정할 것이 요구된다는 판례도 있으므로,²⁰⁾ 현재의 실무는 되도록 컴퓨터 또는 정보저장매체를 수색 대상으로 명시하는 것이 일반적이다.²¹⁾ 또한 상당한 이유를 뒷받침할 증거로는 피의자의 IP 주소(Internet Protocol Address),²²⁾ 웹 기반 서비스의 계좌정보²³⁾ 등 온라인상 정보를 사용할 수도 있고,

18) Fed. R. Crim. P. 41(c) (“A warrant may be issued for any of the following: (1) evidence of a crime; (2) contraband, fruits of crime, or other items illegally possessed; (3) property designed for use, intended for use, or used in committing a crime; or (4) a person to be arrested or a person who is unlawfully restrained.”); *United States v. Adjani*, 452 F.3d 1140, 1145 (9th Cir. 2006).

19) *United States v. Giberson*, 527 F.3d 882, 887 (9th Cir. 2008); *People v. Gall*, 30 P.3d 145 (Colo. 2001) (en banc).

20) *United States v. Payton*, 573 F.3d 859, 861 (9th Cir. 2009).

21) U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **SEARCHING AND SEIZING COMPUTERS AND OBTAINING ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL INVESTIGATIONS** 65 (3d ed. 2009) [이하 ‘ELECTRONIC EVIDENCE’로 약칭한다].

22) IP 주소를 알면 인터넷서비스제공자(ISP) 등을 통하여 사용자의 인적사항, 주소 등을 알 수 있으며, 이러한 정보를 기초로 ‘상당한 이유’를 인정한 다수의 판례가 있다. *See e.g., United States v. Grant*, 218 F.3d 72, 76 (1st Cir. 2000); *United States v. Perez*, 484 F.3d 735, 740 (5th Cir. 2007); *United States v. Carter*, 549 F.Supp.2d 1257, 1261 (D. Nev. 2008).

23) 주로 아동음란물(child pornography) 관련 웹서비스에 가입되어 있는 사용자를 대상으로 하는 수

기타 일반적 증거가 사용될 수도 있다.²⁴⁾

(2) 압수·수색 대상의 특정

다음으로 ‘특정요건’을 만족하려면 대상물을 구체적으로 특정하여야 하는바, 특히 컴퓨터나 정보저장매체 자체를 압수할 것인지 아니면 단순히 관련 정보를 취득하는 것에 그칠 것인지 여부를 결정하여야 한다.²⁵⁾ 즉, 금제품, 범죄로 인하여 취득한 물건, 범죄의 도구로서 몰수대상물일 경우 컴퓨터나 정보저장매체 자체를 압수하여야 하는 반면, 정보저장매체에 있는 정보가 다만 범죄의 증거에 불과할 경우에는 그 범위를 특정하여 관련 정보만을 취득할 수도 있는 것이다. 다만 관련 정보를 특정함에 있어서는, 수사 대상인 범죄, 피의자, 범행 기간과 함께 대표적으로 요구되는 정보의 종류를 예시하고, 기타 관련 자료를 포괄하는 형식이면 충분한 것으로 이해되고 있다.²⁶⁾ 예컨대 제10연방항소법원의 *Davis v. Gracey* 판결²⁷⁾에서 수사관들은 “음란물 배포·전시와 관련된 장비”를 압수·수색할 수 있는 영장에 근거하여 약 2,000명의 가입자들에게 디지털 화상과 이메일서비스 등을 제공한 2개의 서버를 압수하였는바, 법원은 위 영장의 기재가 범죄행위에 직접 관계되어 있는 장비에 한정되어 있는 점을 들어 영장은 충분히 특정되어 있다고 판시하고 있다.

3. 디지털증거 압수·수색절차의 특성

그러나 디지털증거가 기존 물리적 증거와 구별되는 현저한 특징을 가진다는 이유로 기존 영장조항의 법리가 그대로 적용되는 것이 타당한가에 대하여 의문을 제

사에서 이러한 증거가 사용된다. See e.g., *United States v. Gourde*, 440 F.3d 1065, 1070 (9th Cir. 2006) (en banc); *United States v. Kelley*, 482 F.3d 1047, 1053 (9th Cir. 2007); *United States v. Wilder*, 526 F.3d 1, 6 (1st Cir. 2008); *United States v. Terry*, 522 F.3d 645, 648 (6th Cir. 2008).

24) See e.g., *United States v. Flanders*, 468 F.3d 269, 271 (5th Cir. 2006); *United States v. Khanani*, 502 F.3d 1281, 1290 (11th Cir. 2007).

25) U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **ELECTRONIC EVIDENCE**, *supra* note 21, at 70.

26) *Id.* at 72-76.

27) *Davis v. Gracey*, 111 F.3d 1472 (10th Cir. 1997). 유사한 취지의 판결로는, *United States v. Lacey*, 119 F.3d 742, 746 (9th Cir. 1997); *United States v. Adjani*, 452 F.3d 1140, 1148 (9th Cir. 2006).

기하는 견해가 있으며, 그와 같은 고려를 반영하여 전통적 영장에서는 볼 수 없는 이례적 제한을 부가하는 사례들이 등장하고 있다. 이하에서는 디지털증거가 기존 증거와 구별되는 특징에 대하여 간략히 살펴보도록 한다.

(1) 정보의 대량성 · 다양성

먼저 정보저장매체가 담을 수 있는 정보의 양은 기존 물리적 증거에서는 상상하기 어려울 정도로 방대하다는 점이다.²⁸⁾ 또한 일상생활에서 컴퓨터를 필수적으로 이용하는 활동영역이 증가함에 따라 통상적으로 사용되는 개인용 컴퓨터 한 대에도 서로 관련성이 없는 다양한 종류의 정보가 기록된다.²⁹⁾ ‘특정 요건’은 압수 · 수색 대상물을 한정함으로써 일반영장의 폐해를 막고자하는 것인바, 위와 같이 다양하고 방대한 양의 정보가 수록되는 컴퓨터 및 정보저장매체의 특성 때문에 디지털 증거에 있어서는 특정 요건이 그 본래의 역할을 할 수 없다는 것이다. 이러한 점은 컴퓨터 포렌식 기술의 발달에 의하여 디지털증거의 분석에 소요되는 시간과 비용이 점점 줄어들고 있다는 사실에 의하여 더욱 심각해진다.³⁰⁾

(2) 압수 · 수색절차의 복잡성

다음으로 전통적 압수 · 수색과 달리 디지털증거의 압수 · 수색은 원칙적으로 두 단계 절차로 이루어진다는 점이 지적되고 있다.³¹⁾ 즉, 전통적 압수 · 수색은 현장에서 대상물을 수색하고 이를 압수하는 것으로 종료되나, 디지털증거의 경우는 먼저

28) 이러한 점을 지적하는 견해로는, Orin S. Kerr, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, 105 **COLUM. L. REV.** 279, 302-303 (2005); Raphael Winick, *Searches and Seizures of Computers and Computer Data*, 8 **HARV. J. L. & TECH.** 75, 82 (1994).

29) 이러한 점을 지적하는 견해로는, Orin S. Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, 119 **HARV. L. REV.** 531, 569 (2005).

30) *Id.* at 569-570.

31) 이러한 점을 지적하는 견해로는, ORIN S. KERR, **COMPUTER CRIME LAW** 375 (2d ed. 2009); Orin S. Kerr, *Search Warrants in an Era of Digital Evidence*, 75 **MISS. L. J.** 85, 86 (2005); Susan W. Brenner & Barbara A. Frederiksen, *Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues*, 8 **MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV.** 39, 82 (2002).

현장에서 컴퓨터·정보저장매체에 대한 압수가 이루어진 후, 디지털증거분석실로 옮겨져 ‘이미징(imaging)’ 작업을 통하여 원본 디지털증거 저장장치를 대체할 복사본을 생성하며,³²⁾ EnCase와 같은 컴퓨터 포렌식 도구를 이용하여 그 복사본에 대한 분석이 이루어지는 것이다.

기존 영장조항의 법리는 주로 압수·수색이 현장에서 종료되는 경우를 예상한 것이기 때문에 현장 외에서 이루어지는 증거분석과정은 사법적 통제의 범위에서 벗어나게 되며, 이러한 점에서 기존 법리의 보완·수정이 필요하다는 견해가 제시되고 있다. 아래에서는 항을 바꾸어 위와 같은 주장의 구체적 내용에 대하여 상세히 살펴보도록 한다.

III. 디지털증거 압수·수색과 사법통제

1. 압수대상 제한

방대한 양의 데이터에서 필요한 정보를 발견하는 것은 많은 시간과 노력이 소요되는 작업이다.³³⁾ 또한 압수·수색 현장에서 컴퓨터를 조작하여 증거를 찾는 작업은 오히려 증거가치를 훼손시키는 경우가 많다.³⁴⁾ 따라서 디지털증거의 경우는 일단 현장에서 발견된 모든 컴퓨터 및 정보저장매체를 일괄적으로 압수한 후 이를 현장 외에서 분석하는 것이 일반적인 집행방법이 된다.³⁵⁾ 각급 법원도 이러한 디지털증거의 특성을 고려하여 압수·수색의 위법 여부를 판단하여 왔다. 예컨대, 제11

32) 이러한 절차를 통하여 생성된 복사본을 “bitstream copy” 또는 “image”라고도 한다. KERR, **COMPUTER CRIME LAW**, *supra* note 31, at 298-299.

33) See e.g., *United States v. Hill*, 459 F.3d 966, 974-975 (9th Cir. 2006).

34) *Id.*; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **ELECTRONIC EVIDENCE**, *supra* note 21, at 77-78.

35) 이러한 점은 대량의 문서를 압수·수색할 필요가 있는 전통적 사건의 경우에도 마찬가지이다. See e.g., *United States v. Santarelli*, 778 F.2d 609, 616 (11th Cir. 1985); *United States v. Hargus*, 128 F.3d 1358, 1363 (10th Cir. 1997) (어떠한 문서가 영장에서 허가된 범위에 속하는지 여부를 현장에서 판단하는 것이 현실적으로 불가능하다는 점 등을 이유로, 수사기관이 전체 파일 캐비닛을 압수한 것은 영장 기재 내용을 ‘노골적으로 무시(flagrant disregard)한 것’이라는 피고인의 주장을 받아들이지 아니함).

연방항소법원은 *U.S. v. Schandl* 판결³⁶⁾에서, 관련된 문서를 주의 깊게 분석해야 하는 탈세수사의 특성상 혐의와 관련 없는 일부 문서가 압수되는 것은 불가피한 것이며, 현장에서 모든 문서를 검토한 후 압수 여부를 결정하도록 하도록 하는 것은 영장 집행에 많은 시간이 소요되도록 함으로써 오히려 강제처분에 의한 법익침해가 더 커지도록 하는 것이라고 판시하였고,³⁷⁾ 기타 많은 법원들도 일괄적 압수, 현장 외 분석이라는 집행방법을 승인하여 온 것이다.³⁸⁾

그러나 이러한 일괄적 압수 관행을 비판하는 견해가 있었고,³⁹⁾ 연방제9항소법원도 *U.S. v. Hill* 판결⁴⁰⁾에서 이러한 문제점을 지적하면서, 수사기관은 일괄적 압수 및 현장 외에서의 분석이 필요하다는 점을 반드시 소명하여야 하며,⁴¹⁾ 그러한 소명이 결여된 영장은 원칙적으로 위법하다는 취지로 판시하였다.⁴²⁾ 나아가 수사기관으로 하여금 현장에서 개별 압수 대상 정보저장매체를 검토하여 반드시 현장 외에서의 분석이 필요할 것인지 여부를 합리적으로 판단한 후 압수를 진행하도록 하는 조건을 부가하여 영장을 발부한 사례도 있다.⁴³⁾

그러나 현실적으로 대부분의 컴퓨터 압수·수색에서 현장 외에서의 분석이 요구된다는 점, 위와 같은 점을 소명하는 것은 영장신청 시 첨부하는 진술서(*affidavit*)에 전형적인 관용문구를 기재하는 것 외에 별다른 방법이 없다는 점 등에 비추어 그 실효성은 의문이라 할 것이다. 나아가 2009. 12. 1.부터 시행된 연방형사절차규

36) *United States v. Schandl*, 947 F.2d 462 (11th Cir. 1991).

37) *Id.* at 465-466.

38) See e.g., *United States v. Upham*, 168 F.3d 532, 535 (1st Cir. 1999); *United States v. Hay*, 231 F.3d 630, 637 (9th Cir. 2000); *Guest v. Leis*, 255 F.3d 325, 335 (6th Cir. 2001).

39) Winick, *Searches and Seizures of Computers and Computer Data*, *supra* note 28, at 106; Brenner & Frederiksen, *Computer Searches and Seizures*, *supra* note 31, at 75.

40) *United States v. Hill*, 459 F.3d 966 (9th Cir. 2006).

41) *Id.* at 975 (“[T]he government must still demonstrate to the magistrate *factually* why such a broad search and seizure authority is reasonable in the case at hand.”).

42) 다만 법원은 영장 신청 시 일괄적 압수, 현장 외 분석이 필요하다는 점이 소명되지 아니한 결함이 있음을 지적하면서도, 수사기관이 비합리적이거나 부적절한 의도로 그와 같은 의무를 태만히 한 것은 아니라는 점을 이유로 해당 영장에 의거해 수집된 증거를 배척하지 아니하였다. *Id.* at 977. 한편 미연방 법무부는 위 *Hill* 판결의 취지를 반영하여 영장신청진술서(*affidavit*)에 현장 외 증거 분석이 요구되는 이유를 기재할 것을 권고하고 있다. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **ELECTRONIC EVIDENCE**, *supra* note 21, at 78-79.

43) *United States v. Olander*, 2006 WL 2679542 (D. Or. Sep. 18, 2006).

칙(Federal Rules of Criminal Procedure)이 현장 외에서의 증거분석을 원칙적으로 허용하는 취지로 규정함에 따라 위와 같은 주장은 더욱 그 설득력을 상실하였다고 할 것이다.⁴⁴⁾

2. 증거분석기간 제한

2009. 12. 1.부터 시행된 연방형사절차규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)은 원칙적으로 영장이 서명된 후 14일 내에 집행될 것을 요구하나,⁴⁵⁾ 위 기간은 정보저장매체를 압수하거나 현장에서 저장장치에 있는 정보를 복제하는 경우를 대상으로 하며, 기타 현장 외에서의 압수물 분석 등에는 적용되지 아니하는 것임을 명시하고 있다.⁴⁶⁾

위 조항의 시행 전에도 각급 법원은 증거분석 기간에 특별한 제한이 없다는 점을 이유로 상당한 기간이 경과한 후에 이루어진 증거분석을 승인하여 왔다.⁴⁷⁾ 또한 *United States v. Mutschelknaus* 판결⁴⁸⁾에서 치안판사는 압수물분석은 영장이 집행된 날로부터 60일 이내에 수행되어야 한다는 조건을 부과하였으나, 연방지방법원은 연방형사절차규칙이 증거분석이 특정한 기간 내에 이루어져야 한다고 규정하고 있지 않으므로, 현장 외에서 이루어지는 증거분석은 다만 합리적 기간 내에 이루어지면 족하다는 취지로 판시하였다.

그러나 일부 치안판사들이 수사기관이 일정한 기간 내에 증거분석을 마칠 것을

44) Fed. R. Crim. P. 41(e)(2)(B) (“Unless otherwise specified, the warrant authorizes a later review of the media or information consistent with the warrant.”).

45) Fed. R. Crim. P. 41(e)(2)(A)(i). 개정 전 조항에서는 영장은 서명된 후 10일 이내에 집행되어야 한다고 규정하고 있었다.

46) Fed. R. Crim. P. 41(e)(2)(B) (“The time for executing the warrant in Rule 41(e)(2)(A) and (f)(1)(A) refers to the seizure or on-site copying of the media or information, and not to any later off-site copying or review.”).

47) See e.g., *United States v. Hernandez*, 183 F.3d 468 (D.P.R. 2002) (영장집행 후 6주 후에 이루어진 증거분석을 승인함); *United States v. Gorrell*, 360 F.Supp.2d 48 (D.D.C. 2004) (영장집행 후 10개월 후에 이루어진 증거분석을 승인함); *United States v. Syphers*, 426 F.3d 461 (1st Cir. 2005) (영장집행 후 5개월 후에 이루어진 증거분석을 승인함).

48) *United States v. Mutschelknaus*, 564 F.Supp.2d 1072 (D.N.D. 2008), *aff’d*, 592 F.3d 826 (8th Cir. 2010).

조건으로 하여 영장을 발부한 사례가 있으며, 더 나아가 수사기관이 그 조건을 준수하지 아니한 경우 증거가 배척된 사례도 있다. 예컨대, *United States v. Brunette* 판결⁴⁹⁾에서 치안판사는 압수물 분석이 영장이 집행된 날로부터 30일 이내에 수행될 것을 조건으로 영장을 발부하였고, 수사기관은 위 영장을 집행하여 2대의 컴퓨터를 압수하였는바, 이후 수사기관은 최초의 30일 제한기간이 경과하기 전 기간연장을 신청하였고, 이에 치안판사는 추가로 30일의 증거분석기간을 허가하였다. 한편, 압수된 2대의 컴퓨터 중 1대는 추가 증거분석기간 내에 분석이 완료되었으나, 나머지 1대는 추가 증거분석기간 종료 후에야 그 분석이 완료되었다. 이에 메인 주 연방지방법원은 제한기간을 준수하지 아니하였다는 이유로 60일 기간 경과 후에 분석이 완료된 컴퓨터에서 발견된 증거를 배척한 것이다.

또한 미시건 주 연방지방법원의 치안판사는 *In the Matter of: the Search of the Premises Known as 1406 N. 2nd Avenue* 판결⁵⁰⁾에서, 영장을 집행한 후 30일 이내에 압수된 각종 정보저장매체를 다른 압수물과 함께 법원에 제출하도록 하고, 명시적 허가를 받기 전에는 압수된 정보저장매체에 대한 분석을 실시할 수 없도록 하는 명령을 부가하였다. 또한 수사기관은 압수물을 법원에 제출할 때 증거분석에 어느 정도의 시간이 소요될 것인지와 어떠한 증거분석방법(search protocol)을 사용할 것인지 등에 대한 보고서를 제출하도록 한 것이다.⁵¹⁾ 이후 법원은 정부의 이의신청(motion to withdraw order)을 고려하여 증거분석방법에 대한 제한을 부가하지는 아니하였지만 90일 이내에 수행할 것을 조건으로 정보저장매체에 대한 분석을 허

49) *United States v. Brunette*, 76 F.Supp.2d 30 (D. Me. 1999), *aff'd*, 256 F.3d 14 (1st Cir. 2001).

50) *In the Matter of: the Search of the Premises Known as 1406 N. 2nd Avenue*, 2006 WL 709036 (W.D. Mich. Mar. 17, 2006).

51) 즉, 치안판사는 영장을 발부하면서 다음과 같은 명령을 부가하였다.

IT IS HEREBY ORDERED that within 30 days of execution of the Search Warrant issued on August 31, 2005, a return shall be presented to the Court. The return shall identify all computer storage media, such as hard drives, CDs, DVDs, floppy disks, the variety of USB drives or thumb drives, or other forms of storage media seized, as well as all other materials seized from the residence. No forensics examination of the computer hard drive and storage media may be conducted of the materials seized until further order of this Court. At the time the return is presented to the Court, the Government shall provide an estimate of the time necessary to conduct a forensics examination of the materials seized and the computer search protocol to be utilized. *Id.* at *1.

가하였다.⁵²⁾

그러나 과연 법원에 위와 같은 기간제한을 부과할 권한이 부여되어 있는지 여부가 우선 문제된다 할 것이며,⁵³⁾ 2009. 12. 1.부터 시행된 연방형사절차규칙이 영장 집행기간은 현장 외에서의 압수물 분석에는 적용되지 아니한다는 것을 명시적으로 규정하는 점,⁵⁴⁾ 판례가 영장집행시간에 대한 제한을 근소하게 위반한 경우, 영장집행사실을 통지하지 아니한 경우 등에 증거능력을 배제하지는 않았던 것과 균형이 맞지 아니한다는 점,⁵⁵⁾ 압수된 정보저장매체 등이 물수대상물인 경우에 (위 *Brunette* 판결의 컴퓨터 역시 물수대상물이었음) 증거분석기간에 제한을 두는 것이 별다른 의미가 없다는 점⁵⁶⁾ 등에 비추어 위와 같은 제한을 부가한 일부 판례는 그 정당성에 의문이 있다 할 것이다.

3. 압수물반환 제한

연방형사소송규칙은 위법한 압수·수색에 의하여 피해를 입은 자는 그 반환을 청구할 수 있다고 규정한다.⁵⁷⁾ 또한 적법한 압수·수색이라 하더라도 수사기관의 계속된 압수로 인한 피해를 주장하는 자도 압수물의 반환을 청구할 수 있다. 다만 이는 법원에 형평법적 사정(equitable consideration)을 고려하여 줄 것을 요청하는 것이므로, 압수물이 반환되지 아니할 경우 회복할 수 없는 손해(irreparable injury)를 입는다는 점, 압수물보유로 인한 공익보다 신청인의 사익침해가 더 크다는 점 등을 입증하여야 한다.⁵⁸⁾

52) *Id.* at *7.

53) 이는 아래 ‘III. 디지털증거 압수·수색과 사법통제 6. 비판론’에서 상세히 논한다.

54) Fed. R. Crim. P. 41(e)(2)(B).

55) See e.g., *United States v. Twenty-Two Thousand, Two Hundred Eighty Seven Dollars (\$22,287.00), U.S. Currency*, 709 F.2d 442 (6th Cir. 1983) (영장집행시간 제한을 위반한 위법이 있으나 증거능력을 배제하지는 아니함); *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006) (영장집행을 고지하지 아니한 위법이 있으나 증거능력을 배제하지는 아니함).

56) 이러한 점을 지적하는 견해로는, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **ELECTRONIC EVIDENCE**, *supra* note 21, at 93-95.

57) Fed. R. Crim. P. 41(g) (“A person aggrieved by an unlawful search and seizure of property or the deprivation of property may move for the property’s return.”).

한편 위와 같은 압수물반환청구권 외에 디지털증거의 특성을 고려한 구제수단이 필요하다는 견해가 있었고,⁵⁹⁾ 예외적으로 압수물반환에 대한 조건을 부가하여 영장을 발부한 사례도 있다. 예컨대, *U.S. v. Maali* 판결⁶⁰⁾에서 플로리다 주 연방치안 판사는 증거분석을 마친 후 10일 이내에 컴퓨터를 반환하도록 하는 조건을 부가하였으며, *In re Searches and Seizures* 판결⁶¹⁾의 영장은 압수·수색일로부터 90일 이내에 압수된 컴퓨터를 반환하도록 하는 조건을 부가한 것이다.

그러나 증거물분석기간 제한의 경우와 같이 법원에 위와 같은 조건을 부가할 권한이 부여되어 있는지가 우선 문제된다 할 것이며, 현재 존재하는 압수물반환청구권을 탄력적으로 운영함으로써 타당한 결과를 도출할 수 있다는 점에서 위 사례의 정당성은 의문이라 할 것이다.

4. 증거분석절차와 Plain View Doctrine

앞서 설명한 압수대상 제한, 증거분석기간 제한, 압수물반환의 문제보다 더욱 중요한 것은 현장 외에서의 증거분석과정을 어떻게 규율할 것인가라는 문제이다.

앞서 기술한바와 같이, 컴퓨터와 기타 정보저장매체는 광범위한 범위의 정보를 수록하고 있기 때문에 그에 대한 압수·수색은 심각한 사생활침해의 위험을 안고 있다. 이러한 위험은 미연방 헌법개정조항 제4조 특유의 ‘명백한 시야 원칙(plain view doctrine)’에 의하여 더욱 가중된다.⁶²⁾ ‘Plain view doctrine’은 수사기관이 적

58) *In the Matter of the Search of Kitty's East*, 905 F.2d 1367 (10th Cir. 1990); *Ramsden v. Unites States*, 2 F.3d 322 (9th Cir. 1993).

59) Kerr, *Search Warrants in an Era of Digital Evidence*, *supra* note 31, at 129-132 (연방형사소송규칙을 개정하여 증거분석기간과 압수물반환에 대한 일반적 기준을 설정하여야 한다고 주장함); Brenner & Frederiksen, *Computer Searches and Seizures*, *supra* note 31, at 79 (수사기관이 압수된 정보저장매체의 복사본을 피의자에게 교부할 것을 제안함).

60) *United States v. Maali*, 346 F.Supp.2d 1226 (M.D. Fla. 2004).

61) *In re Searches and Seizures*, 2008 WL 5411772 (E.D. Cal. Dec. 19, 2008).

62) 본고에서는 손동권 교수의 번역예에 따라 plain view doctrine을 ‘명백한 시야 원칙’이라 번역하였으나 (손동권, “수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론”, *경희법학* 제46권 제3호 (2011), 9면, 15면), ‘명백한 시야 원칙’이라는 번역어와 ‘plain view doctrine’이라는 영문표기를 모두 사용하기로 한다.

법한 수색을 하는 과정에서 범죄 관련성이 명백한 물건을 발견한 경우 영장주의 예외를 인정하여 영장 없이 압수·수색할 수 있다는 이론이다.⁶³⁾ 동 원칙은 ‘상당한 이유’ 또는 ‘특정요건’과 마찬가지로 정당한 공권력행사라는 공익과 사생활보호라는 사익을 조화시키기 위한 것인바, 다양한 종류의 방대한 정보가 수록되는 디지털 정보저장매체의 특성은 위 원칙이 시도하는 이익의 균형점을 근본적으로 무너뜨리고 있다는 것이 증거물분석과정에 대한 규제를 주장하는 견해의 핵심 내용이다.⁶⁴⁾

(1) Plain View Doctrine의 제한

먼저 plain view doctrine의 적용범위를 재검토하여야 한다는 일련의 주장들이 있다. 원칙적으로 위 이론은 수사기관의 주관적 의도(subjective intent)를 문제 삼지 아니한다. 즉, 수사기관이 우연히 영장기재범위에 있지 않은 증거를 발견한 경우는 물론이고, 처음부터 그러한 증거를 발견할 것을 어느 정도 예상하였으나 이를 영장에 기재하지 아니하고 수색에 임한 경우라도, 적법한 수색의 과정 중이었고 대상물의 범죄 관련성이 명백하다면 영장주의 예외를 인정할 수 있다는 것이다.⁶⁵⁾ 압수·수색 대상을 특정하여야 한다는 ‘특정요건’과, 영장기재범위에 있지 아니한 대상물의 범죄관련성이 명백하여야 한다는 요건에 의하여 정당한 법집행이라는 공익과 사생활보호라는 사익이 조화될 수 있기 때문에 추가로 법집행기관의 주관적 의도를 묻는 것은 필요하지 않다는 것이 그 주된 논리였다.

그러나 디지털증거 관련 사건에 있어서는 법집행기관의 주관적 의도를 고려하여 plain view doctrine의 적용범위를 제한하려는 시도가 있었다. 예컨대 연방제10항 소법원의 *U.S. v. Carey* 판결⁶⁶⁾에서, 수사관은 마약거래 관련 증거 수집을 위한 영

63) *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990) (“The object’s incriminating character must be immediately apparent.”).

64) Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, *supra* note 29, at 568.

65) 위 *Horton v. California* 사건의 경우, 수사기관은 강도 범행으로 취득한 장물을 수색·압수할 수 있는 영장에 근거 적법한 수색을 하는 과정에서 위 범행에 사용된 무기도 발견하게 되었는바, 이러한 점은 수사기관도 수색에 임하기 전에 어느 정도 예상한 범주의 것이었다. 연방대법원은 plain view doctrine의 적용요건에서 우연적 요건(inadvertent requirement)을 제거하고 오직 객관적 기준에 의하여 동 이론의 적용범위를 결정하여야 한다는 전제에서, 위 무기의 증거능력을 인정하였다. *Horton v. California*, 496 U.S. at 138.

장을 근거로 하드디스크를 분석하던 중 우연히 아동음란물 파일을 발견하자 마약 거래 관련 분석을 중지하고 아동음란물 파일을 추가로 발견하기에 이르렀다. 이에 법원은 최초로 발견한 아동음란물 파일은 plain view doctrine의 적용을 받으나, 이후에 발견된 파일은 그 증거능력을 인정할 수 없다고 판시한 것이다.⁶⁷⁾ 한편 조지아 주 연방지방법원은 유사한 사실관계를 판단한 *U.S. v. Kearns* 판결⁶⁸⁾에서, 수사관이 아동음란물 파일을 발견하였음에도 기존 혐의 관련 증거분석을 중지하지 않고 계속 수행하던 중 추가로 아동음란물 파일을 발견한 것에 불과한 것이라면, 최초 발견 파일뿐만 아니라 추가로 발견된 파일도 plain view doctrine의 적용을 받아 증거능력이 인정된다고 판시하여 다소 다른 결론을 내렸다.

그러나 수사기관의 주관적 의도를 고려하는 접근방법은 그 자체로 많은 문제를 가지고 있다. 앞서 유사한 사실관계 하에서 *Carey* 판결과 *Kearns* 판결이 상반된 결론을 내린 것에서 볼 수 있듯 수사관 스스로의 진술 외에 그 주관적 의도를 어떠한 방법으로 입증할 수 있는가라는 문제가 있다. 나아가 수사기관이 내부지침으로 정보저장매체 내부에 있는 정보에 대하여 전면적인 분석을 요구하고 있다면, 설사 증거분석의 결과 다른 범죄의 증거로도 사용될 수 있는 광범위한 증거를 발견하였다 하더라도 수사관 개인의 주관적 의도를 문제 삼기는 어렵다는 점에서 위와 같은 접근방법은 그 실효성에 의문이 있다 할 것이다.⁶⁹⁾

그 외에도 디지털증거가 사용되는 국면에 주목하여 plain view doctrine은 테러 등 제한된 범위의 중대범죄에 사용될 증거에 대하여만 인정하여야 한다는 견해가 있고,⁷⁰⁾ ‘대상 증거의 명백한 범죄관련성’이라는 요건을 엄격히 해석함으로써 그 범위를 제한하여야 한다는 견해도 있다.⁷¹⁾ 더 나아가 디지털증거에 있어서는 plain

66) *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268 (10th Cir. 1999).

67) 유사한 취지의 판결로는, *United States v. Campos*, 221 F.3d 1143, 1148 (10th Cir. 2000); *United States v. Walser*, 275 F.3d 981 (10th Cir. 2001) (수사기관은 마약거래 관련 증거 수집을 위한 영장을 근거로 컴퓨터하드디스크를 분석하던 중 아동음란물 파일을 발견하고 아동음란물 보유 혐의 수사를 위한 영장을 재 발부받아 아동음란물 관련 파일 수색을 완료하였는바, 법원은 위와 같은 일련의 절차는 헌법개정조항 제4조의 합리적 수색에 해당한다고 판시하였다).

68) *United States v. Kearns*, 2006 WL 2668538 (N.D. Ga. May 22, 2006).

69) 이와 같은 점을 지적하는 견해로는, Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, *supra* note 29, at 578-579.

70) William J. Stuntz, *Local Policing after Terror*, 111 *YALE L.J.* 2137, 2184 (2002).

view doctrine을 아예 인정하지 않아야 한다고 주장하는 견해도 있다.⁷²⁾

그러나 디지털증거의 사용측면을 주목하는 견해는 어떠한 범주의 범죄에 대하여 plain view 예외를 인정해야 하는지에 대하여 설득력 있는 논거를 제시하지 못하며, ‘명백한 범죄 관련성’ 요건에 주목하는 견해는 그 요건 자체가 인간의 감각기관이 아닌 컴퓨터 포렌식 도구를 통하여 증거분석이 이루어지는 현실에 적합하지 아니한 것이라는 비판이 있다.⁷³⁾ Plain view doctrine의 폐지를 요구하는 견해도 정당한 법 집행이라는 공익을 철저히 무시한 것이라는 비판을 면하기 어렵다 할 것이다. 무엇보다 현재까지 어떠한 이론도 광범위한 지지를 얻지는 못하고 있다.

(2) 증거분석과정 사전 규제

다음으로 plain view doctrine이라는 법리적 측면보다는 직접 증거분석과정 자체를 규제함으로써 과도한 사생활 침해를 막을 수 있다는 주장이 있다. 즉, 영장을 통하여 증거분석과정을 규제함으로써 광범위한 증거 수집의 폐해를 막을 수 있다는 것이다.

증거분석과정을 규제하여야 한다는 견해들은 제9연방항소법원의 1982년 *U.S. v. Tamura* 판결⁷⁴⁾을 중요한 선례로 언급한다. 위 사건에서 법원은 범죄의 입증에 필요한 자료와 기타 자료가 혼합되어 있어 현장에서 이를 분리하기 어려운 경우, 전체 자료를 압수하여 봉인한 다음 법원의 추가 승인을 얻는 방법으로 헌법개정조항 제4조에 위배되는 것을 방지할 수 있다고 판시한다.⁷⁵⁾ 위 판결은 컴퓨터 압수·수색이 아닌 전통적 문서자료에 대한 압수·수색의 위법성 여부를 판단한 것인바, 전체 자료 분석에 대한 승인을 요구한 것일 뿐 미리 작성된 증거분석계획(search protocol)에 따라 분석이 행하여질 것을 요구하는 취지는 아니었다. 그러나 위 판결

71) David J.S. Ziff, Note, *Fourth Amendment Limitations on the Execution of Computer Searches Conducted Pursuant to a Warrant*, 105 COLUM. L. REV. 841, 869 (2005).

72) Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, *supra* note 29, at 582-584; RayMing Chang, *Why the Plain View Doctrine Should not Apply to Digital Evidence*, 12 SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADV. 31, 65 (2007).

73) Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, *supra* note 29, at 582 n.222.

74) *United States v. Tamura*, 694 F.2d 591 (9th Cir. 1982).

75) *Id.* at 595.

을 근거로 법원이 증거분석을 승인하면서 분석 방법에 대한 조건과 제한을 부과하여야 한다고 주장하는 견해가 있고,⁷⁶⁾ 일부 법원도 이러한 견지에서 영장발부에 있어 구체적 증거분석방법을 제한하는 명령을 부가하여 논란을 불러일으키고 있다.

예컨대, *In the Matter of the Search of: 3817 W. West End* 판결⁷⁷⁾에서 일리노이 주의 연방치안판사는 미리 제출된 증거분석계획(search protocol)을 승인하기 전에는 압수된 정보저장매체를 분석할 수 없도록 하는 제한을 부과하고, 만약 증거분석계획을 기간 내에 제출하지 아니하면 압수된 컴퓨터 및 정보저장매체를 반환하여야 한다는 취지로 판시하였고,⁷⁸⁾ 또한 수색경과에 대한 보고서를 제출하도록 하는 조건을 부과한 사례도 있다.⁷⁹⁾ 그러나 위와 같은 판례는 이례적인 것이며, 각급 법원은 대체적으로 증거분석계획(search protocol)을 제출하지 아니하였다고 하여 반드시 그 압수·수색이 위법한 것은 아니라는 취지로 판시하여 왔다.⁸⁰⁾ 그러나 최근 연방제9항소법원은 증거분석과정에 대한 전면적 규제를 옹호하는 취지의 판결을 하여 주목을 끌었는바, 이에 대하여는 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

76) Winick, *Searches and Seizures of Computers and Computer Data*, *supra* note 28, at 106-109; Brenner & Frederiksen, *Computer Searches and Seizures*, *supra* note 31, at 82.

77) *In the Matter of the Search of: 3817 W. West End*, 321 F.Supp.2d 953 (N.D. Ill. 2004).

78) 더 나아가 *United States v. Barbuto*, 2001 WL 670930 (D. Utah Apr. 12, 2001), 판결과 같이 증거분석계획이 제출되지 아니하였다는 이유로 증거능력을 배척한 사례도 있다.

79) *United States v. Voraveth*, 2008 WL 4287293 (D. Minn. Jul. 1, 2008).

80) See e.g., *United States v. Cartier*, 543 F.3d 442, 447-448 (8th Cir. 2008); *United States v. Hill*, 459 F.3d 966, 977-978 (9th Cir. 2006); *United States v. Giberson*, 527 F.3d 882, 889 (9th Cir. 2008); *United States v. Brooks*, 427 F.3d 1246, 1251 (10th Cir. 2005); *United States v. Khanani*, 502 F.3d 1281, 1290-1291 (11th Cir. 2007).

5. U.S. v. Comprehensive Drug Testing 판결

(1) 사실관계

본 판결의 기본적 사실관계는 다음과 같다. 연방수사당국은 사설검사기관이 보유하고 있는 프로야구선수들에 대한 스테로이드 검사결과파일을 압수·수색할 수 있는 영장을 발부받았는데, 동 영장은 금지약물을 복용하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 10명의 선수에 대한 정보를 대상으로 하되, 수사기관이 아닌 디지털증거분석전문가로 하여금 위 정보를 분리하도록 하는 조건이 부가되어 있었다. 압수·수색현장에서 디지털증거분석요원은 대상 컴퓨터의 자료 중 관련 증거를 담고 있는 “Tracey”라는 이름의 폴더를 복사하였는데, 위 폴더에는 수사대상인 10명의 선수 외에 수백 명의 다른 프로야구선수들과 기타 일반인들에 대한 검사결과도 포함되어 있었다.

연방제9항소법원은 최초 수사 대상이었던 10명의 선수에 대한 것 외에 다른 증거가 대배심(grand jury) 절차에서 사용될 수 있을 것인지 여부를 주된 쟁점으로 하여 위 사건을 3회에 걸쳐 심리하였다. 2008년 3인재판부의 판결(이하 ‘*CDT I* 판결’이라 한다),⁸¹⁾ 2009년 전원재판부에서 재심리한 판결(이하 ‘*CDT II* 판결’이라 한다),⁸²⁾ 2010년 전원재판부의 수정 판결(이하 ‘*CDT III* 판결’이라 한다)이 그것이다.⁸³⁾

(2) CDT I 판결

2008년에 3인재판부가 심리한 *CDT I* 판결⁸⁴⁾에서는, 다음과 같은 점을 들어 “Tracey” 폴더를 압수한 것이 헌법개정조항 제4조를 위반한 것이 아니라고 판시하였다. 즉, (1) 수사당국은 영장신청진술서(affidavit)를 통하여 현장에서 자료를 검토하여 필요한 부분만을 분리해내는 것은 현실적 어려움이 있다는 점을 충분히 설

81) *United States v. Comprehensive Drug Testing*, 513 F.3d 1085 (9th Cir. 2008) (*CDT I*).

82) *United States v. Comprehensive Drug Testing*, 579 F.3d 989 (9th Cir. 2009) (en banc) (*CDT II*).

83) *United States v. Comprehensive Drug Testing*, 621 F.3d 1162 (9th Cir. 2010) (en banc) (*CDT III*).

84) *CDT I*, 513 F.3d 1085 (9th Cir. 2008).

명한 점, (2) 영장을 신청하면서 범죄 입증에 필요한 자료와 기타 자료가 혼합되어 있는 대상물을 압수하는데 필요한 절차를 제시한 점, (3) 영장 발부 시 부가된 조건을 준수하여 압수·수색절차를 수행한 점, (4) 관련 정보를 포함하고 있는 하드웨어 자체를 압수하지 아니하고 특정한 폴더를 복사하는 방법으로 자료를 확보한 점 등에 비추어 위법한 압수로 볼 수 없다는 것이다. 이에 Comprehensive Drug Testing (‘CDT’)는 위 판결을 전원재판부에서 재심리하여 줄 것을 요청하였고, 전원재판부는 2009년 *CDT II* 판결을 통하여 그 입장을 밝히게 되었다.

(3) CDT II 판결

2009년에 전원재판부가 심리한 *CDT II* 판결⁸⁵⁾은, 최초 수사 대상이었던 10명의 선수들에 대한 증거만이 대배심절차에서 증거로 사용될 수 있다고 판시하면서, 연방지안판사들이 디지털증거 관련 영장을 심사할 때 준수하여야 할 다음과 같은 가이드라인을 제시하였다.

먼저 (1) 영장을 발부하면서 수사당국이 향후 재판과정에서 plain view doctrine에 의한 영장주의 예외를 주장하는 것을 포기할 것을 요구하여야 한다고 설시하였다.⁸⁶⁾ 즉, 디지털증거 영역에서 plain view에 의한 예외를 인정하지 아니함으로써 수사당국이 광범위한 증거분석을 할 동기를 제거해야 한다는 것이다. 다음으로 (2) 수사당국으로 하여금 광범위한 증거분석의 위험을 제거할 수 있도록 설계된 증거분석계획(search protocol)을 제출하고, 승인된 계획에 따라 증거분석을 수행해야 한다는 것이다.⁸⁷⁾ 아울러 (3) 수사를 직접 담당하는 수사관은 증거분석과정에 일체 개입할 수 없고, 증거분석요원에 의하여 분리된 증거에만 접근할 수 있다는 조건을 부가하여야 한다고 판시한다.⁸⁸⁾ 즉, 증거분석과정과 수사과정을 분리하여 그 사이에 정보의 유통을 막음으로써 정부기관의 무분별한 사생활 영역 침입을 막아야 한다는 것이다. 또한 (4) 필요한 증거를 분리한 후 다른 부분은 파기하거나 당사자에

85) *CDT II*, 579 F.3d 989 (9th Cir. 2009) (en banc).

86) *Id.* at 998.

87) *Id.* at 999.

88) *Id.* at 1000.

게 하드웨어 등과 함께 반환되어야 할 것이라고 판시함으로써,⁸⁹⁾ 영장기재범위를 넘어선 일체의 정보수집행위를 차단하도록 하였다.

(3) CDT III 판결

살펴본바와 같이 2009년 *CDT II* 판결은 기존 디지털증거 관련 영장실무에 혁명적 변화를 가져올 수 있는 내용을 담고 있었다. 연방제9항소법원은 세계적 IT기업들의 본사 및 그 서버가 소재하는 캘리포니아, 워싱턴 주 등을 관할로 하기 때문에 위 판결의 영향력은 실로 파괴적이라 할 수 있었다. 이에 연방법무부는 전체 전원재판부(super en banc)에서 위 사건을 재심리하여 줄 것을 요청하였는바,⁹⁰⁾ 이에 연방제9항소법원은 (전체 전원재판부에서 심리해달라는 요청을 받아들이지는 아니하였으나) 2010년 전원재판부의 수정 판결을 통하여 *CDT II* 판결의 엄격한 규제를 다소 완화하였다.⁹¹⁾ 즉, *CDT II* 판결은 위와 같은 내용들을 연방제9항소법원 산하의 연방치안판사들이 준수하여야 할 지침으로 제시하였으나, *CDT III* 판결은 위 규율내용들이 다만 광범위한 압수·수색의 폐해를 방지하기 위하여 참고할 수 있는 기준의 의미만 가지게 된 것이다. 그러나 본 사건은 연방대법원을 제외한 가장 영향력 있는 법원에서 제시된 의견이라는 점에서, 비록 법적 구속력은 없다 할지라도 향후 디지털증거 영장실무에 큰 영향을 미칠 것으로 예상된다.

89) *Id.* at 1000-1001.

90) 본고에서는 ‘전원재판부(en banc)’와 ‘전체 전원재판부(super en banc)’의 용어를 구별하여 사용하고 있는 점을 주의하여야 한다. 위와 같이 전원재판부의 형식을 구분하는 것은 캘리포니아(California), 오리건(Oregon), 워싱턴(Washington), 아이다호(Idaho), 몬테나(Montana), 네바다(Nevada), 애리조나(Arizona), 알래스카(Alaska), 하와이(Hawaii)에 이르는 넓은 관할을 가지는 연방제9항소법원의 특성 때문이다. 일반적으로 ‘전원재판부(en banc)’라 함은 전체 판사로 구성된 합의체를 의미하나, 연방제9항소법원의 경우 전체 판사 중 임의적으로 선정된 11인으로 구성된 제한된 범위의 합의체를 의미한다. 여타 연방항소법원에 비하여 관할이 넓고 판사 정원이 많기 때문에 불가피하게 위와 같이 제한된 범위의 합의체를 구성하는 것인바, 따라서 ‘전원재판부’라 할지라도 진정한 전체 법원의 의견인지 여부는 불투명한 것이다. 이와 같은 문제점을 해결하기 위하여 연방제9항소법원은 매우 제한된 범위에서 ‘전체 전원재판부(super en banc)’의 재심리를 허용한다.

91) *CDT III*, 621 F.3d 1162 (9th Cir. 2010) (en banc).

6. 비판론

디지털증거가 사생활침해의 위험이 크다는 점은 일반적으로 인식되고 있으나, 그에 대한 해결책으로 영장에 어떠한 조건을 부가하여 증거분석절차를 통제하는 것이 반드시 정당하다고 단정할 수는 없다. 이에 대하여 비판적인 견해들은 명시적 성문법 규정에 반한다는 점, 영장조항 관련 연방대법원의 판례와 부합되지 아니한다는 점 등을 들어 영장 발부 시 사전 조건을 부가하여 증거분석절차를 통제하는 방법의 문제점을 지적한다. 아래에서 각 비판점에 대하여 상세히 살펴해보도록 한다.

(1) 성문법 규정과의 관계

먼저 영장발부 및 집행절차를 규정한 연방형사소송규칙 제41조는 ‘상당한 이유’가 인정되면 법관은 영장을 ‘발부하여야 한다(must issue)’고 규정하는 점을 들 수 있다.⁹²⁾ 즉, 법관은 신청된 영장 및 부속서류를 기초로 ‘상당한 이유’ 여부를 판단하여 영장 발부 여부를 결정할 수 있을 뿐, 상당한 이유가 인정됨에도 조건부로 영장을 발부할 수 있는 권한이 없다는 것이다.⁹³⁾ 연방법무부 역시 이러한 점을 지적하며 증거분석과정을 규제하려는 일부 법원의 입장에 대하여 우려를 표시하고 있다.⁹⁴⁾

(2) 연방대법원 판례와의 관계

다음으로 영장집행과 관련된 미국 연방대법원의 선례를 살펴본다. 연방대법원은 2006년 *U.S. v. Grubbs* 판결⁹⁵⁾에서, 헌법개정조항 제4조가 요구하는 압수·수색 대상의 특정 외에, 그 영장이 어떠한 방식으로 집행되어야 할 것인지에 대한 상세한 기술이 포함되어야 할 아무런 이유가 없다는 취지로 판시하였다.⁹⁶⁾ 즉, 법관은 영장

92) Fed. R. Crim. P. 41(d)(1) (“After receiving an affidavit or other information a magistrate judge … must issue the warrant if there is probable cause to search for and seize a person or property or to install and use a tracking device.”).

93) 이러한 점을 지적하는 견해로는, Orin S. Kerr, *Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure*, 96 **VA. L. REV.** 1241, 1271-1273 (2010).

94) U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **ELECTRONIC EVIDENCE**, *supra* note 21, at 80.

95) *United States v. Grubbs*, 547 U.S. 90 (2006).

집행방식에 대한 조건을 부가하여 영장을 발부할 수 없다는 것이다. 위 사건은 주로 마약밀매사건을 수사할 때 사용되는 특수한 형태의 영장(anticipatory warrant)을 대상으로 한 것인바,⁹⁷⁾ 마약밀매 피의자들이 특정 장소에서 회합한다는 정보를 입수한 경우, 비록 현재 그 장소에 압수대상물 등이 존재하지는 않지만 장차 압수대상물이 수색장소에 나타날 때를 상정하여 미리 발부받는 영장에 어떠한 사항을 기재하여야 할 것인지가 쟁점이 되었다. 원심은 위와 같은 영장에는 영장집행의 전제조건이 되는 사실을 구체적으로 기술하여야 하는바 (particular description of triggering condition), 대상 영장은 그러한 점이 결여되었기 때문에 헌법개정조항 제4조에 위반되는 것이라 판시하였으나,⁹⁸⁾ 연방대법원은 헌법개정조항 제4조의 법문이 그러한 사항이 기재될 것을 요구하고 있지 않다는 이유로 원심을 파기한 것이다. 나아가 연방대법원은 영장집행의 전제조건이 되는 사실을 구체적으로 기술하여야 수사당국의 자의적 법집행을 막을 수 있다는 논증도 채택하지 아니하였다.⁹⁹⁾

1979년에 선고된 연방대법원의 *Dalia v. U.S.* 판결¹⁰⁰⁾도 유사한 취지로 판시한다. 위 사건에서 미 연방 수사국(Federal Bureau of Investigation)은 감청영장을 발부받아 용의자의 사무실에 도청장치를 부착하였는바, 위 영장은 감청행위 자체는 허용하고 있었지만 어떠한 방법으로 도청장치를 설치하여야 하는지 여부, 즉 영장의 집행방법에 대하여는 어떠한 제한이나 요건을 부가하지 않고 있었다. 이에 피고인은 감청행위가 두 단계의 절차—도청장치의 설치와 도청의 실행—에 의하여 이루어지며 각 단계마다 별개의 사생활 침해가 있다는 점이 고려되어야 하고,¹⁰¹⁾ 따라서 영장에는 어떠한 방법으로 도청장치가 설치되어야 하는지에 대하여도 구체적으로 기재되어 있어야 하는데 해당 영장은 그러한 점이 결여되어 있으므로 헌법개정조항 제4조를 위반한 것이라고 주장하였다.¹⁰²⁾ 그러나 연방대법원은 압수·수색 대상의

96) *Id.* at 98.

97) 위와 같은 형식의 영장에 대한 상세한 법리에 대하여는 LAFAVE, ISRAEL, KING & KERR, **CRIMINAL PROCEDURE**, *supra* note 17, at 179.

98) *United States v. Grubbs*, 547 U.S. at 93-94.

99) *Id.* at 98.

100) *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979).

101) *Id.* at 257.

102) *Id.* at 245.

특정 외에 그 영장이 어떠한 방식으로 집행되어야 하는지를 기재할 필요가 없고, 영장의 집행은 우선 수사기관의 합리적 판단에 따라 이루어지되 다만 헌법개정조항 제4조의 ‘합리성(reasonableness)’ 요건에 부합하는지 여부를 사후에 판단할 수 있을 뿐이라는 취지로 판시하여 피고인의 주장을 배척하였다.¹⁰³⁾

즉, 위 *Grubbs* 판결과 *Dalia* 판결 모두 영장의 집행에 대한 구체적 사항은 수사기관의 판단에 따라 이루어지는 것이며, 다만 그 집행이 합리적인 것인지 여부를 사후에 판단할 수 있을 따름이라는 취지로 판시한 것이다. 연방법무부 역시 디지털증거분석과정에 대하여 사전 조건을 부가하는 것은 위와 같은 연방대법원의 선례와 부합하지 않는 것이라는 입장을 표시하고 있다.¹⁰⁴⁾ 아직까지 디지털증거에 특유한 연방대법원의 판단은 존재하지 아니하는바, 본 분야의 발전에 있어 연방대법원이 어떠한 역할을 할 것인지는 향후 주의 깊게 지켜보아야 할 주제가 될 것이다.

IV. 디지털증거 압수 · 수색의 법적 쟁점

1. 들어가며

비록 법체계와 구체적 법원칙에 차이가 있다 하더라도 디지털증거의 특성에 기인한 문제점은 우리 형사실무에도 그대로 나타나고 있다. 정보기술의 급속한 발전으로 인하여 컴퓨터 및 정보저장매체가 다양한 종류의 광범위한 정보를 수록하게 되었음은 물론이고, 기업의 경우 전산화를 통하여 모든 업무를 통합시키는 등 디지털자료의 중요성은 날로 높아가고 있기 때문이다. 특히 기업업무의 전산화는 기업 범죄수사에서 가장 중요한 증거인 회계장부 등 거래 자료를 디지털자료의 형태로 전환시켜 놓았기 때문에 디지털증거의 압수 및 그에 대한 분석이 대형경제사건 전체의 향방을 결정하는 중요한 의미를 가지게 되었다.

그렇다면 앞서 논의한 디지털증거 압수 · 수색에 대한 사법적 통제의 이론 · 실

103) *Id.* at 257.

104) U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **ELECTRONIC EVIDENCE**, *supra* note 21, at 80-81.

무가 우리 형사실무에 어떤 시사점을 가질 것인지가 문제된다 할 것이다. 아래에서는 현행법 상 관련 규정과 그에 대한 수정원리는 어떠한 것을 상정할 수 있는지에 대하여 상세히 살펴보기로 한다.

2. 압수대상 제한

2011. 7. 18. 법률 제10864호로 신설된 형사소송법 제106조 제3항은 “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”고 규정하며, 위 조항은 같은 법 제219조에 의하여 수사 절차에도 준용된다. 즉, 개정 형사소송법은 원칙적으로 범위를 특정하여 관련 정보를 취득하도록 하고, 정보저장매체의 일괄적 압수 및 현장 외에서 분석이 필요한 사정이 인정되어야 정보저장매체 등을 압수할 수 있도록 한 것이다.

이는 수사기관은 일괄적 압수 및 현장 외에서의 분석이 필요하다는 점을 반드시 소명하여야 하며 그러한 소명이 결여된 영장은 원칙적으로 위법하다는 취지로 판시한 *U.S. v. Hill* 판결¹⁰⁵⁾과 유사하게 정보저장매체의 일괄적 압수로 인한 위험성을 고려한 규정이다. 따라서 압수대상 제한의 법리는 이미 법률의 형태로 우리 형사실무에 도입된 것으로 볼 수 있다. 그러나 위 *Hill* 판결도 영장의 일부 결함을 지적하면서도 수사기관이 비합리적이거나 부적절한 의도로 그와 같은 의무를 태만히 한 것은 아니라는 것을 이유로 해당 영장에 의거해 수집된 증거를 배척하지 아니한 점을 고려하면,¹⁰⁶⁾ 위 조항의 위반이 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 배제되는 중대한 위법에 해당하는지 여부는 사안에 따라 개별적으로 살펴보아야 할 것으로 판단된다. 그러한 견지에서 보면, 형사소송법 제106조 제3항이 디지털증거 관련 강제처분은 되도록 필요 최소한도에 그쳐야 할 것을 선언하는 의미를 가지

105) *United States v. Hill*, 459 F.3d 966 (9th Cir. 2006).

106) *Id.* at 977.

는 외에 과연 실효성 있는 규정으로 작용할 것인지 여부는 의문이라 할 것이다.

나아가 앞서 살펴본 *U.S. v. Schandl* 판결¹⁰⁷⁾이 관련된 문서를 주의 깊게 분석해야 하는 탈세수사의 특성상 혐의와 관련 없는 일부 문서가 압수되는 것은 불가피한 것이며, 현장에서 모든 문서를 검토한 후 압수 여부를 결정하도록 하도록 하는 것은 영장 집행에 많은 시간이 소요되도록 함으로써 오히려 강제처분에 의한 법익침해가 더 커지도록 하는 것이라고 판시한 의미를 고려해보면,¹⁰⁸⁾ 위 조항이 반드시 피압수자의 권익보호에 충실한 것인지 여부도 면밀히 따져보아야 할 문제라고 생각된다.

3. 증거분석기간 및 압수물반환

(1) 증거분석기간 제한

우리 형사소송법은 일반적인 유효기간 외에 (형사소송법 제114조, 제219조), 따로 증거분석과정에 대한 시간적 제약을 부과하고 있지 않으며, 압수물환부·가환부 (형사소송법 제133조) 외에 압수물반환에 대한 어떠한 기간제한도 부과하고 있지 아니하다. 또한 영장발부에 있어 증거분석과정, 압수물반환 등과 관련된 기간제한을 부과한 사례 또는 위와 같은 조건을 위반하였다는 점이 증거법 상 쟁점이 된 판례를 발견할 수도 없다. 우리 형사실무가 영장발부나 기각에 대하여 형사소송법 제417조의 준항고를 허용하지 아니하고,¹⁰⁹⁾ 형사소송법 제308조의2 제정과, 2007년 대법원의 전원합의체 판결¹¹⁰⁾ 전에는 위법수집증거의 증거능력을 인정하여 왔기 때문에,¹¹¹⁾ 영장 발부 기준, 압수·수색의 위법성 판단 등에 대한 판례가 축적될 여지가 없었다는 점도 중요한 이유 중의 하나라고 생각된다.

107) *United States v. Schandl*, 947 F.2d 462 (11th Cir. 1991).

108) *Id.* at 465-466.

109) 백형구, 박일환, 김희옥 (편), 주석형사소송법 (II), 176, 200면 (제4판, 2009).

110) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도 3061 판결.

111) 대법원 1968. 9. 7. 선고 68도932 판결 등

(2) 압수물반환 제한

한편 디지털증거가 수록되어 있는 정보저장매체의 반환과 관련하여 압수물환부·가환부의 규정을 간략히 살펴볼 필요가 있다. 압수물환부라 함은, 압수의 효력을 소멸시키고 압수물을 피압수자 또는 소유자에게 종국적으로 반환하는 수사기관 또는 법원의 처분을 말한다.¹¹²⁾ 압수의 효력 존속 하에 일시적으로 반환을 하는 데 불과한 가환부와 구별되며, 피압수자에 대한 반환을 원칙으로 하는 점에서 피해자에 대한 장물의 반환인 피해자환부와 구별된다.

압수물의 환부·가환부제도는 사건의 종결 전이라도 압수를 계속할 필요가 없을 때에는 압수물을 반환함으로써 사유재산권을 보호하고 수사상의 강제처분은 최소한에 그쳐야 한다는 비례의 원칙을 실현하려는 것을 목적으로 하는 것이다.¹¹³⁾ 이에 따라 법 제133조 제1항 전단은 필요적 환부, 동조 제1항 후단은 임의적 가환부, 제2항은 필요적 가환부를 각 규정하고 있다.¹¹⁴⁾

형사소송법 제133조 제1항 전단의 “압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는” 경우라 함은 압수물이 증거물도 아니고 몰수대상물도 아닌 경우를 말하는바,¹¹⁵⁾ 예컨대 몰수대상물로서 압수된 물건이 범인 이외의 자의 소유인 것으로 판명되어 몰수 불능이 명백해진 경우라든가, 증거물로서 압수된 물건이 증거가치를 결하여 증거조사를 할 필요조차 없게 된 경우를 말한다.¹¹⁶⁾ 또한 영장 없이 압수하였으나 사후에 영장을 발부 받지 못한 경우라든지 압수·수색이 위법한 경우에 수사기관의 압수물환부의무가 발생하는 것은 당연하다 할 것이다.¹¹⁷⁾

위 조항에 대응하여 이해관계인이 환부청구권을 가지는지 여부에 대하여 견해대

112) 이재상, 형사소송법 (제6판, 2002), §20/42.

113) 한상훈, “압수물환부청구권의 제문제”, 형사정책연구 제13권 제1호 (2002), 156면.

114) 형사소송법 제133조(압수물의 환부, 가환부) ① 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물은 피고사건 종결 전이라도 결정으로 환부하여야 하고 증거에 공할 압수물은 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출인의 청구에 의하여 가환부할 수 있다. ② 증거에만 공할 목적으로 압수한 물건으로서 그 소유자 또는 소지자가 계속 사용하여야 할 물건은 사진촬영 기타 원형보존의 조치를 취하고 신속히 가환부하여야 한다.

115) 이재상, 형사소송법, 주 112, §20/42.

116) 한상훈, “압수물환부청구권의 제문제”, 주 113, 158-159면.

117) 한상훈, 앞의 논문, 157-158면.

립이 있으나,¹¹⁸⁾ 대법원은 “환부받을 자가 수사기관에 대하여 가지는 형사소송법상의 환부청구권은 수사기관의 필요적 환부의무에 대응하는 절차법상의 권리”라고 판시하여 환부청구권을 인정하고 있다.¹¹⁹⁾ 나아가 수사기관에 대하여 형사소송법상의 환부청구권을 포기한다는 의사표시를 하더라도 효력이 없어 그에 의하여 수사기관의 필요적 환부의무가 면제되지 않고, 그 환부의무에 대응하는 압수물의 환부를 청구할 수 있는 절차법상의 권리가 소멸하는 것도 아니라고 한다.¹²⁰⁾ 또한 피압수자 등 환부를 받을 자가 압수 후 그 소유권을 포기하는 등에 의하여 실체법상의 권리를 상실하는 경우에도 압수물환부청구권이 소멸하지 아니한다고 판시하고 있다.¹²¹⁾

위와 같은 필요적 환부 규정에 더하여, 형사소송법 제133조 제1항 후단은 “증거에 공할 압수물”도 소유자 등의 청구에 의하여 제반 사정을 고려하여 가환부할 수 있도록 규정하고, 같은 법 제133조 제2항은 “증거에만 공할 목적으로 압수한 물건”으로서 소유자 등이 “계속 사용하여야 할 물건”은 필요한 조치를 취하고 신속히 가환부하도록 규정하고 있다.

118) 소극설은 환부결정은 환부기관의 직권사항이라는 점을 근거로 이를 부정하나, 적극설은 국가기관의 환부의무(법 제133조 제1항 전단)에 대응하여 개인이 국가에 대하여 환부청구권을 가진다는 점, 형사소송법 제403조 제2항은 압수물의 환부에 관한 결정에 대하여는 판결 전의 소송절차에 관한 결정이더라도 특히 항고할 수 있다고 규정하는바 그러한 불복의 권리를 보장하기 위하여도 환부청구권을 인정하여야 한다는 점 등을 근거로 이를 인정한다. 한상훈, 앞의 논문, 163면.

119) 대법원 1996. 8. 16. 94도51 전원합의체결정. 일본의 판례도 압수물환부청구권에 대하여 가압류 신청을 한 사안에서 환부청구권이 인정됨을 전제로 하여, “압수물환부청구권은 수사기관에 의한 환부처분을 기다릴 것도 없이, 그 발생의 기초가 되는 법률관계가 이미 존재하고 또한 그 권리내용도 특정되어 있으므로 가압류의 대상이 된다”도 판시한다. (東京高裁, 平成 2. 11. 2. 결정)

120) 대법원 1996. 8. 16. 94도51 전원합의체결정. 다만 위 결정의 소수의견은, 압수물 환부청구권은 개인적 공권이기는 하지만 형사소송법 제133조의 주된 입법취지가 공익적 요소보다는 압수물에 대한 권리자의 경제적 이익의 보호에 있다고 할 것이고, 더구나 압수물 환부청구권의 포기가 문제되는 것은 피의사실에 대하여 불기소처분을 할 때에 우리 형사소송법상 압수된 범죄물을 몰수할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니한 관계로 피압수자에게 압수물을 반환함이 사회정의에 반하거나 압수물이 다시 범죄에 제공될 위험이 있음에도 불구하고 압수물을 반환하여야 하는 불합리한 결과를 피하기 위한 경우가 대부분이므로 스스로 자유로운 의사에 의하여 포기가 이루어지는 한 이를 부정할 필요가 없는 점 등을 들어 그 포기가능성을 인정한다.

121) 대법원 1996. 8. 16. 94도51 전원합의체결정. 다만 위 결정의 소수의견은, 피압수자가 수사기관에 소유권포기서를 제출한 경우에는 의사표시의 해석상 특별한 사정이 없는 한 환부청구권을 포기한 것으로 보아야 한다는 점 등을 이유로 위와 같은 해석에 반대하고 있다.

즉, 적법한 압수·수색에 대하여 압수물반환을 청구하려면 압수물이 반환되지 아니할 경우 회복할 수 없는 손해(irreparable injury)를 입는다는 점, 압수물보유로 인한 공익보다 신청인의 사익침해가 더 크다는 점 등의 형평법적 요소를 입증해야 하는 미국의 법제와 비교할 때,¹²²⁾ 우리 형사소송법의 압수물반환의 요건은 보다 피압수자의 권리를 존중하는 방향으로 규정되어 있다 할 것이다. 이러한 점에 비추어 우리 형사실무에서 입법론 또는 해석론을 통하여 증거분석기간·압수물반환과 관련된 기간제한을 부과하는 방안을 고려할 별다른 실익은 없다고 판단된다.

4. 증거분석방법 제한

형사소송법은 증거분석방법에 대하여 특별히 제한하고 있지 아니하며, 형사소송 규칙 제107조도 압수·수색영장청구서에 그러한 사항을 기재하도록 요구하고 있지 아니하다. 한편, 우리 형사실무에서도 “컴퓨터를 수색하거나 분석하는 Tool과 사용할 기술” 등 압수·수색의 구체적인 방법을 압수·수색영장청구서에 기재하도록 하는 방안을 검토할 필요가 있다는 주장이 있다.¹²³⁾ 위 견해는 집행방법에 대한 기재가 법원과 수사관 모두에게 수색영장을 집행함에 있어 하나의 가이드라인으로 작용하는 문서가 된다는 점, 위와 같은 기재가 피고인의 포괄적 압수를 이유로 한 증거능력배제 주장에 대응할 수 있도록 한다는 점 등을 그 이유로 들고 있다. 아래에서는 위와 같은 견해의 타당성에 대하여 검토하고자 한다.

(1) 형사소송법과 영장주의 예외 이론

앞서 논한바와 같이, 미국의 경우 증거분석방법 사전제한의 이론·실무는 미연방 헌법개정조항 제4조 특유의 ‘명백한 시야 원칙(plain view doctrine)의 범위를 제한하여야 한다는 문제의식에서 출발하는 것이다. 즉, 위 원칙은 수사기관이 적법한 수색을 하는 과정에서 범죄 관련성이 명백한 물건을 발견한 경우 영장주의 예외

122) See e.g., *In the Matter of the Search of Kitty's East*, 905 F.2d 1367 (10th Cir. 1990); *Ramsden v. Unites States*, 2 F.3d 322 (9th Cir. 1993).

123) 노명선, 전자적 증거의 실효적인 압수·수색, 증거조사 방안연구, 54-56면 (대검찰청, 2007).

를 인정하여 영장 없이 압수·수색할 수 있다는 것인바,¹²⁴⁾ 다양한 종류의 방대한 정보가 수록되는 디지털정보저장매체의 특성은 정당한 공권력행사라는 공익과 사생활보호라는 사익을 조화라는 균형점을 근본적으로 무너뜨리고 있기 때문에 그에 대한 규제가 필요하다는 것이 증거물분석과정에 대한 규제를 주장하는 견해의 핵심 내용인 것이다.

이러한 문제의식은 물론 진지하게 받아들여져야 할 것이나, 우리 형사실무에서는 또 다른 평면의 문제가 존재하고 있음을 지적하지 않을 수 없다. 헌법 제12조 제1항은 “누구든지 法律에 의하지 아니하고는 逮捕·拘束·押收·搜索 … 을 받지 아니”한다고 규정하고, 같은 조 제3항은 “逮捕·拘束·押收 또는 搜索을 할 때에는 適法한 節次에 따라 檢事의 申請에 의하여 法官이 발부한 令狀을 제시하여야” 하나, 다만 “現行犯人인 경우와 長期 3年 이상의 刑에 해당하는 罪를 범하고 逃避 또는 證據湮滅의 염려가 있을 때에는 事後에 令狀을 請求할 수 있다”고 규정한다. 이에 따라 형사소송법은 제216조, 제217조에서 한정된 범위의 영장주의 예외만을 인정하고 있다. 즉, 우리 헌법은 미연방 헌법개정조항 제4조와 그에 대한 법원의 해석과 비교할 때, 상대적으로 영장주의 예외를 인정할 여지가 매우 좁은 것이다.¹²⁵⁾

입법론으로 별도의 긴급압수·수색제도가 도입되어야 할 것인지 여부, 만약 도입된다면 어떠한 범위여야 할 것인지 등의 문제와는 별개로,¹²⁶⁾ 현행 형사소송법의 해석 상 plain view doctrine과 같은 광범위한 영장주의예외를 인정하기 어렵다는 것이 대체적 견해이고,¹²⁷⁾ 판례도 이와 같은 입장에 있는 것으로 판단된다.¹²⁸⁾

124) *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990).

125) 특히 긴급체포 사후영장제도 도입과 관련하여 헌법 제12조 제3항의 문언을 어느 정도까지 엄격하게 받아들여야 하는지 여부에 대한 견해의 대립이 있었다. 즉, 헌법 제12조 제3항은 사전영장을 원칙으로 하면서도 예외적으로 사후통제를 인정한 것이므로 영장주의 예외를 허용할 수 없다는 견해와, 영장 없이 체포한 자를 석방한 경우까지 영장주의에 따라야 하는 것으로 확장할 수는 없다는 견해가 그것이다. 이완규, “수사기관의 긴급처분과 영장주의”, 형사소송법특강, 147면 (2006); 신동운, 형사소송법, 147면 (제3판, 2005).

126) 본 문제에 대하여 본격적으로 논하는 것은 본고의 범위를 넘는 것으로 사료되는데, 이후 별도의 논문에서 특히 디지털증거의 압수·수색과 관련 하에 보다 상세한 검토를 하고자 한다.

127) 일정한 경우 긴급압수·수색제도를 받아들일 필요성은 인정하면서도, 현행법의 해석으로 법률에 정하여져 있지 아니한 강제처분의 예외를 인정하기는 어렵다는 것이 일반적 견해이다. 손동권,

다만 필자는 현행 형사소송법에서도 다음과 같은 두 가지 형태로 해석 상 영장주의 예외가 인정될 여지가 있다고 본다. 먼저 형사소송법 제215조의 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것’의 범위를 넓게 해석하는 경우이다. 예컨대 통상 기업범죄의 경우, 먼저 업무상 횡령·배임 혐의와 그로 인해 형성된 속칭 ‘비자금(秘資金)’의 존재를 밝힌 후, 그 금원의 위법한 사용, 즉, 뇌물죄·배임수증죄·정차자금법위반 등의 혐의가 있는지 여부를 밝히는 방향으로 수사가 진행된다. 증거 분석을 통하여 금원의 위법한 사용에 대한 단서를 발견한 경우 이를 근거로 금융거래추적을 함으로써 그 혐의점을 명백히 하는 과정을 거치게 되는 것이다. 그런데 만약 최초 영장이 횡령·배임 혐의에 기초하여 발부된 것일 경우 뇌물죄 등과 관련된 증거가 최초 발부된 영장의 범위에 속하는 것인지 여부가 문제될 수 있다. 이러한 문제는 위 증거가 영장에 기재된 횡령·배임 혐의로 인해 형성된 금원의 사용처를 밝히는 증거라는 점을 근거로 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 포함된다고 해석함으로써 해결될 여지가 있다고 본다.

다음으로 만약 형사소송법 제308조의2의 의미를 “증거수집절차가 위법하고 그 위법의 정도가 중대한 경우에는 그 증거의 증거능력을 부정하여야” 하는 것으로 이해한다면,¹²⁹⁾ 비록 증거수집절차가 형사소송법의 규정을 위반하였다 하더라도 그 위법의 정도가 중대하지 아니하여 증거능력이 부정되지 아니하는 일련의 유형이 형성될 가능성이 있다고 본다. 이러한 경우 법률의 규정이 아닌 법원의 해석에 의한 사실상의 영장주의 예외가 인정될 수 있다 할 것이다.

그러나 위와 같은 해석상 예외가 인정된다 하더라도 이는 매우 좁은 범위에 머무를 것이며, 실무에서 야기되는 많은 문제를 해결하기에는 역부족일 것으로 생각된다. 그렇다면 우리 형사실무에서는 일반 수사절차에서 어느 정도의 범위에서 적법한 수사절차과정에서 발견된 다른 사건의 증거를 받아들일 수 있는가라는 문제가

“수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론”, 주 62, 24-27면; 김기준, “독립적 긴급압수수색제도의 도입 필요성에 대한 고찰”, 형사법의 신통향 제15호 (2008.8.), 1면, 38-39면.
128) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

129) 백형구, 박일환, 김희옥 (편), 주석형사소송법 (III), 335면 (제4판, 2009). 물론 위 견해와 달리 형사소송법 제308조의2에 의한 증거능력배제의 범위를 보다 넓게 해석하는 견해도 있으며, 그와 같은 견해에 따르면 본문의 서술과는 다른 결론을 내릴 수도 있다고 본다.

먼저 해결되어야 하는 것이며, 디지털증거의 특수성은 위 논의과정에서 추가적으로 논의되어야 할 주제인 것이다. 즉, 현재로서는 plain view doctrine과 같은 광범위한 영장주의 예외를 제한하는 문제보다는, 정당한 영장주의 예외의 범위를 형성해나가는 것이 더욱 중요한 문제인 것이다.

(2) 형사소송법 제115조 제1항, 제219조와의 관계

다음으로 영장의 집행은 원칙적으로 검사의 지휘에 의하도록 한 형사소송법 제115조 제1항, 제219조의 의미를 살펴볼 필요가 있다.

본 문제와 관련하여 먼저 미국 연방대법원의 1979년 *Lo-Ji Sales v. New York* 판결¹³⁰⁾이 주는 시사점에 대하여 검토하고자 한다. 위 사건에서 음란물배포 혐의를 수사 중이던 경찰관은 압수·수색영장을 발부받으려 하였으나, 어떠한 범위의 대상물이 ‘음란물(obscene material)’의 범위에 들어가는 것인지를 판단할 자신이 없었다. 이에 경찰관은 치안판사에게 도움을 요청하였고, 치안판사는 경찰관과 함께 현장에 임하여 직접 어떠한 대상물이 음란물에 해당할 것인지를 판단한 후 이를 압수하도록 지시하였고, 절차가 종료된 후 압수된 물품을 기재하여 영장을 발부하였다.¹³¹⁾ 연방대법원은 본 사안의 치안판사는 영장의 발부와 집행절차를 결부시킴으로써 “사법관이 아닌 또 하나의 법집행공무원(adjunct law enforcement officer)의 역할을 한 것”이며, 따라서 해당 영장은 중립적 법관으로 하여금 상당한 이유와 대상물의 특정요건을 판단하도록 한 헌법개정조항 제4조를 위반한 것이라고 판시하였다.¹³²⁾ 미국의 학설 중에는, 영장을 발부하면서 증거분석과정에 사전제한 또는 조건을 부가하는 것은 사실상 치안판사가 그 제한·조건을 통하여 집행과정에 개입하는 것이며, 결론적으로 법관이 또 하나의 법집행공무원의 역할을 해서는 아니 된다는 위 *Lo-Ji Sales v. New York* 판결의 취지에 반하는 것이라고 주장하는 견해도 있다.¹³³⁾

130) *Lo-Ji Sales v. New York*, 442 U.S. 319 (1979).

131) *Id.* at 321-322. 본 사안의 치안판사가 대륙법계 검사의 역할과 유사하게 영장집행절차의 주재자 역할을 한 점은 비교법적 관점에서도 흥미로운 사례를 제공한다 할 것이다.

132) *Id.* at 326-328.

133) Kerr, *Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure*, *supra* note 93, at 1263-1264.

필자는 영장에 증거분석과정에 대한 사전제한을 부가하는 것은 우리 형사소송법의 해석에 있어서 또 다른 문제점을 야기한다고 생각한다. 형사소송법 상 검사는 객관의무를 부담하는 수사절차의 주재자로서의 역할을 하며,¹³⁴⁾ 형사소송법은 이러한 검사로 하여금 영장의 집행을 지휘하도록 하고 있다.¹³⁵⁾ 즉, 우리 법제에서는 보다 명시적으로 법관에 의한 영장집행과정 개입을 배제하고 있다고 해석할 여지가 있는 것이다. 따라서 영장을 발부하면서 집행과정에 대한 어떠한 조건이나 제한을 부가하는 것의 당부는, 강제처분 남용 통제라는 고려뿐만 아니라, 검사에 의한 영장집행지휘의 의미 및 그 범위는 어떠한 것인지, 나아가 우리 형사소송법의 기본 구조는 무엇인지라는 또 하나의 근본적 물음과도 관련 지워 판단되어야 한다. 그렇다면 증거분석과정이라는 영장의 집행과정을 사전적 조건·제한을 부가하여 통제하는 것은, 법관이 또 하나의 법집행공무원의 역할을 하는 것에 더하여, 검사로 하여금 수사절차를 주재하도록 한 우리 형사소송법의 기본 구조를 흔들 위험을 내포하게 된다는 점 또한 지적하지 않을 수 없다.

(3) 이론적 문제점

마지막으로 이론적 차원에서의 문제를 살펴보고자 한다. 먼저 디지털증거분석은 개별 사건, 서로 다른 하드웨어 사이에 각기 다른 접근방법을 취하여야 하기 때문에 사전에 그 분석방법에 대한 제한을 설정하기가 대단히 어렵다는 점을 유의하여야 한다.¹³⁶⁾ 영장을 심사하는 법관이 충분한 전문지식을 가지고 있지 못하다는 점은 위와 같은 문제점을 더욱 심각하게 만든다.¹³⁷⁾ 즉, 디지털증거의 분석과정은 구체적 사안별로 다른

134) 검사의 객관의무와 준사법기관으로서의 지위에 대하여는, 이완규, “검사의 지위와 객관의무”, 형사소송법특강, 194면, 204면 (2006).

135) 이완규, 앞의 논문, 204면은, 검찰제도는 사법 내부에서의 권력분할을 의미하는 것이라고 주장한다. 즉, 수사, 공소, 재판, 형집행의 담당자가 법원이라는 하나의 기관이었던 규문시대의 구조에서 사법의 또 하나의 기관으로 검찰을 도입하고 수사, 공소, 형집행을 검찰에, 재판을 법원에 맡긴 것이라는 것이다. 위 견해에 의하면, 형사소송법이 영장의 발부는 법관에게, 영장의 청구 및 집행은 검사의 지휘에 의하도록 한 것 또한 형사사법절차 내에서의 권력분할을 반영하는 것이 된다.

136) 이러한 점을 지적하는 견해로는, Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, *supra* note 29, at 575-576.

137) 사전적 제한의 실무상 문제점에 대하여는, Kerr, *Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure*, *supra* note 93, at 1281-1287.

접근방법을 취하여야 하고, 분석기술의 발전 양상은 전문가들도 쉽게 예측하기 어렵기 때문에 충분한 전문지식을 가지지 못하는 영장심사법관으로 하여금 사전에 분석방법에 대한 제한을 부가하도록 하는 것은 반드시 적절하다고 보기 어려운 것이다.

위와 같은 사정은 사전적 사법심사와 사후적 사법심사의 중요한 차이점을 시사한다. 즉, 양자 사이에는 그 판단의 기초가 되는 정보의 양과 질에 있어 현저한 차이가 있는 것이다. 압수·수색영장의 발부 단계는 대부분 수사의 초기 단계로서 향후 당해 사건의 수사가 어떠한 방향으로 진행될 것인지를 미리 예측할 수 있는 자료가 부족한 경우가 많다. 반면, 공판단계에서는 증거능력 여부가 문제가 된 물적 증거가 수집된 과정에 대하여 상세한 정보를 얻을 수 있으며, 나아가 본안 사건과의 관련성까지 고려하여 보다 충실한 검토를 할 수 있다. 따라서 사전적 사법심사에서는 수색대상인 물품이 특정 범죄행위와 연관되어 있다는 점, 그 물품이 수색할 장소에서 발견될 것이라는 점 등의 사정을 기초로 압수·수색의 필요성 등의 요건이 갖추어졌는지 여부를 판단하도록 하고, 정당한 공권력행사라는 공익과 침해되는 사익 등을 종합적으로 고려한 사후적 판단에 의하여 그 강제처분의 위법성 여부를 판단하도록 하는 것이 보다 합리적인 역할배분일 수 있다.¹³⁸⁾

이러한 관점에서 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 새로이 규정된 형사소송법 제308조의2의 역할에 주목할 필요가 있다. 동 조항은 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 규정하여, 수사절차 이후에 법정에서 증거수집과정의 적법성을 판단할 수 있도록 하였기 때문이다. 이와 같이 우리 형사실무에서도 영장발부단계 이후 그 집행과정의 적법성 여부를 판단할 수 있는 근거가 마련된 점, 수사절차의 비정형성, 사전적 판단과 사후적 심사의 정보의 차이점 등에 비추어, 증거분석과정은 우선 수사기관으로 하여금 주어진 상황을 고려한 최선의 판단 하에 진행하도록 하고, 사후적 판단 과정을 통하여 그 적법성 또는 합리성 여부를 판단하는 것이 정당한 법집행이라는 공익과 사생활침해라는 사익을 균형 있게 고려할 수 있는 방법이라고 판단된다.¹³⁹⁾

138) *Id.* at 1290-1292.

139) 이와 관련하여 Orin Kerr는, 사전에 증거분석절차를 제약하는 조건을 부가하면, 이후 법정에서 압수·수색의 합리성 여부를 판단함에 있어 전체 정황(*totality of circumstance*)을 종합하여 판단하기 보다는 사전에 부가된 조건을 준수하였는가라는 좁은 문제에 한정되어 심사하게 되므로,

(4) 검토

지금까지 논의한 바를 종합해볼 때, 우리 형사소송법의 해석 상 광범위한 영장주의 예외가 인정되기 어려워 그로 인한 폐해가 크다고 볼 수 없는 점, 형사소송법이 원칙적으로 객관의무를 부담하는 검사로 하여금 영장 집행의 지휘를 담당하도록 한 점, 강제집행이 적법절차를 준수하였는지 여부를 판단하는 것은 사후적 판단에 의하는 것이 더욱 합리적 결과를 얻을 수 있는 점 등에 비추어, 압수·수색의 구체적인 방법을 영장청구서에 기재하도록 하는 것은 디지털증거 관련 강제처분을 규율하는 적절한 방안이 아니라고 판단된다.

V. 마치며

디지털증거는 그 대량성·다양성, 증거분석과정의 복잡성 등의 기존 물리적 증거와 구별되는 현저한 특징을 가진다는 이유로 기존 영장주의 법리가 그대로 적용되는 것이 타당한지에 대하여 의문이 제기되어 왔다. 본고에서는 위와 같은 주장의 배경, 그 의미에 대하여 살펴보고, 우리 형사실무에 던져주는 시사점에 대하여 검토하였다.

먼저 압수대상 제한의 법리는 이미 형사소송법 제106조 제3항을 통하여 우리 형사실무에 도입되었으나, 위 조항이 강제처분의 비례성 원칙을 선언하는 의미를 가지는 외에 실효성 있는 규정으로 작용할지 여부는 현재로서는 단정하기 어렵다고 생각된다. 다음으로 우리 형사소송법의 압수물반환의 요건이 미 연방형사소송규칙의 관련 규정 및 그에 대한 판례보다 더욱 피압수자의 권리를 존중하는 방향으로 규정되어 있는 점 등을 고려할 때, 우리 형사실무에서 입법론 또는 해석론을 통하여 증거분석기간·압수물반환과 관련된 기간제한을 부과하는 방안을 도입할 별다른 실익은 없다고 판단된다.

디지털증거에 대한 강제처분에서 가장 중요한 의미를 가지는 것은 현장 외에서

결과적으로 강제처분의 합리성에 대한 판례의 형성을 방해하게 된다는 점을 지적하고 있다. Kerr, *Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure*, *supra* note 93, at 1287-1290.

의 증거분석과정을 어떻게 규율할 것인지의 문제이다. 생각건대, 우리 형사소송법의 해석 상 광범위한 영장주의 예외가 인정되기 어려워 그로 인한 폐해가 크다고 볼 수 없는 점, 형사소송법이 원칙적으로 객관의무를 부담하는 검사로 하여금 영장 집행의 지휘를 담당하도록 한 점, 강제집행이 적법절차를 준수하였는지 여부를 판단하는 것은 사후적 판단에 의하는 것이 합리적인 점 등에 비추어, 압수·수색의 구체적인 방법을 영장청구서에 기재하도록 하고 영장을 발부하면서 증거분석과정에 대한 사전제한을 부가하는 것은 적절한 방법이 아닌 것으로 판단된다. 따라서 영장의 집행은 우선 수사기관의 합리적 판단에 따라 이루어지도록 하되, 사후에 그 과정이 적법한 절차에 따른 것이었는지 여부를 판단하는 것이 정당한 법집행이라는 공익과 사생활보호라는 사익의 적절한 균형점을 찾는 방법일 것이다.

참고문헌

- 김기준, “독립적 긴급압수수색제도의 도입 필요성에 대한 고찰”, 형사법의 신동향 제15호 (2008.8.), 1면.
- 노명선, 전자적 증거의 실효적인 압수·수색, 증거조사 방안연구 (대검찰청, 2007).
- 백형구, 박일환, 김희옥 (편), 주석형사소송법 (II) (제4판, 2009).
- 백형구, 박일환, 김희옥 (편), 주석형사소송법 (III) (제4판, 2009).
- 손동권, “수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론”, 경희법학 제46권 제3호 (2011), 15면.
- 신동운, 형사소송법 (제3판, 2005).
- 이완규, “수사기관의 긴급처분과 영장주의”, 형사소송법특강 (2006), 147면.
- 이완규, “검사의 지위와 객관의무”, 형사소송법특강 (2006), 194면.
- 이재상, 형사소송법 (제6판, 2002).
- 한상훈, “압수물환부청구권의 제문제”, 형사정책연구 제13권 제1호 (2002), 149면.
- Amar, Akhill Reed, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 107 (1994).
- Bradley, Craig M., *Two Models of the Fourth Amendment*, 83 MICH. L. REV. 1468 (1985).
- Bradley, Craig M., *The Court's Two Model Approach to the Fourth Amendment: Carpe Diem*, 84 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 429 (1993).
- Brenner, Susan W. & Barbara A. Frederiksen, *Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues*, 8 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 39 (2002).
- Chang, RayMing, *Why the Plain View Doctrine Should not Apply to Digital Evidence*, 12 SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADV. 31, 65 (2007).
- Goldstein, Abraham S., *The Search Warrant, the Magistrate, and Judicial Review*, 62 N.Y.U. L. REV. 1173 (1987).
- Kerr, Orin S., *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, 105 COLUM. L. REV. 279 (2005).
- Kerr, Orin S., *Searches and Seizures in a Digital World*, 119 HARV. L. REV. 531 (2005).

- Kerr, Orin S., *Search Warrants in an Era of Digital Evidence*, 75 MISS. L. J. 85 (2005).
- KERR, ORIN S., *COMPUTER CRIME LAW* (2d ed. 2009).
- Kerr, Orin S., *Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure*, 96 VA. L. REV. 1241 (2010).
- LAFAVE, WAYNE R., JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING & ORIN S. KERR, *CRIMINAL PROCEDURE* (5th ed. 2009).
- LASSON, NELSON B., *THE HISTORY AND DEVELOPMENT OF THE FOURTH AMENDMENT TO THE UNITED STATES CONSTITUTION* (1937).
- Maclin, Tracey, *When the Cure for the Fourth Amendment is Worse than the Disease*, 68 S. CAL. L. REV. 1 (1994).
- Maclin, Tracey, *The Complexity of the Fourth Amendment: A Historical Review*, 77 B.U. L. REV. 925 (1997).
- PROSSER, WILLIAM L., *TORTS* (4th ed. 1971).
- Stunz, William J., *Implicit Bargains, Government Power, and the Fourth Amendment*, 44 STAN. L. REV. 553 (1992).
- Stunz, William J., *The Substantive Origins of Criminal Procedure*, 105 YALE L. J. 393 (1995).
- Stunz, William J., *Local Policing after Terror*, 111 YALE L.J. 2137 (2002).
- UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *SEARCHING AND SEIZING COMPUTERS AND OBTAINING ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL INVESTIGATIONS* (3d ed. 2009).
- Winick, Raphael, *Searches and Seizures of Computers and Computer Data*, 8 HARV. J. L. & TECH. 75 (1994).
- Ziff, David J.S., Note, *Fourth Amendment Limitations on the Execution of Computer Searches Conducted Pursuant to a Warrant*, 105 COLUM. L. REV. 841 (2005).

Digital Evidence and the Regulation of Searches and Seizures

Cho, Sunghun*

As technology advances, the use of digital evidence is becoming more important in criminal investigations. Many people have expressed concerns over the invasiveness of computer searches and suggested schemes for ex ante restrictions on the computer warrants.

In this article, I examine the various aspects of proposed schemes for regulating the invasiveness of computer warrants and argue that such restrictions are an unwise approach.

❖ Key words : Digital Evidence, Search and Seizure, The Fourth Amendment, Warrant Clause, Plain View Doctrine

투고일 : 9월 5일 / 심사(수정)일 : 9월 25일 / 게재확정일 : 9월 25일

* Doctor of the Science of Law, Attorney